المسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل و زراعة الأعضاء وعلاقتها باختطاف الأطفال

"دراسة تحليلية مقارنة "

The doctor's tort responsibility for organ transplantation and transplantation and its relationship to child abduction

"An analytical study"

د. عبدالرازق وهبه سيد أحمد محمد

أستاذ القانون المدني المساعد

بكلية جدة العالمية- السعودية

DR.ABDELRAZEK WAHBA SAYEAHMED MOHAMED SAYED

Jeddah International College - Kingdom of Saudi Arabia،Assistant Professor of Civil Law

a.wahba@jicollege.edu.sa

٠٠٩٦٦٥٣٤٩٠٤١٧٥

الملخص

تناول هذا البحث المسؤولية التقصيرية عن نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء وعلاقتها بجريمة اختطاف الأطفال حيث قد بينا مفهوم اختطاف الأطفال والمسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل وزراعة الأعضاء بالمخالفة للتشريعات واللوائح المتبعة في هذا الصدد وأثر قيام هذه المسؤولية. وفي ضوء ذلك اختتمت البحث بمجموعة من التوصيات منها أن الاختطاف هو نقل الطفل من مكانه واحتجازه في مكان أخر والسيطرة عليه وهذا يؤدي إلي إثارة مسؤولية الطبيب التقصيرية عند قيامه بانتزاع الأعضاء من الطفل المختطف والتزامه بتعويض الأضرار التي ألحقت به. وعلى أثر ذلك انتهينا إلى مجموعة من التوصيات منها أنه يتعين تحديد سن الطفولة وبيان موقف المشرع الجزائري من عملية نقل الأعضاء إذا كان أحد الزوجين أجنبيا وتثقيف الجمهور بمخاطر عملية نقل وزراعة الأعضاء.

الكلمات المفتاحية: الاختطاف، المسؤولية، التعويض، الطفل.

Abstract

The doctor's tort responsibility for organ transplantation and transplantation and its relationship to child abduction

"An analytical study"

This research dealt with the tort responsibility for the transfer and transplantation of organs among the living and its relationship to the crime of child abduction، where we have explained the concept of child abduction and the tort responsibility of the doctor for the transfer and transplantation of organs in violation of the legislation and regulations followed in this regard and the impact of this responsibility. In light of this، the research concluded with a set of recommendations، including that kidnapping is to move the child from his place، detain him in another place and control him، and this leads to raising the doctor’s negligent responsibility when he extracts the organs from the kidnapped child and his obligation to compensate for the damages inflicted on him. As a result، we concluded with a set of recommendations، including that the age of childhood should be determined، the position of the Algerian legislator on the process of organ transplantation should be determined if one of the spouses is a foreigner، and educating the public about the risks of organ transplantation and transfer.

Keywords: kidnapping، responsibility، compensation، child.

مقدمة

ظهرت ظاهرة اختطاف الأطفال في جميع أنحاء العالم من قبل الأطباء بدافع الحصول على الأموال والثروات الضخمة دون أن يكترث بأن لهذا الطفل والدين يموتون حصرةً عليه عند غيابة فما بالك باختفائه بصورة دائمة. وقد يتم الاختطاف ليس في صورته بالمعني الحقيقي للكلمة لأنه يتم برضي الوالدين تحت قهر الظروف التي يعشونها خاصة في البلدان النامية وذلك مقابل حصولهم على المال، فأدي ذلك إلى ظهور ما يسمي بالسوق السوداء التي تعد مصدرا رئيساً للاتجار بالأعضاء البشرية، فأثارت هذه التجارة مخاوف من ازدهار السوق الإجرامي الدولي لأعضاء الأطفال. وفي ضوء ذلك أصبح اختطاف الأطفال الغرض منه الاتجار بهم من أجل أعضائهم على الرغم من أن القانونين المصري والجزائري حظرا انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأطفال. فمن المؤسف في عالمنا اليوم أصبح انتزاع الأعضاء من الأطفال حقيقة محزنة يتعين على المشرع معالجتها من خلال منع الأطباء بالقيام بعملية نقل وزراعة الأعضاء إلا في مستشفيات محددة بالدولة تتبع وزارة الصحة وتخضع لإشرافها. وبالتالي إذا قام الطبيب بانتزاع عضو أو نسيج..إلخ من الطفل تثور مسؤوليته التقصيرية لمخالفته القوانين واللوائح المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء، وبالتالي التزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالطفل أيا كان نوع الضرر. ولكن مسؤولية الطبيب في نطاق القواعد التقليدية للقانون المدني لا تكفي لردع الأطباء عن القيام بمثل هذه العمليات الخطرة والتي أصبح أطفالنا محلها دون أي حماية قانونية خاصة. فجريمة اختطاف الأطفال أصبحت تؤرق الضمير العالي نظراً لزيادة الطلب على الأعضاء البشرية التي أصبح متعطشاً لها بعدم أثبت الطب فائدتها في إزالة العضو التالف وحلول عضو آخر صالح يحل محله.

أهمية

تكمن أهمية البحث في أن عملية نقل وزراعة الأعضاء تعتبر مصدراً لاختطاف الأطفال من أجل الحصول على أعضائها وبيعها بمبالغ طائلة، فلا شك أن هذه الجريمة تعد مصدر رئيسي للإتجار بالأعضاء البشرية التي تشكل اعتداء على حرمة جسد الإنسان. فهذه الجريمة ليست على المستوي الوطني بل تعدت الحدود مما أدي إلى ظهور ما يسمي بالسوق السوداء الذي أصبح متعطشاً للأعضاء البشرية بعدما أثبتت الطب فعاليتها في حياة الإنسان.

مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث حول المسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل و زراعة الأعضاء وعلاقتها باختطاف الأطفال ومدى كفاية القانون المصري والجزائري في مواجهة عملية انتزاع الأعضاء من الأطفال بالمخالفة للتشريحات واللوائح المنظمة لذلك. وتثير هذه المشكلة عدة تساؤلات نحاول الإجابة عليه في البحث وهي:

- ما هو مفهوم الاختطاف.
- مدي كفاية قواعد المسؤولية التقصيرية لمواجهة جريمة انتزاع الأعضاء من الأطفال.
- ما هو الأثر المترتب على قيام مسؤولية الطبيب عن انتزاع الأعضاء بالمخالفة للقوانين والتشريعات واللوائح المتبعة فغي هذا الصدد.

منهج البحث:

من أجل التوصل إلى علاج مشكلة البحث والرد على التساؤلات التي ذكرتها سلفاً اتبعت المنهج التحليلي للنصوص القانونية المتبعة في القانونين المصري والجزائري والمقارنة بينهما وتتبع آراء الفقهاء في هذا الصدد وإبداء رأينا في بعض المسائل.

خطة البحث: من أجل التوصل إلى لمشكلة التي أشارنا إليها سلفاً والرد على التساؤلات التي طرحناها قسمت البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم اختطاف الأطفال.
المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء.
المبحث الثالث: أثر قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء.

المبحث الأول

مفهوم اختطاف الأطفال

لم يعرف المشرعان المصري الجزائري في القانون الجنائي الاختطاف، واكتفي ببيان وسائله والعقوبات التي توقع على الجاني فالطريقة التي اتبعها المشرعين تتسم بالمرونة حيث تستوعب ما يطرأ على هذه الجريمة من تغيرات مستقبلية. أما في الفقه لا يوجد تعريف موحد لمفهوم الاختطاف فعرفه البعض بأنه (الأخذ السريع باستخدام قوة مادية أو معنوية أو عن طريق الحيلة أو الاستدراج لما يمكن أن يكون محلاً لهذه الجريمة وإبعاده عن مكانه أو تحويل خط سيرة بتمام السيطرة عليه)[١] .

وعرفه البعض الآخر بأنه أخذ المجني عليه من المكان الذي يقيم فيه ونقله إلى مكان أخر[٢]. في حين عرفه البعض الآخر بأنه أخذ وانتزاع المخطوف ونقله من المكان الذي يوجد فيه إلى محل أخر، وهذ الفعل احتجاز الأشخاص، وهي تعد صورة من صور نتيجة الاختطاف[٣].

ويتضح من التعريفات السابقة إنها لم توسع من نطاق الاختطاف وبالتالي لم تستوعب كل حالات الاختطاف التي بالطرق الحديثة مستقبلاً.

أما بالنسبة للسن الطفل محل الاختطاف قد حدد المشرع الجزائري في القانون المدني سن الرشد بتسعة عشر سنة، أما قانون العقوبات الجزائري بين طرق خطف الطفل في المادة ٣٢١ من قانون العقوبات بقولها بأنه (كل من نقل طفلاً، أو أخفاه، أو استبدل طفلاً أخر أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع...) كما نصت المادة ٣٢٦ من ذات القانون بأنه (كل من خطف أو أبعد قاصر ا لم يكمل الثمانية عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل....). فمن خلال هذين النصين السابقين تبين أن المشرع في النص الأول قصد به جريمة الاختطاف التي تقع على المواليد ثم عاد واستخدم لفظ القاصر فهل القاصر يدخل في معني الطفل الذي قصده المشرع[٤].

وفي مصر نجد أن المشرع في قانون العقوبات لم يبين سن الطفل إلا أنه جرم خطف الطفل حديث العهد بالولادة، أو إخفائه أو إبداله بأخر أو نسبه إلى غير أمه وفرق في العقوبة بين ميلاد الطفل حياً أو ميتاً، فإذا ثبت أنه ولد حياً تكون عقوبة الخاطف الحبس مدة لا تزيد عن سنة أما إذا ولد ميتاً تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن شهرين، كما أن المصري فرق بين الخطف بالتحايل والإكراه وبين الخطف بدون ذلك فقرر في الأول عقوبة السجن المشدد إذا

(١) شروف مراد، جريمة اختطاف الأطفال: الأسباب، الأغراض، وآلية المكافحة في ظل القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية،، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، ٢٠١٨، ص٨٧.
(٢) راجع هدي طالب النقيب، جريمة الخطف في القانون العراقي، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الواحد والعشرون، ٢٠٢١، ص١٠٧.
(٣) محمودي قادة، الإجراءات الجزائية الخاصة بمكافحة جريمة خطف الأطفال، مجلة آفاق للدراسات القانونية المقارنة، العدد الأول، ٢٠١٦، ص١٧.
(٤) عباس زواوي، مفهوم جريمة اختطاف الأطفال، مجلة تنوير، العدد السابع، ٢٠١٨، ص١٥٢.

كان الطفل لم يبلغ ست عشرة سنة أما في حالة الخطف بدون إكراه تكون العقوبة من ثلاثة إلى عشر سنوات إلا إذا كانت المخطوفة أنثي فتكون العقوبة السجن المشدد وإذا اقترن الخطف بمواقعتها تكون العقوبة السجن المؤبد، أو الإعدام إذا كانت المواقعة بغير رضاها ويستوي في كل الأحوال أن يتم الخطف بنفسه أو بواسطة غيره(١).

أما في قانون الطفل فقد عرف المشرع الجزائر ي الطفل في المادة الثانية منه (٢) بأنه" كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (١٨) سنة كاملة، يفيد مصطلح "حدث نفس المعني"، وهذا المعني ردده المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الطفل (٣).

فيتضح مما سبق أن المشرع المصري والجزائري لم يحدد المرحلة التي يبدأ منها سن الطفولة ولهذا اختلف الفقه حولها فالبعض يري بأن مرحلة الطفولة تبدأ بتمام الولادة أي بانفصال الجنين عن أمه انفصالاً تام بانقطاع الحبل السري في حين يري آخرون أن مرحلة الطفولة تبدأ من اللحظة التي يتهيأ فيها الطفل للخروج في حالة الولادة الطبيعية أما الولادة القيصرية يتم تطبيق الأساليب العلمية والفنية فالعبرة هي باكتمال نمو الطفل واستعداده للخروج للحياة سواء تمت الولادة بالآم وتشنجات في الرحم أو بدون ذلك(٤).

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء

تقوم المسـؤولية التقصـيرية للطبيب عند نقل الأعضـاء من الطفل المختطف إذا توافرت شـروطها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهم، وهذه المسؤولية تتمتع بنوع من الخصوصية عما هو مقرر في القواعد العامة وهذا ما نبينه من خلال البنود الآتية.

أولاً: الخطأ الطبي:

باستقراء نصوص القانون المدني المصري والجزائري وكذا القوانين المنظمة لمهنة الطب لم نعثر على أي تعريف للخطأ الطبي من قبل المشرعين، الأمر الذي أدي إلى تعدد أراء الفقه حول مفهوم الخطأ الطبي فقد ربطه البعض بالخطأ المهني المتعلق بأصول مهنة الطب، فهو الخطأ الذي يقه نتيجة إخلال الطبيب بالتزامات فرضتها عليه مهنته إخلالاً بواجب الرعاية والعناية تجاه المريض(٥).

ونتيجة لخطورة العمليات الجراحية في مجال نقل وزراعة الأعضاء من الطفل المختطف، اعتنق القضاء ما يسمى بالخطأ المهني في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وهو الخطأ الذي لا يقع من طبيب في نفس المستوي

---

(١) راجع المادة ٢٨٣ والمادة ٢٨٨ والمادة ٢٨٩، والمادة ٢٩٠ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمعدل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣متوفر على الموقع الآتي https://learningpartnership.org وتم الاطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/٧.

(٢) القانون الجزائري رقم ١٢/١٥ المؤرخ في ٢٠١٥/٧/٢٨ متوفر على الموقع الآتي https://www.unicef.org/algeria وتم الاطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/٧.

(٣) راجع قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ متوفر على الموقع الآتي https://m.elwatannews.com وتم اطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/٧.

(٤) آمنة وزاني، جريمة اختطاف الأطفال في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص٢٣.

(٥) بوشريبي مريم، المسئولية المدنية للطبيبى، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الثالني، العدد الثاني، ٢٠١٥ ص١٥٦.

يتمتع بالخبرة والكفاءة العلمية واليقظة اللازمة لإجراء مثل هذه العمليات الخطيرة[١]. إذ أن الجراح يقع على عاتقه التزام ببذل عناية تجاه مريضه المستقبل أو المتبرع، لذلك عليه إتباع الأصول العلمية المستقر عليها في نقل الأعضاء والتحلي باليقظة والحزر فعدم اتباع هذه الأصول أو أسلوب علمي لم يتبع وترتب عليه ضرر بالمريض يكون ارتكب خطأ مهنياً[٢].

ولهذا حذر المشرع الجزائري من انتزاع الأعضاء أو زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخصية وفقاً لما يحدده القانون شريطة ألا تكون محلاً للمعاملة المالية. كما أكد المشرع بأنه لا يجوز جمع أعضاء من جسم الإنسان لأغراض الحفظ دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي. وقد حدد المشرع أن التبرع يتم بين الأقارب وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي يمكن اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء دون الكشف عن هوية المتبرع والمتلقي وفي كل الأحوال لا يمكن تزع الأعضاء من شخص حي دون موافقة مستنيرة وتتم الموافقة عند الاقتضاء أمام رئيس المحكمة المختصة إقليمياً في حالة التبرع المتقاطع. ونظراً لخطورة عملية نقل وزراعة الأعضاء ألزم المشرع لجنة الخبراء بأخطار المتبرع والمتلقي بالمخاطر والآثار المحتملة والنتائج غير المتوقعة وفي مقابل ذلك أعطي المشرع للمتبرع أن يعدل عن موافقته في أي وقت ودون أي إجراء [٣].

إضافة إلي ذلك حظر المشرع في المادة ٣٦١ من نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص أحياء قصر أو عديمي الأهلية أو مصابين بمرض يمكن أن يضر بصحة المتلقي. إلا أن المشرع أجاز في ذات السياق نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر لصالح أخ أو أخت. أما بالنسبة للمتلقي أكد المشرع على موافقته -إلا إذاكان عملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية هي الطريقة الوحيدة للحفاظ على حياته وسلامة جسده- فإذا تعذر عليه التعبير عن موافقته يمكن الحصول عليها كتابةً من أفراد أسرته البالغين وفقاً للترتيب الذي حدده القانون، ولكن إذا كان المتلقي عديم الأهلية يتم الحصول على الموافقة من الأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب الحالة أما إذا كان ناقص لأهلية فتكون الموافقة من الأب أو الأم أو الممثل الشرعي عند غيابهما.[٤].

إلا أنه يمكن التغاضي عن ذلك عند حالة الضرورة لإنقاذ حياة المتلقي وذلك في حال تعذر الوصول لأقاربه إذا كان لا يمكنه التعبير عن إرادته بشرط إثبات ذلك إما الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين [٥].

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري اشترط الموافقة المستنيرة، إلا أنه لم يبين هل الموافقة كتابية أم شفوية، كما أنه لم يبين طريقة إخطار الطبيب للمريض بمخاطر نقل وزراعة الأعضاء. وننوه أن هذه العمليات لا تتم إلا داخل المستشفيات المرخص لها بذلك[٦]. فضلاً عن أنه لم يبين هل يلزم أن يكون الشاهدين من أقارب المتلقي وهل محضر الاثبات يكون في شكل نموذج معين وما هي الجهة التي قامت بإعداده وما هي الجهة التي الجهة التي يوضع لديها.

(١) صورية حدادو، المسئولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة آفاق للإبحاث السياسية والقانونية، المجلد الثالث، العدد السادس، ٢٠٢٠،ص١٠٩.
(٢) مختاري عبدالجليل، المسئولية المدنية في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية، جامعة أبوبكر تلمسان، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص١١٢.
(٣) انظر القانون.الجزائري رقم ١٨-١١ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بالصحة، منشور بالجريدة الرسمية، العدد السادس والأربعون، ٢٠١٨، ص٣٤-٣٥.
(٤) راجع المواد من ٣٦٠-٣٦٣ من القانون الجزائري رقم ١٨-١١ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بالصحة.
(٥) انظر المادة ٣٦٤ من ذات القانون.
(٦) انظر في ذات المعني لالو رابح، نقل لاوزراعة الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، االمجلد السادس،لعدد الحادي عشر،٢٠١٧، ص١٦٧-٦٨

فإذا تحمصن فيما سبق لوجد أن هناك علاقة قوية بين خطف الأطفال وانتزاع الأعضاء منهم لبيعها وهذا ما حدث في الآونة الأخيرة في مصر والجزائر وما نشرته من وسائل الإعلام من قيام أطباء بخطف الأطفال وانتزاع أعضائهم بالمخالفة للقوانين وهذا بدافع الحصول على الأموال، فهذه الجريمة ليست جريمة وطنية فحسب بل هي جريمة دولية، وهذا ما دفع المشرعين الجزائري والمصري إلى النص على مبدأ مجانية التنازل خشية انزلاق عملية نقل وزرع الأعضاء إلى مجال التجارة، ولكن هذا لا يمنع من إعطاء المتبرع تعويض في شكل مزايا اجتماعية كإعتراف له بعمله الإنساني النبيل لإنقاذ حياة مريض(١).

أما في مصر فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية(٢) بأنه" يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أي كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أي فائدة مادة أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في اجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين"، كما نصت المادة الثانية من ذات القانون " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زراعته في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر على حياته أو صحته".

وتجدر الإشارة إلى أن النقل بقصد الزرع لا يتم إلا بين الأقارب المصريين وعلى سبيل التبرع إلا أنه يجوز التبرع لغير الأقارب في حالة الضرورة وبشرط موافقة اللجنة المختصة المشكلة بقرار من وزير الصحة لهذا الغرض. وفي حالة إذا كان أحد الزوجين أجنبي يجوز التبرع بنقل الأعضاء بينهم شريطة أن يكون مضي على عقد الزوج ثلاث سنوات على الأقل وأن يكون موثق وفقاً للقانون. ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي إلا بعد إخطار المتبرع والمتلقي بمخاطر عملية النقل وتأثيرها على المدي البعيد والحصول على موافقتهما أو موافقة ممثلهم القانون إذا كان كانوا عديمي الأهلية أو ناقصوها خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالخلايا الأم وتتحرر اللجنة محضر بذلك يوقع منهما أو من ممثلهما. ويكون الرضاء بشأن نقل وزرع الأعضاء مكتوب وعارياً تماماً من عيوب الإرادة. ولا يقبل التبرع من طفل حتي بموافقة أبويه أو ممثله القانوني(٣).

وباستقراء نصوص القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية نجد أن المشرع نص على أنه لا يقبل التبرع من الطفل ولا يعتد بموافقته أو بموافقة من له ولاية أو وصايا عليه كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها أو ممن ينوب عنه أو يمثله قانوناً. إلا أنه يجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل أو عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو الأخوة فيما بينهم شريطة إلا يوجد متبرع آخر غيرهم والحصول على موافقة كتابية من أبوي الطفل أو أحدهما إذا كان الأخر متوفي أو من النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها(٤)

(١) أحمد عمراني، المسئولية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين حرمة جسم الأنسان ومقتضيات العلاج، المجلد الثامن، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص٤٨.
(٢) راجع القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية، العدد التاسع، ٢٠١٠ متوفر على الموقع الآتي https://nccm.gov.eg/UploadedFiles وتم الاطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/١٠.
(٣) راجع القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية، العدد التاسع (مكر)، السنة الثالثة والخمسون، ٢٠١٠.
(٤) راجع المادة (٥) من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

فنجد أن المشرع المصري اشترط أن يكون النقل دون مقابل لأن جسد الإنسان ليس محلاً للتعامل إضافةً إلى أنه يتعين لنقل العضو أن يكون هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة حالة الضرورة، ويقصد بها في مجال نقل زراعة الأعضاء الموازنة بين الخطر والأمل وفرصة الشفاء، فالطبيب يجري موازنة تتعلق بالمخاطر التي يتعرض المنقول منه العضو، وبين الأمل المحتمل الذي يستفيد منه المريض، فالطبيب هنا يحمي مصلحتين في آن واحد (المتبرع والمريض)[١].

وبالمقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري نجد أن المشرع الجزائري لم يمنع التبرع بالأعضاء من الأطفال والأشخاص بين المواطنين ولأجانب إضافةً إلي أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة المختصة بتحرير موافقة المتبرع والمتلقي كما فعل المشرع المصري، وفي ضوء ذلك ندعو المشرع الجزائري أن يتبع منهج المشرع المصري نظراً لخطورة هذه العمليات وتشديد مسؤولية الأطباء للتضييق من نطاق هذا العمليات، لأن هذا الأمر دفع كثيراً من الأطباء الذين لا يحترمون شرف مهنة الطب وطغت عليهم الماديات بالاتجار بالأعضاء البشرية من خلال اختطاف الأطفال للقيام بمثل هذه العمليات المشبوهة وإشباع نزواتهم المادية. ونظراً لخطورة هذه العمليات يتعين الحصول على رضاء المتبرع والمتلقي تحت إشراف قضائي ويتعين تسجيل الموافقة المكتوبة في دائرة التسجيل التي تقع في نطاقها المؤسسة الصحية.

ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن مخالفة الطبيب للقواعد التي نظمها المشرعين الجزائري والمصري لنقل وزراعة الأعضاء على النحو سالف الذكر يعتبر خطأ طبي يستوجب مسؤوليته المدنية، فإذا لم يقوم الطبيب بتبصير المتبرع والمتلقي بخطورة بمخاطر العلمية وآثارها المستقبلية لا يحق له المساس بسلامة جسد هما[٢]. والتزام الطبيب بتبصير المريض في عمليات نقل وزراعة الأعضاء يكون ذات نطاق واسع إذ يتعين عليه إخطاره بكل المخاطر التي يتعرض لها سواء أثناء الجراحة أو بعدها، وكذا بالمسائل الفنية بأسلوب واضح يسهل على المريض فهمه بكل حذر وإخلاص[٣].

ويري الفقه والقضاء المصري أن لابد مساءلة الطبيب عن خطئه أي كان نوعه باعتباره لا يخضع لأي استثناء، ويتعين على القاضي أن يحدد هذا الخطأ ويستعين بالخبراء لإثبات درجة خطأ الطبيب. ويدخل في نطاق الخطأ عدم مراعاة الأنظمة واللوائح المنظمة لعملية نقل وزراعة الأعضاء وخير مثال لذلك اختطاف الأطفال لانتزاع الأعضاء[٤]. ولهذا يعد قيام الطبيب بانتزاع عضو من طفل مرتكب لخطأ يستوجب مسؤوليته وذلك لمخالفته الشروط التي حددها المشرعين المصري والجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أن الخطأ المهني هو الخطأ الذي يقع من الطبيب لمخالفته للقواعد والأصول التي تفرضها عليها مهنة الطب وبهذا يختلف عن الخطأ العادي الذي لا يمت بصلة للأصول الفنية والمهنية التي تفرضها عليه مهنة الطب وينجم عن الإخلال بالقواعد العامة للالتزام التي يتعين على كافة الأشخاص التقيد بها. ومساءلة الطبيب عن الخطأ المادي لا تثير أي مشكلة فمعيار الخطأ هنا معيار الرجل العادي وهذا باتفاق الفقهاء أما الخطأ المهني كان

(١) محمود سمير العواودة، المسئولية المدنية للطبيب في مجال نقل زراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة دار الكتاب الثقافي، بدون سنة طبع، ص٣٣-٣٤.

(٢) عبداعزيز محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولي، المركز القانوني للإصدرات القانونية، ٢٠١٥، ص١٠١.

(٣) محمود موسي دودين، مسئولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٦، ص٤٥.

(٤) محمد صفوان شديفات، المسئولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص٢٠٨.

محل خلاف في الفقه القديم إلا أنه الفقه الحديث انتهي إلى مساءلة الطبيب عن أي خطأ سواء كان عادياً أو مهنياً وهذا ما اتجه إليه غالبية الفقه في مصر(١).

ثانياً: الضرر:

الضرر بوجه عام هو المسا س بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور سواء تعلق الحق أو المصلحة بسلامة جسد المضرور أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو غير ذلك. فالضرر الطبي هو الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة لفعل الطبيب سواء أدي هذا الفعل إلى المساس بجسده أو إلحاق خسارة مالية به أو حدوث آلام نفسية له(٢).

إذا أن الضرر الذي يلحق بالأطفال المخطوفين نتيجة لانتزاع الأعضاء منهم أما أن يكون ضرراً مادياً أو معنوياً، فالضرر المادي هو في مجال انتزاع الأعضاء من الأطفال يتمثل في الأضرار الجسدية التي تلحق بالطفل كإصابته بعاهة مستديمة، وهذا يعني أن النتيجة المباشرة للاعتداء على جسد الطفل تأتي من المساس بالمزايا التي يخولها الحق في السلامة الجسدية أو الحق في الحياة، فالإضرار الجسدية تدخل في نطاق الأضرار المادية، وهذا يظهر بصورة جليه في حالة انتزاع عضو من الطفل يحدث له تشويه إلا أن الطبيب لا يسأل سوى عن الضرر المباشر فقط(٣).

وقد يصاحب الضرر الجسدي انتقاص للذمة المالية للمضرور كما لو أدي انتزاع عضو من الطفل إلى عجزة كلياً ولا يمكنه الالتحاق بأي عمل مستقبلي. أما الضرر المالي هو الذي يؤثر بالسلب على ذمة المضرور المالية، ويشمل في مجال نقل وزراعة الأعضاء ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وهذا يتحقق عندما يتطلب المريض علاج لمرض نتيجة لانتزاع عضو من أعضائه إضافةً إلى ما فاته من كسب بسبب المرض الناشئ عن عملية نقل وزرع الأعضاء مما يعجزه مستقبلاً في الحصول على عمل(٤).

ويشترط في الضرر الذي يعوض عنه في مجال وزراعة ونقل الأعضاء عدة شروط هي:

- أن يكون الضرر شخصياً أي يكون قد لحق بالطفل ذاته ضرراً نتيجة انتزاع ونقل أحد أعضاء جسمه، ويتحقق نفس الأمر بالنسبة للضرر المرتد عن الضرر الأصلي، مثال التعويض عن الضرر المادي و الآلام النفسية التي لحقت بالورثة نتيجة لإصابة الطفل بعجز كلي بسبب انتزاع عضو من أعضاء جسمه(٥). وهذا ما يسمي بالضرر المرتد الضرر الذي يلحق بالورثه و لا خلاف في انتقاله للورثة إذا كان الضرر مادياً أما الضرر المعنوي لا ينتقل للورثة إلا إذا طالب به المورث قبل وفاته أو اتفق مع المسؤول عن الضرر على مبلغ التعويض وهذا ما ردده المشرع الجزائري ولم يوجد أي تردد من قبل المحاكم في الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد في القانون المدني الورثة الذين لهم حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي كما فعل المشرع المصري(٦).

---

(١) منصور عمر المعايطة، المسئولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية،، الطبعة الأولي، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٤، ص٤٨-٤٩.

(٢) وائل تيسير محمد عساف، المسئولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨، ص٩٢.

(٣) بدر محمد الزغيب، المسئولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١، ص٥٤.

(٤) فريحة كمال، المسئولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢، ص٢٦٦-٢٦٧.

(٥) سلمان عبده القرشي، المسئولية المدنية للطبيب في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الكتاب الثقافي، ٢٠٠٧، ص ٩٤.

(٦) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، بدون سنة طبع، ص١٥٦ وما بعدها.

- أن يكون الضرر مباشراً أي أن الطبيب لا يلتزم سوى بتعويض المباشر والمتوقع وغير المتوقع. فالضرر المباشر هو الذي يلحق بالمضرور بصورة مباشرة لنقل عضو من أعضائه(١). وهذا ما أكدته المادة ١/٢٢١من القانون المدني المصري بقولها " إذا لم يكن التعويض مقدراً أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"(٢)، وهذا ما ردده المشرع الجزائري(٣) في المادة ١/١٨٢.

وقد يكون الضرر المباشر متوقع أو غير متوقع، ويقصد بالأول هو ما يحتمل وقوعه مستقبلاً ويتوقعه المتعاقدان مسبقاً. أما الضرر غير المتوقع هو الذي يدخل في نطاق الأضرار المستقبلية ولم يتوقعها المتعاقدان(٤).

- أن يكون الضرر محقق مستقبلاً فهذا الضرر يصلح أن يكون محلاً للتعويض، فقيام الطبيب الجراح بإنتزاع الأعضاء من الطفل قد يحدث له عاهة في الحال وقد يؤدي ذلك إلى حدوث ضرر بعضو أخر في المستقبل، فمثل هذه الأضرار يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عنها جميعاً(٥).

ويدخل في نطاق التعويض تفويت الفرصة، فإذا كانت الفرصة أمر محتمل فإن تفويتها أمر محقق الوقوع يجب التعويض عنها. وتبدو الفرصة للمريض من عدة وجوه سواء فيما يتعلق بسعادته أو توازنه كالطفلة التي أصيبت بتشوية نتيجةً لانتزاع أحد أعضائها الأمر الذي أدي إلى حرمنها من الزواج أو الحصول على فرصة عمل إلى غير ذلك من اعتبارات يقدرها القاضي(٦).

- أن يمس الضرر مصلحة أو حق مشروع، وهذا يعني أنه إذا كان الإخلال بمصلحة غير مشروعة لكونها غير أخلاقية أو مخالفة للقانون أو النظام العام فلا يتحقق الضرر الموجب للتعويض(٧).

أما الضرر المعنوي، قرر المشرعين المصري والجزائري تعويضه، إلا أنهما لم يعرف الضرر المعنوي ولهذا تعددت آراء الفقه بشأنه، فقد عرف بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية كشعوره أو سمعته أو كرامته أو غير ذلك من القيم التي يحسها المضرور وحده(٨).

والضرر المعنوي في مجال نقل وزراعة الأعضاء هو الضرر الذي يصيب الطفل في شعوره وأحاسيسه نتيجة الآلام والمعاناة التي ألمت به بسبب المساس بسلامته الجسدية لانتزاع عضو من أعضائه، فالضرر المعنوي قديتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية وتمس الشخص في شعوره وعواطفه ومنها يتعلق بالجانب العاطفي للذمة المعنوية

---

(١) فريحة كمال، مرجع سابق، ص٢٨٩.

(٢) راجع القانون المدني المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٨، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٠٨ مكرر (أ)، ١٩٤٨ متوفر على الموقع الآتي وتم الاطلاع عليه ٢٠٢٢/٧/١٢.

(٣) انظر القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ١٩٧٥/٩/٢٦متوفر على الموقع الآتي https://www.abridh.com وتم الاطلاع عليه ٢٠٢٢/٧/١٢.

(٤) وائل تيسير محمد عساف، المسئولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨، ص٩٦.

(٥) عبيد فتيحة، المسئولية المدنية لطبيب النساء والتوليد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، ٢٠١٩-٢٠٢٠، ص١٤٧.

(٦) محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص١١١.

(٧) السيد عيد نايل، مصادر الإلتزام غير الإرادية، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص٧٢.

(٨) صدقي محمد أمين عيسي، التعويض عن الضرر ومدي انتقاله للورثة، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولي، ٢٠١٤، ص٢٥٤.

وتمس الشخص في عاطفته ومنها ما يتعلق بالمعتقدات الدينية أو الأخلاقية ومنها الأضرار التي تلحق بجسد الطفل كالآلام التي تأثر على الجانب النفسي له[١].

فمن الطبيعي أن الضرر المعنوي شأنه شأن الضرر المادي من حيث نشأته وشروط التعويض عنه، فإذا توافرت هذه شروط استحق المضرور التعويض، ولكن هذا الضرر يشكل عبئاً تقيلاً على القضاء لصعوبة تقديره مالياً [٢].

ثالثاً: علاقة السببية:

لا يكفي مجرد حدوث ضرر للمريض لإقامة مسؤولية الطبيب بل يتعين إقامة علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالقرينة على توافر علاقة السببية بينهما تكون لصالح المريض ويتعين على الطبيب نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه[٣].

وقد أشار المشرع المصري والجزائري إلى علاقة السببية المباشرة في المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري والمادة ١٨٢ والتي نصت على أنه ".....ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"

ولتحديد علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المضرور أمر شائك للغاية لأن الضرر يمكن أن ينسب لعدة أسباب، ويمكن أن يترتب على الخطأ وقوع ضرر أو يلحق به وقوع ضرر ثاني وثالث، وهذا ما يطلق عليه بتعاقب الأضرار[٤]. ولكن خطأ الطبيب قد لا يكون هو الوحيد الذي تسبب في وقوع الضرر الذي أصاب المريض بل قد يشترك معه خطأ الغير مما يؤثر في مسؤولية الطبيب والتعويض الذي يقضي به[٥].

وفي ضوء ذلك ظهرت نظريتان وهما: تكافؤ الأسباب والسبب المنتج، فالأولي مضمونها بأن كل شخص ساهم من بعيد أو قريب في وقوع الضرر يسأل عنه، فهي تعتد بجميع العوامل التي أدت إلى وقوع الضرر إذ تعتبر علاقة السببية قائمة بين جميع الأسباب والضرر، ومن ثم يلتزم كل من ساهم في وقوع الخطأ الذي أدي إلى إلحاق الضرر بالمريض بالتعويض. ولكن هذه النظرية انتقدت لأنها لا تركز على العامل الكافي وحده لوقوع الضرر[٦].

المبحث الثالث

أثر قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب عن نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء

إذا أخل الطبيب بالتزامه وتوافرت شروط قيام مسؤوليته عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ففي هذه الحالة يلتزم بتعويض المضرورين. والتعويض بصفة عامة هو الوسيلة القانونية التي بموجبها يستطيع المضرور

(١) مراد بن عاطى، المسئولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، ٢٠١٨- ٢٠١٩، ص٩٣-٩٤.
(٢) كوسة حسين، النظام القانوني للمسئولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف٢، ٢٠١٥-٢٠١٦،ص٦٢.
(٣) أحمد بلحوس، المسئولية المدنية للطبيب، المجلة الصحية المغربية، العدد الثامن، ٢٠١٤، ص٤٤.
(٤) سعيد سالم عبدالله الغامدي، المسئولية التقصيرية والعقدية في الخطأ الطبي، المجلة القانونية، المجلد الثاني، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص٣٥٣.
(٥) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص١١٥.
(٦) كوسة حسين، مرجع سابق، ص١٦٩.

الحصول على تعويض من خلال اللجوء للقنوات القضائية بموجب دعوي يرفعها أمام المحاكم المختصة[١] . فهو الآلية التي قررها المشرع للمضرورين لتمكينهم من الحصول على حقهم إلا أن المشرعين المصري والجزائري لم يتطرقا لتعريف التعويض [٢].

فالتعويض المدني ليس عقوبة وإنما وسيلة لإزالة الضرر أو التخفيف منه[٣]. والتعويض عن الضرر الناشئ عن نقل وزراعة الأعضاء أما أن يكون عينياً أو نقدياً.

فالتعويض العيني هو إجبار المدين بتنفيذ التزامه الذي تراخي فيه أو أخل به أو امتنع عن تنفيذه لأجل إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار[٤]. وهذا ما بينه المشرع الجزائري في المادة ١٦٤ من القانون المدني التي قررت بأن المدين يلتزم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينيا بعد إعذاره متي كان ممكناً [٥]، ونفس الحكم أشار إليه المشرع المصري في المادة ٢٠٣ من القانون المدني[٦].

إلا أن المشرع الجزائري عاد وأكد على التعويض العيني حيث قرر في الماد ٢/١٣٢ بأن التعويض العيني يقضي به القاضي والمتمثل في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه تبعاً للظروف[٧]

ويتضح مما سلف أن المدين يجبر على تنفيذ التزامه عينياً شريطة أن يكون ممكناً وألا يكون مرهقاً للمدين ولا يعدل عنه إذا كان فيه إلحاق ضرر جسيم بالدائن. فالتنفيذ العيني يتم طبقاً للظروف والأوضاع التي يراه القاضي مناسبة، فمثلاً إذا نقل عضو من جسم المريض يصعب إعادة مرة أخرى للحالة التي كان عليها ففي مثل هذه الظروف يتعين على القاضي اللجوء إلى التعويض بمقابل نقدي.

فالتعويض العيني أنسب طرق التعويض فهو يؤدي إلى جبر الضرر بصورة نهائية وإعادة الوضع إلى حالته التي كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار، فهذا التعويض يجد مجاله الرحب في نطاق المسؤولية العقدية ولا جود له في المسؤولية التقصيرية إلا في أضيق الحدود. إذ يندر التعويض العيني في مجال نقل وزراعة الأعضاء، ففي الغالب يكون مستحيلاً فيما يتعلق بالضرر الجسدي والمعنوي الناشئ عن جراحة نقل وزراعة الأعضاء[٨].

فالواقع أن حالات الضرر الذي يمس الجسد بصة عامة لا يكون التعويض عنها عينياً أمراً ممكناً خاصة إذا ترتب على نقل وزراعة الأعضاء عاهة مستديمة أو تشويه خطير، وبالفرض بأنه إذا كان بالإمكان إعادة الحال إلى مكان

---

(١) خلود هشام خليل عبدالغني، الخطأ الطبي: دلراسة في قانون المسئولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص٦٨.

(٢) عمارة مخطارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠١٧، ص٤٠٦.

(٣) منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدي الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، العدد السابع، ٢٠١٠، ص٧.

(٤) عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، ٢٠١١، ص١٣٤.

(٥) القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥ متوفر على الموقع الآتي https://www.abridh.com/civil

(٦) حيث نصت بأنه يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢٠١٩، ٢٢٠ على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً، متي كان ذلك ممكناً. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيم. متوفر على الموقع الآتي https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf

(٧) حمليل صالح، لروي إكرام، التعويض عن الأضرار الطبية، الملتقي الوطني الخامس حول حماية المستهلاك " مشكلات المسئولية المدنية"، مخبز القانون والمجتمع بجامعة أدرار، ٩-١٠-ديسمبر ٢٠١٥، ص٥.

(٨) عدة جلول سفيان، النعويض كأثر للمسئولية المدنية للطبيب، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران٢، المجلد السابع، العدد الثاني، ص٢٣٤.

عليه قبل وقوع الضرر في مثل هذه الحالات إلا أنه يستحيل التعويض العيني عن الألم النفسي الذي لحق بالمضرور. ومن ثم لم يكن أمام القاضي سوي اللجوء إلى التعويض النقدي كسبيل لتعويض الضرر الذي لحق بالطفل(١).

فالتعويض العيني جائز في كل صور الضرر ولكن بشروط يتعين تحققها وإلا تحول إى تعويض نقدي. ففي حالات الضرر الجسدي أو المعنوي لا يمكن تعويض المضرور عينياً نظراً للناحية الإنسانية(٢).

أما التعويض النقدي هو التعويض الذي يقضي به القاضي عن الضرر الذي ترتب على نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء لتعويض المضرور عما لحقه من ضرر سواء كان جسدياً أو مادياً أو معنوياً، ويدفع التعويض أما دفعة واحدة أو مقسطاً أو في شكل إيراد لمدة معينة أو لمدي الحياة مع إلزام المدين بتقديم تأمين في الحالات الأخيرة(٣).

والأصل أن التعويض يقدر بمبلغ نقدي وهذا ما أكده المشرعين المصري والجزائري بقولهما بأن التعويض يقدر بمبلغ نقدي(٤).

ويخضع تقدير التعويض للسلطة القاضي التقديرية إلا أن هذه السلطة مقيدة بمجموعة من المعايير والقواعد التي ينبغي اتباعها، فبعض هذه القواعد يتعلق بعناصر الضرر وهي تختلف باختلاف أنواع الضرر والبعض الأخر منها يتعلق بوقت تقدير التعويض(٥).

فمثلاً الضرر الجمالي يعتبر من عناصر الضرر المعنوي الدائم ويكون في العادة ناشئا عن جريمة انتزاع عضو من جسد الطفل بالمخالفة للقانون مما ترتب عليه إصابته بعاهة مستديمة ظاهرة أو خفية. فالتعويض في ال حالة العادية الظاهرة يقدر بأعلى قيمة بقدرها القاضي بينما التعويض في حالة العامة المخفية يقدره القاضي بما يجبر الضرر في نفس المضرور(٦).

أما فيما يتعلق بوقت تقدير التعويض هل يتم وقت وقوع الضرر أم وقت الحكم على الطبيب المسؤول؟

اختلف الفقه حول هذا الأمر فهناك من يري أنه يعتد بقيمة الأشياء وقت حدوث الضرر لأن الذي تسبب في وقوعه الفعل الضار وليس الحكم. أي أن الحكم مقرر للتعويض وليس منشئا له ولهذا يعتد بعناصر الضرر وقت حدوثه. في حين ذهب البعض بأنه يعتد بعناصر الضرر وقت صدور الحكم على أساس أن الحكم هو الذي يحدد مقدار التعويض. بينما ذهب آخرون إلى أنه يتعين التفرقة بين الالتزام بالإصلاح والالتزام بدفع التعويض. فالالتزام بإصلاح الضرر ينشأ من وقت حدوث الضرر وإذا مات المورث انتقل الحق فيه للورثة إلا أن هذا الالتزام يتحول إلى الالتزام بدفع

(١) محمد رسول راضي العجباوي، التعويض عن المسئولية المدنية للطبيب المسببة للإعاقة الولادية، المجلة القانونية، المجلد التاسع، العدد التاسع، ٢٠٢١، ص٣٢١١.
(٢) خلود هشام خليل عبدالغني، مرجع سابق، ص٧٨.
(٣) حمليل صالح، لروي إكرام، مرجع سابق، ص٥.
(٤) حيث نصت المادة ٢/١٧١ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٢ من القانون المدني الجزائري بأن " .....ويقدر التعويض بمبلغ نقدي، على أن يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".
(٥) أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، ٢٠٠٣، ص ٣٤٩.
(٦) راجع في ذلك محمد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد الثاني عشر،٢٠١٦، ص١٦٨.

التعويض وقت الحكم. لذلك يتعين الاعتداد بكل ما طرأ من تغيرات نشأت من لحظة وقوع الضرر عند تقدير مبلغ التعويض وهذا ما أخذ به القضاء والفقه بمصر(١).

ولكن تثور صعوبة بالنسبة لتقدير الضرر المتغير، فإذا كانت الضرر غير معروف بشكل نهائي وقت صدور الحكم يحتفظ للمضرور بالحق بالمطالبة به خلال مدة معينة مع مراعاة التقلبات التي تحدث للعملة حيث من العدل والمنطق عدم التقيد بسعر النقود وقت صدور الحكم النهائي لأن قيمة النقود تتدهور بصورة مستمرة في ظل تلك التطورات الاقتصادية وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية(٢).

وتجدر الإشارة بأنه عادة تحيط بالضرر ظروف وملابسات تؤثر في تقديره تتعلق بالظروف الشخصية للمضرور والظروف الشخصية للمسؤول، فالظروف الشخصية للمضرور تؤثر على تقدير التعويض فالتعويض الذي يقضي به لطفل انتزع عضو من أحد أعضائه أدي إلى إصابته بعاه مستديمة يختلف عن التعويض الذي يقضي به لطفل نتيجة انتزاع عضو من أعضائه لم يؤدي إلى إصابته بضرر. أما بالنسبة للظروف الشخصية للمسؤول عن الضرر الأصل لا ينظر لها، ولكن الواقع العملي يعكس غير ذلك، فالقاضي يزيد مقدار التعويض كلما كان مرتكب الفعل الضار موسراً أو مؤمن ضد مسؤوليته أو كان خطأه جسيم والعكس غير ذلك(٣).

وبعدما انتهينا من بحثنا الذي يدور حول المسؤولية المدنية للطبيب عن نقل وزراعة الأعضاء وعلاقتها بإخطاف سوف نختتمه بمجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- لم يعرف المشرعان المصري والجزائري الاختطاف بل اكتفيا ببين طرق وأنواع الاختطاف ولهذا تعددت تعريفات الفقه حول مفهوم اختطاف الطفل وتدور جميعها بأن الإخطاف عبارة عن نقل الشخص من مكان يقيم فيه بصفه دائمه ونقله إلى مكان أخر أي نقل الطفل من مكانه الذي يعيش فيه وإقصاءه إلى مكان آخر. وعلى الرغم من تحذير المشرعين المصري والجزائري من خطف الأطفال إلا أنهما لم يحدد المرحلة التي يبدأ منها سن الطفولة.
- قيام الطبيب بخطف الأطفال بنفسه أو من خلال جهة آخري ونقل أعضاء منها يعتبر مخالفة صارخة للقانون تثير مسؤوليته التقصيرية ويشترط لقيام هذه المسؤولية توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية. فالخطأ الذي ارتكبه الطبيب يتمثل في مخافته للقوانين واللوائح التي تحظر من نقل عضو من أعضاء الأطفال ولو بموافقة أبيه أو أمه. وقد يترتب على انتزاع عضو من أعضاء الطفل أو أنسجته إلى ضرر سواء كان ضرراً جسديا أو معنويا، فالضرر الذي لحق بالطفل يعتبر نتيجة طبيعية لعملية الانتزاع وهذا ما يطلق عليه بالسببية المباشرة.
- ويترتب على توافر شروط قيام مسؤولية الطبيب جزاء يتمثل في التعويض سواء العيني أو النقدي. فالتعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار وهذا أمر صعب مالم يكن مستحيل في حالة انتزاع عضو أدي إلى تشوية جسد الطفل أو ترتب عليه إعاقة دائمة ومن ثم يتحيل التعويض العيني وبالتالي لم يكن أمام القضاء سوى اللجوء للتعويض النقدي وهو المبلغ الذي يقدره القاضي لتغطية الضرر بصورة كاملة إلا أن تقدير المبلغ النقدي إذا كان يخضع لسلطة المحكمة التقديرية إلا أن هذه السلطة تخضع لضوابط ومعايير تتعلق بعناصر الضرر التي تختلف باختلاف نوع الضرر وبعضها يتعلق بوقت تقدير التعويض.
- **ثانياً: التوصيات:**

(١) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٤٨٩-٤٩٠.
(٢) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص٦٥١.
(٣) خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، ٢٠١٩-٢٠٢٠، بدون دار نشر، ص ٢٧٦-٢٧٧.

- يتعين على المشرعين المصري والجزائري تحديد سن بداية الطفولة وتوحيد قوانين حماية الطفل وعدم تشتيتها لأن كثرة القوانين في هذا الصدد تضعف من قوتها فضلاً عن إمكان مرتكب الفعل الضار إيجاد ثغرات للهروب من المسؤولية.
- يتعين على المشرع الجزائري أن يبين موقفه من عملية نقل وزراعة الأعضاء إذا كان أحد الزوجين أجنبي كما فعل المشرع المصري.
- يتعين على المشرعين المصري والجزائري أن ينص صراحة على الجهة التي تقوم بتحرير نموذج موافقة المتبرع والمتلقي وأن تكون الموافقة مكتوبة وتحت إشراف قضائي وتسجل بسجلات وزارة العدل منعاً للتلاعب بها.
- حصر عملية نقل وزراعة الأعضاء في داخل المستشفيات الحكومية وعدم الترخيص لأي جهة أن تقوم بذلك لمحاربة عمليات اختطاف الأطفال وانتزاع الأعضاء منها لأغراض دنيوية وهذا ما لاحظناه في بلدنا الحبيبة مصر والجزائر.
- يتعين تثقيف الشعوب حول مخاطر نقل وزراعة الأعضاء ومدى تأثرها على الإنسان سواء في الحال أو على المدي البعيد.

المراجع

أولاً: الكتب:

١. محمود سمير العواودة، المسئولية المدنية للطبيب في مجال نقل زراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة دار الكتاب الثقافي، بدون سنة طبع.

٢. عبداعزيز محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولي، المركز القانوني للإصدرات القانونية، ٢٠١٥.

٣. محمد صفوان شديفات، المسئولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.

٤. منصور عمر المعايطة، المسئولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية،، الطبعة الأولي، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٤.

٥. سلمان عبده القرشي، المسئولية المدنية للطبيب في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الكتاب الثقافي، ٢٠٠٧.

٦. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، بدون سنة طبع.

٧. محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.

٨. السيد عيد نايل، مصادر الإلتزام غير الإرادية، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

٩. صدقي محمد أمين عيسي، التعويض عن الضرر ومدي انتقاله للورثة، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولي، ٢٠١٤.

١٠. أحمد عبدالدائم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، الجزؤ الأول، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.

١١. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

١٢. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.

١٣. خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في مصادر الإلتزام، دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، ٢٠١٩-٢٠٢٠، بدون دار نشر.

ثانياً: الرسائل:

١. مختاري عبدالجليل، المسئولية المدنية في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية، جامعة أبوبكر تلمسان، ٢٠٠٦-٢٠٠٧.
٢. آمنة وزاني، جريمة اختطاف الأطفال في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، ٢٠١٨-٢٠١٩.
٣. محمود موسي دودين، مسئولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٦.
٤. وائل تيسير محمد عساف، المسئولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨.
٥. بدر محمد الزغيب، المسئولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١.
٦. فريحة كمال، المسئولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢.
٧. مراد بن عاطى، المسئولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، ٢٠١٨- ٢٠١٩.
٨. وائل تيسير محمد عساف، المسئولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨.
٩. عبيد فتيحة، المسئولية المدنية لطبيب النساء والتوليد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، ٢٠١٩-٢٠٢٠.
١٠. كوسة حسين، النظام القانوني للمسئولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف٢، ٢٠١٥-.
١١. خلود هشام خليل عبدالغني، الخطأ الطبي: دلراسة في قانون المسئولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.
١٢. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، ٢٠١١.

ثالثاً:البحوث:

١. شروف مراد، جريمة اختطاف الأطفال: الأسباب، الأغراض، وآلية المكافحة في ظل القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية،، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، ٢٠١٨.
٢. راجع هدي طالب النقيب، جريمة الخطف في القانون العراقي، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والإجتماعية، العدد الواحد والعشرون، ٢٠٢١.
٣. محمودي قادة، الإجراءات الجزائية الخاصة بمكافحة جريمة خطف الأطفال، مجلة آفاق للدراسات القانونية المقارنة، العدد الأول، ٢٠١٦.
٤. عباس زواوي، مفهوم جريمة اختطاف الأطفال، مجلة تنوير، العدد السابع، ٢٠١٨.
٥. بوشريبي مريم، المسئولية المدنية للطبيبى، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الثالني، العدد الثاني، ٢٠١٥.
٦. صورية حدادو، المسئولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة آفاق للإبحاث السياسية والقانونية، المجلد الثالث، العدد السادس، ٢٠٢٠.
٧. لالو رابح، نقل لاوزراعة الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، االمجلد السادس،لعدد الحادي عشر،٢٠١٧.

٨. أحمد عمراني، المسئولية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين حرمة جسم الأنسان ومقتضيات العلاج، المجلد الثامن، العدد الثاني، ٢٠١٧.
٩. أحمد بلحوس، المسئولية المدنية للطبيب، المجلة الصحية المغربية، العدد الثامن، ٢٠١٤.
١٠. سعيد سالم عبدالله الغامدي، المسئولية التقصيرية والعقدية في الخطأ الطبي، المجلة القانونية، المجلد الثاني، العدد الثاني، ٢٠١٧.
١١. عمارة مخطارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠١٧.
١٢. منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدي الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة، العدد السابع، ٢٠١٠.
١٣. حمليل صالح، لروي إكرام، التعويض عن الأضرار الطبية، الملتقي الوطني الخامس حول حماية المستهلاك " مشكلات المسئولية المدنية"، مخبز القانون والمجتمع بجامعة أدرار، ٩-١٠-ديسمبر ٢٠١٥.
١٤. عدة جلول سفيان، النعويض كأثر للمسئولية المدنية للطبيب، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران٢، المجلد السابع، العدد الثالث، ٢٠١٥.
١٥. محمد رسول راضي العجباوي، التعويض عن المسئولية المدنية للطبيب المسببة للإعاقة الولادية، المجلة القانونية، المجلد التاسع، العدد التاسع، ٢٠٢١.
١٦. محمد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد الثاني عشر،٢٠١٦.

١٧. رابعاً: القوانين:

١. القانون الجزائري رقم ١٨-١١ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بالصحة، منشور بالجريدة الرسمية، العدد السادس والأربعون، ٢٠١٨، ص٣٤-٣٥.
٢. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمعدل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣متوفر على الموقع الآتي https://learningpartnership.org وتم الاطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/٧.
٣. القانون الجزائري رقم ١٢/١٥ المؤرخ في ٢٠١٥/٧/٢٨ متوفر على الموقع الآتي https://www.unicef.org/algeria وتم الإطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/٧.
٤. قانون الطفل المصرى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ متوفر على الموقع الآتي https://m.elwatannews.com وتم اطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/٧.
٥. القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية، العدد التاسع، ٢٠١٠ متوفر على الموقع الآتي https://nccm.gov.eg/UploadedFiles وتم الاطلاع عليه في ٢٠٢٢/٧/١٠.
٦. القانون المدني المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٨، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٠٨ مكرر (أ)، ١٩٤٨ متوفر على الموقع الآتي وتم الاطلاع عليه ٢٠٢٢/٧/١٢.
٧. القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ١٩٧٥/٩/٢٦متوفر على الموقع الآتي https://www.abridh.com وتم الاطلاع عليه ٢٠٢٢/٧/١٢.