

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

تحت إشراف:

د. بن صغير مراد

إعداد الطالب:

يخلف عبد القادر

لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. رايس محمد
مشرفاً ومقرراً	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر - أ-	د. بن صغير مراد
مناقشاً	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر - أ-	د. بن عصمان جمال

السنة الجامعية: 2015 / 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا»

صدق الله العظيم

سورة الإسراء - الآية 85

## شكر وتقدير

الحمد لله والشكر لله أولاً وأخيراً؛ الذي يقول في محكم تنزيله:

" ولئن شكرتم لأزيدنكم "

وامثالاً للتوجيه النبوي: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " .

أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي المشرف الدكتور

" بن صغير مراد " الذي تكرم علي بقبول الإشراف على هذه المذكرة،

وتشجيعه المتواصل لي طيلة انجازها، والتي كانت توجيهاته وملاحظاته

القيمة لها عظيم الأثر في إعدادها .

كما أتوجه بالشكر الخالص والاحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور " ريس محمد " و الدكتور " بن عصام جمال "

الذين تجشموا عناء قراءة وتقييم هذا البحث .

وإلى الفقيه المرحوم الأستاذ الدكتور " مامون عبد الكريم " الذي نسال الله

أن يسكنه فسيح جنانه وينعم عليه بعفوه ورضوانه .

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد .

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

الوالدة الكريمة حفظها الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى خطيبتي

إلى كل الأصدقاء

إلى من كانوا سببا في نجاحي

وإلى روح الفقيه الأستاذ الدكتور "مامون عبد الكريم"

## قائمة المختصرات

ب.ت.ن: بدون تاريخ النشر

ب.د.ن: بدون دار النشر

ب.ط: بدون طبعة

ج.ر: الجريدة الرسمية

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ص: الصفحة

ط.: الطبعة

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية

ق.أ: قانون الأسرة

ق.ج: قانون الجنسية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

م.ج.ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية والسياسية

م.ع.ق.إ.س: مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسة

م: ميلادي

ه: هجري

## Liste des abréviations

ADN : Acide désoxyribonucléique

Bull. Civ : Bulletin civil

C.A : Cour d'appel

C.A.A : Cour administrative d'appel

C.E, Ass : Conseil d'Etat, Assemblée

Cass, 1civ : Première chambre civile de la cour de cassation.

Cass : Cour de cassation.

CSPF : Code de la santé publique français

L.G.D.J : Librairie général de droit et de jurisprudence

Op.Cit : Ouvrage précédemment cité

P : Page

# مقدمة

إن من أبرز سمات هذا العصر الحديث، هو كثرة التطورات والمستجدات التي لم يعرفها الإنسان من قبل في شتى ميادين الحياة. فلا يكاد يمرّ يوم إلا وتطلع علينا مراكز الأبحاث في العالم بالجديد من الاكتشافات والاختراعات، مما لم نكن نظن من قبل أنهم سيصلون إلى ما وصلوا إليه من تقدم وتطور في مختلف حقول العلم والمعرفة<sup>1</sup>.

ففي ميدان التكنولوجيا نشهد تطور الآلات ومن ثم إعفاء الإنسان من القيام بالأعمال الروتينية المكررة ومساعدته في القيام بالمهام الصعبة. كما أن ميدان الاتصالات يشهد حالياً ثورة في وسائل الاتصال. ومن جهة أخرى يشهد مجالاً آخر أهمية وذلك نظراً لتعلقه بجسم الإنسان ألا وهو المجال الطبي والعلمي تطوراً كبيراً بحيث طرأ عليه عدة مستجدات أهمها التطور الحاصل في مجال الوراثة.

وقد بلغت الاكتشافات العلمية التجريبية في القرن العشرين حداً تجاوز بكثير رصيد البشرية من المعرفة في عمرها الطويل. وقد تفاعلت هذه الاكتشافات في البيوتكنولوجيا، واستطاعت في نهاية القرن العشرين - أن تفتح لنا كتاباً جديداً كانت طلائمه غير مفهومة-، فتمكنت من كشف سر الشفرة الوراثية، وتبيّنت حروفه، وتركيب تلك الحروف، ودلالة هذا الكتاب هو كتاب الإنسان ذاته، وصفحاته ما يُسمّى بالجينوم البشري. وهذا بعدما أثمرت الجهود العلمية إلى اكتشاف المادة الوراثية عندما قال " جريجور مندل"<sup>2</sup> عام 1878م عبارته المشهورة: "أوقن أن الأزهار ستصنع تاريخاً جديداً للبشرية" وذلك بعد دراسته للغز التوارث ووضع لقوانين الوراثة، وكان "مندل" مُحققاً فقد تسارعت عجلة الزمن ليقر العلماء بأن "الدنا الوراثي" "ADN" هي المادة الوراثية لمعظم صور الحياة.

وبعد "مندل" استطاع العالم "واطسن" ورفيقه "كريك" أن يضعوا نموذجاً لبناء "ADN" عام 1935م، لتبدأ آفاق ثورة علمية هائلة تركّزت حول كشف أسرار هذه المادة الوراثية في شكل تطبيقات معلمية خضعت لتجارب علمية دقيقة تمخض عنها إنجازات علمية جديدة في هذا المضمار<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الناصر أبو البصل: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.688.

<sup>2</sup> يعد "جريجور مندل" واضع حجر الأساس لعلم الوراثة، وهو أول من توصل إلى نتائج ذات أهمية في هذا العلم. وينص قانون مندل للوراثة على أنه (أي صفة وراثية أو عامل وراثي في الأبناء لابد وأن يكون موجوداً في أحد الأبوين).

<sup>3</sup> حمد بن عبد الله السويلم: انعكاسات استخدام المادة الوراثية وتأثيراتها المحتملة على الأمن الوطني، ط.1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص.05.



إذن فإن ما نعيشه حاضرا ما هو إلا بواذر بيولوجية تعتمد على ثورة التقنية الحيوية والهندسة الوراثية، بحيث قد نجح العلماء في الوقت الحالي ولأول مرة في التحكم في مادة الحياة وهي الجينات، وبالتالي التحكم في الصفات الوراثية للكائنات الحية.

وبما أن أهم العلوم التي تلقى اهتماما وعناية من الدول والأفراد كافة، هي تلك العلوم المتعلقة بالميدان الطبي والعلمي، كما أن تقنية الهندسة الوراثية متعلقة بهذا المجال وبالأخص بجسم الإنسان، فإن هؤلاء قد سارعوا إلى استخدام هذه التقنية في شتى مجالات الحياة، فكان أول استخدام لهذه تقنية في مجال الإنبات، ثم طمع الأفراد في تطوير هذه التقنية وخاصة بعد تحكمهم في الجينات الوراثية للإنسان، وذلك بعدما علقوا آمالهم في إدخال تقنية الهندسة الوراثية للميدان الطبي بقصد التخلص من شبح الأمراض وتشخيصها ومعالجتها ما كان في منتهى الصعوبة وإن لم نقل من المستحيل عند قدماء الأطباء، بل أكثر من ذلك فلم يقف العلماء في هذا الحد بل زادهم الفضول في الغوص في هذا العلم والقيام بالتجارب العلمية للتعرف أكثر عن خبايا جسم الإنسان.

كما أن الفكر القانوني يحاول جاهدا تطوير نظمه، ليلحق بركب ثورة العلوم والتقنيات الحديثة التي أصابت حركة الحياة في المجتمع، وإذا كان القانون الذي يظهر لنا غالبا كنتاج لحركة الحياة الاجتماعية، فإنه يجب ألا يفقد فاعليته وحيويته الخاصة، أي القدرة على التأثير والتأثر<sup>1</sup>. ومن ثم كان لا بد لرجال القانون أن يدرسوا هذه التقنية ويتناولونها بدقة، أي بمعنى آخر، ضبط وتنظيم العمل بهذه التقنية سواء كان ذلك بقبولها أو منعها.

وبما أن تقنية الهندسة الوراثية، تعتبر حديثة جدا أي من المسائل الحديثة التي لم يرد فيها نص صريح لا في القرآن ولا في السنة، ولا في الاجتهاد الفقهي القديم، إلا أن مما يميز الشريعة الإسلامية بأنها واقعية في تشريعاتها صالحة للتطبيق في شتى العصور والأزمان، فإذا ما استجدت حادثة أو واقعة أو نازلة فقهية، شرع الفقهاء المعاصرين ببيان حكم الشرع الحنيف فيها، ومن ثم حتى لا تبقى هذه المسألة بدون حكم خاص بها.

ولما كانت تقنية الهندسة الوراثية تدخل في نطاق التطور الملحوظ الذي يشهده الميدان الطبي، بحيث لا يزال هذا المجال يتسع دائرته وخاصة مع استعمال الآلات الحديثة والتقنيات العلاجية الحديثة كالعلاج الجيني، وبالتالي تزامن مع هذا التطور تزايد مخاطر تعرض المرضى إلى الأضرار نتيجة تعرضهم لهذه التدخلات العلاجية الحديثة واستعمال الآلات المتطورة في العلاج والتشخيص.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص. 06-05.

وعلى هذا الأساس فإن الطبيب الذي يستخدم الوسائل الطبية الحديثة والتي من بينها تقنية الهندسة الوراثية في عملياته العلاجية والتشخيصية بل وحتى التجريبية قد يسبب أضراراً في كثير من الأحيان على الإنسان وبالأخص في كيانه الجسدي، حيث أن هذا التقدم الطبي أصبح أكثر قوة وخطورة في نفس الوقت - لا بد أن ينتج عنه جانب إيجابي وآخر سلبي-، وبات من الضروري وضع قيود قانونية لتعيين الحدود التي يجوز فيها شرعاً وقانوناً الاستفادة من هذا التقدم العلمي مع الحفاظ على مبدأ حرمة الكيان الجسدي<sup>1</sup>.

ولأجل كل هذا كان لا بد أن نضفي حماية مدنية للمتضررين من هذا الفعل الضار والبحث عن أفضل السبل لمواجهة هذه الأضرار. ومن ثم كان لا بد أن يتعرض الطبيب للمساءلة عن أخطائه التي تسبب ضرراً للغير وأن يُعوّض عنها.

ومسؤولية الطبيب تتعدد أشكالها، فقد يرتكب الطبيب فعلاً مخالفاً لقواعد الأخلاق فيوصف بالمسؤولية الأدبية، وقد يخالف الشخص قواعد قانونية فإن هذا الفعل يستوجب المساءلة القانونية، وتقسم هذه الأخيرة إلى مسؤولية مدنية وجنائية. وبما أن الطبيب قد يسبب أضراراً للغير بسبب أخطائه فإنه يجب عليه أن يغطي هذه الأضرار عن طريق مساءلته مدنياً؛ إذ يتوجب عليه أن يعرض المريض عن كل ضرر لحق به وأياً كان نوعه.

وغالباً ما يُسأل الطبيب مدنياً عن أفعاله الضارة التي تمس جسم الإنسان (المريض)، وذلك لأن عمله يكون مركزه الرئيسي محكوماً بمبدأ حرمة وسلامة الجسد البشري وتكامله، حيث أن المريض يتقدم للطبيب بأعلى ما يملك وهو جسده واطمئنته الكاملة في الطبيب في علاجه من أمراضه، ومن ثم فإن أي مساس للكيان الجسدي للمريض بدون أي تبرير أو إذن قانوني، يُعدّ خرقاً لهذا المبدأ وينتج عنه ضرراً للمريض. كما أن الطبيب قد لا يمس بجسم المريض وتكامله ولكن قد يكشف أسراره للغير وبالتالي يسبب ضرراً معنوياً لهذا الأخير.

وتبعاً لذلك، فإن أي ضرر يتعرض له الشخص من قبل الطبيب فإنه يستوجب التعويض عنه، إلا أن أهم إشكال قد يتعرض له المتضرر، هو كيفية إثبات أنه يستحق هذا التعويض وبالتالي عليه إثبات مسؤولية الطبيب، وإذا كان هذا الإثبات مرتبطاً بإثبات خطأ المتسبب بالضرر فإن هذا الأخير قد شهد جدل وتطور كبير بين رجال الفقه بل وحتى القضاء، ومردّد ذلك البحث عن أفضل وسيلة لتحقيق العدالة وتغطية كل الأضرار التي قد يتعرض لها المريض.

<sup>1</sup> ميرفت منصور حسن عبد الله: مدى مشروعية التجارب الطبية العلمية على الخلايا الجذعية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد 48، سنة 2010، مصر، ص.455.

وبما أن محل بحثنا هذا يتناول موضوع حديث الساعة وفي غاية الأهمية نظراً لأن تقنية الهندسة الوراثية تعد أهم اكتشاف يشهده الوقت الراهن، فإن هذا هو الدافع الموضوعي الذي دفعنا إلى بحثه، كما أن رغبتنا الذاتية في اكتشاف أسرار الكيان الجسدي للإنسان وتكوينه الجيني، جعلنا نفتح باب جديد للبحث العلمي، وأن نقوم بدراسته دراسة قانونية، طبية وفقهية إسلامية.

ورغم الدوافع التي جعلتنا نتطرق إلى هذا الموضوع، ظهرت لنا أن هذا الأخير يكتسي أهمية بالغة لدى رجال القانون والطب والشريعة الإسلامية وذلك على الوجه التالي:

أولاً- إن هذه الدراسة المتواضعة تشمل كل مجالات استخدام تقنية الهندسة الوراثية، كما أنها تبين الأسس والمبادئ العلمية التي تقوم عليها هذه التقنية.

ثانياً- يتعرض هذا البحث لموضوع له ارتباط وثيق بالطب والقانون والشريعة الإسلامية، فالطب من العلوم الطبيعية التي تتطور بسرعة بسبب الاكتشافات التقنية والتي من بينها تقنية الهندسة الوراثية، وبهذا كان لا بد على رجال القانون والفقه الإسلامي مواكبة هذا التطور ومن ثم وضع الضوابط القانونية والشريعة التي تقوم عليها هذه التقنية وإبراز موقفهم من كل مجال يمكن أن تستخدم فيه تقنية الهندسة الوراثية.

ثالثاً- إن هذه الدراسة تشمل التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية سواء كانت هذه الأضرار طبية أو عادية، سواء كان مصدرها خطأ طبي أو عادي، بحيث تناولت بالشرح والتحليل توضيح وتبيين الفرق بين الضررين والخطأين.

رابعاً- ويتطرق كذلك هذا الموضوع إلى دراسة أهمية أساس التعويض في إثبات حق المتضرر من الأخطاء الطبية المتعلقة باستخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي، كما تتعرض للتطور الذي لحق هذا الأساس، والحلول التي جاء بها الفقه القانوني والقضاء والتشريع لتحقيق العدالة الاجتماعية، وقصد تغطية كل ضرر أصاب الشخص وتمكينه من الحصول على تعويض مناسب وبالوسيلة المناسبة، بحيث سارع هؤلاء إلى سن آليات تكفل للمضرور حقه في الحصول على التعويض.

ومن هذه الأهمية التي يكتسبها موضوع بحثنا المتعلق بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، تظهر وتتجلى لنا التساؤلات التي يثيرها هذا الموضوع والتي يمكن حصرها في إشكاليتين رئيسيتين وهي:

الإشكالية الأولى: هل بقي استخدام تقنية الهندسة الوراثية جامدا منذ اكتشاف المادة الوراثية، وإن كان عكس ذلك فإلى أي مجال تم العمل بهذه التقنية وما هو موقف كل من القانون والشريعة الإسلامية من استخدامها؟ وفي حالة ما إذا تم العمل بها فما هي الأضرار التي يمكن أن تنتج عنها؟

الإشكالية الثانية: على أي أساس يمكن مساءلة الطبيب الذي يستخدم تقنية الهندسة الوراثية في ممارساته للأعمال الطبية والعلمية؟ وكيف يتم تعويض الشخص المتضرر من استخدام هذه التقنية؟.

ولإجابة عن هذه الإشكالات، يتوجب علينا أن نعتد منهجية قانونية، تتمثل في إتباع أربع أنواع من المناهج وهي: المنهج التاريخي، المنهج المقارن، المنهج الوصفي والمنهج التحليلي.

فتم الاستعانة بالمنهج التاريخي لغرضين؛ الأول: هو دراسة مجالات استخدامات علم الهندسة الوراثية وفق مراحل ظهورها ووفق تطور هذا العلم، بحيث كان أول استعمال لهذا العلم هو مجال الإثبات لينتقل بعد ذلك بعد تطوير هذا العلم للمجال الطبي والعلمي. أما الغرض الثاني: فهو دراسة التطور الذي طرأ على المسؤولية المدنية للطبيب وخصوصا من حيث أساسها وكيفية التعويض فيها.

أما المنهج المقارن فكان اعتماده من منطلق أن الدراسة تعتبر حديثة، بحيث أن القوانين الجزائرية لم تتطرق إلى هذا الموضوع ولم تنظمه تنظيما تفصيليا، مما أدى بنا إلى الاستعانة إلى موقف القوانين المقارنة، كما أنه انطلاقا من أن موضوع دراستنا يحظى باهتمام كبيرا من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، توجب علينا أن نبين موقفهم من هذا العلم وتبيان حكم الشريعة الإسلامية في استعماله.

وبخصوص استخدام المنهج الوصفي فكان بقصد توضيح وشرح الأضرار الواجبة التعويض عن استخدامات الهندسة الوراثية وكذا تبيان ووصف الأخطاء المسببة لهذه الأضرار.

أما عن المنهج التحليلي فكان هو المنهج الغالب في هذه الدراسة بحيث تم الاستعانة به في تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية وحتى الآراء الفقهية، لأجل استنباط موقف القانون والقضاء والفقه من تقنية الهندسة الوراثية وتبيان أساس مسؤولية الطبيب وكيفية التعويض عن أضرار استخدام هذه التقنية.

وانطلاقا مما سبق، ولأجل الإحاطة بجميع عناصر الموضوع فإن دراستنا ستكون مبنية على الخطة التالية:

الفصل الأول: استخدامات الهندسة الوراثية وأضرارها.

الفصل الثاني: أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية.

# الفصل الأول

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لازال موضوع معرفة تكوين جسم الإنسان محاط بالغموض والتساؤلات التي تبحث عن إجابة، ولأجل ذلك ظهر علم جديد يحاول الإجابة عن هذه التساؤلات، فكانت أول إجابة عن هذا التساؤل هو ظهور علم الوراثة الذي يكتشف الخصائص والأمراض الوراثية للإنسان وكيفية انتقالها من الأبناء إلى الآباء ومن جيل إلى جيل آخر. ونتيجة لظهور هذا العلم، فقد تم الاستعانة به في مجال الإثبات أي كان نوعه مدنيا كان أو جنائيا.

ثم بعد ذلك تطور هذا العلم بظهور تقنية التعديل الوراثي أو ما يعرف بعلم الهندسة الوراثية، وبهذا العلم امتدت مجالات تطبيقاته واتسعت ليقتمح المجال الطبي والعلمي، بحيث تمت الاستعانة به لغرض علاج تشخيص الأمراض وعلاجه، كما يحاول العلماء والمختصين تطوير هذه التقنية لأجل اكتشاف المزيد من خبايا جسم الإنسان ومكوناته.

ولمّا كان علم الهندسة الوراثية يحتل باهتمام بالغ من طرف رجال الطب والقانون والفقهاء الإسلامي، نظرا لما حققه من إنجازات تبهر الأنظار، إلا أن هناك جانب خطير لهذا العلم جعل هؤلاء يسارعون إلى دراسة آثار العلم وتبيان المخاطر والأضرار التي يمكن أن تنتج عن استخدام علم الهندسة الوراثية في شتى مجالات الحياة.

وعلى هذا الأساس ارتأيت أن أقسم دراستي في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سأعرض فيه إلى مجالات استخدام الهندسة الوراثية.

المبحث الثاني: سنخصصه إلى تبيان الأضرار الواجبة التعويض عن استخدامات الهندسة الوراثية.

المبحث الأول

## مجالات استخدام الهندسة الوراثية

نتيجة للتطورات العلمية التي يشهدها العصر الحاضر وتوصل العلماء إلى اكتشافات علمية تبهر الأنظار<sup>1</sup>، ومن تلك التطورات اكتشاف تقنية الهندسة الوراثية، بحيث قد حققت هذه التقنية نجاحا ملحوظا أدى إلى ثورة كبرى في مختلف المجالات لكونها تعتمد على المادة الحية في الخلية وهي (ADN) أي ما يعرف بـ"البصمة الوراثية"، و(Gènes) أي ما يعرف بـ"الموروثات" أو "الجينات". ونتيجة لهذه الإنجازات التي حققتها علم الهندسة الوراثية، زاد فضول العلماء في الغوص في هذا العلم وتطويرها أكثر فأكثر، وبالتالي تم إدخاله نواحي الحياة من أوسع أبوابها حتى أننا الآن نجد اليوم استخداما واسعا للهندسة الوراثية في مختلف المجالات<sup>2</sup>، بحيث باتت تستخدم في مجال الإثبات بشتى أنواعه (المطلب الأول)، كما تم العمل واستخدام هذا العلم في المجال الطبي والعلمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

## استخدامات الهندسة الوراثية في مجال الإثبات

باكتشاف الهندسة الوراثية وبالأخص البصمة الوراثية التي أصبحت تلعب دورا كبيرا في الإثبات سواء في المواد المدنية أو الجنائية<sup>3</sup>. فلم يعد الإثبات العلمي مقتصرًا على الوسائل التقليدية للإثبات بل امتد إلى كل ما يفيد إلى الكشف عن الحقيقة، أو الملامح الشخصية للأشخاص والمجرمين<sup>4</sup>. وعلى الرغم من مرور وقت قصير على اكتشاف بصمة الجينات، إلا أنها استطاعت أن تنتج ثورة في كل من الطب الشرعي والقانون<sup>5</sup>، و عمل تحويل سريع من البحث العلمي النظري إلى العلم التطبيقي، وخصوصا في الحالات التي عجزت وسائل الطب الشرعي التقليدية التي لا نجد لها حلا مثل قضايا إثبات النسب (فرع أول) وإثبات مختلف الجرائم (فرع ثاني)، كما يمكن استخدامها في إثبات الشخصية (فرع ثالث).

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص.511.

<sup>2</sup> محمد حسنين سليمان: مفهوم وتقنيات الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ماي 2002، ص.1706.

<sup>3</sup> محمد المختار السلامي: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص.470.

<sup>4</sup> عبد الرحمن خلفي: دور البصمة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة ميرة، بجاية، السنة الرابعة، مجلد 08، عدد 02، 2013، الجزائر، ص.25.

<sup>5</sup> Joanne Maceau : La mise en œuvre de la banque d'empreintes génétiques, 2004, p.04. disponible au site: [www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2001/08-marceau.pdf](http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2001/08-marceau.pdf)

## الفرع الأول

### استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب

نظرا للنجاح الذي حققته تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب<sup>1</sup>، توجب علينا دراسة الأسس العلمية التي تقوم عليها (البند الأول) ثم استعراض موقف الفقه الإسلامية والقانون والقضاء الجزائري من هذه التقنية (البند الثاني).

### البند الأول: الأسس العلمية التي تقوم عليها الهندسة الوراثية في إثبات النسب

تقوم تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب على تحليل البصمة الوراثية إذ تعتبر قوامها ومنها تستخلص المعلومات الوراثية للإنسان (أولا)، ويكون العمل بهذه التقنية وفقا لطرق علمية معينة (ثانيا).

### أولا- البصمة الوراثية قوام الهندسة الوراثية في الإثبات

في السابق كانت هناك تجارب واختبارات تقليدية اعتمدت على موائمة الصفات الوراثية للأب والابن عن طريق الفحوصات التي تشمل فحص الدم والإنزيمات والدلالات الخلوية<sup>2</sup>، ولكن ومع تطور علم الوراثة<sup>3</sup> وخاصة منذ أن اكتشف سنة 1985م، عالم الوراثة البريطاني "Alec Jeffreys" "تتابعات وتسلسلات القواعد النيتروجينية على شريط الدنا (ADN<sup>4</sup>) أو التي أطلق عليها فيما بعد "بصمة الدنا" أو "البصمات الوراثية" والتي تعرف بأنها: "عبارة عن بيان بالخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بتحديد هوية شخص ما والتعرف عليه، ومن ثم فهي تشبه بطاقة الهوية الشخصية، ولكنها لا تبين عناصر الحالة المدنية للشخص (كالاسم، والكنية، والموطن...)"، وإنما تحدد خصائصه الوراثية ومن ثم فهي عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد تبين صفاته من لون عينيه، وبشرته، ودرجة ذكائه، وحالته الصحية..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> النسب في اللغة من الفعل نَسَبَ، يقال: نسبه ينسبه - بالكسر - وينسبه - بالضم - نسباً: عزاه، ونسب فلان إلى أبيه، بمعنى رفعه إلى جده الأكبر. والنسب في اللغة يعني القرابة. أما اصطلاحاً فيعرف النسب بأنه صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.637.

<sup>2</sup> علي محي الدين القره داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشر، العدد 16، سنة 2013، مكة المكرمة، ص.39.

وقد حصر العلماء البيولوجيون والأطباء طرق إثبات النسب في نظامين، الأول قطعي ويدخل ضمن هذا النوع نظام البصمة الوراثية (ADN) ونظام الـ (HLA)، والثاني ظني الثبوت ويدخل في إطاره نظام الـ ABO فحص الدم ونظام MNS ونظام مجموعة البوتينات، لمعرفة المزيد عن هذه الأنظمة أنظر، باديس ذيلبي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ب.ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.95 وما يليها.

<sup>3</sup> يعرف علم الوراثة بأنه: "ذلك العلم الذي يهتم بدراسة انتقال الصفات من جيل إلى جيل آخر عن طريق النسل". زبيدة إقورفة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، ب.ط، دار الأمل، الجزائر، 2012، ص.239.

<sup>4</sup> هو اختصار للمصطلح العلمي Acide désoxyribonucléique (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007، سوريا، ص.282.



وعرفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية البصمة الوراثية بأنها: "البنية الجينية - نسبة إلى الجينات أي الموروثات- التي تدل على هوية كل فرد بعينه"<sup>1</sup>. وقد سمّية البصمة الوراثية كذلك بـ"الحمض النووي" نظراً لوجوده وتمركزه بشكل أساسي في نوى خلايا جميع الكائنات الحية بدءاً من البكتيريا والفطريات والنباتات والحيوانات إلى الإنسان<sup>2</sup>.

وتقوم فكرة تحليل البصمة الوراثية على أساس أنّ العوامل الوراثية في الطفل الابن لا بد أن يكون أصلها مأخوذاً من الأب والأم<sup>3</sup>، فالطفل يأخذ دوماً نصف الصفات الوراثية من الأب (عن طريق الحيوان المنوي) والنصف الآخر من الأم (عن طريق البويضة)<sup>4</sup>، ولهذا لا بد من وجود أصل الصفات الوراثية الخاصة بالولد من كل من الأب والأم تبعاً لقانون "مندل" للوراثة<sup>5</sup>. ومن ثم فإن لكل فرد بصمة وراثية تميزه عن غيره سواء من حيث طولها وسمكها وموقعها ولا يمكن من الناحية الطبيعية أن تتشابه بين اثنين إلا لدى التوأمن المتطابقين<sup>6</sup>.

كما يتم الحصول على هذه البصمة الوراثية من مختلف خلايا أو أنسجة الجسم البشري سواء من الدم أو من العظام والأسنان واللحاح والمخاط ومن كل الأنسجة الجلدية والمني والأظافر والشعر<sup>7</sup> ومن أي عينة أخرى صغيرة من جسم الإنسان<sup>8</sup>.

إذن وبهذا الاكتشاف أصبح من خلال إجراء اختبارات "البصمة الوراثية" البت في النزاعات المتعلقة بالنسب، حيث لم يعد يقتصر الأمر على نفي النسب فقط بل يتعدى ذلك إلى إثباته وبلا مجال للشك<sup>9</sup>، بحيث تكون

<sup>1</sup> علي محي الدين الفره داغي: المرجع السابق، ص.38.

<sup>2</sup> إبراهيم صادق الجندي و حسين حسن الحسيني: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2002، ص.50.

<sup>3</sup> إذ أن كل شخص يحمل في خلية الجينية ( 46 ) من صبغيات الكروموسومات ، يرث نصفها وهي ( 23 ) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي ، والنصف الآخر هي (23) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموسومات هي عبارة عن جينات الأحماض النووية ذات شقين ويرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الآخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه وإنما جاءت خليطاً منهما.

François Enault, Information génomique et structurale, p.06. disponible au site :

[www.sites.univ-provence.fr/cies/memoire/X\\_MemoireGenetique.pdf](http://www.sites.univ-provence.fr/cies/memoire/X_MemoireGenetique.pdf)

<sup>4</sup> إبراهيم أحمد عثمان: دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص.12.

<sup>5</sup> يعد "جريجور مندل" واضع حجر الأساس لعلم الوراثة، وهو أول من توصل إلى نتائج ذات أهمية في هذا العلم. وينص قانون مندل للوراثة على أنه (أي صفة وراثية أو عامل وراثي في الأبناء لا بد وأن يكون موجوداً في أحد الأبوين).

[www.ar.wikipedia.org](http://www.ar.wikipedia.org) miss a jour le : 23/01/2015 21 : 34

<sup>6</sup> ناصر عبد الله الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص.593

<sup>7</sup> لمزيد من التفاصيل عن مصادر للبصمة الوراثية راجع: عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.166 وما يليها.

<sup>8</sup> Joanne Maceau : op.cit, p.03.

<sup>9</sup> كان أول استخدام وإن صح القول سبب الاكتشاف العلمي لتقنية تحليل الشفرة الوراثية في النزاعات الخاصة بالهجرة، في حالة عائلية غينية أصبحوا مواطنين بالمملكة المتحدة وواحد من أطفالها عاد إلى غانا، وبعد ذلك حاول العودة إلى لبريطانيا، لكن خبراء الهجرة رفضوا دخوله بحجة أنه بديل، فاتصل المحامون بالعالم Alec jeffreys للسؤال عن استخدام تكنولوجيا فك الشفرة الوراثية. أم الخير بقوفا: دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ديسمبر 2010، الجزائر، ص.80.

نسبة التأكد في الإثبات 99,99% وفي النفي بنسبة 100% وبذلك تعطي هذه التقنية طريقة لحلول مشاكل النسب<sup>1</sup>.

### ثانياً- الطرق العلمية لتحليل البصمة الوراثية<sup>2</sup>

لإثبات أو نفي بنوة طفل إلى أب معين أو أم معينة يدعي كلاهما أو أحدهما نفي أو إثبات نسب الطفل إليه<sup>3</sup> يجب القيام بعملية تحليل البصمة الوراثية ولأجل ذلك يجب دراسة وتحليل الأطوال المختلفة للأجزاء المحددة (REL P)<sup>4</sup>؛ بحيث تعتمد هذه الدراسة على عمل مسطرة نموذجية (Pattern) للمادة الوراثية "ADN" لكل منهما باستخدام أنزيم الفصل (Restriction Enzyme) وجهاز الفصل الكهربائي ويتم ذلك بأخذ عينات من كل من الأب (المرعوم) والأم (المرعومة) والطفل وبعد الحصول على المادة الوراثية من هذه العينات يتم تقطيع جزئي "ADN" على لوحة الفصل الكهربائي<sup>5</sup>، وإذا أثبتت هذه التحاليل الطبية المخبرية وجود تشابه في الجينات بين الابن وأبويه، ثبت بيولوجيا وطبياً بنوته لهما وإن لم يوجد أي تشابه في الجينات الوراثية انتفى بيولوجيا وطبياً بنوته لهما<sup>6</sup>.

أما في حالة ما إذا كانت عينة "ADN" أصغر من المطلوب فإنها تدخل في اختبار آخر وهو تفاعل أنزيم البوليمير (PCR)<sup>7</sup>؛ وقد ظهرت هذه الطريقة في تحليل الجينات سنة 1985م على يد الباحثة الأمريكية "B.Mullis Karin"، فتعتمد هذه الطريقة على إكثار ومضاعفة ADN، حيث تضخم مناطق مخصصة بذاتها في الجين الوراثي وهي الأقمار الصغيرة والدقيقة وذلك بإنتاج نسخ متكررة من الجين الوراثي باستخدام 20 إلى 25 دورة من التفاعل وإضافة المركبات الكيميائية وإخضاع الجين الوراثي إلى التسخين والتبريد<sup>8</sup>، وتمتاز هذه

<sup>1</sup> نادية تياب: حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 06، لسنة 2008، الجزائر، ص.163.

<sup>2</sup> يظهر لنا تحليل البصمة الوراثية عدة فوائد فهو يبين أية الله في الإنسان بتحقق الهوية الشخصية وكذلك يمكننا من تحميل المتسبب مسؤولية التربية والإنفاق إعمالاً للقاعدة الشرعية "الغرم بالغنم" وينقذ لنا المتشردين من أطفال المسلمين وتقليل ظاهرة إلقاء المولودين على أعتاب المساجد أو بجوار صناديق القمامة. طه حسن: المنظمة الإسلامية تجيب على هذا السؤال: الإبن لمن...!، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 435، 2002، الكويت، ص.21.

<sup>3</sup> عصام احمد البهجي: تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص.47-48.

<sup>4</sup> وهي إختصار لـ Restriction Fragment Length Polymorphisme. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.177.

<sup>5</sup> عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص.48. وهناك عدة طرق قد ظهرت حديثاً وللإطلاع عليها راجع: عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.177 وما بعدها.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 09، جوان 2013، الجزائر، ص.256.

<sup>7</sup> إختصار لـ Polymeras Chain Reaction. ناصر عبد الله عبد العزيز الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي، والنسب، ب.ط.ب.د.ن، 2002، ص.16.

<sup>8</sup> Brogniez-Colin Cécilia: Diagnostic par PCR dans l'espace cannie : application a la clade chez le setter irlandais, thèse pour obtenir le grade de docteur Vétérinaire, université Claude-Bernard, lyoun1, 2005., p.p.14-15.

ولمعرفة مبادئ وخطوات عمل نظام PCR، أنظر، بسام محمد القواسمي: أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2010، ص.69 وما بعدها.

الطريقة ببساطتها عن الطريقة الأولى إذ تمكنا من استخلاص المادة الوراثية الموجودة في العينات بيسر عليها مهما كانت ضئيلة وقليلة، وكذلك تمتاز بسرعة تحليل العينات، بالإضافة إلى إمكانية حفظ نتائج التحليل بسهولة على شكل صور فوتوغرافية، إلا أنه من سلبياتها أنها سهلة التلوث بـADN الغريب، ولهذا يجب أخذ احتياطات مشددة عند جمع العينات وتحليلها مع التشديد بتخصص المعامل العاملة في هذا المجال<sup>1</sup>.

### البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون والقضاء من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب

وجب علينا البحث (أولاً) عن موقف الفقه الإسلامي من العمل بتقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب وذلك باعتبارها كنانة فقهية أفرزتها المعطيات العلمية الحديثة، ثم دراسة موقف القانون والقضاء منها (ثانياً).

#### أولاً- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب

لقد أعطت الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً بالأسرة ووضعت القواعد التي يجب أن تقوم عليها<sup>2</sup>. وأعطت اهتماماً غير مسبوق بتشريع النسب<sup>3</sup>، فحرّمت التبني ومنعت الانتساب للغير<sup>4</sup>، كما أنها نظّمت التعامل مع اللقضاء وبجهولي النسب. ومن ثم فقد اهتمت بإثبات النسب، فمن المعلوم أن جمهور الفقه الإسلامي اتفقوا على أن القيافة تعد من أدلة إثبات النسب إلى جانب الزواج الصحيح وما يلحق به والنكاح بالشبهة والإقرار والبينة. إلا أن الفقهاء قد اختلفوا حول جواز استخدام تقنية تحليل البصمة الوراثية بمفهومها المعاصر الحديث كدليل<sup>5</sup> من أدلة إثبات النسب<sup>6</sup>.

وبما أن جمهور الفقه الإسلامي قد اعتمد على القيافة والتي تعد قرينة قضائية أو إمارة كما أطلق عليها بعض الفقهاء، وهي ملكة يتمكن صاحبها من ربط النسب اعتماداً على قرائن من الشبه بفراصة خاصة<sup>7</sup> ووسيلة لتتبع الأثر والمعرفة بفصول تشابه النسب، فإنه بدون شك أن تحاليل البصمة الوراثية تقوم أساساً على معرفة الشبه بين

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.182.

<sup>2</sup> عقيد خبير عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ماي 2002، ص.1477.

<sup>3</sup> لقد جعل الإسلام الحفاظ على النسب من مقاصد الشريعة الخمسة: وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: المرجع السابق، ص.255.

<sup>5</sup> إذا حاولنا تكييف الدليل العلمي للبصمة الوراثية ووضعناها ضمن تقسيم الأدلة المعدة للإثبات وغير المعدة للمعدة للإثبات، فنجد أنه إذا كانت الكتابة يمكن اعتبارها دليلاً معداً مسبقاً للإثبات، فلا يمكن اعتبار الطرق العلمية المشار لها في المادة 40 فقرة 02 من ق.أ دليلاً معداً مسبقاً للإثبات، لأن الموروثات الموجودة بخلايا الإنسان لا تدخل لإرادة الشخص فيها ولم تنصرف إرادته لتبنيها كدليل يصار إليه عند النزاع ولا ينبغي له ذلك، ويمكن لنا تكييف الدليل العلمي بأنه من القرائن القانونية التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي ولكنها تختلف قطعيتها حسب نوع الدليل العلمي المقدم. زبيري بن قويدر: النسب في ظل التطور العلمي والقانوني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تلمسان، 2011-2012، ص.254.

<sup>6</sup> شكر محمود داود السليم وأحمد حميد سعيد النعيمي: الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، العراق، ص.60. عقيد خبير عبد القادر الخياط وفريدة الشمالي: المرجع السابق، ص.1477.

<sup>7</sup> محمد المختار السلامي: المرجع السابق، ص.448.

الولد ووالديه، ولكن عن طريق النمط الوراثي العلمي للحامض النووي فهي نوع من "القيافة" لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة، وإن تميزت البصمة الوراثية بنتائجها البيولوجية اليقينية والدقيقة في المختبرات المعتمدة<sup>1</sup>.

إذن فإذا كانت تحاليل البصمة الوراثية تقوم هي أيضا مثلها مثل القيافة على معرفة الشبه بين الولد ووالديه مع دقة نتائج تحاليل الأولى وأكثر قطعية منها على الثانية، فإن استعمال هذه التقنية في إثبات النسب يعتبر كمنزلة فقهية أفرزتها المعطيات العلمية الحديثة، فقد انقسمت آراء الفقه الإسلامي إلى مذهبين:

أ- **المذهب الأول:** ذهب إلى رفض وعدم إجازة إثبات النسب بالبصمة الوراثية وبهذا قالت لجنة الفتوى في الكويت في الفتوى الصادرة عن وزارة الأوقاف رقم (54) لسنة 1996م، وكل من الفقهاء أحمد عجي الكردي تخريجاً عن مذهب الحنفية<sup>2</sup>، ويوسف القرضاوي رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين<sup>3</sup> والذي أيده مؤخراً علي جمعة مفتي مصر<sup>4</sup>.

ب- **المذهب الثاني:** فأجاز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، حيث ذهب الفقهاء المعاصرون<sup>5</sup> إلى اعتبار أن البصمة الوراثية طريقاً من طرق إثبات النسب من حيث الجملة، واختلفوا في بعض المسائل الفرعية، على اعتبار أن البصمة الوراثية لا تتعارض في شيء مع أحكام الشريعة الإسلامية بل هي تدعيم للقاعدة الأصلية "الولد للفراش" وهي طريقة من طرق الوصول إلى الحقيقة<sup>6</sup>. وبهذا الرأي قال به المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ودار الإفتاء المصرية ودار الإفتاء التونسية، والندوة الفقهية بالمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية<sup>7</sup>، وجل الفقهاء المحدثين<sup>8</sup>.

وقد أجاز مجلس المجمع الفقهي الإسلامي الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب مع وجوب تقديم النصوص والقواعد الشرعية عليها، أما بشأن حالة استخدام البصمة الوراثية لمنع اللعان فإن ذات المجمع الفقهي نص على أنه لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان<sup>9</sup>، وذلك لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به

<sup>1</sup> مراد بن صغير: المرجع السابق، ص.260. ولمعرفة المزيد من أوجه الاختلاف بين البصمة الوراثية والقيافة والأدلة على ذلك، راجع: عبد الرشيد محمد أمين قاسم: البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، عدد 23، 2004، المملكة العربية السعودية، ص.61 وما بعدها.

<sup>2</sup> الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص.266. نقلًا عن: عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.262. ولمعرفة أدلة هذا المذهب ارجع للصفحة 264 وما بعدها.

<sup>3</sup> حيث أجاز الأخذ بالبصمة الوراثية لأمرين: الأول لإثبات براءة المرأة مما وُجّه إليها من تهمة، والثاني لإثبات نسب الولد لأبيه، حتى لا يقع الولد في مشكلات مستقبلية. محمد أنيس الأروادي: البصمة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، ص.14. بحث منشور في موقع [www.biu.edu.lb/pages/news/lecture.doc](http://www.biu.edu.lb/pages/news/lecture.doc) 00:43 25/11/2014

<sup>4</sup> محمد أنيس الأروادي: المرجع السابق، ص.21.

<sup>5</sup> من بينهم الفقيه "وهبة الزحيلي" الذي قال بأنه: "إنه يجوز العمل بالبصمة الوراثية لإثبات نسب المجهول بالضوابط الشرعية المقررة لقرينة القيافة". مجلة التقرير الفقهي: مركز ابن إدريس الحلبي للدراسات الفقهية، العدد الأول، 2007، العراق، ص.15.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: المرجع السابق، ص.262.

<sup>7</sup> في دورتها الحادية عشر، المنعقدة بالكويت بالتعاون مع مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بتاريخ 13/10/1988، عن موضوع الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني.

<sup>8</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.262-263. ولمعرفة أدلة هذا المذهب ارجع للصفحة رقم 275 وما بعدها. بسام محمد القواسمي: المرجع السابق، ص.85 وما يليها.

<sup>9</sup> القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في الدورة السادسة عشرة بمكة المكرمة: في المدة من 5-10 جانفي 2002، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 27، العدد 30، لسنة 2013، مكة المكرمة، ص.383.

إلا بدليل نصي وهو غير ممكن<sup>1</sup>. ولا حرج شرعا أن تستفيد الدول من هذه التقنية الجديدة المتطورة وصياغة القوانين على اعتبار المصلحة العامة و بشرط أن لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

ثانيا: موقف القانون والقضاء من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب

لقد مر كل من المشرع (أ) والقضاء الجزائري (ب) على مرحلتين فالأولى كانت تتميز برفضهما للبصمة الوراثية كوسيلة إثبات للنسب، والثانية بالعدول عن هذا الموقف.

أ- موقف القانون من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب:

إن المشرع الجزائري في ظل القانون رقم 84-11 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري - قبل التعديل - لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب مكتفيا بالطرق القانونية التي قررها المشرع والواردة في المادة 40 من قانون الأسرة<sup>3</sup>، وقد كانت المنظومة التشريعية ولا زالت بعيدة كل البعد عن ملاحقة الركب العالمي في مجال وضع تشريعات أو تنظيمات تضبط موضوع البصمة الوراثية من كل جوانبها، وتجمع شتى مسائلها وفروعها، وخير مثال عن هذا أقرب القوانين إلى موضوع البصمة الوراثية وهو قانون الصحة العمومية<sup>4</sup>.

ولكن المشرع الجزائري ونظرا لاستجابته للتطورات الحديثة في ميدان الطب والبيولوجيا، جاء تعديل قانون الأسرة الصادر بمقتضى الأمر رقم (05-02) ولأجل سد مختلف الثغرات القانونية التي تعترى قانون الأسرة القديم فقد تم استحداث فقرة جديدة في نص المادة 40 من ق.أ<sup>5</sup>، حيث نصت على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>6</sup>.

وعليه فإضافة دليل علمي إلى جانب الأدلة التقليدية في إثبات النسب والتوسيع من دائرة أدلة إثبات النسب يوفر الحماية للأنساب ويصون أعراض الناس، غير أنه وفي غياب النصوص القانونية المنظمة للعمل بالبصمة الوراثية، فإن مسألة الحماية تبقى مسألة نسبية تستوجب تدخل المشرع لوضع آليات وضوابط من شأنها تكفل

<sup>1</sup> ويرى الأستاذ عبد الرشيد محمد أمين قاسم أنه يجب تقديم البصمة الوراثية على اللعان لأنه إذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له، فلا وجه لإجراء اللعان، لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود والبصمة الوراثية تعتبر بينة، وكما أن الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويبعد ضعفاء الضمان من التجاسر على الحلف بالله كاذبين. أنظر مؤلفه السابق الذكر، ص. 61 وما بعدها.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء التاسع، ب.ط، دار الفكر، دمشق، 2012، ص. 893.

<sup>3</sup> وقد نصت المادة 40 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، ج.ر، عدد 24، لسنة 1984، على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه"

<sup>4</sup> زبيدة إقورفة: المرجع السابق، ص. 306.

<sup>5</sup> خالد بوزيد: النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص. 127.

<sup>6</sup> المادة 40 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 02/27/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 15، لسنة 2005.

حماية الأنساب وعدم إهدار حقوق الأولاد<sup>1</sup>. وما يعاب على المشرع الجزائري هنا أنه جاء بنص عام، حيث لم يوضح للقاضي لا كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية ولا نطاق سلطته تجاهها<sup>2</sup>. أضف إلى ذلك إشارته الضمنية إلى إمكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية كدليل علمي في إثبات النسب<sup>3</sup>.

أما فيما تعلق بموقف المشرع الجزائري من تقنية البصمة الوراثية في مسألة نفي النسب فلا نجد مادة صريحة في تقنين الأسرة تبين صراحة اللجوء إلى هذه التقنية، ولكن باستقراء ما جاء المادة 41 من ق.أ والتي تنص على أنه: "...يمكن نفي النسب بالطرق المشروعة" فإن بعض الفقه<sup>4</sup> يرى بأن استعمال عبارة الجمع -الطرق- يفهم منها أن المشرع لم يعترض على الوسائل الحديثة لنفي النسب.

وبما أن المشرع بقي ساكنا عن هذه المسألة والفصل فيها بنص صريح، نجده في المادة 222 من ق.أ يدفع بالقاضي للتقريب عن مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>5</sup> قصد إخضاع حكمه للنصوص الشرعية<sup>6</sup>، ولا مانع من إعمال السلطة التقديرية للقاضي بأن يأمر الزوجين والطفل المتنازع في شرعية نسبه، إلى إجراء اختبارات البصمة الوراثية للتأكد من صحة دعوى الزوج وعدمها<sup>7</sup>، بشرط أن يكون هناك عقد شرعي بين الزوجين. وكذلك يكون اللجوء لهذا الاختبار لعودته بالمنفعة على المجتمع بأكمله إذ تنص على هذه الطريقة لمسألة التفرقة بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي<sup>8</sup>، وإبقاء الحياة الزوجية قائمة<sup>9</sup>.

ومن جانب القانون المقارن، فنجد أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب وجعلها تحت الفصل الثالث والمعنون بدراسة الخصائص الوراثية للشخص وتحديد هوية الشخص من خلال الحمض النووي وذلك بموجب المادة 11/16 من القانون رقم 94-653 الصادر بتاريخ 1994/7/29 المتضمن القانون المدني الفرنسي والمعدلة بموجب المادة 06 من قانون 2011-267 الصادر في 04 مارس 2011م<sup>10</sup>، بحيث نجده أجاز الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب في حالتين محددتين الأولى

<sup>1</sup> أم الخير بقوّة: المرجع السابق، ص.87.

<sup>2</sup> أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013-2014، ص.392.

<sup>3</sup> زبيدة إقورفة: المرجع السابق، ص.308.

<sup>4</sup> جيلالي تشوار: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ب.ط، دم.ج، الجزائر، 2001، ص.167.

<sup>5</sup> بحيث تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا تكميليا لقانون الأسرة، على عكس القانون المدني التي تعد مصدرا احتياطيا له.

<sup>6</sup> جيلالي تشوار: النفاذ التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، جزء 39، رقم 01، لسنة 2002، الجزائر، ص.134.

<sup>7</sup> أحمد شامي: المرجع السابق، ص.391.

<sup>8</sup> جيلالي تشوار: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.167.

<sup>9</sup> مراد بن صغير: المرجع السابق، ص.264.

<sup>10</sup> L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1 - Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2- A des fins médicales ou de recherche scientifique ;

3- Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées. Voir, Article 16-11 du la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, n°175 relative au droit civil français Journal Officiel du 30 juillet 1994, Modifié par art. 6 du LOI n°2011-267 du 14 mars 2011 . Journal Officiel n° 62 du 15 mars 2011.

تمثل في حالة صدور الأمر بذلك من جهة قضائية والثانية أن يتم القيام بتحليل البصمة الوراثية لأغراض طبية أو علمية<sup>1</sup>.

أضف إلى ذلك فقد ضمن المشرع الفرنسي في قانون العقوبات مجموعة من العقوبات الردعية والجزائية في المادة 226 من الفقرة 25 إلى 30 لمن يخالف الأحكام المنصوص عليها في قانون الصحة العمومية كإجراء التحاليل الوراثية لغير الأغراض المحددة لها قانونا أو تزوير نتائجها أو أخذ عينات وتحليلها دون موافقة صريحة...<sup>2</sup>.

وكذلك ما جاء به التشريع الإنجليزي الصادر عام 1996م الذي أقر اللجوء إلى هذه العملية، وما جاء به قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم 70 لسنة 1559م في نص المادة الأولى منه على اعتبار البصمة الوراثية هي دليل من أدلة الإثبات المعتمدة<sup>3</sup>. وفي مصر أنشئ معمل للطب الشرعي سنة 1995م من وظائفه الكشف عن الهويات في مختلف القضايا التي تحال عليه<sup>4</sup>.

### ب- موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

لقد عرف القضاء الجزائري في مجال إثبات النسب مرحلتين، بحيث وجد قاضي الأسرة نفسه في المرحلة الأولى مقيدا بنصوص التشريع الجامدة. وقد جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي دليل علمي حديث بشأن إثبات النسب أو نفيه<sup>5</sup>؛ وقد كانت هذه الأخيرة لا تأخذ في الحسبان التطورات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي تحيط المجتمع المعاصر من انخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى، حيث أصبح الكثير منهم اليوم لا يعبتون بأية شهادة أو يمين أو قسم<sup>6</sup>، ويظهر هذا الموقف في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/02/1999<sup>7</sup>، حيث أيدت هذه الأخيرة الحكم المستأنف القاضي برفض إجراء تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب وتعليقهم رأيهم بأنه مخالف لقواعد الإثبات الشرعية والقانونية<sup>8</sup>. ولكن رغم أن القرار الصادر عن مجلس القضاء الداعم لاعتماد اللجوء إلى الخبرة

<sup>1</sup> محمد المختار السلامي: المرجع السابق، ص.484-485

<sup>2</sup> زبيدة إقروفة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد 01، لسنة 2010، الجزائر، ص.73.

<sup>3</sup> إيناس هاشم رشيد: تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد 02، 2102، العراق، ص.219-220.

<sup>4</sup> أما الغالبية من الدول العربية فما زالت بعيدة كل البعد عن مواكبة التكنولوجيا الحديثة في هذا المجال وذلك مرده أمران: الأول العجز المادي عن فتح مثل هذه المخابر وما يتطلبه من عدة عتاد وإطارات، والأمر الثاني مرده جمود التشريع. إقروفة زبيدة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية، المرجع السابق، ص.74-75.

<sup>5</sup> زبيدي بن قويدر: القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 8، لسنة 2009، الجزائر، ص.64.

<sup>6</sup> جيلالي تشوار: القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ع.ق.إ، جزء 41، رقم 01، لسنة 2003، الجزائر، ص.14.

<sup>7</sup> قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 222674، مجلة القضاة (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية)، عدد خاص، 2001، الجزائر، ص.88.

<sup>8</sup> جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة، المرجع السابق، ص.13 وما يليها.

الطبية وتحليل الدم لإثبات النسب، إلا أن الكثير من القانونيين اعتبروه الانطلاقة الجريئة لاعتماد الأدلة العلمية لإثبات النسب، علاوة على الطرق الشرعية<sup>1</sup>.

أما بعدما تبني واعتمد المشرع الجزائري صراحة للوسائل العلمية كطريقة لإثبات النسب، صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05 لينقض القرار الصادر عن المجلس القضائي بمسيلة بداعي عدم استجابته لطلب اعتماد البصمة الوراثية (ADN) كدليل علمي لإلحاق نسب أبيه، فأقر هذا القرار بالنقض إلحاق الولد نتيجة الخبرة العلمية<sup>2</sup>.

وبخصوص نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية وتقديمها على اللعان، فقد صدر قرار حديث عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/15 في قضية (ر.ف) ضد (س.ش)، والذي جاء فيه: "حيث أنه ما دام أن المطعون ضده قد التحأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة...."<sup>3</sup>. و بالتالي يتبين من هذه الحيثية بأنه لا يمكن تقديم تقنيات فك الشفرة الوراثية على اللعان لأجل نفي النسب.

## الفرع الثاني

### استخدام الهندسة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

إن موضوع الإثبات الجنائي<sup>4</sup> من المواضيع التي هي في تطور مستمر ويظهر صدق هذه الملاحظة سواء تعلقت بالدليل نفسه، أم بوسائل الوصول إلى الدليل ورغبة الإنسان في الوصول إلى الحقيقة بشتى الأدلة والتي هي في حراك مستمر. ويُعلمنا تاريخ الإجراءات الجزائية أنّ تبدل أدلة الإثبات التي سعت المجتمعات الإنسانية كافة إلى اعتمادها لإثبات الجرائم يعود إلى التغيير في معتقدات هذه المجتمعات حول الحقيقة والوصول إليها، فبعد أن كان الدليل يتميز بالطابع الديني في مرحلة حكم الآلهة، ثم أصبح يتمحور حول الاعتراف باعتباره سيد الأدلة في

<sup>1</sup> باديس ذيلبي: المرجع السابق، ص.97.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا: غ أ ش، 2006/03/05، ملف رقم 355180، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، الجزائر، ص.469.

<sup>3</sup> القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 2009/10/15، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 205592، قضية (ر.ف) ضد (س.ش).

disponible au site: [www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz) Miss a jour le : 20/11/2014, 22 :14 .

<sup>4</sup> يرتبط موضوع الإثبات الجنائي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إرتباطا وثيقا، وبيان ذلك أن الخطأ الواقع في الحكم يقرر في حالة الإدانة الخاطئة بحيث أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص يستلزم ألا جريمة ولا عقوبة إلا بحكم صحيح، ولهذا فإن الحقيقة التي هي غاية الدعوى الجنائية تكون بتحديد الجريمة الواقعة والمتهم مرتكبها وتوقيع العقوبة المقررة، وهذا لا يتم الوصول إليها من تلقاء نفسها وإنما هي ثمرة مجهود شاق، وبحث مضني وانتقاء ذهني. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص.674-675.



الإمبراطورية الرومانية، وصولاً إلى مرحلة الدليل العلمي التي يتميز بها عصرنا الحالي<sup>1</sup>. ومن الطبيعي أن يكون الكثير من النظم القضائية قد واكبت التطورات العلمية المعاصرة التي استحدثت الكثير من وسائل وطرق الإثبات المادية ومنها البصمة الوراثية<sup>2</sup>. وبهذا أصبحت تقنية الهندسة الوراثية لها أهمية كبيرة في الإثبات الجنائي (البند الأول)، ونتيجة لهذا سارع فقهاء الشريعة الإسلامية في البحث عن مشروعية هذه الوسيلة في هذا المجال، وكذلك الدول في إدخال هذه التقنية في قوانينهم (البند الثاني). ومما تجدر الإشارة إليه أننا لم نتطرق إلى الأسس العلمية لتحليل البصمة الوراثية هنا وذلك لتطرقنا إليها سابقاً ولهذا نحيلكم لها<sup>3</sup>.

### البند الأول: أهمية استخدام تقنية الهندسة الوراثية في الإثبات الجنائي

مما لا شك فيه أن البحث الجنائي ظل عاكفاً على الاعتماد على الطرق التقليدية المختلفة وأدلة الإثبات الجنائي المعروفة في التحقيقات لكشف أسرار الجرائم والحوادث بأنواعها، وقد تسفر هذه التحقيقات عن المجرم الحقيقي وقد يدفع الثمن شخص ليس له ذنب ولم يقترف الفعل المجرم نظراً لعدم قلة الأدلة الموجودة<sup>4</sup>، ومن الثابت أن الطب الشرعي قد نجح في اكتشاف مرتكبي أكبر الجرائم وتفكيك وكشف العصابات، إلا أن أكبر اكتشاف كما سبق الذكر كان على يد العالم "Alec jeffreys" مكتشف البصمة الوراثية والتي لعبت دوراً هاماً في إثبات النسب ومرتكبي الجرائم<sup>5</sup>. بحيث نجدها قد قفزت بالطب الشرعي في هذا المجال قفزة هائلة، حيث تمكنت البصمة الوراثية من التعرف على الجثث المشوهة، وتتبع المفقودين والكشف عن مرتكبي الجرائم<sup>6</sup> وإمالة اللثام عن فاعليها<sup>7</sup> وبذلك يمكن أن نقول وداعاً لما يسمى بالجندي المجهول حيث يمكن لبصمة الجينات التعرف على الشخص حتى من بصيالات شعره<sup>8</sup>.

إذن فدور البصمة الوراثية قد لعب دوراً كبيراً في إثبات الاتهام في الجريمة، ونسبتها إلى الجاني وفي تحديد هوية الجاني عليه<sup>9</sup>، وبالتالي أصبحت هذه الأخيرة تسمح بتوصيل المشبه به للقضاء وكذلك تيسير التعرف على

<sup>1</sup> معتصم خميس مشعشع: إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 56، أكتوبر 2013، الإمارات العربية المتحدة، ص.21.

<sup>2</sup> منصور عمر المعاطلة: الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.167.

<sup>3</sup> أنظر، البند الأول والمعنون بالأسس العلمية التي تقوم عليها البصمة الوراثية في إثبات النسب من الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث. <sup>4</sup> فالمرموم يسعون دائماً إلى تطوير أساليبهم الإجرامية باستثمار التقدم العلمي في ارتكاب الجرائم وإخفاء معالمها، مما يعني وجوب استخدام الوسائل العلمية الحديثة. أنظر، أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم: المرجع السابق، ص.675.

<sup>5</sup> خالد محمد شعبان: مسؤولية الطب الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ب.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.375.

<sup>6</sup> وجدي عبد الفتاح سوانل: استخدام الهندسة الوراثية في التحقيق الجنائي (أساليب وتطبيقات)، بحث مقدم إلى ندوة الجوانب الشرعية والقانونية لاستخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي، قسم الندوات واللقاءات العلمية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للبحوث الأمنية، المنعقدة من 23 إلى 25 ماي 2004، المملكة العربية السعودية، ص.19.

<sup>7</sup> صالح فواز: المرجع السابق، ص.292.

<sup>8</sup> وجدي عبد الفتاح سوانل، المرجع السابق، ص.19.

<sup>9</sup> محمود محافظي: البصمات كدليل علمي وحجبتها في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص.41.

الضحية<sup>1</sup>، فمثلا في جريمة القتل إذا تعذر وجود بصمات أصابع المجرم أو إحدى بصماته الجلدية الأخرى بمكان الجريمة فإنه في غالب الأحيان ما يخلف إحدى آثاره الآدمية دون أن يشعر نظرا للاضطراب الذي يكون فيه كتلوثات دموية نتيجة جرح أصابعه بسبب استخدامه العنف مع الضحية أو محاولته الهرب، أو العثور على آثار لشعره أو جلده تحت أظافره أو أظافر المجني عليه<sup>2</sup>. إذن نرى أنه على الرغم من تطور استخدام الوسائل الحديثة في الجرائم، ومحاولات المجرمين للإفلات من العقاب، إلا أن ظهور تقنية فك الشفرة الوراثية جاء ليكون منقذا للعدالة التي قد تضيع في ظل هذا التطور في أساليب الإجمام<sup>3</sup>.

ومن أهم الجرائم القضائية التي لعبت البصمة الوراثية دورا مهما في الكشف عنها نذكر: قضية الدكتور "سام شبرد" الذي أدين بقتل زوجته ضربًا حتى الموت في عام 1955م، أمام محكمة أوهايو بالولايات المتحدة، والذي ساهم الحمض النووي في إثبات براءته سنة 2000م بعدما برأته المحكمة سنة 1993م ولم يقتنع الرأي العام بذلك<sup>4</sup>.

وساهمت البصمة الوراثية كذلك في حل الجرائم الجنسية حيث استخدمت في الكشف عن فضائح وممارسات الغرب اللاأخلاقية<sup>5</sup>. ومن أشهر القضايا التي أثبتت فيها جدوى البصمة الوراثية وانتبه الناس إليه هي قضية الفضيحة الجنسية للرئيس الأمريكي السابق "بيل كلنتون" مع المتدربة الأمريكية "مونكا ليونسكي" والتي اتهمته بأنه على علاقة جنسية بها ونفي الرئيس الأمريكي ذلك، إلا أن الحمض النووي أثبت هذه العلاقة<sup>6</sup>.

أما بالنسبة لجرائم السرقة والتخريب والاختطاف فقد لعبت كذلك البصمة الوراثية دورا في حلها ومثال ذلك العثور على امرأة كانت الشرطة تشبه فيها في خطف الأطفال وعند تفتيش منزلها عشر على تسعة أطفال ادعت أنهم أبنائها ولكن بعد فحص الأطفال في المعامل الجنائية وفحص عينة من المرأة ومقارنتهما تبين أنها أم لثلاث أطفال فقط والباقي سلموا إلى دار الرعاية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Joanne Maceau : op.cit, p.03.

<sup>2</sup> محمود محافظي: المرجع السابق، ص.41.

<sup>3</sup> أمال عبد الرحمن يوسف حسن: الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011-2012، ص.72.

<sup>4</sup> خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص.390.

<sup>5</sup> وجدي عبد الفتاح سوانل: المرجع السابق، ص.20-21.

<sup>6</sup> حيث تم العثور على عينة من السائل المنوي على فستان "مونكا" ورغم قدمها وجفافها إلا أنه وبعد مقارنتها ببصمة الرئيس الوراثية وجد تماثل بينهما. خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص.390.

<sup>7</sup> خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص.391-392.

## البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإثبات الجنائي بالهندسة الوراثية

في هذا البند سنحاول تبيان موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تحليل الحامض النووي في الإثبات الجنائي (أولاً)، ثم التطرق إلى موقف القانون من اعتماد هذه التقنية (ثانياً).

## أولاً- موقف الفقه الإسلامي من الإثبات الجنائي الهندسة الوراثية

عندما ظهرت تقنية فك الشفرة الوراثية في أواخر القرن الماضي لم يقف الفقهاء المعاصرين موقفًا سلبيًا تجاه هذا الحدث العلمي الجديد بل نجدهم همّوا بدراساتها وبحثها وتفصيلها والحكم عليها وبيان رأي الإسلام منها وذلك من خلال عقد عدة مؤتمرات إسلامية معنية لهذه المستجدات العصرية<sup>1</sup>؛ حيث أقر الجمهور الأكبر من السلف والخلف وأكبر أهل العلم والفقهاء من القدماء والمعاصرين<sup>2</sup> وكذلك مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 05 و 10 جانفي لسنة 2002م، أنه من حيث المبدأ مشروعية استخدام تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وهي تعتبر من باب العمل بالقرائن وهي توافق قواعد الشريعة ومقاصدها بحيث أنها تساعد على حفظ الأمن والاستقرار للأفراد<sup>3</sup> إلا أنه يجب يكون استخدام البصمة الوراثية مقيداً<sup>4</sup> وفي غير جرائم الحدود والقصاص<sup>5</sup>، كما نجد أن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 03 و 04 ماي لسنة 2000م، أنها قد أجازت في توصياتها الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي ماعدا جرائم الحدود الشرعية<sup>6</sup>.

وهناك البعض من الفقهاء المعاصرين أجازوا إقامة حد الزنا بالبصمة الوراثية - جرائم الحدود-، أو بناء على نتائج تحليل الطب الشرعي عمومًا<sup>7</sup>، ويرى الأستاذ "محمد المدني بوساق" في هذا الشأن بأنه لا يجب التعويل أو الاعتداد برأي هذا الفقه المخالف لجمهور الفقهاء وذلك لخطئها في إدراك التفصيل وتعيين قصد الشارع<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص. 426.

<sup>2</sup> محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث ضمن كتاب الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، جامعة نايف العربية، ط. 1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، 2008، ص. 93.

<sup>3</sup> ناصر عبد الله عبد العزيز الميمان: المرجع السابق، ص. 23 وما بعدها.

<sup>4</sup> عباس فاضل سعيد و محمد عباس حمودي: استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الرادين للحقوق، المجلد 11، العدد 41، 2009، العراق، ص. 293.

<sup>5</sup> يقوم النظام العقابي في الإسلام على أساس التفرقة بين ثلاث أنواع من الجرائم هي: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والديات، وجرائم التعزير، حيث تنتمي الأولى والثانية فيها بأن عقوبتهما من الشارع ومخصصة لجرائم محددة بنص قرآني أو حديث نبوي، وليس لولي الأمر الحد في الزيادة عليها أو الإنقاص منها، بعكس جرائم التعزير التي لم يحدد المشرع عقوبتها سلفاً وترك لولي الأمر سلطة تقديرها، وكان هذا الاختلاف في تقدير العقوبة أثره في فقه الإثبات الإسلامي، ولذلك فقد تشدد البعض بالنسبة لقواعد وطرق إثبات جرائم الحدود والقصاص. أنظر، فؤاد عبد المنعم أحمد: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المكتبة المصرية، مصر، ب.ت.ن، ص. 42.

<sup>6</sup> خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص. 428.

<sup>7</sup> لمزيد من التفصيل حول آسائيد الفريقين، أنظر: عمران مفتاح أحمد زقلم: مدي مشروعية الدليل المستمد من تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، بحث مقدم لقسم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2012-2013، ص. 29-31. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 310 وما يليها.

<sup>8</sup> لمعرفة الرد عن رأي الفقه المجيز للعمل بالبصمة الوراثية في جرائم الحدود، أنظر، محمد المدني بوساق: المرجع السابق، ص. 95 وما بعدها.

وبهذا يمكن القول بجواز الأخذ بتقنية تحليل البصمة الوراثية كقرينة من القرائن القاطعة، و مما يدل على مشروعية هذه الوسيلة من ناحية شرعية أنها وسيلة لا تتضمن محظورا شرعيا في ذاتها إضافة أن لها مقصد صحيح، والقاعدة المعتمدة أن الوسائل لها أحكام المقاصد، كما أن في هذه الوسيلة تحقيق لمصالح ودرء لمفاسد، ومعلوم أن الشريعة من قواعدها الخمس الكبرى "جلب المصالح ودرء المفاسد"<sup>1</sup>.

### ثانيا- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في الإثبات الجنائي

في الحقيقة وبعد تقليب النظر في القوانين الجزائرية نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على البصمة الوراثية كدليل إثبات في المواد الجنائية، ولكن عند الإطلاع على ما جاء في المادة 212 من ق.إ.ج<sup>2</sup> يتبين لنا بأن المشرع قد فتح الباب واسعا أمام القاضي الجزائري للأخذ بكل الوسائل التي تساعد في تكوين اقتناعه الشخصي بغض النظر على درجة حجيتها وقطعيتها<sup>3</sup>، كما نجده كذلك في المادة 143 من نفس القانون أنه كان صريحا فيما إذا تعلق الأمر بمسألة ذات طابع فني فإنه يمكن اللجوء إلى إجراء خبرة طبية<sup>4</sup> كما هو الحال في الجرائم الدموية كالقتل والجرائم الجنسية كالاعتصاب وهتك العرض، وفي خضم التطور الذي يشهده البحث الجنائي الذي وصل إلى أقصى درجاته باستخدامه الأساليب العلمية الحديثة في اكتشاف الجناة لاسيما عن طريق بصماتهم، فإنه في الجزائر قد استفاد قطاع الشرطة فيها من مخبر للتحليل الوراثي والذي تم تدشينه بمناسبة عيد الشرطة في 2004/07/22 بمقر الشرطة العلمية<sup>5</sup>.

إذن فموقف المشرع الجزائري من مسألة البصمة الوراثية أنه لم يجعل لها قوة وحجية خاصة ولم يجعلها سيدة الأدلة وبالتالي ترك مجال الحسم للقضاء الذي له السلطة التقديرية لهذا النوع من الأدلة العلمية. وتجدد الإشارة أنه حاليا تسعى الجزائر إلى إنشاء بطاقة آلية للتعرف على الهويات وتحديدتها من خلال البصمة الوراثية، واستخدام الحمض النووي، وذلك وفقا للمعايير المطلوبة من طرف خبراء الأنتربول، قصد التقريب بين مواقع الجريمة وتحديد بصفة دقيقة مرتكبي الجريمة والجنح<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> إسماعيل حسن الحميري: ضوابط العدالة في التحقيق الجنائي (دراسة علمية شرعية)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، كلية العلوم الإسلامية، قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2012، ص.40.

<sup>2</sup> نصت المادة 212 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 والموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، السنة الثالثة، عدد 84، لسنة 1996، على أنه: << يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الشخصي...>>.

<sup>3</sup> توفيق سلطاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية تخصص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص.156.

<sup>4</sup> حيث يعتبر تحليل الحمض النووي من المسائل الفنية والتي تحتاج إلى أشخاص متخصصين وذوي خبرة وكفاءة عالية.

<sup>5</sup> محمود محافطي: المرجع السابق، ص.86-87.

<sup>6</sup> لخضر رزوي: بطاقة آلية لتحديد الهويات باستخدام الحمض النووي والبصمة الوراثية، مقال منشور في جريدة الشروق اليومية، يوم 2010/10/26. 21 :57 misse a jour 12/12/2014 disponible au site : www.echoroukonline.com/ara/?news=61903

وبخصوص القانون المقارن نجد أن بريطانيا تعد من أوائل البلدان التي أخذت بتقنية فك الشفرة الوراثية في الإثبات الجنائي، كما تمتلك الشرطة البريطانية أكبر قاعدة بيانات أو معلومات للـ ADN<sup>1</sup>.

أما عن المشرع الفرنسي فنجد أنه قد أقر هذا النوع من الإثبات بموجب قانون 29 جويلية لسنة 1995م، والمتعلق بقانون الأخلاقيات الطبية بشرط احترام الشروط التالية: أن يكون تحليل الحمض النووي في مخبر معتمدة<sup>2</sup>، وأن يكون لأغراض طبية أو علاجية، وأن يكون هدف الكشف البحث العلمي بالإضافة إلا أن يكون هذا التحليل في نطاق إجراءات جنائية صحيحة<sup>3</sup>. وأضاف المشرع الفرنسي بأن البحث من أجل التعرف على الشخص ببيصماته الوراثية، في غير تلك الحالات يعاقب عليه بسنة سجن وغرامة قدرها مائة ألف فرنك فرنسي، كما قضى بنفس هذه العقوبة على من يفشي معلومات متعلقة بالتعرف على شخص ببيصماته الوراثية أو يشرع في التعرف عليه بهذه الوسيلة دون أن يكون لديه الاعتماد المذكور في المادة (16/156) من قانون الصحة الفرنسي<sup>4</sup>.

ومن الممكن أيضا اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية بموجب القواعد العامة استنادًا إلى مبدئين أساسيين تقوم عليهما الإجراءات الجنائية وهما: مبدأ حرية الإثبات، ومبدأ القناعة الوجدانية للقاضي، المكرسان في المادة 427 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي<sup>5</sup>. وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أسس شرعية العمل بالبصمات الوراثية في المجال الجنائي، وأجاز بوضوح للقائمين على الدعوى القضائية باللجوء إليها في جميع مراحلها، أثناء التحقيق وفي المرحلة التحضيرية وعند الحكم<sup>6</sup>.

### الفرع الثالث

#### إستخدام الهندسة الوراثية في إثبات الشخصية

بالإضافة إلى استخدام تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في فك الشفرة الوراثية للأشخاص في المجالات السابقة<sup>7</sup>، فقد أظهرت البحوث والدراسات العلمية نجاحها في مجال إثبات الجنسية (البند الأول) وكذلك في مجال التعرف وإثبات الهويات (البند الثاني).

<sup>1</sup> Charles Diaz : La police technique et scientifique, 1er édition, Paris, 2000, p 75.

<sup>2</sup> Christian Doutremepuich, Les empreintes génétique en pratique judiciaire, Bull. Acad. Natle Méd., no 6, 2012, p. 1127.

<sup>3</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.319-320.

<sup>4</sup> عمران مفتاح أحمد زقلم: المرجع السابق، ص.13.

<sup>5</sup> صالح فواز: المرجع السابق، ص.312.

<sup>6</sup> عمران مفتاح أحمد زقلم: المرجع السابق، ص.13.

<sup>7</sup> للإشارة فقط، إن استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الشخصية يقوم على نفس الأسس العلمية السابق ذكرها في مجال النسب.

## البند الأول: استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

تعتبر الجنسية بإطلاقها المعاصر، اصطلاحاً حديثاً لم يظهر إلا في القانون الفرنسي سنة 1735م، وهي بهذا اللفظ تعد الأداة الوحيدة التي يمكن من خلالها حماية الفرد في المجتمع الدولي، فالشخص الذي لا يتمتع بجنسية دولة معينة لا يمكنه الحصول على حقوقه والدفاع عنها<sup>1</sup>. فمسألة الجنسية مسألة في منتهى الدقة والأهمية ذلك أنها متعلقة بالحالة الشخصية للإنسان<sup>2</sup>. ولإثبات الجنسية يجب على الشخص اللجوء إلى عدة وسائل والتي من بينها اللجوء إلى تحليل الحامض النووي قصد إثبات جنسيته.

ومن هذا المنطلق يتوجب علينا دراسة مفهوم الجنسية وعلاقتها باستخدام تقنية الهندسة الوراثية (أولاً)، ثم الوقوف عند موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية (ثانياً).

أولاً- مفهوم الجنسية وعلاقتها باستخدام تقنية الهندسة الوراثية

سنحاول هنا دراسة وتحليل مفهوم الجنسية وذلك بتعريفها وتبيان طرق اكتسابها (أ)، ثم دراسة العلاقة التي تربط تقنية الهندسة الوراثية بإثبات الجنسية (ب).

أ- **تعريف الجنسية:** كما قلنا سابقاً أن فكرة الجنسية بمفهومها المعاصر لم تظهر إلا حديثاً في القانون الفرنسي بعد الثورة الفرنسية. والجنسية لغة: مأخوذة من جنس الأشياء، أي شاكل بين الأفراد ونسبها إلى أجناسها<sup>3</sup>. وهي ترجمة اصطلاحية للكلمة الفرنسية Nationalité والمشتقة من كلمة Nation ومعناها أمة، وهذه الأخيرة مشتقة من الكلمة اللاتينية Natio ومعناها المنحدرون من جنس واحد<sup>4</sup>.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي هي: رابطة سياسية ودينية بين الفرد ودار الإسلام<sup>5</sup>، يترتب عليها آثار شرعية<sup>6</sup>. أما الجنسية في اصطلاح فقهاء القانون: فنجدهم قد اختلفوا ولم يستقروا على تعريف محدد، إذ نجد من الفقه من عرّف الجنسية بأنها: "العلاقة القانونية التي تربط شخصاً بدولة ما"<sup>7</sup>، ومن الفقه من عرّفها بأنها: "المعيار الذي

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.728.

<sup>2</sup> شقيقة العمراني: المرجع السابق، ص.82.

<sup>3</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ب.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص.821.

<sup>4</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.729.

<sup>5</sup> لقد أقام الشرع الإسلامي رابطة بين أهل دار الإسلام وهذه الدار، هو مصدرها لتحل محلها رابطة العصبية القبلية التي سادت بين الغرب في العصر الجاهلي، وظلت هذه الرابطة هي السائدة حتى استبعتها الدولة العثمانية عام 1869، تثاراً بالثورة الفرنسية التي أقرت مبدأ العلمانية سنة 1791. أنظر، صلاح الدين جمال الدين: النظام القانوني للجنسية في الدولة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ب.ط، دار الفكر الجامعية، 2004، ص.19.

<sup>6</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.822-823.

<sup>7</sup> ذيب بن صنتيان بن مشامع المطيري: أسس اكتساب الجنسية في النظام السعودي مقارنة بقوانين دول مجلس التعاون الخليجي الأخرى، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية (تخصص السياسة الجنائية)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2010، ص.10.

يتم بمقتضاه التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي"، أو هي المعيار الذي يتم بمقتضاه التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي والذي يحدد نصيب أو حصة كل دولة من الأفراد الذين يكونون ركن الشعب فيها<sup>1</sup>. وعرفها البعض الآخر بأنها: " صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية و قانونية بينه وبين الدولة، وهي عنصر من عناصر تكوينها، وعرفها فريق آخر بأنها رابطة سياسية تربط الفرد بدولة ما<sup>2</sup>".

أما فيما يتعلق بأسباب اكتساب الجنسية: فسنبين أسباب اكتساب الجنسية الأصلية دون الأسباب التبعية، وهذا نظرا لعلاقتها بموضوع بحثنا، حيث تُكتسب هذه الجنسية بأحد السببين أو بمهما معا، وهما: حق الدم وحق الإقليم.

ويراد بحق الدم أن الولد، ذكرا كان أم أنثى يتلقى جنسية والديه، أحدهما أو كلاهما، منذ الميلاد وأيا كان محل ذلك الميلاد استنادا إلى نسبه أو بنوته إليهما<sup>3</sup>. إذا فحق الدم يكون إما من جهة الأب أو يكون من جهة الأم<sup>4</sup>، ومن ثم يظهر لنا بأن أساس الجنسية هنا هو الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود ولهذا سميت بجنسية النسب.

أما حق الإقليم فيراد به هو ثبوت الجنسية للفرد، من الدولة التي ولد في إقليمها دون النظر إلى الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود، سواء ولد لأبوين وطنيين أم أجنبيين، ولذا سميت بجنسية الإقليم<sup>5</sup> بمفهومه الواسع (الإقليم البري، والإقليم الجوي، والإقليم البحري)<sup>6</sup>، بحيث قد يولد الشخص على إقليم دولة ما من أم وأب لا جنسية لهما أو من والدين مجهولين<sup>7</sup>.

#### ب- علاقة استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

مما ذكر سابقا يتبين لنا أيُّ السببين السابقين لاكتساب الجنسية -حق الدم وحق الإقليم- له علاقة وصلة بتقنية الهندسة الوراثية، فنجد أنه لا يمكن ربط تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية بحق الإقليم، بحيث يُشترط لاستخلاص البصمة الوراثية للشخص أن يتم تحليل أي خلية أو نسيج من جسم الإنسان، ومن هذه الخلايا هو دم الإنسان، وهذا الأمر مستحيل في هذه الحالة.

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.732.

<sup>2</sup> محمد قاسي: النظام القانوني للمتمتع بالجنسية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009، ص.06.

<sup>3</sup> صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص.80.

<sup>4</sup> ذيب بن سنتيان بن مشامع المطيري: المرجع السابق، ص.46.

<sup>5</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.737.

<sup>6</sup> ذيب بن سنتيان بن مشامع المطيري: المرجع السابق، ص.48.

<sup>7</sup> شفيقة العمراني: إثبات الجنسية والمنازعات المتعلقة بها، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ب.س.ن، ص. 103.

وعلى هذا فإن إعمال تقنية الهندسة الوراثية في موضوع إثبات الجنسية قاصر فقط على رابطة النسب فقط، فإذا كان الولد ثابت النسب بطريق تحليل البصمة الوراثية فالجنسية تثبت له اعتباراً بالنسب تبعاً لوالديه سواء كان معروف الوالدين أو أحدهما كأن يكون مجهول الأم أو الأب<sup>1</sup>. ومن هذا المنطلق يتبادر في ذهننا ما موقف الفقه الإسلامية والقانون من العمل بالبصمة الوراثية في إثبات الجنسية؟.

### ثانياً- موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

بما أن الجنسية تلعب دوراً مهماً داخل الدولة و في المجتمع الدولي، فإن سبب اكتساب هذه الجنسية هو سبب تحقيق هذا الدور، وبما أن تقنية تحليل البصمة الوراثية يعد من أسباب اكتساب الجنسية، فإنه يجب علينا معرفة موقف الفقه الإسلامي من هذه التقنية (أ)، ثم الوقوف عند دراسة موقف القانون منها (ب).

#### أ- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

لقد كان المسلمون من الأوائل المتواجدين وقت إنشاء الدولة الإسلامية الأولى ووقت إصدار الرسول "صلى الله عليه وسلم" لدستور المدينة، وهم من تثبت لهم صفة الانتماء<sup>2</sup>. وبناء عليه يظهر لنا أن الجنسية حق مطلق للدولة بما لها سيادة واستقلال في منح الجنسية (الرغوية)<sup>3</sup>، لمن ولدوا على أرضها، أو بالدم ولو كانت الولادة في دولة أخرى، ومن ثم فلا علاقة توجد بين الجنسية والنسب، إلا إذا ضيقنا الجنسية وقصرنا اكتسابها على علاقة الدم<sup>4</sup>.

وبناء على ما سبق ذكره، فإن الأستاذ "عبد الرحمن أحمد الرفاعي" يرى بأنه من الممكن استخدام تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية للشخص قصد إثبات نسبه، وبالتالي إثبات جنسية (رغوية) المدعي بالمطالبة بالحصول على جنسية دولة معينة بحجة أن الأصل الوراثي أو العائلي للمدعي يتحدد من تلك الدولة وفي جميع حالات التنزع على الرغوية<sup>5</sup>. وإذا ضيقنا فكرة الجنسية وقصرنا اكتسابها على علاقة الدم. فهنا يثور التساؤل: هل العبرة بالدم الشرعي الذي لا يثبت إلا برباط الزوجية؟ أم بالدم مطلقاً ولو كان بعلاقة آئمة<sup>6</sup>؟

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.738.

<sup>2</sup> صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص.79.

<sup>3</sup> لقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن الجنسية بمصطلح "الرغوية" نسبة إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته..."، وبهذا أطلق الفقهاء لفظ "الرغوية" كرابطة بين الشخص والدولة الإسلامية. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.730-731.

<sup>4</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.840.

<sup>5</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.738.

<sup>6</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.840.



وفي هذا الشأن يرى كل من "عبد الرحمن أحمد الرفاعي" و "حسني محمود عبد الدام" أن جنسية (رعوية) الدولة الإسلامية، على غالب الظن أنها تثبت للمولود سواء كانت ولادته بطريقة شرعية أو بطريقة آثمة وذلك لاعتبارين: الاعتبار الأول هو أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه عند جمهور الفقهاء، والاعتبار الثاني أن ابن الزنا يثبت نسبه من أبيه الزاني، عند ابن تيمية وابن القيم وبعض الإباضية وعدد من فقهاء السلف<sup>1</sup>.

### ب- موقف القانون من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

على عكس إثبات الجنسية المبينة على حق الإقليم والتي يسهل إثباته، نجد صعوبات عند إثبات الجنسية المبينة على حق الدم<sup>2</sup>. وعلى عكس سهولة إثبات الجنسية من شخص معروف الوالدين، نجد صعوبات إثبات الجنسية من شخص مجهول الوالدين. ومن هنا يتوجب على الشخص الذي يريد إثبات جنسيته على أساس حق الدم إثبات نسبه أولاً.

ومن هذا المنطلق يتوجب علينا معرفة موقف المشرع الجزائري من مسألتين؛ الأولى تتعلق بمعرفة موقفه من إثبات الجنسية عن طريق حق الدم، ثم معرفة موقفه من مسألة اعتماده لتقنية الهندسة الوراثية كوسيلة إثبات للجنسية.

فبخصوص موقف المشرع الجزائري من مسألة إثبات الجنسية عن طريق حق الدم فنجد أنه قد نظم هذه المسألة وتطرق لها في المادة السادسة (06) من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير لسنة 2005 المتضمن قانون الجنسية، حيث نصت على أنه: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"<sup>3</sup>. وبهذا يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أعطى الجنسية للشخص المولود من أب جزائري أو من أم جزائري في حالة عدم التعرف على والده، ونتيجة عن ذلك فقد سوّى المشرع بين دم الأب و دم الأم عكس ما كان معمولاً به في قانون الجنسية لسنة 1970م، الذي اكتفى المشرع آنذاك بمعيار حق الدم من ناحية الأب دون الأم<sup>4</sup>.

أما المسألة الثانية والمتعلقة بمدى اعتماد المشرع الجزائري لتقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية كوسيلة إثبات الجنسية؛ نجد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 32 من ق.ج على أنه يمكن إثبات الجنسية عن طريق النسب<sup>5</sup>، وبالتالي تحيلنا هذه المادة إلى وسائل إثبات النسب، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد

<sup>1</sup> لمعرفة أكثر عن هذه الأسانيد، أنظر: عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.738 وما بعدها. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.840-850.

<sup>2</sup> شفيقة العمراني: المرجع السابق، ص.101.

<sup>3</sup> المادة 06 من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية، ج.ر، عدد 15، لسنة 2005.

<sup>4</sup> محمد قاسي: المرجع السابق، ص.57-58.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 32 من الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 والمتضمن قانون الجنسية.

تبنى الطرق العلمية والتي من بينها تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب بموجب قانون الأسرة الصادر بمقتضى الأمر رقم (02-05) والذي أضاف فقرة جديدة في نص المادة 40 من تقنين الأسرة الجزائري، حيث نصت على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب<sup>1</sup>".

### البند الثاني: استخدام تقنية الهندسة في إثبات هويات المفقودين

سنبين في هذا الصدد أهمية استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تحديد الهوية (أولا)، ثم سنتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون من العمل بتقنية الهندسة الوراثية في هذا المجال (ثانيا).

#### أولا- أهمية استخدام تقنية الهندسة في تحديد الهوية

مما لا شك فيه أن تقنية تحليل البصمة الوراثية يستفاد منها لدلالاتها القطعية في التعرف على الجثث المجهولة الذين قد توفوا أثناء الحروب والكوارث الطبيعية والمفقودين والموتى أو الشهداء، والأسرى الذين طال عهدهم، وجهلت هويتهم الشخصية، لأن في ذلك تمكيننا من تسليم الجثث لأقاربهم، واطمئنانهم، وإعادة تم لبلادهم<sup>2</sup>. وبهذا ساعدت هذه التقنية في حل مشكلة تحديد الجثث حيث قد تؤدي الكارثة أو الحادثة إلى تشويه الجثث وتقطيع الأجزاء البشرية إلى أشلاء يصعب التعرف عليها<sup>3</sup> مثل ما يحدث في حوادث النقل الجماعي الجوي والبحري والبري<sup>4</sup>، و التفجيرات الإرهابية وكذلك في حالة الجثث المعفنة والعثور على مقابر جماعية<sup>5</sup>، وكما يمكن الاعتماد على الشفرة الوراثية في حالة تحديد هوية الأطفال التائهين أو المخطوفين أو تحديد هويات فاقدى الذاكرة أو المجانين وإعادة تم إلى ذويهم<sup>6</sup>. والآن نحن نسمع عن محاولات كثيرة لكشف هوية جثث مضى عليها آلاف السنين<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> لمزيد من الشرح حول موقف المشرع الجزائري من اعتماد تقنية البصمة الوراثية في إثبات النسب، انظر البند الثاني من الفرع الأول من هذا المطلب والمعنون بموقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص.527.

<sup>3</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.46.

<sup>4</sup> زبيدة إفرافة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية، المرجع السابق، ص.252.

<sup>5</sup> تركي محمد السعيد: دور المخابر الجنائية في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013-2014، ص.68.

<sup>6</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.47. ناصر عبد الله الميمان: المرجع السابق، ص.600.

<sup>7</sup> عبد الواحد إمام مرسى: المرجع السابق، ص.416.

إذن فالحمض النووي مفيد لتحديد هوية الأشخاص وذلك لعدة أسباب، من بينها أن هذا الحمض النووي يمكن استخلاصه من أي أنسجة بشرية سواء كانت لعاب أو شعر أو عظام، ويمتاز الحمض النووي بثبوته وعدم تغيره وكذلك باختلافه بين الأشخاص، إذ لا يمكن وجود على وجه الأرض شخصان يحملان نفس الجينات الوراثية باستثناء التوائم المتماثلة فكل ينفرد في الخصائص الموروثة<sup>1</sup>، وكذلك تمتاز البصمة بأنها لا تتعرض للتلف أو التحلل بتغير الظروف المناخية من برد أو حرارة لفترة طويلة<sup>2</sup>. وحاليا تقوم الولايات المتحدة الأمريكية بتصنيف الحمض النووي لجميع المواليد ليسهل تعيين هوية من يُخطف منهم، ويسهل بذلك العثور عليه<sup>3</sup>.

وقد سبق ووقعت عدة حوادث استخدم فيها تقنية فك الشفرة الوراثية عن طريق تحليل البصمة الوراثية ونذكر منها: ما تم نشره في وكالات الأنباء حديثا حول خبر عودة رفات (25) جثة مصرية انتشلت من قاع المحيط الأطلسي في مأساة الطائرة المصرية المنكوبة "بوينج 707" وتم التعرف على أصحابها عن طريق اختبار البصمة الوراثية<sup>4</sup>.

وفي سنة 1992م تمكن الأطباء الشرعيون من تحديد الهوية الوراثية لقائد معسكر مفقود منذ الحرب العالمية الثانية من خلال عثورهم على بعض الهياكل البشرية أثناء جرف أرض المعسكر في إحدى الولايات الموجودة بأمريكا. وتم التعرف أيضا من خلال البصمة الوراثية على جثث ضحايا المركز التجاري العالمي في 11 ديسمبر لسنة 2001م. وبهذا يتبين لنا أهمية البصمة الوراثية ودورها في إسدال الستار على قضايا وأحداث كثيرة<sup>5</sup>.

### ثانيا- موقف الفقه الإسلامية والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات

نظرا لأن تقنية الهندسة الوراثية تعتبر من المستجدات التي أفرزتها التطورات العلمية، فكان لا بد علينا أن نوضح موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بها في مجال إثبات الهويات (أ)، ثم التوقف عند موقف القانون من هذه التقنية (ب).

<sup>1</sup> Personnes Disparues, Analyses ADN Et Identification Des Restes Humains : Guide des meilleures pratiques à suivre dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, Deuxième édition 2009, p.15.

<sup>2</sup> إيناس هاشم رشيد: المرجع السابق، ص.219.

<sup>3</sup> حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص.111.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص.527.

<sup>5</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.111.

## أ- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات

بخصوص موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص؛ فالأصل أن موت المفقود يثبت بالبينة كشهادة العدول أو غيرها من أدلة الإثبات، ولكن إذا تعذر ذلك فهل يجوز إثبات هوية المفقود بالبصمة الوراثية؟<sup>1</sup>

وفي هذا الشأن نجد أن المجمع الفقهي الإسلامي قد أقر بجواز استخدام البصمة الوراثية<sup>2</sup> عند وقوع الحوادث أو الكوارث أو الحروب عند تعذر معرفة أهل الأطفال أو ضياعهم، أو عند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.<sup>3</sup>

## ب- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات

عند بحثنا عن موقف المشرع الجزائري من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات نجد أنه لم ينص على ذلك صراحة ولكن قياساً عن موقفه في إجازة إثبات نسب الشخص مجهول النسب أو المتنازع عليه وذلك طبقاً لنص المادة 40 من ق.أ.<sup>4</sup>، و نظراً لتوجه المشرع الجزائري إلى إنشاء بطاقة آلية للتعرف على الهويات<sup>5</sup>، فيمكننا القول بأنه قد أقر ضمناً بجواز إثبات شخصية الشخص المفقود عن طريق تقنية تحليل الحامض النووي. على خلاف المشرع الفرنسي الذي نجده قد أقر صراحة إثبات هوية الشخص بالبصمة الوراثية، ونص على ذلك في المادة 11/16 من القانون المدني لسنة 1994م والتي جاء فيها ما يلي: "لا يمكن البحث أو التعرف على شخص ما ببصماته الوراثية، إلا في إطار إجراءات تحقيق....".

كما نجد المشرع التونسي في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية رقم (75) الصادر بتاريخ 1988/02/08 قد أجاز صراحة إثبات هوية الشخص بالبصمة الوراثية، والذي نص على جواز إثبات هوية المجهول بالتحليل الجيني.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.749.

<sup>2</sup> القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في الدورة السادسة عشرة بمكة المكرمة: المرجع السابق، ص.385.

<sup>3</sup> ولمعرفة أدلة الفقه الإسلامي على ذلك، أنظر، عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.750 وما بعدها.

<sup>4</sup> نصت المادة 06 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 02/27 /2005 المتضمن قانون الأسرة، على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو ... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

<sup>5</sup> لخضر رزوي: بطاقة آلية لتحديد الهويات باستخدام الحمض النووي والبصمة الوراثية، مقال منشور في جريدة الشروق اليومية، يوم 2010/10/26. <http://www.echoroukonline.com/ara/?news=61903> :57 misse a jour 12/12/2014 21

<sup>6</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.751-752.

المطلب الثاني

## إستخدامات الهندسة الوراثية في المجال الطبي والعلمي

بما أننا الآن في عصر الثورة العلمية والتطور التكنولوجي السريع، نجد أن العلماء قد تمكنوا من الوصول إلى فك شفرة الخارطة الجينية التي توضح صفات الكائن الحي، وما يحمله من أمراض وغير ذلك واستطاعوا بعد ذلك الوصول إلى علاج بعض الأمراض ولاسيما الوراثية منها عن طريق العلاج الجيني<sup>1</sup>. وقد أثار هذا العلم في المجال الطبي والعلمي ضجة كبرى، والناس فيه ما بين متفائلين به لخدمة البشرية، وبين خائفين مترقبين من مارد جديد ينطلق من أنابيب الاختبار لتدمير البشرية<sup>2</sup>. حيث تمكن العلماء من الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في عدة مجالات؛ منها ما يتعلق بالمجال الطبي (الفرع الأول)، أو ما يتعلق بالجانب العلمي الغير علاجي بحيث تمكن العلماء من التلاعب بالجينات الوراثية قصد إشباع شهواتهم العلمية وبغير قصد العلاج (الفرع الثاني)، ولم يقف علم الهندسة الوراثية في ذلك بل تعدى إلى استنساخ الإنسان والحيوان والنبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

## استخدامات الهندسة الوراثية في المجال الطبي

في هذا الصدد سنبين الدور الذي يلعبه علم الهندسة الوراثية في المجال الطبي، بحيث قد أثبت العلماء فعاليته في كل من تشخيص الأمراض الوراثية وعلاجها (البند الأول)، وكذا تبيان موقف الفقه الإسلامية والقانون من استخدام هذا العلم في المجال الطبي (البند الثاني).

## البند الأول: تقنيات الهندسة الوراثية ودورها في المجال الطبي

لقد أصبح علم الهندسة الوراثية يلعب دوراً مهماً في المجال الطبي، بحيث نجد أنه في تطور مستمر، سواء كان ذلك من حيث تقنياته (أولاً)، أو من حيث الأمراض الوراثية التي يمكن له اكتشافها أو معالجتها (ثانياً).

<sup>1</sup> محمد حسين الحمداني ورناء عبد المنعم الصراف: تقنيات العلاج الجيني في ضوء مبدأ حرمة جسم الإنسان، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 52، لسنة 2012، العراق، ص.204.

<sup>2</sup> عارف علي عارف القره داغي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الجزء 03، ط.1، الجامعة الإسلامية الدولية بماليزيا، 2011، ص.11.

## أولاً- تقنيات استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي

الجدير بالذكر قبل التطرق إلى تقنيات استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي، الإشارة إلى أن أول انطلاقة لهذا العلم كان باكتشاف طبيعة الجينة<sup>1</sup> المورثة لتفسير المظاهر والأمراض وقد تم ذلك في عام 1953م علي يد العالمان "James Watson" و "Francis Crick"<sup>2</sup>. ويجب أن يكون العمل بتقنية الهندسة الوراثية في المجال الطبي والعلمي عموماً مبنياً على أسس علمية (أ) وأن يكون العمل بها في نطاق معين من جسم الإنسان (ثانياً).

## أ- الأسس العلمية لاستخدام للهندسة في المجال الطبي

تقوم الهندسة الوراثية في المجال العلاجي والعلمي عموماً على تحليل وتعيين الحمض النووي الذي يحمل المورثة المطلوبة أولاً - بالتقنيات التي تم ذكرها سابقاً في المطلب الأول<sup>3</sup> -، ثم يتم استبدال الخلايا المصابة بالخلايا النشطة والتي تستطيع إصلاح العضو المصاب وعلاجه<sup>4</sup>؛ ويكون استبدال الخلايا عن طريق ربط الجين (الموروث) المراد نقله مع نواقل<sup>5</sup> مناسبة وإدخال هذه الأحيوية إلى خلايا مضائف مناسبة تسمح للموروث الجديد بالتعبير عن نفسه، وإن أفضل الطرق المستخدمة في إدخال النواقل المهندسة هي ما تسمى بطريقة التحول Transformation-1 التي يتم فيها معاملة خلايا المضيف (بكتيريا عادة) بواسطة محاليل بدرجة حرارة منخفضة لزيادة نفاذية جدرانها ثم مزج الخلايا المؤهلة للتحول مع المادة الوراثية الموجودة في الناقل المهندس لأجل السماح له بالدخول إلى الخلايا ثم زراعة الخلية على وسط غذائي انتخابي مناسب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> يقع مفهوم الجين في مركز القلب من علم الوراثة وعلى أساسه سمي علم الوراثة بهذا الاسم، وتعتبر الجينات الوحدات الأساسية للوراثة في الكائنات الحية، فضمن هذه المورثات يتم تشفير المعلومات المهمة للوظائف العضوية الحيوية وبالتالي فإن هذه المورثات هي من تحدد تطور وسلوكيات والفوارق بين الأفراد في صفات الجنس الواحد. وتتواجد المورثات عادة ضمن المادة الوراثية للمتعضية، وبالتالي هي قطعة أو جزء من إحدى سلسلتي ADN وتحتل موضعاً معيناً على هذه السلسلة. دانييل كيغلس و ليروي هود، ترجمة أحمد مستجير: الشفرة الوراثية للإنسان (القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري)، ب.ط، عالم المعرفة، الكويت، 1997، ص.50 و52.

ابتهال محمد رمضان أبو جزر: العلاج الجيني للخلايا البشرية (في الفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص.6.

Millard Susman: Gènes: Définition and Structure, encyclopédie of life sciences, 2001, p.02. disponible au site : <http://smcg.ccg.unam.mx/enp-unam/03-EstructuraDelGenoma/geneDefinicion.pdf>

<sup>2</sup> ناهدة اليقصي: الهندسة الوراثية والأخلاق، ب.ط، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993، ص.82-83.

<sup>3</sup> لقد تعمدنا شرح تقنية الهندسة الوراثية الخاصة بالمجال العلاجي والعلمي بصفة خاصة، لأنه قد سبق وتطرقتنا إلى تقنية الهندسة الوراثية التي تستعمل في مجال الإثبات والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية لغرض تحديد المورثات الخاصة بالشخص. ولأجل منع تكرار الأسس العلمية لتحليل الحمض النووي، نحيلكم إلى البند الأول والمعنون بالأسس العلمية التي تقوم عليها تقنية فك الشفرة الوراثية في إثبات النسب، من الفرع الأول من المطلب الأول من هذا البحث.

<sup>4</sup> أنس محمد عبد الغفار: الأطر القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)، ب.ط، دار الكتب القانونية للنشر ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات العربية المتحدة، 2014، ص.05.

<sup>5</sup> النواقل هي: جزيئات حامض نووي ADN قصيرة دائرية غالباً قادرة على التضاعف المستقل عن الخلية أو سوية معها، وأفضل النواقل المعروفة والمستخدمة كثيراً هي البلازميدات والكوزميدات، وتحتوي معظم النواقل على موروثات معينة تسمح بالتعرف عليها في حالة وجودها في خلايا مضيف معين. أنظر، محمد حسنين سليمان: المرجع السابق، ص.1707.

<sup>6</sup> محمد حسنين سليمان: المرجع السابق، ص.1707.

وقد قال البعض عن تقنية الهندسة الوراثية التي تهدف إلى العلاج أو البحث العلمي بأنها عبارة عن مجموعة وسائل تهدف إلى إجراء تعديل أو تعديل أو إضافة انتقائية للمادة الوراثية عن طريق الدخول للحامض النووي "ADN" في الخلية الحية، ويكون هذا التعديل أو التحكم أو التغيير عن طريق وسائل مخبرية بواسطتها يتم الدخول إلى الجينات الحاملة للصفات الوراثية، فإذا استطعنا الوصول إلى الجين الذي يحمل صفة معينة أو الذي يحمل مرض معين، فباستطاعتنا التحكم به أو علاج المرض<sup>1</sup>؛ ويكون ذلك باستبدال الجين المعطوب بأخر سليم أو إمداد خلايا المريض بعدد كاف من الجينات السليمة فتقوم هذه الجينات بالعمل اللازم وتعوض المريض عن النقص في عمل الجينات المعطوبة<sup>2</sup>، أو يكون العلاج بتصحيح الجين عن طريق تعديله، أو عن طريق زيادة الجين وهذا بإدخال جين يقوم بوظيفة كاملة داخل الخلية دون إزالة أو تغيير الجين المعطوب الموجود بالخلية<sup>3</sup>.

### ب- نطاق العمل بالهندسة الوراثية في المجال الطبي

ومما سبق ذكره نجد أن علم الهندسة الوراثية يعمل في نطاق الخلية؛ والتي هي عبارة عن الأنسجة التي تتركب منها الأعضاء ولا ترى بالعين المجردة وترى بالمجهر وهي التركيبة الأساسية للحياة وتوجد في جميع الكائنات مع استثناء في بعض الفيروسات<sup>4</sup>، وهي أصغر وحدات الحياة<sup>5</sup>، وتختلف أشكالها من ثابت إلى متغير، وجميع الخلايا تتلف وتتجدد ماعدا الخلايا العصبية التي إذا تلفت لا تتجدد.

وأصل الخلايا أتى من خلية واحدة وهي البويضة الملقحة بالحيوان المنوي، وتتركب الخلية بثلاث أقسام وهم: غشاء الخلية، وسائل الخلية والنواة. والخلية تتنوع بحسب محتواها العددي من الصبغيات إلى نوعين: خلايا جسدية ويبلغ عدد صبغياتها ستة وأربعين (46)، وخلايا جذعية (جنسية) وهي الحيوان المنوي في الرجل والبويضة في المرأة، ويبلغ عدد الصبغيات في كل منهما ثلاث وعشرين (23)؛ اثنان وعشرون خلية جسدية و واحد خلية جنسية<sup>6</sup>، والخلايا الجذعية<sup>7</sup> هي اللبنة الأولى التي يتكون منها الجنين الإنساني وبالتالي كافة أنواع خلاياه

<sup>1</sup> عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص.698.

<sup>2</sup> محمد حسين الحمداوي ورناء عبد المنعم الصراف: المرجع السابق، ص.207.

<sup>3</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: الضوابط القانونية للاستنساخ (دراسة مقارنة)، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص.188-189.

<sup>4</sup> سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: أحكام الهندسة الوراثية، ط.1، دار كنوز إنشيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007، ص.25.

<sup>5</sup> إبراهيم صادق الجندي و حسين حسن الحصيني: المرجع السابق، ص.39.

<sup>6</sup> سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: المرجع السابق، ص.25 وما بعدها.

<sup>7</sup> الخلايا الجذعية معناها الجذع وليس الجذور، وثانيا من أصل اشتقاق الكلمة ولأن الجذع هو واحد يتفرع عنه الكثير من الأغصان والأوراق والأزهار والثمار وكلها مختلفة ولكنها تنشأ من جذع واحد تماما كما في قضية الخلايا الجذعية لأنها عبارة عن خلية واحدة قد ينشأ منها أنسجة متعددة وخلايا متعددة. ميرفت منصور حسن عبد الله، المرجع السابق، الهامش الأول، ص.459.

وأنسجته المختلفة ومن ثم تستطيع أن تتحول إلى أي نوع من خلايا الجسم المتميزة كخلايا الكبدية أو العصبية أو الجلدية<sup>1</sup>.

ويكون الحصول على الخلايا الجذعية من عدة مصادر وبعده طرق:

- فبخصوص مصادر استخلاص الخلايا الجذعية فيكون إما: من الأجنة البشرية<sup>2</sup>: والتي يتراوح عمرها ما بين خمسة أيام إلى أسبوعين، حيث يكون الجنين في هذه المرحلة غنيا جدا بالخلايا التي تُكوّن أي جزء من خلايا الإنسان<sup>3</sup>، وأن تمتاز إلى كل أنواع خلايا الجسم: مثل خلايا الدماغ، الكبد، الجلد، الدم. وإما تستخلص من جسم الإنسان البالغ: والتي تؤخذ من النخاع العظمي ولكن مشكلتها أنها تعتبر مؤلمة وتتطلب تخدير عام إضافة إلى أن كميتها قليلة، ويمكن كذلك الحصول عليها من الدم ولكنها أيضا قليلة الكمية<sup>4</sup>. وإما تستخلص من الحبل السري<sup>5</sup>: والذي يعتبر الدم المتبقي منه ومن المشيمة للطفل بعد الولادة غني جدا بالخلايا الجينية وهذه الخلايا تستطيع الدخول إلى أي نوع من أنواع الخلايا الموجودة في الجسم و الدم<sup>6</sup>.

- أما بالنسبة لطرق الحصول على الخلايا الجذعية فيكون بثلاث طرق علمية :

**1- الطريقة الأولى:** هي طريقة "Dr. James A. Thomson" من جامعة "ماديسون ويسكونسين" الأمريكية، وهو أول من عزل الخلايا الجينية في فيفري 1998م<sup>7</sup>، حيث عزل الخلايا الجذعية الجينية مباشرة من كتلة الخلايا الداخلية للأجنة البشرية في مرحلة البلاستولة (Plastocyte)<sup>8</sup>، وبعد ذلك تم عزل هذه الخلايا وتنميتها في مزارع خلوية منتجا خطوطا خلوية من الخلايا الجذعية، وفعلا تحول بعض هذه الخلايا إلى أنواع من الأنسجة المختلفة<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> صالح فواز: الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 25، جانفي 2006، الإمارات العربية المتحدة، ص.379. عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.30. ميرفت منصور حسن عبد الله، المرجع السابق، ص.459.

<sup>2</sup> سواء كانت هذه الأجنة مجهضة تلقائيا أو كانت من الفائضة التي تستحدث في الأنبوب الخاص للإنجاب المساعد طبيا. وتكون عملية استخلاص الخلايا من هذه الأجنة مكلفة جدا وغير أخلاقية لأنها تشجع النساء على الإجهاض قصد بيع الأجنة. صالح فواز: الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، المرجع السابق، ص.389. أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.137.

<sup>3</sup> العربي بلحاج: الخلايا الجذعية و مدى مشروعيتها استخدامها من الوجهة الشرعية و الأخلاقية (دراسة فقهيّة تأصيلية)، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، عدد 02، لسنة 2008، الجزائر، ص.227-228. العربي بلحاج: الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان (دراسة مقارنة)، ب.ط.د.م.ج، الجزائر، 2011، ص.67. أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.137.

<sup>4</sup> فواز صالح: منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، العدد الأول، 2009، سوريا، ص.202-203.

<sup>5</sup> إن دم الحبل السري هو الدم الذي يبقى في الحبل السري للوليد بعد الولادة، وهذا الدم غني بالخلايا الجذعية التي هي أساس مكونات الدم ونظام المناعة في جسم الإنسان. وقد أعلن العلماء التابعون لجامعة دولا الأمريكية في مؤتمر علمي أن الخلايا الجذعية الأساسية التي حصلوا عليها من دم الحبل السري وتم زراعتها تحولت إلى خلايا قلب وأصلحت عطايا في نسيج بالجسيم. كما يقول الأطباء أن الخلايا الجذعية المستخلصة من دم الحبل السري يمكن استخدامها في علاج عدد من أمراض الطفولة بما فيها سرطان الدم. ميرفت منصور حسن عبد الله، المرجع السابق، الهامش الأول، ص.474.

<sup>6</sup> أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.137.

<sup>7</sup> العربي بلحاج: الخلايا الجذعية و مدى مشروعيتها استخدامها من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، المرجع السابق، ص.230.

<sup>8</sup> صالح عبد العزيز الكريم: ما هي الخلايا الجذعية Stem cells؟؟، مجلة العلم والإيمان، العدد 32، أفريل 2009، الجزائر، ص.28.

<sup>9</sup> أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.155.



2- الطريقة الثانية: هي طريقة "Dr.Gearhart" من جامعة "Jhons Hopkins" حيث عزل هذه الخلايا من الأنسجة الجنينية التي حصل عليها من الأجنة المهضمة، بعد أن حصل على موافقة المتبرعين والذين قرروا إنهاء الحمل اختياريًا، وقام هذا الدكتور بأخذ الخلايا من المنطقة التي تكوّن الخصي أو المبايض في الجنين لاحقًا والتي تعرف بالخلايا الجرثومية<sup>1</sup>، وقد كوّنّت هذه الخلايا خطوطًا خلوية مستمرة من الخلايا الجنينية<sup>2</sup>.

3- الطريقة الثالثة: فتعرف بطريقة الاستنساخ العلاجي وتعتمد هذه الطريقة على نقل نوى الخلايا الجسدية، ويكون ذلك بأخذ بويضة حيوان طبيعية وإزالة النواة منها، وبعد ذلك تأخذ نواة من خلية جسدية (غير تلك البويضة والحيوان المنوي)، وتدمج مع البويضة منزوعة النواة، فتكون خلية جديدة تتميز بأنها ذات قدرة على تكوين كائن حي كامل، وعليه فهي خلايا كاملة الفعالية<sup>3</sup>. وتتميز هذه الطريقة بكونها لا تهدف إلى إنتاج كائن حي كامل، وإنما الحصول على خلايا جذعية جنينية لاستخدامها في العلاج، وتكون الخلايا الناتجة مطابقة جينياً مع الفرد الذي أخذت منه النواة وزرعت في البويضة مما يحل مشكلة رفض الأنسجة من قبل الجهاز المناعي، فعلى سبيل المثال يمكن أخذ خلية جسدية من المريض المراد علاجه واستنساخه ومن ثم عزل الخلية الجذعية الجنينية الناتجة وإعادة زرعها مرة أخرى في نفس المريض<sup>4</sup>.

#### ثانياً- دور الهندسة الوراثية في المجال الطبي

أدى التقدم العلمي في مجال الطب والوراثة وعلم الأحياء إلى اكتشاف تقنيات جديدة تفتح آفاق هائلة في إطار التشخيص الوراثي (أ) والعلاج الجيني<sup>5</sup> (ب).

#### أ- دور الهندسة الوراثية في تشخيص الأمراض

نظراً للتطور الباهر في مجال علم الوراثة والهندسة الوراثية وتمكن العلماء من الوقوف على دور العوامل الوراثية في الانتقال إلى الذرية ومعرفة مدى تأثير العوامل البيئية في ظهور بعضها<sup>6</sup>، ففي مجال الأسرة نجد أن علم الهندسة الوراثية قد ساعد في حماية النسل وذلك بالوقاية من الكثير من الأمراض والحد منها ويكون ذلك بكشفها قبل الزواج، فقد يكون أحد الزوجين أو كليهما مصاب بمرض وراثي أو يحمل صفات وراثية مرضية كامنة، مما يهدد

<sup>1</sup> صالح عبد العزيز الكريم: المرجع السابق، ص.29.

<sup>2</sup> العربي بلحاج: الخلايا الجذعية و مدى مشروعيتها استخدامهما من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، المرجع السابق، ص.231.

<sup>3</sup> أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.155.

<sup>4</sup> صالح عبد العزيز الكريم: المرجع السابق، ص.29.

<sup>5</sup> فواز صالح: الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، المرجع السابق، ص.375.

<sup>6</sup> فاتن البوعيشي الكيلامي: الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج- أسانيدها ومقاصدها- (دراسة مقارنة)، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.140.

الذرية بهذه الأمراض<sup>1</sup> التي يقدر عدد المعروف منها حتى اليوم بأكثر من (8000) مرض وراثي منها (4458) مورثا ينتقل بصورة سائدة أو قاهرة أي يكفي أن يكون المرض في أحد الوالدين حتى ينتقل إلى (50%) من الأولاد حسب قانون "مندل" للوراثة<sup>2</sup>، فمثلا مرض فقر دم الخلية المنحلية "Cell anemia<sup>3</sup> Stickle" الذي يعد من الأمراض الوراثية، أو غيرها من الأمراض الوراثية التي قد تضر بصحة الأطفال، فإذا ورثها الطفل من أحد أبويه فحينئذ يكون حاملا للمرض لا مصاب به، ولهذا فسلامة أحد الوالدين من المرض تكفي لإنجاب أطفال أصحاء<sup>4</sup>.

ومن ناحية أخرى فقد يُستخدم التشخيص الجيني في مراحل الحمل الأولى بغرض الكشف والبحث عن الخصوصيات البيولوجية لأنواع الخلل التي قد تصيب الجنين<sup>5</sup>، والتأكد من خلوه من الأمراض الوراثية التي قد تنتقل إليه من أسلافه، ويلتزم الطبيب المعالج في هذه الحالة من متابعة تطور الجنين والتأكد من خلوه من الأمراض الوراثية، أو الاضطرار إلى إجهاضه خوفا من ظهور إعاقات وتشوهات خلقية بعد ولادته<sup>6</sup>. كما يبدي فريق من الكتاب خشيتهم من كون معرفة جينوم الجنين وآفاقه التي تنتظره في المستقبل القريب أو البعيد مدعاة إلى زيادة عمليات الإجهاض في البلدان التي تسمح بها، حتى ولو كانت علة الجنين يسيرة أو أنها ستظهر بعد عقده الرابع، إذ أن حياته التي سيعيشها بدون علة قد تكون أكثر أهمية من إنحائها بوقت مبكر<sup>7</sup>.

إذن فالتشخيص بالهندسة الوراثية له أهمية بالغة في الحفاظ على الصحة العامة انطلاقا من الرعاية الصحية للزوجين، ثم الأسرة، فالجتمتع؛ لأن صحة الفرد من صحة الأصل<sup>8</sup>، وزواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى<sup>9</sup>. ولهذا يجب تحبُّب نقل الأمراض الوراثية للأطفال<sup>10</sup>، وكذلك جعل كل من المقبلين على الزواج على بينة

<sup>1</sup> هنالك نسبة كبيرة من الأمراض لا تكشف إلا بالفحص الجيني، إذ أن حامل الجين المعطل لا تظهر عليه آثاره ولا يعاني من أي مرض، ولكنه إذا تزوج بإمرة تحمل الجين المعطل نفسه، فإن المرض يمكن أن يظهر في ربع ذريتهم.

<sup>2</sup> سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: المرجع السابق، ص. 47-48.  
<sup>3</sup> لمرقة أكثر حول كيفية انتقال المرض الوراثي من الوالدين إلى الأبناء، أنظر، أحمد محمد كنعان: الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص. 865.

<sup>4</sup> هذا المرض ناتج عن تشوه في جين من الجينات المسؤولة عن إنتاج بروتين الهيموغلوبين.  
<sup>5</sup> فاتن البوعشي الكيلامي: المرجع السابق، ص. 141-142.

<sup>6</sup> عبد الحفيظ أوسكين: النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، بحث ضمن كتاب قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص. 18.

<sup>7</sup> نور الهدى زغبب: الهندسة الوراثية والحماية الجنائية للجنين البشري، رسالة ماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص. 115.

<sup>8</sup> علي هادي عطية الهيلالي: المركز القانوني للجنين (في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب)، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص. 263-264.

<sup>9</sup> عبد القادر علاق: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص. 134.

<sup>10</sup> محمد عثمان شبيب: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط. 1، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص. 336.

<sup>11</sup> حيث أنه في كل عام يولد مئات الأطفال المصابين بعطل وراثية، ومن بين كل ألف طفل يولد في العالم توجد احتمالات عالية بأن يحمل خمسة منهم اختلالات صبغية خطيرة، وأن يعاني خمسة إلى عشر منهم أمراض أحادية الجينات، وأن يحمل عشرون آخرون عاهات بسبب أخطاء وراثية=

من الأمراض التي عند صاحبه ومن ثم له الخيار بالاستمرار<sup>1</sup> أو الفسخ قبل حصول الزواج، ويُجنب الفحص الطبي الخلافات الزوجية التي من الممكن أن تقع عند اكتشاف أحد الزوجين أنه كان مغررا به وذلك لاقتترانه بزواج مريض، ويساعد الزوجين على اتخاذ الاحتياطات الوقائية اللازمة لمنع انتشار الأمراض السارية في أحدهم<sup>2</sup> ومعالجتها في بدايتها قبل استعصائها<sup>3</sup>.

وقد يستخدم التشخيص الجيني في معرفة الحالة الشخصية للفرد<sup>4</sup>، وغالبا ما يجرى إلى هذه الوسيلة في عقود العمل والتأمين، إذ قد تلجأ الشركات والمؤسسات إلى الطلب من الشخص المتقدم إلى الوظيفة أو طالب التأمين وإجباره إلى الخضوع لأخذ عينة من جسمه بغية معرفة البصمة الوراثية الخاصة به في المستقبل<sup>5</sup>.

### ب- دور الهندسة الوراثية في علاج الأمراض

لقد كان أول ظهور للعلاج الجيني في السبعينات، حيث نشر "Friemann Roblin" في سنة 1972م مقال في مجلة العلوم تحت عنوان "العلاج الجيني للأمراض الوراثية في الإنسان"، وكان أول تطبيق للعلاج الجيني سنة 1990م من طرف الطبيبان "French Anderson et Michae Blese" وذلك لعلاج طفلة عمرها ثلاث سنوات من مرض (Désaminase Adénosine) الذي يسبب الانخيار التام للدفاعات المناعية<sup>6</sup>. وبعد ذلك عرف العلاج الجيني تطورا كبيرا وملحوظا، ولأن هذا النوع من العلاج يعد من أفضل أنواع العلاج وذلك بتعامله على مستوى العوامل الوراثية الخاصة بالمريض بخلاف أنواع العلاج الأخرى التي تعمل كمسكن للألم والمرض ولا سيما الأمراض الخطيرة كالسرطانات وغيرها<sup>7</sup>.

ونظرا لهذه الأهمية ازدادت اكتشافات العلماء عن طريق اكتشافهم للجينات المسؤولة عن الأمراض وعلاجها، أو عن طريق صنع أدوية وأمصال مضادة للفيروسات أو البكتيريا أو غير ذلك من الكائنات المعدية التي تحتوي على نفس التسلسل من الحامض النووي للجزء المعدي من خلال علم الهندسة الوراثية وإعطائها للإنسان بحيث

=متعددة، أي أن 4% من حالات الولادة في العالم قد تنتج طفلا يحمل مرضا وراثيا، وهناك تقديرات دولية ترى أن ثلث الأطفال المرضى هم غالبا ضحايا أمراض وراثية. فائق البوعيشي الكيلامي: المرجع السابق، ص.148

<sup>1</sup> في هذه الحالة توجد أمام الطرفين أحد هذه الحلول الثلاثة: إما بإتمام الزواج والمجازفة على أن يتم إجهاض الجنين إذا ثبت وجود المرض عن طريق التشخيص المبكر، وإما باللجوء إلى أحد المراكز لحفظ النطف البشرية المتبرع بها والحصول على عينة أجنبية للزوج وإجراء عملية تلقیح صناعي أو اللجوء لمبتكرة بالبويضة غير المخصبة، وإما اللجوء إلى عملية تعقيم إرادي للطرف المسؤول. أنظر، محمد حسين الحمداني ورناء عبد المنعم الصراف: المرجع السابق، ص.215.

<sup>2</sup> أحمد محمد كنعان: المرجع السابق، ص.896-897.

<sup>3</sup> علاق عبد القادر: المرجع السابق، ص.133

<sup>4</sup> نور الهدى زغبب: المرجع السابق، ص.127.

<sup>5</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.100، ص.102.

<sup>6</sup> Le dopage par modification du matériel génétique, Introduction à la thérapie génique, 2ème partie, AMPD Languedoc Roussillon Hôpital Lapeyronie, Février 2013, p.01. disponible au site: [http://wwwold.chu-montpellier.fr/publication/inter\\_pub/R226/A12813/IntroductionTG.pdf](http://wwwold.chu-montpellier.fr/publication/inter_pub/R226/A12813/IntroductionTG.pdf)

<sup>7</sup> ابتهاج محمد رمضان أبو جزر: المرجع السابق، ص.09. صالح عبد العزيز الكريم: المرجع السابق، ص.29.

يحفز جهاز المناعة على إفراز أجسام مضادة تقي هذا الشخص من العدوى بهذا الفيروس إذا تعرض للإصابة بهذه العدوى، ولعل من أشهر هذه التطعيمات هو التطعيم ضد فيروس الإلتهاب الكبدي الوبائي "B"، ومن خلال هذه التقنية يمكننا اكتشاف أي تغيير أو طفرات في جينات الخلايا المختلفة<sup>1</sup>.

وقد تمكن العلماء من اكتشاف الجين المسؤول عن مرض الهانتنجون الذي يصيب الدماغ بعد سن الأربعين والذي ينتج عنه عدم التوازن وبعض المييجان اللاإرادي بالإضافة إلى الهلوسة والهذيان ويؤدي هذا المرض إلى الموت، وكذلك نجد أن العلماء قد اكتشفوا الجين المسؤول عن مرض الضمور العضلي ومرض تليف البنكرياس، ومرض التخلف الذهني<sup>2</sup>، ومرض الميموفيليا المؤدي إلى تجلد الدم، ومرض الشلل الرعاش الذي يصيب كبار السن<sup>3</sup>، وكذلك التعرف على الأورام حيث أمكن رصد إعادة تنظيم جينوم الخلايا السرطانية وتطور الورم<sup>4</sup>، ومن تلك السرطانات: سرطان القولون وسرطان الصدر، المريء، الكبد، الدماغ، الجلد، والرحم وغيرها من السرطانات<sup>5</sup>.

### البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي

نظرا للنجاح الباهر الذي حققته تقنية الهندسة الوراثية في تشخيص وعلاج الأمراض لم يقف فقهاء الشريعة الإسلامية عن الاجتهاد في تبيان موقفهم من استخدام هذه التقنية (أولا) كما سارعت الدول إلى إدخال هذه الأخير إلى قوانينها الداخلية قصد ضبط استخدامها (ثانيا).

### أولا- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في المجال الطبي

بما أن عمليات الهندسة الوراثية في المجال الطبي تعتبر من النوازل الفقهية الحديثة فلم يتهاون فقهاء الشريعة الإسلامية من البحث في مدى مشروعية الاستعانة بهذه التقنية وسارعوا في عقد المؤتمرات والندوات حولها، فنجد في مسألة التشخيص الجيني أن جمهور الفقه الإسلامي وأغلب أهل العلم أجازوه<sup>6</sup> وبذلك صدرت توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.508-509.

<sup>2</sup> لمزيد من الشرح حول الجينات المسؤولة عن هذه الأمراض، أنظر، عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.58 وما بعدها.

<sup>3</sup> لمزيد من الشرح، أنظر، حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.511 وما بعدها.

<sup>4</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.204.

<sup>5</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.517.

<sup>6</sup> لمعرفة أدلة هذا الرأي، أنظر: حسن محمد المرزوقي: الفحص الطبي قبل الزواج من منظور إسلامي، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص.857. محمد عثمان شبيب: المرجع السابق، ص.336.

<sup>7</sup> سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: المرجع السابق، ص.126.

وفي مسألة إجهاض الجنين، وبعد التأكد بواسطة الفحص الطبي بأنه مشوه فقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي أنه لا يجوز إسقاط الجنين المشوه بعد مائة وعشرين يوماً إلا إذا ثبت بتقرير طبي من الأطباء الثقات المختصين بأن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، وأما قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل وإذا ثبت وتؤكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات بأن تشوه الجنين غير قابل للعلاج وأنه إذا بقي ستكون حياته سيئة وستؤدي إلى آلامه هو وأهله فيحوز عندئذ إسقاطه بناء على طلب الوالدين<sup>1</sup>.

وبخصوص موقف الفقه الإسلامي من العلاج بالهندسة الوراثية فإنه يجب التفريق بين مسألتين:

أ- **المسألة الأولى:** هي العلاج الجيني في الخلايا الجسدية: وقيل عنها ما قيل في حكم العلاج والتداوي بصفة عامة<sup>2</sup> حيث يرى جمهور الفقهاء مشروعية العلاج، وذلك استناداً لقاعدة "الأصل في حكم التداوي أنه مشروع"<sup>3</sup> وبذلك فالعلاج الجيني للأمراض الوراثية فإنه يندرج في التصرفات المشروعة طبقاً للنصوص الشرعية الداعية إلى التداوي وإزالة الضرر، ودرء المفسدة وتحصيل النفع والحرص عليه<sup>4</sup>. وقد صدرت بذلك توصيات من المجمع الفقهي والندوات العلمية<sup>5</sup>. ويشترط في العلاج الجيني بأن لا يكون مصدر الخلايا الجذعية المستعملة في العلاج هو إهلاك الأجنة البشرية وتدميرها عمداً<sup>6</sup>، أما في حالة ما إذا كانت الأجنة مجهضة تلقائياً أو فائضة بعد إجراء عملية التلقيح الصناعي فيجب الحصول على إذن ورضا والدي الجنين وتكون الموافقة مكتوبة وبقبول الجهات المختصة، كما أنه لا يجوز استخدام تقنية الهندسة الوراثية باستنساخ أفراد يستعملون كواهبين لخلاياهم لا غير<sup>7</sup>. وبهذا يأخذ العلاج الجيني في الخلايا الجسدية حكم الإباحة مثل حكم العلاج بصفة عامة<sup>8</sup>.

ب- **المسألة الثانية:** هي العلاج الجيني في الخلايا الجنسية: وبخصوصها نجد أن الفقهاء قد فرقوا بين أمرين على النحو التالي: الأول إذا كان الجنين من شخص آخر غير المريض فقد اتفق العلماء على تحريمه، وذلك لأنه في حكم التلقيح بين خلية امرأة و وماء رجل أجنبي. أما الأمر الثاني هو إذا كان الجنين من نفس الشخص المريض أو من

<sup>1</sup> انظر، قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من يوم السبت 15 رجب 1410 هـ الموافق 10 فبراير 1990م إلى يوم السبت 22 رجب 1410 هـ الموافق 17 فبراير 1990، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص.277.

<sup>2</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.196.

<sup>3</sup> يرى الإمام النووي عكس ذلك حيث قال أن التداوي مكروه وتركه أفضل وعلى المريض أن يكتفي بالرقي والدعاء والتوبة وغير ذلك مما ورد في السنة. الإمام النووي: المجموع شرح المذهب للشيرازي، جزء 05، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، ص.97. نقلاً عن، عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.758.

<sup>4</sup> رشيدة بن عيسى: الاستنساخ البشري (دراسة طبية فقهية قانونية)، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص.185.

<sup>5</sup> سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: المرجع السابق، ص.331.

<sup>6</sup> نلاحظ أن هناك تجارة مغرية قائمة في الولايات المتحدة ودول أمريكا اللاتينية للاتجار بالأجنة المجهضة عمداً أو تلقائياً، حيث تباع هذه الأجنة لإجراء التجارب عليها واستخدامها في زرع الأعضاء واستخراج بعض العقاقير والأدوية منها. العربي بلحاج: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، ب.ط. د.م.ج، 2007، ص.215.

<sup>7</sup> العربي بلحاج: الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان، المرجع السابق، ص.69. عبد المجيد بوناب: المرجع السابق، ص.27؛ أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.197-198.

<sup>8</sup> لمعرفة أدلة جمهور الفقهاء المجيز للعلاج الجيني للخلايا الجسدية، انظر: عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.785 وما بعدها. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.438.

أحد الزوجين فقد انقسم الفقه الإسلامي كذلك إلى رأيين: الأول ما ذهب به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وهو عدم جوازه، والرأي الثاني فقال بجوازه وذلك ما قال به بعض الفقه المعاصر<sup>1</sup>.

### ثانيا- موقف القانون من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في المجال الطبي

عند بحثنا عن موقف المشرع الجزائري من استخدام الهندسة الوراثية في الفحص والعلاج الجيني فإننا لم نجد أي نص يتطرق لهذه المسألة بصفة صريحة، وهذا راجع لأن هذه التقنية حديثة النشأة. ولكن رغم هذه الملاحظة<sup>2</sup> نشير أن العمل بالعلاج والفحص الجيني يبقى خاضعا للقواعد العامة المنصوص عليه في المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة 07 مكرر من قانون الأسرة.

حيث نجد أن المشرع في المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>3</sup> قد نص على أنه: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية...". والملاحظ من هذه المادة أنها جاءت بصيغة العموم أي شملت جميع أعضاء جسم الإنسان، ومن ثم يمكن لنا الاستقراء أن الخلايا التي تستخدم في العلاج الجيني تدخل في حكم الأعضاء والأنسجة البشرية. حيث تعتبر هذه الخلية عبارة عن الأنسجة التي تتركب منها الأعضاء واللبنة الأساسية في تكوينها<sup>4</sup>. أما المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، فقد نصت على وجوب الفحص الطبي قبل الزواج<sup>5</sup>. إلا أن المشرع هنا لم يبين الأمراض المعنية بالفحص الطبي<sup>6</sup> وبذلك منح الطبيب الفاحص سلطته التقديرية<sup>7</sup>.

وبالمقابل نجد أن المشرع الفرنسي قد عالج موضوع استخدام البصمة الوراثية في المجال الطبي، وأجاز استخدام العلاج الجيني لأهداف طبية بشرط موافقة الشخص وذلك في كل من المادة 16 فقرة 10 من القانون المدني،

<sup>1</sup> لمعرفة أدلة كلا الرأيين، انظر، كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.199.

<sup>2</sup> جيلالي تشوار: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.125.

<sup>3</sup> المادة 161 من قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر، عدد 08، لسنة 1985.

<sup>4</sup> سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: المرجع السابق، ص.25 وما بعدها.

<sup>5</sup> نصت المادة 07 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج..."

<sup>6</sup> لأجل تفعيل دور التشخيص بالبصمة الوراثية وإعطاء مكانته، يقتضي الأمر ضرورة إجراء هذا التشخيص ضمن الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 7 مكرر ق.أ، والمرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11، وذلك بأن لا تقتصر الفحوصات على البحث عن وجود أمراض معدية أو سارية أو الأمراض الجنسية لإثبات لياقة الخاطبين للزواج بل بأن تتوسع لإعطاء الاستشارة الوراثية، للكشف المبكر للأمراض الوراثية أو الجينية على أن يكون هذا من شروط الفحص الطبي قبل الزواج، ويتم تدوين بيانات تحليل (ADN) مع بيانات الزوجين ضمن وثيقة الزواج. مراد بن صغير: المرجع السابق، ص.266.

<sup>7</sup> عبد القادر علاق: المرجع السابق، ص.240.

والمادة 22 من قانون 94-654، والمادة 28 من قانون العقوبات الجديد الصادر سنة 1994 المعروف بقانون أخلاقيات الطب<sup>1</sup>.

ويبقى لنا أن نشير في الأخير أن أساس مشروعية العمل بالهندسة الوراثية في المجال الطبي يبقى خاضعا إلى القواعد العامة في العمل الطبي من ترخيص قانوني بمزاولة مهنة الطب وإتباع الأصول العلمية ورضا المريض وقصد العلاج<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديدده

سنحاول في هذا الفرع دراسة دور تقنية الهندسة الوراثية في مجال البحوث العلمية غير العلاجية وذلك باستخدامها في تعديل الصفات الوراثية للإنسان سواء كان ذلك بتحسينها أو تحديدها (البند الأول)، ثم سنتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون من هذه التقنية (البند الثاني).

#### البند الأول: كيفية استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديدده

قد يتدخل الإنسان في تحديد مصير الأجنة البشرية عن طريق توظيف التقنية الجينية<sup>3</sup>، قصد الحصول على أحسن نسل بشري (أولا) أو قصد الحصول على جنس معين من النسل البشري (ثانيا).

#### أولا- استخدام الهندسة الوراثية في تحسين الجنس البشري

إن أول ظهور لفكرة تحسين النسل البشري كان في عهد أفلاطون في مدينته الفاضلة التي تخيلها، واعتبر أن تحسين النسل مطلب شرعي طالما اتخذ في سبيل تحقيقه الطرق المشروعة، وفي العصر الحديث خلال القرن 19م حين وضع العالم البريطاني "فرانسيس غالتون" أسس تحسين النسل العلمي والذي استعمل في مقال له سنة 1865م بعنوان "الموهبة الوراثية والطبع"، وفي سنة 1904م بدأ هذا العالم في إلقاء محاضرات علمية تهدف كلها

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.547. إيقوفة زبيدة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)، المرجع السابق، ص.73.  
<sup>2</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.773.  
<sup>3</sup> عبد الحفيظ أومكين: المرجع السابق، ص.20.

إلى تحسين النسل سواء كان ذلك بمنع تكاثر المعوقين، أو عن طريق معالجة الأمراض الوراثية أو توجيه الأفراد لإنتاج أناس أفضل<sup>1</sup>.

ويكون تعديل الصفات الوراثية في الإنسان لأجل غايتين الأولى هي تعديل صفات وراثية تحتوي على خلل ما أو مرض وراثي أو مرض ناتج عن خلل في الموروثات كالتخلف العقلي أو العمى أو السرطان أو أي مرض آخر، والغاية التي تمناها هنا هي تعديل الصفات الوراثية من أجل الحصول على نسل محسن متمتع بصفات معينة كالزيادة في صفة الذكاء، أو تغيير اللون بشرة، أو العين، أو طول اليدين، أو تكوينه الجسمي أو ما شابه ذلك<sup>2</sup>.

وتحسين النسل له نوعين وأسلوبين: فيكون بنوعين بحيث إما أن يكون شاملاً للخصائص الوراثية وهو ما يقترب للاستنساخ الشامل<sup>3</sup>، وإما أن يكون جزئي ويتم باختيار خصائص وراثية معينة أو تغيير بعض الجينات المسؤولة عن بعض الخصائص. ويكون تحسين النسل بأسلوبين بحيث إما أن يكون إيجابياً عن طريق التحسين الجيني أي بتغيير خصائص وراثية والتحكم فيها أو اختيارها، أو قد يكون سلبياً عن طريق التخلص من البويضات الملقحة (الأجنة) المتصفة بخصائص وراثية غير مرغوب فيها ولا يمكن تحسينها جينياً<sup>4</sup>. ويكون تحسين النسل وفق التقنيات التي سبق ذكرها في المجال الطبي ولتجنب التكرار نحيلكم لها<sup>5</sup>.

ونشير أن أول تطبيق لهاته التقنية كان بأمریکا بداية عام 1994م، حيث جاءت ولادة الطفلة "بريتاني نيكول" لتكون أول طفلة في العالم استطاع الأطباء التأكد من خلوها من الأمراض الوراثية. وجاءت ولادتها إثر قيام الطبيب الأمريكي "جاري هود جين" بإجراء تجربة علمية على زوجين تطوعا برضاها بعد أن تبين أنهما يحملان الجين المسبب بمرض "Tay saches" المميت، وكان الغرض من هذه التجربة وقاية الأجنة من حمل المرض وبعد تخصيب سبعة أجنة تم فحصها بفحص ADN وبعد نجاح الفحص على أربعة منها تبين أن واحداً منها يحمل المرض، وبعد زراعة الواحدة من الأجنة السليمة تم ولادة الطفلة<sup>6</sup>.

وفي بريطانيا كان أول تطبيق لهذه التقنية سنة 1996م حيث ولد أول طفل، بعدما أخذت بويضات المرأة ولقحت مخبرياً مع السائل المنوي للزوج، فتم الحصول على عدة لقيحات، أخذت واحدة بعد أن فحصها البروفيسور "ألان هانداسايد" وتأكد من خلوها من أي جين معاب متعلق بالمرض الوراثي الذي أصيبت به الأم

<sup>1</sup> رقية أحمد بن داود: تحسين النسل البشري في ميزان الأخلاقيات الطبية والإحيائية، مداخلة (غير منشورة) مقدمة إلى اليوم الدراسي الوطني حول أخلاقيات مهنة الطب بين النصوص القانونية والممارسات الواقعية، يوم 05 مارس 2014، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص. 01-02.

<sup>2</sup> سعدي إسماعيل البرزنجي: المشاكل الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة (دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشرعية)، ب.ط، دار الكتب القانونية ودار ثنات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص. 174.

<sup>3</sup> لمعرفة أكثر عن الاستنساخ الشامل، راجع الفرع الثالث من هذا المطلب.

<sup>4</sup> علي هادي عطية الهيلالي: المرجع السابق، ص. 170-171.

<sup>5</sup> أنظر، البند الأول من الفرع الأول من هذا المطلب و المعنون بتقنيات الهندسة الوراثية ودورها في المجال الطبي.

<sup>6</sup> علي هادي عطية الهيلالي: المرجع السابق، ص. 263.



"أنجيلا" وتوفيت على إثره أمها وأختيها، ثم تم غرسها في رحم الأم. وقد رفض هذه العملية التيار الغالب في أوروبا لنزعتها التنقوية (eugénique) على اعتبار أنها تؤدي في المستقبل إلى "صناعة" أطفال حسب المقاس، بينما يستحسنها البريطانيون إذ رخصوا إجرائها حتى يقضى نھاثيا على توارث المرض وإبادته نھاثيا<sup>1</sup>.

كما أحدثت ولادة "خافييز" "Javier" في شهر أكتوبر 2008م في اسبانيا، ضجة كبرى بين المعارضين والمؤيدين لهذه العملية. ذلك أن ولادة "خافييز" لم تكن طبيعية، وإنما كانت مبرجحة (عن طريق التلقيح الاصطناعي) خصيصاً لمحاولة علاج أخيه "أندري" "Andrés" البالغ من العمر سبع (7) سنوات والمصاب بأحد أخطر أنواع الأنيميا، فقد تم اصطفاء من ضمن عدد من البويضات الملقحة واحدة لا تحمل جينات هذا المرض الوراثي وتتوافق مع الخريطة الوراثية لـ"أندري". وبعد ذلك تم زرعها في رحم الأم، وعند الولادة تم سحب دم الحبل السري (والذي يحوي خلايا قادرة على التمييز إلى أشكال خلوية متخصصة أو ما يسمى اصطلاحاً بالخلايا الأم) وزرعه في نخاع أندري بعد تفرغته. بعد العملية التي تمت في شهر جانفي 2009م، وصرح فريق أطباء أمراض الدم في مستشفى "بيرجين ديل روثيقو" الجامعي بإشبيلية بأن أندري قد شفي من مرضه<sup>2</sup>.

#### ثانياً- استخدام الهندسة الوراثية في تحديد الجنس البشري

لقد تعددت الدوافع والأسباب في اختيار جنس الجنين، ومن أهم الأسباب التي كانت السبب في ظهور استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تحديد الجنس البشري هي:

أ- الأسباب الطبية: وهذا بقصد تفادي الأمراض الوراثية التي تنتقل من خلال الأجنة، وليس هذا فقط بل ليدفعوا الضرر عن الأولاد الذين يحملون أمراضاً وراثية مرتبطة بنوع الجنين<sup>3</sup>، فقد استطاع علماء الهندسة الوراثية تحديد الكائن المنوي المسؤول عن جنس الجنين ومن ثم تحديد إمكانية إصابة أي من الجنسين بالمرض الوراثي حسب قوانين الوراثة<sup>4</sup>، ومن ثم القيام بتغيير جنس الجنين من ذكر إلى أنثى أو العكس، مع العلم أن الأمراض الوراثية لا تظهر في الأنثى غالباً وإنما تظهر في الذكور<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحفيظ أوسكين: المرجع السابق، ص.21.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ أوسكين و أحمد عمراني: النظام القانوني للجنة الزائدة عن الحاجة، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي الثاني للفقهاء الإسلاميين الثاني تحت عنوان قضايا طبية معاصرة، في الفترة من 10 إلى 12 أبريل 2010، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص.06. منشورة في الموقع الإلكتروني:

[http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res59/Pages/6\\_53.aspx](http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res59/Pages/6_53.aspx) le 29/12/2014 23:53

<sup>3</sup> فرج محمد محمد سالم: وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، مصر، 2012، ص.257-258.

<sup>4</sup> مازن إسماعيل هنية و منال محمد رمضان: اختيار جنس الجنين؛ بسبب المرض الوراثي، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد السابع عشر، العدد الأول، جانفي 2009، فلسطين، ص.28.

<sup>5</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.257-258.

ب- الأسباب الاجتماعية: تتمحور خاصة باختيار إنجاب الذكور حيث يمثلون مصدر العزوة والقوة داخل المجتمع وهم الذين يتحملون مسئولية التصدي للأخطار التي تواجه الأسرة، وهم من يعتمد عليهم في قضاء مصالح العائلة وهم من يحملون اسمها وغيرها من الدوافع...

ج- الأسباب الاقتصادية: حيث تتمحور في أهمية الذكر من الناحية الاقتصادية، إذ يعتبر وجوده محفز للنشاط الاقتصادي وهذا لأن التكوين الجسدي للرجل يؤهله للقيام بالأعمال المختلفة التي لا تستطيع المرأة القيام بها.

د- الأسباب العسكرية: وذلك لأجل زيادة القوة العسكرية فالدول تستخدم الذكور في معظم الأعمال العسكرية وهي بهذا تحتاج لعدد كبير منهم لتجهيز جيوشها<sup>1</sup>.

هـ- الأسباب الشخصية: ويمكن تقسيمها لقسمين: الأول أن يكون الزوجان قد أنجبا عدة ذكور ويريدان أنثى أو العكس، والثاني أنهما يفضلان جنس على آخر<sup>2</sup>.

ولتحديد جنس الجنين فيكون إما عن طريق الطرق التقليدية والغير طبية<sup>3</sup> -والتي تخرج عن نطاق دراستنا- أو عن طريق تقنية الهندسة الوراثية -وهو ما يدخل في نطاق دراستنا-، بحيث تتم هذه العملية على إحدى الطريقتين؛ فتكون عملية اختيار الجنس إما قبل الإخصاب أو بعد الإخصاب (التلقيح). ولشرح هاتين الطريقتين يجب علينا أولاً الإشارة لبعض المفاهيم العلمية المتعلقة بتقنية تحديد الجنس بقصد إيضاح الصورة أكثر وتتمثل في:

أن العلماء قد أكدوا أن تحديد جنس الجنين يتحدد منذ اللحظة الأولى للتلقيح عن طريق النطفة الذكرية<sup>4</sup>؛ حيث إن الحيوانات المنوية في ماء الرجل نصفها يحمل الصبغي المذكر (Y) في حين النصف الآخر يحمل الصبغي المؤنث (X) أما بويضة المرأة فلا تحمل إلا الصبغي (X) فإذا تلقحت البويضة بحيوان منوي يحمل الصبغي المذكر (Y) كان الجنين ذكراً، أما إذا تلقحت بحيوان منوي يحمل الصبغي المؤنث (X) كان الجنين أنثى وذلك لأن الأنثى تمتلك (23) زوجاً من الكروموسومات المتماثلة في حين أن الرجل يمتلك (22) زوجاً متشابهاً من الكروموسومات، بينما زوج الكروموسومات رقم (23) مختلف. وعليه، فالإنسان الذكر به زوج مختلف من

<sup>1</sup> فادية محمد توفيق أبو عيشة: موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين (دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية)، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012، ص.87.

<sup>2</sup> ندى محمد نعيم الذقر و يوسف عبد الرحيم بوبس: معرفة جنس الجنين والتدخل لتحديده، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ماي 2002، ص.213.

<sup>3</sup> وتتمثل هذه الطرق في: إما استعمال نظام غذائي معين، أو استعمال غسول كيميائي مناسب، أو بطريق تحديد توقيت للجماع، أو عن طريق الجدول الصيني. لشرح أكثر عن هذه الطرق، راجع: فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.259-268. فادية محمد توفيق أبو عيشة: المرجع السابق، ص.88-90.

<sup>4</sup> رقية أحمد بن داود: المرجع السابق، ص.03.

الكروموسومات الجنسية (يحدد جنس المولود) يرمز له بالرمز (XY) أما في الأنثى فالكروموسومات متماثلة (XX)<sup>1</sup>.

وبعد هذا الشرح يمكن لنا أن نبين طريقتي تحديد الجنس قبل عملية الإخصاب أو بعدها:

أ- عملية تغيير الجنس قبل عملية التلقيح: تكون هذه العملية إما داخل الجسد أو خارجه، إذ تقوم هذه العملية على الكشف عن الحيوانات الذكرية أو الأنثوية فما وجد منها محتويا على الجنس المطلوب أخذ وزرع في الرحم والأخرى تلتف وتُحمل<sup>2</sup>، ويعتبر هذا عبارة عن تلقيح داخل الجسد ونسبة حدوث الحمل فيه 25% ونسبة الحصول على الجنس المرغوب فيه 80%<sup>3</sup>.

أما التلقيح خارج الجسد فيتم بأخذ السائل المنوي من الزوج ومن ثم يتم وضعه في أنبوب خاص، ليتم بعد ذلك فصل الحيوان المذكر عن الحيوان الأنثوي باستخدام الطرد المركزي ثم نقوم بتلقيح البويضة في هذا الأنبوب فإن حدث التلقيح وانقسمت اللقيحة عدة انقسامات نقلت إلى رحم الزوجة لتنمو طبيعياً<sup>4</sup>، وتكون نسبة حصول الجنس المرغوب به في هذه الطريقة أكثر من 99% ونسبة الحمل 50%<sup>5</sup>.

ب- عملية تحديد الجنس بعد التلقيح: فتتم هذه العملية وفق أخذ عينة من الخلايا التناسلية الملقحة المتكونة في الرحم، وهي في مراحلها الأولى، وبعد فحصها وتبين جنس الجنين فيها يتم التصرف مع هذا الجنين وجوداً أو عدماً حسب الجنس المرغوب فيه، فمثلاً إذا تبين وجود جنين أنثى وهم يريدون ذكراً تتم عملية الإجهاض لهدف اختيار جنس الجنين<sup>6</sup>.

**البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديد**

أثار موضوع استخدام تقنية الهندسة الوراثية في مجال تعديل الصفات الوراثية ضجة كبيرة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومن ثم سارع هؤلاء إلى دراسة هذا العلم وذلك من حيث تبيان مدى مشروعية استخدام هذا العلم سواء من الناحية الشرعية (أولاً) أو من الناحية القانونية (ثانياً).

<sup>1</sup> François Enault, op.cit, p.05.

مازن إسماعيل هنية و منال محمد رمضان: المرجع السابق، ص.30. عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص.715.

<sup>2</sup> علي أحمد الندوي: الهندسة الوراثية وتطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم

5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ماي 2002، ص.180.

<sup>3</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.274.

<sup>4</sup> فادية محمد توفيق أبو عيشة: المرجع السابق، ص.90.

<sup>5</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.274.

<sup>6</sup> فادية محمد توفيق أبو عيشة: المرجع السابق، ص.92.

## أولاً- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديد

نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة تحسين النسل ميزوا بين نوعين، الأول هو تحسين النسل المطلوب الذي يكون الغرض منه الوقاية من الأمراض المضرّة بالجنين وعلاجها، وقد خلصت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية<sup>1</sup> إلى جواز العمل بهذه التقنية قصد منع المرض أو علاجه، مع عدم جواز التلاعب بالجينات لظهور أطفال مشوهين<sup>2</sup>. أما النوع الثاني من التحسين وهو المحظور شرعاً والذي ليس فيه أي دفع للضرر بل يكون من باب التحسينات أو الحاجيات العادية<sup>3</sup> والذي يؤدي إلى تغيير خلق الله والعبث فيه وتبديله، وقد دعت بشأنه أعمال ندوة الجمعية الإسلامية للدراسات الطبية بالمستشفى الإسلامي بعمان عاصمة الأردن، إذ منعت من خلال توصياتها إلى عدم تغيير الجينات السليمة لانتقاء خصائص وراثية معينة<sup>4</sup>. وجاء كذلك في قرار الجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشرة أنه: "لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان، ومسؤوليته الفردية، أو للتدخل في بنية الجينات بدعوى تحسين السلالة البشرية"<sup>5</sup>.

أما في مسألة تحديد الجنس بتقنية الهندسة الوراثية فقد اختلفت آراء الفقه الإسلامي إلى ثلاث اتجاهات:

أ- **الاتجاه الأول**<sup>6</sup>: ومؤداه إلى حظر هذه التقنية في هذا المجال حظراً مطلقاً ويتزعم هذا الاتجاه كل من الفقهاء: صبري عبد الرؤوف، محمد النشته فيصل ملوى<sup>7</sup>، سعد العنزي، أحمد الكوس، أحمد الحجي الكردي<sup>8</sup>، يوسف عبد الرحيم بوبس ومحمد نعيم الدقر<sup>9</sup>.

ب- **الاتجاه الثاني**<sup>10</sup>: فمؤداه بإباحة تقنية تحديد الجنس بإباحة مطلقة ومن أبرز القائلين بهذا الاتجاه كل من الفقهاء: عبد الناصر عبد البصل<sup>11</sup>، الشيخ مصطفى الزرقا، يوسف القرضاوي، نصر فريد واصل، محمد رأفت عثمان، علي جمعة، وغيرهم<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> في ندوتها الثانية عشر (12) والمتعلقة بموضوع: "الوراثة والهندسة الوراثية للجينوم البشري والعلاج الجيني" المنعقدة بالكويت في شهر أكتوبر 1988.

<sup>2</sup> رقية أحمد بن داود: المرجع السابق، ص. 08.

<sup>3</sup> عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص. 712-713.

<sup>4</sup> رقية أحمد بن داود: المرجع السابق، ص. 10.

<sup>5</sup> تكرر الحاج موسى: القضايا المعاصرة المتعلقة بحفظ النسل (دراسة مقاصدية)، رسالة دكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2013، ص. 304.

<sup>6</sup> للإطلاع على أدلة هذا الرأي، راجع: فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 282 وما بعدها.

<sup>7</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 282.

<sup>8</sup> ليلي الشافعي: تحديد الجنس، مقال منشور في جريدة الأنباء الكويتية، الأحد 30 مارس 2008، ص. 06.

<sup>9</sup> ندى محمد نعيم الدقر و يوسف عبد الرحيم بوبس: المرجع السابق، ص. 216.

<sup>10</sup> للإطلاع على أدلة هذا الرأي، راجع: فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 289 وما بعدها. عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص. 716 وما بعدها.

<sup>11</sup> عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص. 719.

<sup>12</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 289.

ج- الإتجاه الثالث: فقد فصل بإباحة هذه التقنية في حالة الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث، أو بالعكس<sup>1</sup>، ومنعه في حالة الاختيار، وبهذا أخذ المجلس الأعلى للصحة التابع لوزارة الصحة التركية وكذا مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 3 إلى 8 نوفمبر 2007م<sup>2</sup>.

### ثانيا- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديد

يبدو لنا وبعد مراجعة القوانين الجزائرية وخاصة منها ما تعلق بالقانون الطبي، أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة تقنية تحسين النسل وتحديد عن طريق تقنيات الهندسة الوراثية بصفة صريحة، ولكننا نجد في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، قد أشار إلى منع كل لمس صحة الإنسان البدنية أو العقلية أو يزيد في معاناته أو لا يحترم حياة الفرد ويمس بكرامته. وفي المادة 06 من هذا المرسوم نجد أن المشرع يلزم كل طبيب على أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان<sup>3</sup>.

كما أن الدستور الجزائري قد حمى الجسم البشري وذلك بمعاينة كل شخص يمس السلامة الجسدية للإنسان البدنية والمعنوية<sup>4</sup>.

وفي المقابل نجد أن المشرع الفرنسي في المادة 1/2141 من القانون الفرنسي الجديد رقم 2004-800 الصادر في 06 أوت 2004م والمتعلق بالبيوتيك، قد جرم كل ممارسة انتقائية ترمي إلى تنظيم الانتقاء والاختيار بين الأشخاص، ويرصد للمخالف عقوبة السجن لمدة ثلاثين سنة وبغرامة تقدر 7500.000 ألف أورو<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ويكون ذلك وفق ضوابط محددة وهي: 1- أن يكون تحديد الجنس بقرار من لجنة طبية مختصة، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأطباء العدول، تقدم تقريراً طبياً بالإجماع يؤكد أن حالة المريضة تستدعي أن يكون هناك تدخل طبي، حتى لا يصاب بالمرض الوراثي، ومن ثم يعرض هذا التقرير على جهة الإفتاء المختصة لإصدار ما تراه في ذلك. 2- ضرورة إيجاد جهات للرقابة المباشرة والدقيقة على المستشفيات والمراكز الطبية، التي تمارس مثل هذه العمليات في الدول الإسلامية، لتمنع أي مخالفة لمضمون هذا القرار، وعلى الجهات المختصة في الدول الإسلامية إصدار الأنظمة والتعليمات في ذلك.

أنظر: محمد بن هائل المدحجي: تحديد جنس الجنين (الاختيار المسبق لجنس الجنين)، منشور في الموقع:

www.fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=3224# miss a jour le : 04/01/2015 01 :02

<sup>2</sup> 07/21

<sup>3</sup> أنظر، المادة 06 و07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق 06 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، عدد 52، لسنة 1992.

<sup>4</sup> المادة 35 من دستور الجزائر الصادر في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، ج.ر، عدد 76، لسنة 1996.

<sup>5</sup> رقية أحمد بن داود: المرجع السابق، ص.09.

### الفرع الثالث

#### استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ

تعد تقنية الاستنساخ أو ما يعرف بالتنسيل من أهم المستجدات العلمية والتطبيقات العلمية للهندسة الوراثية التي أثارت ضجة وجدلا كبيرا<sup>1</sup> في عصرنا الحالي وخاصة في عالم التكاثر البشري والذي يهدف إلى تحقيق نتيجة علمية غير علاجية. ومن هنا كان لزاما علينا أولا دراسة هذه التقنية بنوع من التحليل والتتبع بحيث سندرس مفهوم الاستنساخ وبدايته (البند الأول)، ثم سنبين موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام هذه التقنية (البند الثاني).

#### البند الأول: مفهوم الاستنساخ

عند الحديث عن الاستنساخ، يجري التمييز عادة بين نوعين وهما الاستنساخ العلاجي -وقد سبق التطرق إليه-، والاستنساخ التوالدي أو التكاثري الذي يكون لتحقيق أغراض علمية غير علاجية<sup>2</sup>؛ إذن ما المقصود بهذا الاستنساخ وكيف بدأ، وما هي أنواعه؟

#### أولا- تعريف الاستنساخ وبدايته

الاستنساخ لغة: قد يأتي بمعان متعددة؛ فقد يكون بمعنى الإزالة، فيقال نسخ الشيء نسخا أي أزاله، وقد يأتي بمعنى الإبطال ويقال نسخ القانون السابق بالقانون اللاحق، وقد يأتي بمعنى النقل، فيقال نسخ الكتاب نسخا<sup>3</sup>، وهو الصورة المطابقة تماما للأصل، فنقول انسخ لي من هذا المقال خمس صور متطابقة، ومن ثم فالاستنساخ هو تكرار الصورة الأصل إلى نسخ متكررة متشابهة<sup>4</sup>.

أما الاستنساخ في الاصطلاح الطبي والبيولوجي فيعرف على أنه: "الحصول على نسخة أو أكثر مطابقة تماما لأحد الجزئيات للخلية أو نبات أو حيوان، أو إنسان". وهناك من عرفه بأنه: "تكوين كائن حي كنسخة مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية والوظيفية -الفيزيولوجية- لكائن حي آخر"<sup>5</sup>. وعرف كذلك بأنه: "توالد لا جنسي، لا يحدث فيه تلقيح بويضة بنطفة ذكرية، ولهذا فلا حاجة لوجود الذكر ولا لدوره في مثل هذا التكاثر

<sup>1</sup> لقد أمر كل من الرئيس الأمريكي "بيل كلنتون" و "جورج بوش" بوقف تمويل البحوث المتعلقة بالاستنساخ البشري وكذلك وقف الرئيس الفرنسي "جاك شيراك" ضد هذه الفكرة، محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، مجلة المحامي، منظمة المحامين، سيدي بلعباس، عدد 03، نوفمبر 2004، الجزائر، الهامش رقم 6، ص.61.

<sup>2</sup> خير الدين شمامة: الاستنساخ، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 06، لسنة 2008، الجزائر، ص.180.

<sup>3</sup> ناصر كريمش خضر الجوازي: مشروعية الاستنساخ في القانون الجنائي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، سنة 2011، العراق، ص.122.

<sup>4</sup> جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، جزء 36، رقم 04، سنة 1998، الجزائر، ص.36.

<sup>5</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.50.

حيث تأخذ مكانه الخلية الجسدية"<sup>1</sup>. وعرفه آخر بأنه: "أخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على كافة المعلومات الوراثية، وزرعها في بويضة مفرغة من موروثاتها، ليأتي المخلوق الجديد، أو الجنين مطابقاً تماماً لأصل الكائن الأول الذي أخذت منه الخلية"<sup>2</sup>.

والاستنساخ البشري يتطلب وجود ثلاث أطراف هي: أولاً: الكائن الحي المراد استنساخه سواء كان ذكر أو أنثى. وثانياً: المرأة التي نحصل من رحمها على بويضة نمرغها من محتواها الجيني. وثالثاً: المرأة التي يتم زرع البويضة في رحمها لتتكفل بالحمل وتقوم بعملية وضع الطفل في هذا العالم وتسمى بالأم الحامل أو الأم البديلة<sup>3</sup>.

وتاريخياً إن عمليات الاستنساخ لم تظهر هكذا بالصدفة أو المفاجأة وإنما هي ثمرة حوالي قرن من البحث والدراسة في المختبرات العلمية<sup>4</sup>، وقد كان أول ظهور لنا حدث في الميدان الزراعي بهدف تحسن إنتاج المحاصيل والحصول على سلالات جديدة، ثم انتقلت التجربة إلى الحيوان لتحسين السلالات الحيوانية<sup>5</sup>، بحيث يتم هذا الاستنساخ بإدخال جين غريب أو أكثر على التركيب الوراثي للخلية أو إعادة ترتيب، أو إزالة للمادة الوراثية من جينوم الحيوان أو النبات قصد إنتاج صفة أو صفات وراثية جديدة مفيدة<sup>6</sup>.

والهدف من تطبيق تقنية الاستنساخ في المجال الزراعي والحيواني هو خدمة البشر وتلبية احتياجات النمو السكاني المتصاعد الإيقاع في العالم، ونتيجة لهذه التقنية قد أمكن إنتاج أنواع جديدة من الغذاء فيها بروتين عال، مع زيادة في إنتاجية المحاصيل، أو إنتاج خضروات تحمل صفات ممتازة وذات قيمة اقتصادية، وإنتاج نباتات تنمو في المناطق الجافة أو تحت الثلوج، واستطاعوا أيضاً الحصول على كميات هائلة من هرمون نمو يوجد في الأبقار لزيادة الحليب وإنتاج لحوم أبقار قليلة الدهن<sup>7</sup>.

ثم حلم العلماء أن ينقلوا هذا العلم إلى الإنسان<sup>8</sup>، ومن ثم فأول تجربة أجريت كانت عام 1952م، وقام بها البيولوجيان الأمريكيان "Robert Briggs et Thomas King" إذ تكلمت بالنجاح في استنساخ ضفدع من خلية جينية<sup>9</sup> وقد تمت هذه التقنية على أساس استبدال البويضات قبل نضجها بنواة الخلايا الجينية وفي

<sup>1</sup> مليكة غريب: الاستنساخ بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص.15.

<sup>2</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقاً لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.50-51. كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.22. فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.541.

<sup>3</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقاً لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.51.

<sup>4</sup> ناصر كريم خضر الجوازي: المرجع السابق، ص.124.

<sup>5</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.18.

<sup>6</sup> سمير حامد الجمال: المسؤولية المدنية عن الأضرار البيولوجية (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 42، أبريل 2010، الإمارات العربية المتحدة، ص.327. محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقاً لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.50.

<sup>7</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.747-748.

<sup>8</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.18.

<sup>9</sup> جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجيني والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص.37.

عام 1962م تم استبدالها من طرف الباحث "John Gurdon" بنواة الخلايا المعوية، وفي سنة 1973م استبدلت بنواة الخلايا الظهارية<sup>1</sup>، وعند نجاحهم المبهر في هذه العمليات انتقلوا إلى عملية نقل الأجنة ومحاوله جعلها تنمو خارج أوساطها الطبيعية داخل أرحام أخرى غريبة عنها، ومنه بدأت عمليات استنساخ الحيوانات تتطور تدريجيا بعد عمليات التهجين في النباتات<sup>2</sup>.

وبعد هذا انتقل تطبيق تقنية الاستنساخ على الأبقار والماشية فأعطت خرفانا وعجولا خلال الفترة الممتدة من سنة 1979 إلى 1998م<sup>3</sup>. وقد كان استنساخ النعجة "دولي" سنة 1996م، هو الشرارة التي أطلقت الجدل المحتدم ولم يزل بعد حوله<sup>4</sup>، فاستنساخ هذه النعجة التي تعتبر حيوان ثديي جعل موضوع الاستنساخ البشري أمرا متوقعا<sup>5</sup>. وفي سنة 2001م أعلن عن استنساخ أول كائن بشري من خلية جسدية لم يترك لاكتمال نموه، لأن الغرض لم يكن الحصول عليه وإنما الحصول على خلاياه<sup>6</sup>.

## ثانيا- أنواع الاستنساخ

ينقسم الاستنساخ عموما إلى نوعين: الاستنساخ الطبيعي الرباني الفطري -الذي يخرج عن نطاق داستنا-، والاستنساخ المخبري الاصطناعي والذي يكون بتدخل الإنسان<sup>7</sup> -وهو موضوع دراستنا-، ويقسم هذا الأخير إلى استنساخ تناسلي (أ) واستنساخ غير تناسلي (ب).

### أ- الاستنساخ التناسلي

قد يكون الاستنساخ التناسلي طبيعيا<sup>8</sup> وقد يكون بتدخل الإنسان، وما يهمنا هنا هو الاستنساخ التناسلي غير الطبيعي والذي يدخل في نطاق علم الهندسة الوراثية، ونقصد بالاستنساخ التناسلي هو ذلك الذي يتم عن طريق التحكم في عدد وشكل الأجنة، وذلك بخلط ماء الرجل بماء المرأة خارج الرحم بطريقة خاصة، ثم تغرس البويضة في رحم المرأة لإكمال الحمل والولادة، ويتم هذا الاستنساخ في مرحلة النطفة الأولى للجنين قبل أن يتم تمايز الخلايا المنقسمة للجنين. فهو يبدأ ببويضة مخصبة تنقسم إلى خليتين أو أكثر فتحفز كل خلية من هذه

<sup>1</sup> جيلالي تشوار: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.122.

<sup>2</sup> سليمان النحوي: المرجع السابق، ص. 192.

<sup>3</sup> زبيري بن قويدر: النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، المرجع السابق، ص.130.

<sup>4</sup> فيإعلان فريق معهد روزلي للأبحاث العلمية نجاحهم في استنساخ شاه طبق الأصل من نعجة وإمكانية تطبيق التقنية ذاتها على الإنسان، واستنساخ كائنات بشرية، فقلبت مفاهيم علم الأحياء رأسا على عقب، ومن ثم أثارت حولها جدلا فقها حادا. نصر الدين مروك: استنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36، رقم 04، سنة 1998، الجزائر، ص.63 و66.

<sup>5</sup> ناصر كريمش خضر الجوازي: المرجع السابق، ص.124.

<sup>6</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.17.

<sup>7</sup> رشيدة بن عيسى: المرجع السابق ص.36.

<sup>8</sup> الاستنساخ الجنسي الطبيعي هو موجود عند النباتات والحيوانات وحتى الإنسان، ومن أهم مثلا على ذلك هو ظاهرة التوائم المتطابقة. لمزيد من الشرح، راجع: زبيري بن قويدر: النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، المرجع السابق، ص.124 وما بعدها. مليكة غريب: المرجع السابق، ص.21 وما بعدها.



الخلايا إلى البدء من جديد وكأنها الخلية الأم، وتصير كل واحدة جنينا مستقلا، وينتج عنها أن جميع الأجنة تكون متطابقة جينيا و تشبه هذه العملية بما يتم في التوأم المتماثلة<sup>1</sup>.

### ب- الاستنساخ الجسدي

هو ذلك التكاثر اللاجنسي الذي يتم بأخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على جميع المعلومات الوراثية وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها ليأتي الجنين مطبقا بصفة مطلقة في كل الأشياء للأصل أو الكائن الأول الذي أخذت منه الخلية، الذي يؤدي إلى الاستغناء عن الحيوان المنوي والمخالطة الجنسية<sup>2</sup>، وتعرف هذه التقنية علميا باسم "النقل النووي" للخلايا الجسمية<sup>3</sup>.

### البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ

يشير موضوع استخدام تقنية الهندسة الوراثية في مجال الاستنساخ إشكالية مهمة وهي: هل يعد هذا العمل من الأعمال الطبية الماسة بالجسم البشري الذي يجيزه القانون كباقي النشاطات الطبية التي أبحاثها كل من الشريعة الإسلامية والقانون أم أن هذا النوع يخالفها<sup>4</sup> وبالتالي يخرج هذا العمل من مفهوم الأعمال الطبية والجراحية المشروعة؟ ولأجل الإجابة عن هذا رأينا أنه من باب الأولى أن نبين موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مسألة استخدام الهندسة الوراثية في مجال الاستنساخ (أولا)، ثم التطرق إلى موقف القانون من هذه المسألة (ثانيا).

### أولا- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ

بالرغم من كون فكرة الاستنساخ مازالت نظرية وغير واقعية ولم تُجرَّب ولم تُصبح حقيقة واقعة بعد بالنسبة للإنسان<sup>5</sup>، إلا أنها حظيت باهتمام ودراسات من فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>6</sup>، حيث نجد بروز رأيين أو اتجاهين حول تقنية الاستنساخ البشري:

<sup>1</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.18. سليمان النحوي: المرجع السابق، ص.197. مليكة غريب: المرجع السابق، ص.23 وما بعدها.

<sup>2</sup> جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص.36-37.

<sup>3</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.568.

<sup>4</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.51.

<sup>5</sup> عبد الناصر أبو البصل: عمليات التنسيل (الاستنساخ) وأحكامها الشرعية، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.680.

<sup>6</sup> حيث اجتمعت ندوة ندوة نقابة الأطباء المصرية في القاهرة في 16 مارس 1997 وأثاروا تساؤل حول مدى إمكانية تطبيق الاستنساخ على البشر وهل ويمكن أن يحقق هذا الأخير الخلود البشري وغيرها من التساؤلات، وقد رد دكتور الطب "أسامة رسلان" بجامعة عين شمس على هذا التساؤل وأكد في الختام أن قضية الاستنساخ ليست قضية خلق سواء للإنسان أو للحيوان، فالاستنساخ يكون من أصل خلق الله ويحتاج لبويضة خلقها الله، ويوضع في رحم خلقه الله، ويتم بالآليات خلقها الله في خلقه. مصداقا لقول الله تعالى: << يَا أَيُّهَا النَّاسُ ضَرْبٌ مِّثْلُ فَاستَمِعُوا لَهُ إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا ذُبَابًا وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَهُ وَإِنْ يَسْلُبْهُمُ الذُّبَابُ شَيْئًا لَا يَسْتَفِيدُونَ مِنْهُ ضَعْفَ الطَّالِبِ وَالْمُطْلُوبِ >>. سورة الحج، الآية 73. جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص.38.

أ- الاتجاه الأول<sup>1</sup>: وهو الحرم للاستنساخ البشري وجعله فقط قاصرا على النبات والحيوان<sup>2</sup>، وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي سنة 1997م<sup>3</sup>، وحرّمته كذلك ندوة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية المنعقدة في شهر جوان و الثانية في شهر أوت 1998م، وذلك لكونه يخالف المنهج الإلهي في الخلق ومفاسده تتجاوز محاسنه<sup>4</sup>.

ب- الاتجاه الثاني: المميز للاستنساخ البشري، حيث أجازته كل من الفقيه عارف علي عارف<sup>5</sup> و شوقي زكريا صالح و علي محي الدين، وحصر الفقيه محمد رأفت عثمان جواز هذه التقنية في صورة واحدة وهي أخذ نواة خلية جسمية من الزوج وزرعها في بويضة الزوجة وضمن ضوابط شرعية أهمها: التأكد من سلامة العواقب سواء للأم أو في حق الطفل أو المجتمع، وأن تجمع بين الرجل والمرأة علاقة زوجية حقيقية، وأن يتم الزرع في رحم الزوجة ودون تدخل العلماء في توجيه الموروثات في نحو صفة أو شكل أو جنس معين، وأن تكون هنالك ضرورة ملتزمة للإنجاب وذلك بانسداد كل الطرق العادية والعلاجية، والاقتصار على استنساخ طفل واحد لاحتمال أن الزوج عقيما وإن ثبت خلاف ذلك سقط الاعتداد بهذا الشرط<sup>6</sup>.

#### ثانيا- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ

في الواقع من يقلب النظر في مجموعة القوانين الجزائرية يستطيع أن يلاحظ أنه لم يكن لمسألة الاستنساخ البشري فيها شأن ولم يرد فيها نص خاص، ولكن وبالرغم من هذه الملاحظة، فإن المنع القطعي لهذه التقنية يمكن استخلاصه من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992م، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، حيث جاء في المادة 02/06<sup>7</sup> على وجوب ممارسة الطبيب مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان<sup>8</sup>.

كما أن الاستنساخ يتعارض مع تعريف العمل الطبي ومع أخلاقيات الطبيب ورسائله المنصوص عليها في المادة 07 من المرسوم رقم 92-276 السابق الذكر التي نصت على ما يلي: " تتمثل رسالة الطبيب... في الدفاع

<sup>1</sup> للإطلاع على أدلة هذا الرأي، راجع: زبيدة إقروفة: التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الهدى للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.33 وما بعدها. جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص.39 وما بعدها.

<sup>2</sup> وذلك لأن فيه منفعة على الإنسان، ولأن الله خلق النبات والحيوان لخدمة الإنسان. خير الدين شمامة: المرجع السابق، ص.181.  
<sup>3</sup> وقد أوصى هذا المجمع بتشكيل لجان علمية متخصصة تضم الخبراء وعلماء الشريعة والقانون؛ لوضع الضوابط الأخلاقية في مجال بحوث الهندسة الوراثية وعلوم الأحياء (البيولوجيا)، لاعتمادها ومتابعتها في الدول الإسلامية، حتى لا يظل العالم الإسلامي عالمة على غيره، وتبعاً في هذه المبادئ العلمية. العربي بلحاج: الحدود الشرعية والأخلاقية لتجارب الهندسة الوراثية والجينوم البشري، بحث منشور في الموقع:

[http://fiqh.islammassage.com/NewsDetails.aspx?id=7706#\\_edn2](http://fiqh.islammassage.com/NewsDetails.aspx?id=7706#_edn2) miss a jour le : 06/01/2015 23 :18

<sup>4</sup> محمد رايس: المرجع السابق، ص.58.

<sup>5</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية، من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.777.

عارف علي عارف القره داغي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، المرجع السابق، ص.41.

<sup>6</sup> زبيدة إقروفة: التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص.36 وما بعدها.

<sup>7</sup> نصت المادة 06 من المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، على ما يلي: << يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري >>

<sup>8</sup> جيلالي تشوار: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.125-126.

عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف عن المعاناة، وضمان احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز...<sup>1</sup>.

ويتعارض كذلك الاستنساخ البشري مع نظام الأسرة حيث أن الإنسان منذ وجود آدم إلى يومنا هذا شاهد الإنجاب يتم بين طرفين رجل وامرأة. إلا أن الاستنساخ أوجد مفهوم جديد وهو إيجاد طفل، أو طفلة بدون أب ولا أم، وهذا ما يتعارض مع ما نصوص قانون الأسرة وخاصة المواد 25،26،27،28، والمادة 64 منه<sup>2</sup>. ويمكن لنا كذلك أن نُرجع موقف المشرع الجزائري من عمليات الاستنساخ إلى قواعد القانون المدني التي أشارت إلى مشروعية السبب بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة<sup>3</sup>.

أما بخصوص استنساخ النباتات والحيوانات فيعد من الأعمال التي تزيد الإنتاج، وهو أمر مرغوب ومطلوب لتحقيق الاكتفاء الذاتي من الغذاء ولتغطية حاجيات المواطنين، وهذا الأمر لا يصدق على الإنسان المكرم لأنه ليس لا نباتا ولا حيوانا<sup>4</sup>.

وبالمقابل نجد أن القانون الفرنسي الجديد رقم 2004-800 الصادر في 06 أوت 2004م والمتعلق بالبيوتيك، قد منع صراحة تقنية الاستنساخ المولّد وذلك في المادة 21 من والتي أضيفت للفقرة الثانية من المادة 4/16 من القانون المدني الفرنسي، بحيث منعت كل إجراء يهدف لولادة مولود مماثل وراثيا وشخص آخر حي أو ميت<sup>5</sup>. كما يحظر القانون الاتحادي الإماراتي رقم 10 لسنة 2008م، المتعلق بالمسؤولية الطبية في المادة 10 منه، أي إجراء لعمليات استنساخ الكائنات البشرية بشري<sup>6</sup>.

إذن وبعدها شرحنا أهم مجالات استخدام تقنية الهندسة الوراثية وكذا موقف القانون الجزائري والمقارن وكذا الشريعة الإسلامية من كل مجال يمكن أن تستخدم فيه هذه التقنية، رأينا أنه من الواجب أن نبين الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة استخدام علم الهندسة الوراثية وذلك بالبداية أولا بدراسة الضرر الواجب التعويض ثم التعرض للتطبيقات العملية لأضرار استخدام الهندسة الوراثية، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني.

<sup>1</sup> أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 276-92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>2</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.54.

<sup>3</sup> انظر، المادة 97 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1934 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 78، لسنة 1975.

حيث يظهر لنا أن عملية الاستنساخ البشري يجعل الجسم البشري يدخل في دائرة التصرف سواء كان للغير أو لمصلحة صاحبه وذلك بجعله إما عقد عارية لأن المرأة الحامل قد تكون أنجبت وحملت بدون مقابل وذلك بتأجير رحمها، أو بجعله عقد إيجار أي أنها أجرت رحمها بمقابل، وفي الفرضيتين تكون بصدد مخالفة ظاهرة لمبدأ يتعلق بالنظام العام وهو حظر ومنع معاملة جسم الإنسان معاملة الأشياء. محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.55.

<sup>4</sup> نصر الدين مروك: المرجع السابق، ص.63 و66.

<sup>5</sup> زوليخة هني أمال: الاستنساخ البشري بين الطب والقانون والشرائع السماوية، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة ابن عكنون، 2004-2005، ص.62.

<sup>6</sup> معن شحدة إدريس: الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين، ص.51.

المبحث الثاني

## الأضرار الواجبة التعويض عن استخدامات الهندسة الوراثية

من المعلوم أنه لا يمكن تعويض الشخص جزاء استخدام تقنية الهندسة الوراثية إلا بوقوع ضرر عليه، حيث يُعتبر علم الهندسة الوراثية كأبي علم آخر عبارة عن سلاح ذي حدين فبالرغم من إيجابيات هذا العلم، إلا أنه يجب على القائم به أن يتوخى الحذر الشديد عند استخدام هذا العلم، حيث قد تقع عدة أضرار نتيجة ذلك، وتتنوع هذه الأضرار بتنوع مجالات وصور استخدام هذه التقنية، ولهذا يجب علينا أولاً الوقوف والتعرف على أحكام الضرر الواجب التعويض (مطلب أول)، ثم التعرف على التطبيقات العملية للأضرار التي يمكن أن تحدث جراء استخدام الهندسة الوراثية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

## أحكام الضرر الواجب التعويض

يقال عادة لا مسؤولية مدنية بدون ضرر *Pas de responsabilité sans préjudice*، فالضرر هو الذي يُقدَّر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية<sup>1</sup>، وبهذا يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية، سواء أكانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسواء أكانت مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء<sup>2</sup>. والضرر هو جوهر وأساس هذه المسؤولية، على أساس أنه لا يكفي كي تقوم مسؤولية بوقوع خطأ بل يجب أن ينشأ عنه ضرر<sup>3</sup>، وهو أيضا عنصر وجوبي في المسؤولية الطبية حتى يُمكن للمضرور المطالبة بالتعويض، ولا يكفي لتعويض الأشخاص أن يقع الطبيب في خطأ، وإنما يلزم أن يلحق من جراء هذا الخطأ ضررا بمؤلاء الأشخاص<sup>4</sup>.

بل إن الضرر أصبح العنصر المهم الذي يكفي وحده - في كثير من الحالات - لثبوت الحق في التعويض وبخاصة في ظل الاتجاه التشريعي والقضائي نحو الإقرار بحق المضرور في الحصول على التعويض المناسب بدون

<sup>1</sup> وفي المسؤولية العقدية هناك من يرى أن مجرد إخلال المدين بالتزامه يترتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الإخلال قد سبب للذاتن ضررا، غير أن الإخلال بالالتزام لا بد أن يترتب عليه ضرر ولو معنوي للذاتن. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط.5، د.م.ج، الجزائر، 2003، ص.162.

<sup>2</sup> أنظر، المواد 124 مكرر، 126، 134، 138، 139، 140، 140 مكرر، 140 مكرر، من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص.222-223.

<sup>4</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ب.ط. دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.268.

الدخول في مسألة تحديد المخطئ وهو ما يشكل ظاهرة جديدة من ظواهر نظرية الضمان التي يقوم عليها نظام المسؤولية في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، وعلى العموم فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقاً لقاعدة: "لا دعوى بدون مصلحة"<sup>2</sup>. ويكون تقرير وقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها للمحكمة العليا، ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسألة قانونية تخضع لرقابتها<sup>3</sup>.

ولا شك أن القواعد العامة التي تحكم ركن الضرر في المسؤولية المدنية هي التي تطبق في المسؤولية الطبية<sup>4</sup>، ومن ثم نكتفي بدراسة أحام الضرر بمفهومه العام، حيث سنبين مضمون الضرر الواجب التعويض وأنواعه سواء كان ضرر عادي أو طبي (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى شروط تطبيق هذا الضرر (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### مضمون الضرر الواجب التعويض وأنواعه

تتميز المسؤولية المدنية بصفة عامة عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية الخلقية، فالمسؤولية الجنائية قد تتحقق دون وقوع ضرر يصيب الأشخاص، والمسؤولية الأخلاقية قد تقوم بمجرد النوايا الشريرة والسيئة ولو لم تبرز نتائجها إلى الوجود<sup>5</sup>، في حين أن المسؤولية المدنية على العموم والمسؤولية الطبية على الخصوص تقتضي توفر هذا الركن وحدوثه لأجل الحصول على التعويض. ومن ثم فالضرر وجوبي للمطالبة بالتعويض من طرف المتضرر<sup>6</sup>، "فحيث لا ضرر لا مسؤولية، وحيث لا مسؤولية لا تعويض"<sup>7</sup>. ومن هذا المنطلق سنتعرض في هذا الفرع إلى مضمون الضرر الواجب التعويض (البند الأول)، ثم سنتطرق إلى أنواع هذا الضرر (البند الثاني).

#### البند الأول: مضمون الضرر الواجب التعويض

عرفنا سابقاً أن الضرر هو قوام المسؤولية المدنية، ورغم أن الضرر في كل أنواع المسؤولية تحكمه نفس القواعد إلا أن الضرر المنشئ للمسؤولية الطبية قد يمتاز ببعض الخصوصية عن الضرر العادي، ولأجل توضيح ذلك قمنا بشرح الضرر العادي (أولاً)، ثم قمنا بتوضيح خصوصية الضرر الطبي (ثانياً).

<sup>1</sup> محمد عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، ب.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص.180.

<sup>2</sup> علي فيلاي: الالتزامات (الفعل المستحق التعويض)، ط.3، دار موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص.282.

<sup>3</sup> عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط.2، ب.د.ن، مصر، 1992، ص.1393.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 1998، ص.163.

<sup>5</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.162.

<sup>6</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.269.

<sup>7</sup> قرار المحكمة العليا: 1988/05/25، قرار رقم: 53010 (غير منشور). مقتبس من، مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.223.

## أولا- الضرر العادي

على الرغم من أن مصطلح الضرر موجود في كثير من المواد في القانون المدني -المادة 124 وما بعدها، والمادة 176 وما بعدها-، إلا أنها لم تعطنا تعريفاً شاملاً لهذا الضرر<sup>1</sup>، وبذلك ترك المشرع تعريفه للفقهاء<sup>2</sup>؛ وقد عرّف الفقه الضرر بصفة عامة على أنه: "ما يصيب الشخص في حق من حقوقه<sup>3</sup> أو في مصلحة<sup>4</sup> مشروعة له سواء تعلق بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حرّيته أو شرفه أو غير ذلك<sup>5</sup>". وعرّفه كذلك بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن، بل يكفي أن تقع على تلك المصلحة و لو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما أنها غير مخالفة له". وعرّف الضرر كذلك بأنه: "الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه"<sup>6</sup>.

وهناك من عرّف الضرر بأنه ذلك: "المساس بمصلحة المضرور، وهو يتحقق من خلال النيل أو المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزه، بحيث يصبح المضرور في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ، ولا يشترط أن يقع الاعتداء على حق للمضرور يحميه القانون فحسب، وإنما يكفي أن يمس مصلحة مشروعة غني مخالفة للقانون"<sup>7</sup>.

ويحاول البعض تعريف الضرر من خلال الآثار المترتبة على التعدي على حقوق الإنسان وقدراته، حيث أن هذا التعدي يسبب خللاً عضوياً يترتب عليه انتقاص تلك المقومات أو فقدانها بالكلية وقد يؤدي إلى إصابة

<sup>1</sup> M.M. Hannouz et A.R. Hakem : Précis de droit médical à l'usage des praticiens et de médecine et du droit O.P.U, Alger, 2000, p.68.

<sup>2</sup> وقد أحسن المشرع الجزائري لعدم إعطاء تعريف للضرر، لأن دور التعريف يناط بالفقهاء لا بالمشرع وهذا لا اعتبارات عديدة أهمها: عدم إدخال التشريع في اضطراب ما بين النص والتعريف.

<sup>3</sup> يرى أنصار المذهب الموضوعي الحق على أنه: مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون، فالمصلحة أو المنفعة هي جوهر الحق وليس الإرادة. والمصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية كالحرية والشرف. أما أنصار المذهب الشخصي المنتمين إلى التيار الفردي فيرون أن الفرد وإرادته نقطة انطلاق الفكر القانوني. لهذا فإنه يرى في الحق قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون للفرد. أما المذهب المختلط فقد جمع بين المذهبين السابقين ونظر إلى الحق من خلال صاحبه أية الإرادة، ومن خلال موضوعه أو الغرض منه أي المصلحة، وأصبح التعريف السائد للحق هو استئثار شخص بقيمة أو شيء معين يخوله التسلط والاقتضاء بهدف تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية.

محمد حسين منصور: مبادئ القانون، بيط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص.70-71.

<sup>4</sup> ومن باب التذكير تجدر الإشارة إلى أن المصلحة عكس الحق لا تستفيد في كل الحالات من الحماية القانونية، فهي وضع قد يتجاهله القانون، فلا يرتب عليه أي أثر عند الإخلال به. علي فيلال: المرجع السابق، ص.285.

كما يذهب الأستاذ حسام الأهواني إلى أن مجرد المساس بمصلحة أو ميزة يتمتع بها المضرور سواء كانت المصلحة مادية أو أدبية يؤدي إلى توفر الضرر رغم أن المصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق، حيث أن المصلحة تمثل واقع وقت حدوث الفعل الضار وهذا الواقع ينطوي على ميزة للمضرور فالعبارة بتوافر الميزة. عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.78.

<sup>5</sup> عز الدين حروزي: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، دط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.17-18. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.223. علي فيلال: المرجع السابق، ص.283.

<sup>6</sup> سليمي الهادي و شهيدة قادة: أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 7، العدد 2، 2014، الجزائر، ص.93.

<sup>7</sup> طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص.369.

المضرور في قدرته المهنية<sup>1</sup>. وهناك من عرّفه بأنه: " عبارة عن إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية أو ذات أهمية، وقد تكون بمصلحة معنوية<sup>2</sup>". وعرّف البعض الضرر أنه إيذاء أو انتقاص أو إتلاف أو إخلال بحق أو مصلحة يحميها القانون، وقد يكون هذا الإيذاء أو الإخلال أو الإنتلاف بكل الحق أو المصلحة أو جزء من الحق أو المصلحة أو مجرد إهدار أو تقليل قيمة ومقدار الحق أو المصلحة<sup>3</sup>.

وذهب الفقيه "سليمان مرقس" إلى القول بأن الضرر هو المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه وينبغي التفرقة بين الضرر في ذاته وبين الوسائل والأسباب المؤدية إليه كما يجب التفرقة بين الضرر والمظاهر الخارجية التي يرد ويقع عليها الضرر مع ملاحظة أن النتائج المترتبة على حدوث الضرر هي الإهدار أو الانتقاص أو الإخلال بقيمة الحق أو المصلحة<sup>4</sup>.

وعلى العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية ونتيجة التعدي الذي وقع عليه. ونذكر في هذا الشأن أن الحق هو: "استثثار شخص بقيمة معينة طبقا للقانون". ويتمتع هذا الاستثثار بحماية القانون التي هي أمر لازم لقيام الحق، فهي مكتملة لكل مقوماته، ويتحقق الضرر عند مساس الغير بحق من حقوق الضحية<sup>5</sup>. ومن ثم فإن أي مساس بمصلحة مشروعة للمريض أو حق من حقوقه، يمثل ضررا يوجب التعويض والجبر<sup>6</sup>. والحقيقة أن الضرر لا يقتضي حتما الإخلال بحق من حقوق الضحية بل يكفي التعدي على مصلحة المضرور شريطة أن تكون مشروعة<sup>7</sup>.

ويبدو مما سبق لنا أن مفهوم الضرر عند فقهاء القانون لا يختلف عن مفهوم الضرر لدى فقهاء الشريعة<sup>8</sup>، بحيث يراد به ما هو ضد النفع، وقد ذكر علماء اللغة أن لفظ الضرر عدة معان استقوها من قول الله تعالى: << وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَا نَدَاءًا لِحُثِيِّهِ... >><sup>9</sup>، وقوله تعالى: << لَنْ يَضُرُّكُمْ إِلَّا أذى >><sup>10</sup>. فقالوا: إن

<sup>1</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.76.

<sup>2</sup> عمار عوايدي: نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، ط4، د.م.ج، الجزائر، 2012، ص.207.

<sup>3</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.77.

<sup>4</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.77-78.

<sup>5</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.284.

<sup>6</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.271.

<sup>7</sup> فقد قرر المجلس الأعلى سابقا في قراره رقم 1971/02/01، على أنه لا يجوز للخليلة أن تطالب بالتعويض عن فقدانها لخليلها ولو كان يتولى الإنفاق عليها. ذكره، علي فيلاي: المرجع السابق، ص.284.

<sup>8</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.223.

<sup>9</sup> سورة يونس، الآية 12.

<sup>10</sup> سورة آل عمران، 111.

الضرر، بضم الضاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البدن، وأما الضر بفتح الضاد، فهو ما كان ضد النفع، وقد أطلق على كل نقص يدخل الأعيان<sup>1</sup>.

وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية ورد التعبير عن الضرر بعدة معان: منها الإتلاف، ومنها الاستهلاك ومنها الأفعال الموجبة للضمان، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف، بل هي وصف للأفعال الموجبة للضمان<sup>2</sup>. وقد عرّف الضرر الفقيه مصطفى أحمد الزرقا بأنه: " إلحاق مفسدة بالغير"، وعرّفه كل من الفقيهين محمد سلام و هبة الزحيلي بأنه: " هو الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته"<sup>3</sup>. وهناك من عرّفه بأنه: " إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له حسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف"<sup>4</sup>. ومن عرّفه بمعنى الإتلاف ذكر أنه: "إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كالأو أو بعضاً"<sup>5</sup>.

وبذلك يكون الضرر علة في وجوب الضمان -التعويض-، إذا تمثل في انتقاص حق الإنسان في سلامة جسده وأعضائه<sup>6</sup>. وأطلقت الشريعة الإسلامية على نظام تعويض الضرر بـ "الدية"<sup>7</sup>. كما تتجلى أهمية الضرر في الضمان -الجوابر-، وهذا على خلاف الجواز التي يمكن أن يحكم بها وإن لم يترتب على ما ارتكب من فعل محظور أي ضرر يصيب الغير<sup>8</sup>. ومن ثم عرّف البعض من الفقه الضرر بأنه: إخلال يسببه الغير متعمداً كان أم غير متعمد لمصلحة أو حق يترتب عليه حسارة لقيمة أو تفويت فرصة أو هو إفساد أو إتلاف يسببه الغير إرادياً أو غير إرادياً، والذي قد يحدثه شخص أو حيوان أو شيء وكذا بفعل الطبيعة<sup>9</sup>.

وبناء على ما سبق فإن التعريف المختار للضرر هو: المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة. ويترجح هذا التعريف للأسباب الآتية:

<sup>1</sup> ولعل الضرر في الاستعمالات القرآنية السابقة يتوافق معنى بما ورد في بعض الأحاديث نذكر منها قوله صلى الله عليه وسلم: <<لا يتمين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لا بد متمنياً فليقل اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي>>. عبد الهادي بن زبينة: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة لنماذج تطبيقية)، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2005-2006، ص.03.

<sup>2</sup> عبد الله مبروك محمد النجار: مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص.247-248.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.223.

<sup>4</sup> باسل محمد يوسف قبيها: التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص.10.

<sup>5</sup> باسل محمد يوسف قبيها: المرجع السابق، ص.10.

<sup>6</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.288.

<sup>7</sup> M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p.69.

<sup>8</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.224.

<sup>9</sup> شهرزاد بوسطللة: جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، قسم الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2013-2014، ص.23.



- 1- نوع الاعتداء : المساس الذي لا يشترط فيه ظاهر التعدي ، لأن مجرد ذلك يشكل ضرراً.
- 2- محل الضرر : ويتضمن الحق والمصلحة المشروعة، بغية التوفيق بين ممارسة الحق بحرية وعدم التعسف فيه.
- 3- المضرور : وهو الغير كما النفس، إذ أن الاعتداء على النفس غير جائز بحال.
- 4- أثر هذا الضرر : وهو المفسدة المعتبرة، وتظهر أهمية هذا الأثر في التمييز بين ما يجب التعويض عنه وما لا يجب، وهذا ضمان لعدم تعويض الأضرار الناشئة عن مخالفة الشرع<sup>1</sup>.

### ثانياً- الضرر الطبي

مما سبق شرحه أعلاه نقول أنه وفقاً للقواعد العامة، أن إصابة أي الشخص بضرر يستدعي ذلك التمسك بمسؤولية المتسبب بهذا الضرر، والقاعدة في المسؤولية الطبية هي كالقاعدة في المسؤولية المدنية<sup>2</sup>، إلا أنه خلافاً لهذا فإن المسؤولية الطبية لا يكفي مجرد حدوث الضرر (للمريض أو لأقربائه) التمسك بمسؤولية الطبيب أو المستشفى، فالالتزام<sup>3</sup> العلاجي يعد أساساً التزاماً ببذل عناية<sup>4</sup> وليس بتحقيق نتيجة. فيمكن -رغم حدوث الأضرار- ألا تثور المسؤولية الطبية إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال (خطأ) من جانب الطبيب المعالج أو إدارة المستشفى أو العيادة<sup>5</sup>، باستثناء الحالات التي يكون فيها وقوع الضرر قرينة بسيطة على وجود الخطأ<sup>6</sup>.

والضرر في المسؤولية الطبية متشعب<sup>7</sup> الأشكال والمظاهر، فهو يتدرج من الأضرار التي تترتب على إفشاء الطبيب لسر مهنته، إلى الأذى الذي التي تصيب كمال الجسد البشري بالجروح والإعاقات وحتى الموت، إلى

<sup>1</sup> عبد الهادي بن زيطة: المرجع السابق، ص.10.

<sup>2</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص.369.

<sup>3</sup> فوفقاً لقواعد القانون المدني فإن الالتزامات وانطلاقاً من محلها هي التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة. ففي الالتزام ببذل عناية لا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا أقيم الدائن دليلاً على تقصير أو إهمال في بذل العناية الواجبة. فيجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسب نية طبقاً لما جاء في المادة 1/107 من ق.م.ج. أما في الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن مسؤولية الملتزم (الطبيب) تقوم بمجرد أن يتخلف تحقيق هذه النتيجة، وإذا أراد المدين نفي مسؤوليته، فعليه إقامة الدليل عن السبب الأجنبي الذي منع تحقيق النتيجة المتفق عليها وذلك طبقاً لما جاء في نص المادة 176 من ق.م.ج. أحمد حسن الحياوي: المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص.29 والصفحة 33.

<sup>4</sup> C.S. Algérie, affaire n° 399828 du 23/01/2008, (A.A.K) contre (A.B), Abdelkader Khadir : Recueil D'arrêts en responsabilité médicale (Tome1), édition Dar Houma, Alger, 2014, p.27-29.

- قرار المحكمة العليا رقم: 297062 الصادر بتاريخ: 2003/06/24، قضية (رف) ضد (النيابة العامة). المجلة القضائية: العدد02، 2003، الجزائر، ص.337.

<sup>5</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.161. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.377.

<sup>6</sup> هي تلك التي يقع فيها التزام على عاتق الطبيب مثلاً بسلامة الأدوات المستعملة، إضافة إلى عمليات نقل الدم، أو تلك التي يلتزم فيها المستشفى بسلامة المريض خاصة بالنسبة للمصابين بأمراض عقلية. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.225.

<sup>7</sup> ومن الإشكالات التي يثيرها الضرر الطبي ، هو أن المريض يمكن أن يكون مصاباً في الأصل بعجز سببه حالة صحية سابقة على المرض الذي يعالج منه، مما يثير تحديد حجم الضرر المتأتي من النشاط الطبي وفرزه عن الضرر المتأتي عن الإصابة الأصلية، مما يؤدي إلى بحث دقيق في رابطة سببية، وهو أمر يدخل في اختصاص الخبير. ومن الإشكالات المثارة أيضاً مسألة الضرر الناتج عن ميلاد الطفل معاق، إضافة إلى إشكالية الضرر المتمثل في تقييد فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة. عدنان إبراهيم سرحان: المسؤولية الطبية المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية الطبية)، الجزء الأول، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص.172 وما بعدها.

محمد بودالي: القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، م.ع.ق.إ، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد03، 2005، الجزائر، ص.30-31.

الأضرار المعنوية الناتجة عن الآلام الجسدية والمعاناة النفسية ، أو الناتجة عن الممارسات الأخرى<sup>1</sup> ، وقد يجمعهما في وقت واحد<sup>2</sup>. وبذلك فلا خصوصية في شروط الضرر ولا من حيث أشكاله القابلة للتعويض في نطاق المسؤولية الطبية، يجعله مختلفا عما سواه من الأضرار الناتجة عن النشاطات الإنسانية الأخرى، فهو يبتدىء بالضرر المادي أو المالي أو الاقتصادي الذي يصيب جسم المريض أو ذمته المالية، إلى الضرر المعنوي الذي ينتج عن الآلام الجسدية والمعاناة النفسية<sup>3</sup> وقد يجمعهما في وقت واحد<sup>4</sup>.

ومع ذلك فقد يتَّصف الضرر في مجال المسؤولية الطبية بالذاتية عن الضرر العادي وذلك من خلال مقارنته بالمقومات العامة للضرر وفقا للقواعد العامة، ويظهر ذلك أن الأضرار التي تثير المسؤولية التقليدية للقائم بأعمال الرعاية الصحية أو المسئول عنه والتي تستند إلى خطأ في العلاج أو التشخيص أو الإدارة، لم تعد تستوعب فكرة الخطأ بل تتجاوزه، فهي تتصل أساسا بالمخاطر المحيطة بالعمل الطبي أكثر من ارتباطها بخطأ القائم عليه<sup>5</sup>. وهذه المخاطر قد باتت تهدد جسم الإنسان وما يرتجى منه من ردود أفعال متباينة وغير متوقعة، وإنما تنعكس تبعات النشاط الإنساني من مخاطر تكنولوجية ولاسيما وقد عرّف الفن الطبي في السنوات القليلة الماضية تطورات مذهلة على درب التقدم العلمي في مجال الوسائل التقنية، كظهور تقنيات الهندسة الوراثية التي تستعمل في العلاج وفي التخليق، والتقنيات الليزرية وغيرها ومن التقنيات المستحدثة<sup>6</sup>. ويشترط القضاء الفرنسي في هذه الوسائل أن تتميز بالحدثة و أن تكون الأضرار الناتجة عنها غير متوقعة وتتميز بالجسامة البالغة<sup>7</sup>، وأن تكون أضرار استثنائية في حالة إذا كان التدخل الطبي ضروريا<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.171-172.

<sup>2</sup> قمرأوي عز الدين: مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ب.ت.ن، ص.53.

<sup>3</sup> عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.171-172.

<sup>4</sup> قمرأوي عز الدين: المرجع السابق، ص.53.

<sup>5</sup> ويقول في هذا الأستاذ محمد عبد الظاهر حسين أن الضرر أصبح العنصر المهم الذي يكفي وحده في كثير من الحالات- لثبوت الحق في التعويض وخاصة في ظل الاتجاه التشريعي والقضائي نحو الإقرار في الحصول على التعويض المناسب بدون الدخول في مسألة تحديد المخطئ، وبهذا يتم توفير حماية حقيقية وفعالة للمضرور، ويكفل له الحصول على تعويض مناسب وفي وقت قصير بدون الدخول في معترك القضاء وإجراءاته وفي ساحة الإثبات وتعقيداته. أنظر مؤلفه: المرجع السابق، ص.180.

<sup>6</sup> أمال بكوش: نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص.81-82.

<sup>7</sup> لقد كان حكم GOMEZ الصادر من محكمة ليون بتاريخ 1990/12/21، هو أول من جاء بهذه الشروط الواجب توفرها في الضرر الموجب التعويض عنه. وقد جاء في القرار ما يلي:

"Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent ". Christian Dumontier et Vincent Travers : L'information, où en est-on?, revue Asspro, n°25, Juin - Août 2012, p.11. Jacque Moreau et Didier Truchet : Droit de la santé publique, 5ème édition, Dalloz, paris, 2000, p.281.

<sup>8</sup> استحدث هذا الشرط في قرار Bianchi الصادر من مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1993/04/09، والذي جاء كما يلي:

" Considérant, toutefois, que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée="

ونخلص في الأخير بعد تطرقنا لكل من مضمون الضرر -سواء كان في مجال المسؤولية المدنية أو في المسؤولية الطبية- أنه هنالك نوعين من الضرر فإما أن يكون ماديا أو معنويا (أديبا)<sup>1</sup>. كما سنرى ذلك بالتفصيل.

### البند الثاني: نوعا الضرر الواجب التعويض

لا شك أن القواعد العامة التي تحكم ركن الضرر في المسؤولية المدنية هي التي تطبق في المسؤولية الطبية وبالتالي فالضرر في إطار المسؤولية الطبية فهو يتكون كما هو الحال في كل مسؤولية مدنية<sup>2</sup>، ومن ثم نقول أن ركن الضرر في المفهوم الشاسع هو نوعين<sup>3</sup>، ضرر ماديا يصيب المضرور في جسم أو ماله، وهو الأغلب الأعم (أولا)، وقد يكون معنويا -أديبا- يصيب المضرور في عاطفته أو شعوره أو كرامته أو شرفه<sup>4</sup> أو أي معنى آخر من المعاني التي حرص الناس عليها<sup>5</sup> (ثانيا).

ومما تجدر الإشارة إليه أنه وفي الوقت الحالي، الفقه الغربي يميل للتقسيم الثلاثي للضرر: مادي- ويقصد به الضرر المالي-، معنوي وبدني، حيث يتعلق هذا الأخير بالمساس بجسم الإنسان من جروح طفيفة أو جسيمة وبشكل أخطر الموت. غير أن التقسيم الراجح للضرر هو التقسيم الثنائي لأن الضرر البدني يعتبر ضررا جامعا، إذ يحتوي على شقين: شق مادي يتمثل في الجروح وما شابهها مما يترك آثارا في الجسم وشق غير مادي يتمثل فيما يخلفه ذلك المساس بالجسم على الصعيد النفسي وهو ضرر معنوي، وهكذا يظهر أن تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام لا يفصح عن نوع جديد من الضرر، ولا يمكن أن يفيد إلا في حالة التعويض الإجمالي عن الضرر المادي وذلك بالتمييز بين الضررين المالي والجسمي في المبلغ الممنوح<sup>6</sup>. وستكلم في كل من هذين النوعين.

=si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité".

Abdelkader Khadir : op.cit, p.123-124.

Christian Dumontier et Vincent Travers : op.cit, p.11.

Jacque Moreau et Didier Truchet : op.cit, p.282.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.225.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.163.

<sup>3</sup> جاء في أحد حيثيات القرار الصادر من المحكمة العليا تحت رقم: 446057 الصادر بتاريخ: 2008/04/23، قضية (ص.ع) ضد الحكم الصار في 2006/03/15. ما يلي: << حيث أن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب قيام المحكمة إثر القضاء بالتعويضات المدنية بتحديد الضرر ونوعه فيما إذا كان ماديا أو معنويا...>>. منشور في الموقع: [www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz)

<sup>4</sup> عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.157.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-)، الجزء الأول، ب.ط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص.855.

<sup>6</sup> عبد الهادي بن زيطة: المرجع السابق، ص.11-12.

## أولاً- الضرر المادي

لقد عرّف بعض الفقه الضرر المادي على أنه: " هو إحلال محقق بمصلحة أحد الأشخاص ذات قيمة مالية"<sup>1</sup>، وهناك من عرّفه بأنه ذلك الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة<sup>2</sup>. وعرّفه آخر بأنه: "الإحلال بمصلحة ذات قيمة مالية وهو يصيب المضرور في جسمه أو ماله وهذا النوع هو الغالب والأكثر حدوثاً"<sup>3</sup>.

وهناك من عرّف الضرر المادي بأنه: " ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في مال، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة"<sup>4</sup>. ويقول الأستاذ السعيد مقدم عن الضرر المادي بأنه هو: " الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو انتقاص حقوق المالية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية...". وعرّفه بلحاج العربي على أنه: " ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو بمصلحة) سواء كان الحق مالياً أو غير مالي". وعرّفه محمود جلال حمزة على أنه: " ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مالية له، أي أنه إحلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية"<sup>5</sup>.

وعلى العموم فيمكن القول أن الضرر المادي هو: "كل ما يصيب مصلحة مالية للمضرور، كأن يؤدي إلى ضياع مكسب عليه أو تحقيق خسارة له، فلكل إنسان الحق في سلامة حياته وجسمه، ويشكل التعدي على هذا الحق ضرراً يحيط بصاحبه"<sup>6</sup>.

**وفي المجال الطبي** يتمثل الضرر المادي في المساس بجسم المريض أو إصابته أو إضعاف بنيته التي تؤدي إلى إضعاف القدرة على الكسب أو انعدام هذه القدرة أصلاً نتيجة خطأ من الطبيب<sup>7</sup>، كالموت والزيادة في حجم المرض والعطب والعجز ومختلف الإصابات من جروح وفقدان لعضو ما كالبصر أو تشويه وجه... وغيرها من

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن ققادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، ط4، د.م.ج، الجزائر، 2010، ص.248. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.855. محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص.181. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.370. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.163. عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.75. ص.181. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.225. عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.157.

M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p.69.

<sup>2</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.286-287.

<sup>3</sup> عمار عوايدي: المرجع السابق، ص.207.

<sup>4</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.162.

<sup>5</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.287.

<sup>6</sup> محمد عبدا لظاهر حسين: المرجع السابق، ص.181.

<sup>7</sup> عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجناحية والتأديبية)، ط2، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2000، ص.81. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

الأضرار الجسمانية<sup>1</sup>. ويترتب عن كل هذا خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج<sup>2</sup>، والدواء والأجهزة الطبية المساعدة وحتى نفقات تجهيز الميت ودفنه، وقد قبل القضاء في هذا الصدد تعويض المصاب عن كافة النفقات التي يدفعها في سبيل شراء سيارة خاصة تتلاءم مع درجة الإعاقة التي أصيب بها المضرور، أو شراء تجهيز منزل بالمساعد والآلات والأدوات التي تعين المضرور على أداء متطلبات حياته بشكل أفضل، وحتى نفقات إقامته في المركز العلاجي أو المستشفى مدى حياته إن كانت درجة الإعاقة التي تترتب عن الإصابة كبيرة جدا. كما يشمل الضرر المالي أيضا ما فات المضرور من كسب بسبب درجة العجز الكلي أو الجزئي المؤقت الذي أقعده عن العمل أو العجز الدائم الذي سبب انقطاع مصدر رزقه<sup>3</sup>.

ومعلوم أن الضرر الذي يشملته التعويض يتضمن عنصرين كما نصت على ذلك المادة 182 من القانون المدني الجزائري بأن التعويض المادي يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. فمتى تسبب الطبيب بخطئه في إلحاق ضرر بالمريض كعاهة مثلا أو زيادة نفقات العلاج والأدوية وأتعباب الطبيب وغيرها، كان ذلك خسارة للمريض وجب تعويضه عنها. كما أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده ولأسرته، كان ذلك ضررا واضحا فيما فاته من كسب ووجب تعويضه عنه<sup>4</sup>.

### ثانيا- الضرر المعنوي

كما سبق وشرحنا أن الضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في مال، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة<sup>5</sup>، فلو نظرنا إلى طبيعة هذا الضرر فإنه ضرر معنوي، وإذا نظرنا إلى نتائج هذا الضرر فإنه يترتب عليه أضرار مادية وأضرار معنوية. ولهذا يجب علينا تحديد الضرر المعنوي المترتب عن هذا الضرر المادي.

وهناك من أطلق مصطلح الضرر الأدبي على هذا النوع من الضرر، وعرفه بأنه ذلك الضرر الذي يخصّ العاطفة، ويمسّ الشعور، ويلحق الآلام، ويؤثر على النفس ويصيب المريض بالأحزان<sup>6</sup>. وبهذا يكون الضرر الأدبي هو يقع بمصلحة غير مالية لأحد الأشخاص<sup>7</sup>. ولذلك فإنه لا يعد قيمة اقتصادية في ذاته ولا يمس عنصر من

<sup>1</sup> علي فيلالتي: المرجع السابق، ص.367-368.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

<sup>3</sup> عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.171. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.269.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

<sup>5</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.162.

<sup>6</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.269. عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.79.

مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

<sup>7</sup> خليل أحمد حسن قنادة: المرجع السابق، ص.250. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.374.

عناصر الذمة المالية لمن يدعيه، وهو ما يترجم أن الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة غير اقتصادية أو بحق من حقوق الضحية<sup>1</sup>.

وهناك من عرّف الضرر المعنوي بأنه: كل ألم نفسي أو جسدي يحدثه عمل أو إهمال صادر من الغير في نفس شخص ما، أي هو ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص ويحافظ الناس عليها<sup>2</sup>. وعرّفه آخر بأنه: "هو ذلك الضرر الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته"<sup>3</sup>.

ومن الفقه من حاول تعريف الضرر المعنوي من زاوية النتائج والآثار التي تترتب عليه وتمييزه عن الضرر المادي، فإذا كان الضرر المادي يتمثل بالخسارة المادية التي تنتج عن المساس بالحق أو المصلحة المالية ففيل إن الضرر الأدبي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه يسبب له ألما جسمانية أو نفسية أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته أو في شيء يحرص عليه الإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية<sup>4</sup>.

كما يرى الأستاذ "علي فيلالي" أن الضرر المعنوي يترتب عند التعدي على حقوق أو مصالح غير مالية، فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية La partie sociale du patrimoine moral ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة والشعور بالآلام، التي يحدثها في النفس و الأحزان ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية La partie effective du patrimoine morale ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، أو يكون قد لحق أمورا أخرى ذات طبيعة غير مالية، كالعقيدة الدينية<sup>5</sup> أو الأفكار الخلقية، وبعبارة أخرى يحتوي الضرر المعنوي على عدة أصناف، منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية، وتمس الشخص في شرفه، في سمعته، ومنها ما يتعلق بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، وتمس الشخص في عاطفته، ومنها ما يتعلق بالمعتقدات الدينية والأخلاقية، ومنها ما تصيب الشخص جسمانيا من دون أن تنقص من قدرته في العمل كالآلام والجروح... الخ<sup>6</sup>.

و قد يقتصر الضرر الأدبي على المصاب نفسه وقد يمتد إلى غيره من أقاربه وذويه، وهو في الحالة الأولى يكون مرتبط بالإصابة الجسدية ذاتها، فالإصابة الجسدية تؤدي دائما إلى مثل هذا الضرر الأدبي، وهو بذلك لا

<sup>1</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.80-81.

<sup>2</sup> عمار عوايدي: المرجع السابق، ص.207.

<sup>3</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.162.

<sup>4</sup> طارق عبد العزيز العبيدي: الضرر الأدبي وكيفية إثباته في المسؤولية التصيرية (دراسة في القانون العراقي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 1، الإصدار 2، سنة 2012، العراق، ص.148.

<sup>5</sup> كمن يتسبب بخطئه في منع جماعة دينية من الصلاة في المسجد كما إذا قطع المياه عنه، أو المساس بأحد معتقداته الدينية. عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.162.

<sup>6</sup> علي فيلالي: المرجع السابق، ص.289.

يقوم إلا بقيام الإصابة الجسدية. أما في الحالة الثانية التي يلحق بغير المصاب كما في حالة الوفاة، فيكون له استقلال عن الضرر الجسدي الذي يلحق المصاب وحده<sup>1</sup>. وغالبا ما يكون الضرر المعنوي مترتب على الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث أن النشر الأدبي يتضمن مساسا بحق الإنسان في صيانة أسرار حياته الخاصة يشكل ضررا أدبيا<sup>2</sup>.

**وفي المجال الطبي** يعتبر الضرر الأدبي لمجرد المساس بسلامة جسم المريض، أو إصابته أو عجزه نتيجة لخطأ الطبيب أو المستشفى، ويتمثل أيضا في الآلام الجسدية والنفسية والحسرة والشعور باليأس والإحباط التي قد يتعرض لها، كما يظهر فيما قد ينشأ للمريض من تشوهات أو عجز في أعضاء جسمه أو بعضها<sup>3</sup>. وكذلك ضرر الحرمان من مباحج الحياة المترتب على عدم قدرة المضرور على أن يعيش حياة عادية مثل غيره من الناس، سواء ما تعلق بقدرته على أداء حاجاته اليومية العادية من أكل وشرب وممارسة رياضة أو هواية وغيرها من الممارسات اليومية العادية<sup>4</sup>.

وكذلك الأمر، إذا لم يقم الطبيب بإخبار المريض بالمخاطر المحتمل تحققها من وراء التدخل العلاجي المقترح، فإن هناك ضررا أدبيا يلحق بالمريض، بجانب الخطأ المادي، يتمثل في منعه من التفكير واتخاذ القرار السليم بشأن العلاج المقترح من قبل الطبيب<sup>5</sup>، كأن يعتدي الطبيب على حق الوالدين في اختيار إجهاض الجنين المشوه، بسبب خطئه في تشخيص الجنين، وبالتالي يرتب خطأ الطبيب آلام معنوية<sup>6</sup>.

كما يظهر الضرر الأدبي أيضا في المساس بحق المريض من خلال الحصول على رضائه بالعمل المقترح، وغياب الإخبار والتقصير في احترام هذا الجانب للإنسان، يشكل ضررا معنويا للمريض يستطیع المطالبة بالتعويض عنه<sup>7</sup>. ولعل من أهم الأضرار المعنوية التي نجدها في المجال الطبي هي الأضرار الناتجة عن إذاعة أسرار المريض مما يؤدي السمعة نتيجة سماع الغير بمرض المريض<sup>8</sup>.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الفقه يقسم الضرر المعنوي إلى أربعة أقسام:

<sup>1</sup> قمرأوي عز الدين: المرجع السابق، ص.54.  
<sup>2</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.81.  
<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.81. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.374. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.  
<sup>4</sup> عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.172.  
<sup>5</sup> محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص.185.  
<sup>6</sup> أسامة أبو الحسن محمد مجاهد: المرجع السابق، ص.220.  
<sup>7</sup> محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص.185.  
<sup>8</sup> محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص.184.

- ضرر أدبي يصيب الجسم وينتج عنه الوفاة أو الجروح والتلف فيسبب آلاما<sup>1</sup>، فالجراح وما يصاحبها من الألم وما تخلفه من تشويه في الجسم والأعضاء<sup>2</sup>، والضرر الناتج عن الحرمان من مباحج الحياة<sup>3</sup>.

- ضرر أدبي يصيب الشرف والعرض والسمعة والكرامة<sup>4</sup>، فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والاعتداء على الكرامة وغيرها مما يصيب السمعة يعتبر ضررا أدبيا ذلك أنها تؤثر على المركز الاجتماعي للشخص، كما أن هنالك حالات أخرى لا يمكن حصرها وهي متروكة لتقدير القاضي<sup>5</sup>.

- ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان، ويلحق به كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي<sup>6</sup>. ومثال عن الأضرار النفسية فقد المضروب لحاسي التذوق أو الشم<sup>7</sup>، ومن التطبيقات الهامة أيضا في هذا الصدد ما قد ينجم عن الحادث من إصابة المضروب بعجز جنسي مؤقت أو دائم. ويستوي أن يرجع ذلك إلى تلف عضوي أو صدمة نفسية ويلحق هذا الضرر المضروب شخصيا، وزوجته بالتبعية، أضف إلى ذلك تفويت الفرصة في الإنجاب<sup>8</sup>.

- ضرر أدبي ناتج عن مجرد الاعتداء على الحقوق الثابتة والحريات، فدخول ملك الغير مثلا مع معارضة هذا الأخير يعطي الحق للمالك المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي حتى ولو لم يصبه ضرر مادي. ويشمل هذا النوع من الضرر الاعتداء على الاسم واللقب<sup>9</sup>. كما أنه قد يترتب ضرر أدبي عند المساس بالحرية الشخصية وذلك مثلا عند التصنت أو المراقبة أو تصوير<sup>10</sup> أو نشر صورة شخص بدون علمه<sup>11</sup>.

وعلى العموم فإن التعاريف الفقهيّة للضرر المعنوي تتمحور حول فكرة المساس أو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو اقتصادية. وفي هذا الصدد

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

<sup>2</sup> شهرزاد بوسطلة: المرجع السابق، ص.22. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.165.

<sup>3</sup> طارق عبد العزيز العبيدي: المرجع السابق، ص.156.

<sup>4</sup> شهرزاد بوسطلة: المرجع السابق، ص.22.

<sup>5</sup> طارق عبد العزيز العبيدي: المرجع السابق، ص.157.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

<sup>7</sup> الشريف بجاوي: التعويض عن الأضرار الجسدية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية و الأساس الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص.20.

<sup>8</sup> الشريف بجاوي: المرجع السابق، ص.20.

<sup>9</sup> طارق عبد العزيز العبيدي: المرجع السابق، ص.157.

فالاسم واللقب من الحقوق المدنية اللصيقة بالشخصية ومجرد الاعتداء عليها يجيز للمتضرر حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر. وقد نصت على ذلك المادة 47 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، حيث جاء فيها أنه: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

<sup>10</sup> ولكن يجوز التعرض للحياة الخاصة إذا كان ذلك جائزا قانونا وبموافقة القاضي أو عندما تنطوي تلك الخصوصية الشخصية على أفعال مخالفة للأداب العامة. طارق عبد العزيز العبيدي: المرجع السابق، ص.158.

<sup>11</sup> حيث جاء في إحدى حيثيات القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/22 ملف رقم 575980، قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ع) ضد (ز.خ)، ما يلي: "حيث أن نشر صورة في مجلة إخبارية يستوجب الموافقة الصريحة التي لا تجسد إلا بموجب كتابة للإعتبار أن الإشهار بالصورة يشكل مساسا لحق من الحقوق الملازمة لشخصية المطعون عملا بالمادة 47 من القانون المدني يستلزم جبر الضرر الناتج عنه وفقا للمادة 124 من القانون المدني". منشور في الموقع:



نشير إلى الحكم الصادر من محكمة الجنايات في الجزائر والصادر بتاريخ 2008/04/23، والذي اشترط أنه يجب للتعويض عن الضرر المعنوي أن يتركز هذا الأخير على المشاعر والألم النفسي<sup>1</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري من اعتماده للتعويض عن الأضرار المعنوية، فقد أثير جدل كبير قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 سنة 2005<sup>2</sup>، حيث انقسم الفقه في ذلك الوقت إلى رأيين: الرأي الأول والقاتل بأن المشرع الجزائري استبعد الضرر المعنوي<sup>3</sup>. أما الرأي الثاني فقال أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي<sup>4</sup> مؤيدا بذلك أغلب الفقه<sup>5</sup> والقضاء الجزائري<sup>6</sup> والفرنسي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> حيث جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم ما يلي: "حيث أن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب قيام المحكمة بالتعويضات المدنية بتحديد الضرر ونوعه فيما إذا كان ماديا أو معنويا وذلك متى كان التعويض عن الضرر المعنوي غير قابل للتعليل لارتكازه على المشاعر والألم النفسي..." منشور في الموقع: [www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz)

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.227.

<sup>3</sup> يرى البعض من الفقه أن استبعاد المشرع الجزائري للضرر المعنوي مرده إلى النهج الاشتراكي الذي كان يتبناه المشرع الجزائري في تلك الفترة، إذ تعتبر السياسة الاشتراكية للتعويض عن الأضرار الأدبية هي إثراء بلا سبب. ويرى الفقه بأن هذا الرأي هو الغالب في الشريعة الإسلامية والذي يرى أنها ترفض التعويض عن هذا الضرر، وزادوا دعوا هذا الرأي بالمادة 131 والتي تحيل إلى المادة 182 من القانون المدني، وهي التي تقدر التعويض بمقياس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وبهذا تقتصر هذه المادة على معيار الضرر المادي وحده. ويرى هذا الفقه أيضا أن الضرر المعنوي غير مادي، ومن ثمة يستحيل تعويضه ماديا، لأنه لا يلحق بالمضروب أي نقص في ذمته المالية، لذلك يقولون بأن الضرر المادي هو الضرر المالي. وقد ركز معارضي الضرر المعنوي على الطابع غير الاقتصادي، أو غير المالي لهذا النوع من الضرر، ورفضوا التعويض عنه لأنه يستحيل محو آثاره. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، الهامش رقم 1، ص.280. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.166.

<sup>4</sup> وردوا ذلك إلى أن النصوص القانونية التي أشارت إلى الضرر المعنوي:

فقال البعض أن المشرع أشار إلى الضرر المعنوي في المادة 124 من القانون المدني والتي جاء فيه ذكر لفظ الضرر بصفة عامة وشاملة دون تحديد لطبيعته مما يجعله يشمل كلا النوعين المادي والمعنوي، خصوصا مع عدم وجود نص آخر يقيد الضرر بكونه ماديا فقط.

وقال جانب آخر من الفقه بأن الفقه والقضاء قد استمد من فرنسا التعويض عن الضرر المعنوي من عموم نص المادة 1382 الذي لم يخص التعويض عن الضرر المادي بالذكر، بل جاء عاما يشمل نوعي الضرر، ولقد أتى النص الفرنسي للمادة 124 من ق.م.ج بنفس النص المادة 1382 حرفيا، وإن كان النص العربي غير مطابق تماما للنص الفرنسي فإنه مع ذلك مفيد في عمومته عن التعويض عن الضررين.

وأشار آخرون إلى ما جاء في المادتين 47 و 48 من القانون المدني الذي نص على أن الضرر بصفة عامة وشاملة وبدون تحديد لطبيعته، مما يجعله يشمل كلا النوعين المادي والأدبي.

وأيضا ما جاء في المادة 05 فقرة 03 من قانون الأسرة التي تكلمت عن الضرر المعنوي الناتج عن الخطيئة، وما جاء كذلك في قانون العمل لسنة 1978 المعدل والمتمم في المادة الثامنة (08) منه، حيث نص على ضمان التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن الإهانة والضغط والتهديد. وأشار البعض إلى المادة 03 فقرة 03 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على قبول دعوى المسؤولية المدنية التي تهدف إلى التعويض عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية. والمادة 03 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30/10/1974 والمتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/07/1988، حيث نصت هذه المادة على إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي بسبب وفاة لكل أم أو زوج (أو أزواج) أو أولاد الضحية.

راجع كل من:

علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.167.

مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، الهامش رقم 01، ص.227.

علي فيلالتي: المرجع السابق، الهامش رقم 28، ص.291.

محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، الهامش رقم 1، ص.280.

M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p.73.

<sup>5</sup> حيث قال الفقيه سليمان مرقس في هذا الشأن بأنه: "قد انقضى الخلاف منذ زمن وأصبح الإجماع منعقدا في الفقه والقضاء على أن الضرر الأدبي يستوجب التعويض كالضرر المادي". مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.228.

<sup>6</sup> حيث قضى مجلس الدولة في القرار الصادر عنه بتاريخ 19/04/1999م، بتعويض السيدة (زعاف رقية ومن معها) عن الضرر المادي والمعنوي نتيجة حرمان هاته السيدة عن عطاء الأمومة وإلى الأبد في ريعان شبابها، إضافة إلى وفاة ابنتها مباشرة بعد الولادة.

وقد قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1976/11/6 (ملف رقم 10511) بمبلغ 5000 د.ج. كتعويض عن الأضرار التي شعرت بها الأم لفقد ابنتها البالغة من العمر 06 سنين في حادث. كما قضت محكمة جنابات العاصمة بتاريخ 1979/09/26 في حكم لها منشور بجريدة الشعب الصادرة بتاريخ 1979/11/27 بتعويض قدره 6000 د.ج. عن الضرر المادي، و 15000 عن الضرر المعنوي الذي أصابها نتيجة الاعتداء على شرف سيدة. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.169. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.228.

<sup>7</sup> لقد استقرت المجالس القضائية على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ابتداء من قرار 05 جوان 1933 الصادر من محكمة النقض الفرنسية، حيث أصبحت المجالس القضائية لا تفرق بين تعويض الضررين. الشريف بجمولي: المرجع السابق، ص.20.

وبعد تعديل المشرع للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 لسنة 2005، وبإضافته للمادة 182 مكرر بنحده قد قطع الشك وأزال اللبس وأخفى هذا الجدل، حيث جاء فيها ما يلي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة<sup>1</sup>". وبمذه الإضافة بات لا ينازع اليوم في مبدأ تعويض الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي تماما، لاسيما بعد إضافة المادة 182 مكرر السالفة الذكر<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### شروط الضرر الواجب التعويض

سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط تطبيق ركن الضرر الموجب للتعويض، وهذا بغض النظر إلى نوع الضرر حيث اتفق فقهاء القانون على وجوب أن يشكل الضرر إخلالا بحق أو بمصلحة مالية ومشروعة (البند الأول) وأن يكون الضرر محققا (البند الثاني).

#### البند الأول: أن يشكل الضرر إخلالا بحق أو بمصلحة مالية ومشروعة

قد يكون الضرر ناشئا عن الإخلال بحق أو من مجرد الإخلال بمصلحة مالية للمضرور<sup>3</sup>، فإنشأ الحق عند المساس بالسلامة الجسدية للشخص وفي حياته وعقله، ولا شك أن خطأ الطبيب الذي أصاب جسم المريض يعتبر قد مس حقا من حقوقه الأساسية في الحياة. فالتعدي على الحياة ضرر بل هو أبلغ ضرر، كما أن إتلاف عضو أو إحداث جرح أصاب الجسم أو العقل بأي أذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يكبده نفقات العلاج<sup>4</sup>.

وقد يكون الضرر إخلالا لا بحق للمضرور، ولكن بمجرد مصلحة مالية له، كمن يقتل شخص ويكون هذا الأخير رب عائلة أو يكون يعيل عائلة ما، ومن ذلك أيضا الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها فالقاضي يقدر ما ضاع على المضرور من فرصة ويقضي على هذا الأساس<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المادة 182 مكرر من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1934 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، ج.ر، عدد 44، لسنة 2005.

<sup>2</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.290-291.

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد عوض: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004، ص.439.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.233.

<sup>5</sup> نبيل إبراهيم سعد عوض: المرجع السابق، ص.440.

كما أن الإخلال بمصلحة مالية يكون عندما ينتج عن خطأ الطبيب ضرر لأحد العاملين بشركة ما ويقعده عن العمل وعن الكسب. ويفوت عليه مكافأة أو يقطع عنه راتبه، فيكون مرتكب الخطأ الطبي قد أصاب كذلك الشركة في مصلحة مالية لها<sup>1</sup>.

ومما سبق يتبين لنا أن الجانب المالي للضرر في حالة الإصابة يشمل كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، فتكون خسارة المضرور متمثلة في نفقات العلاج وشراء الأجهزة التكميلية أو التعويضية التي تساعد في القيام بمتطلبات الحياة، وكذلك في النفقات الإضافية التي يمكن أن تترتب على إصابته، كضرورة الاستعانة بأجهزة إضافية كدراجة أو سيارة في حالة الشلل وغيرها من الأمور. أما ما تعلق بالكسب الفائت بالنسبة للمضرور فتتمثل في كل الآثار الاقتصادية السلبية للإصابة على نشاط المضرور الحال والمستقبل في مجال عمل. ويدخل كذلك في الجانب المالي للضرر تفويت الفرصة، فصحيح أن القاعدة تقتصر على الضرر المحقق ولو كان مستقبلاً، إلا أن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب قوته<sup>2</sup>.

وقد يكون الإخلال بمصلحة مالية عند الاعتداء على الملكية، كأن يقوم شخص بإتلاف نباتات معدلة وراثياً أو مواد غذائية أو أدوية معدلة جينية ومصنوعة خصيصاً لمعالجة المريض، فينتج عن هذا الإتلاف الخسارة المالية الناتجة عن إعادة شرائه لهذه المواد والأدوية.

ويجب أن تكون المصلحة شخصية تخص الشخص في شخصه أو في ماله، فالتعويض لا يكون إلا عن الضرر الذي يلحق بالمضرور، والحق في التعويض لا يثبت إلا للمضرور أو نائبه أو خلفه، فلا يمكن للشخص المطالبة بالتعويض عن ضرر لم يصبه<sup>3</sup>.

ونشير في هذا الصدد أن الضرر قد يصيب الغير، وهو ما يسمّى بالضرر المرتد أو الغير مباشر، فإذا كان الضرر الذي أصاب الميت نفسه فقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر، فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته، وعن طريق هذا الضرر أصيب أولاً عائلة المقتول بحرماتهم من العائلة، وقد يصيب حتى الغير كدائن المصاب، فالإخلال بهذا الحق يعتر ضرراً بالتبعية، مثل دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصي، وقد قُتل المدين، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل، بشرط أن المدين لا يستطيع الحصول على حقه إلا بتدخل هذا المدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 233.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 607-608.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور: مبادئ القانون، المرجع السابق، ص. 226.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنيهوري: المرجع السابق، ص. 856-857.

حيث أن الدائن تربطه بالمتوفي (المدين) مصلحة اقتصادية<sup>1</sup>، ويشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة يحميها القانون.<sup>2</sup>

أما عن مشروعية المصلحة المالية المطالب بها، فيقول عنها الأستاذ السنهوري ما يلي: "إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بها ضرر يستوجب التعويض، فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة فيما بينهما غير مشروعة. أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك، لأن العلاقة فيما بينهم، وإن كانت نشأت عن علاقة غير مشروعة، فهي في ذاتها مشروعة"<sup>3</sup>.

ونقول في الأخير أنه يجب أن يكون محل الضرر مصلحة مشروعة، فإذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومخالفة للقانون حتى لا يصبح القاضي وهو يصدر حكما بتعويض الضرر غير المشروع ممارسا لعمل يضيء الحماية والمشروعية على محل غير مشروع ومخالف للقانون والأخلاق، كما أنه يصعب على القاضي تقدير التعويض الجابر للضرر الغير مشروع حيث أنه ضرر غير متقوم وغير محدد لأنه لم يجرى تعامل شرعي وإن جاز تقديره فسيكون بعيدا عن المماثلة.

ويبدو عدم مشروعية المحل ذلك في حالة قيام إحدى الشركات التي تجري أبحاثا على نباتات محورة وراثيا بمخالفات الاشتراطات التي يتطلبها القانون و بدون ترخيص، ثم يقوم شخص ما بإتلاف هذه المحاصيل أو النباتات المحورة وراثيا. فهنا لا يجوز إلزام الأهالي بتعويض الضرر الذي يرد على محل غير مشروع.

كما أن قيام مؤسسة طبية من إنتاج أعضاء بشرية باستخدام تقنية الهندسة الوراثية بمخالفة النصوص القانونية، فهذا يجعل مصلحة الشركة في حماية منتجاتها غير مشروعة ولا يجوز حمايتها في حالة ما إذا تم إتلاف أو مصادرة هذه المنتجات<sup>4</sup>.

### البند الثاني: أن يكون الضرر محققا

لا يمكن للمضرور أن يطالب بالتعويض إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققا، ويكون الضرر محققا، إذا كان بطبيعة الحال قد حصل فعلا وتجددت آثاره على الواقع<sup>5</sup>. ومثال ذلك؛ أن يكون الضرر قد حصل بالفعل، كأن مات المصاب أو احترق منزله، أو تلفت السيارة<sup>6</sup>. وفي هذه الحالة لا يشير تقدير التعويض عن هذا الضرر أي

<sup>1</sup> محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.619.

<sup>2</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.188.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.858.

<sup>4</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.91-92.

<sup>5</sup> علي فيلالتي: المرجع السابق، ص.293-294.

<sup>6</sup> عبد الله مبروك محمد النجار: المرجع السابق، ص.251.

صعوبة، فيقدر القاضي التعويض عنه على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، مع مراعاة ما سوف يترتب على هذا الضرر من نتائج في المستقبل، سواء كانت مادية أو أدبية، بحيث يؤخذ في الاعتبار حرمان المتضرر في المستقبل من بعض المزايا بسبب هذا الضرر<sup>1</sup>، وقد يعوض القاضي عن الضرر المستقبلي بعد أن يتأكد من وقوعه حتما عاجلا أم آجلا وإن تراخت آثاره وتأخرت كلها أو بعضها<sup>2</sup>، طالما كان وقوع هذا الضرر مستقبلا أمرا محققا وأكيدا، ويكون تقديره من قبل القاضي أمرا يسيرا حيث تكون معالمه واضحة<sup>3</sup>.

ونعني بالضرر المستقبل أنه ذلك الضرر الذي سوف يقع بعد وقوع الفعل الضار أي تحقق سببه عند وقوع الفعل الضار ولكن آثاره لم تتحقق إلا بعد ذلك سواء كلها أبعضا<sup>4</sup>. ونشير في هذا الشأن أن المادة 131 من القانون المدني الجزائري تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه، وهذا إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم من تحديد مقدار التعويض بصفة نهائية<sup>5</sup>. ومثال ذلك عامل أصيب في فعل ضار بعاهة مستديمة أعجزته عن العمل، فيجب أن يعرض عما سوف يترتب على هذه العاهة من حرمانه مما كان سوف يكتسبه من عمله مستقبلا، فالعاهة محققة، وهي السبب، والآثار التي لم تتحقق بعد مؤكدة الوقوع في المستقبل فيعوض عنها باعتبارها ضرا مستقبلا محقق الوقوع<sup>6</sup>.

وفي المجال الطبي يكون الضرر المستقبل في حالة تعرض جسم المريض للأشعة وينتج عنها حروق والتي تبدو في أول وهلة هي خفيفة، ولكن سرعان ما يترتب عنها ضرر جسيم في المستقبل<sup>7</sup>. وكذلك المريض الذي أصيب بأضرار جسدية، ولم يتمكن الأطباء من الجزم ما إذا كانت الساق ستبتتر، فإن لهذا المريض المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحالية والمستقبلية، إذا كان احتمال بتر الساق وارد لا محالة<sup>8</sup>. ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وأن لا يكون افتراضيا أو احتماليا<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص. 179-180.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 233.

<sup>3</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص. 294.

<sup>4</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص. 184.

<sup>5</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص. 294.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص. 859. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص. 184.

<sup>7</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 234.

<sup>8</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 274.

<sup>9</sup> قراري المحكمة العليا: الأول صادر بتاريخ 1985/11/27 ملف رقم 41783، مجلة القضاة، العدد 01، 1990، الجزائر، ص. 43. والقرار الثاني الصادر بتاريخ 1989/02/28 ملف رقم 58012، مجلة القضاة، العدد 02، 1992، الجزائر، ص. 14.

ومما تجدر الإشارة أنه يجب التمييز بين الضرر المستقبلي والضرر المحتمل وتفويت الفرصة، فالضرر المستقبلي كما سبق ذكره أعلاه هو ذلك الضرر الذي سيقع حتما وبصفة أكيدة مما يقضي تعويضه ولو بصفة مؤقتة، بينما الضرر الاحتمالي هو ضرر لم يتحقق بعد وتوقع وقوعه في المستقبل غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه.

أما عن تفويت الفرصة<sup>1</sup> فيجب التعويض عن ضياع الفرصة في حد ذاتها، فإن كانت النتائج التي تترتب عن ضياع الفرصة الضائعة محتملة، فإن ضياع الفرصة في حد ذاتها أمر محقق، مما يستوجب التعويض عن ضياع الفرصة لا عن نتائجها لكون هذه الأخيرة هي أمر احتمالي<sup>2</sup>. والتعويض عن تفويت الفرصة يعني تعويض المضرور عن ضرر غير مؤكد في وجوده ومداه، ولكنه راجع إلى خطأ المدين<sup>3</sup>. ومن مقتضى ذلك عند تقصير المحامي في رفع استئناف عن الحكم الابتدائي حتى يسقط ميعاد استئنافه، أو أن يتسبب حادث في منع طالب من الدخول في امتحان أو في مسابقة، أو أن يفوت حادث قتل خطيب فرصة الزواج على خطيبته لا سيما وأن الزواج كان قريبا<sup>4</sup>، أو عند تفويت فرصة الزواج<sup>5</sup>.

أما في نطاق المسؤولية الطبية فإنه يكفي للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أن هذا الأخير قد ضيع على المريض فرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، حيث لا يهم بعد ذلك أن تتأكد المحكمة من الخطأ الذي ارتكبه الطبيب هو السبب، بل يكفي أن يكون هناك شك في وجود السببية يحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية إلى نطاق السببية الاحتمالية<sup>6</sup>.

وقد كان القضاء في فرنسا في أول الأمر اتخذ موقفا مانعا لكل تعويض عن الفرصة الضائعة<sup>7</sup>، ولكنه منذ عام 1965م قرر القضاء الفرنسي وبشكل ثابت مستقر بأن الطبيب الذي يسبب بخطئه تفويت فرصة الشفاء على مريضه يؤدي إلى قيام مسؤوليته، غير أن الالتزام بالتعويض يبقى جزئيا مقارنة بالضرر النهائي الذي أصاب المريض وهو الإعاقة أو الوفاة<sup>8</sup>. ثم صدر القرار المشهور بقرار Perruche والصادر بتاريخ 2000/11/17م<sup>9</sup> والذي

<sup>1</sup> لقد أطلق الفقه الإسلامي على تفويت الفرصة مصطلح "تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها" حيث يعرفها بأنها "التسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له تأكد حصولها". مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص.235.

<sup>2</sup> علي فيلالتي: المرجع السابق، ص.294-295.

<sup>3</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص.377.

<sup>4</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.185.

<sup>5</sup> تكون تفويت فرصة الزواج في عدة صور، فقد يفوت الزوج المطلق الذي طلق زوجته قبل البناء عن زوجته فرصة زواج من آخر يمكن أن يكون أفضل من الأول، ناهيك لما يبعثه الطلاق من شكوك حول المرأة وأخلاقها، وقد يكون تفويت الفرصة بتماطل الزوج عن إتمام الزواج بالدخول بعد مضي زمن طويل على إبرام الزواج. وتضيف كذلك أنه قد يكون تفويت فرصة الزواج نتيجة فسخ خطبة شخص من فتاة بعد مرور مدة زمنية طويلة من الخطوبة. العربي بلحاج: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ب، ط، د.م.ج، الجزائر، 2014، ص.98.

<sup>6</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص.377-378.

<sup>7</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.276.

<sup>8</sup> عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.180.

<sup>9</sup> C.C. Assemblée plénière, Arrête Perruche, 17/11/2000, Abdelkader Khadir : op.cit, p.134-136.

قضى بتعويض أبوين نتيجة الضرر المعنوي الذي أصابهما بسبب ولادة طفل مشوه، وتعويض الطفل المولود نتيجة تشوّهه وتفويت فرصة العيش بدون إعاقة، وكان هذا بسبب تأكيد أطباء التشخيص على سلامة الجنين<sup>1</sup>.

أما عن موقف القضاء والقانون الجزائري فيرى بخصوصه الأستاذ "مراد بن صغير" بأنه قد أخذ بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة، متى كانت الفرصة حقيقية وجديّة - وإن لم يشر إلى تفويت الفرصة بشكل صريح - إذ لم يذكر مصطلح تفويت فرصة، ويشير كذلك أن القانون الجزائري لا يوجد فيه مانع يمنع القاضي من أن يحسب في عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه وقوع فعل ضار غير مشروع، كما أنه لا رقابة للمحكمة العليا على تقدير قاضي الموضوع للضرر المترتب على تفويت الفرصة<sup>2</sup>.

وبعد ما قمنا بدرسنا أحكام الضرر الواجب التعويض ننتقل في المطلب الموالي إلى البحث عن التطبيقات العملية للأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية سواء كان ذلك في مجال الإثبات أو في المجال الطبي والعلمي.

### المطلب الثاني

#### التطبيقات العملية لأضرار الهندسة الوراثية

بتنوع استخدامات تقنية الهندسة الوراثية، وبتنوع مجالات الاستفادة منها، تتعدد وتنوع صور وأشكال الأضرار الناتجة عن هذه التقنية، فبالرغم من محاسن الهندسة الوراثية واستفادة الإنسان منها إلا أنها قد تنطوي على مخاطر قد تسبب أضراراً على الإنسان سواء ما تم العمل بها في مجال الإثبات (الفرع الأول) أو تم العمل بها في المجال الطبي والعلمي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أضرار استخدام الهندسة الوراثية في الإثبات

في الحقيقة إن الإثبات بتقنية الهندسة الوراثية عن طريق تحليل البصمة الوراثية أو ما يعرف بالتحليل الجيني يشير عدة أضرار، حيث تتعلق هذه الأخيرة بالحقوق الشخصية للإنسان وبالأخص الأضرار التي يثيرها المساس بالحق في الخصوصية الجينية (البند الأول) والحق في السلامة الجسدية (البند الثاني).

1 للتعرف على العرض المفصل لهذه القضية، راجع، أسامة أبو الحسن محمد مجاهد: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، ب.ط، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص.31 وما بعدها.

2 مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.241.

## البند الأول: المساس بالحق في الخصوصية الجينية

لكل إنسان خصوصياته التي يجب أن ينفرد معها إلى نفسه، وهو مطمئن إلى خلوته، مطمئن إلى أن أحدا لن يقطع عليه تلك الخلوة، أو يقدم على خصوصياته، ومن هنا فإن استراق السمع والتصنت على الأحاديث الخاصة وتسجيلها يعتبر اعتداء صارخ على الحياة الخاصة. وإذا كانت البصمة الوراثية في الوقت الحاضر توفر إمكانيات غير معهودة على التعرف على هوية الأشخاص في شتى المجالات، إلا إنها تحمل بين ثناياها مخاطر جمة من الانحراف في استخدام المعلومات الجينية قد تؤثر بلا شك على حرية الأفراد وحرمة حياتهم الخاصة، بحيث قد يساء استعمال هذه المعلومات وقد تستخدم في غير الغرض المخصص له من قبل<sup>1</sup> مما قد يحدث ضررا كبيرا وخاصة من الناحية المعنوية للأفراد. ولذلك نتساءل ما المقصود بالخصوصية الجينية؟ وإلى أي مدى يمكن أن نعتبر اختبار البصمة الوراثية تدخلا في الخصوصية الجينية؟

## أولا- مدلول الحق في الخصوصية الجينية

يجب أن نشير قبل التطرق إلى مدلول الحق في الخصوصية الجينية<sup>2</sup>، أن نبين مكانة هذا الحق بين الحقوق الفردية التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة. ولهذا فقد اختلف الفقه في تحديد مدلول الحق في الحياة الخاصة اختلافاً كبيراً، وسبب هذا الخلاف هو تعذر تحديد ما الذي يدخل في نطاق الحياة الخاصة للفرد، وما الذي يخرج عن هذا النطاق.

وقد اختلف تحديد مدلول الحياة الخاصة باختلاف فروع القانون المختلفة، فتحديد الحياة الخاصة في نظر قانون العقوبات يختلف عن غيره من القوانين؛ وتفسير ذلك أن مبدأ المشروعية الذي يسود قانون العقوبات يحول دون إطلاق تعبيرات تتسم بالمرونة وعدم التحديد، بخلاف القوانين غير العقابية التي تهتم بفكرة الضرر كأساس للتعويض عن الفعل غير المشروع، دون أن تهتم بتفاصيل هذا الفعل أو نطاقه. وقد ترتب على هذه المفارقة بين نوعي القوانين وتعذر فكرة الحياة الخاصة على التحديد، أن جرمت التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والألماني الاعتداء عليها إذا استخدمت في ارتكابه وسائل معينة سمعية أو بصرية، فالتجريم في هذه الحالة يستند إلى ظروف

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص. 883-884.

<sup>2</sup> لم يرد في المعاجم اللغوية العربية تعريف لمصطلح الخصوصية الجينية، أو لأي لفظ مقابل أو مشابه له، ورغم ذلك يمكن من خلال بيان معنى كل من الخصوصية والجينية على حدة التوصل إلى وضع تعريف لهذا المصطلح:

- فمصطلح الخصوصية: في اللغة مأخوذ من الفعل خصص بالفتح والتشديد، فيقال: خصّه بالشيء خصوصا وخصوصية بضم الخاء في هذه الأخيرة، واختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد واختصه بالشيء، أفرد به غيره، والخصوص هي تخصه بنفسه وخاصة الشيء هو ما يختص به دون غير.

- أما مصطلح الجينية: فهو نسبة إلى الجين وهو الوحدة الوراثية المتواجدة داخل الحلقات الحلزونية في الحمض النووي.  
- ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن الحق في الخصوصية الجينية في اللغة هو حق الشخص في الإنفراد في معلوماته الوراثية واقتصارها عليه دون غيره. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 407.



أحاطت بالفعل، ولا يستند إلى تحديد موضوع الحق ذاته. أما الحق في الخصوصية الجينية فهو يتسم بأن له طبيعة موضوعية وشخصية في ذات الوقت<sup>1</sup>. ولتبيان ذلك سنقوم بتعريف الحق في الخصوصية الجينية.

ولقد عرّف الفقه في فرنسا الحق في الخصوصية الجينية بأنه: " الاعتراف الشرعي بأن كل شخص إنساني له الحق في ممارسة اختيارات بالنسبة للمعلومة الفردية ذات الطابع الوراثي الأكثر خصوصية أو تفرداً"<sup>2</sup>. وعرّفه بعض الفقه في أمريكا بأنه: "حق المرء في أن يقرر لنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، وحقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه"<sup>3</sup>.

ومن التعريفين السابق ذكرهما يتبين لنا عنصري الحق في الخصوصية الجينية؛ فيظهر العنصر الشخصي في إرادة الفرد في أن يقرر ما إذا كان للغير أن يطلع على معلوماته، ولذلك فإنه إذا قام الفرد بإزالة الخصوصية عنها بإرادته، وقام بإذاعته بنفسه، فلا يمكن له هنا أن يتمسك بالحق في الخصوصية. أما العنصر الموضوعي فقوامه أن تكون المعلومات محل الحق تتصف بكونها "جينية"، وهو أمر موضوعي لا دخل لإرادة الفرد فيه، ويرجع في تحديد هذه الصفة إلى علم الهندسة الوراثية<sup>4</sup>.

### ثانياً- البصمة الوراثية والتدخل في الحق في الخصوصية الجينية

لا شك أن اختبارات البصمة الوراثية فيها مساس كبير بالحق في الخصوصية، إذ أنها تتضمن الكشف عن بيانات شخصية في غاية الدقة والسرية، بل وقد تخفي على صاحبها نفسه، مثل القابلية للإصابة بالأمراض الخطيرة كالسرطان أو الزهايمر، أو تصلب الشرايين وغيرها من الأمراض، وإذا كان من حق الإنسان أن يخفي عن الآخرين ما قد يكون بحوزته من أشياء مادية، فكيف يتسنى الدخول إلى أعماق تكوينه الحيوي والكشف عن سماته الوراثية بغير إرادته الحرة، استحابة لتحريات جنائية أو مدنية أو اختبارات وظيفية<sup>5</sup>.

وبما أن البصمة الوراثية ترتبط على نحو وثيق بالجانب الشخصي للفرد وتتسم بالحساسية، وهي لذلك تحتاج إلى أعلى درجات الحماية لضمان عدم استخدامها للإضرار بالشخص صاحبها. وإذا لم يتم كفالة حماية

<sup>1</sup> أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى ندوة التطلعات الأخلاقية لتطبيقات علوم الوراثة البشرية في العالم العربي المنعقدة ضمن المؤتمر العربي الثاني لعلوم الوراثة البشرية من 20 إلى 22 نوفمبر 2007، المركز العربي للدراسات الجينية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص.45.

<sup>2</sup> Loic cadiet : La notion d'information génétique en Droit Français, No. p.61.

أشار إليه، عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.410.

<sup>3</sup> Protection genetic issues in mental retardation, A report on the Arc's Human Genome Education Project ; Vol, No 1, June 1997, p.01.

أشار إليه، عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.410.

<sup>4</sup> أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ماي 2002، ص.1114.

<sup>5</sup> ماجد راغب الحلو: الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان بين القانون والقرآن، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ماي 2002، ص.1346.

الخصوصية الجينية فإن كثيرا من الأفراد سيخشون من استغلال هذه المعلومات ضدّهم وضدّ أسرهم، وفي هذه الحالة قد يرون أن المنفعة المحتملة الناتجة من إجراء اختبار البصمة الوراثية قد لا تساوي الخطر الناجم من إجرائه، وعندئذ سيقررون عدم إجراء مثل هذا الاختبار، وإذا أحجم الناس عن عدم إجراء تحليل البصمة الوراثية فإن هذا سيحرّمهم من فوائده سواء من الناحية الطبية أو من الناحية القضائية - حيث تعدّ أهم وسيلة علمية للإثبات الجنائي-، ولهذا فإذا توافرت الثقة في إجراءات الرقابة على المعلومات الجينية، فإن هذا سيؤدي إلى تسهيل الاستخدام المشروع للتحليل الجيني لكافة الأغراض ذات القيمة الاجتماعية<sup>1</sup>.

وفي هذا الشأن، قد حظي الحق في الحياة الخاصة بصفة عامة بحماية دستورية تضمنتها المادة 39 من دستور الجزائر لسنة 1996م والتي تنص على أنه: " لا يجوز انتهاك حرمة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، وبمجملها القانون"<sup>2</sup>. كما حمى المشرع الجزائري هذا الحق في القانون المدني وذلك في المادة 47 منه حيث نص على أن: "كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"<sup>3</sup>.

كما اشترط المشرع الجزائري في المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992م<sup>4</sup>، في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسّر المهني<sup>5</sup> المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك<sup>6</sup>.

وأضافت المادة 99 من ذات المرسوم على أنه " يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه فيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتفم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته<sup>7</sup>. وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد ساير القوانين التي تجيز عمليات تحليل البصمة الوراثية والحفاظ على سرية الخصوصية الجينية.

<sup>1</sup> أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، المرجع السابق، ص.114-115.

<sup>2</sup> دستور الجزائر الصادر في 7 ديسمبر سنة 1996.

<sup>3</sup> المادة 47 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

<sup>4</sup> المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>5</sup> عرفت المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب السر المهني بأنه: كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أداء مهامه.

<sup>6</sup> لا يكون إفشاء السر المهني إلا في الحالات التي سمح بها القانون والتي يمكن حصرها في حالتين اثنتين: الأولى تتمثل في تحقيق مصلحة خاصة للأشخاص ونذكر منها إفشاء السر برضا المريض، وإفشاء السر عند دفاع الطبيب عن نفسه أمام المحكمة. أما الحالة الثانية فتتمثل في تحقيق مصلحة عامة ونذكر منها حالة التبليغ عن الأمراض المعدية والتبليغ عن الجرائم التي علم بها الطبيب أثناء ممارسة مهامه لمهنته أو بسببها، والتبليغ عن المواليد والوفيات، وحالة تحقيق حسن سير العدالة. لمزيد من الشرح أنظر، مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.233.

<sup>7</sup> أنظر، المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

وتنبه كذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م لهذا الموضوع وأولاه أهمية خاصة، إذ نص في المادة 12 منه على الآتي: " لا يجوز تعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملاته على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"<sup>1</sup>. كما أقر كذلك الإعلان العالمي لحقوق الجينوم البشري، الصادر عن منظمة اليونسكو عام 1997م الحق في الخصوصية الجينية، ونص على ذلك صراحة في المادة الثانية (02) منه والتي جاء فيها بأن: " كل فرد له الحق في احترام كرامته وحقوقه، مهما كانت خصائصه الوراثية..."<sup>2</sup>.

وقد منح المشرع الفرنسي في المادة 16 فقرة 02 من القانون المدني الصادر سنة 1994م<sup>3</sup> للقاضي الحق في إمكانية اتخاذ الوسائل والإجراءات القادرة على وقف أو منع الاعتداء غير المشروع على جسم الإنسان، أو أية تصرفات غير مشروعة قد تقع على عناصره أو مواده ومنتجاته. وفي المادة 16 فقرة 8 من ذات القانون<sup>4</sup> نص المشرع على عدم السماح بإفشاء معلومات من شأنها أن تقود إلى التعرف على منح عنصرا أو مادة من جسمه، أو على الذي تلقى العنصر أو المادة. وعاقب المشرع الفرنسي كل من يعتدي على الخصوصية الجينية بدون رضا الشخص وبدون غرض طبي بغرامة تبلغ قيمتها 100 ألف فرك فرنسي وسنة سجن، وذلك بموجب المادة 26 فقرة 25 من قانون العقوبات لسنة 1994م<sup>5</sup>.

وعلى الرغم من ثبوت حق الأفراد في الخصوصية الجينية وإضفاء الحماية عليها، إلا أنه لا يعني بالضرورة أنه حق مطلق، لا يجوز التنازل عنه بحال من الأحوال، إذ القول بذلك فيه إعلاء لقيمة الفرد على الجماعة<sup>6</sup> وتقديم مصلحة خاصة على مصلحة عامة، ومن ثم قد ينتج عن هذا التفضيل ضرا على المجتمع. فالمبالغة في الخصوصية الجينية قد تؤدي إلى إفلات الجناة في جرائم الاعتداء على العرض وجرائم الاعتداء على الأطفال وعدم كشفهم، وهو ما يؤدي إلى إمكان اختلاطهم بأفراد المجتمع ومعاودة ارتكاب جرائمهم، كما أن قائد الطائرة الذي يعاني من خلل جيني يؤدي إلى إصابته بنوبات صرعية قد يهدد سلامة الأشخاص والأموال إن فاجأته النوبة أثناء قيادته الطائرة. وكذلك الشأن إذا أقدم رجل على الزواج من امرأة تعاني من خلل جيني بحيث يكون من المؤكد

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص. 891-892.

<sup>2</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص. 409.

<sup>3</sup> " Le juge peut prescrire toutes mesures propres des éléments ou des produits de celui-ci " .

Voir, Article.16-2 du la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 .

<sup>4</sup> " Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée..." Voir, Article.16- 8 2 du la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 .

<sup>5</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص. 409-410.

<sup>6</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص. 895.

إصابة أولادها بتشوهات، في هذه الحالات فإن القول بترجيح الحق في الخصوصية قد يتعارض مع حقوق ومصالح قد تفوقه أهمية<sup>1</sup>.

ولأجل تجنب ذلك وتحقيق توازن بين هذين الحقين والتوفيق بين المصلحتين<sup>2</sup>، أقر المشرع - كأصل عام - للأفراد الحق في الحماية الخاصة المتعلقة بمعلوماته الجينية من ناحية، وأجاز - استثناء - المساس بالحق في الخصوصية الجينية من ناحية أخرى<sup>3</sup> سواء تعلق الأمر بالإثبات المدني أو الجنائي، ولكن بتوفر جملة من الشروط نصّ عليها المشرع الفرنسي وهي:

1- صدور أمر من القضاء: أجاز المشرع الفرنسي المساس بالحق في الخصوصية الجينية بموجب أمر من القضاء أو سلطات التحقيق بالكشف عن المعلومات الجينية، سواء كان متعلقا بدعوى مدنية أم جنائية، غير أنه في الدعاوى المدنية لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، على عكس الدعوى الجنائية<sup>4</sup> التي استبعدت الحصول على رضا صاحب أو ذوي الشأن<sup>5</sup>.

2- توافر الرضا الحر المستنير لذوي الشأن مقدما: لقد نصت المادة 16 فقرة 10 من القانون المدني الفرنسي السابق الذكر على أنه: " يجب الحصول على موافقة مسبقة للشخص الخاضع للفحص قبل أي دراسة وراثية لصفاته"<sup>6</sup>. ولا يكفي صدور الموافقة على أخض العينه فقط، بل يجب أن يتم الموافقة على تحليلها، ويجب كذلك أن يصدر الرضا كتابة من الشخص المعني (صاحب العينه) وموقعا منه أو ممن يمثله قانونا<sup>7</sup>، أو من أصحاب السلطة العائلية أو من الوصي في الحالات المنصوص عليها في قانون الصحة العامة<sup>8</sup>.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فإن النصوص القانونية المتعلقة بالتحليل الجيني معدومة إلا فيما ورد في قانون الأسرة الجديد في نص المادة 40 والتي نصت على أنه: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ومن هذه الطرق طبعا التحليل الجيني - البصمة الوراثية - ومن ثم يظهر لنا أن المشرع الجزائري عند

<sup>1</sup> أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.47.

<sup>2</sup> لأجل تحقيق التوازن بين هذين الحقين يقول الإمام عز الدين عبد السلام أنه إذا اجتمعت المفاسد المحضة فإن أمكن درؤها درأنا وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد والأرذل فالأرذل. عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص.98-99.

<sup>3</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.896.

<sup>4</sup> ربما من بين أهم الأسئلة التي يمكن أن تثار في هذا الصدد هي، ما هي المبررات القانونية لإجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أنه صحيح أن مبدأ عدم إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه يعد من المبادئ القانونية الثابتة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء فيما يتعلق بتحقيق العدالة الجنائية، فضروريات الوصول إلى الحقيقة وكفالة حق الدولة في العقاب تبرر خضوع المتهم لقدر من المساس بحريته وحرمة الجينية، إذا أخذنا بعين الاعتبار الضرر الذي سببه الجاني عند ارتكابه للجريمة. نور الهدى زغبب: المرجع السابق، ص.144.

<sup>5</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.421-422.

<sup>6</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.896.

<sup>7</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.424.

<sup>8</sup> يتور هنا التساؤل عن كيفية إجراء التحليل بعد وفاة الشخص (على الجثة)، فكيف يصدر الرضا في هذه الحالة؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أن المشرع الفرنسي لم ينص على هذه الحالة، ويبدو أن محكمة النقض - أمام هذا الفراغ التشريعي - بتاريخ 1975/04/22م قد سمحت بسحب بعض كميات دم من الجثة. إلا أنه لم ينتهي الخلاف حول هذه المسألة وما زال قائما، خاصة إذا تعارضت رغبات الأقارب، أو تعارضت مصالحهم حول إجراء هذا الفحص من عدمه، وإذا استبعدنا المصالح، فيجب أن نحدد أي من بين الأقارب من حقه إعطاء هذه الموافقة، وما هو ترتيبهم في هذا الشأن؟ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، الهامش رقم 2331، ص.897.

استعماله للفظ "يجوز" فهو بذلك أعطى للقاضي السلطة التقديرية إلى إمكانية اعتماده للتحليل الجيني في الإثبات المدني.

كما أشار المشرع الجزائري في المادة 212 من ق.إ.ج<sup>1</sup> السابق ذكرها على جواز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، وبالتالي أعطى المشرع كذلك للقاضي الناظر في مسائل الإثبات المتعلقة بالجرائم السلطة التقديرية للجوء إلى وسيلة التحليل الجيني.

و قد ينتج كذلك أضرار أخرى عن استخدام الإثبات البصمة الوراثية في الإثبات بالإضافة إلى إفشاء المعلومات الجينية، إذ قد يساء تفسير الفحص الجيني من البعض الذين قد لا يحسنون فهم الجينات ولا تفسير نتائج اختبارات<sup>2</sup> أو قيام الطبيب بالغش وتغيير نتائج هذا الفحص مما يؤدي إلى إفلات المجرمين من العقاب، وعدم إلحاق الأبناء لأبائهم وأمهاتهم، وقد يترك مجرم آثار دموية لشخص بريء في موقع الجريمة قصد إيقاع بهذا الأخير.

ولأجل تجنب وقوع مثل هذه الأضرار فرض الفقه الإسلامي وبعض التشريعات المقارنة ضوابط معينة للعمل بتقنية الهندسة الوراثية في الإثبات والتي تتلخص فيما يلي:

أن يجرى التحليل في مختبرين على الأقل معترف بهما على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر ويفضل أن تكون تابعة للدولة، وأن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء فك الشفرة الوراثية ممن يوثق بهم علما وخلقا وألا يكون أي منهم ذا صلة بأحد المتداعي<sup>3</sup>، وأن يحاط استعمال البصمة الوراثية بمنتهى الحيط والحذر، بالإضافة إلى تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها، وأن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث في حقل مختبرات البصمة الوراثية<sup>4</sup>، ولا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة<sup>5</sup>. وأن يلتزم الطبيب بمراجعة كافة المعايير العلمية والضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية والقيم الدينية والاجتماعية، التي تضعها السلطات المختصة لإجراء مثل هذه التجارب والاختبارات والفحوصات الطبية على الإنسان، أضف إلى ذلك يجب حماية المعلومات الوراثية باعتبارها حقا من حقوق الشخصية وهي حماية شرعية وقانونية من خلال

<sup>1</sup> أنظر، المادة 212 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

<sup>2</sup> أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.47.

<sup>3</sup> طه حسن: المرجع السابق، ص.21.

<sup>4</sup> القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في الدورة السادسة عشرة بمكة المكرمة: المرجع السابق، ص.384-385.

<sup>5</sup> بلحاج العربي: بحوث قانونية، ص.239-240.

المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة<sup>1</sup>، وعدم إفشاء السر المهني طبقا للمادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب<sup>2</sup>.

### البند الثاني: المساس بالحق في السلامة الجسدية

لاشك في أن التطور الطبي بصفة عامة، وفي مجال الجينات الوراثية بصفة خاصة قد أفضى إلى المساس بسلامة الجسم على نحو جسيم، وهذا المساس لا يكون فقط بإفشاء أسرار الآخرين، بل قد يؤثر على سلامة الجسم في ذاته<sup>3</sup>. ولما كان تحليل الاختبارات الجينية (البصمة الوراثية) تقتضي الحصول على خلية من جسم الإنسان، لأنه في ظل الوضع العلمي الحالي لا يمكن إجراء هذه الاختبارات إلا على الدم والحيوانات المنوية والشعر أو أي نسيج خلوي، وعليه فلا بد من اقتطاع جزء من الجسم حتى يمكن إجراء اختبار الحمض النووي "ADN"، مما يعتبر مساسا بالسلامة الجسدية للإنسان. ومن هذا المنطلق نثير التساؤل التالي: ما المقصود بالحق في السلامة الجسدية وإلى أي مدى يعتبر التحليل الجيني مساسا بهذا الحق؟.

### أولا- مدلول الحق في السلامة الجسدية

إن السلامة الجسدية تعد من الحقوق الجوهرية المتصلة اتصالا لازما بأصل الحقوق جميعا وهو حق الإنسان في الحياة ولا يماري أحدا في جدارة هذا الحق في الحماية بوصفه شرطا لازما لحماية حق الإنسان في سلامة جسمه وتأمينه في مزاوله دوره في الحياة بالإمكانات الجسدية والصحية التي وهبه الخالق إياها<sup>4</sup>. ونعني بهذا الحق أيضا أن لكل شخص له الحق في أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه، ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو أي تدخل طبي آخر، فلكل شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق الشخصية<sup>5</sup>.

وقد ذهب جانب من الفقه القانوني إلى اعتبار الحق في سلامة الجسم من الحريات العامة الأساسية، التي يجب أن يتمتع بها الإنسان ويرخص له بها، واستنادا إلى ذلك عرّف بعض أصحاب هذا الاتجاه الحق في سلامة الجسم بأنه: حرية فيزيقية لصاحبه، أن يمارس من خلالها جميع أوجه أنشطته في الحياة.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات، المرجع السابق، ص.265.

<sup>2</sup> أنظر المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>3</sup> أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.46.

<sup>4</sup> محمد حسين الحمداني ورناء عبد المنعم الصراف: المرجع السابق، ص.221.

<sup>5</sup> يوسف بووشي: الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-213، ص.59.

وذهب بعض الفقه المصري بأن الحق في السلامة الجسدية هو: مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا لكل وظائفه على النحو العادي والطبيعي، وفي ألا تعطل وظائفه ولو كانت أقل الوظائف أهمية، أو كان تعطلها بصفة وقتية، وفي ألا تنحرف تلك الوظائف في كيفية أدائها للمهام المنوطة بها على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية<sup>1</sup>.

وذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بأن الحق في السلامة الجسدية يعتبر رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الإنفراد والاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء أداة معينة من شخص آخر. وبالتالي يكون للشخص بناء على هذه السلطة الحق في التصرف في كيانه الجسدي على النحو الذي يراه<sup>2</sup>.

وتفعيلا لمبدأ الحق في السلامة الجسدية فقد حظي بحماية دستورية تضمنتها المادة 35 من الدستور الجزائري لسنة 1996م والتي تنص على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"<sup>3</sup>.

كما قام المشرع الجزائري بحماية هذا الحق في المادة 47 من ق.م والتي نص فيها على ما يلي: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"<sup>4</sup>. وإضافة إلى هذا ما جاء في المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، حيث نصت على أنه يجب أن يضمن الطبيب احترام حياة الفرد وشخصه البشري<sup>5</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد أقر مبدأ الالتزام باحترام إرادة المريض بموجب المادة 16 فقرة 01 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1994م، والتي تقرر بأن: " لكل شخص الحق في احترام جسده، وجسم الإنسان لا يجوز المساس به"<sup>6</sup>.

### ثانيا- البصمة الوراثية والمساس بالسلامة الجسدية

أمام التقدم الذي نشهده في الوقت الحالي، يصطدم القاضي بمبدأ معصومية جسم الإنسان (السلامة الجسدية) في ثوبه التقليدي، الذي تأكد منذ وقت لم يكن فيه التقدم العلمي قد وصل إلى ما وصل إليه في عصرنا الحديث، فمبدأ حرمة الجسد البشري لا يزال يلقي بظلاله الكثيفة على فروع القانون المتعددة.

<sup>1</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.375.

<sup>2</sup> يوسف بوشي: المرجع السابق، ص.63. محمد حسين الحمداني ورناء عبد المنعم الصراف: المرجع السابق، ص.221.

<sup>3</sup> المادة 35 من دستور الجزائر لسنة 1996.

<sup>4</sup> المادة 47 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

<sup>5</sup> نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أن: " يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية، يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري".

<sup>6</sup> أنس محمد عبد الغفار: المرجع السابق، ص.46.

وفي مجال الإثبات يصعب القول بالمساس بهذا المبدأ حتى ولو كان ذلك بدعوى الوصول إلى الحقيقة، وفيما عدا تدخل المشرع لإقرار هذا التدخل - كاستثناء على المبدأ لا يرقى لهدمه أبداً - يقع القاضي في حيرة من أمره في بحثه عن الحقيقة في أن يحدد الأهمية الخاصة بكل مصلحة من المصالح المتعارضة<sup>1</sup>، وأمام هذا التقدم العلمي في مجال الإثبات قد يلجأ القاضي إلى تقنية تحليل البصمة الوراثية للتعرف عن الحقيق مما يؤدي إلى المساس بجسم الإنسان عن طريق أخذ عينة منه مما قد يؤدي إلى حدوث ضرر على الشخص المتهم أو المدعي أو المدعى عليه في المجال المدني.

ولأجل إزالة هذا اللبس على القاضي، فقد فرّق الفقه والقانون بين ما هو مدني يستوجب موافقة الشخص وقبوله بتحليل البصمة الوراثية، وما يستثنى منه، وما هو جنائي قد لا يتطلب ذلك:

**ففي المجال المدني** تنص المادة 16 فقرة 10 و 11 من ق.م. الفرنسي لسنة 1994م، على وجوب الحصول على الموافقة الواضحة من الشخص المعني قبل إخضاعه لتحليل البصمة الوراثية سواء أكان ذلك التحليل لإثبات النسب أو نفيه أو للحصول على نفقة أو الإعفاء أو كان لأغراض البحث العلمي والعلاجي. كما اشترطت المادة 05 من إعلان اليونسكو العالمي لحقوق الجينوم البشري الصادر سنة 1997م، على ضرورة وجود الموافقة المسبقة والرضا الحر والمستنير للشخص محل التدخل الجيني<sup>2</sup>.

**أما في المجال الجنائي** فنجد أنفسنا أمام فرضين:

- الفرض الأول: والذي لا نحتاج فيه للتدخل على جسد المتهم، لأن الجاني قد ترك خلفه بعض الآثار التي قد تؤدي للتعرف عليه برفعها وتحليلها باعتماد تقنية تحليل الحمض النووي، وهذا لا يحتاج إلى موافقة أحد، وإن كان الأمر يستدعي الحرص والحذر القائم على هذه العملية<sup>3</sup>.

- الفرض الثاني: وهو الذي نحتاج فيه للتدخل على جسم المتهم لانتزاع دليل إدانته أو دليل براءته، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان يمكن إجبار المتهم على الخضوع لأخذ عينة منه أم لا بد من موافقته؟ وللجواب عن هذا التساؤل فقد انقسم الفقه إلى رأيين: الرأي الأول يرى أنه لا يجوز أخذ عينة من جسم الإنسان إلا بموافقة أو الحصول على إذن قضائي لأن هذا يعتبر اعتداء على سلامة جسمه، إلا أن هذا الاعتراض مردود عليه من طرف الرأي الثاني، حيث أن أخذ عينة من جسم الشخص أصبحت ضرورة لأمرين الأول هو ما تقتضيه عليه المظاهرات، وما تتطلبه من إجراء فحوصات متعددة تتطلب كمية ضئيلة من جسمه ومن ثم فهي لا تسبب ضرراً،

<sup>1</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص. 877.

<sup>2</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 383.

<sup>3</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص. 879.



حيث أنها لا تتطلب إدخال أشياء إلى جسم الإنسان كما هو الشأن بالنسبة للاستجواب تحت تأثير العقاقير المخدرة. والأمر الثاني هو أن الضرر الذي ألحقه الجاني بالمجتمع أكثر من الضرر الذي يمكن أن يلحق به<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك أن تحقيق العدالة وما تقتضيه من الكشف عن الحقيقة قد تفوق مصلحة المتهم في سلامة جسمه، خاصة وأن الإجراءات محل البحث في الغالب - وليس على الإطلاق - لا تحدث أضرارا أو مخاطر معينة في جميع الأحوال فإن التشريعات تحمي حقوق الأفراد فلا يدان بريء<sup>2</sup>. وهذا هو الرأي الغالب وما أخذت به جل التشريعات، منها المشرع الفرنسي حيث إلترزم قانون الأخلاق الحيوية الصادر سنة 1994م الصمت حول مسألة إجبار المتهم على أخذ عينات بيولوجية منه، مما دفع بعض الفقه إلى القول بأن المشرع أجاز هذا الفعل وذلك لأن المادة 16 في فقرتيها 10 و 11 تقتصر اشتراط القبول والموافقة من الشخص المعني على البحوث العلمية والنسب والعلاج، ولم تنصرف إرادة المشرع إلى المجالات الأخرى<sup>3</sup>.

فضلا على أن المتهم سيرفض دائما هذا التدخل حتى لا يتم الحصول على دليل قاطع بإدائته، ومن هذا المنطلق جاء في المادة 2/27 من القانون المنظم لإجراءات التحقيق في المسائل الجنائية، التي تنص على أنه: "في المسائل الجنائية ليس مطلوبا الحصول على رضا ذوي الشأن". كما أن المادة 157 من ق.إ.ج. تنص على أن لكل فرد الحق في طلب إثبات ما يدعيه بواسطة خبير، وفي هذه الحالة يعود الأمر لقاضي التحقيق بأن يأمر باللجوء إلى الخبرة الطبية أو القيام بكل ما يراه مفيدا في إظهار الحقيقة<sup>4</sup>. وقد ساير هذا الاتجاه كل من المشرع الألماني في المادة 1/81 من ق.إ.ج. والمشرع الهولندي في المادة 195 فقرة 4 و 6 من ق.إ.ج. والمشرع النرويجي بموجب المادة 157 من قانون التحقيق والإجراءات الجنائية. والمشرع الأمريكي الذي أجاز في ولاية أريزونا أخذ عينة من المتهم أثناء سير التحقيق أو الاتهام وذلك بمقتضى الفقرة (ب) من الفصل الخامس عشر من قانون الخصوصية الجينية<sup>5</sup>.

أما عن موقف القانون الجزائري من مسألة الإثبات بالبصمة الوراثية ومدى اعتبارها مساسا بالسلامة الجسدية، فنجد أن المشرع الجزائري قد ساير التشريعات التي تجيز التدخل في جسم الإنسان قصد تحقيق المصلحة العامة، فرغم الحماية التي أفضاها الدستور<sup>6</sup> والقانون الجزائري<sup>7</sup> على حق الإنسان في سلامة جسده، إلا أن هذه

<sup>1</sup> وفاء عمران: الوسائل العلمية الحديثة في مجال الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص.52.

<sup>2</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.868-869.

<sup>3</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.392-394.

<sup>4</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.880.

<sup>5</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.393 وما بعدها.

<sup>6</sup> أنظر، المادة 35 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>7</sup> أنظر، المادة 47 من من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

الحماية ليست مطلقة، حيث نجد أن القضاء<sup>1</sup> والتشريع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية للحوء إلى تحليل البصمة الوراثية في إثبات النسب وذلك بموجب المادة 40 من ق.أ، والتي تنص على أنه يجوز للقاضي اللحوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب<sup>2</sup>.

أما بخصوص التدخل في السلامة الجسدية في مجال الإثبات الجنائي فقد خرج المشرع الجزائري كذلك عن مبدأ حماية جسم الإنسان استثناءً وذلك قصد حماية المصلحة العامة عن طريق إعطاء القاضي السلطة التقديرية للحوء لأي طريقة يراها مناسبة للإثبات بموجب نص المادة 212 من ق.إ.ج<sup>3</sup>.

كما نجد أن المادة 19 من قانون المرور الجزائري توضح أنه في حالة وقوع أي حادث مرور جسماني يجري ضابط أو أعوان الشرطة القضائية على السائق أو على المرافق للسائق المتدرب المتسبب في وقوع حادث المرور، عملية الكشف عن تناول الكحول عن طريق جهاز نقر الهواء، كما يمكنهم إجراء نفس العمليات على كل سائق أثناء التفتيش في الطريق، وتتم هذه العملية بواسطة جهاز يسمح بتحليل نسبة الكحول بتحليل الهواء المستخرج، كما نصت المادة 20 على أنه في حالة وقوع حادث مروري أدى إلى القتل الخطأ يجب أن يُخضع ضباط وأعوان الشرطة القضائية السائق إلى فحوص طبية وإستشفائية وبيولوجية لإثبات ما إذا كان يقود سيارته تحت تأثير مواد أو أعشاب مصنفة ضمن المخدرات<sup>4</sup>. وبهذا يظهر لنا من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي ولضباط وأعوان الشرطة القضائية السلطة للتدخل والمساس بجسم الإنسان قصد تحقيق العدالة.

### الفرع الثاني

#### أضرار استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي والعلمي

عرّفنا أن الهندسة الوراثية قادرة على حل مشكلات البشرية من خلال احتياجات استهلاكية ومتطلعات من كنوز الأرض وثرواتها، بالإضافة إلى تسهيل فهم كثير من الأمراض الطبية والعلمية ومعالجته، أو الوقاية منها. ولكن رغم الإيجابيات التي حققها علم الهندسة الوراثية في خدمة البشرية، إلا أنه قد ينتج عنها أضرار كبيرة سواء كان ذلك في المجال الطبي (البند الأول) أو العلمي (البند الثاني).

<sup>1</sup> أنظر، القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 2009/10/15، المرجع السابق.

<sup>2</sup> أنظر، المادة 40 من من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة.

<sup>3</sup> أنظر، المادة 212 من الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

<sup>4</sup> وفاء عمران: المرجع السابق، ص.54-55.

## البند الأول: أضرار الهندسة الوراثية في المجال الطبي

سنحاول في هذا البند دراسة بعض الأضرار التي يمكن أن تنجم عن استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي سواء كان ذلك باستخدام هذه التقنية في التشخيص الجيني (أولا) أو في مجال العلاج (ثانيا).

## أولا- أضرار استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تشخيص الأمراض

في الحقيقة أنه رغم المحاسن والإيجابيات التي حققها التشخيص الجيني، إلا أنه في المقابل قد يحدث بعض الأضرار، فعلى مستوى الفصح الطبي قبل الزواج فقد يحدث الطبيب ضررا لأحد طالبي الزواج وذلك بإفشاءه للأسرار، إذ يجب على الطبيب التحكم في سرية النتائج، وقد يسبب الطبيب ضررا لطلبي الزواج بالتكتم على مرض أحدهما، حيث قد ينتج عن هذا الزواج ضررا كبير على صحة أحدهما أو على المولود الناتج عن هذا الزواج. ومن ثم فإن إفشاء الطبيب لمرض أحد الزوجين للآخر يكون لتحقيق المقاصد الشرعية وأولوياتها من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال<sup>1</sup>.

وقد يجعل التحليل الجيني حياة بعض الناس قلقة ومكتئبة ويائسة، إذا ما تم إخبار الشخص أنه سيصاب بمرض عضال لا شفاء منه، وخاصة إذا كان هذا الشخص من النوع الذي يكون الخوف مرض لديه موازيا، أو أشد من المرض نفسه، فكثير من الناس عند إخبارهم بالمرض الذي سيصاب به هو بمثابة الحكم عليه بالموت في كل ساعة، ولهذا لا يجب على الطبيب أن يعلم المريض بحقيقة مرضه، لكي يستمر في حياته الطبيعية حتى إذا قدر عليه يبدأ بالعلاج<sup>2</sup>.

ومن ناحية أخرى قد يستخدم التشخيص بالهندسة الوراثية للتعرف على الحالة الصحية للجنين والكشف عن وجود تشوهات بالجنين، وبعض الأمراض التي تصيب المرأة الحامل على الجنين، ومن هنا يبرز الدور الخطير المنوط بالأطباء بصفة عامة، ومعامل التحاليل بصفة خاصة في اكتشاف تلك الحالات المرضية في الوقت المناسب حتى يتسنى اتخاذ الإجراءات الضرورية للوقاية من تلك النتائج المأساوية، عن طريق التدخل الطبي العلاجي داخل الرحم، أو اتخاذ قرار اللجوء إلى عملية الإجهاض الاختياري، أو اتخاذ الوسائل والاحتياطات التي تحول دون

<sup>1</sup> فتن البوعيشي الكيلامي: المرجع السابق، ص. 126-123.

<sup>2</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية، من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص. 793.

حدوث الحمل من البداية<sup>1</sup>. ومن ثم فالتشخيص الوراثي ينير الأم من خلال إعطائه سلطة اتخاذ القرارات التي تتعلق بصحتها أو بالجنين، وبالتالي تمكينها من إجهاض الجنين أو علاجه قبل فوات الأوان<sup>2</sup>.

ولهذا فإن أي خطأ يقع من الطبيب أو مخبر التحاليل في تشخيص الحالة الصحية للجنين يمكن أن يؤدي إلى ولادة طفل معوق يسبب ضررا للعائلة بتحميلهم أعباء الإعاقة، ويسبب ضررا لهذا الأخير نتيجة الإعاقة الجسمية<sup>3</sup>. وقد أصدرت الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في 17 نوفمبر سنة 2000م، قرارا جاء فيه: "أنه منذ أن حالت الأخطاء المرتكبة من الطبيب والمختبر في تنفيذ العقود المبرمة مع الأم، دون تجنب ولادة طفل مصاب بإعاقة، فإنه يعود لهذا الأخير (الطفل) الحق بالمطالبة بتعويض شخصي له عن الضرر الناتج عن تلك الإعاقة والتي تسببت به تلك الأخطاء المرتكبة". وبهذا القرار حافظت محكمة النقض الفرنسية على مبدأ التعويض للطفل في حالة ولادته معاقا الذي جاء به القرار المشهور بقرار "Perruche" السابق الذكر<sup>4</sup>. إلا أن المشرع الفرنسي لم يقم طويلا محافظا على هذا المبدأ حيث نص في المادة الأولى من قانون 04 مارس 2002، والذي أطلق عليه تسمية قانون "Anti-Perruche" حيث منع فيه إثارة تعويض ضرر الولادة، واقتصر على تعويض الأولياء في الضرر المعنوي فقط<sup>5</sup>، أما فيما يتعلق بالمصاريف والأعباء الثقيلة المترتبة عن الإعاقة التي أصيب بها الطفل، يتم تغطيتها بصندوق التضامن الوطني<sup>6</sup>.

وقد يكون استخدام التشخيص الجيني بمس ففة معينة من الناس كطالبي العمل والتأمين، إذ سبق وقلنا أن هناك بعض المؤسسات والشركات تقوم بإجبار الشخص المتقدم إلى الوظيفة أو طالب التأمين إلى الخضوع لأخذ عينة من جسمه بغية معرفة البصمة الوراثية الخاصة به قصد التأكد بأن ليس لديه الاستعداد للإصابة بأمراض معينة في المستقبل، وإن ثبت أنه سيتعرض لهذه الأمراض حتما ستمتنع الشركة أو المؤسسة عن إبرام العقد معه، وقد يتعلق الأمر أيضا بالالتحاق بإحدى الكليات العسكرية أو كلية الشرطة<sup>7</sup>. ومن ثم فإن رفض التعاقد مع هذه

<sup>1</sup> ثروت عبد الحميد: مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، 2002، ص.1084-1085.

<sup>2</sup> Aida Al Aqeel : Genetic Counseling in the Muslim World: The Challenges, seminar "Ethical Perspectives of Genetic Applications in the Arab World", Centre d'études génomiques arabes, 20-22 novembre 2007, p. 38. disponible au site : <http://www.cags.org.ae/publications.html#ethics>

<sup>3</sup> C.C. Assemblée plénière, Arrête Perruche, 17/11/2000, Abdelkader Khadir : op.cit, p.134-136.

<sup>4</sup> علي عصام غصن: المسؤولية الجزائرية للطبيب، ط.1، ب.د.ن، 2012، ص.258.

<sup>5</sup> والمتمثل في الاعتداء على حقهما في اختيار إجهاض الجنين، كما يشمل الضرر المادي وفقا للقواعد العامة مثل الضرر الاقتصادي المترتب على توقف أحد الوالدين عن نشاطه المهني من أجل رعاية الطفل، على ألا يمتد بأي حال إلى الأعباء الخاصة الناتجة عن إعاقة الطفل، لأن هذا الضرر الأخير سيتكفل به عن طريق التضامن القومي.

<sup>6</sup> أسامة أبو الحسن محمد مجاهد: المرجع السابق، ص.220.

<sup>7</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.102.

الفئة من الناس قد يؤدي إلى التمييز بين من سيحتاج في المستقبل إلى تكاليف رعاية طبية ضئيلة أو متوسطة أو مرتفعة وبالتالي سيتم حرمانهم<sup>1</sup> من فرصة العمل والخدمات والتأمينات الصحية<sup>2</sup>.

ويكون إخضاع الشركات والمؤسسات لهذه الفئة من الناس للفحص الجيني نتيجة للتطورات الاقتصادية التي أدت إلى إحداث نوع جديد من العقود لا يتمتع فيها أحد المتعاقدين بمركز مساوي لمركز المتعاقد الآخر مما يجعل الطرف القوي يضع شروطا مطبوعة ومحضرة مسبقا، تُوجّه لطالب العمل أو التأمين للقبول بما دون مناقشتها مما يوحي رضاه بها، رغم أنه نوعا من الإكراه الأدبي<sup>3</sup>. وهذا ما يتفق مع ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني التي تشرح هذا النوع من العقد بأنه ذلك العقد الذي يحصل فيه القبول بمجرد التسليم لشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة<sup>4</sup>.

ولما كانت عقود الإذعان بهذه الصورة تتضمن شروطا ضارة بمصلحة الطرف المدعّن ولا يستطيع تعديلها، فإن المشرع الجزائري تدخل بموجب نص المادة 110 من القانون المدني وأعطى للقاضي سلطة تعديل هذا الشرط أو إعفاء الطرف المدعّن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك<sup>5</sup>.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم إصدار سنة 1996م قانون يتعلق بالتأمين الصحي والذي تناول مسألة التمييز الجيني والذي بموجبه حظر على المجموعات التي تقوم بمشروعات صحية استخدام عوامل متعلقة بالوضع الصحي للشخص بما فيها المعلومات الجينية كأساس لنفي أو تقييد جدارة هذا الشخص لاستفادته من التأمين<sup>6</sup>، أو تحميله عبء نفقات تأمينية أكثر من النفقات العادية<sup>7</sup>. كما حظر قانون عدم التمييز الجيني في قانون التأمين الصحي الصادر سنة 1995م على مقدمي خدمات التأمين الصحي، رفض أو إلغاء التأمين أو عدم تجديده أو وضع شروط بسبب المعلومات الجينية، أو لأن الشخص أو عائلته كان قد تلقى أو طلب خدمات جينية<sup>8</sup>.

كما أصدر كذلك المشرع الأمريكي في 5 ماي سنة 2003م تشريعا اتحاديا بعنوان "قانون التمييز الجيني"، والذي يتناول حظر التمييز المستند إلى أسباب جينية، ومن بينها التمييز الجيني في مجال العمل، حيث حرّم هذا القانون استخدام المعلومات الجينية بشكل غير مشروع من قبل رب العمل، بقصد إنهاء خدمة المستخدم، أو

<sup>1</sup> دانييل كيفلس وليروي هود، ترجمة أحمد مستجير، المرجع السابق، ص.275.

<sup>2</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية، من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.797.

<sup>3</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.102.

<sup>4</sup> تنص المادة 70 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة".

<sup>5</sup> انظر المادة 110 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

<sup>6</sup> لقد سبق وأن وقعت حادثة تتمثل في رفض شركة تأمين تغطية النفقات الطبية لطفل مصاب بمرض وراثي، إذ كانت الأم قد أخبرت قبل الولادة بأن الجنين قد يكون مصابا، وعليها أن تختار ما بين أن تجهض أو أن تضع وليدها و تتكفل هي بنفسها بتكاليف علاجه الباهظة. توفيق سلطاني: المرجع السابق، ص.30.

<sup>7</sup> نور الهدى زغيب: المرجع السابق، ص.128، والصفحة 133.

<sup>8</sup> عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.513.

رفض دفع الأجرة، أو القيام بطرده، أو غير ذلك من صور التمييز ضد العامل، بحجة ما يحمله من خصائص جينية<sup>1</sup>.

كما أنه على مستوى الاتفاقيات الدولية والإقليمية، نجد أن الإعلان العالمي لحقوق الجينوم البشري الصادر عن منظمة اليونسكو سنة 1997م في المادة الثانية (02) والسادسة (06) منه قد ألزم احترام كرامة وحقوق الفرد أياً كانت خصائصه الوراثية واحترام طبيعه، بالإضافة إلى إلزامها لوجوب عدم تعرض الأفراد لأي تفرقات تتأسس على خصائصه الوراثية.

كما أكدت اتفاقية المجلس الأوروبي الخاصة بحقوق الإنسان والطب الجيني "أوفيدو" الصادرة في 1997/04/04م في المادة (11) والمادة (12) منه على حظر كافة أعمال وأشكال التمييز ضد أي فرد بسبب عناصره وصفاته الوراثية، وحظر إجراء اختبارات جينية تهدف للتمييز بالأمراض الوراثية أو تلك التي تسمح إما بتحديد هوية الإنسان كحامل للجين المتسبب في المرض، أو بالكشف عن الاستعداد أو القابلية للوراثة للإصابة بالمرض إلا لأغراض طبية أو بحثية، وفقاً لاستشارة طبية وراثية ملائمة<sup>2</sup>.

### ثانياً- أضرار استخدام تقنية الهندسة الوراثية في العلاج

قد تظهر بعض الأضرار عند استخدام تقنية الهندسة الوراثية في العلاج؛ إذ قد يؤدي العلاج الجيني إلى خلق خلايا سرطانية أو تعطيل أحد الجينات التي تقوم بعمل ضروري وهام للجسم في القيام بعمله، كما أن العلاج الجيني للجنين قد يؤدي إلى تشوه الجنين ونزوله مصاباً بتشوهات مادية مفرجة<sup>3</sup>.

وقد تنتج الأضرار مادية عند الفشل في تحديد وضبط موقع المورثة (الجين) الأجنبية المزروعة في المريض بدلا من الجزء العليل والمسبب للمرض، بحيث يؤدي هذا الفشل إلى ظهور مرضا آخر ربما أشد فتكا من المرض الأصلي. وقد تظهر أضرارا مادية أيضا عند افتقاد المورثة المزروعة خواصها الوظيفية أو الطبيعية أثناء عملية الزرع وقد ينتج عن ذلك أمراض أخرى غير محسوبة النتائج<sup>4</sup>. وتبدو الأضرار المادية بصورة واضحة في التطبيقات الناجمة عن استخدام الهندسة الوراثية في مجال نقل الأعضاء وزراعتها، حيث أن الخطأ البسيط في هذه العملية سيؤدي إلى فقدان عضو من أعضاء الجسم أو فقدان المنفعة التي يقوم بها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نور الهدى زغيب: المرجع السابق، ص.128، ص.133.

<sup>2</sup> عبد الرحمن أحمد الرقاعي: المرجع السابق، ص.515-517.

<sup>3</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.80.

<sup>4</sup> سالم نجم: المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط.2، العدد10، مكة المكرمة، 2013، المملكة العربية السعودية، ص.246.

<sup>5</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.80.

وقد تحدثت أضرار مادية عند هتك الطبيب لأنسجة الجنين أو الأم أثناء عملية زرع الجينات في الجنين أثناء الحمل في الأسابيع الأولى أو التسبب في عدوى فيروسية أو بكتيرية أو فطرية، وقد تحدث كذلك أضرار مادية للأم أو الجنين عند استعمال المنظار الجيني، بحيث قد تصل خطورة استعمال هذا الأسلوب إلى الإجهاض أو وفاة الأم، ولهذا الغرض لا يستخدم الأطباء المنظار إلا نادراً<sup>1</sup>.

وفي حالة العلاج بالخلايا المأخوذة من الأجنة البشرية المجهضة، قد يسبب ضرراً للأجنة الباقية، حيث أنه كثيراً ما تموت الأجنة المراد الإبقاء عليها نتيجة تسرب المواد السامة عند حقن الأجنة المراد إجهاضها<sup>2</sup>.

أما بنسبة للعلاج عن طريق استخدام أسلوب الاستنساخ العلاجي - وقد سبق وشرحن هذه التقنية - وقلنا عنها بأن لها عدة جوانب إيجابية ومنها حل مشكلة رفض الأنسجة من قبل الجهاز المناعي، حيث تقوم على أخذ خلية جسدية من المريض المراد علاجه واستنساخه ومن ثم عزل الخلية الجذعية الجنينية الناتجة وإعادة زرعها مرة أخرى في نفس المريض، إلا أن لهذه التقنية قد تسبب أضراراً على المريض المراد علاجه، ويكون ذلك إذا كان مريضاً وراثياً، فإن خلايا الشخص المصاب التي تؤخذ وتُستحصد وتزرع ستكون جميعها مصابة، ولهذا لا يمكن استخدام هذه الطريقة في الأمراض الوراثية<sup>3</sup>.

### البند الثاني: أضرار الهندسة الوراثية في المجال العلمي

في الحقيقة وقبل التطرق إلى أضرار الهندسة الوراثية في المجال العلمي أريد أن أبين أن بعض ما سأذكره هو مجرد توقعات مستقبلية للأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة استخدام الهندسة الوراثية في المجال العلمي الذي لا يرمي إلى العلاج وإنما يرمي إلى البحث وإشباع نزوات العلماء، ولهذا سنحكم عليها من خلال منظور الحاضر، وبذلك فقد يكون بعض الأحكام سابق لأوانها لأن مثل هذه القضايا لا تزال محصورة في المختبرات، ولم يظهر تأثيرها الفعلي على الإنسان، ولهذا سنقسم دراسة هذه الأضرار المتوقعة عند استخدام تقنية الهندسة الوراثية حسب تقسيم مجالات استخدام هذه التقنية في المجال العلمي، حيث قد تحدث أضرار خطيرة عند تعديل الصفات الوراثية (أولاً) أو عند استخدام هذه تقنية الهندسة الوراثية في مجال الاستنساخ (ثانياً).

<sup>1</sup> سالم نجم: المرجع السابق، ص. 246

<sup>2</sup> محمد علي البار: الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص. 925.

<sup>3</sup> محمد علي البار: المرجع السابق، ص. 937.

## أولا- أضرار استخدام الهندسة الوراثية في تعديل الصفات الوراثية

لقد سبق وشرحنا أن تعديل الصفات الوراثية يكون إما بتحديد الجنس أو بتحسينه، فبالنسبة للاستخدام الأول فإن أهم ضرر يمكن أن يحدث هو إفساد التوازن الطبيعي بين تعداد الذكور والإناث في العالم<sup>1</sup>. أما فيما يتعلق بالاستخدام الثاني والمتمثل في تحسين النسل فقد سبق وقلنا أنه يدخل في دائرة المحرمات ويعتبر انتهاك لحرمة الإنسان، حيث يتدخل العلماء في تحسين الإنسان وتحويله إلى كائن ذي صفات خاصة بحيث يؤثر على طبيعته وذكائه وسلوكه<sup>2</sup>، وغيرها من الصفات الوراثية، ونتيجة لهذا التدخل والتلاعب في المعطيات الوراثية قد تحدث أضرارا عديدة ومن بينها:

أ- أن الإنسان يصبح عدوانيا أو مسلوب الإرادة؛ فالبحث العلمي بنطف الإنسان باسم العلم مرفوض شرعا وقانونا وأخلاقا، لأن البحث يصبح بذلك من أدوات الدمار المادي والروحي للإنسان الذي كرمه الله على سائر خلقه<sup>3</sup>. إذ قد تشعر الفئة المولودة بهذا النوع من التقنية بأن غيرهم من أصحاب المعرفة والقرار هم الذين تحكموا في تخليقهم وتحديد غرائزهم وسلوكهم فيدركون بأنهم مجرد بشر صناعي أنجبوا لأغراض معينة<sup>4</sup>.

ب- ظهور أمراض جديدة أو عودة أمراض معدية؛ حيث يجمع عدد كبير من الباحثين المتخصصين على أن تجارب الهندسة الوراثية كانت وراء انتشار أمراض جديدة فيروسية متلازمة مثل مرض "الإيدز" ومرض "إلتهاب الكبد المميت من النمط"، كما يظهر في "بريطانيا" تحديد وباء مرضي كل شهر تقريبا بالإضافة إلى ذلك عودة بعض الأمراض المعدية ذات المنشأ البكتيري بعد أن انحسرت تماما، مثل مرض التدرن السلي، والكوليرا، والملاريا وغيرهم، وهذا كله جراء التلاعب بالجينات الوراثية<sup>5</sup>.

ج- قد يكون التدخل في تحويل الرموز الوراثية في الإنسان طبقا لتحقيق أهداف معينة<sup>6</sup> علمية كانت أو لاستغلال سياسي أو عسكري<sup>7</sup>. إذ أن إنجاب أشخاص لهم مواصفات بشكل معين قد يؤدي مثلا إلى إنتاج أنماط من البشر تمسك بمقالييد سياسة العلوم أو الحكم في المستقبل<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص.721.

<sup>2</sup> دانييل كيفلس وليروي هود، ترجمة أحمد مستجير، المرجع السابق، ص.288.

<sup>3</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.766-767.

<sup>4</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.184.

<sup>5</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.642.

<sup>6</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.184.

<sup>7</sup> عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص.714.

<sup>8</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.184.



## ثانيا- أضرار استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ

لقد سبق وقلنا أن الفقهاء الإسلاميين قد حرّموا الاستنساخ البشري وأجازوا الاستنساخ الحيواني والزراعي الذي يكون الهدف منه خدمة البشرية، ولهذا سنحاول أن نبين بعض الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة استخدام تقنية الهندسة الوراثية في الاستنساخ سواء كان بشريا أو غير ذلك.

فبخصوص الاستنساخ البشري فقد ظهرت حول هذه التقنية آراء متباينة، يدافع أصحاب كل رأي عن رأيهم، فهناك من يرى أن هذا النوع من الاستنساخ يسبب في الكثير من الأضرار والمفاسد، بينما هناك آخرون يرون فيها فوائد ومميزات كثيرة، ولكن في الحقيقة أن العلماء قد اكتشفوا بعد استنساخ النعجة "دولي" العديد من الأضرار والمفاسد يصل بعضها إلى درجة الخطر<sup>1</sup>، وذلك لكون الاستنساخ البشري يخالف المنهج الإلهي في الخلق ومفاسده تتجاوز محاسنه<sup>2</sup>. وتمثل هذه الأضرار في:

أ- **إلغاء التنوع البشري البيولوجي**: حيث أن استنساخ الإنسان سيخل بالتوازن الحيوي للبشرية ويفسد قانون الكائنات الحية<sup>3</sup>. ولقد اتفق العلماء باختلاف تخصصاتهم وانتماءاتهم على أن تطبيق تقنية الاستنساخ في عالم البشر سيؤدي إلى إنتاج نسخ متطابقة ومتماثلة، مما يؤدي إلى اختفاء سمة التنوع البيولوجي والقضاء على التمايز البشري التي خص بها الخالق عباده<sup>4</sup> سواء في اختلاف الألسنة، الصورة والصوت أو اللون<sup>5</sup>. فلو أراد الله نسخا متشابهة لفاعل، ولكنه ميز الإنسان بصفة التفرد. وقد يؤدي الاستنساخ كذلك بالإخلال بتوازن الجنسين الذكور والإناث، وهذا ما سيبب اضطرابا في تكوين المجتمع، لأن الفطرة تميل إلى الذكور عن الإناث<sup>6</sup>.

ب- **تدمير قاعدة الزوجية ومفهوم الأسرة**: حيث قد نجد أنفسنا أمام عالم اختفى منه الزواج، وإنشاء حياة أحادية الجنس يتم فيها جنس دون الآخر، إما الرجال أو النساء، الأمر الذي يؤدي إلى سيادة أحدهما دون الآخر<sup>7</sup>. وهذا منافاة لسنة الله تعالى فالله الذي خلق المخلوقات كلها من ذكر وإناث<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.642.

<sup>2</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص.58.

<sup>3</sup> نزيه الصادق المهدي: المسؤولية المدنية العقابية والتقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ماي 2002، ص.1013.

<sup>4</sup> فقال المولى عز وجل في كتابه الكريم: << وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ السِّنِّ وَالْوَبْأِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّعَالَمِينَ >> سورة الروم، الآية 21.

وقوله تعالى: << وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ >> سورة هود، الآية 118.

<sup>5</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.760. فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.642.

<sup>6</sup> ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي - نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجسدية- (دراسة مقارنة)، ب.ط، درا الجامعة الحديثة، مصر، 2013، ص.403.

<sup>7</sup> نزيه الصادق المهدي: المرجع السابق، ص.1012.

<sup>8</sup> مصداقا لقوله تعالى: << وَخَلَقْنَاكُمْ أَزْوَاجًا >> سورة النبأ، الآية 8.

وقوله تعالى: << وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ >> سورة الذاريات. الآية 49.

ج- اختلاط الأنساب والأجناس: عند النظر بعمق للاستنساخ البشري نجد أنه يؤدي بالتأكيد إلى اختلاط الأنساب، فالأم التي أنجبت طفلاً من خلية جسدية من الأب تلد طفلاً ليس له علاقة به من الناحية الوراثية، وينتمي وراثياً إلى الأب، ويقتصر دور الأم على إعطاء محتوى البويضة الخالية من النواة التي لا تحتوي على المادة الوراثية، ثم حمل هذا الجنين في بطنها وبهذا أصبحت الأم عبارة عن وعاء لإنجاب جنين لا ينتمي إليها على الإطلاق من الناحية الوراثية، وإذا قامت باستنساخ طفلة من خلايا جسدية لها بهذا نكون قد استبعدنا دور الأب في عملية الإنجاب<sup>1</sup>. ومن ثم جعل الأمر في غاية التعقيد<sup>2</sup> ويؤدي بنا إلى طرح التساؤلات التالية: هل تعتبر الطفلة المستنسخة ابنة للزوج أم شقيقة زوجته؟ وهل تدخل في دائرة النساء المحرمات عليه زواجهن؟ وما هو المركز القانوني للطفلة المولودة في حالة فك الرابطة الزوجية، ولمن يؤول حق الحضانة وعلى أي أساس<sup>3</sup>؟.

وقد تؤدي تقنية الاستنساخ إلى اختلاط الأجناس ويكون ذلك بخلط البرامج الوراثية بين جنسين مختلفين<sup>4</sup>، حيث تتم زراعة أجنة ناشئة عن سلالات مختلفة أو أجنة إنسانية في حيوان أو العكس أي حالة تنوع المخلوقات، وبذلك يتعارض مع حق الفرد في الذاتية باحتفاظه بصفاته الوراثية<sup>5</sup>. ومثال ذلك ما قام به العلماء باستخدام حيوان منوي من الخروف مع بيضة الماعز وحصلوا على حيوان يسمى "الغزروف" يجمع بين صفات الاثنين<sup>6</sup>، ويحلم العلماء الآن بمحاولة الخلط بين الإنسان والنبات بهدف تخليق كائن يعيش على البناء الضوئي، وهو ما سماه البعض باسم "الكائن الأخضر" وغيرها من المحاولات التي قد تمس الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر<sup>7</sup>.

د- خلق مشاكل أخلاقية واجتماعية: فالاستنساخ البشري لو حدث بنجاح، فسوف يفتح الباب لكثير من علاقات الشذوذ بين الجنس الواحد<sup>8</sup> سواء من الرجال أو النساء<sup>9</sup> لكي ينجبوا بهذه الطريقة، فالمرأة يمكن أن تأخذ خلية من نفسها أو من صديقتها التي تعاشرها دون حاجة إلى الرجل، وكذلك الرجل ربما يؤجر امرأة لتحمل له بوضع خليته على البويضة المفرغة من النواة.

وقد يثير الاستنساخ ضرراً أخلاقياً حيث يتأثر من الناحية الاجتماعية حيث عندما يبلغ الشخص يجد نظرة المجتمع إليه مختلفة، لأنه أتى إلى الحياة عن طريق عمل غير طبيعي. أضف إلى ذلك أن الطفل يجد عدم العدالة في

<sup>1</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 647-648.

<sup>2</sup> محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقاً لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص. 54.

<sup>3</sup> جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص. 43.

<sup>4</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 647-648.

<sup>5</sup> نصر الدين مروي: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ط. 1، د.م.ج، الجزائر، 2003، ص. 435.

<sup>6</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 647-648.

<sup>7</sup> ناهدة البقصمي: المرجع السابق، ص. 182.

<sup>8</sup> ميرفت منصور حسن: المرجع السابق، ص. 400.

<sup>9</sup> بحيث قد يجد العمل بالاستنساخ مجالاً رحباً في الدول التي سمحت قوانينها بالزواج بين امرأتين كبريطانيا والسويد والولايات المتحدة الأمريكية حديثاً، فغريزة الأمومة تدفعها إلى الإنجاب رغم شذوذهما الجنسي. ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص. 1330.

توزيع الميراث، كما في حالة إذا أنجبت الزوجة من خلاياها الجسدية فهل من حق هذا الطفل أن يرث الزوج الذي لم يشارك في عملية الإنجاب<sup>1</sup>؟.

هـ- تصنيع نسخ بشرية للاستفادة منها: يقول العالم "هاريس" في هذا الشأن: أنه يمكن الاستفادة من نسخ أخرى للإنسان ويكون ذلك بتعطيل حواسها وتصبح فاقدة للوعي، ويقول آخر أنه بالإمكان استنساخ خلايا جنينية من إنسان بالغ أو طفل مريض لإنشاء نسخ بشرية ذات أدمغة ميتة والاستفادة منها كمصادر للأعضاء. وبهذا يرى الفقيه "عارف علي عارف" أن هذا النوع من الاستنساخ يُعتبر بأنه تعدي على إنسان وتعطيل حواسه لأجل أن يخدم مصلحة إنسان آخر، وهو بهذا العمل ينافي مساواة الناس جميعا في الحق على الحياة وإهدار لحقه في سلامة جسده، ويرى كذلك أن استنساخ نسخة بشرية قصد الاستفادة منها سوف يؤدي إلى تجارة مخيفة وهي سوق بيع الأعضاء البشرية مما يعتبر إهانة بالغة وعمل لا أخلاقي بحق هذا الإنسان المكرم<sup>2</sup>.

وقد يستغل هذا النوع من الاستنساخ من قبل بعض الطوائف المتطرفة أو ذوي الإيديولوجية العنصرية<sup>3</sup> أو من قبل عصابات الإجرام العالمية وذلك بصنع نسخ متشابهة من شخص واحد<sup>4</sup> كي تقوم بعمليات إجرامية كبيرة، ويصبح الشخص متجنب العقوبة لتكرار النسخ. ومن ثم، فتدفع هذه العصابات عدد هائل من البشر المتشابهين في أعمال تخدم مصالحهم وتخرب مصالح المجتمع<sup>5</sup>.

و- زيادة نسبة التشوهات والأمراض الوراثية: فالاستنساخ من شأنه إهدار كرامة الإنسان، فهو لا يختلف عن صناعة جهاز أو آلة<sup>6</sup>. وقد سبق وقلنا أن جسم الإنسان يحتوي على مجموعة من الخلايا البشرية والمقدرة بـ"ترليون" خلية بشرية، وكل خلية تحتوي على نواة مكونة من (46) كروموزونا، يوجد بها الحامض النووي الذي يحمل الجينات الوراثية للإنسان، ومن ثم فإذا حدث أي خلل في هذه الجينات الوراثية فسيحدث ما يسمى بالطفرة الوراثية وتغير وظيفة الجين، وربما تتسبب في تغيير شكل عضو من الأعضاء أو الإصابة بمرض من الأمراض الوراثية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 651-652.

<sup>2</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص. 773-774. وفي نفس المعنى أنظر: محمد رابح: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص. 55.

<sup>3</sup> خير الدين شمامة: المرجع السابق، ص. 191.

<sup>4</sup> لقد نشرت مجلة «ستار» الأمريكية على لسان رئيس جمعية تبريد الأجسام في ولاية كاليفورنيا أن فريقا من العلماء والأخصائيين قد ذهب إلى بغداد وأحضر صندوقا مثلجا من حيوانات منوية وخلايا جسدية تابعة لصدام حسين، لحفظها في أحد البنوك، وأضافت المجلة أن صدام يريد تخزين حيواناته المنوية وخلايا جسده ليستطيع الطب إنتاج ملايين الأشخاص المشابهة له بعد وفاته بفترة طويلة. ناهداً بالقصمي: المرجع السابق، ص. 184-185.

<sup>5</sup> جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المرجع السابق، ص. 42.

<sup>6</sup> ميرفت منصور حسن: المرجع السابق، ص. 404.

<sup>7</sup> فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 648-649.

أما بالنسبة لاستخدام تقنية الاستنساخ في المجال الزراعي والغذائي، نجد أن هنالك علاقة كبيرة بين الغذاء والصحة والسلامة الشخصية، بل والحياة نفسها<sup>1</sup>، إذ فقد ينتج عن العمل بهذه التقنية في المجال الغذائي زيادة بصورة غير متعمدة للمواد الضارة أو تغير في مستوى العناصر الغير المغذية في بعض الأطعمة<sup>2</sup>، حيث قد يصيب جسم الإنسان ضررا نتيجة تناوله طعاما محورا وراثيا<sup>3</sup> يسبب له الحساسية أو أضرارا بالمعدة والجهاز الهضمي كما أن الأضرار قد تكون بإصابة الجسد بمرض معين كالسرطان أو الفشل الكلوي نتيجة تناول نبات مهندس وراثيا<sup>4</sup>.

وفي بريطانيا تم اكتشاف علاقة قوية بين استهلاك الأغذية المعدلة وراثيا بمكونات بكتيرية لدى النساء الحوامل وبين فقدان أجنتهن بالإجهاض اللاإرادي، كما أكدت دراسة أخرى أن مرض جنون البقر جاء نتيجة تناول الأغذية المعدلة وراثيا، كما عثر على نوع من الذرة المعدلة وراثيا غير موافق عليه للاستهلاك الآدمي والتي تحتوي على بروتين يتفكك ببطء في الجهاز الهضمي يعتبر إشارة إلى أنه قد يكون مسببا للحساسية<sup>5</sup>.

كما يمكن أن يؤدي الجين المسؤول عن مقاومة الحشرات في النباتات المعدلة وراثيا إلى إيجاد حشرات مقاومة له أو جين آخر مسؤول عن قتل الحشرات النافعة مثل نحل العسل. وتعرض أيضا الحشرات الضارة التي تتغذى على المحاصيل المعدلة وراثية إلى الموت بسبب وضع مواد قاتلة فيها لكن هذه الحشرات قد تتمكن مع الزمن من تطوير قدرات مقاومة السموم في هذه المحاصيل ومع تكاثر تلك الحشرات فإن أجيالها تتمتع بمقاومة ضد المبيدات<sup>6</sup>، ومن ثم قد تحدث هذه الحشرات أضرارا كبيرة في المحاصيل العادية التي تستخدم المبيدات. كما أن الضرر المادي قد يكون نتيجة إحراق منزل أو إتلاف زراعة، وقد يكون إتلاف الزراعة هو ضرر في حد ذاته نتيجة فعل مادي، ينتج منه لإطلاق نباتات معدلة وراثيا تؤدي إلى الانفلات وإتلاف زراعات أخرى والإضرار بها<sup>7</sup>.

وقد قضت محكمة الجنح "أورليان" الفرنسية بجلسة 09 ديسمبر 2005م بناء على الشكوى التي تقدمت بها شركة "مونساتو" بقيام مسؤولية المتهمين عن واقعة إتلاف الممتلكات الخاصة بالشركة بسبب إطلاق بعض الكائنات المحورة وراثيا، تأسيسا على " أن ذلك يعد مخالفا للحق الدستوري في بيئة صحية ومخالفا لأحكام التوجيه الأوروبي... كما يمكن أن تؤدي جينات هذه الكائنات إلى آثار غير متوقعة على التنوع البيولوجي كحدوث شذوذ

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، 1337.

<sup>2</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص. 184.

<sup>3</sup> لقد ثار جدل وخلاف كبير بين المؤيدين والمعارضين حو استخدام تقنية التعديل الوراثي، وذلك نظرا لفة الأبحاث المتعلقة بسلبيات هذه التقنية على صحة المستهلك والبيئة. سالم سفر الغامدي و عبد الله عبد الرحمن السعدون: واقع ومستقبل المحاصيل المعدلة وراثيا، بحث منشور في موقع جامعة الملك سعود بالسعودية، ص. 05.

www.faculty.ksu.edu.sa/Alsadon/Courses/Forms/AllItems.aspx miss a jour le : 12/02/2015 22 :11

<sup>4</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص. 79.

<sup>5</sup> سالم سفر الغامدي و عبد الله عبد الرحمن السعدون: المرجع السابق، ص. 07.

<sup>6</sup> محمد علي أحمد: الأغذية المعدلة وراثيا، ب.ط، دار المعارف للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص. 20-21.

<sup>7</sup> عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص. 79.

جينات هذه الكائنات إلى آثار غير متوقعة على الحيوانات والنباتات الأخرى، كما أنه يصعب فهم وتقدير المخاطر الناجمة عن هذه الكائنات المحورة على مدى أجيال<sup>1</sup>.

كما أن الأخطاء التي تنجم عن تقنية الهندسة الوراثية في المجال الزراعي أو الحيواني قد تسبب ضررا على البيئة هي أخطاء لا يمكن تصحيحها لو حدثت، وهذا ما يستدعي المزيد من الحذر والحيطه قبل إجراء التجارب في هذا الحقل لأنها قد تنتج سلالات من المخلوقات الخطرة، كالجراثيم والفيروسات وغيرها فتنشر في البيئة ويتعذر بعد ذلك القضاء عليها.<sup>2</sup> وقد تسبب هذه الجراثيم والفيروسات كارثة وبائية تهدد الحياة بأكملها<sup>3</sup>.

ونشير في الأخير أن تقنية الهندسة الوراثية قد تستخدم في إطار ما يسمى بالحرب البيولوجية، ويكون ذلك بإنتاج أسلحة ذات تقنية عالية باستخدام الجينات وتوجه ضد جماعة عرقية معينة أو لإلحاق الضرر بهم<sup>4</sup>، أو إنتاج خلايا معينة قد تسبب أمراضا وراثية إلى العاملين عن طريق الفم مثلا، تسبب أمراضا شبيهة بمرض السرطان لا يعرف له علاج، ومن الممكن أيضا التدخل البيولوجي للتحكم في صفات معينة للبشر لإصابتهم بأمراض معينة باستعمال ميكروب الحرب البيولوجية<sup>5</sup>.

وفي الأخير، وبعدما شرحنا كل من مجالات استخدام تقنية الهندسة الوراثية وكذا الأضرار الواجبة التعويض نتيجة استخدام هذه التقنية، كان لزاما علينا أن نتطرق إلى مسؤولية الطبيب المدنية الناجمة عن استخدامه لهذه التقنية، وذلك بدراسة أساس هذه المسؤولية وتحليل أدق دراسة أساس وكيفية التعويض عن الأضرار التي يمكن أن يحدثها الطبيب نتيجة استخدام تقنية الهندسة الوراثية، وهذا ما سنشرحه في الفصل الموالي.

<sup>1</sup> سمير حامد الجمال: المرجع السابق، ص.329.

<sup>2</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.184-185.

<sup>3</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.769.

<sup>4</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.183.

<sup>5</sup> عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.769.

# الفصل الثاني

أساس ومبنيك التعويض عن أضرار الشخصية الوراثية

إذا كانت استخدامات تقنية الهندسة الوراثية تحدث أضرار للغير أي كان نوعها، ولقد سبق ورأينا أنه يمكن أن يتعرض الشخص الذي تم استخدام هذه التقنية عليه لأضرار مادية أو معنية، سواء كان نتيجة تم استعمال هذه التقنية في مجال الإثبات بنوعيه المدني والجنائي، أو تم استعمالها في المجال الطبي أو العلمي. فإنه كان من الواجب علينا أن ندرس مسؤولية الشخص القائم على استخدام هذه التقنية.

وبحكم موضوع دراستنا وتخصصنا فإننا سنتعرض إلى مسؤولية الطبيب المدنية الذي يستخدم تقنية الهندسة الوراثية في تشخيص مرضاه وعلاجهم أو القيام بتجارب علمية على المرضى قصد تطوير هذا العلم وبدون غرض العلاج.

وعلى هذا الأساس ارتأيت أن أقسم دراستي في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سأتطرق فيه إلى أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية وفق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية الطبية.

المبحث الثاني: سنبين فيه استقلالية أسس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية عن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية الطبية.

## المبحث الأول

## أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية وفق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية الطبية

تُعرّف المسؤولية المدنية بوجه عام بأنها الإلتزام الذي يقع على الإنسان بتعويض الضرر الذي ألحقه بالآخرين بفعله أو بفعل الأشخاص أو الأشياء التي يسأل عنها بجر هذا الأخير وذلك عن طريق تعويض يقدمه للمضرور<sup>1</sup>. وعلى العموم فالمسؤولية المدنية هي ذلك التعويض الذي يتحمله "المسؤول" نتيجة إخلاله بالإلتزام سابق رتبه العقد أو القانون<sup>2</sup>.

وبناء على هذا فالمسؤولية المدنية تقسم إلى نوعين؛ مسؤولية تقوم على أساس الخطأ التقصيري المترتب عند الإخلال بالإلتزام قانوني. ومسؤولية عقدية تقوم على أساس الخطأ العقدي، المترتب عند إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، وفي هذه الحالة نكون بصدد مسؤولية عقدية<sup>3</sup>.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن تقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية، هو تقسيم أساسي وجوهري لما بين المسؤوليتين من فروق كبيرة<sup>4</sup>، بل وصل الغلو ببعضهم إلى حد قصر تعبير "المسؤولية" على الفعل الضار أو المسؤولية وحدها، وإطلاق لفظ "الضمان"<sup>5</sup> على المسؤولية التقصيرية<sup>6</sup>.

غير أنه في أواخر القرن التاسع عشر ظهر فريق من الفقهاء ينكر أي تفرقة جوهرية بين الصورتين من صور المسؤولية، ويذهب إلى وحدة المسؤولية، ويرون أن الفروق التي يحتج بها أنصار ازدواجية المسؤولية هي فروق سطحية لا تنال من وحدة المسؤولية<sup>7</sup>. بينما يذهب فريق آخر من الفقهاء إلى رأي وسط وانتهى هذا الرأي إلى

<sup>1</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.11.

<sup>2</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.18-19.

<sup>3</sup> أسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.74.

<sup>4</sup> يستند أنصار ازدواجية المسؤولية إلى الاختلاف الموجود بين أحكام كل من المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في مسائل مختلفة منها: الخطأ، الأهلية، الإعذار، الإثبات، التضامن، التعويض، التقادم والإعفاء من المسؤولية. لمعرفة المزيد من التفاصيل حول هذه المسائل راجع: حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، الجزء الأول، ب.ط، شركة التلميس للطبع والنشر المساهمة، العراق، 2006، ص.58. علي فيلاي: المرجع السابق، الهامش رقم 38، ص.20. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.198 وما بعدها. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص.377 وما بعدها.

<sup>5</sup> ويعرّف فقهاء الشريعة (الضمان) في مجلة الأحكام العدلية في المادة (416) بأنه: عبارة عن إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثلثات أو قيمته إذا كان من القيميات.

وقد عرّف الإمام الغزالي الضمان بأنه: واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة. وعرّفه الشوكاني بأنه: عبارة عن غرامة التالف.

أما الأستاذ الزرقاء فقد عرّفه بأنه: الإلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.

أما الفقيه وهبة الزحيلي فقد عرّف الضمان بما يتلاءم - في نظره - مع عموم نظريته الشاملة للمسؤولية المدنية والجنائية بأنه: الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية. راجع مؤلفه الموسوم ب: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، ب.ط، دار الفكر، دمشق، 2012، ص.663-664.

<sup>6</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.58.

<sup>7</sup> يرد أنصار وحدة المسؤولية على حجج أنصار ازدواجية المسؤولية في نفس المسائل التي استند إليها أنصار ازدواجية المسؤولية. لمزيد من الشرح حول هذا الرد راجع: علي فيلاي: المرجع السابق، الهامش رقم 41، ص.22. حسن علي الذنون: المرجع السابق، ص.65 وما بعدها. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.386 وما بعدها.



ضرورة وحتمية التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، نظرا لتباين أحكامها في مسائل معينة<sup>1</sup>. ولكن رغم الانتقادات اللاذعة التي وجهت إلى تقسيم المسؤولية المدنية إلى تقصيرية وعقدية، فإن كثير من رجال الفقه والقضاء قدما وحتى حديثا ذهب إلى تبني هذا التقسيم، وإيجاد التطبيقات المختلفة له.

وعلى هذا الأساس فالمسؤولية الطبية المدنية تقوم متى أحل الطبيب بواجبه القانوني في إلتزام الحيطرة والحذر واليقظة، مما سبب ضررا على للمريض، كان مسؤولا مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة العقدية. أما إذا أحل الطبيب بنود أو التزاماته الناشئة عن عقد العلاج (العقد الطبي) الذي يربطه بالمريض، وتسبب ذلك في حدوث ضرر للمريض، كان الطبيب مسؤولا مسؤولية عقدية<sup>2</sup>.

أما عن المسؤولية الناتجة عن أضرار استخدامات الهندسة الوراثية، فنقول حولها أنه رغم أن التشريع الوضعي هو الحصن المنيع الأول لحماية الإنسان ضد شطط العلماء وانحرافهم عن هذا الهدف الأصلي وهو حماية الإنسان، بحيث يوفر الإجراءات الوقائية الواجب توفيرها لضمان السلامة العامة للإنسان، وذلك مما ينص على الجزاءات - سواء مدنية أم جنائية- في حالة مخالفة هذه الإجراءات، ولكن للأسف الشديد لا يوجد في مجال الهندسة الوراثية تشريع شامل ينظم المسألة بصفة متكاملة، ولذلك سنحاول في هذا المجال تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على موضوع المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية<sup>3</sup>.

وإذا كان من المتفق عليه أن طبيعة الخطأ هي التي تحدد نوع المسؤولية المدنية بصفة عامة، فإن الفقه والقضاء قد اختلف حول طبيعة الخطأ المنشئ للمسؤولية المدنية الطبية. حيث تعددت الاتجاهات في هذا المجال بين جانح للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ التقصيري وآخر جانح للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ العقدي<sup>4</sup>. ولأجل تبيان هذا الخلاف اعتمدنا في ذلك على دراسة التطور التاريخي لأساس هذه المسؤولية، حيث توجه كل من الفقه والقضاء في بادئ الأمر على الأخذ بفكرة الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية المدنية (المطلب الأول)، إلا أن هذا توجه لم يدم طويلا مع وجود نظرية جديدة تُقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ العقدي (المطلب الثاني)، خاتمين هذا المبحث بدراسة كيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية وفق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية (المطلب الثالث).

<sup>1</sup> يرى أنصار هذا الاتجاه أن ازدواجية المسؤولية ليست جوهرية، ولا تنال من طبيعة المسؤولية كنظام مستقل في حد ذاته، بل تقتصر على نظامها القانوني، ولا يراد بهذه الإزدواجية وجود مسؤوليتين بل هناك نظامين قانونيين فقط، فالمسؤولية العقدية مثلها مثل المسؤولية التقصيرية تتعلق بإخلال بالتزام، وهذا الإخلال بالالتزام هو ينشئ الالتزام الجديد المتمثل في الالتزام بالتعويض، وأن كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية لهما علاقة بنظريتي مصادر وأثار الالتزام. علي فيلاي: المرجع السابق، ص.23.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.196.

<sup>3</sup> نزيه الصادق المهدي: المرجع السابق، ص.1001.

<sup>4</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.347.

المطلب الأول

## الخطأ التقصيري كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية

لقد تعددت التعاريف الخاصة بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ التقصيري وتمحورت معظمها حول عنصرَي الخطأ والضرر. وبغض النظر عن الجدل الفقهي القائم بشأن وجوب الخطأ من عدمه لقيام هذه المسؤولية، فإنه طبقاً للقواعد العامة نكون بصدد المسؤولية القائمة على أساس الخطأ التقصيري إذا انعدمت الرابطة العقدية بين طرفين وسبب أحدهما ضرر للآخر، أو إذا وُجدت الرابطة العقدية بينهما وكان الضرر نتيجة إخلال بالتزام غير عقدي<sup>1</sup>.

وقد بدأ القضاء المدني المقارن بسلوك طريق المسؤولية القائم على أساس الخطأ التقصيري الذي نصّبته القوانين المدنية نظاماً عاماً للمسؤولية<sup>2</sup>، كما طبق هذا النظام كذلك على مستوى المسؤولية الطبية إذ تقوم هذه الأخيرة حتى في حالة وجود عقد بين الطبيب والمريض، انطلاقاً من واجبات الطبيب ترتب مسؤوليته عما يصيب المريض من ضرر تنبع من ضوابط ممارسة المهنة الطبية ذاتها، ونصوص القانون المنظمة لمباشرتها، بعيداً عن العقد الذي يقوم بين الطبيب والمريض، ولا تتأثر بهذا العقد<sup>3</sup>.

وهكذا تكون المسؤولية الطبية تقصيرية كلما تخلّفت الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض، فبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985م، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/1990م، لا يوجد في نصوصه ما يشير للحالات التي تكون فيها المسؤولية تقصيرية للطبيب ما عدا نص المادة 167 منه، والتي جاء فيها على أن المسؤولية الناجمة عن البحوث العلمية في المجال الطبي تكون مدنية، وهذا ما يفرض الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني وذلك بموجب المادة 124 منه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص.32-33.

<sup>2</sup> تطرق المشرع الجزائري بموجب نصوص القانون المدني إلى الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية المدنية سواء كانت هذا الخطأ واجب الإثبات أو مفترض، وتبنى ذلك في ثلاث حالات وهي:

- المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الشخصي (من المادة 124 إلى المادة 133 من القانون المدني).

- المسؤولية التقصيرية الناشئة عن عمل الغير (من المادة 134 إلى المادة 137 من القانون المدني).

- المسؤولية التقصيرية الناشئة عن فعل الشيء (من المادة 138 إلى المادة 140 من القانون المدني).

Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, éditions Houma, Alger, 2014, p.98-99.

M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p.13.

علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.138 وما بعدها.

<sup>3</sup> مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية الطبية)، الجزء الأول، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص.87.

<sup>4</sup> دلال يزيد ومختاري عبد الجليل: المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، م.ع.ق.، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد03، 2005، الجزائر، ص.60.

ونظام المسؤولية القائم على أساس الخطأ التقصيري من شأنه أن يلقي على عاتق المريض ذاته عبء إثبات الخطأ الذي ينسبه إلى طبيبه، فإذا عجز عن هذا الإثبات كان لا مناص من عدم مطالبة الطبيب بالتعويض. وهكذا صار الطبيب غير مسؤولاً مدنياً عما يصيب المريض من ضرر من جراء التدخل الطبي، إلا إذا أثبت المريض أن هذا التدخل قد تم لغرض آخر غير العلاج، أو دون أن يكون الطبيب مرخصاً له بممارسة العمل الطبي، أو دون الحصول على موافقة المريض ورغم انتفاء حالة الضرورة، أو كان خالطه جهل بأصول المهنة أو إهمال أو رعونة في تطبيقها، أو تجاوز عن أخلاقياتها ومما تتطلبه من حفاظ على أسرار المريض<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق، يمكننا القول أن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ التقصيري في مجال استخدام الهندسة الوراثية تقع عند انحراف الأطباء والعلماء المتخصصين في الهندسة الوراثية في بعض استخداماتها في مجال الإنسان وحتى الحيوان والنبات، مما يخرج عن الاستعمال المألوف المضاد المفيد للإنسان فيعتبر استعمالاً غير مشروع وإخلالاً بالواجب العام المتمثل بعدم الانحراف عن الأصول المرعية وعدم الإضرار بالغير، فيعتبر ذلك خطأً تقصيرياً موجبا لتعويض الأضرار المترتبة عليه<sup>2</sup>.

ولا بد من الإشارة في هذا المقام إلى أنه في بداية القرن 19، ظهر في فرنسا مدافعون عن الأطباء بطريقة مغالى فيها من بينهم الأكاديمية الطبية الفرنسية، يطالبون بعدم مساءلة الأطباء عن الخطأ الطبية إلا في حالات نادرة يثبت فيها الغش أو التدليس أو خيانة الأمانة وهي واجبات المهنة<sup>3</sup>. ولكن رغم هذه المطالب فإن القضاء في فرنسا لم يستجب ولم يلق بالاً لها نظراً لتطرفها، حيث عُرض على محكمة النقض الفرنسية سنة 1833م موضوع مسؤولية الأطباء، وقررت المحكمة بأنها مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، اعتباراً أن المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي لهما تطبيق عام وشامل<sup>4</sup>. ومنذ صدور هذا الحكم دأبت المحاكم الفرنسية على إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ التقصيري، مستندين في ذلك إلى حجج آراء الفقه (الفرع الأول)، وواضعين بتوجههم هذا القواعد والأحكام التي يجب أن تتوفر في هذا الخطأ (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> مصطفى الجمال: المرجع السابق، ص.88.

<sup>2</sup> نزيه الصادق المهدي: المرجع السابق، ص.1000.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.196.

<sup>4</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص.48.

### الفرع الأول

#### موقف القضاء والفقهاء تجاه الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية

سنحاول في هذا الفرع أن نبين موقف القضاء إزاء الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية (البند الأول)، ثم سنتطرق إلى حجج الفقهاء المنادين إلى تبني هذا الأساس (البند الثاني).

#### البند الأول: موقف القضاء تجاه الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية

بعد قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1833م الذي تطرق لموضوع مسؤولية الأطباء، بدأ القضاء وحتى الفقه يعتبر مسؤولية الطبيب تجرد أساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية ووفقا للمواد 1382 و 1383، فهذه القواعد واجبة التطبيق على كل خطأ مسبب لضرر<sup>1</sup>. ثم كرس بعد ذلك هذا المبدأ في قرارات لاحقة أخرى، حيث قضت ذات المحكمة سنة 1835م بأن الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه شأن أي شخص يرتكب خطأ يحدث به ضررا للغير<sup>2</sup>.

إلا أن الغريب في الأمر أن ذات المحكمة سنة 1932م قد قضت بأن الرابطة القانونية بين الطبيب والمريض تدخل في إطار العقد. حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم لمريضه العناية الواجبة مقابل تعهد المريض بأن يدفع أتعابه، وأنه حين يرتكب الطبيب خطأ أو إهمالا أو رعونة في فترة تنفيذ العقد، فإن هذا هو خطأ عقدي يتضمن الإخلال بالالتزام المتفق عليه<sup>3</sup>.

وبهذا يظهر لنا أن اتجاه القضاء الفرنسي على أنه متناقضا. ولكن ما يفسر هذا التناقض في الأحكام القضائية أن التزام الطبيب بالعلاج هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة. ومن المعلوم أن هذا النوع من الالتزامات لا سبيل إلى تعيين مدها تعيينا دقيقا، كما في الالتزام بتحقيق نتيجة. إذ لا بد من البحث عن درجة العناية التي تطلب من المدين في كل حالة، وهي تختلف باختلاف الظروف، فإذا أراد الدائن بالالتزام من هذا النوع أن يثبت تقصير المدين وجب عليه الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة، التي تبين حدود ما يجب على من يكون في مركز مدينه من جهد وتبصر واحتياط، ووفقا لمعيار الرجل العادي، فيكون مركزه في هذه الحالة، من حيث الإثبات، شبيها كل الشبهة بحالة المسؤولية التقصيرية، وبالتالي لا تظهر الفائدة من تكييف مسؤولية المدين في هذه

<sup>1</sup> Alfred Lechopie et CH. Floquet : Droit médical ou Code des medecins, Octave Doin éditeur et Marchal et Billard éditeur de la Cour de cassation, 1980, p.200.

<sup>2</sup> الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية يوم 18 يونيو 1835م، أشار إليه: طلال عجاج: المرجع السابق، ص.48-49.

<sup>3</sup> رمضان جمال كامل: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص.68. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، الهامش الثاني، ص.85. عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.130.

الحالة، بأنها عقدية أو تقصيرية<sup>1</sup>. وبهذا التفسير لم يغيّر من موقف محكمة النقض الفرنسية من اعتبار أن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية<sup>2</sup>.

ولا بد من الإشارة إلى أن الاجتهاد القضائي في البلدان العربية قد سار على نفس منهج القضاء الفرنسي كالقضاء السوري<sup>3</sup> واللبناني<sup>4</sup>، والمصري<sup>5</sup>، والأردني<sup>6</sup>، أما عن القضاء الجزائري فقد تجاذبه تيار القضاء الفرنسي والقضاء المصري وذلك بإتباع نفس الموقف، وهذا بالرغم من أن الفقه قد خالف القضاء وقرّر في غالبته أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه الفنية تكون مسؤولية عقدية نتيجة لوجود عقد بين ما يزاوّل المهنة وبين من يتعامل معه<sup>7</sup>. إلا أن المحكمة العليا تبنت الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية في قرارها الصادر حديثاً بتاريخ 2008/01/23م، وذلك بنصّها على أن "إخلال الطبيب بالالتزام ببذل العناية والمتمثل في بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية. حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيًا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب"<sup>8</sup>.

وقد جاء كذلك على لسان المحكمة العليا الجزائرية في قرار آخر صادر بتاريخ 2003/06/03م، والذي جاء فيه ما يلي: "حيث أن الضحية كانت تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذلك فأن المسؤولية التقصيرية ثابتة وأن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل بإخلاله بواجب القيام بالالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم م.م"<sup>9</sup>. كما قضت كذلك ذات المحكمة في القرار الصادر

<sup>1</sup> منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص.55.

<sup>2</sup> رمضان جمال كامل: المرجع السابق، ص.68. عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.128.

<sup>3</sup> حيث قضت محكمة النقض السورية بتاريخ 1975/03/03م بأن: "مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تتحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه". كما قضت في حكم حديث آخر صدر بتاريخ 1980/12/16م بأن: "عدم مراعاة الطبيب للأصول الفنية، وعدم بذل العناية اللازمة المقترضة من ذوي الاختصاص، يؤدي إلى مساءلته وبالتعويض على المصاب نتيجة الخطأ الذي ارتكبه". أشار إليه، طلال عجاج: المرجع السابق، ص.52-53.

<sup>4</sup> لقد قضى قرار القاضي الإداري في صيدا رقم 47 بتاريخ 1990/03/22م، بأن: "العناية التي كان على الطبيب أن يبذلها للطفل المريض تكمن في أنه كان عليه مريضه جهوداً صادقة ويقظة، تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، لكنه لم يقم ببذل مثل هذه الجهود فيكون مسؤولاً عن التقصير الذي أباده في مسلكه؛ لأن مثل هذا التقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه، وجد في نفس الظروف التي أحاطت به". أشار إليه: طلال عجاج: المرجع السابق، ص.51.

<sup>5</sup> حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1936/06/27م، بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ومسؤوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية. كما قضت ذات المحكمة في القرار الصادر عنها بتاريخ: 1936/06/27م، بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الالتزام بتعويض الضرر المترتب الذي يصيب أقارب المريض.

محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.200-201. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.50.

<sup>6</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية الصادر بتاريخ: 1991/05/12م، قضية رقم: 89/233. أشار إليه، أحمد حسن الحياوي: المرجع السابق، ص.13 وما بعدها.

<sup>7</sup> مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003، ص.30.

<sup>8</sup> قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ: 2008/01/23م، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب).

عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص.25 وما بعدها.

<sup>9</sup> قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2003/06/03م، ملف رقم 06788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، مجلة القضاء، العدد 63، 2008، ص.391. أشار إليه: مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.213.

عنها بتاريخ 13/01/1991م، بمسؤولية المستشفى الأمراض العقلية الجامعي بسطيف عن وفاة السيدة (ك.م) وتعويض ذوي الضحية طبقاً للمادة 124 من ق.م.<sup>1</sup>

كما يستخلص من قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06/12/2003 أن مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية وبصفة خاصة تخضع لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، حيث جاء في حثيات هذا القرار أنه: "... حيث أنه وبهذا فإن الخطأ من شأنه أن يجعل المستشفى مسؤولاً ما دام الطبيب الجراح هو تابع للمستشفى لوجود علاقة التابع بالمتبوع"<sup>2</sup>.

### البند الثاني: موقف الفقه تجاه الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية

كان موقف الفقه حتى وقت قريب ينفي وجود أي علاقة تعاقدية بين الطبيب والمريض مثله مثل القضاء في فرنسا، فكان الطبيب يسأل في حالة الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>، وحججهم في ذلك ما يلي:

أ- ضرورة قيام الدليل على وقوع تقصير من الطبيب حتى يمكن مساءلته، ونقصد بهذا أن الأصل أن الطبيب لا يلتزم قبل المريض بأن يضمن له السلامة والشفاء، وإنما يلتزم فقط بأن يعنى به العناية الكافية. وعلى ذلك فلا يكفي - في نظر أصحاب هذا الرأي - لكي يعتبر الطبيب مخالفاً بالتزامه أن ينعكس على المريض، أو يزداد مرضه، وإنما يجب أن يقوم الدليل على أن ما أصاب المريض من سوء يرجع إلى تقصير الطبيب في عنايته<sup>4</sup>، وهو ما لا يتأتى إلا إذا أسند للطبيب نوع من أنواع الخطأ والتقصير<sup>5</sup>. وفضلاً عن ذلك، فإن المريض يجهل التزامات الطبيب، وهو مالا يتفق مع ما يجب أن يتوافر في الالتزامات العقدية من تحديد التزامات طرفيها<sup>6</sup>. كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن المسؤولية التقصيرية تعطي حماية أكثر للمضروب لأنه يوسع حالات المسؤولية وكذلك في قدر التعويض

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ: 13/01/1991، ملف رقم 75670، قضية (المستشفى الجامعي بسطيف) ضد (فريق ك.م ومن معهم). عبد القادر خضير: المرجع السابق، ص. 59 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06/12/2003 (غير منشور)، أشار إليه، محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، ب.ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 18.

<sup>3</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية المهنية (الأطباء نموذجاً)، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 07، سنة 2010، الجزائر، ص. 128.

<sup>4</sup> يرى كل من الأستاذ "بن صغير مراد" والأستاذ "محمد حسين منصور" بأنه بما أن أصل التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، فإن الأمر يستتبع أن لا تكون المسؤولية الطبية إلا مسؤولية تقصيرية، ومن ثم فيقع على المريض عبء إثبات تخلف العناية المبذولة من جانب الطبيب.

محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، ص. 201.

مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 221.

<sup>5</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 58.

<sup>6</sup> عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: طبيعة المسؤولية المدنية عن ضرر الخطأ المهني للطبيب ونطاق ضمانته في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون المنعقد يوم 7 إلى 9 ماي 1998م، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع كلية الطب والعلوم الصحية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص. 277.

حيث يسمح للمريض بالحصول على تعويض كامل عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة خطأ الطبيب، ويغطي كافة أخطائه وخاصة العمدية المصحوبة بغش<sup>1</sup>.

ب- أن الأعمال الأدبية والفنية لا يمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم، وبما أن المهنة الطبية هي تمتاز بصبغة فنية حيث أن جوهر عمل الطبيب يقوم على احترام قواعد وأصول مهنته ومراعاة وازع الضمير، سواء ارتبط ذلك بعقد أم لم يرتبط<sup>2</sup>، إذ يعتبر إخلال الطبيب بالالتزام بالعلاج عبارة عن إخلال بالتزام قانوني<sup>3</sup>، ولأن القاضي لا يفسر النية المشتركة بين الطبيب والمريض، وإنما يؤسسها على الالتزامات الطبية، وقواعد مهنة الطب وعلاقتها بواجب الضمير والعلم الطبي، وهذه الالتزامات لا تُدرج ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض وبالتالي يجب إقامة المسؤولية التقصيرية<sup>4</sup>. من ثم لا يمكن مساءلة الطبيب عن خطئه مساءلة عقدية ولا إجبار المريض قضائياً على دفع مقابل الخدمة ولو تم الاتفاق على ذلك<sup>5</sup>.

ج- أن الضرر الذي ينشأ عن الجريمة يوجب المسؤولية التقصيرية، حيث يرى هذا الاتجاه أن كل جريمة جنائية نشأ منها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية تغليبا للناحية الجنائية<sup>6</sup>. ويكون تطبيق هذا الاتجاه في الميدان الطبي عندما يؤدي خطأ الطبيب أو الجراح إلى وفاة المريض أو إلى المساس بسلامته الجسدية، إذ يكون الأمر في كلتا الحالتين جريمة جنائية<sup>7</sup>، وإن سلمنا بأن كل جريمة ينشأ عنها ضرر للغير توجب إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية فإن تطبيقها على الأطباء يصبح الأمر طبيعياً<sup>8</sup>.

د- أن العلاقة بين الطبيب والمريض تنصرف إلى حقوق متعلقة بالشخصية (الكيان المادي للإنسان)، وهي حقوق لا يرد عليها التعاقد، فإن وقع بشأنها عقداً كان باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>9</sup>، وذلك لأن هذه الحقوق تدخل بلا أدنى

<sup>1</sup> نزيه محمد الصادق المهدي: مسؤولية الطبيب عن عملية التلقيح الصناعي، بحث مقدم الى مؤتمر الطب والقانون المنعقد بتاريخ 07 إلى 09 ماي 1998م، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع كلية الطب والعلوم الصحية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص.826.

<sup>2</sup> إبراهيم علي حمادي الحلوسى: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص.120. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.221. منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.58. نزيه محمد الصادق المهدي: المرجع السابق، ص.826.

<sup>3</sup> عبد الرشيد مامون: المسؤولية عن أخطاء الأطباء في المستشفيات الخاصة، بحث مقدم الى مؤتمر الطب والقانون المنعقد بتاريخ 07 إلى 09 ماي 1998م، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع كلية الطب والعلوم الصحية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص.672.

<sup>4</sup> أحمد حسن الحباري: المرجع السابق، ص.08. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.82. وفي معنى ذلك أنظر، نزيه محمد الصادق المهدي: المرجع السابق، ص.826-827.

<sup>5</sup> وتبرير ذلك أنه لا يمكن وضع العمل اليدوي على قدم المساواة مع العمل العقلي. وفي هذا الشأن فقد لا حظ البعض أن الفقه الفرنسي صاحب هذا الرأي، قد كان متأثراً آنذاك بالقانون الروماني الذي كان يفرق بين الأعمال اليدوية التي كان يمارسها الرقيق والأعمال العقلية أو الذهنية التي كان لا يصح أن يزاولها إلا الطبقة الراقية. عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص.128.

رمضان جمال كامل: المرجع السابق، ص.68.

<sup>6</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.59. أحمد حسن الحباري: المرجع السابق، ص.09.

<sup>7</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.221. إبراهيم علي حمادي الحلوسى: المرجع السابق، ص.121. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.82.

<sup>8</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.59.

<sup>9</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص.128.

شك في النظام العام، ويعتبر المساس بما مساساً من النظام العام وهو ما يؤدي إلى وجوب خضوع المخالف لها لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

هـ- إن وجود لافئة في مدخل عيادة الطبيب مع احتوائها على المعلومات الخاصة بالطبيب، لا تدل على أن الطبيب في حالة إيجاب دائم، لأن مثل ذلك لا يمثل إلى دعوة للتعاقد وأن تبرير ذلك يكمن في أن شروط علاج المريض لا تتحدد إلا بعد مفاوضات ومعرفة سابقة على إبرام العقد، وإن سلمنا جدلاً بذلك فإنه يعني إهدار حرية الطبيب وإبقائه أسير أهواء المرضى، وبالتالي يصبح من السهل على المريض اختيار المتهم من المرضى، كما أن حالات الاستعجال تدخل ضمن دائرة المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### أحكام الخطأ التقصيري كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية

لا يمكن لنا إقامة مسؤولية الشخص إلا إذا ارتكب هذا الأخير خطأ سبب للغير ضرراً، وهو ما يوافق ما جاء في المادة 124 من ق.م، والتي تنص على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"<sup>3</sup>. وعليه سنحدد الدراسة في هذا الفرع على أحكام الخطأ دون الدخول في شروط تطبيق المسؤولية على هذا الأساس من وقوع ضرر وضرورة توفر رابطة سببية بين الخطأ والضرر - حيث أنه سبق وتطرقتنا لركن الضرر في المبحث الثاني من الفصل الأول ولهذا نحيلكم له. وبخصوص ركن العلاقة السببية فهي تخرج عن نطاق دراستنا ولكن هذا لا يمنعنا من أن نشير بأننا نخضع للقواعد العامة المنظمة لأي مسؤولية مدنية-، حيث سنتطرق هنا إلى تعريف الخطأ بوجه عام سواء كان خطأ مدني أو خطأ طبي (البند الأول)، ثم سنوضح عناصر هذا الخطأ والمعيار الذي يقاس به (البند الثاني).

#### البند الأول: تعريف الخطأ

في هذا الصدد سنتناول تعريف الخطأ المدني العادي (أولاً)، ثم تعريف الخطأ الطبي (ثانياً).

<sup>1</sup> عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص.278. منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.59. إبراهيم علي حمادي الحلبيوسي: المرجع السابق، ص.121.

<sup>2</sup> أحمد حسن الحياوي: المرجع السابق، ص.09.

<sup>3</sup> عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.33.



## أولاً- تعريف الخطأ المدني

إذا تحدثنا عن الخطأ المدني كركن من أركان المسؤولية المدنية فإن المراد به الخطأ الواجب الإثبات<sup>1</sup>، والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يُعرّف هذا الخطأ<sup>2</sup> مثله مثل أغلب التشريعات الوضعية المقارنة التي تركت ذلك للفقهاء والقضاء<sup>3</sup>. ونظرا لتعلق تعريف الخطأ بالنشاط الإنساني وحصر النشاط وتصويره<sup>4</sup> وهذا ما يعتبر أمر ليس باليسير<sup>5</sup>، فقد تولّد عن هذا اختلافا كبيرا لدى الفقهاء في هذا الشأن<sup>6</sup>، حيث تباينت تعريفاتهم تباينا كبيرا، فهناك من الفقه من يرى بأن الخطأ هو: "العمل الضار غير المشروع أي العمل الضار المخالف للقانون". وهذا رأي لا يخدمنا كثيرا في تحديد معنى الخطأ إذ يبقى أن نعرف ما هي الأعمال التي تلحق ضررا بالغير وينهى عليها القانون، وإذا كانت هنالك نصوص تعيّن بعض هذه الأعمال فإن الغالبة منها لم يرد فيها نص، فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعينها<sup>7</sup>.

في حين عرّف الأستاذ "Emmanuel leghi" الخطأ بأنه: "إخلال بالثقة المشروعة"<sup>8</sup>، أما الفقيه "Savatier" فعرفه بأنه: "إخلال بواجب قانوني كان في وسع المُخل أن يتبينه وأن يلتزم به"<sup>9</sup>. أما الفقيه "Planiol" فقد عرّف الخطأ بأنه: "إخلال بالالتزام سابق"، وقد حاول هذا الفقيه أن يقدم حصرا بالأعمال التي يعتبر الإخلال بها خطأ في: الامتناع عن الغش، العنف، عدم الالتزام بعمل لا تتوفر فيه قدرة القيام به، واتخاذ الحيلة في القيام بواجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص<sup>10</sup>.

أما الفقيهان "Mazeaud" وأغلب الفقه الحديث لا يفرقان بين تعريف الخطأ سواء كان تقصيرا أو عقديا ويعرفانه بأنه: "تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول"<sup>11</sup>. ويرى الفقه المصري بأن الخطأ انحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك أو هو إتيان الفعل الذي أمر القانون بالامتناع عنه أو الامتناع عن الفعل

<sup>1</sup> لاشين محمد بونس الغاياتي: دروس في مصادر الالتزام، ب.ط، ب.د.ن، 2004، ص.232.

<sup>2</sup> حسن ما فعل المشرع الجزائري، فليس دوره ولا وظيفته هي محاولة وضع تعريفا أو الإغراق في التفاصيل وإنما تنحصر مهمته في بيان القواعد العامة والأحكام الإجمالية، تاركا ذلك للفقهاء والقضاء. محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص.144.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.50.

<sup>4</sup> لا يمكن للفقهاء تعريف الخطأ تعريفا جامعا مانعا لأن ذلك يعتمد على مخرجات من يقوم بالتعريف ومن المعروف أن تصورات الناس مختلفة وخيال كل إنسان لا ينطبق مع سائر الناس مما ينتج اختلافا في الأحكام على الفكرة الواحدة.

محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص.144.

<sup>5</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.46.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.50.

<sup>7</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.777.

<sup>8</sup> حيث يرى الأستاذ "Emmanuel leghi" أن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق بين أمرين: مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم. ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الأضرار بالغير. فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقا وسطا يساير ثقته بنفسه، ولا يتعارض مع ثقة الناس به. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.778.

<sup>9</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.51.

<sup>10</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.146. لاشين محمد بونس الغاياتي: المرجع السابق، ص.233. عبد الله مبروك محمد النجار: المرجع السابق، ص.211. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.51.

<sup>11</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.237. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.177.

الذي أمر القانون بإتيانه<sup>1</sup>. ومن الفقه من نظر إلى الخطأ من ناحية مرتكب الفعل أو الامتناع وعرفه بأنه يتمثل في الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إليه<sup>2</sup>. كما عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الخطأ بأنه: "ما هو ليس للإنسان يد فيه قصد". وقد عرّف كذلك بأنه: "وقوع الشيء على خلاف إرادة الفاعل"<sup>3</sup>.

ونشير في الأخير أن الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء يُقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤوليتين هو إخلال بالتزام قانوني وهو بذل العناية اللازمة باليقظة في السلوك والتبصر تجنباً للإضرار بالغير، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي<sup>4</sup>.

### ثانياً- تعريف الخطأ الطبي

الخطأ الطبي هو مثله مثل الخطأ المدني، لم يعط التشريع الجزائري ولا التشريعات المقارنة إلا البعض من تعريفات له سواء في القانون المدني أو القوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب<sup>5</sup>، وإن اقتصرنا هذه الأخيرة على تحديد واجبات والتزامات الطبيب. وقد عرّف القانون الاتحادي الإماراتي رقم 10 لسنة 2008م والمتعلق بالمسؤولية الطبية، الخطأ الطبي في المادة 14 منه بأنه ذلك: "الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمر فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإمام بما أو كان هذا الخطأ راجعاً إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة". كما عرّف الخطأ الطبي في مسودة مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني لسنة 2010م في المادة الثانية منه بأنه: "أي نشاط سواء بالفعل أو بالترك لا يتفق مع القواعد المهنية وينتج عنه ضرر"<sup>6</sup>.

وهناك من الفقه من عرّف الخطأ الطبي انطلاقاً من طبيعة التزام الطبيب فقال أنه: إذا كان الأصل أن التزام الطبيب في ممارسته لمهنته هو التزام ببذل عناية خاصة به، وليس بتحقيق نتيجة<sup>7</sup>. فإن الخطأ الطبي يعتبر تقصيراً أو إخلالاً بواجب بذل العناية واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها<sup>8</sup>. أما إذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، فلا تثور صعوبة في تحديد الخطأ الطبي، فالخطأ هنا هو عدم بلوغ الغاية المرجوة أو تحقيق النتيجة.

<sup>1</sup> لاشين محمد بونس الغاياتي: المرجع السابق، ص.234.

<sup>2</sup> عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص.127.

<sup>3</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.440.

<sup>4</sup> عبد الحكم فوده: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، ب.ط، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، 1996، ص. 15. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.778.

<sup>5</sup> مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص.40.

<sup>6</sup> معن شحدة إدريس: المرجع السابق، ص.52 والصفحة 58.

<sup>7</sup> يكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة استثناء وفي حالات محددة نذكر منها: الالتزام بسلامة الأدوات المستعملة، إضافة إلى عمليات نقل الدم، أو عند القيام بعمليات التطعيم الإجباري، أو عند القيام بالتحاليل المخبرية، أو تلك الحالات التي يلتزم فيها المستشفى بسلامة المريض خاصة بالنسبة للمصابين بأمراض عقلية. راجع في هذا الشأن، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.85 وما بعدها. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.361 وما بعدها. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.153 وما بعدها.

<sup>8</sup> حسان شمسي باشا و محمد علي البار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، دار القلم، ط.2، سوريا، 2008، ص.83.

مثال ذلك الطبيب الذي يقوم بإفشاء سر مريضه، كل ما في الأمر هو تحديد نوع الخطأ هل هو عمدي أو غير عمدي<sup>1</sup>.

ويعرفه آخر بأنه: "عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته"<sup>2</sup>. أو هو: "تقصير لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"<sup>3</sup>.

كما عرّف المعهد الطبي الأمريكي الخطأ الطبي بأنه: "الفشل في إتمام عمل مقصود على الوجه المقصود، أو استعمال عمل خاطئ لتحقيق هدف ما.

أما القضاء الجزائري فقد عرّف الخطأ الطبي بأنه: "تقصير في مسلك الطبيب يتمثل في الإخلال بالالتزام ببذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية"<sup>4</sup>.

وبناء على ما سبق يمكننا القول بأن الخطأ الطبي هو أي خطأ<sup>5</sup> يثبت في جانب الطبيب ثبوتا كافيا<sup>6</sup>، سواء تعلق بأداء مهنته كطبيب وهو ما يعرف بالخطأ الفني أو المهني والمتمثل في "الخروج عن الأصول الفنية للمهنة والأصول الطبية المستقرة<sup>7</sup> ومخالفة قواعد العلم"<sup>8</sup>، أو كان خطأ عاديا غير متعلق بالمهنة ناتجا عن إهماله

<sup>1</sup> كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.442.

<sup>2</sup> زاهية حورية سي يوسف كجار: الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 23 و 24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص.13. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.151.

<sup>3</sup> يلاحظ من هذا التعريف بأنه مقتبس من تعريف الفقيهان "Mazeud" للخطأ المدني، اللذان قالوا عنه بأنه: "تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول". حسان شمسي باشا و محمد علي البار: المرجع السابق، ص.83.

<sup>4</sup> القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23م، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب). منشور في الموقع: [www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz)

<sup>5</sup> لقد مر تحديد نطاق الخطأ المهني المضمون من جانب الطبيب، بتطور طويل عبر مسيرة النظم القانونية، إذ فرّق الفقه والقضاء بداية بين الخطأ المادي والخطأ الفني، ففضى بمسؤولية الطبيب عن خطئه الأول دون الأخير. وفي تطور لاحق استقر الفقه والقضاء على مسؤولية الطبيب عن خطئه المادي يسيرا كان أو جسما، بينما أبقى الطبيب من المسؤولية عن خطئه المهني البسيط دون الفاحش، ثم استقر الفقه والقضاء أخيرا على المسؤولية المدنية المطلقة للطبيب عن أخطائه كافة، يسيرة كانت أو فاحشة، مادية أو مهنية. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص.305. ولتفصيل أكثر عن هذا تطور، أنظر، محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.20 وما بعدها. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.177 وما بعدها. مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص.64 وما بعدها.

<sup>6</sup> وفي هذا الشأن صدر قرار عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 1999/04/19م، قضية (القطاع الصحي بأدرار) ضد (السيدة ز.ر)، يقضي بمسؤولية المستشفى بمجرد ثبوت الخطأ. إذ جاء في إحدى حيثياته: "...أنه بعد دراسة مختلف عناصر الملف الطبي، تبين أن الضحية تعرضت فعلا إلى عدة أخطاء طبية مؤكدة...". لحسين بن شخ أث ملويا: دروس في المسؤولية الإدارية (المسؤولية على أساس الخطأ)، الكتاب الأول، ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.101.

<sup>7</sup> هي تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء، والتي يجب أن يُلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي. ويشترط في هذه الأصول الطبية والفنية شرطين وتُقسم إلى قسمين، فيشترط فيها أن تكون صادرة من جهة معتبرة مثل الهيئات الطبية المختصة بالأبحاث والدراسات الطبية، وأن يشهد أهل الخبرة بكفاءتها وصلاحتها للتطبيق. أما عن تقسيمها فنقسم إلى أصول علمية ثابتة وهي تلك التي اتفق الأطباء على القول بها واتباعها، وأنها لا تقبل التغيير ولا التبديل بتبدل الأزمنة والأمكنة. وأصول علمية غير ثابتة وهي نوعان: إما أصول علمية يجب الأخذ بها دون سواها حتى يأتي ما ينقضها ويدل على خلافها ومن ثم تتغير وتُستبدل. وإما أصول علمية لا يتفق الأطباء على اعتبارها أصلا علميا ملزما. حسان شمسي باشا و محمد علي البار: المرجع السابق، ص.61 وما بعدها.

<sup>8</sup> تكون مخالفة قواعد العلم في ثلاث حالات: 1- الحالة الأولى تتمثل في ألا يكون للطبيب أي معرفة بهذا العلم. 2- الحالة الثانية هي أن يكون للطبيب معرفة بسيطة بعلم الطب كأن يكون من طلبة كلية الطب. 3- الحالة الثالثة تكون عندما يكون الطبيب متخصصا في فرع من فروع الطب، ثم يتصدى لممارسة تخصص مختلف آخر. حسان شمسي باشا و محمد علي البار: المرجع السابق، ص.65-66.

وتقصيره وعدم احتياظه واتخاذ الحيطة والحذر التي يملها عليه واجب الحرص وحسن التبصر<sup>1</sup>، وهذا دون مراعاة للنظر إلى مقدار الخطأ من حيث كونه جسيماً<sup>2</sup> أو يسيراً<sup>3</sup> خلافاً للفقهاء الإسلاميين<sup>4</sup>.

حيث عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الخطأ الطبي بأنه: "الخطأ الفاحش الذي لا تفره أصول الطبابة ولا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص" وترتيباً على ذلك أن الطبيب في الشريعة الإسلامية لم يكن يسأل عن الخطأ اليسير الذي يمكن أن يقع فيه أي طبيب، ولكنه يسأل عن الخطأ الذي لا يجوز أن يقع فيه أي طبيب وذلك نتيجة الجهل أو خطأ فاحش لا تفره أصول الطب ولا أهل المعرفة فيه، كأن أراد نزع سن فقلع غيرها خطأ أو يعطي المريض دواء غير مناسب للداء فيضره<sup>5</sup>.

وقد يتخذ الخطأ الطبي عدة صور، فقد يكون ناجماً عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية التي من بينها عدم مراعاة شخص المريض وكرامته، كأن يرفض أو ينقطع الطبيب عن علاج المريض، أو يمتنع عن تقديم مساعدة طبية أو يخجل بواجب إعلام المريض. وقد يكون الخطأ الطبي ناجماً عن الإخلال بالقواعد الأخلاقية لمهنة الطب التي من بينها قيام الطبيب بإفشاء الأسرار الطبية، أو تحرير شهادات طبية وتقارير مخالفة للحقيقة، وقد يكون الخطأ الطبي ناجماً عن الإخلال بالأصول العلمية المهنية التي من بينها الخطأ والغلط والإهمال في التشخيص، أو يكون الخطأ عن الفحص بالأشعة وعند القيام بالتحاليل الطبية، أو عند الخطأ في وصف ومباشرة العلاج، أو الخطأ عند القيام بعمليات الجراحية<sup>6</sup>، كما امتد الخطأ الطبي مع تطور الأبحاث والدراسات وخاصة تلك المتعلقة بتقنية الهندسة الوراثية ليشمل التجارب الطبية التي تجرى بهدف العلاج أو التي تجرى على غير المرضى<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> كأن ينسى الطبيب أثناء قيامه بعملية جراحية واحدة من أدوات الجراحة في بطن المريض.  
<sup>2</sup> وفي هذا الشأن صدر قرار عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقاً بتاريخ 1977/10/29م، قضية (فريق بن سالم) ضد (المركز الإستشفائي للجزائر)، يقضي بمسؤولية المستشفى نتيجة الخطأ المرتكب للجسيم والمتمثل في عدم تنظيف الجراح وإجراء عملية جراحية.  
كما قضى مجلس الدولة في القرار الصادر بتاريخ 2003/06/03م، قضية (مدير القطاع الصحي لبلوغين) ضد (ع.ل)، بمسؤولية القطاع الصحي نتيجة الخطأ الطبي الخطير -والذي يعتبر ترجمة خاطئة لعبارة "grave" لأن القرار كتب بالفرنسية ثم ترجم للعربية- الصادر من طرف الطبيب المعالج. للإطلاع على هذين القرارين، راجع: لحسين بن شخ آث ملوياً: المرجع السابق، ص.98 وما بعدها.  
<sup>3</sup> في هذا الصدد نشير إلى القرار الصادر من الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2005/03/02م، في قضية (ر.أ) ضد (المستشفى الجامعي بارني)، والذي أقر بمسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الطبي البسيط، حيث جاء في إحدى حيثياته: "...حيث أننا أمام مسؤولية المستشفى، وقائمة على أساس الخطأ الطبي والذي يعتبر خطأ بسيطاً...". لحسين بن شخ آث ملوياً: المرجع السابق، ص.103.  
- ونشير بأن القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1992/04/10 في قضية السيدة (V) يعتبر أول قرار يقضي بمسؤولية المستشفى على أساس الخطأ البسيط.

Cass.10/04/1992, n° 79027, Dame V. c/ Hôpital clinique du belvédère d Mont-Saint-Aignan, Note, Eric Martinez, les grandes décisions du droit médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010, p.507 et suite..

<sup>4</sup> مراد بن صغير: المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، م.ع.ق.إ، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد3، لسنة 2005، الجزائر، ص.43. منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط.1، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2004، ص.43.

<sup>5</sup> زاهية حورية سي يوسف كجار: المرجع السابق، ص.13.  
<sup>6</sup> ولمزيد من الشرح حول هذه الصور للأخطاء الطبية أنظر: مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.389 وما بعدها. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.389 وما بعدها. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.243. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.201 وما بعدها.  
<sup>7</sup> أنظر المطلب الثاني من المبحث الثاني الموجود في الفصل الأول.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجب التفرقة بين الخطأ الطبي والغلط الطبي، فهذا الأخير هو عدم الانتباه الذي لا يمكن لأكثر الأطباء حرصاً تفاعلياً، وبالتالي لا يشكل خطأ طبيًا يستوجب المساءلة، مثلاً الغلط في التشخيص إذا كانت الأعراض المرضية متشابهة يصعب معها التوصل إلى التشخيص الصحيح<sup>1</sup>. ويمكن القول بأن الغلط في التشخيص يكون مغتفراً إذا كان ناجماً عن النقص في مجال العلوم الطبية، أو نقص الوسائل ذات التأثير الفعال والتي من شأنها أن تؤدي إلى نتائج محددة. وقد حكمت محكمة باريس في 20 فيفري 1946م، بأن الخطأ في التشخيص الذي وقع من جانب الجراح الذي قال بوجود قرحة في المعدة طبقاً لما أظهرته الأشعة مع أن الأمر كان متعلقاً بوجود سرطان في المعدة لا يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب<sup>2</sup>.

### البند الثاني: عناصر الخطأ وبيان معياره

لا يختلف الخطأ المدني عن الخطأ الطبي من حيث عناصره، إذ كلاهما يجب أن يتكونا من عنصرين الأول مادي والثاني معنوي<sup>3</sup> (أولاً)، إلا أنه عند تقدير هذين الخطأين فيكون معيار التقدير مختلف (ثانياً).

### أولاً - عناصر الخطأ

من خلال تلك التعريفات السابقة للخطأ - مدني أو طبي - يبدو أن له ركنين هما: الركن المادي وهو الانحراف أو التعدي (أ)، والركن المعنوي وهو الإدراك (ب).

### أ - الركن المادي:

يتفق في شأن هذا الركن القانون والفقهاء الإسلامي، فهو قانوناً إخلال بالتزام قانوني أو عقدي، وفقها: هو العمل من دون حق ولا إباحة شرعية<sup>4</sup>. وهناك من الفقه القانوني<sup>5</sup> من أسمى هذا الركن بالركن الموضوعي وهذا بالنظر إلى الفعل المُرْتَكَب دون النظر إلى الشخص المرتكب للفعل. ونقصد كذلك بهذا الركن؛ كل سلوك منطوي على مخالفة واجب أو قاعدة قانونية محددة، أوكل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي<sup>6</sup>.

وتُشير هنا إلى أنه عند إخلال الشخص بقاعدة قانونية أو واجب قانوني محدد، فإنه لا تثور أي صعوبة في تحديد الركن المادي للخطأ لأن المشرع قد قام بتحديد مضمون الواجب، ومن ثم حرمان القاضي من سلطة

<sup>1</sup> زاهية حورية سي يوسف كجار: المرجع السابق، ص.13-14. محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص.283. طلال عجاج: المرجع السابق، ص.261.

<sup>2</sup> عبد الرشيد مامون: المرجع السابق، ص.665.

<sup>3</sup> Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, op.cit, p.90.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.691.

<sup>5</sup> لاشين محمد يونس الغاياتي: المرجع السابق، ص.235.

<sup>6</sup> عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.61.

التقدير. فعندما يثبت أن الشخص قد خالف الواجب الذي حدده المشرع، وجب في هذه الحالة، اعتباره مخطئاً، لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، والخطأ في هذا الفرض ليس سوى الإخلال بهذا الالتزام، ويتمثل هذا الإخلال في إتيان الفعل الذي أمر القانون بالامتناع عنه، أو الامتناع عن الفعل الذي أمر القانون بإتيانه<sup>1</sup>.

ولا يقتصر الخطأ على الإخلال بالواجبات القانونية<sup>2</sup> التي حددها المشرع فقط، بل قد يتمثل في كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وهذا راجع لعدم استيعاب النصوص القانونية لكل الواجبات من جهة، ومن جهة ثانية لتحقيق العدالة والأمن الاجتماعي وحماية المضرور، فالقاعدة أن الأفراد أحرار في سلوكهم، ولكن بشرط مراعاة الواجب العام المفروض على الكافة بالتبصر وعدم الإهمال، فينبغي ألا ينطوي السلوك على الخروج عن الالتزام القانوني المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع<sup>3</sup>.

وتستند هذه الواجبات إلى العرف أو بعض العادات الإجبارية، أو إلى قواعد اللعبة، ويُستخلص البعض الآخر من المبادئ العامة للقانون والشريعة الإسلامية والعدالة وقواعد الأخلاق. والملاحظ من هذه الواجبات أنها تثير بعض الصعوبات بشأن التعرف عليها<sup>4</sup>، لكونها عبارة عن التزام ببذل عناية حيث يلتزم الشخص باليقظة والتبصر وعدم الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، وكذلك لكون القاضي هو الذي يتولى الواجب القانوني<sup>5</sup>. ولأجل تذليل هذه الصعوبات قال جانب من الفقه أنه يجب على الشخص عدم الإخلال بواجب قانوني عام يقتضي بعدم الإضرار بالغير، أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير<sup>6</sup>.

كما أنه مما تجدر الإشارة له هنا أنه لا فرق بين الواجبات التي يقرها التشريع وتلك التي ترتبها الإرادة الخاصة بخصوص تحقق عنصر التعدي، فالإخلال بواجب تشريعي مثله مثل الإخلال بالواجب العقدي فهو كذلك يمثل تعدياً، ويستوي في ذلك أن يكون التعدي عن طريق بفعل إيجابي أو بفعل سلبي<sup>7</sup>. إضافة إلى ذلك أنه قد لا يحتوي العقد جميع الالتزامات الواجب على طرفي العقد احترامها، ومن ثم يتم تحديد هذه الالتزامات غير الواردة في العقد وفقاً للقانون والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام، وهذا وفقاً للفقرة الثانية من المادة 107 من ق.م.ج<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.409.  
<sup>2</sup> من بين الواجبات التي فرضها القانون في المجال الطبي نذكر منها: واجب الطبيب نحو المريض كعدم إفشاء السر المهني، أو الواجب بتبصير المريض والحصول على رضاه، وواجب الطبيب بإعلام المريض بحالته الصحية.  
<sup>3</sup> محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.409.  
<sup>4</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.59.  
<sup>5</sup> محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.410.  
<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.779. عبد الله مبروك محمد النجار: المرجع السابق، ص.216.  
<sup>7</sup> علي فيلاي: المرجع السابق، ص.58.

<sup>8</sup> M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p.51.

ومما سبق ذكره نستخلص أن الركن المادي للخطأ الطبي يتمثل في إخلال الطبيب بالنصوص والواجبات القانونية التي تنظم مهنته. كما يتمثل في انحراف الطبيب وخروجه عن المسلك السليم المألوف المفترض انتهاجه من أي طبيب وسط من جمهور الأطباء<sup>1</sup>.

### ب- الركن المعنوي:

لا يكفي ركن التعدي حتى يقوم الخطأ، ومن ثم المسؤولية لمجرد حصول تعدي على الوجه الخصوص<sup>2</sup> الذي بيناه آنفاً، وإنما يجب أن يكون المعتدي مدركاً لما يفعله، وهو يكون كذلك مميزاً<sup>3</sup> يستطيع أن يعي ما في سلوكه من انحراف<sup>4</sup>، لكونه يتمتع بحرية الاختيار ومفادها أن للفرد مقدرة على التمييز بين الفعل الضار والنافع، وبين الفعل المباح والفعل المخالف للقانون<sup>5</sup>، ولهذا فلا مسؤولية دون تمييز، فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه عنها تماماً، ومن فقد رشده عن غير قصد لسبب عارض كالسكر والغيبوبة، والمنوم تنويمًا مغناطيسياً، والمصاب بمرض النوم، كل هؤلاء لا يمكن أن يُنسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم<sup>6</sup>.

ولقد نصت في هذا الشأن المادة 125 من ق.م.ج، بأنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً"<sup>7</sup>. كما بين المشرع الجزائري في المادة 42 من ق.م، على أن سن التمييز يبدأ من بلوغ الشخص لسن الثالث عشر، وبين كذلك الحالات التي يعتبر فيها الشخص غير مميز وهي العته أو الجنون<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 91.

<sup>2</sup> علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 71.

<sup>3</sup> نقصد بالتمييز صلاحية الفرد لممارسة بعض حقوقه وتحمل بعض نتائج أفعاله، كأن يسأل مدنياً أو جزائياً. علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 73.

<sup>4</sup> عبد الله ميروك محمد التجار: المرجع السابق، ص. 226.

<sup>5</sup> علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 72.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص. 796.

<sup>7</sup> بالرجوع إلى مضمون المادة 125 من القانون المدني قبل تعديله بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، نجد أنها أضافت فقرة ثانية والتي جاء فيها: " غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم". يتبين لنا هنا أن المشرع في الأصل اشترط لقيام مسؤولية المخطأ أن يكون مميزاً. واستثناءً نجده أقم مسؤوليته على أساس تحمل التبعة ولكن بصفة مشروطة ومقيدة وإستثنائية واحتياطية وجوازية؛ وشرح هذا أنه يشترط لمسؤولية الشخص غير المميز أن يتولى رقابة هذا الأخير شخص يكفله. وأنه ليس بالضرورة التعويض عن كل الضرر بل أن يكون التعويض عادلاً. وأن يطبق القاضي الفقرة الأولى بحيث تعتبر هي الأصل وأن يطبق الفقرة الثانية إستثناءً، حيث أن القاعدة لا مسؤولية بدون تمييز. وأنه لا يمكن اللجوء إلى تطبيق الفقرة الثانية إلا في حالة عدم وجود مسؤول عن عديم التمييز أو في حالة تعذر الحصول على تعويض منه لإسارته. أما بخصوص هي مسؤولية جوازية فعني بها أن القاضي لا يقررها إلا إذا كان مركز الخصوم يسمح بذلك، حيث لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا كان عديم التمييز معسراً أو إذا كان المضرور موسوراً واسع الثراء. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 95 وما بعدها. لاشين محمد بونس الغاياتي: المرجع السابق، ص. 240 وما بعدها. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص. 804 وما بعدها. وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 693.

- ولكن التساؤل الذي يطرح هنا هو: لماذا المشرع الجزائري ألغى هذه الفقرة مع أنها تحقق أكثر حماية للمضرور؟. والجواب على ذلك هو إضافة المشرع الجزائري للمادة 140 مكرراً في تعديله للقانون المدني، حيث أن مضمونها وتطبيقها يشمل هذه الفقرة الملغاة، إذ جاء في هذه المادة المستحدثة بأنه إذا انعدم المسؤول عن الضرر ولم تكن للمتضرر يد فيه، فإن الدولة تتكفل بالتعويض. وبهذا يفهم بأن هذه المادة تحقق حماية أكبر للمضرور عن الفقرة الثانية من المادة 125 الملغاة.

<sup>8</sup> أنظر، المادة 42 من القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05.

أما عن جمهور الفقه الإسلامي، فهم يتجهون إلى عدم تطلب الإدراك أو التمييز لقيام الضمان عن الإلتلاف، لأن جوهر الضمان هو جبر الضرر، وليس الجزاء أو العقوبة. ومن ثم يتضح لنا أن المفهوم الموضوعي هو السائد في الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق يتبين لنا بأن الركن المعنوي لخطأ الطبيب الموجب للمسؤولية يجب أن يكون صادر عن انحراف واضح عن مسلك الطبيب الوسط، وهو في كامل قواه العقلية، بمعنى يصدر من الطبيب خطأ طبي وهو مدرك لهذا الانحراف أو الخطأ. فإذا فقد الطبيب إدراكه بسبب أجنبي خارج عن إرادته كجنون طارئ أو فقد وعي أو أي حالة أخرى تفقده تمييزه بدون قصد منه، فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء الركن المعنوي ومن ثم انتفاء الخطأ، مما يدفع المسؤولية عنه لعدم قيام ركن الخطأ<sup>2</sup>. كما أن المستشفى بصفته شخص معنوي - لا يتمتع بإدراك أو تمييز - فهو يُسأل كذلك عن الأخطاء الصادرة من الأطباء الموظفين داخل هذا المستشفى سواء كان مستشفى عمومي أم مستشفى خاص.

#### ثانياً - معيار تقدير الخطأ

عرفنا سابقاً أن الخطأ المدني العادي لا يختلف عن الخطأ الطبي من حيث الأركان الواجب توفرها في هذا الخطأ لقيام المسؤولية<sup>3</sup>. إلا أن التساؤل المطروح هنا هو إلى أي مدى يمكن تطبيق المعيار الذي يقدر به الخطأ المدني العادي في تقدير الخطأ الطبي؟ وللإجابة عن هذا التساؤل سنقوم بتبيان معيار تقدير الخطأ المدني (أ)، ثم سنوضح مدى تطبيق هذا المعيار في تقدير الخطأ الطبي (ب).

#### أ - معيار تقدير الخطأ المدني

إن مسألة تقدير الخطأ المدني كانت محل خلاف فقهي، حيث اتجه رأي من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الشخصي الذي يستلزم النظر إلى شخص المتعدي نفسه لا إلى التعدي في ذاته، أو النظر إلى التعدي من خلال شخص المتعدي، فيبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في سلوكه، فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير، فأقل انحرافاً في سلوكه يكون تعدياً، وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والذكاء، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً، وقد يكون في المستوى العادي، فالتعدي

<sup>1</sup> محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.416.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.97.

<sup>3</sup> أنظر، الصفحة 111 وما بعدها.



بالنسبة إليه لا يكون انحرافا في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافا عن السلوك<sup>1</sup>.

ورغم ما لهذا المعيار من مزايا منها معاملة كل شخص وفقا لظروفه وحالته، ومحاسبته بقدر يقظته وفطنته، إضافة إلى أن هذا المعيار يلغي أي تفرقة بين الخطأ القانوني والخطأ الأخلاقي، حيث يكون الشخص مسؤولا مسؤولية قانونية إذا أحسن بالفعل أنه ارتكب خطأ أخلاقيا<sup>2</sup>، إلا أن ما يعاب على هذا المعيار أنه غير عادل حيث أن الشخص اليقظ الحريص سيسأل على أدنى وأبسط انحراف سيحصل منه، في حين أن الشخص المهمل لا يسأل إلا إذا بلغ الانحراف الذي أتاه حدا من الجسامه، إضافة إلى هذا فأن عملية البحث عن في شخصية الفاعل في كل حالة على حدى هو أمر صعب المنال من طرف القاضي<sup>3</sup>.

وكنتيجة عن سلبيات المعيار الشخصي، ظهر اتجاه آخر من الفقه يرى بضرورة الاعتماد على المقياس الموضوعي الذي ينظر إلى الفعل الخاطئ دون النظر إلى فاعله<sup>4</sup>؛ فيكون ذلك عن طريق قياس الانحراف بسلوك شخص نجرده من الظروف الشخصية وهو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة حامل المهمة فينزل إلى الحضيض، ومؤدى ذلك ينظر إلى سلوك هذا الشخص العادي، ويقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي، فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي فهو لم يتعدّ وانتفى عنه الخطأ، أما إذا كان قد انحرف فمهما يكن من أمر فطنته ويقظته فقد وقع منه اعتداء وثبت عليه الخطأ وترتبت المسؤولية في ذمته<sup>5</sup>.

ويكون الشخص العادي مجردا من الظروف الداخلية الخاصة بشخص المعتدي دون الظروف الخارجية العامة منها الزمنية والمكانية والمناخية وغيرها من الظروف المحيطة بالمعتدي وقت حصول التعدي، وسلوك الرجل المعتاد ليس نوعا واحدا بالنسبة لكل الأشخاص، بل هناك نموذج لكل فئة أو مجموعة من الأشخاص، فسلوك الفلاح مثلا يقاس على سلوك الفلاح العادي، وسلوك الطبيب يقاس على سلوك الطبيب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص. 879-880.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 101.

<sup>3</sup> علي فيلالتي: المرجع السابق، ص. 70-71.

<sup>4</sup> عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص. 15.

<sup>5</sup> عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 61. أنظر في معنى ذلك: محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 412. طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 218.

<sup>6</sup> علي فيلالتي: المرجع السابق، ص. 71.

وعليه يمكن القول أن هذا المعيار ينطبق على الالتزام ببذل عناية، على الخطأ التقصيري، والخطأ العقدي على حد سواء<sup>1</sup>. وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري يظهر لنا أنه اعتمد على المعيار الموضوعي في العديد من نصوص القانون المدني<sup>2</sup> التي أشار فيها على وجوب أن يبذل الشخص في التزاماته عناية الرجل العادي<sup>3</sup>.

وفي الأخير يظهر لنا أنه رغم تبني الفقه والتشريع الجزائري للمعيار الموضوعي في تقديرهم للخطأ المدني العادي، إلا أن هذا لا يعني أن هذا المعيار لا يخلو من العيوب. وقد قال الفقيه "سليمان مرقس" حول ذلك بأن: "الأخذ بالظروف الخارجية دون الداخلية في المعيار الموضوعي لا أساس له من القانون أو من المنطق أو من العدالة، إذ أن التفرقة بين الظروف الداخلية والخارجية<sup>4</sup> قد تؤدي إلى حلول يأبأها الذوق والضمير، فهي تؤدي إلى التسوية بين واجبات شخص ذو كفاءة عالية مع شخص أقل كفاءة من الأول"<sup>5</sup>.

### ب- معيار تقدير الخطأ الطبي

إذا كان التزام الطبيب لا يشير أي صعوبة من حيث المبدأ، حيث يتمثل بالالتزام بالعناية في بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة<sup>6</sup>، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، إلا أنّ المشكلة الأساسية في دراسة الخطأ بصفة عامة، هي تحديد اليقظة والحذر، وتعبير آخر "المعيار" الذي نعتد عليه من أجل معرفة ما إذا كان سلوك فاعل الضرر (الطبيب) كان حذرا ويقضا من عدمه<sup>7</sup>.

فهل يكون هذا المعيار شخصيا بحتا، بحيث تتم مساءلة الطبيب في ظل وضعه الشخصي كتحصيله العلمي وتدريبه ومهاراته، وخبرته المكتسبة وغيرها من المكتسبات الشخصية، أم يكون المعيار موضوعيا بحتا بحيث يُنظر إلى من هو في مستواه ودرجته، وهل كان يتصرف بمثل ما تصرف بهذا إن وجد في نفس الظروف التي وجد فيها الطبيب المخطئ؟.

<sup>1</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 181.

<sup>2</sup> أنظر المواد: 154 فقرة 01 و 157 و 172 و 379 فقرة 02 و 432 فقرة 02 و 495 و 544 فقرة 01 من القانون المدني.

<sup>3</sup> علي قبالي: المرجع السابق، ص. 71.

M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p.50.

<sup>4</sup> هنالك من الشراح من انتقدوا معيار التمييز بين الظروف الداخلية والخارجية، واقترحوا معيارا آخر يقوم على أساس التفرقة بين الظروف الظاهرة وغير الظاهرة، ويستند هذا المعيار على أساس أنه إذا كان الظرف واضحا وظاهرا للمريض فعليه أن يراعيه، سواء تعلق هذه الظروف بالطبيب نفسه كان يكون طبيب عام أو أخصائي بحيث نجد أن الثاني يبعث الثقة في نفسية المريض أكثر من الأول، أو كانت متعلقة بالزمان أو المكان. إلا أن هذا المعيار كذلك انتقد على أساس أنه يخلط بين تقدير سلوك الطبيب العادي مرتكب الفعل وسلوك المريض المضروب. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 107-108.

<sup>5</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 106.

<sup>6</sup> القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23م، السابق ذكره.

<sup>7</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 180.

للإجابة عن هذا التساؤل، نقول أنه إذا طبقنا المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الطبي فإنه سيؤدي إلى عدم تطبيق العدالة بحيث سنقرر مسؤولية طبيب معين، بينما نعفي طبيب آخر، مع أن كلاهما تصرف بطريقة واحدة وفي نفس الظروف<sup>1</sup>.

أما إذا طبقنا المعيار الموضوعي في تقديرنا للخطأ الطبي، وذلك باعتمادنا على سلوك نموذجي لطبيب من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة، وأن يكون من نفس الاختصاص<sup>2</sup>. فإنه كذلك سيؤدي إلى إعفاء الكثير من الأطباء وخاصة أصحاب الكفاءة العالية، وذلك لأن هنالك عدة عوامل أو ظروف شخصية لها صلة وثيقة بمهمة الطبيب وبمركزه وبكفاءته في عمله، كتخصصه وتدريبه في إحدى الجامعات أو ترأسه لإدارة المستشفى، وحتى عامل انزاله عن المجتمع ومستجدات العلم، وغيرها من الاعتبارات التي يراها المريض عند اختياره للطبيب<sup>3</sup>.

ولأجل الابتعاد عن هذه الانتقادات وتحقيق العدالة، لجأ الفقه إلى إعطاء نوع من التشديد في تقديره للخطأ الطبي بحيث أخضعوا هذا الخطأ للمعيار الموضوعي وفقا للقواعد العامة ولكن بشرط مراعاة الظروف الداخلية والخارجية، إذن فهو بذلك معيار موضوعي شخصي -مختلط-، وهذا خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تقتصر على المعيار الموضوعي الذي يراعي الظروف الخارجية دون الداخلية<sup>4</sup>.

وبناء على ما سبق، نقول أن الخطأ الطبي يقاس على ضوء سلوك الطبيب الوسط من نفس مستواه العلمي ومن نفس اختصاصه وعلى ضوء الظروف التي وجد فيها<sup>5</sup>، وهذا السلوك يجب أن يتفق مع الأصول الفنية المستقرة<sup>6</sup> والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص.219.

<sup>2</sup> منصور عمر المعايطة: المرجع السابق، ص.52.

<sup>3</sup> حيث أن لهذه الاعتبارات دورا كبيرا في جذب المرضى للعلاج لدى الطبيب صاحب الكفاءة العالية والتخصص، ومن ثم فليس من العدل أن يتذرع هذا الأخير بأنه غير ملزم بأكثر من عناية الطبيب العادي بمقولة أن تخصصه وعلمه الواسع ليس إلا ظرفا داخليا خاصا به لا ينبغي ان يقام في تعيين مدى التزاماته اتجاه المريض. مراد بن صغير: تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03، 2006، الجزائر، ص.122.

مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.106-107.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.123. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.165.

<sup>5</sup> Jacques Moreau-Didier Truchet, op.cit., p.267.

<sup>6</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.29.

<sup>7</sup> حسان شمسي باشا و محمد علي البار: المرجع السابق، ص.61.

ولكن رغم ما لهذا المعيار من إيجابيات حيث يقاس به خطأ الطبيب على حسب تخصصه ودرجته العلمية وحتى خبرته، إلا أنه قد يثير إشكالا في حالة قيام الطبيب بأعمال فنية مترابطة، كأن يقوم طبيب متخصص بعمل من الأعمال الفنية العامة، فهل في هذه الحالة نقيس عمله بمعيار الطبيب المتخصص أو الطبيب العام؟

للإجابة عن هذا، نجد أن هناك من الفقه قد ذهب إلى ضرورة مراعاة إرادة المتعاقدين، والمستمدة من الظروف والملابسة، فإذا اتجهت هذه الإرادة إلى قصر أعمال الطبيب على دائرة تخصصه الدقيق، فلن يلتزم الطبيب المتخصص بفحص الحالة الصحية العامة للمريض، فمن يتخصص في أحد الأمراض الباطنية، فلن يلتزم بالبحث عن أمراض أخرى. وبالعكس، فقد يتفق المتعاقدان على أن يقوم الطبيب بعمل لا يدخل في مجال تخصصه الدقيق، ففي هذه الحالة يعتد فقد بالمستوى العام للتخصص فقط.

ويرى بعض من الفقهاء، أن هذا الرأي غير كاف، لأنه على فرض صحته، فإنه لا يشمل إلا حالة وجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض، بحيث أن هنالك حالات قد يعالج فيها الطبيب للمريض دون أن تربطهما علاقة عقدية<sup>1</sup>. ولذلك يرى هذا الفقه أن يُبْع في هذه الحالة المعيار الموضوعي؛ حيث يتعين الرجوع إلى طبيعة العمل الذي يدعي المضرور خطأ الطبيب القائم به، وحينئذٍ سوف يقاس سلوك الطبيب - في مجال هذا العمل بالذات - طبقا لطبيعته، وما إذا كانت من الأعمال الفنية العامة أو التخصصية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني

#### الخطأ العقدي كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية

في المسؤولية القائمة على أساس الخطأ العقدي تكون المساءلة عن كل خطأ متمثل في الإخلال بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد، سواء كان الإخلال بعدم التنفيذ أو التأخير فيه<sup>3</sup>، سواء كانت الالتزامات ناشئة عن طبيعة العقد ونصوصه أو كانت ناشئة عن قواعد القانون المكملة التي تقررها نصوص التشريع<sup>4</sup> أو تفرضها أصول المهنة وما استقر فيها من أعراف وعادات مشروعة<sup>5</sup>. إذن فالمسؤولية العقدية - على خلاف المسؤولية التقصيرية - تقتضي وجود عقد بين الطرفين وإخلال أحدهما بالتزاماته العقدية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ومن هذه الحالات: الحالات التي تنعدم قدرة المريض في التعبير عن إرادته كالحالات الاستعجالية. وكذلك في حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية، أو حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي، وغيرها من الحالات التي سنبينها لاحقا.  
<sup>2</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 289-290.

<sup>3</sup> Alfred Lechopie et CH. Floquet : op.cit, p.201.

<sup>4</sup> Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, éditions Houma, op.cit, p.82.

<sup>5</sup> مصطفى الجمال: المرجع السابق، ص. 90.

<sup>6</sup> عبد الكريم مامون: حق الموافقة على التدخلات الطبية، م. ع. ق. إ. س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 06، لسنة 2008، الجزائر، ص. 132.

وبناء على ذلك، يمكننا القول أن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ العقدي في مجال استخدام الهندسة الوراثية تقع عند انحراف الأطباء والعلماء المتخصصين في الهندسة الوراثية في بعض استخداماتها في المجالات المتفق عليها في العقد، مما يخرج عن الاستعمال المألوف المضاد المفيد للإنسان فيعتبر إخلال بالتزامهم العقدي المتمثلة بعدم الانحراف عن الأصول المرعية وعدم الإضرار بالغير، فيعتبر ذلك خطأً عقدياً موجبا لتعويض الأضرار المترتبة عليه<sup>1</sup>.

ولما كان الخطأ العقدي المنشئ للمسؤولية المدنية مثله مثل الخطأ التقصيري تحكمه نفس القواعد، وبالتالي هذا يُجنب إعادة التطرق إلى أحكام الخطأ العقدي ومن ثم نحيلكم إلى الإطلاع على أحكام الخطأ التقصيري السابق شرحه<sup>2</sup>. وإذا كانت المسؤولية القائمة على أساس الخطأ التقصيري والمسؤولية القائمة على أساس الخطأ العقدي لا يختلفان من حيث القواعد التي تحكم أساسهما، فإن فروقا هامة تقوم بينهما من الناحية الفنية لاختلاف التنظيم التشريعي للمسؤولية الثانية عن المسؤولية الأولى. وهذا ما يجزنا إلى طرح التساؤل التالي: هل بقي الفقه والقضاء والقانون متمسكا بالخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية، أم أنه عدل عن هذا وأعتد المسؤولية القائمة على الأساس العقدي؟ وما هي شروط تطبيق هذه المسؤولية؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل، سنبين موقف كل من الفقه والقضاء والقانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية (الفرع الأول)، ثم سنشرح شروط تطبيق هذه المسؤولية (الفرع الثاني)

### الفرع الأول

#### موقف الفقه والقضاء والقانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية

لقد تكلمنا سابقا بأن الفقه والقضاء الفرنسي قد استقر في بادئ الأمر على اعتبار أن مسؤولية الطبيب المدنية هي مسؤولية قائمة على أساس الخطأ التقصيري<sup>3</sup>، ولكن بعدما انصرف الثالث الأول من القرن الماضي - بعد مرور قرن من الزمن من إقرار مسؤولية الطبيب التقصيرية - ، حتى كان الفقه والقضاء في فرنسا قد تنبه إلى خطأ الاستناد إلى النظرية التقصيرية من حيث تطبيقها كأصل عام على دعاوى المسؤولية الطبية، وعلى ذلك فقد ظهر توجه فقهي آخر يتبنى نظرية جديدة تُقيم المسؤولية الطبية على أساس الخطأ العقدي وليس التقصيري<sup>4</sup> (البند الأول)، كما أن القضاء والقانون قد تأثر بهذا التوجه وتبنى هذا الاتجاه (البند الثاني).

<sup>1</sup> نزيه الصادق المهدي: المرجع السابق، ص.1000.

<sup>2</sup> لمعرفة أحكام الخطأ المنشئ للمسؤولية الطبية، انظر البند الثاني من الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

<sup>3</sup> أنظر، الصفحة 100 وما بعدها.

<sup>4</sup> عبد الكريم مامون: حق الموافقة على التدخلات الطبية، المرجع السابق، ص.135.

البند الأول: موقف الفقه من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية

يرى جمهور الفقه القانوني الحديث أن علاقة الطبيب بالمريض تخضع لأحكام المسؤولية العقدية - بحسب الأصل - وذلك تأسيساً على ضرورة توافر عنصر الرضا من جانب المريض أو ما يمثله كلما كان ذلك ممكناً. ولا يتصور ضرورة توافر الرضا إلا إذا كنا بصدد رابطة عقدية بين المريض والطبيب المعالج<sup>1</sup>، أيًا كان الشكل الذي يتخذه هذا التعبير الإرادي من بين أشكال وطرق التعبير الإرادي<sup>2</sup>. وفضلاً عن ذلك، فقد استند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم على تنفيذ ما احتج به أنصار الاتجاه المتبني للخطأ التقصير كأساس للمسؤولية الطبية<sup>3</sup> (البند الأول)، راسمين بهذا التوجه التعاقدية أهداف محددة يسعون لتحقيقها (البند الثاني).

### أولاً: حجج أنصار التوجه التعاقدية

استند الغالبية من الفقهاء القائلين بالمسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ العقدي إلى الحجج التالية:

أ- إن القول بجهل المريض لمكونات ما يتعاقد عليه مع الطبيب من العلوم الطبية مردود عليه. ذلك أن المريض عند إبرامه العقد مع الطبيب يأخذ على عاتقه بذل ما يلزم من العناية بشكل يتناسب مع قواعد الفن والمستوى العلمي وسمعة المهن الطبية، وأما ما يتعلق بكيفية بذل الجهد من الناحية الفنية التخصصية فتكفل له القواعد العلمية والفنية لمزاولة مهنة الطب<sup>4</sup>. وإن كان الإثبات في تلك الحالة، يشبه الإثبات في حالة المسؤولية التقصيرية، إلا أن ذلك ليس مردده إلى كون المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية، وإنما مردده إلى طبيعة عقد العلاج لكونه التزاماً ببذل عناية. ومن ثم فإن مضمون الالتزام في هذه الحالة هو بذل الجهد المتفق مع الأصول العلمية والفنية للمهنة، وعلى المدعي إثبات إخلال الطبيب بهذا الالتزام<sup>5</sup>.

ب- وبخصوص أن الضرر الذي ينشأ عن الجريمة يوجب المسؤولية التقصيرية. فإنه لا يتصور أن يختلف تكييف المسؤولية حسب ما إذا كان الخطأ يمثل جريمة جنائية أم لا، فالواقع أن خطأ الطبيب يستند إلى واقعة واحدة وهي الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ومن ثم تعتبر مسؤولية عقدية سواء كانت تثير مسؤوليته الجنائية أم لا<sup>6</sup>.

ج- كما يؤكد أصحاب هذا الاتجاه الفقهي، أن مسؤولية الطبيب عقدية، حتى في حالات الاستعجال فيعتبرون الطبيب في حالة إيجاب دائم موجه إلى الجمهور. وتدل اللافتة المعلقة على مدخل العيادة بما يحتويه من بيانات

<sup>1</sup> عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص. 278.

<sup>2</sup> نزيه محمد الصادق المهدي: مسؤولية الطبيب عن عملية التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص. 829.

<sup>3</sup> عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص. 279.

<sup>4</sup> أحمد حسن الحيازي: المرجع السابق، ص. 17.

<sup>5</sup> عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص. 279.

<sup>6</sup> نزيه محمد الصادق المهدي: مسؤولية الطبيب عن عملية التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص. 829.

ومعلومات لمؤهلاته العلمية والإمكانات الفنية يؤكد انتسابه إلى عضوية نقابة الأطباء، وأن استدعاء المريض للطبيب يعد قبولاً بالتعاقد<sup>1</sup>.

ج- وفيما يعلق بالقول بأن حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد ولا ينسجم مع وضع المريض تحت سيطرة الطبيب يتصرف بجسمه كيفما شاء. وتحميه قواعد النظام العام في القانون فلا يجوز الاتفاق على خلافها، لا يعني اتفاق الطبيب مع المريض الإساءة للأخير أثناء العلاج، ولا يحول دون اعتبار هذه الالتزامات ذات طبيعة عقدية. فالعقد الطبي لا يُعني الطبيب من مراعاة أصول المهنة. وإن فكرة النظام العام تضع فقط الحد الأدنى للالتزامات الطبيب ولم تفرض تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطبية. وهي لا تختلف كثيراً عن الالتزامات التي وضعها المشرع واعتبرها من النظام العام وتدخل في دائرة التعاقد<sup>2</sup>.

### ثانياً: أهداف أنصار التوجه التعاقدية

إن هذا التوجه الفقهي الذي ينادي بوضع البعد التعاقدية في علاقة الطبيب مع المريض، كان نتيجة لرغبة ملحة في تحسين وضعية المريض وحمايته من جهة، وضمان حرية واستقلالية ومكانة الطبيب من جهة أخرى. وقد كان الهدف من وضع هذا البعد التعاقدية هو توطيد العلاقة بين الطبيب والمريض وتيسير حصول هذا الأخير على التعويض الذي لحق به جراء خطأ الطبيب؛ ذلك أن العقد يولد ثقة قانونية بين الطرفين بحيث يضمن حقوق ويحدد التزامات كل طرف، كما يسهل على المريض إثبات الرباط العقدي بينه وبين الطبيب وإحلال الطبيب لالتزامه العقدي.

أضافة إلى ذلك أن تكريس التوجه التعاقدية الذي يتماشى مع الانفتاح العالمي الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والثقافي ومسايرة التقدم التكنولوجي وتطور تقنية المعلوماتية، وما نتج عنها من تكريس وحماية أكبر للحريات الفردية والعامية<sup>3</sup>، وخاصة وأن مبدأ سلطان الإرادة كان قد أُنْعِمَ وازدهر بفعل هذه العوامل، ولأن فكرة العقد أصبحت تخضع للتوجيه من نصوص قانونية مما سمح باقتحام القواعد القانونية الآمرة للدائرة العقدية<sup>4</sup>.

كما أصبح في الوقت الحالي باستطاعة المريض الموجود في بلد نائي التعاقد مع أخصائي مشهور في بلد آخر مساير للمستجدات العلمية. بالإضافة إلى أن تكريس هذا التوجه يُضَيِّقُ من مجال تدخل الدولة؛ وهذا بفسح

<sup>1</sup> أحمد حسن الحباري: المرجع السابق، ص. 17.

<sup>2</sup> أحمد حسن الحباري: المرجع السابق، ص. 18.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04، لسنة 2007، الجزائر، ص. 297 وما بعدها.

<sup>4</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 348.

الجمال أمام الحريات الفردية للتعاقد كفتح العيادات والمستشفيات الخاصة التي أصبحت تنافس المستشفيات العمومية، بما لها من إمكانيات علمية و مادية ضخمة كما أنها تحقق حماية أكبر للمرضى<sup>1</sup>.

### البند الثاني: موقف القضاء والقانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية

في هذا الصدد سنوضح موقف القضاء المقارن والجزائري ومدى تأثيره بالتوجه المناادي إلى اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية (أولا)، كما سنبين موقف القانون من هذا التوجه (ثانيا).

#### أولا- موقف القضاء من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية

نتيجة لقصور قواعد المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري وتنبه الفقه والقضاء لها من جهة، ومن جهة ثانية قوة حُجج التوجه الذي ينادي إلى اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية، والذي لقي إجماعاً من أعلام الفقه الحديث وقبولها. فكان أثر هذا الإجماع الفقهي على هذه النظرية عدول محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق، وذلك في قرارها الشهير المعروف بقرار "Mercier" الصادر بتاريخ 20 ماي سنة 1936م، الذي اعتبرت فيه أن المسؤولية الطبية مسؤولة قائمة على أساس الخطأ العقدي<sup>2</sup>.

ونشير أن هنالك عدد قليل من الأحكام صدرت قبل تاريخ صدور قرار "Mercier" ذهبت إلى إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ العقدي ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض سنة 1932م، بأن الرابطة القانونية بين الطبيب والمريض تدخل في إطار العقد. حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم لمريضه العناية الواجبة مقابل تعهد المريض بأن يدفع أتعابه، وأنه حين يرتكب الطبيب خطأ أو إهمالاً أو رعونة في فترة تنفيذ العقد، فإن هذا هو خطأ عقدي يتضمن الإخلال بالالتزام المتفق عليه<sup>3</sup>. غير أن هذا الحكم لم يُغيّر من موقف محكمة النقض الفرنسية سابقاً من اعتبار أن مسؤولية الطبيب مسؤولة تقصيرية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقد في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص.297 وما بعدها.

<sup>2</sup> تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة "ميرسي" "Mercier" كانت تشكو من حساسية في الأنف، اثر ذلك قامت بمراجعة أحد الأطباء المختصين بالأشعة، حيث قام بعلاجها بأشعة "rayons x" سنة 1925م، وقد أدى بهذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة "ميرسي"، اثر ذلك قام زوجها برفع دعوى نيابة عنها سنة 1929م، أي بعد مرور أكثر من ثلاثة سنوات على انتهاء العلاج مطالباً الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته. بتاريخ 16 يوليو 1931م، رفضت محكمة استئناف (AIX) تطبيق التقادم الثلاثي باعتبار أن دعوى المضرور لا تجد أساسها في مخالف المسؤولية التقصيرية، بل تجد هذا الأساس في قواعد المسؤولية العقدية. وعندما طعن في هذا الحكم، أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1932م حكماً في الموضوع مؤكدة الطابع التعاقد لمسؤولية الطبيب. وبذلك كان من نتائج ذلك قبول دعوى السيدة "ميرسي" بعد مرور مدة ثلاث سنوات على حدوث الخطأ الطبي معتبرة أن المسؤولية الطبية تخضع لنظام التقادم المدني.

Benjamin Muller : les grandes décisions du droit médical, op.cit, p.521-522.

Abdelkader Khadir : Recueil D'arrêts en responsabilité médicale, op.cit, p.95-96.

أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.85-86.

<sup>3</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، الهامش الثاني، ص.85. عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص.130. عبد الكريم مامون: حق الموافقة على التدخلات الطبية، المرجع السابق، ص.136-137.

<sup>4</sup> رمضان جمال كامل: المرجع السابق، ص.68. عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.128.



ولكن مع صدور قرار "Mercier" السابق الذكر، - الذي بيّن بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية كأصل كما بيّن هذا القرار طبيعة التزام الطبيب المتولد عن العقد وجاء فيه بأن يلتزم الطبيب عند علاجه للمريض بالعناية الواجبة واليقظة والتي تتوافق مع المعطيات والأصول العلمية الثابتة-، قد بقي القضاء<sup>1</sup> والفقهاء الفرنسيين<sup>2</sup> إلى غاية وقتنا الحالي يعتبر أن المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية كأصل عام. وتبقى مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية استثنائية تطبق في حالة عدم وجود أي رابطة تعاقدية تربط بين الطبيب والمريض<sup>3</sup>.

وبخصوص موقف القضاء المصري فقد اعتبر مسؤولية الطبيب قائمة على أساس الخطأ التقصيري، حيث أكدت ذلك المحكمة العليا المصرية في القرار الصادر عنها بتاريخ 1936/07/27م. ولكن هناك من الفقهاء من يرى أن محكمة النقض قد اتجهت إلى الأخذ بالخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية، وذلك ما قضت به هذه المحكمة بتاريخ 1969/06/26م. وهذا الحكم يتوافق مع رأي أغلبية الفقهاء في مصر.

إلا أن هناك من الفقهاء من يرى بأن الاجتهاد في مصر بقي على حاله باعتبار أن مسؤولية الطبيب ذات طابع تقصيري. وهذا الرأي في الحقيقة في محله، ذلك أن محكمة النقض المصرية قضت في حكم لها صادر سنة 1970م، بأن مسؤولية الطبيب تعاقدية<sup>4</sup>.

أما عن موقف القضاء الجزائري، فنحنه لم يفصل في هذه المسألة صراحة على غرار القضاء الفرنسي الذي جعلها مسؤولية عقدية من حيث الأصل، أو القضاء المصري الذي جعلها مسؤولية تقصيرية من حيث الأصل، حيث نجد أن الأحكام الجزائرية الصادرة في المنازعات الطبية تكتفي بالتأكد من خطأ الطبيب وتركز على الخطأ المرفقي<sup>5</sup> بصفة خاصة لغرض الحكم على المستشفى العمومي بالتعويضات اللازمة للمريض المتضرر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cass.civ1, 20/03/2013, 12-12.300, Publié au bulletin 2013, I, n° 52.

Cass.civ1, 13/12/2012, 11-27.347, Publié au bulletin 2012, I, n° 261.

Cass.civ1, 22/03/2012, 11-10.935 11-11.237, Publié au Bulletin 2012, I, n° 68.

Cass.civ1, 24/05/1960, Publié au bulletin, n° 198. www.legifrance.gouv.fr. mise a jour le : 23/02/2015

Cass.civ1, 22/11/1994 Publié au bulletin, n°92-16423.

Sylvie Welsch : La Faute Médicale : les conditions de la responsabilité civile, UIA Sofia, 2014, p.03.

Disponible au site :

www.uianet.org/sites/default/files/safe\_uploads/clients/35456/rapports/WELSCH,%20Sylvie%20-

%20Responsabilit%C3%A9%20civile.pdf

<sup>2</sup> Alfred Lechopie et CH. Floquet : op.cit, p.201.

<sup>3</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص. 131.

<sup>4</sup> لمعرفة المزيد حول الجدل الذي وقع حول طبيعة المسؤولية التي اعتمدها القضاء المصري. أنظر، طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 57 وما بعدها. منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 103 وما بعدها. رمضان جمال كامل: المرجع السابق، ص. 73 وما بعدها.

<sup>5</sup> قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/06/03م، قضية (القطاع الصحي لبولوجين) ضد (ع.ل) ووزارة الصحة).

قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/03/11م، قضية (م.خ) ضد (مستشفى بجاية).

قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/07/15م، قضية (مستشفى الأمراض العقلية "فرنان حنفي" ولاية تيزي وزو) ضد (أرملة مولاي).

قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/01/17م، قضية (المستشفى الجامعي ضرباتي بعنابة) ضد (س.م).

قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/19م، قضية (مدير القطاع الصحي بأدرار) ضد (زعاف رقية ومن معها).

عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 88 والصفحة 84، 67، 78، 64.

<sup>6</sup> عبد الكريم مامون: حق الموافقة على التدخلات الطبية، المرجع السابق، ص. 139.

## ثانيا- موقف القانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية

بخصوص موقف القانون الجزائري؛ نقول أنه رغم تعدد النصوص المتعلقة بالمجال الصحي والطبي في القانون الجزائري، إلا أنه ليس فيها ما يوضح موقف المشرع الجزائري بشأن مسؤولية الطبيب بصفة صريحة، ولكن هذا لا يمنع بالقول بأن المشرع الجزائري يتوجه نحو إقرار المسؤولية العقدية للطبيب.

ويظهر هذا القول من التأمل في نصوص هذه القوانين واستقراء المعالم التي تشير إلى هذا التوجه؛ حيث نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط توافر أهلية المريض ورضائه<sup>1</sup> في المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب والمادة 2/154 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، كما يشترط أيضا في المواد 154، 162، 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها واجب إعلام المريض، ومن ثم ترتيب التزامات في ذمة الطرفين وهو الأمر الذي يثبت بكل وضوح تكريس الطابع التعاقدي في العلاقات الطبية. إضافة إلى ذلك إلزام المشرع الجزائري لضمان مواصلة العلاج للمريض<sup>2</sup>.

أما عن المشرع الفرنسي قد أقر بالخطأ كأساس للمسؤولية في قانون 2002-303 الصادر بتاريخ 2002/03/04م، والمتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، الذي أقام مسؤولية الطبيب من حيث المبدأ على أساس الخطأ. كما وخذ هذا القانون آثار متابعة الطبيب وفقا للمسؤولية التقصيرية أو العقدية لأنه في كلتا الحالتين تقوم المسؤولية على أساس الخطأ<sup>3</sup>، كما أن مدة تقادم الدعوى أصبحت موحدة على إثر صدور هذا القانون وهي ثلاثون (30) سنة<sup>4</sup> وبالنسبة للتشريع الجزائري فمدة التقادم هي خمسة عشر (15) سنة<sup>5</sup>.

ويرى بعض الفقه أن قانون 2002-303 يكتسي طابع خاصا ومستقلا، بحيث لا يمكن للقاضي وفق هذا القانون تطبيق قواعد المسؤولية وفق للأحكام العامة، لأنه لم يؤسس المسؤولية الطبية لا على أساس الخطأ العقدي ولا على أساس الخطأ التقصيري، بل بنى المسؤولية الطبية على أساس قانوني جديد هو الأساس الشرعي الخاص<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> يرى بعض الفقه بأنه لا يمكن الاستدلال بشرط توافر الرضا بوجود العقد بين الطبيب والمريض، حيث ينبغي التفرقة بين الرضا الذي يتعد به العقد الطبي بين الطرفين، وبين ضرورة الحصول على رضا مستنير من المريض بمباشرة الأعمال الطبية في كل مرحلة من مراحل العلاج. ويرجع السبب في ذلك إلى أن موافقة المريض أساسية لمباشرة العمل الطبي ككل باعتباره أحد الشروط الضرورية لإباحة التدخل الطبي.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص. 290 وما بعدها.

<sup>3</sup> Article L.1142-1 du CSP : les professionnels de santé « ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ». Sylvie Welsch : op.cit, p.09.

مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 280.

<sup>4</sup> عبد الكريم مامون: حق الموافقة على التدخلات الطبية، المرجع السابق، ص. 138.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 133 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>6</sup> محمد رابح: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص. 296.

### الفرع الثاني

#### شروط تطبيق المسؤولية الطبية على أساس الخطأ العقدي

نظرا للاختلاف التشريعي التي تتميز به المسؤولية القائمة على أساس الخطأ العقدي، عن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ التقصيري، فهذا يجزنا إلى أن نحدد شروط تطبيق المسؤولية القائمة على أساس الخطأ العقدي، حيث يُشترط لتحقيق هذه المسؤولية وجود عقد صحيح يجمع بين الطبيب والمريض (البند الأول)، وأن ينشأ ضرر نتيجة إخلال الطبيب بالتزاماته (البند الثاني).

#### البند الأول: ضرورة وجود عقد صحيح

يجب أن يكون هناك عقد بين الطبيب المنتسب في الضرر والمضروب، ومن ثم فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يسبق ذلك عقد كانت المسؤولية تقصيرية<sup>1</sup> كما أن العقد الباطل لا يترتب عنه التزام والمسؤولية عنه تكون كذلك تقصيرية<sup>2</sup>. ومن هذا المنطلق يتوجب علينا أولا أن نقوم بدراسة مفهوم هذا العقد الطبي (أولا)، ثم نبين الشروط الواجبة لصحة هذا العقد (ثانيا).

#### أولا- مفهوم العقد الطبي

لكي نبين مفهوم العقد الطبي، يجب علينا أن نُقدم تعريفا لهذا العقد (أ)، ثم نبين خصائصه وطبيعته (ب).

#### أ- تعريف العقد الطبي

يعرّف العقد لغة بأنه: " كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها أما بين الكلامين يراد بها العهد". كما أن أيّ علاقة مديونية تربط بين شخص وآخر تسمى بـ"العقد"، وقد عرّف فقهاء القانون هذا الأخير بأنه: " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"<sup>3</sup>. كما

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.1385. دلال يزيد ومختاري عبد الجليل: المرجع السابق، ص.62.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.71.

<sup>3</sup> عبد الله مبروك محمد النجار: مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص.35. وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.85. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.138. لاشين محمد يونس الغلياتي: المرجع السابق، ص.19.

نبيل إبراهيم سعد عوض: المرجع السابق، ص.28. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.35.

خليل أحمد حسن قنادة: المرجع السابق، ص.250.

أن تعريف العقد في الشريعة الإسلامية<sup>1</sup> هو عبارة عن: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مقترنا بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>2</sup>.

وقد عرّف المشرع الجزائري "العقد المدني" في المادة 54 من ق.م<sup>3</sup> بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>4</sup>.

أما إذا كانت العلاقة رابطة بين الطبيب والمريض فتسمى بـ"العقد الطبي"، والذي يُعرّف بأنه: "اتفاق يربط بين الطبيب والمريض، بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري للمريض وفقاً للقواعد العلمية، الذي بدوره يقوم هذا الأخير بدفع أتعاب العلاج"<sup>5</sup>.

كما عرّف الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري" العقد الطبي بأنه: "اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم، والعلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملاً عقلياً، فهو إذن ليس بتصرف قانوني"<sup>6</sup>. أما الفقيه "سليمان مرقس" فعرّف العقد الطبي بأنه: "إرادة المريض المعلن عنها قبولا لعلاج ضروري تقتضيه حالته المرضية، تطابقاً مع إرادة الطبيب في تقديمه، وينتج عن هذا العقد التزامات"<sup>7</sup>.

وعرّف الفقيه "Savatier" العقد الطبي بأنه: "اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض من جهة أخرى، بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه، النصائح والعناية الصحية"<sup>8</sup>.

كما يُعرّف العقد الطبي بتعريف أدق وأشمل بأنه: "اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض المعالج أو من يمثله قانوناً من جهة أخرى، يلتزم بموجبه الطبيب بتقديم العلاج والفحوصات اللازمة، مقابل التزام المريض بتطبيق تعليمات الطبيب بدقة ودفع الأجر المستحق"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> العقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص. المعنى العام هو أقرب إلى المعنى اللغوي والثالث عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أو احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والرهن والتوكيل. فالعقد بالمعنى الخاص ينظم جميع الالتزامات الشرعية وهو بهذا المعنى يرادف كلمة التزام. وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.84.

<sup>2</sup> عبد الله مبروك محمد النجار: المرجع السابق، ص.1385. لاشين محمد يونس الغاياتي: المرجع السابق، ص.18.

<sup>3</sup> أنظر: المادة 54 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>4</sup> في الحقيقة أن الفقه قد اختلف حول هذا التعريف؛ فهناك من قال بأن هذا التعريف قد جمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام، حيث قال بأن الالتزام رابطة أو علاقة تنشأ عن العقد الذي يعتبر بالنسبة إليه بمثابة المصدر الذي ينشأ عنه، وبمعنى آخر أن الالتزام ليس إلا أثر يترتب على العقد. أما العقد فيهدف هو إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها. وهناك من رأى أنه لا داعي للتمييز بين العقد والالتزام ولكن بشرط وجوب أن يحدث هذا الالتزام لأثر قانوني، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي والإيطالي. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.137 وما بعدها. خليل أحمد حسن ققادة: المرجع السابق، ص.17-18. وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.86.

<sup>5</sup> كريم عشوش: العقد الطبي، ب.ط، دار هومة لطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.09.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود الواردة على العمل -المقاوله،الوكالة، الوديعة والحراسة-)، الجزء السابع، المجلد الأول، ب.ط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص.18.

<sup>7</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقد في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص.300. مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص.39. دلال يزيد ومختاري عبد الجليل: المرجع السابق، ص.63.

<sup>8</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، ص.09.

<sup>9</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.279.

وعلى هذا الأساس فإن العقد الطبي شأنه شأن سائر العقود الأخرى تنتج عنه عدة التزامات، باعتبار أن العقد مصدرا من مصادر الالتزام<sup>1</sup>. ومن ثم يظهر لنا بأن العقد الطبي هو ذلك العقد القابل للتنفيذ من طرف الطبيب أو الجراح، وكذلك كل المساعدين الطبيين الذين هم تحت مسؤولية الطبيب المشرف على علاج المريض، بالإضافة إلى أنه عقد يرد على جسد الإنسان، لأنه رغم حرمة جسم هذا الأخير وقداسته شرعا وقانونا، إلا أن ضرورة العلاج والتداوي من الأمراض التي قد تصيب الشخص تفرض عليه اللجوء إلى الطب أملا في التخلص من آلامه أو التخفيف منها<sup>2</sup>.

### ب- خصائص وطبيعة العقد الطبي

في ظل غياب أي نص قانوني خاص يعرف العقد الطبي في القانون المدني أو القوانين المتعلقة بميدان الصحة يصعب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، إلا أنه وانطلاقا من مقارنة تحليلية<sup>3</sup> للتعريف السابقة نستطيع أن نستنتج بعض الخصائص التي يتميز بها العقد الطبي (1)، وكذلك تبيان طبيعة هذا العقد (2).

#### 1- خصائص العقد الطبي

العقد الطبي قد يتميز بخصائص قد تميزه عن غيره من العقود وقد يشترك فيها مع بقية العقود ومن بينها نذكر:

#### 1-1- العقد الطبي عقد رضائي شخصي ومدني مستمر

بخصوص أن العقد الطبي هو عقد رضائي شخصي فيظهر ذلك في حرية اختيار المريض للطبيب الذي يتولى مهمة علاجه ووفقا لما له من مؤهلات دون باقي الأطباء<sup>4</sup>، فالمريض يضع ثقته في الطبيب الذي يتولى علاجه باختياره الحر، ما عدى في مستشفيات القطاع العام أو حالة الاستعجال القصوى، وقد نصت المادة 80 من مدونة أخلاقيات الطب على ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره للطبيب أو جراح الأسنان<sup>5</sup>.

وبهذا يظهر لنا أن العقد الطبي يقوم على الاعتبار الشخصي فإذا مات الطبيب انتهى العقد الطبي<sup>6</sup>. كما أن هذا الاعتبار الشخصي هو الذي يُحول للمريض أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة عندما يفقد ثقته في طبيبه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص. 39.

<sup>2</sup> عامر نجيم: العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 09.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص. 40.

<sup>4</sup> M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p. 34-35.

<sup>5</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، ص. 18.

Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, op.cit, p.92-93.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 18.

<sup>7</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 440.

وكذلك إذا وقع المريض في غلط في شخص الطبيب فيحق له أن يطالب بإبطال العقد نتيجة لوقوعه في الغلط الجوهري<sup>1</sup>. كما أن للطبيب كذلك الحق في أن يُنهى ارتباطه بالمريض وأن يفسخ التعاقد معه، شريطة أن يتقيد بعدم الإضرار بالمريض وبما تفرض عليه أصول مهنة الطب وواجباتها من قيود<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن الطبيب يتمتع بقدر من الحرية في التعاقد وممارسة نشاطه المهني، بحيث يجوز له من حيث المبدأ رفض التعاقد مع مريض معين. فكما يحق للمريض حرية اختياره يحق للطبيب أن يختار مرضاه كأصل عام<sup>3</sup> وهذا تماشيا وأحكام المادة 42 من المدونة السالفة الذكر<sup>4</sup>.

أما بخصوص أن العقد الطبي عقد مدني ومستمر، فيكون من جهة عقد مدني باعتبار أن مهنة الطب من الناحية العملية مهنة حرة بعيدة عن أي نشاط تجاري رغم أن الطبيب يتقاضى أجرا ولكن هي بعيدة عن أي نشاط تجاري<sup>5</sup>، وأساس ذلك هو ارتباط عمل الطبيب بكرامة الإنسان والدور النبيل الذي يقدمه الطبيب في عقد العلاج<sup>6</sup>. وقد نصت على ذلك المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب، إذ منعت ممارسة مهنة الطب كل ممارسة تجارية، كما أنها منعت الطبيب من القيام بأساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة. بالإضافة إلى أن العقد الطبي تتوفر فيه أركان العقد المعروفة في القانون المدني (سنشرحها لاحقاً).

ومن جهة أخرى يتميز العقد الطبي بالاستمرارية والتتابع، بحيث لا يتوقف على إجراء أو تدخل طبي واحد، وإنما لا بد من عدة خطوات ابتداء من الفحص ثم التشخيص فالعلاج الذي قد يستغرق وقتا طويلا مما يجعل عنصر الزمن عنصرا جوهريا في العقد<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> صالح فواز: تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، عدد 2، لسنة 2009، ص 467.

<sup>2</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 440.

<sup>3</sup> هناك حالات يجد فيها الطبيب نفسه مجبرا على التعامل مع المريض دون حرية اختياره له، وهذه الحالات هي:

1- حالة الإكراه القانوني والمهني: وتكون بموجب واجبات يفرضها القانون أو المهنة.  
2- حالة الإكراه الوظيفي: وهي الحالة التي يكون فيها الطبيب تابع لجهة حكومية كمستشفى عام أو عسكري. وحالة الإكراه التعاقدية: وتظهر هذه الصورة عندما يكون الطبيب ملزم بموجب عقد بمعالجة مجموعة من المرضى غير معينين بالذات، كما هو الشأن عندما يتعاقد الطبيب مع شركة اقتصادية، أو مع عائلة كبيرة غير محدد أفرادها.

3- حالة العمل الجماعي: هذه الحالة فرضتها التطورات الكبيرة التي عرفتها مهنة الطب، وتظهر ذلك في حالة اشتراك مجموعة من الأطباء في علاج أو في تقديم خدماتهم للمريض. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، الهامش الأول، ص 438.

<sup>4</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 437-438.

<sup>5</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 290.

<sup>6</sup> دلال يزيد ومختار عبد الجليل: المرجع السابق، ص 63.

<sup>7</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 436-437.

## 1-2- العقد الطبي عقد معاوضة وملزم لجانبين

نعني بأن العقد الطبي هو عقد معاوضة أي أنه عقد تبادلي يُرتَّب التزامات في ذمة الطرفين حسب طبيعة العقد. ويقول الدكتور "Louis Mélenec" في هذا بأن: "المريض يدفع مقابل العلاج المقدم له أجراء، والطبيب يبذل وقته وجهده الفكري". كما يقول في هذا الأستاذ "عبد القادر خضير" بأن العقد الطبي يمتاز كذلك بخاصية التكلفة، حيث أن تكلفة أعمال الأطباء والصيادلة والمساعدين الطبيين محددة عن طريق التنظيم طبقاً لما جاء في المادتين 211 و223 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>1</sup>.

كما أنه إلى جانب أن العقد الطبي هو عقد معاوضة فهو كذلك عقد ملزم لكلا المتعاقدين، فالطبيب يلتزم بتقديم العلاج اللازم بإتقان وتفان إلى المريض طبقاً لما نصت عليه المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب، كما يلتزم بتقديم النصح والمشورة بكل صدق وأمانة للمريض وكذا ضمان رعايته وحفظ أسراره وكرامته طبقاً لما جاء في المواد من 36 إلى 41 من ذات المدونة والمادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري. أما المريض فيقع على عاتقه التزام بدفع مقابل أتعاب الطبيب، كما يلتزم بإتباع نصائح وتوجيهات وإرشادات الطبيب، والتعامل بصدق معه وعدم الكذب عليه أثناء فترة العلاج<sup>2</sup>.

## 1-3- العقد الطبي عقد إنساني

ينفرد العقد الطبي بخاصية الإنسانية، لأنه يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته بدون التحسس والتمييز<sup>3</sup> على أساس اللون أو العرق أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو السياسي أو المدني، وهذا ما جاء في المواد 20، 27، 28 و29 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب<sup>4</sup>، ولعل استخدام المشرع مصطلح رسالة الطبيب في نص المادة 07 من ذات المدونة، فيه تماشياً مع المقصد النبيل لهذه المهنة، ذلك أن الطبيب تتمثل رسالته في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعانات ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, op.cit, p.93.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.291.

<sup>3</sup> ولقد كرس هذا المبدأ دستورياً وذلك في المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996م، حيث نصت على ما يلي: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".

<sup>4</sup> أحمد حسن الحياوي: المرجع السابق، ص.40.

<sup>5</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.289.

## 2- طبيعة العقد الطبي:

لقد اختلفت آراء فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، وخاصة أمام سكوت القانون المدني الجزائري ومعه القوانين الأخرى في تكييف وتحديد طبيعة هذا العقد<sup>1</sup>. وبالتالي انقسم الفقه إلى وجهتين الوجهة الأولى ذهبت إلى إدراج العقد الطبي ضمن العقود المسماة والتي نظمها القانون المدني. أما الوجهة الثانية فذهبت إلى إخراج العقد الطبي من ضمن قائمة العقود المسماة وجعله ذو طبيعة<sup>2</sup>.

فبخصوص الوجهة الأولى من الفقه فقد اختلفت آراءهم فمنهم من اعتبر العقد الطبي عبارة عن عقد وكالة<sup>3</sup> يقوم فيه الطبيب نيابة عن المريض بمعالجته وبدون مقابل كما يرى ذلك الفقيه الفرنسي "Boutih"<sup>4</sup>، غير أن هذا التكييف معيب، إذ أن الطبيب لا ينوب عن المريض في عمله ومن ثم لا يقوم بإجراء تصرفات قانونية باسمه كما هو الشأن في عقد الوكالة<sup>5</sup>.

في حين اعتبر البعض أن العقد الطبي هو عقد إيجار الأشخاص ومنهم الفقيهان "Mazeud". وهو ما أجمع عليه الفقه الإسلامي حيث أن علاقة الطبيب بالمريض في ظل الفقه الإسلامي هي علاقة مؤجر بمستأجر سواء كان المستأجر فيها للعمل الطبي أجيرا خاصا أم كان أجيرا مشتركا<sup>6</sup>، فالطبيب يؤجر علمه وجهوده الطبية في علاج المريض وإزالة الأمراض والآلام عنه<sup>7</sup>. لكن يعاب على هذا الرأي، أن ما يتميز به عقد إيجار الأشخاص، هو خضوع الأجير في عمله لمن استأجره، وهو ما يتنافى وعلاقة المريض بالطبيب<sup>8</sup>.

ومن الفقه من اعتبر العقد الطبي أنه عقد عمل يخضع بموجبه الطبيب لأوامر وتعليمات رب العمل وهو المريض، وهذا غير متصور في هذا العقد لأن الطبيب مستقل في علاجه للمريض<sup>9</sup>.

كما أن هناك من يذهب من شراح القانون بالقول أن العقد الطبي من عقود الإذعان لأن المريض يكتفي بالانضمام إلى العقد ويخضع لما يراه الطبيب مناسبا له، فالمريض يُطلق يد الطبيب في عمل ما يراه أنسب لجسمه

<sup>1</sup> عامر نجيم: المرجع السابق، ص.20.

<sup>2</sup> إبراهيم علي حمادي الحلبيوسي: المرجع السابق، ص.122.

<sup>3</sup> عرّفت المادة 571 من القانون المدني عقد الوكالة بأنه: "عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

<sup>4</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص.301.

<sup>5</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.93. ولمعرفة أكثر عن الفروق بين العقد الطبي وعقد الوكالة، راجع: أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.106.

<sup>6</sup> يطلق الفقه الإسلامي: مصطلح الأجير الخاص على من يتمخض عمله لصالح شخص معين خلال مدة معين كالخادم في المنزل والسائق الخاص والطبيب الخاص. كما يطلق مصطلح الأجير المشترك على من لا يعمل لصالح شخص واحد على وجه التخصيص بل يعمل للكافة، كالصباغ والحداد والطبيب في عيادته. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، الهامش الثالث، ص.273.

<sup>7</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص.301.

<sup>8</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.93. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.109.

<sup>9</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص.301.



وجسده. وأن عدم المساواة الطبيعية يجب أن تؤدي إلى عدم المساواة القانونية على رأي الأستاذ "Savatier"<sup>1</sup>. غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به والوقوف عليه لأن العقد الطبي يختلف عن عقد الإذعان من حيث الطبيعة القانونية، ومن حيث الموضوع، ومن حيث سلطة القاضي<sup>2</sup>.

كما أن هناك من الفقه وعلى رأسهم الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري" الذي يرى أن العقد الطبي هو عقد مقابلة في الغالب؛ إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني مقابل أجر معلوم، ويرى أن العلاج هو عمل مادي ولا ينافي ماديته أن يكون عمل عقليا، فهو إذن ليس بتصرف قانوني<sup>3</sup>. ولكن ما يعاب على هذا الرأي أن التزام المقاول، هو التزام بتحقيق نتيجة، بينما التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية<sup>4</sup>. ومن خصائصه المتميزة الأخرى، أن شخصية الطبيب محل اعتبار في العقد الطبي، حيث ينتهي العقد بوفاته، بينما في عقد المقابلة لا ينتهي العقد بوفاة رب العمل. كما أن التزامات المقابلة ترد على أشياء جامدة غير حية، في حين التزام الطبيب أو الجراح يرد على الجسم البشري<sup>5</sup>.

ولكن نظرا للخصائص التي يتميز بها العقد الطبي عن العقود الأخرى التي سبق ذكرها، ظهرت وجهة ثانية من الفقه تنكر انتماء العقد الطبي لأي طائفة من العقود المسماة وأن تعبره عقد غير مسمى وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية<sup>6</sup>. ويبرر هذا الاتجاه رأيه بأن علاقة الطبيب بالمريض قائمة على أساس عقد حقيقي قائم بذاته وذو طبيعة خاصة بينهما، بعيد الشبه عن أي عقد آخر، وبذلك التكييف الصحيح للعقد الطبي بأنه عقد له طابع خاص<sup>7</sup>، ينفرد في موضوعه عن باقي العقود وعن القواعد التي تحكمها<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> محمد رابح: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 427.  
<sup>2</sup> يختلف عقد الإذعان عن العقد الطبي من حيث الطبيعة القانونية: لأن عقد الإذعان يُمكن اعتباره نظاما قانونيا في حين العقد الطبي عقد يقوم على أساس توافق الإرادتين بعد المساومة. كما أن عقد الإذعان يختلف عن العقد الطبي من حيث الموضوع: لأن عقد الإذعان يكون موضوعه سلع أو خدمات ضرورية يحتاج لها جل الناس ويجوز التعامل بها ويحتكرها العارض أو الموجب بصفة قانونية وفعلية، في حين أن عقد العلاج يتعلق بصحة الإنسان وجسمه الذي لا يجوز أن يتعامل به. كما أن الغاية من عقود الإذعان تحقيق نتيجة، في حين الغاية في العقد الطبي بذل عناية كأصل عام. أما بخصوص الاختلاف من حيث سلطة القاضي: فيظهر ذلك بالصلاحيّة المعطاة للقاضي بموجب المادتين 110 و112 من ق.م. في تعديل عقد الإذعان وتفسيره، وهذه الصلاحيّة لا تنطبق في العقد الطبي ولا تنماشى مع روحه. محمد رابح: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 428 وما بعدها.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 18.

<sup>4</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 93.

<sup>5</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 110-111.

<sup>6</sup> قرار محكمة النقض الصادر في 13 يوليو سنة 1937م، أشار إليه عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، الهامش الثاني، ص. 18.

<sup>7</sup> إن تكييف العقد الطبي بأنه عقد خاص يؤدي إلى فراغ ونقص قانوني، بحيث يصعب تبيان القواعد التي تحكمه وتنظمه في ظل الأحكام العامة المنظمة للعقود والمنصوص عليها في القانون المدني بل وحتى في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر الذي يعد يكاد أن يكون معدوم، على عكس نظيره في فرنسا الذي يشتهر فيها كثرة الاجتهادات القضائية والبحوث والدراسات العلمية في هذا المجال.

<sup>8</sup> مراد بن صغير: التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص. 301. دلال يزيد ومختاري عبد الجليل: المرجع السابق، ص. 62.

## ثانيا- الشروط الواجبة لصحة العقد الطبي

لصحة العقد الطبي يجب أن تتوفر فيه أركان العقد المعروفة في القانون المدني، والتي تناولها المشرع تحت عنوان "شروط العقد" وذلك في القسم الثاني من الفصل الثاني للكتاب الثاني من هذا القانون، وقد ذكر على وجه الخصوص ثلاث أركان لانعقاد العقد والمتمثلة في "الرضا" و "المحل" و "السبب". والجدير بالذكر هنا أن المشرع قد وقع في خلط بين مسألة أركان العقد وشروط صحة العقد، حيث يترتب على تخلف الركن بطلان العقد بينما يترتب على الإخلال بشروط صحة العقد قابلية العقد للإبطال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أغفل ركن الشكلية في هذا القسم، وإن كان هذا الركن يخص بعض العقود فقط. ويرى في هذا الأستاذ "علي فيلاي" أن إغفال المشرع لهذا الركن الأخير يرجع إلى اعتماده لمبدأ الرضائية في العقود<sup>1</sup>.

وعليه يظهر لنا بأن العقد الطبي على العموم لا يمكن أن يصحح إلى بتوافر أركانه الثلاثة والمتمثلة في الرضا (أ)، المحل (ب)، السبب (ج). إلا أن هناك من العقود الطبية لا يمكن أن تنعقد إلى بوجود ركن رابع إضافة للأركان السابقة وهو ركن الشكلية (د).

## أ- الرضا:

تنص المادة 59 من ق.م، على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية". وما يفهم من هذه المادة أن التعبير عن الإرادة الذي يعتد به هو ما كان صادر عن ذي أهلية للتعاقد<sup>2</sup>. ومن هذا المنطلق نقول أنه لقيام العقد الطبي يجب أن يكون هنالك رضا من جانب الطبيب والمريض (1)، وأن يكون هذا الرضا صادر من شخص ذي أهلية للتعاقد (2).

## 1- رضا المتعاقدين:

صحيح أنه يشترط أن يُباشر العقد الطبي بإرادة وحرية كل من الطبيب والمريض وأن تكون إرادتهما خالية من أي عيب من عيوب الرضا. ولكن إضافة لهذه الشروط فيجب علينا أن نبين خصوصية هذا الرضا في المجال الطبي، بحيث قد تكون إرادة المريض غائبة ولكن الطبيب يتدخل لعلاج المريض. وقد تغيب حرية إرادة الطبيب ويكون تدخله الطبي إجباريا عليه لعلاج المريض. ولشرح ذلك يجب علينا أن نبيّن رضا كل من المريض والطبيب.

<sup>1</sup> علي فيلاي: الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، ببط، دار موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص.81.  
<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.289.

1-1- رضا المريض<sup>1</sup>: يتمتع المريض من حيث المبدأ، بحرية كاملة في كل من اختيار طبيبه والموافقة على الأعمال الطبية<sup>2</sup>، وبهذا يظهر لنا أن رضا المريض يمر على مرحلتين:

- المرحلة الأولى: تستند إلى المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب والتي أعطت للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه و حتى مغادرته. وتعد حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض. كما يجب أن يراعى حق المريض في اختيار طبيبه من قبل الأطباء وجراحي الأسنان في إطار العلاقات فيما بينهم، حيث أنه في حالة غياب أو تغيير الطبيب واستبداله بطبيب آخر لا يمكن إخطار الطبيب المعالج إلا بموافقة المريض وذلك طبقا للمادة 76 من مدونة أخلاقيات الطب. وإن كانت حالة المريض تقتضي استشارة طبية مشتركة، فعلى الطبيب المعالج أن يقترح على المريض، الزميل المستشار الذي يراه مؤهلا لهذه المهمة أكثر من غيره، ولكن بشرط مراعاة رغبات المريض وعلى الطبيب أن يقبل أي زميل مرخص له بالممارسة ومسجل في قائمة الأطباء طبقا لما جاء في المادة 69 من المدونة السابق ذكرها. كما تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يمكن لأي شخص كان أن يفرض على غيره إجراء فحص إجباري ولو كان المعني مصاب بمرض عقلي وذلك وفقا لما جاء في المادة 111 من ذات المدونة<sup>3</sup>.

- أما المرحلة الثانية المتعلقة بالرضا في مرحلة الأعمال الطبية؛ فنقصد بما خضوع كل عمل طبي فيه خطر جدي لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون. غير أنه في حالات الاستعجال القصوى أو حالات إسعاف الطبيب لناقص الأهلية أو فاقدتها، ومتى تعذر على الطبيب حصول الموافقة على ممثل المريض، يجب على الطبيب تقديم العلاج الضروري للمريض وتحت مسؤوليته وهذا وفقا لما جاء في المادة 44 من ذات المدونة، والمادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>4</sup> والمادة 166 من ذات القانون التي تناولت حالة قيام الطبيب بعمليات انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها<sup>5</sup>. ونشير أنه في حالة ما إذا رفض المريض العلاج يجب أن يقدم تصريح مكتوب بذلك<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> تعرض فقهاء شريعتنا الإسلامية الغراء لمسألة رضا المريض بالتدخل العلاجي أو الجراحي وقالوا بأن رضا المريض يرفع الضمان عن الطبيب، فقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أنه: "إذا حقن الخائن صبيا أو سقى الطبيب مريضا دواء أو قطع له شيء، أو كواه فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهما لا في ماله ولا في عائلته لأنه مما فيه تقرير فكائه صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخائن أو الطبيب من أهل المعرفة؛ ولم يخطئ في فعله". أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.139.

<sup>2</sup> صالح فواز: تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص.476.

<sup>3</sup> علي فيلاي: رضا المريض بالعمل الطبي، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، دار الحكمة للطباعة والنشر، جزء 36، رقم 03، 1998، الجزائر، ص.42-43.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.283.

علي فيلاي: رضا المريض بالعمل الطبي، المرجع السابق، ص.44.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 166 من القانون رقم 85-05 والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

<sup>6</sup> انظر، المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. والمادة 154 من القانون رقم 85-05 والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

1-2- رضا الطبيب: فنقول بخصوصه أنه من البديهي موافقة الطبيب لعلاج المريض على اعتبار أن العقد الطبي من العقود الرضائية غير أنه خلافا لهذا الأصل قد يجد الطبيب نفسه ملزما بعلاج المريض لاعتبارات مختلفة. إذن فالأصل هنا تطبيق مبدأ حرية التعاقد، حيث يمكن للطبيب الاتفاق على العلاج وتقديم خدماته مع من يشاء من الأفراد، ويلتزم بضمان تقديم العلاج للمريض بمجرد موافقته على أي طلب معالجة<sup>1</sup>، كما يجوز للطبيب رفض علاج أحد المرضى وذلك لأسباب شخصية<sup>2</sup> ومهنية<sup>3</sup>، وفي نفس الاتجاه تنص المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض<sup>4</sup>. ولكن هنالك حالات يكون الطبيب مجبرا على التعامل مع مريض معين بدون أن يكون مخيرا ومن هذه الحالات نذكر:

- حالة الإلزام التعاقدية: والتي يكون فيها الطبيب ملزم بموجب عقد على علاج أشخاص غير معينين بالذات كأن يتعاقد مع شركة اقتصادية<sup>5</sup> أو أسرة أو أي مجموعة<sup>6</sup>.

- حالة الإلزام اللائحي أو الوظيفي: والتي يكون مجال تطبيقها في المستشفيات العمومية حيث يتم توظيف الأطباء وفقا للتنظيم اللائحي الساري المفعول، ومن ثم لا يمكن للطبيب اختيار مرضاه وهو ملزم بعلاج كل من يتقدم إليه في المستشفى العام<sup>7</sup>.

- حالة الإلزام القانوني والمهني<sup>8</sup>: فنقصد بهذا تدخل الطبيب عندما يكون المريض في خطر صحي وشيك يهدد حياته، ولأجل الحفاظ على صحته وحياته يجب على الطبيب ضمان مواصلة العلاج<sup>9</sup>.

- حالة الإلزامية بسبب عضوية الطبيب في فريق طبي: ونقصد بالفريق الطبي هو تعدد المتدخلين في العلاج كل حسب تخصصه، كتعدد الأطباء في العملية الجراحية الواحدة؛ كالطبيب الجراح، الطبيب المخدر، الطبيب المختص في مرض معين كل القلب وغيرها من الأمراض. ومن ثم قد يثير الفريق الطبي مشكلة رضا الطبيب العضو في

<sup>1</sup> انظر المادة 54 من من المرسوم التنفيذي رقم 276-92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>2</sup> انظر المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 276-92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>3</sup> لم ينص المشرع الجزائري على رفض الطبيب للعلاج للأسباب المهنية وهذا على عكس المشرع السوري الذي أضاف هذا السبب إلى جانب الأسباب الشخصية وذلك في المادة 11 من نظام واجبات الطبيب وأداب المهنة. معن شحدة إدريس: المرجع السابق، ص.52.

<sup>4</sup> عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.118.

<sup>5</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، الهامش الأول، ص.438. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.126.

<sup>6</sup> أنظر، المادة 48 انظر المرسوم التنفيذي رقم 276-92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>7</sup> عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.119. صالح فواز: تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص.478. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.127.

<sup>8</sup> نصت عليها كل من المادة 09 و المادة 44 المرسوم التنفيذي رقم 276-92، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>9</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.282-283. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص.129 وما بعدها

الفريق الذي لم يتعاقد مع المريض مباشرة. ويشير كذلك مشكلة مسؤولية الطبيب والتي أجمعت عنه المادة 75 من مدونة أخلاقيات الطب؛ إذ نصت على أنه كل عضو من هذا الفريق الطبي يتحمل مسؤوليته الشخصية<sup>1</sup>.

## 2- أهلية المتعاقدين<sup>2</sup>:

غني عن البيان وطبقا لمقتضيات المنظومة التشريعية الجزائرية، أنه لا بد أن يكون الرضا حرًا صحيحًا وصادر عن شخص بالغ لسن الرشد أو مميز<sup>3</sup> - لأن التدخل الطبي إذا كان مشروع وبقصد العلاج، فسيعود بفائدة عليه وهي تحسين حالته الصحية-. أما إذا تأثرت إرادة المريض إما بسبب انعدام الأهلية لصغر في السن، كما في حالة الجنون والمعتوه، أو لنقص في تلك الأهلية كما هو الحال في الصبي المميز والمغفل والسفيه<sup>4</sup>. كما قد تنعدم الأهلية بسبب جسماني؛ وذلك عندما يكون المريض أصم أبكم أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم<sup>5</sup> ففي هذه الحالات جميعها<sup>6</sup> لا يستقيم القول بأن المريض قادر على إعطاء رضا حر صحيح بالمعنى الكامل<sup>7</sup>. وبالتالي إذا كان المريض ناقص الأهلية أو فاقدها، فإن القانون يحميه بحلُول وليّه أو الوصي عنه ضمن الشروط المقررة في المادتين 44 و37 من القانون المدني، والمادتين 44 و52 من مدونة أخلاقيات الطب.

أما فيما يتعلق بأهلية الطبيب؛ فنقول عنها بأنه ليس هناك فرق بين أهليته وأهلية المريض، إذ يُشترط على الطبيب كما يشترط على المريض، ضرورة توافر الأهلية القانونية للتعاقد. فيجب على الطبيب أن يكون راشداً، متمتعاً بأهلية الأداء لانعقاد العقد الطبي.

وغني عن التذكير، أن الطبيب في وقتنا الحالي يتعدى بكثير سن التاسع عشر (19) نظرا للتكوين الذي يتلقاه ليصبح طبيب عاماً ناهيك عن الطبيب الاختصاصي. بالإضافة إلى هذا فإن المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها تشترط تمتع الطبيب بصحة عقلية جيدة، وعدم إصابته بأي عاهة مرضية منافية لممارسة المهنة بما

<sup>1</sup> عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص.122.

<sup>2</sup> الأهلية القانونية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء؛ فالأولى يقصد بها: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات. أما النوع الثاني فنقصد به "صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب تلك الحقوق والإلتزامات، أي صلاحية الشخص لصنوع التصرف القانوني منه على وجه يعتد به قانوناً. محمد حسين منصور: النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.82.

<sup>3</sup> لقد حدد المشرع الجزائري سن الرشد بـ 19 سنة، وذلك في المادة 40 من القانون المدني. كما حدد في المادة 42 منه سن التمييز بـ 13 سنة. أما المادة 83 من قانون الأسرة فقد جاء فيها بأن جميع التصرفات التي تعود بالفائدة للشخص البالغ لسن التمييز دون سن الرشد هي نافذة. أما إذا كانت هذه التصرفات ضارة به فهي باطلة.

- وبالتالي يفهم مما جاء في هذه المادة أنه إذا جاء شخص مميز لطبيب ما قصد علاجه فتصرفه هنا يعد نافعا له. أما إذا جاء هذا الشخص قصد بيع أحد أعضائه فتصرفه هنا ضارا به، وبالتالي يعتبر باطلاً.

<sup>4</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.127.

<sup>5</sup> لقد استحدث المشرع الجزائري هذه الحالة بموجب المادة 80 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10. ولكن التساؤل الذي يظهر لنا هو عدم تطرق المشرع الجزائري لحالة الشخص الذي اجتمعت فيه ثلاث عاهات كأن يكون أبكم وأعمى وأصم مع أنها ممكنة الحدوث.

<sup>6</sup> هنالك حالة أخرى تنعدم فيها الأهلية ولكن لا يمكن تصورها في العقد الطبي، وهي إنعدام الأهلية بسبب الظرف المادي؛ وتكون في حالتنا المفقود والغائب، اللتان تناولهما المشرع الجزائري في المادتين 109 و110 من قانون الأسرة. علي فيلاي: الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.68. محمد حسين منصور: النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.84.

<sup>7</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.127.

في ذلك الجنون<sup>1</sup>. كما أنه يشترط فيه الطبيب أن تتوافر فيه جميع الشروط القانونية لممارسة مهنة الطب المنصوص عليها في المواد 197، 198 و199 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>2</sup>، وإلا كان عمله باطلا طبقا لنص المادة 214 من نفس القانون، وبالتالي يتعرض عقده للبطلان طبقا للمادة 102 من القانون المدني<sup>3</sup>.

### ب- المحل:

العقد الطبي مثله مثل أي عقد آخر، يجب أن يكون محله موجود غير مستحيل ومشروع<sup>4</sup>، فمن حيث شرط الوجود نقول أنه لا يمكن أن نتصور عقد العلاج بدون وجود الجسم الإنساني بأعضائه ووظائفه العضوية والحيوية، فالطبيب يُباشر التزاماته على جسم الإنسان سعيا منه في تخفيف معاناة وآلام المريض، أو الحد من أمراضه. كما أنه لا يمكننا تصور عقد العلاج على مريض توفي، فيتعذر علاجه<sup>5</sup>.

أما من حيث مشروعية محل العقد الطبي فيجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا<sup>6</sup>، ويجب عدم احتوائه على شروط مخالفة لقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب<sup>7</sup>. كما يجب أن يكون محل العقد الطبي مبرر وبإذن به القانون طبقا للمادة 1/39 من قانون العقوبات الجزائري<sup>8</sup>. وبناء عليه فإن العقد الطبي الذي يُستخدم فيه تقنيات الهندسة الوراثية غير العلاجية والمخالفة للنظام العام والآداب العامة- كتقنية تعديل الصفات الوراثية أو تنسيقها<sup>9</sup>، فإن هذا العقد يكون باطل بطلانا مطلقا وذلك لعدم مشروعيته.

### ج- السبب:

إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني. ومن ثم عند إسقاطنا لهذه المادة على العقد الطبي على العموم وعلى العقد الطبي المستخدم فيه لأحد تقنيات الهندسة الوراثية على وجه الخصوص، نقول أنه إذا تم استخدام تقنية

<sup>1</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، ص.32.

<sup>2</sup> تضمنت المادة 197 من قانون رقم 85-05 والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، على وجوب حصول الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بشرط توفر في هؤلاء الشروط القانونية المحددة في هذه المادة. أما المادة 198 من ذات القانون فأضافت شرط تحصيل الطبيب الاختصاصي أو جراح الأسنان الاختصاصي أو الصيدلي الاختصاصي على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة معادلة لها. في حين أن المادة 199 من هذا القانون أضافت على وجوب تأدية اليمين لهذه الفئة من المهنيين. و لمزيد من الشرح حول هذه الشروط، راجع: محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.93 وما بعدها.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.284.

<sup>4</sup> أنظر، المادتين 93 و94 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.

<sup>5</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، ص.53-54.

<sup>6</sup> أنظر، المادة 93 من من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.

<sup>7</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.395.

<sup>8</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.285.

<sup>9</sup> لقد تطرقنا لهذه التقنيات بالتفصيل مع توضيحنا لموقف القانون منها. للإطلاع عليها، راجع، الفرع الثاني والثالث من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول.

الهندسة الوراثية في المجال العلمي والغير العلاجي غير المشروع كأن يقوم بإجهاض عمدي لامرأة حامل قصد الحصول على الأجنة واستعمالها في عمليات البحث العلمي أو العلاج أو قصد بيعها. أو كأن يقوم الطبيب بعملية استنساخ بشري قصد استعمال هذا الأخير كوسيلة لبيع أعضائه. فإن هذا العقد باطل لأن سببه مخالف للنظام العام. حيث يمنع على الطبيب القيام بعمل غير مهني يفقد مهنته اعتبارها، أو حصوله على امتياز مادي نتيجة خدماته الطبية<sup>1</sup>.

#### د- الشكالية:

إن الأصل في العقود الطبية أنها رضائية تتعقد شفاهة بدون حاجة إلى كتابة، أي أن العقد الطبي يتعقد بمجرد تطابق إرادة الطبيب مع المريض وقبول الأول بعلاج الثاني<sup>2</sup>. ولكن نظرا لخطورة بعض التدخلات الطبية اشترط المشرع الجزائري ضرورة توفر الشكل في هذه التدخلات، ومن هذه التدخلات نذكر تدخل الطبيب لعلاج المريض عن طريق تقنية الهندسة الوراثية، وبما أن هذه التقنية قوامها الخلية الجسدية فإنها تدخل في مفهوم أو نطاق عمليات انتزاع الأنسجة وزرعها سواء كانت هذه الأنسجة مصدرها أشخاص أحياء أو متوفين، والتي اشترط المشرع لصحة هذه التدخلات أن تكون مكتوبة<sup>3</sup>. كما أن المشرع اشترط من جهة أخرى ضرورة توفر الشكالية في العقد الطبي في حالة رفض المريض للخضوع إلى العلاج المقدم له، وفي المقابل ألزم المشرع الطبيب بإعلام المريض أو الشخص المخول له بإعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج<sup>4</sup>.

#### البند الثاني: نشوء ضرر نتيجة إخلال الطبيب بالتزامه العقدي

إذا انعقد العقد صحيحا وتحدد مضمونه فإنه يصبح واجب التنفيذ، فالقوة الملزمة للعقد تقتضي قيام كل طرف بتنفيذ ما عليه من التزامات، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وطبقا لما اشتمل عليه العقد، إذ لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتضمن ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة<sup>5</sup>. وعلى هذا الأساس نقول أن مسؤولية الطبيب العقدية تقوم بصدور خطأ من الطبيب نتيجة إخلاله بالالتزام المترتبة عن العقد الطبي (أولا)، مع وقوع ضرر شخصي للمريض أو أي شخص آخر صاحب حق في الاستناد إلى هذا العقد (ثانيا).

<sup>1</sup> أنظر، المادتين 19 و24 المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. والمادة 161/2 من القانون رقم 85-05 والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

<sup>2</sup> Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, op.cit, p.92.

<sup>3</sup> أنظر، المواد 162، 164، 165 و166 من قانون رقم 85-05 والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

<sup>4</sup> أنظر، كل من المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. والمادة 154/3 من قانون رقم 85-05 والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

<sup>5</sup> أحمد حسن الحياوي: المرجع السابق، ص.35.

## أولاً- إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية

إن المسؤولية الطبية لا تكون عقدية إلا إذا وُجد بين المريض المضروب والمتسبب بالضرر (الطبيب) عقد طبي صحيح<sup>1</sup>، وأن يصدر من الطبيب خطأ<sup>2</sup> نتيجة الإخلال بالتزامات التي يرتبها هذا العقد والمتمثلة في عدم إتباع أصول مهنة الطب وفنها، ووفقاً للمعطيات المنظمة لممارسة المهنة الطبية<sup>3</sup>.

وعليه تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية كلما انعدمت رابطة العقد بينه وبين المريض الذي لحقه ضرر<sup>4</sup>. وهذا ما يجزنا إلى الإشارة أنه رغم استقرار الفقه والقضاء على الأخذ بالنظرية العقدية في تكييف مسؤولية الطبيب، إلا أنه لم يكن هناك من أنكر بوجود حالات يحتم المنطق القانوني خروجها من نطاق هذه النظرية، واستقرارها تحت مظلة النظرية التقصيرية<sup>5</sup>؛ ومن هذه الحالات نذكر: حالة انتفاء العقد؛ كأن تنعدم قدرة المريض في التعبير عن إرادته كالحالات الاستعجالية. وكذلك في حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية، أو حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي. وتطبق هذه المسؤولية كذلك في حالة بطلان العقد عند تخلف أحد أركانه السابقة الذكر - ويدخل في هذا الشأن العقود الطبية التي يكون محلها القيام بتحارب طبية غير علاجية والتي تعتبر غير مشروعة-. أو في حالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائياً. كما تطبق هذه المسؤولية في حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل الطبيب، أو مطالبة الغير بالتعويض استناداً للحق الشخصي غير الناشئ عن العقد<sup>6</sup>.

## ثانياً- أن يكون المريض هو المتضرر أو صاحب حق في الاستناد إلى العقد

قد يتضرر المريض عند إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية، وقد يتضرر أشخاص آخريين؛ ولأجل تحقق الحالة الأولى يجب أن يبقى المريض على قيد الحياة وأن يكون هو المتضرر وليس الغير. كما لو تعرض المساعد أو الممرض للجرح من قبل الطبيب أثناء إجراء هذا الأخير للعملية الجراحية، حيث أنه في هذه الحالة لا يمكن أن

<sup>1</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 95. طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 71.

<sup>2</sup> لمزيد من الشرح عن هذا الخطأ راجع: الفرع الثاني من المطلب الثاني من هذا المبحث والذي شرحنا فيه أحكام الخطأ الطبي سواء كان تقصيرياً أم عقدياً.

<sup>3</sup> أحمد حسن الحيازي: المرجع السابق، ص. 35.

<sup>4</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 71. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 396.

<sup>5</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 81.

<sup>6</sup> لمزيد من الشرح والتفصيل عن هذه الحالات راجع: طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 74 وما بعدها. عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 72. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 196 وما بعدها. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 264 وما بعدها. منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 81 وما بعدها. أحمد حسن الحيازي: المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها. رمضان جمال كامل: المرجع السابق، ص. 70 وما بعدها. مراد بن صغير: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص. 35 وما بعدها.



تكون المسؤولية إلا تقصيرية<sup>1</sup>. أما الحالة الثانية التي قد يتضرر فيها أشخاص آخريين، فيُشترط في تحققها أن يكون الشخص صاحب حق في الاستناد إلى العقد الطبي؛ وفي هذه الحالة نجد أنفسنا أمام فرضين:

أ- **الفرض الأول:** إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانونا هو الذي اختار الطبيب؛ فإذا أقام الدعوى على الطبيب، فإنه يستند في إقامتها على أساس المسؤولية العقدية<sup>2</sup>. أما إذا توفي المريض قبل إقامة الدعوى، فلا يجوز إقامة الدعوى العقدية إلا من طرف الخلف العام والخلف الخاص وفقا لما جاء في المادتين 108 و109 من القانون المدني، وإذا رفعت الدعوى من غير الورثة كالأقارب والأجانب فيحق لهم الرجوع على الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup> لأن من رفع الدعوى يعتبر من الغير وهذا هو رأي أغلب الفقهاء<sup>4</sup>.

ب- **الفرض الثاني:** إذا كان الذي أبرم العقد مع الطبيب ليس المريض وليس ممثله قانونا أو اتفاقا؛ كالعقد الذي يبرمه زوج وزوجته أو رب عمل لعماله، أو شخص قريب للمريض، ففي هذا الإطار يقتضي منا التمييز على بين حالتين: الحالة الأولى تكون عندما يتعاقد الغير مع الطبيب باسمه مشترطا حقا مباشرا للغير، فتطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير<sup>5</sup>. وإذا تعاقد باسم المريض ولمصلحة المريض طبقت أحكام الفضالة وتبقى العلاقة هنا تعاقدية. أما الحالة الثانية تتمثل في أن يتعاقد الغير باسمه الشخصي لتحقيق مصلحة شخصية له، بغير قصد ترتيب حق مباشر للمريض، فيكون الحق بإقامة الدعوى العقدية للغير فقط، أما المريض فيعتبر من الغير وليس أمامه إلا المطالبة بحقه على أساس الدعوى التقصيرية<sup>6</sup>.

إذن وبعبارة أخرى تعرفنا على أسس التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية وفق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية للأطباء في المطلبين الأول والثاني، ننتقل إلى دراسة كيفية التعويض عن هاته الأضرار وفق قواعد هاته المسؤولية في المطلب الموالي.

<sup>1</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 95-96.

مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 286.

<sup>2</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 72. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 287.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 72. أحمد حسن الحيازي: المرجع السابق، ص. 36.

<sup>4</sup> طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 72.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 288.

طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 72-73.

أحمد حسن الحيازي: المرجع السابق، ص. 36. أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 96-97.

## المطلب الثالث

## كيفية التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية التقليدية

لقد كان الالتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة عقاب المحطى في ظل الشرائع البدائية والقانون الروماني. ثم بدأ التعويض يقتصر على الوظيفة الإصلاحية التي تهدف إلى جبر الضرر وهذا في ظل فقه الشريعة الإسلامية من ناحية، وفيما توصل إليه القانون الفرنسي والذي سار على نمجه معظم التقنيات الوضعية الحديثة من ناحية أخرى، لتصبح هذه الوظيفة هي الوظيفة الوحيدة للتعويض<sup>1</sup>، وبذلك تنفصل المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية<sup>2</sup>. وقد كان وما زال الهدف الأساسي للمسؤولية المدنية هو تعويض المضرور عما لحقه من ضرر من فعل الغير، فإذا ما ثبتت مسؤولية مرتكب الفعل الضار، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه، وبهذا المعنى ذهب إليه المادة 124 من ق.م.<sup>3</sup>، ومن ثم نقول بأنه إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب عما لحق المريض من ضرر فإنه يتعين على القاضي أن يلزم الأول بتعويض الثاني<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى مدونة أخلاقيات الطب أو القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والنصوص القانونية الأخرى في المجال الطبي، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة التعويض بطريقة مفصلة وواضحة. وإنما نجده قد تناول مسألة الجزاء والعقوبة المترتبة عن إحداث الطبيب أضراراً لمرضاه. وبالتالي وأمام هذا الغموض والعمومية في النصوص القانونية المتعلقة بالمجال الطبي يجدر بنا الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني<sup>5</sup>. وتقدير التعويض هنا إما أن يكون في صورة عادية مألوفة فيتدخل القاضي في تقديره (الفرع الأول)، وإما أن يعتري تقدير التعويض ملاسبات وأوصاف تخرجه عن الصورة المألوفة<sup>6</sup>، ويكون تقديره في هذه الحالة باتفاق أطراف العقد (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> يظهر الفرق بين العقوبة وجبر الضرر (التعويض)، أنه في الحالة الأولى يتم تقدير العقوبة بقدر خطأ الجاني. أما في الحالة الثانية يتم تقدير التعويض بقدر الضرر. منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 613 والتعويض بالمفهوم التقليدي هو "جزاء الانحراف المعلوم في السلوك الذي سبب ضرراً للغير، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول ذمته بكل نتائج لهذا الانحراف أي التعويض العادل". وهناك تعريفاً آخر للتعويض وهو "وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف من واطنته وهو الجزاء الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية". وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 724. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 973.

<sup>2</sup> تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية في نواح متعددة نذكر منها: 1- أساس المسؤولية الجنائية هو الضرر الذي أصاب المجتمع أما المسؤولية المدنية فأساسها الضرر الذي لحق فرداً من الأفراد أو عندها منهم. 2- جزاء المسؤولية المدنية التعويض أما في المسؤولية الجنائية فجزاؤها العقوبة. 3- لا يجوز الصلح ولا التنازل عن حق المجتمع في المسؤولية الجنائية أما في المسؤولية المدنية فيجوز ذلك. 4- الجزاء في المسؤولية الجنائية يجب أن يكون منصوص عليه طبقاً لمبدأ الشرعية، أما في المسؤولية المدنية فإنها تنهض في جميع الحالات التي تواجه فيها عملاً ضاراً غير مشروع. 4- النية ركن من أركان المسؤولية الجنائية على العكس من المسؤولية المدنية التي لا تشترط النية. حسن علي الننون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 15 وما بعدها.

<sup>3</sup> حيث تلتقي هذه المادة بمصدرها من القانون المدني الفرنسي بالمادة رقم 1382 منه. أحمد حسن عباس الحياوي: المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص (في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري)، ب.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 160-161.

<sup>4</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، 208-209.

<sup>5</sup> مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 08، 2009، الجزائر، ص. 98. دلال يزيد ومختاري عبد الجليل: المرجع السابق، ص. 71.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 964.

## الفرع الأول

### التقدير القضائي للتعويض

لا يمكن للقاضي أن يقضي بالتعويض دون إصابة المريض بضرر<sup>1</sup> مترتب عن خطأ من طرف الطبيب المعالج. ونشير في هذا الشأن أنه إذا كان من السهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق بالأعمال العادية، فإن ذلك يبدو عسيرا بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى الفن الطبي، لذلك فإن القاضي يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة<sup>2</sup>، فله أن يتدب خبيرا أو أكثر لتحقيق الواقع في الدعوى وإبداء الرأي في المسائل الفنية التي يصعب عليه استقصائها بنفسه، مع احتفاظه بحرية الأخذ برأي الخبير أو استبعاده<sup>3</sup>.

والتعويض في هذه الحالة (التعويض القضائي) قد يكون في صورة عينية، أي بإلزام المسؤول بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، ويتعين على القاضي أن يحكم بذلك تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور<sup>4</sup>. ويعتبر هذا النوع من التعويض أفضل طرق الضمان، إلا أنه يقع في الغالب في الالتزامات التعاقدية، ونطاقه محدود في المسؤولية التقصيرية<sup>5</sup>، لأنه لا يكون ممكنا إلا حين يتخذ الخطأ صورة القيام بعمل تمكن إزالته، فالطبيب الذي يخطأ أثناء عملية جراحية، وينتج عن خطئه تشويها للمريض، يمكن إصلاحه أو إزالته، بإجراء عملية جراحية جديدة<sup>6</sup>. وقد يكون التعويض غير نقدي عن طريق إلزام المتسبب بالضرر بأداء بعض الإعانات التي تتصل بالفعل الضار<sup>7</sup>.

ولكن نظرا لأن التعويض العيني والغير النقدي يبدوا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية، فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل، خاصة يكون في صورة نقدية<sup>8</sup> لأن كل ضرر أيا كان نوعه يمكن تقويمه بالنقد<sup>9</sup>. ولبيان كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الطبي يجب علينا أن نوضح سلطة القاضي في تقديره لهذا التعويض (البند الأول)، ثم سنبين وقت تقدير القاضي لهذا التعويض (البند الثاني).

<sup>1</sup> لمعرفة أكثر عن الضرر الواجب التعويض، راجع: المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول.

<sup>2</sup> وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2003/06/24م، ملف رقم 297062، قضية (ب.ف) ضد (النيابة العامة لدى مجلس قضاء قسنطينة)، والذي تضمنت إحدى حيثياته: "حيث أنه لا يمكن القول بأن الطبيب بذل العناية المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محررة من طرف طبيب مختص في نفس المجال، أو استشارة المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب". عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 41 وما بعدها.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 186. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 562.

<sup>4</sup> أنظر، المادة 132 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 85.

<sup>6</sup> أحمد حسن عباس الحيارى: المرجع السابق، ص. 161-163.

<sup>7</sup> أنظر، المادة 132 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>8</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، 209.

<sup>9</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 187. منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 613.

## البند الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض

قبل تعرفنا على سلطة القاضي في تقديره للتعويض، يجب علينا أن نبين الشرط الذي يجب أن يتوفر في الضرر الذي يعرض عليه القاضي، وكذلك نوع هذا الضرر. وقد أجابت عن هذا المادة 1/182 والمادة 182 مكرر من القانون المدني والتي ألزمت القاضي على التعويض فقط على الضرر المباشر<sup>1</sup> سواء أكان ضررا ماديا أو معنويا<sup>2</sup> وبهذا فقد حُسمت الاختلافات الفقهية والقضائية الواقعة حول مسألة مدى التعويض عن الضرر<sup>3</sup>.

وفي الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي حرية في تقدير التعويض حسب ميوله وأهوائه الشخصية، بل حدد له معايير يسير عليها<sup>4</sup> وتكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا<sup>5</sup>. فالقاضي عند تقديره لهذا التعويض يجب أن يراعي عناصر موضوعية تتعلق بالضرر بحد ذاته (أولا)، كما يجب عليه أن يراعي عوامل أخرى تتعلق بشخصية المريض المضرور (ثانيا).

## أولا: التقدير الموضوعي للضرر

الضرر الواجب التعويض يشمل عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته<sup>6</sup>. وفي هذا الشأن فقد نصت المادة 182 من ق.م، على أنه يجب أن يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب<sup>7</sup>. ومن ثم يتضح لنا أنه يجب على القاضي أن يراعي عند تقديره للتعويض ما لحق المريض من ضرر وما فاتته من كسب<sup>8</sup>، إذ قد ينتج عن خطأ الطبيب إضعاف بنية المريض أو زيادة في حجم المرض أو العطب وبالتالي سيؤدي هذا حتما إلى إضعاف كسبه كليا أو جسديا نتيجة خطأ الطبيب. كما أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده ولأسرته، كان ذلك ضررا واضحا فيما فاتته من كسب ووجب تعويضه عنه<sup>9</sup>. كما يمكن للقاضي المطروح أمامه النزاع عند تقديره للتعويض أن يرجع إلى سبيل الخبرة الطبية، لأن الخلاف الناشئ بين المدين بالتعويض والضحية يتعلق بتقدير نسبة العجز،

<sup>1</sup> أنظر، الفقرة الأولى من المادة 182 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>2</sup> أنظر، المادة 124 والمادة 182 مكرر من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.78.

<sup>4</sup> أحمد حسن عباس الحيارى: المرجع السابق، ص.168.

<sup>5</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/21، قضية (ح،ك ومن معه) ضد (ز،ب ومن معه)، ملف رقم 498587، منشور في الموقع:

www.coursupreme.dz

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.971.

<sup>7</sup> أنظر المادة 182 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 10-05..

<sup>8</sup> القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، المرجع السابق.

<sup>9</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

أو تاريخ الشفاء أو جبر الضرر، أو طبيعة المرض أو الإصابة، ومثل هذه الحالات تتطلب رأياً فنياً من قبل أهل الخبرة<sup>1</sup>.

وقد يترتب عن خطأ الطبيب خسارة مالية متمثلة في نفقات العلاج<sup>2</sup>، والدواء والأجهزة الطبية المساعدة وحتى نفقات تجهيز الميت ودفنه، وقد قبل القضاء في هذا الصدد تعويض المصاب عن كافة النفقات التي يدفعها في سبيل شراء سيارة خاصة تتلاءم مع درجة الإعاقة التي أصيب بها المضرور، أو شراء تجهيز منزل بالمصاعد والآلات والأدوات التي تعين المضرور على أداء متطلبات حياته بشكل أفضل، وحتى نفقات إقامته في المركز العلاجي أو المستشفى مدى حياته إن كانت درجة الإعاقة التي تترتب عن الإصابة كبيرة جداً. كما يشمل الضرر المالي أيضاً ما فات المضرور من كسب بسبب درجة العجز الكلي أو الجزئي المؤقت الذي أقعده عن العمل أو العجز الدائم الذي سبب انقطاع مصدر رزقه<sup>3</sup>.

والجدير بالتنويه أنه لا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض من طرف القاضي أن يكون الضرر متوقفاً أو غير متوقع. ففي المسؤولية التقصيرية يشمل كل التعويض عن كل ضرر مباشر متوقفاً كان هذا الضرر أم غير متوقع<sup>4</sup>. أما في حالة المسؤولية العقدية (العقد الطبي) لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وقت التعاقد، إذ نصت المادة 2/182 من ق.م، على أنه في حالة ما إذا كان مصدر الالتزام هو العقد، فإنه لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد<sup>5</sup>. بمعنى أن مضمون الالتزام العقدي إنما تحدده إرادة الطرفين باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم فيسأل فيهما الطبيب عن الضرر المتوقع وغير المتوقع<sup>6</sup>.

### ثانياً: التقدير الذاتي للضرر

إلى جانب أن القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر الذي أصاب المريض المضرور وما فاتته من كسب، فإنه من جانب ثاني يجب على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض الظروف الملازمة للمضرور وذلك طبقاً لما

<sup>1</sup> علي فيلالتي: الإلتزامات (الفعل المستحق التعويض)، المرجع السابق، ص.379.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.

<sup>3</sup> عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.171.

محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.269.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.971.

<sup>5</sup> راجع: المادة 182 فقرة 02 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>6</sup> عز الدين الدناصورى و عبد الحميد الثواربي: المرجع السابق، ص.978. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.971. كريم عشوش: المرجع السابق، ص.210. حسن علي الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.382.

جاء في نص المادة 131 من ق.م، حيث نصت على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة..."<sup>1</sup>.

والظروف الملازمة هي تلك الظروف التي تلابس المضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور<sup>2</sup>، وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد فننظر إلى المضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية. فمن كان عصبياً فإن الانزعاج الذي يتولاه من خطأ طبي يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب سليم الأعصاب، ومن كان مريضاً "بالسكر" ويصاب بجرح، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب السليم<sup>3</sup>. كما يأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المريض الجسمية مآلها مثل الشخص الذي فقد عينه ثم فقد العين الأخرى بسبب خطأ الطبيب، يكون الضرر الذي يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد من الضرر الذي يصيب من كان سليم العينين وفقد عيناً واحدة<sup>4</sup>.

ويدخل أيضاً في الاعتبار حالة المضرور المالية؛ وليس ذلك معناه إذا كان المضرور غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد، سواء أصاب غنياً أو فقيراً، وإنما يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقت، فمن كان كسبه قليل كان الضرر الذي يحيق به أشد<sup>5</sup>، وهذه يدخلها القاضي في نطاق ما لحق المضرور من خسارة<sup>6</sup>.

وفي هذا الشأن اتجه القضاء الجزائري وذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/21م، حيث جاء فيه: "أنه من خلال الإطلاع على الحكم المدني المطعون فيه بأنه أرجع المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول بالنظر إلى حالة المتهم والوضعية الاقتصادية والاجتماعية لكل الطرفين في حين أن التعويض في الدعوى المدنية أساسه الضرر الذي أصاب فعلاً الأطراف المدنية مما يجعله غير مسبباً..."<sup>7</sup>.

والجدير بالذكر في الأخير أن هذا النوع من التعويض يلجأ إليه رافع الدعوى أمام الجهة القضائية للمكان الذي قدم فيه العلاج وهذا طبقاً للمادة 5/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويكون ذلك طوال مدة خمسة عشر سنة طبقاً للمادة 308 من ق.م<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، المادة 131 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.188.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.971-972.

<sup>4</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، ص.210.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.972.

<sup>6</sup> أحمد حسن عباس الحيازي: المرجع السابق، ص.170.

<sup>7</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/21م، قضية (ح،ك ومن معه) ضد (ز،ب ومن معه)، ملف رقم 498587، المرجع السابق.

<sup>8</sup> كريم عشوش: المرجع السابق، ص.211.

## البند الثاني: وقت تقدير القاضي للتعويض

يعد الضرر عَصَب المسؤولية المدنية، وفي ضوء نتائجه التي استقر عليها يوصف بأنه ضرر ثابت لا صعوبة في تعويضه، إلا أن المسألة تذهب إلى أبعد من ذلك، فقد يكون الضرر متغيراً يختلف مداه ووقت التعويض عنه عما كان عليه وقت وقوعه سواء من حيث حجمه زيادةً أو نقصاناً، أو من حيث قيمته ارتفاعاً أو انخفاضاً، ويحصل كل هذا وقت صدور الحكم بالتعويض (أولاً)، أو قد يتراخى إلى زمن قد يطول أو يقصر بعد صدور الحكم<sup>1</sup> (ثانياً).

## أولاً: تقدير التعويض قبل صدور الحكم

إذا كان وقت تقويم الضرر عند أغلب شُرَاح القانون المدني هو وقت وقوع الضرر<sup>2</sup>، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم القاضي، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشفه<sup>3</sup>، ولقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على هذا سواء اشتد الضرر أم خفّ ونفس الشيء بالنسبة إلى تغير قيمة النقد والعمللة التي يقدر على أساسها التعويض، فالعبرة بقيمتها وقت صدور الحكم سواء ارتفعت أو انخفضت<sup>4</sup>. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 131 من القانون المدني<sup>5</sup>.

وتظهر أهمية تحديد هذا الوقت أن تغير السعر قد يؤثر في العملية الحسابية للضرر بالزيادة رغم أنه لم يتغير داخلياً وهو ما يدفع القاضي إلى زيادة مقدار التعويض حتى يكون مساوياً للضرر وكافياً لجبره<sup>6</sup>، حيث يزداد التعويض في مقداره بالزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر. فقد تقتضي حالة المريض إجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية بالمستقبل، وتلك الأمور تختلف نفقتها من وقت لآخر، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء التكاليف ساعة النطق بالحكم ولكن هذه التكاليف تكون محلاً للزيادة في المستقبل<sup>7</sup>. وفي هذا الشأن أجاز المشرع الجزائري في المادة 132 من ق.م، بأن يكون التعويض في صورة إيرادات مرتبة<sup>8</sup> تتغير قيمته بتغير قيمة النقود،

<sup>1</sup> جودت الهندي وأصاله كيوان كيوان: تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، عدد 03، لسنة 2007، سوريا، ص.551.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.735.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.189. كريم عشوش: المرجع السابق، 213.

<sup>4</sup> عز الدين حروزي: المرجع السابق، 211. مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية. المرجع السابق، ص.100. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.975.

<sup>5</sup> أنظر المادة 131 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>6</sup> قمرأوي عز الدين: المرجع السابق، ص.59.

<sup>7</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.190.

<sup>8</sup> نصت المادة 132 من القانون المدني على أنه: "...يصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداتاً مرتبة..."

وهذا ما يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقاً لقيمة النقد الذي يقدر به، فالحكم بهذا النوع من التعويض أنسب صورة لجبر الضرر المستمر<sup>1</sup>.

أما عن تغير مقدار الضرر بعد وقوعه بأن أصبح وقت الحكم بالتعويض أكثر أو أقل من قدره وقت حدوثه، فيجب على القاضي أن يعتد في تقدير التعويض المستحق بمقدار الضرر الذي أصابه وقت الحكم به، وذلك تطبيقاً لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم<sup>2</sup>. أما إذا كان التغير مترتباً دون خطأ الطبيب المسؤول أو كان بخطأ المريض أو خطأ الغير فإن هذا المبدأ لا يطبقه القاضي بل سيعوض المريض على حالة الضرر وقت وقوعه لأن مسؤولية الإنسان محددة بمقدار ما نشأ عن فعله الخاطئ من ضرر وليس بمقدار الضرر الذي لحق الطرف الآخر والذي لا صلة له بفعل الفاعل<sup>3</sup>. وفي حالة إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مقدار التعويض تعييناً نهائياً، فقد أعطى المشرع للمضروب الحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر من جديد في التقدير<sup>4</sup>.

### ثانياً: تقدير التعويض بعد صدور الحكم

الحكم بالتعويض كأى حكم قضائي يخضع لقواعد الطعن بالأحكام سواء بالنسبة إلى طرائق الطعن العادية أو غير العادية، فإذا طعن به بإحدى الطرق الجائزة قانوناً، فقد يتغير الضرر زيادةً أو نقصاناً خلال المدة المحددة للطعن إلى وقت الفصل فيه، فهل تعتد المحكمة التي تنظر بالطعن بهذا التغير في تقديرها للتعويض<sup>5</sup>؟.

للإجابة عن هذا يجب علينا أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى هي حالة عدم صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به، والحالة الثانية هي حالة صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به.

أ- في الحالة الأولى: حالة عدم صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به؛ فنجد أنفسنا أمام فرضين الأول هو في حالة عدم النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض والفرض الثاني هو في حالة النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 190-191.

<sup>2</sup> جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 559.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 415-416. مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص. 100.

<sup>4</sup> نصت المادة 131 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05، على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب... فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة من جديد في التقدير" - ولكن التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة ما هي المدة التي يحتفظ بها المضروب بالمطالبة في حقه بالتعويض؟ لقد أجابت عن هذا التساؤل المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13/01/1991م، في قضية (المستشفى الجامعي بسطيف) ضد (فريق ك ومن معهم)، ملف رقم 75670، حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه: "حيث تماثيا مع اجتهاد المحكمة العليا في مجال التعويض، أن هذه القضايا غير مقيدة بأجل محدد ما دامت الدعوى لم تتقدم هنا". وبهذا يظهر لنا بأن قضايا التعويض غير مقيدة بأجل مادامت الدعوى لم تتقدم بعد.

عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 59 وما بعدها.

<sup>5</sup> جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 561.



**1- الفرض الأول:** حالة عدم النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض؛ في هذه الحالة ما على المضرور إلا يقدم طلب فرعي يثيره أمام المجلس لأول مرة<sup>1</sup>. فالمبدأ المستقر في هذا الصدد أن محكمة الاستئناف تعد محكمة موضوع تُنظر الدعوى أمامها مجدداً وتقوم ببحث الوقائع وتطبيق القواعد القانونية عليها<sup>2</sup> ومن ثم لها سلطة النظر إما في تخفيض التعويض أو رفعه تناسباً مع الضرر<sup>3</sup>، وذلك كما جاء في المادة 342 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup>. ومما نشير إليه هنا أنه إذا كان الضرر قد تغير بعد صدور الحكم الابتدائي ورفع عنه استئناف، فلمحكمة الاستئناف أن تُقدر التعويض على أساس الأسعار الجارية يوم صدور حكم الاستئناف<sup>5</sup>.

**2- الفرض الثاني:** حالة النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض؛ ففي هذه الحالة فلا صعوبة تثار إذ يحق للمضرور المطالبة بتعويض تكميلي نتيجة تفاقم الضرر، ويعد ذلك تطبيقاً للقاعدة التي تتضمن أن القاضي ملزم وعلى الدوام بضمان التعويض العادل للمضرور عما لحقه من ضرر. ويحصل ذلك عندما لا تستطيع المحكمة وقت نظر الدعوى تحديد مقدار التعويض النهائي، إذ لا يجوز لها رفض دعوى التعويض، بل ينبغي أن تقرر مبدأ المسؤولية من خلال الحكم بتعويض مؤقت مع الاحتفاظ للمتضرر بالحق في طلب التعويض الإضافي لتكملة التعويض الذي تتحقق به رغبة المتضرر أولاً، وغاية التعويض ثانياً، وهي جبر الضرر كاملاً<sup>6</sup>.

**ب- في الحالة الثانية:** حالة صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به؛ فتكون مسألة تفاقم الضرر محل دعوى جديدة مستقلة عن الدعوى الأولى التي يفترض فيها أن القاضي نظر في جميع الطلبات المعروضة عليه، كما أن تفاقم الضرر لا يعتبر طلباً جديداً لأنه يتناقض مع سلطة الشيء المقضي به، وله استقلالية عن الأضرار المعوضة فهو ضرر مؤكد ولم يعرض أصلاً في الحكم الأول، فالقاضي عند الحكم والمضرور عند طلبه لم يشيرا إلى أسس تعويضه<sup>7</sup>، والقانون لم يحدد المدة التي يجب فيها رفع الدعوى، وبالتالي يحق للضحية أن يرفع الدعوى من جديد في أي وقت شاء متى صدر الحكم الأول وصار نهائياً<sup>8</sup>. كما أن المضرور في هذه الحالة لا يستطيع أن

<sup>1</sup> أحمد شاعة: تعويض الضرر المعنوي المتعلق بالسلامة الجسدية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012، ص.82.

<sup>2</sup> جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 561.

عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 219

<sup>3</sup> حيث قضى مجلس الدولة في القرار الصادر منه بتاريخ 2003/03/11م، قضية (م.خ) ضد (مستشفى بجاية)، برفع مبلغ التعويض نتيجة تفاقم الضرر وذلك بعد الرجوع إلى تقرير الخبير. حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه: "...حيث أن نسبة العجز الدائم الذي يبقى المستأنف مصاباً تقدر بـ90% وتستدعي إعادة النظر في قيمة التعويضات بموجب القرار المستأنف...وبما أنه معاق مدى الحياة ويحتاج لمساعدة شخص آخر...فإنه يتعين رفع التعويض...". عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.86.

<sup>4</sup> فقد جاء في المادة 342 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، لسنة 2008، على أنه: "يجوز للخصوم أيضاً طلب...وكذا التعويضات الناتجة عن الأضرار اللاحقة به منذ صدور الحكم".

<sup>5</sup> مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص.101.

<sup>6</sup> جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 563-564.

<sup>7</sup> وقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/30م، قضية (المستشفى الجامعي بسطيف) ضد (م.ع)، ملف رقم 65648، بأنه: "...فيما يتعلق بالجمع بين تعويضين، لا شيء يتعارض وهذا المبدأ ما دامت أسس المسؤولية تختلف...".

عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.54 وما بعدها.

<sup>8</sup> أحمد شاعة: المرجع السابق، ص.82.

يتقدم بطلب إعادة النظر في الحكم الذي حدد مقدار التعويض بمقولة زيادة الأسعار أو ارتفاع مستوى المعيشة، إذ أننا لسنا في صدد ضرر متغير فهو ضرر ثابت لم يتغير ولكن الذي تغير هو قيمة الضرر وقد فصل القاضي في هذه القيمة بحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فلم يعد من الجائز الطعن في هذا الحكم أو تعديله بأي شكل من الأشكال<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### التقدير الإتفاقي للتعويض

لقد سبق ورأينا بأن تقدير التعويض عن الضرر يكون من طرف القاضي، سواء أكان ذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية أو في نطاق المسؤولية العقدية، فالأصل أن القاضي له سلطة تقدير التعويض. ولكن إضافة إلى هذا فقد أعطى المشرع الجزائري للدائن والمدين أن يتفقا مقدما على مقدار التعويض<sup>2</sup> عن الضرر الناجم عن خطأ المسؤول عنه، وهذا ما يسمى بـ "الشرط الجزائي". وبما أن المشرع لم ينص صراحة على منع كل اتفاق بين الطبيب ومريض من الاتفاق على مبلغ التعويض أو تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها، على عكس المشرع السعودي الذي منع ذلك بموجب المادة 27 الفقرة الأخيرة من نظام مزاوله المهنة الصحية<sup>3</sup>.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنه يمكن أن يتفق الطبيب والمريض على وضع شرط جزائي في العقد يبين مقدار التعويض الذي يقع على عاتق المنتسب في الضرر. ومن هنا يتبين لنا أن الاتفاق على تقدير التعويض يقع في الغالب في حالة وجود عقد يربط بين الطبيب والمريض حيث لا يتصور اتفاق بين شخصين لا يعرفان بعضهما بعض قبل تحقق المسؤولية. وبهذا فالاتفاق على تقدير التعويض ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية إذ أن الطرفان لا يعرفان بعضهما إلا عند وقوع الضرر<sup>4</sup>، ولكن هذا لا يمنع من تصور في بعض الأحيان اتفاق الطرفان على تقدير التعويض في المستقبل<sup>5</sup> في حالة وقوع العمل غير المشروع<sup>6</sup>، فيمكن أن يتفق الطبيب والمريض الذي لا يربطهما عقد بعد وقوع ضرر من الاتفاق على إنقاص مبلغ التعويض أو الزيادة فيه. ولكن ما يتبادر في ذهننا من

<sup>1</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.412.

<sup>2</sup> أنظر، المادة 183 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05. والمقابلة للمادة 223 من القانون المدني المصري.

<sup>3</sup> نصت الفقرة الأخيرة من نظام مزاوله المهنة الصحية الذي أقره مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة بتاريخ 3 ذي القعدة 1426هـ، على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يتضمن تحديد أو إعفاء الممارس الصحي من المسؤولية". منشور في الموقع:

www.psmmc.med.sa/AR/MedStudies/HealthSystem/Pages/3rdChapter.aspx misse a jour le : 19/03/2015 13 :33

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.978.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 183 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>6</sup> لقد جاء في هذا الشأن في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن: "الشرط الجزائي ليس في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص.976.

تساؤل هو: ما هي مكانة سلطة القاضي في حالة وجود هذا الاتفاق؟ وهل يُطبَّق المقدار المتفق عليه من طرف أطراف العقد خضوعاً لسلطان إرادتهم أم أنه يتدخل في تعديل هذا الاتفاق؟.

ولإجابة عن هذا التساؤل، يجب علينا أولاً أن نبين مفهوم الشرط الجزائري (البند الأول)، ثم سنتطرق إلى سلطة القاضي تجاه هذا الشرط (البند الثاني).

### البند الأول: مفهوم الشرط الجزائري

لقد أجاز المشرع الجزائري للمتعاقدين اللجوء إلى وضع شرط جزائي يتضمن تقدير مسبق للتعويض في العقد الذي يرتب التزاماتهما المتبادلة في حالة استحالة تنفيذ المدين لإحدى هذه الالتزامات المترتبة في ذمته أو التأخر في تنفيذها<sup>1</sup>. ويُشترط لاستحقاق الشرط الجزائري تحقق عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بالإضافة إلى شرط إعدار المدين في الحالات التي يوجب فيها القانون الإعدار<sup>2</sup>. ومن هذا المنطلق سنتطرق إلى تعريف الشرط الجزائري (أولاً)، ثم سنبين الفرق بينه وبين الاتفاقات المعدلة للمسؤولية (ثانياً).

### أولاً- تعريف الشرط الجزائري

لم يحظى الشرط الجزائري بتعريف من قبل المشرع الجزائري، ولكنه حظي بعدة تعريفات فقهية كثيرة؛ فقد عرّف البعض من فقهاء القانون العرب الشرط الجزائري بأنه: "بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق، لضمان احترام العقد وتنفيذه، بحيث إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغ معيناً للمتعاقد الآخر".

كما عرّفه الأستاذ "رواس قلعة جي" بأنه: "اتفاق المتعاقدين على أن يدفع من التزم منهما بشيء، مبلغاً من المال أو نحوه عند إخلاله بما التزم به". وعرّفه الأستاذ "محمد حسين منصور" الشرط الجزائري بأنه: "مبلغ جزائي يقدر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الآخر"<sup>3</sup>. أما الفقيه "وهبة الزحيلي" فعرفه بأنه: "اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه". كما عرّفه الفقيه "الزرقا" بأنه: "تعهد بالضمان المالي جزاء للنكول أو التأخر عن تنفيذ الإلتزام"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، المادة 182 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>2</sup> أنظر، المادة 179 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>3</sup> عبد المجيد طيبي: الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003-2004، ص.49-50.

<sup>4</sup> داودي مخلوف: الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010-2011، ص.24.

أما الفقيه "السنهوري" فقد أعطى وصفا للطريقة العلمية التي يتم بها الشرط الجزائي وذلك بقوله: "يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير، هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي"<sup>1</sup>.

ويضيف الفقيه "حسن علي الذنون" أنه: "ليس من الضروري أن يأخذ الشرط الجزائي شكلا خاصا أو عبارات معينة، فقد تخلت القوانين الحديثة عن الشكلية كقاعدة عامة، إذ قد يفهم من الظروف والأحوال أن المتعاقدين قصدا تقرير شرط جزائي، وهذه مسألة تقديرية يُترك أمرها لقاضي الموضوع كما لا يُشترط أن يكون التعويض المتفق عليه مبلغ من النقود..."<sup>2</sup>.

أما عن الفقه الغربي فقد عرّف الفقيه "Tollier" الشرط الجزائي بأنه: "ذلك الشرط الذي يُفرض على الشخص ضرورة أداءه مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه". كما عرّفه الفقيه "Guiho" بأنه: اتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ". أما الفقيه "Savigny" فقد اعتبر الشرط الجزائي بأنه نظاما عقابيا يهدف إلى إجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به اتجاه الدائن<sup>3</sup>.

### ثانيا- تمييز الشرط الجزائي عن الاتفاقات المعدلة للمسؤولية

يشارك الشرط الجزائي - التعويض الإتفاقي - مع الإتفاقات المعدلة للمسؤولية، في أنهما يشتركان في مخالفة ما تقضي به القواعد العامة التي أوردها المشرع؛ فالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية يكون إما بالإعفاء من المسؤولية أو بتخفيفها أو تشديدها فهو جائز إطلاقا<sup>4</sup>، مثله مثل التعويض الإتفاقي فقد يكون بالزيادة أو بالنقصان. وهذان الحالتان يشتركان في أنهما يصبان في مصلحة المدين والدائن معا. كما يشترك التعويض الإتفاقي مع الإتفاق المعدل للمسؤولية في عدم الحكم بهما في حالة وجود غش أو الخطأ الجسيم<sup>5</sup>.

ومن ناحية أخرى يختلف التعويض الإتفاقي عن الاتفاقات المعدلة للمسؤولية، حيث أن الحالة الأولى تطبق في نطاق المسؤولية ولا تتجاوزها إذ يكون موضوع الشرط الجزائي قيمة التعويض في حالة تحقق المسؤولية. أما عن

<sup>1</sup> عبد المجيد طيبي: المرجع السابق، ص.49-50.

<sup>2</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.333.

<sup>3</sup> مخلوف داودي: المرجع السابق، ص.22.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.977.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 177 و المادة 178 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

الاتفاقات المعدلة للمسؤولية فيكون موضوعها إما الإعفاء من المسؤولية أو التشديد فيها أو تخفيفها. وبالتالي لا يمكننا القول بأن الزيادة في قيمة التعويض يعني التشديد في المسؤولية فهذا الأمر يتعلق بالضرر وليس بالمسؤولية.

كما ينحصر أثر الشرط المعدل للمسؤولية في عدم جواز الحكم بأكثر من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه، أما إذا قلَّ الضرر عن هذا المبلغ تولى القاضي تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلي. وهو بذلك يتميز عنه الشرط الجزائي الذي يقدر فيه التعويض تقديرا جزائيا بحيث لا يجوز للقاضي التعديل فيه إلا في الأحوال المبينة في القانون<sup>1</sup>—كما سنرى في البند الموالي—.

### البند الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

تبعاً لما سبق فإنه يمكن لأطراف العقد الطي الاتفاق مسبقاً في العقد أو في اتفاق لاحق على مقدار التعويض<sup>2</sup> في حالة استحالة تنفيذ الالتزام أو في حالة التأخر في تنفيذه<sup>3</sup>، ومن ثم فما على القاضي إلا أن ينفذ ما اتفق عليه الأطراف لأن الأصل أن تقدير الشرط الجزائي يخضع لإرادة المتعاقدين، ولكن ما يثار من تساؤل في هذه الحالة هو هل القاضي في جميع الأحوال عليه أن يخضع لإرادة أطراف العقد أم له حدود يتدخل فيها في تقدير التعويض عن الضرر الذي وقع للمريض؟. ولقد أجاب المشرع عن هذا التساؤل وذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل التعويض ولكن بشرط توفر جملة من الشروط، ويكون هذا التعديل بتخفيض مقدار التعويض أو الإعفاء منه (أولاً)، أو في الزيادة فيه (ثانياً).

### أولاً- سلطة القاضي في التخفيض أو الإعفاء من مبلغ التعويض

لا يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل الشرط الجزائي عن طريق تخفيضه أو الإعفاء منه إلا إذا تحققت جملة من الشروط، لأن القاعدة العامة -الأصل- تقضي بعدم تدخل القاضي في تقدير التعويض إذا تم الاتفاق عليه من طرف أطراف العقد<sup>4</sup>. وعليه فإذا ما طلب أحد أطراف العقد<sup>5</sup> من القاضي التدخل في الشرط الجزائي، فإن هذا الأخير لا يقضي من تلقاء نفسه بتعديل تقدير التعويض إلا إذا وجدت شروط محددة.

<sup>1</sup> مخلوف داودي: المرجع السابق، ص.56.

<sup>2</sup> أنظر، المادة 183 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>3</sup> أنظر، الفقرة الأولى من المادة 182 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>4</sup> أنظر، المادة 182 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>5</sup> ما جعلنا نقول أن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه في تعديل الشرط الجزائي إلا بطلب أحد المتعاقدين هي ذكر المشرع لعبارة "يجوز" في الفقرة الثانية من المادة 184 من ق.م.و التي جاءت كما يلي: "...ويجوز للقاضي أن يخفض...."

فإذا طلب المتعاقد تخفيض التعويض فإنه يجب أن تتحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 2/184 والمادة 177 من ق.م، والتي تم الاشتراط فيهما على القاضي عدم التدخل في تخفيض التعويض إلا إذا كان تقدير التعويض مُفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نُقذ في جزء منه<sup>1</sup>، أو إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه<sup>2</sup>.

كما أن الإعفاء من التعويض لا يكون إلا إذا ثبت أن المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>3</sup>، إضافة إلى هذا فقد أعطى المشرع للقاضي سلطة إبطال كل اتفاق يقضي بعدم تخفيض التعويض أو الإعفاء منه إذا تم إثبات الشروط المذكورة أعلاه<sup>4</sup>.

وعلى هذا الأساس، نستنتج بأن المريض الذي يتفق مع الطبيب على تعويضه بمبلغ يزيد عن الضرر الذي يمكن أن يحصل له، فيمكن للقاضي تخفيض هذا المبلغ. أما عن الحالة التي تقضي بتخفيض مبلغ التعويض إذا تم تنفيذ الالتزام في جزء منه، فلا مجال لتطبيقها في العلاقات الطبية؛ وذلك لأن الطبيب ملزم بضمان علاج مرضاه<sup>5</sup>، وبالتالي فإذا ما قام الطبيب بتنفيذ جزء من التزاماته كتشخيص المريض دون علاجه، فلا يمكن له التذرع بتخفيض مبلغ التعويض لأنه نفذ جزء من أعماله الطبية.

أما عن الحالة التي تقضي باشتراك المضرور في إحداث الضرر أو الزيادة فيه، فيمكن تطبيقها في العلاقات الطبية وذلك كأن يكذب المريض على الطبيب، أو عدم تناول المريض لأدويته<sup>6</sup>، ونفس الأمر قد يتصور في حالة الإعفاء من التعويض.

### ثانياً- سلطة القاضي في زيادة مبلغ التعويض

مثلما يتدخل القاضي في تخفيض أو الإعفاء من مبلغ التعويض المتفق عليه من قبل أطراف العقد بطلب أحد المتعاقدين، فإن القاضي كذلك يتدخل في زيادة هذا التعويض وهذا بطلب من الدائن؛ ويظهر ذلك في المادة 185 من ق.م، والتي جاء فيها ما يلي: "إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>2</sup> أنظر، المادة 177 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>3</sup> أنظر، الفقرة الأولى من المادة 184 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>4</sup> أنظر، الفقرة الثالثة من المادة 184 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>5</sup> أنظر، المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.259.

<sup>7</sup> أنظر، المادة 185 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

وما يظهر لنا من هذه المادة أن المشرع لم يربط مقدار التعويض بجسامة الضرر فإذا ما تم اتفاق على قيمة تعويض يقل عن الضرر فلا يمكن المطالبة بأكثر من ذلك إذا ما كان جسامة الضرر تفوق قيمة التعويض، إلا إذا ثبت خطأ جسيم صدر من المدين أو غش صدر منه. وعليه لا يمكن للمريض المتضرر أن يطالب بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه، إلا إذا أثبت بأن الطبيب قد صدر منه خطأ جسيم قد أو غشه منه.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه في حالة ارتكاب الطبيب لخطأ جسيم قد لا يمكن تصورها لأنه كما سبق وتطرقتنا في تعريف الخطأ الطبي ونظرا لما سار عليه القضاء الحديث الذي هجر نظرية الخطأ الطبي الجسيم والذي أصبح يُقَر بمسؤولية الطبيب بمجرد ارتكابه لخطأ طبي ثابت من جانبه<sup>1</sup> حتى ولو كان خطأ بسيطاً<sup>2</sup>. وهذا على عكس الحالة الثانية التي يمكن تصورها؛ حيث يمكن للمريض أن يطالب بزيادة مبلغ التعويض إذ أثبت غش الطبيب كأن يكذب الطبيب على المريض ويجعله يعتقد بأنه طبيب ذو كفاءة عالية.

وبعد ما تطرقنا إلى أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية وذلك وفق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، سنحاول في المبحث الثاني التعرض إلى دراسة التحول الذي طرأ على هذا التعويض سواء كان من حيث أساسه أو من حيث الطريقة التي يتم بها، وذلك كله سعياً إلى تحقيق أكبر قدر من العدالة وضمنان تحصل المتضررين من الأنشطة الطبية عامة ومن استخدامات تقنية الهندسة الوراثية خاصة على تعويض مناسب.

<sup>1</sup> وهذا ما جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ: 2008/01/23م، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "حيث أن قضاة الموضوع ناقشوا هذه الخيرة طبقاً لسلطاتهم التقديرية... وتوصلوا بأن الطاعن (الطبيب) أخطأ، وهذا الخطأ سبب ضرراً للمطعون ضده، وأنه هناك علاقة سببية بينهما...".

وكذلك ما جاء إحدى حيثيات القرار الصادر من مجلس الدولة بتاريخ 19/04/1999م، قضية (مدير القطاع الصحي بأدرار) ضد (زعاف رقية ومن معها)، والذي جاء فيها ما يلي: "...والذي جاء بعد دراسة مختلف عناصر التقرير الطبي، تبين وأن الضحية قد تعرضت فعلاً إلى عدة أخطاء طبية مؤكدة...". عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 27 والصفحة 66.

<sup>2</sup> قرار صادر من الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2005/03/02، قضية (رأ) ضد (المستشفى الجامعي بارني) (غير منشور)، الغرفة الثالثة، ملف رقم 04/838. أنظر، لحسين بن شخ أنث ملويا: دروس في المسؤولية الإدارية ( الكتاب الأول، المسؤولية على أساس الخطأ)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص. 103-104.

## المبحث الثاني

إستقلالية أسس وكيفية تعويض أضرار الهندسة الوراثية عن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية الطبية

كما سبق وأشرنا - في مقدمة المبحث الأول<sup>1</sup> - أن هنالك نقص تشريعي متعلق بتنظيم المسؤولية المدنية الناتجة عن أضرار استخدامات الهندسة الوراثية، وبالتالي هذا ما دفعنا إلى دراسة التحول والتطور الذي حصل للمسؤولية المدنية التقليدية للأطباء بصفة عامة وعمل إسقاط لهذا التحول على موضوع دراستنا.

ونقول عن المسؤولية المدنية على العموم والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص أنها تشهد في الوقت الحالي جدلا كبيرا لدى رجال الفقه والقضاء، ومرد ذلك إلى التطورات التي يشهدها العالم في شتى المجالات العلمية والاقتصادية والاجتماعية؛ حيث باتت هذه المسؤولية وبالأخص ما تعلق بأساسها محل نقدها كبيرا من الفقه المنكر لفكرة الخطأ كمعيار وأساس لها، مدعّمين آراءهم بعدة حجج أهمها صعوبة الإثبات أو استحالتها في المسؤولية المدنية وبالتالي يجب على القضاء تحوير فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية (المطلب الأول).

ومن جهة أخرى فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن المسؤولية المدنية تنظر فقط إلى الضرر وتعويضه حيث يرون أنها ذات وظيفة اجتماعية لا يجب أن تستند إلى الخطأ وإنما على اعتبارات اجتماعية وبالتالي يكون هدفها تحمل عبء الضرر على المتسبب في الفعل الضار<sup>2</sup> دون النظر إلى وجود خطأ صدر منه أم لا (المطلب الثاني).

كما أن الواقع جعل المسؤولية المدنية الطبية في الدول الصناعية المتقدمة مجرد مصدر ثانوي لتعويض ضحايا الحوادث الجسدية، ذلك أن التوسع في نظام تأمين المسؤولية قد غير كثيرا في مغزى المسؤولية المدنية وتحسّد أكثر هذا التوسع من خلال إنشاء هيئات تتكفل بالتعويض عن الحوادث الطبية (المطلب الثالث).

<sup>1</sup> أنظر، الصفحة 99.

<sup>2</sup> لأكثر تفصيل عن حجج الفقه المنكر لفكرة الخطأ. راجع: أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 46-47.



المطلب الأول

## تحويل فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الطبية

المسؤولية الطبية المدنية المبنية على الخطأ سواء أكان الخطأ تقصيرياً أم عقدياً هي مسؤولية تتركز على الخطأ الثابت أي أن عبء الإثبات فيها ملقى على كاهل المتضرر باعتبار أنه هو المدعي أي القائم بالدعوى في الطور الابتدائي وذلك تطبيقاً لقاعدة البينة على من ادعى<sup>1</sup>، لكن العمل بهذه القاعدة في المجال الطبي لا يخلو من سلبيات أهمها الصعوبات التي يواجهها المتضرر في دعواه نتيجة تطلب إثبات الخطأ الطبي. ولذلك ونظراً لأن هذه القواعد قد لا تتماشى مع قواعد العدالة التي يسعى إليها المشرع والقضاء لأولئك الذين يسبغ القانون عليهم حمايته أو ييسط عليهم سلطانه<sup>2</sup>. وفي محاولة لتحقيق ذلك لجأ كل من القضاء والتشريع إلى حيلة قانونية تهدف إلى التوسيع من فكرة الخطأ الواجب الإثبات وتحويله إلى فكرة الخطأ المفترض (الفرع الأول)، كما أن التطور الذي طرأ على المسؤولية المدنية على العموم نتيجة ظهور الأعمال ذات الطابع الفني أو المهني أدى إلى ظهور توجه جديد ينادي بتبني فكرة الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

## الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية الطبية

إن أهم صعوبة تواجه المريض المتضرر من الحصول على حقه في التعويض هي إثقاله بعبء إثبات الخطأ الطبي، حيث قد يعجز المريض عن إثبات الخطأ الطبي نتيجة انعدام المساواة في العلاقة بين هذا المريض والطبيب المتسبب في الضرر<sup>3</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، فإن أعضاء المهنة الطبية، هم الذين يحتكرون مسألة تعيين ما يعد، وما لا يعد من قبيل الخطأ، أو من قبيل الإخلال بالالتزامات الطبية. فهم وحدهم الذين يحددون معايير السلوك الطبي وفقاً لرؤيتهم، وإن لم يكن ذلك وفقاً لمصالحهم<sup>4</sup> وذلك إما التزاماً بالمحافظة على السر المهني، أو إظهاراً لروح التضامن بين زملاء المهنة الواحدة<sup>5</sup>. بل أكثر من ذلك، فإنهم يهيمنون على تقدير الوقائع من خلال تقديم الخبرة

<sup>1</sup> أنظر، المادة 323 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 10-05.

<sup>2</sup> أسعد عبيد الجميلي: المرجع السابق، ص. 61.

<sup>3</sup> Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p. 228.

<sup>4</sup> رقيقة عيساني: المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص. 115.

<sup>5</sup> أحمد عيسى: مسؤولية المستشفيات العمومية (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص. 56.

للقاضي، فيما يتعلق بالعمل الطبي محل المساءلة، وعلاقته السببية مع الضرر الحاصل. بل وقد ضاعف الطب الحديث هذه الصعوبة، بما ولده من مخاطر متزايدة للمرضى<sup>1</sup>، ووسائل معقدة للعلاج كالعلاج الجيني مثلاً.

وإذا كان المضرور يجد صعوبة في إثبات المسؤولية الشخصية للمتسبب في الضرر، فإنه لا مراء أنه يجد صعوبة أكثر في إثبات مسؤولية الطبيب عن فعل الأشياء أو عن فعل تابعيه<sup>2</sup>، وخاصة مع تغير الظروف الاقتصادية وتطور الصناعة وشتى الآلات الميكانيكية والكهربائية، وكذلك ظهور ما أصبح يعرف بالفريق الطبي. وإدراكاً لكل هذا ويهدف مواجهة انعدام المساواة بين المدعي والمدعى عليه في مثل هذه الدعاوى ولأجل تحقيق العدالة، لجأ كل من الفقه والتشريع إلى الأخذ بفكرة الخطأ المفترض.

ومن هذا المنطلق سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد مضمون فكرة الخطأ المفترض (البند الأول)، ثم سنبيّن موقف القضاء والقانون من هذه الفكرة (البند الثاني).

### البند الأول: مضمون فكرة الخطأ المفترض

إن المسؤولية عن الأعمال الشخصية أي عن عمل شخصي يصدر من المسؤول نفسه ويسبب ضرر هي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات، فالخطأ هنا غير مفترض، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدين، وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية الذي لم ينحرف القانون عنها إلى مسؤولية تقوم على خطأ مفترض، إلا في حالات معينة حصرتها النصوص القانونية<sup>3</sup>.

ولكن نظراً لتطور الاقتصادي، منذ القرن التاسع عشر، قد ترتب عليه تطور عميق في نظرية المسؤولية التقصيرية؛ فكثرت المخترعات الميكانيكية، وقامت الصناعات الكبيرة، وانتشرت وسائل النقل الآلية، مما ترتب عليه كثرة الحوادث الضارة، التي يصعب أن تنسب إلى شخص معين. واقترب بذلك انتشار الأفكار الاجتماعية والاشتراكية، بما تتضمنه من الاتجاه نحو رعاية الطبقة العامة، وقد كثرت بينهم حوادث العمل، نتيجة لاستعمالات الآلات، فظهر الإحساس بضرورة تيسير الحصول على تعويض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رقيقة عيساني: المرجع السابق، ص. 115

<sup>2</sup> القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت، 2004، ص. 576.

<sup>3</sup> حضرية حنوف: تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010، ص. 44.

<sup>4</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 50.

وإدراكا لهذا بدت الحاجة ملحة إلى تطوير مبادئ المسؤولية المدنية- والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص-، قصد تذليل الصعوبات التي يلقاها المضرور في النهوض بعبء إثبات المتسبب بالضرر<sup>1</sup>؛ فدفع ذلك الفقه أولاً ثم المحاكم إلى العمل على استنباط حل جديد يتمثل في فكرة الخطأ المفترض<sup>2</sup>، والذي يعتبر هذا الحل عبارة عن فكرة من أفكار الحيل النظامية، والتي تقوم على قرينة قانونية، بافتراض خطأ غير موجود في الحقيقة، أو افتراض علاقة سببية، وتلك الحيلة أو الفرضية جاءت لكي توفر عناء إثبات خطأ مرتكب الفعل الضار (الطبيب)<sup>3</sup>.

وأساس هذه الفكرة أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع خطأ من الطبيب، ومعنى هذا أن القضاء بمقتضى هذه الفكرة، ورغم أنه لم يثبت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحيلة، فإنه يستنتج هذا الخطأ بمجرد وقوع الضرر<sup>4</sup>.

وتعتبر المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض مسؤولية من نوع خاص؛ حيث أنها تقوم بخلاف لأصل القاضي بأن لا يسأل الشخص إلا عن خطأ شخصي ثبت في جانبه، ولأن قيامها يتطلب شروط أخرى غير التي يقتضيها تطبيق القاعدة الأصلية. كما أن هذه المسؤولية مقررة فقط لمصلحة المضرور وذلك تسهيلاً لحصوله على التعويض، فهو وحده الذي يجوز له التمسك بهذه المسؤولية المفترضة وأن يستبدلها بالمسؤولية الناشئة عن خطأ ثابت، ويجوز له كذلك أن يُقاضي بها المسؤول مدنياً دون الحاجة إلى إدخال مرتكب الفعل الضار في الدعوى ولا يؤخذ بها في المسائل الجنائية ولا يستفيد منها غير المضرور. كما أن المضرور لا يمكن له أن يستفيد من تعويضين في نفس الوقت كأن يطالب مرتكب الفعل بالتعويض، ويطالب الشخص المسؤول عنه كذلك بالتعويض.

كما تتميز المسؤولية على أساس الخطأ المفترض بالصفة الاستثنائية؛ حيث أن النصوص المتعلقة بالخطأ المفترض نصوص استثنائية وأن بيان الأشخاص المذكورين فيها وارد على سبيل الحصر وأنه لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها<sup>5</sup>. إضافة إلى هذا فإن أهمية الافتراض المتعلق بالخطأ، لا تتجلى فقط في مجرد الاعتراف به، والقول بوجود خطأ، رغم أنه مجهول من الناحية الواقعية، وإنما الأهمية تظهر حينما يأخذ القضاء بهذه القرينة، ويجعلها بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف الطبيب أو المستشفى أي أنه يلقي عبء إثبات الخطأ الطبي على الطبيب وهو عبء صعب للغاية، نظراً لتعلقه بواقعة سلبية فلكي يتمكن المدعى عليه من التخلص من هذه المسؤولية،

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.564.

<sup>2</sup> حضرية حنوف: المرجع السابق، ص.45.

<sup>3</sup> حمد بن سعد بن عمر: الخطأ المفترض وأثره في التعويض (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية تخصص السياسة الجنائية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2013، ص.25.

<sup>4</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص.66. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.565.

<sup>5</sup> حمد بن سعد بن عمر: المرجع السابق، ص.26 وما بعدها.

عليه إثبات أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأضرار وليس هذا فقط، وإنما عليه كذلك إثبات أن الضرر الواقع يرجع إلى سبب أجنبي<sup>1</sup> أو القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه<sup>2</sup>.

والمسؤولية على أساس الخطأ المفترض أو قرينة الخطأ يتوسط وضعها على هذا النحو المسؤولية على أساس الخطأ المحقق واجب الإثبات من جهة، والمسؤولية بدون خطأ أي على أساس الضرر من جهة أخرى، إذ أنها لا تتحرر من فكرة الخطأ ذاتها، بدليل بقاء ركن الخطأ قائما ولو على سبيل الافتراض، وعلى الرغم من كونها تشكل نظرية بذاتها إلى أنها تميل إلى المسؤولية بدون خطأ<sup>3</sup>.

ويؤيد الفقيه "Savatier" فكرة الخطأ المفترض، باعتبارها من قبيل القرائن طبقا للمادة 1353 من القانون المدني الفرنسي، فاللجوء إلى هذه الفكرة ليس إذا إلا استعمالا للقرائن القضائية، أي استعمال القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ من كافة القرائن، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه<sup>4</sup>.

وعلى العكس من ذلك، فإن الفقيه "Jean Penneau" يأمل أن تختفي فكرة الخطأ المفترض من المجال الطبي كما اختفت من قبل من مجال النقل الجوي. لأن القاضي عندما يعتد بهذه الفكرة فإنه يجيد - في نظر الفقيه - عن المعيار الصحيح والضروري للخطأ. إذ أنه يستند حينئذ إلى تحليل مجرد للمواقف، ولا يعتمد في تحديد خطأ الطبيب على الطبيب الوسط اليقظ<sup>5</sup>.

كما انتقد الفقيه "Pino" فكرة الخطأ المفترض، لأنها تركز على مجرد تفسير بمفهوم المخالفة، وهو تفسير غالبا ما يكون ضعيفا. فطبقا لظروف كل حالة قد لا يثبت أن المدعي قد ارتكب هذا الخطأ المحدد ومع ذلك يثبت عليه الخطأ لأنه لم يستطع أن ينفي عدم ارتكابه. وهكذا فإننا نخاطر - كما يقول الفقيه "Henri mazeaud" - أن نضفي على هذه الواقعة أو تلك في ذاتها صفة قرينة الخطأ<sup>6</sup>.

وهناك من الفقه من يرى بأن المسؤولية الطبية لم تخضع للتطور الذي لحق المسؤولية المدنية. وأن العوامل التي أثرت في المسؤولية المدنية، وطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، لم تكن تسمح بأن تتجه المسؤولية الطبية مثل هذا الاتجاه. فيقول فيه هذا الأستاذ "وديع فرج": "والآن يصح لنا أن نتساءل: هل خضعت المسؤولية الطبية لهذا التطور الذي أصاب المسؤولية المدنية التي تحكمها؟ هل أصبح من واجب القضاء أن يسلك في علاج المسؤولية

<sup>1</sup> رقيقة عيساني: المرجع السابق، ص. 117. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 569.

<sup>2</sup> محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص. 291.

<sup>3</sup> أحمد هديلي: تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاسه على قواعد الإثبات، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 23 و 24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. 68.

<sup>4</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 267.

<sup>5</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 568.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 567.

الطبية من نفس الاتجاه الذي اتخذته المسؤولية المدنية عموماً في تطورها؟ هل صار لزاماً عليه أن يجعل همه دائماً في نظر القضايا الطبية إيصال التعويض إلى المريض، بتحميل الطبيب عبء كل ضرر يصيب المريض أثناء العلاج، وتلمس مختلف القرائن القانونية، أو القضائية، للوصول إلى تلك النتيجة؟

ويستطرد قائلاً بأنه يكفي توجيه هذه الأسئلة للقول بأن المسؤولية الطبية لم تخضع لهذا التطور، وما كانت لتخضع له، وإنما لم تتخذ ذلك الاتجاه، وما كانت لتتخذه، فما كانت العوامل التي أثرت في المسؤولية المدنية، ولا كانت العلاقة بين الطبيب والمريض، لتسمح بأن تتجه المسؤولية الطبية ذلك الاتجاه..."

لكل هذا، يعتقد أن المسؤولية الطبية اتجهت اتجاهها، إن لم يكن مضاداً لاتجاه المسؤولية العادية، فهو أقرب إلى التوفيق بين المصالح المختلفة، منه إلى تغليب مصلحة المصاب، فهو تحقيق التوازن بين مصالح الطبيب ومصالح المريض، إذ أن إتهام كاهل الطبيب بالمسؤولية يشل نشاطه في العلاج ويعود على المريض بأبلغ ضرر، كما أن إعفائه من تبعة تقصيره يفقد المريض ثقته في المهنة الطبية ويحط من مستواها ويحرم الأطباء من مصدر رزقهم، لهذا يجب التوسط في التقدير، بحيث تكفل قواعد المسؤولية اطمئنان كل من الأطباء والمرضى، فهل حققت تلك القواعد ذلك الغرض الأسمى؟!<sup>1</sup>

والواقع أن فكرة الخطأ المفترض وإن كان يبدو فيها وجه التشدد تجاه الأطباء، إلا أنها تكشف كما يرى البعض بحق عن إدراك القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية لحماية المرضى في مواجهة ما لحق العملية من تطورات صار المريض معها عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المرفق الطبي<sup>2</sup>.

### البند الثاني - موقف القضاء والقانون من فكرة الخطأ المفترض

لقد كان القضاء والفقهاء الفرنسي هو السباق في اكتشاف فكرة الخطأ المفترض وذلك سعياً إلى حماية مصلحة المريض وتعزيز مركزه في النزاع الطبي المطروح أمام المحكمة، ولأجل هذا قد قضت محكمة النقض بمسؤولية المستشفى وذلك بمناسبة قضية "Dejous" بتاريخ 07 مارس 1958م<sup>3</sup> حيث اعتبرت عوارض السهل التي ظهرت على المدعي بعد إجراء التلقيح، ناتجة مباشرة عن أعمال التلقيح الإجباري ضد الكزاز، والخانوق التي خضع لها بتاريخ 18 أيار 1939م<sup>4</sup>. وفي نفس المجال -التلقيح الإجباري-، فقد اعتبر مجلس الدولة في قضية

<sup>1</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص. 43-45.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 567-568.

<sup>3</sup> C.E., 07 Mars 1958, Sec. d'etat à la santé el Dejous, rec, Leb., p.153 ; Voir :

Fabienne Quillere-MAJZOUB, op.cit., p575. Jacques MOREAU-Didier TRUCHET, op.cit., p. 226-227

<sup>4</sup> إذ تلتخص وقائع هذه القضية في أن المركز الصحي المدرسي أجرى تلقيح إجباري ضد الدفتيريا والتيتانوس للشباب "Dejous" وستة آخرين من زملائه، وظهر عقب ذلك في موضع الحقن "خراج درني" فأصابتهم أضرار، رفع أولياء الأطفال السبعة دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض، فقضت محكمة "Bordeau" بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة من جراء هذا التطعيم.

"Lastrajolie" بأن الحوادث الحاصلة على إثر العمليات العمومية للتلقيح تُنمُّ عن سير معيب للمرفق العام، والذي من طبيعته إقامة مسؤولية الإدارة<sup>1</sup>.

كما صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1960/06/28 مؤيد فيه قرار محكمة استئناف قسنطينة الصادر في 1958/03/06<sup>2</sup>، والذي قضى بمسؤولية طبيب الأشعة نتيجة استنتاج خطئه الذي لجأ إلى استخدام الأشعة لعلاج مريض يدعى "Fumasoli" وذلك بعد الاستناد لتقرير الخبير الذي جاء فيه بأن انفكاك أحد مسامير جهاز الأشعة نتيجة اهتزازات هذا الأخير، حيث كان الفرض الأكثر احتمالاً لما أصاب المريض من ضرر، وأن طبيب الأشعة ارتكب خطأً تمثل إما في عدم إحكامه ربط الجهاز وتثبيتته بطريقة صحيحة، وإما في عدم انتباهه لمخاطر الجهاز<sup>3</sup>.

وفي سياق آخر قد قضى مجلس الدولة في قرار له صادر بتاريخ 1977/11/21، بوجود خطأ طبي احتمالي في جانب المستشفى العام، عن الأضرار الناشئة عن عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة فيه، وكذا الأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، إضافة إلى حالات الإصابة بالعدوى داخله<sup>4</sup>. وفي هذه الحالة (العدوى) أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرار بتاريخ 1960/11/18، في قضية "Cohen" يعتبر فيه بأن الطبيب لم يرتكب خطأً جسيماً أثناء التدخل الجراحي الذي خضع له السيد "Cohen"، إلا أنه اعتبر أن إصابة المدعي بعدوى ناتجة عن دخول جرثومة في جسم المريض بعد دخوله للمستشفى وخضوعه لعمليتين جراحيتين، يظهر أن هناك خطأً في تنظيم وتسيير العمل في المرفق الطبي<sup>5</sup>.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1963/01/22، بمسؤولية الطبيب الجراح، وذلك عند إهمال الطبيب لواجب المراقبة الطبية، بعدما قام بعملية شفط شحم فاشلة على مستوى ظهر المُعالج<sup>6</sup>، ونتج عنها مضاعفات خطيرة، وبالتالي استندت المحكمة على أن الطبيب الجراح لم يقيم بالمراقبة الطبية الكافية، ونتيجة لهذا

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا: نظام المسؤولية في القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص.70.

<sup>2</sup> Cass.civ1, 28 /06/1960, 11-10.935 11-11.237, Publié au Bulletin mardi 28 juin 1960, I, n° 351.

Disponible au site : www.legifrance.gouv.fr. mise a jour le : 15/03/2015 21 :40

<sup>3</sup> وقد جاء في ملخص هذا القرار ما يلي:

" Lorsqu'après avoir retenu l'affirmation des experts selon laquelle les lésions subies par le malade étaient dues a une défaillance de l'appareillage, ils en recherchent la cause et la trouvent dans le desserrage de la vis de l'un des volets de l'appareil, que les experts n'avaient retenu que comme "l'hypothèse la plus plausible", et qu'ils en déduisent qu'en toute hypothèse cet incident implique une faute du praticien."

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.566-567.

<sup>5</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص.70-71.

<sup>6</sup> إن تسمية المعالج أوسع من تسمية المريض، فليس كل معالج مريض، ولكن كل مريض معالج. بمعنى أنه يمكن أن يكون المعالج غير مريضاً كالشخص الذي يريد القيام بعملية تجميلية لأجل تحسين المظهر أو من يتلقى دواءً لأجل الوقاية من مرض ما.

أصيب المُعالج بمضاعفات، وعليه ففي هذه الحالة اعتبرت المحكمة بأن إهمال الطبيب خطأً مفترضاً في جانبه، ولكي يدفع عنه المسؤولية يجب أن يثبت قيام السبب الأجنبي<sup>1</sup>.

كما قضت ذات المحكمة بتاريخ 1996/05/21م، بافتراض مسؤولية المستوصف نتيجة العدوى التي أصيب بها مريض أثناء تأدية العملية الجراحية، ما لم تثبت المستشفى أن الخطأ غير صادر منها<sup>2</sup>.

وبتاريخ 1998/05/27م، قضت محكمة النقض، بمسؤولية الطبيب؛ وذلك عندما لحق للمريض ضرر شديد يتمثل في فقدان بصره وذلك نتيجة تخفيف الطبيب لتجمع دموي متورم في جبهة الطفل، فسال مقدار من العقار في مآقيه، مما أفقده الإبصار بأحد عينيه، ونتيجة لهذا قررت المحكمة مسؤولية الطبيب عن تلك الأضرار، على أساس قرينة الخطأ، والتي استنتجتها من شدة الضرر<sup>3</sup>.

ويلاحظ عن القضاء الفرنسي في هذا المجال، أنه لا يزال يعتره بعض التذبذب في شأن تطبيق فكرة الخطأ المفترض من عدمه، فقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عنها بتاريخ 1998/05/07م، اشترطت فيه من جديد ضرورة إثبات الخطأ وفق ما تقتضيه القواعد العامة للمسؤولية، بحيث أدانت فكرة الخطأ المفترض ووصفتها بالمغلوبة "Erronée". واشترطت لانعقاد مسؤولية الطبيب إثبات خطأ واضح "Faute Caractérisée" في جانبه، وأن الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته<sup>4</sup>.

وبخصوص موقف القضاء المصري، فقد أخذت محكمة النقض المصرية بفكرة الخطأ المفترض، حيث قررت في الحكم الصادر عنها بتاريخ 1969/06/26م، بأنه يكفي المريض حتى يثبت خطأ طبيب التجميل أن يقدم واقعة ترجع لإهماله، ويكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة، التي اقتضت إجراء الترقيع، والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cass.civ1, 22 /01/1963, Publié au Bulletin mardi 22 janvier 1963, n° 49. Disponible au site : www.legifrance.gouv.fr. misse a jour le :16/03/2015 22 :33

<sup>2</sup> Cass., 1<sup>re</sup> Civ., 21/05/1996., Bonnini c/ Clinique Boucard et autre, Bull. Civ.1, n°219., Voir : Fabienne Quillere-MAJZOUB ,op.cit., p.576.

<sup>3</sup> ثروت عبد الحميد: تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص.117.

<sup>4</sup> محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص.289. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.568. أحمد هديلي: المرجع السابق، ص.69.

<sup>5</sup> منير رياض حنا: المرجع السابق، ص.274.

أما عن موقف القضاء الجزائري، فنجد أن الأحكام الجزائرية أغلبها تتجه في مجال مسؤولية المستشفى العمومي، كما أن أغلبها ربطت الخطأ الطبي المفترض بسوء سير عمل المستشفى؛ وهذا ما جاء في القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/07/15م، والذي قضى بمسؤولية المستشفى نتيجة غياب الحراسة ومن ثم استنتج بوجود علاقة مباشرة بين سوء سير عمل المستشفى مع وفاة السيد "مولاي" الذي أدخل إلى مستشفى الأمراض العقلية<sup>1</sup>.

كما قضت الغرفة الإدارية بمحكمة قسنطينة بتاريخ 1981/05/20م، بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة، بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك. وفي هذا الشأن يرى الأستاذ "مراد بن صغير" بأن تكييف مسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير وعمل الإدارة هو في غير موضعه ذلك أن مسؤولية المستشفى في هذه الحالة تفررت إثر خطأ مفترض من جانب المستشفى الذي يلتزم في مثل هذه الحالات بسلامة المريض<sup>2</sup>.

ونشير بخصوص موقف القانون الجزائري تجاه المسؤولية المدنية للطبيب القائمة على أساس الخطأ المفترض، نجد بأن المشرع أخذ بهذا النوع من المسؤولية في عدة حالات من المسؤولية سواء كانت متعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير<sup>3</sup> أو متعلقة بالمسؤولية عن فعل الشيء<sup>4</sup> وذلك بموجب القواعد العامة المنظمة لهذه الحالات من المسؤولية والمنصوص عليها في التقنين المدني، على عكس المشرع الليبي الذي كان سابقا في تبني فكرة الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية للطبيب وذلك بصريح عبارة نص المادة 23 من قانون 1986 / 17 المتعلق بالمسؤولية الطبية، والذي جاء فيها: "أن نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/07/15، قضية (مستشفى الأمراض العقلية "فرنان حرفي" بواد عيسى ولاية تيزي وزو) ضد (أرملة مولاي). عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.78-79.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، الهامش الأول، ص.567.

<sup>3</sup> تنقسم المسؤولية عن فعل الغير إلى نوعين من المسؤولية: الأولى تتعلق بالمسؤولية متولي الرقابة عن فعل الخاضع للرقابة وذلك بموجب المادة 134 من ق.م، أما النوع الثاني من المسؤولية هي مسؤولية المبتوع عن فعل تابعه وذلك طبقا للمادة 136 و 137 من ق.م.

<sup>4</sup> تنقسم المسؤولية عن فعل الشيء إلى نوعين: النوع الأول متعلق بمسؤولية الحارس عن فعل الشيء أو الحيوان وذلك طبقا لما جاء في المادة 138 و 139 من ق.م. أما النوع الثاني من المسؤولية فيتعلق بمسؤولية مالك البناء عن تدهم البناء أو عن الحريق وذلك طبقا لما جاء في المادة 140 من ق.م.

<sup>5</sup> أحمد هديلي: المرجع السابق، ص.68.



## الفرع الثاني

## الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية

كلّ خطأ يُلحق ضرراً غير مشروع بالغير يلزم من تسبّب به بالتعويض، فإذا كان الخطأ عقدياً، فإنّه يقوم في كلّ مرّة يقصر فيها الشخص في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد سواء كان موضوع التزامه: التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية. أما إذا كان الخطأ تقصيرياً فإنّه يقوم في كلّ مرّة يخلّ فيها الشخص بالقواعد القانونية وتترتب عنه مسؤولية المدّين دون اشتراط أيّ درجة معيّنة من الخطأ.

لكن التطبيق العملي للقاعدة العامة انتهى إلى حالات في الخطأ، وكان للخطأ المدني في بعضها طابع خاصّ يختلف تقديره وتختلف النظرة إليه، خصوصاً في تلك الحالات التي تثيرها المسائل المهنية أثناء ممارسة المهنة والتي تؤدّي إلى قيام خطأ يعرف بالخطأ المهني<sup>1</sup>. وبهذا المعنى أصبحت المسؤوليات القائمة على أساس الخطأ المهني متباينة عن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، حيث أن هذه الأخيرة لم تستطع الإحاطة بالخطأ الواقع في إطار مسؤولية المهنيين كالأطباء والمحامين والمهندسين، وخاصة أن الأخطاء التي يرتكبها هؤلاء من أصحاب المهنة هي عبارة عن إخلال بالتزامات مهنية تجد مصدرها الحقيقي في أعراف المهنة وأخلاقها<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق أصبح الفقه يناهض بتوجه جديد يهدف إلى استقلالية أساس المسؤولية الطبية عن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية وتحويلها إلى مسؤولية تهدف إلى تعويض المريض على أساس الخطأ المهني (البند الأول)، ونتيجة عن هذا أصبح القضاء وكذا القوانين المنظمة للمهنة وبالأخص المهنة الطبية تكرر وترسخ هذا التوجه (البند الثاني).

## البند الأول: موقف الفقه من فكرة الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية

قلنا سابقاً بأن الفقه عادة ما يكيّف المسؤولية الطبية على أنها مسؤولية قائمة على أساس خطأ عقدي<sup>3</sup> ويخضعها لقواعد تلك المسؤولية، غير أن هناك من الفقه من يرى بأنها مسؤولية قائمة على أساس خطأ مهني، وبالتالي فإنها تتمرد عن تلك القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سعد بختاوي: المسؤولية المدنية للمهني المدّين، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.63.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.302.

<sup>3</sup> أنظر، الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل.

<sup>4</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.402.

إضافة إلى هذا أن القول بأن العقد هو مصدر التزامات الطبيب هو مخالف للواقع يوجب الجزم بأن مسؤولية هذا الأخير مسؤولية عقدية هو مخالف للواقع، إذ أن الفقه عندما يريد أن يدلل على عدم وضوح الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية المدنية، ويرغب في ذكر استثناءات ترد على معيار التمييز بينهما، فإنه يذكر حالات المسؤولية المهنية.

كما أن إدخال المسؤولية المهنية في نطاق المسؤولية المدنية يضع القضاء -وبالأخص القضاء الفرنسي- في موقف صعب، حيث يكون ملزما بسلوك طريقين في تكييف المسؤولية إما أن يعطيها وصف المسؤولية الطبية دون سعي لإدخالها لتقسيم المسؤولية المدنية<sup>1</sup>. أو يكتفيها ويعطيها وصف مسؤولية عقدية أو تقصيرية، دون أن يكون ملزما في تبرير العلاقة التي تربط المريض بالمضروب. وهذا ما قرره محكمة الاستئناف الفرنسية بتاريخ 1991/11/28م، حيث قضت بمسؤولية بنك الدم العقدية نتيجة الضرر الذي أصاب المريض بسبب تلقيه دما فاسدا أو ملوثا، رغم أنه لا توجد رابطة عقدية تجمع بين المضروب والمسؤول (بنك الدم)<sup>2</sup>.

ولقد كان الفقه سابقا يقول بأن إلتزامات الأطباء وخاصة الإلتزام بسلامة المريض هي الإلتزامات عقدية تجر أساسها في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها أن العقد لا يقتصر فقط على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام. إلا أنه في الحقيقة هذا الإلتزام يجد أساسه في الوضع الاجتماعي للمتعاقدين وليس في مستلزماته، ومن ثم أخذ هذا الإلتزام طابعا غير تعاقدي وذلك تحت وطأة ضغط الفقه الفرنسي لأنه لم يعد ملائما لنظام وشروط العقد، ولم يعد يتماشى مع نظام المسؤولية المدنية<sup>3</sup>. لأن تحميل الإلتزامات المهنية على العموم إلى العقد يتم عن طريق تحميل العقد ما لا يحتمل، وإرغامه على احتواء ما لا يحوي. فالإلتزام بضمان سلامة المريض تم ابتداعه من أجل حماية المريض، وهذا معقولا إلى حد ما ولكن تحميل العقد هذا الإلتزام وإرغامه على تحمله يعد أمرا مبالغا فيه<sup>4</sup>.

ونتيجة لذلك فقد ذهب البعض إلى القول أن الإلتزامات المفروضة على الطبيب هي في معظمها الإلتزامات مهنية أكثر منها عقدية، إذ أن الطبيب مهني أكثر منه متعاقد أي يخضع لقواعد مهنية تفرض عليه الإلتزامات بنفس الطبيعة قد لا تجد مصدرها في العقد نفسه. وهذا الدور البارز للإلتزامات المهنية لا يقودنا إلى إنكار العقد كأساس للعلاقة بين الطبيب والعميل، وإنما العقد موجود -كما سبق القول- وإن كان دوره من الصعب تحديده فقد

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 302 والصفحة 306.

<sup>2</sup> Cour d'appel de Paris : 28/11/1991. D.1992. J. 58. Note : Annick Dorsner- Dolivet : La responsabilité du médecin, Ed, Paris, 2006, p.172.

نقلا عن: مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 303.

<sup>3</sup> هجيرة دنوني: محاضرات في مقياس قانون العقود (غير منشورة)، ملقاة على طلبة الماجستير تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014.

<sup>4</sup> محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص. 18.

يصبح دوره هو إعطاء إشارة البدء للطبيب في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون أو العادات. وبتعبير آخر يسمح العقد للطبيب باستخدام وظيفته بشكل معين ولصالح مريض بعينه، أي أن دور الإرادة في العقد يقتصر على ميلاد وضع قانوني محددة عناصره من قبل<sup>1</sup>.

كما أن بعض شُرّاح القانون يذهب إلى أن إلى التسليم بوجود نوع ثالث من المسؤولية المدنية لم يعرفها القانون المدني، وتحتاج إلى قواعد لتنظيمها على فرض استقلالها. فيقولون أنه مثلاً عند البحث عن مدة تقادم دعوى المسؤولية العقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية لتحديد مدة التقادم التي يجب تطبيقها. وكذا عند البحث في تحديد الضرر الذي يجب التعويض عنه، لأن التعويض تختلف حدوده في المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس فقد أصبح الفقه ينادي بمسؤولية طبية قائمة على أساس الخطأ المهني؛ والذي نعني به الانحراف عن سلوك الرجل المألوف<sup>3</sup>. ويقصد به كذلك أنه ذلك الخطأ المرتبط بأصحاب المهن الذي يعتمدون على خبرتهم وكفائتهم العلمية في كسب أرزاقهم. وفي تعاملهم مع الجمهور غالباً ما يرتبطون معهم بعقود منظمة للعمل المطلوب منهم تأديته، ومن هؤلاء الطبيب الذي يجري العملية الجراحية، والصيدلي الذي يلتزم بتركيب الدواء ومنحه للمريض<sup>4</sup>.

وتتميز المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المهني عن المسؤولية المدنية التقليدية، هو تمييز دقيق حيث أنه يغني عن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الطبي. فإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الطبية. والواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولاً عن خطئه المهني مسؤوليته عن خطأه العادي، فيسأل في هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير<sup>5</sup>. وفي نفس المعنى يقول الفقيه "Martin" بأن "المسؤولية الفنية تختلف عن المسؤولية عموماً من حيث الأخطاء الفنية يجب أن يكون الجزاء عليها أشد لأن رجل المهنة عليه التزامات خاصة قبل عميله"<sup>6</sup>.

كما أن الخطأ المهني يختلف عن كل من الخطأ التقصيري والخطأ العقدي فهو يتجاوزهما وقد ويوحد بين فكرتهما. فلقد سبق وشرحنا بأن الخطأ التقصيري والخطأ العقدي يقدران بمعيار موضوعي ويقاسان بمسلك الرجل

<sup>1</sup> محمد عبد الظاهر حسن: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية (دراسة تطبيقية على بعض العقود)، ب.ط، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص.77-78.

<sup>2</sup> محمد ابراهيم بنداري: الخطأ في المسؤولية المدنية عن عدم المحافظة على السر الطبي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، عدد 01، سنة 2005، الإمارات العربية المتحدة، ص.331.

<sup>3</sup> محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.150.

<sup>4</sup> عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص. 71.

<sup>5</sup> عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص.73.

<sup>6</sup> محمد عبد الظاهر حسن: المرجع السابق، ص.83.

العادي<sup>1</sup>، حيث يكون قياس محدث الضرر بسلوك الشخص المعتاد من أوسط الناس حيطة وحذرا. ومن ثم فإن الاحتكام إلى سلوك الرجل العادي لا يكفي معيارا للخطأ المهني<sup>2</sup>.

ولأجل إزالة هذا اللبس فإن المعيار الذي يجب أن يقاس به سلوك الطبيب هو المعيار الفني، فهو معيار شخص من أوسط رجال الفن من نفس تخصصه ومستواه، ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه<sup>3</sup>، لأننا لا نبحث في خطأ رجل عادي وإنما في خطأ طبيب متخصص في فن معين، فلا بد من قياسه بسلوك شخص مثله<sup>4</sup>. ومن ثم فإن أي خروج على هذه الأصول يعتبر خطأ مهنيا يستوجب المساءلة سواء أكان خطأ تقصيرا أو خطأ عقديا<sup>5</sup>.

وعلى هذا الاعتبار فإن الخطأ المهني يجنبنا الدخول والبحث عن طبيعة الخطأ في إطار التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، حيث أن تقسيم المسؤولية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية يدخلنا في متاهات طبيعة الخطأ، والإثبات، والآثار المترتبة عن كل واحدة منهما، فكان من الحكمة بل وأكثر من ذلك سهولة إجراءات الحصول على التعويض القانوني من قبل المريض للحواء إلى تبني الخطأ المهني<sup>6</sup>.

إضافة إلى ما سبق فإن الطابع الخاص لمسؤولية الطبيب هو الطابع المهني الناتج عن الخطأ المهني بمناسبة مخالفة التزام مهني، والذي يفرض معيارا خاصا لتقديره ينبع من طبيعة النشاط الذي يقوم به الطبيب. فأشخاص القانون المدني يجب أن نسبغ عليهم صفة المهنة التي يزاولونها فتحدد حقوقهم ومدى مسؤوليتهم عن نشاطهم في ضوئها، ولعل ذلك ما يفسر ما ظهر في الأفق من آراء وأفكار تنادي بضرورة وضع قانون مهني، يتحدد منه المركز القانوني للشخص لا بالنظر إليه مجردا وإنما بالنظر إلى المهنة التي يمارسها<sup>7</sup>.

واستخلاصا لما سبق يقول الأستاذ "Georges Ripert" بأن: "القوانين وُضعت لكي تطبق على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها". وبالتالي فإن المسؤولية الطبية لا تنشأ فقط في حالة الإخلال بالتزام احتواء العقد، أو في حالة الإخلال بواجب عام يتمثل في الالتزام بالحيطة والحذر والتبصر، وإنما تنشأ هذه المسؤولية عند الإخلال بالواجبات المهنية التي تتضمن قواعد المهنة والتي تُعدُّ مصدرا لالتزامات

<sup>1</sup> أنظر، الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10.

<sup>2</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.304. محمد عبد الظاهر حسن: المرجع السابق، ص.79.

<sup>3</sup> عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص. 74-75. سعد بختاوي: المرجع السابق، ص.66.

<sup>4</sup> محمد ابراهيم بنداري: المرجع السابق، ص.331.

<sup>5</sup> عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص. 74-75.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: محاضرات في مقياس المسؤولية المدنية للأطباء (غير منشورة)، ملقاء على طلبة الماجستير تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014.

<sup>7</sup> محمد عبد الظاهر حسن: المرجع السابق، ص.82.

هؤلاء الأطباء. ولا يتأتى ذلك إلا بكسر ذلك الطوق الصلب القائم على ثنائية المسؤولية المدنية<sup>1</sup> وإقرار مسؤولية مهنية تُغنينا عن إشكالية تكييف نوع الخطأ في إطار المسؤولية المدنية التقليدية.

وقد قال الأستاذ " Patrice Jourdain " في هذا الشأن بأن المسؤولية المدنية الطبية تركز على الطابع المهني والقانوني الذي تختص به الالتزامات الطبية، والتي تقع على كاهل الطبيب لا بصفته متعاقدًا ولكن باعتباره مهنيًا في المجال الطبي، بحيث تسموا هذه الالتزامات ذات الطابع المهني على الرابطة العقدية، وتفرض نفسها ولو في غياب العقد، وتُرتب مسؤولية قانونية مهنية غير تعاقدية في حالة الخطأ الأخلاقي<sup>2</sup>.

كما يؤكد الأستاذ " Geneviève Viney " هذا المعنى بأكثر توضيح حين قرر بأنه من المستحيل أن يُترك تحديد الالتزامات المهنية لمبدأ الحرية التعاقدية، ذلك أن هذه الالتزامات تتصل اتصالًا وثيقًا بالمصلحة العامة، بحيث يستحيل أن تفلت من سلطان النظام العام الذي لا يتوقف عن الاتساع. وبالتالي يظهر لنا أن القواعد العامة في المسؤولية العقدية، والتي وُضعت أصلاً لكفالة الاحترامات الإرادية الفردية، غير كافية لضمان احترام تلك الالتزامات القانونية<sup>3</sup>. خاصة وأن قواعد أخلاقيات الطب وأعرافها تُلقى بضلالها على هذه الالتزامات بصفة ملحوظة. ومما يدفع بنا إلى القول بأن المسؤولية الطبية تختلف عن المسؤولية المدنية التقليدية سواء في تطورها أو في اتجاهها، هو بسبب اختلاف طبيعة العلاقة بين المريض والطبيب عن طبيعة العلاقة بين أي مصاب عادٍ مع من تسبب في إصابته<sup>4</sup>.

ونقول في الأخير بأن إقرار المسؤولية المهنية على حسب رأي الأستاذ " Patrice Jourdain " كافيًا لاستبعاد هذا التفاوت في نظام مسؤولية المهنيين، وذلك من خلال تعويض المضرورين جراء الأضرار الناشئة من الأنشطة المهنية، دون تمييز بين المتعاقدين والغير وتوحيد القواعد المطبقة عليهم<sup>5</sup>. وذلك بوضع قانون مدني مهني تعالج فيه مسؤولية أرباب المهن حسب الطبيعة الخاصة لالتزاماتهم فإذا كانت هناك أمور معينة يغتفر للرجل العادي إهمالها فإن رجل المهنة إذا لم يراعها عدّ مهملاً لواجباته ومرتكباً لخطأ محقق<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص.19.

<sup>2</sup> معمر بن طرية: مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.79.

<sup>3</sup> Geneviève Viney : La responsabilité : conditions dans le traité de droit civil- sous la direction de J. Gestion, Ed. L.G.D.J, Paris, 1982, p.296.

نقلا عن: مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.307.

<sup>4</sup> محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص.19-20. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.405.

<sup>5</sup> معمر بن طرية: المرجع السابق، ص.81.

<sup>6</sup> محمد عبد الظاهر حسن: المرجع السابق، ص.82.

## البند الثاني: موقف القانون والقضاء تجاه الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية

نظرا إلى قوة حجج الفقه المنادي إلى تبني مسؤولية طبية قائمة على أساس الخطأ المهني، وذلك انطلاقا من أن الطبيب يُعد من أصحاب المهن وأن مصدر جل التزاماته يكون مرجعها القواعد المنظمة لمهنة الطب، وصولا إلى قصور القواعد التقليدية في تحقيق حماية كافية للمرضى المتضررين من التدخلات الطبية. فهذا ما جعل التشريع والقضاء يُسارع إلى الانضمام إلى هذا التوجه. وذلك بإدراج نصوص قانونية تُقر بأن مسؤولية أصحاب المهن هي مسؤولية مهنية لا مسؤولية عقدية ولا مسؤولية تقصيرية.

وقد كرس هذا التوجه المشرع الجزائري في مجال مسؤولية المحامي، إذ نجد نص صراحة في المادة 62 من القانون رقم 07-13 الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 2013م والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة، على أن مسؤولية المحامين تعتبر مسؤولية مهنية. كما أشار في المادتين 77 و83 من ذات القانون أن المحامي مسؤول عن كل أخطائه المهنية. وأضافت المادة 125 من ذات القانون على أنه عند ارتكاب المحامي خطأ مهنيا جسيما يمكن توقيفه حالا عن مهامه من قبل النقيب<sup>1</sup>. كما أقرّ المشرع الجزائري هذه المسؤولية في نص المادة 93 من القرار الوزاري الصادر بتاريخ 04 سبتمبر 1995م، والمتعلق بالنظام الداخلي لمهنة المحاماة، حيث ألزم على المحامي الاكتتاب إجباريا في عقد التأمين على مسؤوليته المهنية عن كل خطأ يرتكبه<sup>2</sup>.

أما في مجال المسؤولية الطبية، فإن كثيرا من القوانين الجزائرية والمقارنة تقيم مسؤولية الطبيب نتيجة ارتكابه لخطأ مهني. إذ تحتكم في تقدير المسؤولية المدنية للطبيب إلى قواعد أخلاقيات المهنة<sup>3</sup>، فتعتبر الخروج عن هذه القواعد بمثابة خطأ مدني يمكن أن تؤسس عليه دعوى التعويض<sup>4</sup>.

ومما يبرر صحة هذا القول ما نصت المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب على مسؤولية الطبيب عن كل عمل مهني يقوم به<sup>5</sup>. كما نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/1990م، على أنه: "يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال

<sup>1</sup> انظر، المواد 62، 77، 83 و125 من القانون رقم 07-13 المؤرخ في 22 من ذي الحجة عام 1434هـ الموافق لـ 29 أكتوبر 2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر، عدد 55، لسنة 2013.

<sup>2</sup> قرار وزير العدل المؤرخ في 09 ربيع الثاني عام 1416هـ الموافق لـ 4 سبتمبر 1995، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة، ج.ر، عدد 48، لسنة 1996.

<sup>3</sup> إن قواعد أخلاقيات مهنة الطب لها قيمة قانونية مثلها مثل أي نصوص قانونية أخرى، إذ ينتبنا المصدر الذي تنبع منه هذه القواعد فنجدها تصدر في صورة قواعد تشريعية تارة، وتتخذ صورة التشريع الفرعي تارة أخرى. وهي في كلا الحالتين قواعد تتصف بالإلزامية ووجوب الإحترام. كما أن هذه القواعد تكتسب قوة إلزامها من حيث الموضوع، فقواعد أخلاقيات الطب قواعد عامة ومجردة، ذات صفة اجتماعية، وهي مقترنة بجزاء. محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.405. ولمعرفة أكثر تفصيل عن نطاق القوة الإلزامية لقواعد أخلاقيات الطب، راجع: محمد رايس: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص.52 وما بعدها.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.307.

<sup>5</sup> انظر، المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

ممارسته لمهامه أو بمناسبة القيام بها... وإذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية<sup>1</sup>. كما أقرّ الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 3 جانفي 1990م والمتعلق بقانون التأمينات الجزائري بأن مسؤولية الأطباء هي مسؤولية ذات طابع مهني، وذلك في المادة 167 منه والتي نصت على أنه: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"<sup>2</sup>.

ويؤكد الأستاذ "مراد بن صغير" صحة هذا التوجه باستخلاص أمرين: الأول؛ هو إبقاء المشرع الجزائري على الخطأ كركن للمسؤولية المدنية للطبيب في تعديله الجديد للقانون المدني في 20 يونيو 2005 رغم التطورات والتغيرات المختلفة التي تشهدها هذه المسؤولية ومحاولات اقتلاع الخطأ كأساس لها. أما الأمر الثاني؛ فهو الاتجاه نحو إرساء معالم مسؤولية مهنية جديدة في المجال الطبي تقوم على أساس الإخلال بقواعد وأصول أخلاقيات الطب بالدرجة الأولى، بغض النظر عن التقسيم التقليدي الثنائي للمسؤولية المدنية كونها عقدية أو تقصيرية.

وبخصوص موقف القوانين المقارنة فنجد أن التشريع الفرنسي يسير في هذا الاتجاه وذلك من خلال المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة والذي أقام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ وبصيغة مطلقة، حيث لم يميز بين حالات وجود عقد بين الطبيب والمريض وحالات عدم وجوده<sup>3</sup>.

وبالنسبة للتشريعات العربية؛ فنجد المشرع السعودي في نظام مزاوله المهن الصحية السعودي يشير في المادة 27 إلى الخطأ المهني المرتّب للضرر كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية<sup>4</sup>. كما أشار كل من المشرع الأردني في المادة 02 من مسودة مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني، وكذا ميشاق حقوق المرضى الفلسطيني لسنة 1995م<sup>5</sup>. والمشرع اللبناني في المادة 18 من القانون المتعلق بالآداب الطبية، والمشرع الإماراتي في المادة 26 من القانون الاتحادي للمسؤولية الطبية<sup>6</sup>، على أن خطأ الطبيب هو عبارة عن خطأ مهني يوجب المساءلة عليه.

وأما بالنسبة لموقف القضاء - الفرنسي والجزائري- فنجد في كثير من الأحكام الصادرة منه تأخذ بالخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية. فقد أقرت محكمة الاستئناف الفرنسية "Nouméa" في القرار الصادر عنها

<sup>1</sup> انظر، المادة 239 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 09 محرم عام 1411هـ الموافق لـ 3 يوليو 1990، ج.ر، عدد 35، لسنة 1990.

<sup>2</sup> المادة 167 من الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415هـ الموافق لـ 25 جانفي 1995م، المتعلق بقانون التأمينات، ج.ر، عدد 13، لسنة 1995م.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.309.

<sup>4</sup> انظر، المادة 27 من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي، المرجع السابق.

<sup>5</sup> معن شحنة إدريس: المرجع السابق، ص.52 والصفحة 62.

<sup>6</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.312.

بتاريخ 2012/08/13، بصريح العبارة بأن الطبيب مسؤول مسؤولية مهنية، بسبب خطئه في اختيار العلاج المناسب للمريض بالإضافة إلى تقصيره في تشخيص المريض وعدم الإستعانة بأفضل الطرق العلمية للتشخيص<sup>1</sup>.

كما قضت محكمة الاستئناف الفرنسية "Nîmes" في القرار الصادر عنها بتاريخ 2007/10/02م، بمسؤولية الطبيب على أساس الخطأ المهني الصادر منه وهذا نتيجة تقصيره القيام بالرعاية الطبية مما أدى إلى فقدان فرصة بقاء السيدة "Paule E" على قيد الحياة<sup>2</sup>. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عنها بتاريخ 1997/03/18م، بمسؤولية ثلاث أطباء أشعة لمخالفتهم قواعد أخلاقيات مهنة الطب، بممارستهم لمهنتهم في عيادة أخرى، وهو ما يشكل مخالفة صريحة للمادة 85 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، توجب عليهم تعويض زملائهم الأطباء المتضررين<sup>3</sup>.

أما عن موقف القضاء الجزائري - فرغم قلة الأحكام الصادرة منه- فنجد أنه في أغلب الأحكام يشير بأن الخطأ المرتكب من جانب الطبيب عبارة عن خطأ مهني<sup>4</sup> أو تقصير مهني<sup>5</sup>؛ حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ 1995/12/26م، بعدم مسؤولية الطبيبة (ح.ث) العاملة في المستشفى؛ وذلك باعتبار أنها لم ترتكب خطأ مهني متمثل في عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، وذلك لأنها بقيت بالبيت ولم تنتقل للمستشفى، ولأن القانون يسمح لها بذلك بشرط البقاء تحت تصرف المستشفى<sup>6</sup>.

كما قضت ذات المحكمة بمسؤولية طبيب أمراض النساء نتيجة ارتكابه خطأ جسيم يتمثل في عدم مراقبة الحالة الصحية للأم، مما أدى إلى ولادة طفل مشوه بعينين مغلقتين، وقد أضافت بأن عدم مراقبة الطبيب البيولوجي للمرض خلال 21 يوما يشكل خطأ مهنيًا جسيماً وفق المادة 239 من قانون الصحة<sup>7</sup>.

وقد قضى مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/02م، في قضية "المركز الإستشفائي الجامعي لسيدى امحمد" ضد السيدة (ع.ك)، بمسؤولية المستشفى نتيجة الخطأ المهني المرتكب من طرف الطبيبين الجراح والمُخدر، والمتمثل في عدم الانتباه من طرفهما مما أدى إلى تدهور الحالة الصحية للسيدة (ع.ك) وإصابتها بانخفاض في توزيع الدم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> C.A, Nouméa, 13/08/2012, Publié au bulletin, n° 10/738. Disponible au site : www.legifrance.gouv.fr.

<sup>2</sup> C.A, Nîmes, 02/10/2007, Publié au bulletin, n° 05/00614. Disponible au site : www.legifrance.gouv.fr.

<sup>3</sup> Cass, 1civ, 18/03/1997, J.C.P. 1997, II, 22829. Note J.Penneau.

أشار إليه: مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.312.

<sup>4</sup> القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23م، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع) ضد (ع.ب)، المرجع السابق.

<sup>5</sup> قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/02/20م، قضية (ع.ع) ضد (مركز التوليد بسعيدة والنيابة العامة)، ملف رقم 450573.

عبد القادر خضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.47.

<sup>6</sup> قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/12/26م، قضية (ح.ث) ضد (ب.ب)، ملف رقم 128892. عبد القادر خضير: قرارات قضائية في

المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.32.

<sup>7</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 2003/06/24م، قضية (ز.ف) ضد (النيابة العامة)، ملف رقم 297062، مجلة القضاء، عدد 02، لسنة 2003،

الجزائر، ص.338. أشار إليه: مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.313.

<sup>8</sup> قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/02م، قضية "المركز الإستشفائي الجامعي لسيدى امحمد" ضد السيدة (ع.ك)، ملف رقم 011183 (غير

منشور). للإطلاع أكثر حول وقائع هذا القرار، راجع: لحسين بن شيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص.101 وما بعدها.



المطلب الثاني

## الضرر كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب

إذا كان الخطأ هو أساس قيام المسؤولية المدنية عموماً والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص سواء أكان هذا الخطأ عقدياً أم تقصيرياً أو مهنياً، إذ ليس من الممكن مساءلة الطبيب أو المرفق الطبي جراء الضرر الذي لحق المريض أو المنتفع بالخدمات الطبية دون البحث عن الخطأ ومصدره، فإنه في وقت ما وبالنظر إلى التطور الذي شهدته مختلف ميادين الحياة<sup>1</sup>. ومن هذه الميادين الميدان الطبي، الذي شهد تطور كبير في الآونة الأخيرة في العلوم الطبية، واستخدام الآلات الحديثة في العلاج وكذا ظهور ما يعرف بالفريق الطبي الناتج عن تطور الطب من ظهور الاختصاصات الطبية كالطبيب الجراح والطبيب المخدر والمساعدين الطبيين.

وبذلك فقد تحول الفقه والقضاء من الفكرة التقليدية للخطأ الشخصي، وهجر المعيار الأخلاقي في نسبة الفعل إلى محدث الضرر<sup>2</sup>، نتيجة قصور المسؤولية المدنية بمفهومها الأخلاقي عن مواكبة التغييرات التي فرضتها المعطيات الاجتماعية من مقتضيات، انطلاقاً من المقتضى الغائي للمسؤولية المدنية المتمثل في تعويض المضرورين<sup>3</sup>، ومن ثم تقرير مسؤولية مباشرة وموضوعية على عاتق الأطباء، إما بوصفهم حارساً للأشياء التي استخدموها في العلاج، أو بوصفهم صاحب السلطة على الغير من المساعدين الطبيين<sup>4</sup>.

فالمسؤولية الموضوعية نقصد بها تلك المسؤولية التي يكفي أساساً لقيامها وجود ضرر وعلاقة سببية مباشرة بين الضرر والعمل أو النشاط الطبي في غياب أي خطأ من جانب الطبيب أو المرفق الطبي حتى ولو كان العمل أو النشاط مصدر الضرر في ذاته سليماً وصحيحاً. وقد مرّت هذه المسؤولية على مراحل متعددة من حيث تبرير الفقه لها، حيث ذهب فقهاء القانون الخاص والعام إلى تبرير المسؤولية الموضوعية على أساس أربع نظريات يمكن تقسيمها وجمعها في نظريتين؛ الأولى تسمى بالنظرية التقليدية<sup>5</sup>، أما النظرية الثانية فتسمى بالنظرية الحديثة<sup>6</sup> (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك تبنى القضاء لهذه المسؤولية الموضوعية، وتلاه التشريع إلى تقنينها وذلك خوفاً من توسعها (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> سعاد هوارى: مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، مجلة الحجة، الإتحاد الوطني لمنظمة المحامين الجزائريين، منظمة المحامين لناحية تلمسان، عدد 03، جانفي 2012، الجزائر، ص.58.

<sup>2</sup> ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص.154.

<sup>3</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص.214-215.

<sup>4</sup> ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص.154.

<sup>5</sup> وذلك لأنه كان الفضل في ظهورها فقهاء القانون الخاص وكانت أولى النظريات المنادية بالمسؤولية على أساس الضرر.

<sup>6</sup> حيث كان الفضل في ظهورها فقهاء القانون العام وكان ظهورها نتاج تطوير نظرية الفقه الخاص لتتماشى مع ظهور المرافق الطبية التابعة للدولة ولاستقلال قواعد القانون العام عن الخاص.

### الفرع الأول

#### تبرير المسؤولية الطبية على أساس الضرر

نقصد بتبرير المسؤولية هو أصل وسبب قيامها، ويستعمل لفظ المبررات للدلالة على أسس قيام هذه المسؤولية، وفي الفقه العربي والفرنسي يدل مصطلح أساس المسؤولية على مبررات قيام هذه المسؤولية، ولقد وقع خلط لدى بعض كتاب القانون بين أساس المسؤولية وشروطها<sup>1</sup>.

ونظرا للتطور المستمر الذي عرفته المسؤولية المدنية الطبية، حيث اتخذت العديد من الأسس التي تقوم عليها، فبعد أن كانت في منأى عن أي مساءلة أصبحت تسأل تدريجيا بدءا بالمسؤولية على أساس الخطأ ثم ظهرت إلى الوجود أسس أخرى قد فرضت نفسها، خاصة عندما يتضرر الأشخاص في عدم وجود أي خطأ من طرف الطبيب أو المرفق الطبي، ولا يستساغ أن يبقى هؤلاء دون تعويض مجرد عدم ارتكاب أي خطأ، الشيء الذي يبين بما لا يدع مجالا للشك بأن نظرية الخطأ ليست حاسمة فقامت إلى جانبها عدة نظريات تتناولها وفقا للتسلسل الزمني لظهورها وعلى حسب نوع الفقه المناادي بها، فظهرت أولا نظريات تقليدية<sup>2</sup> (البند الأول) ثم جاءت نظريات حديثة<sup>3</sup> طوّرت هذه النظريات السابقة قصد تحقيق حماية أكبر للمتضرر نتيجة التدخلات الطبية التي تعرض لها داخل المرافق الطبية التابعة للدولة (البند الثاني).

#### البند الأول: النظريات التقليدية

كان فقه القانون الخاص أول من أنشأ وخلق هذه النظريات وذلك استجابة للتطورات التي عرفها الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وكذلك تركيزه على الجانب الموضوعي في المسؤولية، ثم أخذ بها فقه القانون العام الذي رفضها في مرحلة ظهورها ثم عدل عن رأيه<sup>4</sup>، وأول ظهور لهذه المسؤولية جاءت على أساس فكرة المخاطر (أولا)، ثم تطورت وأصبحت تبرر على أساس فكرة الضمان (ثانيا).

<sup>1</sup> مسعود شيهوب: المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ب.ط، د.م.ج، الجزائر، 2002، ص.01.  
<sup>2</sup> هناك من سماها بنظرية الأساس الموحد لأن كل من فقهاء القانون الخاص والعام على السواء نادوا بأسس هذه النظرية لأنها توحد بين أسس المسؤولية دون خطأ في القانون الخاص والعام على السواء. سليمان حاج عزام: المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010-2011، الهامش الأول، ص.99.  
<sup>3</sup> هناك من سماها بنظرية الأساس المستقل لأن فقهاء القانون العام نادوا بها سعيا منهم لاستقلال قواعد المسؤولية العامة عن قواعد القانون الخاص. سليمان حاج عزام: المرجع السابق، الهامش الأول، ص.99.  
<sup>4</sup> عمار عوابدي: المرجع السابق، ص.188-189.

## أولاً- نظرية تحمل تبعه المخاطر

نعني بنظرية تحمل تبعه المخاطر<sup>1</sup> هو أن من أنشأ مخاطر ينتفع بها أو منها فعليه تحمل تبعه الأضرار الناجمة عنها، وتطبيق ذلك على نشاط المرفق الطبي فإن المنفعة التي يستفيد منها هذا المرفق من نشاطها الذي فرض عليها تحمل تبعات هذا النشاط ونقصد تحمل تبعات مخاطر هذا النشاط في جبر الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء هذه المخاطر وذلك من منطلق مبادئ العدالة والإنصاف<sup>2</sup>.

وبهذا فإنه لا يشترط أن يشكل فعل ما خطأ لكي تترتب عليه مسؤولية فاعله، وإنما يسأل عن نتائج كل فعل سبب مخاطر للغير، سواء كان هذا الفعل خاطئاً أم غير خاطئ<sup>3</sup>. ومن بين أول النشاطات الطبية التي أبرزت هذه الفكرة هي النشاطات المتعلقة بعمليات التطعيم الإجباري.

كما أن أول من نادى بهذه الفكرة فهو الفقيه " Labbé " إذ يعدّ أول من اتجه نظره إلى المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، حيث استنبط ورأى فيها تقريراً لهذا المبدأ الأساسي الذي قال به. ولكن هذه الفكرة لم تنتعش كثيراً وبقوة إلا بفضل الفقيهين الفرنسيين " Saleilles " و " Josserand "، اللذان أكدا الطبيعة الموضوعية للمسؤولية، مشكلين بذلك ثورة حقيقية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية<sup>4</sup>.

وقد كان من نتاج قوة حفاوة استقبال هذه النظرية من رجال الفقه، أن يجتمع حولها لفيما من أشهر شراح القانون من أمثال " Savatier " و " Demogue " و " Marton " فشكلت بذلك بناء فقهياً مرتكزاً عما كشفه الواقع الاجتماعي في تلك الفترة من تطورات الآلة وتضاعف الحوادث، وما صاحبها من صعوبات قانونية في جبر ضحاياها<sup>5</sup>. حيث صار عدد كبير من العمال ضحية للقواعد التقليدية في المسؤولية، فبدأ الشعور بالفرق الشاسع بين قواعد المسؤولية التقليدية التي تلزم المضرور بإثبات خطأ فاعل الضرر أو مسببه وبين مبادئ وقواعد العدالة التي تقضي بعدم ترك الفرد المتضرر من دون أن يدفع له تعويض عادل لجبر الضرر الواقع به<sup>6</sup>.

كما أن هذه النظرية لم ترسم في خط موحد وإنما ارتكزت ومرت على مراحل معينة حيث اتخذت فيها عدّة صور بدأ بظهورها في صورتها الكاملة والتي كانت فيها تقييم المسؤولية بمجرد وقوع الضرر وتوفير علاقة سببية بينه وبين الفعل المدعى عليه وسميت هنا بنظرية "المخاطر الكاملة"، ولكن نتيجة لغلوها في تعميم أحكامها حيث

<sup>1</sup> يرى الأستاذ "عمار عوادي" أن نظرية المخاطر هي الأساس القانوني الوحيد والسليم والمنطقي لمسؤولية الإدارة (المرفق الطبي) بدون خطأ وما الحول والنظريات الأخرى هي مكلمة لها لا تعدو إلا أن تكون أسس تكملية؛ لمعرفة أكثر، أنظر، مؤلفه، المرجع السابق، ص. 186-187.

<sup>2</sup> مسعود شيهوب: المرجع السابق، ص. 04.

<sup>3</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 215.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 321-322.

<sup>5</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 215-216.

<sup>6</sup> عبد الملك يونس محمد: أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها (دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج)، ط1، مطبعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 1999، ص. 161.

أصبحت تطال الشخص الذي يتابع نشاطه الذي تدخل في إحداث الضرر، وبذلك أصبحت تشل هذا النشاط<sup>1</sup>. وكنتيحة لهذا النقد ظهرت صور أخرى لنظرية المخاطر منها نظريتا تحمل المخاطر المقابلة للريح ونظرية المخاطر المستحدثة.

ونقصد بنظرية المخاطر المقابلة للريح أو ما يعرف بنظرية "الغرم بالغنم" والتي هي فكرة اقتصادية، بأنه ما دام الشخص ينتفع بالشيء ويجني ثماره فعليه بالمقابل أن يتحمل الأعباء التي تنجم عنها، مما يصبغها بصبغة مادية أو منفعية<sup>2</sup>. ويقول في هذا الشأن الأستاذ عاطف النقيب: " فالذي يربح يترتب عليه أن يواجه خسارة محتملة"<sup>3</sup>.

ويقول الفقيه " Savatier " بصدد تطبيق نظرية المخاطر على قضايا المسؤولية المدنية من دون تقييد هذه النظرية بفكرة المشروع الخطر أو الشيء الخطر أن: " المسؤولية على أساس الخطر تستند على عدالة مادية وتتجسم هذه العدالة وتبرز عن غياب الخطأ ووجود الضرر فإذا كان الضرر غير متوقع ولا يمكن دفعه فإنه بالتالي يكون نتاجا لحادث غير عادي يخرج عن التقدير الطبيعي للأمر وتوقعها، ولا يلزم بتعويض هذا الضرر إلا من كان مستفيدا من هذا النشاط في الحادث نفسه"<sup>4</sup>. ولكن أمام قصور هذه النظرية وعجزها عن تبرير العديد من حالات المسؤولية الموضوعية<sup>5</sup>، فقد ظهرت نظرية أخرى أوسع نطاقا ألا وهي نظرية المخاطر المستحدثة.

والمقصود بنظرية المخاطر المستحدثة بأن كل من استحدث سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدامه أشياء معينة خطرا للغير، وجب عليه تحمل النتائج المترتبة على هذه الأخطار، فمن يستعمل لمصلحته آلات خطيرة يجب أن يتحمل نتيجة ذلك، دون حاجة إلى وقوع خطأ من جانبه<sup>6</sup>.

### ثانيا- نظرية الضمان

طُرحت هذه النظرية بقوة مشكلة الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية من خلال الخطأ وتحمل تبعه المخاطر. إذ الأسئلة التي كانت تُطرح: لماذا من سبب الضرر يعتبر مسؤولا؟ لأنه ارتكب خطأ في حين يقول البعض أنه يغنم من نشاطه، إذن لا بد أن يتحمل تبعته ومع ذلك بقيت هذه الأسئلة والتبريرات ناقصة في مواجهة

<sup>1</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.324-325.

<sup>2</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص.218-219.

<sup>3</sup> علي فيلالتي: الالتزامات (الفعل المستحق التعويض)، المرجع السابق، ص.241.

<sup>4</sup> عبد الملك يونس محمد: المرجع السابق، ص.174-175.

<sup>5</sup> من بين هذه الحالات مسؤولية حارس الشيء وحارس الحيوان ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. ولمعرفة أكثر عن النقد الموجه لهذه النظرية في هذه الحالات، راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.1045-1046.

علي فيلالتي: الالتزامات (الفعل المستحق التعويض)، المرجع السابق، ص.171 والصفحة 241.

<sup>6</sup> علي فيلالتي: الالتزامات (الفعل المستحق التعويض)، المرجع السابق، ص.241. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.326.

حماية المصاب المضرور. ويبقى الموضوع الأهم هو البحث عن السبب الذي يُدين مُحدث الضرر ويُعوض المصاب المضرور<sup>1</sup>.

وتقدم بهذه النظرية الفقيه "B.Stark" والذي يرى أن للشخص حقوقاً مقررّة، من بينها الحق في الاحتفاظ بحياته، وبسلامة جسمه، والاستمتاع بجميع أمواله المادية والأدبية. ويطلق على هذه الحقوق تسمية الحق في السلامة. وعندما يستعمل الغير حقه في الحرية، فقد يصطدم بحق الآخرين في السلامة فيمس به. وتتمتع هذه النظرية بوظيفتين - حسب صاحبها - وهما: الضمان والعقوبة، فيتحقق الضمان لمجرد وقوع أضرار جسمانية أو مادية دون اعتبار لسلوك الفاعل، بينما تضاف العقوبة المتمثلة في مبلغ إضافي في حالة ارتكاب الفاعل خطأ<sup>2</sup>.

لذلك اتضح جلياً أن النقطة الأساسية في نظرية الضمان هي أن يتكفل القانون بحماية حياة الإنسان الخاصة، بغض النظر عن مسببات الاعتداء على تلك الحياة. وهذا يعني دون شك أن المصاب المضرور له الحق في الشعور بالأمان والثقة في وجود قانونٍ يحمي الاعتداء على حياته الخاصة ويوفر له الأمن والأمان. وذلك بتركيز النظر من زاوية حقوق المضرور. ويقول الفقيه "B.Stark" في ذلك: "إن الأضرار التي تُحدث من الاعتداء على سلامة الجسم أو المصالح المادية للأفراد تكون غير مشروعة وبالتالي يجب ضمانها وتعويضها"<sup>3</sup>.

ويرى الأستاذ "Marcel Waline" أن الأشخاص المعنوية (المرافق الطبية) لا تملك إرادة ذاتية ومن ثم لا يمكن أن ينسب إليها خطأ وإنما الخطأ هو خطأ الأشخاص الذين يعملون لحسابها (الأطباء)، وبالتالي فإن مسؤولية الدولة تعتبر مسؤولية عن فعل الغير (الأطباء) ولا تؤسس على الخطأ، ليس فقط لأنه لا يمكن أن ينسب إلى الشخص المعنوي (المرافق الطبية) الخطأ وإنما أيضاً لأن الخطأ في حالة وجوده ليس سوى شرط لهذه المسؤولية، وفي رأيه فإن أساس المسؤولية هو فكرة الضمان التي هي التزام الجماعة العامة الممثلة في الدولة بتعويض الأضرار التي يسببها الأشخاص الموجودين تحت سلطتها (الأطباء) والأشياء الموجودة تحت حراستها<sup>4</sup> كالأغذية والأدوية المقدمة للمرضى وكذا نفس الشيء بالنسبة للأجهزة المستخدمة في العلاج والتحليل المخبرية.

أما الفقه الإسلامي فقد حاول أن يضع أساساً موضوعياً للمسؤولية المدنية، فلم يقتصر على تحديد نطاقها بل امتد الفقه إلى محاولة وضع أساس موضوعي للمسؤولية عن الأعمال الشخصية لا يختلف عن فكرة تحمل التبعة

<sup>1</sup> مراد بن صغير: رسالته السابقة، ص.40.

<sup>2</sup> علي فيلاي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص.172-173.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: رسالته السابقة، ص.40.

<sup>4</sup> مسعود شيهوب: المرجع السابق، ص.19.

ففي جريمة الإتلاف اتفق الفقهاء على أن من أتلّف مالا أو نفسا أو عضوا من نفس أو فوّت جمالا في عضو بغير حق شرعي فعليه ضمان ما أتلّف<sup>1</sup>.

### البند الثاني: النظريات الحديثة

□□□□ في محاولة لتوسيع نطاق المسؤولية الطبية في مجال المرافق الطبية العامة، وكنتيجة لعجز النظريات التقليدية بالإحاطة بكل حالات المسؤولية بدون خطأ، ظهرت نظريات جديدة في فقه القانون العام كان لها أثر معتبر في حركة تطور الاجتهاد القضائي، فظهرت كل من نظرية المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة (أولا)، ونظرية الدولة المؤمنة (ثانيا).

#### أولا- نظرية المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة

وجد عدد كبير من الفقه ضالتهم المنشودة في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كأساس شامل وقادر على تفسير كافة حالات المسؤولية دون خطأ للمرافق العامة ومنها الطبية، قوامه وجوب مساهمة المواطنين في الأعباء المترتبة عن إدارة المرافق الطبية، كل في حدود إمكانياته وطبقا لمقتضيات القانون<sup>2</sup>.

وقد ذهب الفقيه "Waline" إلى أن أساس المسؤولية في القانون العام هو فكرة المساواة أمام الأعباء العامة، إذ كثيرا ما تقع أضرار للأفراد بسبب نشاط إداري يوصف بأنه مشروع وأن الصالح العام هو الذي حتم على الإدارة القيام به، فيكون الوضع هنا أن الإدارة قامت بنشاط حققت به الصالح العام وترتب عليه في الوقت نفسه أضرار لبعض الأفراد، أي أن هؤلاء هم وحدهم قد تحملوا أعباء هذا النشاط، فيهتز مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة بسببه<sup>3</sup>.

أما الفقيه "Maurice Hauriou" فقال بأن هذا المبدأ يقوم على فكرة أنه من غير العدل تماما أن يستفيد مجموعة من المواطنين من نشاط الإدارة - المرفق الطبي-، بينما يتحمل شخص واحد المضار، لذلك فإن الدولة تتحمل التعويض من ميزانيتها، أي بصفة غير مباشرة من المواطنين الذين استفادوا من نشاط الإدارة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مراد بن صغير: رسالته السابقة، ص.41.

<sup>2</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص.206-207.

<sup>3</sup> عبد الملك يونس محمد: المرجع السابق، ص.179.

<sup>4</sup> سعاد هواري: المرجع السابق، الهامش الأول، ص.59.

ومن الأنشطة الطبية التي ألزمها المشرع الجزائري على الأفراد وجعلها لصالح المجتمع، هي العمليات المتعلقة بالتلقيح الإجمالي -التطعيم- وذلك بموجب المادة 55 من قانون حماية الصحة وترقيتها إذ نصت على أنه "يخضع السكان للتطعيم الإجمالي المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية"<sup>1</sup>.

ونتيجة لذلك يجب عدم ترك المتضررين من أنشطة المرافق الطبية العامة لأن المرفق الطبي العام أنشأ لخدمة جميع المواطنين وليس من العدل تركهم بدون تعويض، ولهذا يجب احترام مبدأ العدالة الذي جسده القضاء الإداري في أحكامه العديدة والقائل: " أن مفهوم مسؤولية الدولة ينطوي على أن الدولة يجب أن تعد مسؤولة ليس فقط عن الأضرار الناتجة عن إهمال أجهزتها أو أخطائها، بل أيضا كمبدأ عن الأضرار الناجمة عن تصرفاتها التي تحمل الفرد عبئا استثنائيا بالنسبة للعبء الذي يتحمله المجتمع، وهذا خصوصا عندما تتأثر سبل عيش الفرد أو حقوق أسرته أو مسؤولياته أو أمواله"<sup>2</sup>.

#### ثانيا- نظرية الدولة المؤمنة

حسب الفقيه "Maurice Hauriou" فإن فكرة الدولة المؤمنة تعدم مجال البحث عما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ أم لا فالدولة باعتبارها المؤمنة يقع عليها واجب تعويض الضحايا على اعتبار أنها قبضت أقساط التأمين من المؤمن لهم، وهم الأفراد، في شكل ضرائب مباشرة أو غير مباشرة، فالأفراد يكونون مؤمنين ضد كل مخاطر نشاط الإدارة (المرفق الطبي)<sup>3</sup>.

ولقد قام بعده الفقيه "Léon Duguit" بتوضيح هذه النظرية منطلقا من كونه من الرافضين لنظرية الشخصية المعنوية وبناء على ذلك فإنه لا يعترف بالخطأ المرفقي كأساس للمسؤولية الإدارية لأن - بالنسبة له- الشخص الطبيعي وحده هو الذي يمكن أن يخطئ، ولهذا أقام مسؤولية الدولة على أساس فكرة التضامن الاجتماعي الذي يتحمله الصندوق الجماعي لصالح المتضررين من نشاط المرافق العامة التي ينتفع من خدماتها الجميع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، المادة 55 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها.

<sup>2</sup> عمار عوادي: المرجع السابق، ص.183.

<sup>3</sup> سعاد هواري: المرجع السابق، الهامش الثالث، ص.59.

<sup>4</sup> سليمان حاج عزام: المرجع السابق ، ص.105.

## الفرع الثاني

## موقف القضاء من فكرة الضرر كأساس للمسؤولية الطبية

لقد كان أول حكم أخرج القضاء الفرنسي عن صمته إزاء نظرية المخاطر باعتبارها كأساس للمسؤولية الإدارية عموماً هو حكم "Cames" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21/06/1895م والذي قضى فيه بالتعويض على أساس مخاطر مهنية<sup>1</sup>. وبعد هذا القرار تبعه القضاء - الفرنسي خصوصاً - بتبني فكرة الضرر كأساس للمسؤولية الطبية في عدة اجتهادات صدرت وفي عدة حالات.

وفي هذا الصدد سنبين أهم الحالات التي جعلت هذا القضاء يُقر بالمسؤولية على أساس الضرر، إذ نجد أنه أقر بها في بادئ الأمر في حالة تعرض المريض لأضرار جسيمة ناشئة عن استخدامات تقنيات علاجية جديدة (البند الأول)، ثم طوّر القضاء هذه الفكرة وأقر هذا النوع من المسؤولية في حالة الإصابة بأضرار استثنائية ناتجة عن أعمال طبية ضرورية (البند الثاني)، كما أخذ القضاء بهذه الفكرة في مجال عمليات نقل الدم الملوّث (البند الثالث).

## البند الأول: حدوث أضرار نتيجة استخدام أساليب علاجية حديثة غير معلومة النتائج

لقد درج القضاء الإداري الفرنسي على تطبيق نظام المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الثابت منه أو المفترض - كما سبق شرحه<sup>2</sup> - بخصوص تعويض المنتفعين بالمرافق الطبية العامة، غير أن محكمة الاستئناف الإدارية بـ"ليون" قد كسرت هذه القاعدة بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ 21/12/1990م، المتعلق بقضية "Gomez" مكرسة شمولية نظام المسؤولية الموضوعية لصالح المنتفعين بالمرافق الطبية العامة جراء ما يصيبهم من أضرار جسيمة ناشئة عن استخدامات تقنيات علاجية جديدة<sup>3</sup>. حيث تم علاج فتى في الخامسة عشر كان مصاباً بتشوّه في العمود الفقري، بطريقة علاج جديدة تسمى (Luqué) وعلى إثر هذا العلاج الجديد أصيب الفتى بأضرار استثنائية، غير عادية، تتمثل في إصابته بشلل دائم لأطرافه السفلى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Magali Parisot, les grandes décisions du droit médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010, p.594.

<sup>2</sup> بخصوص نظام المسؤولية للخطأ الواجب الإثبات، أنظر: الصفحة 100 وما بعدها والصفحة 118 وما بعدها. وبالنسبة لنظام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، أنظر: الصفحة 155 وما بعدها.

<sup>3</sup> Christian Dumontier et Vincent Travers, op.cit, p.11.

Jacque Moreau et Didier Truchet : op.cit, p.281.

Fabienne Quillere-MAJZOUB ,op.cit., p.600.

آمال بكوش: المرجع السابق، ص.174.

<sup>4</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص.74.



وقد جاء تسبيب هذا الحكم على النحو التالي: "عندما يسبب علاج جديد ذو آثار غير معلومة بصفة كاملة مخاطر خاصة للمرضى الذين يخضعون له في الأحوال التي لا يشكل فيها اللجوء إليه ضرورة حيوية، فإن المضاعفات الاستثنائية والجسيمة الناتجة مباشرة عن هذا العلاج تؤدي إلى انعقاد مسؤولية المرفق العام الطبي حتى في غياب الخطأ"<sup>1</sup>.

إذن هكذا قد أقر القضاء الفرنسي لأول مرة المسؤولية بدون خطأ للمرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته، إلا أن هذا النوع من المسؤولية جاء محصوراً ومقيداً بشروط تُبرّر لجوء القضاء إلى مثل هذا النوع من التعويض بقوة القانون على سند من نطاق اللاحطأ، وهي:

- 1- استعمال طريقة حديثة للعلاج من شأنها عدم أمان تبعاتها، لا سيما وأن فكرة الخطر الخاص تُعد عنواناً لها.
- 2- وجود رابطة سببية مباشرة بين الضرر وبين ما تم استعماله من طريقة حديثة للعلاج.
- 3- اعتبار الأضرار كمضاعفات استثنائية وغير عادية، فضلاً عن اتسامها بالخطورة.
- 4- اللجوء إلى الطريقة الحديثة للعلاج دون أن تدعو إلى ذلك أسباب حيوية تبرر الأخذ بها<sup>2</sup>.

#### البند الثاني: حدوث أضرار استثنائية ناتجة عن أعمال طبية ضرورية

لقد أبدى مجلس الدولة الفرنسي اهتماماً غير مسبوق بالمنتفعين بالمرافق الطبية العامة في مجال المخاطر العلاجية، ويتمثل ذلك من خلال التخلي عن فكرة الخطأ الجسيم لصالح الخطأ البسيط، ثم إعمال فكرة قرينة الخطأ، ثم تجاوز ذلك لأول مرة بإقراره المسؤولية على أساس الضرر عند حدوث أضرار استثنائية ناتجة عن تدخلات طبية ضرورية<sup>3</sup>.

فقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالمسؤولية على أساس الضرر في القرار "Bianchi" الصادر بتاريخ 1993/05/09م، حيث وقع للمريض أضرار استثنائية ناتجة عن أعمال طبية ضرورية، نتيجة إجراء عملية تصوير شعاعي ضروري للعمود الفقري في المرفق الطبي في مدينة Marseille، وذلك بسبب أن المريض كان يعاني من انخفاض مستمر في الضغط وشلل في الوجه. وبعد القيام بهذا التصوير وبعد إفاقة المريض من المخدر

<sup>1</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 174-175.

<sup>2</sup> سعاد هوارى: المرجع السابق، ص. 62.

<sup>3</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 178.

المعطى له وجد نفسه مصابا بشلل تام، ولكن وبعد القيام بالتحقيق اللازم والخبرة لأجل معرفة السبب في ذلك لم يثبت أي خطأ من طرف المرفق الطبي<sup>1</sup>.

وفي هذا القرار أخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي مفوض الحكومة لديه "Serge daël" حيث اعتبر أنه: "إذا كان العمل الطبي ضروريا لتشخيص وعلاج المرض ويتضمن مخاطر يكون معلوما أمر وجودها، وإن كان تحققها يظل استثنائيا، ولا يوجد من الأسباب ما يحمل على الاعتقاد بأن المريض سيتعرض لها بشكل خاص، فإن مسؤولية المرفق الطبي تنعقد إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر للأضرار"<sup>2</sup>.

وما يمكن استخلاصه من هذا التطبيق القضائي، أن الحق في التعويض على أساس فكرة الاحتمال والمخاطر الطبي لا يكون بصفة آلية، بل لا بد من توافر شروط محددة وهي:

- 1- لا بد من عمل طبي أو جراحي يمثل الفعل الضار، وهذا العمل لا علاقة له بفعل الطبيب، بل يُنظر إلى العمل الطبي والجراحي ذاته الذي أنتج الأضرار.
- 2- لا بد من توافر علاقة سببية مباشرة بين العمل الطبي والأضرار التي لحقت المريض.
- 3- لا بد من أن تكون الأضرار اللاحقة بالمريض ذات صفة استثنائية وبالغة الجسامة.
- 4- لا بد أن يكون العمل الطبي أو الجراحي ضروريا لعلاج المريض وشفائه.
- 5- لا بد أن تكون الأضرار منقطعة الصلة بالحالة الأولية للمريض، بمعنى أنه كان من غير الممكن توقعها من مثل حالة المريض<sup>3</sup>.

وقد يتساءل البعض عن دور قرار "Gomez" في هذا المجال، طالما أن علاقة المريض بالمرفق الطبي هي نفسها في القضيتين. ونجيب عن ذلك بأن قضية "Gomez" لم يكن الأمر متعلقا باستخدام تقنية جديدة لم تعرف نتائجها بعد وتمثل مساهمة ظرفية في تسيير المرفق الطبي العام وخدمة له، على العكس من قضية

<sup>1</sup> C.E, Ass., 09/04/1993, n° 69336, Bianchi. Note, Magali Parisot, op.cit, p.594 et suite..  
Abdelkader Khadir : Recueil D'arrêts en responsabilité médicale, op.cit, p.122 et suite..  
Fabienne Quillere-MAJZOUB ,op.cit., p.601 et suite..  
Christian Dumontier et Vincent Travers : op.cit, p.11.  
Jacque Moreau et Didier Truchet : op.cit, p.282.

<sup>2</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص.77.  
<sup>3</sup> سعاد هوارى: المرجع السابق، ص. 64-65.

"Bianchi" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يثر هذه الإشكالية باعتبار أن الوقائع والمعايير التي استند إليها القاضي كانت واضحة لا تثير الشك<sup>1</sup>.

### البند الثالث: مخاطر العدوى الناتجة عن نقل الدم

أثناء فترة الإصابة بعدوى (VIH) في فرنسا والممتدة من سنة 1980م إلى 1985م، كان النظام الفرنسي للدم خاضعا للقانون المؤرخ في 1952/07/21م، الذي تضمن فكرة تأسيس المركز الوطني لنقل الدم كمرفق عمومي للدم الإنساني، ورغم تكريس هذا القانون لقواعد المسؤولية الموضوعية المضمونة بموجب تأمين إجباري محدود، إلا أنه لم يتطرق إلى تكريس حماية مستقبلية الدم من جراء ما يلحقهم من أضرار، سواء عن طريق الخطأ أو عن طريق العدوى بمرض الإلتهاب الكبدي بنوعيه (B) و (C) أو عدوى السيدا.

وأمام انعدام هذه الحماية لمستقبلي الدم، وعلى إثر وقائع فضيحة الدم الملوث بفيروس (VIH) الذي من العديد من المرضى، دعا الفقه الفرنسي إلى ضرورة إقامة مسؤولية مراكز نقل الدم على اعتبارها ملزمة بنقل دم حال من العيوب<sup>2</sup>.

وعلى إثر هذا الإلحاح فقد استجاب القضاء الفرنسي له في قرار محكمة "Marseille" الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ 1991/06/11م، وذلك بانعقاد مسؤولية المرفق العام على أساس الضرر في القضية التي تتلخص وقائعها في أن السيد "Nothelfer" الذي أدخل قسم الطوارئ بالمركز الطبي العام (Fon pré de Toulon) بهدف إجراء تدخل جراحي، أخضع خلاله لنقل كمية من الدم ومشتقاته، كما خضع في وقت لاحق لنقل دم أثناء إقامته بمستشفى "Sain Marguerit" بمرسيليا، وقد اكتشف لاحقا على إثر إجرائه فحصا طبيا سابقا للزواج إصابته بالعدوى بفيروس الإيدز، وبناء على ذلك رفع دعوى مطالبا بالتعويض عن الضرر اللاحق له جراء نقل الدم الملوث إليه في إحدى المؤسسات السابقتين.

وقد أكدت تقارير الخبراء أن العدوى التي أصابت المضرور قد حدثت أثناء فترة تلقي العلاج في إحدى هاتين المؤسساتين، وذهبت المحكمة إلى أن استحالة تحديد ما إذا كانت إحدى أو عدة نقلات دم ملوثة هي سبب العدوى دون الأخرى، لا يمكن أن يؤدي إلى دحض قيام رابطة السببية بين نقل الدم و إصابة المضرور بالإيدز.

<sup>1</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص.76-77.  
<sup>2</sup> سعاد هواربي: المرجع السابق، ص.84-85.

وانتهت المحكمة بأن مخاطر الإصابة بالإيدز عن طريق نقل الدم ومشتقاته هي مخاطر معروفة وواضحة، وبذلك تكون المرافق الطبية مسؤولة عن هذه المخاطر بصرف النظر عن ارتكابها خطأ من عدمه<sup>1</sup>.

ونشير بخصوص موقف التشريع والقضاء الجزائري تجاه المسؤولية الطبية القائمة على أساس الضرر، فرغم البحث والتحري، ورغم أننا نجد بأن التشريع الجزائري أخذ بالمسؤولية على أساس الضرر صراحة في القانون المدني<sup>2</sup> دون القوانين المتعلقة بالمجال الطبي على عكس المشرع الفرنسي<sup>3</sup>، إلا أننا لم نعثر في أحكام القضاء الجزائري بجميع درجاته على أي حكم يؤكد لنا تبني القضاء لهذا النوع من المسؤولية.

وفي الأخير وبعد تعرّفنا على أسس التعويض وفق قواعد المسؤولية المستقلة عن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، ننتقل إلى دراسة كيفية التعويض وفق القواعد الحديثة للمسؤولية الطبية وذلك في المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### الأنظمة الجماعية للتعويض كآلية لحماية المتضررين

بظهور التطورات التي لا تكاد تهدأ، وتزايد الطابع الجماعي للنشاط الإنساني، وخطورة النتائج التي تترتب على هذا النشاط<sup>4</sup>، وكما أن اعتماد الطب الحديث المتزايد على الآلة وظهور ما يعرف بالفريق الطبي والأعضاء المساندة لهم جعل توزيع المسؤولية على هؤلاء مخفوفاً بمخاطر جمة للمرضى<sup>5</sup>، الأمر الذي أدى إلى تحديد شخص المسؤول أمراً عسيراً، كما تترتب عليه قصور الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية التقليدية حيث لا يكون المسؤول - إن أمكن تحديده - قادراً على جبر الأضرار الجسيمة التي يمكن أن تترتب على نشاطه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 179-180.

<sup>2</sup> أخذ المشرع الجزائري بالمسؤولية المدنية بدون خطأ صراحة في كل من المادتين 140 مكرر، والمادة 140 مكرر 1 من القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05. إذ جاء في المادة 140 مكرر والمتعلقة بمسؤولية المنتج بأنه: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة عقدية..."

كما جاء في المادة 140 مكرر 1 والتي تشمل مضمونها كل أنواع وحالات المسؤولية، ما يلي: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسدي ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

<sup>3</sup> حيث نجد المشرع الفرنسي قد أقر المسؤولية بدون خطأ في مجال التجارب الطبية غير العلاجية وذلك بموجب المادة 7-1121 L من قانون الصحة العمومي. عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص. 506.

كما أقر المشرع الفرنسي في المادة 1-1142 L من قانون الصحة العمومي المسؤولية بدون خطأ في حالة المسؤولية الناجمة عن عيب في منتج صحي، وحالة الأضرار الناتجة عن العدوى في المستشفى. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 341 والصفحة 345.

Sylvie Welsch : op.cit, p.09.

<sup>4</sup> أشرف جابر: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ب.ط، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص. 01.

<sup>5</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 113.

<sup>6</sup> أشرف جابر: المرجع السابق، ص. 01.

ولذلك كان طبيعيا ومن الواجب إصلاح نظام المسؤولية المدنية قصد تدعيم الوظيفة التعويضية لهذه المسؤولية<sup>1</sup>، وذلك بحكم انتشار أنظمة التعويض الجماعية، واستجابة للطلبات المتزايدة والمستجدة لضحايا الأضرار<sup>2</sup>. وبالتالي أضحت هذه الأنظمة ذات طابع اجتماعي، بحيث لم يعد أمر تعويض المضرور محصورا بينه وبين المسؤول، وإنما أصبح التزاما تتحمله الذمة الجماعية المتمثلة في أحد أنظمة التعويض الجماعية<sup>3</sup>.

وتتعدد صور أنظمة التعويض الجماعية، من حيث الجهة التي تتكفل بالتعويض عن أضرار النشاط الطبي، حيث قد يكون نظام التعويض الجماعي عبارة عن نظام تأمين على المسؤولية الطبية تتكفل بموجبه شركة التأمين من التعويض عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية (الفرع الأول)، وقد تتجسد في صورة صناديق متخصصة للتعويض تتكفل فيه الدولة بالتعويض (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التعويض عن طريق التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

كان لزاما مع هذا التطور العميق الذي لحق أساس المسؤولية - كما سبق الإشارة إليه - أن يقوم التأمين بجوار المسؤولية يُساهم مع هذا التطور في ضمان حصول المضرور على حقه في التعويض، فأصبح تبعا لذلك سباق بين التأمين والمسؤولية المدنية<sup>4</sup>. وهذا ما دفع البعض إلى التفكير في إنشاء قانون عام جديد يسمح بإعادة إقامة الانسجام لنظام تعويض الأضرار والجزاءات المدنية للأعمال غير المشروعة على أسس عصرية. كما دفع البعض إلى مناهضة تحطيم البناء التام للمسؤولية<sup>5</sup> نتيجة هذا السباق بين المسؤولية والتأمين.

وكنتييجة للتطور الهائل الذي شهده التأمين خاصة من حيث تحقيق حماية أكبر للمتضررين، ألزمت عدد من الدول المؤسسات الصحية والعاملين فيها بالتأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية، كقانون الصحة العامة الفرنسي لعام 2002م، والقانون الليبي المتعلق بالمسؤولية الطبية بشأن المسؤولية الطبية سالف الذكر، وقانون

<sup>1</sup> نقصد بتدعيم الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية التقليدية، هو عدم إلغاء الطريق التقليدي للتعويض والمتمثل في اللجوء إلى القضاء.

<sup>2</sup> سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، ط1، دار كلتيك للنشر، الجزائر، 2008، ص. 09.

<sup>3</sup> أشرف جابر: المرجع السابق، ص. 01.

<sup>4</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 346.

<sup>5</sup> سعيد مقدم: المرجع السابق، ص. 10.

المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة 2008م<sup>1</sup>، وقانون التأمينات الجزائري رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995م<sup>2</sup>، والمرسوم التنفيذي 07-321 المتعلق بتنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها<sup>3</sup>.

وفي العموم، هناك توجه موجود في الكثير من دول العالم باتجاه وضع أساس قانوني يلزم العاملين في المهنة الصحية بالتأمين ضد المسؤولية عن أخطائهم المهنية. وتتفاوت نسبة تقاسم العبء المالي لهذا التأمين بين الطبيب والمؤسسة الصحية التي يعمل بها بين دولة وأخرى<sup>4</sup>.

وبما أن دراستنا في حدود التعويض عن طريق التأمين من المسؤولية المدنية الطبية، فسنحاول أن نلقي نظرة مختصرة حول مفهوم التأمين من المسؤولية الطبية (البند الأول)، ثم سنتطرق إلى خصائص عقد التأمين من المسؤولية المدنية ونطاق تطبيقه (البند الثاني).

### البند الأول: مفهوم التأمين من المسؤولية الطبية

انطلاقاً من اعتبار التنافس القائم بين منظومتي التأمين والمسؤولية كآليات للتعويض عن الضرر الطبي ارتأيت التطرق إلى تعريف التأمين من المسؤولية الطبية (أولاً)، ثم دراسة أهمية هذا التأمين (ثانياً).

#### أولاً- تعريف التأمين من المسؤولية الطبية

أول ما ظهر من أنواع التأمين من المسؤولية كان التأمين من المسؤولية عن الحريق في صوره المختلفة، ثم تلى ذلك التأمين من المسؤولية عن حوادث العمل، وجاء بعد ذلك التأمين من المسؤولية عن حوادث النقل، وعن حوادث السيارات، وعن حوادث المرور بوجه عام، ثم جاء التأمين من المسؤولية عن النشاط المهني، كالتأمين عن المسؤولية عن نشاط أصحاب الفنادق، وعن نشاط أصحاب معاهد التعلم، وعن نشاط المهندسين والأطباء<sup>5</sup>.

ويعرّف عقد التأمين من المسؤولية على العموم وفقاً للمفهوم القانوني بأنه: ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لمصلحته مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء

<sup>1</sup> معن شحدة إدريس: المرجع السابق، ص.23.

<sup>2</sup> حيث جاء في المادة 167 من الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بقانون التأمينات، ج.ر، عدد 13، لسنة 1995م، بأنه: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير".

<sup>3</sup> حيث جاء في المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 10 شوال عام 1428 هـ الموافق لـ 22 أكتوبر سنة 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر، عدد 10، لسنة 2007م، ما يلي: " يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاهم".

<sup>4</sup> معن شحدة إدريس: المرجع السابق، ص.23.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، (عقود الغرر - عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين-)، الجزء السابع، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.1644-1645.

مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط وأية دفعات مالية أخرى، يؤديها المؤمن له للمؤمن<sup>1</sup>.

وقد عرّف الأستاذ "السنهوري" عقد التأمين من المسؤولية بأنه: "عقد بموجبه يُؤمّن المؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية"<sup>2</sup>. وعرفه الفقيه الفرنسي (J.Hemard) بأنه "عملية ينظم بموجبها المؤمن في شكل تبادلي مجموعة المؤمن لهم المعرضين للإصابة ببعض الأخطار ليُعوض من أصابته منه كارثة"<sup>3</sup>.

إذن من هذه التعاريف يتضح لنا جليا بأن التأمين هو عملية قانونية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له على مبلغ مالي عند تحقق الخطر المؤمن منه مقابل الأقساط التي يدفعها، إلى طرف آخر وهو المؤمن (شركة التأمين).

هذا ويختص التأمين من المسؤولية المدنية باعتباره نوعا من أنواع التأمين عن الأضرار، بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بضمان المؤمن له تجاه دعاوى المسؤولية التي قد يباشرها الغير تجاهه، وهو في هذا يتميز عن النوع الثاني من التأمين عن الأشياء، بأن هذا الأخير يضمن عنصرا إيجابيا من ذمة المؤمن له، بينما يضمن التأمين من المسؤولية عنصرا سلبيا من ذمته المالية وهو دين المسؤولية<sup>4</sup>.

والتأمين علاقة تعاقدية وفنية أيضا يتحمل فيها المؤمن (وهو غالبا شركات التأمين) مجموعة من المخاطر مقابل دفع المؤمن له الأقساط المالية، بحيث تجري عملية المقاصة وفقا لقوانين الإحصاء<sup>5</sup>.

ويختلف التأمين من المسؤولية في طبيعته عن شرط الإعفاء من المسؤولية، إذ هو على النقيض من هذا الشرط يؤكد المسؤولية لا ينفيتها. والغرض من شرط الإعفاء من المسؤولية هو إبعاد المسؤولية عن المسؤول، وجعل المضرور هو الذي يتحملها وحده. أما الغرض من التأمين من المسؤولية فهو استبقاء المسؤولية في ذمة المسؤول، وجعل المؤمن هو الذي يتحملها عنه. وإذا كان كل من التأمين من المسؤولية وشرط الإعفاء من المسؤولية ينتهي إلى رفع

<sup>1</sup> أنظر المادة 02 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بقانون التأمينات الجزائري، والمادة 619 من الأمر رقم 75-58 والمتضمن القانون المدني.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.1641.

<sup>3</sup> أمجد عبد الفتاح أحمد حسان: النظام القانوني لتعويض حوادث المرور، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002، ص.30.

<sup>4</sup> معمر بن طرية: نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 01، سنة 2014، الجزائر، ص.129. ولمعرفة أكثر تفاصيل حول الفرق بين التأمين من المسؤولية والتأمين عن الأشياء، راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.1642.

<sup>5</sup> أمجد عبد الفتاح أحمد حسان: المرجع السابق، ص.31.

عبء المسؤولية عن المسؤول، إلا أن شرط الإعفاء من المسؤولية يحمل المضرور هذا العبء، بخلاف التأمين من المسؤولية فإنه يزيحه عن عاتقه، بل ويسعفه بمدد آخر إلى جانب المسؤول يرجع عليه كما يرجع على المسؤول<sup>1</sup>.

وانطلاقاً مما سبق يمكننا القول بأن التأمين من المسؤولية الطبية هو عقد يضمن مسؤولية الطبيب - المؤمن له- من رجوع المريض الذي أصابه ضرر يكون الطبيب مسؤولاً عن تعويضه<sup>2</sup>.

كما يعرف البعض التأمين من المسؤولية الطبية بأنه: عقد تتحمل بموجبه هيئة أو (شركة) التأمين الطبي المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها نظير أقساط محددة قانوناً تُدفع من المؤمن له (الطبيب).

ويرى الأستاذ "مراد بن صغير" في شأن هذا التعريف بأنه يبدو غامضاً وغير واضحاً، حيث يشبهه بأنه عبارة عن عقد بين شركة التأمين والمرضى المتضررين، مبرراً ذلك بعبارة "... عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ..." ويستطرد قائلاً بأن التأمين من المسؤولية هو بين شركة التأمين والطبيب عن الأضرار التي تُصيب هذا الأخير، نتيجة رجوع المرضى عليه بالتعويض بسبب خطأ طبي صدر منه.

وبناء على ذلك فهو يقترح تعريف التأمين من المسؤولية الطبية بأنه: "عقد بموجبه يؤمن المؤمن (شركة التأمين) الطبيب باعتباره مؤمناً له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع المريض (أو ذويه أو ورثته أو المستحقين من الخلف أو المتضررين من الغير) عليه بالمسؤولية أثناء ممارسته لمهنته، لارتكابه ما يوجب المسؤولية"<sup>3</sup>.

### ثانياً- أهمية التأمين من المسؤولية الطبية

لقد كانت أولى بوادر فكرة التأمين في المجال الطبي من اقتراح الفقيهين "Hneri-Desoille" و"V. Cruzon" عام 1930م، على اعتبار أن هذا النوع من التأمين سيجعل المريض آمناً من المخاطر التي قد تقع عليه، كذلك فإن الطبيب سيكون آمناً من دعاوى المسؤولية، التي قد ترفع عليه، لأن شركات التأمين ستغطي كل المخاطر الناجمة عن خطأ الطبيب. كما نوهت الأستاذة "Balamch Rodet" إلى أن تطبيق هذا النوع

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.1634.

<sup>2</sup> أشرف جابر: المرجع السابق، ص.10.

<sup>3</sup> مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.349.



من التأمين يبدو أمرا منطقيا ومستحبا جدا، إذ من شأنه التقليل من المتابعات القضائية للأطباء التي تشكل عبءة حقيقية في وجه تطوير العلوم الطبية<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس فقد جاء نظام التأمين من المسؤولية لإحداث التوازن بين مصلحتين وهما، من جهة مصلحة المضرور في الحصول على التعويض وهو الأمر الذي يتكفل بتأطيره نظام المسؤولية الموضوعية المطبق على الطرف المهني (الطبيب)، كما تتكفل تقنية التأمين بفضل وظيفتها التوزيعية قصد توفير الملاءة المالية للمشروعات الإقتصادية، وذلك بدلا من تركيز عبء الأضرار على المسؤول، وفي ذلك تعزيز لحق المضرور في الحصول على التعويض وإبقاء على استمرارية النشاط (الطبي)<sup>2</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان في إطار الإلزام أم الاختيار فإنه يوفر الحماية للطرفين، ويكفل نوعا من التعاضد بين طبيب لا يضره مساندة هيئة مالية للمضرور منحه كامل ثقته، وبين مريض أبعد عنه مظنة اللجوء إلى القضاء، وبهذا يكون التأمين هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للتقريب بين ما يسعى إليه الطبيب وما يأمل فيه المريض<sup>3</sup>.

### البند الثاني: خصائص عقد التأمين من المسؤولية الطبية ونطاقه

يتميز عقد التأمين من المسؤولية الطبية بخصائص تميزه عن غيره من العقود على العموم وعن غيره من العقود المنظمة لعقود التأمين على وجه الخصوص (أولا)، كما أنّ نطاق التأمين في هذا العقد يمتاز ببعض الخصوصية عن غيره من العقود (ثانيا).

#### أولا- خصائص عقد التأمين من المسؤولية الطبية

من التعاريف السابق ذكرها يتضح لنا بأن عقد التأمين من المسؤولية الطبية يتميز بجملة من الخصائص يمكن إجمالها في ما يلي:

أ- أنه عبارة عن عقد إجباري؛ حيث تُلزم التشريعات في كثيرا من الدول أصحاب المهن الطبية من الحصول على تأمين من المسؤولية يضمنون من خلاله تعويض المرضى وهذا ما يستفاد من المادة 167 من قانون التأمينات.

<sup>1</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص.325.

<sup>2</sup> معمر بن طرية: نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة، المرجع السابق، ص.132.

<sup>3</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص.332.

ب- أنه يتضمن اشتراط لمصلحة الغير<sup>1</sup>؛ وهو ما يفيد أن المستفيد والمنتفع من الاشتراط ليس طرفا في العقد، كما أن المشتراط في العقد يتعاقد بصفته الشخصية وليس نائبا عن الغير، ومن جهة يستفيد المنتفع من هذا العقد بطريقة مباشرة<sup>2</sup>. ونقصد بالغير في هذا العقد هم كل من المرضى المتضررين من الخطأ المهني أو غيرهم<sup>3</sup> بشرط أنهم لم يكونوا طرفا في العقد ولا خلفا لأي من طرفي العقد (المؤمن والمؤمن له)<sup>4</sup>.

ج- أنه عقد تأمين مهني وتعويضي؛ ونقصد بذلك أنه بمثابة درع يقي المهني (الطبيب) من الأخطار التي تنتج عن أخطائه المهنية، وبالتالي فإن محل هذا العقد هي الأخطار المرتبطة بالمهنة الطبية. أما بخصوص أنه عقد تعويضي؛ فنقصد به أن الهدف الأساسي من عقد التأمين هو تعويض المهني عن الخسارة التي تلحقه جراء الحكم عليه بمبلغ التعويض لفائدة المضرور، وينتج عن هذا بأن مبلغ التعويض لا يمكن أن يتجاوز مقدار الضرر الواقع مع إمكانية الإتفاق على تخفيضه، أي أن يكون غرض عقد التأمين تجنب الخسارة لا تحقيقا للربح، بالإضافة إلى عدم إمكانية تحديد مبلغ التأمين من جانب المؤمن مسبقا عند إبرام عقد التأمين<sup>5</sup>.

### ثانيا- نطاق التأمين من المسؤولية الطبية

كما سبق وأشرنا أن من أهداف التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، هو أنه يغطي الآثار المالية المترتبة على تحقق المسؤولية المدنية للطبيب المؤمن له، ومطالبة المريض الذي أصابه الضرر بالتعويض، ونظرا لجسامة الأضرار الجسمانية الناتجة عن الأخطاء الطبية، فإن بعض الشركات تسعى إلى تضمين الوثيقة التأمينية الأضرار التي تغطيها، وتستبعد بعض الأضرار التي لا يشملها التأمين<sup>6</sup>.

ويمتد نطاق التأمين من المسؤولية الطبية إلى المخاطر المرتبطة بممارسة المهنة من جهة والتي تشكل محلا له، كما يمتد هذا النطاق من جهة أخرى إلى الأضرار التي يشملها والتي تصلح لأن تكون محلا للتعويض<sup>7</sup>. فمن حيث المخاطر التي يشملها عقد التأمين من المسؤولية فإنه يشمل مسؤولية الطبيب المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية؛ إذ أن الأصل في طبيعة المسؤولية الطبية أنها عقدية<sup>8</sup>، إلا أنها ليست كذلك في جميع الحالات، لذلك

<sup>1</sup> أنظر المادة 116 من الأمر رقم 75-58 والمتضمن القانون المدني.

<sup>2</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 114-115.

<sup>3</sup> لقد نصت على ذلك المادة 167 من الأمر رقم 95-07 والمتعلق بقانون التأمينات، على أنه: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير "

<sup>4</sup> أحمد حسن الحباري: المرجع السابق، ص. 186.

<sup>5</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 116-117.

<sup>6</sup> أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة)، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص. 176-177.

<sup>7</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 122.

<sup>8</sup> راجع في هذا الشأن المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

يجب أن يغطي عقد التأمين من المسؤولية الطبية نوعي المسؤولية المدنية للطبيب، بحيث لا تقتصر إحداها دون الأخرى. وحتى إذا كان العقد يتضمن النص على أن يغطي مسؤولية الطبيب المدنية دون توضيح نوع مسؤولية عقدية أم تقصيرية، فإنه يجب أن يغطي التأمين مسؤولية الطبيب بنوعيتها، حيث أن كليهما يندرج تحت مفهوم المسؤولية المدنية<sup>1</sup>.

كما أنّ عقد التأمين لا يشمل جميع المخاطر وذلك لسبب إما لأنها لا تصلح بطبيعتها لأن تكون محلا لهذا النوع من العقود<sup>2</sup>، كأن يكون محل عقد التأمين محددًا في نشاط (تخصص) طبي محدد كأمراض الفم، ويطلب الطبيب بتدخل المؤمن لتعويض المريض جراء خطأ ارتكبه أثناء ممارسته لنشاط آخر<sup>3</sup>.

وقد لا يشمل عقد التأمين جميع المخاطر بسبب وقوعها خارج نطاق ممارسة النشاط الطبي المعني بالتأمين، ومن أمثلة هذه المخاطر؛ تلك المخاطر التي تنتج عن الأخطاء العمدية للمؤمن له وهذا على عكس أن عقد التأمين يشمل نتائج أخطاء تابعي ومساعدتي الطبيب أيا كانت طبيعة هذه الأخطاء<sup>4</sup>، أو تلك المخاطر التي تصيب أفراد أسرة المؤمن له (الطبيب)، أو تلك الأضرار الناتجة عن تصرفات وأفعال ممنوعة بنصوص قانونية أو لائحية.

كما لا يشمل عقد التأمين التعهدات الخاصة للمؤمن له (الطبيب) والتي تتجاوز النطاق المتفق عليه بين المؤمن والمؤمن له في عقد التأمين<sup>5</sup>. إضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز أن يضمن المؤمن ما قد حُكم به على الطبيب المؤمن له من غرامات أو مصادرات نتيجة ارتكابه جريمة جنائية وذلك تطبيقاً لمبدأ "شخصية العقوبة"، كأن يستعين ببديل أو تابع دون أن يكون مرخصاً لأي منهما بمزاولة أعمال الطب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: المرجع السابق، ص. 177-178.

<sup>2</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 122.

<sup>3</sup> قد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 1994/12/06، وقررت في حيثيات حكمها: "أن محكمة الاستئناف قد ذهبت إلى أن عقد التأمين المبرم بواسطة الطبيب المؤمن له كان محددًا بتخصصه في الطب -أمراض الفم-، وأنه لم يعلن للمؤمن عن ممارسته لنشاط آخر، إلا بعد تحقق الكارثة، ولما كان هذا الأخير لا يدخل في نطاق الضمان فإن الطعن غير مقبول.

Cass.Civ. Ire. 06/12/1994, Bull.civ. 1994. n°363.

نقلا عن، أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: المرجع السابق، ص. 177-178.

<sup>4</sup> ونصت على هذا الشرط المادة 178 الفقرة الثابتة والثالثة من الأمر رقم 75-58 والمتضمن القانون المدني على أنه: "...يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

ولكن رغم دقة هذه الملاحظة فإنه من النادر العمل بهذا الشرط، حيث لا يخلو عادة عقد التأمين من شروط يُدرجها المؤمن مستبعدا لها الضمان عن بعض المخاطر. حيث كما هو غني عن البيان بأن عقد التأمين بوجه عام يتميز بأنه عقد إذعان.

<sup>5</sup> عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 122.

<sup>6</sup> لا يتناول الحظر الأثر المدنية للحكم الجنائي، فهذه يجوز التأمين منها، ولذلك فإن التعويض المدني الذي قد يحكم به بالتبعية للعقوبة الجنائية التي يُقضى بها على الطبيب، كما يجوز أن يضمنه عقد التأمين من المسؤولية لأنه لا يحمل صفة الردع أو العقوبة. أشرف جابر: المرجع السابق، ص. 203.

كما يثار تساؤل حول إمكانية التأمين من المسؤولية الطبية بدون خطأ إلى جانب المسؤولية القائمة على أساس الخطأ؟ ويجب عن هذا التساؤل كل من الفقيه "Tunc" قائلاً بأن التأمين من المسؤولية الطبية يكون شاملاً المخاطر الطبية كافة، وذلك لأن التأمين الخالي من المسؤولية ينحاز إلى الأطباء على حساب المرضى، ويمكن التغلب على ذلك عن طريق التحول إلى نظام آخر وهو أن يبرم الطبيب تأميناً يغطي النتائج غير العادية التي تنشأ عن العلاج أو التدخل الجراحي. وأكد هذا القول الفقيه "Lamber-Faivre" بقوله بأن تأمين المسؤولية بدون خطأ هو يغطي لكافة المخاطر، وهو أفضل لأنه يؤدي إلى تعويض المريض<sup>1</sup>.

وبين الرأيين السابقين يأتي رأي الفقيه "Savatie" ليقف موقفاً وسطاً بينهما فعلى الرغم من أنه أكد ضرورة الاعتراف بالمكانة التي احتلتها نظرية المخاطر في القانون الفرنسي، وهو ما لا يمكن تجاهله، لما تحققه هذه النظرية من عدالة في إصلاح الضرر في الحال - وهو ما لا يطمح المضرور ولا الرأي العام إلى أكثر منه - إلا أنه يذهب إلى أن هذه النظرية لا يمكن أن تلعب إلا دوراً مكملاً لنظرية الخطأ. وبالتالي يمكن القول بأن الفقيه "Savatie" قد أخذ بنظرية مختلطة، ووفقاً لهذا النظر يكون الأصل أن يغطي عقد التأمين المسؤولية المدنية للطبيب القائمة على الخطأ، مع إمكانية أن يغطي -إضافة إلى ذلك- تلك التي تتحقق دون خطأ، وذلك في الأحوال التي لا يمكن أن يعزى فيها الضرر الذي يصيب المريض إلى خطأ الطبيب<sup>2</sup>.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالتأمين الإجباري من المسؤولية في بعض المجالات الطبية استثناءً على الأصل العام، بالمسؤولية بدون خطأ، والتي تقوم على فكرة الالتزام بتحقيق نتيجة، وذلك في عمليات نقل الدم بموجب لائحة يونيو 1980م، وفي مجال التجارب الطبية بموجب قانون 20 ديسمبر 1988م<sup>3</sup>.

كما نص المشرع الفرنسي على نظام التأمين الإلزامي في المادة 2-1142 L من قانون الصحة العامة، وضمن في هذه المادة المسؤولية المدنية والإدارية عن الأضرار التي يحدثها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون في القطاع العام والخاص باستثناء الدولة، الناتجة عن العمل الطبي لهؤلاء الأشخاص في مجال الوقاية أو التشخيص أو العناية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: المرجع السابق، ص. 178-179.

<sup>2</sup> أشرف جابر: المرجع السابق، ص. 186-187.

<sup>3</sup> أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: المرجع السابق، ص. 178-179. ولمعرفة أكثر تفاصيل حول هذه المجالات، راجع: أشرف جابر: المرجع السابق، ص. 372 وما بعدها، والصفحة 413 وما بعدها.

<sup>4</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص. 130.

## الفرع الثاني

### التعويض عن طريق التضامن الوطني

لقد أشرنا سابقاً بأن القضاء - الفرنسي على وجه الخصوص - قد قطع أشواطاً كبيرة من التطور وذلك كله لأجل تحقيق أكبر حماية للمتضررين من النشاط الطبي، وقد كانت بداية هذا التطور تحويره لمفهوم الخطأ وإعطائه تفسير جديد للنصوص القانونية<sup>1</sup>، وصولاً إلى إقرار المسؤولية على أساس الضرر، يتم فيها تعويض المتضررين من النشاط الطبي بدون اشتراط وقوع خطأ من المسؤول عن هذه الأضرار<sup>2</sup>.

ونتيجة لهذا التوجه الساعي نوح تحقيق أكبر حماية للمتضررين وتعويضهم، أقر المشرع الفرنسي نظاماً خاص يكمل به الآلية الجماعية للتعويض المتمثلة في التأمين من المسؤولية الطبية - السابق التطرق لها -، وخاصة مع كثرة الأضرار التي يتعرض لها المتعاملون مع الجهات التي تقدم خدمات طبية سواء كانت وقائية أو تشخيصية أو علاجية، وتتمثل هذه الآلية الجديدة في إنشاء صندوق التعويض عن طريق التضامن الوطني المبني على أساس فكرة التضامن الوطني (الاجتماعي).

وعلى هذا الأساس فإن دراستي في هذا الفرع سأتناول فيها فلسفة التعويض بواسطة صندوق التعويض عن طريق التضامن الوطني (البند الأول)، ثم سأتطرق إلى نطاق التعويض عن طريق هذا الصندوق (البند الثاني)

### البند الأول: فلسفة التعويض عن طريق التضامن الوطني

بالرغم من المزايا التي يحققها التأمين من المسؤولية بشكل عام من حصول المضرور على تعويض، إلا أن هذا الأخير قد يواجه صعوبات كبيرة حتى يستقر مبلغ التأمين في يده، فقد يواجه إعسار المسؤول أو إفلاس الشركة المؤمنة<sup>3</sup>. كما أن هناك حالات أخرى تخرج عن حدود تلك الحماية التي يقرها نظام التأمين من المسؤولية، كعدم إبرام المسؤول عقد تأمين من مسؤوليته، أو أن يكون مبلغ التأمين غير كاف لجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور.

ولذلك كانت الحاجة تكون ماسة إلى سد الثغرات التي قد تعتري التأمين كآلية أساسية للتعويض، وسبيل ذلك هو إنشاء ما يسمى بصندوق الضمان (التعويض) وذلك باسم التضامن الوطني<sup>4</sup>. وبالتالي سارع المشرع الفرنسي في البداية - وذلك استجابة للمبادئ التي قررتها محكمة النقض الفرنسية، حيث أصدرت عدداً من

<sup>1</sup> أنظر، الصفحة 155 وما بعدها، والصفحة 163 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر، الصفحة 171 وما بعدها.

<sup>3</sup> أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة: المرجع السابق، ص. 238.

<sup>4</sup> أشرف جابر: المرجع السابق، ص. 455.

المبادئ التي من شأنها كفالة حماية قانونية حقيقية للمضرورين نتيجة للاعتداء على حياتهم أو على سلامتهم في المجال الطبي وعدم تعويضهم بسبب هذه الثغرات-، إلى إنشاء صندوق وطني لتعويض ضحايا الأضرار الناتجة عن الإصابات بفيروس الإيدز عن طريق نقل الدم أو الحقن بمواد مشتقة من مركباته، ثم ضمان حقوق المرضى بموجب الإصلاح الشامل الذي شهدته قانون الصحة العامة<sup>1</sup>.

ويرتكز نظام التعويض عن طريق التضامن الوطني بأنه يمثل المرحلة الثالثة والأخيرة في تعويض المخاطر الطبية، حيث تأتي قبله مرحلتان أساسيتان، الأولى هي إصلاح قواعد المسؤولية الطبية باعتراف مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الضرر نُحَدِّدُ بها صعوبة إثبات المسؤولية كما هو الحال في المسؤولية الشخصية، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي تعتمد على إبرام عقد التأمين من المسؤولية الطبية، وأخيرا يبرز دور نظام صندوق الضمان، كنظام تكميلي، يتقرر للمضرور الذي لا يحصل على تعويض كامل للأضرار التي أصابته، والتي تعذر تغطيتها بواسطة عقد التأمين<sup>2</sup>.

فنظام التضامن الوطني يقوم على أساس تحمل الجماعة أعباء الأضرار التي تحصل للمرضى بمناسبة انتفاعهم من الخدمات الصحية التي تقدمها المؤسسات الصحية العامة والخاصة، وهذا ما يتبين لنا من خلال المصادر المالية للمكتب الوطني للتعويض عن الأضرار الطبية الذي أنشأ بموجب قانون 04 مارس لسنة 2002م للتعويض على أساس التضامن الوطني<sup>3</sup>، حيث أنه يُموَّل بواسطة التقديرات والتبرعات المختلفة وفقا للشروط المحددة بموجب المادة 2-174.L من قانون الصحة العامة الفرنسي<sup>4</sup>.

كما أن نظام التضامن الوطني له أهمية كبيرة تتجلى في أنه يمثل نظاما جديدا للتسوية الودية يضمن تعويض المضرورين في إطار التضامن الوطني، ينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته لجهاز حكومي يطلق عليه "الديوان الوطني لتعويض أضرار الحوادث الطبية"، حيث لم يعد هناك من مجال للجوء إلى الطريق القضائي إلا في حالات

<sup>1</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص.291.

<sup>2</sup> أشرف جابر: المرجع السابق، ص.458.

<sup>3</sup> وذلك بموجب المادة 98 من قانون 303 الصادر في 04 مارس لسنة 2002م والتي أضافت المادة L.1142-22 إلى قانون الصحة العامة الفرنسي وقد جاء فيها ما يلي:

" L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé. Il est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, dans les conditions définies au II de l'article L. 1142-1, à l'article L. 1142-1-1 et à l'article L. 1142-17, des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ainsi que des indemnisations qui lui incombent, le cas échéant, en application des articles L. 1142-15, L. 1142-18 et L. 1142-24-7 ". Disponible au site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>4</sup> أحمد عيسى: المرجع السابق، ص.136-137.

نادرة على المستوى العملي، وإن كان القانون قد كرس الطابع الاختياري لهذا القانون، حيث يحق للضحايا الاختيار بحرية بين الطريقتين الودي أو القضائي<sup>1</sup>.

### البند الثاني: نطاق التعويض عن طريق التضامن الوطني

لم يتخلى المشرع الفرنسي عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الطبية، وكذلك لم يستبعد فكرة الضرر كأساس لهذه المسؤولية، وإنما عمل بهذه الأخيرة في نطاق محدود. وبما أن التعويض عن طريق صندوق الضمان هو عبارة عن تعويض مستقل عن القواعد التقليدية لمسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ، فإنه كذلك يكون الإعمال به في نطاق محدود، أي أن يكون عبارة عن تعويض تكميلي فقط في حالة إذا ما لم يتم إثبات خطأ طبي صادر من طرف الطبيب نتج عنه ضرر.

ومما يبرز صحة هذا القول ما نصت عليه المادة 1-1142 L. الفقرة الثانية من قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث جاء فيها ما يلي: " عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى<sup>2</sup>، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي أو علة علاجية المنشأ أو أحماج المشفى<sup>3</sup>، يعطي للمريض أو لورثته في حالة وفاته الحق في تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني، وذلك عندما تكون هذه الأضرار ناجمة مباشرة عن الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، وتكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية وكذلك التطور المتوقع لها، وأن تمثل هذه النتائج طابعا جسيما يحدد بموجب مرسوم، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى مقدار فقدان القدرة الوظيفية، وأثرها على الحياة الخاصة والمهنية، مع الأخذ بعين الاعتبار درجة العجز الدائم أو الوظيفي. ويجب أن يكون الضرر المسبب للعجز البدني أو العقلي والواجب التعويض تحت نطاق التضامن الوطني أن تتعدى نسبته 25% ويتم تحديدها بموجب مرسوم<sup>4</sup>."

<sup>1</sup> أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 294.

<sup>2</sup> جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة ما يلي: " باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، لا يسأل محترفو الصحة، وكذلك كل مؤسسة، مصلحة أو هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية و التشخيص أو بالعلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ".

<sup>3</sup> عرّف البلاغ الصادر عن وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية الفرنسي بتاريخ 1988/10/13 الأضرار الناتجة عن الأحماج بأنها هي تلك الأضرار التي تتعلق بكل مرض سببته جراثيم أو ميكروبات أصابت مريضا بعد قبوله في مؤسسة صحية، إما للبقاء فيها أو لتلقي العلاج دون البقاء فيها، سواء ظهرت أعراض تلك الالتهابات أثناء إقامة المريض في المستشفى، أو تم التعرف عليها بعد ذلك في أثناء فحص سريري. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 343.

كما نشير إلى أن أول قضية أثارت هذه الحالة هي قضية "Cohen" بتاريخ 1960/11/18. حيث أصيب فيها المدعي بعدوى ناتجة عن دخول جرثومة في جسم المريض بعد دخوله للمستشفى وخضوعه لعمليتين جراحيتين، يظهر أن هناك خطأ في تنظيم وتسيير العمل في المرفق الطبي. أحمد عيسى: المرجع السابق، ص. 70-71.

<sup>4</sup> Article L1142-1 du CSP. Disponible au site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

إذن يتبين لنا من هذه المادة بأن التعويض عن طريق التضامن الوطني لا يكون إلا في مجالات محددة ووفق شروط معينة؛ ففيما يتعلق بمجال تطبيق هذا التعويض فيكون في حالتين: الحالة الأولى تتعلق بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية أو العلاجية وعدوى المشافي الناجمة عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج. والحالة الثانية تتعلق بالتعويض عن أضرار الناتجة عن عيب في منتج صحي.

أما فيما يخص شروط تطبيق التعويض عن طريق التضامن الوطني فإنه يجب أولاً انتفاء الخطأ وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 1-1142.L. كما يجب أن يكون الضرر متعلق في الحالات المذكورة أعلاه. و أن يكون الضرر نتيجة القيام بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج. إضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يتصّف هذا الضرر بأنه ضرر غير عادي (استثنائي)<sup>1</sup> وجسيم<sup>2</sup> وأن يتسبب هذا الضرر في عجز بدني أو عقلي بنسبة تفوق الخمسة وعشرون %25.

وبالتالي يتبين لنا أنه تم تحديد الشروط اللازمة لقبول المسؤولية بدون خطأ في مجال الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية، وذلك لأجل الحد من تطبيق هذا النوع من المسؤولية من جهة ومن جهة أخرى كي لا تثقل كاهل الخزينة العامة وتحددها بمخاطر جسيمة.

<sup>1</sup> راجع بخصوص هذا الشرط، قضية Bianchi حيث كانت أول قضية أثار هذا الشرط، السابق ذكرها في الصفحة 178.  
<sup>2</sup> راجع بخصوص هذا الشرط، قضية Gomez حيث كانت أول قضية أثار هذا الشرط، السابق ذكرها في الصفحة 180.



الجازمة

كان ولا يزال لتقنية الهندسة الوراثية دور فعال في شتى مجالات الحياة بدأ بمجال الإثبات، بحيث استعان الإنسان بهذه التقنية في الإثبات المدني سواء كان هذا الإثبات متعلق بالنسب أو بإثبات الشخصية بنوعيه إثبات للجنسية أو للهوية، كما تم الاستعانة كذلك بهذه التقنية في مجال الإثبات الجنائي.

ونظرا لهذا النجاح فقد اتجهت أنظار فقهاء القانون والشريعة الإسلامية إلى تقنية الهندسة الوراثية، ففقهاء القانون حاولوا وضع الضوابط القانونية لهذه التقنية قصد التمكين من استخدامها لصالح الفرد والمجتمع ككل فتم الإشارة إلى جواز العمل بهذه التقنية في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية، وهذا على عكس بعض التشريعات المقارنة التي أحازت اللجوء إلى استخدامها صراحة وقامت بتنظيمها. أما عن فقهاء الشريعة الإسلامية فلم يقفوا ساكنا وسارعوا في وضع الضوابط الشرعية لهذه التقنية والاجتهاد في توضيح موقف الشريعة الإسلامية منها، ومن ثم أضفوا عليها طابع الجواز باستخدامها ولكن بتقييدها، بحيث ذهب أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين إلى جواز هذه التقنية بشرط وجوب تقديم النصوص والقواعد الشرعية عليها في مجال إثبات النسب، أما في المجال الجنائي فأجازوا العمل بها ولكن في غير جرائم الحدود والقصاص.

أما في مجال استخدام تقنية الهندسة الوراثية في مجال إثبات الشخصية، فوجدنا أن الفقه القانوني والإسلامي لم يمنعا العمل بها في مجال إثبات الجنسية وإثبات الهوية. فقد أحالنا قانون الجنسية إلى قانون الأسرة الذي أحاز استخدام الوسائل العلمية والتي من بينها تقنية فك الشفرة الوراثية في إثبات رابطة البنوة بقصد إثبات الجنسية، أما عن إثبات الهويات عن طريق تقنية الهندسة الوراثية وذلك لأجل التعرف على المفقودين وضحايا الكوارث وغيرهم، فلم يمنع كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ذلك صراحة ولكنه أجازها ضمنا، على عكس القانون الفرنسي.

وإضافة إلى ما سبق، ونتيجة للأبحاث التي اتجهت إلى تقنية الهندسة الوراثية واكتشاف تركيب المادة الوراثية للإنسان بحيث بات من الممكن تعديلها والتلاعب فيها، فقد أدخلها رجال الطب والبيولوجيا إلى مجال آخر أكثر خطورة - نظرا لتعلقه بجسم الإنسان بل وحتى بما يحيط بالإنسان من حيوان ونبات وبيئة-، ألا وهو المجال الطبي والعلمي، إذ تم الاستعانة بتقنية الهندسة الوراثية لأجل تشخيص الأمراض أو علاجها، وهذا نظرا لفعاليتها في هذا المجال، ولكن للأسف الشديد هذا لم يشبع الشهوة العلمية للعلماء والأطباء والبيولوجيين، بحيث أدخلوا علم الهندسة الوراثية في المجال العلمي محاولين استخدامه في التلاعب بالصفات الوراثية للإنسان واستنساخها بدون قصد العلاج، ومن ثم اتفق رجال القانون والفقه الإسلامي إلى منع العمل بهذه التقنية في هذا المجال دون المجال الطبي، وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة في قوانينه الداخلية على عكس بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي.

ولما كانت دراسة مجالات استخدام تقنية الهندسة الوراثية لها أهمية كبيرة في معرفة فوائد هذه التقنية، كان لزاماً علينا أن نبحث عن الأضرار المترتبة على استخدام هذه التقنية، بحيث تطرقنا أولاً إلى تبيان أحكام الضرر الواجب التعويض القانوني، لأنه لا يمكن لنا أن نعطي وصف ضرر ناتج عن استعمال شيء ما دون أن نبين القواعد التي تحكم هذا الضرر، وقد بينا أن الضرر مضمونه نوعين ضرر عادي يكون بسبب خطأ صادر من أي رجل عادي كضباط الشرطة الذين يقوم باستخدام تقنية الهندسة الوراثية لصالحهم كالإطلاع عن الأسرار الوراثية للمتهمين، وضرر طبي يكون بسبب أخطاء ارتكبتها الأطباء سواء أثناء التشخيص أو العلاج أو أثناء القيام بتجارهم الطبية باستخدام تقنية الهندسة الوراثية. كما بينا نوعاً للضرر الذي يرتكبه هؤلاء وشروط تحققه، بحيث لا يمكن التعويض عن هذا الضرر إلا إذا كان ضرراً مادياً أو أدبياً أو يجمعهما، كما أنه لا يمكن التعويض عن هذا الضرر دون شرط أن يكون هذا الضرر نتيجة إخلال بحق أو بمصلحة مالية ومشروعة، وأن يكون الضرر محققاً.

ولإضفاء أكبر حماية للمتضررين عن استخدامات الهندسة الوراثية، حاولنا البحث في الفصل الثاني من هذا الموضوع، عن أسس وكيفية التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية، بحيث وجدنا نقص تشريعي في هذا المجال مما دفعنا إلى التوجه إلى اللجوء إلى المفاهيم العامة للمسؤولية المدنية؛ بحيث أن التعويض قد يكون وفقاً للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، وقد يكون وفقاً لقواعد مستقلة عنها. فيكون التعويض بالنسبة للحالة الأولى مبني على أساس التقسيم التقليدي للمسؤولية المدنية وبالكيفية التقليدية، إذ يكون أساس المسؤولية إما بسبب خطأ تقصيري متمثل في إخلال الطبيب بالتزاماته القانونية، أو يكون بسبب خطأ عقدي متمثل في إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية، وقد تعرضنا إلى شرح مفصل حول القواعد التي تحكم هذا الخطأ؛ وذلك بتعريف هذا الخطأ بنوعه عاديًا كان أو طبيًا، كما بينا عناصره ومعياريه، وكذا طريقة التعويض عن الضرر الناتج عنه.

وقد بينا بأن أساس المسؤولية هنا قد خضع إلى تطور كبير كان سببه ضغط الفقه بحيث دأب القضاء على القول بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية أساسها الخطأ التقصيري، ثم عدل عن رأيه وتبنى فكرة الخطأ العقدي كأساس لهذه المسؤولية وذلك منذ صدور قرار "ميرسي". كما شرحنا الشروط الواجب توافرها لتبني هذا الأساس، بحيث لا يمكن لنا أن نقول أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية بدون وجود عقد صحيح يجمع بين الطبيب والمريض، وأن ينشأ ضرر نتيجة إخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته.

أما عن كيفية التعويض وفق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، فقلنا أنه يكون بإتباع أحد الطريقتين، الأولى يكون قضائي، بتدخل القاضي في تحديد مقدار التعويض وفق مراعاة عناصر موضوعية وشخصية في ذلك، ويكون تحديده وقت صدور الحكم. ولكن هذا التدخل لا يمكن العمل به إذا اتفق الطرفان بإتباع الطريقة الثانية للتعويض، وهي

التعويض الإتفاقي، بحيث يتفق المضرور مع المتسبب بالضرر في تحديد مقدار التعويض مسبقاً قبل وقوع الضرر. ولكن هذا لا يعني بأن القاضي ليس له سلطة التدخل في تقدير هذا التعويض، بحيث مكّنه المشرع بسلطة التدخل بشرط أن يكون يطلب أحد الطرفين في تعديل مقدار التعويض إما بالزيادة فيه أو بالإنقاص منه.

ولما كان التعويض على أساس القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، لم يتلاءم مع قواعد العدالة، بحيث بقي أغلب المتضررين عاجزين عن إثبات حقهم نظراً لصعوبة إثبات الخطأ الطبي. سارع الفقه إلى البحث عن قواعد جديدة يسعون من خلالها إلى تسهيل إثبات أخطاء الأطباء وتيسير تحصل المضرور للتعويض المناسب، بحيث قاموا أولاً بتحويل فكرة الخطأ الواجب الإثبات إلى خطأ مفترض، يقوم على فكرة أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع خطأ من الطبيب. ثم توجه الفقه إلى تبني فكرة الخطأ المهني، يقوم على فكرة التخلي عن البحث عن نوعية الخطأ الطبي المرتكب هل هو عقدي أم تقصيري، إذ تتحقق مسؤولية الطبيب بمجرد ارتكابه خطأ مهني مترتب عن الإخلال بالواجبات المهنية التي تتضمن قواعد المهنة الطبية.

ولكن سرعان ما تبين بأن فكرة تحويل الخطأ بقيت عاجزة عن تحقيق العدالة التي كانت ترحى منها، وبالتالي تم التوجه نحو البحث عن أساس جديد يحقق حماية أكبر وتعويض أكبر فئة من المتضررين، ومن هذا المنطلق تم الاعتماد على فكرة أخرى تقوم على أساس أن الضرر هو أساس المسؤولية، و التخلي عن عناء البحث عن وجوب تحقق الخطأ من عدمه، وقد دافع عن هذه الفكرة كل من فقهاء القانون الخاص والعام.

ولما كانت أسس التعويض مستقلة عن الأسس المعمول بها في المسؤولية المدنية التقليدية، فإنه لا مجال أن يكون التعويض وفق هذه الأسس المستقلة مختلفاً عن التعويض المعمول به في المسؤولية المدنية التقليدية؛ بحيث يكون التعويض وفق المفهوم الحديث عن طريق آلية جديد ممتثلة في الأنظمة الجماعية للتعويض، يكون الغرض منها تدعيم الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية، ويكون ذلك إما التعويض عن طريق التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بحيث تتكفل شركة أو مؤسسة مسؤولية التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ من الأخطاء الطبية سواء تم إثبات هذا الخطأ الطبي أم لا.

وقد يكون التعويض عن طريق آلية جديد استحدثها المشرع الفرنسي وهي التعويض عن طريق التضامن الوطني، وقد جاء هذا النوع من التعويض كتكملة للتعويض بطريق التأمين وسد ثغراته؛ وذلك بتكفله بالتعويض عن الحالات التي تخرج عن حدود تلك الحماية التي يقرها نظام التأمين كحالة عدم إبرام المسؤول عقد تأمين من مسؤوليته، أو أن يكون مبلغ التأمين غير كاف لجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور.

وفي الأخير توصلنا إلى أن تقنية الهندسة الوراثية في تطور مستمر، فكل يوم يظهر لنا استخدام جديد لهاته التقنية، كما أن المسؤولية الطبية المدنية هي كذلك ليست ثابتة وغير مستقرة ويظهر هذا في الأخذ والرد بين الفقهاء حول قواعد مسؤولية طبية موحدة، فنجد توجه فقهي يقيم مسؤولية الطبيب وفق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، ومن جهة أخرى نجد توجه فقهي آخر يقيم هذه المسؤولية على أسس مستقلة عن هاته القواعد وتسعى لتحقيق عدالة وحماية أكبر للمرضى المتضررين من التدخلات الطبية وبالأخص التدخلات ذات الصلة بتقنية الهندسة الوراثية.

وبعدما تطرقنا إلى أهم العناصر التي جاءت في هذه الدراسة، رأينا أنه من الواجب علينا أن نبين أهم التوصيات التي وصلنا إليها والمتمثلة في ما يلي:

أولاً- مراجعة القوانين التي تستعمل فيها وسائل الإثبات العلمية وخاصة قانون الأسرة وقانون الإجراءات الجزائية والقانون المدني، وذلك بأن تتطرق صراحة إلى تقنية تحليل البصمة الوراثية كوسيلة علمية للإثبات، لتجنب كل إشكال أو سوء تفسير من قبل القضاة.

ثانياً- إصدار تنظيم خاص يتطرق إلى تنظيم البصمة الوراثية، ويبين ضوابط العمل بها والجهات المخولة بذلك، فيكون بذلك كمصدر تستند إليه القوانين التي تستعين بتقنية البصمة الوراثية في شتى المجالات.

ثالثاً- مراجعة وتعديل قانوني الصحة العمومي ومدونة أخلاقيات الطب، وذلك تماشياً مع التطورات العلمية والطبية والبيولوجية، خاصة ما تعلق بمسألة العلاج والتشخيص بتقنية الهندسة الوراثية وكذلك استخدامها في مجال التجارب الطبية وتبيان موقف القانون من هذه المسائل وذلك وفقاً لرأي فقهاء الشريعة الإسلامية.

رابعاً- إصدار قانون يتعلق بالمسؤولية المهنية عموماً والمسؤولية الطبية خصوصاً، يتطرق فيه المشرع إلى شرح أكبر حول الأخطاء الطبية وكيفية إثباتها، كما يجب أن يستحدث فيه فريق تحقيق متخصص في التحقيق في الخطأ الطبي وإثباته مكون من ممثلي المجتمع المدني وأطباء مختصين في المجال الذي وقع فيه الخطأ الطبي، وبشرط أن يكون هؤلاء لا يمارسون عمله في نفس مكان ممارسة عمل الطبيب المخطئ.

خامساً- ضرورة الإسراع إلى إنشاء صندوق خاص بضحايا الأخطاء الطبية تحت غطاء هيئة وطنية مستقلة تضم جميع القطاعات المعنية من وزارة الصحة ووزارة العدل، وممثل عائلات ضحايا الأخطاء الطبية، ومثلي حقوق الإنسان ومثلي مجلس أخلاقيات الطب، ويكون ممول من طرف الدولة والمجتمع ككل، وذلك قصد تمكين المتضررين من الحصول على حقهم في التعويض المناسب وتحقيق أكبر قدر من العدالة.

# قائمة المراجع والمصادر

## القرآن الكريم

### ❖ المراجع باللغة العربية:

#### 1- المراجع الفقهية الشرعية:

##### أ- الكتب والمؤلفات:

- بسام محمد القواسمي: أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2010.
- حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ب.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
- خالد محمد شعبان: مسؤولية الطب الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- رشيدة بن عيسة: الاستنساخ البشري (دراسة طبية فقهية قانونية)، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- زبيدة إقورفة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، ب.ط، دار الأمل، الجزائر، 2012.
- عارف علي عارف القره داغي وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- \_\_\_\_\_، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة فقهية مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- فانتن البوعيشي الكيلامي: الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج - أسانيدها ومقاصدها - (دراسة مقارنة)، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- فرج محمد محمد سالم: وسائل الإحصاب الطبي المساعد وضوابطه (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، مصر، 2012.

- وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء التاسع، ب.ط، دار الفكر، دمشق، 2012.
- \_\_\_\_\_: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، ب.ط، دار الفكر، دمشق، 2012.

#### ب- البحوث والمقالات:

- أبو الوفاء محمد أبو الوفا إبراهيم: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.
- إسماعيل حسن الحميري: ضوابط العدالة في التحقيق الجنائي (دراسة علمية شرعية)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، كلية العلوم الإسلامية، قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2012.
- سالم نجم: المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط.2، العدد 10، مكة المكرمة، 2013، المملكة العربية السعودية.
- عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- \_\_\_\_\_: مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الجزء 03، ط.1، الجامعة الإسلامية الدولية بماليزيا، 2011.
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: طبيعة المسؤولية المدنية عن ضرر الخطأ المهني للطبيب ونطاق نضمانه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون المنعقد يوم 7 إلى 9 ماي 1998م، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع كلية الطب والعلوم الصحية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول.
- عبد الناصر أبو البصل: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- \_\_\_\_\_: عمليات التنسيل (الاستنساخ) وأحكامها الشرعية، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الثاني، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.



- علي محي الدين القره داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشر، العدد 16، سنة 2013، مكة المكرمة.
- عمران مفتاح أحمد زقلموم: مدي مشروعية الدليل المستمد من تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، بحث مقدم لقسم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2012-2013.
- القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في الدورة السادسة عشرة بمكة المكرمة: في المدة من 5-10 جانفي 2002، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 27، العدد 30، لسنة 2013، مكة المكرمة ، ص.383.
- محمد عثمان شبير: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، بحث ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.1، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

### ج- رسائل الدكتوراه والماجستير

- ابتهاج محمد رمضان أبو جزر: العلاج الجيني للخلايا البشرية (في الفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة.
- تکر الحاج موسى: القضايا المعاصرة المتعلقة بحفظ النسل (دراسة مقاصدية)، رسالة دكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2013.
- شهرزاد بوسطلة: جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، قسم الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2013-.
- عبد المجيد طيبي: الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003-2004.
- عبد الهادي بن زيطة: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة لنماذج تطبيقية)، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة ، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2005-2006.

- فادية محمد توفيق أبو عيشة: موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين (دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية)، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012.

## 2- المراجع القانونية:

### أ- الكتب والمؤلفات العامة:

- العربي بلحاج: بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ب.ط، د.م.ج، الجزائر، 2014.
- حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، الجزء الأول، ب.ط، شركة التامس للطبع والنشر المساهمة، العراق، 2006.
- \_\_\_\_\_: المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- تحليل أحمد حسن قداة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، ط.4، د.م.ج، الجزائر، 2010.
- عبد الحكم فوده: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، ب.ط، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، 1996.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام-)، الجزء الأول، ب.ط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952.
- \_\_\_\_\_: الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود الواردة على العمل -المقاولة، الوكالة، الوديعة والحراسة-)، الجزء السابع، المجلد الأول والمجلد الثاني، ب.ط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964.
- عبد الله مبروك محمد النجار: مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- عبد الملك يونس محمد: أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها (دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج)، ط.1، مطبعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 1999.
- علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني، ط.5، د.م.ج، الجزائر، 2003.
- علي فيلاي: الإلتزامات (الفعل المستحق التعويض)، ط.3، دار موفم للنشر، الجزائر، 2012.

- \_\_\_\_\_: الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، ب.ط، دار موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- لاشين محمد يونس الغاياتي: دروس في مصادر الإلتزام، ب.د.ن، 2004.
- لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المسؤولية الإدارية ( الكتاب الأول، المسؤولية على أساس الخطأ)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- \_\_\_\_\_: دروس في المسؤولية الادارية (المسؤولية على أساس الخطأ) ، الكتاب الأول، ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- \_\_\_\_\_: نظام المسؤولية في القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2013.
- محمد حسين منصور: مبادئ القانون، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2006.
- نبيل إبراهيم سعد عوض: النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004.

#### ب- الكتب والمؤلفات المتخصصة:

- إبراهيم صادق الجندي و حسين حسن الحصري: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، ط.1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2002.
- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- أحمد حسن عباس الحياوي: المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص (في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري)، ب.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- أحمد عبد الكريم موسى الصرايره: التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة)، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- أحمد عيسى: مسؤولية المستشفيات العمومية (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي، لبنان، 2008.
- أسامة أبو الحسن محمد مجاهد: تعويض الطفل عن ميلاده معاقا، ب.ط، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- أسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

- أمال بكوش: نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
- أنس محمد عبد الغفار: الأطر القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي)، ب.ط، دار الكتب القانونية للنشر ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات العربية المتحدة، 2014.
- باديس ذيلبي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ب.ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- ثروت عبد الحميد: تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
- جيلالي تشوار: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ب.ط، د.م.ج، الجزائر، 2001.
- حمد بن عبد الله السويلم، إنعكاسات استخدام المادة الوراثية وتأثيراتها المحتملة على الأمن الوطني، ط.1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011.
- دانييل كيفلس وليروي هود، ترجمة أحمد مستحير: الشفرة الوراثية للإنسان، ب.ط، عالم المعرفة، الكويت، 1997.
- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ: أحكام الهندسة الوراثية، ط.1، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007.
- سعدي إسماعيل البرزنجي: المشاكل الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة (دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة)، ب.ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
- سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، ط.1، دار كليك للنشر، الجزائر، 2008.
- صلاح الدين جمال الدين: النظام القانوني للجنسية في الدولة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ب.ط، دار الفكر الجامعية، 2004.
- طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات (المدنية والجناحية والتأديبية)، ط.2، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2000.

- عبد القادر حضير: قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- العربي بلحاج: الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان (دراسة مقارنة)، د.م.ج، الجزائر، 2011.
- \_\_\_\_\_: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، ب.ط، د.م.ج، 2007.
- عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط.2، ب.د.ن، مصر، 1992.
- عز الدين حروري: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، ب.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- عصام احمد البهجي: تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.
- علي هادي عطية الهيلالي: المركز القانوني للجنين (في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- فؤاد عبد المنعم أحمد: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المكتبة المصرية، ب.ط، مصر، ب.س.ن.
- كريم عشوش: العقد الطبي، ب.ط، دار هومة لطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- كمال محمد السعيد عبد القوي عون: الضوابط القانونية للاستنساخ (دراسة مقارنة)، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 1998.
- محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ب.ط. دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- \_\_\_\_\_: نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، ب.ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- محمد عبد الظاهر حسن: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية (دراسة تطبيقية على بعض العقود)، ب.ط، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1994.
- محمد علي أحمد: الأغذية المعدلة وراثيا، ب.ط، دار المعارف للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.

- مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- مسعود شيهوب: المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ب.ط، د.م.ج، الجزائر، 2002.
- منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط.1، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2004.
- منصور عمر المعاينة: الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، ط.2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.
- ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي - نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجسدي- (دراسة مقارنة)، ب.ط، درا الجامعة الحديثة، مصر، 2013.
- ناصر عبد الله عبد العزيز الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي، والنسب، ب.ط، ب.د.ن، 2002.
- ناهدة البقصمي: الهندسة الوراثية والأخلاق، ب.ط، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993.
- نصر الدين مروك: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ط.1، د.م.ج، الجزائر، 2003.

### ج- رسائل الدكتوراه والماجستير

- أحمد حسن الحيايري: المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، 2002.
- أحمد شاعة: تعويض الضرر المعنوي المتعلق بالسلامة الجسدية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2012.
- أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013-2014.

- آمال عبد الرحمن يوسف حسن: الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011-2012.
- أمجد عبد الفتاح أحمد حسان: النظام القانوني لتعويض حوادث المرور، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002.
- باسل محمد يوسف قبها: التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
- تركي محمد السعيد: دور المخابر الجنائية في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013-2014.
- توفيق سلطاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية تخصص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011.
- حضرية حنوف: تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010.
- حمد بن سعد بن عمر: الخطأ المفترض وأثره في التعويض (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية تخصص السياسة الجنائية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2013.
- خالد بوزيد: النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.
- داودي مخلوف: الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011.
- ذيب بن سنتيان بن مشامع المطيري: أسس اكتساب الجنسية في النظام السعودي مقارنة بقوانين دول مجلس التعاون الخليجي الأخرى، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية (تخصص السياسة الجنائية)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2010.
- رفيقة عيساني: المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

- زبيري بن قويدر: النسب في ظل التطور العلمي والقانوني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تلمسان، 2011-2012.
- زوليخة هي آمال: الإستنساخ البشري بين الطب والقانون والشرائع السماوية، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة ابن عكنون، 2004-2005.
- سعاد بختاوي: المسؤولية المدنية للمهني المدین، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- سليمان حاج عزام: المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010-2011.
- الشريف بحماوي: التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية و الأساس الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- شفيقة العمراني: إثبات الجنسية والمنازعات المتعلقة بها، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ب.س.ن.
- عامر نجيم: العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام المعقد، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- عبد القادر عملاق: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
- عبد الكريم مامون: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.
- محمد قاسي: النظام القانوني للمتمتع بالجنسية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2009.
- محمود محافظي: البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2011-2012.
- مراد بن صغير: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.



- \_\_\_\_\_: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003.
- معمور بن طرية: مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- مليكة غريب: الاستنساخ بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2002.
- نور الهدى زغبيب: الهندسة الوراثية والحماية الجنائية للجينوم البشري، رسالة ماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.
- وفاء عمران: الوسائل العلمية الحديثة في مجال الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.
- يوسف بوشي: الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

#### د- البحوث والمقالات والمحاضرات

- أحمد هديلي: تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاسه على قواعد الإثبات، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 23 و 24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم إلى ندوة التطلعات الأخلاقية لتطبيقات علوم الوراثة البشرية في العالم العربي المنعقدة ضمن المؤتمر العربي الثاني لعلوم الوراثة البشرية من 20 إلى 22 نوفمبر 2007، المركز العربي للدراسات الجينية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- \_\_\_\_\_: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ماي 2002.
- أم الخير بقوقة: دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الإجتهااد القضائي، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ديسمبر 2010، الجزائر.

- إبراهيم أحمد عثمان: دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.
- إناس هاشم رشيد: تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد 02، 2102، العراق.
- ثروت عبد الحميد: مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، 2002.
- جودت الهندي وأصاله كيوان كيوان: تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، عدد 03، لسنة 2007، سوريا.
- جيلالي تشوار: الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36، رقم 04، سنة 1998، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.ا.س، جزء 41، رقم 01، لسنة 2003، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: النقايس التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، سنة 2002، جزء 39، رقم 01، الجزائر.
- حسن محمد المرزوقي: الفحص الطبي قبل الزواج من منظور إسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.
- خير الدين شامة: الاستنساخ، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 06، لسنة 2008، الجزائر.
- دلال يزيد ومختاري عبد الجليل: المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، م.ع.ق.إ.س، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 03، 2005، الجزائر.
- رقية أحمد بن داود: تحسين النسل البشري في ميزان الأخلاقيات الطبية والإحيائية، مداخلة (غير منشورة) مقدمة إلى اليوم الدراسي الوطني حول أخلاقيات مهنة الطب بين النصوص القانونية والممارسات الواقعية، يوم 05 مارس 2014، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

- زاهية حورية سي يوسف كجار: الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 23 و 24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
  - زبيدة إيقروفة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 01، لسنة 2010، الجزائر.
  - زيري بن قويدر: القضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 8، الجزائر، 2009.
  - سالم سفر الغامدي و عبد الله عبد الرحمن السعدون: واقع ومستقبل المحاصيل المعدلة وراثيا، بحث منشور في موقع جامعة الملك سعود بالسعودية.
- [www.faculty.ksu.edu.sa/Alsadon/Courses/Forms/AllItems.aspx](http://www.faculty.ksu.edu.sa/Alsadon/Courses/Forms/AllItems.aspx)
- سعاد هواري: مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر، مجلة الحجة، الإتحاد الوطني لمنظمة المحامين الجزائريين، منظمة المحامين لناحية تلمسان، عدد 03، جانفي 2012، الجزائر.
  - سليمي الهادي و شهيدة قادة: أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 7، العدد 2، 2014، الجزائر.
  - شكر محمود داود السليم و أحمد حميد سعيد النعيمي: الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، العراق.
  - صالح فواز: تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، عدد 2، لسنة 2009، سوريا.
  - \_\_\_\_\_: دور البصمات الوراثية في القضايا الجزائية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007، سوريا.
  - \_\_\_\_\_: الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 25، جانفي 2006، الإمارات العربية المتحدة.
  - \_\_\_\_\_: منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، سوريا.
  - صالح عبد العزيز الكريم: ماهي الخلايا الجذعية Stem cells؟؟، مجلة العلم والإيمان، العدد 32، أبريل 2009، الجزائر.

- طارق عبد العزيز العبيدي: الضرر الأدبي وكيفية إثباته في المسؤولية التقصيرية (دراسة في القانون العراقي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 1، الإصدار 2، سنة 2012، العراق.
- عباس فاضل سعيد و محمد عباس حمودي: استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 41، 2009، العراق.
- عبد الحفيظ أوسكين و أحمد عمراني: النظام القانوني للأجنة الزائدة عن الحاجة، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي الثاني للفقهاء الإسلاميين الثاني تحت عنوان قضايا طبية معاصرة، في الفترة من 10 إلى 12 أبريل 2010، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص. 06. منشورة في الموقع الإلكتروني: [http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res59/Pages/6\\_53.aspx](http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res59/Pages/6_53.aspx) mise a jour le : 29/12/2014
- عبد الحفيظ أوسكين: النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، بحث ضمن كتاب قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.
- عبد الرحمن خلفي: دور البصمة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة ميرة، بجاية، السنة الرابعة، مجلد 08، عدد 02، 2013، الجزائر .
- عبد الرشيد مامون: المسؤولية عن أخطاء الأطباء في المستشفيات الخاصة، بحث مقدم الى مؤتمر الطب والقانون المنعقد بتاريخ 07 إلى 09 ماي 1998م، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع كلية الطب والعلوم الصحية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول.
- عبد الرشيد محمد أمين قاسم: البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، عدد 23، 2004، المملكة العربية السعودية.
- عبد الكريم مامون: التأمين من المسؤولية المدنية المهنية (الأطباء نموذجاً)، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 07، سنة 2010، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: حق الموافقة على التدخلات الطبية، م. ع. ق. إ. س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 06، لسنة 2008، الجزائر.
- عدنان إبراهيم سرحان: المسؤولية الطبية المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية الطبية)، الجزء الأول، ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- العربي بلحاج: الحدود الشرعية والأخلاقية لتجارب الهندسة الوراثية والجينوم البشري، بحث منشور في الموقع:

[http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=7706#\\_edn2](http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=7706#_edn2) miss a jour le :  
06/01/2015

- \_\_\_\_\_ : الخلايا الجذعية و مدى مشروعية استخدامها من الوجهة الشرعية و الأخلاقية (دراسة فقهية تأصيلية)، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، عدد 02، لسنة 2008، الجزائر.
  - عقيد خبير عبد القادر الخياط و فريدة الشمالي: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ماي 2002.
  - علي أحمد الندوي: الهندسة الوراثية وتطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون ، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ماي 2002.
  - علي فيلاي: رضا المريض بالعمل الطبي، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، دار الحكمة للطباعة والنشر، جزء 36، رقم 03، 1998، الجزائر.
  - قمراري عز الدين: مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ب.ت.ن.
  - لخضر رزاوي: بطاقة آلية لتحديد الهويات باستخدام الحمض النووي والبصمة الوراثية، مقال منشور في جريدة الشروق اليومية، يوم 2010/10/26.
- [www.echoroukonline.com/ara/?news=61903](http://www.echoroukonline.com/ara/?news=61903) misse a jour le : 12/12/2014
- ليلي الشافعي: تحديد الجنس، مقال منشور في جريدة الأنباء الكويتية، الأحد 30 مارس 2008.
  - ماجد راغب الحلو: الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان بين القانون والقرآن، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ماي 2002.
  - مازن إسماعيل هنية و منال محمد رمضان: اختيار جنس الجنين؛ بسبب المرض الوراثي، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد السابع عشر، العدد الأول، جانفي 2009، فلسطين.

- محمد المختار السلامي: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحججته في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002 ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.
- محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث ضمن كتاب الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، جامعة نايف العربية، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، 2008.
- محمد ابراهيم بنداري: الخطأ في المسؤولية المدنية عن عدم المحافظة على السر الطبي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، عدد 01، سنة 2005، الإمارات العربية المتحدة.
- محمد أنيس الأروادي: البصمة الوراثية، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، دار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، ص.14. بحث منشور في موقع: [www.biu.edu.lb/pages/news/lecture.doc](http://www.biu.edu.lb/pages/news/lecture.doc)
- محمد بن هائل المدحجي: تحديد جنس الجنين (الاختيار المسبق لجنس الجنين)، منشور في الموقع: [www.fiqh.islammesssage.com/NewsDetails.aspx?id=3224](http://www.fiqh.islammesssage.com/NewsDetails.aspx?id=3224) miss a jour 04/01/2015
- محمد بودالي: القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، م.ع.ق.إ، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 03، 2005، الجزائر.
- محمد حسنين سليمان: مفهوم وتقنيات الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002 ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ماي 2002.
- محمد حسين الحمداني ورناء عبد المنعم الصراف: تقنيات العلاج الجيني في ضوء مبدأ حرمة جسم الإنسان، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 52، السنة 17، العراق.
- محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، مجلة المحامي، منظمة المحامين، سيدي بلعباس، عدد 03، نوفمبر 2004، الجزائر.
- محمد علي البار: الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002 ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.

- مراد بن صغير: التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04، لسنة 2007، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، م.ع.ق.إ، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 03، لسنة 2005، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03، 2006، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 09، جوان 2013، الجزائر.
- \_\_\_\_\_: محاضرات في مقياس المسؤولية المدنية للأطباء (غير منشورة)، ملقاة على طلبة الماجستير تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014.
- \_\_\_\_\_: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 08، 2009، الجزائر.
- مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية الطبية)، الجزء الأول، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- معتصم خميس مشعشع: إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 56، أكتوبر 2013، الإمارات العربية المتحدة.
- معمر بن طرية: نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 01، سنة 2014، الجزائر.
- معن شحدة إدريس: الأخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين.
- ميرفت منصور حسن عبد الله، مدى مشروعية التجارب الطبية العلمية على الخلايا الجذعية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد 48، سنة 2010، مصر.
- نادية تياب: حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 06، لسنة 2008، الجزائر.

- ناصر عبد الله الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.
- ناصر كريمش خضر الجوازي: مشروعية الاستنساخ في القانون الجنائي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، سنة 2011، العراق.
- ندى محمد نعيم الدقر و يوسف عبد الرحيم بويس: معرفة جنس الجنين والتدخل لتحديد، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ماي 2002.
- نزيه الصادق المهدي: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون يوم 5 إلى 7 ماي 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ماي 2002.
- \_\_\_\_\_: مسؤولية الطبيب عن عملية التلقيح الصناعي، بحث مقدم الى مؤتمر الطب والقانون المنعقد بتاريخ 07 إلى 09 ماي 1998م، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع كلية الطب والعلوم الصحية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني.
- نصر الدين مروك: إستنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36، رقم 04، سنة 1998، الجزائر.
- هجيرة دنوبي: محاضرات في مقياس قانون العقود (غير منشورة)، ملقاة على طلبة الماجستير تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014.
- وجدي عبد الفتاح سوائل: استخدام الهندسة الوراثية في التحقيق الجنائي (أساليب وتطبيقات)، بحث مقدم إلى ندوة الجوانب الشرعية والقانونية لاستخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي، قسم الندوات واللقاءات العلمية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للبحوث الأمنية، المنعقدة من 23 إلى 25 ماي 2004، المملكة العربية السعودية.
- وهبة الزحيلي: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002 ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.



### 3- النصوص القانونية:

#### أ- القوانين الجزائرية:

- دستور الجزائر الصادر في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، ج.ر، عدد 76، لسنة 1996.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، لسنة 2008.
- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر، عدد 08، لسنة 1985.
- قانون رقم 13-07 المؤرخ في 22 من ذي الحجة عام 1434 هـ الموافق لـ 29 أكتوبر 2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر، عدد 55، لسنة 2013.
- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 ، الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، ج.ر، عدد 24، لسنة 1984.

#### ب- الأوامر:

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 والموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، السنة الثالثة، عدد 84، لسنة 1996.
- الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية، ج.ر، عدد 15، لسنة 2005.
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 15، لسنة 2005.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1934 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78.
- الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق لـ 25 جانفي 1995م، المتعلق قانون التأمينات، ج.ر، عدد 13، لسنة 1995.

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1934 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، ج.ر، عدد 44، لسنة 2005.

#### ج- المراسيم والقرارات:

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق 06 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، عدد 52، لسنة 1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 10 شوال عام 1428 هـ الموافق لـ 22 أكتوبر سنة 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر، عدد 10، لسنة 2007.
- قرار وزير العدل المؤرخ في 09 ربيع الثاني عام 1416 هـ الموافق لـ 4 سبتمبر 1995، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة، ج.ر، عدد 48، لسنة 1996.

#### د- القوانين الأجنبية

- نظام مزاولة المهن الصحية السعودي الصار بتاريخ 3 ذي القعدة 1426 هـ. منشور في مرجع: معن شحدة إدريس: الأخطأ الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين.
- مسودة مشروع قانون المسؤولية الطبية الأردني لسنة 2010. منشور في مرجع: معن شحدة إدريس: الأخطأ الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين.
- القانون الليبي رقم 17/1986 المتعلق بالمسؤولية الطبية، منشور في مرجع: معن شحدة إدريس: الأخطأ الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين.
- القانون الإتحادي الإماراتي رقم 10 لسنة 2008، المنظم للمسؤولية الطبية، منشور في مرجع: معن شحدة إدريس: الأخطأ الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لأطراف الأخطاء الطبية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين.

- code de la santé publique français. disponible au site: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au droit civile français. n°175 Journal Officiel du 30 juillet 1994, Modifié par art. 6 du LOI n°2011-267 du 14 mars 2011 . Journal Officiel n° 62 du 15 mars 2011. disponible au site: [www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/)
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. disponible au site: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

#### 4- المجلات والدوريات والجرائد:

- جريدة الأنباء الكويتية، الأحد 30 مارس 2008.
- جريدة الشروق اليومية، يوم 26/10/2010.
- مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ديسمبر 2010.
- المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة ميرة، بجاية، مجلد 08، عدد 02، 2013. والعدد رقم 01، لسنة 2010.
- مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، عدد 01، سنة 2005، الإمارات العربية المتحدة.
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد 48، سنة 2010، مصر.
- مجلة الجامعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد السابع عشر، العدد الأول، جانفي 2009، فلسطين.
- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 06، لسنة 2008. والعدد 08، لسنة 2009.
- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جزء 36، عدد 04، سنة 1998. والجزء 39، عدد 01، 2002. والجزء 41، رقم 01، لسنة 2003. والعدد رقم 02، لسنة 2008.
- المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 01، سنة 2014.
- مجلة الحجة، الإتحاد الوطني لمنظمة المحامين الجزائريين، منظمة المحامين لناحية تلمسان، عدد 03، جانفي 2012.
- مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 41، لسنة 2000. والمجلد 12، العدد 43، لسنة 2010. والمجلد 15، العدد 52، لسنة 2012.

- مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 25، جانفي 2006. والعدد 56 ، أكتوبر 2013.
- مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، عدد 23، 2004،
- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 03، لسنة 2005.
- مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العراق، سنة 2011.
- مجلة القضاة : العدد02، لسنة 2003. والعدد01، لسنة 1990، والعدد 02، لسنة 1992، و العدد الخاص (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية)، لسنة 2001.
- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط.2، العدد10، مكة المكرمة، 2013، المملكة العربية السعودية.
- مجلة المحامي، منظمة المحامين، سيدي بلعباس، عدد 03، نوفمبر 2004.
- مجلة المحكمة العليا، عدد01، 2006، الجزائر.
- مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 7، العدد 2، 2014.
- مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 25، عدد2، لسنة 2009. والمجلد 23، العدد الأول، 2007. والمجلد 27، عدد 03، لسنة 2007.
- مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03، 2006. والعدد 04، لسنة 2007. و العدد 07، سنة 2010.
- مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، عدد 09، جوان 2013، ورقلة.
- مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الرابعة، عدد 02، 2102.
- مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد1، الإصدار2، سنة 2012، العراق.
- موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، بدون عدد، ب.ت.ن.
- الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، سلسلة تقارير قانونية، رقم 77، فلسطين.

## A/ Ouvrage

## أ- الكتب

- Abdelkader Khadir : La Responsabilité Médicale A L'usage Des Praticiens De La Médecine et du Droit, éditions Houma, Alger, 2014.
- \_\_\_\_\_ : Recueil D'arrêts en responsabilité médicale (Tome1), édition Dar Houma, Alger, 2014
- Alfred Lechopié et CH. Floquet : Droit médical ou Code des médecins, Octave Doin éditeur et Marchal et Billard éditeur de la Cour de cassation, 1980.
- Charles Diaz : La police technique et scientifique, 1er édition, Paris, 2000.
- Geneviève Viney : La responsabilité : conditions dans le traité de droit civil- sous la direction de J. Gestion, Ed. L.G.D.J, Paris, 1982.
- Jacque Moreau et Didier Truchet : Droit de la santé publique, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, paris, 2000.
- Les Grandes Décisions Du Droit Médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010.
- M.M. Hannouz et A.R. Hakem : Précis de droit médical à l'usage des praticiens et da médecine et du droit O.P.U, Alger, 2000.
- Personnes Disparues, Analyses ADN Et Identification Des Restes Humains : Guide des meilleures pratiques à suivre dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, Deuxième édition 2009.

1 - باللغة الفرنسية:

- Brogniez-Colin Cécilia: Diagnostic par PCR dans l'espace canine : application à la clade chez le setter irlandais, thèse pour obtenir le grade de docteur Vétérinaire, université Claude-Bernard, Lyon1, 2005.
- Christian Doutremepuich, Les empreintes génétique en pratique judiciaire, Bull. Acad. Natle Méd., no 6, 2012.
- Christian Dumontier et Vincent Travers : L'information, où en est-on?, revue Asspro, n°25, Juin - Août 2012.
- Eric Martinez, les grandes décisions du droit médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010.
- Fabienne Quillere-MAJZOUB, La responsabilité du service publique hospitalier, المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، أعمال المؤتمر العلمي السنوي الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت، 2004.
- François Enault, Information génomique et structurale, p.06. disponible au site : [www.sites.univ-provence.fr/cies/memoire/X\\_MemoireGenetique.pdf](http://www.sites.univ-provence.fr/cies/memoire/X_MemoireGenetique.pdf)
- Joanne Maceau : La mise en œuvre de la banque d'empreintes génétiques, 2004 disponible au site: [www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2001/08-marceau.pdf](http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2001/08-marceau.pdf)
- Le dopage par modification du matériel génétique, Introduction à la thérapie génique, 2ème partie, AMPD Languedoc Roussillon Hôpital Lapeyronie, Février 2013. disponible au site : [http://wwwold.chu-montpellier.fr/publication/inter\\_pub/R226/A12813/IntroductionTG.pdf](http://wwwold.chu-montpellier.fr/publication/inter_pub/R226/A12813/IntroductionTG.pdf)
- Magali Parisot, les grandes décisions du droit médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010.
- Personnes Disparues, Analyses ADN Et Identification Des Restes Humains : Guide des meilleures pratiques à suivre dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, Deuxième édition 2009.

- Sylvie Welsch : La Faute Médicale : les conditions de la responsabilité civile, UIA Sofia, 2014 . Disponible au site :  
[www.uianet.org/sites/default/files/safe\\_uploads/clients/35456/rapports/WELSCH,%20Sylvie%20-%20Responsabilit%C3%A9%20civile.pdf](http://www.uianet.org/sites/default/files/safe_uploads/clients/35456/rapports/WELSCH,%20Sylvie%20-%20Responsabilit%C3%A9%20civile.pdf)

2 - باللغة الإنجليزية:

- Aida Al Aqeel : Genetic Counseling in the Muslim World: The Challenges, seminar "Ethical Perspectives of Genetic Applications in the Arab World ", Centre d'études génomiques arabes, 20-22 novembre 2007. disponible au site :  
<http://www.cags.org.ae/publications.html#ethics>
- Millard Susman: Gènes: Définition and Structure, encyclopédie of life sciences, 2001. disponible au site : <http://smcg.ccg.unam.mx/enp-unam/03-EstructuraDelGenoma/geneDefinition.pdf>

### -Site internet

• - مواقع الإنترنت:

- [http:// www.fiqh.islammesssage.com](http://www.fiqh.islammesssage.com)
- <http://smcg.ccg.unam.mx>
- <http://tai.imamu.edu.sa>
- <http://www.ar.wikipedia.org>
- <http://www.barreau.qc.ca>
- <http://www.biu.edu.lb/pages/news/lecture.doc>
- <http://www.cags.org.ae>
- <http://www.echoroukonline.com>
- <http://www.faculty.ksu.edu.sa/Alsadon/Courses/Forms/AllItems.aspx>
- <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- <http://www.uianet.org>
- <http://wwwold.chu-montpellier.fr>

ألف حرس



# الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة .....
07	الفصل الأول: إستخدامات الهندسة الوراثية وأضرارها.....
09	المبحث الأول: مجالات استخدام الهندسة الوراثية.....
09	المطلب الأول: استخدامات الهندسة الوراثية في مجال الإثبات.....
10	الفرع الأول: استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب.....
10	البند الأول: الأسس العلمية التي تقوم عليها الهندسة الوراثية في إثبات النسب.....
10	أولا- البصمة الوراثية قوام الهندسة الوراثية في الإثبات.....
12	ثانيا- الطرق العلمية لتحليل البصمة الوراثية.....
13	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون والقضاء من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب...
13	أولا- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب .....
15	ثانيا: موقف القانون والقضاء من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب ...
15	أ- موقف القانون من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب.....
17	ب- موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب .....
18	الفرع الثاني: استخدام الهندسة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي.....
19	البند الأول: أهمية استخدام تقنية الهندسة الوراثية في الإثبات الجنائي .....
21	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإثبات الجنائي بالهندسة الوراثية.....
21	أولا- موقف الفقه الإسلامي من الإثبات الجنائي الهندسة الوراثية .....
22	ثانيا- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في الإثبات الجنائي.....
23	الفرع الثالث: إستخدام الهندسة الوراثية في إثبات الشخصية.....
24	البند الأول: استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية.....

24	أولاً- مفهوم الجنسية وعلاقتها باستخدام تقنية الهندسة الوراثية.....
24	أ- تعريف الجنسية وطرق اكتسابها.....
25	ب- علاقة استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية.....
26	ثانياً- موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية... ..
26	أ- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية.....
27	ب- موقف القانون من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية.....
28	البند الثاني: استخدام تقنية الهندسة في إثبات هويات المفقودين .....
28	أولاً- أهمية استخدام تقنية الهندسة في تحديد الهوية.....
29	ثانياً- موقف الفقه الإسلامية والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات .....
30	أ- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات.....
30	ب- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات.....
31	المطلب الثاني: إستخدامات الهندسة الوراثية في المجال الطبي والعلمي.....
31	الفرع الأول: استخدامات الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
31	البند الأول: تقنيات الهندسة الوراثية ودورها في المجال الطبي.....
32	أولاً- تقنيات استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
32	أ- الأسس العلمية لاستخدام للهندسة في المجال الطبي.....
33	ب- نطاق العمل بالهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
35	ثانياً- دور الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
35	أ- دور الهندسة الوراثية في تشخيص الأمراض.....
37	ب- دور الهندسة الوراثية في علاج الأمراض.....
38	البند الثاني :موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
38	أولاً- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
40	ثانياً- موقف القانون من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....

41	.....	الفرع الثاني: استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده
41	.....	البند الأول: كيفية استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده
41	.....	أولاً- استخدام الهندسة الوراثية في تحسين الجنس البشري
43	.....	ثانياً- استخدام الهندسة الوراثية في تحديد الجنس البشري
45	.....	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده...
46	.....	أولاً- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده...
47	.....	ثانياً- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده
48	.....	الفرع الثالث: استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ
48	.....	البند الأول: مفهوم الاستنساخ
48	.....	أولاً- تعريف الاستنساخ وبدايته
50	.....	ثانياً- أنواع الاستنساخ
50	.....	أ- الاستنساخ التناسلي
51	.....	ب- الاستنساخ الجسدي
51	.....	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ
51	.....	ثانياً- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ
52	.....	ثانياً- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ
54	.....	المبحث الثاني: الأضرار الواجبة التعويض عن استخدامات الهندسة الوراثية
54	.....	المطلب الأول: أحكام الضرر الواجب التعويض
55	.....	الفرع الأول: مضمون الضرر الواجب التعويض وأنواعه
55	.....	البند الأول: مضمون الضرر الواجب التعويض
56	.....	أولاً- الضرر العادي
59	.....	ثانياً- الضرر الطبي
61	.....	البند الثاني: نوعا الضرر الواجب التعويض

62	.....أولا- الضرر المادي.....
63	.....ثانيا- الضرر المعنوي.....
68	.....الفرع الثاني: شروط الضرر الواجب التعويض.....
68	.....البند الأول: أن يشكل الضرر إخلالا بحق أو بمصلحة مالية ومشروعة.....
70	.....البند الثاني: أن يكون الضرر محققا.....
73	.....المطلب الثاني: التطبيقات العملية لأضرار الهندسة الوراثية.....
73	.....الفرع الأول: أضرار استخدام الهندسة الوراثية في الإثبات.....
74	.....البند الأول: المساس بالحق في الخصوصية الجينية.....
74	.....أولا- مدلول الحق في الخصوصية الجينية.....
75	.....ثانيا- البصمة الوراثية والتدخل في الحق في الخصوصية الجينية.....
80	.....البند الثاني: المساس بالحق في السلامة الجسدية.....
80	.....أولا- مدلول الحق في السلامة الجسدية.....
81	.....ثانيا- البصمة الوراثية والمساس بالسلامة الجسدية.....
84	.....الفرع الثاني: أضرار استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي والعلمي.....
85	.....البند الأول: أضرار الهندسة الوراثية في المجال الطبي.....
85	.....أولا- أضرار استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تشخيص الأمراض.....
88	.....ثانيا- أضرار استخدام تقنية الهندسة الوراثية في العلاج.....
89	.....البند الثاني: أضرار الهندسة الوراثية في المجال العلمي.....
90	.....أولا- أضرار استخدام الهندسة الوراثية في تعديل الصفات الوراثية.....
91	.....ثانيا- أضرار استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ.....
96	.....الفصل الثاني: أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية.....
	المبحث الأول: أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية وفق القواعد التقليدية
98	.....للمسؤولية المدنية الطبية.....

100	المطلب الأول: الخطأ التقصيري كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية.....
102	الفرع الأول: موقف القضاء والفقهاء تجاه الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية.....
102	البند الأول: موقف القضاء تجاه الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية.....
104	البند الثاني: موقف الفقهاء تجاه الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الطبية.....
106	الفرع الثاني: أحكام الخطأ التقصيري كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية.....
106	البند الأول: تعريف الخطأ.....
107	أولاً- تعريف الخطأ المدني.....
108	ثانياً- تعريف الخطأ الطبي.....
111	البند الثاني: عناصر الخطأ وبيان معياره.....
111	أولاً- عناصر الخطأ.....
111	أ- الركن المادي.....
113	ب- الركن المعنوي.....
114	ثانياً- معيار تقدير الخطأ.....
114	أ- معيار تقدير الخطأ المدني.....
116	ب- معيار تقدير الخطأ الطبي.....
118	المطلب الثاني: الخطأ العقدي كأساس للتعويض في المسؤولية الطبية.....
119	الفرع الأول: موقف الفقهاء والقضاء والقانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية.....
120	البند الأول: موقف الفقهاء من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية.....
120	أولاً: حجج أنصار التوجه التعاقدي.....
121	ثانياً: أهداف أنصار التوجه التعاقدي.....
122	البند الثاني: موقف القضاء والقانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية.....
122	أولاً- موقف القضاء من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية.....
124	ثانياً- موقف القانون من اعتماد الخطأ العقدي كأساس للمسؤولية الطبية.....

125	..... الفرع الثاني: شروط تطبيق المسؤولية الطبية على أساس الخطأ العقدي.
125	..... البند الأول: ضرورة وجود عقد صحيح.
125	..... أولاً- مفهوم العقد الطبي.
125	..... أ- تعريف العقد الطبي.
127	..... ب- خصائص وطبيعة العقد الطبي.
127	..... 1- خصائص العقد الطبي.
130	..... 2- طبيعة العقد الطبي.
132	..... ثانيا- الشروط الواجبة لصحة العقد الطبي.
132	..... أ- الرضا.
132	..... 1- رضا المتعاقدين.
135	..... 2- أهلية المتعاقدين.
136	..... ب- الخلل.
136	..... ج- السبب.
137	..... د- الشكلية.
137	..... البند الثاني: نشوء ضرر نتيجة إخلال الطبيب بالتزامه العقدي.
138	..... أولاً- إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية.
138	..... ثانيا- أن يكون المريض هو المتضرر أو صاحب حق في الاستناد إلى العقد.
140	..... المطلب الثالث: كيفية التعويض وفقا لقواعد المسؤولية المدنية التقليدية.
141	..... الفرع الأول: التقدير القضائي للتعويض.
142	..... البند الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض.
142	..... أولاً: التقدير الموضوعي للضرر.
143	..... ثانيا: التقدير الذاتي للضرر.
145	..... البند الثاني: وقت تقدير القاضي للتعويض.

145	..... أولاً: تقدير التعويض قبل صدور الحكم .
146	..... ثانياً: تقدير التعويض بعد صدور الحكم .
148	..... الفرع الثاني: التقدير الإتفاقي للتعويض.
149	..... البند الأول: مفهوم الشرط الجزائي.
149	..... أولاً- تعريف الشرط الجزائي.
150	..... ثانياً- تمييز الشرط الجزائي عن الاتفاقات المعدلة للمسؤولية.
151	..... البند الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.
151	..... أولاً- سلطة القاضي في التخفيض أو الإعفاء من مبلغ التعويض.
152	..... ثانياً- سلطة القاضي في زيادة مبلغ التعويض.
	<b>المبحث الثاني: إستقلالية أسس وكيفية تعويض أضرار الهندسة الوراثية عن القواعد التقليدية</b>
154	..... للمسؤولية المدنية الطبية .
155	..... المطلب الأول: تحوير فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الطبية.
155	..... الفرع الأول: الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية الطبية.
156	..... البند الأول: مضمون فكرة الخطأ المفترض.
159	..... البند الثاني- موقف القضاء والقانون من فكرة الخطأ المفترض.
163	..... الفرع الثاني: الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية.
163	..... البند الأول: موقف الفقه من فكرة الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية.
168	..... البند الثاني: موقف القانون والقضاء تجاه الخطأ المهني كأساس للمسؤولية الطبية.
171	..... المطلب الثاني: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب.
172	..... الفرع الأول: تبرير المسؤولية الطبية على أساس الضرر.
172	..... البند الأول: النظريات التقليدية.
173	..... أولاً- نظرية تحمل تبعه المخاطر.
174	..... ثانياً- نظرية الضمان.

176	..... البند الثاني: النظريات الحديثة
176	..... أولا- نظرية المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة
177	..... ثانيا- نظرية الدولة المؤمنة
178	..... الفرع الثاني: موقف القضاء من فكرة الضرر كأساس للمسؤولية الطبية
178	..... البند الأول: حدوث أضرار نتيجة استخدام أساليب علاجية حديثة غير معلومة النتائج
179	..... البند الثاني: حدوث أضرار استثنائية ناتجة عن أعمال طبية ضرورية
181	..... البند الثالث: مخاطر العدوى الناتجة عن نقل الدم
182	..... المطلب الثالث: الأنظمة الجماعية للتعويض كآلية لحماية المتضررين
183	..... الفرع الأول: التعويض عن طريق التأمين من المسؤولية المدنية الطبية
184	..... البند الأول: مفهوم التأمين من المسؤولية الطبية
184	..... أولا- تعريف التأمين من المسؤولية الطبية
186	..... ثانيا- أهمية التأمين من المسؤولية الطبية
187	..... البند الثاني: خصائص عقد التأمين من المسؤولية الطبية ونطاقه
187	..... أولا- خصائص عقد التأمين من المسؤولية الطبية
188	..... ثانيا- نطاق التأمين من المسؤولية الطبية
191	..... الفرع الثاني: التعويض عن طريق التضامن الوطني
191	..... البند الأول: فلسفة التعويض عن طريق التضامن الوطني
193	..... البند الثاني: نطاق التعويض عن طريق التضامن الوطني
195	..... الخاتمة
200	..... قائمة المراجع والمصادر
226	..... الفهرس



## الملخص:

يحتل موضوع الهندسة الوراثية أهمية كبيرة لدى العلماء والأطباء ورجال القانون والدين، ويظهر ذلك في إصرار هؤلاء بدراسة هذا العلم وإدخاله في جميع مجالات الحياة سواء ما تعلق منها بالمجال القانوني أو الطبي. ولكن رغم فوائد هذا العلم إلا أنه قد تنتج عن استخدامهم له وبالأخص الأطباء أضرار للغير، ومن هذا كان لا بد لنا من دراسة مسؤولية الطبيب التي ترتب عن عمله بتقنية الهندسة الوراثية ضرراً للغير، وذلك بدراسة أساس هذه المسؤولية وكيفية التعويض عنها، حيث تهدف هذه المذكرة إضافة إلى تبيان مجالات استخدام الهندسة الوراثية فإنها تهدف كذلك إلى إبراز التطور الذي طرأ على أساس وكيفية التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدام هذه التقنية.

## الكلمات المفتاحية:

التعويض، الخطأ الطبي، الطبيب، الضرر الطبي، الهندسة الوراثية، البصمة الوراثية، الإثبات، تعديل الصفات الوراثية، الاستنساخ، المسؤولية المدنية الطبية، أساس المسؤولية الطبية، التأمين، صناديق التعويض.

## Résumé:

Le génie génétique occupe une grande importance pour les savants, les médecins, les juristes ainsi que les religieux, cela se manifeste par la passion de ces derniers pour étudier cette science et l'introduire dans tous les domaines de la vie soit dans le domaine médical ou juridique, mais malgré les avantages de cette science, il peut résulter du fait de son utilisation par ces personnes et en particulier les médecins, des dommages à autrui. Suite à cela nous devons étudier la responsabilité du médecin, qui peut engendrer du fait de son utilisation de la technique du génie génétique des dommages à autrui, tout en examinant la base de cette responsabilité et la modalité de sa compensation, d'autant mieux que d'identifier des domaines de l'utilisation du génie génétique, ce mémoire a pour objet de mettre en relief l'évolution qui survient sur la modalité de l'indemnisation des dommages résultant de l'utilisation de cette technique.

**Mots-clés:** Indemnisation, faute médicale, médecin, dommage médical, génie génétique, empreinte génétique, preuve, modification génétique, clonage, responsabilité civile médicale, la base de la responsabilité médicale, assurance, fonds de compensation.

## Summary:

The subject of genetic engineering occupies a great importance for scientists, doctors, jurists and religious men, which appear through their immediate study of this science and its application in all the domains of life, whether in the legal or the medical ones. But despite the advantages of this science, the use of the latter by them, and doctors in particular may result harms to others, thereby we must study the doctor's responsibility that causes damages to others via the use of the genetic engineering technique, and this by means of studying the basis of such responsibility and the way of its compensation. In addition to indentifying the areas of the use of the genetic engineering, this dissertation aims at highlighting the evolution of the basis and the way of compensating damages resulting from the use of this technique.

**Keywords:** Compensation, the medical fault, the doctor, the medical damage, the genetic engineering, genetic fingerprint, the proof, the genetic modification, the cloning, the medical civil responsibility, the basis of medical responsibility, the insurance, compensation funds.