

جامعة الجزائر 01
جامعة بن يوسف بن خدة
كلية الحقوق

حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (القانون العام)

تحت إشراف الدكتورة:

د. ضاوية دنداني

الطالبة :

جادي فايضة

-لجنة المناقشة:

- 1 الأستاذ/الدكتور بو بكر عبد القادر.....رئيسا
- 2 -الأستاذ/الدكتور دنداني ضاوية.....مقررا
- 3 -الأستاذ/الدكتور عنان عمار.....عضوا
- 4 الدكتور.محرزي جلال.....عضوا
- 5 الدكتور. بن أحمد بن أحمد عبد المعنم.....عضوا
- 6 الدكتور. الشافعي أحمد (خبير).....عضوا

السنة الجامعية: 2016/2015

قائمة أهم المختصرات

- د.ن : دون دار نشر

- د.س: دون سنة نشر

- *Art. ou art.* **Article.**
- *Chr.* **Chronique.**
- *D.* **Dalloz.**
- *Doc.* **Doctrine.**
- *Ed.* **Edition.**
- *J.O.* **Journal Officiel.**
- *N°.* **Numéro.**
- *Op.cit.* **Ouvrage précité.**
- *P.* **Page (S).**
- *P.F.U* **presse université de France**
- *Rev. Crit.* **Revue critique de législation et de
jurisprudence.**
- *Rev. Trim. Dr.Civ.* **Revue trimestrielle de droit civil.**
- *Sub.* **Subsec.**
- *T.* **Tome.**
- *Trib. Ou trib.* **Tribunal.**

مقدمة:

يندرج الحق في سلامة الإنسان البدنية ضمن الحقوق الدستورية حيث يعاقب القانون على كل فعل يمس به، ويُعتبر هذا الحق من الحقوق الفردية لكونه يحقّ مصلحة الفرد، ونظرًا لكون هذا الأخير جزءًا من المجتمع فلا شك أنّ حرمة وسلامة جسم الإنسان من أهمّ الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء.

إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع متماسك له مستواه الخاص من التقدّم والازدهار إلّا إذا كان هذا الحق محاطًا بحماية كاملة، وقد اهتمت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية بحماية الإنسان ووفّرت العناية اللاّزمة من الاعتداءات التي قد تقع عليه وحرصت المواثيق والاتفاقات الدولية (1) على إيجاد الوسائل الكفيلة لحماية هذا الحق على ضوء التطوّرات والأحداث التي حدثت في العالم، ومنها الحروب العالمية وتطوّر التكنولوجيا المعاصرة في إحداث انتهاكات خطيرة لجسم الإنسان.

كما حرصت الدساتير (2) والقوانين الداخلية، على كفالة هذا الحق وإحاطته بالحماية، بعد أن أصبح التزامًا أساسيًا يقع على عاتق الدول في حماية أفرادها وتوالت التشريعات (3) بتجريم كلّ أفعال الاعتداء على جسم الإنسان حتّى يومنا هذا.

ويتجلّى حق الإنسان في سلامة جسمه في ثلاثة عناصر وهي:
أولاً. الحق في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي طبيعي،
وكلّ إخلال بالسير الطبيعي لها يُعدّ اعتداء على الحق في سلامة الجسم

(1). الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامّة للأمم المتحدة عام 1966.

(2). تنص المادة 34 من الدستور الجزائري المعدّلة بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996 :

" إنّ الدولة تتضمن عدم انتهاك حرّية الإنسان وباحضّر أيّ عنف جنائي أو معنوي أو أيّ مسّاس بالكرامة "

كما أشارت المادة 35 منه إلى أن القانون يعاقب على المخالفات المرتبكة ضد الحقوق والحريّات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية.

(3). مصطفى خياطي، الإسلام والأخلاقيات الحياتية ضرورة تفكير وتأمّل، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد

الثاني (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطّب) سنة 1999، ص. ص. 140-142.

ثانيًا. الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة.
ثالثًا. الحق في أن يتحرر الإنسان من الآلام البدنية ويتحقق ذلك عند شعور الإنسان بالارتياح والسكينة.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية اعتنت بتكريم الإنسان حيًا أو ميتا ونهت عن كل اعتداء واقع على جسمه سواء عن طريق القتل أو إيذائه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁽¹⁾ وكذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعْنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾⁽²⁾.

وبالتالي فالشريعة الإسلامية تهدف إلى المحافظة على النفس، وتنتهي عن إتيان كل من شأنه أن يؤدي إلى هلاكها⁽³⁾.

وفي السنة النبوية روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل مؤمن بغير حق"، فضل الله سبحانه وتعالى الإنسان و قدره و عززه و كرمه و اودع فيه سر خلقه ما يحميه الى حين (و لقد كرمتنا بني ادم)⁽⁴⁾ و قوله (لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم)⁽⁵⁾ ، وكان من علامات التفضيل هو وجود العقل عند الانسان ،الذي بواسطته يكشف اسرار الكون في البحث عن المعرفة و السعي نحو الحقيقة و العمل على حل المعضلات و معرفة اسرار الكون ضرورة الانسان من اجل حلها و القضاء عليها و من بينها المسائل الطبية.

ومن هنا أعطى الإسلام لجسد الإنسان مكانة واعتبار أن المحافظة على النفس البشرية جسدًا وروحًا من الأساسيات التي تقوم عليها الحياة.

لكن التطور العلمي في المجال الطبي في جميع الدراسات ووسائل وتقنيات كان له أثر على جسم الإنسان الذي أصبح محلّ العلاج والبحث العلمي في نفس الوقت، وقد ثار جدال

(1). سورة البقرة، الآية 195.

(2). سورة النساء، الآية 93.

(3). www.islanqa.info/ar .

(4)سورة الاسراء، الآية 70.

(5) سورة التين ، الآية 4.

قانوني في التعامل معها وحول مشروعيتها، ذلك أنّ النظم القانونية في إطار القواعد التقليدية لم تعد كافية لحماية الجسم، فعلى الصّعيد القانوني لم يعد لمبدأ الحصانة المطلقة أيّ فعالية، لأجل ذلك تمّ اختيار هذا الموضوع لإيجاد نظام قانوني يحكم هذه التدخلات الطبيّة الحديثة ولوضع إطار قانوني يضبطها ويبيّن آثارها على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري، لأنّ سلامة الجسم البشري تتدرج ضمن الحقوق اللّصيقة بالشخصية، وأنّ الجسد مسكن الرّوح ومصدر جميع الأنشطة الحياتية فوجب أن يسان ويعصم من جميع الانحرافات التّقنية الحديثة وذلك بتأطير التكنولوجيا الحديثة.

وهو ما أشارت إليه الاتفاقية الخاصّة بحقوق الإنسان والطّب الحيوي المنعقدة في إطار مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في 4 أبريل 1997 La Convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine والمسمّاة باتفاقية OUIEDO حيث نصّت المادة الأولى منها على :

[ضمان حماية الكائن البشري في كرامته وهويته وضمان حق كل إنسان في سلامته وكافة حقوقه الأخرى وحرّياته الأساسية وذلك في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطّب].

وأكدت المادّة الثانية على :

[أنّ مصلحة الإنسان ومنفعته يجب أن ترجع على مجرد مصلحة المجتمع العام]⁽¹⁾.

وفي هذا السّياق استطاع التطوّر التكنولوجي أن يأتي بوسائل علاج حديثة أكثر فاعلية في اكتشاف الحالات المرضية وفي علاجها والوقاية منها، وهذه الوسائل قد حقّقت فوائد جمّة للبشرية، إذ أمكن بها التغلّب على العديد من الأمراض، وحماية صحّة الإنسان⁽²⁾.

وقد صاحب التطوّر التقني في مجال الطّب اتّساع مفهوم العلاج، لينتقل من مرحلة العلاج إلى مرحلة الإبداع والتطوّر، فشمّل إلى جانب التشخيص والعلاج والوقاية، ابتكار الوسائل والآلات التّقنية الحديثة، كتوصّل علماء الطّب والتكنولوجيا إلى منع الأطراف الصناعيّة، بل والأعضاء الصناعيّة كالكلية الصناعيّة، والقلب الصناعيّ التي تعوض الإنسان عن

(1). إتفاقية مجلس أوروبا بشأن حقوق الإنسان والطّب الإحيائي المؤرخة في 1997/04/04.

(2). محمد حسن قاسم، الطّب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار محمد الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص. 25.

الأعضاء التآلفة أو المصابة، وقد تمكن الأطباء فعليًا من القيام بعمليات تجميلية علاجية، وهذا بغرض أنسجة بشرية من شخص لآخر مما ساعد على استمرار حياة وصحة العديد من الأفراد. وهذا إلى جانب ابتكار الأجهزة الطبية الحديثة التي تساعد في إجراء العمليات الجراحية حتى دون إخضاع المريض لعمليات البطن المفتوح التقليدية، وكذلك الجراحة باستخدام الرّجل الآلي الموجه من قبل الطبيب المختص، بالإضافة إلى اختراع أجهزة الإنعاش الصناعي التي تعمل على إرجاء موت المرضى الميؤوس منهم (1)، ومن إيجابيات هذه التقنيات أنها لا تترك سوى آثارًا ضئيلة على جسد المريض لا تذكر مقارنة بآثار الجراحة العادية وعند استخدام الرّجل الآلي في الجراحة يتم تفادي حركات رجفة يد الطبيب، ولاسيما في جراحة العيون والدماغ والأوعية الدموية التي لا تتحمل الحد الأدنى من الخطأ، ونتج عن التقدم العلمي والتكنولوجي آثار على الحياة بشكل عام، واثّر ذلك على حقوق الإنسان بشكل خاص. يُلاحظ أنّ للتطور التكنولوجي جانبين الإيجابي والسّليبي وغالبًا ما يتوقف الأمر على طريقة استخدام الإنسان للتكنولوجيا الطبيّة.

حيث تعدّدت الآثار المترتبة على التطور التكنولوجي الطبيّ، فشملت عدّة جوانب منها، الجانب الاجتماعي، والجانب الاقتصادي، والجانب الثقافي وخاصة الجانب الصحي الذي ساهم في القضاء على سلسلة من الأمراض التي كانت فيما مضى شائعة كمرض شلل الأطفال، والحمى القرمزية وغيرها، عن طريق ما تمّ التوصل إليه من مضادات حيوية وأطعمة، ولا شك أن هذا يشكل حماية للجنس البشري ويحفظ حق الإنسان في الحياة والسّلامة الجسدية والرّعاية الصحيّة.

كما شهد القرن العشرون تطويرًا لوسائل إرجاء موت الإنسان، فاستطاع الطبّ بمساعدة التكنولوجيا أن يطوّر أجهزة الإنعاش الصناعي والأدوية المؤدية إلى زيادة الفرصة في استمرار الحياة بعد أن كانت فرصة الحياة للإنسان ميؤوسًا منها، إضافة إلى أنه أصبح من الممكن

(1). أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 5، 2007، ص. 24.

اليوم علاج المرضى وإجراء العمليات عن بعد دون الحاجة إلى سفر المريض، ولا شك أن هذا التطور التقني (1) ذو أثر في المحافظة على النفس والجسد التي تعتبر من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية.

أما الآثار السلبية لهذا التطور على الجانب الصحي فهي كالآتي:

لقد وصل الأثر السلبي للتكنولوجيا إلى غذاء الإنسان من خلال استخدام المبيدات السامة في الزراعة، والاعتماد على المواد الحافظة والألوان في عملية صنع الغذاء وحفظه، مما سبب الكثير من الأمراض كالتخمة وضغط الدم، والسرطان، فأثر ذلك على حق الإنسان في الغذاء الصحي مع ظهور العديد من التشوهات الخلقية إضافة إلى جعل جسم الإنسان حقلاً خصباً للتجارب والممارسات، بل وصل الأمر إلى حدّ التّدخل والمسّاس بأقدس حق يملكه الإنسان ألا وهو الحق في الحفاظ على جسده.

وأصبح للإنسان، وفق هذه التقنيات الطبيّة أن يغيّر في شكل جسده، ولون بشرته، وتقاسيم وجهه بتدخل جراحي بسيط، بل وإلى أكثر من ذلك حيث يمكن لكلّ من لم يرضى بجنسه الأصلي كذكر أو كأنثى أن يغيّره كيفما شاء واكتساب بذلك الجنس الذي يرغب فيه.

كما أنّ تحديد حياة الإنسان ونهايتها، طالتها يد الأطباء، وهذا بفضل الإمكانيات المستحدثة، فكما يمكن تمديد الحياة بفضل أجهزة الإنعاش الصنّاعي، ولو لأيام يمكن بالمقابل إنهاء حياة المريض بمرض ميؤوس من شفائه، باستفادته من رحمة يد الطبيب للتخفيف من معاناته بل إنهاؤها كلياً وتسهيل موته بكرامة.

ولا يقتصر الأمر على إنهاء حياة الإنسان البالغ فحسب، بل يمكن إنهاء حياة الجنين بقطع سبل إنجاب، وذلك بالتعقيم سواء كان ذلك بتعبير الإرادة الحرّة لطرفي العلاقة، مهما اختلفت الأسباب والدوافع أو كان ذلك قسراً وجبراً على الأفراد، ويتعلّق الأمر بالتعقيم الإجباري أو اللاإرادي.

(1). www.qalqillia.edu.ps/medecine.

كما مكّنت التطوّرات الطبيّة من إنهاء حياة (الجنين) بعد خلقه في بطن أمه وبغض النّظر عن المدة القانونية المصّرح بها لإسقاط الجنين، فالنتيجة واحدة تتمثل في قطع أمل في الحياة.

إضافة إلى ذلك، أصبح جسد الإنسان " شبه قطع حيًّا "⁽¹⁾أعضائه تنقل للمرضى لإنقاذ حياتهم، سواء بين الأحياء فيما بينهم بنزع عضو من إنسان وزرعه في إنسان مريض أو من الأموات إلى الأحياء فيما بينهم بنزع عضو من إنسان وزرعه في إنسان مريض أو من الأموات إلى الأحياء بدافع الإنسانية تارة، وبدافع المتاجرة بها تارة أخرى.

إلا أنّ ذلك لم يمنع من خروج هذه العمليات من بعدها الإنساني المحض، الذي غالبًا ما يتم دون مقابل، إلى جعلها تجارة وصفقات باهظة.

في حين أنّ رغبة الإنسان في الإنجاب، وتحديّ العقم الذي كان رهانا لعلم الطبّ، تمكن من إخراجهم من دائرة القدر المحتم على صاحبه بفضل التقنيات الطبيّة الحديثة التي قدمت له حلولاً علمية طبيّة تمكّنه من الحصول على طفل، طالما حرم منه، وتخلّصه من النقص مركب الاجتماعي الذي كان يشعر به، وذلك بإحداث الإخصاب بالطرق الصناعيّة، ليس بين الزوجين فقط، بل يمتد إلى إدخال طرف ثالث خارج العلاقة الزوجية.

كما تجاوز الأمر إلى إمكانية التنازل بالاستغناء عن الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، فبات اليوم للإنسان التنازل، فربط كل هذه التصرّفات والممارسات ارتباطاً وثيقاً بتقدّم التقنيات الطبيّة، فهي كما يسميها البعض أعمال الطبّ المستحدثة.

كما يتمثل مجالها النوعي⁽²⁾ في طبيعة هذه الأعمال التي تجاوزت قصد الشفاء من الأمراض والعلل إلى السير بالأسباب نحو المجهول من جهة، كما أنها قرّبت مشرط الطبيب من جسم الإنسان من جهة أخرى.

(1). د. سعيد محمد الحضار، البيولوجيا ومصير الإنسان، راجع الموقع الإلكتروني التالي:

[www.aa.aaz.free.fr/portail/down loadis/issue_083pdf](http://www.aa.aaz.free.fr/portail/down%20loadis/issue_083pdf)

(2). د. ماروك نصر الدين ، التلقيح الصناعي في القانون و الشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى

الجزائري، العدد الثاني، 1999، ص. 72.

وفي ظل هذه المعطيات القانونية والتطورات الطبيّة الحديثة أقرّ القانون بحق الإنسان في سلامة جسمه ممّا يتهدّده من مخاطر يقذف بها التقدّم التكنولوجي الطّبي

الذي أحدث آثاره السّلبية على كيانه المادّي، والمرتبطة زمنياً بالنّصف الأخير من القرن العشرين ولذلك استشعرت القوانين ضرورة المواجهة التشريعية لحماية الجسم البشري وذلك باستعمال آليات قانونية متعدّدة منها النظرية العامّة للحق في سلامة الجسم ليكون القانون الجزائي بما يحمله من عقوبات وسيلة لمواجهة العنف والتّعدي بكافة الوسائل والطرق.

إضافة إلى ذلك أوصى بالإعداد لسياسة جنائية تكفل حق الإنسان في بيئة نظيفة وحقّه في سلامة الجسم من مخاطر التلوّث كزيادة الأمراض الصدرية، وأمراض القلب، ونسبة ارتفاع الوفيات، إلى جانب ذلك تمّ الجمع بين حماية الجسم البشري وبين استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الكشف عن الجرائم (الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي).

ممّا يعتبر اعتداء على الكيان المادّي أو النّفسي ... إلخ، لكن المثير للاهتمام في هذا الإطار هي تلك التطوّرات الطبيّة الحديثة على نطاق حماية الجسم البشري والتي فتحت مجالاً خصباً للجدل العلمي المثير، لخروجها عن القواعد المستقرّة، ومساسها بحق من الحقوق الشخصية المرتبطة بالإنسان، وهو حقّه في التكامل الجسدي الذي يتقاسمه مناصفة الفرد والمجتمع.

وتسعى التشريعات إلى فرض المزيد من الحماية في مواجهة أيّ اعتداء على الجسد الإنساني والرّقابة على الوظيفة الطبيّة، بهدف الحدّ من الاعتداء على الحق في سلامة الجسد⁽¹⁾.

تعتبر السّلامة الجسدية من الحقوق المتعلّقة بالشخص نفسه، ومعنى هذا الحق أن يتمتع جسد الإنسان بحرمة وحماية قانونية داخلية وحتّى دولية. فقد تضمن الإعلان

(1). د. إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية المتعلّقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009، ص. 08.

العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948⁽¹⁾ حق الشخص في سلامة شخصه، ومنع تعرض الإنسان للتعذيب والعقوبات والمعاملات القاسية أو الوحشية، فالمادة 5 منه تنص :
[لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الخاصة من الكرامة]⁽²⁾.

إلى وضع نظام قانوني جديد لأنّ هذا الكيان العظيم الذي خلقه عزّ وجلّ في أحسن تقويم يجب أن يحترم، فهو مناط للحماية والمسؤولية. لقوله تعالى :
﴿يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾⁽³⁾ ﴿ثُمَّ لِنُسْأَلَنَ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ﴾⁽⁴⁾ ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾⁽⁵⁾.

وإنّ إبراز السياسة الجنائية لحماية جسم الإنسان هي التي تحدّد ما يجب أن تكون عليه الصيغ القانونية في أفضل صورها ويجب أن تتلاءم مع ما استحدثه الطبّ في النصوص الجنائية أو التشريع بشكل عام، فيجب أن يراعى حجم التطور، وملائمة النصوص لأغراض الجماعة في الحدّ من التعامل في الجسم بشكل غير مشروع ومدى فاعلية هذه النصوص.
وفي هذا الشأن تثار مسألة شرعية الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب على جسد الإنسان والآثار المرتبة عنه.

(1). جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان متضمناً مقدمة و30 مادة، ووافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على إصداره بالإجماع في 10 ديسمبر 1948، ويعدّ من أكثر الإعلانات شهرة، وأكثرها إثارة للجدل والنقاش.
د. مازن ليوراضي، د. حيدر أدهم عبد الهادي، حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمّان، 2008، ص. 219.

(2). د. عروبة جبار الخرزجي، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2009، ص. 123.

(3). سورة النور، الآية 24.

(4). سورة التكاثر، الآية 8.

(5). سورة الإسراء، الآية 36.

فرغم المكانة المرموقة التي يحظى بها الطبيب في المجتمع، نظرًا لدوره الفعّال في الحفاظ على السّلامة الجسدية للأشخاص والذي يخول له التعامل مع جسم الإنسان بكل حرّية، إلاّ أنّ هذه الحرّية غير مطلقة، وأهمّ قيد يرد عليها هو هاجس المسؤولية الذي يلازم ذهن الطبيب بسبب تخوّفه الدائم من إخفاقه في علاج المريض.

وتعدّ المسؤولية الناشئة عن العمليات الطبيّة من أبرز وأهمّ طور المسؤولية الطبيّة، فهذه العمليات ورغم أنّها تهدف إلى إنقاذ حياة الإنسان إلاّ أنّها تشكّل في نفس الوقت خطرًا يهدّد حياته وسلامته الجسدية إذا تمّ استغلال هذه العمليات الحسّاسة والدقيقة في تغيير الجنس والإجهاض ... الخ.

ولهذه الأسباب كان من اللازم ضبط هذا النوع من العمليات الطبيّة وإحاطتها بجملة من القيود والشروط الطبيّة والتي ينبغي توافرها قبل إجراء العملية وإلاّ قامت مسؤولية الطبيب عن نتائجها.

وفي هذا الصّدد تعدّدت وسائل الحماية نظرًا للاهتمام المتزايد بالجسم البشري من النّاحية الشرعية والقانونية والدستورية والمدنية والجنائية والاجتماعية، وتتجلّى أهمّية الموضوع ما بين ارتباطه بالجسم البشري، وتعلّقه بالشؤون الطبيّة.

وممّا سبق تطرح الإشكالية التالية :

ما مدى تأثير الأعمال الطبيّة الحديثة على نطاق الحماية الجنائية لجسد الإنسان وما هي الآثار القانونية المترتّبة عن ذلك ؟

وتعتمد الدّراسة على المنهج التحليلي وإن كان للجوء أحيانًا إلى المنهج الوصفي، فإنّ الغرض منه إعطاء توضيح فقط وتدعيمًا للمنهج المعتمد.

ونحاول تناول هذا الموضوع من خلال بابين: يتناول الباب الأوّل الوضع القانوني العام الذي يحكم جسم الإنسان من خلال التطرّق إلى الإطار القانوني لجسم الإنسان والتصرّفات الواردة عليه.

وخصّص الباب الثاني للمسؤولية المترتبة عن التصرفات الماسّة بجسم الإنسان، وهذا عبر تناول أركان قيام المسؤولية الطبيّة عن التصرفات الماسّة بجسم الإنسان والتعويض والمتابعة الجزائية.

الباب الأوّل

الوضع القانوني العام لجسم الإنسان

تعتبر حرمة الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء، إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية كاملة. ونظرا لهذا كان جسم الإنسان يشكل وبحق المحور الأساسي لهذه الحماية، وإن هذا الموضوع الذي رغم أنه كان محلا لاهتمام الكثير من التشريعات القديمة إلا أنه مازال يتداول في الأوساط الطبية ذاتها. لهذا فإنه يتعلق بحرية التصرف في جسم الإنسان الذي تطله الحرمة و القداسة لرسم حدود التصرف فيه ضمن أطرها القانونية.

ويجدر الذكر أن جسم الإنسان كان محل اهتمام كتابات فلاسفة العصور القديمة إذ سطر القانون الطبيعي حقوقا هامة كحق الإنسان في المحافظة على جسده ودفع الضرر عنه في حال وجود أي خطر يتهدده، في هذا الصدد إن أول تشريع جنائي نظم مبدأ حرمة الكيان الجسدي، وأعطاه الحماية هو قانون هامورابي 1792-1795 قبل الميلاد وهو سادس ملوك السلالة البابلية 1894-1594 قبل الميلاد ويحتوي هذا القانون على 282 مادة، ولقد كتبت على عمود كبير، من حجر طولها 225 سنتيمتر وعرضها 60 سنتيمتر القطر وهي أسطوانية الشكل وكان هذا القانون عبارة عن تدوين للعادات الشائعة في عصره ويتطرق أيضًا إلى عقوبة من خالفها⁽¹⁾.

فأورد حمورابي في قانونه هذا مبدأ العقاب بالمثل حيث نصّ في المادة 196 والمادة 179 هذا المبدأ الذي يتمثل في العين بالعين والسن بالسن.

ونصّ في المواد من 198 إلى 200 على جريمة الجرح، وأما الضرب فقد تمّ ذكره في المواد ما بين المادة 206 إلى المادة 214، والاعتصاب في المادة 130 وغيرها من الجرائم التي تمس حدود حرمة الكيان الجسدي.

(1). هاني السباعي، القصاص دراسة الفقه المقارن، مركز المقيزي للدراسات التاريخية، لندن، 2004، ص. 31.

ونجد أنّ هذا القانون قد عالج مسألة مهمة جدًّا في المادة 218 وهي خاصّة بالطبيب الذي يقوم بعملية جراحية بسكين البرونز لرجل وسبّب له الموت أو فتح خرجًا بالسكين البرونزية لرجل أو خرب عينه فعقوبته قطع يده حسب هذه المادة.

وأما المادة التي تليها وهي المادة 219 نفس الحالة لكن في ما إذا كان هذا الرجل الذي يعالجه الطبيب عبدًا فعليه أن يعوّض سيّده عبدًا بعدد.

ونلاحظ أنّ هذا القانون اعتمد الازدواجية في العقاب لنفس الجريمة للرجل بين الحرّ والعبد وهذا ما نسميه بمبدأ التفاوت في الحقوق والعقوبات بين الطبقات ومبدأ المماثلة في العقاب لا يطبّق إلاّ في نطاق الطبقة الواحدة كما هو مذكور في المادة 196 السابق ذكرها⁽¹⁾. إلاّ أنّه ساري بين جميع طبقات المجتمع في هذا الجزاء المقرّر لجريمة القتل⁽²⁾، وتجدر الإشارة إلى أن الحضارات الغربية القديمة لم تكن بمنأى عن هذا الموضوع، ففي التشريع اليوناني نجد نفس الخصوصية الموجودة في المجتمع الفرعوني إذ أن كلا التشريعين يوفران حماية هامة للجسد فيرتب الجزاء الجنائي في حال ما إذا أخطأ الطبيب المعالج في العلاج أو وصف الدواء فأنّج ذلك الخطأ ضررا.

كما صدر قانون الألواح الإثني عشر بمدينة روما عام 450 ق.م تضمنت من خلاله الألواح 10-9-8 نظام الجرائم والعقوبات، إذ كان يعاقب على الجرائم الماسة بالجسم بشكل أقرب ما يكون إلى الانتقام منه إلى تطبيق جزاء عادل ذلك أن تطبيق العقاب كان مخولا إلى المجني عليه أو عشيرته.

(1). عبد الحكيم الذنون، **التشريعات البابلية**، دار علاء الدين للنشر، دمشق، طبعة الاولى، 1992، ص. 66 إلى 68.

(2). عبد الوهاب دومن، **المسؤولية الجزائية للطبيب**، مجلة الحقوق، السنة الخامسة، عدد الاول، 1981، ص. 136.

وبدأ الجسم البشري يعرف نوعا من الكرامة والحرمة التيلم تتجسد أوأصرها إلا بمجىء الإسلام الذي أعطى للجسد مكانة، واعتبر أن المحافظة على النفس البشرية جسدا وروحا من المصالح الخمس الواجب مراعاتها انطلاقا من قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا

بَنِي آدَمَ﴾⁽¹⁾ و﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾⁽²⁾. وانطلاقا من ذلك قومت الشريعة الإسلامية حماية الجسد على فكرتين أساسيتين، هما عدم جواز الاعتداء على الجسم، مقسمة هذه الاعتداءات إلى الجنائيات على النفس، والجنائيات على مادون النفس، والفكرة الثانية هي وجوب حفظ النفس من الاعتداء عليها وعدم تعريضها للمخاطر والأمراض المستعصية.

غير أنه ونتيجة للتطورات الاجتماعية السياسية والعلمية التي طرأت على المجتمعات بصفة عامة، فإن التصرف في جسم الإنسان أخذ منحى آخر، أكثر تقنية وعلمية، لذلك فقد كان هدفنا من وراء هذا الطرح تناول هذه التصرفات التي ترد على الجسم البشري أيا كانت طبيعتها، سواء التصرفات القانونية أو التصرفات الطبية، لا سيما بعدما توصل البحث العلمي لإمكانية إزالة أمراض العقم بواسطة عمليات التلقيح الاصطناعي، وكذا إلى استنساخ البشر والذي يعد قفزة نوعية في مجال هذه التصرفات، ومعرفة ما مدى حرية التصرف في هذا الجسم وهل القيام بهذه التصرفات يرد بشكل مطلق، خاصة إذا علمنا ما أن للجسد من حرمة وقدسسية، أم هناك ضوابط وقيود ترد على المساس بهذا الجسم تحكم القائم بهذا التصرف وحتى الشخص المتصرف في جسده، وهل هذا الشخص يملك الحرية المطلقة في التصرف في جسده كيفما يشاء على أساس أن هذا الجسد هو ملك له أم أن جسده ملك للمجتمع، وأي تصرف يقره الشخص على جسده يجب أن لا يمس بحق المجتمع فيه.

(1). سورة الإسراء، الآية 70.

(2). سورة التين، الآية 04.

لذلك يقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : ونخصه للإطار القانوني لجسم الإنسان.

أما الفصل الثاني : يتم من خلاله معالجة التصرفات الواردة على جسم الإنسان.

الفصل الأول

الإطار القانوني

يتفق كل من رجال العلم وفقهاء القانون على أن المقصود بالإنسان هو الشخص الطبيعي أو الذات الناطقة المتكونة من عنصرين هما الجسد و الروح، ولا مجال للكلام عن أحدهما دون الآخر. ولا مفر من الإدراك أن جسم الإنسان الذي هو محل لمختلف التصرفات ومناطق للحماية الجنائية ما هو إلا عبارة عن جسم مركب مادي بما يحمله من أعضاء وخلايا، وهو جسم معنوي يمثل النفس بما تحمله من عواطف وأحاسيس وميول، ولهذا ارتأينا في هذا الفصل أن نتناول ماهية جسم الإنسان بدءاً من مكوناته ثم إلى حياة هذا الجسم عبر مختلف أطواره.

ويحاول الكثير من الفقهاء إلى يومنا هذا معرفة مكونات الجسم البشري، فمنهم من قسمه إلى أعضاء يابسة وسائلة وشعر، ومنهم من قسمه بالنظر إلى مناطق الحماية الجنائية له إلى أعضاء ضرورية وأعضاء غير ضرورية، والحقيقة أن جسم الإنسان يتشكل من عناصر حية مترابطة ومتداخلة من الأنسجة والخلايا أبداعها الخالق سبحانه وتعالى في صورة تدل على العظمة لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾⁽¹⁾.

بناءً على ذلك فالإطار القانوني لجسم الإنسان يدرس في إطار:

المبحث الأول: يتعلق بالمفهوم القانوني لجسم الإنسان.

المبحث الثاني: يخص التكيف القانوني لجسم الإنسان.

(1). سورة التين، الآية 4.

المبحث الأول المفهوم القانوني

الإنسان كما جاء بمعاجم اللغة : هو ذلك الكائن الحي المفكر ، و جمعها إناسي، و الإنسانية

خلاف البهيمية ، و الإنسي واحد من الإنس. (1)

و ميز الله الإنسان المخلوق من الطين ، عن كل الكائنات قال الله سبحانه و تعالى " لَقَدْ خَلَقْنَا

الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ " (2) ، و التقويم الذي خلق فيه الإنسان هذا يميزه عن غيره من

المخلوقات الأخرى من العلم و الفهم و التمييز و الإدراك مما يمكنه من ان يتم رسالته على

الأرض الذي جعله الله خليفة فيها ، قال الله تعالى " إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً " ، وقال الله

سبحانه و تعالى " لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ " (3)

لقد حاول الكثير من العلماء إلى يومنا هذا معرفة مكونات الجسم الإنسان فمنهم من قسّمه

إلى أعضاء صلبة وسائلة، ومنهم من قسّمه بالنظر إلى جانب الحماية الجنائية له

(1) نقلا عن د/جزي محمد جمعة : الاستنساخ البشري بين المشروعية و التحريم ، دار الجامعة الجيدة ، الإسكندرية ، 2015، ص 19.

(2) الآية 04 من سورة التين.

(3) الآية 30 من سورة البقرة.

إلى أعضاء ضرورية وأعضاء غير ضرورية، لكن الحقيقة أنّ جسم الإنسان يتشكّل من عناصر حسيّة مترابطة فيما بين الأنسجة والخلايا (1).

ولقد ذكر لنا القرآن الكريم في أكثر من آية المادة التي خلق الإنسان بها وهي التراب ﴿فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ﴾ (2).

فتلي مرحلة التراب، مرحلة الطّين، ذلك أنّ الله سبحانه وتعالى جعل هذا التراب فصار طينًا ثم وصف هذا الطّين باللّازب، أي اللّاصق والثابت الشديد التماسك، ثم مرحلة الحمأ المسنون أو الصلصال، والحمأ هو الطّين اليابس الذي يصدر صوتًا إذا ضربه شيء، قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ صَلْصَالٍ مِنْ حَمَأٍ مَسْنُونٍ﴾ (3)، والمسنون المصّور من سنة الوجه وعن صورته ثم مرحلة الصلصال الفخار وهو الطّين المطبوخ بالنّار وهو الخزف (4)

ويتكوّن جسم الإنسان من قسمين رئيسيين مختلفين فيما بينهما من النّاحية الطّبية والعلمية، وهذا الاختلاف له الآثار القانونية وتكييف الأفعال المّاسة بسلامتهما وهذان القسمان هما الأعضاء البشرية ومشتقات الجسم التي أعطت لهما تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية اهتمامًا كبيرًا (5).

(1). عصام أحمد محمّد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأوّل والثاني، دار الفكر والقانون بالمنصورة، مصر 2008، ص. 85-105.

(2). سورة الحج، الآية 5.

(3). سورة الحجر، الآية 26.

(4). أحمد عروة، آفاق إسلامية لفلسفة وسياسة الصّحة، بحث منشور على الأنترنت :

www.islamset.com/arabic/aher/immunity/weqaya.html

(5). أحمد فتحي العزة، ص 11.

المطلب الأول: تعريف جسم الإنسان

يقصد بجسم الإنسان⁽¹⁾ ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة من خلايا وأنسجة وأعضاء مترابطة بدقة متناهية أبدعها الخالق عزّ وجلّ.

والمقصود بجسم الإنسان لدى الفقه الجنائي ذلك البنين البشري الذي تمّ انفصاله عن جسم الأم، ولا يشوبه مسخ يخرج من الصورة التقليدية لبني آدم⁽²⁾.

بناءً على ما يستوجب علينا (الفرع الثاني) البحث عن مفهوم والمقصود بالجسم البشري (الفرع الأول) ثمّ البحث في مكوناته.

الفرع الأول : التعريف العلمي

الجسم في اللغة جماعة البدن أو الأعضاء من الناس والإبل والدواب وغيرهم من الأنواع العظمية الخلق، والجمع أجسام وجسوم، والجثمان : جماعة الجسم، والجثمان:جسم الرجل، ويقال أنّه لنحيف، وجسمان الرجل وجثمانه واحد، ورجل جسماني وجثماني إذا كان ضخم الجثة، والجسم الجسد وكذلك الجسمان، والجثمان الشخص، وقد جُسم الشيء، أيّ عظم، فهو جسيم وجُسام⁽³⁾.

(1). الجسم (Body, Corps, Corpus)، (جمعه أجسام وجُسوم) اسم عام يقع على الجرم والشخص والجسد وما بسبيل ذلك، والشيء أعمُّ لأنه يقع على الجسم وغير الجسم.

-الجسد Soma (جمعه أجساد) يفيد الكثافة، ويقال إنّه سمي جسداً لما فيه من الدّم، فلهذا خصّ به الحيوان، فيقال جسداً الإنسان وجسد الحصان، ولا يقال جسد الخشبة. وجسم الإنسان كلّ جسد.

-البدن (جمعه أبدان) هو ما علا من جسد الإنسان. ويقال لمن قطع بعض أطرافه إنه قطع شيء من جسده، ولا يقال شيء من بدنه. ولما كان البدن هو أعلى الجسد وأغلظه قيل لمن غلظ من السمن قد بدن، وهو بدين، والاسم بدانة (Obesity, Obesitas, Poypionia, Polysarcia, Adiposis, Adipositas, Adiposity, Pimelosis)، ولذلك يطلق على المصطلح Physiopsychic لفظة " جسدينفسي " وليس " بدني نفسي "، وعلى المصطلح " Physical " " جسدي " وليس " بدني ".

<https://www.kaahe.org>.

(2). فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص. 131.

(3). ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار صادر، بيروت - لبنان، دون سنة النشر، ص. 99.

ويختلف مفهوم النَّفس عن مفهوم الجسد في كون النَّفس أعم من الجسم إذ تشمل الرُّوح والجسم، أمَّا لفظ الجسد أو الجسم فإنَّه لا يشمل في غالب الأحيان النَّفس أو الرُّوح، فكلَّ نفس تشمل الجسد وليس كلَّ جسد نفس (1).

ونعتبر الخلية اللَّبنة الأساسية لجسم الإنسان وهي تتكوَّن من جزئيات الماء والبروتينات والأحماض النَّووية. وكلَّ خلية من خلايا الجسم يمكنها أن تقوم بعملية إدخال الغذاء وأن تتخلَّص من النفايات، وأن تنمو وأن تتكاثر ويغلف كلَّ خلية غطاء رقيق مكوَّن من الجزئيات الشحمية، ويسمح لموَّاد معيَّنة فقط بالدخول أو الخروج من الخلية.

وكلَّ خلايا الجسم صغيرة جدًّا ولا يمكن رؤيتها بدون استعمال مجهر، لكن هناك بداخل كل خلية الأجهزة التي تحتاج إليها للقيام بأنشطتها الكثيرة (2). ويتركب جسم الإنسان من مجموعة من الأجهزة الحيويَّة تعمل كلُّها في نظام منسَّق وهي الجهاز الهضمي، الجهاز التنفسي، الجهاز الدوري، الغدد الصماء، الجهاز المناعي، الجهاز اللَّحافي، الجهاز الليمفاوي، الجهاز العصبي، الجهاز التناسلي، الجهاز الهيكلي، الجهاز البنيوي، الجهاز التنفسي يتكوَّن من الرئتان والقصبات الهوائية والأنف والحنجرة والشعبتان الهوائيتان وهو الجهاز المسؤول عن تزويد الإنسان بالهواء المحمَّل بالأكسجين، والجهاز الهضمي المكوَّن من المعدة والأمعاء الدقيقة والغليظة يأخذ الطعام الذي يتناوله جسم الإنسان ويقوم بهضمه بالمعدة ليتم استخلاص العناصر والفيتامينات اللَّازمة منه لباقي الجسم وباقي الأعضاء ويتخلَّص من الموَّاد السَّامة عن طريق إرسالها إلى المثانة، والجهاز العضلي يتكون من عضلات الفرد الموزعة على جميع أنحاء جسده والمسؤولة عن حركته وهي عبارة عن مجموعة من الخلايا ذات نوع خاص لها

(1). هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة-دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص. 09.

(2). يوجد في الجسم كثير من أنواع الخلايا الأساسية مثل : خلايا الدم، وخلايا العضلات، وخلايا الأعصاب وكل نوع من الخلايا له سمات ووظائف خاصَّة، وتكون الأنسجة خلايا ونوع واحد جسم الإنسان، و لمزيد من المعلومات راجع الموقع الإلكتروني التالي: www.marefa.org/index.php

القدرة على الانبساط والانقباض، والجهاز العصبي يتكوّن من مجموعة الخلايا العصبية اللامتناهية الدقة والمسؤولة بشكل رئيسي عن إحساس الفرد وشعوره بالألم أو قدرته على الشم واللمس، أمّا الجهاز العظمي وهو عبارة عن عظام الجسد كافة والمرتبطة مع بعضها بواسطة مفاصل تمكّنها من الحركة بشكل مرّن والبالغ عددها 206 عظمة تختلف بالطول والسّمك والشكل.

جهاز الإخراج : يتكوّن من كل عضو يقوم بإخراج ما لا يحتاجه الجسم خارجًا كالرّئة التي تقوم بإخراج ثاني أكسيد الكربون مرورًا بالغدد الدرقية وصولاً للكليتين اللّتين تقومان بتصفية الدم وتحويل جميع الفضلات لخاصية بولية ليتم إخراجها من الجسد عن طريق المثانة على شكل سائل بولي، أمّا الجهاز التناسلي يتشابه جسد الإنسان لدى الذكر والأنثى بجميع الأعضاء والأجهزة ما عدا الجهاز التناسلي للذكر يتكوّن من الخصيتين والغدد التناسلية والبروستات ومسالك عديدة تسمح بمرور الحيوانات المنوية من خلالها أمّا الجهاز التناسلي لدى الأنثى فيتكوّن من المبيضين والرّحم والمهبل والمبيض هو المسؤول عن نشوء البويضات وتنظم الدورة الشهرية لدى الأنثى (1).

ومن هنا نستنتج مفهوم جسم الإنسان من النّاحية العلمية هي مجموعة من الميكانيزمات تقوم بوظائف حيوية بدءاً من الخلية، غير أنّ رجال القانون يرون نظرة مغايرة في ذلك باعتبار أنّ جسم الإنسان يتكوّن من أعضاء، مشتقّات ومنتجات (2).

الفرع الثاني : التعريف القانوني

أمّا في الجانب القانوني فلم نجد تشريعاً أو قانوناً تضمن نصوصه تعريف الجسم البشري بل سائر منهج الفقه فقسم جسم الإنسان إلى أعضاء، فمثلاً في تشريعات أخلاقيات العلوم

(1). ما هو جسم الإنسان www.mawdoo3.com

(2). حبيبة سيف سالم راشد الشامي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدّة، 2006، ص. 18-19.

الإحيائية الفرنسية الحديثة وضع المشرع الفرنسي في هذه القوانين الصادرة 1994 م الفارق الجوهري بين أعضاء الجسم وسائر المشتقات والمكونات البشرية الأخرى، وذلك من خلال أفراد تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية قسما مستقلاً خاصاً بالأعضاء البشرية وأقسام ونصوص أخرى تتعلّق بمشتقات الجسم ومنتجاته ولعلّ في المادة 671 من قانون الصّحة العامّة المعدّل ما يثبت تفهم المشرّع الفرنسي لهذه الفوارق، حيث جاء في الفقرة الأولى أنّ النخاع العظمي يُعدّ بمثابة العضو في تطبيق أحكام القسم الخاص بنقل الأعضاء البشرية⁽¹⁾. لأنّ النّخاع العظمي يُعدّ من النّاحية الطّبيّة من مشتقات الجسم لأمن أعضائه⁽²⁾، غير أنّه رغم ذلك لا نجد تعريفاً صريحاً للعضو البشري في القوانين الفرنسية، فقد حدّد العضو تحديداً سلبياً فكّل ما يخرج عن النّصوص التي تحكم مشتقات الجسم من أنسجة وخلايا فهو عضو⁽³⁾.

أمّا في القانون البريطاني الصادر سنة 1989 المتعلّق بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء.

جاء في المادّة السّابعة 07 الفقرة 02 " إنّ الجسم يتكوّن من مجموعة مركّبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تمّ استئصاله بالكامل "

ويعتبر هذا التعريف من المفاهيم القليلة التي تضبط مدلول الجسم بشكل دقيق لا تكمن أهميته فقط في فعاليته في جانب الممارسات الطّبيّة المستحدثة بل هو تعريف ملائم لتحديد الآثار القانونية في المجال الجنائي حال الاعتداء على جسد الإنسان، فمثلاً المشرّع الجزائري نظم في قانون العقوبات كلّ المخالفات التي تطأ جسم الإنسان وقد فرّق بين الاعتداءات على الجسم التي ينتج عنها فقدان الحياة وأخرى تضرّ بجزء من الجسم ولا تتلفه كلّها⁽⁴⁾، ولقد حدّد في

(1). La molle osseuses est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre, Art 671-1 de code la santé publique, français, <http://www.suivants.fr>

(2). مهند أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 14.

(3). Pierre Ville Neuve, **Bref propos sur le droit de la responsabilité en matière de transplantation d'organes humaines**, université de Toulouse 1, op.cit, p. 25.

(4). المادة 35 من الدستور الجزائري، 1996.

قانون العقوبات المواد من 254 إلى 263 وخصّصها بأعمال القتل وما يتعلّق به من العمد وغير العمد (1).

كذلك الجرائم المأسة بسلامة الجسد كالضرب والجرح وتقرير عقوبات صارمة في ذلك المادّة 1/264 من قانون العقوبات كذلك إعطاء المواد الضارة المادة 275 من نفس القانون (2).

ومن هنا من الناحية القانونية يعرف الإنسان بالشخص الطبيعي الذي تثبت له الشخصية القانونية أصلاً بمجرد ولادته وهذا من جانب الحقوق أمّا من الناحية الجنائية فقد قسّم الجسم إلى أعضاء وهذا حسب الاعتداءات الواقعة عليه، فقد تمّ تقييم الأعضاء البشرية بالنظر إلى عدّة مجالات.

أولاً : من حيث القابلية للتجدّد

تقسم الأعضاء إلى أعضاء متجدّدة مثل الكبد والدم، وأعضاء غير متجدّدة كاليد، والرئة القلب حيث لا يتجدّد هذا العضو مستقبلاً إذا ما تمّ نزعها.

الفرع الثالث: جسم الانسان في القرآن الكريم

ان الله تعالى هو خالق الروح و الجسد بل هو جل و علا خالق كل شيء كما قال سبحانه ذلك في كتابه العظيم: " الله خالق كل شيء و هو على كل شيء وكيل" الزمر 62 (3) 'ومما خلقه الله عز و جل و علا ارواحنا و اجسادنا . الروح و الجسد الكلام فيهما و الحديث عنهما حديث ذو شجون.

ان كلمة الروح في القرآن تطلق على الأشياء كثيرة لكنها اذا اطلقت و عرفت انما يراد بها ما يمتزج مع الجسد و يشكل منه النفس الإنسانية . فان الروح و هو بداخل الجسد كما سيأتي تفصيله لا يقال لها روح و انما يقال لها جسد.

(1). بن شيخ لحسن، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، طبعة 6، 2009، ص. 13 وما بعدها.

(2). نفس المرجع السابق، ص. 53 وما يليها.

(3). بن شيخ لحسن، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، طبعة 6، 2009، ص. 13 وما بعدها.

قال الله عز و جل : " نزل به الروح الأمين (193) على قلبك لتكون من المنذرين (194) . الشعراء (1) ، هذا اجماع ان المقصود به جبريل عليه السلام . و قال جل و علا: " و كذلك اوحينا اليك روحا من امرنا ما كنت تدري ما الكتاب و لا الايمان و لكن جعلناه نورا نهدي به من نشاء من عبادنا و انك على لتهدي الى صراط مستقيم" الشورى 52. (2) و انما المقصود به ما فيه حياة الناس و هو الإسلام و القرآن على احد التفسيرين .

اما الروح التي هي مرتبطة بالجسد و هي التي هي نحن معنيون بالحديث عنها الآن هب الروح التي لا يدري احد كنه ذلك عنها شيئا الا الله تبارك و تعالى . قال الله عز و جل : "و يسألونك عن الروح قل الروح من امر ربي و ما اوتيتم من العلم الا قليلا" الاسراء 85. (3) يقول العلماء من المفسرين عند تفسير هذه الاية ان النبي صلى الله عليه و سلم و هو في المدينة مر على ملاً من يهودو معه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال بعضهم لبعض أي اليهود: سلوه سلوه ترددوا ، ثم قالوا يا أبا القاسم : " ما الروح؟" فاتكأ صلى الله عليه و سلم على عسيب نخل ، قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فعلمت انه يوحى اليه، ثم تلا عليهم قول الله عز و جل في سورة الاسراء " و يسألونك عن الروح قل الروح من امر ربي و ما اوتيتم من العلم الا قليلا" ، فجاء الجواب القرآني ان علم الروح و كنهها امر اختص الله جل و علا به ورده تبارك و تعالى الى علم ذاته العليا و لم يجبهم النبي صلى الله عليه و سلم تفصيلا، و الى اليوم رغم التقدم العلمي كما هو معلوم لكل احد الا كنه هذه الروح لا يعلم عنه شيئا .

نقول : اما الجسد فانه ذلك التكوين البدني الذي يحمله بنو آدم كلهم على اختلافهم في هيئة ذلك الجسد من الطول و القصر و ما الى ذلك .

و لفظ الجسد في القرآن اذا اطلق الله عز و جل الكلام عن البدن مقرونا بالروح فان لغة القرآن تسميه " جسم " و ان كان معزولا عن الروح لا روح فيه فان لغة القرآن تسميه " جسد" .

(1) . بن شيخ لحسن، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، طبعة 6، 2009، ص. 13 وما بعدها.

(2) . سورة الزمر ، الاية 62.

(3) . سورة الشعراء ، الاية 193، 194.

و بيان هذا ان الله عز و جل مثلا ذكر طالوت فالما تكلم الله عز و جل و علا في سورة البقرة قال : " ان الله اصطفاه عليكم و زاده بسطة في العلم و الجسم " و لم يقل بسطة في العلم و الجسد و انما قال في الجسم لانه يتكلم عن جسد مقرون بالروح فعبر عنه في لغة القرآن بالجسم. و قال الله عز و جل و علا عن المنافقين: " و اذا رأيتهم تعجبك اجسامهم " (1) فعبر الله عز و جل و علا عن اجسام هؤلاء المنافقين بالجسم و لم يقل بالاجساد لانها آنذاك ممزوجة بالروح.

في حين انه جل و علا لما ذكر الإله المسموع المفترى الذي صنعه السامري لقوم موسى عليه السلام قال الله عز و جل : " فاخرج لهم عجلا جسدا له خوار " طه 88. (2) ، فعبر عنه بكلمة جسد لانه لا روح فيه . و قال الله جل و علا عن النبيين في نفي ان يكونوا بلا أرواح قال : " و ما جعلناهم جسدا لا يأكلون الطعام و ما كانوا خالدين ". (3)

و المقصود من هذا كله ان لغة القرآن تفرق ما بين الجسد و الجسم باعتبار اتصالها بالروح او عدم اتصالها بالروح.

كذلك الروح اذا اتصلت بالجسد لا يقال لها روح ، الروح اذا اتصلت بالجسد فلغة القرآن تسميها " نفس " ، فاذا انفصلت الروح عن الجسد تسمى روح. و قد اسند الله جل و علا لهذه النفس القول: " ان تقول نفس يا حسرتى على ما فرطت في جنب الله و ان كنت لمن الساخرين " الزمر 56. (4) ، اسند الله جل و علا اليها العلم : " فلا تعلم نفس ما اخفي لهم من قررة اعين جزاء بما كانوا يعملون " السجدة 17. (5)

و الانسان يتكون من جسد و روح ، اذا مزجت و روحه بجسده تسمى نفس ، و هذه النفس هي التي اقسام الله جل و علا بها في سورة الشمس فقال: " و نفس و ما سواها (7) فالحماها فجورها و تقواها (8) " و تعبدنا الله جل و علا بتزكيتها.

(1). سورة المنافقون، الاية 4.

(2). سورة طه ، الاية 88.

(3). سورة الأنبياء ، الاية 8.

(4). سورة الزمر ، الاية 56.

(5). سورة السجدة ، الاية 17

المطلب الثاني : حياة الجسم البشري

إذا اعتبرنا أن جسم الإنسان يتكوّن من مجموعة منسجمة من الخلايا والأنسجة التي تشكّل في مجموعها مجموعة من الأعضاء الداخلية والخارجية وكافة المنتجات والمشتقات الآدمية، فلا بدّ من معرفة متى نكون بصدد تصرّف في جسم حيّ ومتى نكون بصدد التصرّف في جثة، وعليه سوف نتطرّق إلى تحديد لحظة بداية الجسم ونهايته.

الفرع الأول : تحديد لحظة بداية الجسم

يقول الله تبارك وتعالى : ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾ (1).

أولاً. المرحلة الأولى : مرحلة ما قبل اكتمال الجنين

لمعرفة مراحل خلق الإنسان لا بدّ أن نرجع إلى القرآن والسنة، حيث أنّ مراحل خلق الإنسان تمرّ بأطوار، والمتمثلة في النطفة والتي تتكوّن من ثلاث أنواع النطفة المذكورة، النطفة المؤنثة ونطفة الأمشاج التي وردت في [سورة الإنسان، الآية 2] فجاء قوله تعالى : ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾.

فبداية خلق الإنسان ترجع إلى نطفة الأمشاج وهي عبارة عن النطفة المختلطة والمتكوّنة من الحيوان المنوي والبويضة الملقحة (2).

أمّا طور الثاني يتمثل في مرحلة العلقه حيث تلتصق الكرة الجرثومية بجدار الرحم، وذلك ابتداء من اليوم السابع من التلقيح (3).

(1). سورة المؤمنین، من الآية (12) إلى الآية (14).

(2). د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطبّ والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الحادية عشر، 1999.

(3). نفس المرجع السابق، ص 361-362.

ثمّ تمدّ الخلايا الخارجية لتلقي بمثيلتها الموجودة على الخلايا الطلائية في غشاء الرّحم، وتتشابك هذه المعاليق، ثمّ تبدأ الخلايا الأكلة في الانغراس بجدار الجسم، إذن فتلتصق الكرة الجرثومية بجدار الرّحم وفي اليوم التاسع من بعد انغراسها في جدار الرّحم، تنظم الكرة الجرثومية إلى كتلة خارجية آكلة وظيفتها العلق بجدار الرّحم وامتصاص الغذاء منه (1).

ثمّ تتشكل كتلة الخلايا داخلية وهي التي يخلق الله منها الجنين، ويتعلّق الجنين بواسطة معلاق يربطه بالغشاء المشيمي، وتعرف هذه المرحلة بمرحلة الدم الغليظ أو المتجمد المتخثر والشديد الحمرة، وفي نهاية مرحلة العلق، يبدأ ظهور أوّل كتلة نسيجية (2) في اليوم العشرين من التلقيح ومن هنا تتحوّل العلقة إلى مضغة.

ويكون أوّل ظهور للمضغة في جهة الرأس، ثمّ يتوالى ظهورها من الرأس إلى مؤخرة الجنين، ويبلغ عددها من 42 إلى 45 زوجًا من الكتل البدنية يليها ظهور الأقواس البلعومية، حتّى تتكوّن تحت قمة الرأس مباشرة خمسة أزواج من الأقواس البلعومية.

وفي هذه المرحلة يكون الجنين أشبه بقطعة لحم، ثمّ تأتي مرحلة تكوين العظام واللّحم يتشكّل في هذه المرحلة معظم الهيكل العظمي، فيظهر العمود الفقري، كما يبرز عظام الأطراف العلوية والسفلية، وتتحوّل الجمجمة من غشاء إلى عظم وتتكوّن الأضلاع، ويظهر الجلد وما تحته من الأنسجة، وتظهر معظم عضلات الجسم وخاصة تلك الموجودة في الجذع والمنطقة العنقية والتي تناسب لتكون عضلات الأطراف العلوية والسفلية (3).

يتضح من الآية السّابقة الذكر أنّ مراحل تكوين الإنسان عديدة تبدأ بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة مرورًا بالنطفة فالعلق، حتّى حماية تكوين الجسم على الصورة التي يولد عليها الإنسان.

(1). د/محمد علي البار، مرجع سابق، ص 362.

(2). نفس المرجع السابق، ص 362.

(3). نفس المرجع السابق، ص 364.

تخضع هذه المرحلة إلى أحكام خاصّة، وصورة الاعتداء فيها محصورة في جريمة واحدة وهي الإجهاض التي يمكن أن تتعرّض له المرأة، وبصور متعدّدة سواء بإجهاض نفسها أو بفعل فاعل (1). إلّا أن جانب من الفقه يرى بأنّه ليس من المعقول إهمال مرحلة الإخصاب لما لها من أهمية كبيرة قبل تكوين الجنين، وذلك لما أصبحت تحمله من أهميّة حديثة، من خلال أعمال التلقيح خارج رحم المرأة بداخل الأنبوب، ومن هذا هل يمكننا اعتبار المسّاس بهذه المرحلة والمسّاس أيضًا بعناصر هذا الإخصاب يعدّ تعديًا على سلامة جسم الرجل أو المرأة في هذه العملية الدّقيقة والحسّاسة (2).

كما أنّ هناك إشكال آخر أيضًا نجده في عدّة تشريعات ومنها قانون العقوبات الجزائري الذي اعتبر الإجهاض كجناية، غير أنّه لم يشر إلى أية مرحلة من مراحل الحمل (3).

وعليه يجب التفريق بين الإجهاض والاعتداء على الجسم البشري بمعناه الواسع الذي لا يتحقّق إلّا من خلال التحديد الزّمني لكلا الجريمتين وبداية كل منهما.

ثانيا. المرحلة الثانية : مرحلة اكتمال الجنين

في هذه المرحلة يتمّ تكوين الجنين داخل رحم أمّه وعلى استعداد لولادته كطفل، وهذه المرحلة بالغة الأهميّة وتطرح عدّة إشكاليات قانونية. وهناك من يرى وجوب اعتبار الاعتداء الواقع في هذه المرحلة على الجنين وإن كان مكتملاً هو مجرد إجهاض باعتبار أن الجنين لم ينفصل عن رحم أمّه ولا يعتبر اعتداء على جسم إنسان (4).

(1). أحسن بوسقيعة، ص. 39.

(2). ممتاز بن عبد القادر حيزة، البحث العلمي وضوابطه الشرعية، دون دار النشر، الطبعة الأولى سبتمبر 2005، منشورة في موقع صيد الفوائد ww.said.net/book/open.php?cat=48book=6423 ص. 723 وما بعدها.

(3). أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص. 39 وما بعدها.

(4). بن شيخ لحسن، مرجع سابق، ص. 19.

وهناك من اعتبر أن الجنين الذي اكتمل نموّه تمامًا أو بنسبة كبيرة، يعدّ مثله مثل الإنسان العادي، بحيث للجنين حق الحماية الجنائية، وأيّ تدخل على جسمه يخضع إلى التجريم من قبل قانون العقوبات.

واعتبر الكثير من الفقهاء أنّ الجسم إذا اكتمل يصبح واجب الحماية، ولو كان في رحم أمّه، حيث أنّه إذا كانت الولادة طبيعية تبدأ لحظة حياة الإنسان، منذ بداية الولادة أيّ منذ إحساس الأم بألم الولادة أيّ الإنجاب، وإذا كانت الولادة غير طبيعية فتحدد لحظة بدايتها تطبّق الأساليب الطبيّة الجراحية أو غير الجراحية على جسم الحامل.

وهناك رأي آخر أيضًا من الفقه الجنائي حاول إعطاء حماية أكثر للجنين، وذلك في الفترة السابقة على انفصاله عن جسم أمّه بحيث يرى هذا الاتجاه أنّ لحظة ميلاد الجسم تبدأ في اللحظة التي يكون باستطاعة الجنين التنفس لوحده برئتيه دون الاعتماد على أمّه، إلاّ أنّ هذه الحالة تتطلب دقة وإثبات بالغمن الناحية العلمية (1).

ويرى غيرهم أيضًا أن الجسم إذا أصبح يحمل الحياة والروح، فلا عبء ولا أهميّة لحيوية الجسم، يكفي أن يضاف عليه أحقية الحماية، وكلّ فعل يعدم حياته هو قتل له، وكلّ فعل أيضًا يمس سلامة جسمه يعتدّ بأنّه جرح وضرب (2).

وعليه نستنتج أنّ الفقه حاول توسيع نطاق جرائم الاعتداء على الكيان الجسدي على حساب جريمة الإجهاض، وذلك حرصًا منه لإعطاء حماية أكثر للإنسان منذ مراحل حملته وخاصّة المراحل التي تسبق الولادة.

أمّا رأي القانون المقارن في هذا الصدد فهو مختلف، فنجد أنّ المشرّع الفرنسي وضع تنظيمًا خاصًا لدراسة الأحكام الخاصّة بالأجنّة البشرية في مراحل تكوينها، وتؤكد أنّ الحد

(1). عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص. 364 وما بعدها.

(2). محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1977، ص ص. 324-325.

الزمني الفاصل بين الانتقال من الأجنّة من نطاق الحماية الجنائية المقرّرة وللمشتقات والمنتجات البشرية إلى نطاق الجنين بمعناه الدقيق، وبوصفه محلاً في جرائم الإجهاض، إنّما يتمثل بمرور فترة العشرة أسابيع منذ بداية الحمل والتي نص عليها قانون الصّحة العامة الفرنسي في المادة 162 فيعتبر المسّاس بالجنين بعد هذه الفترة مشكلاً لجريمة إجهاض في إحدى صورها المنصوص عليها في قانون العقوبات (1).

أمّا المشرّع الجزائري بخصوص جنائية الإجهاض فقد ميّز بين نوعين من الإجهاض:

- (الإجهاض الجنائي Avortement Criminel)،

- و(الإجهاض العلاجي Avortement Thérapeutique).

حيث أجاز الإجهاض العلاجي في حالة الضرورة، بموجب المادة 72 من قانون

رقم 85-05 المتعلّق بقانون الصّحة العمومية الجزائري التي تنصّ على أنّه:

[يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر والحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهّدّد بخطر بالغ يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي](2).

ويسأل الطبيب أو القابلة عن جنحة القتل بالإهمال إذا وقع إهمال جسيم أثناء عملية التوليد وأدى لوفاة الجنين في بطن الأم كما يحميه أثناء عملية الازدياد فيعتبره إنساناً حياً منذ بداية آلام الوضع الطبيعي عند المرأة (3).

أمّا الإجهاض الجنائي، نصّ عليه قانون العقوبات الجزائري في المواد من 304 إلى 313 منه سواء تعلّق الأمر بإحداث الإجهاض للغير وفقاً للمادة 304 أو من قبل الأطباء

(1). Voir : **article 162 paragraphe 12 de code de la santé publiques (Français)**
<http://www.survivants.fr>

(2). قانون رقم 05/85 المتعلّق بتقنين الصّحة وترقيتها (الجزائري) المؤرخ في 16 فيفري 1985، الجريدة الرسمية، العدد الثامن (8)، السنة الثانية والعشرون، المؤرخ في 17 فيفري 1985.

(3). د. بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطبّ والجراحة المستخدمة.

المختصين حسب المادة 306، وكذا يعاقب المرأة نفسها التي تجهض، وفي هذا تنص عليه المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري على أنه:

[تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250,00 إلى 1000,00 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدًا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض]⁽¹⁾.

غير أنّ سبب الإباحة الوحيد الذي تضمنه قانون العقوبات نصّت عليه المادة 308 كالآتي:

[لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية].

ويجدر الذكر أنّه في هذا الصدد لم ينصّ المشرّع الجزائري على جرائم الجرح والضرب والاعتداء وكلّ الجرائم الماسة بالحياة وبالسّلامة الجسمانية وكذا جريمة الإجهاض أيّ مادة تقوم بتحديد بداية الجسم معدًّا المادة 25 من القانون المدني التي تنصّ:

[تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيًّا وتنتهي بموته].

لكن بالمقابل نجد أنّ المشرّع الجزائري يحدّد بداية الشخصية القانونية والتي يكتسب من خلالها الشخص كافة حقوقه ويترتّب عليها التزاماته، والتي تبدأ بتمام ولادته حيًّا غير أنّه ولما كان الحق في سلامة الجسم من أيّ اعتداء هو من ألزم الحقوق المتعلقة بالشخصية غير أنّ شروط اكتساب الشخصية في مفهوم هذه المادة يثير الكثير من الجدل فأولى الشرطين هو الولادة والولادة أي انفصال الجنين عن جسم أمّه انفصالًا تامًّا بقطع الحبل السري ليصبح مولودًا، لذا فإنّ المشرّع الجزائري قد أخذ برأي المشرّع الإنجليزي وغيره من أصحاب الاتجاه

(1). الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدّل والمتمم بأمر رقم 47/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المؤرخ في 08 جوان 1975، الجريدة الرسمية العدد 53 والمعدّل والمتمم بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982، الجريدة الرّسمية، العدد 07 الصادر في 21 فيفري 1982.

الذي يشترط ولادة الجنين لكي يعتد بشخصيته ويصبح الاعتداء عليه يعتبر اعتداء على حرمة جسم إنسان (1).

الفرع الثاني: نهاية جسم الإنسان

في عصرنا الحالي تنهي حياة الإنسان إما بسبب الموت الطبيعي أو الاصطناعي بعد خضوعه للإنعاش الصناعي.

أولاً : الموت الطبيعي

تنتهي حياة الإنسان بموته ويعرف الموت من الناحية اللغوية أنّ أصل كلمة الموت من الموتان والموات، أيّ ضد الحياة من فعل مات يموت ورجل ميّت وقوم موتى وأموات، وقبل الميّت الذي مات أو الميّت، والمائت، والمائت الذي لم يمت بعد، وحكى الجوهري عن الغزّاء يقال لمن سيموت مائت عن قريب (2) وتأتي الموت بهن النوم كقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾ (3).

وقد ذكر الله عزّ وجل الموت في عدّة آيات قرآنية من بينها قوله تعالى: ﴿أَوْمَنْ كَانَ مَيِّتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ (4)، أي زوال القوّة.

ويعتبر تحديد لحظة الوفاة أهمّ شرط يجب توفره من أجل التصرف في جسم الإنسان لأنّها الحدّ الفاصل بين الحياة والموت، وبالتالي تحديد الواجبات الملقاة على عاتق من حيث تحرير شهادة الوفاة.

لأنّ الموت الطّبي لا يعدّ بحدّ ذاته ظاهرة بيولوجية فقط، بل لها جوانب قانونية ترتبط بها العديد من المسائل كتوافر أركان الجريمة أو مسائل الإرث.

(1). د. عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص. 361 وما يليها.

(2). ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص. 564.

(3). سورة الزمر، الآية 30.

(4). سورة الأنعام، الآية 122.

وقد أثارَت مسألة تحديد لحظة الوفاة جدلاً واسعاً، ممّا أدّى إلى ظهور اتجاهات مختلفة سواء بين علماء الطبّ أو القانون أو الفقهاء.

وأثارَت مسألة تحديد لحظة الوفاة جدلاً بين علماء الطبّ والقانون، بشأن مدى إمكانية تحويل تنظيمها للتشريع أو تركها لأهل الاختصاص من الأطباء باعتبارها مسألة طبيّة، وهذا كالاتي :

1. الوفاة مسألة طبيّة: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تعريف الموت ليس من عمل المشرّع، لكونها مسألة طبيّة بحتة تترك لأهل الاختصاص، وهم الأطباء، فتحديد لحظة الوفاة طبقاً لمعيار موت خلايا المخ، لا يثير أيّة مشكلة قانونية ودائماً يثير مسائل فنيّة بحتة تدخل في اختصاص مهنة الطبّ، لذا تنظيم الوفاة بموجب نصوص قانونية يعتبر من المسائل الخطرة بسبب التقدّم المستمرّ للعلوم الطبيّة (1).

بناءً على ذلك يعرف الأطباء الموت بأنّه التوقف الكامل والقطعي لكلّ الخلايا، والعمليات الفعّالة للتبادل والتغير السريري والذي يسمّيه المرء " قوّة التجديد والدثور " (البناء والهدم في الكائن الحيّ).

ويرى أنصار هذا الاتجاه بأنّ توقف القلب عن النبض، كان قديماً هو الحدّ الفاصل بين الحياة والموت، ثمّ اتّجه الطبّ الحديث إلى تبني معيار موت المخ، وربّما سيكشف العلم مستقبلاً أساليب جديدة لتنشيط خلايا المخ مثلما وقع للقلب، وعليه اعتبار أنّ القواعد القانونية تتسم بالثبات النسبي، فإذا وضعت معايير لتحديد لحظة الوفاة بموجب نصوص قانونية فإنّها ستخضع لتعدّلات متلاحقة لمواكبة الاكتشافات الطبيّة.

(1). د.ماروك نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص. 323.

ومن أجل ذلك يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه يجب وضع نصوص تنظيمية ولوائح تصدر من الجهات الطبية المختصة، تتضمن المعايير التي يجب على الأطباء الاسترشاد بها (1).

أما الموت لدى الطبّ الشرعي يعرفه بأنه انتهاء الحياة بسبب توقف الجهاز التنفسي والدورة الدموية والجهاز العصبي توقفاً تاماً، وما يستتبع ذلك من ظهور علامات وتغيرات بمظاهر الجثة تنتهي بتحلل الجسم تحللاً كاملاً (2).

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ المشرّع الجزائري، ترك في قانون الحالة المدنية (3) مهمة التأكد من الوفاة للأطباء دون أن يحدّد لهم الوسائل التي يستطيعون بها التحقق منها.

في هذا الإطار نصّ المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05، إلى ضرورة تحقّق الأطباء من الوفاة حتّى يتمّ نقل الأعضاء من المتوفى، فتتّص الفقرة الأولى من المادة 164 من القانون رقم 90-17 على:

[لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قد زرعتها إلاّ بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللّجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية].

يتضح من خلال نصّ هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري أحال تحديد لحظة الوفاة إلى وزير الصحة، الذي قام بتنظيم هذه المسألة عن طريق قرار وزاري، حيث خوّله مهمّة وضع تعريف الوفاة حسب المقاييس العلمية المعمول بها وقد قام المشرّع طبقاً لقانون الصحة لسنة

1990، إلى إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبيّة (4) حسب المادة 168 مكرر، من أجل حماية حياة الإنسان وسلامته الجسدية وكرامته، وكذلك مراقبة الأعمال الطبيّة

(1). كريمة تدريست، تحديد لحظة الموت، مرجع سابق، ص. ص. 375-376.

(2). أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1998، ص. 415.

(3). أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري 1970 يتعلّق بالحالة المدنية، المعدل و المتمم ج. ر، عدد 21 لسنة 1970 معدل ومتمم.

(4). تتّص المادة 78 من قانون الحالة المدنية رقم 70-20 على انه :

الحديثة بمختلف أنواعها بما فيها العمليات الواقعة على جسم الإنسان كالاستئصال، والمرتبطة بمسألة تحديد لحظة الوفاة باعتبارها من الشروط القانونية الأساسية لمباشرة عمليات اقتطاع الأعضاء من حيث الموتى.

والجدير بالذكر أنه قد صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 قرار وزاري ينص على معايير جديدة لإثبات الوفاة، تتمثل طبقاً للمادة 2 منه في:

- الانعدام التام للوعي.
- غياب النشاط العضوي الدماغي.
- التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية.
- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين، ومن إنجاز طبيبين مختلفين (1).

2. الوفاة مسألة قانونية: نصّ المشرّع الجزائري في المادة 25 من القانون المدني فقرتها الأولى على أنه :

[تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته]⁽²⁾. غير أنه لم يعطي تعريفاً قانونياً دقيقاً للموت.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة صدور تشريع خاص يعرّف الموت بدقّة، كما هو الشأن في بعض التشريعات المقارنة (3) خاصة بعدما أصبحت عمليات زرع ونقل الأعضاء

[لا يمكن أن يتمّ الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة، ولا يمكن أن يسلم الترخيص إلا بعد تقديم شهادة معدّة من قبل الطبيب]

(1). د. عبد الكريم مأمون، رضا المريض، في الاعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 2006.

(2). الأمر رقم 75-158 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

(3). كما هو الشأن بالنسبة للمشرعين الأمريكي والإيطالي.

- أنظر د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية، مرجع سابق، ص. 55.

البشرية وسيلة علاجية، وهذا خاصة بعد أن قام الطبيب الفرنسي " برنارد " بأول عملية زرع قلب من جثة متوفي دماغياً إلى جسد حي⁽¹⁾.

واعتبر أصحاب هذا الاتجاه أنّ الموت مسألة قانونية، تستوجب تدخل المشرّع بالنّص على تعريفها وتحديد معايير إثباتها. والهدف من ذلك هو منع اندفاع الأطباء نحو التجارب العلمية على حساب أجسام النّاس، بحيث ثبت فعلاً قيام طبيب في جنوب إفريقيا باستئصال قلب إنسان لا يزال على قيد الحياة. لذا يجب وضع قانون ردعي يحدّ من اندفاعهم نحو تحقيق انتصارات علمية بطريقة غير مشروعة⁽²⁾.

ومن القوانين المقارنة نجد مثلاً القانون البلجيكي لم يتعرّض لكيفية تحديد الوفاة فنصّت المادة 77 منه أنّ التأكيد من حدوث الوفاة يقع على عاتق ضابط الأحوال المدنية الذي هو بدوره يتعيّن عليه اللجوء إلى الأطباء في ذلك حتّى يمكنه التصريح بدفن الجثة. أمّا في الدول العربية فإنّنا نجد من أصحاب هذا الاتجاه المشرّع المصري والأردني، فالمشرّع المصري على سبيل المثال ترك في القانون رقم 1946 والخاص بالمواليد والوفيات للطبيب تقرير حالة الوفاة وبيان سببها دون إلزامه بإتباع أساليب معيّنة في هذا التحديد كما أنّ التشريع الأردني سار على نفس السّياق القانوني وعلى سبيل المثال نجد المادّة الثامنة من قانون رقم 23 سنة 1977 قد اشترط عدم فتح الجثة لأيّ غرض من الأغراض المنصوص عليها في القانون إلاّ بعد التأكيد من حدوث الوفاة بتقرير طبيّ، كما اشترط أن يكون الطبيب الذي يقرّر الوفاة غير الطبيب المختص بعملية نقل عضو من الجثة إلى إنسان حيّ⁽³⁾.

أمّا المشرّع الجزائري قد جمع بين الاتجاهين، الأوّل القائل أنّ الوفاة مسألة طبيّة والثاني القائل أنّ الوفاة مسألة قانونية، لأنّ كلّ اتجاه على قدر من الصّواب، ويكمل أحدهما فالوفاة من

(1). Charles Seydoux et Jean Jacques Gov, **Abrégé de transplantation cardiaque**, édition **Médecine et Hygiène**, Genève, 1997, p. 34.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص.ص. 516-517.

(3). محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص. 26.

جهة تعدّ واقعة بيولوجية تدخل في اختصاص الطبيب. كما تعدّ من جهة أخرى من أبرز المسائل المتعلقة بحالة الشخص، والتي يترتب عليها آثار قانونية هامة، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية.

غير أنّ الحياة لا تتوقف، ولقد أسفر العلم الحديث ظهور وسائل وتقنيات حديثة هامة في المجال الطبي والمتمثلة في أجهزة الإنعاش الصناعي. وهذا ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانياً: الموت الإكليني (الإنعاش الصناعي)

يقصد بالإنعاش الصناعي مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبيّة التي تستخدم لفترة ما، قد تطول أو تقصر لتساعد الوظائف الأساسية لجسم المريض، حتّى يتمكّن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه، يكون فيها معرّضاً لخطر الموت إذا لم تستعمل هذه الوسائل (1).

وتستعمل أجهزة الإنعاش الصناعي خاصّة في عمليات جراحة القلب المفتوح وكذا حالات الفشل الكلوي وعلاج الإصابات الدماغية الناتجة عن حوادث المرور (2).

في هذا المضمار هناك مسائل قانونية تكون كالآتي:

أولاً. حالة استمرار الإنعاش الصناعي:

إذ أثبت الأطباء وفاة الشخص الموجود تحت أجهزة الإنعاش الصناعي وذلك بموت خلايا المخ فيجب الإعلان عن الوفاة، من أجل ترتيب الآثار القانونية الناجمة عن ذلك، كإمكانية التصرف في جسمه كإقتطاع الأعضاء من جثة ذلك الشخص الذي أصبح ميّتاً سواء في نظر الطبّ أو القانون (3) وبعد الإعلان عن الوفاة الرسميّة للمريض يحافظ الطبيب

(1). كريم عشوش، مرجع سابق، ص. 85.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 536.

(3). نفس المرجع السابق، ص. 530.

بطريقة صناعية على التنفس ودورات الدّم باستعمال أجهزة الإنعاش الصناعي من أجل المحافظة على الحيوية البيولوجية للأعضاء وتستخدم هذه التقنية في حالات الموت الدماغي، ويرى بعض الأطباء أنّه بعد موت الدماغ يصبح الشخص جثة هامدة، حتّى وإن استمرّ دوران الدّم، ومن ثمّ فإنّ استمرار أو وقف الإنعاش تحكمها مقتضيات تقنية زرع الأعضاء (1).

واعتبر أطباء آخرون أنّ بعد ثبوت الموت الدماغي لا تبقى أيّة أهميّة طبيّة لأجهزة الإنعاش الصناعي بالنسبة للمتوفى، لأنّ عملها سيقصر على نفخ الجثة بالهواء (2)، وبالتالي يمكن وقف أجهزة الإنعاش الصناعي في أيّة لحظة، وذلك بمجرد استئصال العضو، ولا يعدّ الطبيب مرتكباً لجريمة القتل (3).

لذا إذا ثبتت الوفاة، يفتح الباب بإجراء اقتطاع الأعضاء بدون انتظار. أما الشخص الموجود في الغيبوبة الطويلة فإنّ تحديد لحظة وفاته تشكّل مشكلة معقدة لأنّ مدتها قد تطول أو تقصّر.

ولا يمكن القول أنّ اللّحظة القانونية لموت الشخص الخاضع لتقنية الإنعاش الصناعي، هي تلك التي يوقف فيها الطبيب الإنعاش، لأنّ وقف الإنعاش الصناعي هو نتيجة للتحقّق السّابق من الموت. فيجب أن تسبق اللّحظة القانونية للوفاة بالضرورة وقف أجهزة الإنعاش، وإذا أوقف الطبيب تلك الأجهزة قبل التحقّق الفعلي من الموت الشخص فإنّه يتهم بالقتل (4).

(1). Ahmed Abduldaim, **Les organes du corps humains dans le commerce juridique** publication Juridique al anabri Beyroust 1999.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 531.

(3). د. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد، عمان، 2002، ص. 264.

(4). Ahmed Abduldaim.op.cit, p. 272.

ثانياً. حالات وقف الإنعاش الصناعي :

يُعدّ موت الدماغ باختصار دليلاً على الموت، في هذه الحالة يستطيع الطبيب وقف أجهزة الإنعاش⁽¹⁾، ولا يحق للطبيب التعلل بطول المدة، أو كثرة التكاليف، أو وجود أناس آخرين في نفس حالة المريض كي يقوم بوقف أجهزة الإنعاش⁽²⁾. وهذا ما جاء به القرار رقم 5 الذي أصدره مجلس الفقه الإسلامي المؤرخ في 11 إلى 16 أكتوبر 1986 والمنعقد في دورته الثالثة بعمان، بشأن وقف أجهزة الإنعاش، فحسب هذا القرار، كي يستطيع الطبيب نزع أجهزة الإنعاش الصناعي، عليه التأكد أولاً من توقف قلب المريض وتنفّسه، وتعطّل جميع وظائف دماغه تعطلاً لا يمكن عودة المريض للحياة ثانية، وذلك بحكم اختصاص الإنعاش ومن ثمّ يمكن رفع أجهزة الإنعاش الصناعي⁽³⁾. وضعت بعض التشريعات ضمانات وقيود لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وهي :

● الحصول على الإذن من جهة رسمية:

فالقضاء الكندي والأمريكي لا يسمح للطبيب أن يكتفي برأيه الذاتي، بعدم إمكانية عودة المريض للحياة الطبيعية، بل يشترط عرض مثل هذا الرأي على فريق طبي متخصص. وإذا أثبت هذا الأخير أنّه لا أمل في الحياة الطبيعية للمريض، فإنّه يستأذن جهة رسمية مختصة كالنيابة العامة لإيقاف الأجهزة⁽⁴⁾. قد يقوم الطبيب برفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريض لا يرجى شفاؤه، دون أن يتأكّد من موته بدافع الشفقة، فيعد في هذه الحالة مرتكباً لجريمة القتل بدافع الشفقة.

(1) د. نصر الدين مروك، الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبيّة، مرجع سابق، ص 48.

(2) د. محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2001

(3) د. خالد محمد شعبان، مرجع سابق، ص. 75.

(4) Ahmed Abduldaïm, **Les organes**.op.cit, p. 260.

والقتل إشفاقاً أو قتل الرحمة هو نوع من القتل يرتكبه الشخص، سواء كان طبيباً أو غيره، بغرض تخليص مريض لا يرجى شفاؤه من آلام لا تحتمل، وهناك من يعرفه على أنه وضع حدّ لحياة مريض لا يرجى شفاؤه من آلامه المبرحة (1).

وهنا يجدر الذكر أنّ القتل بدافع الشفقة يختلف عن القتل بناءً على الطلب أو برضا المجني عليه، في كون القاتل بدافع الشفقة يرتكب الفعل دون طلب أو رضا سابق من المجني عليه، بل يرتكبه من نفسه بدافع الشفقة عليه، لإراحته من الآلام التي يشعر بها (2).

غير أنّ البلدان العربية لم تعطي اهتماماً بالقتل بدافع الشفقة بقدر الذي اهتمت به الدول الأجنبية، مع العلم أنّ قوانين العقوبات الخاصة بالعديد من الدول مثل لبنان، وسوريا، والسودان تأخذ بمبدأ تخفيف العقوبة في حالة القتل بناءً على رضا المجني عليه، أيّ المريض (3).

أمّا في فرنسا ذهب غالبية القضاء الفرنسي والفقهاء إلى مساءلة الطبيب جنائياً عن جريمة القتل العمدي في حالة إيقاف أجهزة الإنعاش عن مريض يصارع الموت (4) وذلك قبل أن يصدر القانون المؤرخ في 22 أبريل 2005 (5) الذي يسمى قانون ليونتي Loi Leonetti المتعلق بحقوق المرضى في الحدّ من الحياة، فقد أجاز للمرضى الذين يعانون من أمراضاً يرجى شفاؤها، أن يصّرحوا بعدم الرّغبة في العيش بتلك الآلام غير المحتملة (6). وبإمكان الطبيب أن يسهل ويساهم فيموت ذلك المريض، عن طريق إيقافه بإعطاء المريض الأدوية المهدئة للآلام. وهذا بعد إخبار

(1). نجية عزّاب تاني، مدى مساءلة الأطباء جنائياً عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص. 148.

(2). شريف الصباح، مرجع سابق، ص. 153.

(3). نجية عزّاب تاني، مرجع سابق، ص. 149.

(4). Didier Sicard, **Médicalisation juridiciarisation de la fin de vie**, *Revue de l'institut de criminologie de Paris*, éditions ESKA, n° 5, 2005–2006, p. 35.

(5). Loi n° 2005–370 du 22 Avril 2005 relative aux droits des malades et a la fin de vie (Loi Léonetti) Voir : EricMondielli l'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine, Extenso, édition, Paris, 2008, p. 145.

(6). Catherine la Brusse–Riou, **Quelques regards civilistes sur la fin de vie**, *revue de l'institut de criminologie de Paris*, éditions ESKA, n° 5, 2005–2006, p. 35.

أهل المريض قرار المريض الرّامي وقف العلاج، وتسجيله في سجل طبيّ خاص به، بهذا لا يسأل الطبيب جنائيًا عن موت المريض، لأنّ ذلك قد تمّ بطلب منه (1).

أمّا المشرّعين البلجيكي والإنجليزي لا يفرّقان بين قتل الشفقة وغيره من أنواع القتل، فجريمة القتل تتحقّق أيّما كان سببها، ولكن بالمقابل نجد كثيرًا من التشريعات الأوروبية كإيطاليا، والدانمارك والنمسا، وسويسرا، واليونان، وألمانيا، وهولندا وبولونيا والنرويج تفرّق بين القتل العادي وقتل الشفقة، وتجعل من الطبيب في قتل الشفقة مجرد ضحية (2).

أمّا في التشريع الجزائري لا يوجد أيّ نصّ يحرم القتل بدافع الشفقة واعتبر أنّ كل من يقوم بإيقاف أجهزة الإنعاش بصفة عمدية يعدّ مرتكبًا لجريمة القتل العمدي وفقًا للمادة 254 من قانون العقوبات الذي ينصّ:

[القتل هو إزهاق روح إنسان عمدًا].

أمّا إذا أخطأ الطبيب في إيقاف أجهزة الإنعاش معتقدًا أنّه مات فتطبّق عليه المادة 239 من قانون حماية الصّحة وترقيتها التي تعاقب الطبيب المرتكب لخطأ مهني خلال ممارسة مهامه وهذا وفقًا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات (3). وأمّا جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة فقد نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 182 من قانون العقوبات (4) حيث

(1). Florence Bellivier, Christine Noiville, **Nouvelles**, Op.cit, p. 140.

(2). د. سميرة عايد الديّات، عمليات نقل و زرع.

(3). كريمة تدرست، مرجع سابق، ص. 383.

(4). المادة 182 تنصّ :

[يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشدّ ينصّ عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة].

[ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدًا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو يطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير].

يسأل الطبيب عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة للمريض في حالة خطر، وذلك عند عدم تركيبه لأجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته.

وللتحقّق من الوفاة يشترط القانون الجزائري وفقاً للمادة 3/167 من قانون حماية الصّحة وترقيتها رقم 85-05 تنصّ:

[يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقلّ عضوان في اللّجنة وطبيب شرعي وتدوّن خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين].

ويتبيّن من نصّ هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري اشترط تعدّد الأطباء المثبتون للوفاة، لأنّ تعدّد الأطباء ضماناً ضد الشكوك من القرار الفردي، كما أنّه يجب أن لا يكون الطبيب الذي أثبت الوفاة، ضمن المجموعة التي تقوم بعملية زرع العضو للمريض، وذلك طبقاً للمادة 3/165 من قانون حماية الصّحة وترقيتها رقم 90-17 التي تنصّ:

[ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المشرّع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع].

أمّا المشرّع الفرنسي فقد اشترط بموجب المرسوم التنفيذي الصادر عام 1978 أن يتمّ التحقّق من الوفاة من قبل طبيبين يكون الأول مختصّاً برسم موجات الدماغ والثاني يكون رئيس قسم أو نائبه المرخص له قانوناً⁽¹⁾. وإلى جانب ذلك اشترط موافقة أهل المتوفي لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض وذلك بعد إثبات الوفاة الحقيقية له أخذ موافقة أهله⁽²⁾.

ثالثاً. الموت الرّحيم (Euthanasie):

رغم التطوّر السريع للدول المتقدّمة في مجال صناعة الأدوية، إلّا أنّ العلم عجز من التخفيف من آلام المرضى الذين طال أجلمهم وهم على فراش الموت، الأمر الذي أدّى ببعض الأطباء إلى اقتراح وسائل جديدة لوضع حدّ لنهاية حياة هذا النوع من المرضى.

(1). Ahmed Abduldaiem, op.cit, p. 270.

(2). د. حسين عودة زعال، مرجع سابق، ص. 137.

يتمثل هذا الاقتراح في ممارسة موت يعتبرها البعض بأنها موت مفتعلة (1)، أطلق عليها اسم (أوتانازي **Euthanasie**) باللغة الفرنسية، وباللغة العربية عبارة (الموت الرحيم) أو (القتل الرحيم) أو (القتل بدافع الشفقة).

تبنت بعض الدول الغربية هذه الممارسة الجديدة، الأمر الذي أقلق مواطنيها بطرح عدّة تساؤلات اتجه هذا النوع من الموت التي تواجهه " السلطة الطبيّة " (2). الممنوحة للطبيب في جميع قوانين وأخلاقيات المهن الطبيّة. كما نتج عن هذا النوع من الرعاية الصحيّة، صراع ما بين أصحاب الاختصاص، أدّى بتدخل رجال القانون لإجازتها أو تجريمها، وكذا رجال الدين لإبداء رأيهم الشرعي فيها.

إنّ الموت الرحيم كلمة يونانية الأصل تعني الموت الجيّد أو الموت اليسير أو الموت الكريم، فالقتل الرحيم يكافئ الموت الرحيم وهو التعبير الطبّي المعاصر، وتعني تسهيل موت الشخص المريض الميؤوس من شفائه بناء على طلب مقدم من طبيبه المعالج.

الموت الرحيم، تعني كذلك، ذلك الموت بلا معاناة، أو الموت بقصد إنهاء معاناة المريض الذي يستحيل شفاؤه، أو القتل بدافع الرّحمة أو المرحمة، أو القتل بدافع الشفقة أو القتل الرحيم.

كما أنّ القتل أو الموت الرحيم يعني وفق تعريف لجنة آداب مهنة الطّب بمجلس اللوردات البريطاني : " إجراء تدخل متعمد عن الإعلان عن النية في إنهاء حياة، للتخفيف من معاناة مستعصية على الحلّ "، ومن ثمّ فهناك من يصنّف القتل الرحيم بأنّه إمّا طوعي أو غير طوعي أو قسري، وآخرون يصنّفونه بأنّه إمّا إيجابي أو سلبي.

(1). J.C. Boulanger, **Actes des 3^e journées pédagogiques d'ethnique médicale d'Amiens**, in M. LAUDE, L'euthanasie : Réflexions ethniques. Editions John Eurotext, France, 2002, p. 2.

(2). Vincent Lemieux, Pierre Bergeron, Clément BEGIN, Gérard Belanger, **Le système de santé au Québec : Organisations, acteurs et enjeux**. Editions Presses Universitaires Laval, Canada, 2003, p. 262.

أما التعريف الاستكشافي للموت الرحيم يكمل في التمييز الذي أجري على مختلف أنواع الموت الرحيم والذي يبقى من لماسات المختصين. لذا، فقد عرف بعض المختصين الموت الرحيم بأنه : " الفعل المعطى قصدًا واختياريًا، والخاص بالإماتة الرحيمة وهو الحركة أو الإغفال والترك الذي يسبب عمدًا موت المريض بهدف وضع نهاية لألمه (1).

وكما يطلق على الموت الرحيم مصطلح (أوتانايزي **Euthanasie**) الحركة المعتمدة والمسبب في موت شخص بحجة الشفقة.

وفي الأخير، المقصود بالموت الرحيم، هو تسهيل موت شخص ما، يعاني من أمراض ميؤوس منها، ولا يرجى الشفاء منها، فيقوم الطبيب أو غيره بدافع الرحمة والشفقة سلبياً أو إيجابياً بقتل المريض لإراحته من أمراض لا يرجى الشفاء منها، ويتم هذا القتل سواء بطلب من المريض أو أهله، وقد يكون هذا القتل بدون طلب المريض ولا أهله (2).

والملفت للانتباه أنه في سويسرا، مسألة الموت الرحيم والمساعدة على الانتحار تم تسويتها نهائياً في قانون العقوبات السويسري، وخاصة المادة 114 (الموت بطلب من المريض) والمادة 115 (الحث والمساعدة على الانتحار).

أما الموت الرحيم المتعمد بسبب الشفقة، قد خصص لها المواد من 111 إلى 113 من قانون العقوبات السويسري. إذ تكوّنت لجنة مكلفة بمراجعة قانون العقوبات السويسري، فرأت بأنه من غير الممكن مضاعفة أحكام العقوبات المتعلقة بالممارسات الطبيّة.

وفي 24 مارس 1994، قدّم اقتراح آخر إلى المجلس الوطني، يتمثل في إدماج في قانون العقوبات مادة 115 مكرّر تنص على أن : " يمارس الموت الرحيم المتعمد على مريض

(1) د. عبد اللاوي خديجة، الموت الرحيم بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة الفقه والقانون، العدد 19، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014 ص. 273.

(2) عبد اللاوي خديجة، مرجع سابق، ص. 273.

مصاب بمرض عضال يحدث له آلام لا يمكن احتماله ". فرفض هذا المشروع من طرف المجلس الفدرالي السويسري سنة 1997.

أما هولندا، فكانت أوّل دولة أوروبية تجرّم الموت الرّحيم ورفضت تسويته، فقانون العقوبات الهولندي ميّز ما بين الموت بطلب المريض والذي يعاقب عليه المادة 293 منه، والموت بدون طلب من الضحية، من جهة أخرى، المادة 40 منه، لا تعاقب على القتل عندما يرتكب تحت تأثير قوّة الدفاع الشرعي أو قوّة قاهرة، المادة 294 تعاقب الحث أو المساعدة على الانتحار إذا كان سببه الدوافع الأنانية (1).

خلاف بين المحكمة الأوروبية وألمانيا حول الحق في " الموت الرّحيم ":

ظل النزاع حول الحق في " الموت الرّحيم " داخل ألمانيا بلا حسم، حيث امتنعت المحكمة الأوروبية العليا لحقوق الإنسان في ستراسبورج عن إصدار حكم قضائي في المسألة واكتفت بمؤاخذة شكلية للحكم الصادر في ألمانيا.

وقالت المحكمة الأوروبية العليا لحقوق الإنسان إن المحاكم الألمانية لم تدرس دعوى تقدم بها رجل أعان زوجته على الموت فيما يسمى " بالموت أو القتل الرّحيم " لتخفيف معاناتها دراسة كافية.

ولم يحسم قضاة المحكمة العليا في ستراسبورج دعوى مواطن ألماني يطلب فيها معرفة ما إذا كان من حق زوجته أخذ دواء قاتل أم لا، للتخلّص من آلامها، وقرّر الرجل مواصلة التقاضي حتّى يستصدر حكماً في هذا الأمر.

كان المعهد الألماني للأدوية في مدينة بون الألمانية امتنع عن إعطاء امرأة أصيبت بالشلل النّصفي دواء قاتلاً للانتحار فيما يطلق عليه " الموت الرّحيم ".

(1). نفس المرجع السابق، ص. 276.

وكانت المرأة تعرّضت لهذا النوع من الشلل بعد سقوطها على الأرض واعتمادها على التنفس الاصطناعي والإشراف الدائم من جانب الممرضين، الأمر الذي أرادت معه إنهاء حياتها.

انتقلت المرأة بعد ذلك للحياة في سويسرا حيث تمكّنت في النهاية من التخلّص من حياتها في عام 2005 بمساعدة معهد " جنيتاس " للموت الرحيم.

قام زوج المرأة الذي يعيش في براونشفايج بألمانيا برفع دعوى أمام المحكمة الأوروبية العليا لحقوق الإنسان (إي جي إم آر) ضد الجهات الألمانية المختصة، حيث ادعى بانتهاك حق زوجته المتوفاة في موت آدمي كريم.

كانت المحاكم الألمانية رفضت قبول هذه الدعوى مبّرة ذلك بأنّ الرجل لم تنتهك حقوقه الذاتية، الأمر الذي انتقدته المحكمة الأوروبية قائلة " إنّ للرجل رغبة قويّة ومستمرّة " في نظر الحالة أمام المحكمة، وهو ما لم تراعه المحاكم الألمانية.

قضت المحكمة الأوروبية العليا بتعويض المدعى تعويضًا رمزيًا قدره 2500 يورو بالإضافة إلى أكثر من 26 ألف يورو تكاليف القضية.

وقال المدعي أولريش كوخ بعد النطق بالحكم : " كانت لي آمال أخرى بطبيعة الحال من خلال رفعي لهذه الدعوى، لكنني لا أعتبر القرار هزيمة لي في القضية ".

وأضاف المدعي أنّه ما دامت أمامه فرصة للنجاح فسوف يستمرّ في الكفاح. وتركت المحكمة الأوروبية العليا الأمر للدول كلّ على حدّة للبتّ في هذه المسألة وفقًا لظروفها الاجتماعية⁽¹⁾.

(1). جريدة القدس العربي، ص. 1.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لجسم الإنسان

رغم أن جسم الإنسان وعناصره ليست أشياء قابلة لأن تكون محلاً لحقوق المالية، إلا أنه يمكن التصرف بها لمصلحة الآخرين بشرط أن لا يعرض حياته للخطر، فمبدأ حرمة جسم الإنسان يعارض اقتطاع أي جزء من جسم الإنسان بدون موافقة الشخص.

فيستطيع إذا التصرف في جسمه و حتى الغير في الحدود التي رسمها القانون أي أن تكون بشكل مجاني وسري، لذلك يثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لجسم الإنسان، وهو ما يستوجب دراسته أولاً، ثم تبيان طبيعة حق الإنسان على جسده وحرمته.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لجسم الإنسان

إنّ المبدأ الذي يضع الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني، يهدف إلى تعظيم قدر الإنسان، وإعلاء شأنه، ولكن لا شك أنّ هذا المنهج سيؤدي إلى إضعاف الحماية القانونية التي يجب أن تقرّر له ولجسمه.

لذا أصبح من الأهميّة بمكان الوقوف على حقيقة وضع جسم الإنسان في مجال التعامل القانوني لاستخلاص الطبيعة القانونية له.

الفرع الأول : جسم الإنسان خارج دائرة الأشياء

أولاً: نظرة القانون

تنص المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي ⁽¹⁾ على أنّ:

[الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن التعامل القانوني، وهي التي يمكن أن تكون محلاً للاتفاقيات القانونية].

(¹). Code Civil-Dalloz, 108éd, art 1128, p. 834.

كما تنص المادة (682) من القانون المدني الجزائري على أن:

[كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية].

فمن خلال هاتين المادتين أثير التساؤل عن مدى إدراج دخول جسم الإنسان في دائرة التعامل، لأنّ المادتين السابقتين قرّرتا أنّه يخرج عن التعامل الأشياء التي لا تسمح طبيعتها بأن تكون محلاً للحق، وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها كما لا يدخل أيضًا في دائرة التعامل الأشياء التي لا يُجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، وقد يعتقد أنّ جسم الإنسان ما هو إلاّ شيء مادي ملموس، وبالتالي لا مقرّ من اعتباره شيئاً من الأشياء، ولكن هذا القول لا يمكن التسليم به، فصحيح أنّ جسم الإنسان له كيان مادي، ولكن لا يمكن أن يكون شبيهاً بالشيء محلّ القانون.

وهذا ما جعل الفقه القانوني يركّز على أنّ ما يدخل في دائرة التعامل هو الأشياء، ولما كان الإنسان وجسمه لا يعتبران شيئاً فهماً خارج دائرة التعامل، وتأصيلاً لذلك استند إلى ما ذهب إليه القانون الروماني، وذلك عندما قسم فئة الأشياء إلى : أشياء تدخل في نطاق التعامل القانوني وأشياء تخرج عن نطاق التعامل القانوني، وهذه الأخيرة لا يستطيع الأشخاص إبرام الاتفاقات القانونية بصددها لأنّها خارجة عن نطاق التعامل⁽¹⁾.

فهناك أشياء لا يمكن الاستئثار بها كالشمس، الهواء، البحر وكذلك الإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم كونه إنساناً، وهناك أشياء يتنافى الغرض الذي خصّصت له مع التعامل فيها

(1). د. حبيبة سيف سالم الشامسي، **النظام القانوني لحماية جسم الإنسان**، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص.

كالمالك العام فلا يجوز معه ولا التصرف فيه لأنه مخصّص لمنفعة عامّة، وهذا التخصّص يتنافى مع جواز التصرف فيه، كذلك الحال في المال الموقوف (1).

فجسم الإنسان إذن لا يمكن اعتباره شيئاً بأيّ حال من الأحوال، فهو خارج دائرة الأشياء، وبالرجوع إلى نص المادّة (1128) من القانون المدني الفرنسي يمكن القول أنّها لا تعني -كما قد يفهم للوهلة الأولى- خروج جسم الإنسان عامّة عن دائرة المعاملات القانونية بل إنّ من الواضح جدّاً أنّ المقصود هو أنّ التعامل في الجسم الإنساني له طبيعة خاصّة ومختلفة تماماً عن طبيعة التعامل في الأشياء، فلو عدنا بالزمن إلى الوراء لوجدنا أنّ جسم الإنسان لم يكن بمنأى عن التعامل القانوني أبداً، ففي قانون الألواح الاثني عشر مثلاً كان جسم المدين ضامناً لالتزاماته وديونه بحيث يحق للدائن بموجب هذا القانون قتل المدين إذا لم يتمّ التوصل بينهما إلى اتفاق أو عجز المدين عن سداد ما عليه من ديون خلال ستين يوماً، وفي حالة ما إذا تعدّد الدائنون واختلفوا في مسألة بيع مدينهم المشترك فإنّ القانون السالف الذكر يعطيهم الحق في تقطيعه إلى عدّة أجزاء (2).

وهذا إن كان يدلّ على شيء، فإنّه بالتأكيد يدلّ على أنّ جسم الإنسان كان منذ الأزل محلاً للتعامل القانوني، وبالأخص محلاً للملكية الخاصّة فالنبد يدخل في ملك سيّده وهذا يعني أنّه يمكن التصرف فيه كيفما يشاء، فهو يملك بيعه مثلاً، كما يملك التحكّم في مصير أفراد أسرته من نساء وأولاد قصر.

(1). د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ص. 88.

(2). د. أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، 1999، ص. 44.

ومع مرور الوقت الكثير من القوانين أصبحت في صالح الإنسان نتيجة لنضج الحسّ القانوني الذي تأثر في الواقع بتعاليم الدين المسيحي آنذاك، ولقد كان من ضمن التعاليم التي نادى بها هذا الدين مبدأ عدم جواز المساس بسلامة الجسم⁽¹⁾.

ولقد فرض هذا المبدأ التزاماً على كل شخص احترام الوجود والتكامل الجسدي للإنسان وهذا ما جعل الفقه القانوني آنذاك يستبعد جسم الإنسان عن مجال الاتفاقات القانونية ثم جاءت الثورة الفرنسية لتنادي بضرورة احترام كرامة الإنسان وأكدت على ذلك بقوانينها من خلال إلغاء النصوص المتعلقة بالرق والتعذيب الجسدي.

ومن منطلق ذلك سعى الفقه الفرنسي جاهداً للتأكيد على أنّ الجسم هو الشخص⁽²⁾. وذلك في محاولة منه للانتصار في معركة المادة التي طغت على فكر المجتمع الغربي الصناعي.

ثانياً: موقف الفقه الإسلامي

يمكن القول أنّ الشريعة الإسلامية كانت رائدة في تأكيد المكانة السامية التي يتمتع بها الإنسان، فيقول عزّ من قائل في كتابه الحكيم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽³⁾، وهذا التكريم الذي جعله يتميّز عن باقي مخلوقات الله بالعقل الذي هو مناط التكليف، وبالتالي فمن المستحيل أن ينزل الإنسان بعد هذا التكريم إلى مرتبة الأشياء والمنافع أو يكون مالاّ متداولاً⁽⁴⁾.

(1). د. حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، مقدمة القانون المدني، دن، الطبعة الثالثة، 2001، ص. 28.

(2). د. حسام الدين كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني نظرية الحق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، القاهرة، ص. 30 وما يليها.

(3). سورة الإسراء، جزء من الآية 70.

(4). د. حبيبة سيف سالم الشامسي، مرجع سابق، ص. 36.

ومن أجل أن نفق على موقف الفقه الإسلامي حول مدى اعتبار جسم الإنسان متقوّمًا أم لا، نبحث بداية معنى المالية والتقويم في الشريعة الإسلامية بشكل عام، ثم نعرّج بعد ذلك إلى معنى المالية والتقويم على جسم الإنسان وأعضائه.

الفرع الثاني : جسم الإنسان خارج دائرة الأموال والتقويم

أولاً. معنى المالية والتقويم

يوجد مبدأ في الشريعة الإسلامية يقول بأنّ محلّ الحقوق والعقود هو الأموال وليس الأشياء فالمال وحده يصلح أن يكون محلاً للعقد والحق، وعكسه الشيء، إلاّ إذا كان يعتبر من الأموال (1).

ولقد اتفق فقهاء الشريعة على أنّ الشيء الذي يجوز التعامل فيه يجب أن يكون مالاً متقوّمًا، ولكنهم اختلفوا في التعبير عنه وذهبوا إلى اتجاهات مختلفة :

الأول ذهب أصحابه إلى أن الأصل في الأشياء التي يجوز التعامل فيها أن تكون مالاً، وأغفلوا شرط التقويم، فالمال من وجهة نظرهم هو كل شيء منتفع به حقيقة ومُباح الانتفاع به شرعاً في غير حالات الضرورة

والاتجاه الثاني اشترط أصحابه ضرورة أن يكون الشيء المراد التعامل فيه مالاً، وأن يكون هذا المال متقوّمًا فهم يرون أنّ هناك اختلافاً بين المالية والتقويم، فالمال هو أمر عائد إلى الاعتبار الإنساني، أمّا التقويم فهو عائد إلى الاعتبار الشرعي.

والاتجاه الثالث ذهب أصحابه إلى عكس ما ذهب إليه الاتجاهين السابقين، حيث لم يذكروا شيئاً في المالية والتقويم، ولكنهم اکتفوا فقط بأنّ الشيء يجب أن يكون شيئاً طاهرًا ومنتفعًا به انتفاعاً شرعياً، فاكتفوا بذكر عناصر المالية ولم يكثرثوا بإطلاق اسم عليها، فهو اختلاف شكلي فقط (2).

(1). د. حبيبة سيف سالم الشامسي، مرجع سابق، ص. 37.

(2). نفس المرجع السابق، ص. 37.

ومن مجمل هذه الاتجاهات الثلاثة نستطيع أن نستقي شرطين أساسيين لا يقوم بدونهما شرط المالية والتقويم وهذان الشرطان هما :

1. أن يكون الشيء منتفعًا به في الواقع.
2. أن يكون قد أبيح الانتفاع به في كل وجوه الانتفاع (1).

ثانيًا. مدى انطباق شرط المالية والتقويم على الإنسان وأعضائه

بعد أن استعرضنا المقصود بالمالية والتقويم عند فقهاء الشريعة الإسلامية، يمكن التساؤل عن مدى انطباق هذه الشروط على جسم الإنسان، وكذلك أعضائه. من أجل ذلك لابدّ من تقسيم الإجابة عن هذا التساؤل كما يلي :

1. مدى اعتبار جسم الإنسان مالاً:

من الواضح أنّ شروط المالية والتقويم التي أوضحها الفقهاء فيما سبق لا تنطبق على جسم الإنسان الحرّ وهذا ما جعل الإنسان ليس مالاً (2)، وفي هذا الشأن يقول الفقهاء " حيث أنّ الأشياء لا تعتبر مالاً، إلاّ إذا كان لها قيمة مالية في السوق، والإنسان لا يعتبر مالاً لا في الطبع ولا في العرف".

ويمكن إرجاع موقف الفقه الإسلامي في نفي صفة المالية عن جسم الإنسان بالإضافة إلى سبب كونه من أكرم مخلوقات الله سبحانه وتعالى - إلى الأسباب التالية :

أ/- لا يمكن تصوّر أن يجتمع البائع والمشتري في آن واحد، فالإنسان الحرّ لا يدخل في ملك غيره لأنّ دخوله في هذا الملك يُعد إهداراً لقيّمته، فلا يستطيع الإنسان

(1). يقول الإمام الكاساني في صدد حكم بيع حليب الأم " إنّه ليس بمال، فلا يجوز بيعه لأنّه جزء من آدمي، والآدمي في جميع أجزائه محترم مكرّم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء ". عماد الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت.

(2). ولقد عُرّف المال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات متعدّدة كلّها تدور حول المال باعتباره شيئاً يحلّ الانتفاع به وقت السّعة، ويمكن حيازته، وتموله ... بأن تكون له قيمة في السوق، ويضمنه متلفه، بدائع الصنائع، نفس المرجع السابق، ص. 352.

أن يبيع نفسه ولا أن يبيع غيره بالإضافة إلى أن الإنسان أصلاً لا يستطيع أن يبيع مالاً يملكه، والإنسان لا يملك، لذلك لا يعتبر الإنسان مالاً (1).

ب/- مع الإقرار بحرية الإنسان، وأن هذه الحرية ثابتة له شرعاً، فإن اعتبار الإنسان مالاً يتنافى مع هذه الحرية المقررة سابقاً (2).

2- مدى اعتبار أعضاء الجسم الإنساني مالاً:

أما عن أعضاء الجسم البشري وكيفية اعتبارها مالاً، فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل، ولا يجوز أن ترد عليها التصرفات الشرعية ذات الصفة المالية إلا في حليب الأم فأجازه أكثر الفقهاء إلا أن هناك اتجاهاً في الفقه الحنفي يعتبر أطراف جسم الإنسان أموالاً بالنسبة لصاحبها، فالإنسان كجسم لا يعتبر مالاً ولكن أعضائه تعتبر أموالاً (3)، فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه بالكامل، لأن ذلك يؤدي إلى المساس بالسلامة الجسدية ولكن يمكنه أن يتصرف في أعضاء جسمه المعتبرة مالاً من وجهة نظر القائلين بإنقاذ حياته فهي كالمال خلقت وقاية للنفس

(1) المغني والشرح الكبير ذكر الإمام موفق الدين بن قدامة أنه "ولا يجوز بيع الحر..." ، الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة، ج 4، دار الفكر، بيروت، 1994، فصل 3163، ص. 327، كما ذكر هذه المسألة الإمام الكاساني بقوله: "أن يكون مالاً لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد لأنها حرة..." ، مرجع سابق، ص. 210.

(2) قال الخطابي: "واعتباد الحر يقع بأمرين:

الأول: أن يعتقه ثم يكتم أو يجحد".

والثاني: أن يستخدمه كرهاً بعد العتق، والأول أشدهما"، وقال المهلب: "وإنما كان إثمه شديداً لأن المسلمين أكفاء في الحرية، فمن باع حراً فقد منعه التصرف فيما أباح الله له، وألزمه الذل الذي أنقذه الله منه"، فتح الباري يشرح صحيح البخاري، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج 5، بيروت، دار الفكر، 1993، ص. 169.

وجاء في فتح القدير، ج 5، ص. 110 "الموانع خمسة أقسام، مانع يمنع انعقاد العلة، كحر... المنبيع فلا ينعقد البيع في الحر، لأنها لا تنعقد إلا في محلها ومحل البيع المال، والحر ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلاً فيه"، وهذا ما ذكره الإمام بن حزم في قوله: "ولا يحل بيع الحر..." المحلى، الإمام محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ج 7، بيروت، دار الفكر، دت، ص. 503.

(3) الباروني، شرح العناية على الهداية، ج 8، ص. 290.

فمن الواضح أنّ فقهاء الشريعة بوجه عام لم يعتبروا أجزاء الآدمي مالاً، ولكنهم اختلفوا في سبب المنع، فالبعض ذهب إلى عدم اعتبار أجزاء الإنسان مالاً لنفس العلة التي قضت بعدم اعتبار الإنسان مالاً وهي التكريم للإنسان، وقاسوا ذلك على أجزائه فطالما أنّ التكريم كان الكلّ وأنّ الأجزاء هي قسم من الكل فإنّ السبب يكون واحداً، وبالتالي لم يعتبروه مالاً حتّى ولو أمكن الانتفاع به بأيّ وجه من أوجه الانتفاع، ولذلك قالوا بعدم جواز البيع الوارد على الشعر وحليب الأم إذا حُلب (1).

أمّا جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أنّ سبب المنع يعود لعدم المنفعة لا على أساس عدم التقويم وبالتكريم، فأعضاء الجسم التي يتمّ فصلها تقلّ أهميّة الانتفاع بها بأسلوب يبيحه الشرع فأيّ شيء لا يمكن أن يكون مالاً إلاّ إذا كان منتفعاً به حقيقة ومباح الانتفاع به شرعاً لغير ضرورة في أيّ وجه من الأوجه، ولذلك ذهبوا إلى أنّ أيّ جزء من الإنسان إذا تمّ فصله وأمکن الانتفاع به فإنّه يجوز بيعه على أساس أنّه ظاهر ومنتفع به لغير ضرورة، وبالتالي يكون مالاً يجوز بيعه لتحقق عنصري المالية وإباحة الشرع (2).

وبعد عرض موقف كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، يمكن القول أنّ جسم الإنسان لا يمكن إدراجه بأيّ حال من الأحوال في فئة الأشياء أو حتّى تشبيهه بها، وبالتالي فكل القواعد القانونية التي تحكم الأشياء وتوضح طريقة التصرف فيها، لا يمكن أن تلائم بأيّ حال طبيعة التعامل في جسم الإنسان.

(1). ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص 138 - 145.

(2). وفي ذلك يقول ابن قدامة: " وإثما حرّم بيع الحرّ لأنّه ليس مملوكاً وحرّم بيع العضو المقطوع منه لأنّه لا تقع فيه"، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ص. 230.

المطلب الثاني : طبيعة حق الإنسان على جسده وحرمته

حق الانسان في سلامة جسمه ،يقضي حظر المساس به،و بالتالي فان المساس بجسم الانسان يكون ممنوعا بصفة مطلقة ،و يكون ممنوعا كل تعاقد قانوني يؤدي الى احداث ضرر بجسم الانسان، و من ثم فان إرادة المضرور لا يمكن ان تمحو وصف الخطأ عن الفعل الضار الذي يمس جسم الانسان⁽¹⁾.

الفرع الأول: طبيعة حق الإنسان على جسده

تنقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق مالية وحقوق لصيقة بالشخصية والحقوق المالية بدورها تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية تزد على الأشياء⁽²⁾. فإلى أي طائفة ينتمي جسم الإنسان ؟ وهل جسم الإنسان جزء من الإنسان أم امتداد له ؟ أم أنّ هذا الجسم هو مجرد شيء يجوز التصرف فيه كسائر الأشياء ؟ وإذا كان للإنسان على جسمه حق، فهل هذا الحق حق ملكية ؟

(1) دار رمضان جمال كامل :مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2005،ص 17.

(2). الحق الشخصي هو استثناء غير مباشر بأداء معين، وهو يعبر عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يجب على أحدهما أداء معين قبل الآخر، ويسمى الأول مديناً بينما الثاني يسمى دائئاً، أمّا الحق العيني فهو استثناء بشيء معين، ويعبر عن صلة مباشرة بين الشخص (صاحب الحق) وبين الشيء (محل الحق).

في تفصيلات أكثر أنظر : د. نزيه محمد الصادق المهدي ود. معتز نزيه الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص.134وص.149. وكذلك أنظر د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني (نظرية الحق)، د. ن، 2000، ص. 51.

اختلفت الآراء فيما بين الفقهاء بخصوص طبيعة حق الشخص على جسده، وظهر من بينها ما يرى أنّ جسم الإنسان محلّ لحق عيني، وهناك من يرى أنّ جسم الإنسان محلّ لحق شخصي.

أولاً: جسم الإنسان محلّ لحق عيني

يذهب البعض إلى أنّ جسم الإنسان عدا روحه أو نفسه يعتبر من الأشياء، ويفرّق أصحاب هذا الرأي بين جسم الإنسان وروحه ويعتبرون أنّ جسم الإنسان يأخذ حكم الآلات وأنّه بعد فصل الرّوح عنه يعدّ مجرد شيء يجوز التصّرف فيه.

وعلى ذلك فإنّ أعضاء الإنسان تصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية، ويجوز للفرد أن يتصرّف في أعضاء جسده وينتفع بها بكافة التصّرفات لأنّه مالك لها ملكاً مطلقاً.

و عليه نلاحظ في هذا الاطار ان هناك اتجاهان اساسيان ، الأول يعتبر الانسان مالكا لجسمه فله على جسمه حق ملكية ، و الثاني: يرى ان الانسان يعتبر صاحب حق انتفاع على جسمه

أولاً: للإنسان على جسمه حق الملكية . (1)

- نادى البعض لتبرير عدم جواز الاعتداء على جسم الانسان بأن الانسان يعتبر مالكا لجسمه و بالتالي يستطيع ان يحتج في مواجهة الكافة بحقه في سلامة جسمه.

و يترتب على هذا الاتجاه تمتع الانسان بحق مطلق على جسمه، فيستطيع من ناحية ان يتصرف فيه كما يشاء ، كما يستطيع من ناحية أخرى ان يعترض على أي مساس بجسمه أيا كانت مبرراته و نتائجه.

(1) د. رمضان جمال كمال ، مرجع سابق ، ص ص 17 - 18.

و قد لقي هذا الاتجاه انتقادات عديدة ، فمن ناحية لا يمكن ان يكون موضوعا للملكية الا الأشياء ، و من المسلم به ان جسم الانسان ليس من الأشياء ، و لهذا يوجد تعارض أساسي بين حق الملكية و حق الانسان في سلامة جسمه.

و من ناحية ثانية فان المتفق عليه فقها و قضاء ان الانسان لا يستطيع ان يتصرف في جسمه بالطريقة الأكثر اطلاقا فهناك من التصرفات التي لا يمكن ان ترد جسم الانسان ، فهذا الرأي لا يحمى جسم الانسان ضد تصرفات الشخص نفسه.

و من ناحية ثالثة فالقول بوجود ملكية يستلزم ان يكون هناك مالك أي يوجد صاحب الحق مستقلا عن موضوع الحق ، و طبيعة جسم الانسان تتعارض مع ذلك حيث يتحد صاحب الحق و محل الحق.

و من ناحية رابعة فان حق الملكية في صورته الحديثة لم يصبح ذلك الحق المطلق ، بل أصبحت له وظيفة اجتماعية من شأنها ان تورد قيودا عديدة على سلطة المالك المطلقة.

ثانيا: للإنسان على جسمه حق انتفاع⁽¹⁾

- إزاء الانتقادات التي وجهت الى الاتجاه القائل بأن الانسان على جسمه حق ملكية ، ظهر اتجاه اخر يعتبر الانسان صاحب حق انتفاع فقط على جسمه، فالجسم مملوك ملكية رغبة لله، و لكن الله يسمح للإنسان بالتمتع و باستعمال جسمه طوال حياته و عليه ان يعيده الى الله مالك الرقبة بنفس الصورة التي تلقاها منه.

و لذلك يجب على الانسان ان يحافظ على جسمه، فيحافظ جميع عناصره و مكوناته و لا يستطيع ان يتصرف فيه، لان التصرف لا يكون الا للمالك و الانسان ليس له حق انتفاع على جسمه.

(2) د. رمضان جمال كمال ، مرجع سابق ، ص 19.

فلا يجوز المساس بسلامة الجسم و لا يسمح باجراء عملية جراحية الا اذا كانت تستهدف مصلحة الجسم ككل و المحافظة عليه و على حياة الشخص.

و لم تسلم هذه النظرية من النقد، فالخطورة الأساسية لهذه النظرية تتمثل في التهديد الذي يمكن ان يتعرض له جسم الانسان لو افترضنا وجود نظام يدعى بأنه يرث الله في الأرض، فمن الواضح انه يترتب على ذلك ان تصبح الدولة مالكة للرقبة أي للجسم ، و بالتالي تستطيع ان تفعل ما تشاء .

كما ان حق الانتفاع باعتباره حقا من الحقوق العينية لا يرد الا على الأشياء ، و جسم الانسان لا يمكن تشبيهه بالشيء .

و إزاء هذه الانتقادات و التي أدت الى عدم نجاح هذه النظرية ظهرت النظرية الحديثة في تفسير مبدأ جسم الانسان و التي تؤسسه على فكرة استقلال الأشخاص الطبيعيين .

وذلك ما لم يحدث تأثير في قدرته على القيام بالتكاليف الشرعية المفروضة عليه، لأن جسم الإنسان ليس سوى آلة ضمن الآلات⁽¹⁾. و يترتب على اعتبار الإنسان مالكا لأعضاء جسده أنه يمكنه استقطاع جزء من جسده أو عضو من أعضائه لمصلحة شخص آخر، سواء كان ذلك بمقابل أو دون مقابل، وكذلك صلاحية أعضاء الجسم لأن تكون محلا للسرقة ليس فقط في حالة انفصالها عن جسد الفرد ولكن في حالة استقطاعها دون رضا الشخص، سواء في حياته أو بعد موته.

وقد ذهب بعض التشريعات مثل التشريع الدنمركي وتشريع ولاية أوريجون في الولايات المتحدة الأمريكية وبعض المقاطعات السويسرية إلى أبعد من ذلك فأعطت الإنسان المريض الحق في التصرف ليس في أعضاء جسده فقط وإنما في حياته، حيث أباحت له أن يطلب

(1) د. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1996/1995، ص. 54.

إنهاءها أو توكيل الغير نيابة عنه في التصرف فيها بمقتضى عقد وكالة شأنها شأن الأموال، وذلك ما يعرف بالقتل بدافع الشفقة أو قتل الرحمة (1).

ولم يسلم هذا الرأي من النقد، حيث أنّ الأشياء التي تكون محلاً للحقوق المالية تقبل الاكتناز والادخار والتداول بين الأفراد، وتقبل الحجز عليها وتنتقل بالميراث، وهو مالا يتفق مع طبيعة جسم الإنسان وكرامته، فالإنسان ليس مالا (2).

ولا يمكن تصوّر إقدام شخص على ادخار إنسان آخر حيّ أو بيعه أو التنازل عنه أو عن عضو من أعضاء جسده أو احتجازه (3)، لأنّ الإنسان ليس شيئاً أو مالا يمكن التصرف فيه.

وقد حاول البعض التخفيف من ذلك بعدم الاعتراف بالطبيعة المالية لأعضاء جسم الإنسان ولكنّه سمح للفرد بأن يتنازل عن الحماية المقرّرة لأعضاء جسمه، ويتصرّف فيها باعتباره مالكا لها فيمكنه أن يتبرّع بها لشخص آخر غيره.

وتعرّض هذا الاتجاه أيضاً للنقد حيث أنّه يعامل أعضاء الجسد البشري باعتبارها أشياء يجوز تملكها والتصرّف فيها، وتنتقل ملكيتها إلى الشخص المنقولة إليه بمجرد زرعها (4). وهذه النظرية تعتبر أعضاء جسم الإنسان كأبيّ سلعة أو منقول تنتقل ملكيتها بمجرد التسليم.

ويرى البعض أنّ هذه النظرية تعكس فهماً خاطئاً لعناصر الذمة المالية للشخص الطبيعي لأنّ جسم الإنسان ليس شيئاً مادياً بل هو الإنسان نفسه، وليس مجرد ملك له فالجسم

(1). القتل الرحيم، مقال منشور في الموقع الإلكتروني www.aissforum.com/f2/t29805.htm.

(2). د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 95.

(3). محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات

القانونية، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، العدد 18، 1996، ص. 65.

(3) د/ رمضان جمال كمال، مرجع سابق ص ص 17-18

(4). Rémy Cbrilloc, *Le corps humaine, droits et libertés fondamentaux*, 3^{ème}, éd, 1996, p. 69.

هو الإنسان، فيه يتجسد وبه يكون، ولا يقلل من هذا النظر أنّ الإنسان يتمثل أيضًا في روحه وعقله وإرادته، ذلك أنّ الإنسان ليس مجرد روح أو عقل أو إرادة، لأنّه بدون الجسد لا يمكن للإنسان أن يتمثل بروحه ولا يوجد بمجرد عقله ولا إرادته، إذ لا بدّ من وجود الجسم الذي تدب فيه الحياة. والواقع أنّه لا وجود للعقل أو الرّوح أو الإرادة دون وجود الجسد بينما يمكن أن يوجد جسد فقط دون روح أو عقل أو إرادة ولكنّه جسد ميّت (1).

ثانيا : جسم الإنسان محلّ لحق الشخصية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ حقّ الإنسان على جسمه يعتبر من الحقوق اللّصيقة بكيانه المادّي. ويبدأ هذا الحق منذ ميلاد الشخص ويستمر حتّى وفاته (2)، و تقوم هذه النظرية أساس على ان كل شخص يجب ان يعتبر مقدسا و مصونا بالنسبة للغير ، فلا يجوز المساس به البتة. (3) و حرمة الشخص الطبيعي أول ما تعنى ان كل شخص له أن يعترض على اي مساس بسلامة جسمه و يرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية او عمليات جراحية ، فجسم الإنسان يصنع الشخص نفسه ، فهو الحيز المادي الذي تتجسد فيه الشخصية . (4)

ويختلف حقّ الشخصية عن الحق العيني في أنّه لا يقوم بالمال، ولا يقبل الاكتناز ، أو التداول بين الأفراد ولا يجوز الحجز عليه، كما أنّه لا ينتقل بالميراث، وقد نصّ القانون الفرنسي الصّادر في 29 يوليو 1994، صراحة على عدم جواز اعتبار حق الإنسان على جسمه حقًا ماليًا، حيث تنصّ المادّة 1/16 مدني على أنّه:

(1). د. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص. 78.

(1) د. حبيبة سيف سالم الشامسي، المرجع السابق، ص. 38.

(2) د. رمضان جمال كمال ، مرجع سابق ، ص 20

(3) د. رمضان جمال كمال ، مرجع سابق ، ص 20

[لا يجوز أن يكون الجسم البشري عناصره ومنتجاته محلاً لحق مالي].
« Le corps humain, ses éléments et ses produits ne
peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »⁽¹⁾.

اللجوء إلى فكرة الملكية ، فيكفي ان نعترف للإنسان بما يسمى بالحرية البدنية ، وهذه الحرية تعطى للإفراد مكانات معينة يحميها القانون ضد اي اعتداء .

و حرية الإنسان في سلامة جسمه تحميها قاعدة عدم جواز المساس بالجسم **Noil metengere** فحق الإنسان على جسمه يدخل في نطاق الحقوق اللصيقة بالشخصية. و بصرف النظر عن النقاش الذي يثور حول معرفة اذا كان هناك حرية في سلامة الجسم او حق في السلامة ، فان مبدأ استقلال الشخص هو الاساس الذي يعترف به الفقه الحديث كأساس لمبدأ الحرمة المطلقة لجسم الانسان ، فالحق في سلامة الجسم و في الحياة يعتبران من الحقوق اللصيقة بالشخصية.⁽¹⁾

كما نصّت المادة 5/16 من ذات القانون على بطلان جميع الاتفاقات التي من شأنها إعطاء قيمة مادّية لجسم الإنسان أو عناصره أو منتجاته.

وعلى خلاف الاتجاهين السابقين يذهب الرأي الغالب في الفقه أنّ الإنسان ليس له حقّ على جسمه من الناحية القانونية، فالإنسان ليس له حق عيني أو حق شخصي على جسده لعدم صلاحية الجسم البشري لأن يكون محلاً لحق يملكه شخص ويمارس عليه سلطانه، وأنّ جسم الإنسان يكون مجموعاً متكاملًا، لا يستقلّ فيه جزء عن الآخر⁽²⁾.

وعلى ذلك، فإنّ جسم الإنسان لا يدخل في ذمته المالية، وكذلك أيّ عضو من أعضاء هذا الجسد حتّى بعد انفصالها عنه، لأنّ العضو بعد انفصاله عن جسد الإنسان يبقى منتمياً

(4). Code Civil-Dalloz, 108éd, 2009, art 16, p. 5.

إليه وبذلك ننأى بجسم الإنسان وأعضائه عن معاملتها معاملة الأشياء وكذلك ليس للإنسان حقّ شخصي على جسمه، لأنّ الإنسان لا يكون إلاّ بجسمه، ولا يتصوّر أن يكون الشخص صاحب حقّ عليه وأن يكون هو بذاته محلّ هذا الحق في آن واحد (3).¹

ويتفق أغلبية الفقه في أنّ جسم الإنسان لا يصلح أن يكون محلاً لأيّ حق، سواء كان ذلك الحق حقاً شخصياً أو حقاً عينياً لما لجسم الإنسان من حرمة وكرامة، ونظراً لأنّ الله سبحانه وتعالى قد ميّز الإنسان عن سائر المخلوقات واستخلف الإنسان في الأرض لعمارتها وعبادته سبحانه.

لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ (2).

وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ (3).

وقوله جلّ شأنه: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾ (4).

الفرع الثاني : حرمة جسم الإنسان

يحتلّ جسم الإنسان مكانة بارزة ومهمة في علم القانون. فإذا كان صحيحاً أنّ الإنسان كشخص أو كفرد كان وما يزال محور اهتمام قداماء القانون من بداية حياته إلى نهايتها، إلاّ أنّ ذلك ليس كلّ شيء، فجسم الإنسان كجسد أو كبدن يخرج عن هذا المحور.

(1) د. رمضان جمال كمال ، مرجع سابق ، ص 20

(2) د. حبيبة سيف سالم الشامسي، المرجع السابق، ص. 38.

(3) طارق سرور ، مرجع سابق ، ص 87.

(2) سورة الإسراء، الآية 70.

(3) سورة البقرة، الآية 30.

(4) سورة الأحزاب، الآية 72.

وإذا كان القانون يهدف بصفة أساسية إلى تنظيم علاقات الإنسان بمثيله الإنسان، وبغيره من الهيئات والمؤسسات إلا أنه يمتد أيضًا ليسبغ حمايته على جسم الإنسان.

و لقد بلغت الشريعة الاسلامية في ميدان حرمة جسد و روح الانسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين ، و ان كان القانون الروماني لم يغفل هذا الامر حين عد جسم الانسان اسماً من الاموال حيث جاء في مدونة جستينيان ما يأتي : (لا يعد أحد مالكا لجسده او لاعضاء جسمه و بالتالي فان جسم الانسان لا يدخل في دائرة المعاملات المالية ثم تأكد ذلك في قانون اكويليا سنة 287 ق.م . (1)

فقد استقرت منذ القدم عدّة مبادئ قانونية مهمّة تتعلّق بحماية جسم الإنسان (2)، أهمّها

مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، ومبدأ عدم جواز المسّاس بجسم الإنسان وهي مبادئ متعلّقة بالنّظام العام ومتفرعة من مبدأ حرمة أو معصومية جسد الإنسان (3).

والى جانب ذلك فإنّه لم يعد هناك شك في الوقت الحالي في أهميّة البحث العلمي عموماً أو البحث في مجال الطبّ على نحو خاص، وأنّ صورة الطبّ قد تحسّنت كثيرًا بفضل الطبّ الوقائي، فالطبّ لا يهتم فقط بالعلاج، بل أصبح يهتم بذات القدر وربّما بدرجة أكبر أحيانًا بالوقاية خاصّة في مواجهة بعض أنواع الأمراض الخطيرة كالإيدز مثلاً، كما أنّ الإنسان أصبح ينتظر من التجارب الطبيّة الكثير من النتائج ويعلّق عليها الكثير من الآمال، وهذه المعاني جعلت من الطبّ عموماً ومن الطبّ التجريبي خصوصًا، قيمة جماعية، ولذلك بدأ النّظر في العصر الحديث إلى التجارب الطبيّة على أنّها أمل المستقبل.

(1). د/ منذر الفصل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، الدار العلمية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2002،ص 20..

(2). G. Memeteau, **Le droit médical, jurisprudence**, 4, litec, 1985, p. 102-103.

(3). M.A. Hermitte, **Le corps hors du commerce hors du marché**, Archive de la philosophie de droit, 1998, p. 33.

و المقصود بالحق في سلامة الجسم هو " مصلحة للمجتمع و الفرد يقرها الشارع و يحميها في ان تسيّر وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي و في ان يحفظ بتكامله و ان يتحرر من الالام البدنية"، سواء اكان هذا المساس بسلامة الاعضاء الطبيعية ام الاعضاء الصناعية بالنسبة للشخص الذي يستخدمها كالأطراف و الاسنان او العين.

كما ذهب جانب كبير من الفقه المدني الفرنسي الى ان جسم الانسان له حرمة مطلقة فلا يجوز المساس به ماديا كاحداث العاهة او الايذاء او الضرب او الجرح ، و لا معنويا باحدث الالام المستقلة عن الضرر الجسدي او المقترنة معه ، من اجل ان يقوم الجسد بدوره في الحياة و ممارسة جميع وظائفه الطبيعية.

و يرى الاستاذ كاربوتيه ان حرمة جسم الانسان تبرر رفض اي مساس بسلامة الجسم او الخضوع للتجارب الطبية او العمليات الجراحية فهو حق من الحقوق الشخصية، و الى هذا المعنى ذهب فقهاء اخرون. (1)

أولاً : عدم جواز التصرف في جسم الإنسان

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني وقواعده، نجد أن الحقوق المالية Droits Patrimoniaux هي الحقوق التي تقدم لصاحبها منفعة مالية، أي منفعة يمكن تقويمها بالمال فهي حقوق تدخل دائرة التعامل حيث يجوز التصرف فيها والتنازل عنها، كما أنها أيضاً تنتقل -كقاعدة عامة- إلى الورثة بالوفاة (2)، فالحقوق المالية إذن هي حقوق متصلة بمصالح اقتصادية للشخص يمكن تقويمها بالنقود، وهي إما أن تنصب على أشياء معينة بذاتها، فتكون حقوقاً عينية، وإما أن تنصب على أداءات يقوم بها شخص هو المدين لمصلحة شخص آخر هو الدائن فتكون حقوقاً شخصية أو حقوق دائنية. ومن هنا كان تقسيم الحقوق المالية إلى

(1). مندر الفصل ، مرجع سابق ، ص 22.

(2). جابر محبوب علي، المدخل لدراسة القانون -نظرية الحق - د. ن، 2007، ص. 29.

حقوق عينية Droits Réels وحقوق دائنية

Les Obligations⁽¹⁾، إذا كان الأمر كذلك فهل يعدّ جسم الإنسان بمجموعه شيئاً من الأشياء

التي يمكن تقييمها بمال أو نقود؟ وبذلك هل يمكن أن يدخل جسم الإنسان في دائرة الأشياء التي يمكن التعامل فيها؟

من المبادئ الثابتة والرّاسخة في علم القانون، والذي يُعدّ نتيجة من نتائج مبدأ حرمة أو معصومية الجسم الإنساني، مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، حيث إنّ إعمالاً بهذا المبدأ المتعلّق بالنّظام العام يحضر على الشخص أن يتصرّف في جسده وبدنه، كما يحضر على الغير ذلك أيضاً⁽²⁾.

والتصرّف المحظور هنا هو التصرّف الذي من شأنه أن يجعل من جسد الإنسان في مجموعه من قبيل الأشياء التي يمكن التعامل فيها وتقييمها بمال، وعليه فإنّ جسم الإنسان يخرج كأصل عام عن دائرة التعامل ولا يمكن تبعاً أن يكون محلاً ممكناً ومشروعاً للحقوق والعقود والمعاملات فقد خلق الله الإنسان وأعزه وكرّمه فلا يتصوّر أن يعامل جسمه معاملة الأشياء يباع ويشترى أو يؤجر ويعار⁽³⁾.

وفي هذا الصّدّد تنصّ المادة (1/8) من العقد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية على أنّه:

[لا يجوز استرقاق أحد، ويحرم الاسترقاق والاتجار بالرقيق في كافة أشكالها]⁽⁴⁾.

(1). د. عبد الحيّ حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، المجلد الأوّل، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص. 331.

(2). د. علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 63.

(3). د. فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة 22، العدد الثاني، يونيو 1998، ص. 792.

(4). وهذا ما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث تنصّ المادة الرابعة على أنّه :
[لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها].

أنظر د. علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 63.

وأخيرًا فإنّ إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام يقضي بالمادة (1/11) بأنّ:
[الإنسان يولد حرّاً وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يشغله، ولا عبودية لغير
الله تعالى]⁽¹⁾.

فكّل اتفاق على استغلال أو استثمار جسم الإنسان أو عضو من أعضائه هو كقاعدة
عامّة اتفاق باطل بطلاناً مطلقاً وذلك لعدم مشروعية المحلّ من جهة، وعدم مشروعية السبب
من جهة أخرى، فالتصرّف أو المضاربة بجسم الإنسان يتعارض مع مبدأ خروج جسم الإنسان
عن دائرة التعامل، وهو مبدأ متعلّق بالنظام العام كما سبق القول.

إلّا أنّه تجدر الإشارة مع ذلك إلى أنّ البطلان لا يشمل سوى الاتفاقيات أو العقود التي
من شأنها أن تجعل لجسم الإنسان، أو لعضو من أعضائه قيمة مالية، فما هو محظور قانوناً
وشرعاً هي التصرفات القانونية التي تجعل من جسد الإنسان شيئاً من الأشياء التي من الممكن
تقييمها بمال. فليس هناك من ينكر وجود ومشروعية العقد الطّبي بين الطبيب والمريض وذلك
على الرّغم من تعلّقه بجسم المريض، لأنّ هذا العقد ليس من شأنه أن يضفي قيمة نقدية على
جسم الإنسان أو عضو من أعضائه بل إنّ الغرض والهدف الأساسي منه يتمثل في علاج
المريض أو شفاؤه أو إنقاذ حياته أو وقايته من المرض⁽²⁾، ومن ثمّ باطلاً بطلاناً مطلقاً
التصرّف الذي يجعل من جسم الإنسان شيئاً أو قطعة أو بضاعة لها قيمة مالية ونقدية.

ولعلّ هذا هو السبب الذي دفع المشرّع الفرنسي، في القانون رقم 94/653 الصادر في

1994/07/29م، بشأن حماية جسم الإنسان إلى النصّ على مبدأ:

" Le principe de non-patrimonialité du corps humain "

(1). إعلان صادر عن المؤتمر الإسلامي التاسع عشر لوزراء الخارجية المنعقد في القاهرة بجمهورية مصر العربية في الفترة من 9-
13 محرّم 1411هـ/ الموافق 31 جوان 1990.

(2). بصدد العقد الطّبي، أنظر: د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م.

- كذلك د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطّبي، مكتبة سيد عبد الله وهيبية، 1976م.

[أيّ عدم دخول جسم الإنسان ضمن الحقوق المالية]⁽¹⁾.

ونصت المادة (5) من القانون المدني الإيطالي على حظر القيام بأي عمل يمس سلامة جسم الانسان الحي كان ينجم عن ذلك نتائج لا يمكن تداركها و ان كان القانون المذكور اباح صراحة (نقل الكلية) و زرعها بين الاقارب من الدرجة الثانية كالشقيق و الشقيقة ، حيث جاء في المادة المذكورة مايلي:

" اعمال التصرف التي تصدر من شخص متعلقة بجسمه محظورة اذا افضت الى انتقاص دائم في التكامل الجسدي او كانت بوجه اخر مخالفة للقانون او النظام العام او الاداب الحسنة " ، الا ان فكرة الاداب الحسنة غامضة وواسعة المضمون يمتد نطاقها الى كل القيم التي تعد حمايتها من أفعال المساس بسلامة الجسم امرا تقتضيه مصلحة المجتمع فهي اذن مجرد رمز للتعبير عن حق المجتمع في سلامة جسد افراده و لم يجد الفقه و القضاء صعوبة في ان يقرر اعتبار كل الأفعال التي تمس سلامة الجسد على نحو يهدر مصلحة المجتمع متناقضة و اعتبار الاداب الحسنة.

بعد أن تعرّضنا لمفهوم مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، ونطاقه وأساسه القانوني، نبحث الآن في المبدأ الثاني المقرّر لحماية جسم الإنسان، والمستخلص أيضاً من مبدأ معصومية جسد الإنسان، وذلك مع بيان نطاقه وأساسه القانوني.

ثانيا : عدم جواز المسّاس بجسم الإنسان

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ المستقرّة منذ وقت بعيد في الفقه والقضاء، ويتفرّع هذا المبدأ عن مبدأ حرمة جسم الإنسان ومعصوميته، فيحظر أيّ عمل يتضمن مسّاساً بجسم

(1). تنص الفقرة الثالثة من المادة 1/16 من القانون المدني الفرنسي على أن :

« Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

الإنسان سواء من الشخص ذاته أو من قبل الغير. ولكلّ شخص أن يدافع عن نفسه وعن تكامله البدني ضد أيّ اعتداء أو مسّاس.

وقد استقرّ هذا المبدأ في فرنسا، وذلك بمقتضى القانون رقم 94/653 الصادر في 29 يوليو 1994 بشأن حماية واحترام جسم الإنسان، حيث تقرّر المادّة 1/16 الفقرة الأولى أنّ: **[لكلّ شخص الحق في احترام جسمه وجسده، جسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء عليه].**

والحقّ في سلامة الجسم هو المصلحة التي يحميها القانون، ويقوم على عناصر ثلاثة هي :

-السير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم،

-والتكامل الجسدي،

-والتحرّر من الآلام البدنية⁽¹⁾.

والسير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكلّ شخص في أن يحتفظ بالتّصيب الذي يتوافر لديه من الصّحة، أي مصلحته في ألاّ يهبط مستواه الصّحي، فكلّ فعل ينقص من هذا التّصيب هو مسّاس بالحق في سلامة الجسم، سواء تحقّق ذلك عن طريق إحداث مرض لم يكن موجودًا من قبل أو الزّيادة في مقدار مرض كان المجني عليه يعاني منه سلفًا.

ويعني التكامل الجسدي مصلحة الجسم في الاحتفاظ بمادّته في كل جزئياتها، وكلّ فعل ينقص من مادة الجسم يعدّ اعتداءً على سلامته، سواء كان العضو أو الجزء المستأصل منه داخليًا أو خارجيًا، كبير الأهميّة بالنّسبة لوظائف الحياة في الجسم أو قليلها، ويتحقّق

(1). د. علاء علي حسين نصر، المرجع السّابق، ص. 73.

المسّاس بالتكامل الجسدي بمجرد العبث بمادّة الجسم على نحو يخل بتماسك الخلايا أو يضعف منه مثل إحداه فتحة في الجلد أو وخز جزء من الجسم بإبرة⁽¹⁾.

يدخل هذا المبدأ ضمن الحقوق غير السياسية التي يطلق عليها بالحقوق المدنية *droits Civils* و هي على نوعين : اما ان تكون حقوقا عامة او حقوقا خاصة خاصة ، و الحقوق العامة *droits publics* هي الحقوق التي تثبت للإنسان لصفته الإنسانية ، تولد معه و تظل لصيقة به ، و تستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة و يطلق عليها (حقوق الانسان الأساسية) كحقه في المحافظة على سلامة صحته و جسده و صيانتته من أي اعتداء يصدر من الغير و واجب السلامة من الشخص نفسه لان جسد الانسان ليس من الأشياء و هو يخرج عن دائرة التعامل المالي و أي اتفاق يكون محله جسم الانسان او صحته يكون باطلا الا اذا كانت تستهدف معالجة المرض او المحافظة على الجسم مثل (عقد العلاج الطبي) و من هذه الحقوق أيضا حق الانسان في سلامة كيانه الادبي كالسمعة و الشرف و الاعتبار.

اما الحقوق الخاصة فهي الحقوق التي تقررها فروع القانون الخاص كالقانون المدني و هي اما ان تكون حقوق مالية لانها تخص مصالح مالية للشخص كالحقوق الشخصية (الالتزامات) و (الحقوق المعنوية) و الحقوق العينية كحق الملكية و هي تخرج عن نطاق دراستنا لان محل دراستها اما في النظرية العامة للالتزامات او في الحقوق العينية.⁽²⁾

ولا يقتصر الأمر فقط على الأفعال التي تشكّل مساسًا بالجسد في سير وظائفه الطبيعية أو المسّاس بالتكامل الجسدي، ولكن يحرم أيضًا كل فعل يسبّب ألما وقتيًا لمادّة الجسم حتّى ولو لم يترتّب عليه أي ضرر. لذلك يحرم القانون مجرد ضرب المجني عليه على وجهه حتّى

(1). د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص. 177.

(2). د/ منذر الفضل ، مرجع سابق ،ص 24.

ولو لم تتخلف أيّ إصابة عن هذا النشاط، فمجرد المسّاس بالجسم بصورة تسبّب ألماً ولو صغيراً يقع تحت طائلة القانون⁽¹⁾.

ولا يجوز للغير أن يعتدي على جسم إنسان آخر بأفعال تمسّ كيانه المادّي، وكذلك لا يجوز المسّاس أو العبث بجسد إنسان ميّت، لأنّ ذلك يشكّل انتهاكاً لحركة الميّت.

ولم يتقرّر التزام الغير بعدم المسّاس بجسم الإنسان الحيّ وحرّمته لمجرد حماية المصلحة الشخصية للإنسان واهتمام القانون بها، ولكن الأمر يتعلّق أيضاً بمصلحة المجتمع الذي يزدهر ويتقدّم بتمكين الإنسان من أداء دوره الاجتماعي المنوط بتقديمه لمجتمعه، وهو ما لن يحدث إلّا إذا كان الإنسان آمناً على حياته وسلامته الشخصية، وتوفير الأمن والسلم الاجتماعي والحدّ من انتشار جرائم الاعتداء على الأشخاص هو الذي يحمي الأمن العام من المخاطر، ولذلك فإنّ الالتزام بعدم المسّاس بحرمة جسم الإنسان يقع أيضاً على عاتق الدولة، فيفرض التزاماً بعدم تمكين الغير من المسّاس بحرمة أجساد الآخرين⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم نستنتج :

الخصائص المميّزة لحق الإنسان في جسده:

1. يعتبر حق الإنسان في سلامة جسده من الحقوق التي اجتمع فيها حق الله عز وجل وحق العبد، مع تغليب حق الله عز وجل، ومن هنا لم يجرز للإنسان التنازل عن هذا الحق⁽³⁾.
2. حق الإنسان في سلامة جسده من الحقوق التي لا تسقط بالتنازل أو بالتقادم، بمعنى أنّه لا يجوز للإنسان التنازل عن حقّه في سلامة جسده ولو بإرادته، كما أنّه يعاقب المعتدي على هذا الحق بعد ثبوت اعتدائه في أيّ زمان مهما طال.

(1). د. علاء علي حسين نصر، مرجع سابق، ص. 75.

(2). د. طارق سرور، مرجع سابق، ص. 101.

(3). ابن عبد السلام، قواعد الأحكام (7/2) ؛ الشاطبي، الموافقات (546/2).

3. يتمتع حق الإنسان في سلامة جسده بالإطلاق على نحو يحيط الجسم بالكامل ويمنع المساس به بأي شكل من الأشكال، فإنّ مضمون الحق في سلامة الجسد يشمل أجزاء الجسم الظاهرة والباطنة على السواء ؛ بل يتعدى ذلك إلى التأكيد على مقدرة هذه الأجزاء على أداء وظائفها الطبيعية ؛ بل وتحزّر الجسد من أدنى ألم جسدي يمسه⁽¹⁾.

4. حقّ الإنسان في سلامة جسده ليس مجرد حقّ يثبت للإنسان ويخوّل صاحبه حقّ الاقتضاء ممّن اعتدى عليه فحسب، وإنّما يفرض كواجب على الغير احترامه.

(1). الوحيدي : الحماية الجنائية للجسم البشري، مجلة آفاق قانونية، ع 11، ص. 169.

الفصل الثاني
الحماية الجنائية
لجسم الإنسان

التصرف القانوني هو توجّه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني معيّن، وحتىّ يعتد القانون بهذا التصرف يجب أن يصدر عن إرادة سليمة خالية من أيّ عيب من عيوب الرضا. ولكي يولد التصرف القانوني آثاره يجب أن تتوفّر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية.

أ - **الشروط الموضوعية:** تلعب الإرادة دوراً فعّالاً في وجود التصرف القانوني لذا وجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته، ويظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد ويتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة وتكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية وخالية من أي عيب وهي الغلط - التدليس - الإكراه والاستغلال. كما يشترط أن يكون محل التصرف ممكناً أي موجوداً فعلاً ومعيناً إن كان حقاً عينياً، وأن يكون الحق مشروعاً.

ب - **الشروط الشكلية:** هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرّع، أي اشترط تحريرها بالشكل الذي أورده القانون وذلك لحماية المتعاقدين ... وتخلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بطلاناً مطلقاً المادة 324 ق.م... كما يأمر القانون بإخضاع بعض القوانين إلى شكل رسمي كتحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو عقود تسير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.

ولعلّ الحديث عن هذه التصرفات القانونية، إذا ما تعلّق الأمر بجسم الإنسان يكون مجالها الخصب الأعضاء البشرية، لأن الجسم ما هو إلا الوعاء الحاوي لهذه الأعضاء، التي تمثل حياته ونهايته.

و قد ثار الخلاف على صعيد الفقه حول مناط الحماية الجنائية المقررة للإنسان، فهل هي قاصرة على مادة الجسد بحد ذاتها، أم ان مناط الحماية مقرر لدى قدرة أعضاء الجسم على أداء دورها.

فذهب الفقه الألماني الى القول بان مناط الحماية الجنائية ليس مقرر لمادة الجسم في ذاتها ، بل انها مقررة لاعضاء الجسم على أداء الوظيفة التي يقوم بها ، و ان أي مساس بهذه القدرة يعتبر ذلك الفعل مساسا بالحق في سلامة الجسم ، حتى و لو لم يترتب عليه اثار مادية تنال جزء من مادة الجسم، أي انها حتى لو لم تصب أي عضو من أعضاء جسم باي اثر مادي ، على أساس ان مادة الجسم بحد ذاتها ليس لها أهمية ، و انما تكمن الأهمية في الوظائف التي تؤديها أعضاء الجسم ، و ان مجموع هذه الأعضاء في أهميتها هي التي تعطي أهمية لجسم الانسان. (1)

و ذهب اتجاه اخر الى ان الحماية الجنائية مقررة لجسم الانسان بحد ذاته و تحدد الحماية بمدى انتماء الأعضاء لجسم الانسان ، فالجسم هو مجموعة واحدة و ليس أعضاء يقوم كل واحد منها بدور بمعزل عن باقي أعضاء الجسم ، فالجهاز الهضمي مثلا يتكون من عدد من الأعضاء ، كل عضو من هذه الأعضاء يقوم بدوره بعد ان يقوم عضو سابق له بالدور الذي تتطلبه عملية الهضم ، و لذلك تقرر الحماية لجسم الانسان فهو جهاز يعمل في إيقاع محكم و يخضع كل عضو لهيمنة سلطة عليا و هو جهاز المخ و تمارس عليه وظيفة الامر و النهي و تحقيق التوازن بين حركة الأعضاء جميعا. (2)

لذلك ارتأينا في هذا الفصل التطرق إلى الحق في السلامة الجسم وهذا في المبحث الأول، باعتبار هذا الحق هو محل للحماية القانونية من الأعمال الطبية الحديثة.

أما المبحث الثاني: الأعمال الطبية الواردة على جسم الإنسان للتصرفات القانونية فنتناول في مطلب أول الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانين مركزين في ذلك على عقد البيع باعتباره من أهم العقود المتصور ورودها على الأعضاء الآدمية، ثم نتناول في مطلب

(1). حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء في القانون الجنائي ،دراسة مقارنة ، الدار العلمية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن ، 2001، ص 25.

(2). المرجع نفسه، ص 25.

ثان الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانب واحد, سيما عقد الهبة والوصية, ثم نخلص في مطلب ثالث إلى موقف المشرع الجزائري من فكرة التصرف القانوني في الأعضاء البشرية.

المبحث الأول

الحق في سلامة الجسم

إن حق الإنسان في الحياة هو حق مقرر منذ القدم ومن أجل مظهره هو حق الإنسان في سلامة جسده. ومن مبدأ حرمة الشخص يستخلص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، والتي تعني أن كل شخص له أن يعترض على أيّ مساس بسلامة جسمه، ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبيّة أو عمليات جراحية، فكلّ شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق الشخصية (1).

وما يحمي القانون حق الإنسان في الحياة وفق نصوص القتل يحمي حقّه في سلامة جسمه لما لهذين الحقين من علاقة وثيقة الصلة. فلا يكفي أن يحمي القانون الحق في الحياة، بل ينبغي أن يضمن كذلك حق ممارسة الحياة (2).

ولهذا الغرض يجرّم المشرّع جميع الأفعال التي يأتيها شخص على شخص آخر والتي من شأنها أن تمس سلامة جسمه بالوظائف. فكلّ عمل مهما كانت صورته سواء أدى الاعتداء إلى ترك جروح، أو رضوض معيّنة، أو إحداث عاهة ما. ومهما كانت الوسيلة مادية أو معنوية يعتبرها القانون غير مشروعة يخوله حق التّدخل لترتيب المسؤولية الجزائية على فاعله التي يتحدّد مقدارها بمدى الضرر والأذى الذي لحق بالمجني عليه، ويعتبر مساساً بالحق في سلامة الجسم. وعليه نتعرّض إلى مفهوم الحق في سلامة الجسم، ثمّ طبيعة هذا الحق.

(1). جلال علي عدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز الثقافية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص. 334.

(2). محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 841.

المطلب الأول : مفهوم الحق في سلامة الجسم

القانون عبارة عن مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على وجه الإلزام، وتكون مقترنة بجزاء بقصد فرض احترام الناس لها. والسلوك الذي يهتم القانون بتنظيمه يتمثل في العلاقات القانونية بين أفراد المجتمع بعضهم ببعض، أو بينهم وبين الدولة. وتنتج هذه العلاقات القانونية حقوقا للبعض تقابلها واجبات تقع على البعض الآخر، ويتولى القانون تنظيم هذه الحقوق والواجبات. ونعرف الحق على أنه رابطة بين شخص و شيء وهو معترف به قانونيا، فكلمة الحق كثيرة الاستعمال في حياتنا اليومية، ولا يجد الشخص العادي صعوبة في الإحساس بمدلولها.

الفرع الأول : تعريف الحق في سلامة الجسم في الطب

لقد ظهرت في البداية جملة من المحاولات لتعريف الحق في سلامة الجسم المقترن بمدلول الصحة والتي لم تحظ بالوفاق ومن أقدمها وأهمها :

1. الصحة هي الخلو من الأمراض.
2. الصحة هي العمل الصامت للأعضاء.
3. وتعرفه المنظمة العالمية للصحة بأنّ الصحة : " هي حالة من الرفاهية الكلية البدنية والنفسية والاجتماعية " (1).

إنّ قراءة بسيطة لهذه المحاولات تبيّن لنا أسباب عدم حدوث الوفاق، وعن صعوبة تعريف ما يبدو لنا مفهوماً بديهياً. فالقول بأنّ الصحة هي عدم وجود الأمراض، كالقول بأنّ الجمال هو انعدام القبح والنظام انعدام الفوضى (2)، وهو ما يسمح لنا بتعريف المرض بأنّه

(1). منصف المرزوقي، (دروس) المدخل إلى الطبّ المندمج، الدرس الرابع (تعريف الصّحة) بحث منشور على الإنترنت، ص. 32 بتاريخ الاطلاع : 2008/04/19 الموقع :

<http://www.Moncef Marzouki.net/IMG/doc.madkhal2.doc>

(2). نفس المرجع السابق، ص. 34.

انعدام الصّحة والفوضى بأنّها انعدام النظام الخ ... فالمطابقة المعكوسة ليست تعريفاً بقدر ما هي هروباً منه ؛ لأنّ الشيء لا يوصف بنقيضه وإنّما بخصائصه الذاتيّة.

ذهب الطّب التقليدي إلى تحديد مدلول الحق في سلامة الجسم في إطار صّحة الكائن البشري، فالصّحة " هي اتّحاد مادّة الجسم بجميع جزئياته وقدراته على الإدراك، والشخص المعافى هو الذي يتمتّع بسلامة الجسم في مجموع هذه العناصر على نحو يحقّق الانسجام والملائمة بينها " .

وتعرّف الصّحة كذلك بأنّها : " قدرة الجسم على استغلال إيجابيات المحيط وتطويق سلبيّاته بفضل برنامج جيني سليم واستراتيجيات فردية ملائمة وذلك لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحيّاتية أو حالة الرّضى عن درجة فعالية هذا الجسم " .

أمّا المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كلّ أو جزء من أهدافه الحيّاتية لخلل في البرنامج الجيني و/أو الاستراتيجيات الفردية و/أو لضغط كبير في المحيط و/أو حالة من القلق تجاه فعالية هذا الجسم " (1).

وهناك إطار عملي يختص به الطّب الإكلينيكي حيث يتحقّق المسّاس بأجزاء الجسم بإحداث جروح سواء كانت جروح بسيطة أو خطيرة.

وتتميّز الصّحة بخاصية النسبية فهي تختلف من شخص لآخر وفي فترات زمنية معيّنة وتتباين بين فترة الشيخوخة والشباب (2).

(1) نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1996، 1-1997، ص. 32.

(2) نفس المرجع السابق، ص. 32.

ويختلف الطبيب في وضع حدود الصحة لمعرفة الحدّ الذي يمكن بتجاوزه وصف الفعل بأنه اعتداء على الصحة فيرى البعض بأنّ الفعل يعدّ مساساً بالصحة إذا مسّ حقّه في العناية الطبيّة. ويجدر التمييز هنا بين نقاط معيّنة :

- حق الشخص في حماية صحّته ضد الأخطار الخارجية كالأدوية وتلوث البيئة.
- حق الإنسان في وجود تنظيم يعنى بالمسائل الصحيّة وذلك بتهيئة الخدمات الصحيّة كافية تستوعب مجالات الصحة للنّهوض بصحة المجتمع عن طريق العناية الطبيّة الكاملة.
- حق الأفراد في التأمين الصحيّ من الأخطار المهنية⁽¹⁾. وللقيام بهذا الدور لا بدّ من تبني سياسة صحتة متمثلة في توزيع الموارد الطبيّة، وتوفير المستوى الملائم من الرعاية الصحيّة.

ولحماية هذا الحق تنشأ العلاقة ما بين الطبيب والمريض وهي علاقة إنسانية، وقانونية توجب على الطبيب الاهتمام بالمريض وبذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة الطبّ، والتزام الطبيب في هذا المجال هو التزام يبذل عناية والاهتمام بتقديم العلاج المناسب للمريض. وقد أصبح من الممكن مساءلة الأطباء عن الأخطاء التي تصدر عنهم أثناء مزاولتهم لمهنة الطبّ، ومن المتصوّر مساءلتهم عن مثل هذه الأخطاء.

وقد أدّى زيادة الوعي لدى الأفراد إلى رفع دعاوى على الأطباء لمطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة الأخطاء التي صدرت منهم أثناء قيامهم ومزاولتهم المهنة⁽²⁾. وإذا كان تعريف الحق في سلامة الجسم عند الأطباء ينفصل عن مفهوم الصحة الجسدية فما مفهومه عند رجال القانون ؟

(1). ماروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ص 33.

(2). نادر شافي، الطيّب بين الرّسالة والمساءلة، بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية، العدد 235 في 2005/01/01 منشور على الإنترنت، ص. 1 تاريخ الاطلاع 2008/04/17 الموقع :

الفرع الثاني : تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون

ممّا يلاحظ أنّ بعض المصطلحات تختلط بفكرة الحق بصّفة عامّة، وقد أدى هذا الخلط إلى تباين المدلولات التي أعطيت لمفهوم الحق في سلامة الجسم. فنجد أنّ البعض نظر إليه من زاوية كونه من الحرّيات الأساسية (أولاً) بينما نظرت إليه طائفة من الفقه باعتباره رابطة يعترف بها النظام القانوني (ثانياً) واعتبره البعض الآخر مصلحة لصاحبه (ثالثاً) على النحو الذي سنتناوله تفصيلاً.

أولاً. الحق في سلامة الجسم من الحرّيات الأساسية

إنّ مدلول الحرّية يعبر عن " حركة الإرادة الإنسانية وتحرّرها من العوامل المقيدة أو المعدّمة لها في أن تتخذ من المواقف ما تريد ". والحرّيات أنماط مختلفة تتكوّن من رغبات الإنسان في أن يأتي ما يشاء من أعمال دون أن يمنعه القانون من إتيانها. وقد ذهب البعض (1) في تحديده لماهية الحق وفي سلامة الجسم إلى اعتباره من الحرّيات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان ويرخص لها بها. وفي ذلك حماية للإنسان في مادّيات جسده ومعنوياته وصولاً لتحقيق إطار من الحماية تستهدف تحقيق الأمان التام للكائن البشري (2).

ويستند هذا الرأي إلى ما ساقته المادّة الرّابعة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصّادر

1789م في تحديده لمفهوم الحرّية بأنّها:

[قدرة الإنسان على إتيان عمل لا يضرّ بالآخرين].

كما أدمج الإعلان بين مفهوم الحرّية والحق في المادّة الثانية منه :

[أنّ لكلّ إنسان حقّ التمتع بجميع الحقوق والحرّيات الواردة في هذا الإعلان].

<http://www.lebarmy.gov.lb/PrintArticle.asp?id-6814>

(1). Garbonnier, J, **Droit civile-part 1**, Paris, 1936, p. 235.

و راجع أيضا : عصام أحمد محمد، النظرية العامّة للحق في سلامة الجسم، المجلّد الأوّل، دار الفكر والقانون بالمنصورة، مصر، 2008، ص. 85.

(2). نفس المرجع السابق، ص. 85.

مما مفاده وحدة الأصل بين الحق والحرية، وذلك أن الحرية هي الأصل العام لكل الحقوق (1).

نلاحظ أن هذا الرأي أخط بين مفهوم الحرية والحق ؛ إذ لا يمكن التسليم بهذه النظرة ؛ لأن القول بوجود الحرية التامة لصاحب الحق في السلامة الجسدية يؤدي إلى تقرير سلطته المنفردة في التصرف في جسده كما يشاء، وهو الأمر الذي يتعارض والقواعد المستقرة في الأنظمة القانونية والتي لا تعترف بكامل الحرية وإطلاقها ؛ إذ أن هناك أنواعاً من القيود الاجتماعية التي ترد على ذلك الجسد باعتبار صاحبه عضو في المجتمع، والإخلال بسلامته يخل بتركيبة البناء الاجتماعي. والنتيجة في كل ذلك أن تقرير تلك المكنة لصاحب الحق في السلامة الجسدية لا تعني استهداف مصالح وغايات شخصية له فحسب، بل هي ترتبط أيضاً بالنظام العام في المجتمع، ذلك الذي يلقي مجموعة من القيود على جميع التصرفات التي ترد على الجسم.

ثانياً. الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية

ذهب رأي آخر في الفقه (2) إلى القول بأن تحديد مفهوم الحق بصفة عامة يقتضي تحليل عناصره ؛ وبيانها درءاً لكل اختلاط بين هذا المفهوم وغيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة. فالحق في مفهوم أنصار هذا الرأي " رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر ". فالحق في سلامة الجسم - بمنطق هذا الاتجاه - عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون ويعترف بوجودها النظام القانوني ومن هنا تسبغ على الرابطة صفة المشروعية (3). كما أن هذه الرابطة القانوني تخول صاحبها سلطة الاستثناء والتسلط على سبيل الاختصاص والانفراد. يؤخذ على هذا الرأي إهداره لمفهوم فكرة الحق وإنكارها على طائفة الحقوق

(1). عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص. 88.

(2). حسن كيرة، المدخل إلى القانون، بدون دار النشر، الإسكندرية، 1971، ص. 437.

(3). نفس المرجع السابق، ص. 437.

اللصيقة بالشخصية، كما أنّ افتراض الرابطة القانونية بين الشخص وكيانه الجسدي حيلة قانونية غير مقبولة في هذا الإطار (1).

وتفريعاً عن التعريف- السابق الذكر- فقد خوّل أنصار هذا الاتجاه لصاحب الحق على وجه الانفراد والتسلط سلطة الاستئثار بجسده والتسلط عليه. وبالتالي يكون للشخص بناء على هذه السلطة الحق في التصرف في كيانه الجسدي على النحو الذي يراه، ومن ثمّ فالشخص الذي يقدم على الانتحار أو يقوم ببتير عضو من أعضائه تخلّصاً من أداء الخدمة الوطنية أو يعوق أداء دوره الاجتماعي المنوط به ؛ لا يمكن متابعته بالجزاء على تلك الأفعال (2).

وعليه لا يمكن التسليم كذلك بهذا الرأي فجسم الإنسان هبة ربّانية من الواجب حمايتها، ودليلنا في ذلك ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **ومن قتل نفسه بحديدة، فحديدته في يده يتوجأ به في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسّم فسّمه في يده يتحسّاه في نار جهنم، خالداً مخلداً فيها أبداً ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً!** (3).

فالواجب على الإنسان المحافظة على كرامته الجسدية والنفسية ويحرّم عليه تغيير هيكل جسده القويم، ولا يجوز له التصرف فيه إلاّ بما أن له، لمصلحة فردية هو الشخص في حدّ ذاته ولمصلحته الاجتماعية التي تتمثّل في الالتزامات المنوطة به، وكلتا المصلحتين يقرّهما القانون ويحميهما.

(1). نفسه ، ص. 437.

(2). عصام أحمد محمد، مرجع سابق، ص. 101.

(3). رواه البخاري، كتاب الطب، باب شرب السّم والدواء به وما يخاف منه، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 181.

ثالثاً. الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون

ذهب البعض إلى القول بأن الحق بصفة عامّة - والحق في سلامة الجسم بصفة خاصّة- " مصلحة يعترف بها القانون " (1). والمصلحة فكرة غائية وهي السبب المؤدي إلى جلب المنفعة بالنسبة لصاحبها، ولذلك قيل بأنّ المصالح هي المصدر المادي للقواعد القانونية التي تنشئ الحقوق وتبدو مصدرًا غير مباشر لها (2).

وإذا كانت المنافع تعدّ مصالح للأفراد فليست كل المصالح تعدّ حقوقًا بالتحديد سالف البيان؛ ذلك أنّ المصلحة قد تحقّق لصاحبها من خلال وجهة نظر شخصية، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة الحق المعترف به من قبل النظام القانوني. وعليه فالمصلحة شيء يحقّق منفعة للإنسان وحق الإنسان فيها هو تقرير المجتمع حمايته لتلك المنفعة ؛ ذلك أنّ الحق يحمي الموضوع الذي يحقّق منفعة الإنسان، ولكن الحق يختلف عن المنفعة ؛ إذ ليست كل المصالح تشكّل حقوقًا ؛ لأنّ فلسفة القانون هي التي تحدّد أيًا من المصالح يجب أن تنالها الحماية القانونية، وغالبًا ما تكون المصلحة قيمة تحدّد من خلال نظرة المجتمع في زمان ومكان معينين. ولذلك فإنّ المحافظة على الصّحة وسلامة جسم الإنسان تشكّل قيمة لا بدّ للقانون من احترامها ؛ والنّص عليها كحق يحمي منفعة في إطار المحافظة على مصلحة عامّة جوهرها الصّفة الاجتماعية ؛ لأنّها تتعلّق بعضو في البنيان الاجتماعي للمجتمع والقول بغير تلك الحماية يقوّض بناء المجتمع، وإذا كانت مصلحة الشخص تتعلّق بسلامة جسمه، إلّا أنّ هذه المصلحة لا بدّ وأن ينظر إليها من زاوية تحقيقها للمصلحة الاجتماعية وذلك في مجتمع متحضّر وقواعد قانونية مثالية (3).

(1). عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1978، ص. 10.

(2). حسّان حامد حسّان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1971، ص. 2204.

(3). عصام أحمد محمد، المرجع السّابق، ص. 90.

لقد اتَّجَهَ الفقه الحديث (1) إلى تحديد مفهوم الحق بصفة عامّة - والحق في سلامة الجسم على الخصوص - على أنّه " استثناء بقيمة معيّنة يمنحها القانون لشخص ويعترف له بها في مواجهة الغير ويقرّر لها الحماية القانونية ".

والعنصر الأوّل للحق في هذا الرأى هو " الاستثناء ومفاده الاختصاص بقيمة معيّنة دون سائر الناس ". ويتفرّع عن هذا العنصر شعب ثلاث :

● **أولها** الاختصاص والانفراد بميزة على شيء والذود والدفاع عنها، وهنا المصلحة تكون نتاج هذا الانفراد، وهي غير مرتبطة بالإرادة ومن ثمّ فالانفراد بالميزة التي يمنحها القانون تثبت لفاقدي التمييز.

● **وثانيها** محلّ هذا الاختصاص وهي قيمة معيّنة ؛ قد تكون قيمة مالية أو غير مالية وقد تتعدّد، وقد تزدّ على الكيان المادّي أو المعنوي للإنسان كسلامة الجسم والحياة والحرّية.

● **وثالثها** صاحب هذا الاختصاص وهو الذي يتمتع بمزايا تلك القيمة، وغالبًا هو الإنسان (2).

أمّا العنصر الثاني للحق هو حماية القانون فبدون هذه الحماية لا يعدّ اختصاص الإنسان بميزة معيّنة حقًا ؛ ذلك أنّ إسباغ الحماية القانونية على تلك الميزة تقلّب مكنة الاستثناء بها من حالة واقعية إلى حالة قانونية ولا تسبغ تلك الحماية إلّا لجدارة هذا الاستثناء والاختصاص بحماية المشرّع. وضابط إسباغ حماية المشرّع لتلك الميزة بالحماية القانونية هو مصلحة المجتمع، فإن توافقت تلك الحماية مع صالح المجتمع أسبغ حمايته. ووسيلة حماية المجتمع لتلك الميزات هي الدعوى القضائية (3).

(1). عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون.

(2). عصام أحمد محمد، مرجع سابق، ص. 92.

(3). نفس المرجع السابق، ص. 93.

ومن هنا فإنّ مدلول الحق في سلامة الجسم من وجهة نظر رجل القانون تنطلق أساساً من فكرة الحق الذي يعرف بأنه المصلحة التي يحميها القانون ... وعلى ضوء ذلك يعرف الدكتور " محمد عيد الغريب " الحق في سلامة الجسم بأنه : " المصلحة القانونية التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤدياً كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي، حتى لا تتعطل إحدى الوظائف ولو كانت أقلها أهميّة، أو كان التعطيل وقتياً، وفي ألاّ تتحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حدّته القوانين الطبيعية " (1).

ويعرفه الدكتور " عصام أحمد محمد " مركز قانوني يخوّل شاغله في حدود القانون الاستثناء بتكامله الجسدي، والمستوى الصّحي الذي يعايشه، وبسكينته البدنية والنفسية".

ويتمثّل الحق في سلامة الجسم في " أن يحتفظ الإنسان بمستوى من الصّحة وبالتكامل الجسدي وأيّ فعل ينقص من هذه السلامة يعتبر اعتداء عليه ".

كما أنّ سلامة الجسم تعني أيضاً " أن يتحرّر صاحبه من كل ألم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعايشه ". لذا يمكن القول بأنّ حق الإنسان في سلامة جسمه له جوانب ثلاثة :

I. حقّه في الاحتفاظ بمستواه الصّحيّ.

II. حقّه في الاحتفاظ بمادّة جسده.

III. حقّه في التحرّر من آلام البدن.

إنّ الحق في سلامة الجسم لم يعد- وفق التعريفات التي ذكرنا- مشتملاً على الجانب الفردي أو على قيمة فردية فحسب، وإنّما يعتبر قيمة اجتماعية كذلك، فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة ذات طبيعة مزدوجة يحميها المشرّع ويعترف بها الفرد، كما يعترف بها في نفس الوقت للمجتمع الذي يعيش فيه، لذلك نقترح أن يعرف الحق في سلامة الجسم بأنه : " مصلحة يحميها القانون في أن يستمر الجسم مؤدياً وظائف الحياة على نحو طبيعي، وأن يحتفظ بمادّته

(1). محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 842.

الجسدية، وأنتحرر من جميع الآلام البدنية والنفسية، والنهوض بالوظيفة الاجتماعية المنوطة به".

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للحق في سلامة الجسم البشري طبيعة يتصف بها ويتميز بها عن غيره من المصالح القانونية، وهو ما سنتناوله فيما يلي :

الفرع الثالث مميزات الحق في سلامة الجسم

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم فهل يتصف بوصف الفردية أم الاجتماعية. ذلك أن الحق في سلامة الجسم من طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، ما يجعله يتميز بالطابع الفردي. غير أن الإنسان بالنظر إلى كونه إنساناً يعيش في المجتمع مع غيره ويتبادل معهم الالتزامات الاجتماعية ويقوم بوظائف يهم اقتضاؤها من شخص معافى يتمتع بكامل عناصر السلامة الجسدية ضمن هذه المجموعة (1).

ولهذا فإنّ المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي بالإضرار بأحد أعضائه ومن هنا يجدر التعرّض إلى الطابع الفردي (الفرع الأول) ثمّ الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم (الفرع الثاني) فيما يلي :

أولاً : الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

إنّ الحفاظ على مادّة الجسم واستمراره في أداء وظائفه على نحو طبيعي هي مصلحة فردية بالدرجة الأولى لصاحب الاختصاص ؛ أيّ الفرد باعتباره حقاً شخصياً مترتب عن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم. وعليه ينبغي دراسة خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم (أولاً) ثمّ مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم (ثانياً) فيما يلي :

(1). مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص. 38.

1. خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم:

يعتبر الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية⁽¹⁾. وهذه الأخيرة تتميز بطابع فردي بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه. وهذه الحقوق على العموم تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها، في مظاهرها المختلفة، وهي تثبت لكل شخص لكونه إنساناً. وبذلك فإنّ هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين على حدّ سواء⁽²⁾.

ونظراً لارتباط هذه الحقوق بمقومات وعناصر الشخصية سميت بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية، وتتقرّر للمحافظة على الكيان المادّي والمعنوي وبدونها لا يكون الإنسان آمناً على حرّياته ونشاطه، على أنّ هذه الحقوق لا يمكن حصر ما يتفرّق عنها، إلاّ أنّ أهمّها المساس بالكيان المادّي والمعنوي للشخصية⁽³⁾.

كما أنّه من أحد الحقوق اللصيقة بالشخصية الحقوق التي ترمي إلى حماية الجانب المعنوي كالشرف والكرامة وهي لا تقل أهميّة إن لم تزد عن المقومات المادّية. ولهذا استقرت القوانين في معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات عن طريق رصد العديد من الحقوق

(1) يرى البعض أنّ الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه هو حق ملكية ويقرّ أنصار هذا الاتجاه على أهميّة مسعاهم في كون هذا الحق تتضح آثاره الإيجابية في حظر العبودية والاسترقاق والسخرة المقنعة، كما يكسب الشخص حقاً في منع الغير من المساس بجسده وذلك بموجب النصوص التي تمنع استعمال القسوة والإكراه والتعذيب.

أمّا موقف الفقه الإسلامي بالنسبة لملكية الإنسان لجسده فهو لا يعترف للإنسان بهذه الملكية ويؤكد على حقيقة لا تقبل الجدل أو النقاش بأن جسم الإنسان هو ملك لخالفه، ولا يملك الإنسان التصرف فيه إلاّ للضرورة ستكون محلّ دراسة فيما بعد. ويرى البعض أنّ حق الإنسان على جسمه هو حق انتفاع، ذلك أنّ الجسم يعتبر بمثابة الوديعة التي استودعها الله لدى الإنسان، ومن ثمّ عليه أن يردها إليه بالحالة التي كان عليها.

= غير أنّ هذا الرأي يعني وجود مالك رقبة على الجسم الإنساني، ولا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن يكون حقّ الإنسان على جسمه حقاً مالياً، لأنّه ببساطة لا يمكن أن يوصف الجسم بأنّه شيء كبقية الأشياء، حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 52-61.

(2) نبيل إبراهيم، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص. 40.

(3) نفس المرجع السابق، ص. 41.

التي لا يمكن حصرها في سبيل تحقيق هذه الغاية ومن ذلك الحق في الاسم والحق في الخصوصية (1).

فالحق في الخصوصية أو كما يطلق عليه " الحق في السيرة " ويعني أنّ الشخص له الحق في أن يجدّد كيفية معيشته كما يروق له ويمكن هذا الحق المحافظة على سير خصوصيات الشخص وعدم جعلها عرضة لألسنة الناس أو أن تكون موضوعاً لصفحات الجرائد، ومن بين الحقوق الحق في الصورة على اعتبار أنّ نشر الصورة مأخوذة بكاميرا الفيديو في شقة منزل يعدّ خرقاً لسرية الحياة الخاصّة، وتدخل ضمن هذه الحقوق الحق في حرمة المسكن والحق في السرية والحق المعنوي للمؤلف على إنتاجه الفكري (2). ويتميّز الحق في سلامة الجسم بما تتميّز به الحقوق الشخصية كما يلي :

I. حقوق أساسية: تعتبر حقوق أساسية لأنها حقوق سابقة في وجودها على جميع الحقوق التي يتمتع بها البشر في جميع الدول وكل المجتمعات وعلى مرّ الأزمنة وهي لازمة وضرورية لكل فرد وأساس لوجوده وتختلف عن الحقوق الأخرى التي تردّ على الأموال.

II. حقوق مستمدة من الشخص: إنّ هذه الحقوق من حيث المبدأ تنبع من الإنسان ذاته وتنشأ من اللحظة التي يصبح فيها متمتعاً بحقوقه المدنية من بدء حياته حتّى انتهائها كما تستمد من مقومات الشخصية الإنسانية ولها مظاهر مادية وفكرية واجتماعية حيث يتجلّى الجانب المادي في الشخصية في الجسم والروح (الحق في الحياة والسلامة البدنية).

III. حقوق مطلقة: تعتبر حقوق الشخصية حقوقاً مطلقة ؛ لأنه يحتج بها على الجميع ويتمتع الأفراد بهذه الحقوق على قدم المساواة.

(1). المرجع نفسه، ص. 47.

(2). جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد قاسم، مرجع سابق، ص 340.

١٧. حقوق ملازمة للشخصية: تعتبر حقوق الشخصية حقوق ملازمة لشخصية كل إنسان لأنها لا تنفصل عنها⁽¹⁾ في وجودها من بدء الحياة وحتى نهايتها وقد تمتد إلى الجثة بعد الوفاة⁽²⁾ ويؤدي هذا المبدأ إلى النتائج التالية :

إنّ الحق في سلامة الجسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية يستتبع الشخص وتنقضي بوفاته وانقضاء الشخصية. ومن هذا المبدأ تأكد بأنّ هذه الحقوق كقاعدة هامة لا تنتقل بعد موت الشخص عن طريق الميراث إلى الورثة.

1. ما دام أنّ هذه الحقوق تكتسب صفات الشخصية فهي تدخل ضمن مفهوم الحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال ابتداءً.

2. إنّ هذه الحقوق غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم، فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الأمد.

3. إنّ هذه الحقوق وإن كانت بحسب الأصل لا تقوم بالمال إلاّ أنّه في بعض الأحيان تستتبع هذه الحقوق آثاراً مالية إذ أنّ الاعتداء عليها يولّد لأصحابها حقاً مالياً في التعويض⁽³⁾.

2. عناصر حق الانسان في سلامة جسمه في اطار ميزته الفردية:

إنّ مضمون الحق في سلامة الجسم يتمثل في مصلحة الفرد التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤدياً كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي. ويعدّ مساساً بالجسم نقيض ذلك عن طريق تعطيل وظائفه العضوية تعطلاً كاملاً، ولا يعني سلامة الجسم أن يظلّ الجسم على حالته الطبيعية فحسب بل معناه استمراره في أداء وظائف الحياة على نحو طبيعي وبأن يظل الجسم

(1). تنص المادة 47 من القانون المدني الجزائري :

[لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد يكون قد لحقه من ضرر].

(2). حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص ص. 69-70.

(3). نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 55.

كاملاً غير منقوص، وبأن يتحرّر من الآلام البدنية. وما يمكن أن نستنتج من هذا هو أنّ الطابع الفرجي للحق في سلامة الجسم ينسجم تمامًا مع فكرة رجل القانون للحق في سلامة الجسم، في بيان عناصر هذا الحق المتمثلة في :

- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء.
- التكامل الجسدي.
- التحرر من الآلام البدنية.

أ- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء:

تؤدي أعضاء الجسم ووظائفها أداءً طبيعيًا إذا كان الشخص يتمتع بالصحة، وتختل إذا ألم بالشخص " المرض " ولكل شخص الحق في أن يحتفظ بالمستوى الصحي الذي يتمتع به ومن أجل ذلك فإن كل فعل يترتب عليه نقصان في هذا المستوى يُعدّ مساسًا بالحق في سلامة الجسم سواء تحقق عن طريق إحداث مرض لم يكن موجودًا من قبل أو الزيادة في مقدار مرض كان المجني عليه يعانيه من قبل ولا أهمية للوسيلة التي تنال من الصحة. فكل وسيلة تؤدي إلى تعطيل بعض أعضاء الجسم أو أجهزته الداخلية عن أداء وظيفتها الطبيعية تعطلاً تامًا أو مؤقتًا يتوافر بها المساس بسلامة الجسم ولو لم يترتب على استعمالها آثار ظاهرة (1).

ومن هنا فإن معنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء ينسحب من نقطتين أساسيتين هما الصحة والمرض.

الصحة كما يعرفها العالم " بركنز Perkins " على أنها حالة التوازن النسبي لوظائف الجسم وأن هذه الحالة تنتج من تكييف الجسم مع العوامل الضارة التي يتعرض لها.

فالصحة كما تعرفها منظمة الصحة العالمية عام 1948م في ديباجة الدستور " حالة من اكتمال السلامة بدنيًا وعقليًا واجتماعيًا، لا مجرد انعدام المرض أو العجز " (2).

(1). محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص. 844.

(2). ديفيد ألمبيدا روبرت برلين، دليل دراسي، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه، مركز حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا، 2002، دليل منشور على الانترنت تاريخ الإطلاع 2008/05/1، الموقع :

إنّ الصّحة في مفهوم منظمة الصّحية العالمية ليست مجردّ الخلو من المرض أو العاهة ولكنها تعني الصّحة الإيجابية وهي أن يتمتع الفرد برصيد من القوّة في وظائف أعضائه تجعله يتحمّل ما قد يتعرّض له من مسبّات كثير من الأمراض. وتحقيق الصّحة الإيجابية يستلزم أن يكون نظام الحياة الشخصية والظروف البيئية والعوامل السّائدة في المجتمع عوامل تساعد على تحسين الصّحة (1).

يؤكد هذا التعريف الارتباط والعلاقة الوثيقة بين الجوانب الثلاث البدنية والعقلية والاجتماعية للصّحة وأنّ أي خلل من أحدهما يؤثر سلبياً في الجانبين الآخرين وبالتالي يؤدي إلى خلل في حالة الصّحة (2).

ويتفق هذا المفهوم الحديث للصّحة مع مفهوم الصّحة في الإسلام التي تنبثق من معنى الاستخلاف، ذلك أنّ خلافة الإنسان في الأرض تتحقّق بعمارتها وحمايتها وإصلاحها والمؤهلات التي منحها الله للإنسان لتمكّنه من أداء وظيفة الخلافة هي العقل والإرادة الحرّة وقوّة البدن، وهذه نعم من الله عز وجل لا بدّ من توظيفها فيما يرضي الله تعالى حتّى تكون حياة الفرد عبادة، فالصّحة والعافية نعمة تلي نعمة الهداية إلى الإيمان. ونظرة الإسلام للصّحة في ضوء الاستخلاف تتكوّن من ثلاث مستويات :

-المستوى الأول: هو بناء الجسم وتحسين الصّحة.

-المستوى الثاني: حماية الصّحة من الضعف والأمراض وهو ما يعرف بالطبّ الوقائي.

-المستوى الثالث: إصلاح البدن من الأمراض والعجز وهو ما يعرف بالطبّ العلاجي والتأهيل (3).

<http://www1.uno.edu/humanrts/arabie>

(1). إبراهيم الصّيد، النظرية الإسلامية في الوقاية والعلاج، بحث منشور على الانترنت، ص. 1 تاريخ الإطلاع 2008/01/28

الموقع : <http://www.islamset.com/aabie/ahip/immunity/weqaya.html>

(2). محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص. 19.

(3). إبراهيم الصّيد، مرجع سابق، ص. 1.

أما المرض - على اعتبار أنه إحدى الاثنتين المكوّنين لمعنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء - فهو نقيض الصحة. وهو " خلل يعترى بعض أعضاء الجسم فيعطلها تمامًا أو يعوقها عن مباشرة وظيفتها على الوجه الأكمل ويتحقّق في الخلل معنى المرض سواء كان دائمًا أو عارضاً " (1).

ويعرّف المرض (2) أيضًا بأنه " حالة اختلال التوازن النسبي لوظائف الجسم وأنه حالة دون السلامة والكفاية المتوسطة، كما أنه قد يكون ظاهرًا أو غير ظاهر". فالمرض الظاهر هو الأعراض التي يشكو منها المريض ويشعر وتبدو عليه علاماتها للعين المجردة مثل: الضعف العام، البثور الجلدية ...

والمرض غير الظاهر يكون عندما يشكو المريض من أعراض غير واضحة ولكن يمكن للطبيب اكتشاف المرض بعلامات سريرية وبالفحوصات الحيوية: الدم، البول، البصاق، الأشعة التشخيصية ... (3).

والمرض في المفهوم القانوني يتسع ليشمل كل ضرر يصيب الجسم كلّهُ أو في جزء منه. فالكدّات والسجحات والالتهابات الخارجية وغير ذلك من الأضرار تعتبر مرضًا وفقًا لأحكام المادّة 264 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري.

(1) إنّ هذا التعريف يوصف بأنه شامل على عكس من يقول بأنّ الصّحة سواء كانت نفسية أو عقلية أو بدنية هي الخلو من المرض، حيث يوصف هذا التعريف بالضيق والمحدودية، ذلك أن الخلو من الاضطرابات النفسية = أو البدنية أيّ كانت لا تعني الصّحة، فالمعروف أن المرض الجسمي أو النفسي لا يأتي فجأة كما يتوهم البعض ولكن ينمو وقد لا يحسّ به الفرد ويزداد الاضطراب البدني من الناحية الكميّة حتى يصل إلى مرحلة التغيير الكيفي (المرض) وهنا فقط يتضح الخلل أو المرض، فهناك العديد من الأشخاص الخاليين من أعراض المرض ولكنهم غير قادرين على تحقيق العلاقات الاجتماعية الطيبة مع غيرهم من الناس سواء في العمل أو الحياة الاجتماعية. أشرف محمد عبد الغني، أميمة محمود الشرييني، الصّحة النفسيّة بين النظرية والتطبيق، 2003، ص. 15-16.

(2) يعتقد العاملون في مجال الصّحة العامّة بمصداقية النظرية الحديثة أو نظرية الأسباب والمؤثرات المتعدّدة للمرض " Multiples Causes " والتي تقول أن حدوث المرض أو درجة الحالة الصحيّة للفرد أو المجتمع هي نتيجة تفاعل عدّة عوامل أو مؤثرات أو أسباب تعمل كل منها في اتجاه معيّن قد يكون إيجابيًا لمنع حدوث المرض أو سلبًا ليساعد على حدوث المرض. وبذلك تدحض هذه النظرية الحديثة ما ورد في نظرية السبب الواحد " Single Cause " القديمة التي كانت تقترض أنّ المرض ينتج عن سبب عامل أو مؤثر واحد هو السبب النوعي.. محمد توفيق خضير، مرجع سابق، ص. 21.

(3) نفس مرجع سابق، ص. 21.

أما العجز عن العمل فيقصد به " ما يصيب جسم الإنسان أو أحد أعضائه من خلل واضطراب في وظائفه بحيث يحوّل دون الممارسة الطبيعية " (1).

ويراد به أيضًا العجز عن النشاط الجسمي العادي لدى كل فرد لا نشاط المهنية والوظيفة، وإلا لتوقف قيام الجريمة على منزله المجني عليه في المجتمع، ولا تنفي وجود جريمه الإيذاء حيث لا تكون له مهنة أو وظيفة يترتب على الضرب والجرح عجزه عن القيام بأعمالها وهو ما لا يسوغ (2).

ولا يشترط أن يكون العجز مطلقًا إذ يمكن أن يوجد عجز حتى ولو كانت الحالة الصحيّة تستطيع القيام بعمل غير متبع وغير خطير ما دامت عاجزة عن القيام بعمل جسدي ويجب أن يكون المرض أو العجز عن العمل قد دام لمدة تتجاوز خمسة عشر يومًا (3).

يستدل على خطورة المرض بالإجراءات غير العادية التي يستلزمها لمواجهته سواء تمثلت في العلاج أو الاحتياط أو الرّعاية الصحيّة. فليس مجرد إحداث تغييرات عضوية أو فسيولوجية كافية لتحقيق معنى المرض، فالعبرة بما يترتب عن المرض من سلوكيات معيّنة كالعلاج والرّعاية الصحيّة (4).

فالعلاج حق في مقدمة الحقوق يشمل بصفة عامّة جميع المرضى الذين يتوجهون للرّعاية الصحيّة بما فيها فحص وتشخيص وعلاج بالعقاقير أو بإجراء العمليات الجراحية (5).

(1). مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص. 42.

(2). رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1999، ص. 862.

(3). بن الشيخ لحسين، مرجع سابق، ص 70.

(4). مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص. 42-43.

(5). لطفي الشريبي، الطب النفسى والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2001، ص. 50.

أما الرّعاية الصحيّة فهي الإجراءات أو الخدمات الصحيّة والطبيّة الضرورية للوقاية من الأمراض ومنع حدوثها والاكتشاف المبكر والعلاج الفوري بما يحدث منها ومكافحتها للحدّ من انتشارها، وبعد ذلك علاج المضاعفات الناتجة عن الإصابة بها وتأهيل الفرد أو أفراد المجتمع بعد الشفاء الجسدي ليصبح قادرًا على العمل والإنتاج معتمدًا على نفسه (1).

والمحافظة على مادة الجسم تقتضي أن يحتفظ الشخص بكل جزئية من هذه المادّة وتتساوى في ذلك جميع أجهزة الجسم وأعضائه من حيث أهمّيّتها، وباحتفاظ الإنسان بكل جزئية من مادة الجسم يمكن القول بأنّ جزئيات هذا الجسم متكاملة على النّحو الذي خلق عليه الإنسان، ويكون بذلك أمام تكامل تلك الأعضاء والأجهزة من النّاحية الماديّة (2).

ولقد بيّن قانون العقوبات صور عديدة للمساس بالتكامل الجسدي كالضرب والجرح وإعطاء المواد الضّارة والعاهة المستديمة، فالضرب هو الاعتداء على سلامة الجسم عن طريق الضغط على أنسجة الجسم أو مصادمتها بصورة لا تؤدي إلى تمزيقها. ولا يشترط لتوافر الضرب أن يحدث الاعتداء آثارًا على الجسم ككدمات أو رضوض أو احمرار بالجلد أو أن يسبّب آلامًا للمجني عليه أو أن ينشأ عنه مرض أو عجز (3).

ولا يقيم القانون أهميّة من حيث التجريم بين الوسائل التي يمكن أن يتحقّق بها الضرب، فلا فرق في أن يستعمل عضو من أعضاء جسمه كالرّكل بالقدم أو بقبضة اليد أو أن يستخدم آلة منفصلة عن جسمه، كعصا أو كعب السلام النّاري. ولا فرق كذلك عمّا إذا كان الجاني قام مباشرة بالاعتداء على المجني عليه أو أعدّ الوسيلة اللّازمة لذلك تاركًا حدوثها رهن الظروف كتهيئة حفرة مغطاة بموادّ هشّة تحضيرًا لإيقاع المجني عليه (4).

(1). محمد توفيق خضير، المرجع السّابق، ص. 26.

(2). مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ...، المرجع السّابق، ص. 44.

(3). طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الأولى، لا توجد دار النشر، 2000، ص. 126.

(4). د. لطفى الشرييني مرجع سابق، ص. 127.

أمّا الجرح في الاصطلاح الطبّي عموماً هو تفرقة بين اتّصال أيّ نسيج من أنسجة الجسم سواء كان الجلد أو الأنسجة أو الأغشية الداخلية أو الباطنية أو العضلات أو العظام نتيجة عنف خارجي (1).

ويعرّف الجرح أيضاً بأنه كل ما ترك أثراً على جسم المجني عليه ظاهرياً كان أم باطنياً مع قطع الأنسجة أو وخز أو تسلخ أو سحج أو كدم أو شرخ في العظام أو كسر (2).

ولكلّ نوع من الجروح اسم خاص به فجرح الجلد يسمى " جرح " أمّا جرح الغشاء المخاطي يمكن تسميته " تشقق "، ويسمى جرح الأحشاء والعضلات " التمزق العضلي " أو التتهتك أمّا جرح العظام يسمى الكسر. وتقسّم الجروح من الوجهة الطبيّة الشرعية إلى الأنواع التالية :

- الجروح الطبيّة التشريحية: وتشمل التسلّخات، الكدمات، الجروح الرّضية، القطعية، الوخزية، النّارية، الكسور ...
- الحروق النّارية والسّلقية والكيماوية: وهي الناشئة عن أشعة أكس وعن الراديوم.
- الموت من الحرارة المرتفعة: ضربة شمس والحرارة المنخفضة أو البرد.
- الموت من الجوع والإهمال.
- الأسفيسيا الميكانيكية، العرضية، والمرضية والأسفيسيا العنيفة.
- حالة التسمم وهي تعتبر جروحاً من الوجهة الطبيّة الشرعية.
- الأمراض الإصابية كالدرن والالتهابات الرئوية والبول السكري وغيرها من الأمراض الإصابية(3).

(1). عبد الحميد المنشاوي، الطبّ ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الفكر الجامعي، مصر، دس، ص. 107.

(2). معوض عبد التواب، الوسيط في شرح القتل والإصابة الخطأ، الطبعة الرّابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص. 26.

(3). عبد الحميد المنشاوي، مرجع سابق، ص. 107.

ولقد قسّم قانون العقوبات الجروح من الوجهة الطبيّة الشرعية حسب مدة علاجها إلى ثلاثة درجات يختلف العقاب فيها لمدة العلاج. فهناك الجروح البسيطة وهي السجحات والتسلخات والكدمات وهي تشفى عادة في بضعة أيّام ما لم يطرأ عليها أيّ مضاعفات والجروح البسيطة هي التي تشفى عادة بالعلاج في مدة أقل من عشرين يوماً.

ثمّ الجروح التي يحتاج علاجها أكثر من عشرين يوماً وهي عادة تكون مصحوبة بالكسور وعقوبتها أشد من الأولى.

والنوع الثالث من الجروح هي غير قابلة لشفاء الكامل وتترك عادة بعد التئامها عاهات مختلفة (1).

ومن صور المسّاس بجسم الإنسان كما حدّدها قانون العقوبات إعطاء المواد الضّارة وتتحقّق هذه الصّورة بإعطاء المجني عليه مواد ضّارة بأيّ وسيلة كانت تؤثر على صحته وتلحق بها ضرراً، ولا عبّارة بشكل المادّة الضّارة أكانت صلبة أو سائلة أم غازية وأيّاً كان مصدرها حيواني أو نباتي أو معدني (2).

ويقصد بكلمة " الإعطاء " كل سلوك يقيم به الجاني الصّلة بين المادّة الضّارة وجسم المجني عليه سواء تناولها المجني عليه رغماً عنه أو بإرادته بعد أن يوهمه الجاني بفائدتها، أو أن يقوم أيّ شخص آخر حسن النّيّة بمزجها بدوائه أو شرايه أو بدّسها في طعامه.

ولا أهميّة لطريقة تناولها سواء عن طريق الفم أو الأنف أو الأذن أو عن طريق حقنها أو وضعها على الجلد لتمتصّها مسامات الجسم (3).

أمّا العاهة المستديمة وإن كان القانون لم يعرف العاهة المستديمة وإنّما اقتصر على مجرّد ذكر بعض صورها على سبيل المثال. وقد جرى تعريف قضاء النقض المصري على

(1). نفس المرجع السابق، ص. 108.

(2). طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، مرجع سابق، ص. 129.

(3). طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، مرجع سابق، ص. 129.

العاهة المستديمة بأنّها فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعتة أو تقليلها بصفة مستديمة فالعاهة المستديمة تتحقّق بفقد أو بعجز عضو أو جزء من الجسم أو منفعتة كانت سليمة قبل الإصابة (1).

إنّ كل ما من شأنه نقص قوّة أحد الأعضاء أو تقليل قوّة مقاومتها الطبيعية يعتبر مسّاس بالجسم البشري، ولم يحدّد القانون نسبة معيّنة للنقص الذي يمكن وقوعه لتكوين العاهة المستديمة، بل ترك الأمر في ذلك لتقدير قاضي الموضوع يبيّن فيه بما يتبيّن من حالة المصاب وما يستخلصه من تقرير الطبيب. ومتى أثبت الحكم أنّ منفعة أحد الأعضاء أو وظيفته فقدت ولو قدرًا جزئيًا بصفة مستديمة فذلك كاف (2).

وفي قانون العقوبات الجزائري عندما ينتج عن العنف عاهة دائمة تتحوّل الجريمة إلى جناية طبقًا للمادّة 264 في فقرتها الثانية أو يكون الاختصاص في فصل النزاع لمحكمة الجنائيات (3).

وتحد عناصر الجريمة وفق لهذه المادّة ما يلي :

- فقد أو بتر أحد الأعضاء.
- المنع من استعمال عضو.
- فقد البصر.
- فقد بصار أحد العينين دون الأخرى.
- أو أيّة عاهة مستديمة.

(1). طعن مصري رقم 1199 لسنة 36 ق جلسة 1966/1/1 س 17 ص 1061. مقتبس عن : معوض عبد التوّاب، قانون العقوبات، لا توجد دار النشر، 2000، ص. 868.

(2). طعن مصري رقم 1577 لسنة 8 قطع رقم 1938/5/23. مقتبس عن : معوض عبد التوّاب، قانون العقوبات، المرجع السّابق، ص. 867.

(3). بن الشيخ لحسين، دروس في المسؤولية الإدارية الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 71.

يستخلص ممّا سبق أن أبعاد التكامل الجسدي أن يحتفظ الجسم بمادّته كاملة غير منقوصة، ويعتبر ما يخالف ذلك اعتداء على استواءه وتكامله ويرتّب المسؤولية الجنائية، ولا يغيّر من هذه المسؤولية رضاء المجني عليه، كما أنّ التكامل الجسدي يقتضي ألاّ يُنال من مادّته دون تفرقة بين أعضائه ومنتجاته ومشتقاته ضمن ترتيب معيّن بحسب الأولويات، بل أنّ مكوّنات الجسم كلّها على قدم المساواة سواء كان العضو داخلياً أو ظاهرياً وبغض النظر عن انتماؤه لأحد الأجهزة، العصبية، العظمية، التنفّسي، وبغض النظر عن وظيفته.

ج- التحرّر من الآلام البدنية:

وهذا يعني حق الإنسان في التحرّر من آلام البدن ويتحقّق الإيلام البدني لما يلق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح.

وعلى ذلك فإنّ كل فعل يسبّب للمجني عليه ألم لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعانيه يعتبر اعتداء على سلامة الجسم، ترتّب على هذا الفعل المسّاس بصحة المجني عليه أو المسّاس بمادّة جسده أم لم يترتب عليه شيء من ذلك مثال ذلك لوي ذراع المجني عليه أو الضغط على عنقه أو صفعه على وجهه (1).

ويتمثل هذا العنصر أيضاً في المحافظة على الهدوء والسكينة التي يتمتّع بها الجسم. فالإنسان حينما يشعر بالسكينة في بدنه، فإنّه يحسّ بالرّاحة البدنية والاستمتاع بما فطر عليه من الصّحة.

فضلاً عن عدم إحساسه بالألم التي قد يكابدها في غياب هذه السكينة، وتتحقّق حينما يكون الجسم محتفظاً بمادّته وتكامله الجسدي وبالمستوى الصحيّ الذي يتمتّع به، يتلقّى صاحبه من خلاله شعوراً بالرّاحة والاستقرار الجسدي (2).

(1). محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص. 845.

(2). مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة

الإسلامية، مرجع سابق، ص. 46.

وتطبيقاً لذلك يُعدّ اعتداء على السكينة البدنية إجبار الشخص على تناول مادة كريهة المذاق ولكنّها غير ضارة بصّحته وكذلك قذف المجني عليه بكمية من الماء سواء كان نظيفاً أو قذراً أو البصق في وجهه أو فتح تيّار هوائي أمام جسمه فكلّها أفعال تمّس بالرّاحة النّفسيّة رغم تفاهة الفعل (1).

ولقد ثار خلاف فقهي حول اعتبار الأفعال البسيطة التي تحدث آلاماً بدنية لدى الشخص هل تدخل ضمن أفعال المسّاس بسلامة الجسم، أم أنّها تعتبر في نظر القانون من الإباحة ؟ ومثال هذه الأفعال الحجامّة والكي والوشم وخرق الأذن لدى الإناث لوضع الحلّي للزينة.

القول الأوّل (2) في هذه القضية يرى بأنّ تحمّل الشخص لتلك الآلام ينفصل عن لائحة صدرت تطبيقاً لقانون العقوبات المصري.

ويرى آخرون (3) بأنّ عدم متابعة الجنّاة عن هذه الأفعال يستند إلى أنّها أفعال بسيطة وتافهة وقليلة الأهمّيّة وخاصّة أنّها تحدث بين الأقارب. كما أنّها من الطّبّاع والعادات التي تخرج من دائرة أفعال المسّاس السكينة البدنية والقانون لا يلقي بالاً للتوافه (4). والمشرّع الجزائري شأنه شأن مشرعي الدول العربيّة والإسلامية التي تسود فيها معتقدات خاصّة وأعراف دائمة والتي تجعل من أفعال الوشم وخرق الأذن من أمور الزينة وليست أفعالاً من شأنها الإيذاء والإضرار بالسكينة العامّة.

(1). مروك نصر الدين، نفس المرجع السابق، ص. 47.

(2). Grandoulin, *Le droit égyptien indigène*, 1908, T 2, p. 8.

نقلا عن مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ...، المرجع السّابق، ص. 47. الهامش 2.

(3). علي بدوي، الأحكام العامّة في القانون الجنائي، الجزء الأوّل، الجريمة، دن، 1988، ص. 19.

(4). مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 47.

ولا نود أن نغفل جانب السكينة النفسية إلى جانب السكينة البدنية على نحو ما بيّناه حينما تعرّضنا إلى مظاهر المسّاس بالجانب النفسي. فمناولة المجني عليه مادّة مسكّرة أو مخدرة أو إطلاق عيار ناري بجانبه أو إخباره بنبأ مفرع، أو تهديده باستخدام القوّة ضدّه وغيرها من الأفعال، تنال بصورة مباشرة بالسكينة النفسية للمجني عليه وتحدث خللاً بالطمأنينة النفسية لتتجرّ عنها آلاماً بدنية. كما أنّ الاعتداء على الجسم تخلف آثاراً نفسيّة.

فهناك علاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني. فقد يؤدي الاعتداء إلى تقلّصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان، ممّا يضّر بالسكينة النفسية بصورة غير مباشرة كنتيجة لبعض الجروح الفيزيقية أو الاعتداء بالأعيرة النارية... وإذا كان بيان الطبع الفردي للحق في سلامة الجسم يتحدّد بالعناصر الثلاث (استمرار الأداء الطبيعي للوظائف، التكامل الجسدي، والتحرّر من الآلام) فإنّ تمام الحق في السلامة الجسدية لا يستوي إلاّ ببيان الطابع الاجتماعي لهذا الحق، وتفصيل ذلك ما يلي.

ثانياً : الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم

إنّ الحق في سلامة الجسم على النحو السابق يمثّل المحل القانوني ؛ أيّ المصلحة القانونية لمحلّ جرائم الإيذاء. فمن مصلحة الإنسان أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي، وأن يظلّ محتفظاً بتكامله الجسدي متحرراً من الآلام البدنية. وإلى جانب مصلحة الإنسان في سلامة جسمه التّيلا تحتاج إلى بيان فإنّ للمجتمع مصلحة في سلامة أجسام أعضائه حتّى يتّمكن كل منهم من النهوض بالوظيفة الاجتماعية المطلوبة منه (1).

(1). فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص. 131.

ويتضح الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم من طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معين، حيث تلقى على عاتق كل فرد مسؤولية يضطلع بها بشخصه لتشكّل واجباً معيناً ومن مجموع هذه الواجبات تنشأ للمجتمع حقوق مقابلة لها.

لذا تتقرّر للدولة مسؤولية اتجاه الحق في سلامة الجسم شأن باقي الحقوق فيثور التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية من حيث هي، فهل تعتبر التزام بتحقيق نتيجة أم أنّها التزام ببذل عناية وهل الأمر سيان بالنسبة لجميع الدول، هنا لا شك أنّ الدور الذي يقوم به الفرد داخل مجتمعه يؤثر كمّاً وكيفاً فيما يحصل عليه من حقوق بوصفه عضواً في المجتمع وبالتالي تتقرّر مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان باعتباره عضو في المجتمع، وتتحدّد هذه المسؤولية على مستويات ثلاثة :

- واجب الاحترام ؛
- واجب الحماية ؛
- واجب تنفيذها بالفعل (1).

وإذا كانت مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان المحمية بوصفه إنساناً تعتبر من قبيل الالتزام بتحقيق غاية تحقيقاً غير منقوص، فإنّ طبيعة مسؤولية الدولة تجاه الحقوق المحمية للإنسان بوصفه عضواً في المجتمع حالة كون تحقيقها يحتاج إلى وجود إمكانيات ومقومات لدى الدولة.

فإنّ طبيعة هذه الحقوق باعتبارها على الوجه الغالب حقوق اقتصادية واجتماعية ثقافية يستعصى تحقيقها للكافة تكون الدولة مسؤولة ببذل عناية، إلاّ أنّه إذا كانت الدولة لها مقومات وإمكانيات في حقوق ما تتحوّل المسؤولية إلى تحقيق غاية. ومن ثمّ فإنّ مسؤولية الدولة تتحدّد وفقاً لظروف كل مجتمع (2).

(1). خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2002، ص. 81.

(2). خيرى احمد الكباش، مرجع سابق، ص93.

المطلب الثاني: مشروعية التصرف في جسم الإنسان

يعد المظهر الفيزيولوجي للإنسان وتكوين جسمه أمر خارج عن إرادته ولا دخل له فيه فطوله وقصره وجماله وجنسه وأمور أخرى يولد بها وتلعب فيها الوراثة دوراً هاماً.

لكن بتطور الطب و كل الوسائل المستعملة ، صار جسم الإنسان محلاً للعديد من الممارسات التي مكنت من التغيير فيه (1).

في هذا الاطار اختلفت الآراء والمواقف بشأن حق الإنسان في التصرف بجسمه من قبل رجال القانون ووضع إطار قانوني يلاءم هذا التصرف المعقد من جهة.

ومن جهة أخرى اختلف علماء الشريعة الإسلامية بشأن حرية الإنسان في التصرف في جسمه.

الفرع الأول : مشروعية التصرف في جسم الإنسان في القانون

لقد كان للفقهاء الفرنسيين الفضل في وضع أولى النظريات التي تبرر حق الشخص في التصرف في جسمه والمحافظة على سلامته، وتلته بروز تنظيم قانوني للعمليات الطبية الماسة بجسم الإنسان على مستوى التشريعات الغربية و العربية (2).

وقد ظهرت عدّة نظريات لتبرير مشروعية حق الإنسان في التصرف في جسمه بناءً على ترخيص قانوني وهناك من يبرر هذا الحق بناءً على الغرض المرجو تحقيقه منه.

أولاً : التنظيم القانوني للعمليات الطبية الماسة بجسم الإنسان

1-التنظيم القانوني في التشريعات الغربية:

إنّ أساس إجازة الأعمال الطبيّة والجراحية على جسم المريض تتطلب رخصة وهذا وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب والجراحة.

(1). د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1999، ص. 07.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 418.

ونظرًا لتطوّر العلوم الطبيّة وظهور المشاكل القانونية أصبح وضع تشريع قانوني ينظّم الاعمال الطبية الماسة بحق الانسان أمرًا حتميًا. فقد كانت الدول الغربية أوّل من نظمت عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، ثمّ تلتها الدول العربية.

و هذه الاعمال الطبية انتشرت بشكل كبير في الدول الغربية وهذا نظرًا للتطوّر الكبير في المجال الطبّي ممّا أدّى على سنّها في قوانينها التشريعية الأمريكي والإنجليزي والفرنسي (1).

1. التشريع الأمريكي:

في سنة 1961 قامت الحكومة الفيدرالية بوضع أوّل قانون للاعمال الطبية ، وفي سنة 1968 صدر قانون موحّد يسمح بنقل الأعضاء من جثث الموتى ويعرف بقانون الهبة التشريحية الاتحادي (2). وما يميّز هذا القانون بأنّه يسمح للشخص الذي بلغ سن 18 سنة فأكثر الذي يتمتع بالاهلية القانونية أن يهب جزء أو كل جثته بعد وفاته لأغراض طبية وفقًا لما يسمح به القانون، بعد ذلك صدر في سنة 1984 صدر قانون فيدرالي يتضمن في قسمه الأوّل الضوابط القانونية التي يجب احترامها في عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، ومنع الاتجار بها (3).

أمّا القسم الثاني فيتضمن العقوبة التي تفرض على جريمة الاتجار بالأعضاء داخل الولاية الواحدة أو بين الولايات والمتمثلة في عقوبة الحبس مدة 5 سنوات، وغرامة مالية لا تزيد عن خمسة آلاف دولار أمريكي (4).

(1). هناك عدد كبير من الدول الأوروبية التي نظمت في تشريعاتها عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية من بينها: التشريع الفنلندي رقم 355 لسنة 1995 ، التشريع الإسباني رقم 426 الصادر سنة 1980 ، التشريع البرازيلي الصادر سنة 1968.

(2). د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية، ص. 188 و119.

(3). د. عبد الكريم مأمون ، مرجع سابق، ص. 444.

(4). المرجع نفسه، ص. 445.

2. التشريع الإنجليزي:

اهتمّ المشرع الإنجليزي في بادئ الأمر بنقل الأعضاء من جثث الموتى، حيث اصدر أول قانون ينص على نقل الفركية من الموتى سنة 1952، ثم صدر قانون ينص على نقل الأنسجة سنة 1961 وفي سنة 1989 صدر قانون يسمح بنقل الأعضاء بين الأحياء وجاء مكمل لقانون 1961 ، أصبح هذان القانونان يشكلان الشريعة العامة لعمليات نقل وزرع الأعضاء (1).

فتنص المادة الثانية من قانون 1989 على أن يكون المتبرع قريباً إلى غاية الدرجة الرابعة من مستقبل العضو، و بذلك يمكن الحصول على العضو المطلوب من غير القارب بشرط الحصول على إذن مكتوب من هيئة قومية خاصة تتكفل بدراسة الملفات (2).

وقد تناول القسم الأول في مواده الخمسة من القانون الصادر سنة 1989، تجريم عمليات الاتجار بالأعضاء من حيث المقابل المادي للمتبرع، والإعلانات ذات الصيغة التجارية والدعاية للتبرع بالأعضاء، وكذا أعمال الوساطة في هذا المجال وأما القسم الثاني يفرض عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أو الغرامة أو كلتا العقوبتين على زراعة ونقل الأعضاء بين أشخاص لا تربطهم صلة قرابة، أما الأقسام من 3 إلى 7 فقد عالجت أموراً تنظيمية كإصدار اللوائح وبيان المخالفات التي قد ترتكبها الهيئات والمؤسسات ذات الصلة (3).

3. التشريع الفرنسي:

يعدّ القانون الفرنسي السباق في تنظيم المسائل المرتبطة بجسم الإنسان، وتعود أولى النصوص الفرنسية المتعلقة بالترخيص المسّاس بجسم الإنسان إلى سنة 1887 والذي بفضل

(1). د. مهند صلاح احمد فتحي ، مرجع سابق، ص123

(2). Ahmed Abduldaim, op cit

(3). د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، صص. 118 و119.

يمكن تشريح جثة المتوفى سواءً كان ذلك من أجل البحث العلمي أو من أجل البحث عن أسباب الوفاة (1).

غير ان التشريع الفرنسي لم يتضمن تنظيمًا عامًا لمسائل زرع ونقل الأعضاء إلا حديثًا فقد كانت أولاً نصوص القانون تتعلّق بنقل القرنية سنة 1949 (2).

ثم صدر القانون رقم 76-1181 المعروف بقانون Caillavot الصادر بتاريخ 1976/12/22 المتعلّق بزرع ونقل الأعضاء البشرية و نصت المادة الأولى على زرع ونقل الأعضاء بين الأحياء، أما المادة الثانية فتضمّنت زرع ونقل الأعضاء من جثث الموتى، واستبعدت في المادة الثالثة المقابل المادّي، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا القانون تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى (3).

وقد دخل هذا القانون حيّز التنفيذ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 78-501 الصادر بتاريخ 1978/03/31 (4).

بعد ذلك أضاف المشرع الفرنسي القانون رقم 94-654 الصادر بتاريخ 1994/04/29، والذي عالج بموجبه عمليات زراعة ونقل الأعضاء بشكل دقيق وذلك بإضافة وتعديل مواد مختلفة في قانون العقوبات وقانون الصّحة العامّة والقانون المدني (5).

ثم أعقبت هذه القوانين بمجموعة من النّصوص التنظيمية المرتبطة بمجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في شكل مراسيم، التي أجازت استئصال الأعضاء سواءً من الجثث أو

(1). www.santé-dz.com.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 446.

(3). Loi n° 76-1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvement d'organe, 23/12/1976 voir BlerenceBellivier, Christine Noiville, nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 2006, p. 142.

(4). Décret exécutif n° 078-501 du 31/03/1978j.o04/04/1978 voir FlerenceBellivier Christine Noiville, , op.cit, p. 142.

(5). Loi n° 94-653 du 29/12/1994 relative au respect du corps humain. Voir www.journal officiel.fr.

Loi n° 94-654 du 29/12/1994 relative au don et a l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostique prénatal journal officiel de la Public Française, j.o30/07/1994, voir www.journal officiel.fr

الأحياء، بشرط مراعاة الضوابط القانونية أو التقنية أو الطبيّة، مع احترام كرامة وحرية الإنسان (1).

حيث اشترطت أن تتمّ هذه العمليات بدون مقابل وأن تكون لأغراض علاجية بعد الحصول على الموافقة الحرّة للمتبرّع الخالية من جميع عيوب الرضا خاصة الاكراه السالب للرضا (2). وقد أضاف القانون الصادر سنة 1994 شرطاً آخر يتمثل في سرية هوية الأطراف (3) فلا يمكن للمتبرّع معرفة شخصية للمستفيد، ولا يجوز للمستفيد معرفة الشخص المتبرّع (4).

2- التنظيم قانوني في التشريعات العربية:

لقد نظمت عدة تشريعات العربية الاعمال الطبية الماسة بجسم الانسان نذكر منها :

1. التشريع الجزائري:

لقد عالج المشرع الجزائري هذه العمليات بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05(5)، وذلك في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها الصادر بتاريخ 16 فيفري سنة 1985، يتضمن هذا الفصل ثمانية مواد وهي من المادة 161 إلى 168، اشترطت الفقرة الأولى من المادة 161 وجوب انتزاع الأعضاء للأغراض العلاجية أو التشخيصية فقط، ومنعت الفقرة الثانية من نفس المادة المقابل المادّي لعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، فلا يجوز أن يكون زرع أو نقل الأعضاء محل معاملة مالية او بالأحرى لا يمكن ان يكون محل عملية تجارية.

(1). Ahmed Abduldäim, op , cit.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 448.

(3). نصّ المشرّع الجزائري على شرط عدم كشف هوية الأطراف في المادة 2/165 من قانون 90-17 قانون الحماية المتعلق بالصحة وترقيتها.

(4). د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 115.

(5). قانون 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر، عدد 8 لسنة 1985.

ونصت المادتين 162 و 163 من هذا القانون على الشروط الواجب توافرها في المتبرع الحي، كما تناولت المواد من 164 إلى 168 من نفس القانون الشروط الواجب توافرها في حالة انتزاع الأعضاء من الموتى.

تمّ تعديل القانون المتعلق بحماية الصّحة وترقيتها دور رقم 85-05 بموجب القانون رقم 90-17 حيث عدّلت المادتين 164 و 165 من القانون 85-05 تم إضافة أربعة مواد جديدة وهي من المادة 168 مكرر 1 إلى 168 مكرر 4، والتي تتضمن إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطبّ، المكلفة بتقديم الرأي بشأن عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية والتجارب الطبيّة ..

و تجدر الإشارة انه قبل صدور قانون 85-05 كان يستند الأطباء المختصون في مجال زرع ونقل الأعضاء البشرية إلى فتوى المجلس الإسلامي الأعلى⁽¹⁾، والتي أجازت نقل الدم ونقل الأعضاء البشرية من الموتى أو بين الحياء وجدد المجلس إجازته لهذه العمليات مرة ثانية بمناسبة صدور القانون المتعلق بحماية الصّحة وترقيتها⁽²⁾.

(1). صدور فتوى بتاريخ 20 أفريل 1972.

(2). من أجل تنفيذ هذا القانون أصدر المشرّع الجزائري مجموعة من المراسيم التنفيذية والقرارات منها :

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدوّنة أخلاقيات الطبّ، ج.ر، عدد 52 سنة 1992.

- المرسوم التنفيذي 96-122 المؤرخ في 06 أفريل 1996 المتضمن المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصّحة وعمله وذلك تطبيقاً للمادة 1/168 من قانون الصّحة وترقيتها، ج.ر عدد 22 لسنة 1996.

=- المرسوم التنفيذي رقم 97/467 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997 الذي يحدّد قواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وتسييرها، ج.ر، عدد 81 لسنة 1997.

- المرسوم الرئاسي رقم 99-236 المؤرخ في 19 أكتوبر 1999 الذي يحدّد تطبيق المادة 201 من القانون 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 والمتعلق بحماية الصّحة وترقيتها معدل ومتمم ج.ر، عدد 74 لسنة 1999.

- المرسوم الرئاسي رقم 02-341 المؤرخ في 16 أكتوبر 2002 الذي يعدّل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-471 المؤرخ في 07 ديسمبر 1991، والمتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المختصين الاستشفائيين الجامعيين، ج.ر، عدد 69 لسنة 2002.

في هذا الصدد تستمد مشروعية زرع ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري إلى نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 والتي تنص :
[لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشتط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة].
اما مشروعية عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية من الأموات تستند على نص المادة 164 من نفس القانون والتي تنص على أنه :

[لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية].
من خلال هذين النصين نستنتج أنّ المشرع الجزائري أجاز استئصال الأعضاء من جسم الانسان حيًا كان أو ميتًا، وبهذا يكون قد فصل في الخلاف القائم حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية و هذا من عدمه، فنّظّم هذه العمليات حسب المبادئ والشروط التي حددها علم الطبّ والفقّه الجنائي الحديث :

2. التشريع الكويتي:

تعتبر الكويت أول دولة عربية تصدر قانونًا خاصًا يتعلّق بموضوعه بزرع ونقل الأعضاء البشرية، حيث أصدرت القانون رقم 30 لسنة 1970 والقانون رقم 7 لسنة 1983 المتعلّق بنقل الكلى، استنادًا إلى فتوى أصدرتها لجنة الفتوى لوزارة الأوقاف الإسلامية بالكويت (1).
الى جانب ذلك نظمت عدّة ندوات ومؤتمرات للوقوف على مدى مشروعية عمليات زرع ونقل الأعضاء من النّاحية القانونية والشرعية.

(1). الفتوى رقم 132 لسنة 1979 الصّادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، بتاريخ 1979/12/24 والخاصة بنقل الكلى، المذكورة في د. بابكر الشيخ، مرجع سابق ص.

وقد تناول القانون الصادر سنة 1983 عمليات زرع ونقل الكلى، فنص في مادته الأولى على الهدف العلاجي لمثل هذه العمليات، أمام مادته الثانية فقد حددت مصادر الحصول على الكلى، المادة الثالثة فتطرق إلى الشروط الواجب توفرها في المتبرع وفرض عقوبات جزائية لكل من يخالف أحكام هذا القانون في المادة الخامسة (1).

أصدرت الكويت بعد ذلك القانون رقم 55 لسنة 1987، والمتعلق بزراعة الأعضاء، وتتص المادة الأولى من هذا القانون على مشروعية التنازل على الأعضاء من الموتى ومن الأحياء.

أما المادة الثانية فجاءت لتبيان المصلحة العلاجية لعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، فقد نصت عليها في المواد: 3، 4، 5، 6 الشروط الواجب توفرها في هذه العمليات. وحددت المادة 8 أماكن إجراء هذه العمليات، وهي المستشفيات المحددة من قبل وزارة الصحة التابعة لها، وتناولت المادة 10 الجانب الجزائي عند مخالفة أحكام هذا القانون (2).

3. التشريع القطري:

في سنة 1997 أصدرت دولة قطر القانون رقم 21 لسنة 1997 المتعلق بزرع ونقل الأعضاء البشرية، ويتضمن 14 مادة، جاء في المادة الأولى توضيح معاني بعض المصطلحات كالعضو، ونقل العضو والوفاة، وحددت المواد من 2 إلى 7 الشروط الواجب توافرها في عمليات زراعة ونقل الأعضاء.

وتضمنت المادة 8 جواز نقل الأعضاء من مجهولي الهوية بموافقة المحكمة الشرعية، وجاء رفض المشرع القطري في المادة 9 لبيع وشراء الأعضاء أو تقاضي أيّ مقابل مادي عن ذلك، وحددت المادة 10 المستشفيات التي تجرى فيها هذه العمليات.

أما المادة 12 فجاءت بالعقوبات الجزائية في حال الإخلال بهذه الأحكام القانونية (1).

(1). د. نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 89.

(2). نفس المرجع السابق، ص ص 89 - 90.

ثانيًا: نظريات تبرير حق الشخص على جسمه

تعدّ عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية من الأساليب الحديثة والفعّالة للعلاج والتي يتطلّب إجرائها استئصال عضو جسد شخص سليم لا يشكو من علة لوجود مصلحة علاجية للغير.

فذهب البعض من الفقه إلى تبرير عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية إلى ردّ أساسه مشروعية هذا النوع من الممارسات إلى المصلحة الاجتماعية (أولاً)، وهناك من يردّ أساس إجازتها إلى الضرورة العلاجية المقترنة برضا المانح (ثانيًا)، فيحين ذهب البعض من الفقه يبرّر عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية على أساس السبب المشروع (ثالثًا).

1. نظرية المصلحة الاجتماعية:

أخذ الفقه فكرة المصلحة الاجتماعية من المبادئ العامة للقانون والدين واجتهادات المحاكم وعادات وتقاليد المجتمع، فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، ومع ذلك فإنّ غايتها لا تختلف باختلاف الدول وهي المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع وتحقيق الصالح العام واحترام القوانين (2).

أ.مضمون نظرية المصلحة الاجتماعية: تقوم هذه النظرية على أساس المصلحة الاجتماعية ذلك أنّ الحق في سلامة الجسم يعتبر من الحقوق اللصيقة بالإنسان - وهو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل فرد في أن تؤدي أعضاء جسمه وظائفها أداءً طبيعيًا، وأن يتحرّر من الآلام البدنية وكل اعتداء على إحدى وظائف الجسم يعدّ مساسًا بالحق في سلامة الجسم (3).

(1). د. نسرین عبد الحمید نبیه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008، ص

(2). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق ص. 76.

(3). د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل الأعضاء، مرجع سابق، ص. 85.

يرى أنصار هذه النظرية أن تنازل الفرد عن عضو من أعضاء جسمه لصالح شخص مريض يعد واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني⁽¹⁾، وإذا كان الحق في سلامة الجسد فردياً، لأنّ الشخص أولاً وأخيراً سيّد نفسه، إلّا أنّ لهذا الحق جانب اجتماعي، بمعنى أن هناك عدد من المزايا التي يتضمنها هذا الحق هي حق للمجتمع ومع ترابط المصلحتين، مصلحة الشخص في سلامة جسده ومصلحة المجتمع في أن يقوم كل فرد من أفراد المجتمع بوظيفته الاجتماعية⁽²⁾.

إلّا أنّه ما يعني المجتمع من سلامة الجسم والذي يعدّ الفرد صاحب المصلحة المباشرة فيها هو المزايا المرتبطة بهذه السلامة والتي من الطبيعي أن يحرص على حمايتها، خصوصاً تلك التي تمثل أهميّة اجتماعية⁽³⁾.

ويقوم الأساس القانوني للمصلحة الاجتماعية على الموازنة بين الخطر الذي يتعرّض له من يحتاج إلى عضو لينقذ حياته والمخاطر التي يتعرّض لها من يقدم العضو وهذه الموازنة ينظر إليها من زاوية المصلحة الاجتماعية لأنّ الأمر كلّه يتمّ تقديره من خلال منظور تلك المصلحة، فحين يتقدم شخص بإحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدّد حياته بموت أكيد يزيد النفع الاجتماعي بمجمله عمّا كان قبل إجراء عملية نقل الكلية، لأنّ هذه العملية انتقصت من المعطي بقدر محدود وزادت من النفع الاجتماعي لمن تمّ إنقاذ حياته⁽⁴⁾.

(1). رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث، عمّان، 2006، ص. 48.

(2). يراد بالوظيفة الاجتماعية مجموع الالتزامات التي يضعها المجتمع على عاتق كل فرد من أفرادها، وهي تمثل بالنسبة له مساهمة في المحافظة على كيان المجتمع وازدهاره ولا تقتصر الوظيفة الاجتماعية على الأعمال التي يؤديها الشخص، بل تشمل أيضاً صلاحيته لأداء كل عمل يتطلّبه الحفاظ على ضمان ازدهار ذلك المجتمع.

- د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 77.

(3). د. محمد حماد مرهج الهيبيتي، مرجع سابق، ص. 45.

(4). د. علي محمد بيومي، أضواء، على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2005، ص. 14.

كما أن الانتقاص في إمكانيات المعطي الذي صاحب عملية نقل العضو، قد قابله نفع أكبر للمريض الذي أنقذ حياته، وكاد المجتمع أن يفقده ويفقد وظيفته، وبالتالي أصبحت الحصيلة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة لعضوين من أعضاء المجتمع، المعطي والمريض (1).

ولكي تتحقق الموازنة، يورد أنصار هذا الاتجاه قيود معينة حتى يتحقق الغرض السامي من عمليتي زرع ونقل العضو، ومن أهم هذه القيود أن لا تكون هناك وسيلة علاجية أخرى تعوض هذه العملية وأن لا يؤدي انتزاع العضو من المعطي إلى انتقاص دائم وجسيم في صحته، وكذا ضرورة توافر القصد العلاجي في عملية نقل العضو (2).

إنّ عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية بالنسبة لأصحاب هذا الاتجاه، يعتبرونها حدث يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية فهو حدث اجتماعي يعبر بصدق عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد، والسعي نحو شفاء شخص أو إنقاذ حياته من مرض يقعه عن أداء وظائفه الاجتماعية، بمنح عضو من جسد شخص لن يكون لعملية الاستئصال أثر على سلامة جسد المعطي، ويعد ذلك أمراً مقبولاً اجتماعياً جدير بالتأييد (3).

ب. نقد نظرية المصلحة الاجتماعية: تقوم فكرة المصلحة الاجتماعية التي يستند إليها أصحاب هذه النظرية على أساس غامض فهي تجعل الأعضاء البشرية أشياء مشاعة بين أفراد المجتمع، ويتم نقلها فيما بينهم للمنفعة التي تعود على المجتمع (4)، وهو ما يسمح بالإساءة إلى الإنسان وكرامته، إذ لو أخذنا بهذه النظرية فإنّه يسمح بإجراء عملية نقل الأعضاء يتم بموجبها

(1). د. حماد مرهج الهيتي، مرجع سابق، ص. 47.

(2). نفس المرجع السابق، ص. 47.

(3). د. مهند صلاح فتحي أحمد العزة، مرجع سابق، ص. 77.

(4). نفس مرجع سابق، ص. 77.

الأخذ من صحة شخص لإضافتها إلى شخص آخر بسبب أهمية الوظيفة الاجتماعية للشخص الثاني (1).

تعدّ فكرة المنفعة الاجتماعية فكرة متغيّرة وواسعة، إذ يزداد مجال الالتزامات والواجبات بين الأفراد في مرحلة النضج والشباب من جهة، ويقل تدريجياً مع التقدّم في العمر أيّ في مرحلة الشيخوخة من جهة أخرى.

وتتباين القدرات المطلوبة في مختلف مجالات العمل فبعضها يتطلّب قدرات بدنية محدودة في حين هناك أعمال تتطلب قدرات بدنية كبيرة، ويمكن أن تتمّ بالوجه الذي يتفق مع مصلحة المجتمع، بناءً على ذلك قد يكفي لإجازة بعض العمليات إرادة المتبرع فقط مهما تكن درجة المساس بسلامته الجسدية، ما دامت لا تؤثر على وظائفه الاجتماعية، كما في حالة المتبرع المعاق أو كبير السن. بينما قد لا تكفي موافقة المتبرع لوحدها في الحالات الأخرى، وهو ما يفسح المجال للتجاوزات وسوء الاستعمال.

إنّ فكرة المنفعة الاجتماعية هي فكرة واسعة يصعب تحديدها، لأنّ الأمر يختلف من حالة إلى أخرى. لأنّ صحة الإنسان العقلية والنفسية تتأثر بظروف وعوامل مختلفة، فلا يمكن الجزم بتحسّن المريض بعد عملية الزرع، كما قد يتعرّض المريض لمضاعفات عملية مستقبلاً (2).

يكون مناط الموازنة بين المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية هي دائماً الفائدة التي سوف تعود على المجتمع، بغض النظر عن الاعتبارات الإنسانية وبالتالي فإنّ تقدير هذه المنفعة منوط دائماً بالأهميّة الاجتماعية للشخص وما يشغله من مركز في المجتمع. بحيث يصبح تنازل " عالم " كبير عن إحدى كليتيه لصاحب مهنة متواضعة مثلاً أمراً لا ينطوي على

(1). عبد الرحمان خلفي، الحماية الجنائية للاعضاء البشرية في اطار عملية نقل الأعضاء بين الاحياء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عود خاص 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص. 437.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 432.

أية فائدة اجتماعية والعكس صحيح، فاقتطاع جزء من جسد صاحب مهنة متواضعة لمصلحة أحد العلماء سوف يحقق فائدة اجتماعية كبيرة وبالتالي فإنّ الحسابات سوف تتجاوز البعد الإنساني للفرد، وتطغى عليه تحت شعار النفع الاجتماعي (1).

يعدّ مبدأ التكافل أو التضامن الاجتماعي مهمًّا جدًّا، إلّا أنّه لا يكفي لاعتباره سببًا مباشرًا لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتي تشكل خطورة تختلف من حالة إلى أخرى وفيها مساس بالسلامة البدنية للفرد، والأصل العام كما هو معلوم هو تحريم أيّ مساس بسلامة الجسد، لأنّ في ذلك اعتداء على مصالح فردية واجتماعية جديرة بالرعاية والحماية (2).

2. نظرية السبب المشروع:

يعدّ الفقيه ديكوك Decoq من أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين استندوا إلى فكرة السبب المشروع للقول بمشروعية عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية وقد استند هذا الفقيه من جهود من سبقه من رجال الفقه الفرنسي في التضييق من مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، والذي كان منظم في القانون المدني الفرنسي آنذاك، والتي لا تجيز إخضاع جسم الإنسان إلى أيّ اتفاق قانوني، وقد ساهم التطور السريع للحياة الاجتماعية في تراجع مبدأ الحرمة المطلقة بالمتّاس لجسم الإنسان، خاصة بعد انتشار الاتفاقات المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه أو تلك المتعلقة بعقود العمل (3).

أ. مضمون نظرية السبب المشروع:

تقوم هذه النظرية على أساس أن مشروعية التصرفات الواردة على جسم الشخص تتحدّد بالهدف المراد بلوغه من تلك التصرفات، فمتى كان الغرض مشروعًا كان التصرف مشروعًا، ولما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تهدف كأصل عام إلى إنقاذ حياة وصحة المريض،

(1). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 80.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 433.

(3). نفس المرجع السابق، ص. 419.

الذي يكون بحاجة ماسّة إلى العضو المنقول إليه، فإنّ مشروعيتها مرتبطة بمدى تحقيقها لهذا الغرض، أيّ إنقاذ حياة المريض (1).

يضيف الفقيه ديكوك Decoq أنّ الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلاّ إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو غيره، بناء على ذلك لا يجوز المسّاس بالجسم إلاّ إذا كانت المنافع والمزايا التي تترتب عن ذلك تفوق الأضرار الناشئة عن ذلك المسّاس، وإلاّ كان التدخل مخالفاً للأخلاق وغير مشروع (2).

حسب أنصار هذا الاتجاه قد تخلّف عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية ضرراً يسيّرًا بجسم المتبرّع، مثل استئصال جزء من الجلد أو عملية نقل الدم في حين قد تحدث عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية ضرراً جسيماً، مثل استئصال الكلى، لكن يبقى الفعل مشروعاً في كلتا الحالتين حسب الفقيه ديكوك طالما أن المتبرّع يتصرّف بدافع المساعدة الإنسانية لكن بشرط الالتزام بضوابط معيّنة، خاصة وأنّ العلم أثبت أنّ المتبرّع بعد استئصال العضو منه يستطيع أن يعيش حياة عادية (3).

ب. نقد نظرية السبب المشروع :

رغم صلاحية نظرية السبب المشروع لإبراز الحكمة من إجازة نقل الأعضاء إلاّ أنّها وجهت لها عدّة انتقادات باعتبارها لا تصلح كأساس لإجازة هذه العمليات كما أنّها تفتقر إلى معيار دقيق للتفرقة بين العمليات المشروعة وغير المشروعة في إطار الموازنة بين المصالح المختلفة، وهو ما جعل أنصار هذه النظرية يضيفون شرطاً آخر مفاده أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض (4).

(1). نفس مرجع سابق، ص. 420.

(2). د. نصر الدين مروت، مرجع سابق، ص. 80.

(3). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 68.

(4). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 421.

انتقدت هذه النظرية أيضًا على أساس أنه وإن كانت تصلح كأساس لإجازة الأعمال الطبية بصفة عامة والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض فإنها لا تصلح أساسًا لمشروعية نقل العضو من المعطى لأنه في هذه الحالة ليس للمتبّع مصلحة من التدخل الطبي على جسده فضلًا عن ذلك أن القانون لا يعتد في جرائم الماسة بالحياة وسلامة الجسم بالبواعث الدافعة إلى القيام بها سواء كانت مشروعة أم لا.

ورغم كون الباعث شريفًا في مجال زرع ونقل الأعضاء البشرية إلا أنه لا يصلح أن يكون سببًا لإجازة مثل تلك العمليات (1).

3. نظرية الضرورة العلاجية:

أول من نادى بهذا الاتجاه هو الفقيه الفرنسي " سفاتيه Savatier " في الستينيات واعتبر أن حالة الضرورة العلاجية هي أساس مشروعية زرع ونقل الأعضاء البشرية وفي سنة 1976 ظهر أول قانون يعالج عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية (2).

أ. مضمون نظرية الضرورة العلاجية: لقد حظيت نظرية الضرورة العلاجية باهتمام كبير من جانب رجال الفقه وقد عرّفها بأنّها " حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلاّ بارتكاب فعل محظور معاقب عليه " (3).

وقد اهتمّ كذلك بهذه النظرية القضاء الأنجلو أمريكي من حيث طبيعتها وشروط تطبيقها، ومن أهمّ القضايا التي برزت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر هي قضية البحارة الذين قاموا بقتل أحد زملائهم بغرض الاقتنيات من لحمه لدفع الجوع عن أنفسهم - بعد أن انحرقت سفينتهم في المحيط الأطلسي. وتعدّ هذه القضية نقطة بداية الخلاف بين فقهاء القانون الأنجلو أمريكي حول طبيعة حالة الضرورة (4).

(1). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 68.

(2). د. مهند صلاح فتحي أحمد العزة، مرجع سابق، ص. 64.

(3). د. أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص. 99.

(4). د. مهند صلاح فتحي أحمد العزة، مرجع سابق، ص. 64.

وحسب هذا الاتجاه تقوم الضرورة على أساس الموازنة بين المخاطر والأضرار، المخاطر التي يراد تفاديها والأضرار التي وقعت بحيث أنّ الضرورة لا تتحقق ولا تبيّر عمل الطبيب إلاّ إذا كان الخطر المراد تفاديه بالنسبة للمتلقي (المريض) يتناسب مع الضرر الذي وقع للمعطي (المتبرّع)، فالطبيب عندما يقوم باستئصال عضو يسبب ضرراً بالمتنازل ليتفادى ضرراً أكبر بالمريض وهو إنقاذه من الموت المحقق (1).

وإذا انتفى هذا التناسب بأن كان الضرر يفوق في جسامته الخطر، حق حينئذ مسائلة الطبيب الذي أجرى عملية النقل، واعتماد هذه الموازنة له ما يبيّره : إلاّ إذا كان الهدف من ورائه هو أن يتفادى به الطبيب ضرراً محدقاً بالمتلقي لا يقل عن الخطر الجسيم أو الهلاك، وتبغ مسؤولية الموازنة بين المخاطر والمزايا على عاتق الطبيب الذي يقارن بينهما ثم يقرّر إجراء العملية أو عدم إجرائها (2).

تتميّز حالة الضرورة في عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية بأن نطاق المقارنة بين الخطر وفرصة الشفاء لا تتعلّق بشخص واحد وإنّما بأكثر من شخص أيّ أنّ نطاق حالة الضرورة في مثل هذه العمليات يختلف عن أيّ عمل طبي آخر فعلمية تقدير الأخطار والفوائد تكون بالنسبة للمتبرّع السليم والمتلقي المريض في آن واحد والطبيب حينما يقوم بهذه المقارنة يجب أن يتتّره عن أيّة أغراض شخصية عند اختيار الشخص المتبرّع، فهذا التّدخل الطّبي يكون مشروعاً متى تمّ اختياره لغرض علاجي فقط (3).

يجب على الطبيب أن يراعي في الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء، في الظروف

التّالية :

(1). انقسم الفقهاء إلى قسمين بشأن حالة الضرورة فهناك اتجاه يرى أنّ الضرورة تعدّ سبباً للإباحة وهي علّة إعفاء الشخص من المسؤولية الجزائية للفعل الذي يأتيه تحت غطاء الضرورة وهناك اتجاه آخر يرى أنّ الضرورة مانع من موانع المسؤولية الجزائية.

-راجع في ذلك، رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية، مرجع سابق، ص. 46.

(2). د. محمد حماد مرهج الهيبي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، الإسكندرية، 2004، ص. 38.

(3). د. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص. 83-84.

أ/- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المتلقي (1)، وبالتالي إذا أمكن إنقاذ الشخص عن طريق نقل العضو من جثته، فلا تتوافر حالة الضرورة ولا يجوز الاستئصال من جسم شخص حي (2).

ب/- أن لا تؤدي عملية نقل العضو إلى موت المعطي أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم في وظائف جسمه وهذا الشرط متصل بشرط الموازنة بين مصلحتين، مصلحة المريض ومصلحة المتبرع بحيث إجراء الطبيب التماس بين الضررين من شأنه أن يؤدي إلى شفاء المريض وعدم المساس بالمعطي (3)، ويدخل عمله في نطاق حالة الضرورة، ثم لا يسأل مدنياً أو جنائياً، وعلى الطبيب أيضاً أن يتحقق من صلاحية العضو المتنازل عنه للزرع وعدم إصابته بأمراض مثلاً والتأكد من توافر كافة العناصر اللازمة لنجاح عملية الزرع (4).

ج/- أن يكون الخطر المراد تفاديه أكثر بكثير من الضرر الذي وقع، فإذا كان استئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له، فإن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم تنقل إليه الكلية. فالخطر أقل من الضرر والمتنازل يضل على قيد الحياة، ويظل جسمه مؤدياً لكافة وظائفه ولا يصاب إلا ببعض النقص في الصفة التشريحية لجسمه.

أما المريض فإنه يتعرض لخطر الموت، وبموازنة هذه المخاطر مع الضرر نجد أن الضرر الذي يصيب المتنازل من استئصال جزء من جسمه أقل من الخطر المراد تفاديه بالنسبة للمريض (5).

(1). د. عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص 434.

(2). د. سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص. 77.

(3). رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص. 48.

(4). Jean Penneau, **La responsabilité médicale Sirey**, Paris, 1977, p. 15.

(5). د. سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص. 76-77.

ووفقاً لهذه الشروط فإنّ اعتبار حالة الضرورة العلاجية كأساس لمشروعية عمليات زرع ونقل الأعضاء يشكّل تهديداً لسلامة جسم المتبرع. ففي كلّ مرّة يوجد فيها شخص مريض يهدّده خطر جسيم ولا سبيل لتفاديه إلاّ نقل العضو له من شخص آخر سليم، فإنّه تتحقّق حالة الضرورة والتي تسمح للطبيب المعالج باستئصال العضو من أيّ شخص يراه مناسباً من الناحية الطبيّة وإدراكاً لما ترتبه هذه النتيجة من انتهاك واضح لحق المتبرّع في سلامة وتكامل كيانه الجسدي، عمد أنصار نظرية حالة الضرورة إلى اشتراط اقترانها بالرّضا الحرّ للمتبرّع (1).

إنّ توفر الضرورة لا تكفي كأساس لإباحة استئصال أيّ جزء من جسم الشخص إلاّ إذا كانت هناك موافقة صريحة منه، نابعة عن إرادته الحرّة ورضاه، ويكون الرّضا حرّاً كلما كانت الموافقة مجردة من أيّ ضغط مادّي أو معنوي قد يكون له تأثير على قرار الشخص بالتنازل عن جزء من جسمه، أمّا الرّضا المستنير فلا يأتي إلاّ بتبصير المتبرّع وإحاطته علماً بكافة الظروف المحيطة بالعملية وما يخفيها من مخاطر (2).

يرى جانب من الفقه للرّضا في حالة الضرورة له أهميّة كبيرة باعتبار أنّه فيه أحد العناصر المكوّنة لأساس مشروعية عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، وليس مجرد شرط من شروط إجرائها بحيث يجب أن يعطى لرضا المتبرّع قيمة أكبر من ذلك. ويكمن سبب ذلك في أنّ عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية تتسم بطابع التعاون والتضامن بين الأشخاص كما أنّ هذه القيمة في جوهرها تعدّ من الأصول الأخلاقية التي يمكن تحقيقها جبراً بقاعدة قانونية جنائية كانت أم مدنية فحسب، بل لا بدّ أن تكون هناك قناعة تامة ورضا حرّ ومستنير من جانب الفرد الذي يبادر إلى تجسيد ذلك التضامن والتعاون بالتنازل عن جزء من جسمه لإنقاذ من يتهدّده المرض المستديم أو خطر الموت (3).

(1). د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 67.

(2). د/مهند صلاح احمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 68.

(3). نفس المرجع السابق، ص 68.

لكن يرى جانب آخر من الفقه أن رضا المتبرّع يجب أن ينظر إليه على أنه مجرد شرط من شروط عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، ولا يجب أن يعطى له قيمة أكبر من ذلك فموافقة المتبرّع لا تعطي الطبيب الحق في إجراء عملية انتزاع العضو بل يجب قبل ذلك أن تكون الفوائد التي سوف تعود على المتلقي من وراء هذه العملية كبيرة، مع ضمان عدم تعرّض المانح لانتقاص جسيم في أداء أعضائه لوظائفها الحيوية، بل إنّ الرضا لن ينتج آثاره ولو كان ذلك من شأنه عدم إلحاق أيّ أضرار تذكر بالمانح، متى كان الهدف من استئصال العضو وزرعه يخالف أخلاقياً مهنة الطب والنظام العام⁽¹⁾.

وقد تبني مؤتمر المنعقد بين 3 و 7 سبتمبر 1969 الخاص بزراعة القلب والتصرف في الأعضاء نظرية حالة الضرورة في توصياته كأساس لمشروعية زرع ونقل الأعضاء إذ أكدت توصيات المؤتمر أنه لا بدّ أن تكون عملية زراعة العضو الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض وأن تفوق احتمالات النّجاح بشكل مؤكد ما قد يصيب المانح من أضرار⁽²⁾.

ب. نقد نظرية الضرورة العلاجية: يميل أغلب الفقه الفرنسي إلى نظرية الضرورة العلاجية إلاّ أنّهم يرون مع ذلك عدم كفايتها لوحدها من أجل القول بمشروعية نقل الأعضاء البشرية فهي لم تسلم من الانتقادات ومن بينها :

• إن من شروط الاستناد إلى حالة الضرورة لتبرير جميع عمليات نقل الأعضاء البشرية، فإذا كانت تصلح لتبرير بعض العمليات كنقل الدم فإنّها لا تصلح لتبرير غيرها من العمليات⁽³⁾ مثل نقل الكلى، والتي من أجلها تبلورت فكرة الضرورة أن تكون عملية

(1). نفس المرجع السابق، ص. 68.

(2). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص.

(3). د. محمد حماد موهج الهيتي، مرجع سابق، ص. 37.

النقل هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال، لكن هذا الشرط قد انتفى باستحداث الكلى الاصطناعية، باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العملية (1).

• من شروط حالة الضرورة وجود خطر حال وشيك الوقوع، وهو ما يقتضي أن يقوم الطبيب على وجه السرعة بإجراء عملية نقل عضو من شخص لزراعته في جسد المريض لإنقاذ حياته من الموت، وهذا الشرط لا يتوفر في حالة استئصال الأعضاء لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية، إلى حين الاحتياج لها في المستقبل (2).

إنّ نجاح نقل العضو ليس مؤكداً دائماً، فلا يمكن قبول تدخل الطبيب لتجنب خطر حال فإنّ ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة ما زالت مسيطرة على هذه العمليات (3).

• إنّ استخدام حالة الضرورة للتخلص من عبئ المسؤولية المدنية والجنائية إنّما يفرض ظروفاً يتعرّض فيها شخص ما لخطر معيّن فيدفعه لإلحاق ضرر أقل بالغير، ومن الصعب أن يتوافر هذا المنطق بالنسبة للطبيب في ممارسته لعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، فالطبيب كمهني يمارس عمله في حدود الأصول القانونية، وليس له أن يدعي التعرّض لضعف أخلاقي أو أدبي ولديه ضرورة إنقاذ مريض يوشك على الموت على حساب صحة شخص سليم.

• ولا يهم في هذا المقام أن تثار بساطة التضحية في جانب وضخامة الفائدة من جانب آخر (4).

• إنّ الأخذ بفكرة الضرورة هدر لحماية الحق في سلامة الجسد، ويسمح للطبيب باستئصال جزء من جسم أيّ شخص سليم، وإذا كان ذلك برضا المعطي فرضاً المعطي

(1). د. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص. 85.

(2). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 76.

(3). د. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص. 85.

(4). د. علي محمد بيومي، مرجع سابق، 2005، ص. 13.

ليس عنصر من عناصر الضرورة، إنّما هو شرط يمكن للطبيب استخدامه وتبرير تصرّفه (1).

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية

لقيت مسألة زرع ونقل الأعضاء البشرية اهتمامًا كبيرًا من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لما تعرفه من انتشار كبير في الوقت الحالي خصوصًا لارتباطها بشكل مباشر بجسد الإنسان الذي تقدسه الشريعة الإسلامية وتحميه من أيّ مسّاس مهما يكن.

إنّ عدم وجود نص في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة يتناول صراحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أدّى إلى اختلاف الآراء حول إباحتها من تحريمها والذي سنتناولها في فرعين بالتفصيل :

أولاً: الاتجاه الذي المسّاس بجسم الانسان

أقر جمع كبير من علماء الفقه إلى أن استئصال الأعضاء البشرية سواء من شخص حيّ أو من الميت، لغرض زرعها في جسد شخص آخر ليس فيه ما يخالف الشرع الإسلامي متى تمّ ذلك وفق شروط معينة.

1-الفتاوى المؤيدة للمساس بجسم الإنسان:

ذهبت معظم الفتاوى إلى جواز استئصال الأعضاء من الموتى أو الأحياء قصد زرعها في أجسام المرضى لإنقاذ حياتهم، وقد صدرت عدّة فتاوى (2) شرعية وتوصيات خاصّة بزرع ونقل الأعضاء البشرية وهي تتعلّق بمجموعة من المسائل كنقل الأجنّة ونقل أعضاء أخرى سواء من الحيّ أو من الميت ونقل قرنية العين ومن هذه الفتاوى نذكر :

(1). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 73.

(2). صدرت فتاوى من جهات رسمية، وكذا فتاوى فردية منضبطة من أشخاص مختصين منهم الشيوخ : يوسف القرضاوي، محمد الطنطاوي، على جمعة، محمد نعيم ياسين، عكرمة صبري، مصطفى الزرقا، إبراهيم اليعقوبي وغيرهم راجع د. نسرین عبد الحمید، مرجع سابق، ص. 15.

1- فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر الصادرة في 20 أبريل 1972 وقد جاء في أحد نصوصها :

[... في حالة زرع القلب أو زرع القرنية، يجب استعمال أعضاء إنسان ميت ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي ولو رضي بذلك لأنّ انتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعاً، ولا يجوز قتل إنسان من أجل حفظ حياة إنسان آخر لأنّ في ذلك جريمة لا تقرّ بها الشرائع...](1).

2- قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية لسنة 1978 القاضي بجواز نقل قرنية العين (2).

3- الفتوى رقم 132 لسنة 1979 الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، اللجنة العامة للموسوعة الفقهية بالكويت بتاريخ 1979/12/24 والخاصة بنقل الكلى (3).

4- قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة الصادر بين 18 و19 جانفي 1985 والذي يقضي بأنّ أخذ عضو من جسم إنسان حيّ وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، جائز ولا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمتبرّع، لأنّ فيه مصلحة المريض، ويلزم لمشروعية ذلك توافر بعض الشروط :

- أن يكون التبرّع عن طوعية ورضا المتبرّع.

- أن تكون عمليات الزرع والنقل هي الوسيلة الوحيدة للعلاج.

- أن لا يضر نقل العضو من المتبرّع به ضرراً يخل بحياته العادية (4).

5- قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم 62 الصادر بتاريخ 1985/10/24، والذي أقرّ بجواز نقل قرنية عين من إنسان، بعد التأكد من موته وزرعها في عين إنسان مسلم مضطر إليها

(1). د. مصر الدين مروك، مرجع سابق، ص. 390.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 380.

(3). د. بابكر الشيخ، مرجع سابق، ص. 216.

(4). نقلا عن عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب و الصيدلي ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2006، مرجع سابق، ص. 134.

وغلِبَ الظن نجاح عملية زرعها، وذلك بناءً على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين وإيثار مصلحة الحي على مصلحة الميت.

كما أقرّ المجلس جواز نقل قرنية سليمة من عين قرّر الطبيب نزعها من إنسان لتوقع في خطر عليه من بقائها وزرعها في عين مسلم آخر مضطر إليها (1).

6- القرار رقم 5 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن أجهزة الإنعاش وموت الدماغ، في المؤتمر الثالث المنعقد بعمان بين 11 و16 أكتوبر 1986 وفي هذا القرار تمّ تحديد الموت الشرعي للشخص (2).

7- الندوة التي عقدها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي تحمل عنوان الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية بتاريخ 18/04/1978 والتي نوقش فيها بيع الأعضاء البشرية (3).

8- القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي الصادر بين 17 و21 أكتوبر 1987 بمكة المكرمة بشأن أجهزة الإنعاش وموت الدماغ، وقد تمّ النظر في موضوع تقرير حصول الوفاة بالعلامات الطبية القاطعة، وفي جواز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريض توضع عليه في حالة العناية المركزة (4).

9- القرار رقم 1 للمجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيّ أو ميت الصادر في مؤتمره الرابع بجدة، بين 6 و11 فيفري 1988، وتقرّر في هذا

(1). مذکور في سعيد بویزري، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2 جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2008، ص. 405.

(2). مذکور في الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، مجل الأمة، الجزائر، 2003، ص. 151.

(3). مذکور في رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، 2006، ص. 36.

(4). مذکور في سعيد بویزري، مرجع سابق، ص. 151.

الاجتماع تعريف العضو البشري، كذا صور الانتفاع من الأعضاء والمتمثلة فينقل العضو من حيّ، ونقل العضو من ميّت، والنقل من الأجنّة (1).

10- القرار رقم 99 الصادر في 1988/11/06 عن هيئة العلماء بالسعودية بشأن زرع الأعضاء حيث قرّرت الهيئة المذكورة بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حيّ مسلم إلى نفسه إذا دعت الحاجة إليه، وغلب الظن على نجاح زرعه، وكذا تبرّع الإنسان الحيّ بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك (2).

11- القرار رقم 6/5/56 لمجمّع الفقه الإسلامي الصادر بين 14 و 20 مارس 1990 بشأن زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي (3).

12- القرار رقم 6/7/58 لمجمّع الفقه الإسلامي الصادر بين 14 و 20 مارس 1990 بشأن استخدام الأجنّة كمصدر لزراعة الأعضاء (4).

13- القرار رقم 6/7/59 لمجمّع الفقه الإسلامي الصادر بين 23 و 26 أكتوبر 1990 بشأن زراعة الأعضاء التناسلية (5).

2- الأسانيد المعتمدة :

أنّ الأصل في الأمور الإباحة، ونقل الأعضاء البشرية أمر مباح لعدم ورود في الشرع ما يحرمه (6).

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بآيات الاضطرار وهي قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (1).

(1). مذکور في المرجع نفسه، ص. 408-409.

(2). مذکور في المرجع نفسه، ص. 406.

(3). مذکور في الأمين شريط، مرجع سابق، ص. 148.

(4). مذکور في الأمين شريط، مرجع سابق، ص. 149.

(5). مذکور في المرجع نفسه، ص. 150.

(6). د. سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص. 98.

وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (2).

وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (3).

وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (4).

تفيد هذه الآيات القرآنية الكريمة أنه يمكن اللجوء إلى زرع ونقل الأعضاء البشرية عند الضرورة، أي إذا كان السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الشخص من الهلاك الحتمي.

وتدل هذه الآيات أيضاً على قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات، ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أنّ حالات الضرورة يجب أن تكون فيها حالات الضرورة أعظم من مفسدة المحظور وأنّ الضرورة تقدر بمثلهما، والضرر لا يزال بمثله فلا يجوز أن يدفع الإنسان الضرر عن نفسه بارتكابه على الغير (5).

بحيث يأمر الله عزّ وجل بحفظ النفس البشرية: ويأتي ترتيبها في مقاصد الشرع في المرتبة الثانية، فكل ما يساعد النفس على حفظها من جانب الوجود أو العدم فهو مطلوب شرعاً.

وحرص الإسلام كلّ الحرص على حياة الإنسان والمحافظة عليها وعدم الإضرار بها كلياً أم جزئياً. ولهذا أمرت الشريعة الإسلامية الإنسان باتخاذ كل الوسائل التي تحافظ على ذاته وحياته وصحته وتمنع الأذى والضرر، وكذا الابتعاد عن المحرّمات والمفسدات وأوجبت عليه اتخاذ كل سبل العلاج عند المرض (6).

(1). سورة الأنعام، الآية 145.

(2). سورة الأنعام، الآية 119.

(3). سورة البقرة، الآية 173.

(4). سورة المائدة، الآية 3.

(5). د. نصر الدين مروك، ص. 170.

(6). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 95.

وقد جاءت السنّة النبوية صريحة بطلب التداوي والعلاج، لأنّ كل داء يقابله دواء وشفاء (1).

وقد قال رسول الله ﷺ: **ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء!** ! رواه البخاري.
تجري عملية نقل العضو من المتبرّع بإذنه ورضاه، وليس في ذلك أيّ انتهاك لكرامة الإنسان، بل هي محض إحسان من المتبرّع (2).

واستدل أنصار هذا الاتجاه إلى قول أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: **المؤمن للمؤمن كالبنيان يشدّ بعضه بعض!** ! متفق عليه (3).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ قال: **المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة!**

كما ثبت عن النبي ﷺ أنّه قال: **خير النّاس أنفعهم للنّاس!**، تشير هذه الأحاديث الشريفة إلى واجب التعاون ونفع النّاس بعضهم لبعض، وأنّ تفريج الكرب عنهم من الأخلاق التي يجب أن يتحلّى بها المسلم، والتبرّع بالأعضاء يدلّ على تعاون المسلم مع أخيه وتفريجه لكربه وهو مباح.

كما تدلّ هذه الأحاديث على مبدأ التضامن الاجتماعي الذي نادى به الشريعة الإسلامية وإذا كان المساس بأعضاء الجسم البشري يحقّق مصلحة إنسان مسلم آخر فهو جائز شرعاً، لأنّ هذا التصرف ينطوي على التعاون بين المسلمين على البرّ والتقوى من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية، وهي سلامة أعضاء وأفراد المجتمع الإسلامي.

وقد قال تعالى: **﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾** (4).

(1). Atman Agoune, **Les musulmans leurs corps la maladie et la mort**, éthique médecine et société sous la direction de Emmanuel Hirsch espace éthique, Paris, 2007, p. 423.

(2). د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص. 33.

(3). صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم، رقم (2585).

(4). سورة المائدة، الآية 2.

وقوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽¹⁾.

واستند أيضًا أنصار هذا الاتجاه المبيح لزرع ونقل الأعضاء البشرية إلى الأدلة الرافضة للحرص منها :

أ/- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾⁽²⁾.

ب/- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁽³⁾.

ج/- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁴⁾.

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه إلى أنّ الأعمال بالنيّات والأمر بمقاصدها، وعليه فالنظر هنا ينصب عبر قصد المتبرع الذي يغلب عليه الظن أن تضحيته إيثار يسمو عن المصالح المادّية الرخيصة، فلا يقدم غالبًا على مثل هذا العمل إلاّ من غلب عليه باعث الرّحمة والشفقة ومعزة المريض والإيثار لقوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾⁽⁵⁾.

ومن ناحية نيّة القائم والمشارك في عملية زرع ونقل العضو فهما يقصدان الخير والإصلاح وليس الاعتداء على عضو إنسان أو حياته⁽⁶⁾.

عزّز أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من القواعد الفقهيّة وهي :

أ/- **الضرورات تبيح المحظورات**: يجوز التداوي بالحرام أو المحظور⁽⁷⁾. إذا كان يوجد

في الأشياء المباحة ما يقوم مقامها مع توافر شروط الضرورة. ففي حالة الضرورة يجوز

(1). سورة المائدة، الآية 32.

(2). سورة النساء، الآية 28.

(3). سورة البقرة، الآية 185.

(4). سورة المائدة، الآية 3.

(5). سورة الحشر، الآية 9.

(6). د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص. 33.

(7). Atman Aggoune, op.cit, p. 424.

أكل لحم الإنسان (1) للانتفاع بجزء من أجزائه، بشرط أن تكون المصلحة في ذلك أعظم من عدم استعمال ذلك الجزء.

وهذا استنادًا إلى ما ثبت عنه أنه أمر قوم مرضوا من أهل المدينة بأن يشربوا من أبوال وألبان الإبل، فلو كان التداوي بذلك حرامًا لما أمر به الرسول (2).

ب/-المشقة تجلب التيسير: إن دين الإسلام دين يسر لا عسر فيه، والحرص فيه مرفوع بالتالي فإنه من باب التيسير ورفع الحرج إجراء عملية زرع ونقل عضو سليم مكان آخر تالف عرض صاحبه للخطر، إذا أمكن الحصول على العضو السليم بقبول من صاحبه (3).

ج/-تحصيل أعظم المصلحتين ودرء أعظم المفسدتين: أباحت الشريعة الإسلامية أكل المحرمات بنصوص قرآنية فيقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (4).

وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصَبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فَسُقُ الْيَوْمِ يَيْسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

(1). يذهب الرأي الرَّاجح في مذهب الحنفية إلى جواز أكل لحم الإنسان عند الضرورة ويرى مذهب المالكية أنَّ الضرورة لا تبرر انتفاع إنسان بأعضاء إنسان آخر ولو كان ميتًا ويؤسسون رأيهم بكرامة بني آدم التي تتعلق بإنسانيته، بصرف النظر عن صفته وخشية الهلاك والتلف الذي يصيب الإنسان الحي منه ويرى بعض المالكية أن هذا السبب تعدي لا تدرك عليه.

(2). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 358.

(3). د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص. 34.

(4). سورة البقرة.

د/- **ترجيح المصالح على المفاسد:** أجاز العلماء نقل الأعضاء من الجثث لأغراض علمية كالتشريح وشق بطن الحامل المتوفاة، إذا ظهرت حركة أو اضطرابات في بطنها قد تدل على حياة الولد، وكذا شق بطن الميت لاستخراج مال الغير كجوهره ثمينة ابتلعها ونبش القبر من أجل استرداد شيء قد سقط منه (1).

والضرر الذي يخلق بالمتبرع قليل مقارنة بالمنفعة التي تعود على المريض (2). وانتهى أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم الوسائل الطبية التي أثبتت منفعتها في العلاج للمحافظة على النفس البشرية، ويكون ذلك جائزاً حسب رأيهم إذا توفرت لذلك قيود وشروط محددة وهي :

أ/- **المصلحة:** يجب أن يكون النقل محققاً لمصلحة مؤكدة للمنقول إليه من الوجهة الطبية ويمنع عنه ضرراً مؤكداً يحل باستمرار العضو المصاب (3).

ب/- **عدم الإضرار بالمتبرع**(4): يجب يتعين أن لا يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمنقول منه، يضر به كلياً أو جزئياً كأن يتبرع بعضو وحيد في الجسم كالقلب لأنه سيفضي حتماً إلى موته، أو التبرع باليدين أو الرجلين معاً مما سيؤدي إلى عجز المتبرع عن كسب عيشه (5).

(1). زويدة إقروفة، مرجع سابق، ص. 366.

(2). عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص. 191.

(3). د. نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص. 14.

(4). ورد هذا الشرط في القرار رقم 1 من فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الصادر في 28/01/1998 بمكة المكرمة، حيث جاء في أحد نصوصه :

[أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع منه ضرراً يخل بحياته العادية لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهذا أمر غير جائز شرعاً].

(5). مراد نعوم، بعض أنواع الأعمال الطبية والجراحة المستحدثة في الشريعة الإسلامية بين الإباحة والتحریم، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، 2004، ص. 12.

ومثاله أيضًا إذا كان عضو من الأعضاء الباطنية المزدوجة ولكن أحدهما لا يعمل، أو أنه سيتأثر من جراء التبرع، غير أنه تبقى الجثث مصدرًا مهمًا للأعضاء في مثل هذه الحالات (1) كما لا يجوز أيضًا التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية لتفادي اختلاط الأنساب.

ج/-تحقق موت المنقول منه شرعيًا بالمفارقة التامة للحياة: يستدعي نقل العضو من شخص متوفى مفارقة هذا الأخير للحياة مفارقة تامة، وأن يتم التأكد منها عن طريق الوسائل الطبيّة، وحين التأكد من ذلك يستطيع استغلال العضو المنقول.

د/-أن يكون نقل العضو المتنازل عنه تبرعًا لا بيعًا ولا تجارة: ويشترط إذن المتوفى في حياته أو تركه وصية بذلك لأخذ العضو منه (2).

ثانيًا:الموقف المعارض للمساس بجسم الإنسان

1. الأدلة المستمدة من القرآن الكريم :

استند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة من الآيات القرآنية وهي :

1. قوله تعالى :﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾.

تدل هذه الآية الكريمة على تكريم الله سبحانه وتعالى للإنسان، وذلك يقتضي المحافظة على بدنه على نحو ما أمر به الشرع، ونقل الأعضاء أو زرعها يتنافى مع هذا التكريم فلا يحق تحويل الإنسان الذي كرمه الخالق عز وجل إلى سلعة تباع وتشترى، ويتاجر فيها الأطباء (3).

(1). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 400.

(2). د. نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص. 15.

(3). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 88.

2. قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ودلالة هذه الآية الكريمة أنها أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته للنفس (1).

3. قوله تعالى: ﴿أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ﴾ [سورة البقرة، الآية 61]، وجه الدلالة أن في التبرع بالأعضاء استبدال الأدنى بالذي هو خير، واختيار لما هو دون الأنفع والأكمل، وإذا كان الله عز وجل قد عاتب بني إسرائيل على تبديل وقع منهم في أمور مباحة (الطعام)، فمن باب أولى عدم إباحة التبديل بنزع الأعضاء الذي ينقل صاحبه من الكمال إلى النقص.

4. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة، الآية 195]، تدل هذه الآية الكريمة على تحريم إلقاء النفس إلى المخاطر، وذلك بإتلافها أو إضعافها من غير مصلحة مقصودة شرعاً، ومما لا شك فيه أن تبرع الشخص بعضو من أعضاء جسده لآخر يؤدي حتماً إلى إتلاف جسده في سبيل إحياء غيره، والإنسان أولى بنفسه من غيره (2).

5. يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية 29]، يكمن وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى نهى الإنسان عن قتل نفسه سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر.

فالنهي هنا عام لتناوله جميع السباب، ومن السباب المنهي عنها، أن يبرم الشخص اتفاقاً مع آخر ليتبرع له بجزء من جسده (3) فلا يجوز الاتفاق على استقطاع عضو لغرض الزرع لمخالفته منهج التشريع الإسلامي، من حيث عدم امتلاك الفرد لأي جزء من جسده، وإزالة منفعة العضو المقطوع فيه ضرر محقق.

(1). د. سميرة عايد الديّات، مرجع سابق، ص. 95.

(2). د. إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص. 87.

(3). منير رياض حتّا، الخطأ الطبّي الجراحي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 410.

كما أن موافقة الشخص على الاقتطاع يعتبر بمثابة عدوان على الجسد وإبطال لمنافعه، وظلم النفس بما يؤدي إلى الإلتلاف والتقاعس على أداء الواجبات والعبادات (1).

6. يقول تعالى: ﴿ثُمَّ لِنُسْأَلَنَ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ﴾ [سورة التكاثر، الآية 8]، ومعنى الآية أنّ الإنسان سيسأل عن شكر ما أنعم الله عليه من الصحة والأمن والرّزق، وهناك من يفسّر النّعيم على أنّها العافية.

أمّا تفسير علي بن أبي طلحة عن أبي عباس عن معنى النّعيم في هذه الآية، فهو صحة الأبدان والأسماع والأبصار، ويسأل الله عزّ وجلّ العباد فيما استعملوها (2).

إنّ صحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر وتستوجب المحافظة لا التضييع بالتبرّع أو البيع (3).

2. الأدلة المستمدة من السّنة النبوية :

استدل أصحاب الاتجاه الذي حرّم استئصال الأعضاء البشرية لغرض زرعها إلى عدّة أحاديث نبوية شريفة منها :

1. قال رسول الله ﷺ: إنّ الله أنزل الداء والدواء وجعل داء دواء، فتداووا ولا تتداووا بحرام! (4).

يدلّ هذا الحديث على نهى الرسول ﷺ عن التداوي بالمحرّمات، ومن المحرّمات استخدام الأعضاء الآدمية في التداوي، وإتلاف الإنسان نفسه في سبيل إحياء غيره.

(1). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 368.

(2). إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد الرابع، دار ابن الحزم، بيروت، 2002، ص. 3152.

(3). سنن أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني (الجزء الرابع)، ص. 134 مذكور في د. إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام... مرجع سابق، ص. 90.

(4). Atman Aggoune, op,cit. 423.

2. استدلال القائلون على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ما روته عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة رضى الله عنها أنّ الرسول ﷺ قال: **كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم!!**، يدلّ هذان الحديثان على أن للإنسان حرمة سواء كان ميتاً أو حياً فلا يجوز انتهاكها (1).

كما يجب مراعاة حرمة الميت، إذ ثبت النهي الصريح عن المشي على القبور أو الجلوس عليها أو كسر عظم الميت، ولا فرق بين كسر عظمه وقطع شيء من أطرافه (2)، فإذا شك فيه أنّ سماح الشخص لنفسه بأن يقطع الطبيب جزء منه لمصلحة غيره يعتبر اعتداءً من كل منهما على هذه الحرمة، وانتهاكاً لكرامتها الثابتة بقطعيات الشريعة (3).

لهذا كَرّمت الشريعة الإسلامية جسد الإنسان حياً أو ميتاً ونهت عن استبداله وتشويهه أو الاعتداء عليه بأيّ شكل.

ومن مظاهر التكريم الأمر بتغسيل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، وقد كان من هدي الرسول أنّه بعد الانتهاء من الغزو لا يترك جسد الإنسان ملقى على الأرض سواء كان لمسلم أو لغير مسلم (4).

(1). عن أبي هريرة رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لأنّ يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير له أن يجلس على قبر".

- أنظر زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص. 368-369.

(2). أنظر منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 412.

(3). أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص. 92.

(4). د. عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص. 432.

المبحث الثاني

الأعمال الطبية الواردة على جسم الإنسان

اعترفت مختلف دول العالم بحق الطبيب في ممارسة أعماله الطبيّة ليقوم بواجبه المقدّس والسّامي بكلّ حرية في علاج المرضى ، والعمل على شفاءهم من الآلام، فالطبّ كغيره من العلوم في تقدّم مستمر، حتى أن الإنسان أو الطبيب يعجز أحياناً عن ملاحقة الجديد في هذا البيان وكأن من شأن هذا التقدّم أن تغيّرت وسائل العلاج التقليديّة، وظهرت وسائل فنيّة حديثة أكثر فاعلية في اكتشاف الحالات المرضية أو في علاجها أو الوقاية منها، وقد حقّقت هذه الوسائل إيجابيات وفوائد عديدة للبشريّة، وعموماً فالعمل الطبي يخضع ضوابط قانونية و سوف نعالج في النقط الأولى العمل الطبي من شتى جوانبه، ثم في النقطة الثانية نتطرق إلى أنواع الأعمال الطبية الماسة بجسم الإنسان .

المطلب الأول: المفهوم القانوني للعمل الطبي

يكتسي ضبط مصطلح العمل الطبي أهمية كبرى في تحديد الوقت الذي يسأل فيه الطبيب مدنياً أو جنائياً. وقد كان موضوع العمل الطبي محل جدل فقهي وقضائي كبير. فقد تطوّرت نظرة الفقه والقضاء نتيجة تطور الأعمال الطبيّة أو نتيجة تدخل الطبّ في الحياة الاجتماعية.

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي

حظي العمل الطبي بتعريف من قبل الفقه و التشريع و حتى القضاء .

أولاً: التعريف الفقهي للعمل الطبي

لقد اعتنى الفقه بتحديد تعريف العمل الطبّي مواكباً للتطوّرات العلمية. فقد نظر بعض الفقهاء إلى العمل الطبّي من الجانب الإنساني، وتناوله بعضهم من الجانب الأخلاقي في حين نظر إليه غيرهم من الجانب الاجتماعي. فالأستاذ ليون ديروبار Léon Derbert يرى أنّ : " العمل الطبّي هو الذهاب إلى ما هو مظلم ومجهول بما هو أكثر ظلمة وجهلاً فإذا كان البعض لا يتحدثون عن الفن الطبّي، فإنّه لا يمكننا إخفاء ما لتقدّم التطوّرات العلمية على الظواهر العضوية والبيولوجية المعقّدة، فهذا التقدّم في العلوم الدقيقة له تأثيره على التطوّر الاقتصادي والاجتماعي للطبّ ... ". وذهب الفقيه جان شارلس John Charles إلى القول بأنّ : " الطبّ هو قطاع المعرفة والممارسة الذي غرضه الشفاء، التخفيف والوقاية من الأمراض لدى الإنسان أو حتّى إصلاح أو تجديد أو الحفاظ على الصّحة " (1).

وسواء كيفنا الأعمال الطبيّة بأنّها أعمال إنسانية وأخلاقية أو غيرها فإنّ المهمّ في ذلك هو تحديد هذه الأعمال التي اختلف الفقه بشأنها حيث هناك تفسير ضيق وآخر واسع للعمل الطبّي ويظهر ذلك من خلال ما يأتي.

عمل انصار هذا الاتجاه على قصر مفهوم العمل الطبي على مرحلة العلاج فذهب رأي الى ان العمل الطبي هو النشاط الذي يباشره شخص متخصص بغية شفاء الغير و ذلك وفقا للأصول و القواعد الطبية المقررة في العلم الطبّي (2) ،ومن بينهم الفقيه سافاتيه Savatier في شرحه للقانون الطبّي الذي يرى أنّه : " ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، والذي يستند إلى الأصول والقواعد الطبيّة المقرّرة في علم الطبّ، وأنّ اللجوء إلى

(1)- راجع في ذلك:

(2) - محمد القيلوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 57.

- Derobert Léon, **Droit médical et déontologie médicale en flamarior médecines—sciences**, Masson, Paris, 1980, p. 137-138.

- ذكره أحلوشبوكبال،رضا المريض في التصرفات الطبيّة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2004، ص.09

العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميّز الطبّ عن السحر والشعوذة " (1). ومن بين أنصار هذا الاتجاه من يرى أنّ العمل الطّبيّ هو النشاط الذي يتفق في كميّته وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في علم الطبّ، ويتجّه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض (2). وهناك من ذهب إلى القول أنّ العمل الطّبيّ أيّاً كان من يمارسه لا يكون أكثر من ضرورة لفن العلاج، وأنّه يتعلّق بحريّة العمل على جسم المريض.

ومهما اختلفت الكلمات والتعابير، فإنّ هذه التعاريف تنصّب في نقطة واحدة وهي كون العمل الطّبيّ يرتكز على مرحلة العلاج فحسب التي تعتبر مرحلة تقليدية بالنسبة إلى العصر الحالي، بحيث يلاحظ أن دور الطبيب قد تعدّى هذه المرحلة ليشمل مراحل أخرى تصل إلى مرحلة ما قبل المرض. لذلك كانت مسؤولية الطبيب حسب هذا الرأي لا تقع على الطبيب إلّا إذا ارتكب خطأ في وصف العلاج.

2- التعريف الواسع للعمل الطّبيّ

نتيجة للانتقادات التي وجهت للرأي الأوّل الذي قصّر تعريف العمل الطّبيّ على مرحلة العلاج فحسب، ظهر جانب آخر من الفقه يوسع من نطاق الأعمال الطّبيّة ويرى أن العمل الطّبيّ يشمل مراحل مختلفة منها الفحص والتشخيص والعلاج وكذا الوقاية. فذهب بعض الفقهاء إلى أنّ العمل الطّبيّ هو كل فعل يهدف إلى شفاء المريض ووقايته من الأمراض (3). ورأى بعضهم أنّ العمل الطّبيّ هو كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته

(1). Savatier, *Traite de droit médical*, Paris, 1956, p. 11-12.

- ذكره د. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنيين، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر،

الطبعة الأولى، 2005، ص. 23.

(2). د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص. 05.

(3). د. محمد أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، دن، ص. 55.

وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها علمياً ونظرياً في علم الطب، وأنّ العمل الطبّي هو ذلك العمل الذي يكون أساساً لإجرائه وتنفيذه في تحقيق مصلحة مباشرة للمريض (1). في حين قال فقهاء آخرون بأنّ الأعمال الطبيّة تشمل جميع حالات التّدخل الطبّي لتحسين الحالة الصحيّة للمريض أو عضو من أعضائه، وتشمل هذه الحالات أعمال الجراحة وطبّ التجميل وكل الأعمال الأخرى التي تكون ضرورية لمزاولة مهنة الطبّ، ومن أمثلة ذلك حيازة المواد المخدرة التي يتطلّبها العلاج أو التّدخل الجراحي، وكذا التحليلات المعقّدة واستعمال الأشعة وإعطاء الحقن ووصف الأدوية لمختلف أنواعها (2).

فالأصل أنّ العمل الطبّي يكون علاجياً أيّ يستهدف التخلّص من المرض أو تخفيف حدّته أو مجرد تخفيف آلامه. ولكن يعدّ كذلك من قبيل الأعمال الطبيّة ما يستهدف الكشف عن أسباب الصّحة أو مجرد الوقاية من المرض.

ويلاحظ أنّ جانباً من الفقه يرى ضرورة التّوسع في مفهوم العمل الطبّي ومدّه إلى نطاق الطبّ الحيواني أو البيطري لارتباط تلك الموضوعات بصّحة الإنسان (3).

يتبيّن من خلال التعريفات السابقة للعمل الطبّي أنّها تدور حول اتجاهين :
-اتجاه يقصّر العمل الطبّي على العلاج،
-وأخر يرى أنّه يشمل كذلك الفحص والتشخيص وحتّى الوقاية.

ونرى أنّ هذه التعريفات في مجملها جاءت قاصرة في بيان تعريف شامل للعمل الطبّي :

(1). Heger Gilbert et Glorieaux, **La nécessité critère de l'acte médicale**, rapport présenté au congrès international de morale médicale, Paris, tome 1, 1955, p. 74.

- ذكره أ. بورويس العيرج، **المسؤولية الجنائية للطبيب**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص، 2008، ص. 54.

(2). د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **المسؤولية الطبيّة بين الفقه والقضاء**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص. 21.

(3). د. موفق علي عبيد، **المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفساء السّر المهني**، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص. 34.

1. لأنّ هذا الأخير لم يعد يقتصر على المراحل السابقة فحسب. فنتيجة للتطوّر والتقدّم العلمي أصبح الطبيب يقوم في سبيل المحافظة على صحّة وحياة الأشخاص، بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعائلية، حتّى أنّ فكرة المرض في حدّ ذاتها قد اتّسع مدلولها فأصبح يشمل كذلك الأحوال النفسيّة.

2. كما أنّ دخول الإنسان عصر الآلة الصناعيّة وما صاحبها من إيقاع سريع للحياة، وما نتج عن هذا التطوّر من مخاطر تصيب الإنسان في مراحل حياته أثر في ظهور فكرة الفنّ الصحيّ، التي جعلت العمل الطيّ يتعدّى النطاق الوقائي (1).

3. كما أصبح الطبيب يصّف لمرريضه الهرمونات والفيتامينات والغذاء المناسب لحالته الصحيّة، فإنّ خطأ الطبيب في هذا، فهل يسأل جنائيًا أم لا ؟

4. ثمّ إنّ تعريف العمل الطيّ يجب أن يشمل بيان مشروعيتّه، أيّ أن يبيّن في التعريف أنّ العمل الطيّ هو الذي يأتيه طبيب مصرّح له قانونًا وبرضا المريض، ذلك أنّ العامل الطيّ قد يكون غير مشروع لعدم توفر شروط ممارسته.

ويمكننا القول أنّ التعريف الذي نراه الأكثر صوابًا هو تعريف الفقيه المصري الدكتور محمد أسامة عبد الله قايد الذي يقول أنّ العمل الطيّ هو :

" كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلميّة والقواعد المتعارف عليها نظريًا وعمليًا في علم الطبّ ويقوم به طبيب مصرّح له قانونًا، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، لتحقيق الشفاء أو تخفيض آلام المرض أو الحدّ منها أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحّة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية بشرط توافر رضا من يجرى عليه هذا العمل " (2).

(1). د. رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 25.

(2). د. محمد أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص. 55.

ثانيا : التعريف التشريعي للعمل الطبي

نحاول في هذا الفرع الوقوف على كل من التعريف التشريعي للعمل الطبي في كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري.

1- تعريف العمل الطبي في التشريع الفرنسي

وفقاً لنصوص القانون رقم 35 لسنة 1892م كان نطاق العمل الطبي يقتصر على مرحلة العلاج فحسب. ومع صدور قانون الصحة العامة في 24 ديسمبر 1945 المعدل في 15 أكتوبر لسنة 1953م، أصبح العمل الطبي يشمل مرحلتي الفحص والتشخيص إلى جانب مرحلة العلاج. وهو ما يستفاد ضمناً من المادة 372 والتي جاءت تحت عنوان : " الممارسة غير المشروعة للطب " التي تنص على أنه :

[يعتبر مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة للطب، كل شخص يقوم بعمليات التشخيص أو العلاج بصفة اعتيادية ولو بحضور طبيب ما لم يكن متحصلاً على الترخيص المطلوب]⁽¹⁾.

و مفاد هذا النص يكمن في ان مفهوم العمل الطبي في هذا القانون ، يشمل التشخيص و العلاج و الاعمال المهنية الأخرى المنصوص عليها في هذا القرار الصادر من وزير الصحة في 6 يناير 1962 و تعديلاته.⁽²⁾

فمن خلال نصّ هذه المادّة نرى أنّ التشريع الفرنسي قد أكّد أنّ العمل الطبيّ يشمل كذلك مرحلة الفحص والتشخيص إلى جانب مرحلة العلاج التي تعتبر بديهية في العمل الطبيّ.

(¹). Article 372 : Exercice illégalement la médecine « Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ».

نص هذه المادة ذكرت في : د/ محمود القبلاوي ، مرجع سابق 07
(²)د/ محمود القبلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 7

2- تعريف العمل الطبي في التشريع المصري

لقد حذا التشريع المصري، فيما يتعلّق بتعريف العمل الطبي، حذو التشريع الفرنسي حيث لم ينص صراحة على تعريف دقيق له، بل اكتفى بالإشارة إليه في سياق النص على شروط مزاوله مهنة الطب⁽¹⁾، وذلك بذكر أمثلة للأعمال التي تعدّ من قبيل الأعمال الطبيّة، وتمنح القائمين بها وصف الطبيب أو المعالج.

هذا، وقد نصّت المادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 والمتعلّق بمزاولة مهنة الطبّ والتعديلات التي جاءت بعده، على أنّه :

" لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبيّة أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة، أو وصف أدوية، أو علاج مريض، أو أخذ عيّنة من العينات التي تحدّد بقرار من وزير الصحة العمومية، من جسم المرضى الادميين للتشخيص الطبي المعملّي بأية طريقة كانت، أو وصف نظارات طبيّة وبوجه عام مزاوله مهنة الطبّ بأية صفة كانت إلاّ إذا كان مصرياً، أو كان من بلد تجيز قوانينها للمصريين مزاوله مهنة الطبّ وكان اسمه مقيد بسجل الأطباء البشريين، ... "

ومفاد هذا النصّ أنّ العمل الطبيّ يشمل التشخيص والعلاج العادي والجراحي ووصف الأدوية وأخذ العينات أو أيّ عمل آخر يعدّ طبيّاً⁽²⁾.

3- موقف المشرّع الجزائري

يظهر موقف المشرّع الجزائري من العمل الطبيّ من خلال القوانين التي تعاقبت في مجال الصحة العمومية سيما الأمر 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر سنة 1976⁽¹⁾، المتضمن تقنين الصحة العمومية الذي نصّ في المادة 37 منه على أنّه :

(1). د. محمد أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص. 92.

(2). د. محمود القبلاوي، المرجع السّابق، ص. 08.

[يعدّ ممارسةً بوجه غير شرعي للطبّ، كل شخص يشترك عادةً ومقابل أجر وحتى بحضور طبيب بإعداد وتشخيص أو علاج أمراض أو آفات جراحية أو وراثية مكتسبة ... ، والذي ألغي بموجب القانون رقم 85-05⁽²⁾، المؤرخ في 16 فيفري 1985م

المتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها، الذي نصّ في المادة 195 على ما يلي :

يتعيّن على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:

- السهر على حماية صّحة السكان بتقديم العلاج الطّبي الملائم ...، كما نصّت المادّة 3/196 على ... المشاركة في أعمال وقاية السكان وتربيتهم الصّحية

كما يلاحظ أنّ المادّة 16 من المرسوم التنفيذي 92-276⁽³⁾ المتضمن مدوّنة

أخلاقيات الطبّ تنصّ على أن:

[يخول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكلّ أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدّم علاجًا أو يواصله أو يقدّم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلّا في الحالات الاستثنائية].

وإذا كانت النصوص السابقة قد جاءت بصّفة عامّة، فإنّ موقف المشرّع الجزائري يظهر

بشكل واضح من خلال المرسومين التنفيذيين رقم 91-106⁽⁴⁾ ورقم

91-471⁽⁵⁾، بحيث يتعلّق المرسوم الأوّل بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطّبيين

والمختصّين في الصّحة العمومية، والذي أورد في المواد 19 و 21 و 54 مهام الأطباء

وجراحي الأسنان والأطباء المتخصّصين، والتي يمكن إجمالها في : التشخيص والعلاج والوقاية

(¹). أمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976م، متضمن قانون الصّحة العمومية، ج. ر، عدد 101، سنة 1976، والملغى.

(²). القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985م المتضمن قانون الصّحة العمومية وترقيتها، ج. ر، العدد 08، المعدّل والمتمم.

(³). المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992م، المتضمّن مدوّنة أخلاقيات الطبّ، ج. ر، عدد 52.

(⁴). المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 27 أبريل 1991م المتضمّن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطّبيين والمتخصّصين في الصّحة العمومية، ج. ر، العدد 23.

(⁵). المرسوم التنفيذي رقم 91-2-471 المؤرخ في 07 ديسمبر 1991، المتضمّن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصّصين الاستشفائيين الجامعيين، ج. ر، العدد 66.

العامة وعلم الأوبئة والتربية الصحية والخبرة الطبية والفحوصات الوظيفية والتحليلات الطبية والبحوث في المخابر.

وقد أورد المرسوم الثاني المهام نفسها، وذلك في المواد 18 و19 و20 منه.

ومن خلال استقراء هذه النصوص، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد استفاد من تطوّر القضاء والتشريع في مصر وفرنسا، بحيث نصّ في مختلف القوانين المتعاقبة على أنّ العمل الطبيّ يشمل جميع المراحل المتعلقة بالعلاج والتشخيص الوقاية.

وكذا جميع الأعمال المتعلقة بالجراحة ونقل الدم والتحاليل الطبية وكل ما يتعلّق بالفن الطبيّ. وعلى هذا الأساس فإنّ العمل الطبيّ يشمل المراحل الست الآتية :

1. مرحلة الفحص:

وهي قيام الطبيب بمعاينة مريضه ظاهرياً، وملاحظة بعض العلامات الخارجية التي قد تظهر على جسمه، وهو في ذلك قد يستعمل بعض الأجهزة البسيطة التي تساعده على تشخيص المرض، كما قد يلجأ الطبيب إلى إجراء بعض الفحوص الأكثر عمقاً، كالتحاليل الطبية والأشعة والمناظر الطبية⁽¹⁾.

أ/-مرحلة الفحص التمهيدي:وهي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدماً يديه أو أذنيه أو عينيه أو بعض الأجهزة الطبية البسيطة.

ب/-مرحلة الفحوص التكميلية: التي يقوم فيها الطبيب باستخدام أدوات طبيّة أكثر تطوّراً كالتحاليل الطبية، والأشعة والمناظر الطبية وغيرها⁽²⁾.

2. مرحلة التشخيص:

(1). د. رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 29.

(2). د. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص. 283.

ويقصد بالتشخيص تحديد نوع المرض، وهي مرحلة تالية لمرحلة الفحص الطبي. وقد عرفه البعض، بأنه بحث وتحقق من نوع المرض الذي يعاني منه الشخص، ويقوم بتشخيصه الطبيب سواء كان ممارسًا عامًا أو متخصصًا (1).

ويتطلب التشخيص توافر شرطين في الطبيب هما : المعرفة العلمية، حيث يجب على الطبيب أن يكون عالما بالمبادئ الأولية للطب، والمتقن عليها من قبل المزاولين للمهنة والبحث، حيث يتعين على الطبيب أن يقوم بإجراء الأبحاث والأعمال الواجب عليه القيام بها حتى يستطيع تحديد نوع المرض. وللطبيب أن يلجأ إلى استخدام الأجهزة العلمية الحديثة للتأكد من صحة التشخيص.

كما يتعين عليه أن لا يستخدم الوسائل الطبية المهجورة. وقد نصت المادة 15 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:

[من حق الطبيب أو جراح الأسنان ومن واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية ويحسبها].

3. مرحلة العلاج:

وتأتي بعد مرحلتى الفحص والتشخيص، حيث تعتبر هذه المرحلة ومرحلة التشخيص مرحلتين متصلتين، وعلى الطبيب أن يتحرى في العلاج ووصفه للمريض، وقوته ومقاومته ودرجة احتمال له لبعض الأدوية. كما يجب عليه أن يبذل العناية اللازمة في اختيار الدواء والعلاج اللّازمين لحالة المريض. وقد منع القانون تعريض صحة المريض للخطر من جراء استعمال علاج جديد (2)، وهو ما نصت عليه المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب التي تقضي بما يأتي :

[لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض].

(1). د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية : المسؤولية المدنية لكل من الأطباء، الجراحين، أطباء الأسنان الصيادلة المستشفيات العامة والخاصة، الممرضين والممرضات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص. 47.

(2). د. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص. 33.

4. تحرّر الوصفة الطبيّة: وهي الورقة التي يحزرها الطبيب، مبيّنًا فيها العلاج الذي وصفه للمريض، وطريقة استعماله، فتحريّر الوصفة الطبيّة جانب آخر من الجوانب الهامّة في ممارسة العمل الطّبيّ، باعتبارها الوسيلة الوحيدة للحصول على بعض الأنواع من الأدوية والمستحضرات الطبيّة (1).

فالخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته قد يترتب عليه قيام مسؤوليته، التأديبية أو المدنية أو الجنائية بحيث تعتبر هذه الأخيرة أشد أنواعها لتعلّقها بسلامة الأشخاص.

وقد نصّت المادّة 204 من تقنين الصحّة الجزائري على أنّه :

[للطبيب وجراح الأسنان كل في مجال عمله، الحرّية في وصف الأدوية المسجّلة في المدوّنة الوطنية، مع مراعاة أحكام المادّة 203 أعلاه](2).

كما نصّت المادّة 47 من مدوّنة أخلاقيات الطبّ، على ضرورة التزام الطبيب بوصف

الأدوية بوضوح حتّى يستطيع المريض فهمها وتنفيذ العلاج المعطى له فقضت بأنّه :

[يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحزّر وصفته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهمًا جيّدًا، كما يتعيّن عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج].

5. مرحلة الرّقابة العلاجية: قد تمتدّ مهمّة الطبيب إلى القيام بالرّقابة العلاجية، خصوصًا

بعد إجراء عملية جراحية. فقد استقرّ القضاء على إبراز أهميّة الرّقابة من خلال التزام الجراح بمراعاة المريض ومتابعة حالته الصحيّة وتطوّراتها وإعطاء الأوامر والتوجيهات اللاّزمة بشأنه بعد إتمام العملية الجراحية.

(1). ملهاق فضيلة، مسؤوليّة الطبيب الجزائيّة عن الوصفة الطبيّة في التشريع الجزائري، كثرة القضاة، مديرية الدّراسات القانونيّة والوثائق، العدد 58، 2006، ص. 128.

(2). تتصّ المادّة 203 من تقنين الصحّة الجزائري على :

[يتعيّن على الأطباء وجراحي الأسنان أن يطبّقوا التصاميم العلاجية وتقنيات التشخيص المحدّدة لبعض الأمراض التي تندرج في إطار برامج الصحّة].

وقد قضت محكمة النقض المصريّة في الحكم الصادر في 11 فيفري 1973م بمسؤولية الطبيب عن خطئه بسبب إجرائه جراحة للمريض في العينين معًا مخالفًا بذلك الأصول العلمية، كما أنّه لم يتخذ الاحتياطات الكافية لتأمين النتيجة العملية، ممّا تترتب عليه فقد البصر الكامل لعينيه⁽¹⁾. واعتبر القضاء الفرنسي في الحكم الصادر عن محكمة باريس في 04 جويلية 1932 أنّ الطبيب مسؤولاً عن الحروق التي أصابت المريض حال غيبوبته عقب إجراء العملية بسبب التدفئة التي قام بها الممرضون⁽²⁾.

ثالثا : التحديد القضائي لمفهوم العمل الطبي

نستعرض موقف كل من القضاء الفرنسي و المصري من المسألة محل البحث و ذلك على النحو التالي:

القضاء الفرنسي:

باستقراء احكام القضاء الفرنسي ، نلمس انه بادئ الامر قد قصر مفهوم العمل الطبي على مرحلة العلاج فحسب، و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه يعد مرتكبا لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب ، من يقوم بعلاج المرضى دون ان يكون مرخصا له بذلك . و ما لبث ان تطور القضاء الفرنسي في احكامه حيث جنح الى ان مفهوم العمل الطبي يشمل الى جانب العلاج التشخيص ، و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه يعد مزاولا لمهنة الطب بدون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الامراض.⁽³⁾

هذا و قد استمر القضاء الفرنسي في تطوره حيث جنح الى ان العمل الطبي يشمل أيضا الفحوص البكتريولوجية و التحاليل الطبية ، و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بمعاقبة من

(1). د. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص. 37.

(2). د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 71.

(3) محمود القبلاوي ، مرجع سابق ، ص 9

يقوم بدون ترخيص باجراء الفحوص الطبية او التحاليل او التشخيص او علاج الامراض عن جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب المنصوص عليها في المادة 3372 من قانون الصحة العامة.(1)

القضاء المصري:

سار القضاء المصري على نهج القضاء الفرنسي ، حيث قصر مفهوم العمل الطبي في اول الامر على التشخيص و العلاج ، و تطبيقا لذلك قضت المحاكم المختلطة بان مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص و العلاج لا تقوم الا بتوافر الخطأ الجسيم.

هذا و قد أدى تطور مفهوم العمل الطبي في التشريع المصري، الى اتساع نطاقه و انعكس اثر ذلك على احكام القضاء ، فجنح الى ان مفهوم العمل الطبي يشمل الى جانب التشخيص و العلاج اجراء العمليات الجراحية ووصف الادوية و إعطاء الاستشارات الطبية و العقاقير. (2)

وقد نصّت المادّة 141 من تقنين الصّحة الجزائري، في الفصل المتعلّق " بتدابير الرّقابة خلال الاستشفاء "، تحت باب " الصّحة العقلية " على مرحلة الرّقابة العلاجية كإحدى أهم مراحل العمل الطّبي (3). وهو ما يبيّن بجلاء حرص المشرّع الجزائري على جعل القضاء الفرنسي في أحكامه، حيث جنح إلى أنّ العمل الطّبي يشمل، إلى جانب العلاج، التشخيص (4). وقد استمرّ القضاء الفرنسي فيتطوّر، إلى أن وصل إلى أن العمل الطّبي يشمل

(1) محمود القبلاوي، المرجع السابق ، ص 09.
(2) نفسه ، ص 10.

(3) تنصّ المادّة 141 من تقنين الصّحة الجزائري على ما يلي :

[يمنع استخدام المريض عقلياً في أشغال كيفما كان شكلها ونوعها طوال استشفائه، وفي جميع الأحوال لا يحقّ إلاّ لطبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يأمر تحت مسؤوليته الكاملة بأشغال ذات طابع علاجي لإعادة إدماجه في الحياة الاجتماعية] مشار إليه لدى د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص. 11.

أيضًا الفحوص البكتولوجية والتحاليل الطبيّة. وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 27 ماي 1957 بمعاينة من يقوم بإجراء الفحوص الطبيّة أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض بدون ترخيص بعقوبة جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطبّ والمنصوص عليها في تقنين الصّحة العامّة.

ثالثًا : الأساس القانوني للعمل الطّبي

بعد التّطرق إلى تحديد مفهوم العمل الطّبي اللّغوي التشريعي والقضائي. ننتقل إلى تحديد الأساس القانوني للعمل الطّبي.

لا شك أنّه في مزاوله الأعمال الطّبية والجراحية التي يقوم بها الطّبيب تتطلّب المسّاس بسلامة جسم الإنسان، كفحص جسم المريض الذي قد يمتدّ إلى عورتهم ووصف الأدوية وإعطاء بعض الموادّ المخدّرة وإجراء العمليات الجراحية، ونزع أجزاء منه، أو أنسجة لإجراء التحاليل، هذه الأفعال إذا قام بها الشّخص العادي تشكّل جرائم (1)، والتي نصّ عليها قانون العقوبات (2)، كالضّرب والجرح المفضي إلى الموت، وهنا يثار التساؤل المشروع حول أساس مشروعية الطّبيب في إقدامه على تلك الأعمال والأفعال، وإحداث الجروح والعمليات الجراحية دون أن يكون مسؤولاً جنائيًا عن تلك الأعمال، فما هو الأساس القانوني لهذا الحق الذي يخوّل للأطباء القيام بتلك الأعمال على جسم المريض ؟

لقد اختلفت الآراء بين الفقهاء في تعليل إباحة العمل الطّبي واختلاف اتجاهاتهم، على أساس مشروعية الأعمال الطّبية التي يجريها الأطباء على المرضى، وسوف أتناول كل نظرية على النّحو التّالي :

(1). د/ محمود القبلاوي ، مرجع سابق ، ص11.

(2). راجع المادة 288 الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات

الجزائري، المعدّل والمتمم والأمر رقم 1411 المؤرخ في 2011/08/02، ج. ر.، عدد 44، المؤرخة في 2011/08/10.

أولاً : العرف

يرى عدد من الفقهاء، بأنّ العادة هي سبب الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تحدث من الأطباء أثناء المزاولة العادية للمهنة، وهذا ما كان معروفاً في العصور القديمة لدى بعض الشعوب القديمة كالمصريين واليهود، حيث كان يعفى الطبيب من أيّ مسؤولية جنائية عن الأضرار المادية والجسدية التي تصيب المريض أثناء مزاولته لمهنته، ولكن بشرط أن يمارس الطبيب عمله الطبي وفق أصول المهنة، وحتى يكون بصدد قاعدة عرفية يلزم توافر ركن مادي المتمثل في الأعمال والتصرفات المتكررة الصادرة من مجموعة من الأشخاص، أمّا عن الركن المعنوي فمعناه أن يقوم في ذهن الجماعة الاعتقاد بأنّ السلوك الذي اعتاد عليه الناس أصبح ملزماً لهم يوجب إتباعه، ومن الأمثلة عن العادة عند الشعوب القديمة كأساس لمشروعية العمل الطبي، أن يستعين الأفراد بالكي لشفاء المرضى من الأمراض التي يعانون منها (1).

ثانياً :الفقه

انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات :

● **الاتجاه الأول:** اتجه بعض الفقهاء إلى أنّ أساس إباحة النشاط الطبي يرجع إلى عدم توافر القصد الجنائي لدى من يقوم به، فالذي يزول النشاط الطبي يقصد من هذه المزاولة شفاء الأمراض والعلل (2).

كما ذهب البعض مثل Van Liszt إلى القول بعدم توافر عناصر الاعتداء في عمل الطبيب، لعدم توافر النية العدوانية لديه، ولأنّ إرادته لم تتجه إلى الإضرار بصحة المريض وإنما اتجهت إلى تخليصه من مرضه وتخفيف آلامه وهذا هو القصد من العلاج، ويوجه لهذه النظرية

(1). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. 96.

(2). علي عبيد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفساء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998،

أنها تخلط بين الباعث والقصد الجنائي، على ارتكاب الجريمة، ويعرّف القصد الجنائي بأنه " هو العلم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى قبول هذه العناصر ". أمّا الباعث " فهو العامل المحرك للإرادة، أو هو السلوك الإجرامي، كالمحبة والشفقة "(1).

فضلاً عن أنّ التسليم بنظرية عدم توافر القصد الجنائي تؤدي إلى نتيجة غير منطقية وهي إباحة النشاط الطبي ولغيره ممن هو غير مؤهل لذلك، ونجد أنّ محكمة النقض المصرية قد عدّلت من اتجاهها القاضي بانتفاء القصد الجنائي أساساً لإباحة النشاط الطبي، حيث قضت بمسؤولية الحلاق عن الجرح العمد إذ هو أجرى عملية جراحية غير مرخص بإجرائها، ولو كان غرضه شفاء المريض، ويعتبر مرتكباً لجريمة الجرح العمدي، الحلاق الذي يحدث بعين المجني عليه جرحاً في أثناء قيامه بعملية إزالة شعرات عنها (2). وبناء على ما تقدم فإنّ حسن نية الطبيب، ورغبته في شفاء المريض لا تعدّ سبباً لإباحة عمل الطبيب وإنّما هي مجرد شرط من شروط مشروعية هذه الأعمال لا ينتج إثره إلا بتوافر الشروط الأخرى.

● **الاتجاه الثاني:** ذهب البعض إلى أنّ أساس إباحة عمل الطبيب هو رضا المريض (3). بالعلاج ممّا يجعل من النشاط الطبي الذي يقوم به الطبيب مشروعاً. وأساس هذا الرأي القاعدة الرومانية التي تقرّر أنّه " لا ضرر لمن رضي بهذا الضرر " بمعنى أنّه إذا أوصى الشخص بوقوع الضرر عليه فلا يجب أن يتألم منه، لأنّ الطبيب يعتبر ممثلاً للمريض، ليس له أية إرادة في العلاج وإنّما هو ينفذ رغبة المريض بالعلاج أو الجراحة.

(1). حسني عودة، المرجع السابق، ص. 29.

(2). موفق علي عبيد، مرجع سابق، ص. 44-46، فاروق عبد الرؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء-دراسة تحليلية مقارنة -دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، 1984، ص. 238.

(3) ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، النظام القانوني لممارسة الطبّ البديل والمسؤولية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 160.

والرضا حسب هذا الاتجاه، هو نزول المريض عن الحصانة التي يقرّها القانون لجسمه فتنتفي بذلك عن العمل الطبّي صفة الاعتداء على حق يحميه القانون فيغدو بذلك مباحًا⁽¹⁾. وبالتالي فالطبيب قبل أن يشرع في التعامل مع المريض يجب أن يحصل على رضاه على العلاج أو التدخل الجراحي⁽²⁾.

وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بذلك حيث ذهبت محكمة استئناف -اكس- في سنة 1931 بعدم تحقّق مسؤولية الطبيب على أساس المادة 1/1384 مدني على أثر العلاج بالأشعة لأنّ المريض قبل العلاج بهذه الأشعة قد رضي بذلك وبالأخطار التي قد تتجم عن استعمالها⁽³⁾.

والنتيجة المستسقاة من منطق هذه النظرية تتعارض مع الواقع العملي الذي يجري عليه النشاط الطبّي، وذلك لوجود حالات لا يكون لرضا المريض أيّة قيمة قانونية في إباحة ممارسة النشاط الطبّي، كما في حالة مكافحة بعض الأمراض كالجدام، فقد يؤمر بحجز المريض لعلاج دون الحصول على رضائه وفقًا لمقتضيات المصلحة العامّة.

وقد نصّ المشرّع العراقي، في المادة 2/41 عقوبات، والمشرّع الأردني في المادة 26/ج عقوبات على جواز إجراء التدخلات الجراحية أو بغير رضا المريض أو ممثله الشرعي، في الحالة التي يكون المصاب متعرّضًا للهلاك إذا لم يجر له العلاج اللازم.

كما أنّ هذه النظرية، لا تصلح سندًا لإباحة النشاط الطبّي، لأنّها قد تؤدي لإباحة الممارسة الطبية، سواء من طبيب، أو غير طبيب، طالما كان ذلك التدخل قد تمّ بناءً على رضا المريض وهذا لا يمكن القبول به⁽⁴⁾، لأنّ سلامة جسم الإنسان من النّظام العام وحمايته أمر تقتضيه

(1). موفق علي عبيد، مرجع سابق، ص. 40.

(2). هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبيّة، مطابع الولاء الحديثة، 2007، ص. 79.

(3). راجع كل من رمضان جمال كمال، مرجع سابق، ص. 48.

(4). موفق علي عبيد، المرجع السّابق، ص. 71-43، وعبد القادر الشبخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2009، ص. 267.

مصلحة المجتمع⁽¹⁾. وبالتالي يعتبر رضا المريض شرطاً تنظيمياً لهذه الإباحة وليس في ذاته سبباً مباشراً لها⁽²⁾.

● **الاتجاه الثالث:** ذهب غالبية الفقه⁽³⁾ إلى القول بأن أساس مشروعية العمل الطبي يرجع إلى إرادة الشارع الذي خوّل للأطباء حق التعرّض لأجسام مرضاهم، استناداً إلى ترخيص القانون وذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري، في الكثير من أحكامهما إلى أنّ الطبيب والجراح لا يُعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً، لأنّ قانون مهنته اعتماداً على شهادته الدّراسية قد رخص له إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى، وبهذا الترخيص وحده تنتفي مسؤوليته عن فعل الجرح⁽⁴⁾.

ولا شك أنّ الأعمال التي يقوم بها الطبيب، والتي تصبح مباحة بترخيص القانون تكون مجرمة ويعاقب عليها إذا ما قام بها شخص غير مرخص له⁽⁵⁾، بذكروفاً لهذا الاتجاه فإنّ إراحة

(1). أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 26.

(2). ممدوح محمد خيرى هاشم السلمي، مرجع سابق، ص. 159.

(3). هو الاتجاه السائد لدى الفقه والقضاء في مصر، أنظر محمد مصطفى الملي، المسؤولية الجنائية 1948، ص. 226، وتعليقه على حكم محكمة النقض، مجلة القانون والاقتصاد الثانية، العدد 2، 1920، ص. 309، وهو الاتجاه السائد كذلك في فرنسا.

Voir :

- Bouzat et Pinatel, **Traite de droit pénal et de criminologie 1963**, Paris, n° 309, p. 289.

- Simon (J), **Le consentement de la victime justifie les lésions corporelles ?** Rev. Belge de droit pénal, 1933, p. 456.

- مشار إليها في أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 28.

(4). رمضان جمال كمال، مرجع سابق، ص. 51، أنظر كريمة أسامة رامي السراج : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، القانون العام كلية الحقوق، جامعة بيروت، 2006، ص. 21-22.

(5). علي عبيد، مرجع سابق، ص. 48-49.

هذه الأعمال الطبيّة على أجسام المرضى، يرجع في أساسه إلى استعمال حقّ مقرر يقتضيه القانون وذلك من خلال القوانين المنظّمة لمهنة الطبّ (1).

وإذا كان القانون يرّخص بالأعمال الطبيّة الجراحية فلأنها لا تتطوي على اعتداء على حق الإنسان في سلامة جسمه وتكامله الجسدي، ولكنها تستهدف المحافظة على الجسم ومصالحته، في أن يسير على نحو طبيعي. من ثمّ فهي لا تعتبر من قبيل الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، وذلك بصرف النظر عن النتيجة التي يسفر عنها العلاج طالما أنّ الطبيب قد التزم الأصول العلمية، والفنية، عند قيامه بعمله ووجه هذه الأصول إلى غرض علاج المريض وشفائه.

أمّا في الفقه الإسلامي فالرّاجح إلى أنّ أساس إباحة الأعمال الطبيّة والجراحية هو إذن المريض وإذن الشرع معاً فرضاً المريض لا يكفي لإباحة المسّاس بحقه في سلامة جسده، لأنّ أثره يقتصر على الجانب الفردي لهذا الحق، ولا يبرّر المسّاس بجانبه الاجتماعي، الذي يتجسّد فيه حق الله تعالى. فإذا لم يصدر إذن الشرع رغم رضاء المريض فإنّ الأعمال الطبيّة أو الجراحية التي تمس سلامة جسده تظل غير مشروعة.

ثالثاً : رضاء المريض، والضرورة العلاجية

يلزم لقيام الطّبيب بالعلاج أو بالعمليات الجراحية الحصول على رضا المريض (2)، ذلك أنّ الرّضا يعبر عنه بأنّه تعبير عن الإرادة الصّادرة من شخص عاقل قادر على أن يكون رأيه صحيحاً، أو من يمثّله قانوناً، ويجب أن يكون من النّاحية القانونية صادر عن حرّية وبغير إكراه أو غش، وأن يكون صريحاً ومحلّه مشروعاً (3)، وحتى يكون الرّضا صريحاً ومعتبراً نحو الطّبيب وخالياً من العيوب التي قد تشوبه بنوعية التّدخل العلاجي الطّبي

(1). كامل عبد العزيز محمد علي، الجوانب القانونية والشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم، كلية الحقوق، جامعة أسيوط 2007، ص. 55.

(2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 38.

(3). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. 99.

فإنه يقع على عاتق الطبيب الالتزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج ومخاطره وإلا كان مخطأ، وقد عبّر المشرع الجزائري عن الرضا في مدونة أخلاقيات الطب في المادة 44 بقولها :

[يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقه]⁽¹⁾.

ويستثنى على رضا المريض استثناءات نذكر منها :

1. يكون فيها الطبيب مستعجلاً لإجراء عملية جراحية ما هدفها إنقاذ المريض من الموت.

2. تنازل المريض صراحةً بأن يخبر الطبيب أن يجري أي عمل يراه مناسباً لحالته.

3. إذا كان المريض في حالة نفسية أو عقلية تضر به، إذا أخبر بالعمل الذي سيقوم به الطبيب⁽²⁾.

أما الضرورة العلاجية فيقصد بحالة الضرورة أنها تلك الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع به أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب الجريمة لوقاية نفسه أو غيره. وبتطبيق حالة الضرورة على الأعمال الطبية والتي تشكل بحسب الأصل مساساً بسلامة الجسم، يقوم الطبيب بعمل موازنة بين الخطر والأمل، أو فرصة الشفاء عن طريق حساب الاحتمالات⁽³⁾. حيث جسد المشرع الجزائري هذه الحالة في مدونة أخلاقيات الطب في المادة 44 بقولها :

[... وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقه].

(1). مرسوم تنفيذي رقم 276/92، مرجع سابق.

(2). أنظر محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 45.

(3) صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. ص. 102-103.

وقد اعتمدت بعض التشريعات برضا المجني عليه في المساس بسلامة الجسم كشرط إباحة كقانون العقوبات اللبناني حيث نصّ في المادة 186 منه على إجازة العمليات الجراحية العلاجية الطبيّة المنطبقة على أصول الفن الطّبي شرط أن يجري برضا العليل أو رضا ممثليه الشرعيين أو في حالة الضرورة المّاسة (1). وذلك ما نصّ عليه المشرّع السوري في المادة 186 عقوبات (2). أمّا الفقه والقضاء يعدّ برضا المجني عليه ويُعده سبباً للإباحة ما لم يكن الفعل مجرماً قانوناً أو يؤدي إلى إيذاء شديد للحياة أو لأعضاء الجسم أو الصّحة العامّة.

وقد اعتمدت محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها سنة 1897 رضا المريض كسبب لانعدام المسؤولية الجنائية حيث كان عمدة إحدى القوى قد كوى رجلاً برضاه وبناء على طلبه بقصد شفائه من المرض (3).

وفي قرار محكمة الاستئناف بالرباط حكمت بأنّه " ومن الالتزامات التي تقع على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية للمريض أخذ موافقته على ذلك ويجب أن تصدر هذه الموافقة بعد معرفته بحقيقة العملية والنتائج المحتملة عنها ... (4).

وتخلّف رضا المريض يفقد العمل الطّبي أحد شروط مشروعيته ويحمل الطبيب المخاطر الناشئة عن العلاج ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته، وهذا الرّضا لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية وإنّما يسأل طبّقاً للقواعد العامّة عن الخطأ الصادر منه أثناء العلاج أو الجراحة وتزداد

(1) راجع كل من فاروق عبد الرؤوف، المرجع السّابق، ص. 233، وأسامة عبد الله فايد، مرجع سابق، ص. 18.

(2) يرى الدكتور عبود السراج أنّ اعتبار المشرّع السوري رضا المجني عليه سبباً عاماً من أسباب التبرير موقوف غير سديد لأن أسباب التبرير تتعلّق بفعل محرّم أصلاً أمّا رضا المجني عليه لا يبرّر كل الأفعال التي يؤخذ فيها الرّضا وإنّما يبرّر رفضها فقط راجع محمد موفق عثمان وعبود السّراج، رضا المجني عليه في التشريع الجزائري السوري المقارن، مكتبة الفدال، 1995، ص. 360.

(3). للإطلاع على تفاصيل القضية راجع فاروق عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص. 235.

(4). أحمد درويش، العقد الطّبي، تأملات حول المشاكل التي تثيرها العلاقة بين الطبيب، منشورات سلسلة المعارف القانونية، مطبعة الأمدية، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص. 120.

أهمّية الحصول على رضا المريض كلّما كان العلاج أو الجراحة أمرًا ينطوي على كثير من المخاطر.

وذهب الإمام مالك إلى اعتبار أنّ الإذن الذي يسقط معه الضمان هو الإذن العام (الترخيص) والإذن الخاص (رضا المريض) معًا. فإذا أذن المريض أو وليه لشخص لم يؤذن له إذن عام بمزاولة الطبّ وترتّب على ذلك تلف عنصر أو تلف النّفس مثلاً فإنّ من يتولّى الجراحة ضمن وكذلك إذا تولّى علاجه من غير إذنه وترتّب على العلاج ضرر بجسمه فإنّه ضامن أيضًا.

رابعًا: انتفاء القصد الجنائي، وإذن القانون

يرى جانب من الفقه أنّ السبّب في اعتبار الطّبيب غير مسؤول عن الأضرار التي تنتج عن ممارسة الطّبيب والجراح، إنّما يستند إلى انتفاء القصد الجنائي، لأنّ الطّبيب كان يقصد من وراء المسّاس بجسد المريض العمل على شفائه، أمّا الحالات الأخرى التي يعاقب عليها القانون المسّاس بسلامة الأفراد نجد الجاني يحده الحقد والغضب وما شابه ذلك من عواطف سيئة ويكون غرض الجاني الإضرار بالمجني عليه.

وانتقد هذا الاتجاه، فظهر الفقه الحديث الذي يقول لا عبرة بالبواعث النّبيلة في انتفاء القصد الجنائي، ويترتّب على هذه النظرية إباحة جميع الأعمال الطّبية سواء صدرت من الطّبيب المرخّص له بالعلاج، أو غير مرخّص له، وفي هذا إهدار لكافة القوانين المنظمة لمهنة الطبّ والتي تحدّد الاختصاصات المختلفة للقائمين بالأعمال الطّبية على اختلاف أنواعها، بعد ما تحدّد من يحقّ له ممارسة هذه الأعمال دون غيره.

أمّا عن حالة إذن القانون فيقصد بها ترخيص القانون لصاحب الحق في استعماله⁽¹⁾، ومن ثمة فإنّ أساس إباحة الأعمال الطّبية يرجع في نظر بعض الفقهاء إلى إذن القانون، ذلك أنّ القانون صرّح لهم حقّ التعرّض لأجسام مرضاهم، وذلك أنّ الترخيص الصّادر

(1). بارشليمان ، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص. 55.

من القوانين المنظمة لمهنة الطب والتي تخول للأطباء حق المساس بسلامة أجسام مرضاهم له نفس الأثر المترتب على الإباحة المذكورة في القانون الجنائي وغيره من فروع القانون الأخرى.

وكذلك إن الغاية من ترخيص القانون كشرط لمزاولة مهنة الطب هو التأكد والتثبت من توافر الشروط والمؤهلات العلمية اللازمة لمنح الترخيص (1).

فيرى البعض ان الأطباء و بصفتهم هذه يستمدون من الدولة حق استعمال جميع الوسائل الجاري العمل بها للعناية بالمرضى و علاجهم .

في حين يرى البعض ان التبرير الحقيقي لعمل الطبيب يرجع الى اذن القانون ، فالمشرع باعطائه للطبيب شهادة الطب و بالتريخيص له بمزاولة مهنته قد صرح له بان يعمل ما من شأنه ان يؤدي الى الشفاء ، فالقصد الجنائي موجود لدى هذا الطبيب، لكن هذا القصد قد تظهر بعلم الطبيب في ذات الوقت في انه يستعمل حقا جوله له القانون ، و الفعل اذا ترتبت عليه نتائج مجرمة و نتائج مشروعة فان النتائج المشروعة تظهر القصد الجنائي و تجعل الفعل مشروعاً ، و ذلك هو حال الطبيب الذي يجري لمريضه عملية جراحية يقصد منها شفاؤه. (2)

و يرى اخرون انه بصفة عامة يوجد سبب من أسباب الاباحة ، و في كل حالة يكون هناك نص صريح في قانون العقوبات يخول الاذن باجراء الفعل و هو يقرر ان هذا الاذن يستفاد ضمناً عندما يصرح المشرع بمزاولة مهنة من المهن و ينظم شروط مزاولتها ، و يكون من مقتضيات مزاوله هذه المهنة اجراء اعمال يجرمها نص في قانون العقوبات ، مما يجعلها أصلاً جريمة معاقبا عليها ، و لكنها تصبح بهذا التصريح الضمني عملاً مباحاً طالما انها تدخل في المزاوله العادية للمهنة التي صرح بمزاولتها ، و في حدود هذا التصريح و يقرر ان

(1). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص.ص. 112.

(2). سميرة عايد ، الديات ، مرجع سابق ، ص 62

العمليات الجراحية الطبية عموماً تعتبر جائزة و لو خابت نتيجتها ، او لم تؤد الى نتيجة ما طالما ان هذه الاعمال تجرى لغرض نافع تقره الدولة التي نظمت مهنة الطب باعطاء الشهادات اللازمة لمزاومتها ، و الدولة بذلك تبيح مزاولة هذه المهنة ، كما تبيح الاعمال التي تقتضيها هذه المزاولة و الاعفاء للطبيب من المسؤولية عن حوادث العلاج الذي هو سبب من أسباب الاباحة.(1)

خامساً : مشروعية الغرض والمصلحة الاجتماعية

إن أعمال الجراحة والأعمال الطبية الأخرى تعتبر أعمالاً مباحة لأنها وسيلة لمنع أمراض خطيرة يبذل المشرع جهده في إتقانها، وهناك مجموعة من الأفعال تعتبر مشروعاً بناءً على هذا الأساس، ولو أنها في الأصل اعتداءات، ومن هذه الأعمال الطبية والجراحية التي تستوجب الاعتداء على سلامة الجسم البشري سواءً تمت من طبيب أو من غير طبيب مادام الغرض منها شفاء المريض، حيث أن القوانين التي تضعها الدولة، وخصوصاً ما يتعلق منها بالصحة تدل على أن الدولة تقر وتشجع لغرض مشروع هو العمل على حفظ الصحة والشفاء من المرض.

أما عن المصلحة الاجتماعية فلا شك في أنها تختلف من دولة لأخرى، أو من مجتمع لآخر، بحسب تقاليده، وعاداته، إلا أنها تتفق وتلتقي عند نقطة لا خلاف فيها، وهي احترام القوانين وتحقيق مصلحة المجتمع العامة والمحافظة على صحة وسلامة أفراد المجتمع.

ويرى بعض الشارحين أن فكرة المصلحة الاجتماعية تصلح بذاتها سبباً لمشروعية وإباحة الأعمال الطبية (2).

(1). المرجع نفسه، ص ص 62 - 63.

(2). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. ص. 118-119.

الفرع الثالث: شروط العمل الطبي

اشترط القانون مجموعة من الشروط لإباحة الأعمال الطبية لا تقوم إلاّ بها، منها أن يكون من أجراه مرخصاً له قانوناً بإجرائها، بالإضافة إلى أن يكون الفعل قد أجري بقصد العلاج مع ضرورة إتباع الأصول العلمية، مفردين لكل شرط من هذه الشروط فرعاً مستقلاً وهو كالاتي.

أولاً: الترخيص القانوني

يعدّ الحصول على الترخيص القانوني من الدولة لمزاولة مهنة الطب⁽¹⁾ من الشروط الأساسية لإضفاء المشروعية على ما يقوم به الطبيب من عمل طبي، ويعدّ حق الطبيب في ممارسة العمل الطبي بعد الحصول على الترخيص من أسباب إباحة العمل الطبي، والمراد بالتّرخيص أن يكون الذي يقوم بالعمل الطبي ممّن رخص لهم بمزاولة مهنة الطب، وله شروط عديدة نذكر منها :

المؤهل العلمي: اشترط المرسوم التنفيذي رقم 200/74 المؤرخ في 14 رمضان عام 1474هـ الموافق لـ 01 أكتوبر سنة 1974م للمتضمن إنشاء شهادة دكتور في العلوم الطبية في المادة الثانية منه بقولها :

[ويمكن قبول تسجيل الأشخاص التاليين قصد الحصول على شهادة دكتور في العلوم الطبية : المترشحون الحاصلون على شهادة دكتور في الطب وعلى شهادة الدراسات الطبية الخاصة، والمدرجون في أسلاك المساعدين والأساتذة في المراكز الإستشفائية الجامعية.

المساعدين أو الأساتذة المساعدين المرسمون في معاهد العلوم الطبية.
كما اشترطت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 71/215 المؤرخ في 4 رجب عام 1391هـ الموافق لـ 25 غشت 1971م، المتضمن تنظيم الدروس الطبية، بقولها:
تسلم شهادة الدكتوراه في الطب من طرف وزير التعليم العالي والبحث العلمي].

(1). بارش سليمان، مرجع سابق، ص. 74.

وبهذين الشرطين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين يكون الطبيب قد تحصل على المؤهل العلمي لممارسة مهنة الطب في التشريع الجزائري.

ثانيا : رضا المريض

إنّ حرّية المريض في اختيار طبيبه هو شرط لمشروعية التّدخل الطّبي⁽¹⁾، ولذلك يلزم الطّبيب لقيامه بالعلاج أو بالعمليات الجراحية الحصول على رضا المريض بذلك⁽²⁾، طالما أنّ المريض بالغ وفي وعيه التّام فإنّه ينبغي أن يصدر منه الرّضا شخصياً ولا يغنى عن ذلك صدور الرّضا من أحد أقرباءه أو أيّ شخص آخر تربطه به صلة وثيقة⁽³⁾، هذا الرّضا ليس معناه أن يجيز فعل ما يشاء فهو لا يبرّر خطأه، لأنّ أيّ مسّاس بحرمة الجسد وسلامته يشكّل جريمة، إلاّ أنّ هذا الرّضا يبقى مقيداً بمصلحة المريض ومدى تقبّله للمعلومات المفصح عنها⁽⁴⁾، إلاّ أنّه لا يأخذ برضا المريض وإعلامه استثناءات نذكر منها :

- حالة الاستعجال كأن تكون هناك عملية مستعجلة لا تنتظر حتّى إعلام الطبيب وأخذ رضاه.

- أن يتنازل المريض عن حقّه بأنّ يقول للطّبيب افعل ما تراه ضرورياً لشفائي.
- الحالة النّفسية للمريض ومدى تقبّله لحالة النّصيحة الخطيرة⁽⁵⁾، ولهذا الرّضا يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط نذكر منها:

1. أن يكون الرّضا مشروعاً حيث لا يكون كذلك إلاّ إذا كان تّدخل الطّبيب قصد تحقيق الشفاء للمريض والمحافظة على حياته.

(1). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. 104.

(2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 37.

(3). منير رياض حتّنا، مرجع سابق، ص. 319.

(4). بكوش آمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطّبية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص. 121.

(5). محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 56-57.

2. أن يكون الرضا ممّن له صفة : ويقصد بشخصية الرضا صدوره ممّن له الحق فيه سواء كان صاحبه أو من يمثله قانونًا.

3. أن يكون الرضا حرًا.

4. أن يكون الرضا متبصرًا: أي أنّه عندما يصرّح المريض القادر على التعبير عن إرادته برفض العلاج فمن الواجب على الطّبيب أن يحترم هذا الرّفص بعد أن يصرّح الطّبيب بطبيعة العمل وحقيقة مرضه والخطر الذي ينتظره (1).

ولكن في حالة ما إذا كان المريض في حالة رفض للعلاج وكانت حالته خطيرة جدًّا تستلزم التدخّل لإنقاذه، وعند تدخّل الطّبيب من تلقاء نفسه رغمًا عن المريض فإنّ الأصح أن لا يعاقب الطّبيب استنادًا لحالة الضرورة لأنّ الهدف من العلاج هو مصلحة المريض (2).

ثالثًا : إتباع الأصول العلمية

يوجد لكل مهنة من المهن قواعد وأصول عامة تحكم سلوكياتها وهي تتسم بالمرونة بما لا يستطيع أيّ قانون اللّحاق بها نظرًا لجمودها، أو لأنّها في تنامي مستمرّ بحيث لا يمكن حصرها بنصوص محدّدة، هذه القواعد ذات طبيعة ملزمة مثلها مثل النّصوص القانونية الأخرى، فهي لم تستقرّ إلّا بعد أن أخذت من أصحابها الجهد، لهذا من الواجب على رجال الأطباء، ورجال القانون أن يسلموها احترامًا وتقديرًا وهذا ما نصّت عليه مدوّنة أخلاقيات مهنة الطبّ بقولها :

[أخلاقيات الطبّ هي مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعيّن على كل طبيب أو جراح أسنان أن يراعيها] (3).

(1). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. 147.

(2). أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطّبية، دار وائل، الطبعة الأولى، الأردن، 2012، ص. 58.

(3). أنظر المادة الأولى من مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مرجع سابق.

وبعد إتباع الطّبيب للأصول المهنية الخاصّة بمهنة الطّب الذي هو شرط لمشروعية عمله، حيث لا يكفي لإباحة وجود ترخيص قانوني لدى الطّبيب بل لابدّ أن يمارس الطّبيب عمله في حدود القواعد والأصول الفنيّة التي تقتضيها مهنة الطّب (1).

إلّا أنّ هناك استثناءً على هذا المبدأ يبيح فيها للطّبيب الخروج عن الأصول العلمية الثابتة، ومن هذه الظروف : ظرف الاستعجال والسّرعة والظروف الشاذة التي يوجد فيها الطّبيب والتي يترتّب عليها حرمانه من التّطبيق السّليم لقواعد العلم، ويقصد بالظروف الشاذة فضلاً عن الظّروف الخارجية التي تحيط بالطّبيب تلك الحالات التي يحترار فيها الطّبيب اليقظ، فله أن يخرج على الأصول الثابتة بشرط أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض وحده وألّا يعرّضه للخطر (2).

رابعاً : قصد العلاج

ليس من المعقول أن يقرّر المشرّع حقّاً ثمّ يعاقب على الأفعال التي تمارس وفقاً له، فقصد العلاج يكاد أن ينعقد بالإجماع بأنّه من الشروط الجوهرية والأزمة لإباحة العمل الطّبيّ، فلا يجوز للطّبيب ممارسة عمله إلّا إذا كانت له غاية، ذلك أنّ كلّ عمل مشروع لا بدّ له من غاية مشروعة، والغاية من ممارسة العمل الطّبيّ متمثلة في تحقيق مصلحة المريض في صيانة جسمه من الأمراض والآلام أو تخفيف حدّتها أو الوقاية من بعض الأمراض والكشف عن أسباب سوء الصّحة وشفاءه، فإن خرج العمل الطّبيّ الذي يقوم به عن قصد العلاج فإنّه يفقد مشروعيته وصفته الطّبيّة (3)، كأن يكون الغرض لإشباع شهوة علمية أو لخدمة علم الطّب (4)، حيث يسأل الطبيب باعتباره معتدياً على الحقوق الاجتماعية حتّى ولو توافرت في عمله باقي شروط الإباحة، وحتّى ولو كان التّدخل بإقرار من المريض فهو صادر ممّن لا يملكه

(1). منير رياض حتّا، مرجع سابق، ص. 195.

(2). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. 154-155.

(3). المرجع نفسه ص. 158.

(4). منير رياض حتّا، مرجع سابق، ص. 403.

(1). إلا أنه لا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، ففي هذه الحالة يجب البحث على صور الخطأ المهني لتقرير مسؤولية الطبيب.

المطلب الثاني : أنواع الأعمال الطبية الماسة بجسم الإنسان

لعل خروج الأعمال الطبيّة عن مألوف أغراضها ومقاصدها التي تشكل المصلحة العلاجية والمحافظة على سلامة الشخص ركيزة وجودها وأساس مشروعيتها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أظهرت التطورات العلمية الحديثة، وما ترتب عليها من مخاطر باتت تهدد الإنسان، أهميّة حرمة الجسد، وفعالية التصدي لها فحذا البعض من الفقهاء إلى معارضة هذه الممارسات الحديثة وتجريمها وراح البعض الآخر يسارع لتنظيمها باعتبارها في خدمة الإنسانية والمصلحة العامّة. وأهم أنواع الأعمال الطبية الماسة بجسم الإنسان نتطرق إليها كآتي :

الفرع الأول : الإجهاض

أولاً: تعريفه

الإجهاض لغة أيّ يقال أجهضت الحامل أيّ ألغت ولدها لغير تمام، وفي الطبّ ألغت حملها قبل نهاية الأسبوع الثامن من الحمل، فهي مجهض ومجهضة (2).

الإجهاض لغة: يعني الإزلاق، والجهيـض السقيـط، قال الجوهري أجهضت الناقة، أيّ أسقطت : فهي مجهض فإذا كان ذلك من عاداتها فهي مجاهض وأجهضته من مكانه أزالته عنه (3).

ويتضح من هذا التعريف اللغوي للإجهاض بأنه هو الإلغاء قبل التمام أو الإسقاط، أي إخراج الحمل من الرحم قبل الأوان.

(1). صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص. 158.

(2). أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2005، ص. 294.

(3). جعفر عبد الأمير الياسين، الإجهاض، دراسة قانونية اجتماعية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر والتوزيع، لبنان سنة 2013، ص. 15.

وقد عُرِفَ الإجهاض طبيًا بأنه إنهاء حالة الحمل قبل أن يكون الجنين قادرًا على الحياة خارج الرحم و إما أن يكون تلقائيًا أو مفتعلًا، فإذا نزل قبل أن يتم 20 أسبوعًا في بطن أمه أو كان وزنه أقل من 500 غرامًا سميًا سقطًا ولا يكون قابلاً للحياة عادة، أمّا إذا نزل بين 24-36 أسبوعًا فيسمى خديجًا، ويكون في الغالب قابلاً للحياة ولكنّه يحتاج غالبًا لعناية طبيّة جيّدة (1).

ثانيًا: أنواع الإجهاض

باعتبار أنّ الإجهاض هو إنهاء حالة الحمل قبل موعدها الطبيعي سواء بسبب إجهاض طبيعي أو بسبب حادث عارض يهدّد حياة الأم " الإجهاض علاجي وقد يكون الإجهاض جنائي ".

1. الإجهاض الذاتي:

وهو الذي يتمّ بدون إرادة المرأة سواء كان السبب خطأ ارتكبهت المرأة أم حالة جسمية تعاني منها أو عدم اكتمال عناصر الحياة للجنين، وما يحدث في الأجنة المتنوّعة فقد قرّر الأطباء أن نسبة كبيرة من الأجنة المجهضة تلقائيًا متنوّعة (2).

وهناك عدّة أمراض تؤدي إلى إجهاض المرأة سواء أمراض من الجنين أو من الأم.

2. أمراض الجنين:

تتعلّق بأمراض المشيمة والأغشية كأنفصال العارض للمشيمة أو الأغشية، الإصابات الزهرية موت الجنين بسبب شرب مواد علاجية التي توصف للأم في حالة مرضها، أمّا أمراض الأم فتتمثل في الإصابات العصبية مثل كوريات الحمل، ارتفاع الحمى بجميع أنواعها

(1). محمد إبراهيم سعد النادي، **الإجهاض بين الخطر والإباحة**، الطبعة الأولى، دار الفكر لجماعي للنشر والتوزيع، مصر، 2001، ص. 21-22.

(2). شحاتة عبد المطلب، **الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي**، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2011، ص. 14.

وبالأخص التيفوس والراجعة والتيفودية، وإذا ارتفعت درجة الحرارة 40° فإنها تقضي على الطفل عادة الأمراض المتعلقة بتغيرات وضع الرّحم والالتهابات الكلوية المتقدم ومرض الزهري (1).

3. الإجهاض الطّبي:

هذا النوع من الإجهاض يرتبط بوجود مشكلات صحية للأم أو للجنين، و ان استمرار الحمل يؤثر سلبيًا في حياة الأم أو أنّ استمراره قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى وفاة المرأة الحامل مثل إصابتها بأمراض القلب أو تضيقاً أو عجز القلب عن الحمل، ولهذا ينصح الطبيب بعدم استمرار الحمل، كما يتّضح بوجود تشوهات خلقية كبيرة وجسمية تتعارض مع حياة الجنين بعد الولادة مثل ولادة الطفل بدون رأس (2).

فهذا النوع من الإجهاض يتم إجراؤه من أجل تحقيق غرض علاجي اقتضته الظروف الصحية للمرأة الحامل ويجري إمّا لإنقاذ المرأة الحامل من موت محقق أو محتمل.

4. الإجهاض الإجرامي(الجنائي):

وهو تعمد إنهاء حالة الحمل بإعدام الجنين وذلك إمّا بإخراجه من الرّحم أو بإعدامه داخل الرّحم بأيّ وسيلة من الوسائل وقبل الموعد الطبيعي المقدّر لولادته بلا ضرورة (3).

الإطار القانوني لجريمة الإجهاض:

موقف التشريعات من الإجهاض نصّ المشرّع الجزائري على جريمة الإجهاض في الفصل الثاني من القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات الجزائري، حيث خصّص له المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات، ولقد استعمل لفظ الإجهاض أو " أجهض " للدلالة على ذلك النشاط المادّي الذي يصدر عن الجاني بغرض إنهاء حالة الحمل

(1).عبد الحكم فودة، الطبّ الشرعي، بدون طبعة دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، مصر 1996، ص. 518.

(2).آمال عبد الرزاق المثالي، الطبّ الشرعي، بدون طبعة مكتبة الوفاء القانونية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2009، ص. 174.

(3).أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، مرجع سابق ص. 297.

قبل أن يحين الموعد الطبيعي لولادته واعتبر ذلك الفعل جريمة عاقب عليها بالنصوص المذكورة أعلاه، سواء تمّ الإجهاض برضا الحامل أو بغير رضاها، وسواء كان من الغير أو من الحامل نفسها (1).

تنصّ المادة (304) من قانون العقوبات الجزائري:

[على أنّ كل من أجهض امرأة حاملاً أم مفترضاً حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من (20.000 دج إلى 100.000 دج)] (2).

ووفقاً لنصّ هذه المادة فأركان جريمة الإجهاض كالاتي :

- حمل المرأة أو افتراض حملها.
- وسائل الإجهاض.
- نية الإجهاض.

كما يجدر الذكر أنّ المشرّع الجزائري يفرّق بين إجهاض الحامل لنفسها، وبين إجهاض

الغير لها في المادة 309 من قانون العقوبات التي تنصّ:

[على المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض].

كما نصّ في المادة 310 من نفس القانون على: الإجهاض الذي يكون نتيجة فعل

تحريض، وإلى جانب ذلك نصّ أيضاً على الشروع والاشتراك، المادة 311 من نفس القانون في الفقرة الثانية منها، حيث جاء فيها:

(1). نايت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع الجزائرية، 2013، ص. 80.

(2). الأمر رقم (95-10) المؤرخ في 25 رمضان 1415 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 1995، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري.

[وكل حكم عن الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها ذات المنع]⁽¹⁾.

يتبين لنا أيضاً أنّ المشرّع الجنائي الجزائري لم يفرّق في تجريمه للإجهاض بين مرحلة معيّنة للحمل سواء كانت قبل نفخ الرّوح أو بعدها.

كما بيّن ذلك فقهاء الإسلام، بل حرّم فعل الإجهاض، واعتبره فعلاً يستوجب العقاب من بداية الحمل حتّى تبدأ عملية الوضع أو بالأحرى آلام الوضع⁽²⁾.

أمّا المشرّع الفرنسي فقد ميّز الإجهاض بين مرحلتين :

المرحلة الأولى: كان الإجهاض العلاجي مسموح به أمّا ما عداه فكان القانون يمنع ذلك وهذا في ظل قانون الصّحة العمومية الفرنسي الصادر في 17 جانفي 1975.

أمّا المرحلة الثانية: تمّ إلغاء النّصوص التي تمنع الإجهاض بموجب القانون الصادر في 31 ديسمبر 1979 والمكمل بقانون 31 ديسمبر 1992 والذي اعتبر الإجهاض ضمن الأمراض المعوّض عليها في الضمان الاجتماعي وقد نظم الإجهاض وفقاً للشروط شكلية وموضوعية :

• **أمّا الشروط الشكلية:** تتعلّق بتقديم طلب الإجهاض إلى الطبيب وعلى هذا الأخير أن يخبر الحامل بمخاطر الإجهاض وأن المرأة التي تواصل حملها ستتلقى مساعدات⁽³⁾. حسب المادة 162-12 من قانون الصّحة العمومية الفرنسي التي تنص على:

[يمكن إجراء الإجهاض العلاجي في إحدى مراحل إذا وافق عليها الطبيين بعد فحص طبي ومتابعة الحمل شرط أن يكون هذا الأخير بشكل خطر على صّحة الأم]⁽⁴⁾.

(1). نايت بن عزّة مليكة، المرجع السابق، ص. 82.

(2). المرجع نفسه، ص. 82.

(3). André Pouille et Jean Roche : **Libertés publique et droits de l'homme 14^{ème} Dalloz**, France 2002, p. 89.

(4). Article 162 paragraphe 12 de code de la santé publique (Français), <http://www.survivants.fr>

• **أما الشروط الموضوعية:** تتمثل أساساً في وجود حالة الشدة وترك تقديرها للمعني بالأمر، شرط إجرائها قبل مدة اثنا عشر 12 أسبوعاً، أي قبل بلوغ الحمل ثلاثة أشهر⁽¹⁾. وعليه فإنّه من المبادئ المستقرة لدى فقه القانون بصفة عامّة والقانون المدني بصفة خاصّة هو مبدأ حرمة الجسد بشقيه، عدم جواز التصرف، وعدم جواز المسّاس بالجسد الإنساني، إلّا أن الفقه قرّر مجموعة من الاستثناءات على هذا المبدأ من أهمّها إجراء الأبحاث العلمية والتجارب على الأجنّة⁽²⁾. غير أنّ معظم المواثيق والاتفاقيات الدولية أشارت إلى مشروعية إجراء التجارب الطبيّة على الأجنّة المجهضة لكن تحت ضوابط قانونية ومن بين عدّة الشروط :

شرط الرضا:

نصّت عدّة اتفاقيات على شرط الرضا لإجراء التجارب والأبحاث على الإنسان، من بينها ما نصّت المادة 5 من اتفاقية حقوق الإنسان والطب البيولوجي، المنعقد فرنسا بمدينة سترانبورغ وهذا في شهر جانفي 1997 الذي نصّ على أنّه:

[أن تكون موافقة الشخص الخاضع للتجربة موافقة حرة ومحدّدة ومحرّرة كتابياً]⁽³⁾.

وقد نصّت المادّة 152-8 الفقرة الثانية بأنّه :

[غير أنّه استثناء يجوز للرجل والمرأة المتزوجين أن يوافقا على إجراء دراسات على جنينهم بشرط الموافقة الكتابية، ولا تكون هذه الدراسات مشروعة إلّا إذا وافقت اللجنة أدناه بالشروط المحدّدة بالشروط الصادرة من مجلس الدولة]⁽⁴⁾.

وأشارت المادة 184-3:

[أنّ اللجنة الوطنية للطب والبيولوجيا والاستنساخ التشخيص قبل الولادة هي المسؤولة عن تقديم المشورة بشأن طلبات الحصول على إذن لإجراء أنشطة الإنجاب بمساعدة

(1). نايت بن عزّة مليكة، المرجع السابق، ص. 85

(2). حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 424.

(3). بلحاج العربي، الحدود الشرسة والأخلاقية للتجارب، ص. 110.

(4). أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص. 108.

طبيّة والتشخيص قبل الولادة وكذلك قرارات سحب الترخيص، ونشارك في رصد وتقييم أداء المؤسسات والمختبرات معتمد[1].

وتقدّم اللّجنة إلى وزير الصّحة تقريرًا عن تطوّر الطبّ والبيولوجيا والاستنساخ التشخيص قبل الولادة (1).

أمّا قرار المجمع الفقهي الإسلامي يسمح باستخدام الأجنّة المجهضة في التجارب العلمية والأبحاث وكان هذا في دورته السّابقة عشرة بمكة المكرمة سنة 2003 تحت عنوان "نقل وزراعة الخلايا الجذعية " وهذا بتاريخ 2003/12/17(2).

أمّا المشرّع الجزائري فقد نصّ في المادة 168 من قانون حماية الصّحة وترقيتها " على أنّه يخضع التجريب للموافقة المستتيرة للشخص "، أمّا بالنّسبة للجنين المجهض يلزم الحصول على الموافقة من وليه.

الغاية التجريبية من الأجنّة المجهضة :

إنّ الغاية من التجارب في استخدام الأجنّة المجهضة تتمثل في علاج بعض الأمراض المستعصية كالزهايمر والأمراض العصبية، الشلل الدماغي وبعض أنواع السكري ومعالجة الأمراض التي تصيب جهاز المناعة.

وعلى أساس ذلك أقرّ المشرّع الجزائري بمشروعية التجارب على جسم الإنسان، ولكن يشترط التحلّي بأخلاقيات البحث الطّبي والتجربي وهذا ما نصّت عليه المادة 168 فقرة 1 من قانون حماية الصّحة وترقيتها على:

[جواز تشريح جنّة الإنسان في الهياكل الاستشفائية بطلب من الطبيب المختصّ بغية الأهداف العلمية](3).

(1)، المرجع نفسه، ص. 108.

(2). نفس المرجع السابق، ص. 108.

(3). المادة 168 مكرّر فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها " يمكن إجراء تشريح الجنث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يلي : طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي "

شرط الحصول على ترخيص من اللجنة الطبيّة :

تتطلب المادّة 52 من لائحة آداب المهنة الطبيّة على أنّه :

[يلتزم الطبيب لمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبيّة على آدميين].

وتضيف المادّة 53 من نفس اللائحة أنّه:

[يخطر على الطبيب إجراء تجارب الأدوية والتقنيات قبل إقرارها من الجهة المختصة].

ومن هنا يشترط في إجراء التجارب على موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم

الطبيّة وهذا وفقاً للمادّة 168 مكرّر فقرة 2.

المصادر المشروعة للتجارب على الأجنّة المجهضة :

تكون الاستفادة من الأجنّة المجهضة عندما يكون الجنين قد سقط تلقائياً أو أجهض لضرورة إنقاذ أمّه، فمثل هذه الأجنّة هي ميتة حكماً ويمكن الاستفادة منها في مجال التجارب الطبيّة، إذا أسرع الطبيب بنقل ما يريد منها بعد موته بدقائق أيّ قبل موت الخلايا أمّا الأجنّة التي تجهض ميتة فلا يستفاد منها إلاّ في الأبحاث التجريبية لاستخراج بعض العقاقير الطبيّة أو لمعرفة أسباب الإجهاض (1).

في هذا الشأن المشرّع الجزائري في قانون العقوبات على جواز الإجهاض في الحالات

التي تتعلق بصحة الأم وهذا وفقاً للمادّة 308 منه:

[لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطات الإدارية]. أيّ توافر أحد أسباب الإجابة وهي حالة الضرورة.

(1). إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات

مجلة الحكمة، المدينة المنورة- السعودية، 2002، ص. 611.

وقد ذهبت الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إلى جواز هذا التصرف، وهذا في الدورة السادسة لها وقد أصدرت قرار تحت رقم 2/5/56 الفقرة الثانية بشأن زراعة المخ والجهاز العصبي بما يلي :

[إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو خلايا حية من مخ جنين باكر فيختلف الحكم على النحو التالي، أخذها من الجنين الإنساني في بطن أمه، بفتح الرّحم جراحياً وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد أخذ الخلايا من مخّه، ويحرّم ذلك شرعاً إلا إذا كان بعد إجهاض طبيعي غير متعمد، أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم وتحقق موت الجنين]⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الجراحة التجميلية وتغيير الجنس

أولاً : الجراحة التجميلية

1-تعريفها

إنّ جراحة التجميل ليست كباقي الجراحة يقصد بها الشفاء من علّة وإنّما الغاية منها إصلاح تشويه يחדش الذوق، أو يثير الألم، أو النقمة، أو الاشمئزاز في النفوس، ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديثاً، إنّما لها تطبيقات قديمة.

ومصطلح " عمليات التجميل **ChirurgieEsthétique** " هي في الأصل كلمة يونانية، مكوّنة من مقطعين:

الأوّل: **Keirurgia** ويقصد به العمل اليدوي،

والثاني **Aisthétikos** ويعني القدرة على الإحساس المتولّدة من الشعور بالجمال⁽²⁾.

(1). أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص. 107.

(2). محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.

وذهب البعض إلى تعريف الجراحة التجميلية قائلاً " هي التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تسوية حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلفي أو وظيفي " (1).

فجراحة التجميل لا يقصد منها تحقيق غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصّحة لعضو في المريض، وإنّما من أجل إصلاح بعض التشوهات الطبيعية (2). علماً أنّ جراحة التجميل ليست بعلم جديد، بل إنّها حرفة قديمة، فقد أجريت في الهند عام 600 قبل الميلاد أول عملية تشكيل أنف جديد باستعمال جلد الجبهة، حيث كانت عقوبة اللّص آنذاك جذع الأنف، وكذلك قام ابن سينا وابن رشد وهما من الجراحين العرب باستئصال الجلد الزائد من الجفون وكان هذا في القرن العاشر الميلادي (3). غير أنّ جراحة التجميل ظهرت بشكل واضح بين الحربين العالميتين الأولى والثانية بحيث أصبحت لها أصولها وتعاليمها العلمية (4).

كما أن تطوّر علم الميكروسكوب المركّب، وتطور علم الجراحة أدّى إلى ظهور ما يسمى بعلم الجراحة الدقيقة تحت الميكروسكوب، التي بدورها ساهمت بشكل فعّال في تحقيق إعادة زراعة الأعضاء المبتورة مثل الأصابع واليد وساهمت أيضاً في نقل بعض الأنسجة في الجسم من مكان لآخر لأغراض تجميلية، بحيث أصبحت الجراحة تحت الميكروسكوب من أساسيات جراحة التجميل وضرورياتها (5).

(1). منذر الفضل، المسؤولية الطبيّة في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمّان-الأردن، الطبعة الثانية، 1995، ص.6.

(2). جاسم علي سالم الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2000، صص. 426-427.

(3). محمد سامي الشوا، المرجع السابق، صص. 146-147.

(4). بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبيّة المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، بيروت، الطبعة الأولى، 1984، ص. 207.

(5). د. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، صص. 291-292.

2- أنواع الجراحة التجميلية :

تنقسم عمليات الجراحة التجميلية إلى ثلاثة أنواع :

1. الجراحة الترميمية **LaChirurgieReconstructrice** :

تهدف إلى علاج تشوهات خلقية إما بال ميلاد أو طرأت على الجسم بعد ذلك⁽¹⁾.

إذا نظرنا إلى العيوب التي تبدو على الجسم البشري نجدها على قسمين :

أ/- عيوب خلقية: هي عيوب ناشئة في الجسم وهي نوعين هما، العيوب الناشئة عن الآفاق المرضية التي تصيب الجسم، عيوب صوان الأذن الناشئة عن الزهري والجدام والسّل.

أمّا العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان، الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين.

ب/- عيوب مكتسبة (**MalformationsAcquises**): ويكون ذلك بسبب حادث أو مرض كالتشوهات التي تكون بسبب إجراء عمليات جراحية متتالية لنزع ورم، فنتيجة هذه التدخلات الجراحية تترك تشوهات عميقة، وبالتالي الجراحة الترميمية تكون الوسيلة لإعادة الحالة إلى طبيعتها⁽²⁾.

2. الجراحة التحسينية:

هي التي لا يهدف من وراء إجرائها أصلاً إلى تحقيق الشفاء، وإنما الغرض منها علاج بعض التشوهات البسيطة، كون أصحابها يرون أنّها تؤثر على الجمال والكمال الجسدي، كالأنف الطويل أو إزالة ندبة أو تقوية النهدين⁽³⁾.

(1). نفس المرجع السابق، ص. 292.

(2). Grigaut Pierre François, **La chirurgie esthétique et plastique « que-sais-je »**, le point de connaissances actuelles, P.U.F, Paris, 1970, p.87.

(3). Ossoukine Abdelhafid, **Traite de droit médical publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies**, Oran 2003, p. 131.

والعمليات المتعلقة بهذه الجراحة تنقسم إلى نوعين :

أ/- عمليات الشكل: من أهم مظاهرها :

- **تجميل الذقن:** بتصغير عظامه إذا كان كبيراً، أو تكبيره بوضع ذقن صناعي يلحم بعضلات وأنسجة الحنك إذا كان صغيراً.
- **تجميل الأذن:** بردها إلى الوراء إذا كانت متقدمة.
- **تجميل البطن:** بشدّ جلدها وإزالة . الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحياً.
- **تجميل الثديين:** بتصغيرهما إذا كانا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادّة معيّنة مباشرة في تجويفهما.

ب/- **عمليات التشبيب:** هذه العمليات تجري لكبار السن، ومن أبرز صورها :

- **تجميل اليدين:** أو يسمى في عرف الأطباء تجديد شباب اليدين، وذلك بشدّ التجاعيد الموجود في أيدي المسنين والتي تشوّه جمالها.
- **تجميل الحواجب:** بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظراً لكبر السن وتقدّم العمر.
- **تجميل الساعد:** بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم.
- **تجميل الأرداف:** وذلك بإزالة المواد الشحمية في المنطقة الخلفية العليا، أو المنطقة الجانبية من الأرداف، ثمّ تشدّ جلدها ويهدّب حجمها بحسب الصّورة المطلوبة.
- **تجميل الوجه:** يشدّ تجاعيده سواء برفع جزء منه، ومن الرّقبة، وهو ما يسمى بالرفع الكامل، أو تجميله بعملية القشر الكيماوي (1).

(1).حنّا منيررياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمجري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 439.

3. الجراحة التجميلية المحرّمة :

إنّ التّدخل الجراحي الحديث والذي يتمثل في تغيير الجنس وذلك بإحداث اصطدام مع المبادئ المكرّسة في مجال الحماية القانونية للحقّ في سلامة الجسم (1).

ثانيًا: مفهوم تغيير الجنس

1- تعريفه:

يعرف الجنس لغة :جانسة، شاكلة، وتجانسا، أيّ اتحدا في الجنس، والجنس الأصل والنوع، والجنس أيضًا هو الضرب من كل شيء، من النّاس والطيور وغير ذلك. والجنس في علم الأحياء هو أحد الأقسام التصنيفية فهو أعلى من النوع، وأدنى من الفصيلة، ويطلق الجنس على أحد شطري الأحياء، أي ذات الأعضاء مميّزًا بالذكورة أو الأنوثة (2).

وهو إحساس يشعر به الفرد بالانتماء لجنس مضاد لجنسه الأصلي مع الرّغبة الشديدة لتغيير حالته الجنسية والعيش وفق المظهر المتوافق للفكرة التي يرى بها نفسه هذا تعريف طبيّ " للحالة يمكن أن يكمل بتعريف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تعرفه بالنظر " للأشخاص " حيث تعرّفه عادة ما نقصدهب Transsexuels وهو رجل مكتمل الرّجولة ولكنّه يشعر بداخله أنّه أنثى ويرفض أن يكون ذكر ويتصرّف على أنّه أنثى مع النّاس (3)، لذا يجب التفريق بين التخنّث وتغيير الجنس.

(1).جميل صبحي برسوم، التحوّل الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية، مجلة الميادين مجلة الدّراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الأوّل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة -المغرب، العدد السابع، 1991م، ص

(2).ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، مرجع سابق، ص. 43.

(3).طه عبد الناصر، تغيير الجنس، تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا ؟

فالتخثت هو إيهام جنسي أصلي، وذلك ما يبرر إجراء مختلف العمليات الجراحية عليه لتحديد الجنس الزاجح فإن الشخص محل التغيير هو جنس مورفولوجي مميز ومحدد تمامًا إلا أنه يشعر نفسيًا بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي.

فالأمر لا يتعلّق بتصحيح الجنس إنّما بتغييره ممّا يفترض عدم وجود أيّ خلط في الجنين لأنّ الشخص محلّ تغير يحسّ بالانتماء لجنس مضاد لجنسه، فيبحث مهما كان الثمن لتغييره بواسطة عمليات جراحية جدّ صعبة.

أمّا الخنثى في الفقه الإسلامي " آدمي تظهر فيه علامات تدلّ على الأنوثة وعلامات أخرى تدلّ على الذكورة (1) " فينتظر هذا بلوغ الشخص إذا تبين أن علامات الأنوثة أغلب حكم بأنه أنثى، فإذا غلبت عليه علامات الذكورة حكم بأنه ذكر (2).

2- المشاكل الفقهية والقانونية التي يثيرها تغير الجنس :

لقد لقيت عملية تغير الجنس البشري معارضة وتأييدًا لها.

أ. موقف الفقه:

-موقف الفقه المعارض لتغير الإنسان لجنسه:لقيت فكرة تغيير الإنسان لجنسه رفضًا واسعًا خاصّة في المجتمعات العربية والإسلامية باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا هامًا للقانون وقد ذكر الدكتور سيد طنطاوي، مفتي الديار المصرية إنّ حكمة الله سبحانه وتعالى قد اقتضت أن يعمرّ هذا الكون عن طريق وجود المرأة والرجل، وحكمة الله سبحانه وتعالى أن

(1) جيلالي نشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنتاج، ص 30-39.

(2). حبيبة سيف سالم راشد الشاما، مرجع سابق، ص 189.

يجعل للرجل مميزات تميّزه عن المرأة وأن يجعل للمرأة أيضًا مميزات عن الرجل وإن كان الله قد خلقهما من نفس واحدة!⁽¹⁾.

فقد اعتبروا أن تغيير الجنس يدخل ضمن الخروج من الفطرة إلى شذوذها واعتباره من عمل الشيطان.

حيث قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا خُطُواتِ الشَّيْطَانِ فَإِنَّهُ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾⁽²⁾.

وقد استند الفقهاء تحريم هذه الأفعال إلى الاعتبارات التالية :

قوله تعالى: ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾⁽³⁾.

وقال تعالى: ﴿فَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَحْوِيلًا﴾⁽⁴⁾.

وفي هذه الآيات تحذير من الله سبحانه وتعالى في التجرّء والتمادي على العبث بخلق الله فكيف يتجرأ الإنسان على أحسن الخالقين ليعبث بالخلق وما خلق⁽⁵⁾.

أمافي السنّة النبوية الشريفة نجدحديث عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنّ الرسول ﷺ قال : لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال!، عن أنس قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء!⁽⁶⁾.

(1).د. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة

الاسلامية، مرجع سابق، ص. ص. 484-883.

(2).سورة النور، الآية 21.

(3).سورة فاطر، الآية 30.

(4).سورة فاطر، الآية 43.

(5).جيلالي نشوار، مرجع سابق، ص. 35.

(6).رواه البخاري، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، محمد ناصر الدين الألباني، مختصر

صحيح الإمام البخاري، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 2002،

ص. ص. 48-47.

وإنّ الجراحة التي تغيّر الجنس تؤدي إلى أضرار نفسيه تتعلّق بتغيّر سلوكيات وانطباع الشخص إضافة إلى أضرار هرمونية وهذا نتيجة لتعاطي الشخص أدوية هرمونية قبل وبعد الجراحة فيؤدي إلى خلل في أعضاء جسده الأصلية (1).

-الموقف الفقهي المبيح: يستند أصحاب هذا الرأي إلى انفصام الحاد بين النفس والجسد قبل بلوغ الشخص وقد أكدّ الشيخ فيصل المولودي أنّ تغيّر الجنس هو حالة مرضية عند بعض الأشخاص سموها (الترانكس) وهي انفصام حادّ في الحالة الجنسية بحيث تكون مظاهر الجسد باتجاه جنس معيّن، بينما تكون مشاعر النفس بالاتجاه الجنسي المعاكس، وأنّ هذه الحالة المرضية قد تشتدّ بحيث تصبح حياة صاحبها جحيمًا وقد يفكر في الانتحار، وفي مثل هذه الحالة تتحقّق شروط الضرورة الشرعية التي تبيح المحظور بإجماع العلماء (2).

كما أن عمليات تغيير الجنس ليست على إطلاقها بل تكون ضمن الضوابط الشرعية وهي أن يبذل المريض نفسه جهدًا كبيرًا للتكيّف مع حالته الجسدية، فربما استطاع بمساعدة طبيّة ومن يحيط به أن يكتشف نفسه من جديد وأن يسعى الطبيب المعالج من خلال استعمال كل وسائل الطبّ النفسي الحديثة إلى معالجته وإذ فشل فإنّه يلجأ إلى إجراء هذه العملية الجراحية (3).

(1) بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2011، ص.ص. 43-46.

(2) فيصل مولودي، حكم عمليات تغيير الجنس، رقم الفتوى 311 تاريخ الفتوى 2002/228/4 منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

www.mawlawi.net/default.asp

(3) المرجع نفسه.

ب. الموقف القانوني:

-الموقف القانوني المحرّم لتغيير الجنس: لا يوجد نصوص خاصة تشير صراحةً إلى موضوع تغيير الجنس، ولكن يمكن استنتاج ذلك من القواعد العامّة، حيث نصّت المادة الثانية من الدستور الجزائري على أنّ " الإسلام دين الدولة " .

أمّا في التشريع الجنائي الجزائري فقد نصّت المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري على:

[الصور المشكّلة عاهة مستديمة :

- فقد أو بتر أحد الأعضاء،
- المنع من استعمال العضو،
- فقد البصر،
- فقد إبصار أحد العينين دون أخرى،
- أو أية عاهة أخرى دائمة].

كما نصّت المادة 274 من نفس القانون على أنّه:

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

بناءً على ذلك يتبيّن لنا أنّ كل عملية جراحية لابدّ أن تنصرف لغرض طبّي علاجي أمّا إذا انعدم الغرض مثلما هو الحال في تغيير الجنس، فإنّ الطبيب يخرج عن وظائف مهنته، ويفقد الحصانة الطبيّة.

وبالتالي يمكن تكييف الفعل المؤدي إلى بتر الأعضاء الجنسية في جراحة التغيير الجنسي جريمة الخصاء (1).

أمّا في المجال الطبّي فقد نصّت المادة 31 من مدوّنة أخلاقيات الطبيب على أنّه :

(1).الخصاء يسمى باللغة الفرنسية Castration

Castration : Destruction d'un organe nécessaire ; le petit Larousse illustré, 2^{ème} colonne. p. 185,

[لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجًا أو طريقة وهمية غير أو غير مؤكدة ...].

وعليه نستنتج أنّ المشرّع الجزائري لا يجيز التدخلات الطبيّة لتغيير الجنس وتشير المادة 34 من ذات المدوّنة أنّه :

[لا يجوز للطبيب بتر عضو من دون سبب طبيّ بالغ الخطورة ...].

ونستخلص من هذه المواد أنّ قانون العقوبات يمنع تغيير الشخص لجنسه.

و في هذا الاطار نصّت المادّة 58 من الدستور الجزائري سنة 1966 نصّت على:

[الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع ...].

ومن هذه المادّة نرى أنّ الاختلاف الجنسي هو الرّكن الجوهري في عقد الزواج، لا يمكن أن يقوم بدونه ولا يمكن أن يحلّ محله أيّ نوع آخر، ذلك أنّ مسألة الفارق الجنسي مسألة جوهرية لا الرّابطة الزوجية بدونه ومن هذا المنطلق لا يعترف إلاّ بالزواج القائم بين شخصين من جنس مختلف أي الرّجل والمرأة⁽¹⁾.

وهذا ما نصّت عليه المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري:

[يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد].

وباعتبار أنّ من أركان الزواج هو اختلاف في الجنس وهذا وفقًا للمادة

4 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ :

[الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتعاون وإحسان الزوجين المحافظة على الأنساب فإنّ خلاف ذلك يعد جريمة يعاقب القانون عليها ويؤدي إلى انتشار السّحاقيات واللواط باعتباره من الشذوذ الجنسي].

وهذا ما نصّت عليه المادة 338 من قانون العقوبات:

(1). تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيّة والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2001، ص. 10.

[كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار....] (1).

-أما الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس: لقد رخصت معظم الدول الأوروبية على تغيير الجنس وهذا بموجب نصوص قانونية صريحة مثال على ذلك:

1. القانون الألماني: الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1980 الذي أباح عمليات التحويل الجنسي في المادة الثامنة حيث اشترطت هذه المادة الرضا بطلب كتابي يقدمه للجهات الحكومية، وأن يكون عمره 25 سنة، وألا يكون قد سبق له الزواج (2).
2. القانون السويدي: يشترط الرضا والعمر 18 سنة كاملة وألا يكون الشخص متزوجاً وأن يكون متمتعاً بالجنسية السويدية إضافة إلى شرط الحصول على ترخيص بإجراء العملية من سلطات إدارية وفي حالة مخالفة الشخص لهذه الشروط يتعرض إلى جزاءات عقابية (3).

الفرع الثالث: زراعة ونقل الأعضاء البشرية

لقد نجم عن التطورات العلمية الهائلة في القرن الماضي نتائج وإفرازات عدّة مختلفة النطاق ومتنوعة الأهداف والغايات، وخاصة المتعلقة منها بجسم الإنسان ومكوناته كزراعة الأعضاء البشرية وفي هذا الصدد تعدّ عمليات زرع الأعضاء البشرية كما نص عليها المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها (4) في المواد من 161 إلى 168 من المستجدات العلمية الحديثة بحيث تناولها التعديل الجديد لقانون العقوبات ورتّب على مخالفة أحكامها جزاءات جد قاسية لتعلّقها بحرمة الجسد البشري .

(1). نفس المرجع السابق، ص. 11.

(2). جميل صبحي برسوم، المرجع السابق، ص. ص. 60-61.

(3). د. نصر الدين مروي، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، في القانون الجزائري المقارن و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 54.

(4). قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، المعدّل والمتمم، الجريدة الرّسمية، عدد 08 بتاريخ 17/02/1985.

أولاً : تعريف نقل زراعة الأعضاء البشرية

لقيت عملية زرع الأعضاء البشرية نقاش وجدل كبير بشأن مشروعية هذه العملية فمن الفقه من عارض هذا كون أنه يمس بجرمة وقدسية الجسم ومنهم من أيده ومن هذا المنطلق لا بدّ من التعرّض لتعريف نقل وزراعة الأعضاء .

أ/- **عملية نقل العضو البشري:** تعرف عملية نقل العضو البشري بأنها العملية التي يتم بها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي المتبرّع وحفظه، تمهيداً لزراعته في الجسد المتلقي المريض في الحال، إلاّ أنّ هناك شروط لا بدّ من توفرها إذ يجب أن يكون العضو سليماً، ويجب أن تكون حالة المعطي جيّدة بحيث لا يؤثر نقل العضو على حالة المعطي الصحيّة إضافةً أن تكون هذه الأعضاء قابلة للنقل (1).

ب/- **عملية زرع العضو البشري:** عرفت عملية زرع العضو البشري على أنها: " نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام مريضة أعضاء منها أو تالفة " (2).

ومن هذين التعريفين نستخلص أنّ عملية نقل العضو مستقلة عن عملية زرع العضو، فزرع الأعضاء لا يعني نقلها حتّى وإذا كان نقل الأعضاء قد يعدّ جزءاً من عملية الزرع، باعتبار أنّ عملية نقل العضو قد لا يستتبعها إجراء عملية زرعه، وإنّما قد يتمّ نقل العضو من أجل حفظه لحين الحاجة إليه.

ومن هنا يمكن القول إنّ عملية زرع العضو البشري تخضع لعمليتين مترابطتين وهما :

1. عملية استئصال العضو التالف من أداء وظيفته من جسم المريض.
2. عملية تثبيت العضو المنقول وهو عضو سليم ومحلّ عملية زرع العضو البشري هو جسم المتلقي أي المريض الذي يعاني من تلف عضو من أعضاء جسده.

(1).د. محمد حماد مرهج الهيبي، مرجع سابق، ص. 31.

(2). نفس المرجع السابق، ص. 104.

وتنقسم عمليات زرع الأعضاء البشرية إلى ثلاث مجموعات وهي :

● **عمليات الزرع الذاتي:** وفي هذه العمليات يكون المعطي والمتلقي هو نفسه الشخص ونفس الجسم، فيقوم الطبيب المختصّ بنقل عضو أن نسيج من موضعاً إلى آخر في ذات الشخص، ومن أمثلة نقل العضلات والأوتار ونقل الصّمامات من الأوردة في السّاقين لإصلاح صمامات القلب، ونقل جزء من الأمعاء لإصلاح المرء، ونقل جزء من الغدة الكظرية لمدّواة الشلل الرّعاش، إضافة إلى ترقيع الجلد وإصلاح الأذن والأنف.

وبالتّالي هذه العمليات تجرى لشخص الذي به عيب في المنظر الخارجى له أو عيب غير مألوف مثلما التشوهات التي تحدث في الحوادث والحروق (1).

● **عملية نقل وزرع الأعضاء من حي إلى حي:** إنّ هذه العملية تمّت بين توأمين وهذا بتاريخ 1954/12/23 في بوسطن حيث تحصّل أحد التوأمين على كلية أخيه (2).

وفيها ينتمي الشخص المعطى إلى نفس جنس المتلقي، كنقل عضو من أعضاء شخص إلى شخص آخر (3).

● **عمليات الزرع من الحيوانات:** وفيها يختلف جنس المتلقي عن جنس المعطي، وقد أجريت عدّة محاولات لزراعة أعضاء من الحيوانات للإنسان، منها محاولة استئصال كبد قرد وزرعه في جسد إنسان (4).

(1). محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء البشرية، دار الخلدونية، الجزائر، 2004، ص.

(2). Ahmed Abduldaim, op.cit, p. 97.

(3). د. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص. 218.

(4). Anhtuan Dinh-Xuan, Alain Lockhart, **Précis de physiologie médicale**, 2^{ème} édition Piccin, Italy, 2003, p. 444.

ثانياً: النظام القانوني لزرع ونقل الأعضاء البشرية

تعدّ عملية زرع ونقل الأعضاء البشرية من العمليات الخطيرة بالنسبة للإنسان لا سيما للشخص المتبرّع إضافة إلى هذا النوع من العمليات يمتد إلى الأموات هذا ما يفتح الباب لفكرة منفعة الموت بتقصير وقت الرّحيل للمرضى الميؤوس من شفائهم الموجودين في غيبوبة والموضوعين تحت أجهزة الإنعاش الاصطناعي من أجل الاستعادة من أعضائهم.

1-نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء :

إنّ عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء هي أقل تعقيداً من حالة زراعة ونقل الأعضاء البشرية من الجثث، وللقيام بما يستوجب توافر الشروط التالية :

أ - شرط غرض العلاج أو التشخيص: إن الهدف من وراء هذه العملية هي بالأساس لأغراض العلاج كونه يعدّ الوسيلة الوحيدة بعد فشل الطرق العادية لمن هم في حاجة إليه⁽¹⁾.

وقد جاء في المادة 161 من قانون حماية الصّحة وترقيتها رقم 05/85 المعدّل والمتمم على أنّه :

[لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلاّ لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية].

واكدت المادة 35 من مدوّنة أخلاقيات الطب⁽²⁾ أنّ عملية النّقل والزرع للأعضاء لا تكون إلاّ حسب ما تقتضيه أحكام القانون.

(1).أسامة عبد السميع السيد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص.34. وما يليها .

(2).المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتعلّق بمدوّنة أخلاقيات الطبّ، الجريدة الرّسمية، عدد 52، بتاريخ 1992/07/08.

ب - شرط عدم تعريض المتبرع للخطر: إنّ نقل عضو من شخص وزرعه لشخص آخر يؤدي إلى احتمال تعرّض المعطي لأخطار صحيّة، خاصّة أنّ العلم يفاجئنا كل يوم بجديد يعدّل فيها عن أفكار كانت في وقت من الأوقات قطعية، وبدل أن يكون لدينا مريض واحد، يصبح لدينا مريضان (1).

المشرّع الجزائري قد اشترط أن لا يشكل نزع العضو خطرًا على المتبرع، وهذا ما نصت عليه المادة 162 من قانون 05/85 المتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها بانه :
[لا يجوز انتزاع الأنسجة ... من الأحياء إلّا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ...].

ج- الأهلية: يشترط في المتبرع أن يكون كامل الأهلية وفقًا لقانونه الداخلي علما أنّ سن الأهلية تختلف من بلد لآخر، باعتبار أنّ الأهلية شرط أساسي لصّحة أيّ تصرّف قانوني. وانفرد المشرّع الفرنسي بجواز التبرع بين الأصول والفروع ولو كان المتبرع غير مكتمل الأهلية حسب المادة 671 فقرة 05 قانون رقم 94-653 الصادر في 29 جويلية 1994 المتعلّق بحماية جسد الإنسان (2).

فبعد أن قرّرت المادّة الرابعة منه عدم جواز نقل الأعضاء ممّن لم يبلغوا سن الأهلية جاءت الفقرة الخامسة كاستثناء والتي نصّت على جواز نقل نخاع شوكي من شخص قاصر لصالح أخته أو أخيه، شرط قبول من له سلطة على القاصر، سواء أبويه، أو ممثله القانوني، وهذه الموافقة تبنى أمام المحكمة، وفي حالة الضرورة يبلغ النائب العام بأيّ وسيلة غير أنّ القانون الجزائري لم يبيّن السن أو الأهلية المطلوبة في المتبرع وإنّما منع في مادته 163

(1). محمد نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون، الاقتصاد، العدد 03 السنة 29 سبتمبر 1959، ص. 21.

(2). القانون الفرنسي رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلّق بحماية جسد الإنسان.
www.journal-officiel.fr du 30/11/1994.

انتزاع الأعضاء من القصر و عديمي الأهلية وعليه يمكن الرجوع للقواعد العامة للأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني⁽¹⁾.

د- رضا المتبرّع: تتفق التشريعات المتعلقة بزراعة ونقل الأعضاء على أن يكون رضا المتبرّع في شكل صريح ومكتوب إلا أنّ البعض الآخر أضاف على أن يكون أمام وجود شهود، ويجب أن يكون خاليًا من جميع عيوب الرضا (الإكراه، الغلط، التدليس).

أما المشرّع الجزائري رأى أنّه نظر لخطورة موافقته كتابة على أنّ ذلك لا يحول دون إمكانية تراجعه في أيّ وقت شاء كما أنّ الرضا يكون أمام شاهدي عدل وتقدم الوثيقة إلى مدير المؤسسة والطبيب رئيس القسم ولا بدّ من إعلام المتبرّع بكل الاحتمالات والمخاطر الممكن أن تترتب على عملية الاستئصال حالاً ومستقبلاً.

وهذا ما نصّت عليه المادة 162 في فقرتها الأخيرة من قانون 05/85 بقولها :
[... وتشتط الموافقة الكتابية على التبرع بأحد أعضائه، وتحرّر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة].

هـ- رضا المتلقّي:

أهلية المريض: أوجب المشرّع الفرنسي على الأطباء أنّه في الحالة التي يكون فيها المريض عديم الأهلية الحصول على إذنهم أوفي حالة تنافر أفراد العائلة الواحدة، فإذا كان المريض أعزب فالأمر يعود للأصول أو الفروع، لكن انتقد هذا الموقف لكونه يدخل حق الخليل، فقد اعترف له القضاء الفرنسي، بالحق في التعويض إذا ما أصابه ضرر جزاء موت المريض⁽²⁾.

(1).أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرّسمية عدد 78 بتاريخ 30/09/1975.

(2).سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص. 174.

أما المشرع الجزائري كما أشرنا إليه سابقاً لم ينص على الأهلية المطلوبة في المتلقي وعليه يمكن الرجوع للقواعد العامة للأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني من أجل صحة أي تصرف قانوني.

ومن هنا يمكن أن نستخلص أنّ المتلقي لزراعة العضو حضي هو الآخر بحماية قانونية مشترطة موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين نظراً للمضاعفات المحتملة بعد عملية الزرع كالمقاومة التي يبديها جسم المتلقي برفض هذا العضو الدخيل عليه، مما يضطر الأطباء لوضعه تحت أدوية تهاجم خلاياه المناعية ومنعها من رفض العضو الجديد وهو ما أشارت إليه المادة 166 من قانون 05/85 غير أنّه في حالات طارئة أوردت مادته المادة استثناء يجيز القيام بالزرع للمستقبل دون الموافقة المذكورة وهذا إذا تعذر الاتصال بالأسرة أو بالممثلين الشرعيين للمعني.

2-نقل وزرع الأعضاء من الموتى :

تشير عمليات نقل الأعضاء، قضايا حسّاسة جدًّا أهمّها معيار بدء الوفاة (1).
إذن المقصود هنا الموت هو الموت الحقيقي لا الظاهري الذي لا رجعة فيه وخروج الرّوح من الشخص الموضوع تحت العناية الطبيّة والذي لا سبيل له في الحياة مجدّدًا غير أنّ أجهزة الإنعاش هي التي تبقى فيه الحياة البيولوجية لأنسجة لكي يستعاد من نقلها وهذا بعد الإثبات الشرعي للوفاة وبالرجوع للمشرّع الجزائري تجده قد أباح هذه العملية طبقًا لنصّ المادة 164 من قانون 05/85 المعدّلة والمتممة بالمادّة الأولى من قانون 17/90 المعدل والمتمم للقانون 05/85 إلاّ أنّ هذه العملية لا بدّ من شروط والمتمثلة :

أ-شروط العملية:

- 1-الإثبات الشرعي للوفاة الذي يكون من طرف لجنة طبيّة.
2. حدّد المشرّع أماكن خاصة وعددها 05 مستشفيات في الجزائر يمكن أن يتمّ فيها زرع للأعضاء الأدمية بقرار من وزير الصّحة.
3. ترسيخ ضمانات من المشرّع لحيادية الأطراف المشاركة في عملية زرع الأعضاء ونقلها بحيث منع الأطباء الذين عاينوا الوفاة وأثبتوها أن يكونوا من بين الأطباء الذين يقومون بعملية الزرع.
4. عدم جواز إعلان اسم المتبرّع للمتلقّي ولا لأسرته وكذا عدم الإفصاح عن هويّة هذا الأخير لعائلة المتبرّع.
5. عدم جواز إجراء استئصال للأعضاء من المتوفين إذا كان ذلك يعيق التشريع (2).
6. موافقة المتبرّع قبل موته بالتبرّع ببعض أو مجموعة من الأعضاء (3).

(1).أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص. 109.

(2).قانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31 المعدّل والمتمم للقانون 05/85 والمتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها، الجريدة الرّسمية عدد 35، الصّادرة بتاريخ 1990/08/15.

(3).سميرة عايد الديات، مرجع سابق ص. 277.

- مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 643.

3- عقوبة مخالفة أحكام نقل وزرع الأعضاء والاتجار بها :

إنّ المتلقّي والمعطي يعدّ كلاهما إنسان حرّ له حق في سلامة جسمه وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية والمتعلّقة بالنّظام العام فلا يجوز للطبيب المسّاس بالتكامل الجسدي لكلّ أحد منهما بغير رضاه هذا من ناحية ومن جانب آخر يجب أن لا يؤخذ بهذا الرّضا إذا كان هناك مساس بالتكامل الجسدي (1).

ويجب ألاّ يقترن هذا التنازل بمقابل مالي، ويعد هذين الشرطين من أبرز الضوابط والقيود القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء إضافة إلى شروط أخرى قد سبق لنا أن تعرّضنا إليها.

أمّا بالنّسبة للاتجار بالأعضاء فقد نصّت المادّة 303 مكرّر 16 من قانون 01/09 المتعلّق بالاتجار بالأعضاء المؤرخ في 25/02/2009 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات (2) التي تنصّ:

[يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 3.000,00 دج إلى 10.000,00 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أيّ منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها وتطبّق نفس العقوبة على كل من يتوسّط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص].

والملاحظ أن هذا النّص يتضمن أحكاماً عامّة سواء للأطباء أو غيرهم سواء كان هذا الانتفاع من العضو من قبل الشخص نفسه كالشخص الذي يدفع مبالغ لشراء القرنية أو كلية لنفسه أو الشخص الذي يقوم بالسmsرة في الأعضاء البشرية.

وقد شدّد المشرّع الجزائري على هذا الجرم سواء اكتمل النشاط الإجرامي للطبيب أو شرع

فيه.

(1). أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص. 68.

(2). قانون 01/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلّق بالاتجار بالأعضاء، مرجع سابق، ص. 10.

حيث نصّت المادة 303 مكرّراً 17 على أنّه:

[يعاقب بالحبس من خمس 05 سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 50.000,00 دج إلى 10.000,00 دج كل من ينتزع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقاً للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول وتطبّق نفس العقوبة إذا تمّ انتزاع عضو من شخص ميّت دون مراعاة التشريع الساري المفعول].

وهذه الأعمال الإجرامية التي يمكن أن يقع فيها الأطباء بانتزاع أعضاء من أشخاص أحياء أو أموات دون الموافقة الصريحة، أمّا في حالة نزع الطبيب الأنسجة أو الخلايا بمقابل مالي يعاقب من سنة إلى خمس سنوات حسب ما جاءت به المادة 303 مكرّر 18 كون النسيج هو عبارة عن مجموعة من الخلايا لا يكون في مستوى العضو.

ثالثاً : تمييز عمليات نقل الأعضاء البشرية عن غيرها من العمليات الطبيّة

الأعضاء البشرية متعدّدة ومختلفة وبقدرة الله عزّ وجلّ جعل لكل عضو من هذه الأعضاء خصائص وميزات ووظائف فلا يمكن إشراكها في أحكام واحدة فقد يكون الزرع متحرّكاً كما قد يكون ثابتاً فلا يترتب على هذا الأخير في إجراءاته أيّ علاقة بين المعطي للعضو والمتلقي له بعد إتمام العملية مثال ذلك نقل القرنية فتبقى القرنية على حالها دون نمو أو تطوّر لتصبح عضو آخر عكس الزرع المتحرّك كنقل البويضة الملقحة إلى رحم امرأة ما فهذا النقل يترتب عليه العديد من الأحكام كالنسب والإرث.

لذا علينا دراسة بعض العمليات الشبيهة بعمليات نقل الأعضاء البشرية من الناحية الطبيّة وأهم هذه العمليات نذكر عمليات التلقيح الاصطناعي وعمليات نقل الدم والاستنساخ البشري، وهو كالآتي:

يجب الإشارة إلى أنّ أهميّة التمييز بين عمليات نقل الأعضاء البشرية من جهة وعمليات التلقيح الاصطناعي والاستنساخ ونقل الدم من جهة أخرى راجع إلى أنّ هذه العمليات

في مجملها تمسّ جسد الإنسان سواء كان هذا المسّاس بصفة كليّة -الاستنساخ أو جزئية - نقل الأعضاء أو نقل الدّم، وهذه العمليات أيضًا جميعها من العمليات الطبيّة، أيّ تدخل في أعمال الطبيبمن جهة أخرى نجد أنّ هناك من يرى أنّ الدم عضو من أعضاء جسد الإنسان لهذا قمنا بالتمييز بينهما.

1-عمليات التلقيح الاصطناعي:

نتيجة للتّقدم العلمي تطوّرت وتوّعت الأساليب الفنيّة والطبيّة خاصة ما تعلّق منها بالإنجاب، ومن بين هذه الأساليب ما سمي في علم الطبّ الحديث بالتلقيح الاصطناعي و قد اثير بخصوصه العديد من الإشكالات وأثار جدل على المستوى القانون والشرعي حول مدى شرعية هذا النّوع من العمليات، فعملية التلقيح الاصطناعي تتمثل في إجراء التلقيح بين حيوان الرّجل المنوي وبيضة المرأة عن الطريق غير المعهود وهي نوعان تلقيح صناعي داخلي وخارجي، فالنّوع الأول يتّم فيه إدخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بوسائل طبيّة معيّنة، أمّا النّوع الثاني فيتمّ جمع الحيوان المنوي مع البويضة خارج الرّحم في أواني مخبرية (1).

وهاذين النّوعين من العمليات جائز شرعًا وقانونًا إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك والمتمثلة في :

على الطبيب المعالج تقديم كل الحلول الممكنة للزوجي بالطريقة الطبيّة فإذا انعدمت هذه الحلول يلتجأ إلى التلقيح الصّناعي مع التزامه بتوضيح المخاطر المتعلّقة بهذه العملية سواء خارج الجسم أو داخله وتحديد نسبة النجاح المتوقّعة ... (2).

يشترط أن تجري هذه العمليات إلّا بين الزوجين ولمصلحتها بشرط موافقتها معًا وقد تكون الكتابة شرط قبل إجراء العملية.

(1). زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والدين، الطبعة الأولى، دار البيارق، عمّان، 1996، ص. 53.

(2). محمّد سيد سلامة، الاستنساخ البيولوجي وحماية حقوق الإنسان، مجلة مجمّع الفقه الإسلامي، العدد 10، المغرب، 1998، ص. 298.

يشترط أن يقوم بهذه العملية طبيب ذو مستوى عالٍ من الخبرة في مراكز للإخصاب وإخضاعها لنوع من الإشراف الجادّ والرّقابة المستمّرة من جانب أجهزة الدولة، بمعنى أن يكون الطبيب القائم بالعملية متخصص وأن تتمّ العملية في الأماكن المعدّة قانوناً لذلك.

وعلى الطبيب القائم بالعملية أن يتبع الدّقة الكاملة في كل مراحل العملية خاصّة عند الحصول على بويضة الزوجة واستخلاص السائل المنوي من الزوج والمحافظة عليهما أثناء تخزين اللقيحة وتجميدها وعدم إساءة استخدامها ممّا يؤثر على صحة الجنين عند نموّه فيما بعد.

يجب أن لا تتجاوز الغاية من التلقيح الصنّاعي مشروعيتها أي لا يجب أن لا تكون الغاية من العملية تحسين النسل أو التحكم في جنس الجنين وذلك من خلال تغيير الصّفات الوراثية. هذه الشروط الواجب توافرها للقيام بعملية التلقيح الصنّاعي ولكي تصبح هذه الشروط إلزامية يجب صياغتها في قاعدة قانونية و افرأها في قالب قانوني مصحوب بعقاب جزائي عند مخالفة أيّ قاعدة منها.

وقد كان للشريعة الإسلامية والديانة المسيحية مواقف مؤيدة فيما يتعلّق بالتلقيح الصنّاعي ذلك وإن كان الإسلام يعتد بزيادة النسل، كذلك الديانة المسيحية وعلى عكس التشريعات الأخرى، التي أطلقت العنان على زيادة النسل بكل الوسائل المتاحة.

فمصطلح التلقيح الصنّاعي لم يعرف لدى الفقهاء المسلمين إلّا أنّهم عرفوا ما يسمى باستدخال المنى وجعلوه حلالاً⁽¹⁾.

وبالتالي اعتبرت عمليات التلقيح الاصطناعي إحدى الوسائل التي تعمل على تحقيق الهدف.

(1). عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبيّة المترتبة على التلقيح (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي "ب.د.ن، ب.م.ن"، 2001، ص. 31.

لكن هناك حالات يباح فيها التلقيح الصناعي وهناك حالات أخرى لا يجوز فيها إباحة هذا النوع من العمليات.

فبالنسبة للحالة التي يباح فيها التلقيح الصناعي يجب أن تكون العلاقة شرعية بين الرجل والمرأة أي الزواج، وبحكم طبيعة هذه العملية يستلزم توافر رضا كل من الزوج والزوجة فهو علاج متبادل بين الطرفين ولا يمكن تصوّر إجرائها عنوةً على الزوجة أو على الزوج.

أما الحالة التي لا يباح فيها التلقيح الصناعي هي عندما تكون هناك علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

ويجب الإشارة إلى أن هناك نوع من أنواع التلقيح الصناعي يعدّ جريمة لكونه يمسّ بسلامة جسم الإنسان وهذا النوع يتمّ على الزوجة رغم عدم موافقتها وفي هذه الحالة قد يكون التلقيح بمني الزوج أو من مني شخص آخر متبرّع، فيعدّ هذا النوع جريمة يعاقب عليها القانون ويكون الطبيب فاعلاً للجريمة والزوج شريكاً فيها حتى إذا وافق هذا الأخير لأنّه تمّ المسّاس بجسم المرأة والاعتداء عليها دون رضاها (1).

أما عن التلقيح خارج الجسم والذي يكون بالاستعانة بالأم البديلة أو المستعارة أو الحاضنة (2)، هذا النوع من التلقيح يعدّ غير مشروع، ويتمّ عن طريق أم حاضنة هذه الأخيرة تقوم بمهمة حمل الجنين ووضعه على أن يتمّ تسليمه بعد ذلك للزوجة التي تمّ لإجراء العملية لصالحها (3).

و هناك نوع آخر من أنواع التلقيح الصناعي غير المشروع هو زراعة الأدمي في رحم حيوان هذا النوع الذي لاقى اعتراض كبير من قبل المؤتمرات والجمعيات الدولية لكونها تمس

(1). مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبيّة الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص. 327.

(2). عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 22.

(3). هذا التعريف أورده لجنة انجليزية تسمى ب Warnok.

بالجوانب الأخلاقية والاجتماعية وبحقوق الإنسان وكرامته إلى جانب المساس بصحة الأم والجنين⁽¹⁾ و لكن لم يتم الى غاية اليوم ، كما انه أمر لا يتقبله العقل و مخالف لفطرة الانسان

وهناك بعض التشريعات التي منعت صراحةً هذا النوع من التوصيات كالقانون الصادر في ولاية فمتوريا باستراليا عام 1984.

و عموماً يعدّ التلقيح الصناعي انجازاً يضاف إلى باقي الانجازات العلمية والطبية لكونه وسيلة تحقّق للفرد والمجتمع الشيء الكثير لا سيما وأنّه في ظروف معيّنة يعدّ ضرورة اجتماعية، كما هو الحال في زمن الحروب ويسدّ ثغرة كبيرة لدى كثير من العائلات التي كاد يتسرب إليها اليأس على صاحبها وبسبب انتشار العقم بين الرجال والنساء أو بسبب الحاجة إلى تحديد النسل لعلاج بعض الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل إلى جيل.

2- الاستنساخ :

الاستنساخ كلمة اصلها يوناني معناها اللّغوي المحض، البرعم الوليد أو النتاج الوليد وتستخدم في علم الإحياء في وصف الظاهرة الواسعة الانتشار في الطبيعة لتكاثر بعض أنواع المخلوقات الحيّة و ذلك بانشطار الخلية أيّ دون اتصال جنسي، وهذه الظاهرة معروفة في التكاثر البشري، فانشطار البويضة الواحدة إلى شطرين وولادة توأمين متجانسين بعوامل الوراثة فيها، ليس من وجهة النظر العلمية إلاّ ان عملية استنساخ تتجاوز حدود تلقيح البويضة بالانطفة المنوية، ولعلّ الأصح في التعبير عن هذه الظاهرة من كلمة استنساخ تعبير عملية التكاثر الخلوي أو التكاثر الجيني.

(¹). Delmas Sanit Hilair, **La responsabilité médical en matière de thérapeutique médicamenteuse dace au droit pénal**, web htm://www : ksahn, or k resourve icco 18 décembre 2004, p. 07.

وقد عرف الاستنساخ في القانون الأمريكي على أنه "إعادة إنتاج الجنس أو التفصيل الآدمي عن طريق وضع نواة الخلية المستأصلة من شخص أو أكثر في البويضة الأنثوية مخصبة كانت أو غير مخصبة وذلك بعد انتزاع نواتها وتثبيتها بغرض إنتاج كائن عضوي حي في أي مرحلة من مراحل تطوره ومطابقاً تماماً لكائن بشري موجود أو سبق وجوده" (1).

لكن ما يهمنا هو الموقف الشرعي والقانوني من هذا الاستنساخ البشري فبالنسبة للموقف الشرعي فإن الله سبحانه وتعالى قد قدر العلم والعلماء حتى جعلهم في مكانة جلية وهو الذين شهدوا لله سبحانه وتعالى بالوحدانية كما في قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ (2).

وقد أراد الخالق جلّ جلاله أن يأتي هذا المستخلف وهو الإنسان بطريق التناسل اي الطريق الطبيعي لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ﴾ (3).

وعرف الاستنساخ البشري في مشروع "بيان الاستنساخ البشري" لمجمع البحوث بمصر على أنه : " عملية يقصد منها استحداث كائن حيّ مشابه للكائن الحيّ الذي أخذت منه الخلية الحية " (4)

أما من الناحية القانونية فإنّ العلماء الذين قاموا بالتجربة وعلى رأسهم العالم إيان أكّدوا أنّ استنساخ البشر غير إنساني فقد تمّ حظر الاستنساخ ورفضه جملة وتفصيلاً (5).

(1). المادة 301 الفقرة الأولى منها من الباب السادس عشر من التقنين الفيدرالي الأمريكي المتعلق بقانون حظر الاستنساخ البشري لعام 2001.

(2). سورة آل عمران، الآية رقم 18.

(3). سورة الروم، الآية رقم 22.

(4). نقلاً عن هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطرو اباحته ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2003، ص106..

(5). محمد سيد سلامة، مرجع سابق، ص. 161.

في الأخير نستنتج أنّ الاستساخ إنجاز غريب وخطير على الإنسانية جمعاء وسلاح ذو حدّين يمكن استخدامه في الخير والشرّ معاً.

3- عملية نقل الدّم :

يعرف الدّم بأنّه : " السائل الأحمر الذي يملئ الشرايين والأوردة ويجري في عروق بعض الكائنات الحيّة منها الإنسان ويجمع على الدماء " .

وعرف كذلك على أنّه : " سائل خاص يوجد في الجسم " (1).

وقد ورد الدّم في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (2).

وقوله تعالى : ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَنْفُوعًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (3).

يلعب الدّم دوراً كبيراً في جسم الإنسان الحيّ وفي المجال الطّبي لا سيما في العمليات الجراحية لأنّه في كثير من الأحيان تتوقف عليه حياة الشخص المريض المحتاج عليه.

فالدّم في جسم الإنسان هو الجزء السائل الذي سوف ندرسه من عدّة زوايا دينية طبيّة وقانونية.

(1). أمين مصطفى محمد ، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 1999 ، ص. 12.

(2). سورة البقرة ، الآية رقم 173.

(3). سورة الأنعام ، الآية رقم 145.

أ. مفهوم الدم:

تأتى أهمية التساؤل عن مفهوم الدم فيما إذا اعتبر عضوًا مجرد جزئية مثله مثل الجزيئات السائلة كالعرق والدموع واللّعاب وعندئذ لن يتمتع بالحماية الكافية، وعلى العكس إذ اعتبر عضوًا تمتع بالحماية القانونية الكاملة (1).

وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال تعريف الدم ومكوّناته ثمّ نتعرّض لطبيعته العضوية.

-تعريف الدّم ومكوّناته:

يعرف الدّم بأنّه " السائل الأحمر الذي يملئ الشرايين والأوردة ويجري في عروق بعض الكائنات الحيّة منها الإنسان ... " (2).

كما عرّفه آخرون بأنّه " سائل أحمر غير شفاف وهو عبارة عن نسيج ضام يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة ويتكوّن من مادة سائلة تسمى البلازما تسبح فيها مكوّناته " إنّ الدّم يلعب دورًا كبيرًا في جسم الإنسان الحيّ، إذ تتوقّف عليه حياة الأشخاص باعتباره شريان الحياة سواء بنقل الأغذية والأكسجين للخلايا أو باستخراج الفضلات من الجسم عن طريق الكلى بالإضافة لنقله لعناصر المناعة ففي حالات كثيرة تسمع نداءات للمواطنين لتبرّع بدمهم من أجل إنقاذ أشخاص سقطوا ضحايا الكوارث الطبيعية كالزلازل أو حوادث الطرقات وتتوقّف حياتهم على حقنهم بدماء المتبرّعين كما أنّ إصابة أشخاص آخرين بأمراض مزمنة أو وراثية كالأنيميا الانحلالية أو افتقار آخرين لعناصر التخثر الدموي يستدعي حقنهم غالبًا وعلى الدوام بدماء المتبرّعين.

(1). وائل محمود أبو الفتوح العيزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم (دراسة مقارنة)، دار المغربي للطباعة، عمّان، 2006، ص. 35.

(2). مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة (دراسة مقارنة)، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، دار هوم، الجزائر، 2003، ص. 193.

مما تجدر الإشارة إليه أنّ حجم الدّم يتراوح عند الشخص البالغ من 4,5 إلى 05 لتترات ويتكوّن الدّم من كريات حمراء في كل ميلتر مكعب من الدّم يوجد من أربع إلى خمس ملايين كرية حمراء مدة حياتها 60 يومًا، كما يحتوي الدّم على كريات بيضاء وصفائح دموية وإنزيمات وأملاح ... إلخ، لا يسعنا الحديث عنها هنا إذ تتطلب الدراسة التعرّض لإجراءات وشروط نقل الدّم وجمعه من الناحية القانونية وقيام المسؤولية عن ذلك وهذا ما سنحاول الإجابة عنها في بندين، نتعرّض في البند الأوّل للتنظيم القانوني لعمليات نقل الدّم وجمعه وأسس إباحته ثمّ في البند الثاني لقيام مسؤولية الطبيب عند مخالفة الإجراءات المنظمةة لهذا الغرض والجزاء المترتب عن ذلك.

-الطبيعة القانونية والعضوية للدّم:

إنّ الدّم هو نسيج ضام يتكوّن من خلايا ومادة حشوية تسمى البلازما وسبق أن تعرّضنا لمفهوم الأعضاء في الفصل الأوّل وتبيّن لنا أنّ العضو لا يقتصر على الجامد بل السائل أيضًا كالمني والهرمونات... إلخ. ذلك أنّ مفهوم العضو في القانون أوسع منه في مفهوم الطبّ ومثال ذلك أنّ القانون اعتبر قرنية العين بمثابة عضو كما جاء في المادة 164 الفقرة الثالثة من قانون 17/90 المعدّل والمتمم للقانون 05/85 المتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها رغم كونها في المفهوم الطّبي جزء من العضو الذي هو العين، وعليه اعتبر الدم عضوًا بحكم بنيته العضوية وبحكم وظيفته الكبرى من النّاحية القانونية رغم خاصيته بالتجدّد والاستبدال وأسبغ بذلك عليه المشرّع حماية قانونية.

ب. نقل الدّم من الجانب الطّبي :

1. دواعي نقل الدّم: يعتبر الدّم بكل المقاييس عضوًا من أعضاء الجسم وإن كان عضوًا سائلًا دائم الدوران في الجسم الحيّ، ولذلك اذا فقد الإنسان كمية من دمه احتاج لنقل الدّم والأسباب التي يتمّ من أجلها نقل الدم هي :

■ **حالات النزيف الداخلي:** والذي لا يظهر للعين ينتج عن الحوادث والأمراض، وتنزف المرأة في كل شهر في دورتها الشهرية وهو دم الحيض كما تنزف في الولادة وكلاهما دم طبيعي إلا أن يزيد عن حدّه.

■ **العمليات الجراحية الكبيرة:** تحتاج معظم العمليات الجراحية وخاصة الكبيرة منها لإجراء نقل الدم لتعويض الدم المفقودة أثناء العملية.

■ **حالات فقر الدم الشديد:** من أي نوع كانت سواء كان سببها نقص الحديد أو نقص حامض الفوليك أو فيتامين B12 أو نزيف داخلي مستور.

■ **الأنيميا الانحلالية أو التحليلية:** هي نوع من أنواع فقر الدم الناتجة عن تحطّم خلايا الدم الحمراء داخل الأوعية الدموية دون وجود نزيف ظاهر أو متدفق⁽¹⁾ وفي هذه الحالة يحتاج مصاب على نقل كرات الدم الحمراء أكثر من حاجته إلى نقل بلازما الدم.

■ **حالات الفشل الكلوي:** التي تستدعي الدياليز أيّ الغسيل الكلوي.

إلى جانب هذه الحالات يوجد كذلك أخرى كحالة ضحايا الحوادث والتصادم وضحايا الحروق الشديدة وحالات الإصابة بأمراض معدية وحالات الإصابة ببعض أنواع السموم وحالات نزف الدم بسبب نقص الفيبريتوجين وحالات نزف الدم بسبب نقص الصفائح الدموية ... (2).

2. الشروط الواجب توفّرها في المتبرّع بالدم : يشترط في المتبرّع بالدم الشروط

التالية :

- أن لا يكون مصاب بالتهاب الكبد الفيروسي نوع B أو C.

(1). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 60.

(2). محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص. 51 وما بعدها.

- أن لا يكون مصابًا بفيروس الإيدز أيّ فقدان المناعة المكتسبة.
- أن لا يكون مصابًا بالزهري أو الملاريا.
- أن لا تكون المتبرّعة حاملًا.
- أن لا يكون مصابًا بمرض القلب أو فقر الدم أو الكبد أو السرطان أو النزيف الداخلي.

ويتمّ حفظ الدّم في أكياس بلاستيكية تحتوي على مواد مانعة للتخثر ويمكن حفظ الأكياس لمدة 21 يوم في درجة حرارة 4° وينبغي أن تحدّد فصيلة الدم بدقّة ويكتب على كل كيس نوع الفصيلة وتاريخ أخذ الدّم وخلّوه من الأمراض المعدية واسم الشخص الذي سيعطى له الدّم بعد إجراء فحص المقارنة.

ج. نقل الدّم من الجانب الشرعي :

إذا كان الدّم جزءًا من أجزاء الإنسان، و هذا الاخير محرّمًا عليه شرعًا وقانونًا ببيعه فالسؤال الذي يفوض نفسه هو : هل يجوز التصرّف في هذا السائل بالبيع أو التبرّع ؟

هذا التساؤل يتم الإجابة عليه من ناحيتين الأولى: مدى سلطة الشخص في التصرّف في دمه بالبيع، والثانية: مدى سلطة الإنسان بالتبرّع بدمه وهذا كالآتي:

1. مدى سلطة الشخص في التصرّف ببيع دمه: سبق القول أنّ الدّم عضو سائل وحيوي في جسم الإنسان الحيّ وبدونه لا يمكن أن تستمر حياة الشخص وسبق القول أيضًا أنّ هناك إمكانية نقل الدّم من إنسان لآخر إنقاذ حياة إنسان وعملية نقل الدم تتمّ بعدّة صور، ورغم هذا فإنّ التعامل بالتصرّف في الدّم كانت محل خلاف الفقهاء لذلك فإنّ التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل يجوز للشخص أن يبيع دمه؟

فهناك اختلاف في الآراء الفقهية حول هذا التساؤل فذهب جانب من الفقه إلى القول أنّه لا يجوز للشخص بالتصرّف بدمه لا بالبيع ولا بالتبرّع ولا غير ذلك من المعاملات الأخرى مستندين في ذلك على انعدام ركن البيع فيه لأنّ البيع هو مبادلة مال بمال والدم ليس بمال،

لذلك فكلّ تعامل بالدم يقع باطلاً وأضافوا أنّ الدم من النجاسات وسندهم في ذلك ما ورد في القرآن الحكيم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنِزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ...﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنِزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ...﴾⁽²⁾.

فهذه الآيات الكريمة تنص على حرمة الدم وغير ممّا ذكر في الآية لأنّ الإنسان ملزم بأكل الطيب لا المحرّم وهذا ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾⁽³⁾.

2. مدى سلطة الشخص في التصرف بالتبرّع بالدم: أنّ الغالبية من الفقهاء اتفقوا على عدم جواز بيع الإنسان لدمه، والسؤال الثاني الذي يطرح هو مدى سلطة الشخص للتصرف في التبرّع بدمه.

في هذا الإطار وضعت الشريعة الإسلامية العديد من الأحكام منها: "الضرورات تبيح المحظورات". بمعنى الممنوع يباح شرعاً عند الضرورة⁽⁴⁾. "والضرورة تقدّر بقدرها"، "والحاجة تنزل منزلة الضرورة" و"المشقة تجلب التيسير".

والطبّ في أحكام الشريعة الإسلامية أسرع في جلب مصالح الناس من السلامة والعافية ودرء المفاسد عنهم من الأمراض، وما دام الدم من المواد التي لا تقوم مقامها عقار من العقاقير حتى الآن في علم الطب فإنّ جانب من الفقه قد ذهب إلى القول بأنّ نقل الدم من شخص لآخر وإن كان محرّماً شرعاً بنص القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ...﴾.

(1). سورة النحل، الآية رقم 115.

(2). سورة المائدة، الآية رقم 03.

(3). سورة البقرة، الآية رقم 172.

(4). عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الأدمي حياً أو ميتاً في الفقه الإسلامي، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 28

إلّا أنّ الضرورة الملّحة في التّداوي تبيح نقله من شخص لآخر، فإذا كان القصد من نقل الدّم هو الشفاء ويستند أصحاب هذا الرأى إلى قوله تعالى : قوله تعالى سبحانه: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽¹⁾ وفي موضع آخر قوله تعالى : ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ﴾⁽²⁾.

يتضح من خلال هذه الآيات الكريمة إذا تعلق الأمر بشفاء مريض لإنقاذ شخص من الخطر جاز نقل الدم إليه.

أمّا إذا لم يتوقف أجل الشفاء على ذلك ولكن كان نقل الدّم قصد تعجيل الشفاء، فهنا للفقهاء أقوال مختلفة، فالشافعية يرون أنه يجوز نقل الدّم قصد تعجيل الشفاء وهو نفسه عند الحنفية فقد جاء في الباب الثامن عشر من كتاب الكراهية من الفتاوى الهندية ما نصّه : " يجوز للعليل شرب الدم والبول وأكل الميتة للتّداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه وجهان " ⁽³⁾.

و لقد جاء في فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي المملكة السعودية سابقاً أنّ وجه الدّلالة من آيات الضرورة أنّها أفادت إذا توقف شفاء المريض أو الجريح وإنقاذ حياته على نقل الدّم إليه من آخر لانه لا يوجد من المباح بأن يقوم مقامه في شفاءه وإنقاذ حياته جاز نقل الدّم إليه.

لقوله تعالى : قوله تعالى : ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽⁴⁾.

وقوله صلى الله عليه وسلم: من نَفَسَ على مسلم كربة نَفَسَ الله عنه بها كربةً من كرب يوم القيامة!.

(1). سورة المائدة ، الآية 3

(2). سورة الانعام ، الآية 119.

(3). أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص. 47.

(4). سورة المائدة، الآية رقم 32.

ج. نقل الدّم من الجانب القانوني:

انققت غالبية التشريعات المقارنة المتعلقة بالصحة ومنها القانون الجزائري على جواز عمليات نقل الدّم من الشخص إلى آخر وقد نصّت المادة 158 من قانون حماية الصّحة وترقيتها على ما يلي:

**[تتم في الوحدات الصحيّة المتخصّصة عمليات التبرّع بالدّم لأغراض علاجية وتحضير
مصل الدّم (البلازما) ومشتقاته المحافظة].**

في هذا الإطار يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعين تحت مسؤوليتهم جمع الدّم، تحضين المتبرّعين الفعّال وتحليل مصّل الدم (البلازما) وكذلك العلاج بواسطة مصلة ومشتقاته.

وتجدر الإشارة انه يمنع القيام بجمع الدّم من القصر والراشدين الذين لا يتمتعون من قدرة التميّز أو لأغراض استغلالية ويتضح من هذه المادة ما يلي:

1. إنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحةً على جواز نقل الدم، وبهذا يكون قد وضع الأساس القانوني لعملية نقل الدّم.

2. إنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحةً على أنّ منح الدم يكون عن طريق "التبرّع" و بالتالي أنّه لا يجوز بيع الدّم اي أنّ المشرّع منع بيع الدّم.

3. إنّ المشرّع الجزائري جعل الهدف من عمليات التبرّع بالدّم ونقله بين الأشخاص لأغراض علاجية.

4. أوكلت مهمة جمع الدّم للأطباء أو المستخدمين المختصّون بهذا الموضوع المكلفون بذلك اي أنّه لا يجوز لأيّ كان أن يقوم بجمع الدّم من الأشخاص تحت أيّ ظرف كان.

5. اتخاذ كل الإجراءات الضرورية واللّازمة لحماية الشخص المتبرّع من الأضرار التي يمكن أن تصيبه سواء من الوسائل التي يستعمل في عملية جمع الدّم أو أنّ الشخص المتبرّع

نو بنيته الجسمية الضعيفة لا يسمح له أن يتبرّع بالدم لأنّ في ذلك ضرر على صحته وسلامة جسمه فعلى القائمون بجمع الدم عدم القيام بذلك في مثل هذه الحالات.

6. منع المشرّع الجزائري صراحةً جمع الدم من الأشخاص القصر والشخص القاصر هو من لم يبلغ سن 19 حسب نصّ المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

منع أيضًا المشرّع نقل الدم من كل شخص راشد لكنّه محروم من قدرة التمييز الذين نصّ عليهم المشرّع المدني الجزائري في المادة 42 ق.م.ج:
[لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. وكذلك ما نصّت عليه المادة 43 ق.م.ج].

د. التنظيم القانوني لعمليات نقل الدم وجمعه في الجزائر

● في قانون 05/85:

لقد بيّن المشرّع الجزائري صراحة في المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 المعدل والمتمم على أنّه :

[تتمّ في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرّع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصّل الدم (البلازما) ومشتقاته والمحافظة على ذلك ويتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعين تحت مسؤوليتهم جمع الدم وتحصين المتبرّعين الفعّال وتحليل مصّل الدم (البلازما) وكذلك العلاج بواسطة الدم ومصله ومشتقاته يمنع القيام بجمع الدم من القصد أو الرّاشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية].

يتّضح من هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري أباح نقل الدم عن طريق التبرّع في وحدات متخصصة لهذا الغرض كمراكز حقن الدم أو وحدات حقن الدم، إذ لا يمكن لأيّ شخص طبيعي أو معنوي أن ينشئ مراكز للتبرّع بالدم دون الترخيص له بذلك قانونًا من طرف السلطات الوصّية والمعنية كما خصّ بهذه المهمة الأطباء والمستخدمون العاملون في مراكز متخصصة لوحدهم دون سواهم كما يفهم من هذه المادة، ولا يجوز التصرف في الدم بالبيع أو بالشراء وبمعنى آخر منع بيع الدم وجعل الهدف من جمعه بالتبرّع ونقله لأغراض علاجية فقط

وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع المصري بإباحته لبيع الدم بمقابل (1)، كما ألقى بمسؤولية جمع الدم على عاتق الأطباء والمستخدمين وهذا دلالة على خطر هذه العملية سواء على الأشخاص المتبرعين أو نقاوة الدم وخلوه من الأمراض إذ هناك من الأشخاص الذين لا تسمح لهم بنيتهم الصحية بالتبرع بل هم في حاجة لهذا الدم كما يمنع الجمع للدم من أشخاص غير مميزين كالقصر وعديمي الإرادة ضف إلى ذلك أنّ عملية نقل الدم في حدّ ذاتها تتطلب إجراءات وقائية كالأدوات والأجهزة المعقمة وتقديم وجبة للمتبرع بعد الانتهاء من العملية ومراقبة حالته الصحية على سرير لمدة لا تقل عن نصف ساعة.

كما ينبغي أن تحدّد فصيلة الدم وتكتب على الكيس الذي جمع فيه الدم والخالي من الأمراض المعدية وتحفظ بعد ذلك الأكياس لمدة لا تتجاوز 35 يوماً في درجة حرارة من 04 إلى 08 درجات مئوية، وعدم مراعاة هذه الإجراءات يقيم المسؤولية الجنائية للطبيب بالإضافة إلى مسؤولية المرافق المخصصة لذلك على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر (2) وهذا ليس موضوعنا.

كما أضاف المشرع الجزائري في المادة 159 على وجوب تسجيل فصيلة الدم على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة وهذا لتسهيل عمليات الحقن بالدم المناسب في حالة الحوادث المرورية خاصة في حالة فقدان الوعي للمصاب أو للمريض.

• في اللوائح التنظيمية:

بعد صدور قانون 05/85 المتضمن حماية الصحة وترقيتها ونتيجة قصور هذا الأخير في تنظيم هذه الإجراءات صدرت عدّة مراسيم تنفيذية وقرارات وزارية لتنظم عمليات التبرع بالدم ونقله وكانت أكثر تفصيلاً لهذه العمليات من أجل بسط أكبر حماية قانونية على المتبرعين من

(1). هيثم حامد المصاورة، مرجع سابق، ص. 30.

(2). وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، مرجع سابق، ص. 760.

جهة ووقاية المتلقين للدم من الأمراض المتنقلة من جهة أخرى كما جاء في القرار 220 بتاريخ 1991/09/07 المحدد لإجبارية الكشف عن الأمراض المعدية كالالتهاب الكبدي والسيفيليس السيدا فإذا ما اكتشف في دم المتبرع هذه الأمراض يحرق كيس الدم المتبرع به ونظرًا لتزايد المتبرعين تزامنًا مع ارتفاع عدد المرضى وتقدم العلوم مقارنة بالماضي أنشأ المشرع الوكالة الوطنية للدم (1) للتكفل الأحسن بهذه المسألة، وجاء القرار المؤرخ في 1998/05/24 ليكون أكثر توضيحًا في تنظيم هذه الإجراءات بتأكيده في المادة الثانية منه على أن التبرع بالدم يكون دون مقابل ودون إلحاق ضرر بالمتبرع كما يستلزم السرية وحدد سن التبرع من 18 إلى 65 سنة على أن لا تتجاوز الكمية المتبرع بها 500 ملل في المرة الواحدة مسبوقة بفحص طبي شامل وكشف إجباري للأمراض المتنقلة ويكون التبرع طوعية في كل 03 أشهر (2).

هـ . عقوبة مخالفة القواعد والأنظمة المتعلقة بنقل الدم وجمعه:

إن عملية نقل الدم بين الأشخاص من الأمور المستحدثة التي بدأت تنتشر منذ القرن العشرين على نطاق واسع، ورغم أهميته في إنقاذ العديد من الأشخاص من الموت المحقق إلا أنه وجد تباين في الآراء حول التصرف فيه بالتبرع أما التصرف فيه بالبيع فالإجماع قائم من جانب الفقهاء على عدم جوازه، غير أن ما يهمنا هو موقف القانون من ذلك والجزاءات المقررة في حالة البيع وفي هذا الصدد نظم المشرع الجزائري إجراءات وشروط التبرع بالدم منها :

- ألا يكون المتبرع قاصرًا أو راشدًا محرومًا من قدرة التمييز وهذا لمنع استغلال هؤلاء الأشخاص وتعرضهم للخطر بسبب ما يحتاجون إليه من دم أكثر من غيرهم لزيادة نموهم.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 108/95 المؤرخ في 1995/04/09، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية، عدد 21 بتاريخ 1995/09/19.

(2) قرار وزاري مؤرخ في 1998/05/24، المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم.

- أن لا يكون المتبرّع بالدمّ مصابًا بالأمراض الخطرة كالاتهاب الكبدي، أو الإيدز أو الملاريا ...

- أن لا يكون مصابًا بالصرع أو أمراض التخثر.

- أن لا تكون المرأة حاملًا أثناء تبرّعها.

اتضح لنا أنّ المشرّع أباح التبرّع بالدمّ وتجاوز بذلك الخلاف حول مسألة المنع والإباحة وجعل الهدف من التبرّع وجمع الدمّ لغاية واحدة وهي العلاج لذا إذا انتفى الهدف العلاجي من ذلك كأن يكون لغرض المتاجرة قامت مسؤولية الطبيب أو المستخدم عند جمع الدم وهذا ما نصّت عليه المادة 263 المعدّلة بموجب المادة 27 من القانون المتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها رقم 08-13 المؤرخ في 20/07/2008 جاء فيه:

[يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى (03) ثلاث سنوات وبغرامة من 5.000,00 دج إلى 10.000,00 دج ، كل من يتاجر بالدمّ البشري أو مصله أو مشتقاته قصد التبرّع]⁽¹⁾.

والملاحظ أنّ هذا النصّ هنا جاء صريحًا ومشددًا العقاب على كل من تسول له نفسه أن يستغل المراكز المخصّصة للتبرّع بالدمّ وبنوك الدم في الشراء أو البيع من أجل المتاجرة بهذا الدم أو القيام بتشجيع المتبرّعين ومكافئتهم ثمّ إعادة البيع للدمّ أو القيام باستخلاص بعض المشتقات كالعوامل المخثرة للدمّ ثمّ إعادة بيعها بأثمان عالية للذين هم في حاجة إليها.

الفرع الرابع : التجارب العلمية الطّبيّة

تعدّ العلوم الطّبيّة وطرق العلاج من أبرز العلوم التي شهدت تطوّرات مستمرة متجاوزة حدود الأعمال الطّبيّة التقليدية بفضل تطوّر الأجهزة والآلات لتشخيص ومعرفة الأمراض المختلفة ومسبباتها وكيفية معالجتها واكتشاف الأدوية النّاجعة لها، ولم يكن ذلك ليتمّ لولا الأبحاث والتجارب العلمية المستمرة التي يقوم بها الأطباء، غير أنّ ذلك انعكس سلبيًا على نطاق

(1). قانون رقم 08/13 بتاريخ 20/07/2008 المعدّل والمتمم للقانون 85/05 المتعلّق بحماية الصّحة وترقيتها، المؤرخ في 20/07/2008، الجريدة الرّسمية، العدد 44، المؤرخ 03/08/2008.

الحماية للسلامة الجسدية، فتعرضت هذه الأخيرة لانتهاكات واعتداءات (1) خاصة في مجال التجارب التي تجرى على الإنسان السليم بغرض البحث العلمي وهذا الأمر طرح مشكلة تتأرجح بين مصلحتين، مصلحة عامة تتعلق بحرية البحث العلمي لما له من مزايا تعود بفائدة على البشرية جمعاء وبالتالي إطلاق العنان للأطباء في إجراء التجارب والمصلحة الثانية خاصة بالفرد وحرمة جسده (2).

أولاً : مفهوم التجربة والبحث الطبيين

لقد عرّف أشرف جابر في كتابه : " التأمين من المسؤولية المدنية "، البحث الطبي بأنه كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري في ضوء تطوّر المعطيات البيولوجية أو الطبية، ولا تنحصر التجربة الطبية في نطاق اختبار العقاقير بل يشمل الأبحاث التطبيقية والبيولوجية والمتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية ... " (3).

كما عرّفت المادة 46/102 من اللائحة الفدرالية الصادرة عن الإدارة الصحية الأمريكية التجربة العلمية بالقول :

[هي كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة ...] (4).

في هذا الصدد فإنّ الأبحاث والدراسات الطبية التي تسببت في قيام بمسؤولية الطبيب هي التي تمسّ بسلامة الجسم أيّاً كان الأسلوب أو الوسيلة المستخدمة، وأيّاً كانت درجة الخطورة التي يمكن أن يتعرض لها الفرد محل البحث، لكن أسلوب العلاج الطبي أو التشخيص يكون له الصفة التجريبية إذا كان حديث العهد، لكن أسلوب العلاج الطبي أو التشخيص يكون له الصفة

(1).بابكر الشيخ، مرجع سابق، ص. 301.

(2).د. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص. 297.

(3).أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، منشورات الحلبي، 1999، ص. 416.

(4).د. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص. 297.

التجريبية إذا كان حديث العهد، بمعنى ألا يكون قد استخدم إلا في أحوال محدّدة (1) وإذا كان لم يصل إلى حدّ القبول العام من طرف المزاولين للمهنة الطبيّة أو لأغليبتهم، أو لم يزل محلّ خلاف بين المختصين (2) لأنّ هناك نوعين من التجارب الطبيّة على الإنسان. الأولى علاجية كما ذكرنا وهي التي يجريها الطبيب بهدف علاج مريض لمصلحته في حالة إخفاق الوسائل العلاجية المعروفة في تحقيق الشفاء وهذا بعد أن تكون هذه التجربة قد أجريت على الحيوان وتسمى " التجريب العلاجي أو التشخيصي " والأصل أنّها غير مشروعة إلاّ أنّ القيام بها جائز بتوافر شروط (3).

كالكفاءة الطبيّة ورضا المريض وعدم تعريضه للخطر ... الخ وخروج الطبيب عن هذه الشروط يؤدي إلى قيام مسؤوليته الجنائية، أمّا الثانية وهي التجارب العلمية التي تجرى لهدف البحث العلمي لغير الغرض العلاجي من أجل اكتشاف طريقة جديدة أو مدى فعالية وسيلة أو عقار دون أن يكون هناك مصلحة للخاضع لها (4)، إذ أنّ الشخص في هذه الحالة غير مريض.

إنّ الأساس القانوني للتجارب الطبيّة بنوعها هو ما تضمنه إعلان " هلسنكي Helsinki " لسنة 1964 من مبادئ وقواعد يراعيها القائم بالتجربة على البشر (5).

ثانياً: موقف القانون من التجارب الطبيّة

سنتطرّق في هذا الشأن لموقف المشرّع الفرنسي والجزائري من التجارب الطبيّة.

(1). أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص. 06.

(2). المرجع نفسه، ص. 07.

(3). محمد حسنين منصور، مرجع سابق، ص. 51.

(4). Oberdorff Henri, **Droits de l'homme et libertés fondamentales**, Armand Edin 1, Paris, 2003.

(5). رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القومية، الإسكندرية، 2005، ص. 138.

1-القانوني الفرنسي :

في البادئ نجد أنّ غالبية الفقه في فرنسا يجمع على أنّ كل تجربة غير علاجية على الإنسان تعدّ غير مشروعة، متحججين في ذلك بموقف القضاء الفرنسي الذي أكّد في أحكامه أنّ التدخل الطّبيّ الممارس على الشخص يعدّ مخالفاً للنظام العام - حتى ولو تمّ برضاه - إذا ما انتفى قصد العلاج، ولا يكفي الرضا المتبصّر من إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية. ثمّ ما لبث أنّ غير موقفه لاحقاً غير أنّ الاختلاف بقي في تحديد أساس مسؤولية القائم بالتجربة في القانون الفرنسي بالنظر إلى نوع التجارب الطّبيّة، فبالنسبة للتجارب العلمية اعتمد المشرّع الفرنسي مؤخراً نظام المسؤولية بدون خطأ، في حين أسس المسؤولية في التجارب العلاجية على الخطأ المفترض(1).

فبالنسبة للتجربة الأولى العلمية أقرّ مسؤولية الطبيب القائم بالتجربة ولا يجوز له أن يدفع ويتذرع بفعل الغير أو بعدول الشخص الخاضع للتجربة، فإذا ما رفض الشخص الاستمرار في التجربة ومع هذا استمرّ القائم بتنفيذها عليه اعتبرت ذلك خطأ شخصياً منشأً للمسؤولية الجنائية والمدنية.

أمّا فيما يخصّ التجربة العلاجية فإنّ مسؤولية الطبيب تقوم كذلك إذا تمّ إثبات أنّه أحدث ضرراً نتيجة خطئه أو خطأ مساعديه(2).

2-القانون الجزائري:

يتضح موقف القانون الجزائري من خلال المادة 168 فقرة 2 التي استحدثتها المشرّع بالقانون رقم 90-17(3) المؤرخ في 31 جويلية 1990 بنصّها على أنّه :

(1). مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 775.

(2). المرجع نفسه، ص. 779.

(3). قانون رقم 90-17 المؤرخ في 31/07/1990، الذي يعدّل ويتم القانون 05/85 المتعلق بحماية الصّحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 35 بتاريخ 15/08/1990.

[يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية، أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي، يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنية للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة].

فالمشرّع الجزائري أباح التجارب العلمية ولكنه انفرد عن بقية التشريعات المقارنة بنصه الصريح في هذا الشأن، بضمان احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية والموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة.

كما ألزمت المادة 3/168 أن يتمّ تبليغ المجلس الوطني لأخلاقيات للعلوم الطبية⁽¹⁾ لإبداء رأيه ويذهب رأي لتفسير اعتراف تلك القوانين بشرعية التجارب غير العلاجية على الإنسان لا يقتضي مطلقاً المساس بحقه في سلامة جسمه وإنما يقتضي التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة الشخص في حماية جسمه والمصلحة العامة من أجل تقدّم العلوم للصالح العام⁽²⁾.

ثالثاً: العقوبة المقررة لمخالفة أحكام التجارب

نفرّق هنا بين مسؤولية الطبيب عن التجارب العلاجية التي يقصد منها تحقيق الشفاء للمريض أو التخفيف من آلامه، ومسؤوليته عن التجارب العلمية التي يقصد من ورائها اكتشاف علاج جديد أو طريقة جديدة.

فبالنسبة للمسؤولية الطبية الناشئة عن التجارب الطبية العلاجية فهي تنشأ عن عدم إتباع قواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي لإجراء العلاج الحديث أو عن إهمال الطبيب بواجب الالتزام برضا المريض.

(1). أنشئ بموجب المادة 168/1 من قانون 17/90، المرجع السابق، وتمّ تشكيله وتنظيم عمله بموجب المرسوم التنفيذي رقم 122/96، الجريدة الرسمية، عدد 22، بتاريخ 10/04/1996.

(2). محمد حسنين منصور، مرجع سابق، ص. 65.

فالنموذج الأوّل للمسؤولية يكون بخروج الطبيب عن قواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي المتعارف عليها في الطبّ ومن ذلك استخدم طريقة حديثة لم تثبت بعد كفاءتها في التجريب المعملّي على الحيوان. ويعتبر هذا خطأ يستوجب المساءلة عنه لإحداث ضرراً بالمريض (1) لأنّ الطبيب بخروجه عن حدود الإباحة يكون قد أسقط عن نفسه الحماية التي يسبغها القانون على فعله.

كما يسأل الطبيب عن استخدامه لطرق حديثة رغم وجود طرق تقليدية معروفة لها نفس النتائج مع أقلّ مخاطر على المريض، وكذلك عن عدم التزامه بواجب الحيطة والحذر في استخدام العلاجات الحديثة التي يفرضها قانون العقوبات الجزائري (2) في المادتين 288 و289 وهنا يسأل الطبيب عن جريمة الإهمال وهي نفس الجريمة في حالة عدم تطبيقه لطرق العلاج الحديثة والأدوية الجدية الملائمة التي تثبت فعاليتها.

أمّا النموذج الآخر هو مسؤولية الطبيب عن إجراء العلاج التجريبي دون رضا المريض فيكون ذلك بدون أخذ موافقة المريض ودون تبصيره وهنا يسأل الطبيب جنائياً عن الخطأ العمدي لأنّ كل أسلوب علاج جديد أو تجريب أدوية جديدة تفرض حتماً أخذ رضا المريض وتبصيره بالمخاطر طبقاً لنص المادة 138/3 من قانون حماية الصّحة وترقيتها السالف الذكر (3).

إنّ المظهر الثاني هو قيام مسؤولية الطبيب عن التجارب العلمية التي تجرى على الشخص السليم دون ضرورة تمليها حالته طبقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء كجريمة عمدية لانتفاء قصد العلاج، ولا ينفي توافر رضا من أجريت عليه التجربة، ولا انتبّاع الطبيب للأصول العلمية في إجراءاتها.

(1). محمد حسنين منصور، مرجع سابق، ص. 65.

(2). قانون 23/06 مؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

(3). نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص. 334.

انطلاقاً من هذا المبدأ حكم القضاء الفرنسي (1) على طبيبين بالعقوبة في قضية حقن طفل بفيروس مخفف لمرض الزهري لمعرفة درجة العدوى في هذا المرض، فأصيب ذلك الطفل به وبذلك لا يكون التجريب على الإنسان مشروعاً أبداً إذ يجب أن تسبقه تجارب على الحيوان وأن يكون القصد منه حماية الصحة وتطويرها. وهذا ما أقرّه المشرع الجزائري في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب (2) بقولها :

[لا يجوز النظر في استعمال العلاج الجديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أنّ هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة للمريض].

(1). محمد سامي الشوا، الخطأ الطبّي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 44.

(2). مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

الباب الثاني
المسؤولية المترتبة عن التصرفات
الطبيّة المأسة بجسم الإنسان

المسؤولية بصفة عامّة أنّها الحالة الأخلاقية والقانونية التي يكون فيها الإنسان مسؤولاً ومطالباً بالتعويض عن أفعال وأُمور أتاها إخلالاً بقواعد قانونية وأحكام أخلاقية واجتماعية.

والمسؤولية قد تكون مسؤولية أخلاقية أو أدبية، وقد تكون مسؤولية قانونية، فالمسؤولية الأخلاقية تتعدّد وتتّرب كجزاء أخلاقي وأدبي على مخالفة قواعد وواجبات أخلاقية وأدبية وهي لا تدخل في دائرة القانون (1). أمّا المسؤولية القانونية فهي الالتزام بتحمّل الآثار القانونية، وبالتبعية تحمّل الجزاء الذي يربّته القانون على مخالفة كل قاعدة من قواعده.

غير أنّ معظم التشريعات التي أخذت بمبدأ المسؤولية الجنائية كأساس قانوني لحق المعاقبة، تعريفًا لها وتركت الأمر للفقه (2)، الذي عرفها بأنّها "الالتزام بتحمّل الآثار القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة، وموضوع هذا الالتزام هو فرض عقوبة أو تدابير احترازية، حدّدهما المشرّع في حالة قيام مسؤولية أيّ شخص" (3).

بناءً على ذلك المسؤولية الجنائية "هي الأثر المترتب عن تحقيق كلّ عناصر الجريمة، حيث تؤدي عند ثبوت أركان الجريمة إلى خضوع الجاني للجزاء الذي يقرّره القانون وذلك بموجب حكم قضائي"، ويتوافق هذا التعريف لفظ المسؤولية فهو مرادف للمساءلة، أيّ سؤال الجاني عن السبّب في ارتكابه الجريمة باعتبارها سلوكًا مناقضًا لنظم المجتمع ومصالحه، ثمّ

(1). عمّار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تأصيلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص14.

(2). القاضي فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية، المجلد الأوّل، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائرية، الطبعة الثالثة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص.ص. 289-290.

(3). نائل عبد الرّحمن صالح، المسؤولية الجزائرية عن فعل الغير في القانون الأردني، مجلة الدّراسات الأردن، المجلد السابع عشر، العدد الرابع، سنة 1990، ص.ص. 32-33.

التعبير عن اللوم الاجتماعي إزاء هذا المسلك، وإعطاء هذا التعبير المظهر المحسوس، اجتماعيا في شكل العقوبة (1).

في هذا النطاق يعتبر الطبيب مسؤولاً جنائياً ومدنياً وإدارياً كغيره من الأشخاص إذا ارتكب خطأ أثناء تأدية وظيفته، لأن الأعمال الطبيّة تعدّ استثناء من المبدأ العام الذي يقضي بحرمة المسّاس بالجسم البشري، كما أنّ هذه الأعمال مقيدة بشروط تتمثل في الترخيص القانوني ورضا المريض وقصد العلاج، فإذا انتفت وغابت هذه الشروط اعتبر العمل الطبّي غير مشروع.

في هذا السياق احتفظت معظم التشريعات بالأسس التقليدية لقيام المسؤولية، وهو ما يتجلى من خلال اشتراطها لعنصري الإدراك (التمييز) وحرية الاختيار أو الإرادة.

فالتمييز يقصد به قدرة الإنسان على فهم وإدراك ماهية الأفعال التي تصدر عنه والمقصود بفهم ماهية الفعل، هو فهمه من حيث كونه تترتب عليه نتائج العادية وليس المقصود فهم ماهيته في نظر القانون الجنائي، فالإنسان يسأل عن فعله ولو كان يجهل أن القانون يعاقب عليه، عملاً بقاعدة لا يعذر أحد بجهل القانون.

أما الإرادة، وهي قدرة الإنسان في توجيه نفسه إلى عمل معيّن أو الامتناع عنه، دون تأثير عوامل خارجة عن إرادته والتي قد تفرض عليه إتباع وجهة معيّنة، ففي هذه الحالة يصبح القول بمسؤوليته عن الفعل الذي ارتكبه أمّا إذا كان مضطراً إلى ذلك بحكم ظروف وعوامل تؤثر في توجيه إرادته، وذلك كحالة المكره فهنا لا يمكن قيام مسؤوليته (2).

(1). د. عوض محمد عوض وسليمان عبد المنعم، النظرية العامّة للقانون الجزائري وفقاً لأحكام قانون العقوبات في مصر ولبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص.ص. 317-318.

(2). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص. 416.

ومن ثمّ تفترض الإرادة أن يكون الفاعل حرّاً في اختيار تصرّفاته بصورة مطلقة، غير مرغم ولا مكره ولا مضطر، وأن يكون سيّد نفسه قادراً على التحكم في سلوكه ونشاطه وأفعاله لا محكوماً فيها أو محمولاً عليها، واعتماد الإرادة الحرّة شرطاً لتوفر المسؤولية الجنائية مبدأ قانوني مكرّس أيضاً في التشريعات الجنائية الحديثة على غرار مبدأ الوعي⁽¹⁾.

وعليه يتّضح أنّ الإدراك أو التمييز يختلف عن الإرادة، فبينما هذه الأخيرة هي توجيه الذهن لتحقيق عمل من الأعمال فإنّ الإدراك هو القدرة على فهم ما هي الفعل وتقدير النتائج، وهو ما يظهر مثلاً في حالة الجنون إذ له من إرادة فيما يفعل ولكنّه معدوم الإدراك لا يستطيع أن يميّز بين ما هو مباح له وما ممنوع⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم فالأعمال التصرفات الطبيّة في حالة مخالفة الأحكام القانونية المنظمة لها، تترتب عليها قيام مسؤولية الطبيب التي تتحقق عند توافر الخطأ الطبي -عمدي أو غير عمدي والذي يتسبب في إحداث الضرر للمريض، وهذا بتوافر العلاقة السببية بينهما. وهذا الأمر يستوجب التعويض للمضروب الذي يقدره القاضي بعد إجراءات المتابعة القضائية.

وعليه في هذا الباب سوف نتطرق في الفصل الأول : إلى مسألة اركان قيام المسؤولية الطبية عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان .

والفصل الثاني: نخصه للمسألة التعويض والمتابعة الجزائية كأثر للقيام المسؤولية الطبية عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان.

(1). القاضي فريد الزغبى، مرجع سابق ص. 293.

(2). عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 300.

الفصل الأوّل

أركان قيام المسؤولية الطبية

عن التصرفات الماسّة بجسم الإنسان

إنّ مقابل ما شهدته مهنة الطبّ من تطوّر مذهل، حيث أصبحت أكثر فاعلية وطموحًا ممّا كان عليه الوضع فيما مضى، نتجت عنه آثارًا جانبية خطيرة، فإذا كان التطوّر العلمي مفيدًا جدًّا في مختلف الجوانب فإنّه له جانب الخطورة لا سيما حين تكون الغاية المستهدفة محفوفة المخاطر (1).

إنّ المسؤولية الجنائية مصطلح قانوني حديث، لم يستعمله الفقهاء قديمًا بهذا التعبير المركّب، وإن ورد معناه في مصنّفاتهم القديمة ؛ ذلك أنّ معناها الاصطلاحي في الأصل لا يخرج كثيرًا عن معناها اللّغوي ؛ ولذلك كان الفقهاء القدامى كثيرًا ما يعبرون عن معناها في مضمون مصنّفاتهم، وذلك عند الحديث عن عقوبات الجناية التي تقع على نفس الإنسان أو أعضائه، فتبحث المسؤولية الجنائية تحت باب : الجنايات، والقصاص، والديات.

وعلى هذا، فإنّ المسؤولية الجنائية تعني : " أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرّمة التي يأتيها مختارًا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها " (2).

(1). أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبيّة، مطابع كونت تايمز، مصر، دس، ص. 15.
(2). شرح التعريف : قوله : أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرّمة : أي أن يطالب ويؤاخذ على ارتكابه الأفعال المحظورة شرعًا، وذلك من حيث الجزاء والعقوبة التي رتبها الشارع على ارتكاب ذلك الفعل المحظور ؛ وهي لا تلحق إلاّ الإنسان الذي ارتكب شخصيًا الفعل المحظور أو شارك فيها، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، وفي هذا يقول الله عز وجل : ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ (سورة الأنعام، الآية 164). قوله عز وجل : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (سورة المدثر، الآية 38).

قوله : التي يأتيها مختارًا : لا يسأل الإنسان جنائيًا إلاّ إذا كان مختارًا، وهو قيدٌ خرج به المكروه، والمغمى عليه، ولقد رفع الله عز وجلّ المؤاخذه عن من تلفظ بكلمة الكفر مكرهًا، في قوله عز وجلّ : ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ (سورة النحل، الآية 106)، ويفهم من ذلك بالأولى عدم مؤاخذته على ما دون ذلك. قوله : وهو مدرك لمعانيها ونتائجها : يقول عودة : " اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير "

• **المسؤولية في اللغة:** المسؤولية مصدر صناعي مشتق من الفعل سأل يسأل سُؤالاً ومَسألَةً، بمعنى طلب، ورجلٌ مسؤولٌ، أيّ مطلوبٌ، وهو من كان في وضع السؤال والمساءلة ، وتُعرف المسؤولية بأنها : " حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته " (1).

• **المسؤولية في الاصطلاح:** إنّ المنتبّع لمعنى المسؤولية في اصطلاح العلماء يجدها مترادف ما يُعرف عند الأصوليين بأهلية الأداء، وهي تعني : صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً (2)، ولذلك عبّر عنها البعض بأنها : " أهلية الشخص لأن ينسب فعله إليه ويُحاسب عليه " (3).

لقيام المسؤولية الطبيّة يتطلّب الأمر توفر ثلاث شروط وهي الخطأ الطبيّ - الفعل الضار - ويعتبر الخطأ الطبيّ الرّكيزة الأساسيّة لتحقق المسؤولية الطبيّة وبالتالي لا بدّ من وقوعه من الطبيب المعالج أو من أحد الأشخاص المساعدين والتابعين له (4). ويشترط أن يسبّب هذا الخطأ الطبيّ ضرراً يلحق بالمريض وأيضاً أن توجد علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض لأنّه لا يمكن المطالبة بالتعويض عن المسؤولية الطبيّة إلاّ في حال توفر الخطأ الطبيّ والضرر وعلاقة السببية بينهم، لذا في هذا الفصل سوف نتطرق:

في المبحث الأول : شرط تحقق الخطأ والضرر الطبيّ.
أما المبحث الثاني :العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الطبيّ.

(1). إبراهيم انيس ، المعجم الوسيط ، الجزء الأولى ، الطبعة الثانية، القاهرة، ب س، ص 411.

(2). التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح (337/2).

(3). إمام، المسؤولية الجنائية، ص. 397.

(4). أحمد الجباري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص.

ص. 102-101.

فقضت محكمة النقض الفرنسية ان المادتين 1386 ، 1383 مدني فرنسي قد قررتا قاعدة عامة هي قاعدة ضرورة اسناد الخطأ الى المسئول لاماكن الزامه بتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعله بل حتى عن مجرد اهماله او عدم تبصره، و ان هذه القاعدة تسرى على جميع الناس مهما كانت مراكزهم و صناعاتهم دون استثناء، الا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة ، و انه لا يوجد أي استثناء من هذا القليل بالنسبة للأطباء ، و انه ما لا شك فيه ان الحكمة تتطلب من القاضي الا يوغل في فحص النظريات و الأساليب الطبية ، و انه توجد قواعد عامة يملئها حسن التبصر و سلامة الذوق و تجب مراعاتها في كل مهنة ، و ان الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس.

و في مصر⁽¹⁾ قضت محكمة استئناف مصر بان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة في تحقيق وجود خطأ مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ فنيا او غير فني،جسيما او يسيرا ، لهذا فانه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيرا و لو ان هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة و لا يتمتع الطبيب باي استثناء. و فقط يجب على القاضي ان يتثبت من عدم وجود هذا الخطأ ، و ان يكون هذا الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه، و عليه ان يستعين برأي الخبراء و يأخذ حذره من الخبير الذي يقدم تقريرا لصالح زميل له لانه ربما قد يكون متأثر بعامل الزمالة و بالجملة فان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة مع تحقيق وجود الخطأ مهما كان نوعه ، فلو وصف خطأ الطبيب الذي تجاوز العدد المسموح به في جلسات الاشعة بانه يسير فهو مسؤول عنه طبقا للقواعد العامة.

(1). راجع: فان جمال كمال ، مرجع سابق ، ص ص 112 - 113

و قضى بان الطبيب الذي يخطئ مسؤول عن نتيجة خطئه بدون تفريق بين الخطأ الهين و الجسيم و لا بين الفنيين و غيرهم. و يسأل الطبيب عن اهماله سواء كان خطأ جسيماً او يسيراً فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص. و قضت محكمة النقض المصرية بان الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف العادية أياً كانت درجة جسامته.

المبحث الأول

شروط تحقق الخطأ والضرر الطبي

إنّ الطبيعة الخاصّة والفنيّة للعمل الطبيّ وما ينطوي عليه من خطورة تثير التساؤل حول مفهوم الخطأ الطبيّ و الضرر المترتب عنه.

إنّ تقدّم العلوم الطبيّة المتعلقة بجسم الإنسان جعل من مسؤولية الطبيب أمراً بالغ الأهميّة والخطورة في ظروف يقدر فيها المريض صحّته بمعزل عن نظرة الطبيب المعالج خاصّة في حالة عدم الشفاء أو إحداث مضاعفات من شأنها المسّ بسلامة جسمه البدنية الأمر الذي أدّى إلى ظهور مجموعة من المشاكل العلمية والقانونية بين الطبيب والمريض خاصّة حول مدى التزام الطبيب عن الأفعال والتصرّفات التي وقعت للمريض والتي لم تؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجّوة في الشفاء⁽¹⁾، بل قد تؤدي أحياناً إلى إلحاق أذى أكبر بسلامة أعضاء الجسم المختلفة، ممّا أدّى إلى تدخل القانون والفقهاء والقضاء لإحداث توازن بين الحرص على حماية وسلامة أعضاء جسم الإنسان من جهة وقيام مسؤولية الطبيب إذا ما ثبت إهماله أو تقصيره في أدائه لمهام عمله من جهة أخرى⁽²⁾.

المطلب الأول : الخطأ الطبي

يعتبر الخطأ الطبي من أهم الموضوعات في مجال مسؤولية الطبيب عامة و الجنائية خاصة لأنه يكوّن الركن المادي في الجرائم الطبية، والخطأ بوجه عام هو انحراف في السلوك لا يقع من إنسان يقظ وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالسؤال، وكما أنه هو الإخلال بواجب كان من إمكان من أخلّ به أن يدركه ويراعيه وعليه:

(1). عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية 1998، ص 108، ص. 108.

(2). نائل عبد الرّحمن صالح، مرجع سابق، ص. 152.

الفرع الأول : مفهوم الخطأ الطبي

يطلق الخطأ في اللغة على ما يقابل الصواب أو ما يقابل العمد، وما يقابل الواجب (1).

و لقد تعرضت الكثير من التعريفات الخاصة بالخطأ قد تعرضت للانتقادات وأصبح من الصعوبة القول بأفضلية أحدها على الآخر. فقد عرف الفقيه " مازو " الخطأ بأنه : " انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل " إنَّ هذا التعريف أقرب التعريفات التي استقر عليها غالبية الرأي فقهاً وقضاءً (2).

وعرّفه الفقه عدّة تعريفات من بينها أنه " ما ليس للإنسان فيه قصد، فانتقاء قصد الشيء لفاعله موجب لوصفه " (3).

وقد عرّف الخطأ بأنه : " إخلال بواجب عام يلزمه جزء قانوني وإنّ الإرادة الحرّة المميّزة هي شرط لهذا الخطأ ".

أمّا في التشريعات العربية فإنّها لم تعطي تعريفًا للخطأ في القواعد العامّة بل إنّها تركت هذا الأمر لاجتهاد فقهاء القانون والقضاء.

مفهوم الخطأ الطبي :

لقد أدرجت بعض التعريفات الفقهية للخطأ الطبي ومنها " إخلال الطبيب بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته وهو ما يسمى بالالتزام التعاقدية وعدم الالتزام بمراعاة الحيطة والحذر والحرص على الحقوق والمصالح التي يحميها المشرّع، ويفترض الالتزام بمراعاة الحيطة

(1). إبراهيم أنيس، مرجع سابق، ص. 420.

(2). أحمد الجباري، مرجع سابق، ص. 104.

(3). وائل عسّاف، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، منشورة، حماية النجاح الوطنية، نابلس، 2008، ص.

والحذر وأن يكون بمقدور الطبيب الوفاء به، لأنّه التزام بقدر الاستطاعة، ولا يعدّ فشل العلاج من الطبيب في حدّ ذاته ليلاً على خطأ الطبيب، فقد يفشل العلاج على الرّغم من التزام الطبيب بالقواعد والأصول العلمية الثابتة والمستقرّة والخاصّة بمهنة الطبّ. وهناك من عزّفه " الخطأ الطبّي هو انحراف الطبيب عن السّلك الطبّي العادي والمألوف، للشخص العادي مع إدراك لهذا الانحراف وما يقتضيه من يقظة وتبصّر إلى درجة يهمل معها الاهتمام بمرريضه " (1).

و عليه يمكن معرفة الخطأ الطبّي بالاستناد إلى الأصول المتبّعة والمبادئ الثابتة والمستقرّة لمهنة الطبّ، وكذلك قواعد وعادات هذه المهنة المتعرّف عليها ويكون الطبيب مخطئاً إذ لم يقم ببذل العناية الوجدانية اليقظة ولم يف بواجباته تجاه المريض بشكل عام، كأن تكون عنايته مخالفة للحقائق العلمية، لأنّ من واجبه متابعة التطوّر العلمي الحديث باستمرار وأنّه بالنظر لعنصر الاحتمال الكامل في كل علاج فنتيجة عدم اكتمال هذا العمل الطبّي وخاصّة بسبب الاكتشافات الحديثة لهذا العلم (2).

ومن خلال التعاريف السابقة لقيام الخطأ الطبّي لا بدّ أن تتوافر مجموعة من العناصر التالية :

-إغفال بذل العناية التي كانت باستطاعة الطبيب.

-الإخلال بواجبات الحيطة والحذر.

-عدم مراعاة الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطبّ

الفرع الثاني : أسباب الأخطاء الطبيّة

ومن أهمّ الأسباب التي تؤدي إلى الأخطاء الطبيّة :

أولاً. الإهمال

(1). عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص. 26.

(2). عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلاني، الطبعة الأولى، المكتب الفتي للموسوعات القانونية، الإسكندرية، دس نشر، ص. 19.

يقصد به التفريط وعدم الانتباه أي أن يقف الفاعل موقفاً سلبياً فلا يتخذ واجبات الحيطة والحذر التي من شأنها الحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية ومن أمثلة ذلك إجراء عملية جراحية دون إجراء الفحوصات الطبيّة الضرورية، أو ترك قطعة من الشاش أو أداة في بطن المريض دون مراقبة الممرض المساعد و مسألته عن عد الأدوات وقطع الشاش في عملية جراحية، ومن ذلك أيضاً إهمال الطبيب مراقبة المريض بالغرغرينا (1)Gangrène.

ومن هنا يصبح الطبيب مهملًا وتقوم عليه المسؤولية الجزائية عن الإهمال صورة من صور الخطأ التي تقوم المسؤولية عن الإيذاء غير العمدي فيو حصول الخطأ بطريق سلبي نتيجة ترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما، فتشمل هذه الصورة الحالات التي يقف فيها المتهم موقفاً سلبياً فلا يتخذ الاحتياطات التي يستلزمها الحذر والتي من شأنها أن تحول دون حدوث النتيجة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بإدانة طبيب تسبّب بوفاة مريضة بسبب اكتفائه بزيارتها في اليوم التالي للعملية، دون أن يلزم طبيب التحذير وأفراد طاقم العلاج بإعلامه عن تطوّر حالتها الصحيّة فأسندت إليه الخطأ في صورة إهمال.

ثانياً. عدم الاحتياط

إنّ عدم الاحتياط هو خطأ ينطوي عليه نشاط إيجابي يقوم به الجاني الفاعل، ويدل على طيش أو عدم تبصّر أو عدم تدبر العواقب، وقد يدرك الشخص في هذه الصورة الضرر المتوقع كأثر لفعله ولكنّه لا يفعل شيئاً لدرئه واتقائه، ومن أمثلة ذلك إجراء الطبيب علاجاً بالأشعة بواسطة أجهزة يعرف أنّها معيّنة، وكأن يهمل مثلاً طبيب أمراض النساء في القيام

(1). الغرغرينا : هي موت الأنسجة وتعضتها وتحدث عادة في أطراف الجسم.

ميلاد سامي، الأخطاء الطبيّة والمسؤولية القانونية للطبيب.

بالعلاج الوقائي اللازم إجراؤه بالنسبة للأطفال حديثي الولادة مع وضع الدواء الضروري في عين الطفل فيكون مسؤولاً عن الالتهابات الخطيرة التي تصيبه (1).

و في مثل هذه المدّة من الحمل التي وصلت إليها المجني عليها ينبغي استعمال (ثقب) البويضة لاستخراج الجنين على عدّة أجزاء كما قرّر المتهم فضلاً عما ظهر من وجود تمزيق كبير بالرّحم، مفاده أنّ المتهم قد أخطأ في الطريقة التي اتّبعتها في إنزال الجنين الأمر الذي أدّى إلى حدوث الوفاة نتيجة تمزّق الرّحم وما صحبه من نزيف وصدمة عصبية، وافر الطبيب الشرعي أنّ ذلك يعتبر خطأ مهنيًا جسيمًا يؤدي إلى ثبوت الاتهام الجاني ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، إدانتها لطبيب مسندة إليه تهمة القتل الخطأ بسبب الثقب الذي أحدثه في رحم المجني عليها بجهاز الشفط ثمّ أمره بإيقاف فحص التجويف البطني عن طريق القسطرة والذي أمر به طبيب التخدير وانتهاء بعدم فتح البطن جراحيًا الذي كان ضروريًا لإيقاف نزيف داخلي حادّ.

ثالثًا. عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو الأوامر

فهذا سبب قائم بذاته ترتّب مسؤولية من يخالف هذه الأنظمة عن الحوادث الناجمة عن ذلك وإذ لم يثبت في حقّه أيّ نوع آخر من أنواع الخطأ وتشمل هذه الأنظمة القوانين واللوائح والأوامر التي توضع لحفظ الصّحة العامّة في هذا الصدد حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة طبيب بسبب عدم احتياطه بعد إشرافه على ولادة متعثرة أحاطت بها مخاطر كبيرة، فلم يزود للقابلة التي كلفت بمتابعة هذه الحالة تعليمات مكتوبة وتوجيهات محدّدة بشأن توجيهه بحقن المريضة بدواء معيّن ومدة هذا الحقن، الأمر بالتصرف بصفة منفردة بإيقافها هذا الحقن، فتسبّب ذلك في نزيف داخلي للمريضة أدى الى وفاتها، فتمت إدانة الطبيب والقابلة معًا.

(1). طاهري حسين، الخطأ الطبّي والعلاجي في المستشفيات العامّة، دار هوميه، الجزائر، 2002، ص. 45.

رابعاً. الرّعونة

الرّعونة هي نوع من أنواع الخطأ الطّبي ويتوافر الخطأ في صورة الرّعونة عندما يجري طبيب مثلاً عملية جراحية في الفخذ الأيمن بدلاً من الأيسر بينما لو اطلع على ملف المريض لوجد الأشعة والبيانات المدوّنة بالوثائق الخاصّة به تشير إلى موضع العملية الصّحيح، وبالتالي فكان من الممكن أن يتجنّب الوقوع في هذا الخطأ لو تمسك بالحيطه والحذر.

ومن أمثلة هذه الصّورة من الخطأ التي عرضت على القضاء ما قضت به محكمة النقض المصريّة من أنّ: " الآثار الحيوية الموجودة برأس الجنين الذي عثر عليه الطبيب الشرعي بالتجويف البطني تشير إلى أنّه وقت إجراء عملية الإجهاض كان الجنين مازال حيّاً وغير متعفن كما يقرّر المتهم، وأنّه يفسر تشخيص المتهم لوفاة الجنين نتيجة لعدم سماعه ضربات قلب الجنين والأمن والسلامة، وتجدر الإشارة إلى أنّ مخالفة القوانين واللوائح جريمة مستقلة بذاتها، فإذا ما ترتّب على هذه المخالفة إصابة، فإنّ المخالف يعاقب على الإصابة والمخالفة في وقت واحد، حيث يقوم فيحالة التعدد المعنوي للجرائم " (1).

خامساً. أخطار التواصل ونقل المعلومات وتعدّد من أكثر أسباب الأخطاء الطبيّة شيوعاً

جميع المستويات بين الفريق الصّحي الواحد أو الأقسام المختلفة مثل صرف علاج بدل علاج مشابه بالاسم أو إعطاء جرعة مضاعفة بسبب عدم وضوح الرّقم أو إعطاء معلومات غير واضحة بين قسم الإسعاف وأقسام التنويم أو اختلاط الملفات وتشابه الأسماء بين المرضى أو إعطاء تشخيص غير صحيح للمريض بناء على نتيجة تحاليل خاطئة أو مسجلة باسم مريض ثاني (2).

(1). عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الاول، ص. 273.

(2). عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص. 198.

سادساً. أخطاء متعلقة بالمريض أو المراجعة بالقطاع الصحي

وتشمل على عدم فحص المريض وتقييم حالته بشكل جيد، وكذلك في تشابه الأسماء أو اختلاط الملفات، أو عدم الحصول على موافقة من المريض لأي من الإجراءات الطبية أو عدم توضيح الحالة للمريض أو تشتت المريض بالمتابعة بين عدد من الأخصائيين واختلاف أماكن العلاج.

فعندما يتابع المريض عند عدّة أطباء في عدد من المستشفيات أو المراكز الطبية مع عدم توفر ملف للمريض يوضح حالته أو الأدوية المعطاة له فقد يتم إعطاء المريض أدوية قد تتعارض مع بعضها ممّا يؤدي إلى نتائج سلبية وغير مستحبة (1).

الفرع الثالث: إثبات الخطأ في العمليات الطبية

وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية، فإنّ عبء الإثبات يقع على المدعي وعليه إثبات عناصر المسؤولية وأركانها، من خطأ، وضرر وعلاقة سببية، وبناء على ذلك فإنّ المريض المضروب هو المكلف بإثبات الضرر والخطأ والعلاقة السببية.

إذا كان إثبات الضرر لا يثير الصعوبات، إلّا أنّ الأمر يختلف فيما يتعلق بإثبات خطأ الطبيب، ولكي نتمكّن من بحث إثبات المسؤولية الطبية، لابدّ لنا من بحث مسؤولية الطبيب وإثبات رابطة السببية وسيكون ذلك في المطالب التالية :

أولاً : عبء إثبات الخطأ الطبي

يقع عبء إثبات الخطأ في العمليات الطبية على جهتين هما :

1 المريض يتحمل عبء إثبات خطأ الطبيب طبقاً للقواعد العامة (كجهة أولى)

(1). علي محمود بابلي، المرجع السابق، ص. 58.

تقتضي القواعد العامّة أنّه يقع على عاتق المريض باعتباره مدعيًا في دعوى المسؤولية الطبيّة إثبات أنّ الطبيب لم ينفذ التزامه ببذل العناية المطلوبة بأنّ يقيم الدليل على إهماله أو انحرافه على أصول الفنّ الطبيّ المستقرة وبصفة عامّة التدليل على انحراف الطبيب المعالج من السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه وجد في نفس مستواه ووجد في نفس ظروفه الخارجية.

لذا لا يكفي المريض لإثبات خطأ الذي لم يلتزم ببذل عناية أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه بل يجب عليه فضلاً على ذلك أن يثبت أنّ عدم التنفيذ يعدّ خطأ في حق الطبيب وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر وله واجب الإثبات يستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس أيّ بإقامة الدليل على أنّه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية.

ولا يستطيع الطبيب أن ينفي تلك المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي أيّ بإثبات أنّ الضرر الذي لحق بالمريض يرجع إلى القوّة القاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير.

ولما كانت مسؤولية الطبيب في مستشفى عام هي مسؤولية تقصيرية فلا محلّ للقول بأنّ التزامه يكون تحقيق نتيجة لأنّ الإلزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به الخطأ في المسؤولية التقصيرية وهو التحلي باليقظة والتبصّر حتّى لا يضرّ المدين بسلوكه الغير هو التزام ببذل عناية.

وقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة وهذا ما اخذ به القضاء الفرنسي (1)، خاصّة في العمليات الجراحية التي لا تستلزمها ضرورة علاجية عند المريض كعمليات التجميل مثلاً والتي نظراً إلى أنّها تقع على محلّ محدّد تحديداً دقيقاً لا تحتل أيّ صعوبة بالنسبة للطبيب العادي،

(1). حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير Mercier الصّادر بتاريخ 20 ماي 1936 الذي حدّد العلاقة بين الطبيب والمريض.

ولا يتضمن عنصر الاحتمال اللصيق بغيرها من الأعمال الطبيّة ومن أمثلة هذه العمليات نقل الدم وتحليله.

في هذه الحالات يكفي للمريض المضرور أن يثبت وجود التزام وعدم تحقيق النتيجة المقصودة بحدوث الضرر لتحقّق مسؤولية العقدية حيث يمكن تصوّر وجود التزام بتحقيق نتيجة في العقد الذي يربط المسؤول بالمضرور والقضاء يتجّه بصفة عامّة إلى إلقاء عبء الإثبات على المريض فعليه إثبات أنّ الخطأ الطبيب هو الذي تسبّب في إحداث الضرر.

ولكن يجب توافر قرائن هامّة للقول بتوافر علاقة السببية بين الوفاة والطبيب فرابطة السببية لا يقوم في الحالات التي تشير فيها تقارير الخبراء إلى الصفة الاحتمالية بتأثير خطأ الطبيب على حالة المريض.

وفي هذا الصدد صرحت محكمة النقض الفرنسية: " أنه ليس هناك تناقض بين عدم اعتبار خطأ الطبيب هو السبب في الوفاة ولكنّه السبب في حرمان المريض من فرصة حقيقية في الشفاء أو الحياة ".

ويتضح لنا من موقف القضاء إزاء الإثبات علاقة السببية اتجاهه المتزايد إلى التشدّد في أحكام المسؤولية الطبيّة.

فبعد أن كان القضاء يتطلّب طبقاً للقواعد العامّة في المسؤولية المدنية بصفة عامة إثبات المريض للخطأ الطبي لا توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحقه، أصبح يقيم قرينة على توافر تلك القرينة لمصلحة المريض وعلى الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي حتّى يدفع مسؤوليته عن الخطأ الثابت في حقّه.

وسبب هذا لتشدّد القضاء في أحكام المسؤولية الطبيّة يعود ما يحوط الخطأ الطبي من صعوبات في الإثبات ولدقته من جهة وللطابع الحاصل للظروف التي يجري فيها العمل الطبي من جهة أخرى.

وكذا بالإضافة إلى قيام الشك بصفة دائمة حول الجدية التي يمكن أن يلتزمها الخبراء في تقرير أخطاء زملائهم.

فالقضاء اعكس القواعد المألوفة في مبادئ المسؤولية المدنية فالشك حول قيام رابطة السببية يفسر دائماً لمصلحة المدعى عليه، أمّا في المسؤولية الطبية فإنّ القضاء عن طريق التعريض عن ضياع الفرصة، يقيم قرينة شبه دائمة عند ثبوت خطأ الطبيب لمصلحة المريض على قيام علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين فوات الفرصة في الشفاء أو التحسّن أو الحياة ويزترّب على القضاء في حقيقة الأمر أمام مرونة فكرة ضياع الفرصة قيام قرينة على مسؤولية الأطباء.

2- ثقل عبء الإثبات فيما يتعلّق بالتزام الطبيب بإعلام المريض بمخاطر الجراحة

(كجهة ثانية)

بعد أن استقرّت محكمة النقض الفرنسية على ما يزيد على نصف قرن على إلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في صورته المختلفة وفي مجال محدّد متعلّق بإلزام الطبيب بإعلام المريض فألقت عبء إثبات حصول هذا الإعلام على المدعى عليه وذلك بمقتضى الحكم الشهير Hedruel الصادر في 25 فيفري 1997⁽¹⁾، فقد قرّرت المحكمة في هذا الحكم بأنّ

(1). تتلخّص وقائع هذا الحكم في أنّ شخصاً يدعى Hédrueil كان يعاني من آلام في المعدة وقدّر الطبيب المعالج له ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار وبالفعل أجريت هذه العملية غير أنّ المريض ظل يعاني من آلام شديدة بالمعدة وبإعادة الكشف عليه تبين إصابته بثقب في الأمعاء وهو خطر حدّد تقرير الخبير احتمال حدوثه في مثل هذا النوع من العمليات الجراحية بنسبة 3%. رفع المريض الدعوى على الطبيب مطالباً إياه بالتعويض عمّا لحقه من ضرر استناداً إلى أنّه لم يبصره بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة، رفضت محكمة استئناف Rennes الدعوى استناداً إلى أنّ عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلاً على ما يدعيه وكانت محكمة الاستئناف في ذلك متفقة مع موقف محكمة النقض السائدة في ذلك متفقة مع موقف محكمة النقض السائد في هذا الوقت. غير أنّه وبعد عرضه على محكمة النقض ألغت الاستئناف استناداً إلى نصّ المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي على هذا الأساس قرّرت مبدأ عاماً بقولها من يقع على عاتقه قانوناً أو اتفاقاً التزاماً خاصاً بالإعلام يجب عليه أن يقيم الدليل على

الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بإعلام مريضه ويقع على عاتقه عبء إثبات تنفيذه لهذا الالتزام.

وبمقتضى هذا الحكم ومقارنة بالأحكام السابقة تكون المحكمة قد أجرت نقلاً حقيقياً لعبء الإثبات فلم يعد المريض المدعي في حالة عدم قيام الطبيب بإعلامه مطالباً بإقامة الدلائل على ما يدعيه وإنما أصبح على عاتق المدعى عليه الطبيب عبء إثبات قيامه بواجبه بإعلام مريضه.

و هذا الحكم وصف بأنه من الأحكام ذات المبادئ، على أساس أن المحكمة أجرت تحوُّلاً تاماً فبعد أن كان المريض بصفته مدعياً هو الذي يقع على عاتقه عبء إثبات عدم إعلام الطبيب له أصبح على عاتق الطبيب - المدعى عليه - عبء إثبات قيامه بإعلام المريض.

فبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أضفت مزيداً من الحماية القانونية على المريض المضرور وذلك بإعفائه من عبء إثبات الواقعة التي يدعى بها وفي نفس الوقت جعلت هذا العبء على الطبيب إذا ما أراد التخلُّص من مسؤولية عبء إثبات واقعة إيجابية أي قيامه بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانوناً⁽¹⁾.

نتيجة لهذا التحوُّل القضائي الذي يضيف على أن نقل عبء إثبات الواقعة السلبية المدعى بها وفرض إثبات واقعة إيجابية مقابلة لها على عاتق المدعى عليه.

ثانياً : مبادئ إثبات الخط الطبي

في هذا المضمار يوجد بين نوعين من الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب، التزام ببذل عناية أو وسيلة والتزام بتحقيق نتيجة أو غاية، و عليه نطرح السؤال التالي:

قيامه بتنفيذ الالتزام تم تطبيق هذا المبدأ على الأطباء مقررة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإعلام تجاه مريضه.

(1). محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 73.

فما هي طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض، هل هي التزام ببذل عناية أم التزم بتحقيق نتيجة.

1 إثبات خطأ الطبيب في الالتزام بتحقيق نتيجة:

المقصود بالالتزام بتحقيق نتيجة هو الالتزام الذي يعدّ فيه المدين دائرة بشيء معيّن سواء كان ذلك الشيء عملاً، أو امتناع عن عمل، أو نقل حق.

يمكن دراسة الحالات التي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة استثناء للمبدأ العام بالنظر إلى :

1. اتفاق الطرفين: أن يكون هنالك اتفاق سابق بين الطبيب والمريض على أساس أن يقوم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض بحيث يكون مخطئاً إذا لم تتحقّق النتيجة المتفق عليها مسبقاً وقد يكون اتفاقهما على شكل شروط واردة في العقد المبرم ومثال ذلك أن يتعهد طبيب أخصائي نسائية بتوليد امرأة معينة بتوليدها بنفسه وعند عدم قيامه بهذا العمل دون وجود سبب أجنبي، يجب القضاء بإلزامه بتعويض المرأة عن الضرر الذي نتج عن فعل الطبيب الآخر الذي قام بعملية التوليد بدلاً منه⁽¹⁾.

2. يكون الطبيب ملزماً بتحقيق نتيجة محدّدة: نظراً لطبيعة أدائه أو عمله الطبي وهذا الالتزام لا يمكن حصره نظراً للتطوّرات العلمية السريعة.

وقد أخذ القضاء بضمان السلامة فيما يتعلق بالأضرار الناجمة للمريض بسبب التغذية أو المشروبات أو النظافة أو ما يصاب به من عدوى في المستشفى⁽²⁾، ولا يستطيع الطبيب أن يدرأ

(1). ارتيمية وجدان، الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمّان - الأردن، 1995، ص. 75.

(2). منير رياض حتّا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، مرجع سابق، 2008، ص. 284.

عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات خطأ المريض أو خطأ الغير، ويمكن للطبيب أيضًا إثبات حالة الضرورة، التي تنفي عن فعله وصف الإهمال.

هناك حالات يكون فيها التزام الطبيب الجراح تجاه المريض التزامًا بتحقيق نتيجة ومن هذه الحالات حالة قيام الطبيب بعمل محدد أو ضمان سلامة المريض من الأضرار غير تلك التي قد تنتج عند إجراء العملية الجراحية، فيكون الطبيب فيها ملزمًا بسلامة المريض من الحوادث التي قد يتعرض لها خارج نطاق العملية الجراحية. ومن هذه الحالات عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية في هذا المضمار وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار التزام الطبيب تجاه المريض في مثل هذه الحالات التزامًا بتحقيق نتيجة.

فعمليات نقل الدم بسبب التقدم العلمي الكبير في مسائل تحليل ونقل الدم يذهب هي من العمليات لذا ذهب جمهور الفقه والقضاء إلى أن التزام الطبيب المتخصص بنقل الدم التزام بتحقيق نتيجة وعليه أن يضمن عدم ترتيب أية آثار ضارة على عملية نقل الدم بالنسبة للمتبرعين بدمائهم.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى بالنسبة لمن ينقل إليه الدم ويجب التأكيد هنا أن المقصود بتحقيق نتيجة ليس الشفاء الذي قد يترتب على نقل الدم وإنما ضمان عدم تلوث الدم بأي مرض قد يسببه للمنقول إليه، وقد ثارت في هذا الصدد قضية مهمة، حيث أدخلت إحدى السيدات مستشفى "الرويس" التابع لشركة بترول أبو ظبي أدنوك والتي تشرف عليها إحدى الشركات الأمريكية لإجراء جراحة بالرحم، وخلال العملية احتاجت إلى نقل دم و الذي تم فعلا، ولكن بعد العملية ظهرت عليها أعراض تبين بالفحص أنها أصيبت بمرض الإيدز فقدان المناعة المكتسبة (بسبب الدم الذي نقل لها) حيث تبين أنه مأخوذ من مساعد طبيب شاذ جنسياً يعمل بالمستشفى ويحمل المرض وقامت المريضة برفع دعوى أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية على الطبيب المعالج ومساعد الطبيب الذي أخذ منه الدم الملوّث وعلى الشركة الأمريكية المشرفة على المشفى و أسست دعاوها

على أنّ ما قامت به الشركة المدعى عليها العاملون فيها من نقل دم ملوث بفيروس المرض من المدعى عليه مساعد الطبيب للمريضة قد تمّ دون مراعاة الأصول الطبيّة والحيطّة والحذر الواجبة عليها بعدم فحص وحدة الدّم المأخوذة من مساعد الطبيب والتي نقلت لها رغم توافر أجهزة الفحص داخل المستشفى ممّا أدّى لانتقال الفيروس إليها، وقد أحالت محكمة الموضوع القضية إلى ذوي الخبرة وحكمت بإلزام المدعى عليهم بالتضامن وشركة التأمين بأن يؤدوا للمدعية مبلغ عشرة ملايين درهم خفصتها محكمة الاستئناف في أبو ظبي إلى ستة ملايين⁽¹⁾.

لذا وللتعرّف على فصيلة الدم للمريض، يعهد الطبيب المعالج بذلك إلى مختصّ أو معمل للتحاليل الطبيّة، أو بنك دم بحيث يتعهد المختص أو صاحب المعمل بتقديم نتيجة صحيحة للتحاليل، حيث يطلب منه أن يحدّد فصيلة الدّم بشكل دقيق وأن يقدّم دم خالي من جراثيم المرض عندما يطلب منه ذلك، أيّ تقصير بتحمّل مسؤولية، حيث أنّ التزامه هو بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

وقد قرّرت محكمة استئناف باريس أنّ مركز الدّم يعدّ مسؤولاً في عقد نقل الدّم عن تقديم دم خال من أيّة عيوب وهو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو أحد مشتقات الدّم أو مكونات المعالجة الصناعيّة على أن لا يثبت مركز الدّم السبب الأجنبي⁽³⁾.

و في نفس السياق فإنّ محكمة النقض الفرنسيّة ومجلس الدولة الفرنسي ألزمتا مركز نقل الدّم بالعمل على ألاّ يكون ما يقدّمه من دم أو مشتقاته يشكّل أيّة درجة من الخطورة بالنسبة

(1). المجموعة المتخصّصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبيّة، الجزء الأوّل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص. 420.

(2). ارتيمية وجدان، مرجع سابق، ص. ص. 80-83.

(3). حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 1991/11/28 مشار إليه لدى حسين محمد عبد الظاهر، مشكلات المسؤولية المدنيّة في مجال نقل الدّم، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 1995، ص. 74.

للمرضى بما يهدّدهم بحدوث تداعيات مأساوية، وقد اقر بسط مجلس الدولة الفرنسي على مسؤولية مراكز الدّم عن تقديم دم ملوّث وقرّر انعقاد مسؤولية مركز الدّم دون خطأ أيّ بمجرد حدوث تداعيات ضارة ذات صلة بعملية نقل الدّم أو مشتقاته، في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ : " مراكز نقل الدّم تلتزم بأن تقدم إلى المتعاملين معها منتجات خالية من أيّ عيب، ولا يمكن أن تعفى من الالتزام بالسلامة إلا بإثبات وجود سبب أجنبي لا صلة له به "(1).

لكن تقتضي حالة المريض الصّحية أحياناً الحقن بواسطة الوريد أو الفم أثناء خضوعه للعلاج الطّبيّ بسوائل طبيّة مختلفة كالجلكوز والأمصال وغيرها، إذ يبقى على عاتقه مسؤولية إعطاء هذه السوائل بالالتزام محدّد بالسلامة وتحقيق نتيجة، وأن لا يسبّب هذا العمل للمريض أيّة مضاعفات ضارة، ويتحقّق الطبيب قبل الحقن من سريان مفعولها وقابلية جسم المعطى لاستقبالها.

2- إثبات الخطأ في الالتزام ببذل عناية

لا يكتفي المريض بأن يدعي أنّ الطبيب لم يتم بتنفيذ التزامه على الوجه المعين في الاتفاق بل عليه أن يثبت أنّ العناية التي قام بها الطبيب لم تتفق مع ما كان يجب عليه بذله، بمعنى يجب عليه أن يثبت أنّ هناك خطأ وقع من الطبيب وأنّ هناك ضرراً لحق به من جرّاء ذلك، وأنّ العلاقة السببيّة بين الخطأ والضرر ثابتة، وعليه يجب على المريض أن يثبت أنّ الطبيب لم يتم ببذل العناية المطلوبة منه، المتمثلة في إهمال الطبيب، أو انحرافه في الأصول المستقرّة في المهنة، ويمكن إثبات ذلك من خلال مقارنة سلوك الطبيب الجاني بسلوك طبيب

(1). نقض مدني فرنسي رقم 95/2016 بتاريخ 12/04/1995 مشار إليه لدى عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، تعويض الحوادث الطبيّة، دار الجامعة، الإسكندرية، 2007، ص. 44.

مماثل له من نفس المستوى المهني مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وقت العلاج⁽¹⁾.

إلى جانب الجهود الطبيّة المبذولة من قبل الطبيب في معالجة المريض فهذه الأمور تكون متفكّة مع الأصول العلميّة الواضحة، ماعدا الظروف الاستثنائية الخاصّة ولا يقبل منه استخدام وسائل طبيّة قديمة في ظل التطوّر العلمي الكبير، وعليه استعمال وسائل علمية استقرّ عليها العلم، وأن يختار أفضلها وأكثرها ملائمة لحالة المريض ضمن الإمكانيات المتوفّرة والمحيطّة به، وهذه القواعد تحدّد التزامات الطبيب عند علاجه المريض سواء وجد بينهما عقد أم لم يوجد⁽²⁾، وفي الالتزام ببذل العناية لا تقوم مسؤولية الطبيب إلاّ إذا أقام الدائن دلي لا على تقصير أو إهمال في بذل العناية الواجبة⁽³⁾.

و نسجل من هنا أنّ هنالك شبه اتفاق بين الفقه و القضاء أن عقد العلاج يوجب على الطبيب في الأصل أن يبذل في ممارسته لمهنته عنايته وجهداً لتخفيف ألم مريضه ليصل إلى الشفاء والتزامه بالقواعد المهنية⁽⁴⁾.

و تبرأ ذمته بمجرد بذل العناية المطلوبة لو لم يحقّق نتيجة الشفاء⁽⁵⁾، فالشفاء يتوقف على عدّة عوامل واعتبارات لا تخضع دائماً لسيطرة الطبيب كمناعة الجسم والوراثة، وحدود الفنون الطبيّة التي قد لا تكفي لعلاج المريض والطبيب يبذل قصارى جهده بما أوتي من علم

(1). فريد عيسوس، الخطأ الطبّي والمسؤولية الطبيّة - دراسة مقارنة -، رسالة مقدّمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص. 149.

(2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 150.

(3). عبد الرحمن صالح نائل، مرجع سابق، ص. 161.

(4). ارتيمية وجدان، مرجع سابق، ص. 70.

(5). سليمان مرقص، الوايف في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، مكتبة مصر الجديدة، 1992، ص.

ومعرفة اتجاه المريض ولكنّه لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت أثناء معالجته للمريض، ولذلك فإنّه لا يلتزم بمنع موت المريض.

ويلزم من الطبيب عند إجراء أي عملية للمريض أن يبذل أقصى جهود، التي يجب ان تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنته.

لكن اذا يبذل الطبيب العناية اللاّزمة عند إجراء العملية الجراحية، يتحمّل المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن ذلك، ولتحديد مسؤولية الطبيب في هذه الحالة، فإنّ عبء إثبات خطئه يقع على عاتق المريض، سواء كانت مسؤولية الطبيب تجاه المريض عقديّة أن تقصيرية ذلك لأنّ التزام الطبيب الجراح تجاه المريض هو التزام ببذل عناية، ومضمون هذا الالتزام لا يختلف سواء وجد بين المريض والطبيب عقد أم لا، لذلك يتوجب على المريض إثبات وجود التزام على عاتق الطبيب بعلاجه إمّا بناء على وجود عقد بينهما أو طبقاً لأنظمة وتعليمات المستشفى الموجود فيه.

والى جانب ذلك، هناك حالات يكون فيها التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة، حيث يكون فيها الطبيب ملزماً بسلامة المريض من خطر حوادث قد تقع للمريض.

كما عليه أن يثبت عدم بذل الطبيب العناية اللاّزمة عند إجراء العملية الجراحية وذلك بإقامة الدليل على وجود إهمال أو خروج من جانب الطبيب عن الأصول العلمية المتعارف عليها في ميدان مهنة الطبّ، والتي لا يقدم عليها طبيب آخر بمستواه فيما لو وجد بنفس ظروفه.

وهذا يعني أنّه لا يكفي في هذه الحالة لمساءلة الطبيب الجراح إثبات المريض لخطأ الطبيب بعدم بذل العناية المطلوبة، وإنّما يتوجب على المريض إثبات وجود التزام على عاتق الطبيب لعلاجه وإصابته بضرر أثناء تنفيذ هذا الالتزام إذ لا يجوز افتراض خطأ الطبيب الجراح لمجرد إصابة المريض بضرر أثناء إجراء العملية الجراحية، وإنّما يتوجب إثبات صدور

خطأ من جانب الطبيب الجراح، كعدم إجراء فحصه قبل العملية الجراحية أو عدم إتباع الأصول العلمية المستقرّة عند إجراء العملية الجراحية أو عدم متابعته بعد إجراء العملية الجراحية وللطبيب الجراح حتّى في حالة إصابة المريض بضرر أثناء أو بعد إجراء العملية الجراحية أن ينفي عنه المسؤولية، إذ أثبت أنه بذل العناية اللاّزمة أثناء إجراء العملية الجراحية.

وهنا يرى غالبية الفقهاء الفرنسيين ببذل أنّ أصل التزام الطبيب في مواجهة المريض التزامًا عامًّا بالحرص والعناية وأن يلتزم بشفاء المريض إنّما ببذل عنايته وحرصه لأنّ نتيجة شفاء المريض أمر احتمالي غير مؤكد، سواء بذلك وجد الالتزام مصدره في القانون أو وجد مصدره في العقد.

ويستند العقد في تحديد العناية اللاّزمة إلى معيار " الاحتمال " فإذا كانت الغاية من الالتزام غير محقّقة الوقوع أو احتمالية يكون الالتزام دائمًا ببذل العناية الممكنة⁽¹⁾.

في هذا الاطار يعتبر العقد بين الطبيب والمريض أحد العقود النادرة التي ترتب التزامًا رئيسًا محلّه بذل عناية، خلال الأصل في الالتزامات التعاقدية وذلك لما يميّز به هذا العقد الطّبي من سمات خاصّة تختلف عن غيره من العقود⁽²⁾.

فعلى الطبيب أن يبذل للمريض جهودًا فعالة ومتناسبة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المقرّرة وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطّأها ممّن ينتسب إلى عملهم أو فنّهم، وليس معنى هذا أنّ على الطبيب أن يطبّق العلم كما يطبّقه غيره من الأطباء فمن حقه أن يترك على قدر من الاستقلال في التقدير فلا يكون مسؤولاً، إلّا إذا أثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلاً بأصول العلم أو الفن الطّبي وعلى

(1). عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص. 115.

(2). محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، جامعة القاهرة، 1978، ص. 370 وما بعدها.

ذلك يكون الطبيب مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة، أو مثلاً أغفل عن ربط الحبل السري وترك الطفل بغير عناية، أو ترك سهواً أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض، وكذلك يكون مسؤولاً إذا أغفل بعد إجراء عملية استخراج حصوة من المثانة عن العناية اللائمة وأدى ذلك للوفاة، فالطبيب يكون مخالفاً بالتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة أو إذا كانت العناية التي يبذلها مخالفة نتيجة جهله أو تهاونه للحقائق العلمية المستقرّة أو المكتسبة⁽¹⁾.

ثالثاً : وسائل إثبات الخطأ الطبّي

لا يمكن قبول دعوى المريض بخطأ الطبيب بدون دليل، لذا فعلى إثبات الخطأ الطبّي يقع على عاتق المريض⁽²⁾، ويملك المريض الحق المطلق باتّباع كل وسائل الإثبات من شهود وخبرة ومستندات ليثبت وقوع الخطأ ووقوع الضرر ثم يثبت العلاقة السببية بين الخطأ بالضرر وأنّ هذا الخطأ هو الذي أدى إلى ذلك الضرر وأن هذا الضرر ما كان ليقع لولا وقوع ذلك الخطأ.

لا شك أنّ عملية إثبات وقوع الخطأ الطبّي ليس بالعملية السهلة خاصّة بالنسبة لعامة النّاس الذين ليس لديهم دراية بعلم الطبيب، لذا فإنّ إلقاء عبء إثبات الخطأ على المريض مهمّة شاقة خاصّة أنّ مهنة الطبيب مهمة صعبة ومعقدة وواسعة.

وحتى يخضع الطبيب للمساءلة أيّاً كان نوعها يجب أن يتمّ إثبات ارتكابه للخطأ الطبّي حيث أنّ مسألة الإثبات هي أهم المراحل في الدعوى فيقع على المريض عبء إثبات وقوع الخطأ ومن ثم وقوع الضرر وإثبات علاقة السببية بينهم - بمعنى أنّ الخطأ هو الذي سبب

(1). بسّام المحتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، الطبعة الثانية، دار الايمان، دمشق، بيروت، د س ن، ص 93.

(2). في هذا الشأن تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري : " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدّين إثبات التخلص منه ".

الضرر - وأن يثبت علاقة الخطأ بالضرر، وأن هذا الخطأ هو الذي أدى الى حدوث ذلك الضرر ولا يتم ذلك إلا عن طريق التقارير الطبية التي يصدرها المتخصصون وتؤيده اللجنة الطبية التي يتم تكليفها بإيقاع الكشف الطبي على المريض للتتبع من صحة ادعائه.

والإثبات في مثل هذه الحالات يكون بكافة طرق الإثبات الجنائي من إقرار - اعتراف الطبيب بما ارتكبه من خطأ في طريقة علاجه للمريض - وهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، ولأنه اعتراف من المدعى عليه لصالح المدعي فلا شبهة فيه، ويفيد الإقرار ثبوت الخطأ في جانب المقر فقط - طبيياً كان أو من في حكمه - لأنه حجة قاصرة،

فلو أقر طبيب بخطأ وقع منه ومن غيره في الفريق الطبي، فإن إقراره لا ينسحب على غيره إلا أن يقرّوا أو يشهد شهود عليهم⁽¹⁾.

و يعتبر الإقرار أقوى الأدلة، وله حجة كاملة يستند عليها القاضي لإصدار حكمه ولو رجع عن إقراره أو أنكره ما دام مرتبطاً بحق آدمي وكذلك الشهادة مثل شهادة طبيب آخر أو ممرض على أو من أقتضي واقع الحال وجودهم أثناء ارتكاب الخطأ وفي هذه الحالة الشهادة لا تشمل الخطأ التصيري لأن الخطأ التصيري في بذل العناية الواجبة للمريض لا تصلح فيه الشهادة إلا لأصحاب الخبرة من أهل الاختصاص فهم الذين يخبرون عن حقائق علمية والأصل في شهادة الخبراء أنها إخبار من العارف الخبير عن حقيقة ما، لذا عدّها الفقهاء من باب الرواية لا الشهادة، فيكتفي فيها بشاهد واحد ذكر أو أنثى بل وتجاوز شهادة غير المسلم إذا لم يوجد غيره.

ويلجأ إلى رأي الخبراء إذا كان الخطأ مهنيًا، فالخطأ المادي كأن يتم إدخال أنبوب الأكسجين إلى المريء بدل القصبات الهوائية، لا يحتاج في إثباته إلى أكثر من إقرار الفاعل أو شهادة من عاين الفعل، لكن الخطأ المهني يحتاج إلى رأي الخبراء الذين يثبتون الخلل الذي وقع

(1). منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص. ص. 123-124.

طبيبًا، فلا يستطيع القاضي أن يتصدى مباشرة لمناقشة خطأ الطبيب وتقديره في هذا المجال، لذلك على القاضي أن يتوجّه إلى المختصين من الخبراء من أهل الطب من أجل استيضاح الأمر، فمثلاً: كون العمل الجراحي تمّ على وجهه أو لا؟ وكون الدواء لا يتناسب في جرعاته مع المريض المصاب بضغط الدم، كلّها من الأمور التي يفتقر القاضي إلى رأي الخبراء.

ويلاحظ هنا أنّ دور الخبير الطبيّ هو تنوير القاضي الذي لا يملك المعرفة والدرّاية الكاملة بالقضايا الطبيّة المهنية، وهو رأي يسهم في تكوين قناعة القاضي بوقوع الخطأ من عدمه ولا يستند إليه في الإثبات مطلقاً، فالخبير يقوم بمساعدة القاضي باستنباط الخطأ في المجال الطبيّ، سواء في المسائل التطبيقية أو في الأخلاق الطبيّة، لكن القاضي يستقل في التكيف الفقهي للسلوك المهني للطبيب وهو الذي يقوم بتقدير رأي الخبير، لهذا خوّل المشرّع الجزائري للقاضي اللجوء إلى أهل الخبرة في سبيل تبيان الأمور التقنية والفنية التي تخرج عن اختصاصه قبل الفصل نهائياً في النزاع المعروف عليه، ونصّ على كيفية تعيين القاضي للخبير، وطريقة عمله واستبداله في الباب الخاص بإجراءات التحقيق من قانون الإجراءات المدنية الإدارية⁽¹⁾.

وأهمّ أدلة الإثبات في حالات الخطأ الطبيّ هي المستندات الخطيّة والتقارير الموجودة في سجلات المستشفيات.

وتشمل ما يتمّ كتابته من قبل الطبيب مثل ملف المريض الذي ينطوي على وصف تشخيصي للمرض وتاريخ بدء العلاج وتطوّرات المرض إن حصلت، والأدوية الموصوفة، كما تشمل توقيعات المريض أو وليه على العلاج أو العمل الجراحي.

و بالتالي يكون الملف الطبيّ وثيقة يمكن الاستناد عليها كقرينة للاستئناس بها، فيما لو كان هناك تقصير أو إهمال أو خروج عن سنن الأطباء، ولا يعدّ هذا الملف بينة مستقلة لاحتمال التلاعب فيه.

(1). طبقاً المواد من 47 إلى 55 مكرّر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وأخيراً فإنّ ثبوت الخطأ الطّبي في مواجهة الطبيب المعالج يتّرب عليه حق المريض في المطالبة بالتعويض المناسب عمّا أصابه من أضرار جسمية ونفسية فضلاً خضوع الطبيب المعالج للمساءلة التأديبية⁽¹⁾.

و تجدر الإشارة انه من المتفق عليه في المجال الطبي و المكرس قانوناً انه يجب على القاضي عند تقديره لخطأ الطبيب أن يكون في غاية الحيطة والحذر، فلا يعترف بوجود هذا الخطأ إلاّ إذا ثبت ثبوتاً قاطعاً أنّ الطبيب قد خالف عن تقصير أو تهاون الأصول الفنيّة الثابتة والقواعد العلمية الأساسية التي لا خلاف فيها، والتي يفترض في كل طبيب من مستواه العلمي أن يعرفها.

المطلب الثاني : الضرر الطّبي

يعدّ الضرر عنصراً رئيسياً في قيام المسؤولية بجميع أنواعها سواء المدنية أو الجنائية أو الإدارية، وسواء قامت على أساس الخطأ أم بدون خطأ.

فالضرر هو بمثابة الأساس الحقيقي للتعويض وبدون ضرر لا تقوم المسؤولية وبالتالي لا وجود لتعويض، ويقع عبء إثبات الضرر على المدعي الذي يتعيّن عليه إقامة الدليل على وجود هذا الضرر وتقديره.

وفي هذا النطاق سوف نستعرض مفهوم الضرر الطّبي في الفرع الأوّل ثمّ نتطرّق إلى شروطه في الفرع الثاني.

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 117.

الفرع الأول : مفهوم الضرر الطبي

تخضع المسؤولية الطبية للنظرية العامة للمسؤولية وتتطلب وجود الضرر لكي يقع الطبيب تحت طائلتها، فلا يكفي مجرد إخلال الطبيب بالتزاماته بل يجب أن يؤدي هذا الإخلال إلى إلحاق الضرر بالغير.

لأنّ المسؤولية الطبية تترتب على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي وتسبب ضرراً للغير.

أولاً : تعريف الضرر الطبي

بداية يجدر الذكر أنّ الضرر بشكل عام يقصد به وفقاً للقواعد العامة أنّه :
[ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حرّيته أو شرفه أو غير ذلك]⁽¹⁾.

وينطبق على هذا التعريف العام للضرر مع تعريف الضرر الطبي لإقامة مسؤولية الأطباء وبالتالي خضوعهم للقواعد العامة في المسؤولية الجزائية وحتى المدنية.

بناءً على ذلك يعرف الضرر بشكل عام وفقاً للقواعد العامة بأنّه :
[المساس بمصلحة المضرور]⁽²⁾. وهذا يتحقق من خلال المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزة سابقة، بحيث يصبح وضع المضرور أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ الطبي ولا يشترط أن يقع الاعتداء على حق للمضرور يحميه القانون، وإنما يكفي أن يمس مصلحة مشروعة.

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. ص. 126-127.

(2). علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 178.

ويعرف الضرر أيضًا على أنه : " مساس بحق من حقوق الإنسان أو مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه وحقه في الحياة أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو غير ذلك " (1).

-يقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ، مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لانه انتقص من المزايا او السلطات التي يخولها ذلك الحق او تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسم الانسان او بعاطفته او بماله او بحريته او بشرفه و اعتباره او بغير ذلك. (2)

-وهذا الضرر قد ينشأ عن الإخلال بالتزام يفرضه القانون أو ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به (3).بناءً فيما سبق فالضرر الطبي في مجال المسؤولية الطبية يمكن أن يعرفه بأنه : حالة ناتجة عن فعل طبي مسّت الأذى جسم الشخص وقد يستتبع ذلك نقص في حال الشخص أو في عواطفه ومعنوياته! (4).

وللإشارة فالضرر الطبي لا يتمثل في عدم شفاء المريض بل هو أثر خطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة والحذر والحرص أثناء ممارسته للعمل الطبي، لأن أصل التزام الطبيب التزام بوسيلة أو ببذل عناية ولا يعتبر التزامًا بتحقيق نتيجة (5).

يتحقق الضرر الطبي في إصابة المريض بضرر وقد يكون هذا الضرر ماديًا يمسّ مصلحة مادية أو يكون ضررًا معنويًا يلحق الأذى بالمضرور في شعور أو عاطفته أو شرفه.

(1). عبد السلام التوتجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية في القانون السوري والمصري والفرنسي، ب.د.ن، القاهرة، 1966، ص. 294.

(2). د/احمد السعيد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، 1986، ص 11.

(3). سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، مكتبة مصر الجديدة، الجزء الأول، 1992، ص. 138.

(4). عبد السلام التوتجي، مرجع سابق، ص. 292.

(5). احمد الحيارى، مرجع سابق، ص 126.

ثانيا : أنواع الضرر الطبي

ينقسم الضرر بشكل عام إلى عدة أنواع بعدة اعتبارات، فمن حيث أصله ينقسم إلى ضرر مادي وضرر معنوي، والمادي ينقسم بدوره إلى جسدي ومالي، أما من حيث آثاره ينقسم إلى ضرر مباشر وضرر غير مباشر، ومن حيث خطورته ينقسم إلى ضرر متوقع وغير متوقع.

1- الضرر باعتبار أصله :

• الضرر المادي:

" هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده وماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية " (1)، وهذا الضرر ينقسم بدوره إلى :

أ/- **ضرر جسدي أو جسماني**: تتمثل بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روحه أو إحداث عاهة مستدامة أو مؤقتة، وقد تعدى هذا النوع من الأضرار إلى أضرار جمالية وجنسية (2).

ب/- **ضرر مالي** : يصيب المتضرر بمصالحه ذات القيمة المادية أو الاقتصادية، كأن يصاب الجسم بعاهة تؤدي إلى تعطيل قدرته على الكسب أو نفقات العلاج (3).

ومن تطبيقات هذا الضرر قيام الطبيب بارتكاب خطأ طبي خلال العلاج في المستشفى أو العيادة بسبب تأخره بتنفيذ العلاج أو أن ينقذه بطريقة خاطئة تؤدي إلى وفاة المريض، وأيضاً قيام طبيب الجراحة بإجراء العملية الجراحية بطريقة خاطئة تؤدي إلى إزالة عضو سليم بدل العضو المصاب، وإصابة المريض بعاهة بدنية وعجز كلي أو جزئي.

(1). عبد السلام التوتجي، مرجع سابق، ص. 294.

(2). أسامة أبو حسن مجاهد، التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 19.

(3). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 162.

ومن الأضرار الجسمانية أو الجسدية التي تترتب عن الأخطاء المرفقية أو الشخصية نجد الأخطاء الطبيّة في المستشفيات والأخطاء المرفقية التي تسبّب حوادث لتلاميذ المدارس، فيحصل لشخص ما عجز دائم كلي أو جزئي كالضرر الجسماني الذي يتسبّب في اختلال في الظروف الحياتية والمعاشية للمضروب، هذا ما أقرته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية " بن سالم عبد الرحيم ضد مستشفى الجزائر " (1)، قد جاء القرار أنّ الطفل " بن سالم عبد الرحيم " لحقته أضرار شتى من العجز المؤقت والعجز الدائم الناتج عن البتر النهائي لساعده الذي يؤثر على دراسته والتمتع بشبابه وتطلّعاته المشروعة.

كما أنّ مجلس الدولة قضى كذلك في النزاع بين القطاع الصحي بأردار ومن معه ضد " زعاف رقية " (2) بموجب قرار صادر في 19/04/1999 بتأييد القرار المستأنف فيه والقاضي بتعويض المستأنف عليها عن الأضرار الجسدية التي أصابتها من جرّاء الخطأ الطبيّ 100% فأصبحت الضحية بعاهة مستديمة والمتمثلة في العقم ومن تمّ حرمانها من عطاء الأمومة وإلى الأبد وهي في ريعان شبابها إضافة إلى ابنتها التي توفيت مباشرة بعد الولادة.

وعليه الضرر الجسماني بالأضرار التي تمسّ السلامة الجسمانية والضرر الجمالي والتألم الجسماني.

ج/-الضرر الاقتصادي: هذا النوع من الأضرار يمسّ الجانب المالي للمتضرر كتحمّل الشخص مصاريف مالية تتعلّق بالعلاج أو بفترات العجز وقد يتعلّق الأمر بنفقات مسكن الشخص المعاق التي تقع على عاتق من تسبّب في إعاقته (3).

• الضرر المعنوي - الأدبي:

(1). قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1977/10/29 ملف رقم 14946 فريق بن سالم ضد مستشفى الجامعي مصطفى باشا، الجزائر.

(2). قرار مجلس الدولة - الغرفة الأولى - (قرار غير منشور) فهرس 254، أنظر التعليق عليه في لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، الدار الخلدونية، الجزائر، ص. 101.

(3). http://www.conseil_etat.fr, CE, 17 janvier 1990.

" هو الضرر الذي لا يمس كيان الشخص المادي بل يصيب الإنسان عواطفه وإحساساته ومشاعره أو الضرر الذي يسبب للإنسان آلام نفسه أو جسمانية " (1).

وتجدر الإشارة أنّ مجلس الدولة الفرنسي كان في البداية يرفض التعويض عن الضرر المعنوي لأنّه لا يمكن تقييمه ماليًا مصرّحًا " الدموع لا تقيم بالنقود " وفي سنة 1961 غير موقفه بمناسبة قضية Le Tisserand وذلك في القرار الصادر بتاريخ 1961/11/26 ضد وزارة الأشغال العامّة التي قبل فيها التعويض عن الضرر المعنوي (2).

ومنذ هذا التاريخ أصبح مجلس الدولة الفرنسي يعوّض عن الأضرار المعنوية (3)، ومنها الآلام المعنوية خاصة الماسّة بمشاعر المحبّة في حالة الوفاة الناجمة عن خطأ إداري وكذا الأضرار الماسّة بالسمعة وشرف الأشخاص أو الاعتداءات على حقوق الأفراد فيما يخصّ إفشاء الأسرار المهنية أو نشر صور فوتوغرافية لأشخاص ما بغرض الدعاية أو الاعتداءات على حرمة المراسلة.

ويتمثل الضرر المعنوي في المجال الطّبيّ بأنّه مساس الطبيب المعالج أو المستشفى الخاص أو العام بجسم المريض والتسبّب بخطأ طبيّ يلحق به الضرر وهذا من خلال الآلام الجسمية والنفسية أو ما ينتج عن ذلك من تشوهات أو عجز في وظائف الجسم، ويختلف تقدير هذا الضرر من شخص إلى آخر من ذكر إلى أنثى، فالضرر الذي يصيب الفتاة غير الضرر الذي يصيب الشاب أو العجوز أو الطفل وكذلك الضرر الذي يصيب الفنان يختلف عن الضرر الذي يصيب الشخص العادي، فالأمر يتمّ تقديره من خلال النتائج التي تتركها الإصابة أو العجز على المريض مع الأخذ بعين الاعتبار عمله وسنّه وظروفه الاجتماعية والصّحية (4).

(1). علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 187.

(2). أنظر يوسف سعد الله الخوري، كتاب القانون الإداري العام، الجزء الثاني - القضاء الإداري، مسؤولية السلطة العام، طبعة 1998، ص. 187.

(3). M. Long et Al, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1990, p. 591.

(4). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 165.

والرأي السائد عند الفقهاء والقضاء أنّ الضرر المادي كالضرر المعنوي ويشترط تحققه بأن يكون ماساً بحق يحميه القانون للمطالبة بالتعويض وتكمن صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بأنه يشكّل عبئاً ثقيلاً على كاهل القضاء نظراً وصعوبة تقديره مادياً⁽¹⁾.

2- الضرر من حيث آثاره :

● **الضرر المباشر:** وهو الضرر الناتج مباشرة للفعل الخاطئ ولا تتدخل في إحداثه أفعال أخرى، ومثال ذلك موت المريض نتيجة إهمال الطبيب المعالج له في اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة المنصوص في قوانين مهنة الطب، ويعتبر ما حصل من خطأ نتيجة مباشرة وضرر مباشر بسبب خطأ الطبيب الذي لم يتم بتقديم الالتزامات المطلوبة منه وهو الذي قام بالإهمال، ويتحمل المسؤولية عن الضرر المباشر⁽²⁾.

● **الضرر الغير المباشر:** وهو الذي لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الضرر وتقطع بذلك رابطة السببية وبين الخطأ ولا يكون الطبيب مسؤولاً عنه.

3- الضرر باعتبار علم المتعاقدين ينقسم بدوره إلى :

● **الضرر المتوقع:** وهو ما سيقع مستقبلاً ويمكن أن يتوقعه المتعاقدين مساباً.

● **الضرر غير المتوقع:** وهو الضرر الذي يدخل ضمن دائرة المستقبل ولكن لا يدخل في توقع المتعاقدين⁽³⁾، ومثال ذلك قيام الطبيب بالإهمال في توضيح الظروف التي تجعله يتوقع الضرر، فهنا الضرر متوقع ولكن إذا كان سكوت المريض هو السبب فيما حصل

(1). المرجع نفسه، ص. 134-135.

(2). منذر الفضل، النظريات العامة للالتزامات-مصادر الالتزام، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص. 303.

(3). وائل عسّاف، مرجع سابق، ص. 95.

يكون الضرر غير متوقع لأن الأخير لم يخبر الطبيب عن وضعه الصحي الذي يساعد الطبيب المعالج في التوقع⁽¹⁾.

4- الضرر من حيث زمن حصوله :

• الضرر الواقع: ويشمل :

أ/-الضرر الحاصل: وهو ضرر مؤكد وقوعه سواء في الحال أو المستقبل، ويكون حتمي التحقق ويصيب المريض فعلاً ولكن يشترط أن يكون ثابتاً على وجه الدقة واليقين ولو كان مستقبلاً، بسبب خطأ الذي ارتكبه الطبيب، ومثال ذلك موت المريض أو إصابته بعاهة دائمة وعجز كلي في جسمه⁽²⁾.

ب/-الضرر المقطوع حصوله في المستقبل: وهو الضرر الذي يتحقق بسببه تلاشي آثاره كلها أو جزء منها في المستقبل، ولكن سيقع ويكون إما معروف النتائج، ويعوّض عنه، أو غير معروف النتائج ويعطي المريض تعويض أولي وينظر إلى حالته الصحية، حيث أنّها لا تستقر وإنما تتحوّل تبعاً لظروف طارئة ومختلفة، ومثال ذلك إجراء عملية جراحية للمريض في أذنه المصابة بضعف السمع، وارتكاب الطبيب لخطأ أثناء العملية يؤدي إلى فقدان جزئي لسمع المريض، ومؤكد فقدان المريض للسمع كلياً في المستقبل، ولذلك يأخذ تعويض جزئي عن وضعه الحالي ثمّ عند فقدانه السمع بشكل كلي يستكمل التعويض، وأيضاً إجراء الطبيب الجراح عملية جراحية لمريض في الرتتين نتج عنها ضرر جزئي للأخير من المؤكد أن تصبح حالته أسوأ ممّا هي عليه⁽³⁾.

• الضرر المستقبلي الاحتمالي: وهو الضرر الذي لم يقع، ولكن هنالك احتمال في إمكانية

وقوعه في المستقبل، لذلك يجب الانتظار لحين وقوعه، لأنّه غير محقق الوقوع، ويختلف عن

(1). محتسب بالله بسّام، مرجع سابق، ص244.

(2). عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 974.

(3). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 130.

الضرر المستقبلي، لأنّ الأخير مؤكّد الوقوع حتمًا والاحتمالي يوجد شك في إمكانية وقوعه وهذا من عدمه، وإذا وقع يتمّ التعويض عنه⁽¹⁾.

ونلاحظ ممّا سبق الإشارة إليه أنّ أحكام الضرر في المسؤولية الطبيّة لا يختلف عنها بحسب القواعد العامة للمسؤولية المدنية لذلك فإنّه في المسؤولية العقدية لا يلتزم الطبيب بالتعويض عن الضرر المباشر الواقع إلّا في حالتي الغش والخطأ الجسيم فيسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع⁽²⁾.

أمّا في حالة المسؤولية التقصيرية فيلتزم بالتعويض عن الضرر المباشر الواقع والمتوقع وغير المتوقع ويعوّض عن الضرر بالتسبّب في حالة التعمد والتعدّي.

الفرع الثاني : شروط الضرر الطبي

إنّ الشروط الخاصّة بتوافر الضرر الطبي هي نفس الشروط العامّة التي يتطلّبها أيّ ضرر لقيام أيّ نوع من المسؤولية لذلك لا بدّ من تحقّق عدد من الشروط الخاصّة ليتمكّن للمريض المطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جزاء خطأ الطبيب وهذه الشروط هي :

أولاً : أن يكون الضرر الطبي محقّق الوقوع

من الشروط العامّة للضرر الناتج عن الخطأ المستوجب للتعويض أن يكون مؤكّد الوقوع ويقصد بالضرر المؤكّد أو الأكيد ذلك الضرر المحقّق وقوعه فعلاً أو سيقع في وقت مستقبلي وهذه القاعدة تطبّق أمام القضاء الجزائي والإداري وأمام القضاء العادي على حدّ سواء.

فالتعويض عن الضرر المستقبلي Préjudice Future جائز إذا كان حدوثه أكيداً على أن يكون ممكناً تقديره بالمال عند المطالبة، غير أنّ القضاء عجز عن تقدير التعويض في

(1). المحتسب بالله بسّام، مرجع سابق، ص. 248.

(2). وائل عسّاف، مرجع سابق، ص. 98.

بعض الحالات بخصوص هذا النوع من الضرر، لذا قد يمنح القضاء للمدعى عليه المتضرر تعويضاً مؤقتاً حتى يأتي اليوم الذي يمكنه من تحديد التعويض نهائياً⁽¹⁾.

أمّا إذا كان الضرر محتملاً Eventue غير أكيد، فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه. لذا ذهب القضاء إلى التمييز بين ما هو مستقبلي من جهة ومن جهة أخرى بين ما هو محتمل، فالمحكمة العليا بتاريخ 11 جوان 1965-قضية زلاقي -⁽²⁾، قضت بأنّ الضرر ليس له خاصية الاحتمال البسيط ولا تمنح بذاتها الحق بأيّ تعويض ! وبالعكس في قضية أخرى قضت نفس المحكمة، فإنّه حينما يكون الضرر المثار مستقبلياً ولكن أكيد، فإنّ التعويض مقبول⁽³⁾.

بناءً على هاتين القضيتين يمكن للآباء بسبب وفاة أبنائهم بحادث في مؤسسة تعليمية المطالبة بتعويضات فهذه الوفيات التي تحرم الآباء من مساعدة مستقبلية من أبنائهم يترتب عنها ضرر مؤكد رغم أنّه غير حال ويعطي ذلك الحق في التعويض⁽⁴⁾.

ومثال عن الخطأ الطبي المحقق الوقوع كالخطأ الطبي اتجاه المريض الذي يصاب بعاهة دائمة تمنعه عن تحصيل كسب مادّي له ولعائلته، فعاهته هنا موجودة، ولكن الخسارة بسببها تعتبر مستقبلية، ولكنها محقّقة⁽⁵⁾ لإصابة شخص بعاهة دائمة يعجز معها وبسببها عن الكسب المادّي في المستقبل وبتعبير أدق. فالضرر المستقبلي يتمثل بالخسارة المالية بسبب العجز أمّا الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يقع بعد ولا يوجد ما يؤكده مستقبلاً ويحتمل وقوعه أو عدم وقوعه ومثال ذلك السيدة التي تصاب بضربة ويعتقد أنّها سوف تكون حامل ويحتمل أن

(1). كالقضاء بتأييد قرار قضائي بقيام المسؤولية الطبية للمستشفى عن طريق الخطأ الطبي الثابت بالاستناد إلى تقرير الخبرة والحكم بالتعويض عن الضرر الجسماني والمعنوي عن ما لحق المتضرر من ضرر وعن فوات الفرصة.

(2). المجلة الجزائرية 1965، عدد 3-4، ص. 58.

(3). المجلس الأعلى 21 ماي 1971، ديوز المجلة 1972 وقرار بن قرين.

(4). أنظر أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فانز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص. 240.

(5). الصغير قيس، المسؤولية المهنية الطبية في السعودية، الطبعة الأولى، د.ن، السعودية، 1996، ص. 176.

تجهض أو لا تجهض فهذا الضرر المحتمل لا يخول المطالبة بالتعويض ويمكن المطالبة به في أيّ وقت بشرط أن يصبح مؤكداً⁽¹⁾.

من خلال ما تمّ تقدّم في هذا الصدد يتضح لنا أنّ الضرر موضوع المسؤولية يجب أن يكون محققاً أيّ وقع بالفعل أو أنّه سيقع حتماً في المستقبل أيّ بمعنى آخر أن الضرر المحقق الواجب توافره لتحقيق المسؤولية في جانب الطبيب هو الضرر الحال أيّ الذي وقع فعلاً والضرر المستقبل أيّ الذي لم يقع في الحال وإنّما يكون محقق الوقوع في المستقبل⁽²⁾.

وقد استقرّ القضاء على قيام مسألة الطبيب عندما ينجم عن نشاطه الطّبيّ والعلاجي ضرر محقق للمريض بحيث يكون نتيجة مباشرة لممارسة هذا النشاط⁽³⁾.

وبخصوص هذا نصّ المشرّع على أنّه لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبيّة قبل وقوع الضرر ويقع باطلاً كل اتفاق على ذلك، فيمنع على الطبيب أن يتفق مع المريض مستغلاً على سبيل المثال ظروفه الصحيّة أو حاجته للعلاج في إخضاعه لمعالجة طبيّة أو جراحية معيّنة بشرط إعفائه من المسؤولية القانونية فيما لو أصاب المريض من جرائها ضرر ما⁽⁴⁾. ومثل هذا الاتفاق اعتبره المشرّع الجزائري باطلاً لمخالفته للنظام العام أو للأداب العامّة وبالتالي يظلّ الطبيب مسؤولاً عمّا يسببه للمريض من ضرر.

ثانياً : أن يكون الضرر الطّبيّ شخصياً

أيّ أن يكون قد أصاب الشخص المدعي بالضرر الحق ولأولاد الشخص المصاب وورثته ومن يعيلهم المطالبة بالتعويض من الطبيب الذي تسبّب في فقدان معيلهم الوحيد، ومن الجائز

(1). فدوى البرغوثي، المسؤولية المدنية الطبيّة في حالات الولادة، رسالة ماجستير: جامعة القدس " أبو ديس"، 2003، ص. 80.

(2). حسين عامر، المسؤولية العقدية والتقصيرية، ص. 307.

(3). فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص. 127.

(4). Marie Christine Rouault, **Droit administratif**, Gualino éditeur, Paris, 2001, p. 306.

أيضاً أن يكون الطبيب مسؤولاً عن تعويض من له علاقة تجارية بالمريض كدائنه، ويحقّ أيضاً لمن ارتد عليه ضرر الطبيب مطالبته بالتعويض⁽¹⁾.

ثالثاً : أن يكون الضرر الطبّي مباشراً

من مميّزات الأضرار القابلة للتعويض والنّاجمة عن الأخطاء الطبيّة أن تكون ناتجة مباشرة عن الخطأ. ودراسة مسألة الضرر المباشر تدور حول العلاقة الموجودة بين الضرر والنشاط الضار للطبيب وهي قاعدة السببية التي دفعت الفقهاء إلى البحث عن كيفية تحديد هذه العلاقة خاصّة في حالة تعدّد الأسباب.

وبتعبير أدقّ يجب أن يكون الضرر نتيجة مباشرة عن خطأ الطبيب المعالج ومن يكون تحت مسؤوليته وتبعيته، ويحقّ للمريض المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر المباشر⁽²⁾.

رابعاً : أنّ يتسبّب الضرر الطبّي بإصابة مصلحة مشروعة أو حق مكتسب للمريض

من أهمّ مميّزات الضرر الذي يعوّض عنه أن يكون قد أخل بمركز يحميه القانون، فقد كان القضاء يشترط المساس بحق مشروع ثمّ لين موقفه وأصبح يبحث عمّا إذا كان الضرر يمسّ بمصلحة مشروعة.

أيّ أن يقع هذا الضرر على مصلحة مشروعة للمريض أو حق من حقوقه المكتسبة قانوناً ولكنّه لا يرتقي إلى الحق الثابت مع ضرورة عدم مخالفته للنظام العام والآداب ومثال ذلك خطأ الطبيب الذي يقع على جسم الإنسان ويؤدي إلى وفاة المريض.

وبالمقابل الحالات التي لا تقبل فيها التعويض وهي:

- الحالات المخالفة للقانون.

(1). وائل عسّاف، مرجع سابق، ص. 99.

(2). و للمزيد للمعلومات عن الضرر الطبّي أنظر : www.gurispedia.org.

(2) المحتسب بالله بسام، مرجع سابق، ص ص 238 - 242.

- الحالات المستبعدة قانونًا.

- الحالات غير المشروعة.

على الرغم من أنها غير مخالفة لأي نص قانوني فيمكن للقاضي أن يقدر ويرفض تعويض ضرر إذا تبين له أنه غير مشروع وهذا حسب معطيات قانونية واجتماعية فالحالات غير المشروعية هي التي تمس بالآداب والنظام العام هي تختلف من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر.

وذكرت الغرفة الإدارية سابقًا للمحكمة العليا ضرورة هذا الشرط في الضرر القابل للتعويض في قضية " بوشادة سحنون وسعدي مالكي " ضد وزير الداخلية ووزير العدل القرار الصادر من 1979/01/20 حيث أشارت إلى الطابع المشروع للضرر الذي لحق بالضحايا⁽¹⁾.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن بعض الإشكالات التي يمكن أن تثور بشأن موضوع الضرر الطبي تتمثل في التالي :

مسألة الوضع الصحي السابق للمريض قبل تدخل الطبيب المعالج الجديد حيث أحيانًا يكون المريض يذهب للعلاج إلى طبيب معين قد أصيب بمرض سابق قبل تدخل الطبيب الجديد فيصبح لزومًا التعرف على نسبة الضرر الناتج عن عمل الطبيب اللاحق من أجل تقدير قيمة التعويض المستحق، حيث يقوم الخبير بالعمل على تقدير نسبة الضرر الحقيقي بشكل موضوعي وحقيقي على أن يتم إنقاص مقدار الضرر السابق الذي كان قد أصاب المريض من الضرر الكلي، ومثال ذلك إذا كان المريض مصابًا سابقًا بعجز ثابت ومحدد وتدخل الطبيب

(1). رشيد خلوي، قانون المسؤولية الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز سلطة ودعوى القضاء الكامل... الجزائر، 1948،

مرجع سابق، ص. 115.

الجديد وارتكب حدث تغيير أسوأ في العجز لدى المريض فإنّ هذا الطبيب الجديد يسأل عن نسبة الضرر اللاحق للمريض⁽¹⁾.

مسألة تقويت الفرصة وهي حالة حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل أن تعود عليه بالكسب والفائدة ومثال ذلك حرمان المريض من الحياة نتيجة خطأ يصدر من الجراح إثر عملية جراحية فاشلة.

وقد أدى تطوّر القضاء في فرنسا وفي مختلف المجالات الطبيّة إلى استحداث صورة جديدة من صور الضرر الطّبي ويطلق عليها ضياع فرصة المريض للشفاء، أو بقاءه على قيد الحياة وسبب خطأ الطبيب وقد كانت المحاكم في فرنسا في البداية لا تعوّض عن فوات الفرصة بحيث كانت تتّوي بينها وبين الضرر الاحتمالي ولكنها عدلت عن ذلك وقرّرت بوجود التعويض. كما أنّ الفقه الفرنسي ذهب إلى وجوب مساءلة الطبيب عن ممارسة العمل الطّبي الخاطيء ووجوب التعويض عن الخطأ المحقّق لفرصة الشفاء وتقويت الفرصة.

وفي هذا السياق كان أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض وقدره 65000 فرنك فرنسي بسبب تقويت الفرصة على الطفلة المصابة بعجز دائم لأنّ ذلك يعرقل حياتها⁽²⁾.

وأيضًا قضت محكمة النقض الفرنسية في القرار رقم 1961/1053 بتاريخ 1961/03/17 بأنّ خطأ الطبيب في التشخيص أدّى إلى خطأ في العلاج ممّا أدّى إلى إصابة الفتاة بضرر نتج عنه فقدانها أحد أعضاء جسمها وهذا حرّمها من فرصة التقدّم بالالتحاق بوظيفة مضيّفة طيران⁽³⁾.

كما أنّ محكمة النقض المصرية قضت في القرار رقم 1977/1566 بتاريخ 1977/3/22 بأنّ :

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 131.

(2). وائل عسّاف، مرجع سابق، 998، ص. ص. 100-101.

(3). نقض مدني مصري رقم 1961/1053 الصّادر بتاريخ 1961/03/17، www.arablegalportal.org، قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية 2009/01/15، مرجع سابق.

[تفويت الفرصة وإن جاز للمضور أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره

ما كان المضور يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجري العادي للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع⁽¹⁾.

أما على المستوى التشريعي للدول العربية نجد خاصة المشرع الأردني لم ينص على

التعويض عن تفويت الفرصة حيث نصت المادة 266 من القانون المدني الأردني بالقول :

[يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار]⁽²⁾.

لكن نحن نرى أنه من الأفضل التعويض عن تفويت الفرصة لأن موضوع الفرصة وإن كان أمراً محتملاً غير أن تفويتها أمر محقق ويجب التعويض عنها، وتبدو الفرصة للمريض من عدة وجوه سواء ما كان أمامه من فرص الكسب أو النجاح في حياته وقد يبدو الضرر أيضاً فيما كان للمريض من فرص الشفاء لو لم يرتكب الطبيب الخطأ الطبي وما كان له من فرصة في الحياة وأن الأضرار التي تصيب المريض أو ذويه يمكن أن تكون مادية أو معنوية، فالمساس بسلامة جسم الإنسان وما ينتج عنها من ضرر يشكل ضرراً مادياً ويتمثل ذلك في نفقات العلاج أو ضعف المقدرة على الكسب ومن الممكن أن يصيب الضرر المادي ذوي المريض وليس فقط زوجته وأولاده ووالديه فهو يلتزم بإعالتهم قانوناً وإنما أيضاً كل من يثبت أن المريض المضور كان يعيّلهم بشكل مستمر وقت عجزه أو وفاته⁽³⁾.

(1). نقص مدني مصري رقم 77/1566 الصادر بتاريخ 1977/03/22 www.arablegalportal.org، قاعدة الاجتهادات

والتشريعات المصرية 2009/01/15، مرجع سابق.

(2). القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة 266.

(3). فدوى البرغوني، مرجع سابق، ص. ص. 82-83.

وعليه فالمضرور من حقّه الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به جزاء خطأ الطبيب، ويتمّ تقديره على أساس النتائج التي يتركها وبحسب حالة المضرور وكذلك عمره ومهنته وظروفه الاجتماعية.

وبالرجوع إلى المسؤولية الطبيّة فهذه الأخيرة تنتفي إذا كان الضرر ناشئاً عن رفض المريض للعلاج أو عدم اتّباعه للتعليمات الطبيّة رغم نصّحه بالقبول ويثبت رفض المريض للعلاج أو عدم اتّباعه للتعليمات الطبيّة رغم نصّحه بالقبول ويثبت رفض المريض للعلاج بإقرار كتابة أو بالإشهاد عليه⁽¹⁾.

ومن جانب آخر تكون الجهة التي تتولى علاج المريض والطبيب المعالج الذي له حقّ التوجيه والإشراف مسؤولين بالتضامن مع الممرضين والفنيين وغيرهم ممّن ترتبط أعمالهم بالمهنة الطبيّة عن الأضرار التي تلحق بالمريض بسبب خطئهم المهني.

(1). فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص. 128.

المبحث الثاني العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الطبي في العمليات الطبيّة

إنّ توافر ركني الضرر والخطأ لا يكفي لانعقاد المسؤولية فقد يتوافر هذان الركنان ورغم ذلك لا تتعدّد المسؤولية للجهة مرتكبة الفعل الضار وذلك لانقضاء السببية بين هذا الخطأ والضرر، ومن ثمّ يجب توافر علاقة السببية كعنصر مستقل إلى جانب عنصر الخطأ والضرر للقول بالمسؤولية⁽¹⁾.

لكن تحديد رابطة أو علاقة السببية في المجال الطبيّ يعدّ من الأمور الصعبة نظراً لتعدّد الجسم الإنساني وتغيير حالاته وخصائصه من شخص إلى آخر. وقد تتعدّد السلوكيات التي تؤدي إلى نتيجة واحدة، يدفعنا إلى ضرورة إيجاد معيار يمكننا من تحديد أيّ أفعال أدت إلى نتيجة تسند إلى صاحبها.

وعليه نتناول في هذا المبحث المسائل القانونية التالية :

مفهوم العلاقة السببية في المطلب الأول، والمطلب الثاني نخصّه لدراسة مسألة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبيّ والضرر الطبيّ.

(1). J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médical*, Paris, 1973, p. 490.

المطلب الأول : مفهوم العلاقة السببية

إنّ الرابطة السببية تعدّ أساس لقيام المسؤولية ولا يمكن تصوّر ضرر ناتج عن خطأ ما لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ سبب لوقوع الضرر فمناط المسؤولية وجوهرها هو الرابطة السببية بين الخطأ الطبّي والضرر الطبّي⁽¹⁾.

الفرع الأول: تعريف علاقة السببية

ويمكن تعريف علاقة السببية بأنّها : " تواجد علاقة أو رابطة مباشرة مابين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المعالج أو المسؤول والضرر الذي أصاب المريض أو المضرور"⁽²⁾، أي هي كون الخطأ هو السبب الذي أدّى إلى وقوع الضرر⁽³⁾.

وجود الرابطة السببية شرط أساسي من شروط (المسؤولية المدنية، الجزائية) للطبيب، فالطبيب المعالج الذي يقع منه الخطأ ويحدث الضرر للمريض يجب أن توفر بين الخطأ المرتكب والضرر المحدث علاقة سببية، لأنّه أحياناً يقع خطأ من الطبيب ولا يكون هذا الخطأ هو السبب فيما أصاب المريض من ضرر، ومثال ذلك إهمال الطبيب بإجراء الجراحة للمريض، ووفاة المريض بأزمة قلبية، بينما تنعدم العلاقة السببية بين الوفاة وإهمال الطبيب، بل تتعلّق بمرض آخر، وفي مثل هذه الحالات نجد الأهمية الكبيرة لتحديد علاقة السببية والتي على أثرها قد نصل إلى وجود مسؤولية طبيّة أم لا.

إنّ ركن السببية ركن مستقل عن ركن الخطأ ودليل ذلك أنّه قد تتوافر السببية دون وجود خطأ ومثال ذلك أن يتضرر شخص بفعل الطبيب دون أن يكون هذا الطبيب قد أخطأ ورغم ذلك تقوم وتتحقّق مسؤولية الطبيب ولكن ليس استناداً للخطأ وإنّما استناداً لمبدأ ونظرية تحمّل

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 131.

(2). عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 990.

(3). المحتسب بالله بسّام، مرجع سابق، ص. 255.

التبعية كما وأنه قد يتوافر الخطأ دون توافر السببية ومثال ذلك أن يحقن الطبيب مريضاً بمادّة سامة ولكن قبل أن يسري السّم في جسد المريض يأتي شخص آخر ويهم في إطلاق طلقة من مسدسه فالخطأ هنا هو حقن السّم والضرر هو موت الشخص فهنا تتعدم علاقة السببية كما وأن خطأ الطبيب لم ينجم عنه أي ضرر لأنّ انعدام شرط السببية يستتبع انعدام شرط الضرر.

إنّ عملية الوصول إلى رابطة السببية في المجال الطّبي من الأمور الصّعبة والمعقّدة جدّاً بسبب تدخلات واختلافات في الأعمال الطبيّة، وفي تكوين الجسم البشري فقد تكون أو ترجع أسباب الضرر الطّبي الحاصل إلى عوامل ومتعدّدة لها دور كبير في ذلك وأنّ اشتراك عدّة عوامل في إحداث الضرر الحاصل يجعل من الصّعب تعيين السبب الحقيقي لهذا الضرر والوصول إلى وجود رابطة السببية⁽¹⁾.

وهناك حالات قد تتوفر فيها السببية دون وجود خطأ ومثال ذلك أن يتضرر شخص بفعل الطبيب دون أن يكون هذا الطبيب قد أخطأ وبالرغم من ذلك تتحقّق مسؤولية الطبيب ليس استناداً للخطأ بل لنظرية تحمّل التبعية⁽²⁾.

الفرع الثاني : نظريات علاقة السببية

في هذا الإطار قد يحدث الضرر الطّبي بسبب عدّة عوامل وأسباب، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد العلاقة السببية في عملية إسناد الضرر الحاصل إلى هذه الأسباب وقد قيل في ذلك العديد من النظريات أهمّها :

(1). صفاء خربوطلي، المسؤولية المدنية للطبيب -دراسة مقارنة -، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص. 135.

(2). المحتسب بالله بسّام، مرجع سابق، ص. 255.

أولاً : نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب

تعود هذه النظرية إلى الفقيه الألماني (فون بيري) وتتخلص في أنّ كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متعادلة في إحداثه، بمعنى أنّ أي سبب منها هو الذي أحدث الضرر ويكون السبب بهذا الوصف إذا كان الضرر لم يكن ليقع لولاه، فهذه النظرية توجب الاعتداد بجميع الأسباب التي اشتركت في إحداثه باعتبارها متكافئة في قيام المسؤولية⁽¹⁾.

لذلك فإنّ هذه النظرية تعتبر أنّ كل عامل من العوامل شرطاً لحدوث النتيجة دونما تمييز بين عامل وآخر من حيث قوته أو أثره، كما أنّ هذه النظرية تحمّل المسؤولية للعمل الإنساني وحده حتى لو كان مصحوباً بقوة قاهرة⁽²⁾.

فإذا اشترك أكثر من طبيب في الخطأ الذي أدى إحداث الضرر فإنّهم يسألون جميعاً ويعتبر سبباً مباشراً ولو تدخلت عدّة عوامل ساعدت مع فعل الطبيب إلى وقوع النتيجة، حتى لو كان قد توقّع أو كان بإمكانه أن يتوقّع مثل هذه الأسباب.

في هذا الصدد تأخذ محكمة النقض الفرنسية بنظرية (تعادل الأسباب) كمعيار للسببية فكّل العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر بدور ملحوظ يجب أن تتحمّل نصيبها في التعويض⁽³⁾.

وقد وُجّهت انتقادات لهذه النظرية في كونها تؤدي إلى إرهاب المضرور وضياح حقّه، لكن بالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نلاحظ أنّه كلّما ارتقى الضحايا أو ورثتهم في سلم النزاع وانتقلوا إلى درجة قضائية أعلى كلّما انحصرت المسؤولية وقلّ عدد الملزمين بتعويض الضرر بحيث في النهاية تتركّز المسؤولية في شخص واحد أو شخصين، وأصبح يسمى ذلك

(1). عمر منصور المعاينة، المسؤولية المدنية الجنائية في الاخطاء الطبية، الطبعة الأولى، الأردن، الرياض، ص. 61.

(2). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 136-137.

(3). ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 131-133.

الالتزام بالسلامة، أطباء، مستشفيات، مراكز الدم⁽¹⁾، ورغم هذه الانتقادات إلا أن هذه النظرية أخذ بها في الاجتهادات القضائية⁽²⁾.

بدليل نجد الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 12 أبريل 1990 حيث كانت المسؤولية في البداية تقع على عاتق ثلاثة أشخاص أمام محكمة باريس ولكنها تركّزت في النهاية على شخص واحد أمام محكمة النقض وغالبًا ما يكون أكثر قدرة على تحمّل التعويض.

ورغم ذلك وجدت هذه النظرية تطبيقًا لها في مصر أمام محكمة النقض بالقرار رقم 10/22 الصادر بتاريخ 1941/01/10 حيث قرّرت :

[بأن تعدّد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه سواء كان سببًا مباشرًا أو غير مباشرًا أدى إلى وقوع النتيجة]⁽³⁾.

ونجد كذلك القرار الصادر عن محكمة التمييز الأردنية ذو رقم 2004/330 بتاريخ 2004/04/19، قد أخذ بنظرية تعادل الأسباب المصرّحة:

[بمعنى أنه يجب أن يكون هنالك رابطة سببية بين فعل الجاني وبين الأسباب والعوامل الأخرى التي يجهلها الفاعل والتي أدت إلى الوفاة وبحيث لا يسأل عن النتيجة متى كان من المؤكد أنها ستحدث حتى لو لم يقع الاعتداء]⁽⁴⁾.

ثانيا : نظرية السبب المنتج (الفعال)

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني " فون كريس " ومقتضاها أننا نستعرض جميع الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر ونميّز فيها بين السبب العارض والسبب المنتج ونعتمد السبب المنتج وحده سببًا للضرر فهو السبب المألوف لإحداث الضرر عادة حسب

(1). المرجع نفسه، ص.ص. 131-133.

(2). Annick Dorsener-Dolivet : **La responsabilité du médecin**, éd. Economica, 75015, 2006, Paris p. 174.

(3). أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص. 483.

(4). قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز جزاء رقم 2004/330، الصادر بتاريخ 2004/04/19، www.adaleh.com.

المجرى الطبيعي للأمر وخلافة السبب العارض الذي وجوده أو غيابه لا يغير من الموضوع شيئاً⁽¹⁾.

وعليه فالسبب المنتج الفعّال هو الحادث الذي بقدر ما يجعل حصوله محتملاً.

وقد أخذ بهذه النظرية كل من القضاء الفرنسي والمصري، حيث أقرت محكمة النقض المصرية في القرار رقم: 51/1247 الصادر بتاريخ 1982/06/24 بأن:

[ركن السببية في المسؤولية التقصيرية مناط تحققه توافر السبب المنتج دون السبب العارض، ولو اقترن به]⁽²⁾.

ثالثاً : نظرية السبب الأقوى

أسس هذه النظرية الفقيه الألماني " كارل بيركير " وتقوم هذه النظرية بأن سبب النتيجة هو العامل الأقوى فاعلية والأكثر إسهاماً في إحداثها وتعدّ الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى كما وتعدّ أسباباً عارضة⁽³⁾.

فإذا تعددت الأسباب واستغرق سبب خطأ الطبيب للأسباب الأخرى كما لو كان خطأ الطبيب متعمداً والخطأ الآخر غير متعمد، أو كان أحد السببين نتيجة لسبب آخر، ومثاله لو أخطأ الطبيب في إصدار توجيهات للمريض، واقترن بخطأ المريض في إتباع تلك التعليمات مما يؤدي إلى إصابة الأخير بضرر فيعتبر خطأ الطبيب مستغرقاً لخطأ المريض وعليه تقوم مسؤولية الطبيب كاملة طبقاً لهذه النظرية، وبدوره أخذ القضاء بالسبب المستغرق لإقامة مسؤولية

(1). المحتسب بالله بسّام، مرجع سابق، ص. 257.

أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 130.

(2). نقض مدني مصري رقم : 51/1247 الصادر بتاريخ 1982/06/24، www.arablegalportal.org، قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية الصادرة بتاريخ 2009/01/15، مرجع سابق.

(3). أحمد محمود سعد ، مرجع سابق، ص. 479.

للطبيب، فإذا تعددت الأسباب وتعدّد الأشخاص فإنّ خطأ الطبيب يستغرق جميع هذه الأخطاء ويعتبر هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر⁽¹⁾.

بناءً على ذلك قضى القضاء في فرنسا بتاريخ 15 مارس 1957 بانعقاد مسؤولية الجراح لوحده نتيجة إجراء عمليات جراحية متعدّدة بسبب نسيان الطبيب الجراح قطعة داخل الجرح أدت إلى وفاة المريض دون اعتبار ما إذا كان النسيان يعدّ أمرًا ثانويًا لكنّه ذو أثر مباشر في حدوث النتيجة.

وبعد دراسة هذه النظريات نرى: من أفضل النظريات التي يمكن الأخذ بها هي نظرية السبب المنتج أو الفعّال لأنّه من خلالها يتم معرفة الوضع الحقيقي للمريض وتحديد السبب الملائم لوضعه والذي له الدور الأساسي في وقوع الضرر لأنّه ليس من المنطق أن يجعل السبب العارض جزء من المسؤولية فقد يكون الإنسان يعاني من مرض يتطوّر هذا المرض دون أن يكون للطبيب أيّ علاقة بذلك بحيث يكون جسمه لا يستجيب لعلاج، فهنا لا يمكننا القول أنّ خطأ الطبيب هو السبب في الضرر الذي وقع للمريض بل أن بيعة وضع المريض هي السبب.

المطلب الثاني: إثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر الطّبي

بالرغم من ضرورة وجود علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل للمريض لتحقق المسؤولية الطبيّة، إلّا أنّ إثباتها يعتبر من الأمور الصّعبة والمعقدة، بسبب تكوين الجسم البشري، وتغيّر حالته، بحيث تتعدّد أحيانًا أسباب حدوث الضرر، ووقوعه أحيانًا من المرضى أنفسهم ممّا يسبّب الصّعوبة في إثبات علاقة السببية لقيام مسؤولية الطبيب ، ولهذا الأخير أن يدفع عن نفسه المسؤولية بنفي هذه العلاقة السببية.

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 137.

الفرع الأول : إثبات علاقة السببية

يقع عبء الإثبات على عاتق المريض الذي عليه أن يثبتها من أجل إقامة المسؤولية تجاه الطبيب، حيث أنّ خطأ الأخير هو الذي سبب إلحاق الضرر به، وبإمكان المريض إثبات ما يدعيه بكلّ الطرق والوسائل القانونية الممكنة، ومثال ذلك نسيان الطبيب آلة طبيّة في جسم مريض، وإصابة المريض بالتهاب في جسمه، فيقع على عاتق المريض أن يثبت أنّ الالتهاب الذي أصابه في جسمه سببه آلة الجراحة التي نسيها الطبيب (1).

أو في عملية نقل الدّم المحتوي على فيروس السيدا، حيث أنّه إذا ثبت عدم إصابة المعنيين بهذا الداء في وقت سابق لنقل الدّم، يجب اعتبار انتقال العدوى للمتضررين نتيجة مباشرة لعملية حقن الدّم (2).

وبالمقابل إذا أراد الطبيب المعالج أن ينفي العلاقة السببية عليه إثبات ذلك، وأن يرفع المسؤولية عن نفسه كما ورد في المادة 261 من القانون المدني الأردني والتي تنص على: **[إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوّة قاهرة، أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم في الضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك]** (3).

وعلى القاضي في دعاوى المسؤولية الطبيّة أن يراعي عند استخلاصه للأدلة القانونية منتهى الدقّة والحيطه والحذر، ولا يتدخل في المسائل الطبية التي تعود لمختصين بها ولديهم الخبرة الطبيّة الكافية (أيّ أن يرجع إلى الخبرة العلمية)، ولكن لا يجوز له أن يطلب منهم الإجابة على أمور قانونية تخرج عنه مهمتهم الطبيّة (4).

(1). عمر منصور المعاينة، مرجع سابق، ص. 60.

(2). Christine Rouault, op.cit, p. 300.

(3). القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة 261.

(4). صفاء خربوطلي، مرجع سابق، ص. 137.

الفرع الثاني: انتفاء العلاقة السببية

تنتفي رابطة السببية بين النشاط الطبّي والضرر إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي كالحادث الفجائي أو القوّة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه⁽¹⁾.

وقد وضع استثناء يتمثل في وجود نصّ في القانون لا يمكن دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي في حالة أن يكون المتبوع مسؤولاً عن أفعال تابعيه، ولا يستطيع أن ينفي مسؤوليته بالسبب الأجنبي ما دام قد ثبت مسؤولية التّابع، وكذلك إذا وجد اتفاق على أن لا يستطيع دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي ما دام الاتفاق لا يخالف النظام العام أو الآداب⁽²⁾.

ويعرف السبب الأجنبي على أنّه : " كل أمر لا يد للمدعي عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر ويترتّب عليه انتفاء مسؤوليته كلّها أو بعضها "، ولهذا فالسبب الأجنبي يقوم على ركنين هما :

- استحالة دفع الضرر، فالجاني لم يتمكن من مقاومة الضرر الحاصل وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

- انتفاء الإسناد بأن يكون خارجاً عن إرادة الجاني وإلّا لا يمكن إسناده إليه قطعياً.

وعليه فإنّ انعدام السببية وقطعها بتوافر السبب الأجنبي هي ثلاث صور تتمثل في :

أولاً : الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة

إنّ القوّة القاهرة والحادث الفجائي أمر واحد، بالرغم من أنّ بعض الفقهاء قد اعتبرهما مختلفان، فقالوا : " أنّ القوّة القاهرة هي الفعل الذي يستحيل دفعه "، بينما الحادث الفجائي هو : " الحال الذي لا يمكن توقّعه "⁽³⁾.

(1). وائل عسّاف، مرجع سابق، ص. 108.

(2). منذر الفضل، مرجع سابق، ص. 451.

(3). سليمان مرقص، مرجع سابق، ص. 482.

مؤولين ذلك بالقول أنّ القوّة القاهرة حادث مصدره من الخارج ولا يتصل بنشاط المدعي عليه مثل العاصفة أو الزلزال بينما الحادث الفجائي يأتي من الدّاخل ويكون متصلاً بنشاطه، كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة، إلاّ أنّ الإجماع لا يفرّق بينهما.

لكن الواقع أنّ الحقيقة تقول أنّ القوّة القاهرة يجب أن تكون حادثاً ليس فقط ممّالاً يمكن بأيّ حال دفعه بل أيضاً أن لا يمكن توقعه، وكذا الحادث الفجائي لا يمكن أن يكون غير ممكن التوقع وإنّما يجب أن يكون مستحيل الدفع⁽¹⁾.

ولكي يعتبر الحادث المنتج للضرر قوّة القاهرة أو حادث فجائي⁽²⁾، توافر الشروط التالية:

1- عدم إمكانية التّوقع، فإذا كان الطبيب يتّوقع حدوث الضرر ولم يتخذ الاحتياطات الضرورية اللاّزمة لتلافي وقوع الضرر، فإنّه يكون مقصراً. فمثلاً إذا توفي المريض بسبب أزمة قلبية أثناء المعالجة بسبب حدوث رعد مفاجئ، فإذا تمكّن الطبيب من إثبات أنّه أمر غير متّوقع فيمكن أن يعفي من المسؤولية.

2- استحالة الدفع، بمعنى أنّه يستحيل على الطبيب دفع الحادث الذي أدّى إلى الضرر بالمريض، والاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة، سواء كانت مادّية أو معنوية ولكن إذا كانت هذه الاستحالة نسبية قاصرة على الطبيب المعالج فلا يعتبر الحادث قوّة القاهرة ولا يعفي من المسؤولية.

وللإشارة أنّ حالة القوّة القاهرة والحادث المفاجئ قد اتفق الفقه والقضاء على اعتبارها حالة من حالات انتفاء مسؤولية الإدارة الطبيّة على أساس الخطأ⁽³⁾.

ثانياً : خطأ المريض (المضروب أو الضحية)

يعتبر من حالات السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى إعفاء الإدارة من المسؤولية كلياً أو جزئياً.

(1). المحتسب بالله بسام، مرجع سابق، ص. 257.

(2). صفاء خربوطلي، مرجع سابق، ص. 145.

(3). René Chapus, **Droit administratif général**, Montchrestien, T1, 15^{ème} édition, Paris, 2001, p. 1250.

فإذا وقع الخطأ من المضرور وحده، فإنّ جهة الإدارة غير مسؤولة لأنّ المضرور هو الذي ألحقه بنفسه وكان هذا بفعله ولا توجد علاقة سببية بين الضرر ونشاط الطّبيّ أمّا إذا ساهم المضرور وخطأ الطبيب في إحداث الضّرر فتقسم المسؤولية بين المتسبّب في الخطأ والمضرور حسب مساهمة كلّ منهما في إحداث الضّرر عليه. فخطأ المريض يؤدي إلى قطع علاقة السببية إذا كان وحده هو السبب في حدوث الضّرر⁽¹⁾.

ويدخل في خانة ذلك السبب الأجنبي، ومثال ذلك أن يكون السبب في فشل علاج المريض هو المريض نفسه، بحيث أنّ الضرر الواقع سببه خطأ المريض نفسه وليس الطبيب بحيث أنّ المريض الذي قام بتناول أدوية أو أشياء منعه عنها الطبيب أو امتنع عن أخذ العلاج وفقاً لتوجيهات وتعليمات الطبيب المعالج، وأيضاً إذا أخفى المريض معلومات حسّاسة عن الطبيب المعالج والتي تتعلّق بوضعه الصّحي تؤدي إلى خطأ الطبيب في التشخيص بحيث أنّ العلاج الذي وصفه الطبيب المعالج يكون مبني نوعاً ما على معلومات المريض وبالتالي يكون خطأ المريض هو السبب في قطع علاقة السببية⁽²⁾.

ولكن إذا ساهم المريض بنفسه في إحداث الضّرر مع خطأ الطبيب لا يعفي الطبيب من المسؤولية بشكل كامل، بل يستفيد من الأعذار المحققة ويتمّ تخفيض قيمة التعويض المحكوم به على الطبيب، وقد نصّت على ذلك المادة 264 من القانون المدني الأردني بالقول :
[يجوز للمحكمة أن تنقض مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه]⁽³⁾.

وجدير بالذكر أنّ القضاء الفرنسي يفرّق بين فرضيتين بخصوص خطأ المضرور على أساس أنّه :

(1). حسن الأبراشي، مرجع سابق، ص. 205.

(2). وائل عسّاف، مرجع سابق، ص. 110.

(3). القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة 264.

[إذا استجمع خصائص القوّة القاهرة فإنّه يقطع علاقة السببيّة ويعفي الطبيب من المسؤولية تمامًا، أمّا إذا لم يستجمع خطأ المضرور خصائص القوّة القاهرة بل اقتصر دوره على مجرد المساهمة في وقوع الضرر فإنّ الإعفاء من المسؤولية يكون جزئيًا]⁽¹⁾.

غير أنّ هناك حالات معيّنة تؤدي إلى عدم الاعتماد على خطأ المريض كسبب لقطع علاقة السببية ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بإجراء عملية لمريض وهو ليس بحاجة لها حتّى لو رضي هذا المريض بالعمل الطّبيّ الذي ينوي إجراؤه عليه مع علمه المسبق بنتائج هذه العملية، بحيث أنّه لا يمكن أن يحمل رضاه بالضرر أنّه اتفاق مع الطبيب لإعفائه من المسؤولية⁽²⁾.

وإذا كان أحد الفعلين نتيجة الفعل الآخر فلا يعتد إلاّ بالفعل الضار الذي وقع أولاً، فإذا كان فعل الجاني نتيجة لفعل المضرور فلا تتحقّق مسؤولية المدعي عليه نظرًا لانعدام رابطة السببيّة بين فعل المدعي عليه والضرر الذي لحق بالمضرور، وإن اشترك فعل المضرور مع فعل المسؤول ولم يستغرق أحدهما الآخر فنكون بصدد الفعل المشترك والجاني لا يتحمّل مسؤوليته كاملة، فالأصل في الفعل المشترك أن يتحمّل كل فاعل بنسبة نصيبه في الفعل.

ثالثًا : خطأ أو فعل الغير في إحداث الضرر

تنتفي علاقة السببيّة أيضًا نتيجة خطأ الغير، إذا كان الضرر قد وقع بفعل الغير وحده، أيّ أنّه كان السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض، لأنّ خطأ الغير يقطع علاقة السببيّة متى كان كافيًا لإحداث النتيجة.

ويقصد بالغير كل شخص خاص أو عام مهما كانت صفته القانونية، وليس من الضروري أن يكون الغير معروفًا. ويقاس خطأ الغير بمعيّار الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وله شأن في إحداث الضرر.

(1). مقض مدني فرنسي 19 أكتوبر 1991 مشار إليه لدى عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص. 143.

(2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 274.

لكن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان الأخير مسؤولاً عن أفعال الغير، لأننا هناك سنكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعة ولا يجوز له التصل من المسؤولية تجاه المضرور، سواء كان الغير من مساعدين هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل معه، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والأشعة الذين اختارهم للعمل معه والقيام بالمهمة الطبيّة⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار نصّت المادة 265 من القانون المدني الأردني على أنه:
[إذا تعدّد المسؤولون عن فعل ضار كان كلّ منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم]⁽²⁾.

والنص هذا لا يقرّر التضامن في حالة تعدّد المسؤولية وإنما يجعل كل منهم مسؤولاً بنصيبه في الفعل الضار إلا إذا قرّرت المحكمة التضامن فيما بينهم.

وعليه في المجال الطبيّ إذا كان الضرر قد وقع بفعل الغير وحده أيّ أنه كان السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض، فخطأ الغير يقطع علاقة السببية متى كان كافياً لإحداث نتيجة، لكن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان هذا الأخير مسؤولاً عن أفعال الغير لأننا هناك سنكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعيه ولا يجوز له التصل من المسؤولية تجاه المضرور سواء كان الغير من مساعدين هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل معه، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والأشعة الذين اختارهم للعمل معه والقيام بالمهام الطبيّة⁽³⁾.

وبالنتيجة نرى أنّ إثبات العلاقة السببية ونفيها في مجال المسؤولية الطبيّة عملية صعبة ومعقّدة، لأنّ محلّ موضوعها جسم الإنسان وقوّة تحمّله للمرض ومضاعفاته، وكل مرض محاط بالكثير من الأسرار والغموض وكثيراً ما تختلف تطوّرات المرض ومضاعفاته بحيث يصبح

(1). قيس الصغير، مرجع سابق، ص. ص. 184-185.

(2). القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة 265.

(3). وائل عسّاف، مرجع سابق، ص. ص. 111-112.

أكثر الأطباء خبرة غير قادرين على الحكم على الوضع الصحي للمريض، والسبب الحقيقي في تدهور وضعه الصحي⁽¹⁾.

في الكثير من الأحيان تحدث حالات وفاة ويقال أنّ السبب هو خطأ طبي وبعد التشريح يتبين عكس ذلك وأنّ الموضوع بعيد جدًا عن مضاعفات المرض، وهذا الوضع يؤدي إلى صعوبة كبيرة يعاني منها القاضي ورجال القانون في الحكم على مثل هذه المسائل القانونية، فما يؤثر على المرض والعلاج ليس دائمًا يمكن الحكم به على نفس الحالة بل يختلف ويصعب بالتالي تتبّع أركان المسؤولية الطبيّة وإثباتها وبالأخص علاقة السببيّة.

(1). عبد السلام التوتجي، مرجع سابق، ص. 169.

الفصل الثاني

التعويض والمتابعة الجزائرية كأثر لقيام المسؤولية
الطبية عن التصرفات الماسّة بجسم الإنسان

يُعتبر التعويض أحد الوسائل اللازمة لجبر الضرر. ومن حق المريض المضرور المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة خطأ الطبيب المعالج متى توافرت الشروط اللازمة لقيام مسؤولية الطبيب من خطأ وضرر وعلاقة سببية. وللمريض المضرور . في سبيل ذلك . اللجوء إلى النقابة بتقديم شكوى ضد الطبيب المخطئ أو رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر. وللقاضي سلطة تقديرية في نظر دعوى التعويض خاصة فيما يتعلق بتقدير التعويض، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا فيما يتعلق بتوافر عناصر تقدير التعويض من عدمها.

ومتى ثبتت مسؤولية الطبيب وجب على القاضي أن يحكم بالتعويض لصالح المريض المضرور. ويشترط في التعويض أن يجبر الضرر بالكامل فيشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع والضرر المستقبل وتقويت الفرصة على المريض في الشفاء. وللقاضي . في سبيل ذلك . أن يستعين بوسيلة الإكراه المالي متى توافرت شروطه وصولاً إلى إجبار الطبيب على الوفاء بعين ما التزم به.

وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى مسألة المطالبة بالتعويض عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان في القانون الداخلي و هذا في المبحث الأول.

أما المبحث الثاني نخصه لدراسة الأحكام الإجرائية للمتابعة الجزائية في القانون الدولي.

المبحث الأول

المطالبة بالتعويض عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان في القانون الداخلي

إنّ جزء المسؤولية هو التعويض الذي يهدف إلى جبر الواقع على أحد الأفراد أو على عدد محدّد منهم سواء كانت هذه المسؤولية قائمة على أساس الخطأ أم بدون خطأ. فالتعويض المستحق للمضرور بصفة عامة له أهمية بالغة ومكانة خاصة. حيث إن الإنسان أياً كانت مكانته، لا يستطيع أن يقوم بتوفير متطلباته بنفسه، وجبر ذلك الضرر يسمى عند فقهاء الشريعة الإسلامية "الضمان" ويطلق عليه فقهاء القانون مصطلح التعويض. انطلاقاً من هذه الأهمية ينبغي علينا أن نوضح الأحكام والشروط والإجراءات التي يجب توافرها لاستحقاق التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي.

المطلب الأول : الإجراءات القضائية للمطالبة بالتعويض عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان

قبل تحديد الإجراءات المتابعة على مستوى الدرجة الأولى أول ثم إجراءات المعارضة والاستئناف والطعن يستوجب بنا الأمر أولاً تحديد الجهة القضائية المختصة.

الفرع الأول الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية:

الاختصاص هو سلطة الحكم أو القاضي بمقتضى القانون في خصومة معيّنة منشورة أمام المحاكم وفقدان هذه السلطة يؤدي إلى عدم الاختصاص بمعنى تأهيل المحكمة للنظر في الخصومة وزوال قدرتها في ممارسة ولايتها القضائية، والمحكمة المختصة هي التي يجوز لها الفصل في قضية معيّنة حسب قواعد القانون والنصوص التي تنظّم قواعد الاختصاص محلياً ونوعياً.

تخضع دعوى المسؤولية الطبية لقواعد الاختصاص المحلي وهي قواعد تنظم توزيع ولاية البت في القضايا على أساس جغرافي أو إقليمي، وهي قواعد موضوعة لمصلحة الأطراف الخصوم وقد أورد المشرع الجزائري في هذا الصدد قاعدة عامة في المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مفادها أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إليه.

وبناء على هذه القاعدة فإنه يكون على المريض المضرور اللجوء إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مقر وموطن الطبيب لعرض دعواه عليها باعتبار أن الاختصاص المحلي يؤول إليها شريطة أن يكون هذا الموطن هو المكان الذي قدم فيه العلاج.

أما إذا اختلف موطن تقديم العلاج باعتباره موطنًا خاصًا⁽¹⁾، فإن اختصاص ينعقد للجهة القضائية للمكان الذي تمت فيه مباشرة العمل الطبي، وهذا ما قضت المادة 10/08 بقولها :

[يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه ... وفي الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية أمام الجهة القضائية للمكان الذي قدم فيه العلاج].

وتعد هذه حالة استثناء للقاعدة العامة في تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم على اعتبار أن مكان مباشرة النشاط الطبي هو موطن الأعمال من جهة ومن جهة ثانية فإن موطن ممارسة المهنة هو الموطن الذي وقع فيه الفعل الضار مما يجعل من المحكمة الواقع هذا الموطن الأخير في دائرة اختصاصها هي المؤهلة إجرائيًا لنظر الدعوى.

وبما أن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام⁽²⁾، فإنه يجوز لكل من المريض والطبيب أن يتفقا على أن تختص محكمة بعينها بنظر النزاع الذي قد يثور بينهما بشأن المسؤولية الناجمة عن أي عمل طبي إما بوضع بند خاض في العقد الطبي الذي يحكمها

(1). أنظر المادة 37 من القانون المدني الجزائري.

(2). قرار المحكمة العليا 1989/01/08، ملف رقم 55818، المجلة القضائية 1990، عدد 04، ص. 99.

صراحةً في حالة وجود عقد مكتوب (1) وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق المكتوب بينهما فإنه يجوز لهما أن يختارا لاحقاً محكمة حتى ولو لم تكن مختصة محلياً بنظر الدعوى لتتظر فيها إذا ما تم تحريكها على أن يوقعاً معاً إقراراً بقبولهما التقاضي أمام قاضي هذه المحكمة الأخيرة. وفي هذه الحالة لا مانع من الاتفاق على أن تكون محكمة موطن المريض المضرور هي المحكمة المختصة وهذا على خلاف القاعدة العامة التي تقرّر بأن العبرة بموطن المدعى عليه - الطبيب - لكون ذمة هذا الأخير بريئة حتى يتم إثبات عكس ذلك، وبالتالي ليس من العدل أن نحمل الطبيب المدعى عليه مشقة التنقل إلى محكمة المريض المدعى قبل ثبوت عدوانه.

أما عن دعاوى المسؤولية الطبية الإدارية فيؤول الاختصاص للفصل فيها أمام المحاكم الإدارية إذ كان المدعى عليه شخص طبيب تابعاً لإحدى المستشفيات العامة أو تابعاً للقطاع الصحي لدائرة من الدوائر الإدارية أو لمستوصف من مستوصفاتهما.

كما أنّ الدستور الجزائري لسنة 1996 قد كرّس نظام ازدواجية القضاء عندما أوجدت هرمين قضائيين منفصلين عضويًا ونوعيًا، هما المحكمة العليا بالنسبة للقضاء العادي ومجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري كما نصّ كذلك على إيجاد جهاز قضائي آخر ينظر في تنازع الاختصاص بينهما هو محكمة التنازع.

وهكذا تكون المحاكم الإدارية مختصة للفصل بصفة ابتدائية في دعاوى المسؤولية الطبية التي تكون السلطة العمومية طرفاً فيها.

وإذا كانت مشكلة الاختصاص لا تطرح في النظام القضائي الجزائري بحكم المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية التي تجعل من منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كما هو حال المستشفيات والمستوصفات الطبية من اختصاص المحاكم الإدارية فإنّ

(1). قرار المحكمة العليا 1998/02/17، ملف رقم 160246، المجلة القضائية 1998، عدد 01، ص. 167.

مشكلة الاختصاص في فرنسا طرحت بحدّة إلى أن فصلت فيها محكمة التنازع في حكمها المؤرخ في 25 مارس 1957، حيث حاولت محاكم القضاء العادي وبسط سلطتها على المنازعات التي تحدث بين الأطباء العاملين في المستشفيات العامّة والمرضى على اعتبار أنّ الأطباء يمارسون نشاطاتهم في تلك المستشفيات بصفة مستقلة تمامًا وبحريّة كاملة فهملًا يخضعون إلى توجيه أو رقابة وهم بصدد أداء عملهم الطّبي وبالتالي فهم لا يتبعون الإدارة في ممارسة نشاطهم الفنّي بمفهوم المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

(1) لقد حسمت محكمة التنازع مسألة الاختصاص في فرنسا من خلال قرارات مبدئية، حيث حدّدت الاختصاص للجهات القضائية الإدارية على أساس الأخطاء عند ثبوتها تتصل بتنفيذ مهام المرفق العام، وبخصوص الأشخاص الذين يقومون بمهام بصفة عرضية، فمبادئ المسؤولية دون خطأ هي التي تطبق، أمّا فيما يتعلّق بالمرضى، أيّ مستعملي المرفق الصّحي العام فأيّ نظام للمسؤولية يطبّق في هذا الصدد ؟

الأصل أنّ المريض المتضرّر لا يمكنه الحصول على تعويض إلاّ على أساس الخطأ المرفقي ويتحتم على المضرور إثبات الضرر والخطأ ووجود علاقة سببية مسيئة بين الخطأ والضرر.

والواقع أنّ مسؤولية المرفق الصّحي موقوف على خطأ مرفقي ونظام هذه المسؤولية يختلف حسب طبيعة الخطأ ويترتب عن : سوء تنظيم وسير المرفق الصّحي نشاط علاجي مضر للمرضى -نشاط مضر بالأشخاص المرتفقين. وعموما فإنّ محكمة التنازع في فرنسا قرّرت بأنّ الدعوى التي يرفعها المريض أو خلفه ضد الطبيب أو الجراح الذي عمل بالمستشفى العام لخطئه في أداء عمله الطّبي لا يختصّ بها القضاء العادي، لأنّ مثل هذه الأخطاء في حالة ثبوتها تكون مرتبطة بتنفيذ خدمة عامة يقع على كل من الأطباء والممرضين أداؤها ومن اختصاص القضاء الإداري يمثل هذه الدعوى التي يرفعها مريض على طبيب رفض التدخل لمنحه العناية الطبيّة التي تستدعيها حالته ولذا لزم تحميل إدارة المستشفى على تغطية الأخطاء الصّادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمال المرفق، فالمضرور ضمناً لحصوله على حقّه ينبغي عليه اختصام المتبوع أمام القضاء الإداري.

واستقرّ القضاء على اختصاص محاكم القضاء الإداري بنظر المسؤولية المترتبة على الخطأ المرفقي للطبيب في الجزائر.

فالمنظومة الوطنية للصّحة تتكوّن من ثلاث مؤسسات استشفائية تتمثل في المراكز الاستشفائية الجامعية والقطاعات الصّحية والمؤسسات الاستشفائية المتخصصة، كل هذه المؤسسات ذات طابع إداري حسب القوانين المنظّمة لها. وبما أنّ هذه المؤسسات ذات الطابع الإداري المحض كما جاء في القوانين المنظّمة سيرها فإنّ القضاء الإداري هو المختص بالدعوى التي ترفع من طرف المرضى ضد المؤسسات المذكورة أيضاً. وحسب المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية الإدارية فإنّ المحاكم الإدارية هي ذات الاختصاص المحلي والنوعي للنظر في مثل هذه الدعاوي.

ولهذا السبب لم تميّز المحاكم في فرنسا بين الأطباء في القطاع العام والأطباء في القطاع الخاص كما أنّ القضاء الإداري قد استمرّ في التمسك باختصاصه كلما كان الأطباء تابعين للقطاع العام.

في ظل هذا التنازع الإيجابي بين جهتي القضاء العادي والإداري، تدخلت محكمة التنازع في لتمنح الاختصاص للمحاكم الإدارية النظر النزاع والفصل فيه إلاّ في الحالات التي يثبت فيها خطأ شخصي يرتكبه الطبيب ويكون هذا الخطأ منفصلاً عن نشاط المرفق العمومي كما لو أخطأ الطبيب أثناء علاجه لجار له أو أثناء علاجه لشخص تعرّض لحادث مرور بالطريق العمومي وإلاّ فإنّ العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض الذي يسعى العرج من حرس الخدمات الصحية التي تقدّمها هذه المستشفى هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عمومية طبقاً للوائح والتنظيمات المعمول بها في هذا الميدان، وليست علاقة عقدية لأن المريض لا يتعامل مع هذا الطبيب بصفته الشخصية وإنّما بصفته موظفاً مكلفاً من قبل المرفق العمومي الذي يعمل له بمعالجة الجمهور.

بناء على ذلك ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بنظر في دعوى المرفوعة ضد المستشفى العمومي عن عمل الأطباء الموظفين لديه، وخضوع هذه الدعوى لأحكام القانون الإداري

وقواعد المسؤولية الإدارية وبالتالي يكون القانون العام مسؤولاً عن نشاط الأطباء العاملين به.

وهكذا تمكّن القضاء الإداري في فرنسا نظراً لما يتمتع به من تحرر من قيود النصوص الجامدة أن يتقدّم أشواطاً في حماية حقوق المرضى المتعاملين مع المستشفيات العامة ممّا جعله يتخلى عن استلزام الخطأ الجسيم لانعقاد مسؤولية إدارة المستشفى وعن الخطأ المرفقي

في المجال الطبي مكتفياً بالخطأ اليسير وهذا بمقتضى القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 10/04/1992⁽¹⁾.

ولم يكتف القضاء الإداري بهذا الموقف الذي سوى فيه بين المرضى الذين يرفعون دعواهم أمامه ويخاصمون من خلالها أطباء تابعين لمرافق عامّة وبين المرضى الذين يرفعون دعواهم أمام القضاء العادي.

فلم يعد الخطأ شرطاً أو ركناً واجباً لقيام مسؤولية المستشفى العام بل تخطى هذه الفكرة لتسهيل فرص المرضى في الحصول على تعويضاتهم عمّا يصيبهم من أضرار وذلك بتدليل صعوبات إثبات الخطأ الطبي وهو الاعتبار الأساسي في تكريس القضاء الإداري الفرنسي لهذا النوع من المسؤولية دون خطأ وهذا بمقتضى قرار مجلس الدولة الشهير المعروف بقرار بيانشي Bianchi الصادر 09 أبريل 1993.

أمّا في الجزائر فالوضع يختلف عمّا جرى العمل به في فرنسا وإذا كانت العلاقة بين المريض والطبيب الموظف بالمستشفى العام ليست علاقة عقدية بل ذات طبيعة إدارية فإن ما يستخلص من بعض الأحكام الإدارية أنّ قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية هي الواجبة التطبيق وبصفة خاصة قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

(1). قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 10 أبريل 1992 قضية Epoux V، ص. 203 و204. بموجب هذا القرار تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن اشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية المرافق العامة الصحية في حالة العمل الطبي. السيدة ف بمناسبة إجراء عملية قيصرية تمّ إجراؤها عليها تحت تخدير موضعي في الحوض قد تعرّضت لسلسلة من الأخطاء من طرف مختلف المتدخلين الطبيين، وخصوصاً إعطاؤها مواد متضادة الاستعمال. وبعد سكتة قلبية لمدة نصف ساعة فإنّها بقيت عدّة أيام في حالة غيبوبة ثمّ أصبحت تعاني من شلل نصفي أيسر. ونجمت عن ذلك اضطرابات هامّة عصبية وجسمانية. على مستوى الدرجة الأولى قضت المحكمة الإدارية برفض طلب التعويض لعدم وجود الخطأ الجسيم وفقاً للاجتهاد القضائي السابق، وبموجب القرار الحالي ليوم 10/04/1992 فإنّ مجلس الدولة قد تخلى عن ذلك الاجتهاد. إنّ اشتراط الخطأ الجسيم كانت تقتضيه صعوبة العمليات الطبية سواء تعلّقت بتشخيص المرض أو وصف العلاج أو العمليات الجراحية، والقاضي الإداري كان يميّز بين العمليات غير الطبية، مثل تنظيم المصلحة، التي يكفي لقيام المسؤولية بشأنها وجود خطأ بسيط؛ والعمليات الطبية بالمعنى الضيق التي تستوجب الخطأ الجسيم.

وهذا على أساس أن الطبيب تابع للمستشفى الذي يعمل فيه وأن علاقة التبعية هذه ولو كانت علاقة تبعية إدارية فهي كافية لكي تتحمل المستشفيات العمومية عن المسؤولية عن خطأ الطبيب وتقوم المحاكم الإدارية لدى المجالس القضائية بالفصل في دعاوى المسؤولية.

الفرع الثاني : إجراءات المتابعة

هذه الإجراءات تختلف حسب ما إذا كنا أمام شخص طبيعى أو معنوي

أولاً: في حالة الشخص الطبيعى

1- حالة الدرجة الأولى: لقد خوّلت المادّتان الثانية والثالثة من قانون الإجراءات الجزائية لكلّ مضرور من جريمة منظور بها، بموجب دعوى قضائية جزائية أمام القسم الجزائي مكنته من مباشرة دعواه المدنية التبعية أمام هذا الأخير.

وهذا يظهر الارتباط الوثيق بين المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب والناجمة عن الخطأ الطبّي ذلك أنّ الخطأ الطبّي الواقع من الطبيب ينشأ ضرراً مادّيّاً بجسم الإنسان، وينشأ أيضاً ضرراً يفوت على المتضرّر كسباً أو يلحق به خسارة فتكون هناك دعوى مدنية تابعة وناشئة من هذه الجريمة⁽¹⁾.

يباشر المرضى الضحايا والمتضررين دعواهم أمام القسم الجزائي وذلك بمتابعة الأطباء الجراحين جزائياً بجنحتي القتل والجرح الخطأ الغالبين في مباشرة العلاج الجراحي طبقاً لمقتضيات المادة 239 قانون حماية الصّحة ورعايتها سابقة الذكر، والتي أحالتها إلى المادتين 288 و289 قانون العقوبات الجزائري الخاصة بجنحتي القتل والجرح الخطأ.

ويقع على عاتق المريض أو المتضرّر عبء الإثبات فضلاً عن إثبات التزام الطبيب بعلاجه طبقاً للوائح الإثبات أنّ الطبيب لم ينفذ التزامه ببذل العناية المطلوبة، بأن يقوم الدليل على

(1). أنظر : حروزي عز الدين، المرجع السّابق، ص. 203 و204.

إهماله أو انحرافه على أصول الفن الطبيّ المستقرّة، وبصيغة عامّة التدليل على انحراف الطبيب المعالج من السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه ووجد في نفس ظروفه الخارجية (1).

وعلى العموم فإنّ في مثل هذه الدعاوى فالنيابة العامّة حرّية تحريك الدعوى الجزائية مع العلم أنّ المشرّع قد قيّد هذه الحرّية في بعض الدعاوى وذلك مراعاة منه لبعض الجرائم المستثناة من هذه القاعدة منه لبعض الخصوصيات الاجتماعية أو العائلية حيث يمكن القول أنّ المشرّع قد تنازل على حق تحريكها للضحية المتضرّر منها (2).

ورغم أنّ المشرّع الجزائري حاول حصر هذه الحالات فقط في تقييده لحرّية النيابة العامّة في تحريك الدعوى الجزائية العمومية، إلّا أنّه نصّ في مواد قانونية أخرى على حالات تستثني حرّية النيابة العامّة من إثارتها.

وتجدر الإشارة إلى أنّه منذ تعديل قانون العقوبات في 2006 أضاف المشرّع الجزائري فقرتين للمادة 442 تنصّ الأولى على أنّه :

[لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية من أجل المخالفة المنصوص عليها في الفقرة 02 مخالفة الجرح الخطأ إلّا بناء على شكوى الضحية وتنصّ الفقرة الثانية على أن صفح الضحية يضع حدًا للمتابعة الجزائية](3).

ومنه فإنّه في حالة ما يحصل خطأ طبيّ وتكون نتيجته التوقف عن العمل لمدة تقل عن ثلاثة أشهر حسب المادة 442 من قانون العقوبات، فإنّ هذه المادة قد اشترطت أن يقوم المتضرّر (الضحية) بتحريك الدعوى بتقديمه شكوى للنيابة العامّة فتتعلق في تحريكها، وإذا لم يقم المتضرّر بذلك فليس للنيابة العامّة تحريك هذه الدعوى بمحض إرادتها.

(1). أنظر طاهري حسين، مرجع سابق، ص. 61.

(2). عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، دار هومه، طبعة 3، 2008، ص. 19.

(3). أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص. 81.

كما أنّ للنيابة العامّة إذا تولّت تحريك الدعوى العمومية لوحدها أو بناء على شكوى رفعت لها، أن لا تقتنع بهذه الدعوى أو الشكوى، وتقرّر رفضها فإنّ للمريض الحق في التقدّم بالشكوى مصحوبة بإدعاء مدني ضد الطبيب الجراح أمام السيد قاضي التحقيق ليتخذ بشأنه الإجراءات المحدّدة إجرائيًا، وقانونيًا طبقًا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽¹⁾.

وتنصّ المادة 72 على أنّه:

[يجوز لكلّ شخص متضرر من جناية أو جنحة، أن يدعي مدنيًا بأنّ يتقدّم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختصّ].

في هذا المظهر نصّت المادة 73 على الإجراءات المتبّعة من قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية بعرض هذه الشكوى وعدم رفضها فيما بينهم، مع محاولة قبولها قانونيًا للوصف الجزائي ويتمّ ذلك بأجال محدّدة بينهم في عرض قاضي التحقيق ورّد وكيل الجمهورية على عرضه (8 أيّام) وغيرها من الإجراءات الأخرى المنصوص عليها في هذه المادة 73 من قانون الإجراءات الجزائية سابقة الذكر.

وبالتالي نلاحظ المشرّع الجزائري سار على نهج المشرّع الفرنسي حيث يمكن كل شخص متضرر من جريمة من تحريك الدعوى العمومية على غرار الحق المخول للنيابة العامّة في ذلك، وذلك لاعتبارات موضوعية متعلّقة بتأخر أو تقاعس النيابة العامّة في تحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها أصلًا، كما يلجأ عادة إلى هذا الإجراء لربح الوقت وتقادي الإجراءات المطلوبة التي تقوم بها الشرطة القضائية، ولضمان مراقبتها ابتداء من تحريكها، ويكون هذا في تحريك الدعوى العمومية عن طريق شكوى مصحوبة بإدعاء مدني في الجرح والجنايات فقط دون المخالفات حسب المادة 72 المذكورة سابقًا⁽²⁾.

(1). حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص. 204.

(2). محمد حزيط، قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، دار هومه، ب.ط، 2008، ص. 28-29.

كما أنّ لوكيل الجمهورية أن يطلب من قاضي التحقيق فتح تحقيقاً في ذلك، فإذا توّصل وكيل الجمهورية من خلال محضر الضبطية القضائية المتعلّق بوقائع إجرامية أو حوادث أو شكاوى المتضرّرين كما هو في حالة الخطأ الطبّي، يتولّى مباشرة مهمة تصنيف هذه القضايا حسب خطورتها ووضوحها أو غموضها، ويطلب من قاضي التحقيق في القضايا المتشعبة أن يقوم بالتحقيق فيها فإذا كانت الوقائع تشكل جنائية كالقتل والضرب المفضي إلى الوفاة والاعتداءات العمدية التّاجمة عن أعمال جراحية طبيّة وغيرها فإنّها تخضع لنصّ المادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في فترتها الأولى والتي نصّت على : التحقيق الابتدائي وجوبي في موادّ الجنايات.

وفي هذه الحالة لا يمكن للنيابة العامّة أن تحيلها على المحاكم إلّا بعد إجراء تحقيق فيها من طرف قاضي التحقيق فالتحقيق في هذه الحالة وجوبي (1).

وفي حالة ما إذا كانت الأفعال المعاقب عليها قانوناً تشكل جنحة فيمكن للنيابة العامّة أن تستغني عن التحقيق فيها إذا وجدت بالملف أدلة كافية تدين المتهم، ولها أن تطلب من قاضي التحقيق التحقيق فيها ما لم ينصّ القانون صراحةً على خلاف ذلك حسب المادة 66 المذكورة سابقاً، ولكن في فترتها الثانية والتي نصّت على أنّه :

[أما في مواد الجرح فيكون اختيارياً ما لم يكن ثمة نصوص خاصة كما يجوز إجراؤه في مواد المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية الجزائري](2).

فالمتضرّر من ممارسة الفعل الجرحي العلاجي عليه، يكون من حقه رفع دعواه في القسم الجزائي للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الضار أي الخطأ الطبّي، وبمعنى أوضح في الدائرة التي يقع فيها مكان الجريمة مستشفى أو عيادة، أي

(1). محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومه، طبعة خامسة، 2010، ص. 111.

(2). محمد حزيط، قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص. 37.

ترفع أمام نفس المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار الأخذ في طبقا لما نصت المادة 40 من قانون إج(1).

إذا المحكمة المختصة محلياً بالفصل في الدعوى الجزائية في ماد الجرح، هي تلك المحكمة التي تكون وقائع الجريمة قد حصلت ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي أو تلك المحكمة التي تقع داخل دائرة اختصاصها محل إقامة أحد المتهمين المساهمين في الجريمة، أو تلك المحكمة التي تقع داخل دائرة اختصاصها محل إقامة أحد الشركاء أو محكمة مكان القبض عليهم، وهذا هو معنى ما نصت عليه المادة 328 من قانون إج في مجال الاختصاص التوعوي حيث نصت صراحةً على أن تختص المحكمة بالفصل في الجرح والمخالفات. وهو أيضاً ما نصت عليه المادة 329 في مجال الاختصاص المحلي حيث نصت على أن تختص محلياً إما محكمة ارتكاب الجريمة أو محكمة محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم، وإما محكمة محل القبض عليهم حتى ولو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر كما يمكن أن تختص المحكمة بالفصل في الجرح، وفي المخالفات المرتبطة بها، والتي لا تقبل التجزئة وقد حدّد المشرّع قواعده بالمادة 40 ق. إ جزائية ويتبيّن من هذا النص أنّ الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق يتحدّد بمكان ارتكاب الجريمة، أو المكان الذي يقيم فيه المتهم أو المكان الذي أُلقي القبض عليه فيه ولو حصل هذا القبض لسبب آخر (2).

والجدير بالذكر أنه مكان ارتكاب الجريمة يختلف بالنسبة للجرائم الوقتية، عنها دون الجرائم المستمرة ففي الجرائم الوقتية يكون مكان ارتكاب الجريمة كل مكان تكون فيه حالة الاستمرار وفي الجرائم التي يتكوّن من عدّة أفعال وتكون قد ارتكبت في أكثر من مكان كان جميع قضاة التحقيق التي وقعت في دائرتهم أفعال التنفيذ مختصين محلياً بالنظر في الدعوى

(1). أنظر حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص. 205.

(2). عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعاوى ذات العقوبة الجنحية، مرجع سابق، ص. 94.

وبالنسبة لمحل إقامة المتهم العبرة بوقت اتخاذ الإجراءات ضده ولو قام بتغيير إقامته بعد ذلك⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فحسب القانون والقضاء يوجد مبدأ العام في الاختصاص الجزائي المحلي بشأن الجرائم الجنحية حيث ينعقد لواحدة من المحاكم الثلاثة محكمة مكان وقوع الجريمة، أو محكمة محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم، أو محكمة مكان القبض على المتهم وتجدر الإشارة المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان حبس المتهم المحكوم عليه لجريمة أخرى سابقة، لا ينعقد بها الاختصاص بالفصل في الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية إلاّ ضمن ما نصّت عليه المادّة 552 من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها أنّه:

[كان الشخص المتهم محكوماً عليه بعقوبة محبوساً بمقر الجهة القضائية التي أصدرت حكم إدانته سواء كان نهائياً أو لم يكن فإنه سيكون لوكيل الجمهورية ولقاضي التحقيق وللمحكمة أو المجلس الموجود بدائرتة محلّ الحبس، الاختصاص بالفصل في جميع الجرائم المنسوبة إليه فيما يخرج عن القواعد المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 فقرة 1 من قانون إ. ج.]

لكن إذا كان المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ومحبوساً ضمن مؤسسة عقابية ولم يكن ثمة مجال لتطبيق المادة 552 السابق ذكرها، فإنه يجب اتخاذ الإجراءات المتبّعة بشأن حالة تنازع الاختصاص بين القضاة.

وذلك بناء على طلب النيابة العامّة وحدها، بقصد إحالت الدعوى من الجهة القضائية المطروح أمامها النزاع إلى الجهة التي يوجه بها مكان الحبس⁽²⁾.

في هذا الإطار نلاحظ أنّ المادّة 330 من قانون الإجراءات الجزائية قد وسعت من دائرة اختصاص المحكمة الجزائية النازرة في الدعوى الجنحية لتشمل الدفوع المبداء أمامها من المتهم أو محاميه.

(1). أنظر محمد حزيط، قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص. 39.

(2). عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 94-95.

حيث نصّت على أن تختص المحكمة المعروضة عليها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبدئها المتهم دفاعاً عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك.

بناء على ذلك فإذا أراد المتهم تقديم أيّ دفوع من هذا النوع إثارته كدفع الأولي قبل أيّ دفع في الموضوع، ولا تكون مثل هذه الدفوع مقبولة إلاّ إذا كانت بطبيعتها تنفي وصف الجريمة عن الواقعية أساس المتابعة وأنها لا تكون جائزة إلاّ إذا استندت إلى وقائع وأسانيد تصبح أساساً لما يدعيه المتهم (1).

ولقاضي الموضوع في المحكمة وحده أن يقدر إذا ما كان هذا الجرم يستحق العقوبة السالبة للحريّة أو العقوبة الماديّة، أو الأخذ بظروف التخفيف أو التشديد ويعتمد هذا الموضوع على سلطة تقدير القاضي مع حق القاضي في الاستعانة بالخبرة، علماً أنّ المشرّع الجزائري لم يلزم القاضي التقيّد بهذه الخبرة.

ومن خلال نوعية العمل أو ما يمكن أن يتوصل إليه بطرقه الخاصة، وإلاّ فله أن يأمر بإجراء خبرة أخرى تجري من طرف فريق آخر من الخبراء (2).

في هذا الاطار نشير إلى أنّ المشرّع أحدث هيئة جديدة مهمتها إبراز الأخطاء الطبيّة في حالة وجود صعوبة في تحديدها تتمثل في المجلس الوطني لأخلاقيات الطبّ ذلك بموجب المادّة 168 من قانون حماية الصّحة وترقيتها المعدّلة ولهذا المجلس ثلاث مهام أساسية هي : التّوجيه التّأديب والاستشارة التقنية.

وهذه الأخيرة تتمثل في مهمّة تحديد وإبراز الأخطاء المهنية الطبيّة عندما تطرح دعاوى المسؤولية الطبيّة في هذه المسألة، وتلجأ المحاكم أساساً إلى المجلس الطّبي من أجل أن يقمّ لها الرّؤية العلمية للمسألة المطروحة في النقاش، ويتمّ تنوير القاضي بالمسائل التي

(1). المرجع نفسه، ص.ص. 95-96.

(2). بن شيخ لحسن، مرجع سابق، ص. 40 وما يليها.

تحتاج إلى توضيح للخطأ الطبي اعتماداً على معطيات علمية ليصل إلى إثبات أو نفي المسؤولية الطبية، ومن بين صور الأخطاء التي يمكن أن تقع من الأطباء أثناء مراحل العمل الطبي نذكر في حالة رفض علاج المريض : يمكن للطبيب رفض علاج المريض لأسباب شخصية ولا تقوم مسؤوليته ولكن هذا المبدأ يجب أن لا يخل بما ورد في المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص أنه :

[عليه يجب أن يقدم الإسعاف لمريض في حالة خطر أو يتأكد من تقديم العلاج الضروري له وهنا مخالفة هذا الالتزام يترتب قيام مسؤولية جنائية في حق الطبيب بموجب المادة 02/182 من قانون العقوبات إذا توافرت أركانها]⁽¹⁾.

في هذا المظهر حرص المشرع على تسهيل مهمة القضاء في حلّ هذه النزاعات التي تتسم بأنها ذات اختصاص فني مهني طبي، لهذا فإنّ هذه الهيئة تحدّد للقضاء مواضع التقصير لكي يتضح له هذا التقصير في العمل الطبي ويفصل فيه، في هذا الصدد مثلاً قضت محكمة باتنة في مارس 2001 بمسؤولية الطبيب الجراح حكمت عليه 06 أشهر حبس موقوفة التنفيذ مع تحميله المسؤولية المدنية ومنح 60 مليون سنتيم جزائري تعويضاً لعائلة المريضة التي كانت ضحية الخطأ الذي أدّى إلى وفاتها⁽²⁾.

ولقد أقرّ القضاء الجزائري مسؤولية أطباء التوليد على أساس الإهمال والرعونة وعدم الحذر حيث قضت غرفة الجنح لمجلس قضاء وهران بتاريخ 1970/11/10 بإدانة طبيب أجرى عملية توليد أدّت إلى إصابة الطفل بشلل في الطرف الأيمن العلوي⁽³⁾.

(1). قانون 19/05/2011:344301:showtopic=forum.law-dz.com/index.php?showtopic=344301:572011/05/19منتدى الجزائرية للحقوق.

(2). تتلخص وقائع القضية في أنّ الطبيب الجراح قد أجرى في شهر أبريل 1999 عملية جراحية لأم في الخمسين من عمرها لاستئصال ورم من رحمها وبعد الانتهاء من العملية بقيت المرأة تعاني من آلام حادة وبعد عرضها على الأشعة ثبت أنّ جسماً غريباً ذا طبيعة نسيجية موجودة في بطنها ويتعلّق الأمر بمنديل أكل أدى إلى إتلاف جزء كبير من الأمعاء الغليظة فقررّ الطبيب المخطئ إجراء عملية ثانية غير أنّه لم يستطع فعل أيّ شيء كونه مختصاً في أمراض النساء وبعد نقل المريضة إلى المستشفى الجامعي بباتنة فارقت الحياة.

(3). أنظر وكواك الشريف، مرجع سابق، ص. 120 وما بعدها

2- حالة المعارضة والاستئناف والطعن بالنقض:

أقو المشرع الجزائري بمبدأ التقاضي على عدة درجات (لدرجات المحكمة، المجلس القضائي ومحكمة عليا)، وفي ذلك منع للشخص الذي لم سيستوفي حق المعارضة والطعن بالنقض.

وهذا ما سوف نتناوله كآتي:

- المعارضة: هي طريق من طرق الطعن العادية في الأحكام الصادرة غيابياً يلجأ إليه كل من صدر عليه الحكم في غيبته.

ومجال المعارضة هو الجرح والمخالفات سواء صدرت من محكمة جزائية ابتدائية كمحكمة الجرح والمخالفات، أو استئنافية كالغرفة الجزائية بالمجلس القضائي أو محكمة استئنافية كمحكمة الأحداث أو غرفة الأحداث بالمجلس القضائي أمّا الأحكام الغيابية الصادرة عن محكمة الجنايات فإنها على خلاف ذلك تسقط بحضور المحكوم عليه غيابياً أو بالنقض عليه ويعاد النظر في الدعوى أمام المحكمة الجنائية (1).

وتقدم المعارضة من المتهم أو من المدعي المدني أو من المسؤول عن الحقوق المدنية وللمتهم أن يعارض في الحكم الغيابي الصادر فيما يتضمنه من الفصل في الدعويين العمومية والمدنية أو في إحداها فقط، ففي المادة 409 فقرة 02ق.إ.ج أمّا المعارضة الصادرة عن المدعي المدني وعن المسؤول على الحقوق المدنية تتعلق ما قضي به في الدعوى المدنية فقط دون الدعوى العمومية والمادة 413 فقرة 02ق.إ.ج وتجوز المعارضة في الحكم الغيابي من وقت صدوره إلى أن ينتهي ميعاد المعارضة بعد تبليغه، فالمعارضة تقبل ولو لم يتم التبليغ للحكم الغيابي إلى المحكوم عليه وقد حدّد المشرّع مدة عشرة أيام من تاريخ التبليغ الحكم الصادر غيابياً إلى الطرف المتخلف عن الحضور شخصياً يقيم خارج التراب الوطني المادة 411ق.إ.ج، وتحصل المعارضة في الحكم الغيابي بتقرير كتابي أو شفوي لدى قلم كتابة

(1). محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص. 200.

ضبط الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المادة 12 فقرة 04ق.إ.ج أو تبليغ المعارضة للنيابة العامة بكل وسيلة وتبلغ بدورها جميع الأطراف المعنية بحسب المادة 410ق.إ.ج(1).

ب-الاستئناف: لكون الاستئناف في الأحكام الصادرة في مواد الجرح والمخالفات في الدعوى العمومية أو الدعوى المدنية سواء كانت حضورية أو غيابية شرط أن تكون فاصلة في الموضوع، لأن الأحكام التمهيدية وغير الفاصلة في الموضوع لا يجوز استئنافها، وذلك تطبيقاً لنص المادة 427ق.إ.ج، وكذا الأحكام التي فصلت في مسائل عارضة وقد نصت المادة 416ق.إ.ج على أن تكون قابلة للاستئناف :

-الأحكام الصادرة في مواد الجرح.

-الأحكام الصادرة في المخالفات إذا قضت بعقوبة الحبس أو عقوبة غرامية تتجاوز المائة دينار أو إذا كانت العقوبة المستحقة تتجاوز الحبس خمسة أيام.

وحددت المادة 417ق.إ.ج الأطراف الذين يجوز لهم الاستئناف وهم : المتهم، المسؤول عن الحقوق المدنية، وكيل الجمهورية، النائب العام، الإدارات العامة في الأحوال التي تباشر فيها الدعوى العمومية كإدارة الجمارك، والمدعي المدني، وفي حالة الحكم بالتعويض المدني يتعلّق حق الاستئناف بالمتهم وبالمسؤول عن الحقوق المدنية ويتعلّق هذا الحق المدني فيما يتصل بحقوقه المدنية فقط (2).

وطبقاً للمادة 418ق.إ.ج فإن الاستئناف يرفع في مهلة عشرة أيام تسري إمّا يوم النطق بالحكم أو من تاريخ التبليغ، وإذا استأنف أحد الخصوم يكون للباقي مهلة إضافة بخمسة 05 أيام للاستئناف، والنائب العام مهلة شهرين للاستئناف حسب المادة 419ق.إ.ج(3).

(1). المرجع نفسه، ص.ص. 201-202.

(2). محمد حريط، مذكرات في قانون الاجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص202..

(3). عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص.59 وما بعدها.

ويرفع الاستئناف بتصريح كتابي أو شفوي لدى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المادة وفقا لما نصت 420ق.إ.ج، والدليل القانوني على حصول الاستئناف هو التقرير الذي يحزره كاتب الضبط، مثبتاً فيه حضور صاحب الشأن أمامه وطلبه تدوين إدارته استئناف الحكم ولا يقبل إلاّ برسالة ولقد نصت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 10 فيفري 1981 على مجموعة قرارات الغرفة الجزائية على ذلك.

أما بالنسبة للمحبوس فله أن يستأنف بتصريح لدى كاتب ضبط المؤسسة العقابية الذي يقوم بتلقي وتقييد الاستئناف في سجل خاص على الفور، كما أنّ لمحاميّه أو وكيله الخاصّ بالتوقيع عنه ورفع الاستئناف لصالحه (1).

وتتشكل جهة الاستئناف في الغرفة الجزائية في الجرح، والمخالفات مشكلة من ثلاثة قضاة على الأقل كما أشارت إليها المادة 429ق.إ.ج يكون أحدهم مقرراً وتسير الجلسة بحضور النائب العام أو أحد مساعديه ويؤدي مهام كاتب الجلسة كاتب الضبط وتصل هذه الغرفة الجزائية بناء على تقرير شفوي من أحد مستشارين، وبعد استجواب المتهم وسماع أقوال أطراف الدعوى مستأنفون وللمستأنفون عليهم، وكلمة المتهم هي الأخيرة أمّا الشهود يتم سماعهم إلاّ بأمر الرئيس المادة 431ق.إ.ج وله بعد ذلك حق الفصل بعد الاستشارة مع أعضاء الغرفة ثم يتم اصدار قرار قضائي يفصل في القضية (2):

ج- الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا: حدّدت المادة 495ق.إ.ج الأحكام التي يجوز فيها الطعن بطريق النقض أمام المحكمة العليا ونصت المادة التي تليها 496ق.إ.ج على: [منع بعض حالات من النقض بالطعن في أحكام أخرى، ويقصد المشرع بذلك تقادي تعطيل الفصل في دعاوى ذات الشأن الأهم، ولم يكن دورها تجديد النظر في الدعوى أمامها (المحكمة العليا) وإنّما كان القصد منها النظر بمدى قانونية الحكم إمّا بإلغائه أو تأييده، ولذلك جاءت حالات النقض على سبيل الحصر في المواد من 495 إلى

(1). محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات، مرجع سابق، الجزائية الجزائري ص. 204.

(2). محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات، مرجع سابق، الجزائية الجزائري ص. 205-206.

530ق.إ.ج ونصّت المادة 497ق.إ.ج عن الأشخاص المؤهلين لرفع الطعن بالنقض وهم :

- النيابة العامّة : وذلك في الأحكام في شقها الجزائي.
- من المحكوم عليه أو محاميه أو الوكيل المفوض بالتوقيع بتوكيل خاصّ.
- من المدعي المدني بنفسه أو محاميه بما يتعلّق بالحقوق المدنية.
- مسؤول المدني].

واستثنت المادة 496ق.إ.ج بعض الأحكام من حق النقض ما يلي :

- أ/- أحكام الصّادرة من غرفة الاتهام في قضايا الجرح أو المخالفات إلّا إذا قضى الحكم في الاختصاص وتضمن مقتضيات نهائية ليس في استطاعة القاضي أن يعدّلها.
 - ب/- الأحكام الصّادرة بالبراءة إلّا من جانب النيابة العامّة⁽¹⁾.
- ويتمّ رفع الطعن بالنقض بالتصريح به في الأجل المحدّد له بدفع الرّسم القضائي في الحالات المقرّرة قانوناً وبإيداع مذكرة الطعن].

وفقاً للمادة 504ق.إ.ج يتمّ الطعن بالتصريح قلم كتابة الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه من قبل صاحب الحق بنفسه، أو بواسطة محاميه أو بواسطة وكيل خاص مفوض عنه بالتوقيع شريطة أن يرفق التوكيل الخاص به، بمحضر التقرير وعليه فإنّ التقرير بالطعن يمكن أن يتمّ شفهيّاً ويمكن أن يتمّ كتابة ومتى حصل ذلك حرّر كاتب الضبط محضراً بذلك⁽²⁾.

أمّا أجل الطعن بالنقض فقد حددت المادة 498ق.إ.ج بثمانية أيّام كاملة للنيابة وجميع الأطراف، بالنسبة للنيابة من يوم صدور القرار وبالنسبة للحضور، أو من ينوب عنهم مثل النيابة من يوم صدور القرار من المواد 345 و 347 و 01 و 03 و 350ق.إ.ج، أمّا بالنسب للحكم الغيابي فإنّ هذه المهلة تسري من اليوم الذي تكون فيها المعارضة غير مقبولة وإذا كان أحد أطراف الدعوى خارج البلاد تمتد المهلة من ثمانية إلى شهر وإذا كان آخر أيّام هذه الآجال عطلة فتختتم المدة في اليوم الذي يلي العطلة مباشرة، وكذلك هناك شرطين شكليين أيضاً هما

(1). عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص. 73 وما بعدها.

(2). المرجع السابق أعلاه، ص. 76 وما بعدها.

دفع الرّسوم القضائية المقرّرة في المواد 506، 507، 509ق.إ.ج، بالطعن بالنقض، وكذا تقديم المذكرة من أطراف الطعن خلال مدة شهر من تاريخ التبليغ⁽¹⁾.

وتفصل المحكمة العليا في صحة الطعن من حيث جواز الطعن وهذا قبل الفصل في الموضوع وعليه فإنّ مصير الطعن بالنقض لا يخرج من أحد القرارات التالية :

-إمّا يكون الطعن بالنقض غير جائز قانوناً ولا يستوفي الشروط الشكلية المطلوبة فتقضي المحكمة العليا بعدم قبوله.

-إمّا أن يكون الطعن جائزاً قانوناً ومقبولاً شكلاً غير أنّ الأوجه التي بني عليها الطعن غير مؤسسة فتقضي المحكمة العليا برفض الطعن.

-وأما أنّ يكون الطعن جائزاً قانوناً ومقبولاً شكلاً وموضوعاً فتحتم المحكمة العليا بنقضها القرار المطعون فيه.

قد يحدث أن يصبح الطعن بالنقض بدون موضوع قبل الفصل فيه لسبب يجعل حدّاً لسير الدعوى فتقضي المحكمة العليا بالأوجه للحكم في الطعن.

وأخيراً قد يتراجع الطّاعن عن طعنه قبل أن يقع الفصل فيه من المحكمة العليا فتقضي بالإشهاد له بتنازل عن الطعن⁽²⁾ مثلما قضت به المحكمة العليا

المؤرخ في 1995/05/30 في قضية متعلّقة بمتابعة طبيب مفادها أنه :

-المسؤولية الطبيّة ثبوت الخطأ وعدم الانتباه وفاة الضحية توافر العلاقة السببية ...
-المحكمة العليا.

-حيث أنّ الرّسم القضائي قد تمّ دفعه.

-حيث الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

(1). محمد خريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص.ص. 226-227.

(2). محمد خريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص.ص. 230 و231.

- حيث إيداع الأستاذ ... المحامي مذكرة في حق الطّاعن أثار فيها ثلاثة أوجه للنقض :

● **الوجه الأول:** مأخوذ من مخالفة القواعد الجوهرية للإجراءات بدعوى أن القرار المطعون فيه أغفل استدعاء سماع الشهود والخبراء.

● **الوجه الثاني:** مأخوذ من قلة أو انعدام الأسباب بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يعط العناصر التي تثبت العلاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية.

● **الوجه الثالث:** مأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة 288 من قانون العقوبات بدعوى أنه لم توجد علاقة سببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية كون المتهم بصفته طبيباً ملتزم شرعاً بالالتزام بوسيلة وليس ملزماً بالالتزام بنتيجة ولم يرتكب أيّ خطأ.

حيث إجابة عن الوجه الثاني والثالث معاً ينبغي القول المطعون فيه بين العلاقة السببية وبين فعل المتهم ووفاة الضحية اعتماداً على تصريحات المتهم الذي اعترف بأنه أمر بتجريع دواء البينيسلين عن طريق الحقن واعتماداً أيضاً عن طريق الخبير.

حيث أنّ المدعي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهمال خطأ منصوص ومعاقباً عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات.

حيث أنّ القرار المطعون فيه مسبب تسبباً كافياً على مفهوم المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية وتكييف الوقائع مطابق للقانون.

حيث الوجهين غير مؤسسين ويتعيّن رفضهما.

لهذه الأسباب : تقضي المحكمة العليا ب :

قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً.

وبترك المصاريف القضائية على المدعي في الطعن⁽¹⁾.

(1). المجلة القضائية العدد الثاني 1996 عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا 1998 الجزائر، ص. 179-180.

ثانيا : إجراءات المتابعة في حالة الشخص الطبيعي المعنوي

نقصد بها إجراءات المتابعة الجزائية للشخص المعنوي الخاص أيّ المستشفيات الخاصة فقط، لأنّ المستشفيات العامّة لا تخضع للمتابعة الجنائية حسب التعديل القانوني لسنة 2006. كما أنّه لا يمكن تصوّر أن الشخص المعنوي ماثلاً أمام القضاء بشخصه، وإنّما بواسطة ممثليه حتّى تتماشى مع وضعه أثناء مراحل المتابعة، خاصة عند الجمع بين مسؤوليته ومسؤولية الشخص الطبيعي.

وسوف نقوم تبيان هذه الإجراءات فيما يخص الشخص المعنوي الخاص عموماً، ثمّ المستشفيات الخاصة بالتحديد:

1- الأحكام العامة لإجراءات متابعة الشخص المعنوي الخاص:

لقد جاءت المادّة 65 مكرّر من قانون الإجراءات الجزائية بإقرار ذات القواعد الخاصة بالشخص الطبيعي من حيث المتابعة الجزائية، التحقيق والمحاكمة حيث نصت على أنه تطبّق على الشخص المعنوي قواعد المتابعة والتحقيق والمحاكمة المنصوص عليها في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل لذا فإجراءات المتابعة لتقديم الشخص المعنوي أمّا الجهات القضائية هي ذاتها، الطلب الافتتاحي، الاستدعاء المباشر، الشكوى المصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق... الخ

كما أنّه على المحضر القضائي أن يقوم بتبليغ الجميع الأوراق القضائية للشخص المعنوي برسالة يوضّح فيها هويّة هذا الأخير تحت طائلة البطلان يذكر اسمه، مركزه، نشاطه الرئيسي، إضافة إلى ذكر جميع البيانات المتعلقة بممثله كالاسم، العنوان، الوظيفة وهذا من منطلق ثبوت الصّفة القانونية للشخص المعنوي والصّفة الإجرائية لممثله الذي يتلقى نسخة من

الأوراق المبلغة في موطن الشخص المعنوي المحدد بمركز إدارته حسب ما نصت عليه المادة 5/50 قانون مدني (1).

وبناء على ذلك يثور التساؤل عن كيفية تمثيل الشخص المعنوي أمام القضاء ؟
حدّد المشرّع الجزائري صراحةً في المادة 65 مكرّر 2 من قانون الإجراءات الجزائية الموافقة لنصّ المادة 43/706⁽²⁾ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي-الأشخاص المؤهلين لتمثيل الشخص المعنوي أمام الجهات القضائية مفرّقاً بين :

- التمثيل القانوني أو الاتفاقي من جهة.

- التمثيل القضائي من جهة أخرى.

فما المقصود بكلّ منهما ؟

أ/- التمثيل القانوني أو الاتفاقي: أقر المشرّع بهذا النوع من التمثيل لمواجهة الظروف العادية التي يوجد فيها ممثل قانوني أو اتفاقي للشخص المعنوي.

وفي هذا الشأن نصت الفقرة الأولى من المادة 65 مكرّر من ق.إ.ح تنص على أنه :
[يتمّ تمثيل الشخص المعنوي في إجراءات الدعوى من طرف ممثله القانوني الذي كانت له هذه الصّفة عند المتابعة].

تجدر الإشارة فالعبرة بصّفة الممثل القانوني وقت مباشرة إجراءات الدعوى وليس بتاريخ ارتكاب الجريمة وإذا تمّ تغيير الممثل خلال سير الإجراءات، يجب على الممثل القانوني الجديد للشخص المعنوي أن يخطر الجهة المختصة تسجيل اسمه.

كما أجاز المشرّع أن يتمّ تمثيل الشخص المعنوي أمام جهات التحقيق واثناء المحاكمة بواسطة ممثل اتفاقي وفق ما جاء في المادة 65 مكرّر 2 فقرة ثانية التي نصت:

(1). عمر سالم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وفق قانون العقوبات الفرنسي، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، دار النهضة، 1995، ص.13.

(2). المادة 43/706 من قانون إجراءات جزائية الفرنسي نقلًا عن عمر سالم بنفس المرجع السابق، ص.14 وما بعدها.

[الممثل القانوني للشخص المعنوي هو الشخص الطبيعي الذي يخوله القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضاً لتمثله].

أي أن يكون له تفويضاً بهذا الأمر وفقاً للقانون، أو النظام الأساسي للشخص المعنوي كشركة المساهمة ممثلها الاتفاقي حسب نظامها الأساسي هو من يملك أكبر عدد ممكن من الأسهم كما يمكن أن يكون عضو من أعضاء هذا الشخص كالمدير مثلاً.

ب- التمثيل القضائي: نصت المادة 65 مكرر 3 قانون إجراءات جزائية (المقابلة لنص المادة 43.703⁽¹⁾فقرة ثانية قانون إجراءات جزائية فرنسي) على حالتين يقوم فيهما رئيس المحكمة بطلب من النيابة بتعيين ممثل قضائي من ضمن مستخدمي الشخص المعنوي (2) وهما.

• الحالة الأولى: عندما تتم ملاحقة الشخص المعنوي ومثله القانوني معاً في ذات الجريمة أو حتى في وقائع مرتبطة بها، فهنا تتخذ إجراءات الدعوى الجزائية ضد هذا الممثل باعتباره مسؤولاً شخصياً عن الجريمة المرتكبة خاصة، وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تستبعد مساءلة الشخص الطبيعي عن ذات الجريمة ويعود سبب ذلك إلى الحرص على تقادي التعارض بين المصلحة الخاصة للممثل القانوني للشخص الاعتباري وبين مصلحة هذا الأخير ذاته.

• الحالة الثانية: عندما يكون الممثل القانوني أو الاتفاقي غير مؤهل لتمثيل الشخص المعنوي مثل حالة فرار المدير أو المسير الرئيسي وهنا يقوم رئيس المحكمة بتعيين وكيل قضائي للشخص المعنوي بناء على طلب النيابة العامة لكفالة حق الدفاع. ويرى جانب من الفقه

(1). المادة 703 فقرة 43 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي نقلاً عن د. عمر سالم، مرجع سابق، ص. 14 وما بعدها.

(2). المرجع السابق أعلاه، ص. 13.

أته يمكن تعيين ممثل قضائي للشخص المعنوي إذا كان ممثله موجوداً لكنّه يرفض الدفاع عنه
(1).

في هذا الصدد يثور السؤال عن سلطات قاضي التحقيق في مواجهة الشخص المعنوي ؟
في هذا المظمار يجدر الذكر أن من أهمّ النتائج المترتبة على مبدأ الجمع بين المسؤوليتين
(الجزائية والمدنية) هو ملائمة المتابعة بالنسبة للنيابة، لذا يفرّق بين حالتين، حالة الشخص
الطبيعي الممثل للشخص المعنوي، وحالة الشخص المعنوي في حدّ ذاته.

أ/- حالة الشخص الطبيعي الممثل للشخص المعنوي: عندما تتخذ إجراءات الدعوى
الجزائية ضد ممثل الشخص المعنوي بصفته وليس كمسؤول عن الجريمة هنا لا يجوز أن
يتعرّض هذا الممثل لأيّ إجراء ينطوي على إكراه غير تلك الإجراءات التي تتخذ ضد الشاهد،
ومن ثمّ لا يجوز القبض عليه ولا حبسه مؤقتاً أو إخضاعه للرّقابة القضائية، والإجراء الوحيد
الذي ينطوي على الإكراه، والذي يمكن أن يتخذه قاضي التحقيق أو المحكمة المختصة تجاهه
هو إجباره على الحضور بواسطة رجال السلطة العامّة إذا رفض الحضور طوعاً، غير أنّ
الشخص المعنوي ذاته يمكن إخضاعه للرّقابة القضائية (2).

ب/- حالة الشخص المعنوي ذاته: من غير المنطق الواقع تطبيق إجراءات الحبس
المؤقت على الشخص المعنوي مثلما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي، غير أنّ لقاضي
التحقيق كامل الصلاحية بعد توجيه الاتهام من طرف النيابة في وضع الشخص المعنوي تحت
نظام الرّقابة القضائية وفق ما جاءت به المادة 65 مكرّر 4 قانون إجراءات الجزائية (المقابلة
لنص المادة 45/706⁽³⁾ قانون إجراءات جزائية فرنسي) وبمقتضى ذلك يستطيع قاضي
التحقيق أن يخضع الشخص المعنوي لأحق التدابير الآتية:

(1). شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص. 157.

(2). G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, op.cit, n° 314, p. 275.

(3). المادة 706 فقرة 45 من قانون إجراءات جزائية فرنسي نقلاً عن عمر سالم، مرجع سابق، ص. 15.

• إلزامه بدفع كفالة.

• إلزامه بتقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحية.

• منعه من ممارسة بعض الأنشطة المهنية أو الاجتماعية إذا كانت الجريمة ارتكبت أثناء ممارسة هذه الأنشطة أو بمناسبةها.

• المنع من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع مع مراعاة حقوق الغير.

ويجوز لقاضي التحقيق التعديل من مضمون هذه الرقابة أو رفعها كلية إما تلقائياً أو بطلب من وكيل الجمهورية أو المتهم حسب القواعد العامة.

يترتب على ذلك أنه في حالة مخالفة الالتزامات المفروضة على الشخص المعنوي بناء على بموجب الرقابة القضائية لا لا يمكن تطبيق لأخضاعه للحبس المؤقت كما هو الوضع بالنسبة للشخص الطبيعي، بل يترتب عليه فرض دفع غرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج بأمر من قاضي التحقيق بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية.

وهنا تجدر الإشارة أنّ التقرير التمهيدي عن مشروع القانون المعدّل للأمر رقم 155.66

المتضمن قانون الإجراءات الجزائية اقترح إدراج مادة جديدة (65 مكرّر 5) تنص على:

[معاقة ممثل الشخص المعنوي الذي يخالف التدابير المتخذة ضد الشخص المعنوي بنصف العقوبة المحدد في المادة 65 مكرّر 4، إلا أنه بعد مناقشة هذا الاقتراح رأّت اللجنة عدم تبنيه لأنّ الأحكام الواردة في ذات الفصل والعقوبات المنصوص عليها في المادّة 65 مكرّر 4 التي يقترح التعديل تطبيقها تخصّ الشخص المعنوي الذي تختلف مسؤوليته الجزائية عن مسؤولية الشخص الطبيعي].

وعليه لا يمكن معاقبة الشخص المعنوي وممثله بعقوبتين على نفس الفعل، وهو مخالفة

التدبير المقرّر أثناء مرحلة التحقيق (1).

(1). شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص. 161.

2-المستشفيات الخاصة لإجراءات متابعة كشخص معنوي خاص:

بالنسبة للمؤسسات الاستشفائية الخاصة التي يتعلق نشاطها بالمجال الطبي والذي يمكن أن يرتكب الجرم فيه في لحظة تحديد الوصف، أو في لحظة اختبار العلاج، أو بتنفيذه أو أيضًا في لحظة مراقبة المريض بعد العملية، ومجال الدراسة في هذا الصدد ينصب، على الجرائم التي قد تقع بسبب مهنة طبيب، والتي لها الدور الأساسي في ارتكابها ولو لا هذه المهنة لما وقعت هذه الجريمة.

والجرائم التي تهم النشاط الطبي يمكن تقسيمها إلى :

1/- جرائم ضد الإنسانية كعدم تقديم المساعدة والتعدي على السر المهني :

تنص المادة 253 مكرّر المضافة بموجب قانون 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 المعدّل والمتمم لقانون العقوبات يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المحددة في هذا الفصل وعنوان الفصل : انتحال الوظائف والألقاب أو الأسماء أو إساءة استعمالها وذلك طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرّر من هذا القانون (1).

والمادة 5/321 قانون عقوبات القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 الجنائيات والجنح التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل : مثلاً اختطاف عمداً طفلاً أو إخفائه أو استبدال طفلاً آخر أو تقديمه على أنه ولد لامرأة لم تضعه وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته.

الخاصة بالتنفيذ الكاذب للنزلاء أو مستأجري الغرف المفروشة المادة 224 قانون عقوبات جريمة تقديم الشهادات الطبية غير الصحيحة المادة 225 المضافة بموجب قانون 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، التصريح الكاذب عن مرض أثناء تأدية الوظيفة المادة

(1). كريم كريمة، مرجع سابق، ص. 17.

226 انتحال صفة أو وظيفة المادة 223 قانون عقوبات ارتداء ألبسة وظائف معينة المادة 224⁽¹⁾.

جريمة التعدي على سلامة الشخص (من جرائم القتل والجرح والضرب العمدية وغير العمدية):

وبناء على المادة 303 مكرّر 3 قانون 06-23 المؤرخ 20/12/2006 يكون الشخص المعنوي مسؤولاً عن الاعتداء الواقع على الحرّيات الفردية وحرمة المنازل والخطف والاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص، وعلى حياتهم الخاصّة وإفشاء الأسرار.

أمّا المادة 301 قانون عقوبات تحدّد شروط قيام جريمة إفشاء الأسرار في غير الحالات القانونية وذلك من طرف ممارسي المهنة الطبيّة أو الأشخاص المؤتمنون بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم، وكما ان المادة 303 مكرّر من نفس القانون تجرم الاعتداء على الحرّيات الفردية والاعتداء على الشرف والاعتبار وعلى الحياة الخاصّة.

فهي جرائم ناتجة في مجملها على : عدم الانتباه، أو نسيان الطبيب مقصاً وضمانة في بطن المريض بعد العملية، أو توجد حالة إهمال عندما يكون الجراح لم يتم مساعدته من طرف المختصّ بالتخدير المؤهل، أو عندما يخرج من العيادة بعد لحظات فقط من بعد العملية مع ترك المريض من دون مراقبة، أمّا أخطاء في التشخيص لا يعدّ خطأ جزائياً إلا إذا كان نتيجة إهمال موصوف كما يمكن أن تتكوّن عند عدم معرفته للقواعد الفنيّة وعدم الإدراك كالجراح الذي يستعمل تقنيات لا يتحكم فيها⁽²⁾.

(1). كريم كريمة، مرجع سابق، ص. 18.

(2). نفسالمرجع السابق، ص. 19.

المطلب الثاني : التعويض القضائي عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان

تتم عملية المطالبة بالتعويض أمام القضاء بواسطة دعوى التعويض ويمكن تعرف على انها بأنها الدعوى القضائية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة طبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً للمطالبة بالتعويض الكامل والعاقل للأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار⁽¹⁾.

الفرع الأول: مفهوم التعويض وشروط قبول دعوى التعويض

سيتم تناول مفهوم التعويض بشكل عام وما نصّ عليه القانون، وكذلك شروط قبول دعوى التعويض.

أولاً : مفهوم التعويض

فالتعويض هو وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف منه وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية، وهو ليس عقاباً على المسؤول على الفعل الضار، إذا ما ثبت مسؤولية المدعى عليه عما لحق المدعي من الضرر، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوّض المضرور ويجبر الضرر الذي لحق به.

أنواع التعويض :

أ/-**التعويض العيني**: هو " إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار ويزيل الضرر الناشئ عنه " .

ويعتبر هذا أفضل طرق الضمان، والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ذلك ممكناً وطلبه الدائن أو تقدّم به المدين، إن كان ذلك ممكناً مع التعويض عن عدم التنفيذ⁽²⁾.

(1). د/ عمّار عوابدي، مرجع سابق، ص. 255.

(2). أنور سلطان، مرجع سابق، ص. 399.

وهذا النوع من التعويض أكثر ما يقع في الالتزامات التعاقدية، ويتصور الحكم به في بعض حالات المسؤولية التقصيرية، ونطاقه محدود لأنه لا يكون ممكناً إلا إذا ليتخذ الخطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته، فالطبيب الذي يخطئ أثناء إجراء عملية جراحية، وينتج عن خطئه تشويهاً للمريض، يمكن إصلاحه وإزالته، فالقاضي يستطيع إلزام الطبيب بإصلاح التلف والتشويه وإزالته بإجراء عملية جراحية جديدة.

وللقاضي إلزام المدين للقيام بعمل إيجابي، لذلك فالتعويض العيني جائز في كل الصور التي لا تمس حرية المدين الشخصية، ولكن يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكناً ولا يسبب إرهاباً للمدين ولا يشكل مساساً بحريته الشخصية⁽¹⁾، ومثال ذلك الاعتداء على السمعة والشرف والعواطف والقتل والجرح، وعند صعوبة أو استحالة التعويض العيني يصار إلى التعويض بمقابل نقدي.

ب/- التعويض بمقابل: نظراً كون التعويض العيني أمر عسير في مجال المسؤولية الطبية فالغالب أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة نقدياً⁽²⁾.

حيث أنه يمكن تقويم أي ضرر بالنقد حتى الضرر المعنوي والتعويض النقدي هو الصورة الأشمل في التعويض عن المسؤولية التقصيرية ويتمثل في المبلغ النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور⁽³⁾.

ويجب أن يكون التعويض مساوياً للضرر فلا يزيد ولا ينقص لأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر وقد استقر القضاء المصري على ذلك.

وهنا يجدر الذكر الأصل أن يدفع التعويض النقدي دفعة واحدة، إلا أنه يجوز أن يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة.

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. ص. 162-164.

(2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 187.

(3). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 165.

وعلى المحكمة التي تنظر النزاع أن تبيّن عناصر الضرر الذي قضت بالتعويض بناء عليه، وأن تناقش كل عنصر منها على حدّة، وأن تبيّن وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته وقد استقرّ على ذلك قضاء مصر وفرنسا (1).

ويتمّ مراعاة الظروف والملابسات المتعلّقة بالمضرور عند تقدير التعويض وخاصة حالته الصّحية وقدراته الجسدية وظروفه المالية والمهنية.

ولذلك يمكن القول أنّ حقّ الإنسان في الحياة وسلامة جسمه يعتبر من الحقوق التي تحميها القوانين والدساتير، وهي من المقاصد الأساسية في الشريعة الإسلامية.

وعندما يقوم الطبيب بإجراء عمل طبّي لجسم المريض وينتج عن ذلك أذى كإتلاف عضو أو حدوث جروح أو عطل دائم أو نسبي فهذا يشكّل بحدّ ذاته إخلال بحق الإنسان بالحياة والسّلامة وينتج عن ذلك ضرر يستوجب التعويض.

لكن الاشكال يثور حول الصّعوبة الأساسية تكمن في تقدير مبلغ التعويض، فهل يعتمد في ذلك على المعيار الشخصي مراعيًا ظروف وأحوال المضرور أم أنّه يعتمد على المعيار الموضوعي معتدًا بالضرر ذاته بعيدًا عن الظروف الشخصية (2).

والجدير بالذكر انه إذا كان القضاء يراعي الظروف والملابسات المتعلّقة بالمضرور عند تقدير قيمة التعويض، ولكن هذا لا يمنع القضاء من الأخذ بمعيار الرّجل العادي بشأن الأضرار المترتبة على المسّاس بسلامة جسد المضرور بالإضافة للمعيار الشخصي لأنّها أضرار موضوعية لا تختلف من شخص لآخر، عموماً فإنّ تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي التقديرية وفق قناعته وضميره وحسب واقعة الحال (3).

(1). محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 188.

(2). محمود دودين، مرجع سابق، ص. 137.

(3). محمود دودين، مرجع سابق، ص. 139 و 140.

وفي بعض الحالات قد يتفق الطبيب المسؤول عن الضرر مع المريض المضرور على مقدار التعويض عن الضرر الجسدي أو أن يصدر به حكم نهائي، فهنا لا يكون للمضرور الحق بالادعاء بأضرار بعدها خارجة عن الاتفاق أو الحكم، إلا إذا استحدثت فعلاً وكان الاتفاق أو الحكم لا يشملها أو لا يتصور وقوعها (1)، كزيادة نسبة العجز بعد صدور الحكم عليها أو تعرض المضرور والأضرار مرتبطة بإصابته الجسدية.

كما يجوز للطبيب عند شفاء المريض من الإصابة أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها بإعادة تقدير التعويض واسترداد ما يعادل التحسن الذي طرأ على المريض المتضرر لأن ذلك يتعارض مع الحكم النهائي الصادر سابقاً سواء كان التعويض مبلغ نقدي أو مرتب مدى الحياة وسواء كان التحسن تلقائياً أو بسبب عمل طبي آخر (2).

وهنا نذكر قضية السيد (Bianchi) (أشهر قضايا التعويض في فرنسا) الذي أدخل المستشفى لإجراء فحص مجهري لشرايين الدماغ وترتب عليه إصابته بشلل كلي، الأمر الذي دفعه لرفع دعوى قضائية مطالباً المستشفى الحكومي بالتعويض، لكن محكمة الموضوع رفضت دعواه لعدم إثباته الخطأ الطبي من جانب المستشفى، وكذلك مجلس الدولة الفرنسي رفض كل ما أشار المضرور ضد المستشفى، سواء ما تعلق بخلل في الخدمة الطبية أو عدم تحذير المريض بالمخاطر المتعلقة بالفحوصات أو بعدم فاعلية العناية الطبية بعد إجراء العملية، ولكن المجلس طلب تقرير خبرة لتحديد دور محتمل للمنتج المستخدم في إجراء الأشعة المجهرية، ولكن التقرير لم يحدّد أيّ فعل أو امتناع خاطئ من المستشفى وخاصة بعد مضي المدّة الزمنية.

ولكن الأمر هذا أدّى بمفوض الدولة الفرنسي إلى دعوة الجمعية العامّة للمجلس للبحث في إمكانية مسائلة المستشفى على أساس المسؤولية دون الخطأ وقد وافق المجلس على ذلك،

(1). الحسيني عبد اللطيف وعاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مرجع سابق، ص. 389.

(2). محمود دودين، مرجع سابق، ص. ص. 140-141.

وقرّر إلزام المستشفى بتعويض المضرور على أساس قواعد المسؤولية دون الخطأ بمقدار مليون ونصف فرنك فرنسي مع الفوائد من أوّل أكتوبر 1982⁽¹⁾.

وهناك قضية أخرى تتعلّق بأخطاء التخدير تمّ الحكم بالتعويض بها، تتعلّق هذه القضية بأحد الأطفال الذي خضع لتخدير كلي في أحد المستشفيات الحكومية لإجراء جراحة عادية لكنّه فارق الحياة قبل أن يزول أثر المخدر ويعود إلى وعيه، لذا رفعت والدته دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية مطالبة بالتعويض على ما أصابها من أضرار معنوية جرّاء وفاة ابنها، وقد صدر حكم لصالحها بتاريخ 1993/09/20 بتعويض مقداره مائة وخمسون ألف فرنك فرنسي⁽²⁾.

وكذلك هنا قضية أخرى تتعلّق بنصيحة خاطئة قدّمها الطبيب للزوجين بعد فحص الجنين بأنّه لا يوجد أي قلق من احتمال ولادته معاق، مستبعدًا أيّ تأثير للأمراض الوراثية التي عاني منها الزوجان، ممّا دفعهما إلى الاستمرار بالحمل، غير انه تمّ ولادة طفل مصاب بمرض وراثي وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الذي منح تعويضًا كبيرًا للوالدين والطفل على حدّ سواء⁽³⁾.

ثانيا : شروط قبول دعوى التعويض

لا تقبل دعوى التعويض عن الأضرار التّاجمة عن الأخطاء الشخصية أو المرفقية أمام القضاء إلّا بتوفر مجموعة من الشروط، إلّا أنّ المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية اقتصر في المادة 13 الفقرة الأولى بالنّص فقط على الصّفة والمصلحة كشرطين أساسيين من شروط رفع الدعوى القضائية بالنّص. " لا يجوز لأحد التقاضي ما لم تكن له الصّفة وله مصلحة قائمة أو محتملة وجعلها هذين الشرطين من النظام ".

(1). قرار مجلس الدولة الفرنسي لحكم (Bianchi)، المؤرخ في 19 أبريل 1993، مشار إليه لدى : عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص. 14.

(2). قرار مجلس الدولة الفرنسي، 30 نوفمبر 1997، مشار إليه في نفس المرجع السابق، ص. 15.

(3). هذا الحكم بتاريخ 26 مارس 1996، مشار إليه في المربع نفسه، ص. 29.

وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه:

[يثير القاضي تلقائياً انعدام الصّفة في المدعي أو في المدعي عليه].
[والفقرة الثالثة نصت على وجوب الإذن إذا ما اشترطه القانون وجعله هو الآخر من النظام العام. كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون].

يشترط في رافع دعوى التعويض الرامية لترتيب المسؤولية الطبيّة ما يشترط في الطعون الأخرى وذلك طبقاً للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (1)، وما يتطلّبه من توافر شروط الأهلية والصّفة والمصلحة.

وسوف نتطرق على هذه الشروط كآتي:

1/- الأهلية: عرّفها الأستاذ خلوفي رشيد على أنّها: " الرمز أو الخاصية المعترف بها قانوناً للشخص طبيعي أو معنوي والتي تخوّل له التصرف أمام القضاء للدفاع عن حقوقه ومصالحه " (2).

والأهلية نصّت عليها المادة الرابعة وستون من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات التقاضي وكافة العقود القضائية الأخرى ذات صلة بالدعوى القضائية.

باستقراء قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإثار التسائل التالي لماذا تمّ إغفال شرط الأهلية في المادة 13 المتعلقة بشروط قبول الدعوى ؟ وهل شرط الأهلية من النظام العام ؟

دون أي شك أن عدم ذكر الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى جاء سهواً من المشرّع وعليه تعتبر الأهلية من شروط قبل الدعوى وهي من النظام العام ودليل ذلك ما جاء في المادة 65 التي جاءت تحت قسم الدفع بالبطلان :

(1). نصت المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية انه : لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرّها القانون. يثير القاضي تلقائياً انعدام الصّفة في المدعي أو في المدعي عليه. كما يثير تلقائياً انعدام الإذن ما اشترطه القانون.

(2). خلوفي رشيد، مرجع سابق ص. 162.

[يثير القاضي تلقائياً انعدام الأهلية ...].

وعليه فأهلية التقاضي بالنسبة للشخص الطبيعي حدّدت بسن 19 سنة كاملة (1). أو للشخص شخص المعنوي فلدولة أهلية التقاضي ويمثلها أمام القضاء الوزير المعني كما يمثل والي الولاية أمام القضاء، أمام البلدية فيمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي وفيما يتعلق بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فإنّ النص القانوني المنشئ للمؤسسة العمومية من يحدّد العضو الذي يمثلها أمام العدالة، حدّتها المادة 50 من القانون المدني (2).

وبناء على ذلك نستنتج أنّ أهلية المخاصمة أو أهلية الاختصاص لدى القضاء شرط لازم لصحة إجراءات التقاضي.

2/- المصلحة: عرّفت المصلحة بأنّها المنفعة التي تعود على المدعي في الالتجاء إلى القضاء ويجب أن تكون المصلحة مستندة إلى حق أو مركز قانوني وأن تكون شخصية وأن تكون قائمة وحالة أو محتملة ويقرّها القانون، إذن فالمصلحة هي الغاية والهدف الذي من أجله رفعت الدعوى (3)، وللاشارة إنّ الصّفة يجب توافرها في طرفي النزاع المدعي والمدعى عليه.

ويجب أن تكون المصلحة قانونية أي لا بد أن تستند إلى حق يحميه القانون ومشروعة، شخصية مباشرة بمعنى أنّ القائم بالدعوى هو صاحب الحق الموضوعي أو المركز القانوني المعتدى عليه، قائمة وحالة، أي أن تكون موجودة ويتم تقدير ذلك يوم رفع الدعوى أو مصلحة محتملة يقرّها القانون كما نصّت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لكن في الدعوى الإدارية فالمصلحة تختلف في بعض الجوانب ففي دعوى التعويض

والغناء يشترط :

(1). المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

(2). محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة-الجزائر، 2002، ص.ص. 77-150.

(3). يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومه، الجزائر، 2009، ص. 22.

- وجوب أن تكون هناك مصلحة الطّالِب من أجل حمايتها.
- وجوب أن تكون مشروعة وليست مخالفة للآداب والنّظام العام.

واختلاف شرط المصلحة في الدعويين يمكن في كون انه دعوى التعويض مثلاً يتمسك القضاء الإداري بالمفهوم الضيق للمصلحة الشخصية والمباشرة كما هو تقريباً معرف في القضاء المدني وترتقي تقريباً إلى مرتبة البحث عن الحق وتتشابه الدعوى المدنية والإدارية في مجال التعويض لأنّ المطالبة شخصية غير أنّه في دعوى الإلغاء يجب أن تكون القاعدة خرقت لعدم مشروعية القرار سواء المصلحة لشخص أو عدة أشخاص وسواء كانت أشخاص طبيعية أو معنوية (1)، وفي الهيئات الإدارية قد يوجد الطعن دون مصلحة كان يقوم أحد الوزراء بطلب طعن بإلغاء لأحد الوزراء المماثلين له لأنّه ليست له سلطة على الوزير ولكن هذا القرار مسّ صلاحيات وزارته كما يمكن للإدارة المركزية أن تلغي قرار الإدارة التابعة لها رئاسياً أمّا السلطة المحلية يمكن أن تطعن في قرار الولاية التي لم تصادق على مداولة المجلس الشعبي البلدي غير أنّ التشريع هنا لإلغاء قرار الرئيس المرؤوس غير أنّه ليست له مصلحة وإنّما شرع لمصلحة أو منفعة عامّة (2).

ويجدر الذكر أنّ شرط المصلحة عكس لشرطي الأهلية والصّفة لا يعدّ من النظام العام - لدى القانون الجزائري - لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، ويمكن لكل خصم إثارة انعدام المصلحة ويعود للقاضي تقرير جدية الدفع.

3/- الصّفة: من الرّغم من اعتبار الصّفة شرط من شروط رفع الدعوى القضائية إلاّ أنّه لم يتم تعريفها لا في قانون الإجراءات المدنية (القديم) ولا في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد.

(1). سليمان الطماوي، القضاء الإداري دعوى الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ب.س.ن، ص.491.

(2). مسعود شيهوب، أسس الإدارة المحليّة في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 1986، ص.491.

وبالرجوع إلى المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّ المشرّع اعتبر الصّفة شرط أساسي لقبول الدعوى واعتبرها شرط متعلّق بالنّظام العام حيث أجاز للقاضي إثارة الدفع بانعدام الصّفة من تلقاء نفسه، فالدكتور أحمد محيو يرى أنّ الصّفة شرط ملازم لرفع الدعوى (1).

فالصّفة هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه أو عن طريق ممثله القانوني أو بصيغة أخرى أن يكون للمدعي رافع الدعوى علاقة مباشرة بموضوعها وله حق مباشرتها فمن ينازع حول شيء غير مملوك له ولم يثبت أنّه موكل بوكالة خاصة لديه الصّفة في رفع الدعوى.

فصفة التقاضي يكتسبها الشخص إمّا بموجب نصّ في القانون يمنحه هذه الصلاحية أو يكتسبها تلقائيًا في جميع الدعاوى المفتوحة لكل من له مصلحة أي الشخص الذي يبرّر أنّ له في رفع الدعوى (2).

في الدعوى الإدارية وفقًا لأحكام القانون فصاحب الصّفة هو المختص في تمثيل الإدارة أمام القضاء فمثلاً الوزير هو صاحب الصّفة في تمثيل وزارته ورئيس البلدية يعد ممثلاً للدولة على المستوى المحلي وهو يقوم بتنفيذ القوانين مثل الحالة المدنية طبقًا لما نصّ عليه قانون البلدية في مواده 68/67 وكذلك الوالي ممثلاً للدولة على مستوى الولاية (3).

ففي دعوى التعويض مثلاً ترفع الدعوى من قبل صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب شخصيًا أو بواسطة نائبه ووكيله القانوني أو الوصي عليه هذا بالنسبة للأفراد أمّا الصّفة في السلطات الإدارية المختصة فيجب أن ترفع دعوى التعويض من

(1). أحمد محيو، مرجع سابق، ص. 160.

(2). فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية والإدارية الجديد القانون 09/08، منشورات الأمين، ب. م. ن. ب. س. ن، ص. 44.

(3). المادة 828 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أو على السلطات الإدارية المختصة والتي تملك الصّفة القانونية للتقاضي باسم ولحساب الإدارة العامّة والوظيفة الإدارية في الدولة لذلك يجب على القاضي المختصّ في المنازعات الإدارية أن يفحص ويتأكد من وجود أو عدم وجود الصّفة القانونية للتقاضي في الأشخاص والهيئات والمؤسسات الإدارية في دعوى التعويض كمدعي أو مدعى عليها. وقد كرّس القضاء الإداري الجزائري أهميّة توفر الصفة في المدعى عليه في تسبب قرار من قرارات مجلس الدولة في قضية القطاع الصحي لبولوجين ضد (ع. ل) وزارة الصّحة. حين رفضت الدفع الشكلي لمستشفى بولوجين المتمثل في أنّ لا صفة له في النزاع حيث جاء في القرار :

... لكن حيث أنّ صفة المتقاضين هي من النظام العام ويمكن إثارتها خلال الدعوى وفي أيّ وقت وحتى تلقائياً من طرف القاضي، حيث أنّ المستشفى المستأنف في قضية الحال كان تابعاً للمركز الاستشفائي الجامعي غرب بني مسوس خلال فترة حدوث الوقائع واكتسب الصفة والاستقلالية المالية ابتداء من صدور المرسوم ... ومن حقّه رفع دعوى الرّجوع ضد المركز الاستشفائي لبني مسوس وتم إخراج وزارة الصّحة من النزاع.

فشرط توافر فالصّفة ضروري اللجوء أمام القضاء وإلّا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى شكلاً لانعدام الصّفة، فتطبيقات الصّفة تظهر جلية جدّاً في التطبيقات القضائية مثلاً لا يمكن رفع دعوى الإلغاء إلّا من الشخص المتضرر من هذا القرار إذا كان فردي وغير تنظيمي إلّا لصاحب الصّفة والذي يمسه مباشرة القرار محلّ طلب الإلغاء.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض

لكي يستطيع القاضي استخلاص عناصر المسؤولية الطبيّة التي يتولّى النظر فيها وفقاً للقواعد العامة والمبادئ المستقر عليها في الاجتهاد القضائي يقوم بالتحقق أولاً من ثبوت الوقائع من حيث حصول الفعل أو ترك هذا الفعل ومدى قيام الطبيب بالمهمة الموكّلة إليه من أفعال طبقاً لما هو منسوب إليه في الدعوى المرفوعة ضده فهذه المسائل تخضع لاقتناع

قاضي الموضوع بناء على قوّة إثبات تلك العناصر والأدلة الدامغة المقدّمة أمامه. فقاضي الموضوع له كل السلطة التقديرية في تقدير قيمة الأدلة، وهل أنّ الأفعال المنسوبة إلى الطبيب تمثّل أسلوباً في الممارسة الطبيّة مخالفاً للسلوك المألوف أم لا ؟ حتّى ينتهي القاضي ويصل إلى نتيجة هي ثبوت تلك الوقائع أم عدم ثبوتها وتوافر الدعوى على عناصر المسؤولية أو عدم توافرها أيّ مدى مطابقة تلك الوقائع للنصوص القانوني التي تستوجب قيام المسؤولية الطبيّة (1).

أولاً: سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبيّة الموجبة للتعويض

أول مشكلة تعترض القاضي بعد فحص الجانب الشكلي للدعوى القضائية هي مدى ثبوت الخطأ في حق الطبيب ثبوتاً ينم عن عدم الحرص والتبصّر (2)، أو الإهمال والرّعونة وإذا كان القضاء العادي لا يزال يعتد بضرورة توافر ركن الخطأ في المسؤولية الطبيّة إلاّ أنّه يلاقي صعوبات في حصر حالات الخطأ التطبيقية وتحديد مفهومه بدقّة خاصّة وأنّه ينطوي على نواح فنيّة ليس باستطاعة القاضي أن يلم بها وليس من السهّل عليه أن يتبيّن وجه الخطأ في سلوك الطبيب ممّا يدفعه إلى الاستعانة بذوي الخبرة في الفنّ الطبّي ليوضحوا له ما لم يستطع فهمه من المسائل الفنيّة لأنّه ليس من حق القاضي أن يتدخل في الجدل العلمي أو في تقدير النظريات الطبيّة أو في المفاضلة بينها، فتكون الخبرة وسيلة يستكمل بها القاضي اقتناعه وتمكّنه من تجميع عناصر إثبات المسؤولية الطبيّة (3)، لذلك يوصف الخبراء بالمساعدين للقضاء.

(1). أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاصّ عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1983، ص. 612.

(2). أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب : مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، المرجع السابق، ص. 64.

(3). سيد عباس عبد الكريم، المشكلات العملية في التقارير الطبيّة، الهدير للطباعة والنشر، القاهرة -مصر، 2000، ص. 24.

وتجدر الإشارة انه لا يمكن للخبير الذي يستعين به القاضي أن يضمن تقرير خبرته تقديراً قانونياً للخطأ أو لعناصر المسؤولية الطبيّة بوجه عام لأن ذلك يعتبر تجاوزاً لمهمته (1).

لأن القاضي يقوم بتحديد مهمّة الخبير بدقّة في حدود موضوع النزاع المعروض عليه لبحث الأسباب التي أدت إلى حصول الفعل الضار وما إذا كان من الممكن تجنّبه وفقاً للمعطيات العلمية السائدة وقت ارتكاب الفعل ومدى الإهمال والتقصير الذي أبداه الطبيب المدعى عليه وهل كان لطبيب يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب موضوع المساءلة أن يتصرّف كذلك أم لا ؟ ثمّ يلجأ الخبير إلى البحث في حالة المريض والظروف والعوامل التي أثرت فيه وما إذا كان مردّها إلى تطوّر المرض نفسه أن إلى أوجه العلاج، ثمّ يبيّن مدى الأضرار التي لحقت بالمريض جرّاء فعل الطبيب (2)، ومدى مطابقة هذا الفعل للقواعد الفنيّة للمهنة الطبيّة.

والخبير في هذا المجال حرّ ومستقل في اختيار الوسائل التي توصله إلى استجلاء الحقيقة التي يبحث عنها القاضي لكن ذلك لا يسمح له لاقتراح إلقاء عبء المسؤولية أو أن يوصي بتخفيفها على ظرف ما.

ان النتائج التي يتوصّل إليها الخبير في تقرير خبرته غالباً ما تكون محلّ تفسير من طرف القاضي ويعتد بها عند إصداره لحكمه غير أنّ هذا الأخير غير ملزم بالنتائج التي يتوصّل إليها الخبير ويمكنه أن يرفضها إذا رأى أنّ العناصر التي بني عليها الخبير تقريره غير وافية.

ومن ثمّ يقوم القاضي بالتكليف القانوني للسلوك الفني للطبيب معتمداً على اقتناعه وما يرتاح له ضميره ولكن عليه أن يراعي منتهى الحرص في مناقشة الآراء الفنيّة التي يدلي بها

(1). قرار المحكمة العليا 85/11/20، ملف رقم 34653، مجلة قضائية، عدد 4، سنة 1992 ص. 61، منشور من طرف

حمدي باشا عمر : مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومه، الجزائر، 2002، ص. 63.

(2). السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992، ص. 57.

الخبراء وأن يناقش وقائع القضية على ضوء هذه الآراء وأن يزن شهادة الشهود ويقدر ما تنطوي عليه حقائق الدعوى ويرجح بين أقوال الخصوم ليستخلص عناصر المسؤولية الطبية إن وجدت في سلوك الطبيب (1).

وعليه فاستخلاص الخطأ الذي يقيم الموجب المسؤولية يندرج في حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع متى كان هذا الاستخلاص مستمداً من عناصر ووقائع الدعوى ولكن تكيف هذا الفعل الذي على أساسه يطالب المضرور بالتعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه فإنه يعدّ من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

أما عن ركن الضرر فيمكن للقاضي أن يثبت وجوده أو ينفيه معتمداً على الأدلة التي تقدم إليه في هذا المجال والضرر مسألة واقع وللقاضي الموضوع حرية الاقتناع بوجود أم لا، ولا رقابة قانونية عليه من طرف المحكمة العليا، شريطة أن يبين القاضي في حكمه الضرر الذي أصاب للمريض المضرور وان يقوم تسببا لذلك وإلا كان قضاءه غير سليم (2).

أما تحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض تعدّ مسألة قانون ويخضع فيها حكم القاضي لرقابة المحكمة العليا، لأنّ التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل وعلى القضاة أن يبيّنوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات ومن ثمّ فإنّ منح تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونون بذلك قد خرّقوا القواعد المقررة قانوناً (3).

أما بالنسبة لركن العلاقة السببية ووجودها بين الخطأ والضرر فهي من مسائل الواقع التي يستقل بها القاضي دون معقب عليه، إلاّ إذا اعترى حكمه عيب في التسبب مما يلزمه

(1). السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص. 66.

(2). قرار المحكمة العليا 1984/11/07، ملف رقم 39694، مجلة قضائية، عدد 3، سنة 1989 ص. 34.

(3). قرار المحكمة العليا 1994/05/24، ملف رقم 109568، مجلة قضائية، سنة 1997، عدد 1، ص. 123.

بأن يورد الأسباب المقنعة المؤدية إلى ما قضى به القاضي في قضائه ومن ثم لا يمكن الحكم بالتعويض عن ضرر إلا إذا كان نتيجة لخطأ.

ولكن حدث تطوّر في القضاء الفرنسي مظهرًا تساهلاً مع المريض المضروب فأخذ بفكرة فوات الفرصة وقد عبّرت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من مناسبة عن هذا المعنى بقولها : " إذا لم يكن من المؤكد أنّ الخطأ كان السبب في وفاة المريض فإنّه على الأقل قد حرم هذا الأخير فرصة البقاء على قيد الحياة ". ففي حالة الأخذ بفكرة الفرصة الضائعة تكون رابطة السببية افتراضية أو احتمالية كما أنّ ذات المحكمة قضت بأنّ : " تقويت فرصة البقاء على قيد الحياة لا يمنح سوى الحق في تعويض جزئي " (1).

وهكذا يعطى ويمنح المضروب تعويضًا جزئيًا عن فوات الفرصة حتّى ولو تثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر (2)، ويمثل ذلك خروجًا عن القواعد العامّة التي تختصّ بها المسؤولية الطبيّة.

وعليه فقاضي الموضوع يتمتّع بالسلطة التقديرية في استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين قناعته ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

وفي ذلك يأخذ ما يراه مناسبًا التحقيق العدل والانصاف شريطة أن يعلّل حكمه تعليلًا كافيًا وأن يسببه تسببًا كاملاً (3).

كما يتمتّع القاضي بحريّة واسعة في تقييم الضرر القابل للتعويض، ولكن إرادة أطراف القضية تستطيع أن تضع له حدودًا، بحيث لا يمكن للقاضي أن يمنح تعويضًا يفوق التعويض المحدّد من طرف المشرّع في قضايا معيّنة، كما تشكّل إرادة الضحية حدًا لحريّة القاضي في

(1). Cass. Civ, 02 Mai 1978, J.C.P. 1978?11-18966, Obs.R.Savatier.

(2). وفاء حلمي أبو جميل، مرجع سابق، ص. 94.

(3). محمد حسين منصور، مرجع سابق.

تحديد الحد الأقصى للتعويض لذلك يجب على قضاة الغرفة الإدارية احترام قاعدتين أساسيتين في تقييم الضرر :

- قاعدة عدم جواز الحكم بغير أو بأكثر مما هو مطلوب.
 - قاعدة التعويض الكامل للضرر : فلا تأثير لجسامة الخطأ على تحديد مبلغ التعويض المستحق فالعبرة بجسامة الضرر الذي تسببت الإدارة في إحداثه.
- ولكن عند قيام القضاة بتقييم الضرر تثار مشكلة الأسس أو العناصر التي يقوم التقدير على أساسها وتحديد التاريخ الذي يتعين على القاضي أن يأخذه في الاعتبار عند تقدير الضرر.

عناصر تقييم الضرر: لا بدّ أن يكون التعويض مناسباً للضرر الحاصل فمنح التعويضات عن الضرر المعنوي يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

وإذا كان الضرر مادياً: فإنه يتعين التمييز بين الأضرار التي تمس الشخص في جسمه وبين الأضرار التي تمس ماله.

وفي كل الأحوال لا بدّ على القاضي من فحص الملف الطبي للمضروب مع مراعاة ما فات المضروب من كسب وما لحقه من خسارة، وعليه ففي هذا الصدد فإن إن الضرر المتمثل في الاعتداء على جسم الإنسان له عنصران، الأول يشمل الأضرار القابلة للتقدير بالنقود، والثاني يتضمن الأضرار غير القابلة للتقدير النقدي.

ففيما يتعلق بالضرر المادي (المالي) الناتج عن الإصابة الجسدية يرى الفقه انه فيما لحق المضروب من خسارة *damnum emergens* كتكاليف العلاج وما فاتته من كسب *lacram cessans* الذي يتمثل في فقد الأجر في المدة اللازمة للعلاج وفوت الفرض المالية التي كان المضروب يستطيع أن يستفيد منها لولا الإصابة، كما يترتب على الإصابة الجسدية أضرار أدبية تتمثل الآلام الجسدي ولنفسية التي عاهاها المضروب من جراء الإصابة، والضرر

الأدبي لا يتضمن إلا خسارة بعض القيم المالية كالسعاد. والتخلص من الآلام، والجمال ومتع الحياة، (préjudice désagrément) (1)

فالآثر المباشر للاعتداء على الجسم هو العجز الجسدي (incapacité physique) مع العجز عن الكسب أي فقد القدرة على العمل (incapacité travail) وما عناصر الضرر لي يشير إليها الفقه إلا نتائج غير مباشرة لهذا الاعتداء ترتبت على حدوث العجز الجسدي أو العجز عن العمل. (2)

ان محكمة النقض لفرنسي تعتبر السلامة الجسدية والقدرة على العمل ميزات أو مكناات تتميز عن نتائجها المالية، ولهذا فلقد قضت بأن "التعويض المقضي به للمضرور بسبب عجزه عن الكسب الدائم يجب أن يحدد بالنظر لي ما انتقص من سلامته الجسدية، بصرف النظر عن أن هذا الانتقص لم يكن له أثر مباشر على أجره. (3)

تاريخ تقييم الضرر:

إن تحديد تاريخ تقدير قيمة الضرر تكتسي أهمية كبرى خاصة مع تدني العملة الوطنية وارتفاعها، وذلك أنه قد يمر وقت طويل بين تاريخ حصول الضرر وبين تاريخ صدور القرار القاضي بالتعويض، والقاعدة العامة في الاجتهاد القضائي أن تاريخ تقييم الضرر هو تاريخ الفصل في القضية (4).

وقد استقر القضاء الفرنسي وأيده في ذلك الفقه على أن الضرر يجب أن يقدر يوم النطق بالحكم سواء في عناصره المكونة أو قيمته النقدية لأنه في الفترة ما بين وقوع الفعل الضار وصدور الحكم بالتعويض يتغير سعر النقد الذي يقدر به التعويض أو يتغير معدل التعويض الذي قدره القانون ومؤدى ذلك أن تغيير سعر النقد يؤثر في القيمة الحسابية للضرر

(1). د/ أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص24

(2). المرجع نفسه، ص25

(3). نفسه، ص.ص. 25-26

(4). رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.ص. 140-141.

بالزيادة رغم أنه لم يتغير داخلياً فهو الذي يدفع المشرع إلى زيادة مقدار التعويض حتى يكون مساوياً للضرر وكافياً لجبره (1).

الأصل أنّ التعويض بقدر الضرر فلا يزيد التعويض عن الضرر ولا يقل عنه. وتقدير التعويض عن الضرر متروك للقاضي فهذا يعدّ من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها.

أمّا تعيين العناصر المكوّنة قانونياً للضرر والتي يجب أن تتدخل في حساب التعويض فيعدّ من المسائل القانونية التي يهيمن عليها مجلس قضاء لأنّ هذا التعيين من قبل التكييف القانوني للواقع.

والتعويض قد يكون في صورة عينية أي بالتزام المسؤول بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ويتعيّن على القاضي أن يحكم بذلك إن كان هذا ممكناً، وبناءً على طلب المضرور وذلك كان يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة المسؤول على الضرر ونظراً أنّ التعويض العيني يبدو أمراً عسيراً في مجال المسؤولية الطبية فإنّ الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل وبصورة خاصّة في صورة نقدية.

ويجب على القضاء عند حكمه بالتعويض بيان كل عنصر الضرر الذي قضى من أجله بالتعويض حتى يكون تقريره أقرب إلى العدالة ومنصفاً ويراعى في حالة تقدير التعويض الظروف الملازمة كحالة المصاب الجسيمة والصّحية والفعلية والمهنية والمالية.

فتقدير التعويض يتمّ بعد استكمال أركان المسؤولية وقوع الضرر وتحديد عناصره وطبيعته وجعله مقوّمًا بالنقد.

أمّا إذا كان الضرر متغيّراً ولا يمكن تعيين مداه تعيّنًا نهائياً وقت النطق بالحكم فللقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدّة معيّنة بإعادة النظر في تقدير التعويض

(1). أنظر: قمرأوي عز الدين، مرجع سابق، ص. 59.

مع مراعاة التغيرات وتطور مراحل الضرر والتغيرات الاقتصادية كزيادة الأسعار وتكلفة العلاج والغالب يقضي القاضي بالتعويض بناءً على تقرير الخبير.

بالرجوع إلى العجز إذا كان كلياً أو جزئياً فقد قضى أن رفض المضرور لعمليات جراحية غير خطيرة من شأنها تحسين حالته وتقليل الضرر يعدّ خطأً منه يضر به عند تقدير التعويض.

ثانياً: العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند منحه التعويض

على القاضي الأخذ في الاعتبار تاريخ انتهاء الفعل المتولد عنه الضرر غير أن هذه الطريقة المستعملة منذ زمن طويل بدأت تتلاشى مع تغيير المعطيات المتصلة بعدم الاستقرار النقدي والبطيء في إصدار الأحكام القضائية جعل من هذه القاعدة غير منصفة.

ولابدّ من التمييز بين الضرر الدائم والضرر المؤقت، فبالنسبة للأول فالتعويض يحدّد عند صدور القاضي بناءً على طلب المضرور أو دون طلب.

ويمكن مراجعة التقدير من طرف الدرجة القضائية الثانية - المجلس القضائي - في حالة الاستئناف.

ويمكن للمضرور خلال المرافعة الرّفْع من مقدار طلب التعويض إذا كان الطلب الأول لا يناسب الضرر اللاحق به - مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 ديسمبر 1957. وفي حالة تأخر الطلب المتعلق بالتعويض يأخذ في الاعتبار الوقت الواجب فيه تقديم الطلب مجلس الدولة الفرنسي 21 مارس 1947 السيد لارميلة إداري -⁽¹⁾ وفي حالة عدم تغطية الضرر المطالب بإصلاحه فيمكن تقديم طلب إضافي وبخاصة في حالة الضرر القابل للزيادة.

(1). مجلس الدولة الفرنسي 10 ماي 1953 الفركال.

في فرنسا وطبقاً للقانون رقم 95-125 المؤرخ في 08 فيفري 1995 الفقرة الأولى بإمكان القاضي الإداري أن يوجه أوامر للإدارة فيما يخص طريقة التعويض أو وطرق التعويض.

من المؤكد أنّ مبلغ التعويض لا يمكن أن يتجاوز طلب المضرور وهذه المبالغ بالدينار الجزائري وفي حالة التعويض عن فقدان الأجر يأخذ في الاعتبار تطوّر الأسعار وفرص الترقية المتاحة للصحة.

ففي فرنسا فإنّ الضحايا المصابين بداء السيدا بسبب نقل الدّم يعوّضون حسب القانون 31 ديسمبر 1991 ويسأل المستشفى المعني أمام القضاء الإداري أم الأشخاص المتبرّعين بالدّم فالتعويض يمنح لهم على أساس المادة 10 من قانون الصحة العمومية في فرنسا.

التعويض عن الأضرار الناتجة عن التطعيم الإجباري يمنح قانون 26 ماي 1975 في فرنسا والقاضي الإداري الفرنسي يعتمد على هذا القانون عند البتّ في الطلب بالتعويض ولا بدّ للإداري عند النظر في دعوى التعويض أن يراعي القواعد الآتية :

- انتساب العمل الضار أو الخطأ الطبّي للإدارة أو المرفق الصّحي.
- تحديد الضرر القابل للتعويض.

ويحتم على القاضي التأكيد من توفر مميّزات الضرر وخصائصه وهي :

- أن يكون شخصياً.
- أن يكون مؤكداً.
- أن يكون مباشراً
- أن يمسّ بحق مشروع أيّ مصلحة، - كما تمّ الحديث عنه أعلاه -.

وتعلّق الأمر بمسؤولية دون خطأ أيّ على أسس المجال الطبّي - تتجسّد في حالة التطعيم الإجباري أو المخاطر الناتجة على الجوار بسبب هروب أحد مرضى مستشفيات

الأمراض العقلية وتسببه في أضرار للغير أو في حالة نقل الدّم وانتقال العدوى -، والمؤكد أنّ القاضي يعتمد على تقديم طلب التعويض فإذا قدّم طلب التعويض من طرف الضحية حال حياتها فهذا الحق ينقل إلى ورثتها ولهم الحق في المطالبة بالضرر المادي والضرر المعنوي معاً.

أمّا إذا توفيت الضحية قبل أن يقدم طلب التعويض فلا يحقّ لذوي الحقوق المطالبة سواء بالتعويض المادي دون المعنوي.

وللقاضي أن يراعي العلاقة التي تربط الضحية بذوي الحقوق والمؤكد أنّ حرية القاضي في منح التعويض مقيدّ بأمرين (1):

أولاً. إرادة المشرّع: أي أنّ المشرّع قد يتدخل في بعض الأحيان ليحدّد طرق التعويض والحصص المقدّرة المستحقة للضحية والقاضي مقيدّ في هذا الإطار ولا يمكنه الخروج عليه.

ثانياً. إرادة الضحية: لا يجوز للقاضي الحكم بأكثر ممّا يتطلّب الضحية وإلاّ خالف قاعدة الحكم بأكثر ممّا طلب الخصوم ويعرّض حكمه للنقض والإلغاء.

ويمكن للقاضي منح تعويض مؤقت والفوائد التأخيرية.

اعتنق مجلس الدولة الفرنسي في قراره الخطأ البسيط المستوجب للتعويض في قضية كما اعتنق مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة الصحية دون خطأ فيما يتعلّق بمراكز نقل الدّم وفي حالة العدوى والإصابة بالفيروس HIV.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية :

لذلك يتعيّن على المحكمة الاستثنائية إن تدخل في اعتبارها عند تقدير التعويض زيادة قيمة الضرر تبعاً لانخفاض قيمة النقود في الفترة بين الحكم أول درجة والحكم الاستثنائي.

(1). لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث : نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.50.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية حديثاً إلى الاعتداد بزيادة الأسعار على صدور الحكم النهائي في التعويض عن الضرر الجسدي المستمر بحيث يزداد التعويض في مقداره بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر وتتجسد الوسيلة الفنية التي لجأت إليها لتحقيق هذا الغرض في ربط التعويض المحكوم في صورة إيراد دوري بقيمة تتغير قيمة النقود وهو الأمر الذي يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقاً لقيمة النقد الذي يقدر به (1).

فالقاضي لا يستطيع أن يضع رقماً محدداً لقيمة الضرر وقت حكمه ولا يستطيع بالتالي أن يقدر التعويض عنه بالقدر الكافي والجابر له يستعين بوسيلة حسابية تقيم التناسق المستمر بين مقدار التعويض وقيمة الضرر.

وللقاضي دور بارز في تكوين عناصر الحق في التعويض ففي ظل القوانين التي تسمح بالمطالبة بالفوائد التي تسمح بالمطالبة بالفوائد التأخيرية لا يجوز المطالبة بها عن التعويض المستحق على العمل غير المشروع أو عن خطأ شخصي أو مرفقي إلا من تاريخ صدور الحكم النهائي به لأنه بهذا التاريخ يصبح محل الالتزام معلوم المقدار فيتحقق بذلك شرط استحقاق الفوائد التأخيرية والحق في التعويض يصبح غير قابل للسقوط بمرور الزمن بعدما أن تحددت قيمته بمقتضى حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي إلا بانقضاء مدة التقادم (2).

والقاضي ملزم طبقاً للقانون أن يجعل التعويض العيني أو لم يكن هذا الأخير ممكناً فإن القاضي هو الذي يقوم بتحديد الضرر التي يتحدد به مدى التزام المسؤول بتعويضه فحكم القاضي مجرد كاشف للحق.

(1). مصطفى معوان، المسؤولية الإدارية للطبيب عن الأعمال الطبية الاستشفائية، مجلة الاجتهاد القضاء، العدد الثاني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نوفمبر 2005، ص. 171.

(2). لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث : نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص. 51.

ثالثاً : تقدير التعويض واستحقاقه

سيتمّ التناول في هذا الفرع مسألة تقدير التعويض وآليتها وصعوبتها، ومن يقع عليه هذا العمل، وكذلك الأسس القانونية المطلوبة لها، وواجبات الخبراء الذين تعينهم المحكمة، وبعد ذلك. سيتم تناول مسألة استحقاق التعويض للمريض وشروط ذلك.

1/- تقدير التعويض :

إنّ عملية تقدير التعويض عن المسؤولية الطبيّة تتطوي على نواحي دقيقة وفنيّة ليس في مقدرة القاضي معرفتها، لأنّها بحاجة إلى الأطباء وأهل الخبرة من ذوي المهنة لأنّ القاضي لا يفترض به أن يلم بالأمر الطبيّة وليس من السهل عليه أن يعرف الخطأ في سلوك الطبيب المعالج⁽¹⁾.

فإذا كان بإمكان القاضي أن يصل إلى خطأ الطبيب في أعماله العاديّة واليومية كعدم حصوله على رضا المريض أو موافقته الخطيّة مثلاً، فإنّه يصعب عليه هذا العمل في الأمور الطبيّة التي تتعلّق بالفنّ والعلوم الطبيّة لذا يجب عليه أن يلجأ إلى أهل الخبرة والمعرفة، ليبيّنوا له الصّعوبة المتعلقة بالعمل الطّبيّ وأسراره، وعلى الخبير الذي تعينه المحكمة أن يقدر الحقائق وعلى القاضي أن يبحث ذلك من الجوانب القانونية.

ولذلك يمكننا الإشارة أنّ الخطأ الطّبيّ في ممارسة العمل الفنّي يمرّ في مرحلتين :
أولاً: تتمثل في تحديد مدى مطابقة العمل الطّبيّ للقواعد الفنيّة والأصول العلمية المستقرّة والمرتبطة بالمهنة الطبيّة، وهذا العمل لا يقوم به سوى من يمارسون المهنة الطبيّة.

ثانياً: عملية عرض نتيجة المرحلة السابقة ومقارنتها للمعيار القانوني للخطأ المهني وهذا عمل قانوني صرف يقوم به قاضي الموضوع.

(1). عبد السلام التوتنجي، مرجع سابق، ص.ص. 118-120.

وحتى يتمكّن الخبير الذي تحدّده المحكمة من أن ينفذ مهمته بنجاح، لا بدّ له من اتباع القواعد القانونية الصحيحة، والتي يقع تحديد بعضها على المحكمة قاضي الموضوع التي كلّف الخبير للقيام بهذه المهمة، حيث يترتّب على المحكمة المختصة بخصوص الخبرة الأمور التالية :

1. عليها أن تحدّد مهمة هذا الخبير بدقّة ووضوح، فيجب عليه أن يقوم بالإجابة بشكل تام عن كل الأسئلة التي تطرحها المحكمة عليه، وعليه أن يبحث في الأسباب التي أدت إلى وقوع الخطأ الطبّي، مع التّوضيح أنّه بالإمكان تجنّبها وفقاً للمعطيات العلمية ومدى ما ارتكب الطبيب من إهمال إذا ما كان ليرتكب من قبل طبيب أحيط بنفس الظروف الخارجية والداخلية التي وجد بها الطبيب المسؤول عن الخطأ.

2. ليس من حق المحكمة أن تحدّد للخبير الوسائل العلمية أو التقنية التي يجب أن يعتمد عليها بل من حقه أن يكون له قدرًا من الحرّية والاستقلال في العمل وتقرير الخبرة الصّادرة عنه (1)، وعلى الخبير أن يبيّن في تقريره بشكل واضح، أنّ الطبيب قد ارتكب خطأ طبيًا أم لا، وعليه خلال ذلك أن يدرس ملف المريض الطبّي وتاريخه المرضي وعلاقته بعلاج الطبيب، مع ضرورة عدم تدخّله وخوضه بالأمور القانونية وأن يبتعد عن الاكتشافات والحقائق الغير ثابتة خلال عمله للتقرير، ومن حقه أن يطلب إعفائه من عمله (2).

وقد نصّت المادّة 266 من القانون المدني الأردني بالقول :

[يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار].

وهناك مسألة هامّة تتعلّق بالوقت الذي يتمّ فيه تقدير التعويض حيث أنّ الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيّرًا وقد لا يتيسر تعيين نهايته عند النطق بالحكم، وهذا الموضوع

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 169.

(2). عبد السلام التوتنجي، مرجع سابق، ص. ص. 118-120، وللمزيد www.juribedia.org/index 2006/03/25.

محل خلاف بين القضاء والفقهاء، حيث كان هنالك اتجاهين متناقضين أحدهما يعدد بوقت وقوع الضرر والآخر يعتمد على وقت النطق بالحكم، حيث أن الاتجاه الأول يحتج أنصاره بالقول أن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق بالتعويض وليس الحكم ولذلك فإن تقدير التعويض يستند إلى وقت وقوع الضرر وما يتصل به من عناصر، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها هذا الاتجاه وقررت أن الحكم إنشائي على اعتبار أن قبل صدوره لم يتحقق موجب للتعويض.

ويعتبر أنصار الاتجاه الآخر حكم القضاء كاشفاً ومعلّفاً للحق بالتعويض وليس منشأً له وأنه إلى حين صدور الحكم يكون الحق بالتعويض غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدد مقداره، لذا يجب أن يعدد بجميع عناصره التي توجد وقت صدور الحكم وسبب هذا التعويض ينشأ من لحظة وقوع الضرر، أما تحديد مقداره فينشأ من وقت النطق بالحكم مع مراعاة الظروف من المستجدات التي صاحبت الضرر من لحظة وقوعه إلى حين صدور الحكم (1).

لذلك فإنه يمكن القول أن الرأي قد استقر على أن تقدير مبلغ التعويض يكون وفقاً لما تكون عليه حالة المضرور وقت صدور الحكم وأن يراعي القاضي جميع الحوادث والتطورات التي حدثت إلى يوم صدور الحكم (2).

وحق المضرور وإن كان ينشأ من يوم تحقق الضرر إلى أن تجسيده في حق دائنيه مقدر بالنقد لا يتم إلى يوم صدور الحكم، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المادة 188 من مشروع القانون المدني الفلسطيني نصت على أن :

[إذا لم يتيسر للقاضي أن يعين مدى التعويض تعيناً نهائياً احتفظ للمضرور بطلب إعادة النظر في التقدير خلال مدة معينة].

ونظراً لأن قيمة النقود تتغير بصورة مستمرة، فإن مقتضيات الحق إزاء ذلك، تقتضي عدم التقيد بمبدأ القيمة الاسمية للنقود أي قيمتها العددية، أي أنه يجب الاعتداد بزيادة الأسعار

(1). محمود دودين، مرجع سابق، ص. ص. 144-145.

(2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. ص. 190-191.

اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر بحيث يزداد التعويض بمقدار الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، فإذا كانت حالة المريض تقتضي تقديم علاج أو جراحة أو شراء أدوية إضافية، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء تكاليف ذلك ساعة النطق بالحكم، وكل ذلك يكون محلاً للزيادة.

وقد رأى القضاء الفرنسي أنّ أفضل صور التعويض أن يكون على شكل مرتّب دوري مدى الحياة ومرتبّ بتغير الأسعار وارتفاع قيمة النقد.

وأخيراً فإنّ مسألة تقدير التعويض عن الحوادث الطبيّة هي عملية دقيقة ومعقّدة ومتداخلة وتحتاج إلى جهد كبير ودراسة علمية للعلوم الطبيّة والحقائق العلمية المتعلّقة بالمسؤولية الطبيّة.

2/- استحقاق التعويض :

من المتفق عليه والمسلم به قانوناً أنّ التعويض يقدر بقدر ما لحق المضرور من ضرر فلا يزيد عنه ولا يقل، والتعويض يكون مقابل الضرر الذي أصاب المضرور نتيجة الفعل الضار - الخطأ الطّبي -، ويشترط للحصول على التعويض ما يلي :

أ/- ما يتعلّق بمصدر الضرر : حيث يجب أن تنشأ هذه الأضرار بسبب تدخل طبي من قبل الطبيب المعالج، سواء كان للتشخيص أو العلاج أو غير ذلك من الأمور الطبيّة المطلوبة، ولذا فلا تثور هذه المسألة إلاّ بعمل أو امتناع عن عمل (1).

ب/- من الضروري أن تكون الأعمال الطبيّة المسببة للضرر معروفة، فإذا لم تكن كذلك ينتفي الضرر وينتفي التعويض.

(1). أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص. 150.

ج/- يجب أن يكون الضرر فيه اعتداء على حق للشخص أو مصلحة معترف به، فإذا لم تكن كذلك لن يحصل على التعويض (1).

د/- يجب أن لا يكون الضرر له علاقة بالوضع الصحي السابق للمريض أو زاد بسبب ذلك أو نتيجة لوضع صحي متعلق بالشخص نفسه، مثلاً أن يكون لديه حساسية خاصة من بعض الأدوية.

ه/- وبكل الأحوال لكي يقوم المريض بالمطالبة بالتعويض، يجب تحقّق الضرر، وأن يكون الضرر سببه خطأ الطبيب، وتوفر علاقة السببية بينهم، وأن يقوم المريض بإعذار الطبيب وإثبات الشروط السابقة (2).

يجب في هذا المجال الإشارة إلى كيفية توزيع التعويض النهائي بين المرفق الطبي والطبيب المخطئ التابع له، وهنا يثور التساؤل حول الأسس المعتمدة في التعويض في هذه الحالة وللإجابة على هذا التساؤل نبين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : المسؤولية المشتركة بين المرفق الطبي والطبيب المخطئ

تحصل هذه الحالة عندما يجتمع الخطأ الشخصي بخطأ الخدمة ففي هذه الحالة أنّ الحصة النهائية من التعويض التي يتحملها كل من المستشفى والموظف توزع بينهما بنسبة خطأ كل منهما في التسبب بالضرر وهنا نعطي مثال في قرار شهير قرار Delville لدلفيل الصادر في 1951/07/28 حيث وّزع مجلس الدولة التعويض مناقصة بين الإدارة والموظف نظراً لتعادل خطأيهما (عدم صيانة ضوابط السيارة خطأ الخدمة وحالة السكر عند الموظف خطأ شخصي).

(1). عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص.ص. 30-31.

(2). عبد السلام التوتنجي، مرجع سابق، ص.ص. 120-121.

الحالة الثانية : تحميل الموظف عبء التعويض كاملاً

في هذه الحالة هناك احتمالان :

- عندما يكون الموظف ملزماً وحده بتحمل كامل التعويض نهائياً عندما تضطر الإدارة بنتيجة حكم قضائي وبمعزل عن أي خطأ خدمة أن تدفع هذا التعويض للمتضرر لأنّ الخطأ شخصي كان لا يخلو من أيّة علاقة من المرفق العام.
 - عندما يكون الإدلاء بخطأ الخدمة ممكناً بالنسبة للمتضرر وغير ممكن بالنسبة للموظف فهنا تدفع الإدارة كامل التعويض للمتضرر لأنّ هناك خطأ خدمة وإنّما يمكنها الرجوع على الموظف الذي لا يجوز له الإدلاء بهذا الخطأ بوجهه بكامل هذا التعويض فتستوفيه منه وهنا صدر قرار شهير عن مجلس الدولة أين صرح القاضي :
- " ... وإنّما لا يجوز للموظف في علاقته مع الإدارة أداء بهذا السبب للتخلص من التعويض وذلك عملاً بالقاعدة القائلة بأنّه لا يجوز لأحد أن يتذرع بتفاهته "

الحالة الثالثة : وهي تتعلّق بحق الموظف في الرجوع على المستشفى

حق الموظف في الرجوع على المستشفى يحصل في حالتين مقابلتين لحالتي الجمع قد يحصل أن يكون المتضرر قد أقام الدعوى على الموظف بسبب شخصي ارتكبه في حين أنّ خطأ خدمة أغفلت الإدارة الصحية عن إثارة مشكلة الصّلاحية أمام القضاء العادي ومن ثمّ وردت نصوص قانونية فرنسية تخصّ المستخدمين في البلديات والمؤسسات العمومية التي تجيز الرجوع على الإدارة في كل الأحوال ولكن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة في قرار المركز الاستشفائي لمدينة بوزنطو يعتبر أنّ هذه النصوص ليست سوى مبدأ قانوني عام يجيز ذلك قد يحصل بنتيجة مبدأ الجمع أن يحكم الموظف من قبل محكمة عادية في حين أنّ المسؤولية تكون مشتركة بينه وبين الإدارة الصحية، وفي مثل هذا الحال كان الاجتهاد الإداري لا يقرّ للموظف بحق الرجوع على المستشفى وقد استمرّ هذا الاتجاه لمدة طويلة إلاّ أنّه لم

يلبث أن نقضه وافر مبدأ إمكانية الرجوع نهائياً ومع الإشارة أن القاضي الإداري ليس مقيداً بالحكم الصادر عن القضاء العادي بشأن تقدير التعويض عن الضرر أو بشأن توزيع الأعباء بين الإدارة الصحية والموظف إلا إذا دخلت الإدارة في الدعوى أمام القضاء العادي لأنه يكون عندئذ لا بدّ الرّضوخ لقوة المحكمة (1).

(1). قنوي في وسيلة، المسؤولية الإدارية للمرفق الطبّي العام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2004، ص. 193.

المبحث الثاني

الأحكام الإجرائية للمتابعة الجزائية

في القانون الدولي

إلى جانب اهتمام التشريعات الوطنية بجسم الإنسان وحمايته نجد هناك أيضًا اهتمام دولي بهذا الموضوع، وهذا الاهتمام ناتج أصلاً من الأهمية التي أصبح المجتمع الدولي اليوم يكتفها لجسم الإنسان، وحرّمته فقد ظهرت في عصرنا الحالي، مجهودات دولية كبيرة تسعى لحماية الإنسان، وتكريس حقوقه الأساسية كحق الحياة الحماية والأمن، فنتج عن هذا ظهور جرائم دولية بمفهومها الحديث، كجرائم الإبادة الجماعية، والعنصرية، والأعمال اللاإنسانية، وجرائم الحرب، لذا تعاون قضائي عالمي كضرورة في واقعنا الدولي اليوم، وستبث محاكم دولية، وشرطة جنائية دولية (الإنتربول) وغيرها من المستجدات على الساحة الدولية.

وسوف نتطرّق في هذا الصدد إلى الضمانات الدولية لحماية الحق في سلامة الجسم من الأعمال الطبية الحديثة، ثمّ نتطرّق إلى التعاون القضائي الدولي والانتربول.

المطلب الأول : الضمانات الدولية لحماية الحق في سلامة الجسم في الأعمال الطبية الحديثة

يعدّ الحق في سلامة الجسم أحد الحقوق الهامة اللصيقة بالشخصية، والتي تعني أنّ الإنسان يملك حقوقاً طبيعية لصيقة به تهدف إلى حماية الشخص في ذاته، وحماية القيم المتصلة به وبغض النظر عن جنسيته أو جنسه أو ديانته، أو أصله العرقي، أو القومي، أو وضعه الاجتماعي أو الاقتصادي.

وإذا كانت هذه الحقوق تختلف من مجتمع إلى آخر حسب الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة به، فإنّ المجتمع الدولي ممثلاً بالأمم المتحدة قد عمل على تحديد هذه الحقوق الأساسية وأبرزها كقيم مشتركة بين المجتمعات جميعاً (1).

تتمّ دراسة الضمانات الدولية لحماية الحق في سلامة الجسم التعرّض في كلّ من الاتفاقيات الدولية والإقليمية والجهود الدولية المبذولة في ذلك، وكذلك إعلانات منظمة الصحة العالمية في ما يخص الأعمال الطبيّة الحديثة وعليه سوف نتطرّق إلى المسائل القانونية التّالية :

الفرع الأوّل : حماية الحق في سلامة الجسم في الاتفاقيات الدولية والإقليمية

الأمر هنا يتعلّق بالاتفاقيات الدولية والإقليمية، والجهود المبذولة دولياً لحماية هذا المبدأ.

أوّلاً : حماية الحق في سلامة الجسم في الاتفاقيات الدولية

تتعدّد هذه الاتفاقيات إلى عدّة أنواع منها اتفاقية إبادة الجنس البشري، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقيات الدولية للحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب.

وعليه سنقسم هذا العنصر إلى ما يلي :

أ/- اتفاقية إبادة الجنس البشري: أصدرت الجمعية العامّة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 19 ديسمبر عام 1948 اتفاقية تجريم إبادة الجنس البشري (2) وأولتها عناية

(1). إبراهيم الشيخ، حقوق الإنسان بين المجتمع الدولي والمجتمعات القومية : المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الرابع والثلاثون، العدد الرابع عشر، 1978، ص. 269.

(2). هذه الاتفاقية اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامّة رقم 620 ألف (د-3) المؤرخ في 1 ديسمبر 1948، وبدأ تنفيذها بتاريخ 12 يناير 1951، طبقاً للمادة 13 من نصوص الاتفاقية. انظر : الأمم المتحدة حقوق الإنسان مجموعة صكوك دولية : نيويورك 1988، ص. 132 وما يليها.

خاصة، نظرًا لما ألحقته هذه الجرائم اللإنسانية من خسائر جسيمة في جميع فترات التاريخ.

وقد خصّت هذه الاتفاقية في المادة الثانية منها إلى مجموعة الأفعال تتكوّن منها جريمة إبادة الجنس البشري وذكرت في النقطة الثانية منها الاعتداء الجسيم على السلامة الجسدية أو العقلية.

فهذه الاتفاقية الدولية الخاصّة بإبادة الجنس البشري، قد قرّرت حقًا في سلامة الجسم لجميع أفراد المجتمع الدولي، ويتمثل في حماية الحق في السلامة من الإبادة المادّية المتمثلة في الاعتداء الجسماني أو إعاقة التناسل بتعطيل عضو من أعضاء الجسم عن سيره الطبيعي المعتاد، وحمايته من الإبادة المعنوية في الاعتداء النفسي، أو إخضاع أفراد الجماعات البشرية لظروف معيشية قاسية، كوضعهم في معسكرات خاصّة، أو التأثير عليهم بعقاقير ومواد مخدّرة.

ب/-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: صدر هذا الإعلان عن الجمعية العامّة للأمم المتحدّة في العاشر من ديسمبر من عام 1948⁽¹⁾، وقد ورد في المادة الثالثة من هذا الإعلان التأكيد على حق كل فرد في الحياة والحرّية والسلامة الشخصية، وذلك بقولها " لكلّ فرد الحق في الحياة والحرّية والسلامة الشخصية ".

أمّا من حيث القيمة القانونية لهذا الإعلان فقد ذهب البعض إلى القول بأنّ هذا الإعلان ملزم قانونًا لكافة الدّول أعضاء منظمة الأمم المتحدّة، باعتبار أنّه مكمل لميثاق هذه الهيئة، والذي فرض احترام حقوق الإنسان إلّا أنّ الرّأي الرّاجح يذهب إلى القول بأنّ هذا الإعلان له قيمة أدبية كبرى، ومن ثمّ فإنّها لا يتمتع بأيّة قوّة قانونية ملزمة⁽²⁾.

(1). هذا الإعلان اعتمد بقرار الجمعية العامّة 217 ألف (د. س) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، أنظر منشورات المتحدّة :

حقوق الإنسان مجموعة صكوك دولية، مرجع سابق، ص. 2 وما يليها

(2) عبد العزيز سرحان : الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان والحريّات الأساسيّة، دار النهضة العربيّة، 1966، ص. 25.

ج/-الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية: صدرت هذه الاتفاقية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، ودخلت حيّز النّفاذ عام 1976⁽¹⁾.

ولقد انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 الصادر بتاريخ 16 مايو 1989⁽²⁾ وتعدّ هذه الاتفاقية كمكمل للإعلان لحقوق الإنسان، حيث حرّصت على إبراز حق الفرد في الحياة وحقّه في الحرّية والسلامة الشخصية.

هذه الاتفاقية تعتبر أوّل تقنين عالمي يؤكد حماية جسم الإنسان في مواجهة التجارب الطيّبة والعلمية، فنّصت في المادة السادسة الفقرة الأولى على أن " لكلّ إنسان حق بيبي في الحياة ويحمي القانون هذا، ولا يجوز حرمان أيّ فرد من حياته بشكل تعسفي ". إلى جانب ذلك تتمتع هذه الاتفاقية بأهمّية قانونية بالغة باعتبارها حارسًا دوليًا لحقوق الإنسان حيث تلتزم الدولة التي تصادق على أحكامها باحترامها وتنفيذها.

د/-اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب : لم تقتصر الاتفاقيات الدولية على حماية حق الإنسان في سلامة جسمه إبّان السلم فقط، بل لقد تجاوزت ذلك إلى وقت الحرب أيضًا، بحيث نصّ عليه قانون النزاعات المسلّحة في اتفاقيات لاهاي لعام 1907،

(1). تسمى هذه الاتفاقية بالعهد الدولي الخاصّ بالحقوق المدنية والسياسية، وقد اعتمد للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200(ألف) المؤرخ في 16 كانون الأوّل -ديسمبر 1966، ولم يوضع موضع التنفيذ إلّا في 3 آذار -مارس 1976 بعد أن وقعت عليه الأغلبية المطلوبة من الدول العالم، الأمم المتحدة، صكوك دولية، مرجع سابق، ص. 18.

(2). أنظر المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 11 شوال عام 1409، الموافق 16 مايو 1989، يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاصّ بالحقوق المدنية والسياسية، الجريدة الرّسمية 1989.

وفي اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، إضافة إلى البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977⁽¹⁾.

ففي اتفاقيات جنيف الصادرة في 12 أغسطس عام 1949 نجد أنها تحمي الأشخاص الذين لا دور لهم في العمليات الحربية (المدنيين) أو الذين هم ليسوا بقادرين على ذلك (الجرحي والمرضى والسجناء) وتنص على العناية التي يجب تقديمها لمثل أولئك الأشخاص⁽²⁾.

وأخيرًا فهذه الاتفاقية في مادتها 147 تجرم الأفعال التالية⁽³⁾:

1. القتل العمد.

2. التعذيب أو المعاملة البعيدة عن الإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة.

3. الأعمال التي تسبب عمدًا آلامًا شديدة أو إصابة خطيرة للجسم أو الصحة.

ثانيًا : الحق في سلامة الجسم في الاتفاقيات الدولية الإقليمية

سنستعرض في هذا الشأن كلّ من الاتفاقيتين الأوروبية والأمريكية، فيما استحدثناه من ضمانات في مجال حماية سلامة جسم الإنسان وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب حسب ما يلي :

أ/-الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ب/-الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

(1) هاتزبيتر غاسر : قانون لاهاي واتفاقيات جنيف الأربعة بحث منشور بمجلة الحق السنة 14، العدد 1 و2، 1982، ص.2.

(2) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء، ج الأول، كتاب الثاني، مرجع سابق، ص. 88 وما يليها.

(3) محي الدين عشاوي، حقوق المدنيين تحت الاحتلال الحربي، رسالة دكتوراه، القاهرة، عام 1972، ص. 339 وما يليها.

أ/-الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:لقد تمّ التوقيع على هذه الاتفاقية من طرف الدول الأعضاء في مجلس الاتحاد الأوروبي في الزّابع من شهر نوفمبر عام 1950 وتعدّ هذه الاتفاقية أهم خطوة إيجابية في سبيل حماية حقوق الإنسان بحيث أكّدت هذه الاتفاقية احترام الحقوق التي تضمنّها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948⁽¹⁾.

وقد استهدفت هذه الاتفاقية تدوين الحقوق الأساسية للإنسان، وذلك بإتاحة الفرصة للأفراد بتقديم شكاوي أمام هيئة دولية، ويطلبوا إنصافهم، ورد حقوقهم وبالتالي حرصت الاتفاقية على إبراز الحق في الحياة وما يرتبط من بسلامة الجسم، حيث نصّت في المادة الثانية الفترة الأولى على أنّه:

[... حق كل شخص في الحياة مكفول بمقتضى القانون، والموت لا يمكن أن يوقع عمدًا على أحد إلاّ تنفيذًا لحكم الإعدام الصادر من المحكمة، وفي الحالة التي تكون الجريمة معاقبًا عليها بالإعدام بمقتضى القانون].

كما قرّرت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية تحريم التعذيب، أو العقوبات أو المعاملات غير الإنسانية، وتحمي هذه المادّة حق الأفراد في سلامة الجسم سواء من النّاحية المادّية أو المعنوية⁽²⁾.

ب/-الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان: تمّ التوقيع على هذه الاتفاقية عام 1969، ودخلت حيّز التطبيق عام 1978 وقد صادقت عليها اثنتا عشر (12) دولة من دول أمريكا اللاتينية.

وتميّزت هذه الاتفاقية بتحديد لها لحظة ميلاد الشخص وبكفالاته وحماية حقّه في الحياة وحقّه في سلامة جسمه، ولقد نصّت في المادة الرّابعة على حق كل شخص في أن يحترم حياته وهذا الحق مكفول له بمقتضى القانون وذلك منذ لحظة ميلاده، ولا يجوز أن تسلب حياة أي شخص بطريقة منافية للقانون⁽³⁾.

(¹). HennauHublet(GH), *Les projets de réglementation de l'expérimentation sur les humains*, p. 320.

(²). Kiss et Marie, *Le droit à la vie*, *Revue de droit de l'homme*. Vol V, 1974, p. 340.

(³). أنظر: مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء، مرجع سابق، ص. 88 وما يليها.

ثالثاً : المجهودات الدولية المبذولة لحماية الحق في سلامة الجسم عمومًا

إلى جانب الاتفاقيات الدولية، والاتفاقيات الإقليمية، هناك مجهودات دولية تبذل للمحافظة على الحق في سلامة الجسم في ظل ما أسفرت عنه الإنجازات المحققة في مجال التقدّم العلمي والتكنولوجي، فبقدر ما ساهمت هذه الإنجازات في تحقيق التقدّم والرّفاهية للبشرية، إلاّ أنّها في ذات الوقت أصبحت لها آثار خطيرة بالنسبة لانتهاك حقوق الأفراد وحرّياتهم لأجل ذلك عقدت عدّة مؤتمرات دولية خاصّة بحماية سلامة الجسم.

وضعت عدّة توصيات، وأهمّ هذه المؤتمرات نذكر منها :

مؤتمر طهران المنعقد عام 1968 وتوصيات مؤتمر بروكسل المنعقد عام 1970:

1. مؤتمر طهران(1968): انعقد هذا المؤتمر بطهران (إيران) عام 1968 تحت رعاية الأمم المتحدة⁽¹⁾، تمخضت عنه إصدار توصيات عديدة أهمّها ما قرّره في العنصر الثاني من توصياته وهو : حماية الشخص وسلامته البدنية والعقلية في ضوء الانجازات المتحقّقة في علوم الطب والبيولوجيا والكيمياء الحيويّة.

2. مؤتمر بروكسل(1970): انعقد هذا المؤتمر في بروكسل عاصمة النمسا عام 1970⁽²⁾ وخصّص لدراسة مشكلة حقوق الإنسان على ضوء الاتفاقيات الأوروبية وقد أصدر توصيات عديدة أهمّها ما يلي :

1. حماية الأفراد ضد الاعتداءات البدنية والعقلية وكذا احترام حرّيتهم الأدمية.

2. حماية الأفراد في شرفهم وسمعتهم وكل ما يمس الشرف أو الاعتبار.

3. حماية الأفراد ضد أعمال التجسس والمراقبة.

(¹) من بين ما اقره المؤتمر هو :

"Si les découvertes scientifiques et l'évolution de la technique ont récemment ouvert des vastes perspectives ou développement économique. Social et culturel. Ces progrès peuvent néanmoins mettre en danger les droits et libertés de l'individu et requièrent donc une attention". Citez par R. Cassin la technologie biologique et les droits de l'homme. Revue de droit de l'homme Vol 4, 1969.

(²). Jacques Velu, **Le droit au respect de la vie**, Bruxelles, 1974, p. 26.

4. احترام الأسرار المهنية الخاصة بالأفراد (1).

الفرع الثاني : الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأعمال الطبية الحديثة

هذه الاتفاقيات متعدّدة وأهمّها إعلان جمعية الصّحة العالمية التابعة لمنظمة الصّحة العالمية، وفي دورتيها الأربعين والثانية والأربعين، وإعلان الجمعية الطبيّة العالمية عن تجارة الأعضاء.

فجمعية الصّحة العالمية في دورتها الأربعين المنعقدة بجنيف 5-14 ماي 1987 لمنظمة الصّحة العالمية أصدرت قرار تم من خلاله كالآتي :

وضع مبادئ توجيهية لنقل الأعضاء البشرية جاء فيه : إذ تدرك التقدّم المحرز في عمليات نقل أعضاء الإنسان في كثير من الدول الأعضاء وإذ تقلقها عمليات المتاجرة بالأعضاء البشرية الأحياء وإذ تؤكد أنّ هذه العملية لا تتفق مع أبسط القيم الإنسانية، وتتعارض مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومع دستور منظمة الصّحة العالمية، وإذ تنثى على التدابير التي اتخذتها بعض الدول الأعضاء لتنظيم عمليات نقل الأعضاء البشرية وعلى ما قرّره من وضع وثيقة قانونية موحّدة لتنظيم هذه العمليات!.

ترجو المدير العام :

1. أن يقوم بالتعاون مع المنظمات المعنية الأخرى، بدراسة إمكانية وضع مبادئ توجيهية مناسبة لنقل الأعضاء البشرية.

2. أن يقدم لجمعية الصّحة تقريراً عن الإجراءات المتخذة في هذا الصدد دليل القرارات

المجلد الثاني (1985)

(الجلسة العامّة الحادية عشر 13 ماي 1987 للجنة (ب) التقرير الأول)(2).

(1). أنظر : مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء، الجزء الأول، كتاب الثاني، ص. 88.

(2). مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء ، الجزء الأول ، كتاب الثالث، مرجع سابق، ص. 637.

كما صدر عن هذه الجمعية في دورتها الثانية والأربعون جنيف 8-19ماي 1989 للمنظمة الصّحة العالمية، قرار آخر جاء فيه :

حظر شراء وبيع الأعضاء البشرية جمعية الصّحة العالمية الثانية والأربعين، وإذ تقلقها عمليات المتاجرة بأعضاء أشخاص أصحاء، التي تستغل الشدائد التي يعانيتها البشر وتزيد من الخطر الذي يتهدّد صّحة هؤلاء الأشخاص

وإذ تدرك أن الترتيبات التجارية لزرع الأعضاء مازالت مستمرة رغم ذلك وإنّه لم يتحقّق حتى الآن نجاح ضئيل في خطر المتاجرة بالأعضاء البشرية.

وحرصاً منها على حظر استغلال الشدائد التي يعانيتها البشر ولا سيما الأطفال والفئات الحساسة الأخرى، وعلى زيادة إقرار المبادئ الأخلاقية التي تدين شراء وبيع الأعضاء لأغراض الزرع.

1. تناشد الأول الأعضاء بأن تتخذ الإجراءات الملائمة لحظر شراء وبيع الأعضاء البشرية لغرض الزرع.

2. توصي بأن تسنّ الدول الأعضاء تشريعات تحظر المتاجرة بالأعضاء البشرية حيث لا يمكن فرض حظر فعّال بتدابير أخرى.

3. تحث الدول الأعضاء على العمل بالتعاون الوثيق مع المنظمات الصّحية والسلطات الصّحية الاشرافية، على منع تشجيع جميع الممارسات التي تسهل عمليات المتاجرة بالأعضاء البشرية.

4. تطلب إلى الدول الأعضاء أن تقدّم إلى المنظمة بأسرع ما يمكن تقارير عن الإجراءات المتخذة بهذا القرار.

تطلب إلى المدير العام أن يقدّم إلى جمعية الصّحة العالمية الرّابعة والأربعين تقريراً عن التدابير التي اتخذتها حكومات الدول الأعضاء متابعة لهذا القرار دليل القرارات، المجلد الثاني

(1985)، 1-15-1،! (الجلسة العامّة الحادية عشرة 15 ماي 1989 اللجنة (ب)، التقرير الأول)⁽¹⁾.

وهناك إعلانات سابقة لهذه الجمعية الطبيّة العالمية في مجال مكافحة تجارة الأعضاء البشرية وتتمثل في الجمعية الطبيّة العالمية في دورتها السابعة والثلاثون (37) بروكسيل (بلجيكا) أكتوبر 1985.

وكان هذا الإعلان قد صدر لمواجهة التطوّر الحديث لتجارة جدّ مربحة للكلّي منتزعة من أشخاص أحياء من البلدان المتخلفة وتباع في أوروبا والولايات المتحدّة الأمريكية فنّص إعلانها على :

- الجمعية الطبيّة العالمية تدين شراء وبيع الأعضاء البشرية بهدف نقلها وزرعها.
- الجمعية الطبيّة العالمية توجه نداء لحكومات كل الدول لاتخاذ إجراءات تتجنّب استعمال الأعضاء البشرية لهدف تجاري!.
- وإعلان الجمعية الطبيّة العالمية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية صودق عليها من طرف الجمعية الطبيّة العالمية التاسعة والثلاثون (39) مدريد (إسبانيا)، أكتوبر 1987، وطرحت الجمعية التوجيهات التالية للأطباء الذين يقومون بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية :

1. صحة المرضى لا بدّ أن تكون الشغل الشاغل الأوّل لدى هؤلاء الأطباء واهتمامهم ووفائهم حاضرًا في كل التدخلات الطبيّة ولاسيما عند عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وهذا لدى الطرفين (المتقدم بالعضو والمستقبل).
2. أخلاقيات مهنة الطبيب حاضرة في كل تعامل.

(1). مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء، الجزء الاول ، كتاب الثالث ، مرجع سابق، ص. 638.

3. في عملية نقل عضو من شخص متوفى شهادة الوفاة تقدم بكل حرّية من طرف طبيين أو أكثر ليس لهم أيّ علاقة بعملية نقل وزرع العضو وإثبات الوفاة يكون بالطرق العلمية المتفق عليها وتستجيب لأخلاقيات المهنة.

4. في حالة زرع في عملية تجريبية (عضو صناعي أو حيواني) على الطبيب أن يحترم التوجيهات الموضوعية في وثيقة إعلان هلسنكي من الجمعية الطبية الدولية والتي تهدف إلى توجيه الأطباء في مجال البحوث البيوطبية تشرك الأفراد البشرية.

5. الإجراءات التي يجب اتخاذها تناقش بين المقدم للعضو والمستقبل أو مع الأولياء القانونيين لكلا الطرفين، على الطبيب أن يكون واضح عندما يقدم الأخطار المعروفة والممكنة كما يعلم الطرفين عن الحلول الأخرى الممكنة، على الطبيب أن لا يشجع الآمال في ظروف لا تبرّر مصلحة الطبيب للتقدّم والمعرفة العلمية لا بد أن تكون ثانوية مقارنة مع اهتمامه بمصلحة المريض، القبول الحرّ والواضح يكون قائماً في كل الحالات.

6. عمليات نقل وزرع الأعضاء لا تتجزأ إلاّ :

أ- من طرف الأطباء الذين تحصّلوا على معرفة طبية مختصة ومقدرة تقنية مكّلة بتكوين ودراسات مختصة وكذلك الخبرة التطبيقية.

ب- تتجزأ في مصّحات طبية تحتوي على تجهيزات خاصّة بعمليات نقل وزرع الأعضاء.

ج- نقل وزرع الأعضاء لا تتجزأ إلاّ بعد تحرّي دقيق للإمكانيات والطرق العلاجية الممكنة.

د- شراء أو بيع الأعضاء البشرية لأهداف نقل وزرع الأعضاء يمنع منعاً باتاً (1).

(1). مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء، الجزء الأول، كتاب الثالث، مرجع سابق، ص. 639.

المطلب الثاني : التعاون القضائي الدولي والشرطة الجنائية الدولية (الانتربول)

لا تزال الملاحقة الوطنية للجرائم تعد هي القاعدة وتعد الملاحقة الدولية هي الاستثناء لأنّ الدول لا تزال تتمسك بالاعتراف لها بمسؤوليتها الأولى في منع ومكافحة الجرائم الدولية، حتى ولو كانت أشدّ جسامة، وأكّدت ذلك في إطار اعتمادها للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بوصفها مكتملة للقضاء الوطني.

وبالرغم من أنّ إجراءات الملاحقة الجنائية تتمّ على الصعيد الوطني فإنّها تجد مصدرها في القانون الدولي، ويكون بذلك النظام القانوني الداخلي مجرد أداة لردع يستجيب لمنطق دولي أرست مبادئه وقواعده اتفاقيات دولية.

الفرع الأول : التعاون القضائي الدولي

تتعهد الدول بموجب عدّة اتفاقيات دولية أن تتضمن تشريعاتها الداخلية عقاباً ضدّ الجرائم الدولية، أيّ منع ومكافحة هذه الجرائم، والخضوع للقانون الدولي إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أمر لا لبس فيه، فمتى صادقت دولة على اتفاقية فإنّها تتحمّل التزاماً بتفعيل نصوص الاتفاقية التي ارتضت أحكامها إعمالاً لمبدأ حسن النية في الوفاء بالالتزامات الدولية⁽¹⁾. كما هو الحال بالنسبة للجزائر، فطبقاً لدستور 2008، فالاتفاقيات والمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تعلق على القانون.

وقد ذكرت محكمة العدل الدولية الدائمة (التابعة لعصبة الأمم) أنّ هذا الالتزام هو من قبيل الالتزام العام العرفي وجاء في رأيها الاستشاري أنّ الدولة التي أبرمت على نحو صحيح التزامات دولية تكون ملزمة بأن تدرج في تشريعها التعديلات اللاّزمة لكفالة تنفيذ التعهدات التي ارتبطت بها (الرأي الاستشاري في 21 فبراير 1925 بشأن تبادل السكان الأتراك واليونانيين)، وفي ضوء ذلك تكون الدولة ملزمة، حسب الأحوال إمّا بإلغاء بعض القواعد الداخلية المتعارضة مع

(1). أنظر : رقية عواشرية، مجلة الفكر، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص. 20 وما بعدها.

التزاماتها الدولية أو بسن قواعد جديدة تكفل تفعيل تلك الالتزامات، ومن ثمّ يكون سن التشريعات هو من صميم الالتزامات المبرمة باتخاذ تدابير داخلية مع مراعاة الضوابط التي تقرّها قاعدة شرعية الجريمة والعقاب، والتي تستلزم التدخل التشريعي الوطني لتحديد أركان الأفعال المؤثمة والعقوبات المقررة لمخالفتها⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ تعزيز التعاون القضائي بين الدول قد اتسم بنوع من البطء نظرًا لرغبة الدول في أن تحيط قواعد التعاون بضوابط تكفل احترام عدّة مبادئ منها ما يتحصّل بحقوق الإنسان ومنها ما يتعلّق بسيادة كل دولة.

ومع ذلك، ونحن على في بداية الألفية الثالثة، نجد أنّ القانون الدولي الجنائي قد ازدادت أهميته فيما يتعلّق بالتعاون بين الدول في مكافحة الجريمة المنظّمة نتيجة عوامل عدّة من أهمّها: عولمة غالبية الأنشطة البشرية والحركة المتصاعدة للأفراد والأموال، والإزالة التدريجية للحدود وبالتالي تنوّع وسائل مكافحتها واتخاذها صورًا أكثر تقنية وتعقيدًا.

كان للجرائم الدولية نصيب وفير من اهتمام المجتمع الدولي الذي استحدث آليات للتعاون على كافة الأصعدة الدولية الإقليمية والثنائية...⁽²⁾. وفي هذا الشأن تثار مسألة تسليم المجرمين وكذا الالتزام به، ومبدأ التسليم أو المحاكمة.

• تسليم المجرمين :

إنّ مسألة تسليم المجرمين على نحو ما ورد في المادة 102(ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. أن التسليم هو شكل من التعاون بين دولتين على المستوى الحكومي، ويستفاد من الممارسة الدولية أنّ طلب التسليم والرّد عليه هي أعمال دبلوماسية فيما بين الحكومات.

(1). عبد العزيز العشراوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، دار هوم، الجزائر، طبعة 1، 2006، ص. 41 وما بعدها.

(2). أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولي للضرد، دار هوم، دون طبعة، الجزائر، 2009، ص. 86 وما بعدها.

وقرار التسليم هو عمل حكومي سيادي وليس قرارًا من السلطة القضائية، ومن هنا، يكون المبدأ أنّ طلبات التسليم توجه بالطريق الدبلوماسي على خلاف الحال بالنسبة لطلبات التعاون الأخرى، وبعد أن تتلقى حكومة الدولة المطلوب إليها طلب التسليم وتحيله إلى محاكمها الوطنية المختصة، عندئذ تبدأ المرحلة القضائية في الفصل في مدى صحة الطلب (1).

وكما أنّ التسليم هو عمل حكومي وسيادي فإنّه يخضع للقانون الدولي العام بصفة رئيسية وللقانون الداخلي بصفة فرعية، كما عنيت غالبية الدول بوضع تشريع يحكم تسليم المجرمين ويحمي حقوق الأفراد المطلوب تسليمهم مع مراعاة أنّه لا يجوز أن تتعارض هذه التشريعات الوطنية والقواعد الدولية الملزمة بالنسبة لكافة الدول (2).

• الالتزام بالتسليم :

لم يضع القانون الدولي العام التزامًا عامًا بتسليم شخص، وقد ذكر ذلك قضاة محكمة العدل الدولية في طلب الإجراءات التحفظية بشأن حادثة لوكربي (الأمر الصادر في 1992/04/14)، حيث أكد عدد من القضاة أنّه في منظور القانون الدولي العام يكون التسليم قرارًا سياديًا من جانب الدولة المطلوب إليها وغير ملزمة بأن تجريه.

ومع ذلك فإنّ الدول قد حدّت من سلطاتها التقديرية بقبولها توقيع اتفاقيات تسليم، بحيث يكون التسليم وفاءً بالالتزام تعاهدي واستثناء، فقد يصدر قرار مجلس الأمن يلزم دولة على التسليم كما حدث بالنسبة لحادثة لوكربي بصدور قرار مجلس الأمن رقم 748 لسنة 1992 في 1993/03/31 إعمالاً للفصل السابع (3).

(1). رقية عواشرية، مرجع سابق، ص. 19.

(2). أنظر: أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص. 88 وما بعدها.

(3). مصطفى عبد الغفار، تطوّر آليات التعاون القضائي الدولي (في مجال القبض على الهاربين)، معهد الدراسات القضائية والقانونية، مملكة البحرين، ص. 4 - 5.

● مبدأ التسليم أو المحاكمة :

في إطار إبرام اتفاقيات تسليم، نجد أنّ الدول تضع شروطاً للموافقة على التسليم وتستعيض عنه أحياناً بالقول بمبدأ " التسليم أو المحاكمة " .

في هذا الشأن ثار جدل فقهي بشأن تكييف قاعدة " التسليم أو المحاكمة " فقد رأى البعض أنّ لها قيمة عرفية ملزمة، في حين قصر البعض هذا الإلزام على حالة النصّ عليها في اتفاقية ويذهب الرأي الغالب إلى أنّ هذا المبدأ ليس له قوّة إلزامية، وأنّ الدول تملك حريّة الموافقة على التسليم أو رفضه، وفي الفرض الثاني لا تكون ملزمة بإجراء المحاكمة (1).

ويلاحظ أنّ من المميزات المهمة في هذه الدعاوى ذات الطابع الدولي هو مبدأ عدم تقادم الدعوى أو العقوبة، كما نصّت عليه العديد من الصكوك الدولية وفي نصوص القانون الجنائي الداخلي وذلك بالنسبة للجرائم الأشدّ جسامة مثل إبادة الجنس والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب.

ومن الملحوظ أيضاً أنّ لوائح محكمة (نورمبرج) لم تتضمن نصّاً بتقادم الدعوى الجنائية أو سقوط العقوبة، والحال كذلك بالنسبة لاتفاقية عام 1948 بشأن منع ومكافحة جريمة إبادة الجنس، وظلّ الحال كذلك حتّى أبرمت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في 26 نوفمبر 1968 (2).

ويعود سبب عدم التقادم هذا إلى القول بأنّ الجرائم المقصودة هي من أشدّ الجرائم جسامة، وأنّ النصّ على جزاء رادع لها يحول دون تجددّها، ومن ثم يشجع السلام والأمن الدوليين ويضاف إلى ذلك أنّ " الرأي العام العالمي " لا يتقبّل قواعد التقادم المنصوص عليها في التشريعات الداخلية، وحسبما ذكر المجلس الدستوري الفرنسي فإنّه " لا يوجد مبدأ دستوري يحظر عدم تقادم الجرائم الأشدّ جسامة التي تمس مجموع الجماعة الدولية " .

(1). مصطفى عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 19 وبعدها.

(2). عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص. 23 وما يليها.

وطبقاً للمادة الرابعة من الاتفاقية يسري عدم التقادم على إجراءات الملاحقة الجنائية وعلى العقوبات، ويشمل جرائم الحرب وفي تعريفها في نظام محكمة (نومبرج) واتفاقيات جنيف في 12 أوت 1949، والجرائم ضد الإنسانية وفق تعريفها في نظام محكمة (نومبرج) وأفعال الاعتداء المسلّح والأفعال غير الإنسانية النابعة من سياسة الفصل العنصري وجريمة إبادة الجنس وفق تعريفها في اتفاقية 1948⁽¹⁾.

● موقف المشرّع الجزائري في المتابعة والتسليم :

1. المتابعة :

نصّت المواد 582 إلى 589 من ق.إ.ج على الجنايات والجناح التي ترتكب في الخارج والتي يصنّفها المشرّع بأعمال جنائية أو جنحة، وركّز في هذه المواد على إعطاء تفاصيل المتابعة للجناح والجنايات وأعطى شروطه وتطرّق في هذه المواد إلى متابعة الجزائريين المرتكبين لهذه الجرائم خارج البلاد أو الأجنبي الذي تطلب بلادهم تسليمهم لها.

غير أنّ الشيء الذي يجب علينا أن نشير إليه في هذا المجال هو أن سلطة وصلاحيّة النيابة العامّة الجزائرية في تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية بشأن جنحة ارتكبتها جزائري في الخارج وعاد إلى الوطن قبل محاكمته عليها، ومن دون أن تكون قد سقطت هي متعلّقة على وجوب توافر أحد شرطي أو إجراءين جوهريين هما شرط استلام النيابة العامّة لشكاية *Plainte* مقدمة من الشخص المضرور أو استنادها على بلاغ رسمي صادر عن سلطات البلد التي ارتكبت فيه الجريمة الجنحية⁽²⁾.

(1). أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص. 98 وبعدها.

(2). عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص. 28 وما بعدها.

أما بالنسبة للجناية فقد اشترط أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليها نهائياً في الخارج، وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل عفو عنها وهذه الشروط تشمل الجرح أيضاً (1).

وفي المادة 588 من قانون إ.ج تحدّث المشرع عن الأجنبي الذي ارتكب خارج الإقليم الجزائري، كفاعل أصلي أو شريك جناية أو جنحة ضد سلامة الوطن فيجوز متابعته إذا دخل أرض الوطن أو إذا تسلمته السلطات الجزائرية.

(1). المرجع نفسه، ص. 28 و29.

2. التسليم:

فيما يخصّ التسليم للمجرمين وشروطه فقد خصّص المشرّع الجزائري في ق.إ.ج بابًا باسم تسليم المجرمين وهو تابع للكتاب السابع وهو في العلاقات بين السلطات القضائية الوطنية والأجنبية، وكان فصله الأول بعنوان شروط التسليم والفصل الثاني بعنوان إجراءات التسليم، والفصل الثالث آثار التسليم، الفصل الرابع، الخامس بعنواني الترانزيت العبور والأشياء المضبوطة، وهي منصوص عليها في المواد 694 إلى 720 ق.إ.ج الجزائري.

ولقد استهل المشرّع الجزائري بالإشارة إلى أنّ أحكام التسليم المشار إليها في هذه المواد يستثنى منها ما نصّت عليه المعاهدات والاتفاقيات المبرمة من طرف الدولة مع الدول الأخرى يخصّ تسليم المجرمين المادة 694 ق.إ.ج لا يجوز تسليم أيّ شخص إلى حكومة أجنبية دون خضوعه إلى الإجراءات المنصوص عليها في هذا الباب كذلك للدولة الجزائرية تسليم مجرم متابع بطلب من دولة أخرى، وقد اتخذت ضده كافة الإجراءات المتابعة القانونية كما أنّه لا يجوز التسليم إلاّ إذا كانت الجريمة موضوع الطلب قد ارتكبت :

-إمّا في أراضي الدولة طالبة من أحد رعاياها أو من أحد الأجانب.

-وإمّا خارج أراضيها من أحد رعايا هذه الدولة.

-وإمّا خارج أراضيها من أحد الأجانب عن هذه الدولة إذا كانت الجريمة من عداد الجرائم التي يجيز القانون الجزائري المتابعة فيها في الجزائر، وحتى وإن ارتكبت من أجنبي في الخارج وكل هذه الشروط حسب المادة 696 ق.إ.ج ولقد نصّت المادة التي تليها 697 ق.إ.ج عن الأفعال التي تجيز التسليم سواء كان مطلوبًا أو مقبولًا، وملخصها في الأفعال التي يعاقب عليها قانون الدولة طالبة بعقوبة الجنائية، وفي الجرح إذا كانت الحد الأقصى للعقوبة سنتين أو أقل كما أنّه لا يجوز التسليم إذا كان الفعل غير معاقب عليه طبقًا للقانون الجزائري بعقوبة جنحة أو جنائية وتخضع الأفعال المكوّنة للمشرّع أو للاشتراك للقواعد السابقة بشرط أن تكون معاقب عليها لدى الدولة طالبة والدولة المطلوب منها التسليم.

ونصّت المادة 698 عن الحالات التي لا يجوز فيها التسليم وهي :

1. إذا كان الشخص المطلوب تسليمه جزائري.
 2. إذا كانت الجناية أو الجنحة ذات صبغة سياسية.
 3. إذا ارتكبت الجناية أو الجنحة في الأراضي الجزائرية.
 4. إذا تمّ متابعة الجريمة في الجزائر وفصل فيها ولو ارتكبت خارج الوطن.
 5. إذا كانت الدعوى العمومية قد سقطت بالتقادم بالنسبة للدولة الطالبة أو المطلوبة.
 6. إذا صدر عفو في الدولة الطالبة أو الدولة المطلوب إليها التسليم.
- أما في حالة تعدّد الطلبات للتسليم تفضل الدولة التي حصلت لها أضرار بمصالحها أو التي ارتكبت الجريمة على أراضيها حسب نصّ المادة 699ق.إ.ج.

أما إجراءات التسليم فقد خصّها المشرّع الجزائري في المواد من 702 إلى 713ق.إ.ج وبدايتها تكون بطلب عن طريق الدبلوماسية من الدولة الطالبة مرفقة بالوثائق الرّسمية، ونص العقوبة، يستلمه وزير الخارجية ويسلمه بدوره إلى وزير العدل الذي يأمر المحكمة العليا بالتحقيق مع الأجنبي ولها أن ترفض تسليمه بقرار يعدّ نهائي كما أنّها ممكن أن تقبله وإذا لم ترد السلطة السياسية خلال 30 يومًا، يخلّى سبيل هذا الشخص مع عدم مساءلة مرة أخرى عن هذه الجريمة.

كما أنّ هناك طريقة أخرى في التعامل مع هذه القضايا في حالة وجود اتفاقية بين الجزائر ودولة أخرى في مجال تسليم المجرمين (بين الدولتين)، فنتحوّل إلى الإنابة القضائية بين الدولتين ويستغنى عن الطريق الدبلوماسي بينهما كما هو حاصل بين الجزائر وفرنسا في البروتوكول القضائي المبرّم بينهما في 1962/08/28 بالنسبة للإنابة القضائية في المادة الجزائرية المراد تنفيذها على تراب إحدى الدولتين بأن ترسل مباشرة بين الإدارة المركزية العدلية لكلا البلدين وتنفذ عن طريق السلطات القضائية⁽¹⁾.

(1). محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص. 124.

الاختصاص الدولي بالنظر في الجريمة التي يرتكبها الشخص المعنوي :

حسب قانون الإجراءات الجزائية فإنّ هذا الأخير يخضع بدوره إلى القواعد العامّة المنصوص عليها في الباب التاسع من الكتاب الخامس الخاصّ بالجنايات والجنح التي ترتكب بالخارج سواء بالنسبة للشخص المعنوي الجزائري أو الأجنبي وفق قواعد إقليمية وشخصية القوانين، إلا أنّ هذا الأمر سوف يؤدي بدوره لا محالة إلى جملة من الإشكالات لاختلاف طبيعة التعامل مع الشخص المعنوي الأجنبي بالمقارنة مع الشخص الطبيعي عند محاولة تطبيق مبدأ الإقليمية عن الجرائم المرتكبة في الجزائر من طرف شخص أجنبي فيما يتعلّق بكيفية متابعة وتنفيذ الجزاءات والتدابير المتخذة ضده المنصوص عليها في قانون العقوبات في غياب مقر ثابت للشخص المعنوي المتابع في الجزائر (1).

إضافة إلى ذلك عند محاولة تطبيق مبدأ شخصية القوانين عندما يتعلّق الأمر بشركة جزائرية ترتكب جنحة في الخارج، ولكي تكون المحاكم الجزائرية مختصة للنظر في الدعوى وفق قواعد الاختصاص الدولي يجب أن نكون أمام حالة ازدواج التجريم في نظر القانونين، ممّا يجعل عدد كبير من الجرائم تخرج عن دائرة التجريم وفق هذه القاعدة، خاصة بعد حصر الجرائم محل المتابعة على خلاف التشريع الفرنسي (2).

ومع العلم أنّ للضبطية ورجالها دورًا مهمًّا في التنفيذ في هذه الجرائم ذات الطابع الدولي، وهذا ما عجل بقيام جهاز دولي جديد، يكون عنصرًا فاعلاً في مكافحة الجرائم، علما ان نطاق عمله يخرج عن حدود الإقليم الوطني للدول، وهو جهاز الشرطة الجنائية الدولية.

(1). <http://www.droit-dz.com/forum/showthreadphp?t=4243> منتديات الحقوق والعلوم القانونية، 2011/05/20،

01:05، ت.ج، ص. 38.

(2). G. Stefani, G. Levasseur, et B. Bouloc, **Droit pénale général**, N° 311, p. 272.

الفرع الثاني : الإنتربول الدولي (جهاز الشرطة الجنائية الدولية)

تعدّ منظمة الإنتربول من الأجهزة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وتعمل تحت رعايتها وإشرافها، كونها أنشأت بقرار صادر عن الجمعية العامّة للمنظمة الدولية (الأمم المتحدة)، والبحث في مفهوم هذه المنظمة يقتضي مّا التعريف بها من حيث التسميات التي تطلق عليها، وعدد الأعضاء فيها، والمقرّ الذي تتخذه لممارسة أعمالها وأداء وظائفها، وكيفية الحصول على التمويل اللازم لاستمراريتها وديمومتها كما يتطلّب الأمر تناول الأهداف التي تعمل المنظمة على تحقيقها والاختصاصات والمهام التي تمارسها، وللإحاطة بالمفهوم من جميع جوانبه لابدّ من بيان الطبيعة القانونية للإنتربول.

أولاً. أهداف الإنتربول واختصاصاته

تسعى (الإنتربول) إلى تعزيز وتشجيع التعاون الدولي في مجال الامن، أيّ مساعدة الدول الأعضاء على التعاون مع بعضها البعض، والعمل معاً على مكافحة الإجرام خاصة العابر للحدود والمنظم، وبالنظر للدور المتميّز الذي يجب أن تقوم به (الإنتربول) على الصعيد الدولي، فإنّ القواعد القانونية المنّظمة لها (ميثاق المنّظمة)، يحظر عليها التّدخل في أيّ نشاطات ذات طابع سياسي أو عسكري أو ديني أو عنصري، ويجدر الذكر فالجزائر من الدول الأعضاء في هذه المنّظمة العالمية، ولقد انظمت إليها بعد استقلالها سنة 1963م⁽¹⁾.

1. أهداف الانتربول :

تتاولت المادة (الثانية) من ميثاق المنّظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) لبيان الهدف الأساس من إنشاء المنظمة حيث نصت على : " أنّ هدف المنظمة هو :

(1) موقع منظمة الشرطة الجنائية الدولية <http://ar.wikipedia.org/wiki> ، ص.7، 01/06/2011، 11:02، ت.ج.

أولاً. تأكيد وتشجيع المعونة المتبادلة في أوسع نطاق ممكن بين سلطات الشرطة الجنائية، في حدود القوانين القائمة في البلاد المختلفة، والاهتداء بروح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ثانياً. إقامة وتنمية النظم التي من شأنها أن تسهم على نحو فعال ومؤثر في منع ومكافحة جرائم القانون العام"

ومفاد المادة أنّ هذه المنظمة تعمل على تأكيد وتشجيع التعاون الدولي بين سلطات الشرطة في الدول الأعضاء، نتيجة لما لحق بالجماعة الدولية من تطورات في كافة المجالات ، وخاصة في مجال المواصلات التي كان لها أثرها في سهولة انتقال المجرمين بين الدول، بعد ارتكابهم لجرائمهم في البلدان المختلفة، الأمر الذي يتطلب التعاون بين أجهزة الشرطة في جميع الدول ، لمكافحة مثل هذه الأعمال وهذا التعاون يتم في إطار القوانين السارية في كل دولة لمكافحة جرائم القانون العام⁽¹⁾، وهي الجرائم المعروفة عالمياً بانتهاكها للقانون الطبيعي في أي مجتمع، لذا فتدخل الإنترنت يعود لطبيعة الجريمة التي قد يسهم عنصر أجنبي كونها عابرة للحدود، وهذا التعاون يجب أن يكون في إطار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وبعيداً عن الأمور السياسية والدينية والعنصرية⁽²⁾، ويمكننا تلخيص أهداف الإنترنت فيما يأتي :

أ/- العمل على تأمين وتنمية التعاون الدولي بين كافة سلطات الشرطة الجنائية في الدولة الأعضاء.

ب/- إنشاء وتفعيل كافة المؤسسات القادرة على المساهمة الفعالة في الوقاية من جرائم القانون العام ومكافحتها.

(1). محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، طبعة 3، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ص. 36 وما بعدها.

(2). محمد سعيد الدقاق، الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والإقليمية، طبعة 2، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص. 17 - 18.

ج/- العمل على منع الجرائم الدولية، أو الحد منها عن طريق مكافحة الإجرام العابر للحدود، عن طريق تعقب المجرمين والجرائم المرتكبة، وتسهيل عمليات إلقاء القبض عليهم وتسليمهم إلى الجهات المختصة.

د/- إنَّ الغاية الأساسية للإنتربول هي العمل على قيام عالم أكثر أمنًا وسلامًا بعد إن انتشرت العمليات الإجرامية وامتدَّت إلى عدد كبير من الدول، هذا من جانب، ومن جانب آخر ضعف أو محدودية الجهود الأمنية المحليَّة في التحدِّي للإجرام ولاسيما المنظم منه، وهذه هي أهم الأسباب التي دعت إلى ظهور المنظمة (1).

2. اختصاصات الإنتربول وصلاحياته :

للإنتربول اختصاصات وصلاحيات تقوم بها بواسطة الأجهزة التي تتكوَّن منها، فدورها يتمثل في تقديم العون لهيئات الشرطة في الدول الأعضاء فيها، ويتم هذا العمل بصورة مباشرة عبر المكاتب المركزية الوطنية في البلدان الـ(186) الأعضاء في المنظمة.

لكن الملفت للنظر أنَّ ميثاق المنظمة لم يتطرَّق في مواده لبيان وظائف واختصاصات الإنتربول وهو نقص يجب تداركه بتضمين الميثاق نصوصًا صريحة تشير إلى اختصاصات المنظمة ووظائفها وصلاحياتها (2)، ويمكننا استخلاص هذه الوظائف والاختصاصات من خلال وظائف واختصاصات الأجهزة المكوَّنة لبناء وهيكلية المنظمة، والتي تتلخص بالآتي :

أولاً. جمع البيانات والمعلومات المتعلقة بالجرائم والمجرمين، وذلك عن طريق المعلومات التي تتسلمها المنظمة - المكتب الرئيس في ليون - من المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الجنائية في الدول الأعضاء، ويتم ذلك عبر وسائل الاتصال المختلفة، كالهاتف والفاكس والتلكس والانترنت (البريد الإلكتروني)، وشبكة اتصالات تتم بواسطة منظومة اتصالات حديثة جدًّا تدعى (منظومة اتصالات الإنتربول العالمية) (3).

(1). محمد سعيد الدقاق، مرجع سابق، ص. 21.

(2). محمد عبد المنعم، الجرائم الدولية - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2007، ص. 112 وبعدها.

(3). محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظَّمة غير الوطنية، دار الشروق، القاهرة، طبعة 1، 2004، ص. 68.

ثانيًا. التعاون مع الدول في ضبط المجرمين الهاربين و القبض عليهم، من خلال إصدار النشرات الدولية بمختلف أنواعها (الحمراء، الصفراء، الزرقاء، الخضراء، البرتقالية)، إضافة إلى (النشرة الخاصة للإنتربول- مجلس الأمن) إضافة إلى النشرات الدولية المخصصة للمخدرات والنقد المزيف وغيرها من الجرائم الأخرى.

ثالثًا. تنظيم المؤتمرات والندوات الدولية، بهدف تبادل الخبرات من أجل تحسين وتشجيع التعاون الدولي الجنائي (1).

رابعًا. تقديم الخدمات في مجال الأدلة الجنائية، كبيان ضحايا الكوارث من خلال الاحتفاظ بسجلات الجرائم الدولية والبصمات وغيرها من الأدلة.

ثانيًا : الطبيعة القانونية للإنتربول

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) كيان قانوني دولي يتمتع بالشخصية القانونية الدولية المستقلة عن الدول الأعضاء، وهذه الاستقلالية أكد عليها ميثاق المنظمة، وبالتالي فهي لا تخضع لأيّة دولة أو منظمة دولية أخرى، بل تعمل بالتعاون مع تلك الدول والمنظمات الدولية، على تحقيق الأهداف التي نصّ عليها ميثاقها (المادة 2)، ففي 2007/04/30 عقد الأمينان العامان للإنتربول والأمم المتحدة، لقاء لمناقشة سبل التعاون بين المنظمتين، بعد أن أدى هذا التعاون إلى استخدام النشرة الخاصة للإنتربول- مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، التي تستهدف المجموعات والأفراد المرتبطين بتنظيم القاعدة وحركة طالبان (2).

كما أنّ منظمة الإنتربول تتعاون مع الأجهزة التي أنشأتها الأمم المتحدة كالمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، فقد أصدر الإنتربول نشرة بحث حمراء عن مجرم دولي " رادوفان ستانكوفيج" فرّ من سجن في البوسنة بتاريخ 25 أيار 1996، وكان المكتب الوطني

(1). نائل عبد الرحمان صالح، جريمة غسيل الأموال -المدلول العام-، طبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمّان، 2002، ص. 11.

(2). أنظر : محمود بسيوني، مرجع سابق، ص. 71 وما بعدها.

المركزي في (سرايفو) قد أرسل رسالة عاجلة إلى كافة البلدان الأعضاء في الإنتربول، يعلمهم فيه عن فرار هذا الأخير (1)، كما أنّ الإنتربول لها ممثل خاص في الأمم المتحدة، كل هذه الأمور تدل على أنّ الإنتربول منظمة مستقلة غير خاضعة لأيّة جهة ومنها المنظمة الدولية للأمم المتحدة هذا من جانب ومن جانب آخر هناك وثائق دولية تؤكد أنّ المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)، رغم كونها منظمة مستقلة، لكن استقلاليتها ليست تامة فهي تخضع لإشراف وتوجيه المنظمة الدولية للأمم المتحدة كونها قد أنشأت بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتعمل بالتعاون والتنسيق معها على تحقيق الأهداف التي نصّ عليها ميثاق المنظمة، وهو أمر لا بدّ منه، كون الأمم المتحدة المنظمة هي الأم، ولا يمكن تحقيق ذلك إلاّ بالتعاون والتنسيق معها، كما أنّ الأمم المتحدة قامت في عام (1971) بالتدخل في إعادة ترتيب وتنظيم الإنتربول بصّفته منظمة تتعامل مع الحكومات في الدول الأعضاء (2).

تتكوّن منظمة الإنتربول من أجهزة تعمل من خلالها على تحقيق أهدافها وهذه الأجهزة تتمثل بالجمعية العامة، اللّجنة التنفيذية، الأمانة العامة، المكاتب الوطنية المركزية، المستشارون، وندار المنظمة بواسطة مكتب اللّجنة التنفيذية ومقرّه في مدينة ليون الفرنسية وتعدّ المكاتب الوطنية بمثابة فروع للمنظمة في الدول الأعضاء، وتدخل وظائف هذه المكاتب في نطاق عمل المنظمة، والدول الأعضاء في المنظمة هي دول ذات سيادة وجدت من الضروري التعاون فيما بينها من أجل تضافر الجهود الدولية والوطنية في مكافحة الجريمة والمجرمين، فاختارت الانضمام إلى المنظمة، فالتعاون الدولي الجنائي (الشرطي) بين أعضاء المنظمة يحكمه مبدأ (السيادة الوطنية) للدول الأعضاء (3).

(1). نفس المرجع السابق، ص. 76 وما بعدها.

(2). محمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 119.

(3). محمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص. 121 وما يليها.

وهذا يبدو ظاهرا بشكل كبير المجهودات الدولية، وفي جميع مجالاتها وهيكلها، وسعيها الجاد من أجل الرقي بكرامة الإنسان، إلى المكانة الحقيقية لهذا المخلوق والذي هو محور الحياة الدنيا.

الخاتمة

يتّضح من خلال هذا الموضوع بأنّ التطوّر العلمي أوجد بعض الأعمال المستحدثة المّاسة بسلامة الجسم، والتي فتحت مجالاً خاصّاً للجدل بسلامة الجسم، والتي فتحت مجالاً خاصّاً للجدل بسلامة الجسم، والتي فتحت مجالاً خاصّاً للجدل العلمي المثار بين علماء الطبّ والقانون والدين، وانصّب الجدل حول الأعمال المستحدثة خلال السنوات الأخيرة لأنّها تميّزت ببعض الاختلافات عن الأعمال الطبيّة التقليدية التي تتصّب مباشرة على جسم الإنسان مع خروجها على القواعد المستقرّة في علم الطب، وتمسّ حقاً من الحقوق المرتبطة بشخصية الإنسان، وهو الحق في التكامل الجسدي والذي يعتبر حقاً مشتركاً بين الفرد والمجتمع عند فقهاء القانون، وحقاً مشتركاً بين العبد وربّه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

في ظل هذه التطوّرات لا بدّ من توفير الحماية القانونية لجسم الإنسان من التّدخلات الطبيّة، التي من شأنها المسّاس بسلامة الجسم البشري الأمر الذي يستوجب معه قيام المسؤولية الطبيّة وتوقيع العقاب.

لذا تناولنا في هذه الدّراسة مسألة الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان من الأعمال الطبيّة الحديثة، وهذا الموضوع أصبح مطروحاً بشدّة، وهو من أهمّ وأحدث الدّراسات، سواء في الفقه القانوني المقارن أو الوطني، لسرعة التقدّم الجراحي في مجال الأعمال الطبيّة الحديثة؛ ممّا لها يثير جدلاً كبيراً في مدى مسّاس هذه الأعمال بمبدأ حرمة جسم الإنسان.

وهذا المبدأ لم يكن يثير أي إشكالات قانونية في الأعمال الطبيّة التقليدية التي تميّز بالبساطة، في حكمها القانوني، إلّا أنّ الكيان الجسماني البشري سرعان ما تحوّل إلى أرضية خصبة، لأعمال طبيّة ناشئة حديثاً عن التطوّر التكنولوجي والعلمي المتمثّل في العلوم الإحيائية والهندسة الوراثية وغيرها هذا من جهة ومن جهة أخرى.

ظهرت مع التطوّر مفاهيم عديدة تخصّ حرمة جسم الإنسان من مفهومه التقليدي القديم مفاهيم حديثة ناتجة عن هذا التقدّم، بداية من تغير مفهوم مبدأ حرمة جسم الإنسان نفسه بتأثره

بهذه الأعمال، وإباحة الفقه والقوانين الحديثة لها، كذلك ظهور إشكالات عديدة في تحديد لحظة بداية هذا الجسم، لأنّ هذه النقطة بالخصوص لها تأثير كبير في مجال تحديد المسؤولية وقيامها من عدمه، كذلك لحظة نهاية الجسم فهي نقطة البداية ومفتاح عمليات نقل الأعضاء البشرية.

إذ كان العمل الطبّي التقليدي وما ينتج عنه من سلوكيات ومن مسؤولية ناجمة عن أعمال مجرمة كالجرح وإعطاء مواد ضارة بالصحة أو سامة، فإن العمل الطبّي الحديث يقتضي مباشرته من طرف الكثير من الأشخاص مثل : مدير بنك الدّم، أو مدير بنك حفظ الأجنة أو المتبرعين بالأعضاء أو المعطين للخلايا التناسلية أو التلقيح الصناعي وكذا عمليات تأجير الأرحام ... إلخ.

ولقد سعى المشرّع الوطني إلى تنظيم القيام بهذه الأعمال، محاولاً بذلك سعيه للمحافظة على الهدف من ممارستها وعدم تجاوز ذلك الهدف المنشود منها، حيث ألزم المستشفيات والأطباء عدم مباشرتها لهذه الأعمال طبيّة إلاّ بتوفر شروط قانونية صارمة وعلى رأسها، الترخيص بذلك من طرف وزير الصحة.

وما ينتج من مسؤولية عن هذه المؤسسات الاستشفائية عمل لأطباء في حالة التجاوزات الممكنة في هذا المجال، حيث تختلف فيما إذا كان المستشفى تابع للقطاع العام، أو الخاص. وأنّ المتابعة الجزائية مقتصرة في هذه الحالة في المؤسسات الاستشفائية الخاصة فقط، أمّا المستشفيات العامّة فهي مستثناة من ذلك وتتمّ متابعتها بدعوى التعويض أمام المحاكم الإدارية.

إلّا أنّنا في العموم وبعد خوضنا في هذا الموضوع، نجد أنّه مع هذا التطور الهائل في ميدان نقل الأعضاء والعلوم الإحيائية والهندسة الوراثية لا نجد قانوناً مستقلاً ينظم هذه العمليات وخاصة عمليات نقل الأعضاء وإعادة زرعها التي نعتقد وبحق وجوب تخصيصه بنظام يعالجه وينظمه بشكل كبير.

لأنّّه ومع كل باب يفتحه العلم الحديث تستجد مشاكل قانونية، لا قبل لأهل القانون بها فيصير الجدل ثمّ البحث والتنقيب، وهذا دليل آخر على قصور القانون الطبّي، كذلك التأخر في

إصدار تشريعات جديدة تعالج هذا القصور أصبح أمرًا غير مقبول، لأنّ التأخر فيه يجعل جسم الإنسان معرّض للتجاوزات في هذه الأعمال.

وبما أنّ للحق في حرمة الجسد وسلامته أهمّية واضحة فهو بالنسبة لهذا البشر، أهمّ حق يتمتع به بعد حقّه في الحياة، وهو بالنسبة للمجتمعات القديمة والحديثة حق أساسي للمحافظة على وجودها، ومع سعي المشرّع الجنائي حمايته وجعل العقاب رادعًا لمن يعيث به، كل هذا يجعلنا نحرص على دعوة هذا المشرّع لمحاولة مواكبة تطوّر هذه الأعمال ومستجداتها، لبسط الحماية الجنائية المرّجوة منه بغية سلامة أفراد هذا المجتمع ممّا ينتج عنها أو جرّاءها من تجاوزات.

ومن هذه الدّراسة وصلنا إلى عدّة نتائج مهمّة هي :

1. توصلنا في هذه الدراسة إلى أن القانون الوضعي اعتبر الخطأ هو أساس المسؤولية الطبيّة، طالما توافرت عناصر الخطأ من انحراف في السلوك وإدراك للتصرّف.

2. أن تقدير التعويض عن الضرر يجب أن يقدر تقديرًا كاملاً يكفي لجبر كل الأضرار التي لحقت بالمضرور دون زيادة ولا نقصان سواء كانت أضرارًا مادية كتلك التي تصيب الجسم أو المال، أو كانت أضرارًا أدبية.

3. أنّ العبرة في تقدير التعويض هو يوم صدور الحكم القضائي سواء اشتد الضرر أم خف عما كان عليه يوم وقوعه.

4. أن القانون الوضعي أعطى الحق للمضرور بالمطالبة في إعادة النظر في تقدير التعويض في حالة تغير قيمة الضرر وفقاً لما وصل إليه ذلك الضرر الجديد باعتبار أنه لم يتناوله الحكم السابق، وذلك تحقيقاً لمبدأ العدالة في تقدير التعويض بقدر الضرر الحاصل، وإن كان الفقه الإسلامي والقضاء لم يجيزا للمضرور المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض.

5. أتلقاضي في السلطة التقديرية في تقدير التعويض بحيث يتوقف ذلك على اجتهاده، أما الفقه الإسلامي فلم يخول القاضي مثل هذه السلطة باعتبار أن الشريعة الإسلامية قد حددت مقادير كل شيء وإنما يكون اجتهاد القاضي في بعض الأضرار التي لم يرد بشأنها مثل تلك التقديرات.

6. كما توصلنا إلى أنه في حالة تقدير التعويض عن الأضرار التي تصيب الجسم يتم علاج هذه الأضرار من خلال قواعد موحدة، فيجب على المدين الذي يخل بالتزامه التعاقدية التعويض عن الضرر المباشر ما لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فيجب عليه التعويض عن كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كالمسئولية التقصيرية.

مقترحات وتوصيات

1. نحن بحاجة ماسة إلى قانون واضح للمسألة الطبية يحدد لنا بالضبط الجهة المختصة التي يستطيع المريض المتضرر اللجوء إليها حتى يكون بالإمكان حماية العملية العلاجية من جميع جوانبها -الطبيب والمريض.

2. نطالب الجهات المختصة في الجزائر بأن تولي الفصل في قضايا التعويض جُلَّ اهتمامها، لأن طول أمد التقاضي أمام المحاكم القضائية يجعل المريض المضروب يقبل أقل تقدير للتعويض.

3. نقترح أن تكون الجهة التي تفصل وتقدر التعويض جهة قضائية متخصصة؛ لأنها الأجدر من غيرها في تحقيق العدالة اللازمة لكل من المسئول عن الضرر والمضروب. حيث يدور البحث في تقدير التعويض عن أمور قانونية متشعبة، يعجز غير القانوني الفصل فيها من حيث القانون الواجب التطبيق، ومقدار التعويض عن الضرر، وطريقة دفع التعويض على شكل أقساط أم جملة واحدة أو في صورة رد الشيء إلى أصله، أو غير ذلك من الأمور التي يعجز غير القانوني بحثها أو على الأقل تكون تحت الإشراف المباشر للقضاء.

المخلص :

لقد أثارَت الأعمال الطبيَّة الحديثة عدَّة إشكالات فقهيَّة شرعية قانونية، مما يجعل التطرق إليها ومعالجتها من أهم مواضيع الساعة، وأساس إشكال دراستها كلها هو مدى الموازنة بين المحافظة على حق الإنسان في سلامة جسمه كحق أصيل، وإباحة هذه الأعمال الطبية كأعمال لها أهمية كبيرة في مجال محافظتها على سلامة جسم الإنسان، كتجنبه العجز وحمايته من الهلاك.

كل هذا أدى بالفقه الحديث، والتشريعات المعاصرة بالاجتهاد والخوض في هذه النقاط المهمة منه، ومحاولة إيجاد صيغ حديثة تحقق التوازن بينها (حرمة جسم الإنسان، الأعمال الطبية الحديثة)، وكان هذا موضوع بحث نوضح فيه عدة نقاط مهمة متمثلة في الدراسات الفقهية، والنصوص والتشريعات المقارنة، وكذلك الوطنية، مع تقديم توضيح للمسؤولية والعقوبة والإجراءات المتبعة في مجال موضوع بحثنا.

Résumé :

Les actes des essais et l'insémination et l'avortement et la transplantations d'organes sont des actes récents et posent plusieurs questions juridiques et légales, et aborder ce genre de travaux modernes posent le problème à cette étude, c'est de trouver des dispositions équilibrées entre la protection du droit de l'être humain de l'intégrité de son corps et de sa sauvegarde de droit, et enfin la permission de ces actes médicaux qui comme travaux de grande importance comme protection de l'équilibre du corps humain en lui évitant l'handicap ou bien la mort.

Cela a obligé les voies juridiques nouvelles et une législation moderne développée de chercher à clarifier ces points et d'élaborer une idée nouvelle qui voit que les transplantations d'organes et de l'insémination artificielle sont des actes très importants et enfin trouver des concepts modernes qui réalisent une relation équilibrée entre l'inviolabilité du corps humain et les actes médicaux modernes.

Ce sujet est un sujet de recherche ou y'avons clarifié plusieurs points très importants représentés par des études juridiques et textes législatifs comparatifs et aussi la législation nationale en clarifiant les procédures suivies dans le domaine de notre étude.

المراجع

- المرجع الأسمى والأعلى العنوان الكريم .
- أولا : المراجع باللغة العربية .
- 1- الكتب :
- الكتب العامة .
- ابن منظور : لسان العرب : الجزء الثاني كشر ، دار صادر بيروت ، لبنان ، لا توجد سنة النشر .
- أحمد أبو الروس : التحقيق الجنائي ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر 1998 .
- أحمد بشارة موسى : المسؤولية الجنائية الدولية للفرد ، دار هومة دون طبعة ، الجزائر 2009 .
- أشرف محمد عبد الغني ، أميمة محمود الشربيني : الصحة النفسية بين النظرية والتطبيق ، بدون دار نشر ، 2003 .
- إسماعيل بن عمر بن كثير : تفسير القرآن الكريم ، المجلد الرابع ، دار بن الحزم ، بيروت 2002 .
- أبو بكر بن مسعود الكامن الحنفي : " بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، بيروت 1996 .

- أحمد محيو : المنازعات الإدارية : ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988 .
- أسامة أبو حسن مجاهد : التعويض عن الجنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2011 .
- القافي فريد الزغي : الموسوعة الجزائرية ، المجلد الأول ، مدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائرية ، الطبعة الثالثة ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت 1995 .
- بارش سليمان : مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري ، دار هومة الجزائر 2006 .
- من الشيخ لحسن : مذكرات في القانون الجزائري الخاص ، دار هومة ، اجزائر 2000 .
- جابر محجوب علي : المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق دون دار النشر ، 2007 .
- حسن كبيرة : المدخل إلى القانون ، بدون نشر ، الاسكندرية 1971 .
- حمدي باشا عمر : مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة ، الجزائر 2007 .
- خلوفي رشيد : قانون المنازعات الإدارية ، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى الإلغاء الكامل ، دون هرشر ، الجزائر 1998 .
- حسام الدين كامل الأهواني ، المدخل للعلوم القانونية والإدارية ، جزء ثاني ، مقدمة في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، دون دار النشر 2001 .
- جلال علي عدوي ، رمضان أبو سعد ومحمد قاسم : المقوق وغيرها من المراكز الثقافية ، منشأة المعارف الاسكندرية 1996 .

- حسام الدين كامل الأعراني (1) المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثاني ، مقدمة القانون المدني ، الطبعة الثالثة 2001 .
- مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1972 .
- سعيد جبر : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الثاني ، نظرية الحق للنهضة العربية 1972 .
- فاروق عبد الرؤوف عبيد : السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، دراسة تطبيقية مقارنة ، دار الفكر الغربي ، طبعة الأولى ، ص 1984 .
- رمسيس بهنام : قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الأولى ، منشأ المعارف الاسكندرية ، ص 1999 .
- سليمان الطماوي : القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء دار الفكر العربي ، القاهرة ، دس .
- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الثالث ، دار النهضة العربية ، دس .
- طارق سرور : قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، الطبعة الأولى 1992 .
- عبد الحكيم الدنون : التشريعات البابلية ، دار علاء الدين للنشر ، دمشق ، الطبعة الأولى ، د ن 2000 .

- عبد المنعم سيف ، فوج الصدة ، نظرية الحق في القانون ، د ن ، القاهرة 1950 .
- عبد الحي حجازي ، مذكرات في نظرية الحق ، د ن ، القاهرة 1951.
- عبد العزيز العشراوي ، أبحاث في القانون الدولي الجنائي ، دار هومة، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2006 .
- عبد العزيز سرحان : الاتفاقيات الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، دار النهضة العربية 1966 .
- عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائرية ذات العقوبة الجنحية ، دار هومة ، الطبعة الثالثة ، الجزائر 2008 .
- عبد الله سليمان / شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، الجزء الأول .
- عمار عباس الحسني ، حالة الضرورة في المسؤولية الجنائية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، د.ط.د.ن ، د س .
- علي بدوي : الأحكام العامة في القانون الجنائي ، الجزء الأول ، الجريمة دن 1988 .
- عروبة جبار الخزرجي ، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2009 .
- عمر سالم : المسؤولية الجزائرية لشخص معنوي وفق قانون العقوبات الفرنسي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة 1995 .

- عوض محمد عوض وسليمان عبد المنعم : النظرية العامة للقانون الجزائري ، وفقا لأحكام قانون العقوبات في مصر ولبنان ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، لبنان 1999.
- عمار عوابدي : نظرية المسؤولية الإدارية ، دراسة تأصيلية ومقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994 .
- فضيل العيش : شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، القانون 09/08 منشورات لأمن ، د ط ، د س .
- مصطفى الشربيني : الطب النفسي والقانون ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان : 2001 .
- مازن ليورافي ، حيدر عبد الوهاب : حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان 2008 .
- محمد حامد مرهج الهبتي : التكنولوجيا المدنية والقانون الجنائي ، الاسكندرية ، 2004.
- محمد شريط :قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري ، دار هومة د ط 2008 .
- مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار هومة ، الطبعة الخامسة 2005 .
- محمد الصغير بعلي : الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم ، عنابة ، الجزائر 2002 .
- محمد سامي النبراوي : شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الطبعة الثالثة ، منشورات جامعة تارونيس ، بنغازي د.س

- محمد سعيد الحقائق : الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة الإقليمية ، الطبعة الثانية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية 1983 .
- محمد عبد المنعم ، الجرائم الدولية ، دراسة مقارنة ، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، د. ط ، 2007 .
- محمود محمد مصطفى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة العاشرة ، دار النهضة العربية 1983.
- محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص بالجرائم ، الاعتداء على الأشخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992.
- محمود شريف بسيوني : الجريمة المنظمة غير الوطنية ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ، دار الشروق ، القاهرة 2004 .
- مسعود شيهوب : أسس الإدارة المحلية في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1986 .
- موض عبد التواب : الوسيط في شرح القتل والإصابة الخطأ ، الطبعة الرابعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ص 1998 .
- ممتاز عبد القادر حيزة : البحث العلمي وضوابطه الشرعية ، دن ، الطبعة الأولى ، سبتمبر 2005.

- نائل عبد الرحمان صالح : جريمة غسل الأموال ، المدلول العام ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان 2002 .
- نبيل ابراهيم محمد حسن قاسم : المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان 2004 .
- نزيه محمد الصادق المهدي ومعتريه الصادق المهدي ، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) - دار النهضة العربية ، القاهرة 2005 .
- يوسف دلاندة : الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 .
- الكتب المتخصصة :
- أحمد عبد الكريم ، موسى الطرايرة : التأمين من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، دار وائل ، الطبعة الأولى ، الأردن 2012 .
- أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة 2007 .
- أحمد درويش : العقد الطبي : تأملات حول المشاكل التي تثيرها العلاقات بين الطبيب ، بمنشورات سلسلة المعارف القانونية ، مطبعة الأمدية الرباط ، الطبعة الأولى 2009 .
- بكوش أمال : المسؤولية الموضوعية عن التبعات الطبية ، دار الجامعة الجديدة 2001 .

- أمال عبد الرزاق المثاني : الطب الشرعي ، دون طبعة ، مكتبة الوفاء القانونية للنشر والتوزيع ، مصر 2009 .
- أسامة عبد السميع السيد : نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة ، دار الجامعية للنشر ، الاسكندرية 2006 .
- أمير عدلي خالد : الحماية الجنائية للجنين ، بدون طبعة ، دار الفكر العربي الجامعي للنشر والتوزيع ، مصر 2005.
- ابراهيم بن محمد قاسم بن محمد رتيم : أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية 2002.
- أمين مصطفى محمد ، الحماية الجنائية للدقة من عدوى الإيدز والالتزام العبدى الوبائي ، الدار الجامعية الجديدة ، الاسكندرية 1999.
- أشرف جابو: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، منشورات الحلبي المفوضية ، 1999.
- أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، طابع كونت تاميز ، مصر .
- مسؤولية الطبيب ، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة .
- أحمد جباري : المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 .
- بديعة علي أحمد : الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس ، دراسة فقهية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر 2011 .

- تشوار جيلالي : الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديث للعلوم الطبية والبيولوجية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001.
- حبيبة سيف سالم الشامي : النظام القانوني لحماية جسم الانسان ، المطبوعات الجامعية الإمارات العربية المتحدة 2006.
- حسن هيكل : النظام القانوني للانجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دار المكتبة القانونية ، مصر 2001 .
- جعفر عبد الأبير الياسين : لاجهاض ، دراسة قانونية اجتماعية ، الطبعة الأولى ، منشورات حلبي المفوضية للنشر والتوزيع ، لبنان 2013.
- باسم محتسب بالله : المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقہ الفرنسي والمجري ، دار الفكر الجامعي والاسكندرية 2008 .
- حسن منير رياض : المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقہ الفرنسي والمجري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2008 .
- حسن محمد عبد الطاهر : مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1995 .
- أحمد عبد الدائم : أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 1999.

- ادريس عبد الجواد عبد الله ، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية 2009 .
- أمير فوج يوسف : أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الاسكندرية 2008.
- بايكر الشيخ : المسؤولية القانونية للطبيب ، دار حامد ، عمان 2002 .
- رمضان جمال كامل : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للاصدارات القومية ، الاسكندرية 2005.
- زياد أحمد سلامة : أطفال الأنابيب والدين ، الطبعة الأولى ، دار البيارقة ، عمان 1999.
- سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 1999.
- طارق سرور : نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001.
- طاهري حسين ، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة ، دار الهومة ، الجزائر 2002.
- ثروة عبد الحميد : تعويض الحوادث الطبية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2007.
- رأفت صلاح أبو المجاد : مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون العام ، الكتب الحديثة ، عمان 2006.

- صفاء فريد طلي : المسؤولية المدنية للطبيب : دراسة مقارنة للمؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2005 .
- سيد عباس عبد الكريم : المشكلات العلمية في التقارير الطبية ، المدير للطباعة والنشر ، القاهرة ، ص 2000.
- السيد : محمد السيد عمران ، التزامات الطبيب ، باحترام المعطيات العلمية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ص 1992 .
- طلال العجاج : المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة فقهية قضائية ، مقارنة ، عالم الكتب الحديث ، الأردن ، 2011 .
- عبد الوهاب عرفة ، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2006 .
- عبد الحكيم مودة ، الطب الشرعي ، د.ط، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ، مصر 1996.
- عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1976 .
- عبد الكريم مأمون : رضا المريض في الأعمال الطبية والجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2006 .

- عبد الحميد المنشاوي : الطب ودوره الفني في البحث عن الجريمة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، د س .
- عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1998 .
- عبد الفتاح بيوض حجازي : المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2008 .
- عصام أحمد محمد ، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، دراسة جنائية مقارنة ، المجلد الأول والثاني ، دار الفكر والقانون بالمنصورة ، مصر ، 2008 .
- عمر منصر المعاطية : المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، الطبعة الأولى ، د ن ، الرياض 2004 .
- محمد موفق عثمان وعبود السراج : رضا المجني عليه في التشريع الجزائري السوري ، مكتبة الفدال ، 1995 .
- ماروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2003 .
- محمد عبد المقصود حسن داود : مدى مشروعية الاستشفاء بالدم وأثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 1999 .

- محمد المدني بوساق : موقف الشريعة الاسلامية من نقل الاعضاء البشرية ، دار الخلدونية ، الجزائر 2004 .
- محمد رايس : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر 2007.
- محمد سامي الشواء مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001 .
- الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1993 .
- محمد سعد خليفة : الحق في الحياة وسلامة الجسد ، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1995-1996.
- محمد حسن منصور : المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2001 .
- محمد علي البار : خلق الانسان بين الطيب والقرآن ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، الطبعة الحادي عشر 1999.
- محمد أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ص د. س .
- محمد حسن قاسم : الطب بين الممارسة وحقوق الانسان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2007 .
- محمود جمال الدين : مشكلات المسؤولية الطبية ، الطبعة الأولى ، جامعة القاهرة : 1979 .

- محمد الفيلاودي : المسؤولية الجنائية للطبيب ، دار الفكر العربي الجامعي ، مصر 2004 .
- ماجد محمد لافي : المسؤولية الجنائية الناشئة عن الخطأ الطبي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن 2009.
- ممدوح محمد خيرى ، هشام المسلمي ، النظام القانوني لممارسة الطب البديل والمسؤولية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2005 .
- منذر الفضل : المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان الأردن ، الطبعة الثانية 1995 .
- منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان 2008 .
- مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة لنشر الاسكندرية 2002.
- موفق علي عبيد : المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 1998 .
- نابيت بن عزة مليكة : جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع 2013.
- نسرين عبد الحميد نبيه : نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر ، الاسكندرية 2008 .

- هشام عبد الحميد ، فوج الأخطاء الطبية ، طابع الولاء الحديثة 2007 .
- هيثم حامد المصادرة : نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 2003 .
- وائل محمود أبو الفتح العزيمي ، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم ، دراسة مقارنة ، دار العربي للطباعة ، عمان 2006 .

2- الرسائل الجامعية :

▪ رسائل الدكتوراه :

- أحمد محمود ابراهيم سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن الأخطاء الطبية ومساعديه ، رسالة دكتوراه جامعية ، عين شمس ، القاهرة ، ص 1983.
- حبيبة سيف سالم راشد الشامي : النظام القانوني لحماية جسم الانسان ، رسائل الدكتوراه في الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة 2006 .
- حسان حامد حسان : نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، القاهرة 1971 .
- خيرى أحمد الكباش : الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، مصر 2002.
- عثمان سعيد عثمان : استعمال الحق كسبب للإبادة ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 1978 .

▪ ماروك نصر الدين : الحماية الجنائية ، الحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، دكتوراه الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة 1998 .

▪ لنوار عبد الرحيم : المسؤولية الجنائية للأطباء ، رسالة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2006 .

❖ مذكرات الماجستير :

▪ حلوش بوكبال : رضا المريض في التصرفات الطبية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة 2004 .

▪ أرتيمية وجدان ، الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس أوديس : 2003 .

▪ عبوس فريد : الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة ، 2002-2003 .

▪ 3- المقالات والدراسات القانونية :

▪ ابراهيم الشبح : حقوق الانسان بين المجتمع الدولي والمجتمعات القومية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الرابع والثلاثون ، العدد الرابع عشر 1978 .

▪ لامن شريط : نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مجلة الفكر البرلماني ، عدد خاص ، الجزائر 2003 .

- بروبس العيوج : المسؤولية الجنائية للطبيب ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد خاص 2008.
- جميل صبحي برسوم : التحول الجنسي ، وما يثيره من مشاكل قانونية ، مجلة الميادين (مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية ، تصدرها جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، العدد 7 ، 1991 .
- فايز عبد الله الكندي : مشروعية لاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، مجلة الحقوق والشريعة الكوينية ، السنة 22 ، العدد الثاني ، يونيو 1998 .
- عبد الوهاب دومن ، المسؤولية الجزائية للطب ، مجلة الحقوق ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، 1981 .
- عبد الرحمان خلفي : الحماية الجنائية الأعضاء البشرية في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد خاص ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2008 .
- عبد الاوي خديجة ، الموت الرحيم بين القانون والشريعة الإسلامية ، مجلة الفقه والقانون ، العدد 19 .
- سعيد وزيري : نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية ، المجلة النقدية للعلوم القانونية والعلوم السياسية ، عدد خاص 02 ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو .2008

- ما رواد نصر الدين : 1- الانعاش الصناعي والمسؤولية الطبية ، المجلة القضائية ، العدد الأول 1998 .
- 2- التلقيح الصناعي في القانون والشريعة الإسلامية ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري ، العدد الثاني 1999.
- محمد سعد خليفة : الحق في الحياة وسلامة الجسد : دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية ، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق بجامعة أسبوط ، عدد 18 - 1996 .
- مراد نعم ، بعض أنواع الأعمال الطبية والجراحية المستحدثة في الشريعة الإسلامية بين الإبادة والتحریم : المويوعة القضائية الجزائرية ، موسوعة الفكر القانوني 2004 .
- محمد نجيب حسن : الحق في سلامة الجسم يكفلها قانون العقوبات ، مجلة الاقتصاد ، العدد الثالث ، السنة 29 سبتمبر 1999 .
- محمد سيد سلامة : لاستنساخ البيولوجي وحماية حقوق الانسان ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، المغرب ، العدد العاشر 1998 .
- مصطفى معوان : المسؤولية الإدارية للطبيب عن الأعمال الطبية الاستشفائية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد الثاني ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، نوفمبر 2006 .
- ملماف فضيلة : مسؤولية الطبيب الجزائرية عن الوصفة الطبية في التشريع الجزائري ، نشرة القضاة ، مديرية الدراسات القانونية والوثائق ، العدد 58 ، 2006 .

- نائل عبد الرحمان صالح : المسؤولية الجزائية من فعل الغير في القانون الأردني ، مجلة الدراسات ، الأردن ، المجلد السابع عشر ، العدد الرابع 1990.
- نجية عراب تاني : هدى مسائله الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد الثالث ، جامعة سيدي بلعباس 2005 .
- عماتز بيتر غاسر : قانون لاهاي واتفاقيات جنيف الأربعة ، مجلة الحق سنة 14 ، العددان الأول والثاني 1182.
- 4- النصوص القانونية : (تبقى كما هي من 355-358)
- قرار المحكمة العليا 85/11/20 ، ملف رقم 34653 ، م ق 1992 ، عدد 4 ، ص 61 .
- منشور من طرف حمدي باشا عمر : مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة ، الجزائر ، 2002 .
- قرار المحكمة العليا ، المؤرخ في : 1984/11/07 ، ملف رقم 3969 ، مجلة قضاة العدان الثاني والثالث 1989 .

5/ مواقع إلكترونية على الانترنت :

- أحمد عروة ، آفاق إسلامية لفلسفة وسياسية الصحة ، بحث منشور على الانترنت :
- WWW.Islamset.com/arabic/aher/immunity/weqaya.html
- WWW.marefa.org/index.php
- ما هو جسم الإنسان

- www.mawdoo3.com
- www.said.net/book/open.php?cat=48 book=6423
- القتل الرحيم ، مقال منشور في الموقع الإلكتروني.
- [www.aissforum .com / f2/t29805.htm](http://www.aissforum.com/f2/t29805.htm)
- منصف المرزوقي ، (دروس) المدخل إلى الطب المندمج ، الدرس الرابع (تعريف الصحة) بحث منشور على الانترنت ، الموقع :
- [http://www.Moncef Marzouki.net/IMG/doc.madkhal 2.doc](http://www.MoncefMarzouki.net/IMG/doc.madkhal2.doc)
- نادر شافي ، الطيب بين الرسالة والمسائلة ، بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية ، العدد 235 في 2005/01/01 منشور على الانترنت ، الموقع :
- [http : // www.lebarmy.gov.lb/Print Article . asp? id=6814](http://www.lebarmy.gov.lb/PrintArticle.asp?id=6814)
- ديفيد ألمبيدا روبرت برلين ، دليل دراسي ، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه ، مركز حقوق الانسان بجامعة منيسوتا ، 2002 ، دليل منشور على الانترنت الموقع :
- <http://www1.uno.edu/humanrts/arabie>
- إبراهيم الصياد ، النظرية الإسلامية في الوقاية والعلاج ، بحث منشور على الانترنت الموقع :
- سعيد محمد الحفار : البيولوجيا ومصير الانسان
- [www.aa.aatfreet .fr / portail / down / oadis/issue083](http://www.aa.aatfreet.fr/portail/down/oadis/issue083) p 17 .
- طب عبد الناصر : تعبير الجنس تصحيح أو تأكيد الجنس ، أو ماذا :

- WWW.ens.org.eg / site – max thme .
- هاني السباعي : القصاص دراسة الفقه ، المقارن ، مركز المقريري للدراسات التاريخية ، لندن . 2002 .
- www.saidet/boot/open.php?cat=48&book=3979.
- ممتاز عبد القادر حيزة : البحث العلمي وظوابطه الشرعية 2005 ، كتابة منشور في موقع صيد الفوائد .
- www.aissfrum.com/fe/t29805.htm
- <http://ar.witripdia.org/witi>
- www.Islanq.info/ar
- Morefa.org/in dex.php
- www.qualqillia.edu.ps/medecine
- [Https://www.Kaache.org](https://www.Kaache.org).
- [Http://www.Islamset.com/aabie/ahip/immunity/weqaya.htm](http://www.Islamset.com/aabie/ahip/immunity/weqaya.htm).
- www.santi-dz.com.
- الجرائد :
- جريدة القدس العربي ، ص 1 .
- المجلات :
- الوحيددي : الحماية الجنائية للجسم البشري ، مجلة آفاق قانونية ، ع 11 ، ص 169.

-1- Ouvrages :

- Ahmed Abduldaim : Les orgames du cops humain dans le commerce juridique.
- Andrt pruillet et jean Roche : libertés publique et droit de l'home , 14^{eme} éditions Dollot , paris 2002.
- Ammick Dorsener – Dolivet : La responsabilité du médecin , editions economica puis 2006.
- Atman Agoune : Les musulmans leurs corps la maladie et la mort etique medecime et société , sous la direction de Emmanuel Hirech , espece ethique , paris 2007 .
- Blerence Bellivier et chistime Noiville : nouvelle frontiénes de la santé , nouveaux roles et responsabilité du medecin , editions , palloz , paris 2006 .
- Charles Seydoux et jean – jacques Gov : Abrégé de transplantation cardiques , editions medecine et hygienne , geneve 1997 .
- Derbert leon : Doit médical et déontologie médical en flamarior medecines- sciences MUSSM pour 1980 .
- Eric Mondielli l'escentiel de la biothique et du droit de la bionnédecine extenso , editions , paris 2008.

- Grigant pierre francais : la chirurgie est lethique et plastique que sais je le point de connaissance actuelles P.U.F , paris , 1970 .
- F.C Boulanger : Acte des journée pédagogiques d'ethimique médicale de d'aniens , M. Laude : leuthanasie : reflexions ethimiques , Editions jhon errotext , France 2002 .
- - Jacques velu : le droit au respect de la vie bruxelles 1970.
- Jean Penneau , la responsabilité médicales sirey , paris 1977.
- Ober doff Henri : droit de l'homme et libertés fondamentale , armand edition , paris 2003.
- Rémg chrilloc : le corps humaine droit et libertés fondamentaux 3 eme éditions 1996.
- Reni chapus : Droit administrative general Mont – hestion-tome 1.15 editions , paris 2001 .
- Savatier , traite de droit médicale paris 1956 .
- Vincent limieux , pierre Bergerem élément BEGIN et GENARD Belagier : le système de santé au quétec : organisation , acteurs , et enjeux , editions univer sataires laval , canada ; 2003

- **Articles et ETUDES :**

- Catherine La Brusse – Riou , quelque regards civilisites sur la fin de vie , revue de l'institut de criminology de Paris , editions ESKA , n°5 , 2005-2006 .
- Didier Sicard , Médicalisation juridicarisation de la fin de vie , Revue de l'institut decriminologie de Paris , 2ditions ESKA , N° 5 , 2005-2006-.
- Kiss et Marie , Le droit à la vie , Revue de droit de l'home , Vol V , 1974 , P 340.
- R.Cassin La technologie biologique et les droits de l'homme , Revue de droit de l'homme Vol , 1969.
- 3/ TEXTES JURIDIQUES :
- Code de la santé Publiques (Français) http / www.suivants.fr.

Loi n)94-654 du 29/12/1994 relative au don et a l'utilisation des éléments et produits du corps humain , à l'assistance médicale à la procréation et diagnostique prénatal ,J.o30/071994 , voir [www.journal officiel.fr](http://www.journal-officiel.fr)

الفهرس

المقدمة

1

الباب الأول

الوضع القانوني العام لجسم الإنسان

الفصل الأول : الإطار القانوني

المبحث الأول : المفهوم القانوني

18

المطلب الأول: تعريف جسم الإنسان

20

الفرع الأول: التعريف العلمي

20

الفرع الثاني: التعريف القانوني

22

المطلب الثاني: حياة الجسم البشري

27

الفرع الأول: تحديد لحظة بداية الجسم

27

أولاً. المرحلة الأولى : مرحلة ما قبل اكتمال الجنين

27

ثانياً. المرحلة الثانية : مرحلة اكتمال الجنين

29

الفرع الثاني: نهاية الجسم الإنسان

33

أولاً: الموت الطبيعي

33

ثانياً: الموت الإكليني (الإنعاش الصناعي)

38

ثالثاً: الموت الرحيم (Euthanasie)

43

المبحث الثاني: التكيف القانوني لجسم الإنسان

48

المطلب الأول: الطبيعة القانونية

48

الفرع الأول: جسم الإنسان خارج دائرة الأشياء

48

أولاً. نظرة القانون

48

.....51.....	ثانياً. موقف الفقه الإسلامي
.....52.....	الفرع الثاني: جسم الإنسان خارج دائرة الأموال والتقويم
.....52.....	أولاً. معنى المالية والتقويم
.....53.....	ثانياً. مدى انطباق شرط المالية والتقويم على الإنسان وأعضائه
.....56.....	المطلب الثاني: طبيعة حق الإنسان على جسده وحرمته
.....56.....	الفرع الأول: طبيعة حق الإنسان على جسده
.....57.....	أولاً: جسم الإنسان محلّ لحق عيني
.....61.....	ثانياً: جسم الإنسان محلّ لحق الشخصية
.....63.....	الفرع الثاني: حرمة جسم الإنسان
.....65.....	أولاً: عدم جواز التصرف في جسم الإنسان
.....68.....	ثانياً: عدم جواز المساس بجسم الإنسان

الفصل الثاني: الحماية الجنائية لجسم الإنسان

.....76.....	المبحث الأول: الحق في سلامة الجسم
.....77.....	المطلب الأول: مفهوم الحق في سلامة الجسم
.....77.....	الفرع الأول: تعريف الحق في سلامة الجسم في الطبّ
.....80.....	الفرع الثاني: تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون
.....80.....	أولاً. الحق في سلامة الجسم من الحرّيات الأساسية
.....81.....	ثانياً. الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية
.....83.....	ثالثاً. الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون
.....86.....	الفرع الثالث: طبيعة الحق في سلامة الجسم
.....86.....	أولاً: الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم
.....100.....	ثانياً: الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم
.....102.....	المطلب الثاني: مشروعية التصرف في جسم الإنسان

.....102.....	الفرع الأول: مشروعية التصرف في جسم الإنسان في القانون
.....102.....	أولاً: التنظيم قانوني للعمليات الطبية الماسة بجسم الإنسان
.....110.....	ثانياً: نظريات تبرير حق الشخص على جسمه
.....122.....	الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية
.....122.....	أولاً: الاتجاه الذي يبيح المساس بجسم الإنسان
.....131.....	ثانياً: الموقف المعارض للمساس بجسم الإنسان
.....135.....	المبحث الثاني: الأعمال الطبية الواردة على جسم الإنسان
.....135.....	المطلب الأول: المفهوم القانوني للعمل الطبي
.....135.....	الفرع الأول: تعريف العمل الطبي
.....135.....	أولاً: التعريف الفقهي للعمل الطبي
.....140.....	ثانياً: التعريف التشريعي للعمل الطبي
.....148.....	الفرع الثاني: الأساس القانوني للعمل الطبي
.....149.....	أولاً: العرف
.....149.....	ثانياً: الفقه
.....153.....	ثالثاً: رضاء المريض، والضرورة العلاجية
.....156.....	رابعاً: انتقاء القصد الجنائي، وإذن القانون
.....158.....	خامساً: مشروعية الغرض والمصلحة الاجتماعية
.....159.....	الفرع الثالث: شروط العمل الطبي
.....159.....	أولاً: الترخيص القانوني
.....160.....	ثانياً: رضا المريض
.....161.....	ثالثاً: إتباع الأصول العلمية
.....162.....	رابعاً: قصد العلاج
.....163.....	المطلب الثاني: أنواع الأعمال الطبية الماسة بجسم الإنسان
163.....	الفرع الأول: الإجهاض

163	أولاً:تعريفه
164	ثانياً: أنواع الإجهاض
171	الفرع الثاني: الجراحة التجميلية وتغيير الجنس
171	أولاً: الجراحة التجميلية
175	ثانياً: مفهوم تغييرالجنس
181	الفرع الثالث: زراعة ونقل الأعضاء البشرية
182	أولاً:تعريف نقل زراعة الأعضاء البشرية
184	ثانياً: النظام القانوني لزراع ونقل الأعضاء البشرية
190	ثالثاً: تمييز عمليات نقل الأعضاء البشرية عن غيرها من العمليات الطبيّة
191	1. عمليات التلقيح الاصطناعي
194	2. الاستنساخ
196	3. عملية نقل الدّم
207	الفرع الرابع: التجارب العلمية الطبية
208	أولاً: مفهوم التجربة والبحث الطبيين
209	ثانياً: موقف القانون من التجارب الطبيّة
211	ثالثاً: العقوبة المقرّرة لمخالفة أحكام التجارب

الباب الثاني

المسؤولية المترتبة عن التصرفات الماسّة بجسم الإنسان

الفصل الأول: أركان قيام المسؤولية عن التصرفات

الماسّة بجسم الإنسان

223	المبحث الأول: شرط تحقق الخطأ و الضرر الطّبي
223	المطلب الأول: الخطأ الطبي

224.....	الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي
225.....	الفرع الثاني: أسباب الأخطاء الطبية
225.....	أولاً. الإهمال
226.....	ثانياً. عدم الاحتياط
227.....	ثالثاً. عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو الأوامر
228.....	رابعاً. الرعونة
	خامساً. أخطار التواصل ونقل المعلومات وتعدّ من أكثر أسباب الأخطاء الطبية
228.....	شيوفاً
229.....	سادساً. أخطاء متعلّقة بالمريض أو المراجعة بالقطاع الصحي
229.....	الفرع الثالث: إثبات الخطأ في العمليات الطبية
229.....	أولاً: عبء إثبات الخطأ الطبي
233.....	ثانياً: مبادئ إثبات الخطأ الطبي
241.....	ثالثاً: وسائل إثبات الخطأ الطبي
244.....	المطلب الثاني: الضرر الطبي
245.....	الفرع الأول: مفهوم الضرر الطبي
245.....	أولاً: تعريف الضرر الطبي
247.....	ثانياً: أنواع الضرر الطبي
252.....	الفرع الثاني: شروط الضرر الطبي
252.....	أولاً: أن يكون الضرر الطبي محقق الوقوع
254.....	ثانياً: أن يكون الضرر الطبي شخصياً
255.....	ثالثاً: أن يكون الضرر الطبي مباشراً
	رابعاً: أن يتسبب الضرر الطبي بإصابة مصلحة مشروعة أو حق مكتسب
255.....	للمريض
260.....	المبحث الثاني: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الطبي في العمليات الطبية

261	المطلب الأول: مفهوم علاقة السببية
261	الفرع الأول: تعريف علاقة السببية
262	الفرع الثاني: نظريات علاقة السببية
263	أولاً: نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب
264	ثانياً: نظرية السبب المنتج (الفعال)
265	ثالثاً: نظرية السبب الأقوى
266	المطلب الثاني: إثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الطبي
267	الفرع الأول: إثبات علاقة السببية
268	الفرع الثاني: انتفاء العلاقة السببية
268	أولاً: الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة
269	ثانياً: خطأ المريض (المضروب أو الضحية)
271	ثالثاً: خطأ أو فعل الغير في إحداث الضرر

الفصل الثاني: التعويض والمتابعة الجزائية كأثر للقيام المسؤولية الطبية

- المبحث الأول: المطالبة بالتعويض عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان في القانون الداخلي..... 276
- المطلب الأول: الإجراءات القضائية للمطالبة بالتعويض عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان..... 276
- الفرع الأول: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية..... 276
- الفرع الثاني: إجراءات المتابعة..... 282
- أولاً: في حالة الشخص الطبيعي..... 282
- ثانياً: إجراءات المتابعة في حالة الشخص المعنوي..... 296
- المطلب الثاني: التعويض القضائي عن التصرفات الماسة بجسم الإنسان..... 303
- الفرع الأول: مفهوم التعويض و شروط قبول دعوى التعويض..... 303
- أولاً: مفهوم التعويض..... 307
- ثانياً: شروط قبول دعوى التعويض..... 312
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض..... 313
- أولاً: سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبية الموجبة للتعويض..... 320
- ثانياً: العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند منحه التعويض..... 324
- ثالثاً: تقدير التعويض واستحقاقه..... 331
- المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للمتابعة الجزائية في القانون الدولي..... 331
- المطلب الأول: الضمانات الدولية لحماية الحق في سلامة الجسم في الأعمال الطبية الحديثة..... 332
- الفرع الأول: حماية الحق في سلامة الجسم في الاتفاقيات الدولية والإقليمية..... 332
- أولاً: حماية الحق في سلامة الجسم في الاتفاقيات الدولية..... 332
- ثانياً: الحق في سلامة الجسم في الاتفاقيات الدولية الإقليمية..... 335

338.....	الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأعمال الطبيّة الحديثة
342.....	المطلب الثاني: التعاون القضائي الدولي والشرطة الجنائية الدولية (الإنتربول)
342.....	الفرع الأوّل: التعاون القضائي الدولي
351.....	الفرع الثاني: الإنتربول الدولي (جهاز الشرطة الجنائية الدولية)
351.....	أولاً. أهداف الإنتربول واختصاصاته
354.....	ثانياً: الطبيعة القانونية للإنتربول
357.....	الخاتمة
366.....	المراجع
390.....	الفهرس