جامعـــــة قاصـــــدي مربـــاح –ورقلـــــة

كلية الحقـــوق والعلوم السياسية

قســـم الحقـــوق

مذكرة لاستكمال نيل شهادة الليسانس

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقـــــوق

التخصص : قانون الخاص

مقدمة من طرف: مريم نصيب

بعنـــــوان:

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

نوقشت بتاريخ: ...../..../2014

أمام لجنة المناقشة:

أستاذ مساعد –أ–	سمية صالحي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
أستاذ مساعد –ب–	فهيمة طوبال	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
أستاذ مساعد –أ–	نجاة الداوي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعيـــة: 2013 /2014

قال الله تعالى: **(وقد فصّل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه)**

قال رسول الله : **« إنّ الله أنزل الدّاء والدّواء وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تداووا بحرام»**

سنن أبي داود

إهداء

أهدي هذا البحث المتواضع

إلى والديّ الكريمين أطال الله في عمرهما وألهمهما الصحة والعافية والهناء،

إلى إخواني وأختي,

إلى صديقاتي وزملائي في الدراسة ,

إلى كل من ساعدني وساهم في انجاز هذه المذكرة.

كلمة شكر

أتقدم بشكري الجزيل واعترافي الجميل إلى كل من درسني، وأخص بالذكر الأستاذة "سمية صالحي" و"نجاة الداوي".

كما أشكر الأستاذة الفاضلة "فهيمة طوبال" المشرفة على هذا العمل المتواضع التي وجهتني وتعبت معي وسهرت على حسن إنجازه وإتمامه،

وأتفضل بشكري إلى كل من وهب عضو من أعضائه في سبيل إنقاذ حياة إنسان، لذا أوصي من خلال هذا المنبر بالتبرع بأعضائي بعد وفاتي لمن هم في أمسّ الحاجة إليها.

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

م: مجلد

ج: جزء

ط: طبعة

ص: صفحة

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة

ج ر: الجريدة الرسمية

ق م ج: قانون المدني الجزائري

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

م ح ص ت: المتعلق بحماية الصحة وترقيتها

2- باللغة الفرنسية:

P: page

Op: ouverture précédente

المقدمــة

شهد العلم تطورا كبيرا في شتى المجالات خاصة في المجال الطبي، حيث عرف إنجازات عظيمة تخرج من إطار الأعمال الطبية التقليدية لتدخل في إطار معالجة الأمراض المستعصية التي كان علاجها أمرا مستحيلا، ومن بين هذه الإنجازات: الاستنساخ البشري، التلقيح الاصطناعي، التغيير الجنسي وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهذه الأخيرة تعد من أهم الإنجازات الطبية التي كان لها الفضل في إنقاذ العديد من المرضى المهددين بالهلاك، وقد عرفت انتشارا واسعا وذلك إثر نجاح أول عملية لزرع القلب في عام 1967، ثم تطورت هذه العمليات خلال النصف الثاني من القرن العشرين، وحققت نجاحات باهرة في العقود الأخيرة.

إلا أن موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية أثار جدلا فقهيا في الشريعة الإسلامية والقانون حول مشروعيتها، كونها تعارض مبدأ " الحق في التكامل الجسدي" الذي يعتبر من أهم المبادئ التي يجب حمايتها، خاصة وأنها بالرغم من التطورات الحاصلة، إلا أنها لم تسلم من الأخطاء الطبية، مما أدى إلى تزايد الدعاوى المرفوعة أماما القضاء في مواجهة الأطباء، الأمر الذي استدعى البحث عن مشروعية هذه العمليات، القيود الواردة عليها والجزاء الموقع في حالة مخالفة شروطها.

وقبل الشروع في دراسة هذا الموضوع، نطرح الإشكالية التالية:

- **ما مدى قيام مسؤولية الطبيب المدنية عند قيامه بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؟**

ويندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات فرعية:

- ما مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؟
- ماهو موقف كل من الفقه القانوني والشرعي من مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية؟
- كيف كيّف المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؟ وماهي الضوابط التي وضعها لجواز القيام بهذه العمليات؟
- ماسبب قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية؟
- ماهي آثار المسؤولية المدنية للطبيب؟

أهمية الدراسة:

نظرا لحداثة موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإن أهميته تكمن في:

- التعرف على المقصود من هذه العمليات، مع ضرورة إبراز آراء الفقه تجاه هذا الموضوع.

- توضيح الشروط الواجب توافرها للقيام بهذه العمليات.

- تبيان موقف المشرع الجزائري تجاه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- تحديد طبيعة المسؤولية المدنية التي قد تنتج عن هذه العمليات

- تحديد الأركان التي من شأنها تقوم مسؤولية الطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، والجزاء الذي يوقعه المشرع الجزائري عند قيام هذه المسؤولية

أسباب إختيار الموضوع:

لم يكن اختيار موضوع "المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية" عشوائيا، بل كان ذلك لأسباب، أهمها:

- ميولي للمواضيع الحساسة التي لها صلة بجسم الأنسان، وكذا شغفي بالإشكالات التي تطرح موضوع المسؤولية، مما أثار فضولي للبحث فيه.

- القدرات العقلية التي مكنتني من فهم الموضوع واستعابه خلال مراحل إعداد وتنفيذ البحث.

- موضوعية البحث التي تتفق و الصفات الشخصية جعلني قادرة على القيام بالبحث في هذا الموضوع.

- إفتقار السياسة الوطنية للبحث العلمي إلى دراسة المواضيع المستجدة خاصة تلك المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية (وجود نسبة ضئيلة من الدراسات في هذا المجال) رغم التحديات التي تطرحها الحياة المعاصرة واحتياجاتها لمسايرة التطور العلمي.

أهداف الدراسة:

نهدف من خلال بحثنا هذا إلى:

- وضع الأطباء في الحيز القانوني الذي رسمه لهم المشرع الجزائري، وذلك بإحاطتهم بالإجراءات القانونية الصارمة التي وضعها المشرع في حالة عدم قيامهم بواجباتهم على أكمل وجه، حتى لا يقفون هذا الموقف، وحتى لا تخرج هذه العمليات عن الهدف النبيل الذي وجدت من أجله وهو "حق الإنسان في الحياة"، كما نسعى من جهة أخرى إلى تشجيع الأطباء على الابتكار وتطوير الطب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من أجل إنقاذ المرضى من الموت، أو حتى جبر آلامهم.

- توعية الجمهور العربي المسلم بصفة عامة والجمهور الجزائري بصفة خاصة بضرورة وأهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية في التكافل الاجتماعي، وغرس ثقافة التبرع بالأعضاء لمن هم في أمس

الحاجة إليها، حتى نكونوا متضامنين فيما بيننا، خاصة وأننا شعب مسلم، فالواجب علينا التعاون والتحلي بروح الإيثار.

الدراسات السابقة:

- كانت دراسة هذا الموضوع في مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية في كلية الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة الجزائر، في 2001/2000، من طرف " مشكور خليدة"، تحت عنوان: **" المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية"** التي لم تتناول فيه الجانب الأهم في هذا الموضوع وهو قيام مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، واقتصرت فقط على ذكر الشروط القانونية لإجراء هذه العمليات سواء بين الأحياء أو من الأموات.

- وأيضا درس موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية في مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية في كلية الحقوق بجامعة مولود معمري، في 2011، من طرف " إسمي قاوة فضيلة"، تحت عنوان: **" الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"**، الذي تطرقت فيه إلى موقف الفقه الشرعي والقانوني من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والشروط والضوابط القانونية لهذه العمليات.

المنهج والمنهجية:

اعتمدنا من خلال هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، حيث قمنا بوصف الموضوع في شقيه الفقهي والقضائي، وتحليله باستعراض آراء ومواقف فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون – خاصة موقف المشرع الجزائري- حول جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية من عدمه، والمسؤولية والآثار المترتبة عنها.

أما من حيث المنهجية، فقد قسمنا موضوع البحث إلى فصول ومباحث ومطالب وفروع، وصولا إلى الخاتمة والفهرس والمراجع، كما تطرقنا في كتابة الهامش إلى: إسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب أو المذكرة، دار النشر، بلد النشر، الطبعة (إن وجدت)، تاريخ النشر، الجزء (إن وجد)، ثم الصفحة.

أما الفهرس فقد كان بمثابة خطة تفصيلية للموضوع، واعتمدنا في تصنيف المراجع على الترتيب الألفبائي.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية وضعنا الخطة كالآتي:

سنتناول في الفصل الأول النطاق الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الذي نتعرف فيه عن مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية، ثم نتطرق إلى الحكم الشرعي والقانوني لهذه العمليات، وموقف المشرع الجزائري منه، وذلك في ثلاث مباحث على التوالي.

أما الفصل الثاني فهو الجزء التطبيقي في بحثنا، حيث سنسلط الضوء على قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، الذي قسمناه إلى ثلاث مباحث: سنتناول فيها طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب، ثم أركان المسؤولية الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومن ثم الآثار المسؤولية المنية للطبيب.

الفصل الأول: النطاق الشرعي والقانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية

باعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المسائل الحساسة التي عرفت مؤخرا، والتي كللت بنجاح باهر لطالما حلم به الأطباء، ورغم مساهمتها في حياة المرضى المهددة بالهلاك، إلا أنها لم تلق القبول والاستحسان المتوقعين[1]، فأثارت إشكالات عديدة من الناحية الطبية والدينية والقانونية والإجتماعية تشترط فيها الموازنة بين مصالح الأفراد المختلفة، وتغليب إحداها على الأخرى.

لقد ثار جدل كبير حول استقطاع الأعضاء البشرية ونقلها من إنسان إلى آخر، وقد كان لصدى هذا الخلاف أثرا في تأخر صدور قانون يبيح نقل الأعضاء في بعض الدول العربية[2]، حيث أنها وبعد محاولات عديدة أصدرت قانون ينظم عمليات نزع الأعضاء وزرعها، وتوصلت إلى وضع مجموعة من الشروط والضوابط تعكس مدى مشروعية التصرف في الجسم الآدمي.

إن الحديث عن الإطار القانوني الذي تشمله عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يقتضي التعرف أولا عن مفهومها، حكمها من الناحية الشرعية والتكييف القانوني لها، وهذا ما سنتناوله في ثلاث مباحث كل على حدة، حسب الترتيب.

[1]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط:1، 2003، ص:43.

[2]- طارق سرور، **نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط:1، 2001، ص:14.

المبحث الأول: مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية

تقتضي الضرورة العلمية معرفة المقصود بنقل وزرع العضو البشري, لذا سنتناول في هذا المبحث تعريفه في المطلب الأول, والمراحل التي تمر بها عمليات نقل وزرع الأعضاء في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف نقل وزرع العضو البشري

الفرع الأول: تعريف العضو البشري

1- **لغة:** العضو بضم العين وكسرها: "هو كل عظم وافر اللحم" و هو أيضا: "جزء من الجسد الإنسان كاليد والرجل و الأنف" , و يقال: عظيت الشاة تعظية بمعنى قطعها أعضاء, وقد يراد به أطراف الإنسان.[1]

2- **إصطلاحا:**

أ. تعريفه عند الأطباء: "هي عبارة عن مجموعة من الأنسجة المتمايزة (والأنسجة هي مجموعة من الخلايا) تعمل مع بعضها البعض لتأدية وظيفة معينة, كما يعرفه كذلك بأنه مجموعة مؤلفة من نسي أو عدة أنسجة مختلفة تساهم في إتمام عملا محددا مثل: العين, المعدة, القلب, الكلية, الدماغ, الأجهزة الثلاث (التنفسية، الهضمية والتناسلية),....."[2]

ب. تعريفه في الفقه الإسلامي: لقد أجمع فقهاء الإسلام ومجمع الفقه الإسلامي على أن "الأعضاء هي أي جزء من الإنسان سواء كان متصلا أو منفصلا، ظاهرا أو باطنا، متجددا أو غير قابلا للتجديد"

ويلاحظ أن هذا التعريف شامل لأنه يتضمن جميع مكونات الجسم من دماء وأنسجة وخلايا.[3]

جـ .تعريفه في الفقه القانوني: لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للعضو البشري على غرار معظم التشريعات، إلا أن فقهاء أقروا بأن الأعضاء إضافة إلى التعرفات السابقة أصبحت تشمل أيضا: الدم، المني، قرنية العين، أو أجزاء من العضو. مثل: الجينات والهرمون وهذا مع تقدم العلوم والمكتشفات الطبية و البيولوجية الحديثة حسبهم.[4]

الفرع الثاني: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

1- نقل العضو البشري le prélèvement d'organe humain:

---

[1]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، ص:11.

[2]- فوزية هامل، **الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01**، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم اليساسية، جامعة الحاج لخضر، 2012/2011، ص:40

[3]- المرجع نفسه، ص:32.

[4]- هيثم حامد المصاروة ، المرجع السابق،ص:16-17.

"هي عملية استئصال أو انتزاع العضو البشري السليم القابل للنقل من جسد المعطي أو المتبرع (le donneur) وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المستقبل أو المتلقي (le receveur)"[1]

2- زرع العضو البشري la transplantation d'organe humaine:

"هو غرس[2] العضو المنقول إلى جسد المستقبل ليقوم مقام المريض في أداء وظائفه"[3]

المطلب الثاني: مراحل عمليات نقل وزرع العضو البشري[4]

من خلال التعريفات السابقة يتبن لنا أن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لاتتم دفعة واحدة، بل يتطلب إجراؤها المرور بعدة مراحل متتابعة يمكن تلخيصها فيمايلي:

أولا: تشخيص حالة المريض وإجراء التحاليل والفحوصات الطبية اللازمة له وللمتبرع بالعضو أو الجثة المراد انتزاع العضو منها، وذلك بهدف التأكد من خلو الموانع الطبية كالأمراض ومدى تطابق الدم والأنسجة بين طرفي العملية المتنازل أو الجثة والمتنازل له المريض.

ثانيا: إستئصال العضو السليم من المتبرع أو من جثة الميت.

ثالثا: حفظ العضو المستأصل إلى حين إجراء العملية، لأنه قد يكون فارقا زمنيا بين عمليتي النقل والزرع لظروف ما (أي لا تتم في نفس الوقت).

رابعا: إستئصال العضو التالف من جسم الشخص المريض.

خامسا: زرع العضو السليم مكان العضو التالف.

سادسا: إستمرار الأطباء في متابعة حالة كل من الفاقد للعضو والمستقبل له، لاسيما هذا الأخير فلا يترك حتى يتم التأكد من استقرار حالته لأنه قد يحتاج إلى تثبيط جهاز المناعة لديه لقبول الجسم للعضو الغريب (العضو المزروع).

---

[1]- فضيلة إسمي قاوة، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،2011، ص:50.

[2]- يشيع استعمال زرع الأعضاء في القوانين الوضعية والمنظمات الإقليمية والفقه للدلالة على هذه العمليات، لكن البعض يشيرإلى أن استخدام هذا المصطلح أمر غير دقيق من الناحية اللغوية، إذ يفضل استعمال مصطلح غرس الأعضاء البشرية، ذلك أن عبارة "زرع" تعني طرح الزرعة (أي البذرة) بينما عبارة "غرس" فتعني إثبات الشيء المغروس في مكان الغرس، ينظر محمد أيمن الصافي، إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخرحيا أو ميتا، مجلة الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1988، ص:25 نقلا عن هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، ص:24.

[3]- ينظر هامش منذر الفضل، **المسؤولية الطبية**، دار الثقافة، عمان ،ط:1، 2012، ص:163.

[4]- هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص:25.

المبحث الثاني: حكم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية

اختلفت آراء أهل العلم في الشريعة الإسلامية حول نقل وزرع الأعضاء البشرية مستندين في ذلك إلى حكم الشرع، كما حاول المشرع من جهته وضع حيز يناسب تلك العمليات المعقدة متباينة المراكز، وسعى بدوره إلى مواكبة التطورات الحاصلة بكل أنواعها، مع مخاطرها.[1]

لم يجمع علماء الشريعة الإسلامية على جواز أو عدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء كانت بين الأحياء أو من الأموات، فتفرقوا في ذلك بين مؤيد ومعارض، مستندين لأدلة وحجج تبرز موقفهم، لذا سنتعرض أولا إلى الإتجاه المعارض ثم إلى الإتجاه المؤيد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

المطلب الأول: الإتجاه المعارض لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إتجه جانب من الفقه الإسلامي الحديث إلى حظر وتحريم عمليات نقل الأعضاء البشرية، واستندوا إلى أن للإنسان حرمة وكرامة لايجوز تخطيها أو الاعتداء عليها باستئصال عضو من جسده لبيعه أو حتى هبته لشخص آخر[2]، لأن الإنسان لا يملك نفسه ولا جسده- بل هي ملك للخالق عز وجل- ومن ثم ليس له الحق في التنازل عن عضو من أعضائه، كما أن إباحة استقطاع أعضاء الإنسان ونقلها يفتح باب المعاوضة على أجزاء الآدميين يؤدي إلى ما يعرف بـ " الاتجار بالأعضاء" حتى وإن منع ذلك بتشريع يجرمه، وفي ذلك استهانة بكرامة الإنسان.[3]

واستدل هذا الجانب بأدلة من الكتاب والسنة:

أولا: من الكتاب:

قال الله تعالى في الآية 70 من سورة الإسراء: **(ولقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا)**

تدل هذه الآية على تكريم الله سبحانه وتعالى للإنسان، وذلك يقتضي المحافظة على بدنه على نحو ما أمر به الشرع، ونقل الأعضاء أورزعها يتنافى مع هذا التكريم، فلا يحق تحويل الإنسان الذي كرمه الله تعالى إلى سلعة تباع وتشترى، ويتاجر فيها الأطباء.[4]

وقوله سبحانه وتعالى: **(ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة و أحسنوا إن الله يحب المحسنين)** [5].

وأيضا قوله عز وجل:**(ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)** [1]

---

[1]- فضيلة إسمي قاوة، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، المرجع السابق، ص:11.
[2]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**،المرجع السابق، ص:49.
[3]- طارق سرور، **نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء**، المرجع السابق،ص:17،15.
[4]- فضيلة إسمي قاوة، المرجع السابق، ص:13-14.
[5]- سورة البقرة، الآية 195.

فالنهي في هاتين الآيتين عام لتناوله جميع الأسباب، ومن بين هذه الأسباب أن يبرم شخص اتفاقا مع آخر ليتبرع بجزء من جسده له، فهذا حرام يتنافى والتشريع الإسلامي، لذا لا يجوز الاتفاق عليه ولا فعله.[2]

ثانيا: من السنة:

قوله ﷺ عما رواه ابن ماجه بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما: **"لا ضرر ولا ضرار"**

وقد فسر بعض العلماء هذا الحديث معناه بأنه لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، ولا يحل لإنسان أن يرد الضرر بضرر مثله، ومما لا شك فيه أن انتزاع عضو من شخص للتبرع به لآخر، فيه إضرار محقق بالشخص المستأصل منه العضو.[3]

وقد روي عن عمرة بنت عبد الرحمان عن عائشة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **"كسر عظم ميت ككسره حيا"**[4] ، وعن أم سلمة عن النبي ﷺ قال: **"كسر عظم ميت ككسره حيا في الإثم"**[5]

فالمعنى الظاهر هنا أن للميت حرمة وكرامة كحرمة الحي، فلا يعتدى على جسمه بكسر عظم أو غير هذا مما في ذلك ابتذال له لغير ضرورة أو مصلحة راجحة.[6]

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يؤيد جانب كبير من الفقه الحديث إباحة عمليات استئصال الأعضاء البشرية وزرعها - وذلك خلاف ما ذهب إليه سابقه- بناء على قياس هذه العمليات على بعض الأمور الشبيهة بها والتي تناولها الفقهاء القدامى، ومن خلال القواعد الكلية التي أوردها الفقه الإسلامي.[7]

واعتمد أصحاب الإتجاه المؤيد لنقل لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشريةعلى مجموعة من الأسانيد، أهمها:

- أن الأصل في الأمور الإباحة، ونقل الأعضاء البشرية أمر مباح لعدم وجود نص شرعي يحرمه.[8]
- وجود حالة الضرورة التي تقضي باختيار أهون الضررين أو ترجيح أعلى المصلحتين، والضرورة عند الفقهاء تعني أن يبلغ الإنسان حدا أن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك.[9]

---

[1]- سورة النساء، الآية 29.

[2] و [3]- أسامة السيد عبد السميع، **مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص: 128.

[4]- سنن أبي داود،ج3، دار الكتب العلمية ببيروت، ص212-213 نقلا عن أسامة السيد عبد السميع، المرجع نفسه، ص:129.

[5]- أخرجه ابن ماجه في سنن الكتاب ما جاء في الجنائز، باب النهي عن كسر عظام الميت، حديث رقم 1066 نقلا عن فضيلة إسمي قاوة، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**،المرجع السابق، ص:17.

[6]-نسرين نبيه عبد الحميد، **نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، ط:1، 2008، ص83.

[7]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**،المرجع السابق، ص:111. وينظر أيضا أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص:88.

[8]- إسمي قاوة فضيلة،المرجع السابق، ص:18.

[9]- هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص:123، 119.

وتؤيدهم في ذلك مبادئ وقواعد عامة، منها:[1]

- مبدأ الكرامة الإنسانية
- مبدأ إنقاذ النفوس وإزالة الضرر
- مبدأ التراحم والتضامن الإنساني والتعاون على البر والتقوى
- مبدأ الإيثار
- مبدأ ارتكاب أخف الضررين لدفع الأشد منهما(أعظمهما)

كما استدل أنصار هذا الإتجاه من جهته بحجج من الكتاب والسنة، منها:

أولا: من الكتاب:

قوله تعالى في سورة الأنعام، الآية 119: **(وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه)**

وأيضا قوله تعالى: **(فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم)**[2]

وقوله تعالى في الآية 9 من سورة الحشر: **(ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون)**

ثانيا: من السنة:

وثبت عن رسول الله □ أنه قال: **"خير الناس أنفعهم للناس"**[3]

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله □ قال: **"المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج على مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب القيامة، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة"**[4]

فهذه الآيات والأحاديث تعد تعبيرا دقيقا للمبادئ التي سبق ذكرها، وإذا كان التصرف بالجسم الآدمي يحقق مصلحة إنسان مسلم آخر فهو جائز شرعا، لأن هذا التصرف يهدف إلى تحقيق مصلحة اجتماعية وهي سلامة أعضاء أفراد المجتمع الإسلامي.[6]

هذا بالإضافة إلى فتاوى كبار علماء ومشايخ الشريعة الإسلامية و المجامع الفقهية التي تؤيد جواز نقل الأعضاء من المتبرع الحي أو من الميت والانتفاع بها مادامت تحقق مصلحة وتنقذ حياة الإنسان من الهلاك.[5]

---

[1]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية**، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1، 2000، ص:17-18.

[2]- سورة البقرة، الآية 173.

[4]و[5]و [6]- فضيلة إسمي قاوة ، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، المرجع السابق، ص:20.

[5]- نسرين نبيه عبد الحميد، **نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، المرجع السابق، ص:48.

وانتهى أصحاب هذا الجانب إلى القول بأن الترخيص لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يعني إباحتها في كل الأحوال وبشكل مطلق، بل هناك قيودا وشروطا تؤسس مشروعية هذه العمليات، وهي:[1]

1- **الضرورة القصوى للنقل:** بحيث تكون الحالة المرضية للمتلقي في تدهور مستمر، أي أنه لا يوجد علاج أو دواء لإنقاذه ودفع الضرر عنه سوى نقل عضو سليم إليه من إنسان آخر بينهما قرابة حتى الدرجة الثانية، كما يجوز النقل حتى الدرجة الرابعة إذا حالت ضرورة دون النقل من الدرجات السابقة.
2- **المصلحة:** أن يكون النقل محققا لمصلحة المنقول إليه من الناحية الطبية، لأن الهدف من إباحة تلك العمليات ليست الغاية بل الوسيلة التي يتحقق بها صالح الإنسان والمجتمع، كما يمنع عنه الضرر المؤكد الذي ينتج في حال استمرار العضو المصاب.
3- **عدم الإضرار بالمتبرع[2]:** يجب ألا يؤدي النقل إلى ضرر جسيم أو عجز دائم بالمتبرع يؤثر عليه سلبا في الحال أو المآل بصفة مؤكدة من الوجهة الطبية، لأن مصلحة المنقول إليه من الناحية الشرعية ليست أولى من مصلحة المنقول منه، ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة أو الراجحة.
4- **أن يكون النقل تبرعا:** يعني أن يكون دون مقابل مادي أو معنوي، وذلك حتى يكون بعيدا عن المعاملات المالية.
5- يشترط أن يكون العضو من الأعضاء القابلة للنقل، فلا يجوز أن تكون هذه الأعضاء مثلا من المقومات الأساسية للحياة كالقلب والكبد وغيرهما (بالنسبة لنقل الأعضاء وزراعتها بين الأحياء)، أما بالنسبة لنقل هذه الأعضاء من الأموات فيجوز شرعا واستثناء – وذلك ببلوغ الشخص المريض حالة الإضطرار- لأن حرمة الحي أولى من حرمة الميت في الأصل، كما لا يجوز نقل الأعضاء التناسلية – مجمع على تحريمها- لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب.
6- تحقق موت المتبرع موتا شرعيا وذلك بتوقف عمل الأعضاء الحيوية لدى جسم الإنسان والمتمثلة في القلب والرئتين، وعليه توقف جميع الأعضاء عن العمل خلال مدة معينة- وهذا حسب المعيار التقليدي.[3]
7- ضرورة الحصول على إذن المتبرع قبل إجراء عملية نقل العضو، أو تركه وصية تتضمن ذلك وهو بكامل قواه العقلية ومن دون إكراه مادي أو معنوي، كما يجوز إذن أولياء أو ورثة المتوفى إذا لم يوص الميت بذلك.
8- يجب أن يكون المركز الطبي المتخصص بالقيام بعمليات النقل أن تكون معتمدة من طرف الدولة ومرخص لها بذلك مباشرة ومن دون أي مقابل مادي من أطراف العملية.

---

[1]- نسرين نبيه عبد الحميد، **نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، المرجع السابق، ص.ص:14--17، 45، 69، 73-74-75.

[2]- فضيلة إسمي قاوة، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، المرجع السابق، ص:23.

[3]- ينظر طارق سرور، **نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء**، المرجع السابق، ص:62-63.

المبحث الثالث: التكييف القانوني لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية

على غرار الفقه الإسلامي، إختلف فقهاء القانون حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية وزرعها سواء بين الأحياء أو من الأموات – تأثرا بالشريعة الإسلامية- فانقسموا بذلك إلى اتجاهين: إتجاه يرى بعدم جواز انتزاع الأعضاء البشرية مهما كانت النتائج المترتبة على ذلك، بينما يرى جانب آخر أنه يجوز استقطاع هذه الأعضاء.[1]

وقد كان لصدى هذا الخلاف الفقهي أثرا في تأخر صدور قوانين وتشريعات تبيح إجراء هذه العمليات، وسنحاول في هذا المبحث تبيان آراء الفقه القانوني والتشريعات الوضعية حول هذه المسألة (في المطلب الأول) وإبراز أهم الشروط والضوابط القانونية التي تقيد مشروعية التصرف في جسم الإنسان.

المطلب الأول: موقف الفقه القانوني والتشريعات الوضعية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يستقر شراح القانون الوضعي على موقف واحد حول مدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية وذلك تأثرا بالشريعة الإسلامية واعتمادا على بعض المبادئ القانونية.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بحظر إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء الآدمية، وذلك استنادا إلى مبدأ "حرمة جسم الإنسان"، حيث أنه لا يجوز وفقا لهذا الجانب انتهاك حرمة جسم الإنسان والعبث بها سواء كان حيا أو ميتا[2]، فمبدأ الحرمة هي جوهر كرامة الإنسان، لذا فهي محل الحماية القانونية التي يحظى بها جسم الإنسان في مواجهة الغير أو حتى في مواجهة إرادته الشخصية، بالإضافة إلى أن جسم الإنسان يتمتع بالتكامل (L'intégrité) ، لذا لا يجوز المساس به بما يزعزع سلامته واستمرارية وجود كيانه المادي بجميع عناصره وخواصه (جميع أعضائه).[3]

لم يقتصر مبدأ حرمة جسد الإنسان على الفقه فحسب، بل أخذ بعدا قانونيا اعتمده كمبدإ أساسي في حقوق الإنسان، وباعتبار أن هذه الأخيرة من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، فإنه لا يجوز التصرف فيها أو نقلها بعوض أو بغير عوض، كما لا يجوز التنازل عنها في كل الأحوال.[4]

وقد بذل المجتمع الدولي جهودا لإعلاء شأن كرامة الإنسان، وذلك من خلال إقرارها في مقدمة ميثاق الأمم المتحدة[5] والإعلان العالمي لحقوق الإنسان [6] ولاسيما الإتفاقيات الدولية[1].

---

[1]- طارق سرور، **نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء**، المرجع السابق، ص:14.

[2]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، المرجع السابق، ص:67.

[3]- طارق سرور، المرجع السابق، ص:88.

[4]- غالب علي الداودي، **المدخل إلى علم القانون**، دار وائل للنشر، عمان، ط:7، 2004، ص:236، وينظر أيضا منذر الفضل، **المسؤولية الطبية**، المرجع السابق، ص:174-175.

[5]- المرجع نفسه، ص:235.

[6]- لقد أشارت ديباجة هذا الإعلان الصادر في 1948/12/10 إلى أن الإعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم الثابتة والمتساوية هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، وقد نص في مادته الأولى أنه: "يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق"، كما نص في مادته الخامسة على حظر المعاملات والتصرفات التي تحط من كرامة الإنسان، وهناك أيضا نصوصا أخرى على غرار هذه النصوص تقر بعدم الإستغناء عن كرامة الإنسان.

كما كرستها معظم الدساتير منها الدستور الجزائري - حيث نص في المادة 34 على: **"تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"**، وأيضا نص الدستور الألماني في مادته الأولى أن كرامة الإنسان لا تمس وأنه يجب على جميع سلطات الدولة احترامها وحمايتها، وكما نص الدستور البلجيكي في على أنه يحق لكل فرد توجيه حياته بما يتفق والكرامة الإنسانية.[2]

أما بالنسبة للتشريعات الداخلية فقد أورد المشرع الجزائري نصوصا في القانون الوطني الداخلي تتعلق بحرمة جسم الإنسان، حيث نص في المادة 25 من التقنين المدني الجزائري[3] على الفترة التي يتمتع فيها الإنسان بالشخصية التي هي محل الحماية القانونية، والمادة 47 من نفس القانون التي تكرس مبدأ حماية الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان، التي تفرض على الطبيب احترامها، أما المادة 124 مكرر من القانون السابق فقد أوردت - على سبيل المثال- الحالات التي يكون فيها الإستعمال التعسفي للحق، لاسيما الحالة الثانية التي تعتبر أساس عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كما اعتبر المشرع البحث في جسد المريض غير مباحا شرعيا وقانونيا، لأنه يتطابق والنموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم، مما يستوجب المسؤولية الجزائية[4] من جهة، ومن جهة أخرى أعطاها الحماية الجنائية وذلك بتجريم الإتجار بالأعضاء البشرية وتجريم الأفعال الماسة بالمدافن وحرمة الموتى في قانون العقوبات الجزائري.

وبالمقابل اتجه جمهور كبير من شراح القانون إلى إيجاز نقل و غرس الأعضاء البشرية، حيث بينوا موقفهم صراحة في العديد من المؤتمرات والندوات العلمية وحتى الأبحاث والدراسات القانونية[5]، ولقد رأى المؤيدون أن التأخير في إصدار تشريع يبيح هذه العمليات يشكل "إجحافا" في حق المرضى المحتاجين.[6]

كما حاول أصحاب هذا الإتجاه البحث على أساس قانوني يتبنى مشرروعية إجراء هذه العمليات، وبالرغم من اتفاقهم على إباحة إجرائها، إلا أنهم اختلفوا حول أساس مشروعيتها، فانقسموا بذلك إلى أربع إتجاهات، وهي:

الاتجاه الأول: نظرية السبب المشروع

استند جانب من الفقه إلى هذا الأساس لاعتبار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مشروعة، إذ يقصد بالسبب المشروع الباعث الدافع إلى التصرف في جسم الإنسان لمعرفة الهدف من مشروعية هذا التصرف، ويكون هذا الأخير مشروعا حسب أنصار هذه النظرية إذا كانت الغاية منه هو تحقيق مصلحة علاجية للشخص من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان السبب يحقق مصلحة واجبة الإحترام للغير.

---

[1]- ينظر طارق سرور، **نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء**، المرجع السابق، ص:90-91-92.

[2]- المادة 23 من دستور مملكة البلجيك.

[3]- أمر 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.

[4]- يحيى عبد القادر، **"المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون والإجتهاد القضائي"**، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، المؤسسة الوطنية للإتصال، الرويبة 2011، ص:62.

[5]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية**، المرجع السابق، ص:6.

[6]- نسرين نبيه عبد الحميد، **نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، المرجع السابق، ص:131.

كما أنه لا يجوز وفقا لهذا الإتجاه الحكم على التصرف بأنه غير مشروع بمجرد المساس بجسم الإنسان، وإلا لسلمنا أن جل المعاملات الطبية غير مشروعة.[1]

الاتجاه الثاني: فكرة التعويض

حاول اتجاه من الفقه الوضعي تبني فكرة التعويض كأساس لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتبرز هذه الفكرة – حسب رأيهم- في حالة ما إذا أتى الشخص بفعل ضار بالنفس كأن يصيب شخصا آخر في كليته، هنا يمكن أن يحكم عليه بالتنازل عن أحد كليتيه جبرا إلى المجني عليه لإنقاذه -على سبيل التعويض- وذلك طبقا للقواعد العامة وطبقا لمبدأ القصاص في الشريعة الإسلامية، الذي يعني أن يعاقب المعتدي – المجرم- بمثل فعله، فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح، حيث يقول الله تعالى : **(وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)**

فأهم ما يميز هذا الرأي هو إمكانية الاستغناء عن رضاء المعطي، ذلك أن إجراء عملية استقطاع العضو وزرعه يكون جبرا ودون الاعتداء بإرادة الشخص المتنازل عن العضو متى تحققت ضرورة إنقاذ حياة المتلقي للعضو والواقع عليه اعتداء يستوجب التعويض، لأنه كل من أتى فعلا ضارا بغيره يلزم بالتعويض، والتعويض حسب المادة 132 ق م ج يكون نقدا عادة، لكن يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو يحكم بأداء معين متصل بالفعل غير المشروع.[2]

الاتجاه الثالث: نظرية المصلحة الاجتماعية

ويقوم أساس هذه النظرية على أنه للحق في التكامل الجسدي وسلامته جانبان: الأول يخص الفرد، إذ أن من مصلحته ألا تتعطل الوظائف الحيوية في جسمه، كما أن من مصلحته أيضا المحافظة على سلامة هذا الجسد وما يحتويه، أما الجانب الثاني فيخص المجتمع، حيث أنه يقوم على أساس أن لكل فرد وظيفة اجتماعية لا يستطيع الفرد القيام بها إلا إذا كانت سلامة جسمه مصانة، وعليه فإن انتزاع الأعضاء يكون مشروعا إذا لم يؤثر على تقديم النفع الاجتماعي.[3]

الاتجاه الرابع: نظرية الضرورة

وهو الرأي الراجح في الفقه، ويراد بحالة الضرورة: الحالة التي يسبب فيها الشخص ضررا للغير ليتفادى ضررا محدقا أكبر بكثير من الضرر الذي سببه، فلا يعتبر فعل الشخص خطأ إذا ما أوقع ضررا بشخص آخر وهو في حالة الضرورة، لأن الشخص العادي في مثل هذه الظروف لا يملك سوى وسيلة وحيدة.[4]

---

[1]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، ص:137.
[2]- المرجع نفسه، ص:143.
[3]- أسامة السيد عبد السميع، **مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، المرجع السابق، ص:144.
[4]- هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص:149.

أما في مجال جواز التصرف في الأعضاء البشرية فيقصد بها: "حالة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة" أي أن تكون الموازنة بين فقد أحد أعضاء الجسم ونقله إلى الآخر بغرض الإستشفاء، لذلك ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن حالة الضرورة هي أساس مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذا توافرت شروطها.[1]

وتقوم حالة الضرورة حسب هذا الإتجاه على المقارنة والموازنة بين المخاطر المراد تفاديها والأضرار التي وقعت بالفعل إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه متناسبا مع الضرر الذي حصل، أي أن هذا الخطر لا يفوق في جسامته الضرر الحاصل.

والطبيب عندما قيامه باستئصال عضو من المتنازل لدفع الضرر الأشد المحدق بالمريض المتلقي، يكون قد وازن بين المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض والسليم من جهة، والمزايا التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى.[2]

وقد ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى وضع جملة من الشروط أوجب تحققها لإباحة عمليات نقل الأعضاء وزرعها مشروعة، وهي كالآتي[3]:

أولا: أن يكون الخطر محققا بحيث يؤدي إلى العدول عن عملية نقل العضو له من شخص آخر إلى وفاته، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على توافر حالة الضرورة متى سبب الشخص للغير ضررا لتفادي ضررا أكبر محدقا به أو بغيره[4]، أي أن هذا الخطر أو الضرر يمكن أن يكون محدقا بالشخص نفسه أو حتى بغيره.

ثانيا: أن تكون عملية نقل الأعضاء ورزعها الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر عن المريض وإنقاذه من الهلاك، أي ألا توجد وسائل أخرى بديلة (كالأدوية والأعضاء الإصطناعية.....).

ثالثا: أن يكون الضرر الذي تعرض له المتلقي كبيرا مقارنة مع الضرر الذي سيصيب المعطي أو جثته.

رابعا: ألا يؤدي استئصال عضو من المنقول منه إلى خطر جسيم يؤدي إلى هلاكه أو يؤثر في وظائف الجسم.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يكن المشرع الجزائري في منأى عن التطورات العلمية الطبية والقانونية في مجال زراعة الأعضاء البشرية، بل كان من السباقين في إصدار نصوصا قانونية خاصة بهذا المجال، حيث نظم نقل الأعضاء

---

[1]- أسامة السيد عبد السميع، **مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، المرجع السابق، ص:141.
[2]- المرجع نفسه، ص142.
[6]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، ص:151-152
[4]- المادة 130 من القانون المدني.

البشرية بمقتضى القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان " إنتزاع الأعضاء البشرية وزرعها" في المواد من 161 إلى 167.[1]

لقد أجاز المشرع الجزائري من خلال هذا القانون نقل أعضاء جسم الإنسان أو جثته لإنسان آخر بأمس الحاجة إليها، لكن ضمن قيود وضعها هو لاعتبار هذه العمليات مشروعة – وذلك طبقا للمادة 35 من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب[2]- فهذه الشروط هي شروط عامة تنطبق على جميع عمليات نقل وزرع الأعضاء، وأخرى خاصة بالنقل إذا ما تم من إنسان حي أو ميت، وهي على النحو الآتي:

1- الشروط العامة لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

أ. ألا يكون استئصال الأعضاء وزرعها إلا لأغراض علاجية، وهو ما نصت عليه المادة 1/161 من القانون السابق الذكر:

" لا يجوز إنتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون..."

ب. ألا يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي، أو بقصد الربح[3]، أي ألا تكون هذه العمليات موضوع معاملة مالية، وهو ما أكدته المادة 2/161 بنصها:

"... ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية"

ت. يجب أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في مستشفيات مرخص لها بذلك من طرف وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، وهذه المستشفيات تتوافر على موارد بشرية عالية التأهل، وبها إمكانيات مادية ووسائل تسمح بإجراء مثل هذه العمليات البالغة الأهمية.[4]

ث. الإلتزام برأي اللجنة الطبية التي يكون لها سلطة التقرير والبت في ضرورة إستئصال أو زرع العضو أو النسيج البشري، ويكون لها وحدها الحق في لإذن والموافقة على إجراء هذه العمليات، فهذه اللجنة تنشأ خصيصا في الهياكل المرخص لها بذلك، وهي لجنة مشكلة تشكيلا جماعيا.[5]

2- شروط إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:

يستخلص من مفهوم المادة 162 مايلي:

أ. يجب ألا يسبب استئصال عضو من المتبرع ضررا بحيث يعرض حياته للخطر أو يؤدي إلى وفاته، كأن يتبرع بعضو أساسي في الحياة، كالقلب والكبد[1]، ففي هذه الحالة يكون إجراء العملية غير مشروع.

---

[1]- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8 مؤرخة في 17 فبراير 1985.
[2]- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 2 يوليو 1992.
[3]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، ص:158.
[4]- المادة 1/167 من القانون 85-05 م ح ص ت.
[5]- محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، دار هومة، 2007.ص:226..

ب. يجب أن يوافق المتبرع كتابيا – وهو بكامل أهليته- على نقل أحد أعضائه، وذلك قبل إجرءا هذه العملية، كما لا يجوز أن يعبر المتبرع عن موافقته إلا بعد تبصيره من قبل الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تنجر عن نقل العضو منه، وللمتبرع أن يتراجع عن موافقته في أي وقت.[2]

ت. أن تكون المصلحة المترتبة على زرع العضو أو النسيج البشري لدى المريض جدية وراجحة، ولا تكون جدية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل.[3]

3- شروط إجراء عملية نقل العضو من الميت إلى الحي:

وهذه الشروط نستنتجها من المواد 165،164 و3/167:

أ. وجوب التأكد من الوفاة من قبل عضوان من اللجنة الطبية وطبيب شرعي، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها وزير المكلف بالصحة العمومية .

ويدون تقرير هذه اللجنة في سجل خاص في حالة الإقدام على استئصال أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين، كما يشترط ألا يكون الطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون ضمن المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.

ب. يجب أن يكون المتوفي قد أوصى قبل وفاته بنقل العضو منه، أو أخذ موافقة أحد أفراد أسرته حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم نكن للمتوفي أسرة – وهذا إذا لم يبد المتوفي رأيا في الموضوع أثناء حياته-

وإذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على استئصال عضو أو نسيج منه، أو إذا كان هذا الإنتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي،فإنه يمنع القيام بذلك.

وفي حالة تعارض إرادة الميت مع إرادة أهله فإنه يتم تغليب الإرادة الأولى متى صدرت من صاحبها وهو متمتع بكامل قواه العقلية (أي ترجح هنا المصلحة الإنسانية العامة والمؤكدة على مصلحة الأسرة)[4]

غير أنه يجوز إنتزاع القرنية والكلية دون موافقة المتوفي أو أسرته، أو كان التأخير في أجل الإنتزاع سيؤدي حتما إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع، وكذلك الشأن إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية – التي تعاينها اللجنة الطبية- للمستفيد من العضو.

ت. يشترط عدم كشف هوية المتبرع للمستفيد، كما يمنع كشف هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع المتوفي، وذلك حفاظا على التوازن النفسي للمريض ومراعاة لمشاعره حتى لا يعيش هذا

---

[1]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية**، المرجع السابق، ص:23.

[2]- الأمين شريط، **نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، ندوة مجلس الأمة حول: **عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين العلم والدين والأخلاق والقانون**، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، ديسمبر، 2003، ص: 143.

[3]- المادة 166 من القانون رقم 85-05 م ح ص ت.

[4]- محمد رايس، **المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص:231.

المريض الذي تمت معالجته عن طريق الزرع بمرض نفسي آخر يبقيه تحت رحمة عائلة المتبرع ومنها عليه بالجميل الذي صنعه قريبهم.[1]

ث. يجب ألا يؤدي على إجراء العملية إلى إحداث تشويه ظاهر بالجثة، لما في ذلك ابتذال لحرمته.[2] (المادة 153 ق ع ج).

ج. يمنع منعا باتا استئصال أو قطع أو بتر عضو ضروري للفعل الجنسي - أيا كان هذا العضو- لأن هذا يعد من قبيل جريمة الخصاء التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 274 ق ع ج والتي تنص على أنه:

" كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة."

خلاصة الفصل الأول:

نلاحظ مما سبق أن الفقه القانوني وعلى نحو مشابه للفقه الإسلامي انقسموا بين مؤيد ومعارض حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية وزرعها، كما يتضح لنا وبعد عرض الرأيين السابقين لكل من الفقه الإسلامي والقاوني رجحان الرأي الذي يجيز هذه العمليات سواء بين الأحياء أو من الأموات لكن مع ضرورة توافر شروط لكل منهما.[3]

وبما أن الشرائع السماوية والفقه الوضعي قد أباحا التبرع بالأعضاء لغرسها في من هم في أمس الحاجة إليها، فإن سن قوانين خاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية أصبح شيئا ضروريا لاسيما مع استمرار التطورات العلمية في هذا المجال، وهذا ما لم يغفل عنه المشرع الجزائري والتشريعات العربية عموما، إذ قاموا بإصدار قوانين تنظم من خلالها هذه العمليات.

كما يتبين لنا من الأحكام التي وضعها المشرع الجزائري – التي تقيد من مشروعية التصرف في جسم الإنسان- أنه قد أخذ بكافة المبادئ العامة التي أخذت بها مختلف التشريعات مثل مجانية التبرع ومنع الاتجار وسرية هوية المتبرعين والمتلقين، وكذا التقيد بالغرض العلاجي والتشخيصي، والتبصير المسبق للمعنيين ومنع انتزاع الأعضاء من القصر وغير المؤهلين قانونا...إلخ.[4]

---

[1]- محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص:226.

[2]- هيثم حامد المصاروة، **نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة**، المرجع السابق، ص:159.

[3]- أسامة السيد عبد السميع، **مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، المرجع السابق، ص:135.

[4]- الأمين شريط، **نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، المرجع السابق، ص: 144.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

باعتبار أن نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات المعقدة، وباعتبارها سبيل يؤدي إلى الموت أكثر منه ما يؤدي إلى الحياة، فإن نسبة وقوع الأطباء في أخطاء مهنية في هذا المجال كبير جدا، مما استدعى من التشريعات المتعلقة بموضوع نزع وزرع الأعضاء البشرية إلى تخصيص جزاءات في حالة مخالفة أحكام القوانين والتنظيمات والبرتوكولات الطبية الخاصة بهذا المجال.[1]

إلا أن المشرع الجزائري لم يورد نصوصا خاصة بقيام مسؤولية الطبيب في مجال نقل أو زرع الأعضاء البشرية، تاركا مجال البحث فيها للإجتهاد القضائي، وباستقرائنا لهذه النصوص نجد أن المشرع قد أخضعها للقواعد العامة للمسؤولية.

لذا سنتعرض في هذا الفصل إلى دراسة المسؤولية المدنية للطبيب بصفة عامة، مع محاولة إسقاط مسؤولية الطبيب الناشئة عن نقل أو زرع الأعضاء البشرية عليها، سنقوم أولا بتحديد طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في المبحث الأول، ثم نبين أركانها في المبحث الثاني، ومن ثم الآثر المترتبة عنها في المبحث الثالث.

[1]- الأمين شريط، **نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، المرجع السابق، ص: 145. وينظر أيضا عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية**، المرجع السابق، ص:56-57.

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المدنية والتزام الطبيب

لقد أثير جدل فقهي وقضائي حول طبيعة المسؤولية الناجمة عن إخلال الطبيب بالتزاماته، أهي مدنية أم جزائية؟

نصت المادة 124 ق م ج على مايلي:

" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

وبالرجوع إلى القوانين الخاصة بمهنة الطب، نجد أن المسؤولية التي تقوم عند إخلال الطبيب بالتزامه هي مسؤولية مدنية، وتكون هذه الأخيرة إما عقدية أو تقصيرية.

وسنتناول في هذا المبحث طبيعة المسؤولية المدنية الطبية في المطلب الأول، والالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب في المطلب الثاني.

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تنتج عن إخلال الأطباء بالتزاماتهم تجاه مرضاهم، فمنهم من يقول بأنها عقدية لأن العلاقة بي الطبيب والمريض تنشأ بناء على الإيجاب الصادر من الطبيب والقبول الصادر من المريض أو من في حكمه[1]، ومنهم من يرى بأنها تقصيرية على أساس أنه إخلال بالتزام قانوني وهو التزام بهدم الإضرار بالغير.[2]

الفرع الأول: المسؤولية العقدية (La responsabilité contractuelle)

تعرف المسؤولية العقدية بأنها: إخلال أحد المتعاقدين بما جاء في بنود العقد بشرط أن يسبب هذا الإخلال ضررا بالغير[3]، فالمسؤولية العقدية تنشأ عندما تربط الطبيب بالمريض علاقة تعاقدية، فينشأ الخطأ عند الإخلال بالتزام ناتج عن العقد الطبي المبرم بينهما، ويؤدي هذا الإخلال إل الإضرار بالمريض.

أما في المجال التطبيقي، فقد استقر القضاء الفرنسي على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية – بعدما كان يحصره في المجال التقصيري- وهذا منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية "مرسييه Mercier" الشهيرة، حيث جاء فيه مايلي:

---

[1]- أحمد حسن الحيازي، **المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط:1، 2008، ص:58

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط:3، 1998، م:2، ج:1، ص:855.

[3]- المرجع نفسه، ص: 860.

" ينشأ بين الطبيب وزبونه عقد حقيقي،....وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام المسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية"[1]

فأهمية هذه القضية تتمحور حول أهمية تحديد المدة التي تتقادم بها دعوى المسؤولية للطبيب الناشئة عن الإهمال في العلاج، ذلك أن المريضة (مرسييه) قد رفعت دعواها بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ نهاية العلاج واستقرار الضرر، فإذا كيفت المسؤولية على أنها تقصيرية فإنها تتقادم بمرور ثلاث سنوات، وبالتالي يسقط حقها في المطالبة بالتعويض، لذلك اضطرت محكمة " أكس" إلى التدقيق في تكييف طبيعة المسؤولية الطبية، وكانت نتيجتها قبول دعوى "مرسسيه" بعد انقضاء ثلاث سنوات بعد أن دفع بها الطبيب، وبتاريخ 16 جويلية 1932 أصدرت قرارها بالحكم على الطبيب بالتعويض رافضة تطبيق التقادم الثلاثي، باعتبار أنه ليس لهذه الدعوى أساسا لقيام المسؤولية التقصيرية، بل أساسها هو الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين المريضة و طبيبها، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية التي أكدت على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية كأصل، واستثناء تكون ذات طابع تقصيري حتى وإن كان بفعل الغير.[2]

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية (La responsabilité délictuelle)

تتحقق المسؤولية التقصيرية عندما يرتكب الطبيب خطأ يصيب المريض بضرر، ويعتبر المضرور في هذه الحالة شخصا أجنبيا على الطبيب لا يرتبط معه بأي عقد[3]، كأن يقوم الطبيب بعلاج شخص فاقد للوعي دون إعلامه أو إعلام أسرته، أو في حالة امتناعه عن علاج مريضه، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب متعسفا في استعمال حقه.[4]

وقد تنشأ المسؤولية التقصيرية كذلك عند وقوع ضرر إذا كانت الأدلة تثبت عدم وجود رابطة تعاقدية، كأن يتعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عملية نقل نسيج معين منه، وبعد أن يشرع الطبيب في ذلك يجد أنه من الضروري نقل نسيج آخر دون إعلام المريض بها، ففي هذه الحالة فإن العملية الأولى تخضع لأحكام المسؤولية العقدية، بينما العملية الثانية – غير المتعاقد عليها- تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، وكذا في حالة إصابة الغير من عدوى المريض المتواجد تحت رعاية الطبيب أو بسبب استعماله نفس آلة العلاج.[5]

---

[1]- ينظر كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري،2012، ص:11.

[2]- المرجع نفسه، ص:11-12.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص:860.

[4]- محمد حسين منصور، **المسؤولية الطبية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص:203.

[5]- المرجع نفسه، ص:202.

المطلب الثاني: طبيعة التزام الطبيب

لقد سبقت الإشارة إلى أن العلاقة التي تربط الطبيب بمريضه هي علاقة عقدية، بمعنى أنه عندما يتطابق الإيجاب والقبول، فإن العلاقة القانونية تنشأ بينهما، وتنشىء هذه العلاقة إلتزامات تقع على عاتق الطبيب لمصلحة المريض، التي تعتبر في المقابل حقوقا للمريض.

لذا نستعرض في هذا المطلب أهم الالتزامات التي تخص علاقة الطبيب بمريضه – أيا كانت طبيعة هذه العلاقة- ثم نحدد طبيعة إلتزام الطبيب.

الفرع الأول: الالتزامات التي تخص الطبيب بمريضه

أولا: الالتزام بالإعلام (obligation d'information)

هو التزام يقع على الطبيب أيا كان الإطار التنظيمي الذي يباشر من خلال مهنته، ويكون هذا الالتزام في شكل تقديم معلومات وافية للمريض تتعلق بخالته المرضية، لتساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض العمل الطبي، وما يتضمنه من مزايا ومخاطر[1]، كما يلتزم الطبيب بإعلام مريضه طوال مراحل العمل الطبي، فيتعين عليه إعلام مريضه في التشخيص، العلاج وحتى بعد العلاج.[2]

ويجب أن تكون أوصاف المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه بخصوص العمل الطبي واضحة وصادقة، وهذا حسب المادة 43 من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام وأكد على ضرورته في عدة مواد، منها: المادة 34 من المرسوم 92-276، المادة 165 من القانون رقم 85-05 م ح ص ت، والمادة 7 مكرر من القانون 84-11 المتعلق بالأسرة[3] (بالنسبة للأشخاص المقبلين على الزواج).

- **الإعفاء من الالتزام بالإعلام:**

يعفى الطبيب من المساءلة في حالة عدم قيامه بإعلام المريض في حالتين:

حالة الضرورة القصوى والاستعجال: في هذه الحالة لا يجوز للمريض أن يحتج بعدم إعلامه بالمرض، لأن هذا يدخل في باب أنه يجب على الطبيب أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له، وذلك طبقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي 92-276.

---

[1]- جابر محجوب علي، **دور الإرادة في العمل الطي**، مجلس النشر العلمي، الكويت2000، ص:65. نقلا عن كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:74.

[2]- زينة غانم يونس العبيدي، **إرادة المريض في العقد الطبي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص:145. نقلا عن كمال فريحة، المرجع نفسه، ص:80.

[3]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 مؤرخة في 12 جوان 1984.

رفض المريض لمعرفة وضعه الصحي: باستثناء الحالة التي يكون فيها أشخاص آخرون معرضين لخطر إصابتهم بعدوى المرض.[1]

ثانيا: الالتزام بالسر المهني (obligation de secret professionnel)

بالرجوع إلى أحكام المادة 1/206 من القانون 90-17[2]، والمادتين 36 و 37 من المرسوم رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، نجد أن المشرع إعتبر السر الطبي (المهني) جزء من شرف المريض وشخصيته.

والسر المهني لا يقتصر فقط على المعلومات الخاصة بذات المريض (نوع المرض، الإصابة التي يعاني منها، العلاج...)، بل يشمل كذلك كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص وتشخيص...، أما البيانات الخارجة عن هذا النطاق فإن المشرع لم يضف عليها صفة السر، ولا تعد من قبيل الأسرار الطبية.

وبجانب هذه الالتزامات، توجد التزامات أخرى فنية، منها: الالتزام بالتشخيص، الالتزام بالعلاج (المادة 45 و 50 من المرسوم 92-276)، الالتزام بالرقابة (المواد من 90 إلى 94 من المرسوم 92-276)

الفرع الثاني: طبيعة الالتزام

بينا فيما سبق أن طبيعة المسؤولية الطبية في مجال زرع الأعضاء البشرية هي مسؤولية عقدية انطلاقا من تطابق التراضي من كلا الجانبين، وهذا حسب قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية " مرسييه"، الذي أجبر الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض، فعلى الأقل بذل العناية اللازمة تجاه مريض، والقيام بجهود يقظة تتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة.

وبالرغم من وجود بعض الأختلاف حول طبيعة المسؤولية الطبية، إلا أن النتيجة واحدة، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء – مؤيدا في ذلك القضاء الفرنسي- أن طبيعة التزام الطبيب قبل المريض هو التزام ببذل عناية كأصل، والتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء.[3]

---

[1]- كمال فريحة، المرجع السابق، ص:90.

[2]- قانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 م ح ص ت.

[3]- ينظر أحمد حسن الحيازي، **المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص:41 وما بعدها. وينظر أيضا محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص:244.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب

على الرغم من تطور القوانين والأنظمة التي تحكم شروط ممارسة مهنة الطب، فقد بقي التشريع الفرنسي يقيم المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية طبقا للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني وطبقا لنص المادة 1382 وما بعدها من التقنين الفرنسي[1](ونص هذه المادة يقابل نص المادة 124 ق م ج السالف الذكر)

يستشف من خلال نص هذه المادة أن المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية ترتكز على ثلاث أركان أساسية وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فمسؤولية الطبيب لها نفس الأركان السابقة: الخطأ الطبي الصادر من الطبيب، والضرر الذي يسببه هذا الأخير للمريض وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر[2]، هذا ما سنتحدث عنه خلال هذا المبحث الذي سنتناول فيه الأركان تباعا، ابتداء بالركن الأساسي للمسؤولية وهو الخطأ الطبي الذي خصصنا له مطلبا مستقلا (المطلب الأول) نظرا لأهميته وخصوصيته في إطار المسؤولية الطبية، لاسيما تلك المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية، في حين جمعنا كل من الضرر وعلاقة السببية في مطلب واحد (المطلب الثاني) باعتبار أن كليهما يخضع للمبادىء العامة للمسؤولية المدنية.

المطلب الأول: الخطأ الطبي (la faute médicale)

تقوم المسؤولية الطبية على فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية – طبقا للقواعد العامة- ويعتبر هذا الأخير الركيزة الأساسية فيه، ذلك أنه يكتسي أهمية بالغة في إطار المسؤولية الطبية المدنية، فهو أساس نشوئها، ولا مجال للحديث عن مسؤولية الطبيب ما لم يوصف عمله بأنه خطأ.[3]

إن أهمية البحث في فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب وتحديد المتسبب في إحداث الضرر يجعلنا نبحث عن معيار قانوني تحدد درجة الخطأ التي توجب قيام مسؤولية الطبيب المدنية، لذا سنتناول في هذا المطلب مفهوم الخطأ ومعياره في الفرع الأول وكذا صوره التي يمكن من خلالها تمييز المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية عن المسؤولية المدنية بشكل عام والمسؤولية الطبية بشكل خاص، وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي ومعياره

---

[1]- أحمد حسن الحيازي، **المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص:17.

[2]- ينظر كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:164.

[3]- سعاد هني، **المسؤولية المدنية للطبيب**، (شهادة المدرسة العليا للقضاء)، غير منشورة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006/2003، ص:8.

أولا: مفهوم الخطأ الطبي

1- تعريف الخطأ في الفقه الوضعي:

لم تفرد التشريعات الوضعية تعريفا للخطأ في القواعد العامة في القوانين المدنية، تاركين هذا لأمر للإجتهاد الفقهي والقضائي[1]، وذلك لتفادي حصر المسؤولية في نطاق معين وفي حدود عبارات معينة لضمان حماية مصلحة المضرور جراء أخطاء الغير المختلفة.[2]

على عكس ذلك اختلف الفقهاء في تحديد معنى الخطأ، والتعريف المجمع عليه هو: **"الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك"**[3]

باعتبار أن الخطأ الطبي صورة من صور الخطأ بصفة عامة، فإنه يستمد تعريفه منه، حيث يعرف الأستاذ منصور عمر المعايطة الخطأ الطبي بأنه: **"هو الفعل الذي يظهر عند إخلال الطبيب بواجباته المهنية وعند خروج الطبيب عن تنفيذ إلتزاماته حيال مريضه، المتمثلة في بذل العناية التي تشترطها أصول مهنته وتخصصه ومقتضيات فنه وعلمه، بحيث لا يقوم بعمله بحذر وانتباه ويقظة، ولا يراعي فيه الأصول العلمية المستقرة"**[4]

ومن هنا يتبين أن عدم قيام الطبيب لالتزاماته - التي تفرضها عليه مهنته- أثناء قيامه بالعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب نشوء الأخطاء الطبية، لأن الطبيب هو في الأساس ملزم – ضمن اللوائح والتشريعات التي تنظم مهنة الطب- باتباع الأساليب والوسائل التشخيصية والعلاجية التي تقوم على الأصول العلمية والقواعد والمعارف الطبية المستقرة المتعارف عليها في الأوساط الطبية.[5]

2- الخطأ في مفهوم القانون الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الخطأ باعتباره أحد أركان المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لكنه أشار إليه في المادة 124 ق م ج التي تنص على مايلي:**"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"**[6]

---

[1]- أحمد حسن الحيازي، **المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص:103.

[2]- كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:165.

[3]- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة 1988، ص:61، نقلا عن كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:167.

[4]- منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط:1، 2004، ص:44.

[5]- يستثنى من قيام مسؤولية الطبيب جراء مخالفته للأصول والقواعد الطبية الظروف الاستثنائية أو القوة القاهرة، وهي تلك الظروف التي تحيط بالطبيب أحيانا وقت تنفيذه العمل الطبي، وترجع هذه الظروف إلى المكان والزمان الذي يجري فيهما الطبيب عمله، مثال ذلك: الطبيب الذي يستدعى فجأة على متن طائرة ركاب في الجو لإنقاذ حياة مريض فيها على وشك الموت دون علم مسبق بحالة المريض، في هذه الحالة قد يضطر الطبيب إلى التحلل من الالتزام بالقواعد الطبية المتبعة، ولا مسؤولية عليه من مخالفة تلك القواعد، لأنه وفقا للقواعد العامة في الفقه المدني تعفي من المسؤولية في حالة الضرورة، ينظر منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، المرجع السابق، ص:44.

[6]- هذه المادة عدلت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص:23)، وكانت هذه المادة قبل التعديل تنص على مايلي:

كما نصت المادة 125 من نفس القانون على أنه: **" لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا"**[1]

نلاحظ من خلال هاتين المادتين أن المشرع جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بصفة عامة لكنه لم يحدد نوعه وجسامته تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، كما يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية حسب المشرع يقوم على عنصرين: الأول عنصر مادي يتمثل في التعدي، والثاني عنصر معنوي يتمثل في الإدراك والتمييز.[2]

أما الخطأ الطبي فقد ورد مرة واحدة في قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 239 التي تنص على: **" إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية"**

3- أنواع الخطأ الطبي:

يأخذ الخطأ الطبي إما وصف الخطأ العادي البسيط (simple) الذي يكون نتيجة إهمال أو عدم بذل العناية اللازمة كقيامه بعملية جراحية وهو في حالة سكر، أو كأن يهمل في تخذير المريض قبل العملية،أو أن ينزع عضوا أو نسيجا غير المراد نزعه...وغيرها من الحالات الأخرى، ويمكن أن يكون الخطأ أيضا فنيا مهنيا (professionnelle)، ويكون هذا نتيجة لجهل الطبيب لأمور فنية وحقائق ومسلمات علمية التي لا يتصور صدورها من غير الطبيب كأعمال التشخيص ومباشرة العلاج، أو تقنيا (technique) غير متعمد راجع إلى إحدى الأدوات العلمية المستعملة.[3]

4- مقدار جسامة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية:

ويسأل الطبيب عن كل خطإ يرتكبه مهما كان نوعه، عاديا كان أو فنيا، كما أنه لا يعتد بمدى جسامة الخطأ مادام واضحا وثابتا، وهذا راجع إلى إهمال الطبيب وجهله بواجباته ونقصه في معرفة العلوم الطبية، وهذا حسب المادة 1383 من التقنين المدني الفرنسي التي تقيم المسؤولية على كل شخص ارتكب خطأ سبب به ضررا للغير، بصرف النظر عن درجة جسامة هذا الخطأ.

ثانيا: معيار الخطأ الطبي

يثار معيار الخطأ الطبي في حالة التزام الطبيب ببذل العناية، لأن سلوكه في حالة التزامه بتحقيق نتيجة ليس بحاجة للقياس مع شخص آخر، ذلك أن مسؤوليته تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة، فمادامت طبيعة التزام الطبيب هي التزام ببذل عناية، فإنه يجب تحديد مقدار هذه العناية بقياسها مع سلوك شخص عادي،

" كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

[1]- عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص:23)، وقد ورد في هذه المادة قبل التعديل استثناء عن الفقرة الأولى، حيث كان المشرع الجزائري يقيم مسؤولية عديم التمييز عن الخطإ في حالة عدم تمكن المتضرر في الحصول على التعويض من المتسبب في هذا الضرر، فهذه الحالة تقوم على أساس تحمل التبعية أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة.

[2]- أحمد حسن الحيازي، **المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص:107.

[3]- سعاد هني، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:10، وينظر أيضا PANNEAU(Jean), **la responsabilité du médecin**, DALLOZ, Paris, 2ème édition, 1996, p:22.

وكل تقصير عن ذلك يعتبر خطأ[1]، كما تجدر الإشارة إلى أن تقدير معيار الخطأ يختلف باختلاف مركز ودرجة الطبيب.

فقد اتجه جانب من الفقه في تقدير معيار الخطإ إلى **" إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد من بذله من يقظة وتبصر"**[2]، وهذا المعيار يسمى بالمعيار الشخصي لأنه يعتمد على البحث في حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ نفسه، والبحث في ظروفه الخاصة، وأن ما وقع منه يعد انحرافا في سلوكه أم لا.

يعاب على المعيار الشخصي أنه يتوجب النظر والبحث في ظروف كل طبيب على حدة ومراقبة تصرفاته وأحواله، وهذا أمر يتعذربلوغه في الحياة العملية، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يجعل من الخطإ فكرة شخصية بحتة، إذ يمكن لطبيبان أن يسلكا نفس السلوك ويقومان بنفس التصرفات ويكونان في نفس الظروف، إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون الآخر، فمن اعتاد على التقصير يسهل عليه الإفلات من المسؤولية، ومن اعتاد اليقظة والتبصر يسأل عن أقل هفوة ارتكبها، وهذا أمر غير عادل وغير مقبول.[3]

أما الإتجاه الآخر فقد أخذ في تقدير الخطأ الطبي بالمعيار الموضوعي، حيث يقارن سلوك الطبيب بسلوك شخص عادي الذي يكون سلوكه المألوف مقياسا للخطإ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي تحيط به عند قيامه بعمله (كظروف الزمان وظروف المكان)، والتجرد من صفاته الذاتية والظروف الداخلية الملابسة له[4]، وهذا المعيار الراجح الذي استقر عليه الفقه والقضاء والتشريعات.[5]

الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي[6]

تختلف صور الأخطاء التي يرتكبها الأطباء باختلاف نوع العمل الذي يقومون به أو نوع اختصاصهم، كما أن هذه الصور هي التي تحدد وصف الخطإ (نوع الخطأ ومقدار جسامته) لاعتبار الطبيب مسؤولا مدنيا، وكوننا بصدد دراسة الجانب الذي يخص نقل وزرع الأعضاء البشرية، سنستعرض بعض الصور للأخطاء التي يمكن أن يقع فيها الأطباء المختصين بهذا المجال[7].

بينا سابقا أن وجود الرضاء لدى المتبرع والمريض المتلقي شرط لإباحة عمليات استشصال وزرع الأعضاء البشرية، فإذا تخلف هذا الشرط أو إذا توافر الشرط لكن المتبرع أو المريض لم يكن يعلم أو ملما بالمخاطر التي تنجر عن إجراء هذه العملية، في هذه الحالة يكون تصرف الطبيب تصرفا معيبا ومخالفا لقواعد القانون، مما يقيم مسؤوليته عن الأضرار التي قد تنتج عن تصرفه.

---

[1]- ينظر هامش كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:179.

[2]- وزنة سايكي، **إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني**، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011، ص:22.

[3]- كمال فريحة، المرجع السابق، ص180.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص:885.

[5]- كمال فريحة، المرجع السابق، ص.ص:181-186.

[6]- محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص.ص:227-230، 233-234.

[7]- واختصاص الطبيب هو في حد ذاته يعد صورة من صور الخطأ الطبي، بمعنى أن التصرف إذا صدر عن طبيب مختص فإنه يعد خطأ يوجب مسؤوليته، أما إذا صدر ذات الفعل من طبيب عام غير مختص، فإن تصرفه يدخل في مفهوم الغلط الذي لا يثير مسؤوليته.

وقد استقر القضاء في فرنسا على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عمليات النقل والزرع وبعد إجرائها يعد أمرا ضروريا (وقد سبق ذكره عند حديثنا عن مراحل القيام بعمليات نقل وزرع العضو البشري)، كما ينبغي أن يتخذ الطبيب جميع الاحتياطات اللازمة أثناء تنفيذ عملية النقل أو أثناء عملية الزرع، وأن إهمال الطبيب القيام بذلك يشكل خطأ من جانبه يوجب مسؤوليته.

كما أن الطبيب لا تنتهي مهمته بمجرد إجرائه لهذه العمليات، بل تمتد إلى ما بعد ذلك، إذ يقع تحت طائلة المسؤولية المدنية إذا لم يقدم الرعاية والعناية اللازمة للمتبرع أو المتلقي أثناء فترة النقاهة، ومن واجبه أيضا اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة حدوث مضاعفات، وإلا كان مقصرا ومخطئا.

وتثور مسؤولية الطبيب أيضا في حالة استئصال عضو أو نسيج من الشخص قبل حصول الوفاة، والتأكد منها، لأن الواجب الإنساني الذي يقع على عاتق الطبيب يفرض عليه أن يبذل كل ما في وسعه لتقديم العلاج للمريض حتى في الحالات الميؤوس منها.

وفي حالة حصول الإثبات الطبي والشرعي للوفاة وتأكد الطبيب من ذلك، فإنه لا يجوز له أن ينزع أي عضو من أعضاء الميت، إذا عبر هذا الأخير أثناء حياته أو أحد أفراد أسرته على رفضه، ومخالفة هذه الإرادة تولد خطأ يوجب مسؤولية الطبيب المدنية، ويتجلى هذا الخطأ إذا لم يحترم الطبيب الترتيب الأولوي للأسرة عند أخذ الإذن والموافقة لنزع العضو أو النسيج البشري من الميت.

وقد يتخذ الخطأ الطبي صورة أخرى على شكل كشف هوية المتبرع للمستفيد، أو كشف هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع، وهذا ما جاءت به المادة 2/165 من القانون 85-05 م ح ص ت.[1]

بقي أن نشير إلى أنه طبقا للمادة 164 من القانون المذكور أعلاه، فإن الطبيب إذا سعى لأن يكون انتزاع نسيج أو عضو من جسم إنسان وزرعه بمقابل مادي، فإن ذلك يشكل خطأ من جانبه يوجب مسؤوليته.[2]

المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية بشكل عام ومسؤولية الطبيب بشكل خاص، فلا يكفي لتحقق المسؤولية وقوع الخطأ فقط، وإنما يجب أن يحدث هذا الأخير ضررا بالمضرور، كما لا تقوم هذه المسؤولية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية بوجود الخطإ والضرر معا، بل لابد من قيام علاقة سببية بين الخطإ والضرر الذي أصاب المريض.[3]

---

[1]- وقد نصت هذه المادة على أنه: **"...كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع..."**

[2]- لقد خرج المشرع الجزائري من هذه القاعدة، حيث أباح بيع أعضاء الموتى للمرضى الذين هم في أمس الحاجة إليها، وهذا ما نص عليه المشروع التمهيدي للقانون الجديد للصحة المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، حيث حدد كيفية التصرف في أعضاء الموتى لفائدة المرضى المحتاجين، عن طريق التنازل بالتراضي من طرف ذوي الميت بالمستشفيات، او عن طريق وصية على أساس "فعل الخير"، أو عن طريق بيع عضو من الأعضاء بطريقة قانونية من طرف أهل الميت للمريض المحتاج إلى عضو ما. ينظر نوارة بابوش، **تقنين "بيع" أعضاء الموتى للمرضى**، جريدة **الشروق**، (يومية)، عدد 4373، 2014/05/11. ص:5.

[3]- كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:265.

الفرع الأول: الضرر (le préjudice)

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للضرر، بل اكتفى بالإشارة إليه في المواد من 124 إلى 140 ق م ج، والتي اشتملت بأحكامها مختلف حالات الضرر بما فيها الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية[1].

أما من الجانب الفقهي فقد تعددت وجهات النظر في وضع تعريف للضرر بصفة عامة، إلا أن التعريف المستقر لدى غالبية الفقهاء هو: "الضرر هو تلك الحالة التي نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مادية أو معنوية أو كلتيهما للشخص المتضرر"[2]، ومنه يمكننا – قياسا على هذا التعريف العام- تحديد معنى الضرر في المجال الطبي بأنه: **" حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى جسم المريض، وقد يستتبع ذلك نقصا في حاله أو أو عواطفه، أو تفويت الفرصة في شفائه أو حياته"**[3]

أولا: أنواعه

من خلال هذا التعريف، فإن الضرر يكون في مجال المسؤولية الطبية إما ماديا وهو ما يصيب المريض المعالج من أذى في جسمه بإحداث جرح فيه أو إلحاق عاهة أو أي عجز حركي، أو أذى في روحه ويكون ذلك بالتسبب في إزهاقها، أو ما يلحق المريض من إضرار بأي مصلحة ذات صفة مالية أو إقتصادية.

كما قد يكون الضرر معنويا (ويطلق عليه البعض بالضرر الأدبي)، أي أن يلحق المريض آلاما داخلية وهواجس تصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته نتيجة خطإ الطبيب، أو تعرضه لآلام نفسية أو ذويه في حالة الاعتداء على اعتبار المريض – كما في حالة إفشاء الطبيب للسر المهني- مما يجعل المريض يصاب بضرر يمس سمعته وشرفه أو كيانه الإجتماعي أو حياته الخاصة.[4]

ثانيا: شروطه

لا يكفي إصابة الشخص بضرر ليتمكن من مطالبة المسؤول بإصلاحه، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط، ولم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف واحد حول تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحق التعويض، لكنه استقر بعد ذلك على أنه يشترط في ضرر المدعى عليه أن يكون شخصيا، محققا ومباشرا، وأن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة.[5]

---

[1]- سعاد هني، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:23.
[2]- منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، المرجع السابق، ص:55.
[3]- سعاد هني، المرجع السابق، ص:23.
[4]- عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، دار هومه، الجزائر، 2009، ص:165.
[5]- كريمة عباشي، **الضرر في المجال الطبي**، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011، ص:32.

1- أن يكون الضرر شخصيا:

بمعنى أن الذي يسبب الضرر هو الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للاضرار الناتجة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضررا شخصيا النسبة لمن ارتد عليه.[1]

2- أن يكون الضرر مباشرا، محقق الوقوع (مؤكدا):

يقصد بالضرر المباشر(أو بما يسمى بالضرر الأصلي) هو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الطبيب، فهذا الضرر هو فقط الذي يكون بينه وبين الخطأ المنشىء له علاقة سببية وفقا للقانون[2].

والضرر المباشر هو الضرر الذي لا يستطيع الطبيب أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ لاستحقاق المضرور للتعويض، وذلك في نص المادة 1/182 ق م ج التي تنص على أنه: **" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره.....، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"**

أما عن تحقق الضرر كشرط من شروط التعويض، يعني أن يكون الضرر حتمي الوقوع (أي غير محتمل)، سواء كان حالا أو مستقبلا، وتحقق الضرر هو أن يكون قد وقع فعلا أو سيقع حتما[3].

3- أن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة:

ويقصد به أن يمس الضرر حقا ثابتا مشروعا بنظر القانون، بمعنى أن يصيب حقا مكتسبا يحميه القانون أو مصلحة مشروعة للمضرور غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، بحيث أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا لحق اعتداؤه حقا يحميه القانون، سواء كان هذا الحق سياسيا أو مدنيا[4]، وأحسن مثال على ذلك: أن يقوم الطبيب بالتعدي على حق مريضه في الحياة أو حقه في سلامة بدنه،

كما يشترط أن تكون المصلحة مشروعة للتعويض عنها، وإلا فلا يعتد بها، مثال ذلك: مطالبة خليلة بتعويض الضرر الذي أصاب خليلها – الذي كان يتولى الإنفاق عليها- جراء استئصال عضو من أعضائه، في هذه الحالة لن تستفيد الخليلة من التعويض لأن هذه المصلحة قائمة على علاقة غير مشروعة[5] (وهذا حسب التشريع الجزائري والتشريعات الإسلامية)

الفرع الثاني: علاقة السببية (La lien de causalité)

---

[1]- كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:283.
[2]- منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، المرجع السابق، ص: 56.
[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص:954.
[4]- غالب علي الداودي، **المدخل إلى علم القانون**، المرجع السابق، ص.ص:232-245.
[5]- كمال فريحة، المرجع السابق، ص:290.

أولا: قيام علاقة السببية بين الخطإ الطبي والضرر:

المقصود بعلاقة السببية تواجد رابطة مباشرة بين الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، فوجود رابطة السببية ركن أساسي من أركان قيام المسؤولية الطبية، إذ لا يكفي لقيام هذه الأخيرة ثبوت الخطأ ووقوع الضرر، بل يجب ان يكون ما لحق بالمريض من ضرر نتيجة مباشرة للخطأ الذي أحدثه الطبيب، وان يرتبطا ببعضهما ارتباط العلة بالمعلول، بحيث لا يمكن تصور حصول الضرر للمريض لو لم يقع الخطأ من الطبيب.[1]

وعلى الرغم من ضرورة تواجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل لقيام المسؤولية الطبية واستحقاقها على الطبيب مرتكب الخطأ الطبي، إلا أن معرفة وجود هذه الرابطة وإثباتها أو عدم إثبات وجودها يعتبر من الأمور الحساسة والدقيقة في مجال العمل الطبي، بحيث أن تحديدها يعد من الأمور الشاقة والعسيرة بالنسبة للقاضي الذي يكون مطالبا بأن ينسب الضرر إلى أسبابه، خاصة وأن الغالب في الأمر أن الضرر قد يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، وقد ترجع هذه الأسباب إلى عوامل بعيدة أو خفية، لذا يستوجب على القاضي أن يحدد أي الأسباب أدى إلى حدوث الضرر.[2]

وبما أن ركن علاقة السببية منفصل عن ركن الخطأ، إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب وخطئه، لذا نجد القضاء يلقي التزاما على عاتق الطبيب بالتأكد من حالته الصحية والنفسية خاصة قبل التدخل، وقد أقامت محكمة النقض المصرية مبدأ شهيرا في هذا الشأن مقتضاه أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة وذلك بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.[3]

ثانيا: إنتفاء (قطع) علاقة السببية بين الخطإ الطبي والضرر:

تتحدد طرق انتفاء المسؤولية الطبية المدنية عن الطبيب والتخلص منها بإثبات وجود سبب أجنبي الذي يعدم رابطة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل للمريض، والسبب الأجنبي بوجه عام هو الحادث الفجائي (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure)، كما قد يكون الخطأ وقع من المضرور نفسه (faute de la victime) أو من الغير (faute d'un tiers).[4]

وعلى هذا فقد نصت المادة 127 ق م ج على إمكانية قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر متى توافرت إحدى حالات الانتفاء السابقة الذكر، حيث ورد في هذه المادة مايلي:

---

[1]- منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، المرجع السابق، ص:61.
[2]- سعاد هني، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:27.
[3]- محمد حسين منصور، **المسؤولية الطبية**، المرجع السابق، ص:174.
[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص:972..

" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك."

وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام (الالتزام ببذل عناية) وذلك لاستحالة وجود محل للتنفيذ، و اعتبار ما إذا كانت الواقعة المدعى بها قوة قاهرة ترجع إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع لأنه تقدير موضوعي.[1]

[1]- محمد حسين منصور، **المسؤولية الطبية**، المرجع السابق، ص:175.

المبحث الثالث: آثار المسؤولية المدنية الطبية في مجال زراعة الأعضاء البشرية

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب – في مجال زراعة الأعضاء البشرية خصوصا- تقوم هذه المسؤولية مما تنتج عنها آثارا قانونية هي النتيجة أو الجزاء يوقعه القانون على المسؤول مدنيا (الطبيب)، والجزاء في المسؤولية المدنية هو التعويض عن الضرر الذي أحدثه الشخص بخطئه، فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقيق المسؤولية، والحصول عليه يكون وفقا لإجراءات يحددها القانون تتمثل في الدعوى.

وسنحاول في هذا المبحث أن نبين الإجراءات الواجب اتباعها (المطلب الأول) لإمكانية حصول المتضرر على التعويض (المطلب الثاني)

المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

تعتبر الدعوى إجراء قانوني لاقتضاء الحق في جبر الضرر اللاحق بالمريض أو ذويه جراء خطأ الطبيب، وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة لدعوى المسؤولية المدنية[1]، إذ تعرف هذه الأخيرة بأنها: **"الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه، إذا لم يسلم له به المضرور اتفاقا"**

الفرع الأول: إجراءات مباشرة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

لقد تناول المشرع الجزائري إجراءات مباشرة الدعوى المدنية أمام مختلف الجهات القضائية إبتداء أواستئنافا أو طعنا بالنقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، وهذا ما سنستند إليه في دراستنا لدعوى المسؤولية المدنية على الطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، والتي نقتصر فيها على تبيان أطراف الدعوى وعلى إجراءات التقاضي فيها.

أولا: أطراف الدعوى

الأصل أن لكل دعوى مدنية طرفان هما: المدعي الذي يدعي حقا (المضرور)، والمدعى عليه بذلك الحق (المسؤول عن الضرر).

1- المدعي: هو كل من أصابه ضررا مباشرا نتيجة خطإ طبي أو خطإ علاجي، وبالتالي فالمدعي في المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض أو ذووه، ولا تقبل دعوى المدعي إلا توافرت فيه كافة شروط قبول الدعوى التي نصت عليها المادة 13 ق إ م إ، كما يجب على المدعي أن يثبت أنه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساسا به، سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا.

---

[1]- أحمد حسن الحيازي، **المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص:151.

[2]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

أما في حالة وفاة المدعي، فإن حق المطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه العام والخاص.[1]

2- المدعى عليه: المدعى عليه في المسؤولية الطبية هو المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي، وقد يكون المدعى عليه:

أ. في حالة المسؤولية الواحدة: هو الطبيب المخطىء سواء بفعله الشخصي أو بفعل الممرض أو أحد مساعديه، وإذا كان الطبيب تابعا لمستشفى عام أو خاص، فإن كلا من الطبيب والمستشفى يكونا مسؤولين قبل المريض وفقا لقواعد المسؤلية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي والمستشفى باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه وفقا للمادة 136 ق م ج.[2]

ب. في حالة تعد المسؤولية:ويبرز هذا في حالة تعدد المسؤولين عن الأضرار التي لحقت بالمريض، فإذا كانت مسؤوليتهم عقدية جاز للمضرور رفع الدعوى على كل واحد منهم، باعتبار أن كل واحد منهم مسؤولا عن الضرر الذي تسبب فيه، وتبرز هذه الصورة بكثرة أثناء القيام بعمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية، أما إذا كانت المسؤولية تقصيرية فإنه وفقا للمادة 126 ق م ج يكونوا المسؤولين عن الفعل الضار متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم فب الالتزام بالتعويض.[3]

ثانيا: الاختصاص بالنظر في الدعوى

يتحدد الاختصاص نوعيا ومحليا (إقليميا)

1- الاختصاص النوعي:

يؤول الاختصاص للفصل في دعاوى المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية للمحكمة بحسب نوعها وطبيعتها[4]، فإذا أقيمت الدعوى على الطبيب أو أحد مساعديه، وكان هؤلاء تابعين للقطاع الخاص، فإن الدعوى تؤول إلى جهة القضاء المدني (المادة الأولى ق إ م إ)، أما إذا كانوا تابعين للقطاع العام فإن الاختصاص ينعقد لجهة القضاء الإداري (المادة 800 ق إ م إ)، أما في حال ما إذا كانت الدعوى تابعة لدعوى عمومية جزائية باشرتها النيابة العامة، فإن الاختصاص يؤول لجهة القضاء الجزائي، وذلك طبقا للمادة 3 و5 ق إ ج .[5]

2- الاختصاص الإقليمي:

القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي أنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإذا لم يكن له موطن معروف آل الاختصاص إلى المحكمة التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار

---

[1]- ، أحمد حسن الحيازي، **المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، المرجع السابق، ص:154.

[2]- كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:308.

[3]- سعاد هني، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص: 44.

[4]- نبيل صقر، **الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص: 56.

[5]- عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، المرجع السابق، ص: 201.

موطن، يؤول هذا الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرتها الموطن المختار، هذا طبقا للمادة 37 ق إ م إ، أما المواد الموالية لهذه الأخيرة فقد أوردت استثناءات عن هذه القاعدة، حيث نصت المادة 5/40 من نفس القانون:

" في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أما المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج"

ثالثا: التقادم في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

لقد حدد المشرع الفرنسي مدة تقادم المسؤولية الطبية بعشر سنوات تبدأ من تاريخ جبر الضرر[1]، أما المشرع الجزائري – بخلاف المئرع الفرنسي- أخضعها إلى القواعد العامة للمسؤولية، بحيث لم يورد نص خاص بهذا المجال، لذا فإنها – وفقا للمادتين 133 و308 ق م ج- تتقادم بمرور خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار وليس من يوم وقوع خطأ الطبيب.

الفرع الثاني: عبء الإثبات

الأصل أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المضرور (المريض)، ووفقا للمادة 323 ق م ج فإنه: **" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"**

ويختلف عبء الإثبات حسب طبيعة الالتزام، فإذا كان التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، فإن على المريض إثبات خطأ الطبيب، بينما لا يقع عليه سوى إثبات وجود الالتزام وحدوث الضرر أثناء تنفيذ الالتزام أو عدم تحقيق النتيجة المقصودة إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، فتقوم مسؤولية الطبيب سوء كان الخطأ ثابتا او مفترضا، ولا يمكن للطبيب في هذه الحالة دفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن الخطأ كان بسبب أجنبي، أي نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل.[2]

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمدعي إثبات الواقعة القانونية بكل طرق الإثبات - وفقا للقواعد العامة-

بعدها يمكن للقاضي أن يتحقق من الوقائع التي أثبتها المضرور، وإن كان من السهل عليه أن يتبين بنفسه على خطإ الطبيب فيما يتعلق بأعماله العاديةن إلا أن ذلك يبدو عسيرا بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى العمل الطبي، لذلك فإن القاضي وجب علبه الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء رأيه في المسائل الفنية، إلا أنه تبقى للقاضي السلطة التقديرية في تكييف سلوك الطبيب (حتى لا يكون الخبير قاضيا)، وبالتالي ما يجب معرفته أن تقرير الخبرة المنجز من قبل الخبير ليس ملزما للقاضي، بل يأخذ به على سبيل الإستئناس.

[1]- ينظر كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:316.
[2]- عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، المرجع السابق، ص: 206.

المطلب الثاني: التعويض الناشيء عن مسؤولية الطبيب المدنية

التعويض هو النتيجة الحتمية وجزاء المسؤولية المدنية – كما سبق الذكر- وللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحليل مقدار التعويض، لكن ليس له أن يختار من مقدار التعويض ما يريد اختياره، ويغفل عما يريد الأغفال عنه من بين عناصره، لأنه بالرغم من أن له سلطة واسعة إلا أنها ليست مطلقة، بل هي مقيدة لأنه يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا.[1]

والتعويض في المسؤولية المدنية يكون إما عينيا أو نقديا، فالتعويض اعيني هو إلزام الشخص على تنفيذ ما التزم به، والتعويض بمقابل يكون عندما يستحيل التنفيذ العيني، أما في مجال المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية فإن التنفيذ العيني يكون نادر الحدوث لصعوبة تنفيذه، فالغالب أن يكون التعويض نقدا[2]، مع العلم أن هذا الأخير يمكن أن يكون دفعة واحدة أو مقسطا أو في شكل مرتب لمدى الحياة حسب الأحوال والظروف، وحسب ما يقدره قاضي الموضوع الذي له كل السلطة التقديرية في ذلك (حسب المادة 132 ق م ج)

الفرع الأول: تقدير التعويض

من المستقر عليه فقها وقضاء أن تقدير التعويض يكون بقدر الضرر الناشئ، فلا يزيد ولا يقل عنه، كما يكون تقدير التعويض وقت صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف، فالعبرة هنا بوقت وقوع الضرر ونفس الشيء بالنسبة لتغيير قيمة النقد، والعبرة أيضا بتاريخ صدور الحكم بغض النظر عن ارتفاع أو انخفاض قيمة النقد، أما إذا لم يتيسر للقاضي أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ بحق الضرور في المطالبة خلال مدة معينة يحددها هو (القاضي) للنظر من جديد في التقدير.[3] - وهذا طبقا للمادة 131 ق م ج-

الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض

يكون القاضي عند تحديده لمقدار التعويض أما معيارين:

أولا: معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت:

تنص المادة 182 ق م ج على مايلي:

" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..."

[1]- كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، المرجع السابق، ص:319.
[2]- محمد حسين منصور، **المسؤولية الطبية**، المرجع السابق، ص:192.
[3]- المرجع نفسه، ص:211.

يتضح من نص هذه المادة أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه ما لحق الدائن من ضرر، وما فاته من كسب.

والمقصود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما الكسب الفائت فيخص كل الثمرات الطبيعية للشيء المتلف أو محل الالتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية، ويضاف عليها الأرباح غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية، فتبعا لذلك يتعين على المتضرر – طبقا للقواعد العامة- أن يثبت الضرر بعنصريه الكسب الفائت والخسارة اللاحقة ليأتي تقدير التعويض.

ثانيا: معيار الظروف الملابسة:

تنص المادة 131 على مايلي:

" يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق الدائن طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة..."

ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التي تلابس المضرور، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حياب القاضي عند تقديره للتعويض، لأن التعويض يقاس على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، لأن الضرر قد أصاب المضرور بالذات، كما يكون محلا للإعتبار الحالة الصحية والجسمية للمضرور.

المطلب الثالث: التأمين على المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يبرمه المؤمن مع المؤمن له، يلتزم فيه بالتأمين له عن مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يسببها الغير، وهذا التعريف المجمع عليه لدى الفقه، والمؤمن هنا هو الطبيب - وقد يكون المريض أيضا- أما المؤمن له فهي شركات التأمين، ويكون محله ضمان الآثار المالية للمسؤولية المدنية تجاه الغير مقابل دفع أقساط دورية محددة.[1]

فالنظام التأميني يقدم امتيازات للطبيب الذي يستطيع أن يمارس مهنته دون هاجس أو خوف من شبح المسؤولية، فهذا النظام إجباري، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عندما جعل من التأمين على المسؤولية المدنية بالنسبة للمهنيين – من بينهم السلك الطبي- إجباريا، حتى أنه جعله شرطا أساسيا لمزاولة مهنة الطب، وذلك طبقا للمادة 167 من قانون التأمينات الصادر بأمر 95-07.[2]

[1]- عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، المرجع السابق، ص:221، 218.
[2]- ينظر محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص:451

إلا أنه بالمقابل واجه انتقادات من بعض الفقهاء، من أهمها أنه يفتح باب الإهمال ويشجع الأطباءعلى عدم تقديم العناية والرعاية الكافية لمرضاهم. وقد رد على هذه الانتقادات بأن التأمين يؤمن المريض من أفعال الطبيب ويعوض أضراره، فلا يضيع عليه حق، لأن التأمين الإجباري لا يكون لمحض الجبر، بل لجبرالضرر.[1]

خلاصة الفصل الثاني:

تناولنا في هذا الفصل الجدل الفقهي والقضائي حول تكييف طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض في ميدان زراعة الأعضاء البشرية وطبيعة التزام الطبيب، حيث توصل غالبية الفقه إلى اعتبار هذه العلاقة بأنها علاقة تعاقدية – كأصل- على أساس وجود عقد بين الطبي والمريض، والمسؤولية التقصيرية كاستثناء[2] في حالة عدم وجود دليل على الرابطة العقدية، كما قد حسم الفقهاء في طبيعة التزام الطبيب تجاه مريضه في أنه التزام ببذل عناية، وفي بعض الأحيان يكون التزاما بتحقيق بتحقيق نتيجة.

وتناولنا أيضا الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب، التي هي في الحقيقة التزامات إنسانية قبل أن تكون قانونية، فإذا أخل بهذه الالتزامات، تقوم مسؤوليته المدنية، وترتب كافة آثارها.

فلكي تقوم مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب أن تتوفر أركانها وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

وقد سبقت الإشارة إلى أن المسؤولية المدنية في للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية شأنها شأن المسؤولية في باقي الاختصاصات الطبية، لذا فهي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية منذ قيامها إلى تقرير الجزاء عليها، إلا أن ما يميز هذا النوع من العمليات هو صورة الخطأ الطبي في هذا المجال، الذي يحدد من خلاله القاضي نوع الخطأ، وبالتالي تقدير التعويض تقديرا موضوعيا، كما يعتمد القاضي عند تقديره للتعويض إما على معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أو على معيار الظروف الملابسة.

ولأن المشرع أراد تشجيع الأطباء على ممارسة مهنتهم بكل حرية ودون خوف، فقد أعطى لهم تأمينا لمحو الآثار المالية للمسؤولية المدنية التي تقع على عاتقهم.

[1]- محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص:454.

[2]- PANNEAU(Jean), **la responsabilité du médecin**, op, p: 7, 12.

الخاتـــمـة

ختاما لبحثنا الذي تناولنا فيه موضوعا حساسا نوعا ما ألا وهو" المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية" والذي درسناه من خلال فصلين اثنين وما تضمنا من مباحث، نستنتج ما يلي:

- إن قضية نقل وزرع الأعضاء البشرية قضية حديثة، وقد أسالت الكثير من الحبر حول مشروعيتها، فقد تعرفنا على الحكم الشرعي وما سبقه من جدل بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث توصل هذا الأخير إلى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نظرا لأهميتها في بعث أمل الحياة للمرضى من جديد، لكن بشرط احترام القيود التي وضعوها لاعتبارها مشروعة، ومن أهم هذه الشروط وجود حالة الضرورة، كما تعرفنا أيضا على رأي الفقه القانوني من هذه العمليات الذي استتبع موقفه موقف الفقه الشرعي في ذلك.

- أما المشرع الجزائري فقد أجاز عمليات نقل وزرع الأعضاء حيث نظم هذه العمليات في القانون رقم 85-05 م ح ص ت، الذي أورد فيه شروط جواز القيام بهذه العمليات وهذه الشروط منها ما يتعلق بنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، ومنها ما يتعلق بنقل الأعضاء بين الأموات.

- كما يتضح أن المشرع قد أقام المسؤولية المدنية للطبيب في حالة إخلاله بالتزامه أثناء قيامه بعمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية ترتب كافة آثارها، وقد ثار جدل فقهي بخصوص طبيعة هذه المسؤولية، واستقروا على أنه ذو طبيعة عقدية متجهين في ذلك اتجاه القضاء الفرنسي، وهذا بعد صدور قرار "مرسييه" الشهير، الذي حسم أيضا في طبيعة الالتزام بأنه التزام ببذل عناية - مع بقاء التزام الطبيب بتحقيق نتيجة واردا في حالات محددة-

- وقد تناولنا في بحثنا هذا ركن الخطإ، الضرر وعلاقة السببية كأساس لقيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، والمشرع الجزائري يأخذ بفكرة الخطأ الموجب للمسؤولية، إذ أن الطبيب يعد مسؤولا مدنيا عندما يرتكب خطأ يسبب به ضررا للمريض، بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب، كما تجدر الإشارة إلى أن السبب الأساسي لقيام مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء البشرية هو مخالفته لأحد الشروط المنصوص عليها في القانون 85-05 م ح ص ت، لأنها هذه الشروط وضعت خصيصا لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فمخالفتها توجب المسؤولية المدنية.

- أما عبء الإثبات فإنه يقع على المريض المضرور، وكما أشرنا إلى أن طبيعة الإثبات يختلف حسب طبيعة الالتزام ما إذا كان التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، وبعد تحقق القاضي من الوقائع وتكييفها، يقدر مدى التعويض، ويكون معيار تقدير هذا الأخير إما على أساس الخسارة اللاحقة والكسب الفائت أو على أساس الظروف الملابسة، مع ضرورة المحافظة على حق المضرور في مطالبته بإعادة النظر من جديد في مقدار التعويض، إذا لم يسهل على قاضي الموضوع تحديده بصفة نهائية.

- بقي أن نشير إلى أن التأمين في المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية ـ كأثر من آثارها ـ هو نظام أخذه به المشرع الجزائري وجعله نظاما إلزاميا، وذلك لضمان حقوق كل من الطبيب والمريض، كما أن له أهمية من الناحية العملية تعود بالنفع العام إلى طائفتي الأطباء بتوفير الطمأنينة والحرية في مباشرة أعمالهم، والمرضى بضمان التعويض لهم عند حدوث أي ضرر طبي.

وفي الأخـير لا يسعنا إلا أن نقول أن نبل وسمو الغاية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جهة، وتحريم التعدي على جسم حيا وتكريم جثته ميتا والحفاظ على حرمتها من جهة أخرى، تكرس مبدأ منع بيع أعضاء جسم الإنسان بمقابل مالي، وتجرم هذ الفعل، مما يجعل من الخطأ في هذه الحالة ثابتا، ويجعل الطبيب تحت طائلة المسؤولية المدنية إذا ما هو أتى بمثل ذا التصرف المحظور.

التوصيات

من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، تبين لنا وجود نقائص التي نتوقف عندها آملين تدخل المشرع لعلاجها.

- لم يحدد المشرع الأعضاء القابلة للزرع، كما أنه لم يمنع التبرع بالأعضاء التناسلية التي تؤدي إلى اختلاط في الأنساب، كونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

- لم ينص المشرع على سن الرشد للقيام باستئصال العضو البشري لما في ذلك من خطورة على سلامة جسم الإنسان.

- يتبين من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية، و النصوص المتعلقة بمهنة الطب أن المشرع الجزائري لم يورد نصوصا خاصة بالمسؤولية المدنية التي تقوم عند إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كون هذا الموضوع من المواضيع الحساسة التي تمس بكيان الجسم البشري.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: باللغة العربية

1- المصحف الشريف

2- الدساتير:

أ- القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الإتحادية
ب- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ت- دستور مملكة البلجيك

3- النصوص التشريعية والتنظيمية والمواثيق:

أ- النصوص التشريعية والتنظيمية:

- أمر 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.
- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8 مؤرخة في 17 فبراير 1985.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984.
- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 2 يوليو 1992.

ب- المواثيق:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948

4- الكتب:

أ- أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط: 1، 2008.

ب- أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في الجسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.

ت- طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط:1، 2001.

ث- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1، 2000.

ج- عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دارهومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009.

ح- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط:3، 1998، م:2، ج:1.

خ- غالب غلي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، ط:7، 2004.

د- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

ذ- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر 2007.

ر- منذر الفضل، المسؤولية الطبية، دار الثقافة، عمان، ط:1، 2012.

ز- نسرين نبيه عبد الحميد، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، ط:1، 2008.

س- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة 2000.

5- الرسائل الجامعية:

أ- سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، (شهادة المدرسة العليا للقضاء)، غير منشورة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2006/2003.

ب- كريم عباشي، الضرر في المجال الطبي، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011.

ج- كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012.

ح. فضيلة إسمي قاوة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2011.

خ. فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جمعة الحاج لخضر، 2011-2012.

د- وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011.

6- المجلات والجرائد:

أ- المجلات:

- الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ندوة مجلس الأمة حول: عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين العلم والدين والأخلاق والقانون، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، ديسمبر 2003.
- يحيى عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، المؤسسة الوطنية للإتصال، الرويبة 2011.

ب- الجرائد:

- نوارة بابوش، تقنين "بيع" أعضاء الموتى للمرضى، جريدة الشروق، (يومية)، عدد 4373، 2014/05/11.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- LEGISLATION FRANCAISE:

- Code civil des Français

2- OUVRAGE:

- PANNEAU (Jean), La responsabilité du médecin, DALLOZ, Paris, 2ème édition, 1996

ملخص البحث:

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هي من أعظم الإنجازات الطبية التي شهدها العصر الحديث، وهي تمثل أسمى معاني التضامن الإنساني، إلا أنها لم تسلم من الأخطاء الطبية كونها من أكثر العمليات تعقيدا، مما جعل المجتمعات يتخوفون من خطورتها والمشاكل التي قد تثيرها، وجعل فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا الفقه القانوني يتجادلون حول مشروعيتها، فاستلزم ذلك وضع شروط وضوابط لإجراء هذه العمليات.

إن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب تجاه مريضه عند قيامه بعمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية قد توجب مسؤوليته المدنية، مما ترتب عليه كافة آثارها، وتفاديا لذلك وضع المشرع الجزائري نظام التأمين الإجباري الذي يهدف من وراءه حماية كل من الطبيب والمريض من جهة، والتقليل من الدعاوى ضد الأطباء المرفوعة أمام القضاء.

فهرس الموضوعات.....	الصفحة
مقدمة	
الفصل الأول: النطاق الشرعي والقانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية.....	1
المبحث الأول: مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	2
المطلب الأول: تعريف نقل وزرع العضو البشري.....	2
المطلب الثاني: مراحل عمليات نقل وزرع العضو البشري.....	3
المبحث الثاني: حكم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية.....	4
المطلب الأول: الاتجاه المعارض لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	4
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	5
المبحث الثالث: التكييف القانوني لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	8
المطلب الأول: موقف الفقه القانوني والتشريعات الوضعية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	8
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	11
1- الشروط العامة لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	12
2- شروط إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.....	12
3- شروط إجراء عملية نقل العضو من الميت إلى الحي.....	13
خلاصة الفصل الأول.....	14
الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية.....	15
المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المدنية والتزام الطبيب.....	16
المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب.....	16
الفرع الأول: المسؤولية العقدية.....	16
الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية.....	17
المطلب الثاني: طبيعة التزام الطبيب.....	18
الفرع الأول: الالتزامات التي تخص الطبيب بمريضه.....	18
أولا: الالتزام بالإعلام.....	18
ثانيا: الالتزام بالسر المهني.....	19

الفرع الثاني: طبيعة الالتزام	19
المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.....	20
المطلب الأول: الخطأ الطبي.....	20
الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي ومعياره.....	20
أولا: مفهوم الخطأ الطبي.....	21
1- تعريف الخطأ الطبي في الفقه الوضعي.....	21
2- الخطأ في مفهوم القانون الجزائري.....	21
3- أنواع الخطأ الطبي.....	22
4- مقدار جسامة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية.....	22
ثانيا: معيار الخطأ الطبي.....	22
الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي.....	23
المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية.....	24
الفرع الأول: الضرر.....	25
أولا: أنواعه.....	25
ثانيا: شروطه.....	25
الفرع الثاني: علاقة السببية.....	26
أولا: قيام علاقة السببية بين الخطإ الطبي والضرر.....	27
ثانيا: إنتفاء علاقة السببية بين الخطإ الطبي والضرر.....	27
المبحث الثالث: آثار المسؤولية المدنية الطبية في مجال زراعة الأعضاء البشرية.....	29
المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	29
الفرع الأول: إجراءات مباشرة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	29
أولا: أطراف الدعوى.....	29
ثانيا: الاختصاص بالنظر في الدعوى.....	30
ثالثا: التقادم في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب.....	31
الفرع الثاني: عبء الإثبات.....	31
المطلب الثاني: التعويض الناشئ عن مسؤولية الطبيب المدنية.....	32
الفرع الأول: تقدير التعويض.....	32
الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض.....	32

أولا: معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت.....	32
ثانيا: معيار الظروف الملابسة.....	33
المطلب الثالث: التأمين على المسؤولية المدنية للطبيب.....	33
خلاصة الفصل الثاني.....	34
الخاتمة.....	35
التوصيات.....	37
قائمة المصادر والمراجع.....	38
ملخص البحث.....	41
فهرس الموضوعات.....	42