المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية | المجلد.6 / العـــدد: .1(2021)، ص248-.264

أهلية المريض في العقد الطبي

Patient's capacity in medical contract

بن زيطة عبد الهادي*	أزوا عبد القادر
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار (الجزائر)	كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار (الجزائر)
Benzita.abdelhadi@univ-adrar.edu.dz	azoua01@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2021/03/31 تاريخ القبول: 2021/04/25.تاريخ النشر: 2021./04/30

ملخص:

إن لجوء المريض للطبيب بحثا عن العلاج يكون منشئا لعلاقة تعامل كيفت بأنها عقد، هذا العقد يشترط الأهلية في طرفيه، نتحدث هنا عن أهلية المريض، والأحكام القانونية لإصدار موافقة المريض لمباشرة العلاج الطبي. يهدف المقال إلى البحث عن خصوصية مفترضة لهذه الموافقة، ومدى تطابقها مع القواعد العامة للأهلية. وقد توصلنا لنتائج من أهمها الارتباط الوثيق بين أهلية المريض وحقه في الإعلام، فضلا عن الطابع المشدد لموافقة المريض في الأعمال الطبية غير الاعتيادية.

كلمات مفتاحية: أهلية المريض، موافقة، عمل طبي، عقد طبي، إرادة

Abstract: (not more than 10 Lines)

By turning to doctors, for the sake of cure, they set off between them and the patients a close relationship, characterized as being a contract. This imposes the capacities of these two parties. There, we discuss the capacity of the patient, as well as the legal provisions of the issuance of the patient's consent to his doctor. Hence, this article aims to seek a possible specificity of this consent, its concordance with the general rules of capacity. The results achieved from this study showed that there is a close connection between patient's capacity and its right in inforamtion, and even the aggravating nature of the patient's consent in unusual medical acts.

Keywords:

capacity of the patient, consent, medical act, medical contract, will.

*المؤلف المرسل: بن زيطة عبد الهادي

1. مقدمة:

ظلت التدخلات الطبية على الإنسان محلا لاهتمام قانوني كبير، بالنظر لكونها تنصب على الجسم البشري، الذي أولته الشرائع والقوانين قدسية ومعصومية، بحيث لا يسمح المساس به إلا عند تدخل طبي مدفوع بمبرر علمي رصين. هذه القدسية تفتح باب الحديث عن مشروعية الأعمال الطبية الواردة على جسم المريض، إذ أن السلامة الجسدية للإنسان هي من الحقوق الأساسية له، التي تحرّم الدساتير المساس بها[1].

إن لجوء المريض للطبيب الممارس في عيادته الطبية الخاصة بحثا عن العلاج، بمناسبة كل وعكة صحية يمر بها، يعتبر في الحالات العامة منشأً لعلاقات طبية بين الطبيب والمريض، كيفتها محكمة النقض الفرنسية، في قرار **Mercier** الشهير بأنها عقد حقيقي ينشأ بين الطبيب وعميله[2].

إن تكييف العلاقة بين الطبيب والمريض عقدا طبيا، يقتضي البحث عن مدى توافر أركان هذا العقد، كي ينال المشروعية اللازمة لممارسته. ومن هذه الأركان، نتحدث عن التراضي في إبرام العقد الطبي، هذا التراضي من مقوماته اكتمال الأهلية القانونية لطرفي العقد، أهلية الطبيب وأهلية المريض.

وعلى هذا تكون موافقة المريض على خضوعه للعلاج الطبي ركنا أساسيا في قيام العلاقة الطبية، هذه الموافقة وجب أن تصدر عن المريض شخصيا، في الحالات العامة، كما يمكن أن تلتمس من طرف ممثل المريض في حالة كونه قاصرا أو عاجزا.

ومن هنا تثار إشكالية الدراسة، إذ أنه، وإذا كانت الرخصة الإدارية التي يتحصل عليها الطبيب لممارسة عمله في عيادته الخاصة، تعكس في الغالب أهليته القانونية للممارسة، فإن التساؤل يثار حول مضمون وخصوصية أهلية المريض في العقد الطبي؟

ويهدف البحث إلى بيان أهمية الوقوف على تفاصيل أهلية المريض، بالنظر للتطورات الحاصلة في الأعمال الطبية، وضرورة وجود موافقة كاملة للمريض على التدخل الطبي الوارد على جسمه.

وستكون معالجتنا لهذه الإشكالية باعتماد المنهج الوصفي والتحليلي، مع الإسقاط على القانون الجزائري، وهذا بتقسيم البحث إلى محورين رئيسيين، أتعرّض في الأول منهما للقواعد العامة لأهلية المريض، ثم أبين في المحور الثاني الحالات الخاصة لهذه الأهلية.

---

[1] – المادة 39 من دستور 1996 المعدل سنة 2020: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة. يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر".

[2] – Cassation civile, 20 mai 1936, Mercier, François VIALLA, les grandes décisions du droit médical, L.G.D.J. paris, 2010, p.211.

2.القواعد العامة لأهلية المريض

إن لجوء المريض للطبيب بحثا عن العلاج ينشئ بداية روابط تعاقدية بين الطبيب والمريض، فالعقد الطبي هو ذلك "الاتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"[3].

فمن خلال هذا التعريف، يتبين أن العقد الطبي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، لا سيما تلك المتعلقة بالمريض، فيتعلق التزام المريض بصلاحيته للإذن للطبيب في المساس بجسده، ويتعلق أيضا بذمته المالية[4]، إذ أنه سيكون ملزما بدفع المقابل للطبيب؛ هذه الالتزامات، وبالنظر لكونها التزامات مفقرة للذمة المالية للمريض، فإن اشتراط الأهلية إزاءها مسألة جوهرية تتعلق بقيام العقد الطبي.

فالمريض لا يمكنه، في الحالات العادية، أن يكون محلا لتدخل طبي ما لم تكن لديه القدرة أو المكنة التي تؤهله لإبرام التصرفات. والأهلية نوعان:

أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي تطابق الشخصية القانونية، حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة، كونها ثابتة لكل إنسان. أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، أي القدرة على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته[5].

1.2 موافقة المريض على العلاج الطبي

إن موافقة المريض على العلاج المقدم له يعتبر من الأهمية بمكان، ذلك أنه يتجاوز شرط الرضا اللازم لإبرام العقود في القانون الخاص، ليصبح أسلوبا للتعبير عن حرية أساسية للفرد، يضمنها القانون العام، وهي حريته في رفض تحمل أدنى اعتداء على كمال جسده البشري أيا ما كانت حالته الصحية، وأيا ما كانت النتائج التي ترتب على هذا الرفض[6]. وهكذا، فإن التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض يجد أساسه في الاحترام الواجب لكرامة المريض الإنسانية[7].

---

[3] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964، الجزء 7، المجلد الأول، ص 18.

[4] – أحمد أدريوش، العقد الطبي، الرباط، مطبعة الأمنية، 2009، ص 85.

[5] – محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006، ص 149-150.

[6] – عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المهنية المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، الطبعة الثانية، ص 153.

[7] – علي عصام غصن، الخطأ الطبي، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص 39.

وغني عن البيان أن موافقة المريض لا يمكن أن تتحقق بوضوح وجلاء إلا إذا قام الطبيب بتبصيره وتنويره وتقديم النصح له، وإحاطته علما بحالته الصحية وبطبيعة مرضه ودرجة خطورته، وما يقترحه له من وسائل وطرق لمداواته وعلاجه، إما عياديا أو جراحيا، أو بتقديم الأدوية المناسبة لمرضه[8].

وبهذا يتجلى لنا بوضوح ذلك الارتباط الوثيق بين موافقة المريض وحقه في الإعلام أو التبصير الطبي، فهما متكاملان ويشكلان معا أساس حق المريض في الحماية وفي الإعلام.

إن الموافقة على العمل الطبي تكون بداهة من طرف المريض، لكون الأمر يتعلق بحقه في سلامته البدنية. إن تخلف هذه الموافقة يجعل الطبيب مخطئا، يتحمل إزاءه مسؤولية الأضرار والمخاطر الناجمة عن العلاج، حتى ولو لم يرتكب أي خطأ في مباشرته[9].

وعملا بالقواعد العامة، يكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الطبي، إن كانت له الأهلية المدنية الكاملة، بمعنى أن يكون راشدا ومتمتعا بكامل قواه العقلية، لكون التمييز هو مناط الأهلية[10].

وعلى هذا، ينبغي من حيث المبدأ أن تصدر الموافقة من المريض نفسه، طالما أنه في حالة تسمح له بذلك، وأن رضاءه يعتد به قانونا[11].

وبالرجوع للأحكام العامة المتعلقة بالأهلية في نظام الالتزامات المدنية، فإن المريض الذي بلغ سن الرشد، المتمتع بقواه العقلية وغير المحجور عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية[12]، ومن ثم إصدار موافقته على الخضوع لعمل طبي، مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون[13].

ويتفق كلا من القانون الصحي الجزائري ومدونة أخلاقيات الطب بخصوص موافقة المريض مع ما ورد في القواعد العامة السابقة، فالطبيب لا يمكنه القيام بأي عمل طبي أو علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة

---

[8] – محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، الجزائر، دار هومة، 2012، ص 184.

[9] – محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المهنية المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، الطبعة الثانية، ص 444.

[10] – علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 35، العدد 3، 1998، ص 53.

[11] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 445.

[12] – المادة 40 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[13] – المادة 78 من القانون المدني، المعدل والمتمم.

للمريض، هذا الإعلام يرتب عليه احترام إرادة المريض لاحقا؛ كما يظهر اشتراط موافقة المريض من خلال تكريس حريته في اختيار الطبيب[14].

2.2.موافقة ممثل المريض

الأصل من حيث المبدأ أن تصدر الموافقة من المريض نفسه، مادام في حالة تسمح له بذلك، وأن رضاءه معتد به قانونا. ولكن يحدث أن يكون المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضائه في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل سريعا، أو كان لا يتمتع بالأهلية الكاملة، فهنا نلجأ لموافقة ممثليه القانونيين[15].

وبالرجوع للقواعد العامة للتعبير عن الإرادة، ولأحكام قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب، يتضح وجود بعض الحالات التي تستدعي موافقة ممثل المريض، وهي حالات: المريض القاصر، المريض العاجز عن التمييز وأخيرا المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته[16].

1.2.2.حالة المريض القاصر

إذا كان المريض منعدم الأهلية لصغر في السن، أو مصابا بجنون أو عته، أو ناقص أهلية، صبيا مميزا، أو سفيها أو ذي غفلة، ففي كل هذه الحالات لا يمكنه تقديم رضاء صحيح، لأن هذه الموافقة تقتضي الإدراك والتمييز[17]. ولهذا خوّل القانون الأولياء أو الممثلين الشرعيين تقديم الموافقة على العمل الطبي نيابة عن القاصر، كون هذا الأخير لا يتمتع بأهلية الأداء[18].

فيتضح من النصوص التي منحت الأولياء حق الموافقة على التدخل الطبي على القاصر عدم وجود استثناء يعطى للقاصر المميز، بتمكينه من الموافقة دون الرجوع للولي، وهو مسلك وُصِفَ بأنه إفراط في حماية القاصر المميز دون مبرر[19].

---

[14] – المادة 1/343 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018. والمادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52، صادر في 8 يوليو 1992.

[15] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 445.

[16] – المواد 42، 43، 78، 79 و80 من القانون المدني؛ المادتين 82 و83 من قانون الأسرة؛ المادة 5/343 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، والمادة رقم 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

[17] – رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007، ص 127.

[18] – علي فيلالي، مرجع سابق، ص 54؛ المادة 5/343 من القانون رقم 18-11: "تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي"؛ المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب: "يتعين على الطبيب أو جرّاح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم".

[19] – مامون عبد الكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 15، العدد 1، 2005، ص 59.

وهكذا، وكمبدأ عام، يجب على الطبيب أن يتحصل على موافقة الوالدين أو الممثل الشرعي لإخضاع القاصر للعلاج الطبي، وفي حالة اختلاف الوالدين على ذلك، يرجع القرار للأب كونه الولي الشرعي على أولاده القصر، وتحل محله الأم عند وفاته، وفي غيابهما، يرجع القرار إلى الممثل الشرعي، الذي يتولى تربية القاصر وعلاجه وقت العلاج[20]، الذي قد يكون وصيا أو مقدما، حسب ما ورد في أحكام قانون الأسرة[21].

2.2.2.حالة المريض العاجز عن التمييز

يقصد بحالة العجز عن التمييز تلك الوضعية التي يكون فيها المريض غير قادر على التمييز والتعبير عن إرادته بشكل مؤقت، بسبب فقدان الوعي أو الإغماء أو الآلام أو الاضطراب النفسي أو القلق الشديد أو غيرها من الحالات التي يفقد فيها المريض تركيزه وقدرته على منح موافقته على التدخل الطبي.

وعلى الرغم من اهتمام المشرع بتنظيم حالات فقد الأهلية بسبب السن أو الحالة العقلية، إلا أنه أهمل تماما حالة انعدام الأهلية التي تنشأ عن فقدان الوعي بسبب المرض أو الحادث أو التخدير بعد العمليات الجراحية[22].

من الناحية القانونية، إن عجز المريض مؤقتا عن التعبير عن إرادته لا يؤثر في شيء على أهليته القانونية. وفي غيبة الأشخاص المؤهلين قانونا لاتخاذ القرار بدلا من المريض، الذي لا يعد هنا فاقدا للأهلية، اتجه الفقه نحو الاعتراف لأقارب المريض بالحق في تقرير قبول العلاج أو رفضه، وأوجب تبعا لذلك على الطبيب الرجوع إليهم قبل تنفيذ العمل الطبي الذي تفرضه ظروف الحالة[23].

وإذا كان قانون الصحة القديم (القانون رقم 85-05) لم يشر للأشخاص الذين يخولهم القانون إعطاء موافقتهم، فإن الأمر لا يزال على حاله في قانون الصحة الساري المفعول حاليا رقم 18-11، وإن كان بأقل حدة، حيث يمكن الاستئناس بنص المادة 5/343 منه، التي خوّلت الأولياء أو الممثلين الشرعيين سلطة ممارسة حقوق

---

[20] – عشوش كريم، العقد الطبي، الجزائر، دار هومة، 2007، ص 29.

[21] – المادة 92 من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون"، والمادة 99 من نفس القانون: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب من أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

[22] – جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 60.

[23] – أثار الفقه صعوبة تحديد الأشخاص الأقربين للمريض، واعتبرهم الأشخاص الذين يعيشون معه، وفي مقدمتهم الزوج أو الزوجة، ثم أصول المريض ثم فروعه ثم إخوته. جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 61، ص 65.

ويجدر التوضيح بأن الأشخاص الذين يمارسون النيابة الشرعية (الولي،..) ليسوا مقصودين هنا، إذ أن هؤلاء يستدعون حينما يتعلق الأمر بمريض قاصر، ولكن في هذه الحالة المريض راشد، وانتابته حالة عجز عن التمييز، كالمريض الموجود في غيبوبة.

الأشخاص عديمي الأهلية والقصر، ولا شك أن المريض العاجز عن التمييز، ولو مؤقتا، قد ينطبق عليه ما ينطبق على ناقص الأهلية أو عديمها. كما أشارت مدونة أخلاقيات الطب بإمكانية اقتضاء الموافقة على العمل الطبي من الأشخاص المخولين من المريض[24].

من جهة أخرى، فإن المشرع وضع ترتيبا للأشخاص الذين يمكنهم منح الموافقة على عملية زرع الأعضاء في حالة كون المريض موجودا في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، وهم الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان الشخص بدون أسرة[25].

وبالنظر لأهمية هذه الوضعية، ولكثرة تكرارها في الحالات العملية، فيتعين على المشرع تدارك هذا النقص، بداية بإدراج حالة المريض فاقد الوعي مؤقتا أو العاجز عن التمييز ضمن حالات نقص الأهلية وفقا للقواعد العامة، ثم النص على الأشخاص المخول لهم التعبير عن الإرادة نيابة عنه ضمن قانون الصحة.

3.2.2.حالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته

في هذه الحالة يكون المريض قادرا على التمييز ولكنه يتعذر عليه إبداء الموافقة بسبب المرض. وقد ألحق المشرع هذا الوضع بالحالة السابقة، حيث يشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك عوض موافقة المريض. وفي هذا الصدد، تنص المادة 80 من القانون المدني على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكم أن تعين له وصيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.."[26].

ومما سبق يتبين لنا أن أحكام إبداء المريض لموافقته عن الأعمال الطبية التي يخضع لها تتأرجح بين القواعد العامة للتعبير عن الإرادة وبين قواعد خاصة في قانون الصحة، روعي في ترتيب أولوية الأشخاص الذين يمكنهم منح الموافقة نيابة عن المريض الروابط العائلية التي تجمع بينهم وبين المريض، كرّس فيها المشرع الأولوية دائما للوالدين، باعتبارهما أقرب شخصين للمريض، يكون دافعهما في التصرف نيابة عن ابنهما المريض جامعا بين الحرص على مصلحته والحنان الأبوي.

---

[24] – المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب.

[25] – المادتين 2/364 و 3/362 من قانون الصحة رقم 18-11.

[26] – علي فيلالي، مرجع سابق، ص 56.

3.الحالات الخاصة لأهلية المريض

إن رضا المريض بالعمل الطبي أو العلاجي يعد شرطاً لتكوين العقد الطبي وكذا تنفيذه، فيجب دائماً الحصول على موافقة المريض مسبقاً، في غير الحالة التي يفرض فيها وضعه تدخلاً علاجياً لا يمكن الموافقة عليه. فالعقد الذي بين الجرّاح وزبونه ينطوي مبدئياً على التزام الطبيب بألا يجري مثل العملية الجراحية المحددة والمعتبرة مفيدة من قبله إلا بعد حصوله مسبقاً على موافقة المريض.

يعتبر الحصول المسبق على موافقة المريض مبدأ أساسياً في كل أشكال العمل الطبي[27]، باستثناء الحالة التي يفرض فيها وضعه تدخلاً علاجياً لا يمكن الموافقة عليه. ولا فرق في ذلك بين القطاع الخاص أو العام، فهو مرتبط بكرامة الشخص وضرورة احترام جسمه البشري[28]. غير أن أهميته تزداد بحسب خصوصية العمل الطبي، كما في حالة نقل الدم (عنصر أول)، التجارب الطبية (عنصر ثاني)، نقل الأنسجة والأعضاء البشرية (عنصر ثالث).

1.3. نقل الدم

يعتبر الدم البشري عاملاً مهماً في إنقاذ البشرية في العديد من الحالات كالحوادث، والعمليات الجراحية الاستعجالية، وحالات فقر الدم الشديد وغيرها[29]. كما يعد في الوقت نفسه سبباً من أسباب انتقال الأمراض بسبب عدم صلاحيته أو بسبب المخاطر أو الأخطار التي تحدث أثناء عمليات النقل[30].

ومن هذا المنطلق اشترط المشرع الجزائري أن تتم عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصل الدم « البلازما» ومشتقاته والمحافظة على ذلك، في إطار وحدات صحية متخصصة. كما حدد الهيئات المكلفة بجمع الدم والتعامل فيه[31].

---

[27]- Cass. Civ. ,29 mai 1951.D.1952, p.53,note R. Savatier; JCP G 1951,I,6421,note H. Desbois ; RTD civ. 1951,p.508, obs. Mazeau ;S.1953, I,p.41, note Nerson ; JCP G1951,II,6491,note R.Perrot .Sabine Gibert. Guide de responsabilité médicale et hospitalière. Berger-Levrault. Paris.2011.p 55.

[28]-Y.l.Faivre. S.P.Simon. Droit du dommage corporel, op.cit.p 780.

[29]– محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 51 وما بعدها.

[30]– عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري وآثاره في القانون المدني والفقه الإسلامي «دراسة مقارنة»، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 72.

[31]–المرسوم التنفيذي رقم 95–108 مؤرخ في 09 ذي القعدة 1415، الموافق 09 أبريل 1995 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم. ج.ر.ر. العدد 21، بتاريخ 19 ذي القعدة 1415. المرسوم التنفيذي رقم 09–258 مؤرخ في 20 شعبان 1430، الموافق 11 غشت 2009 يتعلق بالوكالة الوطنية للدم. ج.ر.ر قم .47. بتاريخ 25 شعبان 1430 الموافق 16 غشت 2009.

ويجب على الهيئات المكلفة بجمع الدم مراعاة الضوابط الضرورية للموافقة على التبرع بالدم، بأن تمتنع عن جمع الدم من القصر، أو الراشدين الفاقدين لقدرة التمييز، أو أن يتم جمع الدم لأغراض مربحة[32].

كما يجب عليها مراعاة الموانع التي تحول دون إمكانية التبرع، كأن يكون المتبرع مصاباً بمرض من الأمراض الخطيرة أو المعدية، أو كانت حالته الصحية أو البدنية لا تسمح بذلك[33]. كما تلتزم أيضاً بضمان سلامة المتبرع من خلال تجهيز المكان المخصص للتبرع، و ضمان كفاءة القائم بعملية السحب أو النقل.

وتجب الإشارة إلى أنه و بالنظر إلى تعدد الأطراف المتدخلين في عمليات نقل الدم، ، فقد أدى ذلك إلى تعدد الروابط القانونية، والذي كان له أثره في تحديد المسؤول في مواجهة المريض عن الضرر اللاحق بفعل عملية نقل الدم. فهل هو الطبيب المعالج أو الجراح المقرر الأول لعملية نقل الدم؟، أم مركز نقل الدم أو المؤسسة العلاجية؟

كما يظهر اقتضاء المشرع للموافقة في مجال التبرع بالدم من خلال ضرورة إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل العملية، التي يجب كذلك أن تكون مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع[34].

2.3.البحوث الطبية الحيوية

لقد طرحت التجارب أو البحوث الطبية تحدياً كبيراً بالنسبة للنظم القانونية من حيث ضرورة التوفيق بين آثارها الايجابية المتمثلة في تطور العلوم الطبية وقدرة المجتمعات على تجاوز العديد من المشاكل الصحية[35]، وبين ما قد يترتب عنها من مخاطر طبية لم تكن معروفة من قبل[36].

غير أنها طرحت في الوقت نفسه العديد من التحديات خاصة من حيث المخاطر الطبية التي قد تنجم عنها[37].

---

[32]– المواد 258، 263 و369 من القانون رقم 18-11.

[33]– وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، 2005، ص 279. وانظر المادة 261 من القانون رقم 18-11.

[34]– المادة 368 من القانون رقم 18-11.

[35]– مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 687.

[36]–ولقد عالج المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالتجارب الطبية ضمن القسم المتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء، في المواد من 377 إلى 399 من القانون رقم 18-1، وكذا المادة 18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب. أما المشرع الفرنسي فقد عالج التجارب الطبية ضمن المواد من 1-1121L إلى 17-1121L من قانون الصحة العامة الفرنسي، واعتبر التجربة الطبية كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري بهدف تطوير المعطيات البيولوجية أو الطبية، بما لا يخالف نص القانون.

[37]– خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2010، ص 7 وما بعدها.

وإذا كانت الموافقة الحرة والمستنيرة تعتبر شرطاً جوهرياً في كل صور العمل الطبي، فإن أهميتها تزداد في مجال التجارب أو البحوث الطبية وذلك لخطورتها خاصة متى أجريت لأغراض غير علاجية. ولا تقتصر هذه الموافقة على الخاضع للتجربة فقط بل لا بد من موافقة الجهات الإدارية المختصة إذا تعلق الأمر بالتجارب التي تتم لأغراض غير علاجية.

هذا بالإضافة إلى أن يكون للتجربة أو البحث الطبي غاية تبرره، و أن تتناسب هذه الأخيرة مع المخاطر التي يتعرض لها الخاضع للتجربة. مع ضرورة أن يتم البحث أو التجارب تحت إشراف أطباء ذوي كفاءات ومؤهلات علمية عالية[38]، مع توفر الإمكانيات المادية الضرورية لسلامة الأشخاص الخاضعين لها. وفي هذا الصدد، نص قانون الصحة على أنه لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبّر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة، كتابيا، وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث لا سيما عن: الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة؛ وأيضا حقهم في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقتهم في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم[39].

3.3.الأنسجة والأعضاء البشرية

يعتبر التعامل في الأنسجة والأعضاء البشرية من أكثر المجالات التي شدت انتباه علماء المسلمين في مختلف تخصصاتهم ومجالاتهم، وثارت بشأنه العديد من المناقشات في المحافل العلمية والفقهية[40].

فإذا تعلق الأمر بنقل الأعضاء بين الأحياء فقد وضع المشرع الجزائري جملة من القواعد الواجبة الاتباع لاعتبار نقل الأعضاء بين الأحياء مشروعاً أو قانونياً[41].

فبالنسبة للمتبرع أو الواهب فيجب أن يوافق خطياً وبملء حريته وبحضور شاهدين، ويودع هذا الدليل لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة. ويمكن للمتبرع الرجوع عن هذه الموافقة في أي وقت كان، ولا تكون هذه الموافقة ذات قيمة متى كان المتبرع قاصراً، أو فاقدا للتمييز أو قواه العقلية. كما يجب ألا يكون الاستئصال من شأنه تعريض حياة المتبرع للخطر، كأن يكون العضو مما لا يستطيع الإنسان البقاء من دونه

---

[38] – خالد حمدي عبد الرحمن، إرادة المريض في العمل الطبي، بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد الثاني، السنة العاشرة، 2008، ص 248. رمزي فريد محمد مبروك، الاستنساخ البشري بين الشريعة والقانون، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 2001، ص 111. نقلاً عن خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 154، هامش 02.

[39]– المادة 368 من القانون رقم 18-11.

[40]–أكثر تفصيلاً أنظر: سميرة عايدة الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين القانون والشرع، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 85 وما يليها. عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 11.

[41]– المادة 355 وما يليها من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم.

كالقلب مثلاً. كما يجب أن تتم معاينة المتبرع من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية للتأكد من عدم إصابته بالأمراض التي من شأنها أن تضر به أو بالمتلقي للعضو، و يلتزم الطبيب بإعلام المتبرع بالأخطار المحتملة لهذه العملية ويتأكد من فهمه لذلك. أما بالنسبة للمستفيد من التبرع فيشرط أيضاً أن تكون موافقته كتابية. ويضاف إلى ذلك أنه لا يجوز أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء إلا في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة بذلك، وأن تتضمن هذه المستشفيات لجنة طبية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، تتولى تحديد مدى ضرورة نزع أو زرع العضو، وتأمر بإجراء العملية.

أما إذا تعلق نقل الأعضاء بجثث الموتى فقد أجاز فقهاء الإسلام الاستخدام العلاجي للجثة الآدمية في إطار القضايا الطبية والجراحية المستحدثة، ووفقاً للضوابط الشرعية والقانونية، على أساس المصلحة الراجحة، وإعمالاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[42].

ومن الناحية الشرعية وحسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي، فإن الشخص يصبح ميتاً متى ثبتت فيه إحدى العلامتين: الأولى: إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه. الثانية: إذا تعطلت وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه بالتحلل[43].

أما المشرع الجزائري[44] فقد اشترط الإثبات الطبي والشرعي للوفاة قبل الشروع في استئصال الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها. ويتم الإثبات من طرف اللجنة الطبية المنشأة على مستوى المستشفى المرخص له بمباشرة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كما تختص أيضاً بالترخيص بعملية الانتزاع أو الزرع. كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المعيار الشرعي الواجب الإتباع من قبل اللجنة للتحقق من الوفاة الشرعية، وهو ما يعني أن المسألة موكولة للأطباء حسب ما يرونه، ومن ثم تشخيص وفاة المريض[45].

كما أن المنشور الوزاري المؤرخ في 19-11-2002 والمحدد لشروط نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأشخاص الأحياء لم يشر إلى تحديد اللحظة القانونية التي يسمح بعدها بالتدخل الجراحي لنقل الأعضاء من الجثة، كما لم يوضح الضمانات الشرعية لنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، وكذا المسؤولية الطبية في حالة الاستعجال من بعض الأطباء أو حالات التلاعب بأعضاء الميت، وهذا الوضع سيؤدي لا محالة إلى

---

[42] – بلحاج العربي، الضوابط الشرعية للتداوي بأعضاء الميت، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 426، ماي 2002، ص 26 وما يليها. مشار إليه بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ، الطبعة الأولى، 2009، ص 17.

[43]– منذر الفضل، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها.

[44]– المادة 362 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم.

[45]– مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، ص 345. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 61.

الكثير من التناقض وكذا تضارب الأحكام القضائية بسبب اختلاف المقاييس العلمية الطبية في ظل الفراغ التشريعي[46].

ويضاف إلى ذلك أن هذا الفراغ التشريعي يثير إشكالاً آخر متعلقاً بالإنعاش الصناعي، فلم يتضمن التشريع الجزائري ما يشير إلى الضمانات القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض.

وبعد التحقق من الوفاة فإن استئصال الأعضاء بغرض زرعها يشترط إذن مسبق بذلك[47]. وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة فقد اشترط لصحة الاستئصال موافقة المتوفى أثناء حياته، أو موافقة أحد أعضاء الأسرة بحسب الترتيب الذي نص عليه هذا القانون، أو موافقة الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة. ولا يجوز الخروج عن هذه القاعدة إلا إذا تعلق الأمر بانتزاع القرينة أو الكلية، وتعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان تأخير أجل الاستئصال يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الاستئصال[48].

وفي كل الأحوال لا يجوز الاستئصال متى عبر الشخص كتابياً قبل وفاته عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي[49].

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة لإثبات موافقة المعني قبل وفاته على عملية الاستئصال، فقد تكون هذه الموافقة كتابية أو شفوية أو بأي إشارة تدل على القبول، كما يمكنه تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها، أو أن يشترط أن يكون الاقتطاع لأغراض علاجية أو علمية أو الاثنين معاً.

أما الرفض السابق عن الوفاة، فقد اشترط المشرع أن يثبته المعني كتابةً، دون أن يوضح شكل الكتابة هل هي الكتابة الرسمية أم تكفي الكتابة بخط اليد؟، كما لم يوضح المشرع الجهة التي يودع لديها الدليل الكتابي. ومتى تم إثبات الرفض فإنه لا يجوز لأي كان أن يحل محل المتوفى للموافقة على الاستئصال من الجثة.

غير أنه تجب الإشارة إلى أن الرفض الكتابي المقصود هنا يشمل الاستئصال لغرض الزرع فقط، دون الأغراض الأخرى، فقد أشار المشرع إلى أنه فيما يتعلق بالتشريح الذي يتم في إطار الطب الشرعي، لا تحول الرفض الكتابي دون إجرائه، لأن التشريح يتم لغرض الوصول إلى حقيقة ذات صلة بجريمة أو حادث يعتقد أنه هو السبب في الوفاة، كما أن التشريح لا يتم إلا بأمر من السلطة العامة.

---

[46]– بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 61 وما يليها.

[47]– سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 273.

[48]– المادتين 360 و364 من القانون 18–11 المعدل و المتمم. وقد حدد هذه المادة الأقارب بحسب الترتيب الآتي: الأب، الأم، الزوج، الزوجة، الابن، البنت، الأخ، الأخت.

[49]المادة 362 من القانون 18–11 المعدل و المتمم.

4. خاتمة:

إن أهلية المريض الخاضع للتدخل الطبي تشكل أساسا من بين أسس مشروعية العمل الطبي، التي يعتبر البحث عنها وافتراضها صونا لكرامة الجسم البشري ومعصوميته من أن يقع خارج دائرة التعامل القانوني؛ فهي بهذا الوصف، تكون من النظام العام، ولا يجوز التنازل عنها أو إسقاطها.

وبالنظر للتطورات التي تعرفها الأعمال الطبية وازدياد درجة مخاطرها غير المعروفة على صحة الإنسان، فإن موافقة المريض الحرة، النيرة والمتبصرة تكون مهمة أكثر من أي وقت مضى. وقد سمحت دراسة هذا الموضوع بالتوصل للنتائج التالية:

-الارتباط الوثيق بين موافقة المريض وحقه في الإعلام المتبصر من جهة، وبين الالتزام الواقع على الطبيب بالتبصير من جهة أخرى.

-اشتراط موافقة المريض على العمل الطبي يعتبر تكريسا لإرادة المريض في العلاقة الطبية، وهو ما يؤكد بصورة غير مباشرة "عقدية العلاقة الطبية" بين الطبيب والمريض.

-خضوع أحكام أهلية المريض للقواعد العامة للأهلية في القانون المدني، لا سيما الأحكام المتعلقة بعديمي الأهلية أو ناقصيها.

-منح المشرع الأولوية في الموافقة نيابة عن المريض لأصوله، لكونهما أحرص الناس على مصلحته، وهذا ما من شأنه تعزيز الروابط العائلية.

-تميز أحكام أهلية المريض في بعض التدخلات الطبية غير الاعتيادية بكونها أحكام مشددة، بالنظر لخطورة هذه الأعمال وطابعها غير المألوف، ولكن أيضا بداعي الحفاظ على التكامل الجسدي للمريض، وكذا صون كرامته الإنسانية من أن يقع ضحية لتعاملات طبية غير مشروعة.

-لم يبين المشرع الجزائري شكل موافقة المريض، هل تكون شفوية أم مكتوبة، وهو ما يجعلها تخضع للعرف الجاري العمل به، في العيادات الطبية الخاصة أو في المؤسسات العمومية للصحة.

كما يمكن تقديم التوصيات التالية:

-تعديل أحكام الأهلية في القانون المدني بإدراج التدبير القانوني المتعلق بحالة العجز المؤقت عن التمييز.

-تعديل أحكام موافقة المريض على العلاج الطبي في قانون الصحة بتحديد الأشخاص المخول لهم التعبير عن إرادة المريض العاجز مؤقتا نيابة عنه.

7. قائمة المصادر والمراجع:

أولا: باللغة العربية

1-الكتب والمؤلفات

- أحمد أدريوش، العقد الطبي، الرباط، مطبعة الأمنية، 2009.
- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
- جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.
- خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2010.
- رايس محمد ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، الجزائر، دار هومة، 2012.
- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007.
- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين القانون والشرع، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004.
- عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري وآثاره في القانون المدني والفقه الإسلامي «دراسة مقارنة»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964، الجزء 7، المجلد الأول.
- عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المهنية المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، الطبعة الثانية.
- عشوش كريم، العقد الطبي، الجزائر، دار هومة، 2007.
- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2006.
- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006.
- محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المهنية المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، الطبعة الثانية.
- محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر، 2002.
- وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، 2005.

2-النصوص القانونية

- دستور 1996 المعدل سنة 2020.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52، صادر في 8 يوليو 1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 95-108 مؤرخ في 09 ذي القعدة 1415، الموافق 09 أبريل 1995 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم. ج.ر.ر. العدد 21، بتاريخ 19 ذي القعدة 1415.
- المرسوم التنفيذي رقم 09-258 مؤرخ في 20 شعبان 1430، الموافق 11 غشت 2009 يتعلق بالوكالة الوطنية للدم. ج.ر.ر قم .47. بتاريخ 25 شعبان 1430 الموافق 16 غشت 2009.

3-المجلات المحكمة

- مامون عبد الكريم، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 15، العدد 1، 2005.
- علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 35، العدد 3، 1998.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

- François VIALLA, les grandes décisions du droit médical, L.G.D.J. paris, 2010.
- Sabine Gibert, Guide de responsabilité médicale et hospitalière, Berger-Levrault, Paris.2011.