



جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق
تخصص القانون الخاص - مدني معمق

المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

تحت إشراف الأستاذة
أ.د. قماري بن ددوش نضرة
من إعداد الطالبة
صبيحي فوزية
تم تقديمها و مناقشتها علنا أمام لجنة المناقشة:

- عيساني رفيقة: أستاذة محاضرة (أ) جامعة مستغانم... رئيساً
- قماري بن ددوش نضرة: أستاذة التعليم العالي جامعة مستغانم... مشرفاً
- فنينخ عبد القادر: أستاذ التعليم العالي جامعة مستغانم... مناقشاً
- بن بدرة عفيف: أستاذ محاضر (أ) جامعة مستغانم... مناقشاً
- رباحي أحمد: أستاذ التعليم العالي جامعة الشلف... مناقشاً
- عدة جلول سفيان: أستاذ محاضر (أ) جامعة وهران... مناقشاً

السنة الجامعية: 2019-2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى والديا الكريمين حفظهما الله ورعاهما.

إلى الإخوة والأخوات الذين قدموا لي العون والمساندة طوال دراستي...

إلى كل أساتذتي الذين كانوا سببا في هذا النجاح ، وأخص بالذكر الدكتورة/
امحمدي بوزينة أمينة، والدكتورة/ سكيل رقية.

إلى جميع الأحبة والأصدقاء ورفقاء الدرب، الذين ساهموا في إتمام هذا
البحث ، سواء بجهودهم المباركة، أو برأيهم السديد، أو بدعواتهم الخالصة.

إلى كل هؤلاء الذين أهتدي بهم في ظلمات البرّ والبحر أهدي هذا العمل

فوزية صبيحي

شكر وتقدير

بعد حمد الله والثناء عليه بما هو أهله، والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وبمنتهى الإجلال والتقدير أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى الأمانة الفاضلة الدكتور/ قماري بن ددوش نضرة لتفضلها بالأشرف على هذه الأطروحة، والمتابعة لها خطوة إثر خطوة، حيث كان لتوجيهاتها السديدة وأرائها الثاقبة أعظم الأثر في إخراجها بهذا الشكل، فجزاها الله عني وعن طلاب العلم خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، والذين قبلوا عناء مناقشة هذه الرسالة وشرفوني بذلك، والذين أمل منهم التصويب عند الزلل والتنبيه عند الخطأ، والتمثلة في:

الأستاذة: عيساني ربيعة

الأستاذ: رباحي أحمد

الأستاذ: فنيخ محمد القادر

الأستاذ: بن بكرة محيية

الأستاذ: محدة جلول سفيان

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية :

م.أ.ط مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر.

ج.ر. الجريدة الرسمية بالجزائر.

ق.ح.ص.ت: قانون حماية الصحة و ترقيتها (الجزائري).

ق.ص.ع.ف : قانون الصحة العامة الفرنسي.

ت.أ.ط : تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي.

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق م ف: القانون المدني الفرنسي

ق م م : القانون المدني المصري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ن.ق.نشرة القضاة.

م.ق: المجلة القضائية.

د ب ط : دون بلد الطبع

د ت ط : دون تاريخ الطبع

ق : قانون

م : المادة

ع : عدد

2- باللغة الفرنسية :

AL.:	Alinéa.
ART. :	Article
C. :	Code.
CA. :	Cour d'appel .
CASS.:	Cassation.
CE. :	Conseil d'état.
CIV.:	Civile.
CONCL.:	Conclusion.
C.S.P.F.:	Code de santé publique français.
D.:	Dalloz.
Doc.	Doctrine.
ED.:	Edition.
G.A.J.C.:	Grands arrêt de la jurisprudence civile.
GAZ.PAL. :	Gazette de palais.
G.D.D.M.:	Grandes décisions de droit médical.
JO. :	Journal officiel.
NUM.:	Numéro.
LGDJ. :	Librairie générale de droit et de Jurisprudence.
OP.CIT. :	Ouvrage Précédemment Citée.
PEN.:	Pénale.
REQ.:	Requête.
T	Tome
OBS. :	Observation.
V.:	Volume

مقدمة

تعتبر العلوم الطبية من أقدم العلوم التي عرفها الإنسان، حيث ظهرت في عصور ما قبل التاريخ ممتزجة بالخرافات والسحر، وكانت مزاولة الطب قاصرة على الكاهن الذي يجمع بين السلطات الدينية والقضائية، من منطلق الاعتقاد الذي كان سائداً آنذاك، بأن الشيطان يسكن جسم الإنسان ويسبب له المرض، فإذا مات، فإن ذلك يعني أن الشيطان قد تغلب عليه. وبهذا تكون المسؤولية الطبية (La responsabilité médicale) قد عرفت منذ العصور القديمة، فقد نظمها قانون حمورابي في بلاد ما بين النهرين، ووضعت قوانين صارمة لمزاولة مهنة الطب، وتشددوا في محاسبة الأطباء عن أخطائهم، حيث قضى بقطع يد الطبيب الذي تسبب في موت مريضه إذا كان رجلاً حراً، أما إذا كان المريض رجلاً عبداً، فالطبيب ملزم بتعويض عبد بعدد⁽¹⁾، على أنها عرفت تقدماً عند قدماء المصريين؛ فجمع كل ما يتعلق بأعراض الأمراض وطرق علاجها في كتاب عرف بـ "السفر المقدس"، وكان على الطبيب أن يحترم ما هو مدون فقط في هذا الكتاب، فإذا خالفه وسبب ذلك وفاة المريض دفع الطبيب رأسه ثمناً². وكان للفقهاء إبقراط (Hippocrate)³ في عهد الإغريق (اليونان) الفضل الكبير في التخلص من الخرافات في مجال الطب، إلا أن ذلك لم يرتب أي التزام قانوني على الطبيب،

(1) خصص قانون حمورابي - ملك بابل بالعراق بين 1793 إلى 1750 ق.م- المواد من 215 حتى 223 لعمل الطبيب والمسؤولية الطبية، حيث تنص المادة 218 على أنه: "لو شق جراح جرحاً عميقاً في جسم رجل حر بمشروط من البرونز مما سبب وفاته، أو فتح قناة أو مجرى الدمع في عين رجل مما عطل عين الرجل يقطعون يده". وتنص المادة 219 على أنه: "لو شق جراح جرحاً عميقاً في جسم عبد قروي بمشروط من البرونز مما تسبب في موته، يعرض عبداً بعدد". انظر في هذا الشأن: شريعة حمورابي، ترجمة محمود الأمين، شركة دار الوراق للنشر المحدودة، لندن، الطبعة الأولى، 2007، ص.ص. 60-61.

² رابيس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.38.
³ إبقراط هو أبو الطب وأعظم أطباء عصره، أول مدون لكتب الطب، من أعظم الشخصيات على مر التاريخ في كل العصور والمجالات، اهتم بمجال الطب دون سواه وحظي بشهرة منقطعة النظير، صاحب فكرة القسم الشهير الذي يقسمه الأطباء قبل مزاولة مهنة الطب، هو ابن إقليدس بن أبقراط، ولد بجزيرة كوس حوالي سنة 460 ق.م، عاش خمسة وتسعون عاماً. أشارت إليه: درويش سحر عكاشة، الأعشاب والفوائد والأضرار"، دار خالد اللحياي للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص.64.

وعلى الرغم من ذلك فقد أمر "الإسكندر الأكبر" (Alexandre Le Grand) بصلب الطبيب جلوكيس (Glokis) في الإسكندرية، لإهماله أثناء علاج مريض مما تسبب في وفاته (1). وفي عهد الرومان، ونظرا لعدم وجود نصوص خاصة بمهنة الطب، استدعى الأمر تطبيق نصوص القانون العام على الأطباء، إذ يعتبر الجهل وعدم الكفاءة خطأ يعاقب مرتكبه بالنفي إذا كان من أفراد الطبقة الراقية، وبالموت إذا كان من أفراد الطبقة الوضيعة (2). وفي العصور الوسطى وفي أوروبا، ضاعت كتب "إبقراط" وأصيب الطب بنكسة شديدة وسادت الخرافات وكثر السحر وأصبح إذا ما مات مريض بسبب عدم عناية الطبيب أو جهله سلم إلى أسرة المريض والتي يترك لها الخيار بين قتله أو جعله رقيقاً (3). أما في القانون الكنسي كانت عقوبة الطبيب في حال وفاة المريض الناجمة عن إهماله يمكن أن تصل إلى حد الإعدام، إذ كان يسلم الطبيب إلى أهل المريض الذين كان باستطاعتهم قتله أو استرقاقه، زد على ذلك أنه إذا لم يشفى المريض، لم يكن الطبيب يستحق أجره (4). وكانت دعوة الإسلام كبنائية لعصر جديد لمجتمع حديث تحكمه مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التي تحث على الدراسة والاجتهاد والتقصي والحكم بين الناس بالعدل، كما أن مسؤولية الطبيب وجدت عدة تطبيقات لها في الشريعة الإسلامية، وكان يمكن الحجر على الطبيب الجاهل، ولعل أفضل دليل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من تطب ولم يكن بالطب معروفاً؛ فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن" (5)، وقوله أيضاً: "أيما طبيب تطب على قوم لا يعرف له تطبيب قبل ذلك فأعنت" (6) فهو ضامن".

(1) قيس الصغير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، السعودية، 1991، ص 57_58.

(2) المرجع نفسه، ص 59.

(3) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1975، ص 41-42.

(4) أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 25.

(5) رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أنظر: ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1377هـ، ص 132.

(6) أي أضر بالمريض وأفسده.

ويقول الله عز وجل في محكم كتابه: "كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ" (1)، وعند البحث عن تأثير هذه الآية في التشريعات الوضعية القديمة والحديثة نجد أنها وجدت لها عدة تطبيقات في مجال التشريعات، منها في إطار أحكام المسؤولية بمختلف أنواعها، ومن بين صورها نجد مسؤولية الطبيب عن أخطائه بمناسبة مزاولته مهنته، هذه الأخطاء التي نالت نصيباً وافراً من الجدل، نظراً لحساسية اتصال هذا الجدل بالجسم الإنساني، لما يلقاه ذلك الكيان من احترام وتقدير لمبدأ حرمة الجسد.

ولعل هذا ما دفع القوانين الوضعية بأن تستقي من أحكام الشريعة الإسلامية التي عرفت أساليب التطبيب والوقاية منذ قرون لا تقل عن تلك التي اكتشفها علماء الغرب في العصر الحديث، مع ذلك لا أحد يمكن أن ينكر أن مهنة الطب قد شهدت خلال العقود الأخيرة تطوراً كبيراً وتقدماً ملحوظاً جعل البعض يقر بأن ما حدث من تطور وتقدم في هذا المجال خلال الخمسين سنة الأخيرة من القرن الماضي يجاوز في أهميته ما تم خلال عشرين قرن من عمر الطب، ومحصلة هذا التطور الطبي وما لازمه من مخاطر أدت إلى زيادة طبيعية في عدد الأعمال الطبية الضارة؛ رافقتها في ذات الوقت زيادة ملحوظة في عدد الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية الطبية أمام القضاء، والسبب في زيادة هذه الدعاوى بالمقارنة مع السابق هو زوال العلاقة الشخصية بين الطبيب والمريض؛ إذ لم يكن للعائلة إلا طبيب واحد يعرفه أفراد الأسرة معرفة خاصة ويتقنون به وبمستواه الطبي، وبالتالي من غير المستساغ أن يكون هذا الأخير موضعاً للاتهام لمجرد فشله في علاج مريضه وكثرة الإهمال في المستشفيات العامة، وبرزت العلاقة التجارية في المؤسسات الاستشفائية الخاصة والأطباء الخواص.

وقد تم هذا التحول الجذري في الصلة التي كانت قائمة بين الطبيب والمريض بوقت قطع فيه الطب خطوات جبارة في طريق التقدم والرقي، ولا شك أن هذا التطور الطبي يمثل في الوقت الراهن منعطفاً حاسماً وخطيراً، على قدر كبير من الأهمية في تاريخ الطب؛ إذ أصبح الطب الحديث سيد العلاج والمرض.

(1) سورة الطور، الآية 21. ومفاد الآية الكريمة أن الله محاسب كل شخص على صنيعه، وأن كل فرد مسؤول عن فعله،

ولما كان جسم الإنسان وسلامته أعلى ما يملك، فقد كان محل اهتمام الكثير، من بينهم الفقه الفرنسي، لاسيما الأساتذة كاربونييه (JEAN CARBONNIER) العميد سافاتييه (SAVATIER) والأستاذ ستارك (STARK) والأستاذ اسمان (ESMEIN) الذين يعتبرون من الأوائل الذين حملوا لواء مناصرة الاهتمام بسلامة الحياة وجسد الإنسان، باعتباره أهم الحقوق العامة الأساسية التي تخص مبدأ التكامل الجسدي للبشر، وذهبوا إلى أن حياة الإنسان وأعضائه وجميع أجزاء جسده وحياة أسرته العامة والخاصة وضرورة المحافظة على سلامة الكيان الأدبي والحرية الشخصية والكيان الفكري هي مقدمة موضوعات القانون المدني التي يلزم بحثها ضمن حقوق البشر الثابتة، ويليها من بعد أحكام المعاملات المالية كحق الملكية وأحكام الاعتداء على المال كالعمل المستحق للتعويض وأحكام المسؤولية الأخرى وغيرها؛ وعليه فإن الكل أثنى وأكبر من الجزء، وما حياة الإنسان وسلامته وصحته وجسده من الاعتداء أو الأذى أو المساس بحقوقه إلا المقدمة الكبرى، وهي الأولى بالاهتمام والرعاية في القانون المدني، لأن الحق في الحياة أعلى وأثنى الحقوق، وسلامة البدن من أهم الحقوق أيضا⁽¹⁾.

إن الحق في سلامة الجسم والحق في الحياة شأنهما شأن الحقوق الملازمة للشخصية لا تكتسب وإنما تثبت وحتى لا نقع في التلاعب بالألفاظ؛ فإنه يقصد بالثبوت أن هذه الحقوق لا تحتاج لمصدر أو سبب لاكتسابها؛ فالشخص تثبت له تلك الحقوق باعتبارها من مميزات وامتيازات وعناصر الشخصية؛ فهي لصيقة بها، ومن ثم لا تحتاج لأن تكتسب لسبق وجودها بمجرد الميلاد أو الحمل⁽²⁾.

(1) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية، الأردن، 2002، ص.10.

(2) حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998، ص.144.

وتعتبر الرعاية الصحية حق من حقوق المواطن، وقد عملت كل الدول على تقنين هذا الحق ضمن مختلف المواثيق والساتير والقوانين، لاسيما الجزائر⁽¹⁾، إلا أنه لا يكفي أن تنص هذه القوانين على حق المواطن في الصحة، بل الأهم من ذلك هو كيفية تجسيده على أرض الواقع؛ إذ اعتبرت المنظمة العالمية للصحة أنه بالرغم من المبالغ المالية العمومية المرصودة للقطاع الصحي في الجزائر، إلا أن الخدمات الصحية بقيت دون المستوى، والسبب في ذلك عدم وجود سياسة وإستراتيجية صحية ناجعة، وسوء توزيع الأطباء والتفاوت فيما يخص الاستفادة من خدمات الرعاية الصحية، كما أن الأموال وحدها لا تحقق الأهداف والنتائج، والأكثر من هذا فإن التقنيات المكلفة ليست هي شرط النجاح⁽²⁾.

وبهذا يعتبر الطب أنبل مهنة إنسانية على الإطلاق، نظرا لأهميته البالغة في حياة الإنسان الذي لا يمكنه الاستغناء عن الطبيب من أجل الحفاظ على صحته ؛ ورغم المكانة المرموقة التي يحظى بها الطبيب في المجتمع ؛ وذلك من خلال دوره الفعال في الحفاظ على السلامة الجسدية للأشخاص والذي يخول له التعامل في جسم الإنسان بكل حرية، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة، وأهم قيد يرد عليها هو هاجس المسؤولية الذي يلزم ذهن الطبيب بسبب تخوفه الدائم من إخفاقه في علاج المريض، لاسيما في ظل التطور الكبير الذي شهدته ولازالت

(1) ورثت الجزائر سنة 1962م حالة صحية متردية ومتدهورة حيث كان النظام الصحي الموجود متمركزا أساسا في أكبر المدن كالجزائر، وهران، وقسنطينة، والمتمثل في الطب العمومي المجاني ، وللخروج من هذا الوضع عملت الجزائر من خلال العديد من البرامج والسياسات الوطنية للصحة لتحسين وترقية صحة مواطنيها من خلال تخفيض وفيات الأطفال الذين يقل سنهم عن خمس سنوات بثلاثين بين سنتي 1990 و 2015 وتحسين صحة الأمهات بتخفيض وفيات الأمهات بثلاث أرباع بين سنتي 1990 و 2015 ومكافحة فيروس السيا وأمراض أخرى كالتهك في حمى المستنقعات ومرض السل والأمراض المعدية وغير المعدية. للمزيد من الشرح راجع: نور الدين حاروش، "حق المواطن الجزائري في الصحة.. بين النصوص والواقع"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، قسم الدراسات القانونية والشرعية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست- الجزائر، العدد 8، جوان 2015، ص 127 وما يليها.

(2) نور الدين حاروش ، المرجع السابق، ص 123.

تشهده العلوم الطبية في عدة مجالات من بينها العمليات الواقعة على جسم الإنسان وكذا التصرف بأعضاء هذا الجسم البشري⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يقول كاربونييه: "إن الجسم يحتل مكانة خاصة في القانون - له طابع مقدس - فهو يتمتع بحماية مزدوجة: ضد اعتداءات الغير في صورة منع الاعتداء على جسم الإنسان، وضد سلطة تصرف الشخص نفسه عن طريق تقهيط سلطان الإرادة"⁽²⁾.

وعليه، فإن المسؤولية تعتبر نقطة الارتكاز في الفلسفة التشريعية للقانون المدني، بل للقانون برمته، ومكمن الاهتمام من جميع النظم القانونية، وما من شك أن تحديد إطار المسؤولية يزداد صعوبة في المجال الطبي أكثر من أي مجال آخر، وذلك لما للعمل الطبي من خصائص وصفات تميزه عن باقي النشاطات الأخرى، مما جعل الفقهاء القانونيين يخشون ولوج هذا الموضوع الفني البحت، لما لمكانة الطب من قدسية وحرمة وأسرار، مما جعل قواعد المسؤولية الطبية عاجزة عن الإحاطة بكل الحالات التي تعرض على القضاء، وذلك لسببين متعارضين: أولهما التطور الهائل والسريع لعلم الطب في مختلف مجالاته، حيث تقدم بأشواط كبيرة عن تقدم القانون الطبي، وثانيهما عدم جرأة وقدرة الكثير من فقهاء القانون عن الدخول في مآهات المجال الطبي الحساس، من أجل تقرير وضبط قواعد المسؤولية الطبية المدنية، ولا شك أن هذا ما يدفعنا لإدراك حقيقة واقعية تتمثل في مدى عمق الهوة التي تفصل حالياً بين التطور التقني والعلمي للطب، وتأخر وتذبذب علم القانون عن مسايرة تطور علم الطب.

وهكذا واجهت مسؤولية الطبيب دائماً مشكلة تحقيق التوازن بين اعتبارين مختلفين:

الاعتبار الأول حماية المرضى، مما قد يصدر عن الأطباء والجراحين من أخطاء وضمن توفير العناية الطبية اللازمة والتأكيد على سلامتهم الجسدية كهدف أساسي للتدخل الطبي، أما الاعتبار الثاني فهو توفير الحماية المطلوبة للأطباء والجراحين لممارسة العمل الطبي من خلال تمكينهم من أكبر قدر من الحرية والإبداع في ممارسة عملهم.

(1) زرارة عواطف، "مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2014، ص 180.

(2) Jean CARBONNIER: Droit Civil (introduction, les personnes), press universitaire de France, paris, 1974, p 215.

وللمسؤولية الطبية أنواع، فهي أخلاقية نظرا لكون العلاقة التي تجمع بين الطبيب والمريض أساسها الأخلاق، ومسؤولية جزائية لأن القانون أقر المسؤولية الجزائية للطبيب في حالات محددة، غير أن المسؤولية المدنية للطبيب هي أكثر أنواع المسؤولية الطبية شيوعا لأنها تنشأ عن خطأ صادر من الطبيب وهي الحالة الأكثر وقوعا لكون الطبيب معرضا للخطأ مثله مثل أي إنسان⁽¹⁾.

وتعرف المسؤولية بوجه عام بأنها: "حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة"⁽²⁾، ولهذه المسؤولية أقسام: مسؤولية أدبية أخلاقية، ومسؤولية قانونية. وتنقسم هذه الأخيرة إلى مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية، وما يهمننا في هذا البحث هي المسؤولية المدنية دون الجزائية، حيث سنقوم بدراسة المسؤولية المدنية للطبيب، وتحديدًا في القطاع الخاص دون القطاع العام، باعتبار الطبيب في القطاع العام يعتبر موظف في المستشفى العام، وهو ما يترتب عنه مسؤولية المتبوع عن تابعه، أي مسؤولية المستشفى عن أخطاء تابعيها، وهي المسؤولية الإدارية في إطار الخطأ المرفق ي دون الخطأ الشخصي. وحرصا منا على مراعاة التخصص الدراسي، سيكون الطرح على هذا الأساس.

وتعرف المسؤولية المدنية الطبية على أنها عبارة عن تعويض المريض عما حل به من أضرار مادية أو أدبية بسبب الخطأ الطبي. والدعوى المدنية التي يرفعها المتضرر أو ذويه هي وسيلة للحصول على التعويض⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق تتضح الأهمية البالغة لموضوع المسؤولية الطبية، هذه الأهمية التي كانت دافعا وراء الاهتمام الشديد الذي أولته التشريعات بموضوعها من خلال حسن التأطير والتنظيم، كما أنها جعلت موضوع مسؤولية الطبيب مثار نقاش فقهي أسال مداد أقلام العديد من

(1) وزارة عواطف، المرجع السابق، ص 181.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم

الأول، في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، مصر، 1988، ص 01.

(3) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998،

ص 18. وزارة عواطف، المرجع السابق، ص 181.

الفهاء والباحثين في الشأن القانوني، كما وضعت محط تضارب العديد من الاجتهادات والأحكام القضائية.

لذا تكمن أهمية الدراسة، في كونها تبحث في موضوع حديث، خاصة بعد التقدم الكبير الذي أحرزه الطب، واتساع مجالات تطبيقه وتشعب فروعه، وبرز الاختصاصات فيه زاد من أهمية دوره في المجتمعات الإنسانية، كما زاد من مخاطر مهنة الطب وضاعف من مسؤوليات الطبيب، كما أن تناول موضوع المسؤولية الطبية نظراً للحاجة العملية لبيان الأخطاء التي يرتكبها الأطباء، ومدى مسؤوليتهم عنها في ظل عدم وجود قواعد قانونية خاصة بالمسؤولية الطبية في التشريع الجزائري، وكذا قلة الاجتهاد القضائي بالجزائر في هذا مجال.

كما تتمثل هذه الأهمية في إلقاء الضوء على القواعد الجديدة في المسؤولية الطبية، ولاسيما ما جاء به القانون الفرنسي رقم 303-02 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، المؤرخ في 2002/03/04⁽¹⁾، وكذلك ما جاء به القانون الفرنسي رقم 806/04 المتعلق بالسياسة العامة للصحة المؤرخ في 2004/08/09⁽²⁾، واللذان، أدخلتا تعديلات جوهرية على أحكام المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، وكذا الإشارة إلى الأحكام القضائية الجديدة الصادرة بشأن المسؤولية المدنية للطبيب في فرنسا، بالإضافة إلى دراسة هذه الأخيرة في التشريع الجزائري وذلك من خلال القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽³⁾، وكذا مقارنته بالقانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى⁽⁴⁾، ومدونة أخلاقيات الطب⁽¹⁾، محاولين الاعتماد والاستعانة في ذلك على أحدث المصنفات والمؤلفات والبحوث العلمية.

⁽¹⁾Loi N°2002/ 303 du 04 mars 2002 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé.J.O n°54 du 5 mars 2002.

⁽²⁾Loi N°2004/ 806du 09aout 2004 relative à la politique de santé publique, J.O du 11 aout 2004.

⁽³⁾ القانون رقم: 11-18 المتعلق بالصحة، المؤرخ في 18 شوال عام 1439 هـ الموافق ل 02 يوليو سنة 2018، ج.ر. عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة عام 1439 هـ الموافق ل 29 يوليو سنة 2018، السنة 25.

⁽⁴⁾ القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985، ج.ر. عدد 8، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 17 فبراير سنة 1985م، السنة 22.

إن الهدف من هذه الدراسة ليس إثبات تقدم الشريعة على القوانين الوضعية، فهذا أمر لا يحتاج إلى مناقشة، فالشريعة السماوية الصادرة من خالق الكون - جل في علاه- لاشك أنها الأكمل والأسمى والأشمل، ولا تقارن بعمل أي مخلوق ، ولكن الهدف هو تبيان جوانب من هذا التقدم، فالذي انتهى إليه رجال القانون الوضعي اليوم في كثير من الأحوال هو نفسه الذي بدأت به الشريعة الإسلامية قبل أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمن ، وأركان مسؤولية الطبيب في القوانين الوضعية هي نفس أركانها في الشريعة الإسلامية (2).

وترجع أسباب اختيار هذا الموضوع إلى نوعين: أسباب ذاتية وهي الرغبة الشخصية لدراسة هذا الموضوع والخوض في تفاصيله الدقيقة ومحاولة إيضاحه وإبراز حقيقته، والتعمق أكثر في التعرف على موضوع التصرف في الأعضاء البشرية، وكيفية تنظيمه من طرف المشرع الجزائري وحكم الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى الميل الشخصي لدراسة المسائل العلمية المستجدة والتي يكثر فيها الاشتباه والتساؤل حول أحكامها الفقهية.

أما الأسباب الموضوعية: فتتمثل في الانتهاكات العديدة والمتكررة التي يتعرض لها جسم الإنسان وأعضائه الماسة بسلامته، والتي تمس بالحماية المقررة له - تحت لواء العلم وخدمته للبشرية- وحق الشخص في التمتع بصحة جيدة. بالإضافة إلى الرغبة في تبيان ماهو مباح و محظور للأشخاص غير المختصين قصد حثهم وتشجيعهم على التبرع بأعضائهم لإنقاذ غيرهم من الموت - بسبب عطب أو تلف عضو من أعضائهم- سواء أثناء حياتهم أو بالإيحاء بها بعد وفاتهم. كما أن عدم مواكبة القوانين الحالية وعجزها عن مكافحة الجرائم التي استحدثتها الطفرة العلمية في المجال الطبي، أدى إلى تحول عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها من تبرع وعمل إنساني لمساعدة المرضى إلى تجارة غير قانونية لها بواعثها وأصولها وممارستها سبب آخر يستوجب الوقوف عنده، دون أن ننسى تزايد عدد ضحايا الأخطاء الطبية المرتكبة

(1) المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر. عدد 52، الصادرة في 07 محرم عام 1413 الموافق ل 08 يوليو سنة 1992، السنة 29.

(2) حسان شمسي باشا، محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ب د ن، ب س ن، ص 46.

من قبل الأطباء سواء بالمستشفيات العامة أو المؤسسات الاستشفائية الخاصة، خاصة بعد أن أضحي هدف هذه الأخيرة تجاريا أكثر منه إنسانيا، مما أدى إلى استفحال ظاهرة الأخطاء الطبية على مجال واسع. بالإضافة إلى ذلك، وجود نسبة لا يستهان بها من الأشخاص مازالوا غير مقتنعين بفكرة مساءلة الأطباء عن أخطائهم المهنية، وذلك إما لجهلهم بجدوى هذه المساءلة، وإما بسبب الفهم الخاطئ لفكرة القضاء والقدر واقتناعه م بأن الأضرار التي تلحق بهم من جراء الأخطاء الطبية ما هي إلا أمور مقدره عليهم، وبالمقابل، هناك تماديا في الخطأ وعدم التبصر من قبل بعض الأطباء، ساعد عليه السكوت عن مساءلتهم من قبل المرضى، أو تدني الوازع الديني لدى بعضهم. وبصفة عامة أهمية موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية- كونها متصلة بالأحياء والأموات- وحده سبب كاف للبحث فيه .

ومن بين الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا البحث ، هو عدم وجود قانون خاص بالمسؤولية الطبية، بل يتم تطبيق القواعد العامة. والمشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب، لم يتناول موضوع المسؤولية الطبية بنصوص خاصة، وبالتالي تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة يؤدي إلى وجود خلافات كبيرة في وجهات النظر القانونية لطبيعة مهنة الطب ولاختلاف المعايير في هذا الموضوع.

بالإضافة إلى ذلك صدور قانون الصحة الجديد رقم 11/18 وإلغاء القانون القديم رقم 05/85، وبالتالي عدم وجود أي مصدر يمكن الاستناد إليه للبحث عن نية المشرع التي يرمي إليها من خلال بعض المواد، لاسيما في ظل عدم صدور أي تنظيم يبين كيفية تطبيق نصوص القانون رقم 11/18. وربما يعتبر الباحث من بين الأوائل الذين تطرقوا إلى مثل هكذا موضوع وفق قانون الصحة الجديد، وكل ما ورد في هذا البحث بشأن هذا القانون هو عبارة عن اجتهاد شخصي، حاولنا أن نثبع فيه المعنى الحرفي للمواد أحيانا، والبحث عما يهيم إلى المشرع أحيانا أخرى، دون أن ننسى تشعب الموضوع مما جعل صعوبة التحكم فيه بمكان، لاسيما لوجود العديد من الأبحاث التي كان الجسم الإنساني محط أنظارها إلا أن جل هذه الأبحاث تناولت الجانب الجزائي لهذه المسؤولية، مما يجعل استنباط المسؤولية المدنية ليس بالأمر الهين ، بالإضافة إلى صعوبة ضبط البحث وتقسيمه تقسيما متوازنا بسبب ترابط عناصر هذا الموضوع وتداخلها. وعدم توافر العناصر اللازمة والمعلومات الكافية بالنسبة لبعض عناصر البحث.

وقد اعتمدنا في بحثنا هذا على عدة مراجع مهمة متعلقة بهذا الموضوع، من بينها رسائل دكتوراه أشارت و أبحاث علمية مختلفة، بالإضافة إلى العديد من المؤلفات التي رأينا أن نستقي منها أهم ما جاء بها فيما يخدم الموضوع، على أن تكون البداية من حيث انتهوا من أجل بناء بحثنا هذا واستنباط الضوابط اللازمة لهذه التصرفات منها، دون أن نخوض في رأي الشرع في ذلك، لأنه يعتبر مجرد تكرار لما قد تم بحثه وحسمه في الدراسات السابقة، وعليه، كان تركيزنا على أهم الأحكام الخاصة بهذه التصرفات والتي يعتبر الإخلال بها خطأ يرتب المسؤولية.

كما حرصنا من خلال هذا البحث على الالتزام والنقيد بموضوع المسؤولية المدنية دون الجزائية، ذلك أن هذه الأخيرة قد تم تفصيلها في العديد من الأبحاث السابقة على عكس المسؤولية المدنية التي لم يتم التطرق لها بخصوص التصرف في أعضاء الجسم البشري، إلا على سبيل الإشارة فقط.

ولاشك أن الأهمية الفائقة لموضوع بحثنا، المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، تتجلى أكثر وبصورة واضحة لما يثيره من إشكالات واستفسارات عديدة ومتنوعة، ذلك أن حق الشخص في جسمه ليس مطلقا ؛ بل ترد عليه قيود ؛ من بينها عدم جواز قتل الشخص لنفسه، كما لا يجوز له أن ينتقص من كيانه الجسدي، فالقانون يحمي الشخص ذاته من ذلك، فلا يجوز له استئصال عضو من أعضائه كالكلية مثلا إلا إذا لم يكن في ذلك خطر على جسمه⁽¹⁾.

كما أن حق الشخص بالحفاظ على تكامله الجسدي يرمي إلى حماية الكيان المادي للإنسان، ومنها حق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وأعضائه، ومقتضى القيام بهذه الحقوق يوجب امتناع الآخرين عن المساس به أو الاعتداء عليه بالقتل أو الجرح أو الضرب...، وتكفل القوانين الجنائية عقاب من يعتدي على هذه الحقوق ، وإذا كان حق الشخص في هذه الحالة يحميه من اعتداء الغير إلا برضائه ؛ فليس معنى ذلك أن له سلطة مطلقة على جسمه

(1) محمدي فريدة زواوي ، المدخل إلى العلوم القانونية - نظرية الحق- ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص 13.

يتصرف فيه كيفما يشاء، بل أن حق الشخص في مثل هذا التصرف ينبغي أن يراعى فيه الصالح العام، وليس من الصالح العام أن يكون للشخص الحق في التصرف في جسده أو حياته دون قيود أو حدود، وهذا ما حدا ببعض القوانين مثلا إلى المعاقبة على الشروع في الانتحار، أما إذا لم يكن تصرف الشخص في جسمه متعارضا مع الصالح العام في الجماعة، بل على العكس كان يحقق فائدة للجماعة، فإنه يكون صحيحا كما هو الحال بالنسبة لتصرف الشخص في بعض دمه بالبيع أو الهبة لإتقاذ حياة الآخرين⁽¹⁾.

ومهما يكن، فإن مسؤولية الطبيب اليوم لم تعد محل خلاف كما يرى البعض، وأنها أصبحت حقيقة قضائية والنقاش فيها لا يتعلق بوجودها؛ وإنما بنظامها وبطبيعتها ومبناها القانوني، وليس من السهل القول أن جميع عمليات زرع الأعضاء البشرية قد تخطت مرحلة التجارب وأصبح نجاحها مضمونا، فإذا كان هذا الكلام يصح بالنسبة لبعض الأعمال الطبية كعمليات نقل الكلية وعمليات ترقيع القرنية والجلد مثلا، إلا أنه غير صحيح بالنسبة للمخ والمعدة وبعض الأعضاء الأخرى، غير أنه من الثابت أن عمليات زرع الأعضاء البشرية في تطور مستمر وتقدم كبير، ولعل من أول أهدافها التغلب على الموت بإطالة حياة الإنسان، لأن للإنسان مصلحة أكيدة في البقاء على قيد الحياة ولا يوجد أثمن من الحق في الحياة. ومن أهدافها أيضا إزالة الألم وتحقيق سعادة البشر بالتغلب على المرض⁽²⁾.

وعليه، فإن مجمل التساؤلات تنصب حول كيفية قيام هذه المسؤولية وأساسها، وأهم التطبيقات في هذا المجال، وحول آثارها، وإثبات المسؤولية إلى كيفية التعويض وطرق ضمانه، على أن يكون ذلك وفق قانون الصحة الجديد وهو ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: هل تمكن المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18-11 من وضع قواعد قانونية كافية للتصرف في الأعضاء البشرية وكفيلة بتأمين الطبيب من المسؤولية المدنية؟.

(1) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، موجز للنظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1998، ص 179.

(2) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 11.

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على عدة مناهج، حيث اعتمدنا المنهج الوصفي لتوضيح وتعريف وتحديد بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة، وكذا المنهج التحليلي من خلال التحليل العلمي لمختلف النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المختلفة - بشأن الأخطاء الطبية والمسؤولية المدنية عن التصرف في الأعضاء البشرية - بغية الوقوف على أوجه قصور وفعالية هذه النصوص في تحقيق الحماية المطلوبة، بالإضافة إلى المنهج المقارن من خلال مقارنة ضوابط المسؤولية بين قانون الصحة رقم 05/85 الملغى وقانون الصحة الجديد رقم 11/18 وكذا مقارنتها ببعض التشريعات، لاسيما التشريع الفرنسي، خاصة إذا أدركنا حقيقة ثابتة، تتمثل في مدى أسبقية الفقه والقضاء الفرنسي في وضع ملامح وإقرار قواعد ومعالم المسؤولية المترتبة عن التصرف في الأعضاء البشرية.

وقد اعتمدنا للإجابة عن الإشكالية التي تثيرها الدراسة على خطة ثنائية، تنقسم إلى بايين: تناول الباب الأول منها أركان المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، وتم التعرض في الباب الثاني للأحكام المترتبة عن المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري.

توصلنا في الأخير إلى خاتمة، ضبطنا على ضوءها ما تمّ التوصل إليه من نتائج، إلى جانب تقديم مجموعة من الاقتراحات .

الباب الأول

أركان المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

إذا كان لا جدال أن جسم الإنسان قد دخل دائرة القانون، وأن أجزاء الجسم ومنتجاته أصبحت محلا للتعامل القانوني، وباعتبار أن الإنسان والجسد الإنساني يمثلان القيمة الأعلى التي لا تقدر بثمن، فإن الضرر الحاصل من الخطأ الطبي له نتائج كبيرة ماديا ومعنويا لدى المريض أو ذويه، ولدى الطبيب المعالج والمؤسسة الصحية التي يعمل فيها، وبالتالي يطلب أن يواجه هذا الخطأ بجدية ومسؤولية، كما أن تجارب المجتمعات والأفراد في مجال الأخطاء الطبية تبين أن أخطاء الأطباء والعاملين في المهن الصحية عموما ليس من السهل نسيانها بالمقارنة مع غيرها من أخطاء أصحاب المهن الأخرى، ما يجعلها تأخذ اهتماما زائدا عن غيرها من الأخطاء في المهن الهندسية أو القانونية⁽¹⁾..

والحقيقة أن الحديث عن الأساس القانوني لا يكون إلا إذا تخلف المشرع عن تنظيم عملية نقل الأعضاء البشرية، أما وإن بسط هذا الأخير سياج حمايته، يصبح الحديث عن مسألة الإباحة من عدمه من قبيل التزييد، وإن كانت محاولة المساس بجسم الإنسان من دون مقتضى هو من قبيل الاعتداء على سلامته⁽²⁾.

وتبدو الحماية المدنية لجسم الإنسان في شكل حمايته في مواجهة الغير كمنع الغير من الاعتداء على سلامة الجسم أيا كانت صورة الاعتداء وكذلك في الحماية اللاحقة على وقوع الاعتداء بإلزام المعتدي بتعويض الضرر المادي والمعنوي في نطاق المسؤولية المدنية، وثانيا في منع الغير من الاعتداء على جسم الإنسان، إذ لا يجوز إجبار الإنسان على الخضوع للفحص الطبي لإثبات النسب عن طريق فصيلة الدم أو إجباره على تعاطي عقاقير معينة وصولا

(1) معن شحدة أديس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، سلسلة تقارير قانونية رقم 77، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم"، ص.13.

(2) الديات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دون طبعة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 70. خلفي عبد الرحمان، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية- دراسة في الفقه والتشريع المقارن"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتأمين غمت، الجزائر، سداسية محكمة، العدد 07، جانفي 2015، ص 180.

للحقيقة (مصل الحقيقة) أو خضوعه لإجراء التجارب الطبية لإرضاء شهوة عملية أو طموح علمي أو غيرها، لأن هذه الأعمال الطبية تعد مساسا بالحق في السلامة المكفول قانونا، وكذلك حماية جسم الإنسان من تصرفات الشخص نفسه بعدم جواز التعامل بهذا الجسم أو إلحاق الضرر به، فاتفق المريض مع طبيب أو غيره للتخلص من الحياة باطل ولا يعفي الفاعل من المسؤولية القانونية، وعليه، فإن أي عمل طبي - في غير حالة الضرورة- لا يجوز القيام به إلا برضا الشخص المعالج⁽¹⁾.

ويرى البعض أن التمييز بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب يبقى بدون أثر في القانون الطبي، لأن المسؤولية المدنية تؤسس في كلتا الحالتين على خطأ الطبيب، ويبقى الاختلاف الوحيد بينهما في مدة التقادم المقررة لكل منهما، غير أن مدة التقادم المسقط لدعوى المتابعة المدنية في التشريع الجزائري محددة بخمسة عشر (15) سنة سواء كانت ذات طابع تعاقدي أم تقصيري⁽²⁾. ومادام الحال كذلك يستوي أن يتابع الطبيب وفقا لأحكام المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية لأنها تخضع لنفس الأحكام العامة في المسؤولية المدنية من حيث وجوب إثبات خطأ الطبيب، الضرر الناتج عن هذا الخطأ وعلاقة السببية بينهما⁽³⁾.

غير أننا نرى أنه من الأهمية بمكان التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية، وهما العقدية والتقصيرية، وهو ما سيتم عرضه في الباب الثاني من هذا البحث.

ولعل البحث في أركان المسؤولية المدنية عن التصرف في الأعضاء البشرية، يتطلب منا تحديد الخطأ في هذه المسؤولية في الفصل الأول، وكذا الضرر والعلاقة السببية في الفصل الثاني.

(1) مندر الفصل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية الطبية، مجلة الكوفة، العدد7، ص 11.

(2) المادتين 133 و308 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة بتاريخ 2005/06/26.

(3) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية-دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009، ص 350.

الفصل الأول

الخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

حاول الفقهاء تحديد فكرة الخطأ، إلا أنهم لم يتمكنوا من إعطاء تعريف أو توحيد فكرة معينة له، وتضاربت الآراء اتجاه هذه الفكرة، حيث حاول بعضهم ربط الخطأ بال فعل غير المشروع، حيث يرون أن " الخطأ هو العمل غير المشروع" أي العمل الضار المخالف للقانون، غير أنه انتقد هذا التعريف نظراً لاستحالة معرفة جميع الأعمال التي تلحق ضرراً بالغير وينهى عنها القانون لاسيما التي لم يرد فيها نص⁽¹⁾.

أما "بلانيول" فيعرف الخطأ، بأنه "الإخلال بالتزام سابق"، ويحاول حصر هذه الالتزامات في: الامتناع عن العنف، الكف عن الغش، الإحجام عن عمل لم تهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء ، غير أنه انتقد باعتباره تقسيماً للخطأ وليس تعريفاً له⁽²⁾.

وقد استقر فقهاً وقضاً رأياً يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، حيث يعتبر الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني. أما الخطأ في المسؤولية العقدية فهو إخلال بالتزام عقدي، ويكون الإخلال بالتزام العقدي إما التزماً بتحقيق غاية أو التزماً ببذل عناية، أما الالتزام القانوني في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزماً ببذل عناية، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، وإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان ذو قدرة على التمييز، بحيث يدرك هذا الانحراف، كان هذا الأخير خطأ يستوجب إقامة المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر

الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ب ت ن، ص 777.

(2) المرجع نفسه، ص 778.

(3) المرجع نفسه، ص 779.

أما المشرع الجزائري فقد تناول ركن الخطأ من خلال المادة 124 ق.م.ج¹، أين اعتبر كل فعل يرتكبه الشخص ويسبب ضرراً للغير خطأً يستوجب التعويض .

ويُعبّر عن الخطأ الطبي بالإخلال بقواعد ممارسة العمل الطبي ، ويعرّف العمل الطبي على أنه: "كل نشاط يرد على جسم الإنسان ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً في عالم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً بذلك، بقصد الكشف عن المرض وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المريض، أو الحد منها أو منع المرض أو بهدف المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضا من يجري عليه العمل"⁽²⁾. كما تعرفه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير "مارسي" الصادر بتاريخ 20 ماي 1936³ بأنه "الإخلال بالعناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة".

ويعتبر الخطأ في التصرف في الأعضاء البشرية خطأً طبي، ذلك أن التصرفات الواردة على الأعضاء البشرية لا يمكن أن تكون إلا عن طريق أطباء سواء باستئصال العضو أو زرعه، وعليه، فإن تناول الخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في الأعضاء البشرية، يكون من خلال محاولة معرفة الأخطاء الناجمة عن الأطباء أثناء التصرف في هذه الأعضاء، ونجمل هذه الأخطاء في مخالفة الإذن كخطأ في مبحث أول، وانعدام الضرورة ووجود المقابل المادي وكذا الضوابط الفنية كخطأ في مبحث ثان.

¹ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، ج.ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975 م. المعدل والمتمم.

⁽²⁾ زكية مصباح المغلول ، "المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل الدم الملوّث "، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، السنة الثانية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015، ص 93.

³ سيتم التفصيل أكثر في هذا القرار في الباب الثاني من هذا البحث .

المبحث الأول

مخالفة الإذن كخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف بأعضاء الجسم البشري

يقصد بالإذن الموافقة، وللموافقة عدة معاني، من بينها: أن تكون هي العنصر المنشأ للعقد، وضرورية لتكوينه، فمثلا في عقد البيع يأذن البائع بالتخلي عن ملكية العقار، ويأذن المشتري بدفع الثمن. كما تعني السماح أو الترخيص الذي يعطيه الغير لإنجاز أحد التصرفات القانونية، كمنح الأبوين موافقتهم من أجل زواج إبنهم القاصر. وتقترب الموافقة على التصرف الطبي مع هذا المعنى الثاني، إلا أنه يبتعد عنه في كون الموافقة في المعنى الطبي، تنبعث من نفس الشخص الذي سيواجه الاعتداء ضده بشكل مباشر وليس على الغير⁽¹⁾.

ولا شك أن موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتصرف القانوني بها يخص صحة الرضا من المتصرف وفكرة القبول بالمخاطر الناجمة عن ذلك سواء أثناء الحياة أو بعد الوفاة⁽²⁾. وبناء على ذلك سنتعرض لمخالفة الإذن كخطأ قبل التصرف في أعضاء الجسم البشري عند الأحياء في المطلب الأول، ثم عند الأموات في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مخالفة الإذن كخطأ قبل التصرف في أعضاء الجسم البشري عند الأحياء

اشترط الفقهاء المجيزين للتصرف في الأعضاء البشرية، وكذا التشريعات المنظمة لهذا المجال الحصول على إذن المتبرع كشرط لصحة التصرف الصادر من هذا الأخير⁽³⁾، حيث أن الحصول على هذه الأعضاء من جسم الإنسان الحي أثناء الحياة من المسائل التي تحتاج إلى التثبت من صحة رضا الشخص، والوقوف على تحديد نوع العضو المراد نقله من الجسد والبحث في شرعية الاتفاقات الماسة بالجسد وغيرها⁽⁴⁾، وقد وضعت شروط حتى ينتج هذا الإذن آثاره،

(1) أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص.243. وأيضا: بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص.147.

(2) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.17.

(3) افتكار ميهوب ديوان المخلفي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ص.206.

(4) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.18.

وإذا تخلفت هذه الشروط فإن هذا التصرف يرتب المسؤولية المدنية نتيجة الخطأ المرتكب والتمثل في عدم مراعاة شروط الإذن، وبالرجوع إلى القواعد العامة في الرضا فإن شروط صحته تتمثل في خلو الإرادة من أي عيب، وكذا توافر الأهلية اللازمة في الطرف المتعاقد.

الفرع الأول: خصائص الرضا قبل التصرف في الأعضاء البشرية

يعتبر الرضا أهم ركن في العقد، وعليه فإن رضا المريض من الشروط الأساسية لإباحة الأعمال الطبية، وهو شرط جوهري أي كانت هذه الأعمال؛ إذ يجب أن يبنى هذا الرضا على إرادة حرة لا يشوبها عيب من العيوب، والتي يقصد بها وفقا للقواعد العامة تلك العوامل التي تلابس إنشاء العقد، لا يمكن اعتبار العقد صحيحا كاملا ملزما نظرا لوجود شائبة تعيب إرادة العاقد، لذا فإن المشرع الجزائري جعل العقد المشوب بعيوب الإرادة قابلا للإبطال أو موقوفا؛ كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات، وتتمثل هذه العيوب في الغلط، الإكراه، التدليس، والاستغلال⁽¹⁾، فهل يمكن تصور حدوث هذه العيوب في مجال التدخلات الطبية والتصرف في الأعضاء البشرية؟.

بداية نشير إلى أن الشرط الأول والجوهري للتعامل في الجسم هو رضا من يخصه الجسم محل التعامل، ويلاحظ أننا لسنا بصدد إيجاب وقبول يترتب عليهما قيام التصرف، فلا يوجد بداءة تصرف قانوني بمعنى الكلمة، وإنما يوجد مجرد إذن بالتعامل، أي إذن بنقل جزء من الجسم، فالأصل أن التبرع لا يجب أن يتم لشخص محدد؛ بل إن قوانين نقل وزرع الأعضاء تفرض نطاقا من السرية على من سينقل له جزء من الجسم حتى بعد تمام العملية، وذلك بهدف سد كل سبل التعامل المالي في الجسم، وهذا يؤدي بدوره إلى عدم إمكان وجود تصرف لأنه لا يوجد من يتم التصرف إليه؛ أي لا يوجد طرف آخر يصدر له إيجاب ويصدر القبول استجابة له؛ وإنما إذن لجهة طبية بالحصول على منتجات الجسم أو عناصرها لاستخدامها بعد ذلك في غرض طبي أو علمي لاحق⁽²⁾.

(1) جعفر محمد السعيد، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.6.

(2) ويرى حسام الدين الأهواني أن الجمعية العمومية لمجلس الدولة قد وفقت في فتاها حيث ذكرت أن الرضا في شأن الجسم الأدمي لا يقوم به تصرف لازم.. لأنه لا يتعلق بحق مالي يدخل في دائرة القابلية للتعامل =/=

وللرضا خصائص وجب مراعاتها حتى يكون هذا الأخير صحيحا، من بينها ضرورة أن يكون الرضا حرا مستتيرا، وأن يكون مبصرا، وهو ما سنبرزه فيما يلي:

أولا: ضرورة أن يكون الرضا حرا مستتيرا

إن جل التشريعات المنظمة لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية تشترط أن يكون التعبير عن الرضا حرا أي خاليا من أي ضغط أو إكراه - سواء كان ماديا أو معنويا- من شأنه أن يعدم الرضا الصادر من المتبرع، كما يشترط أن يكون محيئا، أي متزامنا مع وقت إجراء العملية، ويجب أن تستمر هذه الموافقة وبنفس الكيفية وقت العملية في غير إكراه، بل يشترط المشرع الجزائري ذلك صراحة من خلال نص المادة 360 في فقرتها السادسة من القانون 18-11: "يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاهها في أي وقت وبدون أي إجراء"، وبمفهوم المخالفة يجب أن يكون الرضا مستمرا⁽¹⁾.

وقد أكدت جميع الفتاوى الشرعية على شرط حرية الرضا، ومنها لجنة الإفتاء الجزائرية بتاريخ 20 أبريل 1972⁽²⁾ التي أكدت على وجوب التأكد من الرضا الصريح للمتبرع. كما يجب على الطبيب أو القاضي الذي يكلف بالحصول على الرضا في الأنظمة التي اشترطت صدور الرضا أمام جهة رسمية التأكد من سلامة إرادة المتبرع، ويعني ذلك التأكد من قدرة الشخص على إصدار موافقة يعتد بها قانونا من حيث توافر شرطي الإدراك والحرية، فإذا لاحظ الطبيب أو القاضي أن الشخص المائل أمامه مكره على الموافقة كأن يكون مخدر، وجب عليه الامتناع عن إثبات ذلك الرضا.

كما تنتفي الحرية عن الرضا إذا تم الحصول عليه عن طريق الغش أو التدليس، كأن يكون الرضا بشأن اقتطاع أنسجة معينة، في حين يباشر الطبيب عملية اقتطاع عضو مهم من جسم المتبرع كالكلية أو غيرها، ونفس الشيء ينطبق على الغلط.

=/= إنما هو إذن وإجازة تتعلق بحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية" فهو إذن بالمساس بالحق في سلامة الجسم. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 166.

(1) خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 186.

(2) أحمد حماني، حكم نقل الدم وزرع الأعضاء البشرية، فتوى صادرة عن لجنة الإفتاء المركزية بالجزائر، بتاريخ ربيع الأول 1392هـ/الموافق 20 أبريل 1972، مجلة العصر، العدد الأول، الصادر بتاريخ 04/09/1990، ص 4، أشار إليها مروك نصر الدين، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص 169.

ولعل من المناسب أن ننوه بما جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، حول الجهات التي لها صلاحية التأكد من الرضا، حيث جعل رئيس المحكمة المختصة إقليميا هو المخول بالتأكد مسبقا من موافقة المتبرع على أن تكون حرة ومستتيرة، وأن يكون التبرع مطابقا للشروط المنصوص عليها في القانون، وهو ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة 360، مما يقودنا إلى القول أن هذا الإجراء هو دعامة جديدة للمتبرع حتى يكون رضاه حرا بعيدا عن أي إكراه قد يتعرض له، وبالمقابل يعتبر هذا الإجراء ضمانا للطبيب يستطيع بموجبه أن يدفع عنه المسؤولية المدنية عن طريق تقديم دليل كتابي يثبت أن رضا المتبرع كان حرا ومستتيرا ووفق الضوابط المقررة قانونا.

وقد نص القانونين الفرنسي⁽¹⁾، والمغربي⁽²⁾ صراحة على عدم جواز الاقتطاع من الأشخاص الراشدين الذين يخضعون لإجراء من إجراءات الحماية القانونية. وفي هذا المجال يثور التساؤل حول إمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من المحكوم عليهم بالإعدام، ومدى شرعية موافقة السجين أو المحكوم عليه بالإعدام بشأن التبرع بالأعضاء؟.

سنبحث في حكم الرضا باقتطاع الأعضاء عند السجين والمحكوم عليه بالإعدام من خلال رأي الفقه والقانون، كما يلي:

1- رأي الفقه في مسألة الرضا باقتطاع الأعضاء عند السجين والمحكوم عليه بالإعدام

انقسم موقف الفقه اتجاه اقتطاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام إلى قسمين، هما: اتجاه يرى إمكانية الاستفادة من الأعضاء البشرية للمحكوم عليهم بالإعدام، على أساس أنه

(1) « Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante.... Majeure faisant l'objet d'une mesure de protection l'égalité ». l'art, 1 1231-2 du code de la santé publique français.

(2) المادة 11 من القانون المغربي: "لا يجوز أخذ عضو لأجل زرع من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية ". القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 5 جمادى الآخر 1420هـ/ الموافق ل16 سبتمبر 1999م، ص 2299.

يحقق مصلحة للإنسانية من خلال إنقاذ حياة الكثير من المرضى، ولا يرى أنصار هذا الاتجاه ضررا في إكراه المحكوم عليه بالإعدام نظير المساهمة بأعضائه لإنقاذ حياة الآخرين⁽¹⁾. أما الاتجاه الثاني فيعارض فكرة انتزاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام حماية للكرامة الإنسانية، إذ يجب أن تبقى كرامة الإنسان مصونة، مهما كانت صفة هذا الشخص، فمن حق المحكوم عليه أن يمارس حقه في السلامة البدنية والعقلية. يضاف إلى ذلك، أنه من الناحية العملية يتوقف نجاح عملية الزرع على الحصول المبكر للعضو المراد زرعه من جثة حديثة الوفاة أو بعد إعلان وفاة الشخص طبقا للمعيار الحديث للموت "الموت الدماغي" وهو ما يتطلب ضرورة استعمال وسائل الإنعاش الصناعي للحفاظ على صلاحية العضو للنقل، وهذه الظروف لا تتحقق إلا إذا تم إعدام المحكوم عليه في المستشفى⁽²⁾. كما أن هناك مسألة قانونية أخرى مفادها، أنه لا يجوز للمحكوم عليه بالإعدام الإيذاء بجثته لأن المحكوم عليه ممنوع من إدارة أشغاله. أما بشأن القيمة القانونية لرضا المحكوم عليه أو السجني بشأن الاقتطاع من جسمه، فيرى البعض أنه لا يمكن الاعتداد به، إذ في غالب الأحيان يرغب المسجون على الموافقة باستعمال وسائل التهريب والترغيب، وقد يتحقق الغرض باللجوء إلى طرق أكثر ليونة كالسماح للسجين بالاستفادة من بعض المزايا⁽³⁾، وفي هذا الإطار لا تزال التجارب الطبية التي رُقِّدَها الأطباء النازيون في مراكز التعذيب في الذاكرة الإنسانية، إذ يرى البعض أن إباحة الاقتطاع من أجسام المساجين أو المعتقلين من شأنه أن يروج تجارة الأعضاء البشرية⁽⁴⁾. أما بخصوص موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، فإنه لا يجوز الاعتداد برضا المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام لأن إرادته غير حرة في غالب الأحيان، وهو ما يتبين من

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 579.

(2) إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجناحية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين

الشمس، 1994، ص 591 وما يليها، عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 580.

(3) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 322.

(4) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 581.

الحديث الشريف ، فعن ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽¹⁾.

2- موقف القانون من اقتطاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام

أيا كان التبرير لكل حالة من الحالات السابقة، فإنه يجمعها الاتجاه- في فترة زمنية سابقة- نحو التوسع في مصادر قطع الغيار البشرية، وكان ذلك يعتبر تقدماً قانونياً بفتح الباب أمام الحصول على أجزاء الجسم توصلًا إلى إنقاذ حياة وصحة من يحتاج لها من الغير ، فأمام عدم كفاية أجزاء الجسم التي يتم الحصول عليها عن طريق الرضا سواء في صورة تبرع أو وصية، لجأ المشرع إلى تغليب مصلحة الجماعة على حرمة جسم الإنسان ، فلا يجب أن يكون القانون عقبة في سبيل التقدم العلمي والطبي.

أما التشريعات الحديثة والاتفاقات الدولية، فإنها ترفض مبدأ الاستغناء عن الرضاء، حيث جاء مبدأ سمو جسم الإنسان في مواجهة حاجات العلم وحاجات المجتمع، معبراً عن هجر مثل هذه الاتجاهات⁽²⁾.

وجاء في فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة³، أنه يجب استبعاد الحصول على أجزاء من جنث الموتى مجهولي الشخصية: "الحق لا يسقط لمجرد أن صاحبه يوصف بكونه مجهول الشخصية سواء كان حقا مالياً أو حقا من حقوق الشخصية أو ما يثبت بموجب المواطنة أو الإنسانية، إنما يرد أثر الجهل بالشخصية في صدد إثبات شخصية من له ممارسة الحق عندما يشرع في ممارسته".

والحالة المعنية هنا، لا تتعلق بممارسة شخص حقا له، وإنما تتعلق بجسم آدمي ميت وبممارسة الغير اقتطاع الأعضاء من هذا الجسم لاستفادة الآخرين من ذلك، والمجهول هنا لا يمارس فعلاً، وإنما يمارس عليه الفعل، وإذا كان جسم الميت لا يستباح النقل من أعضائه إلا

(1) أورده زين الدين ألي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، دار نهر النيل، بدون سنة، ص.325.

(2) حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، المرجع السابق، ص.168.

³ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بتاريخ 1995/09/06 مشار إليها لدى حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، المرجع السابق، ص.163.

بإذنه قبل الوفاة أو بإذن أقاربه، فلا يصح القول بأن هذا النقل يستباح بغير إذن لمجرد أن الناقل يجهل شخص المنقول منه، والجهل هو تعذر المعرفة، ونقص المعرفة لا يكسب الجاهل مكنة الانتزاع من جسم يتعلق بالمجهول ولا يجرّد المجهول وأقرباءه من حق لهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجانب الإجرائي، لا يضع إمكانية لإثبات جهل الجاهل التي تمكنه من ممارسة ما هو ممنوع عليه أصلاً إذا كان يعرف شخصية الميت، ولا يوضح إمكانية التثبت من أن الجاهل أزال عذر نفسه عن جهله وسعى بالطرق المناسبة للتثبت من شخصية الميت، ولا يكاد يستبين حدوث ذلك كله قبل فساد العضو المطلوب نقله لاستخدامه" (1).

و إزاء كل هذه الآراء والاتجاهات الفقهية، فإنه يمكننا القول أن كل ذلك يتم طرحه في غياب الرضا الحر للسجين و المحكوم عليه بالإعدام، أي أن يتم انتزاع رضا السجين و التعبير عنه عن طريق الإكراه بشتى الطرق التي تمت الإشارة إليها أعلاه، أو تجاوز ذلك تماماً بعد وفاته، أما وأن يتم الإفصاح والتعبير عن نية التبرع بكامل حرية السجين، ودون أي ضغوطات، فإننا نرى أن ذلك لا يتنافى مع حرّيته في التصرف في أعضاء جسده، ولا ينقص من قيمة أو صحة الرضا بالتصرف.

غير أن بعض التشريعات اتجهت إلى الاستغناء على الرضا في حالة الحصول على أجزاء من جثة المتوفى إذا كان مجهول الشخصية، والموتى الذين تشرح جثثهم، ومن ينفذ فيهم حكم الإعدام، وهو ما يقرره القانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن بنك العيون في مصر (2). أما التشريع الجزائري، فقد اكتفى بتنظيم تنفيذ عقوبة الإعدام ولم يشر إلى مصير الجثة بعد وفاة المحكوم عليه (3)، وبالتالي فلقتطاع الأعضاء من جثة الشخص المعدم غير ممكن، بل يستحيل من الناحية العملية في القانون الجزائري، للأسباب التالية:

- سرعة وسرية تنفيذ عقوبة الإعدام ودفن الجثة.
- عدم صلاحية الأعضاء للنقل بسبب تهشيمها لأن تنفيذ العقوبة يتم رمياً بالرصاص.

(1) حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان المرجع السابق، ص.169.

(2) حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، المرجع السابق، ص.168.

(3) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 582.

- بُعد أماكن التنفيذ عن المستشفيات وهو ما يستحيل معه الحفاظ على صلاحية

الأعضاء للزرع حتى ولو كان ذلك جائزا ولم تتضرر من عملية التنفيذ⁽¹⁾.

وبالتالي، حتى لو أغفل المشرع الجزائري النص على الاقتطاع من جثث المحكوم عليهم

بالإعدام، إلا أنه يستحيل الاستفادة من هذه الأعضاء نظرا للاعتبارات المذكورة أعلاه، مما

يجعل الحديث عن مسؤولية الطبيب بسبب انتزاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام، غير

وارد، ليس بسبب الرضا الحر فقط؛ وإنما بسبب استحالة صلاحية العضو محل الانتزاع.

ثانيا: ضرورة تبصير المتبرع والمتلقي للعضو البشري

يشترط لإباحة عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية توافر الرضا لدى المتبرع

والمريض المتلقي معا، وفي غياب هذا الشرط أو حتى إذا وجد الرضا غير أنه لم يكن مستنيرا

وحرًا، صريحا ومتبصرًا، كان تصرفه معييا ومخالفا لقواعد القانون، مما يقيم مسؤوليته عن النتائج

التي قد تترتب عن تصرفه⁽²⁾، وعليه سنتعرف على كيفية التبصير عند المتبرع أولا، ثم تبصير

المتلقي ثانيا.

1- تبصير المتبرع بالعضو البشري

يعتبر تبصير المتبرع قبل أي تصرف في أعضاء جسمه البشري من أهم الشروط التي

حث عليها الفقه والشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بصفة عامة فلا يكاد يخلو أي تشريع

من النص على هذا الشرط.

أ- رأي الفقه في تبصير المتبرع بالعضو البشري

يرى الفقه الفرنسي أن تبصير المتبرع قبل التصرف في العضو البشري يتعلق بحق

الإنسان في الحياة وفي سلامة بدنه، وهذا يتطلب عدم المساس بجسمه إلا بعد الحصول على

رضاه استناداً إلى الفكرة الفلسفية التي تقضي بحق المريض في أن يكون سيد نفسه⁽³⁾.

(1) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.426. أنظر أيضا: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 582.

(2) رايس محمد، المرجع السابق، ص 227.

(3) أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي، "تبصير المريض في العقد الطبي"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثامن، السنة الحادية عشر، العدد 30، سنة 2006، ص 17.

ويقصد بذلك، أن يكون الرضا صريحاً أي نافياً لأي شك رافعاً لأي لبس، واضحاً في معناه، دالاً على ذلك بعبارات جازمة عن نية المتبرع في منح أحد أعضائه قيد الحياة، ويكون ذلك بعد أن يتم فحصه من قبيل طبيب مختص غير الطبيب الذي يجري عملية الاستئصال، ثم القول ما إن كانت حالته الصحية والنفسية تسمح بعملية نقل أعضائه أم لا، كما يجب على الطبيب الجراح أن يغم المانح بكافة جوانب العملية وآثارها السلبية والإيجابية بالنسبة لجسمه ولجسم المتلقي، وكذا فترة علاجه ومدة نقاهته، وهل هذه العملية تؤثر على علاقته مع عائلته أم لا، أي يجب أن يدرك المانح كل الأمور المحيطة بالعملية سواء طرح بشأنها سؤالاً للطبيب أم لم يطرح، طالما كانت معرفتها لازمة قبل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول⁽¹⁾.

وقد فرقت المحكمة الفدرالية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية بين التبصير اللازم للمخاطر التي تكتنف العلاج التقليدي، وبين التبصير بمخاطر العلاج التجريبي، فيكون التبصير كافياً في الحالة الأولى، وكاملاً في الحالة الثانية، بحيث ينبغي أن يتضمّن كافة ظروف التجربة وأخطارها، وإلا عدّ الطبيب قد ارتكب خطأً يوجب مسؤوليته المدنية⁽²⁾.

وقد استقر القضاء خاصة بفرنسا، على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال والزرع، وكذلك بعد إجراء هذه العمليات يعدّ أمراً ضرورياً. وأن إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأً من جانبه يوجب مسؤوليته، وتقوم به⁽³⁾.

ب- موقف القانون من تبصير المتبرع بالعضو البشري

أجمعت القوانين المقارنة على ضرورة الحصول على الإذن قبل أي تصرف في أعضاء الجسم البشري، والأکید أن ذلك استناداً إلى مبدأ حرمة الجسم البشري وعدم جواز المساس به أو

(1) خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 186.

(2) رايس محمد، المرجع السابق، ص 228.

(3) أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، مصر، 1999، ص 27. نقلاً عن رايس محمد، المرجع السابق، ص 228.

التصرف فيه إلا وفق شروط معينة ويأتي في مقدمتها رضا المتبرع، ومرد أهمية الحصول على إذن المتبرع راجع إلى أن استئصال العضو المتبرع به قد يؤدي إلى إصابته بعاهة مستديمة⁽¹⁾. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الالتزام بموجب المادة 162 فقرة 02 من قانون حماية الصحة الملغى⁽²⁾، وقد أكد على ذلك من خلال النص عليه بالقانون 11/18 المتعلق بالصحة، وفق المادة 4/364 التي جاء نصها: " لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع".

وهي مادة تقابلها المادة 3/671 فقرة ثانية من القانون الفرنسي رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994، والتي أكدت على ضرورة إعلام المتبرع قبل موافقته على العملية. والملاحظ أنّ المشرع الجزائري قد علّق رض المتبرع بوجوب تبصيره⁽³⁾، تبصيرا من شأنه إنارة إرادته للتوجه إلى هذا التبرع، وذلك من خلال تبيان نطاق الإعلام الواجب قبل التبرع، وإخطاره مسبقا بجميع الأخطار والمضاعفات التي قد تصيب المتبرع بما فيها الأضرار والآثار المحتملة بعد النزع، وهو ما تم النص عليه من خلال الفقرة السابعة من المادة 360 من نفس القانون، والتي جاء نصها كما يلي: "تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع، وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي". وهذا ما أخذ به كذلك المشرع الفرنسي، غير أنّ الإشكال الذي قد يثار هو كيفية الفصل بين التزام الطبيب بتبصير المريض وبين التزامه بالسر المهني، فهل إعلام المتبرع بمواصفات العملية وكذا بالحالة الصحية للمريض المستقبل للعضو، يعدّ بمثابة إفشاء للسر المهني الطبي، وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب المدنية؟.

هناك جدل فقهي حاد حول هذه المسألة، فمنهم من يرى بأن قيام الطبيب بإعلام المتبرع بالحالة الصحية للمستقبل يعدّ من قبيل الأخطاء الطبية المتعلقة بإفشاء السر المهني، ويجوز

(1) افتكار ميهوب، المرجع السابق، ص 220.

(2) نصت المادة 162 فقرة 02 من قانون حماية الصحة الملغى، على أنه: "ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع".

(3) A. CHADLY, Les prélèvements d'organes en vue de Greffe, Revue Maghreb médical, Volume 20, N0: 345, Edition Maghreb médical, Tunis 2000, P 91.

أشار إليها: مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 52.

للمستقبل أن يطالب بالتعويض على أساس الضرر المعنوي الذي لحق به جزاء إطلاع الغير على حالته الصحية. وعلى النقيض من ذلك يرى جانب آخر من الفقه، أنّ إعلام الطبيب المتبرع بمواصفات العملية والحالة الصحية للمستقبل للعضو، تعدّ من قبيل مستلزمات عمليات نقل الأعضاء، بيدّ أن المتبرع لا يعدّ أجنبياً على العملية فلولاها لما تمّ الشروع فيها، ومن ثمّ يكون له الحق في معرفة أين سيذهب عضوه⁽¹⁾، وعليه لا يكون الطبيب مرتكباً لخطأ إفشاء السر المهني في هذه الحالة، ولا مجال للحديث عن مسؤوليته المدنية.

أما على الصعيد القانوني، فإنّ التزام الطبيب بالسر المهني هو ضمانته وضعها المشرع لحماية شرف المريض وشخصيته، وهو ما نصت عليه المادة 206 فقرة 01 و02 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل الملغى، وهي مادة لا تتعارض مع ما نصت عليه المادة 162 فقرة 02 من ذات القانون، ذلك أنّ طبيعة هذه العمليات تتطلب إطلاعها على مواصفات العملية التي تدخل ضمنها الحالة الصحية للمستقبل⁽²⁾.

أما بقانون الصحة رقم 11/18، فقد ورد النص على السر المهني في العديد من المواد ، من بينها المادة 24 التي حث فيها المشرع الجزائري على ضرورة احترام الحياة الخاصة للمريض وكذا السر الطبي، كما حدد نطاق هذا السر والاستثناءات الواردة عليه.

أما فيما يتعلق بكشف هوية المتلقي للمتبرع ، يمكن القول أن المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة لكنه أشار إليها وفرق بين حالتين ، هما: الحالة الأولى وهي التي نص عليها من خلال المادة 2/357 من قانون الصحة، أين اشترط موافقة المتبرع أو ممثله القانوني حتى يتم اقتطاع العضو، ويكون ذلك من أجل الحفظ، وبالتالي لن يتمكن المتبرع من معرفة المتلقي، وليس له حرية التصرف في العضو أو اختيار المتلقي.

وهنا أخذ المشرع الجزائري بمبدأ السرية، وفي هذه الحالة فلن المتبرع لا يمكنه التعرف على الحالة الصحية للمتلقي ، وكذا النتائج المرجوة من الزرع - كتحصيل حاصل-، لأنه لم يتم تحديد المتلقي بعد.

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النشر العربية، بدون طبعة، القاهرة، 1986، ص 75.

(2) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 52.

أما الحالة الثانية فهي التي ورد النص عليها بالمادة 1/359 و2، وهنا المتبرع يعلم من هو المتلقي مسبقاً، لأنه شرط في التبرع وهو شرط القرابة، مع مراعاة الأقارب المحددة بالمادة 2/360، وهذا لا يعتبر خرق لمبدأ السرية ؛ بل أعمال لحق الشخص في التبرع لأقاربه حسب الأولوية وحسب القانون، وبما أن الشخص المتلقي معروف لدى المتبرع مسبقاً، فإنه لا مانع من تبصير المتبرع بالحالة الصحية للشخص المتلقي للعضو وكذا النتيجة المنتظرة من عملية الزرع له، بل إن المشرع الجزائري اعتبر ذلك شرطاً حتى يكون تبصير المتبرع كاملاً، وهو ما نص عليه من خلال الفقرة 7 من المادة 360 المذكورة أعلاه.

2- تبصير المريض المتلقي للعضو البشري

يرى البعض ضرورة قيام الطبيب بتبصير المتلقي بحقيقة المرض، ونوع التدخل الجراحي، وبالمخاطر التي تترتب على العلاج، وأي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المتلقي يعتبر من قبيل الخطأ الطبي المستوجب للمسؤولية، ذلك أن المتلقي لا يستطيع أن يقبل أو يرفض تحمل العلاج والمخاطر الناجمة عنه، إلا بعد أن يبصره بحقيقة هذا التدخل ومدى ما ينطوي عليه من مخاطر⁽¹⁾.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ التزام الطبيب الجراح بتبصير المتلقي بكل مخاطر العلاج المقترح والحصول على رضائه قبل التدخل الجراحي، واعتبر الطبيب الذي يجري عملية زرع العضو للمتلقي دون تبصيره بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن تؤدي إليها هذه العملية وبغير رضا مستنير منه، مسؤولاً عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب أي خطأ طبي بالمعنى الفني.

ويعتبر إخفاء الطبيب للمخاطر المحتملة الوقوع للمتلقي من قبيل الوسائل التدليسية، الذي يستوجب مساءلة الطبيب متى نجم عن ذلك ضرر للمتلقي، أما الإخفاء المسموح به فيتعلق بالمخاطر غير المتوقعة والبعيدة الاحتمال للتدخل العلاجي⁽²⁾.

(1) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة ، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 248.

(2) مروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص 253.

كما أخذ بهذا الاتجاه القانون الجزائري، من خلال المادة 5/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، وتضمن القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة بالالتزام بالإعلام، حيث نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 23 منه، أما الإلتزام بالتبصير فقد نص عليه المشرع الجزائري بصفة عامة من خلال المادة 343 من نفس القانون.

أما فيما يخص الإلتزام بتبصير المتلقي قبل التصرف في الأعضاء البشرية، فإن المشرع الجزائري لم يكتف بمجرد موافقة المتلقي التي نص عليها بالمادة 1/364 من قانون الصحة الجديد، بل أكد على ذلك من خلال نفس المادة بالفقرة الخامسة التي جاء نصها: " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و 4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث"، حيث يظهر جليا أن المشرع الجزائري يؤكد على أنه لا يعتد بموافقة المتلقي إلا بعد تبصيره بكافة الأخطار الطبية التي قد تلحق به مستقبلا، مما يجعل موافقته حرة ومستنيرة دون لبس فيها.

وفي ضوء ذلك، فقد نصت المادة (48) من مدونة أخلاقيات الطب على إلزام الطبيب بتبصير المريض ليس وحده، بل من حوله من أهله أو أقاربه أو معارفه، إلا أنه يؤخذ عليه مأخذ سلبي واحد، إذ قصر التبصير على مرحلة تقديم العلاج دون غيرها من المراحل التي تفرض على الطبيب التبصير أيضاً ؛ مقارنة بموقف المشرع الفرنسي الذي شمل جميع مراحل العمل الطبي وألزم الطبيب بضرورة تقديم معلومات صادقة وبشكل واضح تلائم حالة كل مريض على حدى⁽¹⁾، وذلك بموجب المادة (35) من تقنين أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي.

وفي ذات السياق ، يقول الدكتور زهير السباعي: "والأطباء يختلفون في تعاملهم مع المريض بمرض ميئوس من شأنه: فهناك من يطمئن المريض ويفتح له طاقات الأمل ويرجيه بالشفاء، وقد يكذب عليه أحيانا، وهناك من يواجه مريضه بالحقيقة سافرة، ويترك المريض يتفاعل مع الحدث على أمل أن يتغلب على المشكلة ويواجهها، وهناك من يداري ويواري"⁽²⁾.

(1) أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي ، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 8، السنة 11، العدد، 30، 2006، ص07.

(2) السباعي زهير، البار محمد علي، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، 1999.

والطبيب مطالب بالحكمة في كل حال، فهناك المريض الذي قد تنهار قواه إذا عرف أن مرضه لا يرجى برؤه، وهناك المريض الذي يحتاج إلى أن يعرف أبعاد مشكلته، حتى يلتزم بالعلاج⁽¹⁾.

وقد تميز موقف المشرع الجزائري عن غيره من القوانين المقارنة الأخرى التي لم تأخذ هذه الحالة بعين الاعتبار في نص المادة (51) من مدونة أخلاقيات الطب والتي جاء فيها: "يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب".
والمقصود أنه يمكن للطبيب أن لا يفضي للمريض المصاب بمرض لا يرجى الشفاء منه أو خطير كما وصفه المشرع الجزائري بحقيقة مرضه وذلك لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب ألا وهي مراعاة حالة المريض النفسية ومعنوياته وهذا الاتجاه أقره القضاء الفرنسي أيضاً⁽²⁾، وهو ما قضت به محكمة استئناف ليون في قرارات لها⁽³⁾.

وقد نصت المادة (41) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي على أنه: "لا يجوز إجراء أي تدخل طبي يؤدي إلى البتر إلا إذا كان هناك مبرر طبي جاد وبعد تبصير صاحب الشأن والحصول على رضائه". فالمشرع الفرنسي أشار إلى ضرورة تبصير المريض تبصيراً كاملاً إذا كان الأمر يتعلق بتدخل جراحي- كبتر عضو على سبيل المثال - من أجل الحصول على رضا المريض، فعلى الطبيب إذ أ إعلام مريضه بتكلفة العلاج وفائدته وجميع المخاطر المتوقعة من العلاج والعواقب التي يمكن أن تترتب عليه، على أن تكون المعلومات كاملة وصادقة وواضحة ومبسطة بالنسبة إلى المريض⁽⁴⁾.

إذا، فالالتزام بتبصير المريض في مجال زرع الأعضاء يتطلب التوافق بين أمرين: الأول احترام إرادته وحرية، والثاني المحافظة على صحته، فاحترام إرادته في التصرف في تكامله الجسدي يفرض إخطاره بالمخاطر التي قد يتعرض لها، في حين أن المحافظة على صحته؛

(1) حسان شمسي باشا، محمد علي البار، كتاب مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ب د ن، جدة، 2004، ص 21 .

(2) زينة غانم العبيدي، المرجع السابق، ص43.

(3) القرار المؤرخ في 12/4/1951، أواز سليمان دزه بي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص185. مشار إليه لدى زينة غانم العبيدي، ص43.

(4) Lambert, Faivre, L'hépatite C, Post transfusionnelle et la responsabilité, civile, D, 1993, P.417.

نقوض على الطبيب اتخاذ الحذر اللازم بعدم إدخال الرعب في نفس المريض وذلك بتبصيره حتى بالمخاطر المحتملة والنادرة الوقوع بطريقة تتلاءم والحالة النفسية للمريض نفسه.

الفرع الثاني: شروط الرضا عن التصرف في أعضاء الجسم البشري.

حتى يكون الرضا صحيحا وجب احترام شروط معينة منها: أن يكون الرضا صادرا عن شخص ذي أهلية تصرف، وشروط الشكلية في الرضا.

أولاً: ضرورة مراعاة شرط الأهلية في التصرف في أعضاء الجسم البشري

الأهلية اللازمة في المتبرع قبل التصرف في أعضاء الجسم البشري لا تثار مشكلة الأهلية بالنسبة للمتلقي للعضو البشري كثيرا، ذلك أن المستقبل المريض هو المستقبل من هذا العضو، على خلاف المتبرع الذي يعتبر تصرفه هذا تصرفاً خطيراً، لأنه يمس بصحة المتبرع وأعلى ما يملك الإنسان.

وعليه يشترط أن يكون المتبرع بالعضو البشري كامل الأهلية متمتعاً بكافة قواه العقلية، فإن كان قاصراً أو بالغاً سن الرشد وغير قادر على التمييز فلا يجوز انتزاع عضو من أعضائه كمبدأ عام، وبناء على ذلك فإنه لا يقبل تبرع الصغير أو المجنون أو المعتوه، ولو صدر ذلك عن الوصي أو الولي، لأن النيابة الشرعية مقيدة بتحقيق الأصلح للصغير أو المجنون⁽¹⁾. وهناك من يرى⁽²⁾ أن المشرع الجزائري لم يحدد سن الأهلية المقصود في عمليات نقل الأعضاء البشرية، حتى يعتبر التصرف صحيحاً، هل يستند في ذلك إلى سن الأهلية الجزائري أم المدني، وأن القول أنه يتم الاستناد إلى القانون المدني أمر مردود عليه، لأن القانون المدني يحدد سن الأهلية الواجب في المعاملات المالية، أما جسم الإنسان فهو خارج عن دائرة التعامل، وبالتالي لا يمكن الأخذ بذلك. فيما يرى الباحث أن التصرف في الأعضاء البشرية هو تصرف تبرعي، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فإن التصرفات التبرعية يشترط فيها أن يكون المتصرف كامل الأهلية وبالغ سن الرشد، وهي تسعة عشر 19 سنة كاملة وقت إبرام التصرف، ذلك أنها من أخطر التصرفات المالية، وإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة إلى التصرفات التبرعية

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 407.

(2) أنظر في ذلك رأي: نصر الدين مروك، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 335.

المالية، فمن باب أولى أن لا يقل سن الأهلية في التصرفات المتعلقة بجسم الإنسان، - لاسيما نقل الأعضاء البشرية - عن تسعة عشر 19 سنة، وهو نفس السن بالنسبة للقانون المدني الجزائري.

وعليه متى بلغ المتبرع أو المتلقي سن الأهلية، فإنه ليس ثمة إشكال، لكن السؤال يطرح متى تعلق الأمر بشخص ناقص أو عديم الأهلية لأي سبب كان.

أ- موقف التشريعات من اقتطاع الأعضاء من القصر

اختلفت مواقف التشريعات اتجاه استئطاع الأعضاء من القصر بين مؤيد ومعارض.

حيث ترى بعض التشريعات عدم جواز الأخذ بموافقة القاصر، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الإسباني، الدانمارك، الكويت، الأردن، لبنان، المغرب⁽¹⁾.

فيما ذهبت بعض التشريعات إلى إجازة اقتطاع الأعضاء البشرية من القصر، وذلك متى عبّر ممثله القانوني عن ذلك، غير أن هذه الإجازة مقتصرة في كثير من التشريعات على الأنسجة المتجددة ووفق شروط محددة، ومن بين هذه الأنسجة نجد النخاع العظمي (la moelle osseuse) وغيره من المواد المتجددة في الجسم، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الفرنسي الذي منع مبدئيا الاقتطاع من جسم القاصر⁽²⁾، ثم استثنى من ذلك اقتطاع النخاع العظمي لفائدة أخ أو أخت ضمن شروط قانونية محددة نصت عليها المادة (L1231-3) من قانون الصحة⁽³⁾. وتشترط المادة أعلاه أن يتم التنازل لفائدة أخ أو أخت، بالإضافة إلى موافقة الممثل القانوني للقاصر، بالإضافة إلى شرط الرضا أمام رئيس المحكمة أو قاض يعينه هذا الأخير خصيصا لهذا الغرض، مع إمكانية التعبير عن الرضا أمام وكيل الجمهورية في حالة الضرورة.

(1) أشار إليهم: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص565.

(2) Art L1231-2: « aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale » Art L1231-2, du code de la santé français, loi n°94-653 du 29/07/1994.

(3) Art L1231-3 « par dérogation aux disposition de l'article L123-2, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou son sœur..... »

كما تشترط نفس المادة الحصول على الترخيص بالاقتطاع من لجنة من الخبراء، بعد التأكد من علم المتبرع القاصر بعملية الاقتطاع وعدم اعتراضه عن ذلك، وبمعنى المخالفة فإن رفض القاصر يوقف عملية الاقتطاع بغض النظر عن موافقة أبواه أو ممثله القانوني⁽¹⁾.

ب- موقف المشرع الجزائري من اقتطاع الأعضاء من القاصر

يظهر موقف المشرع الجزائري اتجاه اقتطاع الأعضاء من القاصر من خلال المادة 361 من قانون الصحة رقم 18-11، التي نصت على ما يلي: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي".
ويحدد سن الأهلية بالنسبة للقانون الجزائري ب 19 سنة كاملة⁽²⁾.

ويتبين من خلال المادة، أن موقف المشرع الجزائري جاء متوافقا مع المعارضين لهذه المسألة، وهو نفس موقف الفقه الإسلامي، ولم يقف المشرع الجزائري عند هذا القاصر فقط سواء كان قاصرا بسبب صغر السن أو بسبب عيب فيه كالفقه أو ذي الغفلة⁽³⁾، لكن تجاوز ذلك من خلال منع الاقتطاع من جميع الأشخاص عديمي التمييز سواء كانوا دون سن الثالثة عشر سنة أو الراشدين المحرومين من نعمة الإدراك، كالمجون والمعتوه⁽⁴⁾. كما منع المشرع الجزائري من نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض، ومن شأن هذا الانتزاع أن يصيب صحة المتبرع مستقبلا، واعتبره غير أهل لذلك، وفي المقابل منع عملية الزرع حماية للمتلقي الذي قد يتضرر لاحقا لعدم صلاحية العضو.

ويثمن البعض موقف المشرع الجزائري من اقتطاع الأعضاء من القاصر، كونه يحقق

الحماية القانونية اللازمة للقاصر أو من في حكمه، لكن تعرض المشرع الجزائري للنقد على

⁽¹⁾ V. Granet –Lambrechts, F. « les dons d'organes, de tissus, de cellules et produits du corps humain: de la loi Caillavet aux lois de bioéthique », Revue. de droit sanitaire et social, 1995,p8. voir aussi, Nefussy-leroy,N, Organes humain, Editions , Eska, Paris 1990,p 141.

أشار إليهم: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص568.

⁽²⁾ المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

⁽³⁾ أنظر المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

⁽⁴⁾ راجع المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

النقص الذي كان يعتري قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، وذلك بسبب عدم مواكبته للقوانين المقارنة على غرار نظيره الفرنسي، فيما يخص الاستثناء الذي وضعه من خلال إجازة عمليات نقل النخاع العظمي من القصر، لاسيما أنها مادة متجددة في الجسم كالدّم وغيره، ولا يشكل اقتطاعها أي مشاكل صحية بالنسبة للمتبرع ولو كان قاصراً⁽¹⁾.

فيما رأى آخرون أنه لا مانع من إجازة استئصال عضو من القاصر بصفة استثنائية، وفق حالات وشروط معينة، خاصة إذا كانت هذه العملية لا تسبب له أية مشاكل صحية، وذلك بموافقة الوالدين معاً، ومصادقة المحكمة المختصة إقليمياً على ذلك بعد التأكد من توافر عناصر حالة الاستثناء⁽²⁾، وقد جاء هذا الرأي متوافقاً مع ما قضت به محكمة كنتاكي بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1969⁽³⁾.

وفي قضية أخرى، أصيبت طفلة توأم في كليتيها بقصور شديد، مما استوجب محافظة على حياتها، نقل إحدى كليتي أختها الأخرى، غير أن الأطباء رفضوا ذلك رغم موافقة الوالدين، وعند لجوء الوالدين إلى محكمة كولورادو الأمريكية، قضت في حكم لها سنة 1972 بجواز تبرع الأخت بكلية لشقيقتها التوأم، وجاء ذلك بعد استشعار المحكمة ذلك الرباط النفسي والعاطفي الوثيق، وقالت أن الأفضل أن تعيشا معاً، وأن الصدمة من وفاة إحداهما تفوق أثرها القدر

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 676.

(2) رابيس محمد، المرجع السابق، ص 222.

(3) تتعلق القضية بحالة فشل كلوي حصلت لشاب، وتبين للأطباء من الناحية العملية والتقنية البحتة، أن شقيقه البالغ من العمر 27 سنة هو الوحيد من باقي أسرته الذي يمكن نقل إحدى كليتيه للأخ المريض، علماً أن هذا الشاب المانح كان يعاني مرضاً عقلياً جعل منه عديم الأهلية، فرفض الأطباء موافقة الأم على إجراء العملية مما اضطرها إلى اللجوء إلى المحكمة التي قالت أن: " التنازل عن عضو من أعضاء الجسم لا يكون مشروعاً إلا مع كامل حرية الاختيار، وبالنسبة للشخص عديم التمييز، فإن رعايته لا تقتصر على مراقبته مصالحه المالية وممتلكاته من جانب المحكمة، وإنما تمتد إلى كافة العناصر الأخرى التي ترى فيها المحكمة مصلحته وتحقق له الاستقرار النفسي والعاطفي، ويتعين البحث عما كان سيقوم به مكتمل الأهلية لو وضع في ظروف هذا الشخص عديم التمييز، لاشك أنه كان سيوافق على هذه العملية ويقبل بها عن طيب خاطر، وهو موقف المحكمة النهائي. رابيس محمد، المرجع السابق، ص 223.

المحدود المنتقص من جسم المتبرع، وأضافت أن للوالدين الموافقة على نقل كلية إحدى الأختين للأخت الأخرى⁽¹⁾.

وعلا بما نادى به الفقه والقضاء، استحدثت المشرع الجزائري استثناء يخص القاصر وفق شروط حددها ضمن الفقرة الثانية من المادة 361 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة والتي جاء نصها: "يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت".

وهنا لابد من بيان موقف المشرع الجزائري إزاء هذا الاستثناء الذي وضعه، حيث يتضح أنه لا يتعارض مع ما جاء بالفقرة الأولى أعلاه، ولا ينقص من الحماية القانونية المقررة للقاصر فيما يخص اقتطاع الأعضاء من جسمه، ذلك أن المشرع كان واضحا وحاسما في ذلك، حيث جعل الانتزاع متعلقا بالخلايا الجذعية المكونة للدم دون المساس بأعضائه، والدافع إلى ذلك أن هذه الخلايا هي متجددة في جسم الإنسان وبالتالي لا تشكل خطرا على حياته وليست لها آثار جانبية من شأنها أن تؤثر بأي طريقة أو بأخرى على ممارسة حياته بصفة عادية مستقبلا.

ولعل ما يؤكد حرص المشرع على حماية القاصر هو تفعيل هذا الاستثناء لصالح الأخ أو الأخت دون سواهما، ولا يستطيع غيرهما الاستفادة من هذا الاستثناء إلا في غياب حلول علاجية أخرى وذلك بصفة استثنائية ولصالح ابنة عم القاصر أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، كما اشترط أن لا يكون هذا النزاع في جميع الحالات إلا بعد الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي⁽²⁾.

وبعد استعراض هذه الآراء الفقهية والقضائية والقانونية، يجدر بنا القول أنه على الطبيب مراعاة ما جاءت به النصوص القانونية فيما يخص شرط الأهلية الواجب توافره في المتبرع، حيث لا يمكنه الأخذ برأي الفقه أو القضاء في هذا الشأن، وبما أن المشرع الجزائري قد اشترط صراحة سن الأهلية في المتبرع، ولا يجوز الاعتداد بموافقة القاصر أو من في حكمه، فإن تخلف هذا الشرط هو خطأ يؤدي بالطبيب إلى انعقاد مسؤوليته المدنية.

(1) لمزيد من الشرح راجع رابيس محمد، المرجع نفسه، ص 223.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 361 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

2- الأهلية اللازمة في المريض المتلقي

الأصل أنه تشترط الأهلية في المريض المتلقي، ولا يعتد برضا المتلقي ما لم يكن هذا الأخير أهلاً لذلك، وهو ما يفهم من نص المادة 364 من قانون الصحة رقم 18-11، حيث نص المشرع على فاقدي الأهلية القانونية في الفقرة 3 و 4، وكذا فاقدي الأهلية الفعلية بالفقرة الثانية.

أ- حالة عدم اكتمال الأهلية القانونية

جاءت الفقرة الثالثة من المادة 364⁽¹⁾، محددة الأشخاص المخول لهم قانوناً التعبير عن رضا المتلقي المريض عديم الأهلية مثل المجنون أو المعتوه أو عديم التمييز، وحددتهم بالترتيب وهم: الأب، ثم الأم في حالة غياب الأب، ثم الولي الشرعي في حالة غياب الأبوين. أما الفقرة الرابعة من نفس المادة⁽²⁾، فقد جاءت تنص على المريض المتلقي القاصر، حيث حولت هذه الفقرة للأب ثم للأم التعبير عن رضا هذا القاصر، وإن تعذر ذلك، فيؤول الأمر إلى الولي الشرعي.

والملاحظ، أن مضمون الفقرة الثالثة لا يختلف عنه في الفقرة الرابعة من المادة السابقة، فيما يخص الأشخاص المخول لهم قانوناً التعبير عن إرادة المريض المتلقي للعضو سواء كان عديم الأهلية أو قاصر.

ويرى البعض أنه إذا كان القاصر المتلقي للعضو، يستطيع التعبير عن إرادته، ومدركاً للمخاطر التي سيتعرض لها من جراء زرع العضو، واعترض على إجراء هذا التدخل الجراحي، فلا يجوز في هذه الحالة للطبيب أن يجري التدخل رغم إرادة المتلقي، ومخالفته لإرادة هذا المريض القاصر ترتب مسؤوليته المدنية، حتى ولو أبدى ممثله القانوني رغبته في إجراء عملية الزرع⁽³⁾.

(1) تنص الفقرة الثالثة من المادة 3/364 من القانون 18-11 كما يلي: "وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة".

(2) تنص الفقرة الرابعة من المادة 364 من القانون 18-11 على ما يلي: "وفي حالة الأشخاص القاصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم أو، عند غيابهما، الممثل الشرعي".

(3) **Guyénot**: le consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale , thèse Paris, 1904, p 37-38 et s.

أما القانون الفرنسي، فيجعل حق الموافقة على زرع الأعضاء لدى المريض المتلقي القاصر، مخول إلى الأبوين معا، بحيث يُتخذ القرار بشكل مشترك بينهما ، وعند عدم الاتفاق يمكن للأبوين رفع دعوى أمام قاضي الوصاية الذي يحاول التوفيق بينهما، وفي حالة الفشل، يتخذ القاضي قراره الذي ينسجم مع مصلحة القاصر ومصلحة صحته وذلك بالرجوع إلى رأي الجراح. وفي حالة الطلاق يلتزم كلا الأبوين برعاية مصلحة الأبناء الصحية، ويُتخذ القرار مشتركا بينهما حول التدخل الجراحي لدى القاصر ، وفي حالة وفاة الأبوين ؛ فيعود القرار إلى الوصي بموافقة مجلس العائلة. ونفس الأحكام تطبق على عديمي الأهلية⁽¹⁾.

ب - حالة انعدام الأهلية الفعلية للمتلقي

يقصد بانعدام الأهلية الفعلية لدى المتلقي للعضو، هي عدم القدرة على التعبير عن الإرادة نتيجة الحالة الصحية التي يكون عليها المريض، وتعذر حصول الرضا كأن يكون المريض في حالة عدم الوعي، وقد نص المشرع الجزائري عن هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 364 من قانون الصحة رقم 18-11، والتي تنص: "وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362⁽²⁾ أعلاه".

وبالرجوع إلى المادة 364 من نفس القانون، نجد ما قد نصت في فقرتها الثالثة على هذا الترتيب، والمتمثل في: الأب أو الأم، ثم الزوج، ثم الأبناء، الأخوة أو الأخوات ، وأخيرا الممثل الشرعي إذا كان القاصر دون أسرة.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فيوجب على الطبيب التوجه إلى الممثلين الطبيعيين للمريض، أي إلى عائلة المستفيد من خلال الرجوع إلى رابطة القرابة أو الزواج ، وهكذا يأتي

مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 259 .

(1) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 332.

(2) تنص الفقرة الثالثة من المادة 362 من القانون 18-11 على ما يلي: "..... تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة.....".

الزوج بالدرجة الأولى ، ثم الأصول فالفروع، وأخيرا الأقارب الأكثر بعدا إذا كان لا يوجد أي شخص من بين الفئتين الأولين⁽¹⁾.

وفي ضوء ما سبق ذكره، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أحاط المتبرع والمتلقي بحماية كافية، حيث جعل الأهلية شرطا للاعتداد برضا كلاهما، ووضع استثناءات للقاصر وعديم الأهلية وجب على الطبيب احترامها لاسيما عند المتبرع بصفته صاحب الفضل على المتلقي، دون أن يهمل حق المتلقي ناقص أو عديم الأهلية في الحماية القانونية، وإذا أخل الطبيب بأحد هذه الشروط ، فإنه يعرض نفسه لا محالة إلى المساءلة القانونية سواء المدنية أو الجزائية.

ثانيا: مراعاة شكل الرضا عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

الأصل أن الرضا ليس له شكل معين يفرغ فيه، فقد يصدر ضمنيا، وقد يصدر صريحا بالقول أو الكتابة. وليس للكتابة شكل تفرغ فيه، فقد تكون بخط اليد أو المطبوعة أو مكتوبة على شكل إلكتروني، لكن يشترط في الكتابة أن تكون بعبارات واضحة تدل بذاتها على الرضا⁽²⁾. لكن الأمر يختلف في مجال التصرفات الخاصة بالأعضاء البشرية، حيث نجد كل التشريعات القانونية التي تناولت هذا الموضوع قد اشترطت أن يكون رضا المتنازل مكتوبا وموقعا عليه، وذلك راجع لخطورة هذه العمليات⁽³⁾، كما وضعت شروطا لشكل الرضا عند المتلقي حتى يكون صحيحا.

1. شكل الرضا عن التصرف في أعضاء الجسم البشري عند المتبرع

عالجت النصوص القانونية عمليات استقطاع الأعضاء وزرعها بلشترطها لأخذ الموافقة الكتابية للم تنازل، فمثل هذا الاشتراط يقودنا إلى نتيجة مفادها هي تشديد الالتزام بالتبصير بالنسبة إلى المتنازل دون المتلقي ويقودنا في الوقت نفسه إلى ضرورة اتخاذ التبصير إطاراً شكلياً ألا وهو الكتابة.

(1) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 335.

(2) وهو ما تضمنته المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

(3) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 193.

وقد اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى⁽¹⁾، أن تكون هذه الموافقة كتابية من المتبرع، وتحرر هذه الوثيقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط في المتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي، حيث يستشف من روح النص أن المشرع أراد تنبيه المتنازل إلى مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، بيد أن اشتراط الشكل الكتابي للرضاء يوفر المزيد من الحماية للمتنازل، نظرا لما تتطوي عليه عملية استئصال العضو من خطورة بالنسبة له⁽²⁾. ولم يكتف المشرع الجزائري بالشكل الكتابي للرضاء فحسب، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، من خلال اشتراطه حضور شاهدين على الرضا كضمان آخر للمتنازل يوفر له المزيد من الحماية، ومن ثم فللشاهدين في نظر المشرع دور كبير في تبصير المتنازل، كما أن المشرع اشترط أن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وهذه ضمانات أخرى للمتنازل حتى إذا ما أراد العدول عن رضائه فله ذلك.

وبالمقابل، يرى البعض أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم نصه على من يقدم الشهود هل المتنازل أم المريض أم من؟⁽³⁾، فيما يرى الباحث أن حضور الشاهدين كان بمثابة دليل إثبات على رضا المتبرع لصالح المتلقي والطبيب قبل أن يكون ضمانا للمتبرع، وأن هذا الرضا تم بطريقة صحيحة كما نص عليها القانون وفي الشكل الكتابي، وهو ما يعتبر حماية للطبيب من قيام مسؤوليته المدنية، يمكنه من إثبات عدم مخالفة شرط الرضا.

وفي ذات السياق، فقد اشترط القانون الفرنسي أن يكون رضا المتبرع مكتوبا، وذلك بموجب القانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994، والمتعلق بنقل الأعضاء البشرية، حيث نصت المادة 3-671 L في فقرتها الثانية⁽⁴⁾، على ضرورة الحصول على موافقة المتبرع

(1) نصت المادة 2/162 على ما يلي: "...وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الوثيقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.....".

(2) مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 194.

(3) المرجع نفسه، ص.334.

(4) Art L671-3/2: « Le donneur préalablement informé des risques qu'il en court et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli par tout

لاستئصال العضو، وتكون هذه الموافقة معبرا عنها أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتبرع أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة، ويثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقع عليه من طرف القاضي والمتبرع، وتعطى صورة منه للمستشفى المشرف على هذه العملية، وفي حالة الاستعجال يحصل على رضا المتنازل من طرف وكيل الجمهورية لنفس المحكمة وذلك باستعمال كافة الوسائل.

وبناء عليه، يكون لرئيس المحكمة الابتدائية أو القاضي المعين من طرفه، دور في الإشهاد على رضا المتبرع بالعضو، ولعل المشرع الفرنسي أحسن ما فعل عندما استبعد الطبيب رئيس المصلحة ومدير المؤسسة الصحية، وذلك لاعتباره خصما في حالة قيام منازعة بشأن الرضا، وهي ملاحظة تؤخذ على المشرع الجزائري على إلزاميته للتعبير عن الرضا أمام الطبيب أو مدير المؤسسة الصحية لأن ذلك يجعل من هذا الأخير حكما وخصما في نفس الوقت في حالة النزاع، وبالتالي يكون من الأفضل اعتماد أسلوب الطرف المحايد الذي يعبر عن الرضا أمامه كالقضاء سواء كان رئيس المحكمة، أو وكيل الجمهورية، أو أي قاضي ينتدبه رئيس المحكمة لهذا الغرض، حيث أن تدخل أعضاء الجهاز القضائي فيه ضمانا وحماية لكل الأطراف، المتبرع، المريض المتلقي، والطبيب⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري من شكل رضا المتبرع عن التصرف في أعضاء الجسم البشري حسب قانون الصحة الجديد 18-11 المتعلق بالصحة، حيث تضمنت الفقرة الخامسة من المادة 360 التي تنص على ما يلي: "يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

ويظهر جليا تبني المشرع الجزائري موقف نظيره الفرنسي إزاء مسألة الموافقة الكتابية للمتبرع، وهو موقف وجب الإشادة به، حيث جعل رئيس المحكمة المختص إقليميا هو المخول للتأكد مسبقا من رضا المتبرع، على أن تكون هذه الموافقة حرة ومستنيرة، دون الإخلال بالشروط القانونية الأخرى.

moyen, par le procureur de la république. Ce consentement est révocable sans forme et a tout moment. »

(1) مروك نصر الدين، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 334.

ولعل من بين الشروط التي وجب على القاضي التحقق منها هي أن تكون الموافقة صادرة من متبرع ذي أهلية أو من ممثله الشرعي⁽¹⁾، التأكد من مطابقة الأعضاء بين المتلقي والمتبرع في حالة القرابة والإمتثال الصارم للقواعد الطبية⁽²⁾، عدم تعريض حياة المتبرع للخطر⁽³⁾، التأكد من صلة القرابة بين المتبرع والمتلقي⁽⁴⁾، أما في حالة التبرع المتقاطع فيكون لزاما على القاضي التحقق من عدم كشف هوية المتلقي⁽⁵⁾، والتحقق من عدم وجود المقابل المادي⁽⁶⁾.

وربما يثور التساؤل حول الطريقة التي تمكّن رئيس المحكمة من التأكد من الشروط المنصوص عليها بقانون الصحة لاسيما الأمور الفنية التي تتعلق بمهنة الطب - والتي من بينها التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي، وكذا عدم تعريض حياة المتبرع للخطر - والتي لا يمكن لرئيس المحكمة أن يفصل فيها دون الاستعانة بأهل الاختصاص في مجال الطب، مما يجعلنا أن نستنتج أن المتبرع يكون مرفق بتقرير طبي حول حالته الصحية الذي بموجبه يتم الإجابة عن كل هذه التساؤلات التي ينظر فيها رئيس المحكمة.

2. شكل الرضا عند المتلقي للعضو

إذا كان الرضا المفترض في العمل الطبي التقليدي جائزاً نظراً للفائدة التي تعود على المريض، فإن الأمر يختلف في مجال التصرفات الواردة على أعضاء الجسم البشري ، بسبب خطورة مثل هذه العمليات، فيجب أن يكون رضا المريض صريحاً ومحدداً لأنه بالنسبة لهذا النوع من العمليات يفضل أن يكون رضا المريض، أو من يمثله قانوناً كتابة أو أمام شهود لأن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المريض، ولا سبيل إلى الكشف عنها وإظهارها للوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة⁽⁷⁾.

(1) الفقرة الثانية من المادة 357 من القانون 11-18.

(2) الفقرة الأولى من المادة 359 من القانون 11-18.

(3) الفقرة الأولى من المادة 360 من القانون 11-18.

(4) الفقرة الثانية من المادة 360 من القانون 11-18.

(5) الفقرة الثالثة من المادة 360 من القانون 11-18.

(6) المادة 358 من القانون 11-18.

(7) معاشو لخضر، المرجع السابق، 252.

وفي الواقع، أن الصعوبة التي تثور في ميدان القضاء اليوم فيما يتعلق بموافقة المريض، هي إثبات رضا المريض بمخاطر التدخل الجراحي الذي يتم تبيانه من قبل الطبيب الذي سيجري له العملية، وقد كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يلقي على عاتق المريض عبء إثبات عدم قيام الطبيب بتبصيره بطبيعة التدخل الطبي، العلاج المقترح والمخاطر الناجمة عن ذلك، إلى حين صدور قرار محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة الأولى بتاريخ 1997/02/25 والذي قلب عبء الإثبات، وألقاه على عاتق الطبيب، بحيث أصبح هذا الأخير هو المكلف قانوناً بإثبات حصول التدخل بعد تبصيره للمريض، فالطبيب في بعض الحالات لا يستطيع أن يجري عملاً جراحياً للشخص إلا بعد الحصول من هذا الأخير أو من يمثله قانوناً على موافقة كتابية، ومن المنطقي أن يلتزم الطبيب بتقديم هذا الدليل الكتابي لإثبات حصوله على موافقة المريض⁽¹⁾.

وقد تناول المشرع الجزائري رضا المريض المتلقي في المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، وهي نفس المادة التي أدرجها ضمن قانون الصحة رقم 18-11 تحت رقم 364 التي جاء نصها: " لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبّر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تمّ قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين".

يظهر من خلال المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري لم يجعل رضا المتلقي للعضو البشري في شكل كتابي، لكنه اشترط أن يكون الرضا أمام شاهدين اثنين وبحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي سيجري العملية بها، وبما أنه لم ينص على الكتابة صراحة، فلا شك أن المشرع الجزائري يقصد من وراء ذلك أن الشهادة تغني عن الكتابة في حالة النزاع، وتوجب الإثبات من طرف الطبيب، وذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات المدني.

أما إذا كان المريض المتلقي للعضو غير قادر على التعبير عن رضاه، يمكن لأحد أفراد أسرته، أن يعبر نيابة عنه، على أن تكون هذه الموافقة كتابياً⁽²⁾، مع مراعاة الترتيب الأولي

(1) محسن عبد الحميد، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطابع الخط الكويت 1993 ص 193 و 194، نقلاً عن: معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 253.

(2) الفقرة الثانية من المادة 364 من القانون 18-11.

المبين في المادة 362، وهو ما يصدق على القاصر والأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية.

غير أنه هناك من يرى أن المشرع الجزائري حتى وإن لم يشر إلى الشكل الكتابي لرضا المتلقي المريض، إلا أنه كان يريد ذلك بتأكيد على الشاهدين والطبيب رئيس المصلحة، ذلك أن أنسب طريقة للكشف عن إرادة المريض المتلقي وإظهارها في شكل مادي ملموس هي الكتابة⁽¹⁾. فيما يرى البعض⁽²⁾، وهو ما يظهر للباحث أن التبرع بالعضو يكون في مصلحة المستقبل لأجل إنقاذ حياته، وهو ما لا يجعل ضرورة للشكل الكتابي لرضاء المتلقي، ضف إلى ذلك أن نص المشرع صراحة على الكتابة في حالة عدم قدرة المريض المتلقي على التعبير عن رضاه يكشف عن نية المشرع في عدم اشتراطه للكتابة، وأنها لم تسقط منه سهواً، ووفق هذه الرؤية فإن نية المشرع الجزائري تتضح من خلال إعادة نص المادة في القانون الجديد دون تعديلها أو إضافة ما يبين شرط الكتابة بالنسبة لرضا المتلقي لاسيما بعدما تم تعديله بالنسبة للمتبرع.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري، قد جعل الكتابة شرطاً قبل التبرع بالأعضاء، مما لا يجعل إمكانية للاكتفاء بالموافقة الشفهية للمتبرع، وفي غياب الكتابة وأمام رئيس المحكمة المختص إقليمياً، فإن استئصال العضو من طرف الطبيب يمثل اعتداء على جسم وسلامة المتبرع، مما يقيم مسؤوليته المدنية بل والجنائية. ويختلف الأمر بالنسبة للمتلقي، أين يكفي مجرد الرضا، شرط أن يكون أمام شاهدين والطبيب رئيس المصلحة التي قبل فيها، لكن إذا تعلق الأمر بمريض غير قادر على التعبير عن إرادته، فإن الكتابة تصبح شرطاً لا مناط منه من طرف الممثل القانوني لهذا المريض، وإغفال ذلك من طرف الطبيب يعتبر خطأ جسيم يُسأل عنه جزائياً ومدنياً كما سبق القول.

(1) انظر رأي: مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 241.

(2) انظر ما يراه: بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 146.

ثالثا: الحق في العدول عن التبرع بأعضاء الجسم البشري.

يقصد بلحق في العدول عن التبرع بالأعضاء أن يسمح للمتبرع بأن يتراجع عن قراره بالتبرع بأحد أعضاء جسمه، وذلك في أي وقت شاء، دون أي قيد أو شرط، عدا أن يكون ذلك قبل عملية استئصال العضو.

وقد تناولت هذا الحق جل القوانين، بما في ذلك القانون والقضاء الفرنسيين، حيث أخذوا بإجماع حق العدول عن الموافقة على العمل الجراحي المتمثل في استئصال العضو من المتبرع، لاسيما إذا كانت العملية ستجرى لمصلحة الغير الأجنبي⁽¹⁾، وذلك على أساس افتراض حالة الموافقة التي تكون تحت تأثير عوامل خارجية، أو بناء على معطيات معينة، اتضح للمتبرع من خلالها أنّ موافقته لم تكن عقلانية، وفي كل الأحوال لا يمكن مساءلة المتبرع عن سبب عدوله عن رضاه لأنّ ذلك أمر شخصي لا مجال للبحث عن أسبابه⁽²⁾.

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

وإدراكا لأهمية الرضا في عمليات نقل الأعضاء البشرية، فقد اشترطت بعض القوانين مرور مدة 24 ساعة على تمام إجراءات الحصول الموافقة قبل البدء في عملية الاقتطاع⁽⁵⁾، والأكيد أن المشرع كان يهدف من خلال ذلك إلى إتاحة الفرصة للمتبرع للعدول عن موافقته إذا قدر ذلك.

(1) أنظر: أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 328.

(2) أنظر: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 592.

(3) القانون رقم 76-1181 المؤرخ في 1976/12/22، والمتعلق باستئصال وزرع الأعضاء البشرية، قانون مشار إليه سابقا.

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

(5) القانون الإسباني رقم 2070 الصادر بتاريخ 1999/12/30، أشار إليه الدكتور مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 594.

وفيما يخص شكل عدول المتنازل عن رضاه، فالملاحظ أنّ القانون الفرنسي المؤرخ في 31 مارس 1978 وكذا القانون 94-654 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية، كان واضحا في صياغة المواد، فنص صراحة على أنّ حق العدول عن الموافقة على التبرع يكون بدون أي شكل معين، وبالتالي يعتد بالعدول الشفهي.

وفي ذات السياق، أشار المشرع الجزائري إلى حق العدول عن التبرع بالأعضاء البشرية، حيث نص عليه بالمادة 162 فقرة 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى ' كما أعاد النص عليه من خلال الفقرة السادسة من المادة 360 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، حيث جاءت كما يلي: " يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاهها في أي وقت وبدون أي إجراء". يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري ألزم الأطباء باحترام إرادة المتبرع المتجهة إلى رفض التبرع بعد قبوله، وذلك بمنحه حق العدول عن هذا القبول، إلا أنّ صياغة الفقرة، توحي بأنه يجوز للمتبرع أن يتراجع عن موافقته للتبرع بالعضو في أي مرحلة كانت، وحسب هذه الفقرة - إذا تقيدنا بالصياغة- ، فإنّ العدول يشمل مرحلة ما بعد الاستئصال ولكن قبل زرع العضو في جسم المستقبل، إلا أنّ الواقع العملي يستبعد تماما هذه الصورة، ذلك أنّ الاعتبارات الأخلاقية لا تسمح للمتبرع بالعضو العدول عن رضاه بعد الاستئصال لأنّ ذلك من شأنه إحباط المستقبل الذي يتعلق أمله بهذا العضو هذا من جهة، ومن جهة أخرى غالبا ما يتم التبرع بالعضو في الجزائر لفائدة الأقارب، فكيف يمكن تصور تراجع المتبرع عن تبرعه بالعضو بعد اقتطاعه منه لفائدة أخيه أو ابنه أو غير ذلك من أقاربه، لكن الأرجح أنها قبل الاستئصال⁽¹⁾.

وقد جاء موقف المشرع المصري واضحا اتجاه حق المتبرع في العدول حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية، على ما يلي: " ويجوز للمتبرع العدول عن تبرعه إلى ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدنى مسؤولية عليه، على أن يُسجل ذلك في الدفتر المشار إليه، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب جدي أو مبرر مقبول، فإنه لا يُعتد بأي طلب يُقدم منه بعد ذلك للموافقة على التبرع، وتُخطر بذلك جميع المنشآت المصرح لها بالنقل".

(1) أنظر: مأمون عبد الكريم، رض المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 591.

وبذلك يكون المشرع المصري قد حدد المرحلة التي يجوز للمتبرع العدول فيها، وهي قبل البدء في عملية الاستئصال، ولا يحق له العدول بعدها، كما حدد في هذه المادة شكل العدول. أما فيما يخص شكل العدول فلم تنص عليه المادة 162 فقرة 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى لتقوم قرينة العدول الشفهي⁽¹⁾، وقد تدارك المشرع الجزائري هذا النقص الذي كان يعتري هذه المادة وذلك بموجب الفقرة السادسة من المادة 360 المذكورة أعلاه، حيث تم النص عليه صراحة بعدم اشتراط أي شكل للعدول.

ومن خلال ما سبق، يظهر جليا أن الخطأ في هذه المسألة يتمثل في عدم أخذ عدول المتبرع بعين الاعتبار، ومحاولة إجراء عملية الاستئصال من طرف الطبيب دون الاكتراث لذلك، وهو ما يرتب المسؤولية المدنية بل وحتى الجزائية في حالة الاستئصال، إذ لا يوجد في القانون ما يلزم المتبرع بالبقاء على موافقته على عمله التبرعي، وذلك في جميع الأعمال التبرعية⁽²⁾، ومن باب أولى التبرع الماس بجسد الإنسان، بل هو حق مقرر في جميع التشريعات.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية للتصرف في الأعضاء عند الأموات

إن ندرة الأعضاء البشرية وصعوبة الحصول عليها من الأحياء، أدت إلى ضرورة اللجوء إلى أعضاء جسم الشخص المتوفى، ومن ثم أصبح المساس بجثة الإنسان بعد وفاته أمر لا غنى عنه، إلا أن ذلك ليس بالسهل الهين؛ ففكرة الإيصال بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة لازالت غير واردة لدى أغلبية الأشخاص، كما أن الأقارب يحرصون على احترام موتاهم، ويعتبرون التصرف في أعضاء الجثة عبارة عن تمثيل بها، وكل مساس بها يزيد من الأضرار المعنوية اللاحقة بهم.

غير أنه إذا كان مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفى يقوم على أساس احترام القيم الأخلاقية والمعنوية، المتمثلة في احترام ذكرى المتوفى، فإن ذلك لا يجب أن يكون على حساب أمرا أصبح واقعا وجب التسليم به، بيد أن هذه الجثة أصبحت مصدرا أساسيا للحصول على

(1) مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2006-2007، ص 52.

(2) أنظر المادة 192 و 211 من قانون الأسرة الجزائري.

أعضاء من أجل إنقاذ حياة العديد من المرضى من موت محقق أو مرض خطير⁽¹⁾، وهذا في حد ذاته يعتبر عمل إنساني يفوق بكثير الضرر الناجم عن المساس بالجثة، وهو ما أصبح مباحا شرعا وقانونا⁽²⁾.

إلا أن التصرف في الأعضاء البشرية للجثث، وإن لم يكن يثير العديد من الصعوبات التي يثيرها التصرف في الأعضاء عند الأحياء، إلا أنه لا يمكن أن يتم إلا وفقا لضوابط معينة، حتى ولو كان النطاق الذي يمارس فيه التصرف واستئصال الأعضاء من الأموات خاليا من بعض القيود التي ترد في النطاق الذي تمارس فيه مثيلتها بين الأحياء، إذ لا يؤخذ في الحسبان التفرقة بين الأعضاء المتجددة ونقيضها مما يتوقف عليها حياة الإنسان من عدمها، أو تلك التي تقتضي الوجود الدائم في الجسد، ليس لأجل الحياة بل حتى لا تتعطل وظائف الإنسان في حياته العملية أو الاجتماعية⁽³⁾.

ولتحقيق التوازن بين الحرمة الواجبة للجثة، ومصصلحة الإنسانية في الاستفادة منها، حدد الفقه الإسلامي الضوابط التي يمكن في حال مراعاتها أن تحقق هذا الغرض، وقد ترجمت هذه الضوابط في الشروط القانونية التي أوجبت مختلف القوانين توافرها لمباشرة الإقتطاع من جثث الموتى⁽⁴⁾، وهي التأكد من الوفاة قبل التصرف في الأعضاء (فرع أول)، مراعاة الرضا في استئصال الأعضاء بعد الوفاة (فرع ثان).

الفرع الأول: التأكد من الموت

لم يعد تحديد المقصود بالموت سهلا بعد تطور العلوم الحديثة وتقدم طب نقل وزرع الأعضاء، فغالبا ما تثار المناقشات حول شرعية نقل الأعضاء الحساسة كالقلب، وإذا كان لا

(1) أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011، ص.254.

(2) عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.514.

(3) طالب خيرة، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص.301.

(4) عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.515.

يعيننا هنا بحث ذلك في ذاته، فإن المهم هو تحديد اللحظة التي يعتبر فيها الإنسان ميتاً، أي جثة، حتى لا يكون نقل العضو منه مكوناً لجريمة من جرائم الاعتداء على النفس. والمشكلة صعبة نظراً لأن الشخص الذي ينتظر أن ينقل منه العضو يكون متصلاً بإحدى الآلات -التي تقوم ببعض وظائف أعضاء الجسم بطريقة صناعية- أثناء موته، وهنا يثور التساؤل عن اللحظة التي يملك فيها الأطباء قطع هذا الاتصال، وحتى الآن لم يستقر رأي الخبراء حول هذه النقطة وإن كان العلماء يفرقون بالنسبة لمظاهر الوفاة وماهية الموت⁽¹⁾. إن تحديد لحظة موت الإنسان من المسائل الشائكة، نظراً لأنها تترتب عليها الكثير من الآثار القانونية⁽²⁾، أهمها انتهاء الشخصية القانونية للشخص المتوفى. وقد اختلفت آراء الفقه حول تحديد لحظة الوفاة، بين من يرى أن تحديدها عمل طبي محض، بوصف الأطباء الجهة الوحيدة القادرة من الناحية العلمية على البت في ذلك، وفق كل حالة على حدى، دون تقييدهم بنصوص قانونية جامدة تأبى طبيعة التحقق من الموت الخضوع والانصياع لها.

وكل ما يمكن للقانون، فعله بشأن هذا الصدد هو وضع بعض الأسس والقواعد الاسترشادية دون الخوض في التفاصيل الفنية، وبين من يرى خلاف ذلك، حيث أن الطابع التشريعي لمسألة تحديد لحظة الوفاة لا يمكن إغفاله، إذ أن ضرورة وجود تعريف قانوني للموت من الأهمية بمكان، ذلك أن فسخ المجال المطلق للأطباء في تحديد لحظة الوفاة يؤدي إلى اختلاف الضوابط والمعايير المعمدة في ذلك وفقاً للأهداف المبتغاة من تحديد هذه اللحظة، إذ أن الرغبة في سحب أجهزة الإنعاش الصناعي على سبيل المثال أو الاستفادة من بعض أجزاء

(1) إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011. ص.75-76.

(2) ترتب الوفاة آثار قانونية مختلفة من بينها، في مجال الأحوال الشخصية تتمثل في الإرث وتحديد الورثة، أما في مجال القانون الجنائي فتتمثل في تحديد أركان جريمة القتل من عدمها. أنظر : محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.312 وما يليها.

الجسم من أجل الزرع، أو القيام ببعض التجارب الطبية قد تشكل جميعها باعثا يدفع بالطبيب إلى تبني معيار مرن في تقريره للوفاة⁽¹⁾.

وعليه، فقد حاول الفقهاء تحديد لحظة الوفاة، وثار خلاف بين الفقه والطب والشريعة حولها، وذلك من خلال وضع عدة معايير وكل حسب رأيه.

أولاً: المعيار التقليدي (توقف القلب والرئتين)

تُحدد لحظة الموت وفقاً لهذا المعيار بتوقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي⁽²⁾، مما يؤدي إلى حرمان الجسم من الدم المحمل بالأكسجين فتموت أعضاء الجسم وخلاياه تبعاً، ويسمى هذا المعيار بالمعيار التقليدي⁽³⁾، ووفقاً لهذا الرأي يعتد أيضاً بما يسمى بالموت الظاهري الذي يحدث بعد توقف بعض الأجهزة الحيوية في الجسم مع بقاء المخ حياً⁽⁴⁾.

وحسب أنصار هذا المعيار لا يكفي موت الدماغ للقول بوقوع الموت خاصة بعد توفر أجهزة الإنعاش المتطورة القادرة على استمرارية حياة الإنسان العضوية لفترة محدودة (الحياة الخلوية)⁽⁵⁾، فإذا ظلت الحياة النباتية (العضوية) موجودة رغم موت جذع المخ - بفعل أجهزة الإنعاش - فلا يكون الإنسان ميتاً، وهو ما ذهب إليه الفقيه سافاتي *savatier*⁽⁶⁾، ويعتبرون في حالة غيبوبة عميقة قد يفيقون منها بعد وقت معين، مستنديين في ذلك إلى حالة امرأة حامل، أصيبت بموت جذع المخ واستمر نمو الجنين في بطنها حتى اكتمل نموه، كما يعتبر موتى جذع

(1) لأكثر تفصيل أنظر: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات

الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص.48.

(2) GERALD Dworkin, the Law Relating to Organ Transplantation in England. The Modern Law Review, volume (33), N° (4), July, 1970, p.368.

(3) حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1975، رقم 116، ص.172. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.51.

(4) لأكثر تفصيل في ذلك راجع: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.51.

(5) طالب خيرة، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.311.

(6) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.120.

(7) حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.174. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.121.

المخ في حالة احتضار، والشريعة الإسلامية لا تجيز إنهاء حياة إنسان يحتضر من أجل إنقاذ حياة شخص آخر⁽¹⁾.

إلا أن معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي لوحده ليس كافياً لوقوع الموت بداية لحظة ميلاد الجثة، حيث تشير الوقائع إلى أن هناك المئات من الأشخاص الذين تعود لهم الحياة ثانية بعد توقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي، من بينهم ما نشرته صحيفة الجمهورية بتاريخ 1989/01/05، تحت عنوان "تعود الحياة بعد موتها"، حول عجز تدعى "كالينين بالا بال" توفيت بتاريخ 1988/12/31، فنقلت إلى المكان المخصص لإحراق جثث الموتى في الهند في قرية (مالانكا) بولاية (جوجارات)، إلا أنها نهضت وعادت إليها الحياة مجدداً، كما عاد الحياة ثانية إلى شخص بعد غيبوبة دامت ثلاثة أشهر، وتم إلغاء مراسيم الدفن⁽²⁾.

وأمام عجز معيار توقف القلب وتوقف الجهاز التنفسي على تقديم الدليل الكافي عن حدوث الموت حقيقة، لجأ الفقه إلى تبني معيار آخر.

ثانياً: المعيار الحديث: موت الدماغ (موت جذع الدماغ)

بعد النقد الذي وجه للمعيار الأول سواء من جانب الفقهاء أو الأطباء، والذي تبين في الكثير من الحالات أن توقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي لا يعتبر معيار دقيق في تحديد لحظة الموت، ظهر معيار آخر وهو موت الدماغ أو جذع الدماغ.

(1) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، ب د ن، 1408 هـ - 1987 م. فقرة 83، ص 158. نقلاً عن رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، المرجع السابق، ص 80.

(2) تتخلص وقائع هذه الحالة في تعرض شخص لحادث سيارة عام 1971، وتم نقله إلى معهد الطب العدلي لتشريحه، من أجل التعرف على أسباب الوفاة، فرفض أشقاؤه السماح بتشريحه، وقام أخوه الطبيب في إحدى المستشفيات بفحصه وقرر نقله إلى مستشفى متخصص في بغداد لإدخاله في الإنعاش المركز، ليعود إلى الحياة ثانية بعد غيبوبة دامت ثلاثة أشهر، ليستأنف عمله كأستاذ بجامعة بغداد. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، الهامش رقم 6، ص 122.

يعتبر الإنسان ميتا وفقا لهذا المعيار إذا ماتت خلايا المخ لديه، حتى ولو ظلت خلايا قلبه أو غيره من الأعضاء حية، لأنه يستحيل إعادة الحياة للإنسان بوسائل الإنعاش الصناعي بعد ذلك⁽¹⁾.

والإنسان لا يموت في لحظة واحدة، وإنما يموت حتما خلال فترة زمنية، حيث يقع إتلاف خلايا المخ نتيجة عدم تدفق الدم بالأكسجين، ويموت خلايا المخ يدخل الإنسان في غيبوبة كبرى أو نهائية (Coma dépassé)، ويتبعه توقف نهائي لعمل المراكز العصبية التي تتحكم في الوعي، الكلام، الحركة، الذاكرة، التنفس، السمع، البصر، الدورة الدموية، السيطرة على الغدد وعلى درجة الحرارة، وكذا تنظيم وظائف الأعضاء الهامة في الجسم⁽²⁾.

ويحدد الموت الطبيعي للإنسان بتوقف خلايا الدماغ لأن مركز الحياة في الدماغ لا القلب، ومن علامات موت الدماغ وميلاد الجثة نجد: الإغماء وعدم الحركة، انعدام الوعي، انعدام رسم المخ الكهربائي، انعدام الانعكاسات، فإذا حدث ذلك يعني حتما وفاة الشخص، ولا يعد الاعتداء عليه من قبيل القتل أو الإيذاء، وإنما انتهاك حرمة ميت⁽³⁾.

غير أن هذه العلامات تعرضت للنقد من رجال الطب فالإغماء قد يحصل نتيجة تعاطي بعض الأدوية مثل المنومات، كما أن انعدام رسم المخ الكهربائي ليس شرطا أساسيا، وإنما هو شرط مكمل. وهو ما تم رفضه من خلال بعض الفقه الفرنسي اعتراضا على قرار وزير الشؤون الاجتماعية الفرنسي الصادر بتاريخ 1968/04/25⁽⁴⁾.

ويجب عليهم أنصار معيار موت الدماغ، أنه باجتماع هذه العلامات المشار إليها يكون الشخص قد فارق الحياة وانفصلت الروح عن البدن وعندها يتحول (جذع المخ) بعد فترة إلى مادة

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.524.

(2) المرجع نفسه، ص.524.

(3) حسنى عوده زغال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة في القانون الجنائي. رسالة دكتوراه. الطبعة الأولى. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن. ، ص.117، منذر الفضل،

التصرف القانوني، المرجع السابق، ص.124، طالب خيرة، المرجع السابق، ص.312.

(4) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.125.

سائلة في الدماغ، مع الاعتقاد إلى استحالة إعادة الحياة بعد ذلك، حتى وإن ظلت خلايا القلب حية بفعل أجهزة الإنعاش الطبية⁽¹⁾.

ثالثاً: المعيار الثالث: المعيار الشرعي، توقف القلب وموت جذع المخ

تداركا للنقد الموجه لكلا المعيارين الأول والثاني، ومن أجل الركون إلى معيار آخر لتحديد لحظة الموت وميلاد الجثة، لجأ الفقه الإسلامي إلى الجمع بين المعيارين السابقين، حيث انعقدت عام 1985 أيضا الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لبحث هذا الموضوع، وتنفيذا لتوصيات الدورة الثامنة المذكورة، عقد مؤتمر خاص في الأردن للفترة من 22-24 أكتوبر عام 1985 عن موت الدماغ، وفي عام 1986 عقدت في جدة الدورة الثانية لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ونوقش فيها الموضوع، إلا أنه تأجل البت إلى عام 1986 في شهر صفر 1407هـ، حين انعقد في عمان مجلس مجمع الفقه الإسلامي وأصدر قراراته التالية:

(يعتبر شرعا أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل)⁽²⁾.

رابعاً: موقف موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

إن موقف الدول من تحديد لحظة الموت، يختلف من دولة إلى أخرى، فمنهم من أخذت بمعيار توقف القلب، فيما تميل دول أخرى إلى الأخذ بمعيار موت الدماغ كأساس، ومن بينها العراق، حيث تبنى معيار موت الدماغ عام 1986 بقانون زرع الأعضاء، وهناك من يأخذ بالمعيار الشرعي وهو الجمع بين المعيارين، توقف القلب وموت جذع الدماغ⁽³⁾.

(1) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.125.

(2) المرجع نفسه، ص.126.

(3) المرجع نفسه، ص.127.

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للموت سواء بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها القديم، أو بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18-11، ولم يحدد الضوابط أو المعايير المعتمدة التي من خلالها يتم تحديد لحظة الوفاة، وذلك على خلاف التشريعات المقارنة. إلا أنه أشار من خلال المادة 362 من قانون الصحة الجديد إلى أن التحقق من الوفاة يكون وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة.

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أوكل مهمة تحديد المعايير الممكن اعتمادها في إثبات الوفاة إلى الوزير المكلف بالصحة ، وبذلك يبدو أنه أبقى سريان القرار الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، قرار وزاري تضمن معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة بغرض انتزاع الأعضاء من الجثة وجاء في المادة الثانية منه المعايير المعتمدة في ذلك وهي :

-الانعدام التام للوعي ، غياب النشاط العفوي الدماغي ، التأكد من انعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار (Hypercapnie)، التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن انجاز طبيبين مختلفين⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك، لم يذكر المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد الهيئة المخول لها الحق في إثبات الوفاة، رغم أن قانون حماية الصحة وترقيتها ال ملغى كان قد أشار إلى ذلك⁽²⁾، وبيّن كيفية تثبيت الوفاة.

وبناء على ما سبق ذكره فإن مسؤولية الطبيب تقوم في حالة قيام هباستئصال عضو من جسد الميت قبل التأكد اليقيني من حدوث الوفاة وإعلانه رسميا.

فقيام الطبيب باستئصال الأعضاء أو تشريح جسد الميت لأغراض علمية من المريض المتوفى دماغيا في الفقه الإسلامي يعد قتلًا لأن المريض في هذه الحالة يشبه من كان في النزع وظهرت عليه علامات الموت ولكنه لم يموت فعلا، وتثبت مسؤولية الطبيب في هذه الحالة، إذ أن القيام باستئصال العضو قبل الوفاة يعد جريمة يسأل عنها الطبيب جنائيا ومدنيا.

⁽¹⁾ Art 2 de l'Arrêté n°34 du 19 .11. 2002: fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès

⁽²⁾ أشار المشرع الجزائري إلى إثبات الوفاة من خلال المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا المادة 167 منه التي تحدد الأشخاص الذين لهم الحق في تثبيت الوفاة.

ويقع على الطبيب واجب تقديم المساعدة والعون للمريض ولو كان في حالة خطرة ومهددا بالموت؛ ويسأل كذلك في حالة قيامه بقتل المريض ولو كان في النزاع الأخير ولو كان قصده إراحة المريض من الآلام التي يعاني منها وهذا ما يسمى بالقتل الرحيم⁽¹⁾، حيث يعد هذا القتل محرماً شرعاً لأن الحياة مقدسة وقد حرم الإسلام القتل الذي يقع من إنسان على آخر وكذلك قتل الإنسان نفسه، ويتبين ذلك في قوله تعالى: وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ۗ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴿٣٣﴾ وقال تعالى: ﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَنُلِّ مَا حَرَّمَ رَبِّي عَلَيْكُمْ ۗ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ۗ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۗ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ ۗ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ ۗ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ۗ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١٥١﴾⁽²⁾، وقال أيضاً: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا⁽³⁾، وعليه فقيام الطبيب بقتل المريض المؤوس من شفائه يعد جريمة قتل تستوجب القصاص من الطبيب⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أحكام الرضا في استئصال الأعضاء بعد الوفاة

كانت الدراسات الشرعية والقانونية في بداياتها معنية بصفة أساسية بمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء، إلا أن البحوث اللاحقة قد تجاوزت هذه المسألة، فقد أصبحت محسومة، ودول عديدة في العالم قننت عمليات نقل وزراعة الأعضاء، ولذلك فالبحوث المعاصرة إنما تعنى

(1) يقصد بالموت الرحيم: "إنهاء حياة مريض ميئوس من شفائه طبياً بفعل إيجابي أو سلبي وذلك لوضع حد لآلامه المبرحة وغير المحتملة بناء على طلبه الصريح أو الضمني أو طلب من ينوب عنه سواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة". هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1994م، ص 6 وما بعدها.

(2) سورة الإسراء من الآية 33، وسورة الأنعام من الآية 151.

(3) سورة النساء من الآية 29.

(4) افتكار ميهوبي، المرجع السابق، ص 430.

في المقام الأول، يبحث أحكام الضوابط والشروط ومعالجة الآثار والتداعيات المترتبة على عمليات نقل وزراعة الأعضاء، وسبل دفع الناس إلى التبرع وكتابة وثيقة التبرع قبل الوفاة⁽¹⁾. وإذا كان الرضا اللازم للتصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء يمثل أحد أهم العناصر لإباحة هذا النوع من الممارسات الطبية، عند توافر مجموعة من الضوابط والشروط التي يتطلبها القانون، فهل الاستئصال من الجثة يتطلب توافر نفس الضوابط المتعلقة بالرضا الصادر عن شخص حي، أم يتميز عنه بشروط أخرى؟.

وجب القول باحترام إرادة المتبرع سواء كان حيا أو ميتا، فإذا عبر الشخص أثناء حياته وهو كامل الأهلية ومتمتع بكامل قواه العقلية عن رغبته في التبرع بأعضائه بعد وفاته، فلا مانع من التصرف في جثته بما يتفق وإرادته وفي حدود ما يسمح به القانون، ونفس الشيء إذا عبر عن رفضه، حيث لا يجوز كأصل عام المساس بهذه الجثة ولو تم ذلك بموافقة أقاربه. ولا شك أن الهدف من معرفة ودراسة أحكام استئصال الأعضاء من الجثث، هو رسم الحدود الواجب مراعاتها من طرف الأطباء قبل التصرف في هذه الأعضاء، حيث أن أي مخالفة لضوابط التصرف في أعضاء الجثة يعتبر خطأ يرتب مسؤولية المخالف له. وعليه، فإن تناول موضوع أحكام الرضا بالاستئصال من الجثة سيكون من خلال توضيح شكل التعبير عن إرادة المتوفى اتجاه التصرف بأعضائه أولا، ثم موقف المشرع الجزائري من التصرف أعضاء الجثة ثانيا.

أولا: التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في الجثة

يشترط قبل أي شيء أن تثبت بصورة جازمة وطبية مفارقة الميت للحياة حتى يصح الاستئصال من جسده وفقا لما صار بيانه آنفا، هذا الأمر يتطلب وضع مواصفات علمية وطبية لإثبات الوفاة ولا يمكن أن تترك للتقدير أو الترجيح، لاسيما في حالة الغيبوبة المستمرة⁽²⁾.

(1) عبد الحميد اسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية مع المقارنة بالقانون القطري لنقل وزراعة الأعضاء، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998، ص.363.

(2) مصطفى العوجي، التشريع الحديث الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998، ص.326.

لم تعتمد التشريعات المقارنة موقفاً محدداً بشأن شكل التعبير عن إرادة المتوفى بالتصرف في جثته، فذهب البعض إلى عدم التقيد بشكالية معينة، فيما ذهب البعض الآخر إلى اشتراط شكالية خاصة للتعبير عن إرادة المتوفى بالتصرف في جثته.

1. عدم اشتراط الشكالية للتعبير عن إرادة المتوفى

حرصت بعض التشريعات على الاعتراف بإرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته، سواء كانت شفاهة أو كتابة في صورة إقرار كتابي أو وصية، للقول بقبول الاستئصال من الجثة⁽¹⁾. وعليه لا بد أن يكون الميت قد أوصى قبل وفاته باستئصال عضو من جسده بعد وفاته لغاية علمية أو علاجية؛ فإرادة الشخص واجبة الاحترام سواء كان حياً أو ميتاً؛ وذلك من خلال وصية مكتوبة أو شفهية ثابتة صادرة عنه قبل وفاته⁽²⁾، ويعتبر هذا النوع من الوصايا مشروعاً من الناحية القانونية في الكثير من الأنظمة⁽³⁾.

لا يوجد أدنى شك على صحة وصية بإرادة الموصي حال حياته بعضو من أعضائه أو جثته بعد وفاته وفقاً للشروط المقررة قانوناً، فهذا التصرف القانوني لا يشكل خرقاً لمبدأ حرمة جسد الإنسان؛ طالما أن غايات الإنسان من وصيته تتسجم مع القيم الاجتماعية ولا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة⁽⁴⁾، ففي فرنسا أجاز المشرع بعد عام 1949 الوصية بالعيون إلى مؤسسة عامة أو جهة خيرية لغرض نقل العين وغرسها في جسد إنسان محتاج⁽⁵⁾. وإذا كانت الهيئة من الشخص الحي لبعض الأعضاء جائزة إذا توافرت شروطها، وهي من التصرفات التبرعية، فإن الوصية تدخل في عموم التصرفات القانونية كذلك ولكنها تنشأ بالإرادة المنفردة وتضيف أثر الالتزام لما بعد الموت⁽⁶⁾.

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 609.

(2) مصطفى العوجي، التشريع الحديث الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤتمر الطب والقانون، المرجع السابق، ص. 325.

(3) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 409.

(4) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 129.

(5) المرجع نفسه، ص. 129.

(6) المرجع نفسه، ص. 129.

ويشترط لصحة الوصية أن يكون رضا الموصي صريحا قبل الوفاة، وأن يكون سليما منتجا لأثره، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من شخص يتوافر على الأهلية اللازمة لإبرام هذا النوع من التصرفات، وإرادة حرة وخالية من عيوب الإرادة⁽¹⁾.

والرضا الصريح هو الرضا الذي لا يحتمل الشك أو التأويل ويبقى ثابتا ومستقرا حتى لحظة الوفاة⁽²⁾، فإذا صدر الرضا من الموصي تحت ضغط أو إكراه فلا يعتد به، وتشترط معظم التشريعات لصحة الوصية الأهلية الكاملة؛ فمثلا القانون الجزائري يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل وبالغا من العمر تسعة عشر (19) سنة على الأقل⁽³⁾.

وتعتد الكثير من التشريعات بإذن أو رفض المتوفى المساس بالجثة، بالطريقة التي يراها مناسبة دون أن تلزمه بشكل معين، وعليه يجوز للفرد أن يوصي بذلك شفها دون الحاجة إلى إفراغ موافقته أو رفضه المساس بجثته بعد وفاته في شكل رسمي معين.

ومن التشريعات التي أخذت بعدم اشتراط شكلية معينة في الوصية بالتبرع بالأعضاء القانون الإنجليزي لسنة 1961، وكذا الإسباني لسنة 1980، والقانون الألماني لسنة 1975، بالإضافة إلى القانون الفرنسي فيما يخص الموافقة على التبرع، حيث أن كل هذه التشريعات لم تحدد طريقة معينة للتعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في الجثة سواء بالقبول أو الرفض، وتركت الحرية للشخص في اختيار الطريقة التي تناسبه للتعبير عن إرادته، وله أن يوصي بذلك كتابة أو شفاهة⁽⁴⁾.

ويرى البعض أنه، رغم سهولة هذا الاتجاه في الحصول على إذن الشخص بشأن التصرف في جثته، إلا أنه يطرح عدة إشكاليات عند التنفيذ، فقد لا يعترض المتوفى أثناء حياته على الاقتطاع من جثته، بل قد يعبر صراحة لمقربيه عن رغبته في الاستفادة من أعضائه، غير أن انعدام الدليل المادي الكاشف عن الإرادة الحقيقية لهذا الأخير قد يحول دون الاستفادة من

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.610.

(2) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 127 و 128. أنظر: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.610.

(3) المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.617.

أعضائه، خاصة إذا حدثت الوفاة بطريقة فجائية ولم يتمكن الفريق الطبي من الاتصال بأقاربه في الوقت المناسب⁽¹⁾.

فيما يؤيد البعض عدم اشتراط شكلية معينة للتعبير عن إرادة المتوفى، وينقد بذلك الاتجاه الآخر من خلال عدة اعتبارات منها:

- أنه من النادر تفكير الشخص المعافى بالإيحاء بأعضائه إلا إذا تملكته رغبة حقيقية في مساعدة الغير لاسيما في ظل وجود إجراءات معينة تزيد من مشقة الشخص⁽²⁾.

- أنه من الصعب مطالبة المريض بالمستشفى بالإيحاء بالتبرع بأعضائه لأن ذلك من شأنه تأخير شفائه، وبالتالي قطع أمل الشفاء⁽³⁾.

- أن السرعة اللازمة لاستئصال العضو من الجثة تتعارض مع المطالبة بالشكلية وعناء البحث عن نسخة الوصية، مما يفوت فرصة نقل العضو بسبب التأخر في التنفيذ⁽⁴⁾.

ومن أجل الموازنة بين احترام إرادة المتوفى وكذا إنقاذ العديد من المرضى عن طريق نقل الأعضاء البشرية من الموتى، قامت حركة واسعة مكونة من أفراد مهمتهم إقناع الناس بالتبرع بأعضائهم، فيما لو حدثت لهم حوادث أو ماتوا فجائيا لأي سبب من الأسباب، وكثيرا ما نجد في كثير من دول العالم، في حافظة نقود الشباب تلك البطاقة الصغيرة، التي تحتوي على إقرار من صاحبها برغبته في التبرع بأعضائه عند وفاته الفجائية، حتى أصبحت حركة التبرع بالأعضاء جزءا من الثقافة المعاصرة، ومن مؤشرات الوعي والتقدم والمشاركة الإنسانية، وكلما اتسعت دائرة الثقافة زاد عدد هؤلاء المتبرعين، وقد ردت هذه الحركة الحياة إلى ألوف الأشخاص الذين كان

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.618.

(2) أحمد شوقي أبو خطوة، " القانون الجنائي والطب الحديث"، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 1986، ص.212.

(3) شعلان سليمان محمد السيد حمده، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون العضوي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص.420.

(4) Brazier, M., Medicine, patients and the LAW, penguin Books, London, ed, 1987 and 1992, p.278.

شفافوهم ميؤوس منه تماما، حتى قيل إن زراعة الأعضاء نعمة من نعم الله ورحمة كبرى من الله للإنسان⁽¹⁾.

وفي المقابل، يرى البعض أنه من المؤسف أن تتزايد معدلات عمليات نقل وزراعة الأعضاء على المستوى العالمي نظرا لتزايد عدد المتبرعين وحماسهم للتبرع في حين نجد تواضعا في المعدلات على المستوى العربي والإسلامي، لا تتناسب والاحتياجات العلاجية المتزايدة، الأمر الذي دعا (إعلان أبو ظبي) إلى التوصية بتوسيع نطاق التبرع عن طريق توعية الجمهور وإقناعهم وحثهم على المشاركة الفعالة للإسهام في إنجاح برامج نقل وزراعة الأعضاء - وخاصة بالتبرع بالأعضاء-، ودعا العلماء لما لهم من مكانة في نفوس الجمهور، وكذا وسائل الإعلام لما لها من دور مؤثر، والمؤسسات الحكومية، ببذل المزيد من الجهد لدعم برامج زراعة الأعضاء ماديا ومعنويا.⁽²⁾

وفي غياب الوصية، جرى العرف السائد بأن تؤخذ إجازة الاستئصال من ورثة الميت إذا وجدوا، وإلا يقرر ذلك المرجع الطبي المختص كلجنة أطباء المستشفى الذي توفي فيه الميت، وذلك إذا كان من أجل غرض علمي أو إنساني لعملية الاستئصال والنقل أو الزرع أو لإجراء الفحوص المخبرية والتجارب التي تفيد البشرية جمعا⁽³⁾.

والحقيقة أن مبرر أخذ موافقة الأقارب مبرر أخلاقي ومعنوي ولا يدخل ضمن الدائرة القانونية التي ترعى تركة المتوفى، وبالتالي فإن ممارسة الأقارب لحق الموافقة هي ممارسة حق معنوي وأخلاقي وعاطفي ولا إلزام فيها كما لا تعسف في الممانعة بشأنها⁽⁴⁾.

2. اشتراط الشكلية للتعبير عن إرادة المتوفى

إذا كانت العديد من التشريعات المقارنة تشترط الشكلية للتعبير عن إرادة المتوفى، فهي تختلف في تحديد صورها، ومن بين التشريعات التي جعلت الشكلية شرطا للتعبير عن إرادة

(1) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية مع المقارنة بالقانون القطري لنقل وزراعة الأعضاء، مؤتمر الطب والقانون، ص.363.

(2) المرجع نفسه، ص.363.

(3) مصطفى العوجي، التشريع الحديث الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤتمر الطب والقانون، المرجع السابق، ص.325.

(4) المرجع نفسه، ص.326.

المتوفى نجد القانون المصري رقم 103 لسنة 1962، والخاص بتنظيم بنك العيون، حيث أجاز من خلال المادة الثالثة منه الإيصال بعيون القاصر بعد الحصول على إقرار كتابي بما يفيد ذلك من الولي أو ممثله القانوني، ولا خوف هنا من النيابة على القاصر في الإيصال بجثته لأن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت، ومن ثم فهي لا تشكل أي خطورة على حياة القاصر⁽¹⁾، كما أنه يجوز للقاصر الرجوع عن هذه الوصية إذا ارتأى ذلك عند بلوغه سن الرشد⁽²⁾.

كما نص القانون المصري⁽³⁾ في هذا الشأن بإباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى، حيث جاءت المادة الثامنة منه، كما يلي: "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ولم يشترط المشرع المصري وفقا لهذا النص، أن يكون المنقول إليه العضو قريب للميت المأخوذ منه العضو، وذلك درءا لشبهة البيع أو الاستغلال التي قد تحدث للأحياء لعدم معرفة الموصي المستفيد من أعضائه، أما وإن حدث وأراد الموصي تحديد المستفيد من أعضائه؛ فيجب أن يكون قريبا له حتى الدرجة الرابعة - شأن النقل من الأحياء-، وهذا ما يجب على المشرع أن يتبناه لتحقيق العلة وهي الرغبة في القضاء على التعامل المادي على جسم الإنسان وانتفاء الاستغلال، أما إذا كان المستفيد غير قريب للموصي؛ فلا دخل له في تحديد شخص المستفيد⁽⁴⁾.

(1) حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تنثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص187.

(2) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.610.

(3) القانون رقم 10-05 المؤرخ في 05/03/2010، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية بمصر، الجريدة الرسمية عدد 9 مكرر، السنة الثالثة والخمسون، الصادرة بتاريخ 20 ربيع الأول عام 1431 هـ الموافق لـ 06 مارس سنة 2010 م.

(4) رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.82.

أما بشأن إثبات وشكل الوصية بالتبرع، فقد جعلها المشرع المصري عن طريق الكتابة الموثقة أو الثابتة بورقة رسمية، وهذا شرط لا غبار عليه على خلاف رأي البعض⁽¹⁾، حيث أن هذا الشرط يقضي على التحايل والاستغلال والكذب على المتوفى، كما أنه يسد الطريق على أولئك الذين يمكن لهم أن يستقطبوا بعض الورثة ببعض المال ليشهدوا بوصية مورثهم بأعضائه طمعا في المال وعلى خلاف رغبة المورث.

ويجدر التنويه أنه لا يحق للورثة السماح بنقل أعضاء مورثهم، بل أحسن المشرع صنعا عندما قصر هذا الحق على المتوفى نفسه حال حياته، حيث أن الإنسان سيد جسده حتى فيما وراء الحياة. ولذلك من حق الفرد أن يرتب أوضاع ما بعد مماته، حسب ما تمليه عليه رغباته، بل ومصالحه⁽²⁾.

أما في القانون الفرنسي، فقد تطور شكل التعبير عن إرادة المتوفى من خلال مرحلتين، فقد كان المبدأ قبل صدور قانون (Caillavet)⁽³⁾ يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، وأن يكون المتوفى قد عبّر مباشرة أو بواسطة عائلته، ولا يمكن أن يتم أي اقتطاع من جثة المتوفى بدون هذه الموافقة، غير أن قانون (Caillavet) عكس هذا المبدأ بالنص على قرينة الموافقة، وبالتالي لم تعد تفرض الموافقة الصريحة إلا من أجل حالات خاصة جدا كالاقتطاع من جثة القاصر أو عديم الأهلية من أجل زرع الأعضاء⁽⁴⁾.

(1) يرى أحمد محمد الرفاعي، أن الفقه انتقد اشتراط الكتابة في حالة التبرع بجزء أو عضو من الجثة بعد الوفاة من عدة وجوه: 1- أنه منه النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في الوصية بالاستئصال من جثته بعد وفاته، إلا إذا كانت لديه رغبة صادقة في إنقاذ الآخرين من أجل إسعادهم. 2- صعوبة طلب الموافقة من شخص مريض يخضع لعمل جراحي، وإذا كان هذا النقد يوجه لاشتراط الكتابة في الوصية، فإن هذا النقد يقوم من باب أولى إذا كان القانون يتطلب أن تكون الوصية موثقة أو ثابتة في أوراق رسمية تثبت الوصية" ويرى أن ما فعله المشرع يمثل ضمانا على رغبة أكيدة في التبرع من قبل الموصي. أنظر في ذلك أحمد محمد الرفاعي، ضوابط مشروعية نقل الأعضاء البشرية (في ضوء مشروع نقل وزرع الأعضاء البشرية المصرية)، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2010، ص.87. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص.83.

(2) Ahmed Charaf Eldin, Droit de la Transplantation D'organes, Etude comparative, thèse, Paris II, 1975, p.501.

(3) Loi n °76-1181 du 22/12/1976 relatives aux prélèvements d'organes, J.O du 23/12/1976.

(4) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.249.

بالإضافة إلى ذلك فقد أجاز القانون الفرنسي الصادر سنة 1994⁽¹⁾ اقتطاع الأعضاء من الجثث كقاعدة عامة إلا إذا عارضه المتوفى صراحة أثناء حياته، وهذا معناه أن الموافقة في هذه الحالة تُستخلص ضمناً على أساس أن من لم يعترض على الاقتطاع يعتبر موافقاً عليه، معتمداً في ذلك على "قرينة الموافقة"، وهي حيلة قانونية اعتمدها المشرع الفرنسي لنقل عبء إثبات الموافقة من الطبيب الجراح إلى المتبرع بالعضو، وبذلك لم تعد هناك حاجة إلى الموافقة الصريحة للمتبرع لتنفيذ عملية نقل العضو من جثته إلا في حالات محددة وهي حالات الاقتطاع لأغراض علمية أو من جثة قاصر أو عديم الأهلية أو للبحث عن أسباب الوفاة⁽²⁾.

غير أن الأطباء واجهوا بعض المشاكل بشأن قرينة الموافقة ضمن قانون (Caillavet)، من بينها عدد الأعضاء التي يجوز اقتطاعها من الجثة، فقد اعتمدت المادة الثانية من قانون 1976 صيغة الجمع، مما دفع الكثير إلى الاعتقاد بشرعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء، وقد جاء في تعليق (Grenouilleau) على هذا القانون أنه يجوز نظرياً اقتطاع كل الأعضاء من الجثة حتى لا يبقى منها شيئاً أبداً⁽³⁾.

إلا أن قرينة الموافقة لاقت معارضة شديدة من بعض الفقه، حيث اعتبرها البعض فحاً من المشرع لغرض اقتطاع الأعضاء من الأشخاص المتوفين فجأة خاصة الوفاة الواقعة على إثر الحوادث وغيرها، كما أن هذه القرينة تسهل الوصول إلى أعضاء الأشخاص الأكثر حرماناً في المجتمع كالمتشردين والشيخوخة المحتضرين وغيرهم ممن لا يفقهون شيئاً في القانون⁽⁴⁾. كما اعتبر آخرون أن المساس بالجثث بهذه الطريقة إنكار لقواعد الديمقراطية⁽⁵⁾.

وفي المقابل، أثنى البروفيسور كابرول (Cabrol) على قانون (Caillavet) واعتبر قرينة الموافقة بمثابة الحل الأمثل لمشكلة الموافقة على الاقتطاع من الجثث، ويرى احتمال اللجوء إلى

(1) Loi n° 94-654 du 29/07/1994 relatives aux don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O du 30/07/1994.

(2) طالب خيرة، المرجع السابق، ص.305.

(3) J.B GRENOUILLEUA. commentaire de loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvement d'organe, Dalloz. 1977, chronique n° 29, p.217.

انظر أيضاً: أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.255. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.624.

(4) FENSCH.F., « le corps des mourants, objet de convoitises et d'oppressions », 1980, p.107et 108.

(5) Prélèvements d'organes et acharnement thérapeutique, Le Monde du 17 mars 1978, p 22

شهادة العائلة التي تكون غالبا معارضة للاقتطاع هي الثغرة الجوهرية في هذا القانون ⁽¹⁾، حيث يزيد رفض العائلة سنة بعد سنة ⁽²⁾.

وإذا كان الأصل بالقانون الفرنسي هو قرينة الموافقة الضمنية دون الحاجة إلى الموافقة الصريحة للمتوفى، فإن هذا لا ينفي وجود استثناءات على هذا المبدأ القانوني، قررها قانون (Caillavet) وكذا القانون الصادر عام 1994، المتعلقين بنزع الأعضاء، تتطلب الموافقة الصريحة للاقتطاع من جثث المتوفى، وتتعلق بالاقتطاع لأهداف علمية، أو الاقتطاع من جثث القصر أو عديمي الأهلية.

حيث أخذ المشرع الفرنسي بالموافقة الصريحة والكتابية، بالاقتطاع من المتوفى أثناء حياته أو من وليه أو ممثله الشرعي إذا كان المتوفى قاصرا أو خاضعا للحماية القانونية، سواء كان هذا الاقتطاع لأغراض علاجية أو علمية ⁽³⁾، أما فيما يخص الشخص كامل الأهلية فلم يعد يأخذ المشرع الفرنسي بالموافقة الصريحة بالاقتطاع لأغراض علمية، وهو ما يستشف من المادة 1232-3 من قانون الصحة الفرنسي ⁽⁴⁾.

وفيما يخص شكل التعبير عن إرادة المتوفى اتجاه اقتطاع الأعضاء، فقد سبق القول أن المشرع الفرنسي لا يشترط أي وسيلة للتعبير عن الموافقة بالاقتطاع، وبالتالي يستطيع الشخص الإيصال بالتبرع بأعضائه، كما يجوز له تحديد الأعضاء التي يتم اقتطاعها بعد وفاته، وذلك

⁽¹⁾ C. CABROL, problèmes éthique et sociaux posés par la greffe d'organes, bulletin de l'académie nationale de médecins, 1992, vol.176, n° 7.

⁽²⁾ Bernard BIOULAC « Don et greffes d'organes et les expérimentations », table ronde du 04/06/1991, In rapport d'information sur la bioéthique, Rapport ; Bioulac B., rapporteur, 1992,p.345-370. Assemblée Nationale, n°2565, enregistrée le 18/02/1992, p.370.

⁽³⁾ Article L1232-2 « Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit. Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit. » Ordonnance n°2000-548 du 15/06/2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique. J.O.n°143, du 22 juin 2000, page 9337 ,texte n° 8 .

⁽⁴⁾ « Les prélèvements à des fins scientifiques ne peuvent être pratiqués que dans le cadre de protocoles transmis, préalablement à leur mise en oeuvre, à l'Agence de la biomédecine. Le ministre chargé de la recherche peut suspendre ou interdire la mise en œuvre de tels protocoles, lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie. » art L.1232-3 du code de la santé .

سواء كتابة أو شفويا، كما يمكن له التسجيل في سجل المستشفى⁽¹⁾، وفي غياب ذلك يعتبر المتوفى قابلا للتبرع بأعضائه بعد وفاته.

وعلى العكس من ذلك، وفيما يخص رفض الاقتطاع فقد اشترط المشرع الفرنسي أن يكون ذلك كتابة، وذلك من خلال التسجيل في سجل الرفض الوطني.

غير أن التشريع الفرنسي لم يتعرض إلى رأي أقارب المتوفى بشأن موضوع الاقتطاع، وذلك على أساس أنه بثبوت الموافقة الضمنية للمتوفى كامل الأهلية يمنع تدخل الأقارب سواء لغرض الموافقة أو منع الاقتطاع⁽²⁾، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر سنة 1983، حيث منع هذا الأخير اعتراض الأقارب على الاقتطاع من جثة قريبهم الذي لم يظهر أية معارضة على ذلك أثناء حياته⁽³⁾.

ومع ذلك، قد يكون المتوفى قد أظهر رفضه لعائلته ولم يقم بالإجراء اللازم لتأكيد ذلك، وبالتالي يصبح الرجوع إلى أقارب المتوفى ضروريا، غير أن القانون الفرنسي لم يهتم إلا بالرفض الصريح الذي يعبر عنه صاحبه أثناء حياته، وإذا كان المتوفى يجهل القانون ولم يعرف له موقف من هذه المسألة يتم تطبيق قرينة الموافقة المنصوص عليها في قانون (Caillavet)، وبناءً على ذلك تركزت المناقشات بخصوص قانون سنة 1994 على وجوب توعية المواطنين بضرورة الاطلاع على النصوص التنظيمية لهذه المسألة والقيام بالإجراءات اللازمة التي يرونها مناسبة لحماية حقوق الجميع⁽⁴⁾.

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي، قد أعاد التأكيد على قرينة الموافقة المفترضة للتبرع بالأعضاء، وذلك من خلال إصدار القانون رقم 2016-41 المؤرخ في 26 جانفي 2016⁽⁵⁾، حيث حدد شروط وكيفية رفض التبرع، ووضح دور الأقارب في ذلك، وقد تم تطبيقه ابتداء من

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.632

(2) ويرى البعض، أنه يجوز التقرب من عائلة المتوفى من أجل الوقوف على إرادة المتوفى. أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.255.

(3) Conseil d'Etat du 18mas 1983.J.C.P. 1983, Juris, 1,n°20111, obs,J-M AUBY

(4) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.256.

(5) LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016 .

texte n° 1. ELI: www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo/texte

تاريخ 01 يناير 2017. حيث جعل السجل الوطني للرفض الوسيلة الرئيسية للتعبير عن رفض الإقتطاع بعد الوفاة وجعله آليا عبر الأنترنت، غير أن هذا السجل ليس حصريا، حيث صدر المرسوم المؤرخ في 11 أوت 2016⁽¹⁾ لتحديد الأساليب الأخرى للتعبير عن الرفض.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في الجثة
تباين موقف المشرع الجزائري بين ما كان عليه في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، وبين ما هو عليه في قانون الصحة الجديد رقم 18-11، وعليه سنحاول توضيح موقفه في كل منهما. لاسيما التمييز بين حالة الموافقة على الاستئصال وحالة الرفض.

1. موقف المشرع الجزائري من الاستئصال من الجثة حسب القانون 85-05

ميز المشرع الجزائري في القانون رقم 85-05 الملغى، بين شكل التعبير عن الموافقة بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وبين رفض التبرع بالأعضاء.

أ- عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى

لم يشترط المشرع الجزائري في القانون رقم 85-05 الملغى شكلية معينة للتعبير عن موافقة الشخص بخصوص التصرف في جثته، فيمكن التعبير عن الموافقة كتابيا أو شفويا أو بأي إشارة تدل عرفا عن القبول، كما يجوز التعبير عن رغبته بالتبرع لأهله أو الإيحاء بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع، كما يمكن أن يحدد الأعضاء التي يتبرع بها، ويحدد أغراض الاقتطاع للعلاج أو للعلم. وهذا ما نصت عليه المادة 164 من القانون 90-17 المعدل لقانون الصحة الجزائري الملغى، في فقرتها الثانية على جواز انتزاع الأعضاء من جثة شخص متوفى إذا عبر هذا الأخير أثناء حياته على قبوله بذلك، مما يعني أن الإيحاء بالتصرف بالجثة يكون للشخص نفسه وبناء على إرادته الحرة وأهلية تامة⁽²⁾.

⁽¹⁾ Décret n° 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès, JORF n°0189 du 14 août 2016 texte n° 16.

⁽²⁾ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 642. **مواصي العلجة**، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص. 227.

ب- اشتراط الشكلية للتعبير عن رفض المتوفى

أما فيما يخص التعبير عن رفض المساس بالجثة، فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون ذلك كتابة دون تحديد نوع الكتابة إن كانت رسمية أو بخط اليد ودون تحديد الجهة التي يجب إيداع هذا الرفض بها، مع تحديده فقط لهدف اقتطاع الواجب الرفض فيه وهو المتعلق فقط بالزرع دون الاقتطاع لغرض علمي، أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق التشريح الطبي الشرعي، وهذا ما نصت عليه المادة 165 فقرة 1 من القانون 05-85⁽¹⁾.

ويرى البعض أن موقف المشرع الجزائري؛ كان متناقضا ومزدوجا في الوقت نفسه، وذلك باستقراء نصي المادتين 164 و165، حيث أن المادة 164 تجيز الاستئصال من الجثة إذا عبر الشخص قبل وفاته عن قبوله بذلك من جهة. ومن جهة أخرى يمنع الاستئصال من الجثة إذا عبر المتوفى عن رفضه الاستئصال كتابة، فبمفهوم المخالفة إذا لم يعبر الشخص عن رفضه كتابة يمكن الاستئصال من الجثة، حسب نص المادة 165 من القانون 05-85⁽²⁾.

فيما يرى البعض أن المشرع الجزائري من خلال اشتراط الكتابة للتعبير عن رفض الاستئصال؛ إنما يجسد احترام إرادة المتوفى الذي لا يريد المساس بجثته بعد وفاته، حيث لا يجوز في هذه الحالة لأي كان الحلول محل إرادة المتوفى، وذلك بخلاف الحالات التي لا يعرف فيها موقف المتوفى من المسألة فيلجأ الطبيب إلى استشارة أهله والحصول على موافقتهم⁽³⁾. ويؤيد الباحث الرأي الثاني، على أنه لم يكن هناك تناقضا بين المادتين المذكورتين أعلاه. وبالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الجزائري كان يميل إلى تطبيق فكرة الاستئصال، وهو ما يستشف من خلال عدم اشتراطه لشكلية معينة للإيصاء بالاستئصال، مقارنة بالرفض الذي اشترط أن يكون كتابة، مما يؤكد على إمكانية افتراض القبول من المتوفى في غياب هذا الرفض، وهو ما يسمى بقريئة القبول المفترض التي جاء بها قانون Caillavet الفرنسي الذي

(1) تنص المادة 165 من القانون رقم 05-85 الملغى، على ما يلي « يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي...»..

(2) مواسي العلجة، المرجع السابق، ص.228.

(3) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.643.

سبقت الإشارة إليه-، واللجوء إلى الحالة الثانية وهي طلب الموافقة بالاستئصال من أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي الوارد بالمادة.

وعليه يتضح من نص المادة أعلاه، أن الاقتطاع من الجثة مشروط بعدم رفض المتوفى كتابيا، أو عندما يحتمل أن يؤدي الاقتطاع من الجثة إلى إعاقة التشريح الذي قد يقوم به الطبيب الشرعي، خاصة على جثث ضحايا جرائم العنف أو حوادث العمل، أو غيرها من الحالات التي قد تتطلب بحث الأسباب الحقيقية للوفاة فيها⁽¹⁾. إضافة إلى ذلك، كرس المشرع الجزائري استثناء يمكن من خلاله الانتزاع من الجثة دون الحصول على موافقة الأقارب، وهو خاص بعضوين فقط وهما القرنية والكلية⁽²⁾.

أما بخصوص شكل الكتابة التي اشترطها المشرع الجزائري لرفض الاقتطاع، فقد ثار التساؤل حول ما إذا كانت هذه الكتابة محررة من قبل المعني، أم يجب أن تكون رسمية محررة بمعرفة جهة مختصة، أم تكفي المصادقة على التصريح المدون بخط المعني وتوقيعه، كما ثار التساؤل بشأن الجهة الواجب إيداع هذه الوثيقة لديها أو إرسالها لها⁽³⁾، حيث لم يحدد القانون الملغى كل هذه الإشكاليات مما جعله عرضة للنقد من قبل الكثير.

ويذكر في هذا الشأن أن التشريعات الأجنبية قد أخذت بالعديد من الوسائل للتعبير عن موقف الشخص من التبرع، من بينها اعتماد بطاقات التبرع، وكذا التأشير بما يفيد القبول على الوثائق الشخصية، بالإضافة إلى التسجيل في السجل الوطني، في حين لا يزال المشرع الفرنسي يبحث عن أنجع السبل لضمان استمرارية تزويد المستشفيات بالأعضاء البشرية من خلال تسهيل طرق التعبير عن إرادة الأفراد بخصوص التصرف في جثثهم⁽⁴⁾.

ج-موقف المشرع الجزائري من شكل الموافقة بالاستئصال من الجثة حسب القانون 18-11

بعد التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 85-05، والنقد الذي تعرض له بخصوص عدم توضيح موقفه اتجاه كيفية الموافقة بشأن التصرف في أعضاء الجثة،

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.643.

(2) نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 164 من القانون 85-05 الملغى.

(3) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.645.

(4) لأكثر تفصيل في ذلك راجع مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.647.

تدارك ذلك من خلال قانون الصحة الجديد رقم 18-11، حيث نصت المادة 362 منه على ما يلي: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه الزرع خلال حياته."

من خلال هذه الفقرة، يؤكد المشرع الجزائري على ضرورة التحقق من الوفاة قبل الإستئصال من الجثة بغرض الزرع⁽¹⁾، على أن تكون هذه المعاينة من قبل طبيب شرعي، آخذا بمعايير علمية دون أن يحدد هذه المعايير، حيث جعلها من اختصاص الوزير المكلف بالصحة. وبعد ثبوت الوفاة أجاز المشرع الجزائري من خلال نفس المادة أعلاه أن يتم الإستئصال من الجثة ما لم يكن المتوفى قد عبر إزاء حياته عنه رفضه لهذا الاستئصال، وعليه فقد جعل المشرع الجزائري عدم قيام الشخص أثناء حياته برفض الزرع قرينة على قبول التصرف في الجثة بعد وفاته، وبهذا يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد تبنى موقف نظيره الفرنسي مستندا إلى قرينة القبول المفترض التي جاء بها قانون Caillavet، لاسيما بعد تقرير تنفيذها ابتداء من جانفي 2017⁽²⁾.

أما عن شكل التعبير عن هذا الرفض، فقد نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه، كما يلي: " يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. وتحدد كفاءات التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع لم يلزم الموصي بشكل معين في التعبير عن رفضه، حيث أجاز التعبير عن هذا الرفض بأي وسيلة كانت، وعليه يستشف أنه يجوز أن يكون شفويا أو بإيحاء أقاربه بذلك، غير أن المشرع وضع وسيلة أضمن للتعبير عن الرفض وهي التسجيل

(1) حسب نص هذه الفقرة أعلاه، وبمفهوم المخالفة فإنه يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين لأغراض علمية حتى لو عبر الشخص أثناء حياته عن رفضه الزرع.

(2) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عدل عن موقفه اتجاه نزع الأعضاء من جسم المتوفى بصدور القانون 11-18، حيث نصت المادة 373 من مشروع القانون الصادر في أوت 2014، على عدم جواز نزع أعضاء من جسم المتوفى إلا بناء على الموافقة المصادق عليها والإجبارية للشخص المعني وهو على قيد الحياة.

في سجل الرفض الذي تقوم تضعه الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، وترك كيفية التسجيل في هذا السجل إلى التنظيم الذي لم يصدر بعد، ويكون هذا السجل هو المرجع الأول الواجب الإطلاع عليه قبل الإستئصال من جثة أي متوفى، وذلك بغية التحقق من موقف المتوفى أثناء حياته إزاء هذا الاستئصال، وإذا ثبت عدم تسجيله بهذا السجل، يتم البحث عن موقفه من خلال استشارة أقاربه حسب الأولوية⁽¹⁾، وهو ما نص عليه بالفقرة الثالثة من المادة 362، والتي جاءت كما يلي: "يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بلنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء"، وإذا ثبت عدم رفض المتوفى للزرع أثناء حياته، يقوم الفريق الطبي بالإستئصال، ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى بالبلغين بعمليات النزع التي تم القيام بها⁽²⁾.

وفي الأخير، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وعلى غرار العديد من التشريعات، سعى إلى الحفاظ على كرامة الإنسان باعتباره حق من حقوق الإنسان سواء أثناء حياته أو بعد وفاته، وذلك من خلال عدم تشويهها واحترام مشاعر الأقارب، حيث نص بالمادة 202 من القانون 11-18 على ضرورة إعادة الجثة بصفة لائقة بعد النزع إلى ما كانت عليه، وتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من ذلك⁽³⁾.

(1) هذا ما تم النص عليه من خلال عدم تحديد الوسيلة التي يتم بها الرفض التي نص عليها المشرع الجزائري بالفقرة الثانية من نص المادة 362 من القانون 11-18، حيث يتم اللجوء إلى استشارة الأقارب لمعرفة موقف المتوفى من الإستئصال ورفضه لذلك.

(2) هذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 362 من القانون رقم 11-18.

(3) تنص المادة 202 من القانون رقم 11-18 على ما يلي: "عند القيام بأي نزع على جثة في إطار التشريح الطبي الشرعي، يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه".

المبحث الثاني

مخالفة ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية كخطأ

بعدما تعرضنا في المبحث الأول إلى الرضا بالتصرف في الأعضاء البشرية، سنحاول التطرق إلى بقية الضوابط المتعلقة بالتصرف في الأعضاء البشرية، وذلك بغية رسم حدود هذا التصرف من قبل الطبيب، حيث أن أي مخالفة هذه الأخيرة يترتب عنه المسؤولية المدنية، ومن هذه الضوابط الضرورة الطبية والتي سنبحث فيها من خلال المطلب الأول، وكذا المقابل المادي والضوابط الفنية والتي سنتعرض لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: عدم وجود حالة الضرورة كخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

أقرت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة مبدأ سمو الكائن البشري أو الإنسان⁽¹⁾؛ فمصلحة وخير الإنسان تكون لهما الغلبة والأولوية على مصلحة المجتمع والعلم، وفي حالة التعارض بين مصلحة الإنسان ومصلحة العلم أو المجتمع تغلب مصلحة الإنسان. وتبدو أهمية ذلك على وجه الخصوص في مجال التجارب الطبية على جسم الإنسان⁽²⁾، لكن قد يحدث التعارض بين التنظيم القانوني الخاضع لسمو الجسم وبين ضرورات العلم والطب، من خلال التصرف في الجسم، فهل يحظر ذلك أم يسمح به مع تغليب المصالح بالرعاية⁽³⁾؟ وعليه سنحاول التعرض إلى الضرورة الطبية أولاً، ثم علاقة الضرورة الطبية بالتجربة الطبية ثانياً.

(1) المقصود بالسمو أن الشخص يسمو في مواجهة الحاجات المشروعة للتقدم العلمي، فلا يجب القول بضرورة التوفيق بين سمو الإنسان ومقتضيات التقدم العلمي، بل يجب أن يخضع هذا التقدم لمبدأ سمو ويحترمه، فالتقدم العلمي وضرورته لا تمثل مبدأ في قوة مبدأ سمو الإنسان، وإنما يخضع العلم لهذا المبدأ بمعنى التطبيع التقدم وجعله في خدمة الشخص وليس العكس، ذلك أن الإنسان هدف وليس وسيلة. حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998، ص.147.

(2) المرجع نفسه، ص.146.

(3) المرجع نفسه، ص.147.

الفرع الأول: الضرورة كمشروط قبل التصرف في الأعضاء البشرية

إن انعدام وجود حالة من حالات الضرورة يجعل أي تدخل من أجل زرع الأعضاء إعتداء على حق الإنسان في سلامة جسمه، والذي لا يجوز التصرف فيه إلا في حالات استثنائية محددة، مع توافر شرط قصد العلاج، ذلك أنه ليس من صالح المجتمع أن يتلف أحد أعضاء الجسد، أو يشوهه لمصلحة شخص آخر، دونما ضرورة، أو مبرر من المصلحة العامة، أما بالنسبة لمسألة صدور الرضا من الشخص المتبرع، فهذا الرضا لا أثر له طالما صدر باطلا، لتعلق الأمر بمصلحة لا يمكن التصرف فيها، ما لم يكن هناك عامل من العوامل المتصلة بالعلاج، أو المصلحة الاجتماعية، فضلا عن وجود حالة من حالات الضرورة، حيث ترتقي مصلحة المتبرع في سلامة جسمه فيها إلى درجة تتفوق فيها على المصلحة التي تم التضحية بها⁽¹⁾. ومن أجل توضيح الخطأ في الضرورة الطبية عند التصرف في الأعضاء البشرية وجب التعريف بها أولاً، ثم بيان شروطها.

أولاً: تعريف الضرورة الطبية

جاء في تعريف المعاصرين للضرورة على أنها: " الضرر النازل بإحدى الضروريات الخمس"⁽²⁾، والمقصود بها الضروريات الأساسية في الحياة، هي: حفظ الدين والعقل والنفس والعرض والمال.

وهو ما أكد عليه الفقيه وهبة الزحيلي، حيث يرى أن الضرورة هي: " أن تطراً على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو العرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع"⁽³⁾.

(1) منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.450.

(2) لقلنجي وقتيبي، معجم لغة الفقهاء، مادة الضرورة، مشار إليه عند خالد بن حمد الجابر، المرجع السابق، ص 6.

(3) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، ص 68. مشار إليه عند خالد بن حمد الجابر، المرجع السابق، ص 6.

كما يعرف الفقه حالة الضرورة بأنها: " حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل- بحسب الأصل- محظور ومعاقب عليه⁽¹⁾.
غير أن مصطلح الضرورة الطبية (Nécessité Médicale) لا وجود له تقريبا في كتب الأخلاقيات الغربية، والسبب أن الضرورة مصطلح ديني يفيد جواز ارتكاب المحرم أو ترك الواجب شرعا في ظروف معينة، والبعد الديني في الطب الغربي مفقود أو ضعيف.
أما بالولايات المتحدة الأمريكية، فيستخدم مصطلح الضرورة الطبية، لكن له دلالة مختلفة عن دلالاته في الشريعة، فهو عندهم يشير إلى: كون الإجراء الطبي منطقيا ومطلوبا للوصول إلى التشخيص أو العلاج أو التأهيل، وذلك بهدف حماية المرضى من جشع القطاع الخاص الذي يطلب إجراءات لا حاجة لها، كما يستخدمونه في مجال التأمين للتفريق بين الإجراء الذي يشمل التأمين وما لا يشمل.

لكن رغم ذلك فإن معنى الضرورة متواجد في كثير من المفاهيم في الطب المعاصر، من بينها الموازنة بين المفسد (Harm and Benefit)، ومراعاة المصلحة (Interest) ودفع الضرر، لكن يتم التعامل معها بطريقة مختلفة بشكل كبير عن الشريعة، لاختلاف المرجعية وغياب الأمر والنهي الشرعي.

وهناك عدة تعريفات للضرورة الطبية من بينها: "وضع صحي فيه ضرر بين على حياة المريض أو أعضائه أو منافعها، أو فيه مشقة شديدة جدا لا تُحتمل، ولا بد لدفعه من ارتكاب محرّم أو ترك واجب أو خطر على الحياة أو على أحد وظائف الجسم أو أعضائه، أو ألم شديد لا يحتمل في العادة، أو يسبب حرجا كبيرا ومعاناة في الحياة اليومية"⁽²⁾.

(1) القاسم يوسف، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص.75. سميرة عايد الدايات، المرجع السابق، ص.72، عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص.181.

(2) خالد بن حمد الجابر، التأصيل الطبي للضرورة الطبية من وجهة نظر طبية حسب قواعد الشريعة، بحث مقدم في ندوة القواعد الفقهية، الرياض، المحرم 1429 هـ، ص 09.

أ- نظرية الضرورة الطبية كغرض في النشاط الطبي

إن التبرير الأساسي للنشاط الطبي، وبالتالي القرارات الطبية والأفعال الطبية الناتجة عنه، هو حماية الصحة، وهو حق أساسي منصوص عليه في التشريعات الصحية الفرنسية⁽¹⁾.

لذلك يجب تقييم تقدير الضرورة الطبية للفعل في ضوء مساهمته في حماية الصحة. كما يجب أن تؤخذ في الاعتبار الإمكانيات الجديدة التي يوفرها تطور المعرفة العلمية والقدرات التقنية للطب، والتي تجعل منها امتداداً لمجال الضرورة الطبية⁽²⁾.

إن قبول انتهاك سلامة الجسم البشري بموجب القانون المدني الفرنسي يخضع للشروط التراكمية للضرورة الطبية للشخص وموافقته. في ضوء التطورات المتعلقة بقدرة أصحاب العلاقة الطبية على اتخاذ القرارات، ومن الممكن التأكيد على أنه إذا لم تكن رغبات المريض عقبة، فيجب تبرير الإجراء الطبي الذي اقترحه الطبيب. بضرورة طبية.

وبالتالي، فإن تقدير الضرورة الطبية هو بداية استناداً إلى الطبيب، فيما يتعلق بقدرته على اتخاذ القرارات، غير أن القرار الطبي قد يتعلق أيضاً بأداء الفعل الذي يطلبه المريض، باسم استقلال إرادته التي يروج لها المشرع، حيث يعتمد الطبيب بعد ذلك على الضرورة الطبية المقدرتها من قبل المريض⁽³⁾.

وتعتبر مرحلة التشخيص، "الفعل الإبداعي، هدف الفعل الطبي"⁽⁴⁾ أساسية من حيث أنه يمكن تجريد المواقف المتعلقة بالتدخل الطبي أو العلاجي أو الوقائي، والحالات التي تقع تحت الامتناع الطبي، لذلك فإن، بتقدير الضرورة الطبية للفعل يخضع للتشخيص، الذي ينبع من حشد المعرفة ومظاهر القوة الطبية.

علاوة على ذلك، فإن الطبيب غير مبال بالتعبير عن إرادة المريض من قبل المريض إلى الحد الذي يتم فيه استجوابه فقط بمجرد إنشائه، إرادة المريض وحدها غير كافية لإضفاء الشرعية على القرار الطبي. هذا هو معنى أحكام المادة 16-3 من القانون المدني الفرنسي التي تضي

(1) code de la santé publique, art. L.1110-1

(2) **Renaud BOUVET**, Liberté du médecin et décision médicale THÈSE / Ecole doctorale Sciences de l'homme, des organisations et de la société, UNIVERSITÉ DE RENNES 1, soutenue à Rennes le 13 décembre 2016 p.217.

(3) **Renaud BOUVET**, op. cit, p.218.

(4) **RENAUT M.-H.**, L'évolution de l'acte médical, Revue de droit sanitaire et social, 1999, p. 45. **Renaud BOUVET**, p.219.

فقرتها الأولى الشرعية على انتهاك سلامة جسم الإنسان بسبب الضرورة الطبية للشخص⁽¹⁾، بشرط موافقته الفرعية، المشار إليها في الفقرة 2، شريطة أن يتم استلامها وأن هذا مقبول وبالتالي فإن قانونية الفعل الطبي مرتبطة ارتباطاً جوهرياً بمظاهر قوة المعرفة الطبية من حيث أنه يقرر الضرورة الطبية.⁽²⁾

وفقاً لـ (P. HENNION-JACQUET)، يتم تحليل الضرورة الطبية لسبب موضوعي هو عدم المسؤولية الجنائية وكشرط لصحة العقد الطبي⁽³⁾، وهو موضوع التزام الطبيب بأن يكون طبيياً⁽⁴⁾، وفقاً لهذا المؤلف، الذي يدحض بدوره فرضية أمر القانون⁽⁵⁾ أو إذن القانون⁽⁶⁾، فإن حالة الضرورة هي التي ستضفي الشرعية على الهجوم على جسم الإنسان من خلال حماية المصالح الفضلى: صحة المريض وحياته، ونظراً للحقيقة هي أن المسؤولية الجنائية الممنوحة لصاحب القرار مبررة بضرورة طبية كان هو نفسه يشك في مذهب العقوبة، هكذا يلاحظ الأستاذ بروتيس أن: "الصعوبة تكمن في التقدير الدقيق لمعيار الضرورة الطبية"⁽⁷⁾.

وقد ظهر الاتجاه الذي ينادي باعتبار حالة الضرورة أساساً لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا في ظل الفراغ التشريعي الذي ظل سائداً عام 1976، حين ظهر أول قانون يعالج عمليات نقل وزراعة الأعضاء⁽⁸⁾. وتعني الضرورة في مجال التصرف في الأعضاء البشرية أنها قيام الطبيب الجراح بدفع خطر جسيم يهدد الغير وهو المتلقي، مقابل وقوع ضرر أقل جساماً على الشخص المانح، وذلك من خلال استئصال العضو من المتبرع من أجل إنقاذ حياة المتلقي، على أن يكون هذا الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة، وتكون الفائدة المرجوة لدى المتلقي تملو الضرر المترتب لدى

(1) وذلك بشكل استثنائي في سبيل مصلحة علاجية للغير.

(2) Renaud BOUVET, p.219.

(3) HENNION-JACQUET P., Le paradigme de la nécessité médicale, *Revue de droit sanitaire et social* 2007, p. 1038.

(4) MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, 4e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°49.

(5) DIBIE-KRAJEMAN D., *Informations génétiques et fonctions médicales. Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins*, Les Etudes hospitalières 2004, p. 138.

(6) RENAUT M.-H., *op. cit.*

(7) PROTHAIS A., Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 39

(8) Loi N°76-1181, du 22 Décembre 1976, Relative aux prélèvements d'organes, J.O.23 Décembre 1976, Gazette du Palais, No.1, Jan, Fév 1977, Législation, p.31.

المتبرع⁽¹⁾، ومن ثمة لا يسأل الطبيب جزائيا ولا مدنيا طالما كان هذا الأخير ضمن حالة الضرورة.

كما يقصد بالضرورة الطبية أن يكون الهدف من اقتطاع الأعضاء علاجيا، حيث يكون المتلقي مريضا، ولم تُجدِ معه كل التقنيات التقليدية، وأصبح المستفيد المحتمل ذاهبا باتجاه الموت المؤكد، أو كان نقل الأعضاء يقدم للمريض الأمل بالحصول على حياة طبيعية حقيقية،⁽²⁾

ب- تقدير نظرية الضرورة للتصرف في الأعضاء البشرية

تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات أهمها:

- أن المبررات التي جاءت بها لمشروعية نقل الأعضاء البشرية غير كافية، لاسيما ربط الضرورة بالطبيب الجراح عند قيامه بالعملية، رغم أنه ليس طرفا فيها بل هو واسطة فحسب، في حين أن الضرورة متعلقة بالشخص المتلقي. وبمعنى آخر أن حالة الضرورة تقوم بين طرفين، الأول من يدفع الخطر وقاية لنفسه والثاني من يقع عليه الضرر وهو المتلقي، فأين حالة الضرورة التي تستدعي تدخل الطبيب؟⁽³⁾.
- بالإضافة إلى ذلك ففكرة الضرورة غير محققة في كثير من الأحيان، لأنها تفترض قيمة حقيقة مهددة بخطر وشيك الوقوع، فأين ذلك من شخص فاقد البصر أساسا؟، حيث يترتب عليها اكتساب قيمة جديدة وليس حماية قيمة كانت موجودة من قبل⁽⁴⁾.

(1) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 83. خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 181.

(2) مشكور خليفة، المسؤولية المدنية في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 2000-2001، ص.13.

(3) خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 182.

(4) أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء والقانون، مقالة منشورة بمجلة الأمن العام. العدد 74، ص 35. نقلا عن مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 85.

أما في مجال عمليات نقل الكلى، فلم تعد هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال، وذلك في وجود أجهزة الكلى الصناعية باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العملية⁽¹⁾.
- إن الموافقة التي يمنحها المتبرع لقتله لن تكون نافذة، لأن المحافظة على الحياة من النظام العام، ولا يمكن الموافقة على انتهاك هذا المبدأ. ويقول البروفيسور (J.Savatier)⁽²⁾، "من الواضح أن همّ إنقاذ حياة شخص لا يبرر قتل شخص آخر، فلا يمكن إلا التبرع العقلاني"، ويفترض "التبرع المنطقي" كذلك التناسب بين الاعتداء الواقع على التكامل الجسدي والفائدة العلاجية المراد تحقيقها.

ثانيا: شروط الضرورة الطبية

الواضح من تعريف الضرورة الطبية أنها تتكون من ركنان أساسيان هما: وجود الخطر على صحة المريض أو حياته، ووجود إجراء طبي محرم شرعا يؤدي ارتكابه إلى حماية المريض أو تخفيف المشقة الشديدة جدا عنه ، إلا أن هذين الركنين ينبثق عنهما عدة شروط في مجال التصرف في الأعضاء البشرية، وهو ما ذهب إليه (COSTE-FLORET)، حيث استنتج القواعد التالية الضرورية لمشروعية كل عمليات نقل الأعضاء بشكل عام: "يجب أن يكون الشخص المستفيد مريضا، ويجب أن تهدف المحاولة لتحقيق مصلحة خاصة فقط....، ويجب أن يتناسب الخطر مع الآلام والمضاعفات الممكنة ولا يمكن أن يكون هذا الخطر غير محدد إلا في الحالات الميؤوس منها"⁽³⁾.

(1) مهند صلاح فتحي العزة، المرجع السابق، ص 72. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، ص 85.

(2) J.SAVATIER. les greffes d'organes devant le droit, cahiers Laennec, Mars, 1960, p.29.

أشار إليه أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 300.
(3) COSTE-FLORET, la greffe du cœur devant la morale et devant le droit, revue de sciences criminelles et de droit, 1969, p.789.

أشار إليه أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 298. مشكور خليفة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 13.

وسنحاول توضيح هذه الشروط فيما يلي:

أ- أن يكون هناك خطر محقق بالمتلقي، يجعل حياته مقترنة بنقل عضو جديد له لا يمكن الحديث عن التصرف في الأعضاء عن طريق النقل، إلا إذا كان هناك خطر يهدد حياة شخص آخر، حيث تصبح حياته متوقفة على نقل عضو جديد له يبعث فيه أمل الحياة من جديد، وفي غياب هذا الشرط لا يجوز شرعا ولا قانونا التصرف في عضو المتبرع ولو برضاه.

وعليه، فإن نقل عضو من أعضاء جسم إنسان بغير ضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المنقول إليه أو علاجه من مرض خطير، يعتبر جريمة تقوم على أساسها مسؤولية الطبيب⁽¹⁾، وأي اتفاق على خلاف ذلك يعد تعارضا مع كرامة الإنسان ومخالفة للنظام العام. ومن ثم يحظر إجراء تصرف لغرض التجميل مثلا أو للحفاظ في بنوك الأعضاء وذلك لانقضاء وجود ضرورة علاجية⁽²⁾ تتوقف عليها حياة إنسان في خطر أو مهدد بالموت.

وفي هذا الصدد، نذكر إحدى القضايا التي أثارت جدلا في إيطاليا، وهي تتعلق بأحد

الشباب، الذي يدعى "بول سلفاتور"، وتتخلص وقائع هذه القضية، في أن هذا الشاب كان

متواجدا بإحدى مستشفيات إيطاليا للعلاج، أين سمع حديث الأطباء عن الثري البرازيلي

لابونيا"-، ذي الأربعين عاما، والذي فقد مقدرته الجنسية نتيجة إسرافه الشديد-، حول رغبته في

إجراء عملية زرع له، وعلى الفور تدخل هذا الشاب في الحديث، عارضا استعداده لإعطاء هذا

الثري إحدى خصيته، مقابل مبلغ عشرة آلاف ليرة إيطالي، وبالفعل قام الطبيب بإجراء هذه

العملية، في 1930/08/27، ونجحت العملية نجاحا تاما.

وعندما وصل الأمر إلى النيابة العامة، حيث قامت بإحالة الشاب إلى الكشف الطبي،

والذي تبين من نتيجته أنه شفي خلال ثمانية أيام، من تاريخ إجراء العملية، كما ثبت من الكشف

أنه لا يعاني من أية آلام بدنية أو نفسية، نتيجة العملية، وأن بقاءه بخصية واحدة، لا يمنعه من

الزواج والإنجاب.

(1) طارق فتحي سرور، نقل الأعضاء بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة، العربية، القاهرة، 2001، ص 233، 256. طالب خيرة، المرجع السابق، ص. 318.

(2) طارق فتحي سرور، المرجع السابق، ص174. طالب خيرة، المرجع السابق، ص.317.

وبعد الانتهاء من التحقيق قررت النيابة العامة، تحويل الأطباء الذين أجروا العملية إلى محكمة "نابولي" الجزائية، بتهمة الإيذاء المقصود، الذي أدى إلى إحداث ضعف لعضو من أعضاء الإنسان، وقد تقرر اعتبار الثري البرازيلي مساهما في هذه الجريمة بالتحريض. وقد مثل النيابة العامة في هذه القضية، الفقيه الإيطالي "بيتروشيلى"، ومما جاء على لسانه، أو الرضا في العمليات الجراحية العادية، يبرر إجرائها، لكن في حالة الشاب "سلفاتور"، فإن الاعتداء قد أحدث ضعفا دائما في أحد أعضاء جسمه، وبالتالي وقوع الاعتداء على مصلحة لا يمكن التصرف فيها، ومن ثم فإن رضا المجني عليه، لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لإباحة هذه الجريمة.

على أن المحكمة حكمت ببراءة المتهمين، مستندة في ذلك على رضا المجني عليه، الذي يبرر الاعتداء على سلامة الجسم، طالما هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجز المجني عليه من القيام بدوره العمل في مجتمعه وعائلته، وأن هذا الزرع يعتبر جرحا بسيطا مقابل ما كان يعاني منه البرازيلي من عجز في الإنجاب، يمكن تبريره برضاء المجني عليه⁽¹⁾.

وقد أيدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة بتاريخ 1932/04/30 بموجب استئناف من قبل النيابة العامة، كما رفض الطعن بالنقض المقدم من النيابة العامة، أما محكمة النقض الإيطالية أيدت الحكم المطعون في بقرارها المؤرخ في 1934/01/31. ويرى بعض الفقه⁽²⁾، معترضا على حكم محكمة النقض الإيطالية، على أساس أن الخصية ليس لها دور واحد فقط، هو جعل الشخص قادرا على الإنجاب، بل لها وظائف أخرى، وهي: إزالة السوائل الزائدة "التبول"، وإفراز المواد المنوية، وإجراء العملي الجنسية، فإذا كان نزع الخصية لن يؤثر على الوظائف الأخرى، فهو بلا شك يؤثر على كمية المواد المنوية، التي لها قيمتها بالنسبة للتناسل⁽³⁾.

(1) حكم محكمة "نابولي" الجزائية، في 1931/11/28، مجلة العدالة الجنائية، الجزء الثاني، رقم 592، سنة 1922، أشارت إليه سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الشرع والقانون، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، ص116. منير رياض حنا، الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص451.

(2) راجع رأي سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص117.

(3) انظر عكس ذلك ما يراه منير رياض حنا، المرجع السابق، ص452.

ويرى الباحث أن مثل هذه التصرفات فيه أساس كبير لقيم الشريعة الإسلامية، ذلك أن الغدد التناسلية بما فيها الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زراعتها في متلق جديد⁽¹⁾، وبالتالي فإن زرعهما يعتبر محرم شرعاً لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب⁽²⁾، دون أن ننظر إلى طبيعة هذا التصرف الذي يتبين أنه بيع، وهو ما يعتبر ممنوعاً شرعاً وقانوناً.

إضافة إلى كل ذلك فإن حالة البرازيلي لا تتسجم مع حالة الضرورة التي يقرها الطب، والتي تستدعي حالة نقل العضو، ذلك أن حالته المرضية هذه حالة مستقرة، ولا تهدد حياته بالخطر الوشيك وهو فقدان الحياة.

إن تحديد المصلحة العلاجية التي تتعلق بها استمرارية حياة المريض يقع لزاماً على عاتق الطبيب المختص، الذي يجب أن يبني رأيه عن علم ودراية بشكل قطعي ويقيني من خلال جميع الوسائل المتاحة لديه في هذا المجال لاسيما مع التقدم العلمي في مجال الطب والجراحة وما أفرزه من إمكانيات، يستطيع الطبيب أن يتبين من خلالها مدى الحاجة لمثل هذه العمليات ومدى إمكانية النجاح فيها، إذ يبقى الطريق المناسب لدفع المسؤولية عن الطبيب الممارس يقتضي التحديد الدقيق فيما إذا كان من شأن هذا التدخل الطبي أن يشكل مصلحة علاجية تتعلق باستمرار الحياة لدى المريض بشكل سليم أو بنسبة قوية تفوق المستوى السابق على الزراعة، فإن كان غير ذلك انتفت المصلحة العلاجية، كأن يكون لدى المريض كلية واحدة، فيقوم الطبيب بزرع كلية أخرى له فقط مخافة أن تتعطل الأولى، فهذا بلا شك لا ينطبق على ظروف الحال لأن العيش بكلية واحدة ليس من شأنه أن يهدد استمرار حياة المريض وإلا لما سمح بالتبرع بالكلية من باب أولى من قبل المتبرع نفسه ففي ذلك عبث وإضرار غير مقبول بالسلامة الجسدية التي يحميها القانون⁽³⁾.

(1) يذكر نقل الخصية تجاذبته الكثير من الأقوال الشرعية، والأرجح أنه غير جائز. لأكثر تفصيل في هذه النقطة راجع **بغدالي جيلالي**، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2013-2014، ص.114.

(2) وهو ما أجاب به مجلس مجمع الفقه الإسلامي بخصوص هذه المسألة.

(3) **طالب خيرة**، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.316.

ب- أن يكون الخطر المراد تفاديه، أكبر بكثير من ذلك الضرر الذي سيلحق المتنازل يرى الفقه الذي يجعل حالة الضرورة أساسا لإصباح صفة المشروعية على التصرف في الأعضاء البشرية، أن الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية إنما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير (المريض) وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو، والطبيب في هذه الحالة هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر لذي سيلحق بالمانح⁽¹⁾.
ومن تطبيقات حالة الضرورة في مجال التصرف في الأعضاء البشرية قضية في فرنسا عام 1961، وذلك حينما أراد أحد الأطباء انتزاع إحدى كليتي فتاة تبلغ من العمر 14 سنة بغرض نقلها لأختها التوأم التي كان يتهدهدها خطر جسيم. وقد ثار التساؤل بصدد هذه الحالة عن مسؤولية الجراح وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر قيامه بإجراء عملية انتزاع العضو وزراعته للمريضة⁽²⁾، إلا أن القضاء رأى بجواز ذلك قياسا على ما يقوم به الأطباء من إجراءات الإجهاض في حالات الضرورة الطبية، وحيث أن هناك خطر يهدد شخص ما (المريضة) قد يؤدي بحياته خلال مدة قصيرة ولا سبيل لتلافي ذلك الخطر إلا بانتزاع العضو من شخص آخر (الأخت المانحة)، لذلك كان إجراء العملية أمر جائز لا يرتب مسؤولية الطبيب⁽³⁾.

ج- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المتلقي

اشتراط القانون أن تكون المصلحة المترتبة على زرع العضو لدى المريض جدية وراجحة، ولا تكون كذلك إلا إذا كان هذا الزرع يعتبر الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض المتلقي للعضو، ولا تجدي في علاجه الأساليب الطبية الأخرى التقليدية⁽⁴⁾.

لذلك فإنه لا بد من توافر عنصر الضرورة العلاجية كمبرر لإجراء عملية اقتطاع الأعضاء، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان المريض يعاني من مرض خطير يهدد حياته⁽⁵⁾، أو ينبأ عن تدهور ملحوظ في حالته الصحية مما يستدعي التدخل الطبي في صورته هته نظرا لعدم

(1) مهند فتحي العزة، المرجع السابق، ص.63.

(2) المرجع نفسه، ص.64.

(3) Paul Julien Doll, La Discipline des Greffes des transplantations et des autres actes de Disposition concernant le Corps Humain, Paris, 1970, p.76

(4) رابيس محمد، المرجع السابق، ص.224.

(5) أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الأدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 108، طالب خيرة، المرجع السابق، ص.317.

جدوى إنقاذ المريض بمختلف الوسائل العلاجية المتعارف عليها في مجال الطب غير هته العمليات، وأن إمكانية إنقاذ المريض بوسيلة أخرى ينفي عن هذه العملية صفة الاضطرار⁽¹⁾، وقد تضمنت نصوص العديد من الدول العربية⁽²⁾، النص على هذا الشرط ضمن قوانين نقل وزراعة الأعضاء الخاصة بها، وكذا المشرع الجزائري الذي نص على هذا الشرط بموجب نص المادة 355 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

وعلى ذلك فانعدام المصلحة العلاجية للمريض في إجراء عملية زرع العضو في جسده بدل العضو التالف أو المريض ينفي عن هته العمليات طابع المشروعية.

د- أن لا يترتب على عملية الاستئصال وفاة المتنازل أو إصابته بنقص خطير في

وظائف جسمه⁽³⁾

تنتفي الضرورة متى يتبين أن التصرف في العضو سواء كان بالنقل أو الزرع سيؤدي إلى تعريض المريض أو المتبرع إلى الخطر⁽⁴⁾، ولو كان ذلك برضا المتبرع، حيث أن رضا المريض أو المتبرع لا أهمية له إذا كان سيؤدي إلى هلاكه، ولا ينفي صفة الخطأ عن الطبيب، ولا يعد الفعل الطبي لغير ضرورة وفي مصلحة المعالج سببا من أسباب نفي المسؤولية، فالإجماع منعقد فقهاً وقضاءً في فرنسا ومصر على تجريد رضا المريض من كل قيمة كسبب لإباحة الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، إلا أن الفقه والقضاء في ألمانيا وإيطاليا لهم مذهباً مختلفاً، إذ للرضا قيمة محدودة في إباحة المساس بسلامة الجسم البشري، وإن كان الأصل فيه أن يتجرد من هذه القيمة⁽⁵⁾.

(1) بشير سعد زغلول، استئصال وزرع الأعضاء البشرية، من الوجهة القانونية، دار، النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 2009، ص 82-83.

(2) ومن أمثلتها المادتين 02 و08 من القانون القطري لعام 1997، المادة 01 من القانون الإماراتي لعام 1999، المادة 03 من القانون الأردني لعام 1977، وكذا المادتين 04 و10 من القانون المصري لعام 2010.

(3) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 84.

(4) رابيس محمد، المرجع السابق، ص 225.

(5) منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، العدد 7، ص 11.

وعليه ، وجب على الطبيب الموازنة بين المصلحة المرجوة عند زرع العضو للمريض ، على أن تكون راجحة وجدية، وبين الأضرار المترتبة بعد نزع العضو عند المتبرع، شرط أن تكون المصلحة المراد إنقاذها وحمايتها أعظم من المصلحة المضحية بها⁽¹⁾.

وتداركا لما قد ينجر عن ذلك من تجاوزات، رأى أصحاب نظرية الضرورة بوجوب أن تقتزن حالة الضرورة بموافقة الشخص المانح، ويجب أن يكون هذا الرضا صريحا ومستنيرا ومتبصرا، لإعمال نظرية الضرورة يشترط أصحابها بالإضافة إلى الشروط الأخرى المذكورة أعلاه، شرط موافقة المانح، وباكتمالهم يصبح للتصرف في الأعضاء البشرية أساس قانوني تنتفي معه مسؤولية الطبيب سواء المدنية أو الجزائية⁽²⁾.

ويرى البعض⁽³⁾، أنه إذا لم يتوافر قصد العلاج فإن التصرف يعتبر غير مشروع حتى ولو تم برضا المتنازل، فالرضا هنا لا يصلح كسبب إباحة لاستئصال عضو من أعضائه إذا كان الهدف غير علاجي، لأن هذا الأخير هو الذي يجعل الرضا سببا لإباحة عملية الاستئصال، ليس هذا فحسب، بل يلزم كذلك أن يكون سبب التدخل الجراحي من الطبيب الجراح لاستئصال عضو من شخص سليم يقصد منه العلاج، فإذا كان التدخل لغير قصد العلاج فإن مثل هذا السبب لا يصلح لوجود رضا صحيح من المتنازل للاعتداء به، ومثال ذلك إجراء الطبيب الجراح لعملية استئصال عضو من شخص سليم قصد إجراء تجربة علمية⁽⁴⁾ أو تخليص الشخص من أداء الخدمة الوطنية.

وفي كل الأحوال يجب أن يهدف التصرف بجسم الإنسان إلى تحقيق فائدة مشروعة، أي علاج الشخص محل التصرف أو أي شخص آخر، فالهدف العلاجي هو الذي يشكل المصلحة

(1) أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط 2، ب د ن ، 1987، ص 145. رابيس محمد، المرجع السابق، ص 225.

(2) خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 182.

(3) DOLL JR: la discipline des greffes des transplantation et des autres actes déspositions concernant le corps humain, paris, 1970, p.17.

(4) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 135.

المشروعة، ولا يكون نقل الأعضاء مشروعاً إذا كان الهدف منه هو تحقيق الربح وليس شفاء المريض⁽¹⁾.

وعليه تنتفي الضرورة إذا كان اقتطاع الأعضاء لأهداف إظهارية، وهو ما ذهبت إليه المحكمة المدنية بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 03 يونيو 1969⁽²⁾، في قضية تتلخص وقائعها في اقتطاع قطعة من فخذ إحدى الفتيات الذي كان قد وشم مسبقاً بوردة وبرج إيفل، وقد قضت المحكمة ببطلان الاتفاق بين منتج الفيلم السينمائي وهذه الفتاة القاصر التي كانت ترغب بالظهور عارية في الفيلم، والخضوع لعملية الوشم على ردفها، خصوصاً وأن المعلق على الفيلم قد أعلن أنه سوف يُقتطع ويبيع للآخرين، وقد اعتبرت المحكمة هذا الاتفاق غير مشروع وغير أخلاقي ومعارضاً للنظام العام، بالإضافة إلى ذلك، اعتبر الحكم أن الجراح الذي أجرى الاقتطاع قد ارتكب مخالفة الإيذاء المقصود رغم حصوله على موافقة الضحية التي هي قاصرة. ويتساءل الدكتور أحمد عبد الدايم عن حالة "سارة برنار" التي روى عنها السيد (DOLL)⁽³⁾، حيث طلبت "سارة برنار" في أحد الأيام من أحد أصدقائها الأطباء أن يزرع لها ذنب نمر، كي تتمكن من التعبير عن مكونات نفسها وروحها، وهي تروي: "لقد أمتعني هذا كثيراً في بعض الأحيان وقد كنت أتركه ينحب بهدوء تحت ثوبي، وبالمقابل في حالات الغضب أو السرور كنت أرفعه بأنفة وفخر وإباء"، وبالتأكيد يقول "أحمد عبد الدايم" "لو كانت هذه العملية قد تحققت لكان الطبيب سيسأل عن تصرفاته أمام محكمة الجرح"، ومن باب أولى يسأل مدنياً. يبدو من الواضح أن مبدأ المحافظة على التكامل الجسدي لجسم الإنسان هو السائد في هذا المجال، فلا يمكن أن يهدف اقتطاع الأعضاء إلى تحقيق فائدة غير مشروعة أو أن يسبب فقدان الحياة أو يلحق ضرراً كبيراً بمصلحة المتبرع⁽⁴⁾.

(1) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 296.

(2) La gazette du palais, 09 juillet 1969, tribunal de grande instance, paris, section civile, 03/06/1969.

أشار إليه أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 299.

(3) P.-J. DOLL, la discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le Corp. humain, 1970. p.86

أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 299.

(4) M.HARICHAUX. le corps objet, bioéthique et droit, 1989, p 132.

مشار إليه لدى أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 298.

وإذا كان استئصال العضو من المتبرع لا يعتبر مشروعاً إلا إذا كان يهدف إلى مصلحة علاجية، فهل التجربة الطبية على جسم الإنسان تعتبر مشروعة وتدخل ضمن الضرورة العلاجية؟.

الفرع الثاني: علاقة الضرورة بالتجربة الطبية

يفرق البعض في مجال التجارب العلاجية بين التجربة العلاجية التي تدعو إليها حالة الاستعجال وبين التجربة العلاجية التي لا تستدعي الاستعجال لعلاج المريض⁽¹⁾، وعليه سنتطرق إلى مفهوم التجربة الطبية أولاً، ثم إلى موقف التشريع من التجربة الطبية ثانياً.

أولاً: مفهوم التجربة الطبية

سنتعرض في هذا العنصر التعريف للتجربة الطبية وأنواعها، ثم شروط التجربة الطبية.

1. تعريف التجربة الطبية

هناك من يعرف التجارب الطبية على الإنسان بأنها: " التجارب التي يكون محلها البشر"، فيما يعرفها البعض بأنها " انحراف عن الأصول الطبية لغرض اكتساب معارف جديدة"⁽²⁾. على أنه يجب أن لا يمارس نقل الأعضاء مبدئياً إلا باعتباره تجربة علاجية، إلا أن ما هو مؤكد في الواقع " أن الطبيب يستطيع استخدام وسيلة علاجية جديدة ولكن بشرط أن يكون الهدف الأساسي للتجربة هو شفاء المريض"⁽³⁾، ويجب ألا يؤخذ تطور الطب بعين الاعتبار إذا كان المريض لا يستطيع انتزاع فائدة شخصية من العلاج الذي يطبق عليه، وهذا يعني أن التجربة التي أجريت ضمن هدف علمي محض، بدون اعتبار لمصلحة المريض تمثل طابعا غير مشروع⁽⁴⁾، وعليه يتبين أن للتجربة الطبية أنواع.

(1) سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.44.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2009، ص693.

(3) J-M.AUBY, la responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme, cahiers Laennec, 1952,n°2,p.26.

أشار إليه أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 304.

(4) المرجع نفسه، ص.204.

2. أنواع التجربة الطبية

تختلف التجارب الطبية باختلاف الهدف المبتغى منها، فهي تجارب علاجية متى كانت ترمي إلى علاج المريض والتخفيف من آلامه، وتكون التجارب علمية أو غير علاجية كلما كان القصد منها اكتساب معارف جديدة أو إرضاء شهوة علمية دون أن يكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجرى عليه التجربة⁽¹⁾.

ونظرا لاختلاف الهدف في كلا النوعين من التجارب، فإن حكم إجراء كل منهما يختلف عن الآخر، حيث يرى الفقه الغربي أن التجارب العلاجية تستمد مشروعيتها من قصد الشفاء، على أنه لا يجوز للطبيب كأصل عام، أن يختبر أسلوبا جديدا في العلاج عند وجود طرق علاجية متفق عليها بين أهل الطب خصوصا إذا ثبتت نجاعة هذه الطرق في العلاج، ويمنع عليه مباشرة التجريب مهما كان الغرض الذي يبتغيه من التجربة، ذلك أن الإنسان ليس حقلًا للتجارب العلمية أو الطبية، وبالتالي مخالفته الطرق العلاجية المتفق عليها، بتجريبه طرقا علاجية أخرى غير مثبتة أو مؤكدة النتائج أو ترتب عنها مخاطر للمريض، فإن الطبيب يسأل عن خطأ مهني مؤكد.

في هذا الشأن، قررت محكمة السين في حكم لها سنة 1935 " أن الطبيب الذي يمارس تجربة طبية بغير ضرورة طبية بالنسبة للمريض يرتكب خطأ مهنيًا مؤكداً " ⁽²⁾.

ذلك أن إباحة الشرع للأطباء بمزاولة الأعمال الطبية مرتبطة بقصد العلاج واحترام الأصول العلمية، على أن الطبيب يستفيد بقدر من الاستقلال في عمله الطبي، وهو ما أخذت به محكمة باريس حيث قررت أن: "حرية الطبيب في اختيار وسيلة علاجية معينة هي إحدى الحريات الأساسية التي ينبغي أن يكفلها له القانون" ⁽³⁾.

ومن الناحية الفقهية يعتبر قيام الطبيب باستئصال الأعضاء من جسد الميت دون وجود حالة الضرورة التي تبيح المحظور فعلاً يستوجب تعزيره في الفقه الإسلامي لأن التعزير يجب

(1) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 693.

(2) المرجع نفسه، ص 697.

(3) المرجع نفسه، ص 698.

في كل معصية لم تستوجب حداً أو لم تتحقق فيها شروط الحد أو القصاص ، أما من الناحية القانونية فيسأل وفقاً للقواعد العامة عن جريمة انتهاك حرمة الموتى⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي فبموجب قانون (هوريت) الذي يسمى بقانون حماية الأشخاص الذين يخضعون أنفسهم للبحوث الدوائية والصادر في 1988/12/20 فإن مسألة التجارب الطبية غير العلاجية على الإنسان لم تنظم تنظيمًا مباشرًا، إنما اقتصر على تنظيم التجارب الخاصة باستعمال الأدوية الحديثة والتي تجرى بمعرفة الصيادلة المختصين على النحو الذي يكفل حماية حق الإنسان في سلامة جسده⁽²⁾، في حين أن غالبية الفقه والقضاء الفرنسيين لم تضيف الشرعية على التجارب غير العلاجية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: (استخدام الأشعة من قبل الطبيب دون غرض علاجي ، بل لإجراء بحوث عديمة الفائدة يجعل الطبيب مرتكباً لخطأ جسيم)⁽³⁾.

ثانياً: شروط التجربة الطبية في التشريع الجزائري

تناول المشرع الجزائري التجربة الطبية في القسم الرابع من الفصل الرابع بالباب السابع من قانون الصحة الجديد رقم 18-11، تحت عنوان: أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء، وذلك بداية من المادة 377 إلى غاية المادة 399 منه، وقد استهل هذا القسم بتوضيح بعض المفاهيم كمرحلة أولى⁽⁴⁾، ثم شروط تطبيق هذه التجارب والآثار المترتبة عنها في حالة مخالفة هذه الضوابط.

ومن بين الشروط التي جاء بها قانون الصحة رقم 18-11 هي ضرورة أن يكون معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة،⁽⁵⁾ وكذا الحصول على

(1) افتكار ميهوب، المرجع السابق، ص 430.

(2) أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي، المرجع السابق، ص 22.

(3) أشار إليه: نجيب محمد سعيد الصلوي، الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 1999، ص 29.

(4) أنظر المواد 377، 384 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

(5) راجع المادة 380 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة .

الترخيص من الوزير المكلف بالصحة⁽¹⁾، بالإضافة إلى وجوب تولي إجراء الدراسات العيادية من طرف مرقّ.

كما اشترط المشرع الجزائري الموافقة الحرة الصريحة والمستتيرة للأشخاص الخاضعين للدراسة العيادية⁽²⁾، أو من طرف ممثليهم الشرعيين عند تعذر ذلك. وهنا تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتدارك ما تعرض إليه من نقد في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى بالمادة 2/168، فيما يخص "الممثل الشرعي عند تعذر ذلك" ومن هو المقصود به، هل هو المريض الذي تعذر عليه الإدلاء بموافقته نظرا لحالته المرضية، أم القاصر؟.

وأمام غموض النص وعدم تفصيل المشرع في هذه النقطة، وبالرجوع إلى أحكام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، نجد أن التجارب الطبية العلاجية أو العلمية من المسائل الخطيرة التي تمس جسم الإنسان، وإذا تركت دون ضابط فإنها ستتحرف عن هدفها الأصلي الذي وجدت من أجله وهو قصد العلاج في التجارب العلاجية، وقصد اكتشاف مرض جديد أو دواء جديد في التجارب العلمية⁽³⁾.

ويرى البعض، أنه إذا كان المشرع يقصد بذلك القاصر، فإن الوضع يختلف بين ما إذا كان الأمر يتعلق بقاصر مميز أو غير مميز، إضافة إلى ذلك يجب التمييز بين نوع التجربة التي سيخضع لها، ففي التجارب الطبية العلاجية يجوز إجراء التجربة له لأنها في صالحه وستعود بالنفع عليه، أما التجربة الطبية العلمية فلا يجوز إجراؤها على القاصر كمبدأ، واستثناء إذا تطلب الأمر إجراؤها على قاصر بعينه فهنا يجب على المشرع وضع ضمانات كفيلة بحماية سلامة جسم القاصر من جهة وتأمينه من مخاطر التجربة من جهة ثانية⁽⁴⁾.

(1) راجع المادة 381 من القانون 18-11.

(2) يذكر أن المشرع الجزائري كان قد تعرض للنقد بخصوص عدم توضيح كيفية ونطاق الموافقة في القانون 85-05 الملغى، وهو ما تداركه من خلال القانون 18-11. أنظر: زينة غانم العبيدي، المرجع السابق، ص.ص 22-23.

(3) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح - ورقلة، الجزائر، 2006، ص 181.

(4) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص.ص 325-327. داودي صحراء، المرجع السابق، ص. 182.

كما اشترط المشرع الجزائري، أن تكون هذه الموافقة كتابية وبعد إطلاعهم بكل ما يتعلق بالبحث⁽¹⁾، كما ألزم المشرع الجزائري الباحث من ضرورة إدراج موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسة ضمن بروتوكول الدراسات، واشترط أن تكون هذه الموافقة مقترنة بالدراسة التي إلتمست من أجلها دون غيرها، مع إمكانية سحب هذه الموافقة في أي وقت ودون أي شرط أو قيد، ودون إلحاق أي ضرر بالتكفل العلاجي. وحماية للشخص الخاضع للدراسة فقد منع إخضاعه لعدة أبحاث في نفس الوقت ولو برضاه⁽²⁾، وترك المشرع الجزائري شروط تأهيل الأشخاص المطلوبين للدراسة العيادية⁽³⁾ ذات المنفعة على صحتهم عن طريق التنظيم الذي لم يصدر بعد.

كما نصت المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: (لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض).

يحظر هذا النص على الأطباء استعمال علاج جديد للمرضى على سبيل التجريب إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية تحت رقابة طبية وبعد التأكد من فائدة العلاج للمريض، فروح النص تدل على ضرورة تشديد التبصير في هذا المجال، إلا أنه اقتصر على المرضى دون الأصحاء، كما هو الحال بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري.

وأكد المشرع الجزائري على ضرورة أن تكون هذه الأبحاث غير متضمنة أي خطر جدي على صحة الأشخاص الخاضعين لها لاسيما ما كان دون منفعة مباشرة لهم⁽⁴⁾، غير أنه يتضح من صياغة المادة أن المشرع استبعد الخطر الجدي المتوقع دون غيره من الأخطار غير المتوقعة والبسيطة⁽⁵⁾، كما ألزم الباحث بإجراء فحص طبي مسبق للأشخاص المعنيين على أن تسلم لهم نتائج هذا الفحص قبل التعبير عن موافقتهم.

(1) المادة 386 من القانون 11-18 .

(2) المادة 387 من القانون 11-18 .

(3) المادة 388 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة.

(4) المادة 391 من القانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة.

(5) يظهر أن المشرع حدد طبيعة هذه المسؤولية في حالة المخالفة وهي مسؤولية عقدية ناجمة عن عقد بين الباحث والشخص الخاضع للدراسة.

ويتبين من خلال المادة 392 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، أن المشرع الجزائري سمح للأشخاص المتطوعين الذين يرغبون بالخضوع إلى دراسة عيادية، دون أن تكون لهم فائدة مباشرة من هذه الدراسة، بالخضوع لهذه الدراسة، كما أجاز للمرقي أن يدفع تعويضا لهم عن ذلك، مبررا ذلك على أنه كمقابل عن الصعوبات التي يتحملونها هؤلاء الأشخاص⁽¹⁾، وقد أحال كيفية تعويضهم إلى التنظيم الذي لم يصدر بعد.

وفي الأخير يمكن القول، أن الضرورة الطبية تستدعي في كثير من الأحيان اللجوء إلى التجربة الطبية كنوع من العلاج، الذي يتطلبه المريض⁽²⁾، وفي وجود الضوابط والشروط التي تم ذكرها أعلاه، لاسيما موافقة الخاضع للتجربة، ويبقى إجراء هذه التجارب الطبية على الإنسان كحل استثنائي ومع انعدام وجود أي علاج بديل، ذلك أن المساس بالجسم عموما والأعضاء البشرية خاصة، هو مبدأ مستقر ولا يمكن إغفاله، وبالتالي أي خطأ من الطبيب في هذا المجال يعرضه للمسؤولية بنوعيتها الجنائية والمدنية.

وفي هذا الصدد، فقد ظهر بفرنسا اتجاه يدعم ويساند حقوق المضرورين من إجراء التجارب الطبية، ويتمثل هذا الاتجاه في التشدد قبل الأطباء بالنسبة لعقد مسؤولياتهم، والتساهل في استظهار وإثبات الخطأ المترتب عن ذلك. وقد تجسد هذا الاتجاه فيما يسمى مشكلة الخطأ

(1) جاء المشرع الجزائري بفكرة التعويض نظير الدراسات التي يخضع لها الأشخاص دون أن تكون لهم فائدة شخصية منتظرة من هذه الدراسة، وقد تكون هذه الفكرة منطقية إلى حد ما بالنظر إلى الصعوبات التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة، لاسيما إن كانت التجربة تتضمن مخاطر ولازالت غير مضمونة، فإن الراجح هنا أن أي تعويض مادي لا يساوي ما تكبده هذا الشخص من ضرر أصاب صحته، لكن بالمقابل قد يكون هذا التعويض هو سبب قبول الشخص واستعداده لإجراء هذه التجربة الطبية والهدف هنا هو الحصول على المقابل المادي حتى وإن كانت التجربة لا تعود عليه بالنفع المباشر، وهنا الواجب القول أنه على الباحث الموازنة بين أمرين وهما سمو الباحث العلمي من أجل المعرفة والمنفعة العامة، وبين مراعاة مصلحة الخاضع للتجربة وصحته التي يجب أن تكون في المرتبة الأولى على حساب البحث العلمي.

(2) ولا بأس هنا أن نشير إلى ما توصل إليه الطب الحديث في مجال زراعة الأعضاء، حيث تم مؤخرا ولأول مرة في العالم القيام بعملية زرع لجمجمة وفروة الرأس وبنكرياس وكلية في مجموع عمليات، أي في نفس الوقت لمريض يدعى James Boysen وهو أمريكي يبلغ 55 سنة.

GREFFE DE CRANE: UNE PREMIERE MONDIALE, Article publié sur site internet, www.begeek.fr/grefe-de-crane-et-cuir-chevelu-une-premiere-mondiale-171891, consulté le 08/06/2015.

أنظر في ذلك سعيدي محمد نجيب، المرجع السابق، ص. 65.

والغلط (la faute et l'erreur)، وإذا كان الحديث عن الخطأ وتعريفه أصبح مستقرًا إلى حد ما، فقها وقضاء، فإن الغلط هو مسلك يمكن أن يصدر عن الشخص العادي في مثل الظروف التي يوجد فيها المدين، فهو يصدر عن عدم انتباه أو إهمال لا يمكن تفادي الوقوع فيه، بخلاف الخطأ، فهو مسلك يمكن وصفه بأنه متوقع وقابل للدفع، حيث تتعدّد مسؤولية الطبيب عن الخطأ، وتتخلف عند الغلط بالمعنى السابق⁽¹⁾.

على أن التفرقة تصعب بين مسألتَي الخطأ والغلط، وقد اعتبر البعض فعل طبيب عام غير مختص بمفهوم الغلط الذي لا يرتب مسؤوليته، في حين أن ذات التصرف إذا صدر عن طبيب مختص أو أستاذ في الطب يعد خطأ بالمعنى القانوني ويرتب مسؤوليته⁽²⁾.

المطلب الثاني: المقابل المادي والضوابط الفنية

إن مبدأ حرمة الإنسان والحق في سلامته الجسدية هو من بديهيات الشريعة والقانون فكل منهما يسعى إلى تحقيق كرامة الإنسان ومصالحته، وهو مبدأ مكرس دستوريا، حيث جاء في الدستور الجزائري⁽³⁾، وعليه، وجب مراعاة الضوابط المتعلقة بالتصرف في هذه الأعضاء، لاسيما المقابل المادي في الفرع الأول والضوابط الفنية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المقابل المادي كخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

تعني مجانية التنازل عن العضو، عدم تعليق المتنازل لرضاه على قبض مبلغ من المال مقابل منحه لعضوه، لأنه بذلك يكون قد باع عضو لفائدة المستقبل، وهذا ما يتنافى مع المبادئ الأساسية لعمليات نقل الأعضاء، كما أنّ أعضاء جسم الإنسان لا يجب أن تكون محلا للمعاملات المالية.

⁽¹⁾ ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 230.

⁽²⁾ Jean PENNEAU - Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, thèse- Paris, 1973, p. 220.

ريس محمد، المرجع السابق، ص.230.

⁽³⁾ المادة 41 من دستور 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، والتي تنص على ما يلي: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضدّ الحقوق والحريات، وعلى كلّ ما يمسّ سلامة الإنسان البدنيّة والمعنويّة.

وللإحاطة بالمقابل المادي في التصرف في الأعضاء البشرية وجب معرفة رأي الفقه أولاً، ثم موقف التشريع منه ثانياً.

أولاً: رأي الفقه حول المقابل المادي في التصرف في أعضاء الجسم البشري

انقسم الفقه حول مجانية التبرع، وعدم وجود مقابل مادي إلى اتجاهين، هما:

الرأي الأول: الفقه المؤيد لوجود المقابل المادي في التصرف في أعضاء الجسم البشري

يرى الدكتور حسام الدين الأهواني أن الامتناع عن المقابل المالي قد يؤدي إلى موت

المريض، حيث يقول: " ألا يدفع المريض مالا مقابل الدواء، وأتعاب الطبيب مقابل المداواة،

فلماذا لا يدفع للمتازل، ألا يعد جسمه الدواء الذي بدونه لا تنفع معه مداواة، فمحاربة المادية لا

تكون بموت المريض" (1)، وبضيف البعض أن مبدأ الحصول على مقابل أو تعويض في حالة

الإضرار بسلامة الجسم مقرر قانوناً، وعليه فلا مانع من أن يمتد ذلك إلى حالات نقل وزرع

الأعضاء(2).

حيث أن القول " بانعدام " المقابل في التصرفات التي ترد على جسم الإنسان بوجه عام، لا

يمنع من الحصول على كافة النفقات التي قد يتحملها في سبيل تنفيذ التصرف ، كما أن " بقايا"

جسم الإنسان يجوز التصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل، على أساس أن انفصالها عن الجسد،

دون أن يكون لها فائدة بالنسبة للشخص الذي انفصلت عنه، يجعلها في حكم الأشياء

المتروكة(3)، من ثم يجوز التصرف فيها طبقاً للقواعد العامة(4).

غير هذا القول لا يطبق، في نظر أنصار الرأي السابق، على كافة أجزاء الجسم التي

يمكن فصلها عن الجسم. فإذا أجرى أحد الأشخاص عملية جراحية أدت إلى استئصال عضو

من جسده، فإن المريض لا يرغب، عموماً، في الاحتفاظ بالعضو المستأصل. فهو يعهد إلى

(1) حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق، ص.141.

(2) المرجع نفسه، ص.135. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.498.

(3) وإذا كان البعض يرى أن "الترك" لا يرد على الأجزاء الخارجية للجسم التي تقبل الانفصال، أو على الأعضاء

غير الأساسية، ومن هذا القبيل الشعر أو الأظافر بعد قصها ، فهي أشياء متروكة يمكن الاستيلاء عليها إلا إذا

أبدى صاحبها- بداهة - الرغبة في الاحتفاظ بها. محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.273.

(4) المرجع نفسه، ص.272.

المستشفى حرية التصرف فيه و"إعدامه"، فهناك إذن وكالة ضمنية من جانب المريض، ومن ثم، فأى استخدام للجزء الذي تم استئصاله لا يجب أن يحدث إلا بعد الحصول على موافقة الموكل (المريض)، وتطبق هذه القاعدة على المشيمة، المضغة، البويضة الملقحة...⁽¹⁾.

إن نقل العضو لا يكون محل بيع بأي حال، أما بذل المال من المستفيد (المتلقي) ابتغاء الحصول على المطلوب عند الضرورة أو مكافأة أو تكريماً فمحلّ اجتهاد ونظر⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى القول أن وجود المقابل المادي يساهم في مواجهة الفقر في بعض المجتمعات، وهو ما يعد تخفيفاً للالتزامات الدولة إزاء هذه الفئة الفقيرة، كما يروا أن بيع الأعضاء هو سبيل لحماية الأفراد من الانحراف أو المشاكل الاجتماعية والصحية المرتبطة بالفقر⁽³⁾.

وقد أجاز القانون العراقي المقايضة للحصول على الدم في مراكز الدم، ومنع البيع، ولكن أليست المقايضة نوعاً من أنواع البيع، إذ أن المقايضة هي بيع العين بالعين، ألا تعتبر هذه المبادلة بيعاً؟⁽⁴⁾.

فالجسم والمال لا يتضادان دائماً وأبداً، فالتعويض المالي عن الضرر الجسماني مقرر منذ العصور القديمة، ولم يقل أن ذلك يحط من قدر الإنسان⁽⁵⁾. وعليه يجب أن ينظر للتعامل في جسم الإنسان في إطار نظام قانوني مستقل عن نظرية الالتزام. فالتعامل في الجسم يجب أن يحكمه مبدأ حماية الجسم. وتلك الحماية تكون تارة بالإنذار المعندي بتعويض الضرر الجسماني، وتارة أخرى بحظر التعامل بمقابل⁽⁶⁾.

(1) المرجع نفسه، ص. 273.

(2) حسان شمسي باشا، محمد بابا علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 38.

(3) إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1950، ص 494. أشار إليه مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 497.

(4) عارف علي عارف القرة داغي، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (4)، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، معاصرة، ص. 66.

(5) حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998، ص. 185.

(6) المرجع والموضع نفسه.

- الرأي الثاني: الفقه الراض للمقابل المادي للتصرف في الأعضاء البشرية

أما الاتجاه الثاني وهو رأي الأغلبية، فيرى عدم جواز التصرف في الأعضاء البشرية بمقابل مادي، وعلى رأسهم الأستاذ (SAVATIER) حيث صرّح قبل التصويت على قانون (Caillavet) قائلا (إن جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال)⁽¹⁾.

ويذهب إلى هذا الاتجاه أغلب الفقه المدني الفرنسي، حيث يروا بطلان أي اتفاق يتعارض مع حق الإنسان في تكامل جسده ويعتبرون ذلك باطلا لمخالفته قواعد النظام العام، كما يقع باطلا كل اتفاق يتعارض وسلامة الإنسان وحياته ومنها بيع الأعضاء البشرية، أو الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها إذا كان الاتفاق مستهدفا للإعفاء من الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم. فيرى الأستاذ "ديموج" أنه: "يعتبر باطلا كل اتفاق يتعارض مع سلامة الإنسان وحياته" وقد اقر هذا المبدأ الفقهاء "بلانيول" و"ريبير وايسمان"⁽²⁾.

وبضيف آخرون الراضون لمبدأ البيع، أن ذلك يخالف القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع⁽³⁾، فلا يكون تنازل الشخص عن أحد أعضائه إلا هبة وليس بيعا. حيث يشترط لصحة عقد البيع أن يكون محل وسبب العقد مشروعاً، وهو ما لا ينسجم مع العضو البشري كمحل، لأنه ليس من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل. ولا يصدق على عقد بيع الأعضاء البشرية كسبب دافع للتعاقد⁽⁴⁾.

(1) R.SAVATIER, Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines. Juris-classeur périodique. 1969.2247.

أشار إليه أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 27 و107. مندر الفضل، المرجع السابق، ص 51.

(2) مندر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص51.

(3) زايد حميد، الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي الجزائري، مجلة المحاماة، العدد 7، تيزي وزو، 2008، ص 111 و112.

(4) محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة والقانون، بحث مقدم لكلية الملك فهد الأمنية، الرياض، فعاليات جلسات ندوة المجتمع والأمن، الاتجاهات المعاصرة

كما يرى الأخوان مازو (MAZEAUD) أن جسد الإنسان وحياته لا يمكن أن يكونا محلا للتعاقد، وأي اتفاق يمس سلامة البدن يقوم على الغش أو الخطأ الجسيم باطل⁽¹⁾. وهو ما جعل بعض الفقه الفرنسي الراض لأبي تصرف بالبيع للأعضاء البشرية قائلاً " لا يوجد المقابل النقدي لأعضاء جسم الإنسان إلا في مسرحية شكسبير (تاجر البندقية)" ، قاصداً بذلك المدين الذي يعطي 2 كيلو من لحم جسده لقاء مبلغ من المال لم يستطع سداه⁽²⁾.

والحقيقة أن خروج الجسم عن دائرة التعامل يعني، بالضرورة، أن اقتضاء مقابل يتعارض مع اعتبارات النظام العام، لكن هل يعني القول بإجازة بعض التصرفات على سبيل الاستثناء من المبدأ السابق، جواز الحصول على "مقابل" بالنسبة لهذه الاستثناءات؟⁽³⁾.

قد يقال أن الاستثناء يجب أن يستثنى من المبدأ في كافة أحكامه وقواعده. وإذا كان لا يجوز تقاضي مقابل طبقاً للمبدأ. فالاستثناء " يخرج " على المبدأ من كافة جوانبه. لكن هذا المنطق النظري المجرد يتجاهل- في الواقع- الدوافع الإنسانية التي تكمن وراء الاستثناءات الواردة على مبدأ " حرمة الجسم الإنساني"⁽⁴⁾.

ويبدو أن الفقه يميل- في معظمه- إلى اشتراط انعدام المقابل، وذلك على اعتبار أن المساس بالجسم الإنساني لا يمكن قبوله إلا على أساس التضامن بين أفراد المجتمع. ومن ناحية أخرى، فإن الحصول على مقابل سيؤدي- دون شك - إلى خلق سوق للتجارة غير المشروعة، خصوصاً بين الطبقات الفقيرة⁽⁵⁾.

ويرى البعض التفارقة - في هذا الصدد- بين الأجزاء المتجددة، والأجزاء غير المتجددة. ويشترط بالنسبة لهذا النوع الأخير انعدام المقابل حتى يكون التصرف صحيحاً. وأي تصرف

للجريمة، الجلسة الأولى، الجريمة المعاصرة، المنظور الشرعي، الورقة الأولى في 26 سبتمبر 2005، ص.22.
بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.162. إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.73.

(1) MAZEAUD (H.et L. et. J) Lecons du droit civil, Tome IX ,2 volume,1975. p.610

أشار إليه منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.51.

(2) NERSON, L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil-revue trimestrielle, Droit civil, 1970, p.676 .

أشار إليها منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.63.

(3) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.270.

(4) المرجع نفسه، ص.270.

(5) المرجع والموضع نفسه.

بمقابل يرد على "جزء" من جسم الإنسان هو - في الحقيقة - بيع. ولا ريب في أن بيع " جزء " من جسم الإنسان يتعارض مع اعتبارات النظام العام، فقط الإيثار أو الغيرية هي التي يمكن أن تبرر المساس بالجسم الإنساني في هذا الفرض.

أما بالنسبة للأجزاء المتجددة، فإن مبدأ " المجانية" يجب أن يطبق أيضا لكن مع قدر، ولو قليل، من المرونة. فالتصرف - هنا - لا يرد على " جزء " من جسم الإنسان بالمعنى الدقيق، وإنما على أعضاء أو نتاج، وإن كانت لا تعتبر " شيئا"، ينظر إليها - أحيانا - على أنها " ثمار" للجسم، وليست " جزءا" من الجسم ذاته. وهكذا يمكن - في منطوق هذا الرأي - اقتضاء مقال من التصرفات التي ترد على هذه " الثمار" (1).

والحقيقة أن هذا الرأي قد يغري على قبوله ، فأجزاء الجسم الضرورية والأساسية (غير المتجددة) تبدو أكثر " قدسية" من " ثمار" الجسم (الأجزاء المتجددة). ولا يعقل - منطوقا - أن تكون " للثمار" ذات الحماية المقررة للجسم نفسه. إلا أنه - مع ذلك - غير صحيح، قانونا، من ناحية، ويؤدي إلى نتائج غير مسلم بها من ناحية أخرى(2).

إنّ تنازل الشخص عن عضو من جسده لنقله إلى جسم شخص آخر يجب أن يكون تبرعا وبدون مقابل(3)، وذلك حتى تبقى هذه العمليات في إطارها الأخلاقي الذي وجدت من أجله وبالتالي عدم الخروج عن الكرامة الإنسانية. غير أنه يمكن منح المتبرع مزايا اجتماعية تعتبر بمثابة حافز له ورد للجميل، كمنحه دبلوم أو وسام استحقاق أو شهادة تقديرية، بل وليس هناك مانع من منحه معونة مالية، لتحسين نظامه الغذائي وكذا العلاجي بعد العملية على أن لا يكون ذلك بطلب منه (4). فيما يرى البعض أن يقدم له مقابل معنوي متمثل في شرف إنقاذ حياة إنسانية، وذلك عن طريق منحه بعض المزايا الاجتماعية تعويضا لما أصاب المتبرع من أضرار وأخطار، حيث تتمثل هذه الأضرار في فقد أجر عمله أثناء القيام بالعملية أو انخفاض قوته

(1) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.271.

(2) المرجع والموضع نفسه.

(3) سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص101.100 أشار إليها مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 57.

(4) أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص 86.أشار إليه مختاري عبد الجليل ، المرجع السابق، ص58. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.410.

الجسدية، وضرر أدبي يتمثل في إحساسه بفقد أحد أعضائه، وبصفة عامة كل ما لحقه من خسارة ومآفاته من كسب.⁽¹⁾

كما يتفق الأستاذ THOUVENIN مع أصحاب هذا الرأي حيث يرى أن " جسم الإنسان ليس شيئاً وليس محلاً للتجار به، ولا يمكن أن يشكل إذا محلاً لأي اتفاق قانوني، ولكن مع ذلك فهناك أجزاء من هذا الجسم تشكل محلاً للتبرع وهي قابلة للانتقال من شخص لآخر وقد أصبحت خاضعة لنظام خاص بها"⁽²⁾.

كما تتفق الفتاوى الصادرة من هيئات الإفتاء وكبار العلماء والمجامع الفقهية الإسلامية على تحريم بيع الأعضاء البشرية على اعتبار أن ذلك يتعارض مع الكرامة التي خص الله بها الإنسان⁽³⁾، إذ يجب أن يكون الدافع إلى التبرع هو التقرب من الله وقيم التضامن الإنساني، وليس المقابل المالي⁽⁴⁾.

أما أنه- من الناحية القانونية، غير صحيح فذلك لأن التصرف يجب- حتى يكون صحيحاً قانوناً- أن يكون له سبب مشروع. فالعقد يبطل، حسب نص المادة 176 مدني كويتي، " إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع"، ويقصد بالسبب- هنا- الباعث الدافع إلى التعاقد. إذ لا يعتد في السبب إلا " بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد، (م 2/176 مدني كويتي). والسبب، بهذا المعنى، هو نية التبرع في عقود التبرع، أما في عقود المعاوضة فهو " المقابل " الذي يلتزم به كل من المتعاقدين⁽⁵⁾.

ولا يكفي أن يكون للعقد سبباً، وإنما يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً. والقول بجواز حصول المتصرف في "ثمار" جسده على مقابل يجعل السبب غير مشروع. فالسبب في هذه

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 86. لدى مشكور خليفة، المرجع السابق، ص 35.
(2) THOUVENIN Dominique, La disponibilité du corps humain: Corps sujet ou corps objet ? , Revue actes, n° 49-50, Paris juin , 1985.

أشار إليه أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 27 .

(3) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000، ص. 30. أشار إليه مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 410.

(4) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 410.

(5) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص 271.

الحالة ليس نية التبرع، فالعقد ليس تبرعا، وإنما هو " المقابل" الذي سيحصل عليه المتصرف، إذ أن العقد أصبح معاوضة. وإجازة الحصول على "مقابل" يجعل التصرف الذي يرد على جسم الإنسان ضربا من المتاجرة، يتعارض - من ثم - مع اعتبارات النظام العام. والقول ببطلان التصرف - هنا - يرجع إلى عدم مشروعية السبب، وإذا كان يجوز - على سبيل الاستثناء - التصرف في جسم الإنسان، فذلك لاعتبارات ودوافع إنسانية بعيدة كل البعد عن تحقيق ربح مادي⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، فإن القول بجواز الحصول على مقابل يؤدي إلى نتائج يستحيل، أو على الأقل يصعب التسليم بها. فالعقد يتحول - في حالة وجود المقابل - من تبرع إلى بيع يجب - من ثم - أن يخضع لقواعد ضمان العيوب الخفية، وضمانات الوفاء بالثمن وغير ذلك من القواعد التي تنظم عقد البيع. وهي نتائج يصعب، إن لم يستحل، قبولها أو تطبيقها على جسم الإنسان⁽²⁾.

ثانيا: موقف التشريع من المقابل المادي عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

سنعرض موقف التشريعات من المقابل المادي عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، ثم موقف المشرع الجزائري منه.

أ- موقف التشريعات المقارنة اتجاه المقابل المادي

تقتضي الكرامة الإنسانية أن تهدف عمليات نقل وزراعة الأعضاء إلى تحقيق أغراض علاجية بعيدة عن أي اعتبارات أخرى مالية كانت أو غيرها، وأن يكون هذا الاقتطاع بقدر الضرورة الذي أوجبه الحاجة لعملية النقل والزرع، حفاظا على كرامة الإنسانية، ويجب ألا يكون ذلك بمقابل مالي يجعل التصرف غير مقبول لا قانونا ولا شرعا ولا أخلاقيا، وهو ما أشارت إليه المادة 19 من اتفاقية أوفايديو (Oviedo) الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي بأنه: "لا يجوز استئطاع أعضاء أو أنسجة المنقول منه إلا لغرض علاج المنقول إليه .."⁽³⁾.

(1) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.272.

(2) المرجع والموضع نفسه.

(3) طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص.178. قسوري فهيمة، حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية (دراسة

وهو ما أكد عليه قانون الاسترشادي للدول العربية لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الإتجار فيهما لسنة 2009 بموجب المادتين 08 و 09 منه بأن: "يتم التبرع بالعضو البشري والإيحاء به دون مقابل، وأن يحضر بيع العضو البشري أو النسيج أو شراؤه أو الاتجار به بأي وسيلة كانت"⁽¹⁾.

ويعتبر مبدأ انعدام المقابل المالي لأعضاء جسم الإنسان مبدأ أساسي للتبرع بالأعضاء، لأنه يمنع بشكل طبيعي التنازل المادي عن الأعضاء، وتتفق على قاعدة المجانية معظم القوانين، فلا يكاد يخلو أي قانون متعلق بالأعضاء البشرية من النص على هذا المبدأ، سواء كان ذلك في قوانين الصحة أو قانون العقوبات، حيث نجد المشرع الفرنسي قد نص على مجانية التصرف في الأعضاء البشرية وكذا المتعلقة بأجزاء أو بمنتجات جسم الإنسان التي يسمح بها القانون، وهو ما جاء بالمادة 16-6 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 على أنه: "لا يجوز منح أي تعويض لذلك الشخص الذي يقبل إجراء التجارب على جسده، أو يقبل اقتطاع أحد عناصر جسمه أو أحد منتجاته"، كما نصت المادة 666-13 من نفس القانون على ما يلي: "لا يمكن أبدا منح أي أجر، مهما كان شكله، للشخص الذي يوافق على اقتطاع أحد عناصر جسمه أو على جمع منتجاته"⁽²⁾. وقد تبنى القانون الفرنسي ما جاء به الفقه، حيث أن كلاهما ضد فكرة بيع الأعضاء البشرية لأن الإنسان لا يملك حرية التصرف القانوني في جسده، وأي اتفاق يخالف ذلك يقع

مقارنة بين الشريعة وقانون الصحة الجزائري الجديد)، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، السنة الحادية عشر، عدد 2 جوان 2019، ص. 252.

(1) القانون الاسترشادي للدول العربية لتنظيم زراعة الأعضاء ومكافحة الإتجار فيهما لسنة 2009 الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار 791- د 25 المؤرخ في 2009/11/19.

(2) - أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 107.

باطلا لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة.⁽¹⁾ كما نص القانون الفرنسي على مجانية التبرع بموجب المادة 665-13⁽²⁾.

أما القانون المصري رقم 178 لسنة 1960⁽³⁾، وكذا قرار وزير الصحة⁽⁴⁾، فقد نظم عمليات جمع وتخزين الدم ومشتقاته، غير أنه أجاز لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي، ثم تقوم هذه البنوك ببيع الدم إلى الجمهور⁽⁵⁾، وهو ما أدى بجانب من الفقه إلى القول أن المشرع المصري يبيح التصرف في جزء من الجسم، فيما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أنه يمكن الإستناد إلى هذا النص في الأعضاء المتجددة والتي يعتبر الدم في مقدمتها، إلا انه لا يمكن الأخذ به في الأعضاء غير المتجددة⁽⁶⁾.

وتعتبر السرية مبدأً جوهرياً ضمن نطاق قوانين الأخلاق الحيوية، وقد اتخذت كمبدأ عام وجب تطبيقه على التصرف بأجزاء أو منتجات الجسم البشري، فلا يمكن للمتبرع معرفة شخصية المستفيد وكذلك المستفيد بالنسبة للمتبرع، ولا يمكن إعطاء أي معلومات من شأنها التعريف بأحدهما، غير أنه يوجد استثناء على هذا المبدأ، والغرض من تبني القانون لهذا المبدأ هو اعتبار السرية امتداداً لمبدأ عدم مادية جسم الإنسان⁽⁷⁾.

وقد نصت المادة السادسة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010⁽⁸⁾ المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية على ما يلي: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء

(1) سعيدي محمد نجيب ، أحكام التصرف في الجسم البشري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 47. منذر الفضل، التصرف في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 62.

(2) «Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.» loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, précitée .

(3) القانون المصري رقم 178/61 المؤرخ في 1961/06/05، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ

1960/06/12 عدد 130، النشرة التشريعية، ص.1770.

(4) قرار وزير الصحة رقم 150/61، المتعلق بتقسيم المتطوعين بالدم.

(5) قرار وزاري مؤرخ في 1961/03/29 منشور في النشرة التشريعية بتاريخ 1991/04/10، ص 1015.

(6) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 208.

(7) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 112.

(8) قانون رقم 5 لسنة 2010، المؤرخ في 06 مارس 2010، المتضمن تنظيم زرع الأعضاء البشرية في مصر.

منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين".

ويظهر من الفقرة الأخيرة من المادة السابقة أن المشرع المصري حظر صراحة إجراء العملية عند علم الطبيب ببيع أو شراء ذلك العضو، أو ترتب عنه أي فائدة مادية أو عينية لصالح المتبرع أو ورثته من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. مما يجعل الطبيب مخطئاً عند البدء في إجراء عملية الزرع، والأصح عند البدء في عملية الاستئصال، لأن هذه الأخيرة تسبق عملية الزرع، وبالتالي يعتبر كلا الطبيبين سواء المستئصل للعضو أو الزارع له، قد وقعا في خطأ، مما يقيم مسؤوليته المدنية بالإضافة إلى الجزائية.

أما المشروع العراقي لقانون زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 فمنع بيع

الأعضاء ولم ينص على الأجزاء فجاءت المادة الثالثة على النحو الآتي: "يمنع بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من إجراء العملية عند العلم بذلك"، وقد جاء النص مطلقاً ولم يحدد متى تقوم المسؤولية القانونية، إلا أن الراجع أنه يجوز إقامة الدعوى ممن له مصلحة في ذلك لأن لا دعوى بلا مصلحة وتكون المسؤولية مشتركة (تضامنية) إن كان الطبيب الاختصاصي عالماً بالبيع، ويقع عليه عبء الإثبات في نفي العلم، غير أن هناك استحالة مطلقة في معاقبة الشخص الذي يبيع أحد أعضائه المنفردة لاستحالة معاقبته، فتتحدد المسؤولية على الطبيب فقط، وربما على المستشفى أيضاً لأن المتنازل عن عضو يؤدي إلى هلاكه لا يمكن أن يكون مدركاً لعمله ومن لا إدراك له لا يمكن أن يلتزم لانعدام الإرادة وهي التي تنشئ الإلتزام⁽¹⁾.

وفي خطوة غير مسبوقه تهدف إلى تفعيل مبدأ مجانية عمليات نقل وزراعة الأعضاء، حظر المشرع الفرنسي على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاضي أي أجر عن قيامهم

(1) منذر الفضل، التصرف القانوني...، المرجع السابق، ص 69.

بإجراء أي من عمليتي النقل أو الزرع، وذلك رغبة من المشرع في وصول حد اليقين من أن هذه الممارسة لن تشوبها شائبة اتجار أيا ما كانت صورته⁽¹⁾.

لقد كرس القانون الفرنسي مبدأ التبرع بالأعضاء وعدم الاتجار بها، وذلك من خلال تأكيد القوانين المتعلقة بزراعة الأعضاء كقانون كيافي والقوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية على عدم جواز التنازل عن الأعضاء بالمقابل النقدي على أن تؤخذ بعين الاعتبار تكاليف ونفقات العملية. إنّ منع القانون الفرنسي للمقابل النقدي في مجال زراعة الأعضاء مردّه قداسة جسم الإنسان في الفقه والقانون، وكذا اعتبار جسم الإنسان ليس ملكا لصاحبه حتى يتصرف فيه، كما أن حقوقه عليه ليست مالية، ومن ثم متى كان الحال كذلك فإنه لا يجوز للفرد أن يتعامل في أعضائه أو بالأحرى في جسمه تعاملًا ماليًا كالبيع والاتجار⁽²⁾.

ومن بين الدول التي تجيز بيع الأعضاء البشرية، القانون الكندي في مقاطعة (Québec)، حيث تجيز المادة 19 منه بيع الأعضاء والأنسجة البشرية المتجددة مثل الدم والنخاع الشوكي، والجلد، والخلايا التناسلية وغيرها لأن ذلك لا يتعارض مع النظام العام، شرط أن يكون رضا المتبرع كتابيا⁽³⁾.

أما بالولايات المتحدة الأمريكية، فلم تكن التصرفات القانونية على الأعضاء البشرية عن طريق التعاقد والشراء محظورة إلى غاية صدور القانون الوطني لغرس الأعضاء سنة 1974، ورغم المنع الذي جاء به صراحة إلا أن الجسم البشري ظل مادة تجارية رابحة بيد السماسرة والمهريين الأمريكيين، إلا أن فضيحة غواتيمالا في 1987/05/10 كشفت النقاب عنهم، حيث

(1) Art.L.671-13 du code de la santé publique aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue

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

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

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

أشار إليها مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص58.

(3) **Baudouim, Jean Louis**, L'expérimentation sur les Humains ; un conflit de valeur , Rev.Sc.Crim. et de droit pén.comp. 1971, p.756.

أشار إليه مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص499.

تم تصدير (12) طفل تتراوح أعمارهم بين خمسة أشهر وإحدى عشر سنة، نحو الولايات المتحدة الأمريكية، أين استئصلت بعض أعضائهم وتم زرعها لأبناء الأثرياء⁽¹⁾.

ب- موقف القانون الجزائري من المقابل المادي للتصرف في الأعضاء البشرية

لا يختلف موقف المشرع الجزائري عن غيره من التشريعات اتجاه المقابل المادي للتصرف في الأعضاء البشرية، وهذا ما أكده من خلال المادة 358 من قانون الصحة رقم 11-18 أين نصت على أنه: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أو زرعها موضوع صفقة مالية".

كما شدد قانون العقوبات الجزائري بموجب المادة 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 18 عن عقوبة كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وهذه الأحكام أتت في تعديل قانون العقوبات بموجب القسم الخامس مكرر 1 بالباب المتعلق بالاتجار بالأعضاء.

بهذا، يكون المشرع الجزائري قد استبعد المقابل المادي في مجال زراعة الأعضاء، ولا يجوز أن استئصال الأعضاء أو زرعها سببا لإثراء الذمة المالية للمانح للعضو⁽²⁾ ذلك لما لكرامة الإنسان من قيمة لا تقوم ولا تقدر بثمن، كما أنّ التبرع بالعضو لفائدة مريض هو بحاجة ماسة إليه يعدّ من أسمى القيم الأخلاقية، ومن ثم فلا يجوز الاتجار بالأعضاء ولا بعمليات نقل الأعضاء حتى لا تسود البراغماتية (Le pragmatisme) المهذرة للأخلاق خاصة في مجال هذه الممارسات.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على التكاليف الطبية التي قد تكلفها العملية للمتبرع من أدوية ونفقات التحاليل الطبية، ومن هنا كان على المشرع الجزائري أن يأخذ بما أخذ به المشرع الفرنسي حينما نص هذا الأخير على إمكانية تعويض المتبرع عن نفقات العملية وذلك وفقا للمادة 665 - 13 من القانون رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994⁽³⁾.

(1) حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية .. المرجع السابق، ص. 162، أشار إليه منذر الفضل ،

التصرف في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص60.

(2) إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.82.

(3) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص58.

مما سبق يمكن القول أن رضا المتنازل عن العضو نظير ثمن نقدي يعتبر باطل، ذلك أن الجسد لا يدخل في التعامل المالي، لأن ذلك يتنافى مع الحق في سلامة البدن، والذي هو فوق كل اعتبار⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الضوابط الفنية المتعلقة بالتصرف في الأعضاء البشرية

لكل شخص الحق في سلامة جسمه، والحق في الحياة مع التمتع بكل ما يتفرع عنها من فوائد، وما عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا وسيلة من وسائل حماية الحق في الحياة وفي سلامة الجسم⁽²⁾، وحفاظا على هذا الحق وضعت جل التشريعات ضوابط تعتبر من النظام العام لا يجوز التعدي عليها، ومن بينها الضوابط الخاصة بمحل التصرف (أولا)، والترخيص القانوني من أجل تنفيذ التصرفات الواقعة على الأعضاء البشرية (ثانيا).

أولا: الضوابط الخاصة بمحل التصرف

الجسد هبة من الله تعالى نظمه فأبدع في تنظيمه وهو عبارة عن جهاز متكامل يؤدي كل عضو فيه وظيفته لحكمة شاءها الخالق سبحانه وتعالى وجعل بعضها منها منفردا، كالقلب والكبد، وبعضها مزدوجا كالكلى والعينين، فهل يصح استئصال المزدوج منها لزرعه في جسد إنسان آخر؟، أو بمعنى آخر، ما هي حدود حرية الإنسان في التصرف بجسده؟ ، هل للجسد حماية قانونية ضد إرادة صاحبه؟ ، هل كل مساس بالجسد مقبول قانونا تحت لواء حرية الإنسان في التصرف بجسده كما يشاء؟⁽³⁾.

إن القول بذلك مستبعد جدا، لأن الإنسان محمي ضد نفسه بالقوانين السارية المفعول سواء كانت القوانين جزائية أو مدنية، وإلا لماذا حماية عديم الأهلية من التصرف بنفسه وبماله، ولو كانت الحرية كاملة لترك لأمره، لكن القانون تدخل لحمايته حتى من نفسه⁽⁴⁾.

(1) أحمد محمود سعد ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، ط 1، مصر، 1986، ص.22 وما يليها، منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.63.

(2) سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزراع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.135.

(3) مصطفى العوجي ، التشريع الحديث الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤتمر الطب والقانون، ص.323.

(4) المرجع نفسه، ص.323.

والمقصود بمحل التصرف هو العضو المراد استئصاله من جسم المتبرع أو الجثة، من أجل زرعه في جسم المتلقي، حيث يتكون جسم الإنسان من مجموعة من الأعضاء، ويتكون كل عضو بشري من عدد من الأنسجة، وتعتبر الخلية الوحدة الأساسية في تكوين الجسم، والتي بمجموعها تتكون الأنسجة المختلفة⁽¹⁾.

ومن أجل التعرف على الضوابط الخاصة بمحل التصرف، لا بأس أن نتعرف أولاً على العضو البشري باعتباره محل الدراسة وكذا تمييزه عن مكونات الجسم الأخرى وذلك بهدف معرفة ترتيب الآثار في حالة المساس بجسم الإنسان، حيث تختلف الآثار المترتبة عند المساس بعضو بشري عن المساس بمكونات الجسم الأخرى، بل أن الآثار تختلف من عضو لآخر حسب أهميته، مشروعية التصرف في العضو البشري.

لا يبدو من المغالاة القول أنها قليلة جداً تلك الكتابات التي تصدت لتحديد المقصود بالعضو البشري على نحو دقيق، ولعل ما يثير الدهشة للوهلة الأولى في هذا الصدد هو أن رجال القانون أنفسهم هم الذين يبدون أكثر احتياجاً من رجال الطب لوضع تعريف محدد ومنضبط للمقصود بالعضو البشري، وذلك لما يتيح مثل هذا التعريف من سهولة ويسر في تكيف المسؤولية عن أفعال الاعتداء التي تقع على أحد أعضاء الجسم⁽²⁾.

ومن أجل ذلك سنورد بعض التعريفات الفقهية، ثم التعريف القانوني للعضو البشري.

1- تعريف العضو البشري فقهاً

عرّف العضو البشري لغة على أنه: " هو كل عظم وافر اللحم، ومن ذلك قولهم وعضيت الشاة تعضية إذا جعلتها أعضاء وقسمتها"⁽³⁾. وجاء في القرآن الكريم ﴿الَّذِينَ جَعَلُوا الْقُرْآنَ عِضِينَ﴾⁽⁴⁾. أما اصطلاحاً فقد عرّف العضو البشري بأنه: "مجموعة من العناصر الخلوية

(1) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية-دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2004، ص.50.

(2) محمد صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.11.

(3) ابن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الجزء التاسع، ص.264
مشار إليه في: محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.247. طالب خيرة، المرجع السابق، ص.259.

(4) سورة الحجر، الآية: 91.

المختلفة والمتوافقة القادرة على أداء وظيفة محددة".⁽¹⁾ وفي تعريف آخر: "العضو جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم لا يتوقف على نقله تعرض حياة الإنسان للخطر"، وينصرف معنى لفظ "حي" لاحتفاظ العضو بقيمته البيولوجية وقت الزرع، وعليه لا بد ألا ينقل عضو مريض أو تالف، وذلك لانتهاء الحكمة من نقله، مادام العضو التالف لا يحقق الفائدة المرجوة من النقل للمريض⁽²⁾.

أما مصطلح "طبيعية" فيعني أن تستبعد الأعضاء الاصطناعية والعلّة في ذلك فقدها لخصائص العضو وعلى رأسها الطبيعة الحية للعضو البشري، ذلك أنها مجرد شيء مادي، ويبدو أن هذا التعريف أحسن بالنظر إلى سابقه خاصة وأنه يحدد الصفة الأساسية للعضو. ومع ذلك لم يصل إلى اتساع التعريف الذي قدمه مجمع الفقه الإسلامي، والذي عرّف العضو بأنه: "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلاً به أم منفصلاً عنه"، وبذلك تم منح العضو معنى يتم على أساسه اعتبار أي عملية يتم فيها نقل نسيج أو عدد من الخلايا بمثابة عملية من عمليات نقل زراعة الأعضاء على غرار نقل بعض الخلايا من الكبد والبنكرياس والجلد وغيرها"⁽³⁾، وبذلك أعطى مجمع الفقه الإسلامي تعريفاً أشمل وأوسع للعضو البشري.

أما التعريف الطبي للعضو البشري، فهو "مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة" وإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة فإن الأنسجة تعرف بأنها: "مجموعة من الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة والخلية هي أصغر وحدة في المواد الحية"⁽⁴⁾.

(1) أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص.95.

(2) وائل محمود أبو الفتوح العريزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 38 .

(3) حسن عودة الزعال، المرجع السابق، ص.51.

(4) هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص 11 .

كما يمكن أن نميز أجهزة عضوية بدورها تساهم في إتمام نفس العمل مثل الجهاز العظمي، التنفسي والبلعوم، كما يتضمن جهاز الدورة الدموية أيضا وكذا القلب والأوعية الدموية والدم، وهو أيضا "مجموعة من الأنسجة المتميزة التي تقوم بوظيفة معينة"⁽¹⁾.

وبالمقابل هناك فقه يتجه إلى تقسيم أعمال التصرف التي ترد على جسم الإنسان على أساس المخاطر التي تتضمنها من جهة، وفائدتها بالنسبة لجسم الإنسان من جهة أخرى، ومن ثم، لا يعرّف العضو البشري؛ وإنما يضع التفرقة بين التصرفات الواردة على العناصر الضرورية لجسم الإنسان، والعناصر النافعة، بدرجات متفاوتة، والعناصر غير النافعة للإنسان. غير أن هذا التقسيم لا يمكن الأخذ به، ذلك أنه لا توجد عناصر غير مفيدة للجسم، فلكل عضو دوره حتى لو تفاوتت درجات المنفعة من عضو لآخر، صف إلى ذلك فإن درجات المنفعة تتغير من وقت لآخر حسب تقدم العلوم الطبية وتطورها⁽²⁾.

وعليه فقد لجأ الفقه إلى تقسيم آخر، وهو التفرقة بين الأعضاء، والأجزاء المتجددة والأعضاء والأجزاء غير المتجددة. ويقصد بالأعضاء غير المتجددة الأعضاء الضرورية أو اللازمة التي لا غنى عنها لبقاء الإنسان⁽³⁾، ولا ريب أن مبدأ حرمة الجسم الإنساني يعارض أي تصرف يرد على هذه الأعضاء، لأنه يؤدي إلى المساس النهائي والدائم بإنسان على قيد الحياة⁽⁴⁾. أما الأعضاء المتجددة فهي الأعضاء التي لديها القدرة على التجدد تلقائيا بطريقة طبيعية وأوتوماتيكية، مثل، الدم، اللين، الشعر، السائل المنوي.... على أنه: يجوز التصرف في مثل هذه الأعضاء على سبيل الاستثناء من مبدأ حرمة جسم الإنسان⁽⁵⁾.

إلا أن هذا التعريف غير دقيق، بل أنه يعود بنا إلى التقسيم المنتقد وهو الأعضاء الضرورية وغير الضرورية، بالإضافة إلى أنه غير كاف، ذلك أنه هناك أعضاء غير متجددة

(1) محمد يسرى إبراهيم، زرع الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عنها في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية، دار طيبة الخضراء، السعودية، الطبعة الأولى، 2005، ص 126.

(2) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص. 263.

(3) M.Harichaux, le corps objet, Bioéthique et Droit, 1989, p.135,136.

(4) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص. 263.

(5) المرجع نفسه، ص. 266.

لكنها ليست ضرورية لبقاء الإنسان بالمعنى السابق، كالمرارة مثلا والطحال واليد والقدم، وهكذا، حيث أجاز الفقه التصرف في هذه الأعضاء الأساسية بناء على حالة الضرورة⁽¹⁾.

ومع ذلك، يعتقد البعض أن أدق تقسيم لأعضاء الجسم هو الأعضاء الضرورية وغير الضرورية، وعليه فأى تصرف يرد على الأعضاء الضرورية يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ويدخل في هذا الإطار الأعضاء غير المتجددة، أما الأعضاء غير الضرورية فهي التي يستطيع الإنسان البقاء على قيد الحياة بدونها، وذلك لأنها متجددة أو يمكن الاستغناء عنها عند الضرورة مثل الكلى⁽²⁾.

وعند فقهاء الشريعة الإسلامية يقصد بالعضو، "كل جزء إذا نزع لم ينبت" وفي تعريف آخر "أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا: كاليد والعين والكلية ونحو ذلك، أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا، وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر وما لا يستخلف وسواء منها الجامد كما ذكر والسائل كالدّم واللبن، سواء كان ذلك متصلا به أم انفصل عنه"⁽³⁾.

ما يلاحظ على هذين التعريفين أن الأول لم يشمل جميع أجزاء الجسد، إذ أنه يخرج الأعضاء المتجددة كالدّم والجلد ونحوهما، أما إذا كان المقصود بذلك الجزء الذي يراد زرعه ونقله من مكانه إلى مكان آخر في الجسم فهو مقبول، لكنه يبقى قاصرا، أما التعريف الثاني فبالرغم من اشتماله على مفهوم أوسع وأشمل إلا أن بعض هذه الأجزاء غير واردة في المفهوم الذي نريده، ومن ذلك الدّم والشعر واللبن، فالكثير منها ليس بعضو، وهو ما نلمسه أيضا من خلال التعريف الذي أورده مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء خلايا جسم إنسان آخر حيا كقرنية العين سواء كان متصلا به أم انفصل عنه⁽⁴⁾.

(1) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.264.

(2) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.265.

(3) عارف علي عارف، مدى شروعية التصرف بالأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، بغداد، 1991، ص.11. هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.12. محمد نجيب سعدي، المرجع السابق، ص.10.

(4) قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد04، ج01، جدة، 1988 م، ص805. طالب خيرة، المرجع السابق، ص.265.

2-التعريف القانوني للعضو البشري

تجنبنا العديد من التشريعات وضع تعريف للعضو البشري ولم تحدد، ومن بينها التشريع الجزائري، حيث جاءت نصوصه عامة وخالية من أي إشارة وتحديد للعضو سواء في قانون الصحة وترقيتها رقم 05/85 الملغى، أو في قانون العقوبات من خلال التعديل رقم 09-01 المتعلق بمنع الإتجار بالأعضاء، حيث اكتفى المشرع الجزائري بتحديد العقوبات التي تطبق في حالة المساس بسلامة العضو البشري ابتداء من المادة 303 مكرر 16، واتبع نفس المنهج بقانون الصحة رقم 18-11، غير أنه أشار إليها من خلال المادة 354 من نفس القانون، حيث فرق بينها وبين الأنسجة والخلايا والدم البشري ومشتقاته.

إلا أن هناك بعض التشريعات التي أوردت تعريفا للعضو البشري، ويعد التشريع الإنجليزي الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء الصادر عام 1989 من التشريعات الرائدة في وضع تعريف منضبط للمقصود بالعضو البشري، حيث نص في المادة 7-2 منه على أنه: " يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون، كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل"⁽¹⁾.

ولا تقتصر ملائمة هذا التعريف على سهولة تحديد وتكييف الآثار القانونية الناشئة عن أفعال الاعتداء وانتهاك أحد أعضاء الجسم فحسب، بل تبدو أهمية هذا التعريف المتميز فيما اشتمله من تحديد معنى ومدلول عنصر هام جدا وهو العضو الآدمي، وهو ما يجعله يسهل عملية تكييف وتحديد المسؤولية في الممارسات الطبية المستحدثة والمنصبة على الأعضاء البشرية⁽²⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد بين الفارق الجوهرى بين أعضاء الجسم وسائر المشتقات والمكونات البشرية الأخرى، وذلك من خلال أفراد تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية قسما

(1) مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 15.

(2) المرجع نفسه، ص 15.

مستقلا خاصا بالأعضاء البشرية، وأخرى تتعلق بمشتقات الجسم ومنتجاته⁽¹⁾، لكنه لم يورد تعريفا محددًا لمصطلح العضو البشري، وإنما يتم استنباط المقصود بالعضو من خلال استبعاد ما جاءت به النصوص الخاصة بتنظيم نقل مشتقات الجسم ومنتجاته والتصرف بها كما هو الحال في الدم البشري والأمشاج والخلايا... الخ⁽²⁾.

وفي الأخير، يمكن القول أن الأعضاء البشرية هي تلك الأجزاء المكونة للجسم البشري، حيث أن لكل عضو وظيفة خاصة يقوم بها دون غيره من الأعضاء، وتكون هذه الأعضاء أحادية مثل القلب والكبد وتكون ثنائية مثل العينين والأذنين والكليتين، كما أن هناك أعضاء تعمل بكامل طاقتها أو بالتناوب والتبادل، وبعضها لا يمكن للإنسان أن يعيش بدونها مثل القلب والرئة، على غرار بعض الأعضاء التي يمكن الحياة بدونها أو بجزء منها مثل العينين والأذنين⁽³⁾.

ثانيا: مشروعية التصرف في العضو البشري

لا شك أن القول بجواز التصرف - أي تصرف كان - يتوقف على عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، ولا يثذ التصرف الذي يرد على جسم الإنسان على هذه القاعدة؛ بل على العكس تلعب فكرة النظام العام دورا هاما لحماية الجسم الإنساني بوجه عام، وبالرغم من النقد الذي يوجه إلى هذه الفكرة نظرا لعدم إمكانية تحديد محتواها بدقة، إلا أنها تفرض نفسها في هذا المجال لحماية الإنسان. وتسمح فكرة النظام العام للقاضي بتقرير بطلان التصرف إذا كان ينطوي على مساس بكمال الإنسان⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك، فإن مشروعية التصرف في أي عضو من الأعضاء البشرية تقتضي توافر شروط من أهمها:

(1) Loi. N°.94-653 du 29 juillet 1994- relative au respect du corps humain,(1),(J.O 30 Juillet 1994) ; Loi.n° 94-654 du 29 juillet 1994- relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à L'assistance médical, à la procréation et au diagnostic prénatal(1) (J.O 30 juillet 1994). J.C.P. N°. 39, 28 Septembre 1994, textes- 66974, p.361,365.

. أشار إليها مهندس صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص14

(2) المرجع نفسه، ص 15.

(3) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، دار الفكر

والقانون المنصورة، 2010، ص.19. سعيد محمد نجيب، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص.13.

(4) محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.268.

1- توافق أنسجة المتبرع والمستقبل

من أهم المظاهر التي ترهن نجاح عملية النقل هي ظاهرة " لفظ الأجسام الغريبة أو رفضها (le phénomène de rejet)، إذ يجب لتجنب هذه الظاهرة التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو والمستقبل له وذلك قبل مباشرة عملية نقل العضو وزرعه⁽¹⁾.
أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري ، فقد ترك المشرع الشروط الطبية للسلطة التقديرية للهيئات الطبية المختصة بالقيام بعملية استقطاع العضو وزرعه من خلال الإشارة إلى ذلك بالمادتين 359 و 3/360 من القانون 18-11، حيث أكد المشرع الجزائري على التأكد من ضرورة الزرع ومدى صلاحها للمريض وكذا الالتزام بالأصول العلمية الثابتة ، والتطابق المناعي للمتبرع والمتلقي للعضو، والامتثال الصارم للقواعد الطبية.

2- حفظ العضو المنقول

وهو شرط يكتسي أهمية معتبرة في مجال زراعة الأعضاء البشرية، كما أنه إجراء طبي يلجأ إليه الأطباء عند ممارسة هذه العمليات حتى لا تتلف الأعضاء المستأصلة.
والجدير بالذكر في هذا المقام هو أنّ مدة حفظ العضو تختلف باختلاف التكوين التشريحي له (d'organe La composition anatomique)، فالأنسجة العظمية مثلا، لا يمكن أن تبقى لمدة ساعة محرومة من كمية الدم اللازمة لها بدون أن يصيبها أدنى تلف، أما الأعضاء المركبة كالكلب والكلى فمدة حفظها لا يجب أن تتعدى بضع ساعات أي من 03 إلى 09 ساعات، ويجب أن تودع في مكان تتراوح درجة حرارته ما بين 15 و 20 درجة بالنسبة للكلب و 04 درجات بالنسبة للكلى⁽²⁾.

(1) زهدور أشواق، المسؤولية الجزائرية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2016، ص.ص 101-128.

(2) مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2006-2007، ص.69.

الفصل الثاني

الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية المدنية عن التصرف في

أعضاء الجسم البشري

بعدما تناولنا ركن الخطأ في الفصل الأول وهو الركن الأول في المسؤولية المدنية، باعتباره ركن مهم وأساس المسؤولية المدنية، سنحاول في هذا الفصل إلقاء الضوء على الركنين الثاني والثالث من أركان المسؤولية المدنية، وهما الضرر والعلاقة السببية، حيث لا يقلان أهمية عن الركن الأول، ذلك أنه لا يمكن أن تقوم المسؤولية بدون الضرر وإن أمكن قيامها مع تخلف الخطأ، كما هو الشأن في الحالات التي تتقرر فيها المسؤولية بدون الحاجة إلى إثبات الخطأ⁽¹⁾، ضف إلى ذلك أن تقرير وقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض⁽²⁾، على أن نبين خصوصية كل منهما بالتصرف في الأعضاء البشرية إستناداً على القواعد العامة. وعليه سنتطرق إلى ركن الضرر في المبحث الأول، وسنفرد بالمبحث الثاني لركن العلاقة السببية.

(1) محمد عبد الظاهر حسين ، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة

العربية، 1995، ص.112.

(2) رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.169.

المبحث الأول

الضرر في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

يعد الضرر عنصرا رئيسيا في قيام المسؤولية سواء التقصيرية أو العقدية، وسواء كانت مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء⁽¹⁾، أو كانت على أساس الخطأ أم بدون خطأ، فالضرر في رأي البعض الأساس الحقيقي للتعويض، وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء⁽²⁾.

ووقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض، ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسألة قانونية تخضع لرقابتها⁽³⁾، وبدون ضرر لا توجد مسؤولية ولا تعويض فالضرر مناط كل منهما يدور معهما وجودا وعدما⁽⁴⁾.

وعموما فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقا لقاعدة: "لا دعوى بدون مصلحة"⁽⁵⁾، ولا يعتبر الضرر ركنا في المسؤولية المدنية فقط، وإنما هو مقياس مقدار التعويض الذي تستحقه الضحية⁽⁶⁾ على أنه يقع عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المدعي الذي يتعين عليه إقامة الدليل على وجود الضرر وعلى قيمته في حال إنكارهما من الجهة المدعى عليها⁽⁷⁾، ولالإلمام بالضرر وعناصره وجب التطرق إلى مفهومه في المطلب الأول وشروطه في المطلب الثاني.

(1) انظر المواد 124 136134 138 و 140 من القانون المدني الجزائري.

(2) نقض مدني 30 ماي 1962 س 13 ص.716، نقض جنائي في 22 نوفمبر، س 6، 1963، ص.201. أشار إليهما محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 184.

(3) عز الدين الدناصوري عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء الطبعة السادسة، ب د ن، 2000، ص.1418. أشار إليه رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص.169.

(4) عتيقة بلجبل، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 165.

(5) زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج دار هومة، الجزائر، 2009، ص.59.

(6) علي فيلالي، الإلتزامات- الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص.282.

(7) عتيقة بلجبل، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 165.

المطلب الأول: مفهوم الضرر الطبي

إن المسؤولية الطبية شأنها شأن النظرية العامة للمسؤولية تتطلب وجود الضرر، لكي يقع الطبيب تحت طائلتها، فلا يكفي مجرد إخلال الطبيب بالتزاماته، بل يجب أن يؤدي هذا الإخلال إلى إلحاق الضرر بالغير⁽¹⁾.

وفي تأكيد ذلك نص القانون على أنه تترتب المسؤولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير⁽²⁾.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تعريف الضرر الطبي، أما الثاني فنخصصه لأنواع الضرر الطبي.

الفرع الأول: تعريف الضرر الطبي

إن الضرر الطبي لا يختلف عن الضرر في القواعد العامة، وعليه يجب الإشارة إلى المقصود بالضرر بشكل عام قبل التعرف عليه.

حيث يقصد بالضرر وفقاً للقواعد العامة أنه: "ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حرите أو شرفه أو غير ذلك"⁽³⁾. ويمكن تعريف الضرر أيضاً بشكل عام بأنه: "المساس بمصلحة المضرور"⁽⁴⁾ أو هو "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من

(1) أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون الكتاب الثاني نظرية الالتزام، ب د ن، القاهرة، 1974، ص 2 . حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص 184.

(2) عتيقة بلجبل، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 166.

(3) عبد السلام التوتجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية في القانون السوري والمصري والفرنسي ب د ن، القاهرة، 1966، ص 294. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص 168. أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 126-127.

(4) علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 178.

حقوقه، أو بمصلحة مشروعة " (1)، وهذا يتحقق من خلال النيل أو المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزة سابقة، بحيث يصبح وضع المضرور أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ، ولا يشترط أن يقع الاعتداء على حق للمضرور يحميه القانون فحسب، وإنما يكفي أن يمس مصلحة مشروعة غير مخالفة للقانون (2).

ويتفق الفقه على اعتبار الضرر كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص، وهذه المصلحة المشروعة تحدد بحسب النظام العام القائم في كل دولة سواء بالنظر إلى الاعتبارات السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية (3)، كما يقصد به "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء أكان هذا الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن، بل يكفي أن تقع على تلك المصلحة ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما أنها غير مخالفة له" (4).

وهذا الأذى أو التعدي قد ينشأ عن الإخلال بالتزام يفرضه القانون، فتقوم المسؤولية التقصيرية بقيام أركانها أو ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي بين المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به، فتتهض المسؤولية العقدية (5).

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 2، 1995، ص.143.

(2) عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.168.

(3) عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص.78.

(4) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، مكتبة مصر الجديدة، ج 01، 1992، ص 133. وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى فقضت "أن حق المضرور في التعويض إنما ينشأ إذا كان من أحدث الضرر أو تسبب فيه قد أخل بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو ماله" طعن مدني رقم 149 لسنة 30 جلسة 1968/4/2 ص 19 مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، دار القضاء العالي، طبعة 1968م. أشارت إليه افتكار ميهوبي، المرجع السابق، ص 280 وما يليها.

(5) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 138. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.169.

وتتطبق هذه التعاريف العامة للضرر مع تعريف الضرر الطبي وذلك لإقامة مسؤولية الأطباء أو الجراحين، وبالتالي خضوعهم للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. وعلى ضوء ما سبق ذكره، يمكن أن نتبع الضرر في مجال المسؤولية الطبية من خلال تعريف الضرر بشكل عام، حيث تجتمع جميع عناصر الضرر التقليدية بالتعريف في مجال المسؤولية الطبية، إذ يمكن أن يعرف الضرر الطبي بأنه: "حالة ناتجة عن فعل طبي، بحيث أنها مست بالأذى جسم الشخص وترتبت نقصا في ماله أو عواطفه أو معنوياته" (1) أو هو صورة من صور الاعتداء على التكامل الجسماني، ذلك أن لكل شخص حق في السلامة البدنية، وأن يؤدي جسمه وظائفه بصورة طبيعية" (2).

وعليه، فإن الضرر في المسؤولية الطبية شأنه شأن الضرر في النظرية العامة للمسؤولية، فهو شرط لازم لتحقيق المسؤولية وترتيب التعويض، لكن ينبغي لفت الانتباه إلى أنه خلافا للقواعد العامة لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب أو المستشفى (3)، لأن الضرر الطبي غير متمثل في عدم شفاء المريض، بل هو أثر خطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة والحذر والحرص أثناء ممارسته للعمل الطبي لأن أصل التزام الطبيب التزام بوسيلة أو ببذل عناية ولا يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة (4)، وهناك بعض الحالات التي يكون فيها وقوع الضرر قرينة بسيطة على وجود الخطأ، مثل حالة الطبيب أو المستشفى الذي يلتزم بسلامة المريض أو سلامة الأدوات المستعملة وعمليات نقل الدم (5).

ولم يلجأ المشرع الفرنسي إلى تعريف الضرر سواء في القانون المدني أو قانون حماية الصحة وترقيتها أو مدونة أخلاقيات الطب، لكنه أشار إليه في نص المادة 1382 من ق.م.ف،

(1) عبد السلام التوتنجي، المرجع السابق، ص 292. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص.199. نسيم بن دشايش، المرجع السابق، ص 64.

(2) سعاد راحلي، المرجع السابق، ص.215.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.183.

(4) أحمد حسن عباس الحيايري، المرجع السابق، ص.126.

(5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.184.

وهذا على غرار المشرع الجزائري الذي أشار إلى الضرر في نص المواد 124 و182 مكرر من ق.م.ج.

الفرع الثاني: أنواع الضرر الطبي

قد يصاب المريض بضرر يلحقه أو يمس سلامته الجسدية أو ينقص من ذمته المالية وهو ما يعتبر ضررا ماديا، أو قد يمتد هذا الضرر ليمس شعور وعواطف المريض وهو ما يطلق عليه بالضرر المعنوي⁽¹⁾ أو قد يكون الضررين معا. لذا سنتناول الضرر المادي في الفقرة الأولى، أما الضرر المعنوي فسنخصص له الفقرة الثانية.

أولاً: الضرر المادي

يعرّف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية⁽²⁾، أو هو كل إخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضرور⁽³⁾. وقد يكون الضرر إخلالا بحق، ولاشك أن الضرر الطبي الذي يقع على المتبرع أو المريض في عمليات نقل وزراعة الأعضاء هو إخلال بالحق في الحياة وسلامة الجسد، فالتعدي على الحياة ضرر، بل هو أبلغ الضرر، وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم بأي أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقة العلاج هو أيضا ضرر مادي.

وتجدر الإشارة، إلى أن عدم تحقق الشفاء لا يكون بذاته ضرر إلا إذا كان بناء على إهمال من الطبيب أو انحراف عن السلوك المألوف لطبيب وسط وجد في مثل ظروفه، حيث أن إلزام الطبيب تجاه المريض هو التزام ببذل عناية، أما فيما يتعلق بالمتبرع، فإن الطبيب يلتزم

(1) لمزيد من التفاصيل حول الضرر بنوعيه يراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 714 وما بعدها. سعد عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، رسالة دكتوراه، قدمت إلى كلية الحقوق عين شمس، منشورات جامعة قار يونس بنغازي، الطبعة الأولى 1994م، ص223 وما بعدها. افتكار ميهوبي، المرجع السابق، ص.280 وما يليها.

(2) عبد السلام التوتجي، المرجع السابق، ص.294. أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص.127.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.184.

تجاهه بضمان السلامة، ومن ثم، فإن أي أذى يصيب المتبرع يشكل بذاته ضرر ويكون الطبيب مسؤولاً عنه⁽¹⁾.

وعليه، يتبين أن للضرر المادي صورتان، أولهما يصيب الإنسان في سلامة جسده وحياته، وهو الضرر الجسدي، والثاني يمس بحقوق أو مصالح مالية، وهو الضرر المالي أو الاقتصادي.

أ - الضرر الجسدي

يتمثل الضرر الجسدي في جرح الجسد أو إحداث عاهة أو إزهاق روح أو التسبب بعجز دائم أو جزئي عن العمل، وقد يتعدى هذا النوع من الأضرار إلى أضرار جمالية وجنسية⁽²⁾. فالضرر الجسدي في نطاق المسؤولية الطبية يمكن أن يفضي إلى الوفاة، كما يمكن أن يؤدي إلى عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم، وقد يصاحب هذا الضرر الجسدي انقاص في الذمة المالية للضحية؛ إذ يستوجب علاجها نفقات مالية أو أنها تُحرّم المصاب من القدرة على العمل⁽³⁾.

ويتخذ الضرر الجسدي في مجال زراعة الأعضاء صورة الاعتداء على التكامل الجسدي للمستقبل أو المتبرع، وحقه في أن يظل جسمه مؤدياً لوظائفه الحيوية دون تعطيله، فإتلاف عضو من جسم المتبرع نتيجة خطأ الجراح هو ضرر جسدي يتمثل في الإنقاص من التكامل الجسدي لهذا المتبرع والمساس بحقه في السير الطبيعي لوظائف الأعضاء، ومن ثم يكون الضرر متعلقاً بالاعتداء على الحق في سلامة الجسم⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات هذا الضرر، قيام الطبيب بارتكاب خطأ طبي خلال العلاج في المستشفى أو العيادة بسبب تأخره بتنفيذ العلاج أو أن ينفذه بطريقة خاطئة تؤدي إلى وفاة المريض، وأيضاً

(1) رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ ، المسؤولية المدنية للطبيب عن علميات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص.170.

(2) أسامة أبو حسن مجاهد، التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.1.

(3) كمال فريحة، المرجع السابق، ص.266.

(4) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص.118.

قيام الطبيب بإجراء العملية الجراحية بطريقة خاطئة تؤدي إلى إزالة عضو سليم بدل العضو المصاب، وإصابة المريض بعاهة بدنية وعجز كلي أو جزئي⁽¹⁾.

كما أنّ إتلاف الأمعاء أو قطع الشرايين في جسم المستقبل؛ يعدّ كذلك ضرراً مادياً ناجم عن خطأ الجراح يتخذ صورة الاعتداء على حق المستقبل في السير الطبيعي لوظائف أعضائه. وعليه، يظهر جلياً أنّ الضرر الجسدي الذي يلحق بالمتبرع أو المستقبل جزاء خطأ الجراح يتعلق بمدى الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، فيتخذ بصفة عامة إحدى صور الأضرار الجسمانية (Dommages corporels) التالية: إما إنقاصاً من السير الطبيعي لوظائف الأعضاء أو إنقاصاً من التكامل الجسدي أو تعطيلاً لوظائف الجسم الحيوية. وتقدر درجة الضرر أو الاعتداء على السلامة الجسدية عن طريق خبرة طبية يستند إليها القاضي لتقدير قيمة التعويض⁽²⁾.

ومن الأضرار الجسمانية أو الجسدية التي تترتب عن الأخطاء المرفقية أو الشخصية نجد الأخطاء الطبية في المستشفيات، فيحصل لشخص ما عجز دائم كلي أو جزئي، كالضرر الجسماني الذي يتسبب باختلال في الظروف الحياتية والمعيشية للمضرور، وهذا ما أقرته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية "بن سالم" ضد مستشفى الجزائر⁽³⁾، إذ جاء في تسبيب القرار أن الطفل "بن سالم عبد الرحيم" لحقته أضرار شتى من العجز المؤقت والجزئي الدائم الناتج عن البتر النهائي لساعده الذي يؤثر على دراسته والتمتع بشبابه وتطلعاته المشروعة.

وقد يكون الضرر الذي يصيب المتبرع ضرراً جسدياً يترتب عليه عجز كلي أو جزئي عن الكسب؛ كأن يتسبب الطبيب في تلف عضو مما يسبب عجزاً سواء كان كلياً أو جزئياً، أو أن يقوم الطبيب باستئصال العضو رغم علمه بعدم قدرة المتنازل على تحمل النتائج الصحية

(1) عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.169.

(2) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص.119.

(3) قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ: 1977/10/29 ملف رقم 14946 فريق بن سالم ضد مستشفى الجامعي - مصطفى باشا الجزائر. أشارت إليه عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.169.

المرتتبة على ذلك من حدوث عاهة مستديمة له، مما يتسبب في عدم قدرته على العمل وفقد مورد رزقه⁽¹⁾.

ب - الضرر المالي

هو ذلك الأذى الذي يصيب الذمة المالية للمريض، إذ يؤدي إلى إنقاص العناصر الموجبة فيها، وقد عبر عن ذلك تعبيراً دقيقاً الأستاذان مازو (Mazo) وتانك (Tank) بقولهما: "هو كل ما يؤدي إلى إنقاص الذمة المالية للمضرور"⁽²⁾، فيمس بمصالح المتضرر ذات الصفة المالية أو الاقتصادية كخسارة تحصل له أو مصاريف تنفق، كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى، وما فاتته من كسب⁽³⁾ خلال تعطله عن العمل أو حرمانه منه⁽⁴⁾ أو هو ما يصيب مصالح المتضرر ذات القيمة المادية أو الاقتصادية، كأن يصاب الجسم بعاهة تؤدي إلى تعطيل قدرته على الكسب أو نفقات العلاج⁽⁵⁾.

كما أن هذا النوع من الأضرار يمس مباشرة الجانب المالي للمتضرر مثال ذلك تحمل الشخص مصاريف مالية تتعلق بالعلاج أو بفترات العجز، وقد يتعلق الأمر بنفقات مسكن الشخص المعاق التي تقع على عاتق من تسبب في إعاقته، وفي حالة حدوث الوفاة نتيجة للتدخل الطبي، فإن التعويض يجب أن يشمل نفقات تجهيز الميت ودفنه⁽⁶⁾.

كما يتمثل الضرر المالي في الخسارة التي تلحق المضرور المتصرف فيه، نتيجة إصابته في المصروفات والنفقات التي يتكبدها بسبب هذه الإصابة ، فيحق له استرداد جميع المصروفات والنفقات التي سببتها الإصابة والتي يأتي في مقدمتها المصروفات الطبية

(1) افتكار ميهوبي، المرجع السابق، ص.281

(2) Henri Leon Mazeaud et André Tunc, traite théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, To 2, 6 éd, Montchrestien, 1965.

أشار إليه كمال فريحة، المرجع السابق، ص.266 .

(3) يرى البعض أن قاعدة ما فات المتضرر من كسب وما لحقته من خسارة لا يمكن الاستناد إليها لأنها قاعدة لا يمكن تصورها في مجال زراعة الأعضاء لكونها عمليات قائمة على أساس التبرع والمجانبة من جهة ومن جهة أخرى لأن عضو الإنسان لا يقوم بالمال، وبالتالي يكون أساس الضرر المادي المقوم بالمال هو درجة العجز. أنظر في ذلك: مختاري عبد الجليل، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 118.

(4) كمال فريحة، المرجع السابق، ص.267.

(5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.162.

(6) افتكار ميهوب، المرجع السابق، ص.282.

والعلاجية، من أتعاب الأطباء وأجور المستشفيات وأثمان الأدوية، وغير ذلك من طرق ووسائل العلاج التي تحملها المصاب بالفعل⁽¹⁾.

وعموماً، فإن الضرر المالي قد يكون شخصي وهو ما يصيب الشخص المتصرف فيه وقد يكون ضرر مرتد⁽²⁾.

ثانياً: الضرر المعنوي

يعرّف الضرر المعنوي على أنه: "الضرر الذي لا يطال شيء من كيان الشخص المادي، بل يصيب الإنسان في عواطفه وأحاسيسه ومشاعره أو الضرر الذي يسبب للإنسان آلام نفسية أو جسمانية"⁽³⁾.

ويلحق الضرر المعنوي ما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، فقد يكون مقترناً بأضرار مادية، فيلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام والأحزان التي يحدثها هذا النوع من الضرر في النفس.

وللضرر المعنوي صورتان: أولهما يصيب الجسم ويتمثل في الجروح التي تصيبه والآلم الذي ينجم عنه وما يعقبه من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو الجسم بوجه عام. وثانيهما يتصل بشخصية المرء وحقوقه المالية، وتتمثل في ما يؤدي الشعور والأحاسيس وبما يمس العرض أو السمعة أو الكرامة أو ما يصيب العاطفة من حزن⁽⁴⁾.

ومن هنا، يمكن القول أنّ الضرر المعنوي أو الأدبي هو ما نجم عن الخطأ من آثار نفسية تضرّ بالمريض، كالضرر الناجم عن إفشاء السر المهني، أو ذلك الذي ينجم عن تفويت فرصة الشفاء والذي يثبت للمريض المستقبل في حالة ما إذا اتلف الطبيب عضو المتبرع.

كما يعتبر الضرر معنوياً ذلك الضرر الذي ينجم عن خطأ الإخلال بالرضل أو انعدام الإعلام أو نقصه، أو تلك الآلام الحادة التي تلحق بجسم المتبرع أو المستقبل نتيجة خطأ

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير

التعويض)، الكويت، 1995، ص.70. نقلاً عن رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص. 173.

(2) سنفضل في الضرر المرتد في شروط الضرر.

(3) علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.187. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص. 170. أحمد حسن

عباس الحيازي، المرجع السابق، ص. 13 .

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.864.

الطبيب، وتجدر الإشارة إلى أنّ الضرر المادي أوسع نطاقاً من الضرر المعنوي، فكل ضرر مادي إلا ويحدث آلام نفسية ومساس بالشعور وبالتالي يحتوي على الضرر المعنوي، أما هذا الأخير فيمكن تصوره دون إحداث ضرر مادي كحالة تفويت الفرصة⁽¹⁾.

وعليه، يمكن القول أنّ الضرر المعنوي في مجال زراعة الأعضاء هو ضرر يلحق بالمريض المستقبل أو المتبرع جرّاء خطأ الجراح، يكون إما أصلياً أي في حالة انعدام ضرر مادي كتفويت الفرصة أو تبعياً عند وجوده، فيسأل الطبيب عن الضرر المادي والمعنوي إذا توافرت بعض الشروط⁽²⁾.

كما يتصور الضرر الأدبي في عمليات نقل الأعضاء في حالة حدوث تشوه ظاهر للجسم أو عجز في وظائف الأعضاء والشعور بالضعف والعجز عن ممارسة الحياة الطبيعية، وأيضاً ما يلحق بجسمه من الآلام الجسدية والحسية والنفسية المترتبة على العملية الجراحية⁽³⁾. والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه بضرر أدبي في صحته، وقد يذيع سرا للمريض لا تجوز إذاعته، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته.

ويختلف تقدير هذا الضرر من شخص إلى آخر ومن ذكر إلى أنثى، فالضرر الذي يصيب الفتاة غير الضرر الذي يصيب الشاب أو العجوز أو الطفل وكذلك الضرر الذي يصيب الفنان يختلف عن الضرر الذي يصيب الشخص العادي، فالأمر يتم تقديره من خلال النتائج التي تتركها الإصابة أو العجز على المريض مع الأخذ بعين الاعتبار عمله وسنه وظروفه الاجتماعية والصحية⁽⁴⁾.

وقد ثار خلاف بين التشريعات المختلفة في مدى الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، حيث نص المشرع الفرنسي في نص المادة (1382) من ق.م على وجوب التعويض عن كل

(1) قمرابي عز الدين ، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر موسوعة الفكر القانوني المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر، ب ت ن، ص. 53-54. نقلاً عن

مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 119.

(2) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 119.

(3) افتكار ميهوبي، المرجع السابق، ص.282.

(4) محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 187-188. أحمد حسن عباس الحياوي ، المرجع السابق،

ص.132.

فعل يسبب ضررا، فيلاحظ من هذا النص أنه جاء مطلقا ولم يحدد نوع الضرر، مما جعل الفقه الفرنسي مختلف في تفسيرها، غير أنه أخذ بنص المادة على إطلاقها، وبالتالي إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي (1).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد جاءت المادة 124 من ق.م.ج المقابلة لنص المادة 1382 من ق.م.ف عامة ومطلقة كذلك، لا تميز بين الضرر المادي والمعنوي، فاعتبر الفقه الجزائري أن عدم وجود نص على التعويض عن الضرر المعنوي لا يسوغ أن نستنتج منه انتفاء التعويض عن هذا الضرر، لأن المبدأ العام للتفسير القانوني يقضي بالألا تميز بين الضرر المادي والمعنوي طالما أن القانون لم يميز (2) وهو ما يستشف من نص المادتين 131 و 182 من ق.م.ج (3).

أما بعد تعديل القانون المدني، تدارك المشرع الجزائري الفراغ الموجود، حيث استحدث نص المادة 182 مكرر ق م ج التي نصت على يلي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة "، وبالتالي أخذ صراحة بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي (4).

والرأي السائد فقها وقضاء، أن الضرر المعنوي كالضرر المادي يوجب التعويض عنه ويشترط تحققه بأن يكون ماسا بحق مكتسب يحميه القانون لطالب التعويض، وتكمن صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بأنه يشكل عبئا ثقيلًا على كاهل القضاء، نظرا لدقة وصعوبة تقديره ماديا (5).

(1) أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص.132. نسيمية بن دشاش، المرجع السابق، ص 66.

(2) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1994، ص.240.

(3) المادة 131 ق.م.ج: "... يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182".

ونصت المادة 182 ق.م.ج: "إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب... «...» .

(4) نسيمية بن دشاش، المرجع السابق، ص.67.

(5) أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 134-135.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في الضرر الطبي

يشترط في الضرر بصفة عامة والضرر الطبي بصفة خاصة- بصفته ركنا من أركان المسؤولية المدنية، مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض، وتتمثل فيها يلي: أن يكون الضرر شخصا أولا، محققا ثانيا، مباشرا ثالثا، أن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مالية مشروعة رابعا.

الفرع الأول: أن يكون الضرر الطبي شخصا

يقصد بهذا الشرط أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد⁽¹⁾ ضرا شخصا لمن ارتد عليه . ويقصد بالضرر المرتد (dommage par ricochet ou réfléchi) ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير، كالأضرار التي تلحق الخلف بسبب قتل السلف ، عندما يكون الخلف يعيش على نفقة السلف، ومن ثم، فإن وفاة السلف تلحق به خسارة مالية، بالإضافة إلى الأضرار المعنوية باعتبار المشاعر والعواطف التي يكنها الخلف للسلف⁽²⁾، حيث يفترض هذا الضرر أن الفعل الضار قد ألحق بشخص ضرا أصليا عاد على شخص آخر بضرر مرتد⁽³⁾. كما تضمن القضاء تعريف الضرر المرتد ، حيث عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "الضرر الذي يصيب شخص بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخص آخر"⁽⁴⁾.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003، ص.188.

(2) تجب الإشارة إلى أن هناك خلط بين الضرر المرتد والضرر المورث، إلا أن هذا الأخير هو الضرر الذي يصيب السلف ثم ينتقل إلى الخلف عن طريق الميراث. لأكثر تفصيل راجع: علي علي سليمان ، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص. 186 وما يليها. علي فيلاي، الفعل المستحق التعويض، المرجع السابق، هامش رقم 38 ص.298.

(3) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004. ص.445. نقلا عن رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.171.

(4) نقض مدني في 1985/05/09 الطعن 1773 السنة 51 ق مجموعة أحكام النقض 1980-1985، رقم 22، ص.396. أشار إليه رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.171.

V. aussi , Cass. 2^e Civ. Fr., 19 mars 1997, Bull. civ., 11, n^o. 87.

والملاحظ أن صورة الضرر تختلف في الضرر الشخصي عنه في الضرر المرتد، فقد يكون الأول ضرراً جسدياً والثاني ضرراً مالياً، فمثلاً العاهة المستديمة التي يحدثها الفعل الضار برب أسرة تعد ضرراً شخصياً (الضرر الجسدي) ، وقد يترتب عليها ضرراً مرتداً آخر يلحق بالأسرة متمثلاً في حرمانها من الحق في النفقة التي كان يقوم بها عائلها⁽¹⁾، ولهؤلاء الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي، وهذا التعويض يستقل تماماً عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح ما أصيب هو به من ضرر⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك، قضى القضاء المصري بأن من فقد العائل له حق في النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل، ذلك أن فقد العائل قد أضع عليه حقاً ثابتاً هو حقه في النفقة، وهو ما قضت به "محكمة النقض" لما كان من المقرر في قضائها أن العبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر، هي بثبوت أن المتوفى كان يعيله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، فعندئذ يقدر القاضي ما ضاع من المضرور من فرصة بفقد عائله، ويقضي له بالتعويض على هذا الأساس⁽³⁾، أما احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض⁽⁴⁾.

(1) عبد الحميد عثمان محمد ، المفيد في مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا، سنة 1420هـ، ص.485-486. نقلاً عن رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.172.

(2) كمال فريحة، المرجع السابق، ص.283.

(3) يعتمد القاضي على القواعد العامة في تقدير التعويض ويدخل في اعتباره الظروف المحيطة بكل حالة على حدى. افتكار ميهوبي، المرجع السابق، ص 280 وما يليها.

(4) نقض مدني 6 فبراير 1990 أشار إليه عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 363. أحمد شعبان محمد طه الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجنايئة دار الفكر الجامعي مصر 2015 ص.160. أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته لأن الزوج لا تجب له النفقة على زوجته. استئناف مختلط في 19 أبريل سنة 1944 م 56 ص.106. غير أن الزوجة من حقها المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي لأن لها النفقة على زوجها فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض استئناف مختلط في 07 أبريل سنة 1942 م 54 ص.161.. ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادي أصاب موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده استئناف مختلط في 30 نوفمبر سنة 1938 م 51 ص.32 - وفي 23 يونيو سنة 1943 م 55 ص.195 ولا يدخل في تقدير التعويض ما أنفقه الوالد في تعليم ابنه المصاب لأن ذلك واجب عليه استئناف مختلط في أول ماي سنة 1930 م 58 ص.224. وإذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه وأنه لا يعولهم، فلا حق لهم في التعويض عن الضرر

يتبين من القانون المقارن أن جل القوانين، أصبحت تسمح بتعويض الأضرار المترتبة غير أن هناك خلاف بينهم بشأن تحديد الأقارب أو الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض، فالقانون الفرنسي الذي كان يشترط وجود علاقة قانونية بين المتضرر الأصلي والمصاب بالضرر المترد، أصبح يكتفي بوجود مصلحة مشروعة فقط للمتضرر⁽¹⁾. ويكون للضرر المترد كيان مستقل عن الضرر الأصلي، ويترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر مترد المطالبة بالتعويض عنه، حتى لو اتخذت الضحية موقفا سلبيا من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه، فإذا توفيت الضحية المعيلة لأشخاص آخرين دون أن تكون قد طالبت بحقها في التعويض، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثتها من بعدها، فيجتمع لديهم هذا الحق مع ما لحق بهم من ضرر مترد بسبب حادث معيّلهم، إلا إذا كانت الضحية قد تنازلت عنه حال حياتها، فيبقى لهم الحق في التعويض عن الضرر المترد الذي لحق بهم، وما يقضى به من تعويض لا يعتبر تركة، فلا يقسم بين الورثة⁽²⁾، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1984/04/14⁽³⁾، حيث جاء في حيثياته: "إن تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا لأن الإرث هو ما خلفه الموروث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطى لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث".

وبالنسبة للقانون الجزائري، فإنه يجوز لكل من أصابه ضرر مادي شخصي، حتى لو كان دائئا أن يطالب بالتعويض عما أصابه بشرط أن يثبت أن له مصلحة مشروعة في طلب

المادي. استئناف مختلط في 11 أبريل سنة 1895 م 7 ص. 222 (بنت متزوجة) - وفي 28 أبريل سنة 28 أبريل سنة 1897، م 9، ص. 296. (شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها). مشار إلى هذه الأحكام لدى عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 856 857.

(1) لأكثر تفصيل راجع علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص. 188.

(2) حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص. 430. أشار إليه كمال فريحة، المرجع السابق، ص. 284.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 24770 الصادر في 1984/04/14، المجلة القضائية، العدد الأول، 1985، ص 153. أشار إليه كمال فريحة، المرجع السابق، ص. 284.

التعويض⁽¹⁾، وقياسا على ذلك، فإنه يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد بعد تعديل القانون المدني الجزائري في سنة 2005 طبقا للمادة 182 مكرر ق م ج. وبناء على ما سبق، يتضح لنا أنه يحق للورثة الذين كان يعيلهم المتبرع أو المريض في عمليات نقل وزراعة الأعضاء المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم بسبب موت مورثهم طالما كان الموت بسبب خطأ الطبيب، فإذا ما ترتب على الخطأ إصابة أيهما أو كليهما بعجز عن العمل، استحقا تعويضا ممتثلا في الخسارة التي لحقت بهما والكسب الذي فاتهما بسبب الإصابة⁽²⁾، ومن الجائز أن يكون الطبيب مسئولا عن تعويض من له علاقة تجارية بالمريض كدائنه⁽³⁾.

الفرع الثاني: أن يكون الضرر محققا

أصبح من المسلم به أن الضرر في المسؤولية المدنية يجب أن يكون محققا أو وقع فعلا أو أنه سيقع في وقت لاحق⁽⁴⁾، وهو ما يجمع عليه غالبية الفقه والقضاء. فالضرر الحال هو الضرر الذي ثبت وقوعه فعلا على إثر وقوع الفعل الضار وأصبح محققا، وهنا لا يثير تقدير التعويض عنه أية صعوبة غير أن الضرر المحقق لا يقتصر على ذلك الذي وقع فقط، بل يشمل كذلك الضرر المستقبل، طالما كان وقوعه مستقبلا أمرا محققا وأكديا⁽⁵⁾، ويأخذ حكم الضرر المحقق⁽⁶⁾، وهو ما أكدته القضاء في كثير من أحكامه من بينها قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 13/05/1965 الذي عرفت فيه الضرر المحقق بقولها: "إن الضرر يكون محققا إذا كان واقعا فعلا أو كان سيقع فعلا أو سيقع حتما"⁽⁷⁾.

(1) علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.190.

(2) رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.173.

(3) وائل عساف، المرجع السابق، ص.99 . عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.174.

(4) علي فيلالي، المرجع السابق، ص.294.

(5) علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.179.

(6) أحمد حسن عباس الحيازي، المرجع السابق، ص.128. نقلا عن مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص.120.

(7) نقض مصري رقم 93 بتاريخ 13 ماي 1965 المجموعة الرسمية لأحكام محكمة النقض، العدد 16، ص.570. أشار إليه كمال فريحة، المرجع السابق، ص.284.

ومثال الخطأ الطبي المحقق الوقوع كالخطأ الذي يصيب المريض بعاهة دائمة تمنعه عن تحصيل كسب مادي له ولعائلته، فعاهته هنا موجودة، ولكن الخسارة بسببها تعتبر مستقبلية، ولكنها محققة⁽¹⁾.

ويقصد بالضرر المستقبل (Préjudice future) ذلك الضرر الذي تحقق سببه، ولكن لم تكتمل مقوماته في الحاضر، أو تراخت كل نتائجه أو بعضها إلى المستقبل⁽²⁾، ويكون الضرر المستقبل محققاً أيضاً كلما كان تقديره من قبل القاضي أمراً يسيراً، حيث تكون معالمه واضحة. ويكون إما معروف النتائج، فيعوض عنه أو غير معروف النتائج، فيعطى المريض تعويض أولي وينظر إلى حالته الصحية إذا لم تستقر وأصبحت تتحول تبعاً لظروف طارئة ومختلفة ومثال ذلك إجراء عملية جراحية للمريض في أذنه المصابة بضعف السمع، حيث يؤدي خطأ الطبيب أثناء العملية إلى فقدان جزئي لسمع المريض، وبالتالي يتأكد فقدان المريض للسمع كلياً في المستقبل، ولذلك يأخذ تعويض جزئي عن وضعه الحالي ثم عند فقدانه السمع بشكل كلي يستكمل التعويض، ويعتبر أيضاً إجراء الطبيب الجراح عملية جراحية لمريض في الرئتين نتج عنها ضرر جزئي للأخير، من المؤكد أن تصبح حالته أسوأ مما هي عليه⁽³⁾.

وبالتالي، فإن إصابة شخص بعطل دائم يقعه عن العمل، فعطله الدائم الذي ثبت نهائياً هو الضرر الحال، ولكن إذا كان هذا العطل سيؤدي حتماً إلى حرمان المصاب من دخل كان يجنيه، فهذا يعد من الأضرار المستقبلية⁽⁴⁾.

وفي مجال زراعة الأعضاء يسأل الجراح عن كل ضرر محقق سواء كان حالاً أو مستقبلاً، كما لو أتلّف عضواً مما سيؤدي إلى الإنقاص من التكامل الجسدي للمضروب⁽⁵⁾.

أما إذا كان الضرر احتمالي (Éventuel)، فلا يسأل الجراح عنه⁽¹⁾ لأنه ضرر لم يقع أصلاً وليس هناك ما يؤكد وقوعه، وإنما يخضع إلى احتمالات وافتراضات مبنية على الشك⁽²⁾،

(1) الصغير قيس، المسؤولية المهنية الطبية في السعودية، الطبعة الأولى، ب د ن، السعودية، 1996، ص.176. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.173.

(2) علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.179.

(3) أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص.130 عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.172.

(4) كمال فريحة، المرجع السابق، ص.285.

(5) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص.120.

ولا مجال للتعويض عنه⁽³⁾ لأن وقوعه مجرد احتمال فقط، لكن إذا ما وقع يتم التعويض عنه⁽⁴⁾، ومثال ذلك السيدة التي تصاب بضربة ويعتقد أنها سوف تكون حامل ويحتمل أن تجهض أو لا تجهض. والضرر المحتمل لا يخول المطالبة بالتعويض ويمكن المطالبة به في أي وقت بشرط أن يصبح مؤكدا⁽⁵⁾.

لذا يقع الخط كثيرا بين الضرر الاحتمالي وبين تفويت الفرصة التي تتميز عنه في كونها حرمان المريض من فرصة حقيقية وجدية قد تعود عليه بالشفاء، كما لو أثلّف الطبيب عضو المتبرع فهو ضرر لا يدع مجالا للشك فيه⁽⁶⁾، ويكون التعويض عن ضياع الفرصة في حد ذاتها، حتى وإن كانت النتائج التي ستترتب عنها محتملة لأن ضياع الفرصة في حد ذاتها أمر محقق⁽⁷⁾.

وقد أدى تطور القضاء في فرنسا وفي مختلف المجالات الطبية إلى استحداث هذه الصورة الجديدة من صور الضرر الطبي، ويطلق عليها ضياع فرصة المريض للشفاء أو بقاءه على قيد الحياة وسبب ذلك خطأ الطبيب، وقد كانت المحاكم في فرنسا في البداية لا تعوض عن فوات الفرصة، بحيث كانت تسوي بينها وبين الضرر الاحتمالي، ولكنها عدلت عن ذلك وقررت بوجوب التعويض حيث ذهب الفقه الفرنسي إلى وجوب مساءلة الطبيب عن ممارسة العمل

(1) عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2005 ص.65. نقلا عن مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 121.

(2) أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص.165. نقلا عن مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 121.

(3) أنظر مقال قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص.55 . عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.173.

(4) المحتسب بالله بسام، المرجع السابق، ص.248. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.173.

(5) فدوى البرغوثي، المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس " أبو ديس، 2003، ص.80. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.174.

(6) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.165. مختاري عبد الجليل ، المرجع السابق، ص 121.

(7) ويضرب المثال عن ذلك في أن نتائج مسابقة ما أمر احتمالي لأن المتسابق قد يخفق وقد ينجح لكن عدم المشاركة في المسابقة أمر حقيقي وضياع فرصة المشاركة هو ضرر محقق بغض النظر عن النتائج المترتبة. أنظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص.295.

الطبي الخاطئ، ووجوب التعويض عن الخطأ المحقق لفرصة الشفاء وتقويت الفرصة، وكان أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض وقدره 65.000 فرنك فرنسي بسبب تقويت الفرصة على الطفلة البالغة من العمر ثماني سنوات (Pierre.H) المصابة بعجز دائم لأن ذلك يعرقل حياتها⁽¹⁾.

وأيضاً قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1961 بأن خطأ الطبيب في التشخيص أدى إلى خطأ في العلاج، مما أدى إلى إصابة الفتاة بضرر نتج عنه فقدان أحد أعضاء جسمها وهذا حرمتها من فرصة التقدم بالالتحاق بوظيفة مضيعة طيران⁽²⁾.

أما محكمة النقض المصرية فقد قضت في القرار رقم 1977/ 1566 بتاريخ 1977/3/22 بأن: "تقويت الفرصة وإن جاز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره ما كان المضرور يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادي للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع"⁽³⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن، إلى أن المادة 131 ق م ج تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه، وهذا إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم من تحديد بصفة نهائية مقدار التعويض، ومثالها إصابة المضرور بجروح ستنتال حتماً من قدرته على العمل في المستقبل غير أنه يصعب تحديد مقدار هذا العجز وقت وقوع الإصابة⁽⁴⁾.

وبناءً على ما سبق يمكن القول أنه متى صدر عن الجراح خطأ طبي أو قانوني (عند مخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء)، فإنه يكون مسؤولاً مدنياً عن هذا الخطأ بشرط أن يكون قد نجم عنه ضرر محقق الوقوع سواء في الحال أو المستقبل، ولا يدع مجالاً للشك

(1) لأكثر تفصيل في هذا القرار انظر: راييس محمد، المرجع السابق، ص.277.

(2) نقض فرنسي -400-1-1961 G.P. أشار إليه راييس محمد، المرجع السابق، ص.277.

(3) نقض مدني مصري رقم 1566 / 77 الصادر بتاريخ 1977/03/22 قاعدة الاجتهادات والتشريعات

المصرية 2009/01/15. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.177.

(4) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 294.

فيه⁽¹⁾، ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون مباشراً فقط، فقد يكون غير مباشر كحالة تقويت الفرصة ومع ذلك يسأل الطبيب.

الفرع الثالث: أن يكون الضرر مباشر

إن الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر، والضرر المباشر إما أن يكون متوقفاً أو غير متوقع، والقاعدة في المسؤولية المدنية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط وهذا سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، مع بعض الاختلاف في المسؤولية التقصيرية التي يعوض فيها عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁽²⁾، أما المسؤولية العقدية، فلا يمتد إلى الضرر غير المتوقع، إلا إذا كان عدم تنفيذه الالتزام راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم⁽³⁾.

ولكي يكون الضرر مباشراً يجب أن يكون ناتجاً مباشرة عن خطأ الطبيب، ومن ثم لا يكون هناك محل لمساءلة الطبيب إلا عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض⁽⁴⁾، دون الأفعال الأخرى التي تدخلت في إحداثه، ومثال ذلك موت المريض نتيجة إهمال الطبيب المعالج له في اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة والمطلوبة منه في قوانين مهنة الطب، ويعتبر ما حصل من خطأ نتيجة مباشرة وضرر مباشر بسبب الطبيب الذي لم يحم بتقديم الالتزامات المطلوبة منه، وهو الذي قام بالإهمال، ويتحمل المسؤولية عن الضرر المباشر⁽⁵⁾.
على خلاف الضرر غير المباشر الذي لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الضرر وتقطع بذلك رابطة السببية بينه وبين الخطأ ولا يكون الطبيب مسئولاً عنه.

(1) حسين عامر، المسؤولية العقدية والتقصيرية، المرجع السابق، ص. 307. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص. 174.

(2) أنور سلطان، مصادر الإلتزام المكتب القانوني للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص. 249. نسيم بن دشاش، المرجع السابق، ص. 69.

(3) المادة 182/ف 2 من القانون المدني الجزائري.

(4) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الإلتزامات، ب د ن، مصر، 1992، ص. 554. نسيم بن دشاش، المرجع السابق، ص. 69.

(5) منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام - الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص. 303. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص. 171.

أما الضرر غير المتوقع، فهو الضرر الذي يدخل ضمن دائرة المستقبل ولكن لا يدخل في توقع المتعاقدين⁽¹⁾، ومثال ذلك قيام الطبيب بالإهمال في توضيح الظروف التي تجعله يتوقع الضرر، فهنا الضرر متوقع ولكن إذا كان سكوت المريض هو السبب فيما حصل يكون الضرر غير متوقع لأن هذا الأخير لم يخبر الطبيب عن وضعه الصحي الذي يساعد الطبيب المعالج في التوقع⁽²⁾.

الفرع الرابع: الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة

يقصد بالإخلال بحق أو مصلحة مشروعة هو مساس الضرر بحق ثابت للمضرور، أي أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا مس بحق ثابت أو أخل بمركز يحميه القانون، ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة للتعويض عنها، فإذا كانت غير مشروعة فلا يعتد بها⁽³⁾. وعليه، حتى يتم التعويض عن الضرر يجب أن يقع على مصلحة مشروعة للمريض أو حق من حقوقه المكتسبة قانوناً، ولكنه لا يرتقي إلى الحق الثابت مع ضرورة عدم مخالفته للنظام العام والآداب ومثال ذلك خطأ الطبيب الذي يقع على جسم الإنسان ويؤدي إلى وفاة المريض⁽⁴⁾. ولا يشترط أن يكون الحق الذي يحصل المساس به حقا مالياً، بل يكفي المساس بأي حق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية، كما يمكن أن يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما كانت هذه المصلحة مشروعة⁽⁵⁾. ومن قبيل الأضرار التي تعطي لصاحبها حقا مشروعاً في طلب التعويض، الأضرار المعنوية الناجمة عن الآلام الجسمانية والنفسية للضحية، كذلك الأضرار التي تصيب شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر، يكون للمضرور حقا قبل المصاب، وهو ما يطلق

(1) وائل تيسير عساف، المرجع السابق، ص.95. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.172.

(2) المحتسب بالله بسام، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، الطبعة الثانية، دار الإيمان، دمشق، بيروت، ب ت ن، ص 244. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.172.

(3) كمال فريحة، المرجع السابق، ص.290.

(4) المحتسب بالله بسام، المرجع السابق، ص 238-242. عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص.175.

(5) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.133.

عليه بالضرر المرتد، كالقتل يعتبر ضررا أصاب الميت في حياته وترتب عليه إصابة أبنائه بضرر يتمثل في الإنفاق عليهم وإعالتهم⁽¹⁾.

وتعتبر هذه المصلحة هي الغرض الذي يؤسس بها المدعي (المتبرع أو المستقبل) دعوى المسؤولية التقصيرية والتي يطالب فيها بالتعويض، فالمصلحة هنا هي ذلك الحق الذي يقوّره له القانون والذي اعتدى عليه الطبيب.

وفي مجال التصرف في الأعضاء البشرية هي حق المريض (المستقبل أو المتبرع) في سلامة جسمه والذي يشترط أن يخلّ به الطبيب بخطئه حتى يعتبر كضرر يستوجب التعويض، كما يشترط أن يستعمل الحق في نطاق مشروع أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة⁽²⁾، ويمكن اعتباره من قبيل الحقوق، وليس من قبيل الرخص التي لا تكسب الشخص حقا، ولا تعدّ مساسا بمصلحة مشروعة⁽³⁾.

كما لو تضررت امرأة جزاء عملية إجهاض لم تكن حالتها الصحية تتطلب إجراءها، فبالرغم من أنه تم الاعتداء على حقها في سلامة الجسم إلا أنه لا يعتدّ به كضرر يستوجب التعويض لأنّ الحق المخل به قد استعمل في نطاق غير مشروع⁽⁴⁾.

ويؤيد الفقه اتجاه القضاء، على اعتبار أن المشرع الفرنسي لم يعترف للسيدة بالحق في الإنهاء المبستر للحمل*، حتى يجوز لها أن تشتكي من المساس به، أو يكون مبررا للمطالبة

(1) حسن حنتوش الحساوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة، مكتبة دار

الثقافة، عمان، الأردن، 1999، ص.119. بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.97.

(2) أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص.128. نقلا عن مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 120.

(3) بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.98.

(4) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص.120.

* أثيرت مسألة التعويض بصدد الإجهاض الاختياري بعد فشل العملية وانتهائها بولادة الطفل حيث اعتقد الوالدين أن ذلك يشكل ضررا يستوجب التعويض غير أن القضاء رفض هذا التوجه موقفا عدم أحقيتهم في التعويض بعد أن استجابت محكمة أول درجة لذلك وقضت بمنحها تعويضا قدره 200 ألف فرنك فرنسي لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم ورفضت التعويض وهو ما أقرته محكمة النقض حيث اعتبرت ولادة الطفل لا يشكل ضررا للأُم يمكن التعويض عنه حتى لو حدثت واقعة الولادة بعد عملية الإجهاض. نقض مدني فرنسي)

بالتعويض عن الحرمان منه، ذلك أن المواد (L.162-1, L.162-12) من تقنين الصحة العامة الفرنسي لم تقرر مثل هذا الحق في الإجهاض، بل اعترفت فقط بإمكانية اللجوء إليه، في حالات ضيقة، ووفقا لشروط محددة، وبوسائل معينة، كما أن اللجوء إليه يجب أن لا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تتصل باحترام الحياة الإنسانية، حتى قبل الميلاد. ولا يعتبر ذلك حقا للسيدة إلا إذا تعارض الأمر مع مبدأ أساسي آخر، وهو حقها في الحفاظ على حياتها أو حماية صحتها⁽¹⁾.

أما إذا كان هناك حالة من الحالات التي حددها المشرع، وأباح فيها للزوجين اللجوء إلى الإجهاض وتوافرت شروطها، وتسبب الطبيب بفعله أو تقصيره في حرمانها من ذلك، فإن مسؤوليته تنعقد عن الأضرار المترتبة عن ذلك. من بينها حالة اللجوء إلى التشخيص السابق عن الولادة (diagnostic prénatal) وهي الفحوصات التي تخضع لها المضغة أو الجنين داخل الرحم بهدف اكتشاف ما إذا كان معاقا أو به تشوهات أو أمراض ذات خطورة خاصة، الأمر الذي يبرر اللجوء إلى الإنهاء المبستر للحمل، فإذا ترتب على استمرار الحمل - بناء على نصيحة الطبيب أو الجهة التي باشرت الفحوصات - ولادة طفل معاق أو مشوه، فقد اعترف القضاء الفرنسي⁽²⁾ للوالدين بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي والمادي الذي أصابهما من جراء تقويت الفرصة في اللجوء إلى الإنهاء المبستر للحمل⁽³⁾.

الدائرة الأولى بتاريخ 1991/06/25 أشار إليه ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية - مدى المسؤولية عن التداويات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.47.

(1) المرجع نفسه، ص.48.

(2) أقر القضاء ذلك على إثر قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة تبلغ من العمر 42 سنة وأم لثلاثة أطفال قررت إجراء فحوصات على الجنين إثر حملها لأن القانون يعترف لها بالحق في الإنهاء المبستر للحمل إذا وجدت به عيوب أمراض غير أن المستشفى الخاص الذي أجرى التحاليل أكد أنها عادية وبعد وضع السيدة طفلا مغوليا رفع الزوجان دعوى للمطالبة بالتعويض وقضت المحكمة بانعقاد مسؤولية المستشفى لأنه لم يضمن تقريره بتحفظات حول نسبة الشك في نتائج الفحوصات حيث قضت لهما بتعويض مقداره 45.000 درهم وإيراد شهري مقداره 7.500 فرنك يدفع للوالدين إلى حين وفاة الطفل. محكمة مونبلييه 15 ديسمبر 1989 الأسبوع القانوني 1990-2- رقم 21556 وتعليق جريدل ذكره عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص.50.

(3) حميد ثروت، المرجع السابق، ص.49.

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها في أن امرأة تم فحصها من طرف طبيب، حيث قرر وجود ورم ليفي يمسها، ثم شرع في إجراء العملية، إلا أنه لاحظ أنه أخطأ في التشخيص، وأن المرأة حامل ولا يوجد ورم في الرحم، فقام بإخراج الجنين، ولكن المرأة حدثت لها مضاعفات وتوفيت، وقضت المحكمة بمسؤوليته لأنه لم يقوم باستشارة الطبيب الذي كانت تعالج عنده ولم يستعمل الأشعة ليزيل الشك الذي قام في ذهنه قبل أن يجري العملية⁽¹⁾.

فالتبيب هنا قد مس بحق المرأة - التي تصرف في عضو هام من جسدها عن طريق تدخله بإجراء عملية لها- في الحياة، وكان ذلك بفعل خطئ في التشخيص دون إجراءه للأشعة، وكذا عدم استعانه بالطبيب الذي كان يتابع حالته.

نافلة القول، أن حدوث الضرر للشخص المتصرف في عضو من أعضائه يكفي لقيام المسؤولية الطبية، على أنه يجب الإشارة هنا إلى أن مجرد استئصال العضو في حد ذاته إذا تم وفقاً للضوابط السالف ذكرها يحدث ضرراً للمتبرع، وهذا لا يستوجب مسؤولية الطبيب لأنه يعتبر مشروعاً وفقاً لنص القانون، ولكن إذا تجاوز الطبيب الضوابط أو أخطأ أثناء العملية الجراحية فهنا تكون الأضرار التي تقيم المسؤولية في مجال التصرف في الأعضاء البشرية.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى إشكال قد يثور بشأن موضوع الضرر الطبي، المتمثل في الوضع الصحي السابق للمريض قبل تدخل الطبيب المعالج الجديد، وضرورة التعرف على نسبة الضرر الناتج عن عمل الطبيب اللاحق، وذلك من أجل تقدير قيمة التعويض المستحق، حيث يقوم الخبير القانوني بالعمل على تقدير نسبة الضرر الحقيقي بشكل موضوعي، على أن يتم إنقاص نسبة الضرر السابق الذي كان قد أصاب المريض، ومثال ذلك إذا كان المريض مصاباً سابقاً بعجز ثابت ومحدد وتدخل الطبيب الجديد وأخطأ وحدث تغيير أسوأ في العجز لدى المريض فإن هذا الطبيب الجديد يسأل عن نسبة الضرر اللاحق للمريض⁽²⁾.

(1) قرار محكمة روان الفرنسية الصادر في 21 أبريل 1923 أشار إليه طلال العجاج، المرجع السابق، ص.199. حادي شفيق، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.178.

(2) أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص.131. عتيقة بلجيل، المرجع السابق، ص.176.

وبالرجوع إلى قانون المسؤولية الطبية لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر ناشئاً عن رفض المريض للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية رغم نصحه بالقبول ويثبت رفض المريض للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية رغم نصحه بالقبول بإقرار كتابة أو بالإشهاد عليه.

إذا كان هذا هو الضرر الموجب للتعويض، فإن ال قانون يشترط لحصول التعويض عن هذا الضرر أن يكون هذا الأخير نتيجة طبيعية لنشاط معين ، والحقيقة أن رابطة السببية ليست بالمسألة السهلة ولو كانت تبدو كذلك ، إذ رغم كثرة الكتابات والتحليلات، لا تزال فكرة السببية كفكرة قانونية تثير الكثير من الجدل بين فقهاء القانون ⁽¹⁾، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

(1) رابيس محمد، المرجع السابق، ص.289.

المبحث الثاني

علاقة السببية في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

إن مجرد وقوع الخطأ وحصول الضرر لا يكفيان لتقرير المسؤولية المدنية، إذ أنه يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ، وهذا ما يعرف بركن السببية وهو ركن ثالث مستقل إلى جانب ركني الخطأ والضرر للقول بالمسؤولية⁽¹⁾.

وتحديد ركن السببية في المجال الطبي كما يذكر شراح القانون يعد من الأمور الشاقة والعسيرة، نظراً لتعدد الجسم الإنساني وتغير حالته وخصائصه، وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد ترجع أسباب الضرر الواحد إلى عوامل بعيدة أو خفية مردها طبيعة أو تركيب جسم المريض واستعداده⁽²⁾، أو قد ينشأ الضرر الواحد عن عدة أسباب ساهمت من قريب أو من بعيد في حصوله، ولا فرق في ذلك بين الحالات التي يستغرق فيها مفعول أحد هذه الأسباب لبعضها الآخر، وتلك التي يتعادل فيها تأثير هذه الأسباب على نشوء الضرر الواحد. في مقابل هذا الوضع، فإن السبب الواحد قد يؤدي إلى تسلسل الأضرار المترتبة عنه، الأمر الذي يحتم علينا تحديد نوعية الضرر القابل للتعويض عنه، وهل يحق للمدعى عليه (المسؤول) دفع هذه المسؤولية بإثباته للسبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي مثلاً⁽³⁾. وعليه سنحاول مناقشة مفهوم علاقة السببية في المطلب الأول، وإثبات ونفي العلاقة السببية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم علاقة السببية

لا يمكن القول والجزم، أنه كلما وقع ضرر على مريض نتيجة نشاط طبي مارسه عليه الطبيب - ولو وصفت تصرفات هذا الأخير بالرعونة وعدم الحذر وقلة الاحتياط - نهضت

(1) J.Penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médical , Paris, 1973, p490.

(2) أحمد شعبان محمد طه ، المرجع السابق، ص. 161. أنظر أيضاً **افتكار ميهوبي** ، المرجع السابق، ص.284، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.192.

(3) **عبد القادر العرعاري**، مصادر الإلتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، دار الأمان، المغرب، الطبعة الثالثة، 2011، ص.113.

مسؤولية الطبيب وألزم بالتعويض¹، ذلك أنه يجب توافر علاقة سببية بين نشاط الطبيب والأضرار التي أصابت المريض وذلك سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية للأطباء ، فلا يكفي الخروج عن العقد أو الإحجام عن تنفيذ بند من بنوده، وتحقق ضرر في ذمة المريض، بل يشترط أن يكون الضرر ناتجا عن عدم تنفيذ العقد، وذلك لأن محل المسؤولية التعاقدية هو تعويض الضرر الناجم والناتج عن مخالفة هذا العقد⁽²⁾.

فالتفكير القانوني السليم لا يقبل بهذه النتيجة، لأنه يستلزم زيادة عن ذلك، توافر علاقة سببية بين نشاط الطبيب والأضرار التي أصابت المريض³.

إن رابطة السببية تعد أساس المسؤولية فانه لا يمكن تصور ضرر ناتج عن خطأ ما لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ مسؤول على الضرر وسبب وقوعه، فمناطق المسؤولية وجوهرها رابطة السببية⁽⁴⁾.

وعلى ضوء ما سبق، سيتم تعريف علاقة السببية في الفرع الأول ، ثم بيان نظريات

علاقة السببية في الفرع الثاني

الفرع الأول: التعريف بعلاقة السببية

علاقة السببية هي الرابطة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المس وول والضرر الذي أصاب المضرور⁽⁵⁾ وعليه، لا يكفي لقيام المسؤولية الطبية أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر⁽⁶⁾، بمعنى آخر يجب أن يكون الضرر مترتبا ضرورة على الخطأ أو نتيجة له.

(1) رايس محمد، المرجع السابق، ص.291.

(2) عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ت ن، ص3.

(3) رايس محمد، المرجع السابق، ص.291.

(4) أحمد الحياوي، المرجع السابق، ص 131.

(5) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزامات، المرجع السابق، ص 732.

(6) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص455.

ويمكن تعريف علاقة السببية بأنها: " تواجد علاقة أو رابطة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المعالج أو المسؤول للضرر الذي أصاب المريض أو المضرور" (1) أو هي كون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر (2).

وجود الرابطة السببية شرط أساسي من شروط المسؤولية المدنية للطبيب، مع العلم أن هذه العلاقة ضرورية ومستقلة عن الخطأ والضرر، فالطبيب المعالج الذي يقع منه الخطأ ويحدث الضرر للمريض يجب أن يكون بين الخطأ والضرر علاقة سببية، لأنه أحياناً يقع خطأ من الطبيب ولا يكون هذا الخطأ هو السبب فيما أصاب المريض من ضرر، ومثال ذلك إهمال الطبيب بإجراء الجراحة للمريض، ووفاة المريض بأزمة قلبية ليست لها علاقة بإهمال الطبيب، بل تتعلق بمرض آخر، وفي مثل هذه الحالات، نجد الأهمية الكبيرة لتحديد علاقة السببية والتي على أثرها قد نصل إلى وجود مسؤولية طبية أم لا.

إن ركن السببية ركن مستقل عن ركن الخطأ ودليل ذلك أنه قد تتوافر السببية دون وجود خطأ ومثال ذلك أن يتضرر شخص بفعل الطبيب دون أن يكون هذا الطبيب قد أخطأ ورغم ذلك تقوم وتحقق مسؤولية الطبيب ولكن ليس استناداً للخطأ، وإنما استناداً لمبدأ ونظرية تحمل التبعة، كما وأنه قد يتوافر الخطأ دون توافر السببية، ومثال ذلك أن يحقن الطبيب مريضاً بمادة سامة ولكن قبل أن يسري السم في جسد المريض يأتي شخص آخر ويهم في إطلاق طلقة من مسدسه، فالخطأ هنا هو حقن السم والضرر هو موت الشخص، فهنا تنعدم علاقة السببية، كما أن خطأ الطبيب لم ينجم عنه أي ضرر، لأن انعدام شرط السببية يستتبع انعدام شرط الضرر.

إن عملية الوصول إلى رابطة السببية في المجال الطبي من الأمور الصعبة والمعقدة جداً بسبب تدخلات واختلافات في الأعمال الطبية، وفي تكوين الجسم البشري، فقد تكون أو ترجع أسباب الضرر الطبي الحاصل إلى عوامل متعددة لها دور كبير في ذلك وأن اشتركت عدة

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 990.

(2) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 471 .

عوامل في إحداث الضرر الحاصل يجعل من الصعب تعيين السبب الحقيقي لهذا الضرر والوصول إلى وجود رابطة سببية⁽¹⁾ .

وهناك حالات قد تتوفر فيها السببية دون وجود خطأ، ومثال ذلك أن يتضرر شخص بفعل الطبيب دون أن يكون هذا الطبيب قد أخطأ، وبالرغم من ذلك تتحقق مسؤولية الطبيب ليس استناداً للخطأ بل لنظرية تحمل التبعة⁽²⁾.

وقد عالج المشرع الجزائري موضوع علاقة السببية في نصوص القانون المدني، لا سيما المادة 124 بذكره كلمة " يسبب ضرراً"، كما تمارس المحكمة العليا حق الرقابة على الأحكام والقرارات التي تصدرها الجهات القضائية الدنيا من أجل أن تتأكد من مدى التزام قضاة الموضوع بتوضيح وجود رابطة السببية أو عدم وجودها. و إلى هذا أشارت محكمة النقض الفرنسية عندما قضت في حم لها بتاريخ 1975/10/27 أن المسؤولية القائمة على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسية تتطلب وجود رابطة السببية بين الخطأ و الضرر.³

إن رابطة السببية مسألة تثير كثيراً من الصعوبات العملية، ولم يجب عنها بجواب مرض لها، لأنها ببساطة من المسائل التي لا يمكن تعريفها تعريفاً دقيقاً، جامعا ومائعا، مما حدا برجال القانون إلى ترك مسألة السببية إلى فطنة القاضي، وروح العدالة، و الحكمة لديه، لحلها. ومع ذلك يمكن القول أن رابطة السببية هي مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي تساهم في إحداث النتيجة أو الضرر.

وتثبت علاقة السببية في مجال نقل الأعضاء إذا ارتكب الطبيب خطأ فنيا أدى إلى ضرر جسماني للمتبرع فتقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث يفترض خطأ الطبيب أو الجراح بمجرد حدوث ضرر للمتبرع أثناء أو بعد إجراء العملية ولا يكلف المضرور بإثبات خطأ الطبيب أو الجراح وإنما يقع عبء الإثبات على الطبيب ولا يلزم المضرور سوى بإثبات التزام الطبيب

(1) صفاء خربوطلي، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص.135.

(2) المحتسب بالله بسام، المرجع السابق، ص.255 .

³ رابيس محمد، المرجع السابق، ص.292.

ومضمونه وعدم تحقق النتيجة⁽¹⁾، ولا يستطيع هذا الأخير نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

وتتمثل الأسباب الأجنبية المعفية: في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو فعل المصاب نفسه أو فعل الغير⁽³⁾.

ويذكر هنا أن محكمة النقض المصرية تأخذ بنظرية السبب المنتج وليس بنظرية تعادل الأسباب أي أنه لا يعتد بكافة الأسباب التي أحدثت الضرر وإنما بالأسباب المنتجة فقط⁽⁴⁾. ولكن السؤال يثور في حالة ما إذا لم يصدر عن الطبيب خطأ فني عند أدائه لواجبه إلا أنه قصر في الحصول على رضائه أو تبصيره، فهل تقوم علاقة السببية بين عدم الحصول على رضاء المتبرع وتبصيره وبين الضرر الجسماني الذي أصاب المتبرع؟.

يذهب بعض الفقه القانوني⁽⁵⁾ إلى ضرورة التمييز بين التدخل الطبي الذي لا بد منه والتدخل الطبي غير الضروري. ففي حالة ما إذا كان الغرض من التدخل الطبي علاج المريض وكانت حالته تقتضى التدخل فإنه من الصعوبة اعتبار الضرر الذي أصاب المريض من جراء عدم التبصير هو سبب قبول المريض للتدخل لأن التدخل الطبي هنا لا يستطيع المريض أن يتجنبه

(1) محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية المرجع السابق، ص181، محسن عبد الحميد البيه ، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية المرجع السابق ص 233.

(2) يقصد بالسبب الأجنبي " هو كل فعل أو حادث معين لا ينسب إليه ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلاً" سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 477.

(3) للتفاصيل حول هذه الأسباب المعفية من المسؤولية تراجع: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام . المرجع السابق، ص 735 وما بعدها، أنور سلطان ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد للنشر، طبعة 2005م، ص 354 وما بعدها. محمد لبيب شنب ، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية 1992م، ص 403.

(4) نقض مدني رقم 310 لسنة 32 ق جلسة 19/5/1966م س، 17، ص 1201 وما بعدها مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، مطبعة دار القضاء العالي.

(5) J. penneau, La responsabilité du médecin op. cit. p 34.

عدنان إبراهيم سرحان ، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المرجع السابق، ص 188، جابر محجوب علي ، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 506 وما بعدها.

حتى وإن تم إعلامه بكل مخاطر التدخل، ولكن إذا تم تبصيره وكان بالإمكان أن يختار المريض وقتاً ملائماً لإجراء العملية ويستعد نفسياً لمواجهة ما يترتب عليها من مخاطر، فيكون الضرر الذي أصاب المريض في هذه الحالة هو حرمانه من القيام باختيار الوقت الملائم لإجراء العملية والاستعداد النفسي لها ففي هذه الحالة يعوز على الضرر الأدبي المتمثل في تفويت الفرصة. أما في حالة ما إذا كان التدخل الطبي غير ضروري، كما هو الحال بالنسبة لاستئصال الأعضاء من المتبرع أو إجراء عملية تجميلية لغرض غير علاجي. فإن عدم تبصير المتبرع أو الذي يريد إجراء عملية التجميل والحصول على موافقته وفقاً لما نص عليه القانون يشكل السبب في كامل الضرر الذي أصابهما من جراء التدخل الطبي، وذلك لأن المتبرع أو المريض هنا لو علم بأخطار العملية بشكل كامل لما أقدم عليها بحسب الأرجح⁽¹⁾.

ولا يمكن مساءلة الطبيب إلا عن الأضرار الناجمة أو المرتبطة بالعمل الطبي، فمن غير المنطق أن يسأل عن أضرار غريبة عن هذا العمل، حيث تنتفي الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي تعذر نسبة الضرر إلى العمل الطبي الذي خضع له الشخص⁽²⁾.
جدير بالإشارة إليه، أنه اختلف القضاء في إثبات هذه الرابطة، فبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض المصرية، الذين يأخذان بنظرية السبب الملائم أو الحاسم، فإنه يكفي أن يكون العمل الطبي الواقعة الحاسمة في وقوع الخطر العلاجي، ولا يلزم أن يكون السبب الوحيد في ذلك.

وقد أوضح ذلك مفوض الدولة (Dael) في تقريره أمام مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1995/05/26 بقوله: "إذا كانت عملية نقل الدم في حد ذاتها هي التي أدت إلى حدوث التلوث بفيروس الإيدز كان المستشفى مسؤولاً، أما إذا كان السبب يعود إلى تلوث الدم بفيروس المرض، انتفت مسؤولية المستشفى، وانعقدت مسؤولية بنك الدم⁽¹⁾."

(1) عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 188، جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 506 وما بعدها.

(2) بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص 90.

(1) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 33.

أما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، والتي تعتقد نظرية تعادل الأسباب، فإن الأمر يبدو أكثر صعوبة، إذا تدخل أكثر من عامل واحد في إحداث الضرر، غير أن محكمة النقض لا تتشدد في إثبات قيام رابطة السببية بين العمل الطبي والضرر، وهنا تقتصر السببية على مجرد اختيار عامل من بين عدة عوامل ساهمت في إحداث الضرر، ومطالبة المتسبب المباشر بالتعويض⁽¹⁾.

من الأهمية بمكان ضرورة وجود عمل طبي تقتضيه حالة المريض على أن يكون هذا العمل فعالاً، بحيث يرجى منه تحقيق مصلحة المريض وهي شفائه من مرضه، على أن إرادة المريض ينبغي أن يصدر عنها قبول واضح، بعد تبصيره الواضح من قبل الطبيب بالمخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها بسبب العمل الطبي⁽²⁾.

والواقع أنه يجب التفريق بين أمرين، إذا كانت هناك ضرورة تستدعي التدخل الطبي كالخوف على حياة الأم في حالة الإنهاء المبستر للحمل، أو في حالة التشوهات الخلقية أو الناتجة عن حادث ما، فلا شك في أن هذه الحالات من قبيل المخاطر العلاجية التي تستدعي التعويض عنها. أما حيث لا تكون ضرورة تستدعي التدخل الطبي، كحدوث حمل غير مرغوب فيه، أو إجراء جراحة تجميلية تشبها بأحد الفنانين أو النجوم، أو رغبة في الظهور أكثر جمالاً، فيرى بعض الفقه خضوع تداعيات هذه الأعمال لنفس المبدأ من حيث تعويضها، على أساس مبدأ المساواة⁽³⁾. ويرى جانب آخر، أنه لا مبرر لوجود أي سبب لتعويض مثل هذا النوع من التداعيات نظراً لعدم وجود أي ضرورة تستدعي التدخل الطبي⁽⁴⁾. والطبيب مسؤول عن جميع المخاطر التي يتعرض لها المريض أثناء التدخل الطبي أو اللاحقة له، طالما كانت هذه الأعمال ضرورية وإن كان هناك تباين في أساس المسؤولية⁽¹⁾.

(1) بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 92 .

(2) راجع سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، 1990، ص.125. بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.92.

(3) منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2000، ص.12. بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.93.

(4) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.32.

(1) بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.93.

أما فيما يتعلق بالأضرار التي تعود إلى حساسية المريض أو استعداده المرضي، فلا شك بأن مسؤولية الطبيب عنها مستبعدة إذا توفرت شروط القوة القاهرة، بمعنى إثبات أن هذا الأمر لم يكن متوقعا ولم يكن باستطاعته تجنبه، فحتى لو تمثلت الحادثة في أن الضرر قد نتج عن خطر استثنائي إلى حد كبير، فإنه لا يؤخذ في الاعتبار ولا يرتب مسؤولية الطبيب أو المنشأة الطبية، إذا كانت مفاعيل الخطر أو آثاره الضارة تعود إلى الاستعداد المرضي للشخص الخاضع للعلاج، أو حساسيته المفرطة⁽¹⁾، على أن أعمال ذلك لا يكون إلا بشروط منها، أن تكون حالة المريض السبب الحاسم في حدوث الضرر، كأن تكون لدى المريض حساسية للمنتجات أو المواد المستخدمة في التخدير وكان لا يمكن التنبؤ بها أو اكتشافها، فإنها بمثابة القوة القاهرة⁽¹⁾.

وفي هذا الشأن قضت محكمة "ليل" في قضية فتاة صغيرة أصيبت بكسر في عظم الفخذ على إثر حادث سيارة، حيث رأى الأطباء ضرورة إجراء عملية جراحية لها، لكنها توفيت أثناء العملية. وقرر الخبراء أن المريضة، قد أعطيت المخدر بالقدر الواجب بلا زيادة أو نقصان، وأن الخطر مستبعد منه إلا في حالات استثنائية، حيث كانت حالة الطفلة من بينها، بسبب إصابتها بتضخم في العدة التيموسية غير معتادة في الفتيات قبل البلوغ، ولا يمكن التنبؤ به، حيث لم يكن لدى المجني عليها أية مظاهر دالة عليه، وقد جاء في تقرير المحكمة أن الوفاة ترجع إلى حادثة من حوادث العلاجات غير المتوقعة، مما لا يسأل عنه الأطباء وقد تصرفوا في حدود حقهم في اختيار العلاج الذي بدا لهم واجب الإتياع، وأن الطبيب بريء⁽²⁾.

أما المخاطر العلاجية الناجمة عن عمليات نقل الدم، فلا شك أنها تعتبر من قبيل المنتجات الصحية⁽¹⁾، لا المنتجات التجارية إلا أن عملية توريد الدم تشبه إلى حد كبير عمليات

(1) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.40. بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.95.

(2) أنظر محكمة ليل، سنة 1930، عن منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 514. نقلا عن بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.95.

(1) سميرة عابد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 130 وما بعدها، حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة عين شمس، 1975، ص. 129.

التصنيع، منها إلى مجرد تقديم الخدمة، ذلك أنه بعد الحصول على الدم من المتبرعين يخضع لسلسلة من عمليات الفحص والتعقيم والمعالجة⁽¹⁾.

وقد قررت محكمة استئناف باريس أن مركز الدم يعتبر مسؤولاً في عقد نقل الدم عن تقديم دم خال من أي عيوب وهو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو أحد مشتقات الدم أو مكونات المعالجة الصناعية على أن لا يثبت مركز الدم السبب الأجنبي، وهو الاتجاه الذي أبدته محكمة النقض الفرنسية حين قرر مسؤولية طبيب عيادة عن تحليل وفحص الدم قبل نقله، لكونه يقوم باختيار الجهة التي يحصل منها على الدم والمختبر الذي جرى فيه تحليل الدم وفحصه⁽²⁾.

فيتضح أن المشرع اشترط موافقة المريض بقبول إجراء عملية الزرع وذلك في حضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية الذي قبل بها إجراء العملية الجراحية ورضاء المريض في هذه الحالة لا يعفي الطبيب الجراح من المسؤولية التي تنشأ عن أخطائه المهنية ذلك أن مسؤولية الطبيب مستقلة تماماً عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية⁽³⁾.

الفرع الثاني: نظريات علاقة السببية

لا تزال المناقشات قائمة بين فقهاء القانون حول مسألة رابطة السببية، نظراً لأهميتها وأهمية الآثار المترتبة عنها، وذلك لكون مسألة رابطة السببية بين الخطأ والضرر، باعتبارها ركناً

(1) بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.96.

(2) قرار أشار إليه أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص.50، نقلاً عن بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.97.

(3) وكانت بعض المحاكم الفرنسية قد ذهبت إلى أن عدم الحصول على رضاء المريض، وأن كان يصلح أساساً للتعويض المدني إلا أنه لا يصلح أساساً للمسؤولية الجنائية عن الضرر الناتج من العلاج، ما لم يقترن بخطأ آخر يكون سبباً في إحداث الضرر، فإذا أجرى الطبيب عملية جراحية طبقاً للأصول الفنية، والقواعد العامة المتعارف عليها دون وقوع أي خطأ من جانبه فلا مسؤولية عليه، في ذلك ما كانت النتائج الضارة المترتبة على عمله لأنها لم تكن نتيجة لعدم رضاء المريض، أي تتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي حصل .
cour d'appel de paris: 12 mars 1931, s,1983 1-2-129 note, perreu, triciv, alger,17mars,s, 1995.2.2237

أشار إليه مروك نصر الدين، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 240.

من أركان المسؤولية، ذات أهمية بالغة، فهي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث، فإذا وقع الضرر وكان سبب وقوعه هو الفعل المنحرف عن السلوك المألوف من طرف المدعى عليه- الطبيب- فإن مسؤولية هذا الأخير تقوم وتتحقق⁽¹⁾. إن اشتراك أكثر من عامل في إحداث ضرر يجعل من الطبيب الاعتداد بسبب معين دون غيره من الأسباب التي لها علاقة في إحداث الضرر منفرداً، ومن هذا المنطلق حدث خلاف بين شراح القانون في عملية إسناد الضرر الحاصل إلى هذه الأسباب، وقد ظهرت عدة نظريات فقهية تحاول تحديد نطاق وطبيعة الرابطة السببية ومنها، نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب، نظرية السبب المنتج (الفعال)، وكذلك نظرية السبب الأقوى .

أولاً: نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب

تعود هذه النظرية إلى الفقيه الألماني (فون بيري) وتتخلص في أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيداً يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة متعادلة في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن أي سبب منها هو الذي أحدث الضرر ويكون السبب بهذا الوصف إذا كان الضرر لم يكن ليقع لولاه، وهذه النظرية توجب الاعتداد بجميع الأسباب التي اشتركت في إحداثه واعتبارها متكافئة في إحداث المسؤولية⁽²⁾.

ولذلك فإن، هذه النظرية تعتبر أن كل عامل من العوامل شرطاً لحدوث النتيجة دونما تمييز بين عامل وآخر من حيث قوته أو أثره بالنتيجة، كما أن النظرية تحمل المسؤولية للعمل الإنساني وحده حتى لو كان مصحوباً بقوة قاهرة⁽³⁾.

ومثال ذلك، أن طفلاً صغيراً يلعب في الطريق العام فتصيبه سيارة بجروح خطيرة، وتكون هذه السيارة مسروقة وقائدها يسير بسرعة فائقة، وعند إيصال الطفل إلى مصلحة الاستعجالات يتكفل الطبيب بمعالجته، غير أنه لا يجد قاعة العمليات الجراحية مهياً للقيام

(1) رايس محمد، المرجع السابق، ص.298.

(2) عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص 61 .

(3) أحمد الحياوي، المرجع السابق، ص 136 - 137.

بالعمل المطلوب وبالسريعة المطلوبة، فيقوم الطبيب بتأجيل العملية الجراحية إلى وقت لاحق مما يسبب مضاعفات بالغة للطفل.

وعليه، فلو لم يوجد الطفل في الطريق العام لما حصلت له هذه الأضرار، ولو لم تُسرق السيارة وكانت تسير بسرعة فائقة ما حدثت هذه الأضرار، ولو كانت قاعة العمليات الجراحية مهياًة لما أجلت العملية، ولما تضاعفت الأضرار نتيجة التأخير⁽¹⁾.

فإذا اشترك في الخطأ الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعاً ويعتبر سبباً مباشراً ولو تدخلت عدة عوامل ساعدت مع فعل الطبيب إلى وقوع النتيجة، حتى لو كان قد توقع أو كان بإمكانه أن يتوقع مثل هذه الأسباب، وتأخذ محكمة النقض الفرنسية بنظرية (تعادل الأسباب) كمعيار للسببية فكل العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر بدور ملحوظ يجب أن تتحمل نصيبها في التعويض⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم، إذا كان الضرر الذي أصاب المريض ناجماً عن خطأ من الطبيب يتمثل في تأجيل إجراء العملية الجراحية لمدة طويلة، مما انجر ونتج عنه تعفن الإصابات ومضاعفتها، كما في المثال السابق، وناجم عن خطأ من الغير، والمتمثل في السياقة بسرعة فائقة، ففي هذه الحالة فإن جميع هذه الأسباب والعوامل هي التي ساهمت في وقوع الضرر للمريض، وكلها متعادلة من حيث ترتيب المسؤولية، وتكون المسؤولية مشتركة بين الطبيب وغيره، ويوزع التعويض على أساسها بالتساوي، وتلك نتيجة حتمية ومنطقية لاعتبار كل خطأ اشترك في إحداث الضرر سبباً معادلاً لبقية الأسباب الأخرى⁽³⁾.

وقد وجهت انتقادات للنظرية السابقة في أنها تؤدي إلى إرهاب المضرور وضياح حقه، لكن ما يلاحظ من الرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي أنه كلما ارتقى الضحايا أو ورثتهم في سلم النزاع وانتقلوا إلى درجة قضائية أعلى كلما انحصرت المسؤولية وقل عدد الملزمين بتعويض الضرر بحيث في النهاية تتركز المسؤولية في شخص واحد أو شخصين، وأصبح يسمى ذلك

(1) رابيس محمد، المرجع السابق، ص.299.

(2) عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص 131-133.

(3) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، دمشق، سوريا، 1966، ص.310. رابيس محمد، المرجع السابق، ص.300.

الالتزام بالسلامة - أطباء، مستشفيات، مراكز الدم -⁽¹⁾ ورغم هذه الانتقادات إلى أن هذه النظرية أخذ بها في الاجتهادات القضائية⁽²⁾.

والدليل على ما قيل هو حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 12 ابريل 1990 حيث كانت المسؤولية في البداية تقع على عاتق ثلاثة أشخاص أمام محكمة باريس ولكنها تركزت في النهاية على شخص واحد أمام محكمة النقض وغالبًا ما يكون أكثر قدرة على تحمل التعويض.

وأيضًا وجدت هذه النظرية تطبيقًا لها في مصر أمام محكمة النقض المصرية بالقرار رقم 10/22 بتاريخ 1941/01/10 حيث قررت " بأن تعدد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه سواء كان سببًا مباشرًا أو غير مباشر أدى إلى وقوع النتيجة⁽³⁾ ".

ونجد كذلك أن اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في القرار رقم 2004/330 بتاريخ 2004/4/19، قد أخذ بنظرية تعادل الأسباب: "بمعنى أنه يجب أن يكون هنالك رابطة سببية بين فعل الجاني وبين الأسباب والعوامل الأخرى التي يجهلها الفاعل والتي أدت إلى الوفاة، بحيث لا يسأل عن النتيجة متى كان من المؤكد أنها ستحدث حتى لو لم يقع الاعتداء"⁽⁴⁾.

ثانيا: نظرية السبب المنتج (الفعال)

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس (Von Kris) ومقتضاها أننا نستعرض جميع الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر ونميز فيها بين السبب العارض والسبب المنتج ونعتمد السبب المنتج وحده سببا للضرر فهو السبب المألوف لإحداث الضرر عادة حسب المجرى الطبيعي للأمور وخلافة السبب العارض الذي وجوده أو غيابه لا يغير من الموضوع شيئاً⁽¹⁾ وعليه، فالسبب المنتج الفعال هو الحادث الذي بقدر ما يجعل حصوله محتملا.

(1) عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 131-133.

(2) Annick Dorsener- Dolivet: La responsabilité du médecin, éd. Economica, 2006, Paris 75015, P.174.

(3) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 483 .

(4) قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز جزاء رقم: 2004/330، الصادر بتاريخ: 2004/04/19. مشار إليه

لدى عتيقة بلجبل، المرجع السابق، ص 183.

(1) المحتسب بالله بسام، المرجع السابق، ص 257.

وقد استقر على الأخذ بهذه النظرية كل من القضاة الفرنسي والمصري وخير دليل ما قرره محكمة النقض المصرية في القرار رقم: 51/1247 الصادر بتاريخ 1982/06/24 بأنه: "ركن السببية في المسؤولية التقصيرية مناط تحققه توافر السبب المنتج دون السبب العارض، ولو اقترن به" (1).

ثالثاً: نظرية السبب الأقوى

أسس هذه النظرية الفقيه الألماني كارل بيركير وتقول هذه النظرية بأن سبب النتيجة هو العامل الأقوى فاعلية والأكثر إسهاماً في إحداثها وتعد الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى وتعد أسباباً عارضة (2).

فإذا تعددت الأسباب واستغرق سبب خطأ الطبيب للأسباب الأخرى، كما لو كان خطأ الطبيب متعمداً والخطأ الآخر غير متعمد أو كان أحد السببين نتيجة لسبب آخر، ومثاله لو أخطأ الطبيب في إصدار توجيهات للمريض، واقترن بخطأ المريض في إتباع تلك التعليمات مما يؤدي إلى إصابة الأخير بضرر، فيعتبر خطأ الطبيب مستغرقاً لخطأ المريض، وعليه تعتبر مسؤولية الطبيب كاملة طبقاً لهذه النظرية، وقد ذهب القضاء عند الأخذ بالسبب المستغرق لإقامة مسؤولية لطبيب، فإذا تعددت الأسباب وتعدد الأشخاص فإن خطأ الطبيب يستغرق جميع هذه الأخطاء ويعتبر هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر (3).

ولهذا قد قضى في فرنسا بتاريخ 15 مارس 1957 بانعقاد مسؤولية الجراح لوحده نتيجة إجراء عمليات جراحية متعددة كان قد نسي على إثرها الطبيب الجراح قطعة داخل الجرح أدت إلى وفاة المريض دون اعتبار ما إذا كان النسيان يعد أمراً ثانوياً، لكنه ذو أثر مباشر . أخيراً، فإنه من الصواب القول أن من أفضل النظريات التي يمكن تبنيها في ظل الوضع الحالي هي نظرية السبب المنتج أو الفعال، حيث أنه من خلالها يتم معرفة الوضع الحقيقي للمريض وتحديد السبب الملائم لوضعه والذي له الدور الأساسي في وقوع الضرر لأنه ليس من

(1) نقض مدني مصري رقم: 51/1247 الصادر بتاريخ: 1982/06/24 قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية الصادرة بتاريخ 2009/01/15، منشور على الموقع التالي:

(2) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص479.

(3) أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص137.

المنطق أن يجعل السبب العارض جزء من المسؤولية، فقد يكون الإنسان يعاني من مرض ويتطور هذا المرض دون أن يكون للطبيب أي علاقة بذلك، بحيث يكون جسمه لا يستجيب لعلاج، فهنا لا يمكننا القول أن خطأ الطبيب هو السبب في الضرر الذي وقع للمريض؛ بل أن طبيعة وضع المريض هي السبب.

المطلب الثاني: إثبات ونفي العلاقة السببية

لا يمكن إثبات انعدام رابطة السببية، وبالتالي إعفاء الطبيب من المسؤولية التي تقع على عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو الذي ينشأ عنه الضرر، ولا يكون للشخص المسؤول يد فيه. فهو إذاً كل أمر لا يد للطبيب فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض، مما يترتب عليه انتفاء مسؤولية الطبيب كلياً أو جزئياً.

الفرع الأول: إثبات السببية

بالرغم من ضرورة وجود علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل للمريض لتحقق المسؤولية الطبية، إلا أن إثباتها يعتبر من الأمور الصعبة والمعقدة، كما أشرنا سابقاً، بسبب تكوين الجسم البشري وتغير حالته، بحيث تتعدد أحياناً أسباب حدوث الضرر ووقوعه أحياناً من المرضى أنفسهم مما يسبب الصعوبة في إثبات علاقة السببية.

ويقع عبء الإثبات على عاتق المريض الذي عليه أن يثبت من أجل إقامة المسؤولية تجاه الطبيب، أن خطأ هذا الأخير هو الذي سبب إلحاق الضرر به، وبإمكان المريض إثبات ما يدعيه بكل الطرق والوسائل القانونية الممكنة، ومثال ذلك نسيان الطبيب آلة طبية في جسم مريض، وإصابة المريض بالتهاب في جسمه، فيقع على عاتق المريض أن يثبت أن الالتهاب الذي أصابه في جسمه سببه آلة الجراحة التي نسيها الطبيب⁽¹⁾.

أو في عملية نقل الدم المحتوى على فيروس السيدا، حيث انه إذا ثبت عدم إصابة المعنيين بهذا الداء في وقت سابق لنقل الدم، يجب اعتبار انتقال العدوى للمتضررين نتيجة مباشرة لعملية حقن الدم⁽¹⁾.

(1) عمر منصور المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، ب د ن، الرياض، 2004، ص.60.

(1) Christine Rouault ,op.cit , p300 .

إن صعوبة مسألة رابطة السببية و دقتها نلمسها إذا رجعنا إلى بعض الحالات التي عرضت فعلا على المحاكم، حيث قررت محكمة مصرية أو وفاة الطالب أثناء ممارسته للرياضة المدرسية لا تعود إلى خطأ من الطبيب الذي قرر عدم إعفائه من الرياضة لأن الوفاة لم تكن للألعاب الرياضية دخل فيها، و إنما كان لديه استعداد للوفاة الفجائية من الحالة الليمفاوية التي أصطحبت بنقب بيضاوي في القلب.

و هكذا قد يكشف الطبيب الشرعي بعد عملية التشريح عن عيوب جسمانية كافية بذاتها لإحداث الوفاة، كان الطبيب المعالج يجهلها وقت أن باشر العلاج. كما قد يتعاقب الأطباء على المريض في معالجتهم له، بحيث يصعب ويتعذر معرفة من المتسبب في الضرر من بين الأطباء، كما لو حقن الطبيب مريضه بحقنة من الفيتامين (ب)، وفي ذات الوقت حقن من طبيب آخر بحقنة من مادة (التيوداكين)، وتعرض المريض لصدمة مميتة، وادعى أصحاب الشأن بأن الوفاة كان سببها في الاستعمال غير الحذر من قبل الطبيب الذي أعطاه الفيتامين(ب)، في حين أن الخبراء أكدوا أنه من الصعوبة تحديد ما إذا كانت الصدمة سببها هذا الدواء أو ذلك، عندما تزول مسؤولية الطبيب بزوال تأكيد العلاقة السببية.¹

أو كما لو حقن الطبيب مريضه بمقدار كبير من الكوكايين المخدر أثناء إجرائه عملية جراحية، فمات المريض و تبين من التشريح أن سبب الوفاة تصلب في الشرايين و الأوردة الدموية، ولهذا نفت المحكمة مسؤولية الطبيب الجراح لعدم تأكدها من أن المغالاة في مقدار المخدر كان السبب الحقيقي والأكيد للوفاة.

وقد يموت المريض وتدفن معه الأسباب الحقيقية التي أدت إلى وفاته، بحيث يستحيل نسب الوفاة على سبيل الدقة لما عساه أن يثبت على الطبيب من أخطاء. حتى أن المثل الشائع عن الأطباء، قال أن نجاحات الأطباء يسطع بريقها تحت شمس النهار، و أن تعثرات الأطباء و أخطائهم كثيرا ما يغطيها التراب و تتستر على الموت.¹

وإذا أراد الطبيب المعالج أن ينفي العلاقة السببية عليه إثبات ذلك، وأن يرفع المسؤولية عن نفسه، كما ورد في المادة 261 من القانون المدني الأردني والتي تنص على "إذا أثبت

¹ رايس محمد، المرجع السابق، ص.294.

¹ رايس محمد، المرجع السابق، ص.296.

الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة، أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم في الضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك" (1).

وعلى القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية أن يراعي عند استخلاصه للأدلة القانونية منتهى الدقة والحيطه والحذر، ويعرف حدوده القانونية ولا يتدخل في المسائل الطبية التي بحاجة إلى أناس مختصين بها ولديهم الخبرة الطبية الكافية، وعليه أيضاً أن يختار أصحاب المهنة المعروفون بالنزاهة والكفاءة العلمية، ولكن لا يجوز له أن يطلب منهم الإجابة على أمور قانونية تخرج عن مهمتهم الطبية(2).

الفرع الثاني: انتفاء العلاقة السببية

تنتفي رابطة السببية بين نشاط الطبيب والضرر إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه(3).

وقد وضع استثناء يتمثل في وجود نص في القانون لا يمكن دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي في حالة أن يكون المتبوع مسئولاً عن أفعال تابعيه، ولا يستطيع أن ينفي مسؤوليته بالسبب الأجنبي ما دام قد ثبت مسؤولية التابع، وكذلك إذا وجد اتفاق على أن لا يستطيع دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي ما دام الاتفاق لا يخالف النظام العام أو الآداب(4).

ويعرف السبب الأجنبي على أنه "كل أمر لا يد للمدعى عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر ويترتب عليه انتفاء مسؤوليته كلها أو بعضها".

ويقوم السبب الأجنبي على ركنين هما:

- استحالة دفع الضرر، فالمدعى عليه لم يتمكن من مقاومة الضرر الحاصل وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

- انتفاء الإسناد بأن يكون خارجاً عن إرادة المدعى عليه وإلا لا يمكن إسناده إليه قطعياً.

(1) القانون المدني الأردني، المرجع السابق.

(2) صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص13.

(3) وائل تيسير عساف، المرجع السابق، ص.108.

(4) منذر الفضل، المرجع السابق، ص.451.

وعليه، فإن انعدام السببية وقطعها بتوافر السبب الأجنبي هي ثلاث صور تتمثل فيها يلي:

أولاً: الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة

إن القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيرين لشيء واحد، بالرغم من أن بعض الفقهاء قد اعتبرهما مختلفان، فقالوا: "أن القوة القاهرة هي الفعل الذي يستحيل دفعه"، بينما الحادث الفجائي هو "الحال الذي لا يمكن توقعه"⁽¹⁾.

وفسروا بالقول أن القوة القاهرة حادث مصدره من الخارج ولا يتصل بنشاط المدعي عليه مثل العاصفة أو الزلزال بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل ويكون متصلاً بنشاطه، كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة، إلا أن الإجماع لا يفرق بينهما، إلا أن الحقيقة تقول أن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً ليس فقط، مما لا يمكن بأي حال دفعه بل أيضاً أن لا يمكن توقعه، وكذا الحادث الفجائي لا يمكن أن يكون غير ممكن التوقع؛ وإنما يجب أن يكون مستحيل الدفع⁽²⁾. والقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، هي وسيلة يمكن دفع المسؤولية بها، وبالتالي يتخلص الطبيب من دفع التعويض باعتبار أن التصرف الذي نجم عنه الضرر يعود إلى سبب أجنبي، مما يجعل من الرابطة السببية عديمة الوجود⁽³⁾.

وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى فيها تعتبر من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع⁽⁴⁾، ما دامت قد أقامت أحكامها على أسباب منطقية، ومعقولة ومقبولة، وللمحكمة العليا رقابة على هذا التقدير، إذ لها أن تمحص وأن تراقب ما إذا كانت الوقائع المعروضة تتوافر فيها صفات القوة القاهرة، أم لا، ومن أمثلة وفاة المريض بالقلب على إثر رعد مفاجئ أو الخوف من زلزال مهول.

وبناء على ما سبق، فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي وفقاً لنص المادة 127 ق م ج، هو الزلزال، الفيضان، أو الحريق، أو الحرب المباغته، أو ما ينجم عنها من آثار تترتب عن تلك

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.482.

(2) المحتسب بالله بسام، المرجع السابق، ص.257.

(3) رايس محمد، المرجع السابق، ص.315.

(4) قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/05/25، ملف رقم 53010، م.ق، 1992، عدد 2، ص.11، إذ جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كقوة القاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر..".

الأحداث المادية، والأزمات الاقتصادية، ما دامت مستحيلة وغير متوقعة، كندرة الأدوية من جراء الحرب، مما يُصعب من مهمة الطبيب في معالجة مرضاه. أو تعطل بعض الآلات والمعدات المستعملة في قاعات الجراحة نتيجة انقطاع التيار الكهربائي الناتج عن أوضاع الحرب، أو الزلزال أو الفيضان، مما يجعل عمل الطبيب لا يجدي نفعا في هذه الأوضاع التي لا يمكن توقعها، ويستحيل دفعها أو التحرر منها من طرف حتى الطبيب اليقظ المتبصر⁽¹⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم يعبرون عن القوة القاهرة بتعبير " الآفة السماوية"، ويقصدون بها كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان⁽²⁾، والآفة السماوية سبب أجنبي يقطع الصلة بين الفعل الضار والضرر، ويترتب على ذلك انقضاء الضمان.

يشترط في الحادث المرنج للضرر لاعتباره قوة قاهرة أو حادث فجائي⁽³⁾، توافر الشروط التالية:
1/ عدم إمكانية التوقع، فإذا كان الطبيب يتوقع حدوث الضرر ولم يتخذ الاحتياطات الضرورية اللازمة لتلافي وقوع الضرر فإنه يكون مقصرا، فمثلا إذا توفي المريض بسبب أزمة قلبية أثناء المعالجة بسبب حدوث رعد مفاجئ، فإذا تمكن الطبيب من إثبات إن هذا غير متوقع، فيمكن أن يعفي من المسؤولية.

2/ استحالة الدفع، بمعنى أنه يستحيل على الطبيب دفع الحادث الذي أدى إلى الضرر بالمريض، والاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية أو معنوية ولكن إذا كانت هذه الاستحالة نسبية قاصرة على الطبيب المعالج فلا يعتبر الحادث قوة قاهرة ولا يعفي الطبيب من المسؤولية.

ولإشارة أن هذه الحالة - القوة القاهرة والحادث المفاجئ - قد اتفق الفقه والقضاء على

اعتبارها حالة من حالات انتفاء المسؤولية الطبية على أساس الخطأ⁽¹⁾.

(1) رابيس محمد، المرجع السابق، ص.316.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج 6- دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1997، ص.117. رابيس محمد، المرجع السابق، ص.317.

(3) صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص.145.

(1) Rene Chapus: Droit administratif Général, Montchrestien, T1, 15^{eme} édition, Paris, 2001, P1250 .

ثانياً: خطأ المريض (المضروب أو الضحية)

يعتبر من حالات السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية كلياً أو جزئياً، فإذا وقع الخطأ من المضروب وحده، فإن الطبيب غير مسؤول لأن المضروب هو الذي ألحقه بنفسه وكان هذا بفعله ولا توجد علاقة سببية بين الضرر والنشاط الطبي، أما إذا ساهم المضروب وخطأ الطبيب في إحداث الضرر، فتقسم المسؤولية بين المتسبب في الخطأ والمضروب حسب مساهمة خطأ كل منهما في إحداث الضرر خطأ المريض يؤدي إلى قطع علاقة⁽¹⁾.

ويعتبر في حكم السبب الأجنبي، ومثال ذلك أن يكون السبب في فشل علاج المريض هو المريض نفسه، بحيث أن الضرر الواقع سببه خطأ المريض نفسه وليس الطبيب، فللمريض الذي قام بتناول أدوية أو أشياء منعه عنها الطبيب أو امتنع عن أخذ العلاج وفقاً لتوجيهات وتعليمات الطبيب المعالج، وأيضا إذا أخفى المريض معلومات حساسة عن الطبيب المعالج والتي تتعلق بوضعه الصحي تؤدي إلى خطأ الطبيب في التشخيص بحيث أن العلاج الذي وصفه الطبيب المعالج يكون مبني نوعاً ما على معلومات المريض، وبالتالي يكون خطأ المريض هو السبب في قطع علاقة السببية⁽²⁾.

وبالتالي إذا ساهم المريض نفسه في إحداث الضرر مع خطأ الطبيب، فإن النتيجة ليست إعفاء الطبيب من المسؤولية بشكل كامل، بل تخفيض قيمة التعويض المحكوم به على الطبيب، وقد نصت على ذلك المادة 264 من القانون المدني الأردني بالقول: "يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه⁽¹⁾".

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي يفرق بين فرضيتين بخصوص خطأ المضروب على أساس أنه: "إذا استجمع خصائص القوة القاهرة فإنه يقطع علاقة السببية ويعفي الطبيب من

(1) حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص.205.

(2) وائل تيسير عساف، المرجع السابق، ص.110.

(1) القانون المدني الأردني، المرجع السابق، المادة 264.

المسؤولية تمامًا، أما إذا لم يستجمع خطأ المضرور خصائص القوة القاهرة، بل اقتصر دوره على مجرد المساهمة في وقوع الضرر فإن الإعفاء من المسؤولية يكون جزئياً⁽¹⁾.

ولكن هنالك حالات معينة تؤدي إلى عدم الاعتماد على خطأ المريض كسبب لقطع علاقة السببية ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بإجراء عملية لمريض وهو ليس بحاجة لها حتى لو رضي هذا المريض بالعمل الطبي المراد إجراؤه عليه مع علمه المسبق بنتائج هذه العملية، بحيث أنه لا يمكن أن يحمل رضائه بالضرر أنه اتفاق مع الطبيب لإعفائه من المسؤولية⁽²⁾.

وإذا كان أحد الفعلين نتيجة الفعل الآخر، فلا يعتد إلا بالفعل الضار الذي وقع أولاً، فإذا كان فعل المدعى عليه نتيجة لفعل المضرور، فلا تتحقق مسؤولية المدعى عليه نظراً لانعدام رابطة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر الذي لحق بالمضرور، وإن اشترك فعل المضرور مع فعل المسؤول لم يستغرق أحدهما الآخر فنكون بصدد الفعل المشترك والمدعي عليه لا يتحمل مسؤوليته كاملة، فالأصل في الفعل المشترك أن يتحمل كل فاعل نسبة نصيبه في الفعل.

ثالثاً: خطأ أو فعل الغير في إحداث الضرر

تنتفي علاقة السببية نتيجة خطأ الغير، إذا كان الضرر قد وقع بفعل الغير وحده، أي أنه كان السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض، حيث أن خطأ الغير يقطع علاقة السببية متى كان كافياً لإحداث النتيجة.

ويقصد بالغير كل شخص خاص أو عام مهما كانت صفته القانونية غير جهة الإدارة المدعى عليها والأشخاص الذين تعتبرهم الإدارة مسئولة عنهم كموظفيها، وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً، ويقاس خطأ الغير بمعيار الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وله شأن في إحداث الضرر. ويحدد القاضي الإداري نسبة المسؤولية الإدارية في حالة الإعفاء الجزئي حسب ما ارتكبه كل من الإدارة والغير، فالتعويض في هذه الحالة يكون من إدارة المرفق الطبي، وعلى هذه الأخيرة أن تعوض الضحية تعويضاً كاملاً وبطريقة غير مباشرة عليها - الإدارة - الرجوع على الغير - المتسبب في الضرر الطبي - بقيمة التعويض⁽¹⁾.

(1) نقض مدني فرنسي، 19 أكتوبر 1991، مشار إليه لدى عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 143.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 274.

(1) Martine Lombard et Gilles Dumont: Droit administrative, Dalloz, 5^{ème} édition 2003, Paris Cedex 14, P.240.

ولكن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان الأخير مسئولاً عن أفعال الغير، لأننا هناك سنكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعة ولا يجوز له الاتصال من المسؤولية تجاه المضرور سواء كان الغير من مساعدي هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل معه، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والأشعة الذين اختارهم للعمل معه والقيام بالمهمة الطبية⁽¹⁾.

وجاء في نص المادة 265 من القانون المدني الأردني أنه: "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم"⁽²⁾. فهذا النص لا يقرر التضامن في حالة تعدد المسؤولية؛ وإنما يجعل كل منهم مسئولاً بنصيبه في الفعل الضار إلا إذا قررت المحكمة التضامن فيما بينهم.

وفي المجال الطبي إذا كان الضرر قد وقع بفعل الغير وحده أي أنه كان السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض، حيث أن خطأ الغير يقطع علاقة السببية متى كان كافياً لإحداث نتيجة ولكن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان هذا الأخير مسئولاً عن أفعال الغير لأننا هنا سنكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعيه ولا يجوز له الاتصال من المسؤولية تجاه المضرور سواء كان الغير من مساعدي هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل معه، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والأشعة الذين اختارهم للعمل معه والقيام بالمهام الطبية⁽³⁾.

وإذا تخلفت علاقة السببية بين خطأ الطبيب، أو فعله، والضرر الذي لحق بالمريض، فليس معنى ذلك استبعاد كل مسؤولية، إذ يقرر القضاء مسؤولية الطبيب على أساس تقويت فرصة الشفاء على المريض، وفي هذه الحالة لا يلتزم إلا بتعويض جزئي، يتناسب مع ما كان للمريض من فرص الحياة، أو فرص الشفاء، أو فرصة تجنب الضرر الذي لحقه، أو بحكم للورثة بتعويض يقتصر على ما لحقهم من ضرر أدبي.

(1) قيس الصغير، المرجع السابق، ص 184-185.

(2) القانون المدني الأردني، المرجع السابق، المادة 265.

(3) وائل تيسير عساف، المرجع السابق، ص 111-112.

وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية، في دعوى تتلخص وقائعها في : أثناء عملية وضع، ارتكب الطبيب المولد تقصيراً، تمثل في إثارة عملية الوضع إصطناعياً، قبل موعدها ودون ضرورة طبية، ولما كانت الأم مصابة بمرض معد، فقد أصيب الطفل بعدواه، مما أدى إلى وفاته بعد عدة أيام، وثبت أن تقصير الطبيب قد زاد من احتمالات انتقال العدوى للمولود، لكن دون أن يثبت أن الانتظار بعض الوقت، كان من شأنه أن يجنب الطفل عدوى هذا المرض القاتل، وبذلك كانت علاقة السببية بين تقصير الطبيب وحدث الوفاة غير محققة، مما دفع المحكمة الجنائية إلى تبرئة الطبيب، لكنها حكمت في الدعوى المدنية المرفوعة من والدي الطفل وإخوته، بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن تفويت الفرصة في حياة الطفل، وقد أيدت محكمة النقض رأي قضاة الموضوع في ذلك⁽¹⁾.

أخيراً يمكن القول، إن البحث في العلاقة السببية وإثباتها وقطعها ضمن دائرة المسؤولية الطبية هي عملية شاقة وصعبة ومعقدة، لأن أساس موضوعها جسم الإنسان وقوة تحمله للمرض ومضاعفاته، وكل مرض محاط بالكثير من الأسرار والغموض وكثيراً ما تختلف تطورات المرض ومضاعفاته، بحيث يصبح أكثر الأطباء خبرة غير قادرين على الحكم على الوضع الصحي للمريض، والسبب الحقيقي في تدهور وضعه الصحي⁽²⁾.

في الكثير من الأحيان تحدث حالات وفاة ويقال أن السبب هو خطأ طبي وبعد التشريح يتبين عكس ذلك وأن الموضوع بعيد جداً عن مضاعفات المرض، وهذا الوضع يؤدي إلى صعوبة كبيرة يعاني منها القاضي ورجال القانون في الحكم على مثل هذه المواضيع، فما يؤثر على المرض والعلاج ليس دائماً يمكن الحكم به على نفس الحالة؛ بل يختلف ويصعب بالتالي تتبع أركان المسؤولية الطبية وإثباتها وبالأخص علاقة السببية.

(1) نقض جنائي فرنسي، 20 مارس 1996، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1996، ص. 912، وملاحظات

جوردان، أشار إليه ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 133.

(2) عبد السلام التوتنجي، المرجع السابق، ص. 169.

الباب الثاني

آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

إن التطور الحاصل في المسؤولية المدنية لم يكن وليد الصدفة، بل كان نتيجة جهود مضنية، ووليد ظروف اقتصادية واجتماعية، بل أكثر من ذلك قانونية، ألزمت كل من المشرع الجزائري وكذا الفرنسي والمصري على إيجاد حل من شأنه مواكبة هذا التطور الذي طرأ على العالم في مجال الصحة والذي كان نتيجة الأبحاث المتوالية في مجال الطب عموماً وفي أعضاء الجسم البشري خصوصاً.

وإذا كنا في إطار التصرف في أعضاء الجسم البشري فهي ليست كمنظيرها من التصرفات، حيث الضرر ليس كالضرر المترتب عنها من نوع خاص، ولا يضاهيه أي ضرر مهما كان، ذلك أن جسم الإنسان هبة من الله تعالى، ولا يمكن لأحد أن يعوضه عن جزء منه مهما ضؤل حجمه.

ولذلك حاولت التشريعات المقارنة في هذا الصدد ترجيح الكفة نوعاً ما لصالح المضرور، بقصد إحداث التوازن الذي كان مفقوداً في ظل قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، وذلك بإعفائه من إثبات الخطأ، حيث يكفي إثبات العلاقة السببية بين العيب والضرر لتقوم مسؤولية المتسبب في الضرر على أنه لا يمكن القول أن مجرد الضرر أصبح كافياً لإثبات المسؤولية المدنية الطبية، حيث مازالت المسؤولية الخطئية تحتفظ بمكانتها حتى مع بعض محاولات الخروج عنها. وعليه سنتناول في هذا الباب الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، ذلك أنه عند قيام المسؤولية المدنية بكل أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، يتقرر الحق في التعويض كجزء عن هذه المسؤولية، ومن أجل ذلك سنلقي الضوء على هذه الآثار من خلال فصلين، نتناول في الفصل الأول: التعويض عن المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري وفقاً للقواعد التقليدية، أما الفصل الثاني فسننتقل إلى استقلالية أسس التعويض عن القواعد التقليدية للمسؤولية.

الفصل الأول

التعويض عن المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم

البشري وفقاً للقواعد التقليدية

إن عملية تحديد إطار المسؤولية الطبية يتم عن طريق تحديد العلاقة الموجودة بين الطبيب والمريض، والتي قد تكون علاقة تعاقدية بين الطبيب والمريض تخضع في جل أحكامها إلى أحكام نصوص القانون المدني وذلك لما يتضمنه العقد من شروط، وقد تكون على أساس علاقة تقصيرية يكون فيها الطبيب ملزم ببذل عناية فقط دون الإلتزام بتحقيق نتيجة وقد تنصب العلاقة الثالثة على افتراض طبيعة تنظيمية لائحية تنظم العلاقة بين الطبيب والمستشفى وهذا إذا كان الطبيب عامل أو موظف لدى مستشفى عمومي حيث يتمتع ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من الأطباء الخواص، لذا فالنظام القانوني يختلف حسب طبيعة كل علاقة والتي يتم من خلالها تحديد المسؤولية بتحديد الجهة القضائية المختصة وبتحديد عبء الإثبات وبكيفية وتقدير التعويض لذا سوف نتطرق إلى هذه الجوانب في المبحثين التاليين:

سنلقى الضوء في هذا المبحث على طبيعة المسؤولية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري وفق القواعد التقليدية في مبحث أول، ثم نتناول كيفية التعويض عنها في مبحث ثان.

المبحث الأول

أثر تحديد طبيعة المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

يعتبر تحديد طبيعة المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري ذي أهمية بالغة، نظراً لاختلاف الأحكام القانونية التي تسري على كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وإذا كانت القواعد العامة تقتضي حصول المريض المتضرر على التعويض عما أصابه من ضرر جراء مباشرة العمل الطبي، فإنه ورغم حدوث الضرر للمريض أو لأقاربه، يمكن ألا تنثور المسؤولية الطبية إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانب القائم بالعمل العلاجي، لذلك فإن الحصول على التعويض يرتبط بضرورة وجود خطأ طبي، ومن ثم إثبات هذا الخطأ، إذ بالرغم من التطورات والتحويلات التي شهدتها الطب في الخمسين سنة الماضية يبقى

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

الأصل أن المسؤولية الطبية لا تزال تقوم على أساس الخطأ، ووفقاً لمبدأ "البينة على من ادعى"، لذا يكون على المتضرر إذا أراد الحصول على التعويض عبء إثبات ما يدعيه⁽¹⁾.

وهو ما يتطلب بحث طبيعة المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري من خلال المبحث الأول، ثم إثبات الخطأ الطبي عند التصرف في الأعضاء البشرية من خلال المبحث الثاني.

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب عن التصرف في أعضاء الجسم البشرية
تباينت الآراء بين الفقه والقضاء حول طبيعة مسؤولية الطبيب، واختلفت الاتجاهات في هذا الصدد بين من يراها ذات طبيعة تقصيرية وبين من يراها ذات طبيعة عقدية، وهو ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري ذات طبيعة تقصيرية
إن المسؤولية المدنية للطبيب كانت في البداية مسؤولية تقصيرية في كل من فرنسا ومصر، سواء في إطار الفقهاء أو في أحكام القضاء.

أولاً: المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري على ضوء آراء الفقه والقضاء الفرنسي

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي⁽²⁾ إلى أن الطبيب عند قيامه بعلاج المريض، وما ينجم عن ممارسته لهذا العلاج من خطأ يسبب ضرراً للمريض يستتبع مسؤوليته التقصيرية وليست العقدية، حيث أن التزام الطبيب بالعلاج إلتزام قانوني لأنه إلتزام ببذل عناية وليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة هي الشفاء، ومن ثم يخضع لأحكام المادتين (1382-1383) مدني فرنسي. وقد اعتمد أصحاب هذا الاتجاه على عدة مبررات نذكر من بينها ما يلي:

1. لا يمكن القول دائماً وفي كل الحالات بأن هناك عقداً بين الطبيب الذي يعالج مريض في حالة غيبوبة في الطريق العام، أو شخص عاجز لا يعرف الطبيب ولا يمكن أن يتصل بممثله

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 112.

(2) N.Jacob et Ph. IE tourneau, La responsabiité civil, (2.ed) DALLOZ, Paris, N°.1144, p.393.

رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 96.

القانوني، أو تحرير الطبيب شهادة مزورة لشخص ثبت أنه مريض بمرض عقلي للتهرب من الخدمة العسكرية⁽¹⁾.

وقد تم الرد على هذا الرأي - باعتبار أن حجته لا تكفي لنفي المسؤولية العقدية، ذلك أن القائلين بالمسؤولية العقدية للطبيب لا يختلفون حول خضوع هذه الحالات للمسؤولية التقصيرية لعدم إمكانية الإدعاء بوجود عقد بين الطبيب والمريض، بل ينفذ الطبيب إلتزاما قانونيا توجبه (المادة 1/63) من القانون الجنائي الفرنسي والمادة الخامسة من القانون الطبي التي تعاقب على عدم مساعدة الشخص الذي في حالة خطر⁽²⁾.

- لا يمكن أن تكون تصرفات أرباب المهن لا سيما - المهنة الطبية- محلا للتعاقد، لأن هذه المهنة تحتاج إلى علم وثقافة، و أفراد عالم بها بمعرفة أصولها دون سائر الناس، وهذا يجعلها غير قابلة للتقدير المادي.

- يتعلق أمر العلاج بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم ومصصلحة المجتمع، ومن ثم فإن المساس بهذه الحياة يعتبر مساس بالنظام العام الذي يوجب خضوع المخالف له إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية⁽³⁾.

ولقد أقر القضاء الفرنسي - في البداية- بمسؤولية الطبيب التقصيرية، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها عام 1935 والذي يعتبر أول حكم في هذا الصدد إلى اعتبار المسؤولية الطبية مسؤولية تقصيرية، ومن ثم، فإن الطبيب الذي أهمل في العناية بمريضه مما تسبب عنه فقد ذراعه، يقع تحت طائلة المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي. كما قررت محكمة (Sciène) المدنية أن مسؤولية الطبيب عن الفعل الضار الذي يدعيه المضرور والذي لا صلة له بالالتزامات التعاقدية التي يولدها عقد العلاج الطبي، هي مسؤولية تقصيرية، كما في حالة الطبيب الذي اربكب بعض الأخطاء في مقدار جرعات الدواء، مما تسبب في وفاة المريض.

(1) Janine AMBIALET, la responsabilité du fait D'autrui en droit médical, Thèse, Paris, (L.G.D.J), p108.

رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص. 97.

(2) أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ص. 232. رمزي رشاد عبد الرحمن

الشيخ، المرجع السابق، ص. 98.

(3) رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص. 98.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

وذهبت محكمة باريس⁽¹⁾ إلى أن مسؤولية أطباء المستشفيات بصفة عامة ذات طابع تقصيري لانعدام حرية المريض في اختيار طبيبه وهذا هو جوهر عقد العلاج.

كما تبنت ذات المفهوم السابق محكمة (Colmar)⁽²⁾ سنة 1850، ومحكمة (Metz)⁽³⁾ سنة 1868، حيث قررتا انعقاد المسؤولية التقصيرية للطبيب بسبب الإهمال وعدم الإلتزام بأصول التصرف الحسن وعدم الاحتياط.

ثانياً: المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري في رأي الفقه والقضاء المصري

ذهب جانب من الفقه المصري، مسايراً في ذلك الفقه الفرنسي، إلى اعتبار مسؤولية الطبيب عن الإخلال بالإلتزام بالعلاج ومراعاة الحيطة والحذر هي مسؤولية تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية، وأن قاضي الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه، وهذا ما يتناسب وتفسير المادة 163 من القانون المدني المصري، ومن ثم فإن الطبيب يسأل عن خطئه اليسير طالما توافرت فيه شروط الخطأ وفقاً للمادة السابقة⁽⁴⁾.

كما اعتبر القضاء المصري مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية، حيث قررت محكمة النقض في حكم لها في 1936/05/22 أن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة بالأشعة وهذه المسؤولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسؤولية التعاقدية. ك ذلك، ذهبت المحكمة الأهلية الابتدائية بالإسكندرية في حكم صادر لها بتاريخ 1943/12/30 إلى أن الطبيب يسأل دون تمييز بين الخطأ الهين والخطأ الجسيم، وقررت أن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية⁽⁵⁾.

(1) V.la cour de Paris du: 18/03/1936, Avait il décide que la responsabilité que la responsabilité encourue par un médecin des hôpitaux était de nature délictuelle.

نقلاً عن رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.100.

(2) V. Dalloz, 1852, 116/2, 10 juillet 1850.

(3) V. Dalloz, 1868, 110/2, 20 juillet 1861.

(4) أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2008، ص.238.

(5) محكمة الإسكندرية: الإبتدائية الأهلية، بتاريخ 1943/12/30، الحكم رقم 35، مجلة المحاماة، السنة 24، ص78-80.

كما قضت محكمة النقض المصرية بجلسة 1969/07/03 بأنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب المعالج له حتى ينعقد عقد بينهما، ولا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الم وظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبالتالي لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية⁽¹⁾.

حالات المسؤولية التقصيرية للطبيب عن التصرف في أعضاء الجسم البشري. من المتفق عليه، أنه إذا لم تتوافر شروط المسؤولية العقدية، انعقدت المسؤولية التقصيرية للطبيب ويحدث ذلك في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: عمليات نقل وزراعة الأعضاء في المستشفيات العامة

أكدت محكمة النقض المصرية أن مساءلة الطبيب في المستشفى العام يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى يقوم العقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها علاقة تنظيمية وليست تعاقدية وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن ضمن دائرة المسؤولية التعاقدية⁽²⁾. وقد ذهبت محكمة باريس⁽³⁾ إلى أن طبيب المستشفيات في القطاع العام يسأل مسؤولية تقصيرية.

الحالة الثانية: عمليات نقل وزراعة الأعضاء التي تتم بناء على عقد باطل

يقصد بالعقد الباطل هنا، حالة شراء العضو مع علم الطبيب بعملية الشراء ، لا شك أن مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تلحق بالمريض أو المانح في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية لبطلان العقد المبرم بين الطبيب والمريض لمخالفته للنظام العام، حيث لا يجيز قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ولا فقهاء الشريعة الإسلامية عمليات شراء هذه الأعضاء، وبالتالي

(1) نقض مدني، مجموعة أحكام النقض المدني، المكتب الفني، السنة 21، رقم 179، ص 1.62. رمزي رشاد، المرجع السابق، ص 101.

(2) طعن مدني 418، السنة 34، جلسة 1969/07/03، السنة 20، ص 1094.

(3) V.trib.Civ.Paris. 18/03/1938.D.H.1938. 377.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

يكون التعاقد على نقلها باطلا، ومن ثم تنتفي معه المسؤولية العقدية لتحل محلها المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للطبيب عن التصرف في الأعضاء البشرية ذات طبيعة عقدية

استثناءً من الأصل العام في القضاء المصري، وهو تقرير الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض هي مسؤولية عقدية، وإذا كان الطبيب يلتزم بشفاء المريض بمقتضى العقد الذي بينه وبين المريض، نظرا لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية، إلا أن تنفيذ هذا الالتزام يتطلب جهدا صادقا ويقتضى تنفق والقواعد العامة المستقرة في علم الطب.

وبالتالي، تتعدد المسؤولية الطبية للطبيب إذا قصر في سلوكه الطبي الذي لا يقع من طبيب يقظ في نفس مستواه المهني، وفي نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول والمريض.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى اتجاه آخر سبق هذا الاستثناء ويمثل هذا الاتجاه القاعدة العامة أو الأصل في مسؤولية الطبيب ومضمونه أو قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم المسؤولية الطبية، فهي بحسب الأصل مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، وهنا يثور التساؤل عن الحكم الاستثنائي، هل يعد عدولا عن القضاء السابق عليه من محكمة النقض والذي يتمثل في الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية كأصل أم مجرد استثناء على القاعدة العامة؟⁽²⁾.

يرى البعض أن المريض حينما يتجه إلى صاحب مهنة أو وظيفة عارضا عليه مصالحه، كاشفا له بعض أوجاعه ومتاعبه، ملتسما منه المساعدة والتطبيب، فهذا يعني أن هناك تبادلا للرضا قد تم وأن هناك عقدا قد تم، حتى ولو كان هذا العقد شفهيًا أو ضمنا⁽³⁾. وهذه العلاقة التي تنجم عن هذه الحالة ترتب مسؤولية طبية عقدية، ذلك لأن الطبيب بمجرد فتحه لعيادته ووضعه للوحة إخبارية يبين فيها صفته الطبية وتخصصه، فإنه يضع نفسه

(1) رمزي رشاد، المرجع السابق، ص.111.

(2) أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجناحية، المرجع السابق، ص.138.

(3) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.353.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

في موقع الموجب أي من يقدم إيجاباً، وبالتالي، فإن أي مريض يقبل بهذا العرض، إنما يبرم عقداً مع الطبيب بصفة طبيعية وتامة⁽¹⁾.

ولقد كرّس هذا التحول في المسؤولية الطبية الاجتهاد القضائي في فرنسا بمناسبة صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ 1936/05/20، مدفوعة لتحقيق مصلحة المضرور بالنسبة للتقادم، على أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض لا يلتزم بمقتضاه الأول بشفاء الثاني، بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام ميلاد مسؤولية عقدية⁽²⁾.

وغني عن البيان، أن للحكم المذكور أعلاه الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، فضل تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب طبقاً للاتجاه الحالي، والذي ظهرت خيوطه مع صدور الحكم المذكور، وهو المعمول به في فرنسا حتى الآن⁽³⁾.

وتتلخص وقائع القضية في أن سيدة كانت تعاني من مرض في الأنف، اتجهت إلى أحد الأطباء لعلاجها عام 1925، وقد تولى الطبيب علاج السيدة عن طريق استخدام أشعة إكس (X)، وأدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المريضة، فقام زوجها برفع

(1) وفي هذا الصدد يقول الفقيه كوهان (Cohin):

« ...Un médecin qui exerce doit être considéré comme adressant une offre au public soit par le fait d'avoir opposé une plaque sur sa porte, soit parce qu'il fait partie d'une association professionnelle, soit encore parce qu'il a rempli des formalités imposées par la loi qui s'occupe de l'exercice de la médecine puisque le médecin a fait une offre, tout individu peut avoir recours à ses services ... » voir M.R.Cohin- L'abstention fautive en droit civil et pénal – Thèse- Paris – 1929, p.173.

أشار إليه رايس محمد، ص. 354.

(2) Cass. 20Mai 1936 D.1936.1.note E.p.

وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها:

« il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le praticien l'engagement, sinon, évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. La violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle; que l'action civil, qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutive d'une infraction à la loi pénal et puissant son origine dans la convention préexistence échappe, à la prescription triennale de l'art (638).C.inst. Crim ».

أشار إليه رمزي رشاد، المرجع السابق، ص. 104.

(3) منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص. 56.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

دعوى نيابة عنها عام 1929، أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات على انتهاء العلاج، والتي طالب فيها الطبيب بدفع مبلغ التعويض عما لحق بزوجته من ضرر⁽¹⁾.

أصدرت محكمة استئناف باريس في 16/08/1931 حكماً تضمن الرد على دفع الطبيب المدعى عليه، والذي كان قد دفع بسقوط الدعوى بالتقادم، وانتهت إلى الحكم على الطبيب بالتعويض، وجاء بأسباب الحكم، ما يلي: "إن الدفع بالتقادم طبقاً لنص المادة (638) من أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي، لا ينطبق على هذه الدعوى، لأنها ليست سوى (مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب المدعى عليه، وبين مريضه المدعي، يلتزم الطبيب بموجبه ببذل عناية (دقيقة ومستقرة ومعينة)"، وعندما عرض الحكم على محكمة النقض الفرنسية، فقد انتهت إلى تأييده⁽²⁾.

وقد تبنى القضاء المصري مبدأ المسؤولية العقدية منذ عام 1969، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 26 يونيو 1969 بأن: "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية، وذلك بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه"⁽³⁾.

كما أكدت محكمة النقض المصرية على الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب حتى ولو كان العلاج بالمجان - بدون مقابل - وكان العقد ناتجاً عن علاقات صداقة أو مجاملة⁽⁴⁾.
أما عن المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري فهي صورة من صور المسؤولية الطبية، وبما أنها فرع منها، ووفقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن طبيعة هذه المسؤولية لا تكاد تخرج عن طبيعة المسؤولية المدنية الطبية وهي الطبيعة العقدية، على أنه يجب التحقق من توافر شروطها؛ أي شروط المسؤولية المدنية العقدية، فإذا تخلف شرط من شروطها انعقدت المسؤولية التقصيرية نتيجة الإخلال بالالتزام قانوني.

(1) المرجع نفسه، ص.55.

(2) عبد الحميد الشوربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة دار المعارف، مصر، 1998، ص.98-99.

(3) نقض مدني في 26 يونيو 1969، المجموعة، س 35 ق، رقم 111، ص.1085. رمزي رشاد، المرجع السابق، ص.105.

(4) Cass. Civ. 18/01/1938. Gaz. Pal :1939-1.314. et S: 1939-1.201 Note.P.Esmein

أنظر: رمزي رشاد، المرجع السابق، ص.105.

الفرع الثالث: شروط المسؤولية العقدية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري:

يشترط لتحقيق المسؤولية العقدية الطبية عدة شروط، نذكر أهمها فيما يلي:

الشرط الأول: وجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض

لن يتأتى هذا العقد إلا في حالة اختيار المريض لطبيبه أو حتى في حالات الاشتراط لمصلحة الغير، حيث ينشأ للمريض حق مباشر من عقد الاشتراط يستطيع بمقتضاه مطالبة الطبيب بالالتزامات التي أنشأها العقد.

ونجد أن قانون تنظيم نقل الأعضاء البشرية المصري، قد منح الحق في هذه العمليات لبعض المؤسسات بناء على ترخيص يصدر لها من اللجنة العليا لنقل الأعضاء البشرية، بعد التأكد من توافر الاشتراطات التي نص عليها القانون، ومن ثم فإن المريض - في هذه الحالة - قد يتعاقد مع طبيب معين على نقل عضو له ولا يستطيع الطبيب إجراء هذه العملية إلا في مؤسسة طبية مرخص لها بذلك - طبقاً للقانون، فيختار هذا الطبيب إحدى هذه المؤسسات ويخبر المريض بها، فيذهب المريض لكي يتعاقد ثانية مع المستشفى المرخص لها بذلك، فيكون مدير المستشفى مسؤول عن المريض مسؤولية عقدية، إذا ثبت عدم تزويد المستشفى بالمرضى الحائزات على الإجازات المطلوبة أو ينقصهن التخصص الكافي أو تعوزهن الكفاية اللازمة أو ثبت تقصيرهم أو اختلال الأجهزة أو نقص في الأدوية الواجب توافرها⁽¹⁾، أو بالجملة إذا أخل بالتزام من الالتزامات التي فرضها قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري على عاتق هذه المؤسسات التي تستطيع مباشرة هذه العمليات هذا من جانب، ومن جانب آخر تنقرر مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض طبقاً للعقد الطبي المبرم بينهما وتكون المسؤولية هنا أيضاً مسؤولية عقدية.

بيد أن المشكلة التي تثار بالنسبة للمتبرع، فقد يكون طرفاً في العقد الطبي وهنا تتعدد مسؤولية الطبيب العقدية عن أية أضرار يمكن أن تلحق بالمتبرع إذا كانت هذه الأضرار ناتجة عن الإخلال بالالتزامات عقدية، وقد لا يكون طرفاً في العقد الطبي وليس له أي اختيار لهذا الطبيب؛ بل قام بالمتبرع مراعاة لمصلحة المريض، وهنا تتعدد مسؤولية الطبيب التقصيرية تجاهه عن أية أضرار يمكن أن تلحق به لا سيما أنه لم يكن مريضاً ولم يكن في حاجة إلى التدخل

(1) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المرجع السابق، فقرة 54، ص. 396.

رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص. 107.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

الجراحي، فإذا قام الطبيب بأخذ العضو منه بناء على موافقته الكتابية الصريحة والتي تعرضنا لها في الباب الأول، وأدت هذه العملية إلى إلحاق أضرار به كان الطبيب مسؤولاً عن هذه الأضرار، وهنا نقرر أن التزام الطبيب في هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة مؤداها عدم الإضرار بالمتبرع مع بذل العناية اللازمة في تنفيذ عملية النقل . وقد يتعاقد المريض مباشرة مع المؤسسة الطبية المرخص لها بنقل الأعضاء. فما هي طبيعة مسؤولية الطبيب الذي اختارته إدارة المستشفى ولم يقر باختياره المريض؟.

لا مرأ أن عقداً قد نشأ بين الطبيب والمؤسسة الطبية بمقتضاه يلتزم الطبيب بعلاج المرضى الذين يلجؤون إلى هذه المؤسسات، وينشأ لهؤلاء المرضى حق مباشر جراء هذا العقد عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، حيث لا يشترط أن يكون الغير معيناً وقت العقد طالما كان قابلاً للتعيين وقت تنفيذ الالتزام العقدي. وبناء على ما سبق ينشأ للمريض حق مباشر في مواجهة الطبيب يستطيع أن يطالبه بتنفيذ التزامه وإلا انعقدت مسؤوليته التعاقدية.

وإذا كان هناك خلاف بين الفقهاء حول الخدمات المجانية، وما عسى أن ينشأ عنها من مسؤولية عقدية أو تقصيرية، فإن هذا الوضع لن يثار كثيراً في عمليات نقل وزراعة الأعضاء لأن تكاليفها باهضة ونفقاتها كبيرة، ومن ثم فلن تثار هذه المشكلة لا قانونياً ولا عملياً.

الشرط الثاني: وقوع الضرر نتيجة الإخلال بالعقد

لا يكفي وجود عقد بين المضرور والمسؤول (الطبيب) لكي تتعدد المسؤولية العقدية، بل لابد أن يكون سبب الضرر هو الإخلال بالالتزامات العقدية المفروضة على الطبيب من خلال العقد الطبي.

ويرى البعض⁽¹⁾، أن العقد الطبي من العقود النادرة التي ترتب إلتزاماً رئيسياً محله بذل عناية، على خلاف الأصل في الالتزامات العقدية، إلا أن هذا الرأي ليس على إطلاقه حيث أنه في بعض الحالات يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة، كما في حالة التحاليل الطبية ونقل الدم، وهو ما سيتم الإشارة إليه لاحقاً.

(1) محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، فقرة 53، ص.170. رمزي رشاد ، المرجع السابق، ص.109.

الشرط الثالث: وقوع ضرر على المريض

لا شك أن المريض - وهو أحد أطراف العلاقة العقدية أو المتبرع إذا كان طرفاً في عقد العلاج الطبي - يجب أن يقع عليه الضرر حتى تنقرر مسؤولية الطبيب العقدية، فإذا كان الضرر قد لحق بالمرضة أو الطبيب فالمسؤولية تكون تقصيرية لا عقدية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: إثبات الخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم

البشري

لإثبات الخطأ الطبي أهمية بالغة تتوقف عليها نتيجة الدعوى، فإثبات الخطأ الطبي يعني إثبات ركن مهم وأساسي في المسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية الطبية بوجه خاص، إذ متى استلزم الأمر أن يثبت المريض خطأ الطبيب، ولم يستطع ذلك، فلا مسؤولية على هذا الأخير، وكذلك إذا استطاع الطبيب نفي إدعاء المريض بوجود خطأ من جانبه، فإنه يتخلص من المسؤولية⁽²⁾.

والإثبات هو إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق، أو الأثر القانوني المدعى به⁽³⁾، وقد عرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري، بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"⁽⁴⁾.

والإثبات في مجال المسؤولية المدنية للطبيب هو إقامة دليل يرجح وجود أو انتفاء مسؤولية الطبيب المدنية بكامل عناصرها، والتي يترتب مع قيامها أو انتفائها قيام أو انتفاء حق المريض المضرور أو ذويه في الحصول على التعويض⁽⁵⁾.

وطبقاً للقاعدة العامة، فإن على كل شخص يدعي تضرره من فعل معين أن يثبت وقوع ذلك الضرر وبعدها يتم مراقبة مدى تحقق الضرر وتوافر العلاقة السببية لتعويضه عما أصابه،

(1) عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، سنة 2000، ص.1409. رمزي رشاد، المرجع السابق، ص.109.

(2) مراد بن صغير، المرجع السابق، ص.335.

(3) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص.23.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ج 2، الإثبات - آثار الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ف 10، ص. 13-14.

(5) هني سعاد، المرجع السابق، ص.40.

والخطأ الطبي كونه فعل يستوجب التعويض لمن ألحق به الضرر، فإنه واجب الإثبات، ولما كان إثبات الخطأ الطبي من الصعوبة بمكان، فقد حاول الفقه والقضاء التخفيف من هذه الصعوبة وذلك بالتوجه نحو المسؤولية الموضوعية، وهو ما سنحاول التطرق إليه لاحقاً، إلا أنه في حالات كثيرة يضطر فيها القضاء اللجوء إلى أهل الخبرة للتأكد من وقوع الخطأ الطبي من عدمه والطرف المتسبب فيه، وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني من خلال دور الخبرة الطبية في إثبات وقوع الخطأ الطبي.

الفرع الأول: عبء إثبات الخطأ الطبي

استقر الفقه والقضاء على تحمل المريض لعبء إثبات الخطأ الطبي في غالبية الأحيان، وذلك حسب طبيعة الالتزام، إلا أن الصعوبات التي يمكن أن يواجهها أثناء القيام بذلك لم ينكرها أحد⁽¹⁾، فإذا كان عبء الإثبات يشكل ثقلاً على من يتحمله، فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة إذا تعلق بالخطأ الطبي⁽²⁾.

وبما أن عبء إثبات الخطأ الطبي يختلف حسب طبيعة الالتزام، فإن تحديد طبيعة التزام الطبيب له أهميته في إثبات الخطأ الطبي الذي هو أحد معضلات المسؤولية المدنية الطبية، حيث أن الالتزام بتحقيق نتيجة يجعل عدم تحقق هذه النتيجة خطأ يستوجب المسؤولية إلا إذا أثبت المدعى السبب الأجنبي، بعكس الحال في الالتزام ببذل عناية، فإن عدم تحقق النتيجة لا يستوجب المسؤولية طالما بذل المدعى العناية المطلوبة⁽³⁾، وعليه فإننا سنتناول طبيعة التزام الطبيب أولاً، ثم عبء الإثبات في كل منهما ثانياً.

أولاً: طبيعة التزام الطبيب

أشرنا سابقاً إلى أن جانبا من الفقه والقضاء قاموا بتأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ التقصيري، لكن جانبا آخر من الفقه والقضاء - خصوصاً في فرنسا- حيث ذهبوا إلى اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية، ويعود الفضل إلى تبني هذا الموقف للفقيه الفرنسي ديموغ (Demogue) الذي نادى بتصنيف الالتزامات إلى التزام بوسيلة والتزام بنتيجة⁽⁴⁾.

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 63.

(2) علي عصام غصن، المرجع السابق، ص. 116.

(3) رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص. 88.

(4) فواز صالح، المرجع السابق، ص. 134.

وإن تقدم العلوم الطبية المتعلقة بجسم الإنسان جعل من مسؤولية الطبيب أمر بالغ الأهمية والخطورة في ظروف يقدر فيها المريض صحته بمعزل عن نظرة الطبيب، خاصة في حالة عدم الشفاء أو إحداث مضاعفات من شأنها المساس بسلامته البدنية، الأمر الذي أدى إلى ظهور مجموعة من المشاكل العلمية والقانونية بين الطبيب والمريض خاصة حول مدى إلتزام الطبيب عن الأفعال والتصرفات التي وقعت للمريض، والتي لم تؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجوة في الشفاء⁽¹⁾، بل قد تؤدي إلحاق أذى أكبر بسلامة أعضاء الجسم المختلفة، مما أدى إلى تدخل القانون والفقهاء وقيام مسؤولية الطبيب إذا ما ثبت إهماله أو تقصيره في أدائه لمهام عمله من جهة أخرى⁽²⁾، مما يدفعنا إلى التوضيح والتمييز بين نوعين من الإلتزامات وهما: إلتزام الطبيب ببذل عناية أو وسيلة أولاً، وإلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة أو غاية ثانياً.

1- إلتزام الطبيب ببذل عناية: هناك شبه اتفاق فقهي وقضائي أن عقد العلاج يوجب في الأصل على الطبيب أن يبذل في ممارسته لمهنته عنايته وجهده لتخفيف ألم مريضه ليصل إلى الشفاء وإلتزامه بالقواعد المهنية، حيث تبرأ ذمته بمجرد أن يبذل العناية المطلوبة حتى لو لم يحقق الشفاء، فالشفاء يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع دائماً لسيطرة الطبيب، كمناعة الجسم والوراثة وحدود الفنون الطبية التي لا تكفي لعلاج المريض، والطبيب يبذل قصارى جهده بما أوتي من علم ومعرفة اتجاه المريض، ولكنه لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت أثناء معالجته للمريض، ولذلك فإنه لا يلتزم بمنع موت المريض⁽³⁾.

أ - إلتزام الطبيب ببذل عناية فقها: يرى غالبية الفقهاء أن الأصل في إلتزام الطبيب أنه إلتزام ببذل عناية، وليس بتحقيق غاية، هو الذي يقرب النتائج المترتبة على الاختلاف في تكييف المسؤولية الطبية⁽⁴⁾، ويتمثل في اليقظة وبذل المجهود الصادق بما يتفق والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض أو تحسين حالته، والإخلال بذلك خطأ يرتب مسؤوليته، فيسأل عن كل

(1) عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة دارة المعارف، مصر، 1998، ص 108.

(2) وائل تيسير محمد عساف ، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، قانون خاص، فلسطين، 2008، ص 40. نائل عبد الرحمان ، مسؤولية الأطباء الجزائية، دراسات مجلة العلوم والشريعة والقانون، المجلة 29، العدد 1، الجامعة الأردنية، 1999، ص 152.

(3) وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص 41.

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 229.

تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني ووجد في الظروف نفسها الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، ويسأل عن خطئه العادي مهما كانت درجة جسامته. وإباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، ويسأل الطبيب مدنياً عما ألحق بالمريض من أضرار مادية أو أدبية من جراء الفعل الخاطئ⁽¹⁾. ويعتبر إلتزام الطبيب إلتزاماً ببذل عناية في الفقه الإسلامي، حيث أنه غير ملزم بتحقيق نتيجة، فلا يلتزم بشفائه أو بضمان سلامته من المخاطر، إن هذا الأمر ليس في وسعه بل أن كل ما يطلبه الفقه الإسلامي منه هو أن يبذل العناية المعتادة عند ممارسة عمله، فإذا استعمل الطبيب حقه في الحدود الشرعية ونتج عن ذلك ضرر لا يمكن الاحتراز منه، فلا ضمان عليه، فالطبيب عندما يقوم بواجبه فإنه لا يتقيد بالسلامة، ذلك أن الواجب لا يقيد بشرط السلامة⁽²⁾. وليس معنى هذا أن على الطبيب أن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء فمن حقه أن يترك على قدر من الاستقلال في التقدير، فلا يكون مسؤولاً إلا إذا أثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلاً بأصول العلم أو الفن الطبي، وعلى ذلك يكون الطبيب مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر، أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة، أو مثلاً أغفل عن ربط الحبل السري وترك الطفل بغير عناية، أو ترك سهواً أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض، وكذلك يكون مسؤولاً إذا أغفل بعد إجراء عملية استخراج حصوة من المثانة العناية اللازمة وأدى ذلك للوفاة، فالطبيب يكون مخلاً بإلتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة أو إذا كانت العناية التي يبذلها مخالفة نتيجة جهله أو تهاونه للحقائق العلمية المستقرة أو المكتسبة⁽³⁾.

(1) عبد الرحمن ابن صالح الطيار، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2010، ص 114.

(2) طلال عجاج، المرجع السابق، ص 106. أنظر أيضاً: عبد الرحيم صباح، المسؤولية المدنية للطبيب عن إفساء السر المهني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 150.

(3) بسام المحتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ط 1، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص 93.

وعليه نشير إلى أنه لا يكفي لكي يعد الطبيب مخلا بالتزامه أن تسوء حالة المريض، بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته، ولن يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عنه مسؤوليته⁽¹⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أن واجب العناية الذي يقع على عاتق الطبيب الممارس لا يجب أن يخضع لتفسيرات مستهجنة؛ فلا يجوز له أن يتعدى المعقول، وهو ما يتعارف عليه في علم الطب وفي مجال الاختصاص؛ إذ لا يمكن مساءلة الطبيب عن علم ما زال في الغيب، أو عن شيء لا زال مجهولاً في مجال اختصاصه هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن الحذر الواجب أن يتوخاه الطبيب هو الحذر المعقول الذي يخضع لذات الضوابط التي يخضع لها واجب العناية⁽²⁾. وبالتالي، يبدو الأمر واضحاً فيما يخص زيادة أو إنقاص التزامات الطبيب، حيث أن هذا الافتراض غير سائغ فضلاً على أنه غير ممكن، ذلك أن التزام الطبيب كما أسلفنا هو إلتزام ببذل العناية اللازمة، وإذا ما حاولنا الزيادة في هذا الإلتزام فإننا نكون قد حملنا الطبيب ما لا يقدر عليه وتجاوزنا حدود إمكانياته، ونفس الشيء في المقابل إذا ما حاولنا الإنقاص من إلتزام الطبيب، حيث أننا نهمل جانب المريض، وبالتالي يضيع حقه في الحصول على العناية اللازمة والعلاج المستحق⁽³⁾.

ب - إلتزام الطبيب ببذل عناية قضاءً:

لقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 20/05/1936 على أن: "العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن إلتزام بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يبذل عناية لا من أي نوع، بل جهوداً صادقة يقظة متفكرة مع الظروف التي يوجد بها المريض ومع الأصول العلمية الثابتة"⁽⁴⁾.

كما حاولت محكمة النقض الفرنسية تحديد معنى منضبط لمصطلح الأصول العلمية المستقرة في علم الطب⁽⁵⁾، فقد جاء في نفس القرار على أن: "يكون إلتزام الطبيب موضوع

(1) مراد بن صغير، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 220.

(2) إلياس أبو عيد، المسؤولية الإدارية والمدنية والتجارية والمصرفية والجزائية، المرجع السابق، ص 85.

(3) مراد بن صغير، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 220.

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 229.

(5) نسيم بن دشاش، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 18.

البحث مطابقا للمعطيات العلمية المعاصرة والحالية⁽¹⁾، واستعملت في قراراتها مصطلح "المعطيات العلمية المكتسبة" تارة، وعبارة "أن يكون إلتزام الطبيب موافقا للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية"⁽²⁾ تارة أخرى، وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية هذه الإضافة الأخيرة، حيث جاء في قرار 2000/06/06 على أن : "المعطيات المكتسبة والحالية مفهوم مغلوطة"⁽³⁾، واستعملت عبارة "عناية مطابقة لمعطيات الطب والعلم"⁽⁴⁾.

وفي قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 2010/10/14 جاء فيه: "حق كل شخص في تلقي العلاجات الأكثر ملائمة لسنة وحالته، الموافقة للمعطيات العلمية المكتسبة والتي لا تعرضه لأخطار غير متناسبة مقارنة بالفائدة المرجوة، وبهذا فإن هذا الطبيب قد قصر في إلتزامه العقدي ببذل عناية"⁽⁵⁾.

يتضح من هذه الصيغة الجديدة أن محكمة النقض الفرنسية، قد تراجعت عن مفهوم المعطيات العلمية الحديثة، فهي تتضمن مفهوما متحركا للعلم الذي يجب أن يلم به الطبيب، وعلى هذا الأساس فإن العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض، لا بد وأن تتخذ هي الأخرى مفهوما متحركا يعطي اتساعا أكبر لمفهوم العناية⁽⁶⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/11/26 في القرار رقم 1062/22 بأن:
"إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية في سبيل شفاء المريض لا بتحقيق غاية الشفاء، وأن واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ في أوساط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف بها أهل المهنة".

(1) Cass.civ. le 20/05/1936, depuis Cass. 1ere civ. Le 26/10/1970, « la jurisprudence fait référence aux données actuelles de la science », consultez sur le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

(2) Cass.civ. le 14/01/1991, n° de pourvoi :89-12598, consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

(3) Cass.civ. le 06/06/2000, n° de pourvoi :98-19295, consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

(4) Cass.civ. le 25//02/1997, n° de pourvoi: 95-11205, «que les soins avaient et consciencieux, attentifs et conformes aux données de la médecine et de la science», consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

(5) Cass.civ. le 14/10/2010, n° de pourvoi :09-68471,«droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté, que ce médecin avait manqué à son obligation contractuelle de moyens...», consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

(6) TOROLLI (Maurice), L'obligation du médecin de respecter les données acquises et actuelles de la science, L.J, France, 2001, p 129, consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

وعبرت كذلك بالقول: "إن استحقاق الطبيب لأجوره يتم بمجرد قيامه بعمله (عملية جراحية) ما لم يقدّم الدليل على وجود تقصير يستتبع مساءلته"، وعللت المحكمة ذلك بالقول أنه: "من حيث أن الطاعن الذي لم يقدم هذا الدليل جاء يدفع الإلتزام بعدم نجاح العملية الجراحية، في حين أن استحقاق الطبيب أجر خدمته ليس رهنا بالشفاء، بل بأداء العمل الطبي بصورة فنية"⁽¹⁾. كما قضت محكمة النقض المصرية برفض الطعن المقدم من طبيب كان قد أمر بنقل مريضته إلى مستشفى آخر، وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها؛ مما أدى إلى التعجيل في وفاتها، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرر له إدعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحي، إذ أن هذا الادعاء- بفرض صحته- لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها الصحية، فالحكم يكون قد إلتزم صحيح القانون⁽²⁾.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فقد قضت المحكمة العليا من خلال القرار رقم (399828) المؤرخ في 2008/01/23⁽³⁾ في قضية بين (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، على أنه: "يعني الإلتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب بذل الجهود الصادقة المبنية على الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة"، في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد (ع.ع.ق) طبيب جراح اتفق مع السيد (ع.ب) على نزع إحدى كليتيه، لكن الجراح نزع الحصى والكليّة معاً، الأمر الذي جعل المريض يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب، حيث قضت المحكمة العليا أن الإلتزام ببذل عناية، هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض

(1) نقض مدني مصري في 1969/11/26 www.arablegalportal.org قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية، 2009/01/15. عن وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص.43.

(2) نقض بتاريخ 1966/03/22، س 17، ص 236، أشار إليه محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.230.

(3) قرار رقم 3999828 المؤرخ في 2008/01/23، الغرفة المدنية، القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، عدد رقم 2/2008، ص.175 وما يليها.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

وتحسين حالتها الصحية، وحيث أن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب (1).

كما قضت المحكمة العليا في قضية أخرى من خلال القرار رقم (297062) (2) المؤرخ في 2003/06/24 في قضية بين (ب.ف) ضد النيابة العامة لدى مجلس قضاء قسنطينة، بأن: "تسبب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانوناً، وعليه الاستعانة بخبرة فنية وجوبية".

وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 2001/07/03 تقدم الطاعن بشكوى في حق ابنه القاصر (أ)، مع الادعاء المدني ضد (د.م)، مصرحاً أن المشكو منه يمارس مهنة طبيب مختص في أمراض النساء، وأنه بهذه الصفة كان يتولى مراقبة حمل زوجته التي أخذت بجميع النصائح التي قدمها لها، لكن نظراً للخطأ الجسيم الذي ارتكبه الطبيب فقد ولد له طفل بعيرين مغلقين، وكان بإمكانه أن يتفادى ذلك لو تمت مراقبة الأم بصورة عادية.

وقد رأت المحكمة العليا أن القرار المذكور لم يشر إلى وثائق أو نصوص بينما كان هو قد قدم لقاضي التحقيق ملفاً طبياً يثبت أن زوجته (ب.س) خضعت لتحاليل من طرف طبيب بيولوجي بتاريخ 1998/11/29 نتجت من خلالها أنها مصابة بداء المقوسات (Toxoplasmosis) الذي كان السبب في تشويهِ الجنين، وأن عدم مراقبة هذا المرض خلال واحد وعشرين (21) يوم - كما أمر بذلك الطبيب - البيولوجي شكل خطأ مهني جسيماً وفقاً للمادة 239 من قانون الصحة، وحيث أنه لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة من دون الرجوع إلى خبرة محررة من طرف خبير مختص في نفس المجال، أو استشارة المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب، المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06، وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصاً مهنياً للفصل فيها، مما جعل تعليقه غير مستساغ منطقياً وقانونياً نتيجة القصور في الأسباب، الأمر الذي يؤدي للنقض (3).

(1) عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 26.

(2) قرار رقم 297062 المؤرخ في 2003/06/24، الغرفة الجنائية، المجلة القضائية، عدد رقم 02 سنة 2003، ص 337 وما يليها.

(3) عبد القادر خضير، المرجع السابق، ص 42.

ومن خلال ذلك يتبين لنا أن القضاء الجزائري ساير الفقه ولقضاء الفرنسي فيما يخص الإلتزام ببذل عناية بالنسبة للطبيب.

وبعد ذلك تشددت المحاكم في تطبيق الإلتزام ببذل عناية وتفسيره، إذ اعتبرت في بعض الأحيان أن إلتزام الطبيب هو إلتزام بتحقيق نتيجة كما هو عليه الحال عندما يقوم الطبيب بتنفيذ علاجات عادية أو عندما يقوم بتطبيق تقنيات موثوق بها ومؤكدة.

ج- الإلتزام ببذل عناية قانونا

كرس المشرع الفرنسي الإلتزام ببذل العناية في المادة 4322-53 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾ والمادة 4127-32 من مدونة أخلاقيات الطب⁽²⁾، فالمشرع الفرنسي أشار إلى الإلتزام ببذل العناية بصفة ضمنية، كما نلاحظ أن المشرع الفرنسي مثله مثل القضاء استعمل مصطلح "المعطيات العلمية المكتسبة أو الحالية"⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري، فلم ينص صراحة على الإلتزام ببذل عناية في التشريع الصحي، غير أنه بالرجوع إلى القانون المدني نجد المادة 172-1⁽⁴⁾، تؤكد أن إلتزام الطبيب يتم عندما يحافظ على صحة المريض وحياته، كما أنه كرس هذا الإلتزام ضمنيا في نص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري⁽⁵⁾ التي نصت على: "يلتزم الطبيب جراح الأسنان بمجرد موافقته على

(1) Art 4322-53 de c.s.p.f : «Le pédicure-podologue qui a accepté de donner des soins à un patient s'oblige :

1- à lui prodiguer des soins éclairés et conformes aux données acquises de la science soit personnellement, soit, lorsque sa conscience le lui commande, en faisant appel à un autre pédicure-podologue ou à un autre professionnel de santé». Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

(2) Art 4127-32 de code de déontologie médicale : «Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents». Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

(3) بن دشايش نسيمة، المرجع السابق، ص.20.

(4) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 مؤرخة في 30/09/1975، حيث تنص المادة 172-1 على ما يلي: " في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

(5) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 08/07/1992.

أي طلب معالجة بضمان علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة، عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين» .

يدخل كذلك في تحديد إلتزام الطبيب مدى بذله للجهود المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، إذ لا يعقل استعماله لوسائل بدائية لا تتماشى مع التطور العلمي الحديث، فإن كان لا يلتزم بإتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه اللجوء إلى تلك التي استقر عليها الطب الحديث، وله الاجتهاد في اختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض، والإمكانيات المتاحة وتطويرها بحيث تتفق وظروفه الخاصة⁽¹⁾.

خلاصة القول أن الإلتزام ببذل عناية من طرف الطبيب تجاه مريضه هو إلتزام ثابت مفروض على الطبيب في جميع الأحوال وفق العوامل التي سبق الإشارة إليها، ولا يمكن التصرف فيه بالإنقاص أو الزيادة بأي حال من الأحوال⁽²⁾، فيها عدى بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم من خلالها بتحقيق نتيجة وهو ما سنبين توضيحه لاحقاً.

2- الإلتزام بتحقيق نتيجة

يقصد بالإلتزام بتحقيق نتيجة أن الملتمزم مجبر على تحقيق غاية معينة، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة اعتبر الملتمزم قد أخل بالإلتزامه، وفي هذه الحالة لا حاجة لإثبات خطئه؛ وإنما يكفي عدم تحقق النتيجة ليعتبر مخطئاً.

فيعتبر إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة إلتزاماً استثنائياً باعتبار أن الإلتزام الأصلي هو بذل عناية، ويعود ترجيح الإلتزام ببذل عناية على الإلتزام بتحقيق نتيجة إلى الطبيعة الاحتمالية التي تطغى على نتائج العمل الطبي، وبما أن هناك بعض الأعمال الطبية التي تؤدي إلى نتائج أكيدة لا احتمال فيها فإن إلتزام الطبيب الذي يقوم بها هو إلتزام بتحقيق نتيجة، واعتبرت قضية نقل الدم الملوث بفيروس السيدا أول ما قضى به القضاء الفرنسي في هذا الشأن، ينحصر الإلتزام بتحقيق نتيجة في تحقيق الطبيب للهدف الذي من أجله باشر عمله الطبي، ولكن ذلك لا يعني شفاء المريض؛ وإنما عدم تعريضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة وأدوية.

وهو إلتزام محدد، مضمون، ليس نشاط أو جهد أو إمكانيات فقط، وإنما هو النتيجة المترتبة عن هذه النشاطات أو المجهودات أو الإمكانيات، ونظراً لوجود مجموعة من الأعمال

(1) بن دشاش نسيمه، المرجع السابق، ص.20.

(2) مراد بن صغير، المرجع السابق، ص.221.

الطبية اكتسبت معطيات علمية وتقنية لا مجال لفكرة الاحتمال فيها، حيث تلون النتائج مؤكدة إلى حد بعيد جداً، فالإلتزام الطبيب في نطاق هذه الأعمال يصبح إلتزاماً بتحقيق نتيجة⁽¹⁾، ونشير إلى أن هناك تداخل كبير بين معنى الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام بالسلامة، مما يصعب معه في كثير من الأحيان التمييز بينه. وهذا ما جعل الكثير من الباحثين يأتون بمفهوم آخر وسط وهو الإلتزام بسلامة النتيجة (obligation de sécurité de résultat)⁽²⁾.

والإلتزام بالسلامة (Obligation de securite) لا يعني الإلتزام بشفاء المريض، لكن بعدم تعريضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، وبألا ينقل إليه مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم أو خلافه، وهذا ما يدفعنا إلى توضيح هذا الإلتزام من خلال التطرق إلى بعض حالات تطبيقه.

أ- الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة

- اتفاق الطرفين: أن يكون هناك اتفاق سابق بين الطبيب والمريض على أساس أن يقوم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض بحيث يكون مخطئاً إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها مسبقاً، وقد يكون اتفاقهما على شكل شروط واردة في العقد المبرم، ومثال ذلك أن يتعهد طبيب أخصائي نساء توليد إلى امرأة معينة أو يقوم بتوليدها بنفسه، وعند عدم قيامه بهذا العمل دون وجود سبب أجنبي، فالقضاء الفرنسي ألزمه بتعويض المرأة عن الضرر الذي نتج عن فعل الطبيب الآخر الذي قام بعملية التوليد بدلاً منه.

- يكون الطبيب ملزماً بتحقيق نتيجة محددة نظراً لطبيعة أداؤه أو عمله الطبي وهذا الإلتزام لا يمكن حصره نظراً للتطورات العلمية السريعة، من بينها: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية، التركيبات الصناعية عند أطباء الأسنان، تقديم الأدوية من طرف الطبيب أو الصيدلي، التحصين ونقل الدم والسوائل الأخرى، منتجات التجميل والتحليل الطبية⁽³⁾، على أننا سنلقي الضوء على صورتين لارتباطهما بموضوع الدراسة وهما: الجراحة التجميلية وزراعة الأعضاء البشرية.

(1) سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2010-2011، ص.60.

(2) Olivier Dupont: D'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale..., <http://www.jurifutur.com>. mise à jour le: 03/01/2006.

نقلاً عن بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.221.

(3) راجع في ذلك محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.237-258.

1- إلتزام طبيب التجميل بتحقيق نتيجة

تعتبر جراحة التجميل تلبية ضرورية لتطور الحياة المعاصرة وما صاحبها من حوادث قد ينتج عنها حروق وتشوهات وكذلك عندما يصاب بعض العمال بإصابات بها تشويه أثناء العمل أو أثناء الألعاب الرياضية، وقد اتخذ القضاء موقفاً متشدداً وكان ينظر إلى هذا النوع من العلاج نظرة سخط وكراهية، وكان يعتبر أن مجرد الإقدام على علاج لا يقصد منه إلا بتجميل من أجري له خطأ في حد ذاته، يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج⁽¹⁾.

ويعد هذا النوع من الجراحة من أكثر العمليات الطبية إثارة للنقاش بين رجال القانون، ويقصد بها الجراحة التي لا يكون الغرض منها العلاج من مرض ما، بل إزالة تشويه في الجسم، ويعرفها الدكتور "دارتيج"، بأنها: "مجموعة من العمليات التي تتعلق بالشكل كالتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية ومكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد"⁽²⁾.

ويميز أغلب الفقهاء بين نوعين من الجراحة التجميلية هم: الجراحة التجميلية الإصلاحية وهي الجراحة التي تهدف إلى إصلاح تشوه خلقي أو مستحدث ناجم عن حادث عمل أو حادث سير، والجراحة التجميلية المحضنة وهي تلك العمليات التي يخضع لها الشخص كلما كان غير راض عن مظهره الخارجي ورغب في تجميله⁽³⁾.

يلتزم الطبيب فيما يتعلق بهذا النوع من الجراحة ببذل عناية جدّ يقظة، أكثر من العناية المطلوبة في العلاجات الطبية الأخرى، بل أكثر من ذلك فقد: "ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن إلتزام جراح التجميل هو إلتزام بتحقيق نتيجة بحيث يسأل عن فشل العملية⁽⁴⁾، وهذا نظراً لطبيعة هذا النوع من الجراحة الذي لا يكون الغرض منه علاج مرض ما

(1) علا درة غمة، ساري أبو سنينة، فادي علاونة، تقرير عن كآع الأخطاء الطبية في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مؤسسة قيادات، 2009، ص.67.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة فقهية قضائية مقارنة، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2011، ص.291.

(3) محمد راييس، المرجع السابق، ص.206.

(4) محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.120. مراد بن صغير، المرجع السابق، ص.231.

عن طريق التدخل الجراحي، وإنما إزالة تشويهه أو عيب في الجسم إلا أن الرأي الرَّاجح فقها وقضاءً يعتبر إلتزام الطبيب جراح التجميل إلتزاماً ببذل عناية، بالرغم من تشديد القضاء فيما يخص مسؤولية هذا الأخير⁽¹⁾.

2. عمليات نقل وزرع الأعضاء

إن عملية نقل وزرع الأعضاء من الأعمال الطبية التي أثارت جدلاً كبيراً بين رجال الدين والطب والقانون وذلك بين مؤيد لها ومعارض، إلا أنه باعتبار عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم الأساليب لإنقاذ حياة العديد من المرضى، فقد أجازت معظم التشريعات التنازل عن الأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من الموتى، وذلك لمن هو في حاجة إليها، وما يدفعنا لدراسة عمليات نقل كزرع الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي، ثم في التشريع الجزائري. من هذا المنطلق، يقرر البعض أن إلتزام الطبيب في معظم عمليات نقل الأعضاء يجب أن يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة مؤداها عدم إلحاق أضرار بالمتبرع، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن المتبرع لا يخضع لهذه العملية لتحقيق ضرورة علاجية له، حتى يمكن القول بأن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية، بل العكس من ذلك، يعرض هذا الشخص نفسه لفقد عضو من أعضائه لتحقيق مصلحة علاجية لغيره، وهذا يجعلنا - لا نتردد - في جعل إلتزام الطبيب في هذه الحالة إلتزاماً بتحقيق نتيجة هي ضمان سلامة هذا المتبرع من أية انعكاسات ضارة بسبب استئصال العضو⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أن هذا الإلتزام يتقرر بالنسبة لعملية نزع العضو ذاتها، والفترة اللاحقة عليها أيضاً، ومن ثم، فإن أية أضرار تصيب المتبرع أثناء أو بعد نزع العضو منه، يفترض خطأً

(1) مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 231. رابيس محمد، المرجع السابق، ص 206.
(2) راجع أحمد عبد الله محمد الكندري، نقل وزراعة الأعضاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1997، ص 358، حيث يرى أن عملية النقل تفقد الجسم المنقول منه وظيفة العضو، التي هي بلا شك تؤثر على التكامل الجسدي للجسم المنقول منه، والتضحية في هذه الحالة مرتبطة بتحقيق منفعة أكبر وهي إنقاذ حياة المريض من الهلاك، فإذا لم تتجح عملية النقل والزرع فمعنى ذلك أننا ضحينا بمنفعة محققة، بدون تحقيق أي منفعة مقابلة، أي أنه بدلاً من جلب منفعة تم جلب مفسدة، وهنا نرى أن إلتزام الطبيب المعالج هو إلتزام بتحقيق نتيجة لما في هذا العمل من خطورة. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 122.

الطبيب الجراح ولا يتحمل المضرور عبء إثبات خطأ الجراح، وإنما يكون على هذا الأخير، لكي يتخلص من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي الذي لا يدلّه فيه، وأن الضرر يرجع إليه⁽¹⁾. ويبقى إلتزام الطبيب في مواجهة المريض إلتزاماً ببذل عناية لوجود الضرورة العلاجية التي تبرر تدخّل الطبيب في هذه الحالة، ولا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالمريض إلا إذا انحرف عن السلوك المألوف للطبيب في مثل ظروفه، وما يقتضيه هذا السلوك من يقظة وحرص وبذل جهود صادقة تجاه هذا المريض.

وعليه نطالب المشرع أن يضع قرينة قانونية لصالح المريض في عمليات نقل وزراعة الأعضاء مؤداها أن الأضرار التي تلحق بهذا المريض تكون نتيجة خطأ الطبيب، وينتقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب الذي يستطيع أن يثبت أن عمله كان وفقاً للأصول العلمية المستقرة ولم يشكل سلوكه انحرافاً عن المسلك المعتاد لطبيب وسط في مثل ظروفه، بمعنى أن هذه القرينة قائمة لصالح المريض وهي قرينة قابلة لإثبات العكس من جانب الطبيب.

إلا أن المشرع الجزائري لم - يبيّن طبيعة إلتزام الطبيب في هذه العمليات، لكن العديد من البحوث الفقهية العربية منها والفرنسية فيما يتعلّق بعمليات نزع وزرع الأعضاء كيفت إلتزام الطبيب بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة محدّدة، وهي ألاّ يصيب الشخص ضرراً ولا تسوء حالته مقارنة بما كانت عليه من قبل بسبب هذا التدخّل الجراحي، بحيث يكون وقوع مثل هذا الضرر قرينة على الخطأ⁽²⁾.

وخلاصة القول أن مسؤولية الطبيب في مجال نزع وزرع الأعضاء لا تقوم إلا على أساس الخطأ الثابت، ولا يعتبر الخطأ ثابتاً إلا إذا كان ثبوته على وجه التحقيق، لذلك، فإنه يتوجّب في عمليات نزع وزرع الأعضاء أن يكون الطبيب اختصاصي في العضو المراد نزعه⁽³⁾.

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص. 233. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص. 122.

(2) محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1993، ص. 231. بن صغير مراد، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 232.

(3) بن صغير مراد، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 232.

ثانيا: عبء الإثبات في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

اعتبر الفقه والقضاء في بداية الأمر مسؤولية الطبيب تقصيرية، وأن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المريض، واستمر على الأخذ به بعد أن اعتبرت مسؤوليته تعاقدية، كون إلتزام الطبيب في كلتا الحالتين هو بذل عناية كأصل وبالتالي: "لا يثبت خطأ الطبيب بمجرد عدم تحقق نتيجة الشفاء، بل على المريض أن يقيم الدليل على إهمال الطبيب وتقصيره" (1)، غير أنه مع التطور العلمي ظهرت حالات أين يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة معينة مما جعل إثبات الخطأ الطبي يختلف حسب طبيعة إلتزام الطبيب، فالعبء بمضمون الإلتزام لتحديد من يقوم بالإثبات والطريقة التي يتم بها (2)، وفيما يلي نتطرق إلى عبء إثبات الخطأ الطبي في الإلتزام ببذل عناية أولا، وعبء إثبات الخطأ الطبي في الإلتزام بتحقيق نتيجة ثانيا.

1- عبء إثبات الخطأ الطبي في الإلتزام ببذل عناية

طبقا للقواعد العامة، إذا التزم شخص معين بأداء عمل، فهو بذلك يلتزم بتوخي الحيطة في تنفيذ إلتزامه، ويعتبر قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود (3)، لذلك على المريض الذي يدّعي تضرره من خطأ طبي، إثبات أن الطبيب التزم فعلا بتقديم العلاج له، وأن هذا الأخير لم يبذل العناية المطلوبة أثناءه، مع إثباته للضرر الذي يدعيه والعلاقة السببية بينهما (4).

على هذا الأساس، فإن خطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بضرر، لأن الخطأ واجب الإثبات، يستطيع الطبيب أن ينفيه بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ إلتزامه ما ينبغي من عناية أو تدخل سبب أجنبي تسبب في إلحاق الضرر بالمريض الذي ينفي عنه مسؤوليته، فينبغي على المريض إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأصول

(1) محمد هشام القاسم ، الخطأ الطبي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الثالثة، العدد الأول، مارس، 1979، ص. 13-14.

(2) أحمد الدريوش، المرجع السابق، ص. 241.

(3) وهو ما نصت عليه المادة 172 من القانون المدني الجزائري.

(4) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 93.

المستقرة في المهنة أي أن سلوك الطبيب لم يكن مطابقاً لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به⁽¹⁾.

بتاريخ 1936/05/20، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ هام في حكمها الشهير الصادر
المريض بأي شيء في مجال إثبات مسؤولية الطبيب عقدية، وقد تهيأ للبعض أن هذا الحكم لا يلزم
اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يعني وجود قرينة على خطأ الطبيب، ذلك أن المادة (1147) من
القانون المدني الفرنسي، تنص على أن: "المدين بالتزام عقدي يسأل عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم
يثبت أن عدم التنفيذ مرجعه سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه"، إلا أن محكمة النقض الفرنسية
قد انتقدت القول بوجود قرينة الخطأ على عاتق الطبيب، وأعلنت أن الأخير غير ملتزم في
مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية، فإذا
ادعى المريض أن الطبيب قد أهمل في تنفيذ هذا الالتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك⁽²⁾، أي أن
عبء الإثبات يقع على عاتق المريض.

لا بد من الإشارة إلى أن حكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه أعلاه، قد أكد طبيعة
إلتزام الطبيب تجاه مرضاه بأنها إلتزام ببذل عناية سواء وجد عقد أم لم يوجد، إلا أن البعض يرى
أن هذا الحكم يترتب بعض التغيير في الآثار، فذهب رأي من الفقه إلى أنه يترتب على هذا النحو
سهولة إثبات خطأ الطبيب، لأنه حيث يوجد عقد بين المريض والطبيب، فإن ذلك يقتضي إعفاء
المريض من إثبات خطأ الطبيب⁽³⁾.

وذهب رأي آخر إلى إعفاء المريض من إثبات خطأ الطبيب، حيث جعله مفروضاً على
الأخير، حيث يكفي أن يثبت المريض ما أصابه حتى تقوم مسؤولية الطبيب، ويستند الرأي
الأخر إلى قرار محكمة مارسييليا الفرنسية التي قضت بأن: "المريض قد فقد السيطرة على نفسه،
وأكثر من ذلك إن الضرورة وما جرت به العادة هو منع ذويه من البقاء معه، وعليه فإن الجراح

(1) فريد عيسوس، المرجع السابق، ص. 149.

(2) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص.
168-169.

(3) مصطفى عياد، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء
الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999، ص. 27-28.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

يكون مسؤولاً في مواجهة زبونه ليس فقط بعلاجه بعناية وبقطة وفق مقتضيات العلم، ولكن أيضا بتأمين سلامته عموماً، فيقع على الجراح إلتزام عام بضمان سلامة زبونه، وبالتالي لا يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب لأنه خطأ مقتوض بمجرد ثبوت الضرر للمريض⁽¹⁾.

وقد تعرض الرأي الأول للنقد، ذلك أنه يمكن أن يكون هذا الرأي صحيحاً لو كان إلتزام الطبيب محدداً، ولكن إلتزام الطبيب في معالجة المريض هو إلتزام غير محدد وهو إلتزام ببذل عناية حتى مع وجود العقد.

كما تعرض الرأي الثاني للنقد أيضا، لأنه يلقي على عاتق الطبيب إلتزاماً بضمان سلامة المريض فضلا عن الخطأ المفروض عليه، وهذا يؤدي إلى إرهاق الطبيب، فلا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه⁽²⁾، ولذلك يرى الفقيه "بييروزا" (Perpoza) أنه: لا مجال للتغلب على صرامة هذا الرأي إلا بالتأمين ضد المسؤولية⁽³⁾.

والاتجاه السائد في الفقه والقضاء، يرى أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض، بغض النظر من وجود أو عدم وجود عقد بينه وبين الطبيب أي سواء كنا بصدد المسؤولية التقصيرية أو العقدية، فالمهم أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية، فيكون على المريض أن يقدم الدليل على إهمال الطبيب أو تقصيره في علاجه⁽⁴⁾.

وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال، في حكمها الشهير (Mercier) بأن

الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي إلتزام سوى الإلتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة، وإذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ الإلتزام، فعليه أن يقوم بإثبات ذلك⁽⁵⁾، كما قضت ذات المحكمة بأنه لما كان العقد الطبي لا يولد إلتزاماً

(1) قرار محكمة مارسييا الفرنسية في 01 مارس 1959، أشار إليه مصطفى عياد، المرجع السابق، ص. 27-28.

(2) طلال العجاج، المرجع السابق، ص. 180.

(3) أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مطبوعات جامعة الكويت، 1986، ص. 64.

(4) عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الثانية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص. 134-135.

(5) Cass.civ، 20/05/1936. responsabilité civile et assurance، Edition du juris_classeur، Hors série، (juillet _ aout 1999)، paris، p 07.

Cass.civ، 28/06/1939، 1,75، Dalloz périodique، 1940، n°1، p164:« Attendu ,sans doute que le médecin ne contracte vis-à-vis de son client ,d'autre obligation que celle de lui donner des soins consciencieux ,attentif، conformes aux données acquises de la science qu'en conséquence ,si le malade prétend qu'il

بتحقيق غاية إنما فقط إلتزاما ببذل عناية، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب⁽¹⁾.

إذا عرضت القضية على القاضي، فإنه يراقب دليل الإثبات الذي يقدمه المريض، ثم يقدر عمل الطبيب إن كان يشكل فعلاً خطأً طبياً طبقاً لقواعد المهنة أم لا، ويقيس سلوك ذلك الطبيب بما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية وفي نفس الظروف المحيطة به، ويراعي في ذلك معيار التخصص الفني، فسلوك طبيب عام يقدر بسلوك طبيب عام، والطبيب المختص يقدر سلوكه بما يصدر عن طبيب غيره له نفس الاختصاص، ومتى انحرف عن ذلك اعتبر مرتكباً لخطأ طبي يستوجب مساءلته عنه.

2_ عبء إثبات الخطأ الطبي في الإلتزام بتحقيق نتيجة

استثناء عن المبدأ العام، قد يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة، يأتي هذا الاستثناء بموجب شرط في العقد، أو بناء على طبيعة الخدمة أو بالنظر لنص القانون.

وإذا كانت القاعدة العامة في مسؤولية الطبيب تقوم على قصر إلتزامه ببذل العناية المطلوبة لمريضه، وذلك بسبب أن إلتزام الطبيب تسيطر عليه فكرة الاحتمال التي تهيمن على نتائج مهامه، والتي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، هذا فضلاً عن أن الحكمة الدينية تقول أن الطبيب يعالج والله يشفي. إلا أن بعض الأعمال أو الحالات الطبية، قد اكتسبت معطيات علمية بعيدة عن فكرة الاحتمال، وتمكن من الوصول إلى نتائج مؤكدة لأن التقنيات فيها أصبحت في متناول اليد، ففي هذه الأعمال أصبح إلتزام الطبيب أو الجهاز الذي يعمل معه هو إلتزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾، بحيث أن المسؤولية هنا أصبحت مبنية على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، بحيث لا يمكن للطبيب التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت وجود القوة القاهرة أو خطأ المريض نفسه⁽³⁾.

manque à cette obligation , c'est à lui , par application du droit commun , qu'il incombe de la prouver ».

(1) قرار محكمة النقض الفرنسية 1939/06/28، أشار إليه جوزيف داود، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة 1، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987، ص. 42.

(2) سايكي وزنة، المرجع السابق، ص. 60.

(3) رجاء ناجي، أخطاء العلاج، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999، ص. 5.

ومن هذه الأعمال التحاليل المخبرية، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وعمليات نقل الدم والتحصين، والتركيبات الصناعية، وما تم ذكره أعلاه، ففي هذه الأعمال التي يلتزم الطبيب فيها بتحقيق نتيجة، فإنه يكفي لقيام مسؤوليته أن يثبت المريض أو ذويه طبيعة الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب، بالإضافة إلى إثبات حصول الضرر⁽¹⁾.

وطبقاً للقواعد العامة، فإنه في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة يتعين على المريض أن يثبت وجود الإلتزام ترتب على عاتق المدين (الطبيب)، ثم عدم تحقق النتيجة محل التعاقد، ومجرد عدم تحققها يعني إخلالاً بالإلتزام أو عدم تنفيذه، ورغم ذلك، فإن القضاء الفرنسي قد ذهب مؤخراً في أحد قراراته إلى أن خطأ المريض يعد السبب الوحيد الذي يمكن أن يعفي الطبيب من المسؤولية، غير أنه طبقاً للقواعد العامة لا يوجد أي مانع في إعفاء الطبيب من المسؤولية بسبب وجود قوة قاهرة أو بسبب خطأ الغير أو خطأ المريض نفسه.

فإذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة قامت مسؤولية الطبيب، ويظهر ذلك على نحو واضح في عمليات التجميل، فالمريض في هذه العمليات لا يشكو مرضاً معيناً، وإنما يقصد الطبيب لإزالة تشوه في منظره، فإذا أدت مداخلة الطبيب إلى زيادة التشوه أو إلى ظهور تشوه من نوع جديد فهذا يعني أن النتيجة لم تتحقق⁽²⁾، وهنا لا يكون بوسع الطبيب الإفلات من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو خطأ الغير اللذين لا يسأل عنهم الطبيب أو خطأ المضرور (أي المريض نفسه).

نستنتج إذن أن مسؤولية الطبيب في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، ذلك أن الطبيب حتى يفلت من المسؤولية لا يمكنه إثبات أنه لم يرتكب خطأ، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعتبر خطأ، ولا يكون أمامه سوى نفي مسؤوليته عن طريق نفي علاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق المريض، وذلك بإثبات السبب الأجنبي. وتتوفر لدى القاضي في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة قرينة بسيطة غير قابلة لإثبات العكس، هي أن الطبيب قد ارتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته، فعدم تحقق النتيجة اللازمة يجعل

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 126. وكذلك أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 65.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، لبنان، 2007، ص. 214.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

من المفترض وجود خطأ في جانب الطبيب، وأن عليه إن شاء الإفلات من المسؤولية أن ينفي تسببه في هذا الخطأ⁽¹⁾.

ولابد من التنويه إلى أنه عندما يكون إلتزام الطبيب إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فإن المحكمة لا تستخدم سلطاتها التقديرية، لأن الخطأ ذاته يتمثل في عدم تحقيق النتيجة كما هو الحال عليه في عمليات نقل الدم، فإذا أعطى الطبيب أحد المرضى دماً من فصيلة أخرى غير فصيلته، فإنه يعتبر ارتكب فعلاً ضاراً، لأنه كان عليه نقل دم من نفس فصيلة المريض وليس من غيرها⁽²⁾. تجدر الإشارة هنا إلى أن الطبيب في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة، لا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بقطع العلاقة السببية بين نشاطه والضرر الذي لحق المريض، ولا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات أن فعله لا يشكل خطأً لأن مسؤوليته في هذه الحالة قائمة على أساس خطأ غير قابل لإثبات العكس، في حين يمكنه دفع مسؤوليته في حالة الإلتزام ببذل عناية عن طريق إثبات أن فعله لا يشكل خطأً قياساً إلى عناية طبيب معتاد محاط بالظروف التي أحاطت به، كما يمكنه إضافة إلى ذلك، دفع مسؤوليته عن طريق إثبات السبب الأجنبي.

مع العلم أن تقدير مدى توفر السبب الأجنبي أو خطأ المريض أو الغير يخضع إلى تقدير قاضي الموضوع الذي يراقب كل دليل إثبات يقدم أمامه، ويقوم بمناقشته ثم يقرر استبعاده وإعلان مسؤولية الطبيب أو تقرير عدم صحة ادعاءات الطبيب وبذلك ينسب له الخطأ مع تحميله المسؤولية عن الأضرار التي تلحق المريض جراء عدم تحقيق النتيجة المتفق عليها. فخطأ الطبيب الذي لم ينفذ إلتزامه بتحقيق النتيجة في الأعمال الطبية المشار إليها، هو خطأ مفروض في جانبه غير قابل لإثبات العكس، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا استطاع نفي علاقة السببية بين الخطأ المفروض وبين الضرر الناجم عن الخطأ، وقد أخذ القضاء اللبناني بذلك، حيث قضى بأنه: "لا يسأل الطبيب إذا أدت العملية الجراحية التي أجراها إلى شلل في أمعاء ومعدة المريضة، إذا كان ممكناً لهذه النتيجة أن تحصل بصرف النظر عن

(1) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص. 214

(2) طلال عجاج، المرجع السابق، ص. 237.

الأخطاء التي ارتكبها الطبيب، فتكون صلة السببية بين هذه الأخطاء ووفاة المريضة غير ثابتة ويستفيد الطبيب من هذا الشك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي

قد تعترض القاضي أثناء محاولته الفصل في القضايا التي تعرض عليه مسائل ليس له علم بتفاصيلها وخبايها نظراً لطبيعتها الفنية، التقنية أو العلمية التي تخرج عن اختصاصه أو مداركه، لذلك أجازت التشريعات للقاضي الاستعانة بأهل الفن والتخصص ممن يتميزون بالاستقامة والعلم والمعرفة، من أطباء شرعيين وخبراء طبيين. للتوضيح، من الناحية العملية هناك خلط بين مصطلحي الطبيب الشرعي والخبير الطبي، رغم أن نقاط الاختلاف بينهما متعددة، لذا سنحاول التمييز بين هذين المصطلحين أولاً، فالخبير الطبي هو طبيب عادي كغيره من الأطباء، قد يكون طبيب عام أو طبيب مختص في مرض معين، وهو يزاول مهنته كخبير فني بالموازاة مع مهنته كطبيب، وتطبق عليه نفس الإجراءات المطبقة على بقية الخبراء الفنيين سواء من حيث شروط التسجيل في قائمة الخبراء أو من حيث إجراءات أداء مهامه، بينما الطبيب الشرعي هو طبيب تابع لمصلحة الطب الشرعي المتواجدة على مستوى المستشفيات العامة، وهو طبيب مختص في هذا المجال (أي الطب الشرعي)، حيث يمارس مهنته بعد دراسة وتكوين في هذا الاختصاص.

ولا يقوم الخبير الطبي بمهنته إلا بأمر من القضاء، أما الطبيب الشرعي، فهو بالإضافة إلى قيامه بمهمة الخبرة بأمر من القضاء، فهو يقوم كذلك بإعداد تقارير حول الوفيات المشبوهة، وذلك حتى قبل وصول القضية إلى القضاء، ثم يتم اعتماد هذه التقارير كوسيلة إثبات في الدعوى⁽²⁾.

وباعتبار الخطأ الطبي خروج عن الأصول الفنية، والمخالفة لقواعد العلم لمهنة الطب، فإن القاضي لا يستطيع أن يتصدى مباشرة لمناقشة هذه المسائل وتقدير خطأ الطبيب لعدم إلمامه بالمعرفة الطبية، لذلك وجب عليه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء قصد توضيح الأمور الغامضة له في القضية، لمعرفة ما إذا كان الطبيب قد أخطأ في عمله أم لا، مع احتفاظه بحقه

(1) قرار الحاكم المنفرد في المتن (لبنان) ، تاريخ 14/01/1954، النشرة القضائية اللبنانية لسنة 1954، ص.

672-674. مشار إليه لدى طلال عجاج، المرجع السابق، ص. 184 .

(2) سايكي وزنة، المرجع السابق، ص. 149.

في تقدير آراء الخبراء وفقا للمبادئ العلمية وله حق تقرير الأخذ بهذه الخبرة من عدمها (1)، ولتحديد دور الخبرة في إثبات الأخطاء الطبية الفنية وجب التطرق إلى مهمة الخبير، ثم إلى مدى إلزامية هذا التقرير للقاضي.

أولا: مهمة الخبير (كيفية قيامه بإنجاز تقرير الخبرة)

تعد الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب الخبير الذي يعينه القاضي، لتقدير الحالة الجسدية أو العقلية للشخص وتحديد سببها، مع تقييم الأضرار والآثار التي ألحقت بالمريض، سواء كانت جنائية أو مدنية(2)، لتقدير التعويض المستحق له على عاتق مرتكب الخطأ، غير أنه ليس كل خطأ ينسب إلى الطبيب يحتاج إلى خبرة طبية، لأن هناك حالات يظهر للعيان خطأ الطبيب فيها دون حاجة لتعيين خبير للتأكد من ذلك مثل التقصير في بذل العناية اللازمة بالمريض، أو الإخلال بواجبات الحيلة والحذر، إذ يراقبها القاضي مباشرة.

وقد خول المشرع الجزائري للقاضي اللجوء إلى أهل الخبرة في سبيل تبيان الأمور التقنية والفنية التي تخرج عن اختصاصه قبل الفصل نهائيا في النزاع المعروض عليه، ونص على كيفية تعيين القاضي للخبير وطريقة عمله واستبداله في الباب الخاص بالخبرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(3)، حيث يقوم القاضي بتحديد مهمة الخبير بكل دقة (4)، لأن تحديد مهامه يدخل في اختصاص القاضي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/03/11(5)، وهذا ما جاء أيضا في القضاء الفرنسي، فمثلا في قضية (Mercier)، قام القاضي بتحديد مهمة الخبير على وجه الدقة، حيث جاء في القرار أنه يجب على الخبير تحديد ما إذا كان العلاج المقدم نتيجة لانخفاض في ضغط المريض تم وفقا للقواعد المطبقة عادة في الفن الطبي، وفي حالة النفي على الخبير تحديد ما كان يجب اتخاذه(6).

(1) محمد هشام القاسم، المرجع السابق، ص. 15.

(2) المادة 95 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

(3) طبقا للمواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(4) DAPOGNY(Bernard) , les droits des victimes de la médecine , puits Fleuri ,France ,2009,p 415.

(5) قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص. 239، حيث جاء فيه "إن اختيار وتعيين خبير من اختصاص القاضي وفقا لما يقتضيه العمل في الدعوى

من توضيح، فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر".

(6) HERREAU (j) , POITOUT (D) ,l'expertise en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel,2^{ème} édition ,Masson , paris , 2006,p150.

يشترط أن يتضمن منطوق الحكم بنذب الخبير بيانا دقيقا لمهمة الخبير، وأهم ما يترتب على ذلك هو بقاء المهمة في نطاق الخبرة، لأن الصياغة في عبارات غامضة وعامة من شأنه أن يجعل المهمة تفويضا للسلطة القضائية، وهذا ما يمنعه القانون، ويدفع الخبير إلى تأدية وظيفة القاضي، ويؤدي إلى بطلان الحكم بنذب الخبير، وبالتالي فالقاضي يلتزم بتحديد مهمة الخبير بعناية ودقة بحيث يجعل الخبير على علم بحقيقة ما يريده القاضي منه⁽¹⁾.

فعلى الخبير أثناء القيام بمهامه عدم الخوض في المسائل القانونية لأنها من مهمة القاضي وحده⁽²⁾، لأن دوره يقتصر فقط على البحث في الوقائع ذات الصلة بالعمل الطبي مع تدعيمها بالحجج العلمية، والإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه⁽³⁾، بكل وضوح ودقة، وله أن يستعين بذوي الخبرة الأكثر منه فيما يصعب عليه أثناء القيام بمهامه، ويتعين على الطبيب الخبير عدم الإجابة على الأسئلة الغريبة عن تقنيات الطب الحقيقية، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في نص المادة 98 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية⁽⁴⁾، وكذلك المادة 02/207 من قانون 17/90 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى التي نصت: "...ويجب أن يمتنع إذا اعتقد أن المسائل المطروحة عليه تتعدى اختصاصه أو أجنبية عن تقنيات الطب أو كان الطبيب المعالج أو من أقارب المريض المعني".

من خلال هذه المادة، يتبين أنه لا يمكن للطبيب الخبير أن يكون نفسه الطبيب المعالج والخبير لنفس المريض أو من أقاربه، كما يجب على القاضي الذي يعين خبيرا طبيا أن يقوم بتحديد المهام المسندة له بالتدقيق، وفي الإطار الفني البحث مع مراعاة مسألة الاختصاص، إذ لا يمكن له تعيين طبيب مختص في أمراض النساء للقيام بخبرة على مريض أصيب بنزيف

(1) سمير عبد السميع الأودن ، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدينا، جنائيا، وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 92.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، مجلة قضائية، العدد الثاني، 1994، ص. 108، الذي قضى: " من المقرر قانونا وقضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة، وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير، ولما ثبت _ في قضية الحال _ أن القرار المنتقد، أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود، وتم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في موضوع الدعوى، فإن ذلك يعد مخالفا للقانون ومستوجبا للنقض والإبطال".

(3) DAPOGNY(Bernard), les droits des victimes de la médecine, op.cit, p415.

(4) تنص المادة 98 من م أ ط على أنه: " يتعين على الطبيب الخبير أو المراقب وعلى جراح الأسنان الخبير أو المراقب أن يرفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية".

شريان القلب لتحديد ما إذا كان ذلك بسبب حالته الصحية أو لعدم اتخاذ الطبيب المعالج للاحتياطات اللازمة لسلامته أو تعيين طبيب مختص في أمراض الأنف والحنجرة للقيام بخبرة على طفل ميت بعد ولادته حيا بعملية قيصرية لتحديد ما إذا كان يعاني من مرض معد أو توفي لعدم قطع حبله السري في الوقت المناسب ولا يجوز للطبيب الخبير أو جراح الخبير القبول بمهمة من شأنها تعريض مصالح أحد زبائنه أو أصدقائه أو أقاربه أو جهة تطلب خدماته أو حتى مصالح الشخصية للخطر⁽¹⁾، كما لا يجوز للخبير رفض المهمة الموكولة إليه إلا في حالة تقديمه لمبرر شرعي⁽²⁾.

ويتم تحديد مهمة الخبير من طرف القاضي وفقا لموضوع النزاع ونطاقه، وبصفة عامة يمكن القول بأن هذه المهمة تتصرف إلى بحث الأسباب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار، وما إذا كان من الممكن تجنبه وفقا للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل، ومدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب، وهل كان من الممكن تجنبه من طرف طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الطبيب المسؤول، وعلى الطبيب الخبير البحث ما إذا كانت الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة للمرض ومضاعفاته أم نتيجة للعلاج الذي تم اتخاذه من طرف الطبيب محل المساءلة، ليبين بعد ذلك مدى الأضرار التي أصيب بها المريض من جراء فعل الطبيب⁽³⁾. يبدأ الخبير بعد تحدي مهمته في إنجاز تقرير الخبرة، وغالبا ما يجد نفسه في إطار قضايا المسؤولية الطبية، يطرح سؤال معين وهو: ما الذي كنت سأفعل لو كنت مكان الطبيب المسؤول؟، وبالتالي، فالخبير الطبي يكون واعي جدا بالدور الرئيسي الذي يناط إليه، لذا يتعين عليه التصرف بكل حذر إزاء ذلك⁽⁴⁾.

ونظرا للأهمية التي تكتسيها الخبرة الطبية كونها تكشف عن مسائل تقنية وفنية لا يدركها إلا الطبيب المختص، فإن المشرع الجزائري وتأكيدا منه لهذه الأهمية نص على كيفية ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة في مدونة أخلاقيات الطب⁽⁵⁾، أوجب المشرع الجزائري

(1) المادة 97 من مدونة مهنة الطب الجزائري.

(2) GODFRYD (Michel), l'expertise médicale, P.U.F, paris, 1991, p22

(3) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 217، رياض منير حنا، المرجع السابق، ص. 637.

(4) MALICIER.(D), MIRAS, (A), FEUGLET.(P), FAIVRE (P), la responsabilité médicale ,Données actuelles 2^{ème} édition ,ESKA, paris ,1999, p 327.

(5) وهو ما نصت عليه المواد من 95 إلى 99 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير، قبل البدء بأي عمل خبرة إخطار الشخص المعني بهذه المهمة⁽¹⁾، ثم يبدأ بإنجاز مهمته وذلك عن طريق إعادة بناء القضية من جديد، ويتم ذلك بالدراسة العميقة للملف الطبي للمريض وكل الوثائق التي يحتويها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عن طريق السماع إلى كل الأطراف التي لها علاقة بالقضية سواء من أطباء وممرضين وأقارب المريض.

وبالتالي، فالإجراءات التي يتبعها الخبير في إنجاز تقرير الخبرة وإن كانت تختلف من قضية لأخرى ومن خبير لآخر إلا أنه في قضايا المسؤولية الطبية غالباً ما تكون نفسها، حيث يطلب الطبيب الشرعي الأوراق الطبية كاملة سواء التي تكون بحوزة المريض أو بحوزة الطبيب المسؤول، ويطلب تقرير طبي مطول من الطبيب المشكو في حقه، وتقارير من كل الأطباء الذين تعاملوا مع المريض موضحاً فيه حالة المريض عند مناظرته لأول مرة، وما اتبع نحوه من خطوات تشخيصية وعلاجية، ويطلب كافة الأشعة ونتائج الفحوص التي أجريت عليه في كل مراحل علاجه.

يستعرض الطبيب الشرعي كل الأوراق المتاحة له، ويقوم بتوقيع الكشف الطبي الشرعي للمريض لبيان ما آلت إليه حالته ويقوم بتشريح الجثة في حالة الوفاة⁽²⁾، وفي هذه الحالة (الوفاة)، يجب على الطبيب الشرعي الحصول على معلومات كافية قبل البدء في عملية التشريح، وذلك من خلال الاطلاع على ملفه الطبي، وكذا المعلومات المدونة من طرف الممرضات التي تكون أكثر فائدة وأهمية من المعلومات التي يدونها الأطباء لأنها توضح مدى تطور حالة المريض من لحظة إلى أخرى⁽³⁾.

يشترط في الخبير أن ينفذ المهمة المسندة إليه شخصياً، وعليه احترام المهلة المحددة له لإيداع التقرير، إلا في حالة حصوله على مهلة إضافية⁽⁴⁾، كما يجب عليه أن يكون مستقلاً عن الأطراف المتخاصمة وأن لا يكون منحاذاً⁽⁵⁾، حيث يكون له استقلاله الفني، فهو سيد تنظيم عملياته الفنية، حيث لا يمكن أن يخضع في النتائج التي يتوصل إليها إلا لضميره المهني

(1) المادة 96 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

(2) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2007، ص. 174.

(3) المرجع نفسه، ص. 183.

(4) GODFRYD (Michel), l'expertises médicale, op, cit, p87.

(5) محمد توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 147.

ومعلوماته الفنية⁽¹⁾، وإذا كان الخطأ الطبي المنسوب للطبيب يتصل بمسائل أو نظريات علمية لا تزال موضع خلاف ولم يستقر الجدل عليها بعد، فلا يجوز للقاضي إقحام نفسه في الفصل بهذا الجدل العلمي الفني، وتفضيل نظرية على أخرى، إنما يتوجب عليه أن يكون موضوعي وحيادي أثناء إعداد التقرير⁽²⁾، وعليه عدم اعتبار الطبيب مخطأ أمام هذه المعطيات⁽³⁾.

أخيرا يمكننا القول أن الطبيب الخبير لا يتدخل بهدف العلاج، ولكنه يتدخل في الإطار القانوني، بالتالي فهو يتعرف على معلومات أثناء أداء مهمته وهي معلومات سرية خاصة بالمريض، وألزم المشرع الخبير بالحفاظ على السر المهني وجميع المعلومات التي اطلع عليها⁽⁴⁾، وإن فعل توبع بمقتضى المادة 302 من قانون العقوبات الجزائري.

إن إعداد الخبير لتقرير حول سلوك الطبيب محل المساءلة لا يعني نهاية المطاف بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام القاضي المدني، ذلك أنه يبقى على القاضي عرض ما انتهى إليه الخبير على المعيار القانوني للخطأ المهني، رغم ذلك أدى الوضع إلى التساؤل حول القاضي الحقيقي في قضايا المسؤولية الطبية أهو القاضي أم الخبير؟، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال مدى إلزامية تقرير الخبير للقاضي.

ثانيا: مدى إلزامية تقرير الخبرة للقاضي في المسؤولية الطبية

رغم كون الخبرة الطبية تتعلق بأمور فنية، فهذا لا ينفي السلطة التقديرية للقاضي الذي يمكن له الأخذ بها كلياً أو جزئياً وله أن يستبعدا بتسبب كونها غير ملزمة له⁽⁵⁾، فالطبيب الخبير عند انتهائه من مهامه التي كلف بها يقدم تقريره أمام المحكمة خلال الأجل المحددة له، وعندها يقوم القاضي بدراسة التقرير ومناقشته فإذا رأى أن الخبير لم ينجز كل مهامه أو قام بها على نحو غير لائق، فيمكن له أن يأمر باستبعاد الخبرة، وتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام⁽⁶⁾، كما له أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية يتولاها نفس الخبير أو خبير غيره، لكن إذا تعلق

(1) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح، المرجع السابق، ص.88.

(2) HERREAU (j), POITOUT (D), l'expertise en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice, op.cit, p 87.

(3) أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص. 117.

(4) المادة 99 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، والمادة 18 من المرسوم التنفيذي 310/95.

(5) المادة 144 من ق إم إ، "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة".

(6) محمد توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص. 83.

الأمر بورود مصطلحات طبية أو أمور لم يستوعبها القاضي ؛ فله أن يستدعي الخبير للحصول منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية التي تنوره للفصل في النزاع طبقاً للقانون.

وفي كل الأحوال، فإن معاملة المحكمة مع تقرير الخبير لا تعدو أن تكون إحدى الحالات

الثلاث: الموافقة على الخبرة كلها أو إبطال الخبرة كلها أو الأخذ بالبعض ورفض البعض الآخر⁽¹⁾، مع الإشارة إلى أنه في حالة عدم الموافقة على النتائج المدونة في تقرير الخبير، يجوز طلب تعيين خبير قضائي آخر أمام المحكمة⁽²⁾.

تقتصر مهمة الخبير إذن على إبداء الرأي في المسائل الفنية، فإذا قدر القاضي أن رأي

الخبير ظاهر الفساد أو أنه يتعارض مع وقائع أخرى في الدعوى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية، فلا يلتزم به، فإذا كان الخبير يساعد القاضي في استنباط الخطأ الطبي، فإن القاضي يستقل بالتكليف القانوني للسلك الفني للطبيب، وحتى ولو كان لآراء الخبراء تأثير كبير على قرارات القضاء إلا أنها لا تفرض عليهم شيئاً.

ويجب أن يكون الخبير متأكد من وجود خطأ من طرف الطبيب، فإذا صرح مثلاً أنه

يحتمل وقوع الضرر بسبب خطأ طبي⁽³⁾، فإن هذه العبارة لا تسمح للقاضي بالاعتماد على التقرير للتصريح بمسؤولية الطبيب، نفس الشيء إذا تعذر على الخبير تحديد مواطن الخطأ، فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم.

ويرى البعض أن القاضي عند تقديره للخطأ الطبي المهني يجب أن يكون في غاية الحكمة

والحذر فلا يقر بثبوت خطأ الطبيب إلا إذا ثبت ثبوتاً قطعياً أن الطبيب قد خالف عن جهل وتهاون أصول الفن الثابتة والقواعد العلمية، بحيث لا يدع مجالاً للشك أو الجدل قياساً بطبيب وسط من نفس المهنة والاختصاص⁽⁴⁾، وهذا لا يمنع من تأثير تقرير الخبير على حكم القاضي،

(1) محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، د.د.ب. ن، 1991، ص. 105.

(2) FLOUZAT-AUBA (Marie-Dominique), TAWIL(Sami-Paul), droit des malades et responsabilité des médecins, mode d'emploi, Marabout, France 2005, p.109.

(3) AIT MOKHTAR.(F/z), Causalité juridique et responsabilité médicale, Revue critique de droit et science politique, Numéros spéciale, 2008/1, p.252.

(4) أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 117.

إلا إذا وجدت لديه أسباب للاعتقاد بخطأ وقع فيه أو سوء تقدير بدر منه أو ثار لديه شك بشأن حياد الخبير⁽¹⁾.

ويتساءل البعض عن مدى حرية القاضي في الأخذ بتقرير الخبير، حيث يرون أن هذه الحرية أقل ما يقال عنها أنها ليست حرية مطلقة إنما محدودة، ذلك أنها تكمن فقط في ذلك الانتقال الذي يمارسه القاضي عند الاعتماد على هذا التقرير، أي الانتقال به من المجال الفني إلى المجال القانوني، حيث يتم إثبات الخطأ الطبي عن طريق الخبرة باحترام قاعدتين أساسيتين، هما:

الأولى فنية والثانية قانونية، الأولى تدخل في اختصاص الخبير، والثانية تدخل في اختصاص القاضي، حيث يقوم الخبير على المستوى الفني بالبحث عن كل سلوك يشكل خطأ، إذ يلتزم بمهتمته المتمثلة في دراسة الوقائع المادية في إطار المعطيات الفنية، بالتالي فالخبير لا يحل محل القاضي، إنما يفرض نفسه على المستوى الفني حيث يكون القاضي غير مختص⁽²⁾، أما على المستوى القانوني، فالقاضي يستعيد كامل سلطته باعتباره المختص الوحيد في هذا المجال، حيث يتمتع بسلطة تقديرية اتجاه تقرير الخبير، فله أن يأخذ به، كما له أن لا يأخذ به، على أساس أن هذا التقرير لا يعدو وأن يكون عنصراً من عناصر الإثبات الخاضعة لسلطة القاضي⁽³⁾، لذا يجب أن يكون كل من الخبير والقاضي مشبعين بالمعرفة اللازمة كل في مجاله الخاص به⁽⁴⁾.

إن ما يصل إليه الخبير من إثبات الواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة، ولا بد أن تقتن بوجهة نظر قانونية، لكي تكتسب وجهة نظره قيمة فعلية في مجال الإثبات وما يمارسه القاضي

(1) ومن ذلك ما حدث عندما تعرضت سيدة لكسر شديد بالجمجمة في حادث سيارة، ثم تم إدخالها غرفة العمليات مباشرة، وقد استقرت حالة المريضة بعد العملية على فقد إبصار إحدى العينين وحاسة الشم، تقدمت السيدة بشكوى تطالب فيها بمسؤولية الجراح عن تلك العاهة، إلا أن القضية تم حفظها بسبب تعذر الطب الشرعي تحديد ما إذا كان سبب العاهة هو الحادث الذي تعرضت له أم بسبب خطأ في الجراحة، نقلا عن منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 607.

(2) بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الدار الجامعية، الأردن، 2002، ص. 325.

(3) هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص. 173، بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص. 323.

(2) AIT MOKHTAR.(F/z) ,Causalité juridique et responsabilité médicale , op,cit , p 258.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

من سلطة بشأن تقدير قيمة رأي الخبير تتمثل في الرقابة القانونية على الرأي العلمي أو الفني الذي تقدم به الخبير إليه⁽¹⁾.

من خلال ما سبق، تظهر أهمية الخبرة الطبية خاصة في تأكيد الخطأ الفني للطبيب، وتوافر العلاقة السببية بينه وبين الضرر الذي أصاب المريض الذي يعتمد عليهم القاضي لتقرير مسؤولية الطبيب من عدمها، وهذا هو مقتضى القواعد العامة، والتي لا يوجد أي سبب منطقي يبرر الخروج عنها في مجال الخبرة الطبية، فتقرير الخبرة يبقى عنصر لا بد منه لحل المسائل الفنية ويكون صدور حكم القاضي على أساس ذلك، غير أن القاضي يجب ألا يأخذ بها على إطلاقها خاصة مع قيام الشك حول الحياد الذي يمكن أن يلتزمه الخبراء في تقرير أخطاء زملائهم.

ويعتبر تقدير آراء الخبراء والفصل فيها من اختصاص محكمة الموضوع، فلا يجوز مجادلتها ولا مصادرة اقتناعها فيه أما م المحكمة العليا⁽²⁾، كما أنها غير ملزمة بالرد على تقرير الخبير الذي لم تأخذ به، ويكون للمحكمة أن تعتمد على وثائق ومستندات أخرى مقدمة في الدعوى للبت فيما إذا كانت ستأخذ بتقرير الخبير من عدمه.

(1) محمد فاضل زيدان ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2005، ص. 317.

(2) نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 232.

المبحث الثاني

كيفية التعويض وفق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية عن التصرف في

أعضاء الجسم البشري

لما كان التعويض أثراً من آثار المسؤولية المدنية بوجه عام، أي أنه جزاء المسؤولية المدنية، فإذا ما ثبت قيام المسؤولية على المسؤول عن إحداث الأضرار بالمضرور وجب عليه الجزاء وهذا الجزاء يكون في غالب الأحوال تعويضاً نقدياً، ولكن لا مانع من أن يكون التعويض عينياً يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الفعل الضار، وقد تختلف طرقه طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً.

والوسيلة التي من خلالها يستطيع المضرور الحصول على تعويضه هي اللجوء للقضاء للمطالبة بهذا التعويض من خلال دعوى يقيمها أمام المحاكم المختصة، كأي دعوى مدنية أخرى أو من خلال الإدعاء بالحق المدني أمام القاضي الجزائي في الحالات التي يشكل فيها الخطأ الطبي جريمة.

وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة في المسؤولية المدنية شأنها شأن أية دعوى مدنية أخرى، وهو ما نعالجه في المطلب الأول، ثم الهدف من الدعوى وهو التعويض وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

نظراً لتطور مهنة الطب واضطراد الأخطاء الطبية الواقعة على المرضى وازدياد عدد الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، فقد عمل الأطباء والمستشفيات الخاصة إلى إبرام اتفاقيات خاصة بينهم وبين المرضى بهدف التهرب من المسؤولية أو التخفيف منها، والتأمين على مسؤولياتهم للتعويض للمتضررين (المرضى) أو كل من أصابه ضرر نتيجة الأخطاء الطبية، بهدف التهرب من أعباء التعويض المادي الذي يقع على كاهل الأطباء، وحلول شركات التأمين مكانهم لدفع مبلغ التعويض في حالة ثبوت مسؤولية الطبيب عن الخطأ وتحقق الضرر⁽¹⁾.

والمصلحة بخصوصها المختلفة هي الشرط العام الوحيد لقبول الدعوى، وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة في المسؤولية المدنية، شأنها بذلك شأن أية دعوى

(1) أحمد حسن الحباري، المرجع السابق، ص. 149.

مدنية أخرى، وعليه سنتناول أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب أولاً، والاختصاص القضائي ثانياً.

الفرع الأول: أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

تعرف دعوى المسؤولية المدنية بأنها: "الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي أصابه إذا لم يسلم له به المضرور اتفاقاً"⁽¹⁾، ويختلف موضوع الدعوى بحسب ما إذا كانت جزائية أم مدنية، فإذا كانت الدعوى جزائية فموضوعها يتحدد في الجزاء المطلوب توقيعه على الجاني أو المخالف لما ينبغي الإلتزام به من شروط والتزامات سواء كانت إيجابية أم سلبية، أما إذا كانت الدعوى مدنية فيتحدد موضوعها بالضمان "التعويض الذي يطالب به المضرور جبراً لما لحقه من ضرر"⁽²⁾.

أولاً: المدعي (المضرور)

يعتبر مدعي كل من أصابه ضرر مباشر نتيجة خطأ طبي، وبالتالي فالمدعي في المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض أو ذويه في حالة وفاته⁽³⁾، ولا تقبل دعوى المدعي، إلا إذا توفرت فيه كافة شروط قبول الدعوى⁽⁴⁾.

والمدعي هو المضرور الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه سواء كان الضرر أصابه مباشرة أو ارتد عليه من ضرر أصاب غيره، وعليه يجب أن يثبت المدعي أنه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساساً به سواء كان هذا الضرر مادياً أم معنوياً، وعلى المضرور إثبات أهليته للقاضي فإذا انتفت يجوز مباشرة هذا الحق نيابة عنه من نائبه (الوكيل) أو وليه (الوصي) أو القيم، لهذا فمن الطبيعي أن يكون المدعي في دعوى المسؤولية

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصر الجديدة، الطبعة الخامسة، 1992، ص. 569.

(2) قيس الصقير، المرجع السابق، ص. 214.

(3) كمال فريحة، المرجع السابق، ص. 307.

(4) المادة 13 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فيفري 2008، ج. ر. العدد 21، الصادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق ل 23/04/2008، التي تنص على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

المدنية للطبيب هو المريض الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الخاطئ، فالمريض المتضرر يثبت له هذا الحق أولاً سواء كان هذا الضرر مادياً أم معنوياً، وفي حال وفاة المريض، فإن الحق بالمطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه.

ويجوز أن يباشر هذا الحق بسبب وفاته وخلفه العام سواء كان وارثاً له أو موصى له بحصة من مجموع أمواله أو من أحيل إليه حق التعويض لهذا الدائن (المضرور)، ويجوز مباشرة هذا الحق من دائنه عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾، إلا إذا كان الضرر أدبياً أو جسمياً ترتب عليه عجز كلي أو عجز جزئي للمدين المتضرر لأنه يعتبر من الحقوق الشخصية المتصلة بشخص المدين وحده⁽²⁾.

1 _ المطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث

لورثة المضرور الحق في مطالبة المسؤول بما كان لمورثهم من حق بالتعويض عن ما دخل في ذمة مورثهم المالية قبل موته، وانتقل لهم هذا الحق بسبب الميراث، ويستوي في ذلك أن يكون قد رفع المورث دعوى للمطالبة بهذا الحق أو لم يرفع متى كان هذا الضرر مادياً أو جسمياً. ويشترط أن يكون هذا الحق بالتعويض قد نشأ فعلاً ودخل في ذمة المورث قبل موته ووفاته، وينتقل هذا الحق بما يلابسه من صفات ودفع على أن لا يؤول هذا الحق للورثة، إلا بعد سداد ديون تركة المورث أو ما تعلق بالوصية الشرعية.

فالمريض الذي يصاب بضرر أثناء إجراء التدخل الجراحي يؤدي بحياته، ينتقل الحق بالمطالبة بالتعويض عن ما أصابه من ضرر إلى خلفه، فإذا كان الضرر مادياً ينتقل الحق بالتعويض عنه إلى ورثته كل حسب نصيبه بالميراث، أما إذا كان الضرر الذي أصابه معنوياً فلا ينتقل للورثة إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بمقتضى حكم نهائي استناداً إلى التشريع الأردني.

بمفهوم المخالفة مما تقدم ذكره، أنه إذا كان المورث قد سكت عن المطالبة بالحق المعنوي، فإن سكوته يعتبر تنازلاً منه عن هذا الحق أي أن القوانين اعتبرت الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي ضعيفاً.

(1) المادة 189 من القانون المدني الجزائري.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 572.

واستنادا إلى ذلك فقد حدد القانون رقم 31/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار ذوي حقوق الضحية في حالة وفاة ضحية حادث سير جسماني وميز بينهم سواء في حالة وفاة الضحية البالغة أو القاصرة⁽¹⁾.

_ حالة وفاة ضحية بالغة: الزوج أو الأزواج، الأب والأم في حالة عدم ترك الضحية زوج وولد.

_ حالة وفاة الضحية القاصرة: الأب والأم.

2 _ المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد

ذكرنا في ركن الضرر أن الضرر يلحق بالشخص المصاب في مصلحته المادية أو المعنوية، غير أن مثل هذا الضرر قد لا يقتصر على شخص المضرور، بل أنه ينعكس (يرتد) على أشخاص آخرين بحيث يصيبهم شخصيا نتيجة وقوع الضرر الأول (الأصلي)، فيؤدي إلى أضرار أخرى تصيب الآخرين، وهذا ما يسمى بالضرر المرتد لأنه يقع بطريق الارتداد لضرر آخر ويكون نتيجة له، ويعتبر ضررا مباشرا يتعين التعويض عنه⁽²⁾.

فالفاعل الواحد يمكن أن يصيب أكثر من شخص بضرر سواء الذي وقع عليه الفعل الضار مباشرة (المريض) أو ممن أصابهم ضرر مرتد عن الضرر الأصلي، وفي هذه الحالة لكل من أصابه ضرر مرتد وناتج عن الضرر الأصلي، الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا. فتتعدد الدعاوى بقدر عدد المطالبين بالتعويض، إذ من الجائز أن يرفع كل منهم دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عن ما أصابه من ضرر وأن مثل هذا الضرر غير مقتصر وقوعه على أقارب المضرور، إنما يشمل كل من لحقه ضرر محقق نتيجة الواقعة الضارة مباشرة، وللورثة في حالة موت الضحية دعويان: الأولى على اعتبار أنهم خلف مورثهم ويطالب فيها بتعويض الضرر الذي لحق بهم نتيجة الوفاة، أما الثانية فترفع باسمهم شخصيا يطالب فيها بتعويض الضرر المادي أو المعنوي الذي أصابهم شخصيا نتيجة وفاة الضحية، وتستقل كل من الدعويين عن الأخرى في موضوعها وطبيعة الأساس الذي قامت عليه⁽³⁾.

فإذا كان للمريض حق التنازل عن التعويض عن الضرر الذي أصابه قبل الوفاة، إلا أنه ينشأ بعد وفاته حقوق أخرى شخصية تتعلق مباشرة بالمتضررين، وهذه الحقوق مستقلة تماما عن

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص. 308.

(2) بلحاج العربي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 155.

(3) المرجع والموضع نفسه.

حقوق المريض المتنازل عنها، وأن تنازله عن حقه الشخصي لا يعني أن يشمل هذا التنازل حق الخلف ولا يتجاوزه إلى حقوق الغير.

ومن أمثلة التعويض عن الضرر المرتد ما أصدرته من أحكام المحاكم الفرنسية، كالضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة فقد زوجها لقدراته الجنسية أو الضرر الذي يلحق والد الضحية نتيجة قلقه وتأثره النفسي عدة أشهر لعدم شفاء ابنه أو الخلف نتيجة الضرر الذي أصاب السلف إثر حادث سواء كان الخلف وارثاً أم غير وارث⁽¹⁾.

ثانياً: المدعى عليه (المسؤول عن الضرر)

يعتبر مسؤولاً في مجال المسؤولية الطبية، المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي، وبما أن الطبيب طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فإن المدعى عليه هو الشخص المسؤول عن الفعل الضار أو نائبه أو خلفه سواء كان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو عن فعل غيره أو مسؤولاً عن الشيء الذي في حراسته، ويقوم مقام المسؤول نائبه، وإذا كان راشداً يحل محله الوكيل. ويحل محله أيضاً الوارث حسب أحكام الشريعة الإسلامية، والقاعدة تؤكد على أنه: "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، فالتركة تكون مسؤولة بعد وفاة المسؤول عن إلحاق الضرر، وأياً من الورثة يمثل التركة في دعوى المسؤولية، وإذا كان المسؤول شخصاً معنوياً آل مصيره للانحلال، تكون جميع أمواله بعد التصفية مسؤولة عن التعويض⁽²⁾، وعليه يكون الطبيب هو المسؤول المباشر عن إحداث الضرر وقد تباشر الدعوى في مواجهة نائبه⁽³⁾.

1- المدعى عليه في حالة المسؤولية الواحدة

هو الطبيب المخطئ سواء بفعله الشخصي أو عن أفعال مساعديه حسب ما سبق شرحه.

2- المدعى عليه في حالة تعدد المسؤولية

يبرز هذا في حالة تعدد المسؤولين عن الأضرار التي لحقت بالمريض، فإذا كانت مسؤوليتهم عقدية جاز رفع دعوى على كل واحد منهم بصفة فردية، باعتبار أن كلا منهم مسؤولاً

(1) استئناف باريس الصادر في 16/09/1956، محكمة توجان الصادر في 29/06/1956، محكمة النقض

الفرنسية الصادر في 22/10/1946. أنظر، بلحاج العربي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 156.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الإلتزام، المجلد 2، المرجع السابق، ص. 924.

(3) قيس الصغور، المرجع السابق، ص. 198.

عن الضرر الذي تسبب فيه وحده، وهذا متى أمكن إسناد خطأ محدد لكل منهم أو عين نصيبه في الضرر اللاحق بالمريض، وتوافر هذه الصورة عادة ما يكون بصدد العمليات الجراحية، عندما يختار المريض المستشفى الذي يجري فيه العملية، ويختار في الوقت نفسه جراحا معيناً من خارج المستشفى لإجراء العملية أو يختار طبيباً معيناً لإجراء التخدير، فنكون أمام عدة عقود مستقلة، فإذا ثبت وجود خطأ من الجراح وطبيب التخدير، وثبت في الوقت نفسه وجود خطأ من المستشفى، كعدم توفيره الأدوات والأجهزة اللازمة، والتقصير في القيام بالفحوص الأولية السابقة على العملية، كان كل منهم مسؤولاً عن الخطأ بمقدار مساهمة خطئه في الضرر، ما لم يكن هناك تضامناً بينهم، أو وجود اتفاق يقضي بغير ذلك⁽¹⁾.

أما إذا كانت المسؤولية تقصيرية، فيرى المشرع الجزائري، أنه إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار يكونون جميعاً متضامنين في الإلتزام بتعويض الضرر، ويعين القاضي نصيب كل منهم في إحداث الضرر بنص المادة 126 من القانون المدني، وقد أجاز المشرع الجزائري للمدعي رفع دعوى المسؤولية عليهم جميعاً أو إن شاء أن يختار من بينهم واحداً أو أكثر ويطلبه بالتعويض كاملاً، وعلى المدعى عليه منهم الرجوع على باقي المسؤولين لدفع ما حكم به من تعويض كل بقدر نصيبه فقط⁽²⁾.

ثالثاً: شركة التأمين (المسؤول المدني)

من الضروري إدخال شركة التأمين في الخصام وفقاً للمادة 167 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات الإلزامية والتي نصت على أنه: "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني والممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"، كما نصت المادة 169 منه على أنه: «يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع و/ أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له».

وعليه طبقاً لمقتضيات هذه المادة، فكل طبيب يعمل لحسابه الخاص، وكل مستشفى خاص ملزم بدفع مبالغ التأمين التي تعد كضمان للمرضى في حالة إصابتهم بأذى من جراء الممارسين

(1) سعاد هني، المرجع السابق، ص. 36.

(2) أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص. 157.

الخواص، وعلى المضرور من العمل الطبي عند رفع دعوى قضائية إدخال شركة التأمين باعتبارها ضامنة التعويض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

تخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب، شأنها شأن دعاوي المسؤولية المدنية لقواعد الاختصاص القضائي، ويعرف الاختصاص على أنه: "سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة"⁽²⁾، وقد يكون نوعيا أو محليا:

أولاً: الاختصاص القضائي النوعي لدعوى المسؤولية المدنية للطبيب

يقصد بالاختصاص القضائي النوعي ولاية الجهة القضائية على مختلف درجاتها بالنظر في نوع معين من الدعاوى المرفوعة إليها، بمعنى أن الاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد الاختصاص النوعي سواء بالنسبة للقضاء العادي أو الإداري، حيث كرس المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الاختصاص للمحاكم والمجالس، فحدد لها مواد قانونية خاصة.

وقد حددت المادتين 32⁽³⁾ و 33⁽⁴⁾ من ق.إ.م.إ الاختصاص النوعي للمحاكم واعتبرته المادة 36 من نفس القانون من النظام العام⁽⁵⁾، حيث تقضي الجهة القضائية تلقائيا بعدم الاختصاص النوعي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، حيث أكد المشرع الجزائري من خلال

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص. 309.

(2) الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، 2000، ص. 178.

(3) تنص المادة 32 من ق إ م إ على ما يلي: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام. يمكن أيضا أن تتشكل أيضا من أقطاب متخصصة، تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما منها المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا. غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية.....".

(4) المادة 33 من ق إ م إ: "تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوي التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000دج).....".

(5) المادة 36 من ق إ م إ: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

المادتين المذكورتين أعلاه، أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام ولما كانت دعوى المدعي المضرور تتعلق بجبر الضرر، وبالرجوع إلى المادة 32 من ق.إ.م.إ، فإن القسم المختص هو القسم المدني إذا كانت الدعوى مدنية، أو القسم الجزائي إذا كانت الدعوى مدنية بالتبعية.

وترفع الدعوى المدنية من قبل المدعي المضرور ضد الطبيب المخطئ، أو المستشفى الخاص باعتبارها شخص من الأشخاص المعنوية الخاصة، تخضع للقانون الخاص، ويختص القسم المدني للمحكمة بالفصل في دعوى التعويض التي يرفعها المدعي المضرور. أما بالنسبة للدعوى المدنية بالتبعية، فيختص بها قسم الجرح أو المخالفات، حيث نصت المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها، وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولاً مدنياً عن الضرر".

ونصت المادة 5 من نفس القانون على أنه: "لا يسوغ للخصم الذي يباشر دعواه أمام المحكمة المدنية المختصة أن يرفعها أمام المحكمة الجزائية إلا أنه يجوز ذلك، إذا كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنية حكم في الموضوع"⁽¹⁾.

ثانياً: الاختصاص القضائي المحلي لدعوى المسؤولية المدنية للطبيب

حددت المواد من 37⁽²⁾ إلى 40⁽³⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية، ويقصد بالاختصاص المحلي أي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة بالنظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه والذي يتم تحديده عن طريق التنظيم⁽⁴⁾.

(1) سعاد هني، المرجع السابق، ص. 38.

(2) المادة 37 من ق.إ.م.إ: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(3) المادة 40 من ق.إ.م.إ: "فضلاً عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها،..... في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج.....".

(4) يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، دار هومة، الجزائر، ص. 40.

لا يعتبر الاختصاص الإقليمي من النظام العام ⁽¹⁾، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر في المادة 40 من ق إ م إ، وباعتباره ليس من النظام العام؛ فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يتعين على الخصوم وفقاً للمادة 47 من ق إ م إ إثارته قبل أي دفع في الموضوع.

إذا طبقنا قواعد الاختصاص الإقليمي على المنازعات الطبية، فطبقاً للمادة 37 السالفة الذكر، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وفي حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص طبقاً للمادة 38 من ق إ م إ للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، ونصت أيضاً المادة 5/40 من نفس القانون على ما يلي: ".... في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج....."، مما يعني أن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج، هو المختص بالمواد المتعلقة بالخدمات الطبية.

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المستشفى، فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات، وهذا ما أكدته الفقرة الخامسة من المادة 804 من ق إ م إ بنصها، كما يلي: "في مادة الخدمات الطبية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات".

ويختص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى التعويض المرفوعة ضد المستشفى العام، إذ أنه بالرجوع إلى المادة 800 من ق إ م إ ⁽²⁾، منحت الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية، إذ تختص المحاكم الإدارية بالنظر في القضايا التي يرفعها المدعي المضرور ضد المستشفى العام، باعتبار أن المستشفى طبقاً للمادة 800 السالفة الذكر والمادة الثانية ⁽³⁾ من

(1) الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص. 178.

(2) المادة 800 من ق إ م إ العام 2008.

(3) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 466/97 المتعلق بتحديد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، المؤرخ في 2 شعبان عام 1418هـ/الموافق ل 02 ديسمبر 1997م، ج ر عدد 81 الصادرة في 10 شعبان عام 1418 الموافق ل 10 ديسمبر 1997، السنة 34، ص.ص. 19-29، التي نصت على ما يلي: "القطاع الصحي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويوضع تحت وصاية الوالي".

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

المرسوم التنفيذي رقم 466/97 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997، المحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، مؤسسة عمومية ذات طابع إداري.

المطلب الثاني: كيفية التعويض في المسؤولية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري.

يعرف التعويض بأنه وسيلة القضاء في إزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، إذ يعتبر الجزاء الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية، فمتى ثبتت مسؤولية المدعى عليه عما لحق المدعي من ضرر، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوض المضرور ويجبر الضرر الذي لحق به، هذا هو المعنى الذي ذهب إليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر والتي تقابلها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

فالهدف من التعويض هو إصلاح أثار الفعل الضار، لذلك فإنه يكفي مجرد إزالة الضرر بمقابل معادل له تماما⁽¹⁾، مما يستدعي التعرض لطرق التعويض وعناصره في الفرع الأول، وكذا كيفية تقدير التعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طرق وعناصر التعويض

يكون التعويض إما عينا أو بمقابل، مع الأخذ بالحسبان المعايير أو العناصر التي يتم على أساسها تقدير التعويض، حتى يكون هذا الأخير متكافئا والضرر الذي أصاب المضرور، وعليه سنتناول طرق التعويض أولا، ثم العناصر التي يتم على أساسها تقديره ثانيا.

أولا: طرق التعويض

لا بد من الإشارة إلى أن نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية استعمل كلمة (réparer) وترجمتها الصحيحة تعني الإصلاح، والذي بدوره يشمل التعويض وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر والتنفيذ العيني، في حين أن كلمة تعويض تعني إعطاء مقابل للمضرور عن ما أصابه من خسارة فقط⁽²⁾.

(1) سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي والدول العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 52.

(2) أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 160.

فالتشريع المدني الجزائري أشار إلى طريقة التعويض في المادتين 131⁽¹⁾ و132⁽²⁾ ويفهم منهما أن التعويض إما أن يكون عينا وإما أن يكون نقدا.

1 - التعويض العيني (La réparation en nature)

التعويض العيني هو "إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، ويزيل الضرر الناشئ عنه"، ويعتبر أفضل طرق الضمان والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني، إذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين⁽³⁾، فالمشرع الجزائري اتجه نحو تطبيق التعويض العيني كأصل لتعويض الضرر بالقول: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا"⁽⁴⁾.

والتعويض العيني أكثر ما يقع في الإلتزامات العقدية، ويتصور الحكم بالتعويض العيني في بعض حالات المسؤولية التقصيرية ونطاقه محدودة، لأنه لا يكون ممكنا إلا حين يتخذ الخطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته⁽⁵⁾.

فالطبيب الذي يخطئ أثناء إجراء عملية جراحية، وينتج عن خطئه تشويها للمريض، يمكن إصلاحه أو إزالته، فالقاضي هنا، يستطيع إلزام الطبيب بإصلاح التلف والتشويه وإزالته، بإجراء عملية جراحية جديدة، غير أنه جاء عن محكمة النقض الفرنسية في أحد اجتهاداتها بأن القاضي لا يستطيع أن يفرض على المدين عملا إيجابيا.

(1) تنص المادة 131 من ق.م.ج على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معين بالنظر من جديد في التقدير".

(2) تنص المادة 132 (معدلة) من ق.م.ج تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد، على أن يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضروب، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

(3) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص265.

(4) المادة 164 من ق م ج.

(5) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 266.

في حين أن المشرع المصري والجزائري أجاز للقاضي إلزام المدين بالقيام بعمل إيجابي⁽¹⁾ على أن حرية القاضي غير مطلقة للحكم بالتعويض عينا، بل يقيد بها ببعض الشروط⁽²⁾، المتعلقة بالتعويض العيني بالمجال الطبي، هي:

أ- في بعض حالات الضرر الجسماني والمعنوي، يصبح من غير الممكن اللجوء إلى التعويض العيني نظرا للناحية الإنسانية فيها، كالاعتداء على الشرف والسمعة والعواطف أو إحداث ضرب أو جرح أو قتل، حيث انتهت التشريعات الحديثة بالنص على وجوب التعويض بمقابل في مثل هذه الحالات⁽³⁾.

ب- يشترط للأخذ بالتعويض العيني أن يكون ممكنا، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيل استحالة نسبية بالنسبة للطرف المدين، ففي الإلتزام بعمل أو الامتناع عن عمل إذا كان المدين مكلف بأدائه شخصيا وحال دون تأديته مانع شخصي، يلجأ إلى التعويض بمقابل، فإذا ألم بالطبيب مرض مفاجئ فإنه يحول بينه وبين قيامه بتنفيذ الإلتزام عليه بعلاج مريض أو إجراء عمل جراحي مستعجل للمريض⁽⁴⁾.

ج- إذا كان في التعويض العيني إرهاب للمدين، وإن كان ممكنا بصورة يتجاوز فيها الضرر اللاحق بالمدين، فلا محل لإجبار المدين على التنفيذ العيني، وهنا أيضا يلجأ للتعويض بمقابل، وهذا مقبول في حالة عدم تنفيذ الطبيب للإلتزام أو التأخر فيه أو الخطأ في تنفيذه. أما في مجال الخطأ الطبي في التصرف في الأعضاء البشرية، فيمكن أن نضع تصورا للتعويض العيني عن الضرر الناتج عنه، إلا أن هذا لا يكون ممكنا إلا في بعض الحالات كون الأمر هنا يتعلق بجسد الإنسان، وحتى لو تم إصلاح عضو من هذا الجسد بعد تضرره نتيجة الخطأ الطبي أثناء التصرف، فإنه نادرا جدا ما يمكن إعادته إلى حالته الأصلية الأولى التي خلق عليها⁽⁵⁾.

(1) طبقا للمادة 172 ق.م.مصري، والمقابلة للمادة 132 من ق.م.ج.

(2) طبقا للمادة 181 من ق.م.ج.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 206

(4) المرجع والموضع نفسه.

(5) حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في

الحقوق، تخصص قانون صحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس،

الجزائر، 2017-2018، ص.231.

لذلك، فإن التعويض النقدي يبقى هو الأنسب والحل الأمثل في حالات الضرر الناتج عن الخطأ الطبي، لأن هذا الأخير غالبا ما يترتب عنه فوات الفرصة في الشفاء بالنسبة للمريض كما سبق ذكره في هذا البحث أو يترتب عنه ضرر نتج عن تصرف طبي خاطئ أو القيام بتدخل جراحي غير مناسب أدى إلى تفاقم حالة المريض، وفي كل هذا يصعب تصور تعويض عيني بإصلاح الضرر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا.

2 - التعويض بمقابل عن الضرر الناتج عن الخطأ الطبي في التصرف في الأعضاء البشرية

الأصل في التعويض أن يكون في صورة عينية يتمثل في إلزام المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر ويتعين على القاضي أن يحكم بذلك متى كان ممكنا، وبناءا على طلب المضرور، كأن يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة المسؤول عن الضرر، ونظرا لأن التعويض العيني أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية، فالغالب أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة على شكل نقدي⁽¹⁾، فهو الصورة الأعم في التعويض عن المسؤولية التقصيرية.

فالنقود وسيلة للتبادل وكذلك وسيلة للتقويم، وحيث أن الضرر المادي والأدبي يمكن تقويمهما بالنقود وللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض النقدي وكيفية دفعه للمريض المضرور فهو يستطيع تبعا للظروف أن يحكم بدفع التعويض النقدي دفعة واحدة، إلا أنه يجوز أن يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة.

ويجب أن لا يتجاوز التعويض النقدي قدر الضرر وأن لا يقل عنه⁽²⁾، ولما كان المسؤول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة، فقد تقضي المحكمة إضافة لذلك بإلزام المسؤول بتقديم تأمين يقدره قاضي الموضوع أو بإيداع مبلغ كفالة لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به، وهذا ما أقرته المادة 132 من ق.م.ج: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا".

وهذا ما يكون في أكثر حالات المسؤولية العقدية، كما تنص المادة 176 من ق.م.ج بصدد التعويض النقدي في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات، بقولها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.187.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 267. حادي شفيق، المرجع السابق، ص.231.

الإلتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه".
كما يمكن أن يكون التعويض غير نقدي عندما يتعذر على المحكمة في بعض الحالات أن تحكم به في المسؤولية التقصيرية، ولا يبقى أمامها إلا أن تحكم بالتعويض بمقابل غير نقدي، وليس ثمة ما يمنع قانونا من حصول ذلك ويجوز كذلك في المجال التعاقدية، طبقا للمادة 119 من ق.م.ج، أن يطالب الدائن المدين الذي لم يوفي بإلتزامه بعد إعداره بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويلاحظ أن طلب الفسخ لا يكون إلا عندما يتحقق الدائن أن لا أمل في ذاته أن يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه، وإذا طالب بالوفاء بالإلتزام، فله أن يعدل عنه إلى المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى، وفي هذا ما يتضمن معنى اعتبار الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1948/04/30، وهو ما تنص عليه المادة 1184 ت.م.ف⁽¹⁾.

كما يكون التعويض بمقابل في التعويض عن تفويت الفرصة، أين يجد مجالا واسعا لتطبيقاته في نطاق المسؤولية الطبية، وهو يختلف عن الضرر الجسماني الناشئ مباشرة عن الخطأ الطبي، فلقد ورد عن قضاء محكمة النقض الفرنسية بأن تعويض تفويت الفرصة (la perte de chance) يجب أن يقدر فقط بقدر الفرصة الضائعة، ولا يجب أن يساوي المزايا التي كانت ستجلبها هذه الفرصة لو كتب لها أن تتحقق⁽²⁾، حيث يؤخذ بعين الاعتبار الأضرار الناشئة عن التدخل الطبي مقارنة بتلك التي يمكن أن تقع في حالة العدول عنه، إذا ما تم تبصير المريض بالعواقب⁽³⁾.

⁽¹⁾ Article 1184 « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible; ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

⁽²⁾ Cass.1er Civ.9 Avril 2002 , N° de pourvoi: 00-13314 , <http://www.légifrance.gouv.fr>.

⁽³⁾ سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص.425.

ثانيا: عناصر التعويض عن الضرر الطبي

لغرض الوصول إلى تعويض عادل أو كاف ي للضرر الذي أصاب المضرور، لا بد من الارتكاز على هذه العناصر أو المعايير كأساس لتحديد التعويض المناسب وقيمتها، وتتمثل هذه العناصر أو المعايير فيما يلي:

1 - معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب

تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...".

فيتضح من خلال هذه المادة، أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه ما لحق الدائن من ضرر وما فاتته من كسب، والمقصود بالخسارة اللاحقة، الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما الكسب الفائت فيخص كل الثمرات الطبيعية للشئ المتلف أو محل الإلتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية، يضاف إليها الأرباح غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية طالما كانت محققة، بأن يتأكد المضرور أنه كان سيحصل عليها لو تم تنفيذ الإلتزام أو لم يقعه الفعل الضار عن هذا الكسب.

وهذان العنصران يستعملهما القاضي في المسؤولية العقدية، بتقدير ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدية أو بسبب التأخر في التنفيذ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب، وهذا لا يعني أنه يقتصر تطبيق نص المادة 182 ق.م.ج إلا على المسؤولية العقدية، بل يطبق كذلك في المسؤولية التقصيرية لأن النص جاء مطلقا يبيح ضمنا تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية عما لحق المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب⁽¹⁾، ويمكن الاستناد في ذلك على الفقرة الأخيرة من المادة 375 من ق.م.ج المتعلقة بالاستحقاق الكلي والخاصة بعقد البيع التي تحيل على نص المادة 182 من نفس القانون.

(1) حسين عامر، عبد الرجيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، دار المعارف سنة 1978، ص 538.

2- معيار الظروف الملايئة

تنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع.. مراعاة الظروف الملايئة.."، والظروف الملايئة هي الظروف التي تلابس المضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور، وهي تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد، فننظر للمضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية، فمثلاً الرسام الذي يصاب في أصابعه التي يرسم بها وينتقوت منها يكون ضرره أكبر من الشخص غير الرسام.

وتكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية والمالية، فمن يعول زوجة وأطفال يكون ضرره أشد من الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، وهذا لا يعني أنه إن كان المضرور غنياً، يقضى له بتعويض أقل مما لو كان فقيراً، إذ العبرة بجبر الضرر، وهذا الضرر يتحدد باختلاف الكسب فمن كسبه أكبر كان الضرر الذي لحق به أشد⁽¹⁾.

أما الظروف الشخصية التي تلابس المسؤول، فقد اختلف الفقه حولها على رأيين رأي يذهب إلى عدم الاعتداد بها، والرأي الثاني يذهب إلى وجوب أخذها بعين الاعتبار. ويستند أصحاب الرأي الأول: إلى أن التعويض يحدد قدره بالضرر، وهذا الضرر يتعلق بالمضرور وليس بالمسؤول عنه، ذلك أنه إذا كان المسؤول غنياً، لم يكن هذا سبباً ليدفع تعويضاً أكثر، وإذا كان فقيراً لم يكن ليدفع أقل⁽²⁾.

أما الرأي الثاني: فيذهب إلى وجوب الاعتداد بها لأن نص المادة 131 من ق.م.ج، السابقة الذكر جاء مطلقاً بغير تخصيص لمضرور دون المسؤول، إضافة إلى أن مصطلح الظروف الملايئة ينطوي على جسامه الخطأ الذي لا بد أن يراعى أثناء تقدير التعويض دون أن يكون هو الاعتبار الوحيد، فقد يترتب ضرر يسير على خطأ جسيم، كما أنه قد يحدث ضرر بالغ بخطأ يسير، وإنما تؤخذ جسامه الخطأ في الاعتبار مع بقية ظروف الدعوى، ومن ذلك ما

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 972-973.

(2) المرجع والموضع نفسه.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

أقره المشرع الجزائري عندما قصر مسؤولية المدين في المسؤولية العقدية إلا على خطئه المتوقع، ومع ذلك، فإن ارتكب غشا أو خطأ جسيماً ترتبت مسؤوليته على خطئه غير المتوقع أيضاً. كذلك ما جاءت به المادة 126 من ق.م.ج التي تنص: " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار، كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض".

فأساس التقسيم في هذه الحالة هو مدى جسامة الخطأ، وهو ما يتناسب والعدالة، فمتى استطاع القاضي أن يحدد مدى جسامة الخطأ لكل من الفاعلين، فلا يعقل أن توزع المسؤولية بالتساوي بينهم، في الوقت الذي يكون خطأ أحدهم جسيماً بينما خطأ الآخر يسيراً⁽¹⁾. وكذلك إذا ساهم المضرور بخطئه في إحداث الضرر، فإن ذلك يوجب تخفيف المسؤولية برفع جزء من التعويض عن كاهل المسؤول، وقد يعفى تماماً من التعويض، وذلك حسب مدى جسامة الخطأ المنسوب للمضرور، فتتص المادة 177 ق.م.ج على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"، فتكون جسامة الخطأ من المسؤول محل اعتبار في تحديد نصيبه في التعويض، وتوزيع المسؤولية بينه وبين المضرور⁽²⁾.

والرأي الراجح، أنه متى تحققت المسؤولية فُدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا جسامة الخطأ هذا كأصل، والخروج عن هذا الأصل لا يكون إلا بناء على نص قانوني يبيح للقاضي ذلك، ويلزمه بتطبيقه، كما هو الحال في الأمثلة التي سبق الإشارة إليها.

أما فيما يخص رأي القضاء الجزائري، فإن المحكمة العليا تذهب في العديد من قراراتها إلى الاعتداد بالظروف الملازمة للمضرور دون المسؤول، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1993/01/06⁽³⁾، ما يلي: "... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر

(1) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 461 ومايها.

(2) المرجع نفسه، ص. 461. 464.

(3) قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، ملف رقم 87411 بتاريخ 1993/01/06، نشرة القضاء، عدد50، ص 55.

العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني ودخله الدوري أو أجره....".

3- معيار حسن النية أو سوءها

يمكن إدخال هذا المعيار ضمن الظروف الملازمة المتعلقة بالمسؤول، ولكن لا يمكن الأخذ به بصفة مطلقة إلا إذا جاء نص قانوني صريح بوجود الاعتداد به، كما سبق توضيحه سالفاً، فلقد تعرض المشرع الجزائري لعنصر حسن النية في عدة مواضع من التقنين المدني، على أنه تجدر الإشارة إلى أنه كأصل عام لا دخل لحسن النية في قيام المسؤولية، فتقوم بتوافر أركانها ولو حسنت نية المسؤول، فحسن النية يقصد به الاستقامة والنزاهة والإخلاص وانتفاء الغش، كما في الحالة التي تنص عليها المادة 107 الفقرة الأولى من القانون المدني: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية....".

فيجب أن يتوافر حسن النية عند تنفيذ العقد، فيستبعد المتعاقدان كل معنى للغش، وإذا أخل أحدهما بالتزامه وترتبت مسؤوليته فإن التعويض يختلف قدره بحسب ما يكون من حسن نية الفاعل أو سوءها، فيكون التعويض كاملاً جابر لجميع الأضرار في حالة ارتكاب خطأ جسيم⁽¹⁾، أو غش طبقاً للمادة 182 الفقرة الأخيرة من ق.م.ج، فيسأل المدين عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ويعوض عنهما، أما إذا كان المدين حسن النية؛ فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقعاً من الضرر⁽²⁾.

(1) وفي قضية توبع طبيب جراح المسمى (ع ع ق) الذي اتفق مع المريض المطعون ضده على نزع حصة من إحدى كليتيه، لكن الجراح نزع له الحصة والكليّة معاً، الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ طبي، فقضت المحكمة العليا على أن من المقرر فقها وقضاء، أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيه على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة، حيث أن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبي يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب، حيث بهذا الصدد، قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ(ق) الذي توصل إلى أن نزع الكليّة مبالغ فيه ولم يكن هناك داع لذلك، وأن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعد وأخلاقيات المهنة وأن المسؤولية قائمة في حقه. أنظر: قرار رقم 399828 بتاريخ 2008/01/23 صادر عن الغرفة المدنية القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، الجزائر، 2008، ص 175 وما بعدها. أشار إليه **عبد القادر خضير**، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هوم، الجزائر، 2014، ص 25 وما يليها.

(2) **حسن عامر**، **عبد الرحيم عامر**، المرجع السابق، ص 542 إلى 558.

الفرع الثاني: تقدير التعويض

إن التعويض يجد أساسه القانوني في مبدأي العدالة والمساواة اللذين هما من المبادئ الدستورية المكفولة للجميع، فبالنسبة لمبدأ العدالة هو أن التعويض يجب أن يكون عادلا، وذلك لكي يعيد التوازن المفقود والذي اختل بفعل الضرر الناشئ.

وترتبيا على ذلك، فالأصل أن يكون هذا التعويض كاملا ليغطي كل الضرر الناشئ، لا سيما في مجال المسؤولية على أساس الخطأ، كما لا يجوز أن يجاوز في ذلك الضرر الحاصل، فليس من المستساغ أن يكون الضرر مصدرا لإثراء المتضرر من دون سبب⁽¹⁾.

يشمل التعويض في المسؤولية المدنية التقصيرية كل ضرر مباشر سواء كان مادي أم أدبي (معنوي) وسواء كان متوقعا أو غير متوقع، في حين أن التعويض في المسؤولية المدنية العقدية يشمل فقط الضرر المباشر مادي أو معنوي، لكن المتوقع فقط.

ويمكن تقدير التعويض تقديرا كاملا في مجال الأضرار الاقتصادية بحكم أن طبيعتها قابلة للتقييم، كما هو الحال في إثبات التوقف عن الكسب وتكاليف العلاج، ولا يكون التعويض كاملا في المسؤولية عن طريق الخطأ فقط، بل يتعداه إلى المسؤولية دون خطأ، كما هو الحال في التعويض الذي أقره المشرع لضحايا عدوى داء السيدا في فرنسا⁽²⁾، على الرغم من أن هذا التعويض يندرج في إطار التضامن الوطني⁽³⁾.

نتناول مسألة تقدير التعويض من خلال التعرض إلى كيفية تقدير التعويض أولا، ثم أنواع تقدير التعويض ثانيا.

أولا: كيفية تقدير التعويض

سنحاول في هذه الجزئية أن نبين الشخص المطالب بتقدير مبلغ التعويض، وطبيعة العملة التي يقدر على أساسها مبلغ التعويض، بالإضافة إلى الأسس والمعايير المعتمدة لإعداد التقدير وأخيرا حالة مراجعة مبلغ التعويض.

(1) سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.424.

(2) Art.47 La loi 91-1407 du 31 décembre 1991 sur l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus HIV, JORF. N° 3 du 4 janvier 1992, <http://www.légifrance.gouv.fr>.

(3) سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص.425.

1 وقت تقدير التعويض ينشأ الحق في التعويض ابتداء من اليوم الذي تتحقق فيه شروط المسؤولية المدنية، حيث يأخذ القاضي بعين الاعتبار تطور الضرر منذ وقوع الفعل الضار، فيزيد التعويض بمقدار ما زاد من ضرر مقارنة بوقت وقوع الفعل الضار، حيث يميز مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بتحديد وقت تقدير التعويض، بحسب ما إذا كان الضرر جسمانياً أو مادياً. فبالنسبة للأول: فإن العبرة بوقت رفع الدعوى، وذلك لكي يضمن للمتضرر تعويضاً كاملاً عما لحقه من ضرر نتيجة عدم مزاولة مهنته بسبب الحادث، مع الأخذ بعين الاعتبار تطور الضرر سواء نحو التحسن أو نحو التفاقم. وبالنسبة للثاني: فإن التعويض يقدر وقت حدوث الضرر مثلما تمت الإشارة إليه في موضع سابق⁽¹⁾.

2- الشخص المكلف بتقدير التعويض: تطبيقاً للمبدأ القانوني الذي يقضي بأنه ليس للقاضي أن يحكم بأكثر ولا بما لم يطلبه الخصوم، فإن الشخص الذي ينبغي عليه أن يقوم بتقدير المبلغ النقدي للتعويض هو المدعي المقدم لطلب التعويض، حيث عادة ما يستعين في ذلك بمحاميه من أجل التحديد الصحيح لمبلغ التعويض بواسطة عمليات حساب تأخذ بعين الاعتبار جميع الخسائر التي لحقت بالضحية وكذا الربح الذي فاتته، مع تقديم أدلة إثبات كل ذلك من مستندات وغيرها، فذلك يفيد في اقتناع القاضي بقبول المبلغ المطلوب، لأنه وإن كان القاضي لا يمنح ما لم يطلبه الخصوم، ولا يمنح أكثر مما يطلبون، فإنه يمكنه أن يرفض ما يطلبونه إن اتضح له بأن المبلغ مبالغاً فيه أو لا يستند لأي وثيقة إثبات أو حساب².

3- طبيعة العملة محل تقدير المبلغ النقدي للتعويض: يتم دفع التعويض نقداً، وهنا يطرح

التساؤل على أساس أي عملة يقدر مبلغ التعويض ويدفع بها؟.

قد جرت العادة على تقدير التعويض النقدي بالعملة المحلية ويدفع بها كذلك، بصرف النظر عن كون المستفيد من التعويض لا ينتمي إلى تلك الدولة التي حكم قضاءها بهذا التعويض، حيث يرى الأستاذ محيو أن ذلك: "يسبب بعض الصعوبات للمضروب الذي لا يقيم في الجزائر".

(1) سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص. 427.

² المرجع نفسه، ص. 428.

فيجب في الواقع مراعاة التشريع المتعلق بالصرف لتحويل المبلغ المدفوع، وهذا قد يسبب للمضروب تعقيدات طويلة ومزعجة لأنه في حاجة لهذه المبالغ، حيث يقيم ويعيش عادة⁽¹⁾.

4-أسس تقدير التعويض: في مجال أسس تقدير التعويض نميز بين فرضيتين، هما: أولهما: كون التعويض يتعلق بضرر مادي، وثانيهما: كون التعويض يتعلق بضرر معنوي - وفقا لتحديد عناصر كل من هذين الفئتين من الأضرار مثلما تم تناوله سابقا، على التفصيل الآتي:

أ - حالة كون التعويض يتعلق بضرر مادي: إن حالة كون التعويض يتعلق بضرر مادي لا تطرح أي مشكل من حيث التقدير الصحيح للمبلغ المراد طلبه من القضاء كتعويض عن الضرر المادي الناشئ.

هذا الضرر الذي يصيب الذمة المالية للشخص سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، كما هو الحال في الضرر الجسماني الذي ينجم عنه العجز عن العمل وكسب القوت، وبالتالي الانتقاص من الذمة المالية للمتضرر، كأن يتحمل تكاليف مالية متعلقة بالعلاج وبفترة العجز عن العمل وعدم كسبه للمال في تلك الفترة، وكذا نفقات التقاضي لجبر هذه الأضرار جميعها، ويستند هنا في عملية التقدير إلى العديد من العناصر الموضوعية، كما هو الحال في المرتبات والأجور وتصريحات الضرائب وغيرها.

ب- حالة كون التعويض يتعلق بضرر معنوي: لم تكن الأضرار المعنوية في وقت مضى محل تعويض نقدي لأنها في الأصل لا تقدر بثمن، وإذا كانت الأضرار المادية المترتبة عن الضرر المعنوي أو المختلطة به قابلة للتقدير نقدا، ولا تثير صعوبة في ذلك، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للأضرار المعنوية البحتة، ونقصد بذلك تلك الأضرار التي لا تترتب عليها خسارة مالية، كما هو الحال في الأضرار المعنوية التي تصيب المريض عند كشف المستشفى لأسرار مرضه دون مبرر قانوني، بحيث أن المريض في هذا المثال لا يتعرض لأي ضرر مادي أو جسماني، بل يتأذى شعوره من هذا السلوك الضار الذي أقدم عليه الطبيب، ولهذا عادة ما يقدر

(1) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.5، الجزائر، 2003، ص252. أشار إليه سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص.428.

المبلغ النقدي -المتعلق بالتعويض عن هذا الضرر- تقديراً جزافياً وفي بعض الحالات يكون رمزياً.¹

4- مراجعة المبلغ النقدي للتعويض: على الرغم من مبدأ نهائية التعويض، فإن المبلغ النقدي للتعويض بعد تحديده لا يبقى ثابتاً، بل قد تطرأ عليه أحيانا تغييرات تجعل منه محل مراجعة، سواء بالزيادة فيه أو الإنقاص منه حسب ما نوضحه أدناه.

أ- مراجعة المبلغ النقدي للتعويض بالنقصان: إن مراجعة المبلغ النقدي للتعويض بالإنقاص منه يمكن أن تتم في عدة فرضيات، حيث يجوز للقاضي أن يخصم من مبلغ التعويض المبالغ التي حصل عليها المتضرر من شركة التأمين المؤمن لديها المستشفى أو من صندوق التضامن الوطني في حالة تلقي المتضرر تعويضاً جزئياً عن طريق التسوية الودية أو ما يحصل عليه المضرور من المدينين النظاميين (les débiteurs statuaires) مثل صندوق الضمان الاجتماعي، كتسديد مرتب العطلات المرضية، وكذا فواتير الدواء والاستشفاء، وكذا المرتبات التي يدفعها رب العمل دون أن يكون المضرور قد زال عمله بسبب فترة عجزه عن العمل الناشئة عن الضرر محل التعويض⁽²⁾.

ب- مراجعة المبلغ النقدي للتعويض بالزيادة: استثناء على قاعدة نهائية تقدير التعويض، فإنه يجوز للقاضي إعادة تقدير التعويض في بعض الحالات، حيث نميز منها في مجال المسؤولية الطبية حالة القضاء بالتعويض المؤقت ابتداءً، تلك الحالة التي تسمح للمتضرر برفع دعوى جديدة للحصول على التعويض الكامل، وذلك بعد استقرار إصابته، وكذا حال تفاقم الحالة الصحية لضحية العمل الطبي الضار، مما يبرر تقديم طلب تعويض جديد، طالما أن هذا التفاقم يرجع إلى الفعل الضار الأصلي .

وأخيراً حالة مطالبة المتضرر المستشفى بفوائد التأخير (intérêts moratoires) الناشئة عن التأخر في دفع التعويض المحكوم به له⁽³⁾.

¹ سليمان حاج عزام ، المرجع السابق، ص.29.

⁽²⁾، المرجع نفسه، ص.430.

⁽³⁾ المادة 186 من ق م ج.

ثانيا: أنواع تقدير التعويض

يرجع تقدير التعويض في المسؤولية المدنية إما إلى سلطان إرادة الطرفين المتعاقدين أو ما يحدده القانون أو إلى القاضي⁽¹⁾، وعليه سنتناول تقدير التعويض باتفاق الأطراف أو القانون أولا ثم نتطرق إلى تقدير التعويض من طرف القاضي ثانيا.

الفرع الأول: تقدير التعويض باتفاق الأطراف أو بالقانون

يكون تقدير التعويض باتفاق الأطراف وهو ما سنتناوله أولا، أو عن طريق القانون وهو ما سيكون ثانيا.

أولا: التقدير الاتفاقي للتعويض (الشرط الجزائي)

لا يوجد ما يمنع أن يكون التعويض اتفاقا، ويقصد به أن الطرفين اتفقا على تقدير التعويض مسبقا، فإذا ما أخذ أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وجب عليه دفع مبلغ معين، مثبت مقداره في العقد ويسمى الشرط الجزائي ويقع هذا في المسؤولية العقدية ويجب أن يحدد هذا الإتفاق في العقد وقبل وقوع الضرر⁽²⁾.

فقد أجاز المشرع الجزائري للأطراف الاتفاق على تحديد مبلغ التعويض بالاتفاق عليه في العقد أو في وقت لاحق، ومثل هذا الاتفاق لا يعرف إلا في المسؤولية العقدية وهو نادر في المسؤولية التقصيرية وهذا الاتفاق يسمى (بالشرط الجزائي)، فيجوز للمتعاقدين أن يحددا سلفا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد المبرم بينهما أو الاتفاق عليها في وقت لاحق لإبرام العقد⁽³⁾.

على أن تراعى أحكام المادة 176 من القانون المدني، والتي تقضي بأن لا تكون استحالة تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه من قبل المدين مرجعها سبب لا يد له فيه، والمادة 181 منه، والتي تقضي عدم ضرورة إعدار المدين، إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، أو كان محل الإلتزام تعويض ترتب على عمل ضار أو إذا صرح الطرف المدين كتابة

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 214.

(2) حادي شفيق، المرجع السابق، ص. 232.

(3) تنص المادة 183 من ق.م.ج. على: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

أنه لا ينوي تنفيذ الإلتزام، ولا يستحق التعويض المحدد بالاتفاق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر⁽¹⁾.

وأعطى المشرع الجزائري القاضي سلطة تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت الطبيب أن تقدير التعويض مفرطاً فيه أو نفذ الإلتزام في جزء منه ويعد باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك⁽²⁾، أما إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد بالاتفاق، فمن غير الجائز للدائن المطالبة بأكثر من القيمة المتفق عليها ما لم يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً⁽³⁾. وفيما يخص التعويض الاتفاقي، لا بد من الوقوف عند الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية، إذ لا يمكن الاتفاق على تعديل أحكامها سواء بالإعفاء أو التخفيف بالنسبة للمسؤولية التقصيرية لأن أحكام هذه المسؤولية من النظام العام، وهي لا تحتل إلا التشديد كحالة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

أما فيما يخص المسؤولية العقدية، فالأمر يختلف نوعاً ما، إذ يصح الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها على أساس مبدأ سلطان الإرادة، على أن يكون الضرر متعلقاً بالمال لا الشخص وإلا بطل الشرط، وألا يكون الخطأ جسيماً أو ناتجاً عن غش. إذا وفي مجال الخطأ الطبي، يطرح السؤال حول إمكانية تصور اتفاق المريض مع الطبيب مسبقاً في عقد العلاج المبرم بينهما على قيمة التعويض الذي يتلقاه المريض لجبر الضرر الذي يصيبه نتيجة خطئه، وحول إمكانية أن يكون التعويض المتفق عليه مسبقاً مستقل عن التعويض عن الضرر الناتج عن العملية العلاجية ككل. طبعاً لا مجال للحديث عن الاتفاق المسبق على قيمة التعويض، إلا إذا كان الطبيب ممارساً لحسابه الخاص، وبالتالي يربطه عقد علاج طبي بالمريض، وهنا يمكننا أن نتصور

(1) المادة 184 من ق.م.ج: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

(2) علي سليمان، المرجع السابق، ص. 215.

(3) المادة 185 من ق.م.ج: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

اتفاقا مسبقا بين الطرفين ضمن هذا العقد، يلتزم بموجبه الطبيب بمقدار معين من التعويض في حالة خطئه الذي هو في الأصل جزء من العملية العلاجية ككل⁽¹⁾.

ثانيا: تقدير التعويض بالنص القانوني

قد يكون مصدر تقدير التعويض نص قانوني، بحيث يتولى تحديد مبلغ التعويض سلفا، وأكثر ما يلاحظ ذلك في قوانين العمل، وخاصة الناتج عن الإصابات أو حوادث العمل، أو كما جاء في المادة 226 القانون المدني المصري: "إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها 4% في المسائل المدنية و5% في المسائل التجارية". أما المادة 1153 من القانون المدني الفرنسي، فحددت الفوائد بالسعر الرسمي لها، لكن القانون المدني الجزائري اقتصر على وجوب التعويض فقط⁽²⁾، وترك أمر تقدير هذا التعويض للقضاء⁽³⁾.

الفرع الثاني: تقدير القاضي ومدى رقابة المحكمة العليا للتعويض

أولا: تقدير القاضي للتعويض

إن لقاضي الموضوع سلطة واسعة من حيث تكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحديد مقدار التعويض عنه بغير معقب من المحكمة العليا، وإنما لهذه الأخيرة الرقابة على ما يقوم به قاضي الموضوع من الاعتراف بعناصر تقدير التعويض⁽⁴⁾، فليس له أن يختار منها ما يريد اختياره، ويترك ما يريد إغفاله من بين العناصر.

(1) حادي شفيق، المرجع السابق، ص.233.

(2) جاء نص المادة 186 ق.م.ج كما يلي، " إذا كان محل الإلتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 216.

(4) جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 تحت رقم 231419، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2003، ص.627. حيث أن القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل الضار والعلاقة السببية، وأما تقديره ، فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك...".

وللقاضي سلطة البحث عن الحقيقة ومعرفة مقدار الضرر الذي لحق بالمريض، ومن ثم جبره بطريقة التعويض⁽¹⁾، الذي يشمل جميع المصاريف التي أنفقها المريض من أجرة المستشفى وأجرة الطبيب المعالج ومصاريف شراء الدواء والنفقات التي أنفقها المريض جراء ذلك الضرر، كما أن التعويض يشمل أيضا ما فات المريض من كسب.

ويجب على القاضي عند حكمه بالتعويض بيان كل عنصر من عناصر الضرر الذي قضى من أجله بالتعويض، حتى يكون حكمه أقرب إلى العدالة ومنصفا، ويراعى في حالة تقدير التعويض الظروف الملازمة كحالة المصاب الجسمية والصحية والفعلية والمهنية والمالية⁽²⁾. أما إذا كان الضرر متغيرا ولا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم أي أن هذا الضرر لا زال غير مستقر وقابل للتطور في المستقبل القريب، فللقاضي هنا السلطة في أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض مع مراعاة التغيرات وتطور مراحل الضرر، والتغيرات الاقتصادية كزيادة الأسعار وتكلفة العلاج، والغالب أن القاضي يحكم بالتعويض بناء على تقرير الخبرة⁽³⁾.

وبالنسبة لمسألة تقدير التعويض فيما يخص المادة 140 مكرر 1 هناك من الفقه⁽⁴⁾، من يتساءل هل يخضع هذا التقدير للقواعد العامة على ضوء موقع هذه المادة، وبالتالي تتسع دائرة المستفيدين من التعويضات ويمنح للقاضي سلطة تقديرية في تحديد التعويض المستحق أم تطبق

(1) طبق القضاء الجزائري، التعويض عن الأخطاء الطبية في عدة مناسبات، حيث قضى بذلك مجلس الدولة في قضية القطاع الصحي بأدرار ومن معه ضد رعاقا رقية بتاريخ: 19/04/1999 بمسؤولية المستشفى ومنحه تعويضا للضحية جراء العمليات الجراحية التي تعرضت لها في المستشفى من طرف الأطباء الذين ارتكبوا أخطاء حيث أقامت السيدة رقية بمستشفى أدرار (القطاع الصحي) لوضع حملها ولقد أجريت لها عمليتان جراحيتان أثناء الولادة، كما توفيت البنت مباشرة بعد الولادة، ونتيجة تلك العملية الجراحية أصيبت بعاهة مستديمة والمتمثلة في العقم، فمجلس الدولة أسس أحقية الضحية في التعويض على أساس ارتكاب عدة أخطاء طبية والمؤدية إلى ضررين وهما: العاهة المستديمة في العقم لمدى الحياة، ووفات البنت بعد ولادتها مباشرة. أشار إليها: **محي الدين جمال**، آثار المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، ع (07) -، الجزائر، جانفي 2015، ص.ص 70-97، ص.86.

(2) **ظاهري حسين**، المرجع السابق، ص.67.

(3) **سميرة حسين محبس**، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها- دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2016، ص.310. **حادي شفيق**، المرجع السابق، ص.235.

(4) **رضا بريش**، ضمان الأضرار الجسمانية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص.79.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

القواعد المعمول بها في إطار الأنظمة الخاصة بضمان الأضرار الجسمانية بما أن هذه المادة جاءت لتؤكد الحلول التي تضمنتها؟، ومن ثم تضييق دائرة المستفيدين من التعويض ويستحق الضحية تعويضا جزافيا ومحددا مسبقا، وفي رأينا أن تقدير التعويض وفق المادة 140 مكرر 1 يخضع للحلول والقواعد التي تضمنتها الأنظمة الخاصة للتعويض لأن الدولة هي المدين بالتعويض باعتبارها ضامنا احتياطيا وليست مسؤولة عن وقوع الضرر الجسماني عكس نظام المسؤولية المدنية، فإن المدين بالتعويض هو المسؤول عن الضرر الجسدي⁽¹⁾.

ومتى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض، ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر معتمدا في ذلك على نص المادة 132 معدلة من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، في فقرتها الثانية التي تنص: "ويقدر التعويض بالنقد، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع".

من خلال هذه المادة، يتبين أن طريقة إصلاح الضرر تختلف باختلاف الظروف الملازمة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدي المضرور في طلباته عنها، كما أنها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية، فإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا النوع من التنفيذ إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية. فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، حتى وإن كان الغالب المسؤولية العقدية في ظل غياب اتفاق أو نص قانوني.

ويكون التعويض - كما سبق ذكره- إما عينا أو بمقابل، فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله وهو غير التنفيذ العيني، لذا نجد مجاله المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية، ذلك أن التنفيذ بطريق التعويض في المسؤولية العقدية لا يتأتى إلا إذا استحال التنفيذ العيني، وهذا تطبيقا لنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها

(1) قجالي مراد، المرجع السابق، ص.211.

"إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزامه..."، فيكون تعويض الضرر الناجم هنا تعويضا بمقابل وليس تعويضا عينيا⁽¹⁾.

أما التعويض بمقابل، فهو يصلح في المسؤولية العقدية متى استحال تنفيذ الإلتزام عينا وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لاستحالة التعويض العيني في أغلب الأحيان، وقد يكون نقديا أو غير نقدي، ويكون لقاضي الموضوع سلطة كاملة في اختيار نوع التعويض الأنسب لإصلاح الضرر.

وقد يأخذ التعويض صورة مبلغ إجمالي يدفع دفعة واحدة، أو مقسما حسب الظروف أو في صورة إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة، وقد يقترن بتقديم تأمين يقدره القاضي أو بإيداع مبلغ كافي لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به⁽²⁾.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها، بما يلي: "يسأل الطبيب عن إلحاقه تشوها في وجه المجني عليه ويلزمه بتكاليف عملية التجميل لإعادته إلى ما كان عليه إضافة إلى ما حكمت به المحكمة بالتعويض عملا بالمادتين 266 و274 من القانون المدني الأردني"⁽³⁾.
فتمت تبيين للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر، سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى ذلك سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هذه الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية، إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية قانونية، تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة، فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره، وفي سبيل تحقيق ذلك مكنّ المشرع القاضي بموجب المادة 125 وما يليها من

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الجزء الأول، ص. 823 824.

(2) كمثال عن التعويض غير النقدي في المجال التعاقدى ما جاءت به المادة 119 من القانون المدني الجزائري، فيكون للدائن مطالبة المدين الذي لم يفى بإلتزامه بعد إعداره بفسخ العقد مع التعويض إذا اقتضى الحال، فيكون الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي أما في المسؤولية التقصيرية ، فمثاله أن يأمر القاضي بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه الذي ارتكب فعل السب والقذف، وهذا النشر يعد تعويضا غير نقدي انظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 967.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، 95/424 مجلة نقابة المحامين، 1995، ص. 2689، المشار إليه لدى كمال فريحة، المرجع السابق، ص. 321.

ق.إ.م.إ⁽¹⁾ من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص، إذا استعصت عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع بما فيها تحديد جسامة الضرر، ما لم يكن الأمر يتعلق بما يدخل في سلطته، ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع، وعلى القاضي تطبيق القانون على الوقائع المعروضة عليه، ولا يجوز له أن يفوض فيه أحد غيره.

وللقاضي اعتماد ما وصل إليه الخبير في تقريره وله رفضه، كما بإمكانه الأمر بخبرة مضادة للوقوف على الضرر الفعلي⁽²⁾، فتقدير أعمال الخبير أمر تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة عليها من المحكمة العليا، كما وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير، أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا

سبق لنا أن بينا أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا، إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض⁽³⁾، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض.

(1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

(2) قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 11/05/1985، ملف رقم 28312، الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص. 53. بما يلي "حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى في تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسببا لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر...."، أي أن متى تعلق الأمر بمسائل فنية، فلا يمكن للقاضي استبعاد خبرة إلا بخبرة مضادة.

(3) مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص. 204.

أ - رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر، ولا يتبين هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض، فإن كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقع يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع⁽¹⁾، ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.

ب- رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

إن للمحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتراف بعناصر تقدير التعويض، لكن لا بد من التفريق بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض، فالحالة الأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع، أما الحالة الثانية كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/05/24: "من المبادئ العامة

في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل، وعلى قضاة الموضوع أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المتعددة لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم، فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك خرقتوا القواعد المقررة قانونا ومتى كان كذلك استوجب قرارهم النقض"⁽²⁾، كما اشترطت في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف والملابسة وقصرها بالمضرور فقط.

(1) مقدم سعيد، المرجع السابق، ص. 204.

(2) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1994/05/24، ملف قضية رقم 109568، المجلة القضائية، لسنة 1997، العدد 01، ص. 123.

أما بخصوص الضرر المعنوي، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية؛ وإنما هو شخصي، فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 1981/12/10⁽¹⁾، ما يلي: "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي".

حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص، مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص، علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعروض عنه، وكذلك ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18⁽²⁾، "حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"، وجاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 2000/03/28⁽³⁾، "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره..".

(1) قرار صادر بتاريخ 1981/12/10، ملف رقم 24500، مجلة الاجتهاد القضائي، ص. 87.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18، ملف رقم 78410، نشرة القضاة، عدد 48، ص. 145.

(3) قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28، ملف رقم 231419، مجلة قضائية، عدد خاص، لسنة 2003، ص. 593.

الفصل الثاني

استقلالية أسس التعويض عن القواعد التقليدية للمسؤولية

تشهد المسؤولية المدنية على العموم والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص في الوقت الحالي جدلاً كبيراً لدى رجال الفقه والقضاء، ومرد ذلك إلى التطورات التي يشهدها العالم في شتى المجالات العلمية والاقتصادية والاجتماعية، حيث باتت هذه المسؤولية وبالأخص ما تعلق بأساسها محل نقد كبير من الفقه المنكر لفكرة الخطأ كمعيار وأساس لها، مدعمين آراءهم بعدة حجج أهمها صعوبة الإثبات أو استحالتها في المسؤولية المدنية، وبالتالي عمل القضاء على تحوير فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، ومن جهة أخرى فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن المسؤولية المدنية تنظر فقط إلى الضرر وتعويضه حيث يرون أنها ذات وظيفة اجتماعية لا يجب أن تستند إلى الخطأ، وإنما إلى اعتبارات اجتماعية وبالتالي يكون هدفها تحمل عبء الضرر على المتسبب في الضرر، دون النظر إلى وجود خطأ صدر منه أم لا. بالإضافة إلى ذلك أدى فقد تم إنشاء هيئات تتكفل بالتعويض عن الحوادث الطبية. وعليه، سنخصص المبحث الأول للتعويض عن المسؤولية الموضوعية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، أما المبحث الثاني فسنجعله لآليات التعويض عن المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري.

المبحث الأول

التوجه نحو المسؤولية الموضوعية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

إدراكاً للصعوبات التي تواجه المريض في سبيل النهوض بعبء الإثبات، وتحمله تبعاً لإخفاقه في ذلك، حاول الفقه والقضاء إيجاد بعض الحلول لمجابهة تلك الصعوبات، وذلك قصد وضع حدود لذلك العبء الثقيل الملقى على عاتق المريض في دعاوى المسؤولية الطبية المرفوعة منه تجاه الطبيب أو المستشفى الذي تلقى فيه العلاج، وكان الهدف من تلك المحاولات، هو إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي أو على الأقل التخفيف منه، وذلك عبر ابتكار طرق جديدة في الإثبات، وهو ما سنتناوله أولاً، وكمرحلة أخيرة إقامتها دون وجود خطأ عن طريق الالتزام بضمان السلامة وهو ما سيكون ثانياً.

المطلب الأول: محاولات القضاء ابتكار طرق جديدة للإثبات

لقد كان للفقهاء الدور البارز في تكريس المسؤولية الموضوعية عموماً وفي المجال الطبي خصوصاً، حيث نادى الكثير منهم بالمسؤولية غير الخطئية في كثير من مجالات الممارسة الطبية كما هو الشأن بالنسبة للتحاليل الطبية، العدوى الناشئة داخل المستشفيات (les infections nosocomiales)، المسؤولية دون خطأ للقائم بالبحوث الطبية، مسؤولية مراكز نقل الدم. أما القضاء الفرنسي فقد ساهم في تعديل قواعد المسؤولية تحت تأثير تلك النظريات التي تؤسس المسؤولية على فكرتي الخطر والضرر، مما جعل القضاء يتبنى نظرية المسؤولية الموضوعية منذ الإعلان عنها من قبل الفقهاء، استعمل عدة وسائل بغية إقرار التعويض دون خطأ، وكان أول ما لجأ إليه القضاء، هو نقل عبء إثبات الخطأ في مجال الالتزام بالإعلام، حيث أصبح يلقى على عاتق الطبيب، ثم ظهور طرق جديدة في إثبات الخطأ الطبي وهو إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الاحتمالي.

الفرع الأول: تحمل الطبيب لعبء إثبات الالتزام بالإعلام

بعد أن استقرت محكمة النقض الفرنسية على إلزام المريض بإثبات عدم قيام الطبيب بالالتزام بإعلام المريض لما يزيد عن نصف قرن، عدلت عن قضائها هذا، حيث أقرت بعبء حصول هذا الالتزام على عاتق الطبيب وذلك بموجب الحكم الصادر عنها بتاريخ 25 فيفري 1997، والذي تعارض مع الموقف الثابت للقضاء منذ قرارها الصادر بتاريخ 29 ماي 1951⁽¹⁾، حيث صدر قرار محكمة النقض إثر قضية (Hédruel) عام 1997، حيث وصف

(1) تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا القرار، في أن السيد (bisot) أجريت له عملية بتر ساق نتيجة لغلط في التشخيص، رفع المريض الدعوى مطالباً الجراح والطبيب المعالج بالتعويض، استناداً إلى ما ارتكبه من خطأ جسيم في التشخيص، وأنهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته، ذهبت محكمة استئناف Angers، إلى إدانة الجراح لأنه، باعتباره المسؤول عن العملية، والذي يجب عليه أن يتحقق من رضاه المريض بها، لم يقدم الدليل على أن المريض قد رضي بالعملية التي أجريت له، وانتهت المحكمة من ذلك إلى إلزام الطبيب بتعويض الضرر الناتج عن تخلف هذا الرضاء.

Cass.Civ.29/05/1951,J.C.P.1951-II-note R.Perrot ;S.1953

أشار إليه محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص.51.

بأنه من الأحكام ذات المبادئ، وجاء فيه بأنه : "يقع على عاتق الطبيب التزام إعلام المريض، ويقع على عاتقه أيضا إثبات تنفيذه لهذا الالتزام"⁽¹⁾.

وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا القرار بأن شخصا يدعى (Hédruel) كان يعاني من الآلام في المعدة، فقدّر الطبيب ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار، أجريت العملية ولم تنته الآلام، وبإعادة الكشف تبين أنه مصاب بثقب في الأمعاء، وهو خطر حدد الخبير احتمال حدوثه في مثل هذا النوع من العمليات بنسبة 2 بالمئة، رفع المريض دعواه على أساس أن الطبيب لم يبصره بالمخاطر المحتملة، وطالبه بالتعويض، رفضت محكمة الاستئناف الدعوى، استنادا إلى عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض، وهو لم يقدم دليلا على ما يدعيه⁽²⁾.

رفضت محكمة استئناف (Rennes) الدعوى، استنادا إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه، وكانت محكمة الاستئناف في ذلك الوقت متفقة مع موقف محكمة النقض السائد آنذاك، غير أنه عند عرض الأمر على محكمة النقض ألغت حكم محكمة الاستئناف، وقررت مبدأً عاما مفاده "أنه من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا التزاما بالإعلام يقع على عاتقه أيضا إثبات حصوله" وطبقت هذا المبدأ على الأطباء مقررة أنه لما كان يقع على عاتق الطبيب التزام الإعلام تجاه مريضه، فإن يكون عليه أن يثبت أنه قام بهذا الالتزام، بمقتضى هذا القرار ومقارنة بالقضاء السابق لمحكمة النقض الفرنسية، تكون المحكمة قد أجرت نقلا حقيقيا وكبيرا لعبء الإثبات، فلم يعد على المريض المدعي إثبات قيام الطبيب بالتزام الإعلام، بصفته مدعيا، وإنما أصبح على عاتق الطبيب المدعي عليه عبء إثبات قيامه بالتزام إعلام المريض⁽³⁾.

⁽¹⁾ Bon Pierre « L'obligation du médecin d'informer le patient, Revue française de droit Administratif», N°3, Dalloz, France, 2000, p.58.

برابح يمينة، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص.139.

⁽²⁾ أشار إليه عصام علي غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص.120.

⁽³⁾ أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، العدد الأول، الجزائر، 2007، ص.100. علي غصن، المرجع السابق، ص.120. سايكي وزنة، المرجع السابق، ص.70.

وجاء ذلك استنادا إلى نص الفقرة الثانية من المادة 1315 من م ت م ف (1)، حيث قضت أن: "من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا التزاما خاص بالإعلام، يجب عليه أن يقدم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام" (2)، كما جاءت المادة 2/1111 من تقنين الصحة العامة الفرنسي الذي تم إنشاؤه بموجب القانون 04 مارس 2002، بنفس المبدأ حيث تنص: "يعود للمستخدم أو المؤسسة الصحية الإتيان بالدليل على تنفيذ الالتزام بالإعلام" (3).

كما أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في 14 أكتوبر (4) 1997 أن إثبات الالتزام بالإعلام يتم بكافة الوسائل، وتكريسا لتوجهها، أصدرت محكمة النقض حكما آخر في 27 ماي 1998 أعادت بموجبه التذكير بتوجهها السابق، حيث قضت بأنه يمكن للطبيب إثبات التزامه بالإعلام بكافة طرق الإثبات (5).

ولم يكن هذا التحول بشأن عبء إثبات الالتزام بالإعلام الطبي قصرا على محكمة النقض، فمجلس الدولة الفرنسي صدر حكمن بتاريخ 2000/01/05 و 2000/01/17 على أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على المؤسسات الصحية وليس على المريض الذي يتلقى العلاج (6)، ومحتوى الإعلام يكون عن الأخطار الجسيمة والاستثنائية، لكن يبقى أن حصول المريض على التعويض من المحكمة حسب محكمة النقض لا يكون كتعويض كامل عن الضرر المادي بل عن تفويت الفرصة المتمثلة في عدم تفادي الخطر في حالة رفض العلاج، كما أن

(1) Art.1315 de code civil français « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

(2) BON.(Pierre) , L'obligation du médecin d'informer le patient, R.F.D.A Numéros 3, Dalloz, 2000, P. 58.

(3) Art 1111 /2de code de la santé français «cette information incombe a tout professionnels de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicable seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser

En cas de litige, il appartient au professionnelles ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée a l'intéressé dans les condition prévues au présent article, cette preuve peut être appétée par tous les moyens ». voir aussi dans ce poin PENNEAU Jean, la responsabilité du médecin...,op,cit ,p.79.

(4) Cass.1^{er} civ,14 octobre 1997, Gaz. Pal 1997.2.

(5) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.305. مواسي العلجة، المرجع السابق، ص.256.

(6) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص.81.

المريض لن يتحصل على أي تعويض إذا أثبت الطبيب أن المريض لا يمكن له رفض العلاج أو أن العملية المزمع إجرائها تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحسين حالته الصحية⁽¹⁾.

وما يمكن قوله هو أن هذا التحول في عبء الإثبات قد استقبل ببرودة من طرف الوسط الطبي⁽²⁾، إلا أن هذا المبدأ قد حظي بتأييد الغالبية العظمى من الشراح الذين رأوا فيه تصحيحاً لوضع لم يكن مقبولاً، لا من الوجهة القانونية ولا من حيث نتائجه العلمية⁽³⁾.

تكون بذلك محكمة النقض الفرنسية، قد خطت خطوة نحو التخفيف من حدة عبء الإثبات الواقع على عاتق المريض، من خلال إعفاءه من إثبات الالتزام بالإعلام، وكان من نتائج ذلك، أن ظهرت الكتابة كوسيلة من وسائل إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام من طرف الطبيب⁽⁴⁾.

وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أعادت نوعاً من التوازن الذي كان مفقوداً وأضفت مزيداً من الحماية للطرف الضعيف، وذلك بإعفاء المريض أو المتبرع من عبء إثبات واقعة سلبية، وجعلت على عاتق الطبيب إذا ما أراد رفع مسؤولية عبء إثبات واقعة ايجابية أي بإثباته القيام بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانوناً⁽⁵⁾.

أما في مجال التدخلات الطبية الحديثة كزرع الأعضاء⁽⁶⁾ والتجارب الطبية⁽⁷⁾ فقد فرضت مختلف التشريعات من بينها التشريع الفرنسي، ضرورة الحصول على موافقة الشخص كتابياً، مما يعني أنه متى تخلف الشكل الذي تطلبه القانون، يجعل من تدخل الطبيب دون رضاء المريض أو المتبرع، عمل غير مشروع، وعلى الطبيب أن يثبت حصوله على رضاء المريض أو المتبرع

(1) MAZARS Marrie France, in SEGURET Sylvie, "Le consentement éclairé en périnatalité et en pédiatrie, éres «La vie de l'enfant»", in (L'information au patient et le consentement éclairé : l'état de droit), éditions Dalloz, 2004, p 61.

مواسي العلجة، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.256.

(2) BON Pierre, 'L'obligation du médecin d'informer le patient, Revue française de droit Administratif, N°3 , Dalloz, 2000,p.58.

(3) جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 2000، ص. 408.

(4) سايكي وزنة، المرجع السابق، ص. 73.

(5) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص.86.

(6) L'article 671/3 -2 du code de la santé publique.

(7) L'article 209/9- 6 du code de la santé publique français

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

قبل إجراء العملية، أما المريض والمتبرع فلا يلتزمان بعبء الإثبات ومشقة البحث عن دليل لإثبات عدم رضائهم⁽¹⁾.

أما في القانون الجزائري فيمكن اعتبار نص المادة 323 ت م ج⁽²⁾ كمرجع في تحديد المكلف بعبء الإثبات، فإذا كان الالتزام قانونياً يكون على الطبيب إثبات التخلص منه دون إثبات وجوده من طرف المريض، فهو موجود بنص قانوني، أما إذا كان الالتزام اتفاقي، يكون على المريض إثبات وجود الالتزام، وأن الطبيب لم ينفذ التزامه، لينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى الطبيب، الذي يكون عليه إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزامه.

الإخلال بالالتزام المتعلق بالحصول على الرضا والإخلال بالالتزام بالإعلام حتى ولو لم يترتب عليه أي ضرر مادي، يعتبر خطأ بحد ذاته باعتباره التزاماً قانونياً يقع على عاتق الطبيب⁽³⁾؛ وهذا ما نصت عليه جميع القوانين المنظمة سواء للتجارب الطبية أو عمليات نقل الأعضاء البشرية، لذلك فهو يشكل خطأ موجب كذلك للتعويض عن الضرر المعنوي⁽⁴⁾ المتمثل

(1) بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.ص 381-382. مواسي العلجة، المرجع السابق، ص.257.

(2) المادة 323 من ت م ج، التي تنص: "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".
(3) بقّيع طبيب جراح على أساس جناية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء لتخلف شرط الرضا، في قضية فصلت فيها محكمة الجنايات بمجلس قضاء تيارت بتاريخ 11 مارس 2010، تتلخص وقائعها في: شكوى تقدمت بها السيدة (ق ف) أمام النيابة ضد الطبيب الجراح (ع ع) مفادها أن هذا الأخير قام بإجراء عملية جراحية لها بالمستشفى خلال سنة 2001 نزع كيس مائي من بطنها بالجهة اليسرى، إلا أنها بعد 8 أشهر من العملية اكتشفت أنها أجري لها عملية نزع الكلية اليسرى، مما أدى إلى متابعة الطبيب على أساس جناية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء استناداً لنص المادة 3/264 من قانون العقوبات الجزائري، وبعد إجراء التحقيق أحوالت غرفة الاتهام المتهم على محكمة الجنايات في 17 نوفمبر 2009، غير أن محكمة الجنايات قضت بتبرئة... الطبيب من الأفعال المنسوبة إليه في حكم صدر بتاريخ 11 مارس 2010، أنظر قرار غرفة الاتهام، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 11/03/2010، تحت رقم 09/00908 حكم غير منشور. حكم محكمة الجنايات، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 11/03/2010، تحت رقم 10/00030 غير منشور، أشارت إليه مواسي العلجة، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص.244.

(4) أخذت القوانين العربية بالضرر المعنوي الذي نصت عليه المادة (205) من قانون المدني العراقي، والمادة (222) من القانون المدني المصري والمادة (223) من القانون المدني السوري، والمادة (225) من القانون المدني الليبي، والمادة (217) من القانون المدني الكويتي، والمادة (267) من القانون المدني الأردني، والمواد (362/234 و 263) من قانون الموجبات اللبناني، والمادة (1/78) من مدونة التقنين المغربي، والمادة

في عدم احترام ذاتية الشخص وحرية إرادته، وهذا لأن الضرر يتمثل في الآلام والشعور بالحزن والمساس بالعاطفة نتيجة الجرح أو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسدية أو عاطفية أو مالية أو غير ذلك،⁽¹⁾ وهذا ما يدعى بالضرر المعنوي⁽²⁾، استنادا إلى ما ورد في المادة 182 مكرر من ق م ج، والتي تنص: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

غير أنه، في مجال الأعمال الطبية الحديث كالتصرف في الأعضاء والتجارب الطبية، يمكن الحصول على التعويض استنادا إلى تحقق الضرر حتى ولو لم يتم إثبات الخطأ من طرف المتضرر، وهذا ما أخذ به بعض الفقه في العصر الحالي عن طريق استبدال فكرة الخطأ بفكرة تحمل التبعية والتي تبنى على أساس الضرر، وهذا ما تم تكريسه في القضاء الفرنسي الذي استند إلى مبادئ موضوعية لتعويض ضحايا الحوادث الطبية الذين عجزوا عن إثبات خطأ الطبيب⁽³⁾.

ورنضم رأينا إلى ما يراه الكثير، وهو أن المنطق والعدالة يقضيان بأن يقع عبئ إثبات موافقة المريض على عاتق الطبيب، وليس على عاتق المريض باعتباره الطرف الأضعف في هذه العلاقة، ذلك أن الطبيب بهذا الإثبات إنما يبرر العمل الذي أقدم عليه، فليس معقولا أن يُطلب

(82و1/83) من القانون المدني التونسي. راجع في ذلك علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.165.

(1) وعندها يستحق من وقع الاعتداء على حقوقه أو مصلحة المشروعة من القائم بالتجربة الطبية- طبيبا كان أم غيره -التعويض المدني، وعلى القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار كذلك جميع الظروف الملازمة كالاختبارات المؤثرة في تقدير التعويض وجسامه الألم ومدة الدعوى وغيرها سواء في حالات العجز الكلي الدائم بفعل التجربة الطبية أم في حالة العجز الجزئي الدائم) كفقدان العين أو شلل اليد أو تورم الساق أو الحروق في الجسد (أم في حالة العجز المؤقت. منذر الفضل، التجربة الطبية، مرجع سابق، ص.38.

(2) لم يأخذ مجلس الدولة الفرنسي في البداية التعويض عن الألم المعنوي، حيث كان يرفضه معتبرا أنه لا يمكن تقييمه ماليا، بقوله الديموع لا تقيم بالنقود، وفي سنة 1961 غير موقفه بمناسبة قضية (Tisserand) الصادر في 1961/11/26 ضد وزارة الأشغال العامة التي قبل فيها التعويض المعنوي، ومن ذلك الحين أصبح يقضي بالتعويض المعنوي. مواسي العلجة، المرجع السابق، ص.258.

(3) مواسي العلجة، المرجع السابق، ص.259.

مت المريض إثبات واقعة سلبية، تتمثل في تقديم الدليل على عدم قيام الطبيب بالحصول على موافقة المريض قبل إجراء الجراحة أو مباشرة العلاج⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الخطأ الاحتمالي

بعد التطورات التي عرفها الطب، مما زاده تعقيدا، أصبح المريض أمام ذلك عاجزا عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب، مما دفع القاضي إلى التشديد في مسؤولية الطبيب، بهدف إزالة تلك الصعوبات، وذلك بأخذ فكرة الخطأ المحتمل، ويتم ذلك عن طريق تطويع المسؤولية على أساس الخطأ المحقق وواجب الإثبات.

تقوم هذه الفكرة على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب، بالرغم من عدم ثبوت إهمال الطبيب على نحو قاطع في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحيطة، إلا أن الخطأ يستنتج من مجرد وقوع الضرر⁽²⁾.

وتطبيقا لهذه الفكرة أيدت محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾ قضاة الموضوع في استنتاجهم خطأ الطبيب الذي لجأ إلى استخدام الأشعة لعلاج مريضه، استنادا لما ورد بتقرير الخبراء من أن انفكاك أحد مسامير جهاز الأشعة نتيجة لاهتزاز هذا الأخير، كان هو الافتراض الأكثر احتمالا لما أصاب المريض من ضرر، وأن طبيب الأشعة قد ارتكب خطأ تمثل إما في عدم إحكامه ربط الجهاز وتثبيتته بطريقة صحيحة، وإما في عدم انتباهه لمخاطر الجهاز⁽⁴⁾.

ويلاحظ على هذا الحكم أنه أجاز لقاضي الموضوع أن يستظهر أو يستتبط الخطأ من واقعة ليس من الثابت على نحو قاطع أنها مصدر الضرر.

وفي ذات السياق استخلصت محكمة النقض الفرنسية خطأ المستشفى الخاص من مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به، معتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ ما من قبل المستشفى⁽⁵⁾.

(1) بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 381. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص. 40.

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 81، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 95، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص. 123.

(3) Cass.civ: 28/06/1960, J.C.P, 1960, II- 11787.

(4) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص. 95.

(5) Cass.civ: 29/11/1989, Rev. civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995- 2, France, p 946

وقد أكدت المحكمة ذلك بقضائها أن العيادة الخاصة يُفترض مسؤوليتها عن العدوى التي أصابت المريض أثناء القيام بالعملية الجراحية بغرفة عمليات العيادة، ما لم تتمكن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على عدم توافر الخطأ من جانبها⁽¹⁾.

ونشير إلى أن القضاء الإداري الفرنسي هو الآخر قد أخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، بل وتوسّع في استخدامها⁽²⁾، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 1997/11/21 وجود خطأ طبي احتمالي في جانب المستشفى العام، عن الإصابة الناشئة عن عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة فيه، وكذا الأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، إضافة إلى حالات الإصابة بالعدوى داخله (infection nosocomiale)⁽³⁾.

كما أن القضاء الجزائري قضى بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة، بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك أدى إلى موته⁽⁴⁾.

هذا وقد أيّد بعض الفقه الفرنسي فكرة الخطأ الاحتمالي أو المقدّر، باعتبارها من قبيل القرائن طبقاً لنص المادة 1353 من القانون المدني الفرنسي، حيث رأى في ذلك استعمالاً لسلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية. فهو من خلال هذه الفكرة يستخلص خطأ الطبيب من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.

عكس هذا التوجه انتقد البعض الآخر من الفقه⁽⁵⁾ فكرة الخطأ المضمّر، لأنها تتركز في رأيه على مجرّد التفسير بمفهوم المخالفة، وهو تفسير غالباً ما يكون ضعيفاً. فطبقاً لظروف كل حالة قد لا يثبت أن المدعى عليه قد ارتكب هذا الخطأ المحدّد، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ لأنه لم يستطع أن ينفي عدم ارتكابه.

⁽¹⁾ Cass.civ: 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997- 2, J.P, p 565.

⁽²⁾ **Fabienne Quilleré Mazjoub**: La responsabilité du service public hospitalier.

بحث ضمن كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004، ص 574 وما بعدها.

⁽³⁾ مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2010-2011، ص.346.

⁽⁴⁾ محكمة قسنطينة- الغرفة الإدارية 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة).

⁽⁵⁾ **Jean Penneau**: La responsabilité médicale, op.cit, p 80, 81

وفي هذا الصدد يأمل الفقيه بينو (Jean Penneau)⁽¹⁾ أن تختفي فكرة الخطأ الاحتمالي من المجال الطبي كما اختفت من قبل من مجال النقل المجاني، لأن القاضي عندما يعتدّ بهذه الفكرة، فإنه يَحيد -في نظر بينو - عن المعيار الصحيح والضروري للخطأ، إذ أنه يستند حينئذ إلى تحليل مجرد للمواقف، ولا يعتمد في تحديد خطأ الطبيب على الطبيب الوسط اليقظ. فمن الثابت أن الطبيب يكون مُخطئاً متى ثبت أن سلوكه الفعلي الذي اتّبعه مع المريض لا يُطابق السلوك الذي يأخذ به طبيب يقظ من نفس مستواه والموجود في نفس الظروف، حيث يُكتفي عند الأخذ بهذه الفكرة مجرد افتراض أنه لا بد وأن يكون هناك خطأ ما وإن بقي مجهولاً.

والواقع أن فكرة الخطأ المحتمل أو المضمّر، والتي تعني كما سبق بيانه استخلاص الخطأ من مجرد حدوث الضرر، وإن كان يبدو فيها وجه التشدد إزاء الأطباء، إلا أنها تكشف كما يرى البعض بحق⁽²⁾ عن إدراك القضاء لفُصور القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة ما لحق العملية الطبية من تطورات صار معها المريض المضور عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى.

وعليه، فما كان من هذا القضاء إلا تطويع هذه القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات، الذي تقضي هذه القواعد بتحمّل المريض له، فالحال أن أخذ القضاء بفكرة الخطأ المحتمل إنما يعني تمسّكه بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ مع افتراض هذا الأخير من مجرد تحقق الضرر، ولاشك أن في ذلك رعاية لمصلحة المريض المضور، ومحاولة لإقامة نوع من التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض.

ونودّ أن نشير في هذا المقام إلى أن الأهمية الحقيقية لهذا الافتراض أو لهذه القرينة، لا تكمن في الواقع في مجرد الاعتراف بوجودها، ذلك أن القضاء في أخذه بهذه القرينة لا يجعل منها إلا قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف الطبيب أو المستشفى، وإنما تكمن هذه الأهمية في الآثار المترتبة عليها فيما يتعلق بعبء الإثبات - وهذا ما نعالجه في هذا الموضع ونُحاول إبرازه-، إذ أنه من خلال فكرة الخطأ المحتمل وما تتضمنه من افتراض الخطأ في جانب الطبيب أو المستشفى، ينتقل عبء الإثبات إلى هذا الأخير، فافتراض الخطأ أو قرينة الخطأ إنما

(1) *Ibid*, p 80. Voir aussi son livre: Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale, P.U.F, Paris, p 51 ets.

مراد بن صغير، المرجع السابق، ص.347.

(2) Yvonne Lambert- Faivre: Droit du dommage corporel- système d'indemnisation, op.cit, p 247.

يعني أنه لم يُعد على عاتق المضرور عبء إقامة الدليل على وجود مثل هذا الخطأ في جانب المدعى عليه، وإنما يُصبح على هذا الأخير عبء نفي الخطأ في جانبه.

وبالرغم من الأهمية التي تمثلها فكرة الخطأ المحتمل لصالح المرضى المتضررين وتخفيفها عنهم من عبء إثبات الخطأ الطبي، فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها⁽¹⁾ اللجوء إلى مثل هذه الأفكار، ودعت إلى وجوب وجود خطأ ثابت في جانب الطبيب وفق ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية، ووصفت المحكمة فكرة الخطأ الاحتمالي بأنها فكرة مغلوطة (erronée)⁽²⁾.

ولاشك أن مثل هذه الأحكام تمثل تراجعاً من حيث اللجوء إلى فكرة الخطأ الاحتمالي، غير أنه في واقع الأمر أن قرار محكمة النقض السالف ذكره أعاد التذكير بضرورة توافر الخطأ الطبي الواجب الإثبات لقيام المسؤولية في جانب الطبيب، إلا أنه في المقابل لم يتضمن إدانة واضحة لاستخلاص الخطأ من خلال القرائن باعتبارها طريقاً من طرق الإثبات. الأمر الذي يجعل اللجوء إلى فكرة الخطأ المضمّر يتوقف بعد هذا الحكم على قدرة القضاء على الاستناد إلى وقائع أخرى تُضاف إلى الضرر يُدعمها افتراض الخطأ الطبي، ليحافظ بالتالي على ما قدمته هذه الفكرة من مُعانةٍ للمرضى المضرورين تُجاه صعوبات إثبات ما يدّعون من أخطاء في مواجهة القائمين على علاجهم ورعايتهم صحياً.

ومهما يكن الأمر فإن فكرة الخطأ الاحتمالي لم تكن هي السبيل الوحيد الذي لجأ إليه القضاء الفرنسي من أجل الحدّ من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، إذ لجأ القضاء مؤبداً في ذلك من الفقه إلى أدوات قانونية أخرى، ربما أبعد أثراً في هذا الصدد من الفكرة التي بحثناها فيما تقدم، ومنها التوسع في مجال الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة، وهو ما نتعرض إليه في الفرع الموالي.

وتتوسط المسؤولية على أساس الخطأ المفترض - أو قرينة الخطأ بوصفها على هذا النحو - المسؤولية على أساس الخطأ المحقق واجب الإثبات من جهة⁽³⁾، والمسؤولية غير

⁽¹⁾ Cass.civ: 07/05/1998, D. 1999, J.C.P, p 21. Note, S. Porchy.

⁽²⁾ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص.100.

⁽³⁾ محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص. 51.

الخطئية، أي على أساس المخاطر من جهة أخرى، إذ أنها لا تتحرر من فكرة الخطأ ذاتها، بدليل بقاء ركن الخطأ قائماً ولو على سبيل الافتراض، وعلى الرغم من كونها تشكل نظرية قائمة بذاتها إلا أنها تميل إلى المسؤولية دون خطأ⁽¹⁾.

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قرينة الخطأ لأول مرة، في قرارها الصادر بتاريخ 21 ماي 1998، معتبرة أن المستشفى الخاص يتحمل مسؤولية إصابة المريض بالعدوى أثناء تواجده بغرفة العمليات، ولا يمكنها التخلص من المسؤولية بإثبات أنها لم ترتكب أي خطأ يذكر، أي إقامة قرينة على عاتق المستشفى⁽²⁾.

الفرع الثالث: الالتزام بتحقيق نتيجة والتوسع فيه

لقد كان من نتائج قرار (Mercier) الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936، والذي حدّد طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، أن اعتبر أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، وإنما التزامه يقتصر على بذل عناية ذات مواصفات خاصة، وذلك لارتباط كل عمل طبي بعامل الاحتمال، حيث يبقى احتمال النجاح أو الفشل قائماً في كل عمل من هذه الأعمال⁽³⁾.

ولاشك أن النظرة إلى المسؤولية الطبية من خلال فكرة العلاج والالتزام به تجعل من غير المتصور أن يكون التزام الطبيب في هذا المقام إلا مجرد التزام ببذل عناية. فمن غير المنطقي في ضوء الاعتبارات المتقدمة أن يُفرض عليه التزام بتحقيق نتيجة وهي شفاء المريض⁽⁴⁾.

(1) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، العدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008، ص. 110.

(2) Cass. Civ. 1ere, 21 mai 1998, affirme que «Une clinique est présumée, responsable d'une infection contractée par un patient Lors d'une intervention, au moins de prouver l'absence de faute de sa part» <http://www.Droit-medicale.Net>.

(3) سامي بديع منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 فبراير 1994، قانون الآداب الطبية، مجلة العدل، العدد الرابع، 2000، لبنان، ص. 255.

(4) مراد بن صغير، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 349.

تلك الرؤية إلى المسؤولية الطبية تجعل من الطبيعي في هذا المجال أن يتحمل المريض عبء إثبات عدم قيام الطبيب ببذل العناية المطلوبة، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن إمكانية وجود التزامات أخرى بتحقيق نتيجة يتحملها الطبيب إلى جانب التزامه ببذل عناية؟.

يرى بعض الفقه⁽¹⁾ في الإجابة عن هذا التساؤل: "أن تتبّع حركة الفقه والقضاء يكشف عن أن إضفاء وصف الالتزام ببذل عناية على التزام الطبيب بالعلاج، قد صاحبه اتجاه واضح نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية والنظر إلى كل منها على حدى، وفي ضوء النتيجة الجزئية المحددة والمرجوة من ورائه ومدى إمكان سيطرة من يتولاها عليها . ويخلص إلى اعتبار أن إتباع هذا المسلك التحليلي أدى إلى حصر مجال الالتزام ببذل عناية، وما تتطلبه المساءلة عنه من إلقاء عبء الإثبات على المريض المتضرر في نطاق العلاج بمعناه التقليدي. أما ما يُجاوز ذلك من الأعمال الطبية التي لا تتضمن عنصر الاحتمال فإنها تفرض مساءلة الطبيب عنها لمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة منها، بمعنى دون حاجة لإثبات إخلال الطبيب بالتزاماته. وغني عن البيان أن هذا التحليل يتفق مع حقيقة أن الطبيب لا يقع على عاتقه التزام واحد تجاه المريض، وإنما تربطه بهذا الأخير مجموعة من الالتزامات يمكن أن تختلف من حيث طبيعتها⁽²⁾.

إن حصر نطاق الالتزام ببذل عناية والتوسع مقابل ذلك في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة، كان في الواقع الأداة القانونية الثانية للحدّ من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي.

ونشير في هذا الصدد إلى أن هذا التوسع في مجال التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة قد طال التزاماته المتعلقة بأعماله المادية وواجباته الإنسانية، كما شمل أيضا التزاماته المرتبطة ببعض أعماله الفنية.

أولا: التوسع في التزامات الطبيب المتعلقة بواجباته الإنسانية والأخلاقية

بعد استقرار استمد لما يزيد عن نصف قرن، وإدراكا منها للصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء الإثبات وتحمل تبعه إخفاقه في ذلك، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة - الطبيب والمريض- أجرت محكمة النقض الفرنسية تحولا هاما في مجال لا

(1) مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.112.

(2) علاء الدين خميس العبيدو، المرجع السابق، ص.110.

يقبل أهمية ألا وهو التزام الطبيب بإعلام المريض، حرصاً منها على رعاية حقوق المرضى وأخذاً في الاعتبار للصعوبات التي تواجههم في إثبات الخطأ الطبي.

فقد عدلت عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في صورته المختلفة، ومنه إثبات قيام الطبيب بالتزامه بالإعلام. وألقت بعبء إثبات حصول هذا الإعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه وذلك بموجب حكمين مهمين: أولهما وأشهرهما Hédreul، الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997، والثاني المؤرخ في 14 أكتوبر 1997⁽¹⁾.

1. حكم 25 فبراير 1997

لقد تمت الإشارة إلى هذا الحكم سابقاً، حيث جاء بمبدأ أساسي يمثل عدولاً تاماً عن قضاء محكمة النقض السابق، مؤداه التزام الطبيب بإقامة الدليل على قيامه بإعلام المريض والحصول مسبقاً على رضائه بالعمل الطبي.⁽²⁾

والحق أن هذا المبدأ قد حظي بتأييد الغالبية العظمى من فقهاء القانون،⁽³⁾ الذين رأوا فيه تصحيحاً لوضع لم يكن مقبولاً لا من حيث الوجهة القانونية ولا من حيث نتائجه العملية، ذلك أن الحكم الجديد يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح من جهة توزيع عبء الإثبات، إذ يُلقى هذا العبء على من يجب أن يلتزم به، سواء استناداً إلى القواعد العقدية وفقاً للمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾ المقابلة للمادة 323 من القانون المدني الجزائري والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري.

ولاشك أن هذا النص القانوني يجعل منه سنداً قانونياً كافياً للتحويل الذي أجرته محكمة النقض بشأن عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي.⁽⁵⁾

(1) Cass. 1er civ: 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, France, p 492.

(2) **J. Bonneau:** Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1er sem) 1999, du 17 juin 1999, France, p 858.

Voir aussi: **jean Penneau:** Les fautes médicales, op.cit, p 10, 11.

(3) Mark Sabek: Les responsabilités du chirurgien - dentiste, Les Etudes Hospitalières Editions, Bordeaux, 2003, p35- 39.

Marie - Laure Mathieu - Izorche: oo.cit, p 3560, 3561.

Patrice Jourdain: Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cit, p 07.

(4) L'article 1315/2 du code civil: " Celui qui est également ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation".

(5) Jean Guigue: Responsabilité des médecins - Devoir d'information, G. P. H, Spécial Droit De La Santé, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121e année, n° 329 à 331, France, p 53, 54.

كما أن الحكم بإعفاء المريض من إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام، باعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة، يستند إلى قواعد العدالة وما تقضي به من معصومية الجسد، وضرورة احترام ما للإنسان من حق في السلامة البدنية، فالمساس بجسم الإنسان ولو لغاية علاجية يعد بحسب الأصل غير مشروع حتى يقوم الدليل على توافر الشروط التي تُضفي على الفعل وصف المشروعية، ومنها إعلام المريض والحصول على رضائه.

وأخيراً، فإنه لا محل للنعي بأن القضاء الجديد يؤدي إلى إخضاع المسؤولية الطبية لأكثر من نظام قانوني، ذلك أن المعروف أن العقد الواحد يمكن أن ينشأ عنه أكثر من التزام، وتبعاً لاختلاف طبيعة الالتزامات يمكن أن يختلف النظام الذي يحكم مسؤولية المدين عن الإخلال بها، وعلى هذا الأساس فلا يوجد ما يمنع من اعتبار الطبيب ملتزماً فيما يتعلق بتقديم العلاج ببذل عناية، بحيث لا تقوم مسؤوليته إلا استناداً إلى خطأ يتعين أن يقيم المريض الدليل عليه، حين يلتزم فيما يتعلق بالإعلام والحصول على الرضاء، بالتزام أشدّ، يجعل إدعاء المريض بعدم حصول الإعلام يُنشئ قرينة بسيطة على عائق الطبيب، يستطيع هذا الأخير دحضها بإقامة الدليل على أنه قام فعلاً بتنفيذ التزامه⁽¹⁾.

على العموم فإن محكمة النقض بعد أن أقرت - في حكمها السالف الذكر - عبء إثبات الالتزام بالإعلام على عائق الطبيب، حددت في حكم آخر لا يقل أهمية عن سابقه، وسائل إثبات هذا الالتزام.

2. حكم 14 أكتوبر 1997

لم يخل إلقاء عبء الإثبات إعلام المريض والحصول على رضائه من بعض الصعوبات والإشكاليات، لاسيما ما يتعلق باعتبار الكتابة الوسيلة الوحيدة التي يلجأ عليها الطبيب لإثبات الوفاء بالتزامه.

وقد أشار جلّ الشراح الذين تناولوا بالتعليق حكم محكمة النقض في 25 فبراير 1997 ، إلى جملة من الآثار السيئة لتطلب الكتابة إثبات القيام بالالتزام بالإعلام والحصول على رضائه - وإن كانوا يحاولون التهوين من شأنها -⁽²⁾، أقلها أن يصاب المريض بالفزع والاضطراب، فيدفعه

Jean Penneau: Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal, 1999 (1er sem), France, p07.

(1) مراد بن صغير، المرجع السابق، ص.353.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص.440.

ذلك إلى رفض علاج هو في أشد الحاجة إليه⁽¹⁾؛ بل أكثر من ذلك، فقد ثار التساؤل والجدل لدى الفقه حول قيمة الورقة المكتوبة في حد ذاتها.؟ ونطاق حجيتها، فهل تُعتبر إثباتا لحقيقة الإفشاء (الإعلام) أم لمضمونه.؟

حيث رأى البعض أن هذه الورقة تقتصر على إثبات حقيقة الإعلام فحسب، وفي هذا الصدد يشير الأستاذ (Patrice Jourdain) إلى أن القرينة التي تنشئها الكتابة تتعلق بوجود الإعلام وليس بمضمونه، بحيث إذا أقام الطبيب الدليل على حقيقة الإعلام، فإنه يجب على المريض - وفقا للقضاء التقليدي - أن يقيم الدليل على أن هذا الإعلام لم يكن كاملا، أو لم تتوفر فيه الصفات التي يتطلبها القضاء⁽²⁾.

ولاشك أن هذا التفسير بسيط، يؤيده حكم 25 فبراير 1997 والذي قضى بأن من يتحمل قانونا أو اتفاقا بالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقدم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام.

غير أنه يصعب في نظر البعض الآخر تصور أن يقتصر نطاق الوثيقة المكتوبة على إثبات حقيقة الإعلام، وذلك بسبب الأهمية التي يعلقها القضاء على مضمون الإعلام وما يجب أن يتوافر فيه من صفات وشروط، وكذا بالنظر إلى الغرض منه وكونه يرمي إلى تمكين المريض من اتخاذ قرار مستنير بقبول العلاج أو رفضه، ذلك أن الدليل المكتوب ليس له قيمة ما لم يثبت ويبرهن على حقيقة الإعلام ومضمونه وصفاته.

ويبدو هذا التفسير في نظرنا مقبولا، بل هو عين الصواب، لاتفاقه مع المنطق وقواعد العدالة، وكونه جاء متفقا كذلك مع ما جاء في حكم 14 أكتوبر 1997، والذي قرر أن الطبيب يجب أن يقيم الدليل على أنه قدم لمريضه إعلاما أميناً، واضحا وملائما عن المخاطر التي تتضمنها الفحوصات وصور العلاج الذي يقترحه، بما يسمح له بإصدار رضاء أو رفض مستنير .

والجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية لم تغفل كل هذه الاعتبارات، لذلك حاولت أن تخفف من حدة الآثار المترتبة على مبدأ إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وذلك من

⁽¹⁾ Geneviève Viney: Chronique sur la responsabilité civile, J.C.P, 1997, I, 4068, n° 09, France, ou elle dit: " il existe déjà de nombreuses interventions médicales pour lesquelles la loi impose au praticien d'apporter la preuve qu'il a donné les informations requises, prélèvement d'organe chez un donneur vivant, recherche biomédicales, assistance à la procréation. Or, dans ces hypothèses, on n'a pas constaté les inconvénients qui étaient présentés comme inévitablement attachés à la solution imposant la charge de la preuve au médecin ".

⁽²⁾ Patrice Jourdain: Responsabilité civile, op.cit, p 112.

خلال الحكم الذي أصدرته في 14 أكتوبر 1997. ويتعلق بسيدة لم تفلح وسائل العلاج التقليدية في تمكينها من إنجاب طفل جديد، فقررت طبية أمراض النساء إخضاعها لفحص بالمنظار - يجري تحت تخدير كلي- لمعرفة ما إذا كانت تعاني من مرض في جهاز التبويض (étiologie ovarienne)، ولكن لسوء الحظ توفيت المريضة بسبب اختناق حدث أثناء العملية. فرجع زوج المتوفاة وابنها دعوى مطالبين بالتعويض على أساس تقصير الطبيبة في تبصير المريضة هذا الخطر.

غير أن الدعوى رفضت من جانب قضاة الموضوع، بحجة أن المضرور (الزوج وابنه) لم يقدم دليلاً على عدم تنفيذ الطبيبة لالتزامها. وعلى العكس من ذلك فإن ظروف الدعوى تتضمن قرائن تدل على قبول المريضة للعملية وهي على بينة بمخاطرها، فرفضت محكمة النقض الطعن الذي رفع ضد هذا الحكم، ولكنها أكدت على أمرين في غاية الأهمية بالنسبة لقواعد عبء إثبات الالتزام بالإعلام:

الأول: تمسكها بمبدأ أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام والحصول على الرضاء يقع على عاتق الطبيب.

ثانياً: أن هذا الإثبات يمكن أن يتم بكافة الطرق⁽¹⁾

ولاشك أن الشق الأول لا يضيف جديداً، إذ هو ليس أكثر من تأكيد للمبدأ الذي قرّرته المحكمة بحكمها سالف الإشارة إليه الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997 إنما الجديد في الشق الثاني من الحكم، حيث فصلت المحكمة - وعلى عكس ما يتجه إليه الرأي الغالب من الفقه -⁽²⁾ بين إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وبين ضرورة الكتابة كوسيلة للإثبات، على نحو يمكن القول معه أن الأمر فيما يتعلق بقيام الطبيب بعبء الإثبات لن يخرج عن أحد الاحتمالين:

الأول: أن يحتاط الطبيب لنفسه ويكون قد حصل على دليل مكتوب - لاسيما بالنسبة للأعمال الطبية الكبيرة التي تحتاج إلى وقت للتفكير من جانب المريض كالعلاجات الجراحية، والعلاجات والفحوص والتحاليل الخطيرة (كالعلاج بالصدمات الكهربائية، أو الفحص بالمناظير...) - يقر فيه المريض أنه تم تبصيره بمخاطر العلاج وطبيعتها، وقد قبل ذا العلاج

(1) " Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé,... la preuve de cette information peut être faite par tous moyens...".

(2) Jean Penneau: Les fautes médicales, op.cit, p 10, 11.

قبولا مستتيرا .وفي هذه الحالة فإن تقديم هذا الدليل سوف يكون كافيا لإقناع المحكمة وحسم النزاع لصالح الطبيب.

الثاني: ألا يكون الطبيب قد حصل على الدليل المكتوب، كون أن الأمر يتعلق بأحد العلاجات العادية الجارية، كوصف أدوية لمرض معين أو إجراء فحوص بالأشعة أو تحاليل بسيطة أو حتى جراحات بسيطة...، ففي مثل هذه الحالات فإننا لا نعتقد أنه سيكون باستطاعة الطبيب أن يُعد دليلا مكتوبا على رضا المريض لكل عمل من هذه الأعمال التي يجريها عشرات المرات يوميا

وتبعاً لذلك فلا مناص من إثبات الرضاء بواحد من هذه الأعمال أو العلاجات، من اللجوء إلى وسائل أخرى للإثبات، إذ أن ذلك يتم بكل الطرق (par tous moyens) كما تقول محكمة النقض.

ونود في الأخير أن نشير إلى أن هذا التحول بشأن عبء إثبات التزام الطبيب بإعلام المريض، وباعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، لم يكن قاصرا على محكمة النقض لوحدها - والتي كرّسته بعدة أحكام لاحقة-⁽¹⁾، بل إن مجلس الدولة الفرنسي لم يتأخر عن اللحاق به، بمقتضى حكمين صادرين عنه بتاريخ 2000/01/05⁽²⁾، قرر فيها أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج.

صفوة القول أن التوسع في مجال الالتزامات المرتبطة بالواجبات الإنسانية والأخلاقية لمهنة الطب، لم يقتصر على التزام الطبيب بإعلام المريض فقط - وإن كان هذا الأخير هو الذي أحدث قفزة نوعية كبرى، وتغييرا واضحا ومهما في معالم المسؤولية الطبية وقواعد الإثبات - بل شمل التزامات أخرى لا تقل أهمية كالتزام الطبيب بحفظ أسرار المريض . إذ يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، لا ينطوي بأي حال على أي قدر من الاحتمال، مما يجعله التزاما بتحقيق نتيجة.

وعلى كل حال فإن ما أردنا إبرازه واستخلاصه أن من مظاهر انتقال عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب، هو التوسع في مجال الالتزامات المرتبطة بتحقيق نتيجة، وفي المقابل

⁽¹⁾ Cass. Ire civ: 15/07/1999, D. 1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, France, p 393. Obs. Jean Penneau. Cass. Ire civ: 18/01/2000, D.H, 177e année- 1er cahier (rouge), 13 décembre 2001, n° 44/7053e, France, p 3559.

Cass. Ire civ: 09/10/2001, G.P.H, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121e année, n° 329 à 331, France, p 53. Obs. Jean Guigue.

⁽²⁾ C.E: 05/01/2000 (2 espèces), R.F.D.A. 2000, N° 03, p 641, concl. D. Chanteaux et p 654, Note P. Bou, J.C.P. 2000- II- 10271, Note J. Moreau

حصر نطاق الالتزام ببذل عناية، وأن ذلك لا يقتصر على الالتزامات المتعلقة بالجوانب الإنسانية والأخلاقية لمهنة الطب، بل يشمل الأعمال الفنية.

المطلب الثاني: المسؤولية دون خطأ (على أساس الضرر)

يقصد بالمسؤولية دون خطأ تلك التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضرور استقلاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر⁽¹⁾.

وقد ظل التعويض حتى العام 1990 عن الأضرار الناجمة عن عمل المستخدمين في المرافق الصحية العامة يتطلب توافر الخطأ⁽²⁾، غير أنه سرعان ما اتجه بعد ذلك القضاء إلى إقامة نوع جديد من المسؤولية غير المستندة إلى أي خطأ، وذلك عن طريق إقرار حق المتضرر في التعويض عن الضرر الذي أصابه دون الحاجة إلى البحث عن الخطأ أو افتراضه. ولاشك أن اللجوء إلى مثل هذه الآليات القانونية هو إعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع لاستخلاص الخطأ، ما يعني أنه لم يبق إلا العمل الذي سبب الضرر.

وسنعالج موضوع المسؤولية دون خطأ من خلال إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ في الفرع الأول، ثم محاولات القضاء العادي تطبيق ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ (المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة)

إن تقرير المسؤولية الإدارية دون خطأ يُعدّ أحد الأعمال البارزة للقضاء الإداري في فرنسا، وبناء على ذلك فإن مسؤولية الإدارة لا تقوم على أساس ارتكاب خطأ من جانبها، وإنما لحدوث ضرر من نشاطها متى كان هذا الضرر يتجاوز في خطورته وخصوصيته الأضرار الطبيعية للحياة في المجتمع.

وتتميز هذه المسؤولية بأمرين:

⁽¹⁾ F. Lioren - Frayne: La responsabilité sans faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, L.G.D.J, bibliothèque de droit public, France, 1985, p 133.

⁽²⁾ Fabienne Quilleré Majzoub: op.cit, p 597.

الأول: هو أن فعل الغير أو الحادث الفجائي لا يشكل سببا لإعفاء الإدارة من هذه المسؤولية، ذلك أن هذه الأخيرة تتحقق بمجرد حصول الضرر. أما الأمر الثاني: فهو أن توافر حالة من حالات المسؤولية دون خطأ متعلق بالنظام العام، مما يعني أنه يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بها المدعي في دعواه⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن حالات وتطبيقات المسؤولية دون خطأ في تزايد مستمر، بحيث كان للقضاء الفرنسي دورا بارزا في إقرارها، ولاسيما من خلال حكمين شهيرين ومهمين، نبينهما على التوالي.

أولا: حكم بشأن قضية (Gomez)⁽²⁾

أصدرت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة ليون (Lyon) الفرنسية حكما مهما يتضمن حلا مبتكرا في قضية تتلخص وقائعها في أن الطفل Serge Gomez البالغ من العمر خمسة عشر عاما أدخل في العام 1983 إحدى المستشفيات المتخصصة في عمليات تقويم العمود الفقري بقصد إجراء عملية جراحية له باستخدام طريقة علاجية جديدة تدعى (méthode de LUQUE) غير معروفة النتائج بشكل كامل. ظهرت إثر العملية مضاعفات جسيمة، انتهت بعد ستة وثلاثون ساعة بإصابة الطفل بالشلل في أطرافه السفلى.

رفضت المحكمة الإدارية في ليون طلب التعويض الذي تقدمت به عائلة Gomez عن الضرر، اللاحق بابنها Serge استنادا إلى ما جاء في تقرير الخبيرين المكلفين من عدم وجود أي خطأ مرتكب من قبل الطبيب الجراح أو معاونيه.

استأنفت عائلة Gomez هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بليون، فاستجابت لطلباتهم قاضية بمسؤولية المرفق الطبي العام وحق المضرور في التعويض. وجاء في حكمها " أن استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يسبب خطرا للمرضى الذين يخضعون له، عندما لم تكن نتائجه معلومة بعد، وأن استخدام مثل هذه الطريقة دون ضرورة حيوية تفرضها يؤدي إلى

(1) عمر محمد السيوي ، التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية، مجلة دراسات قانونية، يصدرها بيت الحكمة، العدد السادس عشر، بغداد- العراق، 2005، ص51.

(2) C.A.A. Lyon: 21/12/1990, J.C.P. 1991-II- 21698, Note J. Moreau, Rec. C.E, p 498.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

تحقيق مسؤولية المرفق الطبي عن المضاعفات الاستثنائية وبالباغة الجسامة التي أصابت المريض، والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لهذه الطريقة حتى في حالة غياب الخطأ⁽¹⁾. وبهذا يكون القرار الإداري الفرنسي قد أقر لأول مرة المسؤولية دون خطأ عن عمل المرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته، مع حصر مجال هذه المسؤولية في حالة استخدام تقنيات جديدة غير معروفة النتائج، بالإضافة إلى أنها لم تكن الطريقة الوحيدة المتاحة لإجراء تلك العملية، كما لم يكن التدخل الجراحي مستعجلاً أو تفرضه حالة الضرورة⁽²⁾.

ثانياً: حكم بشأن قضية (Bianchi)

صدر بعد قرار (Gomez) عن مجلس الدولة الفرنسي قرار آخر معروف بقرار (Bianchi) بتاريخ 1993/04/09، تتلخص وقائعه في أن السيد (Bianchi) دخل إلى أحد المراكز الطبية في مرسيليا Marseille إثر معاناته من انخفاض مستمر في الضغط ونوبات أعصاب - ولاسيما في الشق الأيمن من وجهه-، حيث أجريت له فحوصات بالأشعة لشرابين العمود الفقري تحت التخدير.

أصيب الرجل على إثر ذلك بالشلل، حيث ثبت أن هذه الحادثة وفقاً لرأي الخبراء لم تكن نتيجة أي خطأ، وإنما نتيجة ما استخدم من أدوات لإجراء هذا الفحص أو نتيجة الأدوية التي حقن بها المريض واللازمة لإجراء هذا النوع من الأشعة.

فقضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض للسيد (Bianchi) بمبلغ يفوق المليون فرنك فرنسي، وأقام حكمه على أساس أن تنفيذ العمل الطبي هو الذي أدى إلى حدوث الضرر، رغم أنه قد تم تنفيذ العمل المذكور بشكل صحيح ودون أي خطأ⁽³⁾.

وهكذا توسع مجلس الدولة الفرنسي في المراحل اللاحقة، في نطاق أعمال المسؤولية دون خطأ للمستشفى العام. حيث أصدر بعد ذلك قراراً في 03 نوفمبر 1997 يعرف بقرار Hospital

(1) C.A.A. Lyon: 21/12/1990, J.C.P. 1991-II- 21698, Note J. Moreau, Rec. C.E, p 498. أشار إليه محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 119.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 120.

(3) C.E: 03/11/1997, Rec. C.E, p 412.

أشار إليه مراد بن صغير، المرجع السابق، ص. 370. أيضاً محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 121.

Djamel Joseph Imbert d'Arles⁽¹⁾، تتمثل وقائع القضية في أن طفلاً يسمى جمال مهراز Mehraz يبلغ من العمر خمس سنوات، أُدخل إلى المستشفى في 09 أبريل 1980 بناءً على رأي طبيب العائلة لإجراء عملية ختان، دخل على إثرها الطفل في نوم سباتي عميق لمدة عام (Coma) كامل، قبل أن يتوقف قلبه عن النبض ويتوفى بعد ذلك.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد دخول الطفل إلى المستشفى، فهو تحت مسؤولية المرفق العام، ويسأل هذا الأخير عن الأضرار التي تلحق بالطفل، رغم أنه لم يكن يعاني من أي مشاكل صحية، وأن الأزمة القلبية التي راودته كانت غير متوقعة بالنظر لحالته الصحية عند بداية العملية الجراحية.

كما أن الفحوصات والتحليل التي سبقت العملية أعطت نتائج طبية طبيعية بهذا القضاء أكد مجلس الدولة الفرنسي المسؤولية غير الخطئية للمستشفى العام عن الأضرار التي تلحق المنتفعين بخدماته في الحدود السابق بيانها، بحيث لم يعد - كما ذكرنا فيما تقدم - مطلوباً من المريض المضرور إقامة الدليل على خطأ المستشفى، ولم يعد القاضي محملاً بعناء البحث عن وقائع يستخلص منها هذا الخطأ، وليس له من سبيل للتخلص من هذه المسؤولية إلا إثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور نفسه⁽²⁾.

هذه النتيجة تقودنا للتساؤل عما إذا كان يمكن نقل هذه القواعد الجديدة في إثبات الخطأ الطبي من القضاء الإداري، لتطبيقها في القضاء المدني العادي.

الفرع الثاني: محاولات القضاء العادي في الأخذ بالمسؤولية اللاخطئية (الإلتزام بضمان سلامة المريض)

حاول القضاء العادي اللحاق بما قرره نظيره، القضاء الإداري⁽³⁾، بشأن مسؤولية الأطباء والجراحين دون حاجة لإثبات الخطأ، وأثناء ذلك ابتكر وسيلة يمكن من خلالها إقامة المسؤولية الطبية غير الخطئية وفقاً لقواعد القانون الخاص، تتمثل في ظهور مبدأ الإلتزام بضمان

(1) محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص.174. عمر محمد السيوي، المرجع السابق، ص.55-59. مراد بن صغير، المرجع السابق، ص.370.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.122.

(3) قرار (GOMMEZ) الصادر عن محكمة استئناف ليون بتاريخ 1990/12/21، وقرار BIANCHI الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1993/04/09، اللذان قررا المسؤولية بدون خطأ لأول مرة، مشار إليه لدى سايبكي وزنة، المرجع السابق، ص.88.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

السلامة⁽¹⁾، هذا المبدأ الذي انحصر في أول الأمر في مجال النقل⁽²⁾، لكن سرعان ما أصبح مبدأ قانوني يمكن تطبيقه في مجالات أخرى بما في ذلك المسؤولية الطبية.

فبمجرد المساس بالسلامة الجسدية للمريض تترتب مسؤولية الطبيب دون حاجة لإثبات خطأ من جانبه، حيث حاول القضاء الفرنسي تطبيق نص المادة 5/1384 ق م ف، التي تقابلها المادة 138 ق.م.ج، التي تتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء على أساس أنها لا تحتاج إلى إثبات الخطأ من جانب حارس الشيء حتى تقوم مسؤوليته، وهذا ما أدى إلى صدور القانون المتعلق بإصابات العمل في فرنسا.

ويقصد بالالتزام بضمان السلامة ليس الالتزام بضمان شفاء المريض، لكن الالتزام بعدم تعريضه لأي أذى، وعدم إلحاق الضرر به بسبب ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أثناء قيامه بالعمل الطبي، أو بسبب ما يصفه له من أدوية، وألا يتسبب في نقل مرض آخر إليه بسبب العدوى⁽³⁾.

وسلك القضاء الفرنسي هذا المسلك بخصوص بعض مجالات النشاط الطبي، حيث أحدث ثغرة في مبدأ التزام الطبيب ببذل عناية وذلك فيما يتعلق بالأطباء أو المراكز العلاجية التي تقوم بتوريد منتجات أو أجهزة، فقرر أن الالتزام في مثل هذه الأحوال هو التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة. بما فيها ما يتعلق بإنتان المشفى أو العدوى، حيث صدر أول قرار بهذا الشأن بتاريخ 1999/06/29، والذي اعتبر فيه أنه في حالة انتقال العدوى فإن الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة وهو التزام يقع سواء على عاتق المؤسسة الصحية أو على عاتق الطبيب⁽⁴⁾، فالطبيب ملزم اتجاه مريضه في حالة انتقال العدوى بالتزام ضمان السلامة، وهو

(1) علي عصام غصن، المرجع السابق، ص. 137.

(2) « La cour de cassation a une obligation générale de sécurité du transporteur, cette obligation étant considérée comme accessoire au contrat de transport » Cass. Civ. 21 novembre 1911 Yvan AUGÉUT, Droit de la consommation, ellipses, paris 2008, p. 185-186.

أشارت إليه شعباني نوال، إلتزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 7.

(3) طلال عجاج، المرجع السابق، ص. 173.

(4) Cass.civ, 1^{ère}, 29 juin cité par DORSNER-DOLVET Annocke, la responsabilité du médecin, p.199

التزام بتحقيق نتيجة لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 23 مارس 2007⁽¹⁾.

وبذلك أصبح مجال الالتزام بضمان السلامة، فيما يتعلق بإنتان المشفى (العدوى) عاما، إذ لم يعد قاصرا على الإنتان أو العدوى التي تحدث داخل غرفة العمليات، بل يشمل كل عدوى تنتقل للمريض خلال تواجده في المستشفى، وبذلك لم يعد المريض في حاجة إلى إقامة الدليل على أن العدوى قد انتقلت إليه خلال تواجده في غرفة العمليات، كما لم يعد قاصرا على العدوى التي تظهر آثارها سريعا، وهو لا يزال في المستشفى، بل حتى بعد خروجه منها، على أن لا تطول المدة كثيرا، حتى لا تنقطع علاقة السببية، كما أن المدين بهذا الالتزام يشمل المستشفى والطبيب، فسواء حدثت العدوى المرضية خلال تواجد المريض في المستشفى أو في العيادة الطبية الخاصة، فإن المسؤولية عنها تترتب، ويلتزم المسؤول بتعويض تلك الأضرار⁽²⁾.

ثم توسع القضاء الفرنسي في تطبيق هذا المبدأ، فشمّل مجال زراعة الأسنان، أو زراعة مادة أو نسيج داخل جسم المريض، وهو ما قضت به محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1994⁽³⁾، وكذا مجال نقل الدم من خلال قرارها الصادر بتاريخ 21 أبريل 2005⁽⁴⁾.

فالاتجاه القضائي ألقى المسؤولية على الطبيب باعتبار الالتزام التزاما بالسلامة لا ضرورة فيه للخطأ، ولقد دفع هذا التوجه القضائي بالمشروع إلى تبنيه وتكريسه من خلال نص المادة 1/1142 من قانون الصحة العامة، حيث استنتى مسؤولية المؤسسات الطبية في مثل هذه الأحوال من أحكام المسؤولية القائمة على أساس الخطأ.

كما أن المادة 71 من تقنين الآداب الطبية الفرنسي التي تلزم الطبيب الحرص على تعقيم الأدوات الطبية التي تستخدمها في عمله، والتخلص من النفايات الطبية وفق الإجراءات

(1) C. paris, 1^{ère}, civ, 23mars 2007, Gazette du palais, recueille, mars-avril, 2008, p.1139.

(2) بن فريجة كمال، المرجع السابق، ص. 231.

(3) Cass.Civ 1^{ère} ch. 22 nov.1994.pourvoi N° 92-6423.consulter l'arret sur le lien suivant <http://legifrance.gouv.fr>.

(4) Cass.Civ 1^{ère} ch. 21 avr.2005.pourvoi N° 03-20683.consulter l'arret sur le lien suivant <http://legifrance.gouv.fr>.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

المنصوص عليها في القانون، وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تؤدي إلى تسبب مثل هذه الالتهابات⁽¹⁾.

وكذا حالة المسؤولية الناجمة عن جهاز أو منتج حيث يتجه القضاء الفرنسي إلى التضييق من نطاق الالتزام ببذل عناية الملقى على عاتق الطبيب بموجب عقد العلاج يتحول شيئاً فشيئاً إلى إلقاء التزام بتحقيق نتيجة على عاتقه، وكانت الغاية من ذلك تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به في نطاق عقد العلاج الطبي . وهكذا اعتبر القضاء أن طبيب التحاليل ملزم بتحقيق نتيجة، تتمثل في تقديم نتائج صحيحة، أنه بمجرد إعطاء نتائج مغلوطة تتحقق مسؤوليته⁽²⁾، كما اعتبر القضاء أن الأضرار التي تلحق بالمريض الناتجة مباشرة على استخدام جهاز أو آلة أو أدوية أو منتجات صيدلانية، توجب مسؤولية الطبيب وهذا ما يظهر جلياً في إقراره بمسؤولية طبيب الأسنان الذي يلتزم بتركيب طاقم أسنان اصطناعي لمريضه . وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في إقرار لها إلى أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، والسلامة، بالنسبة للمادة المستعملة من أجل تنفيذ العمل الطبي في نطاق العلاج⁽³⁾.

يتضح مما سبق، أن القضاء الفرنسي طبق أولاً قرينة الخطأ المفترض، لينتقل بعدها إلى تطبيق قرينة المسؤولية مع عدم اشتراط الخطأ في مساءلة الطبيب، والفرق بين الحالتين هو أنه في الحالة الأولى يمكن للطبيب التخلص من مسؤوليته بمجرد إثبات أنه لم يرتكب خطأ، وأنه لم ينحرف في سلوكه عن السلوك الواجب الإلتباع، أما في الحالة الثانية (المسؤولية غير الخطئية)، فإن الطبيب لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، خطأ الغير أو خطأ المضرور، وتوصل أخيراً إلى محاولة الاستغناء كلية عن فكرة الخطأ، ليس لشيء إلا لجعل المريض يتمكن من الحصول على التعويض، ومحاولة منه تليين القواعد القانونية السائدة لجعلها أكثر حماية للمريض، والذي هو الطرف الضعيف في العلاقة الطبية⁽⁴⁾.

(1) SYLVIE Welsch ،Responsabilité du médecin, litec, Ed du juris-classeur, Paris , 2003, p 285.

(2) C. A Toulouse , 19/12/1959 , J.C.P.1960.II.11402 , SAVATIER René

(3) Cass.civ.1^{ère}.09 Nov.1999,G,II,n°10251,note P.Brun,petites affiches, 10 avr.2000,p 46.

حكم مشار إليه لدى صالح فواز، المرجع السابق، ص. 143.

(4) سابكي وزنة، المرجع السابق، ص. 92.

رغم كل ما سبق بيانه فإن النظرية الموضوعية كانت محل نقد شديد، كونها لم ترقى إلى التطلعات المنتظرة للمتضررين، كما أنه لم تتجح إلا في حمل المشرع على إصدار بعض التشريعات التي ينظم فيها أحوالا محددة وخاصة للمسؤولية المدنية، بل وفي فروع محصورة، كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية الطبية فيما يتعلق بالمسؤولية عن الحوادث الطبية أو الأخطاء الواقعة داخل المستشفيات (les infections nosocomiales) أو فيما يتعلق بالمسؤولية عن بعض الأجهزة الطبية.

المبحث الثاني

آليات التعويض على المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

لم تعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ كافية لحماية المضرور، فظهرت أسس عديدة للإلتزام بالتعويض، وكان ذلك بمثابة ترجمة تشريعية للإحساس العام بالعدالة الذي يتجه إلى ضرورة تعويض ضحايا المخاطر العلاجية، وتحويله إلى واقع قانوني مناوئ لروح القواعد التقليدية للمسؤولية الفردية المتلائمة مع المعطيات المعاصرة لمرحلة إرساء المسؤولية في القانون المدني الفرنسي سنة 1804⁽¹⁾.

وقد أصل الفقيه سافاتييه (R.Savatier) لفكرة الأنظمة الجماعية للتعويض، وذلك بمناسبة رصده للنتائج التي أسفر عنها الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية، حيث ظهرت المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، وبروز فكرة التأمين مشيرا إلى قيام الأنظمة الجماعية للتعويض والإلتزامها إلى جانب المسؤول، مناديا ببدء عصر المسؤولية الاجتماعية والتبعات الفردية، بعد أن عجزت المسؤولية الفردية عن توفير الحماية للمضرور في عصر الآلة والمشروعات الصناعية الكبيرة⁽²⁾.

وقد ترتب عن ظهور نظام اجتماعية التعويض أو التعويض عن طريق الذمم الجماعية، تعدد مصادر الإلتزام بالتعويض، فبعد أن كان نظام المسؤولية المدنية الفردية القائم على الخطأ هو المصدر الوحيد للإلتزام بالتعويض، فقد أصبحت هناك اليوم مصادر أخرى تنافس وتزاحم قواعد المسؤولية فيما يتعلق بضمان الأضرار، وذلك عن طريق الدولة أو الأشخاص الاعتبارية والتأمين الإجباري أو الاختياري، حيث يقع التعويض على جماعة المؤمن لهم، وتخفي بذلك العلاقة المباشرة بين المضرور ومحدث الضرر، وتصبح العلاقة بين الضحية وبين المؤمن الذي

⁽¹⁾ François HUBERT, Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1947, p.10.

⁽²⁾ René SAVATIER , personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité, Longes Laborde de la Coste, Paris, 1963, p.32.

أشار إليه بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية،- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص291.

يصبح هو الملتزم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الضحية، وذلك من مجموع الأقساط التي دفعها المشاركين في عملية التأمين الواحدة⁽¹⁾.

ويقصد بالمسؤولية الجماعية إلتزام أنظمة جماعية بالتعويض عن الضرر وفقا لقواعد المسؤولية المدنية أو بنص القانون أو بالإتفاق. أما المسؤولية الفردية فهي إلتزام المسؤول بالتعويض، فهذا الإلتزام الجماعي لا يستند إلى فكرة الخطأ؛ بل إلى أسس أخرى كالتبعية أو الحراسة أو التضامن الاجتماعي أو نص القانون أو الاتفاق⁽²⁾.

وتثير مسألة الجمع بين نظرية المسؤولية الجماعية والمسؤولية الفردية مشكلة⁽³⁾، فقد يترتب على الضرر إلتزاما بالتعويض من جانب محدث الضرر وفي ذات الوقت من الهيئة الاجتماعية كما هو الشأن في التأمين، غير أن التواجد المشترك للمسؤولية الجماعية والفردية هو الذي دعا الفقه إلى القول أنه إذا كانت اجتماعية المسؤولية تؤدي إلى أن كل ضرر يجب أن يجد له مسؤولا، فإن المدين في هذه الحالة هو الكيان الاجتماعي، وهذا المبدأ قد يشجع في ارتكاب الأخطاء، وبالتالي تزايد الأضرار نتيجة فقدان الشعور بالمسؤولية⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق، فإن الأمر يتطلب منا بيان المقصود بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية في المطلب الأول وآليات التعويض الجماعية في حالة عدم قيام المسؤولية المدنية الطبية بالمطلب الثاني.

المطلب الأول: التأمين من المسؤولية الطبية

أدت التطورات المطردة في المجال القانوني والاجتماعي إلى بروز نظام التأمين من المسؤولية المدنية، الذي يجمع الفقه على اعتباره مؤسسة من نتاج العصر الحديث، التي وإن طفت على سطح الساحة القانونية ببطء نتيجة لما واجهته من انتقادات لاذعة مقتضاها أنه

(1) قجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص.117.

(2) محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر، مصر، ب ت ن، ص.181.

(3) منع المشرع الجزائري الجمع بين التعويضين وذلك تطبيقا لأحكام المادة 10 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتضمن إلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار. أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 1994/06/08، ملف رقم 112694، نشرة القضاة، العدد 50، 1997، ص.70.

(4) ينظر بحماوي الشريف، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص. 74 وما يليها.

مدعاة للتهاون والتفريط، وأنه ينمي لدى المستفيدين منه لامبالاة وعدم اهتمام، فقد أعقبته طفرة عارمة مع بداية القرن العشرين⁽¹⁾، نتيجة لما أسفرت عنه الحوادث العائدة لتعقيد التقنيات الطبية (la complexité des technique) من أضرار ذات خصوصية استثنائية، وما صاحبها من تغيرات في وظيفة المسؤولية المدنية، لتتحول من ردة للأخطاء إلى جبر للأضرار⁽²⁾.
ولتوضيح التامين من المسؤولية الطبية، سنورد مفهوم التامين من المسؤولية بالفرع الأول، ثم أهمية التامين من المسؤولية الطبية بالفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم التامين من المسؤولية الطبية

إن التامين بشكله الحالي، لم يظهر إلا في بداية القرن المنصرم، وذلك بصدور مجموعة من القوانين في العديد من الدول الأوروبية كسويسرا عام 1908، وألمانيا عام 1908، وفرنسا عام 1930⁽³⁾، وهذا القانون الأخير هو الذي كان سائدا إلى غاية عام 1980، أين أصدر المشرع الفرنسي خلالها قانونا للتامين⁽⁴⁾.

وقد جاء ذلك نتيجة الاكتشافات العلمية وتقدم العلوم الطبية، وزيادة الوعي لدى المرضى للمطالبة بحقوقهم وازدياد عدد الدعاوى القضائية المعروضة أمام القضاء، حيث ظهر نظام للتامين من المسؤولية وأصبح المريض لا يتردد في رفع دعوى المسؤولية مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، أين أصبحت هذه الدعوى لا تمس الذمة المالية للطبيب لوجود شركات التامين عن المسؤولية الطبية⁽⁵⁾.

(1) BORHAM Atallah, le droit de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile obligatoire, Thèse, paris, 1967, p.14.

أشارت إليه بلكوش آمال، المرجع السابق، ص.323.

(2) محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية، مصر، 1978، ص.423. بلكوش آمال، المرجع السابق، ص.323.

(3) جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التامين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 05، الجزائر، 2007، ص.06.

(4) المر سهام، المسؤولية المدنية لمنتجات المواد الصيدلانية وبتاعيتها - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2016-2017، ص.481.

(5) بلجبل عتيقة، المسؤولية الإدارية الطبية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خي ضر- بسكرة، الجزائر، 2011/2012، ص.246.

ولتوضيح ذلك سنتطرق إلى تعريف التأمين من المسؤولية الطبية أولاً، ثم خصائص التأمين من المسؤولية الطبية ثانياً.

أولاً: تعريف عقد التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الطبية

ينقسم التأمين عامة من حيث الموضوع إلى أنواع كثيرة، فهناك التأمين على الأشخاص والتأمين على الأضرار، وهذا الأخير بدوره ينقسم إلى قسمين: تأمين على الأشياء وتأمين على المسؤولية وهو ما يهتما في هذا البحث ، والذي يعد مظهراً من المظاهر الأساسية لجماعية التعويض، ذلك أن الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها التأمين بوجه عام هي توزيع المخاطر على أكبر عدد ممكن من الأفراد أو على فكرة تبادل المساهمة في الخسائر؛ إذ مجموع المؤمنین هم الذين يساهمون في تعويض الخسائر ولو كان المؤمن شركة التأمين، فهذه الأخيرة ليست سوى وسيطاً بين المؤمنین، فالتأمين يقوم في الواقع على فن التضامن (Technique de solidarité)، وما يصدق على التأمين بوجه عام يصدق على التأمين من المسؤولية⁽¹⁾.

أول ما ظهر من أنواع التأمين من المسؤولية كان التأمين من المسؤولية عن الحريق في صورته المختلفة، ثم تلى ذلك تأمين عن المسؤولية عن حوادث العمل، وجاء بعد ذلك التأمين من المسؤولية عن حوادث النقل، وعن حوادث السيارات وحوادث المرور بوجه عام، ثم جاء التأمين من المسؤولية عن النشاط المهني، كالتأمين من المسؤولية عن نشاط أصحاب الفنادق، وعن نشاط أصحاب معاهد التعليم، وعن نشاط المهندسين والأطباء⁽²⁾.

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه "تأمين من الأضرار وهو يهدف إلى تأمين المؤمن له من الرجوع عليه بالتعويض على إثر قيام مسؤوليته عن الفعل الضار"⁽³⁾.

كما يعرف التأمين من المسؤولية أنه: "ذلك العقد الذي يضمن بموجبه المؤمن للمؤمن له من الأضرار التي تلحق به بسبب رجوع الغير عليه بالمسؤولية، مقابل أقساط يدفعها المؤمن

(1) قجالی مراد، المرجع السابق، ص.138.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (عقود الغرر - عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص.1644-1645.

(3) عبد الرزاق بن خروف ، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج 1 ، التأمينات البرية، مطبعة حيرد، الجزائر، 2000، ص.206.

له⁽¹⁾، ولذلك فإن الهدف من التأمين من المسؤولية هو تعويض المؤمن له عن الأضرار التي تلحق به نتيجة تحقق مسؤوليته نحو الغير ورجوع هذا الغير عليه⁽²⁾.

وعرفه الفقيه الفرنسي (J.Hermard) بأنه: " عملية ينظم بموجبها المؤمن في شكل تبادلي مجموعة المؤمن لهم المعرضين للإصابة ببعض الأخطار ليعوض من أصابته منه كارثة"⁽³⁾ ومن خلال هذه التعاريف ، يظهر لنا جليا أن التأمين هو عملية قانونية يتم بمقتضاها استفادة أحد المتعاقدين وهو المؤمن له من مبلغ مالي عند تحقق الخطر المؤمن منه مقابل الأقساط التي يدفعها إلى المتعاقد الآخر وهو المؤمن (شركة التأمين).

ويتميز التأمين من المسؤولية المدنية باعتباره نوعا من أنواع التأمين عن الأضرار عن غيره من التأمينات، بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن لضمان المؤمن له تجاه دعاوى المسؤولية التي قد يباشرها الغير تجاهه، وهو في هذا يتميز عن النوع الثاني من التأمين عن الأشياء، بأن هذا الأخير يضمن عنصرا إيجابيا من ذمة المؤمن له، بينما يضمن التأمين من المسؤولية عنصرا سلبيا من ذمته المالية وهو دين المسؤولية⁽⁴⁾.

ومن ثم، فإن الخطر المؤمن عنه في عقد التأمين من المسؤولية يتصف بخاصية جوهرية تميزه عن التأمين على الأشياء، على اعتبار أنه يرتب علاقة ثلاثية (relation tripartite)، فبالإضافة إلى طرفي العقد الذي يشترك فيه كل من المؤمن والمؤمن له، يندمج طرف ثالث في العلاقة القانونية وهو الغير المعرض للخطر، باعتباره الطرف المستفيد من التغطية التأمينية وذلك بالرغم من عدم اشتراكه في العقد ابتداء⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد 02 ، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهن والترتب مدى الحياة، وعقد التأمين، دار النهضة العربية، ج7 ، 1990 ، ص2066 .

(2) المر سهام، المرجع السابق، ص.484.

(3) أمجد عبد الفتاح أحمد حسان ، النظام القانوني لتعويض حوادث المرور، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002، ص.30.

(4) بن طرية معمر ، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة(دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 01، 2014، الجزائر، ص.129. يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، عن مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص.185.

(5) Lahlou Khiair GHENIMA, Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse Doctorat, Alger, 2005, p.101.

وعلى ضوء ما سبق، يمكننا القول بأن التأمين من المسؤولية الطبية هو عقد يضمن مسؤولية الطبيب- المؤمن له- من رجوع المريض الذي أصابه ضرر يكون الطبيب مسؤولاً عن تعويضه⁽¹⁾.

ثانياً: خصائص عقد التأمين من المسؤولية الطبية

لا يخرج عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية من الخصائص العامة والمبادئ العامة التي يقوم عليها عقد التأمين، حيث يتميز عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بعدة خصائص، أين يقتصر دور المؤمن له على قبول الشروط التي تستقل شركات التأمين بإعدادها مسبقاً في شكل نماذج مختلفة حسب نوع وطبيعة كل عملية.

وتتقلص إرادة المؤمن له في تحديد بنود العقد أو الإلتزامات الناشئة عنه، فليس في وسع المؤمن له سوى قبول أو رفض بنوده، وليس في إمكانه مناقشة شروطه ولو بصفة عامة، كما أنه يعتبر من العقود الاحتمالية ومن عقود حسن النية، كما يعتبر من العقود المستمرة في التنفيذ⁽²⁾، ويمتاز عقد التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي بخصائص خاصة، تتمثل فيما يلي:

أ - **عقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير:** وهذا ما أكدت عليه الفقرة 02 من المادة 11 من قانون التأمين الجزائري⁽³⁾، والتي جاء فيها: "يستفيد من هذا التأمين وبهذه الصفة المكتتب أو كل مستفيد معروف أو متوقع كاشتراط لمصلحة الغير". حيث أن المستفيد من التأمين ليس المؤمن له، وإنما هو الغير الذي تضرر نتيجة تصرف الطبيب في الأعضاء البشرية أو غيره من المساعدين، حيث تسببوا في ضرر الغير نتيجة خطأ أو إهمال، فهنا تتدخل شركة التأمين لتغطية الأضرار وذلك بمنح تعويض للمتضرر كأثر عن تحقق مسؤوليته المدنية.

ب - **عقد إلزامي على المسؤولية المدنية في المجال الطبي :** تحقيقاً لكفالة حصول

المضرورين على التعويض المناسب، وحماية للأطباء، ألزم قانون الصحة العامة الفرنسي في

(1) **يخلف عبد القادر**، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد

المسؤولية المدنية للأطباء، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، الجزائر، ص.186.

(2) **المر سهام**، المرجع السابق، ص.485.

(3) الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج. ر. العدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج. ر. العدد 15، الصادر في 12 مارس 2006.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

المادة 2-1142 L المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 04 مارس 2002، الأطباء وجميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 2-1142 L الفقرة الرابعة من قانون الصحة العامة على أن : "تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي أجراءها العاملين ضمن حدود المهنة الممنوحة لهم، حتى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب"⁽¹⁾.
أما بالنسبة للقانون الجزائري ، فقد نصت المادة 167 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه: "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"⁽²⁾، كما أكدت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على أنه: "يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاهم"⁽³⁾.

كما أضافت المادة 169 من الأمر نفسه على أنه: « يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن يكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له».

وفيما يخص التجارب الطبية، فقد ألزم المشرع الجزائري في القرار الوزاري رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، في المادة 15 المشرف على التجربة بإجراء التأمين الإجباري على مسؤوليته المدنية، ونصّ في المادة 31 على وجوب تقديم المشرف تعويضاً للشخص عن الأخطار المترتبة في حالة إجرائه للتجارب بدون فائدة مباشرة مع استثنائه للقصر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ L'article L1142 alinéa 4 C.S.P.F « L'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie ; même si ceux ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

⁽²⁾ الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق ل 25 يناير 1995، ج.ر العدد 13 الصادرة في 07 شوال عام 1415 هـ/ الموافق ل 08 مارس 1995، السنة 32، ص.35-36.

⁽³⁾ المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، المؤرخ في 10 شوال عام 1428 هـ الموافق ل 22 أكتوبر 2007، ج ر العدد 67 الصادرة في 12 شوال عام 1428 هـ الموافق ل 24 أكتوبر 2007، السنة 44، ص.ص.11-16.

⁽⁴⁾ نصت على ذلك المادة 34 من القرار الوزاري السابق ذكره.

كما أنه بالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 200 الصادر في 25 جويلية 2009، والذي يحدد إرساء القواعد الحسنة للتطبيقات السريرية، فقد نصّ في الفصل الأول فقرة 1.11 على وجوب إعلام الشخص الخاضع للتجربة بإجراءات التعويض والعلاج اللازم في حالة ما إذا تعرض لأضرار أو إعاقة نتيجة خضوعه للتجربة.

أما المادة 393 من قانون الصحة رقم 18-11، فقد حملت المرقى في الدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة وفي كل الحالات، حتى وإن انعدم الخطأ تعويض الآثار المسببة للضرر⁽¹⁾ بسبب الدراسة لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه.

يظهر من خلال المادة 393 أعلاه أن المشرع الجزائري كان حاسما إزاء التجارب الطبية على الإنسان حيث أن موافقة المتطوع، وكذا الإجراءات المتبعة بخصوص هذا الشأن من بينها ترخيص من الوزير المكلف بالصحة وكذا رأي لجنة الأخلاقيات الطبية⁽²⁾، لا تعفي الشخص المبادر بالتجربة والمقصود به المرقى من مسؤوليته المدنية، فهي مسؤولية بدون خطأ تقوم بمجرد ترتب الضرر المتمثل في عدم تحقق النتائج المرجوة القائمة على فكرة الضمان، مما يستوجب التأمين الإجباري عن هذه المسؤولية (Assurance obligatoire)⁽³⁾، بل أن الضمان يلحق ذوي حقوق الخاضع للتجربة، وهذا طبعا في حالة وفاة هذا الأخير، وهذا أمر معمول به في القواعد العامة نسبة للضرر المرتد.

ومن أجل ضمان التعويض عن المخاطر المترتبة عن الدراسات العيادية، فقد ألزم المشرع المرقى باكتتاب تأمين يغطي مسؤوليته المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به⁽⁴⁾. وأعاد المشرع الجزائري النص على المقابل المادي بالمادة م 398 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، حيث أكد أن هذا المقابل لا يترتب إلا عن الدراسات العيادية التي تكون بدون منفعة فردية مباشرة، مستثنيا بذلك الدراسات العائدة بفائدة فردية مرجوة، والتي خصها

(1) للإشارة، فإن نفس الفكرة كانت تنص عليها المادة 4/168 من القانون 85-05 الملغى: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

(2) راجع المواد 395، 396 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة بخصوص هذه الإجراءات.

(3) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري- دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص.103.

(4) وهو ما نصت عليه المادة 397 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

بتعويض المصاريف التي دفعها هؤلاء الأشخاص، والعلة في ذلك أكيد أن هذه الدراسة الأخيرة تعتبر كنوع من أنواع التجارب الطبية والتي يطلق عليها التجارب العلاجية. وباستقراء المادتين 392 و 398 من نفس القانون، يتبين أن الأشخاص الخاضعين للدراسة العيادية بدون منفعة فردية، خصهم المشرع بالمقابل المادي كتشجيع على المبادرة التي لا تعود عليهم بالنفع وخدمة للبحث العلمي، وكتعويض عن الصعوبات التي يتحملونها، بالإضافة إلى التعويض عن الضرر في حالة حدوثه، أما الأشخاص الخاضعين للدراسة العيادية ذات المنفعة الفردية، فإن المشرع لم يجعل لهم مقابل مادي؛ بل تعويض المصاريف المدفوعة من قبلهم، وكذا التعويض عن الضرر في حالة حدوثه بموجب المسؤولية المدنية الذي يتم عن طريق شركة التأمين نتيجة التأمين الإجباري.

ج- عقد ملزم ومقترن بجزء

فرض قانون الصحة العامة الفرنسي جزاء عدم التأمين ، غرامة بالإضافة إلى المنع من الممارسة الطبية، في حالة عدم الإلتزام بالتأمين من المسؤولية، وهذا ما نصت عليه المادة 25-1142 L1142-25(1): "يعاقب على الإخلال بالزامية التأمين المنصوص عليه في المادة 2-1142 L1142-2 بغرامة تقدر ب 45000 أورو، كما يعاقب الأشخاص الطبيعيين على ارتكابهم الجريمة المذكورة في هذه المادة، أيضا بعقوبة تكميلية بالمنع حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 131-27 من قانون العقوبات..."(2).

ودخل هذا الجزاء في مجال التطبيق، بموجب القانون رقم 2002 - 1577 الصادر في 2002/12/30 والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، والذي حدد أول جانفي 2004 تاريخ لبدأ المساءلة القانونية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين.

أما جزاء عدم التأمين وفقا للمادة 184فقرة أولى من الأمر 95-07المتعلق بالتأمينات الجزائرية فقد نصت على أنه: " يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 والمادة 174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 د.ج إلى 100.000 د.ج ويعتبر هذا الجزاء جزاء رمزي وليس بجزاء حقيقي كما هو في القانون الفرنسي.

(1) Article L 1142 25 du C.S.P.F dispose que «le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L.1142 2 est puni de 45000€ d'amende.

Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131 27 du code pénal. ».

(2) code pénal français.

د - عقد تأمين تعويضي ومهني

الهدف الأساسي من التأمين من المسؤولية هو تعويض المؤمن له عن الخسارة التي تلحقه نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق للمتضرر من الأضرار المتسبب فيها للغير أثناء مزاوله مهنة الطب، وهو بمثابة درع يقي المهني (الطبيب) من الأخطار التي تنتج عن أخطائه المهنية، وبالتالي فإن محل هذا العقد هي الأخطار المرتبطة بالمهنة الطبية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الأهمية التأمين من المسؤولية الطبية

وضع المشرع الفرنسي عنوانا دقيقا لهذا التأمين وهو تأمين المسؤولية المدنية الطبية في إطار الفصل الرابع من الكتاب الثاني المتعلق بالتأمينات الإلزامية من قانون التأمين⁽²⁾. وتعود بوادر هذا التخصص إلى القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002، والمتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة "Loi Kouchner"⁽³⁾ وكذلك القانون رقم 2002-1577 المؤرخ في 30 ديسمبر 2002 والمتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية (Loi About)⁽⁴⁾ والذي أرسى التأمين على مخاطر المسؤولية المدنية الطبية كتأمين إلزامي يقوم أساسا على ضمان التعويض للمضرور⁽⁵⁾.

إن الغرض من التأمين على المسؤولية هو ضمان الآثار المالية المترتبة عن مسؤولية المؤمن له المدنية المهنية، حيث فرضت مختلف التشريعات على الطبيب كغيره من أصحاب المهن الحرة اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه مرضاه وتجاه الغير حماية للطبيب وكفالة لحقوق المرضى.

فالتأمين على المسؤولية المهنية للأطباء عن الأضرار التي تلحق بالمرضى نتيجة الخطأ الطبي يعتبر ضروري، فإذا قامت المسؤولية في جانب الطبيب تكون شركة التأمين ملزمة بحسب العقود التي أبرمتها مع الطبيب أو القطاع الصحي الخاص بدفع تعويض للمريض، وتعوض

(1) يخلف عبد القادر، المرجع السابق، ص. 188.

(2) Livre II: Assurances obligatoires: Titre V : L'assurance de responsabilité civile médicale. www.Legifrance.gouv.fr

(3) Loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 Mars 2002. www.Legifrance.gouv.fr

(4) Loi n° 2002-1577, du 30 Décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale. JORF du 31 Décembre 2002.

(5) Pierre-Louis BRAS, Christine D'AUTUME, Bernadette ROUSSILLE et Valerie SAINTOYANT, l'assurance en responsabilité civile médicale, rapport RM2007- O27P, Février 2007.p.6. www.Ladocumentationfrançaise.fr

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

شركة التأمين بحسب نسبة التأمين في العقد، ومن هذا المنطلق يكون قانون التأمين قد كفل حماية الطبيب والمريض والعيادة الخاصة على حد سواء.

كما يحقق هذا النظام للمضروب ميزة الرجوع بالتعويض مباشرة على المؤمن، حيث يرتكز على أساس توزيع المخاطر بين أفراد المجتمع، ويلتزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض مقابل دفع الأقساط من طرف المؤمن له، ولقد اتسع نطاق التأمين نتيجة للتطور الذي شهدته المسؤولية المدنية، وذلك لظهور النظريات التي تنادي بتأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر، وظهور المسؤولية اللاخطئية، حيث تطور الأمر في صالح المضروب؛ فلم تعد المسؤولية تقام على الخطأ الواجب الإثبات وحده.

وبناء على هذا التطور أضحت هناك علاقة وطيدة بين التأمين والمسؤولية؛ تتمثل هذه العلاقة فالسباق بينهما؛ إذ أنه كلما اتسعت دائرة المسؤولية اتسع نطاق التأمين؛ أين يمكن للمؤمن له أن يتحصن خلف المؤمن ليدراً عنه خطر الإلتزام بالتعويض، ومن جهة أخرى كلما اتسع نطاق التأمين فإن القضاء يجد في هذا خير مبرر لالتساع في المسؤولية⁽¹⁾.

وقد تبوأ نظام التأمين من المسؤولية المدنية للمهنيين بشكل عام وفي المجال الطبي بشكل خاص مكانة مرموقة في سلم الأنظمة القانونية، وقد ساهم في ذلك اشتماله على مزايا التأمين بصفة عامة من جهة، وعلاقته الوطيدة بأنظمة المسؤولية المدنية من جهة أخرى، فمن خلال هذه الأخيرة دبت الروح في أوصاله، وإن كان بمولده قد أولى المسامير في نعش المسؤولية، معجلاً بظهور مناقشات حول أساسها ووظيفتها⁽²⁾.

وإن كان هذا النظام السبب الرئيس في الازدهار المذهل الذي شهدته المسؤولية المدنية من حيث اتساع نطاقها، فإنه قد أفرغها من جوهرها بتجريدتها من كل معنى جزئي، في مقابل تعزيز وظيفتها التعويضية لتصبح قاعدة ضمان للمضروب، وهو بذلك يكون قد أضفى عليها صبغة من الغموض، ذلك أن تحصين الفرد بالتأمين من المسؤولية، ينأى به عن المساءلة عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب أفعاله مهما كانت درجة الخطأ الجسيم⁽³⁾ منه - دون العمل-

(1) بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص.230.

(2) بكوش آمال، المرجع السابق، ص.328.

(3) محمد المرسي زهرة، أحكام عقد التأمين، دار الحقوق، 1985، ص.99.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

في الوقت الذي يحمل فيه أوزار أخطائه البسيطة متى كان ضحية لها، وهو ما يكشف عن موقف متناقض لا يجد سندا له في المنطق ولا في القاعدة الأخلاقية.

وإن كان هذا التناقض يؤكد على ما يمكن أن يسمى بإضمحلال المسؤولية الفردية، التي اعتبر البعض أن العصر الحديث قد أسفر عن أفول نجمها، وأن الواقع ينبأ عن بداية مرحلة "مجتمعات التأمين من المسؤولية المدنية"، التي سيغطي التأمين كافة جزئياتها⁽¹⁾.

هذا ويقتضي المقام هنا الإشارة إلى أن علاقة المسؤولية بنظام التأمين قد أوجدت نوعا من التطور السريع داخل كيانها، ذلك أن ما أصاب الأساس القانوني للمسؤولية المدنية بشكل عام، والمسؤولية الطبية بشكل خاص من عجز، حرّك رياح التغيير التي زعزعت الكثير من الأنظمة القانونية ذات الطابع التقليدي وكرست الاتجاه بخطوات أكثر جرأة نحو اعتماد الضرر كأساس جديد، ليكون له مكان الصدارة في الأنظمة الحديثة.

وهو ما فعل اللجوء للتأمين في إطار بوتقة المسؤولية الجماعية، بحثا عن حلول أكثر إنسانية، وإن كانت بعض الأنظمة القانونية لا تزال تسير باستحياء نحو تقليص الأساس التقليدي تحت شعار " الخطأ المفترض"، فإن هذا الأمر يمثل نوعا من الانقلاب على الأعراف، ورجوعا إلى فكرة الضرر⁽²⁾.

وتكمن أهمية التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي بالدور المزدوج الذي يناط به، فهو يشكل حماية للمسؤول وضمانا للمضرور، وهو بذلك يكون قد أوجد نوعا من الضمان للطرف الضعيف من مظنة إفسار أو عدم ملاءة المسؤول، ذلك أن موضوع عقده ينظر إليه في المقام الأول على أنه يضمن الإلتزام بالتعويض الذي يقع على عاتق المسؤول المؤمن له،

(1) بكوش آمال، المرجع السابق، ص.328.

(2) وفي ذلك يقول الفقيه (Markersins) أنه من الأفضل الاعتراف الصريح بأهمية عنصر التأمين وتأثيره على عناصر المسؤولية، ومحاولة التوفيق بينهما في نطاق الممكن بدلا من ذلك الموقف الغامض الذي يضع القضاء نفسه فيه، حيث يتأثر في الواقع عند اتخاذ القرار في دعاوى المسؤولية المدنية بوجود التأمين ولكنه لا يفصح عن ذلك، بل يتخفى وراء أفكار أخرى تقليدية لا تكشف عن الحقيقة وتجعل محاولة إيجاد تبرير قانوني لهذه الأحكام أمرا غامضا أو غير كاف. راجع في ذلك :

Basil S.Markesinis, la perversion des notions de responsabilité civil délictuelle par la pratique de l'assurance. Conférence prononcé. le 11, mars1983, Rinder. Comp, p.202ets.

أشار إليه **ممدوح خيرى هاشم** ، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003، ص.236.

ويضمن في ذات الوقت حق المضرور في التعويض الذي يشكل الدين محل عقد التأمين، فكل من هذا الحق وذلك الإلتزام وجهين لعملة واحدة، ولا يعدو أحدهما أن يكون انعكاسا للآخر⁽¹⁾. ومهما يكن من أمر، فإن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان في إطار الإلجبار أم الاختيار يوفر الحماية للطرفين ويكفل نوعا من التعاضد بين طبيب لا يضيره مساندة هيئة مليئة للمضرور منحه كامل ثقته، وبين مريض أبعد عنه مظنة اللجوء إلى القضاء، وبهذا يكون التأمين هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للتقريب بين ما يسعى إليه الطبيب وما يأمل به المريض. كما أنه يشكل من جهة أخرى دعامة قوية لنظام المسؤولية المهذب بالانهايار بسبب الإفلاس شبه المطلق للمسؤولية خاصة في مجال الأضرار الجسيمة، حيث يكون مقدار التعويض فيها غير متكافئ مع الدخول الخاصة.

وهنا تبرز أهمية التأمين من المسؤولية الطبية الذي لاقى ازدهارا وإيناعا نتيجة لتفاهم الأخطار، إذ كلما اقترب الخطر اتسع نطاق التأمين، بالإضافة إلى نظام التأمين يعد بحق نهاية المطاف لإيجاد وسيلة لجبر الضرر بعد أن تبين قصور بقية الوسائل القانونية المتاحة عن إيجاد حلول كافية.

ويجسد نظام التأمين الإلجباري من المسؤولية الطبية طموح المشرعين نحو التحرر من قيود القواعد والمفاهيم التقليدية للقانون، ذلك أنه يعكس حتمية التطور نحو تفعيل ضمان حق المضرور في التعويض بصرف النظر عن وجود المسؤول، كما يجسد في الوقت ذاته دعامة راسخة تساند النظام الحالي، فكأنه نظام وجد ليعايش بين الضدين⁽²⁾.

وقد تنبته الأنظمة القانونية الحديثة إلى هذه الأهمية، مما حدا بالعديد منها إلى إعادة النظر في هذا النظام بكيفية تتناغم والأصوات المتعالية للفقهاء التي تتنادي بجعل التأمين من المسؤولية الطبية إجباريا⁽³⁾.

(1) محمد نصر الدين منصور ، ضمان تعويض المضرورين بين قواد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001، ص.183. بكوش آمال، المرجع السابق، ص.332.

(2) بكوش آمال، نفس المرجع، ص.333.

(3) منصور جواد ، توجهات المسؤولية المدنية الطبية- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2016-2017، ص.116.

يتضح مما سبق أن التأمين من المسؤولية الطبية أصبح مبدأ قانوني لا يمكن تجاوزه باعتباره تأمين إلزامي وجب الامتثال له، وإلا وقع تحت طائلة عقوبات جزائية وذلك بسبب كثرة وانتشار الأضرار في مجال الأعمال الطبية المختلفة⁽¹⁾، غير أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تخصيصه لنظام قانوني خاص بالتأمين على المسؤولية الطبية في جميع جوانبها رغم كثرة الأخطاء الطبية، كما هو معمول به بالنسبة للتأمين على حوادث السيارات وغيرها، مما يتطلب الأمر الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم التأمين على المسؤولية والمتناثرة في التشريع الخاص بالتأمين، وقد يتطلب الأمر العودة لنصوص القانون المدني لاستخلاص بعض الأحكام⁽²⁾، وهذا يوضح عدم الاهتمام بهذا النظام بقدر يتناسب مع أهمية التعويض الاجتماعي⁽³⁾.

وعليه، فإن الأطباء وأصحاب المنشآت الطبية ملزمون بالتأمين من مسؤوليتهم المهنية، مما شجع المرضى على إقامة دعوى المسؤولية مطالبين بحقوقهم، خاصة أن دعوى التعويض لا تمس الذمة المالية للطبيب بوجود شركات التأمين، فينتفي معها عامل الإحراج والتردد، غير أن التساؤل الذي يطرح هو مدى تغطية التأمين لكافة الأضرار التي تصيب المرضى من جراء أخطاء الأطباء، وفي بعض الأحيان قد يلحق هؤلاء ضرر دون وجود ثمة خطأ طبي، فهل يستفيدوا من التعويض.

المطلب الثاني: الأنظمة الخاصة للتعويض عن الأضرار الطبية

إن تعويض الأضرار الناجمة عن الأضرار الطبية عامة والأضرار الناتجة عن التصرف في أعضاء الجسم البشري خاصة من الأهمية بمكان، ذلك أنه من الواجب والمنطق إعادة الشخص إلى وضع يشعر فيه بالرضا، حتى ولو لم يكن رضاء تاما عن الحالة التي آل إليها بعد الإصابة، لذلك أصدرت أغلب الدول ترسانة من التشريعات المختلفة بغرض جبر هذا الضرر وأصبحت في الأخير وظيفة التعويض هي جبر الضرر.

(1) تنص المادة 184 من قانون التأمين الجزائري على أن: « يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المشار إليه في المواد من 163 إلى 172 و174 أعلاه، بغرامة مالية يتراوح مبلغ بين 5000 دج و100000 دج، يجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال باكتتاب التأمين المعني.....»

(2) دهقان حميدة، التأمين من المسؤولية الطبية، العدد خاص بالملتقى الدولي حول أنظمة التأمين، العدد 6، حوليات جامعة بشار، 2009، ص.67-68.

(3) مواسي العجدة، المرجع السابق، ص.261.

ونظرا لما طرأ على المجتمع من تغيرات اجتماعية، اقتضت الوقوف بجانب الطرف الضعيف في دعاوى المسؤولية، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إصدار قوانين خاصة، من خلالها يتم تعويض المتضررين من الأخطار الطبية، حيث أنشأت صناديق خاصة لتعويض هؤلاء المضرورين، إذ ليس من العدالة أو المنطق أن يبقى المضرور دون تعويض، على الرغم من الأضرار الجسيمة التي لحقت، ولعل أهم نموذج هو القانون الفرنسي⁽¹⁾.

الفرع الأول: التعويض عن الحوادث الطبية طبقا للقانون رقم 2002-303 المتعلق

بحقوق المرضى

لقد جاء قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى، المنتظر منذ مدة في فرنسا بالجديد في ميادين مختلفة مرتبطة بمجال الطب، ولعل من بين الأسباب التي عجلت بصدر هذا القانون مخلفات قرار "بيروش" (arrêt perruche)⁽²⁾، حيث تتلخص وقائعه في حصول الطفل Nicolas perruche ووالديه على تعويض بسبب ازدياد هذا الأخير وهو مصاب بمرض Syndrome de Gregg سببه داء الحميراء (La rubéole) الذي كانت مصابة به الأم وهي حامل، وقد استندت السيدة perruche في دعواها على خطأ الطبيب ومخبر التحاليل اللذين عجزا عن اكتشاف الداء في الوقت المناسب لتمكينها من إجهاض الجنين⁽³⁾.

لقد وضع هذا القانون نظاما خاصا بالتعويض عن الحوادث الطبية التي شكلت محور نقاش المختصين من رجال القانون وأهل الطب لسنوات عديدة ، وقد أصبح التعويض عن الحوادث الطبية بدون خطأ مشكلة متفاقمة منذ أكثر من ثلاثين سنة ، حيث لم تتجح الكثير من المشاريع القانونية المقترحة بخصوص هذا الموضوع طيلة المدة الممتدة بين 1973 و1998.

(1) بحماوي الشريف، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.271.

(2) Cass.ass.Plén., 17 novembre 2000, n0 99-13701. J.C.P. G 2000, 2, 10438 "Vu les articles 1165 et 1382 du code civil; Attendu qu'un arrêt rendu le 17/12/1993 par la cour d'appel de paris a jugé, de...Casse et annule, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les partie, par la cour d'appel de paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993".

(3) الشيء الغريب في هذا الحكم هو قرار محكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفل من جهة، وكذا الضرر الذي أصاب الوالدين من جهة أخرى، وهو ما يخالف اتجاه مجلس الفرنسي الذي رفض في قضية أخرى أن يكون واقعة " الميلاد أو الوفاة فرصة أو نكسة للاستفادة من آثارها القانونية"، راجع في ذلك: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.299.

وفي بداية الثمانينات تم استحداث منصب "مصلح طبي" (conciliateur médical) بمرسوم صدر بتاريخ 15 ماي 1981 لغرض تسهيل التسوية الودية للنزاعات القائمة بين الأطراف المعنية، غير أن هذا المرسوم تم إبطاله من قبل مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 31 ماي 1989، بحجة أن القانون فقط، هو الذي يسمح لـ " المصلح" بأن يضطلع على الملفات الطبية المحمية بالسر المهني، ومن ثم لم يكن من العدل أن يبقى ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض من جهة، ومن جهة أخرى لم يكن من العدل أيضا أن يتحمل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث بدون خطأ. وهو ما يفسر تردد القضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة بين حماية الطبيب أم المريض. وقد تضمن القانون الجديد، إضافة إلى موضوع المسؤولية الطبية، إصلاحا شاملا لحقوق المريض، ففي مجال التعويض عن الحوادث الطبية وضع القانون الجديد نظاما للتسوية الودية يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني، وفي حالة وقوع ضرر للمريض نتيجة حادث طبي يتحصل هذا الأخير على التعويض المناسب في إطار التضامن الوطني. وبناء على ذلك لم يعد بالإمكان للجهات القضائية مطالبة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية بحكم أن هذا المجال أصبح من اختصاص الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية. ولتمكين المضرور من الحصول على التعويض المناسب في مثل هذه الحالات، وكذا حماية ممارسي المهن الطبية ألزم قانون 04 مارس 2002 الأطباء وجميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية، مع العلم أن القانون المشار إليه رصد الغرامة بمبلغ 45000 أورو، والمنع من الممارسة في حالة عدم الإلتزام بالتأمين. ودخلت هذه القاعدة حيز التطبيق بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2002 والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، الذي حدد الفاتح من شهر جانفي 2004 كتاريخ لبدأ المتابعات القضائية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين. وعلى هذا الأساس يستفيد المريض المتضرر حاليا في فرنسا من نظام مزدوج للتعويض عن الأخطاء الطبية يتمثل فيها يلي :

1- التعويض عن طريق المسؤولية المدنية بالنسبة للأضرار الطبية التي يمكن إسنادها إلى خطأ الطبيب.

2- التعويض عن الحوادث الطبية من الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية في إطار التضامن الوطني⁽¹⁾.

كما أحدث القانون رقم 2002-303 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، نظاما خاصا بتعويض الأضرار الطبية الطارئة، والتي شغلت بال الكثير من الفقه والقضاء في فرنسا، حيث قرر أقصى درجات الحماية في الحصول على تعويض عما أصابهم من ضرر، سواء كان الضرر بسبب الخطأ أم بسبب المخاطر الملازمة لطرق العلاج والتشخيص⁽²⁾.

أولا: تأكيد الخطأ أساسا للمسؤولية الطبية

أضاف القانون رقم 2002-303 مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة في فرنسا، ومن هذه المواد المادة L.1142-1 التي تنص على أنه : "لا يسأل محترفو الصحة، وهم الأطباء والصيادلة والممرضون، وكذلك كل مؤسسة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو بالتشخيص أو بالعلاج، عن النتائج لضرارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ، وذلك باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، وتلتزم المؤسسات والأقسام والهيئات المنصوص عليها في الفقرة الأولى بتعويض الأضرار الناجمة عن إلتانات المشافي، إلا إذا إثبتت أنها ناجمة عن سبب لا يد لها فيه"⁽³⁾.

وأضاف القانون رقم 2004/806 الصادر بتاريخ 2004/08/09 المتعلق بسياسة الصحة العامة في فرنسا والمعدل للنظام القانوني للبحوث الطبية الحيوية، فقرة ثانية إلى هذه المادة وتنص هذه الفقرة على أنه : "عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو قسم أو إحدى الهيئات المشار إليها في الفقرة الأولى أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي أو إصابة أو التهاب يعطي الحق للمضرور أو لورثته بعد وفاته في التعويض باسم التضامن الوطني"⁽⁴⁾.

(1) عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص303.

(2) بحماوي الشريف، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.275.

(3) Art : L.1142-1 « Hors le cas ou leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, services ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. ».

(4) بحماوي الشريف، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.277.

فقد تم إنشاء نظام للتعويض عن الحوادث الطبية يقوم على التسوية الودية يتكفل بها جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني، يمكن من خلالها تعويض المتبرع عن الأضرار التي ترتبت عن العملية⁽¹⁾.

وبخصوص التصرف في الأعضاء البشرية، فقد اعتبرت المادة 1235-3 من تقنين الصحة العامة الفرنسي⁽²⁾ أن كل عملية نزع العضو من من أجل التبرع هي عملية طبية، مما يعني أن هذه المادة تدخل المتبرع في الضمان الاجتماعي، وهذا ما تؤكد صراحة بإصدار تعليمة من الضمان الاجتماعي تنص على وجوب ضمان تعويض المصاريف التي تكبدها المتبرع، كما أضاف المرسوم 409-2000 الصادر في 11 ماي 2000 إلى قانون الصحة العامة فصل بعنوان "تعويض المصاريف التي تم إنفاقها في نزع الأعضاء" (Remboursement des frais engagés à l'occasion de prélèvement d'organes) فهذا المرسوم يحدد شروط الحصول على تعويض المصاريف التي تكبدها المتبرع وعائلته، كضياح أجره العمل من طرف المؤسسة الصحية التي قامت بإجراء العملية⁽³⁾.

ثانيا : التعويض على أساس الضرر

استثنى قانون حقوق المرضى لعام 2002 مسؤولية القائم بالبحوث الطبية الحيوية من نطاق أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ، وأبقتها خاضعة لأحكام المادة 7-1121 L. من قانون الصحة العامة.

وتنص هذه المادة على أنه يلتزم القائم بالبحوث الطبية الحيوية بتعويض الشخص الذي قبل أن يخضع لها أو ورثته، عن الأضرار التي لحقت به إذا كانت هذه البحوث لا تحقق منفعة فردية مباشرة له حتى لو لم يكن هناك خطأ، ولا يمكن له أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات فعل الغير أو انسحاب الشخص الإرادي من التجربة، إذاً هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية تقوم على المخاطر.

(1) وهو ما نصت عليه المادة 1142-1-1 من تقنين الصحة العامة الفرنسي.

(2) Article L1235-3 du code de la santé publique dispose : « Tout prélèvement d'organes effectué dans les conditions prévues par le chapitre III du présent titre est une activité médicale ».

(3) Article L1211-4 du code de la santé publique dispose que : « Les frais afférents au prélèvement, ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte ». Voir aussi : OIKAOUI Yenès, "La transplantation d'organes en droit marocain, quelles perspectives", Revue générale du droit médical N° 36, Paris, Septembre 2010, PP 223 - 232 , p 272

أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فتتص على أنه بالنسبة للبحوث الطبية الحيوية التي تحقق منفعة فردية ومباشرة، فإن القائم بالبحوث يلتزم بتعويض الشخص الذي قبل الخضوع لها، أو ورثته، عن الأضرار التي لحقت به إلا إذا أثبت أنه لم يخطئ، ولا يمكن له هنا أيضاً أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات فعل الغير أو انسحاب الشخص الإرادي من التجربة. ويتضح من ذلك أن هذه المسؤولية هي مسؤولية خاصة تقوم على خطأ مفترض ولكنه يقبل إثبات العكس (1).

ويتاريخ 2004/08/09 أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2004-806 المتعلق بسياسة الصحة العامة والذي أدخل في قانون الصحة العامة أحكام التوجيه الأوربي الصادر عام 2001 والمتعلق بالبحوث الطبية الحيوية، ومن ثم، فإن هذا القانون عدّل النظام القانوني لهذه البحوث في القانون الفرنسي. وأصبحت مسؤولية القائم بمثل هذه البحوث تخضع لأحكام المادة 10-1121 L من قانون الصحة العامة.

وتتص هذه المادة، على أنه يلتزم القائم ببحث طبي حيوي بتعويض الأضرار الناجمة عن البحث والتي تلحق بالشخص الذي قبل أن يخضع له أو بورثته، باستثناء حالة ما إذا أثبت أن هذه الأضرار غير ناجمة عن خطئه، أو عن خطأ أي متدخل آخر في البحث، دون أن يكون له الحق في التمسك بخطأ الغير أو برجوع الشخص الذي قبل بصورة مسبقة الخضوع للبحث عن رضاه، وعندما تنتفي مسؤولية القائم بالبحث، يمكن للمضرورين الحصول على التعويض طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة من 3-1142 L هذا القانون (2).

ويتطلب إجراء البحث الطبي الحيوي أن يقوم القائم به بإبرام عقد تأمين بشكل مسبق تضمن مسؤوليته المدنية طبقاً لنص هذه المادة، وكذلك مسؤولية أي متدخل في البحث بغض النظر عن العلاقات القائمة بين المتدخلين والمروج أو القائم بالبحث وأحكام هذه المادة هي من النظام العام.

ويشمل التأمين من المسؤولية المدنية المنصوص عليه في الفقرة السابقة النتائج المادية للكوارث التي تعود أسبابها إلى البحث الطبي الحيوي منذ أن توجه أول مطالبة للمؤمن أو

(1) صالح فواز، المرجع السابق، ص.145.

(2) المرجع نفسه، ص.145.

للمؤمن له خلال الفترة الممتدة من بداية البحث وحتى انقضاء مدة لا يمكن أن تقل عن عشر سنوات على انتهاء البحث.

وتعفى الدولة، إذا كانت هي القائمة بالبحث أو المروجة له، من إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية، وفي كل الأحوال تخضع الدولة للإلتزامات المفروضة على المؤمن عندما تكون شركة التأمين تابعة لها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التعويض عن طريق صندوق التضامن الوطني الفرنسي

من الأهداف الأساسية لصدور القانون المتعلق بحقوق المرضى عام 2002 هو تلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون الذين لم يكن يحق لهم الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية وذلك لانعدام ركن الخطأ، لذلك فقد قرر المشرع وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني، وفقاً لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات عدة. وهذا النظام مكرس في المادة 1-1142 L. من قانون الصحة العامة. وتطبق هذه الأحكام الجديدة على الحوادث الطبية الناجمة عن أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج التي تمت بدءاً من 2001/09/05، حتى لو كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث محل دعوى تنظر أمام القضاء ما دام لم يصدر قرار قطعي فيها، طبقاً لما نص عليه القانون رقم 1577/2002 المؤرخ في 2002/12/30، في المادة الثالثة منه⁽²⁾.

وتتص الفقرة الثانية من المادة 1-1142 L. من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه:

"عندما لا يمكن إثبات مسؤولية الطبيب أو المؤسسات والأقسام والهيئات الطبية المنصوص

⁽¹⁾ L'article L.1121-10 du Code de la Santé publique dispose: (Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche. Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues à l'article L. 1142-3. La recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

La garantie d'assurance de responsabilité visée à l'alinéa précédent couvre les conséquences pécuniaires des sinistres trouvant leur cause génératrice dans une recherche biomédicale, dès lors que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre le début de cette recherche et l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à dix ans courant à partir de la fin de celle-ci.

Pour l'application du présent article, l'Etat, lorsqu'il a la qualité de promoteur, n'est pas tenu de souscrire à l'obligation d'assurance prévue au troisième alinéa du présent article. Il est toutefois soumis aux obligations incombant à l'assureur.)

⁽²⁾ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, j.o. n° 304 du 31/12/2002.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

عليها في الفقرة الأولى، أو منتج المواد، فإن الحوادث الطبية تعطي الحق للمضرور في الحصول على تعويض باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الحوادث مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادية، وتمثل درجة من الخطورة".

ومن أجل ذلك أنشأت المادة 22-1142.L المكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية المرتبط بوزارة الصحة⁽¹⁾.

ويقوم هذا المكتب بتعويض الأضرار الناجمة عن تلك الحوادث والأضرار والإنتانات باسم التضامن الوطني. وهو هيئة عامة ذات طابع إداري مرتبط بوزارة الصحة .

ويحدد المرسوم رقم 140 المؤرخ في 19/02/2003، المعدل لقانون الصحة العامة تكوين هذا المكتب وآلية عمله، إضافة إلى التعويضات التي يدفعها هذا المكتب، فإنه يأخذ على عاتقه النفقات الإدارية الناجمة عن عمل اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض، وكذلك نفقات الخبرة التي تطلبها هذه اللجان.

وتتكون موارد هذا المكتب، طبقاً لنص المادة 23-1142.L من قانون الصحة العامة، من المبالغ المحددة سنوياً في القانون المالي للتأمين الاجتماعي بالإضافة إلى موارد أخرى. وعلق القانون الفرنسي منح التعويض على توافر شروط معينة، كما أخضع ذلك لإجراءات محددة⁽²⁾.

أولاً: شروط التعويض من الصندوق الوطني للتضامن

يستفيد من التعويض باسم التضامن الاجتماعي ضحايا الحوادث الطبية والإصابات الخارجية أو إنتانات المشافي، عندما لا تتوفر أركان المسؤولية بالنسبة لمتهم العمل الصحي، أو مؤسسة صحية أو صانع لمنتجات دموية. وعليه يتعلق الأمر هنا بتعويض نتائج ما نسميه بالضرر أو الاحتمال العلاجي، ومع ذلك فإن المشرع تجنب استخدام هذا المصطلح (L'aléa thérapeutique لأن الفقه لم يتفق بعد على تعريف له. وبالمقابل فإن المشرع لم يبين المقصود من الحوادث الطبية أو الإصابات أو إنتانات المشافي.

⁽¹⁾ Décret n°2003-140 du 19/02/2003, modifiant le code de la santé publique, jorf. n°44 du 21/02/2003, page 3191, texte n° 24.

⁽²⁾ صالح فواز، المرجع السابق، ص.147.

إضافة إلى الأضرار التي لا يمكن أن تؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية فإنه منذ صدور القانون رقم 1577-2002 المؤرخ في 2002/12/30، والذي عدّل المادة-1-1142 L. فقرة 2 من قانون الصحة، العامة⁽¹⁾، يمكن أيضاً تعويض الأضرار الناجمة عن إلتانات المشافي باسم التضامن الوطني عندما يستحق فيها شرط الحساب المنصوص عليها في المادة -1142 L. 1 من قانون الصحة العامة.⁽²⁾

وحتى تعطي هذه الحوادث الحق في التعويض يجب أن تتوافر فيها الشروط التي نص عليها القانون وهي:

1- شرط السببية

يجب أن تكون الأضرار المدعى بها ناجمة مباشرة عن عمل وقائي أو عن عمل تشخيصي أو علاجي، طبقاً لما جاء في المادة 1 -1142 L. من قانون الصحة العامة . ويفترض أن هذا الشرط لا يثير أي صعوبات . ومع ذلك فإن نتائج بعض إلتانات المشافي التي أصابت المريض في المشفى ولكنها غير ناجمة عن عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي يجب أن تستبعد من نطاق التعويض، مثل الإصابة بمرض. Légionellose

⁽¹⁾ « Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L. 1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale 1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 % déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales; 2° Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins. »

⁽²⁾ « I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection siatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement Imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et Présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail.

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'incapacité permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret. »

2- يجب أن تسبب هذه الأضرار للمريض نتائج غير عادية بالنظر إلى حالته الصحية . ويهدف هذا الشرط إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض , وبين ما ينجم عن الحادث الطبي.

3- شرط الجسامة:

يقتصر الحق في التعويض باسم التضامن الوطني على الأضرار التي تصل أو تتجاوز حدًا معينًا من الجسامة يتم تحديده بمرسوم .وبالنسبة للأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط لا يمكن للمضرور أن يحصل على أي تعويض ما دامت أن أركان المسؤولية الطبية غير متوافرة. ويقرر جسامة الأضرار بالنظر إلى فقدان القدرات الوظيفية ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية التي يتم تقديرها بالنظر إلى نسبة العجز الدائم أو مدة التعطيل المؤقت عن العمل، ونسبة العجز الدائم المطلوبة من أجل الاستفادة من هذا التعويض لا يمكن أن تكون أعلى من 25 % تحدد بجدول خاص يتم تحديده بمرسوم ,طبقًا لما جاء في المادة 1-1142.L-فقرة 2. وينتقد الفقه بشدة هذا الشرط ,ويرى فيه نوعًا من التمييز بين ضحايا الحوادث الطبية، زد على ذلك أن نسبة 25 % على افتراض أن المرسوم سينص على ذلك هي عالية جدًا، الأمر الذي قد يؤدي إلى حرمان عدد كبير من ضحايا الحوادث الطبية من الاستفادة من نظام التعويض باسم التضامن الوطني⁽¹⁾.

ثانيا: إجراءات التعويض أمام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

من أجل تسريع حل النزاع ودفع التعويض وتبسيطهما وضع القانون إجراءات لحل النزاعات وديًا، تقوم بها لجان إقليمية تسمى اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض، وهذه اللجان مكلفة أيضًا بتسهيل حل النزاعات الأخرى بين أصحاب المهن الصحية وزبائنهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المواد الدوائية، طبقًا لما جاء في المادة 5-1142.L وما يليها من قانون الصحة العامة⁽²⁾.

⁽¹⁾ Y.Lambert-Faivre, La responsabilité médicale confrontée a l'évolution du droit et de la science, Journ. Medicales, Droit medical, Vol. 39, 1996.

أشار إليه صالح فواز، المرجع السابق، ص.149.

⁽²⁾ « Dans chaque région, une commission régionale de conciliation et d'indemnisation est chargée de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2.

تجدر الإشارة أنه قبل صدور قانون حقوق المرضى لعام 2002، كان ضحايا الحوادث الطبية يشتكون من طول أمد دعاوى المسؤولية وإجراءات المطالبة بالتعويض وكذلك تعقيداتها والنفقات الباهظة التي تتطلبها، لذا تدخل المشرع من أجل تلبية هذا المطلب لجمعيات ضحايا الحوادث الطبية.

ومع ذلك لا يستفيد من هذه الإجراءات لحل النزاع ودياً إلا ضحايا الحوادث الطبية الذين تتوافر في الضرر الذي لحق بهم، الشروط المطلوبة في القانون. وبالمقابل فإن اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر اختياري بالنسبة للمضرور، ويمكن له أن يفضل رفع الدعوى أمام القضاء المختص (المدني أو الجزائي)، كما يمكن له أن يقوم بالإجرائين معاً، أي أن يطالب بحل النزاع ودياً أمام اللجنة وفي الوقت ذاته يرفع الدعوى أمام القضاء المختص⁽¹⁾.

* - تشكيل اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض

تتشكل هذه اللجان برئاسة قاض إداري أو مدني، ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى والزبائن وممثلون عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المؤسسات وكذلك ممثلون عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمنين، طبقاً لما جاء في المادة 6-1142.L. فقرة⁽²⁾1، وحدد المرسوم رقم 140-2003 الصادر بتاريخ 2003/02/19 كيفية تشكيل هذه اللجان وآلية عملها، وللاستفادة من التعويض من اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض وجب إتباع إجراءات معينة :

Toutefois, un arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale peut instituer une commission interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales compétente pour deux ou plusieurs régions. La commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affection siatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation.

Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs extérieurs à la commission qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la commission. »

(1) صالح فواز، المرجع السابق، ص.150.

(2) l'article L.1142-6 dispose que « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et aux infection nosocomiales, sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire, elle comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et de responsables d'établissements et des services de santé, ainsi que des membres représentent l'office institué à l'article l.1142-22 et les entreprises d'assurances. »

*** عرض النزاع أمام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض**

يجوز لكل مضرور لحقه ضرر ناجم عن عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي، أو لورثته في حال وفاته رفع النزاع إلى اللجنة طبقاً للمادة 7-1142 L.⁽¹⁾، ويجب أن يكون الطلب مرفقاً بالأدلة، لا سيما تقرير طبي يبين فيه بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وبإعلام اللجنة بكل الإجراءات المتعلقة بالنزاع التي أخطرت بها، كما يلتزم أيضاً إذا كانت الدعوى على مستوى المحاكم، بإعلام القاضي عن إخطاره للجنة الجهوية طبقاً للفقرة (2) من المادة 7-1142 L من قانون الصحة الفرنسي.

وتتعد هذه اللجان، إما لحل النزاعات ودياً أو للمصالحة، وعندما تتعد للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلا أو جزءاً من اختصاصها إلى وسيط مستقل أو أكثر طبقاً لما جاء في المادة 5-1142 L. الفقرتان 2 و3 .

وتكون طلبات التوفيق من اختصاص اللجان الجهوية للتسوية، إذا كانت المنازعات متعلقة بالأضرار التي لم تبلغ درجة معينة من الجسامة، وذلك بالنسبة لكافة الحالات التي تتعلق بعدم كفاية الرعاية الطبية⁽²⁾.

*** رأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض**

قبل أن تبدي اللجنة رأيها تقوم بخبرة بالشروط المذكورة في المادة 12-1142 L وهذا طبقاً للمادة 9-1142 L فإذا قررت اللجنة بعد الخبرة أنه لا يتوفر شرط الجسامة، عليها أن تعلن عدم اختصاصها وتبليغ الأطراف بذلك.

كما يجب أن يكون الرأي مسبقاً بخبرة طبقاً لما جاء في المادة 12-1142 L. من قانون الصحة العامة، ويتم اختيار الخبراء من قائمة الخبراء الطبيين الوطنية التي تضعها اللجنة الوطنية الجديدة للحوادث الطبية.

ونشير إلى أن المادة الثانية من المرسوم رقم 14-19⁽¹⁾ المؤرخ في 09 جانفي 2014 قد منحت لرئيس اللجنة وحده سلطة تحديد ما إذا كان الضرر أقل من درجة الخطورة المحددة ب

⁽¹⁾ L'article L.1142-7 dispose que « La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estime victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostique ou de soins, ou les cas échéant, par son représentant légale, elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostique ou de soins. »

⁽²⁾ بحماي الشريف، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص.281.

الباب الثاني/ آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري

24%، أما إذا رأت اللجنة أن الشروط متوفرة تصدر رأيها حول ظروف الضرر وأسبابه وكذا نظام التعويض المطبق، على أن تصدر رأيها خلال 6 أشهر من تاريخ إخطارها. وإذا قدرت اللجنة أن الضرر يدخل ضمن أحكام الفقرة (1) من المادة 8-1142 L تقييم مسؤولية ممتهن الصحة، أو مؤسسات وهيئات الصحة المذكورة في المادة 1-1142 L أو منتج المنتجات الصحية المذكورة في المادة 2-1142 L،

ويجب أن يبلغ الرأي إلى مؤمن المسؤول عن الضرر الذي يجب أن يتقدم بعرض للمضرور أو ذوي حقوقه في أجل 4 أشهر من استلام رأي اللجنة وهذا في حدود سقف الضمان لعقود التأمين،

وقبول العرض من المضرور يعتبر صلح في مفهوم المادة 2044 من ق.م.ف وهذا طبقا

للمادة 14-1142 L فقرة 7، وعليه فيكون دفع التعويض في غضون شهر، بدءا من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن، ويؤدي قبول المضرور للعرض إلى انعقاد الصفقة طبقاً لما جاء في المادة 14-1142 L. من قانون الصحة العامة. وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة يترتب على المسؤول دفع فوائد عنها ضعف المعدل القانوني لها.

وفي حالة سكوت المؤمن أو إذا رفض تقديم العرض، أو إذا كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع تعويض للمضرور، ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمنه طبقاً لما جاء في المادة 1-1142 L من قانون الصحة الفرنسي.

وعندما تقرر اللجنة بأن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، يجب عليها

تبليغ المكتب الوطني للتعويض الذي يجب عليه أن يدفع التعويض طبقاً لنفس الإجراءات المطبقة على المؤمن وفق ما جاء في المادة 17-1142 L من ق.ص.ع.ف.

*- الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض

يجوز للمضرور وفق نص المادة 14-1142 L فقرة (8) أن يطعن في رأي اللجنة

الجهوية، وعليه في مثل هذا الحال أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض أمام الجهة القضائية

(1) Décret n° 2014 19 du 09 janvier 2014, modifie le fonctionnement des CRCI Institut National de Consommation Document ,fiche pratique, L'indemnisation des accidents médicaux , Consulter le lien suivant <http://www.conso.net>.

المختصة من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به، وإذا تبين للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمن غير كاف يمكن له أن يحكم على المؤمن كجزء بدفع مبلغ على الأكثر يساوي % 15 من قيمة التعويض الذي يحكم به.

وفي نفس الوقت لا يمكن للمؤمن المسؤول عن الضرر، أو الصندوق الوطني للتضامن، أن يعترضاً على هذا القرار إلا بعد دفع التعويض للمضرور، وبعد ذلك يكون الاعتراض بموجب دعوى الحلول، إذا كان المؤمن يعتقد أن مسؤولية المؤمن عليه غير متحققة، فإنه يحق له أن يحل محل هذا الأخير، ويرفع الدعوى على الغير المسؤول عن الضرر أو على الصندوق الوطني للتضامن حسب الحالة، للمطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور.

وطبقاً للمادة L1142-17-فقرة (7) من ق.ص.ع.ف، يحق للصندوق الوطني للتعويض الرجوع على المسؤول عن الضرر، سواء كان أحد ممتهني الصحة أو مؤسسة صحية أو منتج للمنتجات الصحية، إذا كان يرى خلافاً لرأي اللجنة أن مسؤوليته متحققة نتيجة لتوافر أركانها.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التطور في نظام التعويض

لم يواكب المشرع الجزائري هذا التطور المهم في النظام التعويضي الفرنسي، بحيث لم ينص على إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتان المشفى الناجم عن أعمال ترتبط بالوقاية والتشخيص والعلاج في حالة انتفاء خطأ الطبيب أو المستشفى، وإنما اكتفى في المادة 140 مكرر 1⁽¹⁾ من القانون المدني بالإشارة إلى تكفل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاحق به في حالة انعدام المسؤول ولم يكن للمضرور أي يد في الضرر اللاحق به، نتيجة فعل تعيب المنتج الطبي⁽²⁾.

وعليه، على المشرع الجزائري أن يأخذ خاصة في مجال الأضرار التي تلحق بالمتبرع أو المتلقي أثناء التصرف في الأعضاء البشرية والتجارب الطبية بالنظرية الموضوعية للخطأ، وهذا لأن الخطأ يصعب إثباته فيما يخص هذه الأعمال الطبية الفنية الخطيرة، وكذا الأخذ بما انتهجته بعض التشريعات من أنظمة جماعية للتعويض، والتي مؤداها مشاركة الدولة في التعويض، إما

⁽¹⁾ تنص المادة 140 مكرر (1) من ق.م.ج على ما يلي: " إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

⁽²⁾ منصور، المرجع السابق، ص.127.

على أساس أن الدولة فرّطت في الحماية وبالتالي أوجب عليه التعويض أو بناء على مقتضيات التضامن الاجتماعي⁽¹⁾.

ونظرا لزيادة عدد ضحايا الأخطاء الطبية، فنحن الآن في أمس الحاجة إلى صندوق يتكفل بتعويض المضرورين في حالة انعدام المسؤولية لانتفاء الخطأ من جهة، ولصعوبة إثبات المسؤولية وكثرة الحوادث الطبية من جهة أخرى.

(1) فقد نصّ المشرع الجزائري على تعويض فئات خاصة عن الأضرار التي تلحق بهم، وهذا ما تضمنه قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 حيث يقوم هذا النظام على فكرة تحمل التبعة أو الضمان دون اشتراط الخطأ، حيث حدد من خلاله تعويضا جزافيا ملزم للقاضي أثناء الحكم بالتعويض.

-وفيما يخص تعويض المتضررين جراء حوادث المرور، فيخضع إلى الأمر رقم 74-15، حيث يتميز هذا النظام بطابع إلزامي في مجال تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية، وتقوم المسؤولية فيه على أساس نظرية المخاطر لا على أساس الخطأ ومستحقي التعويض عن الأضرار الجسمانية هم كل من الضحية والمكنتب التأمين ومالك السيارة وكل سائق لها، كما تدخلت الدولة الجزائرية لفرض ضمان تعويض ضحايا الإرهاب، فنصت في المادة 37 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على أن تدفع الدولة تعويض لذوي حقوق المأساة الوطنية، وهذا التعويض يحول دون المطالبة بأي تعويض على أساس المسؤولية المدنية، **بحماوي شريف**، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 134-140؛ **خلفي عبد الرحمان**، أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. 158-161.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يتبين لنا أن التصرف في أعضاء الجسم البشري له مبادئ عامة تتضمن قواعد مستقرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحسب الأصل، ولنسب فكرة النظام العام تختلف تلك القيم باختلاف الأزمنة والأمكنة، وعليه تقرر وضع نظام قانوني حمائي يحكم التصرف في أعضاء الجسم البشري، ويكرس مبدأ عدم التعامل في جسم الإنسان إلا فيما يخدم المبادئ الأساسية بشرط الرضائية والتبرعية والمشروعية.

وإذا كان المبدأ العام عدم مشروعية المساس بالتنازل عن الأعضاء البشرية، فإن ما يخدم سلامة الجسم ويحافظ على استواء خلقة البشر يعتبر مشروعاً في المقابل ما دام ذلك في إطار الشروط الشكلية والموضوعية، وكذا مراعاة المصلحة الفردية والجماعية وفق قواعد عامة رضائية وترخيص قانوني وغاية علاجية.

وقد لمسنا أن موضوع الدراسة في غاية الأهمية كونه من أهم المسائل المطروحة حالياً على طاولة النقاش بين رجال الطب والقانون، ويظهر ذلك من خلال المؤتمرات والندوات وكذا المقالات التي تطرقت لهذا الموضوع محاولة سد النقائص الموجودة في هذا المجال من جهة، ومن جهة ثانية بسبب دقة البحث وحساسيته لاتصاله بجسم الإنسان.

وإن الشخص الذي كنا بصدد البحث في مسؤوليته الطبية هو إنسان بكل مدلولات هذه الكلمة، ويمتلك كل مواصفات الإنسانية، ولذلك تعتبر مهنة الطب مهنة المتاعب والمصاعب وتتطوي على مخاطر مادية وشخصية للطرفين الطبيب والمريض، ومن فروع العلم التي تحتاج من العاملين بها إلى مواصفات شخصية أهمها الصبر والتقدير والإحساس بالغير، وإن كل من يتعامل معه الطبيب هو إنسان آخر مثله له أحاسيسه ومشاعره، وبالرغم من كل ذلك فإن عمل الطبيب يستوجب مساءلته عند ارتكابه للأخطاء.

لهذا فقد خلصنا من خلال موضوع دراستنا للمسؤولية المدنية عن التصرف في الأعضاء البشرية، بعد إلقاء الضوء على القانون الفرنسي باعتباره من أوائل الأنظمة القانونية مسايرة للثورة البيولوجية التي نعيشها حيث كان المشرع الفرنسي سابقاً لتنظيم الممارسات الطبية الحديثة في زراعة الأعضاء البشرية، وقد أخذنا منها ما يناسب دراستنا، التي قمنا بمعالجتها في ضوء موقف القوانين الوضعية المقارنة بالفقه، وذلك من خلال التعرض لمواقف الفقهاء وأحكام القضاء وما

أثير من مسائل وقضايا في الجوانب القانونية للحق في الحياة والصحة وسلامة الجسم، باعتبارها من الحقوق اللصيقة بالشخص، والتي تقف في مواجهة استئصال عضو أو جزء منه أو نسيج، وبالتالي، فإن أي تصرف يمس حياة الإنسان أو عضو أو مادة الجسم ذاتها أو مقدرة العضو على أداء وظيفته، يعتبر باطلاً لأن سلامة الجسم هي قوام الحياة الإنسانية وهي أعلى ما يملكه الإنسان.

وقد تمت دراستنا لهذا الموضوع من خلال قسمين، القسم الأول كان لأركان المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري معتمدين في ذلك على التشريع الفرنسي باعتباره واضع اللبنة الأولى لهذه التصرفات، وكذا التشريع الجزائري من خلال استقراء نصوص قانون الصحة الجديد رقم 18-11 ومحاولة مقارنتها بقانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، مبينين في ذلك ما اعترى هذا القانون الجديد من نقص.

فبالنسبة لهذا الأخير فقد نظم المسألة بوضع ضوابط لهذه العمليات في قانون الصحة رقم 18-11، وذلك خدمة للمواطنين وعلاجاً لأمراض كانت مستعصية في زمن مضى وأدت إلى وفاة الكثير من المرضى أو بقاؤهم عاجزين طول حياتهم.

كما لاحظنا عدم تخصيص القانون الجزائري في نصوصه العضو الذي يكون محلاً للاستئصال وهذه نقطة إيجابية تسجل للقانون الجزائري وذلك حتى يواكب التطورات العلمية في مجال الطب ولا يضطر كل مرة إلى استحداث نص يبيح استئصال أو نقل عضو بنص قانوني خاص به، لكن هذا لا يحدنا عن القول بوجود نقائص وفراغ قانوني تضمنه التشريع الجزائري، نذكر منها:

- عدم تحديد التشريع الجزائري لسن الأهلية القانونية التي تستوجب في المتنازل حتى يكون أهلاً للتبرع بعضو من أعضاء جسمه.

- ونلاحظ أيضاً سكوت المشرع الجزائري عن تحديد لحظة الوفاة بدقة وذلك تجنباً لوقوع الأطباء في المسؤولية، مما يشكل حماية أكثر للأطباء على حساب المرضى.

- وجب الإشادة بما ينص عليه المشرع الجزائري فيما يخص تغيير الطبيب الذي أجرى عملية الاستئصال بطبيب آخر يمكنه أن يقوم بعملية النقل، وذلك درءاً لأي تواطؤ من الطبيب مع أحد المرضى وحماية للمتبرع أو المتوفى الذي يتم الاستئصال منه، على أن هناك من يرى

ضرورة إعادة النظر في هذه المادة والتي تعتبر ضماناً للمريض وحماية للطبيب من أي مساءلة قد يقع فيها.

وبما أن موضوع هذه الدراسة يتعلق بأهم حقوق الإنسان الشخصية وهي أعلى وأثمن ما يتمتع به الإنسان في حياته وهو حقه في الحياة وحقه في سلامة جسده؛ فعلماء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بحثوا من وقت مبكر لتلمس الحلول الشرعية والقانونية لقضية نقل الأعضاء وزراعتها وتوصلت الأغلبية منهم إلى مشروعيتها وفق شروط وضوابط تسعى لتنظيم فعال يخدم مصلحة المتنازل والمتلقي، هذه الضوابط مستمدة من نصوص تشريعية نظمتها، وفي حالة نقضها فإن دور الفقه في رصد استنباط هذه الضوابط يبدو أكثر فعالية، أي توافر هذه الضوابط أمر حيوي وأساسي لقيام هذه الإباحة وأهم هذه الشروط نذكر:

- وجود حالة ضرورة لإنقاذ حياة إنسان أو لاستفادة وظيفة من وظائف أعضاء الأساسية.

- الأخذ بخصوصية الرضا رضا المعطي (المانح) رضا المتلقي (المستفيد) ، والرضا إن كان هو أمر مطلوب في كافة التصرفات القانونية، فإن رضا المتبرع يصبح أكثر فاعلية في عمليات نقل الأعضاء وزراعتها.

- عدم التبرع بما يعود عليه بالضرر .

- عدم التبرع أو الوصية بالأعضاء الحاملة للصفات الوراثية.

- أن يكون المتبرع كامل الأهلية.

- أن يكون للمتبرع حق العدول عن تبرعه.

- ألا يكون بهدف المقابل المادي.

- في حالة الوصية يجب التحقق من إذن المتوفى قبل وفاته أو إذن الورثة وعدم اعتراض المتوفى قبل وفاته أو إذن ولي الأمر في حالة من لا ورثة له.

والملاحظ أن المعدلات العالمية لعمليات نقل الأعضاء البشرية في زيادة نظراً لزيادة الوعي والحماس لدى المتبرعين، في حين أن المعدلات العربية والإسلامية متواضعة لا تلي الاحتياجات العلاجية المتزايدة.

ومن خلال بحثنا تعرضنا لأركان قيام المسؤولية الطبية، حيث تم التفصيل في ركن الخطأ والضرر الطبي وعلاقة السببية، فتطرقنا للخطأ وأشرنا إلى أهم صور الخطأ في هذه المسؤولية والمتمثلة في مخالفة الإذن سواء عند الأحياء أو الأموات باعتبار الرضا أهم ركن في أي تصرف قانوني لاسيما إذا تعلق هذا التصرف بأعضاء الجسم البشري، ثم تناولنا الضرورة الطبية وكذا المقابل المادي كخطأ يوجب مسؤولية الطبيب عند التصرف بالأعضاء دون مراعاتها، بالإضافة للضوابط الفنية المتعلقة بالترخيص القانوني.

ثم استعرضنا الضرر الطبي وأنواعه كضرر مادي ومعنوي وأيضاً شروطه، وبعدها الركن الثالث وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر، واستناداً إلى هذه القواعد يقع على عاتق المدعي إثبات شروط المسؤولية الطبية السابقة، وأخيراً تم تناول آثار المسؤولية الطبية وهي التعويض والجهة المخولة، ومن ثم تعويض المرضى عن الأخطاء الطبية وآلية ذلك وشروطه، فاستقرت الدراسة على أن المريض يستحق التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الأخطاء الطبية، وذلك من خلال التأمين على الأخطاء الطبية كآلية لضمان تعويض المتضرر أو عن طريق صندوق التضامن الوطني - بالنسبة للتشريع الفرنسي - في حالة عدم ثبوت الخطأ، وهو ما يعبر عنه بالتعويض عن الخطر.

وفي النهاية يمكن القول أنه ومع الإقرار والاعتراف بمسؤولية الطبيب عن أخطائه الطبية، فلا يجب أن يتولد لديه الشعور بالرهبة والخوف وعدم الطمأنينة والتهديد بالتعويض والعقاب، والذي يؤدي بالنهاية إلى اعتكاف الأطباء عن عملهم، وعليه أن يشعر بالحرية والأمان في عمله وأن يكون هناك قانون واضح يوفر له الحماية الكاملة، وعليه يجب أن يكون هنالك توازن بين حماية الطبيب وحماية المريض بشكل كامل.

وتفاديا للنقائص والثغرات فيما يتعلق بموضوع الدراسة نقترح جملة من الاقتراحات نجملها

فيما يلي:

- 1- إصدار قانون خاص بنقل الأعضاء البشرية وزرعها يكون مستقل عن قانون الصحة.
- 2- التعجيل بإصدار اللوائح والتنظيمات المشار إليها في قانون الصحة رقم 18-11 من أجل توضيح كيفية تطبيق بعض المواد الواردة بالقانون لا سيما الإجراءات الواجب إتباعها.

- 3 - استعمال بطاقات يدون عليها إمضاء خاص يوضح قبول أو رفض الشخص لتبرعه بأعضائه بعد وفاته وتسهيلا للإجراءات ولعدم العودة إلى قرار الأقارب.
- 4- إحترام كرامة الإنسان من خلال عدم اعتبار رفض المتوفى أثناء حياته للتبرع بأعضائه قبولا بعد وفاته، والمستوحاة من القانون الفرنسي " قانون كيافي" ذلك أن الإنسان لا يمكنه التنبؤ بوقت وفاته، ومجرد التفكير في الرفض أو القبول بالتبرع بعد الوفاة شيء مستبعد، صنف إلى ذلك الإجراءات التي تحول دون ذلك.
- 5 - المسؤولية الطبية في هذا العصر تأخذ أشكالا مختلفة وتتم في ظروف قد يصعب أو حتى يستحيل على المضرور إثباتها بسبب الطبيعة الفنية لها ولأن مهنة الطب تتطوي على مخاطر مادية وشخصية لطرفي العلاج الطبيب والمريض فإن معالجة هذه المسألة تستلزم بل وتوجب العمل على إنشاء نظام للتأمين الطبي الجماعي والفردى يسهل من خلاله حصول المريض على التعويض، ومن الأفضل أن تدخل ضمن نطاقه المستشفيات العامة والخاصة لما له من فائدة كبيرة في حال تطبيقه.
- 6- نقترح أن يكون نظام تأمين إلزامي على الأطباء من المسؤولية الطبية وهو الاتفاق الذي يبرم بين الطبيب وشركة التأمين لتغطية مسؤوليته عن أعماله الطبية الضارة تجاه المريض أو بعض منها مقابل دفع قسط التأمين المتفق عليه وعند وقوع الخطر تلتزم الشركة بدفع مبلغ التعويض للمريض، حيث يلزم الطبيب بضرورة التأمين عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء قيامه بممارسة المهنة، ويكون هذا التأمين لدى شركات متخصصة وملزمة بتغطية مسؤولية الأطباء عند قيامهم بالأعمال الطبية، فهذا يسهل على المريض الحصول على التعويض المناسب عما لحقه من ضرر نتيجة خطأ الطبيب.
- 7- نأمل أن يتجه المشرع الجزائري إلى تفعيل قانون التأمين الجزائري وخاصة ما تعلق منه بالتأمين ضد أخطار المهنة لا سيما أن مسألة الأخطاء الطبية أصبحت في تزايد لدى المجتمع الجزائري وعدد القضايا المطروحة أمام المحاكم ليست بالقليلة ولم يتم الفصل فيها.
- 8- تشكيل لجان طبية متخصصة ومحايدة من ذوي الخبرة والثقة؛ يلجأ إليها القضاء وكذلك لجان التأديب في نقابة الأطباء حتى تقوم بإعطاء خبراتها في كل مسألة تحصل أثناء الأعمال الطبية، وتهدف أيضًا لتحديد دور الطبيب والخطأ الصادر منه والضرر الناتج، وبيان

دور الطبيب إن كان مقصرا في عمله أم لا، من أجل تجنب مسألة التضامن بين الأطباء، متى كلف طبيب بشهادة أو بخبرة أمام المحكمة بقضية تتعلق بزميل له، فنتيجة شهادته أو خبرته في الكثير من الأحيان تكون غامضة ومبهمه وغير كافية وأحيانا بعيدة عن الحقيقة، حيث أنها لا تقي بالغرض المطلوب، وهو ما يطرح في العديد من القضايا الم عرضة أمام المحاكم . وعلى نقابة الأطباء أن بتشأ دائرة يكون مهمتها تدوين الأخطاء الطبية بشكل تقني، وأيضاً إلزام المؤسسات الطبية العامة والخاصة بالمستشفيات والعيادات بوضع لوحات تبين حقوق والتزامات كل من المريض والطبيب.

9- على المشرع الجزائري أن يولي اهتماماً خاصاً بموضوع المسؤولية الطبية، وذلك من خلال أفراد تشريعات خاصة بها لا سيما المسؤولية المدنية،- ذلك أن المسؤولية الج زائية قد أشار إليها بقانون الصحة رقم 18-11-، ويهدف ذلك إلى توفير الضمان اللازم للأطباء أثناء معالجتهم للمريض وفي الوقت ذاته حماية المريض مما يصدر اتجاههم من أخطاء الأطباء، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هاتان المصلحتان ليستا متناقضتين؛ بل بهما تضامن، إذ أن زيادة الثقل على كاهل الطبيب يفقده الطمأنينة والحرية اللازمة له للقيام بواجبه الإنساني في مجال مهنة الطب وينتج عن ذلك ضرر للمريض، وأيضاً إعفائه من مسؤولية أخطاء المهنة يشجعه على اللامبالاة والإهمال، ويؤدي ذلك إلى فقدان الثقة من قبل المريض اتجاهه، فالطبيب يعطي الأمل للمريض والمسؤولية الطبية تمنحه الأمان.

10- نأمل من الجهات المختصة العمل على إضافة مادة قانونية يدرسها الطلبة في كليات القانون والطب تتعلق بمهنة الطب وضوابطها وحمايتها وتشريعاتها المختلفة، وكذلك العمل على إصدار دوريات ونشريات على أساس علمي وفقهي تناقش موضوعات طبية متخصصة لتحسين معلومات المختصين في القانون حول المسؤولية الطبية وتطور علم الطب.

وآخر دعوانا الحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

❖ المصادر باللغة العربية

- القرآن الكريم

1. الاتفاقيات الدولية

إعلان بشأن المدن والمستوطنات البشرية الأخرى في الألفية الجديدة بتاريخ 9 يونيو 2001.

II. النصوص القانونية والتشريعات

أ - القوانين

1. دستور 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

القانون الفرنسي رقم 76-1181 المؤرخ في 22/12/1976، المتعلق باستئصال وزرع الأعضاء البشرية.

2. القانون المصري رقم 61/178 المؤرخ في 05/06/1961، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 12/06/1960 عدد 130، النشرة التشريعية .

3. القانون الأردني رقم 76-43، المتعلق بالقانون المدني ، ج ر عدد 2645 الصادرة بتاريخ 01/08/1976 .

4. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/02 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المنشور في الجريدة الرسمية: العدد رقم (15) الصادرة في 27 فبراير 2005.

5. القانون (الملغى) رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985، ج.ر. عدد 8، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1405هـ، الموافق ل 17 فبراير سنة 1985م، السنة 22.

6. القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية المغربية عدد 4726 بتاريخ 5 جمادى الآخر 1420هـ/ الموافق ل 16 سبتمبر 1999م.

7. القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (21) لسنة 2008.
8. القانون الاسترشادي للدول العربية لتنظيم زراعة الأعضاء ومكافحة الإتجار فيهما لسنة 2009 الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار 791-د 25 المؤرخ في 2009/11/19.
9. القانون رقم 10-05 المؤرخ في 2010/03/05، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية بمصر، الجريدة الرسمية عدد 9 مكرر، السنة الثالثة والخمسون، الصادرة بتاريخ 20 ربيع الأول عام 1431 هـ الموافق لـ 06 مارس سنة 2010 م.
10. القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المؤرخ في 18 شوال عام 1439 هـ الموافق لـ 02 يوليو سنة 2018، ج.ر. عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة عام 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو سنة 2018، السنة 25.

ب- الأوامر

1. الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتضمن إلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار.
2. الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، ج.ر. عدد 78 الصادرة بتاريخ 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975 م. المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر. العدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر. العدد 15، الصادر في 12 مارس 2006.

ج- المراسيم التنفيذية

1. المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق لـ 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر. عدد 52، الصادرة في 07 محرم عام 1413 الموافق لـ 08 يوليو سنة 1992، السنة 29.

2. المرسوم التنفيذي رقم 466/97 المتعلق بتحديد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، المؤرخ في 2 شعبان عام 1418هـ/الموافق ل 02 ديسمبر 1997م، ج ر عدد 81 الصادرة في 10 شعبان عام 1418 الموافق ل 10 ديسمبر 1997، السنة 34 .
3. المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، المؤرخ في 10 شوال عام 1428هـ الموافق ل 22 أكتوبر 2007، ج ر العدد 67 الصادرة في 12 شوال عام 1428هـ الموافق ل 24 أكتوبر 2007، السنة 44.

III. القرارات القضائية

1. حكم محكمة " نابولي " الجزائرية، في 1931/11/28، مجلة العدالة الجنائية، الجزء الثاني، رقم 592، سنة 1922.
2. قرار محكمة النقض الفرنسية 1939/06/28.
3. محكمة الإسكندرية: الإبتدائية الأهلية، بتاريخ 1943/12/30، الحكم رقم 35، مجلة المحاماة، السنة 24.
4. قرار الحاكم المنفرد في المتن (لبنان) ،تاريخ 1954/01/14، النشرة القضائية اللبنانية لسنة 1954.
5. استئناف باريس الصادر في 1956/09/16، محكمة توجان الصادر في 1956/06/29، محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1946/10/22.
6. قرار محكمة مارسيليا الفرنسية في 01 مارس 1959.
7. نقض مدني، مجموعة أحكام النقض المدني، المكتب الفني، السنة 21، رقم 179.
8. نقض مصري رقم 93 بتاريخ 13 ماي 1965 المجموعة الرسمية لأحكام محكمة النقض، العدد 16.
9. نقض مدني رقم 310 لسنة 32 ق جلسة 19/05/1966 م س، 17، ص 1201 وما بعدها مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، مطبعة دار القضاء العالي.
10. طعن مدني رقم 149 لسنة 30 ق جلسة 2/4/1968 م س 19 ص 689 ، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، دار القضاء العالي، طبعة 1968م.

11. نقض مدني في 26 يونيو 1969، المجموعة، س 35 ق، رقم 111.
12. نقض مدني مصري في 1969/11/26 قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية،
www.arablegalportal.org. منشور على الموقع التالي: 2009/01/15
13. نقض مدني مصري رقم 1566/77 الصادر بتاريخ 1977/03/22 قاعدة الاجتهادات
والتشريعات المصرية 2009/01/15.
14. قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ: 1977/10/29 ملف رقم 14946 فريق بن
سالم ضد مستشفى الجامعي - مصفى باشا الجزائر.
15. قرار صادر بتاريخ 1981/12/10، ملف رقم 24500، مجلة الاجتهاد القضائي.
16. نقض مدني مصري رقم: 51/1247 الصادر بتاريخ: 1982/06/24 قاعدة الاجتهادات
والتشريعات المصرية الصادرة بتاريخ 2009/01/15، منشور على الموقع التالي:
www.arablegalportal.org
17. قرار المحكمة العليا رقم 24770 الصادر في 1984/04/14، المجلة القضائية، العدد
الأول، 1985.
18. قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/05/11، ملف رقم 28312، الاجتهاد القضائي، ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر.
19. نقض مدني في 1985/05/09 الطعن 1773 السنة 51 ق مجموعة أحكام النقض
1980-1985، رقم 22 .
20. قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/05/25، ملف رقم 53010، م.ق، 1992، عدد 2.
21. محكمة موندلييه 15 ديسمبر 1989 الأسبوع القانوني 1990-2- رقم 21556 .
22. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18، ملف رقم 78410، نشرة القضاة،
عدد 48.
23. قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، ملف رقم 87411 بتاريخ 1993/01/06،
نشرة القضاة، عدد 50.
24. قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، مجلة قضائية، العدد
الثاني، 1994.

25. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1994/05/24، ملف قضية رقم 109568، المجلة القضائية، لسنة 1997، العدد 01.
26. المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 1994/06/08، ملف رقم 112694، نشرة القضاة، العدد 50، 1997.
27. قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، 95/424 مجلة نقابة المحامين، 1995، ص. 2689.
28. نقض جنائي فرنسي، 20 مارس 1996، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1996، ص. 912.
29. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 تحت رقم 231419، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2003.
30. قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003.
31. قرار رقم 297062 المؤرخ في 2003/06/24، الغرفة الجنائية، المجلة القضائية، عدد رقم 02 سنة 2003.
32. قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز جزاء رقم: 2004/330، الصادر بتاريخ: 2004/04/19.
33. قرار رقم 399828 بتاريخ 2008/01/23 صادر عن الغرفة المدنية القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، الجزائر، 2008.
34. قرار غرفة الاتهام، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11، تحت رقم 09/00908 حكم غير منشور .
35. حكم محكمة الجنايات، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11، تحت رقم 10/00030 غير منشور.

المصادر باللغة الأجنبية

I. Lois:

1. Ordonnance n°2000-548 du 15/06/2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique. J.O.n°143, du 22 juin 2000, page 9337, texte n° 8.
2. code pénal français.

3. Loi N°76-1181, du 22 Décembre 1976, Relative aux prélèvements d'organes, J.O.23Décembre 1976.
4. loi 91-1407 du 31 décembre 1991 sur l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus HIV, JORF. N° 3 du 4 janvier 1992.
5. Loi. N°.94-653 du 29 juillet 1994- relative au respect du corps humain,(1), J.O 30 Juillet 1994.
6. Loi.n° 94-654 du 29 juillet 1994- relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à L'assistance médical, à la procréation et au diagnostic prénatal(1) (J.O 30 juillet 1994). J.C.P. N°. 39, 28 Septembre 1994, textes- 66974.
7. Loi N°2002- 303 du 04 mars 2002 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé.J.O n°54 du 5 mars 2002.
8. Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, j.o. n° 304 du 31/12/2002.
1. 9- Loi N°2004- 806du 09aout 2004 relative à la politique de santé publique, J.O du 11 aout 2004. .
2. Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016
- 9.

II. Décrets :

3. Décret n°2003-140 du 19/02/2003, modifiant le code de la santé publique, jorf. n°44 du 21/02/2003, page 3191, texte n° 24.
4. Décret n° 2014- 19 du 09 janvier 2014,modifie le fonctionnement des CRCI Institut National de Consommation Document ,fiche pratique, L'indemnisation des accidents médicaux, Consulter le lien suivant [http «www.conso.net](http://www.conso.net)
5. Décret n° 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès, JORF n°0189 du 14 août 2016 texte n° 16.
6. Arrêté n°34 du 19 .11. 2002: fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès

III. Jurisprudences :

1. Cass. Civ. 21novembre 1911Yvan AUGÉUT, Droit de la consommation, ellipses, paris 2008.
2. cour d'appel de paris: 12 mars 1931, s, 1983 1-2-129 note, perreu, triciv, alger,17mars,s, 1995.2.2237 .
3. Cass.civ. le 20/05/1936, depuis Cass. 1ere civ. Le 26/10/1970, « la jurisprudence fait référence auxdonnées actuelles de la science», consultez sur le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr
4. Cass. Civ. 18/01/1938. Gaz. Pal :1939-1.314. et S: 1939-1.201 Note.P.Esmein
5. Cass.civ «28/06/1939, 1,75, Dalloz périodique, 1940, n°1,p164
6. Cass.Civ.29/05/1951,J.C.P.1951-II-note R.Perrot ;S.1953
7. C. A Toulouse «19/12/1959, J.C.P.1960.II.11402, SAVATIER René
8. Cass.civ: 28/06/1960, J.C.P, 1960, II- 11787.
9. Conseil d'Etat du 18mas 1983.J.C.P. 1983, Juris, 1,n°20111, obs,J-M AUBY
10. Cass.civ: 29/11/1989, Rev. civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995- 2, France.

11. C.A.A. Lyon: 21/12/1990, J.C.P. 1991-II- 21698, Note J. Moreau, Rec. C.E.
12. Cass.civ. le 14/01/1991, n° de pourvoi :89-12598, consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr
13. Cass.Civ 1^{ère} ch. 22 nov.1994.pourvoi N° ،92-6423 ،[http //legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).
14. Cass.civ: 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997- 2, J.P.,.
15. Cass.civ. le 25/02/1997, n° de pourvoi: 95-11205,
16. Cass. 2[°] Civ. Fr., 19 mars 1997, Bull. civ., 11, n°. 87.
17. Cass.1^{er} civ,14 octobre 1997, Gaz. Pal 1997.2.
18. Cass. 1er civ: 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, France.
19. C.E: 03/11/1997, Rec. C.E.
20. Cass.civ: 07/05/1998, D. 1999, J.C.P, p 21. Note, S. Porchy.
21. Cass. Civ. 1ere, 21 mai 1998 [http //www.Droit-médicale.Net](http://www.Droit-médicale.Net) .
22. Cass. 1re civ: 15/07/1999, D. 1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, France.
23. Cass.civ.1^{ère}.09 Nov.1999,G,II,n°10251,note P.Brun,petites affiches, 10 avr.2000.
24. C.E: 05/01/2000 (2 espèces), R.F.D.A. 2000, N° 03.
25. Cass. 1re civ: 18/01/2000, D.H, 177e année- 1er cahier (rouge), 13 décembre 2001, n° 44/7053e, France,
26. Cass.civ.le06/06/2000,n°depourvoi:98-19295,consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr
27. Cass.ass.Plén, 17 novembre 2000, n0 99-13701. J.C.P. G 2000, 2, 10438
28. Cass. 1re civ: 09/10/2001, G.P.H, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121e année, n° 329 à 331, France, p 53. Obs. Jean Guigue.
29. Cass.Civ 1^{ère} ch. 21 avr.2005.pourvoi N° ،03-20683.consulter l'arrêt sur le lien suivant ،[http //legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr).
30. C. paris,1^{ère} , civ, 23mars 2007,Gazette du palais, recueil, mars-avril, 2008.
31. Cass.civ. le 14/10/2010, n° de pourvoi: 09-68471, consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr.

ثانيا: قائمة المراجع

❖ المراجع باللغة العربية

أ. الكتب والمؤلفات

أ - كتب الفقه

- 1- ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1377هـ.
- 2- زين الدين ألي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم"، دار نهر النيل، بدون سنة.

ب - الكتب العامة

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض)، الكويت، 1995.
2. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون الكتاب الثاني نظرية الالتزام، ب د ن، القاهرة، 1974.
3. أحمد محيو ، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.5، الجزائر، 2003.
4. أنور سلطان ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد للنشر، طبعة 2005م.
5. أنور سلطان، مصادر الإلتزام، المكتب القانوني للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
6. بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995.
7. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 05، الجزائر، 2007.
8. جعفر محمد السعيد، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014.
9. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، دار المعارف سنة 1978.
10. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج دار هومة، الجزائر، 2009.
11. سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي والدول العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
12. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، مصر، 1988.
13. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، مكتبة مصر الجديدة، المجلد الأول، 1992.
14. شريعة حمورابي وأصل التشريع القديم، دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، مجموعة من المؤلفين، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، دمشق، الطبعة الثانية 1993.
15. عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا، سنة 1420هـ.

16. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ب ت ن.
17. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، (عقود الغرر - عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964.
18. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ج 2، الإثبات - آثار الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
19. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد 02 ، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والرتب مدى الحياة، وعقد التأمين، دار النهضة العربية، ج 7 ، 1990.
20. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج 6- دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1997.
21. عبد الرزاق بن خروف ، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج 1، التأمينات البرية، مطبعة حيرد، الجزائر، 2000.
22. عبد الرزاق دربال ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
23. عبد القادر العرعاري ، مصادر الإلتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، دار الأمان، المغرب، الطبعة الثالثة، 2011.
24. عز الدين الدناصوري ، عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء الطبعة السادسة، ب د ن، 2000.
25. علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003.
26. علي فيلالي، الإلتزامات- الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
27. الغوثي بن ملحمة ، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، 2000.

28. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر، مصر، ب ت ن.
29. محمد المرسي زهرة، أحكام عقد التأمين، دار الحقوق، 1985.
30. محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، د.د.ب. ن، 1991.
31. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.
32. محمد فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2005.
33. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية 1992م.
34. محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قوا م المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.
35. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
36. ممدوح خيري هاشم، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.
37. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام- الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994.
38. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
39. نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
40. يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، دار هومة، الجزائر.

ت - الكتب المتخصصة

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، لبنان، 2007.
2. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، ب د ن، 1408 هـ - 1987 م.
3. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، ب د ن، 1987.
4. أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مطبوعات جامعة الكويت، 1986.
5. أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015 .
6. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النشر العربية، بدون طبعة، القاهرة، 1986.
7. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص.243.
8. أحمد محمد الرفاعي، ضوابط مشروعية نقل الأعضاء البشرية (في ضوء مشروع نقل وزرع الأعضاء البشرية المصرية)، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2010
9. أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، مصر، 1999.
10. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2008.
11. أسامة أبو حسن مجاهد، التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
12. أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 .
13. أسامة فايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

14. إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.
15. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الدار الجامعية، الأردن، 2002.
16. بسام المحتسب بالله ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ط 1، دار الإيمان، دمشق، 1984.
15. بشير سعد زغلول، استئصال وزرع الأعضاء البشرية، من الوجهة القانونية، دار، النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 2009.
16. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري- دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
17. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية- مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
18. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 2000.
19. جوزيف داود ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة 1، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987.
20. حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1975.
21. حسام الدين كامل الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة عين شمس، 1975.
22. حسان شمسي باشا، محمد علي البار، كتاب مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ب د ن، جدة، 2004.
23. حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951.
24. حسن حنتوش الحساوي ، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999.

25. **حسنى عوده زغال** ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة في القانون الجنائي رسالة دكتوراه . الطبعة الأولى . دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
26. **حسين عامر، عبد الرجيم عامر**، المسؤولية المدنية، ط2، دار المعارف، مصر، 1979.
27. **خلفي عبد الرحمان**، أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
28. **رايس محمد** ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
29. **رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ** ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
30. **السباعي زهير، البار محمد علي**، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، 1999.
31. **سمير عبد السميع الأودن** ، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا، جنائيا، وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
32. **سميرة حسين محيسن**، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها- دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2016.
33. **سميرة عايد الديات** ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1999.
34. **سهير منتصر** ، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
35. **الصغير قيس**، المسؤولية المهنية الطبية في السعودية، الطبعة الأولى، ب د ن، السعودية، 1996.
36. **صفاء خربوطلي**، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005.
37. **طارق فتحي سرور**، نقل الأعضاء بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة، العربية، القاهرة، 2001 .

38. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري ، ضوابط نقل الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000.
39. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.
40. عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
41. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر، دت ن.
42. عبد الرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دت ن.
43. عبد السلام التونجي ، المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1975.
44. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية في القانون السوري والمصري والفرنسي ب د ن، القاهرة، 1966.
45. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
46. عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014.
47. عبد اللطيف الحسني ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الثانية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987.
48. عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005.
49. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
50. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1994.
51. عمر منصور المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، ب د ن، الرياض، 2004.

52. **القاسم يوسف**، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
53. **قيس الصغير**، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، السعودية، 1991.
54. **مأمون عبد الكريم**، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2009.
55. **المحتسب بالله بسام**، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، الطبعة الثانية، دار الإيمان، دمشق، بيروت، ب ت ن.
56. **محسن عبد الحميد إبراهيم البنية**، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1993.
57. **محمد توفيق إسكندر**، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002.
58. **محمد حسن قاسم**، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
59. **محمد عبد الظاهر حسين**، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، 1995.
60. **محمد فؤاد عبد الباسط**، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
61. **محمد نصر رفاعي**، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية، مصر، 1978.
62. **مروك نصر الدين**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
63. **مروك نصر الدين**، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.
64. **مروك نصر الدين**، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003.

65. **مروك نصر الدين** ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة، القوانين والقرارات والفتاوى الصادرة، الجزء الأول، الكتاب الثالث، دار هومة، الجزائر، 2003.
66. **منذر الفضل**، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية، الأردن، 2002.
67. **منذر الفضل**، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2000.
68. **منير رياض حنا**، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
69. **مهند صلاح أحمد فتحي العزة**، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
70. **هدى حامد قشقوش**، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1994م.
71. **هشام عبد الحميد فرج**، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2007.
72. **هيثم حامد المصاورة**، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.
- II. المقالات والأبحاث العلمية.**
1. **أبراش إبراهيم خليل العبد**، « النظام الدولي الراهن والتباس مفهوم الشرعية الدولية»، مجلة البصائر، جامعة البتراء، عمان، يونيو 2005.
2. **أحمد حماني**، حكم نقل الدم وزرع الأعضاء البشرية، فتوى صادرة عن لجنة الإفتاء المركزية بالجزائر، بتاريخ ربيع الأول 1392 هـ الموافق 20 أبريل 1972، مجلة العصر، العدد الأول، الصادر بتاريخ 1990/09/04.
3. **أحمد شرف الدين**، زراعة الأعضاء والقانون، مجلة الأمن العام. العدد 74.
4. **أحمد هديلي**، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، العدد الأول، الجزائر، 2007.

5. أحمد هديلي ، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، العدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008.
6. أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي ، "تبصير المريض في العقد الطبي"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثامن، السنة الحادية عشر، العدد 30، سنة 2006.
7. بن طرية معمر ، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة(دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 01، 2014، الجزائر.
8. حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998.
9. خالد بن حمد الجابر ، التأصيل الطبي للضرورة الطبية من وجهة نظر طبية حسب قواعد الشريعة، بحث مقدم في ندوة القواعد الفقهية، الرياض، محرم 1429 هـ.
- 10.
11. خلفي عبد الرحمان ، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية- دراسة في الفقه والتشريع المقارن"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، سداسية محكمة، العدد 07، جانفي 2015.
12. دهقان حميدة، التأمين من المسؤولية الطبية، العدد خاص بالملتقى الدولي حول أنظمة التأمين، حوليات جامعة بشار، العدد 6، 2009.
13. رجاء ناجي، أخطاء العلاج، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999.
14. زايد حميد ، الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي الجزائري، مجلة المحاماة، العدد 7، تيزي وزو، 2008.
15. زرارة عواطف ، "مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ب سكرة، سبتمبر 2014.

16. **زكية مصباح المغلول**، "المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل الدم الملوّث"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، السنة الثانية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015.
17. **زهود أشواق**، المسؤولية الجزائرية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2016.
18. **سامي بديع منصور**، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 فبراير 1994، قانون الآداب الطبية، مجلة العدل، العدد الرابع، لبنان، 2000.
19. **صالح فواز**، "المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، سوريا، 2006.
20. **طلال عجاج**، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة فقهية قضائية مقارنة، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2011.
21. **عارف علي عارف القرّة داغي**، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (4)، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، معاصرة.
22. **عبد الحميد اسماعيل الأنصاري**، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية مع المقارنة بالقانون القطري لنقل وزراعة الأعضاء، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998.
23. **علا درا غمة، ساري أبو سنينة، فادي علاونة**، تقرير عن واقع الأخطاء الطبية في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مؤسسة قيادات، 2009.
24. **عمر محمد السيوي**، التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية، مجلة دراسات قانونية، يصدرها بيت الحكمة، العدد السادس عشر، بغداد- العراق، 2005.
25. **قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا** مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 04، ج 01، جدة، 1988 م.
26. **قسوري فهيمة**، حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الصحة الجزائري الجديد)، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث

والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، مجلد 11، السنة الحادية عشر، عدد 2 جوان 2019.

27. قماروي عز الدين ، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، موسوعة الفكر القانوني المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائرية، ب ت ن.

28. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي ، الإتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة والقانون، بحث مقدم لكلية الملك فهد الأمنية، الرياض، فعاليات جلسات ندوة المجتمع والأمن، الاتجاهات المعاصرة للجريمة، الجلسة الأولى، الجريمة المعاصرة، المنظور الشرعي، الورقة الأولى في 26 سبتمبر 2005.

29. محمد هشام القاسم ، الخطأ الطبي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الثالثة، العدد الأول، مارس، 1979.

30. محي الدين جمال، آثار المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، ع (07) -، الجزائر، جانفي 2015.

31. مصطفى العوجي، التشريع الحديث الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 03-05 ماي 1998.

32. مصطفى عياد، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999.

33. معن شحدة أديس، الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، سلسلة تقارير قانونية رقم 77، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان " ديوان المظالم".

34. منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، العدد 7، ب س ن.

35. نائل عبد الرحمان ، مسؤولية الأطباء الجزائرية، دراسات مجلة العلوم والشريعة والقانون ، المجلة 29، العدد 1، الجامعة الأردنية، 1999.

36. نور الدين حاروش، "حق المواطن الجزائري في الصحة.. بين النصوص والواقع"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، قسم الدراسات القانونية والشرعية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست- الجزائر، العدد 8، جوان 2015.

III. الرسائل والدراسات الجامعية

أ. أطروحات الدكتوراه

1. أحمد عبد الله محمد الكندري، نقل وزراعة الأعضاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1997.
2. أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشرعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011.
3. أواز سليمان دزه بي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000.
4. افتكار ميهوب ديوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2006.
5. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
6. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية،- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2012-2013.
7. براج يمينة، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
8. بلجبل عتيقة، المسؤولية الإدارية الطبية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر، 2011/2012.

9. **بوشي يوسف**، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2012-2013.
10. **حاج عزام سليمان**، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2012.
11. **حادي شفيق**، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس، الجزائر، 2017-2018.
12. **سعد عبد الكريم العسيلي**، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، رسالة دكتوراه، قدمت إلى كلية الحقوق عين شمس، منشورات جامعة قار يونس بنغازي، الطبعة الأولى 1994م.
13. **سميرة عابد الديات**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
14. **طالب خيرة**، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
15. **عارف علي عارف**، مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، بغداد، 1991.
16. **عبد الرحيم صباح**، المسؤولية المدنية للطبيب عن إفشاء السر المهني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014-2015.
17. **فجالي مراد**، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
18. **المر سهام**، المسؤولية المدنية لمنتجي المواد الصيدلانية وبائعها - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2016-2017.

19. مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2010-2011.
20. موسى العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2016.
- ب. مذكرات الماجستير
21. أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، النظام القانوني لتعويض حوادث المرور، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002.
22. إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 1994.
23. بغدالي جيلالي ، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2013-2014.
24. خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون المنصورة، 2010.
25. داودي صحراء ، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، الجزائر، 2006.
26. رضا بريش، ضمان الأضرار الجسمانية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.
27. سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2010-2011.
28. سعدي محمد نجيب ، أحكام التصرف في الجسم البشري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
29. شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

30. **شعلان سليمان محمد السيد حمده**، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون العضوي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002.
31. **عبد الرحمن ابن صالح الطيار** ، المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2010، ص 114.
32. **فدوى البرغوثي**، المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس " أبو ديس.
33. **مختاري عبد الجليل**، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2006-2007.
34. **مشكور خليدة**، المسؤولية المدنية في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 2000-2001.
35. **منصوري جواد**، توجهات المسؤولية المدنية الطبية- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2016-2017.
36. **نجيب محمد سعيد الصلوي** ، الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 1999.
37. **وائل تيسير محمد عساف**، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، قانون خاص، فلسطين، 2008.
38. **يخلف عبد القادر** ، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء ، عن مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

❖ المراجع باللغات الأجنبية

I. Les Ouvrages

a) Ouvrages généraux :

1. **Jean CARBONNIER:** Droit Civil (introduction, les personnes), press universitaire de France, paris, 1974, p 215.

2. **Lambert, Faivre**, L'hépatite C, Post transfusionnelle et la responsabilité civile, D, 1993.
3. **Martine LOMBARD et Gilles DUMONT**: Droit administrative, Dalloz, 5^{ème} édition 2003, Paris Cedex 14
4. **MAZEAUD** (H.et L. et. J) Lecons du droit civil, Tome IX ,2 volume,1975
5. **N.JACOB et Ph. IE tourneau**, La responsabilité civil, (2.ed), DALLOZ, Paris, N°.1144 .
6. **Rene CHAPUS**: Droit administratif Général ,Montchrestien, T1,15^{ème} édition, Paris, 2001.
7. **Y.LAMBERT-FAIVRE**, La responsabilité médicale confrontée a l'évolution du droit et de la science, Journ. Médicale, Droit médical, Vol. 39, 1996.

b) Ouvrages spéciaux :

1. **Annick DORSENER- DOLIVET**: La responsabilité du médecin, éd. Economica, Paris, 2006.
2. **Bernard DAPOGNY**, les droits des victimes de la médecine, puits Fleuri ,France ,2009.
3. **C. CABROL**, problèmes éthique et sociaux posés par la greffe d'organes, bulletin de l'académie nationale de médecins, 1992, vol.176, n° 7.
4. **D.MALICIER ,A.MIRAS ,P.FEUGLET, P.FAIVRE**, la responsabilité médicale, Données actuelles 2^{ème} édition, ESKA, paris ,1999.
5. **F. FENSCH.**, « le corps des mourants, objet de convoitises et d'oppressions », 1980.
6. **FLOUZAT-AUBA (Marie-Dominique), TAWIL(Sami-Paul)**, droit des malades et responsabilité des médecins 'mode d'emploi ,Marabout ,France 2005 .
7. **Geneviève VINEY**: Chronique sur la responsabilité civile, J.C.P, 1997, I, 4068, n° 09, France.
8. **Michel GODFRYD** , l'expertise médicale, P.U.F, paris, 1991.
9. **Henri Leon MAZEAUD, André TUNC**, traite théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, To 2, 6 éd, Montchrestien, 1965.
10. **J.HERREAU ,D.POITOUT** ,l'expertise en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel,2^{ème} édition ,Masson, paris, 2006.
11. **François HUBERT**, Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1947.
12. **J. BONNEAU**: Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1^{er} sem) 1999, du 17 juin 1999, France.
13. **Jean GUIGUE**: Responsabilité des médecins - Devoir d'information, G. P. H, Spécial Droit De La Santé, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121e année, n° 329 à 331, France.
14. **J-M.AUBY**, la responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme, cahiers Laennec, n°2, 1952.
15. **J.SAVATIER**. les greffes d'organes devant le droit, cahiers Laennec, Mars, 1960.

16. **Jean PENNEAU**: Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal, 1999 (1er sem), France.
17. **Jean Penneau**: Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale, P.U.F, Paris.
18. **J.Penneau**, Faute et erreur en matière de responsabilité médical, Paris, 1973.
19. **M.HARICHAUX**. le corps objet, bioéthique et droit, 1989.
20. **Mark SABEK**: Les responsabilités du chirurgien - dentiste, Les Etudes Hospitalières Editions, Bordeaux, 2003.
21. **MAZARS Marrie France**, in **SEGURET Sylvie**, "Le consentement éclairé en périnatalité et en pédiatrie, êtres «La vie de l'enfant»", in (L'information au patient et le consentement éclairé : l'état de droit), éditions Dalloz, 2004.
22. **N.Nefussy-Ieroy** , Organes humain, Editions, ESKA, Paris 1990.
23. **Paul Julien Doll**, La Discipline des Greffes des transplantations et des autres actes de Disposition concernant le Corps Humain, Paris, 1970.
24. **René SAVATIER**, Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines. Juris-classeur périodique. 1969.
25. **René SAVATIER**, personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité, Longes Laborde de la Coste, Paris, 1963.
26. **Sylvie WELSCH** «Responsabilité du médecin, litec, Ed du juris-classeur, Paris, 2003.

IV. Articles :

1. **(F/z).AIT MOKHTAR**, Causalité juridique et responsabilité médicale, Revue critique de droit et science politique, Numéros spéciale ,2008/1.
2. **Basil S.MARKSINIS**, la perversion des notions de responsabilité civil délictuelle par la pratique de l'assurance. Conférence prononcé. le 11, mars 1983.
3. **Baudouim, Jean LOUIS**, L'expérimentation sur les Humains ; un conflit de valeur, Rev.Sc.Crim. et de droit pén. comp. 1971.
4. **Bernard BIOULAC** « Don et greffes d'organes et les expérimentations », table ronde du 04/06/1991, In rapport d'information sur la bioéthique, Rapport ; Bioulac B., rapporteur, 1992, Assemblée Nationale, N°2565, enregistrée le 18/02/1992.
5. **BON Pierre** «L'obligation du médecin d'informer le patient, Revue française de droit Administratif, N°3, Dalloz, 2000.
6. **CHADLY**, Les prélèvements d'organes en vue de Greffe, Revue Maghreb médical, Volume 20, N0: 345, Edition Maghreb médical, Tunis 2000.
7. **COSTE-FLORET**, la greffe du cœur devant la morale et devant le droit, revue de sciences criminelles et de droit, 1969.
8. **DIBIE-KRAJEMAN D**, *Informations* génétiques et fonctions médicales. Essai sur l'ambivalence de la condition juridique des médecins, Les Etudes hospitalières 2004.
9. **Gerald DWORKIN** , the Law Relating to Organ Transplantation in England. The Modern Law Review, volume (33), N° (4), July, 1970.

10. **HENNION-JACQUET P**, Le paradigme de la nécessité médicale, *Revue de droit sanitaire et social* 2007.
11. **J.B GRENOUILLEUA**. commentaire de loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvement d'organe, Dalloz. 1977, chronique n° 29.
12. La gazette du palais, 09 juillet 1969, tribunal de grande instance, paris, section civile, 03/06/1969.
13. – **F.LAMBRECHTS**, « les dons d'organes, de tissus, de cellules et produits du corps humain: de la loi Caillavet aux lois de bioéthique, *Revue. de droit sanitaire et social*, 1995.
14. **G.MEMETEAU**, *Cours de droit médical*, 4e éd., Les Etudes hospitalières, 2010, n°49.
15. **NERSON**, L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil-revue trimestrielle, *Droit civil*, 1970.
16. **Yenès OIKAOUI**, "La transplantation d'organes en droit marocain, quelles perspectives", *Revue générale du droit médical* N° 36, Paris, Septembre 2010,
17. **A.PROTHAIS**, Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000.
18. **M.-H RENAUT.**, L'évolution de l'acte médical, *Revue de droit sanitaire et social*, 1999,
19. **Dominique THOUVENIN**, La disponibilité du corps humain: Corps sujet ou corps objet ?, *Revue actes*, n° 49-50, Paris juin, 1985.
- ²⁰. Prélèvements d'organes et acharnement thérapeutique, *Le Monde* du 17 mars 1978

V. Thèses :

1. **Ahmed CHARAF ELDINE**, Droit de la Transplantation D'organes, Etude comparative, thèse, Paris II, 1975.
- ² **Borham ATALLAH**, le droit de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile obligatoire, Thèse, paris, 1967.
3. **F. LIOREN- FRAYNE**: La responsabilité sans faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, L.G.D.J, bibliothèque de droit public, France, 1985.
4. **GUYENOT**: le consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale, thèse Paris, 1904.
5. **Janine AMBIALET**, la responsabilité du fait D'autrui en droit médical, Thèse, Paris, (L.G.D.J).
6. **Jean PENNEAU** - Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, thèse-Paris, 1973.
7. **Ghenima LAHLOU KHIAR** , Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse Doctorat, Alger, 2005.
8. **M.R.COHIN**- L'abstention fautive en droit civil et pénal, Thèse, Paris, 1929.
9. **Peggy MAS**, La protection du corps humain dans le nouveau code pénal, Thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, France, 1996.

10. **Renaud BOUVET**, Liberté du médecin et décision médicale, THÈSE Ecole doctorale Sciences de l'homme, des organisations et de la société, UNIVERSITÉ DE RENNES 1, soutenue à Rennes le 13 décembre 2016.

VI. Sites d'internet :

1. 1er Civ.9 Avril 2002 ,. N° de pourvoi: 00-13314, <http://www.legifrance.gouv.fr>.
2. **GREFFE DE CRANE**: UNE PREMIERE MONDIALE, Article publié sur site internet, www.begeek.fr/greffe-de-crane-et-cuir-chevelu-une-premiere-mondiale-171891.
3. Livre II: Assurances obligatoires: Titre V : L'assurance de responsabilité civile médicale. www.Legifrance.gouv.fr
4. **Olivier Dupont**: D'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale..., <http://www.jurisfutur.com>
5. **Pierre-Louis BRAS**, Christine D'AUTUME, Bernadette ROUSSILLE et Valerie SAINTOYANT, l'assurance en responsabilité civile médicale, rapport RM2007-O27P, Février 2007 www.Ladocumentationfrancaise.fr
6. **TOROLLI (Maurice)**, L'obligation du médecin de respecter les données acquises et actuelles de la science, L.J, France, 2001, p 129, consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

فهرس المحتويات

الصفحة	العناوين
	الآية ، الإهداء، الشكر، قائمة المختصرات
01	مقدمة
14	الباب الأول: أركان المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
16	الفصل الأول: الخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
18	المبحث الأول: مخالفة الإذن كخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف بأعضاء الجسم البشري
18	المطلب الأول: مخالفة الإذن كخطأ قبل التصرف في أعضاء الجسم البشري عند الأحياء.
19	الفرع الأول: خصائص الرضا قبل التصرف في الأعضاء البشرية
20	أولاً: ضرورة أن يكون الرضا حراً مستتيراً
25	ثانياً: ضرورة تبصير المتبرع والمتلقي للعضو البشري
25	1: تبصير المتبرع بالعضو البشري
29	2: تبصير المريض المتلقي للعضو البشري
32	الفرع الثاني: شروط الرضا عن التصرف في أعضاء الجسم البشري.
32	أولاً: ضرورة مراعاة شرط الأهلية في التصرف في أعضاء الجسم البشري
39	ثانياً: مراعاة شكل الرضا عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
45	ثالثاً: الحق في العدول عن التبرع بأعضاء الجسم البشري.
47	المطلب الثاني: الضوابط القانونية للتصرف في الأعضاء عند الأموات
48	الفرع الأول: التأكد من الموت
50	أولاً: المعيار التقليدي (توقف القلب والرئتين)
51	ثانياً: المعيار الحديث: موت الدماغ (موت جذع الدماغ)
53	ثالثاً: المعيار الثالث: المعيار الشرعي، توقف القلب وموت جذع المخ
53	رابعاً: موقف التشريعات من تحديد لحظة الوفاة
55	الفرع الثاني: أحكام الرضا في استئصال الأعضاء بعد الوفاة
56	أولاً: التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في الجثة
66	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في الجثة

71	المبحث الثاني: مخالفة ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية كخطأ
71	المطلب الأول: عدم وجود حالة الضرورة كخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري.
72	الفرع الأول: الضرورة كشرط قبل التصرف في الأعضاء البشرية
72	أولاً: تعريف الضرورة الطبية
77	ثانياً: شروط الضرورة الطبية
85	الفرع الثاني: علاقة الضرورة بالتجربة الطبية
85	أولاً: مفهوم التجربة الطبية
87	ثانياً: ضوابط التجربة الطبية في التشريع الجزائري
91	المطلب الثاني: المقابل المادي والضوابط الفنية
91	الفرع الأول: المقابل المادي كخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
92	أولاً: رأي الفقه حول المقابل المادي في التصرف في أعضاء الجسم البشري
98	ثانياً: موقف التشريع من المقابل المادي عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
104	الفرع الثاني: الضوابط الفنية المتعلقة بالتصرف في الأعضاء البشرية
104	أولاً: الضوابط الخاصة بمحل التصرف
110	ثانياً: مشروعية التصرف في العضو البشري
112	الفصل الثاني: الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
113	المبحث الأول: الضرر في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
114	المطلب الأول: مفهوم الضرر الطبي
114	الفرع الأول: تعريف الضرر الطبي
117	الفرع الثاني: أنواع الضرر الطبي
117	أولاً: الضرر المادي
121	ثانياً: الضرر المعنوي
124	المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في الضرر الطبي
124	الفرع الأول: أن يكون الضرر الطبي شخصياً
127	الفرع الثاني: أن يكون الضرر محققاً

131	الفرع الثالث: أن يكون الضرر مباشر
132	الفرع الرابع: الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة
137	المبحث الثاني: علاقة السببية في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
137	المطلب الأول: مفهوم علاقة السببية
138	الفرع الأول: التعريف بعلاقة السببية
145	الفرع الثاني: نظريات علاقة السببية
146	أولاً: نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب
148	ثانياً: نظرية السبب المنتج (الفعال)
149	ثالثاً: نظرية السبب الأقوى
150	المطلب الثاني: إثبات ونفي علاقة السببية
150	الفرع الأول: إثبات العلاقة السببية
152	الفرع الثاني: انتفاء العلاقة السببية
153	أولاً: الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة
155	ثانياً خطأ المريض (المضروب أو الضحية)
156	ثالثاً : خطأ أو فعل الغير في إحداث الضرر
159	الباب الثاني: آثار المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
160	الفصل الأول: التعويض عن المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري وفقاً للقواعد التقليدية
160	المبحث الأول: أثر تحديد طبيعة المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
161	المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب عن التصرف في أعضاء الجسم البشرية
161	الفرع الأول: المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري ذات طبيعة تقصيرية
161	أولاً: المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري على ضوء آراء الفقه والقضاء الفرنسي
163	ثانياً: المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري في رأي الفقه والقضاء المصري
165	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للطبيب عن التصرف في الأعضاء البشرية ذات طبيعة عقدية
168	الفرع الثالث: شروط المسؤولية العقدية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
168	أولاً: وجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض

169	ثانيا: وقوع الضرر نتيجة الإخلال بالعقد
170	ثالثا: وقوع الضرر على المريض
170	المطلب الثاني: إثبات الخطأ في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
171	الفرع الأول: عبئ إثبات الخطأ الطبي
171	أولا: طبيعة التزام الطبيب
184	ثانيا: عبء الإثبات في المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
190	الفرع الثاني: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي
191	أولا: مهمة الخبير (كيفية قيامه بإنجاز تقرير الخبرة)
195	ثانيا: مدى إلزامية تقرير الخبرة للقاضي في المسؤولية الطبية
199	المبحث الثاني: كيفية التعويض وفق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
199	المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية للطبيب
200	الفرع الأول: أطراف دعوى المسؤولية المدنية للطبيب
200	أولا: المدعي (المضرور)
203	ثانيا: المدعى عليه (المسؤول عن الضرر)
204	ثالثا: شركة التأمين (المسؤول المدني)
205	الفرع الثاني: الاختصاص القضائي بنظر دعوى المسؤولية المدنية للطبيب
205	أولا: الاختصاص القضائي النوعي لدعوى المسؤولية المدنية للطبيب
206	ثانيا: الاختصاص القضائي المحلي لدعوى المسؤولية المدنية للطبيب
208	المطلب الثاني: كيفية التعويض في المجال الطبي
208	الفرع الأول: طرق وعناصر التعويض
208	أولا: طرق التعويض
213	ثانيا: عناصر التعويض عن الضرر الطبي
217	الفرع الثاني: تقدير التعويض
217	أولا: كيفية تقدير التعويض
221	ثانيا: أنواع تقدير التعويض
221	الفرع الأول: تقدير التعويض باتفاق الأطراف أو بالقانون

221	أولاً: التقدير الاتفاقي للتعويض (الشرط الجزائي)
223	ثانياً: تقدير التعويض بالنص القانوني
223	الفرع الثاني: تقدير القاضي ومدى رقابة المحكمة العليا للتعويض
223	أولاً: تقدير القاضي للتعويض
227	ثانياً: رقابة المحكمة العليا
230	الفصل الثاني: استقلالية أسس التعويض عن القواعد التقليدية للمسؤولية
230	المبحث الأول: التوجه نحو المسؤولية الموضوعية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
231	المطلب الأول: محاولات القضاء ابتكار طرق جديدة للإثبات
231	الفرع الأول: تحمل الطبيب لعبء إثبات الالتزام بالإعلام
237	الفرع الثاني: الخطأ الاحتمالي
241	الفرع الثالث: الالتزام بتحقيق نتيجة والتوسع فيه
242	أولاً: التوسع في التزامات الطبيب المتعلقة بواجباته الإنسانية والأخلاقية
246	ثانياً: أن هذا الإثبات يمكن أن يتم بكافة الطرق
248	المطلب الثاني: المسؤولية دون خطأ (على أساس الضرر)
248	الفرع الأول: إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ (المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة)
249	أولاً: حكم بشأن قضية (Gomez)
250	ثانياً: حكم بشأن قضية (Bianchi)
251	الفرع الثاني: محاولات القضاء العادي في الأخذ بالمسؤولية اللاخطئية (الإلتزام بضمان سلامة المريض)
256	
257	المبحث الثاني: آليات التعويض على المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري
258	المطلب الأول: التأمين من المسؤولية الطبية
259	الفرع الأول: مفهوم التأمين من المسؤولية الطبية
261	أولاً: تعريف عقد التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الطبية
261	ثانياً: خصائص عقد التأمين من المسؤولية الطبية
265	الفرع الثاني: أهمية التأمين من المسؤولية الطبية
269	المطلب الثاني: الأنظمة الخاصة للتعويض عن الأضرار الطبية

270	الفرع الأول: التعويض عن الحوادث الطبية طبقاً للقانون رقم 303-2002 المتعلق بحقوق
272	المرضى
273	أولاً: تأكيد الخطأ أساساً للمسؤولية الطبية
275	ثانياً : التعويض على أساس الضرر
276	الفرع الثاني: التعويض عن طريق صندوق التضامن الوطني الفرنسي
278	أولاً: شروط التعويض من الصندوق الوطني للتضامن ثانياً: إجراءات التعويض أمام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)
284	الخاتمة
290	قائمة المراجع
317	فهرس المحتويات



المخلص

إن أهم ما ميز القرن العشرين هو التطور الهائل في مجال الطب عموماً، وإمكانية التصرف في أعضاء الجسم البشري خاصة ، مما أدى إلى تطويع مفهوم مبدأ حرمة جسم الإنسان في المجال القانوني والشرعي، حيث عملت جل التشريعات على وضع ضوابط قانونية تنظم كيفية التصرف في أعضاء الجسم البشري، وعلى غرارها التشريع الجزائري من خلال قانون الصحة رقم 18-11، و أي إخلال أو مخالفة لهذه الضوابط يترتب المسؤولية المدنية ، ومتى قامت المسؤولية المدنية، يلزم المتسبب في الضرر بالتعويض .

الكلمات المفتاحية : التصرف، المسؤولية المدنية، قانون الصحة، التعويض ، الطبيب، الأعضاء البشرية

Résumé

Le Vingtième a été caractérisé par l'énorme développement dans le domaine de la médecine en général et la possibilité de disposer des organes du corps humain en particulier, ce qui a conduit à l'adaptation de la notion de principe d'inviolabilité du corps humain dans le domaine médico-légal, où la plupart des lois ont travaillé sur le développement des contrôles juridiques régissant la disposition des organes. Cette approche a été de même adoptée par la législation algérienne, telle que définie dans la loi sur la santé n ° 18-11, qui prévoit la responsabilité civile de toute infraction ou violation de cette réglementation. Dès que la responsabilité civile est établie, l'auteur est passible de dommages et intérêts.

Mots clés: Droit de disposition, responsabilité civile, droit médical, indemnisation, médecin, organes humains.

Abstract:

The most important characteristic of the twentieth century is the tremendous development in the field of medicine in general, and the possibility of disposing of human body organs in particular, which led to the adaptation of the concept of the principle of inviolability of the human body in the medico-legal field, where most of the legislation worked on the development of legal controls governing the disposition of organs. Similarly, the Algerian legislation through the Health Law No. 18-11, any breach or violation of these regulations arranges civil liability, and once civil liability is established tortfeasor is liable for damages.

Keywords: Right to dispose, Civil Liability, Medical Law, Compensation, Physician, Human Organs.