جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق و العلوم الإنسانية

قسم الحقوق

الموضوع :

المسؤولية المدنية للطبيب عن نقل و زراعة الأعضاء البشرية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر تخصص عقود و مسؤولية

من إعداد الطالبة :

✓ بن عروس فائزة

إشراف الأستاذة :

✓ عكاكة فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة :

أ.د الأستاذ : النحوي سليمان	**رئيسا**
د. الأستاذة : عكاكة فاطمة الزهراء	**مشرفا و مقررا**
د. الأستاذ : يخلف عبد القادر	**عضو مناقشا**

السنة الدراسية : 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير

اللهم إني أسألك إيمانا دائما، وقلبا خاشعا، وعلما نافعا، ويقينا صادقا

ودينا قيما، وأسألك دوام العافية وأسألك تمام العافية، وأسألك الشكر على العافية، وأسألك الغنى عن الناس يا رب العالمين

نشكره ونحمده حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه للذين خلقنا وشق سمعنا وبصرنا صلى الله عليه وسلم وبارك على سيدنا محمد و آله وأصحابه أجمعين.

نتوجه بالثناء العطر والشكر الجزيل والعرفان بالجميل إلى الأستاذة المحترمة السيدة: **عكاكة فاطمة الزهراء**
على كل ما قدمته من توجيهات قيمة وملاحظات من أجل إثراء هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر والإمتنان للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الموقرة .

إهداء

الحمد لله الذي وفقني في إنجاز هذا العمل المتواضع

والذي أهديه:

إلى الوالدين أمي وأبي اللذان لم يفارقنا حبهما أبداً،

رحمهما الله و أفسح لهما في قبرهما مدّ بصرهما،

وافرش قبرهما من فراش الجنّة، اللهم ارحمها ولا

تطفئ نور قبرهما.

دون أن أنسى زوجي و أولادي

إلى كل الأهل والأصدقاء

وإلى كل من مهدوا لنا الطريق و أخص الأساتذة

المقدمة :

يشهد العصر الحديث تطورا ملحوظا في مجال العلوم الطبية التي صاحبت التقدم العلمي المذهل وقد كرس العلماء والأطباء كل جهودهم في البحث والكشف عن كل ما هو علاج وشفاء من الأوبئة وأمراض عديدة كانت ولا تزال تفتك البشرية و لا شك أن زيادة المكتشفات العلمية في الآونة الأخيرة وذلك من خلال التطورات الهائلة التي وصل اليها العلم هو الأمر الذي ساعد الأطباء بشكل كبير على زياده المهارات واكتساب الخبرات مما انعكس على تطور العلوم الطبية بمختلف فروعها و تخصصاتها فكلما زاد التقدم العلمي وتعددت الأساليب الفنية و تطورت كلما زادت فرصه نجاح الأطباء في الميدان الطبي خاصه في مجال الجراحي الذي لا يمكن حصر اثاره المتعلقة بصحه الأنسان وحياته.

إن الطب حاليا أصبح أكثر فعالية في معالجه الأمراض المزمنة والمستعصية و في ذات الوقت أصبح في غايه الخطورة وتأثيرا نظرا لخروجه على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الأنسان في الحياة وسلامته الجسدية[1].

وتعد عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية نوع من أنواع التداوي التي توصل إليها الطب البشري، و الذي انتشر في مختلف الدول والشعوب سبب ما فتح افاق جديدة لإنقاذ البشرية من الامراض المزمنة التي لا علاج لها، فهذه العمليات لا تكون إلا في حاله وجود مريض مصاب في أحد أعضائه ولا يمكن شفائه باي وسيلة من وسائل العلاج والحل الوحيد لإنقاذه من هو استبدال العضو التالف بعضو السليم ويكون مصدر هذا العضو شخص يتنازل أو يتبرع عن العضو المطلوب وهذا الأخير قد يكون شخصا حيا او ميتا.

لهذا قد عرف الفقه عمليه نقل العضو البشري بانها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزرعه في جسد المتلقي في الحال أو في المآل أما عمليه زرع العضو البشري فعرفها تثبيت العضو السليم و جسد المتلقي بعد استئصال العضو المريض أو التالف لكي يقوم الأول مقام الثاني في اداء وظائف[2].

و يعد موضوع نقل وزراعة الاعضاء البشرية ليس جديد على البشرية بل هو قديم قدم الانسان فقد اثبتت الدراسات ان قدماء المصريين عرفوا عمليات زرع الاسنان تم نقلها عنهم فيما بعد اليونان والرومان ثم اشتهر بها الاطباء المسلمون القرني العاشرة 10 للميلاد كما عرف الهنود القدماء عمليات زرع الجلد و اصلاح الانف المتآكلة والاذن المقطوعة وذلك 2700 سنه قبل الميلاد.[3]

أما بالنسبة لأوروبا فقد تعاملت مع هذه العمليات مع الكثير من المفاهيم الخاطئة التي جعلتها تستغل هذه العمليات لمصلحه الساده على حساب العبيد حيث كان العبيد يستعملون كقطع غيار لأسيادهم البيض.

---

[1] يقصد بالجسم السلامة الجسدية مصلحة المجتمع والفرد التي يقرها المشرع ويحميها في شهر وظائف الحياه في الجسم على النحو الطبيعي، وفي ان يحتفظ بتكامله، وان يتحرر من الالام البدنية منذ الفضل اغنيه الطبية دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2012 ص 173.

[2] محمد حماده مرهج الهيتي التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان2004 ص17

[3] سامه السيد احمد عبد السميع نقل وزراعه الاعضاء البشرية بين الخطر والإباحة دراسة فقهيه مقارنه دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر 2006ص 9

بعد تخطي أغلب العمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية مراحل التجارب الطبية ودخلت مرحله العلاج الجراحي العادي مما جعلها تنتشر بشكل كبير في العديد من الدول فبعد ان كانت تنقل جزء من جسم الإنسان إلى جزء أخر من ذات الجسم تطورت إلى إن أصبحت تنقل من إنسان حي إلى أخر ثم من جثه الميت إلى إنسان حي وبعدما كانت تقتصر على نوع معين من الأعضاء كالكلية امتدت لتشمل مختلف الأعضاء.

لكن على الرغم مما وصلت اليه العمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من تطورات إلا انها لا تزال حتى الأن محل أبحاث ودراسات فقهيه باعتبارها أثارت وما زالت تشير العديد من الشكوك حول مدى مشروعيتها خاصه من الناحية الشرعية[1].

كما أنه نظرا لما تنطوي عليه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من قدر كبير من المخاطر فتح الباب أمام القانون لتحديد إطار لهذه العمليات عن طريق وضع ضوابط قانونيه تحكم مارستها.[2]

و ذلك لضمان عدم خروج هذا العمل على الهدف الذي أتيحت لأجله هذه العمليات من جهة ولكي يتسنى معرفه حدود المسؤولية المترتبة عنها من جهة اخرى.

كما كان للتقدم الطبي الهائل في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية و مجال الطب عموما انعكاساته على مسؤوليه الاطباء والجراحين وكما كانت نصوص القوانين الطبية نصت على الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ولم تنص على الجزاءات القانونية الناتجة عن مخالفتها فان هذا الأمر العديد من التساؤلات حول هذه الجزاءات خاصه من جانب القانوني المدني وهذا ما دفعني إلى البحث في المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مستندة في ذلك إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري،[3] مع التطرق لموقف بعض القوانين المقارنة.

و مما سبق ذكره من أهم أهداف اختيار لهذا الموضوع الحساس تسليط الضوء على المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية و ذلك وفقا للمعطيات المتوفرة حاليا منها المتعلقة بالتقنية الطبية من حيث كيفية اجراء هذه العمليات و كذلك الشروط القانونية الواجب توافرها لإباحتها و خصوصية العلاقات القانونية القائمة بين الأطراف في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية و التي تتمثل في :

- العلاقة بين المتنازل عن العضو و الطبيب الجراح الذي سيجري عملية استئصال العضو منه.
- العلاقة بين المتلقي للعضو و الطبيب الجراح الذي يتولى عملية الزرع، لهذا نجد أن الإشكالية كما يشير هذا الموضوع عدة تساؤلات في هذا الخصوص هي :

[1] اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية حول مساله نقل وزرع الاعضاء البشرية بين مؤيد ومعارض لها معنى وان كانت الغلبة للمؤيدين الذين اعتبروا ان اقتطاع الاعضاء من انسان سواء كان حي او ميتا لغرض زرعها في جسم انسان اخر بحاجه اليها تعتبر من الاعمال المشروعة من كانت وفق ضوابط معينه اسند على القران والبنيه الشريعة مبدا الايثار والتكافل الاجتماعي.

[2] نظم المشروع الجزائري عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في المواد 161 الى 168 من القانون 85/ 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحمايه الصحة وترقيتها ج.ر عدد 08 الصادر 17 فبراير 1985 المعدل والمتمم

[3] الامر رقم 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 تضمن القانون المدني ح. ر عدد 78 صادره في 30/ 19/ 1975 المعدل و المتمم

ما هو إطار القانوني الذي يحكم المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية؟

لدراسة هذا الموضوع ارتأينا الإعتماد على المنهج الوصفي و التحليلي الذي يتطلب دراسة أغلب العناصر الواردة في هذا الموضوع سواء بالنسبة لعرض مضمون الإلتزام المفروض على الطبيب الجراح المتضمن احترام ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية، أو بالنسبة لأحكام المسؤولية المدنية للطبيب عن هذه العمليات.

كما اعتمدنا على المنهج المقارن كمنهج مساعد عند التطرق إلى موقف مختلف القوانين الوضعية الأخرى.

بناءا على ما سبق تناول هذا البحث يتطلب منا تحديد التزامات الطبيب باحترام ضوابط عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية كمحل لمساءلة المدنية (الفصل الأول)، ثم دراسة أحكام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التزامات الطبيب باحترام ضوابط نقل و زرع الأعضاء كمحل للمسائلة المدنية

الفصل الأول : التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية كمحل لمسائلته المدنية

من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع هي السلامة الجسدية فلا يمكن ان نحافظ على تقدم وازدهار المجتمع إلا بإحاطة هذا الحق بالحماية اللازمة لماذا يعتبر عدم جواز المماس بجسم الإنسان من المبادئ الإنسانية التي تضحى بها التشريعات في جميع دول العالم ولما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من بين الأعمال الطبية الخطيرة التي من شأنها المماس بالكيان الإنساني أثارت هذه العمليات نقاشا كبير بين فقهاء القانون حول مدى مشروعيتها[1].

وعلى الرغم من التطورات التي عرفها مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أنها من أهم الإنجازات العلمية التي حققها البشرية في المجال الطبي والتي لا ينكر فضلها على البشرية جميع إلا أن ذلك لا يمنع إمكانيه مساءلة الأطباء عن الأخطاء التي يرتكبها جراء ممارستهم لهذه العمليات وذلك نظرا للخطورة التي تنطوي عليه هذه الأخيرة التي يمكن أن تكون سببا في عدم مبادرة الأطباء لإجرائها خوفا من المسائلة القانونية و حتى لا يتم التعسف في مساءلة الطبيب في ميدان نقل وزرع الاعضاء البشرية وضعت أغلب القوانين الوضعية أساسا تنبني عليه مسؤولية الطبيب في هذا المجال وذلك عن طريق تنظيم هذه العمليات بتقييدها بشروط تحدد مهام صلاحيات الطبيب بصدد ممارستها حيث ترتبط مساءلة الطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بمدى التزامه بالضوابط القانونية لإباحة هذه العمليات وذلك سواء تعلقت هذه الضوابط بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الأحياء (المبحث الاول) او من جثث الموتى (المبحث الثاني).

المبحث الأول :التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

من أعظم العمليات الإنسانية هي تبرع شخص حي بأحد أعضاء جسمه السليم إلى شخص اخر مريض بحاجه إليه وهذا العمل يتطلب شجاعة والتشريعات أجمعت على جواز عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

على الرغم من الأهمية البالغة لهذه العمليات في المجال الطبي إلا أنها لا تخلو من الخطورة التي تمس بصحه الإنسان وسلامة جسدية ولهذا الأمر سارعت التشريعات الحديثة المنظمة لهذه العمليات إلى العمل على وضع ضوابط تقيد بها الطبيب الجراح عند اجراء هذه العمليات.

ومن هذه الضوابط ما تتعلق بالنظام العام (المطلب الأول) ومنها ما تتعلق برضا الأطراف المعنية بالعملية (المطلب الثاني) ومنها ما يتعلق بالأعمال الطبية (المطلب الثالث.)

[1] غمراسي هجيرة، التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري مذكره لنيل شهادة الماجستير حقوق تخصص عقود ومسؤوليته جامعه امحمد بوقره بومرداس 205 ص 116

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بالنظام العام

من أخطر النشاطات الطبية الجراحية هو مجال نقل وزرع الأعضاء البشري لما له مماس بالمعتقدات الدينية و الأسس الأخلاقية لكل مجتمع من مجتمعات العالم المعاصر، الأمر الذي جعل التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تلجأ إلى تقييد هذه العمليات بشروط تضمن توافقها مع النظام العام والآداب العامة وتتمثل هذه الشروط في أن يكون محل التنازل مشروعا الفرع الأول أن يكون غرض التنازل علاجيا (الفرع الثاني) أن يكون التنازل بدون مقابل (الفرع الثالث).

الفرع الأول : أن يكون محل التنازل مشروعا

إن محل عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية هو الأعضاء البشرية لكن ليس جميع الأعضاء البشرية صالحة لن تكون محلا وموضوعا لعمليات النقل و الزرع ، و يكون المحل مشروعا اذا كان العضو المتبرع به من الاعضاء الجائز التبرع بها، وتحديد هذه الأعضاء يستدعي تعريف العضو البشري (أولا) والتميز بين الأعضاء التي يجوز أن تكون محل عمليات النقل والزرع والأعضاء التي لا يجوز أن تكون كذلك (ثانيا).

<u>أولا</u> : تعريف العضو البشري :

لتحديد التعريف الدقيق لابد من التطرق إلى التعريف من الناحية اللغوية و الطبية و كذلك من الناحية الاصطلاحية.

1- تعريف اللغوي للعضو البشري :

يعرف العضو البشري لغة بانه "كل عظم وافر بلحمه"[1].

من هذا التعريف العضو البشري هو عظم يغطيه اللحم حتى يعتبره عضو فقد انتقد هذا التعريف من طرف بعض الفقهاء بحجه ان كثير من الاعضاء الجسم ليس فيها عظم، ومع ذلك تعتبر اعضاء القلب والكبد كما ان الكثير من الاعضاء لا يكسوها اللحم لكنها تعتبر من الاعضاء[2].

2- تعريف العضو البشري من الناحية الطبية :

تعريف العضو البشري من الناحية الطبية بأنه "عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة الكبد والكلية والدماغ .." [3].

عرفه كذلك بانه "مجموعة من الخلايا المتشابكة والمختلفة والتي تجمعت معا لأداء وظيفه محددة و لا ينصرف لفظ العضو إلى العضو نفسه كالقلب، الكلية، الرئة، البنكرياس و غيرها، إنما ينصرف كذلك إلى المواد التي يفرزها كالإنزيمات، الهرمونات و الجينات التي تؤدي مجموعة من الوظائف".[4]

---

[1] ابن منظور لسان العرب المجلد 4 ح 36 ط١ دار المعارف القاهرة ص 3993 ابي عبد الرحمن الخليل احمد الفراهيدي كتاب العين ج2 سلسله المعاجم و الفهارس 170هـ ، ص 193

[2] حسني عوده زعال التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ط١ دار الثقافة والتوزيع عمال 2001 ص 50

[3] هيثم حامد المصاورة نقل الاعضاء البشرية في الحظر و الاباحة دراسة مقارنه المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2003ص 11

[4] هيثم حامد المحاورة نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجتمعية اسكندرية مصر 1003 ص11

كما تم تعريف العضو البشري أيضا بأنه "خليط من المركبات العضوية كالخلايا و الألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق و عمله كالنسيج الضام العضلي و العصبي"[1]

3- التعريف الاصطلاحي للعضو البشري :

نظرا لعدم وجود تعريفات لغوية للعضو البشري، برزت الحاجة إلى إيجاد تعريف اصطلاحي يتمحور حول التعريف الفقهي و القانوني للعضو البشري.

أ- التعريف الفقهي للعضو البشري :

عرفه مجمع الفقه الإسلامي العضو بأنه :"أي جزء من الإنسان من أنسجة و خلايا و دماء و نحوها سواء كان متصلا به أم منفصلا عنه"[2]

من خلال هذا التعريف نفهم أن الدم هو عضو بشري و يدل على أن عمليات نقل الدم تعتبر من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، و بالتالي تخضع لنفس القانون الذي ينظم هذه العمليات.

هذا الرأي تعرض هو الأخر للإنتقادات، حيث يرى البعض عدم صواب إطلاق لفظ العضو على الدم و استدلوا في ذلك على مضمون التعريف اللغوي للعضو البشري الدي يعتبر العضو عظما يغطيه اللحم، و بالتالي فإن الدم ليس بعضو[3] و كذلك استندوا إلى التعريف الطبي للعضو البشري الذي لا يعتبر الدم عضوا بشريا و ذلك أن الدم بعد نسيجا بحد ذاته، بينما العضو يتكون من عدد من الأنسجة، و إضافة إلى ذلك العضو له شكل معين كالعين أما الدم فهو سائل[4].

وانتقد هذا تعريف على أساس أنه يجعل الكثير من أجزاء الجسم ينطبق عليها وصف أعضاء بشرية وبالتالي يدرجها في نطاق عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية على الرغم من عدم قابليتها للنقل أما من الناحية القانونية أو الشرعية كالأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة أو الأعضاء التي يترتب على نقلها اختلاف الأنساب.[5]

لإيجاد تعريف شامل و واضح للعضو البشري لجأ الفقه إلى الاعتماد على التعريف الذي جاء به مجمع الفقه الاسلامي مع إضافة بعض التعديلات حيث جاء تعريفهم للعضو البشري كما يلي أي جزء من الإنسان من أنسجه وخلايا ودماء سواء كان منفصلا به أم منفصلا عنه قابلا للنقل حسب ما تحدده القوانين والأعراف، وتسمح به الشريعة الإسلامية ولا تتوقف عليه الحياة ولا يؤدي نقله إلى تعريضها للخطر أو تعريض وظائف الجسم لأضرار جسيمه تؤثر على حياه الفرد الطبيعة أو أدائه لوظيفته الإجتماعية.[6]

ب- تعريف القانوني للعضو البشري :

لجات بعض التشريعات الوضعية الى تعريف العضو البشري منها كالقانون الأردني الإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنه 1977 عرفته المادة 2 منه بانه :" أي عضو من

[1] سمير عابد الديات "المرجع السابق ص10".
[2] حسني عودة زعال المرجع السابق ص10.
[3] منذر الفضل المرجع السابق ص51.
[4] حسني عودة زعال المرجع السابق ص ص50-51
[5] محمد حماد مرهج المرجع السابق صفحة 22
[6] المرجع صفحة 23

أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه"[1] أما المشروع الجزائري لم يعرف العضو البشري فعند تفحص لقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب.[2]

لا نجد أي نص يعرف العضو البشري وهذا لا يعني أنه ترك المجال مفتوحا لإستئصال وهذا ما نستنتجه من نص المادة 162 من ق. ج. ص. ت التي تنص على أنه "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من اشخاص احياء الا اذا لم تعرض حياه المتبرع للخطر .من هذا النص يتضح ان المشروع الجزائري قيد حريه المتبرع في التنازل عن اعضائه بضرورة ان لا يشكل خطر على حياته، اي انه حصر الاعضاء الجائز التبرع بها.

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

تختلف وتتنوع الاعضاء المكونة للجسم البشري فهناك اعضاء بشريه يجوز ان تكون محل عمليات النقل والزرع ومنها لا يجوز ذلك.

1- الأعضاء البشرية التي يجوز نقلها :

يتوقف تحديد الاعضاء التي يجوز نقلها على ما اذا كانت هذه الاعضاء لا يتوقف عليها استمرار الحياه، وتتمثل هذه الاعضاء عموما في الاعضاء المزدوجة، والاعضاء المتجددة.

أ- الأعضاء المزدوجة :

هي الأعضاء التي لا يؤدي فصل احداها إلى انتهاء الحياة بسبب وجود بديل لها يقوم بوظيفتها ومن بين هذه الأعضاء الكليتين، العينين[3]، كما يشترط لإباحة استئصال احدى هذه الأعضاء المزدوجة إضافة إلى تناسب المخاطر يتعرض لها المتنازل مع المزايا التي تعود على المتنازل له، أن يكون العضو المتبقي قادر على أداء الوظيفة البيولوجية للعضو المستأصل، أما في حالة كون العضو المتبقي غير قادر على أداء الوظيفة فإن الإستئصال غير مشروع[4].

ب- الأعضاء المتجددة :

يقصد بها الأعضاء التي لها قابلية على التجدد بصورة تلقائية ثم إذا تم فصل جزء منها، أما إذا تم فصلها نهائيا فلا يمكن أن تتجدد، ومثال ذلك الرئة فإذا فصل جزء منها اي احد فصوص الرئة فباقي الفصوص الاخرى تتوسع بحيث تستوعب مكان الجزء الذي تم فصله[5].

2- الأعضاء التي لا يجوز نقلها :

هناك من الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها ويعود ذلك لسبب تأثيرها على حياة المتنازل والتي تتمثل في الأعضاء المنفردة وأما بسبب نقلها يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

أ- الأعضاء المنفردة :

وهي الأعضاء التي لا يوجد بديل في جسم الإنسان ليقوم بوظيفتها ويؤدي نقلها إلى وفاة صاحبها مثل القلب والأمعاء.[6]

---

[1] هيثم حامد المصاورة مرجع سابق صفحه 15

[2] مرسوم تنفيذي رقم 92-276مؤرخ 06_ 07 _1992 تتضمن مدونه اخلاقيات جريدة رسميه عدد 52 صادره في 8 يوليو 1992

[3] نسرين عبد الحميد نبيه،نقل وبيع الاعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية دار الوفاء لدنيا للطباعة والنشر اداريه(. مصر) 2008 صفحه 62.

[4] غمراسي هجيرة المرجع السابق صفحه 62

[5] حسني عوده زعال المرجع السابق صفحه 55

[6] نسرين عبد الحميد نبيه المرجع السابق صفحه 60

ب- الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية :

هناك بعض التشريعات التي منعت نقل و زرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية صراحة[1]، كالقانون الأردني رقم 203 لعام 1977 المادة الثامنة.

القانون التونسي عدد 22 لعام 1991 في فصله الخامس الذي حظر العملية، أما المشروع الجزائري فلم يتعرض لمسالة نقل و زرع الأعضاء التناسلية في قانون حماية الصحة وترقيتها.

لكن بالرجوع إلى المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري[2] نجد أنها تعاقب على جريمة الحصاء، بحيث جرمت اقتطاع الخصيتين والمبيضين لما يترتب على ذلك من اثار الضحية من قطع النسل وقد يؤدي إلى الوفاة من اثار على الضحية من قطع النسل وقد يؤدي إلى الوفاة إذا تمت في شكل عدواني بغرض الأضرار بالضحية ويلاحظ من هذا النص فقط بالنسبة لإقتطاع من الأعضاء الحية ولا يمكن تطبيقه على حاله الجثث ومنه نجد أن هنا فراغ تشريعي ومنه تستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للقانون في هذا الخصوص نجد قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة بجده في 30/20 / 1990 الذي اعتبر زرع الغدد التناسلية المتمثلة في الخصية والمبيض بحكم أنهما ستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد فإن زرعها محرم شرعا، أما بالنسبة لزرع الأعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبنية في القرار رقم 1 الدورة الرابعة لهذا المجمع[3].

ونستنتج من هذا القرار أن عملية نقل أو زرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية غير جائز شرعا وبالتالي لا يجوز للطبيب الجراح نقل أو زرع هذه الأعضاء حتى لو كانت هذه الأعضاء من الأعضاء المزدوجة أو المتجددة.

الفرع الثاني : أن يكون غرض التنازل علاجيا

إن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من أعظم الإنجازات الطبية و ذلك لاعتبارها تشكل فائدة عظيمة للإنسانية في صحة و حياة الفرد و ذلك عن طريق تحقيق مصلحة علاجية للمتلقي (أولا) و كما تهدف إلى أبعد من ذلك بما تحققه من مصالح بالنسبة للمجتمع (ثانيا).

<u>أولا</u> : تحقيق مصلحة علاجية للمتلقي :

يشترط من عملية نقل أو زرع الأعضاء البشرية أن يكون الغرض منها علاجيا يعني أن تكون الغاية منها علاج المريض و تحسين حالته الصحية،[4] و التي يلجأ إليها الطبيب كأخر حل علاجي.

إما إذ لم يكن هناك حالة من حالات الضرورة أو العلاج، فهذه العمليات تعتبر غير مشروعة لأن فيها اعتداء جسم على الحق في سلامة الجسم، و الذي لا يجوز التصرف فيه إلا في حالات استثنائية محددة

---

[1] يقصد بالأعضاء التناسلية الأعضاء التي تساهم في عمليه الإنجاب وهي المبايض الرحم الخصيان والقضيب بالنسبة للرجل وكذلك مني الرجل وبويضات المرآة مامون عبد الكريم رضا المريض عن الأعمال الطبية والجرامية (دراسة مقارنة)دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2009 صفحه 401.

[2] أمر رقم 66-165 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات رقم عدد 49 المادة في 11 جوان 1966 المعدل المتمم.

[3] مشار اليه في مواسي العلجة نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء وجثث الموتى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية الحقوق جامعه مولود معمري تيزي وزو يومي 23 24 جانفي 2008 صفحه 5

[4] مبروك نصر الدين نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية مرجع سابق ص74.

بقصد العلاج، و ذلك لأنه لا مصلحة للمجتمع إذ ما شوه أحد أفراده بدون مبرر تقتضيه المصلحة العامة،[1] و بالتالي عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية لا تطرح نفسها إلا في حالة وجود مريض استعطى مرضه على الطب و أصبحت وسائل العلاج الأخرى لا تنفع معه بحيث يصاب أحد إعطائه مما يستدعي استبدال هذا العضو بعضو أخر سليم.[2]

إن مختلف التشريعات اعتمدت الغرض العلاجي شرطا لتنفيذ عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

حيث نصت المادة الأولى من القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية على ما يلي :"للأطباء الاختصاصيين إجراء عمليات إستئصال الأعضاء من شخص حي أو جثة متوفي و زرعها في جسم شخص أخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته و ذلك وفق الشروط و الإجراءات المنصوص عليها في القانون"[3].

أما المشرع الجزائري فقد تناول هذا الشرط في المادة 355 من (ق،ح،ص،ت) التي تنص على "لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها لأغراض علاجية و تشخيصية" و نستنتج أن المشرع وضع لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية غرضا محددا و هو قصد العلاج.

و نلاحظ أن المادة 355 جاءت قاعدة عامة تخص نقل الأعضاء من الأحياء فقط أما المادة 362 خصت المتوفي.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جاءت في القانون رقم 1181 لسنة 76 في 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء المادة 1 منه أن إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء يجب أن تستهدف تحقيق غرض علاجي.[4]

ففي حالة سماح الفرد استئصال جزء من جسمه لغرض أخر غير العلاج، كبتر أحد أعضائه مثلا لإيجاد عذر للتهرب من الخدمة الوطنية فإن هذا يعد مخالفا للنظام العام من جهة و تحايلا على القانون من جهة أخرى.[5]

ثانيا : تحقيق مصلحة للمجتمع

إن عمليات نقل و زرع تحقق فائدة كبيرة خاصة إذ كان غرضها علاجي و إنقاذ حياة الناس و فائدة كذلك للمجتمع في الإبقاء على حياة أفراده وهنا يكون السؤال ماذا لو كان إجراء العمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ليس بغرض علاجي إنما لغرض التجريب؟

و للإجابة على هذا لسؤال يرى الفقه أن هناك نوعين من التجارب الطبية التجارب العلاجية و التجارب غير العلاجية.

1- التجارب العلاجية :

ما هي التجارب التي تهدف إلى ايجاد علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد فنية والأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج لها.

أقر الفقه بمشروعية هذا النوع من التجارب لأن منبع اجرائها يستتبع ركود العلوم الطبية التالي يقضي على روح الإبتكار لدى الأطباء وهذا من شأنه أن يحرم الإنسانية من علاجات جديدة قد تكون الأمل الأخير لإنقاذ المرضى[1].

---

[1] محمد صبحي محمد نجم المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري 1983 ص203.

[2] راس محمد المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الجزائري المرجع السابق ص219.

[3] مأمون عبد الكريم رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية (دراسة مقارنة) المرجع السابق ص476.

[4] رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ط1 المركز القومي للإصدارات القانونية نصر 2005 ص173.

[5] مأمون عبد الكريم المرجع السابق ص474.

2- التجارب غير العلاجية :

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

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري و بالرجوع الى (ق.ح.ص.ت) نجد المادة 168 منه مكرر تميز بدورها بين هذين النوعين من التجارب "تخضع التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 مكرر 1 اعلاه" و تنص المادة 168 على ما يلي :

"ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية تكليف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عمليه انتزاع الأنسجة و الأعضاء وزرعها و التجريب وكل المناهج العلاجية التي غرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي مع السهر على احترام الانسان وحماية بسلامته البدنية و كرامته، و الاخر بعين الإعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي و القيمة العلمية لمشروع الإختبار والتجريب"

و من نص المادتين نستكشف أن المشرع الجزائري أجاز التجارب العلاجية وهذا استنتج بمفهوم المخالفة من المادة 168 مكرر التي ترك فيها أمر الفصل في التجارب غير العلاجية لرأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المختص في مراقبه كل ما يتعلق بالمناهج العلاجية والتقنيات العلمية والحديثة والتي يدخل ضمنها زراعة الأعضاء والتجارب الطبية بنوعيها.

أما المادة 365 تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق و تطوير نشاطات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و ضمان قانونيتها و أمنها، يحدد مهام هذه الوكالة و تنظيما و سيرها عن طريق التنظيم.

هنا المشرع الجزائري أكد أن لابد من انشاء وكالة وطنية تكلف بتنسيق و تطوير عملية نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و لابد أن يكون في الشكل القانوني.

الفرع الثالث : أن يكون التنازل بدون مقابل

أجمعت اغلب التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون التنازل عن العضو بدون مقابل ويرجع سبب ذلك إلى إعتبار أن حق الإنسان على جسده حق غير مالي يخرج عن دائرة المعاملات المالية والتجارية.[3]

فمن غير المقبول أخلاقيا وشرعا وقانونا التعامل بجسم الإنسان على أنه سلعه من بين السلع التي تدخل في دائرة المعاملات المالية.[4]

و المشرع الجزائري أكد على هذا الشرط في المادة 558 من (ق.ح.ص.ت) لقولها "لا يجوز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة ولا زرعها موضوع معامله مالية".[5]

---

[1] احمد شوقي عمر ابو خطوه القانون الجنائي والطب الحديث دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 90.

[2] المرجع نفسه ص 91.

[3] سمير عايد الديات المرجع السابق ص 143

[4] راس محمد المرجو السابق ص 225

[5] يقابلها المادة 2 من القانون الفرنسي رقم 1181/ 76 والمادة 673 من قانون الصحة العامة الفرنسي ماجد محمد لافي المرجع السابق ص 269

بناء على ذلك يتعين أن يكون الدافع إلى الرضا للتنازل هو التضامن الإنساني التراحم التضحية والإيثار فاذا تبين لطبيب أن رضى المتنازل دافعه هو المقابل المادي فعليه الإمتناع عن إجراء الإستئصال.[1]

والجدير بالذكر أن تعويض المتنازل عن الأضرار التي لحقته جراه استئصال العضو منه في حال حياته لا يتعارض مع شرط التبرع بالأعضاء لأن الهدف من التعويض هو جبر الضرر المتنازل نتيجة عملية النقل، وهذا لا يعد من قبيل الإتجار بالأعضاء.[2]

المطلب الثاني : الضوابط المتعلقة برضا الاطراف المعنية بالعملية

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

الفرع الأول : رضا المتنازل

كل التشريعات المنظمة لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية اتفقت على ضرورة الحصول على رضا المتنازل لإباحة استئصال العضو من وحتى يأخذ بجدية الرضا الصادر من هذا الأخير و ينتج اثاره لابد ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط وهي أن يكون صادر عن ذي أهليه حرا متبصرا وأن يكون مكتوبا.

اولا : اهلية المتنازل

يشترط للإعتداد برضا المتنازل من الناحية القانونية ان يصدر عن شخص كامل الأهلية ويتمتع بالقدرة على الإدراك والتميز.[3] والمشرع الجزائري أكد على هذا الشرط من خلال المادة 163 (ق.ح.ص.ت) التي تنص على أنه "..يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التميز.. "

هنا المشرع الجزائري قد استبعد كل من القصر والراشدين المحرومين من قدره التميز النطاق نقل الأعضاء.

ومن هنا يمكن أن يبادر إلى أذهاننا السؤال عن السن القانونية الواجب توفرها في المتنازل متى يعتبر الإستحصال منه تصرف صحيح؟

وبالنظر إلى أحكام المادة 161[2] /من (ق.ح.ص.ت) [4] التي اعتبرت المتنازل عن العضو البشري متبرعا وبما أن التبرع من التصرفات الواردة في القانون المدني فان السن المطلوبة في المتنازل في مجال نقل وزرع الأعضاء هي نفسها السن المطلوبة للتبرع والمنصوص عليها في القانون المدني[5] وهي 19 سنه كامله طبعا للمادة 40 مئة[6].

---

[1] اسامه السيد احمد عبد السميع المرجع السابق ص 133

[2] ماجد محمد لافي المرجع السابق ص 270.

[3] رأفت صلاح أبو الهيجاء مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون ط١ عالم الكتاب الحديث عمان 2006 ص 68.

[4] تنص المادة 161/ [2] من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة موضوع معاملة مالية"

[5] مبروك نصر الدين نقل وزراء الاعضاء في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية المرجع السابق ص 275

[6] تنص المادة 40 من قانون مدني على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقوه العقلية لم يحجر عليه أن يكون كامل الأهلية مباشره حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر سنة".

و هذا في القانون القديم أما بعد التعديل فقد جاء نص المادة 361 أن المشرع الجزائري لم يحدد من هم الأشخاص الراشدين المحرومين من قدره التميز، لهذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، التي تعتبر أن الشخص يكون راشد وغير متمتع بقواه العقلية إذا ما اعتراه جنون أو سقه أوعدته أو كان ذي غفله.[1]

ومن التشريعات العالمية التي تشترط أهلية المتنازل التشريع الفرنسي الذي لا يعتد بالرضا الصادر من القاصر بينما يعتد بالرضا الصادر من ممثله القانوني وقد نص في القانون رقم 1181 الصادر بتاريخ 1976/12/22 والمرسوم الصادر في 31 مارس 1978 ضمانات معينة لإمكانية استئصال الأعضاء من جسد القاصر من بينها أن يكون الإستئصال من أجل علاج شقيقه أو شقيقته وأن يتم إفراغ هذا الرضا في شكليه معينة[2].

ثانيا : أن يكون رضا المتنازل حرا ومتبصرا

إن أهلية المتنازل وحدها لا تكفي للإعتداد بالرضا الصادر منه بل يتعين أن يكون حرا و مستبصرا و مستنيرا.

1- رضا الحر :

يشترط في الرضا الصادر من المتنازل في نقل وزرع الأعضاء البشرية يكون حرا أي أن يصدر عن شخص يتمتع بملكات عقلية ونفسيه سليمه على تكوين راي صحيح[3].

ومنه لا يمكن أن يكون لرضا الشخص له اي قيمة إذا كان ضحيه غلط أو تدليس أو خداع أو تحت تأثر الخوف أو التهديد فأي شيء يعيب إرادته، فمثلا إذا كان المتنازل من عائلة المريض المتلقي فهنا يكون المتنازل تحت تأثير ضغوطات نفسية وعائلية ويكون مضطرا للموافقة و إصدار موافقته دون رغبته الداخلية.

لهذا يرى بعض الفقهاء إلى ضرورة اخضاع المتنازل للفحص النفسي للتأكد من عدم وجود ضغوطات نفسيه تعيب إرادته عند الحصول على موافقته على الاستئصال[4].

وهذا ما نصب له المشرع في كندا في مقاطعه كيباك في المادة 21 وكذلك المرسوم الاسباني رقم 462 لسنه 1980 [5].

كما تظهر حرية رضا المتنازل في أنه يستطيع أن يتراجع عن رضاه في أي وقت كان دون الخشية من إجباره على تنفيذ الأداء الموعود به غير أنه يجب الإفصاح عن هذا التراجع قبل عمليه زرع العضو في الحالة يصبح جزءا من المتلقي.[6]

وهنا يبادر إلى أذهاننا تساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بالرضا الصادر من المحبوس أو المحكوم عليه بالإعدام باستئصال جزء من جسمه وهل رضاه صحيح؟

المشرع الجزائري أتى على علاج هذا المشكل في المادة 7 من قانون العقوبات التي تنص على أن "الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القانوني.. "

---

[1] المادة 42/1 من القانون المدني الجزائري

[2] احمد شوقي عمر ابو خطوه المرجع السابق 81.

[3] اسامه السيد احمد عبد السميع المرجع السابق ص 129 ابو الهيجاء رافت صلاح مرجع سابق ص 221.

[4] محمد حمادة موهج الهيتي المرجع السابق ص76.

[5] مبروك نصر الدين نقل وزرع الأعضاء القانون المقارن و الشريعة الإسلامية مرجع سابق ص 221.

[6] اسمى قاوة فضيلة الإطار القانوني لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية جامعه مولود معمر تيزي وزو 2011- ص 101.

المشرع الجزائري هنا منع المحكوم عليه أثناء التنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المدنية ومن هو قياسا فالمسجون غير أهل لمباشره بقية التصرفات ولا يستطيع التصرف في عضو من أعضائه.

2- الرضا المتبصر

إن الرضا المتبصر هو إلزام الطبيب بإفادة المريض و أعلام بالحالة و يمكن من خلال إصدار قرار متبصر بشأن الموافقة أو رفض العلاج المقترح.

و هو ضرورة لازمة في العمليات التقليدية و هو أشد لزوما في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية و ذلك لخطورة هذه العمليات و حساسيتها بسبب تعلقها بشخص المتنازل و المتلقي.

لهذا اجتمعت التشريعات التشريعات على ضرورة الحصول على رضا المتنازل متبصرا و لكي يتسنى للمتنازل الرضا بهذه الخاصية يتوجب على الطبيب الجراح قبل إقدامه على العملية أن يشرح للمتنازل كل صغيرة و كبيرة و أن يعلمه بكل المخاطر المرتبطة بعملية الإقتطاع، حيث أن هذا الإعلام يعتبر حقا للمتنازل يسمح له بالموازنة بين الأمور بطريقة شخصية و يجعله يتخذ القرار بشأنه قبول تحمل تلك المخاطر أم لا.[1]

يرى بعض الفقه أن الإلتزام بالتبصير لا يقتصر على المخاطر الطبية فقط بل يمتد إلى جميع المخاطر التي تؤثر على الجوانب الإقتصادية و الإجتماعية كان يبين الطبيب للتنازل مدى قدرته على مزاولة الأعمال الشاقة و ما يترتب على ذلك من أثارعلى قدرته.[2]

وذهبت بعض التشريعات منها التشريع الكوني والتشريع القطري إلى وجوب تبصير المتنازل بالمخاطر مهما كانت طبيعتها ودرجه خطورتها دون الإقتصار فقط على الاخطاء الطبية[3].

والمشرع الجزائري ألزم الطبيب بتبصير المتنازل بالأخطار الطبية المحتملة فقط وهذا واضح 364/[4] لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و 4 أعلاه بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث.

ثالثا : أن يكون الرضا مكتوبا :

نظرا لخطورة التنازل عن الأعضاء اشترطت بعض التشريعات للأخذ بصحه الرضا الصادرمن التنازل على أن يكون مكتوبا في شكل رسمي، ومن بين هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي اشترط في المرسوم رقم 501 الصادر في 3أذار 1978 في المادة 2 منه أن يحصل الرضا الصادر من المتنازل أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المتنازل أو أمام قاضي يعينها رئيس المحكمة.[4]

اما التشجيع الجزائري فقد اشترط أن تتم موافقه المتنازل في شكل كتابي وذلك لحمايه له لما تنطوي عمليه الاستئصال منه من خطورة بالنسبة إليه ولم يكتفي المشرع الجزائري باشتراط الكتابة بالاشتراط كذلك أن يتم بحضور شاهدين وأن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة. [5]

أما القانون الجديد 18-11 في المادة فقد أكدت المادة 360 في الفقرة الخامسة

---

[1] مأمون عبد الكريم رضا المريض من الأعمال الطبية و الجراحية (دراسة مقارنة) مرجع سابق ص584.

[2] رافت صلاح ابو الهيجاء المرجع السابق ص 65

[3] عبد الحميد اسماعيل الانصاري المرجع السابق ص 28

[4] مبروك نصر الدين نقل زرع الاعضاء في القانون المقارن و التشريعة الإسلامية المرجع السابق ص 195

[5] انظر المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها

"يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع و عند الإقتصاء للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة و مستنيرة و أن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في القانون.

الفرع الثاني : رضا المتلقي

إن رضا المريض من الأمور المسلم بها في مجال الأعمال الطبية وهو أولى في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية وذلك نظرا لأهمية هذه العمليات وخطورته وحتى يعتد بهذا الرضا يجب ان تتوافر فيه مجموعه من الشروط و تتمثل في الأهلية (أولا) أن يكون الرضا حرا ومتبصرا (ثانيا) وأن يكون مكتوبا (ثالثا).

أولا : أهلية المتلقي :

إن القاعدة العامة هو أن الرياضة الصحيح يصدرعن شخص يتمتع بالقدرة على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا في موافقه المريض على إجراء عمليه نقل وزرع العضو له المخاطر التي قد تنجز عنها و هذا يتطلب أهلية قانونية.[1]

وهنا يكون التفاؤل في حالة كون المريض غير مكتمل الأهلية هل يعتد برضاه بإجراء عمليه نقل أو زرع العضو له يجب الحصول على رضا ممثله القانوني؟

و للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نميز بين حالتين :

أ- يمكن للقصر التبرع فقط لأخيه أو أخته و في شكل استثنائي لأبن عمته و خالته أو ابن و بنت خالته، عمته و عمه و بشرط موافقة الأبوين أو ممثلهم.

ب- في حالة منح المشرع الجزائري لأحد أفراد أسرته البالغين اعطاء الموافقة كتابيا.

المادة 364/2[2] "و عندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا".[2]

ثانيا : أن يكون رضا المتلقي حرا

ومتبصرا أين نص المادة 44 من م أ ط هو "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر طبي على المريض لموافقة حرة او متبصرة أو لموافقة الأشخاص المحولين منه أو من القانون وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذ المريض في خطر أوغير قادر الإدلاء بموافقة".

و من نص المادة لا يمكن أن يقوم الطبيب الجراح بإخضاع المتلقي لعملية نقل أو زرع العضو دون أخذ موافقته القبلية و لكي يكون رضا المتلقي صحيح يجب أن يكون حرا وأن لا يصدر إلى بعد الإعلام والتبصير.

أ. الرضا الحر :

لا يكون رضا المتلقي مقبولا إلا إذا كان صادرعن إرادة حرة أم مدركة كما يشترط في الرضا الصادر من المتلقي أن يصدرعن اقتناع كامل وبدون أي غلط أو إكراه أو أي عيب يشوب ارادته[3] وفي

[1] احمد أحمد شوقي ابو خطوه المرجع السابق ص 121

[2] مأمون عبد الكريم رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية دراية مقارنة المرجع السابق ص558

[3] راجع المواد 80 الى 88 من القانون المدني الجزائري

هذا الصدد يرى البعض ضرورة رفض فكره الوصاية الطبية و العائلية في مجال زرع الأعضاء البشرية. [1]

ب. الرضاء المتبصر :

إن تبصير المريض في مجال التدخل الجراحي لافت جدلا واسعا و ذهب فيها الفقه إلى ثلاث اتجاهات و هي :

الإتجاه الأول :عدم التزام بتبصير المريض:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الطبيب غير ملزم بتبصير المريض ويطالب بضرورة وضع المريض تحتوي وصاية الطبيب بسبب أن المريض غالبا ما يكون جاهلا للمسائل الطبية والاساليب العلمية المؤدية إلى هذا التدخل فهو ليس بإمكانه تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يتعلق بصحته وحياته و بالتالي من المستحسن عدم إعلامه بكل المخاطر التي قد يتعرض لها كما أن ذلك من شأنه التأثير سلبا على حاله المريض النفسية و المعنوية.[2]

الإتجاه الثاني : ضرورة الالتزام بتفسير المريض :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن جهل المريض للأساليب الطبية والعلمية العلاجية لا يبرر حرمانه من حقه في العلم والتبصير[3] فيجب على الطبيب أن يقوم بتبصير المريض بطبيعة و نوع التدخل الجراحي و مخاطره، وإن لم يقم بذلك فهذا يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية[4] وقد أخذ بهذا الإتجاه العديد من التشريعات منها المشرع الجزائري في المادة 166 م (ق.ح.ص.ت) التي تنص على "..لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجزعن ذلك.." و منه فإن المشرع الجزائري لا يأخذ بالرضا الصادر عن المتلقي إلا إذا كان عالما بالأخطار الطبية حتى يكون رضا على بينة وهو مدرك إلى كل الأخطار و المادة 36 في فقرتها الرابعة لا يمكن القيام بنزع الأعضاء و الخلايا من شخص قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع.

الإتجاه الثالث : التبصير في حدود

هو اتجاه وسط بين الإتجاهين السابقين حيث يرى أن الأصل التزام الطبيب بتبصير المريض بالعمل الطبي ومخاطرة ولكن لهذا التبصير حدود ذلك انه أحيانا الحقيقة قد تضر المريض أكثر مما تنفعه فكون لها نتائج سلبية على حالته الصحية وهذا نظر لما اثبته الطب من التماسك الكبير ما بين الحالة النفسية للمريض والحالة الجسدية،[5] لهذا يسمح للطبيب بإخفاء بعض الحقائق إذ كان ذلك في مصلحه المريض شرط عدم استعمال وسائل احتيالية.

<u>ثالثا :</u> ان يكون الرضا مكتوبا :.

فقد تعرض المشرع الجزائري في الفقرة 05 من المادة 360 "يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع و عند الإقتضاء للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يتأكد مسبقا بين أن الموافقة حرة و مستنيرة و أن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون"

---

[1] مواسي العلجه المرجع السابق ص 11
[2] احمد شوقي عمر ابو خطوة المرجع السابق ص 110
[3] سميره عايد الدياب المرجع السابق ص 124
[4] رافت صلاح ابو الهيجاء المرجع السابق ص 76
[5] المرجع السابق ص 79

اشترط المشرع الجزائري أن يكون الكتابة في التعبير عن الرضا أمام المحكمة المختصة إقليميا على أن تقوم لجنة من الخبراء في مرحلة ثانية من التأكد من هذه الموافقة

و كذا انتقدت هذه الفكرة لما لها من أضرار في عدة جوانب أصلها تأخير عملية النقل خاصة إذا كانت استعجالية.

المطلب الثالث : الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية

الشروط الطبية لها أهميه كبيرة في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية و ذلك من الناحية القانونية ومن هذه الشروط ما يتعلق بالحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية (الفرع الاول) ومنها ما تتعلق بمدى توافق الأنسجة وحفظ العضو المنقول (الفرع الثاني) وبالإضافة إلى شرط الترخيص القانوني بإجراء هذه العمليات (الفرع الثالث).

الفرع الاول : التأكد من توافق الأنسجة والحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية

يجب على الطبيب الجراح قبل إجراء العمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية أن يكون اللجوء لها كآخر حل علاجي و أن تعرض حياة الشخص أو المتبرع أو المتلقي لأي خطر.

أضف إلى هذا قيام الطبيب بالفحوصات الضرورية لضمان سلامة الأطراف العملية ونجاحها وتتمثل هذه الفحوصات في التأكد من توافق الأنسجة بين المتنازل والمتلقي (أولا) تأكد من حالتها الصحية (ثانيا)

أولا : توافق الأنسجة

أحد أهم شروط الطبية التي يجب على الطبيب التحقق منها هي توافر توافق الأنسجة المتنازل والمتلقي حيث تعد ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة من أخطر ما يهدد هذه العمليات ومن أهم الأسباب المسؤولة عن فشلها[1]

وقد اجتهد الطب في السنوات الأخيرة للتقليل من هذه الظاهرة إلى اكتشاف أدوية و عقاقير تساعد الجسم المتلقي على التفاعل مع الأنسجة والخلايا الغريبة التي تم زرعها وتؤثر في جهاز مناعته بما تساعد الجسم على تقبل العضو الجديد.

وقد ادى اكتشاف هذه العقاقير خاصة عقار cicios priwe إلى نجاح باهر لهذه العمليات خاصة زراعه القلب والكبد والكلي وغيرها من الأعضاء[2] والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مصير العضو المنزوع إذا ما تم رفضه من قبل جسم المريض بعد زرعه فيه فهل يرجع إلى صاحبه أم يزرع لمريض أخر، أم يرمى، أم ماذا؟

المشرع الجزائري مثله مثل كل التشريعات لم يتعرض لهذه المسألة ما يمكن قوله هنا أن السلطة التقديرية تبقى لي الطبيب الجراح في زرع العضو.

[1] مأمون عبدالكريم المرجع السابق ص 507

[2] اسمى قاوة فضيله المرجع السابق ص 115

ثانيا : الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية

على الطبيب الجراح قبل إجراء عمليه النقل أو زرع العضو التأكد من سلامة صحه المتلقي والمتنازل وذلك بإجراء كافه الفحوصات اللازمة والتحاليل الطبية للتأكد من خلو اطراف العملية لمتنازل والمتلقي من بعد الامراض الالتهابات و البكتيريا والفيروسات وكذا خلو المتنازل من كافه الأمراض المعدية التي من شأنها الإنتقال إلى جسم المتلقي عند زرع العضو له،[1] ففي مجال زراعة الكلي على الطبيب الجراح التأكد من سلامة الكلي والجهاز البولي للمتنازل وعدم إصابته بإرتفاع ضغط الدم بالإضافة إلى إخضاعه لإختبار الإيدز.2

أما المشرع الجزائري فقد استبعد من نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية للأشخاص المصابين بأمراض من شأنها التأثير على صحة المتنازل أو المتلقي وهذا طبقا لنص المادة 163/[2] من (ق.ح.ص.ت) التي تنص على أنه "..لما يمنع انتزاع الأعضاء أو الانسجام من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع والمستقبل.."

الفرع الثاني : حفظ العضو المنقول :

إن مقدار المدة الزمنية اللازمة للحفاظ على صلاحية العضو المنقول تختلف بحسب تكوينه التشريحي فقد أثبتت الدراسات العلمية أن هناك بعض الأنسجة كالسرابين والأنسجة العظيمة التي يمكن ان تبقى للساعات طويلة وذلك لحرمانها من كميه الدم دون ان تتعرض لأي تلف.

أما الأعضاء المركبة كالكبد والكلية ما هي أعضاء معرضة للتلف في بضعه ساعات إذا ما حرمت من الدم و لهذه الأسباب يلجأ الأطباء الجراحون إلى حفظ العضو المنقول ظروف معينه تضمن سلامته[3] كحفظ الكلية في محلول مبرد درجة حرارته ما بين 4 و 10 درجات مئوية مما يسمح لها بالحفاظ على صلاحيتها لمده 48 ساعة[4] وهذا التعاملات ممكنة في الدول المتقدمة فقط ولا يتم تطبيقها في الجزائر أثر الإمكانيات المستشفيات المحتشمة لهذا فإن معظم عمليات النقل وزرع تكون في نفس الزمان والمكان.

الفرع الثالث : الترخيص القانوني بإجراء عمليه نقل وزرع الأعضاء البشرية :

لجأت التشريعات المنظمة لعمليه نقل وزرع الأعضاء إلى إحاطة هذه الأخيرة بجملة من الضمانات اللازمة لإجرائها في احسن الظروف ومن أهم هذه الضمانات اشتراط الحصول على الترخيص القانون لإجراء العمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء للأطباء الجراحين أو المؤسسات الصحية.

أ ـ الأطباء المرخص لهم بإجراء عمليه نقل وزرع الأعضاء

يقصد بالترخيص القانوني هو الإذن الذي تمنحه الوزارة الوصية وزارة الصحة للأطباء الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية لمباشرة الأعمال الطبية والجراحية بالإضافة إلى شرط المؤهل الدراسي هناك شروط أخرى نصت عليها المواد 197 من (ق.ح.ص.ت) والمادة 2 من م أ ط من بينها [5]:

---

[1] مأمون عبد الكريم المرجع السابق ص 570

[2] محمد علي البار الفشل الكلوي وزرع الأعضاء ط العلم ودارالشامية للطباعة والنشر والتوزيع بيروت 1992ص 179

[3] مبروك نصر الدين المرجع السابق ص 140

4 من اشهر المحاليل المستعملة في حفظ الكلية هو محلول كولنس يسمح بحفظ الكلية مده 48 ساعه محمد علي البار المرجع السابع ص 199

[5]مبروك نصر الدين المرجع السابق ص144

- لابد أن يكون الطبيب غير مصاب بأي عاهة كالصم أو فقدان البصر أو النطق
- أن لا يكون الطبيب مصاب بمرض معدي أو تعرض لعقوبة مخله للشرف باعتبار مهنة الطب من اشرف المهن
- أن يكون الطبيب جزائري الجنسية بالإضافة إلى هذه الشروط لابد أن يكون الطبيب مسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبي المختص إقليميا.

ب. المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عملية نقل وزرع الأعضاء

إن المادة 197 من (ق.ح.ص.ت) نصت على "لا ينزع الأطباء الأنسجة البشرية ولا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير الصحة"، نستخلص من نص المادة أنه لا يجوز قانونا إجراء عملية نقل أو زرع الأعضاء البشرية إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها بذلك من طرف وزارة الصحة وقد صدر على الوزارة الوصي قرار في 02 اكتوبر 2002 يتضمن في المادة 2 قائمة المستشفيات المرخص لها بالتنفيذ هذه العمليات[1] وهي على النحو التالي :

عملية زرع القرنية :

- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باش (الجزائر العاصمة).
- المؤسسة الاستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران).
- المركز الاستشفائي الجامعي بني مسوس (الجزائر).
- المركز الاستشفائي الجامعي باب الواد (الجزائر العاصمة).
- المركز الاستشفائي الجامعي (بعنابة).

عمليات زرع الكلي :

- المركز الاستشفائي الجامعي لمصطفى باشا (الجزائر العاصمة).
- المؤسسة الاستشفائية عياده دقسي (قسنطينة).

عمليات زرع الكبد :

- مركز بيار ماري كوري (الجزائر العاصمة)

هنا المشرع الجزائري حصر إجراء العمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في المستشفيات عامة حيث منعت لكل المستشفيات من إجراء هكذا عمليات وكذلك منع الأطباء الخواص من إجراء هذه العمليات و ذلك كون المشرع الجزائري قد تخوف من جعل الأعضاء البشرية محل معاملات تخرج عن الإطارالكريم للأسنان كأن تكون قطع غيار تباع وتشترى.

[1]قرار وزير الصحة الصادر في02 10 2002 يتضمن إنشاء لجنه مكلفه بانتزاع و زرع الأعضاء في كل مستشفى مرخص له بذلك

المبحث الثاني : إلتزامات الطبيب بإحترام ضوابط نقل وزرع الإعضاء البشرية من جثث الموتى

لقد أثبت العلم الحديث إمكانية الاستفادة من جثث الأشخاص مباشرة بعد موتهم وذلك سواء لإعتبارات علمية أوعلاجية عن طريق زرعها في جسم شخص مريض في حاجة إليها إذ تعد جثث الموتى مصدر أساسيا للعديد من الأعضاء البشرية اللازمة وذلك لإنقاذ العديد من المرضى من الهلاك وتتمثل هذه الأعضاء أساسا في الأعضاء المنفردة الضرورية للحياة أمام الحاجة الملحة لجأت أغلب التشريعات إلى إجازة عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى للإستفادة منه سواء للتبرع أو للدراسة العلمية وذلك بعد التحقق من الوفاة (المطلب الأول) وشرط صدور الموافقة (المطب الثاني).

المطلب الأول : التحقق من الوفاة

لابد للطبيب الجراح قبل مباشرة عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى أن يتأكد أولا من وفاة الشخص المراد الإقتطاع منه، إن مسالة تحديد الوفاة من أهم المسائل التي أثارت جدلا في الأوساط القانونية والطبية خاصة في ما يتعلق بالمسؤول عن لحظة الوفاة هل هو القانون أم الطب (الفرع الأول) ومعايير تحديدها (الفرع الثاني) وكذلك عن تحديد لحظة الوفاة في مرحله الإنعاش الضائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية أو طبية

إن لحظة الوفاة من المواضع الهامة في مجال نقل الأعضاء من جثة الموتى بإعتبار ان هذه اللحظة هي اللحظة الفاصلة بين الحياة والممات والتي لا يمكن استئصال الأعضاء من جثة الميت إلا بتحققها.

والسؤال المطروح هنا ما هي الجهة المختصة في تحديد لحظة الوفاة هل هي القانون أم الطب؟

وهنا لابد أن نحدد المقصود بالوفاة والتي فتحت باب الإختلاف بين الفقهاء وتباينت في التشريعات بين من نظم مسألة تحديد لحظة الوفاة بنصوص قانونية وبين من تركها للطب لهذا ظهر في هذا الشأن اتجاهان :

<u>أولا :</u> الإتجاه القائل أن تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية

ذهب هذا الإتجاه أن الموت ليس ظاهرة بيولوجية فحسب بل هي مسألة قانونية، ومنه لابد من تدخل القانون بموجب نص صريح يحدد فيه تعريف الموت ومعايير تحديدها.[1]

يرى أصحاب هذه الإتجاه أن تحديد التشريع لتعريف الموت أمر ذو أهمية بالغة ويظهر ذلك خاصة في عملية نقل الأعضاء من الأموات،[2] إذ بعد استئصال عضو من شخص قبل وفاته من أكثر المشاكل التي تثيرها هذه العمليات، ذلك أن الطبيب قد يندفع نحو تحقيق إنتصارات علمية على حساب أرواح الناس و هذا ما ثبت حقا في جنوب إفريقيا أين قام طبيب باستئصال قلب إنسان لا يزال على قيد الحياة.

[1] يوشي يوسف الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا دراسه مقارنه رساله للحصول على درجه الدكتوراه في القانون الخاص جامعه ابو بكر بلقايد تلمسان ص 389

[2] حسني عوده زعال المرجع السابق ص 106

والحد من مثل هذه التصرفات يتطلب تدخل القانون لمنع الأطباء من تحقيق الشهرة بطريقة غير مشروعة.[1]

إن تحديد لحظة الوفاة مسألة معقدة خاصة بعد أن أثبت العلم أن هناك أعضاء الجسم التي تبقى حية بعد لفظ الأنفاس للمتوفي هذا الأمر الذي أثار الشكوك حول صحة تصرف الطبيب الذي يقوم بالإستئصال أحد الأعضاء البشرية لهذا كان لابد من تدخل القانون لحمايته في حاله تعرض للمساءلة القانونية والأخلاقية وذلك عن طريق إيجاد تعريف للموت الذي يؤدي إلى اطمئنان الجمهور لهذه العمليات وكذا معرفة الطبيب مدى مشروعية اعماله.2

ثانيا : الإتجاه القائل ان تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية

يرى هذا الإتجاه أن تحديد لحظة الوفاة وكيفية التحقيق منها مسألة طبية بحيث لا وجوب لتدخل القانون في هذه المسالة،[3] لأن الموت والحياة ظواهر بيولوجية يرجع تحديدها للطب والعلم كما أن حالة الموت تتغير من مرحلة إلى أخرى لهذا فإنه من الصعوبة على القانون أن يساير هذه المرحلة،[4] وهذا الرأي هنا لم يستبعد القانون كليا من مهمة تحديد لحظة الوفاة حيث لم يمنع القانون من المساهمة في ارساء بعض القواعد والمبادئ التي تسهل مهمة الأطباء بشأن إثبات الوفاة وتحديد المسؤوليات الملقاة على عاتقهم، وذلك عن طريق إصدار انظمة من الجهات الطبية المختصة.[5]

أما عن المشرع الجزائري فهو كغيره من التشريعات لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة فقد جاء نص المادة 164 من (ق.ح.ص.ت) كما يلي "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين بعد إثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبي المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون و حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية أن المشرع الجزائري هنا لم يعرف الوفاة ولم يحدد لحظة وقوعها وترك الأمر إثباتها إلى الوزير المكلف بالصحة.

أصدر وزير الصحة قرار بتاريخ 26 03 1989 حدد فيه المعايير الطبي التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنقل الأعضاء طبقا للمادة الاولى التي حددتها كما يلي :

- المعايير الإكلينيكية
- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي
- المعايير الكهربائية (التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم كهربائي)
- فحوصات اخرى خاصة.

وهنالك من انتقد هذه المعايير مبررا ذلك أنه لا يمكن اعتماد هذه المعايير في الجزائر بسبب قلة او انعدام الأجهزة الطبية المتطورة التي تستعمل في تحديد لحظة الوفاة في العديد من مناطق الوطن لهاذا لجأ الجزائري في تعديله لقانون حماية الصحة وترقيتها إلى استهداف المادة 168 مكرر1 و التي نصت على إنشاء المجلس الوطني لأخلاقية العلوم الطبية.[6]

مهمة هذا المجلس مراقبة الأعمال الطبية ومنه بظهر أن أخذ بالإتجاه القائل أن الوفاة مسألة قانونية بإضغاء الصبغة القانونية على المعيار التي يجب الإعتماد عليها التأكد من الوفاة.

---

[1] اسمى قاوة فضيله المرجع السابق ص 137 ص 138

[2] مبروك نصر الدين المرجع السابق ص 323

[3] سمير عابد الدبات المرجع السابق ص 280

[4] حسني عوده زمال المرجع السابق ص 109

[5] مامون عبد الكريم المرجع السابع ص518 ،يمير عابد الدبات المرجع السابق ص 280

[6] مامون عبد الكريم المرجع السابق ص 536

حيث صدر بتاريخ 2002/11/19 قرار وزاري (غيرمنشور) نص على معيار جديد لإثبات الوفاة تتمثل طبقا للمادة 2 منه[1]

- الإنعدام التام للوعي
- غياب النشاط العضوي للدماغ
- التأكد من الإنعدام التام للتهوئة العضوية عن طريق اختيار
- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن انجاز طبيبين مختلفين

الفرع الثاني : معايير تحديد لحظة الوفاة

فيما سبق مسالة الوفاة كانت لا تثير كل هذه العصوبات فقد كانت تعرف من خلال علامات معينة وهو ما يسمى بالمعيار التقليدي (أولا) إلا أن الأمر أختلف حديثا وزاد تعقيدا في عصرنا الراهن نظرا لما توصل إليه العلم من إختراعات وسائل حديثة لتحديد لحظة الوفاة وهذا ما نتج عنه المعيار الحديث (ثانيا) وكذا المعيار المزدوج (ثالثا)

أولا : المعيار التقليدي

يقصد به المظاهر الفيزيولوجية التي تبدو على الميت والتي يستطيع جميع الناس اكتشافها وذلك لسهولة ادراكها بمجرد إستعمال الحواس مثل التوقف النهائي للدورة الدموية والجهاز التنفسي وتوقف القلب والرئة عن العمل.

وبالتالي لا يجوز للطبيب الجراح إستئصال أي عضو من جسم الشخص قبل التوقف النهائي للقلب و موت خلايا وتوقف التنفس.[2]

وقد انتقد هذا المعيار بأنه يمتاز هذا المعيار بعدم الدقة ذلك أن توقف القلب والرئة عن التنفس قد لا يؤدي إلى الوفاة خاصة وأن هناك وسائل يلجا لها الطبيب لإنعاش المريض الصدمة الكهربائية و تدليك القلب لإعادته للحياة كما يمكن أن يحدث العكس فقد تموت خلايا المخ ويبقى القلب ينبض و الرئة تتنفس.

لهذا لا يمكن اعتبار هذا المعيار حاسما على حصول الوفاة.[3]

هذا المعيار هو حجرة عكرة أمام إجراء عمليات نقل بعض الأعضاء كالقلب الذي يتوجب أن يكون نقله قبل موت خلايا وإلا اصبح غير صالح للزرع.[4]

ثانيا: المعيار الحديث

لقصور المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة استقر الطب الجديد على أن حياة الإنسان تنتهي عند موت خلايا المخ.[5]

حيث أكد هذا الإتجاه أنه بمجرد توقف الكامل لوظائف المخ فإنه بالضرورة يؤدي ذلك إلى توقف وظائف الأعضاء وذلك خلال فترة وجيزة خاصة القلب والرئة.

---

[1] تم تأسيس المجلس الوطني لأخلاقية العلوم الطبية بموجب مرسوم تنفيذ رقم 26- 122 مؤرخ في 1996/04/06 ح ر عدد 22 الصادر في 1996/04/10.

[2] رافت صالح ابو الهيجاء المرجع السابق ص 102

[3] ماجد محمد لافي المرجع السابق ص251

[4] بيومي علي محمود اضواء على نقل وزراعة الأعضاء دار الكتاب الحديث الإسكندرية مصر 2005 ص 79

[5] عيساوي محمد نقل وزار الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون مجله معارف المركز الجامعي العقيد اكلي محمد اولحاج البويرة العدد 95 ديسمبر 2008 ص 209

وعلى الطبيب للتأكد من موت خلايا الدماغ عليه استعمال جهاز الرسم الكهربائي المخ وإذا لم يبدأ الجهاز أي إشارة معناه توقف خلايا المخ عن العمل وكفى على الطبيب إضافة إلى هذا الجهاز التأكد من الأعراض والعلامات المختلفة تدل على الوفاة.

فتحديد لحظة الوفاة وفق هذا المعيار يجب توفر شرطين هما :

الشرط الأول : ملاحظة الإشارات والعلامات الأساسية وهي

1- إنعدام الوعي التام
2- إنعدام الحركة العضلية اللاشعورية خاصه التنفس
3- إنعدام أي أثار لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي

الشرط الثاني : إستمرار هذه الإشارات والعلامات خلال فترة زمنية كافية[1] تبقى لهذا المعيار فإمكان الطبيب استئصال الأعضاء من جسد الشخص من ثبتت وفاة دماغه لأن الشخص في هذه الحالة يعتبر ميتا[2].

وهناك من ذهب إلى عدم إعتبار الإنسان ميتا حتى لو ثبت موته طبيا بموت خلايا مخه إلا بعد إتخاذ جميع الإجراءات الرسمية لإعلان الوفاة[3].

وقد انتقد هذا المعيار على أن توقف القلب عن العمل لا يؤدي بالضرورة إلى الموت الحقيقي للإنسان الانسان ميت إذا ماتت جميع أعضائه، والموت الدماغي تبنت معظم التشريعات منها التشريع الجزائري وهذا طبقا لقرار وزير الصحة الصادر بتاريخ 2002/11/19 غير منشور وكذلك تناوله المشكل الفرنسي في المرسوم 1041 لسنه 1996.

ثالثا : المعيار المزدوج

بعد الإنتقادات التي وجهت للمعيار التقليدي والحديث ظهر إتجاه جديد يرى وجوب الأخذ بالمعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيار التقليدي والحديث لحظة الوفاة والذي مفاده أن الوفاة لا تثبت إلا بعد موت جذع الدماغ[4] ظهور علامات الموت الاكلينيكي[5] وهذا أخذ به الفقه الاسلامي الحديث.[6]

الفرع الثالث : الإنعاش الصناعي

الإنعاش الصناعي "الوسائل والإجراءات الطبية التي تستخدم لفترة طويلة أو قصيرة لتحلى محل الوظائف العضوية الأساسية للمريض، أو تساعد حتى يتمكن من إجتياز فترة حرجة خلال مرضه الذي يكون فيها المريض معرضا لاحتال الموت"[7]

[1] حسني عوده زعال مرجع سابق ص116
[2] رافت صلاح ابو الهيجان مرجع سابق ص102
[3] حسني عوده زعال مرجع سابق ص119
[4] يتكون الدماغ من ثلاث أجزاء المخ في مركز التفكير الذاكرة والإحساس والمخيخ عيساوي محمد المرجع السابق
[5] مروك نصر الدين المرجع السابع ص31
[6] قرر المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الملعقة في الأردن بالمملكة الهاشمية عام 1987 و في جدة بالمملكة العربية السعودية عام 1988 أن الوفاه تتحقق عندما تتعطل كل وظائف الدماغ نهائيا وبلا رجعة وتوقف القلب والتنفس مشار إليه في المرجع نفسه ص31
[7] الجوهر احمد بلال الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية مجلة الحقوق والشريعة2 سنة 5 الكويت 1987 ص122

إن إعتبار المريض تحت هذا الجهاز هو بين الحياة والموت فإن فكرة إستخدامه قد أثارت أشكال قانوني و طبي حول متى يجوز وقف هذه الأجهزة كيف و متى يمكن تركها؟

أولا : وقف أجهزة الإنعاش الصناعي

إذا توقف القلب والرئة عن العمل وجب على الطبيب تنفيذ إلتزامه القانوني أوالتعاقدي بتركيب أجهزة الإنعاش الصناعي على المريض وذلك قبل موت الخلايا المخ ولا يمكن للطبيب فصل هذه الأجهزة وإلا كان سبب في موت المريض موتا حقيقيا.

ولا يستطيع الطبيب لنفي مسؤولية الإحتجاج بوجود أشخاص أخرين في نفس الحالة في حاجة إلى هذه الأجهزة، لأن العمل بمبدأ التساوي بين الناس يمنع التضحية بحياة إنسان لإنقاذ حياة إنسان أخر.[1]

أما إذا تم تركيب الأجهزة بعد موت خلايا المخ للمريض فالغرض هنا هو الحفاظ على سلامة أعضاء الجسم من خلال تزويدها بالدم المحمل بالأكسجين لهذا يحق للطبيب أن يوقف هذه الأجهزة ولا يعتبر عمله هذا جريمة قتل في حكم الشرع والقانون ولكن تفاديا لهذا وجب على الطبيب إتخاذ إجراءات رسمية لإعلان الوفاه بعد ثبوت الموت الحقيقي للمخ كتحرير محضر الوفاة باستشارة الفريق الطبي المختص.

مما سبق ذكر فإنه يتم تحديد التكييف القانون للتصرف الطبيب القائم لعمليات نقل الأعضاء البشرية من أشخاص الموضوعين تحت أجهزة الإنعاش حسب حالة خلايا المخ.

فموت هذا المريض يسمح للطبيب باستئصال الأعضاء المتنازل عنها دون أن يترتب عليه أي مسؤولية. أما إذا كانت خلايا المخ حية فلا يجوز للطبيب فصل أجهزة الإنعاش وكذا استئصال الأعضاء وإلا قامت مسؤولية الجزائية والمدنية.

ثانيا : إستمرار أجهزة الإنعاش الصناعي

إذا توفي المريض تبقى للمعيار الموت الدماغي وجب على الطبيب إعلان وفاة الشخص ويجبر الملاحظة أن لحظة فضل الأجهزة الصناعية هي ليست نفسها لحظة الوفاة وإنما يتم تحديد لحظة الوفاة القانونية للوفاة قبل إيقاف أجهزة الإنعاش.

ويمكن للطبيب تمديد الإنعاش الصناعي بما يساعد على الحفاظ على القيمة الحيوية للعضو المراد نقله[2].

لجأت بعض التشريعات الوضعية إلى وضع شروط معنية لإمكانيه الإستئصال من الجثة، شرط التحقق من الموت عن طريق لجان طبية خاصة كما اشترط بعض التشريعات ضرورية التأكد من الوفاة بطبيبين أو أكثر، منها التشريع الفرنسي المادة 21 من المرسوم رقم 501 سنة 1978 التشريع السوري في المادة 05 من القانون رقم 31 لسنة 1972،[3] أما المشرع الجزائري فقد أخذ هذا الشرط في المادة 167 من (ق.ح.ص.ت) والتي نصت على "يجب أن يثبت الوفاه طبيبان على الأقل عضو في اللجنة وطبيب شرعي وتدوون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين"، شرط أن لا يكون الطبيب الذي قام بالتحقيق من الوفاة هو ليس عضو في الفريق

[1] أشرف الدين احمد جلال الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية مجله حقوق وللشريعة العدد 2 سنه5 الكويت 1987 ص122.
[2] مأمون عبد الكريم رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية المرجع السابق ص532.
[3] حسني عودة زعال المرجع السابق ص127

الطبي عملية نقل العضو، وهذا ما نصت عليه المادة 165/3 من نفس القانون المعدلة بموجب قانون رقم 17/90 التي تنص".. و لا يمكن للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعمليه الزرع"، و هذا ما أكدت عليه نص المادة 363 من القانون 18-11 " يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة و إثبات الوفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالنزع".

إن هذا الشرط يمكن تطبيقه في المستشفيات العالمية الكبيرة التي تتوفر على عدد كبير من الأطباء و الجراحين وكذلك التجهيزات اللازمة على عكس مستشفيات وطننا التي تفتقر إلى هذه الفرق الطبية والأجهزة اللازمة، فلا تزال مستشفياتنا معدومة وهذا ما أظهرته جائحة كورونا والنقص الواضح في أجهزة الإنعاش الطبي والتي تسببت في خسارة العديد من الأرواح.

المطلب الثاني : التحقق من صدور الموافقة على الإستئصال

يرى أغلب الفقه القانوني أن للإنسان حق التصرف في جسده وذلك أثناء حياته أو بعد وفاته ما دام أن هذا التصرف لا يخرج عن الحدود المرسومة له قانونا[1].

وقد ظهر هذا في العديد من التشريعات التي جعلت من إمكانية الإستئصال من الجثة متوقف على إرادة المتوفي (الفرع الأول) أما إذا كانت حالة الوفاة دون التعبير عن إرادة بشان الاستئصال من جثته يتم إنتقال هذا الحق للغير (الفرع الثاني)

الفرع الأول : الإستئصال بالإرادة و كتابة أثناء الحياة

هناك حالات يكون فيها الشخص قد سمح للطبيب الجراح باستئصال العضو وذلك عن طريق الوصية ما هو تصرف قانوني يشترط لقيامها توفر شروط معينة (أولا) وصدورها في شكل معين (ثانيا).

اولا : شروط الوصية بالأعضاء البشرية

وهي جملة من الشروط تتعلق بالرضا الموصي بمشروعية محل الوصية ومشروعيه السبب الدافع للتنازل .

1- رضا الموصي :

التشريعات الحديثة أجازت الوصية بالأعضاء شرط أن يكون المتوفي قد عبرعن هذا قبل وفاته و يشترط في الوصية أن تكون صادرة عن كامل الأهلية وشخص سليم العقل، فإذا كان الشخص الموصي عديم العقل و التميز فلا وصيه له أما قانون الأسرة الجزائري "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغ من العمر 19 سنه على الأقل".[3]

كما يشترط في الوصية أن تصدرعن إرادة حرة واعية دون إكراه او ضغط أيا كان نوعه مادي أو معنوي،[4] بالنسبة للقاصر أجازت التشريعات الإستئصال من جثث القصر ولكن ضمن شروط معينة تختلف من تشريع إلى أخر في المشرع الفرنسي أعطى كامل الحرية للطبيب الجراح في الإستئصال من جثث القصر المأذون لهم إدارة أموالهم دون الحاجة لموافقة الأهل والمشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة استئصال من جثة القصر.

---

[1] مبروك نصر الدين مرجع سابق ص460

[2] اسماء قاوه فضيله ص149

[3] قانون 84-11 مؤرخ في 1984/06/09 يتضمن قانون الأسرة ج ر عدد 24 مؤرخ في 1984/06/12

[4] صفاء محمود رستم السيولمين مرجع سابق ص153

و المشرع الجزائري أطد على التعصر على هذه الإرادة في المادة 362/2 ذلك خلال حياة المتبرع 362 أخر فقرة "..يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن رفض النزع خلال حياته..".

2- مشروعية محل الوصية :

إن المشرع الجزائري في نص المادة 362 "...يمكن القيام بالنزع إذ لم يعبر الشخص المتوفي عن رفضه النزع خلال حياته.." أجاز التبرع بالأعضاء البشرية "يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي صراحة أثناء حياته على قبوله ذلك.."

ومن النص نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد عضو معين للمتبرع، وبما أن النقل من الجثة لا تحدث أي مخاطر بصاحبها عكس نقل من الأحياء فإنه يجوز الإيصاء بأي عضو من أعضاء الجثة سواء كانت أعضاء منفردة أومزدوجة شرط أن لا تكون مخالفه لآداب العامة والنظام العام مثلا نقل الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية ويجوز للموصي الإيصاء بعدد من الأعضاء و بما يشاء دون التقيد بعدد معين منها.

3- مشروعية سبب التنازل :

و السبب هو الباحث الدافع من الإيصاء شرط أن يكون مشروع وغير مخالف للنظام العام والذي يتمثل في نيه التبرع،[1] أن يكون الهدف منه إنقاذ شخص سبب وجيه ومشروع لأن أصل الوصية إنتقاء المقابل المالي.

ثانيا : شكل الوصية

لا بد من إحترام إرادة الإنسان سواء حيا أو ميتا وإحترام وصيته سواء كان مضمونها الموافقة على الإستئصال أو الرفض ولا بد من أن تكون هذه الإرادة منصبه في شكل قانوني الذي يعرف القانون.

1- حالة قبول الإستئصال

اختلفت التشريعات في شكل الوصية التشريع المصري اشترط أن تفرغ في شكل معين رقم 103 لسنه 1962 الخاص بالتنظيم العيون والمشرع الجزائري لم يشترط أي شكل من الأشكال المعينة طبقا لنص المادة 164/2 (ق.ح.ص.ت) بعد تعديلها بموجب القانون 90-17 التي تنص على ما يلي "يجوز الإتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله ذلك.."

و هناك بعض التشريعات التي ذهبت إلى الأخذ بنظام بطاقة التبرع التي يحملها الشخص معه على الدوام مثل الولايات المتحدة الأمريكية و كندا أما المشرع الجزائري فلم ينتبه إلى هذه الفكرة.

2- حالة رفض الإستئصال

معظم التشريعات منحه للشخص حرية التعبير على إرادة برفض الإستئصال من جثته كما يمكنه العدول عن هذا الرفض متى ما أراد ذلك أثناء حياته المشرع الجزائري في المادة 362 الفقرة 2 من (ق.ح.ص.ت).

المشرع الجزائري هنا أجاز للشخص قبل وفاته التعبير عن رفض المماس بأعضاء جثته بعد الوفاة واشترط أن يفرغ هذا في شكل كتابي بمجرد عدم إبداء المتوفي عن رغبته في الإيصاء بأعضاء من جثته فإن ذلك بعد دليلا كافيا عن رفضه المماس بجثته بعد وفاته أما المشرع الفرنسي فلم يشترط شكلا معينا للتعبير عن الرفض وهذا ما تناوله في المادة 8 من المرسوم الخاص بتنفيذ قانون عمليات نقل

[1] صفاء محمود رستم السيولمين مرجع سابق ص159

الأعضاء الصادر في مارس 1978 مسألة اثبات رفض المتوفي المماس بجثته و التي جاء نصها كما يلي "من حق الشخص أن يبدي اعتراضه على عملية الإستئصال بكل وسيلة"[1]

الفرع الثاني : الإستئصال بناءا على إرادة غير المتوفي

غالبا ما يموت الأشخاص دون تمكنهم من الإيصاء بأعضائهم، و ذلك إما لأنهم كانوا يتمتعون بصحة جيدة فاستبعدوا فكرة الموت، و بالتالي لم تراودهم فكرة التبرع بالأعضاء أو أنهم تعرضوا لأمراض فكان من الصعب مطالبتهم بالإيصاء بأعضائهم، و ذلك حفاضا على حالتهم النفسية.2
وعلى ذلك يكون هذا الحق في الموافقة على الإستئصال من الجثة إلى أقاربه (أولا) و إن تعذر الإتصال بهم يحتفظ بهذا الحق الإطباء لوحدهم دون أخذ موافقه أحد (ثانيا).

أولا : الإستئصال بناء على موافقة الأقارب

اختلفت التشريعات في تحديد طبيعة الموافقة التي تصدر من أقارب المتوفي بشأن الإستئصال من الجثة فهناك بعض التشريعات التي اشترطت الموافقة الصريحة للأقارب بينما اكتشفت تشريعات أخرى بالموافقة الضمنية، المادة 362 "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين (2).

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

وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة.

توضح كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

موقف الفقه الاسلامي من نقل وزرع الأعضاء البشرية الجمهور الأعظم من العلماء المسلمون ذهبوا إلى حوار نقل الأعضاء للأسباب التالية

1. التبرع يعتبر صدقة فإحياء شخص بعضو متنازل هو كإحياء الناس جمعا
2. موت جذع المخ يرى نقيب الاطباء المصريين حمدي السيد موت جذع المخ هو موت كامل لا يعود بعد الإنسان إلى الحياة
3. حقيقه الولاية ذهب اليه ذهب الشيخ الأزهر المرحوم جاد الحق على جاد الحق ان اعطاء عضو من الاعضاء جائز للولاية العطاء للإنسان من قبل الله عز وجل على أعضائه إذ من الواضح أن المتوفي يمكن أن يتصرف فيما جعل وليا عليه
4. بنص القرآن الكريم

ذهب المؤيدون إلى أدلة نصية تجيز نقل وزرع الأعضاء منها

"من أحياها فكأنما أحي الناس جميعا" المائدة 32

[1]بوشي يوسف المرجع السابق ص482
[2]احمد شوقي عمر ابو خطيه المرجع السابق ص217

وقوله تعالى : "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" البقرة 186

وقوله تعالى : "يريد الله ان يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا " النساء 28

وقوله : " ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج " المائدة 6

وعن أسامة بن شريك قال اسمع عربي فقال : جاء اعرابي : فقال يا رسول الله انتداوى؟ قال : نعم فإن الله لم ينزل داء إلا وأنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله رواه أحمد

هذه الآيات والأحاديث حكم عاد يشمل إنقاذ الإنسان من التهلكة

5. تأجيل القواعد الفقهية :

هناك أدلة أخذها العلماء من القواعد الفقهية ومنها أن الضرر يجب أن يزال وهو من مقاصد الشريعة والضرورات تبيح المحظورات وإذا ضاق الأمر اتبع الأمور بمقاصدها و من مقاصد الاسلام الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والعرض والنسل.

6. تكريم الانسان :

خلق الله الانسان وكرمه لذلك حرص الإسلام على حياته وعدم الاضرار بها لهذا أمرت الشريعة الانسان باتخاذ كل الوسائل التي تحافظ على ذاته وحياته وصحته، وهذا الإتجاه من جمهور العلماء أكد على أن النقل من الحي إلى الحي بشروط أهمها الضرورة القصوى للنقل وأن لا يؤدي هذا العضو المنقول إلى ضرر للمتلقي وأن يكون النقل من دون أي مقابل مادي أو معنوي ولا بد أن يكون صدور القرار كتابي من اللجنة الطبية قبل النقل.

وأخيرا أن لا يكون العضو المنقول مؤديا إلى اختلاط الأنساب إضافة إلى هذه الشروط فقد وضع الفقه الشروط للنقل من جثه الميت ألا وهي أن يكون المنقول منه العضو قد تحق موته شرعيا.

- الضرورة القصوى للنقل بحيث تكون حالة المنقول إليه المرضية في تدهور مستمر ولا يمكن شفائه إلا عن طريق نقل عضو سليم.
- أن يكون الميت المنقول منه العضو قد أوصى بهذا النقل في حياته وأن يكون مسجل بكامل إرادته دون اكراه مادي أو معنوي.
- أن لا يكون العضو المنقول من الميت إلى الحي يؤدي إلى اختلاط الأنساب كالأعضاء التناسلية.
- أن يكون النقل بمركز طبي متخصص معتمد من الدولة ومرخص له دون أي مقابل مادي بين أطراف النقل.[1]

أما رأي بعض الفقهاء فقد كان كالتالي الفقه الحنشلي يرفع في الشدة نقل وزرع الاعضاء البشرية حديثة في ذلك.

أما الشيخ الالباني فقد أجاز هذا العمل بنقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة عامة وبين الحي والحي حجته أن الله عز وجل بخلقه الانسان بعضوين ما خلق ذلك عبثا وهنا الحكمة وأما المذهب المالكي فقد أكد الشيخ العرفي فقد أجاز هذا سواء قبل الوفاة أو بعد وفاته وذلك من باب الصدقة أما عن سيد الأئمة

[1] فتاوي صدوره من العالم الاسلامي بجواز نقل الأعضاء القرار الصادر عن الهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم 99 لسنة1402 هـ الموافق رقم الفتوى 35-363 وتاريخها 18/08/2003

السيد الشعراوي الله خلقنا وخلق لنا اشياءا فملكها لنا منها الجسد فأصل التبرع التملك و الجسد ملك لله عز وجل فلو كان ملكا لنا ما حكم على الذي ينتحر أن لا صلاه عليه و ملكية الجسد للإنسان لا وجود لها لهذا لا يحق أن يهب شيء هو في الأساس ليس له.

ومن الواجب أن نذكر أننا اختصرنا الكلام وذلك القصد عدم الغوص فيه لأنه وحده هو موضوع عميق أردنا أن نأخذ ما هو جامع كافي للإستدلال.

1- الموافقة الصريحة

ينتقل الحق في التبرع بأعضاء جثة الشخص إلى أقاربه إذا توفي الأخير دون أن يبين موقفه بشأن إمكانية الإستئصال من جثته أو عدمه حيث أن اشتراط الحصول على موافقة الأقارب ما هو إلى حماية لحقوقهم المعنوية على جثه قريبهم، و على ذلك فإن الاستغناء موافقتهم يعتبر اعتداء صارح لحقوقهم المعنوية،[1] و قد تعرض هذا الإتجاه إلى عدة انتقادات منها ضرورة الحصول على موافقة الأقارب يعيق الإجراءات السريعة التي تتطلبها عمليات نقل وزرع الأعضاء حيث أن انتظار هذه الموافقة قد تؤدي إلى تلك الأعضاء المراد نقلها من الجثة.

ومن خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري أعطى الحق للأقارب بإيداع الموافقة على الإستئصال من جثة قريبهم المتوفي إذ لم يعتبر هذا الأخير قبل وفاته عن موقفه من مسألة الإستئصال من جثته، كما اشترط ترتيب معين للأقارب.

وهنا يلاحظ أن المشرع قد أغفل تنظيم الحالة التي يتعدد فيها الأقارب ففي حالة وجود اخوة من الأب وإخوة من الأم و حالة طلاق الأب وأم المتوفي يجد الطبيب نفسه أمام تعارض إرادتين لقريبين في نفس الدرجة من القرابة فأي الإرادتين يعتد بها هل الإرادة الموافقة على الإستصال من الجثة أو الإرادة القائلة بعدم جواز المماس بالجثة؟ و هنا تعود السلطة التقديرية للطبيب القائم بالعملية لكن على الأرجح يأخذ الطبيب بالرغبة القائلة بعدم جواز المماس بالجثة.

2- الموافقة المفترضة

إن اشتراط الحصول على موافقة الأقارب يعيق إلى حد كبير السرعة اللازمة التي تتطلبها عمليه نقل وزرع الأعضاء لهذا يرى هذا الإتجاه وجوب افتراض رضا الأقارب فالطبيب يستطيع مباشرة عمليات نقل الأعضاء من الجثة إذ لم يصله أي اعتراض صريح من أقارب المتوفي قبل مباشره هذه العمليات حيث يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الأصل هو رضا الأقارب باستئصال إلى حين اثبات العكس أي رفضهم.[2]

أما حالة الغيبوبة الطويلة يكون المخ على وشك الوفاة نموذج للأطباء وأخبار أقارب المريض بمشارفة قريبهم على الوفاة وبعزمهم على الإستئصال، وعلى الأطباء عدم الإنتظار طويلا، فعدم الرد في الوقت المناسب يحول الطبيب الحق في مباشرة العملية لهذا فإن حرية الإستئصال هي الأصل واعتراض العقارب هي الإستثناء[3] لم يسلم هذا الإتجاه من النقد وذلك من عدة نواحي من بينها [4]:

---

[1] زافت صلاح ابو الهجاج المرجع السابق ص117

[4] حسني عوده زعال المرجع السابق ص 146

[2] صفاء محمود روستم السويلسين المرجع السابق ص177

[3] سمير عابد الدنيات المرجع السابق ص318 زعال حسني عوده المرجع السابق من ص 147

[4] غمراسي هجيره المرجع السابق ص112

- إنطوائه على خطورة كبيرة فقد يدعي بعض الأقارب أنهم اعترضوا في الوقت المناسب في حين يدعي الطبيب أن الإعتراض لم يصله إلا بعد مباشرة العملية وهذا قد يعرض الطبيب بالمسؤولية المدنية و خشية ذلك حرص الأطباء على ضرورة الحصول على موافقة الأقارب
- هذا الراي يعطي أهمية للأقارب لهذا اقترح الفقه الفرنسي تفادي إشكالية موافقة البعض على البعض الأخر أكد على ضرورة ملأ استمارة من طرف المريض أو أقاربه توضح مدى قبول الإستئصال من الجثة أو عدم ذلك، هذه الاستمارة هي من اجراءات الأولية لدخول المستشفى.
- إن معظم القوانين لا تكتفي بموافقة الموصي قبل الوفاة بل اشترطت ضرورة موافقة الورثة جميعا حيث أنه إذا اعترض أحد الورثة فإنه لا يتم النقل إطلاق قوانين لولاية المتحدة الأمريكية
- وهناك بعض الآراء التي اعتبرت اذن المتوفي باستئصال من الجثة يعد بمثابة وصية تنفذ بعد وفاته والوصية يجب أن تكون فيها ملكة الموصي ولا يمكن أن يعتبر أن الموصي يملك حق التصرف في بدنه لهذا فإن هذا الرأي يرى ضرورة الإكتفاء بإذن أولياء المتوفي.[1]

ثانيا : الاستئصال دون اخذ موافقه احد

هذا الإتجاه ذهب إلى أنه يحق للطبيب أن يستأصل بمفرده دون الحاجة إلى الحصول على موافقة الأهل ذلك أن القصد أن الطبيب هو يتصرف لمصلحة الجماعة باسم المجتمع.[2]

أصحاب هذا الإتجاه ذهبوا إلى أن الجثة ملك للدولة تتصرف فيها كما تشاء الغرض منها تحقيق المصلحة العامة والجثة ليست من ملكا لا للشخص ولا للأقارب وحقوق المجتمع أولى من حقوق المتوفي و أسرته وهذا ما بين بنظام تأميم الجثة.[3]

المتبرع الأردن مثلا في المادة 5 من القانون رقم 23 لسنة 1977 يبين الحالة التي يكون فيها المتوفى مجهول الهوية ولم يطالب به أحد بجثته خلال 24 ساعة بعد الوفاة يمكن الحصول على الأعضاء المتوفي دون الحاجة إلى موافقة أحد والمشرع الجزائري في حالة الإستعجال أو الضرورة ما هي الحالة المؤكدة التي برر فيها الإستئصال بدون موافقة الأسرة ويظهر ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 2/364 من (ق.ح.ص.ت) المعدلة بالقانون 90-17 "غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذ تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثله الشرعي.." في هذه الفقرة الجزائر المشرع الجزائري للطبيب الاستئصال الكلية أو القرنية دون موافقه أحد في حالة الإستعجال التي تقررها اللجنة الطبية الموملة اليها مهمة الفصل في الإستئصال من عدمه.

الفرع الثالث : مدى امكانية الإستئصال من المنفذ عليهم حكم الإعدام

اختلف الفقه حول هذه المسألة فمنهم من أجاز استئصال الأعضاء من جثث المنفذ عليهم حكم الإعدام على اعتبار أن المصلحة الإنسانية تتطلب وجوب الاستفادة من الأعضاء كما يضيف أصحاب هذا الإتجاه أن الإستئصال من هذه الفئة هو بمثابة تعويض للمجتمع على الأضرار التي لحقته جراء ارتكاب المحكوم عليه جريمة قتل إنسان أخر.

[1] عبد الحميد اسماعيل الانصاري المرجع السابق ص47
[2] صفاء محمود رستم السويلمين المرجع السابق ص182
[3] بوشي يوسف المرجع السابق 486

كما أن هناك رأي أخر ذهب إلى أنه لا يجوز المماس بأجساد المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ حكم الإعدام إلا بموافقتهم على ذلك قبل تنفيذ حكم الإعدام لا يجوز إجبار المحكوم عليهم بالتنازل عن عضو من أعضاء جثتهم لأن ذلك يتعارض مع الكرامة الإنسانية.[1]

أما المشرع الجزائري فإنه لم يتناول مصير الجثة بعد تنفيذ حكم الإعدام وذلك نظرا للسرية المطلقة في تنفيذ هذه العقوبة كما أن تنفيذ هذه العقوبة غالبا ما يكون رميا بالرصاص مما يؤدي حتما إلى عدم صلاحية أعضاء للنقل، وعليه فإن المشرع قد ساير الإتجاه الذي يحيز المماس بجثث المحكوم عليهم بالإعدام.[2]

[1] احمد شوقي عمر ابو خطوه المرجع السابق ص217

[2] مشكور حليمه المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود و مسؤولية الجزائر بن عكنون 2001 ص116

الفصل الثاني

آثار المسؤولية المدنية للطبيب

عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني : آثار المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

لم يرد في نص يعاقب الطبيب الجراح على خطاه أثناء ممارسته لمهنته لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية حيث اقتصرت النصوص على بيان واجبات الأطباء و إلتزاماتهم دون وضع جزاءات المدنية في حالة الإخلال مما جعل القضاء يطبق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء.

و منه متى توفرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية استطاع المضرور الذي هو المتنازل أو المتلقي حسب الحالة، و ذلك وفق الإجراءات القانونية رفع دعوة قضائية (مطلب الأول) المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

إن المسؤولية المدنية هي الوسيلة القضائية التي يستطيع عن طريقها المضرور الحصول من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه.[1]

و دعوى المسؤولية المدنية للطبيب سواء كانت مقامة على أساس المسؤولية التقصيرية أو العقدية هي كغيرها من الدعاوى المسؤولية المدنية تتعلق بحق شخصي اساسه المطالبة بإصلاح الضرر أو جبره كما أنها تستلزم شروط لمباشرتها تتعلق هذه الشروط بصفة أطرافها (الفرع الأول) و كذا بالإختصاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أطراف الدعوى

لكل دعوى قضائية طرفين، مدعى و مدعى عليه

والمدعي هو الطرف الذي يدعي حصول ضرر له من جراء التدخل الطبي والمدعى عليه هو المسؤول الذي يثبت انه الحق الضرر بالمرور نتيجة الخطأ الذي وقع فيه، لكن بالنسبة للدعوة المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية باعتبارها تتعلق بثلاث اطراف وهم الطبيب المتنازل المتلقي فهذا يثير التساؤل عن من هو المدعي والمدعى عليه؟

<u>أولا :</u> المدعي

طبقا للقاعدة في الدعاوي المدنية التي تقض بأنه "لا عوى دون مصلحة"

فإن كل شخص أصابه ضرر له الحق في التعويض و يكون المدعى في مجال عمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية أما المضرور مباشرة نتيجة خضوعه للعملية أو خلفه في حالة وفاته، أو إمتداد الضرر إليهم.

المضرور المباشر او نائبه ترفع دعوى التعويض من المريض المضرور شخصيا أوعن طريق وكيله أو ترفع باسم نائبه القانوني ونائب المضرور وهو وليه أو وصيه إذا كان قاصرا وهو القيم اذ كان مجورا

[1] منير رياض حنا النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ط1 دار الفكر الجامعي الإسكندرية (مصر) 2011 ص607

عليه،[1] ولتحديد المضرور الذي له الحق في ان يطالب المسؤول بالتعويض في مجال عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب ان يميز بين عمليات نقل الأعضاء البشرية وعمليات زرعها لإختلاف هذه الأخيرة عن بعضها البعض من حيث محل الذي تردان عليه

أ عملية نقل الأعضاء

يتمثل المدعي في دعوى المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية في المتنازل المتضرر من الخطأ الذي ارتكبه الطبيب و هو بصدد ممارسته لعملية نقل العضو البشري المتنازل عنه، أما بالنسبة للمدعي في عمليات نقل الأعضاء من الأموات فإن الحق في المطالبة بالتعويض يكون للأقارب باعتبار أن الإعتداء قد وقع على جثه قريبه.

ب عملية زرع الأعضاء البشرية

إن محل زرع الأعضاء البشرية هو جراء هذه العمليات نصيب المتلقي وبالتالي فإن المتلقي هو الذي له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء الخطأ الطبي بغض النظر أن العضو الذي تم نقله هنا هو من شخص حي أو جثت ميت.

2- خلف المضرور

يمكن أن ينتقل الحق في التعويض إلى غير المضرور المباشر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ويمكن ذلك في حالة وفاة هذا الاخير وحالة أضرار المرتد.

أ حالة وفاة المضرور

إذا أدى الخطأ الطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية إلى وفاة المضرور أي المتنازل أو المتلقي حسب الحالة فإنه لتحديد من له الحق في التعويض يجب النظر إلى نوع الضرر الذي أدى إلى وفاة المضرور الذي قد يكون ماديا أو معنويا.

- إذا كانت وفاة المضرور ناتجة عن ضرر مادي ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أدى إلى وفاة المتنازل أو المتلقي حسب الحالة إلى ورثته كل بقدر نصيبه في الميراث.[2]
- للورثة حق المطالبة بالتعويض

كما يمكن للدائنين في حالة امتنع مدينهم عن المطالبة بحقه في التعويض أن يطالبوا عوضا عنه عن الأضرار المادية دون المعنوية و ذلك عن طريق دعوى غير مباشرة و إلى يشترط لقبولها أن يكون الدين محقق الأداء.[3]

- إذا كان وفاة المضرور ناتجة عن ضرر أدبي :

[1] منير رياض حنا النظرية العامة للمسؤولية المدنية في التشريعات المدنية ودعوة التعويض الناشئة عنها ص618

[2] أحمد حسن عباس الحيازي : المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري دار الثقافة و التوزيع عمان 2006 ص153

[3] العوجي مصطفى القانون المدني المسؤولية المدنية ج2 منشورات الحلبي الحقوق بيروت 2007 ص658.

في هذه الحالة لابد أن نميز بين الضرر الأدبي الذي أصاب الميت نفسه و الضرر الأدبي الذي أصاب أقاربه في شعورهم و عواطفهم جراء موته الذي يمنحهم الحق في طلب التعويض.[1]

أما الضرر الأدبي الذي أصاب الميت نفسه فالمادة 122 قانون المصري أنه إذا كان الضرر الأدبي أصاب الميت نفسه فإن حق التعويض عنه ينتقل إلى غيره.[2]

إلا إذا كان هناك اتفاق بين المضرور و المسؤول بشأن التعويض من حيث مبدئة و مقداره، و أن يكون المضرور قد رفع دعوى أمام القضاء للمطابة بالتعويض.[3]

أما المشرع الجزائري فلم ينص على هذه المسألة، لهذا يرى الفقه أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المورث يجب أن ينتقل إلى الورثة و لو سكت المورث عن المطالبة به، و لا يعتبر سكوته تنازلا عن هذا الحق لأن السكوت في هذه الحالة يعتبر سكوت ملابس.[4]

ب حالة الضرر المرتد

هو ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير.[5]

فالضرر على تقصير على شخص واحد بل قد يمتد إلى أشخاص أخرين كالضرر المؤدي إلى وفاة المضرور، فضرر الوفاة لا يسبب فقط الضرر المادي الذي أصيب به الشخص، و الذي ينتقل الحق بالتعويض عنه إلى الورثة بل أيضا بسبب أضرار مادية أخرى لأشخاص آخرين ناتجة عن فقدان من كان يعيلهم و أضرار أدبية ناتجة عن الألم و الحزن على موت قريبهم،[6] و بالتالي لكل من أصابه ضرر مرتد و ناتج عن الضرر الأصلي الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا.7

و ذلك عن طريق دعوه شخصية مستقلة يرفعوها بإسمه الخاص لأنه لا تضامن بين المضرورين.[8]

ثانيا : المدعي عليه

طبقا للقاعدة العامة في المسؤولية المدنية فإن المدعى عليه هو الشخص المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي قد يكون الضرر ناتج عن خطا طبي أو ناتج عن عدة مسؤولين.

1- الطبيب المخطئ

إذا اخطأ الطبيب الجراح عند قيامه بعمليه نقل وزرع الأعضاء البشرية كان مسؤولا عن الضرر الذي أصاب الخاضع للعملية ما دام ناتجا عن خطئه وذلك سواء كان مسؤولا عن فعله الشخص أو عن غيره

[1] منير رياض حنا : النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ص619.
[2] حددت المادة 122 من قانون المصري الأقارب الذي يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي عند وفاة موروثهم بالأزواج و الأقارب من الدرجة الثانية.
[3] .منير رياض : النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريع ص 87-88
[4] على على سليمان، دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994، ص248
[5]فيلافي على : الالتزامات الفعل المستحق للتعويض ط2 للنشر الجزائري 2007، ص298
[6] اللحاحمة عبد الجليل نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني و المقارن المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الصار ط1 دار الشروق للنشر عمان 2002 ص123
[7] احمد حسن عباس الحياري ص 154
[8] السنهوري عبد الرزاق احمد الوسيط في شرح القانون المدني ج1 مصادر الالتزام منشورات الحليبي الحقوقية 2008 ص 775

وعن الشيء الذي في حراسته، أما إذا كان الطبيب المسؤول ناقص أو عديم الأهلية توجده الدعوة إلى نائبه القانوني وهذا شيء مستحيل اذا لا يعقل أن يمارس الطبيب مهامه إلا إذا كان قادرا ومتمتع بكامل أهليته إذا توفي الطبيب المسؤول رفعت الدعوة على ورثته ذلك أن الورثة المسؤولين عن ديوم مورثهم بعد وفاته في حدود الأموال التي آلت إليهم إذ كان الطبيب تابع لأحدى المستشفيات العامة أو الخاصة فإن كل من الطبيب والمستشفى يكونان مسؤولين عن تعويض الأضرار المادية والأدبية التي أصابت الشخص الخاضع للعملية او اقاربه في حاله امتداد اضرار اليهم او حاله ما اذا ادت الإصابة الجسدية لقريبهم إلى وفاته.1

الطبيب يسأل وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن خطئه الشخصي أما المستشفى فيسال وفقا لأحكام المادة 236 من (ق.م.ج) على أساس مسؤولية المتبرع عن أعمال تابعيه باعتبارهم متبوعا من قبل الطبيب المرتكب للخطأ أثناء مباشره عملية.

وعلى هذا الأساس فإن الشخص المضرور جراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في رفع دعوى ضد الطبيب المخطئ الذي ثبت خطأه شخصا و ضد المستشفى العام منفردين أو مجتمعين على سبيل التضامن2.

2- تعدد المسؤولين عن الضرر

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

طبقا لنص المادة إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية كانوا ملزمين بالتعويض سبيل التضامن فيما بينهم وبالتالي للمضرور الحق في أن يرجع على أي واحد منهم بكل التعويض ومن دفع التعويض له حق الرجوع على باقي المتضامنين معه كل واحد منهم بمقدار نصيبه في التعويض.3

على ذلك إن كان الضرر ناتج عن عمليه نقل وزرع العضو اجريت في إطار فريق طبي جراحي فإن الشخص المدعى له الحق إما أن يدعي مباشرة على الطبيب الجراح الذي باشر العملية التي نتج عنها الضرر المدعى به باعتبار هذا الأخير هو المسؤول عن اختيار أعضاء فريقه الجراحي الذي يساعده وإما أن يرفع دعوه على جميع أعضاء الفريق الطبي الجراحي بصفه تضامنية بينهم،[4] كما يشترط لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين توافر ثلاث شروط هي :

---

[1] كمال فريحة المسؤولية المدنية للطبيب مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري تيزي وزو 212 ص 308

[2] ايت مولود ذهبيه المسؤولية المدنية عن اخطاء الفريق الطبي مذكره للنيل شهاده ماجستير في القانون تخصص قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري تيزي وزو 2011 ص 136

[3] عبسوس فريدة الخطأ الطب والمسؤولية الطبية دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون عقود مسؤولية جامعه الجزائر بن عكنون 2003 ص 151

[4] حروزي عز الدين ص 199

- أن يكون كل واحد منهم ارتكب خطأ
- أن يكون الخطأ المرتكب من طرف كل واحد منهم سبب في إحداث الضرر
- أن تؤدي الاخطاء التي ارتكبها المسؤولين المتعددين إلى إحداث نفس الضرر الحاصل[1]

إذا تعدد المسؤولين العقدية فلا تضم بينهم إلا إذا وجد إتفاق بينهم نص قانوني هذا طبقا لأحكام المادة 217 (ق.م.ج) والذي تقابلهما المادة 279 من القانون المدني المصري

"التضامن بين الدائنين أو بين المدنين لا يفترض وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون"

ثالثا : شركة التامين

لتوفير الأمان للمرضى وكفالة حقوقهم فرضت أغلب التشريعات الوضعية على الطبيب اكتساب تامين لتغطيه مسؤوليته المدنية اتجاه مرضى واتجاه الغير ومن هذه التشريعات المشرع الفرنسي في المادة 2- 1142 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 2002 من قانون الصحة العامة أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 167 من الأمر رقم 795 المتعلق بالتأمينات على

"يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتسبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم و اتجاه الغير"[2]

و تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على أنه

"يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة اكتساب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة و مستخدميها و مرضاها"

وبالتالي طبقا لمقتضيات هذه النصوص فان كل طبيب يعمل لحسابه الخاص وكل مستشفى خاص ملزم بدفع مبالغ التامين التي تعد كضمان للمرضى في حال اصابتهم بأذى جراء عمل الممارسين الخواص3.

لكن باعتبار أن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية غالبا ما تكون محل نشاط إداري عام فيجب على كل مستشفى مصرح له بإجراء هذه العمليات أن يبرم تامينا خاص يغطي أخطار الاستئصال و الالتزام بإجراء التأمين يجب أن يكون التزام قانونيا يفرضه القانون،[4] و تعد مسألة التأمين على حياة المتنازل عن العضو لزراعته لغير مسألة على جانب كبير من الأهمية ينبغي أن يتطرق إليها المشرع الجزائري بالتنظيم.[5]

[1] بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائر ج2 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري 1999 ص 225

[2] الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات ج ر عدد 16 مؤرخة في 8 مارس 1995

[3] كمال فريحه المسؤولية المدنية لطبيب مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون الخاص قانون المسؤولية المهنية جامعة المولود العمري تيزي وزو 2012 ص 309

[4] شرف الدين أحمد زراعة الأعضاء والقانون مجلة الحقوق والشريعة العدد 2 سنه 1 جامعة الكويت للحقوق والشريعة يوليو 1977

[5] رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري المرجع السابق ص 220

الفرع الثاني : الإختصاص القضائي

إن دعوى المسؤولية المدنية الطبية تخضع للقواعد الاختصاص ويقصد بالاختصاص سلطه الحكم بمقتضى القانون في خصوصية معينة معروضة أمام المحاكم وفقدان هذه السلطة يؤدي إلى عدم الإختصاص، والإختصاص القضائي يتجدد نوعيا (أولا) ومحليا (ثانيا).

أولا : الإختصاص النوعي

يتحدد الإختصاص النوعي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في دعوى المسؤولية المدنية التي يباشرها المضرور على الطبيب المسؤول عن الضرر الناجم عن عمليه نقل وزرع الأعضاء البشرية بحسب الجهة التي يعمل لصالحه فهذا الطبيب الجراح قد يكون تابع للقطاع العام أو للقطاع الخاص.

1- اختصاص القضاء العادي :

تبقى لأحكام المادة 32 من (ق.أ.م)[1] فان المحاكم هي الجهات القضائية ذات الإختصاص العام، و هي تفصل في جميع القضايا المدنية :

و طبقا للمادة 43 من (ق.أ.م) فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم تكون قابله للاستئناف أمام المجالس القضائية

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

أما اذا اعتبر الخطأ الطبي جريمة في هذه الحالة خول المشرع الجزائري للمضرور الحق في الخيار بين رفع دعوى بالتعويض إلى المحكمة المدنية أو إلى المحكمة الجزائية التي تنظر في الدعوى العمومية غير ان الحكم بالبراءة امام المحكمة الجزائية يوجب على هذه الأخيرة أن تقضي بعدم اختصاصها بالنظر في الدعوى المدنية وذلك إستنادا إلى قاعدة تباعيه الدعوة المدنية للدعوى العمومية،[2] تقتضي تباعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية تقييد القاضي المدني بالوقائع التي فصل فيها القاضي الجزائي.

2- اختصاص القضاء الإداري

كان الإختصاص بالفصل في دعاوي المسؤولية الطبية التي تكون السلطة العمومية طرف فيها يؤول للغرفة الإدارية الموجودة على مستوى المجالس القضائية وهذا إذا كان المدعي عليه طبيبا تابعا لأحدى المستشفيات العامة أو تابعا للقطاع الصحي لدائرة من الدوائر الإدارية أو المستوصف من مستوصفاتها

[1] قانون رقم 08-9 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 مؤرخة في 23-04-2008

[2] بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج2 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999 ص231 ص232

أما حاليا وبعد صدور القانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية المادة الأولى منه "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية ".

هذا القانون قد حول الاختصاص النوعي للغرفة الإدارية إلى المحاكم الإدارية و طبقا للمادة 800و 801 (ق.إ.م.إ) فإن المحاكم الإدارية باعتبارها هي الجهات القضائية ذات الولاية العامة، والاختصاص العام هي التي تنظر في دعوى المسؤولية الطبية باعتبارها درجة الأولى على أن يتم استئناف القرار الصادر عنها أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية لابد أن نشير أن المشرع الجزائري جعل الإختصاص النوعي من النظام العام لهذا يمكن للقاضي أن يشير من تلقاء نفسه وهو ما أشارت إليه المادة 36 بالنسبة لجهات القضاء العادي و 807 من (ق.إ.م.إ).

ثانيا : الاختصاص الاقليمي

القاعدة العامة في الإختصاص المحلي إنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه وإن لم يكن له مواطن معروف سيعرض الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الجهة القضائية التي يقع فيها إخر موطن له وفي حاله اختيار موطن يؤول الإختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار[1].

و من بين الاختصاصات المحلية المستثناة من القاعدة العامة الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية حيث يؤول الإختصاص محليا للنظر فيها للمحكمة التي يقع في دائرتها المكان قدم فيه العلاج حسب ما اكدته المادة 40 من(ق.إ.م.إ).

"فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها :

في المواد المتعلقة بالخدمات الطبي أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج".

ومنه فإن على الشخص المتضرر جراءه خضوعه لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من حقه رفع دعوى قضائية على الطبيب الجراح للمطالبة بالتعويض على الأضرار التي لاحقته وذلك أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مكان اجراء العملية، ولكن ما دام أن الإختصاص المحلي ليس من النظام العام فإنه يجوز لكل من المريض والطبيب الإتفاق على أن تختص محكمة معينة بالنظر في النزاع.

وذلك بموجب عقد الطبي والإتفاق على ذلك لاحقا وهذا طبقا لأحكام المادة 46 من(ق.إ.م.إ) التي تنص : "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصر إقليميا

يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي وإذا تعذر التوقيع يشار الى ذلك يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة و يمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له"

بالنسبة للإختصاص الإداري فيؤول إلى المحكمة الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصها القطاع الصحي العمومي مكان مباشرة العملية وهذا طبقا لنص المادة 804 من (ق.إ.م.إ)

[1] أنظر المادة 37(ق.إ.م.إ)

"خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه ترفع الدعاوي وجوبا أمام المحاكم الإدارية المواد المبينة أدناه

- في مادة الخدمات الطبية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تقديم الخدمات الطبية"

المطلب الثاني : التعويض

يفرض القانون إلتزام جزائي على كل من تسبب بخطأ في وقوع ضرر صغير للغير طبقا لنص المادة 124 من (ق.م.ج) فالتعويض الذي يتحمله الطبيب هو نتيجة اخلاله بالتزام سابق رتبة العقد أو القانون إذا أثبتت المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن ما لحق المدعي من ضرر فإنه يتعين على المسؤول بتعويض الضرر فإنه يتعين عن المسؤول تعويض المضرور لجبر الضرر الذي لحق به ويكون ذلك وفق لما حدده القانون من طرف (الفرع الأول) وحسب تقدير القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : طرف التعويض

المادة 131 و 132 من إشارة إلى طرف التعويض والتي يستفاد منها إن التعويض يكون أما عينيا أولا أو بمقابل ثانيا

أولا : التعويض

العيني يقصد بالتعويض العيني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر،[1] و يشترط في التعويض العيني أن يكون ممكنا أن لا يكون فيه إرهاق للمدين أن يكون حسب الظروف وأن يطالب به المضرور،[2] يعتبر التعويض العيني نادر الوقوع في مجال المسؤولية الطبية إذ هناك بعض الحالات لا يمكن فيها تصور التعويض العيني عن الخطأ الطبي،[3] فمثلا إذا أجرى الطبيب عمليه استئصال الكلية من شخص ما دون رضاه ففي الحالة لا يمكن التعويض العيني لإستحالة إعادة الحالة التي ما كانت عليه.

ثانيا : التعويض بمقابل

نظرا لأن التعويض العيني من الأمور العسيرة في مجال المسؤولية المدنية غالبا ما يكون التعويض بمقابل عند إستحالة التعويض العيني والتعويض بمقابل يكون تعويضا نقديا وهو الغالب وقد يكون تعويضا غير نقديا في معظم الأحيان.

[1] ابراهيم علي حمادى الحيلوشي الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية دراسة قانونيه مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007 صفحه 228

[2] حروزي عز الدين المرجع السابق صفحه 163

[3] عباسي كريمة الضرر في المجال الطبي مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون تخصص قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري تيزي وزو 2011 صفحه 136

1- التعويض النقدي :

وهو المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور[1] والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغ المحدد يدفع أضرار دفعة واحدة إلا أنه يجوز أن يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة.[2]

ويتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي ارتكبه الطبيب فالتعويض يجب أن لا يتجاوز قدر الضرر أن لا يقل عنه ويقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة.[3]

2- التعويض غير النقدي :

على الرغم من أن الأصل في التعويض بمقابل أن يكون نقديا إلا أنه يجوز أن يكون التعويض بمقابل غير نقدي ولكن بشرط أن لا يحكم به القاضي إلا بطلب من المضرور تبعا لظروف الحالة.[4]

و يكون الحكم بالتعويض غير نقديا مثلا في حالة الحكم بأداء أمر معين كنشر الحكم أو الإعتذار في الصحف.[5]

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

الفرع الثاني : تقدير التعويض

تقدر عملية تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ومسؤولية الأطباء عموما مسألة صعبة جدا لما في الضرر الخاص للمريض من خاصية التغيير والتفاقم حيث يثير تقدير التعويض صعوبات خاصة فيها يتعلق بوقت التقدير (أولا) بكيفية التقدير (ثانيا) وآثار اتفاقات الأعضاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية (ثالثا).

أولا : وقت تقدير التعويض

إن مسالة تحديد وقت التقدير التعويض عن الضرر في المجال الطبي صعبة حيث يرجع ذلك إلى خاصية التغيير التي يمتاز بها الضرر الذي يصيب المريض وتغيير الضرر يكون أما قبل صدور الحكم أو بعده

1. تقدير التعويض عن الضرر المتغير قبل صدور الحكم

اختلف الرأي حول الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض رأي يقول أن الحق في التعويض ينشأ من صدور الحكم به من طرف القاضي هناك رأي اخر هو رأي الراجح يرى أن الحق في التعويض

[1] منصور محمد حسن المسؤولية الطبية الطبيب الجراح طبيب الاسنان الصيدلي دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 1999 صفحه 266
[2] انظر المادة 2/132 من(ق.م.ج)
3 المادة 131 من(ق.م.ج)
[4] المادة 2/132 من(ق.م.ج)
[5] ابراهيم علي حمادى الحليوسي الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007 صفحه 233

يترتب من وقت نشوء الضرر أي منذ استكمال أركان المسؤولية والحكم القاضي بموجب التعويض لا ينشأ الحقل يكشف عنه فقط،[1] استقر الفقه والقضاء على أن التقدير التعويض عن الضرر الحاصل يكون وقت صدور الحكم سواء أن اشتد الضرر أو خف وسواء أرتفعت قيمته النقدية أو انخفضت وذلك لكي يكون التعويض معادلا للضرر.[2]

2. تقدير التعويض عن الضرر المتغير بعد صدور الحكم

يحدث أي تغيير الضرر بعد صدور الحكم بالتعويض عنه في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين

أ إذا كان الضرر بحسب طبيعته قابلا للزيادة ويكون ذلك في حاله الضرر المستقبلي المحقق الوقوع ففي مثل هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم بالتعويض قبل وقوع الضرر لكن له أن يحتفظ للمضرور بالحق بأن يطالب خلال مدة معينة بأعاده النظر من جديد في تقدير التعويض.[3]

المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 131 من (ق.م.ج) تنص على "يقدرالقاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر وقت الحكم له أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"

ب إذا لم يتوقع القاضي في حكمه تغيير الضرر بعد الفصل في الدعوى هنا يجب التفرقة بين زيادة الضرر ونقصه فإذا زاد الضرر فإنه يجوز للمضرور أن يطلب تعويضا عن زيادته باعتباره ضررا جديدا متميزا عن الضرر المحكوم بالتعويض عنه سابقا أما إذا نقص الضرر كما لو كانت الإصابة خطيره ثم تحسنت بعد ذلك يستطيع المدعي عليه أن يطلب إنقاصه بما يعادل الضرر لكونه حائز لحجيه الشيء المقضي به.4

كما يجب على المجلس القضائي أن تبين في أسباب حكمها الضرر الجديد الذي أصاب المضرور من وقت صدور الحكم الإبتدائي إلى وقت صدور قرار الإستئناف وإلا تعرض قرارها للطعن ذلك لإنتفاء عناصر الضرر الإضافية باعتبارها الأساس القانوني الذي تبني عليه زيادة قيمة التعويض المحدد في الحكم المطعون فيه،[5] يتعين على القاضي كذلك مراعاة التغيير في قيمه الضرر بارتفاع قيمه النقود وانخفاضها وزياده الأسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها.6

[1] علي علي سليمان دراسات في المسؤولية القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الصغير المسؤولين عن فعل الانشاء التعويض ديوان المطبوعات الجامعة الجزائرية 1994 ص 65

[2] حروزي عز الدين المسؤولية المدنية الطبيب اخصائي الجراحة في القانون والمقارن الدراسة مقارنة دارهما للطباعة والنشر الجزائر 2008 ص 211

[3] عباسي كريمة الضرر في المجال الطبي مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون المسؤولية الطبية جامعة مولود معمري تيزي وزو ثلاثة ص 180

[4] بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري 1999

[5] عبد الوهاب عرفه الوسيط في المسؤولية المدنية عقدية تقصيرية وأحكام النقض الصادرة فيها دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2005 الصفحة 42.

[6] منصور محمد حسن المسؤولية الطبية الطبيب الجراح طبيب الاسنان الصيدلي دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية (مصر) 1999 ص 211

ثانيا : كيفية تقدير التعويض

يرجع تقدير التعويض في المسؤولية المدنية إلى :

1- التقدير الاتفاقي والقانوني للتعويض

التعويض الاتفاقي :

أجاز المشرع الجزائري لأطراف العقد تحديد مبلغ التعويض بالإنفاق عليه في نص العقد أو في وقت لاحق وقد نصت المادة 183 من (ق.م.ج) أنه
"يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمه التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "
وهذا الإتفاق لا يكون لأنه المسؤولية العقدية ويسمى بشرط الجزائي على هذا الأساس يجوز للطبيب والمريض الإتفاق على التعويض مسبقا في العقد أو في اتفاق لاحق بشرط أن يكون الإتفاق قبل وقوع الضرر الحالة إذا اثبت الطبيب ان المريض لم يلحقه أي ضرر لو كان مبلغ التعويض مثبت في العقد مبالغ فيه يحق للقاضي في هذه الأحوال انقاصه ليكون معادلا للضرر الذي لحق المريض.[1]
وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري نص المادة 184 من (ق.م.ج)

"لا يكون تعويض المحدث في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفف مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الداني لم يلحقه أي ضرر، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين اعلاه".

أما إذا تجاوز الضرر قيمه التعويض المحدد بالإتفاق فلا يجوز للمريض المطالبة بأكثر من القيمة المتفق عليها ما لم يثبت أن الطبيب قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما وهذا ما نصت عليه المادة 185 من (ق.م.ج)
"إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للداني أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدينة قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما"

أ. التعويض القانوني

حدد المشرع الجزائري في بعض القوانين الخاصة تقدير التعويض قانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية حدد التعويضات التي تمنح للمضرور من قبل هيئات الضمان الاجتماعي سبب المرض أو العجز الكلي.

ب. التعويض القضائي :

أ، سلطة القاضي في تقدير التعويض : نصت المادة 182 من (ق.م.ج) "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره.."

طبقا لنص المادة فإنه في حالة عدم اتفاق الطرفين في المجال الطبي على تحديد مبلغ التعويض وعدم وجود أي نص قانوني صريح يحدد مقدار التعويض فان القاضي هو الذي يتمتع بالسلطة التقديرية تفسيره و لا رقابة للمحكمة العليا عليه إلا من حيث التسبيب لأن تقدير التعويض يعد من المسائل

[1] عبد الوهاب عرفة الوسيط في المسؤولية المدنية عقدية تقصيرية واحكام النقض الصادر فيها دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2008 ص 67

الواقعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديره،[1] غير أنه يتعين على القاضي أن يبرر تعيين جميع عناصر تقدير التعويض المدني التي تخضع لرقابه المحكمة العليا فتعيين العناصر المكونة قانونا للضرر تعد مسألة قانونية.32

ب، معيار تقدير التعويض :

لم يترك المشرع للقاضي الحرية الكاملة لتقدير التعويض حسب ميوله بل حدد له معايير يستند إليها يتم استخلاصها من المادة 182 و 131 من (ق.م.ج) والتي هي

- **معيار الضرر المباشر :**

نص الشرع الجزائري على معيار الضرر المباشر في المادة 182 من (ق.م.ج) والتي تعتبر الضرر مباشرا إذ كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذ لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهود معقول.[4]

معيار الخسارة الواقعة والكسب الفائت :

يقصد بالخسارة الواقعة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور أما الكسب الفائت فيقصد به ما كان سيحصل عليه المضرور من أو بل لو لم يقيده الفعل الضار عن هذا الكسب يشرط أن تكون هذه الأرباح متوقعه في المسؤولية العقدية و سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ما دامت محققة،[5] أما بالنسبة للظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤولية فلا تؤخذ بعين الإعتبار عند تقدير التعويض إذ المسؤول غنيا ليس بالضرورة يدفع تعويض أكثر وكذلك إن كان فقير فلس بالضرورة يدفع تعويض أقل قصد من التعويض عن الضرر أن يكون التعويض بقدر الضرر مع مراعاة كل الظروف الشخصية للطبيب المسؤول عن الضرر.

كما تجدر الإشارة إلى أن القاضي عند تقدير التعويض لا يأخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ لأن التعويض الناتج عن قيام المسؤولية المدنية يقدر على أساس الضرر لا على أساس جسامة الخطأ وهذا عكس المسؤولية الجزائية الذي يقدر التعويض عنها وفقا لجسامة الخطأ.[6]

من الحالات التي يتجسد فيها مراعاه جسامه الخطأ حالة الضرر الأدبي وحالات تعدد المسؤولين فإذا تعدد المسؤولين عن الضرر أجازه للقاضي توزيع المسؤولية في ما بينهم حسب جسامة الخطأ الواقع من كل واحد منهم.[7]

---

[1] عباسي كريمة الضرر في المجال الطبي مذكرة لنيل شهاده مانشستر في القانون تخصص قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري تيزي وزو ص 145

[2] منصور محمد حسن المسؤولية الطبية الطبيب الجراح طب الاسنان الصيدلة دار الجامعة الجديدة النشر الإسكندرية مصر 1999 ص187

[3] بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائر ج2 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999 ص 271 ص 272

[4] علي علي سليمان دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن فعل الاشياء التعويض ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994ص 24

[5] كمال فريحه المسؤولية المدنية للطبيب مذكرة لنيل شهاده ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون المسؤولية المهنية

[6] منير قزمان التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامع الإسكندرية مصر 2005 ص 78

[7] ابراهيم علي حمادي الحليوسي الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية دراسة مقارنة ط1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007 ص 227

ثالثا : اتفاقات الأعضاء والتخفيف من المسؤولية المدنية

الأصل في المسؤولية المدنية أن كل من ارتكب خطأ مسببا ضرر للغير يلتزم بالتعويض فهل يجوز أن تكون هذه المسؤولية محل اتفاق بين الطبيب ومريضه الإعفاء منها أو التخفيف من عبئها؟

للإجابة عن هذا السؤال لا بد ان نميز بين ما اذا كان هذا الاتفاق سابق على وقوع الضرر أو لا حق له.

1. **قبل وقوع الضرر** :

قد يحدث اتفاق الطبيب والمريض قبل حدوث الضرر على الأعضاء من المسؤولية المدنية أما كلي أو جزئي؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نميز بين الإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية والإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية.

أ. الإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية :

ثار خلاف فقهي وقضائي بخصوص مدى جواز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية فذهب البعض إلى جواز ذلك استنادا إلى مبدأ العام المنصوص عليه في القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين والذي يعطي الحق للمتعاقدين في اشتراط ما يشاءان من الشروط في إطار احترام القانون والنظام العام.[1] تطبقا لذلك فإنه يجوز الإتفاق قبل وقوع الضرر على الأعضاء أو التخفيف من عبئ المسؤولية المدنية. غير أنه يرى بعض الشراح أن هذا الإتفاق باطل باعتبار أن الإتفاق هو تنازل انسان عن حقه في تكامل جسده الذي يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي تقبل التنازل عنها أو التعامل معها، أما المشرع الجزائري بالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة 178/1 من (ق.م.ج) تنص على "يجوز الإتفاق أن يتحمل المدين تبعيه الحديث الفجائي أول القوة القاهرة "

وهنا المشرع الجزائري يجيز الإتفاق على تحمل المدين تبعية الحادث الفجائي والقوه القاهرة قياسا على ذلك إذا كان من الجائز الإتفاق على إقامة مسؤولية المدين على الرغم من أن الحادث الفجائي والقوة القاهرة تعتبر من الأسباب التي تنفيها تبقى لنص المادة 127 من (ق.م.ج) فانه من باب اولى جواز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية العقدية وكذلك تشديدها.32

ب. الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية :

يستغرب البعض امكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية قبل وقوع الفعل الضار لأن هذا النوع من المسؤولية تقوم بين أشخاص لا يعرف أحدهما الأخر إلا أنه هناك حالات نادرة يتصور فيها وجود مثل هذه الإتفاقات.[54]

[1] حروجي عز الدين المسؤولية المدنية للطبيب اخصائي الجراحة في القانون الجزائري دراسة مقارنه دار هومه للنشر 2008 ص 215
[2] حروزي عز الدين المرجع نفسه ص 216
[3] حروزي عز الدين المرجع نفسه ص 218
[4] السنهوري عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني ج1 مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2008 ص 827
[5] من بين هذه التشريعات المشاريع المصري والفرنسي والاردني احمد حسن عباس ص 181

استقر أغلب التشريعات الوضعية على عدم جواز الإتفاق السابق لوقوع العمل الضار على الأعضاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية،[1] والمشرع الجزائري حذر هذه التشريعات ففي المادة 178/[3] من (ق.م.ج) "يبطل كل شرط يقضي بالأعضاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"

و منه يبطل كل اتفاق سابق على ضرر محتمل الوقوع على اعفاء الطبيب المسؤول عن عمل غير مشروع سواء كانت مسؤوليه نتيجة خطئه الشخصي أو نتيجة أفعال تابعيهم سواء كان الخطأ يسيرا أو جسيما.

2. بعد وقوع الضرر

القاعدة العامة تجيز اتفاق بين المسؤول عن الضرر والمضرور بعد وقوع الضرر سواء بالإعفاء التام من الإلتزام بدفع مبلغ من التعويض أو التخفيف من عينه حيث يعد الاتفاق اللاحق لوقوع الضرر من قبل الصلح المحددة في أحكام المادة 459 الى 466 من (ق.م.ج)، وعلى ذلك فإن المريض الخاضع لعملية نقل وزرع الأعضاء يستطيع أن يتفق مع الطبيب الذي أجرى له العملية وسبب له ضررا أن يتقاضى منه تعويضا أقل مما يستحق ويكون ذلك إما تنازلا من المضرور عن جزء من حقه أو هو صلح بينه وبين الطبيب المسؤول كما يجوز كذلك الإتفاق على أن يعطي المسؤول للمريض المضرور تعويض أكثر مما يستحق فتكون الزيادة في هذه الحالة تبرعا.[2]

[1] حروز عز الدين المسؤولية المدنية لطبيب اخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2008 ص 215

[2] السنهوري عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني ج1 مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2008 ص 827

الخاتمة

الخاتمة :

من خلال هذه الدراسة يتبين لنا أن جل التشريعات الوضعية عملت على إباحة وزرع الأعضاء البشرية وذلك باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة قصد حماية الأطراف المعنية من مختلف المخاطر التي تتطورعليها وذلك قصد تجنيبها الأضرار الجسيمة التي يصعب تداركها، و هذا من خلال وضع ضوابط العرض منها ايجاد حدود لإباحة هذه العمليات إذ يعتبر احترام هذه الضوابط التزام على عاتق الطبيب القائم بهذا وتوجب مسؤولية عند مخالفتها كمختلف ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية وفقا لمصدر هذه الأخيرة ويكون من الأحياء أو من جثث الأموات.

كما يشترط في عملية زرع و نقل الأعضاء أن يكون العضو المعد للزرع أو النقل من الأعضاء التي يجوز التنازل عنها يحكم الشرع والقانون والتي تتمثل في الأعضاء التي لا تؤثر على حياة المتنازل و لا تؤدي إلى اختلاط الأنساب.

كما يشترط كذلك لتوافق عملية نقل و زرع البشرية من النظام العام وجود دافع وهو تحقيق المصلحة الصلاحية وليس الحصول على منفعة، و بعد التزام الحصول على رضا الأطراف المعينة بالعملية من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

كما يشترط للإعتداد بهذا الرضا إلى ضرورة صدور من كامل الاهلية وعن إرادة حرة خالية من العيوب وإدارة مستنيرة سيغها إعلام حول ملابسات العملية ومخاطرها وإضافة إلى هذا يشترط أن يكون الرضا مكتوب، بالإضافة إلى الضوابط السابقة فقد التزم الطبيب باحترام الضوابط الطبية والتي تتمثل أساسا في إجراء الفحوصات الطبية قبل إجراء عمليه نقل أو زرع الأعضاء البشرية غرضها التأكد من توافق الأنسجة لأطراف العملية والتأكد من مدى وسلامة الحالة الصحية لأطراف العملية كما اشترط إجراء العمليات في مستشفيات خاصة.

و تتمثل الضوابط المتعلقة بنقل أو زرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى في التحقيق من وفاة المتنازل و التحقق من صدور الموافقة على الإستئصال القانون هو المختص والمسؤول عن تحديد لحظة الوفاة بشرط الأخذ بعين الإعتبار توصل إليه الطب في اكتشافات علمية يعتبر الموت الدماغي هو المعيار المعتمد في تحديد لحظة الوفاة وذلك لما ثبت علميا في تحقيقه نتائج أكيدة لتيقن من الوفاة تحدد مسؤولية الطبيب القاسم بعمليات نقل الأعضاء من الأشخاص الموضوعين تحت أجهزة الإنعاش وفق حالة خلايا المخ لهؤلاء الأشخاص فإذا كانت خلايا المخ حية يترتب على ذلك حظر وقف أجهزة الإنعاش أما إذا كانت خلايا المخ ميتة فهذه الحالة تسمح للطبيب توقف أجهزة الإنعاش وجواز استمرارها للمدة اللازمة للحفاظ على حيوية الأعضاء المراد نقلها دون إخضاعه لأي مسؤولية.
و بالنسبة للتحقق من صدور الموافقة على الإستئصال فتكون أصلا صادرة عن المتوفي قبل وفاته في شكل وصية مكتوبة أو يحددها القانون وذلك دون موافقة المتوفي كما تكون من حق الأهل والأقارب.

وعلى هذا الأساس إذا تم مخالفة هذه الضوابط من طرف الطبيب القائم بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية المسؤولية المدنية طبقا للأحكام الشمالية.

إن المسؤولية المدنية للطبيب في هذا المجال من حيث الواقع العاكي لا تزال تخضع للقواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية كما أن هذه المسؤولية تقوم في حق الطبيب عند إخلاله بالقواعد التي وضعها المجتمع وخاصة فيما يتعلق برضا الشخص سواء كان المتبرع أو المتلقي، كما نجد الأعمال الطبية

للطبيب التي يقوم بها يكون الغرض منها علاج المريض يرتبط ذلك بكفاءة الإجراءات الأخرى التي تتبع العلاج كالفحوص الطبية والنقاهة ويندرج بين هذه الأعمال ما يرتبط بالمرحلة الوقائية.

كما أن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لقد جدلا كبيرا بين الفقهاء الشريعة الإسلامية وفقها القانون حول مدى مشروعيتها وفي الأخير قد أقرت الشريعة الإسلامية مشروعية العملية وذلك نظرا لأهمية الكبيرة في أعضاء أمل جديد لحياة المرضى ولكن بشرط قيود.

نجد ان هناك نقص في التشريع الجزائري مقارنة بين مشرع الفرنسي حيث اكتفى بتنظيم العمليات رغم خطورتها في ثمانية مواد فقط ادراجها ضمنه قانون حمايه الصحة وترقيتها الأمر الذي فسح المجال أمام التعمرات القانونية ويعمل الأطباء في تدخلهم بجسم المتبرع أو المستقبل لذلك لا بد من وجود التشريعات القانونية تنظم بشكل كافي ومفصل عملية نقل وزرع الأعضاء سواء بين الأحياء والأحياء أو بين الأموات والأحياء.

كذلك لا بد من وجود تكامل بين النص الطبي والنص القانوني والممارسة القضائية فعلى الطب أن يتم مقال النصوص القانونية، لهذا كان لابد من تقديم توصيات

- اصدار قانون مستقبل خاص لنقل وزرع الأعضاء البشرية أن يدرس قانون الطب في الكليات الطب والحقوق حتى يتوفر للطب ورجال القانون القدر الكافي من المعرفة العلمية الفنية

مع كل هذا لا يمكن أن ننكر العديد من الإيجابية التي تحتسب للمشرع الجزائري في مجال نقل وزراعة الأعضاء كاعتماد مبدأ إلزامية الأطباء الممارسين هذه العمليات الإلتزام بقواعد العمل الجراحي في الرضا والإعلام ومحاسبة هذه العمليات، وقد استدرك المشرح الجزائري بعض النقائص في القانون التمهيد لقانون يتعلق بالصحة العمومية وترقيتها في اسم الأول من الفصل الأول الخاص بأحكام تتعلق بالأعضاء والأنسجة وذلك عن طريق استحداث لوكالة وطنية تكلفه بمتابعه زرع الأعضاء و مراقبته كما حدد بين المتبرع بالدم 18 سنة ولا يتعدى 65 سنة كما ألزم تقييد فصيلة الدم في دفتر الصحة و بطاقة التعريف الوطنية و رخصة السياقة.

قائمة المراجع و الملاحق

القرآن الكريم

المصادر

الكتب الفقهية

- العوجي مصطفى القانون المدني المسؤولية المدنية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007
- السنهوري عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2008
- اللصاصمة عبد العزيز نظرية الالتزام في ضوء القانون المدني الاردن والمقارن المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار دار الشروق للنشر والتوزيع عمان 2002
- بلحاج العربي النظرية العام للالتزام في القانون المدني جزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999
- الإمام حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري المطبعة المصرية 1380
- أحمد حسن عباس الحياري المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2005
- احمد شوقي عمر أبو خطوة القانون الجنائي و الطب الحديث دار النهضة العربية القاهرة 1995
- أحمد عوض بلال مبادئ قانون العقوبات المصري دراسة مقارنه دار النهضة العربية القارة 1988
- بلال أسامة السيد أحمد عبد السميع نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة (دراسة فقهية مقارنة) دار الجامعة الجديدة الإسكندرية القاهرة 2006
- أسامة عبد الله قايد المسؤولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة الطبعة 3 دار النهضة العربية القاهرة مصر 2003
- المنصوري عبد الرزاق أحمد الوسيط في شرح القانون المدني ج1 مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوق بيروت 2008
يدومي على محمد أضواء على نقل وزراعة الأعضاء دار الكتاب الحديث الإسكندري مصر 2005
- حسني عوده زعال التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2001
- حروزي عز الدين المسؤولية المدنية للطب اخصائي الجراحة في القانون الجزائري المقارن دراسه مقارنه دار هما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2008

- علي فيلالي الالتزامات الفعل المستحق للتعويض هو فم للنشر الجزائر 2007

- علي علي سليمان دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير عن فعل الاشياء التعويض ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994

- عبد الوهاب عرفه الوسيط في المسؤولية المدنية عقديه تقصيريه واحكام النقض الصادرة فيها دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2005

- رافت صلاح أبو الهيجاء مشروع نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون ط1 عالم الكتب الحديث عمان 2006
- راسي محمد المسؤولية المدني للأطباء في ضوء القانون الجزائري دار هومة للطباعة والنشر الجزائري 2007
- نطاق وأحكام المسؤولية المدني للأطباء و اثباتها دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائري 2012
- رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ط1 المركز القومي للإصدارات القانونية مصر 2005
- سمير عايد الديات عمليه نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1999
- طلال العجاج المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب بيروت 2004
- علي عصام غصن المسؤولية الجزائرية للطبيب الطبعة 01 بيروت لبنان 2012
- مأمون عبد الكريم رضا المريض عن الأعمال الطبية دار المطبوعات الجامعية الطبعة 01 الإسكندرية مصر 2006
- حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة 2006
- محمد حمادي مرهج الهيتي التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2004
- محمد صبحي محمد نجم رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دارسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية 1983
- محمد علي البار الفشل الكلوي وزرع الأعضاء ط1 العلم ودار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع بيروت 1992
- محمد عبد البناوي المسؤولية المدنية للطبيب القطاع الخاص دار النجاح الحديث الطبعة 01- مصر 2003
- حسن شرح قانون العقوبات القسم العام دار النهضة العربية ط5 مصر القاهرة 1982
- مروك نصر الدين الوزراء الأعضاء البشرية في القانون المقارن الشريعة الإسلامية (دارسة مقارنة) ج1 الكتاب الأول دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2003
- منذر الفضل المسؤولية الطبية (دارسة مقارنة) ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2012
- منصور محمد حسن المسؤولية الطبية للطبيب الجراح طبيب الاسنان الصيدلي دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 1999
- منير قزمان التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء دار الفكر الجامع الإسكندرية (مصر) 2005
- نسرين عبد الحميد نبيه نقل و بيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية دار الوفاء لدينا الطباعة نشر الإسكندرية مصر 2008
- هيثم حامد المصورة نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة دارسه مقارنة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2003.

الرسائل المذكرات الجامعية

أ- الرسائل :

- يوشي يوسف الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته دارسة مقارنة أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2013
- عضن نبيله المسؤولية جنائية للطبيب رساله ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو
- يخلف عبد القادر التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدني للأطباء رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2006

المذكرات الجامعية :

اسمى قاوة فضيلة : الإطار القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية مذكره لنيل شهاده الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية جامعه مولود معمري تيزي وزو 2011
-عيسوس فريد : الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤوليه جامعه الجزائر بن عكنون 2003
- عباسي كريمة : الضرر في المجال الطبي مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون تخصص قانون المسؤولية المهنية جامعه مولود معمري تيزي وزو 2011
- غمراسي هجيرة : التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهاده أو ماجستير في الحقوق تخصص العقول المسؤولية جامعه امحمد بوقره بومرداس 2005
- كمال فرنجة : المسؤولية المدنية للطبيب مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون المسؤولية المهنية جامعه مولود معمر تيزي وزو 2012
-مشكور خليدة : المسؤولية المدني للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية مذكرة لنيل شهاده الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية جامعة الجزائر بن عكنون 2001

المقالات :

- الجوهر أحمد بلال الإنعاش الصناعي من الناحية الطبي والإنسانية مجلة الحقوق والشريعة العدد2 سنه 5 1987 ص 121-130
- شرف الدين أحمد زراعة الأعضاء و القانون مجلة الحقوق و الشريعة العدد 2 سنة 1 جامعة الكويت للحقوق و الشريعة يوليو 1977
- حسام الدين كامل الأهواني المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية تحت منشور في مجله العلوم القانونية والاقتصادية العدد 01 مصر 07 يناير 1975
- شرف الدين احمد زراعة الأعضاء والقانون مجلة الحقوق والشريعة العدد 2 السنة 1 جامعة الكويت للحقوق والشريعة يوليو 1977 ص 163-178
- عيساوي محمد نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون مجلة معارف مركز الجامعي العقيد اكلي محند الحاج البويرة العدد5 ديسمبر 2008 ص 199-215
-مروك نصر الدين المشاكل القانونية التي تثيرها عمليه نقل وزرع الأعضاء البشرية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية 372 العدد 3 جامعه الجزائر 1999 ص 09-39

الملتقيات :

- مواسي العلجة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية حقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو يومي 23-24 جانفي 2008

المعاجم :

- ابن منصور لسان العرب مجله 4 خ 36 دار المعارف القاهرة النصوص القانونية النصوص التشريعية

النصوص القانونية :

النصوص التشريعية :

- أمر رقم 66-56 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات ج ر عدد 49 الصادر بتاريخ 11 جوان 1966 معدل المتمم
- أمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 معدل متمم
- قانون 84-11 مؤرخ في9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري ج ر عدد 24 المؤرخ في 1984 معدل متمم
- قانون رقم 85 مؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها ج ر عدد 8مؤرخ في 17 فبراير 1985 معدل متمم
- قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 جويلية 1990 يعدل ويتمم قانون 85-45 المتعلق بالصحة وترقيتها ج ر عدد 35 المؤرخ في 5 اغسطس 1990
- أمر رقم 95-07 مؤرخ في يناير 1995 يتعلق بالتأمينات ج ر عدد 13 مؤرخ في 8 مارس 1995 قانون 09 08 مؤرخ في 25 فبراير 2008
-يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 مؤرخ في 23 أبريل 2008
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018م يتعلق بالصحة

النصوص التنظيمية :

- قرار وزير الصحة رقم 89-39 الصادر في 26-03- 1989المحدد لعمليات نقل زرع الأعضاء البشرية
- مرسوم تنفيذ رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1991 متضمن مدونة اختلاقيه الطب ح ر عدد 52 مؤرخ في 8 يوليو 1992 مرسوم تنفيذي رقم 26 128 مؤرخ في 06-04-
- 1996يتضمن تأسيس المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية وتنظيمه وعمله ح ر عدد 22 مؤرخ في 1996 04 10وزير الصحة في 02-10-2002 يتضمن انشاء اللجنة المكلفة بانتزاع الأعضاء في كل مستشفى مرخص له بذلك.

القرارات القضائية :

- قرار المحكمة العليا رقم 109568 الصادر في 24-05- 1994المجلة القضائية عدد 1 ص 123

الفتاوى الإسلامية :

- أحمد حماني فتوى المجلس الاسلامي الأعلى الإنتفاع بأعضاء الميت الجزائر في 20ابريل 1972
- قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي رفع أجهزة الإنعاش وموت الدماغ المؤشر الثالث عمان الأردن عام 1986
- قرار مجمع الفقه الإسلامي لرفع أجهزة الإنعاش وموت الدماغ الدورة العاشرة مكة المكرمة السعودية 1987
- محمد خاطر فتوى بشأن سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء رقم 1069 بتاريخ 23-02-1973

فهرس

شكر و تقدير
إهداء
المقدمة 1

الفصل الأول : التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية كمحل لمسائلته المدنية 5

المبحث الأول :التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء 5

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بالنظام العام 6
الفرع الأول : أن يكون محل التنازل مشروعا 6
الفرع الثاني : أن يكون غرض التنازل علاجيا 9
الفرع الثالث : أن يكون التنازل بدون مقابل 11
المطلب الثاني : الضوابط المتعلقة برضا الاطراف المعنية بالعملية 12
الفرع الأول : رضا المتنازل 12
الفرع الثاني : رضا المتلقي 15
المطلب الثالث : الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية 17
الفرع الاول : التأكد من توافق الأنسجة والحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية 17
الفرع الثاني : حفظ العضو المنقول 18
الفرع الثالث : الترخيص القانوني بإجراء عمليه نقل وزرع الأعضاء البشرية 18
المبحث الثاني : إلتزامات الطبيب بإحترام ضوابط نقل وزرع الإعضاء البشرية من جثث الموتى 20
المطلب الأول : التحقق من الوفاة 20
الفرع الأول : تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية أو طبية 20
الفرع الثاني : معايير تحديد لحظة الوفاة 22
الفرع الثالث : الإنعاش الصناعي 23
المطلب الثاني : التحقق من صدور الموافقة على الإستئصال 25
الفرع الأول : الإستئصال بالإرادة و كتابة أثناء الحياة 25
الفرع الثاني : الإستئصال بناءا على إرادة غير المتوفي 27
الفرع الثالث : مدى امكانية الإستئصال من المنفذ عليهم حكم الإعدام 30

الفصل الثاني : آثار المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية 33

المطلب الأول : دعوى المسؤولية المدنية للطبيب 33

الفرع الأول : أطراف الدعوى 33
الفرع الثاني : الإختصاص القضائي 38
المطلب الثاني : التعويض 40
الفرع الأول : طرف التعويض 40
الفرع الثاني : تقدير التعويض 41
الخاتمة 48
قائمة المراجع و الملاحق 51