

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تخصص: قانون خاص معمق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستري في العلوم القانونية و الادارية

# التصرف في الأعضاء البشرية بين الشريعة و القانون (دراسة مقارنة)

تحت إشراف:

بن عديدة نبيل

من إعداد:

- بلخير فتيحة

لجنة المناقشة :

- 1

- 2

- 3

السنة الجامعية: 2015 - 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# تشكرات

﴿ربى أوزعنى أن أشكر نعمتك التى أنعمت على وعلى والدى وأن أعمل

صالحاً ترضاه وأدخلنى برحمتك فى عبادك﴾

الآية 19 من سورة النمل

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله لما فىم الصلاح و

النجاح.

إلى كل طالب للعلم ولا هدف من أجله بعد شكرنا لله أتقدم بفائق

الشكر والتقدير والعرفان إلى كل من ساعدنى فى إنجاز هذا

العمل سواء من قريب أو من بعيد وخاصة إلى أستاذى المؤطربن عديدة نبيلة

الذى كان له بالفضل بعد الله تعالى على ما بذله من جهد عظيم فى توجيهى و

إرشادى فى هذا العمل

# إِهْدَاء

أهدى ثمرة جهدى إلى :

أحب الناس إلى قلبى وأحسن الناس بحسن صحبتى التى اخنت الجنة تحت

قدميها وقال فيها ربى "واخفض لهما جناح

الذئب من الرحمة وقل ربى ارحهما كما ربياني صغيرا"

إلى حبيبتي \*أمى\*

إلى فلذة كبدى وقرّة عينى

صغيرتى الحلوة "فاطمة"

# مُقَدِّمَةٌ

إن الحمد لله نحمده ونستغفره و نستعين به، ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا. من يهده الله فهو المهتدي ومن ضلّل فلا هادي له، واشهد أن لا إله إلا الله وان سيد المرسلين سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم عبده ورسوله،

أما بعد:

لما كان المبدأ الأصلي في التعامل بين البشر والذي كرسه الله تعالى في كتابه الكريم قال تعالى «إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغيره الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم» (سورة البقرة الآية 172)<sup>1</sup>، هو حرمة جسد الإنسان وروحه، ا دان القاعدة العامة هي ضمان احترام الكائن البشري مند بداية حياته إلى نهايتها، منع أي اعتداء على كرامته. فان المساس بجسم الإنسان عن طريق الاعتداء سواء في سورة قتل أو جرح أو سرقة، يشكل إخلالا بالنظام القانوني لجسم الإنسان و الذي كرسه القانون الوضعي و جرم كل اعتداء عليه في حياته وبعد وفاته في صورة تشويه أو اعتداء على حرمة الموتى، إلا أن تطور الطب بشكل لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية وما جاءت به أحكام ومبادئ لحماية الكينونة البشرية، وقدرته في الآونة الأخيرة على أحداث ثورة حقيقة في مجال الوقاية و العلاج، من خلال الإمكانيات الطبية عالية المستوى والتي مكنت وفي الكثير من الأحيان من قلب الاحتمالات و الآمال الطبية، إلى وقائع و حقائق مادية ملموسة أصبح يشكل سلاحا دو حدين، فهذا التطور وبنفس درجة أهميته و الحاجة إليه في عالم الطب لقدرته على احتواء العديد من الأوضاع الصحية غير المسبوقة طبيًا، يشكل تهديدا حقيقيا على التكامل الجسدي للجسم البشري، لا سيما ذا علمنا إن جسم الإنسان من الناحية القانونية يدخل ضمن أشياء التي تخرج نطاق التعامل القانوني بها، ومن

<sup>1</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، ص21

المساس بجسم الإنسان في حدود معينة أمرا مقبولا ومشروعا طبيا على الأقل، على أن يتعلق الأمر وفي الكثير من الأحيان بإرادة المعني، ومن ذلك التصرف في الأعضاء البشرية سواء عن طريق البيع أو الهبة أو الوصية، وسواء لتحقيق أغراض علاجية أو غير ذلك كأغراض التجريبية، دون أن يعد ذلك صورة من صور الاعتداءات على التكامل الجسدي لجسم الإنسان، ولا سيما وان الحصانة التي يتمتع بها الجسم الإنساني شرعا وقانونا جعلت الموضوع محل اهتمام ونقاش واسع من قبل الفقهاء و الأطباء و المفكرين، فانقسموا بين نؤيد ومعارض، بين ولا سيما وان الحصانة التي يتمتع بها الجسم الإنساني شرعا وقانونا جعلت الموضوع محل اهتمام ونقاش واسع من قبل الفقهاء و الأطباء و المفكرين، فانقسموا بين نؤيد ومعارض، بين ولا سيما وان الحصانة التي يتمتع بها الجسم الإنساني شرعا وقانونا جعلت الموضوع محل اهتمام ونقاش واسع من قبل الفقهاء و الأطباء و المفكرين، فانقسموا بين نؤيد ومعارض، وهو ما دفع بنا إلى تسال حول موقف كل من الشرع و القانون الوضعي لاسيما الجزائي منه بمختلف فروعها العام والخاص، من التصرف في الأعضاء البشرية في نطاقه العام الجزائي منه بمختلف فروعها العام والخاص، من التصرف في الأعضاء البشرية في نطاقه العام.

ذلك التصرف في أعضاء البشر يعد من المواضيع الحديثة في مجال الممارسة الطبية من جهة، وفي المجالين القانوني والشرعي من جهة أخرى، فالكثير من التشريعات الوضعية لم تتناول الموضوع بالدراسة و التنظيم من خلال تحديد أحكامه القانونية وما يترتب عليه كتصرف قانوني من جزاءات كما أن القران الكريم من خلال مختلف ما ورد عنه من أحكام ومبادئ في مجال تكريس مبدأ " صيانة تكامل الجسد البشري " ترك مجالا واسعا للنقاش الفقهي الديني في هذا المجال، فضلا عن ذلك فان هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة سواء بالنسبة لرجال الشرع والقانون أو الطب، لان محل التصرف في هذه الحالة يعد بالدرجة الأولى مساسا بالحصانة التي يتمتع بها الجسم البشري، وهو ما جعل من الموضوع مادة نقاش ودراسة خصبة لعديد من الفقهاء خلاف توجهاتهم الدينية و القانونية و الطبية فشمل حالات التصرف (بين الأموات أو بين الأحياء) وصورة التصرف وأغراضه وغير ذلك كثير.

هذا، ونظرا للأهمية التي يكتسبها الموضوع والتي أصبح مجالها يتزايد ويتعاضم يوم بعد يوم، باتساع نطاقها وتحول توجهها من اقتطاعات لتحقيق أغراض إنسانية سامية، إلى أغراض أخرى غير مشروحة شرعا وقانونا، فقد ارتأينا ضرورة دراسة هذا الموضوع وتناوله بتحليل ونقاش، من خلال التعرف على موقف مختلف التشريعات الوضعية اختلافها العربية و الغربية من التصرف في الأعضاء البشرية، وملاحظة مدى قدرة القانون من خلال مختلف تغيراته وأحكامه و مبادئه على مواكبة التطور الطبي في هذا المجال، من خلال تنظيمه وتحديد ضوابطه ومحدداته القانونية، فضلا عن الجزاءات المترتبة في حالة مخالفة هذه الضوابط القانونية، في محاولة لتصحيح التوجه الطبي في هذا المجال، بصورة تحفظ دائما تحقيق مبدأ " حصانة التكامل البشري لجسم الإنسان " حصانة التكامل البشري لجسم الإنسان "حي في حالة منح الاستثناءات أيا كانت طبيعتها شرعية أو قانونية، تجيز الاختلال بهذا المبدأ .

وبهذا فالغرض من هذا الكتاب هو إلقاء الضوء على موضوع التصرف في الأعضاء البشرية من الناحيتين القانونية و الدينية، مع مراعاة أن نطاق دراستنا سينصب على التصرف في الأعضاء بالدرجة الأولى في القانون الجزائري بمختلف فروعه، وموقف المشرع الجزائري منه كأحد المستجدات الطبية التي من شأنها ترتب آثار قانونية في أوضاع مواطن معينة بأشكال مختلفة، ولقد تم تنظيم هذا الكتاب لمعالجة الموضوع ومساره التطوري مستويات من خلال فصلين أساسيين في الفصل الأول والذي حمل عنوان "مفهوم التصرف في أعضاء البشرية" جاء لمحاولة ضبط المفاهيم الأساسية حول التصرف في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة بالموازاة مع موقف الشريعة الإسلامية، حيث تم الاهتمام من خلاله بالتعريف على حقيقة التصرف في لأعضاء البشرية و أهميته لاسيما من الناحية الطبية، مع توضيح مفضل في الأعضاء البشرية، ومحاولة تحديد أو ضبط الأساس القانوني الذي بناء عليه قيل بإمكان الخروج عن قاعدة العامة نحو الاستثناء، وإباحة التصرف في الأعضاء البشرية مع التركيز بصورة دقيقة على صور التصرف في الأعضاء البشرية والأغراض المتوخاة تحقيقها منه .

فضلا عن الضوابط والشروط القانونية الواجب الالتزام بها لمباشرة كل تصرف في الأعضاء البشرية، سواء تم ذلك عنون ب"الآثار القانونية المترتبة عن التصرف في الأعضاء البشرية " فتم الوقوف على العلاقة القائمة بين التصرف

في الأعضاء البشرية من الناحية الطبية وما ترتبه من آثار قانونية، فتم التعرف فيه إلى محورين أساسيين الأول يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب المتصرف في العضو البشري، كعنصر في الحقيقة تابع للمحور الثاني (المسؤولية الجنائية)، باعتبارها تأتي بعد تحقق المسؤولية الجنائية في اغلب الأحيان في هذا المجال.

ولتحقيق الغرض المبتغى اعتمادا منها تحليليا استقرائيا، اعتمد فيه على تحليل النصوص القانونية الوضعية ليس في التشريع الجزائري وحسب، بل في بعض من التشريعات المقارنة أيضا، والملاحظات الفقهية و الآراء و الاقتراحات على مختلف مستويات التي طرحت في هذا المجال مكونا من الخطة التالية :

## الفصل الأول: مفهوم التصرف في الأعضاء البشرية.

### • المبحث الأول: مضمون التصرف في الأعضاء البشرية.

#### ➤ المطلب الأول: تعريف وأهمية التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الأول: تعريف التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الثاني : أهمية التصرف في الأعضاء البشرية.

#### ➤ المطلب الثاني: حكم التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الثالث: موقف المشرع من التصرف في الأعضاء البشرية.

#### ➤ المطلب الثالث: الأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الأول: نظرية الضرورة العلاجية.

- الفرع الثاني: نظرية المصلحة البشرية.

#### ➤ المطلب الرابع: صور وأغراض التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الأول: صور التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الثاني: إغراض التصرف في الأعضاء البشرية.

• المبحث الثاني: ضوابط أو شروط التصرف في الأعضاء البشرية.

➤ المطلب الأول: ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية.

- الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالمتنازل له عن العضو البشري.

- الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالمتنازل له عن العضو البشري.

- الفرع الثالث: الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية.

➤ المطلب الثاني: ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية للموتى.

- الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالموتى.

- الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بأقارب المتوفى.

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن التصرف في الأعضاء البشرية.

• المبحث الأول: المسؤولية الجنائية للطبيب التصرف في الأعضاء البشرية.

➤ المطلب الأول: أركان المسؤولية الجنائية .

- الفرع الأول: الكرن الشرعي.

- الفرع الثاني: الركن المادي و المعنوي.

➤ المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجنائية.

- الفرع الأول: نظرية الضرورة العلاجية.

- الفرع الثاني: نظرية قبول المخاطرة

• المبحث الثاني: المسؤولية المدنية للطبيب التصرف في الأعضاء البشرية.

➤ المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الاعضاء البشرية.

- الفرع الأول: مسؤولية عقدية .

- الفرع الثاني: مسؤولية تفصيرية.

➤ **المطلب الثاني:** عناصر المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية.

- الفرع الأول: الخطأ الطبي.

- الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية.

- الفرع الثالث: التعويض.

# الفصل الأول الاعمال

مفهوم التصرف في الأعضاء البشرية

حيث أن الحق في السلامة البدنية يعتبر من بين أهم الحقوق للصقية بالسلامة البدنية للفرد، فقد كسرت اغلب التشريعات السماوية هذا مبدأ بموجب نصوص واضحة وصریحة، فجاء في قوله تعالى "ولا تقتلوا أنفسكم" (سورة النساء الآية 29)<sup>1</sup>، ومن هذا المنطلق كرس أغلب التشريعات الوضعية هذا المبدأ، ونظرا لأهمية وإثره في توفير الأمن والسلامة البدنية للفرد، فقد تم تكريس هذا المبدأ على مستوى الاتفاقيات الدولية و دساتير الدول، تنص المادة 35 من الدستور "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية"<sup>2</sup> غير انه في جهة لمقابلة لهذا الحق، يوجد ما يعرف بحب البقاء، وجملة المبادئ التي تقرها حالة الضرورة، وتقدير تحقق المصلحة الاجتماعية، ومن هنا استحدث الطب وسيلة علاجية جديدة، تتمثل في استئصال الأعضاء البشرية وزرعها، بهدف تحقيق أو توفير الفرص علاجية جديدة للمرضى ومن خلال هذا الفصل سنحاول التعرف على مفهوم هذا الحق، وذلك من خلال التطرق إلى مضمون التصرف في الأعضاء البشرية كمبحث أول، وعلى مستواه سنحاول التعرف على المقصود بالتصرف المنصب على الأعضاء البشرية والأهمية التي يكتسبها كمطلب أول، ثم سنحاول تفصيل موقف كل من الشرع و القوانين المقارنة من هذا التصرف، مع التركيز على موقف المشرع الجزائري كمطلب الثاني، من ثم سنعالج صور التصرف في الأعضاء البشرية، مع مراعاة الأغراض المتوخاة من هذا التصرف كمطلب الثالث، وعلى مستوى المطلب الرابع منه والأخير سنحاول التفصيل في شروط أو ضوابط أو القيود القانونية التي ترد على التصرف في الأعضاء البشرية، سواء انصب هذا التصرف على الأعضاء البشرية للموتى أو كان بين الأحياء.

<sup>1</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، ص21

<sup>2</sup> أنظر دستور الجزائر لسنة 1996، المؤرخ في 27 رجب 1417، الموافق لـ 07 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بأخر تعديل له: القانون رقم 12-08، المؤرخ في 14 ذي القعدة 1429، الموافق لـ 12 نوفمبر 2008، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2008 العدد 63 ص 17

## المبحث الأول: مضمون التصرف في الأعضاء البشرية

إن التطور الذي عرفه المجال الطبي هو الذي افرز ما يعرف اليوم بالتصرف بالأعضاء البشرية، أو بصورة

أكثر أدق ما يعرف بنقل أو استئصال وزرع الأعضاء البشرية، فما المقصود بهذا التصرف في ظل الأحكام القانونية

؟ ما أهمية نقل و زرع الأعضاء البشرية، سواء من الناحية الطبية أو القانونية ؟

ولالإجابة على التساؤل ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى 3 مطالب أساسية، المطلب الأول (تعريف وأهمية

التصرف غي الأعضاء البشرية)، المطلب الثالث (الأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية)، نعالجها

كما يلي:

### المطلب الأول : تعريف وأهمية التصرف في الأعضاء البشرية

و على مستوى هذا المطلب سنحاول التعرف على المقصود بالتصرف في الأعضاء البشرية من خلال الفرع

الأول، ومن خلال الفرع الثاني سنحاول التعرف على أهمية التصرف في الأعضاء البشرية، نعالجها على التوالي

كما يلي:

### الفرع الأول: تعريف التصرف بالأعضاء البشرية

إن التصرف من الناحية القانونية يقصد به اتجاه الإرادة إلى أحداث اثر قانوني معين، سواء كان ذلك في

صورة عقد ملزم للجانبين، أو في صورة تصرف ملزم للجانب الواحد.<sup>1</sup> والتصرف المنصب على الأعضاء البشرية

يقصد به "نقل عضو بشري أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من المتبرع إلى المستقبل، بهدف زرعها لهذا الأخير،

فيقوم العضو المستأصل ليقوم مقام العضو التالف في جسده"<sup>2</sup> كما عرف على أنه "نقل أعضاء سليمة من

<sup>1</sup> أنظر د. محمد السعدي صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزامات -التصرف القانوني - العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول الطبعة الثانية / دار الهدى، الجزائر سنة 2004، ص39.

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية (بين الشرع و القانون)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان سنة 1999، ص 7.

أجسام صحيحة إلى أجسام مريضة أعضاء منها أو تالفة" <sup>1</sup>، كما و يقصد بها "إجراء عمليات استبدال أعضاء بشرية سليمة منقولة من أشخاص أحياء عن طريق غرسها أو زرعها لديه" <sup>2</sup>.

وبهذا فحمل التصرف في الأعضاء البشرية، بل يشمل كل من الأنسجة و الأجهزة البشرية، وهو ما عبر

عنه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 161 من القانون رقم 85-05، المتضمن حماية الصحة و ترقيتها،

حيث جاء فيها "...انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة البشرية). غير أن المشرع الجزائري لم يتناول على

مستوى هذا القانون، تعريف أو تحديد المقصود سواء بالأعضاء البشرية أو الأنسجة أو حتى الأجهزة البشرية. <sup>3</sup>

و من هنا نقول أن العضو البشري من الناحية اللغوية يقصد به "كل لحم وافر من الجسم بعظمه، أو جزء

من جسم الإنسان كاليد و الأنف و الأذن، وهو جزء من مجموعة الجسد" <sup>4</sup>

أما اصطلاحا فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى تعريفه على انه "جزء من الإنسان من أنسجة و خلايا

ونحوها سواء كان متصلا به أم منفصلا عنه، وان الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان" <sup>5</sup>. والذي ينهض بأداء

وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب و الكبد والكلية"، ويعتبره فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ يطلق على ماله

وظيفة تميزه عن غيره كالعين واللسان وغيرهما <sup>6</sup>. وقد عرفه قاموس (روبارت) استنادا إلى المعنى الحيوي لهذا اللفظ مند

القرن (18م) على انه "مجموعة العناصر الخلوية المختلفة و المتوافقة و القادرة على أداء وظيفة محددة" <sup>7</sup>، و عموما

نستطيع القول أنا لعضو هو كل جزء من أجزاء وظيفة محددة"، و عموما نستطيع القول أنا لعضو هو كل جزء من

أجزاء الجسم سواء كان متجددة أو غير قابلة للتجدد كالكبد و الجلد بالنسبة للأولى، والقلب و القرني بالنسبة

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2008، ص 342.  
<sup>2</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2001، ص 9.  
<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-08 المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1405، الموافق لـ 16 فبراير 1985، المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1985 العدد 08 المعدل و المتمم بالقانون رقم 17-90، المؤرخ في 09 محرم 1411، الموافق لـ 31 يوليو 1990، المنشور بالجريدة الرسمية سنة 1990 العدد 35 ص 191.  
<sup>4</sup> أنظر د. عبد الاقندر المهيري، د. محمد العلاوي، د. ابراهيم بن مراد، الإلغائي، الطبعة الثانية عشر، سنة 2003، ص 537.  
<sup>5</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان سنة 2002، ص 13.  
<sup>6</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي المرجع السابق، ص 51.  
<sup>7</sup> أنظر د. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني، بدون رقم الطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1995 ص 95.

للثانية. وأما أن تكون منفردة أو مزدوجة كاللسان والرئتين، وأما أن تكون قابلة للزرع أو غير قابلة له كالكبد والعمود الفقري<sup>1</sup>.

وفي ظل هذا الاختلاف وعد الاجتماع الفقهي على إعطاء تعريف محدد شامل مانع للعضو البشري، ثارة إشكالية تتعلق أساسا بمدى إمكانية اعتبار الدم من الأعضاء البشرية، فصدر عن مجمع الفقه الإسلامي في جدة سنة 1988، قرار اعتبر بموجبه إن الدم يعتبر من أعضاء الإنسان المتجددة، غير أننا نستطيع القول أن غالبية الفقه يرى أن الدم مشتقاته لا يعتبر من قبيل الأعضاء البشرية، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري، وكرسه على المستوى القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، في الفصل الثاني منه و الذي عنون باسم "العلاج بالدم ومصله " البلازما " ومشتقاته"، وفيه تناول بالتفصيل الأحكام القانونية المتعلقة بالتداوي عن طريق الدم، وقد خصص الفصل الثالث من ذات القانون لموضوع " انتزاع الأعضاء البشرية وزرعها" وهو بذلك ومن خلال هذا الفصل، يكون قد اعتبر الدم خارجا عن مجال دائرة الأعضاء البشرية.

أما فيما يتعلق بالأنسجة كمحل للتصرف فيقصد بها "مجموعة الخلايا البيولوجية التي قد يحدث بينها توافق أو تنافر، بمعنى توافق أو تنافر مجموعة من عناصر تشريحية معينة كالأخلاق والأعصاب، تعطي كل ذاتية تشريحية كالزرع القرنية وصمامات القلب و الأوردة."<sup>2</sup>

أما فيما يتعلق بالأجهزة البشرية التي نص عليها المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 164) من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، فراجع انه يقصد منها مجموعة من الأعضاء البشرية، باتحادها جهازا بشريا، كما لو تعلق الأمر مثلا بالدماغ بالنخاع الشوكي وهكذا.<sup>3</sup>

وعموما فان عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية تمر بثلاثة مراحل أساسية، المرحلة الأولى تتمثل في عملية استئصال العضو السليم من المتنازل، والمرحلة الثانية تتمثل في استئصال العضو التالف من المتنازل له، و المرحلة

<sup>1</sup> أنظر د. حسن عودة الزغال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> أنظر أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، المرجع السابق، ص 95-96.

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-08 المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1405، الموافق لـ 16 فبراير 1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

الأخيرة هي زراعة العضو السليم محل العضو التالف في جسد المريض، هذا من جهة،<sup>1</sup> ومن جهة أخرى فان أعضاء البشرية و الأنسجة و الأجهزة كما عبر البشرية عنها المشرع الجزائري، تجذ أساسها أو مصدرها أما في الإنسان الحي، حيث إن الشخص يتبرع بإرادته الحرة المتبصرة بعضو من أعضائه، وهو يعتبر من بين أخصب مصادر الأعضاء البشرية، لا سيما فيما تعلق بعمليات نقل وزرع الكلى، وأما في جثة المتوفى حيث يميز المتوفى قبل وفاته، أو ممثليه قانونية بعد وفاته هذا التصرف، وفي هذه الحالة تعتبر الجثة مصدر للأعضاء للبشرية أخصب و أنفع، بالنسبة للمتبرع لهم، على اعتبار أن التبرع هنا يشمل جميع أعضاء الجثة أيا كانت طبيعتها أو وظيفتها البيولوجية.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : أهمية التصرف في الأعضاء البشرية.

أن التصرف في الأعضاء البشرية سواء كان بين الأحياء، أو كان محله جثث المتوفى، يبعديه الطي و القانوني يكتسي أهمية بالغة، تتجلى من الناحية الطبية في :

- تعتبر عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من أهم الأساليب و التقنيات الطبية، لإنقاذ حياة العديد من المرضى، وبها يكون الطلب قد تجاوز الأعمال الطبية التقليدية، وان كانت في الحقيقة لا تعد أحداث ما توصل إليه الطب، على اعتبار انه قد لحقها ما يعرف بالأعضاء الاصطناعية و الاستنساخ وغيرها من المستجدات في عالم الطب.<sup>3</sup>

أما من الناحية القانونية فتتجلى :

لا يمكن للقانون أن يبقى مكتوف اليدين أما التطور العلمي الهائل في مجال الطب، مما يستلزم عليه التدخل بموجب أحكام قانونية صريحة ومحكمة و متكاملة لتنظيم المسألة، وهو بذلك يساعد في نشر الوعي لدى الأفراد

<sup>1</sup> أنظر مارك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الجزء الأول (الكتاب الثاني : التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية)، بدون رقم الطبعة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2003 ص323

<sup>2</sup> أنظر مارك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الجزء الأول (الكتاب الأول)، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2003 ص 114-115

<sup>3</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات (المدنية و الجنائية و التأديبية)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، القاهرة، سنة 2000، ص244.

داخل المجتمع، مما يساعد على تكريس مبدأ حرمة جسم الإنسان وضمان سلامته من جهة، فضلا عن دوره في تقديم الحماية القانونية للطبيب و المتصرف بالعضو البشري<sup>1</sup>.

كما انه تعمق وتثري المفاهيم القانونية و العلمية، من خلال حتمية تفاعله هيكليا، كميًا ونوعيا مع التطورات المتنامية ففي الميدان الصحي، كما أنها تجيب على العديد من الانشغالات الإنسانية و الطبية وحتى الاقتصادية، لأنها تقلل من عدد المرضى المتزايد<sup>2</sup>.

وعموما تتجلى أهمية التصرف في الأعضاء البشرية من الناحية القانونية في تناول السلطة التشريعية داخل الدولة الموضوع بالتدقيق، مما يسمح بالتعرف على بنيانه من الناحية القانونية و موقف المشرع الوطني منه، لاسيما في ظل الظروف الراهنة حيث أصبح الموضوع منحى آخر في ظل انتشار سرقة الأعضاء البشرية و اقتطاعها من غير مراعاة لأي من الضوابط القانونية، حيث أصبح التصرف فيها بعدا كل البعد عن تحقيق أغراض إنسانية علاجية بالدرجة الأولى من جهة، والتعرف من جهة أخرى على مختلف الجزاءات القانونية المرصودة لمثل هذه التجاوزات، سواء كانت في طبيعتها المدنية أو الجنائية.

### المطلب الثاني : حكم التصرف في الأعضاء البشرية

في ظل سيادة مبدأ حرمة الإنسان و ضمان سلامته، أثارت مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، خلافا واسعا على مستوى ديني و الطبي و القانوني، فقد اعتبرت من احد القضايا التي حظيت باهتمام علماء الفقه الإسلامي ورجال القانون و الطب على حد سواء، وقد تضاربت آرائهم و اختلفن بشأنها فانقسموا ضمن الفئة الواحدة بين مؤيد و معارض وسكات للمسألة، وعلى مستوى هذا المطلب سنحاول التعرف على موقف الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى من التصرف في الأعضاء البشرية (الفرع الأول)،

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 16.  
<sup>2</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق ص 101.

ثم موقف التشريعات المقارنة (الفرع الثاني) و المواقف التشريعية التي تبنتها, مركزين في الأخير على موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث)

### الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من التصرف في الأعضاء البشرية.

مبدئيا نستطيع القول أن موقف الشريعة الإسلامية من التصرف في الأعضاء البشرية، تحدد من خلال مجموعتين أساسيتين. المجموعة الأولى منعت التصرف في الأعضاء البشرية منعا مطلقا، و المجموعة الثانية قالت بجواز التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق النقل و الزرع ضمن حدود، وفي إطار ضوابط و شروط محددة، نتعرف عليها كما يلي:<sup>1</sup>

#### 1. الاتجاه القائل بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية:

لقد اعتمدت هذه الاتجاه في إباحة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، على استدلال عقلي اعتمدوا فيه بالدرجة الأولى على نظرية الضرورة، فقالوا إذا كان المضطر في مخمصة يجوز له قطع عضو من أعضائه الأكلة، يجوز له أن يقطع جزء من جسده ليسد به رقمه، و هو من باب أعمال قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.<sup>2</sup>

انطلاقا من هذا الاستدلال، أجاز هذا الجانب من الفقه التصرف الأعضاء البشرية، سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، معتمدين على جملة الحجج التالية:

1. إن الأصل في الأشياء الإباحة، و هو أمر مباح ما دام انه يرد نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة يحرمه شرعا.

2. كما أن هذا التصرف يعتبر من قبيل التبرع و الصدقات الجارية، و فيه من الأجر و الثواب الكثير.

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 92.  
<sup>2</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق ص 187

3. كما استدل أنصار هذا الاتجاه على مجمل آيات الاضطرار كقوله تعالى: "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم" (سورة البقرة الآية 137)، وقوله تعالى "وقد فصل الله لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه" (سورة الأنعام الآية 119) وقوله تعالى "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم عليه فان الله غفور رحيم" (سورة المائدة الآية 3)<sup>1</sup> وما فهموه من عموم قواعد الشريعة الإسلامية، كالضرورات تبيح المحظورات، وتحقيق أعلى المصلحتين، وادا تعارضت مفسدتان تدرأ أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما ضررا، وغيرها من القواعد الكلية في أحكام الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>
4. كذلك جاء مناصر التصرف بالأعضاء البشرية، بقاعدة بنوها على أساس الغرض من الشريعة الإسلامية ووجودها، فقالوا أن الشريعة الإسلامية جاءت لخدمة مصلحة العباد، فان كل ما فيه مصلحة للعباد فهو جائز شرعا، فحيثما وجدت المصلحة وجد شرع الله.<sup>3</sup>
5. فضلا عن ذلك فقد كانت آيات الإيثار و الآيات التي تجلب التيسير والرافعة للحرَج، بمثابة دليل قوي بالنسبة للأنصار هذا الاتجاه، على اعتبار ان الأمر هنا يتعلق بتعاضد الأجر نتيجة وجود صدقة جارية. كقوله تعالى "ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة" (سورة الحشر الآية 78)<sup>4</sup>.
6. وقد كان قال تعالى "من اجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل إن من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا" (سورة المائدة الآية 32)، بمثابة الحجة الرئيسية و الدامغة التي اعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه لتبرير موقفهم، من إباحة التصرف في الأعضاء البشرية شرعا.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، ص 21- 143

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 346.

<sup>3</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 98.

<sup>4</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، ص 113 - 341 - 546

<sup>5</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني)، المرجع السابق ص 169.

7. أما بالنسبة للتصرف في الأعضاء البشرية للموتى فقد أسس هذا الجانب من الفقه في إباحة مثل هذا

التصرف، على القاعدة الفقهية التي تقضي بتحقيق أعلى المصلحتين، معتبرين أن الأمر من حيث الأصل

يدور بين محظورين، حياة الإنسان الذي يحتاج للعضو البشري لاستمرار حياته، و حرمة جثة الموتى، الذي

يعتبر من المبادئ التي اقرها اغلب الشرائع السماوية و التشريعات الوضعية، لذا ينبغي الاخذ بأخف الضررين

و الذي يتمثل في هذه الحالة في المساس بجثة الموتى، على اعتبار أن جسد الإنسان تحت التراب يلي

وينتهي، في حين المريض مادامت إمكانية علاجية مطروحة، فان ذلك فيه تحقيق لمصلحة المجتمع، ومن هنا

فالمحافظة على الحياة وصحة الحي أعظم من مفسدة المساس بجثة الميت<sup>1</sup>.

ومع هذا فهذا الاتجاه رغم إجازته التصرف في الأعضاء البشرية من الناحية القانونية، إلا انه اعتبر لن هناك

من الأعضاء البشرية التي لا مجال لنقلها، فهي لا محلا لنقل بأي شكل من الإشكال، ومن بينها الأعضاء

المنفردة في الجسم، والتي تتوقف عليها حياة الإنسان و استمرار يته، فضلا عن الأعضاء الجنسية أو التناسلية،

معتبرين أن في انتزاعها تشويها لخلقة الإنسان المنقولة منه، وهو أمر محرم شرعا<sup>2</sup>، فضلا عن أن في الأمر ضررا

محققا للمتبرع، باعتباره حرما من النسل، كما واعتبروا أن جواز النقل في هذه الحالة و الزرع من شأنه أن يؤدي،

إلى اختلاط الأنساب، وهو الآخر أمر محرم شرعا. وقد ذهبت بعض القوانين المقارنة إلى النص صراحة على تحريم

نقل الأعضاء التناسلية، سواء للرجال أو النساء، كالقانون الأردني و التونسي، فنصت على انه يحجز مطلقا أحد

أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء و الأموات قصد زرعها.

## 2. الاتجاه القائل بالمنع المطلق للتصرف في الأعضاء البشرية.

أما عن الاتجاه المعارض للتصرف في الأعضاء البشرية، فقد أسسوا موقفهم بالدرجة الأولى على اعتبار

القياس الذي بنا عليه أنصار الاتجاه الأول موقفهم، هو قياس فاسد، و ذلك لوجود فرق بين الحالتين، فالعضو

<sup>1</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي المرجع السابق، ص 134.

<sup>2</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني)، المرجع السابق ص 203

الذي وقعت عليه الأكلة عضو مريض و إزالته واجبة شرعا،<sup>1</sup> لان هدف الطب تحقيق المصالح، و هو في ذلك يتفق مع الشريعة الإسلامية، التي جاءت لخدمة الجميع، أما استئصال عضو سليم نافع بالنسبة لصاحبه، بهدف تحقيق مصلحة غير محققة فانه أمر غير مجاز شرعا و من هذا المنطلق، قالوا اعتمدوا على الحجج و الأسانيد التالية:

1. ما جاء في قوله تعالى: " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة، وأحسنوا إن الله يحب المحسنين " (سورة البقرة الآية 195)،<sup>2</sup> فاعتبروا انطلاقا من هذا النص إن الله قد نھانا عن إلقاء أنفسنا في التهلكة، وإقدام الشخص على التبرع بالعضو من جسمه، ما هو إلى سعي لإهلاك النفس في سبيل تحقيق مصلحة للغير، ذلك أن يقطع العضو يكون قد فوت على نفسه فرصة المنفعة به، والإنسان غير مطالب بذلك.<sup>3</sup>
2. كما استدلو بقول رسول الله -صلى الله عليه وسلم: "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي" معتبرين انه لا يمكن أن يخاطر بإنسان من اجل آخر، ولا يمكن لجزء من الميت إن ينقذ حياة ... وليس هناك فرد خالد ... يتعين ترك الحالات المرضية لتلقي مضرها كما هو الحال حيث فشل العلاج التقليدي.<sup>4</sup>
3. كما استدلو على قوله تعالى: "ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما" (سورة النساء الآية 29)،<sup>5</sup> ووجه الاستدلال الذي اعتمدوا من هذه الآية هو إن الله قد نھى عباده على قتل أنفسهم، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، وإبرام الشخص اتفاقا مع غيره للتبرع بعضو من أعضائه، يعتبر أمرا محرما شرعا، ذلك أن القاعدة هي عدم جواز إتلاف الشخص نفسه لإحياء غيره.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق ص 179

<sup>2</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، المرجع السابق ص 30

<sup>3</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق ص 181

<sup>4</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 133.

<sup>5</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، المرجع السابق ص 83

<sup>6</sup> أنظر مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق ص 181

4. كما اعتمد أنصار هذا الاتجاه على فكرة الملكية، فقالوا إن الإنسان ليس ملكا لنفسه، وبالتالي فلا يسوغ له التصرف بشيء منه بديل من افسد عضو من أعضائه بنية التبرع أو البيع فقد تدعى وظلم، ولن يصلحه الله له يوم القيامة بل يبقى على الصفة التي كان عليها عقوبة له على ما فعل.<sup>1</sup>
5. كما استند أنصار هذا الاتجاه على قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم " فاعتبروا أن استئصال عضو من شخص للتصرف فيه لأخر، فيه أضرار فقها محقق بالنسبة للطرف المتصرف، وإصلاح الأضرار فقها مرتبط بتوفير شرط عدم الأضرار، وفي قطع الأعضاء البشرية وزرعها مشقة زائدة أم يكلف الفرد بتحملها، مصداقا لقوله تعالى "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها" (سورة البقرة الآية 286).<sup>2</sup>
6. كما اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لانتشارها فقد أوشكت أن تكون عرفا بين الناس، وأذا ما وقع ذلك فعلا فإن هذا يعتبر عرفا فاسدا باعتباره عرفا طارئا، و الأعراف الطارئة لا تصلح لتخصيص النصوص الشرعية حتى ولو أخذت شكلا عاما، إذا أن مخالفة العرف الطارئ للنص نسخا لهذا النص، يعتبر غير جائز ذلك أن العرف يحتل المرتبة الثانية بعد النسخ (التشريع)، و بذلك فهو أمر لا يقره الشرع.<sup>3</sup>
- وفي العموم يمكننا القول أن موقف الشريعة الإسلامية من التصرف في الأعضاء البشرية يمكن أن يكون فيها هذا النقل و الزرع، فإذا ما كانت هذه الأعضاء قد استأصلت من إنسان حي بهدف زرعها في موضع آخر من جسده كما لو تعلق الأمر بعمليات ترقيع الجلد، فقد اتفق الفقهاء على انه لا موجب لنع الاستئصال في هذه الحالة، إذا قدر الطبيب ضرورة ذلك، وعدم وجود أي علاج طبي تقليدي آخر، و ذلك أعمالا للقاعدة الفقهية التي تقضي بان "الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف"<sup>4</sup>. أما إذا كانت صورة التصرف هي استئصال العضو البشري بغرض زرعه لدى شخص آخر بحاجة إليه، باعتباره الوسيلة لتداوي، فالأمر يتعلق بطبيعة العضو الذي

<sup>1</sup> أنظر أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، المرجع السابق، ص 222

<sup>2</sup> أنظر القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع، المرجع السابق ص 35

<sup>3</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 95.

<sup>4</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 36.

ينصب للتصرف عليه، فإدا كان من الأعضاء المنفردة بحيث يؤدي استئصاله إلى الموت، فلا يجوز وبإجماع الفقهاء النقل أو الزرع في هذه الحالة، لان الضرر المحقق فاحش ولا سبيل لتفاديه إلا بتحريم التصرف،<sup>1</sup> وذات الحكم ينطبق في الحالة ما اذا كان هذا العضو من الأعضاء غيرا المتجددة او الأعضاء المزدوجة التي رغم ازدواجها إلا إن بقاء عضوا واحد منها يسبب ضررا بالغاً للفرد ذلك لان العضو المتبقي يعجز عن أداء وظيفة العضو المستأصل.

أما إذا كان العضو محل التصرف من الأعضاء المتجددة أو المزدوجة، التي لا يؤثر انتزاعها على حياة المتبرع أو سلامته البدنية وكان العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة الفيزيولوجية المنوط به، بالشكل الصحيح، فان ذلك يعتبر جائزا من الناحية الشرعية وبدلك تكون الشريعة الإسلامية قد أجازت التصرف في الأعضاء البشرية على أساس تزاخم المصالح من جهة، ودفع الضرر الأعظم بالضرر الأدنى من جهة أخرى.<sup>2</sup>

**\*الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من التصرف في الأعضاء البشرية.**

في الحقيقة يمكننا تحديد موقف التشريعات المقارنة من التصرف في الأعضاء البشرية من خلال تحديد موقفها التنظيمي منها، اعتبار أن المسألة تتعلق أساساً بحرمه جسم الإنسان، مما يجعله خارجاً عن نطاق المعاملات القانوني، ما لم يرد نص قانوني خاص يميز المسألة ويحدد شروطها وضوابطها. قد انقسمت التشريعات الوضعية في هذا المجال إلى ثلاثة تشريعات تقريبا، تشريعات نظمت المسألة قانونا بصورة كاملة، فبينت حكمها وضوابطها و الجزاءات القانونية المتعلقة بها،<sup>3</sup> ومجموعة أثرت التطرق إلى القواعد أو الأحكام العامة المتعلقة بالمسألة فقط، في حين سكنت التشريعات أخرى عن تنظيم المسألة قانونا بصورة مطلقة.

أما بالنسبة للمجموعة الأولى، فمن بين أهم التشريعات المقارنة التي نظمت المسألة قانونا تنظيميا محكما و متكاملا، هو كل من التشريع الفرنسي و الانجليزي، فضلا عن التشريع العراقي و المغربي و اللبناني و الأردني وحتى السوري، فأما بنسبة للمشروع الفرنسي مثلا فقد أصدر القانون رقم 1181 لسنة 1976، المتعلق بنقل وزرع

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 95-96.  
<sup>2</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 37.  
<sup>3</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 163.

الأعضاء، وقد أجاز هذا النوع صراحة على مستوى المادتين (1-2) منه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، ونقل الأعضاء البشرية من الموتى، غير انه قيد المسألة بجملة ضمن شروط وضوابط قانونية، فوضع قاعدة أساسية مفادها أن يكون التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق التبرع، معتبرا أن الأعضاء البشرية من غير الممكن أن تكون محلا للمعاملات المالية من جهة، وان يكون الغرض من الاستئصال هو تحقيق أغراض علاجية من جهة أخرى،<sup>1</sup> وما يلاحظ على مجمل نصوص التشريع الفرنسي المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، قد تناولت المسألة بصفة عامة دون تحديد الأعضاء المعنية تصلح لان تكون محلا للزرع،<sup>2</sup> كما وقد أسبغ المشرع الفرنسي من خلال الأحكام القانونية الواردة في هذا النص، الحماية الجنائية على أعظم جسم الإنسان من خلال، تحديد نطاق التصرف ضمن قيود أو ضوابطه قانونية محددة، يعد الخروج عنها صارخا على حق الإنسان في سلامته البدنية و حرمة جسده كما وقد شدد على ضرورة الالتزام بهذه الضوابط وذلك من خلال إحاطة العملية بجملة من الضمانات القانونية، تتمثل في أساس منع أن يكون القاصر محلا للاستئصال، و تحديد شكل الموافقة على التبرع، وعدم جواز الاستئصال في حالة الرفض، حتى وان كان الرفض ينصب على أعضاء المتوفى، وغيرها من الضمانات القانونية الأخرى.<sup>3</sup>

وفي سنة 1994، صدر القانون رقم 94-654، المتعلق بالتبرع بالأعضاء الجسم واستعمالها، ومن خلاله بين المشرع الفرنسي الأحكام العامة للتصرف في الأعضاء البشرية من هذا التبرع قانونا.<sup>4</sup>

أما على مستوى التشريعات الوضعية العربية، فقد كان المشرع الأردني من بين التشريعات التي وقفت في

تنظيم المسألة قانونا تنظيما متكاملًا، فقد صدر عنه سنة 1977، القانون رقم 77-23، المتضمن قانون

<sup>1</sup> أنظر د. رضا جعفر محمد، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، بدون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، سنة 2005، ص 342.

<sup>2</sup> أنظر مارك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق ص 86

<sup>3</sup> أنظر د. حسن عودة الزعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 113

الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، وقد تناول هذا القانون نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، كما نص صراحة على عدم جواز أن يكون التبرع بالعضو البشري مقابل بدل مادي أو بقصد تحقيق الربح.<sup>1</sup>

وقد حدد المشرع الأردني الأعضاء البشرية التي يمكن نقلها، فميز بين الأعضاء الأخرى، فمنع نقل العضو

الأساسي للحياة إذا كان هذا النقل مؤدياً إلى وفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقة، كالقلب و الكبد في حالة

استئصاله كلية و غيرها، وان كان قد انتقد المشرع الأردني في هذا الصدد على اعتبار إن جميع أعضاء الإنسان

ضرورة للحياة، وان كانت متجددة أو مزدوجة، كما وقد اخضع المشرع الأردني على غرار جل التشريعات المنظمة

لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية المسالة ككل، لجملة من الشروط أو الضوابط القانونية، التي يعد عدم مراعاتها

سببا لقيام المسؤولية القانونية للمتصرف في العضو البشري.<sup>2</sup>

وأما بالنسبة للمجموعة الثانية وهي من نظمت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بصورة جزئية، فيعتبر

التشريع الكويتي و العراقي فضلا عن التشريع الايطالي و البريطاني، من بين التشريعات التي أعطت الأحكام العامة

للمسالة وضوابطها فيما يتعلق بالتصرف بعضو معين،<sup>3</sup> فبالنسبة للتشريع الايطالي مثلاً فقد صدر في 1967،

القانون رقم 67-458، المتضمن قانون عمليات استئصال الكلية وزرعها وفيه نص المشرع صراحة على بطلان

كل تصرف مالي، وبالتالي بطلان كل شرط في عقد التصرف أيا كان شكله يمنح المتنازل له الحق في الحصول على

تعويض مالي، كما حصر مجال التصرف بين الوالدين و الإخوة و الأخوات للمريض، مع توافر الطبية، و إلا لزم

عرض المسالة على القاضي.<sup>4</sup>

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد اصدر القانون الكويتي سنة 1983، القانون رقم 83-7 المتعلق

بعمليات تنقل وزرع الكلى، فأوجب في المادة الأولى منه أن يكون الهدف العملية هو تحقيق غرض علاجي، كما

حدد مصادر الحصول على الكلى، وحدد الضوابط المتعلقة بالمسالة، كما ونص صراحة على ضرورة أن يتم الزرع

<sup>1</sup> أنظر د. حسن عودة الزغال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> أنظر د. حسن عودة الزغال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 42-43.

<sup>3</sup> أنظر د. رضا جعفر محمد، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 343.

<sup>4</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 116.

في المراكز الطبية التي تعينها وزارة الصحة، وأفراد عقوبات خاصة في حالة مخالفة أحكام هذا القانون. ثم صدر القانون رقم 87-55، سنة 1987، المتعلق بزراعة الأعضاء. فتناول في المادة الأولى منه مشروعية التنازل عن الأعضاء البشرية في صورتها، سواء بين الأحياء أو من بين جثث الموتى، وقد جعل من المصلحة العلاجية هي الضابط لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، بحيث ينبغي أن يكون الغرض علاجيا. كما وقد نص هذا القانون ضوابط هذا التصرف وحدد أماكن إجراء هذه العمليات، بالإضافة إلى الأحكام الجزائية المترتبة في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، وذلك ببعد أن أباح نقل الأعضاء في حالة الضرورة من قبل الأطباء.

أما عن المجموعة الأخيرة والتي شككت في تنظيم المسالة قانونا، فيعتبر المشرع المصري من بين احد التشريعات التي لم ترصد للمسالة تنظيما شاملا لمسالة نقل الأعضاء البشرية و زرعها، حيث أم يورد سوى بعض التطبيقات القانونية المتفرقة بعناصر خاصة، كالقرار الوزاري رقم 62-103، و الخاص بإنشاء بنك العيون، و القانون رقم 62-102، الذي يسمح بنقل قرنيان العيون. والتي سكتت عن مسالة نقل باقي الأعضاء البشرية على اختلافها. مما أثار جدالا فقهيها حول مدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية و زرعها في القانون المصري. على اعتبار أن الأمر غير قابل للقياس. فالقياس محظور في القانون الجنائي، مادام انه يصطدم بقاعدة شرعية التي أكدت عليها اغلب التشريعات، والتي تقضي بأنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بموجب نص صريح.

ومن هنا انقسم الرأي الفقهي في مصر إلى مجموعتين، الأولى ذهبت إلى مشروعية نقل الأعضاء البشرية و زرعها، وان كانوا قد اختلفوا في أساس الإباحة، فمنهم من اعتبر الضرورة هي أساس الإباحة، ومنهم من اعتبر المصلحة الاجتماعية هي مناط الإباحة في هذه الحالة. ومنهم من اعتبر انه لا مانع من التوسع في تفسير القواعد و النصوص القانونية السابقة، التي تعتبر سببا لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، على أن لا تتعارض عملية نقل العضو و زرعه مع مبدأ الحفاظ على الكرامة الإنسانية، أما المجموعة الثانية فقد ذهبت إلى القول بأنه لا مجال لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية، إلا بموجب نص قانوني واضح وصريح يجيز المسالة و ينظم

أحكامها, ويحدد الجزاءات القانونية المتعلقة بها في حالة مخالفة النص القانوني المتعلق بها, وإلا أصبح الأمر فوضوياً ولا يخضع لأي نوع من التنظيم أو الحماية, مما قد يهدر حق الفرد في السلامة البدنية و حرمة الجسد.

### الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية.

لقد كان المشرع الجزائري من بين التشريعات التي تناولت تنظيم الأحكام القانونية المتعلقة بالتصرف في الأعضاء البشرية, بصورة شاملة وان كان هذا لا يعني أنها أحكام لم يعترتها النقص, كما سنلاحظ لاحقاً, و سنحاول التعرف على موقف المشرع الجزائري من خلال الفتاوى الشرعية الصادرة في هذا الشأن من جهة, ومن خلال مجموع النصوص القانونية المنظمة للمسألة من جهة أخرى كما يلي:

#### أولاً: الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية.

بعد أن استمعت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى إلى بيان الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية, صدر عنها في 20 أوت 1972, بيانا يتعلق أساساً بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية, سواء بين الإحياء أو من جثث الموتى, من بين أهم جاء فيه.

أولاً: " إن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضع و الشرائع السماوية, ومن أغراض الشريعة الإسلامية حفظ الأنفس... من اجل هذا كان قتل النفس من غير حق من اشد الجرائم التي تعرض مرتكبها لغضب الله... , ويشدد ذلك قوله تعالى: " من اجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا, ومن أحيها كأنما أحيى الناس جميعا" (سورة المائدة الآية 32)...", ومن هذين الناقلين نرى إن علماء التفسير في عهد مجاهد إلى عهد محمد رشيد رضا, يرون على إن الآية تدل على عموم الأحياء, مما يشمل أنقادها من تهلكتة أشرفت عليها و يدخل في أسباب الهلاك, كل إشراف على الموت على الموت بمرض ميئوس من شفائه إلا بواسطة نقل الدم أو الزرع عضو مما يحفظ الحياة أو يعيد إلى من فقد نوره و عدم الأبصار...

ثانياً: حيث أن هذا الاتقاد يتم بتبرع الإنسان بجزء منه جسمه عن تطوع واختيار منه, دون أن يخاف ضرراً أو هلاكاً كما هو الحال في نقل الدم أو الكلية, فانه من باب الإحسان و عمل البر و الإيثار على النفس... فان كل من أحيا أخاه بجزء من جسمه بدم او عضو ضروري ينقد به نفسه أو يشفيها من داء و ينتهي من محتته... فالظاهر ان النقل من حي صحيح سالم برضا منه وتبرع, بعيد عن كل التزام أو أكره ليس فيه خطر على صحته وحياته محقق أو مضمون, مما لا ينبغي أن يتوافر في جوازه ولا شك في الثواب عليه و الأجر, بل هو عمل مرغوب فيه, وهو من فروض الكفاية على المجموع , يعاقبون عليه تركوه وهم قادرون.

ثالثاً: في حالة زرع القلب أو عملية قرنية إنما تستعمل أعضاء إنسان قد مات, ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي, ولو رضي بذلك إن انتزاع قلبه يؤدي قطعاً إلى وفاته, ولا يجوز قتل إنسان بحفظ حياة إنسان آخر لان في ذلك جريمة لا تقرها الشرائع.

كما جاء في فحوى هذا البيان, في حالة تبرع المنقول منه العضو في حياته, بحيث يوصي أن يؤخذ من عفوه بعد مماته, ويادن في تشريح جثته ليزرع في جسم شخص معين أو لفائدة المجموع. في هذا الحال لا مانع من أمضاء وصيته وتنفيذ تبرعه, ولا يعتبر تشريح جثته, بمثابة تمثيل بما... أما في حالة التبرع بالعضو البشري من قبل الوالي الشرعي للميت دون الحصول على رضا المستأصل منه في حياته, فانه تصرفه يعتبر مشروعاً من الناحية الشرعية, على اعتبار أن الهدف كان طاعة الله.

وإذا لم يكن هناك ادن من الميت في حياته, ولا من وليه الشرعي بعد وفاته, فالظاهر هو منع التصرف في هذه الحالة, وان كان يمكن للسلطان باعتباره ولي من لا ولي له ان يادن بتشريح الجثة واخذ الأعضاء منها و الانتفاع منها, اذا اقتضت ذلك المصلحة الراجحة.

وفي الأخير جاء في فحوى البيان الخاتمة, وفيها جاء: " في حالة نقل الدم أو نقل عضو من حي لا بد التأكد من أن ذلك تم برضا تام من المنقول منه, وان هذا النقل لا يلحق به أي ضرر, أو يتسبب في هلاكه فان

خيف الضرر أو الهلاك فلا يجوز وان رضي به المنقول منه, لأنه حينذاك انتحار. وأما في حالة نقله من الميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصون من الوفاة, و يتقنوا أن الهالك لم يبق فيه أثر الحياة في جسمه, وان وقع مجرد الشك الضئيل في بقاء الشيء من الحياة, فلا يجوز الإقدام على تشريح جثته مادامت الحياة فيه, وليس الأحد أن يبادر بإفنائها باجتهاد منه, ولو يتيقن حسب القواعد الطبية, انه لم يبق أمل في استمرار حياته, لان الإقدام على البدء في تشريح جثة فيها رمق أو شك من القتل المتعمد.

ثانيا: الأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية.

### 1. بالنسبة للتصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء:

لقد صدر عن المشرع الجزائري في 16 فبراير سنة 1985، القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها, وقد تناول على مستوى هذا القانون في أحكام الفصل الثالث من باب الرابع منه, الذي عنون بالجزائري في 16 فبراير سنة 1985، القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها, وقد تناول على مستوى هذا القانون في أحكام الفصل الثالث من باب الرابع منه, الذي عنون بالجزائري في 16 فبراير سنة 1985، القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها, وقد تناول على مستوى هذا القانون في أحكام الفصل الثالث من باب الرابع منه, الذي عنون ب " انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها" الأحكام القانونية المتعلقة بعمليات وأصول نقل و زرع الأعضاء البشرية, أو كما عبر عنها بعبارة " استئصال و زرع الأعضاء البشرية", فجاء في أحكام المواد من (161-163) انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من الأشخاص الأحياء, فجاء في أحكام المادة ( 161) منه, أن انتزاع و زرع الأعضاء البشرية لا يمكن أن يكون إلا بصدد تحقيق مصلحة علاجية أو تشخيصية, كما وقد استبعد المقابل المالي, فاعتبر أن انتزاع و زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و زرعها, لا يمكن أن يكون موضوع معاملة مالية, وعلى مستوى أحكام المادتين (162-163) نص على جملة الشروط أو الضوابط القانونية الواجب توفرها سواء في المتبرع أو المتبرع له أو في الطبيب القائم بعمليات الانتزاع و الزرع, للقول بمشروعية التصرف في

الأعضاء البشرية قانونا, كما وقد اعتبر القصر من الأشخاص المستبعدين من دائرة التنازل أو التبرع بالأعضاء البشرية.

والمستقرأ لنصوص هذا القانون بمحمل مواده, يجد أن المشرع الجزائري لم ينص على الأعضاء التي تصلح أن تكون محلا للانتزاع و الزرع, و التي لا تصلح لذلك, ولكنه قدم ضابطا يتعلق بان يكون الزرع بالنسبة للمتبرع له, الوسيلة الوحيدة للمحافظة لحياته أو سلامته البدنية, وان يكون الانتزاع بالنسبة للمتبرع غير ماس بسلامته البدنية, أو معارضا إياه للخطر.

## 2. بالنسبة للتصرف في الأعضاء البشرية بين الموتى:

لقد عالج المشرع الجزائري أيضا التصرف في الأعضاء البشرية للموتى في أحكام القانون رقم 85-05, المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها, في المواد من ( 164-168) غير أن هذا القانون قد الحق به المشرع الجزائري تعديلا بموجب القانون رقم 90-19, المعدل و المتمم للقانون رقم 85-05, المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها, وقد مس التعديل على وجه الخصوص كلل من أحكام المادتين ( 164-165) كما وقد تم هذا القانون بالمواد من (4/168-1/168).

فنصت أحكام المادة (164) منه, على عدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من المتوفين, قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة, وان يتم ذلك من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها إنشائها و تأسيسها في أحكام المادة ( 167) من القانون رقم 85-05, المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها وان يتم ذلك حسب المقاييس العلمية المحددة مسبقا, من قبل الوزير المكلف بالصحة العمومية.

كما وقد ربط المسألة وبالدرجة الأولى بضرورة الحصول على الموافقة الكتابية من المتوفى, سواء منه شخصا قبل وفاته, أن من مضله القانوني في حالة وفاته قبل التصريح عن رغبته في التبرع بعضو من أعضائه البشرية, كما وقد أكد أن رفض المتبرع الانتزاع قبل موته, أو في حالة رفض الممثل القانوني له هذا التصرف في حالة سكوته قبل

وفاته, يجعل من الاستئصال حالة حدوثه, صورة تتطابق مع نموذج الاعتداء على مبدأ سلامة الإنسان و حرمة  
البدنية.

ومع ذلك فقد أورد المشرع الجزائري استثناءات على هذه القاعدة, في أحكام المادة ( 4/164) من القانون  
رقم 90-17, المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.  
نتناول بتفصيل في حينه.

كما ويمكن الاستدلال على موقف المشرع الجزائري عن إباحة التصرف في الأعضاء البشرية سواء بين  
الأحياء, أو من جثث الموتى, من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 29-276, المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.  
فقد جاء في أحكام المادة ( 16) منه "يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام, القيام بكل أعمال التشخيص  
و الوقاية و العلاج".

وما عن موقف المشرع الجزائري من انتزاع و نزع الأعضاء التناسلية, فالقانون رقم 85-05, المتعلق بحماية  
الصحة و ترقيتها, لم يتضمن أي مادة أو نص قانوني, يبيح و يمنع التصرف في الأعضاء البشرية, وذلك لأنه كما  
سبق و اشرنا لم يحدد من حيث المنطق الأعضاء البشرية التي تصلح لان تكون محلا للاقتطاع, و التي لا تصلح  
لذلك.

غير انه وبالرجوع الأحكام المادة ( 274) من ق.ع.ج والتي جاء فيها "كل من ارتكب جنابة الخصاء  
يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام اذا أدت إلى وفاة."

ذكما نجد انه يمنع عملية اقتطاع الخصيتين أو المبيضين, لأنه في الأمر قطع للنسل, و الغرض الأساسي  
لتحريم الفعل اعتباره ينطوي على إيذاء عمد.

غير أن الملاحظ انه اذا كان في مقدورنا تطبيق أحكام هذه المادة بالنسبة لاقتطاع الأعضاء التناسلية من  
الأحياء, فالمنع لا يجد مبرره اذا مكان محل لاقتطاع جثث الموتى, ذلك أن الضرر غير محقق في هذه الحالة, لا

سيما اذا ما طبقنا حالة الضرورة، و قدرنا استثناء أن المصلحة الاجتماعية تحقق بالخروج، على المبدأ العام الذي يقضي بحرمة جثة الموتى.

ومع ذلك وبالرجوع لأحكام المادة (1) من ق.م.ج و التي حددت على سبيل الترتيب مصادر القانون في حالة غياب نص تشريعي، فإننا نجد قد اعتبر الشريعة الإسلامية أول مصدر للقانون في حالة الفراغ التشريعي وعلى ان اعتبار أن الفقه الإسلامي وان ام يجمع ولكنه اتفق بالأغلبية على عدم جواز نقل الأعضاء التناسلية، فيمكننا القول أن المشرع الجزائري أيضا يمنع نقل الأعضاء التناسلية، سواء انصب التصرف أعضاء الإنسان الحي، أو جثة الميت.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف الفقهي في هذا المجال بالنسبة إليه، فأباح عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى كقاعدة عامة، لكنه اخضع الأمر لجملة من القيود المتعارف عليها في مجالي الطب و القانون الجنائي الحديث، والتي تعتبر من الناحية العملية شروطا أو ضوابط من جهة و الضمانات من جهة أخرى عادة ما يصعب الحصول توفرها، لا سيما وانه قد ربط موافقة المتنازل على التبرع بعضوه البشري بالترخيص الطبي، لما في ذلك تعريض من مريض لحياته وصحته من حيث المنطق للمخاطر.

### المطلب الثالث: الأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية.

إذا كان استئصال الأعضاء البشرية يتعارض من الناحية الظاهرية، مع اتم بدا حرمة جسد الإنسان و كرمته، ما يترتب عليه المساس الفعلي و الواقعي بجسم الإنسان و جثته، وتحقق النموذج الإجرامي للاعتداء على الحق في السلامة البدنية، و حق الفرد في حرمة جثته، فمان لزام البحث عن الأساس قانوني لتبرير و إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

وفي هذا الصدد تنازع إباحة هذه العمليات اتجاهان فقهيان، أما الاتجاه الأول، فذهب إلى اعتبار الضرورة هي الأساس القانوني لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، في حين اعتبر جانب آخر من الفقه أن أساس إباحة التصرف في الأعضاء البشرية من الناحية القانونية، هو المصلحة الاجتماعية، وعلى هذا الأساس قمنا بتقييم

هذا المطلب الى فرعيين أساسيين, الفرع الأول (نظرية الضرورة), و الفرع الثاني (نظرية المصلحة

الاجتماعية).نعالجها كما يلي:

### الفرع الأول: نظرية الضرورة العلاجية

لقد استمدت هذه النظرية كأسس قانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية من الناحية القانونية, من أحكام الشريعة الإسلامية, قال تعالى "إنما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل لغير الله, فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه" (سورة البقرة الآية 173), وقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضررا و لا ضررا", وقوله عليه الصلاة و السلام "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف", وقوله "الضرورات تبيح المحظورات".

و قد قيد فقهاء الشريعة الاسلامية هذه النظرية، بأن تكون المصلحة التي تقتضيها الضرورة، أعظم من

المفسدة المحظورة، و أن الضرورة تقدر بقدرها و لا يقاس عليها.

و اسقاطا لهذه المبادئ في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية، فقد عرف الفقه الضرورة على أنها «حالة

الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع، و لا سبيل لتفاديه إلا بارتكاب فعل محظور قانونا»

و قد أعتبر أن نظرية الضرورة تعتبر أساسا لمشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، على أن تقوم

على أساس المقارنة و موازنة بين المخاطر المراد تفاديها، و الأضرار التي وقعت بالفعل، بحيث تكون هذه الموازنة

بالنظر إلى المستقبل، و من ثم فهي تتسم بقدر من الاحتمال، فالطبيب و المريض يجريان مقارنة بين المخاطر التي

يتعرض لها المريض إذا لم يعالج، و فرص شفائه إذا قدم له العلاج المناسب و هذه الاحتمالات تقوم على قانون

الكثرة، الذي قوم على مبدأ الغالب، و النتائج التي تغطيها هذه الاحتمالات مؤكدة تقريبا، فيما يتعلق بفرص

النجاح و فرص الفشل.

و هذه الموازنة لا بد من أن تتم في الظروف التالية :

1. أن يكون هناك خطر مباشر يحدق بالمريض، و يكون عدم زرع عضو بشري جديد له، من شأنه أن يؤدي لا محالة إلى وفاته، بل لا يشترط أن تكون الخطر محققا بالشخص نفسه، إذ يكفي أن يكون محققا بالغير.
  2. أن الخطر المراد تفتديه، أكبر بكثير من الضرر الذي وقع من الاستئصال، من حيث أن الاستئصال كلية شخص سليم، ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة إليه، إلا انه و مقارنة بما قد يتعرض له المريض من أضرار نتيجة لعدم الزرع اقل بكثير.
  3. أن يكون الزرع هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المتنازل له، وبالمقابل أن لا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل، أو إصابته بنقص خطير و دائم في وظائف جسمه.
- كما وقد قدر بعض الفقه ضرورة اشتراك أكثر من فريق طبي تقدير الموازنة بين الخطر والضرر، وعلى هذا الأساس اقترح أن يكون الفريق الطبي القائم على الاستئصال، مختلفا عن ذلك المتولي لعملية الزرع، مع مراعاة أن التقدم في حد ذاته ففي مجال الطب، قد يؤثر على التكييف القانوني للعمل الطبي، من حيث إباحته باعتبار مسألة متكاملة. وهو ما سنحاول الإجابة عليه في الفصل الثاني من هذا البحث.
- الفرع الثاني: نظرية المصلحة الاجتماعية.**

بعد أن حثت الشريعة الإسلامية، على أن يؤثر الشخص أخاه على نفسه، وان يبذل الكثير من اجل الغير، مصدقا لقوله صلى الله عليه وسلم " خير الناس انفعهم للناس."، ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول أن بمشروعية التصرف في الأعضاء البشرية، اذا كان ذلك يحقق مصلحة راجحة للمريض، متعمدين في ذلكم على مبدأ التضامن الاجتماعي، أو ما يعرف بنظرية المصلحة الاجتماعية.

وفقا لهذه النظرية، إذا كان المساس بأعضاء الجسم البشري يحقق مصلحة للفرد، فهو حتما جائزا شرعا، لان هذا التصرف ينطوي على التعاون بين الأفراد أعضاء المجتمع، طما قال عليه الصلاة وسلام " المؤمن للمؤمن

كالبنيان يشد به بعضا " , وقوله ايضا "من كان في حاجة أخيه كان الله حاجته, ومن فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا, فرج الله كربة من كرب يوم القيامة."

و المصلحة في معناها الإصلاحية هي, مما يتحقق به النفع وما يدفع به الضرر, ولئن كانت وظيفة الطبيب في حقيقتها تنطوي على مصلحة اجتماعية, الهدف منها المحافظة على حياة الإنسان, وسلامته البدنية, مما يؤهله للقيام بالواجبات المقررة عليه, وتمتعه بحقوقه, في ذلك تحقيق المصلحة العامة. وهذه المصلحة الاجتماعية تقتضي ان يمارس الطبيب عمله, في حدود القواعد التي وضعها المشرع لممارسة مهنة الطب, وكذا احترام إرادة الإنسان, وهذه المقتضيات جميعا تحقق في النهاية مصلحة المريض في البقاء على قيد الحياة سليما معافى, و مصلحة المجتمع المحافظة عليه.

من هنا نجد أن فريقا من الفقه ذهب إلى أن مشروعية نقل و زرع الأعضاء يقوم على أساس المصلحة الاجتماعية, ذلك أن الحق في سلامة الجسم من الحقوق للصيقة بالإنسان وهو المصلحة التي تعرف بها القانون لكل فرد حتى تؤدي أعضاء الحياة في جسمه وظائفها أداء طبيعيا, وانطلاقا من هنا في كل اعتداء يحاول دون السير العادي و المنظم لإحدى وظائف الجسم, يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم, وهدرا لانتفاع المجتمع به, علما أن رضا المجني عليه في هذه الحالة, لا يكون له تأثير ما دام الضرر قد أمتد إلى المجتمع, فيظل حق المجتمع قائما, و يظل بذلك الاعتداء خاضعا للتحريم.

و من ثم فان الجانب الفردي لهذا الحق ليس هو الجانب الوحيد له, فالحق في السلامة البدنية له بعد اجتماعي أيضا, يتمثل في أن طبيعة النظام الاجتماعي تقتضي في أن يقوم كل فرد في المجتمع بوظيفته الاجتماعية, و أن يفني له بالتزاماته و عليه فانه يجوز نقل و زرع الأعضاء البشرية, على أساس المصلحة الاجتماعية, فالمصلحة الاجتماعية تصلح لأن تكون أساس لنقل و زرع الأعضاء البشرية , لأنها تحمل في مضمونها عددا من مزايا للمجتمع, على أن يخضع الأمر لجملة من الضوابط , و يعتبر فرض المصلحة الاجتماعية على الكافة و اجب احترام و مراعاة و صون حق الإنسان في الحياة , و المحافظة على سلامته البدنية, أهم ما تتميز به المصلحة

الاجتماعية كأساس قانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية ، مما يضمن قيام الفرد بأدائه للالتزاماته و واجباته على النحو المتطلب قانونا لذلك.<sup>1</sup>

وعليه و في الأخير نصل غالى القول أن يجوز نقل و زرع الأعضاء البشرية إذ توافرت الضرورة، ولم يكن هناك طريق لأخر للعلاج، أو المحافظة على السلامة البدنية للمريض، مع توافر جملة من الضوابط و الشروط القانونية الأخرى، التي سنتعرف عليها لاحقا، على أن لا يلحق هذا الاستئصال أي مساس أو ضرر بالمتناول و سلامته البدنية، و بالتالي قدرته على أداء و وظيفته الاجتماعية، ومن هنا فكل انتقاص من قدرة الفزيولوجية على القيام بالأعباء القانونية ، بعد خروجها عن المصلحة الاجتماعية.<sup>2</sup>

و من هنا نقول أنه إذا كان تطبيق معيار المصلحة الاجتماعية، على عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، فان ذلك لا بد من أن يتم مع مراعاة الوظيفة ، سواءا بالنسبة للمستأصل منه أو المستأصل لصالحه، و عليه إذا كان تنازل المتبرع، عضوه البشري لا يحقق له مصلحة علاجية، فينبغي أن تكون المصلحة الاجتماعية المراد تحقيقها، لا تمس بقدرته الفزيولوجية على أداء وظيفته الاجتماعية بالشكل المطلوب، و ألا كان التنازل غير مشروع، فينبغي أن تكون مجموع المنفعة الاجتماعية من الزرع، أكبر من تلك التي يمكن تحقيقها في حالة عدم الزرع.<sup>3</sup>

وقد ضرب مثال في هذا الصدد فقيل أن فكرة المنفعة الاجتماعية تظهر في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية كما يلي: لو أن الفائدة التي تعود على المجتمع من شخص سليم ( 90%)، في حين أن الفائدة التي تعود على المجتمع من المريض تقدر ب ( 10%)، فانه يجب أن تنظر إلى مجموع الفائدة التي ستعود بها عملية النقل و الزرع،<sup>4</sup> فإذا كان النقص الذي يصيب منفعة المتنازل ضئيلا بحيث تكون منفعة مثلا ( 70%)، و منفعة المريض

<sup>1</sup> - أنظر د.سميره عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 87- 89.

<sup>2</sup> - أنظر د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، المرجع السابق ، ص 255

<sup>3</sup> - انظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي عمليات زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup> - أنظر د. سمييره عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق ص91.

تزداد إلى (60%)، فان مجموع المنفعة بعد العملية يكون أكبر من قبل إجرائها، و من ثم فلا مساس بالجانب الاجتماعي للجسم، سواء على المستوى الفردي أو ما تعلق بالمصلحة الاجتماعية.<sup>1</sup>

### المطلب الرابع: صور و أغراض التصرف بالأعضاء البشرية

بعد أن حددت معظم التشريعات الوضعية المقارنة مواقفها من نقل و زرع الأعضاء البشرية، تباينات موقفها مرة أخرى حول صور التصرف في هذه الأعضاء من جهة، و الأغراض المتوخاة من وراء هذا التصرف، من جهة أخرى، فظهرت عدة صور للتصرف في الأعضاء البشرية، و قد اعتبر البيع و التبرع أهم هذه صور، لاسيما و أن جل التشريعات المقارنة قد نصت على حكمها، على مستوى قوانينها المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية، كما يعتبر الغرض العلاجي و الغرض العلمي أهم، بل الأغراض الوحيد التي يمكن السعي إليها من وراء هذا التصرف، و مع ذلك فقد انقسمت التشريعات المقارنة بصددها أيضا، بين مؤيد و معارض، و على هذا الأساس، قمنا بتقسيم هذا المطلب غالى فرعين أساسيين: الفرع الأول: صور التصرف في الأعضاء البشرية. نعالجها كمايلي:

#### الفرع الأول : صور التصرف في الأعضاء البشرية.

##### أولا: التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع.

طبقا للقواعد العامة، فان عقد البيع من العقود المتعلقة بالملكية قد عرفت المادة (351) ق.م.ج عقد البيع على أنه " البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل المشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي." <sup>2</sup> و البيع بوجه عام من الأعمال القانونية الإرادية التي تنشأ بتطابق إرادتين لأحداث الأثر القانوني، و هو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري من هنا يثور السائل عن مدى اعتبار جسم الإنسان و أعضائه حقا ماليا

<sup>1</sup> - انظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي عمليات زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق، ص 57.  
<sup>2</sup> - أنظر الأمر رقم 75- 58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 95 .

" و هل يملك الإنسان جسده و أعضائه حتى يمكنه التصرف ببعض أجزاء أو أعضاء جسمه و ينقلها إلى

الآخرين لقاء ثمن؟

الجدير بالذكر أنه قد أثير التساؤل فقها حول مدى اعتبار جسم الإنسان و أعضائه مالا ؟

و قد أجمع الفقهاء على عدم اعتبار الإنسان و أعضائه مالا فالإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا

ممكنا و مشرعا للمعاملات فالإنسان ليس مالا، لا في الشرع و لا في طبع و لا في العقل فكرامة الإنسان الذي

كرمه الله سبحانه و تعالى، على سائر المخلوقات جعلت أن لا يكون سلعة يباع و يشتري، و حيث أن الأشياء

لا تعتبر مالا إلا إذا كانت لها قيمة مالية في السوق.<sup>1</sup>

أما أعضاء الجسم البشرية و مدى اعتبارها مالا، فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل،

و لا يجوز أن ترد عليها التصرفات الشرعية ذات الصفة المالية استثناءا لبين المرأة فقد أجازها أكثر الفقهاء.

و مع ذلك فهناك اتجاهات في الفقه الحنفي يعتبر أطراف جسم الإنسان، أي أعضاءه من قبيل الأموال

بالنسبة لصاحبها، فالإنسان كجسم لا يعتبر مالا و لكن أعضائه تعتبر أموالا، فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في

جسمه بالكامل. لان ذلك يؤدي غالى المساس بسلامته الجسدية، و لكنه يستطيع أن يتصرف بأعضاء جسمه

المعتبرة مالا، من جهة نظرا للقائلين بإنقاذ حياته فهي كالمال خلقت و قاية للنفس.<sup>2</sup>

و نستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الفقهاء الشريعة لم يعتبروا جسم الإنسان و أعضائه مالا، و قد نفوا

المالية عنه، لا على أساس عدم منافعه لأن منافع الإنسان كثيرة. لكن على اعتبار أن الإنسان حيا كان أو ميتا

وفقا لمن ليس محلا ممكنا و لا مشروعاً للمعاملات المالية، فهو ليس بما لا في الشرع و لا في الطبع و لا

بالعقل.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر د.بسميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> - أنظر د. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 59.

<sup>3</sup> - أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 45.

الحكم الشرعي من بيع الأعضاء الآدمية:

لم يرد في الأحكام الشرعية ( القرآن الكريم و السنة النبوية ) ما يشير صراحة أو مباشرة إلى مسألة نقل و زرع الأعضاء البشرية و التصرف فيها عموماً، إلا أن هذا لا يعني عجز الشريعة الإسلامية عن مواجهة التطورات الجديدة و إنما يمكن الوقوف على القواعد الكلية الفقهية و ما ورد فيها من أحكام ن و أسس و للوصول إلى الحكم الشرعي.

و مما هو ثابت في هذا المجال أن كلمة الفقهاء المسلمين قد اتفقت على عدم جواز بيع الأعضاء البشرية، بطلان كل عقد تكون فيه الأعضاء البشرية موضوع معاملة مالية، معتبرين أن الأعضاء البشرية لا يمكن أن تحقق النفع منها، إلا و هي متصلة بالجسد البشرية، و لهذا و احتراماً للإنسان و كرامته و يجب منع التصرف في الأعضاء البشرية بشكل مطلق.<sup>1</sup>

أما فيما يتعلق بموقف تشريعات المقارنة:

نظراً لأهمية هذا الموضوع، و انعكاسه بصورة مباشرة على أفراد المجتمع و الواقع الاجتماعي داخل الدول، و مواكبة للتطور الطبي الحاصل في مختلف المجالات الطبية، لم تقف التشريعات المقارنة موقفاً سلبياً من هذا الموضوع، فاتخذت أغلبها مواقف واضحة، و قد أجمعت على رفض التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع، فقد جاء القانون الفرنسي المتعلق بنقل و زرع الأعضاء، لا يمكن أن يكون هذا النوع من العمليات محلاً للمعاملات المالية.<sup>2</sup>

و هو ذات المبدأ الذي اعتنقه المشرع الأمريكي و الإيطالي، و المغربي والتونسي و جل التشريعات العربية و الأجنبية.<sup>3</sup> و في مقابل ذلك لم يتفق الفقهاء في مصر على موقف موحد من الأعمال الطبية في نقل و زرع

<sup>1</sup> - أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 45.

<sup>2</sup> - أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 110.

<sup>3</sup> - أنظر د. مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 110.

الأنسجة البشرية، ولا على جواز أو تحريم التصرف القانوني بها عن طريق البيع،<sup>1</sup> و اتجاهات الفقه المدني عموماً بشأن بيع الأعضاء الآدمية يمكن حصرها في اتجاهين، إحداهما يبيح عقد بيع الوارد عليها و يرى أن ذلك جائز من الناحيتين الشرعية و القانونية، و ثانيتهما يبطل عقد البيع الوارد على بيع الأعضاء البشرية و سنرى رأي و حجج كل فريق على حدا كما يلي:<sup>2</sup>

### 1. حكم الاتجاه الفقهي القائل بجواز التصرف في الأعضاء البشرية للبيع:

يرى أنصار هذا الرأي بأنه، إذا كان لا يجوز بيع الإنسان و لا عظمه في مجموعه على الأساس أن جسمه لا يدخل تحت الملك لأنه ليس مالا يخضع للملك، فان عدم جواز بيع الأعضاء و أجزاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع به، و يضيفون أنه إذا أمكن الانتفاع بها، جاز بيعها و قد أورد أصحاب هذا الاتجاه الأسانيد التالية لتبرير موقفهم:<sup>3</sup>

1 - لا أثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحاً لان هذا الثمن مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، و أن بيع العضو المزدوج كالعين أو الكلية لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، أما على العكس يتضمن معاني إنسانية أو لها حماية الكانسان لأخر من خطر الموت.

2 - أن بيع الآدمي جزءاً من جسده كالدّم و الجلد ممن هو من الأعضاء المتجددة لا يتنافى مع حرمة لان ذلك لا يقوده للهلاك هذا و قد أجازت الأدلة الشرعية بيع اللبن و هو ما يسمى بعقد "إجازة الظئر" و اللبن هو من أعضاء الآدمية القابلة للتصرف فيها.<sup>4</sup>

3 - و يضيف أنصار هذا الرأي هذا التصرف بالبيع يلزم أن يكون منظماً بالا يترتب عن بيع العضو البشرية أية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم و يجب أن لا يكون هذا البيع بدافع الشهرة، أي أنهم يرغبون في البقاء الدوافع على التنازل عن الأعضاء إنسانية و نبيلة و الباعث و

1 - أنظر د. جعفر محمد رضا، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 344.  
2 - أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 47.  
3 - أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 179.  
4 - أنظر د. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 60.

الدوافع للتعاقد هو إنقاذ الآخرين، و هو باعث مشروع في الالتزام المدني. بينما لا يكون كذلك حياة

عند تسليط الأضواء و الشهرة.<sup>1</sup>

و قد بلغ الأمر ببعض أصحاب هذا الرأي أن يقترح على الدولة اصدرنا تشريع يحدد التسعيرة لأجزاء

الإنسان، و شروط البيع بالجملة أو بالمفرد لأن تسعيرة الأعضاء لن تغير من طبيعة الإنسان و ليس فيه صدر

لكرامة الآدمي و محل العقد مشروع في هذه الحالة فلا مجال للتفرقة بين عقد البيع و التبرع.

إما عن الجثة فيذهب البعض قائلًا إلى جواز بيعها، فالبيع جائز على أجزاء الإنسان الحي أو جثة الإنسان

الميت، لأن من يملك الايضاء يملك التصرف بمقابل، و أن الباعث الدافع الرئيسي هو خدمة الناس و ما المقابل

ألا مسألة ثانوية.

و على الرغم من إجازة بيع الأعضاء الآدمية و أجزاء البشر من هذا الفريق، إلا أنهم يترددون في إطلاق

حرية البيع، و يخضعون التصرف إلى جملة من الشروط و الضوابط يتمثل أهمها في:<sup>2</sup>

1. يجوز بيع الأعضاء الآدمية للحاجة، و أنه ما دامت الحاجة هي مبرر الحكم بالجوار، فلا بد أن يكون

بالقيود و الشروط الآتية:

2. أن يكون في بيعها تعارض مع كرامة الآدمية بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح و التجارة و التداول.

3. أن يكون بيعها من أجل انتفاع بها يمثل ما خلقت له، و أن لا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.

4. أن يدفع البائع بيعه عضوه مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.

5. أن لا يمكن بيع العضو متعارض مع نص شرعي.

6. أن لا يكون هناك أية بدائل صناعية الآدمية تقوم مقامها و تغني عنها.

7. أن يكون البيع الشراء تحت إشراف، مؤسسة متخصصة رسمية موثقة لتحقيق من توافر الشروط المتقدمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 47-48.

<sup>2</sup> - أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 185.

<sup>3</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 185.

## 2. حجج الاتجاه الفقهي القائل بتحريم البيع الأعضاء البشرية شرعا و قانونا:

يرى أنصار هذا الرأي أن بيع الأعضاء حتى لو توافرت الشروط التي نادى بها المؤيدين يقع باطلا، ذلك أن محل الحقوق هي الأموال و ليس النفس و أن جسم الكائنات و أعضاءه، ليس مالا حتى يصلح للتعامل، فقد كرم الله الإنسان و زينه.

و قد أضاف أصحاب هذا الرأي أن لبن الآدمية ليس مالا مقوما لأن لحم الكائنات حرام، و اللبن تابع للحم و إذا أجاز الشريعة الإسلامية الانتفاع بها لتغذية الطفل فهذا استثناء لا يقاس عليه، المسألة التي تستحق النظر هي مسألة الترحيح بين المصالح المتزاخمة في موضوع الانتفاع بلبن الآدميات بصفة خاصة و بأجزاء الآدمي بصفة عامة.<sup>1</sup>

أما في الفقه المدني الفرنسي الحديث فان إبراز الآراء الراضة لبيع الأعضاء البشرية رأي الإنسان الفقيه "سافاتييه" والذي قال " أن جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا لبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم فان الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه شخص آخر بدافع الحب وليس مال"<sup>2</sup>، فالإتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي يذهب إلى بطلان إلى اتفاق يتعارض وحق الإنسان في تكامل جسده، ويعتبرون ذلك باطلا لمخالفته قواعد العامة والنظام العام، ويقع باطلا كل اتفاق يتعارض وسلامة الإنسان وحمائته، والاتفاق على بيع الأعضاء البشرية يدخل ضمنها، فيقع باطلا قانونا.<sup>3</sup>

ورغم اتفاق التشريعات الوضعية تقريبا، على إتجاه موحد من عدم جواز التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع، إلا أنه اختلفت في التنظيم الحكم القانوني للتدخل الجراحي الطبي، الذي يكون منشأ عضو بشري كان محل معاملة مالية، فمن التشريعات من لم تنص على مدى التزام الطبيب في هذه الحالة، بمعنى هل يباشر التدخل الجراحي بصورة عادية، مع علمه بأن العضو البشري كان موضوع معاملة مالية أم يتمتع بل اكتفت بذكر

<sup>1</sup> انظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 129-130.

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 185.

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 121

مبدأ عام يقضي بعدم جواز أن تكون الأعضاء البشرية محل تصرف مالي في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى منع الطبيب بنص القانون من القيام بعملية الزرع في هذه الحالة كالقانون المغربي.<sup>1</sup>

### موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع:

أما عن موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع، فقد صدر عنه في 1985 القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وتناول هذا القانون في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها" في المواد من (161-168).<sup>2</sup> وقد جاء هذا القانون بعد صدور فتوى عن لجنة المجلس الإسلامي الأعلى في 1972 والتي أجازت نقل وزرع الأعضاء سواء بين الأحياء والموتى،<sup>3</sup> اعتبرت هذا العمل من جانب المتنازل نوعا ما من إثارة الغير على النفس، وهي من الصفات التي تعبر عن معاني التضامن الإنساني والرحمة والمودة التي حث عليها الدين الحنيف.<sup>4</sup> وانطلاقا من هنا جاء في أحكام المادة (2/161) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها منه "ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية". ومن هنا يتبين لنا أن المشرع الجزائري على غرار مختلف وأغلب التشريعات الوضعية يرفض صراحة، أن يكون التصرف في الأعضاء البشرية محلا للمساومة المالية. بل أكثر من ذلك فقد ذهب المشرع الجزائري مؤخرا إلى اعتبار التصرف الأعضاء البشرية عن طريق البيع، أو ما اصطلح عليه قانونا ب " المتاجرة بالأعضاء البشرية"، من قبيل الأفعال المجرمة و المعاقب عليها قانونا، فلقد

تم.

1 أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-192.  
2 أنظر د.مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثالث)، المرجع السابق، ص 172  
3 أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 323  
4 أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق 191.192

الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات بالقسم الخامس مكرر 1 والذي جاء بالعنوان "الاتجار بالأعضاء"، والذي يتضمن المواد من "309 مكرر 16 إلى 303 مكرر 1/29" بموجب أحكام القانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فبراير 2009، والتي من خلالها تناولا وينوع من التفصيل، جملة الأفعال التي تدخل ضمن مجال التجار بالأعضاء البشرية معتبرا إليها من قبيل الجنح والجنابات ضد الأشخاص، فاعتبر في أحكام المادة ( 303 مكرر 16)، أن كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، يعاقب بالحبس من (3 سنوات إلى (10 سنوات وبغرامة مالية 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كما جاء في أحكام المادة (303 مكرر 18/1) أن كل من يقوم بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، بل أن المشرع الجزائري ونظرا لخطورة هذه الجرائم، وقدرتها أحداث نوع من الرعب والذعر في الأوساط الاجتماعية فقد ذهب إلى تطبيق نفس العقوبات السابقة على كل من توسط قصد تشجيع أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص.<sup>1</sup> كما وقد أكد المشرع الجزائري من خلال أحكام المادتين من ( 303 مكرر 17،303 مكرر 19) على أن كل عملية نقل أو زرع للأعضاء البشرية تتم من غير مراعاة للضوابط والشروط المنصوص عليها قانونا في هذا المجال، وفقا لأحكام القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، والمتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> تعرض الطبيب القائم بها بعقوبة تتراوح ما بين ( 05) خمس سنوات إلى ( 10) عشرة سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج والحبس من ( 01) سنة إلى ( 05) خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج في حالة انتزاع نسيج أو خلايا أجمع مادة من جسم شخص دون مراعاة للضوابط القانونية،

<sup>1</sup> انظر القانون رقم 09-01، المؤرخ في 29 صفر عام 1430، الموافق 25 فبراير سنة 2009 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن العقوبات، المرجع السابق ص 6  
<sup>2</sup> انظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق ص 191-192.

سواء تعلق الأمر في حالتين التصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء أو الموتى، لا سيما ما تعلق منها بالموافقة هذا وقد أكد المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 303 مكرر 21 من نفس القانون أنه لا مجال للاستفادة للأشخاص المرتكبين لأحد الأفعال المتعلقة بالمتاجرة بالأعضاء البشرية من الظروف المخففة المنصوص عليها في أحكام المادة من ق.ع.ج، بل ويخضع فضلا عن عقوبات السابقة إلى عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة (09) من ق.ع.ج.

كما وقد أورد المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 303 مكرر 25) من نفس القانون استثناء في المجال كتمان السر المهني، حيث فرض عقوبة تقدر بالحبس من ( 01) سنة إلى (05) خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج على كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء ولو ملزما بكتمان السر المهني، في حالة عدم تبليغ السلطات المختصة بذلك.<sup>1</sup>

### حكم التصرف بالأعضاء البشرية عن طريق المقايضة:

تعرف المادة (413) من ق.م.ج المقايضة على أنها "ملكية مال غير النقود..."<sup>2</sup>، فالمقايضة عقد تبادلي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلا لما يعطي على أن لا يكون المقابل فيه من النقود تميزا له عقد البيع. ومن الممكن تصور مصلحة مشتركة بين طرفين المتقايضين، كأن يقبل أحدهما مقايضة كلية مقابل الحصول على قرنية من الطرف الأخر، أو حتى مقابل الحصول على عضو مادي كالسيارة أو منزل.<sup>3</sup>

ولكن السؤال الأهم هو إذا كان من الناحية العلمية من الممكن تصور مثل هذا التصرف، فهل من الناحية

القانونية من الممكن القول بمشروعيته؟

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 01-09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق ص7

<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص110

<sup>3</sup> أنظر د.منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 77

أن التصرف في أعضاء البشرية عن طريق المقايضة بمفهوم المادة ( 303 مكرر 16) من ق.ع.ج<sup>1</sup> يقع

باطلا ومخالفا لقانون بل وموجبا للعقاب، لان المشروع الجزائري في أحكام هذه المادة اعتبر أنه يعتبر من قبيل الاتجار بالأعضاء البشرية، الحصول عليها مقابل منفعة مالية (نقود)، أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وبذلك فالمشرع الجزائري يرفض التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق المقايضة، حتى وان كان المقابل عضو بشري آخر، لان الأمر من حيث المنطق قائم على مبدأ الإيثار وقبول التضحية دون انتظار مقابل أيا كانت صفته.

الجدير بالذكر في هذا الصدد أنه قد أثبت مسألة المقايضة المبطنة أو الضمنية، حيث يتم التبرع بالعضو البشري مقابل دفع كافة تكاليف العلاج أو اشتراط ضمني بضرورة الحصول على تأمين صحي أو غير ذلك، وقد اعتبره الكثير من الفقهاء تصرفا مشروعاً، لا يعد من قبيل التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع.<sup>2</sup>

### ثانيا: التصرف في الأعضاء البشرية بطريقة التبرع

إلى جانب البيع كالتصرف قانوني يمكن أن يرد على الأعضاء البشرية، هناك ما يعرف بالتبرع وهم من التصرفات الواردة على الأعضاء البشرية، والتبرع كوصف يلحق التصرف القانوني للدلالة على انتقاء المقابل المادي أو العوض، وهو يشمل الهبة وعقد الإعارة وعقد الوكالة بدون أجر والوكالة والوديعة، وغيرها من التصرفات الأخرى.<sup>3</sup> غير أنه ومن غير المتصور أن يتم التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق الوديعة أو الإعارة، نظرا لما تتميز به هذه الأخيرة من خصوصية، فستقتصر دراستنا على الهبة صورة من صور التبرع بالأعضاء البشرية ما قبل الموت، الوصية بعد الموت.

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 01-09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق ص6

1. أنظر د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 264

3 أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 79

1. التصرف في الأعضاء البشرية بطريقة الهبة:

تعرف المادة 202 من قانون الأسرة الجزائرية الهبة بأنها "الهبة تملك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط

على الواهب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط"<sup>1</sup>

فالهبة إذن هي تملك مال بدون عرض، فهي تصرف قانوني ينعقد بإرادتين وبشروط تتمثل في : تنعقد

الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالنقص، ويكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي والموهوب له، أو الوصية

والشيء الموهوب في حوزته، وكذا لو كان الموهوب له صغير يقوم الواهب على تربيته،<sup>2</sup> وللهبة مقومات أربعة هي :

عقد ما بين الأحياء، ترد على الأموال ويقوم الواهب بالتصرف بها، مع اقتناء العوض، ووجود نية التبرع.<sup>3</sup>

أما عقد الهبة الذي يكون محله التصرف في الأعضاء البشرية، فهو عقد يلتزم فيه الواهب، بالقيام بعمل

وهو تسليم النسيج أو العضو البشري، للموهب له، بدون مقابل. فالواهب قد جعل من نفسه مدينا للموهب له،

دون عوض فقبل المخاطرة في التنازل عن الجزء أو العضو، والعقد بهذه الصورة تصرف بالإرادة المنفردة للواهب،

وهذا هو الذي يتميز الهبة عن الوصية مع فروق أخرى نذكرها في حينها.<sup>4</sup>

ولا يجوز الرجوع عن الهبة إلا في الأحوال معينة هذا ما أكدته المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري حيث

نصت على أن "الهبة يقصد المنفعة العامة لا رجوعا فيها،<sup>5</sup> في القواعد العامة، غير أنه وفي مجال التصرف في

الأعضاء البشرية، كما سنرى قد أعطى المشرع الجزائري، للمواهب الحق في الرجوع عن هبته في أي وقت.

أما فيما يتعلق بموقف التشريعات المقارنة، فأغلب التشريعات إن لم نقل كلها كالتشريع الفرنسي والمصري

والعراقي والبريطاني وفي الأمريكي والأردني والسوري واللبناني، وفي دول عديدة أخرى استقرت و لأجملت على

1 أنظر القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بأخر تعديل له: الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426، الموافق 27 فبراير سنة 2005، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005، سنة 15، العدد 42، ص 42

2 أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 187  
3 أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، بدون رقم الطبعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، سنة 1952، ص 5

4 أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 74

5 أنظر القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق ص 44

جواز نقل الأعضاء وزرعها عن طريق الهبة، نظرا للبواعث الإنسانية التي تنطوي عليها هذا التصرف، والقائمة على التضحية ونكران الذات والإيثار.<sup>1</sup>

## 2. التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق الوصية:

إن الوصية وفقا لأحكام المادة ( 184 ) من ق.أ.ج هي "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق

التبرع"<sup>2</sup>

والوصية كتصرف قانوني غي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يقصد بها، أن يقوم الشخص قبل وفاته

بتحرير وصية، أيا كان الشكل الذي ترد فيه، بمعنى رسمي أو غير رسمي، مكتوب أو شفهي، يجيز من خلالها

التصرف في عضو معين أو أعضائه البشرية أو كل أعضائه البشرية، إلا ما خالف منها النظام العام، والموصى في

هذه الحالة له الحق في تحديد العضو المراد الايضاء به، كما يكون له الحق في تحديد الغرض من الانتزاع، فضلا عن

الشخص المستفيد من هذا العضو<sup>3</sup> ويشترط حتى تقع هذه الوصية صحيحة منتجة لأثارها القانونية، أن يكون

الرضا الموصى صحيحا قبل الوفاة، وأن يكون سليما غير معيب، وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه إلى اشتراط أن

تفرغ الوصية في هذا المجال في الشكل كتابي، ومن بين القوانين المقارنة التي اعتدت بالوصية كصورة من صور

التصرف في الأعضاء البشرية. القانون المغربي، اللبناني والسوري والأردني والعراقي، الفرنسي والدايمركي والانجليزي

وغيرها<sup>4</sup> وللموصي بكل جسده أو بعضو من أعضائه بعد الموت، أن يوقف جثته لأغراض عملية أو تعليمية،

وعندها يأخذ الوقف حكم الوصية، على اعتبار أن الوقف الذي يقع حال الحياة، عندها يأخذ حكم الوصية،

على اعتبار أن الوقف الذي يقع حال الحياة، ويضاف إلى ما بعد الموت يأخذ حكم الوصية، كمن يقف جسده

لجهة طبية معينة بعد الموت.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 79

<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق ص 41

<sup>3</sup> أنظر د.مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثالث)، المرجع السابق، ص 120

<sup>4</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 297، 298

<sup>5</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 117

موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق التبرع:

إن المستقراً لنصوص القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، و الذي نظم المشرع الجزائري من خلاله انتزاع وزرع الأعضاء البشرية في المواد من (161-168)<sup>1</sup>، يجد أن المشرع الجزائري قد استعمل لفظاً واحداً على مستوى القانون ككل، وهو لفظ "التبرع والتبرع"، ومن هنا يمكننا القول جازمين أن المشروع الجزائري، يعترف ويبيح التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق الهبة، بل ويعتبرها الى جانب الوصية، باعتباره من خلال أحكام المادتين (164-156) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> قد نظم ضوابط وشرط التصرف في أعضاء البشرية من جثث الموتى، مما يدل على اعترافه بالوصية أيضاً كصورة للتصرف بالأعضاء البشرية بعد الموت، الصورتان الوحيدتان للتصرف في الأعضاء البشرية بنص القانون، وهو بذلك يكون قد ساير الاتجاه الراجح في ميدان التصرف عن طريق الهبة والوصية في الأعضاء البشرية. دون أن نغفل أنه كما سبق و أشرنا قد اعتبر أن كل تصرف في الأعضاء البشرية يكون محل معاملة مالية، يعد جريمة معاقبا عليها قانوناً. حيث رصد له جملة من الجزاءات القانونية تختلف درجة جسامتها بحسب درجة خطورتها التي قدرها المشرع الوطني.

### الفرع الثاني: أغراض التصرف في الأعضاء البشرية.

لقد جاء في أحكام المادة (1/161) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" كما جاء في أحكام المادة (2/168) من نفس القانون" ويتم إجراء تشريح

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 192.191  
<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 9 محرم عام 1411، الموافق 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1990، سنة 29، العدد 35 ص 1123

البحث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة (164) من هذا القانون<sup>1</sup>

ومن هنا يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد حدد للتصرف في الأعضاء البشرية أغراضا تشخيصية وعلاجية، إذا ما كان التصرف بين الأحياء، وأغراضا علمية علاجية إذا التصرف في الأعضاء البشرية للموتى.

فأما الأغراض العلاجية فيقصد بها لا يجوز إجراء عمليات الاستئصال والزرع، إلا بهدف المحافظة على حياة المتبرع له وفقا للضوابط والإجراءات المنصوص عليها قانونا.

بحيث ينبغي أن يكون هذا الزرع يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية،<sup>2</sup> وهو ما أكدته المشرع الجزائري في أحكام المادة من القانون رقم 85-05، المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها، والتي جاء فيها "لا تتبرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية"<sup>3</sup>.

وتحقيق المصلحة العلاجية يعتبر الغرض الذي اتفقت عليه أغلب التشريعات المقارنة، التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فجاء في أحكام القانون التونسي مثلا، المتعلقة بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها "يجوز لغاية العلاج أخذ عضو من شخص متبرع قصد زرعه لشخص آخر" كما جاء في أحكام القانون المغربي المتعلقة بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، وأخذها وزرعها في المادة (9) منه "لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص للتبرع به، إلا من أجل المصلحة العلاجية للمتبرع له معين..."<sup>4</sup>

كما جاء في أحكام قانون الفرنسي رقم 76-1181، لسنة 1976، المتعلقة بتنظيم عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية في المادة الأولى منه "أن زرع الأعضاء لا يكون إلا بقصد العلاج...."، كما جاء في المادة

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-192.

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الدين، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 137.

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (كتاب الأول)، المرجع السابق، ص 138.

(22) من مدونة أخلاقية مهنة الطب الفرنسي " لا يمكن لأحد أن يجري قطع دون غرض طبي جاد" <sup>1</sup> وهو بنفسه ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة (22) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.<sup>2</sup> وأحكام المادة (162) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والتي جاء فيها "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من الأشخاص الأحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر...<sup>3</sup> وقد اعتبر الفقيه "ساندولي" أن الرضا يبرر الفعل إذا كان السبب الباعث لهذا الرضا، إنسانيا علاجيا أو بدافع الشفقة، وبغير ذلك فإن رضا المجني عليه لا يكون له أي أثر، إذا كان الباعث عملية الاستئصال غير علاجي أو غير اجتماعي أو إنساني أو قانوني، أو كان الباعث إليه الكسب المالي.<sup>4</sup> في حين يقصد بأغراض العلمية، التي أكد عليها المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 168) من القانون 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية، بناء على ما يأتي:

❖ طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي.

❖ طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3

من المادة 164 من هذا القانون<sup>5</sup>

تشريح الجثة قصد التجريب بمعنى لتحقيق غرض علمي، وغير ذلك من الأغراض الطبية الأخرى خروجاً

عن مبدأ العام الذي يقتضي بعدم المساس بالجثة، أو ما يعرف بمبدأ حرمة الجثة، والذي أكد عليه المشرع الجزائري

من خلال أحكام المادة ( 151) من ق.ع.ج، والتي جاء فيها " كل من يرتكب فعلاً يمس بالحرمة الواجبة

<sup>1</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 39.  
<sup>2</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 5 محرم عام 1413، الموافق 6 يونيو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1992، سنة 29، العدد 52، ص 1420.  
<sup>3</sup> أنظر رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.  
<sup>4</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 115.  
<sup>5</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

للموتى في المقابر أو في غيرها من أماكن الدفن، يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 دج إلى 2000 دج "المادة (152) من نفس القانون، التي جاء فيها "كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية.<sup>1</sup>

يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 2000 دج، والمادة (153) من نفس القانون أيضا والتي جاء فيها "كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش، يعاقب من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة مالية من 500 دج إلى 2000 دج"<sup>2</sup> غير أن هذا المبدأ تراجع في ظل نظريتي الضرورة والمصلحة الاجتماعية، على اعتبار أن المصلحة المحققة من وراء استفادة إنسان حي من أعضاء بشرية مصدرها جثة إنسان ميت، أكبر من تلك المحققة من احترام وتطبيق مبدأ حرمة الجثة.<sup>3</sup>

وبهذا فتحقيق الغرض العلمي من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لا يمكن أن يتم إلا من خلال التشريح، لذا فالتشريح يعتبر من العلوم الأساسية لتشخيص الأمراض، كما أنه الطريقة الوحيدة لتمكين الجراح من استئصال العضو البشري، والتعرف على وضعه، وكيفية استئصاله، وطريقة اتصاله بغيره من الأعضاء الأخرى<sup>4</sup> ويعرف التشريح على أنه "التصرف من أجل رؤية عينة خاصة" كما يعرف على أنه "تحليل وفحص الجثة من أجل تحديد أسباب الموت". والتشريح أنواع فهو إما أن يكون تشريح تحليلي والذي يرصد للبحث الطبي والتعليم، وهو تشريح مكره. وأما أن يكون تشريح سريري وهو الذي يتم من قبل الطبيب المعالج أن تحت رقابته، وعادة ما يأخذ الصفة العلمية ويهدف لمواجهة الملاحظات السريرية التي تمت أثناء المرض.

<sup>1</sup> عدلت بقانون 01-14 قانون العقوبات.

<sup>2</sup> قانون عقوبات 01-04

<sup>3</sup> أنظر د. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، المرجع السابق، ص 193.

<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (كتاب الأول)، المرجع السابق، ص 101.

و إما أن يكون التشريح طبي وقانوني يؤمر به من قبل السلطات القضائية، عند وجود جريمة قتل مشكوك

فيه<sup>1</sup>

هذا النوع الأخير فضلاً عن التشريح السريري، هو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة

(1/168) السابق بينهما من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها<sup>2</sup>

و من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد قيد عمليات التشريح بتوافر الشروط التالية:

❖ أن يتم التشريح في المراكز الاستشفائية أي المستشفيات الحكومية.

❖ أن يكون التشريح بناء على طلب من السلطة العمومية، بمعنى قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو قاضي

الحكم.

❖ أو أن يتم التشريح بطلب من طبيب مختص بهدف تحقيق هدف علمي، للوقوف على أسباب المرض.

وإضافة إلى هذا عدم تشويه الجثة أو المساس بكرامتها أو التمثيل بها، وإلا تجاوز الفعل دائرة المشروعية

ليدخل دائرة التحريم.

وقد تباينت مواقف التشريعات المقارنة سواء الأجنبية منها أو العربية، في اعتبار الغرض العلمي من أسباب

الإباحة التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق النقل والزرع، فالقانون العراقي رقم 86-85، المتعلق بعمليات

زرع الأعضاء البشرية.

نص في المادة الأولى منه، على أنه يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء للمرضى بهدف تحقيق مصلحة

علاجية راجحة لهم، تقتضيها المحافظة على حياتهم.<sup>3</sup> وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع الكويتي بالإضافة إلى

القانون اليوغسلافي و البرتغالي والألماني. في حين اعتبر كل من المشرع الفرنسي في القانون رقم 76-1181،

المتعلق بنقل وزرع الأعضاء، أن هدف العلمي يعتبر من أغراض التصرف في الأعضاء البشرية إلى جانب الهدف

<sup>1</sup> أنظر د. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، المرجع السابق، ص 193-194.

<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 192.

<sup>3</sup> أنظر د. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 43-47.

العلاجي، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع المغربي، حيث جاء في أحكام القانون المتعلق بنقل وزرع الأعضاء

البشرية لسنة 1999، يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية<sup>1</sup>

وبذلك يمكننا القول أن موقف الفقه المقارن قد انقسم في مجال تحديد أغراض التصرف في الأعضاء البشرية

إلى مجموعتين، مجموعة جمعت بين الأغراض العلمية و العلاجية التشخيصية، والمجموعة الثانية اعتبرت الأغراض

العلاجية وحدها مناط التصرف في الأعضاء البشرية، أيا كان مصدر العضو البشري.

<sup>1</sup> أنظر د.مبروك نصر الدين، نقل الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع، ص 402

## المبحث الثاني: ضوابط أو شروط التصرف في الأعضاء البشرية

على الرغم من اجازة عدد كبير من التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري، التصرف في الأعضاء البشرية سواء كان هذا التصرف بين الأحياء أو من الموتى للأحياء، إلا أن هذه الاجازة لم تكن مطلقة، فقد ضبطت المسألة بضرورة توافر جملة من الشروط الدقيقة، سواء تعلقت هذه الشروط بالمتنازل عن العضو البشري، أو حتى بالقائم عن عملية النقل والزرع (الطبيب)، غير أننا وعلى مستوى عهدا البحث لن نتطرق سوى لما تعلق بالشروط أو الضوابط القانونية، وبصورة أحص تلك التي أوردها المشرع الجزائري في أحكام القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، محاولين مقارنتها مع ما نص عليه كضوابط قانونية بالنسبة للتشريعات المقارنة الأخرى، سواء كانت عربية أو غربية. دون أن نغفل موقف الفقه الاسلامي من هذه الضوابط، وبناء على ما سبق ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين أساسيين، أما المطلب الأول فهو شروط أو ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء، وأما الثاني فهو شروط أو ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية للموتى ، وسنعالجها كما يلي:

المطلب الأول: شروط أو ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية

من خلال استقراء أحكام القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والمرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، نجد بأن المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء، قد حدد جملة القيود والشروط وان كانت بالنسبة للمتنازل والمتنازل من طبيعة واحدة، إلا أن حقيقتها وجوهرها يختلف، مما يستلزم بالضرورة الأثر والجزاء، بل تمتد لتشمل القائم بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى (3) فروع ، نتناولها كما يلي:

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالمتنازل عن العضو البشري.

من خلال استقراء أحكام القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، يمكننا إجمال هذه

الشروط فيما يلي:

- يعرض المتنازل حياة المتبرع للخطر.
- رضا المتبرع بالعضو البشري.
- امتناع المقابل المادي.

### 1- ألا يعرض المتنازل حياة المتبرع للخطر:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة من خلال أحكام المادة ( 1/162 ) من القانون رقم

85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث جاء فيها "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من

أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر...."، كما جاء في أحكام المادة ( 163 ) من

نفس القانون "كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة

المتبرع أو المستقبل"<sup>1</sup>

ومن هنا يتضح لنا أن التصرف في الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري مباح، شريطة أن لا يلحق هذا

التصرف في صورة التبرع، أي ضرر من شأنه أن يعرض حياة المتبرع للخطر، أو يهدد سلامته البدنية من جهة، و

أن يكون هذا المتبرع شخصا سليما، غير مصاب بأي أمراض، فلا يكون التبرع سببا في نقلها للمريض وبالتالي

تدهور حالته الصحية أكثر، لا سببا في الأضرار بصحته، فالقانون وبصورة غير مباشرة يستبعد من دائرة جواز

التصرف بالأعضاء البشرية، الأشخاص الذي يسهل إصابتهم بالأمراض وبصورة مباشرة المصابين بها فعلا أي كان

نوعها<sup>2</sup>

<sup>1</sup> .أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

<sup>2</sup> .أنظر مجلة المسؤولية الطبية(أعمال المتلقى الوطني)، المرجع السابق، ص 327.

فالمتنازل عن العضو البشري لا يكون له التنازل عن حياته بالتنازل عن قلبه مثلا، ولا يتعرض حياته للخطر أو الانتقاص من مقدراتها الوظيفية ذلك أنه وباعتباره جزء من الكيان الاجتماعي.

فهو لا يستطيع القيام بوظائفه الاجتماعية إلا إذا كانت سلامته البدنية مصونة ومحقة وبالتالي فإن أي اعتداء على هذه السلامة، يعد فعلا مجرما قانونيا<sup>1</sup>

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال، ما الحل في حالة تعرض المتبرع للأضرار بدنية تمس بسلامته نتيجة عملية النقل؟

لقد اقترحت طائفة كبيرة من الفقه في هذا المجال، أن يكون الحل عن طريق التأمين، ويقصد بذلك اكتتاب تأمين لصالح المتبرع سواء من طرف الدولة من طرف المريض نفسه، تحسبا لأي خطر قد يهدد سلامته البدنية أو حياته من جراء عملية النقل مستقبلا أو في الوقت الحاضر، فمادام تصرف المتبرع بعضوه البشري تصرفا بدون مقابل يغلب عليه الطابع الإنساني، والتضامن الاجتماعي، فلا حرج ولا مانع من تشجيعه على التبرع من جهة وطمأنته وتوفير قدر من الحماية من جهة أخرى.<sup>2</sup>

## 2- رضا المتبرع بالعضو البشري (الموافقة الكتابية على التبرع):

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النص صراحة من خلال أحكام المادة ( 1/162 و2) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث جاء فيها "لا يجوز انتزاع أنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين، وتودع لدى المؤسسة الطبية رئيس المصلحة.

ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الانتزاع، و .....<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 87.  
<sup>2</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (كتاب الأول)، المرجع السابق، ص 327.  
<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري يشترط رضا المتبرع، ويقصد بالرضا هو ذلك الإذن الممنوح من قبل شخص من أشخاص القانون الخاص إلى فرد أو أفراد لتنفيذ عمل عليه بواسطة القانون الوضعي، ويترب على هذا العمل الإتلاف أو الإضرار بمال أو مصلحة للشخص الذي صدر منه الإذن أو تعريضهما للخطر<sup>1</sup>

وقد كان السبب في اشتراط المشرع الجزائري رضا المتبرع بالعضو البشري، هو درجة الخطورة التي يكتسبها هذا النوع من العمليات، فقد رفضت محكمة (بنسلفانيا) عام 1978، إجبار شخص على نقل جزء من النخاع العظمي إلى ابن عمه المريض، معللة موقفها بأنه يجوز المساس بالجسم الإنسان دون رضا حرا من جانبه، وان ترتب على ذلك فوات فرصة محققة على المريض.<sup>2</sup>

ومن هذا المنطق نجد أن المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات الوضعية المقارنة المنظمة لعملية استئصال وزرع الأعضاء البشرية، كالتشريع الفرنسي والبناني والاطالي والمغربي والسوري، قد اشترط رضا المتبرع بالعضو البشري، بل ولم يكتفي بمجرد الرضا الشفوي فقد تجاوزه لاشتراط أن يكون هذا الرضا مكتوبا، وهو بذلك يكون عن خرج عن القواعد العامة في مجال الطب، والتي تكتفي بالموافقة الصريحة أو الضمنية من المريض،<sup>3</sup> ذلك أن تطلب الشرط الكتابي في هذا المجال، يوفر المزيد من الحماية للمتنازل من جهة نظرا لما تنطوي عليه هذه العملية من خطورة بالنسبة إليه، وللطبيب من جهة أخرى نظرا لما قد ينشأ عن هذا التصرف من تحميل له للمسؤولية القانونية مدنية كانت أو جنائية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د.محمد نجم صبحي محمد، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، بدون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1983، ص23

<sup>2</sup> أنظر د.سميرة عايد الديات، عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية في القانون المرجع السابق، ص 137

<sup>3</sup> أنظر د.سميرة عايد الديات، عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية في القانون المرجع السابق، ص 136-137

<sup>4</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية(أعمال المثلث الوطني)، المرجع السابق، ص 330

أ. الرضا الحر:

فلا يكفي أن يصدر واهب العضو البشري الرضا المكتوب، بل يشترط فضلا عن ذلك أن يكون هذا الرضا حرا، ويقصد بذلك أن تكون إرادة المتبرع بالعضو البشري سليمة غير معيبة، من عيوب الرضا سواء كان الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وفقا لأحكام المواد من (81-91) من ق.م.ج.<sup>1</sup>

فالرضا لا بد من أن يصدر عن المتبرع يتمتع بكامل قواه العقلية، قادر على تكوين رأي صحيح، على أن يستمر هذا الرضا إلى لحظة استئصال و الزرع، ومن هذا المنطق قال البعض من الفقه بضرورة إخضاع المتنازل لفحوصات طبية نفسية، وذلك من عدم خضوعه لأي ضغوطات نفسية أو عائلية من شأنها أن تعيب إرادته، وبالتالي التحسيد الفعلي لرفض فكرة الوصاية الطبية أو العائلية في هذا المجال وهذا ما جاء في القانون الكندي والاسباني<sup>2</sup>

وقد تأثرت في هذا الصدد إشكالية تتعلق بمدى قدرة المحبوسين والمسجونين على التصرف بأعضائهم البشرية؟

ان المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 85-05، لم يتضمن ما يشير إلى مشروعية أو إمكانية هذا التصرف بنص صريح غير أننا وأعمالا للأحكام المواد (9 و9 مكرر و9 مكرر 1) ق.ع.ج،<sup>3</sup> نجد أن المشرع الجزائري يجرم المحبوسين والمسجونين من حقوقهم المدنية و الوطنية والعائلية، وهو بذلك يجرمهم من إرادة أعمالهم، فكيف لهم أن يوصوا أو أن يهبوا أعضائهم، غير أن الإمكانية تبقى مطروحة بالنسبة لأقربائهم، في حالة موافقتهم الكتابية على ذلك بعد الموت سجينهم<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د.مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون في القانون المقارن والتشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص194

<sup>2</sup> انظر الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق ص21-23

<sup>3</sup> أنظر د.مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (كتاب الأول)، المرجع السابق، ص221.

<sup>4</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق، ص6-7-8

هذا وللتأكيد على سلامة الرضا اشترطت بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والاطالي أن يتم هذا الرضا أو الموافقة الصريحة الكتابية على التبرع أمام القضاء، وأن يثبت هذا الرضا في شكله الكتابي ويوقع عليه من طرف القاضي أو المعطي، ثم تسلم صورة منه إلى المستشفى الذي ستجري تحت رعايته عملية الاستئصال والزرع، وتحتفظ النسخة الأصلية لدى قلم الكتاب<sup>1</sup>

وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 162 ) من القانون رقم 85-05، المتضمن حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها ".... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"<sup>2</sup> على وجوب أن تتم الموافقة الكتابية من المتبرع على التنازل عن عضوه البشري؟ أمام شاهدين، والشهادة في هذه الحالة ما هي إلا ضمانات أخرى من ضمانات التنازل في مجال التبرع بالأعضاء البشرية توفر له المزيد من الحماية، بلا سيما في تبصير المريض، وأن تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وفي كل ذلك إحاطة للمتبرع بجملة من الضمانات القانونية الضمانة لحقته في حالة وقوع الضرر<sup>3</sup>

غير أنه قد عيب على المشرع الجزائري في هذا الصدد جهالة الشهود قانونا باعتبار أن النص قد ورد عامل غير منفصل، فمن هم الشهود؟ من هو المتكلف بإحضارهم قانونا؟ وكيف تتم شهادتهم؟<sup>4</sup>

### ب. الرضا المتبصر (المستبصر):

لقد نص المشرع الجزائري على الشرط في أحكام المادة ( 162-2 ) والتي جاء فيها " ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقتها أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع،...."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 331.

<sup>2</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 359.

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (كتاب الأول)، المرجع السابق، ص 194

<sup>5</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (كتاب الثاني)، المرجع السابق، ص 332

ويقصد بالرضا المتبصر، أو ما يعرف بالتزام الطبيب بالتبصر، هو التزام الطبيب بالاطلاع المتبرع بالعضو أو الأنسجة أو الجهاز البشري، على طبيعة عملية استئصال العضو وزرعه، فضلا عن جميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال أو المستقبل، حتى يتمكن من تقدير حجم المخاطر التي قد يتعرض لها، مقارنة بالفوائد التي من شأنها أن تعود على المتبرع له بالعضو البشري،<sup>1</sup> سواء كانت هذه المخاطر من المخاطر الطبية الناتجة عن الجراحة العادية، أو من المخاطر المحتملة، التي لا تشمل فقط ما قد يصيب المتبرع من أضرار في الحال أو المستقبل، وإنما أيضا ما يتعلق بالاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والتي قد تلحق المتبرع نتيجة عملية التبرع، كعجزه عن القيام بأعمال معينة أو الاستمتاع بمزايا معينة<sup>2</sup>

وقد حددها المشرع التونسي بكل النتائج المحتملة من الناحيتين البدنية والنفسية لعملية الأخذ، وكذلك

الانعكاسات الشخصية والعائلية والمهنية للمتبرع، وكل النتائج المترتبة من عملية الزرع لفائدة المنتفع بها<sup>3</sup> كما وقد أجمعت أغلب التشريعات المقارنة في هذا المجال، كالقانون الفرنسي و الايطالي والألماني فضلا عن اللبناني والأردني والعراقي وغيرها، على أهمية وضرة تبصير المتنازل تبصيرا كاملا وشاملا بجميع المخاطر الجراحية المترتبة عن عملية الاستئصال، سواء كانت على الصعيد السيكولوجي أو الطبي أو الاجتماعي أو المالي أو الفزيولوجي له<sup>4</sup>

وقد احتج البعض على التزام الطبيب بتبصير المتبرع في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، على اعتبار أن هذا الالتزام ومن حيث الأصل لا يقوم في ذمة الطبيب إلا في مواجهة المريض، والقاعدة العامة تقضي بأن المتبرع ينبغي أن يموت سليما، وبذلك فلا التزام للطبيب في مواجهته بالتبصير، غير أن هذا القول مردود، على اعتبار أن الطبيب ملزم بتبصير المتبرع أكثر من التزامه بتبصير المتبرع له، ذلك أن هذا الأخير قد يؤثر التبصير على حالته

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

<sup>2</sup> أنظر د.رضا جعفر محمد، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 354.

<sup>3</sup> أنظر د.سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 140-141.

<sup>4</sup> أنظر د.مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول)، المرجع السابق، ص 215.

النفسية والصحية، مما يجعل ظروف تلقيه للعلاج صعبة،<sup>1</sup> غير أن الأمر يختلف بالنسبة للمتبرع لأنه وما دام ليس مريض، فتبصيره بالمخاطر التي قد تترتب على عملية النقل، ليس من شأنه أن يؤثر على حالته النفسية، وإن كان له دور في تشجيعه على القبول أو الرفض أو العدول عن القبول وفي حالة تقديمه، ولكن الأمر يبقى مشروعاً بنص القانون، ما دام يتعلق من حيث الأصل بمبدأ الرضا وسلامة الجسم البشري<sup>2</sup>

كما وقد تارتت في هذا المجال إشكالية أخرى تتعلق بمسألة إفشاء سر المهنة، بمعنى أن الطبيب عند التزامه بتبصير المتبرع.

وقد اختلفت وتباينت الآراء بخصوص الموضوع، فذهب جانب من الفقه إلى القول أنه لا يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة الطبية، قيام الطبيب الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، باطلاع المتبرع عن الوضع الصحي للمتبرع له، ذلك أن أحد أطراف العملية، ومن حقه التعرف على الواقع الصحي للمستفيد من عضوه البشري<sup>3</sup>

وأما عن موقف المشرع الجزائري، فمن خلال أحكام المادة (36) من مدونة أخلاقيات الطب<sup>4</sup>، والمادة (2/162) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، فيمكننا القول أنه لم يعتبر من تبصير المتبرع بالوضع الصحي للمتبرع له من قبيل جرائم إفشاء السر المعني، لا سيما وأنه من خلال أحكام المادة (206) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها "يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدال أن يلتزموا بالسر المهني، إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية"،<sup>5</sup> قد استثنى من العقاب على الجريمة إفشاء الأسرار الطبية المنصوص عليها في أحكام المادة (301) من ق.ع.ج<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1421.

<sup>4</sup> أنظر د. مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق، ص 142.

<sup>5</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 9 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1421.

<sup>6</sup> أنظر القانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 196.

حالة الحصول على الترخيص القانوني أو إذن المريض، أو كما عبر عنها المشرع الجزائري في حالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.<sup>1</sup> وهو ما ينطبق على المجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لطبيعتها الخاصة فالتنازل في هذه الحالة لا يعتبر من الغير، لأن العقد الطبي في هذه الحالة ثلاثي الأطراف والمتبرع باعتباره أحد أطراف هذا العقد، فمن حقه التبصر بالحالة الصحية للمتلقي لتحديد موقفه من التبرع.<sup>2</sup>

### ج. أهلية المتبرع بالعضو البشري:

لقد جاء في أحكام المادة (1/163) من القانون رقم 05/85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز"<sup>3</sup>

ومن خلال هذه المادة نجد بأن المشرع الجزائري قد استبعد صراحة كل من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، فضلا عن الراشدين المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم في حالة التبرع، من دائرة الأشخاص المسموح لهم قانونا التصرف عن طريق التبرع بأعضائهم وأنسجتهم البشرية، وبذلك فلم يبقى كأفراد مؤهلين للتصرف بأعضائهم البشرية سوى الشخص الكامل الأهلية السليم<sup>4</sup>

فأما الشخص القاصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز فهم وفقا لأحكام المادة ( 42 ) من ق.م.ج والتي جاء فيها "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة ( 13 ) سنة" والمادة (43) من نفس القانون والتي جاء فيها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يوليو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 136.  
<sup>2</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني) المرجع السابق، ص 328.  
<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق، ص 217-218.  
<sup>4</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.  
<sup>5</sup> أنظر الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 12

وبهذا فكل من كان فاقدا للتمييز بسبب صغر السن أو بلغ سن ( 13 ) سنة، وكل من كان فاقدا للتمييز بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة بالنسبة للراشدين المحرومين من القدرة على التمييز<sup>1</sup> وقد أضاف المشرع الجزائري إلى هاتين الطائفتين الأشخاص الراشدين غير المحرومين من القدرة على التمييز ولكن المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بمصلحة المتبرع أو المستفيد، وهو أمر يبقى لتقدير الطبيب اعتباره صاحب الاختصاص.

وأما بالنسبة لكامل الأهلية فالمشرع الجزائري لم يحدد لنا من هويته وفقا لأحكام القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، غير أنه وفي الحقيقة يمكننا استخلاص ذلك من أحكام هذا القانون، فالمشرع الجزائري كما سبق و أشرنا لم يجز سوى التبرع كصورة للتصرف في الأعضاء البشرية، والتبرع سواء كان ما قبل الموت (هبة) أو مضافا الى ما بعد الموت (وصية)<sup>2</sup>

نص المشرع على الأهلية القانونية المتطلبة له في القواعد العامة من خلال أحكام المادتين ( 186-203) من ق.أ.ج، وكلاهما قد اعتبر أن الشخص البالغ من العمر ( 19 ) سنة كاملة يكون أهلا لمثل هذا التصرف.<sup>3</sup>

أضف الى ذلك أن التبرع يعتبر من التصرفات الواردة في القانون المدني، وقد نصت أحكام المادة ( 40 ) منه والتي جاء فيها "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر ( 19 ) سنة كاملة"<sup>4</sup> ولا بد من أن تتوافر هذه الأهلية القانونية في المتبرع بالعضو البشري، وقت الاتفاق على الاستئصال فلو أبرم المتبرع بالعضو البشري عقد هبة مثلا لأحد أعضائه البشرية، وكان قاصرا وقت ابرام العقد على أساس أن التبرع سيتم عند بلوغه سن الرشد، فهذا الاتفاق يقع باطلا غير منتج لأثاره القانونية، والسبب في ذلك أن قواعد الأهلية تعد من النظام العام فلا يجوز التعاقد على أساس

<sup>1</sup> أنظر د. محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 159-160.  
<sup>2</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني) المرجع السابق ص 333.  
<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 41-43.  
<sup>4</sup> أنظر الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن قانون المدني، المرجع السابق، ص 12.

أهلية غائبة،<sup>1</sup> وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة (45) من ق.م.ج والتي جاء فيها "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها"<sup>2</sup>

هذا وقد نص المشرع الجزائري صراحة في أحكام المادة (44) من ق.م.ج.أ، ناقصو الأهلية أي القصر بحسب أحوالهم يخضعون لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون.

مما دفع البعض من الفقهاء إلى إثارة إشكالية مدى قدرة الولي القانوني لهذا القاصر على إعطاء موافقته على

الاقطاع من القاصر الذي يتولى رعايته، في هذا الصدد نستطيع القول أن المشرع الجزائري من أحكام المادة

(163) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، لم يجز مثل هذا التصرف<sup>3</sup>.

غير أن هناك من التشريعات المقارنة من أجازت ذلك على أن تكون هذه الموافقة معززة بموافقة لجنة من

الخبراء بعد الاستمتاع إلى قاصر متى كان مدركا وقادرا على التعبير، كما هو الوضع في القانون الفرنسي، مع تحديد

هوية المستفيد من التبرع في هذه الحالة، مع التأكيد على عدم مشروعية التبرع في حالة رفض اللجنة ذلك، وان

وافق القاصر ومثله القانوني.<sup>4</sup> كما وقد سمحت بعض المحاكم الأمريكية للوالدين إعطاء الذي ينقل الأعضاء من

أبنائهم القصر إلى أحد أفراد الأسرة، إلا أن هذا الإذن يبقى غير مشروع ما لم يمهر بالموافقة القضائية، ويتحمل

الطبيب المسؤولية الجنائية والمدنية، في حالة إقدامه على الاستئصال قبل الحصول على الموافقة القضائية<sup>5</sup>

وفي هذا الصدد تميز الوضع العام في القضاء الأمريكي بظهور 4 اتجاهات قضائية وهي :

### 1\* الحكم البديل:

ويقصد به انه حين لا يستطيع القاصر أن يعطي موقفه من الاستئصال، تحل ..... الحكمة في التعبير عن

رضاه، وقد ظهر هذا الاتجاه أول مرة في قضية (ستراك).

<sup>1</sup> أنظر د. مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 233

<sup>2</sup> أنظر الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن قانون المدني، المرجع السابق، ص 12.

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 41-43.

<sup>4</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضا المجني عليه و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 365

<sup>5</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 149

حيث أن أما تقدمت بطلب بخصوص ابنها المصاب بتخلف عقلي، والبالغ من العمر ( 27 ) عاماً، التمس فيه موافقة المحكمة على تبرع هذا الأخير بأحد كليته لأخيه المصاب بفشل كلوي مزمن وقاتل، وقد وافقت المحكمة على طلب الأم، معتمداً في ذلك على قياس تصرف شخص في وضع مماثل في حالة ما لو كان مكتمل الأهلية الفعلية، فاعتبرت أن حكمها تعبير عن إرادة عديم التمييز<sup>1</sup>

### \*2 المصلحة المؤكدة (الأفضل):

وقد استمد هذا الاتجاه من الحكم الصادر في قضية (هارت ضد باروان)، والتي تتخلص وقائعها في " أن طفلة تبلغ من العمر ( 08 ) سنوات، أصيبت بمرض الكليتين، وقد كان لها شقيقة توأم، فأشياء الطبيب بضرورة نقل إحدى كليتي أختها لها حفاظاً على حياتها، وقد رفض الأطباء إجراء العملية، رغم موافقة الوالدين والمتبرع، معتبرين أن موافقة القاصر لا تعتبر سبباً كافياً بذاتها لاستقطاع العضو البشري، ولكن عند رفع الأمر للمحكمة قضت المحكمة بضرورة إجراء العملية على وجه السرعة، مبررة موقفها على قاعدة الموازنة بين المصالح والمخاطر المترتبة عن العملية<sup>2</sup>

### \*3 المراجعة القضائية لقرار الوالدين:

حيث أن القانون في هذه الحالة يميز للممثل الشرعي للقاصر، منح الإذن باستئصال العضو البشري منه، غير أنه يشترط في هذه الحالة الحصول على الموافقة القضائية من المحكمة التابع لها محل إقامة القاصر، والتي تعمل بدورها مبدأ الموازنة بين المصالح والمضار إلى تعود على الطرفين، جراء عملية الاستئصال والزرع<sup>3</sup>

وقد صدر عن المحكمة العليا لإحدى المقاطعات، حكم قضائي مفاده "أن للطفل الحق في إبداء رأيه ورضاه في استئصال كليته، دون الحاجة إلى رضا والديه أو وليه الشرعي إذا كان بالغاً من العمر ( 14 ) سنة، وقد بررت المحكمة حكمها بقولها: أن عدم إجراء العملية للمريض من شأنه أن يؤدي حتماً لوفاة المريض وهو ما من

<sup>1</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 148.

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 149.

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 267.

شأنه أن يسبب صدمة نفسية للطفل، ويجعله في وضع حرج لا سيما إذا علم أن لتبرعه الأثر في إنقاذ حياة المريض الموشك على الموت<sup>1</sup>.

#### 4\* المحافظة على نفسية المعطي القاصر واحترام مشاعره:

هذا وقد فضل البعض الآخر من التشريعات المقارنة تنظيم مسألة الأهلية القانونية، المتطلب لل تبرع بالأعضاء البشرية في أحكام القوانين التي تم على مستواها تنظيم التصرف في الأعضاء البشرية، كالقانون الأمريكي والانجليزي والكويتي واللبناني فقد اعتبر هذا الأخير مثلاً أن سن الرشد في هذا المجال هو ( 18 ) سنة كاملة، والأمريكي والانجليزي و.....<sup>2</sup>.

#### 3. امتناع المقابل المادي:

لقد جاء في أحكام المادة ( 2/161 ) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها" ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية"<sup>3</sup> ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري يرفض بنص القانون أن يكون التصرف في أعضاء البشرية عن طريق البيع، وهو في الحقيقة مبدأ اجتمعت كل التشريعات المقارنة العربية والأجنبية عليه، والسبب في ذلك أن حق الإنسان على جسده ليس بالحق المالي فهو يخرج عن دائرة التعامل، فلا مجال لأن يكون محلاً للمتاجرة<sup>4</sup>. كما أن في الأمر تعرضاً مع الكرامة الإنسانية، إذ ينبغي و أن يكون الحب والتضامن الإنساني والتراحم والايثاء هو دافع إليها وليس قصد تحقيق الربح<sup>5</sup>.

غير أن ما يجدر بنا الإشارة إليه في هذا الصدد أن تنازل المتبرع بالعضو البشري عن عضوه دون مقابل مالي، لا يتنافى أو يتعارض مع فكرة تعويضه عما أصابه من أضرار، سواء عن طريق وثيقة التأمين كما سبق و

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 151  
<sup>2</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني) المرجع السابق ص 333-334.  
<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191  
<sup>4</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 143  
<sup>5</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضا المجني عليه و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 370

أشرنا، أو من خلال دفع مصاريف الانتقال والعمل الجراحي والتوقف المؤقت عن العمل ومصاريف العلاج وما أصاب قوته البدنية من ضعف أو في صورة مزايا اجتماعية تمنح للمتبرع تقديرا و عرفانا للتضحية. ومن هنا ظهرت فكرة مفادها أنه لا منع من وضع نظام عام يمكن من خلاله مساعدة المتبرع ماليا، عما يفوته من نافع بسبب الاقتطاع، مع مراعاة أن هذه المساعدة إنما منشأها الاعتبارات الإنسانية والعرفان بالجميل لا غير<sup>1</sup>

### مبدأ الرجوع عن الموافقة :

لقد جاء في أحكام المادة ( 2/162 ) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها"....، ويستطيع المتبرع في أي وقت أن يتراجع عن موافقته السابقة"<sup>2</sup>

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري، بعد أن حدد جملة الضوابط القانونية الواجب توفرها ، للقول بمشروعية التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق التبرع بين الأحياء، عاد ووضع ضابطا عاما، اعتبر بموجبه أن للمتبرع الحق في العدول عن موافقته على التبرع بالعضو أو النسيج البشري في أي وقت، والسبب في ذلك هو أن الأمر من حيث المنطق مرتبط بالسلامة البدنية للفرد وحقه في صونها والمحافظة عليها من جهة، وحقه في عدم التعرض لأي نوع من الاعتداء أو التصرف الماس بهذه السلامة إلا بموافقته الصريحة الكتابية، وضمن شروط ضوابط قانونية محددة، فالطبيعة الخاصة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان هي التي اقتضت مثل هذا الاستثناء، أضف الى ذلك أن خطوة مثل هذه العمليات والتي عادة ما تحول دون تبصر المتبرع بالمخاطر الممكن التعرض لها، مهما بذل الطبيب من جهد في تبصيره، هي التي تبرر جواز العدول عن الموافقة في أي وقت<sup>3</sup>

وقد أثير تساؤل في هذا المجال يتعلق بمدى أحقية المتبرع له في المطالبة بالتعويض في حالة رجوع أو عدول

عن موافقته؟

<sup>1</sup> أنظر د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، المرجع السابق، ص 246.  
<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 143  
<sup>3</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 209.

في هذا الصدد اتفقت أغلب التشريعات المقارنة على أن الضرر المادي هو وحده الذي يلزم التعويض من قبل المتبرع للمتبرع له، وهو يشمل كل من نفقات العلاج التي تكبدها المتبرع له في سبيل التجهيز للزرع، والنفقات التي تكبدها في سبيل تشجيع المتبرع على التبرع وما شابهها من نفقات، أما الضرر المعنوي فلا مجال للمطالبة بالتعويض عنه، لأن القانون قد أجاز هذا العدول،<sup>1</sup> كما أن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات متوقع ومفترض منذ البداية، فإن لم يعدل المتبرع عن موافقته مثلاً، و أجريت عملية الاستئصال فعلاً وعند الزرع تبين عدم صلاحية العضو المزروع، أو عدم وجود توافق في أنسجة الطرفين فالضرر متوقع من المنطلق، لذا فلا مجال للقول بالتعويض عنه.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : الضوابط المتعلقة بالمتنازل عن له العضو البشري.

إن الشروط المتطلب قانوناً توافرها في المتبرع له بالعضو أو النسيج البشري تتفق مع تلك التي الواجب توافرها في جانب المتبرع، مع وجود اختلافات بسيطة من حالة لأخرى، لذا وعلى مستوى هذا الفرع لن نتنازل سوى ما تعلق بأوجه الاختلاف دون أوجه الاتفاق.

ويمكن من خلال استقرار أحكام المادة (166) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،

أن هذه الشروط تتمثل في:

1- أن يكون زرع العضو البشري الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له.

2- رضا المتبرع له (المتلقي)،<sup>3</sup>

نعالجها كما يلي:

1. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 209  
2. أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال المتلقى الوطني)، المرجع السابق، ص 331  
3. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-192

1- أن يكون الزرع الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة من خلال أحكام المادة (1/166) حيث جاء فيها " لا

تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو

سلامته البدنية...."<sup>1</sup>

ومن هنا يمكننا القول أن المشرع الجزائري يعتبر اللجوء إلى زرع الأعضاء البشرية استثنائية احتياطية للعلاج،

حيث لا يمكن تطبيقها أو العمل بها إلا إذا كانت تمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على السلامة البدنية للمتبرع له

أو حياته، والطبيب هو الذي يقدر درجة الحاجة لمثل هذه العمليات.<sup>2</sup> لا سيما وأن المرسوم التنفيذي رقم 92-

276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، في أحكام ( 11) منه والتي جاء فيه "يكون الطبيب والجراح حرين في

تقديم الوصفة التي يريها أكثر ملاءمة للحالة...."،<sup>3</sup> قد أعطى للطبيب صلاحية اختيار العلاج الذي يراه أكثر

ملاءمة وتماشيا مع الوضع الصحي للمريض، وعلى في ذلك دائما ارتباط الموضوع بالدرجة الأولى بمبدأ حق الفرد

في التمتع بسلامته البدنية وضمان هذه السلامة قانونيا .

2-رضا المتبرع له المستنير (المتلقي):

من خلال استقرار أحكام المادة (1/166) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>4</sup>

نجد بأن المشرع الجزائري قد ساوى بين المتنازل و المتلقي في مجال الرضا فيما تعلق سواء بنقل العضو أو النسيج

البشري أو زرعه، وفي مجال الأعمال الطبية العادية، باعتباره ومن حيث الأصل من واجبات الطبيب في مواجهة

1 . أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-  
2 . أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 239

3 . أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1420

4 . أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-

مرضاه،<sup>1</sup> فقد نص في أحكام المادة (44) منها "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة..."<sup>2</sup>

هذا وان لم يكن المشرع الجزائري قد اشترط صراحة على مستوى أحكام المادة ( 1/166) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الموافقة الكتابية كما فعل مع المتبرع من خلال أحكام المادة ( 162) من نفس القانون،<sup>3</sup> إلا أن ذلك لا يمنع ونظرا للخطورة التي تنطوي عليها هذه العمليات، من القول أن الرضا أو الموافقة المطلوبة، إنما هي الموافقة المكتوبة، التي تكون بالتوقيع على النموذج الطبي الذي يفيد قبوله بالعلاج، وبحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها، وشاهدين اثنين.<sup>4</sup>

ومن هنا أكد الفقه على أنه في مجال التصرف في الأعضاء البشرية، لا يمكن القول بأن دخول المتلقي

للمستشفى، وتوجه للطبيب المختص يعد بمثابة قبول ضمني منه بتلقي العلاج بكافة أشكاله الطبية، لأن الأمر مرتبط دائما بمبدأ سلامة الجسم البشري.<sup>5</sup>

وهذا والأصل إن تتم هذه الموافقة الكتابية من قبل المريض نفسه، غير أنه متى كان هذا الأخير غير قادرا

على التعبير عن إرادته، أمكن أحد أعضاء أسرته وفق للترتيب الذي حدده القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم

للقانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في المادة (164) منه،<sup>6</sup> والمتمثل في الأب أو الأم، الزوج أو

أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمستفيد من العضو البشري أسرة،

وأن يتم ذلك كتابيا وهو ما أكدته أحكام المادة (2/164) رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>7</sup> وهو

1. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 237-239

2. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في يونيو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1421.

3. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-192

4. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 153

5. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-239

6. أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985،

المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

7. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

وهو ذات الحكم الذي أكدته المشرع الجزائري في مجال الأعمال الطبية العادية، من خلال أحكام المادة ( 44 ) من

مدونة أخلاقيات الطب حيث جاء فيها "...أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو منه أو من القانون"<sup>1</sup>

وإذا ما تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، فقد اعتبر المشرع الجزائري أن الموافقة على الزرع

لا يمكن أن تقدم سوى من الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

وفيما تعلق بالقصر فلا يمكن أن تقدم الموافقة التي تعنيهم سوى من قبل الأب أو الولي الشرعي، وهو ما

جاءت به أحكام المادة (3/166 و4) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>2</sup>

ومن هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ الحماية الطبيعيين الذي جاء به القانون الفرنسي، حيث

أوجب على الأطباء في الأحوال التي يكون فيها المريض عديم الأهلية ضرورة الحصول على إذن هؤلاء الحماية

الطبيعيين، وتحديد هؤلاء الحماية وترتيبهم يعتمد في الغالب على الظروف،<sup>3</sup> فنلاحظ أن المشرع الجزائري مثلا قد

تدرج من التوسع إلى التضييق من دائرتهم فبعد أن وسع دائرتهم في الحالة التي يكون المتبرع له راشدا بالغا ولكن

غير قادر على التعبير عن إرادته، ضيق منها تدريجيا في حالة الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية،

والأشخاص القصر.<sup>4</sup>

غير أن المشرع الجزائري قدر أن هناك حالات يتعين فيها الخروج عن هذا المبدأ، بمعنى ضرورة إعطاء العلاج

سواء في مستوى الأعمال الطبية العادية، أو مجال التصرف في الأعضاء البشرية، فقد جاء في أحكام المادة ( 44 )

من مدونة أخلاقيات الطب "...وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في

خطر، أو غير قادر على الإدلاء بموافقته."<sup>5</sup>

1. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1422

2. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-192.

3. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 174

4. أنظر د. مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص- 261

5. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1421

كما جاء في أحكام المادة (6-166) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والتي جاء فيها ف"يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته، في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل، ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين"<sup>1</sup>

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد استغنى عن رضا المريض بتلقي العلاج، وأجاز للطبيب التدخل عن طريق العمل الجراحي لزرع العضو المستأصل، معتبرا أن رضا من جانب المريض في هذه الحالة مفترض، على أساس أنه لو كان في وعيه وبكامل قدراته لدفعته غزيرة حب البقاء والتخلص من المرض إلى الرضا، بالتدخل الجراحي من طرف الطبيب.<sup>2</sup> غير أن المسألة تخضع لجملة من الشروط والضوابط، فهي بمثابة استثناء و الاستثناء لا مجال للتوسع فيه أو القياس عليه، وتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. أن يعجز المريض عن الإدلاء بموافقته، في الشكل المتطلب قانونا.
  2. أن تقتضي ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الوصول إلى أسرة المتبرع له، أو الممثلين الشرعيين له في الوقت المناسب.
  3. أن يكون هذا التأخر في الاتصال بهم، من شأنه أن يؤدي إلى تلف العضو البشري المراد زرعه، وبالتالي يصبح غير صالحا للزرع، مما يفوت على المريض فرصة الانتفاع به ويسبب وفاته.<sup>3</sup>
- وفي هذه الحالة يمكننا القول أن المشرع الجزائري جعل من الطبيب الجراح رئيس المصلحة الطبية، ممثلا طبيعيا للمتلقي متى توارت الشروط القانونية السابقة، وفي المقابل فان هذا الطبيب يكون له رفض التدخل الجراحي رغم موافقة المتبرع له، أو ممثليه القانونيين إذا رأى في ذلك إضرار أكيدا بسلامته البدنية أو حياته.<sup>1</sup>

1. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 192.  
2. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص- 273  
3. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص- 141

وقد أشارت المادة (2/154) من القانون 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها " يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذي يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب". إلى ذات الحكم، إذا ما تعلق الأمر بإنقاذ حياة القصر بالقصر أو الأشخاص العاجزين عن التعبير عن إرادتهم أو العاجزين عن التمييز، وتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين قانوناً، أو موافقتهم في الوقت المناسب وكانت الحالة استعجالية على أن يتم ذلك تحت مسؤوليته الخاصة.<sup>2</sup>

ومتى تخلف شرط من هذه الشروط، فقد هذا الاستثناء مبرر شرعيته، وعرض الطبيب متى مارس عملية الزرع بمنأى عن هذه الظروف، للمسؤولية القانونية.

هذا وقد جاء في أحكام المادة (5/166) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها" لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجز عن ذلك"<sup>3</sup>

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط أن يتم تبصير المتنازل له عن العضو البشري، على غرار الوضع بالنسبة للمتبرع، وتبصير المتلقي في هذه الحالة يخضع من حيث الأصل لذات الأحكام القانونية المتعلقة بالمفاهيم الطبية المتعلقة بتبصير المتبرع على أن يتم التأكد من حرية الاختيار والقدرة الطبية المتعلقة بتبصير المتبرع على أن يتم التأكد من حرية الاختيار والقدرة على فهم المعلومات الطبية المقدمة إليه، وفقاً للتوضيح السابق بيانه<sup>4</sup>

غير أن تطبيق هذا الالتزام في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في جانب المتلقي، مما ترتب عليه ظهور ثلاثة اتجاهات فقهية في هذا المجال.

1. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-261  
2. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 190.  
3. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-137  
4. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 192.

اختلفت مواقفها بين الرفض التام لتبصير المريض، وبين إلزام الطبيب بتبصير المريض، وظهر اتجاه وسط

حاول تفادي عيوب كل اتجاه والاستفادة من مزاياه فقام بتبصير المريض في حدود، نتعرض لها كما يلي:<sup>1</sup>

### 1 الاتجاه القائل برفض تبصير المريض:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الطبيب غير ملزم في مواجهة المريض بالتبصير، فالطبيب وان كان ملزما في

مواجهة المريض بالتبصير، كما أكد على ذلك المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 43 ) من مدونة الأخلاقيات

الطبية والتي جاء فيها " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة

بشأن كل عمل طبي " <sup>2</sup>. إلا أنه وان كان الطبيب ملزم بتبنيه الملتقى بالمخاطر التي سيتعرض لها من العملية

الجراحية، إلا أن هذا الالتزام غير مطلق، ذلك أن المستوى العلمي في المجال الطبي ليس مطلقا ، مما يمنح معه قدرة

المريض على تقدير الأمور تقديرا سليما، وبذلك فإنه يكون من مصلحة المريض أن لا يتم تبصيره بكل المخاطر

التي يمكن أن يتعرض لها والتي من شأنها التأثير على حالته النفسية.<sup>3</sup>

وإنما يلزم فقط بمساعدته ورفع روحه المعنوية وتقديم العلاج المناسب له <sup>4</sup> ، اعتبروا أن العقد الطبي إنما هو

عقد إذعان، فيه يكون المريض مجبرا وخاضعا لما يراه الطبيب الجراح مناسبا لحالته الصحية، متى صدر قبول حر

وصريح منه، <sup>5</sup> ومن هنا أيد بعض رجال القانون هذا الموقف، وان كان ذلك مع بعض التحفظات، فأعلن

البروفيسور (جارفار) أن الطبيب الجراح لا يلتزم طبيا ولا قانونا بإعلام المتلقي إعلاما مطلقا بحالته ونتائج تدخله

الجراحي والعلاجي، ذلك أن المريض لا يهدف إلا لإنقاذ حياة المتلقي أو على الأقل لتحسين حالته النفسية، كما

اعتبر الفقه (كروم بروبست) أنه وان كان يشترط رضا المريض لتلقي العلاج، إلا أن هذا الرضا ليس ملزما في جميع

الحالات، المهم أن لا تكون مصلحة المريض معرضة لأي خطر بسبب هذا التدخل الطبي.<sup>6</sup>

1. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-24

2. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 243

3. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1421

4. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 161

5. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-244

6. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 161

ويمكن القول أن المشرع الجزائري قد سائر هذا الاتجاه في مجال الأعمال الطبية العلاجية، فقد جاء في أحكام المادة (51) من مدونة أخلاقيات الطب " يمكن إخفاء تشخيص خطير على المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقاً عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر، ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والاحتراز"<sup>1</sup>

## 2 الاتجاه القائل بوجوب تبصير المريض:

يرى هذا الاتجاه ضرورة التقيد بمبدأ التزام الطبيب بتبصير المريض بطبيعة العلاج ونوع التدخل الجراحي، وجميع المخاطر الطبية المتوقعة حدوثها، فأى إخفاء من الطبيب على المريض لحقيقة وضعه الصحي أو الكذب عليه، من شأنه أن يقيم المسؤولية القانونية للطبيب، وقد استند هذا الرأي في تبرير موقفه على ما يلي:<sup>2</sup>

- إن القول بأن العلاقة بين الطبيب والمريض تنشأ على عنصر الثقة، يتعارض مع القول أن الطبيب يمكن أن يخفي عنه بعض المخاطر أو ما به من أمراض، ذلك أن معرفة المريض لمثل هذا الإخفاء من شأنه، أن يفقد الطبيب ثقة مريضه.<sup>3</sup>
- إن التزام الطبيب بتبصير المريض من مظاهر احترام الشخص في سلامته البدنية، بحيث لا مجال للمساس بهذه السلامة إلا بعد موافقته الحرة والصريحة والمتبصرة على ذلك، هو مجرد كيان مادي يصلح ميدانا لعمل الطبيب.<sup>4</sup>

1. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-244  
2. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-247-248  
3. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 163  
4. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-249

غير أنه يجب أن لا يبالغ في هذا التبصير، لا سيما و أن الطبيب غير ملزم بذكر كافة المخاطر والتفصيلات الفنية للمريض،<sup>1</sup> وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة (5/166) السابق بيانها، ما القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>2</sup>

### 3 الاتجاه بالتبصير في حدود:

لقد ظهر اتجاه حديث في هذا المجال مفاده تحليل العلاقة بين الطبيب والمريض، بحيث تقوم هذه العلاقة على الحوار بين الطبيب ومريضه.

كما ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه يسمح للطبيب الجراح القائم على عملية الزرع، الكذب على المتلقي في حدود معينة، أو إخفاء حقيقة الوضع الصحي عنه، وذلك نظرا لخطورة الوضع الصحي للمريض، على أن لا يتم ذلك بالوسائل التدليسية كالكذب بقصد التضليل أو الخداع.<sup>3</sup>

وقد وضع الفقيه (كاربوني) في هذا المجال معيارا للقول بمشروعية الكذب المتفائل الذي يستهدف تحقيق

مصلحة المريض وتحسين حالته الصحية، فقال "الحكم على الكذب يوجب النظر إلى الهدف وإلى الوسيلة،

فالكذب لا يكون خطأ إذا كان هدفه الوحيد هو مصلحة المريض، ولكن يجب الوصول إلى ذلك الهدف عن

طريق إتباع الوسائل التدليسية أو لاحتيالية، فمصلحة المتلقي هي المبدأ أو الهدف الأسمى، وعلى ذلك فلا يعتبر

مخطأ الطبيب الذي يشفي المريض عن طريق الكذب"،<sup>4</sup> وفي المقابل إذا ما أحل الطبيب بالتزامه بالتبصير فكذب

على المريض كذبا متفائلا مما تسبب عليه الإضرار بالمتلقي، فان الطبيب يكون مسؤولا عنها وان كان حسن النية.

1. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 163-164.  
2. أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191-192.  
3. أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 99.  
4. أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 166

وقد تبني المشرع الفرنسي هذا الاتجاه، فأجاز إخفاء العواقب الوخيمة للمرض على المريض إلى تيقن أن البوح من شأنه أن يرجع عليه بنتائج عكسية، على وضعه الصحي والنفسي، على أن يكون الأمر مرتبطا بتحقيق مصلحة علاجية للمريض ودون اللجوء إلى وسائل خداعية<sup>1</sup>

وعموما نستطيع القول أن السلطة المخولة للطبيب الجراح في هذا المجال، تنطوي على التزامه يقع على عاتقه وهو تقديم المساعدة إلى إذا كان في حالة خطر، وإلا كان مرتكبا لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر طبقا لأحكام المادة (2/182) من ق.ع.ج.<sup>2</sup>

### رفض المتبرع له العلاج:

لما كان الرضا بالعلاج الجراحي لا يعد تصرفا قانونيا، بمجرد مسلك أو اختيار إراديا له فاعليته القانونية من جهة، ومظهرها من مظاهر حرية المتلقي في مباشرة نشاط مشروع على أعضائه و أنسجته البشرية من جهة أخرى، فكان لزاما أن لا تنطبق عليه القواعد القانونية المتعلقة بأهلية الأداء.<sup>3</sup> و أن يصدر القرار بقبول عملية الزرع بصفة شخصية، بمعنى أن يكون القرار شخصيا.

ومن هذا المنطق نص المشرع الجزائري على ضرورة أن تصدر الموافقة الصريحة من المتبرع له بتلق العلاج،<sup>4</sup> ومن نفس المنطق أجاز له وفقا لأحكام المادة ( 49 ) من مدونة أخلاقيات الطب والتي جاء فيها " يشترط المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابيا من هذا الشأن."<sup>5</sup> والمادة (4/154) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث جاء فيها " وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي حول إعطاء الموافقة، بعواقب رفض العلاج"، أنه قد أجاز للمريض

1. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-252  
 2 أنظر د.سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 167  
 3 أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 87-88  
 4. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-258-59  
 5. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 142

رفض العلاج الطبي المقدم إليه إذا ما قدر وجود ضرورة لذلك أو خطوة على حياته، على أن يتم ذلك بموجب تصريح كتابي و أن يخبر الطبيب المريض أو من حول قانونا لأن يقوم مقامه بعواقب رفض العلاج الطبي.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية.

إن هذه الضوابط في الحقيقة هي ضوابط أو شروط قانونية عامة، تتمثل أساسا في الشروط الخاصة بممارسة الأعمال الطبية، التي يبرر بناءا عليها التدخل الجراحي أو الطبي في صورته العادية أو حتى في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، سواء كان السبب الإباحة هو نظرية الضرورة أو رضا المريض.<sup>2</sup> فضلا عن الشروط الفنية التي تتعلق أساسا بعالم الطب وخباياه، مما قد يصعب معه على القانوني التطرق إليه بالتفصيل أو معالجتها معالجة شاملة كاملة، لا سيما وأنها طبية بالدرجة الأولى.

#### 1- الشروط الخاصة بممارسة العمل الطبي:

تتمثل هذه الشروط عموما في كل من صفة الطبيب، وغرض تحقيق الشفاء، مع إتباع الأصول المهنية في التدخل الطبي، سواء كان الجراحي أم العلاجي فأما صفة الطبيب فتتحقق بحصول الشخص الذي سيتولى عملية النقل أو الزرع إجازة أو شهادة عملية في هذا المجال،<sup>3</sup> وعلى هذا الأساس متى مارس الطبيب عملية زرع أو نقل لأحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية، دون أن يكون متحصلا على ترخيص خاص من وزارة الصحة من إجراء العملية، اعتبر مرتكبا لجريمة ممارسة مهنة من غير ترخيص طبي.<sup>4</sup>

#### 2- الشروط الطبية ذات الطبيعة الفنية:

وهي تشمل كل من الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي، وحفظ العضو البشري، ثم توافق الأنسجة بين المتبرع والمتبرع له، مع شروط مكان إجراء عمليات النقل و الزرع.

1 أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 190.  
2. أنظر د. مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص- 237  
3 أنظر د. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 29-30  
4. أنظر د. مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص- 285

1-2 الحالة الصحية لكل من المتنازل والمتلقي:

بحيث يشترط في التبرع أن لا يضر بالسلامة البدنية للمتبرع للخطر ولا أن يهدد حياته، وأن لا يكون الطرفين أو أحدهما مصابا بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المتبرع له، وعلى هذا الأساس اشترط الأطباء أن لا يتجاوز سن الأطراف (كل من المتنازل و المتلقي) عند الزرع ( 50 سنة، وأن لا يقل عن ( 10 سنوات).<sup>1</sup> وقد أكد المشرع الجزائري على هذه الأحكام من خلال المادتين ( 162 و 163) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها السابق بيانها.<sup>2</sup>

2-2 حفظ العضو:

في الحقيقة إن مدة صلاحية الأعضاء والأنسجة البشرية تختلف من عضو ونسيج بشري لآخر، وذلك بحسب تكوينه التشريحي، ومن الحقائق العلمية الثابتة من هذا المجال، أن بعض الأنسجة العظيمة والشرابين، يمكن أن تبقى صالحة للاستعمال لفترات زمنية طويلة نسبيا، أما البعض الآخر من الأعضاء لا سيما المكبة منها، فهي تتلف في فترات زمنية قصيرة، قد لا تتجاوز ساعات كالكبد والكلية وقد حاول الأطباء التغلب على هذه الظاهرة باستخدام تقنيات طبية مختلفة.

2-3 توافق الأنسجة بين المتلقي والمتنازل:

ويعتبر هذا الشرط أهم عنصر من عناصر عملية النقل و الزرع ككل، لأن أخطر ما يهدد التطور الطبي في هذا المجال، هو ظاهرة رفض الأجسام الغريبة من قبل أجساد المتبرع لهم، لا سيما عندما يكون التبرع بين الأشخاص لا تربط بينهم أي صلة قرابة أو دم.<sup>3</sup>

1. أنظر د. رضا محمد جعفر، رضا المجني عليه و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 374-35

2. أنظر مجلة المسؤولية الطبية(أعمال المتلقى الوطني)، المرجع السابق ص 327-328

3 أنظر القانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

### 3- مكان إجراء عمليات النقل و الزرع:

لقد في أحكام المادة (14) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب " يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية." <sup>1</sup> كما جاء في أحكام المادة ( 1/167) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها" لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة" <sup>2</sup> ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد حدد ضوابط معينة ينبغي توافرها ، عند تقديم العلاج الطبي سواء كان في صورته التقليدية، أو عن طريق نقل وزرع الأعضاء البشرية فلم يجز إجراء مثل هذه العمليات إلا في المستشفيات المرخص لها قانونا بذلك، من طرف وزير الصحة . <sup>3</sup>

وقد صدر عن وزير الصحة في هذا المجال قرارين، القرار في 23 مارس سنة 1993، تضمن أسماء المؤسسات المرخص لها قانونا بممارسة عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، وقرار آخر في 2 أكتوبر سنة 2002، ألغى القرار الأول.

ونص فيه على المؤسسات الاستشفائية المرخص لها قانونا بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية <sup>4</sup> ، وتمثل هذه المستشفيات في :

#### أ بالنسبة لاستئصال وزرع القرنية:

-المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر).

-المؤسسة الاستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران).

-المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس ( الجزائر).

1.أنظر د. مرويك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-140

2.أنظر مجلة المسؤولية الطبية(أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق ص328-329

3 .أنظر المرسوم التنفيذي رقم 72-276، المؤرخ في 8 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص1420

4 أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص192.

-المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي ( الجزائر).

-المركز الاستشفائي الجامعي (عنابة).

ب- بالنسبة لاستئصال وزرع الكلى:

-المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر).

-المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).

ج- عمليات استئصال وزرع الكبد:

-مركز بيار ماري كوري.<sup>1</sup>

المطلب الثاني: ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية للموتى

لقد أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء العديد من المشاكل القانونية، وهو أمر لا يتصور في مجال نقل وزرع الأعضاء، عندما يكون التصرف منصبا على عضو يجد مصدره في الجثة، ومع ذلك فقد أثار هذا الموضوع جدلا فقهيًا كبيرًا سواء ما تعلق بتحديد لحظة الوفاة، وضرورة توافر شروط وضوابط قانونية معينة للقول بمشروعية هذا التصرف، توفرها في الشخص المتوفى وبين ما يجب توافره في أقاربه وهذا ما سندرسه في هذا المطلب كمايلي:

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالمتوفى

من خلال استقرار أحكام المادتين ( 164 و 165) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> يمكننا القول أن هذه الشروط تتمثل فيما يلي:

1- أن يتم الإثبات الطبي والشرعي للوفاة.

2- رضا المتوفى بالتبرع قبل وفاته.

1. أنظر د. مرون نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص-144-145

2 أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

3-عدم كشف هوية أطراف عملية النقل و الزرع.

### 1-أن يتم الإثبات الطبي والشرعي للوفاة:

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة، من خلال أحكام المادة ( 1/164) من القانون رقم

17-90، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، التي جاء فيها "لا يجوز انتزاع

الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، وحسب

المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية"<sup>1</sup>

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري، قد أجاز التصرف في الأعضاء البشرية للموتى، غير

أن الأمر مرتبط بالدرجة الأولى، بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، وفقا للمقاييس العلمية التي يحددها وزير

الصحة، ومن طرف لجنة طبية، فما المقصود بذلك؟

فأما الإثبات الطبي للوفاة فيقصد به تحديد لحظة الوفاة، بمعنى لحظة ميلاد الجثة، علما أن المقصود بالوفاة

في هذه الحالة، هي الوفاة الحقيقية لا الحكمية، فالوفاة الحكيمة تخرج عن نطاق دراستنا بما أن الأمر يتعلق

بالتصرفات القانونية التي ترد على الأعضاء البشرية للموتى.<sup>2</sup>

ولقد تنازل في هذا المجال تحديد اللحظة الوفاة اتجاهان أساسيان، الاتجاه الأول يقول بأن تحديد لحظة

الوفاة، لا بد من أن يتم وفقا للمعيار التقليدي، الذي يعرف على أنه توقف القلب عن النبض، بمعنى توقف

الدورة الدموية وتوقف الجهاز التنفسي داخل الجسم عن العمل،<sup>3</sup> فهذا الاتجاه، والذي يسمى بالاتجاه الإكلينيكي

، ووفقا لهم لا يكفي القول بموت الدماغ للقول بوقوع الوفاة وبالتالي فان الطبيب لا يجوز له استئصال أي عضو

1 أنظر القانون رقم 17-90، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

2 أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني المشروع في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 120

3. أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني) المرجع السابق ص 338

قبل توقف القلب تلقائياً عن العمل، وموت خلاياه وتوقف التنفس، مما يترتب عليه حرمان المخ وسائر أعضاء الجسم من الأكسجين الضروري للحياة.<sup>1</sup>

غير أن هذا المعيار انتقد كضابط لتحدي الوفاة فقليل أن هذا المعيار غير دقيق، ذلك أن توقف القلب

والجهاز التنفسي عن أداء وظائفهما البيولوجية، قد لا يدل سوى على الموت الظاهري لا الموت الحقيقي. فالطبيب من خلال خبرته الطبية يستطيع وباللجوء إلى وسائل الإنعاش أو الصدمة الكهربائية، أو مجرد تدليك القلب إعادته لوضعه العادي، وفي هذه الحالة تبقى خلايا المخ سليمة وحية.<sup>2</sup> كما اعتبر هذا المعيار غير كاف لتحديد لحظة الوفاة في الحالات التي يكون فيها الإنسان بين الموت والحياة.

فقد يحدث أن يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء بينما تكون خلايا المخ ميتة، وهنا يدخل الشخص في

حالة غيبوبة، نتيجة لإصابة المراكز العصبية لديه وتلفها.<sup>3</sup>

كما وأضيف إلى جملة الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه، أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه أن يؤدي إلى

استحالة، إجراء الكثير من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ما دام أنه يعتمد على التوقف النهائي للقلب

والجهاز التنفسي، لا سيما وأن الكثير من الأعضاء، لا تكون صالحة للزرع إلا خلال فترات زمنية معينة فضلاً عن

أن السرعة هي عادة التي تحكم هذا النوع من العمليات، وبالتالي فإن موت القلب يعني عدم إمكانية الاستفادة

منه<sup>4</sup> ولذلك كان لابد من إيجاد معيار جديد لتحديد لحظة الوفاة، فظهر الاتجاه الثاني أو ما يعرف بمعيار الموت

الدماغي والذي حدد لحظة الوفاة بموت المخ بمعنى توقف الدماغ عن العمل وإبداء أي ردود فعل، وقد تبني هذا

المعيار ما جاء به الطب الحديث من معايير لتحديد لحظة الوفاة، والذي استقر على أن حياة الإنسان تنتهي عندما

تموت خلايا المخ لديه، وظلت خلايا قلبه حية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني المشروع في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 120

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 127

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 315

<sup>4</sup> أنظر د. سميرة عايد الديان، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 262

<sup>5</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني) المرجع السابق ص 339

وقد أيدت أغلب التشريعات المقارنة هذا الاتجاه في تحديد لحظة الوفاة، واختفت صور تبينها له بين من نصت عليه صراحة في أحكام قوانينها، كالقانون الايطالي والأرجنتيني والاسباني والسويسري، والعراقي والتونسي والمغربي، وكذلك الأمريكي، الذي حدد العلامات التي يجب على الطبيب أن يراعيها في حالة تقريره للموت الدماغى لشخص ما، والتي تتمثل في : انعدام الانعكاسات الحدية بأن لحظة الوفاة وانعدام الحركات العضلية اللاشعورية وخاصة التنفس.

والتوقف النهائي لأي أثر لنشاط المخ، كما نصت صراحة وفي القانون الصادر عنه في 1971 أن الوفاة النهائية هو التوقف التام والنهائي لجميع وظائف الجسم.<sup>(11)</sup>

وبين من اعتبرت المسألة تتعلق بالدرجة الأولى بالمعايير المتعارف عليها في المجال الطبي، بمعنى أنه لا يمكن تقييد الطبيب وحصره في مفهوم محدد للوفاة، بل ولا مبرر لذلك أصلاً، لذا ينبغي ترك لحظة الوفاة وسببها ليحدد لتقدير القاضي وما يتوافر له من إمكانيات، والذي ينبغي أن يرمى في تقديرها أصول المهنة، ومن بينها التشريع البلجيكي، المصري، والفرنسي الذي مال من خلال نصوصه القانونية إلى تحديد الوفاة، عن طريق الأساليب الفنية.<sup>2</sup>

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنستطيع القول أن المشرع الجزائري من خلال آخر عبارة وردت في نص المادة (1/146) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05،<sup>3</sup> قد تبني الاتحاد الذي سكت عن تنظيم لحظة الوفاة بموجب نصوص قانونية واضحة، بل ترك الأمر لوزير الصحة، حيث يتكفل هذا الأخير بتحديد المعايير العلمية التي يعتمد عليها لتحديد لحظة الوفاة، أن المسألة طبية بحتة.

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 127

<sup>2</sup> أنظر د. مرون نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 362-365.

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

وقد صدر عن وزير الصحة في 1989، قرار رقم 89-39، والذي حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها، في إثبات الوفاة بغرض الاستئصال والزرع وطبقا لنص المادة ( 1 ) من هذا القرار، تثبت الوفاة بالمعايير التالية:

1-المعايير الإكلينيكية.

2-المعايير المتعلقة بانعدام الوعي.

3-المعايير الكهربائية للتأكد من موت خلايا المخ، باستخدام رسم المخ الكهربائي.<sup>1</sup>

غير أن هذا القرار وعلى اعتبار انه يقوم على مقاييس علمية فقد تعرض للنقد، وبالتالي تم إلغاؤه في

1990، وتم النص بموجب التعديل الذي طرأ على القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> على إنشاء مجلس

وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، بموجب المادة ( 168 مكرر 1)، ويكلف هذا الأخير بتوجيه وتقديم الآراء

والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء، وزرعها، وكل المناهج العلمية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي، مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته.<sup>3</sup>

ومن أجل إضفاء الصفة القانونية على المعايير التي يجب الاعتماد عليها، للتأكد من الوفاة صدر عن وزير

الصحة في 19 نوفمبر سنة 2002، قرار وزاري نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة تتمثل في الانعدام

التام للوعي، غياب نشاط عضوي دماغي، التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار العين،

التأكد من موت خلايا المخ، من خلال استخدام رسم المخ الكهربائي مرتين وقد اعتبرت هذه المعايير أكثر مراعاة

للمجتمع الجزائري وإمكانيته.<sup>4</sup> وقد أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر للتصرف في أعضاء الجثة، يتمثل في أن يتم

إثبات هذه الوفاة عن طريق اللجنة الطبية.

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 336

<sup>2</sup> أنظر د. مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 369

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>4</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 337

التي نص عليها في أحكام المادة ( 167 ) من نفس القانون، وهذه اللجنة الطبية هي عبارة عن لجنة طبية تنشأ خصيصاً في الهياكل الاستشفائية، تتولى تقرير ضرورة انتزاع العضو البشري أو زرع وتأذن به كما يتولى طبيبان على الأقل من هذه اللجنة، بوجود طبيب شرعي إثبات الوفاة ويتم تدوين ملاحظاتهم في سجل خاص، على أنه لا يمكن للأطباء الذين يعاينون الوفاة ويشتمونها ، أن يكون ضمن المجموعة أو الفريق الطبي الذي يتولى عملية الزرع، وهو ما أكدته المادة ( 2/165 ) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>1</sup>

أما أهمية إثبات الوفاة الطبية و الشرعية للوفاة، فتتمثل في كونها ضرورية على اعتبار أن الانتزاع من الجثة غالباً ما ينصب على الأعضاء البشرية المنفردة داخل الجسم، والتي تتوقف على وجودها الحياة كالقلب مثلاً، ومن هنا راعي المشرع الجزائري هذه المسألة فأوجب التأكد من تحقق لحظة الوفاة، لا سيما و أن التطور التقني في مجال العلوم الفنية، أوضح أن تحديد الوفاة ليس مشكلاً يتعلق بجواز نقل الأعضاء البشرية من الجثة فحسب، بل يتعلق بالرضا بهذا الاستئصال من قبل المعني قبل وفاته، ومن ذويه بعد وفاته.<sup>2</sup>

## 2- رضا المتوفى بالتبرع قبل وفاته:

لقد جاء في أحكام المادة ( 2/164 ) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها " وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ذلك " كما جاء في المادة من نفس القانون " يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابياً عن عدم موافقته على ذلك أو كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي " <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>2</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 393

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

ومن هنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلية معينة فيما يتعلق بالحصول على رضا المتوفى، بالاستئصال من جثته بعد الوفاة، إذا اكتفى بالقول " إذا عبر أثناء حياته على قبوله"، فله أن يعرب عن موافقته كتابيا أو شفويا أو بأي وسيلة أخرى، كان يوصي بعدم الاعتراض على الاقتطاع من جثته، أو أن يحدد العضو الذي يرغب في أن يتنازل عنه، أو الغرض من استئصال العضو.<sup>1</sup> ولكن فيما يتعلق برفض المتوفى قبل وفاته التصرف في أعضائه البشرية، فقد اشترط المشرع الكتابة لإثبات هذا الرفض والاعتداد به والعللة في ذلك واضحة، ففي الحالة الأولى من احترام مبدأ حرمة الجثة وفي الحالة الثانية، قدر أن مبدأ حرمة الجثة لا يمكن المساس به متى صدر رفض صريح من صاحبه<sup>2</sup>

### 3- عدم الكشف عن هوية أطراف عملية الزرع والنقل:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة من خلال أحكام المادة ( 2/165) من القانون رقم 17-90، المعدل والمتمم للقانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والتي جاء فيها " كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد كذا هوية الأخير لعائلة المتبرع.<sup>3</sup> ومفاد هذا الشرط هو منع أطراف العملية من التعرف على هويتهم، والسبب في ذلك حتى لا يظل المتبرع له يشعر بالامتنان الدائم اتجاه المتبرع.

وحتى لا يبقى المتبرع في حالة شعور دائم بالتمييز على المتبرع له، فحتى تبقى العمليات ككل في إطار إنساني، ويبقى الغرض منها هو تكريس ظاهرة التعاضد والتعاون والتكامل الاجتماعي، وسخ المشرع الجزائري هذه القاعدة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 338

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 338-339

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 17-90، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 264

فضلا عن هذا الشرط اشترط المشرع الجزائري بصورة ضمنية ما يعرف بمبدأ التفرقة الطبية، والمقصود بها أن يكون الأطباء الذين عاينوا الوفاة وقاموا بإثباتها، والذين يعتبرون أعضاء في اللجنة الطبية على مستوى الهيكل الاستشفائي، غير الذين يتولون عملية النقل والزرع والهدف من ذلك هو استبعاد تلاعب الأطباء بالأعضاء البشرية، وان كان قد عيب على المشرع الجزائري هذا الشرط، على اعتبار أن التطور الطبي والخبرة الطبية، لا سيما في المجتمع الطبي الجزائري، ليس كلها بالمستوى العلمي والطبي المطلوب، لإمكان اشتراط مثل هذا الشرط.<sup>1</sup>

### \* الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بأقارب المتوفى

إن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة (3/164) من القانون رقم 90-17، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والفقرة الرابعة من نفس المادة أجاز لأقارب المتوفى التصرف في الأعضاء البشرية من جهة، وأجاز التصرف في الأعضاء البشرية دون الحصول على موافقة احد من جهة أخرى.<sup>2</sup>

فجاء في أحكام المادة (3/164) إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة، حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة.<sup>3</sup>

ومن هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري، اعتبر أن استئصال الأعضاء البشرية من الجثة في حالة رفض المتوفى ذلك يعتبر أمرا غير مشروع، غير أنه وفي حالة عدم صدور رفض صريح من المتوفى، ففي هذه الحالة اعتد المشرع الجزائري بإمكانية التصرف في الأعضاء البشرية للمتوفى من طرف أقاربه، غير أنه لم يجعل هذا الحق للأقارب مطلقا فقد حدد من جهة وعلى سبيل الحصر، الأشخاص الذين يكون لهم التصرف في أنسجة أو أعضاء المتوفى، كما أنه أوردتهم على سبيل الترتيب.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 120

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 338

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 392

مما يدل على أنه يعترف بمبدأ أحقية أقارب على جثة المتوفى، على أن إذا الحق لا ينشأ إلا بالتحقق التام من الوفاة، وذلك تجسيدا لمبدأ حرمة الجثة.<sup>1</sup>

هذا وقد خرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة التي أوردها في النص المادة ( 2و1/164) منها، والمتعلقة بالموافقة، نص صراحة في الفقرة الأخيرة من نفس المادة، على أنه يجوز التصرف في القرنية والكلية عن طريق الانتزاع بدون موافقة أحد، وذلك متى توافرت جملة من الشروط القانونية والتي تتمثل في :

- 1- تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى، أو ممثليه الشرعيين.
  - 2- من شأن التأخر في الانتزاع أن يؤدي إلى عدم صلاحية العضو محل الاستئصال.
  - 3- أن تقضي ذلك ضرورة استعجالية للمستفيد من العضو.
  - 4- أن تخضع هذه الضرورة لمعينة اللجنة الطبية، المتواجدة على مستوى المراكز الاستشفائية والتي تتولى تقدير هذه الضرورة، ومنح الإذن أو عدم منحه سواء بالزرع أو الاستئصال.<sup>2</sup>
- وقد اعتبر البعض أن حق الطبيب في التصرف في هذه الحالة، يستمد من الرغبة في تحقيق مصلحة عامة وهي مصلحة متمثلة في الإنسانية والتضامن الإنساني، وكون المصلحة العامة تعود بالنفع على شخص لا ينفي نفعها على المجتمع ككل، بل تضاف في هذه الحالة الخصوصية للعمومية،<sup>3</sup> ويمكن تفسير ذلك بالنسبة للمشرع الجزائري بأنه عند وضعه لهذه القاعدة، راعي المنفعة العامة التي تعود على المجتمع بعد عملية الزرع والتي يفترض فيها أن تكون مما قبلها، لا سيما و أن مرد التدخل في هذه الحالة هو الاستئصال الذي عادة ما تفرضه الظروف الصحية للمتلقى، كما وأن التدخل الطبي في صورته هذه، إنما يجد أساسا له في نص قانوني صريح، مادامت تهدف للمحافظة على حياة الشخص المريض، وضمن سلامته البدنية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 312  
<sup>2</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 439  
<sup>3</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 112.  
<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 445

وبذلك يكون قد رفض مسايرة الاتجاه الفقهي القائل بتأميم الجثة، بمعنى أن تصبح الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كيفما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، على اعتبار أن المصلحة العلاجية للمرضى المحتاجين للمرضى، والتقدم الطبي يقتضيان مثل هذه التضحية فأقارب المتوفى وان كان لهم مصلحة على الجثة، إلا أن مصلحة المجتمع تعلو هذه المصلحة ومتى كان الأمر كذلك، فحقوق المجتمع تتمتع بالأولية مقارنة بحقوق أسرة المتوفى على الجثة، وقد اعتنق هذا الاتجاه كل من التشريع البولوني والفرنسي واليوغسلافي واللبناني في حدود معينة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> انظر د. حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القوانين الجنائي، المرجع السابق، ص 150-151

# الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن التصرف في الأعضاء البشرية

لأن التصرف في الأعضاء البشرية يخضع لجملة من الشروط والضوابط القانونية، فإن مخالفة أحد هذه الضوابط يشكل سببا طافيا لقيام المسؤولية القانونية للطبيب، باعتباره هو من يتولى عملية الاستئصال والزرع سواء كانت هذه المسؤولية جنائية أو مدنية، وهو مات ولاه المشرع الجزائري بالتنظيم في القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل بقانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، رغم أنه قد تناول جميع الأحكام التنظيمية لعملية استئصال وزرع الأعضاء البشرية في القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها و المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008 . وستتناول هذا الموضوع في ظل التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري سنتناول الأحكام العامة الواردة في الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات، فضلا عن ما ورد من أحكام في مدونة أخلاقيات الطب. كل ذلك على مستوى مبحثين، تناول على مستوى المبحث الأول (المسؤولية الجنائية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية)، على مستوى المبحث الثاني ( المسؤولية المدنية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية) كما يلي:

## المبحث الأول: المسؤولية الجنائية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية

على اعتبار أن الأمر يتعلق أساساً، بالحق في السلامة البدنية للفرد، فإن مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، عادة ما تكون جنائية، أكثر منها مدنية عند تعلق الأمر بالتصرف الذي باشره على جسد المتبرع أو المتبرع له، وهذه المسؤولية إنما قيامها يرتبط بالدرجة الأولى بإخلال الطبيب بالتزامه المهنية وفقاً للأصول المهنية المتبعة، وأما نتيجة لعدم التزام بما نص عليه القانون من شروط وضوابط تتعلق بإباحة هذا التصرف، وعموماً يمكننا القول نتيجة لارتكابه خطأ سواء كان عمداً أو عن غير قصد ترتب عليه حدوث ضرر للمريض أو المتبرع، مع ثبوت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مما يمكن أن تمنعه من العقاب متى توافر في حقه مانع من موانع العقاب، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين، المطلب الأول (أركان المسؤولية الجنائية للطبيب)، والمطلب الثاني (موانع المسؤولية الجنائية للطبيب)، نعالجها كما يلي:

## المطلب الأول: أركان المسؤولية الجنائية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية

لما كان الأصل إن المسؤولية الجنائية للطبيب تحدد بالالتزام القانوني القائم في ذمته، والذي يقضي يتحملة الجزاء المقرر قانوناً، نتيجة لقيامه بفعل أو الامتناع عن القيام بفعل، يشكل في جوهره خروجاً أو مخالفة للأحكام التي أقرتها التشريعات الجنائية الطبية العامة،<sup>1</sup> فإن المسؤولية الجنائية للطبيب تقوم متى توافرت أركانها وانتقدت في جانب الطبيب موانعها أو أسباب إباحتها.

وعلى هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى 3 فروع أساسية، الفرع الأول (الركن الشرعي)، الفرع

الثاني (الركن المادي والمعنوي)، نعالجها كما يلي:

<sup>1</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 108

## \*الفرع الأول: الركن الشرعي

الأصل في النظرية العامة في القانون الجنائي، أن لا جريمة ولا عقوبة، ولا تدبير أممي من غير قانون، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة ( 1 ) من ق.ع.ج حيث جاء فيها "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون."<sup>1</sup> وهو ما يعرف بالركن الشرعي للجريمة.

ومن هنا وإسقاطا لهذا العنصر على المجال الطبي، ونقل وزرع الأعضاء البشرية على وجه الخصوص، نستطيع القول أن الأصل هو جواز تدخل طبيب لتقديم العلاج الطبي المناسب للمريض على أن يتم ذلك بالوجه المتعارف عليه، أي من خلال إتباع الأصول المهنية، والتزام بتنفيذ كافة الالتزامات القانونية التي يوقعها القانون على عاتقه سواء تمثلت في الالتزام بالبصير أو الالتزام بتقديم العلاج، وعدم رفض تقديم المساعدة الطبية لمن هو في حاجة إليها، فضلا عن توافر كافة الشروط القانونية المتعلقة بضوابط ممارسة العمل الطبي وإباحته، سواء من ترخيص قانوني بمباشرة العمل الطبي وقصد تحقيق الشفاء من وراء التدخل الجراحي، والتزام بصورة أساسية، بالأصول المهنية والفنية في هذا المجال، بعد توافر رضا المريض بالعلاج.<sup>2</sup>

كما أن الأصل في الطبيب هو عمله على تقديم العلاج، والتحسين من الحالة الصحية للمرضى وليس ممارسة التدخل الطبي قصد الإضرار بالمريض، أو زيادة حالته سواء ومن هنا فإن كل ما يقوم به الطبيب من أعمال أو في صورة نقل وزرع الأعضاء البشرية، يعتبر مشروعا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومتى حدث ذلك فعلا وارتكب الطبيب أحد الأفعال التي أصبحت تعتبر مجرمة قانونا، قامت مسؤوليته الجنائية، لتحقيق الركن الشرعي في جانبه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 01  
<sup>2</sup> أنظر د. مروي نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 228  
<sup>3</sup> أنظر د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، بدون رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2004، ص 12

## \*الفرع الثاني: الركن المادي والمعنوي

نظرا لان المسؤولية الجنائية للطبيب عادة ما تقوم على فكرة الخطأ لا الإيذاء العمد لمريضه،<sup>1</sup> على اعتبار أن الأعمال الطبية الماسة بالسلامة البدنية للفرد كنقل الأعضاء البشرية وزرعها، وان كان فيها مساس مباشر بمبدأ احترام وضممان السلامة البدنية للفرد وحقه في الحياة، إلا أن القانون من خلال إجازتها، يجعل من صفة الاعتداء على هذا الحق من طرف الطبيب، عن طريق التدخل الجراحي غير موجودة بالنسبة إليه بل والقائمين معه على العمل الطبي أيضا، فلا يسألون باعتبارهم مرتكبين لجريمة الإيذاء العمد، لان غاية العلاج التي قصد تحقيقها من وراء هذا التدخل الجراحي كان هدفا مشروعاً ومن هنا فالطبيب وباستعماله هذه الحصانة القانوني، عادة ما ينتفي عنصر الإيذاء العمد في حقه.<sup>2</sup>

فسنركز دراستنا على عنصر الخطأ في المسؤولية الجنائية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، دون إهمال ما تعلق بتوافد القصد الجنائي عند الطبيب لإلحاق الضرر بالمريض أو المتبرع.

## أولاً: الخطأ الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية الموجب للمسؤولية الجنائية للطبيب .

مبدئياً يعرف الخطأ الطبي على أنه كل مخالفة أو خروج من الطبيب عن القواعد و الأصول الطبية، التي يقضي بها الطب، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجب الحيطة واليقظة الذي يفرضه القانون القانون، متى ترتب عن فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته أن يتخذ اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض أو المتبرع.<sup>3</sup>

وهو في إطار المسؤولية الجنائية للطبيب كل إخلال من الطبيب عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي

يفرضها القانون، وعدم حيولته تبعا لذلك دون أن يفضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية، في حين كان في

<sup>1</sup> أنظر د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 253

<sup>2</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 106

<sup>3</sup> أنظر د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطب، المرجع السابق، ص 78

استطاعته ومن واجبه،<sup>1</sup> وصور الخطأ التي يترتب عليها المسؤولية الجنائية للطبيب، هي كل من عدم الدراية (المهارة، التقصير، عدم الانتباه، الإهمال وعدم مراعاة وإتباع الأصول المهنية المعتمدة)، والراجح أن هذه الصور محددة على سبيل الحصر لا المثال.<sup>2</sup> وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال المادة ( 288 ) من ق.ع.ج والتي جاء فيها "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعوثته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة"<sup>3</sup>

ومن هنا فالطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى مثلا، إذا أحل بأحد الضوابط القانونية الواردة في أحكام المادة من ( 161 ) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>4</sup> والمواد (164-165) من القانون رقم 90-17، المعدل و المتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>5</sup> والمتمثلة أساسا في أن يتم الحصول على العضو البشري أو النسيج المراد زرعه عن طريق التبرع، وامتناع المقابل المادي و أن يكون لغرض العلاج أو الغرض العلمي، وان لا يضر هذا الزرع بصحة المتلقي، و أن يتم الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المكلفة قانونا بذلك، و أن لا يتم التصرف إلا بعد الحصول على القبول الحر المتبصر من أقارب المتوفى، أو منه شخصيا قبل وفاته.<sup>6</sup>

وفضلا عن الضوابط الطبية العامة عند قيامه بعملية الاستئصال من الجثة لزرعه للمريض يوقعه تحت طائلة العقاب وفقا للقواعد العامة في قانون العقوبات، وعلى وجه الخصوص ما ورد في أحكام القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ويمكن القول أن المادة ( 239 ) منه، القاعدة العامة لتجريم الأفعال غير المشروعة

<sup>1</sup> أنظر شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها(في ضوء الفقه والقضاء)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2002، ص11

<sup>2</sup> أنظر د.عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 255

<sup>3</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 27

<sup>4</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

<sup>5</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل و المتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123-1124

<sup>6</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 422

في جانبها الجزائي والمترتبة عن النقل أو الزرع، وقد جاء فيها "يتابع طبقاً لأحكام المادتين ( 288-289) من قانون العقوبات.

أي طبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته"<sup>1</sup>

ومن هنا يتبين لنا أن صور الجرائم الطبية التي يسأل عنها الطبيب في ميدان نقل وزرع الأعضاء البشرية

هي:

### 1- جرائم الاعتداء العمدي على النفس:

فأعمالاً لأحكام المادة ( 265) من ق.ع.ج، فإن الطبيب يسأل جنائياً عن جريمة القتل العمدي، إذا قام

بتشخيص حالة مريضه على أنه توفي دماغياً، وهو عالم بأن أمل الشفاء موجود، وأنه غير متوفي دماغياً فعلاً،

وذلك بغرض استئصال أحد الأعضاء البشرية الضرورية للحياة، كالقلب مثلاً، ويعاقب وفقاً لأحكام المادة السابقة بالسجن المؤبد إذا حدثت الوفاة لهذا الاستئصال.

وقد أثرت في هذا الصدد إشكالية تتعلق بالتكييف القانوني لمواقعة فصل العضو أو النسيج البشري عن

جسد المستأصل منه، بين ما إذا كانت تعتبر جريمة سرقة أم جريمة إحداث عاهة مستديمة، أم أن الطبيب يسأل

عليهما معاً؟

<sup>1</sup> انظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 135

أولاً: ارتكاب الطبيب جريمة إحداث عاهة مستديمة.

فأما الركن المادي لهذه الجريمة فيتمثل في فعل الاعتماد على سلامة الجسم عن طريق الجرح والضرب، ولكن الاعتداء الذي يقع على العضو البشري لا يمكن تصوره في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في صورة الجرح سواء كان هذا العضو داخلياً أو خارجياً.<sup>1</sup> والمقصود بالجرح في هذا الصدد هو كل قطع وتمزيق ينصب على أي جزء من أجزاء الجسم البشري، وبصفة عامة يمكن القول أن الجرح هو كل مساس مادي لجسم الإنسان، من شأنه أن يؤدي إلى تغييرات مادية ملموسة في أنسجة الجسم والناجئة عن الاحتكاك أو الاصطدام بشيء مادي<sup>2</sup> وفي نطاق المسؤولية الجنائية لا يهم مقدار الضرر الناتج عن هذا الجرح إذ يكفي توافر هذا السلوك الإجرامي، واقتارانه بالنتيجة المترتبة عنه للقول بقيام المسؤولية الجنائية. كما لا يهم قصد إحداث الضرر أو عدم قصد ذلك، فالطبيب يحاسب حتى على قصده الاحتمالي.<sup>3</sup>

والجرح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يمكن تصوره إلا من خلال الانتزاع أو الاستئصال أو الأخذ أو الاقتطاع، الذي يشتمل في مفهومه على القطع.

و أما عن القصد الجنائي كركن مادي لجريمة الجرح المفضي لعاهة مستديمة، فإنه يتوافر في حق الطبيب عندما يقوم باستئصال أحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية من جسم المجني عليه، رغم علمه بخطورة الفعل من الجهة وإرادته لارتكاب الفعل وإدراكه بالنتيجة المتوقعة حصولها كنتيجة له، وأنها جريمة يعاقب عليها القانون غير أن الأمر ليس على إطلاقه<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 119

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 135

<sup>3</sup> أنظر د. حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 67

<sup>4</sup> أنظر أ. بن شبيخ حسين، مذكرات في القانون الجزائي الخاص ( جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، أعمال تطبيقية)، الطبعة الخامسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006، ص 62

فالقصد الجنائي للطبيب لا يكون متوافراً، إذا ما قام باستئصال أحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية لشخص ما، على أساس أنه ميت وتم إثبات وفاته بموجب شهادة وفاة.

كما أن الطبيب إذا لم يكن مدركاً لخطورة فعله على حق المجني عليه في سلامة جسمه، فإن هذا يحجب عنه المسؤولية العمدية.<sup>1</sup> وكذلك في حالة ما إذا قام بإجراء عملية جراحية لغرض استئصال ورم سرطاني ولكن الضرر ناتج لوجود أكياس مائية، ومع ذلك يقوم باستئصال الكلية بغرض إعطائها للغير، فهنا لا تقوم مسؤوليته الجنائية على أساس سبق الإصرار، ولكن الأصل أن الجريمة استئصال العضو البشري عادة ما ترتكب بسبق الإصرار أي أن الطبيب يخطط للعمل مسبقاً ثم يقدم عليه<sup>2</sup>

أما عن النتيجة الإجرامية، فهي تعتبر عنصراً آخر من عناصر الركن المادي لجريمة الضرب العمد سواء أفضى هذا التصرف للوفاة أو إحداث عاهة مستديمة، أما عن العاهة المستديمة فلم يعرفها الفقه الجنائي وإنما اكتفى ببيان صورها،<sup>3</sup> وقد حددها المشرع الجزائري في المادة (264) من ق.ع.ج.في:

1- فقد أو بتر أحد الأعضاء.

2- المنع من استعمال العضو.

3- فقد البصر، أو فقد بصر إحدى العينين دون الأخرى.

4- أية عاهة أخرى مستديمة أخرى.<sup>4</sup>

فهذا التعداد غير وارد على سبيل الحصر، وللقضاة بيان الطابع الدائم للعاهة.

<sup>1</sup> أنظر شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، المرجع السابق، ص 12  
<sup>2</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 69  
<sup>3</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 73  
<sup>4</sup> أنظر أ. الحسين بن شيخ، مذكرات في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 71

وقد عرفت محكمة النقض المصرية على أنها " فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائها وفقد منفعته أو

تقليلها بصفة مستديمة"، و الاعتداء على الجسم البشري بالجرح لغرض إحداث عاهة مستديمة، لأن الإرادة

متجهة الى هذه النتيجة من المنطق.

وتتوفر العاهة المستديمة إذا ترتب عنها في أي صورة كانت تعطيل إحدى الحواس بصورة كلية أو دائمة أو تشويه

الجسم المستأصل منه أو خطر حال على الحياة، مما يؤدي في جميع الأحوال إلى فوات منفعة من المتوقع الحصول

عليها، من العضو أو النسيج البشري المستأصل<sup>1</sup>.

و أما عن العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، كآخر عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة

إحداث عاهة مستديمة، فلا بد من أن يتوافر حتى تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب، فإذا كان القطع ليس هو

السبب في إحداث العاهة المستديمة، انتفت المسؤولية الجنائية للطبيب<sup>2</sup>

و أما إذا أفضى للوفاة فالتكييف القانوني للجريمة في هذه الحالة هو الحرح أفضى للوفاة، وحتى يسأل عليها

الطبيب لا بد من أن يؤدي تدخله الجراحي إلى الموت.<sup>3</sup> ومتى توافرت هذه الأركان مجتمعة تحققت مسؤولية

الطبيب.

وكان مسؤولاً جزائية عن ما صدر عنه من تصرفات، ماسة بالسلامة البدنية للإنسان في غير إطارها

المشروع والمشرع الجزائري لم يقرر لها عقوبة جزائية محددة.<sup>4</sup>

لذا وتطبيقاً لأحكام المادة ( 2/164 و 3) من ق.ع.ج يمكننا القول أن العقوبة في هذه الحالة هي:

السجن المؤقت من خمسة إلى عشرة سنة، وذلك إذا أفضى هذا القطع إلى إحداث عاهة مستديمة، أما إذا أفضى

<sup>1</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 118

<sup>2</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 69

<sup>3</sup> أنظر أ. لحسين بن شيخ، مذكرات في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 71

<sup>4</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 70

للموت فيعاقب الجاني ( الطبيب ) بالسجن المؤقت من عشرة (10) إلى عشرين (20) سن،<sup>1</sup> كما يمكن أن يسأل مسؤولية جنائية عن جريمة القتل غير العمد، إذا ما قام باستئصال عضو أو أكثر من أعضاء أو أنسجة المريض بغرض زرعها، معتقدا نتيجة تشخيص خاطئ أن المريض قد توفي مما أدى لوفاة هذا المريض، فهنا يعاقب باعتباره ممارسا لإهمال وفقا لأحكام المادة (239) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة مالية 20.000 دج إلى 100.000 دج.<sup>3</sup>

وقد ثار في هذا المجال تساؤل حول مدى إمكانية قيام المسؤولية الجنائية للمستشفيات التي تمارس عملية التصرف في الأعضاء البشرية، سواء كان هذا التصرف في صورته المشروعة في حالة وقوع الخطأ والضرر وثبوت العلاقة السببية بينهما، أو في صورته ير المشروعة؟

في الحقيقة ووفقا للنظرية العامة في الفقه الجنائي، فقد عرفت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي تباينا في الموقف الفقهي فرأى جانب منهم أن الشخص المعنوي لا يسأل الجرائم التي ترتكب من ممثليه أو تابعيه، وان ارتكبت بمناسبة القيام بعمل لحسابه ولمصلحته.

فالشخص الطبيعي يمثل الشخص المعنوي يبقى هو المسؤول قانونا عنها، وذلك على أساس ما يعرف بمبدأ

شخصية الجريمة<sup>4</sup>

في حين رأى جانب آخر منهم أن الشخص المعنوي يسأل جنائيا، معتبرين أن فكرة أن الإنسان الطبيعي هو وحده المسؤول في نظر القانون قد أصبحت فكرة بالية ، لا سيما و أنه يمكن تصور وجود أشخاص آخرين

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 178

<sup>2</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات ، المرجع السابق، ص 118

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 196.

<sup>4</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات ، المرجع السابق، ص 127

من الناحية القانونية، فإنه يسأل عن مجموعة الأعمال المجرمة المرتكبة من قبل ممثليه وذلك بصفتها شخصا معنويا بالنسبة للقانون الجنائي.<sup>1</sup>

أما عن المشرع الجزائري فقد أجاز صراحة من خلال أحكام المادة ( 18 مكرر، 18 مكرر، 118 مكرر 2، 18 مكرر 3) من ق.ج مسألة الشخص المعنوي، وذلك من خلال تحديد الجزاءات القانونية المترتبة في حالة قيام مسؤوليتها الجنائية، بما يتلاءم وطبيعته ويعتبر المنع من مزاوله النشاط وتصفيته أمواله أهمها.<sup>2</sup> وقد نص المشرع الجزائري صراحة في أحكام المادة (167) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، على ضرورة أن لا تتم عمليات الاستئصال والزرع إلا في المستشفيات التي يرخص بها وزير الصحة.<sup>3</sup>

ومن هنا يمكن القول أن المراكز الاستشفائية المرخص لها قانونا بممارسة وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تسأل جنائيا، عن العمل المشروع الصادر عنها، في حالة مخالفة الضوابط والشروط القانونية،<sup>4</sup> لا سيما ما تعلق بأحكام المادة (14) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب،<sup>5</sup> على أن تتلاءم هذه العقوبات مع طبيعتها كما سبق وأرنا، وهو ما راعاه المشرع الجزائري من خلال الجزاءات المقررة ضده.

### ثانيا: ارتكاب الطبيب جريمة السرقة.

إذن كما يمكن تتأثر المسؤولية الجنائية للطبيب عند استئصال العضو البشري، فيمكن أن نثار بعد استئصال العضو البشري، فالطبيب بعد استئصال العضو البشري من المفروض أنه قد سبق وحدد الغرض من الاستئصال، فهم قد استأصله إما لغرض العلاج والتشخيص إذا انصب على أعضاء بشرية للأحياء، أو لغرض علاجي أو

<sup>1</sup> أنظر د.أحسن بوسفيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، بدون رقم الطبعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، بدون سنة، ص 188  
<sup>2</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 14-15-16  
<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 192.  
<sup>4</sup> أنظر د.حسني عودة زغال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 76  
<sup>5</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1420

علمي إذا انصب على عضو بشري مستأصل من جثة، فإذا لم يكن غرضه مشروعاً، بأن استأصل العضو البشري بهدف الاستيلاء عليه تنهض معه إمكانية مساءلته جنائياً عن جريمة السرقة، وهو الركن المادي لها.<sup>1</sup>

غير أن هذه المسؤولية الجنائية لا تقوم في حق الطبيب إلا إذا اقترنت بالركن المعنوي، وهو في هذه الحالة انتقال حيازة العضو البشري المنتزع بغير رضا صاحبه (المنتزع منه) و قيام العلم لدى الطبيب وقت ارتكاب الجريمة، أن ما تصرف عليه غير مملوك له وبدون رضا من مالكه، وجمع بين الركن المادي والمعنوي علاقة سببية جعلت أحدهما نتيجة للأخر.<sup>2</sup>

### ثالثاً: ارتكاب الطبيب جريمة السرقة والجرح المفضي لعاهة مستديمة.

من خلال ما سبق بيانه وبالموازنة بين أركان الحالتين وضوابطهما، يمكن القول أن الطبيب الذي استأصل العضو البشري، يعتبر مرتكباً لجريمة إحداث عاهة مستديمة منذ المنطق إذا خالف أحد الضوابط أو الشروط القانونية المتعلقة باستئصال الأعضاء البشرية، سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، لأن قصد إحداثه ضرر معنيا بجسد المتبرع مفترض من البداية ومعلوم للطرفين، ومرتكباً لجريمة الاستيلاء إذا هو قام بالتصرف الشخصي فيهن وبذلك يكون مرتكباً لجريمتين، فنكون أمام تعدد الجرائم يربط بينهما ضوابط موحد وهو وحدة الغرض من الاستئصال وهو الاستيلاء على العضو البشري.<sup>3</sup>

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري، ومن خلال نص المادة (264) من ق.ع.ج، يمكننا القول أن الجريمة هي جريمة إحداث عاهة مستديمة، قد يتوافر فيها القصد الجنائي، فتصبح جريمة إيذاء عمد في صورة جرح مفض

<sup>1</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانوني الجنائي، المرجع السابق، ص76

<sup>2</sup> أنظر د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطب، المرجع السابق، ص82

<sup>3</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانوني الجنائي، المرجع السابق، ص82

للموت، وإذا ما قام الطبيب بإخفاء العضو البشري فيمكن أن يعاقب وفقا لأحكام المادة ( 387) من ق.ع.ج على جريمة إخفاء الأشياء المتحصل عليها من الجريمة.<sup>1</sup>

## 2- جرائم انتهاك حرمة الموتى:

ومن أمثلة ذلك أن يقوم الطبيب المتصرف في العضو البشري من الجثة مثلا، أن يقوم باستئصال العضو أو النسيج البشري، دون الحصول على الموافقة الكتابية سواء من المتبرع المتوفى نفسه، أو من ممثليه الشرعيين، وفقا للترتيب القانوني الذي حدده المشرع الجزائري، أو في حالة الحصول على الموافقة الكتابية فعلا ولكن من دون مراعاة الترتيب الذي نص عليه القانون صراحة في أحكام المادة ( 164) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>2</sup> فان عمله في هذه الحالة يعتبر غير مشروع، مما يعرضه للمتابعة الجنائية على أساس ارتكابه جريمة انتهاك حرمة الموتى،<sup>3</sup> والتي عاقب عليها المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة ( 151) من ق.ع.ج بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج.<sup>4</sup>

ولقد قرر المشرع الجزائري كما سبق و اشرنا استثناء فيما يتعلق بضرورة الحصول على الموافقة الكتابية من المتبرع أو ممثليه الشرعيين، للقول بمشروعية الاستئصال من الجثة، وذلك في حالة ما لو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان التأخير في أجل الاستئصال من شأنه أن يؤدي إلى تلف العضو وعدم صلاحيته للزرع، واقتضت ذلك الحالة الاستعجالية للمستفيد من العضو.<sup>5</sup>

توافرت هذه الشروط لا تقوم جريمة المساس بجحمة الجثة في حق الطبيب، على أن ينصب هذا التصرف على

القرنية أو الكلى لا غير، فإذا ما انصب على احد الأعضاء الأخرى كالكبد أو القلب أو اللسان، فان الموافقة

<sup>1</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 188  
<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123  
<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 135  
<sup>4</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 76  
<sup>5</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

الكتابية مشترطة، ولا مجال للتحجج للقول بمشروعية الاستئصال من غير موافقة، وكذلك في حالة ما لو صرح الشخص قبل وفاته، بعدم قبوله المساس بجثته جثته.<sup>1</sup>

### 3- جريمة تدنيس القبور:

كما يسأل الطبيب جنائيا إذا ما قام بإخراج جثة من القبر بغرض استئصال عضو منها، وان كان الغرض من ذلك هو العلاج والسبب في ذلك أن الوسيلة التي استعملها الطبيب للوصول لغاياته المشروعة كانت غير مشروعة، وفي هذه الحالة يعاقب وفقا لأحكام المادة (152) من ق.ع.ج بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج<sup>2</sup>

### 4- جريمة القيام بالتجارب الطبية على جثة المريض:

لقد ثار التساؤل حول مدى إمكانية مسألة الطبيب جنائيا في حالة إقدامه على تنفيذ تجربة طبية على جثة المريض،<sup>3</sup> لا سيما و أن القانون قد صرح في أحكام المادة (168) من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، أنه يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على الطبيب المختص، قصد تحقيق هدف علمي كما نصت على أن التشريح بقصد تحقيق الغرض العلمي، لا بد من أن يتم مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين (2 و3) من المادة (164) من القانون 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 135  
<sup>2</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 76  
<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 135-136  
<sup>4</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 191.

والتي تتمثل أساس في قبول المتوفى الاستئصال بمهده البحث العلمي قبل وفاته، أو تم الموافقة على ذلك من قبل أحد أفراد أسرته، وفقا للترتيب الذي حدده المشرع الجزائري ب (الأب أو الأم و الزوج أو الزوجة، والابن أو البنت، و الأخ أو الأخت، والولي الشرعي، إذا لم تكن له أسرة)<sup>1</sup>

وللإجابة على هذه الإشكالية نقول أن المشرع الجزائري قد حدد نطاق تشريح الجثة للغرض العلمي، فإذا ما قام الطبيب بهذا العمل دون توفر الضوابط القانونية التي راعى القانون ضرورة توفرها، عد عمله غير مشروع، وسأل عنه قانونا من الناحية الجزائرية سواء كان تدخله عن عمد منه، أو عن خطأ منه.<sup>2</sup>

كما وقد ثار التساؤل حول مسؤولية الطبيب الجنائية في حالة زرعه لعضو بشري يعلم أنه عضو قد تم شرائه، بمعنى كان موضوع معاملة مالية؟<sup>3</sup>

للإجابة عن هذا التساؤل نعرض القضية التي تأثرت جدلا في إيطاليا، قضية "بول سلفاتورو" وتتخلص وقائعها في "تقدم شاب بول للعلاج في أحد المستشفيات في إيطاليا وهناك سمع حديث الأطباء عن الثري "لابونيا"، البالغ من العمر 40 سنة والذي فقد مقدرته الجنسية نتيجة إسرافه الشديد، حول رغبته في إجراء عملية زرع.

فتدخل الشاب بول من فوره وأبدى استعداده في إعطاء الثري إحدى خصيتيه مقابل مبلغ عشرة آلاف لير مقابل خصيته، وبالفعل قام الطبيب بإجراء هذه العملية ونجحت نجاحا تاما،<sup>4</sup> وعندما وصل الأمر إلى النيابة العامة، قامت بتحويل الشاب للكشف الطبي، فتبين عدم حدوث أي ضرر لع على اعتبار أنه قد شفئ من آثار العملية، ولم يعاني أي آلام نفسية، وبقاؤه بخصية واحدة لا يمنع من الإنجاب، وبعد التحقيق قررت المحكمة تحويل

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمنتم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 136

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثاني) المرجع السابق ص 330

<sup>4</sup> أنظر د محمد نجم صبحي، رضا المجني و أثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 205

الأطباء إلى المحكمة نابولي الجزائية، بتهمة الإيذاء العمد، والذي أفضى إلى إحداث ضعف لعضو من أعضاء الإنسان، وقد تقرر اعتبار البرازيلي "لابونيا" مساهما في هذه الجريمة بالتحريض، وذلك على اعتبار أن المجني عليه وإن كان قد صدر منه الرضا بالعملية، إلا أن هذا ترتب عليه إحداث ضعف دائم في أحد أعضائه، وبذلك فالمسؤولية الجنائية للطبيب تقوم، غير أن القرار الصادر عن المحكمة كان براءة المتهمين،<sup>1</sup> غير أنه تم استئناف هذا الحكم من قبل النيابة العامة، فأيدت المحكمة نفس الحكم، لأسباب مفادها أن العملية الجراحية التي من شأنها نزع خصية من شخص لزرعها لدى آخر لا تؤدي دائما لإضعاف العضو التناسلي، وبالتالي فلا عقاب عليها، وذلك لانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب<sup>2</sup>

ومن صور الخطأ الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، تعتبر صورة امتناع الطبيب عن زرع العضو البشري، بعد التبرع به من أخطر الجرائم التي تقوم في حقه.

مبدئيا نشير إلى أن الامتناع في النظرية العامة للفقهاء الجنائي يعرف على أنه امتناع الجاني عن فعل أو قول ما أوجبه عليه القانون.

بجيت يشكل هذا السلوك السليبي منه جريمة يعاقب عليها القانون و الامتناع يكون في صورة ما إذا أمر القانون بفعل أو قول، و امتنع الجاني عن ذلك،<sup>3</sup> وتنطبق هذه الصورة على مجالا لأعمال الطبية فالطبيب من الناحية القانونية وفق مدونة أخلاقيات الطب، ملزم بتقديم العلاج المناسب للمريض إلا في حالة رفض هذا الأخير العلاج الطبي المعروض، ولكن وفي ظل هذا التزام الواقع على عاتق الطبيب فالقانون قد حول الطبيب الحق في

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين البشر والقانون، المرجع السابق ص 116

<sup>2</sup> أنظر د. محمد نجم صبحي، رضا المجني و أثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 205

<sup>3</sup> أنظر د. رحمان منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام (فقه، قضايا)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون رقم الطبعة، سنة 2006،

رفض تقديم العلاج لأسباب شخصية، فالتزام الطبيب بتقديم العلاج المناسب لا يعني التزامه بالعلاج في كل

الأحوال.<sup>1</sup> وهو ما أكدته المشرع الجزائري في أحكام المادة (42) من قانون مدونة أخلاقيات الطب.<sup>2</sup>

ومن هنا يثار التساؤل حول مدى إمكانية مساءلة الطبيب عن امتناعه عن تقديم المساعدة في مجال نقل

وزرع الأعضاء البشرية على وجه الخصوص؟

مبدئياً وللإجابة على هذا السؤال نشير إلى أنه وعلى مستوى التشريع الجزائري الجزائري، لا توجد أي جرائم

طبية تتعلق بالامتناع بحيث يسأل عنها الطبيب جزائياً، سوى ما تعلق بمنحة الامتناع عن تقديم المساعدة، والتي

تنص عليها في المادة (2/182) من ق.ع.ج فاعتبر أن عقوبة الجزائية في هذه الحالة، في الحبس من ثلاثة أشهر

إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك في حالة امتناع الشخص عن منع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو

جنحة، أو وقوع جنحة ضد السلامة الجسم، وعن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر.<sup>3</sup>

وإسقاطا لما ورد فيها على مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإن الطبيب متى امتنع بإرادته عن تقديم

العلاج المناسب والمتمثل في هذه الحالة في رفض نقل العضو البشري الموصى به، من جنحة مما يؤدي التأخر في

استئصاله إلى عدمك صلاحيته كوسيلة علاجية. أو إذا رفض استئصال العضو المتبرع به من المتبرع مما فوت فرصة

علاج أو حياة المتبرع له، ففي هذه الحالات تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب بسبب امتناعه العمدي عن تقديم

المساعدة، التي تعتبر أحد واجباته القانونية غير أن الطبيب لا يسأل في هذا المجال متى رفض إجراء العملية، لتأكد

من أن نتائج العملية مشكوك فيها لدرجة يصعب معها تصور نجاحها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، المرجع السابق، 94 z

<sup>2</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1421

<sup>3</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 88

<sup>4</sup> أنظر شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، المرجع السابق، 53

كما أثرت في هذه الصدد أيضا إشكالية تتعلق بمدى قيام مسؤولية الطبيب الجنائية ، في حالة إخلاله

بالتزامه بتبصير المريض؟

لقد أخذ المشرع الجزائري كما سبق و أشرنا بمبدأ التزام الطبيب بالتبصير سواء تبصير المريض أو تبصير

المتبرع بالعضو أوالنسيج البشري، وفقا لأحكام المادة ( 2/162-5/166) من قانون رقم 85-05، المتعلق

بحماية الصحة وترقيتها.<sup>1</sup> وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المبدأ أيضا واعتبر أن الطبيب الجراح الذي يجري عملية

الزرع، دون تبصيره بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن تؤدي إليها العملية مسئولاً عن كافة النتائج الضارة المدنية منها

والجنائية من جراء هذا التدخل الجراحي.

ولو لم يتركب أي خطأ بالمعنى الفني،<sup>2</sup> والمقصود بالمعنى الفني للخطأ الطبي هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه

أصحاب المهن أثناء ممارستهم ويخرجون بها عن السلوك المهني المألوف، طبقا للأصول الثابتة في هذا المجال، وهو

خطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها.<sup>3</sup> والعلة في ذلك هو تعذر التمييز في كثير من

الأحوال بين الخطأ العادي والخطأ الفني، ومن هنا فالمحكمة من حيث الأصل لا تميز بين الخطأ العادي والخطأ

الفني أضف الى ذلك أن التزام الطبيب بتبصير والمتبرع له، إنما هو التزام بتحقيق نتيجة لا يبذل عناية فلا بد من

أن يتأكد من ادراك الطرفين لما يقبلان عليه لذا يقع عبء الاثبات عليه.<sup>4</sup>

وتجدر بنا الاشارة الى أن المعيار العام في مجال المسؤولية الجنائية، هو ما جاء في المادة ( 13) من مدونة

أخلاقيات الطب، والتي جاء فيها "الطبيب أو جراح الأسنان مسئول عن كل عمل مهني يقوم به،....." فالطبيب

مسئول على غرار المسؤولية المدنية، مسؤولية الجنائية عم كل خطأ يرتكب منه، سواء كان يسيرا أو جسيما.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص-192191.

<sup>2</sup> أنظر د. مرونك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 250

<sup>3</sup> أنظر أحمد حسن عباس الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 105.

<sup>4</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 153

<sup>5</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1420

كما أثبتت الاشكالية التي تتعلق بحكم الاعتداء على أحد الأعضاء الاصطناعية التي كان يستخدمها الشخص قبل وفاته، فهل تعتبر جزء من الجثة حتى يمكن أن تكون مسمولة بالحماية الجنائية المقررة للموتى، أن تعتبر بمثابة أشياء منفصلة تأخذ حكما آخر؟

ان الأعضاء الصناعية التي يستخدمها الإنسان لحياته، بحيث تؤدي وظيفة معينة كالأطراف الصناعية أو الأسنان، لا تعتبر من أعضاء جسم الإنسان أثناء حياته وان كان الفقه الألماني يعتبر أن الأعضاء الصناعية التي تؤدي دور الأعضاء الطبيعية تدخل في تكوين الجسم، فتصبح متصلة به على نحو مادي وتكون لها ذات أهمية والحماية القانونية المقررة لأعضاء الجسم.<sup>1</sup> وطالما أن الأعضاء البشرية لا تعتبر من قبيل الأعضاء البشرية العادية، فهي تعتبر من قبيل أجزاء الجسم البشري، أي كان نوع الوظيفة التي تؤديها، فتبقى تحمل صفة الأشياء المنقولة أيأ كان درجة اتصاله بالجسم.

ومن هنا المنطق فالشخص الذي يقوم بالاستيلاء على عضو اصطناعي من جثة مثلا، يكون مرتكبا لجريمة سرقة إذا ما إكتملت أركانها، وبهذا فهي لا تتمتع بالحماية القانونية المقررة للأشخاص، وإنما بالحماية القانونية المقررة للأموال، على اعتبار أنها تأخذ حكم المنقولات.

ومن بين التساؤلات التي أثبتت في هذا المجال أيضا، طبيعة الجريمة المنسوبة على عضو بشري تم استئصاله من جثة متوفى؟<sup>2</sup>

في هذه الحالة إذا ما كان استئصال العضو البشري من الجثة قد تم وفقا للضوابط والشروط القانونية، التي

يحددها المشرع في أحكام المادة (164-165) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05

<sup>1</sup> أنظر شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، المرجع السابق، ص 12  
<sup>2</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 167

المتضمن حماية الصحة وترقيتها،<sup>1</sup> فالإشكالية لا تثار هنا بصدد الاستئصال في حد ذاته، على إعتبار أنه قد تم على الوجه المشروع له .

ولكن ما الوصف القانوني الذي يعطي لفعل الإستيلاء بعد الإستئصال، في هذه الحالة يعتبر المستولي على العضو البشري مرتكبا لجريمة الإحتلاس، لا سيما إذا أحد الموظفين العموميين، في المراكز الاستشفائية التي يتم على مستواها، عمليات النقل والزرع،<sup>2</sup> وإذا ما إفترضنا أن هذا هو المشرع الجزائري فالعقوبة المقررة في هذه الحالة هي، الحبس م سنتين (02) الى عشرة سنوات (10) وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج .<sup>3</sup>

و أما إذا لم يكن موظفا فيعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، على إعتبار أنه قد أؤتمن على العضو البشري المستأصل، لا سيما إذا ما كان التصرف المنصب على العضو البشري غير مشروع.

وإذا كان القائم بالإستئصال من الجثة غير مخول قانونا أو كان تصرفه غير مشروع، وقام بالإستيلاء على أحد أعضاء الجثة والتصرف فيه، وان كان التصرف أغرض مشروع، فهو يعتبر مرتكبا لجرمي الاعتداء على حرمة الجثة، وجريمة سرقة أحد الأعضاء منها، وهذا الوصف قد أطلقته التشريعات العربية التي اعتبرت الاعتداء على الجثة أو أحد أجزائها جريمة خاصة كما هو الوضع في العراق مثلا، ولكن التشريعات التي اعتبرت أساس أن الاعتداء الواقع على الجثة يشكل جريمة سرقة، كالتشريع السوري واللبناني والفلسطيني، فتعتبر أن الجريمة واحدة وهي جريمة سرقة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانوني الجنائي، المرجع السابق، ص 168

<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق 20 فبراير سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفسا ومكافحته، المنشور بالجريدة الرسمية 2006، سنة 43، العدد 14، ص 09

<sup>4</sup> أنظر د.حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانوني الجنائي، المرجع السابق، ص 169

المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجنائية للطبيب

إذا كان التصرف في الأعضاء البشرية يتطابق مع نموذج القانوني للاعتداء على حق الفرد في سلامة جسمه، مما يستوجب قيام المسؤولية الجنائية للطبيب، فقد تنازل إباحة التصرف في الأعضاء البشرية من الناحية القانونية اتجاهان، اتجاه يبرز نقل وزرع الأعضاء البشرية على ضوء حالة الضرورة، واتجاه يبررها على ضوء المصلحة الاجتماعية، كما واعتبر رضا المريض أو المتبرع وبصفة عامة المجني عليه أو ما يعرف بنظرية المخاطر سببا في إمكانية إباحة التصرف في الأعضاء البشرية من الناحية القانونية، مما ينفي معها القول بالمسؤولية الجنائية للطبيب، ولكن الإشكال يتعلق بمدى صلاحية هذه الأسس فعلا لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية، وبالتالي صلاحيتها لقبول بعدم مسؤولية الطبيب جنائيا، سنحاول الإباحة على هذا التساؤل من خلال الفرعين التاليين، الفرع الأول: نظرية الضرورة العلاجية، الفرع الثاني: نظرية قبول المخاطر، نتناولها كما يلي:

الفرع الأول: نظرية الضرورة العلاجية.

بداية يجدر بنا الإشارة إلى أن حالة الضرورة العلاجية قد أثرت جدلا بين الفقهاء، فمنهم من اعتبرها مانعا من موانع المسؤولية الجنائية، ومنهم من اعتبرها سببا من أسباب الإباحة، وفي حقيقة القول بأن الضرورة سبب من أسباب الإباحة، قول لا ينطبق مع المنطق، لأن هذا من شأنه إن يبرر كل ما يصدر عن الطبيب من تصرفات، وإن كانت تتجاوز حدود الضرورة العلاجية، التي ينبغي أن لا تخرج، وعلى هذا الأساس اتجه الرأي الغالب إلى اعتبارها مانعا من موانع العقاب.

على اعتبار أن مبدأ حرمة جسم الإنسان وسلامته هو الأصل، وتقدم العلاج لا سيما الجراحي هو

الاستثناء ما دام يهدف لتحقيق مصلحة مشروعة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> انظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 81

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد جاء في أحكام المادة ( 48) من الفصل الثاني من باب الثاني من قانون العقوبات الجزائري الذي يحمل عنوان المسؤولية الجزائية "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".<sup>1</sup> فهو يعتبرها مانعا من موانع المسؤولية الجنائية، لا سيما من أسباب إباحتها، وقد أكد على هذا المبدأ في أحكام المادة ( 4/164)، من القانون رقم 17-90، المعدل والمتمم للقانون رقم 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المطلوبة قانونا إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان التأخر في أجل الانتزاع من شأنه أن يؤدي إلى عدم صلاحية العضو المراد انتزاعه، واقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعانها اللجنة الطبية المخولة قانونا بذلك.

كما جاء في أحكام المادة (5/166) من قانون رقم 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، النص على جواز انتزاع الأعضاء البشرية، دون الحصول على موافقة على ذلك إذا اقتضت ظروف استثنائية، إن تعذر الإتصال في الوقت المناسب الأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع لتعبير على موافقته مع مراعاة أن أي تأخر م شأنه أن يؤدي إلى موت المريض<sup>3</sup>

ومن هنا نستطيع القول أن المشرع الجزائري، قد اعتبر الضرورة سببا من أسباب امتناع المسؤولية الجزائية للطبي، في مجال نقل وزرع الاعضاء البشرية على أن يخضع الأمر لجملة الشروط أو الضوابط القانونية التي نص عليها، في كل حالة أجازت فيها مثل هذا التصرف فإذا ما توفرت شروطها عند الإستئصال جزء من جسد المتبرع زرعه في جسد المريض، قصد الطبيب من الإستئصال إنقاذ حياة المريض من الموت محقق، فلا تقوم لا مسؤولية المدنية ولا جنائية.<sup>4</sup> والطبيب في هذا المجال بإعتباره صاحب الاختصاص، يقدر وجود الضرورة من خلال الموازنة

<sup>1</sup> أنظر الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 28  
<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123  
<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص-192.  
<sup>4</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 244

بين المخاطر والأضرار، بحيث لا تتوافر حالة الضرورة إلا اذا كان الخطر المراد تفاديه، متناسبا مع الضرر الواقع على المتبرع، فلا بد من أن لا يفوت الخطر في جسامته الضرر الحاصل.<sup>1</sup> فإذا قام الطبيب مثلا بإستئصال عضو أو نسيج من الأعضاء البشرية لشخص سليم، بقصد زرعه في جسد المتبرع له، من شأنه أن يلحق بالمتبرع أضرار لا تتناسب مع ما قد يلحق المريض من سلامة بدنية من وراء عملية الزرع، ومع ذلك أقبل على التصرف، قامت مسؤوليته الجنائية وذلك لتخلف الضرورة كسبب من أسباب منع العقاب في هذه الحالة.<sup>2</sup>

وبذلك نستطيع القول أن المشرع الجزائري قد تبني الإتجاه الفقهي القائل بأن الضرورة العلاجية، تعتبر لإباحة التدخل الطبي الجراحي، ويترك أمر تقديرها للطبي، على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء التي تتجسد أساسا في تحريك الدعوى العمومية ضد الطبيب، متى تثبت تخلف الضرورة العلاجية.

فالتبيب لا يحق له القيام بأي عمل جراحي غير ضروري للمريض أو لمصلحة المستفيد.<sup>3</sup>

هذا وقد ظهر اتجاه حديث في الفقه الفرنسي يميل إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية في حالة توافر عنصر الضرورة العلاجية، فكل عمل صادر من الطبيب يترتب عليه جرح أو إيذاء المريض، لا يكون الطبيب مسئولا عنه، مادام أن هذا العمل تفرضه ضرورة مباشرة مهنة الطب العادية والضرورة العلاجية لشفاء المريض.<sup>4</sup>

وعلى هذا الأساس يمكن القول ان الضرورة تتحقق في جانب الطبيب فتكون سببا من أسباب منع مسؤوليته الجنائية، إذا ما كان الزرع هو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتبرع له، أو سلامته البدنية، وفي هذه الحالة فالتبيب يكون له رفض استئصال العضو أو نسيج البشري، إذا ما قدر أن لا فائدة من هذه العملية، وذلك لأنه لا مجال لشفاء المريض فلا أمل ينتظر حتى من عملية الزرع، ففي هذه الحالة لا يمكن القول ان الطبيب

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 76

<sup>2</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 245

<sup>3</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 79

<sup>4</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 48.

قد ارتكب جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة والسبب في ذلك أن موازنته بين الخطر والضرر، أسفرت على اعتبار الضرر الممكن حصول للمتبرع له، أكثر بالكثير من الخطر مراد إزالته.<sup>1</sup>

فضلا عن ذلك لا يمكن القول أن الضرورة قامت في حق الطبيب بحيث تمنع عنه المسؤولية الجنائية إذا كان في إمكانه إنقاذ حياة المتبرع له عن طريق الاستئصال م الجثة المتوفى.

إذا قبل وفاته من خلال وصية او إذن من حول لهم القانون هذا الحق الإستئصال من الجثة، ومع ذلك قام الطبيب بالإستئصال من إنسان حي ففي هذه الحالة لم يكن الإستئصال من الحي ضروريا، بحيث أن الطبيب كان في مقدوره تفاديه من خلال الإستئصال الجثة وتقديم العلاج المناسب للمريض، وعليه تقوم المسؤولية المدنية للطبيب فضلا عن مسؤوليته الجنائية حتى و إن لم يرتكب أي خطأ مهني واضح، وذلك غياب عنصر الضرورة.<sup>2</sup>

كما وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية حتى في حالة كذبه العمد على المريض وذلك بإخفائه حقيقة مرضه عنه، كأن يكون المريض مصابا بأورام سرطانية، فيخيره أن مرضه مجرد ألم بسيط يزول بالعلاج على اعتبار أن هذا الكذب من شأنه رفع الحالة المعنوية بمريض ومع ذلك فالكذب على المريض إذا كان يهدف إلى تضليل المريض وحمله على قبول العلاج بالطريقة التي يريدتها الطبيب لتحقيق أهداف شخصية، كأن يقع الطبيب المرأة الحامل أن في الحمل خطرا محققا على حياتها مما يستلزم الإجهاض، وذلك بهدف الإستفادة من أعضاء الجنين، فهنا تقوم المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، ولا مجال للقول أن ضرورة كانت هي السبب في الإجهاض.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 435

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 77

<sup>2</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 105

وقد أمرت النيابة العامة في إحدى الدعوى، بحفظ دعوى أقيمت ضد أحد الأطباء باستئصال كلية من فتاة سليمة، بهدف غرسها في جسد شقيقتها التوأم التي كانت تعاني من قصور كلوي حاد، معتبرتا أن الطبيب في هذه الحالة كان تحت إكراه معنوي، تمليه عليه واجباته الطبية المهنية مما ترتب عليه قيام حالة الضرورة في حقه.

وقد ذهب المجلس الوبي لنقابة الأطباء في فرنسا عى إعتبارالتصرف مباحا قانونا، ولا مجال للمساءلة

الجنائية، ذلك أن نسبة نجاحها تفوق نسبة المخاطر التي كانت تتعرض لها الفتاة المريضة.<sup>1</sup>

وفي الأخير نشير إلى أنه على الرغم من أن الرأي الراجح فيالفقه الطبي، ذهب إلى إعتبار الضرورة العلاجية مانعا من موانع المسؤولية الجنائية للطبيب إلا أنه وعلى رغم من ذلك فقد إنتقدنا هذه النظرية على الأسس التالية:

- إن الضرورة التي نص عليها في القانون العقابية لمختلف الدول، تعبير ظرفا عاما، وهذا يعني أن القول

بالضرورة العلاجية يعد ظرفا خاصا يعد قولا مردود، والسبب في ذلك أنه قوله فيه إهدار للقوانين

والانظمة الموضوعة لممارسة مهنة الطب، والتي بيت شروط ممارسة كل عمل طبي.

غير أننا نستطيع الرد على القول وذلك بالقول أن الضرورة مجال نقل وزرع الاعضاء البشرية خصوصا، وهي

وضع إستثنائي، وانطلاقا من ذلك حدد المشرع حتى صور الضرورة التي ينبغي أن تتوافر للقول أن الطبيب فعلا في

حالة ضرورة، ولا مجال لمساءلته الجنائية.

- إن القول بالضرورة كسب عام للإباحة ككل عمل طبي، ينطوي على إهدار لإرادة الشخص المتنازل

ولغرامة المريض، ولا يجوز بأي حال من الأحوال الإلتفاف عنها، هذا بإستثناء أحوال الضرورة القصوى،

وعدم إمكانية أخذ موافقة المريض أو ممثلهم الشرعيين وكان الأمر يستدعي إنقاذه.<sup>2</sup> وهذا القول أيضا

<sup>1</sup> أنظر د.سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 80

<sup>2</sup> أنظر د.سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 82

وفي ظل التشريع الجزائري من خلال أحكام رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والقانون رقم 90-17 المعدل والمتمم له.

يمكننا القول أنه مردود فالمشعر الجزائري قد أجاز صراحة التدخل الطبي عن طريق نقل وزرع الأعضاء البشرية في الحالة الاستعجالية، دون الحصول على الموافقة الكتابية المطلوبة قانونا، مادام الهدف بالدرجة الأولى هو تحقيق مصلحة علاجية للمريض.<sup>1</sup>

- إن اعتبار الضرورة مانعا من موانع العقاب لا يغير من الامر شيئا، فيما يتعلق بـأخذ العضو من جسم المتنازل، إذ يبقى التكييف القانوني للفعل انه غير مشروع، وبالتالي فانه يكون للمتبرع أن يدافع هذا الاعتداء عن طريق استعمال الحق في الدفاع الشرعي، وهي الحالة لا يمكن تصورها في لو اعتبارنا الضرورة سببا من أسباب مانع العقاب، إذن على المتنازل هنا أن يتحمل الضرورة، حتى وان كان ليس له علاقة بحدوثها، وبهذا الوصف الأمر لا يخلو من الغلط والخطأ.<sup>2</sup>

وهذا القول أيضا يمكن الرد عليه، من خلال القول أن المشعر الجزائري قد حدد ضوابط الضرورة، فالضرورة لا مجال لقيامها في القانون الجزائري إلا في مجال الزرع وبغرض الغرض، وفي حالة استئصال من الجثة، وبالتالي فلا ضرورة للدفاع الشرعي من حيث الأصل، لأن تصرف الطبيب في هذه الحالة لا يسمح بالدفاع الشرعي، فهو استئصال منصب على عضو أو نسيج من جثة، وإما زرع لعضو في جسد مريض بحاجة ماسة إليه. إمتناع الطبيب عن قيم المسؤوليات الجزائية في حقه، لإرتكابه جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123-1124

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 83

<sup>3</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123-1124

- إن حالة الضرورة وان توافرت شروطها بالنسبة للمريض كمانع من موانع العقاب بالنسبة للطبيب، إلا أنه

لا يمكن أن تقوم في حق المتبرع، لأن كافة الشروط الواجبة لتزافر الضرورة قانونا غير متوافرة.<sup>1</sup>

يمكن الرد على القول أيضا، من خلال القول أن المتبرع حتى يتبرع بعضوه البشري لا يشترط أن يكون

مضطرا لذلك، وإنما العكس تماما فحتى يصبح تصرفه من الناحية القانونية، يتعين أن يكون هذا التصرف صادرا عن إرادة حرة متبصرة شهادة الشهود.

### الفرع الثاني: نظرية قبول المخاطر

يقصد بقبول المخاطر القبول المسبق من جانب المضرور بالخطر، والذي يحتمل أن يهدده والذي يعاني منه، وفي نهاية الأمر بخطأ المدعي عليه، فقبول الخاطر هو رضا بضرر محتمل.<sup>2</sup> ففي ظل هذه النظرية لا يعتمد المضرور إلحاق الأذى بنفسه، ولكنه يقبل أن يعرض نفسه و أمواله لخطر، فهو يرضى بالضرر ولكنه لا يريد.<sup>(4)</sup>

ومثاله أن يرضى بالفعل الذي أدى إلى الضرر علما بإحتمال حدوث الضرر منه، وكانت درجة هذا الإحتمال كبيرة تجاوزت الحد المألوف في الظروف العادية، أي الحد الذي يقبل أغلب الناس تعريض أنفسهم له، وهو ما يسمى بقبول المخاطر، فالمضرور في بينة من احتمال وقوع الضرر الناتج عن السلوك الذي اتخذه، ومن هذا المنطق ذهب الفقه "نادو" إلى القول أن نظرية قبول المخاطرة، تجد تطبيقا إذا رضى المضرور عن بينة و ارادة كاملين بخطر معين، وكان بوسعه أن يقدر تماما طبيعة هذا الخطر ومداهن وبالتالي يعتبر قد قبل مقدما نتائجه.<sup>3</sup>

ويذهب الفقه "أونورا" إلى أن نظرية قبول المخاطرة، تتمثل في سلوك الشخص الذي نفسه للخطر، يعرف طبيعته، مما يعد قصورا منه في إتخاذ واجبات الإحتياط، التي تفرضها عليه سلامته الشخصية.

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 83  
<sup>2</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 566.  
<sup>3</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 65

ومن هنا يمكننا القول أن نظرية المخاطر تقوم على عناصر ثلاث، تكون جوهرها وهي: افتراض وجود خطر و أن المضرر قد قبله، وترتب على ذلك أثراً قانونياً معيناً، بالنسبة لحق المضرور في التعويض.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن الفرق بين قبول المخاطر ورضا المضرور، فقبول المخاطر هو أن يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريد وقوعه، ولكن رضا المضرور بالحال هو إتجاه قصد المضرور عن علم وعمد منه لإحداث الضرر لنفسه، وإتجاه إرادته لتحقيق هذا الضرر، كما أنه لا يكفي توافر علم المضرور بالخطر الذي قد يحدث يلزم قبوله فالعلم بالمخاطر يعد مرحلة سابقة على قبول المخاطر.<sup>1</sup>

ومن هنا يمكننا القول أن معيار التفرقة بين الحالتين هو، إذا كان العلم بالمخاطر لا يؤثر إطلاقاً في مسؤولية المدعي عليه، بل تظل مسؤولية كاملة، فان قبول المخاطر متى توافرت شروطه، فإنه يؤثر في مسؤولية الطبيب المدعى عليه بالتخفيف، وفي مجال التفرقة بين قبول المخاطر والعلم بها، ذهب البعض إلى أن الشخص يعد قابلاً للمخاطر، إذا ما ظهرت هذه الأخيرة وتجددت بصورة معينة، وفقاً للظروف المحيطة بكل حالة على حدة، في حين يذهب البعض الآخر إلى القول أن قبول المخاطر لا يؤثر في المسؤولية المدنية، إلا إذا كان مكوناً لخطأ في جانب المضرور، ولا مجال لتطبيق ذلك إلا إذا ورد على مخاطر غير عادية، وبالتالي فالتفرقة بين الصورتين، ينحصر في نطاق ما إذا كانت المخاطر عادية وتوقعة، أم أنها مخاطر غير عادية، وإنطلاقاً من ذلك نكون بصدد العلم بالمخاطرة في الحالة الأولى، وقبول للمخاطر في الحالة الثانية.<sup>2</sup>

ومن هنا فقد إنقسم الفقه إلى قسمين بين معتبر لنظرة المخاطر مانعاً من موانع العقاب، وبين معتبر لها سبباً من أسباب الإباحة، حيث تنتفي مسؤولية الطبيب متى قامت عناصرها، فذهب البعض إلى اعتبار قبول ضمني

<sup>1</sup> أنظر د. محمد نجم صبحي، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 98.  
<sup>2</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 69

للمضرور للمخاطر يولد عنه، مركز قانوني بين المصاب والفاعل، مؤداه الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية، في

حين ذهب البعض الآخر إلى القول أن قبول المخاطر يعد إتفاقاً ضمناً مؤداه إستبعاد القرينة القانونية بضمناً.<sup>1</sup>

وقد ذهب محكمة النقض الفرنسي في هذا المجال، إلى القبول بأن هناك فارقاً بين قبول المخاطر، والإتفاق

على عدم المسؤولية، يتمثل في أن الأول يتسم بسمة أساسية هي انه ضمني.

ولكن شرط عدم مسؤولية يجب أن يكون دائماً صريحاً، بصورة لا تدع مجالاً للغموض. كما ذهبت إلى أن

قبول المضرور للمخاطر لا يحتاج به من جانب الطبيب إلا إذا كان القبول يكون خطأً.<sup>2</sup>

كما وقد أدلى الفقيه الإيطالي "سيفرينو" بدله في المجال فقال بأن عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها

بهدف العلاج مشروعة متى توافرت شروطها، و أما فيما يتعلق بصدور الرضا من الشخص الواهب فهذا الرضا فلا

أثر له، لانه باطل ومتعلق بمصلحة لا يمكن التصرف فيها، إلا إذا كان هناك عامل من عوامل العلاج والمصلحة

الإجتماعية وحالة من حالات الضرورة مع وجود مصلحة أعلى من المصلحة المضحى بها.<sup>3</sup>

وقد أيده الفقيه "ساندولي" هذا الراي بقوله "رضا المجني عليه يبرر الفعل إذا كان سبب هذا الرضا، باعث

إنساني وعلاجي أو كان بدافع الشفقة، وعلى العكس من ذلك فإن الرضا لا يكون له أثر إذا كان باعث

والهدف من عملية الزرع أو النقل غير علاجي أو إجتماعي أو إنساني أو كان غير قانوني أو بدافع الحصول على

كسب مادي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 183

<sup>2</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 203-204

<sup>3</sup> أنظر د. محمد نجم صبحي، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 204.

<sup>4</sup> أنظر د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 184

و أما فيما يتعلق بقضية الطال الإيطالي "بول سلفاتور" السابق بيانها، فإن الامر يتعلق في هذه الحالة

برضاء مخالف للآداب العامة، على إعتبار أن محل التصرف كان من الاعضاء البشرية التي أجمعت أغلب

التشريعات على عدم جواز التصرف فيها.

فضلا عن أن التصرف قد تم بمقابل مادي وهو ما يؤكد بطلان الرضا.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أنظر د.محمد نجم صبحي، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 204-205

## المبحث الثاني : المسؤولية المدنية للطبي المتصرف في الأعضاء البشرية

على إعتبار أن المسؤولية المدنية بصفة عامة توحى بالأخذة على كل فعل يلحق ضرراً بالغير، مما يستلزم التعويض عنه، سواء كان هذا الفعل ناتجاً عن عقد ثلاثي الأطراف بين الطبيب والمتبرع والمتبرع له، أو كان ناتجاً عن صدور فعل ضار ماس بالسلامة البدنية أو حتى النفسية للمريض، فلا بد من تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب، فضلاً عن القيام بعرض كافة العناصر المكونة لها، سواء من خطأ أو ضرر أو علاقة سببية بين الخطأ.

والضرر، مع تفصيل الجزاء المترتب عن قيام هذه المسؤولية، والإلتزام بالتعويض في مواجهة الطرف المتضرر، وإنطلاقاً من ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين، المطلب: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية، المطلب الثاني: عناصر قيام المسؤولية المدنية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إن المسؤولية التقصيرية للطبيب في المجال الطبي بصفة عامة، يقصد بها تلك المسؤولية الناتجة عن ما يحدثه الطبيب بخطئه من ضرر للغير، مما يستلزم قيام المسؤولية المدنية للطبيب، والتعوي عن الضرر، ولكن قبل ذلك لابد من الوقوف على طبيعة هذه المسؤولية، وذلك بتكليفها وإدراجها ضمن احد نوعي المسؤولية المدنية للطبيب، أي المسؤولية التقصيرية أو العقدية، وإنطلاقاً من ذلك تم تقسيم هذا الطبيب إلى فرعين أساسيين : الفرع الأول " بعنوان مسؤولية عقدية"، والفرع الثاني بعنوان "مسؤولية تقصيرية"

الفرع الأول: مسؤولية عقدية.

بداية نقول أن المسؤولية الطبية المدنية كأصل عام هي مسؤولية عقدية، لذلك فإن مسؤولية الطبيب المدنية كاستثناء مسؤولية تقصيرية، تعرف هذه الأخيرة على أنها الجزء المترتب على الطبيب نتيجة إخلاله بالتزام قانوني، فهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين، ويعبر عنه بالخطأ غير مشروع ومعيار انحراف المرء في سلوكه وتصرفاته عن جانب الحيطة والحذر، والتبصير وعن بذل العناية اللازمة للرجال المريض.<sup>1</sup>

ويعني آخر فان المسؤولية المدنية الطبيب تقوم عند ارتكابه خطأ مدني، و الخطأ المدني هو الإخلال بواجب قانوني لا يصل إلى مرتبة الخطأ الجنائي.

هذا في مجال الأعمال الطبية العادية أما في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيمكن القول أن العقد الطبيب هو اتفاق ثلاثي الأطراف بين كل من متبرع والمتبرع له والطبيب، ففيه يتنازل المتبرع عن عضو أو نسيج من أنسجة البشرية لصالح المتبرع له دون أي مقابل مالي، وفي نفس الوقت يلتزم فيه الطبيب بنقل العضو البشري من المتنازل، وزرعه في الجسد المتنازل له، الذي عادة ما يكون المريض في حاجة ماسة للعضو البشري.<sup>2</sup> وتعبير آخر فإنه وتوفر العضو المراد زراعته تنشأ علاقة ثلاثية الأطراف، بين كل من المريض والطبيب والمتبرع، أي بين الطبيب الجراح والشخص المتبرع من جهة، والطبيب الجراح والمتبرع له من جهة أخرى، وهذه العلاقة التي تربط بين المريض والطبيب، والمتمثلة في علاقة الطبيب بالمريض، هي علاقة تقليدية يحكمها العقد الطبي التقليدي.<sup>3</sup>

وقد ذهبت البعض إلى اعتبار العقد الطبي في هذا المجال هو عقد إذعان، بمعنى أن المتلقي يخضع فيه لإرادة الطبيب وما يراه هذا الأخير مناسب من عمل جراحي عليه وفقاً لحالته الصحية، فهو يعطي مطلق الحرية للطبيب

<sup>1</sup> أنظر د. أحمد عباس حسن الحياوي، المسؤولية للطبيب في ضوء النظام الأردني والنظام القانوني الجزائري، بدون رقم الطبعة، دار الثقافة والتوزيع، عمان، سنة 2005، ص 79-80

<sup>2</sup> أنظر د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، بدون رقم الطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، سنة 2001، ص 211

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 211

الجراح، في عمل ما يراه مناسب لجسمه، ومن هنا المنطق أنكروا على الطبيب إلتزامه بتبصير المريض،<sup>1</sup> والعقد في هذه الحالة يتميز بعدة خصائص منها، انه عقد شخصي، بإعتبار أن شخصية الطبيب عادة ما تكون محل اعتبار في مثل هذه العمليات، لا سيما و أن المادة (80) من مدونة أخلاقيات الطب.

أعطت للمريض الحق في اختبار طبية،<sup>2</sup> كما أنه من العقود المستمرة، حيث ان الطبيب يلتزم بمتابعة علاج المريض والمتبرع، وتقديم العناية الطبية اللازمة وفقا لما تقتضيه الأصول المهنية، كما انه ليس من العقود المعارضة في العلاقة ما بين المتبرع والمتبرع له،<sup>3</sup> و إن كان كذلك في العلاقة ما بين الطبيب والمريض، فالطبيب مستحق لأتعاب مقابل الجهد والعناية المبذولة، كما انه ليس من العقود الملزمة للجانبين، فالتبرع في علاقته مع المتبرع له، وان صدر عنه رضا حر متبصر وبحضور شاهدين، وفقا لأحكام المادة ( 162 ) من القانون 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>4</sup> إلا أنه عقد قابل للفسخ، فالقانون قد حول المتبرع الحق في الرجوع عن موافقة الكتابية على التبرع، بأحد أعضائه أو أنسجته البشرية في أي وقت، لان الأمر يتعلق بالدرجة الأولى بالحق في السلامة البدنية من جهة، وبرضا المتبرع من جهة أخرى والمتبرع له علاقته مع الطبيب له كامل الحرية في فرض العلاج، وان كان قبله في البداية، ولو قام الطبيب بالوفاء بالتزاماته إتجاع المريض، لإرتباط الامر أيضا بذات المبدئين، الحق في السلامة البدنية، والحق في رفض العلاج، وهو ما يستشف من المفهوم المعاكس لأحكام المادة ( 166 ) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وصراحة من المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 321

<sup>2</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1425

<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 262-263.

<sup>4</sup> أنظر القانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص-191.

<sup>5</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1422

والتزام الطبيب بموجب هذا العقد هو التزام الطبيب هو معيار موضوعي ويقصد به مقارنة عمل الطبيب، الطبيب مماثل له في التخصص وظروف العمل والمستوى والخبرة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالطبيب وقت تنفيذ العمل الطبي.<sup>1</sup>

والقاضي في سبيل تقدير خطأ في علاج مريض يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى في الطب، والأخذ بالمعيار الموضوعي يستبعد الظروف الداخلية التي تتغير من شخص لآخر، إلا أنه ينبغي الأخذ بالظروف الخارجية التي تحيط بالشخص وقت حدوث الفعل مثل خطورة حالة المريض، وما يتطلبه من تدخلات جراحية سريعة.<sup>2</sup>

غير أن إعتبار أن معيار الخطأ الطبي هو معيار موضوعي، فهو يعتر موجودا وينطبق على الطبيب سواء كان متعاقدا مع المريض أو غير متعاقد، فإن خرج عن تنفيذ التزامه على سلوك طبيب من أوساط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة في فرع اختصاص أو في مستواه المهني، فأحدث ضررا كان خروج هذا مشكلا خطأ تقوم عليه المسؤولية، ولا فرق بين الخطأ الجسم أو اليسير، الفني والعادي، المهم هو إيجاد الصلة السببية بين الخأ والضرر وهو ما سنتطرق إليه لاحقا،<sup>3</sup> وهو الرأي الراجح في تكييف طبيعة مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، لا سيما بعد أن صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 1936.

قرار حدا للجدل القائم حول طبيعة العلاقة القائمة بين الطبيب ومريضه، ويصفها بالتعاقدية نظرا لوجود عقد بين الأطراف أيا كانت طبيعته أو موضوعه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر د.محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة ، سنة 2004، ص207

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 14

<sup>3</sup> أنظر شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها ، المرجع السابق، ص 12

<sup>4</sup> أنظر د.الياس أبو عيد، المسؤولية (الإدارية والمدنية والتجارية والمصرفية والجزائية، تعليق على أحكام وقرارات)، الجزء الأول، بدون بلد النشر، سنة 1993، ص 82

## الفرع الثاني: مسؤولية تقصيرية

بعد أن إتفق معظم الفقه على تكييف المسؤولية الطبية على أنها مسؤولية عقدية، أصبحت العلاقة ما بين الطبيب والمريض والمتبرع في المجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بهذه الصفة أيضا، على اعتبار أن التصرف لا يمكن أن يتم إلا بتراضي الأطراف الثلاثة. إلا أنه ومع ذلك وفي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، أجازت جل التشريعات المنظمة للمسألة قانونا، في حالات معينة اعتبرها استثنائية واستعجالية، أن يتم التصرف في العضو البشري دون أن يكون المظهر المادي للعقد بين أطرافه ظاهرا، وصورتها مثلا أن يتعرض شخصان لحادث، فيتوفى أحدهما في الحال، في حين تتعرض أحد الأعضاء البشرية في جسد الآخر إلى أشخاص بليغة، من محتمل أن تؤدي إلى وفاته إذا لم تعالج بالسرعة المطلوبة، مع فرض أن علاج لا يمكن تصوره إلا من خلال الزرع، بمعنى زرع عضو جديد لهذا المريض،<sup>1</sup> في هذه الحالة أباح القانون مع متوافر جملة من الضوابط القانونية الأخرى، التي نصت عليها المادة (164) من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-5، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> أن يقوم الطبيب بالتدخل الجراحي اللازم، وهنا نكون بمثابة تصرف، كيفية البعض على أنه عقد ضمني بين المريض والمتبرع والطبيب.

بموجبه يكون للطبيب استئصال قرنية المتوفى، وزرعها للمريض في حين إعتبه البعض الآخر تصرفا طاهر ومشروع باطنة قابلة لتحميل الطبيب المسؤولية المدنية عنه، إذا ما ألحق هذا التصرف ضررا بالمريض، ذلك أن مسؤولية الطبيب التقصيرية، إنما تقوم على أخطائه الفنية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر د.أحسن حسن عباس، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 21-23  
<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123  
<sup>3</sup> أنظر د.أحسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 21

المطلب الثاني: عناصر مسؤولية المدنية للطبيب في المجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن عناصر المسؤولية المدنية للطبيب في مجال، نقل وزرع الأعضاء البشرية، لا تختلف عن طبيعتها في المجال الطبي ككل، بمعنى عناصر المسؤولية الطبية في الأعمال الطبية العادية، وعلى هذا الأساس سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى عناصر المسؤولية المدنية للطبيب، ولكن في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، بمعنى من خلال إسقاط القواعد العامة في المسؤولية الطبية المدنية للطبيب، على مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، بما يتلاءم مع طبيعة الموضوع، وعليه فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الفرع الأول: تناولنا في الخطأ، والفرع الثاني جمعنا فيه بين الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والفرع الثالث تنازلنا التعويض، نعالجها كما يلي:

\*الفرع الأول: الخطأ الطبي.

الخطأ الطبي من صور الخطأ بوجه عام، وقد درج الفقه بعض التعريفات للخطأ الطبي، فعرفه الدكتور "منذر الفضل" أنه إخلال من طبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة "أو انه تقصير في مسك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية بالطبيب المسؤول".<sup>1</sup>

كما يعرفه الفقيه سافاتييه " بأنه إخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته"، ويعرفه أحد الفقهاء " بأنه عدم قيام الطبيب بالإلتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته إخلالا بواجب العناية اللازمة إتجاه مريضه " ويعرفه الرأي الراجح بأنه "إخلال شخص بواجب قانوني مع علمه بذلك"،<sup>2</sup> وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري في المواد (من 124 إلى 140) الخاصة بأحكام المسؤولية التقصيرية، يتضح لما أن المشرع الجزائري

<sup>1</sup> أنظر د. أحسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 105

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 13

جعل من الخطأ الأساس الذي تقام عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة فنص في المادة (124) منه على مايلي "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."<sup>1</sup>

وعليه فإن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يعد إخلالا بالالتزام قانوني عام، كما يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية حسب التشريع الجزائري يقوم على عنصرين، الأول عنصر مادي يتمثل في التعدي، الثاني عنصر معنوي يتمثل في الإدراك والتمييز فلا خطأ يغير إدراك أمام المشرع الجزائري.<sup>2</sup>

وبالتالي يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه خروج الطبيب عن الإلتزامات الخاصة بمهمة الطب و الاصول الفنية أثناء ممارسته للعمل الطبي، غير أنه يجب التفرقة بين الخطأ الطبي والغلط الطبي، فالغلط الطبي هو عدم الانتباه الذي لا يمكن لأكثر الأطباء حرصا تفاديه وبالتالي لا يشكل خطأ طبيًا يستوجب المساءلة.

مثل الغلط في التشخيص إذا كانت الأغراض المرضية مشابهة يصعب معها التواصل إلى التشخيص

الصحيح.<sup>3</sup> فلاشكال الذي يثار في الصدق: هل يسأل الطبيب أم لا في حالة ارتكابه الخطأ؟

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم مساءلة الطبيب في الأخطاء إذا كان الطبيب من ذوي المعرفة وإذن له بممارسة المهنة وإذن المريض، وذلك لطبيعة العمل الطبي وما ينطوي عليه من أخطار ومضاعفات لا يستطيع معها الطبيب تفاديها مهما أوتي من علم وخبرة، كما يرون أن مساءلة الطبيب سيققل من شهادته العلمية ويعدم قيمتها ويضر بسمعة المهنة.<sup>4</sup>

فالطبيب في نظره لا يسأل إلا أمام ضميره و أما الرأي العام أما أغلبية الفقيه وما استقر عليه القانون فان

الطبيب يسأل، إذا توافرت أركان معينة منها خطأ يصدر منه، وألحق به ضرر المريض و أن يكون هذا الضرر ناجم

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص-33.

<sup>2</sup> أنظر د.أحسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 107

<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 13-14

<sup>4</sup> أنظر د.محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 223

على الخطأ، وبالتالي فالطبيب يسأل متى ثبت وجود خطأ مهما كان نوعه سلوك كان خطأ فنياً أو غير فني جسيم أم يسير، كما أوجب التشدد مع الأطباء الاختصاصيين وجعلهم مسئولين عن خطأ ولو كان يسير وبالأخص في التشخيص والانتباه وعدم الإهمال في المعالجة. وقد نص المشرع الجزائري في الأحكام المادة من الخطأ هو أساس قيام مسؤولية الطبيب مدنياً اتجاه مرضاه فأنخذ على سبيل المثال، تقوم مسؤولية الطبيب المدنية عن ارتكابه الخطأ الطبي المتمثل في استئصال الكلية السليمة بدلاً من الكلية العاطلة، فالطبيب والمستشفى هنا مسئولان عن تعويض الأضرار المادية التي تصيب المريض والزوج و أقربائه حتى الدرجة الثانية في حالتي لإصابة الجسدية المميته وغير المميته.

وعن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لوجود الخطأ الجسيم،<sup>1</sup> فثبوت الخطأ الطبي الذي يمثل في التقصير والإهمال ينتج عنه إستحقاق ورثة المريض ومن كان يعيلهم حتى الدرجة الثانية التعويض عن الضرر المادي، كما أن المستشفى تكون مسؤولة عن متبوعها (الطبيب) لأن الخطأ وقع أثناء الخدمة،<sup>2</sup> وبالتالي كان يلزم على الطبيب أن يبذل العناية إزاء مريضه أي أن يلتزم الطبيب بوسيلة وبذل العناية الصادقة من أجل شفاء المريض فان قصر فهو تقصير في واجب الحيطة الذي لا يقع من الطبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول أثناء خروج الطبيب عن القواعد والوصول الطبية التي تفرضها عليه مهنته مقمت تنفيذه للعمل الطبي. و لإخلال بواجبات الحيطة والحذر صور.<sup>3</sup>

1 خروج الطبيب عن قواعد والأصول الطبية، من المتفق عليه فقها وقضاء إن المقصود من أصل الطب،

هي تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظرياً وعلمياً والتي يجب أن يلم بها

الطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي.

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 12

<sup>2</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 108

<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 14

2 - والاختلال بواجبات الحيطة والحذر، فالإخلال بواجبات الحيطة في المجال الطبي المقصود بها هو خروج

الطبيب عن إتباع مثل هذه القواعد أي القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل

مهنة.<sup>1</sup>

وبناء على ما تقدم فإن الخطأ الطبي الحاصل في ميدان غرس الأعضاء البشرية لا يعين إيقاع كل المسؤولية الطبيب لأن الخطأ قد يكون نتيجة لإشراك أكثر من طرف في وجوده.

وعند عدم تحديد نسبة على طرف فان المسؤولية تكون بتساوي وتضامن، لذلك أستقر لرأي الفقه المدني

والقضاء في الكثير من الدول على أن الطبيب يكون مسؤولاً عن كل خطأ لكن بعد ثبوته يقينا في حقه سواء كان يسيرا أو جسيميا وسواء تعلق بعلمه الفني أو الاعتيادي، فيلزم بدفع التعويض للمتضررين.<sup>2</sup>

و على ذلك فان العمل الطبي يؤكد أن يتقيد الطبيب دائما بالسلوك المستقيم وحسن الرعاية واحترام

لكرامة مرضاه، فهو مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به فلا يجوز لأي طبيب ممارسة المهنة إلا بهويته الشخصية

الحقيقية ويجب أن تحمل على كل وثيقة يسلمها إسمه وتوقيعها كما يجب عليه الإجتهد لإفادة يعد مرضاه ويقدم

لهم المعلومات واضحة وصادقة بمناسبة كل عمل طبي وإلا مخلا بالتزامه مما يوجب القيام مسؤوليته.<sup>3</sup> وهذا طبقا

لنص المادة (13) كما يلي "الطبيب أو الجراح أسنان مدونة أخلاقية مهنة الطب الجزائري والتي مسؤول عن كل

عمل مهني يقوم به ولا يجوز لكل طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية...."، وكذلك

طبقا للمادتين (43،46)، السابق الإشارة إليها من مدونة أخلاقيات مهنة أخلاقيات مهنة الطب.<sup>4</sup>

1 أنظر د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 15

2 أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 111

3 أنظر د. حسين عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 118

4. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1420

وعليه فإن الخطأ الطبي الذي يمكن أن يؤدي إلى انعقاد المسؤولية المدنية تتعدد مجالاته فهو إما أن يكون الخطأ في رفض علاج المريض أو خطأ تخلف رضا المريض أو الخطأ في الإلتزام بالإعلام المريض، أو الخطأ في التشخيص أو أخطاء في العلاج، أو الخطأ في وصف العلاج أو في تنفيذ العلاج أو التدخل الجراحي، أو الخطأ في المراقبة.<sup>1</sup>

غير أن دراستنا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية ستقتصر على الخطأ في تنفيذ العلاج وقت التدخل الجراحي على اعتبار أنه من الصعب تصور أن يكون الخطأ في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، في التشخيص أو وصف العلاج أي العضو المراد زراعته هذا ودراستنا للخطأ في تنفيذ العلاج سوف تشمل:

1 الخطأ في الإلتزام بالتبصير قبل مباشرة العلاج.

2 الخطأ في الإلتزام بالحصول على رضا المريض قبل التدخل الجراحي.

أولاً: الخطأ في الإلتزام بالتبصير قبل مباشرة العلاج.

فبعد قيام الطبيب بالتشخيص واختبار العلاج المناسب لمريضه يبدأ الطبيب في تنفيذ العلاج، غير أنه قبل المباشرة في تنفيذ العلاج يلتزم الطبيب بالإعلام مثل بقية المهنيين وهو ما يعرف بتبصير المريض وهذا الإلتزام يكتسي أهمية خاصة لارتباط مهنة الطب بجسم المريض، فالإعلام أو تبصير المريض بوضعه الصحي يعتبر وسيلة ضرورية ليكون على بنية من امره ويستطيع أن يوازن بين الفائدة المرجوة والمخاطر المحققة،<sup>2</sup> وتجسد هذا الإلتزام في المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري والتي تنص على أنه "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة هذا الأخير موافقة حرة ومتبصرة...."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. أحسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 100

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عابد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 160

<sup>3</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1420

ولذا فالإلتزام بالإعلام، يعتبر وسيلة لمنع الطاقم الطبي من فرض علاج معين على المريض دون أن يعلم بطبيعته والآثار المترتبة عليه، أو كما يقول أحد الأطباء (بيتر ساركوس) : "إن الإلتزام بالإعلام له غاية مزدوجة أولاً: إحاطة الطبيب مريضه علماً بالمرض الذي يعاني منه والتطور المحتمل لهذا المرض، ثانياً: إعلامه بطبيعة العلاج و الإحتياجات الواجب إتخاذها وما مدى فعاليتها وما الأثناء الجانبية الغير مرغوب فيها"<sup>1</sup>

وهذا المبدأ أكده القضاء الفرنسي فقد جاء عنه "يقع على عاتق الطبيب الإلتزام بإحاطة المريض بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية إلا كان مسئولاً عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله لو لم يرتكب خطأ في عمله". ولكنه أجاز إخفاء العواقب الوخيمة للمرض على المريض، إذا أدى البوح بها إلى النتائج عكسية على وضعيته الصحية والنفسية، من خلال أحكامه القضائية على أن يكون الهدف مشروعاً.<sup>2</sup>

أما عن كيفية القيام بالإعلام أو التبصير، فيجب أن يؤخذ بعين الإعتبار حالة المريض النفسية و أهليته لتقبل المرض وخطورته، ويجب أن يحاط علماً عن ذلك بعبارة سهلة وغير علمية وصادقة، إلا أنه قد يعفى الطبيب من هذا الإلتزام إذا كان المريض تحت التخدير أو طراً تدخل جراحي لإضافي لا يحتمل التأخير هذا كما عليه أن يخفي الحقيقة أحياناً إذا كان المريض على حافة الموت ومن الأفضل إعلام عائلته.<sup>3</sup>

إذا ومما سبق ذكره فإن المسؤولية المدنية للطبيب تقوم إذا إجراء للمريض غرس أو عملية جراحية خطيرة دون تبين لأطراف العملية الطبية (المعطي والمتلقي).

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 19

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 167

<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 20

المخاطرة والآثار العريضة المحتملة عن عمل الطبي، إلا أن الإتفاق بين أطراف العلاقة في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية يمنع قيام المسؤولية للطبيب الذي راعى أصول الفرع الطبي والعلاج بشرط أن يجهل أن مصدر العضو المتنازل عنه لغرسه في جسم المتلقي مصدره عقد بيع.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أن الخطأ في التشخيص والخطأ في إختيار العلاج لا يترتب عليهما مسؤولية الطبيب إلا إذا أثبت أنه أظهر جهلا تاما بمبادئ العلم وممارسته المهنة علميا، لهذا الغرض ففي غرس الاعضاء يجب أن يكون الطبيب إختصاصيا في الكلية أو العيون أو العضو المراد غرسه،<sup>2</sup> فلا يقبل من الطبيب العام القيام بعملية نقل وغرس العضو البشري إذا لم يكن متخصصا وإلا عد مسؤولا من الناحية المدنية والجنائية.

ومثال ذلك لو قام الطبيب الإختصاصي في العيون بالإتفاق مع طبيب آخر أقل خبرة منه بمزاولة العمل الطبي في عيادة الأول أثناء غيابه واتفق الطبيب الثاني مع مريض ومتنازل على غرس القرنية وإرتكب خطأ طبيا، فإن المستشفى إن كان تابعا لها فلا يعفي الطبيب الأول الذي انعقد العقد في عيادته، ونعقد أن صفة المستشفى كونها خاصة لن يعفيها من المسؤولية.<sup>3</sup>

وقد أثار التداول حول مدى قيام مسؤولية الطبيب المدنية في حالة الكذب أو إخفاء الحقيقة عن المتلقي؟

ذهب جانب من الفقه الذي رأى بضرورة إلتزام الطبيب بتبصير المريض، إلى القبول بقيام مسؤولية الطبيب عن التدخل الجراحي والمخاطر التي تترتب على العلاج.

في حالة الكذب أو لإخفاء الحقيقة عن المريض، وذلك أن الكذب في هذه الحالات يعتبر من قبيل

الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية المدنية.<sup>4</sup> غير أن المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 51 ) من مدونة أخلاقيات

<sup>1</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 112

<sup>2</sup> أنظر د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 223

<sup>3</sup> أنظر د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 113

<sup>4</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 247

الطب نص صراحة على إمكانية إخفاء تشخيص خطير عن المريض، على أن يكون ذلك لأسباب مشروعة، يقدرها الطبيب بكل صدق وإخلاص، ومع ذلك يلتزم الطبيب في هذه الحالة بإخبار أسرار المريض.<sup>1</sup> وإن كان الأمر هنا يتعلق فقط بالأعمال الطبية العادية، أما في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فالواضح من أحكام نص المادة (5/166) من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>2</sup> قد ألزم الطبيب صراحة بتبصير المريض، هنا فامتناع الطبيب عن تبصير المريض و إن كان التشخيص خطيرا يعرضه للمساءلة المدنية، ذلك أن التبصير في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، له دور كبير في قبول عملية نقل وزرع سواء من المتلقي أو من المتبرع، ومن هنا يمكن للمحاكم أن تراقب وتضع حد، لإنفراد بعض الأطباء الجراحين بالمساس بسلامة أجسام المرضى، لا سيما و أن إلتزام الجراح بالجراحة إلتزام ببذل عناية، فمتى ثبت الخطأ من جانبه عرض نفسه للمساءلة المدنية.<sup>3</sup> إلا إذا وجدت ظروف إستثنائية خاصة، و أن لا يكون ذلك إلا بغرض تحقيق المصلحة العلاجية للمتلقي، مع شرط عدم إستعمال الوسائل التدليسية.<sup>4</sup>

### ثانيا: الخطأ الطبي في التزامه بالحصول على رضا المريض قبل التدخل الجراحي

أما خطأ الطبيب في تنفيذ التزامه بالحصول على رضا المريض، قبل التدخل الجراحي، فيتمثل في قيام الطبيب بتقديم العلاج دون الحصول على الموافقة الكتابية، التي اشترطها المشرع الجزائري صراحة في أحكام المادة (165) من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،<sup>5</sup> أو قيامه باستئصال العضو البشري من المتبرع دون الحصول على موافقته الكتابية أيضا، أو في حالة الحصول عليها وكلن مع تخلف الشروط القانونية المتطلبية فيها، والتي نص عليها المشرع الجزائري في أحكام المادة (162) من نفس

<sup>1</sup> أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، ص 1422  
<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص-191.

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 249  
<sup>4</sup> أنظر د.حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 99.  
<sup>5</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

القانون،<sup>1</sup> فتحلف هذا الشرط يجعل من الطبيب مخطئا، ويحمله تبعة المخاطرة الناشئة سواء عن العلاج أو الاستئصال، حتى وأن لم يرتكب أي طأ في مباشرة عمليات النقل والزرع،<sup>2</sup> لا سيما و أن ضرورة الحصول على رضا المريض تزداد كلما كان العلاج أو الجراحة ينطوي على الكثير من المخاطر، هذا ومسؤولية الطبيب لا تثور فقط في حالة عدم الحصول على الرضا الشخصي من المريض، ذلك لو أن الحالة الصحية للمريض، لا تسمح بالتعبير عن رضائه، أو كما لو كان ناقص الأهلية، مما يستلزم في هذه الحالة الحصول على رضا ممثليه القانونيين، فمتى قصر الطبيب في التزامه هذا، عرض نفسه للمساءلة.<sup>3</sup>

ومع ذلك فقد قرر المشرع الجزائري إمكانية التصرف في الأعضاء البشرية للموتى، دون الحصول على الإذن بذلك، أو الموافقة الكتابية إذ ما توافرت الشروط التي نص عليها صراحة في نص المادة ( 6/166) من القانون رقم 05-85، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، فمتى توافرت هذه الشروط استغنى عن رضا المتوفى، وتمنع المسؤولية المدنية على الطبيب والجنائية للطبيب، على أن لا يلحق هذا التصرف أي تشويه أو تمثيل بالجنحة، و إلا عرض نفسه للمساءلة الجنائية.<sup>4</sup>

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال، ماهو أثر رضا المريض في حقه في المطالبة بالتعويض، عن الضرر الناتج جراء عملية زرع، وحق الورثة في المطالبة بالتعويض في حالة ضرر من عملية الاستئصال، لا سيما إذا أنصب الاستئصال على القرنية أو الكلية التي أجاز المشرع استئصالها دون الحصول على الموافقة، سواء من المتوفى قبل وفاته

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 05-85، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص-191.  
<sup>2</sup> أنظر محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية و الجزائرية)، الطبعة الأولى، مؤسسة عبور للطباعة، دمشق، سنة 1991، 381  
<sup>3</sup> أنظر د. مرونك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 250

<sup>4</sup> أنظر د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 202

أو من أحد ممثليه الشرعيين في حالة توافر الشروط المنصوص عليها، في أحكام المادة ( 4/164) من القانون 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.<sup>1</sup>

\*الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية.

إن قيام المسؤولية المدنية سواء عقدية كانت أم تقصيرية، يتطلب توافر ركن الخطأ طبقاً لما ورد في أحكام المادة (124) من ق.م.ج، السابق بيانها.<sup>2</sup>

شرط اقتترانه بركن الضرر، مع قيام العلاقة السببية بينهما، فإذا انتفى ذلك فلا تقبل دعوى المسؤولية.<sup>3</sup>  
فالضرر بشكل عام يعرف على أنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو ماله أو إهماله في القيام بواجب الحيطه والحرص أثناء ممارسته للعمل الطبي، لأن الأصل التزام الطبيب ببذل عناية، وليس الالتزام بتحقيق نتيجة. بالتالي يتحقق الضرر في المجال الطبي في إصابة المريض بضرر.<sup>4</sup>

وهذا على أساس فأنه لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أن يرتكب هذا الأخير خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض، فالقاعدة في المسؤولية الطبية، هي كالقاعدة في مجال المسؤولية المدنية، أي أن حصول الخطأ لوحده دون ضرر لا يرتب المسؤولية مهما بلغت جسامة، ما لم ينشأ عنه ضرر حال مستقبلي أو محقق الوقوع، وسواء كان الضرر مادي أو معنوي.<sup>5</sup>

أما فيما يتعلق بالعلاقة السببية، فإنها تعد أساس المسؤولية المدنية، إذ لا يمكن تصور وجود ضرر ناتج عن خطأ ما لم تكن هناك علاقة سببية، تجعل الخطأ علة الضرر سبب وقوعه، فمناطق المسؤولية وجوهرها، الرابطة

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المرجع السابق، ص 1123

<sup>2</sup> أنظر القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص-33.

<sup>3</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 30

<sup>4</sup> أنظر د.أحسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 127

<sup>5</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 271

السببية التي يراد بها "العلة التي تربط الضرر الطبي الحاصل على الخطأ المرتكب هو الذي أدى إلى وقوع الضرر وهي ركن قائم بذاته في المسؤولية المدنية للطبيب".<sup>1</sup>

ومن هنا فالطبيب الذي يقع منه الخطأ يسبب ضرر للمريض، يستوجب وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل للمريض، فقد يقع خطأ من الطبيب، من غير أن يتسبب بضرر للمريض، ومعنى ذلك أنه لا يكفي القول بمسؤولية الطبيب المدنية في عمليات نقل وزرع الأعضاء، أن يرتكب خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض، مع قيام العلاقة بينهما.<sup>2</sup>

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنه من الصعب تحديد العلاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية، نظراً لتعقيدات الجسم وتغيير خصائصه، وعدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة، لا سيما فيما يخص مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد تعود أسباب الضرر الحاصل إلى عوامل بعيدة أو غير ظاهرة، ترجع لتكيفية جسم المريض، وهو ما يجعلها صعبة التعرف.<sup>3</sup> وهذا لا يعني عدم البحث عن مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فالقضاء يلقي على عاتق الطبيب التزاماً بالتأكد من حالة المريض، ومدى استعداداته لإجراء العملية، وما به من ضعف أو حساسية خاصة قبل التدخل الجراحي، فلا يعفي من المسؤولية إلا إذا ثبت أن الضرر الناتج عن تدخله، كان غير متوقع، أو ضعيف الاحتمال.<sup>4</sup>

وفيما يتعلق بالإثبات فبعد أتم اعتماد نظرية المسؤولية غير الخطيئة في المجال الطبي، اعتبر الخطأ الموجب للمسؤولية مفترض في جانب المدعى عليه، المطالب بإثبات نفيه ليحرر بذلك المدعى (المريض أو المتبرع)، من عبء إثبات وجوده، وإن كان ذلك لا يغنيه عن إثبات باقي عناصر المسؤولية الطبية، وبهذا فإن عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية الناتج عن إخلال الطبيب.

<sup>1</sup> أنظر د.حسين عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 135-136

<sup>2</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 36

<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 271

<sup>4</sup> أنظر د.حسين عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 135-136

بالتزامه بتحقيق نتيجة ، إنما يقع على عاتق الطبيب نفسه، ولا تدرأ عنه المسؤولية المدنية إلا إذا يفلح في

إثبات قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به العلاقة السببية.<sup>1</sup>

وبذلك فإن المسؤولية الطبيب في الالتزام بضمان السلامة في مجال نقل وزرع الأعضاء ، يعتبر التزام بحقيقة

نتيجة مما يؤدي إلى تحرير المريض من عبء الإثبات، فيكون الطبيب الجراح مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب

المريض أثناء التدخل الجراحي وان لم ينسب له أي خطأ ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، أما في مجال

الالتزامات ذات الطبيعة الفنية ، فالتزام الطبيب بنتيجة نحو تحقيق نتيجة، وهو ما يستشف من خلال الأعمال

الطبية ذات الطبيعة الفنية، كعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.<sup>2</sup>

وما تجدر بنا الإشارة إليه في الأخير وفي مجال إثبات الخطأ في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، أن محكمة

النقض الفرنسية قد عدلت عن وقفها ورفضت إمكانية التعويض، عن مخاطر العلاج إذا لم يحدث خطأ في العمل

الجراحي، فصدر عنها في 2000/11/08، أن الالتزام بالتعويض عن مخاطر العلاج لا يندرج ضمن الالتزامات

المتولدة عن العقد، الذي يربط بين المريض والطبيب.<sup>3</sup>

### \* الفرع الثالث: التعويض.

ومن خلال هذا الفرع سنتعرض لأثر رضا المعطي على حقه في التعويض قبل المريض المتلقي، فضلاً عن

حقه في ذلك قبل الطبيب القائم بالعملية.

<sup>1</sup> أنظر عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات، المرجع السابق، ص 36

<sup>2</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 271

<sup>3</sup> أنظر د.محمد حسن منصور، المسؤولية للطبيب، المرجع السابق، ص 170

أولاً: أثر رضا المعطي على حقه في التعويض قبل المريض المتلقي

إن المتبرع بالعضو البشري، وهو الواهب الذي قبل التبرع بأحد أعضائه البشرية إنقاذ حياة الغير، فهو بمجرد قبوله لذلك، يكون قد قبل مبدئياً بكافة الأضرار، أو ما يسمى بالآثار الجانبية المترتبة عن عملية الاستئصال. وهو بذلك لا يعد مرتكباً ولا بشكل من الأشكال لأي نوع من الأخطاء التي قد يترتب عليه حرمانه من حق في الحصول على التعويض، وفقاً لمبدأ "خطأ المضرور المانع لحقه في الحصول على التعويض". والذي أكد عليه المشرع الجزائري في النظرية العامة للالتزام، من خلال أحكام المادة (127) من ق.م.ج والتي جاء فيها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدل عليه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ .

صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"<sup>1</sup> وبذلك فهو صاحب حق في الحصول على التعويض المناسب في حال تعرضه لأي أضرار، على أن تكون تلك الأضرار غير متوقعة، لأن الأضرار الجانبية والتي تعتبر مقترنة في أغلب الأحيان بالعمليات الجراحية، والتي سبق للطبيب القائم على عملية الاستئصال تبصير المريض بها، لا مجال للمطالبة بالتعويض عنها.<sup>2</sup>

وقد ذهب البعض إلى تبرير ذلك على أساوي قواعد العدالة والإنصاف، والتي تقضي بان الشجاعة التي

دفعت قابل التبرع إلى الاستغلال عن العضو من أعضائه، وتعرض حياته للخطر، في سبيل إنقاذ حياة شخص في أمس الحاجة للعضو البشري للمتبرع به.

تقتضي منه نوعاً من الضمان المعنوي الذي يعترف بحقه في الحصول على التعويض.<sup>3</sup> في حين ذهب

البعض الآخر إلى اعتبار العمل صورة من صور الفضالة، حيث يتولى الشخص عن قصد القيام بشأن لحساب

<sup>1</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 71

<sup>2</sup> أنظر د حسين محمد، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 117

<sup>3</sup> أنظر مجلة المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، المرجع السابق، ص 74

الغير ، دون أن يكون ملزماً بذلك، وفقاً لأحكام المادة ( 150 ) من ق.م.ج. <sup>1</sup> ذلك أنه لو تصورنا أن الواهب وهو يرى شخصاً مريضاً في حاجة ماسة لإجراء عملية زرع، من شأنها أن تنقذ حياته، فيقدمه على التبرع بالعضو المطلوب، لا سيما في الحالات التي لا تكون هناك أي نوع من القرابة أو الصلة بين المتبرع والمتبرع له، حيث يكون كل منهما أجنبياً عن الآخر فتختفي الدوافع المعنوية للإقدام على التبرع، فالواهب هنا يكون قد حل محل الفضولي الذي قام بإجراء معتمد، قاصداً به تحقيق مصلحة المريض، و دون أن يكون ملزماً بذلك. <sup>2</sup> وبذلك ووفقاً للقاعدة العامة في نظرية الالتزام في مجال الفضالة، والتي أكد عليها المشرع الجزائري في أحكام المادة ( 157 ) ق.م.ن.ج، فإنه يجب تعويض المعطي عن طل ضرر يتعرض له من عملية الاستئصال. <sup>3</sup> وهو ما ذهبت إليه أحكام القضاء الفرنسي والتي أقرت بحق المضرور الذي لحقه أذى من عملية الاستئصال، في الحصول على التعويض المناسب، على الرغم من أن الشخص الذي كان الاستئصال لصاحبه، لم يرتكب بالمعنى الفني الدقيق أي خطأ من الممكن أن يسأل عنه، وذلك تأسيساً على أحكام الفضالة. <sup>4</sup>

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن حق الواهب في الحصول على التعويض، لا يتعارض مع القاعدة العامة في مجال التصرف بالأعضاء البشرية، والتي تقتضي أن يكون التنازل سواء عن طريق الهبة أو الوصية بدون مقابل، لأن التعويض هنا لا يأخذ صورة البديل عن العضو البشري المتنازل عنه، وإنما هو بمثابة جبر لضرر الحاصل كنتيجة لعملية الاستئصال والتي بينت من حيث الأصل على دوافع إنسانية بحتة، ومن هذا المنطق فقد اعتبرت قواعد العدالة بمثابة سند حقيقي للتعويض، الذي من الممكن الحصول عليه من قبل المتنازل له لصالح المتنازل. <sup>5</sup>

<sup>1</sup> أنظر القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص-35.

<sup>2</sup> أنظر د رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 376

<sup>3</sup> أنظر د أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 162

<sup>4</sup> أنظر القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص-43.

<sup>5</sup> أنظر د رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 378

ولذلك قيل بأن هذا التعويض من الممكن أن يكون شاملا كعرفان بالجميل، لمصاريف العلاج، فترة غياب المريض عن حياته المهنية، كل ضرر ناتج بعد العملية و إن كان متوقعا.....<sup>1</sup>

ثانياً: آثار رضا المعطى على حقه في التعويض قبل الطبيب القائم بعملية الاستئصال.

بما أن الأصل أن العمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لا ترتب أية فائدة مباشرة لصالح المتنازل عن العضو البشري مقارنة بالمستفيد عنه، بل على العكس من ذلك تماماً فهي قادرة على تعريض حياته مستقبلاً للخطر، فضلاً عن كون احتمال فشل العملية يبقى قائماً منذ البداية، سواء تعلق الأمر بعملية الزرع أو النقل.<sup>2</sup> فقد أُلزم القانون الطبيب القائم على عملية الاستئصال بالعمل قدر الإمكان على إجراء موازنة عادلة بين المصالح والمخاطر المترتبة عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

فضلاً عن تبصير المريض بكافة الأخطار الناجمة عن واقعة التبرع، وقصر قبول التبرع بالأعضاء المزدوجة فقط.<sup>3</sup> وغير ذلك من الشروط وفقاً لما سبق بيانه في مجال ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء، و إلا عرض نفسه للمساءلة القانونية، فالطبيب مثلاً في عملية نقل الكلية، باعتبارها أحد الأعضاء المزدوجة التي يسمح القانون بالتبرع بها، فإنه يقع عليه واجب التأكيد من سلامة الكلية المراد استئصالها من جهة مادامت ستستعمل لغرض الزرع، ومن الكلية الثانية لدى المتبرع سلامة تامة، بحيث تسمح لها بأداء وظيفة الكلى في الجسد بالشكل المطلوب صحياً، مع مراعاة أن العبرة بالحالة الصحية للمتنازل وقت إجراء العملية (عملية الاستئصال)، فمتى كانت الكلية الثانية سليمة تماماً، وقادرة على أداء عمل الكليتين بدون أي أضرار، فلا مسؤولية تقع على الطبيب من الوجهة القانونية، غير أنه كوت محلاً للمساءلة القانونية متى خرج عن الأصول المهنية، بحيث شاب سلوكه الطبي نوع من الإهمال أو عدم الحيطة أو التهاون، مما سبب أضراراً للمتبرع ناتجة عن

<sup>1</sup> أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 554

<sup>2</sup> أنظر د. رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر و أثره على الحق في التعويض، المرجع السابق، ص 378

<sup>3</sup> أنظر د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 246

عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لفحص الكلية المتبقية، ومدى سلامتها، وفي هذه الحالة يسأل عن الخطأ غير العمدي، وفي هذه الحالة لا مجال للقول بأن قبول المتبرع من شأنه إعفاء الطبيب من مسؤولية التعويض عن الضرر الحاصل، ذلك أن خطأ الطبيب مستقل تماما عن رضا المعطي، وبذلك فالطبيب هنا أهل لتحمل المسؤوليتين المدنية والجنائية لا سيما إذا أدى ذلك إلى وفاة المتبرع، كذلك الأمر في حالة رضا المتبرع له بعملية الاستئصال، على الرغم من إمكان علاج المتبرع له بطريق آخر.<sup>1</sup> وفي حالة قيام الطبيب باستئصال أحد الأعضاء غير المزدوجة كالقلب مثلا أو الكبد، لأن استئصال العضو البشري في هذه الحالة من شأنه حتما التسبب في وفان المتبرع. ولذلك فالطبيب هنا يسأل عن جريمة القتل العمد، حتى وإن توافر رضا المريض المتبرع، لأن الرضا في هذه الحالة لا يعتد به، فهو رضا باطل لكونه مخالفا لنظام العام والآداب العامة، ولا مجال أمام الطبيب للمتمسك برضا المتبرع للتوصل من المسؤولية، هو هنا مسئول مسؤولية كاملة.<sup>2</sup> لكن وفي حالة ثبوت قيام الطبيب بكافة التزاماته القانونية قبل المعطي، ولم يحدث إهمال أو خطأ في أداءه لعمله، ومع ذلك تدهورت حالة المعطي بعد إجراء عملية الاستئصال، فإنه و إعمالا للقواعد العامة فالمتبرع لا يستحق أي تعويض من طرف الطبيب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 138

<sup>2</sup> أنظر د. سميرة عايد الديبات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ص 167

<sup>3</sup> أنظر د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الأول) المرجع السابق ص 139

## خاتمة

هكذا وفي الأخير نصل إلى القول أن التصرف في الأعضاء البشرية كأحد أحداث و أهم مجالات البحث القانونية والفقهية في القوانين الوضعية المعاصرة، يطرح جملة من الاستنتاجات والملاحظات والاقتراحات. ذلك أن جميع الاتجاهات الفقهية بمختلف نظرياتها ومبرراتها لم تسلم من النقد، و إن كان بعضها أقل عرضة للانتقاد من البعض الآخر، ويمكن إجمال هذه الملاحظات و الاستنتاجات والاقتراحات فيما يلي :

- مختلف النظريات التي قيل كأساس قانوني أو فقهي لتبرير التحول نحو الاستثناء وقبول فكرة الخروج عن مبدأ حصانة التكامل البشري لجسم الإنسان، لم تقدم حلولاً أو تبريرات نهائية، مما جعل غير قابلة للأخذ بها على إطلاقها من الناحية العلمية، وهو ما يجلب البحث في الموضوع ودراسته في تطور مستمر. ومع ذلك يمكن الجزم أن التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق نقلها وزرعها سواء بين الأحياء أو من الموتى إلى الأحياء أمر مقبول قانوناً على أن تتوافر جملة الضوابط والشروط المفروضة قانوناً، والتي تعيد التوازن للمبدأ الأصل، فتضمن حق الإنسان في سلامة جسمه وتكامله الجسدي

- القول بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية لا يعني على الإطلاق إمكان التصرف في كل الأعضاء البشرية، فالأمر مقتصر من جهة على الأعضاء المزدوجة فحسب، ومن جهة أخرى بعيد تماماً عن فكرة جواز نقل أو زرع الأعضاء التناسلية باعتبار الموضوع من حيث الأصل مخالف للنظام العام.

- مسألة التصرف في الأعضاء البشرية لا تزال ليومنا هذا مسألة اجتهادية لم يكتمل مسارها التطوري بعد وهو ما جعل العديد من التشريعات الوضعية بعيدة عنها، رغبة منها في عدم حصرها ضمن نصوص قانونية جامدة نسبياً، ولهذا لا يزال مجالها الأوسع إلى يومنا هذا هو الفقه بنوعيه القانوني والشرعي.

- في زخم الممارسة الطبية عالية المستوى بمختلف أوجهها و أدواتها، أصبح الأطباء عرضة لتحمل المسؤوليتين المدنية والجنائية معا، كنتيجة للأخطاء التي تصر عنهم سواء في مرحلة التشخيص أو إجراء التحاليل أو التدخل الجراحي، دون مراعاة مدى توافر عنصر القصد الجنائي من عدمه، من منطلق أن بعض الأحكام القضائية وجانباً من الفقه قد ذهبوا إلى اعتبار الطبيب ضمناً لسلامة المريض، ولو لم يثبت في جانبه أي خطأ، وإن كان التزامه الأصلي هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وهو ما يفرض على التشريعات الوضعية التدخل السريع بموجب أحكام قانونية صريحة وصارمة، تحدد الجزاءات المترتبة في مثل هذه الأوضاع، وهو ما حققته العديد من القوانين المقارنة في الآونة الأخيرة، في حين لا يزال البعض الآخر منها ثغرات قانونية صارخة في هذا المجال، وهو ما يستلزم التدخل التشريعي والقضائي الحازم.

- على الرغم من قدرة المشرع الجزائري في الآونة الأخيرة على سد بعض الثغرات القانونية في هذا المجال، من خلال تميم قانون العقوبات الجزائري بالقانون رقم 09-01، والذي جرم من خلاله الاتجار بالأعضاء البشرية، إلا أن ذلك لا يمنع من اصطدام الممارسة العلمية في ميدان التصرف بالأعضاء البشرية بالعديد من فراغات القانونية الأخرى، وهو ما يستلزم إيجاد تشريع قانوني مستقل وكامل في مجال التصرف في الأعضاء البشرية، بحيث يكون منفصل تماماً عن قانون حماية الصحة الجزائري، وينظم الموضوع بكل تفاصيله.

- إن فكرة إيجاد تأمين خاص بالشخص المتبرع، يضمن له كل الأخطار المحتمل وقوعها في المستقبل كنتيجة للاستئصال، يبقى محل جدال واسع بين الفقه والقانون، لأن الفقه أجاز الأمر من باب العرفان بالجميل، غير أن المشرع الجزائري مثلاً أكد على ضرورة انعدام أي منفعة مالية أو أية منفعة أخرى أيا كانت طبيعتها، لذلك وضمناً لاحترام القانون ينبغي التدخل بموجب نصوص صريحة تميز أو تمنع فكرة التأمين بهذا المضمون في هذا المجال.

- إن قبول فكرة التصرف في الأعضاء البشرية من قبل أفراد المجتمع، بحيث لا يكون نطاقها مقتصر على الأقارب، يستلزم إعداد حملات تحسيسية دورية بخصوص التبرع بالأعضاء البشرية، ترفع من مستوى الحس الإنساني لدى

الأفراد، فتشجعهم على ذلك، لا سيما إذا تم توفير الإمكانيات البشرية والمادية المناسبة لضمان نجاح مثل هذه العمليات.

- وضع سجل خاص بالتبرع بالأعضاء البشرية يضمن قانونية التصرف، أو حتى بطاقات تحمل علامات تفيده بالتبرع كما هو الحال في القانون الفرنسي.

## ملحق

المشفى المدني في ستراسبورغ

مركز المعالجة الإقليمية

شهادة رفض أو قبول اقتطاع الأعضاء

أنا الموقع (الموقعة).....

1. اسم وكنية الشخص المعالج في المشفى.....

المولود في.....

المقيم في.....

2. صفة المصرح (إذا لم يكن هو الشخص المعالج).....

اسم وكنية.....

درجة القرابة من الشخص المعالج في المشفى (أقارب، آخريين).....

3. أصرح بواسطة هذه الوثيقة:

- معارضي لأي اقتطاع للأعضاء.....

- معارضي للاقتطاع التالي.....

- قبول كل حالات اقتطاع الأعضاء.....

على الشخص المعالج في المشفى المحدد آنفا.

4. الظروف التي الصريح خلالها.....

يحدد:

- طرق التعبير عن إرادة الشخص المعالج في المشفى.....

- الظروف التي تم فيها التصريح.....

5. الإشارة للوثائق المختلفة المتعلقة بالتعبير عن إرادة الشخص المعالج في المشفى.....

6. ملاحظات خاصة أخرى:.....

تم في .....

في..... الساعة.....

توقيع المصرح.....

## قائمة المراجع

أ.القرآن الكريم برواية ورش ابن نافع.

ب.المصادر القانونية.

1.دستور الجزائر لسنة 1996، المؤرخ في 27 رجب عام 1417، الموافق ل 7 سبتمبر سنة 1996، المعدل والمتمم بآخر تعديل له: 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2016، العدد 14.

2.الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، و آخر تعديل له هو القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 العدد 07.

3. القانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر عام 1430، الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2009، سنة 46، العدد 15 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 يونيو سنة 1963.

4. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بآخر تعديل له: القانون رقم 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق 13 مايو سنة 2007، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2007، سنة 31، العدد 44.

5. القانون رقم 66-156، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بآخر تعديل له القانون رقم 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2007 العدد 44.

6. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005 سنة 15 العدد 42. والمعدل و المتمم بآخر تعديل له 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2008 العدد 44.

7. القانون رقم 90-17، المؤرخ في 9 محرم عام 1411، الموافق 31 يوليو سنة 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1990 سنة 29 العدد 35.

8. القانون رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2006، سنة 43، العدد 14.

9. المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1992، سنة 29، العدد 52.

### ج. الكتب العامة.

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام بدون رقم الطبعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية بدون سنة النشر.

2. أ. بن شيخ حسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص (جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، أعمال تطبيقية) الطبعة الخامسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2006.

3. د. عبد الرزاق السنهزري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، بدون رقم طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1952.

4.د. عبد القادر المهيري، د. محمد اليعلاوي، د. ابراهيم بن مراد، الألفبائي، الطبعة الثانية عشر، مطبعة توب، تونس، سنة 2003.

5.د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر-الالتزام-التصرف القانوني) الجزء الأول (العقد الإرادة المنفردة) الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004.

6.د. منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام،(فقه وقضايا) بدون رقم طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2006.

#### د.الكتب المتخصصة:

1.د. أحمد عباس حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب (في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري) بدون رقم الطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان سنة 2005.

2.د. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، بدون رقم الطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1995.

3. الياس أبو عيد، المسؤولية (الإدارية والمدنية والتجارية والمصرفية والجزائية، تعلق على أحكام وقرارات) الجزء الأول، بدون طبعة، بدون دار النشر سنة 1993.

4.د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية بدون رقم الطبعة، مطبعة عين الشمس، القاهرة، سنة 1975.

5.د. حسني عودة زعال، التصرف القانوني غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان سنة 2001.

6. د.د. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر و أثره على حقه في التعويض، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2005.
7. د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
8. د.د. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها ( في ضوء الفقه والقضاء)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2003.
9. د.د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة والمستشفيات ( المدنية والجنائية والتأديبية)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، القاهرة، سنة 2002.
10. د.د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، سنة 2001.
11. د. محمد صبحي نجم محمد، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، بدون رد الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1983.
12. د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في مجال الطبي ( دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية)، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة القاهرة، سنة 2004.
13. د. محمود صبحي زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، الطبعة الأولى مؤسسة غبور للطباعة، دمشق سنة 1999.
14. د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارن)، الجزء الأول، (الكتاب الأول)، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2003.

15. د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، (الكتاب الثاني: التطبيقات العلمية لعمليات النقل وزرع الأعضاء البشرية)، بون رقم الطبعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2003.

16. د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (الكتاب الثالث: القوانين والفتاوى والبيانات الصادرة في العلم العربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية)، بدون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2003.

17. د. منذر الفضل، التصرفات القانونية في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان سنة 2002.

18. د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، بدون رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، القاهرة سنة 2004.  
هـ. المجالات القانونية:

1. المسؤولية الطبية (أعمال الملتقى الوطني)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر سنة 2008.

# الفهرس

تشكرات

إهداء

المقدمة

الفصل الأول

مفهوم التصرف في الأعضاء البشرية

المبحث الأول

مضمون التصرف في الأعضاء البشرية

المطلب الأول

تعريف وأهمية التصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الأول

تعريف التصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الثاني

أهمية التصرف في الأعضاء البشرية

المطلب الثاني

حكم التصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من التصرف في الأعضاء البشرية

1-الإتجاه القائل بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية

2-الإتجاه القائل بالمنع المطلق للتصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة من التصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية

أولاً: الأساس الشرعي لإباحة عماليات نقل الأعضاء البشرية:

ثانياً: الأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية

1-بالنسبة للتصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء

2- بالنسبة للتصرف في الأعضاء البشرية بين الموتى

المطلب الثالث

الأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الأول

نظرية الضرورة العلاجية

الفرع الثاني

نظرية المصلحة الاجتماعية

المطلب الرابع

صور وأغراض التصرف في الأعضاء البشرية

الفرع الأول

صور التصرف في الأعضاء البشرية

أولاً: التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع

الحكم الشرعي من بيع الأعضاء الادمية

موقف التشريعات المقارنة من بيع الأعضاء البشرية

1- حكم الإتجاه الفقهي القائل بجواز التصرف في الأعضاء البشرية بالبيع

2- حجج الإتجاه الفقهي القائل بتحريم بيع الأعضاء البشرية شرعاً وقنونا

39	موقف المشرع الجزائري من التصرف في الاعضاء البشرية عن طريق البيع	
41	حكم التصرف في الاعضاء البشرية بطريق المقايضة	
42	ثانيا التصرف في الاعضاء البشرية بطريق التبرع	
43	1- التصرف في الاعضاء البشرية بطريق الهبة	
44	2- التصرف في الاعضاء البشرية بطريق الوصية	
45	موقف المشرع الجزائري من التصرف في الاعضاء البشرية عن طريق التبرع	
45	اغراض التصرف في الأعضاء البشرية	الفرع الثاني
51	ضوابط او شروط التصرف في الأعضاء البشرية	المبحث الثاني
51	ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية	المطلب الأول
52	الضوابط المتعلقة بالمتنازل عن العضو البشري	الفرع الأول
52	1-ألا يعرض المتنازل حياة المتبرع	
53	2-رضا المتبرع بالعضو البشري (الموافقة الكتابية علي التبرع )	
55	أ.الرضا الحر	
56	ب.الرضا المتبصر(المستنير)	
59	ج.أهلية التبرع بالعضو البشري	
63	3-امتناع المقابل المادي	
64	مبدأ الرجوع عن الموافقة	
65	الضوابط المتعلقة بالمتنازل له عن العضو البشري	الفرع الثاني
66	1-ان يكون الزرع الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له	
66	2-رضا المتبرع المستنير(المتلقي)	
71	1.الاتجاه القائل برفض تبصير المريض	
72	2- ضوابط أو شروط التصرف في الأعضاء البشرية	
73	3- الاتجاه بالتبصير في حدود	
74	رفض المتبرع له العلاج	
75	الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية	الفرع الثالث
75	1- الشروط الخاصة بممارسة العمل الطبي	
75	2- الشروط الطبية ذات الطبيعة الفنية	
77	3- مكان إجراء عمليات النقل و الزرع	
78	ضوابط التصرف في الأعضاء البشرية للموتى	المطلب الثاني
78	الضوابط المتعلقة بالمتوفي	الفرع الأول

79	1- أن يتم الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة	
83	2- رضا المتوفي بالتبرع قبل وفاته	
84	3- عدم الكشف عن هوية أطراف عملية الزرع و النقل	
85	الضوابط المتعلقة بأقارب المتوفي	الفرع الثاني
89	الآثار القانونية المترتبة عن التصرف في الأعضاء البشرية	الفصل الثاني
90	المسؤولية الجنائية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية	المبحث الأول
90	أركان المسؤولية الجنائية	المطلب الأول
91	الركن الشرعي	الفرع الأول
92	الركن المادي و المعنوي	الفرع الثاني
92	أولا : الخطأ الطبي في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية الموجب للمسؤولية الجنائية للطبيب	
94	1- جرائم الاعتداء العمدي على النفس	
95	أولا : ارتكاب الطبيب جريمة إحداث عاهة مستديمة	
99	ثانيا : ارتكاب الطبيب جريمة السرقة	
100	ثالثا : ارتكاب الطبيب جريمة السرقة و الجرح المفضي لعاهة مستديمة	
101	2- جرائم إنهاء حرمة الموتى	
102	3- جريمة تدنيس القبور	
102	4- جريمة القيام بتجارب طبية على جثة المريض	
109	موانع المسؤولية الجنائية للطبيب	المطلب الثاني
109	نظرية الضرورة العلاجية	الفرع الأول
115	نظرية قبول المخاطرة	الفرع الثاني
119	المسؤولية المدنية للطبيب المتصرف في الأعضاء البشرية	المبحث الثاني
119	الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية	المطلب الأول
120	مسؤولية عقدية	الفرع الأول
123	مسؤولية تقصيرية	الفرع الثاني
124	عناصر المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية	المطلب الثاني
124	الخطأ الطبي	الفرع الأول
128	أولا : الخطأ في الالتزام في التبصير قبل مباشرة العلاج	
131	ثانيا : خطأ الطبيب في إلتزامه بالحصول على رضا المريض قبل التدخل الجراحي	
133	الضرر و العلاقة السببية	الفرع الثاني

135	التعويض	الفرع الثالث
136	أولا : أثر رضا المعطي على حقه في التعويض قبل المريض المتلقي	
138	ثانيا : أثر رضا المعطي على حقه في التعويض قبل الطبيب القائم بعملية الاستئصال	
140		خاتمة
		ملحق
		قائمة المراجع
		الفهرس