جامعة امحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو

المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية وفق القانون 18-11 المتعلق بالصحة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالب

رافع فريد

إشراف الأستاذة

لالوش سميرة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
أ.د زوبة سميرة	أستاذ التعليم العالي	جامعة بومرداس	رئيسا
أ.د لالوش سميرة	أستاذ التعليم العالي	جامعة بومرداس	مشرفا ومقررا
أ.د سعيدان أسماء	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجزائر 1	عضوا مناقشا
د. باقدي دوجة	أستاذ محاضر أ	جامعة بومرداس	عضوا مناقشا
د. ياحي سامية	أستاذ محاضر أ	المركز الجامعي مرسلي عبد الله/ تيبازة	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ: 06-11-2025

السنة الجامعية: 2025-2026

شكر وتقدير

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذة الدكتورة: "**لالوش سميرة**" المشرفة على هذه الأطروحة، وللأستاذة الدكتورة "**زوبة سميرة**" على قبولها ترأس لجنة المناقشة، والأعضاء المناقشين لتجشمهم عناء قراءة وتصويب وإثراء هذا العمل.

ولأساتذتي من كلية الحقوق الذين أكن لهم كل التقدير والاحترام: الدكتورة أحلوش زينب، البروفيسور جبارة نورة، الدكتورة بقار سلمى، والبروفيسور ناجي زهرة.

كما لا أنسى أن أتقدم بشكر خاص للسيد "محمد بقال" موظف بمكتبة كلية الحقوق بودواو على كل ما قدمه لي من تسهيلات ليس فقط طوال إنجازي لهذه الأطروحة بل منذ أول سنة لي بالجامعة.

الإهداء

إلى روح أبي الطاهرة

إلى أمي الغالية

إلى جميع إخوتي وأخواتي

وإلى كل من تذكرني بدعوة صادقة في ظهر الغيب.

الباحث: فريد رافع

قائمة المختصرات

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د. د. ن: بدون دار النشر

د. س. ن: بدون سنة النشر

د. ط: دون طبعة

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ق. ح. م. ج: قانون الحالة المدنية الجزائري

ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

Art : article

C. C. F : code civile français

C.P.F : code pénal français

Cass. Civ: cassation civile.

C.S.P.F : code de la santé publique français

J.O.R.F : Journal officiel de la République française

N° : numéro

Op.cit : ouvrage précité

P : page

R.A.S.J.P : Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques

Vol : volume

Iss : Issue

مقدمة

يحظى الجسم البشري باعتباره كيانا ماديا للإنسان بحرمة وقدسية في مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، تخرجه من دائرة التعاملات القانونية، وتجعل من كل مساس به فعلا محرما شرعا، ومجرما قانونا، طبقا لمبدأ حرمة الجسد، واعتبارات الكرامة الإنسانية، التي تضع جسد الإنسان في مقام أسمى من أن يخضع لأي تعامل قانوني أو أن يكون محلا لأي تدخل يمس بكرامته، نظرا لأن أي مساس بهذا الكيان هو مساس بالحق في الحياة ذاته.

وفي هذا الصدد نص الدستور الجزائري[1] في مادته الثامنة والثلاثين (38) على أن:" **الحق في الحياة لصيق بالإنسان، يحميه القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون**". وقضى بموجب المادة التاسعة والثلاثين (39) منه بأن:" **تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.**

يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة".

غير أن مبدأ حرمة الجسد البشري الذي ظل طيلة عقود من الزمن مبدأ راسخا ولا يقبل أي استثناء مهما كان، قد تراجع وتم التخفيف من حدته، بفعل الضرورات العلاجية، التي تقتضي إمكانية المساس البسيط بقدسية الجسد البشري تحقيقا لمصلحة علاجية للمريض، إذ أن هذه الأخيرة تبرر التدخلات الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان، باعتبارها غرضا مشروعا.

وقد شهد الطب الحديث ثورة في مجال التدخلات الطبية والجراحية الماسة بالسلامة الجسدية للإنسان، ضمن ما سمي بالثورة البيو تكنولوجية، والتي تمخضت عن ميلاد علم الهندسة الوراثية، علم الجينات، الجراحة التجميلية، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، وكذا عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية.

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية واحدة من أهم الفتوحات في عالم الطب الحديث، إذ أعادت الأمل لملايين الأشخاص عبر العالم ممن يعانون من ويلات المرض

[1] مرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30-12-2020، **متعلق بإصدار التعديل الدستوري**، مصادق عليه باستفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر. ج. ج، عدد 82، صادر في 30-12-2020.

والمعاناة اليومية، ويقبعون في أسرة المستشفيات تحت أجهزة تصفية الدم وغسيل الكلى أو قارورات الأكسجين، وهو ما جعل العديد من التشريعات تجعل من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية أولوية وطنية.[1]

تتخذ عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية عدة أشكال، فقد يتم استئصال جزء من الجلد من منطقة معينة من جسم الشخص وزرعه في منطقة أخرى من نفس الشخص، وهو ما يسمى بالزرع الذاتي[2]، والذي يلجأ إليه في أغلب الحالات عند الإصابات الناجمة عن الحروق، كما يمكن أن تتم عملية نقل العضو أو النسيج أو الخلية من شخص غير الشخص المستفيد من الزرع، إذ يتم نقل عضو من جسم شخص حي أو من جثة شخص ميت يتبرع بعضو من أعضائه، لفائدة مريض تلف أحد أعضائه أو فقد وظيفته الحيوية، ولا أمل في شفائه إلا من خلال استئصال العضو التالف من جسمه واستبداله بعضو سليم يستأصل من المتبرع بهذا العضو، وهي العمليات التي ينصب عليها موضوع هذه الأطروحة.

أثار نجاح عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية منذ بدايته جدلا في الأوساط الدينية والقانونية، وكثرت النقاشات والمؤتمرات القانونية والشرعية التي أقيمت للبحث في مدى الشرعية القانونية والدينية لهذه العمليات، نظرا لانعدام أي نص ديني أو قانوني يجيز أو يحرم مثل هذه العمليات، فحاول أساتذة القانون والفقه البحث عن أساس متين يجيزها نظرا للفائدة الكبيرة التي تنطوي عليها، كل من زاوية النظر التي ينظر بها إلى هذه العمليات.

لم يكن الطب الجزائري بمنأى عن القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، بل عمل على مسايرة التطور الذي يعرفه هذا المجال منذ الاستقلال، غير أنه وفي ظل عدم وجود نص قانوني يجيز هذه العمليات، استند الأطباء على الفتوى الصادرة من رئيس المجلس

[1] Art. 1231-1-A C.S.P.F dispose que :" **Le prélèvement et la greffe d'organe s constituent une priorité nationale" disponible sue : https://www.legifrance.gouv.fr/**

[2] تتسم عمليات الزرع الذاتي بطابع التعويض، إذ تهدف إلى إصلاح بعض العيوب الظاهرة، المشوهة للخلقة، كما أنها لا تشترط موافقة المانح، نظرا لتوافر حالة الضرورة القصوى وعدم وجود طرف ثاني في العملية، إذ يكون صاحب العضو أو النسيج المنزوع هو نفسه المستفيد، وبالتالي فلا تثير هذه العمليات خلافا بين الفقهاء.

الإسلامي الأعلى بالجزائر الشيخ الإمام" أحمد حماني"، سنة 1972، التي أباحت هذه العمليات، نظرا للفائدة الجليلة التي تنطوي عليها، وبالتالي فإن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر تمت لأول الأمر بناء على أساس شرعي، وهو أمر يتماشى والمنظومة القانونية الوطنية، والتي تتخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادرها.

ونظرا لأهمية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، فقد عمل المشرع الجزائري منذ إصداره لقانون حماية الصحة وترقيتها[1] سنة 1985 على تقنين هذه العمليات، ووضع إطار قانوني يجيزها، ويضمن حماية المتبرع بالعضو والمريض المتلقي له، غير أن هذا القانون، والذي لم يتعدى عدد نصوص أصابع اليد، كان محلا للكثير من الجدل، نظرا لما أثاره من إشكالات قانونية، إذ انطوى على الكثير من الثغرات، التي ساهمت في إحجام المجتمع الجزائري عن التبرع بالأعضاء، وبالتالي زيادة عدد المرضى الذين ينتظرون عملية الزرع في قوائم الانتظار بالمستشفيات المكلفة بإجراء هذه العمليات.

وتحت تأثير النقص الحاد في عمليات التبرع بالأعضاء، وازدياد الطلب على عمليات الزرع من جهة، ومطالبة الأستاذة والباحثين بإعادة النظر في المنظومة القانونية الصحية الجزائرية، وخاصة ما تعلق منها بالعمليات موضوع الدراسة، أعاد المشرع الجزائري تنظيم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في القانون 11/18 المتعلق بالصحة[2]، والذي ألغى القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وذلك تحت الفصل الرابع المعنون "بالبيو أخلاقيات "، ضمن القسم الأول، المعنون بـ " أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية" في المواد من 355 إلى 367[3].

---

[1] القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16-02-1985، **يتعلق بحماية الصحة وترقيتها**، ج. ر. ج. ج، العدد 08، صادرة في 18-02-1985، المعدل والمتمم.

[2] القانون رقم 18-11، المؤرخ في 02-08-2018، **يتعلق بالصحة**، ج. ر. ج. ج، العدد 46، صادرة في 29-07-2018، المعدل والمتمم.

[3] تضمن قانون 18-11 المتعلق بالصحة علاوة على الأحكام المتعلقة بالبيو أخلاقيات الطبية الخاصة بنزع وزرع الأعضاء البشرية أحكاما جزائية، تتعلق بمخالفة هذه الأحكام، وذلك ضمن المواد: 430 ,431 ,432 ,433.

يقصد بالبيو أخلاقيات في إطار المادة 354 من قانون الصحة 18-11:"**كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا، والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما، والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيو طبي**".

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري وبموجب هذا النص يضفي على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية طابعا أخلاقيا، نظرا لتعلقها بالكرامة الإنسانية، ويجعل من هذا النوع من التدخلات الطبية الجراحية عملا أسمى من كل الاعتبارات الأخرى ذات الطابع المادي أو المالي، إذ أن جسم الإنسان له من الكرامة والقدسية ما يخرجه من دائرة التعاملات التي تنطوي على مقابل مهما كان نوعه.

نظرا لخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، والتي تستغرق مدة قد تصل في بعض الأحيان إلى أكثر من (12) ساعة، ويتدخل فيها طاقم طبي متكامل، يتكون من أطباء مختصين في زراعة الأعضاء، واختصاصين في الإنعاش والتخدير، إضافة إلى ممرضين مساعدين، فلا شك أن هذه العمليات قد تنطوي على أخطاء طبية من شأنها الإضرار بالمتبرع بالعضو أو بالمريض المتلقي له، وبالتالي قيام مسؤولية الأطباء القائمين بهذه العمليات.

تنبع أهمية هذه الدراسة من أهمية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في حد ذاتها ومساهمتها في إنقاذ أرواح الكثير من المرضى، الذين لم تسعفهم عمليات الطب والجراحة التقليدية، علاوة على حداثة النص القانوني محل الدراسة، والذي يعود لسنة 2018، والجدل الكبير الذي يطرحه هذا الموضوع في أوساط الدارسين والمهتمين به من رجال القانون والفقه الإسلامي، في ظل عدم إرساء المشرع الجزائري لمعالم المسؤولية المدنية للأطباء القائمين بهذه العمليات، خاصة من خلال تنامي ظاهرة الأخطاء الطبية المتكررة التي تشهدها المستشفيات الجزائرية، والتي يروح ضحيتها الكثير من الأشخاص كل سنة.

ويرجع سبب اختياري لموضوع المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، إلى الشغف بميدان الطب البشري، والرغبة في الاطلاع على آخر مستجداته، وكذا محاولة الاستفاضة في البحث في مجال زرع الأعضاء البشرية، الذي كان موضوعا لمذكرة

الماستر التي ناقشتها سنة 2016، من خلال بحث مستجدات التنظيم القانوني لهذه العمليات بعد صدور قانون الصحة 18-11 سنة 2018، ومحاولة الوقوف عند مدى فاعلية هذه المستجدات.

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف عند البيو أخلاقيات الطبية التي تحكم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، والتي يتعين على الأطباء مراعاتها عند إجراء هذه العمليات، تجنبا للوقوع في أخطاء طبية تؤدي إلى مساءلتهم القانونية، وكذا رصد أهم النقائص والثغرات التي تعتري التنظيم القانوني لهذه التدخلات الجراحية، ومحاولة إرساء معالم نظام قانوني للمسؤولية المدنية للأطباء، بما يضمن حماية قانونية للمتضررين من الأخطاء الطبية الناجمة عن هذه التدخلات الجراحية الخطرة، خاصة في ظل عدم وجود نظام قانوني للمسؤولية المدنية المترتبة عن الأضرار التي تترتب عنها.

وعليه وانطلاقا من عدم إرساء المشرع الجزائري لنظام خاص بالمسؤولية المدنية للأطباء في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، يحق لنا التساؤل **عما مدى فعالية الأحكام القانونية المستحدثة بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة في ضمان حماية قانونية كافية للمتبرع بالعضو البشري والمريض المتلقي له، ومواجهة وتغطية الأضرار المترتبة عن هذه العمليات؟**

تقتضي الإجابة عن هذه الاشكالية إعمال المنهج الوصفي التحليلي، من خلال عرض المفاهيم المتعلقة بالدراسة، والآراء الفقهية والشرعية ذات العلاقة، وتحليل مختلف النصوص القانونية التي أوردها المشرع الجزائري في هذا الموضوع، ومقارنتها ببعض النصوص القانونية العربية والأجنبية.

ولأجل ذلك تعين الوقوف عند الأحكام الشرعية والبيو أخلاقيات الطبية التي تخضع لها عمليات نزع وزرع الأعضاء، أين تم عرض الأحكام العامة لهذه العمليات من خلال طرح الجدل الفقهي الشرعي والقانوني الذي عرفته هذه العمليات، والبيو أخلاقيات العامة التي تخضع لها جميع هذه الممارسات الطبية المستحدثة، مهما كان مصدر العضو المنقول من جهة علاوة

على البيو أخلاقيات الخاصة، والتي تتعلق بعملية نزع الأعضاء البشرية من الأحياء ومن الجثث، والتي تخضع لأحكام قانونية مختلفة **(الباب الأول)**.

وفي ظل عدم وجود نظام قانوني خاص بالمسؤولية المدنية للأطباء في مجال العمليات محل الدراسة، لا تكتمل هذه الأخيرة إلا بمحاولة المساهمة في رسم معالم نظام قانوني للمسؤولية المدنية للأطباء استنادا إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية، بشقيها العقدي والتقصيري، إضافة إلى البحث في مدى إمكانية تطبيق بعض القواعد الخاصة المتعلقة بالتعويض عن الأضرار، ومدى اتساعها وشموليتها لتغطية وجبر الأضرار الناجمة عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية **(الباب الثاني)**.

الباب الأول

نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحكام الشرعية والبيو أخلاقيات الطبية

يحظى الكيان المادي للإنسان سواء كان حيا أو ميتا بحرمة وقدسية، في مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية الداخلية والدولية، ضمن مبدأي حرمة الجسد ومعصومية الجثة الآدمية، بحيث أخرج الكيان المادي للإنسان من دائرة التعامل، وأصبح كل مساس به فعلا مجرما قانونا، ومحرما شرعا، ومنافيا للأخلاق والآداب، سواء تم هذا الاعتداء من قبل صاحب الجسم نفسه، أو من طرف الغير.

وقد ظل هذا الكيان محاطا بسياج حمائي لفترة طويلة من الزمن، إلى أن تم التخفيف من حدة المبدآن المذكوران آنفا تحت تأثير مبدأ آخر لا يقل قيمة عنهما، وهو مبدأ الضرورات العلاجية، إذ أجازت مختلف التشريعات التدخلات الطبية والجراحية التي يكون الجسم البشري محلا لها، ومن أهمها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، سواء تم استئصال الأعضاء من أجسام الأحياء أو من جثث الموتى، بغرض زرعها في جسم مريض تلف أحد أعضائه أو توقف هذا الأخير عن أداء الدور المنوط به ضمن جسمه.

وفي الوقت الذي لا تزال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية محلا لجدل الفقه الشرعي، فقد سارعت مختلف الدول والهيئات عبر العالم إلى تقنين هذه العمليات، سواء ضمن نصوص قانونية دولية، أو من خلال قوانينها الداخلية المتعلقة بالصحة، أو من خلال نصوص خاصة، تضمنت جملة من الضوابط القانونية التي ينبغي مراعاتها قبل، أثناء أو بعد اجراء هذه العمليات، حتى لا تخرج هذه الأخيرة عن الغرض النبيل الذي أبيحت من أجله.

وعليه ينبغي الوقوف عند الأحكام العامة التي تخضع لها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية **(الفصل الأول)**، من خلال بحث التأصيل الشرعي والقانوني لهذه العمليات، ثم تبيان البيو أخلاقيات الطبية العامة، التي تخضع لها جميع هذه التدخلات الطبية، مهما كان مصدر العضو المستأصل، على أن نتناول بعدها بالدراسة البيو أخلاقيات الخاصة بنزع الأعضاء من الأحياء من جهة وتلك المتعلقة بنزع الأعضاء من الأموات من جهة أخرى **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول: الأحكام العامة لنزع وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية ثمرة للتقدم العلمي الذي عرفه ميدان الطب في صراعه الطويل مع المرض، وهي واحدة من أهم أساليب الجراحة الحديثة التي توصل إليها الأطباء بعد أن تبين عجز العقاقير والأدوية البسيطة في شفاء بعض الحالات المرضية المستعصية، فأعطت بذلك أملا جديدا لكثير من المرضى في عيش حياة خالية من الألم والمعاناة.

وقد أحدثت هذه العمليات تحولا كبيرا في الساحة القانونية والشرعية، خاصة أمام حتمية الاستفادة من هذه الطفرة العلاجية، التي أكد الأطباء فعاليتها، وفتحت الباب على مصراعيه أمام البحث والفلسفة القانونية من جهة، والاجتهاد والفتوى الشرعية من جهة أخرى، من خلال كسرها لبعض المفاهيم المتجذرة في القانون والفقه الشرعي، على غرار مبدأ معصومية وحرمة الكيان المادي للإنسان، فقد أباحت للأطباء المساس بهذا الأخير باعتباره مصدرا لما اصطلح عليه "بقطع الغيار البشرية".

لذا كان لزاما على فقهاء القانون والشرع الإسلامي الإدلاء بآرائهم بشأن هذه العمليات من أجل الخروج بإطار قانوني وشرعي، يكون بمثابة الأرضية التي يستند عليها الأطباء والجراحين أثناء مزاولتهم لعملهم الفني بكل أريحية، وحتى يكونون على دراية بالحقوق والالتزامات المترتبة على عاتقهم بمناسبة القيام بمثل هذه العمليات.

وتأسيسا على ما سبق ينغي وضع هذه العمليات في إطارها الشرعي والقانوني الصحيح، من خلال بحث مدى شرعيتها الدينية، باعتبارها نازلة من النوازل الفقهية، التي تصدى لها المشايخ ولجان الفتوى، وكذا تحديد الأساس القانوني الذي استند عليه الفقه القانوني في تبريره لمشروعيتها، والذي كان بمثابة حجر الأساس في بناء معظم النصوص القانونية في مختلف الدول(**المبحث الأول**)، ثم تبيان البيو أخلاقيات العامة أو المشتركة، التي تخضع لها جميع هذه العمليات، والتي تعتبر ضمانات تكرس مبدأ التوازن بين حرمة الجسد الآدمي من جهة، والحق في السلامة الجسدية من جهة ثانية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: التأصيل الشرعي والقانوني لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

شكلت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها مساسا بمعصومية الجسد البشري مجالا خصبا للفتاوى الشرعية، خاصة في الدول الإسلامية، والتي تحرص تشريعاتها على عدم مخالفة أحكام الدين الإسلامي، على اعتبار أن أحكام هذه الأخير مصدر من مصادر القانون في هذه الدول، والتي كانت أمام حتمية إصدار تشريع طبي خاص بنزع وزرع الأعضاء البشرية موائم لمبادئ الشرع الإسلامي الحنيف.

ولهذا وانطلاقا من خاصية المرونة التي تتسم بها الشريعة الإسلامية، عكف الفقهاء ورجال الدين على التصدي لهذه العمليات بالإفتاء في مدى جوازها من عدمه، باعتبارها نازلة من النوازل التي لم تُعرَف لدى الفقهاء القدماء **(المطلب الأول)**، كما فتحت هذه العمليات قبل صدور التشريعات الخاصة بها أبوابا للبحث القانوني بين فقهاء القانون وخاصة في الدول الغربية من أجل إيجاد الأساس القانوني الذي يُبرَّر بموجبه العمل الطبي الجراحي المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: جدلية نزع وزرع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي

أثارت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية جدلا كبيرا بين فقهاء الشرع الإسلامي الحديث والمعاصر، نظرا لعدم وجود نص شرعي صريح، يقضي بمشروعية هذه العمليات من عدمها من جهة، وعدم وجود رأي للفقهاء القدماء حول هذه المسألة، نظرا لعدم حاجتهم في زمانهم إلى بحثها، وبالتالي فقد عقدت بشأنها عديد الملتقيات والمجامع الفقهية، التي تبارى الفقهاء والمفتين من خلالها إلى إبداء مواقفهم بشأنها، تبعا لفهمهم لمعاني بعض النصوص الشرعية.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية حول عدم جواز نقل الأعضاء المنفردة، لما يترتب على نقلها من هلاك الشخص المنزوعة منه، إضافة إلى عدم جواز نقل الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية، نظرا لأن نقلها يؤدي إلى اختلاط الأنساب، كما اتفق جمهور الفقهاء

على تحريم تقاضي أي مقابل مادي نظير العضو المنزوع[1]، غير انهم انقسموا فيما عدا ذلك إلى اتجاهين، يعارض الأول وبشدة نقل أي عضو من أعضاء الإنسان حيا كان أو ميتا لزرعه في جسم إنسان آخر **(الفرع الأول)**، في حين لا يرى الاتجاه الثاني حرجا في إجراء هذه العمليات إذا ما توافرت كل الضمانات التي تقضي بمشروعيتها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الاتجاه الشرعي المعارض لنزع وزرع الأعضاء البشرية

ذهب جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية[2] إلى القول بعدم جواز عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، سواء تم نقل الأعضاء من جسم شخص حي أو من جثة شخص متوفى وزرعها في جسم مريض ولو كان مضطرا إليها، ولا فرق في ذلك إن تمت هذه العمليات على سبيل التبرع أو لقاء مقابل يدفعه المتلقي لهذا العضو، فلا يباح أي عضو من أعضاء الآدمي، سواء كان مسلما أو كافرا معصوم الدم، كالذمي والمستأمن، وقد استدل أنصار هذا الاتجاه على تحريم نزع وزرع الأعضاء البشرية بجملة من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، وكذا بأقوال الفقهاء القدماء، وعليه سنورد تباعا هذه الأدلة فيما يلي:

---

[1] محمد الوناس مزياني، **نقل وزرع الأعضاء الآدمية في الفقه الإسلامي المعاصر**، مجلة الصراط، المجلد 12، العدد 02، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010، ص 79.

[2] انظر: أبو الفضل عبد الله بن محمد بن الصديق الغماري الحسني، **تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام**، د. ط، مكتبة القاهرة، مصر، 1997، ص 7، وما بعدها، انظر أيضا: الشيخ محمد متولي الشعراوي، **الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعه؟** مقال منشور بجريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، صادر في 26-02-1987 أشار إليه أحمد عمراني، **حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة**، (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2010، ص 178، انظر كذلك: حسن علي الشاذلي، **حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي**، ط1، دار كتاب الجمهورية، القاهرة، مصر، د س ن، ص 109 وما بعدها.

أولا: نزع وزرع الأعضاء البشرية تصرف في ملك الغير:

ينطلق جانب من الفقه الإسلامي في قوله بعدم مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، من قوله تعالى:"... **أمن يملك السمع والأبصار والأفئدة...**"[1] وقوله أيضا:" ... **فسبحان الذي بيده ملكوت كل شيء وإليه ترجعون**"[2] وقوله في موضع آخر:" **قل أعوذ برب الناس ملك الناس**"[3].

ويؤسس هذا الاتجاه موقفه على عدم ملكية الشخص لأعضائه، إذ أن هذه الأخيرة ملك خالص لله تعالى، وأن الإنسان ما هو إلا منتفع بها، ومكلف بالمحافظة عليها، وبالتالي فلا يجوز لمن لا يملك أعضاءه أن يتبرع بها حال حياته، أو يوصي بها لما بعد وفاته، كما لا يجوز لورثة الميت التصرف في جثة هذا الأخير طبقا لنفس العلة، فطالما أن صاحب الجسم غير مالك له ولا يستطيع التصرف فيه، فمن باب أولى لا يجوز لورثته التصرف في جثته، بالسماح بنزع أي عضو منها.

ومن أشد الفقهاء المتعصبين لهذا الرأي فضيلة الشيخ " محمد متولي الشعراوي" إذ يرى أن: " الإنسان لا يملك نفسه لكي يتبرع بعضو من جسمه"، مشيرا إلى أن:"... هناك فرقا بين الشيء الذي مَلَّكَهُ الله للإنسان ملكية تصرف، وبين الشيء الذي ملكه إياه ملكية انتفاع فقط، وأن الإنسان لا يملك من جسده إلا حق الانتفاع به على النحو الذي يسمح به المولى عز وجل، وبالتالي لا يجوز للشخص التبرع بأي عضو من أعضائه لأنه ليس مالكا لها. [4]

ويمضي الشيخ الشعراوي في حكمه بعدم الجواز هذا قائلا أنه:" إذا كان يحرم نزع الأعضاء من جسم الإنسان وهو حي، فإنه من باب أولى يجب القول بتحريم نزع الأعضاء

---

[1] سورة يونس، الآية 31.

[2] سورة يس، الآية 83.

[3] سورة الناس، الآية 1-2.

[4] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2019، ص 114.

من جثته إذا مات، ذلك أن الآدمي إذا كان لا يملك جسده وهو حي، فمن باب أولى لا يملكه ورثته وهو ميت".[1]

ويضيف الأستاذ" حسن علي الشاذلي" أن:" الإنسان ليس مالا، وليس مملوكا لإنسان آخر، بل هو ملك لله تعالى، فليس لأحد سواه حق التصوف فيه ببيعه أو غيره" فلا يجوز بيع أعضاء الإنسان ولا هبتها، لأن محل البيع والهبة هو المال، فطالما أن الجسد الآدمي ليس مالا فلا يجوز بيعه ولا هبته، فمن ليس له ولاية على شيء لا يملك التصرف فيه، و لا يملك الإذن لغيره في التصرف فيه.[2]

ويرفض الدكتور" موسى شاهين لاشين" أستاذ الحديث بكلية أصول الدين بجامع الأزهر نقل الأعضاء البشرية رفضا مطلقا، مبررا هذا الرفض بأن أعضاء الإنسان ليست ملكا له، بل هي وديعة مؤقتة عنده، وأن كل ما أذن له فيها هو أن يستخدمها وينتفع بها في حدودٍ رسمها المالك، ويمضي قائلا بأنه" من غير المنطقي القول بوجود مسلم يعتقد بأنه يملك أعضاء جسمه، فطرق الملكية ثلاث: الشراء، الهبة والميراث، وأنه ليس هناك من يدعي بأنه اشترى عينه وقلبه مثلا، أو أنه قد حصل عليهما كهدية من شخص آخر، أو إنهما قد انتقلا إليه عن طريق الميراث، فإذا كان هناك من يدعي بملكية أعضائه بعد هذا فليأتي بسند ملكيته لها[3].

غير أن القول بتحريم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية استنادا إلى عدم ملكية المتبرع للعضو الذي سيتبرع به قول مردود عليه، ذلك أن الكون كله ملك لله تعالى، وليس جسد الإنسان وحده، وأنه رغم عدم ملكية الإنسان لجسده إلا أنه يملك حق الانتفاع به، فقد أباح المولى عز وجل للناس أن يتصرفوا فيما يملكه سبحانه وتعالى، بالطريقة التي ترضيه، ولذلك فإن الله تعالى قد فوض الإنسان في جسده الذي هو ملك له، وحينما يتبرع بجزء منه فهذا التبرع يجوز في حدود التفويض الذي لا يضر به، كما يعتبر في الوقت ذاته تصرفا

---

[1] يوسف بوشي، **الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، (دراسة مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013، ص 471.

[2] حسن علي الشاذلي، مرجع سابق، ص 109.

[3] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 114.

محمودا لا يناقض ما أمر به الشرع الحنيف من إسداء المعروف وإغاثة الملهوف وإحياء النفوس، وقياسا على جواز التصرف في النفس بالجهاد لإعلاء كلمة الدين، يمكن القول بجواز التصرف فيها بما يحقق مصلحة الأمة، من خلال منح عضو لفائدة مريض تتوقف حياته على هذا العضو[1]

ثانيا: نزع وزع الأعضاء البشرية تعد على الكرامة الإنسانية

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تعديا صارخا على كرامة الإنسان، هذه الكرامة التي صانها المولى تبارك وتعالى بقوله: "ولقد كرما بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"[2]، وقوله أيضا:"... الذي خلقك فسواك فعدلك..."[3] وورد في سنة المصطفى عليه الصلاة والسلام ما يوافق الآيتين السابقيتين، في الحديث الذي روته عنه عائشة رضي الله عنها، إذا قال:" كسر عظم الميت ككسره حي".[4]

يتضح من هذه النصوص تكريم الشريعة الإسلامية الغراء للإنسان حال حياته وبعد موته، وحرمة أعضائه، وأن هذا التكريم يلزم الإنسان بالمحافظة على جسده وفقا لما أمر به الشرع، وبالتالي فنزع أي عضو من جسد الإنسان فيه إهانة لهذا الأخير، وهدر لكرامته، يستوي في ذلك أن يكون المنزوع منه مسلما أو غير مسلم، فكرامة الإنسان تنبع من خلقه وليس من إسلامه وتقواه، وهو ما يؤدي إلى الحكم بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية وتحريم ذلك.

وتقتضي الكرامة الإنسانية على الإنسان المحافظة على كيانه المادي وعدم تعريض نفسه للمخاطر، مصداقا لقوله تعالى:" ... ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة..."[5]، وقوله أيضا:"

---

[1] أسامة السيد عبد السميع، **نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة**، ط 01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 95.

[2] سورة الإسراء، الآية 70.

[3] سورة الانفطار، الآية 07.

[4] أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء5، د.ط، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009، ص 116.

[5] سورة البقرة، الآية 195.

...ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما..."[1] وقوله صلى الله عليه وسلم:" من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ[2] بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا..."[3] وقوله أيضا:" لا ضرر ولا ضرار"[4].

يتضح من خلال عرض هذه النصوص الشرعية حرمة النفس البشرية، ومنه تحريم تعريض الشخص لنفسه أو غيره إلى الهلاك، من غير مصلحة شرعية راجحة ولا مؤكدة، ويعتبر من قبيل إلقاء النفس في مظان التهلكة نزع عضو من أعضاء الشخص بغرض زرعه في جسم شخص آخر، وهو سعي غير محمود، لأن الإنسان بذلك ينفع غيره بضرر يلحقه بنفسه، ويفوت من خلاله المنفعة التي يرتبها له العضو المقطوع.[5]

كما اعتبر أنصار الاتجاه المعارض لنزع وزرع الأعضاء البشرية أن كرامة الإنسان تقتضي استبعاد التداوي بالمحرمات، إذ اعتبروا أن الأجزاء المنفصلة من جسم الآدمي من المحرمات، وبالتالي يحرم التداوي بها، مصداقا لقول النبي الكريم صلى الله عليه وسلم:" إن الله عز وجل أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا، ولا تتداووا بالحرام".[6]

كما تقضي كرامة الإنسان ألا تكون أعضاؤه قطع غيار تباع وتشترى، لذا جاز القول بتحريم نزع وزرع الأعضاء البشرية احتياطا مما قد توصل إليه هذه العمليات من الاتجار بالأعضاء، ومنه فالأولى تحريمها إعمالا للقاعدة الشرعية المتعلقة بسد الذرائع.[7]

---

[1] سورة النساء، الآية 29.

[2] يضرب ويطعن بها بطنه.

[3] أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، المجلد 01، ط 01، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2014، ص 448.

[4] أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة، **سنن بن ماجة**، الجزء الأول، د. ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 784.

[5] زينب أحلوش بولحبال، **حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2016، ص 283.

[6] أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء 6، مرجع سابق، ص 23.

[7] يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 140.

ويسري التحريم أيضا على المساس بجثة الآدمي، فكرامة الإنسان لا تتوقف على حياته، بل تستمر معه إلى ما بعد وفاته، إذ يحرص الشرع الإسلامي على وجوب رعاية حرمة الميت من خلال تشريع تكفينه والإسراع في دفنه، وتحريم نبش القبور أو العبث بجثث الموتى، أو التنكيل بها أو اقتطاع أي عضو من أعضائها، حتى ولو كان صاحبها كافرا، استنادا لقاعدة سد الذرائع السابق بيانها، حتى لا توزع أعضاء الميت هنا وهناك، ولا يبقى من جسد الإنسان شيء يدفن في القبر[1]

وقد ورد عن الفقهاء القدماء ما يصب في هذا الاتجاه، إذ قرروا على ضوء كرامة الإنسان، عدم جواز الانتفاع بأعضائه حتى في حالة الضرورة، وبناء على موافقة الشخص صاحب العضو، قال ابن الهمام الحنفي:" لا يجوز بيع أجزاء الإنسان ولا الانتفاع بها، لأن الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا"، وقال الإمام النووي:" ولا يجوز أن يقطع معصوم غيره بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر..."، وقال الإمام البهوتي:" فإن لم يجد المضطر إلا آدميا محقون الدم لم يبح قتله ولا اتلاف عضو منه مسلما كان المحقون أو كافرا ذميا أو مستأمنا، لأن المعصوم الحي مثل المضطر، فلا يجوز له إبقاء نفسه بإتلاف غيره"[2]

يستشف من هذه النصوص وجوب ابتعاد الإنسان عن أي أمر قد يلحق به الأذى، ويرمي به في مواطن التهلكة، درءا للمفاسد التي قد تترتب على ذلك، إذ يعتبر نزع أي عضو من جسد الآدمي بمثابة إزالة منفعة هذا العضو وتفريط فيها، وقد يؤدي إلى هلاكه حالا أو مآلا، وأنه ليس مطلوبا شرعا تعريض الشخص لنفسه إلى التهلكة في سبيل إحياء الغير،

[1] يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 472.

[2] أمجد مراقب داود عبيد، **الأقوال الفقهية في نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مجلة الباحث، كلية العلوم الإسلامية، دون عدد، جامعة الفلوجة، العراق، 2009، ص ص 261-262.

فنفسي المتبرع بالعضو والمتلقي له مستويتين في حق الحياة، لذا وجب القول بمنع عمليات نزع الأعضاء والحكم بتحريمها.[1]

بيد أن تحريم نزع الأعضاء البشرية استنادا إلى مبدأ حرمة الجسد الآدمي وكرامته محل نظر، إذ يحرص الأطباء أشد الحرص على المحافظة على حياة المتبرع الخاضع للعملية، إن كان حيا، وضمان رتق الجثة وإعادة ترميمها، في حالة نزع الأعضاء من الموتى، وفي ذلك تمام التكريم للمتبرع، ضف إلى ذلك أنه إذا كان مصير العضو عاجلا أو أجلا إلى التراب، فإن في نقله إلى مريض يحتاجه، صيانة له، إذ قد يستعين به المتلقي له على طاعة مولاه ومرضاته، دون أن ننسى ما سيترتب عن ذلك من أجر وثواب للمتبرع، نتيجة تفريج كربة المريض.[2]

ثالثا: نزع وزرع الأعضاء البشرية تغيير للخلق وتبديل للنعمة

يرى بعض الفقهاء من القائلين بتحريم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية أن هذه الأخيرة بمثابة تغيير لخلق الله، الذي خلق الإنسان في أحسن تقويم، ومثلة بجسم الآدمي المكرم حيا وميتا، وقد استدل هؤلاء بعموم عديد الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، منها قول المولى تبارك وتعالى:"... ولآمرنهم فليغيرن خلق الله..."[3] وقوله كذلك:"... ومن يبدل نعمة الله من بعد ما جاءته فإن الله شديد العقاب"[4] وقوله أيضا:" ... أتستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير..."[5] و قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روته أسماء بنت أبي بكر رضي الله

---

[1] محمد مزياني، **مسالك الاستدلال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012، ص 40، انظر أيضا: زبيدة إقروفه، **نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 368.

[2] هدى حاوش، **زرع الأعضاء البشرية بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2018، ص 74.

[3] سورة النساء، الآية 119.

[4] سورة البقرة، الآية 211.

[5] سورة البقرة، الآية 61.

عنهما:" لعن الله الواصلة والمستوصلة"[1]، وقوله أيضا:" اغزوا باسم الله، في سبيل الله، اغزوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا..." [2]

وجه الدلالة من هذه النصوص أن نقل أي عضو من أعضاء الإنسان أو جثته يعتبر تغييرا لخلق الله، الذي أحسن خلق كل شيء، وتنازل عن نعمة التمتع بالعضو التي أنعم به المولى على عبده، وتعريض لنفسه إلى الأمراض وإنقاص من سلامته وقدرته، وتمثيل بجسده أو جثته وتنكيل بهما، وتشويه للصورة التي خلقه عليها، كما لا يجوز للشخص أن يكمل النقص الذي اعترى جسده نتيجة المرض بعضو أو جزء من أجزاء شخص آخر، لأن هذا النوع من التداوي غير جائز وملعون فاعله، ومن ثم فالقول بحرمة نزع وزرع الأعضاء البشرية أولى.[3]

غير أن الحكم بتحريم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بناء على اعتبارها من قبيل تغيير خلق الله وكفر بنعمه، حكم غير موفق ويجانب الصواب، وذلك لأن نقل الأعضاء لا يعد بمثابة تغيير لخلق الله، إذ أن الغاية من ذلك إنقاذ المرضى وتخليصهم من المعاناة والآلام، وهو مطلب شرعي عظيم، كما لا يعد تمثيلا بالعباد لأن في هذه الأخيرة تشويه للشخص نكاية وعدوانا، أما عمليات نقل العضو ففيها من الرحمة والحرص على سلامة وكرامة الشخص ما ينسف كل الادعاءات السابقة.[4]

وفي هذا الصدد أفتى الشيخ أخمد حماني رئيس المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20-04-1972 بشأن الانتفاع بأعضاء الميت قائلا:" يجوز للشخص أن يوصي حال حياته بنقل عضو منه بعد وفاته، وفي هذه الحال لا مانع من إمضاء وصيته وتنفيذ تبرعه، ولا يعتبر تشريح جثته مثلة به، حصلت بعد عجزه عن الدفاع عن نفسه، لأنه كان يعلم ذلك ورضيه،

---

[1] أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء6، مرجع سابق، ص 244.

[2] أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء4، مرجع سابق ص 256.

[3] أمجد مراقب داوود عبيد، مرجع سابق، ص 359.

[4] محمد علي البار، **الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء**، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1994، ص ص 142-143.

وآثر أخاه المسلم بقلب قد استغنى عنه بموته، ليستمر أخوه في استعماله مدة أخرى، ويستريح من قلب منهوك يعرضه للخطر والآلام كل حين..."[1]

الفرع الثاني: الاتجاه الشرعي المؤيد لنزع وزرع الأعضاء البشرية

على النقيض من الاتجاه الأول المعارض لنزع وزرع الأعضاء البشرية، والقائل بتحريمها، والذي تم الرد على الأدلة التي استدل بها وتفنيدها، يرى جانب كبير من الفقه الإسلامي المعاصر، ممثلا بجمهور الفقهاء ومجامع الفقه الإسلامي ولجان الفتوى، أنه لا حرج في القيام بهذه العمليات سواء تم النزع من الأحياء أو من جثث الأموات، طالما كان القصد منها نبيلا، بل وأكثر من ذلك يشجع هؤلاء على التبرع بالأعضاء البشرية، ويعتبرونه من الصدقات الجارية، وقد عضدوا موقفهم هذا بعديد البراهين من نصوص الكتاب والسنة، ومن أقوال الفقهاء القدماء، وقد جمعت الحجج التي اعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه ضمن النقاط الموالية:

أولا: التبرع بالأعضاء البشرية إحياء للأنفس

يرى جانب من الفقهاء المجيزين لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، أن هذه الأخيرة تعكس معنى إحياء الأنفس الذي جاء في قوله تعالى:"... من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا..."[2].

يستشف من هذه الآية أصل شرعي عام، مقتضاه أن كل إنقاذ للأنفس من الهلاك يعد إحياء لها، فإنقاذ نفس واحدة يضارع إحياء الناس جميعا، وإحياء الأنفس مطلب شرعي، وطالما أن الهدف من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إنقاذ شخص من التهلكة، بتأمين حاجته إلى عضو سليم يؤدي وظيفته التشريحية على أحسن وجه، دون أن يؤدي إلى هلاك صاحب

[1] العربي بلحاج، **الحماية القانونية لجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري**، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 271.

[2] سورة المائدة، الآية 32.

العضو، جاز القول بأنها باب من أبواب إحياء الأنفس، وعملا معبرا عن مبادئ الرحمة والتضامن الإنساني، وأنها واحدة من أعظم القربات، التي يتقرب بها العبد إلى مولاه جل وعلا، وبالتالي يعد عملا جديرا بإجازة الشرع له.[1]

ثانيا: التبرع بالأعضاء البشرية ضرورة تبيح المحظور

أباح المجيزون لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية هذه الأخيرة بناء على القاعدة الفقهية " الضرورات تبيح المحظورات"، التي تستخلص من عديد النصوص الشرعية، منها قوله تعالى:" **إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم**"[2]، وقوله:" **... فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم**"[3] وقوله أيضا:"... **وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**"[4] وقول المصطفى صلى الله عليم وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**"[5].

وقضوا بأن ضرورة الحفاظ على حياة المريض تبيح نزع الأعضاء البشرية من أجسام الأحياء أو من جثث الموتى، فضرورة العلاج مثل ضرورة الغذاء، فإذا جاز للمضطر أكل الحرام، فمن باب أولى يجوز للمضطر التداوي به، ذلك أن ما قد يترتب عن عدم التغذي من هلاك يضارع ما يترتب من هلاك عن عدم التداوي[6]

كما يمكن القول بجواز الانتفاع بالأعضاء البشرية قياسا على جواز أكل الإنسان لجزء من الميت، حفاظا على حياته، أو حتى قطع جزء من نفسه إذا لم يجد شيئا يتناوله لا حلالا ولا حراما، على أنه يشترط أن يكون الضرر المترتب عن قطع العضو أخف من ذلك المترتب

---

[1] عبد الستار مزياني، **المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري**، (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022، ص 65.

[2] سورة البقرة، الآية 173.

[3] سورة المائدة، الآية 03.

[4] سورة الأنعام، الآية 119.

[5] أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة، مرجع سابق، ص 784.

[6] يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 473.

عن ترك الأكل، ويقاس عليه من باب أولى نزع عضو من جسد المتبرع صيانة لسلامة المتلقي لهذا العضو من الهلاك.[1]

وفي هذه الصدد أفتى الشيخ أبو عبد السلام الجزائري في فتواه المؤرخة ب-2007 03-21 بشأن نقل وزراعة وبيع أعضاء جسم الإنسان حيا أو ميتا، قائلا:" أما نقل وزراعة عضو من جسم إنسان حي في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، فهو عمل جائز، لما فيه من مصلحة كبيرة، بشرط ألا يضر نقل العضو من المتبرع به ضررا يهدد حياته ويخل بها..." [2]

ثالثا: نزع وزرع الأعضاء البشرية رفع للحرج وتيسير على العباد

أجاز الفقهاء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية من منظور القاعدة الفقهية "**المشقة تجلب التيسير**"، والتي يمكن استخلاصها من عدد من النصوص الشرعية، كقوله تعالى:" ... **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر...**"[3] وقوله أيضا:" ... **يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا**"[4]، وقوله في موضع آخر:"... **ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج...**"[5]، وقول الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم:" **يسرا ولا تعسرا...**"[6]

---

[1] زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص 301.

[2] العربي بلحاج، **الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري**، مرجع سابق، ص 281.

[3] سورة البقرة، الآية 185.

[4] سورة النساء، الآية 28.

[5] سورة المائدة، الآية 06.

[6] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، **صحيح البخاري**، المجلد الثامن، ط 01، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2012، ص 82.

وقوله صلى الله عليه وسلم:" ... **ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته...**"[1] وقوله أيضا:" **من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل**"[2]، وقوله تعالى:" ... **ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة...**"[3]

وقد ورد في **فتوى الأزهر الشريف** بخصوص حكم الإسلام في نقل الدم من إنسان لآخر، وعملية نقل القلب من إنسان لآخر أن:" نقل عضو من الأعضاء من حي إلى حي لا شيء فيه إذا رضي المنقول منه، لأنه نوع من إيثار غيره على نفسه، والإيثار من الصفات الحميدة"[4]

يستشف من هذه النصوص أن الأحكام قد شرعت للتيسير على العباد، ورفع الحرج والمشقة عنهم، وبناء على ذلك فإن في إجازة نزع وزرع الأعضاء البشرية إعمالا لمقصد شرعي عظيم، هو التيسير على الخلق، والرحمة بالمبتلين بالمرض، والتخفيف من آلامهم، أما تحريم ذلك فجالب للمشقة والحرج على العباد، وفيه تعريض للمرضى إلى الهلاك، ومجانبة لمقصود النصوص الشرعية السابق ذكرها.[5]

غير أن أنصار هذا الاتجاه من الفقهاء المجيزين لنزع وزرع الأعضاء البشرية لم يحكموا بجواز هذه العمليات على إطلاقه، وإنما قيدوا هذا الجواز بوجوب توافر جملة من الشروط، تضمن سلامة طرفي العملية وكرامتهما الإنسانية، على أن تخضع للقواعد العامة للعمل الطبي والجراحي بالنسبة للمستفيد المتلقي للعضو، في حين تمتاز هذه الشروط بنوع من الخصوصية

---

[1] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، **صحيح البخاري**، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 380.

[2] علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**، المجلد 13، د. ط، مؤسسة الرسالة، د.س. ن، ص 464.

[3] سورة الحشر، الآية 09.

[4] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية** (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الكتاب الثالث، ط 01، دار هومه، الجزائر، 2003، ص22.

[5] بشير علي علي المصري، **المسؤولية المدنية الناشئة عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2020، ص 67.

فيما يتعلق بالمتبرع، نظرا لخطورة التدخل الطبي الذي سيخضع له، وعليه سأورد تباعا هذه الشروط فيما يلي:

-**توافر حالة الضرورة الطبية القصوى:** والتي يعكسها تدهور الحالة الصحية للمريض، بحيث لا يكون أمام الأطباء إلا وسيلة واحدة من أجل إنقاذ حياته، وهي نقل عضو سليم من جسم المتبرع إليه، على أن تكون بينهما قرابة حتى الدرجة الثانية أو الرابعة إذا حالت الضرورة دون النقل من الأقرباء من الدرجات السابقة، على أن يضطلع بتقدير حالة الضرورة طبيب عدل ثقة، ويدخل ضمن حكم الضرورة الحالة التي يمكن فيه استبدال العضو التالف من جسم المريض بعضو اصطناعي، غير أن تكلفة هذا الأخير من الصعوبة بمكان لا يمكن معا للمريض الحصول عليه.[1]

وتنتفي حالة الضرورة بإمكانية تركيب عضو من الأعضاء الصناعية أو الحيوانية، لذا يتعين أن تكون عملية زرع العضو البشري هي الوسيلة العلاجية الوحيدة، التي يمكن من خلالها علاج المريض.[2] وهذا ما أكده القرار رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06 عن هيئة كبار العلماء في السعودية بشأن زرع الأعضاء، والذي قضى "بجواز نقل عضو أو جزء من العضو من إنسان حي إلى مسلم مضطر إلى ذلك"[3]

-**ألا يترتب على عملية نزع العضو من المتبرع ضررا فاحشا به:** فلا يجوز التبرع بعضو من الأعضاء الحيوية لما قد يترتب على ذلك من هلاك المتبرع، كما لا يجوز التبرع بعضو من الأعضاء الظاهرة كالوجه واليد والعين، لما يترتب عن ذلك من تشويه للصورة وتعطيل للمنفعة التي يؤديها العضو المستقطع، إذ لا يجوز للشخص أن ينفع غيره بإحداث ضرر لنفسه،

---

[1] نسرين عبد الحميد نبيه، **نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 14. انظر أيضا: كمال لدرع، **الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة مع القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 18، العدد 01، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2003، ص 32-33.

[2] محمد الوناس مزياني، مرجع سابق، ص 80.

[3] العربي بلحاج، **الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري**، مرجع سابق، ص 273.

فالضرر لا يزال بالضرر، أما إذا كان العضو المراد التبرع به من الأعضاء الداخلية المزدوجة، فتتوقف مشروعية التبرع به على سلامة العضو الآخر، وخلوه من الأمراض، باعتباره سيصبح عضو وحيدا، وبالتالي فلا يجوز المخاطرة بالتبرع بالعضو في هذه الحالة.

كما ينبغي الحرص على ألا يترتب على عملية الاستئصال ضرر على شخص له حق على المتبرع، إلا إذا أذن هذا الأخير له بالتبرع، فلا يجوز للزوجة مثلا أن تتبرع بضو من أعضائها إلا بناء على موافقة زوجها، لما لهذا الأخير من حقوق عليها، قد يختل بعضها نتيجة للعملية الجراحية، أو ما يمكن أن يترتب عليها فيما بعد من أعباء[1].

-أن يكون نجاح عمليتي النزع والزرع محققا في العادة أو غالبا: ولذا لا يجوز إجراء زرع الأعضاء في الأمور التجريبية على الإنسان، ومالم يتم التوصل إلى نسب نجاح مرتفعة فإن هذه العملية ينبغي ألا تتم إلا على حيوانات التجارب، حتى ترتفع نسبة النجاح فيكون نجاحها محققا في العادة أو غالبا.[2]

-أن يتم النقل على سبيل التبرع: ودون تقاضي أي مبلغ مالي لقاء ذلك، اتقاء لمفسدة البيع والشراء، وحتى لا يتحول الجسد الأدمي المكرم شرعا إلى قطع غير تباع في الأسواق، إذ لا يجوز أن تكون عملية نزع وزرع الأعضاء محل بيع أو تجارة، على أنه يجوز لصاحب العضو قبض المبلغ المقدم له من طرف المستفيد من العضو على سبيل الإحسان والوفاء بالمعروف، دون مشارطة.

-أن تتم عملية النزع والزرع بمركز طبي عمومي: يخضع لإدارة الدولة ويمول من بيت مالها، وليس مركزا طبيا خاصا أو استثماريا[3].

---

[1] كمال الدين جمعة بكرو، **حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية، دراسة في الفقه الإسلامي**، ط1، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2001، ص 278.

[2] محمد علي البار، مرجع سابق، ص 141.

[3] عبد الرحمن مصطفى عبد الوهاب عبد العزيز، **نقل الأعضاء الآدمية وضوابطه في الفقه الإسلامي**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2022، ص 591.

-**أن يكون المنقول اليه مسلما:** واشترط البعض منع نقل عضو معصوم الدم إلى غير معصوم الدم[1]، وأما نقل عضو المعصوم وغير المعصوم الى المعصوم فهو جائز.[2]

-**أن يكون المتبرع كامل الأهلية، حر الإرادة، حتى يعتد برضائه،** على أنه لا يشترط أن يكون تعبير المتبرع عن رضائه متوقفا على صيغة معينة، إذ يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، كما لا يجوز الحصول على رضا المتبرع إلا بناء على تبصيره من قبل طبيب مختص، والتأكد من حرية هذا الرضا وسلامته من عيوب الإرادة. أما إذا كان الشخص ناقص الأهلية فلا يجوز بناء على الشرط السابق نزع أي عضو من أعضائه، لأنه لا يعتد برضائه، كما لا يعتد برضا وليه في هذه الشأن، لأن هذا الولي مكلف بصفته هذه بالمحافظة على هذا القاصر وحمايته، وعليه لا يجوز له أن ينوب عن هذا الأخير في التبرع بعضو من أعضائه لما في ذلك من ضرر قد يلحق بالقاصر.[3]

-**التحقق من وفاة الشخص المتبرع وفاة يقينية وصدور الإذن بالاستئصال من الجثة** بناء على وصية من المتوفى أو أقاربه أو إذن الدولة في حالات أخرى، إذا تم النزع من جثة الميت.[4]

بعد عرض كلا الاتجاهين الفقهيين السابقين وتبيان الأدلة والبراهين التي يستند عليها كل فريق، أرجح الرأي الفقهي الثاني، والقائل بمشروعية علميات نزع وزرع الأعضاء البشرية، انطلاقا مما تدعوا إليه الشريعة الإسلامية السمحاء من وجوب التداوي، وحفظ النفس باعتبار ذلك واحدا من المقاصد الخمس التي يُعنى الدين الإسلامي بالمحافظة عليها وصيانتها، وتحقيقا لمبادئ الإيثار والتضامن الاجتماعي، وإعمالا لمعاني السماحة واليسر على العباد.

---

[1] يعتبر المسلمون وأهل الكتاب (اليهود والنصاري إذا كانوا في ذمة الدولة الإسلامية) معصومي الدم، وبالتالي يجب أن تحترم حياتهم ، في حين أن المرتد عن الإسلام، القاتل المتعمد والمحارب ضد المسلمين غير معصومي الدم، ومن ثم يجوز قتلهم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

[2] محمد الوناس مزياني، **نقل وزرع الأعضاء الآدمية في الفقه الإسلامي المعاصر**، مرجع سابق، ص 80.

[3] كمال لدرع، **الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة مع القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها**، مرجع سابق، ص 23-24.

[4] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.

على أن يتم حصر نطاق هذه العمليات في الحدود التي لا تخل بالحق في السلامة الجسدية للمتبرع حيا وضمان حرمة جثته ميتا، وأن تراعى في سبيل ذلك الشروط والضوابط الشرعية التي نصت عليها الفتاوى الشرعية المؤسسة على القيود الطبية الواردة في هذا الشأن.

المطلب الثاني: أساس نزع وزرع الأعضاء البشرية في الفقه القانوني

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد انقسموا بشأن مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إلى فريقين: معارض ومؤيد، مع ترجيحنا للرأي المؤيد وفقا للضوابط الشرعية التي اشترطها أنصار هذا الفريق، فإن فقهاء القانون وقبل تقنين هذه العمليات في مختلف الدول، وفي ظل غياب الإطار القانوني، الذي يقضي بمشروعية هذه العمليات، كان لزاما عليهم مسايرة التقدم الطبي في هذا المجال، والحكم بمشروعية هذه العمليات، طالما تمت وفقا للأصول الطبية، التي يحترم فيها الكيان المادي لطرفي العملية.

وعليه فقد اتفق الفقهاء على مشروعية هذه العمليات، غير أنهم قد انقسموا بخصوص الأساس القانوني الذي تباح بموجبه إلى عدة اتجاهات، ، أسس جانب منها لمشروعية هذه العمليات انطلاقا من الضرورة العلاجية، التي تقتضي الموازنة بين المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها كل من المريض والمتبرع من جهة، وبين احتمالات الشفاء التي قد تترتب على عملية الزرع بالنسبة للمريض **(الفرع الأول)**، أو من خلال السبب المشروع الذي ترمي إليه **(الفرع الثاني)**، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى اعتماد المصلحة الاجتماعية التي تترتب عن نقل وزرع الأعضاء كأساس قانوني لإباحتها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: نزع وزرع الأعضاء البشرية ضرورة علاجية

ذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول بمشروعية نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومنه إباحة عمل الطبيب الذي يقتضي المساس بجسم الإنسان استنادا إلى نظرية الضرورة العلاجية، مع مراعاة الشروط القانونية التي تتطلبها حالة الضرورة، وعليه ينبغي تحديد المقصود بالضرورة العلاجية في هذه العمليات **(أولا)**، ثم تقديرها **(ثانيا)**.

أولا: عرض نظرية الضرورة العلاجية

تعتبر الضرورة العلاجية مبررا وسندا قانونا لإباحة أي عمل طبي أو جراحي[1]، محله الكيان المادي للإنسان، ويقصد بحالة الضرورة في فقه القانون الجنائي:" الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه غير قادر وبشكل معقول على إنقاذ ممتلكات أو مصلحة أو حق إلا بارتكاب فعل يكون مجرما إذا تم فصله عن الظروف المحيطة به، فهي تفترض حدوث تصادم بين المصالح أو حتى الالتزامات التي يدركها الشخص أو يعيها."[2]

ويعرف الأستاذ **"savatier"** حالة الضرورة " **L'état de nécessité** "بأنها حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره أن

[1] اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لحالة الضرورة، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها **مانعا للمسؤولية الجنائية**، إذ يعفى الجاني من المسؤولية في الحالة التي يرتكب فيها فعلا مجرما طبقا لقانون العقوبات، بطريقة تلقائية دفعا لخطر جسيم يتهدده، إذ تؤثر هذه الحالة على إرادته، وتفقده كل قدرة على الاختيار، في حين يرى جمع آخر من الفقهاء أن **حالة الضرورة سبب من أسباب الاباحة**، إذ يكون الشخص محاطا بخطر جسيم يهدد ماله أو جسمه، أو مال وجسم الغير، ولا سبيل إل التخلص من هذا الخطر إلا بالتضحية بمصلحة أقل منها أهمية، ففي هذه الحالة يمكن للمجرم إذا أراد أن يحجم عن ارتكاب الفعل المجرم، دون أن يصيبه أي ضرر، إذ لا تؤثر الضرورة على إرادته بحيث ترفع مسؤوليته، ففي هذه الحالة لم يرتكب الشخص فعلا مجرما تحت تأثير الضرورة بل نتيجة لموازنة بين المصالح وإنقاذ المصلحة الأولى بالرعاية. أما عن **الطبيعة القانونية لحالة الضرورة في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية** فيمكن القول أنها تعتبر سببا من أسباب إباحة هذه العمليات وليست مانعا من موانع المسؤولية، إذ لا يتصور أن السبب من وراء ممارسة الطبيب لعمله هو تعرضه لظروف أثرت على إرادته، فأفقدته حرية الاختيار مما أثر على أهليته في تحمل تبعة أعماله، وبالتالي انتفت مسؤوليته الجزائية، بل إن الطبيب يباشر العمل الطبي المنوط به بحرية اختيار كاملة، موازنا بين المصالح المتضاربة، من أجل انقاذ حياة المريض المشرف على الهلاك، انظر في هذا المعنى: فهيمة قسوري، **حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الصحة الجزائري الجديد)**، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 11، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019، ص 250.

[2] Paul Foriers, **De l'état de nécessite en droit pénal**, librairie du recueil Sirey, Paris, 1951, p 07, disponible sur: https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/foriers-etatnecessitepenal-1951.pdf

يسبب ضررا أقل، وهذا ما يقتضي وجود خطر مباشر وحال على حياة شخص يفرض التضحية بإلحاق ضرر أقل بشخص آخر[1].

تقتضي حالة الضرورة في ميدان الأعمال الطبية العلاجية أو الجراحية من الأطباء ضرورة الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض، وبين احتمال الشفاء نتيجة لهذا التدخل، وتتميز هذه الموازنة بقدر كبير من الاحتمالية، تؤثر فيه مجموعة من العوامل الداخلية والخارجية على تحقيق النتيجة المتوقعة، وأن خطورة هذا التدخل لا تقوم على أساس هذا الأخير في حد ذاته، وإنما على أساس المتوسط العام، الذي يُحْكَم به على نجاح العملية أو فشلها.[2]

أما في مجال نقل الأعضاء البشرية، فيعكس حالة الضرورة، وجوب الموازنة بين مصلحتين[3]: الأولى هي مصلحة المتصرف في حالة تصرفه بالعضو، واحتمال تهديد حياته، وتعرضه لخطر جسيم يلحق به، والمصلحة الثانية تتمثل في مصلحة المتلقي، فهل يشفى بصورة مؤكدة؟ أم أنها عملية قائمة على الاحتمال؟

وعليه يقوم الفريق الطبي بإجراء تلك الموازنة من الناحية الطبية، ويرجح المصلحة الأكبر، فالضرورة تقدر بقدرها، وحساب احتمالات النجاح والفشل يجب أن تكون متوازنة

---

[1] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، **المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء،(دراسة مقارنة في ضوء القانون رقم5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية)**، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015. ص 51.

[2] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 88.

[3] يرى بعض الفقهاء أن الطبيب الذي يجري عملية نزع وزرع الأعضاء لمريض مهدد بالموت يقع تحت تأثير الاكراه المعنوي الناتج عن حالة الضرورة التي دفعته إلى ارتكاب جريمة معاقب عليها في سبيل انقاذ مريض على وشك الموت، وعلى هذا الأساس برأ المجلس القومي للأطباء الفرنسيين سنة 1961 طبيبا قام باستئصال كلية من فتاة سليمة وزرعها في جسم شقيقتها التوأم التي كانت تعاني من فشل كلوي حاد، قياسا على جواز القيام بعمليات الإجهاض في حالة الضرورة، التي يستدعيها خطر داهم يهدد المريضة، وبناء عليه أمر المحقق بحفظ الدعوى والحكم بعدم مسؤولية هذا الطبيب جنائيا، لأنه قام بالعملية تحت تأثير الاكراه المعنوي الناشئ عن حالة الضرورة التي دفعته لارتكاب فعل مجرم معاقب عليه بمقتضى القانون الجنائي. خالد مصطفى فهمي، **النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 05 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات(** دراسة مقارنة)، د. ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 149-159. وقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الضرورة في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية من خلال المادة 364 من قانون الصحة 18-11.

وفعلية، لأنها تتعلق بشخصين، فيجب أن تتناسب الأضرار مع المزايا المتوقعة، التي تعود على المستفيد، إذ أن إنقاذ حياة شخص لا يبرر قتل شخص آخر[1].

ومنه يترتب على انتفاء التناسب المذكور أعلاه، بتفوق نسبة الضرر الناجم عن العملية بالنسبة للمتبرع على الخطر الذي يهدد حياة المريض وسلامته الجسدية مساءلة الفريق الطبي القائم بالعملية، خاصة في الحالة التي يغلب فيها الطبيب المصالح الشخصية التي تربطه بأطراف العملية، فمشروعية هذه العمل الطبي يعكسها تقديم العلاج للمريض دون إيذاء المتبرع أو تعريض حياته للخطر.[2]

وتفترض هذه النظرية براءة الطبيب طالما باشر عمله بناء على ضرورة مباشرة لعلاج مريضه، وعليه يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن الضرورة العلاجية هي أساس إباحة العمل الطبي، وأن تقدير وجود الضرورة يجب أن يخضع لرقابة القضاء، كما تباح الوسيلة المستعملة من قبل الشخص لتفادي الضرر المحدق به أو بغيره، وأن فعل الاستقطاع وإن كان يخلف مساسا بجسم المتبرع، فإنه يستهدف تفادي وقوع ضرر أكبر بجسم المتلقي للعضو إذا لم يحصل على العضو المنزوع من جسد المتبرع.[3]

وتقتضي الموازنة بين الخطر الذي يهدد حياة المريض، وبين الضرر الذي قد يتعرض له صاحب العضو نتيجة لعملية الاستئصال الأخذ بعين الاعتبار توافر جملة من الظروف أجملها في النقاط التالية:[4]

-وجود خطر محدق بمريض، يترتب على عدم زرع عضو له وفاته، على أنه لا يشترط أن يكون الخطر محدقا بالمريض نفسه، بل يكفي أن يكون محدقا بالغير.

- أن يكون الخطر المراد تلافيه أكبر بكثير من الضرر الذي سيترتب بالنسبة للمتبرع.

---

[1] أمال علي عبد الحسين الموسوي، **النظام القانوني للتصرف بالجسم البشري(دراسة مقارنة)** ، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2022، ص 33.

[2] فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص 251.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 143.

[4] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 25.

-أن تكون عملية نقل العضو من المتبرع هي الملاذ الوحيد لإنقاذ المريض، مع الحرص على توافر كل الضمانات اللازمة لنجاح العملية على غرار صلاحية العضو المنقول للزرع، والحرص على ضمان سلامة المتبرع قبل، أثناء وبعد العملية.

-الحرص على اشراك أكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي سيتعرض له المريض من جهة، والضرر الذي قد يصيب المتبرع من جهة أخرى، على أنه يشترط أن يكون الفريق الطبي المكلف بنزع العضو من جسم المتبرع غير الفريق المكلف بزرع هذا العضو في جسم المريض المتلقي له.

لا يكتفي الفقه الفرنسي بتوافر حالة الضرورة للقول بإباحة ومشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ذلك أن الأخذ بمنطق هذه النظرية يؤدي حتما إلى سيطرة الأطباء وإخضاعهم أي شخص لعمية الاستئصال لمجرد تطابق أنسجته مع أنسجة مريض بحاجة إلى نقل عضو من الأعضاء، وعليه اشترط جانب من الفقه علاوة على توافر حالة الضرورة رضا المتبرع، واعتبره شرطا مستقلا تماما عن حالة الضرورة، وليس عنصرا من عناصرها.[1]

وقد تأثر جانب من الفقه المصري بهذا الاتجاه، فذهب إلى أن رضا المتبرع ليس عنصرا في حالة الضرورة، ولكن هذا الرضاء هو الذي يمكن الطبيب من استخدام ظروف الضرورة، بينما اعتبر البعض الآخر أن رضا المتبرع إلى جانب توافر حالة الضرورة يكونان الأساس القانوني لمشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وبعبارة أخرى أن أساس الإباحة هنا هو أساس مزدوج.[2]

ثانيا: تقدير نظرية الضرورة العلاجية

رغم وجاهة الفكرة التي أسس بها أنصار هذه النظرية لمشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، إلا أنها كانت محلا لنقد الكثير من الفقهاء، وسأورد فيما يلي بعضا من الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية في النقاط التالية:

---

[1] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005، ص 272.

[2] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 49.

-تجاهل إرادة المتبرع، إذ لا يشترط حصول رضا المتبرع، الأمر الذي قد يؤدي بالضرورة إلى المساس بحق الإنسان على جسده، وحقه في قبول الفعل الماس بجسده أو رفضه، كما أن إجراء عمليات زرع الأعضاء على النحو السابق بيانه لا يحول دون قيام مسؤولية الطبيب أو المريض المتلقي تجاه المتبرع، وبالتالي مطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر، وعلى النحو الذي تراه المحكمة مناسبا، فحالة الضرورة التي نص عليها القانون المدني لا تنفي إمكانية إلزام الطبيب بتعويض الأضرار التي سببها للمتبرع.[1] غير أنه تم تدارك هذ النقد من طرف جانب من أنصار هذه النظرية كما سبق بيانه.

-لا يمكن تبرير المساس بالتكامل الجسدي للمتنازل عن العضو بمجرد توافر حالة الضرورة المقترنة برضائه، خاصة وأن هذه الرضا لا يستهدف في الأخير تحقيق مصلحة علاجية شخصية له، وإنما يمكن اعتبار هذا الرضا رضا لارتكاب جريمة في حقه، مما يؤدي إلى القول ببطلان سبب الرضا لمخالفته لقواعد النظام العام، وبالتالي عدم صلاحية الأخذ برضا المتبرع كسبب للقول بمشروعية نزع العضو من جسمه.[2]

-من شروط حالة الضرورة ألا يكون هناك وسيلة أخرى لدرء الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص آخر، وأن يكون ذلك الضرر أخف، وهو ما يعرف بشرط اللزوم والتناسب، وهذا الشرط لا يمكن القول بتوافره في بعض عمليات نزع وزرع الأعضاء، حيث يمكن أن يعيش المريض ببعض الأمراض كالفشل الكلوي مثلا لفترة طويلة على جهاز الكلى الصناعية (الغسيل الكلوي)، ومن ثم لا يمكن الادعاء بأن نقل كلية من شخص سليم لهذا المريض هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يتهدد هذا المريض[3].

-إن القول بتأثير حالة الضرورة على مباشرة الطبيب الجراح للعمل الطبي كأساس لإباحة هذا الأخير قول يجانب الصواب، إذ أن الطبيب مجرد وسيط في العملية وليس طرفا فيها، فالضرورة تتعلق بطرفي العملية: مريض يدفع خطر الموت والهلاك عن نفسه، ومتبرع يقع عليه ضرر

---

[1] هيثم حامد المصاروة، **التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي)، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص ص 129-130.

[2] عبد الستار مزياني، ص 90.

[3] إدريس عبد الجواد عبد الله، **الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء** (دراسة مقارنة)، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص ص 74-75.

جراء عملية الاستئصال، فيعتبر بمثابة مجني عليه في فقه القانون الجنائي، فأين هي الضرورة التي تستدعي تدخل الطبيب؟[1]

–تعتبر فكرة الخطر الحال والمحدق، المراد تلافيه من خلال عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية فكرة قاصرة، ذلك أن الخطر الذي يهدد حياة المريض لا ينتهي بمجرد استفادة هذا الأخير من عضو يزرع في جسده، خاصة في ظل تنامي ظاهرة رفض الجسم البشري لكثير من الأعضاء التي تزرع فيه، كما أنه يترتب على الأخذ بمطلق هذه النظرية عدم مشروعية نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى بغرض زرعها في أجسام الأحياء، بعد حفظها في بنوك الأعضاء، والعلة من وراء هذا هي انتفاء الخطر في مثل هذه الحالة.[2]

الفرع الثاني: نزع وزرع الأعضاء البشرية ومشروعية السبب

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتماد نظرية السبب المشروع كأساس قانوني لإضفاء المشروعية على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية والقول بإباحة العمل الطبي الذي تنطوي عليه، فما المقصود بالسبب المشروع باعتباره أساسا قانونيا يبرر هذا التدخل الطبي الجراحي؟ (أولا)، وهل يمكن الأخذ بهذه النظرية على إطلاقها، واعتمادها كأساس لمشروعية نزع وزرع الأعضاء البشرية؟ (ثانيا).

أولا: عرض نظرية السبب المشروع:

يعتبر الفقيه الفرنسي "ديكوك" "**Décoq**" رائدا من رواد الفقهاء الذين أقروا بمشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، مؤسسا هذه المشروعية على نظرية السبب المشروع المعروفة في القانون المدني، ويقصد بالسبب المشروع في أبجديات الفقه المدني الباعث الدافع للتصرف القانوني، إذ يجب البحث عن الغرض من التصرف لمعرفة مدى مشروعيته، فإذا كان الغرض مشروعا، كان التصرف مشروعا ومباحا.

---

[1] عبد الرحمن خلفي، **الحماية الجنائية للأعضاء البشرية**، (دراسة في الفقه والتشريع المقارن)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2015، ص 12.

[2] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 55.

وقد أجاز "**ديكوك**" التصرفات القانونية التي يكون جسم الإنسان محلا لها، طالما كانت ترمي إلى تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير، ومن ثم فلا يجوز المساس بالكيان الجسدي للإنسان إلا إذا كانت المنافع والمزايا المترتبة عن هذا المساس تفوق بكثير الأضرار التي قد تترتب عن ذلك، وبمفهوم المخالفة يكون المساس بجسم الإنسان غير مشروع ومنافيا للأخلاق في حالة ما إذا كانت الأضرار المترتبة عن ذلك أكبر من المنافع المتوقعة من ذلك.[1]

ولما كانت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تهدف إلى إنقاذ صحة أو حياة المريض، الذي يكون في حاجة إلى العضو المنقول، أو على الأقل دفع ضرر جسيم أكبر من الضرر الذي سيصيب المتبرع، جراء عملية الاستئصال، فإن هذا العمل يعد عملا مشروعا، نظرا لمشروعية السبب أو الدافع الذي كان يرمي إليه بداية، بشرط أن تكون المنافع التي ستعود على المريض أكبر من الأضرار التي تلحق بالمتبرع.

ويخضع تقدير مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية للقاضي المختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بهذه العمليات، والذي يجري موازنة بين الأضرار التي تصيب جسم المتبرع والفوائد التي تلحق بجسم المريض المتلقي للعضو، على أن تتم هذه الموازنة على ضوء الاعتبارات الأخلاقية.[2]

ثانيا: تقدير نظرية السبب المشروع

على غرار نظرية الضرورة العلاجية التي تعرضت لكثير من الانتقادات، لم تسلم نظرية السبب المشروع باعتبارها أساسا لإباحة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية هي الأخرى من سهام النقد، وسأعرض بعضا من هذه الانتقادات فيما يلي:

-لا يصلح السبب المشروع كأساس لإباحة عمليات نزع وزرع الأعضاء، رغم صلاحيته لأن يكون سندا لبيان الحكمة منها، كما أنه وإن كان يصلح كأساس للقول بمشروعية التدخلات الطبية بصفة عامة، والتي تستهدف ضمان مصلحة علاجية للمريض، فلا يصلح كأساس

[1] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، (دراسة مقارنة)**، الجزء الأول، الكتاب الأول، ط1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2003، ص 80.

[2] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 83.

لإباحة عملية نقل العضو من جسم المتبرع وزرعه في جسم المريض، نظرا لانتفاء المصلحة من ممارسة العمل الطبي على جسد المتبرع.

كما أن القانون لا يعتد في الجرائم الماسة بالحياة وسلامة الجسد بالبواعث الدافعة إلى القيام بها، سواء كانت نبيلة أم لا، وبناء على ما تقدم فعلى الرغم من نبل الباعث في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء إلا أنه لا يرقى لأن يكون سببا لإضفاء المشروعية عليها.[1]

-ترتكز هذه النظرية على وجوب توافر الغرض العلاجي في جانب الغير، وأن الجسم البشري يصلح لأن يكون في حد ذاته محلا للاتفاقات القانونية، غير أن هذا القول غير موفق، إذ لا يجوز قياس المساس بجسم الإنسان على بعض صور التعامل في الحقوق الشخصية، كالحضانة والتعليم مثلا، ذلك أن هذه الحقوق ليست في مستوى واحد، فجسم الإنسان لا يقارن بتعليمه ولا بحضانته.[2]

-تفتقر نظرية السبب المشروع كأساس لإباحة عمليات نزع وزرع الأعضاء إلى معيار دقيق، يمكن معه الأخذ بها، فرغم استنادها على ضرورة الموازنة بين مصلحتي المتبرع والمريض إلا أنها لا تشترط أن تتم هذه الموازنة في إطار الضرورة، لهذا اشترط أنصار هذه النظرية مراعاة أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الاحتياطية والأخيرة لإنقاذ حياة المريض، وبذلك أحدثوا تداخلا مع النظريات الأخرى[3]

الفرع الثالث: نزع وزرع الأعضاء البشرية مصلحة اجتماعية

يرى جانب من الفقه القانوني أن مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تتسند على المصلحة الاجتماعية التي تترتب عليها في الأخير، وبناء عليه ينبغي تحديد المقصود بالمصلحة الاجتماعية في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية **(أولا)**، ثم تقديرها **(ثانيا)**.

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله، ص 68.

[2] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 19.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 140.

أولا: عرض نظرية المصلحة الاجتماعية

يرتكز جانب من الفقه في سبيل تبريره لمشروعية العمليات محل الدراسة علاوة على رضا المانح كمبرر لجواز نزع الأعضاء من جسمه، على المصلحة الاجتماعية، التي تترتب على عملية النقل، إذ ينطلق أنصار هذه النظرية باعتبارها أساسا لمشروعية نزع وزرع الأعضاء البشرية من مبدأ الحق في السلامة الجسدية، ويعتبرونه مبدأ مزدوجا، لا يخص الفرد وحده، وإنما يتعلق بالمجتمع أيضا.

فإذا كان من مصلحة الفرد عدم تعطل وظائفه الجسدية، وضمان سلامة كيانه المادي، فإن للمجتمع هو الآخر مصلحة في سلامة جسد الإنسان، ذلك أن لكل فرد وظيفة اجتماعية يضطلع بها، تعكسها جملة من الواجبات، التي لا يستطيع هذا الأخير القيام بها إلا بصيانة سلامته الجسدية، وأن اعتداء كل على هذه الأخيرة يضعف من كفاءة صاحبها وقدرته على الاضطلاع بواجباته تجاه مجتمعه، مما يؤدي إلى المساس بحقوق هذا الأخير وإهدارها، وإذا كان اهتمام الفرد ينصب على تحصيل جميع المزايا المتعلقة بسلامة جسده، فإن المجتمع لا يهمه من هذه المزايا إلا ما كان منها ذو أهمية اجتماعية.[1]

غير أن الصفة الاجتماعية للحق في سلامة الجسد لا تجرد هذا الحق من صفته الفردية، ذلك أن الفرد هو صاحب المصلحة الأولى على الجسد، لذا يحرص كل الحرص على ضمان وحماية هذه المصلحة، كما أن المجتمع هو الآخر يعنى بالفرد ويتشدد في تحصيل السلامة الجسدية له بالقدر الذي يمثل أهمية اجتماعية.[2]

وبناء على ذلك فإن للمجتمع حق ارتفاق على جسد الفرد، لا يجوز للشخص بمقتضاه التصرف في سلامة جسده، حتى ولو كان ذلك عن رضا منه، ذلك أن رضا الفرد يتجرد من أي قيمة قانونية، ولا يبيح لصاحبه حق التصرف هذا، باعتباره تصرفا في حق الغير(حق المجتمع)، إذ أنه تصرف من غير ذي صفة.[3]

---

[1] هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 118.

[2] سميرة عايد ديات، عمليات **نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 87.

[3] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 89.

فوفقا لأنصار هذا الاتجاه لا يعتبر رضا المجني عليه بذاته سببا لإباحة المساس بالحق في سلامته الجسدية، وإنما يعد شرطا للإباحة، لا ينتج أثره في مشروعية العمل الطبي، إلا بتوافر شروط أخرى، ذلك أن الرضا تصرف في الحق، ولا بد أن يصدر من ذي صفة، حتى ينتج أثره فيبيح الفعل بمقتضاه، فإذا رضي المجني عليه بالمساس بسلامة جسمه، اقتصر أثر رضائه على الجانب الفردي للحق، دون أن يمس بالجانب الاجتماعي منه، إذ يبقى حق المجتمع قائما، وبالتالي يبقى ويظل فعل الاعتداء خاضعا لتجريم القانون.[1]

وبمفهوم المخالفة، يتجرد حق الفرد في سلامته الجسدية من ارتفاق المجتمع، إذا لم يتجاوز في تصرفه في جسده حدود المصلحة الاجتماعية، ولم ينقص من مقدرة جسمه على أداء الوظيفة اجتماعية المنوطة به، وبالتالي لا يخضع هذا التصرف للتجريم، ولا يسأل صاحبه جنائيا ولا مدنيا، إلا إذا ما تم هذا التصرف بغير رضا صاحبه.[2]

تستند نظرية المصلحة الاجتماعية على فكرة التضامن الاجتماعي، والتي تقضي بضرورة تنازل الفرد عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض جسيم يفقده وظيفته الاجتماعية، فهذا واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني.[3]

وعليه، فإذا كان الهدف من مبدأ سلامة الجسد في جانبه الاجتماعي هو تكامل الأفراد، والرقي بالمجتمع كوحدة واحدة، يلعب من خلالها كل فرد وظيفته الاجتماعية المنوطة به، فإن العبرة في الأخير بالنتيجة النهائية لسلامة كل الأفراد، بغض النظر عن حالة كل منهم على حدة، وعليه تباح عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إذا ما أبانت عن نفع يجاوز الوضع الذي كان عليه سابقا، إذ تعتبر المنفعة الاجتماعية المعيار المعتمد لإضفاء المشروعية ، وهو ما اصطلح عليه بمجموع المنفعة الاجتماعية، فالعبرة في هذا الموضع تكون بالنتيجة النهائية،

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 77-78.

[2] المرجع نفسه، ص 88-89.

[3] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية**، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 81.

التي تحقق فائدة اجتماعية، إذ لا حرج في نقصان مردود المتبرع، طالما ارتفع مقدار المنفعة الاجتماعية.[1]

وإسقاطا لفكرة المصلحة الاجتماعية على العمليات محل الدراسة، يمكن القول أن مشروعية هذه الأخيرة ينبغي أن ننظر إليها بمنظار المنفعة التي ستعود على المجتمع، وذلك من خلال الموازنة بين المنافع التي تعود بها عملية الزرع على المتلقي للعضو، مقارنة بالضرر الذي ستخلفه بالمتبرع، إذ لا بد أن يترتب عليها منفعة اجتماعية أكبر، مما يضفي قيمة قانونية على رضا المتبرع، ويبيح بذلك عملية نقل العضو، بغض النظر عن الضرر اليسير الذي قد يلحق بهذا الأخير، مقارنة بالعائد الكبير الذي سيعود على صحة المتلقي وسلامته الجسدية، وهو ما ينعكس على الصحة والسلامة العامة، على خلاف لو احتفظ صاحب العضو بجميع المنافع التي تترتب على هذا الأخير، وظل هناك في القابل شخص آخر من دون أي وظيفة اجتماعية تذكر.[2]

وتأسيسا على ما سبق، يضرب أنصار هذا الاتجاه مثالا رياضيا لتبيان العائد الاجتماعي من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، من خلال افتراض وجود شخصين: أولهما سليم ومعافى، يقدر عائده الاجتماعي بـ 100%، وثانيهما مريض ويقدر عائده الاجتماعي بـ 10%، ففي حالة ما تم نقل عضو من الشخص السليم إلى المريض، ينقص العائد الاجتماعي المنتظر من الأول ليستقر عند حدود 70%، في حين يرتفع العائد الاجتماعي المتوقع من الثاني إلى ما يقارب 60%، وبإجراء حسابي بسيط نجد أن مجموع العائد الاجتماعي للشخصين معا بعد العملية أكبر منه قبلها، وهذا ما يصب في خدمة المجتمع، وبذلك يتضح ضآلة الضرر الذي لحق بالمتبرع مقارنة بالنفع العائد على المريض والذي يزيد من وظيفته الاجتماعية.[3]

---

[1] هجيرة غمراسي، **التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006، ص 46.

[2] صفاء حسن العجيلي، **الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة**، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 238-239.

[3] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 31.

ثانيا: تقدير نظرية المصلحة الاجتماعية

رغم نبل مبدأ التبرع القائم على فكرة التضامن الإنساني، الذي تقوم عليه نظرية المصلحة الاجتماعية كأساس لتبرير مشروعية نزع وزرع الأعضاء البشرية، إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من سهام النقد، ولم تحظى بالقبول من طرف بعض الفقهاء، وسأورد فيما يلي بعض الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية، وذلك كالتالي:

-تعتبر فكرة المصلحة الاجتماعية فكرة غامضة من ناحية، ويشوبها بعض الخطر من ناحية أخرى، إذ يتساءل السائل عن الحدود الفاصلة بين حق الفرد وحق المجتمع، أين ينتهي حق هذا الأخير، ليبدأ حق الأول؟ وما المعيار الذي يميز على أساسه بين ما هو حق للفرد وما هو حق للمجتمع؟ لهذا يمكن القول أن فكرة المصلحة الاجتماعية زيادة على كونها فكرة غامضة وخطيرة، فإنها تحمل في طياتها بذورا لفكرة " الشيوع في الصحة العامة"، والتي يمكن أن تعتمد مستقبلا، كأساس لنزع الأعضاء عنوة، خاصة في ظل الأنظمة ذات الحكومات الاستبدادية.[1]

-عدم ضبط معيار المصلحة الاجتماعية، فرغم الفائدة التي قد تترتب عن العملية بالنسبة للمتلقي للعضو، إذ تساهم في زيادة العائد الاجتماعي المنتظر منه، إلا أنها تتجاهل ما يترتب على الجراحة من آثار ومشاكل بالنسبة للمتبرع، إذ سيخضع هذه الأخير، وهو شخص سليم إلى مخاطر العملية الجراحية، وما قد ينجر عنها من أضرار تمس بسلامته الجسدية، علاوة على ما قد يترتب على العملية من أضرار مستقبلية، وبالتالي قد تنقص من العائد الاجتماعي للمتبرع أو تعدمه في حالة تعرضه للعجز أو الوفاة [2]

-يترتب على الأخذ بهذه النظرية نتائج قد تتناقض مع بعض القيم الإنسانية، ومناط ذلك أن الموازنة التي تتطلبها هذه النظرية تغلب وبشكل مبالغ فيه المنفعة والفائدة التي تعود على

[1] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 52، انظر أيضا: سعاد راحلي، **مبدأ حصانة جسم الإنسان وعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الدولي الأول" جسم الإنسان بين الضرورة الطبية والضوابط الشرعية والقانونية"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ديسمبر 2017، مداخلة منشورة في مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 05، 2017، ص 09.

[2] إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 80.

المجتمع من جراء عملية الزرع، عن الاعتبارات الإنسانية الفردية، وأن ميزان المنفعة يرجح دائما لصالح الشخص ذو المكانة الاجتماعية الهامة، والمركز المرموق الذي يشغله، إذ لا فائدة تنطوي عليها عملية تبرع عالم مهم بعضو من أعضائه لفائدة مواطن بسيط، خلافا للفائدة الكبير التي تترتب عن تبرع شخص بسيط بعضو من أعضائه لطبيب أو عالم معروف، ولا يخفى على أحد ما تشكله هذه الحسابات من طمس لمعالم البعد الإنساني، تحت غطاء المصلحة الاجتماعية.[1]

يتضح من العرض السابق بيانه قصور مختلف النظريات القانونية في إيجاد أساس قانوني صلب لإضفاء المشروعية على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، إذ تعرضت كل هذه النظريات للنقد من عدة أوجه، فلا يمكن الأخذ بنظرية لوحدها والاعتماد عليها كأساس لإباحة نزع العضو من المتبرع وزرعه في جسم المريض المتلقي، كما أن هذه النظريات أصبحت اليوم من قبيل التزيد، في ظل تقنين عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بنصوص تشريعية تضمن سلامة طرفي العملية، وتبين الحدود القانونية لمسؤولية الأطباء القائمين بها، إذ أن النص القانوني هو الأساس الوحيد لإضفاء المشروعية على مثل هذه العمليات في الدول التي قامت بتقنينها.

وعليه تتبادر إلى الذهن عدة تساؤلات: ما هو موقف القوانين الوضعية من عمليات نزع وزرع الأعضاء؟ ما هي الأعضاء البشرية التي يمكن أن تكون محلا للنزع والزرع؟ وهل يقبل القانون تقاضي مقابل مادي لقاء العضو المستفاد منه من طرف المتلقي له...؟ وفي الأخير ماهي الشروط الطبية والإدارية التي تكفل مشروعية هذه العمليات؟

المبحث الثاني: البيو أخلاقيات العامة لنزع وزرع الأعضاء البشرية

أورد المشرع الجزائري في القسم الأول من الفصل الرابع من قانون الصحة 18-11 والمتعلق بالبيو أخلاقيات أحكاما قانونية عامة، تسري على جميع أطراف العملية، المعنيين بنزع وزرع الأعضاء البشرية، وهذه الأحكام تشكل في مجملها مجموعة من التدابير القانونية، التي ينبغي القيام بها، لكفالة مشروعية هذه العمليات، وضمان عدم انحراف القائمين بها عن سكة الهدف الذي أبيحت من أجله.

وتعنى هذه التدابير القانونية، والتي تتعلق بالمحافظة على النظام العام والآداب العامة ببيان الضوابط العامة التي تسري علاوة على المريض المتلقي للعضو البشري، على المتبرع بهذا الأخير سواء كان حيا أو ميتا، وكذا على الهيكل الاستشفائي الذي يحتضن هذه العمليات، إضافة إلى الفريق الطبي الذي سيتكفل بإجرائها، بناء على ترخيص قانوني تمنحه الهيئات الوصية.

وعليه يشترط المشرع الجزائري لصحة هذه العمليات وجوب مشروعية محلها وغرضها من جهة وانعدام المقابل المالي بشأنها من جهة أخرى **(المطلب الأول)**، وكذا ضرورة استيفاء عدد من المتطلبات الطبية والإدارية **(المطلب الثاني)**، من خلال الحرص على الالتزام بضمان السلامة الجسدية للمتبرع والمتلقي، وضمان قانونية العملية، والتي تضطلع بها هياكل وهيئات متخصصة في هذا المجال.

المطلب الأول: مراعاة مقتضيات النظام العام والآداب العامة

يحرص المشرع الجزائري على تمتع أفراد المجتمع بحقهم في الصحة والسلامة الجسدية، حتى يتمكن هؤلاء من أداء الوظيفة الاجتماعية المنوطة بهم، وبالتالي يحظر أي فعل من شأنه المساس بالحرمة الجسدية للإنسان، ويستثني من ذلك بعض الأعمال الطبية والعلاجية التي ترمي إلى تحقيق مصلحة علاجية لشخص مريض، كعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية.

غير أن القول بإدخال هذه العمليات في نطاق العمل المشروع يقتضي أن تتم في إطار يضمن عدم مخالفتها لأحكام النظام العام والآداب العامة، ولأجل ذلك يجب أن يكون محل هذه العمليات **(الفرع الأول)** الغرض منها مشروعين **(الفرع االثاني)**.

الفرع الأول: مشروعية محل عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يرتبط العمل الطبي المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية بالنظام العام[1]، باعتباره يمس بحق الشخص في الحياة، وحقه في السلامة الجسدية، ولا يخفى على أحد أن هذين الحقين يندرجان ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية[2]، وأن المساس بهما علاوة على اعتباره اعتداء على الفرد، هو مساس بحق المجتمع، فصحة الإنسان جزء من الصحة العامة، التي تسعى القوانين لحمايتها، وعليه ضبط تعريف لعضو البشري **(أولا)**، ثم تحديد نطاق الأعضاء البشرية الجائز التبرع بها **(ثانيا)**.

أولا: التعريف بالعضو البشري:

يعرف العضو البشري لغة بضم العين وكسرها بأنه:" واحد الأعضاء، وهو:" كل لحم وافر بعظمه"[3]

---

[1] يطرح البعض ما يسمى بفكرة النظام العام الجسدي، والذي يدافع عن فكرة الإنسانية الكريمة، بالاعتماد على المبادئ القانونية للسلامة الجسدية والكرامة الإنسانية، المستمدة من الفلسفة والأنثروبولوجيا، وهذان المبدآن القانونيان هما التوازنات والضمانات والحدود التي تتعارض مع مبدأ الاستقلال الجسدي، والذي يدافع من جانبه عن فكرة الإنسانية الحرة، وبالتالي فإن النظام العام الجسدي يوفق بين فكرة الإنسانية الحرة وبين فكرة الإنسانية الكريمة، أو من الناحية القانونية، بين مبدأ الاستقلال الجسدي ومبادئ السلامة الجسدية والكرامة الإنسانية.

Voir en ce sens, Noé Alix, Célia Agostini, **L'existence d'un ordre public corporel,** revue des droits de l'homme, n 8, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, France, 2015, p5.

[2] الحقوق اللصيقة بالشخصية هي حقوق عامة، غير مالية، تثبت لكل إنسان بمجرد وجوده، وترتبط به باعتباره إنسانا، وتسمى كذلك حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية، وهي حقوق لا يمكن التعامل بها، ولا يرد عليها التقادم، ولا تنتقل إلى الورثة، ويترتب على الاعتداء عليها الحق في تعويض الضرر الناتج عن هذا الاعتداء، انظر: فريدة زواوي محمدي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق**، د. ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002، ص 12

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط 8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص 1312.

يتضح من خلال هذا التعريف أن مفهوم العضو البشري لغة ينصرف إلى الأعضاء التي تنطوي على عظام كاليد والرجل، وبمفهوم المخالفة فإن الأعضاء التي لا تحتوي على عظام ليست بأعضاء، وبهذا فالتعريف اللغوي يخرج أكثر أعضاء جسم الإنسان أهمية كالكلى والكبد والقرنية والرئة من دائرة الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا لعمليات النقل والزرع، لمجرد خلو هذا الأعضاء من العظام.

وبناء عليه يمكن القول إنه من غير المقبول الأخذ بالتعريف اللغوي للعضو البشري كمحل لعمليات نزع وزرع الأعضاء، لذا كان لزاما البحث في مفهوم العضو البشري لدى الفقهاء (1) ثم في التشريعات المقارنة (2).

1.التعريف الفقهي للعضو البشري:

لم يستقر رأي الفقهاء على تعريف واحد للعضو البشري، وإنما تباينت التعريفات التي أوردوها لهذا الأخير، ففي حين قدم البعض تعريفا موسعا للعضو البشري، اقترح آخرون تعريفا ضيقا له.

يذهب جانب من الفقه إلى تعريف العضو البشري تعريفا موسعا، لا يفرق فيه بين الأعضاء البشرية من جهة ومشتقات الجسم ومنتجاته من جهة ثانية، إذ يعتبر هذه الأخيرة بمثابة أعضاء بشرية متجددة، ويقترح بناء على ذلك عدة تعريفات، منها ما ذهب إليه الأستاذ حسن عودة زعال، الذي يرى أن:" العضو البشري هو كل جزء من أجزاء الجسم، سواء كان خارجيا أو داخليا، وسواء أدى دورا لمنفعة الجسم أو لغيره"[1].

ويتكون العضو البشري من مجموعة من الأنسجة set of tissue المتجددة بانتظام، والتي تشكل هي الأخرى من مجموعة من الخلايا المماثلة من نفس الأصل، مجمعة في شبكات أو ألياف، ويشكل النسيج كلا وظيفيا، أي أن خلاياه تضطلع بالقيام بنفس الوظيفة[2]،

[1] حسن عودة زعال، **التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي**، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 53.

[2] Un tissu est un ensemble de cellules semblables et de même origine, regroupées en amas, réseau ou faisceau (fibre). Un tissu forme un ensemble fonctionnel, c'est-à-dire que ses cellules concourent à une même fonction, disponible sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Tissu_biologique, (consulté le 30/08/2023 à 22 :16).

أما عن الخلية the cell، فهي أصغر وحدة بيولوجية حية، قادرة على التكاثر، وهي الوحدة البنيوية والوظيفية الأساسية لجميع الكائنات الحية[1].

ويرى الأستاذ رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، أن المقصود بالعضو البشري هو:" كل مكونات بدن الإنسان، وما يتولد منها". وقد حلل هذا التعريف مشيرا إلى أن استعمال" كل" وهي من ألفاظ العموم جاء لغرض شمولية التعريف لجميع مكونات جسم الإنسان، من لحم وعظم وعروق وقلب...وأن ذكر عبارة "بدن الإنسان" إنما كان بهدف التمييز بين مكونات الإنسان ومكونات جسمه، إذ تشمل الأولى علاوة على الكيان المادي الجانب الروحي أو المعنوي، في حين تقتصر الثانية على الجانب المادي فقط، كما أن ذكر الإنسان جاء لإخراج أعضاء الحيوانات، وأن عبارة" ما يتولد من أعضاء بدن الإنسان" جاءت لتبين أنه لا فرق بين أعضاء البدن وما يتولد عنها، من عرق وشعر ودم ولبن، إذ تعبر كلها بمثابة أعضاء.[2]

وغير بعيد عن التعريفات السابقة، يرى الأستاذ أحمد شوقي أبو خطوة أن:" العضو لا يقتصر فقط على القلب، الكلى، الرئة، الكبد والأعضاء التناسلية، وإنما أصبح يشمل الدم والمني وقرنية العين، وأجزاء من العضو كالجينات والهرمونات"[3].

هذا وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة، في نفس هذا الاتجاه، في قراره المتعلق بانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، الصادر في 1988/08/04، إذ قضى بأن العضو البشري هو:" أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين، سواء كان متصلا به، أو منفصلا عنه".[4]

---

[1] L'unité biologique structurelle et fonctionnelle fondamentale de tous les êtres vivants et la plus petite unité vivante capable de se reproduire de façon autonome, disponible sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Tissu_biologique, (consulté le 31/08/2023 à 10 :23).

[2] رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، **مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون**، ط 01، عالم الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 2-3

[3] أشار إليه محمد إبراهيم هلال إبراهيم، **المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014، ص 19.

[4] أشار إليه الأستاذ هيثم حامد المصاروه، مرجع سابق، ص 18.

يتضح مما سبق أن مفهوم العضو البشري حسب أنصار هذا الاتجاه جاء موسعا إلى القدر الذي طمس كل معالم التفرقة بين الأعضاء البشرية، ومنتجات الجسم ومشتقاته، كالدم مثلا، وهو مما لا يخفى على المهتمين بالقانون اليوم أن هذه الأخير ليس بعضو، وأنه يخضع لنظام قانوني مستقل.

وعلى خلاف ما ذهب إليه أنصار الفريق الأول، الذي عرف العضو البشري تعريفا موسعا، يذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف العضو البشري تعريفا ضيقا، معترضا على اعتبار الدم وباقي مشتقات الجسم الأخرى من قبيل الأعضاء البشرية[1]، ويقوم تصنيفهم هذا على أساس معيار وظيفي، أي الوظيفة التي يؤديها العضو، فيعتبر عضوا حسب هؤلاء كل جزء من جسم الإنسان يضطلع بالقيام بوظيفة من الوظائف، ولذلك فالعين عضو لأنها تقوم بوظيفة الرؤية، والكلية عضو لأنها تقوم بوظيفة فلترة الدم وتخليص الجسم من السموم.

ومن بين التعريفات التي قدمها أنصار هذا الاتجاه للعضو البشري أنه:" جزء من الجسم يؤدي وظيفة محددة أو أكثر، يتكون عادة من عدة أنسجة منظمة في بنية معقدة.[2]

وقد عرفه الأستاذ هيثم حامد المصاروة، بأنه:" كل جزء من أجزاء الجنين أو جسم الإنسان أو جثته، يكون في الأصل غير سائل"[3]، يستحسن في هذا التعريف أنه جاء جامعا، فلم يحصر مفهوم العضو في أجزاء جسم الإنسان الحي، وإنما شمل أجزاء جسم الإنسان منذ بداية حياته وهو جنين، أثناء حياته، وحتى بعد وفاته وصيرورته إلى جثة، ضف إلى ذلك أنه جاء مانعا، فلم يدخل ضمن مفهوم العضو التركيبات الاصطناعية، أو الأعضاء التي تستأصل من الحيوانات، كما أنه اشترط أن يكون العضو غير سائل، كالدم واللبن والمني، وذلك لاعتبار هذه المواد السائلة من منتجات ومشتقات الجسم البشري وليست من أعضائه[4].

---

[1] آلاء ناصر حسين وعمار سليم هاشم، **التنظيم القانوني لجريمة نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء**، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص الخامس،(بحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات)، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019، ص 481.

[2] Un organe est une partie du corps qui remplit une ou plusieurs fonctions bien déterminées. Il est généralement constitué de plusieurs tissus, organisés selon une structure complexe, disponible sur : www.dondorganes.fr, (Consulté le 29/02/2023 à 09 :53).

[3] هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 22.

[4] محمد إبراهيم هلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 19-20.

وسار الأستاذ إدريس عبد الجواد عبد الله في تفس هذا التيار، إذ يرى بأن العضو البشري هو: "كل جزء من جسم الإنسان، يتكون من مجموعة من الأنسجة، والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي وغير متجدد، إذا ما تم استئصاله بالكامل أو جزء منه، مما يؤدي إلى انتقاص في الجسم"[1].

غير أن الأخذ بهذه التعاريف القائمة على المعيار الوظيفي يدخل الدم بوصفه يقوم بوظيفة حيوية في الجسم في طائفة الأعضاء البشرية، وهو كما أسلفنا لا يعتبر عضوا ويخضع لنظام قانوني خاص.

يتضح مما سبق أن كلا الاتجاهين لم يوفقا في تقديم تعريف جامع ومانع للعضو البشري كمحل لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فيا ترى ما موقف التشريع من ذلك؟

2.التعريف التشريعي للعضو البشري

يتضح من خلال تصفح العديد من النصوص القانونية الخاصة بنزع وزرع الأعضاء البشرية خاصة العربية منها، تباين مواقف التشريعات المقارنة من تعريف العضو البشري، ففي الوقت الذي لم تورد فيه أغلب التشريعات تعريفا للعضو البشري، اقترحت تشريعات أخرى تعاريف جوفاء، قاصرة عن استيعاب المفهوم الصحيح له.

أورد القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها[2]، تعريفا موسعا للعضو البشري، معتبرا كل جزء من أجزاء جسم الإنسان أو جثته عضوا بشريا، مميزا هذا الأخير عن النسيج، وذلك في نص المادة الثانية منه، والتي تقضي بأنه:" يقصد بالعبارات والكلمات الآتية، في تطبيق أحكام هذا القانون، المعاني المبينة مقابل كل منها:

-عضو بشري: كل جزء من جسم الإنسان أو جثته.

---

[1] أشارت إليه نجمة جبيري، **الإتجار بالأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 100.

[2] اعتمده مجلس وزراء العدل العرب، في دورته الخامسة والعشرين، بموجب القرار رقم 791، بتاريخ 19-11-2009، متوفر على موقع المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية: www.carjj.org، اطلع عليه بتاريخ 05-12-2023.

-النسيج: خليط من المركبات العضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمل النسيج، كالضام والعضلي والعصبي".

أما المشرع المصري فلم يقدم تعريفا للعضو البشري في القانون رقم(5) لسنة 2010، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية[1]، ولم يميزه عن النسيج، وإنما عدد بموجب اللائحة التنفيذية لهذا القانون[2]مجوعة من الأعضاء والأنسجة البشرية الجائز نقلها وزرعها، على أنه لم يحدد هذه الأعضاء على سبيل الحصر، وإنما ترك المجال مفتوحا، لاستيعاب أي عضو أو نسيج بشري يفرضه التقدم العلمي مستقبلا، وذلك في الفقرة الثانية من المادة الأولى منها، التي اعتبرت أن المقصود بالعضو هو:" العضو القابل للنقل، مثل الكبد، الكلى، القلب، البنكرياس، الأمعاء الدقيقة والرئة"، أما المقصود بالأنسجة هو:" الجلد، صمامات القلب، الأوعية الدموية والعظام، وأي عضو آخر أو جزء منه، أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي، بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية".

وقد سوى المشرع المغربي بين الأعضاء البشرية والأنسجة، في اعتبارها محلا للعمليات محل الدراسة، دون أي اعتبار لمدى تجدد العضو من عدمه، مستثنيا الأعضاء التناسلية، إذ قضى في المادة الثانية من القانون 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها[3]، أنه:" لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة عضو بشري كل جزء من جسم الإنسان سواء كان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية، باستثناء تلك المتصلة بالتوالد".

نفس الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي، الذي لم يضع تعريفا للعضو البشري، من خلال قانون الصحة العامة[4]، غير أنه يستشف من خلال تصفح نصوص هذا الأخير، أنه ميز بين عناصر ومنتجات الجسم البشري، من خلال الكتاب الثاني منه، والمعنون بـ: «Don et utilisation des éléments et produits du corps humain» ، وذلك في المواد من L1211-

[1] القانون رقم(5) لسنة 2010، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية الجريدة الرسمية، لجمهورية مصر العربية، العدد 9 مكرر، صادرة في 2010/03/06.

[2] قرار رقم 93، صادر عن رئيس مجلس الوزراء المصري، بتاريخ 2011/01/12.

[3] الجريدة الرسمية عدد 4726، صادرة بتاريخ 5 جمادى الثاني 1420، الموافق لـ 16سبتمبر 1999.

[4] Voir : CSPF, disponible sur www.legifrance.gouv.fr, (Consulté le 31/08/2023 à 11 :21).

1 إلى 3-L1274، مقسما هذا الكتاب إلى خمسة أبواب، خصص الباب الأول للأحكام العامة، والتي تضمنتها المواد من 1-L 1211 إلى 9-L1211 ، وتضمن الثاني أحكاما خاصة بالدم البشري في المواد من 1-L1220 إلى 8-L1223، أما الباب الثالث فقد خصص لتنظيم التبرع بالأعضاء البشرية، وذلك في المواد من 1-L1231إلى 7-L1235، في حين تم النص على الأحكام الخاصة بالأنسجة والخلايا ومنتجات جسم الإنسان ومشتقاته تحت المواد من 1-L1241 إلى 8-L1245 من الباب الرابع، وخصص الباب الخامس لبعض الأحكام المشتركة بين الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية، وذلك ضمن مادة واحدة رقمت بـ 1-L1251 .

وقد أجمع الفقهاء على أن أدق تعريف للعضو البشري هو التعريف الذي أورده القانون الإنجليزي للعضو البشري في القانون الخص بنقل وتنظيم الأعضاء والصادر بتاريخ 1989- 27-07 والذي قضى بموجب الفقرة الثانية من المادة السابعة منه بأنه:" **كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي، إذا ما تم استئصاله بالكامل**"[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يورد تعريفا للعضو البشري في قانون العقوبات[2]، غير أنه ميز بين الأعضاء البشرية من جهة ومشتقات الجسم من ناحية أخرى، وذلك في معرض التفرقة بين الجرائم الواقعة على الأعضاء البشرية والمعاقب عليها بموجب المادتين 303 مكرر

[1] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 25.

[2] القانون رقم 09-01، المؤرخ في 25-02-2009 ، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج، العدد 15، صادرة في 08-03-2009.

16 و303 مكرر 17[1] وتلك الواقعة على الأنسجة والمعاقب عليها بموجب المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19[2].

أما في قانون الصحة 18-11، فلم يورد كذلك تعريفا للعضو البشري، غير أنه ميز على الأقل بين الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جهة، والدم البشري من جهة ثانية، إذ لا يعتبر هذا الأخير عضوا بشريا وانما يعتبره من منتجات الجسم البشري، ويخضع لنصوص قانونية خاصة به، من خلال المادتين 368 و369 من قانون الصحة 18-11.

ورغم ذلك يبقى على المشرع الجزائري أن يورد تعريفا للعضو البشري وآخر للأنسجة والخلايا حتى يميز بينها، على أساس أن الاعتداء الذي يقع على أي منهما يشكل جريمة تختلف أحكامها، خاصة من حيث عنصر التجدد، إذ أن الاعتداء على الأنسجة والخلايا لا يشكل الخطورة التي يشكلها الاعتداء على الأعضاء البشرية والتي لا تتميز بطابع التجدد.

وعليه وبعد تعريف العضو البشري لغة، فقها وتشريعا، يتبادر إلى الذهن سؤال مفاده: هل يجوز التبرع بكل الأعضاء البشرية دون استثناء؟

ثانيا: نطاق الأعضاء البشرية الصالحة للنزع والزرع

في محاولة منه لإقرار التوازن بين المحافظة على حياة المتبرع الحي بالعضو البشري، وضمان سلامته الجسدية من جهة، وكذا كفالة الحرمة الواجبة للجثة الآدمية من جهة أخرى، وسعيا منه -من جهة ثالثة -لكفالة حق المريض في العلاج، وتلقي عضو بشري، يضمن

[1] تنص المادة 303 مكرر 16 على أن:" يعاقب بالحبس من ثلاث (3) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة" وتنص المادة 303 مكرر 17 في فقرتها الأولى على أنه:" يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 د.ج، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول"

[2] تنص المادة 303 مكرر 18 على أنه:" يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 د.ج إلى 500.000 د.ج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"، وتنص المادة 303 مكرر 19 على أنه:" يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 د.ج إلى 500.000 د.ج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول".

استمرار جسده بالقيام بوظائفه على أحسن وجه، يشترط المشرع الجزائري أن يكون العضو البشري محل عملية النزع والزرع مشروعا[1]، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

غير أنه لم يحدد نطاق الأعضاء البشرية الجائز التبرع بها، ولعل الحكمة من ذلك تعود إلى ما يفرضه التقدم العلمي في مجال الطب والبيولوجيا، فما قد لا يجوز أن يكون محلا لعملية النزع والزرع اليوم، قد يكشف العلم عن إمكانية نزعه وزرعه غدا، وعلى العموم سنبين فيما يلي الأعضاء البشرية الصالحة للنزع والزرع(1)، ثم تلك التي لا تصلح أن تكون محلا لهذه العمليات(2).

1. الأعضاء البشرية الصالحة للنزع والزرع

باستثناء التشريع المصري، الذي حدد في اللائحة التنفيذية للقانون رقم (05) لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية مجموعة من الأعضاء والأنسجة الجائز نقلها وزرعها[2]، والقانون الفرنسي، الذي حدد قائمة بالأعضاء الجائز نزعها من جثث الموتى في حالة الوفاة الناجمة عن سكتة قلبية وتنفسية[3]، لم تحدد أغلب التشريعات الأعضاء البشرية الصالحة للنزع والزرع، إلا أنه يمكن القول أن الأعضاء البشرية الصالحة لأن تكون محلا للعمليات محل الدراسة هي: الأعضاء المزدوجة، والأعضاء الأحادية المتجددة.

[1] زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص 315.

[2] حددت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 5 لسنة 2010 ، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية الأعضاء القابلة للنقل بالكبد، الكلى، القلب، البنكرياس، الأمعاء الدقيقة، الرئة، أما الأنسجة القابلة للنقل فمنها: الجلد، صمامات القلب، الأوعية الدموية والعظام، وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي، بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء.

[3] Les organes qui peuvent être prélevés sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant sont le rein, le foie, le poumon et le pancréas. Art. n 1, Arrêté du 13 avril 2018 modifiant l'arrêté du 2 août 2005 modifié fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé. JORF n°0098 du 27 avril 2018.

أ. جواز التبرع بالأعضاء المزدوجة

يجوز التبرع بعضو من الأعضاء البشرية المزدوجة، وهي الأعضاء التي لها مثيل في جسم الإنسان، على أنه يشترط في هذه الحالة توافر الشروط التالية:

-ألا يؤثر التبرع بعضو من الأعضاء المزدوجة على القيام بالوظيفة التشريحية المتكاملة، التي يقوم بها العضوان معا، وعليه وبمفهوم المخالفة، فلا يجوز التبرع بعضو من الأعضاء المزدوجة إذا كان من شأن هذا التبرع الإنقاص من فعالية الوظيفة التشريحية التي يقوم بها العضوان معا، فلا يجوز مثلا التبرع بعضو من الأعضاء الخارجية المزدوجة، كالعين أو الأذن أو اليد والرجل، إذ أن استئصال عضو منها يؤدي إلى إعاقة وتعطيل المتبرع.[1]

-لا يجوز التبرع بعضوين داخليين مزدوجين معا، وذلك لأن التبرع بكلا العضوين من شأنه تعريض حياة المتبرع وصحته للخطر، ويعطله عن القيام بواجباته، ويؤدي في أغلب الاحتمالات إلى الموت المحتم.[2]

-لا يجوز كذلك استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة في حالة فقد العضو الثاني، نتيجة لمرض أو حادث أو لكونه كان محلا لعملية تبرع سابقة، إذ يصبح العضو المتبقى بمثابة عضو فردي، وبالتالي يأخذ حكمه في عدم جواز استئصاله[3].

ب. جواز التبرع بالأعضاء الأحادية المتجددة والخلايا الجذعية

يتكون جسم الإنسان من مجموعة من الأعضاء المتجددة، إذ يعمل الجسم ذاتيا على إعادة إنشاء جزء تالف أو مفقود من العضو من الأنسجة المتبقية، وخاصة في مرحلة البلوغ، فيتم

---

[1] أنيسة عبو، **الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2022، ص 37.

[2] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 68.

[3] نجاة الداوي، المسؤولية الجزائية للطبيب عن الانتزاع غير المشروع للأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 102.

مثلا تجديد الجزء التالف من الكبد بفعل المرض أو الإصابة، ويعود إلى حجمه الأصلي، ونفس الأمر بالنسبة إلى الجلد، الذي يتجدد ويتم إصلاحه باستمرار.[1]

ويقصد بالأعضاء الأحادية المتجددة تلك الأعضاء التي ليس لها نظائر في جسم الإنسان، غير أن لها القابلية على التجدد بصورة تلقائية، في الحال التي يتم فيها استئصال أي جزء منه، كالجلد والكبد ونخاع العظم.

يجوز استئصال عضو من الأعضاء الأحادية المتجددة، من جسم شخص سليم، بغرض زرعه في جسم مريض في حاجة ماسة إليه، لأن استئصالها لا يؤدي إلى الاضرار بالمتبرع، وإن أضرت به فلا يكون الضرر إلا بسيطا ومن النوع الذي لا يؤثر على حياة المتبرع أو تعطليه عن القيام بوظائفه اليومية، مقارنة بالفائدة العظيمة التي تعود على المتلقي للعضو[2]

ومن أهم الخلايا البشرية المتجددة الخلايا الجذعية **Stem Cells**، التي تتصف بصفة القابلية للانقسام والتكاثر، وتوليد خلايا وأنسجة أخرى، ومن أهم مصادر الحصول على الخلايا الجذعية نجد الأجنة في مرحلة الكرة الجرثومية، أو في الجنين السقط، الحبل السري، المشيمة أو من الأطفال وحتى من أنسجة البالغين كنخاع العظم والخلايا الدهنية، وقد توصل العلماء إلى استخدامها في علاج العديد من الأمراض، كتلف عضلة القلب، أمراض الكبد، أمراض السرطان والتشوهات الجلدية[3].

غير أنه لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها إذا كان مصدرها محرما، ومن ذلك الجنين المسقط عمدا بدون سبب طبي يجيزه الشرع، التلقيح المتعمد لبويضة امرأة

[1] Article Disponible sur : https://www.eurostemcell.org/fr/regeneration-quest-ce-que-cest-et-comment-ca-marche, consulté le 31-07-2023 a 11 :10

[2] هجيرة غمراسي، مرجع سابق، ص 61.

[3] طالب خيرة، **جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 273.

بمني رجل أجنبي عنها، أو الاستنساخ العلاجي، وهذا ما انتهى إليه المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشر، المنعقدة بمكة المكرمة عام2003.[1]

2.الأعضاء البشرية غير الصالحة للنقل والزرع

لا يجوز التبرع بعدد من الأعضاء البشرية، ولو تم ذلك بناء على موافقة المتبرع[2]، نظرا لخصوصيات هذه الأعضاء، إذ تتوقف حياة المتبرع على البعض منها، ويحرم الشرع نقل البعض الآخر لتعديه على حرمة النسب، في حين يعود عدم جواز نزع البعض الآخر لعرقلته لعملية التشريح الطبي الشرعي.

أ. الأعضاء البشرية الحيوية

الأعضاء الحيوية هي الأعضاء الأحادية، التي يتوقف عليها استمرار حياة الإنسان، وبالتالي يؤدي استئصالها إلى انتهاء حياة هذا الأخير عاجلا أو آجلا، باعتبار ذلك بمثابة التبرع الانتحاري **suicide donation**، أو الوفاة حسب الطلب **death on demand**، أو تعطيل وظيفة حيوية من وظائف جسمه، ومن ثم الإضرار به ضرار بالغا. كالقلب، الطحال، والبنكرياس، فلا يجوز استئصالها مطلقا، حتى ولو برضا صاحبها.

فلا يجوز مثلا استئصال القلب أو الكبد كاملا فهو تصرف محظور ويقع باطلا بطلانا مطلقا، فهو قتل للنفس والقاء بها الى التهلكة، وانتحار بناء على الطلب، وقد أقام الشرع مبدأ التساوي بين البشر، فلا يجوز شرعا قتل شخص من أجل احياء آخر، اذ ينتفي في هذه الحالة شرط الضرورة القصوى التي تجيز الاستئصال والتي تقضي بضرورة تحقق التوازن بين الفائدة

---

[1] العربي بلحاج، **الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري**، مرجع سابق، ص ص 309-310.

[2] لا يمنع القول بعدم جواز نقل بعض الأعضاء حاليا من القول بإمكانية ذلك مستقبلا، إذ يجري الحديث بإمكانية نقل جزء من دماغ الأطفال، واستعماله فيما يعرف بعملية الموثق العصبي دون أن يؤثر ذلك على مجرى الحياة الطبيعية للشخص المنقول منه، كما يمكن اجراء عمليات لزرع الجلد في أنابيب اختبار، واستعماله في زراعة طبقات البشرة العليا والسفلى لمعالجة الحروق والتشوهات، انظر: حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 54.

التي تعود على المتلقي للعضو المستأصل والضرر الذي يترتب عن عملية الاستئصال بالنسبة للمتبرع[1].

كما لا يجوز استئصال الدماغ بناء على قرار الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء، المنعقدة في مدينة لاهاي في العاشر من سبتمبر 1970، وذلك لأنه مركز المشاعر البشرية، والتفكير والذكريات، فزرع الدماغ مستحيل من الناحية الطبية باعتباره عضوا منفردا، لا يتنزع إلا من شخص ميت، غير أن نقل الدماغ ما يزال محلا للأبحاث والتجارب العلمية، وفي حالة تمكن العلماء من نقله، فإن ذكريات المتبرع، تجاربه، وذكاؤه سينتقل إلى المتلقي للدماغ، وبالتالي سيصبح هذا الأخير شخصا آخر غير الشخص الذي كانه، وهذا ما يتعارض و احترام شخصية الإنسان وكرامته.[2]

وقد نصت بعض التشريعات العربية على عدم جواز استئصال هذه الأعضاء، على غرار التشريع الكويتي والإماراتي، دون أن تعير أهمية لموافقة المتبرع في هذه الشأن، في حين لم تنص عليه تشريعات أخرى، كالتشريع الجزائري، واعتبرته شرطا بديهيا، لارتباطه بالتصرف في الحق في الحياة، ومخالفته طبقا لذلك لمقتضيات النظام العام والآداب العامة.[3]

ويترتب عن استئصال الطبيب لعضو من الأعضاء الحيوية المنفردة قيام المسؤولية الجنائية للطبيب عن جريمة القتل العمد، دون أن يعتد برضا المتبرع كمجني عليه، لأن تنازل المتبرع عن عضو من الأعضاء الحيوية يعد بمثابة تنازل عن الحق في الحياة، وهذا الأخير ليس خاصا بالشخص فقط بل هو حق للمجتمع أيضا.[4]

---

[1] هجيرة غمراسي، مرجع سابق، ص 58-59.

[2] أحمد عبد الدايم، **أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني**، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص 171.

[3] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 70.

[4] فضيلة إسمي قاوة، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 58.

ب. الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية

يقصد بالأعضاء التناسلية، الأجزاء التي تسهم في عملية الإنجاب، وهي الرحم والمبيضين عند المرأة، والقضيب والخصيتين عند الرجل، ويلحق بذلك مني الرجل وبويضات المرأة، فلا يجوز التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، ولو كان الهدف من ذلك علاجيا، ولم ينجر عنه أي ضرر بالنسبة للمتبرع، على اعتبار أن نقلها مخالف للنظام العام، إذ أن حملها للشفرات الوراثية من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب[1]، الذي منعته الشريعة الإسلامية بكل الوسائل، خاصة من خلال تحريم الزنى والتبني[2].

نصت معظم التشريعات العربية على حظر نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، سواء من الأحياء أو من الأموات، بقصد زرعها، على غرار المشرع التونسي، الذي قضى بموجب الفصل الخامس من القانون رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بزرع الأعضاء البشرية[3] بأنه:" يحجر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها" وكذا المشرع الإماراتي، الذي نص بموجب المادة السابعة من المرسوم بقانون اتحادي رقم 05 لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية[4] على أنه:" مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في أي قانون آخر، يحظر القيام بنقل الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة البشرية الناقلة لصفات وراثية"

---

[1] العلجة مواسي، **نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 329.

[2] عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية**، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000، ص 25.

[3] القانون رقم 22 لسنة 1991، المؤرخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، المؤرخ في 29-03-1991.

[4] المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2016، في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، الجريدة الرسمية الإماراتية عدد 601، السنة 46، صادرة بتاريخ 15-08-2016.

وقد تنص المشرع المصري من جهته في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه:" يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب"

في حين أغفلت التشريعات الغربية النص عن ذلك، نظرا لعدم إيلائها أهمية لمسألة النسب، من جهة والاستعاضة عنها بوسائل أخرى أقل كلفة من الزرع كالرحم البديلة.[1]

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 57، في دورة مؤتمره السادس، بجدة، في 1990/03/20 ما يلي[2]:

-بخصوص زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه، حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا.

-زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية، ماعدا العورات المغلظة، جائز لضرورة مشروعة، ووفق الضوابط والمعايير المبينة في القرار رقم (1) للدورة الرابعة لهذا المجمع.

يتضح من هذا القرار أن المسألة فيها وجهان: لا يجوز زرع الخصية والمبيض مطلقا، بحكم استمرارهما في حمل وافراز الشفرات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، والقول بأن ثمرة الإنجاب غير وليدة من زوجين شرعيين، أما الأعضاء غير الناقلة للصفات الوراثية فجائز نقلها، للضرورة، باستثناء العورات المغلظة.[3]

أما بالنسبة للقانون الجزائري فلم يشر قانون الصحة 18-11، ولا قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 الملغى إلى جواز أو عدم جواز التبرع بالأعضاء التناسلية، سواء الذكرية

[1] ربيعة خلافي، **غرس الأعضاء والغدد التناسلية، رؤية بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2023، ص 99

[2] ، العربي بلحاج، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، مرجع سابق، ص 317.

[3] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 125.

منها أو الأنثوية، غير أن قانون العقوبات يجعل من عملية الخصاء **castration** جريمة يعاقب عليها بموجب نص المادة 274[1] بالسجن المؤبد، ويغلظ العقوبة إلى الإعدام، في الحالة التي تفضي فيها هذه العملية إلى وفاة المجني عليه، وهو ما يستفاد منه حظر استئصال الخصيتين أو المبيضين، على اعتبار أن ذلك يؤدي إلى قطع نسل الشخص محل العملية، وإلى وفاته في بعض الحالات.[2]

وبناء على نص المادة 274 من قانون العقوبات سالفة الذكر يمكن القول بعدم جواز استئصال الخصيتين والمبيضين ولو تم ذلك بناء على موافقة صاحبيهما، مالم تستدعي الضرورة العلاجية الملحة لاستئصالهما من جسم الشخص المريض، أما إذا كان الشخص سليما فلا يمكن المساس بعضو من أعضائه التناسلية، لأن ذلك سيؤدي إلى قطع نسله نهائيا.[3]

بيد أن المشكل يبقى مطروحا فيما يخص استئصال الأعضاء التناسلية من جثث الموتى، فهل يجوز الاستئصال هذه الأعضاء في ظل سكوت المشرع الجزائري حول هذه المسألة؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تكون بالسلب، إذ لا يجوز نزع الأعضاء التناسلية من الجثث لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، خاصة وأن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا ثانيا من مصادر القانون في الجزائر، فلا يجب مخالفة أحكامها المتعلقة بتحريم نزع الأعضاء التناسلية المفضية إلى اختلاط الأنساب المحرم شرعا[4]، ولهذا يجب على المشرع الجزائري النص على حظر استئصال الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية أسوة بغيره من التشريعات العربية في التعديلات اللاحقة لقانون الصحة.

---

[1] تنص المادة 274 من ق. ع. ج على أنه:" كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة".

[2] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 308.

[3] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 110.

[4] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 73.

ت. الأعضاء التي تعيق التشريح الطبي الشرعي

علاوة على عدم جواز التبرع بالأعضاء الحيوية، والأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، لا يجوز استئصال الأعضاء التي من شأنها إعاقة عملية التشريح الطبي الشرعي، حتى ولو كانت مزدوجة ولها نظير في جسم الإنسان، إذ من شأن استئصال مثل هذه الأعضاء طمس معالم الجريمة وبالتالي نجاة صاحبها من العقوبة المقررة له، لذا كان من الأولى عدم جواز استئصالها.

إلا أن عدم الجواز في هذه الحالة معلق على شرط واقف، وهو الانتهاء من عملية التحقيق الجنائي، إذ بانتهاء هذه الأخيرة يمكن نزع هذه الأعضاء والاستفادة منها في الحالة التي لم يستغرق التحقيق الجنائي مدة طويلة قد تفضي إلى انتهاء مدة صلاحية العضو بعد وفاة صاحبه.

وقد أغفلت معظم التشريعات العربية النص عن عدم جواز نزع الأعضاء التي تعيق التشريح الطبي الشرعي باستثناء التشريع الأردني الذي قضى بموجب الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان[1] بأنه:" **إذا قرر الطبيب الشرعي تشريح جثة المتوفى لأغراض قانونية لمعرفة سبب الوفاة أو لاكتشاف جريمة فإنه يسمح بنزع القرنية منها، بشرط ألا يؤثر نزعها على معرفة سبب الوفاة ولو بعد حين**".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد قضى في الفقرة الأخيرة من المادة 363 من قانون 11-18 بمنع الشروع في نزع الأعضاء والأنسجة البشرية، إذا كان ذلك سببا في إعاقة التشريح الطبي الشرعي، وقد أحسن في هذه الحكم، إذ لا يجوز أن يكون نزع عضو من الأعضاء من جثة المتوفى بغرض زرعه سببا في طمس معالم جريمة قد تكون ارتكبت بحقه.

[1] القانون رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، صادر بتاريخ 24-04-1977، جريدة رسمية عدد 2703، صادرة بتاريخ 01-06-1977. المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: مشروعية سبب عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية:

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية نموذجا للأساليب الطبية المستحدثة التي تم تقنينها في مختلف التشريعات، بعد اعتراف الطب بفعاليتها القصوى في علاج الحالات المرضية المعقدة، غير أنه لا يمكن للشخص أن يتصرف في عضو من أعضائه بدون قيود[1]، إذ يحدد القانون الأغراض التي يسمح من أجلها بالتعامل في الأعضاء البشرية، إذ يشترط في هذا الصدد وجوب الموازنة بين تحقيق مصلحة علاجية للمريض وعدم تضرر المتبرع من جهة (أولا) وألا تقترن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية بمقابل مادي من جهة أخرى (ثانيا).

أولا: نزع وزرع الأعضاء البشرية تحقيقا لأغراض علاجية أو تشخيصية:

لا يجوز المساس بجسم الشخص ونزع الأعضاء منه كقاعدة عامة إلا في حالة الضرورة[2]، وذلك لتحقيق غرض مشروع، يتمثل في علاج مريض[3] لم تسعفه باقي أنواع العلاج الأخرى، والمحافظة على حالته الصحية، وسلامته الجسدية، وعليه ينبغي أن يكون استئصال العضو من جسم الشخص آخر الحلول المتاحة أمام الطبيب لعلاج المريض، إذ لا يمكن للطبيب شفاء مريضه إلا باللجوء إلى زرع عضو سليم في جسده يحل محل العضو التالف

[1] Antoine Tadros, **le statut de donneur**, cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n15, Presses universitaires de Caen, France, 2017, p 4.

[2] تعتبر الضرورة الطبية في إطار ما يعرف بالنظام العام الجسدي، القيد الوحيد على إرادة الفرد عندما يتعلق الأمر بالتصرف في جسده، إذ تعمل الضرورة على الحد من سلطات الشخص على جسده، إذ من شأنها المساهمة في الحفاظ على كرامة الانسان المتعلقة بهذا الأخير.

Lucie DEGOY, ESSAI **SUR LA NÉCESSITÉ MÉDICALE**, THÈSE pour le doctorat en droit privé, ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES, FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE, 2013, p 193.

[3] تعتبر الغاية العلاجية سببا لترخيص القانون للأطباء بممارسة العمل الطبي، فإذا استهدف هؤلاء بعملهن غرضا آخر غير العلاج كانوا عرضة للمساءلة القانونية، انظر في هذا المعنى: خليدة مشكور، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 13.

منه، أما إذا توافرت حلول علاجية أخرى فلا يجوز للطبيب اللجوء إلى عملية الزرع، وذلك لأن اتساع حرية الاختيار لدى الطبيب تفرض عليه اللجوء إلى اللجوء إلى الحل الأقل ضررا.[1]

ولا شك أن إجازة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها أسلوبا طبيا، متوقفة على تحقيق هذا الغرض، إذ لا يجوز نزع أي عضو من جسم شخص دون أن يكون هناك شخص آخر في حاجة ماسة لهذا العضو، ذلك أن الاحتفاظ بالعضو مدة كبيرة دون وجود جسم آخر في حاجة إليه يترتب عليه تلف هذا العضو حيث تكون خلاياه قد تحللت وماتت ومن ثم ينتفي قصد العلاج سواء بالنسبة للمتنازل الذي يفقد هذا العضو دون مبرر أو بالنسبة للمتنازل له عند وجوده[2].

وعليه لا يمكن للشخص الإذن للطبيب باستئصال أي عضو من أعضائه لأي هدف كان، كالتهرب من الخدمة الوطنية مثلا، كما أنه لا يجوز أن يتم اقتطاع الأعضاء البشرية لغرض الاتجار بها، أو لاستعمالها في التجارب الطبية أو تخزينها في البنوك المنشأة لهذا الغرض.[3]

إن تحقيق المصلحة العلاجية للمريض دون إيلاء أي عناية بالحالة الصحية للمتبرع من شأنه الإضرار بهذا الأخير، ومنه فلا يمكن أن تبرر الغاية العلاجية للمريض استئصال عضو من أعضاء الإنسان السليم، إلا بالقدر الذي يهدف إلى تفادي خطر محدق بالمريض، بحيث تكون المنفعة المترتبة بالنسبة لهذا الأخير أعظم بكثير من الضرر الذي يلحق بالمتبرع[4]، لذا يجب على الطبيب انطلاقا من اعتبار تساوي الجميع في الحق في الصحة وفي السلامة

---

[1] أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 298، انظر أيضا: أسماء سعيدان، **الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف ين خدة، 2013، ص 94.

[2] علي محمد بيومي، **أضواء على نقل وزراعة الأعضاء**، د. ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص 52.

[3] لينة بوزيتونة وأيوب التومي لحرش، **الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء،(دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11)**، مجلة المستقبل للدارسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد1 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، الأغواط، الجزائر، 2020، ص 47-48.

[4] حمد شرف الدين، ص ص 139-140

الجسدية أن يعمل على حماية مصلحة كلا الطرفين، والموازنة بين هذه المصالح[1]، في إطار حالة الضرورة، والتي تستدعي توافر جملة من الشروط منها:[2]

-جسامة الخطر الذي يتهدد المريض، بمعنى أن يكون من شأنه أن يودي بحياة المريض، أو يعطله عن أداء وظائفه الاجتماعية، و أن يكون حالا بمعنى أن تستدعي حالة المريض التدخل العاجل لإنقاذ حياته، وعليه لا يجوز التبرع بالأعضاء بقصد حفظها في بنوك الأعضاء.

- عدم وجود وسيلة علاجية أخرى لإنقاذ حياة المريض، بمعنى أن يكون استئصال العضو من المتبرع آخر الحلول العلاجية، بل الوسيلة الوحيدة لذلك، وعليه تنعدم المصلحة العلاجية في الحالة التي توجد فيها وسيلة علاجية أخرى للحفاظ على الحالة الصحية للمريض أقل خطرا من استئصال العضو من الشخص الحي، كالحصول على العضو من متبرع متوفي.

-التناسب بين الخطر الذي قد يتعرض له المتبرع والفائدة التي تترتب عن زرعه للمتلقي، على أن تكون هذا الأخيرة أكبر بكثير من الضرر الذي قد يتعرض له المتبرع بمناسبة الاستئصال، إذ لا يجب بطبيعة الحال استئصال أي عضو من الأعضاء التي قد تؤدي إلى وفاة المتبرع أو تعطيله عن أداء واجباته اليومية.

اشترطت معظم التشريعات المنظمة لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية أن يكون الغرض من عملية الاستئصال علاج مريض تأزمت حالته الصحية، وذلك تحت طائلة المسؤولية الجنائية، إذ قضى المشرع المصري بموجب المادة 2 من القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية بعدم جواز نقل أي عضو أو نسيج من جسم الشخص الحي لزرعه في جسم المريض إلا بناء على حالة الضرورة التي تقتضي علاج المتلقي والمحافظة على حياته، وأن يكون النقل هو الوسيلة الأخيرة لعلاج المتلقي، مع الحرص على التأكد من عدم تعريض المتبرع للخطر الجسيم بمناسبة عملية الاستئصال.

[1] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، مرجع سابق، ص 309.

[2] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 302.

وأكد القانون القطري رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية[1] في الفقرة الأولى من مادته الرابعة على أنه:" **يحظر نقل أي عضو أو أنسجة أو خلايا من إنسان حي لإنسان آخر، إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي، أو لتحقيق ضرورة علاجية، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته**".

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد أرسى القانون المدني الفرنسي حالة الضرورة العلاجية استثناء لمبدأ حرمة الجسد البشري، وذلك بنص المادة 3-16 منه، والتي قضت بأنه:" **لا يجوز المساس بسلامة جسم الإنسان إلا في حالة الضرورة الطبية للشخص، أو بشكل استثنائي لمصلحة علاجية للغير**"[2]. وجاء قانون الصحة العامة ليؤكد على أن إزالة الأعضاء من شخص حي يتبرع بها لا يمكن أن تتم إلا لتحقيق المصلحة العلاجية المباشرة للمتلقي[3]، وبالتالي، على عكس ما هو الحال بالنسبة لاستئصال الأعضاء من المتبرعين المتوفين[4]، فإن المتبرع لديه ضمان بأن العضو المأخوذ منه لا يمكن استخدامه للأغراض العلمية.[5]

هذا وقد حذا المشرع الجزائري حذو نظرائه من التشريعات المقارنة، إذ علق مشروعية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية على تحقيق غرض علاجي أو تشخيصي، حيث نصت المادة 355 من قانون الصحة 18-11 على أن:" **لا يجوز نزع الأعضاء**

---

[1] القانون رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤرخ في 19-98-2015، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 30-09-2015.

[2] **Art. 16-3** du code civil français, Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. (9) JORF 7 août 2004, dispose que:" Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui".

[3] **Art. 1231-1** du code de la sante public, Modifié par LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 8 dispose que :" Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur."

[4] **Art. 1232-1** du code de la sante public, Modifié par LOI n°2016-41 du 26 janvier 2016 - art. 192 dispose que :" Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques".

[5] Naila Ayata, La bioéthique médicale et la transplantation d'organes: Etude comparée entre la législation Algérienne et français, p104. مداخلة في إطار الملتقى الدولي الإطار القانوني للبيو أخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري والمقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، يومي 12-13 أكتوبر 2022.

والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

ونص بموجب الفقرة الأولى من المادة 360 على أن:" **لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر**".

وأكد بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 364 من قانون الصحة 18-11 على أن:" **لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية...**".

يتضح من هذه الفقرات أن المشرع الجزائري يحرص على أن يكون الغرض من نزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية علاجيا، دون غيره من الأغراض الأخرى[1]، إذ يجب أن تستعمل هذه الأخيرة في علاج مريض تدهورت حالته الصحية، ولم يعد أمام الأطباء من حل لإنقاذه سوى اللجوء إلى نقل عضو سليم من جسم شخص آخر، على أن يتم ذلك في الحالة التي يتأكد منها الأطباء بأن نقل هذا العضو لا يؤثر على الحالة الصحية للمتبرع، وألا يكون من شأنه الإضرار به.

والملاحظ أن أحكام قانون الصحة 18-11 جاءت موافقة لما نصت عليه مدونة أخلاقيات الطب[2]، إذ عمل المشرع الجزائري من خلال هذه المدونة على النص على الموازنة بين ضمان علاج المريض وعدم تعريض المتبرع بالعضو للخطر، فنص بموجب المادة 17 من هذه المدونة على أن:" **يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه**"، وأكد بموجب المادة 34 من نفس المدونة على أن :" **لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ**

[1] تنص المادة 358 من قانون الصحة 18-11 :" لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها موضوع صفقة مالية".

[2] مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06-07-1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. ج.ج ، عدد 52، صادرة في 08-07-1992.

الخطورة، ومالم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته".

غير أن المتصفح للفقرة الثانية من المادة 357 من قانون 18-11 التي تنص على أن:" **لا يجوز جمع أعضاء جسم الإنسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشخصي**". يلاحظ أن المشرع الجزائري يمنع نزع الأعضاء من جسم الشخص الحي لأغراض حفظها في بنوك الأعضاء كقاعدة عامة، وهذه نقطة تؤكد حرص المشرع على تحري الغرض العلاجي من عملية النزع، إلا أنه ختم هذه الفقرة باستثناء مفاده إمكانية نزع الأعضاء من الأحياء لغرض الحفظ في الحالة التي يوافق فيها المتبرع أو ممثله الشخصي في الحالة التي يكون فيها الأول قاصرا أو خاضعا لتدابير الحماية القانونية.

وهذا الاستثناء من وجهة نظري ينسف كل ما جاءت به الفقرات السابقة التي تؤكد على حصر أغراض نزع الأعضاء من المتبرع الحي في الغرض العلاجي فقط والذي يرتبط بضرورة توافر ضابط الاستعجال والضرورة القصوى التي تستدعيها حالة المريض المتأزمة، لهذا أرى أنه من الأولى أن يتم حذف هذه العبارة الأخيرة:" دون موافقة المتبرع او ممثله الشرعي". وإضافة محتوى الفقرة إلى المادة 355 سالفة الذكر، أو حذف هذه الفقرة نهائيا، باعتبارها تزييدا لا فائدة منه، إذ أن عمومية المادة 355، من شأنها أن تتسع لتشمل جميع الأعراض غير المشروعة ومنها حفظ العضو المنزوع.

لا ترتبط مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بضرورة تحقيق الغرض العلاجي، الذي تعكسه الموازنة بين المحافظة على الحالة الصحية للمريض وشفائه من جهة، وعدم الاضرار بحياة وصحة المتبرع من جهة أخرى فقط، بل يجوز أن يتم نزع الأعضاء البشرية تحقيقا لأغراض علمية تشخيصية.

ويقصد بالأغراض التشخيصية، أن يتم استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى من خلال تشريحها، بهدف تشخيص الأمراض، من أجل الوقوف على الأسباب التي أدت

إليها، ومنه البحث عن العلاج المناسب لها، على أن يتم ذلك وفقا للشروط القانونية المطلوبة في هذا الصدد[1].

يعتبر التشريح علاوة عن أنه واحد من العلوم الأساسية التي تمكن طلبة الطب من الوقوف على تركيبة الجسم البشري، ومعرفة وظائف أعضائه، مدخلا هاما لتشخيص الأمراض، إذ عن طريق الكشف عن السبب الحقيقي للوفاة يمكن معرفة أسباب الأمراض، واتخاذ ما يلوم من الإجراءات لإزالتها قبل أن تودي بحياة صاحبها، إذا كان الأطباء الجراحون قد توصلوا إلى الاستفادة من أعضاء الميت في إنقاذ حياة المرضى عن طريق استئصال بعض الأعضاء من الجثث عن طريق تشريح هذه الأخيرة.[2]

لم يحدد قانون الصحة الجزائري المقصود بالغرض التشخيصي الذي يجب أن يستهدفه الأطباء عند القيام بنزع الأعضاء البشرية من الجثث، والذي يتم عن طريق تشريح الجثة، إلا أن عملية التشريح هذه نظمت من خلال المادتين 201 و 202 من نفس القانون، أين حصر المشرع الجزائري إجراءها ضمن المؤسسات الاستشفائية العمومية، وأوكل بموجب المادة الأولى مهمة القيام بالتشريح الطبي الشرعي لطبيب من الأطباء الشرعيين، يتم تعيينه من قبل الجهة القضائية لمختصة، في حين ألزم الطبيب الذي يقوم بعملية تشريح الجثة ونزع الأعضاء منها بمقتضى المادة الثانية، بإعادة الجثة إلى حالة لائقة، مماثلة لما كانت عليه قبل التشريح.

يتضح من خلال هاتين الفقرتين أن شرعية عمليات تشريح الجثث ونزع الأعضاء منها بقصد معرفة أسباب الوفاة تتوقف على توافر الشروط التالية:

-أن تتم عمليات التشريح على مستوى الهياكل الاستشفائية العمومية.

-أن يتكلف بعملية التشريح طبيب شرعي، يعين من الجهة القضائية المختصة، والتي تتمثل في النائب العام لدى الجهة القضائية التي يوجد فيها مقر المؤسسة الاستشفائية المعنية.

[1] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 98.

[2] أحمد شرف الدين، **الأحكام الشرعية للأعمال الطبية**، ط2، د. د. ن، 1987، ص 61.

-أن يعمل الطبيب الشرعي على رتق الجثة وترميمها وإعادتها إلى أحسن حالة.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري من نزع الأعضاء البشرية لإجراء التجارب العلمية فلا يوجد نص يقضي بذلك ضمن قانون الصحة 18-11، وبالتالي ونظرا لخطورة هذه العمليات على الأحياء ومساساها بكرامة الموتى يمكن القول أن نزع الأعضاء البشرية لإجراء التجارب العلمية أمر غير جائز في القانون الجزائري.

ثانيا: عدم اقتران عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بمقابل مادي

يحظى الجسم البشري من الحرمة والكرامة ما يخرجه من دائرة المعاملات المالية، لما قد ينجر عن ذلك من مفاسد تلحق بالنوع البشري، وتهدر كرامته وحرمته المصونة[1]، وحتى لا تخرج عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية عن الغرض العلاجي أو التشخيصي، الذي أبيحت لأجله، وجب أن يكون تنازل الشخص عن عضو من أعضائه مجانا، وعلى سبيل التبرع، دون أن يعلق رضاه على التنازل عن هذا العضو على قبض ثمن لقاء ذلك، فأعضاء الإنسان أسمى من أن تقوم بالمال، وكرامته الإنسانية أعلى من أن تسمح بأن تصبح أعضائه قطع غيار تباع وتشترى.

لم تنعقد كلمة الفقهاء على رأي واحد بخصوص التعامل المالي بالأعضاء البشرية، إذ ذهب جانب من الفقه إلى القول بجواز أخذ مقابل عن العضو المتنازل عنه في حين رفض جانب آخر من الفقه تلقي أي مقابل عن العضو المنقول.

يرى **الجانب القائل بجواز التعامل المالي بالأعضاء البشرية**، أنه يسمح بأن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية على سبيل المعاوضة، فطالما تم الحكم بجواز عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، فلا مانع من تقاضي مقابل عن العضو المتنازل عنه، دون أن يشكل ذلك دوسا على كرامة الإنسان، إذ أن اختلاف طبيعة التصرف المشروع، بين أن يكون تبرعا أو

[1] معمر فرقاق، **جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري**، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 05، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2013، ص 131.

معاوضة لا يمكن أن يغير من قانونيته، وأن تقاضي المقابل وإن كان مشكلا فإنه مجرد مشكل أخلاقي وليس قانوني.[1]

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه على صحة موقفهم هذا بمجموعة من الحجج، أورد أهمها فيما يلي:

-إن القول بعدم جواز بيع الإنسان أو أعضائه في مجموعها لعلة عدم اعتبار الجسد مالا يمكن تملكه وتقيمه ومنه عدم الانتفاع به، يقودنا إلى القول بجواز بيع هذه الأعضاء في الحالة التي يمكن فيها الانتفاع بها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن وجود الثمن لا يؤثر على انعقاد عقد البيع ولا على صحته، باعتباره مقابلا للعضو أو الجزء المتصرف به، ثم إن تصرف الشخص ببيع عضو مزدوج أو جزء منه لا يهدر كرامته، وإنما ينطوي على الجليل من القيم الإنسانية طالما كان يرمي إلى إنقاذ حياة مريض من الهلاك.[2]

-تقتضي القاعدة العامة في الفقه القانوني أنه في حال تعدد البواعث التي ينطوي عليها التصرف القانوني فإن العبرة بالباعث الرئيسي الدافع للقيام بهذا التصرف، فإذا كان هذا الأخير مشروعا، تم الحكم بمشروعية التصرف، دون البحث عن مشروعية الدوافع الأخرى الثانوية، وطالما كان الباعث الرئيسي في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية هو قصد العلاج وليس المقابل المالي، فلا يؤثر هذا الأخير على مشروعية التبرع إطلاقا.[3]

---

[1] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 129.

[2] منذر الفضل، **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995، ص 56-57، عبد الله بشري، **مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية**، ط 1، دار محمود للنشر والتوريع، القاهرة، مصر، 2014، ص 163.

[3] صابر محمد محمد سيد، **محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة**، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، د. س. ن، ص 80. انظر أيضا كل من: عبد الله بشري، مرجع سابق، ص 165 - بسمة جاري وثورية الدهبي، **التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون**، (دراسة مقارنة)، ط 1 ، دار كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 61.

-إن إقرار القوانين المدنية المقارنة بمشروعية عقد البيع، وتنظيمها لكل الجوانب المتعلقة به، منذ أولى مراحله وحتى انحلاله، لا يفضي إلى القول بأن محله الأموال فقط، بل الأشياء ومنها الأعضاء البشرية إذا سلمنا باعتبارها أشياء يمكن أن تكون محلا مشروعا لعقد البيع.[1]

-إن القول بأن بوجوب بقاء جسم الإنسان خارج دائرة التعامل، لا يصلح أن يكون مبررا لعدم قبول تقاضي مبلغ مالي لقاء التنازل عن عضو من أعضاء الإنسان، طالما تم الحكم بمشروعية التنازل في حد ذاته، إذ أن هذا الحكم الأخير لم يهدف إلى إباحة التصرف متى كان مجانيا، وتحريمه متى كان على سبيل المعاوضة[2].

-قد يواجه المتبرع صعوبات مهنية، تتعلق أساسا بالتوقف عن العمل لفترات طويلة، قد تفضي إلى فقدان وظيفته، وما يترتب عن ذلك من خسائر مالية تضع المتبرع في موقف حرج، يتعين عليه طبقا لذلك دفع ثمن غال لقاء اللفتة الخيرية التي قام بها، وهو ما يؤدي إلى القول بأن عملية التبرع في الكثير من الأحيان قد تولد ظلما كبيرا بالنسبة للمتبرع، وأن المجانية في هذا الموضع تهمل أهمية الهدية المقابلة والاعتراف بالجميل، وتجعل من الهدية مستحيلة على المستوى الاجتماعي، وإذا كان من الضروري التأكيد على أن يعطى شيء ما مجانا ودون مقابل، فإنه من الأولى لإكمال دائرة العطاء أن يعطى شيء في المقابل وأن يتم الاعتراف بالهبة.[3]

-إذا كان من حق الشخص المضرور ضررا جسديا أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر تعويضا يمكن تقديره ماليا، طبقا لأحكام المادة 47 من ق. م. ج، التي تقضي بأن :" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر." فلا مانع من قبول بيع الأعضاء وتلقي

[1] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 101.

[2] حسام الدين السيد عز العرب، **المسؤولية المدنية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري وفي قوانين الدول العربية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2019، ص 80.

[3] Valérie Gateau, **La gratuité dans le cadre du don d'organes,** revue du Mauss, n 35, éditions la découverte, 2010, p469.

انظر أيضا: أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 135-134

مقابل عنها، فالمقابل في كلتا الحالتين هو مقابل للمساس بعضو من أعضاء الإنسان، دون أن تختلف النتيجة المترتبة عن ذلك وهي مشروعية تلقي العوض المالي[1].

-يقترح آخرون عدم ترك تحديد القيمة المالية للعضو للحرية المطلقة للأفراد، نظرا لما قد يترتب عن ذلك من مزايدات، ويدعوا هؤلاء إلى وجوب تدخل الدولة لأجل استصدار تشريع يحدد بموجبه سعر كل عضو من الأعضاء البشرية، ذلك أن تنظيم السوق من قبل السلطة العامة هو بشكل عام عامل من عوامل العدالة والإنصاف، وأنه من شأنه أن يجعل من الممكن الحد من الإتجار هنا، وأنه من غير العدل ترك المستفيدين يموتون، إذا كان المقابل المالي طريقة فعالة لسد النقص في الأعضاء.[2]

على الرغم من إجازة أنصار هذا الاتجاه لبيع الأعضاء البشرية، إلا أن هذا الجواز ليس مطلقا، بل أحاطه هؤلاء بجملة من القيود، سأورد بعضا منها في النقاط الموالية:[3]

- عدم وجود أية بدائل صناعية تقوم مقام العضو وتغني عنه.
- أن يتوقى البائع ببيع عضوه مفسدة أكبر من مفسدة فقد العضو نفسه.
- ألا يتعارض بيع العضو مع الكرامة الإنسانية، إذ لا يجب أن يهدف البيع إلى مجرد التجارة وتحقيق الربح فقط.
- ألا ينصب البيع على عضو يحرم نقله شرعا كالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، درءا لاختلاط الأنساب.

---

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 105، العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 268.

[2] Valérie Gateau, op cit, p 471, Philippe Steiner**, Le don d'organes : une affaire de famille ?,** revue Annales. Histoire, Sciences Sociales, v 59, n 02, Éditions de l'EHESS, F rance, 2004, p 271

انظر أيضا: صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 78-79.

[3] أمالي علي عبد الحسين الموسوي، مرجع سابق، ص 126-127.

- أن يعلم البائع أن العضو المبتاع منه سيستعمل لأجل الانتفاع به بمثل ما خلق له، وبمفهوم المخالفة يبطل البيع إذا علم البائع أن العضو الذي باعه سيستعمل لإجراء التجارب العلمية أو سيكون محلا للاتجار به.
- أن تتم عملية البيع تحت إشراف مؤسسة رسمية مخصصة لهذا الغرض، لتعمل على التحقق من توافر الشروط المذكورة أعلاه، وتضمن عدم صورية العملية.

أما بالنسبة للاتجاه المعارض للمقابل المالي لقاء التبرع بالأعضاء، فيقر بطلان عقد البيع الذي يكون محله عضوا أو نسيجا بشريا بطلانا مطلقا، حتى ولو تم ضمن الضوابط التي اشترطها أنصار الاتجاه الأول، إذ يعتبر أن أعضاء الإنسان مكرمة سواء كان حيا أو ميتا، ولا ينبغي أن تدخل في نطاق الأشياء القابلة للتعامل[1]، ويبرر هؤلاء الفقهاء ما ذهبوا إليه بمجموعة من الحجج المنطقية، سأورد بعضا منها فيما يلي:

– إن حق الإنسان على جسده لا يعتبر حقا ماليا، فلا يكون للإنسان على جسده حق ملكية أو حق منفعة، لأنه ليس من البضائع التي يجري عليها التعاقد بالبيع والشراء، وإنما هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ولا يمكن بحال من الأحوال أن يتحول إلى حق مالي، وبالتالي فقيام الانسان ببيع عضو من أعضائه ينطوي على إهدار لكرامته، واذلال له لقاء حفنة من المال الزائل.[2]

– إن بيع الأعضاء والأنسجة البشرية يؤدي إلى التفرقة والتمييز بين أعضاء المجتمع، إذ سيتمكن الأغنياء من الحصول بما لديهم من أموال على الأعضاء البشرية التي يتحاجونها، في حين ستحرم الفئات الهشة والفقيرة من الحصول على الأعضاء التي يستدعيها الحفاظ على

---

[1] نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص15.

[2] ياسين جبيري، دنيا زاد ثابت، **الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)**، مجلة المعيار، المجلد العاشر، العدد، 4، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2020، ص 21، عبد الله بشري، مرجع سابق، ص 167.

Voir aussi : Nicolas-Robin, Armelle, **Le don d'organes : toujours plus ! Toujours mieux ?** Application de la théorie morale conséquentialiste, Thèse pour obtenir le grade de doctorat en éthique, École doctorale n° 578, Sciences de l'Homme et de la Société. Université Paris-Saclay, France, 2016, p 177

صحتها، نظرا للمضاربة التي تعرفها سوق الأعضاء وغلاء أسعارها، هذه من جهة ومن جهة ثانية يتم استغلال الفئات الفقيرة أبشع استغلال، إذ يعمل الأطباء وسماسرة الأعضاء، على مساومتها على أعضائها، مما يجعلها نهبا للضغوط النفسية والاجتماعية، فيلجأ هؤلاء تحت تأثير الفقر والحاجة إلى بيع أعضائهم، كما قد يصل الأمر إلى حد اختطاف الأبرياء وخاصة الأطفال وذوي الاحتياجات الخاصة والمشردين، واستئصال أعضائهم والاتجار رغما عنهم في حالة عدم التنازل عن أعضائهم رضائيا.[1]

-إن في تنازل الشخص وهو حي أو ايصائه بعضو من أعضائه لما بعد وفاته مجانا، وفي قبول المريض المتلقي للعضو دون حاجة إلى تقديم عوض لأي شخص، حماية للأول من إغراء وإيذاء نفسه مقابل المال، وسموا عن جعل نفسه شيئا يقدر بثمن، وصونا لكرامته.[2]

_إن التنازل عن الأعضاء البشرية والأنسجة بدون مقابل من شأنه تحقيق عديد المزايا إذ سيعمل المتبرع على الإقرار بالمشاكل الصحية والأمراض الوراثية التي قد يعاني منها، وهو ما سينعكس على تحديد مدى صلاحية العضو المقترح نقله بالنسبة للحالة الصحية للمتلقي، ومن ثم لا يكون هناك أي خلفيات مالية قد تؤثر على إرادة المتبرع، وتدفعه إلى التستر عن مشاكله الصحية أو التاريخ المرضي لأفراد عائلته.[3]

- إن الاستخدام المنتظم لعبارات التبرع بالأعضاء، المانح، والواهب من قبل المشرع يعكس الهدف الذي ترمي إليه عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وهو الهبة المجانية غير المشروطة للأعضاء، ولا وجود لأي عبارات تتعلق بالبيع أو دفع المقابل، كما أن عملية نزع العضو من جسم المتبرع تتم مجانا وبدون دفع، وأن عملية زرع العضو في جسم المتلقي له هي الأخرى

[1] حسين فريجه، **زراعة ونقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 2، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2011، ص 219.
Voir aussi : Nicolas-Robin, Armelle, Op.cit. p 179.

[2] Valérie Gateau, op. cit, P 466.

[3] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 153.

تتم بدون مقابل، حيث تتكفل المؤسسة الصحية المسؤولة عن العملية بكل تكاليف العملية وأعبائها.[1]

– ينعقد اجماع فقهاء الشرع الإسلامي على عدم إمكانية بيع أو شراء أعضاء الإنسان، وأنه إذا كان البعض يقول بجواز بيع العضو المستأصل من الجثة وتخصيص ثمنه للوفاء بنفقات الدفن، فإن مقل هذا الرأي يخرج عن الاجماع المشار إليه، زيادة على أن أصحاب هذا الرأي يقرون بالطبيعة الخاصة بهذا المقابل المالي، والتي تمنع انتقاله إلى الورثة.[2]

رغم رفض أنصار هذا الاتجاه لتقاضي أي مقابل مالي لقاء العضو المتنازل عنه، إلا أنهم لا يرون في العوض المعنوي أو الأدبي حرجا، إذ يمكن حسبهم منح المتبرع وساما، شهادة تقدير أو نشر صورته واسمه في وسائل الاعلام، تقديرا له على نبل التصرف الذي قام به، وحثا لغيره على الاقبال على التبرع، بل ذهب البعض إلى القول بجواز منح مقابل مادي للمتبرع تعويضا له عما فاته من كسب لقاء التنازل عن عضوه وما لحقه من خسارة جراء ذلك، معتبرين أن هذه التعويض تشجيع على التبرع، تدفعه الدولة، وليس المريض أو ذووه، في صورة التكفل بكافة الأعباء المالية الناجمة عن العملية، أو عن أيام الغياب عن الوظيفة، أو ابرام وثيقة تأمين لمصلحة المتبرع وأفراد عائلته.[3]

❖ بناء على العرض السابق للاتجاهين المتضاربين حول مدى جواز تقاضي المقابل المالي نظير التنازل عن العضو البشري، أصل إلى القول بترجيح الاتجاه الثاني، القائل بمجانية التنازل عن العضو البشري، ومنع تقاضي أي مقابل مالي نظير ذلك، مهما كانت قيمته، على أن تتكفل الدولة بمصاريف العملية وأعبائها المادية، وأن تعوض المتبرع عما فاته من كسب إذا كان موظفا سواء في مؤسسة عمومية أو خاصة، انطلاقا من مبدأ عدم تضرر المتبرع من العملية، والذي قد ينجر عن انقطاعه عن عمله خلال العملية وفترة النقاهة التي تليها، وهو ما من شأنه ضمان كرامة المتبرع، وتجسيدا لقدسية وحرمة الجسد.

---

[1] Valérie Gateau, op.cit., p 465.

[2] أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 141.

[3] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 136-135.

أما بالنسبة للموقف التشريعي من تقاضي مقابل مالي لقاء العضو المتنازل عنه، فقد أرست معظم المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية [1]مبدأ مجانية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ونصت صراحة على حظر التعامل المالي بالأعضاء البشرية، سواء عن طريق البيع والشراء، أو عن طريق أعمال الوساطة أو الإشهار، ورتبت جزاءات جنائية على كل فعل من شأنه الإخلال بهذا المبدأ.

إذ ورد ضمن توصيات مؤتمر بيروجيا لسنة 1969، حيث قضى بأن التبرع بالأعضاء، سواء من قبل الأشخاص الأحياء أو من الأموات يجب أن يتم على سبيل الهبة المجانية، مدفوعا بدافع إنساني، وبعيدا كل البعد عن صور الطمع والربح.[2]

هذا وقد خلص الاجتماع الثاني عشر لوزراء الصحة العرب، المنعقد ما بين 14 إلى 16 مارس 1987 بالعاصمة السودانية الخرطوم إلى إصدار القانون العربي الموحد لزراعة الأعضاء، والذي نص في المادة السابعة منه على أنه:" يحظر الاتجار بالأعضاء بيعا وشراء، ولا يجوز دفع أي مكافأة لقاء التبرع بالعضو، كما لا يجوز للأطباء المشاركة في إجراء عملية النقل أو الزرع، متى كانت تنطوي على أغراض تجارية أو ربحية"[3].

ومن جهتها أدانت منظمة الصحة العالمية، في جمعيتها الثالثة والستين، بناء على توصيات جمعية زرع الأعضاء والجمعية الدولية لطب الكلى، المنعقدة بإسطنبول بتركيا سنة 2008، وبموجب الفقرة الرابعة من التقرير الذي أصدرته أمانتها العامة، ظاهرتي " سياحة زرع

---

[1] باستثناء عدد قليل من التشريعات التي تسمح بالاتجار بالأعضاء البشرية، ككولومبيا والإكوادور وإيران، إذ تتم مبيعات الأعضاء البشرية في هذه الأخيرة تحت إشراف جمعية **CASKP** المختصة في دعم مرضى الكلى، ومؤسسة **CFSD** الخيرية للأمراض الخاصة، ويتراوح سعر الكلية الواجدة على سبيل المثال من 5000 إلى 6000 دولار أمريكي. يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 160. تم إدارة الأعضاء المزروعة وقوائم الانتظار للمشترين في حاجة إلى الأعضاء من قبل هيئة حكومية غير ربحية، وهي جمعية مرضى غسيل الكلى وزراعة الأعضاء .(DAPTA) يجب على الأطباء التابعين لـDAPTA ، الذين يقومون بالتحقق من طلبات البائعين، ألا يعرفوا هؤلاء البائعين مسبقًا وأن يقوموا بتقييمهم وفقًا لنفس المعايير التي تُطبق على التحقق من المتبرعين المتطوعين (الأقارب).

Voir : Nicolas-Robin, Armelle. Op.cit. p 133.

[2] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 296.

[3] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 105.

الأعضاء" "والإتجار بالأعضاء"، واعتبرت أن مثل هذه الممارسات تعد انتهاكا صارخا لمبادئ الإنصاف والعدالة والكرامة الإنسانية، مما يحتم على جميع الدول الحكم بحظرها.[1]

يحظى الجسم البشري من الحرمة والكرامة ما يخرجه من دائرة المعاملات المالية، لما قد ينجر عن ذلك من مفاسد تلحق بالنوع البشري، وتهدر كرامته وحرمته المصونة[2]، لأجل ذلك أجمعت مختلف التشريعات المنظمة لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية على الطابع المجاني لهذه العمليات، واعتبرتها عنوانا لمبادئ الايثار والتضامن الإنساني، وعنيت لأجل ذلك بالنص صراحة على حظر التعامل المالي بالأعضاء البشرية، سواء عن طريق البيع والشراء، أو عن طريق أعمال الوساطة أو الإشهار.

ففي فرنسا يعتبر مبدأ المجانية امتدادا لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان، الذي أرسى القانون المدني الفرنسي معالمه، من خلال مبدأ احترام الجسم البشري، وحظر الاعتداء على كرامته، وضمان احترام الإنسان منذ بداية حياته، وذلك بموجب المادة 16 منه[3]، مؤكدا في الفقرة الأولى من هذه المادة على حق كل شخص في احترام جسده، مشيرا مرة أخرى إلى الحرمة التي يحظى بها جسم الإنسان، وأن هذا الأخير، عناصره ومنتجاته لا يمكن أن يكون موضوعا لحقوق الملكية"[4]. وقضى بموجب المادة 5-16 ببطلان كل الاتفاقات التي يكون من شأنها إضفاء الطابع المالي على جسم الإنسان، عناصره أو منتجاته.[5]

---

[1] محمد شعيب عبد المقصود، **زرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون**، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2022، ص 173-174.

[2] معمر فرقاق، مرجع سابق، ص 131.

[3] **Art.16** :" La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie."

[4] Art.16-1 :" Chacun à droit au respect de son corps .Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

[5] **Art.16-5** du code civil dispose que :" Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles."

وقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية بموجب المادة **L1211-4** منه، والتي تقضي بعدم جواز تخصيص أي مبلغ، مهما كان شكله، لأي شخص يوافق على استئصال عناصر من جسمه أو لجمع منتجات هذا الأخير[1].

وتطبيقا لمبدأ المجانية هذا، ألزمت المادة **L1233-2** الأطباء الممارسين لعمليات نزع الأعضاء البشرية بعدم تلقي أي أجر لقاء العملية[2]، في حين ألزمت المادة **L1234-3** الأطباء الممارسين لعمليات الزرع بنفس الالتزام، والقاضي بعدم تلقي أي رسوم مقابل الخدمة التي يقدمونها بهذا الصدد[3].

كما أقر المشرع الفرنسي تطبيقا لمبدأ المجانية تدابير من شأنها كفالة عدم التعامل المالي بالأعضاء البشرية، ومنها مبدأ السرية، كواحد من المبادئ الكبرى للأخلاقيات الطبية، والذي يهدف إلى تحقيق ثلاث مزايا، إذ من شأنه في المقام الأول أن يحول دون انشاء أية التزامات بين المتبرع للعضو والمتلقي له، ومن ثم يمنع المتبرع بالعضو من التدخل في اختيار المتلقي، وبالتالي ضمان المساواة في الاستفادة من الأعضاء المتبرع بها، ويحد من جهة ثالثة من الأعباء الإدارية والتنظيمية لإدارة العلاقات بين المتبرعين والمتلقين[4].

وقد قضت المادة L1211-5 من قانون الصحة العامة الفرنسي بأنه لا يمكن للمتبرع معرفة هوية المتلقي، ولا للمتلقي معرفة هوية المتبرع، وأنه لا يجوز الكشف عن أية معلومات تحدد هوية كل من الشخص الذي تبرع بعنصر أو منتج من جسده، والشخص الذي حصل عليه، على أنه لا يمكن التنازل عن مبدأ عدم كشف الهوية هذا إلا في حالة الضرورة العلاجية.[5]

---

[1] **Art. 1211-4** C.S.P.F Dispose que :" 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."

[2] **Art.1233-4** C.S.P.F dispose que :" Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes en vue de don au titre de cette activité.

[3] **Atr.1224-3** du code de la santé publique dispose que :" Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des greffes d'organes au titre de ces activités."

[4] Marie Le Clainche-Piel, **Faire du visage un organe anonyme. Chirurgiens et patients transplantés aux prises avec la politique du don anonyme en France**, Presses Universitaires de France, Vol. 11, n 2, 2020, p 152.

[5] **Art.1211-5** C,S.P.F dispose que :" Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.
Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique."

هذا وقد عمل المشرع الفرنسي بمقتضى أحكام المادة L1211-3 في فقرتيها الأولى والثانية تفعيلا منه لمجانية التنازل عنى الأعضاء والأنسجة البشرية على منع الإعلان والإشهار والدعاية للتبرع بعناصر أو منتجات الجسم البشري لمصلحة شخص محدد أو لمصلحة مؤسسة أو هيئة ما، واستثنى من هذا الحظر الاشهار العام الذي يدعو الأشخاص إلى التبرع بأعضائهم أو منتجات أجسامهم، على أن يتم هذا الاشهار تحت إشراف الوزير المكلف بالصحة وبمعية الوزير المكلف بالتربية الوطنية.[1]

لم يكتف المشرع الفرنسي بالنص على عدم جواز المقابل المالي في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وتدعيم مبدأ المجانية بجملة من الضمانات القانونية، بل رتب علاوة على ذلك جملة من العقوبات الجنائية الرادعة، إذ تنص المادة 511-2 من قانون العقوبات على معاقبة كل شخص يتنازل عن عضو من أعضائه مقابل مبلغ مالي مهما كان شكله، بالسجن لمدة سبع سنوات وبغرامة قدرها 100.000يورو، على أن تطبق ذات العقوبة على كل من ساعد في الحصول على عضو بمقابل أو على نقل هذا العضو من جسد آخر بعوض، ويستوي في ذلك الحالة التي يتم فيها الحصول على العضو من دولة أجنبية[2].

وتقضي المادة 511-4 من قانون العقوبات الفرنسي بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها 75000 يورو على كل فعل يتم بموجبه نزع الأعضاء أو الأنسجة أو المنتجات من

[1] Art.1211-3 du code de la santé publique dispose que:" La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.

Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale.

[2] Art.511-2 C.P.F, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002, dispose que :" Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger."

جسم الشخص مقابل أي دفع مهما كان شكله، على أن تطبق العقوبة ذاتها على فعل التوسط للترويج للحصول على أنسجة أو خلايا أو منتجات بشرية مقابل دفع أيا كان شكلها، أو لنقل أنسجة أو خلايا أو منتجات من أجسام الغير بمقابل.[1]

أما بالنسبة للقوانين العربية، فقد أجمعت كلها اشتراط انعدام المقابل المالي في التنازل عن الأعضاء البشرية والأنسجة، وعلى حظر بيع وشراء الأعضاء البشرية والأنسجة، وأكدت على أنه يمنع على الطبيب المختص إجراء مثل هذه العمليات في الحالة التي يعلم فيها بوجود مقابل مالي تلقاه المتنازل عن العضو لقاء تنازله، وهذا ما ذهب إليه مثلا كل من المشرع الأردني بموجب الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 إذ قضى بأنه:" **لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح**"، في حين اعتبر المشرع المغربي بموجب المادة الخامسة من القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها[2]، أن:" **التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عمل مجاني، لا يمكن بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدى عنه أجر، أو أن يكون محل معاملة تجارية...**".

أما بالنسبة للقانون المصري فقد قضى في المادة الرابعة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بعدم جواز نقل أي نسيج أو عضو، أو جزء من العضو من جسم إنسان على قيد الحياة لزرعه لمريض إلا إذا تم ذلك على سبيل التبرع، ثم جاءت المادة السادسة من نفس القانون لتؤكد على حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية بالبيع والشراء مهما كانت طبيعة المقابل، وعدم جواز اكتساب المتبرع ولا أي من ورثته لأي فائدة مادية أو عينية من المريض المتلقي

[1] Art.511-4 C.P.F, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002, dispose que :" Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui."

[2] القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية عدد 4726، صادرة بتاريخ 16-09-1999.

للعضو أو من أسرته بمناسبة النقل أو بسببه، وقد أحسن صنعا باستخدامه للفظ التعامل بالأعضاء بدلا من لفظ الاتجار، وهذا لاتساع اللفظ الأول ليشمل جميع صور التصرف معاوضة في الأعضاء البشرية.[1]

كما عمل المشرع المصري من خلال الفقرة الأخيرة من المادة السادة المذكورة أعلاه على إلزام الطبيب المختص بعدم القيام بإجراء العملية في حالة علمه بوجود مقابل للعضو الذي تم التنازل عنه، واخطار الجهات المسؤولة وإلا اعتبر شريكا في الجريمة[2]، وهي خطوة تحسب لصالح المشرع المصري، إذ من شأنها الحيلولة دون انزلاق عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في مطبات الاتجار بالأعضاء، ومع ذلك كان ينبغي عليه يلزم الأطباء بالإبلاغ عن كل عملية تمت بوجود مقابل، تدعيما للحماية القانونية لهذه العملية.[3]

هذا وقد عضد المشرع المصري الأحكام السابقة بمجموعة من الجزاءات الجنائية في حالة مخالفة الأحكام القانونية التي فرضتها المادة السادسة أعلاه، وذلك بنص المادتين 20 و22 من قانون رقم 05 لسنة 2010، أين قضى بعقوبة السجن ومصادرة الأموال أو الفائدة المتحصل عليها من بيع العضو على كل من البائع والمشتري والوسيط، مع الحكم بقيمة المبلغ في حالة عدم ضبطه، مع إعفاء الوسيط من العقوبة في حالة تبليغه للسلطات عن الجريمة قبل تمامها ومساهمته في ضبط الجناة.

وفيما يتعلق بالتشريع الجزائري فقد أكد بموجب المادة 358 من قانون الصحة 11-18 على "**أن نزع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية وزرعها لا يمكن أن يكون محل صفقة مالية**"، وقضى بموجب المادة 367 بأن:" **لا يتقاضى الممارسون، الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن العمليات.**" وجرم بمقتضى قانون

---

[1] دينا عبد العزيز فهمي، **الحماية الجنائية لاستئصال وزرع الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة)**، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص 237.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 142.

[3] محمد جبر السيد عبد الله جميل، **الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية**، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الدولي النطاق القانوني للبيو أخلاقيات الطبية في قانون الصحة الجزائري والمقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، يومي 12-13 أكتوبر 2022، ص 74.

العقوبات الأفعال التي تشكل انتهاكا لمبدأ المجانية، وذلك من خلال المادتين 303مكرر 16 و 303مكرر 18، إذ تنص الأولى على أنه:" يعاقب بالحبس من (3) ثلاث إلى (10) عشر سنوات وبغرامة من 300.000 إلى 1.000.000د.ج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص". في حين تنص المادة الثانية على أن:" يعاقب بالحبس من (1) سنة إلى (5) خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 د.ج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص". وتنص المادة 303 مكرر 25 على أن:" كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة، يعاقب بالحبس من (1) سنة إلى (5) خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 د.ج"

من خلال قراءة هذه النصوص يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

أولا: يرفض المشرع الجزائري أن يكون التعامل بالأعضاء البشرية تعاملا ماليا، في شكل صفقة تجارية تعقد بين صاحب العضو الذي يتنازل عن عضو من أعضائه مقابل مبلغ مالي يدفعه المريض الذي سيستفيد منه أو السمسار الذي يتوسط عملية البيع بينهما.

ثانيا: تدل حرفية النص على استبعاد المقابل متى كان في صورة مبلغ مالي، فهل يقبل المشرع وجود مقابل آخر يتلقاه المتنازل عن العضو نظير العضو المتنازل عنه، لذا كان من الأولى أن ينص المشرع الجزائري على استبعاد وحظر تلقي أي مقابل عن العضو المتنازل عنه، سواء كان المقابل مبلغا ماليا أو شيئا يمكن تقويمه بالمال كسيارة أو شقة، وحتى ولو كان مجرد تقديم خدمة، كتوظيف المتبرع أو أي امتياز آخر مثلا، وذلك للمحافظة على كرامة الشخص وحرمته الجسدية.

ثالثا: قسم المشرع جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية إلى ثلاثة أقسام: جريمة تلقي مقابل عن العضو المتنازل عنه، جريمة عدم الحصو على موافقة صاحب العضو على الانتزاع، وجريمة عدم التبليغ عن وجود مقابل للعضو المنزوع.

ثالثا: لم ينص المشرع الجزائري على منع الأطباء من إجراء عمليات نزع الأعضاء والأنسجة البشرية في حالة علمهم بوجود مقابل تلقاه المتبرع نظير تنازله عن العضو، وهو ما يعتبر ثغرة قانونية تطرح عدة إشكالات، تضع الطبيب الجراح القائم بالعملية بين أمرين خطرين: ألا يكون محلا للمساءلة القانونية في حالة قيامه بالعملية رغم علمه بوجود مقابل للعضو؟ وألا يعتبر مرتكبا لجريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر إذا ما امتنع عن إجراء العملية في حالة علمه بذلك؟[1]

رابعا: غياب النص على منع الاشهار والدعاية لعمليات التبرع بالأعضاء البشرية، وهو ما فتح المجال لكثير من أصحاب الفاقة والعوز لنشر إعلاناتهم في الصحف والجرائد اليومية والقنوات التلفزيونية والمتعلقة ببيع عضو من أعضائهم لسد حاجاتهم والقضاء على معاناتهم مع الفقر.

خامسا: خالف المشرع الجزائري نظراءه في الدول العربية والغربية على السواء، فلم ينص على وجوب منح أي تعويض للمتبرع، وقد أصاب في ذلك، فمجانية العلاج في الجزائر[2] وقوانين الضمان الاجتماعي فيها تجعل المتبرع بعيدا عن أي خسارة مالية نتيجة لعملية التبرع، وبالتالي فلا مجال للحديث عن تعويض المتبرع عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب عملية التبرع أو بمناسبتها.

---

[1] نصر الدين مروك، **المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 36، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 1999، ص 22.

[2] تنص المادة 13 من قانون الصحة 18-11 على:" تضمن الدولة مجانية العلاج، وتضمن الحصول عليه لكل المواطنين عبر كامل التراب الوطني.

وتنفذ كل وسائل التشخيص والمعالجة واستشفاء المرضى في كل الهياكل العمومية للصحة، وكذا كل الأعمال الموجهة لحماية صحتهم وترقيتها."

سادسا: إن استعمال المشرع الجنائي لعبارة "يحصل" بدلا من عبارة " يشتري" دليل على تجريمه لكل الأفعال التي يقصد منها التعامل المالي بالأعضاء، إذ يدخل فيها علاوة على المشتري للعضو، السمسار والوسيط، وكل متدخل في عملة الحصول على العضو بمقابل.

سابعا: اختلاف عبارات قانون الصحة عن قانون العقوبات فيما يخص العوض الذي يحصل عليها لقاء العضو المتنازل عنه، إذ في حين اكتفى قانون الصحة بحظر المقابل المالي فقط، يحظر قانون العقوبات كل أشكال المقابل والمنفعة مهما كانت طبيعتها، وهو الأصح، لأن اقحام أي مقابل في التنازل عن الأعضاء البشرية من شأنه الحط من الكرامة الإنسانية، التي جاء مبدأ المجانية لصونها، لذا أدعو المشرع إلى توحيد المصطلحات القانونية بين قانون الصحة وقانون العقوبات، واعتماد عبارات هذا الأخير باعتبارها أكثر دقة.

ثامنا: يميز المشرع الجزائري فيما يخص تجريم المقابل المالي في بين انتزاع الأعضاء البشرية من جهة وبين نزع الأنسجة والخلايا أو جمع مواد من جسم الشخص من جهة ثانية، وعدم التبليغ عن ذلك من جانب ثالث، إذ يغلظ العقوبة في الحالة الأولى، ولعل مرد ذلك الطابع غير المتجدد للعضو البشري، خلافا للأنسجة والخلايا التي تتسم بطابع التجدد، وبالتالي فالحصول على عضو من الإنسان يعني فقدان منفعة هذه العضو إلى الأبد.

تاسعا: لم يحدد المشرع الجزائري صفة الجاني في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، وبالتالي يمكن أن يكون المريض الذي يحتاج إلى عضو فيدفع مقابلا له، وقد يكون سمسارا يتوسط لشراء العضو بين المريض وصاحب العضو، أو بين المريض والطبيب، كما يمكن أن يكون صاحب العضو نفسه، إذ لا يجوز للشخص أن يتنازل عن عضو من أعضائه نظير مقابل يدفعه الغير.

انطلاقا مما سبق ينبغي على المشرع الجزائري التدخل وتعديل نص المادة 358 من قانون الصحة الحالي، وأقترح أن تتم صياغة هذه المادة على النحو التالي:" دون الاخلال بالعقوبات الجزائية، المنصوص عليها في المواد من 303مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 من قانون العقوبات، لا يجوز تلقي أي مقابل عن العضو المتنازل عنه، مهما كان شكله.

يحظر على الأطباء القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في حالة علمهم بوجود مقابل للعضو المتنازل عنه، ويجب عليهم التبليغ عن ذلك تحت طائلة المساءلة القانونية.

يمنع الإشهار أو الدعاية للتبرع بالأعضاء لصالح شخص محدد أو هيئة أو مؤسسة".

المطلب الثاني: استيفاء المتطلبات الطبية والإدارية

لا تتوقف مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية على ضرورة توافر الشروط القانونية، وخاصة منها تلك المتعلقة بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، بل تقتضي علاوة على ذلك ضرورة استيفاء مجموعة من الشروط الطبية الفيزيولوجية، تضمن من خلالها سلامة طرفي العملية **(الفرع الأول)**، إضافة إلى شروط إدارية لائحية، يعكسها وجوب حصول كل من الأطباء القائمين بهذه العمليات، والمستشفيات التي تتم على مستواها على الترخيص القانوني الذي يشترطه المشرع في هذا الصدد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الالتزام بضمان سلامة المتبرع والمتلقي للعضو البشري

تقتضي خصوصية وخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية ضرورة تشديد الظروف التي تجرى فيها، وتحري مختلف العوامل التي تساهم في نجاحها، وتضمن بالتالي سلامة كل من المتبرع بالعضو البشري والمريض المستفيد منه، ولا يتم ذلك إلا من خلال الحرص على المحافظة على الحالة الصحية لكليهما **(أولا)**، ووجوب توافق أنسجتهما، وكذا ضرورة حفظ العضو المنقول تحسبا لزرعه **(ثانيا)**.

أولا: المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمتلقي

إن الغرض من أي عمل طبي أو جراحي هو قصد الشفاء، وتخليص المريض من أعباء المرض، وتحسين حالته الصحية، ولما كانت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية أنموذجا متقدما للعمل الجراحي، يميزه الخطورة من جهة والتعقيد من جهة ثانية، نظرا لوجود طرفين: مريض بحاجة ملحة لعضو بشري، يستعيض به عن العضو التالف أو الذي انخفض أداؤه الطبيعي عن المطلوب، ومتبرع سليم ومعافى، يتمتع بسياج قوي من الحماية القانونية

يكفل سلامته الجسدية، فقد شددت مختلف التشريعات على وجوب الحرص على المحافظة على الحالة الصحية لطرفي هذه المعادلة، لتلافي ما قد يترتب عنها من مخاطر.

وعليه اشترطت مختلف التشريعات عدم تعريض حياة المتبرع بعضو من أعضائه إلى الخطر، وذلك بألا يقع الاستئصال على عضو من الأعضاء التي يؤدي استئصالها إلى وفاة المتبرع، فلا يجوز للطبيب أن يقوم باستئصال أي عضو من الأعضاء الفردية الحيوية، التي لا يوجد لها مثيل في الجسم، كما لا يجوز استئصال أي عضو من الأعضاء المزدوجة في الحالة التي يثبت فيها إصابة العضو الثاني بمرض، ولا يجوز من جهة أخرى نزع أي عضو من الأعضاء الظاهرة ولو كان مزدوجا إذ يترتب عن ذلك تشويه للخلقة أو تعطيل لجسم المتبرع عن القيام بالوظائف اليومية التي تتطلبها الحياة.

كما يشترط سلامة المتبرع وخلوه من الأمراض والالتهابات الفطرية والبكتيرية والفيروسية، كالإيدز والسل والزهري والتهاب الكبد الفيروسي، نظرا لإمكانية انتقال هذه الأمراض مع العضو المنقول إلى المتلقي، إضافة إلى عدم تعاطيه لأي أدوية مثبطة للمناعة[1]، أما إذا كان المتبرع امرأة فيشترط ألا تكون حاملا، أو راغبة في الحمل، فيوصي الأطباء مثلا بأن تنتظر النساء مدة لا تقل عن 06 أشهر بعد التبرع بالكلى قبل محاولة الحمل.[2]

وتأكيدا لشرط المحافظة على الحالة الصحية لطرفي العملية، استقر العرف الطبي على اشتراط عدم تجاوز سن المتبرع أو المريض خمسين (50) سنة وألا يقل عن عشر (10) سنوات[3]، كضمانة للحصول على نسب نجاح مرتفعة للعملية، على أنه لا مانع من أن يزيد سن الطرفين أو يقل عما سبق، إذ أن الظروف الصحية للمتبرع والمريض تساهم في قلب المعادلة الصحية الخاصة بالعملية إيجابا وسلبا.

[1] فضيلة إسمي قاوة، مرجع سابق، ص 114.

[2] Article disponible sur : https://www.mayoclinic.org , consulté le 03-04-2024 à 14 :50.

[3] محمدي بوزيدي آمنة، **الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 01.09**، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، ص 140.

وقد ألزمت مختلف التشريعات إخضاع المتبرع والمريض المتلقي لعدد من الفحوصات والتحاليل المخبرية، التي تهدف إلى التأكد من سلامة المتبرع من بعض الأمراض وقدرته على تحمل ثقل العملية الجراحية الرامية إلى استئصال العضو أو النسيج من جسمه، وتزداد أهمية هذه الفحوصات في الحالات التي يكون محل الاستئصال عضوا غير متجدد، على غرار الكلية، إذ ينبغي بالنسبة لنقل واحدة أن تكون الثانية سليمة، مؤدية لوظيفتها التشريحية على الوجه الأكمل.[1]

أما بالنسبة للمريض، فعلى غرار أي عمل جراحي، ينبغي على الطبيب الجراج أن يخضعه لفحص طبي دقيق، مشفوع بتقارير طبية تؤكد حاجته الملحة لإجراء عملية الزرع، على أن هذا الفحص لا يقتصر على العضو أو الموضع مجل العملية، بل يتعداه إلى الحالة الصحية العامة للمريض، وما يمكن أن يترتب على العملية من آثار جانبية، إضافة إلى وجوب سلامة المريض من كل ما من شأنه أن يعيق ويمنع عملية الزرع كالإصابة ببعض الأمراض الخطيرة كالسرطان أو قصور القلب المزمن، أو وجود مانع مؤقت إلى غاية التشافي منه، كالسمنة المفرطة أو الإدمان على المخدرات والكحول. [2]

ولا تقتصر عناية المشرع بالحالة الصحية لطرفي العملية على ضمان اخضاع المتبرع والمتلقي للعديد من الفحوصات والاختبارات الطبية فقط، بل تتعداها إلى وجوب إخضاعه لفحص شامل، للتأكد من عدم تعرضه لضغوط تعيب إرادته، وسلامة حالته النفسية والعقلية.[3]

إن التزام الطبيب الجراح بالمحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمريض لا ينتهي بانتهاء العملية وإنما يستمر إلى ما بعد ذلك، إذ يجب أن يخضع طرفي العملية إلى متابعة طبية لاحقة، هدفها تقييم نجاح العملية من عدمه، والتعرف على الأخطاء المرتكبة في بعض

---

[1] دينا عبد العزيز فهمي، **مرجع سابق**، ص 400.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 85.

Omar BOUDEHANE, **Don d'organes: Expérience Algérienne dans La transplantation rénale à partir de donneur cadavérique**, Journal de la Charia et de l'Économie, V 01, N 02, Université des Sciences Islamiques Emir Abdelkader de Constantine, Algérie, 2012, p 21.

[3] صابر محمد محمد سيد، مرجع سابق، ص 59.

الأحيان، والوقوف عندها من أجل دراستها، وتهدف المتابعة الطبية اللاحقة بالنسبة للمريض إلى تفادي ما يمكن أن تسفر عليه العملية من مضاعفات، ومساعدته على الخروج من الغيبوبة واستعادة نَفَسِه من جديد، أما بالنسبة للمتبرع فتهدف متابعته طبيا إلى معاينة مدى تأثير عملية الاستئصال على جودة حالته الصحية بدون العضو أو النسيج المنزوع منه.[1]

وقد نصت مختلف التشريعات على وجوب المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمتلقي، إذ قضى المشرع المصري بموجب الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية، بوجوب:" **ألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته**"، وأكد المشرع الإماراتي بموجب المادة الثامنة من المرسوم بقانون اتحادي رقم 05 لسنة 2016 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية على "**ضرورة القيام بما ينبغي من الفحوصات الطبية للتأكد من سلامة المتبرع صحيا، وأن الاستئصال لن يهدد حياته، أو يلحق به ضررا بخلاف المتعارف عليه طبيا**" ، كما اشترط " **خلو العضو المراد استئصاله من المراض المعدية، المهددة لحياة الشخص المنقول إليه، وسماح الحالة النفسية للمتبرع بإجراء عملية الاستئصال منه**".

وقد جاء موقف المشرع الجزائري موافقا لغيره من التشريعات المقارنة في هذا الشأن، إذ وحرصا منه على ضمان سلامة المتبرع بالعضو البشري والمتلقي له، قضى بناء على المادة 360 من قانون الصحة 11/18 :" **بعدم ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر**"، وأوجب من خلال الفقرة الأولى من المادة 359 من قانون الصحة 11/18 أن تتم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية "**بالامتثال الصارم للقواعد الطبية**"، وألزم الهيكل الطبي الذي ينتمي له المتلقي في الفقرة الثانية من نفس المادة "**بالتكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي وكذا المتابعة الطبيبة لهما** "

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 92.

وشدد بموجب نص المادة 361 من نفس القانون في فقرتها الأولى على " **منع نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا من الأشخاص الأحياء المصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي**".

يتضح من القراءة الأولية لهذه النصوص أن المشرع الجزائري يشترط أن تتم عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظروف حسنة، يراعى فيها الحالة الصحية للطرفين، إذ يجعل من السلامة الجسدية للمتبرع والمريض هدفا يستدعي ضمانه، فلا يمكن التفريط بحياة المريض، وحرمانه من العلاج، كما لا يمكن من جهة أولى تعريض حياة المتبرع بالعضو أو صحته للخطر، ولأجل هذا يكفل المشرع الجزائري مجانية الفحوصات الطبية السابقة على العملية، علاوة على المتابعة الطبية اللاحقة لها، أين أوكل للهيكل الاستشفائي الذي ينتمي إليه المتلقي للعضو، مهمة السهر على تقديم الرعاية الصحية التامة واللازمة لكل من المتبرع والمتلقي والاطمئنان على عدم تدهور الحالة الصحية للمتبرع جراء عملية الاستئصال التي خضع لها، وضمان قبول جسم المريض للعضو المزروع فيه.

ثانيا: توافق أنسجة المتبرع والمتلقي وحفظ العضو المنقول

تواجه عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية عديد التحديات من الناحية الطبية، مما يرهن نجاحها، ويؤدي إلى الحكم بفشلها، والإضرار بطرفيها، ولعل أهم هذه التحديات ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة "Transplant rejection"، والتي يقصد بها تحفز الجهاز المناعي للجسم البشري لطرد أي عضو أو جسم غريب زرع فيه، نظرا لاختلاف النسيج البروتيني الخاص بكل من المتبرع والمتلقي، إذ يختلف هذا النسيج من شخص لآخر، باستثناء التوأم المتطابق، إذ تكون لدى كل منهما نفس النوع من الأنسجة.[1]

لذا يشترط الأطباء وجوب التحقق المسبق من توافق أنسجة كل من المتبرع بالعضو والمريض المتلقي له، كضمانة لنجاح العملية، إذ أنه من غير المقبول نزع عضو من شخص

[1] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، (دراسة مقارنة)**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 141. محمدي بوزينة أمنة، مرجع سابق، ص 432.

سليم بغرض زرعه إذا كانت احتمالية نجاح العملية منخفضة لعدم تقبل جسم المريض لهذا العضو، نظرا لاختلاف أنسجة الطرفين، وهذا ما يؤدي إلى مجانبة العملية للهدف الذي أبيحت من أجله.[1]

وقد حاول الأطباء في العصر الحديث على التغلب على ظاهرة لفظ العضو المزروع التي تعمل على فشل عمليات زرع الأعضاء البشرية في جسم المريض، مستخدمين في ذلك أسلوبين، يتعلق الأول بتعريض جسم المريض المحتاج إلى زرع العضو إلى أشعة "x" أما الأسلوب الثاني فيتمثل في اكتشاف عقار "السيكلوسبورين أ" "cyclosporine A" الذي يحقن في جسم المريض بعد زرع العضو فيه، فيعمل على التأثير على جهازه المناعي، من خلال تثبيطه[2]، ومساعدة الجسم البشري على التفاعل مع الخلايا والأنسجة الغريبة عنه والتي تم زرعها فيه وتقبلها، مما يسهم في رفع نسب نجاح العمليات محل الدراسة إلى ما يقارب 80 %.[3]

نصت معظم التشريعات على إلزام الأطباء بالتأكد من التوافق النسيجي بين طرفي العملية، إذ قضى القانون المصري في المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لقانون رقم 5 لسنة 2010 والقانون الفلسطيني في مادته السابعة عشر بضرورة "**ملائمة العضو أو النسيج المزمع زرعه لجسم المتلقي، وتحرير تقرير طبي يؤكد ذلك**"، وأوجب المشرع القطري بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية "**على الطبيب المختص التحقق من صلاحية العضو المنقول، وملائمته لجسم المتلقي بحسب حالته الصحية**".

---

[1] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 89.

[2] يترتب عن عملية تثبيط المناعة عدة آثار جانبية سلبية، إذ يعمل على تعريض جسم المريض للإصابة بعديد الفيروسات والفطريات، مما قد يخلف تسمما دمويا، ينتهي بوفاة المريض، انظر: صحراء داودي، **الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 70.

[3] فضيلة إسمي قاوة، مرجع سابق، ص 115.

وقد ساير المشرع الجزائري موقف غيره من التشريعات في وجوب توافر التوافق النسيجي بين المتبرع بالعضو والمتلقي له، إذ نص من خلال الفقرة الأولى من المادة 359 من قانون الصحة الجديد، والتي تقضي "بإمكانية نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية **ومطابقة مع المتلقي**، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية..."

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري يشترط بالنسبة لعمليات نزع الأعضاء البشرية من المتبرع الحي تطابق أنسجته مع أنسجة المريض، حتى يضمن نجاح عملية الزرع وتقبل جسم المريض للعضو المزروع فيه، وفي سبيل ذلك يشترط بموجب الفقرة الثانية من المادة 360 من قانون الصحة 18-11 أن ضرورة وجود قرابة عائلية بين المتبرع والمتلقي[1]، وذلك بأن "يكون المتبرع أبا أو أما أو أخا أو أختا أو ابنا أو ابنة أو جدة أو جدا أو خالا أو خالة أو ابناءهما، أو عما أو عمة، أو أبناءهما، أو ابن أو بنت شقيق أو شقيقة، أو زوجا أو زوجة أو زوج أم أو زوجة أب للمتلقي.

على أنه وعلى سبيل الاستثناء وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي من نفس العائلة، يجيز المشرع نقل عضو من متبرع إلى مريض من عائلتين مختلفتين، من خلال اقتراح اللجوء إلى التبرع المتقاطع[2]، بين أربعة أشخاص من عائلتين مختلفتين، لا تتطابق أنسجة كل ثنائي في حين تتطابق أنسجة المتبرع الأول مع المريض من الفوج الثاني وتتطابق

---

[1] يرى بعض الأساتذة أن تقييد التبرع بالدائرة العائلية، يثير عدة مشاكل تتعلق بالعدالة، وعلى وجه الخصوص عدم تكافؤ الفرص، الذي تخلقه بين المرضى، لأن المبدأ الذي يعززه هذا التقييد يفترض ضمنا أن الفرص في إنقاذ الحياة يجب أن تكون أعلى عندما يولد المرء في أسرة كبيرة بدلا من أن يكون يتيما، وعندما يعيش في علاقة مستقرة بدلا من أن يكون وحيدا، والأهم من ذلك عندما يكون لديه عائلة سخية ومتوافقة بدلا من لا شيء من ذلك، وهذا المبدأ يذكرنا بالزمن الذي كان الناس يعتمدون فيه على العناية الإلهية وامتيازات الولادة أكثر من الحاجة إلى العدالة في الوصول إلى الرعاية الطبية.

Voir en ce sens : Speranta Dumitru, **Consentement présumé, famille et équité dans le don d'organes**, revue de Métaphysique et de Morale, vol 67, n 3, pages 341 à 354, Presses Universitaires de France, 2010, p 342.

[2] تنص الفقرة الثالثة من المادة 360 من قانون الصحة 18-11 على أنه" **في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي، الذين لهما قرابة عائلية، يمكن الاقتراح على المتبرعين والمتلقيين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء، والمتمثل في تشكيل ثنائيين " متبرع_متلقي" متطابقين، ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي**".

أنسجة المريض الأول مع أنسجة المتبرع من الفوج الثاني، على أن يتم ذلك في سرية تامة دون كشف هوية كل فوج لأفراد الفوج الثاني.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ظاهرة لفظ العضو المزروع[1] من قبل جسم المريض، والناتجة إما عن عدم التطابق النسيجي أو عن خطأ جراحي، لذا حق التساؤل حول مصير العضو الملفوظ، فهل يعاد إلى جسم المتبرع به؟ أم يستفاد منه مريض آخر؟ أم أنه يرمى، فتفوت على صاحبه فرصة الانتفاع به؟ لذا ينبغي تدارك هذه المسألة وتنظيمها في إطار تعديل قانون الصحة الحالي.

كما أنه وفي بعض الحالات لا تتزامن عمليات نزع العضو من الشخص وزرعه في شخص آخر، مما يجعلنا أمام حتمية تخزين العضو المستأصل في انتظار زرعه، من أجل المحافظة عليه، وتختلف المدة التي يمكن الاحتفاظ فيها بالعضو المنزوع تبعا لطبيعة التكوين التشريحي له[2] Anatomical configuration of the organ، إذ يمكن أن تحتفظ بعض الأعضاء بوظيفتها التشريحية Its anatomical function، لمدة تتراوح بين 3 و4 ساعات بدون الكمية اللازمة لها من الدم، كالقلب مثلا، في حين يبلغ متوسط مدة صلاحية بعض الأعضاء بعد حرمانها من الدم 6 ساعات بالنسبة للكبد، و من 6 إلى 8 ساعات بالنسبة للرئة، ويرتفع إلى مدة تقارب 36 ساعة بالنسبة للكلى، ، على أنه يشترط أن يتم تخزين هذه الأعضاء والأنسجة في مبردات محكمة الإغلاق، حيث لا تتجاوز درجة الحرارة 4 درجات مئوية، وعلى العموم كلما كانت المدة أقصر كلما كانت نتيجة عملية الزرع أفضل.[3]

وفي هذا الصدد نصت المادة 357 من قانون 18-11 على أن:" **ينشأ، كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، تحدد شروط وكيفيات انشائه وسيره عن طريق التنظيم**".

---

[1] نصر الدين مروك، **المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 16.

[2] محمدي بوزينة أمنة، مرجع سابق، ص 431.

[3] Article disponible sur : https://www.dondorganes.fr , (consulte le 28/04/2024).

الفرع الثاني: ضبط الهياكل والهيئات المتدخلة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

أدت خطورة وتعقيد عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية من الناحية الطبية، وحساسيتها من الناحية الدينية والشرعية إلى إحاطة المشرع الجزائري لهذه العمليات بسياج قوي من الحماية القانونية في صورة إنشاء عديد الهيئات المكلفة بالرقابة والاشراف على هذه العمليات (أولا)، إضافة إلى منح التراخيص القانونية لهيئات أخرى مكلفة بتنفيذها (ثانيا).

أولا: انشاء هيئات للرقابة والاشراف الإداري على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

عمل المشرع الجزائري على انشاء هيئات للرقابة والاشراف الإداري على عمليات نزع وزرع الأعضاء ويتعلق الأمر بكل من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء (1) ولجنة الخبراء (2).

1.الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء[1]

أنشأ المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167[2] وكالة وطنية لزرع الأعضاء، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي[3]، توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة[4]، يقع مقرها في مدينة الجزائر[5]. وأوكل لها الاضطلاع بجملة من المهام منها[6]:

-تسجيل المرضى ضمن القائمة الوطنية لانتظار زرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية.

-تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية.

---

[1] تقابل هذه الوكالة وكالة الطب الحيوي في فرنسا، واللجنة العليا لزرع الأعضاء، المنشأة بموجب المادة 09 من قانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية في مصر.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1433 الموافق لـ 05 أفريل سنة 2012، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج، العدد 22، المؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1433، الموافق لـ 15 أفريل سنة 2012.

[3] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر.

[4] المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر.

[5] المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر.

[6] المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر.

-حفظ وتسيير بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية.

-إعداد واقتراح قواعد الممارسات الحسنة لانتزاع، حفظ، تحويل، نقل واستعمال الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية. وكذا إعداد واقتراح قواعد توزيع ومنح الأعضاء المنزوعة طبقا لمبادئ الإنصاف.

-وضع الشروط الضرورية لإنشاء بنوك الأنسجة والخلايا وقواعد سيرها ومراقبة نشاطاتها.

-إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية، وكذا حول الهياكل والهيئات المتدخلة في ميدان زرع الأعضاء.

-تقييم النتائج المختلفة للزرع، ومتابعة تطور الحالة الصحية لمستقبلي الزرع مع الفرق الطبية والجراحية المعنية.

وقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 365 من قانون الصحة 18-11 على أن:" **تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء، تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، وضمان قانونيتها وأمنها.**

تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

يبدو من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري بنصه على إنشاء وكالة وطنية لزرع الأعضاء لا يدرك بأن هذه الوكالة موجودة على أرض الواقع فعلا، وهي تمارس نشاطها منذ سنة 2012، لذا كان من الأولى الاستغناء عن هذه المادة كلية أو حذف الجزء الأول منها:" **تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء**"، وكذا الجزء الأخير:" **تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم**" خاصة وأن المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر قد حدد تنظيم هذه الوكالة ومهامها وكيفية سيرها، وبالتالي وترك ما بقي من نص هذه المادة مع إضافة عبارة "يفعل دور الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء"، ليصبح نص هذه المادة كما يلي:" **يفعل**

دور الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء فيما يخص تنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها".

إذ أنه رغم الدور الكبير الذي لعبته الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء في ترقية العمل الطبي المتعلق بزرع الأعضاء منذ إنشائها سنة 2012، إلا أن العدد الكبير للأشخاص المسجلين في قوائم الانتظار على مستوى المؤسسات الاستشفائية المختصة بزرع الأعضاء، وما يقابله من نقص في عدد الأشخاص المتبرعين، خاصة بعد الوفاة يحد من فعالية هذه الوكالة، مقارنة بالدول الأخرى، مما يجبرها على وضع خطة عمل لتطوير زراعة الأعضاء بالجزائر، من خلال إعداد برامج تكوين مستمرة لفائدة الأطقم الطبية المكلفة بإجراء مثل هذه العمليات، خاصة على مستوى المراكز الاستشفائية الحديثة، مع ضرورة الاستفادة من الخبرة الأجنبية في هذا المجال[1].

2.لجنة الخبراء الخاصة بنزع وزرع الأعضاء البشرية

أنشأت بعض التشريعات لجانا خاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية على غرار التشريع المصري، الذي أنشأ بموجب المادة 13 من القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، تتكون من أطباء متخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في المنشآت الطبية المرخص لها بزرع الأعضاء، والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، وأوكل لها مهمة الموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية، على أن لا يجوز لأعضاء هذه اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة.

في حين أنشأ المشرع الفرنسي لجنة للخبراء بموجب المادة **L1231-3 من** قانون الصحة العامة[2]، وقضى بتقسيمها إلى تشكيلتين من خمسة أعضاء يتم تعيينهم لمدة ثلاث سنوات،

[1] ابتسام بولقواس، **التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر**، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020، ص 84.

[2] **Art.1231-3** Modifié par LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 8 dispose que :" Le comité d'experts dont l'intervention est prévue aux articles L. 1231-1, L. 1241-3 et L. 1241-4 siège en deux formations de cinq membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Trois de ces membres,

بأمر من الوزير المكلف بالصحة، ثلاثة من هؤلاء الأعضاء، بما في ذلك طبيبان وشخص مؤهل في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية، مشتركون في كلا التشكيلين، وعندما تقرر اللجنة استئصال الأعضاء من شخص بالغ، فإنها تشمل طبيبا وطبيبا نفسيا، أما في حالة استئصال الأعضاء من القصر، فإنها تشمل شخصا مؤهلا في مجال علم نفس الطفل وطبيب أطفال.

ويتم تعيين الأعضاء الخمسة في لجنة الخبراء من قبل وكالة الطب الحيوي، وتصدر هذه اللجنة الإذن بها بأي وسيلة. في حالة الطوارئ التي تهدد الحياة، يتم تسليم المعلومات المنصوص عليها في المادة ل.1231-1 ثالثا من قبل الممارس الذي أشار إلى عملية الزرع أو من قبل أي ممارس آخر من اختيار المتبرع، على أن القرارات التي تتخذها اللجنة غير مسببة.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نص قانون الصحة 18ا11- في الفقرة السابعة من المادة 360 على أن:" تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها، وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي" وقضى في الفقرة الثامنة من نفس المادة بأن:" تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع، بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، ويختم هذا المادة بالنص في فقرتها الأخيرة على أن:" تحدد تشكيلة لجنة الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم"

dont deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, sont communs aux deux formations. Lorsque le comité se prononce sur les prélèvements sur personne majeure mentionnés aux articles L. 1231-1 et L. 1241-4, il comporte un psychologue et un médecin. Lorsqu'il se prononce sur les prélèvements sur personne mineure mentionnés à l'article L. 1241-3, il comporte une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre. Les cinq membres du comité d'experts sont désignés par l'Agence de la biomédecine parmi les membres disponibles figurant sur l'arrêté susmentionné. Le comité ainsi constitué délivre son autorisation par tout moyen. En cas d'urgence vitale, l'information prévue au III de l'article L. 1231-1 est délivrée par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien du choix du donneur.
Les décisions prises par le comité ne sont pas motivées."

من خلال قراءة هذه الفقرات يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يحدد تشكيلة هذه اللجنة ولا عدد أعضائها، ولا مدة ممارستها لمهامها، ولا حتى الجهة التي تعين أعضاءها، وأرجأ تحديد تشكيلة هذه اللجنة وتنظيمها وسيرها إلى غاية صدور نص تنظيمي خاص بذلك، والذي لم يصدر لحد كتابة هذه الأسطر رغم مرور أكثر من ست سنوات على صدور قانون الصحة 18-11، وإنما اكتفى بالنص على وظيفتين من الوظائف التي تضطلع بها، وهما الالتزام بالإعلام المسبق للمتبرع بمخاطر عملية الاستئصال وعواقبها، وكذا الفوائد التي قد تترتب عنها بالنسبة للمريض المتلقي للعضو من جهة، ومن جهة ثانية منح الترخيص للأطباء بمباشرة عملية الاستئصال بعد تأكدها من الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع وتوافر كل الشروط القانونية التي تتطلبها العملية.

وبالعودة إلى النصوص التنظيمية ذات العلاقة، نجد أن المادة 3 من القرار الوزاري رقم 19 الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2002 عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات تنص على أنه:" يجب على المؤسسات الصحية المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه إنشاء بداخلها بصفة خاصة، اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المشار إليه أعلاه، المكلفة بإثبات حالة الوفاة للشخص المعرض للانتزاع والترخيص بالانتزاع و/ أو الزرع"، وقضا المادة الرابعة من نفس القرار بأن:" يعين أعضاء اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه من قبل مدير المؤسسة الصحية باقتراح من المجلس العلمي أو الطبي"

يتضح من النصين أن قرار انشاء اللجنة الطبية المكلفة بإثبات حالة الوفاة من جهة والترخيص بنزع وزرع الأعضاء من جهة أخرى يعود إلى المستشفيات المرخص لها بنزع وزرع الأعضاء البشرية، وأن تعيين أعضاء هذه اللجنة يكون من طرف مديري هذه المؤسسات بناء على اقتراح من المجالس العلمية أو الطبية المتواجدة بها، أذ من صلاحيات هؤلاء المدراء تحديد تشكيلة هذه اللجان، عدد أعضائها، وكيفية تجديدهم، وكذا مدة عهدة اللجنة.[1]

[1] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 83.

وطالما أن هذه اللجنة تعنى بمسائل الإعلام بمخاطر عمليتي النزع والزرع واثبات حالة الوفاة، فلا شك أنها تتكون من أطباء مختصين في هذا المجال.

ثانيا: الترخيص القانوني للهيئات المكلفة بنزع وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية واحدة من أهم وأخطر التدخلات الطبية الجراحية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، ولهذا أحاطتها مختلف التشريعات عبر العالم بسياج من الحماية القانونية، يمنع كل ما من شأنه أن يحيد بها عن الإطار الذي شرعت من أجله، ولم تسمح بإجرائها إلا بناء على ترخيص قانوني، يمنح من طرف هيئات معينة، سواء بالنسبة للمؤسسة الاستشفائية التي تحتضن هذه العمليات وتسهر على توفير الظروف اللازمة لنجاحها (أولا)، أو بالنسبة للأطباء الجراحين المكلفين بإجرائها (ثانيا).

1.المستشفيات الحاضنة لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

تشترط أغلب التشريعات عبر العالم أن تتم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في المؤسسات والمراكز الاستشفائية العمومية التابعة للدولة، بناء على حصولها على الترخيص القانوني الذي تمنحه الهيئة العليا المكلفة بالرقابة والإشراف على هذه العمليات، والتي تتأكد مسبقا من توافر بعض الشروط والضوابط القانونية المطلوبة في هذا الشأن.[1]

ويرجع الهدف من هذا الشرط إلى أن حصر إجراء هذه العمليات الخطيرة في المراكز الطبية المتخصصة والمؤهلة علميا وفنيا، من شأنه ضمان نجاحها، إضافة إلى العمل على الحد من ظاهرة الاتجار بالأعضاء، إذ أن الطابع العمومي لهذه المؤسسات يحول دون استهدافها للربح، خلافا للمؤسسات الخاصة التي يكون هدفها الأول المضاربة وتحقيق الأرباح المالية، ضف إلى ذلك سهولة إخضاع هذه المؤسسات للرقابة الدقيقة من الجهات المعنية[2].

---

[1] محمد شعيب عبد المقصود، مرجع سابق، ص 232.

[2] محمود أحمد طه، **الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب**، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2020، ص 204. شعيب ضريف، **ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري**، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022، ص 333، العلجة مواسي، **ضمانات تفعيل مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية =**

وتطبيقا لذلك، عملت معظم التشريعات العربية على اشتراط حصول المؤسسات الممارسة لعمليات نزع وزرع الأعضاء على الترخيص القانوني، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون، واشترطت وجوب توافر كوادر طبية مؤهلة ومتخصصة في إجراء هذه العمليات مع ضرورة توافر عدد معين من الأسرة وغرف العمليات، وأماكن حفظ الجثث، وحصرت إجراء هذه العمليات في المستشفيات والمراكز الطبية العمومية.

إذ قضى المشرع التونسي بموجب الفصل 13 من قانون رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، بأن "**يقع إجراء عمليات أخذ وزرع الأعضاء بالمؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها في ذلك بقرار من وزير الصحة العمومية**[1]**، غير أنه يمكن إجراء عمليات زرع القرنية بالمؤسسات الصحية الخاصة، المرخص لها في ذلك بقرار من وزير الصحة العمومية**".

وقضى والمشرع المغربي بموجب المادتين 6 و25 من القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، بحصرية إجراء العمليات محل الدراسة في المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها بذلك بموجب قرار من وزير الصحة العمومية، واستثنى من ذلك عمليات زرع القرنيات والأعضاء القابلة للخلفة والأنسجة البشرية، أين سمح بإجرائها في المراكز الاستشفائية الخاصة المعتمد لهذا الغرض من طرف وزير الصحة.

ومنح المشرع المصري بموجب المادة 12 من قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن زرع الأعضاء البشرية الترخيص مقابل رسم لا يتجاوز 20 ألف جنيه، لكل منشأة صحية بمزاولة نزع وزرع الأعضاء البشرية بقرار من وزير الصحة، بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك لمدة سنة واحدة تخشع فيها هذه المنشأة للرقابة والاشراف المستمرين،

= **في ظل قانون الصحة 18-11**، مجلة الباحث القانوني والسياسي، المجلد 08، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2023، ص 70.

[1] رخص القانون التونسي لـ:13 مؤسسة استشفائية عمومية بإجراء عمليات أخذ الأعضاء والأنسجة البشرية، ولـ 06 مؤسسات استشفائية عمومية بإجراء عمليات أخذ الأنسجة البشرية، ولـ 16مؤسسة استشفائية عمومية بإجراء عمليات زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، انظر: **القرار الصادر عن وزير الصحة العمومية التونسي، مؤرخ في 2002/09/19، يتعلق بضبط قائمة المستشفيات الاستشفائية العمومية المرخص لها في إجراء عمليات أخذ الأعضاء البشرية أو زرعها المعدل والمتمم.**

على أن يجدد الترخيص كل ثلاث سنوات في حالة التزام المنشأة بالمعايير والاشتراطات المطلوبة.

هذا وقد سار المشرع الفرنسي في نفس هذا الاتجاه، إذ قضى بموجب المادة L1233-1 بأن:" لا يجوز استئصال الأعضاء بغرض التبرع بها لأغراض علاجية، إلا في المؤسسات الصحية المرخصة لهذا الغرض من قبل السلطة الإدارية، بعد استشارة وكالة الطب الحيوي.

يتم إصدار الترخيص لمدة خمس سنوات، قابلة للتجديد."[1]

وقد رتبت معظم التشريعات عقوبات جزائية على كل مخالفة تتعلق بنزع أو زرع الأعضاء البشرية في مؤسسة غير مرخص لها بذلك، تتمثل في سجن الطبيب الممارس للعملية أو مدير المستشفى، وقف أو سحب الترخيص من المؤسسة العمومية أو غلقها إذا كانت مؤسسة خاصة.[2]

هذا وقد اشترط المشرع الجزائري أسوة بباقي التشريعات وجوب حصول المؤسسات الممارسة لعمليات نزع وزرع الأعضاء على الترخيص القانوني، بموجب المادة 366 من قانون 18-11 والتي نصت على أن:" **لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء**"

[1] Article L1233-1 Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 11 () JORF 7 août 2004 :" Les prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine.

L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

Tous les établissements de santé, qu'ils soient autorisés ou non, participent à l'activité de prélèvement d'organes et de tissus en s'intégrant dans des réseaux de prélèvement.

[2] انظر على سبيل المثال المادتين 18و 24 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بزرع الأعضاء البشرية

وقضى في الفقرتين الثانية والثالثة من نفس المادة بوجوب "**توافر هذه المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي_تقني، وتنسيق استشفائي[1]، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة، على أن تحدد شروط وكيفيات الحصول على هذا الترخيص عن طريق التنظيم**".

يتضح من هذه الفقرات أن المشرع الجزائري يحصر نطاق المؤسسات المكلفة برعاية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في المؤسسات الاستشفائية العمومية فقط، وبمفهوم المخالفة، لا يجوز نزع وزرع الأعضاء البشرية في المؤسسات والمراكز الاستشفائية الخاصة، على أنه لا يجوز لكل المؤسسات الاستشفائية العمومية القيام بإجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، بل ينحصر نطاق هذه الأخيرة في تلك المؤسسات المتحصلة على الترخيص القانوني الذي يمنحه الوزير المكلف بالصحة، بناء على رأي تقدمه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، بعد التأكد من توافر المؤسسة المعنية على التنظيم الطبي والتقني، والتنسيق الاستشفائي المطلوب في هذا الصدد.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة صلاحية الترخيص الممنوح لهذه المؤسسات، ولا إمكانية تجديده من عدمها، خلافا لغيره من التشريعات المقارنة، ولعل السبب من وراء ذلك هو الطابع العمومي لهذه المستشفيات والرقابة المكثفة التي تفرض عليها، بما من شأنه العمل على السير الحسن لهذه المرافق العمومية الاستشفائية، فلا مجال للحديث عن سحب الترخيص منها.

وتطبيقا للنص الجديد لقانون الصحة لم يصدر أن نص تنظيمي يحدد المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء العمليات محل الدراسة، ولا شروط وكيفيات منح الترخيص بذلك، إلا أنه

[1] عرف القانون التونسي التنسيق الاستشفائي بموجب الفصل الثاني من **القرار الوزاري، الصادر عن وزير الصحة العمومية، المؤرخ في 28 جويلية 2004 والمتعلق بضبط المعايير والأساليب العلمية لأخذ الأعضاء والأنسجة البشرية والمحافظة عليها ونقلها وتوزيعها وإسنادها وزرعها** بأنه عبارة عن:" **نشاط الشخص أو الأشخاص المعنيين داخل المؤسسة الصحية من بين الأعوان شبه الطبيين والذين يكلفون بتأمين استقبال عائلات المتوفين، وبالمساهمة في حسن سير أنشطة أخذ الأعضاء والأنسجة البشرية.**"

وبنظرة كرونولوجية لتاريخ زرع الأعضاء في الجزائر يتضح أن المشرع الجزائري أصدر ثلاثة نصوص تنظيمية تحدد قائمة بأسماء المؤسسات الاستشفائية المستفيدة من الترخيص القانوني لتنفيذ عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، أول هذه النصوص صدر بتاريخ 03-1991-23ليتم إلغائه بموجب المادة الخامسة من القرار الوزاري رقم 30 الصادر عن وزير الصحة وإصلاح المستشفيات السيد " عبد الحميد أبركان" بتاريخ 02-10-2002، والذي رخص لمجموعة من المؤسسات الاستشفائية بتنفيذ هذه العمليات، ليصدر بعد ذلك بعشر سنوات قرار وزاري آخر مرقم بـ 29 وذلك بتاريخ 14-06-2012، محددا في نص المادة الثانية منه قائمة جديدة بأسماء المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع و/ أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية/ وذلك كالتالي:

1.بالنسبة للقرنية:

- -المراكز الاستشفائية الجامعية بكل من: مصطفى باشا، حسين داي، بني مسوس، باب الوادي (الجزائر العاصمة)، عنابة، البليدة، وتيزي وزو.
- -المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران.
- **2.بالنسبة للكلى:**
- -المراكز الاستشفائية الجامعية بكل من: مصطفى باشا، حسين داي، بني مسوس، باب الوادي (الجزائر العاصمة)، عنابة، البليدة، تيزي وزو، وهران، سيدي بلعباس وتلمسان.
- -المؤسستين الاستشفائيتين المتخصصتين: معوش بالجزائر العاصمة، ودقسي بقسنطينة.
- **3.بالنسبة للكبد:**
- -المؤسسة الاستشفائية مركز بيار وماري كوري بالجزائر العاصمة.
- -المراكز الاستشفائية الجامعية بكل من: عنابة، البليدة ووهران.
- **4.بالنسبة للنخاع العظمي:**
- -المؤسسة الاستشفائية المتخصصة مركز بيار وماري كوري بالجزائر العاصمة.

- –المؤسسة الاستشفائية الصحية، مركز مكافحة السرطان بباتنة.
- –المؤسسة الاستشفائية الجامعية وهران.

يتضح من خلال تصفح هذه القائمة بأن المشرع الجزائري وسع من نطاق المؤسسات الصحية المرخص بها بنزع وزرع الأعضاء البشرية، من خلال إضافة مؤسسات جديدة بشرق البلاد (باتنة)، وغربها (سيدي بلعباس)، وهي خطوة محمودة، واضافة نوعية للقطاع الصحي، تسمح بتخفيف الضغط على المؤسسات الموجودة سابقا.

غير أن الملاحظ هو تمركز معظم هذه الهياكل الاستشفائية في شمال البلاد، واقصاء المناطق الداخلية ومناطق الجنوب والجنوب الكبير من الاستفادة من خدماتها، نظرا لبعد المسافة التي تفصل شمال البلاد عن جنوبها، خاصة في ظل إمكانية الاستفادة من الأعضاء المنفردة التي تستأصل من الجثث، والتي يخشى من تلفها نظرا لقصر المدة التي يمكن فيها الاحتفاظ بها، تحسبا لنقلها، إذا افترضنا تواجد مريض على وشك الموت في احدى المؤسسات الاستشفائية بشمال البلاد وميت متبرع بأعضائه في أقصى جنوبها. لذا نأمل من السلطات العليا في البلاد توسيع مجال هذه الهياكل ليمتد إلى أغلب المناطق، وخاصة الداخلية والصحراوية منها.

كما يلاحظ من جهة أخرى قصر قائمة المؤسسات المرخص لها بإجراء هذه العمليات على مؤسسات القطاع العمومي، واستبعاد مؤسسات القطاع الخاص من هذه القائمة، رغم الإمكانيات التقنية العالية والكوادر الطبية المؤهلة التي تسيرها، والتي تتفوق في عديد الأحيان عن تلك الموجودة في المؤسسات العمومية، والتي يدعو الكثير من المؤلفين إلى ضمها إلى القائمة المذكورة أعلاه، إلا أنني أرى بأن المشرع الجزائري حسنا فعل، بحصره لنطاق الترخيص بتنفيذ العمليات محل الدراسة في هذه الأطروحة، في مؤسسات القطاع العام، وذلك لسهولة فرض الرقابة اللازمة على الظروف التي تتم فيها هذه العمليات تفاديا لأي انزلاق أخلاقي، قد يحيد بهذا التدخل الجراحي عن الغاية التي وجد لأجلها، وهي ضمان الأمن والسلامة الجسدية للأشخاص.

2.الأطباء المنفذين لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يمنع القانون إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء إلا من طرف الطبيب الجراح المؤهل علميا للقيام بذلك[1]، والذي يشترط فيه علاوة على الحصول على الترخيص القانوني الخاص بمزاولة مهنة الطب، وجوب الحصول على ترخيص قانوني آخر للقيام بإجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية.

وتخضع ممارسة مهنة الطب لشرط الكفاءة، إذ تقتضي المصلحة العامة عدم السماح لأي شخص كان بممارسة فن الطب بدون أن يكون أهلا لذلك[2]، وتشترط الحصول على الترخيص القانوني الذي تمنحه الجهة المختصة، ممثلة في الوزير المكلف بالصحة، وذلك بعد التأكد من استيفاء المعني لعدد من الشروط المحددة في القانون.

وقد تضمن قانون الصحة الجزائري ضوابطا معينة للممارسة مهنة الطب بموجب المادة 166 من قانون الصحة 18-11، والتي تنص على أن:" **تخضع ممارسة مهن الصحة للشروط الآتية:**

-التمتع بالجنسية الجزائرية،

-الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له،

-التمتع بالحقوق المدنية،

-عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة،

-التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة.

يتعين على مهني الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم.

[1] نجاة الداوي، **مرجع سابق**، ص 72.

[2] Xavier Ryckmans et Régine Meert-van de put, **les droits et les obligations des médecins**, tome 01, 2 édition, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1971, P 20.

وزيادة على شروط الممارسة المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة، يخضع مهنيو الصحة ذوو الجنسية الأجنبية لشروط الممارسة والعمل التي تحدد عن طريق التنظيم".

يتضح من خلال هذه المادة أن ممارسة الطب في الجزائر تتوقف على الحصول على ترخيص بمزاولة المهنة الطبية بناء على توافر جملة من الشروط في الشخص الممارس لها، وسأورد هذه الشروط بشيء من التفصيل فيما يلي:

-التمتع بالجنسية الجزائرية

لا يسمح القانون الجزائري بممارسة مهنة الطب في الجزائر إلا للأشخاص الحاملين للجنسية الجزائرية، وقد أجاز المشرع للأطباء الأجانب مزاولة مهنة الطب والجراحة، على سبيل الاستثناء، في الحالة التي تبرم فيها اتفاقيات بين الجزائر وبلدان هؤلاء، على أن يتم منح هذه الترخيص بعد معادلة الشهادة، بناء على قرار من وزير الصحة.[1]

-حيازة المؤهل العلمي المطلوب

تتوقف ممارسة مهنة الطب على حصول الشخص على شهادة دكتوراه في الطب، والتي تستلزم تكوينا متخصصا تقدمه كليات الطب بعد 7 سنوات من دراسة العلوم الطبية، تتوج بمنح شهادة دكتور في الطب العام، أما بالنسبة لممارسة الطب الاختصاصي، فيشترط الحصول على شهادة في التخصص المطلوب بعد مزاولة تكوين في الدراسات الطبية المتخصصة مدته أربع أو خمس سنوات، تتوج باختبار وطني من أجل نيل شهادة الدراسات الطبية الخاصة[2].

يشترط في الطبيب الممارس لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية الحصول على ترخيص قانوني، بعد حصوله على شهادة في الطب الاختصاصي، إذ لا يسمح للطبيب العام بممارسة مهنة الجراحة، بل تقتضي دقة وخطورة زرع الأعضاء أن يكون الطبيب الذي يقوم بها حائزا

[1] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 75.

[2] كريم عشوش، **العقد الطبي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 21.

على دبلوم في التخصص المتعلق بالعضو المراد استئصاله أو زرعه، فلا يرخص للقيام بعملية نقل الكلى إلا دكتور متخصص في أمراض الكلى والمسالك البولية، كما لا يرخص للقيام بعملية استئصال وزرع القلب إلا لطبيب متخصص في أمراض القلب والشرايين.[1]

-عدم التعرض لعقوبة جزائية تتنافى مع ممارسة المهنة

يقتضي شرف ونبل مهنة الطب ضرورة قيام قدر كبير من الثقة بين المريض وطبيبه، وهو ما يجعل من هذا الأخير حريصا كل الحرص على الابتعاد عن المطبات الأخلاقية، والسلوكيات المشينة الماسة بسمعته، وعليه يترتب على ارتكاب الشخص لأي جرم أخلاقي، يتعرض بموجبه لعقوبة جزائية، هدم الثقة التي أولاه إياها المرضى والمجتمع، ومن ثم لا يجوز منحه رخصة مزاولة المهن الطبية، أو سحبها منه إذا كان طبيبا ممارسا.[2]

-التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الطب

يشترط المشرع الجزائري في طالب الترخيص بمزاولة مهنة الطب، خلوه من مختلف العاهات الجسدية أو الاعاقات، كالعمى أو الصمم أو البكم، لما تلعبه مثل هذه العاهات من دور في الحد من قدرة الطبيب على القيام بواجباته الفنية المختلفة، والتي تتميز بقدر من الصعوبة والمشقة، إضافة إلى ضرورة خلوه وسلامته من بعض الأمراض المعدية، والتي من الممكن أن تنتقل إلى الآخرين بمناسبة قيام الطبيب بمختلف التدخلات الطبية أو الجراحية.[3]

-التسجيل في جدول عمادة الأطباء

إن مجرد استيفاء الشروط السابقة لا يجعل من الشخص الحامل لشهادة الطب طبيا مسموحا له بممارسة مهنة الطب، بل يجب أن يقوم المعني بقيد اسمه في جدول عمادة

---

[1] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 80.

[2] محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 102.

[3] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 74.

الأطباء، أو ما يسمى بمجلس أخلاقيات الطب المختص إقليميا[1]، وأن يؤدي اليمين القانونية أمام زملائه من أصحاب المهنة حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، وذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون.[2]

[1] تنص المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أن:" **لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي، تحت طائلة التعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون**"

[2] إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص.124

ملخص الفصل الأول

أحدثت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها نازلة في الفقه الإسلامي الحديث شرخا كبيرا بين الأئمة والمفتين، أين سارع هؤلاء إلى الإدلاء بآرائهم وفتاويهم بخصوصها، وانقسموا بذلك إلى فريقين: ذهب الأول منهما إلى القول بحرمتها، منطلقا من اعتبار مفاده أن جسد الإنسان هو ملك للخالق عز وجل، وبالتالي فإن نزع الأعضاء من منه يشكل تصرفا في ملك الغير، وتعديا صارخا على الكرامة الإنسانية، وتغييرا لخلق الله، وتبديلا للنعمة التي أنعمها على عباده، في حين ذهب الاتجاه الفقهي الثاني إلى تأييد هذه العمليات بناء على حالة الضرورة التي تبيح المحظور من الأفعال والتصرفات، واعتبرها سبيلا من سبل إحياء الأنفس، وبابا من أبواب رفع الحرج على المرضى والتيسير عليهم.

وقد أبان التطور الطبي الذي شهده مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية عن جدل فقهي حاد بين فقهاء القانون الطبي والجنائي، قبل تقنين هذه العمليات في مختلف الدول، وخاصة الغربية منها، إذ حاول الفقهاء البحث عن أساس قانوني متين، يبيح المساس بجسم الإنسان، ونزع الأعضاء منه تحسبا لزرعها في جسم المريض، فاستند البعض إلى الضرورة العلاجية التي تقتضي التدخل الجراحي، في حين اعتبر البعض الآخر أن تحري المصلحة العلاجية للمريض باعتبارها سببا مشروعا سندا قانونيا يتيح نزع الأعضاء وزرعها، وذهب جانب ثالث من الفقه إلى القول بأن أساس مشروعية هذه التدخلات الطبية هو المصلحة الاجتماعية التي تعود على المجتمع من عملية التبرع، أما بعد صدور التشريعات الخاصة بنزع وزرع الأعضاء البشرية في مختلف الدول، فلا مجال للبحث عن أساس فقهي لهذه العمليات مع وجود النصوص القانونية المنظمة لها.

وفي ظل هذه النقاشات الفقهية والقانونية، قضى المشرع الجزائري بمشروعية عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية طالما تمت مراعاة البيو أخلاقيات الطبية العامة، والتي تخضع لها كل عمليات النزع والزرع مهما كان مصدر العضو المنزوع، والتي تقتضي عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، والذي يعكسه تحري مشروعية العضو محل العملية والغرض

منها، المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع بالعضو والمتلقي له، وكذا توافق أنسجتهما، علاوة على أن تجرى هذه العمليات في المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من قبل الوزير المكلف بالصحة، ومن طرف الأطباء الحائزين على ترخيص بنزع وزرع الأعضاء البشرية.

الفصل الثاني: البيو أخلاقيات الطبية الخاصة لنزع وزرع الأعضاء البشرية

علاوة على البيو أخلاقيات العامة، التي اشترط المشرع الجزائري توافرها لصحة ومشروعية عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، مهما كان مصدر العضو المزروع، والتي تتعلق في مجملها بالنظام العام والآداب العامة، وبضرورة استيفاء عدد من المتطلبات الطبية والإدارية، يشترط المشرع الجزائري نوعا آخر من البيو أخلاقيات، والذي يتعلق بكل حالة على حدة، وهو ما يمكن تسميته بالبيو أخلاقيات الخاصة.

وتتعلق البيو أخلاقيات الخاصة بالمتبرع بالعضو البشري من جهة، وبالمريض المتلقي لهذا العضو من جهة ثانية، ويعنى هذا النوع من البيو أخلاقيات بضمان الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لطرفي العملية وكيفيات التعبير عن هذه الموافقة، باعتبارها شرطا ضروريا لمباشرة أي تدخل طبي جراحي، وكذا ضرورة توافر الأهلية القانونية التي تمكن صاحبها من التبرع بعضو من أعضائه، أو السماح بزرع هذا العضو بالنسبة للمريض المتلقي له.

ونظرا لاختلاف المصدر المتحصل منه على العضو البشري الذي سيستفيد منه المريض المتلقي له، والذي يخضع لأحكام قانونية متميزة، تختلف عن غيره، وجب الوقوف عند البيو أخلاقيات الخاصة بنزع الأعضاء البشرية من الأحياء **(المبحث الأول)**، باعتبارها المصدر الأول للحصول على الأعضاء البشرية في الجزائر، ثم بحث البيو أخلاقيات المتعلقة بنزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى وزرعها في أجسام المرضى المتلقيين المحتاجين إليها **(المبحث الثاني)**، والتي تعتبر بديلا أقل خطورة وموردا أمثل للأعضاء البشرية مقارنة بنزع الأعضاء من الأشخاص الأحياء.

المبحث الأول: بيو أخلاقيات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

يعتبر التبرع بالأعضاء البشرية عنوانا للتضامن الإنساني والإيثار، ومعاني الرحمة والتكافل بين المتبرع بالعضو والمريض المتلقي له، غير أن خطورة نزع الأعضاء من أجسام الأحياء، وتخوف هؤلاء من تبعات العملية الجراحية، حال دون استفادة الكثير من المرضى من عضو بشري، يسد الخلل الوظيفي الذي يعانون منه، بسبب العضو المريض أو التالف.

وهذا ما جعل أغلب التشريعات الصحية عبر العالم تسارع إلى سن العديد من الضمانات التي تكفل الموازنة بين حق المريض في العلاج وحماية المتبرع بالعضو البشري، وضمان كرامته وسلامته الجسدية، وذلك من خلال اشتراط الحصول على رضا كل من المتبرع بالعضو، والمتلقي له، وموافقتهما الحرة والمستنيرة، تجسيدا لمبدأ حرمة الجسد وعدم إمكانية المساس به دون موافقة صاحبه.

وقد أضفت معظم التشريعات نوعا من الخصوصية على رضا المتبرع بالعضو البشري، فتشددت في النص على وجوب احترام إرادته الشخصية، نظرا لانعدام مصلحته من جهة، ولما تشكله عملية نزع الأعضاء من خطورة على جسمه من جهة أخرى **(المطلب الأول)**، في حين لم تغفل على النص على وجوب الحصول على موافقة المتلقي لهذا العضو، باعتبار ما تشكله عملية الزرع من عمل طبي، يخضع للقواعد العامة التي يتطلبها القانون في هذا الشأن **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: التشديد على احترام الإرادة الشخصية للمتبرع

أفضت خطورة عملية نزع الأعضاء البشرية من جسم المتبرع الحي، والخوف من تحولها إلى وسيلة للإضرار به، إلى العمل على إحاطته بسياج منيع من الحماية القانونية، إذ

لا يمكن اعتباره أداة طيعة في يد الطبيب، يتصرف فيها كيفما شاء، فهو شخص له إرادة ولا بد أن تحترم، لذلك لا يستطيع الطبيب إجبار الشخص على التنازل عن شيء من جسده.[1]

وعليه، وتجسيدا لاحترام الإرادة الشخصية للمتبرع، يحرص المشرع كل الحرص على ضمان الحصول على موافقته المستنيرة قبل مباشرة العمل الطبي[2]، المتعلق بنزع أي عضو من أعضائه، من خلال التكريس القانوني للالتزام بإعلام هذا الشخص، وكذا الحرص على تقييد التعبير عن رضاه بشكليات معينة **(الفرع الأول)** إضافة إلى وجوب التأكد من حرية رضاه وموافقته على التبرع **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: ضمان الحصول على الموافقة المستنيرة للمتبرع

استدعت خطورة عملية نزع العضو من جسم الشخص الحي، إحاطة هذا الأخير بحماية قانونية كافية، تحول دون وقوع أي ضرر به، بما من شأنه المساس بحرمته الجسدية وكرامته كإنسان، لذلك عملت مختلف التشريعات الصحية على الحرص على ضمان الموافقة المستنيرة للمتبرع كإجراء من شأنه ضمان احترام إرادته الشخصية، ولأجل تحقيق هذا المطلب كرست التزاما مسبقا بإعلام المتبرع **(أولا)** من جهة، وقيدت التعبير عن رضاه بمجموعة من الشكليات **(ثانيا)** تؤكد حرص المشرع على حماية المتبرع من جهة، وتثبت رضا هذا الأخير، وموافقته على نزع العضو من جسمه من جهة أخرى.

[1] إيمان مجيد هادي، **التصرف القانوني بالأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بغداد، 2003، ص 298.

[2] لما كان الرضا شرطا ضروريا لمباشرة أي عمل طبي علاجي أو جراحي، وجب أن يكون الرضا سابقا على إجراء هذا التدخل، إذ أن الوقت الذي يحكم فيه بصحة أو بطلان التصرف هو لحظة إجرائه، فإذا استوفى هذا التصرف شروط صحته في هذه اللحظة لم يبطل بعدها، والعكس صحيح، أما الرضا اللاحق للعمل الطبي فلا ينفي البطلان ولا يسقط الحق في التمسك به، إيهاب مصطفى عبد الغني، **الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 33.

أولا: تكريس الالتزام بإعلام المتبرع

في إطار الحفاظ على ميزة الثقة التي تتسم بها العلاقة الطبية، وتحقيقا للتوازن في هذه العلاقة، كرست مختلف التشريعات الصحية المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية عبر العالم، التزاما قانونيا يقضي بإعلام المتبرع بالعضو البشري، كضمانة من ضمانات الحصول على موافقة هذا الأخير على التبرع، ويكتسي هذه الالتزام صبغة خاصة، إذ من شأنه أن يضفي طابع المشروعية على رضا هذا الشخص وموافقته على التبرع.

فلا يمكن القول بمشروعية رضا المتبرع إلا إذا صدر عن صاحبه، وهو عالم بكافة المعلومات المتعلقة بالعمل الطبي الذي سيخضع له[1]. إذ لا يوجد أي سبب شرعي يمكن الطبيب من التستر على المعلومات الخطيرة، خشية رفض المتبرع لعملية التبرع، إذ أن هذا الأخير شخص سليم، ولا يوجد داع للخوف على صحته في حالة رفضه الخضوع للعملية.[2]

وطالما افترضنا جودة الحالة الصحية للمتبرع، وانتفاء المصلحة العلاجية من جانبه، فإن هذا يفرض على الأطباء إبلاغه بأدق تفاصيل العملية، إذ يجب إيضاح جميع المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها، وبالتالي فإن قبوله لهذه المخاطر هذه مفاده أن يوافق باختياره الحر على القيام بأمر خطير جدا، وهو ما يشكل قبولا منه بالضرر المترتب عن هذه المخاطر، وبالتالي اعفاء الطرف الملزم بالإعلام من المسؤولية.[3]

وعليه فمن حق المتبرع أن يحاط علما بكل ما قد يترتب عن عملية الاستئصال من مخاطر، وما تفضي إليه من تعقيدات، قد يسببها غياب العضو المستأصل من جسمه، وكذا

---

[1] لا يعفى الطبيب من تنفيذ الالتزام بالإعلام حتى ولو كان الشخص المتبرع طبيبا، وعارفا بأصول مهنة الطب، وطبيعة التدخل الجراحي، الذي سيخضع له، وذلك لأن الالتزام بالإعلام يستند على احترام مبدأ حرمة الجسد البشري، واحترام الحريات الشخصية، وليس على مجرد التفاوت العلمي الموجود بين طرفي العملية، انظر: أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص ص 17- 16.

[2] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، مرجع سابق، ص 379.

[3] رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 65، انظر أيضا: أحمد عمراني، **حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة**، في القانون الوضعي والشريعة، مرجع سابق، ص 209.

الاحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان.[1] إلا أن ذلك لا يعني ضرورة أن يكون هذا التبصير مفصلا ومعقدا، بشكل قد لا يفهم من قبل المعطي، بل يكفي في هذا الصدد أن يكون إخبار الطبيب للمعطي بهذه العملية ونتائجها وفرص نجاحها على نحو مبسط وواضح يمكن فهمه.[2]

إن مسألة رفع وعي المتبرع بالمخاطر اتي قد تنطوي عليها عملية استئصال عضو من جسده، لا تقتصر على مجرد مساعدته على استيعاب المخاطر الطبية، التي قد يواجهها أثناء عملية النقل، بل تتعداها إلى فهم المخاطر الطبية المستقبلية، التي قد يتعرض لها بعد نقل الأعضاء.[3]مما قد يؤثر على ممارسته لوظائفه الأسرية[4]، الاجتماعية والمهنية، كأن يترتب عن عملية نزع العضو عدم قدرة المنزوع منه على ممارسة حرفة أو مهنة معينة، أو عدم تمكنه من ممارسة الرياضة، خاصة إذا كان لاعبا محترفا في أحد الأندية الرياضية.[5]

ومن ناحية أخرى يتعين أن يحاط المتبرع علما بما قد يعود على المريض المتلقي للعضو من فائدة، نتيجة لعملية الزرع التي سيخضع لها، وكذا نسب نجاح العملية، بما يكون من شأنه تمكين المتبرع من إقامة موازنة بين المخاطر التي قد يتعرض لها بمناسبة عملية الاستئصال، والمنفعة التي قد تعود على المريض نتيجة لعملية الزرع.[6]

---

[1] فاطمة يوسفاوي، **المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، ص 148.

[2] هيثم حامد المصاروه، مرجع سابق، ص 168.

[3] Houda Haouche, **Le consentement du donneur en matière de prélèvement d'organes,** Revue des études juridiques, vol 03, n 02, Faculté de Droit et des Sciences Politiques Université Yahia Fares de Médéa, Algérie, 2017,p3.

[4] يرى البعض أن خطورة عملية استئصال العضو من جسم المتبرع، تقتضي أن يتم اتخاذ القرار المتعلق بالتبرع جماعيا، إذا تعلق الأمر بأحد الزوجين، ودون أن يمتد ذلك إلى الأبناء أو أفراد العائلة والأقارب، على اعتبار أن ذلك سيشكل في الواقع نوعا من الوصاية على شخص من المفترض أنه متوازن بشكل كامل، وقادر على الاضطلاع بمسؤولياته، أما بالنسبة للزوجة، فهي شريك للزوج خلال حياته، وهي فقط من سيتحمل نتائج هذه المبادرة، أكثر من أي شخص آخر. أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 310.

[5] محمود ثابت الشاذلي، **التزام الطبيب بتبصير المتبرع والمريض بمخاطر عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة في القانون والفقه الإسلامي)**، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 303.

[6] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 192.

غير أن إطلاع المتبرع على الحالة الصحية للمريض الذي سيستفيد من العضو الذي سيتبرع به الأول يطرح إشكالا قانونيا حادا، يتعلق بمدى كون هذا الالتزام بالإعلام صورة من صور إفشاء السر المهني، الذي يلتزم الطبيب بالمحافظة عليه أم لا؟

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار إعلام المتبرع بالحالة الصحية للمريض ضربا من ضروب إفشاء السر المهني، إذ أن الطبيب ملزم بالمحافظة على أسرار المرضى، وعدم إفشاء السر الطبي المتعلق بحالتهم الصحية، وإلا عد مرتكبا لجريمة إفشاء السر المهني.

في حين ذهب جانب ثان من الفقه إلى القول بأن إعلام الطبيب للمتبرع بأسرار الحالة الصحية للمريض لا يعد من قبيل إفشاء السر الطبي، ذلك أن المتبرع بالعضو البشري لفائدة المريض بعد طرفا ثالث من أطراف العلاقة الطبية التي تهدف إلى نزع وزرع العضو البشري، خلافا للعقد الطبي البسيط، الذي يربط بين الطبيب والمريض فقط، ولذلك فمن حق المتبرع أن يكون عالما بكل تفاصيل الحالة الصحية للمريض الذي سيحصل على العضو المتبرع به.[1]

هذا وقد كرست مختلف التشريعات الداخلية، والمواثيق الدولية والإقليمية الالتزام بإعلام المتبرع، كضرورة لصحة موافقته على عملية استئصال أي عضو مشروع من أعضائه، إذ أكدت منظمة الصحة العالمية على ضرورة اعلام المتبرع بالعضو البشري، من خلال المبدأ التوجيهي الثالث من مبادئها، إذ نص هذا المبدأ على:"... **وجوب إعلام المتبرع الحي بطريقة كاملة ومفهومة بعواقب ومخاطر الاستئصال من جهة، والفوائد التي ستعود على المتلقي من جهة أخرى...**".

وألقى المشرع المغربي بموجب المادة الثامنة من القانون 98-16 المتعلق بالتبرع الأعضاء البشرية وأخذها وزرعها على عاتق الأطباء المسؤولين عن عملية الاستئصال، مسؤولية إحاطة المتبرع بالعضو البشري علما بجميع الأخطار، المتصلة بأخذ العضو البشري، وكذا بالنتائج التي قد تترتب عن ذلك، سواء من الناحية الجسدية أو النفسية، إضافة إلى جميع

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 163.

الانعكاسات المحتملة على الحياة الشخصية أو العائلية أو المهنية للمتبرع من جهة، وعلى النتائج المرجوة من الزرع بالنسبة للمتلقي من جهة أخرى.

أما في مصر فقد أكدت المادة السابعة من القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء على:" **عدم جواز الشروع في عملية النقل، بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي-إذا كان مدركا-بواسطة اللجنة الثلاثية، المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون، بطبيعة عمليتي النقل والزرع، ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد، والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي...**".

وعمد المشرع الفرنسي من خلال المرسوم رقم 96-375 المؤرخ في 29-04-1996 المتضمن أشكال التعبير عن الرضا المتعلق بنزع الأعضاء من الأشخاص الأحياء إلى النص على اجبارية اعلام المتبرع بالنتائج والمضاعفات المحتملة، والتي يمكن توقعها على المستوى العضوي، النفسي، الوظيفي، علاوة على ما قد ترتب بالنسبة للحياة الشخصية والأسرية للمتبرع، وكذا النتائج المحتملة بالنسبة للمريض المتلقي للعضو.[1]

وأوكل بموجب المادة L1231-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي مهمة إعلام المتبرع بالمخاطر التي قد يتعرض لها. وبالعواقب المحتملة للنزع، للجنة الخبراء المنصوص عليها في المادة L1231-3 ، على أن يتأكد رئيس المحكمة أو القاضي المعين من قبله من أن الموافقة مجانية ومستنيرة...".[2]

[1] أحمد عمراني، **حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة**، (في القانون الوضعي والشريعة)، مرجع سابق، ص 209.

[2] **Art. L1231-1**, C.S.P.F, modifié par loi n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 8 dispose que:" Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal judiciaire ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et second alinéas du I".

أما بالرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أن المشرع يقضي بموجب الفقرة الرابعة من المادة 360 من قانون الصحة 11-18 بأنه:" لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع".

ويضيف بموجب الفقرة الخامسة من نفس المادة ما يفيد بأنه:" يجب أن يعبر المتبرع على موافقته على التبرع، وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة...".

ويردف بموجب الفقرة السادسة حكما مفاده:" تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها، وبالعواقب المحتملة للنزع، وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي".

ويختتم هذا الحكم بموجب الفقرة الثامنة بأن:" تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع، بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة، ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون"

من خلال قراءة هذه الفقرات يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

-**من حيث الشكل:** عدم متانة الصياغة القانونية لهذه الأحكام، وعدم ترتيب فقراتها، إضافة إلى عدم وضوح قصد المشرع منها وصعوبة استخلاصه.

-**من حيث الموضوع:** إن تبصير المتبرع أو إعلامه بكل ما يتعلق بعملية الاستئصال، يعتبر شرطا ضروريا لصحة موافقته على التبرع، ومن ثم مشروعية العملية.

-أوكل المشرع مهمة التأكد من التنفيذ الصحيح للالتزام بإعلام المتبرع لرئيس المحكمة المختص إقليميا، غير أن هذه المسألة تطرح إشكالا قانونيا، يتعلق بعدم تحديد كيفية تأكد رئيس المحكمة من الموافقة المتبصرة للمتبرع. فهل يكون ذلك عن طريق أسئلة شفوية يطرحها عليه؟ أم من خلال الاطلاع على وثيقة ممهورة بتوقيع المتبرع، متضمنة كل المعلومات المتعلقة بعملية النزع؟ لذا على المشرع الجزائري التدخل وتحديد كيفية التأكد من تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا سليما.

-أوكل المشرع مهمة إعلام المتبرع بمخاطر عملية النزع وعواقبها للجنة الخبراء[1]، دون أن يحدد تشكيلتها، ولا كيفية تنفيذها للالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتقها، وهو ما يطرح عدة إشكالات قانونية، منها: مم تتكون هذه اللجنة؟ كيف يمكن للجنة تتألف من عدة أعضاء إعلام المتبرع؟ ألا يثير اجتماع لجنة تتكون من عدة أطباء في مواجهة شخص واحد نوعا من الهلع، يمكن للمتبرع معه أن يعدل عن قراره بعد أن اتخذه طواعية؟

-عدم وضوح المهمة الموكلة للجنة الخبراء، فيما يخص إعلام المتبرع، وتناقض الفقرتين السادسة والثامنة من المادة 360 من قانون الصحة 11-18، إذ لا يعقل أن يلقى على عاتق هذه اللجنة مهمة إعلام المتبرع من جهة، ومهمة التأكد من التنفيذ السليم لهذا الالتزام من جهة ثانية. لذا كان من الأولى أن توكل لهذا اللجنة مهمة تنفيذ الالتزام بالإعلام فقط، ويعهد بالتأكد من تنفيذ الالتزام بالإعلام لرئيس المحكمة المختص إقليميا.

-يقتصر التزام لجنة الخبراء المتعلق بإعلام المتبرع على تبصيره بالمخاطر المحتملة فقط، دون غيرها من المخاطر الاستثنائية أو نادرة الوقوع، وهو ما يخالف التوجه التشريعي عبر العالم، إذ تقضي أغلب التشريعات عبر العالم بوجوب إعلام المتبرع بجميع المخاطر التي يمكن أن تترتب على عملية الاستئصال، وذلك ضمانا لحقه في تقرير المصير، واحتراما لكرامته كإنسان.

بناء على ما سبق أقترح تعديل الفقرات المتعلقة بالتكريس القانوني للالتزام بإعلام المتبرع كما يلي: "لا يجوز للمتبرع أن يعرب عن موافقته على التبرع إلا بعد أن يحاط علما من طرف لجنة الخبراء بجميع المخاطر المترتبة عن عملية النزع الحالية منها والمستقبلية، وكذا بالنتائج المنتظرة من النزع بالنسبة للمتلقي.

[1] خلافا للقانون رقم 05-85 الملغى أين أوكل المشرع هذه المهمة للطبيب القائم بالعملية، فنص من خلال المادة 162 على أن:" لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة، التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع..."

يتأكد رئيس المحكمة المختص إقليميا من الموافقة المستنيرة للمتبرع من خلال الاطلاع على نموذج مكتوب، يتضمن جميع عناصر الاعلام، يوقع عليه المتبرع ولجنة الخبراء"

ثانيا: إضفاء الطابع الرسمي على موافقة المتبرع

لا يكتفي المشرع بضرورة إعلام المتبرع بالعضو البشري كآلية لحماية رضاه والحصول على موافقته، بل يشترط إضافة لذلك أن يتم التعبير عن هذا الرضا وفقا لشكليات معينة، من شأنها إثبات هذه الموافقة، وإضفاء قدر من المشروعية على هذه النوع من التدخلات الطبية الجراحية.

أرست مختلف التشريعات الصحية قاعدة حرية التعبير عن الرضا في مجال الأعمال الطبية العلاجية، فلم تشترط شكلا معينا تفرغ فيه الموافقة على هذه الأعمال، إذ يمكن للشخص الخاضع لها أن يعبر عن رضاه بها كتابة أو شفاهة، كما يمكن أن تستخلص هذه الموافقة ضمنيا، من خلال اتخاذ الشخص موقفا لا يدع شكا في رضا صاحبه. مع عدم اعتبار السكوت دليلا على الرضا، إذ لا ينسب لساكت قول في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لخطورتها.

وقد أفضت خطورة عمليات نزع الأعضاء البشرية من أجسام الأحياء، نظرا لارتباطها بالحق في الحياة والسلامة الجسدية، إلى عدم اكتفاء التشريعات الصحية عبر العالم بمجرد الموافقة الشفوية للمتبرع، أو مجرد استنتاج هذه الموافقة أو افتراضها، بل تشترط الموافقة الصريحة للمتبرع[1]، على أن يتم اثبات هذه الموافقة عن طريق الكتابة، والتي تشفع بشهادة الشهود، أو من خلال التعبير عنها أمام جهة رسمية. ولم تقف التشريعات المقارنة موقفا موحدا بشأن شكلية التعبير عن الرضا، فلم تأخذ بالطريقتين المذكورتين آنفا معا، وإنما أخذت بطريقة واحدة فقط.[2]

[1] زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص331.

[2] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، مرجع سابق، ص 386، انظر أيضا: أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 325.

تسمح الكتابة بالنسبة للتشريعات التي اشترطت ضرورة افراغ الموافقة على التبرع في الشكل الكتابي، بتوفير مهلة كافية للمتبرع تمكنه من التفكير بروية، وإدراك مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه من جهة، ومن جهة ثانية توفر الكتابة قدرا كافيا من الحماية القانونية، من العيوب التي يمكن أن تشوب إرادة المتبرع كالضغوط والإكراه، علاوة على أنها تثبت إضافة لرضا المتبرع، صدور هذا الأخير عن وعي وإدراك وإرادة حرة إضافة إلى أن كتابة عناصر الإعلام بمخاطر وآثار العملية من شأنه توفير حماية كافية للطبيب القائم بالعملية.[1]

ومن **التشريعات التي تأخذ بالموافقة الكتابية للمتبرع**[2]، نجد كل من التشريع اللبناني، الذي قضى في الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم 109 لسنة 1983 المتعلق بزرع الأعضاء بضرورة " أن يوافق الواهب خطيا، وبملء حريته على إجراء العملية."

ونص المشرع الإماراتي في الفقرة الثانية من المادة 12 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2016 على وجوب اثبات التبرع بموجب وثيقة، وفق النموذج المعد من قبل الجهة الصحية المختصة، ومرفقا بها التقارير الطبية اللازمة لعملية نقل الأعضاء، أو جزء منها، أو الأنسجة البشرية الخاصة بالمتبرع".

كما اشترط المشرع الأردني في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة، من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 أن" يوافق المتبرع خطيا، وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه، وذلك قبل إجراء عملية النقل".

---

[1] فطة معاشو نبالي، **إذن المتبرع بأحد أعضائه، في قانون حماية الصحة وترقيتها**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، المجلد8 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 22.

[2] طالما قلنا أن الغرض من اشتراط الكتابة كوسيلة للتعبير عن رضا المتبرع، هو حمايته، فلا شك أن هذه الشكلية أي الكتابة مطلوبة لانعقاد هذا التصرف القانوني، إذ لا تعد موافقة المتبرع موجودة، ولا يعتد بها، إلا بتوافر الكتابة، فالكتابة هنا لانعقاد التصرف القاضي بالتنازل عن العضو البشري من طرف صاحبه، وليست لإثبات هذه الموافقة. انظر: رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 64.

في حين عضد المشرع القطري الكتابة بشهادة الشهود، وتوقيعهم على وثيقة الرضا، وذلك بنصه في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم 15 لسنة 2015، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أن:" للشخص كامل الأهلية أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه، أو بأنسجة أو خلايا، بموجب إقرار كتابي، يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية."

وقضى المشرع المصري في المادة الخامسة من القانون رقم 5 لسنة 2010، وفي جميع الأحوال، "بأن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة، خالية من عيوب الرضا، وثابتا بالكتابة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، وجعلت اللائحة التنفيذية لهذا القانون إقرار الكتابة معززا باثنين من أقارب المتبرع، ومصادقا عليه من الشهر العقاري.[1]

أما من **التشريعات التي تشترط اثبات موافقة المتبرع أمام جهة رسمية**، فنجد كل من التشريع التونسي والفرنسي إذ أوجب المشرع التونسي على المتبرع من خلال الفصل الثامن من القانون رقم 22 لسنة 1991، والمتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها:" أن يدلي برضاه لدى رئيس المحكمة الابتدائية، أو من ينوبه، والتي يوجد مقر إقامته أو مقر المؤسسة الاستشفائية بدائرة مرجع نظرها، والقاضي الذي يتلقى رضا المتبرع يتأكد سلفا من صحة توفر شروط الرضا، المنصوص عليها في الفصل الثاني من القانون، ويدون ذلك في محضر، يمضيه معه المعني بالأمر وكاتب المحكمة". وعلى كاتب المحكمة أن يوجه نسخة منه للمؤسسات الاستشفائية المرخص لها طبقا للفصل الثالث عشر من هذا القانون، ويودع الأصل بكتابة المحكمة بعد تضمينه بدفتر مخصص لذلك".

وقد سلك المشرع الفرنسي نفس هذا المسلك، إذ أوجب على المتبرع من خلال الفقرة الثالثة من المادة 1-1231 من قانون الصحة العمومية، أن يعبر عن موافقته على التبرع، وعند الاقتضاء على التبرع المتبادل، أمام رئيس المحكمة الابتدائية، أو القاضي المعين من قبله، والذي يضمن مسبقا أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع يتوافق مع الشروط المنصوص

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 269.

عليها في هذا القانون.[1] على أن الغاية التي يرمي إليها المشرع الفرنسي من هذا الحكم، تتمثل في وجوب تيقن القاضي من توافر علاقة قرابة بين المتبرع والمتلقي من جهة، وجدية موافقة المتبرع ورضاه الحر والمستنير من جهة أخرى.[2]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نصت الفقرة الخامسة من المادة 360 من قانون 18-11 على أنه:" **يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع، وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون**".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يأخذ بالاتجاه الثاني، والذي يقضي بضرورة التعبير عن الموافقة على التبرع أمام جهة رسمية، هي السلطة القضائية، ممثلة في رئيس المحكمة المختص إقليميا، وذلك خلافا لما كان عليه الحال في القانون القديم، أين اشترطت الفقرة الأولى من المادة 162 من قانون 05-85:"... الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه، على أن تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة...".

غير أنه يمكن القول إن المشرع الجزائري وإن لم يشترط صراحة إفراغ موافقة المتبرع، المعبر عنها أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، في محرر مكتوب، إلا أن هناك من الدلائل ما يقضي بذلك، إذ أنه من غير الممكن ابداء المتبرع لموافقته على التبرع بعضو من أعضائه، أمام رئيس المحكمة شفويا، دون أن يثبت ذلك كتابة، من خلال محضر أو استمارة، يملأها المتبرع، على أن تشمل بيانات تتعلق بمعلوماته الشخصية، والعضو المتبرع به، وأن توقع من قبله، ومن قبل رئيس المحكمة.[3]

---

[1] **Art. 1231-1/3 CSPF dispose que**:" Le donneur, ... doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal judiciaire ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et second alinéas du I et, le cas échéant, au II. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 109.

[3] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 125.

ويرى بعض الأساتذة في هذا الصدد أن منح المشرع إمكانية سحب الموافقة على التبرع بالنسبة للمتبرع يعتبر بمثابة دليل على استراط الكتابة في التعبير عن الموافقة على التبرع، ذلك أن عبارة "سحب الموافقة" لا يمكن أن تدل إلا على وجود وثيقة أو استمارة أو محرر مكتوب يمكن سحبه من قبل الشخص الصادر عنه[1]، وهو رأي جدير بالتأييد.

الفرع الثاني: الحرص على ضمان حرية إرادة المتبرع

لم يكتفي المشرع الجزائري بضمان الموافقة المستنيرة للمتبرع بالعضو البشري، لمباشرة عملية نزع العضو من جسمه تحسبا لزرعه في جسم المتلقي له، بل اشترط علاوة على ذلك أن يكون رضا المتبرع حرا[2]، يأن يكون كامل الأهلية، وسليما من عيوب الإرادة (أولا)، مع تمكينه من سحب موافقته على التبرع (ثانيا) تأكيدا منه على حرصه على ضمان حرية موافقته ورضاه بالتبرع.

أولا: كمال أهلية المتبرع وسلامة إرادته من العيوب

نظرا لخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومساسها بالتكامل الجسدي للشخص، فقد عمدت مختلف التشريعات الصحية عبر العالم إلى اشتراط كمال أهلية المتبرع، لصحة الموافقة على التبرع بعضو من أعضاءه، وذلك بأن يكون عاقلا وبالغا سن الرشد، وهي السن التي يفترض ببلوغها، قدرة الشخص على إدراك كنه التصرفات التي يقوم بها، واستيعاب كل ما سيترتب عن هذه التصرفات أفعال، واتخاذ ما يناسب من قرارات بشأنها.[3]

[1] أنيسة عبو، مرجع سابق، ص 17.

[2] يقوم الشرط القاضي بضرورة الحصول على الرضا الحر للشخص الذي يخضع لواحد من التدخلات الطبية الجراحية المستحدثة على حق من الحقوق الشخصية للإنسان، وهو الحق في الحرية الفردية، باعتبار أن هذا الشرط ضمان لهذه الحرية من جهة، وقيدا على ممارسة مثل هذا التدخلات من جهة أخرى، انظر: عبد النور سايب، **المبادئ الدستورية المطبقة في مجال الأخلاقيات الحيوية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد11 ، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2020، ص478.

[3] نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 115.

والأهلية في هذا المقام هي قدرة الشخص على التعبير عن رضاه، تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حق نفسه.[1] وعليه فلا يمكن الاعتداد بالموافقة الصادرة عن هذه الأخير إلا إذا كان بالغا سن الرشد القانونية من جهة، ومتمتعا بكامل قواه العقلية، ودون أن يعيب إرادته أي عارض من عوارض الأهلية.[2]

غير أن الاشكال يطرح بشدة في الحالة التي يفترض فيها أن يكون الشخص الوحيد المناسب للتبرع شخصا قاصرا أو عديم الأهلية، فهل يمكن أن يخضع القاصر لعملية استئصال الأعضاء من جسمه؟ وإلى أي مدى يمكن الاعتداد بإرادته في مواجهة الغير بشأن ذلك؟

1.القيمة القانونية للموافقة الصادرة عن القاصر وعديمي الأهلية:

لم تقف التشريعات المقارنة موقف واحدا من مسألة جواز أو عدم جواز نزع الأعضاء من القصر، إذ ذهب البعض منها إلى حظر نزع الأعضاء من القاصر بشكل مطلق، في حين تجيز بعض التشريعات ذلك، وفقا لشروط قانونية محددة

يرفض أنصار **الاتجاه الأول المعارض نقل الأعضاء من جسم القاصر مطلقا**، وذلك لأن عمليات نزع الأعضاء من أجسامهم لا تعود عليهم بأي منفعة، بل فيها من الأخطار الكثير، ويرون أن إباحة عمليات نزع الأعضاء البشرية لا يجوز أن تتسع إلى الحد الذي تهدر معه الكرامة الإنسانية، ويصبح التكامل الجسدي للقاصر ومن في حكمه مرهونا فقط بموافقة النائب القانوني الذي تؤول إليه سلطة التعبير عنه.[3]

وعليه فلا يجوز نزع الأعضاء البشرية من القصر أو عديمي الأهلية، ولو تم ذلك بموافقة القاصر أو وليه الشرعي[4]، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه طالما تم اعتبار عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية استثناء عن المبدأ القاضي بحرمة ومعصومية جسم الإنسان، وأنها لا تمارس إلا بناء على الموافقة الصريحة والمستنيرة للمتبرع، وهذا ما لا يمكن تصوره بالنسبة

[1] إيهاب مصطفى عبد الغني، مرجع سابق، ص 30.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 118.

[3] المرجع نفسه، ص 119.

[4] فطة معاشو نبالي، **إذن المتبرع بأحد أعضائه، في قانون حماية الصحة وترقيتها**، مرجع سابق، ص 32.

للقاصر، الذي لا يتمتع بحرية التصرف في الأموال، فكيف يعقل أن تمنح له حرية التصرف في كيانه المادي.[1]

كما أنه لا يجوز الاعتداد بموافقة الممثل القانوني، على استئصال عضو من أعضاء الشخص الذي عهد إليه بحمايته ورعايته، وذلك لأن الهدف من نظام الولاية أو الوصاية هو حماية القصر وعديمي الأهلية، وليس الاضرار بهم، من خلال الموافقة على التصرف في أجسامهم، ونزع الأعضاء منها.[2]

وقد سارت على هذا النهج عديد التشريعات، على غرار القانون الإماراتي، الذي حظر بموجب المادة 12 منه نقل الأعضاء أو جزء منها، أو الأنسجة البشرية بين الأحياء، إلا على سبيل التبرع، ومن شخص كامل الأهلية.

وقضى المشرع الكويتي من خلال نص المادة الثانية، من المرسوم بقانون، رقم 55 لسنة 1987، بأن للشخص **كامل الأهلية قانونا**، أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه، أو أكثر من عضو"

أما أنصار **الاتجاه المجيز لنزع الأعضاء من القصر**، فيرون أن إحاطة عمليات نزع الأعضاء من القصر وعديمي الأهلية بضوابط قانونية، من شأنه أن يبدد كل المخاوف والمخاطر، التي يمكن توقعها نتيجة لعملية الاستئصال، كما أن إجازة نزع الأعضاء من هؤلاء من شأنه رفع الضيق وتأنيب الضمير، الذي قد يصيبهم، إذا ما ترتب عن رفضهم للتبرع وفاة شخص عزيز، كان بإمكانهم إنقاذه من الهلاك.[3]

---

[1] فاطمة الزهراء ربحي تبوب، **قاعدة الرضاء في مجال نقل وزرع الأعضاء**، مجلة حوليات، المجلد 32، العدد 01، جامعة الجزائر 01، 2018، ص 468.

[2] Hanifa Benchaabane, Prélèvement Et Transplantation D'organe Chez L'enfant : (d'un Point De Vue Juridique : En Droit Algérien Et En Droit Français), R.A.S.J.P, vol 36, n 03, Universite Benyoucef Benkhedda d'Alger, 1999, p 72.

[3] جابر محجوب علي، **مشكلات الأهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة**، المجلة الدولية للقانون، العدد 3، كلية القانون، جامعة قطر، 2017، ص 04.

ويمكن حصر القيود التي يشترطها القانون لصحة نزع الأعضاء البشرية من أجسام القصر وعديمي الأهلية أو ناقصيها فيما يلي:

1. حصر زمرة المستفيدين من الأعضاء المنزوعة من القاصر في الأخ والأخت الشقيقين لهذا الأخير دون غيرهما، وذلك ضمانا لنزاهة الباعث على التبرع، والحفاظ على التماسك الأسري من جهة، كما أن فرص نجاح العملية ترتفع في هذه الحالة، نظرا للتقارب الجيني بين الإخوة وتماثل أنسجتهم من جهة أخرى.[1]
2. حصر الأعضاء الجائز نزعها من أجسام القصر على الأنسجة المتجددة، دون غيرها من الأعضاء غير المتجددة،
3. موافقة الممثل القانوني للقاصر، سواء كوان وليا له، أو وصيا عنه،

ومن بين التشريعات التي أجازت نزع الأعضاء من القصر على سبيل الاستثناء، نجد كل من التشريع القطري، المصري والفرنسي.

يحظر المشرع القطري بموجب المادة الخامسة من القانون رقم 15 لسنة 2015 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية نزع الأعضاء من القصر، أو عديمي الأهلية وناقصيها كقاعدة عامة، إلا أنه يستثني من ذلك نقل الخلايا من أحد هؤلاء إلى الأبوين أو الإخوة، بشرط عدم وجود متبرع آخر كامل الأهلية.

أما المشرع المصري فلا يجيز هو الآخر نزع الأعضاء البشرية من القاصر أو ناقص الأهلية أو عديمها، ويستثني بموجب الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن نزع وزرع الأعضاء من ذلك نقل الخلايا الأم، لصالح الأبوين، الأبناء والإخوة، على أن يتم النقل بناء على الموافقة الكتابية لكلا أبوي القاصر أو أحدهما في حالة وفاة الثاني، أو الولي أو الوصي عنه.[2]

[1] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 203، إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 141.

[2] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 207.

هذا وقد كرس المشرع الفرنسي مبدأ عاما، يقضي بمنع نزع الأعضاء البشرية من القصر، أو ناقصي وعديمي الأهلية، بموجب المادة L1231-2 من قانون الصحة العامة، أين قضى بعدم جواز استئصال عضو لغرض الزرع، من قاصر على قيد الحياة، أو من شخص بالغ، يخضع لتدابير الحماية القانونية.[1] غير أنه يجيز، وعلى سبيل الاستثناء في ظل غياب أي حل علاجي آخر، استئصال الخلايا المكونة لكريات الدم الناتجة عن النخاع العظمي، من قاصر لصالح شقيقه أو شقيقته، أو لصالح بعض أقاربه في حالات أخرى، على أنه يشترط في جميع هذه الحالات موافقة الأبوين أو الممثل الشرعي للقاصر.[2]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فقد قضت المادة 361 من قانون 11-18، المتعلق بالصحة بأنه: "**يمنع نزع الأعضاء الأنسجة والخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع الأعضاء أو الأنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرّع أو المتلقي. يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.**

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

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري يحظر نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية الأحياء[3]، كقاعدة عامة، ويجيز على سبيل

---

[1] Art. 1231-2 C.S.P.F dispose que :" 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 juridique avec représentation à la personne".

[2] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 123.

[3] لم يحدد المشرع لم يحدد سنا معينة، لقبول التبرع بالأعضاء البشرية، في هذا الشأن يرى بعض الأساتذة أنه كان على المشرع أن يحدد السن القانونية، التي يمكن للشخص ببلوغها أن يتبرع بعضو من أعضائه، في قانون الصحة، نظرا لاستحالة الاعتداد بسن الرشد التي نص عليها القانون المدني، وذلك لخروج جسم الإنسان عن نطاق المعاملات، على اعتبار عن هذا القانون يخص المعاملات المالية، وليس التصرفات التي يكون محلها الكيان الجسدي للشخص، انظر: أسماء سعيدان، = =

الاستثناء نزع الجذعية المكونة للدم، على أن يكون ذلك لمصلحة الأخ والأخت فقط[1]، أو لمصلحة أبناء وبنات الأعمام والعمات، الأخوال والخالات، على أن يتم هذا النزع الاستثنائي بموجب الموافقة المستنيرة لكلا البوين أو الممثل الشرعي للقاصر. وهو موقف جدير بالتأييد، إذ أنه يوفر حماية قانونية لهذه الفئات الضعيفة من مثل هذه التصرفات، التي تمس بسلامة أجسامهم، وقد تشكل نوع من الخطورة على حياتهم مستقبلا.

غير أن المشرع الجزائري وخلافا لنظيره الفرنسي لم شكل الموافقة التي تشترط من الأبوين أو الممثل الشرعي بمناسبة نزع الخلايا الجذعية من القاصر، إلا أنه يمكن القول إن المشرع الجزائري يأخذ بحرية الموافقة في هذا الشأن نظرا لأن النزع يكون لفائدة فرد من أفراد الأسرة المقربين من جهة، ومن جهة ثانية فإن نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم، لا يمكن أن يصيب القاصر بأي ضرر، باعتبار أن هذه الخلايا من الخلايا المتجددة.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن نص الفقرة الأخيرة من المادة 361 المشار إليها أعلاه يشترط موافقة كلا الوالدين على نزع الخلايا الجذعية من القاصر، ولم يشر إلى فرضية وفاة أو غياب أحد الأبوين، لذا نأمل أن يضيف إلى نص هذه الفقرة عبارة "أو أحدهما في حالة غياب الآخر أو تعذر الاتصال به في الوقت المناسب"، حتى لا يعيق القيام بعمليتي الاستئصال والزرع، خاصة وأن في عملية الانتزاع مصلحة علاجية لفرد من أفراد الأسرة، ولا يخشى معها من تضرر القاصر.

= مرجع سابق، ص 21، غير أنني أرى أن سكوت المشرع عن تحديد سن الرشد الخاصة بالتبرع بالأعضاء البشرية موقف سليم منه، إذ أن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة، التي تخضع لها جميع التصرفات القانونية، بما فيها هبة الأعضاء البشرية، كما أنه ليس من اللائق تحديد سن قانونية خاصة بكل تصرف قانوني على حدة، ومن جهة أخرى، إن إخضاع التنازل عن الأعضاء البشرية لسن الرشد المحددة في الشريعة العامة أمر مقبول، إذ تكتمل الملكات الذهنية للشخص ببلوغه هذه السن، إذا لم يصب بعارض من عوارض الأهلية، وهذا ما يمكنه من اتخاذ قراره بالتبرع عن بينة من أمره.

[1] Hanifa Benchaabane, **Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant (d'un point de vue juridique : en droit algérien et en droit français)**, Op.cit., p 70, voir aussi Houda Haouche, op.cit., p 04.

2. سلامة إرادة المتبرع من عيوب الرضا

تحرص مختلف التشريعات على أن تكون الموافقة على التبرع الصادرة عن الشخص حرة، وذلك بأن تكون صادرة عن شخص يتمتع بملكات نفسية وعقلية سليمة، تسهم في مساعدته على تكوين رأي صحيح حول التبرع، دون أي إكراه أو ضغط نفسي، من شأنه أن يعيب تلك الموافقة، مع التأكيد على وجوب استمرار هذه الأخيرة إلى لحظة استئصال العضو من الشخص.[1]

يمكن أن يقع المتبرع ضحية للغلط، نتيجة تهاون الطبيب في إعلامه بمخاطر عملية الاستئصال، أو الأجهزة التي ستستعمل في الجراحة، كما يمكن أن يتصور حدوث الغلط في محل التبرع، كأن يعتقد أن العضو الذي سيتبرع به متجدد، في حين أنه غير ذلك.[2] أما التدليس فيمكن أن يقع في الحالة التي يسكت فيها الطبيب عن تبصير المتبرع ببعض المخاطر عمدا، وأن المتبرع ما كان ليقدم على التبرع لو علم بالمخاطر التي ستنجر عن هذه العملية في كلا الحالتين.[3]

إضافة إلى أن التأثير على إرادة الشخص، يمكن أن يكون من خلال إغرائه بمبلغ مالي أو وعده بالحصول على وظيفة معينة، بما من شأنه أن يعيب إرادة هذا الشخص، ويحول دون أن يكون لموافقته أي قيمة قانونية، إذ أن مثل هذا الأمر يعد اتجارا بالبشر، يعاقب فاعله بأشد العقوبات.[4]

إضافة إلى أن رضا المتبرع قد يفسد متى كان صادرا نتيجة لوعيد أو تهديد من قبل من يملك تنفيذه، كأن يكون سجينا، وتقدم له إدارة السجن أو شخص هام وعدا بأنه إذا رضي

---

[1] رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 66.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 112.

[3] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص ص 207-208.

[4] دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص 169.

بذلك فسوف يفرج عنه، أو سيخفف عنه العقاب، أو أن تهدده بعدم الافراج عنه، أو إساءة معاملته إذا رفض ذلك.[1]

وعليه، لا يعتد بالرضا الصادر من طرف المسجون، رغم تمتعه بإرادة حرة، وذلك لعدم تمتعه بالأهلية الكاملة، إذ يعتبر السجن في حد ذاته سببا لانتقاص إرادة المسجون من جهة، كما أن تأثير الحالة النفسية التي تصاحبه وراء القضبان من شأنه أن يعيب إرادة المسجون، وبالتالي يحرم هذا الأخير من حرية التصرف في كيانه الجسدي.[2]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع لم يشر إلى هذه المسألة في قانون تنظيم السجون.[3] غير أنه بالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أن المشرع الجزائري نص من خلال المادة السابعة على حرمان المحجور عليه من مباشرة حقوقه المالية، أثناء فترة تنفيذ العقوبة الأصلية، وعهد بإدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي، وعليه يتضح أنه طالما حرم المشرع الجنائي الشخص المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المدنية، فمن باب أولى أن يحرمه من القيام بالتصرفات، التي يكون محلها جسمه.[4]

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن أغلب العمليات المتعلقة بزع الأعضاء البشرية بين الأحياء، تتم بين الأقارب، لا سيما منها ما تعلق بزرع الكلى، ذلك أن مثل هذه الأخيرة تقتضي وجود تطابق نسيجي بين المتبرع والمتلقي للعضو، وفي مثل هذه الحالات قد يتعرض المتبرع لضغوط عائلية، ناتجة عن شعوره بأن حياة المريض مرهونة بتبرعه بعضو من أعضائه لفائدة هذا الأخير، وهذا الأمر يعب إرادة الشخص، ويحول دون الاعتداد بموافقته.[5] لذا يشترط التأكد من حرية رضا المتبرع، وسلامته من أي تأثير أو ضغط يمكن أن يعيبه.[6] خاصة إذا كان هذه

---

[1] محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 223.

[2] صحراء داودي، مرجع سابق، 2016، ص 46.

[3] قانون رقم 05-04، المؤرخ في 2005/02/06، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين، ج. ر.ج. ج، عدد 12، صادرة في 2005/02/13.

[4] فاطمة يوسفاوي، مرجع سابق، ص 165.

[5] دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص 169.

[6] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 143.

الأخير هو الشخص الوحيد، الذي أثبتت التحاليل الطبية، توافق أنسجته مع أنسجة المريض المتلقي.[1]

تأسيسا على ما سبق، قررت العديد من التشريعات ضرورة إخضاع المتبرع للفحص النفسي، للتأكد من أن إرادته سليمة، وغير مشوبة بأي ضغط نفسي أو عائلي، خاصة وأن المتبرع يكون قريبا للمريض المتلقي للعضو، لذا يجب أن يكون الأول في حالة نفسية متوازنة ومستقرة، تتيح له التعبير عن إرادته بحرية كاملة.[2]

أما بالعودة إلى القانون الجزائري فلم نقع إلا على عبارة " يتأكد _مسبقا_ رئيس المحكمة المختص من أن الموافقة حرة" غير أن هذه العبارة تثير التساؤل حول الطريقة التي من الممكن أن يتأكد من خلالها رئيس المحكمة من حرية رضا المتبرع، لذا نقترح في هذا الصدد ضرورة وجود مختص نفسي بجانب رئيس المحكمة، والذي يمكنه من خلال خبرته أن يتأكد من مدى حرية رضا الشخص في التبرع، وعدم خضوعه للضغوط.

ثانيا: تمكين المتبرع من سحب موافقته على التبرع:

يتمثل الوجه الثاني لحرية إرادة المتبرع، التي يحرص المشرع الجزائري على ضمانها لمشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في ضمان حق المتبرع في التراجع عن الموافقة التي أبداها بشأن نزع الأعضاء من جسمه، ذلك أنه إذا كان من واجب الطبيب احترام إرادة المريض، عندما يرفض الخضوع للعلاج المقترح، أو عندما يتوقف عن تلقي هذا العلاج رغم ضرورته، فمن باب أولى أن يكفل حق التراجع للمتبرع، الذي أبدى موافقته على التبرع، خاصة وأنه لا يشكو من أي مرض، وأن هذا التراجع لا يلحق به أي ضرر.[3]

وعليه يمكن القول إن موافقة المتبرع قابلة للإلغاء في أي وقت، ومن الناحية العملية، يعني هذا أنه يمكن سحب الموافقة قبل أن تباشر عملية الاستئصال، وهذا يعني أن مفهوم

---

[1] شعيب ضريف، مرجع سابق، ص 341.

[2] محمد السيد عبد المعطي خيال، **التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء**، د. ط، دار الاسراء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، د س ن، ص 106.

[3] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، مرجع سابق، ص 384.

العرض القاطع والنهائي لا ينطبق على التبرع بعناصر من جسم الإنسان، كما يعني أن التنفيذ الجبري أو المسؤولية التعاقدية لا مكان لها في مثل هذه العمليات، إذ أن موافقة المتبرع قابلة للرجوع عنها، دون أي مساءلة قانونية.[1]

ويعتبر حق المتبرع في العدول عن التبرع، وسحب موافقته المتعلقة بذلك من النظام العام، وذلك لتعلقه بحماية الكيان الجسدي، فلا يجوز إلزام المتبرع بالاستمرار في رضائه بالتبرع بعضو من أعضائه، إذ أن له الحق في العدول في أي وقت دون قيد أو شرط، حتى لحظة تخديره لإجراء عملية الاستئصال، وعلة ذلك منح المتبرع ما يكفي من الوقت والحرية للتفكير بروية فيما سيقدم عليه.[2] أما بعد إجراء عملية الزرع فلا يجوز للمتبرع أن يعدل عن تبرعه، حتى ولو وافق المتلقي للعضو بذلك، لأن العضو صار جزءا من جسد هذا لأخير.[3]

كما إن إطلاق حرية التراجع، وعدم تقييدها بوقت محدد من شأنه أن يؤدي إلى تضرر المريض المتلقي للعضو، وتدهور حالته النفسية، بمجرد علمه بعدول المتبرع عن التبرع، كما أن من شأن هذا الأخير أن يفوت على المريض فرصة الحصول على عضو سليم، من متبرع آخر.[4]

يعتبر العدول عن التبرع عملا إراديا يهم المتبرع فقط، ويترتب عليه إزالة كل أثر قانوني للرضا الصادر عنه، بحيث لا يمكن معه للطبيب الاستناد على الرضا السابق للبدء في العملية أو إرغام المتبرع على الخضوع لها، إذ يمثل العدول عودة للأصل، وهو عدم جواز التصرف في الجسد البشري.[5] وبالتالي فلا يجوز البحث عن الدوافع التي أدت بالمتبرع إلى العدول عن

---

[1] Antoine Tadros, Op.Cit, p 06.

[2] عارف علي عارف القره داغي، **قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية**، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2012، ص 29.

[3] ميرفت حسن منصور، **التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجذعية، دراسة مقارنة**، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 312.

[4] فطة معاشو نبالي، **إذن المتبرع بأحد أعضائه، في قانون حماية الصحة وترقيتها**، مرجع سابق، ص 35.

[5] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 129.

تبرعه[1]، ويعتبر الحق في العدول حقا عاما، يتقرر لكل شخص، بحيث ينصرف أيضا إلى الممثل القانوني للمتبرع القاصر في التشريعات التي تجيز نقل الأعضاء من القصر بناء على موافقة من يمثلهم قانونا[2].

ومن تمام حرية إرادة المتبرع، عدم تقييد سحب موافقته على التبرع بشكلية معينة، بل جعل المشرع من هذا الحق حقا مطلقا، إذ لا يخضع هذا السحب لأي شكل من الأشكال، وبالتالي يمكن للمتبرع أي يعبر عن رغبته في سحب الموافقة التي أبداها بطريقة أو بأخرى.[3] كما أنه غير مقيد بتقديم أي مبرر، غير أن هذه الحرية تثير مشكلا يتعلق بإثبات تراجع المتبرع عن تبرعه، خاصة إذا توفي بعد تعبيره عن موافقته، لذا كان من الأولى اشتراط الكتابة للتعبير عن التراجع عن الموفقة على التبرع وسحبها[4].

هذا وقد نصت معظم التشريعات المقارنة على حق المتبرع في العدول عن تبرعه بعضو من أعضائه، إذ منح المشرع القطري للمتبرع بموجب المادة الساعة من القانون رقم 15 لسنة 2015 حق العدول عن التبرع في أي وقت شاء، على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال، وذلك دون قيد أو شرط.

وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري، إذ قضى بمنح المتبرع، أو من اشترط القانون موافقته على التبرع نيابة عنه، حق العدول عن التبرع، في أي لحظة، قبل البدء في إجراء عملية نزع العضو من جسم الشخص، وذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون رقم 05 لسنة 2010، المتعلق بزرع الأعضاء البشرية.

---

[1] نذير برني، **حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 330.

[2] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 198.

[3] Sophie Paricard, **Le consentement à l'acte médical**, revue gynécologie obstétrique fertilité et sénologie, v 51, n 4, France, 2023, p11

[4] فطة معاشو نبالي، **إذن المتبرع بأحد أعضائه، في قانون حماية الصحة وترقيتها**، مرجع سابق، ص 35.

وقضى المشرع الفرنسي من جهته، بموجب الفقرة الثالثة من المادة L1231-1 من قانون الصحة العامة، بأن الموافقة على التبرع قابلة للسحب في أي وقت، ودون الحاجة إلى أي شكل معين[1].

أما في القانون الجزائري، فقد نصت الفقرة السادسة من المادة 360 من قانون الصحة 18-11على أنه:" **يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته، التي أعطاها، في أي وقت وبدون أي إجراء**".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري يكفل للمتبرع الحق في سحب موافقته على التبرع بعضو من أعضائه والعدول عن الموافقة التي كان قد أبداها، وهو توجه منطقي يتماشى وعديد المبادئ القانونية المعروفة، وخاصة منها مبدأ سلطان الإرادة

غير أن هذه القرة تطرح إشكالين في غاية الأهمية: إذ أنها لم تقيد زمن سحب الموافقة على التبرع، وهو ما يفترض معه أنه يمكن أن يتم سحب هذه الموافقة بعد إجراء عملية نزع العضو من جسم الشخص[2]، وبالتالي إعادة زرع العضو المنزوع من المتبرع في جسمه، وفي هذا ضياع لوقت ومجهود الفريق الطبي القائم بالعملية من جهة، وتكليف للدولة مصاريفا هائلة بدون مبرر، علاوة تفويت الفرصة على المريض في الحصول على عضو من متبرع آخر جاد في التبرع، وخطورة ذلك عليه من جهة أخرى.

أما الاشكال الثاني، الذي تطرحه هذه الفقرة، فيتعلق بعبارة "بدون أي إجراء"، وهي عبارة في غير محلها، إذ تتناقض مع مفهوم السحب، الذي يعني سحب الاستمارة التي عبر فيها المتبرع عن موافقة على التبرع، لذا من الأولى إعادة النظر في هذه الفقرة، والنص على

---

[1] Art 1231-1 C.S.P.F dispose que : " Le consentement est révocable sans forme et à tout moment."

[2] يرى البعض أنه لا فائدة من سحب الموافقة بعد صدورها، ومباشرة عملية الزرع، أو بعد أن تصبح معلومة لدى المتلقي، لذا من الأفضل تحديد اللحظة بوضوح حتى نتمكن من إلغائها، ويتساءل بشكل خاص عن المقصد من حرية العدول، التي أخذ بها، المشرع الجزائري، فهل يمكن التعبير عن هذا العدول شفهيا أو كتابيا أو بالإشارات المستخدمة عموما، أو بسلوك لا يترك مجالا للشك في النية الحقيقية لصاحبه حسب المادة 60 من القانون المدني الجزائري، أومن خلال طيب صمته الذي يفسر على أنه سحب للرضا.

Voir en ce sens : Houda Haouche, Op.Cit, p 05.

أن يتم إفراغ العدول عن الموافقة على التبرع في محرر مكتوب، وذلك حماية للمتبرع حالة النزاع القضائي، إذا ما ادعى بنزع عضو من أعضائه بدون موافقته.

بناء على سبق نقترح تعديل الفقرة السادسة من المادة 360 من قانون الصحة الجزائري على النحو التالي:" يمكن للمتبرع سحب موافقته على التبرع في أي وقت، قبل الشروع في تخديره، ويكون سحب الموافقة في الشكل الكتابي."

المطلب الثاني: ضرورة الحصول على موافقة المتلقي للعضو البشري

يعتبر المريض المتلقي للعضو البشري طرفا هاما في معادلة التدخل الجراحي محل الدراسة[1]، وكون المريض المتلقي للعضو البشري محتاجا لهذا الأخير، وأن العملية الجراحية تصب في مصلحته، لا يعني الاستغناء عن الحصول على رضاه[2]، بل أن كل من مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة الجزائري[3] يشترطان ضرورة الحصول على موافقة المريض بشأن زرع الأعضاء في جسمه، نظرا للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها نتيجة لعملية الزرع.

---

[1] لم يعد المريض يضع صحته بين يدي الطبيب بشكل أعمى بل أصبح فاعلا في صحته، وبالتالي فإن موافقته تحدد بطريقة ما النطاق الطبي الذي يمكن للطبيب أن يعمل فيه، وأي عمل طبي يتم دون موافقة المريض خارج هذا النطاق يشكل خطأ يحتمل أن يترتب عليه المسؤولية.

Voir en ce sens : Sophie Paricard, Op.Cit, p11

[2] رغم تشبث العديد من الأطباء بفكرة الهيمنة الطبية، والتي يفرضون بموجبها نوعا من الوصاية على المرضى، إلا أن معظم مدونات أخلاقيات مهنة الطب توجب على الأطباء احترام الإرادة الشخصية للمريض. انظر بخصوص هذا الرأي: عبد الكريم بلعرابي ومحمد سعداوي، **الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 95.

Voir aussi : Mireille Bacache, **L'obligation d'information du médecin**, revue de Médecine & Droit vol 03, n 09, France, 2005 , p 07.

[3] يتضح من خلال تصفح نصوص مدونة أخلاقيات الطب، وقانون الصحة الجزائري، أن أحكام المدونة أقل تشددا من أحكام هذا الأخير، إذ لا تشترط مدونة أخلاقيات الطب الحصول على موافقة المريض إلا بالنسبة لممارسة التدخلات الطبية ذات الخطر الجدي على المريض، في حين يشترط قانون الصحة ضرورة الحصول على موافقة ورضا المريض على كل التدخلات الطبية التي يكون محلها جسم هذا الأخير، والحقيقة أن الحصول على موافقة المريض أمر ضروري لمباشرة مختلف الأعمال الطبية، وذلك أن العلاج مهما كان بسيطا فإنه ينطوي على قدر من الخطر، ولو كان يسيرا، انظر: علي فيلالي، **رضا المريض بالعمل الطبي**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 35، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1998، ص 44.

يقتضي احترام إرادة المريض إلزام الطبيب بعدم القيام بأي تدخل طبي جراحي محله جسم المريض إلا بعد الحصول على رضا هذه الأخير وموافقته على هذه التدخل[1]، على أنه لا يعتد برضا المريض إلا إذا كان صادرا عن إرادة حرة وواعية ومتبصرة، تبعا لإعلام الطبيب له بحالته المرضية، خطورة التدخل الجراحي الذي سيخضع له والبدائل العلاجية الأخرى إن وجدت[2].

ولا يكون رضا المريض صحيحا من الناحية القانونية، إلا إذا صدر عن إرادته الحرة والمستنيرة **(الفرع الأول)**، غير أنه خلافا للمتبرع، الذي يشترط لصحة التدخل الطبي الذي يكون جسمه محلا له أن يكون كامل الأهلية، لا يشترط لصحة عملية زرع العضو في جسم المريض المتلقي تمام أهليته، إذ ينتقل حق التعبير عن الموافقة على زرع العضو في جسمه إلى نائبه القانوني في بعض الحالات، وستغنى تماما عن هذه الموافقة في حالات أخرى **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الالتزام بإعلام المتلقي والحصول على موافقته الحرة:

يقتضي عقد العلاج الطبي، الذي يربط الطبيب بمريضه، والقائم على الثقة المتبادلة بين طرفيه[3]، أن يلزم الأول تحقيقا للتوازن الواجب حفظه في هذا النوع من العقود، بضمان حق المريض في الإعلام الطبي[4]، باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، إذ يعد هذا

[1] Anne-Cécile Vellard-Hamelin, **Du droit du patient atteint d'une maladie grave de ne pas savoir**, Médecine humaine et pathologie, Faculté de médecine, Université Pierre et Marie Curie - Paris 6, 2016, p 11-12, voir aussi Bernard Stahl, **Le consentement à l'acte médical**, Revue juridique de l'Ouest, n 3, France, 1998, p 299.

[2] وائل عزت، **الحدود الموضوعية للالتزام بالتبصير بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، المجلة القانونية، المجلد5، العدد5، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2019، ص 3.

[3] Nicolas Bedon, **Les obligations du médecin à travers la jurisprudence**, Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial, France, 1996.p 56.

[4] يرى البعض أن الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق الأطباء، تحول من واجب قانوني لحماية المرضى إلى أداة قانونية لحماية الأطباء أنفسهم.

Ambre Laplaud, **le consentement et responsabilité médicale**, thèse pour le doctorat en droit de la santé, université de limoges, 2019, p 49.

الالتزام الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة في العلاقة بين الطبيب والمريض[1]، فالثقة تفترض المصارحة، أي أن يفضي الطبيب إلى مريضه بما ينبغي أن يعرفه من معلومات.[2]

وعليه يجب الوقوف عند حدود الالتزام بالإعلام الصحي، الذي يلزم الطبيب بضمانه لصالح المتلقي للعضو (أولا)، ثم تبيان حرية رضا هذا الأخير في التعبير عن موافقته على عملية الزرع (ثانيا).

أولا: حدود الالتزام الطبي بإعلام المتلقي للعضو البشري

عرف موضوع مدى التزام الطبيب بإعلام المريض في عقد العلاج الطبي، جدلا فقهيا واسعا، إذ انقسمت آراء الفقهاء بهذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات.

يرى **الاتجاه الأول أن الطبيب ملزم بإعلام المريض**، بكل التفاصيل المرتبطة بحالته الصحية، والتدخل الطبي، الذي سيخضع له[3]، بما في ذلك طبيعة هذا التدخل، وكذا جميع المخاطر التي يمكن أن تترتب عنه، إضافة إلى البدائل العلاجية الأخرى، وكل المعلومات التي من شأنها حمل المريض على قبول أو رفض العلاج.[4]وبمفهوم المخالفة فإن أي كذب أو إخفاء للمعلومات الواجب تقديمها للمريض يعتبر خطأ طبيا، يثير مسؤولية الطبيب، على اعتبار أن موافقة أو رفض العلاج من قبل المريض لا يمكن أن تتم إلا بناء على الاعلام الطبي، الذي يلتزم به الطبيب في مواجهته.[5]

---

[1] يترتب على تخلف الالتزام بالإعلام عدم مشروعية التدخل الطبي، الذي قام به الطبيب، وهو ما يفضي إلى قيام مسؤوليته، حتى ولو لم يصدر عنه أي اهمال في العلاج أو الجراحة، انظر بخصوص هذا الموضوع: منير رياض حنا، **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 317.

[2] غادة فؤاد مجيد المختار، **حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني**، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 253.

[3] Bernard Stahl, Op.Cit, p 293, voir aussi : Mireille Bacache, op.cit, p 4

[4] وائل عزت، **مرجع سابق**، ص 09.

[5] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ص 247-248.

ويذهب **الاتجاه الثاني، والذي يمثله الأطباء، إلى القول بعدم ضرورة إعلام المريض** بكل ما يتعلق بالعملية، ذلك أن المريض يجهل المسائل الطبية، والتدخلات الفنية، التي يجب أن يخضع لها، ومن ثم لا يمكنه أن يقدر الأمور بقدرها، علاوة على أن من مصلحته ألا يعلم بكل المخاطر التي قد يتعرض لها نتيجة لعملية الزرع، إذ من شأن ذلك أن يهبط معنوياته.[1]

في حين **يقف اتجاه ثالث من الفقه موقفا وسطا بين الموقفين السابقين**، إذ يسمح للطبيب بالكذب على المريض أو إخفاء بعض المعلومات عنه، نظرا لخطورة العملية، وما قد ينجر عنها من مضاعفات، مادام ذلك في مصلحة المريض، على ألا يلجأ الطبيب في كل ذلك إلى استعمال وسائل تدليسية، تعيب إرادة المتلقي للعضو.[2]

أما بالنسبة لعمليات زرع الأعضاء البشرية، فإن التزام الطبيب الجراح بإعلام المريض المتلقي للعضو البشري، يتسم بنوع من الخصوصية، نظرا لخطورة مثل هذا التدخل الطبي، وعليه فخلافا للأعمال الطبية العلاجية العادية، التي يقتصر فيها التزام الطبيب بإعلام المريض بالنتائج والمخاطر المحتملة التي يمكن أن يتعرض إليها فقط، دون النتائج والمخاطر غير المتوقعة، أو نادرة الحدوث، فإن الطبيب ملزم بإعلام المريض المتلقي بجميع المخاطر المترتبة عن العملية، حتى الاستثنائية منها.[3]

وعليه، يلتزم الطبيب في مواجهة المريض المتلقي للعضو بإعلامه طبيعة العملية التي سيخضع لها، وبالمخاطر المتوقع حدوثها، واحتمالات نجاح عملية الزرع، وتنويره حول ظاهرة لفظ العضو المزروع من قبل الجسم، وكذا إمكانية السيطرة على هذه الظاهرة في ظل التطور العلمي الذي توصل إليه الطب الحديث في هذا الشأن.[4]

---

[1] عبد العزيز بن محمد الصغير، **نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص 97.

[2] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 251.

[3] علي فيلالي، **رضا المريض بالعمل الطبي**، مرجع سابق، ص 52.

[4] ميرفت حسن منصور، مرجع سابق، ص 302.

كما يتعين على الطبيب أن يعلم المتلقي للعضو بالتضحيات والمخاطر التي سيتحملها المتبرع في سبيل إنقاذه بنزع عضو من جسمه، وكذا المنافع التي ستعود عليه جراء عملية الزرع التي سيخضع لها، حتى يستطيع أن يقرر بعد المقارنة، وحتى لا يشعر بالذنب تجاه المتبرع بأنه هو السبب في حرمانه من جزء من جسمه، فالكشف عن شخصية المتبرع من شأنه أن يمكن المريض من تقديم المساعدة له، ويقوي أواضر الصداقة بينهما، مما ينعكس إيجابا على حالته النفسية.[1]

على أنه يتعين على الطبيب بمناسبة إعلامه للمريض بالمعلومات السالف ذكرها أن يراعي جملة من الضوابط، منها الوضع النفسي والاجتماعي والثقافي للمريض، إذ يقتضي جهل هذا الأخير لأصول العمل الطبي أن يعمل الطبيب على الاكتفاء المعلومات العامة، متجنبا المعلومات الدقيقة، التي لا يمكن للمريض استيعابها، مستخدما في ذلك لغة مبسطة[2]، يتمكن المريض من خلالها من إدراك وضعه الصحي، العلاجات المناسبة له، والمخاطر التي قد تترتب هن استخدام هذه العلاجات أو الامتناع عن استخدامها.[3] وقد بينت محكمة النقض الفرنسية مواصفات الالتزام بالإعلام، أين اشترطت أن يكون سهلا، مفهوما، صادقا وملائما.[4] وعليه ينبغي على الطبيب أن يتجنب استخدام اللغة العلمية والمصطلحات الطبية، التي يقتصر فهمها على ممارسي قطاع الصحة، خاصة وأن الاستطراد في استخدام مثل هذه المصطلحات قد يؤدي إلى إثارة الرعب والفزع لدى المريض، ويوهمه بأن مرضه أكثر خطورة مما هو عليه، مما قد ينال من صحة وسلامة رضائه.[5]

[1] عبد العزيز بن محمد الصغير، مرجع سابق، ص101.

[2] Mireille Bacache, Op.Cit, p 03.

[3] علي فيلالي، **رضا المريض بالعمل الطبي**، مرجع سابق، ص 51.

[4] Cass.civ 15 juillet 1999, https://www.legifrance.gouv.fr/

[5] غادة فؤاد مجيد المختار، مرجع سابق، ص255. انظر أيضا: شعيب ضريف، مرجع سابق، ص 342.

أرسى المشرع الجزائري التزاما عاما بإعلام المريض[1] في مجال التدخلات الطبية العادية، وذلك بموجب المادة 23 من قانون الصحة 18-11 والتي تنص على أنه:" يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه، والأخطار التي يتعرض لها"

وقضى بموجب المادة 343 من مدونة أخلاقيات الطب على أن:" لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته.

وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها، والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها، والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض."

وتنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب على:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي."

وتنص المادة 44 من نفس المدونة على أن:" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة..."

ونص بمعرض الحديث عن موافقة المتبرع، من خلال الفقرة الخامسة من المادة 364 من قانون الصحة 18-11 على أنه: لا يمكن التعبير عن الموافقة، إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج، المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث."

[1] يرى البعض أن التزام الطبيب بإعلام المريض يتصل بالتزام آخر، يعرف بالالتزام بالاستعلام، إذ لا يمكن للطبيب تنفيذ الالتزام الأول، مالم يكن عالما به، إذ يقع على عاتقه متابعة كافة التطورات العلمية التي يعرفها الفن الطبي الحديث، ومن ثم تحديث مهاراته الفنية، والاطلاع على آخر المستجدات الطبية، وعدم التقوقع على ما عرفه أثناء مساره الدراسي فقط. انظر: أحمد دغيش وعبد الرزاق بولنوار، **التزام الطبيب بإعلام المريض**، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص77.

يتضح من خلال هذه الفقرات أن المشرع الجزائري لا يجيز أي تدخل طبي على جسم المريض، دون المحصول على موافقته المستنيرة، والتي تنتج عن الإعلام، الذي يلتزم به الطبيب بمناسبة أي تدخل علاجي، غير أنه اقتصر فيما يخص طبيعة الأخطار التي يجب إعلام المتلقي بها بالأخطار الممكنة الحدوث فقط، دون غيرها من الأخطار الاستثنائية، والتي لا يتصور حدوثها إلا في بعض الأحيان.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع الجزائري، قد أوكل مهمة إعلام المريض المتلقي للعضو للطبيب المعالج، خلافا لما قام به بمناسبة الاعلام المقدم لفائدة المتبرع بالعضو، أين جعل من الالتزام بإعلام مسؤولية تقع على عاتق لجنة الخبراء، والتي لم يحدد إلى اليوم لا تشكيلتها، ولا تنظيمها ولا كيفية عملها.

ثانيا: حرية موافقة المتلقي للعضو البشري على عملية الزرع

لا تقتصر مشروعية العمل الطبي الواقع على جسم المريض على مجرد إعلامه بوضعه الصحي، والحصول على موافقته على التدخل الطبي، الذي سيخضع له، وإنما يشترط علاوة على ذلك أن تكون هذه الموافقة حرة، وبعيدة عن كل تأثير أو ضغط.[1]

إذ يتمتع كل شخص كمبدأ عام بالحرية في قبول الرعاية التي تتطلبها حالته الصحية أو رفضها، فيكون للمريض كامل الحرية في طلب العلاج أو عدمه، في الاستعانة أو عدم الاستعانة بالطبيب أو الجراح[2] ومن ثم فإن في احترام حرية المريض في الاختيار بين إجراء عملية زرع العضو البشري، أو رفضها تأكيد لمبدأ احترام إرادته من جهة، وضمان لحقه على جسده من جهة أخرى، وعليه فلا يستطيع الطبيب أن يفرض على المريض إجراء عملية الزرع، دون الحصول على رضائه الحر، حتى ولو تطلبت حالته الصحية ذلك.[3]

---

[1] علي فيلالي، **رضا المريض بالعمل الطبي**، مرجع سابق، ص 47. انظر أيضا: رأفت صلاح أحمد أو الهيجاء، **مرجع سابق**، ص 75.

[2] Samira Lallouche, **L'exigence du consentement du patient a l'acte médical**, revue des sciences humaines,v32, n 4, université frères Mentouri, Constantine, Algérie, 2021,p 703.

[3] دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص 227.

فرغم اعتبار المتلقي في نظر الأطباء والجراحين شخصا غير قادر على الموازنة بين خطورة المرض وضرورة الزرع، إلا أنه يعتبر الوحيد الشخص الوحيد الذي يملك سلطة اتخاذ القرار فيما يخص حالته الصحية، ومن ثم لا يمكن لإرادة للطبيب الجراح أن تحل محل إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي أو الجراحي، ففكرة الوصاية الطبية مرفوضة تماما في التشريعات الحديثة.[1]

كما أن التأثير والضغط على المريض من قبل الطبيب مرفوض أيضا[2]، فرغم أنه الشخص الأكثر إدراكا لحالة مريضه الصحية، ويستطيع أن يقنعه بأن وسائل العلاج التقليدية غير مجدية، وأن عملية زرع العضو هي سبيل الخلاص الوحيد أمامه، إلا أنه من اللازم أن يكون رضا المريض حرا، وناتجا عن قناعته الشخصية ودون أي تأثير[3].

علاوة على ما سبق يمنع اللجوء إلى الغش والتدليس، لحمل متلقي العضو على الموافقة على الزرع، في صورة إيهامه بضرورة خضوعه لعملية الزرع، لأغراض مالية بحتة، أو أن يتم إخفاء المعلومات الضرورية عنه من قبل الطبيب، وخاصة ما تعلق بالمخاطر التي قد تنتج عن العملية.[4] إذ من شأن كل هذا أن يفسد رضا المريض، ويحول دون القول بحرية موافقته على عملية الزرع.[5]

ومن تمام حرية موافقة المتلقي للعضو على عملية الزرع، حرية التعبير عن هذه الموافقة، إذ لا يلزم طبقا للقواعد العامة في القانون الطبي، أن يفرغ رضا المريض في شكل معين، ولذلك لم تشترط أغلب القوانين المتعلقة بنزع وزرع الأعصاء البشرية شكلية معينة لرضا

[1] عبد العزيز بن محمد الصغير، مرجع سابق، ص 102.

[2] Bernard Stahl, , op.cit, p 296.

[3] خلدون فوزي قندح، محمد فواز محمد المطالقة، **نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الأردني**، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 20، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق، 2013، ص 448.

[4] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 216.

[5] علي فيلالي، **رضا المريض بالعمل الطبي**، مرجع سابق، ص 48.

المتلقي، بل سمحت بأن يكون صريحا أو ضمنيا، وقد ذهب اتجاه من الفقه إلى اعتبار سكوت المريض في هذا الصدد بمثابة قبول منه، على اعتبار أن في عملية الزرع منفعة له.[1]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فقد قضت الفقرة الأولى من المادة 363 من قانون الصحة 18-11 بأن "**يعبر المتلقي عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين**"

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري يسمح للمتلقي بالتعبير عن موافقته على زرع العضو في جسمه في أي شكل كان، غير أن اشتراط الشاهدين لا يمكن أن يدل إلا على وجوب التعبير عن هذه الموافقة في الشكل الكتابي، إذ لا بد من أن يوقع الشاهدين على وثيقة مكتوبة تثبت موافقة المريض على عملية الزرع، كما أنه لم يحدد الجهة المخولة بإحضار الشاهدين، وربما يرجع الأمر في ذلك إلى أنه يعتبر عملية الزرع تدخلا طبيا لصالح المريض المتلقي للعضو، وبالتالي فقد ترك لهذا الأخير حرية في احظار الشاهدين، علاوة على أنه يمكن أن يكون الشاهدين من الأطباء المتواجدين في المستشفى في حالة تعذر الحصول على شاهدين من قبل المريض.

أما بخصوص إثبات رضا المريض المتلقي، فقد جعلت معظم التشريعات الملزمة لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية عبء ذلك على عاتق الطبيب الجراح، والذي يمكنه مباشرة عملية زرع العضو المنقول في جسم المريض بناء على الحصول على موافقته المكتوبة.[2]

الفرع الثاني: عدم اشتراط كمال أهلية المتلقي للعضو البشري

خلافا لحالة المتبرع بالعضو البشري، الذي يشترط لنزع العضو منه كمال أهليته كقاعدة عامة، نظرا لكون عملية الاستئصال تعتبر عملا ضارا ضررا محضا بالنسبة إليه، فإن عملية الزرع تشكل عملا نافعا نفعا محضا بالنسبة للمريض المتلقي للعضو، ولذلك لا يشترط كمال

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص ص 213-214.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 115.

أهلية هذا الأخير لصحة الموافقة على عملية الزرع، إذ سمح المشرع بانتقال سلطة التعبير عن الموافقة على الزرع متى كان المنقول منه قاصرا إلى ممثله القانوني(أولا)، بل وأكثر من ذلك فقد أجاز عملية الزرع بدون الحصول على موافقة أي أحد، وذلك في حالة الاستعجال (ثانيا).

أولا: انتقال سلطة الموافقة على الزرع إلى الممثل القانوني للمتلقي

تعتمد صحة الموافقة على القدرات البدنية، والأهلية القانونية للمريض، ويواجه هذا الأخير مواقف متنوعة، نتيجة لانعدام أهليته أو نقصها، أو عدم مقدرته على التعبير عن الموافقة، بما يعيق ممارسته لإرادته[1]، وعليه وفي إطار النظام الحمائي الذي يقره القانون لهذه الفئات، سمح المشرع الجزائري بانتقال سلطة التعبير عن الموافقة على عملية الزرع، إلى الممثل القانوني للمريض، في حالات حددها على سبيل الحصر، ويتعلق الأمر بكل من الأشخاص الذين يتعذر عليهم التعبير عن الموافقة، الأشخاص عديمي الأهلية والقصر، وذلك ضمن الفقرات الثانية، الثالثة والرابعة من المادة 364 من قانون الصحة 18-11.

فقد قضى بموجب الفقرة الثانية من المادة 364 المشار إليها أعلاه، بإمكانية التعبير عن الموافقة الكتابية على عملية الزرع، من قبل أفراد أسرة المريض الذي تعذر عليه التعبير عن موافقته، والذين حددتهم المادة 362 من قانون الصحة الحالي، على سبيل الحصر والأولوية، في الأب، الأم، الزوج، الأبناء، الإخوة والأخوات، أو الممثل الشرعي، ولن نعيد في هذا الشوط من البحث النقد الذي تم توجيهه إلى هذا الترتيب، غير أننا نشير إلى أن المشرع الجزائري يشترط في الموافقة التي يبديها هؤلاء توافر شرطين مهمين هما: الكتابة، وبلوغ سن الرشد.

لا يمكن إلا أن نثمن شرط الكتابة، الذي جاء به نص هذه الفقرة، إذ من شأن الكتابة دائما أن توفر حماية قانونية للطرف الضعيف في التدخلات الطبية، أما بالنسبة لشرط البلوغ، فهو من سبيل التزييد، الذي لا فائدة منه، بل أنه يعارض ما جاء في الفقرة الثالثة الرابعة من

[1] Samira Lallouche, **l'exigence du consentement du patient à l'acte médical**, Op.cit. P 707.

المادة 364 سالفة الذكر، إذ لا يعقل أن يحرم القاصر من التعبير عن موافقته على الأعمال الطبية الماسة بجسمه، في حين يسمح له بتقديم هذه الموافقة إذا تعلق الأمر بالغير.

كما أن المشرع الجزائري لم يوضح المقصود بحالة التعذر، التي لا يمكن فيها للمريض التعبير عن موافقته، فهل تنتج هذه الحالة عن انعدام الوعي، أو عدم القدرة على النطق أو الحركة، أو بسبب تأزم الحالة النفسية للمريض؟ وعليه يمكن القول إن تحديد هذه الحالة مسألة موضوعية، تترك للسلطة التقديرية للقاضي، خاصة في ظل منع الطبيب من تعريض المريض لأي خطر، بمناسبة أي تدخل طبي يكون محلا له.[1]

أما الحالة الثانية التي يسمح فيها المشرع الجزائري بانتقال حق التعبير عن الموافقة على عملية زرع العضو إلى الممثل القانوني للمريض، فتتمثل في **حالة عدم أهلية هذا الأخير**، إذ عمل المشرع الوطني على نقل حق التعبير عن الموافقة على الزرع في هذه الحالة إلى الأب أو الأم أو الممثل الشرعي لعديم الأهلية.

ويعتبر الشخص عديم الأهلية، إما لكونه صبيا غير مميز، أو نتيجة لإصابته بجنون أو عته، وفي هذا الصدد تقضي المادة 42 من القانون المدني الجزائري بأن:" **لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز، لصغر في السن أوعته أو جنون، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة**". وبالتالي فإذا كان المريض المحتاج لزرع العضو صبيا غير مميز أو معتوها أو مجنونا، فإن حق التعبير عن الموافقة على الزرع ينتقل إلى الأب أو الأم في حالة عدم وجوده أو الممثل الشرعي لهؤلاء في حالة عدم وجود الأبوين معا.

وتتعلق الحالة الثالثة التي يسمح بموجبها المشرع الجزائري بانتقال حق التعبير عن الموافقة على زرع عضو بشري في جسم المريض بموجب الفقرة الرابعة من المادة 364 من قانون الصحة 18-11**بالقاصر**، إذ تجيز هذه الفقرة إعطاء الموافقة على الزرع من قبل الأب والأم على سبيل التخيير، أو الولي الشرعي في حالة غيابهما.

[1] زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص 338.

غير أن هذه الفقرة لم تميز بين القاصر المميز وغير المميز، وهو أمر يثير الاستغراب إذ أن القاصر، قد يكون عديم الأهلية، إذا لم يبلغ سن التمييز وهي 13 سنة، وبالتالي فنص هذه الفقرة ما هو إلا مجرد تكرار للفقرة السابقة، وقد يكون ناقص الأهلية، إذا بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن التمييز، طبقا لمقتضيات المادة 43 من القانون المدني الجزائري[1]، والذي يوقف القانون صحة تصرفاته على موافقة ممثله القانوني، إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر، والتي يندرج تحتها الموافقة على الخضوع لعملية الزرع، باعتبارها تتضمن قدرا من الاحتمالية.

وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن يجمع حالتي ناقص وعديم الأهلية تحت فقرة واحدة، يمنح بموجبها سلطة التعبير عن الموفقة على الزرع للممثل القانوني للمريض، والتي أقترح أن تكون كما يلي:" إذا كان المريض ناقص الأهلية أو عديمها، يمنح حق التعبير عن الموفقة على الزرع للأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب كل حالة".

ثانيا: حالة الاستعجال والاستغناء عن الحصول على الموافقة على الزرع

قد يحدث وأن يكون المريض في حاجة لزرع عضو بشري، في وقت يكون فيه فاقدا للقدرة على التعبير عن إرادته، رغم تمام أهليته القانونية، وذلك إما بسبب فقدان مؤقت لإدراكه، بسبب مرض أو حادث، يجعله في حال إغماء أو غيبوبة، وإما نتيجة للتخدير في عملية جراحية، فمن يملك في هذه الحالة حق الموافقة على علاجه، إذا تطلبت حالته زرع عضو له؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول **بإمكانية الاستغناء عن موافقة المريض**، كشرط لمباشرة التدخل الطبي الذي يكون جسم هذا الأخير محلا له، وذلك في حالة الضرورة، أو في

[1] تنص المادة 43 من ق. م. ج على أن:" **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون**".

حالة فقدانه للوعي، الذي يصعب معه الحصول على موافقة المريض، في حين تكون حياته مهددة بخطر جسيم، خاصة وأن الهدف من عملية الزرع هو إنقاذ حياته.[1]

في حين يرى فريق آخر، أنه يصعب تطبيق القواعد العامة للقانون الطبي في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، ذلك أن الحصول على موافقة المريض أو من ينوب عنه قانونا تعتبر قاعدة لا تقبل أي استثناء، علاوة على أن حالة الضرورة لا تصلح بحد ذاتها كأساس لإباحة التدخل الطبي المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية.[2]

وفي هذا الصدد يقضي المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 344 من قانون الصحة الجزائري بأنه:" **في حالات الاستعجال، أو في حالة مرض خطير أو معد، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة.**"

وبالرجوع إلى الفقرتين السادسة والسابعة من المادة 364 من قانون الصحة الجزائري، يؤكد المشرع الوطني على أنه:" **يمكن أن يمارس زرع الأعضاء، أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، عندما، ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي، الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته، وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته.**

ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة، وشاهدان اثنان."

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يأخذ بما ذهب إليه أنصار الفريق الأول، إذ سمح للأطباء بممارسة عملية الزرع، وتوفير قدر كاف من الرعاية الطبية، في حالة

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 119. ويرى البعض في هذه الصدد أن سلطة الطبيب في التدخل في حالة الاستعجال لا تنشأ من واجبه في أن يتدخل ليحقق مصلة المريض فقط لمصلحة المريض، ولكن أيضا لالتزامه بإغاثة الملهوف أو تقديم المساعدة لمن يتعرض لخطر، انظر: محمود ثابت الشاذلي، مرجع سابق، ص 363.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 127.

الاستعجال، التي تكون فيها حياة المريض مهددة بشكل خطير، دون الحصول على موافقة المريض أو ممثليه القانونيين[1]، غير أنه قيد ذلك بتوافر الشروط التالية:

1. توافر حالة الضرورة والاستعجال، التي لا تقبل أي تأخير في زرع العضو، والذي يمكن أن يفضي إلى موت المريض، في حالة عدم إخضاعه للعملية.
2. تعذر الاتصال بأفراد أسرة المريض، أو ممثليه الشرعيين.
3. اثبات حالة الاستعجال، وتعذر الاتصال بأسرة المريض أو ممثليه الشرعيين من قبل الطبيب رئيس المصلحة، وشهادة شاهدين.

والملاحظ في هذا الشأن وككل مرة أن المشرع الجزائري يشترط شهادة شاهدين دون أن يضيف على ذلك أي فكرة حول الشخص المكلف بإحضار الشاهدين أو كيفية تقديمهما للشهادة، غير أنه وبناء على حالة الاستعجال المذكورة أعلاه، يمكن القول إنه لا يمكن تصور إثبات هذه الحالة من غير الأطباء، إذ أن هؤلاء هم الأجدر بتقدير مدى خطورة الحالة الصحية للمريض[2].

[1] Samira Lallouche, **L'exigence du consentement du patient à l'acte médical**, op.cit. p 708.

[2] يصبح الطبيب الجراح في حالة الاستعجال ممثلا طبيعيا للمريض، إذا لم يستطع الاتصال وبوقت كاف بالحماة الطبيعيين حتى في حالة موافقة العائلة له ورفض التدخل الجراحي لما قد يصيب المريض من أضرار خطيرة جدا جراء العملية فمن ضمن الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب هو مساعدة المريض في حالة تصرفه لحالة خطرة توجب تدخل وعدم تدخل يشكل جريمة إذ أنه هو الذي يقدر حالة المريض ومدى مناسبة العملية لها، انظر بخصوص هذا الرأي: علي محسن تركي الشمري، **التعويض عن الأضرار الناتجة عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في العراق (دراسة مقارنة)**، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2020، ص 122.

المبحث الثاني: بيو أخلاقيات نزع الأعضاء البشرية من الموتى وزرعها في الأحياء

لجأ الأطباء الجراحون سدا للنقص الفادح الذي يشهده القطاع الصحي في مجال زرع الأعضاء البشرية نتيجة لعزوف الأحياء عن التبرع، خوفا مما قد تسفر عنه عملية الاستئصال من مضاعفات خطيرة على حياتهم، إلى الاعتماد على جثث الموتى حديثي الوفاة كمصدر خصب لما أسموه بقطع الغيار البشرية، نظرا لانعدام المخاطر التي تترتب عن عمليات الاستئصال، إذ يكون الشخص المستأصل منه جثة لا تحس ولا تتألم، وكذا لكثرة الأعضاء التي يمكن استئصالها من الجثة، وخاصة تلك الأعضاء الحيوية التي لا يمكن نزعها من الأشخاص الأحياء.

غير أن نزع الأعضاء من جثث الأموات تحسبا لزرعها في أجسام الأحياء مقيد بعدة قيود تهدف في مجملها إلى حماية حرمة الجثة الآدمية، وطالما تم الحديث عن البيو أخلاقيات العامة التي يشترط توافرها في جميع عمليات استئصال الأعضاء البشرية مهما كان مصدرها، فسيتم التركيز في هذا المبحث على اثنتين من البيو أخلاقيات التي يشترط مراعاتها في عمليات نقل الأعضاء البشرية من الجثث، ويتعلق الأمر بضرورة الاثبات الطبي والشرعي لوفاة المتبرع المحتمل **(المطلب الأول)** ثم الحصول على الموافقة التي يتطلبها القانون لمباشرة عملية الاستئصال من الجثة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الاثبات الطبي والشرعي لوفاة المتبرع المحتمل

لا يمكن للطبيب الجراح أن يعمل مشرطه في جثة الميت[1] من أجل استئصال أي عضو من أعضائها، بغية زرعه في جسم مريض محتاج إليه، إلا بعد أن يتأكد بما لا يدع

[1] تشير كلمة " جثة " في اللغة الفرنسية "cadavre " إلى الجسد الميت، خاصة عند الحديث عن الإنسان، ويمكن أن تشير أيضا إلى الجسم الذي لم يعد حيا، والذي يمكن أن يكون جسد إنسان أو حيوان، أما في اللغة القانونية، فيشير مصطلح "الجثة" إلى الجسد البشري المحروم من الحياة، وعليه فلا يمكن القول بوجود فرق لمعنى الجثة بين لغة الواقع ولغة القانون.
Voir en ce sens : Jordy Bony, **Le statut juridique du cadavre humain** : Approches Comparatives, thèse de doctorat en droit prive, faculté de droit Julie-victoire Daubie, université Lumiere Lyon 2, 2023, p 34.

مجالا للشك من وفاة صاحبها[1]، لأن أي خطأ في تشخيص وفاة الإنسان سيؤدى حتما إلى إنهاء حياته[2]، إذ أن لحظة وفاة الشخص moment of death هي الحد الفاصل بين الحياة والموت، وهي الفيصل في مشروعية عملية الاستئصال من الجثث.

وتطرح لحظة الوفاة باعتبارها نقطة البداية بخصوص نزع الأعضاء البشرية من الجثث عديد الإشكالات القانونية، وعلى وجه الخصوص مدى اعتبار هذه اللحظة مسألة قانونية أم طبية **(الفرع الأول)**، وكذا المعايير المعتمدة لتحديد هذه اللحظة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المعالجة القانونية للحظة الوفاة:

رغم بديهية مفهوم الوفاة[3] في الأوساط الشعبية، إلا أن تحديد لحظة وقوعها ليس بذات السهولة في الأوساط الطبية والقانونية، إذ يعتبر تحديد هذه اللحظة من بين المسائل التي أثارت الكثير من الجدل، ففي حين يرى البعض أن مسألة تحديد لحظة وفاة الإنسان من اختصاص الأطباء **(أولا)** يرى آخرون أن لحظة الوفاة مسألة قانونية، يترك أمر تحديدها للمشرع **(ثانيا)**.

[1] في طب زراعة الأعضاء يعد تشخيص الوفاة شرطا أساسيا وأوليا لنزع الأعضاء بعد الوفاة، ذلك أن تشخيص الوفاة له أهمية أخلاقية وقانونية، باعتباره يضمن معاملة الأحياء كأحياء، والأموات كأموات، وهو ما يتطلب من ناحية أولى وجود معيار واضح وموثوق به لإثبات حدوث الوفاة، ومن ناحية أخرى طريقة موثوقة لإثبات الوفاة.
Howald fosco Biberstein, Bale, **Diagnostic de la mort en vue de la transplantation d'organes et préparation du prélèvement d'organes,** Directive medico-ethiques, Académie suisse des sciences médicales, 2017,p 05, disponible sur: www.assm.ch, consulte le 05-02-2025 à 20:37.

[2] زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص 367.

[3] يرى بعض الفقهاء أنه من الأفضل و الأدق استعمال لفظ الموت بدلا عن الوفاة، إذ أن هذه الأخيرة قد تحدث عند نوم الإنسان، مصداقا لقول المولى عز وجل في الآية 42 من سورة الزمر:" الله يتوفى الأنفس حين موتها، والتي لم تمت في منامها، فيمسك التي قضى عليها الموت، ويرسل الأخرى إلى أجل مسمى، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"، إذ أن الوفاة تتعلق بالأنفس أو الأرواح، وأنها أمر يحصل عند الموت وعند غيره، أما الموت فمسألة تخص الجسم، وتترتب عن توقف جميع الأجهزة الأساسية للإنسان، وهي الجهاز التنفسي، الطورة الدوية والجهاز العصبي، انظر: حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 110.

أولا: تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تحديد لحظة وفاة الشخص مسألة فنية بحتة، من اختصاص الأطباء، إذ يعتبر هؤلاء دون غيرهم مسؤولين عن إعلان وفاة الشخص، وما على رجال القانون إلا الاطمئنان على الضمير الحي لزملائهم الأطباء، ضف إلى ذلك أن الوفاة مسألة بيولوجية فنية، ينفرد الطبيب بتقديرها[1]، بناء على علمه بالشؤون الطبية، وهذه الأخيرة في تغير دائم، إذ قد يثبت التقدم الطبي سببا جديدا للوفاة، خلافا لمعياري توقف القلب والتنفس عن العمل، أو موت خلايا المخ واضمحلالها، وهذا ما يتنافى والتعريف القانوني، الذي يتسم بنوع من الاستقرار.[2]

وعليه، فإن أي تعريف قانوني للموت، لا بد وأن يكون محلا للتعديلات التشريعية، حتى يتوائم والتقدم العلمي المتسارع، وأنه في الحالة التي تعرض فيها على القضاء مسألة لها جانبان: طبي وقانوني، يترك القاضي الجانب الطبي من هذه المسألة للخبرة الطبية، ويستعين برأي الأطباء للوصول إلى تطبيقات للجانب القانوني، مما يدل على أن هذه الرأي لا يبعد القانون جانبا، بل يرى أنه رغم عدم تقديم القانون لتعريف للموت، إلا أنه يسهم في إرساء بعض القواعد، التي تسهل مهمة الأطباء، والمسؤوليات الملقاة على عاتقهم، عن طريق إصدار الأنظمة من الجهات الطبية المعنية.[3]

ويصل مؤيدو هذا الاتجاه إلى نتيجة مفادها عدم جواز اصدار تشريع لتعريف الوفاة، والاكتفاء بإصدار لوائح من الجهات الطبية المختصة، تشمل جملة من المعايير التي يتعين على الأطباء الاسترشاد بها في سبيل التأكد من الوفاة، وترمي هذه المعايير إلى ضمان طمأنة المرضى من ناحية، وحماية الأطباء من ناحية أخرى، من خلال منح الطبيب قدرا من الحرية في إثبات الوفاة، باعتبار أن هذه الأخيرة مسألة طبية أصلا، غير أن خطورتها تجعل من الطبيب نفسه يلجأ إلى القانون من أجل استصدار بعض القواعد السلوكية، التي يسترشد بها

[1] خليدة مشكور، مرجع سابق، ص 74.

[2] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 369.

[3] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 280.

عند تحديد الوفاة، مع تمتعه بحرية التأكد من هذه الواقعة، طبقا لما استقرت عليه الأساليب العلمية الحديثة.[1]

وقد اعتنق هذا الاتجاه العديد من التشريعات، والتي التزمت الصمت بخصوص تحديد لحظة الوفاة، وجاءت قوانينها خالية من أي تعريف لها[2]، واعتبرتها مسألة طبية، على غرار: التشريع المصري، الأردني. الفرنسي، والتشريع الجزائري.

لم يتبنى **المشرع المصري**، من خلال قانون رقم 5 لسنة 2010 معيارا محددا للحظة الوفاة، وانما اكتفى بالنص بموجب المادة الرابعة عشرة منه على أن إثبات الموت لا يكون إلا بموجب قرار صادر بالإجماع عن لجنة ثلاثية، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وتتكون من أطباء مختصين في أمراض وجراحة المخ والأعصاب، أمراض وجراحة القلب والأوعية الدموية، التخدير أو الرعاية المركزة.

كما لم يجز **المشرع الأردني** من خلال المادة الثامنة من القانون رقم 23 لسنة 1977، والخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، فتح الجثة لأي غرض من الأغراض إلا بعد التأكد من الوفاة بموجب تقرير طبي، وألا يكون الطبيب الذي أثبت الوفاة هو الطبيب الذي سيقوم بعملية نزع الأعضاء من الجثة.[3]

أما في فرنسا، فقد صدر لأول مرة المرسوم 1041-96 المؤرخ في 02-12-1996 والمحدد لشروط التحقق من الوفاة، قبل القيام باستئصال الأعضاء البشرية لأغراض علاجية أو علمية[4]، خاليا من أي تعريف للوفاة، في حين اعتبر هذا المرسوم أن الوفاة لا تتحقق إلا بتوافر معايير ثلاث، حددتها المادة R 671-7-1، تتمثل في الغياب التام والكامل عن

---

[1] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 325.

[2] ياسين جبيري، **حالة الوفاة والإنعاش الصناعي بين الشريعة والقانون**، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد 05، العدد 01، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، الأغواط، الجزائر، 2021، ص 119.

[3] عبد النور سايب **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 158.

[4] Décret n°96-1041 du 2 décembre 1996 **relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique**, J.O.R.F, N 282, du 04 décembre 1996, p 396.

الوعي، انعدام الحركة التلقائية للجسم، توقف كافة ردود أفعال جذع المخ، إضافة إلى غياب التنفس التلقائي.[1]

علاوة على ذلك اشترطت المادة R 671-7-2 من نفس المرسوم، وجوب اللجوء لإثبات الطابع غير القابل للعلاج لتدمير الدماغ إلى: إجراء تخطيط دماغي كهربائي (EEG) غير فعال وغير مستجيب يتم مرتين بفارق زمني لا يقل عن أربع ساعات، مع استخدام أقصى تضخيم ومدة تسجيل تصل إلى ثلاثين دقيقة، ويجب أن يتم توثيق النتيجة فورًا من قبل الطبيب الذي يفسرها، علاوة على إجراء تصوير بالأوعية (angiographie) يثبت توقف الدورة الدموية الدماغية، ويجب أن يتم توثيق النتيجة فورًا من قبل أخصائي الأشعة الذي يفسرها.[2] وفي حالة غياب التروية الدموية للدماغ، يتم تحديد الموت، ومن ثم يمكن إجراء عملية أخذ الأعضاء[3].

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي قد أخذ بمعيار الموت الدماغي، كأساس للحكم بوفاة الشخص، غير أن الأخذ بمفهوم الموت الدماغي في فرنسا بموجب هذه المرسوم، لم يلبي الطلب المتزايد على الأعضاء البشرية، خاصة في ظل تراجع حوادث المرور[4]، وما كانت

[1] **Art. R671-7-2**, dispose que : Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : 1. Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2. Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3. Absence totale de ventilation spontanée".

[2] **Art. R671-7-2**, dispose que : Si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie.

De plus, en complément des trois critères cliniques mentionnés à l'article R. 671-7-1, il doit être recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique :

1° Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat doit être immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation ;

2° Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat doit être immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation".

[3] Jacques Belghiti, **L'organisation des prélèvements d'organes en France, repères juridiques et éthiques**, Revue éthique, n 4, France, 2010, p 23.

[4] إن تطبيق تدابير فعّالة للوقاية من الحوادث المرورية يساعد في تقليل عدد الأشخاص الذين يموتون في هذه الظروف، وهو أمر إيجابي للغاية. ولكن هذا يؤدي في الوقت نفسه إلى تقليل عدد الأشخاص الذين قد يكونون مؤهلين للتبرع بأعضائهم=

تخلفه من الموتى دماغيا، وهو ما أدى إلى إصدار المرسوم رقم 2005-949، المؤرخ في 2005-08-02[1]، والذي يتعلق بالشروط التي يمكن بموجبها استئصال الأعضاء والأنسجة والخلايا ليس فقط من الأشخاص في حالة موت دماغي، ولكن أيضًا من الأشخاص الذين تم التعرف عليهم على أنهم موتى بسبب توقف القلب غير القابل للإنعاش[2]، وهي الفئات المذكورة في القسم الأول، الثاني والرابع من التصنيف الدولي **Maastricht**، وهي الفئات التي توفيت نتيجة توقف القلب، بسبب حادث، مرض أو انتحار، وذلك دون الفئة المذكورة في القسم الثالث منه، والذين توقف قلبهم نتيجة توقف العلاج[3].

وقد كلف هذا المرسوم وكالة الطب الحيوي بتحديد البروتوكولات الواجب اتباعها في تحديد الوفاة[4]، واستئصال الأعضاء من شخص متوفى، يعاني من توقف القلب والتنفس المستمرين.

= من الواضح أنه من غير المعقول تفضيل الحفاظ على عدد ثابت من الأشخاص الذين يمكن أخذ الأعضاء منهم بدلاً من تقليل عدد الوفيات العنيفة على الطرق.

Voir : Juliette Domin Butet, **Réflexion sur le consentement au don d'organe post-mortem en France. Ce mode de consentement est-il le plus pertinent ?** Mémoire M1, Santé publique et épidémiologie. Université de Caen Normandie, France, 2021.p 08.

[1] Décret n° 2005-949 du 2 août 2005 relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique, JORF, N 182 du 06-08-2005, P 12898. Disponible sur : www.legifrance.gouv.fr.

[2] Jean-Michel Boles, **Les prélèvements d'organes à cœur arrêté**, revue études, vol 12, N 4096, France, 2008, p p 619-620, voir aussi : Jacques Belghiti, op.cit. p 28.

[3] S. BELOUCIF, S, **Éthique et prélèvements d'organes,** Revue Urgences, **v 17, n 04,** Société Française de Médecine d'Urgence (SFMU), France, 2007. p 116, Caroline Guibet et Louis Puubasset, **Décider la mort et prélever les organes : la question de l'extension des conditions du prélèvement d'organes**, revue international d'éthique sociétale et gouvernementale 13, N 1, France, 2011. P 242, Pauline MARTIN, **La place du médecin généraliste dans le processus de don d'organes en France : revue systématique de la littérature,** thèse présentée pour le diplôme de docteur en médecine, Faculté de médecine de STRASBOURG, Université de STRASBOURG, France, 2021, p 54.

[4] يجب أن يكون الوقت الإجمالي بين توقف القلب الأولي وتبريد الأعضاء أقل من 120 دقيقة، وبين التبريد والاستئصال الفعلي في غرفة العمليات أقل من 180 دقيقة، بحيث لا يتجاوز إجمالي الوقت 300 دقيقة. تم اعتماد هذا البروتوكول، الذي يشمل الأشخاص الذين تتراوح أعمارهم بين 18 و55 عامًا، من قبل تسعة مستشفيات طوعية في عام 2006. وفي عام 2007، قامت هذه المراكز التسعة بإجراء 43 عملية زراعة كلى من متبرعين توقف قلبهم، مع "نتائج مرضية جدًا" وفقًا لوكالة الطب الحيوي.

Pour plus de détails, voir : Jean-Michel Boles, op. Cit, p 622.

وقد نددت جمعية الإنعاش الفرنسية بإخضاع جثة أي شخص تتراوح أعمارهم بين 18 و55 عامًا، في حالة توقف القلب غير القابل للإنعاش، معتبرة أن إدخال هذه التقنية يعد بداية للانخراط في "تأميم" الأجساد، وتحول في الطب والمجتمع نحو منطق=

فصدر قراران في نفس اليوم، أحدهما يحدد قائمة الأعضاء (الكلى والكبد) [1]، والآخر يحدد (الأنسجة، الجلد، العظام، الأنسجة الرخوة من الجهاز الحركي، القرنية، الصمامات القلبية، الشرايين والأوردة) [2]، التي يمكن استئصالها من المتبرعين الذين توقف قلبهم[3].

أما بالرجوع إلى **القانون الجزائري**، فقد اعتبر **قانون الحالة المدنية**[4] لحظة الوفاة واقعة قانونية[5]، وألزم بالإبلاغ[6] عنها خلال 24 ساعة من حدوثها[7]، وأكد بموجب المادة 78على عدم إمكانية منح الترخيص بالدفن إلا بعد تقديم شهادة الوفاة، المعدة من قبل الطبيب، أو من طرف ضابط الشرطة القضائية، المكلف بالتحقيق في واقعة الوفاة[8]، وبهذا يتضح أن قانون الحالة المدنية الجزائري قد اعتبر الوفاة مسألة فنية، من اختصاص الأطباء، دون أن يقدم تعريفا لها، أو يحدد معايير التحقق من حدوثها.

= نفعي للجسد البشري يعيد النظر في كرامة الإنسان. في هذا السياق، يصبح الجسد "كائنًا اجتماعيًا" يتم توظيفه من قبل المجتمع باسم احتياجات الصحة العامة، ويفقد مكانته كحامل للإنسان، متجاهلًا معانيه الأنثروبولوجية والثقافية.

Jean-Michel Boles, op.cit. p 621.

[1] Arrête du 02-08-2005, fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF, N 182 du 06-08- 2005, p 12901.

[2] Arrête du 02-08-2005, fixant la liste des tissus et des cellules pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF, N 182 du 06-08- 2005, p 12902.

[3] Jean-Michel Boles, op.cit. p 620.

[4] أمر رقم 70–20، مؤرخ في 19–02–1970، متعلق بالحالة المدنية، ج. ر. ج. ج، عدد 21، صادر في 27–02–1970، معدل ومتمم.

[5] عبد الستار مزياني، المرجع السابق، ص 185.

[6] تنص الفقرة الأولى من **المادة 79 من ق. ح. م. ج** على أنه:" يقرر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية، التابع للبلدية التي وقعت فيها الوفاة، بناء على تصريح من أحد أقرباء المتوفى، أو تصريح شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها، وعلى الوجه الأكمل بقدر الإمكان"، أما في حالة حدوث الوفاة في المستشفى، فيجب على مسيري هذا الأخير طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 81 من نفس القانون، إخطار ضابط الحالة المدنية أو من يقوم مقامه بذلك، خلال 24 ساعة من حدوث الوفاة.

[7] **تنص المادة 26 من القانون المدني الجزائري:**" تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة، وإذا لم يوجد هذه الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الاثبات بأية طريقة، حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية".

[8] **تنص المادة 78 من ق. ح. م. ج** على أنه:" لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية، مكتوب على ورقة عادية، ودون نفقة، ولا يمكن أن يتم الترخيص دون تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب، أو قبل ضابط الشرطة القضائية، الذي كلفه بالتحقيق في الوفاة".

وبالرجوع إلى **قانون الصحة 11-18**، وبالضبط في الفقرة الأولى من المادة 362 منه، نجد أن المشرع الجزائري قد قضى بأنه:" لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفيين، بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة، وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة..."

بناء على هذا النص يمكن تقديم القراءة التالية:

- ❖ إن تنظيم المشرع الجزائري للحظة الوفاة، بمناسبة جواز نزع الأعضاء من الجثث قد جاء بصفة سريعة ومقتضبة، وهو ما يجعلنا نتساءل عن كيف يمكن ألا تحظى لحظة الوفاة باعتبارها نقطة البداية في مشروعية نزع الأعضاء البشرية من الجثث، تحسبا لزرعها، بحقها من التنظيم القانوني المحكم؟
- ❖ لا يجيز المشرع الجزائري نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى إلا بعد التثبت من وفاة المتبرع المحتمل، ذلك أن القيام بعملية الاستئصال قبل الوفاة تعتبر تعديا على حق الشخص في الحياة، ويشكل جريمة معاقبا عليها بموجب القانون.[1]
- ❖ لم يقدم المشرع الجزائري أي تعريف للوفاة، ولم يشر إلى المعيار المتبع لتحديد لحظة وقوعها، وإنما اكتفى فقط بإحالة أمر التأكد من الوفاة للأطباء، طبقا للأصول الطبية المتعارف عليها في ميدان الطب، وذلك وفقا لمعايير يحددها الوزير المكلف بالصحة.
- ❖ يمنع المشرع الجزائري على الأطباء القائمين بعمليتي نزع الأعضاء من الأموات وزرعها في الأحياء كشف هوية المتبرع الميت للمتلقي وهوية هذا الأخير لأسرة المتبرع، طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 363 من قانون الصحة 18-11، ولعل مرد هذا الحكم

---

[1] يقول البروفيسور عمر بودهان، أخصائي التخدير والإنعاش بالمركز الاستشفائي الجامعي بقسنطينة: لا يمكن إجراء سحب الأعضاء إلا عندما تكون ثلاث استمارات إدارية مكتملة وموقعة من قبل الأطباء في اللجنة الطبية من أجل المحضر الخاص بتقرير الوفاة، ومن قبل الوصي القانوني من أجل إذن سحب الأعضاء، ويجب أن يتم ذلك في مؤسسة معتمدة بموجب القرار الوزاري رقم 30 بتاريخ 2 أكتوبر 2002 الذي يحدد تصريحًا لبعض المؤسسات الصحية بإجراء سحب الأعضاء أو زراعتها. بعد موافقة المدير، يتم تسليم نسخة من المحضر الخاص بتقرير الوفاة الدماغية له مع شهادة الوفاة.

Voir : Omar Boudehane, Op.cit. p p 27-28.

هو الحفاظ على الطابع الإنساني لعملية التبرع ومحاولة الحيلولة دون تجارة الأعضاء البشرية، وفي سبيل ذلك يقضي بموجب المادة 365 من نفس القانون بحصرية منح الأعضاء المنزوعة من الأموات للمرضى المسجلين في قوائم الانتظار طبقا لمبادئ الانصاف.

- إن استعمال المشرع الجزائري لعبارة: " **وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة**" يجعلنا نتساءل في ظل صيغة المضارع: "**يحددها**" عن ماهية المعيار المعتمد في تحديد لحظة الوفاة، إذ لم يصدر لحد كتابة هذه الأسطر أي نص تنظيمي جديد، يحدد معايير الحكم بوفاة الشخص، إلا أنه بالعودة إلى المادة 449 من قانون الصحة الحالي رقم 18-11 نجد أن المشرع الجزائري قد قضى بأن النصوص التنظيمية للقانون 85-05 تبقى سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التنظيمية للقانون الحالي[1].

وعليه، كان لزاما علينا الرجوع إلى القرار الوزاري، الذي أصدره وزير الصحة السابق "عبد الحميد أبركان"، تحت رقم:" 34"، بتاريخ 19-11-2002[2]، والذي حدد بموجب المادة الثانية منه المعايير العلمية، التي تسمح بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، لغرض نزع وزرع الأعضاء البشرية، كما يلي:

- الانعدام التام للوعي، والنشاط الحركي العفوي.
- انعدام جميع ردود الفعل من جذع الدماغ، أو غياب النشاط العضوي الدماغي.
- الانعدام التام للتهوية العفوية الطبيعية، ومراقبة ذلك والتأكد منه عن طريق اختبار "hypercapnie".
- التأكد من موت خلايا المخ، باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين، ينجزه طبيبان مختلفان".

[1] تنص المادة 449 من قانون الصحة 18-11 المعدل والمتمم على أنه:" **تلغى أحكام القانون 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، غير أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون**".

[2] Arrêté n 34 du 19 novembre 2002, fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organes et des tissus. (Non publiée).

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعتمد معيار الموت الدماغي للقول بوفاة الشخص، في حالة ما إذا كان مرشحا لنزع الأعضاء، ذلك أن المعايير التي جاءت فيه هي نفس المعايير التي يعتمدها الأطباء للقول بالموت الدماغي للإنسان كأساس حديث لتحديد لحظة الوفاة، خاصة وأنه لا يوجد من بين هذه المعايير ما يدل على توقف القلب أو الدورة الدموية.

وما يؤكد هذه الفرضية هو نص الفقرة الخامسة من المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 12-165 المؤرخ في 05-04-2012، والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، والتي قضت بتخويل هذه الوكالة مهمة تقييم النتائج المختلفة للزرع، ومتابعة تطور الحالة الصحية، لمستقبلي الزرع من خلال متبرعين في حالة موت دماغي....".[1]

علاوة على ما سبق يطرح التساؤل حول محل اللجنة الطبية الموكل لها مهمة التحقق من للوفاة، والتي استحدثت بموجب الفقرة الأولى من المادة 164 من تعديل قانون الصحة الملغى، إذ لم ترد في قانون الصحة الحالي أي إشارة إلى وجود هذه اللجنة أو لجنة طبية أخرى مماثلة؟ فهل يعقل مثلا أن تكون نفس لجنة الخبراء، الموكل لها مهمة الترخيص بنزع الأعضاء، والمنصوص عليها في المادة 360 من قانون الصحة 18-11؟

الأدهى من كل ما سبق أن المشرع الجزائري، وبموجب القانون 18-11 المعدل والمتمم قد ألغى اللجنة الطبية، الموكل لها أمر تحديد لحظة الوفاة، وأسند هذه المهمة لطبيب واحد فقط، وبذلك بموجب الفقرة الثانية من **المادة 363 من هذا القانون**[2]، والذي اشترط فيه ألا يكون من ضمن الفريق الطبي الموكل له مهمة زرع العضو في جسم المريض المتلقي، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تخلى عن ضمانة كبيرة من الضمانات التي قد تبعث الارتياح والطمأنينة

[1] وليد ميرة، **تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021، ص 1350.

[2] تنص الفقرة الثانية من المادة 363 من القانون 18-11 على أنه:" **يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع**".

لدى المتبرع أو عائلته، ذلك أن تحقق طبيب واحد من موت الشخص ليس كقيام لجنة طبية كاملة بذلك.

❖ ينبغي الإشارة في الأخير إلى أن مصطلح "**المعاينة الطبية والشرعية للوفاة**"، الذي تضمنته المادة 362 سالفة الذكر، مصطلح فضفاض، ولم يقع في محله، إذ أن معاينة الشيء تعني رؤيته بالعين، ومشاهدته، أو التحقق منه شخصيا، وعليه فالأولى العودة إلى مصطلح "**الإثبات الطبي والشرعي للوفاة**"، والذي كان معتمدا في قانون الصحة الملغى، ذلك أن إثبات وفاة الشخص هي مربط الفرس في هذا الشأن، باعتبارها أساسا يجيز نزع الأعضاء من الجثة، بتوافر ضابط الموافقة، وليس مجرد معاينة الوفاة لوحدها.

ثانيا: تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية، لذا ينادون بضرورة صدور تشريع يتم بمقتضاه تعريف الموت، وتحديد المعايير المتبعة في إثباتها، خاصة في ظل التسارع العلمي الذي عرفه ميدان الطب، منذ قيام الطبيب الفرنسي "كلود برنارد" بأول عملية لنقل القلب من جثة شخص متوفى دماغيا، وهو ما أفضى إلى ثورة في هذه المجال، تسابق فيها الأطباء إلى القيام بمحاولة زرع ما يمكن من الأعضاء، لذا كان من اللازم كبح جماح الأطباء في محاولتهم لتحقيق السبق العلمي على حساب أرواح البشر.[1]

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم على الحجج التالية:

❖ ترتبط الوفاة بالعديد من الحقوق الأساسية للإنسان لا سيما حقه في الحياة، وعليه من الأولى عدم ترك مهمة تحديد لحظة الوفاة في أيدي الأطباء تبعا لكل حالة، إذ قد تختلف مواقف الأطباء، مما يؤدي إلى اتخاذ قرار خاطئ، قد يودي بحياة الإنسان، والتي لا تعوض بعد انتهائها أيا كان التقدم العلمي الذي يعرفه الطب الحديث.[2]

[1] فضيلة اسمي قاوة، المرجع السابق، ص 137.

[2] دينا عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ص 582.

- ❖ طالما أن الوفاة تتعلق بالشخصية القانونية للفرد، والتي يمنحها له القانون، وتعد مصدرا للحقوق التي يتمتع بها، فلا ينبغي أن يخضع الحكم بالوفاة لمعايير شخصية، ينفرد بها الأطباء دون مشاركة القانون في وضعها.[1]
- ❖ يهدف التعريف القانوني للوفاة إلى كبح جماح الأطباء والجراحين، والحد من شهوتهم، إذ قد يكون للطبيب مصلحة في نزع العضو ونقله، خدمة لانتصار علمي شخصي، فيسرع إلى إعلان الوفاة، دون التيقن من موت الشخص، لذا لا بد من تدخل المشرع لتنظيم هذه المهمة.[2]
- ❖ يترتب على المعالجة التشريعية لمفهوم الوفاة، تحديد كل الآثار القانونية، التي قد تترتب عن هذه الواقعة[3]، وبالتالي توفير حماية لائقة للجثة، وتحديد التصرفات التي يمكن أن تكون محلا لها. [4]
- ❖ يضمن التعريف القانوني للوفاة حماية قانونية كافية للطبيب، إذ يظل هذا الأخير بعيدا عن المساءلة القانونية، طالما اعتمد على المعايير القانونية، التي وضعها المشرع عند تشخيصه للوفاة، كما أن من شأن وضع تعريف قانوني للوفاة طمأنة الأشخاص، والتأكيد بأن الوفاة وقعت طبقا للقانون، ومن ثم نسف فكرة الخوف من النزع غير المشروع للأعضاء.[5]
- ❖ إن تنظيم مسألة الوفاة بلوائح آداب مهنة الطب قد لا يحظى بالقبول من طرف الرأي العام، إذ أن مثل هذه اللوائح يلقى قبولا من الأطباء دون غيرهم، وطالما أن الوفاة مسألة تخص الجماعة فقد بات من الواجب مناقشتها من قبل البرلمان، الذي يمثل العامة، من أجل إصدار تشريع قانوني ينظمها.[6]

---

[1] هجيرة غمراسي، المرجع السابق، ص ص 96-97.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 369.

[3] يترتب على الموت أو الوفاة، عدة آثار قانونية، منها: انتهاء الشخصية القانونية للإنسان، انتقال الحقوق المالية للمتوفى إلى ورثته، انتهاء قدرة الشخص على التملك والمعاملات المالية، زوال القدرة على تحمل الالتزامات بكافة أنواعها، انتقال أملاك الميت إلى ورثته وتقسيم التركة، بداية فترة العدة للأرامل. انظر: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 361.

[4] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 157.

[5] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 182.

[6] فضيلة اسمي قاوة، المرجع السابق، ص 138، انظر أيضا: سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 279.

بناء على ما سبق يمكن القول بأنه من الصعوبة بمكان ترجيح رأي على آخر، ومنه فمن الأولى أن يترك تحديد لحظة الوفاة في يد الأطباء، باعتبار أن هذه اللحظة مسألة فنية وواقعة بيولوجية، يستأثر بمعرفتها أهل الاختصاص، تبعا لأخر المستجدات التي يعرفها ميدان الطب، على أن يضع المشرع من اللوائح ما يحدد الحد الأدنى من المعايير، التي يمكن الاستهداء به في سبيل معرفة لحظة الوفاة، وبالتالي التوفيق بين ممارسة الأطباء للعمل الفني المنوط بهم وفقا لما اكتسبوه من مهارات ومعارف طبية، على أن يكون ذلك على ضوء المعايير التي يحددها التشريع، حتى لا يحيد هؤلاء عن نطاق المشروعية، التي يكفلها المشرع، ضمانا لأرواح الأشخاص وسلامتهم الجسدية.

الفرع الثاني: المعايير الطبية لتحديد لحظة الوفاة

تعتبر لحظة الوفاة علاوة على كونها حقيقة روحية [1]وواقعة قانونية، ظاهرة بيولوجية، يعنى الأطباء بضبط معايير تحققها، ولم تكن لحظة الوفاة تثير من الإشكالات القانونية ما

[11] رغم كثرة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، التي تضمنت كلمة الموت، إلا أن الفقهاء القدامى لم يقدموا تعريفا لها، إلا أنهم أجمعوا على أنه خروج الروح من جسم الإنسان، وأن هذه الأخيرة هي من أمر الله، وبالتالي فقد اقتصرت كتاباتهم على وصف بعض المظاهر الخارجية له، كتوقف نبض القلب والتنفس، برودة الجسم وارتخاء عضلاته، وفقدان بريق العينين، وفي هذا الصدد يشير ابن قدامة رحمه الله إلى أن الاشتباه في موت الشخص يفصل فيه ظهور علامات الموت عليه، كاسترخاء الرجلين، انفصال الكفين، ميل الأنف، انخساف الصدغين، وامتداد جلدة الوجه، انظر في هذا الصدد: نصر الدين سمار، **ملاحظات حول التنظيم القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية وفق قانون حماية الصحة وترقيتها**، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 02، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تيسة، الجزائر، 2008، ص 93، ، انظر: علي محمد بيومي، مرجع سابق، ص 86، ،انظر أيضا: أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 97، أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا بشأن المعيار المعتمد في تحديد لحظة الوفاة، إذ يرى **جمهور الفقهاء**، وعلى رأسهم الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، الشيخ عبد العزيز بن باز، محمد سعيد رمضان البوطي، أن **موت المخ لا يدل لوحده على زوال الحياة**، وأن استمرار نبض القلب والتنفس يعد دليلا على الحياة، حتى وإن دلت الأجهزة الطبية على موت خلايا المخ، فالإنسان لا يعد ميتا بتوقف الحياة في بعض أجزائه، بل لا بد من تحقق موته كليا، انظر: بشير علي علي المصري، المرجع السابق، ص ص 244-245، في حين **اعتنق جانب آخر من الفقهاء والمجامع الفقهية معيار موت المخ** كدليل لموت الإنسان، آخذين بما وصل إليه الطب الحديث، انطلاقا من قول الله عز وجل في الآية 43 من سورة النحل:" فسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"، إذ ذهب بعض الأئمة والفقهاء، كالشيخ يوسف القرضاوي، والشيخ محمد نعيم ياسين، وعضدهم في ذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1986، إلى اعتبار موت المخ معيارا لوفاة الإنسان، والذي قضى بأنه:" **يعتبر شرعا أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين: إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تما، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه. إذا تعطلت=**

تثيره اليوم، إذ اعتمد الطب سابقا على موت القلب، وتوقف الدورة الدموية لدى الإنسان للقول بوفاته **(أولا)**غير أن ظهور التقنيات الطبية الحديثة، أثبت عجز هذا المعيار، وساهم في ظهور معيار آخر حديث يقوم على موت خلايا المخ **(ثانيا)**.

أولا: معيار الموت الإكلينيكي: معيار تقليدي

تتحقق الوفاة وفقا للمعيار التقليدي[1] باعتبارها حادثا فجائيا **"instant event"**، يؤثر على جميع أجزاء الجسم في وقت واحد، باختفاء المظاهر الخارجية للحياة، من خلال التوقف النهائي لعمل القلب والرئتين، نتيجة لحرمان أنسجة وأعضاء الجسم من الغذاء اللازم[2]، إذ تتوقف جميع العمليات الحيوية للجسم، بمجرد توقف عمل الدورة الدموية والجهاز التنفسي.[3] ويصير الجسد الآدمي الذي كان ينبض بالحياة جثة لا حراك فيها. وبالتالي فالوفاة الحقيقية لا تتحقق إلا بتوقف جميع الأعضاء الحيوية للإنسان عن أداء وظائفها.[4]

وقد كان يستدل على وفاة الشخص، إضافة إلى توقف نبضات القلب، والتنفس، على علامات إضافية، منها[5]:

=جميع وظائف دماغه تعطلا= نهائيا، وحكن الأطباء الاختصاصيون بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل، وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة". العربي بلحاج، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، مرجع سابق، ص 275.

[1] يتم تحديد موت الشخص في الحالات العادية، التي لا محل فيها لعملية نزع الأعضاء البشرية من الجثث إلى يومنا هذا اليوم، في وحدات العناية المركزة، بمراقبة ضربات القلب: عندما يظهر الرقم صفر، المصاحب لرسم قلب كهربائي مستو، يعني ذلك أن المريض فقد النشاط الكهربائي للقلب وبالتالي فقد النشاط القلبي الدوري، إذ لا يزال هذا التعريف القلبي التنفسي للموت هو المعترف به بشكل عام في المجتمع، وهو راسخ بقوة في الوعي الجماعي: فالجثة النموذجية لدى الأطباء تكون رمادية وباردة، خالية من أي نفس حيوي.

Voir : Nicolas-Robin, Armelle. Op.cit. p 40.

[2] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 175.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 389.

[4] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية** ، مرجع سابق، ص 334.

[5] حميدة دعاس ووردة بوقطوشة، **مشكلة تحديد لحظة الوفاة وعلاقتها بالموت الدماغي**، مجلة حوليات، المجلد31، العدد5، جامعة الجزائر1، 2017، ص320

1. ارتخاء عضلات الجثة، وعدم استجابتها لأي مؤثر حسي، وبروز حدقة العين.
2. تغير لون الجثة، وزرقة الأجزاء العلوية منها، نتيجة لتوقف عمل الدورة الدموية.
3. تيبس عضلات الجفنين، والفك السفلي، ثم الوجه والعنق والذراعين...إلخ.
4. تحلل أنسجة الجسم، وخاصة الأحشاء، وتعفنها.

وفي وقت لاحق لم تعد معاينة الوفاة تقتصر على الملاحظة البسيطة أو الفحص السريري، وإنما تم تطوير اختبارات أكثر تطورًا، على غرار **اختبار الإيثر**: وهي عبارة عن مادة كيميائية، تحقن تحت الجلد، فإذا خرجت من فتحة الإبرة دلت على موت الشخص، وبعدها ظهر **اختبار icard**، والذي كان يهدف إلى ملاحظة غياب تلوين الملتحمة بعد ثلاثين دقيقة من حقن الفلوروسئين عن طريق الوريد[1]. إضافة إلى **طريقة الوخز الوريدي**، والتي تقوم على إحداث فتق في الوريد المركزي، وملاحظة ما إذا ترتب عن هذا الفتق حدوث نزيف دموي من عدمه، إذ يعتبر الفرض الأول دليلا على استمرار سريان الدورة الدموية، ومنه استمرار حياة الشخص، في حين يعتبر الفرض الثاني دليلا على توقف سريان الدورة الدموية، ومنه وفاة هذا الشخص.[2]

ويرجع الأساس في اعتبار الإنسان ميتا بمجرد توقف القلب والرئتين عن العمل، إلى أنه بمجرد هذا التوقف يتوقف عمل المخ وبصورة تلقائية، خلال بضع دقائق، بحيث تنعدم تبعا لذلك أية إمكانية لاستعادة الحياة[3].

وعليه لا يجوز للطبيب الجراح نزع أي عضو من جثة الشخص قبل أن يتأكد من التوقف النهائي لعمل القلب والرئتين، أما بتوقف وظيفة هذين العضوين، فيجوز للطبيب إعلان

Voir aussi : : Marcela Iacub, **La construction de la mort en droit français**, revue Enquête, v 07, n 01, Centre d'Études de l'Anthropologie Sociale et Historique, France, 1999, p 40.

[1] Nicolas-Robin, Armelle. Op.cit. p 40, Jean-Michel Boles, op.cit. p 625.

[2] يوسف بوشي، المرجع السابق، ص 360.

Voir aussi : Marcela Iacub, Op.Cit, p 41. (Pp 39-45)

[3] محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 29.

وفاة الشخص، ومن ثم وقف أجهزة الإنعاش الاصطناعي المركبة عليه، ومنه إمكانية نزع الأعضاء من جثته تحسبا لزرعها.[1]

وقد أخذ على المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة عدة مآخذ منها:

- ❖ لا تحدث الوفاة الحقيقة للإنسان، إلا بتوقف الأجهزة الثلاث: القلب، الرئتين والمخ، وهو ما لا يحدث دفعة واحدة[2]، إذ يستغرق توقف هذا الأخير عن العمل متأثرا بتوقف عمل القلب والرئتين، بضع دقائق، من توقف إمداده بالدم المحمل بالأكسجين[3].
- ❖ لا يتماشى هذا المعيار مع التقدم العلمي، الذي يعرفه ميدان الطب، إذ يفتقر إلى الدقة، ذلك أن توقف عمل القلب والرئتين، لا يدل إلا على ما يسمى بالموت الظاهري، وليس موتا حقيقيا، إذ يمكن بواسطة أدوات الإنعاش الاصطناعي، الصدمات الكهربائية وتدليك القلب إعادة مظاهر الحياة إلى القلب، وبالتالي تستمر خلايا المخ في العمل لمدة زمنية، بعد توقف نبضات القلب والتنفس، ولا تموت هذه الخلايا إلا بعد فترة من عدم توصيلها بالأكسجين، كما أن إعادة التنفس للشخص من شأنه إمداد المخ بالأكسجين، وبالتالي يبقى حيا.[4]

---

[1] نجاة الداوي، المرجع السابق، ص 237.

[2] يمر الموت لدى الأطباء بثلاث مراحل هي:

- الموت الإكلينيكي: ويحدث نتيجة لتوقف وظائف القلب والجهاز التنفسي.
- الموت البيولوجي: ويحدث بتوقف المخ، نتيجة لانقطاع امداده بالدم المحمل بالأكسجين.
- الموت الخلوي: ويسمى بالموت التام أو الحقيقي، ويحدث نتيجة لموت جميع خلايا جسد الإنسان.

انظر: محمد عسال، **المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ في تحديد لحظة الوفاة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 44، أنظر في نفس المعنى: بلقاسم شتوان، **إشكالية الموت السريري الإكلينيكي بين الفقه والطب وأثره على نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012، ص 345.

[3] محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 31.

[4] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ص314-315.

- ❖ إن التعويل على موت القلب، وسائر أعضاء الجسم من شأنه تعطيل جملة من الممارسات الطبية الحديثة، أهمها عمليات نزع وزرع الأعضاء، والتي تقتضي الإسراع بنقل وزرع الأعضاء قبل تلفها، وتآكل أنسجتها، والمحافظة على قيمتها البيولوجية، ولذلك لم تنجح هذه العمليات في ظل المعيار التقليدي، الذي ترتب عنه عدم الاستفادة من عدد كبير أعضاء الجسم.
- ❖ لا يمكن الركون إلى المعار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة، بمناسبة وصف الفعل غير المشروع، الواقع على العضو البشري، فموت الإنسان بتوقف قلبه وجهازه التنفسي، رغم بقاء خلايا قلبه حية، يجعله في مرحلة تسبق مرحلة الموت، وبالتالي تعتبر هده المرحلة امتدادا للحياة، وعلى ذلك فأي اعتداء على العضو البشري في هذه المرحلة، يعتبر واقعا على شخص حي، وبالتالي يشكل جريمة معاقبا عليها.[1]
- ❖ لا يصلح معيار الموت الاكلينيكي لاستئصال عدد من الأعضاء الحيوية المنفردة، كالكبد والقلب مثلا، ذلك أن عمليات استئصال القلب مثلا تتطلب السرعة، من أجل الحفاظ على القيمة البيولوجية له، إذ أن موت خلايا القلب مثلا يجعل من هذا الأخير غير صالح للزرع في جسد إنسان آخر، أما بالنسبة للكبد فلم يتوصل العلم إلى اختراع عضو اصطناعي يمكنه الاضطلاع بوظيفته ولو مؤقتا، إذا لم يتم استئصاله بسرعة، وعليه يتعين على الطبيب الجراح عدم استئصال مثل هذين العضوين إلا بعد التأكد التام من وفاة المتبرع بهما.[2]

وعليه، ونتيجة للانتقادات التي تعرض لها المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة، ووقوفه حجر عثرة في سبيل ممارسة عمليات نزع وزرع الأعضاء، حاول الأطباء البحث عن معيار جديد، من شأنه الموازنة بين حماية الكرامة الإنسانية للشخص، والاستفادة من أعضائه في انقاذ حياة المرضى، فكان أن ظهر معيار الموت الدماغي كمعيار حديث لتحديد لحظة الوفاة.

[1] حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 115.

[2] صحراء داودي، المرجع السابق، ص 90.

ثانيا: نحو معيار حديث للحظة الوفاة[1]: الموت الدماغي

بظهور واستخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي[2]، توصل الطب الحديث إلى حل لمعضلة الوفاة، التي يواجهها مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، من شأنه إتاحة نزع الأعضاء والخلايا البشرية

[1] تعتبر المدرسة الفرنسية رائدة في مجال الأخذ بموت الدماغ، إذ وصف كل من البروفسورين: **M. Jouvet J. Wertheimer– Descotes** سنة 1959 "موت النظام العصبي" وأوصوا بإيقاف جهاز التنفس للأشخاص الموجودين في حالة غيبوبة و الذين يعانون من توقف التنفس، وكان رسمهم الكهربائي الدماغي يظهر خطا مسطحا، وفي نفس العام، قدم البروفيسور **Maurice Jollon**، أخصائي الأمراض المعدية، والطبيب **Mollaret**، أخصائي الإنعاش، تقريرًا عن سلسلة من 23 حالة من المرضى الذين يعانون من "غيبوبة متجاوزة"، وتساءلا حول ما إذا كان بالإمكان اعتبار هذه الحالة موتا فعليا، خاصة وأن المريض كان لا يزال على قيد الحياة من خلال أجهزة الإنعاش، ووفقًا لهم، فإن "الغيبوبة المتجاوزة" كانت تشير إلى موت مؤكد في المستقبل القريب، لكنها لم تكن مرادفة للموت.

Voir: I H Kerridge and others, **Death, dying and donation: organ transplantation and the diagnosis of death**, Journal of Medical Ethics, vol 28, iss 02, British Medical Association, United Kingdom, 2002, p p 89-9 , S.Beloucif, Op.Cit, p 112.

وفي تقرير نشر سنة 1968، نقلت لجنة خاصة من كلية الطب في جامعة هارفارد مفهوم الموت من كائن حي إلى عضو وهو الدماغ، في تقرير لها بعنوان " تعريف الغيبوبة غير القابلة للإصلاح" إذ اعتبرت هذه الأخيرة مرادفة للموت الدماغي.

Voir: S. BELOUCIF, op.cit. p 112. Marcela Iacub, op.cit. p 42.

وقدمت هذه اللجنة معايير الموت الدماغي، والتي كانت كما يلي: غياب رد الفعل التام من المريض (عدم القبول وعدم الاستجابة). غياب الحركات، خاصة الحركات التنفسية. غياب النشاط الكهربائي الدماغي، واستواء خط جهاز كهرباء الدماغ. الاستبعاد القاطع لانخفاض درجة الحرارة (أقل من 32.2 درجة مئوية) ووجود مثبطات الجهاز العصبي المركزي في الجسم مثل **Barbiturates**، تكرار الفحوصات على الأقل بعد 24 ساعة من الفحوصات الأولية.

Voir : Edith Deleury, **Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit.** Les Cahiers de droit, v 17, n 02, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, Canada, 1976, p 310.

ثم تتابعت محاولات الأطباء في إقرار موت الدماغ، وتحديد معاييره من خلال معيار جامعة مينسوتا عام 1971 ثم ومعيار مؤتمر كليات الطب الملكية في بريطانيا التي وضعت مواصفات موت الدماغ، عام 1976، لينتشر الموت الدماغي عبر مختلف أرجاء العالم، أين صار معيارا معروفا ومطبقا من مختلف الأطباء، أنظر: العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 83، انظر أيضا: جهاد محمود عبد المبدي، **عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014، ص 159.

[2] يدخل الشخص الذي توقف قلبه وتنفسه في غيبوبة عميقة، وبالتالي يلزم الأطباء بوضعه تحت أجهزة الإنعاش، لتزويد دماغه بالدم المحمل بالأكسجين، حتى لا تموت خلاياه، ويعتبر هذا الشخص حيا، وبالتالي يلزم الأطباء ببذل ما في وسعهم لإنقاذه، تحت طائلة المسؤولية الجنائية عن جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، وإذا قام الطبيب بفصل هذه الأجهزة بعد تركيبها، يعد مرتكبا لجريمة القتل العمد، أما الشخص الذي ماتت خلايا مخه، فيدخل في غيبوبة مستديمة، ويكون في حكم الأموات، غير أنه يمكن وضعه تحت الإنعاش بغية المحافظة على القيمة الحيوية لأعضائه تحسبا لنزعها ثم زرعها=

من الموتى، وهي في حالة صالحة للزرع[1]، عن طريق القول بأن وفاة الإنسان تحدث نتيجة لموت خلايا المخ[2]، وأنه بموت هذا الأخير يدخل الإنسان في غيبوبة متجاوزة، يستحيل معها عودة الشخص إلى وعيه وحياته الطبيعية، حتى ولو بقي قلبه نابضا.[3] ورئتيه تعملان، من خلال أجهزة الإنعاش الصناعي[4]، إذ أن عمل هذين الجهازين لا يعدو كونه حركات ميكانيكية، ولا يعني استمرار حياة الإنسان.[5] وأنه بموت المخ، باعتباره العضو الرئيسي في جسم الإنسان، الذي يتحكم في عمل باقي الأعضاء والأجهزة تتدهور معظم الوظائف الحيوية للأعضاء الأخرى تدريجيا، حتى تحدث الوفاة.[6]

=لمريض يحتاجها، ولا يكون الطبيب مسؤولا جزائيا إذا ما قام بفضل أجهزة الإنعاش بعد موت الدماغ. انظر: حميدة دعاس ووردة بوقطوشة، المرجع السابق، ص 325.

[1] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 153.

[2] ينبغي التفرقة بين حالتين متماثلتين: أولهما السكتة الدماغية **"cerebral stroke"** وثانيهما الموت الدماغي **"brain death"**، إذ تعتبر الأولى خللا مفاجئا في تدفق الدم في جزء من الدماغ، كنتيجة لحدوث جلطة دموية، أو انسداد الأوعية الدوية أو تمزقها أو حدوث نزيف دموي حاد بسبب ارتفاع الضغط الدموي، مما يترتب عنه موت بعض خلايا الدماغ في المساحة المتضررة منه، مما يترتب عنه تعطل بعض الوظائف التي يقوم بها الجزء المتضرر من الدماغ، في حين أن موت الدماغ هو عبارة عن تعطل لجميع الوظائف التي يقوم بها هذا الأخير، بما في ذلك جذع الدماغ تعطلا لا رجعة فيه. انظر: رحيمة لدغش، **الموت الدماغي والإنعاش الصناعي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، الجزائر، 2019، ص 1753.

[3] نصر الدين سمار، مرجع سابق، ص94 ، إبراهيم صادق الجندي، **الموت الدماغي**، ط1، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2001، ص 57. انظر أيضا: بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 348.

[4] تجدر الإشارة إلى أنه لا توجد أية وسيلة من وسائل الإنعاش الاصطناعي على الإطلاق تستطيع أن تحل محل المخ، أو أن تقوم بوظيفته، كما أنه لا يمكن للجسم أن يعوض تلف خلايا المخ بنمو خلايا أخرى جديدة بدلا من الخلايا المفقودة، كما يحدث بالنسبة للكبد مثلا، أنظر نصر الدين مروك، **الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية**، المجلة القضائية، العدد 1، القسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 1998، ص 42.

Voir aussi : Marcela Iacub, Op.cit. p

[5] حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 116.

[6] يرى أنصار هذا الاتجاه أن الموت عملية متكاملة، وليس مجرد حدث وقتي **an event**، ذلك أن توقف عمل بعض الأعضاء الحيوية كالقلب والرئتين قد يتم في وقت محدد، بينما يتم موت المخ تدريجيا، مستغرقا بضع دقائق، بدأ بتوقف الجزء الأمامي منه، ووصولا إلى توقف جذع المخ **"the brain stem"**، وهي اللحظة التي يتحقق فيها موت المخ نهائيا، ياسين جبيري، **حالة الوفاة والإنعاش الصناعي بين الشريعة والقانون**، مرجع سابق، ص 115. عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 178.

وتموت خلايا المخ كنتيجة حتمية لعدم وصول الدم المحمل بالأكسجين، وهو ما يفضي إلى التوقف النهائي لعمل المراكز العصبية، التي تسيطر على الوعي، الكلام، الحركة، الذاكرة، التنفس، السمع والبصر، والتحكم في الغدد، درجة الحرارة، وتنظيم وظائف الأعضاء الحيوية في الجسم.[1]

وتتحقق الوفاة بموجب هذا المعيار نتيجة لعدة أسباب، منها: النزيف الدماغي الداخلي، أورام الدماغ، رضوض الجمجمة الناتجة عن الحوادث، التهابات السحايا، التوقف المفاجئ لنبض القلب أو التنفس.[2]

اختلف أنصار الموت الدماغي حول أي جزء من الدماغ[3] يتم بمقتضى توقفه الحكم بموت الإنسان، فذهب البعض إلى القول بأن وفاة هذا الأخير تتم بمجرد **موت جذع المخ** "**brain stem death**"، الذي يتحكم في المراكز الخاصة بالتنفس والدورة الدموية، وذهب جانب آخر إلى أن وفاة الإنسان تتحدد **بموت القشرة المخية** "**brain cortical death**"، والتي تشمل المراكز العليا للنشاط الدماغي، المسؤولة عن كل من الإدراك، الوعي، وكذا الحركات الاختيارية، في حين يرى جانب ثالث من الأطباء أن موت الإنسان يتم كنتيجة حتمية **للتوقف الكامل للدماغ**، بما فيه من قشرة مخية وجذع المخ.[4]

ويتم التحقق من موت خلايا المخ من خلال جهاز الرسم الكهربائي للمخ، إذ يتم توصيل هذا الجهاز بمخ الإنسان من أجل رصد النشاط الكهربائي للخلايا العصبية، والذي تعكسه

---

[1] فضيلة اسمي قاوة، مرجع سابق، ص 132.

[2] حميدة دعاس ووردة بوقطوشة، مرجع سابق، ص 321.

[3] يتكون دماغ الإنسان من ثلاثة أجزاء هي:

- المخ "**the brain**": وينقسم إلى جزئين، ويعتبر مركزا للتفكير والذاكرة والإحساس.
- المخيخ "**the cerebellum**": ويقع في الجهة الخلفية للدماغ، أسفل المخ، ويتولى المحافظة على توازن الجسم.
- جذع المخ "**the brain stem**": وهو عبارة عن نسيج شبكي، يعمل على التحكم بالمراكز العصبية، القلب والجهاز التنفسي. انظر: منذر الفضل، مرجع سابق، ص 147.

[4] ليلى بعتاش، **الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد1، العدد2، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012، ص222، إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 44.

الذبذبات الكهربائية[1]، وبالتالي إذا انعدمت هذه الأخيرة، انعكست على شكل خطوط مستقيمة، مما يدل على موت خلايا المخ، واستحالة رجوعها للحياة، وبالتالي موت الشخص، حتى ولو بقي قلبه نابضا، لأن هذا الأخير يمكن أن يعود للنبض عن طريق توصيله بأجهزة الإنعاش الصناعي، خلافا لخلايا المخ، التي لا يمكن عودتها للحياة مرة أخرى.[2]

غير أنه لا يكفي لتحديد لحظة الوفاة وفقا لهذا المعيار مجرد توقف جهاز الرسم الكهربائي للمخ عن إعطاء الإشارات، بل لا بد إضافة إلى ذلك من الاعتماد على التقارير الطبية، التي يصدرها الأطباء لإعلان الوفاة، إذ يتمتع هؤلاء بسلطة تقديرية في ذلك، من خلال الاستعانة بالجهاز السابق والتأكد من توافر الأعراض الاكلينيكية التالية[3]:

أولا: معاينة العلامات والإشارات الآتية:

1. الانعدام التام للوعي.
2. انعدام الحركات العضلية اللاشعورية، وخاصة التنفس.
3. انعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.

ثانيا: استمرار هذه العلامات لمدة زمنية كافية.[4]

رغم أهمية معيار الموت الدماغي في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية إلا أن هذا المعيار لم يسلم هو الآخر من النقد، إذ أورد بعض الأطباء وفقهاء القانون والشريعة الإسلامية جملة من الانتقادات منها:

---

[1] نجاة الداوي، المرجع السابق، ص 244.

[2] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 317، العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 83.

[3] محمد عسال، مرجع السابق، ص 61. انظر أيضا كل من: رحيمة لدغش، مرجع سابق، ص 1755، إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص ص 52-53

[4] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 318.

- عدم ملاءمة الطرق الفنية المستخدمة في تشخيص الموت الدماغي، إذ تعتبر النتائج التي يصدرها جهاز الرسم الكهربائي للدماغ مشكوكا في دقتها، خاصة في ظل قصر الفترة الزمنية التي يتم فيها التشخيص، إذ تعتبر هذه الفترة غير كافية لظهور الأمارات المؤكدة للموت[1]، كما أن هذا الجهاز لا يعكس إلا النشاط المحاذي للمراكز العصبية، دون إعطاء بيانات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة، والتي يمكن أن تكون حية، وبالتالي فتوقف هذا الجهاز عن إرسال الإشارات لا يعكس توقف جذع المخ.[2]
- قصر معيار الموت الدماغي في تحديد لحظة وفاة الإنسان، إذ يعتبر الإنسان ميتا بموجبه بمجرد موت جذع المخ أو الغيبوبة المستديمة، غير أنه من الصعب تصور إعلان وفاة الشخص، وبالتالي رفع الحماية القانونية عن كيانه الجسدي، بمجرد تلف مخه، طالما لا تزال أجزاء من جسمه حية، وتؤدي وظائفها بصورة عادية.[3]
- لا يعتبر الموت الدماغي حقيقة علمية مسلما بها[4]، وبالتالي فلا يعد معيارا حاسما للقول بوفاة الشخص، خاصة في بعض الحالات، كغيبوبة الأطفال ما دون الخمس سنوات، حالات التسمم الغامض والخطير، الحالات التي تنخفض فيها درجات حرارة الجسم عن معدلها الطبيعي...إلخ.[5]

---

[1] ندى بو الزيت، **إشكالات تحديد لحظة الوفاة في نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى**، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 1، لعدد 50، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2018، ص 138.

[2] كريمة تدريست، **تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 128.

[3] ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 341.

[4] لم يقف الأطباء موقفا موحدا بخصوص اعتبار الموت الدماغي موتا حقيقيا من عدمه، ففي حين يعتبر فريق من الأطباء أنه بتوقف الدماغ عن العمل، ودخول المريض في حالة غيبوبة عميقة يصبح هذا الأخير في عداد الأموات، ولو ظل قلبه نابضا وتنفسه متوازنا بواسطة أجهزة الإنعاش الاصطناعي، في حين يرى فريق آخر من الأطباء أن موت الدماغ لا يعتبر نهاية لحياة الإنسان، ذلك أن استمرار الأفعال والاستجابات المنعكسة كالسعال، وارتفاع معدلات النبض رغم موت خلايا المخ يدل على استمرار الحياة الإنسانية، وفي هذا الصدد يقول الدكتور صفوت حسن لطفي، أستاذ التخدير بكلية طب القاهرة أن:" موت خلايا الدماغ لا يعني موت الإنسان، وأن وسائل تشخيص الوفاة الدماغية ليست قطعية لإثبات الموت الدماغي"، انظر: عبد الحق لخضاري وصورية حدادو، **التأطير القانوني للموت الدماغي للإنسان والتصرف في أعضائه**، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 5، 2017، ص ص 302-303، إبراهيم صادق الجندي، المرجع السابق، ص 63.

[5] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 154.

- وجود بعض الحالات التي أفاق فيها المريض الموجود في حالة غيبوبة عميقة أو في حالة توقف المخ بعد فترات تراوحت ما بين بضعة ساعات إلى بضعة أيام أو بضعة أسابيع.[1] وقد لاحظ بعض المعلقين أن الكثير من المرضى الذين ماتوا دماغيا لم تظهر عليهم أمارات الموت المألوفة، وإنما احتفظوا بلونهم الوردي، ودفء أجسامهم، ونبضات قلوبهم، وبالتالي فقد شكك الكثير من الأطباء أنفسهم في موت هؤلاء[2].

- تباين المعايير المرجعية الأساسية التي تنظم الموت الدماغي، وتستخدم لإعلان وفاة المريض، إذ لم تحظى هذه المعايير في مجملها بإجماع الأطباء في العالم الغربي، إذ يتم تشخيص الموت الدماغي في البلدان الأنجلو- ساكسونية استنادًا إلى تدمير جذع الدماغ "lower brain-death"، بينما في فرنسا ودول أخرى مثل إسبانيا، يتم الاعتماد على التدمير الكامل للدماغ "whole brain-death"[3]

- لا مبرر من وراء اعتناق الموت الدماغي كمعيار لموت الإنسان إلا الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة الواقعة على الجثة، وعلى رأسها نزع الأعضاء البشرية، ذلك أن الجثة البشرية تعتبر مصدرا للعديد من الأعضاء التي لا يمكن نزعها من الأحياء، غير أن هذا لا يمكن أن يبرر القضاء على حياة إنسان من أجل انقاذ حياة إنسان آخر.[4]

بناء على ما سبق، وانطلاقا من الانتقادات الموجهة لكلا المعيارين، يتضح أنه لا يمكن الأخذ بأي منهما لوحده، نظرا لأن الوفاة الحقيقية للإنسان لا تتحقق بموت خلايا المخ دون توقف القلب والتنفس، ولا بتوقف هذين الأخيرين وبقاء خلايا المخ حية، بل لا بد من توقف عمل كل أجهزة الجسم ووظائفها، واختفاء مظاهر الحياة في الجسد البشري، وهو ما سيكون عليه الأمر باعتماد كلا المعيارين معا، وهو ما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك حفاظا على كرامة الجثة الآدمية، وعدم المساس بها حتى ولو تحت حجة انقاذ حياة مريض آخر في

---

[1] أحمد العمر، **موت الدماغ**، مداخلة مقدمة للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 2، ليندة بغدادي، المرجع السابق، ص 76.

[2] I H Kerridge and others, op.cit. p 90.

[3] Caroline Guibet et Louis Puubasset, **Op.Cit**, p 3.

[4] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 154.

Voir aussi: I H Kerridge and others, op.cit. p 93, Marcela Iacub, Op.cit. p 42.

حالة خطر، إذ أن الحق في الحياة حق مقرر لكافة البشر، وليس للبعض دون الآخر، غير أن هذا الحكم من شأنه الفصل في حرمان الكثير من المرضى من الاستفادة من بعض الأعضاء على غرار القلب، ولكن هذا أرحم من الحكم بموت شخص لا يزال قلبه نابضا.

المطلب الثاني: ضرورة الحصول على الموافقة على نزع الأعضاء من الجثث

إن مجرد التيقن من موت الشخص، لا يعني إمكانية المساس بجثته وانتزاع أعضائه دون أي قيد أو شرط، بل إن ذلك محكوم بضرورة الحصول على الموافقة التي يتطلبها القانون في هذا الصدد، إذ يوجب المشرع على الأطباء الحصول على الموافقة المسبقة قبل المساس بجثة الميت، سواء تم التعبير عن هذه الموافقة من طرف الشخص ذاته قبل وفاته **(الفرع الأول)**، أو من قبل أشخاص آخرين، يمنحهم القانون سلطة الموافقة على نزع الأعضاء من جثة الميت في حالة وفاته دون التعبير عن موقفه بشأن نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الموافقة المسبقة للشخص على التبرع بأعضائه بعد الوفاة

تحتفظ الجثة الآدمية بحرمتها وقدسيتها، ولا يمكن للطبيب الجراح أن يتصرف في جثة أي شخص، إلا بناء على موافقة هذا الأخير[1]، على منح عضو أو أكثر من جثته، ووضع هذه الأخيرة تحت تصرف الأطباء، وفي ذلك ترجمة لحرص المشرع على استمرارية حرية الفرد في التصرف في جسمه بعد الوفاة[2].

[1] إن قرار التبرع بالأعضاء هو قرار حر، وبالتالي يجب على الفريق الطبي القائم بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية احترام إرادة الشخص، سواء كانت لصالح التبرع بالأعضاء أم لا، ذلك أن عملية نزع الأعضاء البشرية تشكل اعتداء على السلامة الجسدية، لذا ينطبق عليها مبدأ حق تقرير المصير، وبالتالي يحظر نزع الأعضاء من الميت دون موافقته المسبقة.
Voir en ce sens : Howald fosco Biberstein, Bale, op.cit. p 07.

[2] Philippe Raimbault, **le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au cadavre exquis**…éditions juridiques associées, institut d'études politiques de Toulouse, France, v3, n 61, 2005, page 822.

وتختلف الطرق القانونية، التي يمكن للطبيب بمقتضاها أن يتصرف فيها بجثة الشخص ، بناء على إرادة صاحبها، ففي حين تأخذ معظم الأنظمة القانونية بنظام الموافقة الصريحة للشخص(**أولا**)، تأخذ أنظمة أخرى بنظام الموافقة المفترضة (**ثانيا**)[1].

أولا: حرية التعبير عن الموافقة الصريحة على التبرع بالأعضاء بعد الموت

تعتمد مختلف التشريعات عبر العالم حرية التعبير عن الموافقة الصريحة opt–in على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، أيا كان شكل هذه الموافقة، حيث يأخذ جانب منها بنظام الوصية بالأعضاء (1) في حين تجيز تشريعات أخرى التعبير عن هذه الموافقة ببطاقات التبرع (2).

1. الوصية بالأعضاء البشرية:

يجوز للشخص وهو على قيد الحياة أن يوصي بعضو أو أكثر من أعضائه[2]، سواء كانت الوصية لأغراض علاجية أو علمية، وطالما كانت الوصية صحيحة من الناحية القانونية، فيجب أن تحترم إرادة الموصي بتنفيذها، ولا يعتد في هذه الحالة باعتراض أقارب المتوفى على نزع الأعضاء من جثة هذا الأخير، إذ أن رغبته أولى من رغبات هؤلاء.[3]

---

[1] يرتبط نوعي الموافقة بتاريخ كل بلد، ففي حين تتبنى الدول الأنجلو سكسونية، والدول ذات التوجه الليبيرالي نظام الموافقة الصريحة، على غرار الولايات المتحدة الأمريكية، هولندا، المملكة المتحدة وكندا، تأخذ الدول اللاتينية، كإيطاليا، فرنسا، إسبانيا والسويد، والدول الاشتراكية سابقا، كبولندا وليتوانيا بنظام الموافقة المفترضة، والذي يقوم على مبدأ التضامن، مع مراعاة احترام الاستقلالية.

Voir en ce sens : Juliette Domin Butet, **Réflexion sur le consentement au don d'organe post-mortem en France. Ce mode de consentement est-il le plus pertinent ?** Mémoire de Master en Droit, spécialité Éthique, Université de Caen Normandie, france, 2021, p 13. Voir aussi : David Rodriguez-Arias Vailhen, **Discussion sur le consentement présumé ou explicite pour le don d'organes2009 ,**, p 02, disponible sur : www.ethique.inserm.fr.

[2] إذا كان تبرع الحي بعضو من أعضائه جائز شرعا وقانونا، رغم احتماله الضرر اليسير، فإن الوصية بهذا العضو لما بعد وفاته يكون مشروعا وجائزا من باب أولى، ذلك أن الوصي بالعضو لا يضار من وصيته، خاصة وأن في هذه الأخيرة نفع وحياة لغيره من إخوانه في الإنسانية، كما أن في الوصية بالعضو حياة لهذا الأخير في جسد شخص آخر، ضف إلى ذلك أن الموصي بعضو من أعضائه مثاب ومأجور إذا قصد من وصيته وجه الله تعالى، انظر: عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، مرجع سابق، ص 39. انظر أيضا: يمينة شودار، **حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون**، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 11، العدد 17، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2014، ص 128.

[3] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 297، انظر أيضا: ميرفت منصور حسن، هامش الصفحة 357.

ولصحة الوصية بالأعضاء البشرية، ينبغي توافر جملة من الشروط القانونية نوردها فيما يلي:

-كمال أهلية الموصي، بأن يكون شخصا بالغا سن الرشد، عاقلا وغير محجور عليه وقت انعقاد الوصية[1]، وعليه فلا تجوز وصية القاصر أو عديمي الأهلية بأعضائهم، ولا يعتد بها، كما أن عدم اعتراض القاصر على نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته لا يعني افتراض قبوله، ذلك أن القاصر الذي لا يعتد برضائه على التبرع بأعضائه وهو حي، لا يمكن الاعتداد برضائه وهو ميت.[2]

غير أن بعض التشريعات أجازت نزع الأعضاء من جثة القاصر بقيود معينة، على غرار المشرع الفرنسي، الذي سمح بنزع الأعضاء من جثة القاصر بموجب المادة L1232-2 من قانون الصحة العامة، بشرط الموافقة الكتابية لأحد أو كلا الشخصين المخولين بممارسة السلطة الأبوية.[3]

-سلامة إرادة الموصي، وخلوها من عيوب الرضا، كالإكراه أو الضغوط المادية أو النفسية، مع كفالة حق الرجوع عن التبرع حتى لحظة الوفاة.[4]

-ألا يتقاضى الموصي أي مقابل نتيجة للعضو المتنازل عنه بعد وفاته.

---

[1] يرى البعض أنه نقص أهلية الموصي أو انعدامها بعد كتابة الوصية نتيجة لأي طارئ، لا يؤثر على الوصية شيئا، ذلك أن نزع الأعضاء المتبرع بها لا يتم إلا بعد وفاة المتبرع. نجاة الداوي، مرجع سابق، ص 269.

[2] سامية خواثرة، **حكم الوصية في التصرف في الأعضاء البشرية**، مجلة البدر، المجلد 11، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، 2018، ص 229. انظر أيضا: يمينة شودار، مرجع سابق، ص ص 130-131.

[3] Art. 1232-2 code de la santé publique dispose que :" Si la personne décédée était un mineur, 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 chacune des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'une des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre personne investie de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit."

[4] جمال رواب، **الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء**، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 02، الجزائر، ص 379.

-أما عن نطاق الوصية، فيجوز أن تشمل عضوا أو أكثر من أعضاء الموصي، باستثناء تلك الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية، والتي يحظر نقلها خوفا من اختلاط الأنساب، وهو الأمر المحرم شرعا وقانونا.[1]

-أما عن شكل الوصية، فتجيز بعض التشريعات أن تتم بأي شكل من الأشكال، على غرار التشريع الاسباني، الذي يجيز للشخص، ضمن الفقرة الثانية من المادة الثامنة من المرسوم الملكي الخاص بزرع الأعضاء لسنة 1980 أن يعبر عن رضائه في مجال الاستئصال من جثته بأي أسلوب كان، سواء بالإشارة أو بالكلام أو الكتابة... في حين تشترط أغلب التشريعات أن تكون الوصية بالأعضاء البشرية مكتوبة، وهو ما ذهب إليه على سبيل المثال كل من التشريع الأردني، الذي أجاز بموجب المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 للأطباء المختصين نقل العضو من جثة المتوفى، إذا كان قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية.[2]

وقد انتقد بعض الفقهاء نظام الوصية بالأعضاء كآلية للتعبير عن الموافقة على التبرع بالأعضاء البشرية بعد الموت، ذلك أنه قلما يفكر شخص سليم في الإيصاء بعضو من أعضائه، خاصة لما تنطوي عليه الوصية من إجراءات وشكليات، أما إذا كان الشخص على سرير المرض في المستشفى فمن الصعب مطالبته بتحرير وصية بأعضائه، خاصة إذا كان هذا الشخص يأمل في الشفاء والتعافي، إذ من شأن هذا الطلب أن يؤثر على نفسيته سلبا، ضف إلى ذلك أن التأخير الذي قد يحصل بمناسبة البحث عن الوصية يحول دون عملية الاستئصال، والتي تتطلب قدرا من السرعة، بسبب قصر مدة بقاء الأعضاء حية بعد الموت الدماغي.[3]

---

[1] فضيلة اسمي قاوة، المرجع السابق، ص 150.

[2] نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الجزء الأول، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 410.

[3] عبد الكريم مامون، **إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص ص 272-273، انظر أيضا: حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص ص 159-160.

2. بطاقات التبرع بالأعضاء:

نظرا للصعوبات التي ينطوي عليها اثبات الموافقة على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة بموجب الوصية، اقترح بعض الفقهاء اعتماد بطاقات خاصة بالتبرع، يحملها كل شخص راغب في التبرع بصفة دائمة، مما يسهل ويسرع عمل الأطباء في نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته، إذ تجنبهم عناء البحث عن موقف هذا الأخير من التبرع بأعضائه.[1] وتغني الطبيب عن عناء البحث عن أقارب الميت واستشارتهم خاصة إذا كانوا في أماكن بعيدة، مما يجعل من الاتصال بهم أمرا صعب المنال.[2]

يتخذ نظام بطاقات التبرع بالأعضاء البشرية عدة الصور، ففقي حين تفرد بعض الأنظمة القانونية بطاقات خاصة بالتبرع، تعتمد أنظمة أخرى على التأشير بالتبرع على بعض الوثائق الشخصية كبطاقات الهوية، أو رخص السياقة[3]، أو أي بطاقة أخرى، بعبارة "مع أو ضد" التبرع بالأعضاء.

ويعتبر أسلوب بطاقات التبرع أسلوبا عمليا وحضاريا، إذ من شأنه القضاء على الصعوبات التي تعترض طريق عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ذلك أن هذه البطاقات تسهل عمل الطبيب في استئصال الأعضاء البشرية بمجرد وجودها مع المتوفى، وتجنبه الخوض في إجراءات الحصول على الموافقة على نزع الأعضاء من الجثث، خاصة وأن هذه العمليات تتطلب قدرا من السرعة، وهو ما يصعب الحصول عليه، في ظل البحث عن الوصية بالأعضاء مثلا.[4]

وقد أخذت بنظام بطاقات التبرع عدة تشريعات، على غرار الولايات المتحدة الأمريكية، عن طريق القانون الموحد الصادر سنة 1968، والذي يجيز التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بالأعضاء في حالة الوفاة نتيجة حوادث المرور، مع العلم أن هذا التنظيم لا يتعارض

---

[1] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص ص 179-180.

[2] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 47.

[3] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص ص 228-229.

[4] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 47.

مع حق الرجوع عن التبرع، إد يكفي أن يخطر المتراجع عن التبرع بأحد أعضاء جثته الجهة المختصة لكي يتم شطب اسمه من سجلات المتبرعين، أما في القانون البلجيكي الخاص باستئصال الأعضاء والصادر في 19 جانفي 1969 فيستطيع كل شخص أن يطلب من الجهة المختصة أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت، وفي هذه الحالة يمكن للطبيب الجراح أن يستأصل الأعضاء من الجثة.[1]

لم ينص المشرع الجزائري بموجب قانون 18-11 المتعلق بالصحة على بطاقات التبرع بالأعضاء، غير أن المرسوم التنفيذي رقم 12-167، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها نص بموجب الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منه على أن تكلف الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بتسيير وحفظ بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية، لأغراض التتبع، وبالتالي يمكن وفقا لهذا النص لأي شخص أن يتبرع بعضو من أعضائه لما بعد وفاته من خلال الحصول على بطاقة من بطاقات التبرع، والتي تشرف عليها الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء.

رغم بساطة وسرعة هذه الطريقة في اثبات موافقة الشخص، إلا أنها لم تعتمد كثيرا، وهذا نظرا لما تشكله من خطورة على الشخاص الذين يحملون مثل هذه البطاقات، إذ يمكن أن يتعرض هؤلاء للاعتداءات لمجرد حملهم لها، وذلك بغية الاستفادة السريعة من اعضائهم.[2]

[1] محمد نجيب سعيدي، **الممارسات الطبية الحديثة على الجسم البشري في ظل التطور القانوني**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2024، ص ص 328-329.

[2] العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، مرجع سابق، ص 229.

ثانيا: السجل الوطني للرفض: والتأسيس لنظام الموافقة المفترضة

تعزيزا لقيم التضامن الوطني، اعتمد المشرع الفرنسي نظام الموافقة المفترضة[1]، opt– out كآلية لنزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى، وهي عبارة عن حيلة قانونية من المشرع الفرنسي، تم بموجبها نقل عبء إثبات الموافقة على التبرع من الطبيب الجراح إلى المتبرع بالعضو البشري[2]، ومفاد هذه الحيلة أن غياب الاعتراض الصريح من الشخص المتوفى خلال حياته، يعتبر بمثابة موافقة منه على نزع الأعضاء من جثته، تطبيقا لقاعدة " من لا يقول شيئا يعتبر موافقا"، إذ يجب على من لا يرغب في نزع الأعضاء من جثته أن يعبر عن إرادته في الخروج من قائمة المتبرعين المحتملين، بأي وسيلة كانت، وبشكل خاص من خلال التسجيل في سجل وطني مخصص لهذا الغرض".[3]

تبنى المشرع الفرنسي نظام الموافقة المفترضة لأول مرة بموجب الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون caillavet، والتي تقضي بأنه:"يمكن إجراء نزع الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعلن خلال حياته عن رفضه لهذا الإجراء".

---

[1] توجد فئتان فرعيتان للموافقة المفترضة في العالم، هما: الموافقة المفترضة القوية hard opt–out والموافقة المفترضة الضعيفة soft opt–out، يتفق هذان النوعان من الموافقة المفترضة في اعتبار كل شخص متبرعا، مالم يعبر صراحة عن رفضه لذلك، في حين يختلفان حول دور العائلة في عملية نزع الأعضاء من جثة الميت، ففي حين لا تتمتع العائلة بأي دور في النظام الأول، إذ لا يمكن للعائلة التراجع عن القرار الذي اتخذه والموافقة على نزع الأعضاء إذا لم يعبر الميت عن معارضته لذلك، كما لا يؤخذ برفضها في حالة مالم يعبر الشخص عن رفضه، ويتم نزع الأعضاء من جثته، في حين تلعب عائلة المتوفى دورا مهما في نظام الموافقة المفترضة الضعيفة، إذ لا يمكن لا يمكن إجراء عملية أخذ الأعضاء دون التشاور معها، وبالتالي فلن يتم نزع أي عضو من جثة المتوفى إذا اعترضت عائلته، حتى ولو كان يحمل بطاقة المتبرع. ومن الجدير بالذكر أنه في فرنسا، تعتبر هذه البطاقة بمثابة معلومات فقط ولا تحمل أي قيمة قانونية. وبالنسبة للقانون الفرنسي: يمكن تقريب النظام الفرنسي للموافقة المفترضة في عام 2020 إلى ما يُسمى بـ "الموافقة المفترضة الضعيفة"

Voir en ce sens : Juliette Domin Butet, Op, Cit, p 14.

[2] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، مرجع سابق، ص 404.

[3] Charlotte Sailly-Di Bella, **Présentation de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la Bioéthique**, Revue juridique de l'Ouest, vol 03, Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes, Op. Cit, p 312, Nicolas-Robin, Armelle, op.cit. p 81. Voir aussi: Houda Haouche, op.cit. p 07.

غير أن هذا القانون جاء مقتضبا ولم يشر إلا لتفاصيل قليلة جدا حول طرق التعبير عن الرفض[1]، وهو ما أثار عدة صعوبات في التطبيق، خاصة ما تعلق منها بعدد الأعضاء الجائز نزعها من الجثة، باعتبار أن النص المذكور قد استعمل صيغة الجمع، وهو ما أدى بالكثيرين إلى الاعتقاد بمشروعية النزع المتعدد للأعضاء، حتى لا يبقى من الجثة شيئا على حسب تعبير أحد الفقهاء[2]. كما أنه هدد مصالح الأطراف المعنية في حالة موت دماغي، إذ أجاز نزع الأعضاء من المتوفى في حالة عدم وجود اعتراض مسبق من جانبه أو من جانب عائلته[3].

وقد أكدت قوانين الأخلاقيات الحيوية لسنة 1994 هذا المبدأ، غير أنها لم تأت بجديد يذكر، إلى غاية صدور قانون الصحة العامة، الذي قضى بموجب الفقرة الثالثة من المادة L1231-1 منه بإمكانية نزع الأعضاء من جثة الشخص البالغ، مالم يكن قد أعرب في حياته عن رفضه لهذا الإجراء، على أن يتم تسجيل هذه المعارضة بشكل رئيسي في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض، وكفالة تعديل هذا الرفض في أي وقت.[4]

وقد أصدر المشرع الفرنسي سنة 2016 مرسوما بشأن طرق التعبير عن رفض أخذ الأعضاء بعد الوفاة[5]، أين منح للشخص بموجب المادة **R 1232-4-4**[6] منه إضافة إلى

---

[1] Julliette Domin Butet, **Réflexion sur le consentement au don d'organe post-mortem en France. Ce mode de consentement est-il le plus pertinent?**, revue de sante publique et épidémiologie, Université de Caen Normandie, France, 2021, p 13.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 182.

[3] Bernard Stahl, **À l'autre bout de la vie**, Revue Juridique de l'Ouest, v 1, n 1, Faculté de Droit de l'Université de Nantes, France, 1996, p 175.

[4] Art. L1232-1- 3 dispose que : " Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment".

[5] Décret no 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 aout 2016.disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

[6] Art. R. 1232-4-4 – I. –Une personne peut refuser qu'un prélèvement d'organes soit pratiqué sur elle après son décès, à titre principal en s'inscrivant sur le registre national automatisé des refus de prélèvement dans les conditions prévues à la sous-section 2 de la présente section. «II. –Une personne peut également exprimer son refus par écrit et confier ce document à un proche. Ce document est daté et signé par son auteur dûment identifié par l'indication de son nom, prénom, date et lieu de naissance. «Lorsqu'une personne, bien qu'en état d'exprimer sa volonté, est dans l'impossibilité d'écrire et de signer elle- même ce document, elle peut demander à deux témoins d'attester que le document qu'elle n'a pu rédiger elle- même est l'expression de sa volonté libre et éclairée. Ces témoins indiquent leur nom et qualité et leur attestation est jointe au document exprimant le refus. «Le document est transmis=

إمكانية رفض نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته، بشكل رئيسي من خلال التسجيل في السجل الوطني الآلي للرفض، إمكانية التعبير عن هذا الرفض كتابيا، من خلال مستند مؤرخ وموقعا عليه من قبل صاحبه، مع تحديد اسمه ولقبه، وتاريخ ومكان ميلاده، وتكليف أحد الأقارب بتسليم هذا المستند.

وعند عدم قدرة الشخص على كتابة وتوقيع هذا المستند بنفسه رغم قدرته على التعبير عن إرادته، يمكنه أن يطلب من شاهدين إثبات أن المستند الذي لم يتمكن من كتابته هو تعبير عن إرادته الحرة والمستنيرة. يجب على هذين الشاهدين تحديد اسميهما وصفتهما، ويُرفق تصديقهما بالمستند الذي يعبر عن الرفض، يتم إرسال المستند بواسطة أحد الأقارب إلى فريق التنسيق الطبي لأخذ الأعضاء.

كما يمكن بموجب الفقرة الثالثة من هذه المادة لأحد أقارب الشخص المتوفى أن يظهر رفضه لأخذ الأعضاء الذي عبر عنه الشخص صراحة أثناء حياته، ويتم كتابة هذا الرفض بواسطة هذا القريب أو من قبل فريق التنسيق الطبي لأخذ الأعضاء، مع ذكر السياق والظروف الدقيقة التي تم فيها التعبير عن الرفض. يجب أن يكون هذا المستند مؤرخًا وموقعًا من قبل القريب الذي يظهر الرفض ومن قبل فريق التنسيق الطبي لأخذ الأعضاء.[1]

=par un proche à l'équipe de coordination hospitalière de prélèvement définie au 3o de l'article R. 1233-7. 14 août 2016 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Texte 16 sur 94 «III. –Un proche de la personne décédée peut faire valoir le refus de prélèvement d'organes que cette personne a manifesté expressément de son vivant. «Ce proche ou l'équipe de coordination hospitalière de prélèvement transcrit par écrit ce refus en mentionnant précisément le contexte et les circonstances de son expression. Ce document est daté et signé par le proche qui fait valoir ce refus et par l'équipe de coordination hospitalière de prélèvement. «IV. –Les documents mentionnés au II ou au III sont déposés dans le dossier médical de la personne en cause.

[1] يرى البعض أنه تم استبدال الالتزام القانوني باستشارة العائلة الذي كان قد تم إلغاؤه في القانون بآخر تنظيمي يتعلق باحترام "الممارسات الجيدة"، وفي الواقع سيكون من الصعب الآن التأكيد على أن فرق التنسيق لا تتحمل مسؤولية الالتزام بإعلام الأقارب؛ إذ كيف يمكنهم التأكد من احترام حق الشخص في رفض التبرع بالأعضاء شفويًا بعد وفاته إذا قاموا بإخفاء صحة هذه الشهادة عن المحيطين في اللحظة التي قد يرغبون فيها في التعبير عن ذلك.

Voir en ce sens : Robin Cremer, **Réflexions au sujet du décret du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès**, Revue générale de droit médical, n°63,2017, p 03.

على أن الاعتراض على نزع الأعضاء من الجثة، يمكن أن يشمل طبقا للمادة R 1232-4-5 جميع الأعضاء والأنسجة أو بعضها ففقط[1]، ويمكن تعديل أو إلغاء هذا الرفض طبقا للمادة R 1232-4-6 في أي وقت، على أن يلتزم فريق التنسيق الطبي لنزع الأعضاء بأخذ آخر تعبير عن الإرادة بعين الاعتبار[2].

وقد ألزمت المادة R 1232-4-7 الوكالة الفرنسية للطب الحيوي، بتوفير المعلومات المتعلقة بكيفية التعبير عن رفض أخذ الأعضاء، لصالح الجمهور[3]،

ويتم إرسال طلب التسجيل إلى الوكالة الفرنسية للطب الحيوي باستخدام أي وسيلة تضمن تأكيد تاريخ استلامه: يجب أن يكون مؤرخًا، موقّعًا، ومرفقًا بنسخة من أي وثيقة قد تثبت هوية مقدم الطلب، مثل بطاقة الهوية الوطنية السارية، جواز السفر المنتهي منذ أقل من خمس سنوات، رخصة القيادة أو تصريح الإقامة.[4]

أثار اعتناق المشرع الفرنسي لنظام الموافقة المفترضة على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة ضجة كبيرة في الساحة القانونية، إذ انقسم الفقهاء بشأنه إلى فريقين:

يرى الفريق الأول أن من شأن التحول نحو نظام الموافقة المفترضة **زيادة عدد المتبرعين** المسجلين، إذ أن **افتراض الموافقة يعتبر بمثابة اقتراح**، ولهذا سيميل إليه الأفراد، ويتبنونه كما

[1] Art. 1232-4-5 dispose que :" Le refus de prélèvement peut concerner l'ensemble des organes et des tissus susceptibles d'être prélevés ou seulement certains de ces organes ou tissus."

[2] Art. 1232-4-6 dispose que : " Le refus de prélèvement des organes est révisable et révocable à tout moment. L'équipe de coordination hospitalière de prélèvement prend en compte l'expression de volonté la plus récente."

[3] Art. 1232-4-7 dispose que :" Les modalités d'expression du refus définies à l'article R. 1232-4-4 font l'objet d'une information auprès du public mise en œuvre par l'Agence de la biomédecine."

[4] Art. 1232-7-2 dispose que :" La demande d'inscription est adressée à l'Agence de la biomédecine par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine de réception : elle est datée, signée, accompagnée de la photocopie de tout document susceptible de justifier de l'identité de son auteur, notamment de la carte nationale d'identité en cours de validité, du passeport périmé depuis moins de cinq ans, du permis de conduire ou d'un titre de séjour."

لو كان توصية.[1] ومن جهة أخرى فإن تعزيز التبرعات يكون بمنأى عن تحميل الأقارب عبء المسؤولية عن اتخاذ قرار صعب ومرهق، وطالما **لا يمكن الإضرار بالمتبرع** وفقًا للبعض، ليس هناك حاجة لمعرفة إرادة الشخص بعد وفاته، حيث أنه لا يمكن الإضرار بشخص مات بالفعل.[2]

ويعتبر هؤلاء أن **نظام الموافقة المفترضة يعتبر التبرع التزاما أخلاقيا**، في مواجهة المرضى المحتاجين لزراعة الأعضاء، مثله مثل الواجب القانوني، المتعلق بتقديم المساعدة لشخص في حالة خطر[3]، خاصة وأنه يموت مئات المرضى كل عام بسبب أنانية البعض في التبرع بأعضائهم، وفكرة العنف الرمزي المترتب عن نزع الأعضاء من الجثث المتجذرة في عقول الأقارب.[4]

ويضيف البعض أن نظام الموافقة المفترضة لا يحول بين المتبرع المحتمل أو أقاربه وبين رفض التبرع، إذ أن من شأن التسجيل في سجل الرفض أن يجعل من معارضة الشخص للتبرع أمرا فعالا[5]، كما أن **هذا النظام يضفي حماية أكثر للأشخاص الضعفاء**، والذين لا يمكنهم منح موافقتهم، مثل الأطفال والمشردين، إذ يمكن لنظام الموافقة المفترضة أن يحظر التبرع من الأشخاص غير القادرين على اتخاذ القرار، أو أن يتطلب بالنسبة للمشردين موافقتهم الصريحة، وليس فقط الموافقة الضمنية[6].

وعلى النقيض مما سبق فقد عارض جانب آخر من الفقهاء نظام الموافقة المفترضة، معتبرين إياه **انتهاكا لمبدأ الاستقلالية الفردية** للمتبرع، وتدخلا تعسفيا من الدولة في خصوصية

---

[1] Jessica Li and Till Nikolka, **The Effect of Presumed Consent Defaults on Organ Donation**, CESifo DICE Report, V 14, ISS, 04, , Ifo Institut - Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, 2016, P 90.

[2] David Rodriguez-Arias Vailhen, op.cit. p 05.

[3] Cléa Sambuc et Pierre Le Coz, **La dignité humaine kantienne : une justification théorique des transplantations d'organes**, Raison publique, v 02, n 17, **Faculté de philosophie** de l'**Université Paris 8**, France, 2012, p 231.

[4] Speranta Dumitru, CONSENTEMENT PRÉSUMÉ, FAMILLE ET ÉQUITÉ DANS LE DON D'ORGANES, Revue de métaphysique et de morale, v 03, n 67, Presses Universitaires de France, 2010, p 355. Geneviève Pinganaud. **Donner et recevoir un organe : réflexion éthique autour du prélèvement**. Revue de Bioéthique de Nouvelle-Aquitaine, n 01, 2018, p. 21.

[5] Dimitra Boufounos, op.cit. p p 93-94.

[6] David Rodriguez-Arias Vailhen, op.cit. p 04.

الأفراد، وتجاهلا لرغبة الشخص في معرفة ما سيحدث لجسده بعد وفاته، وهو ما يمكن أن يقوض الثقة العامة في نظام الزرع[1] ويسهم في زيادة معارضة الأفراد.[2]

في حين تساءل البعض عن صحة مفهوم هذه الموافقة، مؤكدين على أن الموافقة الحقيقية تتكون من فعل وليست مجرد موقف عقلي أو قرار، وأنه **لا يمكن افتراض أن الفعل قد تم إذا كان من المؤكد أنه لم يحدث،** إذ أنه ليس من المشروع الافتراض أنه من مصلحة الفرد أن تتم إزالة أعضائه.[3]

واعتبر آخرون أن الموافقة الافتراضية غيرت المعنى الذي يربطه الناس بكونهم متبرعين، من كونه عملاً إيثارياً عندما يتبرعون إلى مجرد أداء الواجب الأخلاقي.[4] وبالتالي فمن غير المعقول أن يعتبر الشخص متبرعا بشيء يجبره عليه القانون.[5] إذ أن في ذلك تجسيد لفكرة تأميم الأجساد[6].

من ناحية أخرى يعتبر جمع آخر من الفقهاء أن في تحميل عبء التسجيل على من يعارضون، خطر في أن يتم إزالة أعضاء بعض الأشخاص ضد إرادتهم لأنهم لم يسجلوا رأيهم.[7] ومن هذا المنظور ندد هؤلاء بالتفاوتات التي يخلقها هذا النظام بين المتبرعين، باعتبار أنه يتيح للمعارضين للتبرع بأعضائهم أن يعبروا عن ذلك بشكل صريح، في حين يترك للعائلة اتخاذ قرار بشأن استخراج الأعضاء من الموتى الذين لم يعبروا عن معارضتهم بشكل صريح[8]

[1] Dimitra Boufounos, **Le régime de consentement présumé au don d'organes : Une solution possible à la pénurie ?,** Essai présenté à Jonathan Kuntz et soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Québec en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, 2023, p p 86-87. Elisabeth Lepresle, **Le consentement présumé du donneur, un paradoxe du langage**, Revue Essaim, n 17, France, 2006, p 182, Vicente Formoso, Silvia Marina, Miguel Ricou, Vicente Formoso, Silvia Marina, Miguel Ricou, PRESUMED CONSENT FOR ORGAN DONATION: AN INCOHERENT JUSTIFICATION, Acta Bioethica, Vol 27, Issue 1, 2021. p 30.

[2] Vanessa Labeye, Vanessa Labeye, **Prélèvements d'organes chez les personnes décédées : évolutions législatives**, revue Laennec, n 3, 2018. p 31.

[3] Vicente Formoso, Silvia Marina, Miguel Ricou, Op.Cit. P 29.

[4] Vicente Formoso, Silvia Marina, Miguel Ricou, op.cit. p 31.

[5] Elisabeth Lepresle, op.cit, p 185.

[6] Guillaume Durand Guillaume Durand, **Qui ne dit mot consent ? Pour une nouvelle loi sur le don d'organes**. La vie des idées, Éditions du Seuil, 2017. p 06.

[7] Vicente Formoso, Silvia Marina, Miguel Ricou, op.cit. p 32.

[8] Juliette Domin Butet, Op.cit. p 29.

وتعتبر الأستاذة "**Vanessa Labeye**" فيمن يخص تسجيل المعارضة في سجل الرفض، أنه من غير المقبول الاعتقاد بأن الجميع قادر على قراءة وفهم القانون، كما أن التسجيل في هذا السجل لا يناسب إلا طبقة النخبة، أو الأشخاص القادرين على التفكير في موتهم، وهو أمر لا ينطبق على الجميع[1].

أخيرا وحول طبيعة هذه الموافقة يتساءل كل من **Caroline Guibet Lafaye et Louis Puybasse**t عن نوع الموافقة التي يجب أن تُعتبر؟ هل يجب الأخذ بتفسير مرن للموافقة المفترضة، حيث لم يعلن المتبرع أي اعتراض على أخذ الأعضاء ولكن لا يُستثنى أن يتم النظر في رأي الأقارب؟ ثم ماذا سيتحذ بالنسبة للأشخاص الذين ليس لديهم القدرة على اتخاذ القرار وللأشخاص مجهولي الهوية ؟ والأهم من ذلك، هل يكفي الحصول على الموافقة والإشارة إليها لتبرير الممارسة المقترحة وقبولها الأخلاقي؟[2]

انتهج المشرع الجزائري نهج نظيره الفرنسي، واعتنق بموجب المادة 362 من قانون الصحة الجزائري، نظام الموافقة المفترضة على التبرع بالأعضاء بعد الموت، إذ قضى بأنه:" **... يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته.**

يمكن التعبير عن هذه الرفض بكل وسيلة، لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض، الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم."

يتضح من خلال قراءة الفقرة الأولى أن المشرع الجزائري يجيز القيام بنزع الأعضاء البشرية من جثة المتوفى في الحالة التي لا يعبر فيها هذا الأخير عن رفضه لهذا النزع وهو على قيد الحياة، وبمفهوم المخالفة يمنع القيام بنزع الأعضاء من الجثة إذا عبر صاحبها عن رفضه لذلك أثناء حياته.

[1]Vanessa Labeye, **Op.Cit**, p 31.
[2] **Caroline** Guibet Lafaye **et Louis** Puybasset, Décider la mort et prélever les organes : la question de l'extension des conditions du prélèvement d'organes, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, v 13, n 01, p 245.

وقد أتاح المشرع الجزائري لكل شخص بموجب الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه حرية التعبير عن رفضه لانتزاع الأعضاء من جثته، وأعطى أولوية للتسجيل في السجل الوطني للرفض، الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء[1]. غير أن هذه الفقرة تطرح جملة من الإشكالات القانونية، يمكن اجمالها فيما يلي:

خلافا للمشرع الفرنسي، الذي حدد طرق التعبير عن رفض نزع الأعضاء بعد الوفاة، لم يحدد المشرع الجزائري إلا وسيلة واحدة من وسائل التعبير عن رفض نزع الأعضاء من الجثث، وهي التسجيل في سجل الرفض، والذي منحه الأولوية على غيره من وسائل التعبير، التي لم يفصح عنها، غير أن مصطلح "لا سيما" الذي استعمله يعتبر مصطلحا فضفاضا، لم يحدد المشرع الجزائري المقصود به، والملحوظ في هذا الشأن هو أن التسجيل في سجل الرفض يعتبر الوسيلة الوحيدة التي يمكن للشخص من خلالها التعبير بها عن رفضه لنزع الأعضاء من جثته بعد وفاته، وما يؤكد هذه الفرضية هو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 362 المشار إليها آنفا، والتي تلزم الفريق الطبي المكلف بنزع الأعضاء من الجثة بالاطلاع على سجل الرفض، لمعرفة موقف المتوفى من نزع الأعضاء من جثته.

وبالتالي فما جدوى حرية التعبير عن الرفض التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 362 في ظل هذه الفقرة؟ والتي توجب على الأطباء الاطلاع على موقف المتوفى من نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته، دون أدنى إشارة إلى البحث عن موقفه من خلال وسائل أخرى، يمكن أن يكون الشخص قد عبر بها عن رفضه قبل وفاته، خاصة وأن هذه الأخير يمكن أن يعبر عن موقفه الرافض للنزع بمختلف وسائل التعبير عن الإرادة المعروفة في القواعد العامة.

[1] فريد رافع وسميرة لالوش، **ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362من قانون 11-18 المتعلق بالصحة**، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2022، ص 74.

أما فيما يتعلق بالسجل الوطني للرفض[1]، والذي عهد المشرع الجزائري للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بإدارته، فلم يصدر إلى غاية كتابة هذه الأسطر أي نص تنظيمي يحدد كيفيات التسجيل فيه، ولا كيفية اطلاع الأطباء عليه في حالة وجود ضرورة تقضي بنزع الأعضاء من جثة الميت؟ ولعل ما يثير الدهشة هو ما أشار إليه موقع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء من حصر إمكانية الاطلاع على البيانات الموجودة في هذا السجل على موظفي هذه الوكالة دون سواهم، قصد الحصول على استشارتهم بعد وفاة الشخص.

غير أنه بالولوج إلى موقع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء[2]، يتضح أن تسجيل الرفض الخاص بنزع الأعضاء من جثث الموتى، متاح لكل شخص، تتوافر فيه الشروط التالية:

-التمتع بالجنسية الجزائرية.

-كمال أهلية الشخص، ببلوغه سن الرشد المدني وهو 19 سنة كاملة.

-الحصول على رقم تعريف وطني خاص، والاحتفاظ به.

-تدوين بيانات الهوية الشخصية للشخص الراغب في تسجيل الرفض، والتي تتضمن اسم ولقب المعني، رقم التعريف الوطني الخاص به، رقم شهادة الميلاد، جنسه وتاريخ ميلاده، اسم الأب، اسم ولقب الأم، مكان ميلاد وإقامة المعني، مع ارفاق المعلومات الشخصية بنسخة واضحة من بطاقة الهوية الوطنية البيومترية.

-التأشير برفض نزع الأعضاء، أو الأنسجة أو كليهما معا.

يمكن للشخص تعديل معلوماته الشخصية، أو محل الرفض، إضافة إلى إمكانية إلغاء تسجيل الرفض، في أي لحظة قبل الوفاة، ويترتب على هذه التصرف الأخير إلغاء الأثر القانوني للرفض، واعتبار الشخص متبرعا مفترضا بعد وفاته.

[1] السجل الوطني للرفض هو عبارة عن سجل رقمي، تديره الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، يتيح للأشخاص الراغبين في رفض نزع الأعضاء من جثثهم بعد وفاتهم تسجيل رفضهم، ويساعد المراكز الاستشفائية المرخص لها بنزع وزرع الأعضاء البشرية، على معرفة موقف المتوفى من التبرع بالأعضاء بعد الوفاة. فريد رافع وسميرة لالوش، المرجع السابق، ص 74.

[2] www.ang.dz

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن قانون الصحة الحالي، وخلافا لما قضى به المشرع الفرنسي في المادة 1-1232 من قانون الصحة العامة، لم ينص على إمكانية العدول عن الرفض بعد تسجيله في السجل الوطني للرفض، غير أنه بالعودة إلى موقع هذا الأخير يتضح أن المشرع الجزائري يتيح للشخص التراجع عن موقفه الرافض لزرع الأعضاء، وبالتالي يزيل أي أثر قانوني لهذا الرفض، ويعتبر بمثابة موافقة مفترضة منه على نزع الأعضاء من جثته بعد موته.

الفرع الثاني: انتقال الحق في الموافقة على نزع الأعضاء من الجثة إلى الغير

إذا أعرب المتوفى عن رغبته بخصوص التبرع بعضو من أعضائه عقب وفاته، فإن إرادته تحترم، ولا تعلوها أية إرادة، حتى ولو كانت إرادة أفراد أسرته، أما إذا توفي الشخص دون أن يبدي موقفه بشأن التبرع بعضو من أعضائه بعد موته، وهي حال معظم الأشخاص في مختلف الدول، وبنسبة أكبر في البلدان العربية، نظرا للخلفيات الدينية، إذ يعتقد معظم الأشخاص أن التعامل في الأعضاء البشرية لا يجوز، وبالتالي فقد عملت معظم التشريعات عبر العالم في مثل هذه الحالة على نقل حق التصرف في جثة المتوفى إلى أقاربه **(أولا)**، في حين تأخذ تشريعات أخرى بنظام نزع الأعضاء البشرية من الجثث دون موافقة أي أحد، وذلك في حالات معينة **(ثانيا)**.

أولا: انتقال حق الموافقة على نزع الأعضاء من الجثة إلى أسرة المتوفى

إذا لم يعبر المتوفى عن موقفه بشأن نزع الأعضاء من جثته، فإن حق التصرف في هذه الأخيرة يعود إلى أفراد أسرته[1]، لإبداء موافقتهم أو اعتراضهم على نزع الأعضاء من جثة قريبهم، إذ لا يجوز للأطباء التصرف في جثة الميت بدون الحصول على موافقة هؤلاء، أو

[1] يذكر البروفيسور "**Jacques Belghiti**" عضو مجلس التوجيه بوكالة الطب الحيوي الفرنسية، أن عملية نزع الأعضاء من جثة الميت، ورغم الأخذ بنظام الموافقة المفترضة، لا تُتخذ إلا بعد طلب رأي الأسرة، للتحقق من أن الشخص لم يُظهر أي رفض بأي شكل من الأشكال، وأنه لا يمكن التغاضي عن رأي الأسرة إلا في مجتمع استبدادي، وحتى في الدول التي تأخذ بنظام الموافقة الصريحة مثل المملكة المتحدة.

Voir : Jacques Belghiti, op.cit. p 24. Voir aussi: Jessica Li and Till Nikolka, Op.Cit. P 90.

الاحتجاج بأن حالتهم النفسية لا تسمح لهم باتخاذ موقف بشأن ذلك[1]. ولئن اتفقت التشريعات المقارنة على نقل حق التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى، إلا أنها لم تأخذ بنفس الصورة إذ اشترط بعضها ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للأسرة على نزع الأعضاء من جثة المتوفى (1)، في حين اكتفى البعض الآخر بالحصول على الموافقة الضمنية(2).

1. الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفى

يشترط جانب من الفقه القانوني في حالة وفاة الشخص دون أن يعبر عن موقفه بشأن التبرع بأعضائه بعد وفاته، ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى من أجل نزع الأعضاء من جثة هذا الأخير، إذ لا يمكن طبقا لمبدأ حصانة الجسم البشري المساس بجثة المتبرع المحتمل دون موافقة أفراد أسرته.

وينشأ حق أفراد أسرة المتوفى في التصرف في جثة هذا الأخير بمجرد التأكد من وفاته، وعليه يحق لهؤلاء منذ هذه اللحظة التعبير عن موافقتهم أو اعتراضهم على نزع أي عضو من جثته[2]، ويستند هذا الحق على حق آخر معنوي، يمنحهم القانون إياه، وهو الحق في المحافظة على كرامة الجثة وصيانة حرمتها، والذي ينبع من صلة الدم والقرابة التي تربطهم ببعض، وعليه فإن من شأن تخطي موافقة أفراد أسرة المتوفى الاعتداء على هذا الحق، وانتهاك حرية من الحريات المضمونة بموجب القانون.[3]

---

[1] يقر البعض بفكرة "حق العائلة في تحديد مصير الجثة"، ويدعوا الأطباء إلى وجوب احترام مشاعر أقارب المتوفى دماغيا، والحصول على موافقة هؤلاء قبل نقله إلى غرفة العمليات تحسبا لاستئصال أعضائه، إذ أن عملية التبرع تستمد مشروعيتها من إرادة المتوفى كما يرويها أقاربه، غير أن هذا الرأي أدى أيضاً إلى نقاش حول شرعية "الفيتو" الممنوح للأسرة في حالة ما إذا كانت هناك حاجة كبيرة للأعضاء المتاحة للزراعة، وحيث يُعد رفض التبرع من الأسباب الرئيسية لنقص الأعضاء. وفي هذا السياق، تتناقض حالياً عدة آراء، حيث يطالب البعض بإلغاء الفيتو الممنوح للأسرة، بينما يطالب آخرون في المقابل بالاعتراف بمكانة الأسرة وتوضيح دورها.

Voir : Valérie Gateau et Olivier Soubrane, **Quelle place pour les familles dans le consentement au prélèvement d'organes post-mortem ?** Revue international interdisciplinaire, v 73, n 1, 2017, p 196.

[2] سعاد راحلي، سعاد راحلي، **مبدأ حصانة جسم الإنسان وعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الدولي الأول" جسم الإنسان بين الضرورة الطبية والضوابط الشرعية والقانونية"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ديسمبر 2017، حوليات جامعة الجزائر، المجلد31، العدد 05، 31-12-2017، ص 259.

[3] عبد الكريم مامون، **إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى**، المرجع السابق، ص ص 305-306.

وقد واكب هذا الاتجاه العديد من التشريعات على غرار التشريع الفرنسي، والذي يتباين فيه حق الأقارب بشأن الموافقة على نزع الأعضاء من جثة قريبهم المتوفى باختلاف سن هذا الأخير، ففي حين يضيق المشرع الفرنسي من دور الأقارب بشأن الموافقة على نزع الأعضاء من جثة المتوفى كامل الأهلية، يتمتع الأقارب بسلطة واسعة بشأن نزع الأعضاء من جثة القاصر[1].

نصت الفقرة الثانية من المادة L1232-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه: " **يجب على الطبيب أن يُعلم أقارب المتوفى، قبل إجراء عملية أخذ الأعضاء المزمع إجراؤها، بطبيعتها وغايتها، وذلك وفقًا للممارسات الجيدة التي يحددها الوزير المسؤول عن الصحة بناءً على اقتراح من وكالة الطب الحيوي.**"[2]

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الفرنسي يبعد العائلة تماما من قضية الموافقة على نزع الأعضاء من الميت كامل الأهلية، ويحصر دورها في مجرد الإعلام المسبق على عملية الاستئصال، إذ يلزم الأطباء بضرورة إعلام الأقارب بطبيعة عملية الاستئصال وغايتها العلاجية أو العلمية.

إذ لم يمنح المشرع الفرنسي لأقارب المتوفى الذي لم يعلن عن موقفه بشأن نزع الأعضاء من جثته سوى **حق نقل إرادة المتوفى وإعلانها كما تم التعبير عنها، وليس سلطة اتخاذ القرار نيابة عنه**، وبالتالي فقد قيد المشرع الفرنسي سلطة الأقارب بشكل كبير، وحصرها في مجرد الاشهاد عن تعبيره المحتمل عن رفضه لنزع الأعضاء.[3]

---

[1] يرى البعض أن اشتراط الموافقة الصريحة للأقارب، ينغي أن يسود في حالة نزع الأعضاء الأشخاص الذين لا يستطيعون ممارسة حقهم في الاستقلالية، على غرار القصر وعديمي الأهلية أو الأشخاص الموجودين في حالة غيبوبة، إذ يمنح للعائلة حق اتخاذ القرار عوضا عن هؤلاء، إما من خلال الكشف عما كان سيتخذه المتوفى لو كان قادرا على التعبير عن إرادته، أو من خلال اتخاذ القرار الذي يصب في مصلحته بدلا عن افتراض موافقته.

Voir en ce sens : Speranta Dumitru, Op.cit., p 345.

[2] Art. L 1232-1-2 dispose que : " Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine ".

[3] Speranta Dumitru, Op.Cit, p p 345-346.

أما بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة L 1232-4-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي، فنجد أنها **تتيح لأقارب المتوفى إمكانية اثبات الرفض الكتابي للمتوفى لعملية نزع الأعضاء من جثته، والتي كان قد عبر عنها بشكل صريح أثناء حياته،** مع ذكر السياق والظروف التي تم فيها التعبير عن الرفض، على أن تكون الوثيقة التي تتضمن الرفض مؤرخة وممهورة بتوقيع هذا القريب وتوقيع فريق التنسيق في المستشفى[1].

تترك هذه الفقرة انطباعًا بأن الأطباء يمكنهم إجراء نزع الأعضاء دون موافقة العائلة، غير أن الواقع العملي يهيب بالأطباء أن يبحثوا بأي وسيلة عن أي معارضة من المتوفى كان قد عبر عنها أثناء حياته،[2] ومع ذلك، لم تتم الإشارة إلى وجوب أخذ رأي العائلة في الحسبان، وبناءً على ذلك، فإن الموافقة كما هي موضحة في القانون هي **موافقة افتراضية قوية** حيث لا يُطلب من الأطباء احترام رأي العائلة، ولكن فقط رأي المتوفى إذا كان قد عبّر عن رفضه[3].

غير أن الممارسة العملية أبانت على أن الفريق الطبي لا يتجرأ أبدًا على نزع الأعضاء دون الحصول على موافقة العائلة، إذ أنه من غير المعقول السماح بوجود مناخ من عدم الثقة تجاه المؤسسات والجهاز الطبي، الذين يُنظر إليهم في بعض الأحيان على أنهم "أشخاص جشعون" بهدف جمع المزيد من الأعضاء، وبالتالي تعكس الممارسة العملية نوعا من الموافقة الافتراضية الضعيفة، ومنه فإن هذا التباين بين القانون والممارسة يظهر أن نظام الموافقة الفرنسي ليس ملائمًا للأخذ به[4].

أما إذا كان المتوفى قاصرا فإن المادة L 1232-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي تقضي بأنه لا يمكن إجراء نزع الأعضاء لأحد الأغراض المذكورة في المادة L. 1232-1 إلا بشرط أن **يوافق كل شخص مكلف بممارسة السلطة الأبوية على ذلك كتابة.**

---

[1] Art. 1232-4-4 code de la sante publique dispose que :" Un proche de la personne décédée peut faire valoir le refus de prélèvement d'organes que cette personne a manifesté expressément de son vivant. Ce proche ou l'équipe de coordination hospitalière de prélèvement transcrit par écrit ce refus en mentionnant précisément le contexte et les circonstances de son expression. Ce document est daté et signé par le proche qui fait valoir ce refus et par l'équipe de coordination hospitalière de prélèvement."

[2] Jean-Pierre SCOTTI, op.cit. p 915. Voir aussi : Charlotte Sailly-Di Bella, op.cit. p p 314-315.

[3] Speranta Dumitru, Op.Cit, p 348.

[4] Juliette Domin Butet. **Op.Cit**.p 18. Guillaume Durand, **Op. Cit**. p 02.

ومع ذلك، في حال تعذر استشارة أحد الأشخاص المكلفين بممارسة السلطة الأبوية، يمكن إجراء نزع الأعضاء بشرط أن **يوافق الشخص الآخر المكلف بممارسة السلطة الأبوية على ذلك كتابة.**"[1]

يبدو أن المشرع الفرنسي لا يجيز نزع الأعضاء من جثة المتوفى القاصر كقاعدة عامة، إلا بناء على الموافقة الكتابية لكلا الأبوين أو الوصي الشرعي، وعليه فإذا وافق أحد هؤلاء على نزع الأعضاء من جثة ابنه القاصر، في حين عارض الثاني ذلك، فلا يجوز قانونا المساس بجثة المتوفى القاصر، على أنه يجوز استثناء نزع الأعضاء من جثة هذا الأخير بناء على الموافقة الكتابية لأحد الأبوين في حالة ما إذا تعذر الاتصال بالطرف الثاني واستشارته.

أما في القانون الجزائري فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون الصحة 11-18 بأنه:"... **في حالة غياب التسجيل في سجل الرفض 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.**

وأضافت الفقرة الرابعة من نفس هذه المادة أنه:" **يتم إعلان أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها.**"

بناء على قراءة هاتين الفقرتين يمكن الوقوف عند الملاحظات التالية:

لا يمنح المشرع الجزائري لأفراد أسرة المتوفى الذي لم يعبر عن رفضه لانتزاع الأعضاء من جثته أثناء حياته، سوى إمكانية استشارتهم، ولم ينقل لهم حق الموافقة أو الاعتراض على

[1] **Art. 1232-2** dispose que :" Si la personne décédée était un mineur, 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 chacune des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'une des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre personne investie de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit."

نزع الأعضاء من جثة قريبهم المتوفى، وشتان بين الموافقة ومجرد الاستشارة، التي لا تتسم بطابع الإلزام، إذ يمكن للمستشير أن يأخذ برأي المستشار أو يتخطاه، وبالتالي يمكن القول إن المشرع الجزائري يأخذ بنظام الموافقة المفترضة القوية[1]، وفي هذا انتهاك للحق المعنوي الذي يجب أن يتمتع به الأقارب على جثة قريبهم.

يطرح ترتيب الأولوية الذي نصت عليه الفقرات المشار إليها أعلاه إشكالا عويصا، إذ استعمل المشرع الوطني حرف التخيير "الواو" عوضا عن حرف العطف "ثم" الذي يفيد الأولوية والترتيب، وحتى لو افترضنا في ظل الصياغة الحالية للفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون الصحة 18-11 أن المشرع الجزائري قد رتب أفراد الأسرة بخصوص الاستشارة ترتيب أولوية، فإن هذا الترتيب يطرح هو الآخر مشاكل في التطبيق، إذ قد تتعارض أراء المستشارين في نفس المرتبة، فقد يوافق الأب على نزع الأعضاء من جثة ابنه وترفض الأم ذلك، أو قد توافق الأخت على نزع عضو من جسم أختها المتوفاة ويرفض الأخ ذلك، فبأي رأي يعتد في هذه الحالات؟

هل يبنى ترتيب الأولوية على عدم القدرة على العثور على المستشار أو الوصول إليه، وبالتالي يتم الانتقال إلى الشخص الموالي، أم تطبيق معيار التوافق، وبالتالي متى ما كان من الممكن الوصول إلى فرد معين في الترتيب المحدد أخذ به، وإذا رفض العملية، يتم الانتقال إلى التالي حتى يتم الوصول إلى الموافقة حتى نهاية الترتيب، أم أن الأمر يتم تحديده بالوصول إلى أول شخص واستشارته أولًا، وإذا كانت موافقته على العملية يتم تنفيذها، وإذا لم تكن، يتم التوقف؟ ثم ماذا لو كان هناك شخص يوافق وآخر يرفض العملية، وفي هذه الحالة، هل سيتم

[1] بخصوص نوعي الموافقة المفترضة، انظر هامش الصفحة 174 من هذه الأطروحة.

إعطاء الأولوية للرفض أم للموافقة؟ إذ على الرغم من أن هذه مجرد افتراضات، إلا أنها قد تحدث[1]. لذا من الأحسن أن يحدد المشرع درجة الأولوية حتى بالنسبة لنفس درجة القرابة. [2]

❖ خلافا للمشرع الفرنسي، لم يشر المشرع الجزائري إلى حق الأقارب في الموافقة على نزع الأعضاء من جثة المتوفى القاصر من عدمه، فهل يمكن الافتراض في ظل الصياغة العامة لنص المادة 363 من قانون الصحة سالفة الذكر" يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته" بأنه يمكن افتراض موافقة المتوفى القاصر على نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته؟

إن الإجابة عن هذا السؤال لا يمكن أن تكون بغير النفي، ذلك أن المشرع الجزائري قد منع نقل الأعضاء من القاصر الحي، كأصل عام، واستثنى نقل الخلايا الجذعية من هذا الأخير، لمصلحة فرد من أفراد أسرته المقربين، فلا شك أن منع نزع الأعضاء من جثة القاصر يأخذ نفس الحكم، على أننا نقترح أن يتم السماح بنزع عضو من أعضاء القاصر المتوفى لمصلحة أخ أو أخت فقط، وبناء على الموافقة الكتابية كلا الوالدين أو أحدهما في حالة تعذر الاتصال بالطرف الثاني، أو موافقة من له السلطة الأبوية، أسوة بما نص عليه المشرع الفرنسي.

رغم أهمية وفعالية شرط الحصول على الموافقة الصريحة للأقارب كشرط لنزع الأعضاء من جثة المتوفى، الذي لم يعرب عن رأيه بشأن هذا الموضوع، إلا أن هذا النوع من الموافقة قد لاقى نوعا من الاعتراض لدى بعض الفقهاء، ذلك أنه يحتاج وقتا من الزمن، وهو ما يتعارض من سرعة التنفيذ، التي تتطلبها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ولا شك أن انتظار الحصول على موافقة الأقارب من شأنه الحيلولة دون بقاء العضو في حالة صالحة للزرع.[3]

---

[1] Abdennasser Belamri, Lamia Laadjal, **Double Permission In Operations To Remove And Transplant Organs From The Dead To The Living To Members Of The Dead's Family In Order And Limitation,** Journal of legal and economic research, vol 07, iss 02, University of Aflou, Algeria, 2024, p 1000.

[2] راجع بخصوص هذه المسألة: زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص ص 373-372، انظر أيضا: جمال رواب، مرجع سابق، ص 380.

[3] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 189.

كما أنه من الصعوبة بمكان السعي وراء الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفى على نزع الأعضاء من جثته مباشرة بعد وفاته، إذ أن استشارة الأقارب بشأن نزع الأعضاء من جثة قريبهم المتوفى في هذه اللحظة يعتبر عملا غير جائز أخلاقيا، لما في ذلك من إثارة لمشاعر الحزن والأسى عند هؤلاء، في وقت يحتاج فيه هؤلاء إلى جو من السكينة والراحة.[1]

2. الموافقة الضمنية لأفراد أسرة المتوفى

يشترط جانب من الفقه، في سبيل مجابهة المشاكل التي تعترض الحصول على موافقة أقارب المتوفى بشأن انتزاع الأعضاء من جثة هذا الأخير في الوقت المناسب، ضرورة افتراض موافقة الأقارب، بمجرد عدم صدور أي اعتراض من قبل هؤلاء، وعليه يمكن للطبيب القائم بالعملية مباشرة نزع الأعضاء من جثة الميت طالما لم يتلق أي اعتراض من الأقارب في الوقت المناسب، إذ أن الجراح ليس ملزما بالحصول على الموافقة المسبقة لأقارب الميت، على أساس أن انتظار ذلك من شأنه أن يحول دون تحقيق الغرض المرجو من عملية الاستئصال[2].

وعليه فإن هناك قرينة للأطباء بموافقة الأقارب على نزع الأعضاء من جثة قريبهم، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، من خلال صدور الاعتراض من الأقارب، فلا يجوز للأطباء استئصال الأعضاء من جثة المتوفى بطريقة سرية، دون علم الأقارب، إذ أن من مثل هذا التصرف يعتبر خيانة للأمانة، التي يضعها الأقارب في الأطباء، وهو ما قد يجعل الطبيب عرضة للمساءلة القانونية.[3]

وعليه يجوز للأطباء إخطار أقارب المريض الموجود في حالة غيبوبة، بأن مخ هذا الأخير على وشك الموت، وبحاجتهم إلى نزع عضو من أعضائه، دون أن ينتظر الأطباء صدور رأي

[1] فضيلة اسمي قاوة، مرجع سابق، ص 164.

[2] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 317، انظر أيضا: أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 60.

[3] محمد نجيب سعيدي، مرجع سابق، ص 332.

الأقارب بالموافقة أو الاعتراض على ذلك، إذ أن عدم صدور رأي عن هؤلاء في الوقت المناسب يعتبر بمثابة قبول ضمني، يجيز للأطباء مباشرة نزع الأعضاء من جثة قريبهم[1].

تستند الموافقة الضمنية للأقارب على اعتبارات اجتماعية، مفادها أن ضمان علاج المرضى أولى من مراعاة كرامة الجثة والإخلاص لذكرى الموتى، إذ يجوز للأطباء التصرف في جثة الميت تحقيقا للمصلحة العامة، طالما أن ذلك لا يضر بالمتوفى، بل على العكس يحقق مصلحة مؤكدة لمريض في حالة خطر، وعليه لا يحتاج الطبيب إلى تحصيل موافقة المريض أو أقاربه، إذ يفترض هذه الأخير موافقة هؤلاء، طالما لم لحصل على اعتراض صريح منهم في الوقت المناسب.[2]

وقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام الموافقة المفترضة للأقارب بموجب الفقرة الثانية من المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي لقانون **caillavet** الصادر سنة 1978، أين أجاز هذه المرسوم لأي شخص أن يدلي بشهادته المتعلقة باعتراض المتوفى على نزع الأعضاء من حثته، من خلال السجل المخصص لهذا الغرض والموجود على مستوى المؤسسات الصحية المرخص لها بنزع وزرع الأعضاء، ويعود هذا الحق على وجه الخصوص لأقارب المتوفى، والذين يجوز لهم في هذه الحالة تبيان طريقة صدور رفض هذا الأخير، نطاقه والظروف التي صدر فيها.[3]

وقد لاقت فكرة الموافقة المفترضة للأقارب عدة اعتراضات من قبل الفقهاء، إذ يرى البعض أنها تشكل خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب، إذ لا يلزم هذا الأخير لمباشرة نزع الأعضاء من جثة المتوفى بالحصول على الموافقة الصريحة لأقاربه، في حين أنه ملزم بعدم نزع الأعضاء من جثته مع اعتراض هؤلاء على ذلك، وبالتالي فقد يصر الأقارب على أنهم قدموا اعتراضهم على نزع الأعضاء من جثة قريبهم في حين يتمسك الطبيب بعدم علمه بهذا الاعتراض في الوقت المناسب. [4]

---

[1] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 60، انظر أيضا: حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 147.

[2] عبد الكريم مامون، **اثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى**، مرجع سابق، ص ص 311-312.

[3] محمد نجيب سعيدي، مرجع سابق، ص 333.

[4] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 192.

كما أن من شأن الأخذ بافتراض موافقة الأقارب أن يفقد هؤلاء الثقة في الأطباء والمستشفيات على حد سواء، إذ يحول دون دخول الأشخاص للمستشفيات، وهو ما يكلف هذه الأخيرة خسائر مادية جسيمة، نتيجة ما تتحمله من مصاريف مالية في الحالة التي تقوم فيها مسؤولية الأطباء العاملين لديها، علاوة على تراجع الأبحاث العلمية التي تقوم على الجثث من ناحية أخرى.[1]

ثانيا، تجاوز شرط الموافقة والاستئصال القصري للأعضاء

الأصل أنه لا يجوز للطبيب الجراح أن يباشر نزع الأعضاء من جثة الميت إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة على ذلك، سواء صدرت هذه الأخيرة عن الميت شخصيا حال حياته، أو كانت مفترضة، أو من خلال موافقة أفراد أسرته في حالة عدم تعبير صاحب الجثة عن موقفه بشأن التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، إلا أن بعض التشريعات أجازت نزع الأعضاء من جثث الموتى دون اشتراط الحصول على الموافقة المسبقة، وذلك تأسيسا على فكرة تأميم الدولة للجثث **(1)**، أو استنادا إلى حالة الاستعجال **(2)**.

1. تأميم الدولة لجثث الموتى

لا تعتبر الجثة الآدمية في نظر جانب من الفقه القانوني ملكا للشخص أو لأسرته، وإنما هي ملك للدولة، وبالتالي يمكن لهذه الأخيرة أن تتصرف فيها بجميع التصرفات، التي من شأنها تحقيق الصالح العام، وفي هذا الصدد يدعو الفقيه الإيطالي **Giovanni** إلى ضرورة ترجيح المصلحة العامة على الحقوق المعنوية التي يتمتع بها أفراد الأسرة على الجثة، والتي تكفل حماية هذه الأخيرة من كل اعتداء.[2]

يقوم هذا الاتجاه على ضرورة مواكبة القانون للتطور العلمي، ويرى أنه من الواجب في ظل السرعة التي تمتاز بها عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية الاستغناء عن موافقة الأقارب

[1] هجيرة غمراسي، مرجع سابق، ص 112.

[2] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 193، انظر أيضا: فضيلة اسمي قاوة، مرجع سابق، ص 169.

على عمليات استئصال الأعضاء البشرية من جثث فقيدهم، ترجيحا للمصلحة العلاجية للمريض، بما يكفل كرامته الإنسانية، إذ يجوز للطبيب في حالة الضرورة التي تقتضيها مصلحة المريض، ومصلحة المجتمع تخطي شرط الحصول على الموافقة واستئصال الأعضاء البشرية من جثة الميت تحسبا لزرعها، دون الحصول على موافقة أحد.[1]

إن هذا الاتجاه يساير الفكرة التي تعتبر الجثة شيئا من الأشياء، وطالما كان من الجائز المساس بهذه الأخيرة بدون الحصول على موافقة أصحابها في حالة الضرورة، فإنه من الجائز التصرف في جثث الموتى دون أي موافقة استنادا إلى نفس السبب، إذ لا يجب حسب أنصار هذا الاتجاه تعليق مشروعية التصرف في الجثث على موافقة ذوي الشأن، في حالة عدم معرفة أقارب المتوفى، أما في حالة معرفة هؤلاء فلا يجوز نزع أي عضو من أعضاء قريبهم إلا بناء على موافقتهم.[2]

وقد أخذ التشريع المقارن بهذا الاتجاه بغرض الاستفادة السريعة من الأعضاء البشرية، وذلك في حالات معينة، هي الموتى مجهولو الهوية، الموتى الذين بنفذ فيهم عقولة الإعدام، وقتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم.

فبالنسبة لنزع الأعضاء من مجهولي الهوية، فقد أجاز المشرع الأردني مثلا، وبمقتضى الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان نزع الأعضاء من جثة المتوفى مجهول الهوية، إذا لم يطالب أحد بجثته خلال 24 ساعة من الوفاة، شريطة موافقة المدعي العام على ذلك، والفرض في هذه الحالة أن المتوفى لم يوص بالتبرع بأي عضو من أعضائه بعد وفاته، ومن ثم يكون المشرع الأردني قد جعل من عدم معرفة شخصية المتوفى مبررا كافيا لاستئصال أي جزء من جثته، وكأن عدم معرفة هوية المتوفى من شأنها إهدار حرمة ومعصومية جسده.[3]

---

[1] حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 150.

[2] فضيلة إسمي قاوة، مرجع سابق، ص 170.

[3] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 379.

أما **بالنسبة لنزع الأعضاء من جثث الموتى الذين ينفذ عليهم حكم الإعدام** فقد ظهر في الفقه المقارن اتجاهان: يذهب الاتجاه الأول إلى القول بجواز ذلك للصالح العام، انطلاقا من أنه لا ضير في إجبار المحكوم عليه بالإعدام بالمساهمة في إنقاذ أرواح الآخرين كتعويض عما أصاب المجتمع من الجريمة الشنعاء التي ارتكبها، من خلال نزع أعضائه لفائدة المرضى المحتاجين إليها.[1]

في حين يرى الاتجاه الثاني أنه لا يمكن اجبار المحكوم عليه بالإعدام على التنازل على أعضائه إلا ضمن الحدود التي رسمها القانون، لأن ذلك يتعارض مع الكرامة الإنسانية، كما أنه ليس من العدل أن يتم أخذ عضو من أعضاء المكوم عليه بالإعدام دون موافقة أقاربه، إذ لا يجوز أن تحل السلطة العامة محل إرادة المتوفى، بل يجب أن تسلم جثة هذا الأخير لأقاربه كاملة متى طالبت بذلك لدفنها.[2]

أما بالعودة إلى التشريعات المقارنة، فلم تثر مسألة نقل الأعضاء من الموتى الذين ينفذ عليهم حكم الإعدام، بالنسبة للدول التي ألغت عقوبة الإعدام، كالقانون الفرنسي، الذي ألغى عقوبة الإعدام، بمقتضى القانون رقم 908 الصادر سنة 1981، أو ضمن قوانين الدول التي لم تتضمن تشريعاتها الجنائية عقوبة الإعدام. أما بالنسبة للدول التي نصت على هذه العقوبة، فقد أجازت نزع الأعضاء من جثة المحكوم عليه بالإعدام، دون موافقة أحد على غرار التشريع السوري، الذي قضى بموجب الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون رقم 31 لسنة 1972 بجواز نزع الأعضاء أو الأحشاء، أو جزء منها من ميت، بغية غرسها لمريض بحاجة إليها، إذا كان الموت نتيجة الإعدام.[3]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلا يمكن الحديث عن نزع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام، نظرا لأن عقوبة الإعدام لا تنفذ في الجزائر، وبالتالي فلا يجوز إجبار هؤلاء على نزع أي عضو من أعضائهم.

---

[1] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص ص 322-323، انظر أيضا: يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 384.

[2] فضيلة اسمي قاوة، مرجع سابق، ص 171.

[3] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 384.

أما بالنسبة للموتى، وقتلى الحوادث، والذين تشرح جثثهم نتيجة لوجود شبهة جنائية، فقد أجاز المشرع اللبناني بموجب المادة الخامسة من المرسوم الاشتراعي رقم 109 لسنة 1983 نزع الأعضاء من جثثهم، بناء على موافقة القضاء، في حين التزم المشرع المصري بموجب قانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية الصمت، وبالتالي يمكن القول إن المشرع المصري يحظر استئصال الأعضاء من جثة الميت في ظل هذا الفرض إلا بعد التأكد من وجود وصية منه، تفيد تبرعه بأعضائه بعد وفاته، استنادا إلى نص المادة الثالثة منه.[1]

2. حالة الاستعجال ونزع الأعضاء دون موافقة

أجاز عدد من التشريعات نزع الأعضاء من الجثث دون موافقة أي أحد، وذلك في حالة الاستعجال التي لا تحتمل التأخير، كأن يحول وضع الميت دون الاتصال بأقاربه، أو خوفا من فساد العضو محل النزع، أو عند تأزم الحالة الصحية للمريض المتلقي الذي يحتاج لتدخل جراحي سريع بنقل عضو إليه[2].

ومن أهم التشريعات التي استندت إلى حالة الضرورة كمبرر لنزع الأعضاء من جثث الموتى دون موافقة أحد نجد التشريع الكويتي، إذ أجاز القانون رقم 87-55 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية بموجب المادة السادسة منه، نزع هذه الخيرة في حالة الضرورة بموجب ترخيص من الوزير المكلف بالصحة، بناء على توصية من لجنة طبية مكونة من ثلاثة أطباء مختصين، حتى ولو اعترض الأقارب على ذلك.[3]

كما استند المشرع الجزائري في قانون الصحة الملغى على حالة الاستعجال التي يتطلبها الوضع الصحي المتدهور للمريض لنزع الأعضاء من الجثث دون موافقة، وذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 164 منه، على أنه حصر نطاق هذا النزع على القرنية والكلية، واشترط أن

---

[1] أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 389.

[2] عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، مرجع سابق، ص 428.

[3] عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، مرجع سابق، ص 194.

يتم تحديد حالة الاستعجال هذه بناء على معاينة اللجنة الطبية المختصة في نزع وزرع الأعضاء.

أما بالرجوع لقانون الصحة الحالي رقم 18-11 فنجد أن المشرع الجزائري قد تراجع عن الحكم بنزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى دون الحصول على موافقة أحد، وحسنا فعل، إذ أن من شأن هذا الحكم أن يضفي نوعا من الاطمئنان بين عائلات المرضى القابعين في حالة غيبوبة، ويدل على نية المشرع في احترام إرادة الميت وإرادة أقاربه بعد موته في التصرف بجثته.

ملخص الفصل الثاني

علاوة على البيو أخلاقيات العامة، التي يشترط توافرها لصحة عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية مهما كان مصدر العضو المستأصل، يشترط المشرع الجزائري ضرورة احترام البيو أخلاقيات الطبية الخاصة لنزع الأعضاء البشرية، والتي تختلف باختلاف مصدر العضو البشري المنزوع.

إذ شدد المشرع الجزائري على ضرورة احترام الإرادة الشخصية للمتبرع الحي، من خلال اشتراطه لضمان الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لهذا الأخير، والتي يعكسها تكريس المشرع للالتزام بالإعلام بالمخاطر التي قد يتعرض لها المتبرع من جهة والفوائد التي يرجى تحقيقها بالنسبة للمريض من جهة ثانية، علاوة على إضفاء الطابع الرسمي لهذه الموافقة، والتي يشترط التعبير عنها أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، إضافة إلى ضمان كمال أهلية المتبرع بالعضو وسلامة إرادته من العيوب، وتمكينه من سحب هذه الموافقة دون أي قيد أو شرط.

كما حرص المشرع الجزائري على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض المتلقي للعضو المنزوع من المتبرع، غير أنه خلافا لهذا الأخير لم يشترط المشرع كما أهلية المتلقي لإجراء عملية الزرع، بل سمح بانتقال سلطة الموافقة على هذه الأخيرة إلى ممثله القانوني في بعض الحالات، وقضى بالاستغناء عن الحصول على هذه الموافقة في حالة الاستعجال.

أما بالنسبة لنزع الأعضاء البشرية من الأموات فقد اشترط المشرع الجزائري لصحة ذلك وجوب الاثبات الطبي والشرعي للموت الدماغي للمتبرع المحتمل، طبقا للمعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة، وضرورة الحصول على الموافقة المسبقة المفترضة للمتبرع المحتمل أو الموافقة اللاحقة لأفراد أسرته في حالة وفاته دون التعبير عن موقفه بشأن نزع الأعضاء من جثته.

الباب الثاني

نظام المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية

رغم أهمية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وما قدمته للمرضى من فائدة، إلا أنها لا تخلو من بعض المخاطر، التي يمكن أن تنجر عنها سواء بالنسبة للمتبرع عند عملية الاستئصال، أو بالنسبة للمريض المتلقي للعضو عند عملية الزرع، إذ قد تتسبب في أضرار بليغة لهؤلاء، نتيجة لبعض الأخطاء التي يرتكبها الأطباء، والتي تتنوع تبعا لتنوع التدخلات الطبية التي تشملها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، مما يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية للأطباء عن هذه العمليات.

تعرف المسؤولية بوجه عام بأنها: " حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة"، أو هي "محاسبة الشخص عن فعله، الذي سبب به ضررا للغير، ويفترض فيه أنه مخالف لقاعدة قانونية أو أخلاقية".[1]

لم يفرد المشرع الجزائري نظاما خاصا للمسؤولية المدنية للأطباء عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وبالتالي يتعين علينا محاولة المساهمة في رسم معالم نظام للمسؤولية المدنية للأطباء عن الأضرار التي تترتب عن هذا النوع من التدخلات الطبية الجراحية الماسة بجسم الإنسان، من خلال البحث في مدى ملائمة وكفاية القواعد العامة للمسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية للتطبيق في ميدان نزع وزرع الأعضاء البشرية، وكذا محاولة البحث عن مدى شمولية واتساع مجال بعض الأنظمة الخاصة للتعويض في جبر الأضرار الناجمة عن هذه العمليات.

بناء على ما سبق يجب الوقوف عند ضوابط قيام مسؤولية الأطباء المدنية عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، من خلال تبيان خصائص هذه النوع من المسؤولية والأركان التي تقوم عليها **(الفصل الأول)**، ثم بحث أثر قيام المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، والمتمثل في جبر الأضرار التي سببها هؤلاء للمتبرع أو المريض أو ذوي حقوقهما **(الفصل الثاني)**.

---

[1] مالك حمد أبو نصير، **مسؤولية الطبيب المدنية عن الأخطاء المهنية، (دراسة مقارنة)**، ط01، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 51.

الفصل الأول: قيام المسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

تتسم عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بنوع من الخطورة، باعتبارها تدخلا طبيا محله الجسد البشري، والذي يجب التعامل معه بحذر شديد، نظرا لتعقيد تكوينه، وحرمة المساس به، وانطلاقا من هذا الاعتبار شددت مختلف التشريعات في الضوابط القانونية التي تفرضها لجواز مباشرة الأعمال الطبية الواقعة عليه.

وبالتالي فلا شك أن كل ضرر يصيب أحد طرفي العملية عند القيام بنزع العضو البشري أو زرعه، يقيم مسؤولية الطبيب الذي أحدثه، نتيجة لخطأ صدر عنه، إما لقلة تبصر هذا الأخير وعدم أخذه ما يلزم من العناية والحذر في ممارسة عمله، أو من خلال تقصيره في ضمان سلامة المتبرع أو المريض عند التزامه بتحقيق نتيجة معينة بمناسبة تنفيذه لبعض التصرفات التي تنطوي الالتزامات المتعلقة بها على نتيجة ينبغي تحقيقها.

وقد أثار تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للأطباء عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية جدلا كبيرا بين الفقهاء، كل حسب زاوية النظر التي يتناول منها هذا النوع من المسؤولية، ولعل مرد ذلك خطورة هذه العمليات من جهة، وحساسيتها من جهة أخرى، وهو ما أفضى إلى ضرورة وضع هذا النوع من المسؤولية في موضعها الصحيح، طبقا لما استقر عليه الفقه القانوني والاجتهاد القضائي.

وعليه ينبغي الوقوف عند خصائص المسؤولية المدنية للأطباء في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية **(المبحث الأول)**، ثم تبيان الأركان التي تقوم عليها هذه المسؤولية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: خصائص المسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

تحظى عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها واحدة من أهم وأخطر التدخلات الطبية الجراحية التي يعرفها الطب الحديث، بنوع من الخصوصية، يجعل من البحث في أحكامها القانونية أمرا عويصا، ومن الصعوبة بمكان الخوض في خصائص هذه المسؤولية، نظرا لأن محل هذه العملية لا يقتصر على مريض يخضع لعقد العلاج الطبي، الذي استقرت أحكامه القانونية في مختلف التشريعات الصحية عبر العالم، وإنما يتعداه ليشمل المتبرع بالعضو البشري، الذي يحظى من الصحة والسلامة البدنية، ما يجعل كل مساس بجسمه خرقا لحقه في الحياة والصحة والتكامل الجسدي.

ونظرا لأن كلا من المتبرع بالعضو والمريض المتلقي يخضع لجراحة دقيقة، ينفذها طبيب مختص في هذا المجال، فلا مناص من القول بإمكانية تضرر هؤلاء من العملية التي يخضعون لها، نتيجة للأخطاء التي قد يرتكبها الطبيب القائم بالعملية، فتقوم مسؤولية هذا الأخير عن الأضرار التي تسبب فيها.

وتأسيسا على ما سبق ينبغي الوقوف عند التأصيل القانوني للمسؤولية المدنية المترتبة على عاتق الأطباء القائمين بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية (المطلب الأول) ثم تحديد طبيعة الالتزامات التي تقع على هؤلاء بمناسبة تدخلهم الطبي المتعلق بالعمليات محل الدراسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التأصيل القانوني للمسؤولية المدنية للأطباء في عمليات نزع وزرع الأعضاء

لا شك أن البحث عن تأصيل قانوني للمسؤولية المدنية للأطباء القائمين بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية ليس بالأمر الهين[1]، خاصة وأن البت في أمر الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية من شأنه أن يلعب دورا بالغ الأهمية، إذ يناط به تحديد الأحكام القانونية المطبقة على كل حالة من حالات المسؤولية، سواء من حيث إثبات الخطأ الذي يعد أهم ركن في المسؤولية المدنية، أو من حيث الاختصاص القضائي الفاصل في دعوى المسؤولية، أو ما تعلق من ناحية أخرى بتحديد التعويض الممنوح للمضرور وكذا إمكانية الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية.

وفي إطار البحث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للأطباء في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومن خلال استقراء ما تمخض عنه الفقه والقضاء من آراء من جهة، وما جاءت به النصوص القانونية المتعلقة بهذه العمليات من جهة أخرى، يمكن القول أن هذه المسؤولية وخلافا للمسؤولية المدنية للأطباء بوجه عام هي ذات طابع تقصيري (الفرع الأول)، إلا أنها يمكن أن تتخذ طابعا عقديا في حالات استثنائية وضمن مجال محدود جدا[2] (الفرع الثاني).

---

[1] نادرا ما يتناول القضاة طبيعة المسؤولية التي تقع على عاتق الطبيب، ويُعزى ذلك إلى أن المعايير التي تحدد الخطأ في حق الأطباء هي نفسها في الأمور التعاقدية وغير التعاقدية، إذ يعكس الواقع أن الفروقات الموجودة بين هذين النظامين من المسؤولية ليست هامة للغاية، فهي غير موجودة فيما يتعلق بمفهوم الخطأ نفسه؛ فأحيانا تظهر الفروقات في مستوى الإثبات – الالتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة في الحالات التعاقدية، وقرينة المسؤولية في المسائل غير التعاقدية – ولكن هذا الأمر ليس جوهريا.

Voir : Bernard Evan, **Les obligations de résultat en matière médicale**, Mémoire de Master en Droit à finalité justice civile et pénale, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, Belgique, 2023, p 15.

[2] يرى البعض أن الاجتهاد القضائي لحكم "**Mercier**" المستند إلى العقد الطبي قد انتهى، وأن محاولة الحفاظ عليه قسرا ستكون بمثابة إصرار اجتهادي غير مبرر.

Ghenima Lahlou-Khiar, **Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique**, thèse pour le doctorat d'état en droit, faculté de droit d'Alger, université d'Alger, 2005. p 335.

الفرع الأول: الطابع التقصيري للمسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء: أصل عام

تعرف المسؤولية التقصيرية بأنها:" **الجزاء المترتب على الطبيب، نتيجة إخلاله بالتزام قانوني، وهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين، ويعبر عنه بالخطأ غير المشروع، ومعياره انحراف الشخص في سلوكه وتصرفاته عن جانب الحيطة والحذر والتبصر وبذل العناية اللازمة للمريض**".[1]

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الخطأ الطبي الذي يسبب ضررا للمريض عند قيام هذا الطبيب بعلاج هذا الأخير، يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب وليس المسؤولية العقدية، ذلك أن الالتزام الذي يقع على الطبيب إنما هو التزام قانوني، يقتضي من الطبيب بذل عناية في علاج المريض وليس التزاما بتحقيق نتيجة هي الشفاء.[2]

انطلاقا مما سبق يمكن القول أن الطابع التقصيري للمسؤولية المدنية للأطباء في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، يظهر في الحالة التي ينتفي فيها العقد الطبي بسبب المركز اللائحي الذي يتمتع به الطبيب الممارس في المستشفيات العمومية (أولا)، وكذا في الحالة التي يترتب فيها عن الاخلال بالالتزامات التي تقع على عاتقه خطأ جنائي حتى ولو تم ذلك في إطار عقد طبي (ثانيا).

أولا: المركز اللائحي للطبيب في المؤسسات الاستشفائية العمومية: انتفاء العقد الطبي

يتمتع الطبيب الممارس في المؤسسات الاستشفائية العمومية بمركز تنظيمي لائحي[3]، وبالتالي تغيب فكرة العقد الطبي في هذه الحالة، إذ أن الطبيب في هذه الحالة يلتزم بتقديم

---

[1] باسم محمد فاضل، **نحو إطار قانوني للمسؤولية الطبية**، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث، جمهورية مصر العربية، 2024، ص 156.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص ص 96-97.

[3] عبد الجليل مختاري، **المسؤولية المدنية في نقل وزرع الأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، ص 107.

خدمة عامة علاجية للمرتفقين، دون أن يكون لهؤلاء حق اختيار الطبيب المعالج[1]، ومنه فلا يتصور قيام المسؤولية العقدية للطبيب وذلك لانتفاء مصدرها وهو العقد الطبي.

وانطلاقا من اشتراط المشرع الجزائري لحصرية لإجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في المؤسسات الاستشفائية العمومية، والتي حددها على سبيل الحصر، يمكن القول بانتفاء العقد الطبي بين الأطباء القائمين بهذه العمليات وبين المتبرع بالعضو أو المريض المتلقي له، ومنه فلا يمكن أن يترتب عن الأضرار التي يخلفها هؤلاء لأحد طرفي العملية أو ذوي حقوقه إلا مسؤولية تقصيرية.

علاوة على أن المتبرع أو المريض لا يحتاج لإبرام عقد من أجل الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المستشفى العام، لأن اللوائح التنظيمية التي تحكم الطبيب العام تلزمه بإجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية على أساس أن كل من المتبرع والمتلقي يعتبران مواطنان ينتفعان من خدمات المرفق الصحي العام، ومنه فإن انتفاء العقد الطبي في مثل هذه العمليات، سواء بين الطبيب وبين المؤسسة الاستشفائية العمومية، أو بين الطبيب وطرفي العملية، يجعل من المسؤولية المترتبة في حالة حدوث الضرر مسؤولية تقصيرية.[2]

وما يؤكد انتفاء العقد الطبي في هذه العمليات من ناحية أخرى هو الطابع المجاني للخدمات التي تقدم في المستشفى العام، ذلك أن العقد يقتضي من أطرافه الالتزام به، أما في إطار الخدمة المجانية، فإن الطبيب لا يقصد ترتيب التزام في ذمته، إذ أن العمل المجاني لا يرتب في ذمة الشخص الذي يقدمه إلا التزامات أدبية، وبالتالي فلا يترتب عن ذلك سوى

[1] مراد بن صغير، **مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2003، ص 48.

[2] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 107.

مسؤولية تقصيرية[1]، ولعل في اشترط المشرع الجزائري طبقا للمادة 367 من قانون الصحة العامة ما يؤكد ذلك[2].

كما يمكن القول إن ما يؤكد انتفاء العقد الطبي في هذه العمليات من جهة أخرى هو الحالة التي تنعدم فيها مقدرة المريض على التعبير عن إرادته، وذلك في الحالات الاستعجالية أو الضرورة[3]، وبالتالي يترتب عن كل ضرر يلحق بالمريض في هذه الحالة قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب، وهذا ما يمكن تصوره كثيرا في مثل هذا النوع من العمليات، إذ اشترط فيها المشرع ألا تجرى إلا في حالة الضرورة، وبعد ألا يتبقى أمام المريض إلا عملية زرع العضو لاستمرار حياته والمحافظة على الوظائف الحيوية لأعضائه.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1969-03-07 بعدم مساءلة الطبيب العامل في المستشفى العمومي إلا بناء على المسؤولية التقصيرية، ذك أن المريض لم يختر الطبيب الذي يعالجه، ومن ثم فلا يمكن القول بوجود عقد طبي بينهما، ومنه تخرج مسؤولية الطبيب في هذه الحالة عن نطاقها التعاقدي".[4]

وقد كرس القضاء الفرنسي هذا التوجه في عدد من القرارات الصادرة عن محكمة النقض، قبل صدور قرار "Mercier" الذي اعتبر أن المسؤولية القائمة بين الطبيب والمريض هي مسؤولية عقدية، إذ اعتبرت أن "المسؤولية المدنية للأطباء بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1935-06-18 هي مسؤولية تقصيرية، ومن ثم فقد حملت الطبيب الذي تسبب في فقد

---

[1] أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 187.

[2] تنص المادة 367 من قانون الصحة 18-11 على أن:" **لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن العمليات**".

[3] مراد بن صغير، **أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2017، ص 147.

[4] محمد بودالي، **المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي**، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص 18.

المريض لذراعه نتيجة لإهماله تبعة ذلك بموجب أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.[1]

أما بالرجوع إلى القانون الجزائري، فالملاحظ أنه لا وجود لنص قانوني يحدد طبيعة المسؤولية القائمة على عاتق الطبيب بصفة عامة، كما أن القضاء الجزائري لم يقم بذلك، وإنما اكتفى فقط بإسناد المسؤولية المترتبة عن الأخطاء الطبية الحاصلة في المؤسسات الاستشفائية العامة إلى القضاء الإداري، محملا تبعتها للمؤسسة الاستشفائية العمومية وليس للطبيب[2]، باعتبار علاقة التبعية التي تربط هذا الأخير بالمستشفى الذي يعمل فيه.

إلا أنه لا مناص من القول برجوع المؤسسة الاستشفائية على الطبيب المرتكب للخطأ بمبلغ التعويض الذي دفعته للمضرور، وبالتالي يمكن القول إن الطبيب يسأل والحال هذه مسؤولية تقصيرية عما خلفه من ضرر.

على أنه لا يجب أن نغفل على أن الطبيب القائم بالعملية يسأل عن أخطائه الشخصية طبقا لنص المادة 124 من ق. م. ج، كما يسأل عن أفعال غيره من الأطباء، الذين يتبعونه أو يعملون معه في فريق طبي واحد.

ونظرا لكون عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تتم في إطار فريق طبي، يتكون من عدة أطباء ومساعدين، يطرح التساؤل حول ما مدى مسؤولية الطبيب عن أخطاء غيره من الأطباء والمساعدين الطبيين؟

تقتضي الإجابة عن هذا السؤال التفرقة بين مسؤولية الطبيب عن مساعديه من جهة ومسؤوليته عن الفعل الضار الصادر من أعضاء لفريق الطبي العاملين معه من جهة أخرى.

لا يسأل الطبيب عن الفعل الضار الصادر عن غيره من الأطباء أعضاء الفريق الطبي العامل معه، نظرا لانعدام علاقة التبعية بين الأطباء، إذ يعمل كل عضو من أعضاء الفريق لحساب المستشفى وليس لحساب طبيب آخر، ذلك أن المشرع الجزائري قد قضى بالاستقلالية

[1] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 99.

[2] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 19.

المهنية للأطباء بموجب المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب والتي تنص على أنه:" **لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال**"، ونص في الفقرة الثانية من المادة 73 من نفس المدونة على أنه:" **عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كل منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية**"

كما لا يسأل الطبيب عن أعمال مساعديه، نظرا لانعدام رابطة التبعية التي تربطهم بالطبيب، فرغم تمتعه بسلطة التوجيه والاشراف على هؤلاء أثناء قيامهم بمهامهم، إلا أن هذه السلطة ليست أصلية، وإنما هي سلطة مفوضة من إدارة المستشفى، يمارسها على مساعديه باسم هذه الأخيرة ولحسابها[1]، وبالتالي فلا يمكن إعمال نص المادة 136 من ق. م. ج المعدلة بموجب قانون 05-10 والتي تنص على أن:" **يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبها، وتتحقق رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع**".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري يقر بمسؤولية المتبوع متى كان تابعه يعمل لحسابه، ونظرا لأن المساعد الطبي في هذه الحالة يعمل لحساب المستشفى وليس لحساب الطبيب فلا يمكن القول بمسؤولية هذا الأخير عن الأضرار التي يسببها المساعدين التابعين له للغير، وبالتالي لا يمكن للمتضرر المطالبة بمسؤولية الطبيب وإنما مسؤولية المستشفى باعتباره متبوعا من طرف المساعدين والذين يعملون لحسابه.

يبقى أن نتساءل في الأخير عن مدى مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تلحق بأحد طرفي العملية نتيجة للأشياء والآلات التي يستعملها؟

يمكن القول أنه رغم أن ملكية الأجهزة والمعدات الطبية التي يستعملها الطبيب الجراح في المستشفى العمومي تعود لهذا الأخير، وانتقال حراستها إلى الطبيب الذي يستعملها، إلا أن الطبيب لا يعتبر حارسا لهذه الأجهزة والمعدات إلا مجرد حراسة مادية، إذ ينتفي العنصر

[1] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 284.

المعنوي للحراسة في هذه الحالة، طالما أن الطبيب يمارس مهامه باسم ولحساب المستشفى وليس باسمه ولحسابه الخاص، وبالتالي فلا يسأل عن الأضرار التي تترتب عن استعماله لهذه الأجهزة والمعدات.[1]

ثانيا: اقتران الخطأ الطبي الصادر عن الطبيب بخطأ جنائي

يسأل الطبيب القائم بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية مسؤولية تقصيرية في الحالة التي يترتب عن إخلاله بالتزامه ببذل عناية جريمة جنائية، كوفاة المتبرع بالعضو البشري أو المريض المتلقي للعضو، ذلك أن كل جريمة نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية، وفي ذلك تغليب للناحية الجنائية[2]، ففي هذه الحالة تختفي المسؤولية العقدية للأطباء لصالح المسؤولية التقصيرية، رغم وجود عقد طبي صحيح بين الطبيب والمريض.[3] إذ يؤسس المضرور من وفاة المتبرع أو المريض دعواه للمطالبة بالتعويض على المسؤولية التقصيرية للطبيب.

وقد ذهبت المحاكم الفرنسية إلى القول بأنه: "رغم أن الأصل في المسؤولية الطبية أن تكون عقدية، فإن الأمر يختلف عندما يتوافر فيما يرتكبه الطبيب من مخالفة لالتزاماته صفة عدم الاحتياط، أو الإهمال الذي يشكل المخالفة المنصوص والمعاقب عليها بموجب المادة 319 من قانون العقوبات الفرنسي، ففي هذا الفرض يطبق القانون العقابي، فسبب المسؤولية في هذه الحالة ينتج بالضرورة من تأكد وقوع الجنحة التي تثبت في مواجهة المتهم.[4]

ويتصور قيام المسؤولية التقصيرية للأطباء في مثل هذه الحالة، عند نسيان الطبيب الجراح لآلة من الآلات التي يستعملها في الجراحة داخل جسم المتبرع أو المريض، مما قد

---

[1] حورية أسيد، **المسؤولية الشخصية للطبيب في المستشفى العمومي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 48.

[2] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، **الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، (دراسة قانونية مقارنة)**، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 121.

[3] Ghenima Lahlou-Khiar, Op.Cit. p 334.

[4] عدنان إبراهيم سرحان، **مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي**، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنين، الجزء الأول، (المسؤولية الطبية)، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص ص 142- 141.

يؤدي إلى وفاة واحد من هؤلاء، إذ ينم تصرف الطبيب في هذه الحالة عن خطأ جسيم يؤدي علاوة على قيام مسؤوليته الجنائية عن جريمة القتل غير العمدي، قيام مسؤوليته تجاه المضرور، وبالتالي التزامه بالتعويض عما لحق هذا الأخير من ضرر.

ذلك أن ارتكاب الطبيب لخطأ جسيم يعتبر دليلا واضحا على استهتاره بحياة الآخرين، وعدم تبصره بعواقب ذلك، ورغم أن المشرع قد أجاز الاتفاق على إعفاء الطبيب من المسؤولية المترتبة عليه عند عدم تنفيذه للعقد الطبي، إلا أنه استثنى من ذلك ما نشأ عن غش أو خطأ جسيم[1]، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 182 من ق. م. ج على أنه:" **إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر، الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد**".

وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 30-05-1995 بأنه:" **من المقرر قانونا أن كل إهمال أو عدم انتباه، أو عدم مراعاة للأنظمة، يفضي إلى القتل الخطأ يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية، ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية، وتوفرت العلاقة السببية بينهما استنادا لتقرير الخبرة، واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض، فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح، وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية**".[2]

[1] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 242.

[2] المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 118720، بتاريخ 30-05-1995، قضية (ك. خ) ضد (ب، أ)، المجلة القضائية، العدد 02، 1996، ص 179.

الفرع الثاني: الطابع العقدي للمسؤولية المدنية للأطباء: استثناء ضيق ومحدود

تم التأسيس للمسؤولية العقدية للأطباء بموجب قرار **Mercier** الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20-05-1936، والذي أكدت فيه وبوضوح وجود عقد طبي بين الطبيب ومريضه[1]، يترتب عن الإخلال به ولو بطريقة غير عمدية قيام المسؤولية التعاقدية[2]، وعلاوة على ذلك فقد حدد هذا القرار طبيعة الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب وهو التزام ببذل عناية.

غير أنه لا يمكن تصور قيام المسؤولية العقدية للأطباء القائمين بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية نظرا لغياب عقد طبي يجمع بين الطبيب وأحد طرفي العملية، إلا أنه يمكن أن تقوم مسؤولية هؤلاء وبصفة استثنائية ضيقة، في حالة قيام عقد اشتراط طبي لمصلحة الغير (أولا) وتضرر المتبرع أو المريض نتيجة إخلال الطبيب بالالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب هذا العقد (ثانيا).

أولا: قيام عقد الاشتراط الطبي لمصلحة الغير

قد يفتقر المستشفى العام أحيانا إلى أطباء جراحين في واحد من تخصصات الجراحة الدقيقة، فيلجأ إلى البحث عن طبيب مختص في إجراء هذا النوع من العمليات، ليبرم معه عقدا يلتزم بمقتضاه بإجراء عملية نزع وزرع عضو بشري لفائدة مريض معين، فتكيف العلاقة القانونية التي تربط هذا الطبيب بالمستشفى باعتبارها عقد اشتراط لمصلحة الغير.[3]

[1] Annabelle Baudry-Merly, **La responsabilité civile, un aspect de la responsabilité médicale**, In : Revue juridique de l'Ouest, **N°**1, persee, France, 1999. P p 17-18.

[2] Valérie-Anne Ghiette, **L'obligation de résultat dans la responsabilité civile médicale**, Mémoire Master en droit à finalité justice civile et pénale, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2023. p 13.

[3] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 120.

ويعرف عقد الاشتراط لمصلحة الغير بأنه:" عقد يطلب بمقتضاه شخص يسمى "المشترط" من شخص آخر يسمى "المتعهد" أن ينفذ التزاما معينا لفائدة الغير الذي يدعى "بالمنتفع أو المستفيد"[1]

وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 116 من ق. م. ج على أنه:" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية..."

يتضح من هذا النص أنه يجوز للمستشفى العام باعتباره شخصا من أشخاص القانون أن يتعاقد باسمه مع طبيب معين يتشرط عليه القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، طالما كانت له مصلحة في ذلك، ولعل المصلحة التي يمكن تصورها في هذه الحالة في الحفاظ على الصحة العمومية من خلال إنقاذ مريض من الهلاك.

على أنه يشترط في هذا العقد أن يكون صحيحا من الناحية القانونية[2]، ومستوفيا لكل أركانه وشروطه، إذ لا يمكن المطالبة بالمسؤولية المدنية العقدية للطبيب إلا في الحالة التي يتم فيها إثبات عقد طبي صحيح يجمع بين الطبيب وأحد طرفي العملية، سواء كان المتبرع بالعضو أو المريض المتلقي له، لأنه إذا كان العقد باطلا فلا يمكن للمضرور أن يطالب بالمسؤولية العقدية، نظرا لانتفاء العقد الذي يعتبر محلا لها.

وعليه ينشأ عقد الاشتراط الطبي بين الطبيب الجراح باعتباره متعهدا والمؤسسة الاستشفائية العمومية باعتبارها مشترطا، ويلتزم الطبيب بمقتضى هذا العقد بإجراء عمليات نزع

---

[1] غنيمة لحلو خيار، **نظرية العقد**، ط1، دار بيت الأفكار، الجزائر، 2018، ص 189.

[2] يسأل الطبيب مسؤولية تقصيرية كلما كان العقد الطبي المتعلق بالعلاج باطلا، ويكون هذا الأخير باطلا إذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحة محله أو سببه، انظر: مراد بن صغير، **أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 146.

ويمكن تصور هذه الحالات بالنسبة لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، في صورة قيام الطبيب بموجب عقد طبي بمباشرة عملية نزع أو زرع العضو البشري المستأصل بدون الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لطرفي العملية، والتي تعتبر شرطا أوليا يجب توافره قبل البدء في الجراحة.

وزرع الأعضاء البشرية للمتبرع والمريض اللذين يلجآن إلى هذه المؤسسة باعتبارهما مستفيدين من الاشتراط، على أن يكون ذلك على حساب المستشفى الذي أجريت فيه العملية.

ويترتب على قيام عقد الاشتراط الطبي أن ينشأ للمضرور حق مباشر جراء عقد الاشتراط لمصلحة الغير، حيث لا يشترط أن يكون الغير في هذه الحالة معينا وقت انعقاد العقد، طالما كان قابلا للتعيين في الوقت الذي يتم فيه تنفيذ العقد، وعليه يمكن للمتبرع أو المريض بمقتضى هذا الحق مطالبة هذا الأخير بالتعويض عما يصيبهما من ضرر جراء عقد الاشتراط.[1]

ثانيا: تضرر المتبرع أو المتلقي من إخلال الطبيب بعقد الاشتراط الطبي لمصلحة الغير

لا تقوم المسؤولية المدنية العقدية للأطباء إلا إذا نشأ ضرر عن اخلال الطبيب بالتزام تعاقدي، على أنه يشترط في هذا الضرر أن يصيب المتبرع بالعضو أو المريض المتلقي له دون غيرهما، ذلك أنه لو أصاب الضرر شخصا آخر غير هذين الأخيرين لما أمكن له الاستناد على العقد كأساس للمطالبة بالتعويض، بل يمكنه أن يطالب بالمسؤولية التقصيرية للطبيب[2].

وبناء على عقد الاشتراط الطبي المبرم بين المؤسسة الاستشفائية العمومية وبين الطبيب الجراح يجوز للمريض أو المتبرع رغم كونهما ليسا بطرفين في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، المطالبة بالتعويض عما قد يصبهما من ضرر جراء إخلال الطبيب بهذا العقد، من خلال الرجوع على الطبيب مباشرة بدعوى المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض عما قد أصابهما من ضرر.[3]

---

[1] فوزية صبيحي، **المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2020، ص 169.

[2] أزين محمود صالح، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018، ص 83.

[3] بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 166.

يمكن القول بناء على ما سبق أن قيام المسؤولية العقدية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية رغم كونه حالة يمكن تصور انعقادها من خلال عقد الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 366 من قانون الصحة الجزائري والتي تنص على أنه:" يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي، تقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة" يتضح أن المشرع الجزائري لا يمنح الترخيص بالقيام بهذه العمليات إلا للمؤسسات التي تشمل على عدد كاف من الأطباء المتخصصين المؤهلين لإجراء هذه العمليات، وبالتالي فإن هذا النص ينسف كل ما تم التعرض له سابقا.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يلعب موضوع تحديد الطبية القانونية للالتزام الذي يقع على عاتق الأطباء القائمين بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية دورا هاما، إذ يترتب عنه تبيان طبيعة الخطأ المرتكب من قبل الأطباء في حالة إخلالهم بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقهم، وكذا في تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ الطبي تحسبا لقيام مسؤولية المدين.

ولما كانت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية واحدة من التدخلات الطبية الجراحية التي يمارسها الأطباء، فلا شك أنها تخضع للقواعد العامة للقانون الطبي، غير أن وجود طرفين فيها هما المتبرع بالعضو والمريض المتلقي له جعل من تحديد الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في هذه العمليات من الصعوبة بمكان[1]، إذ تفرض خطورة هذه العمليات واشتمالها على طرفين أولهما متبرع سليم الجسم، وثانيهما مريض يحتاج إلى العلاج منطقا مغايرا لما استقر عليه العرف الطبي، فقها وقضاء، إذ تختلف طبيعة التزام الطبيب في هذه العمليات تبعا للطرف الذي يمارس عليه التدخل وكذا طبيعة هذا الأخير ذاته.

[1] عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، دراسة مقارنة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 82.

تأسيسا على ما سبق، وحتى لا نخرج عن التقسيم التقليدي لطبيعة الالتزام في القانون المدني، ينبغي الوقوف عند حدود الالتزام الطبي المتعلق ببذل عناية باعتباره الطابع الذي يميز مختلف الأعمال الطبية والذي يتميز بضيق مجاله في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، ثم تبيان مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة واتساع مجاله من خلال الصور التي يظهر فيها عند ممارسة الأطباء لهذه العمليات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضيق مجال الالتزام ببذل عناية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يعتبر الالتزام ببذل عناية أصلا عاما في التدخلات الطبية والجراحية التي يجريها الأطباء في مختلف المؤسسات الاستشفائية، وانطلاقا من اعتبار عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تدخلا طبيا فلا شك أن الطبيب يلتزم ببذل ما يكفي من العناية لنجاحها، وعليه ينبغي تبيان المقصود من الالتزام ببذل عناية **(أولا)**، ثم تبيان مظاهر العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها عند مباشرته لهذا النوع من العمليات **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الالتزام الطبي ببذل عناية

يعرف الالتزام ببذل عناية بوجه عام بعدة تسميات، كالالتزام بوسيلة، أو الالتزام العام بالحذر والعناية، وهو التزام يتعهد فيه المدين باستعمال كل الوسائل الممكنة للوصول إلى نتيجة محددة، دون أن يعد ببلوغها، فهو يعد ببذل نشاط معين، ولكن النتيجة تبقى غير مؤكدة، ومن ثم فإن المدين لا يلتزم إلا باستعمال أحسن الوسائل الممكنة، والتصرف بحذر وعناية، من أجل الحصول على نتيجة معينة، دون أن يستطيع ضمان تحققها، وعلى ذلك فإن مسؤولية المدين لا تقوم إلا إذا أثبت الدائن أن المدين لم يُعمل كل الوسائل الضرورية لبلوغ النتيجة المنتظرة من أطراف العقد.[1]

[1] شوقي بناسي، **مقدمة في الالتزامات**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 126.
Voir aussi: Valérie-Anne Ghiette, Op.Cit, p 17.

وفي المجال الطبي يعتبر التزام الطبيب كقاعدة عامة التزاما ببذل عناية[1]، سواء كان هذا الالتزام نابعا عن عقد طبي أو عن نص قانوني[2]، فلا يلتزم الطبيب إلا ببذل ما في وسعه من العناية والجهود الصادقة والسعي لشفاء المريض، دون أن يلتزم بشفائه[3]، إذ أنه لا يمكن للطبيب أن يلتزم بأي نتيجة مهما كانت، فلا يمكنه أن يضمن شفاء المريض، ولا أن يمنع تفاقم المرض، أو منع صحة المريض من التدهور، كما لا يمكنه أن يلتزم بعدم موت المريض مهما أوتي من علم، فالطب ليس علما من العلوم الدقيقة[4]، وإنما هو فن يغلب فيه عنصر الاحتمال، وعادة ما يلازمه قدر من الخطر.[5]

وعليه ففي تحميل الطبيب التزاما بتحقيق الشفاء ظلم لا يقبله عاقل[6]، فالطبيب لا يقدر على الوعد بالشفاء، وعليه فلا يمكن للمريض أن يطالب طبيبه بالشفاء[7]، لأن هذا الأخير لا يعتمد في تحققه على مجرد صدق الطبيب ومثابرته في عمله، بل يعتمد في جانب كبير منه

---

[1] غالبا ما تتعلق دعاوى المسؤولية الطبية بإخلال الأطباء بالتزاماتهم التقنية، أكثر من واجباتهم الإنسانية، وتلخص الاجتهادات القضائية هذه الالتزامات بالقول إن الطبيب "مدين لمريضه بالعناية الكريمة، والاهتمام، ومراعاة مصلحته، في غير الحالات الاستثنائية".

René Savatier, **La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé),** Revue internationale de droit comparé. Vol 28 N°3, France, 1976. P 495.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 162.

[3] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 90.

[4] كريم عشوش، مرجع سابق، ص 63.

[5] رغم تمكن العلوم الطبيبة من وضع احتمالات للنجاح في التوازن بين الفرص المترتبة عن المخاطر المحتملة والفرص التي يتم السعي إليها، في كثير من الأعمال الطبيبة والجراحية، إلا أنها لا تقدم يقينا علميا، وهو ما قد يسبب ردود فعل حساسة من البعض تجاه الطريقة العلاجية المتبعة.

Voir aussi: René Savatier**,** Op.cit. p 496.

[6] وعلى خلاف ذلك يرى البعض أن في الزام الطبيب ببذل عناية حماية للطبيب أثناء ممارسته لمهامه الطبيبة، علاوة على أن فيه حفاظ على مصالح المرضى.

Voir en ce sens : H. Benchabane, **Le Contrat Médical Met A La Charge Du Médecin Une Obligation De Moyens Ou De Résultats ?**, RASJP, V 32, N 04, Université Benyoucef Benkhedda d'Alger, 1995. P 775.

[7] Nicolas Bedon, op.cit., p 70.

على عناصر غير موزونة ولا محسوبة تخرج عن نطاق قدراته وسيطرته، [1]كمناعة جسم المريض وتأثير الوراثة، وحدود العلم والفنون الطبية.

ويقوم الالتزام ببذل عناية حسب الدكتور "**Patrice Jourdain**" على عنصرين هما: الالتزام باليقظة وصحوة الضمير من جهة، والالتزام بما وصل إليه العلم من جهة أخرى، أما الالتزام الأول فيفرض على الطبيب واجبات ذات طابع إنساني، على غرار الالتزام بالحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، والالتزام بالمحافظة على السر الطبي، في حين يتعلق الالتزام الثاني بضرورة تقيد الطبيب بما وصل إليه فن الطب من مستجدات، علاوة على إتقان الأصول الثابتة فيه.[2]

ويفسر البعض من الفقه المقصود بالأصول العلمية الثابتة[3]، بأنها تلك المبادئ المسلم بها على الأقل خلال فترة معينة من حياة علم الطب، والتي يعرفها الأطباء ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إليهم، أما الظروف الاستثنائية التي تعطي للطبيب الحق في الخروج عن الأصول العلمية الثابتة في مهنة الطب، فالمقصود بها الظروف الخارجية التي تحيط بعمل الطبيب كظرف السرعة في العمل، أو التي تجعل الطبيب يحار في الحالة التي أماه، فتجعله يخرج عن الأصول الثابتة في مهنة الطب، بشرط أن تكون جهوده خالصة بقصد العلاج[4]، وفي معنى آخر يجب أن يكون الطبيب قد قام بما ينبغي له من عناية، مطبقا لكل الوسائل اللازمة لتحقيق النتيجة المرجوة، باذلا جهودا مخلصة لقصد العلاج.[5]

---

[1] عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 134.

[2] مراد بن صغير، **مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية**، مرجع سابق، ص 100.

[3] غالبا ما تستخدم الجهات القضائية عبارات مثل " البيانات العلمية الحالية" أو " العلاج الذي أثبت نفسه" للتعبير عن الأصول العلمية الثابتة في مهنة الطب.

Voir : H. Benchabane, **Le Contrat Médical Met A La Charge Du Médecin Une Obligation De Moyens Ou De Résultats ?**, Op.cit. P 768.

[4] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2019، ص ص 38-39.

[5] Nicolas Bedon, op.cit.p 70.

على أن مقدار العناية الواجب على الطبيب بذلها إنما يقاس بمعيار موضوعي، قوامه ما يبذله طبيب يقظ في أواسط زملائه دراية وعلما في الظروف المحيطة به، إذ يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب آخر في نفس مستواه العلمي والمهني، إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول[1].

ولتحقيق ذلك يأخذ القاضي بعين الاعتبار عدة معايير، منها كفاء وخبرة الطبيب الذي يتم تحديد مسؤوليته، إذ أنه من البديهي أن الطبيب العام لا يجب أن يظهر من الدقة في عمله ما يظهره طبيب مختص، غير أنه يتوقع من الأول أن يدرك حدود معرفته الشخصية، ويستعين بزميل مختص إذا لزم الأمر، ثم إنه يتعين على الطبيب أن يستخدم الوسائل التي تهدف إلى الشفاء، بناء على المعارف الحالية والمستجدة في علم الطب.[2]

ومنه فلا تقوم مسؤولية الطبيب لمجرد عدم شفاء المريض أو تدهور حالته الصحية، مادام قد نفذ التزامه على أكمل وجه[3]، إذ أن ذلك لا يشكل خطأ من جهة الطبيب، بل ينبغي على المريض أن يثبت إهمال الطبيب وتقصيره في معالجته[4]، ويمكن للطبيب أن ينفي الخطأ إما بإثبات بذله ما يكفي من العناية الواجب بذلها في هذا الشأن، أو إثبات قيام سبب أجنبي، عمل على إلحاق الضرر بالمريض[5].

يعتبر التزام الطبيب ببذل عناية التزاما قضائي النشأة، إذ يعود تاريخه إلى قرار Mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20-05-1936 والذي اعتبرت فيه

---

[1] باسم محمد فاضل، مرجع سابق، ص 58.

يرى الأستاذ "**J.Frossard**" أنه:" يتم مقارنة موقف الطبيب بموقف محترف آخر يوضع في نفس ظروف العمل والبحث، لأن نوع المقارنة ليس تجريديا بحتا، لدرجة أن يقال أحيانا أن الطبيب مسؤول فقط عن أخطائه المهنية، ويجب تحديد أن أي خطأ شريطة وصفه يستلزم مسؤولية الطبيب.

Voir: H. Benchabane, **Le Contrat Médical Met A La Charge Du Médecin Une Obligation De Moyens Ou De Résultats ?**, Op.Cit, P 768.

[2] Valérie-Anne Ghiette, Op.cit. p 23.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص ص 220-221.

[4] مراد بن عاطي، **المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019، ص 51.

[5] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 184.

هذه الأخيرة أنه:" يمكن إبرام عقد حقيقي بين الطبيب ومريضه، يتضمن، بالنسبة للطبيب، التزامًا، وإن لم يكن بالضرورة بضمان شفاء المريض، على الأقل بتقديم الرعاية الصحية، ولكن ليس بأي طريقة... بل بأسلوب دقيق، منتبه، ومتوافق مع المعارف العلمية المكتسبة، مع مراعاة الظروف الخاصة؛ ويعاقب على مخالفة هذه الالتزامات التعاقدية، حتى لو كانت غير متعمدة، بمسؤولية من نفس الطبيعة، وهي أيضا مسؤولية تعاقدية".[1]

ورفضت في قرار آخر صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 25-02-1997 الاستئناف المقدم لها، مبررة رفضها بأن الطبيب الجراح بذل ما في وسعه من عناية، إذ جاء في حيثيات هذا القرار:"... حيث أن الجراح، حتى وإن كان يقوم بتركيب جهاز على جسم المريض، فإنه ملتزم فقط ببذل عناية؛ وحيث أن محكمة الاستئناف التي اعتمدت على تقرير الخبير، أظهرت أن التقنية المستخدمة كانت مبررة، ليس فقط بالنظر إلى المرض الذي كان يعاني منه المريض، ولكنها كانت الأفضل وفقًا للمعرفة الطبية في ذلك الوقت، كما أن المحكمة رأت أنه لم يتم ارتكاب أي إهمال أثناء وضع البالون في البداية أو أثناء إزالته؛ وأضافت أن الرعاية كانت دقيقة، ومتقانية، ومتوافقة مع البيانات الطبية والعلمية؛ وبالتالي، فإن محكمة الاستئناف التي استبعدت وجود خطأ في التحضير أو في تنفيذ ومتابعة الفعل الطبي قد بررت قرارها قانونيا"[2].

إن العمل الطبي من حيث المبدأ عمل قانوني، يرتب جملة من الآثار القانونية، وهو يتضمن بشكل أساسي قيام أخصائي الرعاية الصحية بتوفير الرعاية "الواعية والمتسقة مع البيانات العلمية". ولذلك رأت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ 5 مارس 2015 [3]أن" التزام الطبيب بتوفير العناية الواعية والواعية وفقًا للبيانات المكتسبة من العلم ينطوي على واجب الحصول على معلومات دقيقة عن حالته الصحية، من أجل تقييم المخاطر التي يتعرض لها وتمكينه من إعطاء الموافقة المستنيرة. وهذا الالتزام بالرعاية المتوافقة موجود أيضًا أمام مجلس الدولة. لاحظ على سبيل المثال الحكم الصادر بتاريخ 23 أكتوبر

[1] Cass.Civ, 20-05-1936, Cité par: Ghenima Lahlou-Khiar, Op.Cit, p 332.
[2] Cass., 1re civ. 27 mai 1998, Quéran c. Le Guen et autres ; Gaz. Pal., 23 octobre 1998, p. 78. Cité par : Christine Maugué, **la responsabilité juridique du médecin**, Le pouvoir médical, n 89, Société de Médecine Légale de France, France, 1999, p 40.
[3] Cass. 1 er Civ du 05 mars 2015, n°14-12.292. www.legifrance.gouv.fr

2013[1] حيث رأى القاضي الإداري أن استخدام "النبض المغنطيسي" يندرج تحت مسمى "النبض المغنطيسي "كان العلاج المغناطيسي مخالفًا للامتثال المذكور.[2]

وقد قضت محكمة النقض المصرية من جهتها بأن:" التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة تتمثل في شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية، يقتضي من الطبيب أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة، تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع ما استقر من الأصول في فن الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت جسامته"[3]

أما في الجزائر لا يوجد في قانون الصحة الحالي ما يشير إلى الطبيعة القانونية الالتزام الطبي، غير أنه يمكن تكييف طبيعة هذا الالتزام بالرجوع إلى نصوص القانون المدني، ومدونة أخلاقيات الطبب.

يقضي القانون المدني الجزائري في المادة 107 منه "بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، ويضيف بموجب المادة 172 منه بأنه إذا كان المطلوب من المدين في الالتزام بعمل، أن يحافظ على الشيء، أو يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام، إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم."

[1] Conseil d'Etat, Quatrième sous-section jugeant seule du 23 octobre 2013, n°349882.

[2] Morgan Le Goues, **Le consentement du patient en droit de la santé**, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit, Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion, UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE, france, 2015, p10.

[3] محمد حسين منصور، **المسئولية الطبية: المسئولية المدنية لكل من الاطباء، الجراحين، اطباء الاسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، الممرضين والممرضات، لائحة الاطباء**، د.ط، دار الدامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د. س. ن، ص 147.

ويلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بموجب المادة 45 من مدون أخلاقيات الطب بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه، يتسم بالإخلاص والتفاني، والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

يتضح من خلال هذه النصوص أن الالتزام الواقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، في صورة بذل الجهود الصادقة والمطابقة لما توصل إليه الطب الحديث، وبالتالي لا تقوم مسؤولية الطبيب في حالة عدم الشفاء، إلا إذا أثبت المريض تقصير الطبيب في العناية التي بذلها في علاجه، وهي العناية المفروض أن يبذلها أي طبيب في مكانه وظروفه ومستواه العلمي.

أما عن رأي القضاء الجزائري بهذا الشأن فقد قضت الغرفة المدنية للمحكمة العليا بالجزائر، في القضية التي رفعها (ع.ع. ق) ضد الطبيب الجراح (ع. ب)، الذي استأصل كلية المدعي عوضا عن طلبه المقتصر على نزع حصاة منها، بمسؤولية الطبيب الجراح في قضية الحال لمخالفته لأصول وقواعد أخلاقيات المهنة، معتبرة أن الالتزام الواقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، ماعدا الحالات التي يقع فيها على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة، وحيث أن الاخلال بهذا الالتزام بشكل خطأ طبيا، يثير مسؤولية الطبيب، والوصول إلى نزع الكلية مبالغ فيه، وبالتالي فالخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب، ومقيم لمسؤوليته.[1]

ثانيا: مظاهر الالتزام ببذل عناية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يمكن القول أن الالتزام ببذل عناية في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، يظهر بصورة أوضح وأعمق بالنسبة لعملية الزرع، لوجود الضرورة العلاجية، طالما أنها متعلقة بالمريض، والذي لا يلتزم الطبيب بشفائه كقاعدة عامة، وإنما يلتزم نحوه ببذل ما يلزم من الجهود الطبية الصادقة والمتفقة مع الأصول العلمية الثابتة في فن الطب[2].

[1] الملف رقم 399828، قرار بتاريخ 23 جانفي 2008، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2008، ص 177.

[2] Cass.1 civ : 08/11/2000, N°1815 : "contrats -concurrence -consommation ", Edition du juris - classeur, janvier 2001, Paris, page 13.

وعليه ينبغي على الطبيب القائم بعملية زرع العضو في جسم المريض المتلقي له بأن يتحلى بما ينبغي من الحيطة والحذر عند مباشرته للعملية، وأن يكون تدخله مطابقا لآخر المستجدات العلمية والطبية التي يعرفها مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، وأن يستعمل في ذلك أحدث الوسائل الطبية التي من شأنها أن تسهم في نجاح العملية، فلا يعقل مثلا أن يستعمل جراح زراعة الأعضاء وسائل بدائية، لا تستجيب للتطور الذي يعرفه الطب الحديث.[1]

وعليه فإن كل خروج للطبيب عما استقر عليه الطب من قواعد ومسلمات عن مباشرته لعملية الزرع يعتبر خطأ من جانب الطبيب وسببا في مساءلته قانونا، إذا سبب ضررا للمريض على أنه يقع على هذا الأخير عبء إثبات خروج الطبيب عن المألوف في ميدان الطب أو عدم بذله ما يلزم من العناية في سبيل نجاح عملية الزرع ومن ثم شفائه.

وفي سبيل ضمان نجاح عملية الزرع، يلتزم الطبيب بالبحث عن متبرع بعضو له أفضل توافق نسيجي، دون أن يلتزم بنجاح العملية، لأن الواقع العملي أثبت أن مسألة التوافق النسيجي لا يمكن أن تكون مضبوطة بدرجة كاملة إلا فيما بين التوائم وذلك نظرا للتكوين الوراثي المتشابه بدرجة كبيرة، رغم التحاليل والفحوصات التي تم إجراؤها قبل بدء العملية، وعليه يستحيل على الطبيب ضمان نجاح العملية، ومنه فإن القول بمسؤولية الطبيب عن ضمان نحاج هذه الأخيرة فيه اجحاف كبير في حقه.[2]

كما يتعين على الطبيب الجراح متابعة الحالة الصحية للمريض المستفيد من زرع العضو، وذلك بغية التأكد من نجاح عملية الزرع، وتفادي ما قد يطرأ على المريض من مضاعفات، لذا يتوجب عليه أن يجري من الفحوصات والأشعة ما يطمئنه على استقرار الحالة الصحية للمتلقي للعضو، وتقبل جسمه للعضو المزروع.[3]

---

[1] صورية حدادو، **المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مجلة آفاق للأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2020، ص 102.

[2] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص ص 91-92.

[3] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص 63.

علاوة على ما سبق يلتزم الأطباء ببذل عناية بخصوص عمليات نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى، إذ يلزم هؤلاء ببذل ما يلزم من العناية برد الجثة إلى الحالة التي كانت عليها قبل عملية الاستئصال، فيجب عليهم رتق الجراح التي أقاموها لإخراج العضو المستأصل، وترميم الجثة، وعدم تركها بصورة بشعة تضر بمشاعر أقارب المتبرع المتوفى، وفي هذا الصدد تلزم المادة 202 من قانون الصحة 18-11 الطبيب القائم بنزع الأعضاء من الجثث في إطار بإعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه، وبالتالي يمكن لأقارب المتبرع المتوفى متابعة الطبيب القائم بالعملية في الحالة التي يرجع بها جثة قريبهم المتبرع بشكل غير لائق.

الفرع الثاني: اتساع مجال الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

إذا كان الأصل العام أن الالتزام الطبي هو التزام ببذل عناية، فإن هناك حالات يلتزم فيها الطبيب وعلى وجه الاستثناء بتحقيق نتيجة، تتمثل في ضمان سلامة طرفي العملية، ذلك أن الطب الحديث قد توصل إلى نتائج أكيدة في عدد معتبر من الأعمال الطبية، والتي لم يعد فيها مكان لعنصر الاحتمال، وبالتالي يلتزم الطبيب بالنسبة لهذه الأعمال، بتحقيق نتيجة معينة، ومنه يثبت خطأه بمجرد عدم تحقق هذه الأخيرة.[1]

ونظرا لخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية فقد تشددت معظم التشريعات في شروط صحة وقبول إجراء هذه العمليات، ووسعت من مجال التزام الأطباء القائمين بها بتحقيق نتيجة، ولأجل هذا ينبغي تحديد المقصود بالالتزام بتحقيق نتيجة **(أولا)**، وإبراز مظاهر هذا الالتزام بمناسبة مباشرة الأطباء للتدخل الطبي المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية **(ثانيا)**.

[1] مايا عباس أسعد، **التنظيم القانوني لعمليات نقل لأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2015، ص 89.

أولا: تعريف الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يقصد بالالتزام بتحقيق نتيجة بوجه عام، ذلك الالتزام الذي يتعهد فيه المدين بالحصول على نتيجة محددة، ومن ثم لا ينصرف مضمون الالتزام إلى النشاط أو المجهود أو الوسائل، ولكن إلى النتيجة المترتبة عن هذه الأنشطة والمجهودات والوسائل في حد ذاتها، وعلى ذلك تقوم مسؤولية المدين العقدية بمجرد عدم الحصول على هذه النتيجة، ولا يمكن دفعها إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان راجعا لقوة قاهرة أو فعل الدائن أو فعل الغير.[1]

وعليه يلتزم الطبيب في بعض الحالات بتحقيق نتيجة معينة، تتمثل في نجاح التدخل الطبي الذي يقوم به، وإلا كان مسؤولا أمام المضرور من هذا التدخل[2]، ويجد هذا النوع أساسه في انعدام فكرة الاحتمال، التي تبرر حصر التزام الطبيب في مجرد بذل ما يلزم من العناية[3]، إذ أن غلبة عنصر اليقين في بعض الأعمال الطبية، يبرر الخروج عن فكرة العناية التي تدور حولها الأعمال الطبية على وجه العموم[4].

ونظرا للتطور الذي عرفه الطب في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وما صاحبه من تطور في الوسائل والمعدات الطبية التي تستلزمها هذه العمليات، والتي من شأنها أن تيسر عمل الطبيب الجراح، وتجعله شبه متأكد من نجاح العملية مسبقا، خاصة في ظل الفحوصات المسبقة التي يتعين عليه القيام بها[5]، يمكن القول إن عنصر الاحتمال الذي يسيطر

---

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 131.

Voir aussi: Bernard Evan, **Op.Cit**, p 10.

[2] مراد بن صغير، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص ص 101-102.

[3] عبد الهادي بن زيطة، **قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 127.

[4] أزين محمود صالح، ماجستير، مرجع سابق، ص 87، انظر أيضا: كريم عشوش، مرجع سابق، ص 64.

[5] نادية زواني، **حدود التعامل بالأعضاء البشرية والمسؤولية المترتبة في حالة التجاوز**، مجلة حوليات، المجلد 32، العدد 1، جامعة الجزائر 1، 2018، ص 46.

على العمل الطبي قد قارب على التلاشي، ومنه يلزم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة، خاصة من جانب المتبرع، وتتمثل هذه النتيجة في ضمان سلامته، وانتفاء ما يهدد حياته من خطر[1].

وعليه عندما يقوم الطبيب بتنفيذ إجراءات طبية روتينية، ويطبق تقنيات موثوقة ومجربة حيث يكون الخطر الطبي معروفًا ويمكن التحكم فيه، أو حتى عندما يقدم معدات طبية أو منتجات طبية معينة، فإن المسؤولية القانونية للطبيب تزداد، إذ يتوقع من الأطباء في هذه الحالات ضمان نتيجة معينة، وبالتالي يقع عليهم عبء تقديم الدليل على أن الضرر الذي تعرض له المريض لم يكن ناتجًا عن خطأ الطبيب أو إهماله، بل كان نتيجة لمخاطر لا يمكن التنبؤ بها أو تجنبها.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على الالتزام بضمان سلامة المتبرع والمريض بصريح العبارة من خلال المادة 360 من قانون الصحة 18-11 والتي يقضي بأنه:" لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر".

أما القضاء، فقد أكد أن التزام الطبيب لا يقتصر على بذل عناية فقط، بل لا بد عليه أن يستعين بأهل الخبرة لمعرفة طبيعة الالتزام الذي يقع على عاتقه، وفي هذا الصدد نقضت المحكمة العليا القرار الصادر عن غرفة الاتهام بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 11-2001-16 الذي اكتفى فيه القضاة بحيثية واحدة مفادها أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، للقول بأن الطبيب لم يرتكب خطأ مهنيا، دون الرجوع إلى خبرة محررة من قبل خبير مختص".[3]

---

[1] أمال كاب، **المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الوطني الموسوم بمستجدات البيو أخلاقيات الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، يوم 26 أفريل 2023، ص 151.

[2] Cass. Civ 1re 7 Nov 2000, n° 42, https://www.legifrance.gouv.fr

[3] المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم 297062، قضية (ز. ف) ضد النيابة العامة، بتاريخ 24-06-2003، المجلة القضائية، العدد 02، 2003، ص 338.

وانطلاقا مما سبق، نتساءل عن مظاهر الالتزام بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية؟

ثانيا: مظاهر الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يظهر الالتزام بتحقيق نتيجة في مختلف مراحل عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ولا يشمل الالتزامات التي تقع على الأطباء في مواجهة المتبرع فقط[1]، بل يتعداها إلى ما يلتزم به هؤلاء بالنسبة إلى المريض، والذي يعتبر التزامهم في مواجهته التزاما ببذل عناية كما سبق الإشارة إلى ذلك سابقا، وعليه سنبين فيما يلي أهم مظاهر الالتزام بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية.

1. الالتزام بالإعلام المسبق للمتبرع والمريض

سبق وأن توصلنا من خلال الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الأطروحة إلى أن المشرع الجزائري يفرض التزاما سابقا بالإعلام[2] على عاتق اللجنة الطبية المكلفة بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، بحيث يتشدد هذا الالتزام في مواجهة المتبرع بالعضو البشري، نظرا لخطورة عملية الاستئصال التي سيخضع لها، وفي نفس الوقت ألزم المشرع الجزائري الطبيب المعالج بإعلام المريض المتلقي للعضو بما قد يترتب عن عملية الزرع من مخاطر.

---

[1] يعتبر التزام الطبيب تجاه المتبرع التزاما بتحقيق نتيجة، مفادها ضمان سلامة هذا الأخير، انطلاقا من انتفاء الفائدة العلاجية في جهته، واعتبار العملية مصدر ضرر بالنسبة له، وبالتالي لا يجوز أن تكون عملية الاستئصال وبالا عليه، لذا يفترض خطأ الطبيب بمجرد إصابة المتبرع بضرر، ولا يمكن للطبيب القائم بالعملية أن يدفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص ص 44- 43.

[2] اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام في المجال الطبي، بين كونه التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، غير أن هذا الاختلاف هو خلاف مصطنع وغير ذي صلة، لأنه لا يؤثر على عبء الإثبات، وبالتالي فحتى إذا كان هذا الالتزام التزاما بنتيجة فإن المريض لن يكون في وضع أفضل مما لو كان التزاما ببذل عناية، لأنه سيظل ملزما بإثبات وجود هذا الالتزام، بل وأكثر من ذلك، إثبات أنه لم يتم احترامه من قبل الطبيب، وهذه مسألة صعبة جدا في الإثبات لأنها تتعلق بحقيقة سلبية: إذ يجب على المضرور أن يثبت أن الطبيب لم يقم بإعلامه أو على الأقل لم يقم بإعلامه بالكامل.
Voir: Bernard Evan, Op.Cit. p 17.

ولن نعيد في هذا الشوط من البحث الحديث عن الالتزام بالإعلام[1] سواء كان هذا الأخير في مواجهة المتبرع بالعضو أو المتلقي له، نظرا لدراسته باستفاضة فيما سبق، ولكن نؤكد أن خطورة التدخل الجراحي الذي يخضع له طرفي العملية يجعل من هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة، مفاده استيعاب المتبرع والمريض لغرض الاستئصال والزرع وما قد يترتب عنهما من مخاطر.

وعليه يرتب عن كون التزام الجراح فيما يتعلق بإعلام طرفي العملية التزاما بنتيجة، قيام مسؤوليته في الحالة التي يباشر فيها عملية الاستئصال دون ذلك، إذ يشكل الاخلال بهذا الالتزام خطأ مفترضا من جانب الطبيب، ويقع على عاتقه إثبات القيام بالتزامه بالإعلام.[2]

2. الالتزام بالحصول على موافقة المتبرع والمريض

لا يمكن القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إلا بعد الحصول على موافقة طرفي العملية، وتعتبر هذه الموافقة شرطا ضروريا سابقا على العملية، وقد تشدد المشرع في وجوب الحصول على موافقة المتبرع خاصة نظرا لكون العملية ضارة بالنسبة إليه، لذا يعتبر التزام الأطباء بالحصول على موافقته التزاما بنتيجة.

3. الالتزام بإجراء الفحوصات والتحاليل الطبية

نظرا لصعوبة وخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، واعتبارها واحدة من العمليات المعقدة، التي تنطوي على جملة من المخاطر، ومنها الإصابة بالأمراض المعدية، فقد ألزم المشرع الجزائري القائمين بها طبقا لأحكام المادة 359 من قانون الصحة 18-11 بالامتثال الصارم للقواعد الطبية، ومن هذه القواعد اخضاع كل من المتبرع والمريض لعدد من الفحوصات الطبية، للتأكد من سلامة صحة المتبرع، وخلوه من الأمراض التي يمكن أن تنتقل

[1] وحيث أنه لا يمكن إعفاء الطبيب من واجبه في تقديم المعلومات لمريضه... لمجرد أن الخطر الجسيم لا يحدث إلا بشكل استثنائي؛ أن المسؤولية الناتجة عن انتهاك هذا الالتزام يمكن أن يطالب بها كل من الأم والطفل على الرغم من أن السوابق القضائية اعترفت في الوقت المادي بأن الطبيب لم يرتكب خطأ إذا لم يكشف لمريضه عن المخاطر الاستثنائية.
Cass.1re Civ. 9 octobre 2001 : JCP 2002, éd. G, II, 10045. , cité par: Mireille Bacache, Op.cit. p 5.

[2] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 97.

إلى المريض المتلقي، وكذا توافقه النسيجي[1]، وهو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا تخلفت هذه الخيرة بأن أصيب المتلقي للعضو بمرض نتيجة للعضو المزروع في جسمه، قامت مسؤولية الطبيب القائم بالعملية، على الخطأ المفترض من جانبه والمتمثل في عدم التأكد من صحة ودقة التحاليل التي قام بها أو عدم القيام بها أصلا.[2]

وفي هذا الصدد قضت محكمة الدرجة الأولى في "**Courtrai**"، بأنه: "عندما يكون من الممكن تحقيق النتيجة بشكل معقول باستخدام الموارد الطبيعية، قد يكون الالتزام بنتيجة بالنسبة لبعض الأنشطة المخبرية أو الفحوصات الأخرى مثل تحاليل الدم والأشعة السينية، ولكن دون أن يتم تمديد ذلك إلى جميع طرق البحث". [3]

علاوة على الفحوصات التي يلزم بها الأطباء، يقع على عاتق هؤلاء التزام بمتابعة الحالة الصحية للمتبرع والمريض بعد العملية، خاصة فيما يتعلق باستقرار العضو المزروع في جسم المريض، والتأكد من عدم لفظه له، وذلك تحت طائلة المسؤولية.

4. الالتزام بالاستعمال الآمن للأجهزة والأدوات الطبية

لا شك أن عمليات نزع وزرع الأعضاء باعتبارها من أحدث وأخطر التدخلات الجراحية لا تجرى إلا باستعمال عدد من الأجهزة والآلات الطبية، وعليه يلتزم الأطباء الجراحين بالاستعمال السليم والآمن لهذه المعدات الطبية، وضمان سلامة طرفي العملية من أي ضرر يمكن أن يصيبهما من جراء استعمالها[4]، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي يفترض خطأ الطبيب بمجرد تضرر أحد طرفي العملية نتيجة للاستخدام السيئ لهذه الأجهزة والأدوات.

---

[1] يعتبر التزام الطبيب بالبحث عن التوافق النسيجي في حد ذاته التزاما بنتيجة ومنه لا يجوز للطبيب مباشرة العملية دون التأكد من أن أنسجة كل منهما متطابقة، وذلك خلافا لنسبة التوافق النسيجي، والتي لا يلتزم الطبيب بخصوصها إلا ببذل عناية.

[2] نادية زواني، مرجع سابق، ص 47. كريم عشوش، مرجع سابق، ص 68.

[3] Civ. Courtrai, 4 décembre 1998, cité par : Valérie-Anne Ghiette, Op.cit. p 38.

[4] أزين محمود صالح، مرجع سابق، ص 89.

وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف البلجيكية **Anvers** بأن" استخدام المعدات الطبية لا ينطوي في حد ذاته على أي احتمال، لذا من الصعب للغاية أن يعتبر التزام الطبيب في ذلك التزاما ببذل عناية، وبالتالي يتحمل الطبيب تبعة الاضرار التي تخلفها الوسائل التي يستعملها".[1]

5. الالتزام باستئصال وزرع العضو المقصود

تتعلق عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية باستئصال عضو سليم من جسم المتبرع، لزرعه في جسم شخص مريض، يستأصل منه هو الآخر العضو التالف الذي يحتاج إلى استبداله بعضو آخر يحل محله في القيام بوظيفته الحيوية.

يعتبر التزام الأطباء بالنسبة للعضو المستأصل من جسم المتبرع التزاما بتحقيق نتيجة، مفادها نزع عضو سليم، والمحافظة عليه بغرض زرعه للمريض واستفادة هذا الخير منه، وبالتالي يفترض خطأ الأطباء إذا ما تم إتلاف العضو المستأصل، كإبقائه بدون تروية دموية لمدة تفوق المدة التي يحتاجها لبقائه حيا، وهو ما يقيم مسؤولية الأطباء عن ذلك، فيكون الطبيب مسؤولا تجاه المتبرع نتيجة لتضرره ماديا من فقدان عضو من أعضائه، علاوة على مسؤوليته تجاه المريض، الذي تضرر معنويا بسبب ضياع فرصته في الشفاء.[2]

كما تقوم مسؤولية الطبيب في حالة ما إذا قام باستئصال عضو سليم من جسم المريض عوض العضو التالف، ولا يمكن له أن يتذرع بأن التزامه في مواجهة المريض هو التزام ببذل عناية، ذلك أن الضرر الذي أصاب المريض في هذه الحالة كان نتيجة لمخالفة الطبيب لالتزام يتعلق بتحقيق نتيجة معينة، وهي استئصال العضو المريض، وبالتالي يفترض خطؤه في حالة ما استئصال العضو السليم، ولا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.[3]

---

[1] Valérie-Anne Ghiette, Op.cit. p 37.

[2] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 99.

[3] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص 66.

بناء على كل ما سبق، يمكن القول بغلبة الالتزام بتحقيق نتيجة على ذلك المتعلق ببذل عناية، وذلك خلافا للأعمال الطبية الأخرى، التي يعتبر التزام الطبيب فيها التزاما ببذل عناية، ولعل مرد ذلك هو خطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومساسها المباشر بجسم الإنسان، خاصة بالنسبة للمتبرع الذي يتمتع بحقه الكامل في سلامة الجسم وتكامله، وبالتالي فلا أقل من أن يلتزم الأطباء تجاه المتبرع بضمان سلامته، وعدم تعريض حياته للخطر، في مقابل العمل النبيل الذي قام بها، والتضحية التي قدمها للمريض وللمجتمع.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر المسؤولية المدنية للأطباء صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام، ذلك أن هذا النوع من المسؤولية يهدف أساسا إلى تعويض الأضرار الناجمة عن التدخلات الطبية والجراحية التي يقوم بها الأطباء، وسواء كانت هذه المسؤولية عقدية، ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي ناشئ عن العقد الطبي، أو مسؤولية تقصيرية، ترتبت عن الإخلال بالتزام قانوني، يفرضه القانون الطبي على الأشخاص الممارسين للمهن الطبية، فإن هؤلاء ملزمون بجبر الأضرار المترتبة عن الأخطاء التي يرتكبونها بمناسبة ممارستهم لمهامهم الطبية[1].

وطالما توصلنا إلى اعتبار المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية مسؤولية ذات طابع تقصيري، تنتج عن الاخلال بالالتزامات القانونية، التي يفرضها القانون على الأطباء الممارسين لهذا النوع من التدخلات الجراحية على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية، فلابد لقيام هذه المسؤولية من توافر أركان المسؤولية المدنية التقصيرية طبقا للقواعد العامة، مع نوع من الخصوصية التي تمتاز بها هذه العمليات، وعليه ينبغي توافر الخطأ الطبي (المطلب الأول)، الضرر وعلاقة السببية التي تربط هذا الأخير بالخطأ الطبي (المطلب الثاني).

[1] تنص المادة 124 من ق. م. ج على أن:" **كل فعل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.**"

المطلب الأول: الخطأ الطبي في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية

يعتبر الخطأ الطبي **"Medical Error"** ركنا قارا في المسؤولية المدنية، وشرطا ضروريا لقيام مسؤولية الأطباء المدنية في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ويتميز هذا الركن في مجال التدخلات الطبية محل الدراسة عنه في القواعد العامة بخصائص ناتجة عن خصوصية هذه التدخلات نفسها، ورغم أهمية الخطأ الطبي كأساس لقيام المسؤولية المدنية للأطباء إلا أنه لم يحظى بتعريف تشريعي[1]، لهذا تبارى الفقهاء إلى وضع تعريف له، وفي هذا الشأن اختلفت تصوراتهم للخطأ، غير أنها أجمعت على أنه" **تقصير الطبيب في القيام بالواجبات الخاصة، التي تفرضها أصول مهنة الطب، أو تجاوز العمل المعتاد والمألوف، الذي يباشره طبيب آخر من نفس المستوى وفي ذات الظروف**"[2].

وعليه ينبغي الوقوف عند صور الأخطاء الطبية الناجمة عن ممارسة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية **(الفرع الأول)**، ثم تبيان كيفية إثباتها باعتبارها شرطا لثبوت مسؤولية الأطباء في هذا المجال **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: صور الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

تتسم الأخطاء الطبية الناجمة عن ممارسة الأطباء لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بنوع من الخصوصية، يميزها عن غيرها من الأخطاء الطبية، التي يرتكبها غيرهم من الأطباء في التدخلات الطبية العادية، ويرجع سبب هذه الخصوصية إلى خطورة هذه الممارسات المستحدثة، الماسة بالكيان المادي للإنسان، وعليه تتعدد صور هذه الأخطاء[3]، وتختلف حسب

---

[1] رغم تنظيم المشرع الجزائري لأحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ضمن أحكام القانون المدني إلا أنه لم يورد تعريفا للخطأ، ومع ذلك فقد جعل منه أساسا لقيام كلا هاتين المسؤوليتين، انظر: هدى حاوش، مرجع سابق، ص 247.

[2] محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 152.

[3] يقدر الخطأ الطبي في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية بناء على معيار موضوعي، إذ يقارن سلوك الطبيب الذي ارتكب الفعل الضار بسلوك طبيب آخر مجرد من الظروف الشخصية، ويتمثل هذا المعيار في خروج الطبيب عن القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في علم الطب، إذا اتسم مسلكه بالجهل أو الإهمال الذي لا يصدر من جراح في نفسه مستواه المهني، انظر في هذا الصدد: أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 85.

طبيعة الالتزام الذي تم مخالفته من قبل الأطباء، وعلى العموم يمكن تقسيم هذه الأخطاء إلى أخطاء ناجمة عن مخالفة الأخلاقيات الطبية **(أولا)**، وأخرى ناتجة عن مخالفات الأصول الفنية التي يلزم بها الأطباء أثناء تنفيذ هذه العمليات **(ثانيا)**.

أولا: الأخطاء الناجمة عن مخالفة الأخلاقيات الطبية

نظرا لخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية فقد أحاطها المشرع الجزائري بجملة من الضمانات، التي توفر حماية قانونية كافية لأطرافها، فاشترط لذلك مراعاة البيو أخلاقيات الطبية المقررة في هذا الشأن، والتي سبق وأن تطرقنا إليها في الباب الأول من هذه الأطروحة، وعليه يترتب عن كل إخلال الأطباء بالبيو أخلاقيات الطبية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، قيام مسؤوليتهم المدنية.

ونظرا لكثرة الأخطاء الناجمة عن مخالفات الأخلاقيات الطبية سنقتصر على دراسة الأخطاء المدنية دون غيرها[1]، وذلك في النقاط التالية:

1.الإخلال بتنفيذ الالتزام بالإعلام الطبي

يعتبر الالتزام بالإعلام الطبي في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية من أهم البيو أخلاقيات التي تكفل مشروعية هذه العمليات، ويتسم هذا الالتزام بخصوصية تميزه عن غيره من صور الاعلام التي يشترطها القانون في مباشرة التصرفات القانونية الأخرى، ذلك أن خطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، أفضت إلى ضرورة إحاطة كل من طرفي العملية بكل ما يتعلق بهذا التدخل الجراحي.

[1] يعتبر الاخلال بالسر المهني، الذي يشترطه قانون الصحة بمناسبة إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية خطأ جنائيا، يثير المسؤولية العقابية، ذلك أن الإخلال بهذا الالتزام الذي يتعلق بنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، يشكل جريمة إفشاء السر المهني، المعاقب عيلها بموجب قانون العقوبات، كما أن ممارسة الطبيب لمثل هذه العمليات بعد سحب الترخيص الممنوح له، يعد هو الآخر خطأ جنائيا، يثير المسؤولية الجنائية لمرتكبه في صورة جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، والمعاقب عليها بمقتضى أحكام المادة 416 من قانون الصحة 18-11، انظر: عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 112، كما أن تقاضي مقابل مالي عن العضو المنقول يعتبر هو الآخر خطأ جنائيا، معاقبا عليه بموجب المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري.

وتختلف درجة الاعلام التي يلتم بها الأطباء في هذا المجال، ففي حين يضيق هذا الالتزام بالنسبة للمريض المتلقي، نظرا لاستعداده النفسي الكافي لتقبل المعلومات، باعتبار أنه يعقد الأمل في الشفاء من خلال عملية زرع العضو، لذا يقتصر التزام الطبيب في هذه الحالة على تبصيره بالمخاطر المتوقعة عادة، دون الاستثنائية، أما بالنسبة للمتبرع، فإن هذا الالتزام يستع ليشمل جميع المخاطر الحالية والمستقبلية، المتوقعة وغير المتوقعة، في جميع نواحي حياته، الصحية والعائلية والاجتماعية والاقتصادية، وكذا أهمية هذه العملية بالنسبة للمريض، حتى يقدر مدى التضحية التي هو مقدم عليها[1].

وعليه فإن كل إخلال بهذا الالتزام من قبل الأطباء يقيم مسؤولياتهم، سواء كان ذلك في صورة عدم الأمانة في تنفيذ هذا الالتزام، ويكون ذلك إما بإخفاء بعض المعلومات، وعدم إبلاغ المتبرع أو المريض بها، وإما بتقديم معلومات وبيانات كاذبة[2]، وبالتالي تقع تبعة المخاطر الناجمة عن الخطأ في تنفيذ الالتزام بالإعلام الطبي عند نزع وزرع الأعضاء البشرية على عاتق الطبيب القائم بالعملية طبقا لأحكام الفقرتين السابعة والثامنة من المادة 360 والفقرة الخامسة من المادة 363 من قانون الصحة 18-11، حتى ولو لم يرتكب هذا الأخير خطأ فنيا في تنفيذ العملية.

2.عدم الحصول على موافقة المتبرع والمتلقي للعضو

تستند مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية على موافقة طرفيها، كغيرها من التدخلات الطبية الأخرى، الماسة بجسم الإنسان، وبالتالي فلا يمكن للطبيب الجراح مباشرة نزع ولا زرع العضو البشري إلا بعد الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لكل من المتبرع بالعضو البشري والمتلقي له، وعليه فإذا تقوم هذا الطبيب في الحالة التي بهذا التدخل دون موافقة من هؤلاء، إلا في حالة الاستعجال القصوى، وبناء على موافقة الأشخاص المخولين

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 333.

[2] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 93.

بذلك قانونا، وذلك لمخالفته لأحكام الفقرة الرابعة من المادة 360 والفقرات 1، 2، 3 و4 من المادة 364 من قانون الصحة الجزائري.

وتقوم مسؤولية الأطباء الجراحين في الحالة التي يقومون فيها بنزع عضو من أعضاء المتبرع الذي قام بسحب موافقة على التبرع، طبقا لأحكام الفقرة السادسة من المادة 360 من قانون الصحة 18-11 ذلك أن سحب هذه الأخيرة من شأنه إزالة كل أثر قانوني كان من الممكن أن يترتب عنها، ومنه فلا يمكن للأطباء الادعاء بالموافقة السابقة لنفي المسؤولية عنهم، وعلاوة على ما سبق تقوم المسؤولية المدنية لهؤلاء بمناسبة مباشرتهم للنزع وزرع العضو البشري استناد إلى الموافقة المشوبة بعيب من عيوب الرضا، لا سيما الإكراه، وذلك على أساس أن الأطباء ملزمون بالتأكد من حرية وسلامة رضا الطرفين، ومنه فإن كل إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ في جانبهم ويعرضهم للمساءلة المدنية[1].

أما فيما يتعلق بالنيابة في التعبير عن الموافقة، فيشكل التدخل الجراحي الذي يباشره الأطباء دون الحصول على موافقة الممثل القانوني للمتبرع أو المتلقي ناقص أو عديم الأهلية، خطأ يقيم مسؤوليتهم المدنية، وعليه لا يمكن لهؤلاء دفع هذه المسؤولية عنهم إلا من خلال إثبات حالة الاستعجال[2].

كما تقوم مسؤولية الأطباء في الحالة التي يباشرون فيها نزع الأعضاء من جثة المتوفى رغم تسجيله للاعتراض على ذلك في السجل الرقمي المعد لذلك، أو القيام بذلك دون العودة إلى هذا الأخير، لمعرفة موقف المتوفى، كما يسأل هؤلاء في الحالة التي يباشرون فيها عملية نزع الأعضاء من جثة الميت دون استشارة أقاربه، إذ أن حق التصرف في جثة الميت الذي لم يعبر عن موقفه بشأن التبرع بالأعضاء البشرية يؤول إلى أقاربه كما تم بيانه في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث.

---

[1] بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص ص 255- 254.

[2] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 111، انظر أيضا: أمال كاب، مرجع سابق، ص 155.

وعليه يمكن القول أن الاخلال بالالتزام بالحصول على نزع الأعضاء البشرية من الأحياء أو من الأموات وزرعها يعتبر خطأ من جانب الأطباء، يقيم مسؤوليتهم، فيكفي أن يدعي الشخص الذي تم نزع عضو من أعضائه أو الشخص الذي تم زرع العضو فيه عدم موافقته على ذلك، وعلى الأطباء اثبات الحصول على هذه الموافقة لدفع المسؤولية عنهم[1].

3.تخلف الغرض العلاجي أو التشخيصي

سبق أن بينا أن الإقرار بمشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، كان بعد مخاض عسير، إذ شكل مبدأ معصومية الجسد البشري حصنا منيعا أمام أي مساس بالتكامل الجسماني للشخص، غير أنه تم التخفيف من حدة هذا المبدأ تحت تأثير مبدأ الضرورات العلاجية التي لا تقل عنه شأنا، وبناء على ذلك أجازت مختلف التشريعات نزع وزرع الأعضاء البشرية تحقيقا لأهداف علاجية أو علمية فقط.

ومنه يجب أن يكون الغرض من نزع الأعضاء البشرية من أجسام الأحياء، أو من جثث الموتى هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض المتلقي للعضو، وضمان استمرارية حياته الصحية بأحسن حال، وعليه تقوم مسؤولية الأطباء في الحالة التي يباشرون فيها عملية نزع العضو على الرغم من توافر بدائل علاجية أخرى، يمكنها إنقاذ حياة المريض المتلقي للعضو، علاوة على أن يمنع على الأطباء نزع الأعضاء من جسم الشخص إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة المريض أو المتبرع للخطر[2]، وإلا تعرضوا للمساءلة المدنية، طبقا لأحكام المادتين 355 و360 من قانون الصحة 18-11.

كما يشكل إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية التي لا زالت في طور التجربة خطأ طبيا في جانب الأطباء القائمين بها، نظرا لاحتمال تضرر المتبرع من هذا التدخل

[1] بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية**، مرجع سابق، ص 182.

[2] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص 85.

الجراحي، وتعريض حياته للمخاطر من أجل مسألة تنطوي على قدر كبير من الاحتمال، وبالتالي يلزم الأطباء القائمين بها بجبر الضرر الناجم عنها.[1]

ثانيا: الأخطاء الناجمة عن مخالفة الأصول الفنية

علاوة على الأخطاء المتعلقة بالأخلاقيات الطبية، يمكن أن يترتب عن ممارسة الأطباء لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية نوع آخر من الأخطاء، ناجم عن مخالفة الأصول والقواعد العلمية المستقرة في الأعراف الطبية، وفي الواقع فإن هذه الأخطاء تتصل بالتدخلات الطبية بالمعنى الدقيق، وبالتالي فلا يمكن تصورها إلا من قبل الأطباء دون غيرهم من أفراد الطاقم الطبي[2]، ويمكن إجمال هذا النوع من الأخطاء فيما يلي:

1.الإخلال بالقيام بالفحوصات الطبية

ألزم المشرع الجزائري بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة 359 من قانون الصحة 11-18 الهيكل الطبي الذي ينتمي إليه المريض المتلقي للعضو بالتكفل بإجراء جميع الفحوصات الطبية التي تكشف الحالة الصحية لكل من طرفي العملية، وكذا تأمين المتابعة الطبية لهما.

وعليه لا يجوز للأطباء مباشرة عملية الاستئصال أو الزرع إلا بعد إجراء الفحوصات والتحاليل الطبية اللازمة، على أن تكون هذه الأخيرة شاملة، وألا تقتصر على العضو المراد نزعه وزرعه فقط، بل لابد من معاينة الحالة الصحية العامة لكل طرف، بغية التأكد من مدى خلو المتبرع من أي مرض يمكن أن ينتقل إلى المتلقي عن طريق الزرع إمكانية تعريض طرفي العملية للخطر، ويمكن في سبيل ذلك الاستعانة بأطباء ذوي خبرة عالية، وفي هذه الحالة ينبغي على هؤلاء أن يسعوا وراء الحصول على جميع المعلومات المتعلقة بالحالة الصحية

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 336.

[2] عبد الخالق حسين الجنابي، **إثبات الخطأ الطبي، دراسة مقارنة**، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 61.

والنفسية لكل من المتبرع والمريض، واتخاذ ما يلزم من الاحتياطات، وكل ذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية[1].

2.سوء تنفيذ عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

يلعب الطبيب الجراح دورا بارزا في مرحلة تنفيذ عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، إذ يتمتع خلال هذه المرحلة بحرية مطلقة في اختيار الوسيلة الفنية المناسبة لإجراء الجراحة، ومن ثم يتوجب عليه اتباع الأصول الفنية التي استقر عليها الطب في هذا الشأن، من أجل إنجاح العملية.[2]

وعليه، يلتزم الطبيب الجراح في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية بضمان سلامة طرفي العملية، من خلال الحرص على عدم تعريض أي منهما للمخاطر، التي يمكن أن تنجر عما قد يستعمله من أجهزة طبية وأدوات جراحية، وانطلاقا من اعتبار هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة، ينبغي على الطبيب أن يتوخى الحذر والحيطة عند استعمال هذه الأدوات والأجهزة، من خلال الحرص على استخدام أدوات طبية غير معيبة، وأن يقوم بتعقيم هذه الأدوات، حتى لا يتسبب في نقل الأمراض لأي طرف من أطراف العملية، والإضرار بهما، لأن ذلك يعد بمثابة خطأ مفترض من جانبه، يقيم مسؤوليته المدنية، وفقا لأحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري[3]، باعتباره حارسا لهذه الأجهزة والأدوات[4].

وقد تقوم مسؤولية الطبيب الجراح نتيجة للخطأ في العضو المستأصل، كأن يستأصل عضوا سليما من جسم المريض عوض العضو التالف، إذ يعد مرتكبا لخطأ في موجهة المريض، خاصة وأن التزامه في هذا الشأن هو التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي يمكن للمتضرر

---

[1] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص 83. الزهرة صحراء وعبد القادر يخلف، **خصوصية الخطأ الطبي في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلد 8، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2024، ص 216.

[2] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 94.

[3] تنص المادة 138 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **كل من يتولى حراسة الشيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء**".

[4] بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية**، مرجع سابق، ص ص 182-183.

أن يطالب بالتعويض، كما يسأل عن الخطأ في اتلاف العضو المستأصل من المتبرع، وفي هذه الحالة يمكن لهذا الأخير المطالبة عن الضرر الذي أصابه، والمتمثل في خسارة عضو من أعضائه، كما يمكن للمريض أن يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي، الذي أصابه جراء تفويت فرصة الشفاء عليه.[1]

كما تمتد مسؤولية الطبيب إلى ما بعد الانتهاء من الجراحة، إذ يلزم طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 359 من قانون الصحة 18-11 بالمتابعة المستمرة للحالة الصحية للمتبرع والمتلقي، لتجنب حدوث أية مضاعفات، والتدخل في هذه الحالة من أجل منع تفاقم الأضرار، ومنه فإن إهمال الطبيب لواجب الرعاية الطبية اللاحقة، ينم عن جهله للالتزامات الملقاة على عاتقه، ويعد حطأ تنعقد به مسؤوليته المدنية.[2]

3.عدم التأكد من وفاة المتبرع المحتمل

لا يجوز نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى إلا بعد التأكد من وفاة المتبرع المحتمل، وقد توصلنا فيما سبق إلى القول باعتماد الأطباء على المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة، وهو معيار قائم على الموت الدماغي، إذ يحكم الأطباء بوفاة الشخص بموت خلايا مخه، حتى ولو بقي قلبه نابضا واستمر في التنفس، إذ أن توقف الدماغ يترتب عنه لا محالة موت باقي الأعضاء والخلايا خلال وقت قصير.

وبالتالي يعتبر التدخل الجراحي المتعلق بنزع الأعضاء البشرية من المتبرع المحتمل قبل التأكد من موته وفقا للمعيار الحديث للحظة الوفاة خطأ يثير المسؤولية المدنية للأطباء، طبقا ما جاءت به المادة 362 من قانون الصحة 18-11، لما يترتب عليه من مخاطر تمس بالسلامة الجسدية.[3]

[1] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 113، انظر أيضا: أمال كاب، مرجع سابق، ص 155.

[2] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 239.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 255.

الفرع الثاني: إثبات الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

تتسم العلاقة التي تربط الطبيب بمريضه بعدم التوازن، نظرا لتفوق الأول على الثاني من الناحية العلمية والمعرفية من جهة، وضعف المريض الناجم عن آثار المرض من جهة ثانية، والذي يفرض على المريض اللجوء إلى الطبيب، وتسليم أمر علاجه له، ووضع ثقته فيه.[1]

يرتبط حصول المريض على تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الخطأ الطبي، إلى حد كبير بإمكانية المريض من إقامة دليل قاطع على إخلال الطبيب بالتزاماته، وخاصة وأنه هو الطرف المكلف بعبء الاثبات كمبدأ عام، غير أن الفقه والقضاء قد اتجها إلى محاولة إيجاد حلول من شأنها التخفيف من غلو هذا العبء، خاصة أمام الصعوبات التي تواجه المضرور للوصول إلى هذا الهدف.[2]

وعليه ينبغي تحديد الشخص المكلف بإثبات الأخطاء الطبية المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء البشرية **(أولا)**، ثم الوقوف عند كيفية إثبات هذه الأخطاء **(ثانيا)**.

أولا: عبء إثبات الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

لا تؤثر طبيعة المسؤولية المدنية، سواء كانت عقدية أو تقصيرية في تحديد الشخص الذي يقع على عاتقه إثبات الخطأ، بل أن طبيعة الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو الذي يؤثر على ذلك[3]، وعليه يلتزم المريض المتضرر من الخطأ الطبي بإثبات هذا الأخير(1) غير

---

[1] علي عصام غصن، **الخطأ الطبي**، د. ط، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 140.

[2] زينة حداد ونادية مطلاوي، **أساس المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات التبرع بالأعضاء**، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 09، العدد 01، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2024، ص 05.

[3] محمد رايس، **نطاق وأحكان المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها**، ط02 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص 284.

Khadidja Ouafi, **Proof of medical error requiring civil liability**, Journal of Legal and Political Sciences, V. 13, N° 01, faculty of law and political sciences, University of Hamma Kakhdar, El-Oued, Algeria, 2022, p 950.

أن صعوبة إثبات الخطأ من قبل المريض جعلت من القضاء وخاصة الفرنسي منه يعمل على البحث عن أساليب يعفي من خلالها عن إثبات الخطأ الطبي(2).

1. إثبات المريض للخطأ الطبي:

تقضي القواعد العامة بأنه إذا التزم الشخص بالقيام بعمل معين، وجب عليه توخي الحذر والحيطة في أداء التزامه، وعليه يعتبر موفيا بالتزامه إذا بذل من العناية في تنفيذه ما يبذله الشخص العادي، حتى ولو لم يتحقق الغرض المنشود[1]، لذا ينبغي على المريض الذي يدعي تضرره من خطأ طبي، أن يثبت هذا الخطأ، من خلال إثبات انحراف الطبيب عن السلوك الذي يبذله أي طبيب في نفس مستواه، حتى يحصل على التعويض المناسب، ويمكن للطبيب أن يدفع المسؤولية عنه من خلال إثبات أن عدم تنفيذ التزامه، وتقاعسه في بذل العناية الكافية يرجع إلى السبب الأجنبي.[2]

ولما كان التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة معينة، فمن المستحيل افتراض الخطأ الطبي، فطالما لا يمكن للطبيب أن يضمن نتيجة العمل الطبي الذي يقوم به، فبأي حق يمكن الافتراض أن السبب في ذلك هو خطؤه، لذا يجب إثبات خطأ الطبيب من قبل المدعي في المسؤولية، من خلال اثبات اختيار الطبيب للعلاج بشكل غير صحيح، نتيجة لنقص معرفته، أو الإهمال الواجب تجاه المريض، أو أنه بسبب نقص المعرفة أو الاهتمام أو المهارة، قد نفذ التقنية التي اختارها بشكل غير صحيح[3].

على أن إقامة الدليل على وجود التزام ببذل عناية من جهة الطبيب، وإصابة المريض بضرر أثناء تنفيذ هذا الالتزام، لا يكفي لإثبات خطأ الطبيب، بل يجب على المضرور أيضا أن يثبت علاوة عن ذلك أن عدم تنفيذ هذا الالتزام يشكل خطأ من جانب الطبيب، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن **خطأ الطبيب واجب الإثبات، ولا يجوز افتراضه، لمجرد حدوث ضرر**

---

[1] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 184. انظر أيضا: أنس محند عبد الغفار، مرجع سابق، ص 469.

[2] عبد الخالق حسين الجنابي، مرجع سابق، ص ص 94-95.

[3] René Savatier, Op.cit. p 499.

للمريض أو المتبرع، وبالتالي يمكن للطبيب أن ينفي الخطأ بإثبات بذله ما يكفي من العناية أثناء تنفيذ التزامه الطبي.[1]

غير أن إثبات خطأ الطبيب فيما يتعلق بالتزامه ببذل عناية ينطوي على جملة من الصعوبات والحواجز، التي تعيق المريض، وتثقل كاهله في مسألة الإثبات، خاصة في ظل العلاقة غير المتكافئة التي تربط بين الطبيب والمريض، والتي يلعب فيها عنصر الثقة دورا أساسيا، إذ تحول هذه الأخيرة دون عمل المريض على الحصول على دليل لإثبات خطأ الطبيب، على أن صعوبة الاثبات تزداد في حالة الصمت التي يلتزمها الطبيب المرتكب للخطأ أو مساعديه، بحجة التضامن المهني بين الزملاء من ناحية، وحفظ السر المهني من جهة ثانية.[2]

وعليه ونظرا للصعوبات التي تكتنف إثبات المريض للخطأ الطبي، حاول القضاء إيجاد وسائل من شأنها تخفيف عبء إثبات الخطأ الطبي الملقى على عاتق المريض، ومحاولة إعفائه منه.

2. التوجه نحو إعفاء المريض من إثبات الخطأ

نظرا لصعوبة إثبات المريض للأخطاء الطبية التي تضرر منها، خاصة وأن هذه الأخطاء ترتكب في غرف العمليات المغلقة، والتي لا يتواجد فيها غير أفراد الطاقم الطبي منه جهة، والحالة الصحية التي يكون عليها المريض في تلك الأثناء، إذ يفترض أن يكون فاقدا للوعي

---

[1] بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية** ، مرجع سابق، ص 200. انظر أيضا: زواوي شنة، **مكانة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018، ص ص 101-102.

[2] مراد بن صغير، **الخطأ الطبي في قواعد المسؤولية المدنية**، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 338.
Khadidja ouafi, Op.cit. 953, René Savatier, **Op.Cit,** p 499.

تحت تأثير التخدير، عمل الفقه على إيجاد بعض الحلول القانونية التي تهدف إلى حماية المضرور تجاه الأطباء، ومنها:

أ. **فكرة احتمالية الخطأ:** والتي تقضي باستخلاص الخطأ أو التقصير من مجرد حدوث الضرر، وذلك خلافا لما استقر في القواعد العامة، من وجوب إتيان المدعي لدليل ثابت على خطأ المدعى عليه، إذ تقوم فكرة الخطأ الاحتمالي على أساس مفاده أن الضرر ما كان ليقع لولا ارتكاب الطبيب لخطأ ما.[1]

وتجد فكرة الخطأ الاحتمالي مجالها في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، إذ أن تضرر أحد طرفي العملية يعد بمثابة قرينة على إهمال الأطباء، ومنه نقل عبء الإثبات إلى هؤلاء، وإعفاء المضرور من إثبات الخطأ في جانبهم، ومثال ذلك وفاة المتبرع بكليته بعد استئصالها من جسده مباشرة، فالضرر الواقع عليه هو ضرر جسيم، يدل على إهمال الأطباء وخطئهم في موازنة المخاطر التي قد تحصل للمتبرع، ويعد قرينة على افتراض خطأ الأطباء، ولا يملك هؤلاء إلا نفي هذا الخطأ، وذلك بإثبات أنه يرجع لسبب أجنبي لا دخل لهم فيه، كقوة قاهرة أو خطأ المتبرع أو خطأ من الغير.[2]

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الخطأ الاحتمالي، في حكمها المعروف بحكم "hedruel"، والصادر بتاريخ 25-02-1996، إذ أقرت مبدأ عاما مفاده أنه يقع على المكلف بالتزام تعاقدي أو قانوني بالإعلام عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام، وقضت بإلقاء عبء إثبات الحصول إعلام المريض على عاتق الطبيب المدعى عليه.[3]

ومن جهتها أخذت طبقت محكمة النقض المصرية فكرة الخطأ الاحتمالي، إذ قضت بكفاية إثبات خطأ طبيب من خلال تقديم المدعي لواقعة تثبت إهماله، وبالتالي فإن هذه الواقعة تشكل قرينة قضائية على إخلال الطبيب بالتزامه، ينتقل بموجبها عبء الإثبات من

[1] أشرف حسن إبراهيم فرج، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 133.

[2] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 330.

[3] Cass. Civ, 25 février 1997, https://www.legifrance.gouv.fr

المريض إلى الطبيب، ولا يمكن لهذا الأخير دفع المسؤولية المترتبة عليه إلا بإثبات حالة الضرورة، التي دعته إلى إجراء عملية ترقيع، والتي تنفي عنه وصف الإهمال.[1]

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فالملاحظ من خلال القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 23-01-2008 أنه لم يتبنى فكرة الخطأ الاحتمالي، إذ جاء فيه أنه:" **حيث من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا، يثير مسؤولية الطبيب وبالتالي فالخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب من جهة ثانية**".[2]

ينبغي الإشارة في الأخير إلى أن القضاء الفرنسي لا يزال متذبذبا بشأن تطبيق فكرة الخطأ الاحتمالي، إذ اشترطت محكمة النقض الفرنسية لقيام مسؤولية بموجب حكمها الصادر بتاريخ 07-05-1998 ضرورة إثبات الخطأ الصادر من قبل الطبيب طبقا للقواعد العامة، واعتبرت أن الخطأ لا يفترض لمجرد جسامة الضرر وعدم مألوفيته.[3]

ب. **التوسع في الالتزام بتحقيق نتيجة**

إذا كان الأصل في الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب أنها التزامات ببذل عناية، فإن هناك حالات استثنائية يكون فيها التزام الأطباء التزاما بتحقيق نتيجة، إذ حصر الفقه والقضاء مجال الالتزام الطبي ببذل عناية في فكرة العلاج الطبي بمفهومه التقليدي، ومنه فإن كل ما يجاوز ذلك يدخل في نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة، وفي هذه الأحوال **تقام مسؤولية الأطباء على أساس الخطأ المفترض، غير القابل لإثبات العكس، وعليه لا يمكن الأطباء دفع**

[1] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 162.

[2] محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، مرجع سابق، ص ص 288-289.

[3] أحمد هديلي، **تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات**، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 69.

مسؤوليتهم إلا بإثبات السبب الأجنبي[1]، وهو ما ذهبت إليه أحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بأنه:" **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يبت أن استحالة التنفيذ نشأن عن سبب لا يد له فيه**".

وبغية تخفيف عبء الاثبات الملقى على عاتق المضرور من الخطأ الطبي، عمل الفقه والقضاء على محاولة توسيع نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة الملقى على عاتق الأطباء، ليشمل علاوة على الالتزامات المتعلقة بواجباتهم الإنسانية، تلك المتعلقة بالأمور الفنية والتقنية، إذ صارت بعض هذه الالتزامات تتعلق بتحقيق يتعلق، على غرار الالتزام بالإعلام الطبي، الالتزام بالحصول على الموافقة الحرة لطرفي العملية، والالتزام بالمحافظة على السر المهني، كالتزامات ذات طابع إنساني، أو فيما يتعلق بمعظم الواجبات الفنية للأطباء كالتحاليل والفحوصات الطبية، فكل هذه الالتزامات ينتفي فيها عنصر الاحتمال، أو يتضاءل إلى أبعد حد، لذا يقع على عاتق الأطباء إثبات القيام بها.[2]

بناء على ما سبق يتضح أن أكثر الالتزامات الملقاة على عاتق الأطباء هي بمثابة التزامات بتحقيق نتيجة، وبالتالي يكون الخطأ فيها مفترضا لا يقبل العكس، كما أن بعض هذه الالتزامات قد تحددت كيفية إثباتها من قبل تشريعات زرع الأعضاء، عن طريق الكتابة، سواء كانت عرفية أو موثقة، كما في الالتزام بالتبصير، والالتزام بالحصول على رضا المريض، ومن ثم فإن عبء الإثبات يرهق كاهل الأطباء وليس المريض[3].

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنه ليس للمحكمة أن تمارس سلطتها التقديرية في الحالة التي يلتزم فيها الأطباء بتحقيق نتيجة، على اعتبار أن الخطأ ذاته يعتبر بمثابة عدم تحقق

---

[1] وزنة سايكي، **إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 79.

[2] رحاب أرجيلوس والشريف بحماوي، **عبء إثبات الخطأ في المجال الطبي**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 10، العدد 19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018، ص 825، عبد الخالق حسين الجنابي، مرجع سابق، ص ص 116-117، أحمد هديلي، مرجع سابق، ص 70.

[3] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 165.

النتيجة التي التزموا بها، كما هو الشأن بمناسبة نقل الدم أثناء العملية، إذ أن نقل دم مخالف لفصيلة دم المضرور يشكل خطأ طبيا ثابتا من جهة الطبيب، وبالتالي تقوم مسؤولية هذا الأخير عن الضرر الواقع، على أساس أن نقل دم من نفس فصيلة دم المريض يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة.[1]

ت. **المسؤولية دون خطأ:** ويتحقق هذا النوع من المسؤولية استنادا إلى فكرة الضرر الذي يصيب المضرور، دون حاجة لوقوع خطأ ثابت أو مفترض من جانب القائم بالفعل، المتسبب في حدوث الضرر، وقد تم الاعتراف بالمسؤولية دون خطأ من قبل القضاء الإداري الفرنسي، الذي ساهم في إقرار حق المضرور في الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر، دون تكليفه عبء إثبات الخطأ.[2]

وقد حاول القضاء العادي أسوة بالقضاء الإداري الفرنسي[3] التخفيف من الصعوبات التي يعاني منها المريض المنتفع من خدمات المرافق الاستشفائية العمومية، في سبيل الحصول على التعويض، من خلال الالتزام بضمان السلامة، الذي رأى فيه أداة تتيح للمريض المضرور اقتضاء التعويض عن الأضرار غير المتوقعة، التي أصابته جراء العمل الطبي الذي خضع له، وذلك دون حاجة إلى البحث عن أي خطأ في جانب القائم بهذا العمل.[4]

على أن الأضرار المقصودة في هذا الموضع هي تلك التي لا تربطها بالعلاج الذي يتلقاه المرض علاقة مباشرة، فهي أضرار تستقل عن المفهوم الفني للتدخل الطبي، والذي

---

[1] بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية** ، مرجع سابق، ص 202.

[2] مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 367.

Abdelkader khadir, **la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médicine et du droit**, 2 ème édition, édition Houma, Alger, 2016, p 102.

[3] أقام القضاء الإداري الفرنسي ولأول مرة مسؤولية المستشفيات العامة دون وجود خطأ ثابت في حقها، وذلك في نطاق محدود، يتمثل في استعمال طريقة جديدة، غير معروفة النتائج، ودون وجود حالة ضرورة تفرضها، وذلك من خلال حكم Gommez الشهير، الصادر عن محكمة الاستئناف بليون Lyon، بتاريخ 21-12-1990، والذي كان بداية التحول في مجال إثبات مسؤولية المستشفيات العامة، انظر: رحاب أرجيلوس والشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 826.

[4] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 124.

يلتزم فيه الطبيب ببذل عناية كقاعدة عامة، إذ قد يضار المريض بعد خضوعه للعمل الطبي بأضرار لا علاقة لها بهذا الأخير أصلا، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بثبوت المسؤولية عن حالات انتقال العدوى للمريض المتواجد بالمستشفى، من خلال تطبيقها للالتزام بضمان السلامة، والذي وسعت من نطاقه ليسمل الطبيب أيضا، أين أصبح هذا الأخير ملزما بضمان تحقيق نتيجة معينة، هي ضمان سلامة المريض، وعدم إصابته بالعدوى.[1]

أما في الجزائر فقد قضى مجلس الدول بمسؤولية المستشفى عن وفاة المريض، لإخلاله بواجبه في أخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته.[2] مما أتاح للمضرور الحصول على التعويض دون الحاجة إلى اثبات الخطأ الطبي.

ثانيا: وسائل إثبات الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

يحظى إثبات الخطأ الطبي بأهمية بالغة، إذ أن نتيجة الدعوى تتوقف عليه، ذلك أن إثبات الخطأ الطبي يعني إثبات عنصر مهم وأساسي من عناصر المسؤولية المدنية بصفة عامة، والمسؤولية الطبية بصفة خاصة، ومنه إذا تطلب الأمر أن يثبت المريض الخطأ الطبي، ولم يتمكن من ذلك، تسقط مسؤولية الطبيب، كما يمكن لهذا الأخير أن يدفع المسؤولية عنه إذا تمكن من نفي ادعاءات المريض بوجود خطأ من جانبه[3].

ونظرا لتعدد الأخطاء التي قد يرتكبها الأطباء المختصين بنزع وزرع الأعضاء البشرية، فإن طرق إثبات هذه الأخطاء تختلف تبعا لنوع الخطأ المرتكب، وفي هذا الصدد يتمتع القاضي بحرية تقدير الأخطاء المتعلقة بمخالفة الأخلاقيات الطبية **(1)**، في حين يتم إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية بالاستعانة بالخبرة الطبية **(2)**.

---

[1] Cass. 1 er Civ, 29-06-1999, https://www.legifrance.gouv.fr

[2] مجلس الدولة، (الغرفة الثالثة)، ملف رقم 007733، بتاريخ 11-03-2003، قضية (م. خ) ضد مستشفى بجاية، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، ص 208.

[3] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 211.

1. استقلالية القاضي في تقدير الأخطاء المتعلقة بمخالفة الأخلاقيات الطبية

رغم اتصال الأخطاء المتعلقة بمخالفة الأخلاقيات الطبية بالتدخل الطبي، إلا أنها تعتبر أخطاء مستقلة بذاتها عن فكرة العلاج الطبي، والممارسات التقنية التي يعتمدها الطبيب في مختلف تدخلاته، فهي تمثل إخلالا بالواجبات الإنسانية، وعليه يمكن القول أن تقدير هذه الأخطاء يكون على ضوء النصوص المختلفة ذات الصلة بهذا الجانب من الممارسة الطبية، سواء وردت هذه النصوص في مدونة أخلاقيات الطب، أو ضمن الشريعة العامة، وذلك دون حاجة الطبيب للاستعانة بأهل الخبرة في تقديرها، إذ لا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ندب خبير لتنويرها في مسائل قانونية، لأن ذلك يعد إخلالا بواجبها، ونزولا عن مهمتها، وهو ما يعرض حكمها للبطلان.[1]

ويتم إثبات هذا النوع من الأخطاء الطبية بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك الكتابة[2]، القرائن وشهادة الشهود، غير أن شهادة الشهود تعد من وسائل الإثبات التي يصعب الاعتماد عليها لإثبات الأخطاء الطبية، وهذه الأخطاء تتمثل بصفة خاصة في مخالفة الطبيب لالتزامه بالحصول على رضا المريض قبل مباشرة العمل الطبي على جسمه، أو إخلاله في الالتزام بالإعلام، أو إفشاء الطبيب للسر المهني.[3]

وعليه يمكن القول أن إثبات الأخطاء الطبية المتعلقة بمخالفة الأخلاقيات الطبية أيسر من إثبات الأخطاء المتعلقة بمخالفة الأصول الطبية، إذ يمكن للقاضي إن يستخلص الأولى بنفسه، دونما حاجة للاستعانة بالخبراء، على غرار حالة عدم حصول الطبيب على موافقة المريض، إذ يتضح من ذلك وجود خطأ من جانب الطبيب، غير أنه إذا كان عدم حصول الطبيب على

---

[1] محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص ص 142-143.

[2] تمتاز الكتابة بأنها دليل يمكن اعداده مسبقا قبل قيام النزاع، وهي تتصف بالثبات، إذ تحتفظ بوجودها على مر الزمن، لما تتضمنه من معلومات، في تحصل في وقت لا نزاع فيه، وعند تقديمها للقضاء تنطق بالحقائق التي سبق إثباتها، مالم يثبت تعرضها للتلف أو التزوير، عبد الخالق حسين الجنابي، مرجع سابق، ص 177.

[3] عبد الخالق حسين الجنابي، مرجع سابق، ص 175.

موافقة المريض يعني ثبوت الخطأ من جانب الطبيب، فإن الحصول على هذه الموافقة لا يعني انتفاء الخطأ عنه.[1]

أرست المادة 323 من القانون المدني الجزائري قاعدة عامة في الإثبات، مفادها أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، وعليه فإن عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعي أمرا مخالفا للحالة الطبيعية، وطالما كان عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تدخلا غير عاديا في جسم الإنسان، **وجب على الأطباء إثبات مبرر هذا التدخل**، من خلال الحصول على موافقة المتبرع والمريض، الناتجة عما التزم به الأطباء من تطبيق التزامهم بالإعلام.[2]

وبالرجوع إلى العمليات موضوع الدراسة يمكن القول أن إثبات الخطأ الطبي المتعلق بمخالفة الأخلاقيات الطبية لا يطح اشكالا في القانون الجزائري، ذلك أن التعبير عن الموافقة على التبرع بالأعضاء البشرية بين الأحياء يتم أمام القاضي، الذي يتأكد طبقا لأحكام الفقرة الخامسة من المادة 360 من قانون الصحة 18-11 من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة، ومنه يمكن لهذا الأخير أن يستخلص بسهولة خطا الطبيب إذا ادعى المتبرع عدم حصول الأطباء على موافقته على التبرع، أو إخلال هؤلاء بالتزامهم المتعلق بالإعلام.

كما أن التعبير عن الاعتراض على نزع الأعضاء من الجثث يتم على مستوى سجل الكتروني مخصص لهذا الغرض، وبالتالي يمكن للقاضي أن يستخلص خطأ الأطباء في الحالة التي يباشرون فيها نزع الأعضاء من الجثة رغم اعتراض الميت على ذلك قبل وفاته، بمجرد الاطلاع على معارضة الميت على النزع المثبتة في السجل الوطني للزرع، ومنه يمكن القول بسهولة إثبات الخطأ الطبي المتعلق بمخالفة الأخلاقيات الطبية في القانون الجزائري، ومنه ضمان حق المتضرر في التعويض.

[1] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 218.

[2] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 259.

2. الخبرة الطبية: وسيلة لإثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية

يجوز إثبات الخطأ الطبي كقاعدة عامة بكافة طرق الإثبات، وإذا كان من السهل على القاضي إثبات الأخطاء الطبية المترتبة عن الأعمال العادية، إلا أن إثبات الأخطاء المتعلقة بالأصول الفنية للطب يعتبر أمرا عسيرا وشاقا، نظرا للطبيعة العلمية والتقنية للموضوع، إذ لا يفقه لا القاضي ولا المضرور من أمور الطب شيئا، وبالتالي يصعب عليهما أن يتبينا وجه الخطأ في سلوك الطبيب.[1] وبناء عليه يمكن للقاضي أن يستعين بأهل التخصص الخبراء بفن الطب.[2] ليتحرى من خلال خبرتهم عن الخطأ الطبي الذي تضرر منه المريض[3]، على أن يحتفظ لنفسه بحق تقدير مختلف العناصر التي يوردها الخبير في التقرير الذي يقدمه.[4]

ويقصد بالخبرة الطبية استشارة القاضي لغيره من الفنيين، لمساعدته في تقدير بعض المسائل ذات الطابع العلمي أو التقني، والتي لا يمكنه أن يتثبت منها بعلمه الشخصي.[5] وتهدف الخبرة طبقا لأحكام المادة 125 من ق.إ.م.إ إلى توضيح واقعة مادية، تقنية أو علمية محضة للقاضي، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إذ قضت بأنه:" من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي، مثل إجراء تحقيق وسماع الشهود، فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية، التي يصعب على القاضي استقصاءها بنفسه دون المسائل القانونية"[6]

رغم اعتبار الخبرة دليلا مهما من أدلة الإثبات، إلا أنها لا تعتبر من الأدلة الحاسمة، وبالتالي يتمتع القاضي فيما يتعلق بالخبرة بسلطة تقديرية واسعة، ذلك أن رأي الخبير لا يعدو

---

[1] علي عصام غضن، ص ص 158-159.

[2] Khadidja ouafi, Op.Cit.p 955.

[3] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 213.

[4] مفيدة شكشوك، **دور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2019، ص 766.

[5] محمد أمين قاسمي، **الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراسة، أدرار، الجزائر، 2020، ص 277.

[6] قرار رقم 34653 مؤرخ في 20-11-1985، المجلة القضائية، العدد 04، 1992، ص 61.

أن يكون مجرد رأي استشاري، لا يلزم المحكمة، والتي يبقى القاضي فيها هو الخبير الأول والأخير في الدعوى[1]، وفي هذا الصدد نصت المادة 144 من ق.إ.م.إ في الفقرة الثانية على أن:" القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

غير أن استيفاء تقرير الخبرة الطبية للإجراءات القانونية، وتضمن الحكم الآمر بندب الخبير بيانا دقيقا لمهمة هذا الأخير، واقتناع المحكمة به، يعتبر دليلا كاملا، يمكن للمحكمة أن تستند عليه في الحكم الذي تصدره في الدعوى[2]، دون أن تكون ملزمة بتسبيب حكمها، في حين يكون للمحكمة بموجب سلطتها التقديرية أن تأخذ ببعض ما ورد في تقرير الخبرة وتترك الباقي، على أن تلتزم في هذه الحالة بتوضيح الأسباب التي حالت دون أخذها بكل ما ورد في هذا التقرير.[3]

المطلب الثاني: الضرر الطبي الناجم عن نزع وزرع الأعضاء وعلاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للأطباء عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، مجرد صدور خطأ طبي عن هؤلاء، بل يجب أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر لأحد طرفي العملية، سواء كان المتبرع أو المريض المتلقي للعضو **(الفرع الأول)**، على أن الضرر لا قيمة له إذا لم تتوافر علاقة السببية التي تربطه بالخطأ الطبي الناجم عن التدخل الجراحي **(الفرع الثاني)**، إذ يشترط لثبوت مسؤولية الأطباء أن يكون الضرر الذي يدعيه المتضرر من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية ناتجا عن الخطأ الذي ارتكبوه.

---

[1] مفيدة شكشوك، مرجع سابق، ص 773.

[2] يتبين من بعض قرارات الغرفة المدنية بمحكمة النقض أن رأي الخبير يعد أداة قيمة للقضاة المكلفين بالبت في مسؤولية الأطباء، فعلى سبيل المثال، في القرار الصادر في 9 يونيو 1999، تم إثبات المسؤولية المدنية للقابلة عن الأضرار التي لحقت بالطفل أثناء الولادة: "نظرًا لأن الاستنتاجات التي توصلت إليها الخبرة واضحة... وأن قضاة الموضوع لا يمكنهم استبعاد رأي الطبيب المختص لصالح ادعاءات بسيطة تهدف إلى إنكار وجود خطأ".
Voir: GHenima Lahlou-KHiar, Op.cit. p 330.

[3] محمد أمين قاسمي، مرجع سابق، ص ص 277-278.

الفرع الأول: الضرر الطبي الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

لا تقوم المسؤولية المدنية للأطباء إلا من وقت تحقق الضرر فعلا، أو أن يكون محقق الوقوع، فلا يتصور أبدا قيام المسؤولية المدنية للأطباء، بشقيها العقدي والتقصيري دون وجود ضرر، أما إذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية الطبية المدنية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تقوم إلا جبرا للضرر الذي أصاب المضرور، حتى ولو ثبت الخطأ من جانب المدين، لأن انتفاء الضرر يعني انعدام المصلحة، والتي تعتبر شرطا أوليا لقبول دعوى التعويض.

والمقصود بالضرر هو ذلك الأذى الذي يمس بحق من حقوق الشخص أو بمصلحة مشروعة من مصالحه، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو عاطفته، أو بماله، أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك.[1]

ونظرا لأهمية الضرر كركن لقيام المسؤولية المدنية للأطباء، ينبغي الوقوف عند صور الأضرار الطبية المتصور حدوثها بمناسبة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية**(أولا)**، وكذا شروط الضرر الطبي الموجب للتعويض **(ثانيا)**.

أولا: صور الضرر الطبي الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لخطورة التدخل الطبي المتعلق بنزع وزرع الأعضاء البشرية، لتعلقه بالمساس بالتكامل الجسدي لطرفي العملية، فلا شك أن الأضرار التي يمكن أن تصيب هؤلاء لا تقف عن حد واحد، إذ قد يصاب المريض المستقبل أو المتبرع بضرر مادي(1) يمس بسلامته الجسدية أو ذمته المالية، أو ضرر معنوي (2) يؤثر على شعوره وأحاسيسه.

[1] مايا عباس أسعد، مرجع سابق، ص 131.

1. الأضرار المادية

الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله[1]، إذ قد يترتب عن الخطأ الطبي المساس بالسلامة الجسدية للمتبرع أو المريض فيترتب عن ذلك ضرر جسماني (أ) أو المساس بمصالحهما الاقتصادية فيترتب عنه ضرر مالي (ب).

أ. الأضرار الجسمانية

يقصد بالضرر الجسماني ذلك الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه، ويمكن أن يكون هذا النوع من الضرر مميتا، وذلك في حالة ما إذا وقع على حق الإنسان في الحياة، مما يؤدي إلى إزهاق روحه، وقد يكون ضررا غير مميت، إذا نال من مبدأ التكامل الجسدي للإنسان أو حقه في السلامة الجسدية، ففي هذه الحالة لا يؤدي هذا الضرر إلى وفاة الإنسان، وإنما إلى إصابته بعجز جسماني.[2]

ويظهر الضرر الجسماني في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية في صورة الاعتداء على حق كل من المتبرع بالعضو والمتلقي له في التكامل الجسدي، وحقيهما في استمرار جسميهما في تأدية وظائفهما الحيوية، ومنه فإن إتلاف عضو من أعضاء المتبرع نتيجة لخطأ الطبيب الجراح يعتبر بمثابة ضرر جسماني، يترتب عنه الإنقاص من تكامله الجسدي، ومساسا بحقه في السير الطبيعي للوظائف الحيوية لأعضائه.[3]

علاوة على أن الاخلال بحق المريض في الحياة، وفي السلامة الجسدية يسبب له ضررا، نتيجة تفويت فرصته في الشفا، ذلك أن تفويت هذه الفرصة من شأنه أن يقطع على المريض كل أمل في تحقيق الكسب الاحتمالي (الشفاء)[4]، ويترتب هذا الضرر في الحالة التي يتأخر

---

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الثاني: الواقعة القانونية، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2014، ص 145.

[2] كريمة عباشي، **الضرر في المجال الطبي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 12.

[3] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 118.

[4] أشرف حسن إبراهيم فرج، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 142.

فيها الأطباء في زرع العضو البشري المنزوع من جسم المتبرع، أو في حالة التنفيذ الخاطئ لعملية زرع العضو المنقول، ويطهر الضرر الجسماني أيضا في صورة تمزيق الأمعاء أو بتر الشرايين في جسم المريض المتلقي للعضو، نتيجة لخطأ الطبيب، وهو ما من شأنه المساس بالسير الطبيعي لأعضاء جسمه.[1]

ب. الأضرار المالية

يتسع نطاق الأضرار الجسمانية، ليشمل كل اعتداء على السلامة الجسدية، وما يخلفه من عجز جسدي، كإتلاف واحد من أعضاء جسم الإنسان، أو الانتقاص منه، أو احداث جرح، أو التسبب في العطل الدائم أو التعطيل عن العمل، وقد تنعكس هذه الإصابات الجسدية على الذمة المالية للضحية، أو على الكيان المعنوي لها، مما قد يؤثر على إمكانية استمرار المتضرر في عمله، كما في الماضي، بسبب ضعف مقدرته الإنتاجية، الأمر الذي يسبب له أضرار مادية دائمة تستوجب التعويض عليه.[2]

ويشمل الضرر المالي نفقات العلاج التي قد يتحملها المتبرع طيلة حياته من جراء حدوث عاهة مستديمة، أو نفقات العلاج التي تكبدها طوال فترة تأثره بالإصابة وحتى شفائه، بالإضافة إلى ما فاته من كسب مشروع خلال فترة تعطله عن العمل، وقد يتسبب الضرر بحدوث وفاة المتبرع نتيجة خطأ الطبيب وإهماله، فيمتد ليشمل نفقات تجهيزه بعد وفاته ودفنه.

وقد يمتد الضرر الناجم عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية ليشمل علاوة على المضرور شخصيا، أقارب هذا الأخير، وهو ما يسمى بالضرر المرتد، وعليه يعد ضررا ماديا يستوجب التعويض ما يصيب أقارب المضرور من أضرار لحقت بهم نتيجة إصابة أو وفاة معيلهم، الذي كان يعيلهم فعلا وقت الوفاة أو العجز، ويشترط لذلك ثبوت إعالتهم فعلا على نحو دائم ومستمر من قبل العاجز أو المتوفى في ذلك الوقت. [3]

---

[1] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 115، انظر أيضا: أزين محود صالح، مرجع سابق، ص 163.

[2] علي عصام غصن، مرجع سابق، ص ص 177-178.

[3] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 350.

2. الأضرار المعنوية

يتصل الأضرار المعنوية بالحقوق والمالح غير المالية، ويمثل تعديا عليها[1]، ويلحق هذا النوع من الضرر بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، ويقترن عادة بالأضرار المادية، كما يمكن أن يمس بالعاطفة أو المشاعر، من خلال ما يخلفه من آلام وأحزان، كما يمكن أن يمس أمورا أخرى، ذات طبيعة غير مالية، كالمعتقدات الدينية أو الأفكار والأخلاق.[2]

يتجلى الضرر المعنوي في المسائل الطبية فيما يخلفه من آلام ومعاناة جسدية أو نفسية، قد يتعرض لها المتبرع أو المتلقي، نتيجة ما ينجم عن الأخطاء التي يحدثها الأطباء من تشوهات جسمانية، أو عاهت أو عجز في وظائف عضو من الأعضاء، علاوة على أنه يمكن أن يظهر في صورة اعتداء على الكيان الأدبي للمريض أو المتبرع، وذلك في الحالة التي يقوم فيها الأطباء بإفشاء السر الطبي، الذي ائتمنهم عليه طرفي العملية، فيصاب هؤلاء بضرر يطال سمعتهم أو شخصيتهم أو خصوصياتهم.[3]

كما يمكن أن يترتب الضرر المعنوي الناتج عن الخطأ في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في الحالة التي يترتب عنها وفاة المتبرع أو المتلقي، مما قد يصيب ورثة هؤلاء بحالة من الغم والحزن والأسى، بسبب موت مورثهم، ولا سيما إذا كان المتبرع[4].

وقد يكون الضرر المعنوي الذي يلحق المتبرع أو المتلقي للعضو البشري جراء الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية إما أصليا في الحالة التي ينعدم الضرر المادي

---

[1] علي فيلالي، **الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2015، ص 281.

[2] سعيد مقدم، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية**، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992، ص ص 44-45.

[3] مالك حمد أبو نصير، مرجع سابق، ص 277.

[4] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص ص 186-187، محمود زكي شمس، **المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية**، ط 01، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، سوريا، 1999، ص 233.

كتفويت الفرصة، أو تبعيا إذا تحقق وجود الضرر الأول، وفي هذه الحالة يمكن للمضرور أن يطالب بالتعويض عن كلا الضررين.[1]

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن تقدير الضرر المعنوي يختلف من شخص لآخر، فالضرر الذي يصيب الفتاة غير الضرر الذي يصيب الشاب، والضرر الذي يطال الفتى غير الضرر الذي يصيب الشيخ، وذلك الذي ينال من الفنان غير الضرر الذي يقع على الشخص العادي، فلأمر يرجع تقديره إلى النتائج التي تخلفها الإصابة أو العجز الذي أصاب المضرور، مع أخذ العوامل والظروف الشخصية لهذا الأخير بعين الاعتبار.[2]

وقد قضى المشرع الجزائري بالتعويض عن الضرر المعنوي كقاعدة عامة بموجب المادة 182 من ق. م، ج والتي أكدت على أن:" **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**"، ومنه تكون هذه المادة سندا للتعويض عن مختلف الأضرار المعنوية التي يمكن أن تصيب المتبرع بالعضو البشري أو المريض المتلقي له.

ثانيا: شروط الضرر الطبي المستحق للتعويض

لا يعتد بالضرر الطبي كركن قار لقيام المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، إلا إذا ترتب عن الاخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور(1)، وتحقق وقوعه(2)، وكان شخصيا ومباشرا(3).

1. الاخلال بحق ثابت أو مصلحة مالية للمضرور:

لا يكفي مجرد وقوع الضرر كأساس يستند عليه المضرور للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، بل يجب أن يمس هذا الضرر بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فكلما وقع الضرر على حق يتمتع بحماية القانون، جاز للمضرور رفع دعوى قضائية لطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه[3]. أما إذا كان الحق

[1] فوزية صبيحي، مرجع سابق ص 122.

[2] المرجع نفسه، ص 122.

[3] كريمة عباشي، **الضرر في المجال الطبي**، مرجع سابق، ص 44.

أو المصلحة التي يدعيها المضرور غير مشروعة فلا يكون المساس بها محلا لأي تعويض قانوني.[1]

وقد يترتب الضرر نتيجة للإخلال بحق من حقوق المضرور، ويظهر ذلك في صورة الاعتداء على حق الشخص في الحياة، من خلال نزع عضو أحادي من أعضاء الشخص المتبرع، فيعد إخلالا بحقه في الحياة، لأنه يترتب عنه وفاة الشخص، كما أن استئصال الأعضاء بدون الحصول على موافقة صاحبها يعد هو الآخر اخلالا بحق من حقوق الإنسان، وهو حقه في تقرير مصيره.[2]

كما قد يترتب الضرر نتيجة للإخلال بمصلحة مالية من مصالح المضرور، مشكلا ضررا ماديا، في صورة موت المتبرع بالعضو، نتيجة استئصال عضو منفرد يترتب عنه إصابة المتبرع بعاهة دائمة، تحول دونه ودون العمل والكسب، أو في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير يعول قريبا له، لا تجب نفقته عليه، إذ سيضار هذا القريب نتيجة لذلك، وهذا الاضرار لا يشكل إخلالا بحق من حقوق هذا القريب، وإنما إخلال بمصالحه المالية، فإذا تمكن هذا القريب من إثبات الإعالة المستمرة للشخص المتوفى أو العاجز، فإنه يستفيد من التعويض.[3]

2. تحقق الضرر الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

لا يجوز للمضرور من الخطأ الطبي أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر إلا إذا كان هذا الأخير محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلا، وترتبت آثاره على أرض الواقع،[4] أو إذا كان سيقع حتما في المستقبل، ومنه فلا يقصد بالضرر المحقق الضرر الذي يصيب

[1] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 262.

[2] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 354.

[3] المرجع نفسه، ص ص 354-355.

[4] علي فيلالي، **الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، مرجع سابق، ص 291.

المضرور حالا، بل يتسع هذا الضرر، ليشمل الذي قام بسببه، حتى ولو تراخت بعض آثاره أو كلها إلى وقت آخر.[1]

ويظهر الضرر المستقبلي في الصورة التي يكتشف فيها المتبرع بالعضو البشري خطأ الأطباء في العضو المستأصل، في حالة ما إذا كان العضو المتبقي في جسمه مصابا، فإذ أن الضرر الذي سيتعرض له المتبرع هو ضرر محقق الوقوع، حتى ولو كانت آثاره ستتحقق مستقبلا، وبالتالي فالضرر الناشئ هنا هو ضرر أكيد وليس احتمالي.[2]

ومنه فلا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل، لأنه ضرر لم يقع أصلا، وليس هناك ما يؤكد وقوعه، وإنما يخضع للاحتمالات والافتراضات وذلك لأن القاضي يعوض المضرور عما أصابه من خسارة، وما فاته من كسب مشروع، وطالما كان الضرر محتملا، فإن القاضي لا يمكنه تقديره.[3] وغالبا ما يقع الخلط بين الضرر المحتمل وتفويت الفرصة، والتي تتميز عنه في كونها حرمان المريض من فرصة حقيقية وجدية، تعود عليه بالشفاء، كما لو أتلف الطبيب عضو المتبرع، فهو ضرر لا يدع مجالا للشك فيه، أما الاحتمالي فهو ضرر مبني على الشك.[4]

ويعدد ضررا محققا "**تفويت الفرصة**"، ويعوض عنها حتى ولو كانت الإفادة منها أمرا محتملا[5]، إذ يمكن أن يقتل شاب إثر خطأ طبي في عملية جراحية لنزع وزرع الأعضاء، فمن

---

[1] محمد لمين مولاي، **الضرر الطبي (دراسة مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية وإدارية، فرع قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2020، ص 80.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 175.

[3] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 69.

[4] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 118.

[5] إذا ترتب عن الخطأ الطبي فقدان المريض لفرصته في تحسين حالته الصحية أو تجنب الإصابة بعاهة دائمة، فإن الضرر الذي يترتب عن فوات هذه الفرصة يعتمد على مدى خطورة الحالة الصحية للمريض، ويقع على هذا الأخير تحديد المبلغ الذي تقيم به مختلف الأضرار التي لحقت به، على أن يقدر القاضي صحتها، ويحدد ما يتوافق من هذه الأضرار مع فقدان الفرصة، لتجنب هذه الأضرار في حالة مالم يرتكب الطبيب خطأ.

Cass. Ci, 1ère, 8 juillet 1997.cité par : Dominique Cartron, Op.cit. 68.

حق الوالدين المسنين أن يطلبا تعويضا عما أصابهما من ضرر نتيجة ما فاتهما من كسب لضياع أملهما في أن يرعاهما في شيخوختهما، ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن رعاية الولد لوالديه أمر محتمل، لأن في ذلك خلط بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه، وهو أمر احتمالي، وبين تفويت الفرصة أو الأمل في هذه الرعاية وهو أمر محقق.[1]

3. ضرر مباشر وشخصي

يكون الضرر المترتب عن نزع وزرع الأعضاء البشرية ضررا مباشرا متى كان نتيجة طبيعية وحتمية للفعل الضار، إذ يشترط أن تتوافر علاقة السببية بين هذا الضرر وبين الفعل الضار الذي نجم عنه، فلا يمكن للمضرور أن يتفادى هذا الضرر ببذله من العناية ما يبذله الرجل العادي، إما إذا تمكن المضرور من ذلك فلا يكون الضرر في هذه الحالة إلا ضررا غير مباشر.[2]

والضرر المباشر يمكن أن يكون متوقع الحدوث أو غير متوقع الحدوث، طبقا للعلاقة القانونية التي تربط الطبيب بمريضه، إذ يرسي القانون المدني قاعدة عامة مفادها أن التعويض عن المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، يقتصر على الأضرار المباشرة فقط، دون الأضرار غير المباشرة، مع اختلاف في إمكانية التوقع.

ففي حين لا يتم تعويض إلا الأضرار المباشرة متوقعة الحدوث في المسؤولية العقدية، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم، تقتضي المسؤولية التقصيرية تعويضا شاملا لكل الأضرار، مهما كانت طبيعتها، دون تمييز بين الأضرار متوقعة الحدوث، والأضرار غير متوقعة الحدوث، وطالما توصلنا إلى القول بالطابع التقصيري للمسؤولية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، فإن الطبيب يسأل عن كل الأضرار المباشرة التي ساهم في إحداثها، سواء كانت متوقعة الحدوث أو غير متوقعة.[3]

---

[1] حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص 223.

[2] كريمة عباشي، **الضرر في المجال الطبي**، مرجع سابق، ص 38.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 265.

أما فيما يخص شخصية الضرر المستوجب للتعويض، فإنها تقضي بأن يكون طالب التعويض هو المتضرر الأصلي من الخطأ الطبي، ولا فرق بين أن يكون أحط طرفي العملية أو أقاربه الذين يعولهم، إذ يجوز لهؤلاء في الحالة التي يترتب عنها عجز المتضرر بدنيا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم، علاوة عن حق المتضرر شخصيا في طلب التعويض عن لضرر الذي أصابه، أما إذا ترتب عن العملية وفاة الشخص، فلا ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتوفى إلى ورثته، إلا بناء على اتفاق هؤلاء، أو بموجب مطالبة قضائية من قبل الدائن به، على أن التعويض في هذه الحالة يقتصر على الأزواج والأقارب من الدرجة الثانية فقط.[1]

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن تقييم الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا، ويستند القضاة في تقديرهم للضرر على ما أفضت إليه الخبرة الطبية[2]، ويعتمد الخبراء في تقديرهم للضرر على جداول تقييم معترف بها، وأشهر هذه الجداول يسمى "الجدول العام"[3]، وطالما كان الضرر واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات، على أن يقع عبء الاثبات على من يدعيه.[4]

الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ في نزع وزرع الأعضاء والضرر الطبي

لا تقوم مسؤولية الأطباء إلا بوجود علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبوه والضرر الذي أصاب المضرور، وهذه العلاقة هي ثالث ركن يشترط لقيام مسؤولية الأطباء المدنية، وهي ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر[5]، إذ قد يرتكب الشخص خطأ ولا يكون هو السبب في

[1] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 256.

[2] Abdelkader khadir, Op.Cit. p 90.

[3] Dominique Cartron. **L'acte de soins**, **La responsabilité médicale : vers une dérive à l'américaine**, revue juridique de l'Ouest, vol 01, France, 1999, p 66.

[4] محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص 268. هدى حاوش، الأطروحة، ص 261.

[5] محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص 255.

وقوع الضرر[1]، لذا يجب توافر صلة بين الخطأ الطبي والضرر الذي حدث، وفي حالة عدم وجود خطأ لا يمكن تحميل الأطباء المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالمريض أثناء الجراحة[2]

ومنه لا يستحق المضرور التعويض إلا بوجود رابطة سببية قوية بين الضرر والفعل المولد له[3]، ورابطة السببية هي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث، فجوهر المسؤولية ومناطها هو رابطة السببية.[4]

وعليه ينبغي الوقوف عند المعايير التي يمكن من خلالها إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الناجم عنه **(أولا)**، ثم الحديث عن كيفية نفي علاقة السببية هذه ومنه رفع مسؤولية الطبيب عن الضرر الحاصل **(ثانيا)**.

أولا: اثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر

إن إثبات توافر علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر المترتب عنه لقيام المسؤولية الطبية في جانب الطبيب الذي صدر عنه الخطأ، يعد من المسائل العسيرة[5]، نظرا للطبيعة الفيزيولوجية والتشريحية المعقدة للجسم البشري وتغير حالاته المرضية، حيث تتعدد وتتداخل أسباب حدوث المرض عند المريض، و قد تنسب هذه الأسباب إلى أشخاص متعددين، ويمكن أن يكون أحد هذه الأسباب صادرا عن المريض نفسه أحيانا، سواء بفعله أو بطبيعة استعداد جسمه، وهو ما يبين مدى أهمية الدور الذي يقع على الجهة المختصة في معرفة الأسباب وربطها للوصول إلى الحقيقة، فهي مطالبة في مجال حصول الضرر للمريض بأن تنسب الضرر إلى أسبابه.[6]

---

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 578.

[2] Abdelkader khadir, Op.Cit. p 90.

[3] F. Ait-Mokhtar, **Causalité juridique et responsabilité médicale**, revue critique de droit et sciences politiques, vol. 03, n° 03, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Mouloud Maamri, Tizi Ouzou, Algérie, 2008, p. 50.

[4] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 578.

[5] Annabelle Baudry, **Op.Cit**, p 27.

[6] منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، ط 01، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 65.

وقد ساهم الفقه القانوني مساهمة كبيرة في تحديد المعيار الملائم للقول بوجود علاقة بين الضرر الطبي والخطأ المرتكب من طرف الطبيب، وتمخض عنه ثلاث نظريات أسس من خلالها الفقهاء لتحديد ماهية الضرر الذي يسأل عنه الطبيب في ظل تعدد الأضرار، وسنعرض هذه النظريات وفقا لما يلي:

1. نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب:

تقوم نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب، والتي أسسها الفقيه الألماني "**VON BURI** " على فكرة مفادها أنه ينبغي الأخذ بكل سبب أدى إلى إحداث الضرر، حتى ولو كان هذا السبب بعيدا، وأن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر متساوية ومتعادلة، وطالما كان الخطأ واحدا من هذه الأسباب باعتبار أن الضرر ما كان ليقع لولا حدوثه، فإنه يعتبر سببا كافيا لوحده، ومن ثم تقوم رابطة السببية بينه وبين الضرر، رغم أنه لم يتسبب لوحده في إحداثه، إذ يكفي لقيام هذه الرابطة أن الضرر ما كان ليقع لولا حدوث هذا الخطأ.[1]

فالضرر طبقا لهذه النظرية لم يكن ليقع إلا نتيجة لتداخل كل العوامل التي ساهمت في إحداثه، وعليه يمكن القول إن تخلف واحد من هذه الأسباب كان من شأنه أن يحول دون تحقق الضرر بالصورة التي حصل بها، ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي أصابت المضرور في هذه الحالة إنما تشمل جميع الأشخاص الذين ساهم كل منهم بخطئه في إصابة المضرور بالضرر، ومنه فكل واحد من هؤلاء يعتبر مدينا بالتعويض.[2]

وفي هذا الصدد قضت محكمة **Angers** الفرنسية أنه:" لا يشترط لقيام رابطة السببية بين الخطأ الصادر عن الطبيب والضرر اللاحق بالمريض، أن يكون فعل الأول السبب الوحيد لإحداث الضرر اللاحق بالثاني، وإنما تنعقد مسؤولية الطبيب أيضا في حال ما إذا تعددت الأسباب التي أحدثت الضرر، وكان خطأ الطبيب واحدا من هذه الأسباب، إذ يكفي أن يكون

---

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص 175.

[2] مايا عباس أسعد، مرجع سابق، ص 150.

خطأ هذا الأخير من ضمن الأسباب التي ساهمت في احداث الضرر، حتى يسأل الطبيب عن التعويض".[1]

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذه النظرية، في العديد من قراراتها، حيث قضت بأن:" إذا تعددت الأخطاء المؤدية لوقوع الحادث وجب مساءلة كل من أسهم فيها، مهما كان مقدار الخطأ المنسوب إليه، ويستوي في ذلك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر في وقوعه.[2]

وعلى الرغم مما تتسم به هذه النظرية من إيجابيات، أهمها بالبساطة، وتوفير عبء البحث، وتلافي التحكم في تبيان السبب الذي أحدث الضرر، إذ فتسهل على المضرور إثبات الضرر الواقع له، باعتبار أن تداخل وتعادل جميع الأسباب في احداثه وفقا لمنطق هذه النظرية[3]، وأن تطبيق هذه النظرية سيعمل على رفع حرص الطبيب وحيطته أثناء ممارسته لعمله، وتحريه عدم تعريض صحة المريض للخطر[4]، إلا أنها لم تسلم من النقد.

إذ لا يرى بعض الفقهاء انسجاما بين هذه النظرية وبين الواقع والاعتبارات الإنسانية من جهة، وبينها وبين مبادئ العدالة من جهة ثانية، ذلك أنه ليس من العدل أن يتحمل الفاعل الأصلي تبعة نتائج لم يكن يقصدها، ولم يكن بإمكانه اوقعها أو تلافيها، فهي نتيجة اتحاد

---

[1] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 203.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 581.

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر أن سائق السيارة الذي تسبب في حادث أسفر عن احتياج الضحية لعمليات نقل دم أدت إلى الإصابة بفيروس الإيدز يجب أن يتحمل المسؤولية، حتى وإن لم يكن مسؤولًا عن وجود هذا الفيروس في المنتج المنقول.

Cass. civ. 1ère, 17 février 1993, Masson, Bull. civ. 1993, I, n° 80, p. 52. Cité par: Ahmad Issa, **La responsabilité médicale en droit public libanais et français**, thèse pour obtenir le grade de **Docteur en Droit** de l'Université de Grenoble, Université Libanaise, France, 2012, p 57.

[3] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 173- 172.

[4] أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 378.

عوامل طارئة على نتائج الفعل الأصلي، ولم يصل الأمر للنتيجة النهائية إلا بناء على تفاقم هذه النتائج.[1]

ثم إنه من غير المعقول أن نعتد بفكرة تكافؤ الأسباب، وفي الوقت ذاته لا نعول إلا على السبب الرئيسي.[2] ضف إلى ذلك أن أنصار هذه النظرية لا يفرقون بين الخطأ ورابطة السببية، إذ يحددون نصيب مسؤولية كل مشترك في احداث الضرر بمقدار جسامة الخطأ الذي ارتكبه، وبالتالي فإن مقدار التعويض حسب هؤلاء إنما يحدد وفقا لجسامة الخطأ، وهو أمر مخالف للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، والتي تهدف إلى جبر مختلف الأضرار بغض النظر عن درجة الخطأ، فالتعويض لا يقاس بجسامة الخطأ، وإنما بجسامة الضرر.[3]

وعليه يمكن القول أن إسقاط هذه النظرية على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية من شأنه أن يرتب نتائج غير مقبولة بتاتا، إذ أنه سيجعل من الأطباء مسؤولين لمجرد ارتكابهم خطأ يسيرا، حتى ولو كان الضرر الذي أصاب المتبرع أو المريض ناجما عن سبب أجنبي، لا علاقة للأطباء به.[4]

2. نظرية السبب المنتج أو الفعال

ساهم الفقيه الألماني"von kreis" في إخراج هذه النظرية، والتي تعتبر تدعو إلى التمييز بين الأسباب المؤدية إلى إحداث الضرر، وفرزها، في الحالة التي تساهم عدة أسباب في وقوع الضرر، والقول باعتماد الأسباب الفعالة والمنتجة للضرر فقط، دون غيرها من الأسباب العرضية، ويقصد بالأسباب المنتجة كل فعل يكون من شأنه إحداث في الأحوال العادية إحداث ضرر مماثل للضرر الذي أصاب المضرور، بغض الطرف عن أي اعتبار شخصي، وبعبارة

---

[1] علي محسن تركي الشمري، مرجع سابق، ص 285-286.

[2] حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص 232.

[3] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص 100.

[4] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 173.

أخرى، يعتبر السبب فعالا متى كان من طبيعة الأمر أن يسهم في وقوع ضرر ما، وهذا خلافا للسبب العارض، الذي لا يوقع الضرر عادة، حتى ولو أثر على حدوثه صدفة[1].

وبمفهوم آخر، لا يقوم السبب إلا إذا كان فعالا، حتى ولو تدخلت عوامل سابقة، معاصرة أو لاحقة على الفعل المرتكب، طالما كانت هذه العوامل مألوفة ومتوقعة، أما إذا تدخلت عوامل شاذة أو نادرة الوقوع، كامتناع المتضرر عن تلقي العلاج، فإن من شأن ذلك أن يكون سببا كافيا لنفي رابطة السببية.[2]

وقد وجدت هذه النظرية مجالها لدى الفقه والقضاء الفرنسي في المجال الطبي، حيث لا يسأل الجراح في الحالات الشاذة وغير متوقعة الحدوث، كبتره للشريان السباتي أثناء قيامه بعملية جراحية في البلعوم، فيتضح أن سبب هذا البتر يرجع إلى أن هذا الوريد انحرف عن موضعه الطبيعي، ولم يكن في مقدرة الجراح التنبؤ بذلك. [3]

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1981-12-02 " بأن العبرة في تحديد المسؤول عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر إنما تكون بالسبب الفعال دون السبب العارض".[4]

وقد اعتنق القضاء الجزائري هذه النظرية بخصوص المسؤولية الجنائية، إذ أقر بالمسؤولية الفردية للطبيب، في الحالة التي يثبت فيها خطؤه، الذي أدى إلى موت الضحية، إذ ورد في أجد أحكامه ما يلي:" **حيث أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر الطبيب بتجريع المريض دواء غير مناسب في مثل هذه الحالة المرضية، مما جعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه طبقا للمادة 228 من قانون العقوبات**".[5]

---

[1] علي فيلالي، **الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، مرجع سابق، ص 314.

[2] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 271.

[3] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 206.

[4] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 80.

[5] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 272.

لم تسلم هذه النظرية من النقد أيضا، إذ اعتبر البعض أن السبب المنتج ربما لم يكن يؤدي للنتيجة التي حدثت لو وقع بمفرده، حيث يتعذر الفصل بينه وبين بقية الأسباب في حالات كثيرة، غير أن هذا النقد كان محلا لرد أنصار هذه النظرية، إذ يرى هؤلاء أن من شأن خبرة رجل القانون والمقارنات التي يعقدها بالدعاوى المشابهة، سواء بالنسبة للعقل أو النتيجة، من شأنه أن يعمل على تبيان مدى توافر علاقة السببية من عدمه.[1]

3. نظرية السبب المباشر:

تقوم هذه النظرية التي جاء بها الفقيه" كارل بير" على فكرة أساسية مفاده أن سبب النتيجة هو العامل الأكثر إسهاما وفاعلية في حدوثها، في حين لا يعد باقي الأسباب إلا مجرد أسباب عارضة، أو ظروف عضدت السبب المباشر، وعليه إذ تعددت الأسباب التي ساهمت في حدوث الضرر ، واستغرق خطأ الطبيب هذه الأسباب، عد هذا الأخير السبب المباشر لحدوث الضرر، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب كاملة، ويضرب أنصار هذه النظرية مثالا يقضي بأنه إذ أخطأ الطبيب في التوجيهات التي يصدرها للمريض، واقترن ذلك بخطأ المريض في اتباع توجيهات الطبيب الخاطئة، مما ساهم في حدوث ضرر للمريض، اعتبر خطأ الطبيب في هذه الحالة مستغرقا لخطأ المريض[2].

إن من شأن إعمال هذه النظرية العمل على تلافي الصعوبات والمشاكل الناجمة عن البحث عن النتيجة الضارة ضمن حلقات الأسباب البعيدة، إذ يكتفى في هذا الصدد بالسبب المباشر القريب، الذي يعد أساسا لرابطة السببية، إذ تتخذ هذه النظرية من عامل الزمن أساسا لها، وقد لاحظ القضاء الإنجليزي تناقض النتائج المترتبة عن الأخذ بهذه النظرية، مما جعله يحيد عنها في الحالات التي يتعاصر فيها وقوع الأخطاء ويتتابع، وبالتالي فإن الحلول غير المقنعة التي جاءت بها هذه النظرية ساهمت في عدم حصولها على التأييد الكافي.[3]

---

[1] حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص 232.

[2] راضية غناي، **التطبيقات القضائية في المسؤولية الطبية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2020، ص 284

[3] محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص 3030.

انطلاقا مما سبق يمكن القول أن علاقة السببية في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية لا تثبت إلا بارتكاب الطبيب لخطأ مهني أو فني، محدثا ضررا جسمانيا للمتبرع بالعضو البشري أو للمتلقي له، فتتحقق رابطة السببية في هذا الشأن بين الخطأ والضرر الناجم عنه، ومنه فإن خطأ الطبيب يفترض لمجرد وقوع الضرر، سواء قبل، إثناء أو بعد إجراء التدخل الجراحي، على أن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق الطبيب، لأن التزام الجراح في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية يعتبر التزانا بتحقيق نتيجة، خاصة في جانب المتبرع، وبالتالي فلا يلزم المضرور إلا بإثبات قيام التزام الطبيب، وعدم تحقق النتيجة التي التزم بها، ولا يمكن للطبي دفع مسؤوليته في هذه الحالة إلا بإثبات السبب الأجنبي.[1]

ثانيا: قيام السبب الأجنبي وانتفاء علاقة السببية

إن الحديث عن نسبة الضرر الحاصل للمضرور إلى الخطأ الصادر عن المدين يعد من المسائل العويضة التي تعترض المسؤولية الطبية، وعليه فإن إثبات مثل هذه العلاقة عادة ما يكون مفترضا، إذ يلقى على الطبيب المدعى عليه عبء دحض هذا الافتراض، وتقديم الدليل العكسي، الذي يقضي بقطع رابطة السببية بين الفعل الصادر عنه، والضرر اللاحق بالمضرور.[2]

ولا يمكن اثبات انعدام رابطة السببية، ومنه القول بإعفاء الطبيب من المسؤولية الملقاة على عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي، الذي نشأ عنه الضرر الذي أصاب المضرور، ويقصد بالسبب الأجنبي:" **كل فعل أو حادث لا ينسب إلى إرادة المدعى عليه، وليس من المتوقع وقوعه، ويستحيل عند وقوعه تحاشي الضرر**".[3]

يتضح من هذا التعريف أن السبب الأجنبي الذي ينفي قيام علاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطبيب والضرر الذي سببه للمضرور لا يتحقق إلا بتوافر عنصرين هما: ألا

---

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 368.

[2] الطاهر كشيدة، **المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري والمقارن**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2023، ص ص 154-155.

[3] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 82-83.

يكون لهذا السبب دخل للطبيب في وقوعه من جهة، وإلا يكون في وسع هذه الأخير توقع حدوثه أو تلافي أثاره عند وقوعه.

وقد نصت المادة 127 من ق. م. ج على أنه:" **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك**".

أرست هذه المادة حكما عاما مفاده رفع مسؤولية المدين وسقوط التزامه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور إذا أثبت انتفاء علاقة السببية بين الخطأ الصادر منه والضرر الذي لحق الدائن من خلال هذا الخطأ، وذلك من خلال إثبات السبب الأجنبي، والذي يظهر في صور ثلاث، نوردها فيما يلي:

1. القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

يجمع الفقه القانوني على أن عبارتي "القوة القاهرة" و"الحادث المفاجئ" لفظان قانونيان مترادفان، والمقصود بهما:" **كل فعل أو حادث لا يمكن توقعه، وغير ممكن الدفع من قبل المسؤول وخارجيا عنه، نشأ عنه الضرر**"[1].

يتضح من هذا التعريف أنه يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ كسبب يدفع به المسؤول المسؤولية الملقاة على عاتقه أن يكون الفعل أو الحادث الذي تسبب في إلحاق الضرر بالمضرور، خارج عن إرادة المدين وهو الطبيب في هذه الحالة، وألا يكون في مقدرة هذا الأخير تلافيه أو دفعه عند حدوثه.

وعليه فإن تعرض المريض لمضاعفات ناتجة عن حساسيته لبعض المواد، أو لطبيعة جسمه لا يرفع المسؤولية عن الطبيب، باعتبار أن هذه الأمور يمكن توقعها من طرف الأطباء عادة، إنا إذا كان سبب الضرر الذي لحق المريض أمورا لا يمكن توقعها، فلا مسؤولية على

[1] Nouara Nekli-Kacel, **L'assurance et l'indemnisation du dommage corporel**, mémoire de magistère en droit, Faculté de Droit de l'Université d'Alger, 2013, p 48.

الطبيب في هذه الحالة، حتى ولو لم يتخذ من الاحتياطات ما يلزم، إذ تعتبر هذه الحالة قوة قاهرة، تقطع رابطة السببية بين الضرر اللاحق بالمضرور والخطأ الصادر عن الطبيب، على غرار السكتة القلبية المفاجئة التي تصيب المريض أثناء عملية زرع العضو المنقول إليه.[1]

ويرجع تقدير مدى اعتبار الواقعة المدعى بها من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ إلى محكمة الموضوع، التي يجب أن تقيم حكمها على أسباب مقبولة ومنطقية، على أن هذا التقدير يخضع لرقابة المحكمة العليا، التي تتأكد من توافر مقتضيات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في الوقائع المعروضة على القاضي من عدمه.[2]

وقد أخذت المحكمة العليا بالقوة القاهرة كسبب معفي من المسؤولية، إذ قضت في أحد قراراتها بأنه:" من المقرر قانونا أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر".[3]

2. خطأ المضرور

يمكن أن يتسبب المضرور سواء كان المتبرع بالعضو البشري أو المريض المتلقي له في حدوث الضرر، وعليه فإذا تمكن الطبيب من إثبات السبب الأجنبي، في صورة خطأ صدر عن المضرور، فإنه يقطع بذلك علاقة السببية الموجودة بين الخطأ المزعوم الصادر عنه، وبين الضرر الحاصل للمضرور، وعليه تنتفي مسؤوليته، ولا يلزم بتعويض الضرر الناشئ في هذه الحالة.[4]

غير أن خطأ المضرور لا يؤدي إلى نفي رابطة السببية القائمة بين الضرر الحاصل لهذا الأخير وبين الفعل الصادر من الطبيب، إلا إذا كان السبب الوحيد في حصول الضرر، أما إذا شكل خطأ المضرور مساهمة في إحداث الضرر إلى جانب الخطأ الذي ارتكبه الطبيب،

---

[1] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 273.

[2] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 153.

[3] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الملف رقم 53010، بتاريخ 25-05-1988، قضية س ضد شركة المقاولة العمومية، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 11.

[4] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 372.

فإن ذلك يؤدي إلى خفض مقدار التعويض الذي يلزم به الطبيب بقدر نسبة الخطأ الذي ارتكبه المضرور[1]. وهو ما يسمى بالخطأ المشترك، وفي ذلك تقضي المادة 177 من ق. م. ج بأنه:" **يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه**".

ومن أمثلة خطأ المضرور تناول المريض أو تعاطيه لأشياء منعها عليه الطبيب بصورة قاطعة وصريحة، مبينا له آثارها السلبية والوخيمة، ففي مثل هذه الحالات وغيرها يكون خطأ المريض هو سبب الضرر، وهو ما يقطع علاقة السببية بين فعل الطبيب والضرر الحاصل.[2]

3. خطأ الغير

من المبادئ المستقرة قانونا أنه إذا اثبت المدعى عليه أن الضرر لا يد له فيه، وأن سببه خطأ الغير، فلا مسؤولية عليه، وذلك لاعتبار المشرع أن خطأ الغير ينزل منزلة السبب الأجنبي، ويقطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر، متى كام خطؤه هو السبب الوحيد في إحداث الضرر.[3]

ويقصد بالغير في هذا الموضع: كل شخص لا يكون تحت مسؤولية المدعى عليه، إذ لا يتضمن اصطلاح الغير أي تابع أو خاضع للرقابة، فيخرج من مفهوم الغير الأشخاص المحددين بمقتضى أحكام المادتين 136 و137 من ق. م. ج، وعليه فالغير هو كل أجنبي عن المدين المسؤول، وهو شخص ثالث خارج العلاقة التي اربط المدعي بالمدعى عليه.[4]

أما في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية فالغير هو كل شخص غير الفريق الطبي القائم بالعملية أو طرفيها (المتبرع والمتلقي)، وعليه فلا يعد من الغير مساعدو الأطباء والممرضون الذي يتبعونهم، وأعوان التخدير والأشعة إذ أن أفعال هؤلاء يسأل عنها الطبيب

---

[1] راضية غناي، مرجع سابق، ص 294.

[2] مراد بن صغير، **الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص 154.

[3] مالك حمد أبو نصير، مرجع سابق، ص 314.

[4] جواد منصوري، **توجهات المسؤولية المدنية الطبية، (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 48.

التابع، ومنه لا يمكن لهذا الأخير أن ينفي المسؤولية عن نفسه إذا ارتكب أحد مساعديه خطأ سبب ضررا لطرفي العملية.[1]

وعلى هذه الأساس فإن خطأ الغير سواء كان متعمدا أم لا، ينفي قيام رابطة السببية، إذا ما استغرق[2] خطأ الطبيب، وكان سببا كافيا بذاته لإحداث الضرر الذي أصاب المضرور، وبمفهوم المخالفة، إذا استغرق خطأ الطبيب خطأ الغير، فإن ذلك لا ينفي مسؤولية الطبيب، بل يتحمل هذا الأخير مسؤوليته كاملة.[3]

أما إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالمضرور كان نتيجة لمساهمة كلا من خطأ الطبيب وخطأ الغير، دون أن يستغرق أحد الخطأين الآخر، ففي هذه الحالة يسأل كل من تسبب في الضرر مسؤولية تضامنية أيا كان حجم الضرر الذي سببه للمضرور، إلا إذا حدد القاضي نصيب كل واحد من هؤلاء في التعويض، بالقدر الذي ساهم فيه بفعله بإحداث الضرر[4].

وفي هذه الصدد تقضي المادة 126 من ق. م. ج بأنه:" **إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض**"

---

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 278.

[2] يستعرق أحد الخطأين الأخر إذا كان أحدهما يفوت الآخر جسامة، أو إذا كان أحدهما نتيجة لحدوث الخطأ الثاني، انظر: راضية غناي، مرجع سابق، ص 295.

[3] الطاهر كشيدة، مرجع سابق، ص 157.

[4] مراد بن صغير، **الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية**، مرجع سابق، ص 157.

ملخص الفصل الأول

تتميز المسؤولية المدنية للأطباء عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بنوع من الخصوصية يميزها عن غيرها من أنواع التدخلات الطبية الأخرى المتعلقة بجسم الإنسان، إذ تتخذ طابعا تقصيريا كقاعدة عامة، نظرا للطابع اللائحي التنظيمي الذي يخضع له الطبيب القائم بها، إذ تمارس هذه العمليات في مؤسسات استشفائية عمومية تابعة لدولة ومحددة على سبيل الحصر، غير أنها يمكن أن تتخذ وعلى سبيل الاستثناء وضمن حدود ضيقة طابعا عقديا، في الحالة التي قد تلجأ فيها المؤسسات القائمة بعمليتي نزع وزرع الأعضاء إلى إبرام عقد الاشتراط لمصلحة الغير مع طبيب متخصص في مجال معين يفتقر الطاقم الطبي الذي يعمل بها إليه.

كما أن الالتزامات التي تقع على عاتق الأطباء القائمين بها هي الأخرى تمتاز بخصوصية نابعة من خطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وطابع الاحتمال الذي يهمين عليها، وبالتالي فقد تشدد المشرع في الالتزامات الملقاة على عاتق الأطباء القائمين بهذه العمليات، إذ جعل منها التزامات بتحقيق نتيجة معينة، تصب في ضمان سلامة المتبرع بالعضو البشري من جهة، والمريض المتلقي لهذا العضو من جهة ثانية.

على أنه مهما كان الطابع الذي تتخذه المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، فإنه يلزم لقيام هذه المسؤولية توافر الأركان العامة لقيام المسؤولية المدنية، من خطأ صادر عن الأطباء، ضرر أصاب أحد طرفي العملية، وعلاقة سببية تربط بين خطأ الأطباء والضرر الذي لحق بالمتبرع أو المتلقي نتيجة لهذا الخطأ.

الفصل الثاني

جبر الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء: من فردية إلى جميعة التعويض

متى توافرت أركان المسؤولية المدنية للأطباء، من خطأ ارتكبه هؤلاء، وضرر أصاب المضرور، سواء كان المتبرع بالعضو البشري أو ذوي حقوقه من جهة، أو المريض المتلقي للعضو وذوي حقوقه من جهة أخرى، وثبت أن الضرر الذي أصاب المضرور من العملية إنما كان نتيجة للخطأ الصادر عن الأطباء القائمين بها، قامت مسؤوليتهم عن هذا الضرر، طالما لم يتمكنوا من دفعها، وبالتالي ينشأ في ذمتهم التزام بتعويض المتضرر من العملية، طبقا لأحكام المادة 124 من ق. م. ج، والتي تقضي بأن:" **كل فعل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

والتعويض هو الأثر الرئيسي الذي يتمخض عن قيام عناصر مسؤولية أي شخص، ولا جدوى من القول بوجود فعل ضار أنتج ضررا يرتبطان برابطة سببية، بدون تقرير حق للمضرور، ويتبلور هذا الحق في صورة الحصول على تعويض من المسؤول، فالتعويض وإن كان في حالات كثيرة لا يزيل كل الأثر المترتب عن الضرر، إلا أن له صدى كبير في التخفيف من وطأته[1].

ويمكن للمضرور أن يحصل على تعويض عن الأضرار التي أصابته جراء عملية نزع أو زرع الأعضاء البشرية، عن طريق اللجوء إلى القضاء، ورفع دعوى المسؤولية المدنية، أمام المحكمة المختصة،**(المبحث الأول)**، غير أن طول مسار هذه الدعوى وعدم كفالتها لتعويض عادل للمضرور، بسبب عدم ثبوت المسؤول عن الضرر أحيانا، أو عدم كفاية ذمته المالية لتعويض الأضرار الناجمة عنه، حدى بمختلف التشريعات إلى البحث عن آليات أخرى

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 381.

تمكن المتضرر من اقتضاء حقه في التعويض، فكان أن ظهرت آليات جماعية تكفل حق المتضرر في التعويض عما أصابه من ضرر **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: تعويض الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية وفقا للقواعد التقليدية

يعتبر التعويض نتيجة منطقية تترتب عن قيام المسؤولية المدنية للأطباء، ذلك أن الوظيفة الأساسية للمسؤولية المدنية هي وظيفة تعويضية، هدفها جبر الأضرار المترتبة عن الفعل الضار، الصادر من المسؤول، وارجاع الدائن إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار.

ويعرف التعويض بأنه:" **وسيلة قضائية لمحو الضرر أو التخفيف من وطأته، إذا لم يكن محوه ممكنا، والغالب أن يكون مبلغا من المال، أو شيئا آخر غير المال، يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر**".[1]

ويهدف التعويض إلى إعادة التوازن المختل في العلاقة التي تربط بين أطراف العملية، ولا يتمكن المضرور من الحصول على تعويض يجبر ما لحقه من ضرر إلا بناء على مطالبة قضائية، من خلال رفع دعوى التعويض عما أصابه من ضرر **(المطب الأول)**، والتي يجب أن تستوفي جملة من الشروط القانونية، تتعلق بأطرافها من جهة، والجهة الفاصلة فيها من جهة أخرى، حتى يمكن للقاضي الحكم بالتعويض المناسب جبرا للضرر الذي أصاب المضرور **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء

تعتبر الدعوى القضائية آلية قانونية، يمكن للمضرور من خلالها إيصال صوته إلى القضاء، للمطالبة بالتعويض عن الاعتداء الذي طال حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة من

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 584.

مصالحه، ذلك أن القضاء خو المخول دون غيره بحماية الحقوق، وضمان توقيع الجزاءات على المعتدين عليها.[1]

وتتعلق دعوى المسؤولية المدنية بحق شخصي، أساسه المطالبة بالتعويض عن الضرر، الذي أصاب المضرور نتيجة للخطأ الصادر عن المسؤول عن الضرر[2]. مما يتضح معه أن هذه الدعوى لا تقوم إلا بوجود طرفيها وهما المدعى والمدعى عليه **(الفرع الأول)**، ولا تقبل إلا إذا تم رفعها أمام الجهة المختصة إقليميا ونوعيا بالفصل فيها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: أطراف دعوى التعويض

لا تقوم دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية إلا بوجود طرفيها، وهما المدعي المتضرر من العملية **(أولا)**، والمدعى عليه وهو المسؤول عن الأضرار الناجمة عن هذه العملية **(ثانيا)**، ويشترط قانون الإجراءات المدنية في هذين الطرفين شروطا معينة، لقبول ممارستهما لحق التقاضي.[3] تحت طائلة عدم قبول الدعوى.

أولا: المدعي: المضرور

وهو الشخص الذي يباشر الدعوى المدنية، نتيجة لتضرره من التدخل الجراحي، الذي خضع له، وقد يكون المضرور هو المتبرع نفسه، أو المريض المتلقي للعضو، إذ يمكن لكل منهما أن يباشر الدعوى شخصيا عن الضرر الذي أصابه.[4]

---

[1] إيمان أوسعيد، **آليات تغطية أضرار ضحايا الأخطاء الطبية**، مجلة بحوث، المجلد 12، العدد 01، جامعة الجزائر 01، 2018، ص 327.

[2] عز الدين حروزي، مرجع سابق، ص 196.

[3] تقضي **المادة 13 من ق. إ. م.** إ بأنه:" **لا يجوز لأي شخص التقاضي، مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.**

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

[4] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 290.

أما إذا كان المضرور ناقص الأهلية أو عديمها، فإن دعوى التعويض ترفع بواسطة نائبه القانوني، كالولي أو الوصي أو القيم، ويمكن أن يمثله في ذلك دائنه عندما يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عنه، أو اتفاقيا كالوكيل بصفة عامة، وفي حالة ما إذا توفي المضرور، انتقل حقه في التعويض إلى ورثته، كل بقدر نصيبه في الميراث، وهنا يجوز لمن كان يعولهم المتوفى من أب وأم وأولاد وزوج، حق رفع الدعوى مستقلة، لا تتأثر بدعاوى الآخرين للمطالبة بالضرر المادي الذي أصابهم[1].

غير أن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي لا ينتقل إلى خلف المضرور، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو إذا طالب به المضرور أمام القضاء، فالضرر الذي أصاب المضرور والمتمثل في وفاته، لا ينتقل إلى ورثته، كما لا ينتقل إلى خلفه أي ضرر معنوي يكون قد أصاب المضرور قبل وفاته.[2]

وعلى العموم، فإن الضرر الذي أصاب المضرور يمكن أن يرتد إلى كثير من الأشخاص، علاوة عن الأقارب، وفي هذه الحالة يجوز لكل من ارتد إليه هذا الضرر، أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به شخصيا، ومنه يمكن القول بتعدد الدعاوى التي تتعلق بالضرر الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، تبعا لتعدد المطالبين بالتعويض، ويجوز لكل من هؤلاء أن يرفع دعوى مستقلة للمطالبة بجبر ما أصابه من ضرر.[3]

ويتلخص موضوع الدعوى التي يرفعها المتضرر في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إخلال المدعى عليه بحق أو مصلحة مشروعة للمدعي، وهذا الطلب لا يمكن أن يتغير مهما تغيرت الحجج والوسائل التي يستند عليها المدعي، وعلى كل لا يجوز للمدعي أن يغير من الوسائل أمام المحكمة العليا، وذلك من جهة دفوعه وتقديم دعواه، فإذا رفع المدعي

---

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص ص 220-212، كريمة عباشي، **الضرر في المجال الطبي**، مرجع سابق، ص 89.

[2] أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 452.

[3] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 202.

دعواه مستندا إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيري الثابت، فلا يعد طلبا جديدا في الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيري مفترض أو إلى خطأ عقدي.[1]

ثانيا: المدعى عليه (المسؤول عن الضرر)

المدعى عليه هو الخصم الذي ترفع الدعوى القضائية ضده، ويعتبر مدعيا عليه في مجال المسؤولية الطبية كل من تسبب في الضرر الذي أصاب المدعي، وعليه فقد يكون الطبيب الذي باشر العملية أو الممرض أو أحد مساعدي الطبيب، إما إذا كان الطبيب يمارس مهنته ضمن مستشفى عمومي فإن كلا هذي الأخيرين يعتبران مسؤولين في مواجهة المتضرر، إذ يسأل الأول طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن خطئه الشخصي، أو عن فعل الغير أو الشيء الذي في حراسته، في حين يسأل المستشفى باعتباره متبوعا.[2]

أما إذا صدر الخطأ الذي تضرر المدين منه عن فريق طبي فإن هؤلاء يكونون مسؤولين بالتضامن طبقا لما نصت عليه المادة 126 من ق. م. ج والتي تقضي بأنه:" **إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كلا منهم في الالتزام بالتعويض**".

وطالما أن أغلب التدخلات الجراحية ينفذها فريق طبي، فإن للمتضرر من هذه الأخيرة، أن يختار بين مباشرة الدعوى ضد الطبيب الجراح الذي تسبب في الضرر الذي أصابه، أو ضد الفريق الطبي بأكمله، على أنه يرجع للمحكمة سلطة تقدير التعويض في هذه الحالة، مع العلم أن اغلب الدعاوى التي يرفعها المتضررين من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إنما تكون ضد المرفق الاستشفائي العمومي الذي تمت فيه العملية، سواء كان الفعل الضار منسوبا إلى طبيب واحد أو فريق طبي بأكمله[3].

---

[1] محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص 459.

[2] جمال محي الدين، **آثار المسؤولية الطبية**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، 2015، ص 73.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص ص 291-292.

وضمانا لحق المضرور في اجتزاء التعويض، غالبا ما يتم إدخال شركات التأمين في الخصام، باعتبارها طرفا مدنيا، وفي هذا الصدد تقضي المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات بأنه:" **يجب على المؤسسات الصحية المدنية، وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تامينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية، تجاه مرضاهم وتجاه الغير**".

ويمكن للمدعى عليه أن يدفع دعوى المسؤولية المرفوعة ضده، إما بإنكار قيام مسؤوليته، نتيجة تخلف ركن من أركانها، وإما أن يعترف بقيام المسؤولية في جانبه، غير أنه يدعي انقضاء الالتزام المترتب عليه بالوفاء أو الابراء أو المقاصة أو التقادم، أو غيرها من أسباب انقضاء الالتزام.[1]

وما يهمنا في هذا الموضع هو سقوط الدعوى بمضي مدة التقادم، إذ سوى المشرع الجزائري في هذا الصدد بين الدعاوي المرفوعة ضد الأطباء، وتلك المرفوعة ضد المرفق الاستشفائي، إذ تتقادم هذه الدعاوى بمرور خمس عسرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار، طبقا لما جاءت به المادة 133 من ق. م. ج ، غير أنه ضمانا لحق المضرور في اقتضاء التعويض، قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار له، صادر بتاريخ 31-01-2000 بحساب مدة التقادم ليس من تاريخ وقوع الفعل الضار، وإنما من يوم العلم بوقعه[2].

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في دعوى المسؤولية الطبية عن نزع وزرع الأعضاء

تخضع دعوى المسؤولية الطبية، الرامية إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر إلى القواعد العامة في للاختصاص القضائي، ويقصد بهذا الأخير سلطة المحكمة في الفصل في خصومة معينة، بمقتضى القانون، وبالتالي يترتب على فقدان المحكمة لهذه السلطة زوال

[1] محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص 460.

[2] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 294.

قدرتها على ممارسة ولايتها القضائية[1]، ويتم تحديد قواعد الاختصاص نوعيا (أولا) ومحليا (ثانيا) حسب القواعد والنصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا: الاختصاص النوعي في دعوى المسؤولية الطبية عن نزع وزرع الأعضاء

يتحدد الاختصاص النوعي في مجال دعاوى التعويض عن المسؤولية المدنية للأطباء، بحسب الطرف المدعى عليه، فإذا كان المدعى عليه تابعا للقطاع العام، فإن الفصل في الدعوى يكون من اختصاص القضاء الإداري (1)، أما إذا كان المدعى عليه هو الطبيب الجراح شخصيا أو أحد أفراد الفريق الطبي التابع لمؤسسة استشفائية خاصة، فإن الفصل في الدعوى في هذه الحالة يؤول إلى القضاء العادي (2).

1.اختصاص القضاء الإداري

ينعقد الاختصاص النوعي لجهة القضاء الإداري للفصل في الدعاوى التي يرفعها المضرور من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ضد الطبيب الجراح أو أحد أعضاء الفريق الطبي القائم بالعملية، طالما تم حصر إجراء هذه الأخيرة في المؤسسات الاستشفائية العمومية التي منح لها حصرية إجراء هذا النوع من العمليات طبقا للمادة 366 من قانون الصحة 18-11.

وفي هذا الصدد تنص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 07-140[2]، المتضمن إنشاء، تنظيم وسير المؤسسات العمومية الاستشفائية، والمؤسسات العمومية للصحة الجواري على أن:" **المؤسسة العمومية الاستشفائية هي مؤسسة عمومية، ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي، وتوضع تحت وصاية الوالي**".

وعليه فطالما كان الطبيب الممارس لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تابعا لواحدة من المؤسسات الاستشفائية التي تجرى فيها هذه العمليات، فإن دعوى التعويض التي يرفعها

[1] محمد رايس، **نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها**، مرجع سابق، ص 261.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 07-140، مؤرخ في 02 جمادى الأولى 1428، الموافقة لـ 19 مايو 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية، والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية، وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج، عدد 33، صادرة في 03 جمادى الأولى 1428، الموافقة لـ 20 مايو 2007.

المضرور تباشر ضد هذه المؤسسة، نظرا لوجود رابطة التبعية التي يرتبط بموجبها الطبيب بهذه الأخيرة، والتي يقع على عاتقها تحمل تبعة الخطأ المرتكب من قبل الطبيب التابع لها.[1]

ومن ثم يختص القضاء الإداري دون غيره في البت في دعاوى المسؤولية المرفوعة ضد الطبيب أو الفريق الطبي الممارس في المؤسسات الاستشفائية العمومية، والذي سبب بخطئه ضررا لأحد المرتفقين، على أنه يشترط عدم انفصال الخطأ المرتكب عن الخدمة المقدمة من قبل الطبيب، ويعتبر الخطأ منفصلا عن هذه الأخيرة إذا لم يتم ارتكابه أثناء مباشرة الطبيب لتدخله الجراحي.[2]

ويؤول اختصاص الفصل في دعوى الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، من قبل الطبيب الممارس في المؤسسات المكلفة بتنفيذ هذه العمليات، إلى المحاكم الإدارية، بصفتها جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية طبقا لأحكام المادة 800 من ق. إ. م. إ، والتي يكون أحد طرفيها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري.

يجد القول بانعقاد اختصاص القضاء الإداري بالفصل في دعاوى المسؤولية الطبية سنده في أن المتضرر من نشاط المرفق العام الاستشفائي، لا يمكنه اقتضاء التعويض إلا بناء على أساس الخطأ المرفقي، ثم إن هذا المضرور لم يختر الطبيب المعالج، ولا يربطه به أي عقد طبي، إذ يباشر هذا الطبيب عمله بصفته موظفا، ولا تربطه بالمؤسسة الاستشفائية التي يعمل بها سوى علاقة تنظيمية.[3]

وفي هذا الصدد، ونظرا لانعدام العلاقة العقدية التي تربط المضرور بالطبيب العامل بالمؤسسة العمومية الاستشفائية، فإن قوعد المسؤولية التقصيرية هي الأجدر بالتطبيق، إذ تقوم مسؤولية المستشفى بالتبعية بمجرد قيام مسؤولية الطبيب العامل بها، وذلك وفقا لأحكام المادة 136 من ق. م. ج، والتي تقضي بأن:" **يكون المتبرع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته، أو بسببها أو بمناسبتها. وتتحقق**

[1] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص ص 152-152.

[2] جمال محي الدين، مرجع سابق، ص 75.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 296.

علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعهن متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

وهو ما يتفق مع ما قضت به الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان، أين ذهبت في إحدى قراراتها إلى القول بأن:" من شأن الخطأ المرتكب من قبل الطبيب، أن يجعل المستشفى مسؤولا، ما دام أن الطبيب الجراح هو تابع للمستشفى، لوجود علاقة التابع بالمتبوع...".[1]

وقد قضى مجلس الدولة الجزائري بأن:" ثبوت خطأ التابع وإحداث ضرر للغير، يقيم مسؤولية المتبرع (المرفق العمومي)، المترتبة عن سوء تسيير المرفق" إذ أقام المسؤولية المدنية للمركز الاستشفائي الجامعي ببجاية، بشأن متبوعه الطبيب المذكور، نظرا لوجود خلل في تسيير هذا المرفق العام.[2]

ولعل من مصلحة المضرور في هذا الشأن أن يرفع دعواه ضد المرفق العم الاستشفائي، على أساس أن هذا الأخير أصلح من حيث التعويض، إذ أن ذمته المالية كافية لتغطية مختلف الأضرار التي تلحق مرتفقيه، خاصة وأنه يتمتع بالاستقلال المالي، وذلك خلافا للطبيب، الذي يمكن أن يكون معسرا، وبالتالي يحرم المضرور من حقه في التعويض.

2.اختصاص القضاء العادي

يختص القضاء العادي على سبيل الاستثناء بنظر دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية، في حالتين:

تتعلق الحالة الأولى بنظر الدعوى العمومية، الناشئة عن الخطأ الجزائي، المرتكب من قبل الطبيب باعتباره شخصا طبيعيا، أو من طرف المستشفى باعتباره شخصا معنويا عاما، خاصة في حالة ما إذا ترتب عن عمليتي نزع أو زرع الأعضاء البشرية وفاة المتبرع بالعضو

---

[1] مجلس قضاء تلمسان، الغرفة الإدارية، قرار صادر بتاريخ 06-12-2003، نقلا عن محمد رايس، **نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها**، مرجع سابق، ص 275.

[2] مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار رقم 094850، بتاريخ 20-11-2014، قضية المركز الاستشفائي الجامعي لبجاية ومن معه، ضد (م.ف)، ش. و. للتأمين، متوفر على موقع مجلس الدولة الجزائري، www.conseildetat.dz تاريخ الاطلاع: 17-03-2025 على الساعة 08:45.

أو المتلقي له، إذ يجوز للمضرور في هذه الحالة أن يحرك الدعوى العمومية للمطالبة بإدانة الجاني، عن جريمة القتل، فيتأسس كطرف مدني أمام القاضي الجزائي، ويستفيد المضرور في هذه الحالة من ميزة هامة في الإثبات، إذ يخضع هذا الأخيرة لإجراءات التحقيق القضائي[1].

أما الحالة الثانية التي يختص فيها القضاء العادي بالفصل في دعاوى المسؤولية الطبية فتتمثل في نظر الدعوى المدنية الرامية إلى طلب التعويض عن أضرار الناجمة عن الخطأ المدنية أو الجنائية الشخصية، المرتكبة من قبل الأطباء، والذي لا علاقة لها بممارستهم لوظائفهم[2] أو الأخطاء التي تبلغ درجة كبيرة من الجسامة، إذ تقوم مسؤولية الطبيب المختص في هذه الحالة دون المستشفى الذي يعمل فيه.[3]

ثانيا: الاختصاص الإقليمي في دعوى المسؤولية الطبية عن نزع وزرع الأعضاء

يقصد بالاختصاص الإقليمي أو المحلي "ذلك الحيز الجغرافي، الذي تختص المحكمة بنظر الدعاوى المرفوعة أمامها عن المنازعات التي تقوم فيه"[4] والذي يؤول طبقا لأحكام المادة **37 من ق. إ. م. إ** إلى الجهة القضائية التي يقع ضمن دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، في الأحوال العادية.

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالمسؤولية الطبية، فإن الاختصاص المحلي يختلف باختلاف شخص المدعي عليه، فإذا رفعت الدعوى ضد شخص الطبيب، فإن المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم العلاج، طبقا للفقرة الخامسة من المادة **40 من ق. إ. م. إ**، ومنه يجب على المضرور في هذه الحالة أن يرفع دعواه أمام القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان العلاج، وإذا رفع المضرور دعواه ضد المؤسسة الاستشفائية العمومية، فإن صلاحية الفصل في هذه الدعوى

[1] Nouara Nekli-Kacel, Op.cit. p 52.

[2] سليمان حاج عزام، **المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2011، ص ص 218-219.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 299.

[4] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 206.

تكون من اختصاص المحكمة الإدارية، طبقا لأحكام الفقرة الخامسة من المادة 804 من ق. إ. م. إ، ولما كانت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تجرى حصريا في مؤسسات عمومية مرخص لها بقرار وزاري، فإن اختصاص الفصل فيها يعود للمحاكم الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها المؤسسة العمومية التي تم بها اجراء عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية دون سواها.

ويعد الاختصاص الإقليمي في هذا الصدد من النظام العام، طبقا لأحكام المادة 807 من ق. إ. م. إ[1] وبالتالي فلا تقبل دعوى المسؤولية عن نزع وزرع الأعضاء البشرية عن الضرر الناشئ لمتبرع أو متلقي للعضو من ولاية بومرداس أجريا العملية في مستشفى تيزي وزو، إذا ما رفعت أمام المحكمة الإدارية لبومرداس.

المطلب الثاني: تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء

إذا ثبت خطأ الأطباء المنفذين لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، والذي سبب ضررا للمتبرع بالعضو أو المريض المتلقي له، تعين على القاضي أن يلزم الطبيب المسؤول عن إحداث الضرر الذي لحق المضرور، طبقا لما تقضي به المادة 124 من ق. م. ج بتعويض الأضرار التي سببها لهذا الأخير.

ولا شك أن التعويض الذي يحكم به القاضي للمضرور لا يتخذ صورة واحدة، وإنما يتخلف بحسب الضرر الذي لحق المتبرع أو المريض، لذا يتعين أن نحدد طرق تعويض الأطرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية **(الفرع الأول)**، وطالما أن سلطة تقدير التعويض يعهد بها إلى القاضي، فلا يجب أن تخضع لأهوائه الشخصية، بل يستعين في ذلك بمعايير تتيح له الحكم بتعويض عادل للمضرور، على أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا **(الفرع الثاني)**.

[1] تنص المادة 807 من ق. إ. م. إ. على أن:" **الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام، يجوز إثارة الدفع بعد الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي**".

الفرع الأول: طرق التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

أوجب المشرع الجزائري على القاضي، بموجب المادة 132 من ق. م. ج أن:" **يعين طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.**

ويقدر التعويض بالنقد، على 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 بالفعل غير المشروع".

يتضح من هذا النص أن تقدير القاضي للتعويض، يتم تبعا للظروف، وقد يكون في صورة تعويض عيني، بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر **(أولا)**، أو في صورة تعويض مقابل، في الحالة التي يستحيل فيها التعويض العيني **(ثانيا)**.

أولا: التعويض العيني:

يقصد بالتعويض العيني "إزالة الضرر عينا، بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر"،[1] ويتعلق التعويض في أغلب الأحوال بجبر الأضرار المترتبة عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، كإتلاف العين المؤجرة من قبل المستأجر[2]، وهو ما يقودنا إلى التساؤل عن إمكانية الحكم بالتعويض العيني كوسيلة لجبر الأضرار المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء البشرية؟

يرى البعض أنه لا يمكن للمتضرر من خطأ طبي ناتج عن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية أن يطالب بتعويض عيني عما أصابه من ضرر، إذ لا يتصور مثلا أن يطالب المتبرع باسترجاع العضو الذي تبرع به، نظرا لما في ذلك من إساءة للمدين، ذلك أن المطالبة بمثل هذا النوع من التنفيذ، يعتبر تعسفا في استعمال الحق، وهو أمر مخالف للقانون[3].

---

[1] علي محسن تركي الشمري، مرجع سابق، ص 411.

[2] عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 128.

[3] مايا عباس أسعد، مرجع سابق، ص 182.

كما أنه لا يمكن طبقا للمادة 164 من ق. م. ج [1] للمتبرع الذي تضرر بموجب خطأ طبي أفقده عضوا من أعضائه أن يطالب بتعويض عيني أمام القاضي، إذ لا يمكن أن يطالب الطبيب برد العضو التالف، ولا بزرع عضو آخر بديل له، علاوة على أنه لا يمكن للمتضرر معنويا من جراء عدم تنفيذ الأطباء لالتزامهم بالإعلام أن يطالب بالتعويض العيني، إذ أن طبيعة هذا الالتزام تجعل من المطالبة بتنفيذه عينيا أمرا مستحلا.

وترجع صعوبة التعويض العيني في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، إلى طبيعة هذه الأخيرة، من جهة إذ تفقد قدرتها على تنفيذ وظائفها الحيوية، بسبب بقائها فترة طويلة خارج جسم الإنسان، والمقتضيات القانونية لهذه العمليات، إذ لا يجوز أن يكون أي عضو تالف محلا لتعويض عيني، نظرا لخروج أعضاء جسم الإنسان من دائرة التعامل.[2]

عطفا على ما سبق يمكن القول أنه أمام استحالة التعويض العيني عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء الممارسين لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، لا يكون أمام المضرور إلا المطالبة بتعويض مقابل عما أصابه من ضرر.

ثانيا: التعويض بمقابل

يعتبر التعويض بمقابل أو ما يسمى بالتعويض النقدي، آلية قانونية تمكن المضرور الذي استحال عليه الحصول على تعويض عيني من اجتزاء حقه في التعويض عما لحقه من ضرر[3]، ويجد التعويض بمقابل مجاله في المسؤولية التقصيرية[4]، وهو قد يكون عبارة عن تعويض نقدي أو غير نقدي، ويمكن ان يظهر الأول في صورة الأمر بنشر الحكم القضائي الذي يقضي برد الاعتبار، وغالبا ما يكون هذا النوع من التعويض في الجرائم الماسة بالشرف

[1] تنص المادة 164 من ق. م. ج على أن:" **يجبر المدين على بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا**".

[2] علي محسن تركي الشمري، مرجع سابق، ص 416.

[3] راضية غناي، مرجع سابق، ص 366.

[4] العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني**، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص 266.

والاعتبار، على أن يكون ذلك على نفقة المدين.[1] في حين يعتبر التعويض النقدي أو المالي الصورة المثلى للتعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية.

ويتخذ التعويض النقدي عدة صور، فقد يتم في شكل مبلغ يدفع مرة واحدة أو على أقساط، وقد يكون في صورة مرتب لمدى الحياة، وقد قضت الفقرة الأولى من المادة 132 من ق. م. ج بأنه:" **بإلزام المدين في حالتي التعويض المقسط أو إيراد مرتب لمدى الحياة بأن يقدم تأمينا**" وذلك بغية ضمان حق المضرور في التعويض.[2] على أن مسألة الحكم بتعويض مقسط أو إيراد مرتب لمدى الحياة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إذ يمكن لهذا الأخير أن يحكم بدفع التعويض على شكل أقساط، تدفع من قبل المضرور إلى غاية شفاء المتضرر، في حين يحكم لفائدة المضرور بإيراد مرتب لمدى الحياة، في حالة ما إذا ترتب عن الخطأ الطبي عجز المضرور كليا أو جزئيا.[3]

الفرع الثاني: سلطة المحكمة في تقدير التعويض

يخضع تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إلى سلطة قاضي الموضوع، إذ يرجع لهذا الأخير تقدير مدى اعتبار ما ترتب عن الخطأ الطبي ضررا أصاب المضرور، وفي هذا الإطار يجب على القاضي تحليل وتقييم عناصر الواقعة والبيئة وحياة الشخص قبل وبعد الحادث لتحديد قيمة الأضرار المطالب بها، ولا يتقيد القاضي في هذا الشأن بجدول تعويضات أو طريقة حسابية معينة، بل يستخدم سلطته التقديرية، التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، لتقدير قيمة الضرر الجسدي الذي لحق بالضحية، وفقًا للطريقة التي يراها الأكثر ملاءمة بالطبع، لا يمكن أن يتم التعويض

---

[1] أمحمد بن أوذينة، **تعويض المضرور جسمانيا بين قواعد المسؤولية المدنية والأنظمة الخاصة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2019، ص 71.

[2] علي علي سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 210.

[3] جمال محي الدين، مرجع سابق، ص ص 85-86.

النهائي إلا بعد استقرار الإصابات. لذلك، من الضروري عمومًا الانتظار حتى يتم إجراء الخبرة الطبية للتثبيت، التي تحدد الأضرار التي تعرضت لها الضحية، لتحديد مدى الضرر[1].

وتطبيقا لما سبق قضت المحكمة العليا بأنه:" **من المقرر قانونا أن تحديد المسؤولية المدنية عن ضررها، وتقدير جسامة ذلك الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير جديد، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على المادتين 124 و 127 ق. م بما لهم من سلطة تقديرية في تحديد المسؤولية المدنية وتقدير التعويض، يقدون طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن**".[2]

بناء على ما سبق، ينبغي تحديد الأسس التي يقوم عليها التقدير القضائي للتعويض **(أولا)**، ثم الوقوف عند حدود رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي للتعويض المستحق عن الضرر الذي أصاب المضرور **(ثانيا)**.

أولا: أسس التقدير القضائي للتعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء

تقتضي القواعد العامة في المسؤولية المدنية، **أن يكون التعويض** المقرر للمضرور من عمليتي نزع أو زرع الأعضاء البشرية تعويضا **كافيا لجبر الضرر** الذي لحق به، وبما لا يزيد أو ينقص عن ذلك[3]، وذلك لأن الغرض من التعويض هو إعادة التوازن المختل بفعل الضرر الناجم عن الخطأ الطبي.[4] وعليه ينبغي **أن يكون التعويض كاملا**، وكافيا لتغطية كل الضرر

[1] Nouara Nekli-Kacel, Op.cit. p 50.

[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 58012 بتاريخ 08-02-1989، قضية (ش. و. أ) ضد الطاعنة، المجلة القضائية، عدد 2، 1992، ص 14.

[3] هدى حاوش، مرجع سابق، ص 301.

[4] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 217.

الذي لحق بالمضرور[1]، ومنه فلا يجوز الحكم بتعويض يجاوز الضرر، إذ ليس من المقبول أن يكون الضرر مصدرا يثرى به المضرور من غير سبب.[2]

ويجب أن يشمل التعويض المقرر للمضرور في المسؤولية التقصيرية كل الأضرار المباشرة، التي لحقت بهذا الأخير، سواء كانت أضرارا مادية أو معنوية، متوقعة أو غير متوقعة، وذلك خلافا للتعويض الذي يجب أن يحكم به في المسؤولية العقدية، والذي يقتصر على جبر الأضرار المادية والمعنوية المتوقعة فقط.[3]

وينشأ حق المتضرر من عمليتي نزع أو زرع الأعضاء البشرية في التعويض من يوم نشوء الضرر، واكتمال أركان المسؤولية[4]، وبالتالي فلا مكان للقول بتقدير التعويض من الوقت الذي صدر فيه الخطأ الطبي، ذلك أن الضرر لا يتعاصر مع حدوث الخطأ الطبي، وعليه لا يمكن تقدير الضرر قبل وقوعه[5]، غير أن هذا عناصر هذا الحق وقيمته النقدية لا يتحدد إلا منذ صدور الحكم الذي يقضي به، ومنه فالحكم بالتعويض لا ينشئ هذا الحق، بل يكشف عنه فقط[6].

---

[1] ينبغي الإشارة إلى أن القاضي ملزم بما حدده المشرع في الحالات التي يؤسس فيها هذا الأخير أنظمة خاصة بالتعويض، على غرار التعويض عن حوادث المرور، والتي يكون التعويض فيها جزافيا، يتحمل المضرور جزءا منه، وبالتالي فلا يمكن للقاضي في مثل هذه الحالة أن يزيد أو ينقص من مقدار التعويض الذي حدده المشرع، كما لا يجوز للمضرور المطالبة باستبعاد النظام الخاص بالتعويض، حتى ولو كان التعويض الذي سيحصل عليه في هذه الحالة غير كاف لتغطية ما لحقه من ضرر، انظر: الشريف بحماوي، **التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013، ص 303.

[2] سليمان حاج عزام، مرجع سابقن ص 424.

[3] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 217.

[4] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 198.

[5] خلافا للمسؤولية التقصيرية، يتم تقدير التعويض في المسؤولية العقدية من الوقت الذي يخل فيه المدين بالتزامه الذي تسبب به في حدوث الضرر. انظر: موسى نقار، **قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2023، ص 252.

[6] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 133.

وفي هذا الصدد تقضي المادة 131 من ق. م. ج بأن:" **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب، طبقا لأحكام المادتين 281 و281 مكرر، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير**".

يبدو أن هذا النص يشير إلى أن تقدير القاضي للتعويض عن الضرر اللاحق بالمضرور، يكون بصفة نهائية كقاعدة عامة، غير أنه يسمح لهذا الأخير بالمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض الذي منح له، خلال مدة معينة، إذا لم يكن بوسع القاضي تقدير قيمة التعويض وقت الحكم، إلا أن هذه الفقرة لم تحدد الحيز الزمني الذي يمكن للمضرور أن يطالب فيه بإعادة تقدير التعويض الذي يستحقه، ولا الأسباب التي تجيز له ذلك.

وعليه يمكن القول أن مقدار التعويض المقرر للمضرور يقدر على ضوء التكاليف والمبالغ المنفقة من قبل المضرور وقت النطق بالحكم، ويمكن أن يكون محلا للزيادة والنقصان[1]، تبعا لتغير الضرر الذي لحق بالمضرور، ومنه فلا شك أن تفاقم حالة المتبرع بكلية من العجز إلى الوفاة، سيساهم في رفع مقدار التعويض الذي يمنحه القاضي للمضرور من ذلك، خاصة إذا كان المتبرع المتوفى ربا لعائلة معيلا لها، على أنه لا يشترط على المضرور رفع دعوى قضائية حديدة، للمطالبة برفع التعويض، إذا كان تفاقم الضرر ناجما عن الخطأ الطبي[2]، أما إذا كان ذلك ناجما عن خطأ الغير، فيكون للمضرور حق مطالبة المتسبب في الضرر بالتعويض بموجب دعوى تعويض أخرى.[3]

ورغم السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي في تقديره للتعويض، إلا أنه لا يمكن أن يفهم من ذلك أن هذه السلطة مطلقة، تخضع لأهواء القاضي وميولاته، بل إن المشرع

[1] Cass. Civ 17 AVR 1975-d 1976. P 152, cité par :

كريم عشوش، مرجع سابق، ص 150.

[2] محمد إبراهيم هلال إبراهيم، مرجع سابق، ص 481.

[3] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 412.

وضع له من المعايير ما يستهدي به في سبيل تقدير التعويض المناسب للمضرور من خلال المادتين 131 و182/ 2 من ق. م. ج.

نصت المادة 131 من ق. م. ج على أن:" **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر، مع مراعا الظروف الملابسة...**"

وقضت الفقرة الأولى من المادة 182 من ق. م. ج بأنه:" **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب...**"

يتضح من قراءة هذين النصين أن تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، يكون بناء على مراعاة ما فات المضرور من خسارة وما فاته من كسب مشروع من جهة(1) ومراعاة الظروف الملابسة لوقوع الضرر من أخرى (2).

1. مراعاة ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب

وتتعلق الخسارة التي تصيب المضرور، بما يلحق جسمه من ضرر، فقد يترتب عن خضوعه للعملية إصابته بعجز كلي أو جزئي، يحول دون أداء جسمه لوظائفه الطبيعية، كأن يصبح مقعدا أو غير قادر على الابصار حال فشل عملية زرع القرنية لعينه الوحيدة، نتيجة لخطأ الطبيب الجراح.[1]

ويتمثل تعويض الخسارة التي لحقت بالمضرور في النفقات الطبية والعلاجية، نفقات الإقامة والغذاء والمصاريف الإدارية وكافة النفقات الناجمة عن الإصابة، ومصاريف التنقل وغيرها، أما التعويض عن الكسب الفائت فيتمثل في التعويض عما يمكن أن يحدثه العجز من خسارة، بسبب عدم قدرة المضرور على الكسب وحرمانه من مصدر رزقه. ويدخل في الكسب الفائت ما يأمل المضرور في الحصول عليه من كسب، متى كان لهذا الأمل أسباب مقبولة،

[1] علي حسن تركي الشمري، مرجع سابق، ص 405.

ذلك أن فرصة تحقيق الكسب أمر محتمل، إلا أن فواتها أمر محقق، شريطة أن يكون لهذا الأمل أسباب مقبولة[1].

2. مراعاة الظروف الملابسة وحسن نية المضرور

ينبغي على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض ظروف وملابسات كل مضرور على حدة، فينظر إليه نظرة شخصية لا مجردة[2]، وتتعلق هذه الظروف بالحالة الصحية، المالية والعائلية للمضرور، التي يتعين على القاضي أخذها بعين الاعتبار، عند تقديره لمدى تأثير الخطأ الطبي عليه، وما سببه له من أضرار.[3] فالطبيب الذي يجري عملية استئصال ونقل عضو من جسد مريض مصالب بداء السكري مثلا تكون خطورة هذا الاستئصال أشد وأنكى من خطورة الاستئصال من جسد متبرع غير مريض، كما أن ضرر النقل من شاب أعزب أقسى من ضرر النقل من رجل يعيل أسرة.[4]

أما الظروف الملابسة للمسؤول عن الضرر، فقد انقسم الفقهاء بشأن الاعتداد بها من عدمه إلى فريقين، ذهب الأول إلى عدم وجوب الأخذ بها، على اعتبار أن تقدير التعويض إنما يتم بناء على حجم الضرر الذي أصاب المضرور، وبالتالي فلا علاقة للمسؤول فيما يتعلق بتحديد التعويض، ومنه فلا يمكن القول إنه على المسؤول الغني أن يدفع تعويضا أكثر مما يدفعه المسؤول الفقير.

وعلى خلال الرأي الأول ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى القول بوجوب الاعتداد بالظروف الملابسة للمسؤول، نظرا للعمومية التي ميزت المادة 131 من ق. م. ج سالفة الذكر، كما أن مصطلح الظروف الملابسة يحمل في طياته مفهوم جسامة الخطأ، والذي يتعين

---

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 592.

[2] عز الدين حروزي، مرجع سابق، ص 213.

[3] مراد بن عاطي، مرجع سابق، ص 164.

[4] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 394.

على القاضي مراعاته بمناسبة تقدير التعويض، دون أن يشكل حجر الزاوية في هذا الشأن، إذ يمكن أن يترتب ضرر جسيم على خطأ يسير، في حين يترتب ضرر صغير على خطأ جسيم[1]

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على التقدير القضائي للتعويض

رغم تمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض، غير أن هذا لا يعني أنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وإنما يجب عليه يحدد شروط وعناصر الضرر التي قضى بموجبها بالتعويض، حتى تتمكن المحكمة العليا من التأكد من صحة تطبيقه للقواعد القانونية المتعلقة بالتعويض، وكذا مدى اعتداده بالأسس التي يجب أن يهتدي بهداها عند تقديره للتعويض.[2]

فبالنسبة لعناصر الضرر وشروطه، لا بد من تناسب التعويض مع الضرر، ويقدر بقدره، ولا يتضح مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر، حتى يكون مستحقا للتعويض، وإذا كان التثبت من حصول الضرر ومداه، مسألة قانونية يستقل بها قاضي الموضوع، فإن تعيين الضرر، وذكر عناصره المكونة له قانونا، والتي تدخل في تقدير التعويض يعد من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، ويلحق بذلك استيفاء شروط الضرر، والمتمثلة في أن يكون مشروعا، محقق الوقوع، وأن يخل بحق أو مصلحة مشروعة.[3]

غير أن الملاحظ في الواقع العملي، أن قضاة الموضوع لا يحددون شروط وعناصر الضرر في أحكامهم، بل يكتفون بمجرد الإشارة إلى وقوع الضرر للحكم بالتعويض، ومثال ذلك ما جاء في حيثيات الحكم الصادر عن محكمة البليدة بتاريخ 20-05-2000 التي

---

[1] كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص ص 325-326.

[2] كمال فريحة، مرجع سابق، ص 329.

[3] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص ص 406-407.

اعتبرت أنه:" حيث أن إخلال المدعى عليها بالتزام تعاقدي قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا".[1]

يتضح من هذا الحكم أن قضاة الموضوع لم يلتزموا بتسبيب حكمهم، فلم يحددوا مدى توافر شروط الضرر الذي أصاب المدعية ولا عناصره، علاوة على أنهم لم يبينوا معيار الذي اعتمدوه في حكمهم بالتعويض، لذا فإنهم جانبوا بحكمهم هذا ما يقضي به القانون، وبالتالي فإن حكمهم هذا لا شك أنهم سيكون عرضة للنقض من قضاة الدرجة الثانية.

أما بالنسبة لعناصر تقدير التعويض، فتخضع هي الأخرى لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على محكمة الموضوع ألا تغفل أي عنصر من هذه العناصر، والتي سبق لنا بحثها، فعلى سبيل المثال يخضع تحديد مدى جسامة الضرر للسلطة التقديرية للقاضي، دون أي رقابة للمحكمة العليا، في حين أن كيفية تحديده لمدى جسامة الضرر هو الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا.[2]

وفي هذا الصدد نقضت المحكمة العليا، القرار الصادر عن الغرفة الجزائية لمجلس قضاء مستغانم، بتاريخ 21-04-1992، إذ اعتبرت أنه:" من المبادئ العامة في القانون، أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل، وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يقد خرقا للقانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض، يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا، ومتى كان كذلك استوجب النقض".[3]

---

[1] محكمة البليدة، الغرفة المدنية، الملف رقم 20-2000 بتاريخ 20-05-2000 نقلا عن: الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 329.

[2] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 407.

[3] المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم 109568، قضية (ل. م) ضد (ب. م ومن معه) والنيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 123.

يتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا قد طبقوا القانون تطبقا صحيحا، بنقضهم للقرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم في قضية الحال، وذلك لأن قضاة الموضوع ملزمون بتسبيب حكمهم القاضي بالتعويض، من خلال الزامية ذكر العناصر والأسس التي اعتمدوا عليها في القضاء بتعويض المضرور، وبالتالي فإن رقابتهم على القرار المذكور ونقضهم له، كان في محله.

غير أن الحكم القاضي بالتعويض عن الضرر المعنوي، لا يستوجب ذكر العناصر والاسس التي اعتمد عليها القضاة في حكمهم بالتعويض، نظرا لارتباط الضرر المعنوي بالجوانب النفسية والعاطفية الشخصية، والتي يصعب تقديرها بمعايير موضوعية[1]، وبالتالي فلا يخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا، وذلك ما جاء في حيثيات قرار هذه الأخيرة الصادر 18-02-1992 من أنه:" بخصوص التعويضات المعنوية، فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"[2]

يتضح مما سبق أنه من الصعوبة بمكان حصول المضرور على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر، نظرا لطول الفترة الزمنية التي تستغرقها دعوى التعويض من جهة، وصعوبة إثبات أركان المسؤولية الطبية وعلى وجه الخصوص ركن الخطأ، خاصة إذا تعلق الأمر بالأخطاء الفنية، التي لا يعرف القضاة عنها شيئا، من جهة ثانية، وكذا عدم ملائة الذمة المالية للمسؤول وكفايتها لجبر ما ترتب عنه من أضرار، لذا كان لابد من البحث عن أليات أخرى جماعية، تكفل حق المضرور في الحصول على تعويض عما لحقه من أضرار نتيجة لعملية نزع أو زرع الأعضاء البشرية.

[1] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 229.

[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 78410، بتاريخ 18-02-1992، نشرة القضاة، العدد، 48 نقلا عن: كمال فريحة، مرجع سابق، ص 334.

المبحث الثاني: جميعة التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية

أبان نظام التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية عن قصور هذه الأخيرة في جبر مختلف الأضرار التي تترتب عن التدخلات الطبيبة الجراحية، المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء البشرية، لما يطرحه من صعوبات جمة، خاصة ما تعلق منها بعبء الإثبات الملقى على عاتق المضرور، والذي يعتبر طرفا في العلاقة التي تجمعه بالطبيب الجراح، والتي تتسم بعدم التوازن العلمي والمعرفي من جهة، وكثرة المتدخلين فيها من جهة ثانية، باعتبار أن هذه العمليات تنفذ من قبل فريق طبي متكامل، يصعب معه معرفة المتسبب الحقيقي في الضرر الناجم عنها.

لأجل هذا كان لا بد من البحث عن آليات أخرى داعمة لنظام المسؤولية المدنية، من شأنها كفالة تعويض عادل للمضرور من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، دون حصر التعويض في نطاق ضيق بين المضرور والمسؤول عن الضرر فقط، بل توسيعه ليكون شأنا اجتماعيا، وهو ما تم فعلا باستحداث أنظمة تعويضية جماعية[1]، تقوم على التضامن الوطني، بطريقة غير مباشرة، كالتأمين الإلزامي من المسؤولية **(المطلب الأول)** أو بطريقة مباشرة على غرار تدخل الدولة لتعويض المضرور في حالة انعدام المسول عن الضرر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء

رغم ارتباط التأمين ضد المسؤولية المدنية بمفهوم العقد الاجتماعي، باعتبار أنه ينظم جانبًا من العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، وخاصة فيما يتعلق بتعويض الضحايا، إلا أنه لم يكن سائدًا من قبل، بل فرض نفسه نتيجة للمخاطر التي يتعرض لها الإنسان، إذ تدخل المشرع ليس فقط لفرض التزام بتعويض الأضرار التي يلحقها الشخص بالآخرين، بل أيضًا لإرساء التزام بالتأمين، خاصة بالنسبة لجميع الكيانات الاقتصادية التي قد

[1] تهدف هذه الآليات هذه الجديدة إلى توفير حل للمشاكل المتعلقة بالمسؤولية المالية للأطباء، وكذا تخفيف العبء عن الأطباء الفرديين الذين قد يواجهون صعوبة في تحمل مسؤوليات قانونية ومالية كبيرة نتيجة للأخطاء الطبية
Voir: Christine Maugué, Op.Cit, p

تسبّب أضرارًا جسدية للغير، من خلال التأمين ضد المسؤولية المدنية، تتاح الفرصة للضحايا للحصول على تعويضات، وهم أقل عرضة لمشكلة عجز المترتب عن دفع التعويضات[1].

عطفا على ما سبق، ومن أجل الوقوف على مدى ملائمة قواعد التأمين للتطبيق على مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، ينبغي تحديد مفهوم عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، من خلال ضبط تعريف قانوني له، والبحث عن الخصائص التي يتميز بها عن غيره من عقود التأمين الأخرى **(الفرع الأول)**، ثم تبيان الأحكام القانونية التي يخضع لها، بدءا بحدود الخطر المؤمن ضده في المسؤولية المدنية للأطباء، وانتهاء عند طرق استحقاق التعويض في التأمين **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء

يعتبر التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء كما أسلفنا آلية قانونية غير مباشرة، يتمكن المضرور من خلالها من اقتضاء حقه في التعويض عن الضرر، وهي في نفس الوقت آلية تضمن تغطية ما يلحق بالذمة المالية للمسؤول عن الضرر من مطالب تعويضية[2]، نظرا لما قد يتعرض له هذا الأخير من إعسار بمناسبة أي مطالبة بالتعويض من قبل من أصابه ضرر نتيجة لفعل ضار صادر منه، ونظرا لما لهذه الآلية القانونية من أهمية، ينبغي أن نحدد المقصود بها **(أولا)** ثم نستعرض خصائص عقد التأمين من المسؤولية **(ثانيا)** لنكون صورة واضحة عن مفهوم هذا العقد.

[1] Nouara Nekli-Kacel, Op.cit. p 53.

[2] يصنف التأمين ضد المسؤولية المدنية في هذا السياق ضمن "تأمين الدين"، وذلك لأن هدفه هو ضمان دين المسؤولية للشخص المؤمن له، وتبرر هذه التسمية من خلال الحاجة إلى تمييزه عن التأمين على الأشياء أو الممتلكات، إذ يضمن المؤمن في هذه الأخيرة، يضمن المؤمن أحد أصول ممتلكات المؤمّن له، في حين أن التأمين ضد المسؤولية يضمن على العكس، عنصرًا سلبيا من ممتلكات المؤمّن له.

Voir: Ghenima Lahlou-Khiar, Op.Cit, p 102.

أولا: تعريف عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء

قبل أن نحدد المقصود من عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، يتعين أن نبين المقصود بعقد التأمين طبقا للقواعد العامة المنظمة لعقد التأمين، كعقد من العقود المسماة الواردة في القانون المدني.

أورد الفقهاء عدة تعريفات لعقد التأمين، إذ ذهب البعض إلى اعتباره: "**عقدا يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يضمن للشخص مسؤوليته عما يترتب على ما يصدر عنه من ضرر للغير، وذلك مقابل ما يقوم به من أقساط دورية**"[1]

ويرى آخرون أن عقد التأمين عبارة عن:" **عقد يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له من الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية" أو أنه:" عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له، من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية**".[2]

أما بالنسبة للتشريع فقد عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في المادة 916 من ق. م. ج بأنه:" **عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المال أو ايرادا أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى، يؤديها المؤمن له للمؤمن**".

وقد أعاد المشرع الجزائري تعريف عقد التأمين عند صدور قانون التأمينات سنة 1995[3] بنفس التعريف، وذلك ضمن المادة الثانية منه.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري عرف عقد التأمين من خلال ذكر أطرافه والتزامات كل طرف، إذ يعتبر التأمين عقدا يلتزم بموجبه المؤمن بدفع مبلغ مالي أو إيراد معين

---

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 429.

[2] أمال بكوش، **نحو مسؤولية موضوعية عن التعبات الطبية**، (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 324.

[3] الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق لـ 25 يناير 1995، **المتعلق بالتأمينات**، ج. ر. ج. ج، العدد 13، صادرة في 07 شوال 1415 الموافق لـ 08 مارس 1995.

أو أي عوض مالي آخر لصالح المؤمن له، الذي يلتزم هو الآخر بدفع قسط أو مقابل مالي آخر لصالح المؤمن له في الحالة التي يتحقق فيها الخطر أو الحادث المحدد في عقد التأمين المبرم بينهما.

يرى الأستاذ عبد الرزاق بن خروف أن التعريف الذي أورده المشرع المدني يتسم بإظهاره للرابطة القانونية والتعاقدية التي ينشئها التأمين، إذ هي علاقة بين طرفين، يكتتب أحدهما التأمين عن خطر قد يتعرض له في شخصه أو في ماله ويسمى المؤمن له، في حين يتعهد الثاني بتغطية الخطر المؤمن ضده في حال حدوثه مقابل أقساط معينة يدفعها المؤمن له، على أنه يمكن لهذا الأخير أن يشترط على الأول أن يدفع مبلغ التأمين لشخص آخر يستفيد منه كزوج المؤمن له أو والديه أو أبنائه، على أن يعين هذا الشخص في العقد.[1]

علاوة على العلاقة التعاقدية التي أبرزها هذا التعريف، فقد حدد عناصر التأمين وهي الخطر المؤمن منه، قسط التأمين والتعويض أو مبلغ التأمين.

يعتبر الخطر المؤمن منه المحل الرئيسي لعقد التأمين، ويشترط فيه أن يكون غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام، أما قسط التأمين فهو المقابل الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه، وعادة ما يكون مبلغا سنويا ثابتا، أما مبلغ التأمين فهو المبلغ الذي يتعهد المؤمن بدفعه للمؤمن له أو للمستفيد عند تحقق الخطر المؤمن ضده.[2]

أما بالنسبة لعقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، فقد عرف بعدة تعريفات أهمها أنه:" **عقد يؤمن المؤمن (شركة التأمين) بموجبه الطبيب (المؤمن له)، من الأضرار التي**

[1] مراد قجالي، **نظام التعويض عن الحق في انتهاك السلامة الجسدية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 132.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء السابع، المجلد الثاني، (عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، د.ط، ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، ص 1144 وما بعدها.

تصيبه، من جراء مطالبة المريض، أو ذويه أو ورثته أو خلفه، أو الغير، بمسؤوليته أثناء قيامه بمهنته، لارتكابه خطأ يوجب قيام مسؤوليته".[1]

وعليه يمكن القول بالنسبة للعمليات موضوع الدراسة أن التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء هو عقد تلتزم بموجبه شركة التأمين بضمان الأضرار التي تصيب الطبيب الجراح جراء مطالبة المضرور من عمليتي نزع أو زرع الأعضاء البشرية، أو ذويه أو خلفه أو الغير ممن يرتد إليهم الضرر، بمسؤوليته الناشئة عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء قيامه بهذه العمليات.

إن مفهوم التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء بناء على ما سبق، لا يتعلق بتأمين المريض ضد الضرر الذي يلحقه من جراء خطأ الطبيب، إذ أن التأمين بهذا المعنى يعتبر تأمينا للأشخاص، بل ينصرف مفهوم التأمين في هذا الموضع إلى تأمين الطبيب لنفسه من الضرر الذي قد يلحق بذمته المالية، نتيجة لمطالبة المضرور بمسؤوليته، ومن ثم فإن التأمين هنا هو تأمين من الأضرار.[2]

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن الهدف من التأمين ضد المسؤولية المدنية هو ضمان تعويض المضرور، ومساعدة ضحايا المخاطر، وتعويضهم عما أصابهم من أضرار، دون أن يعرض الوضع المالي للمسؤول للخطر، ومنه فإن توزيع العبء بين المؤمن لهم يجعل من التأمين آلية قانونية فعالة لمعالجة المخاطر الناجمة عن المسؤولية المدنية الشخصية.[3]

[1] عبد القادر يخلف، **نحو مسؤولية موضوعية عن الأضرار الطبية**، (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة حوليات، المجلد 31، العدد 03، جامعة الجزائر1، 2017، ص 31.

[2] الطاهر كشيدة، مرجع سابق، ص 176.

[3] GHenima Lahlou-KHiar, Op.Cit. p 102.

ثانيا: خصائص عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء

يمتاز عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء بخصائص تجعل منه عقدا قائما بذاته، منفردا عن غيره من عقود التأمين الأخرى، إذ يعتبر عقدا مهنيا (1)، إلزاميا (2) ذو طابع احتمالي (3) يبنى على مصلحة الطبيب المؤمن له (4)، يغطي المسؤولية المدنية للأطباء بشقيها العقدي والتقصيري (5)، ويمكن المضرور من مطالبة المؤمن بالتعويض مباشرة (6).

1- عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد مهني

يغطي عقد التامين من المسؤولية المدنية للأطباء الأخطار التي تترتب عن الأخطاء التي يرتكبها هؤلاء أثناء ممارستهم لمهنهم، سواء تعلقت هذه الأخطاء بالتشخيص أو العلاج أو إجراء الجراحة الطبيبة، فالخطر المؤمن عنه هو خطر يرتبط بمهنة الطب، وبهو بهذا المعنى يختلف عن التأمين الذي يبرمه أي مهني باعتباره شخصا عاديا، إذ قد يبرم بهذه الصفة تأمينا لصالح نفسه أو لصالح أفراد أسرته أو خلفه، لضمان ما قد يلحقه من خطار بعيدة كل البعد عن مجاله المهني[1].

ويعتبر الشخص المبرم لعقد التأمين من المسؤولية المدينة للأطباء محل اعتبار، على خلاف عقد التأمين على السيارات مثلا، أين تكون هذه الأخيرة هي محل الاعتبار في عقد التأمين، ووجه الاختلاف هو نوع المسؤولية المدنية المغطاة بالتأمين، من خلال الخطأ واجب الإثبات في معظم الأحوال، في حين تتأسس المسؤولية المتعلقة بالأشياء كالمباني والآلات على الخطأ المفترض، وعلى سبيل المثال يلتزم مدير المستشفى باكتتاب تأمين ضد المسؤولية المهنية للأطباء وتأمينا آخر ضد الأضرار والمخاطر التي قد تسببها الآلات والأجهزة الطبية الموجودة في المستشفى.[2]

---

[1] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 207.

[2] محمد كادي، **أثر نظام التأمين على قواعد تعويض المسؤولية الطبية في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022، ص 52.

2- عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد الزامي

خروجا عن مبدأ الحرية التعاقدية الذي تم تأصيله في التشريعات المتعلقة بنظرية العقد تم إقرار الزامية التأمين من خلال قانون التأمينات، إذ يشكل التأمين الإلزامي ضد المسؤولية المدنية استثناء عن ممارسة الحق في إبرام العقود أو الامتناع عن ذلك، وقيدا فرضته الضرورة الاجتماعية على حرية التعاقد، إذ أصبحت حماية الضحية المضرور هدفا اجتماعيا، يعلو على الحفاظ على مبدأ الحرية المطلة للتعاقد.

وبذلك فقد غير التأمين من الدور العقابي لقانون التعويض، فصار من غير المعقول أن يبقى ضحايا بعض المخاطر بدون تعويض، لذا وجب على إلزام هؤلاء باكتتاب تأمين ضد المسؤولية تفاديا لهذه المخاطر[1].

وقد فرضت معظم التشريعات على الأطباء أسوة بغيرهم من المهنيين اكتتاب تأمين يغطي المسؤولية المدنية القائمة في حقهم، تجاه المتضررين من أخطائهم، بغية حمايتهم من الأخطار التي قد يتعرضوا لها جراء ممارستهم المهنية، إذ من شأن إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية للأطباء إضفاء شعور الأمان والاستقرار على هؤلاء أثناء أدائهم لوظيفتهم، وهو ما ينعكس على إقدامهم على العمل بكل حرية، بعيدا عن الخوف من الملاحقة، من خلال حلول شركة التأمين محلهم في التعويض عن الأضرار الناشئة عن أخطائهم.[2]

كان التشريع الفرنسي سباقا في النص على الزامية التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، إذ قضى بموجب الفقرة الأولى من المادة L1142-2 من قانون الصحة العامة بإلزام مهني الصحة الذين يمارسون وظائفهم بشكل مستقل، المؤسسات الصحية، المنظمات المذكورة في المادة 1-1142 من نفس القانون، أو أي شخص اعتباري آخر غير الدولة، يمارس أنشطة الوقاية، التشخيص أو الرعاية، المنتجون، المشغلون، الموردون للمنتجات

[1] GHenima Lahlou-KHiar, Op.Cit. p 104.

[2] ربيعة خلافي، **حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 360.

الصحية الجاهزة، باكتتاب تأمين ضد مسؤوليتهم المدنية أو الإدارية، التي قد تنشأ بسبب الأضرار، التي لحقت بالغير بخطأ منهم في إطار قيامهم بأنشطتهم.[1]

وقد أقر بموجب الفقرة السادسة من المادة L 1242-2 من قانون الصحة المشار إليها أعلاه فرض عقوبات تأديبية، تطبقها الهيئة التأديبية المختصة في حالة الاخلال بالالتزام بالتأمين.[2] علاوة على عقوبة الغرامة المقدرة بـ: 45,000يورو والحظر النهائي من ممارسة النشاط الطبي.[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد قضى بموجب المادة 167 من قانون التأمينات بأنه:" **يجب على المؤسسات الصحية المدنية، وكل أعضاء السلك الطبي والشبه طبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا، لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير**".

على أنه يجب أن يكون الضمان المكتتب كافيا لجبر مختلف الأضرار المادية والجسمانية، بما يعرض كل مخالف لهذا الالتزام لدفع غرامة مالية تتراوح بين 5000 د. ج و100.000 د.ج بغض الطرف عن وجوب اكتتابه للتأمين.[4]

وعليه يمكن القول إن من شأن فرض عقوبات جنائية لعدم التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الإسهام في ضمان أفضل لحقوق الضحايا، لذا ينبغي على الجهات القضائية أن تصدر أحكاما أكثر موضوعية، دون النظر إلى سلوك المؤمن له، ويكفي أن

---

[1] Article 1242-2 code de la santé publique dispose que:" Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1, et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 à l'exclusion des 5°, sous réserve des dispositions de l'article L. 1222-9 (11°, 14° et 15°), utilisés à l'occasion de ces activités, sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de cette activité de prévention, de diagnostic ou de soins".

[2] En cas de manquement à l'obligation d'assurance prévue au présent article, l'instance disciplinaire compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires.

[3] ربيعة خلافي، **حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 362.

[4] علي فيلالي، **ملاحظات حول المسؤولية الطبية**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2015، ص 23.

تكون الأنشطة التي يتعين التأمين عليها قد تسببت في الضرر الذي لحق بالضحية، ضمانا للحق في تعويض هذا الأخير، وفي ذلك ضمان للحق في الأمن الذي تم التأكيد عليه بقة في الدستور[1].

أما بالنسبة للمؤسسات الصحية العمومية فالأمر مختلف، إذ لا تحل شركات التأمين محلها فيما يخص تعويض المتضرر عن أضرار الناجمة عن نشاط المرفق الصحي العام وانطلاقا من أن العمليات محل الدراسة تجرى في مؤسسات استشفائية عمومية، وجب على الأطباء القائمين بهذه العمليات اكتتاب تأمين يغطي المسؤولية التي تترتب عليهم نتيجة الضرر الناشئ عن أخطائهم في هذا المجال، وذلك عندما يرجع عليهم المستشفى العام ببلغ التعويض الذي دفعه نيابة عنهم باعتباره مسؤولا عن الأضرار التي يخلفونها للمرتفقين بأخطائهم.

3-عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد احتمالي

يعتبر عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقدا من عقود الغرر، إذ لا يعرف المؤمن وقت إبرام العقد مقدار ما يتلقى ولا مقدار ما يأخذ، إذ أن ذلك يتوقف على وقوع الخطر أو الكارثة المؤمن ضدها.[2]

ولا تهتم شركة التأمين عند إبرام عقد التأمين بتحقق الخطر المؤمن ضده، وبالتالي ستقوم بدفع مبلغ التعويض أم لا، ذلك أن الضرر لا بد أن يتحقق لدى الطرفين، وإلا عد غيابه كغياب سبب العقد مبطلا لهذا الأخير.[3]

4-عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد لصالح الطبيب المؤمن له

يهدف عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء إلى نقل تبعة المسؤولية التي تقع على عاتق الطبيب في الحالة التي يلحق فيها الغير ضررا سبب هذا الأخير، ذلك أن الدافع من

[1] Ghenima Lahlou-KHiar, Op.Cit. p 108.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1140.

[3] محمد كادي، مرجع سابق، ص 48.

ابرام هذا العقد بالنسبة للطبيب هو مصلحته قبل أي اعتبار آخر، وأن مصلحة الغير لم تكن محل اعتبار عند مباشرة الطبيب لإبرام عقد التأمين من المسؤولية المهنية، حتى ولو كان التعويض الذي يدفعه المؤمن للمضرور يعود بالفائدة على هذا الأخير.[1]

ينغي الإشارة في هذا الموضع إلى أنه يجوز للطبيب في التأمين الاختياري أن يفسخ العقد الذي أبرمه مع شركة التأمين، على خلاف عقد التأمين الالزامي من المسؤولية المهنية، الذي يفرض على المهني بنص القانون، إذ لا يجوز للطبيب في هذه الحالة أن يقوم بفسخ هذا العقد لأي سبب كان، إلا في الحالة التي يبرم فيها عقد تأين آخر يحل محل العقد الأول.[2]

5-عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء يغطي وجهي المسؤولية المدنية

يمكن لعقد التأمين من المسؤولية أن يغطي الضمان الناشئ عن علاقة عقدية مباشرة بين الطبيب والمضرور، ويتحمل المؤمن بمقتضاه أخطار الطبيب المسببة للأضرار، فضلا عن تغطيته للمسؤولية التقصيرية، التي قد يكون خطأ الطبيب فيها مفترضا أو ثابتا، سواء كان الخطر يسيرا أو جسيما، بشرط إلا يكون عمديا.[3]

على أن أثر عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، لا يمتد ليشمل المسؤولية الجنائية المترتبة في جانب هؤلاء، حتى ولو تعلق الأمر بالجوانب المالية لهذه المسؤولية، كالغرامات المترتبة عنها، وذلك لأن العقوبات الجنائية تمتاز بالطابع الشخصي، فلا يتحملها إلا من ثبت الجرم في ذمته، ولا يجوز لهذا الأخير أن يلقي بعبئها إلى الغير، وعليه يمكن القول إنه لا يجوز التأمين من المسؤولية الجنائية، ولا على ما يترتب عنها من عقوبات مالية، ومرد ذلك أن الخطر المستحق للتأمين يجب ألا يكون مخالفا لمقتضيات النظام العام.[4]

---

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 436.

[2] المرجع نفسه، ص 436.

[3] حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص 272.

[4] سمية مكربش، **عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون التأمينات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2019، ص ص 68-68.

غير أن حق الطبيب في التأمين يبقى قائما لدى الشركة المؤمنة، إذا كان الجرم الذي ارتكبه الطبيب جنحة أو مخالفة غير عمدية، وبالتالي يجوز للطبيب مطالبتها بتحمل تبعة التعويضات المحكوم عليه بدفعها للمضرور.[1]

6- عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء أداة مباشرة للتعويض

يتمتع المضرور في حالة التأمين من المسؤولية المدنية بالحق في رفع الدعوى مباشرة ضد شركة التأمين، التي اكتتب المؤمن له تأمينا عندها، بدلا من رفع دعوى المسؤولية ضد الطبيب الذي تسبب في الضرر الذي أصابه[2]، إذ يرتكز نظام التأمين على أساس متين، قوامه توزيع المخاطر بين أفراد المجتمع، إذ يتعهد المؤمن بدفع مبلغ التعويض المحكوم له للمضرور مقابل دفع المؤمن له لأقساط التأمين.[3]

الفرع الثاني: أحكام التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء

أدت الخطورة الكبيرة التي تنطوي عليها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إلى عزوف شركات التأمين عن ضمان الأضرار المترتبة عنها، مما يثير التساؤل حول مدى إمكانية عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء للأضرار التي يسببها هؤلاء للغير؟

لا يمكن لشركات التأمين التهرب أو استبعاد هذه العمليات من نطاق الأضرار التي تغطيها، وإنما يجب عليها المساهمة في نشر هذه العمليات ذات الطابع الإنساني والتشجيع عليها، من خلال تأمين المسؤولية المدنية للأطباء الناجمة عن هذه العمليات، من خلال وضع ميكانيزمات للحد من المخاطر التي قد تترتب عنها، كرفع مقدار الأقساط التي يدفعها الطبيب للمؤمن.

---

[1] محمد كادي، مرجع سابق، ص ص 56-57.

[2] Nouara Nekli-Kacel, Op.cit. p 24.

[3] فوزية صبيحي، مرجع سابق، ص 266.

وانطلاقا مما سلف سنبحث عن حدود الخطر المؤمن ضده في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية **(أولا)**، ثم نبين طرق استحقاق التعويض الذي تدفعه شركات التأمين **(ثانيا)**. وكل ذلك على ضوء الأحكام القانونية الواردة في قانون التأمين الجزائري.

أولا: حدود الخطر المؤمن ضده في المسؤولية المدنية للأطباء

لا يمكن لشركات التأمين أن تغطي كل الأخطار المترتبة عن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، إذ تستبعد هذه الشركات الكثير من الأخطار من نطاق الضمان الذي يحدده عقد التأمين، وبناء عليه لا بد من تحديد الأخطار التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، وتلك المستبعدة من نطاق عقد التأمين.

يضمن التأمين الأضرار التي قد تترتب عن المسؤولية المدنية للمؤمن له بشكل عام، وبالتالي فإن طبيعة الخطأ الذي أدى إلى الضرر الذي أصاب المضرور لا يعتبر عاملا مؤثرا[1]، وعليه يغطي عقد التامين من المسؤولية المدنية للأطباء الأضرار الناجمة عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها بمناسبة إجرائه لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، وكذا جميع الأخطار الناجمة عن فعل غيره من الأطباء والممرضين والمساعدين التابعين له، والذين يعملون تحت رقابته وتوجيهه، بغض النظر عن جسامتها، طبقا لأحكام الفقرة الأولى "ج" من المادة 12 من قانون التأمين الجزائري[2]، وسواء مست هذه الأضرار أو المخاطر المتبرع بالعضو البشري أو المريض المتلقي له عند التحضير للعملية، أثناء تنفيذها أو بعد ذلك.

أما بالنسبة لطبيعة المسؤولية المؤمن عليها فلا بد أن يشمل عقد التأمين من المسؤولية المدنية كلا نوعي المسؤولية، كما سلف وأن بينا عند معرض الحديث عن خصائص عقد التأمين، وذلك ضمانا للطبيب المؤمن له من جهة، وتأكيد على حق المضرور في مواجهة

[1] Ghenima Lahlou-KHiar, Op.Cit. p 114.

[2] تنص الفقرة الأولى من **المادة 12 من قانون التأمين الجزائري** على أن:" يلتزم المؤمن بتعويض الخسائر والأضرار التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنهم، طبقا للمواد من 134 إلى 136 من القانون المدني، كيفما كانت نوعية الخطأ المرتكب وخطورته".

المؤمن من جهة أخرى، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يطمس ميزة الضمان التي يقوم عليها عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية.[1]

علاوة على ما سبق تضمن شركة التأمين كل الأضرار الناجمة عن الأجهزة الطبية، التي يستعملها الأطباء أثناء تنفيذ عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، شرط ألا تترتب هذه الأضرار عن الاستعمال الخاطئ لهذه الأجهزة[2]، إذ يغطي عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء الأضرار الجسمانية، التي تقع بفعل الأدوات الطبيبة التي يفترض وجودها في العيادة الطبية أو في المستشفى المؤمن له، في حالة انفجارها أو الاصطدام بها أثناء استعمالها من قبل الطب أو مساعديه التابعين له.[3]

أما عن الأخطار المستبعدة من نطاق عقد التأمين، فتجد أساسها في المساس بالنظام العام والآداب العامة[4]، وتتعلق على وجه الخصوص بالأخطاء العمدية الناجمة عن الأطباء القائمين بهذه العمليات[5]، وانطلاقا من نص الفقرة الثانية من المادة 12 من قانون التأمينات الجزائري التي تلزم المؤمن بتعويض الخسائر والأضرار الناجمة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له، يمكن القول بأن الأخطاء العمدية المرتكبة من الطبيب بمناسبة إجرائه لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية لا يجوز ان يغطيها عقد التأمين من المسؤولية.

غير أن القول بتطبيق هذا النص على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية يطرح إشكالا بالغ الأهمية، ذك أن استبعاد الأخطار الناجمة عن الأخطاء العمدية التي يرتكبها الأطباء من عقد التأمين من المسؤولية، سيحول دون شك من حصول المضرور على تعويض جابر

---

[1] حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص 277.

[2] عبد القادر أزوا، **نظام التعويض عن الأخطاء الطبية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015، ص 197.

[3] ربيعة خلافي، **حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 370.

[4] Ghenima Lahlou-Khiar, Op.Cit. p 120.

[5] يرى البعض أن العلة من استبعاد الخطأ العمدي من التغطية التأمينية هي إلغاء هذا النوع من الأخطاء لعنصر الاحتمال من العقد، ذلك أن الهدف من التأمين هو ضمان المخاطر الاحتمالية وليس المخاطر مؤكدة الوقوع، وهذه المخاطر يجب أن تكون مستقلة ومنفصلة عن إرادة المؤمن له.

Voir en ce sens : Ghenima Lahlou-Khiar, Op.cit. p 120.

للضرر الذي أصابه، خاصة وأن الطبيب المؤمن له سيكون هو المدين الوحيد بالتعويض تجاهه[1]، وبالتالي فمن الأحسن أن يشمل عقد التأمين هذا النوع من الأخطاء، لضمان حق المضرور في التعويض، على أن يخصم مبلغ التعويض الممنوح للمضرور في هذه الحالة من الأقساط التي يقدمها الطبيب لشركة التأمين، وبالتالي يتم تقصير المدة التي يستفيد منها المؤمن له من التغطية الأمنية، بما يؤدي به إلى إعادة التأمين مرة أخرى في حالة استنفاذ جميع الأقساط التي ساهم بها.

إضافة إلى وجوب استبعاد الأضرار العائلية من الضمان، لتجنب حدوث أي تواطؤ من جانب الطبيب، إذ يمكن للمؤمن أن يخرج من دائرة الضمان الذي يقدمه للطبيب المؤمن له أقارب هذا الأخير إلى الدرجة الثانية، وذلك درءا لشبهة التواطؤ غير المشروع فيما بينهم من أجل الوصول إلى التعويض، لذا على هؤلاء أن يبرموا عقد تأمين آخر.[2]

كما يجب أن تستبعد الغرامات التي يحكم بها على الطبيب الجراح نتيجة لخطئه الشخصي كعقوبات جنائية، ذلك أن هذه الأخيرة كما أسلفنا هي نوع من العقوبة، والتي يجب أن تخضع لمبدأ شخصية العقوبة، ومن ثم يجب أن يتحمل تبعتها الشخص الذي ترتبت عنه دون غيره.[3] وتظهر هذه الحالة مثلا إذا استعان الطبيب المؤمن له بمساعد أو تابع غير مرخص له بمزاولة مهن الطب أو التمريض.[4]

ثانيا: طرق استحقاق التعويض في التأمين

طالما التزم المؤمن بتغطية ذمة الطبيب الجراح المؤمن له من دين التعويض في الحدود التي اتفقا عليها في عقد التأمين فهو ملزم بالضمان عند تحقق الأخطار، ويضمن للطبيب أن يتحمل عنه التعويض الناتج عن تحقق مسؤوليته المدنية.[5]

---

[1] Ghenima Lahlou-Khiar, Op.cit. p 122.

[2] ربيعة خلافي، **حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 377.

[3] أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في نجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مرجع سابق، ص 221.

[4] عبد القادر يخلف، مرجع سابق، ص 47.

[5] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 448.

وعليه تلتزم شركة التأمين طبقا للمادة 13 من قانون التأمين الجزائري بتعويض المتضرر عن الأضرار التي سببها الطبيب المؤمن له في الحالة التي يتحقق فيها الخطر المضمون بعقد التأمين، على ألا يلتزم المؤمن إلا بما تم الاتفاق عليه في عقد التأمين، ويتم الحصول على التعويض إما بعد إجراء تسوية ودية بين المضرور من العملية والطبيب القائم بها (1) أو من خلال الحكم القضائي الذي يصدر لصالح المضرور في حالة فشل الصلح أو التسوية الودية (2).

1. استحقاق تعويض التأمين عن طريق التسوية الودية

يمكن للمضرور من عمليتي نزع أو زرع الأعضاء البشرية الحصول على مبلغ التأمين من خلال إجراء صلح مع الطبيب المؤمن له، والصلح طبقا للمادة 459 من ق. م. ج هو:" **عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان بع نزاعا محتملا، وذلك بأن تنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

يتضح من هذا التعريف أن الصلح عقد لإنهاء النزاع القائم بين الطرفين، من خلال تنازل كل طرف عن حقه، وبالتالي قد يؤدي الصلح إلى وقف المطالبة بالتعويض إذا اقتنع المضرور بأنه لا علاقة للطبيب بالضرر الذي أصابه، كما قد يؤدي إلى الاتفاق على تعويض أقل من التعويض الذي سيحكم به القضاء لو احتكما إليه.

كما أنه من شأن الصلح الذي يعقد بن الطبيب المؤمن له والمضرور أن يجنب هذا الأخير تبعة الانتظار في أروقة المحاكم، إذ يسرع الصلح في حصوله على مبلغ التأمين الذي سيستفيد منه، ويجنبه عبء إثبات خطأ الطبيب، والمصاريف القضائية التي من شأن التقاضي أن يكبده إياها.[1]

[1] عماد الدين بركات، **التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2015، ص 181.

في حين يضمن الصلح الحفاظ على السمعة المهنية للطبيب المؤمن له، والتي من الممكن أن تتعرض للمساس بها في حال وصول الأمر إلى أروقة المحاكم، وهو ما قد يؤدي إلى انهيار سمعته في الأوساط الطبية والمجتمعية.[1]

استحدث المشرع الفرنسي بموجب المادة L1142-5 من قانون 04-03-2002 لجانا إقليمية للمصالحة والتعويض في كل إقليم من الأقاليم الفرنسية، وعهد إليها بمهام تبسيط التسوية الودية لمختلف المنازعات المتصلة المتعلقة بالمجال الصحي، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالحوادث الطبية.[2]

ولعل الهدف الذي أنشئت من أجله هذه اللجنة هو ضمان التسوية الودية لجميع منازعات الحوادث الطبية، إضافة إلى السعي للوصول إلى التوفيق والمصالحة بين المضرور وشركة التأمين التي اكتتب الطبيب تأمينا لديها.[3]

وتقوم هذه اللجنة بإجراء تسوية ودية للمنازعة، من خلال دراسة طلب المقدم إليها من قبل المضرور، وتعيين خبير للفصل في مدى جسامة الضرر الذي لحق بهذا الأخير، في الحالة التي تقبل فيها طلبه، على أن تصدر قررها خلال ستة أشهر من رفع الطلب إليها، وتبلغه للأطراف المعنية[4].

أما بالنسبة المشرع الجزائري فلم يفرد نظاما خاصا للتسوية الودية للمنازعات الناشئة عن التأمين، لذا ينبغي الرجوع إلى المبادئ العامة عقد الصلح الذي نظمت أحكامه في القانون المدني، ولأجل ذلك نلاحظ أن أغلب المتخاصمين يفضلون اللجوء إلى التسوية القضائية لفض نزاعاتهم باعتباره الطريق الأمثل للحصول على التعويضات المستحقة.

---

[1] بشير علي علي المصري، مرجع سابق، ص 449.

[2] Article 1142-5 code de la santé publique dispose que:" 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".

[3] سمية مكربش، مرجع سابق، ص 248. عبد القادر أزوا، مرجع سابق، ص 275.

[4] المرجع نفسه، ص 252.

2. استحقاق تعويض التأمين عن طريق التسوية القضائية

إذا لم تأت التسوية الودية بنتائج ترضي المضرور من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية فله أن يلجأ إلى القضاء، من خلال رفع دعوى قضائية، إما عن طريق الرجوع على الطبيب المؤمن له أو المؤسسة الاستشفائية التي يعمل بها، بدعوى المسؤولية، أو من خلال الرجوع بالدعوى المباشرة ضد شركة التأمين، باعتبارها طرفا ضامنا لمسؤولية الطبيب المؤمن له.

فيما يخص دعوى المسؤولية التي يرفعها المضرور ضد الطبيب المؤمن له تتأسس شركة التأمين كطرف ضامن إلى جانب المؤمن له، وتخضع هذه الدعوى لشروط قبول الدعوى المدنية بصفة عامة، والتي حددتها المادة 13 من ق. إ. م. إ وهي الصفة والمصلحة، والتي سبق وأن أشرنا إليها في معرض الحديث عن دعوى المسؤولية التي يرفعها المضرور ضد الطبيب الذي صدر منه الفعل الضار، لذا لن نعود إليها في هذا الشوط من البحث.

يبقى فقط أن نشير إلى أن شركة التأمين تلعب دورا رائدا في هذه الدعوى رغم اعتبارها من الغير، إذ يلعب دور الضامن إذا تحققت المسؤولية المدنية في جانب الطبيب المسؤول، وفي هذه الحالة يمنع على هذا الأخير الإقرار بالمسؤولية أو اللجوء لعقد صلح منفرد مع المضرور، إذ يرجع للمؤمن الضامن امر إدارة دعوى المسؤولية باسم المؤمن له.[1]

أما فيما يتعلق بالدعوى المباشرة، فهي حق استثنائي يمنحه القانون للمضرور من اقتضاء حقه في التعويض من ذمة شركة التأمين، حتى يأمن مزاحمة الغير، ويشترط لقبول الدعوى المباشرة التي يرفعها المضرور في هذه الحالة توافر الشروط التالي[2]:

- أن ترفع الدعوى من قبل المضرور شخصيا أو من طرف خلفه.
- متابعة الطبيب المؤمن له، حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى قاضيا بإلزام شركة التأمين بالتعويض نافذا في مواجهته.

[1] سمية مكريش، مرجع سابق، ص 261.

[2] عماد الدين بركات، مرجع سابق، ص 186.

- أن يثبت المضرور مسؤولية الطبيب المتسبب في الضرر ووجود عقد التأمين الذي يضمن هذه المسؤولية.
- ألا يكون المضرور قد حصل على التعويض.

يمكن القول بناء على ما سبق أنه رغم أهمية نظام التأمين في كفالة حق المضرور في التعويض بمجرد حصول الخطر المؤمن ضده، إلا أنه لا يكفل حماية كافية للمضرور في كل الحالات، إذ قد لا يلجأ المسؤول المدني إلى تأمين مسؤوليته في الكثير من الحالات، كما أن نظام التأمين لا يغطي كل الأخطار، إذ يخرج الكثير من الحالات من نطاق الأضرار التي يشملها بالتأمين، علاوة على إمكانية إفلاس شركة التأمين وما يترتب عنه من نتائج سلبية، لذا كان لا بد من البحث عن نظام آخر إلى جانب نظام التأمين، لكفالة حق المضرور في التعويض عما أصابه من ضرر

المطلب الثاني: تكفل الدولة بتعويض الأضرار في حالة انعدام المسؤول

نظرا للنقائص التي يعرفها نظام التأمين وقصوره في ضمان تعويض الأضرار التي لحقت بالمضرور، حاولت مختلف التشريعات كفالة حق المضرور من الأعمال الطبية، من خلال إنشاء آليات تهدف إلى ضمان حصول المضرور عن حقه في التعويض عما أصابه من ضرر، ولعل من أهم هذه الآليات صندوق التضامن الوطني الفرنسي **(الفرع الأول)**، وكذا نظام تعويض الأضرار الجسمانية الذي استحدثه المشرع الجزائري بموجب المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التعويض من خلال صندوق التضامن الوطني الفرنسي

قضى المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الثانية من المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة بأنه في الحالات التي لا تثبت فيها مسؤولية المهني أو المؤسسة الصحية المنتج الصحي، يحق للمريض الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن حادث طبي، أو

مرض ناتج عن العلاج، أو عدوى استشفائية، وفي حالة الوفاة، يحق لورثته الحصول على تعويض من خلال التضامن الوطني.[1]

وعليه ينبغي تبيان شروط الحصول على التعويض في هذه الحالة (أولا) ثم إجراءات الحصول عليه (ثانيا).

أولا: شروط الحصول على التعويض

لا تعتبر كل الأضرار التي تلحق بالمضرور محلا للتعويض باسم التضامن الوطني، بل يجب أن تستوفي هذه الأضرار مجموعة من الشروط حددتها الفقرة الثانية من المادة L1142-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي[2]، نوردها فيما يلي:

1. أن يكون الضرر الذي لحق الضحية ناتجا وبشكل مباشر عن عمل وقائي، أو عن عمل من أعمال التشخيص أو العلاج.
2. أن يبلغ الضرر اللاحق بالضحية قدرا من الجسامة، بما يؤثر على حياته الشخصية والمهنية، بحيث يفقده مقدرته الوظيفية، من خلال إصابته بعجز مؤقت عن العمل، على أن تتعدى نسبة العجز هذه 25%، وعليه إذا قلت نسبة العجز عن هذا الحد فلا يمكن للضحية أن يستفيد من التعويض.[3]

---

[1] Article 1141-2 C.S.P.F dispose que :" 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 iatrogène 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".

[2] 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'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret".

[3] كريمة عباشي، **التعويض التلقائي عن الأضرار اللاحقة بضحايا الحوادث الطبية** (صندوق الضمان الفرنسي نموذجا)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2022، ص 725.

تعتبر هذه النسبة مرتفعة إلى حد ما، وهو ما من شأنه أن يقلص من عدد الضحايا الذين يمكنهم الاستفادة من التعويض، وهو ما يؤدي إلى هضم حقوق الكثير من هؤلاء.[1]

ثانيا: إجراءات الحصول على التعويض

لا يمكن للمضرور من أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج، الحصول على التعويض باسم التضامن الوطني إلا باتباع الإجراءات الودية[2] التي حددها المشرع الفرنسي من خلال المادة 1142-7 من قانون الصحة العامة[3]، وتتمثل هذه الاجراءات فيما يلي:

1. إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض CRCI، من خلال تقديم طلب بالمصالحة والتعويض مرفق بالأدلة التي تثبت الأضرار التي تعرض لها المضرور، ولا سيما التقارير الطبية التي تثبت ذلك، إضافة إلى إحاطة اللجنة علما بما باشره المضرور من إجراءات قضائية، واعلام القاضي بإخطاره لهذه اللجنة.[4] التي يمكن لها أن رفض الطلب المقدم إذا لم يكن الضرر خطيرا بما فيه كفاية[5]، أما إذا توافرت هذه الشروط فينعقد اختصاص هذه اللجنة، والتي تأمر بإجراء خبرة طبية للتثبت من الضرر الذي

[1] ربيعة خلافي، **حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 405.

[2] لا يعبر اللجوء إلى التسوية التسوية الودية أمام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض شرطا مسبقا أو إلزاميا، وبالتالي يبقى المتقدم بالطلب حرا في أن يتوجه في أي وقت إلى الجهة القضائية المختصة من أجل الحصول على التعويض من طرف المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبيبة.

Voir: Ahmad Issa, Op.Cit, p 376.

[3] Article 1142-7 CSPF dispose que :" La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal. Elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. La personne indique sa qualité d'assuré social ainsi que les organismes de sécurité sociale auxquels elle est affiliée pour les divers risques. Elle indique également à la commission les prestations reçues ou à recevoir des autres tiers payeurs du chef du dommage qu'elle a subi. La personne informe la commission régionale des procédures juridictionnelles relatives aux mêmes faits éventuellement en cours. Si une action en justice est intentée, la personne informe le juge de la saisine de la commission. La saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure prévue par le présent chapitre.

[4] عماد الدين بركات، مرجع سابق، ص 80.

[5] إيمان أوسعيد، مرجع سابق، ص 335.

Voir aussi: Ahmad Issa, Op.Cit, p 378.

أصاب المضرور، يتعين عليها إبداء رأيها بخصوص النظام التعويضي المناسب وفقا لمقتضيات المادة 8-1142 من قانون الصحة العامة.

2. تصدر اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض رأيها طبقا للفقرة الثانية من المادة 1142-8 من قانون الصحة العامة خلال مهلة لا تتجاوز ستة أشهر اعتبارا من تاريخ تقديم الطلب على أن يتم إرسال هذا الرأي إلى الشخص الذي تقدم بالطلب، وإلى جميع الأطراف المعنية بالنزاع، الذي قدم الطلب، إلى جميع الأشخاص المعنيين بالنزاع، وإلى المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية[1].
3. إذا أقامت اللجنة مسؤولية مهني الصحة، المستشفيات والهيئات المذكورة في المادة 1142-1 من قانون الصحة العامة، تعين عليها إبلاغ المؤمن المسؤول عن الضرر، والذي يتوجب عليه أن يقدم عرضا للمضرور أو ذوي حقوقه، خلال أجل لا يتجاوز 4 أربعة أشهر من استلام رأي اللجنة، في حدود سقف الضمان لعقد التأمين، ويعتبر قبول المضرور لهذا العرض بمثابة صلح بين الطرفين، يتوجب على المؤمن بناء عليه أن يدفع مبلغ التعويض خلال مهلة شهر من يوم وصول قبول المضرور بالعرض إليه، على أن يلزم المسؤول بدفع فوائد عن التأخير في الدفع طبقا لأحكام المادة 1142-14 من قانون الصحة العامة.
4. أما إذا سكت المؤمن عند إبلاغه برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض، أو رفض منح العرض، أو إذا كان المسؤول عن الضرر غير مؤمن عليه، فإن المادة 1142-1 من قانون الصحة العامة تلزم المكتب الوطني للتعويض بدفع مبلغ التعويض المقرر للمضرور مع احتفاظه بحق الرجوع على المسؤول عن الضرر أو شركة التأمين.
5. إذا قبلت اللجنة المذكورة سابقا تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني توجب عليها تبليغ رأيها إلى المكتب الوطني للتعويض[2]، والذي يتعين عليه دفع مبلغ التعويض طبقا للإجراءات المحددة في المادة 1142-17 من قانون الصحة العامة.

[1] Article 1142-8/2 CSPF dispose que :" L'avis de la commission régionale est émis dans un délai de six mois à compter de sa saisine. Il est transmis à la personne qui l'a saisie, à toutes les personnes intéressées par le litige et à l'office institué à l'article L. 1142-22".

[2] ويسمى بالديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبيبة، وقد أستحدث هذا الديوان بموجب تعديل قانون الصحة سنة 2002، وهو عبارة مؤسسة عمومية تحت إشراف الوزير المكلف بالصحة، هدفها تعويض ضحايا الأضرار الناجمة عن =

6. يجوز للمضرور الطعن في الرأي الصادر عن اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض من خلال رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة، طبقا لأحكام الفقرة الثامنة من المادة 14-1142 من قانون الصحة العامة.

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي قد خطى خطوات جريئة في تعويض المضرور من الحوادث الطبية، وضمن حصوله على تعويض عادل في حالة انتفاء المسؤول عن الضرر، من خلال استحداثه لآليات التسوية الودية، والصندوق الوطني للتعويض، وهذا على خلاف المشرع الجزائري، الذي لم يتكفل بتغطية الأضرار الناجمة عن ضحايا الأخطاء والحوادث الطبية، اللهم إلا من خلال قواعد المسؤولية المدنية، والتي سبق وأن تعرضنا لقصورها في كفالة تعويض لمختلف الأضرار التي تلحق بالمضرور.

غير أنه وبمقتضى تعديل القانون المدني سنة 2005 تطرق لتعويض الأضرار الجسدية التي تصيب الأشخاص، وذلك ضمن أحكام المادة 140 مكرر 1، فهل يمكن تطبيق أحكام هذه المادة على المضرور من عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية؟

الفرع الثاني: تعويض الأضرار الجسدية وفقا للمادة 140 مكرر 1 من ق. م. ج

استحدث المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني نصا جديدا تحت رقم 140 مكرر 1 يقضى من خلاله بأنه:" إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني، ولم تكن للمضرور يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذه الضرر".

من خلال قراءة هذا النص يمكن القول أن المشرع الجزائري قضى بتكفل الدولة بتعويض ضحايا الأضرار الجسمانية، في الحالة التي ينعدم فيها المسؤول عن الضرر وينتفي خطأ المضرور عنه (أولا)، على أن هذا التعويض يكون تلقائيا بمجرد ثبوت الضرر، وجزافيا غير كامل (ثانيا).

=أعمال التشخيص والعلاج =والتي لا تغطيها القواعد التقليدية للمسؤولية، انظر: كريمة عباشي، **التعويض التلقائي عن الأضرار اللاحقة بضحايا الحوادث الطبية**، مرجع سابق، ص 728.

أولا: انعدام المسؤول عن الضرر الجسماني وانتفاء خطأ المضرور

يشترط لتكفل الدولة بتعويض الأضرار الجسمانية التي تصيب المضرور تطبيقا لأحكام المادة 140 مكرر من ق. م. ج سالفة الذكر، أن ينعدم المسؤول عن هذه الأضرار، وينتفي خطأ المضرور فيها.

لا يمكن أن يتصور انعدام المسؤول عن الضرر في نطاق القانون المدني إلا في حالتين: تتعلق الأولى انتفاء المسؤولية من جهة الشخص المسؤول رغم وجوده وثبوت مسؤوليته، ويكون ذلك في الحالة التي يثبت فيها هذا الأخير السبب الأجنبي، والمتمثل في قوة قاهرة، خطأ المضرور أو خطأ الغير من جهة، أو من خلال إثباته لحالة الضرورة التي تنفي الخطأ وتبيح الفعل الصادر عن فاعله من جهة أخرى، علاوة على حالة إعسار المسؤول وقت تنفيذ الحكم القاضي بإلزامه بالتعويض.[1]

وتتعلق الحالة الثاني التي ينعدم فيها المسؤول عن الضرر بحالة عدم وجوده المادي، كأن يكون فارا، أو ميتا أو مجهول الهوية، إذ يجوز للمتضرر جسمانيا في هذه الحالة أن يطالب بتعويضه عما أصابه من ضرر دون أن يثبت أي خطأ ولا أن ينسبه لأحد.

ويقصد بالضرر الجسماني، كل ضرر جسدي يلحق بالمضرور، بما يمس بحقه في السلامة الجسدية، كالموت أو فقدان الأطراف أو الإعاقة الحركية، إذ يترتب على ذلك عدم قدرة المضرور على استخدام قدرته البدنية أو الفكرية، على أنه يمكن أن يكون هذا الضرر بدرجات متفاوتة، إذ قد يكون جسيما أو شديد الجسامة، مؤقتا أو دائما.[2]

ويمكن تصور هذه الحالة بالنسبة لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية. إذ قد يتعرض المتبرع بالعضو البشري أو المريض المتلقي له لضرر جسماني ناجم عن خطأ طبي ارتكبه الطبيب القائم بالعملية، قد يصل إلى درجة العجز الدائم أو الموت، ثم يلوذ بالفرار إلى مكان

[1] خدوجة علي موسى، **المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني: نظام تعويض احتياطي**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021، ص 188.

[2] Ali filali, **L'indemnisation Du Dommage Corporel L'article 140 Ter Du Code Civil La Consecration D'un Système D'indemnisation Exclusif De La Responsabilité Civile**, R.A.S.J.P, V 54, N 01, faculté de droit, université d'Alger, 2008, p 219.

مجهول، وبالتالي يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر جسماني، بمجرد إثباته لهذا الضرر عن طريق الخبرة الطبية.

على أنه إذا كان المشرع الجزائري يشترط لتكفل الدولة بتعويض ضحايا الأضرار الجسمانية انعدام المسؤول عنها، فإنه يستثني من ذلك أن يكون الضرر ناجما عن خطأ صادر من المضرور، والذي من شأنه أن يعد سببا أجنبيا يعفي المسؤول من التعويض، ويحمل المضرور تبعة الضرر الذي لحق به. وبالتالي لا يستفيد المضرور في هذه الحالة من التعويض الذي تتكفل به الدولة بموجب المادة 140 مكرر 1 ق. م. ج.

ثانيا: تلقائية وجزافية التعويض عن الأضرار الجسمانية

إذا توافرت شروط التعويض عن الأضرار الجسمانية طبقا لأحكام المادة 140 مكرر 1 ق. م. ج ثبت حق المضرور في التعويض بشكل تلقائي وبقوة القانون، إذ لا يشترط على المضرور في هذه الحالة إلا إثبات الضرر الذي أصابه[1]، إذ أن أساس تعويض المضرور في هذه الحالة هو انتهاك حق المضرور في السلامة الجسدية، كحق مضمون دستوريا.

غير أنه لا يمكن للمضرور أن يتحصل على حقه في التعويض الذي تكفله له الدولة في هذه الحالة إلا من خلال رفع دعوى الضمان، وله الخيرة في ذلك بين القضاء العادي أو الجنائي، باعتبار كلا من هاذين الخيارين يمكنان المضرور من الحصول على حقه في التعويض.[2]

وعليه يمكن للمضرور جسمانيا من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية طبقا لأحكام المادة 140 مكرر 1 الخيار بين رفع دعوى الضمان إما إمام القضاء الإداري أو قضاء العادي، إذ يمكن أن يصاب بعجز مؤقت أو دائم أو حتى الوفاة جراء العملية، وبالتالي فله الحق في اقتضاء التعويض شخصيا إذا أصابه عجز مؤقت أو دائم، كما يمكن لخلفه أو ورثته الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر جسماني في حالة وفاته.

[1] مراد قجالي، مرجع سابق، ص 212.

[2] خدوجة علي موسى، مرجع سابق، ص 192.

على أنه يجب على المضرور أن يثبت توافر الشروط التي أقرتها المادة 140 مكرر 1 من اصابته بعجز جسماني، وعدم تسببه شخصيا في حدوثه، على أن عبء إثبات انعدام المسؤول يكون على عاتق النيابة العامة في الحالة التي يؤدي فيها الضرر إلى وفاة الشخص، التي تعمل على معاينة واقعة الوفاة، والمطالبة بحق المضرور في التعويض من خزينة الدولة.[1]

أماعن قيمة التعويض الذي يستفيد منه المضرور جسمانيا، فخلافا للقواعد العامة التي تقضي باستفادة المضرور من تعويض كامل يغطي كل الأضرار التي أصابته، يستفيد الشخص الذي أصابه ضرر جسماني من تعويضي جزافي[2] أو جزئي، يكون محددا مسبقا، ويقتصر على جبر الأضرار الجسدية دون غيرها من الأضرار الأخرى المادية أو المعنوية، ومرد ذلك أن التعويض الذي تمنحه الدولة في هذه الدولة أنما هو نتيجة لتدخلها كضمان وليس كمسؤول، إذ لا تعتبر متسببا في الضرر الذي أصاب الضحية.[3]

بناء على ما سبق وفي ظل عدم إفراد المشرع الجزائري بنص خاص بتعويض ضحايا الأخطاء الطبية، يمكن الاعتماد على نص المادة 140 مكرر 1 كأساس لطلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، على أن يقوم المشرع الجزائري بإصدار نص تنظيمي يحدد مبالغ التعويض التي يستحقها المضرور من هذه العمليات، والتي ينبغي أن تغطي جميع الأضرار التي لحقت به على شكل مرتب لمدى الحياة خاصة في الحالة التي يصاب فيها المضرور بعجز دائم.

---

[1] خدوجة علي موسى، مرجع سابق، ص 193.

[2] ترى الأستاذة **Christine Maugué** بخصوص التعويض الجزافي الممنوح لضحايا الدم الملوث بفيروس نقص المناعة البشرية HIV في قضية Bianchi الشهيرة سنة 1993 أنه يهدف إلى تحقيق توازن معقول بين متطلبات التضامن مع ضحايا الدم الملوث وبين إدارة الشؤون المالية العامة، وهو تعويض ثابت، من خلال جدول مرجعي يستخدمه صندوق التعويض، ومن النادر أن يتم تعديل قيمة التعويضات من قبل محكمة الاستئناف في باريس، غير أن هذه التعويضات لا تحمل صفة الإلزام، إذ يمكن للقانون فقط أن يحدد قائمة الأضرار التي يمكن تعويضها، وفي غير الحالات المحددة قانونا لا يمكن للقاضي، طالما أنه يرى أن المسؤولية تقع بالكامل على عاتق المسؤول، سوى تعويض الضرر بالكامل.
Christine Maugué, Op.cit. p 45.

[3] مراد قجالي، مرجع سابق، ص 244.

ملخص الفصل الثاني

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية جاز للمضرور أو ذوي حقوقه في حالة وفاته، أن يرفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، والذي يخضع لتقدير القاضي، الذي يتعين عليه أن يؤسس حكمه القاضي بالتعويض على ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، مع مراعاة الظروف الملابسة وحسن نية هذا الأخير.

غير أن طول مسار دعوى المسؤولية وصعوبة إثبات أركان المسؤولية وتعدد المسؤولين عن الضرر في أحيان أخرى، يحول في معظم الأحيان دون حصول المضرور عن تعويض يجبر ما لحقه من ضرر، لذا كان لابد من البحث عن ضمانات قانونية تكفل حق المضرور في التعويض عما أصابه من ضرر، في إطار جميعة التعويض، والتي تظهر في صورة التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، والذي تتكفل به مؤسسات التأمين، والتي تتولى تأمين مسؤولية الأطباء وضمان تعويض المتضرر عما ألحقوه من ضرر به.

أو من خلال تحمل الدولة لعبء تعويض الأضرار الجسدية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية، في حالة انعدام المسؤول عن هذه الأضرار، بموجب المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني، بصفة تلقائية لمجرد إثبات المتضرر لضرر الذي لحق به، والذي يتم بشكل جزافي، يحدد مسبقا، بناء على جداول تحدد نوع الضرر وقيمة التعويض المستحق تبعا لكل حالة.

الخاتمة

أبانت هذه الدراسة، والموسومة ب: " **المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية وفق القانون 18-11 المتعلق بالصحة** " عن خلل كبير في التنظيم القانوني لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، وقصوره في توفير حماية قانونية فعالة للمتبرع بالعضو البشري والمريض المتلقي للعضو، سواء قبل إجراء عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، أو عند تضرر أحد طرفيها جراء تنفيذها.

وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من النتائج نوجزها حسب تسلسل مواضيع البحث فيما يلي:

- أثارت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية جدلا فقهيا حادا في الفقه الإسلامي، وما زال هذا الجدل إلى يومنا هذا إذ ذهب جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول بتحريم هذه العمليات، مستندا في ذلك إلى أدلة دامغة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى إباحة هذه العمليات نظرا للفائدة المترتبة عنها وعدم تعارضها مع المبادئ العامة الشريعة الإسلامية، وقد رجحنا الاتجاه الثاني المجيز لهذه العمليات على أن يتم ذلك وفقا لشروط محددة تضمن سلامة طرفي العملية، وتحول دون خروجها عن الغرض الذي أبيحت من أجله.
- فتحت عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بابا أمام البحث والفلسفة القانونية، قبل تقنين هذه العمليات في مختلف الدول، وخاصة في الغربية منها، أين سارع الفقهاء إلى البحث عن أساس قانوني يجيز هذه العمليات، فأرجع البعض أساس هذه المشروعية إلى الغرض العلاجي الذي تهدف إليه، وربط البعض الآخر هذه المشروعية بالسبب المشروع الذي تقوم عليه، في حين جعل فريق ثالث من الفقهاء من المصلحة الاجتماعية التي تنطوي عليها هذه العمليات أساسا لمشروعيتها.
- لا مجال للبحث في مدى مشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية وقد استقر رأي فقهاء الشريعة الإسلامية على جوازها، وقامت أغلب التشريعات بتقنينها، لذا ينصب البحث اليوم حول مدى كفاية الضوابط القانونية التي وضعتها التشريعات المقارنة في

توفير نظام حمائي كاف لطرفي العملية، وضمان حصولهما على تعويض يجبر ما يصيبهما من ضرر في حالة حدوثه.

- أجاز المشرع الجزائري عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بموجب قانون الصحة 18-11، أين ربط مشروعيتها بتحقيق غرض علاجي أو تشخيصي فقط، وبالتالي فلا يجوز انتزاع الأعضاء البشرية لإجراء البحوث العلمية، غير أنه لم يحدد المقصود بالأغراض التشخيصية، ولا بالعضو البشري محل النزع والزرع، واكتفى فقط بالتمييز بين العضو البشري والأنسجة والخلايا البشرية فيما يتعلق ببعض الأحكام القانونية، وهو ما من شأنه أن يثير جملة من الإشكالات القانونية عند تطبيق نصوص هذا القانون.
- لم يحدد المشرع الجزائري الأعضاء البشرية التي تصلح أن تكون محلا لعميات النزع والزرع، مقتفيا أثر باقي التشريعات وهو أمر يحسب له، نظرا لأن تحديد قائمة بهذه الأعضاء من شأنه أن يعطل عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية التي يسفر التقدم الطبي عن امكانية وجواز نقلها، غير أن ما يعاب عليه هو السهو عن النص على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية، والتي من شأن نقلها أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهو الأمر الذي حرمته الشريعة الإسلامية ويتعارض مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة.
- حظر المشرع الجزائري التعامل المالي في الأعضاء البشرية، سواء عند التنازل عن عضو بشري من قبل الأحياء أو من الجثث، وفرق ضمن قانون العقوبات بين الجزاءات الجنائية المترتبة عن التعامل المالي في الأعضاء البشرية من جهة والأنسجة والخلايا من جهة أخرى، ولعل مرد ذلك طابع التجدد الذي تمتاز به هذه الأخيرة عن الأعضاء البشرية، وفي سبيل ذلك غلظ من العقوبات المقررة للتعامل المالي في الأعضاء البشرية مقارنة بالعقوبات المقررة بالنسبة للتعامل في الأنسجة والخلايا، كما لم ينص على تجريم كل صور المقابل الأخرى مهما كان نوعها.

- يعمل المشرع الجزائري على ضمان قدر من الحماية القانونية فيما يتعلق بإخضاع المتبرع والمتلقي لعدد من الفحوصات الطبية المسبقة، للتأكد من سلامة طرفي العملية من الأمراض وتوافق أنسجتهما، وكذا ضمان المتابعة الطبية اللاحقة للعملية وفي ذلك طمأنة لهؤلاء وتشجيع للمتبرعين على المساهمة بأعضائهم في إنقاذ حياة المرضى.
- أنشأ المشرع الجزائري هيئات للرقابة والإشراف الإداري على أمن ومشروعية عمليات نزع وزرع الأعضاء، ويتعلق الأمر بكل من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ولجنة الخبراء، وفي حين أصدر مرسوما تنفيذيا يحدد مهام وتنظيم وسير الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، لم يصدر أي نص تنظيمي يتعلق بلجنة الخبراء، التي تبقى تشكيلتها، مهامها وطريقة سيرها في طي المجهول.
- لا يجوز نزع وزرع الأعضاء البشرية إلا من قبل الأطباء الأخصائيين المرخص لهم قانونا بإجراء هذه العمليات، على أنه يشترط في هؤلاء علاوة على الترخيص القانوني العام بممارسة الطب ترخيص آخر بممارسة زرع الأعضاء، مع ضرورة التفرقة بين الطبيب القائم بمعاينة وإثبات الوفاة والطبيب القائم بعملية الزرع.
- حصر المشرع الجزائري القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها بقرار من الوزير المكلف بالصحة، وهي خطوة تحسب له، لأن من شأن ذلك أن يساهم في الحد من جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، نظرا لسهولة رقابة هذه المؤسسات من طرف الدولة، غير أنه ضيق من مجال هذه الاستفادة من هذه المؤسسات إذ جعلها مرتكزة في المناطق الشمالية للبلاد فقط، وأهمل المناطق الداخلية والجنوبية من حق الاستفادة من هذه المؤسسات.
- شدد المشرع الجزائري في البيو أخلاقيات الطبية المتعلقة بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، إذ حرص على النص على ضرورة إلزام الأطباء بإعلام المتبرع والمتلقي بمخاطر العملية وفائدتها، كشرط سابق للحصول على موافقة هؤلاء على عملتي النزع وزرع، غير أن النص على الالتزام بالإعلام جاء مرتبكا، فلا يمكن تبين قصد المشرع الجزائري منه، ولا الجهة المكلفة بتنفيذ هذا الالتزام من ناحية وتلك التي

تعمل على رقابة تنفيذ هذا الالتزام من ناحية أخرى، وهو ما من شأنه إثارة قدر من الشك والريبة في أوساط المتبرعين، ويحول دون مبادرتهم إلى التبرع.

- يشترط المشرع الجزائري كمال أهلية المتبرع بالعضو البشري وسلامة إرادته من العيوب، كقاعدة عامة، غير أنه يجيز على سبيل الاستثناء نزع الأعضاء الخلايا الجذعية المكونة لدم لصالح بعض الأقارب فقط، على أن يتم ذلك بناء على الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو للمثل الشرعي للقاصر في حالة غيابهما.
- حصر المشرع الجزائري دائرة التبرع في الأقارب، وهو أمر محمود من شأنه أن يحول دون ظاهرة الاتجار بالأعضاء، غير أنه أجاز على سبيل الاستثناء التبرع المتقاطع بين فريقين من متبرع ومتلقي متطابقين، على أن يتم هذا النوع من التبرع بسرية تامة، ودون كشف هوية المتبرع للمتلقي ولا هوية هذا الأخير للأول.
- منح المشرع الجزائري الحرية الكاملة للمتبرع في العدول عن تبرعه وسحب موافقته التي أبداها، غير أنه لم يحدد كيفية سحب هذه الموافقة ولا الأجل الذي يجب أن تسحب فيه.
- لا يشترط المشرع الجزائري بالنسبة لزرع العضو البشري في جسم المريض كمال أهلية هذا الأخير، ويسمح بدلا عن ذلك بانتقال سلطة الموافقة على الزرع إلى الممثل القانوني للمريض في بعض الحالات، والاستغناء عن الحصول على أي موافقة في حالة الاستعجال، ومرد ذلك هو اعتبار المصلحة التي تعود على المريض من جراء زرع العضو المنقول.
- لا يجوز نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى تحسبا لزرعها في أجسام المرضى إلا بعد الإثبات الطبي والقانوني للموت الدماغي للمتبرع المحتمل، ذلك أن أي خطأ في تحديد لحظة الوفاة يترتب عنه المساس بحق الشخص في الحياة، ويشكل جريمة قتل معاقب عليها قانونا.
- لا يكفي التيقن من الوفاة لنزع الأعضاء من جسم المتبرع المحتمل، بل لابد علاوة على ذلك من الحصول على الموافقة على عملية الاستئصال، والتي تتخذ صورتين: موافقة

صريحة يعبر عنها بحرية تامة، من خلال وصية أو بطاقات التبرع بالأعضاء، أو ضمنية، من خلال تسجيل الاعتراض على التبرع في سجل وطني رقمي مخصص لذلك.

- يأخذ المشرع الجزائري بنظام الموافقة المفترضة، ويشترط التسجيل في السجل الوطني لرفض التبرع بالأعضاء، وفي حالة عدم تسجيل هذا الاعتراض يعتبر المتوفى متبرعا محتملا، وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري يقصر دور العائلة في حالة عدم تعبير المتوفى عم موقفه بشأن التبرع بالأعضاء على مجرد الاستشارة لمعرفة موقف المتوفى من التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وبذلك فقد أرسى نوعا من الاستئصال القسري للأعضاء من الجثث، دون منح أي اعتبار لموافقة الميت ولا لأقاربه، وهو ما يشكل اعتداء على حق الشخص في تقرير مصير جثته بعد وفاته، وهضما للحقوق المعنوية التي يتمتع بها الأقارب على جثة قريبهم.
- لم يوازن المشرع الجزائري في الحماية التي يوليها للمتبرع بالعضو البشري بين الحالة التي يكون فيها المتبرع شخصا حيا، وتلك التي يكون فيها جثة، إذ تشدد نوعا ما في الضوابط التي وضعها لحماية المتبرعين الأحياء، في حين أبانت الدراسة عن ضعف وهشاشة النظام القانوني لنزع الأعضاء البشرية من الجثث، خاصة في ظل نظام الموافقة المفترضة على التبرع، وهو ما يطرح التساؤل حول مقصد المشرع الجزائري من الازدواجية في نظام الموافقة المطلوبة عند نزع الأعضاء البشرية من المتبرع، ويبين عن تعد صارخ على كرامة الجثة الآدمية، وهو أمر مخالف للمبادئ القانونية والشرعية، مما يجعله غير مقبول تماما.
- رغم خطورة وتعقيد عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية من جهة وأهميتها من جهة ثانية إلا أنها لم تحظى بتنظيم قانوني كاف، وخاصة ما تعلق بالمسؤولية المدنية المترتبة على الأخطاء الطبية المرتكبة بمناسبة إجرائها، إذ ما زالت تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، بشقيها التقصيري والعقدي، رغم مرور أكثر من ست (6) سنوات على صدور قانون الصحة 18-11.

- تتميز المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية بنوع من الخصوصية، نظرا لخطورة هذه العمليات ومساسها بالحق في الحياة والسلامة الجسدية، وقد توصلنا إلى أن هذه المسؤولية تتخذ طابعا تقصيريا كقاعدة عامة، نظرا لانعدام للمركز التنظيمي الذي يحظى به الطبيب العامل في المستشفيات العمومية، أو في الحالات التي يقترن فيها الخطأ الطبي بخطأ جنائي، وبالتالي فإن تتحمل المؤسسة الاستشفائية العمومية تبعة الأضرار المترتبة عن الأخطاء الطبيبة التي يرتكبها الأطباء القائمين بعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، غير أن هذه المسؤولية وفي حالات استثنائية قد تتخذ طابعا عقديا عند لجوء المستشفيات التي تحتضن هذه العمليات لإبرام عقد اشتراط لمصلحة الغير مع طبيب مختص في نوع من أنواع الجراحة من خارج الفريق الطبي العامل بها، فتكون مسؤولية الأضرار التي يرتبها هذا الطبيب لأحد طرفي العملية مسؤولية عقدية قوامها الاخلال بعقد الاشتراط.
- اقتضت خطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية التشدد في طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الأطباء القائمين بها، والتي تتخذ خلافا للأعمال الطبية الأخرى صورة التزامات بتحقيق نتيجة، تتمثل في ضمان سلامة المتبرع بالعضو البشري والمريض المتلقي لهذا العضو، مع انحصار وضيق مجال الالتزام ببذل عناية، والذي يظهر بصورة أوضح في جهة المريض، إذ لا يلتزم الأطباء في مواجهة هذا الأخير كقاعدة عامة إلا ببذل ما يلزم من العناية والجهود الصادقة لنجاح عملية الزرع، دون ضمان الشفاء.
- كشفت الدراسة عن قصور القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية في ضمان حماية كافية للمتضرر من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لصعوبة إثبات أركان المسؤولية وخاصة ركن الخطأ، لذا كان لزاما البحث عن آليات أخرى مكملة لنظام المسؤولية، من شأنها ضمان حصول المضرور على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر، كالتأمين عن المسؤولية المدنية للأطباء، وكذا تكفل الدولة بتعويض الأضرار الجسمانية في حالة انعدام المسؤول عن الضرر.

- رغم فعالية نظام التأمين من المسؤولية ونظام التعويض التلقائي عن الأضرار الجسمانية، الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني إلا أن هذين النظامين غير كافيين لتغطية الأضرار التي تلحق بأحد طرفي العملية، إذ أن نظام التأمين لا يغطي كافة الأضرار التي تترتب عن الأخطاء الطبية، وخاصة الأخطاء العمدية، كما أن نظام التعويض الذي كرسته المادة 140 مكرر 1 سالفة الذكر لا يغطي إلا الأضرار الجسمانية، وبالتالي ستبقى الكثير من الأضرار المعنوية المترتبة عن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية دون تعويض.

بناء على النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة، نورد فيما يلي عددا من الاقتراحات التي تساهم في إثراء موضوع الأطروحة، ووضع لبنة من لبنات النظام القانوني للمسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية:

- إصدار قانون خاص بنزع وزرع الأعضاء البشرية[852]، يجمع فيه كل ما تفرق من أحكام قانونية تتعلق بهذا النوع من الممارسات الطبية الجراحية الحديثة، يشترك في إعداده أساتذة القانون وأطباء مختصين وأئمة، مع إفراد باب للمسؤولية المدنية للأطباء عن هذه العمليات، ونظام تعويضي خاص بالأضرار الناجمة عنها، وفي انتظار ذلك يجب الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بالقانون 18-11، والتي من شأنها إزالة الكثير من الغموض الذي يشوب هذا القانون، وتسهيل تنفيذ الأحكام القانونية المتعلقة به.

[852] ألحقنا بهذه الأطروحة مقترحا لمشروع قانون خاص بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، تم إنجازه من طرفنا، استنادا لما تم التوصل إليه من نتائج من خلال هذه الدراسة، أما عن منهجية إعداد مقترح مشروع هذا القانون فتمثلت في المقابلة بين نصوص قانون 18-11 المتعلق بالصحة، ونظائره من القوانين العربية وقانون الصحة العامة الفرنسي، أين تم الاعتماد بشكل أساسي على قانون 18-11 المتعلق بالصحة، فتم حذف بعض مواده، تعديل بعض المواد، وإضافة مواد أخرى من جهة، وترتيب هذه المواد في شكل أربعة فصول، تضمن الفصل الأخير منها أحكاما جزائية، منقولة من قانون 09-01 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري وكذا بعض المواد المتفرقة من قانون 18-11 سالف الذكر، مع بعض التعديلات والاضافات. انظر هذا المقترح بداية من الصفحة 336 من هذه الأطروحة.

- ضرورة النص على منع نقل وزرع الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية، سواء من الأحياء أو من الأموات، درء لشبهة اختلاط الأنساب المحرم شرعا وعرفا.
- توسيع دائرة المستشفيات العمومية الحاضنة لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، من خلال منح الترخيص لبعض المؤسسات الاستشفائية المتواجدة بالمناطق الداخلية والجنوبية، مع دعم هذه المؤسسات بما يكفي من فرق طبية متخصصة ومؤهلة في هذا المجال.
- إلغاء العمل بالسجل الوطني للرفض التبرع بالأعضاء، والرجوع إلى الحالة الأصلية وهي حرية التبرع، من خلال استحداث سجل وطني رقمي للتبرع بالأعضاء، يسجل فيه وبكل حرية كل شخص راغب في التبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته، بدل الوصية التي يصعب العثور عليها أو التأكد من مدى قانونيتها، وهو ما يصعب من عملية نزع الأعضاء من جثة المتوفى وبالتالي إمكانية تفويت فرصة المريض في الاستفادة من العضو البشري الموصى به له.
- تفعيل موقع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، والذي لا يمكن الولوج إليه منذ مدة طويلة، خاصة باعتباره حاملا للأرضية للرقمية للسجل الوطني لرفض التبرع بالأعضاء، لما قد ينجر عن ذلك من مشاكل عملية يواجهها المواطنين الراغبين في تسجيل اعتراضهم على نزع الأعضاء من جثثهم بعد الوفاة.
- تكثيف الحملات الإعلامية والاشهارية الداعية للتبرع بالأعضاء البشرية، على أن تشرف وزارة الصحة على هذه العمليات، وتجعل من ذلك أولوية وطنية أسوة بما فعله المشرع الفرنسي، الذي قضى نشر الوعي بالتبرع في مختلف الأوساط المدرسية والجامعية.
- ضرورة اعتماد نماذج مكتوبة موحدة للتعبير عن الموافقة على التبرع بالأعضاء بالنسبة للأحياء، على أن تمضى من قبل المتبرع ويصادق عليها من قبل رئيس المحكمة الذي يتأكد من الموافقة الحرة والمستنيرة لهذا المتبرع.

- توسيع تدريس مادة القانون الطبي في مختلف الكليات وبخاصة في كليتي الحقوق والطب، حتى يتمكن الأطباء وهم طلبة من معرفة أهم مستجدات القانون الطبي، لمعرفة ما يقع على عاتقهم من التزامات، على أن يسهر على تقديم هذه الدروس أساتذة أكفاء من كليات الحقوق باعتبارهم أعرف بالمستجدات القانونية التي تحكم الممارسات الطبية، وخاصة الخطرة منها.

الملاحق

مقترح مشروع قانون جزائري لنزع وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الأول: أحكام عامة

المادة الأولى: "تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء أولوية وطنية".

المادة 2: "لا يجوز نزع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

المادة 3: "يقصد بالكلمات التالية في تطبيق أحكام هذا القانون المعاني المبينة مقابل كل منها:

- العضو البشري: كل جزء من جسم الإنسان، يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي، إذا ما تم استئصاله بصفة كاملة.
- النسيج: خليط من المركبات العضوية، كالخلايا أو الألياف التي تشكل في مجموعها ذاتية تشريحية، تتفق وعمل النسيج العظمي، العضلي أو العصبي.
- الموت (الوفاة): المفارقة التامة واليقينية واللارجعة فيها للحياة، وذلك إما بتوقف القلب والتنفس توقفا تاما ونهائيا، أو بتوقف جميع وظائف المخ توقفا تاما ونهائيا، وفقا للمعاير الطبية المحددة من قبل الوزير المكلف بالصحة".

المادة 4: "لا يجوز تلقي أي مقابل مهما كانت طبيعته عن التنازل عن عضو، نسيج أو خلية بشرية.

يحظر على الطبيب إجراء عملية نزع العضو من جسم الشخص قصد زرعه إذا علم بأن نزع العضو، النسيج أو الخلية تم بمخالفة أحكام الفقرة السابقة.

تحظر كل أشكال الترويج، الدعاية والإشهار لبيع أو شراء عضو، نسيج أو خلية بشرية".

المادة 5: "يحظر إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية إلا من طرف الأطباء المختصين، المرخص لهم بذلك من قبل الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع، والممارسون الذين بعمليات زرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن هذه العمليات".

المادة 6: "تنشأ على مستوى كل هيكل استشفائي مرخص له بالقيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية لجنة خبراء، تتشكل من أطباء مختصين في عملية الزرع المقصودة، أخصائي نفساني، وطبيب أطفال في حالة نزع الأعضاء من شخص قاصر.

يتم تعيين لجنة الخبراء المشار إليها في الفقرة السابقة بناء على قرار من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء".

المادة 7: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية، المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

يجب أن تتوفر هذه المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي- تقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية.

تخضع المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية للرقابة والاشراف المستمرين بخصوص العمليات التي تم إجراؤها، ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن".

المادة 8: "يحظر نقل الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية الحاملة للشفرات الوراثية".

المادة 9:" لا يجوز نزع وزرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية، إلا بالامتثال الصارم للقواعد الطبية.

يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذا المتابعة الطبية لهما.

يجب اثبات جميع نتائج الفحوصات المشار إليها في الفقرة السابقة بناء على تقرير طبي، موقع من لجنة الخبراء".

المادة 10: "تكلف الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية، وضمان قانونيتها وأمنها.

تحدد مهام هذه الوكالة، تنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

المادة 11: "ينشأ على مستوى المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بنزع وزرع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية كلما اقتضت الضرورة ذلك، هيكل يكلف بالحفاظ على الأعضاء الأنسجة والخلايا.

تحدد شروط وكيفيات إنشاء وتسيير هذا الهيكل عن طريق التنظيم".

الفصل الثاني: نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

المادة 12: "لا يجوز نزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية من شخص حي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع للخطر".

المادة 13: "يمكن نزع الأعضاء، الأنسجة والخلايا البشرية من متبرعين أحياء، لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي.

يجب أن يكون المتبرع أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جد أو جدة أو خال أو خالة أو عم أو عمة، أو ابن عم أو ابنة عم أو ابن عمة أو ابنة عمة أو ابن خال أو ابنة خال أو ابن خالة أو بنت خالة، أو ابن شقيق أو بنت شقيق أو ابن شقيقة أو بنت شقيقة، أو زوج أو زوجة، أو زوجة أب أو زوج أم المتلقي.

غير أنه وفي حالة عدم التطابق المناعي، بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح حل اللجوء إلى التبرع المتقاطع بالأعضاء، على المتبرعين والمتلقيين المحتملين، والمتمثل في تشكيل ثنائيين " متبرع – متلقي" متطابقين.

يتم التبرع المتقاطع بالأعضاء دون كشف هوية المتبرع والمتلقي".

المادة 14: "لا يمكن القيام بنزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية من شخص حي قصد زرعها دون الموافقة المستنيرة للمتبرع.

تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع، وكذا بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي.

يجب أن يعبر المتبرع على موافقته الكتابية على التبرع، وعند الاقتضاء على التبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، أو أمام قاض ينتدبه هذا الأخير والذي يتأكد من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أبداها في أي وقت شاء قبل إجراء عملية الاستئصال.

يكون سحب الموافقة على التبرع في الشكل الكتابي.

لا يمكن للمتبرع استرداد العضو، النسيج أو الخلية التي تم نزعها من جسمه بعد التبرع بها وفقا لأحكام هذا القانون".

المادة 15: "يمنع نزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية من ناقصي أو عديمي الأهلية الأحياء، أو من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي.

يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.

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

المادة 16: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية، وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين (2).

وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة على الزرع كتابيا، حسب ترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات، أو الممثل الشرعي حسب كل حالة.

وفي حالة ما إذا كان المتلقي للعضو ناقص الأهلية أو عديمها، يمنح حق التعبير عن الموافقة على الزرع للأب أو الأم، أو الممثل الشرعي حسب كل حالة.

لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 2 و3 أعلاه بالأخطار الطبية التي يمكن أن يتعرض لها المتلقي.

يمكن أن تمارس عملية زرع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة الواردة في الفقرتين 1 و2 عندما ولظروف استثنائية لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته، وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته.

ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان (2) اثنان".

الفصل الثالث: نزع الأعضاء البشرية من الأموات وزرعها في الأحياء

المادة 17: "لا يمكن نزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية من أشخاص متوفيين بغرض الزرع، إلا بعد الاثبات الطبي والشرعي للوفاة، ووفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة.

يجب اثبات الوفاة بناء على قرار صادر من لجنة الخبراء، المتكونة من أطباء متخصصين في أمراض وجراحة المخ والأعصاب، أمراض وجراحة القلب والأوعية الدموية، أخصائي تخدير والعناية المركزة".

المادة 18: "لا يجوز نزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية من أشخاص متوفيين إلا عبر الشخص المتوفى عن موافقته على ذلك أثناء حياته.

يمكن التعبير عن هذه الموافقة بكل وسيلة، لا يسما من خلال التسجيل في السجل الوطني الالكتروني للتبرع بالأعضاء، الذي تمسكه الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء.

تحدد كيفيات التسجيل في هذا السجل عن طريق التنظيم".

المادة 19:" يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي، وهوية هذا الأخير لأسرة المتبرع.

المادة 20: يجب ألا يكون أي طبيب من اللجنة التي عاينت وأثبتت الوفاة عضوا في الفريق الذي يقوم بالزرع".

المادة 21: "يمنع الشروع في نزع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي.

لا يجوز أن يؤدي نزع العضو، النسيج أو الخلية بأي حال من الأحوال إلى إحداث تشويه ظاهر في الجثة.

يعاد رتق الجثة بعد عملية نزع العضو، النسيج أو الخلية مع الحرص على إعادة الجثة إلى حالة مماثلة لما كانت عليه قبل النزع".

المادة 22: "يجب أن تمنح الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية التي تم نزعها من الأموات فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية، التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

يجب أن تحدد وتقيم بصفة منتظمة، قواعد منح الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية المنزوعة من المتبرعين المتوفين ضمن احترام مبدأ الانصاف.

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

الفصل الرابع: أحكام جزائية

المادة 23: "دون الإخلال بأية عقوبة أشد، ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المواد التالية بالعقوبات المحددة لها فيها".

المادة 24: "يعاقب بالحبس من ثلاث (3) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

تطبق نفس العقوبة على كل من يقوم ببيع عضو، نسيج أو خلية من جسمه، مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص".

المادة 25: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا، أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص".

المادة 26: "يعاقب بالحبس من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

ويعاقب بالحبس من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا تم النزع من جسم ناقصي أو عديمي الأهلية ولو بموافقتهم".

المادة 27: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مواد من جسم على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

ويعاقب بالحبس من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج إذا تم النزع من ناقصي أو عديمي الأهلية ولو بموافقتهم".

المادة 28: "يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 26 و27 من هذا القانون بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف التالية:

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو إذا كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

ويعاقب بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبعرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 24 و 25 إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

المادة 29: "لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الفصل من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات".

المادة 30: "تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكابه جريمة منصوص عليها في هذا الفصل، عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات".

المادة 31: "تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل، من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر (10) سنوات على الأكثر".

المادة 32: "يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها.

وتخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو إذا أمكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة".

المادة 33: "كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر، الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة".

المادة 34: "يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات.

وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات".

المادة 35: "يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا الفصل بنفس العقوبات المقررة للجرائم التامة".

المادة 36: "تأمر الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل، بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

المادة 37: "تطبق أحكام المادة 60 مكرر من قانون العقوبات المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل".

المادة 38:" يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1)، وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000دج، كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة".

المادة 39:" يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000دج كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء، الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها".

المادة 40: " يعاقب بالإعدام كل من تسبب في موت شخص نتيجة نقل عضو من جسمه دون ثبوت وفاته، وفقا لأحكام المادة 17 من هذا القانون".

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية

-القرآن الكريم

I-النصوص القانونية الجزائرية

أ. الدستور:

المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30-12-2020، **المتعلق بإصدار التعديل الدستوري**، المصادق عليه باستفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر. ج. ج، العدد 82، صادرة في 30-12-2020.

ب. النصوص التشريعية:

- **القوانين:**

1. القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16-02-1985، **يتعلق بحماية الصحة وترقيتها**، ج. ر. ج. ج، العدد 08، صادرة في 18-02-1985، المعدل والمتمم.
2. القانون رقم 05-04، المؤرخ في 2005/02/06، **المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين**، ج. ر. ج. ج العدد 12، صادرة في 2005/02/13.
3. القانون رقم 09-01، المؤرخ في 25-02-2009، المعدل والمتمم للأمر 66-156، **المتضمن قانون العقوبات**، ج. ر. ج. ج، العدد 15، صادرة في 08-03-2009.
4. القانون رقم 18-11، المؤرخ في 02-08-2018، **يتعلق بالصحة**، ج. ر. ج. ج، العدد 46، صادرة في 29-07-2018، المعدل والمتمم.

- **الأوامر:**

1. الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19-02-1970، **المتعلق بالحالة المدنية**، ج. ر. ج. ج، عدد 21، الصادرة في 27-02-1970، المعدل والمتمم.

2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26-09-1975، **المتضمن القانون المدني**، ج. ر. ج. ج، العدد 78، صادرة في 30-09-1975، المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق لـ 25 يناير 1995، **المتعلق بالتأمينات**، ج. ر. ج. ج، عدد 13، صادرة في 07 شوال 1415 الموافق لـ 08 مارس 1995.

ت. <u>النصوص التنظيمية:</u>

1. المرسوم التنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06-07-1992، **يتضمن مدونة أخلاقيات الطب**، ج. ر. ج. ج، عدد 52، صادرة في 08-07-1992.
2. مرسوم تنفيذي رقم 07-140، مؤرخ في 02 جمادى الأولى 1428، الموافقة لـ 19 مايو 2007، **يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية، والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية، وتنظيمها وسيرها**، ج. ر. ج. ج، عدد 33، صادرة في 03 جمادى الأولى 1428، الموافقة لـ 20 مايو 2007.
3. المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1433 الموافق لـ 05 أفريل سنة 2012، **المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها**، ج. ر. ج. ج، العدد 22، المؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1433، الموافق لـ 15 أفريل سنة 2012.

ث. <u>القرارات الوزارية:</u>

القرار الوزاري رقم 29، المؤرخ في 14-06-2012، يحدد قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بالقيام بانتزاع و/ أو نزع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية.

II. <u>الأحكام والقرارات القضائية</u>

1. قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، الملف رقم 118720، بتاريخ 1995-05-30، <u>المجلة القضائية</u>، العدد 02، 1996.

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الملف رقم 399828، قرار بتاريخ 23 جانفي 2008، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2008.

3. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم 297062، بتاريخ 24-06-2003، المجلة القضائية، العدد 02، 2003.

4. قرار مجلس الدولة، (الغرفة الثالثة)، ملف رقم 007733، بتاريخ 11-03-2003، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، ص 208.

5. قرار المحكمة العليا، رقم 34653 مؤرخ في 20-11-1985، المجلة القضائية، العدد 04، 1992.

6. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الملف رقم 53010، بتاريخ 25-05-1988، المجلة القضائية، العدد 02، 1992.

7. قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، رقم 094850، بتاريخ 20-11-2014، متوفر على موقع مجلس الدولة الجزائري، www.conseildetat.dz تاريخ الاطلاع: 17-03-2025 على الساعة 08:45.

8. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 58012 بتاريخ 08-02-1989، المجلة القضائية، عدد 2، 1992.

III. النصوص القانونية العربية:

أ. **النصوص التشريعية والتنظيمية:**

1. المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2016، في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية عدد 601، السنة 46، صادرة بتاريخ 15-08-2016.

2. القانون القطري رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مؤرخ في 19-98-2015، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 30-09-2015.

3. القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991، المؤرخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، المؤرخ في 29-03-1991.

4. القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، صادر بتاريخ 24-04-1977، جريدة رسمية عدد 2703، صادرة بتاريخ 01-06-1977. المعدل والمتمم.

5. القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية عدد 4726، صادرة بتاريخ 16-09-1999.

6. القانون رقم(5) لسنة 2010، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية الجريدة الرسمية، لجمهورية مصر العربية، العدد 9 مكرر، صادرة في 2010/03/06

ب. القرارات الوزارية:

1. . القرار الصادر عن وزير الصحة العمومية التونسي، مؤرخ في 2002/09/19، يتعلق بضبط قائمة المستشفيات الاستشفائية العمومية المرخص لها في إجراء عمليات أخذ الأعضاء البشرية أو زرعها المعدل والمتمم.

2. القرار الوزاري، الصادر عن وزير الصحة العمومية التونسي، المؤرخ في 28 جويلية 2004 والمتعلق بضبط المعايير والأساليب العلمية لأخذ الأعضاء والأنسجة البشرية والمحافظة عليها ونقلها وتوزيعها وإسنادها وزرعها.

IV. المؤلفات

أ. كتب الحديث:

1. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة، **سنن بن ماجة**، الجزء الأول، د. ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، د. س. ن.

2. أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، المجلد 01، ط 01، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2014.

3. أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء 5، د. ط، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009.

4. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، **صحيح البخاري**، المجلد الثامن، ط 01، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2012.

5. علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**، المجلد 13، د. ط، مؤسسة الرسالة، د.س. ن.

ب. <u>الكتب العامة:</u>

1. سعيد مقدم، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية**، د. ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992.

2. شوقي بناسي، **مقدمة في الالتزامات**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.

3. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء السابع، المجلد الثاني، (عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، د. ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964.

4. علي علي سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1994.

5. علي فيلالي، **الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2015.

6. غنيمة لحلو خيار، **نظرية العقد**، ط1، دار بيت الأفكار، الجزائر، 2018.

7. فريدة زواوي محمدي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق**، د. ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002.

8. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط 8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.

ت. <u>الكتب المتخصصة:</u>

1. إبراهيم صادق الجندي، **الموت الدماغي**، ط1، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2001.
2. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، (دراسة قانونية مقارنة)، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
3. أبو الفضل عبد الله بن محمد بن الصديق الغماري الحسني، **تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام**، د. ط، مكتبة القاهرة، مصر، 1997.
4. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، د. د. ن، 1987.
5. أحمد عبد الدايم، **أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني**، د. ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
6. إدريس عبد الجواد عبد الله، **الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء** (دراسة مقارنة)، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
7. أسامة السيد عبد السميع، **نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة**، ط 01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
8. أشرف حسن إبراهيم فرج، **الأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية**، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2019.
9. أشرف حسن إبراهيم فرج، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2019.
10. أمال بكوش، **نحو مسؤولية موضوعية عن التعبات الطبية**، (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
11. أمال علي عبد الحسين الموسوي، **النظام القانوني للتصرف بالجسم البشري(دراسة مقارنة)** ، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2022.

12. أنس محمد عبد الغفار، **المسؤولية المدنية في المجال الطبي**، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

13. إيهاب مصطفى عبد الغني، **الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

14. باسم محمد فاضل، **نحو إطار قانوني للمسؤولية الطبية**، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث، جمهورية مصر العربية، 2024.

15. بسمة جاري وثورية الدهبي، **التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون**، (دراسة مقارنة)، ط 1، دار كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

16. بشير علي علي المصري، **المسؤولية المدنية الناشئة عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2020.

17. جهاد محمود عبد المبدي، **عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)**، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014.

18. حسن علي الشاذلي، **حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي**، ط1، دار كتاب الجمهورية، القاهرة، مصر، د س ن.

19. حسن عودة زعال، **التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي**، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.

20. خالد مصطفى فهمي، **النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 05 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات**، (دراسة مقارنة)، د. ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012.

21. دينا عبد العزيز فهمي، **الحماية الجنائية لاستئصال وزرع الأعضاء البشرية،(دراسة مقارنة)**، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.

22. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، **مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون**، ط 01، عالم الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

23. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، **المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء ،(دراسة مقارنة في ضوء القانون رقم5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية)**، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

24. سميرة عايد ديات، عمليات **نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

25. صابر محمد محمد سيد، **محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة**، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، د. س. ن.

26. صفاء حسن العجيلي، **الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة**، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

27. عارف علي عارف القره داغي، **قضايا فقهية في تقل الأعضاء البشرية**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2012.

28. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية**، (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000.

29. عبد العزيز بن محمد الصغير، **نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015.

30. عبد الله بشري، **مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية**، ط 1، دار محمود للنشر والتوريع، القاهرة، مصر، 2014.

31. العربي بلحاج، **الحماية القانونية لجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري**، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

32. عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، (دراسة مقارنة)، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

33. علي عصام غصن، **الخطأ الطبي**، د. ط، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

34. علي محسن تركي الشمري، **التعويض عن الأضرار الناتجة عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في العراق (دراسة مقارنة)**، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2020.

35. علي محمد بيومي، **أضواء على نقل وزراعة الأعضاء**، د. ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009.

36. غادة فؤاد مجيد المختار، **حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني**، (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

37. كمال الدين جمعة بكرو، **حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية، دراسة في الفقه الإسلامي**، ط1، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2001.

38. مالك حمد أبو نصير، **مسؤولية الطبيب المدنية عن الأخطاء المهنية، (دراسة مقارنة)**، ط01، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

39. محمد السيد عبد المعطي خيال، **التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء**، د. ط، دار الاسراء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، د س ن.

40. محمد حسن قاسم، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.

41. محمد حسين منصور، **المسئولية الطبية: المسئولية المدنية لكل من الاطباء، الجراحين، اطباء الاسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، الممرضين والممرضات، لائحة الاطباء**، د. ط، دار الدامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د. س. ن.

42. محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

43. محمد رايس، **نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها**، ط02 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن.

44. محمد شعيب عبد المقصود، **زرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون**، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2022.

45. محمد علي البار، **الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء**، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1994.

46. محمود أحمد طه، **الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب**، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2020.

47. محمود ثابت الشاذلي، **التزام الطبيب بتبصير المتبرع والمريض بمخاطر عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة في القانون والفقه الإسلامي)**، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.

48. محمود زكي شمس، **المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية**، ط 01، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، سوريا، 1999.

49. منذر الفضل، **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995.

50. منصور عمر المعايطة، **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، ط 01، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.

51. منير رياض حنا، **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

52. ميرفت منصور حسن، **التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجذعية، دراسة مقارنة**، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016.

53. نسرين عبد الحميد نبيه، **نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.

54. نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، (دراسة مقارنة)**، الجزء الأول، الكتاب الثالث، ط 01، دار هومه، الجزائر، 2003.

55. نصر الدين مروك، **نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،(دراسة مقارنة)**، الجزء الأول، الكتاب الأول، ط1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2003.

56. هيثم حامد المصاروة، **التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية**، (دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي)، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000.

V. الرسائل الجامعية

أ. أطروحات الدكتوراه:

1. أحمد عمراني، **حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، في القانون الوضعي والشريعة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2010.

2. أسماء سعيدان، **الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف ين خدة، 2013.

3. أمحمد بن أوذينة، **تعويض المضرور جسمانيا بين قواعد المسؤولية المدنية والأنظمة الخاصة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2019.

4. أنيسة عبو، **الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2022.

5. بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019.

6. حسام الدين السيد عز العرب، **المسؤولية المدنية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري وفي قوانين الدول العربية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2019.

7. راضية غناي، **التطبيقات القضائية في المسؤولية الطبية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2020.

8. ربيعة خلافي، **حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.

9. زينب أحلوش بولحبال، **حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2016.

10. سليمان حاج عزام، **المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2011.

11. سمية مكربش، **عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون التأمينات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2019.

12. الشريف بحماوي، **التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013.

13. صحراء داودي، **الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.

14. طالب خيرة، **جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.

15. الطاهر كشيدة، **المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري والمقارن**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2023.

16. عبد الستار مزياني، **المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري،(دراسة مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022.

17. عبد القادر أزوا، **نظام التعويض عن الأخطاء الطبية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015.

18. عبد الكريم مامون، **رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005.

19. عبد النور سايب، **الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

20. عبد الهادي بن زيطة، **قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.

21. العلجة مواسي، **التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.

22. فاطمة يوسفاوي، **المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.

23. فوزية صبيحي، **المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2020.

24. محمد إبراهيم هلال إبراهيم، **المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية**، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014.

25. محمد أمين قاسمي، **الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراسة، أدرار، الجزائر، 2020.

26. محمد كادي، **أثر نظام التأمين على قواعد تعويض المسؤولية الطبية في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022.

27. محمد لمين مولاي، **الضرر الطبي** (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية وإدارية، فرع قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2020.

28. محمد نجيب سعيدي، **الممارسات الطبية الحديثة على الجسم البشري في ظل التطور القانوني**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2024.

29. مراد بن صغير، **الخطأ الطبي في قواعد المسؤولية المدنية**، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

30. مراد قجالي، **نظام التعويض عن الحق في انتهاك السلامة الجسدية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

31. موسى نقار، **قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2023.

32. نجاة الداوي، **المسؤولية الجزائية للطبيب عن الانتزاع غير المشروع للأعضاء البشرية في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

33. نجمة جبيري، **الإتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

34. نذير برني، **حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية** الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.

35. هدى حاوش، **زرع الأعضاء البشرية بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي،** أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2018.

36. يوسف بوشي، **الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا،** (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013.

ب. <u>ذكرات الماجستير:</u>

1. أزين محمود صالح، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018.

2. إيمان مجيد هادي، **التصرف القانوني بالأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون،** رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بغداد، 2003.

3. بلعيد بوخرس، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

4. جواد منصوري، **توجهات المسؤولية المدنية الطبية، (دراسة مقارنة)،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.

5. حورية أسيد، **المسؤولية الشخصية للطبيب في المستشفى العمومي،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

6. خليدة مشكور، **المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

7. عبد الجليل مختاري، **المسؤولية المدنية في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007.

8. عماد الدين بركات، **التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2015.

9. فضيلة إسمي قاوة، **الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

10. كريم عشوش، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

11. كريمة عباشي، **الضرر في المجال الطبي،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

12. كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

13. مايا عباس أسعد، **التنظيم القانوني لعمليات نقل لأعضاء البشرية،** دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2015.

14. محمد عسال، **المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ في تحديد لحظة الوفاة،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.

15. مراد بن صغير، **مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2003.

16. مراد بن عاطي، **المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019.

17. هجيرة غمراسي، **التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006.

18. وزنة سايكي، **إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

VI. المقالات العلمية:

1. ابتسام بولقواس، **التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر**، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020، **ص ص 87- 68.**

2. آلاء ناصر حسين وعمار سليم هاشم، **التنظيم القانوني لجريمة نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء**، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص الخامس،(بحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات)، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019، **ص ص 512- 473.**

3. أمجد مراقب داود عبيد، **الأقوال الفقهية في نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مجلة الباحث، كلية العلوم الإسلامية، دون عدد، جامعة الفلوجة، العراق، 2009. **ص ص 343-396.**

4. إيمان أوسعيد، **آليات تغطية أضرار ضحايا الأخطاء الطبية**، مجلة بحوث، المجلد 12، العدد 01، جامعة الجزائر 01، 2018، **ص ص 326-340.**

5. بلقاسم شتوان، **إشكالية الموت السريري الإكلينيكي بين الفقه والطب وأثره على نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012، **ص ص 329-348.**

6. جابر محجوب علي، **مشكلات الأهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة**، المجلة الدولية للقانون، العدد 3، كلية القانون، جامعة قطر، 2017، **ص ص 01-18.**

7. جمال رواب، **الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء**، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 02، الجزائر، ص ص 386-362.

8. جمال محي الدين، **آثار المسؤولية الطبية**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تامنغست، الجزائر، 2015، **ص ص 70-97.**

9. حسين فريجه، **زراعة ونقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 2، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2011، **ص ص 211-230.**

10. حميدة دعاس ووردة بوقطوشة، **مشكلة تحديد لحظة الوفاة وعلاقتها بالموت الدماغي**، مجلة حوليات، المجلد 31، العدد5، جامعة الجزائر1، 2017، **ص ص 317-328.**

11. خدوجة علي موسى، **المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني: نظام تعويض احتياطي**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021، **ص ص 181-200.**

12. خلدون فوزي قندح، محمد فواز محمد المطالقة، **نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الأردني**، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 20، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق، 2013.

13. ربيعة خلافي، **غرس الأعضاء والغدد التناسلية، رؤية بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2023، **ص ص 82-105.**

14. حاب أرجيلوس والشريف بحماوي، **عبء إثبات الخطأ في المجال الطبي**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 10، العدد 19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018، **ص ص 817-830.**

15. رحيمة لدغش، **الموت الدماغي والإنعاش الصناعي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، الجزائر، 2019، **ص ص 1748-1767.**

16. زبيدة إقروفه، **نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008. **ص ص 357-376.**

17. الزهرة صحراء وعبد القادر يخلف، **خصوصية الخطأ الطبي في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 8، العدد 02، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2024، **ص ص 222- 209.**

18. زواوي شنة، **مكانة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018، **ص ص 90-112.**

19. زينة حداد ونادية مطلاوي، **أساس المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات التبرع بالأعضاء**، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 09، العدد 01، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2024، **ص ص 01-15.**

20. سامية خواثرة، **حكم الوصية في التصرف في الأعضاء البشرية**، مجلة البدر، المجلد 11، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، 2018، **ص ص 222-235.**

21. شعيب ضريف، **ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري**، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022، **ص ص 326-345.**

22. صورية حدادو، **المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، مجلة آفاق للأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2020، **ص ص 117- 100.**

23. عبد الحق لخضاري وصورية حدادو، **التأطير القانوني للموت الدماغي للإنسان والتصرف في أعضائه**، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 5، 2017، **ص ص 299-316.**

24. عبد الرحمن خلفي، **الحماية الجنائية للأعضاء البشرية**، دراسة في الفقه والتشريع المقارن، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 01، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2015. **ص ص 179-197.**

25. عبد الرحمن مصطفى عبد الوهاب عبد العزيز، **نقل الأعضاء الآدمية وضوابطه في الفقه الإسلامي**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2022. ص ص 555-616.

26. عبد القادر يخلف، **نحو مسؤولية موضوعية عن الأضرار الطبية**، (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة حوليات، المجلد 31، العدد 03، جامعة الجزائر1، 2017، ص ص 38-56.

27. عبد الكريم بلعرابي ومحمد سعداوي، **الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، **ص ص 91-115.**

28. عبد الكريم مامون، **إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، **ص ص 267-323.**

29. عبد النور سايب، **المبادئ الدستورية المطبقة في مجال الأخلاقيات الحيوية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد11 ، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2020، **ص ص 461-482.**

30. عدنان إبراهيم سرحان، **مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي**، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنين، الجزء الأول، (المسؤولية الطبية)، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، **ص ص 119-253.**

31. العلجة مواسي، **ضمانات تفعيل مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في ظل قانون الصحة 18-11**، مجلة الباحث القانوني والسياسي، المجلد

08، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2023. **ص ص 68-81.**

32. العلجة مواسي، **نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، **ص ص 324-356.**

33. علي فيلالي، **رضا المريض بالعمل الطبي**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 35، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1998، **ص ص 39-64.**

34. علي فيلالي، **ملاحظات حول المسؤولية الطبية**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2015، **ص ص 09-35.**

35. فاطمة الزهراء ربحي تبوب، **قاعدة الرضاء في مجال نقل وزرع الأعضاء**، مجلة حوليات، المجلد 32، العدد 01، جامعة الجزائر 01، 2018، **ص ص 463-493.**

36. فريد رافع وسميرة لالوش، **ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362من قانون 18-11 المتعلق بالصحة**، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2022، **ص ص 67-83.**

37. فطة معاشو نبالي، **إذن المتبرع بأحد أعضائه، في قانون حماية الصحة وترقيتها**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، المجلد8 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، **ص ص 19-38.**

38. فهيمة قسوري، **حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الصحة الجزائري الجديد**، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 11، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019. **ص ص 311-320.**

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

40. كريمة عباشي، **التعويض التلقائي عن الأضرار اللاحقة بضحايا الحوادث الطبية** (صندوق الضمان الفرنسي نموذجا)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2022، **ص ص 715-732**.

41. كمال لدرع، **الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة مع القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 18، العدد 01، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2003. **ص ص 23-40**.

42. ليلى بعتاش، **الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد1، العدد2، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012، **ص ص 211-234**.

43. لينة بوزيتونة وأيوب التومي لحرش، **الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11**، مجلة المستقبل للدارسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد1 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، الأغواط، الجزائر، 2020، **ص ص 40-59**.

44. محمد الوناس مزياني، **نقل وزرع الأعضاء الآدمية في الفقه الإسلامي المعاصر**، مجلة الصراط، المجلد 12، العدد 02، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010. **ص ص 74-101**.

45. محمد بودالي، **المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي**، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، **ص ص 175-195**.

46. محمد مزياني، **مسالك الاستدلال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012. **ص ص 37-62.**

47. محمدي بوزيدي آمنة، **الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 01.09**، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، **ص ص 131-144.**

48. مراد بن صغير، **أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية**، (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2017، **ص ص 143-154.**

49. معمر فرقاق، **جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري**، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 05، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2013، **ص ص 129-137.**

50. مفيدة شكشوك، **دور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2019، **ص ص 764-775.**

51. نادية زواني، **حدود التعامل بالأعضاء البشرية والمسؤولية المترتبة في حالة التجاوز**، مجلة حوليات، المجلد 32، العدد 1، جامعة الجزائر 1، 2018، **ص ص 33-60.**

52. ندى بو الزيت، **إشكالات تحديد لحظة الوفاة في نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى**، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 1، لعدد 50، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2018، **ص ص 133-144.**

53. نصر الدين مروك، **الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية**، المجلة القضائية، العدد 1، القسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 1998، **ص ص 277-297.**

54. نصر الدين مروك، **المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 36، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 1999، **ص ص 44-09.**

55. وائل عزت، **الحدود الموضوعية للالتزام بالتبصير بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية**، المجلة القانونية، المجلد5، العدد5، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2019، **ص ص 01-22.**

56. وليد ميرة، **تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021، **ص ص -1357 1340.**

57. ياسين جبيري، **حالة الوفاة والإنعاش الصناعي بين الشريعة والقانون**، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد 05، العدد 01، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، الأغواط، الجزائر، 2021، ص ص 111-132.

58. ياسين جبيري، دنيا زاد ثابت، **الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**، مجلة المعيار، المجلد العاشر، العدد، 4، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2020، **ص ص 15-39.**

59. يمينة شودار، **حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون**، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 11، العدد 17، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2014، **ص ص 113-142.**

VII. المداخلات العلمية:

1. أحمد العمر، **موت الدماغ**، مداخلة مقدمة للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007.

2. أحمد دغيش وعبد الرزاق بولنوار، **التزام الطبيب بإعلام المريض**، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.
3. أحمد هديلي، **تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات**، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008.
4. أمال كاب، **المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الوطني الموسوم بمستجدات البيو أخلاقيات الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، يوم 26 أفريل 2023.
5. سعاد راحلي، **مبدأ حصانة جسم الإنسان وعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية**، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الدولي الأول" جسم الإنسان بين الضرورة الطبية والضوابط الشرعية والقانونية"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ديسمبر 2017، حوليات جامعة الجزائر، المجلد31، العدد 05، 2017، ص ص 12-31.
6. محمد جبر السيد عبد الله جميل، **الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية**، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الدولي النطاق القانوني للبيو أخلاقيات الطبية في قانون الصحة الجزائري والمقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، يومي 12-13 أكتوبر 2022.

ثانيا: باللغات الأجنبية:

I- باللغة الفرنسية:

A. Taxtes juridiques :

1. codes :

- Code de la santé publique français, www.legifrance.gouv.fr.
- code pénal français, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000**.** www.legifrance.gouv.fr.
- Code civile français**,** www.legifrance.gouv.fr.

2. Décrets:

- Décret no 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 aout 2016**.**
- Décret n° 2005-949 du 2 août 2005 **relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique**, JORF, N 182 du 06-08-2005.

- Décret n°96-1041 du 2 décembre 1996 **relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique**, J.O.R.F, N 282, du 04 décembre 1996**.**

3. Arrêtes:

- Arrêté du 13 avril 2018 modifiant l'arrêté du 2 août 2005 modifié fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé. JORF n°0098 du 27 avril 2018.

- Arrêté du 02-08-2005, fixant la liste des tissus et des cellules pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF, N 182 du 06-08- 2005**.**

- Arrêté n 34 du 19 novembre 2002, fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organes et des tissus. (Non publiée).
- Arrêté du 02-08-2005, fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF, N 182 du 06-08- 2005**.**

5. Jurisprudences :

- Cass.Civ 1er du 05 Mars 2015**,** n°14-12.292**.** www.legifrance.gouv.fr

- Cass. civ. 1ère, 17 février 1993, Masson, Bull. civ. 1993, I, n° 80**.**

- Cass.1 civ : 08/11/2000, N°1815 : "contrats-concurrence -consommation ", Edition du juris - classeur, janvier 2001, Paris, page 13.

- Cass. Civ 1re 7 Nov 2000, Dalloz, 2000, n° 42, IR, p. 93.

- Cass. Civ, 29-06-1999, https://www.legifrance.gouv.fr

- Cass.1re Civ. 9 octobre 2001 : JCP 2002, éd. G, II, 10045. , cité par : Mireille Bacache, Op.cit. p 5.

- Cass. Civ. Courtrai, 4 décembre 1998, cité par : Valérie-Anne Ghiette, Op.cit. p 38.
- Cass.Civ, 20-05-1936, Cité par : Ghenima Lahlou-Khiar, Op.Cit, p 332.

- Cass., 1re civ. 27 mai 1998, Quéran c. Le Guen et autres ; Gaz. Pal., 23 octobre 1998, p. 78. Cité par : Christine Maugué, la responsabilité juridique du médecin, Le pouvoir médical, n 89, Société de Médecine Légale de France, France, 1999, p 40.
- Cass.1 civ : 08/11/2000, N°1815 : "contrats -concurrence -consommation ", Edition du juris - classeur, janvier 2001, Paris, page 13.

- Cass. Civ, 25 février 1997, https://www.legifrance.gouv.fr

- Cass. Ci, 1ère, 8 juillet 1997.cité par : Dominique Cartron, Op.cit. 68.

- Conseil d'Etat, Quatrième sous-section jugeant seule du 23 octobre 2013, n°349882**.**

B. Ouvrages :

1. Abdelkader khadir, **la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médicine et du droit**, 2 ème édition, édition Houma, Alger, 2016**.**
2. Paul Foriers, **De l'état de nécessite en droit pénal**, librairie du recueil Sirey, Paris, 1951.
3. Xavier Ryckmans et Régine Meert-van de put, **les droits et les obligations des médecins**, tome 01, 2 édition, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1971**.**

C. Theses et memoires:

1. Ahmad Issa, **La responsabilité médicale en droit public libanais et français**, thèse pour obtenir le grade de **Docteur en Droit** de l'Université de Grenoble, Université Libanaise, France, 2012**.**

2. Ambre Laplaud, **le consentement et responsabilité médicale**, thèse pour le doctorat en droit de la santé, université de limoges, France, 2019.

3. Bernard Evan, **Les obligations de résultat en matière médicale**, Mémoire de Master en Droit à finalité justice civile et pénale, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, Belgique, 2023**.**

4. Dimitra Boufounos**, Le régime de consentement présumé au don d'organes : Une solution possible à la pénurie** ?, Essai présenté à Jonathan Kuntz et soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Québec en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, 2023.

5. Ghenima Lahlou-Khiar, **Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique**, thèse pour le doctorat d'état en droit, faculté de droit d'Alger, université d'Alger, 2005**.**

6. Jordy Bony, **Le statut juridique du cadavre humain** : Approches Comparatives, thèse de doctorat en droit prive, faculté de droit Julie-victoire Daubie, université Lumiere Lyon 2, France, 2023**.**

7. Juliette Domin Butet, **Réflexion sur le consentement au don d'organe post-mortem en France. Ce mode de consentement est-il le plus pertinent ?** Mémoire de Master en Droit, spécialité Éthique, université de Caen Normandie, France, 2021.

8. **Lucie DEGOY**, *Essai sur la nécessité médicale*, Thèse pour le doctorat en droit privé, École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques, Faculté de Droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

9. Morgan Le Goues, **Le consentement du patient en droit de la santé**, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit, Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion, UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE, France, 2015**.**

10. Nicolas-Robin, Armelle, **Le don d'organes : toujours plus ! Toujours mieux ?** Application de la théorie morale conséquentialiste, Thèse pour obtenir le grade de doctorat en éthique, École doctorale n° 578, Sciences de l'Homme et de la Société. Université Paris-Saclay, France, 2016**.**

11. Nouara Nekli-Kacel, **L'assurance et l'indemnisation du dommage corporel**, mémoire de magistère en droit, Faculté de Droit de l'Université d'Alger, 2013**.**

12. Pauline MARTIN, **La place du médecin généraliste dans le processus de don d'organes en France,** thèse présentée pour le diplôme de docteur en médecine, Faculté de médecine de STRASBOURG, Université de STRASBOURG, France, 2021**.**

13. Valérie-Anne Ghiette, **L'obligation de résultat dans la responsabilité civile médicale**, Mémoire Master en droit à finalité justice civile et pénale,

Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2023.

D. Articles :

1. Ali filali, **L'indemnisation Du Dommage Corporel L'article 140 Ter Du Code Civil La Consecration D'un Système D'indemnisation Exclusif De La Responsabilité Civile**, R.A.S.J.P, V 54, N 01, faculté de droit, université d'Alger, 2008**, pp 97-125.**
2. Annabelle Baudry-Merly, **La responsabilité civile, un aspect de la responsabilité médicale**, In : Revue juridique de l'Ouest, **N°**1, persee, France, 1999.
3. Anne-Cécile et Vellard-Hamelin, **Du droit du patient atteint d'une maladie grave de ne pas savoir**, Médecine humaine et pathologie, Faculté de médecine, Université Pierre et Marie Curie , Paris 6, 2016, pp 01-25.
4. Antoine Tadros, **le statut de donneur**, cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n15, Presses universitaires de Caen, France, 2017**.**
5. Bernard Stahl, **À l'autre bout de la vie**, *Revue Juridique de l'Ouest*, v 1, n 1, Faculté de Droit de l'Université de Nantes, France, 1996**.**
6. Bernard Stahl, **Le consentement à l'acte médical**, Revue juridique de l'Ouest, n 3, France, 1998, pp 289-314.
7. Caroline Guibet et Louis Puubasset, **Décider la mort et prélever les organes : la question de l'extension des conditions du prélèvement d'organes**, revue international d'éthique sociétale et gouvernementale 13, N 1, France, 2011**,** pp 235-259.
8. Charlotte Sailly-Di Bella, **Présentation de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la Bioéthique**, Revue juridique de l'Ouest, vol 03, Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes 2005, pp. 295-332.
9. Christine Maugué, **la responsabilité juridique du médecin**, Le pouvoir médical, n 89, Société de Médecine Légale de France, France, 1999.
10. Cléa Sambuc et Pierre Le Coz, **La dignité humaine kantienne : une justification théorique des transplantations d'organes**, Raison publique, v 02, n 17, **Faculté de philosophie** de l'**Université Paris 8**, France, 2012, pp 219-238.
11. David Rodriguez-Arias Vailhen, **Discussion sur le consentement présumé ou explicite pour le don d'organes,** 2009, disponible sur : www.ethique.inserm.fr
12. Dominique Cartron. **L'acte de soins**, La responsabilité médicale : vers une dérive à l'américaine revue juridique de l'Ouest, vol 01, France, 1999, pp 55-80.

13. Edith Deleury, **Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit.** Les Cahiers de droit, v 17, n 02, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, Canada, 1976.
14. Elisabeth Lepresle, **Le consentement présumé du donneur, un paradoxe du langage**, Revue Essaim, n 17, France, 2006.
15. F.Ait-Mokhtar, **Causalité juridique et responsabilité médicale**, revue critique de droit et sciences politiques, vol. 03, n° 03, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Mouloud Maamri, Tizi Ouzou, Algérie, 2008**.**
16. Geneviève Pinganaud. **Donner et recevoir un organe : réflexion éthique autour du prélèvement**. Revue de Bioéthique de Nouvelle-Aquitaine, n 01, 2018.
17. H. Benchabane, **Le Contrat Médical Met A La Charge Du Médecin Une Obligation De Moyens Ou De Résultats ?**, RASJP, V 32, N 04, Université Benyoucef Benkhedda d'Alger, 1995. Pp 765-777.
18. Hanifa Benchaabane, **Prélèvement Et Transplantation D'organe Chez L'enfant : (d'un Point De Vue Juridique : En Droit Algérien Et En Droit Français)**, R.A.S.J.P, vol 36, n 03, université Benyoucef Benkhedda d'Alger, 1999, pp 69-77.
19. Howald fosco Biberstein, Bale, **Diagnostic de la mort en vue de la transplantation d'organes et préparation du prélèvement d'organes,** Directive medico-ethiques, Académie suisse des sciences médicales, 2017.
20. Jacques Belghiti, **L'organisation des prélèvements d'organes en France, repères juridiques et éthiques**, Revue éthique, n 4, France, 2010.
21. Jean-Michel Boles, **Les prélèvements d'organes à cœur arrêté**, revue études, vol 12, N 4096, France, 2008, p p 619-620**.**
22. Julliette Domin Butet, **Réflexion sur le consentement au don d'organe post-mortem en France. Ce mode de consentement est-il le plus pertinent?**, revue de sante publique et épidémiologie, Université de Caen Normandie, France, 2021, pp 1-36.
23. Marcela Iacub, **La construction de la mort en droit français**, revue Enquête, v 07, n 01, Centre d'Études de l'Anthropologie Sociale et Historique, France, 1999, Pp 39-45.
24. Marie Le Clainche-Piel, **Faire du visage un organe anonyme. Chirurgiens et patients transplantés aux prises avec la politique du don anonyme en France**, Presses Universitaires de France, Vol. 11, n 2, 2020.
25. Mireille Bacache, **L'obligation d'information du médecin**, revue de Médecine & Droit vol 03, n 09, France, 2005, p p 03-09.
26. Naila Ayata, **La bioéthique médicale et la transplantation d'organes : Etude comparée entre la législation Algérienne et français**, p104.

مداخلة في إطار الملتقى الدولي الإطار القانوني للبيو أخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري والمقارن، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، يومي 13-12أكتوبر2022.

27. Nicolas Bedon, **Les obligations du médecin à travers la jurisprudence**, Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial, France, 1996.pp 53-73.
28. Noé Alix et Célia Agostini, **L'existence d'un ordre public corporel,** revue des droits de l'homme, n 8, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, France, 2015.
29. Omar BOUDEHANE, **Don d'organes : Expérience Algérienne dans La transplantation rénale à partir de donneur cadavérique**, Journal de la Charia et de l'Économie, V 01, N 02, Université des Sciences Islamiques Emir Abdelkader de Constantine, Algérie, 2012.
30. Philippe Raimbault, **le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au cadavre exquis**…éditions juridiques associées, institut d'études politiques de Toulouse, France, v3, n 61, 2005.
31. Philippe Steiner**, Le don d'organes : une affaire de famille ?,** revue Annales. Histoire, Sciences Sociales, v 59, n 02, Éditions de l'EHESS, F rance, 2004.
32. René Savatier, **La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé),** Revue internationale de droit comparé. Vol 28 N°3, France, 1976**.**
33. Robin Cremer, **Réflexions au sujet du décret du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès**, Revue générale de droit médical, n°63, France, 2017**.**
34. S.Beloucif, **Éthique et prélèvements d'organes,** Revue Urgences, v 17, n 04**,** Société Française de Médecine d'Urgence (SFMU), France, 2007**.** Pp 111-118.
35. Samira Lallouche, **L'exigence du consentement du patient a l'acte médical**, revue des sciences humaines, v32, n 4, université frères Mentouri, Constantine, Algérie, 2021, p p 701-712.
36. Sophie Paricard, **Le consentement à l'acte médical,** REVUE GYNÉCOLOGIE OBSTÉTRIQUE FERTILITÉ & SÉNOLOGIE**,** v 51, n 4, France, 2023, p212-216.
37. Speranta Dumitru, **Consentement présumé, famille et équité dans le don d'organes**, *revue de Métaphysique et de Morale*, vol 67, n 3, Presses Universitaires de France, 2010.pp 341-354.
38. Valérie Gateau et Olivier Soubrane, **Quelle place pour les familles dans le consentement au prélèvement d'organes post-mortem ?** Revue international interdisciplinaire, v 73, n 1, 2017.
39. Valérie Gateau, **La gratuité dans le cadre du don d'organes,** revue du Mauss, n 35, éditions la découverte, 2010.

40. Vanessa Labeye, **Prélèvements d'organes chez les personnes décédées : évolutions législatives**, revue Laennec, n 3, 2018**.**

II-باللغة الإنجليزية

1. Abdennasser Belamri and Lamia Laadjal, **Double Permission In Operations To Remove And Transplant Organs From The Dead To The Living To Members Of The Dead's Family In Order And Limitation**, Journal of legal and economic research, vol 07, iss 02, university center of Aflou, Algeria, 2024, 00 984-1003.
2. I H Kerridge and others, **Death, dying and donation: organ transplantation and the diagnosis of death**, Journal of Medical Ethics, vol 28, iss 02, British Medical Association, United Kingdom, 2002, p p 89-94**.**
3. Jessica Li and Till Nikolka, **The Effect of Presumed Consent Defaults on Organ Donation**, CESifo DICE Report, V 14, ISS, 04, , Ifo Institut - Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, 2016**.**pp 90-94.
4. Khadidja Ouafi, **Proof of medical error requiring civil liability**, Journal of Legal and Political Sciences, V. 13, N° 01, faculty of law and political sciences, University of Hamma Kakhdar, El-Oued, Algeria, 2022**.**pp 940-959.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	6-1
الباب الأول: نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحكام الشرعية والبيو أخلاقيات الطبية	8
الفصل الأول: الأحكام العامة لنزع وزرع الأعضاء البشرية	09
المبحث الأول: التأصيل الشرعي والقانوني لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	10
المطلب الأول: جدلية نزع وزرع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي	10
الفرع الأول: الاتجاه الشرعي المعارض لنزع وزرع الأعضاء البشرية	11
أولا: نزع وزرع الأعضاء البشرية تصرف في ملك الغير	12
ثانيا: نزع وزع الأعضاء البشرية تعد على الكرامة الإنسانية	14
ثالثا: نزع وزرع الأعضاء البشرية تغيير للخلق وتبديل للنعمة	17
الفرع الثاني: الاتجاه الشرعي المؤيد لنزع وزرع الأعضاء البشرية	19
أولا: التبرع بالأعضاء البشرية إحياء للأنفس	19
ثانيا: التبرع بالأعضاء البشرية ضرورة تبيح المحظور	20
ثالثا: نزع وزرع الأعضاء البشرية رفع للحرج وتيسير على العباد	21
المطلب الثاني: أساس نزع وزرع الأعضاء البشرية في الفقه القانوني	26
الفرع الأول: نزع وزرع الأعضاء البشرية ضرورة علاجية	26
أولا: عرض نظرية الضرورة العلاجية	27
ثانيا: تقدير نظرية الضرورة العلاجية	30
الفرع الثاني: نزع وزرع الأعضاء البشرية سبب مشروع	33
أولا: عرض نظرية السبب المشروع	33
ثانيا: تقدير نظرية السبب المشروع	34

الفرع الثالث: نزع وزرع الأعضاء البشرية مصلحة اجتماعية	**35**
أولا: عرض نظرية المصلحة الاجتماعية	**35**
ثانيا: تقدير نظرية المصلحة الاجتماعية	**38**
المبحث الثاني: البيو أخلاقيات العامة لنزع وزرع الأعضاء البشرية	**40**
المطلب الأول: مراعاة مقتضيات النظام العام والآداب العامة	**40**
الفرع الأول: مشروعية محل عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**41**
أولا: التعريف بالعضو البشري	**41**
1.التعريف الفقهي للعضو البشري	**42**
2.التعريف التشريعي للعضو البشري	**45**
ثانيا: نطاق الأعضاء البشرية الصالحة للنزع والزرع	**48**
1. الأعضاء البشرية الصالحة للنزع والزرع	**49**
أ. جواز التبرع بالأعضاء المزدوجة	**50**
ب. جواز التبرع بالأعضاء الأحادية المتجددة والخلايا الجذعية	**50**
2. الأعضاء البشرية غير الصالحة للنزع والزرع	**52**
أ. الأعضاء البشرية الحيوية	**52**
ب. الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية	**54**
ت. الأعضاء التي تعيق التشريح الطبي الشرعي	**57**
الفرع الثاني: مشروعية سبب عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**58**
أولا: نزع وزرع الأعضاء البشرية تحقيقا لأغراض علاجية أو تشخيصية	**58**
ثانيا: عدم اقتران عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بمقابل مادي	**65**
المطلب الثاني: استيفاء المتطلبات الطبية والإدارية	**81**
الفرع الأول: الالتزام بضمان سلامة المتبرع والمتلقي للعضو البشري	**81**
أولا: المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمتلقي	**81**
ثانيا: توافق أنسجة المتبرع والمتلقي وحفظ العضو المنقول	**85**

الفرع الثاني: ضبط الهياكل والهيئات المتدخلة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**89**
أولا: انشاء هيئات للرقابة والاشراف الإداري على عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**89**
1. الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء	**89**
2. لجنة الخبراء الخاصة بنزع وزرع الأعضاء البشرية	**91**
ثانيا: الترخيص القانوني للهيئات المكلفة بنزع وزرع الأعضاء البشرية	**94**
1. المستشفيات الحاضنة لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية	**94**
2. الأطباء المنفذين لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية	**100**
ملخص الفصل الأول	**104**
الفصل الثاني: البيو أخلاقيات الطبية الخاصة لنزع وزرع الأعضاء البشرية	**106**
المبحث الأول: بيو أخلاقيات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	**107**
المطلب الأول: التشديد على احترام الإرادة الشخصية للمتبرع	**107**
الفرع الأول: ضمان الحصول على الموافقة المستنيرة للمتبرع	**108**
أولا: تكريس الالتزام بإعلام المتبرع	**109**
ثانيا: إضفاء الطابع الرسمي على موافقة المتبرع	**115**
الفرع الثاني: الحرص على ضمان حرية إرادة المتبرع	**119**
أولا: كمال أهلية المتبرع وسلامة إرادته من العيوب:	**119**
1. القيمة القانونية للموافقة الصادرة عن القاصر وعديمي الأهلية.	**120**
2. سلامة إرادة المتبرع من عيوب الرضا	**125**
ثانيا: تمكين المتبرع من سحب موافقته على التبرع	**127**
المطلب الثاني: ضرورة الحصول على موافقة المتلقي للعضو البشري	**131**
الفرع الأول: الالتزام بإعلام المتلقي والحصول على موافقته الحرة	**132**
أولا: حدود الالتزام الطبي بإعلام المتلقي للعضو البشري	**133**

ثانيا: حرية موافقة المتلقي للعضو البشري على عملية الزرع	**137**
الفرع الثاني: عدم اشتراط كمال أهلية المتلقي للعضو البشري	**139**
أولا: انتقال سلطة الموافقة على الزرع إلى الممثل القانوني للمتلقي	**140**
ثانيا: حالة الاستعجال والاستغناء عن الحصول على الموافقة على الزرع	**142**
المبحث الثاني: بيو أخلاقيات نزع الأعضاء البشرية من الموتى وزرعها في الأحياء	**145**
المطلب الأول: الاثبات الطبي والشرعي لوفاة المتبرع المحتمل	**145**
الفرع الأول: المعالجة القانونية للحظة الوفاة	**146**
أولا: تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية	**147**
ثانيا: تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية	**155**
الفرع الثاني: المعايير الطبية لتحديد لحظة الوفاة	**157**
أولا: معيار الموت الإكلينيكي: معيار تقليدي	**158**
ثانيا: نحو معيار حديث للحظة الوفاة: الموت الدماغي	**162**
المطلب الثاني: ضرورة الحصول على الموافقة على نزع الأعضاء من الجثث	**168**
الفرع الأول: الموافقة المسبقة للشخص على التبرع بأعضائه بعد الوفاة	**168**
أولا: حرية التعبير عن الموافقة الصريحة على التبرع بالأعضاء بعد الموت	**169**
1. الوصية بالأعضاء البشرية	**169**
2. بطاقات التبرع بالأعضاء	**172**
ثانيا: السجل الوطني للرفض: والتأسيس لنظام الموافقة المفترضة	**174**
الفرع الثاني: انتقال الحق في الموافقة على نزع الأعضاء من الجثة إلى الغير	**183**
أولا: انتقال حق الموافقة على نزع الأعضاء من الجثة إلى أسرة المتوفى	**183**
1. الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفى	**184**
2. الموافقة الضمنية لأفراد أسرة المتوفى	**190**
ثانيا، تجاوز شرط الموافقة والاستئصال القصري للأعضاء	**192**

1. تأميم الدولة لجثث الموتى	**192**
2. حالة الاستعجال ونزع الأعضاء دون موافقة	**195**
ملخص الفصل الثاني	**197**
الباب الثاني: نظام المسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**199**
الفصل الأول: قيام المسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**200**
المبحث الأول: خصائص المسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**201**
المطلب الأول: التأصيل القانوني للمسؤولية المدنية للأطباء في عمليات نزع وزرع الأعضاء	**202**
الفرع الأول: الطابع التقصيري للمسؤولية المدنية للأطباء عن نزع وزرع الأعضاء: أصل عام	**203**
أولا: المركز اللائحي للطبيب في المؤسسات الاستشفائية العمومية: انتفاء العقد الطبي	**203**
ثانيا: اقتران الخطأ الطبي الصادر عن الطبيب بخطأ جنائي	**208**
الفرع الثاني: الطابع العقدي للمسؤولية المدنية للأطباء: استثناء ضيق ومحدود	**210**
أولا: قيام عقد الاشتراط الطبي لمصلحة الغير	**210**
ثانيا: تضرر المتبرع أو المتلقي من إخلال الطبيب بعقد الاشتراط الطبي لمصلحة الغير	**212**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**213**
الفرع الأول: ضيق مجال الالتزام ببذل عناية في عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية	**214**

أولا: تعريف الالتزام الطبي ببذل عناية	**214**
ثانيا: مظاهر الالتزام الطبي ببذل عناية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**220**
الفرع الثاني: اتساع مجال الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**222**
أولا: تعريف الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**223**
ثانيا: مظاهر الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية	**225**
1. الالتزام بالإعلام المسبق للمتبرع والمريض	**225**
2. الالتزام بالحصول على موافقة المتبرع والمريض	**226**
3. الالتزام بإجراء الفحوصات والتحاليل الطبية	**226**
4. الالتزام بالاستعمال الآمن للأجهزة والأدوات الطبية	**227**
5. الالتزام باستئصال وزرع العضو المقصود	**228**
المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للأطباء في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية	**229**
المطلب الأول: الخطأ الطبي في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية	**230**
الفرع الأول: صور الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**230**
أولا: الأخطاء الناجمة عن مخالفة الأخلاقيات الطبية	**231**
1. الإخلال بتنفيذ الالتزام بالإعلام الطبي	**231**
2. عدم الحصول على موافقة المتبرع والمتلقي للعضو	**232**
3. تخلف الغرض العلاجي أو التشخيصي	**234**
ثانيا: الأخطاء الناجمة عن مخالفة الأصول الفنية	**235**
1. الإخلال بالقيام بالفحوصات الطبية	**235**

2. سوء تنفيذ عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية	**236**
3. عدم التأكد من وفاة المتبرع المحتمل	**237**
الفرع الثاني: إثبات الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**238**
أولا: عبء إثبات الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**238**
1. إثبات المريض للخطأ الطبي	**239**
2. التوجه نحو إعفاء المريض من إثبات الخطأ	**240**
أ. فكرة إحتمالية الخطأ	**241**
ب.التوسع في الالتزام الطبي بتحقيق نتيجة	**242**
ت.المسؤولية بدون خطأ	**244**
ثانيا: وسائل إثبات الأخطاء الطبية الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**245**
1. استقلالية القاضي في تقدير الأخطاء المتعلقة بمخالفة الأخلاقيات الطبية	**246**
2. الخبرة الطبية: وسيلة لإثبات الأخطاء ذات الطبيعة الفنية	**248**
المطلب الثاني: الضرر الطبي الناجم عن نزع وزرع الأعضاء وعلاقة السببية	**249**
الفرع الأول: الضرر الطبي الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**250**
أولا: صور الضرر الطبي الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**250**
1. الأضرار المادية	**251**
أ. الأضرار الجسمانية	**251**
ب.الأضرار المالية	**252**
2. الأضرار المعنوية	**253**
ثانيا: شروط الضرر الطبي المستحق للتعويض	**254**
1. الاخلال بحق ثابت أو مصلحة مالية للمضرور	**254**
2. تحقق الضرر الناجم عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**255**
3. ضرر مباشر وشخصي	**257**

الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ في نزع وزرع الأعضاء والضرر الطبي	**258**
أولا: اثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر	**259**
1. نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب	**260**
2. نظرية السبب المنتج أو الفعال	**262**
3. نظرية السبب المباشر	**264**
ثانيا: قيام السبب الأجنبي وانتفاء علاقة السببية	**265**
1. القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ	**266**
2. خطأ المضرور	**267**
3. خطأ الغير	**278**
ملخص الفصل الأول	**270**
الفصل الثاني: جبر الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء: من فردية إلى جميعة التعويض	**271**
المبحث الأول: التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية وفقا للقواعد التقليدية	**272**
المطلب الأول: دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء	**272**
الفرع الأول: أطراف دعوى التعويض	**273**
أولا: المدعي (المضرور)	**273**
ثانيا: المدعى عليه (المسؤول عن الضرر)	**275**
الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في دعوى المسؤولية الطبية عن نزع وزرع الأعضاء	**276**
أولا: الاختصاص النوعي في دعوى المسؤولية الطبية عن نزع وزرع الأعضاء	**277**
1. اختصاص القضاء الإداري	**277**
2. اختصاص القضاء العادي	**279**

ثانيا: الاختصاص الإقليمي في دعوى المسؤولية الطبية عن نزع وزرع الأعضاء	**280**
المطلب الثاني: تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء	**281**
الفرع الأول: طرق التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**282**
أولا: التعويض العيني	**282**
ثانيا: التعويض بمقابل	**283**
الفرع الثاني: سلطة المحكمة في تقدير التعويض	**284**
أولا: أسس التقدير القضائي للتعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء	**285**
1. مراعاة ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب	**288**
2. مراعاة الظروف الملابسة وحسن نية المضرور	**289**
ثانيا: رقابة المحكمة العليا على التقدير القضائي للتعويض	**290**
المبحث الثاني: جميعة التعويض عن الأضرار الناجمة عن نزع وزرع الأعضاء البشرية	**293**
المطلب الأول: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء	**293**
الفرع الأول: مفهوم عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء	**294**
أولا: تعريف عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء	**295**
ثانيا: خصائص عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء	**298**
1. عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد مهني	**298**
2. عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد الزامي	**299**
3. عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد احتمالي	**301**
4. عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عقد لصالح الطبيب المؤمن له	**301**

5. عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء يغطي وجهي المسؤولية المدنية	**302**
6. عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء أداة مباشرة للتعويض	**303**
الفرع الثاني: أحكام التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء	**303**
أولا: حدود الخطر المؤمن ضده في المسؤولية المدنية للأطباء	**304**
ثانيا: طرق استحقاق التعويض في التأمين	**306**
1. استحقاق تعويض التأمين عن طريق التسوية الودية	**307**
2. استحقاق تعويض التأمين عن طريق التسوية القضائية	**309**
المطلب الثاني: تكفل الدولة بتعويض الأضرار في حالة انعدام المسؤول	**310**
الفرع الأول: التعويض من خلال صندوق التضامن الوطني الفرنسي	**310**
أولا: شروط الحصول على التعويض	**311**
ثانيا: إجراءات الحصول على التعويض	**312**
الفرع الثاني: تعويض الأضرار الجسدية وفقا للمادة 140 مكرر 1 من ق. م. ج	**314**
أولا: انعدام المسؤول عن الضرر الجسماني وانتفاء خطأ المضرور	**315**
ثانيا: تلقائية وجزافية التعويض عن الأضرار الجسمانية	**316**
ملخص الفصل الثاني	**318**
الخاتمة	**320**
الملاحق	**330**
قائمة المصادر والمراجع	**341**
فهرس الموضوعات	**376**

الملخص:

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية واحدة من أهم وأخطر التدخلات الطبية الجراحية الحديثة الواردة على جسم الإنسان أو جثته، إذ تساهم في إعادة الأمل لآلاف المرضى الذين أنهكم المرض، وعجز الطب التقليدي في الوصول إلى حل علاجي يضمن شفاء هؤلاء، واستمرار أعضائهم في ممارسة وظائفها الحيوية.

تعالج هذه الأطروحة إشكالية تعويض الأضرار التي تصيب المتبرع بالعضو البشري أو المريض المتلقي له، باعتبارهما طرفين ضعيفين في عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، من خلال البحث عن مدى كفاية البيو أخلاقيات الطبية التي تخضع لها هذه العمليات في توفير حماية قانونية كافية لطرفي العملية، سواء عند نزع العضو من جسم المتبرع أو عند زرعه في جسم المتلقي، مواجهة وجبر الأضرار التي تلحق بهما.

الكلمات المفتاحية: الأعضاء البشرية، المسؤولية المدنية –الطبيب – الضرر–التعويض

Abstract:

Human organ removal and transplantation operations constitute one of the most important and riskiest modern surgical procedures affecting the human body or its corpse. They contribute to restoring hope to thousands of patients whose illness has exhausted all options and for whom traditional medicine has not found a solution to guarantee recovery, allowing their organs to continue performing their vital functions.

This thesis addresses the problem of compensation for injuries suffered by the human organ donor or the recipient patient, as vulnerable parties in removal and transplantation operations, seeking to determine the extent to which the medical bioethics governing these operations offers sufficient legal protection to both parties, both during the removal of the donor's organ and its transplantation into the recipient's body, and how to address the injuries they suffer.

Keywords: human organs, civil liability, doctor, Damage, compensation.