

أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية

حاوش هدى

طالبة دكتوراه / جامعة يحي فارس. المدينة

ملخص

إن الأحكام القضائية الواردة بخصوص المنازعات الطبية بشأن انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، تفيد أن قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية هي الواجبة التطبيق، وبصفة خاصة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، على أساس أن الطبيب تابع للمستشفى الذي يعمل فيه، وأن علاقة التبعية هذه ولو كانت علاقة تبعية إدارية، فهي كافية لكي تتحمل المستشفيات العمومية وزر المسؤولية عن خطأ الطبيب، ويؤول الاختصاص فيها للقضاء الإداري.

وترجع أصالة نظرية المسؤولية الإدارية إلى ركن الخطأ، مستوحية ذلك الأساس من قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني، إلا أنها أصبحت قاصرة على إحاطة الأطراف المتضررة من التدخلات الطبية المعقدة بسياج متين من الحماية القانونية نظرا لصعوبة إقامة الدليل على وقوع خطأ ما، الأمر الذي يستدعي مواكبة التطور الحاصل بتبني نظام المسؤولية دون خطأ.

résumé

Les dispositions judiciaires concernant les litiges médicaux sur la transplantation d'organes humains, et en particulier la responsabilité du commettant a propos des faits du préposé, au fait que le médecin est sous lagide de l'hôpital ou il exerce, et que le lien de préposition et un lien administratif, et il est du ressort a la juridiction administrative a propager.

Et l'originalité de la théorie de la responsabilité administrative du a l'éléments de la faute, inspirant ça base à des règles de la responsabilité délictuelle en droit civil, sauf qu'elle est incapable de donner une protection adéquate au endommagés a cause des difficultés de prouvé la faute médicale, cela nécessite l'adaptation de la théorie de la responsabilité sans faute.

مقدمة

إن المستشفيات العمومية هي المرافق العامة الوحيدة التي لها صلاحية القيام بعمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لخصوصية هذه العمليات، ودقتها المتناهية، لاحتوائها على أضرار مؤكدة وأخرى محتملة الوقوع، وما يزيد من أهمية هذا النوع من التدخلات

الرجوع على المستشفيات باعتبارها المتبوع المسؤول، وأن مسؤولية المتبوع (المستشفى) المفترضة هي مسؤولية تبعية، تقوم مستندة إلى مسؤولية أصلية هي مسؤولية التابع (الطبيب)، ومن ثم فهي تدور معها وجوداً وعدمًا، فمتى ثبت خطأ التابع قامت مسؤولية المتبوع، إلا إذا أثبت أن الفعل الضار قد نشأ عن سبب أجنبي لا شأن لهذا التابع (بلحاج العربي، 1999، ص 337).

إلا أنه ليس من العدالة أن نحمل الأطراف المرضى المتضررين من هذه العمليات وزر إثبات الخطأ الذي يعتبر المحرك الرئيسي للمسؤولية المدنية للتعويض عن الأضرار، وبالنظر إلى المسؤولية الإدارية نرى التأييد القضائي والتشريعي لانتهاج خطى المسؤولية المدنية، مما يحمل الطرف الضعيف من العملية حملاً لا طاقة له فيه، وهو حمل إثبات الخطأ. فما مدى مرونة المشرع الجزائري في أساسه المعتمد لقيام المسؤولية الطبية عن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية؟

وبغية الإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى قسمين تناولنا في الأول الخطأ كأساس لقيام المسؤولية الطبية عن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، أما الثاني فتضمن قيام المسؤولية الطبية عن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية دون خطأ.

أولاً - الخطأ كأساس لقيام المسؤولية الطبية عن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية يستمد الخطأ الطبي تعريفه من الخطأ بوجه عام، لذلك كان لا بد، وقبل التعريف بفكرة الخطأ الطبي بشكل عام، تحليل فكرة الخطأ عامة باعتبارها أساساً للمسؤوليتين المدنية ككل، ثم قياس تعريف الخطأ بالخطأ الطبي، والذي سنعرض لمفهومه قانوناً وشرعاً.

أ/ مفهوم الخطأ الطبي:

اختلف الفقهاء في تعريفهم للخطأ بوجه عام، ومن ثم لتعريف الخطأ في المجال الطبي، فالخطأ لا يزال قوام المسؤولية المدنية، وعماد وجودها، وكذلك فمسؤولية الطبيب تستوجب مثل هذا الخطأ وإثباته، فلا مجال لاعتبار الطبيب مسؤولاً ما لم يوصف عمله بأنه خطأ (سي يوسف حورية زاهية، 2008، ص 59).

أما عن المشرع الجزائري فإنه لم يتضمن تعريفاً للخطأ، فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري، والمواد (172-176) الخاصة بأحكام المسؤولية العقدية، والمواد (124-140) الخاصة بأحكام المسؤولية التقصيرية، يتضح لنا أنه جعل من الخطأ الأساس الذي تقام عليه المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) بصفة عامة، دون تقديم تعريف قانوني له وهو ما

حذا بالفقه إلى محاولة تعريفه، حيث يعرف الخطأ التقصيري عموماً بأنه إخلال بواجب قانوني من شخص مميز، وهذا الواجب القانوني هو دائماً الالتزام ببذل عناية، أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالالتزام عقدي. (رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، 2015، ص 162)

وعلى الرغم من صعوبة ضبط تعريف للخطأ الطبي، فإنه لا بد من الاعتراف بأهمية ذلك الضبط بغية حل الإشكالات في المسؤولية التي تقام على أساس هذا الخطأ، حيث عكس الغلط الذي هو عدم الانتباه الذي لا يمكن لأكثر الأطباء حرصاً ويقظة تفاديه، إذ يمكن أن يصدر من أي طبيب خاصة في مرحلة التشخيص، لتشابه الأعراض، لذلك لا يشكل خطأ طبيًا يستوجب المساءلة، وإنما يعتبر الخطأ الطبي إخلال الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه أصول مهنته.

حيث عُرف الخطأ الطبي على أنه " ما ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، والذي يحتوي في طياته طبيعة تلك الالتزامات للطبيب، والتي منشؤها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير، بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها وتبين مداها" (عشوش كريم، 2011، ص 172)

كما عرفه الدكتور منذر الفضل "بأنه إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة، الموافقة للحقائق العلمية المستقرة" (أحمد حسن عباس الحياوي، 2009، ص 105)

فخلاصة تلك التعاريف، تتمثل في كون الخطأ الطبي هو "إجحام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب، وقواعد مهنته وأصول الفن أو مجاوزتها، وذلك نظراً لأن الطبيب وهو يباشر مهنة الطب مطالب بامتلاك دراية خاصة، والإحاطة ملزماً بالإحاطة بأصول فنه، وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها، ومتى كان جاهلاً لذلك اعتبر مخطئاً" (رايس محمد، 2000، ص 152)، وهو ما يتماشى ونصوص القانون الجزائري وفقاً لما ورد في المادة 45 من قانون أخلاقيات الطب (المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقية الطب الجزائري) .. تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين المؤهلين".

ومما سبق يتبين لنا أن خطأ الطبيب يشتمل على عنصرين أساسيين:

-الأول: الخروج أو مخالفة القواعد والأصول العلمية الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذ العمل الطبي، والمقصود بالأصول الطبية في علم الطب هي تلك الأصول والقواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظرياً وعلمياً، والتي يجب على كل طبيب أن يلم

بها وقت قيامه بالتدخل الطبي، فالعلوم الطبية في تطور مستمر وما يعتبر حديثا اليوم، سيصبح قديما في الغد.

-الثاني : الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، والمقصود بها خروج الطبيب القواعد العامة

للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل مهنة. (سي يوسف زهية حورية، مرجع سابق، ص 65).

ومنه فإن خطأ الطبيب ينطوي على نوعين:

أ- خطأ يقوم على الإهمال وعدم الحيطة والاحتراز، والذي قد يرتكبه أي شخص كان ويطلق عليه الخطأ العادي.

ب- خطأ يقوم على الجهل الأكيد بالحقائق والمسلمات العلمية ، أو على مخالفة الأصول الفنية للمهنة، وهو ما يعرف بالخطأ الفني أو المهني.

ويدخل في النوع الأول كل إهمال أو تهاون أو عدم انتباه لا صلة له بالمسائل العلمية والأصول الفنية ، ومن ذلك إهمال الطبيب لواجبه في الحصول على موافقة المريض وتبصيره، وفي إسعاف من هو بحاجة إلى إسعافه، أو قيامه بعملية جراحية وهو في حالة سكر ونحو ذلك، أما الخطأ الفني فيقع فيه الطبيب إما في التشخيص أو المداواة أو العمليات الجراحية (صاحب عبيد الفتلاوي، 1997، ص 162).

وقد استقر الفقه والقضاء على قيام مسؤولية الطبيب عن خطئه الطبي مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنيا أو غير فني، جسيما أو يسيرا، وهذا ما يمكن استخلاصه من النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب في الجزائر، حيث نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها (القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها) على ما يلي: " يتابع طبقا لأحكام المادتين 288-289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته.. إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية"

كذلك نصت المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: " يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه ...".

فالمعيار العام في قياس الخطأ الطبي هو المعيار الموضوعي، والذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد، أي أن

القاضي، وفي سبيل تقدير خطأ الطبيب في علاج المريض، فإنه يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى، وبالتالي فالابتعاد عن المعيار الذاتي الذي يكون المرجع فيه نفس الشخص الذي صدر منه الانحراف، والذي يؤدي إلى اعتبار الفعل خطأً بالنسبة لشخص معين دون أن يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر.

وإذا كان الأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى عدم الاعتداد بالظروف الداخلية للشخص موضوع المسؤولية (كقدراته الشخصية، ودرجة يقظته وظروف سنه وتعليمه وصحته)، إلا أنه ينبغي مع ذلك الاعتداد بالظروف الخارجية التي تحيط بالشخص وقت حدوث الفعل، بمعنى أن القاضي يقدر الخطأ الطبي على أساس السلوك الذي كان ينبغي أن يصدر من الطبيب موضع المسؤولية على ضوء الظروف المحيطة به كمدى خطورة حالة المريض، وما يتطلبه ذلك من إسعافات سريعة وإمكانيات خاصة قد لا تكون متوفرة. (سمير عبد السميع الأودن، 2004، ص 52)

فتقدير خطأ الطبيب ينبغي أن يكون وفقاً لكفاءته والوسائل التي يستعملها، فمما لا شك فيه أنه لا يتطلب من طبيب الريف إمكانياته المحدودة ما يتطلب من طبيب يعمل في مستشفى جامعي له إمكانياته المعروفة، فعمليات نقل الكلى أو القلب التي يتولاها جراح أخصائي اعتاد إجرائها، عن تلك التي يتولاها جراح آخر لم يعتد إلا بإجراء العمليات البسيطة. (رايس محمد، مرجع سابق، ص 165).

يعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن الخطأ في الغالب بلفظ التعدي، وهو الفعل الذي يولد الضرر أو الإخلال بالتزام (رايس محمد مرجع نفسه، ص 261)، وأحال الفقهاء ضبط معيار التعدي إلى أعراف الناس وعاداتهم في التعامل والسلوك.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه"، فقوله: "فإن كان فعل ما يفعل مثله" قد ورد بمعنى إذا كان سلوكه مألوفاً، لم يخالف المعتاد، قياساً على من هو في وضع كوضعه. (محمد يسري إبراهيم، 2005، ص 249).

ينقسم الخطأ في عمل الطبيب -وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي- إلى خطأ في التقدير وخطأ في الفعل، فأما الخطأ في التقدير، فمثاله أن يقرر الطبيب قطع عضو من الأعضاء ثم

يكتشف خطأه، فإن العلاج يمكن أن يكون بغير القطع، أما مخطئ الفعل، فكما لو قام الطبيب بعملية ختن طفل، ويترتب عن ذلك موت المختون.

قد ذهب غالبية فقهاء الشريعة إلى أن خطأ الطبيب لا ضمان فيه ما دام أنه ثابت حذقه ومهارته وأنه غير ممنوع من ممارسة مهنة التطبيب، لأن الضرر الحاصل سواء بالموت أو بالتلف يكون من فعل مشروع (حروزي عز الدين، 2000، ص 163).

وهكذا فإن الفقه الإسلامي لا يقر بضمان الطبيب إلا على الخطأ الفاحش، أما الخطأ اليسير الذي قد يقع فيه أي طبيب مماثل من أهل صناعة الطب، فلا ضمان فيه وهذا على خلاف القانون الوضعي حيث قرر مسؤولية الطبيب المدنية كلما ثبت وجود خطأ في جانبه، بقطع النظر عن كون الخطأ فنياً أو عادياً، جسيماً أو يسيراً (رايس محمد، مرجع سابق، ص 262).

ب/ تطبيقات لصور الخطأ الطبي في مجال انتزاع وزرع الأعضاء البشرية

تتنوع صور الخطأ الطبي الذي يمكن أن يؤدي إلى انعقاد المسؤولية المدنية، بين رفض العلاج، رضا المريض، والخطأ في التشخيص، والخطأ في العلاج أو في التدخل الجراحي والمراقبة، غير أن دراستنا في مجال انتزاع وزرع الأعضاء البشرية ستقتصر على الخطأ في تنفيذ العلاج وقت التدخل العلاجي، وهذا على اعتبار صعوبة تصور أن يكون الخطأ في مجال انتزاع وزرع الأعضاء البشرية في التشخيص (جاري بسمة والدهبي ثورية، 2012، ص 182).

لقد وضع المشرع الجزائري ضوابط معينة يتقيد بها الأطباء لزاماً قبل الشروع في عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، وكل خروج عن هذه القيود يعتبر خطأ يقيم مسؤولية الطبيب المدنية :

-عدم الالتزام بالتبصير: إن التزام الطبيب بإعلام المريض يعبر عن واجب قانوني خاص يقع على عاتق الطبيب المشرف على هذا النوع من التدخل الطبي، وذلك بضرورة إحاطة المريض علماً بكافة المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له، والأحوال التي سيؤول إليها في حالة تفاقم مرضه ورفضه العلاج وإلا اعتبر مخطئاً (دغيش أحمد وبولنوار عبد الرزاق، 2008، ص 128).

تنص المادة 3/154 من ق.ح.ص.ت: "وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج..."، لاسيما مخاطر العلاج، ولا يلزم الطبيب إلا بإعلام

المريض بالمخاطر المتوقعة عادة، دون المخاطر الاستثنائية النادرة، ذلك أن كشف كافة المخاطر، والاختلاطات الممكنة، أي كانت درجة ندرتها لا فائدة منه للمريض، بل قد يكون ذلك ضارا له، فقد يؤدي به إلى الاضطراب ومنعه من اتخاذ القرار المناسب القائم على حكم مدروس ومفكر فيه، كما قد يؤدي به إلى تحمل التدخل الطبي على مضض، وبوضع نفسي يرثى له، على أن تلك الحدود التي توظف المعلومات التي يجب على الطبيب إعلام المريض بها، أو تعطيه الحق في إخفائها، ترد عليها بعض الاستثناءات: على غرار ما يتعلق منها بزرع الأعضاء البشرية. (المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية والمهنية، 2004، ص 152).

فقد ذكرنا سابقا أن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية تتميز بذاتية خاصة تنبع من وجود طرفين، أحدهما المتبرع والآخر المتلقي، ولما كان المتبرع يخضع لعملية جراحية دون تحقيق هدف علاجي كان لا بد للتشديد في حالته، عكس المتلقي الذي يجب المحافظة على حالته النفسية في إعلامه بالمخاطر الجسيمة والمتوقعة عادة.

لقد استقر الفقه القانوني على ضرورة تبصير المتبرع تبصيرا كاملا، بمعلومات كافية وبسيطة، فالمتبرع يجب أن يحاط علما بالمخاطر المحتملة، والنتائج المؤكدة المترتبة على حرمانه من عضو من أعضائه، كما يجب أن يعلم بالتعقيدات التي يمكن أن يسببها غياب العضو المستقطع في المستقبل، والاحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان، ثم إن المعلومات التي يجب أن تقدم للمتبرع لا يجب أن تقتصر على الجانب الطبي، بل وينبغي أن تتعداه لتشمل الجوانب الاجتماعية، مثل مدى تأثير هذه العملية على حياته الأسرية المستقبلية، وكذا الاقتصادية، وما عسى أن تحدثه هذه العمليات من آثار على قدرة الشخص على العمل والإنتاج عقب العملية وفي المستقبل القريب. (رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، 2015، ص 131، 132).

هذا ما نظمته المشرع الجزائري في ق.ح.ص.ت في المادة 2/162 بنصها التالي: "ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الانتزاع..".

كما يشترط القانون ضرورة أن يخبر الطبيب المعالج المريض المستقبل لتلك الأعضاء البشرية، أو من يمثله قانونا، بالأخطار الطبية المتوقعة فقط، وهو ما جاء النص عليه في المادة 5/ 166 من ذات القانون والتي نصت على ما يلي: "ولا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن

يعلم الطبيب المعالج المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك".

ومنه يمكن القول بضرورة تبصير المريض (المتلقي والمستقبل) وفقا للحدود المذكورة، من حقيقة المرض، ونوع التدخل الجراحي وبالمخاطر التي تترتب على العلاج، وأي كذب أو إخفاء للحقيقة يعتبر من قبيل الخطأ الطبي المستوجب للمسؤولية، على اعتبار أن الالتزام بالتبصير يعتبر من مظاهر احترام الشخص في سلامة جسمه، بحيث لا يتعرض لأدنى مساس إلا بعد الموافقة، وهم هنا يمكن للمحاكم أن تراقب وتضع حد لانفراد بعض الأطباء الجراحين بالمساس بسلامة أجسام المرضى - ما عدا حالات التدخل الاستعجالي -، فمتى انفرد الطبيب الجراح بالعلاج والجراحة على جسم المستقبل أو المتبرع دون التبصير اللازم عرض نفسه للمساءلة المدنية. (نصر الدين مروك، 2003، ص 249).

-عدم التأكد من عدم الإضرار بالمتبرع: يجب أن لا يؤدي استئصال الأعضاء إلى إلحاق ضرر بالشخص المتبرع بالعضو، إذ يعتبر إخلالا بالتصرف بالأعضاء إذا كان الاستئصال من شأنه أن يضر بسلامة الجسدية للمتبرع بالعضو، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب عن الأضرار الناتجة عن عملية الاستئصال كأن ينقل إليه عدوى الأمراض نتيجة استعمال أجهزة ملوثة في عملية الاستئصال، أو كأن يتعرض المتبرع بالعضو بأضرار ناتجة عن عدم تحمل حالته الصحية للعملية، وبالتالي تقوم المسؤولية إذا لم يتم التأكد من عدم تأثير الاستئصال على جسم الإنسان تأثيرا ضارا، إذ يجب أن يكون التبرع بالأعضاء المزدوجة في الجسم مثلا، فالأجزاء التي لا يمكن استئصالها ترتبط بعدم المساس بحياة المتبرع أو تعطيل بعض وظائف الجسم وقد مع المشرع الجزائري الحصول على الأعضاء التي تشكل خطرا على حياة المتبرع في المادة 1/162 من ق.ح.ص.ت. (هدير شلال شناوة، 2014، ص 198، 199).

-عدم الحصول على رضا المريض: إذا كان الالتزام بالحصول على الرضا أمر تستوجبه إباحة الأعمال الطبية عموما، فإن وجوبه لإباحة عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية يكون أهم نظرا لخطورته من جهة ومن جهة أخرى لإضفاء المشروعية، وهو أمر استقر عليه الفقه والقضاء واستوجبه التشريعات الحديثة، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب على أساس خطئه المتمثل في إخلاله في الحصول على رضا الأطراف وذلك في حالة استئصال عضو من جسم المتبرع الحي دون أن يبدي هذا الأخير موافقته الصريحة والكتابية على ذلك، وفقا لنص المادة 2/162 من ق.ح.ص.ت.ج، أو عند القيام بعملية الزرع دون الأخذ برضا المستقبل وفقا

لنص المادة 1/166، 2، 3 و 4 من ذات القانون مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناء الوارد في الفقرة الأخيرة من نفس المادة، وذات الشأن بالنسبة للمتبرع المتوفى وفقا لنص المادة 2/164 التي اشترطت تعبير المتوفى أثناء حياته على موافقته بالتبرع بأعضائه وفي حالة غياب الموافقة لا يجوز انتزاع أي عضو منه إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة وفقا لترتيب معين، ومع الأخذ بعين الاعتبار للاستثناء الوارد في الفقرة الأخيرة من ذات المادة وهي حالة انتزاع القرنية والكلية دون اشتراط الموافقة وفقا لحالة الاستعجال التي تقتضيها الحالة، إلا أنه يمنع القيام بعملية انتزاع لأنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر المتوفى قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته وفقا لنص المادة 165 من القانون السالف الذكر.

كما تقوم المسؤولية الطبية في حالة ما إذا استؤصل العضو من جسم المتبرع الذي عدل عن موافقته بعد إبدائها، لأن العدول يزيل الأثر القانوني للرضا الصادر من المتبرع، فلا يجوز للطبيب الاحتجاج بالموافقة السابقة لدرء المسؤولية عنه، كما تقوم مسؤوليته المدنية سواء اتجه المستقبل أو المتبرع عند مباشرته للعملية استنادا إلى رضا مشوب بعيب من العيوب الإكراه، لأن الأصل هو تأكد الطبيب من أن رضا أطراف العملية حر وسليم، وكل خروج عن ذلك يكون من شأنه إلحاق ضرر معنوي للمدعي يلتزم الطبيب بتعويضه. (مختاري عبد الجليل، 2007، ص 115).

أما في النيابة المتعلقة بالتعبير عن الرضا، فخطأ الطبيب يكون في حالة ما إذا قام بالعمل الجراحي دون الأخذ بموافقة الممثل القانوني، حيث يجب أن يكون المتبرع بالعضو أو النسيج متمتع بكامل قواه العقلية، فإن كان قاصرا أو بالغا سن الرشد وغير قادر على التمييز لا يجوز انتزاع عضو من أعضائه كمبدأ عام وهذا تطبيقا لمقتضيات المادة 163 من ق.ح.ص.ت، علما أن هذا النص لم يكتمل بعد إذ يجب تحديد كفيات تطبيقه عن طريق التنظيم (رايس محمد، مرجع سابق، ص 222)، وبالتالي كل تصرف خارج عن هذا الإطار يلزم الطبيب بالتعويض وفقا للمسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ.

فاحترام حرية المريض في اختيار عملية زرع عضو له أو رفضها، يعد تأكيدا وتجسيذا لمبدأ احترام إرادته، فلا يستطيع الجراح القيام بهذه العملية بغير رضا المريض الحر من أي ضغوطات، سواء من طبيبه أو من العائلة، ذلك أن هذه العملية تنطوي على مخاطر يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة المريض الحرة. (سميرة عايد الدايات، 2004، ص 147).

و بالتالي الإخلال بالرضا في مجال نقل الأعضاء البشرية يقيم مسؤولية الطبيب إذ يكفي أن يدعي الشخص المنقول منه والمنقول إليه العضو عدم موافقته على عملية الإقتطاع، وعلى الطبيب أن يثبت حصوله على هذه الموافقة إن أراد درء المسؤولية عنه، ذلك أن للرضا في مجال زرع الأعضاء البشرية ضوابط محددة على الطبيب الجراح احترامها قبل مباشرته العملية. (عبد الكريم مأمون، 2006، ص 675).

- عدم التأكد من واقعة الوفاة: إذ تعد لحظة الوفاة من أهم المسائل التي تثور في مجال زرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، ويرد السبب في ذلك إلى أن ترجيح مصلحة المتلقي باعتباره إنسانا حيا على المصالح التي تتعلق بالجثة تفترض بأن تقع الاستقطاع من جثة إنسان ثبت وفاته، فلكي يتمكن الأطباء من القيام بإجراء عملية نقل عضو من جثة إنسان ميت إلى جسد إنسان حي لا بد من التأكد من واقعة الوفاة حسب نص المادة 1/164 من ق.ح.ص.ت.ج، لذلك يعد إخلالا مباشرة عملية النقل دون التأكد من ذلك لما يترتب عنه من أضرار ماسة بالسلامة الجسدية. (هدير شناوة، مرجع سابق، ص 202).

- الأطباء القائمين بعملية زرع الأعضاء: حيث اشترط المشرع الجزائري في المادة 165 من ق.ح.ص.ت.ج أنه لا يمكن للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون من المجموعة التي تقوم بالزرع، والهدف من هذا الشرط استبعاد التلاعب بجسم الإنسان وخاصة بأعضائه، وجعل الأطباء في منأى من كل شبهة، لذلك جعل الفريق الذي عاين الوفاة غير الفريق الذي يقوم بالعملية وكل تدخل مخالف لهذا الشرط يعتبر خطأ موجبا للمسؤولية.

- عدم مشروعية الغرض من الاستئصال : لا يمكن القيام بعملية انتزاع الأعضاء من أشخاص أحياء إلا لأغراض علاجية، فقد اتفق فقهاء القانون على التصرف في الأعضاء التي تقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيا، لاسيما فرض إمكانية إعادة زرعها في جسم آخر لأنها مازلت تحتفظ ببعض الأجزاء السليمة التي يحتاجها شخص آخر، وبالتالي يعتبر خطأ كل استئصال لأعضاء رغم كونها سليمة لا تحتاج إلى هذا النوع من العمليات، وهو ذات الشأن بالنسبة لعملية الزرع بحيث اشترط المشرع الجزائري في المادة 161 من ق.ح.ص.ت.ج أنه لا يجوز زرع أنسجة وأعضاء إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية.

كما يجب أن تكون المصلحة المترتبة على زرع العضو، أو النسيج البشري لدى المريض جدية أو راجحة، ولا تكون جدية إلا إذا كان زرع النسيج أو العضو يمثل الوسيلة

الوحيدة للمحافظة على حياة المريض المستقبل لها، أو على سلامته البدنية ولا تجدي في علاجه الأساليب التقليدية، كما أن رجحان المصلحة تعني أن الإجراء -الزرع أو النقل- سيؤدي غالبا إلى إنقاذ المريض من مرضه العضال، أو الموت، وعلى العكس من ذلك ، فإن المصلحة تنتفي إذا تبين أن عملية الزرع أو النقل ستعرضه إلى مخاطر تزيد من تلك التي يعاني منها. (رايس محمد، مرجع سابق، ص 225)

- مكان إجراء عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية: لا يجوز إجراء عمليات استئصال الأنسجة والأعضاء ولا زرعها إلا في المستشفيات التي يحددها وزير الصحة حسب المادة 167 من ق.ح.ص.ت، فبحكم خطورة هذه الممارسات كان من الضروري إحاطة هذه العمليات بضمانات كفيلة بإبقاء هذه الممارسة وفقا للقيم الإنسانية تحسبا لأي انحرافات طبية تتعارض مع الصبغة الأخلاقية، وكل خروج عن هذا الإطار بإجرائها في عيادات خاصة يعتبر خطأ تقام عليه المسؤولية.

- عدم جواز ذكر هوية المتبرع للمستفيد: لا يجوز إعلان اسم المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخيرة لعائلة، ويفيد هذا مبدأ السرية في احترام أحاسيس وعواطف الأشخاص وتجنبيهم من أي مشكل عاطفي أو نفسي قد يكون بين المتنازل وعائلته والمستفيد من زراعة العضو، المتبرع وهذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 165 من ق.ح.ص.ت.ج، هذا النص يتعلق بحالة التبرع بأعضاء الجسم من المتوفى إلى المريض الحي ، ولكن "مبدأ السرية" المذكور في المواد 36 من مدونة أخلاقية الطب، والمعاقب عليه في المادة 301 من قانون العقوبات مبدأ عام، وهذا نقص يعاقب عليه المشرع الجزائري حيث لم يحدد العقوبة المقررة في حال الكشف عن الهوية في عمليات التبرع بالأعضاء. (زايدي حميد، 2008، ص 117).

- تلقي مبلغ مالي أو منفعة مقابل عضو: يعتبر خطأ كل فعل يؤدي للحصول على عضو أو نسيج أو خلية مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة مهما كانت طبيعتها، فلجسم الإنسان القيمة والكرامة ما يمنع عليه أن يباع أو يشتري، فمن غير المقبول أخلاقيا ، وشرعا وقانونا التعامل في جسم الإنسان وهذا ما جاء في المادة 161 من ق.ح.ص.ت.

ج/إثبات الخطأ الطبي في مجال زرع الأعضاء البشرية

إن الخطأ الطبي يعتبر واقعة يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، ولا شك أن إقامة الدليل على خطأ الطبيب يعد أمرا صعب المنال في الكثير من الحالات، ويعد مستحيلا في

بعض الأحيان الأخرى، كما لو كان فاقد للوعي أثناء وقوع الفعل المكون للخطأ. (هديلي أحمد، 2008، ص 99)

أيا كانت طبيعة المسؤولية الطبية ، فإن ذلك لا يؤثر في تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الذي أدى إلى قيامها ، ولكن إثبات الخطأ بوجه عام يتوقف طبيعة الالتزام، وهو التزام يبذل عناية لازمة أم هو التزام بتحقيق نتيجة محددة؟

*ففي حالة إهمال المدين في بذل العناية اللازمة يصبح لزاما على الدائن إثبات خطأ المدين (أحمد حسن عباس الحياوي، 2009، ص 111)، وهو الأمر الذي يرتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر أن يثبته بانحراف الطبيب في سلوكه عن سلوك طبيب وسط من نفس مستواه المهني، حيث يجب على المريض أن يثبت من جانب الطبيب إهمالا معيناً، أو انحرافاً عن أصول المهنة، فإذا أثبت ذلك كان إثباتاً لخطأ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذ التزامه وتقاعسه في بذل العناية يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتقطع العلاقة السببية وتنتفي عنه المسؤولية، كما له أن يثبت أن خطأه لا يشكل خطأ قياساً إلى عناية طبيب معتاد محاط بالظروف التي أحيطت به. (سايفي وزنة، 2011، ص 58)

*إن مسؤولية الطبيب في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، ذلك أن الطبيب حتى يفلت من المسؤولية لا يمكن إثبات أنه لم يرتكب خطأ، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعتبر خطأ، ولا يكون أمامه سوى نفي مسؤوليته عن طريق نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق المريض، وذلك بإثبات السبب الأجنبي، وتوفر لدى القاضي في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قرينة بسيطة غير قابلة لإثبات العكس، وهي أن الطبيب قد ارتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته، فعدم تحقق النتيجة اللازمة يجعل من المفترض وجود خطأ في جانب الطبيب، وأن عليه إن شاء الإفلات من المسؤولية أن ينفي تسببه في هذا الخطأ. (ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، 2007، ص 214).

وتظهر أهمية التوسع في الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة في مجال إثبات الخطأ الطبي المدعى به، من حيث المضمون، وكذلك من حيث عبء الإثبات، فمن حيث المضمون فإن المسؤولية المدنية للطبيب قوامها الخطأ، ولكن هذا الخطأ يتجسد ويفترض إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها، وعلى هذا فإن المريض المضرور غير مطالب بإثبات وجود الخطأ ، ولكنه يبقى مطالباً بإثبات وجود التزام ، ومضمونه وكذلك عدم تحقق النتيجة، ومن هنا يتضح جلياً أن هذه المهمة أسهل من إثبات الخطأ في جانب الطبيب من المريض، وهكذا يمكن

القول أن التزام الطبيب بتحقيق نتيجة يؤدي إلى تخفيف عبء إثبات الخطأ على المريض المضرور. (رايس محمد، مرجع سابق، ص 290).

والثابت أن غاية الفقه والقضاء كانت دوما الوصول إلى تعويض المضرور بأي طريق كان، فبعد أن كانت المسؤولية تقوم على أساس الخطأ، أدركوا فيما بعد أن فكرة الخطأ مع التطور الحاصل أصبحت آخذة في الضعف شيئا فشيئا، واختفت تارة تحت ستار الخطأ المفترض والقابل لإثبات العكس، وتارة أخرى تحت ستار الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، إلى أن اختفت أخيرا وحلت محلها فكرة المخاطر، أين أصبحت المسؤولية موضوعية لا تقوم على أساس الخطأ، وإنما على أساس الضرر لتكتسح المجال الطبي فكرة جديدة مؤداها الالتزام بالسلامة، وما له من أثر إيجابي على المريض في الإثبات، ناهيك على ما أقره القضاء الفرنسي من مبدأ هام بشأن إثبات التزام الطبيب بإعلام مريضه حيث خفف على المريض عبء الإثبات. (هديلي أحمد، مرجع سابق، ص 102)

وهو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري إذ تقرر القواعد العامة بالإثبات بالنسبة للمسائل المدنية أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه وفقا للمادة 323 ، ذلك أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي شيئا خلافا للحالة الطبيعية والعادية للأشياء، ولما كان الوضع العادي هو عدم المساس بجسم الإنسان ، فإن الطبيب وهو يخالف هذا الوضع أن يثبت ما يبرر تدخله، من توفر للرضا والإعلام بالمخاطر. (دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 143)

بحيث يمكن اعتبار المادة 323 ت.م.ج كسند لجعل المريض يتحمل إثبات الخطأ الطبي عامة، والإخلال بالالتزام بالإعلام خاصة، على أساس أن المريض هو الدائن بالالتزام، غير أنه لو تمعنا في المادة، لوجدنا أنه وفقا لنص المادة لا يقع على عاتق الدائن سوى إثبات وجود الالتزام، وإن كانت المادة لم تشر المقصود بالالتزام، هل هو التزام قانوني أو اتفاقي، فربما ذلك راجع إلى أن الالتزام الذي يحتاج إلى إثبات هو الاتفاقي، أما القانوني فهو في غنى عن إثبات وجوده، ما دام القانون هو الذي أوجده، وباعتبار أن الالتزام الواقع على عاتق الطبيب بإعلام مريضه هو التزام قانوني فإن الدائن "المريض" لا يقع عليه عبء إثبات وجود الالتزام ، إنما يقع على الطبيب المدين إثبات التخلص منه. (ساكيكي وزنة، 2011، ص 72).

ذلك أنه يبدو من المستحيل أن يقيم المريض الحجة بأن المستشفى أو بالأصح الطبيب لم يقم بإعلامه بمقتضيات العلاج المقدم له، فليست هناك وسيلة يتمكن المدعي من

استعمالها، وعلى العكس من ذلك، فإن الطبيب يمكنه أن يلجأ إلى تحرير وثيقة يدون فيها ما أعلم به المريض حول مقتضيات العلاج المقترح له، ثم يطلب من هذا المريض -بعد اطلاعه عليها- التوقيع عليها، وذلك حتى يتسنى له استعمال هذه الوثيقة كوسيلة لإثبات وفائه بالالتزام بالوفاء.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن قانون حماية الصحة وترقيتها لا يشير إلى الالتزام بالإعلام بالنسبة لجميع المرضى، عدا ما ورد في المادة 3/162 و5/166 منه المتعلقة على التوالي بالالتزام بإعلام الشخص محل نزع وزرع الأعضاء البشرية حول المخاطر الطبية المحتملة. كما أنه إذا ولينا وجوهنا شطر عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية يتضح لنا أن كثيرا من الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب هي فعلا التزامات بتحقيق نتيجة، وبالتالي يكون فيها الخطأ مفترضا من جانب الطبيب الذي يستطيع إثبات توافقه مع عمله مع الأصول العلمية المستقرة، كما أن بعض هذه الالتزامات قد تحددت كيفية إثباتها عن طريق الكتابة كالتزام بالحصول على الرضا (رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 165)، ومن ثم فإن عبء الإثبات يثقل كاهل الطبيب وليس المريض وذلك بإحضاره وثيقة الرضا التي اشترطها المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها.

ثانيا: قيام المسؤولية الطبية عن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية دون خطأ

مر بنا أن المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن النشاط الطبي في المستشفيات العمومية مبنية على أساس الخطأ كأصل عام، غير أن هذه القاعدة قد تكون غير صالحة، فبدأ الخروج عن هذه القاعدة في حالات معينة، ووفقا لضوابط محددة .

أ/ قيام المسؤولية دون خطأ

تقوم مسؤولية المستشفيات العمومية دون خطيئة على شروط هي:

- لا يعوض الضرر في المسؤولية الإدارية دون خطأ إلا إذا وصل إلى درجة معينة من الخطورة.

- للمضروور في نظام المسؤولية دون خطأ إثبات وجود علاقة سببية بين الضرر وعمل

الإدارة، خلافا للمسؤولية المبنية على الخطأ شرط إثبات تصرف الإدارة الخاطيء.

- لا تستطيع الإدارة التنصل من المسؤولية إلا في حالة القوة القاهرة، في حين بإمكان

إعفاء الإدارة في نظام المسؤولية المبنية على الخطأ في حالة خطأ الغير والظرف الطارئ.

(طاهري حسين، 2008، ص 54)

ولقد ثار جدال فقهي كبير وحاد حول الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ الأمر الذي أدى إلى ظهور عدة نظريات فقهية بعضها لم يلق انتشارا واسعا، وبقيت معزولة ومن أمثلة هذه النظريات المنعزلة نظرية الضرر غير العادي، نظرية الإثراء بلا سبب، نظرية العدالة المجردة وغيرها من النظريات، ومن أمثلة النظريات التي لاقت رواجاً كبيراً نظرية المخاطر ونظرية الضمان ونظرية فكرة مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ونظرية الدولة المؤمنة. (مسعود شيبوب، 2000، ص 2)

ب/مدى إعمال القانون الجزائي للمسؤولية دون خطأ في عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية

نظراً لكون عمليات زرع الأعضاء البشرية لا تتم إلا في المستشفيات العمومية فإنه بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 140-07 (المرسوم التنفيذي 140-07 المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها)، فلا وجود لمواد تقيم مسؤولية المؤسسات الإستشفائية بناء على مجرد الضرر الحاصل للمرضى. لكنه بالمقابل نص المشرع الجزائي صراحة على قيام مسؤولية الإدارة دون خطيئة عن الأضرار تصيب موظفيها أو الغير في نصوص متفرقة منها:

- قانون 10-11 (قانون 10-11 المتعلق بالبلدية) حيث جاء في نص المادة 148: "تغطي البلدية مبالغ التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الحوادث الضارة التي تطرأ لرئيس البلدية، ونواب الرئيس والمندوبين البلديين، والمنتخبين والمستخدمين البلديين أثناء ممارسة مهامهم أو بمناسبةها."

- كما صدر قانون التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية بموجب الأمر 183-66 (الأمر 183-66 المتضمن التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية) المادة الأولى منه: "تطبق الأحكام الواردة في هذا الأمر على الوقاية من حوادث العمل الطارئة والتعويض عنها والأمراض المهنية....".

ج/مدى إعمال القضاء الجزائي للمسؤولية دون خطأ في عمليات انتزاع الأعضاء البشرية يبقى التساؤل قائماً عن مدى إمكانية القضاء الإداري الجزائي وقد أصبح قضاء مستقلاً عن القضاء العادي من إعمال نظرية المسؤولية الطبية بدون خطأ التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضروب واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب

إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر، كما فعل نظيره الفرنسي، الذي لم يعد يعتبر الخطأ شرطاً أو ركناً واجبا لقيام مسؤولية المستشفى العام، بل تخطى هذه الفكرة لتسهيل فرص المرضى في الحصول على تعويضات عما يصيبهم من أضرار، وذلك بتدليل صعوبات إثبات الخطأ الطبي، وهو الاعتبار الأساسي في تكريس القضاء الإداري الفرنسي لهذا النوع من المسؤولية دون خطأ. (رايس محمد، مرجع سابق، ص 274).

حيث تم اللجوء إلى هذه الوسيلة من طرف القضاء الإداري الفرنسي، لإعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي، حيث لم يعد المضرور مطالباً بإقامة الدليل، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع لاستخلاص الخطأ، ما يعني أنه لم يبقى إلا العمل الذي سبب الضرر، بحيث تقوم مسؤولية المرفق الإستشفائي بمجرد حدوث الضرر. (ساكي وزنة، مرجع سابق، ص 87).

إلا أن القانون العام الفرنسي أقر بالمسؤولية دون خطيئة في بعض الحالات وبضوابط معينة، وليس بصفة مطلقة، فيثور التساؤل عن مجالات أو نطاق تطبيق المسؤولية دون الخطيئة في مجال التبرع بالأعضاء عن الأضرار البليغة التي يمكن أن تلحق بهم؟ وذلك قياساً المتبرع بالأعضاء البشرية مع المتبرع بالدم:

طبقت محكمة ديجون في حكمها المؤرخ في 1964/05/20 المسؤولية على أساس المخاطر واعتبار المتبرع بالدم معاوناً خيرياً للمرفق الصحة الأمر الذي يستوجب حمايته من النتائج الضارة للعملية حتى إذا لم يثبت أي خطأ في مواجهة المؤسسة الصحية. (طاهري حسين، مرجع سابق، ص 55).

ومن يظهر جلياً توسع مجلس الدولة الفرنسي من تطبيق نظام المسؤولية دون خطأ باعتبار المتبرع بالدم معاوناً للمرفق الذي يجب أن يضمن له الأضرار الناجمة عن العمل التطوعي المقدم عليه، ومن نفس المبدأ وهو العمل الخيري التطوعي يمكن تطبيق نظرية المخاطر على المتبرع بالأعضاء البشرية.

وممكن الصعوبة من وجهة نظري من تطبيق المسؤولية دون الخطيئة بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري في موضوع الحال، هو استقلاله النسبي باستناده على مبدأ مسؤولية المتبرع على أعمال التابع التي هي قواعد المسؤولية المدنية التي تحكم روابط القانون الخاص، والتي لا تقوم إلا بخطأ ثابت أو مفترض، من جهة، بينما يؤول الاختصاص في قضايا التعويض عن الأضرار الناجمة عن عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية للقضاء

الإداري باعتبارها عمليات لا تتم إلا في المستشفيات العمومية التي تعتبر أن الطبيب تابع للمستشفى الذي يعمل فيه وأن علاقة التبعية هذه ولو كانت علاقة تبعية إدارية فهي كافية لكي تتحمل المستشفيات الإدارية وزر المسؤولية عن خطأ الطبيب وتقوم المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوي المسؤولية (رايس محمد، مرجع سابق، ص 275)، ومنه رغم كون القضاء الإداري هو المختص إلا أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي القائمة، التي اكتفى المشرع بشأنها بالخطأ المفترض ولم يساير الفقه في تطور أساس المسؤولية التقصيرية وصولاً إلى اعتماد نظرية المخاطر أو تحمل التبعة.

زد على ذلك بالرجوع إلى المادة 136 من القانون المدني الجزائري المطبقة في حالة قيام مسؤولية المستشفى بصفة متبوع نجدها تنص على ما يلي: " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.."، فلو كانت رغبة المشرع قيام مسؤولية المتبوع على أساس المخاطر في هذه الحالة لحذف " بفعله الضار" الذي يعتبر شرط لقيام المسؤولية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فكرة تحمل التبعة أو المخاطر لا تتماشى مع ما للمتبوع من حق الرجوع على التابع وفقاً للمادة 137 من ق.م.ج التي جاء فيها: " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً". إذ تقتضي قواعد العدالة تعويض المضرورين من العملية ولا يجب التعلل بأن القانون المدني لا تحكمه إلا المسؤولية الخطئية، ولا تطبق على روابط القانون العام، حيث أقر القانون العام في غالبية الدول بالمسؤولية الطبية بدون خطأ وفقاً لقواعد خاصة تحكم هذه الحالات، وذلك نتيجة لتطور الوسائل الطبية المستعملة، خاصة في مجال التبرع بالأعضاء البشرية.

خاتمة

يستفاد من سياق المسؤولية القائمة على الخطأ أن موادها جاءت عامة مطلقة، فإن مسؤولية الطبيب تقوم عن خطئه الطبي مهما كان نوعه ودرجة جسامته - في حين لا يعوض عن الضرر في المسؤولية دون خطأ إلى إذا وصل إلى درجة معينة من الخطورة-، شرط أن يكون الخطأ واضحاً كل الوضوح وثابتاً ثبوتاً محققاً لا يحتمل الخلاف فيه أو الجدل في شأنه، أي أن يكون إخلالاً بواجب مسلم به في علم الطب حتى تقوم المسؤولية الطبية (وفاء شيعاوي، 2008، ص 262) إلا أنه ينبغي الإشارة في هذا الصدد أن الالتزامات الملقة على عاتق الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال إثبات الخطأ الطبي تخفف إلى حد كبير من عبء الإثبات - خاصة وأن الكثير من التزامات الطبيب في مجال انتزاع وزرع الأعضاء هي التزامات

بتحقيق نتيجة-، فعماد المسؤولية فيها يكاد يكون الضرر، وهو ما يتشابه إلى حد بعيد من المسؤولية غير الخطئية.

وبينما أقر القانون العام الفرنسي صراحة بنظام المسؤولية بدون خطأ في بعض الحالات وبضوابط خاصة، حينما أصبح من المتعذر على المتضرر إثبات الضرر، مما يستحيل حصوله على التعويض، نجد بالمقابل المشرع الجزائري لا يزال يتخبط في الاستقلال التشريعي الجزئي للقانون الإداري عن المدني هذا الأخير الذي يشكل عائقا في وجه التطور الحاصل في نظرية الخطأ حينما أبى ترك الخطأ كأساس لقيام المسؤولية المدنية واكتفى بفكرة الخطأ المفترض مستبعدا من نطاق تطبيقه المرونة باعتماده نظام المسؤولية غير الخطئية .

لذا كان لزاما على القضاء الإداري الجزائري الذي لا يزال حيس النصوص التشريعية المتفرقة باعتباره مصدرا لها نظرا لحدثه، أن يأخذ المبادرة بإصداره أحكام قضائية متبنا فيها المسؤولية دون خطأ بصفة احتياطية في مجال المستشفيات العمومية نظرا للطبيعة الفنية التي يمتاز بها العمل الطبي خاصة في مجال التبرع بالأعضاء البشرية، وذلك لتدليل صعوبات إثبات الخطأ الطبي للمرضى المتضررين من هذا النوع من التدخلات الطبية.

المراجع

-الكتب:

1. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2007.
2. أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
3. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
4. جاري بسمة والذهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون (دراسة مقارنة)، كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
5. حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة القانون الجزائري والقانون المقارن، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
6. راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2000.
7. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

8. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم (مدنيا- جنائيا- إداريا)، منشأة المعارف، مصر، 2004.
 9. سميرة عايد الدايات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
 10. صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
 11. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاج في المستشفيات العامة، دار هومه، الجزائر، 2008.
 12. عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
 13. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر، 2011.
 14. المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية والمهنية في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
 15. محمد يسري ابراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دار طيبة الخضراء، السعودية، 2005.
 16. مسعود شيبوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
 17. نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- المقالات:
1. دغيش أحمد وبولنوار عبد الرزاق، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، جامعة تيزي-وزو، الجزائر، 2008.
 2. زايد حميد، الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة المحاماة، العدد السابع، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2008.
 3. سي يوسف زاهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2008.
 4. هدير شلال شناوة، مسؤولية مراكز نقل الأعضاء في عمليات التصرف بالأعضاء البشرية، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، العراق، 2014.
 5. هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2008.

6. وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، العدد الخاص الثاني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2008.

-الرسائل الجامعية:

1 . سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011.

2. مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، 2007.

- القوانين:

أ/نصوص تشريعية:

1. أمر رقم 66-183 المؤرخ في 02 ربيع الأول 1386 الموافق ل 21 يونيو 1966 المتضمن التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، ج ر ع 55، المؤرخة في 28 يونيو 1966.

2. القانون رقم 85-05 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير 1995 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8 المؤرخة في 17 فبراير 1985، المعدل والمتمم.

3. قانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر ع، 37، المؤرخة في 3 يوليو 2011.

ب/نصوص تنظيمية:

1. مرسوم التنفيذي رقم 92-27 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقية الطب الجزائري، ج ر 52 مؤرخة في 8 يوليو 1992.

2. مرسوم تنفيذي رقم 07-140 مؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1428، الموافق ل 19 مايو 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية، وتنظيمها وسيرها، ج ر ع 33، مؤرخة في 20 مايو 2007.