المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

المقدمة:

لقد عرف هذا القرن بإنجازات علمية عظيمة في مختلف الميادين لا مثيل لها في تاريخ البشرية و أعظم هذه الإنجازات تلك التي تؤدي إلى إنقاذ آلاف المرضى من الموت أو تخليصهم من آلامهم.

فبظهور الوسائل الطبية الفنية الحديثة تجاوز الطب حدود الأعمال الطبية التقليدية ليدخل في معالجة الأمراض المستعصية التي كان علاجها أمرا مستحيلا لكن هذه الوسائل الحديثة لا تمثل فقط اكتشافا عظيما لإمكانية علاجية لا يمكن حصر آثارها في إنقاذ العديد من المرضى الذين لم تجدي معهم وسائل العلاج التقليدية بل إن تلك الوسائل تفتح مجالا أمام البحث القانوني والاجتماعي إذ يعتبر نموذجا فريدا لمشاكل المسؤولية الطبية التي تثيرها التطبيقات الجديدة والمستقبلية للبيولوجيا.

ومن أهم الإنجازات الطبية الحديثة التلقيح الاصطناعي الإنعاش الاصطناعي عمليات تحويل الجنس الاستنساخ التعقيم كأسلوب علاجي وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فهذه الأخيرة تعد من أهم و أعظم الانتصارات الطبية في الوقت الحاضر فهي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت ويقصد بها "نقل الأعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام أعضاء منها مريضة أو تالفة لتقوم مقامها في أداء وظائفها وقد توسع مجال مثل هذه العمليات ليشمل بالإضافة إلى زرع الكلى وقرنية العين ، زرع القلب والبنكرياس والكبد وبعض الجنيات فأصبحت هذه العمليات آخر صيحة في الفقه القانوني، إذ تثير أمام رجال القانون والباحثين تساؤلات عديدة حول مدى مشروعيتها وعن مسؤولية الجنائية والمدنية التي قد تنتج عنها.

لدى يجب على رجال القانون السعي للتوصل إلى أجوبة عن هذه التساؤلات وذلك بالتعاون مع رجال الطب وهذا حتى لا تخرج هذه العمليات عن الهدف النبيل الذي وجدت من اجله ألا وهم حماية حق الإنسان في الحياة وفي التكامل الجسدي وتشجيع الأطباء على الابتكار والتقدم العلمي للمزيد من الانجازات الحديثة بغرض إنقاذ المرضى و تخليصهم من آلامهم.

و لما كان توفير و كفالة حق الجسم في المحافظة على سلامته مبدأ ترمي إليه الدراسات الفقهية و النصوص القانونية و كذا العمليات الطبية، فإن الإشكال المطروح في هذا البحث يتمثل فيما إذا كان التصرف في جسم الإنسان يحظى بالمشروعية في كل من الشريعة و القانون خاصة مع صعوبة تحديد لحظة بداية و نهاية الجسم؟ و ما مدى تأثير التصرفات الطبية الحديثة على نطاق الحماية المدنية للجسم؟

و سنحاول تناول هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

الفصل الأول: مشروعية التصرف في جسم الإنسان

المبحث الأول: شرعية اقتطاع الأعضاء

المطلب الأول: شرعية محل اقتطاع الأعضاء

الفرع الأول: فيما يتعلق بمحل الأداء

الفرع الثاني: فيما يتعلق بمحل الالتزامات

المطلب الثاني: أخلاقية سبب اقتطاع الأعضاء

الفرع الأول: تحقيق فائدة الغير

الفرع الثاني: مصلحة المجتمع

المبحث الثاني: تحديد لحظة نهاية الجسم و التحقق من الوفاة

المطلب الأول: تعريف الموت

الفرع الأول: التعريف القانوني للموت

الفرع الثاني: التعريف الطبي للموت

المطلب الثاني: التحقق من الوفاة

الفرع الأول: معايير تحديد حالة الوفاة

الفرع الثاني: الإنعاش الاصطناعي

الفصل الثاني: التصرفات الطبية الحديثة في نقل الأعضاء البشرية

المبحث الأول: أساس إباحة التصرف في الجسم البشري

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي

المطلب الثاني: الاستنساخ البشري

الفرع الأول: تعريف الاستنساخ و خطواته

الفرع الثاني: الاستنساخ و البحث العلمي

المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من التصرفات الطبية الحديثة

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاستنساخ البشري

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

المبحث الثاني: الرضاء (الموافقة)

المطلب الأول: رضاء المتبرع

الفرع الأول: مميزات رضاء المتبرع

الفرع الثاني: صور تعبير المتبرع بالعضو عن إرادته

الفرع الثالث: محل رضاء المتبرع

الفرع الرابع: عدول المتبرع عن رضائه

الفرع الخامس: أثر رضاء المتبرع بالعضو

المطلب الثاني: رضاء متلقي العضو

الفرع الأول: صاحب الرضاء (ممن يصدر الرضاء)

الفرع الثاني: صور التعبير عن إرادة المتلقي

الفرع الثالث: تبصير المتلقي

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

الفصل الأول : مشروعية التصرف في جسم الإنسان:

في الواقع، إن اقتطاع الأعضاء من شخص حي هو أمر استثنائي، لأنه يعرض المتبرع لخطر و ضرر كبيرين، فمشروعية هذا النقل تنحسر في التنازل عن الأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان، بحيث يقوم العضو المتبقي مقام العضو المستأصل بنفس الأداء ككليتي الإنسان و رئتيه، و منه لا يجوز للشخص أن يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه يؤدي وظائف هامة تؤثر على حياته و تهددها بالموت، كالتصرف في عضو ليس له بديل في الجسم كالقلب مثلا.

إن الحق بالتكامل الجسدي يعد أحد حقوق الإنسان الجوهرية، لكن ماذا يبقى من هذا الحق بعد الوفاة؟ و ما هي الشروط التي تسمح للطبيب بالاعتداء على جسم الشخص، الذي عهد إليه لحمايته ضد الموت، للاستفادة من وفاته باقتطاع أنسجة أو أعضاء من جسمه لأهداف علاجية أو علمية؟[1]

و هل تحقق هذه الشروط يعفي الطبيب من قيام مسؤوليته تجاه هذا الشخص؟

في الواقع، هناك اتجاه فطري للتفكير أنه لا يمكن المساس بجثة الإنسان لأي سبب كان، فقد ظهر هذا الجسم كأنه شيء مقدس، و قد نتجت هذه القدسية من اهتمام المرء الدائم بالقيم الأخلاقية التي يمثلها [2].

و لكن أخيرا، ما هو الجسم عندما يتوقف عن الحياة؟

فقد كتب البروفيسور J. SAVATIER منذ عام 1966: « **ليست الجثة إلا شيئا و لكن الوفاء لذكرى الشخص الذي مثلته يفرض احترام هذه الجثة** »[3]. **كما أن الكنيسة الكاثوليكية لم تأخذ بحصانة الجثة كعقيدة، فقد تبرع سابقا SAINT FRANCOIS DE SALES الذي شعر بحلول أجله بجسمه إلى العلم، و في عام 1956 قال البابا PIE XII ما يلي فيما يتعلق بترقيع القرنية: « بالنسبة لاقتطاع قرنية المتوفى لا يوجد أي اعتداء على ممتلكاته و لا على حقه في هذه الممتلكات »**[4].

و على كل حال، لا يمكن اقتطاع أي عضو من الشخص الميت قبل التأكد بشكل واضح من حقيقة الموت، و لكن ما هو الموت في الواقع؟ و ما هو المفهوم الذي يمكن أن نعطيه للموت؟

المبحث الأول: شرعية اقتطاع الأعضاء

استنادا لقانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري الذي نظم في بعض نصوصه اقتطاع الأعضاء، يمكن للشخص إعطاء موافقته على اقتطاع أحد أعضائه أثناء وجوده على قيد الحياة لمصلحة الغير.

و هكذا يجب الحكم على شرعية الاتفاقيات التي يكون محلها جسم الإنسان استنادا لمقتضيات النظام العام و الأخلاق الحميدة ، وإذا كان يهتم النظام العام بكل ما يمس الإنسان فيجب علينا تحديد لماذا يشكل هذا المفهوم عقبة أمام إبرام الاتفاقيات المتصلة بجسم الإنسان و خاصة اقتطاع الأعضاء، أما فيما يخص الأخلاق الحميدة فيعتبر الاتفاق الذي يخالفها غير أخـــلاقي.

---

[1] J. SAVATIER, Les prélèvements d'organes après décès, Colloque sur la mort, Aspects médico-légaux, Poitiers Cujas1980, p 19.

[2] أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، رسالة دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 27 جوان 1999، ص 179.

[3] J. SAVATIER, Les greffes d'organes devant le droit, cahiers Laennec, Mars 1960, p 35.

[4] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 180.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

إذن يجب أن يحقق اقتطاع الأعضاء الشرطين الرئيسيين التاليين:

- ألا يصدم اقتطاع الأعضاء النظام العام أو الأخلاق الحميدة.
- أن يكون سبب الاقتطاع أخلاقيا.

و سنخصص المطلبين التاليين لدراسة هاتين النقطتين.

المطلب الأول: شرعية محل اقتطاع الأعضاء

يطرح السؤال قبل كل شيء لمعرفة ما هو النظام العام؟

بالتأكيد هو مفهوم يصعب تحديده و قد فتح المجال أمام كثير من النقاش فبالنسبة للأستاذ السنهوري[5] النظام العام هو: « **القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلو على مصلحة الأفراد**»، أما بالنسبة لـ A . WEILL[6]: « **يفترض النظام العام وجود نزاع بين مصدرين من القواعد القانونية داخل الدولة، المصدر الرئيسي و هو الذي نشتق منه القواعد التي تنظم المصلحة العامة لمجموع الوطن، و المصدر الثانوي و هو الذي يتحدث باسم المصالح المختلفة قانونا، و إذا اقتصرنا على القانون المدني يظهر النزاع بين القواعد القانونية الوطنية و القواعد الموضوعة بين الأفراد ضمن اتفاق ما، و التي هي بمثابة قانون في العلاقة التي تربط بينهم**».

يسجل مفهوم النظام العام إذن تفوق بعض القواعد القانونية التي تحمي المصالح العليا أو النظام العام ضمن الدولة على القواعد الاتفاقية المستلهمة من مصالح الأفراد، فهذا المفهوم يترجم إذن ضرورة وجود عدد من الأنظمة في المجتمع، و هكذا فمبدأ التكامل الجسدي للشخص هو مبدأ من النظام العام، و ينتج عن ذلك اعتبار الاتفاق الذي يحمل اعتداء على جسم أحد الأشخاص ضد النظام العام مبدئيا، بالتالي فهو باطل، و لو كان ذلك بجرحه خطأ في إطار ممارسة الطبيب لعمله[7].

لكن هذا المبدأ ليس مطلقا، ففي كل مرة لا يتضمن فيها التصرف بجسم الإنسان اعتداءا على المصلحة العامة يجب أن يعتبر مشروعا، و يكون هذا الاتفاق منسجما مع النظام العام و الأخلاق الحميدة عندما يتبع هدفا مشروعا[8]، فالممنوع هو الاتفاقيات التي تذهب ضد المصلحة العامة للمجتمع.

كما تنخرط الأخلاق الحميدة، كالنظام العام، في مجال اقتطاع الأعضاء فيجب ألا يتعارض الاقتطاع معها، و يمكن تعريف الأخلاق الحميدة تقليديا بأنها: « **قواعد الأخلاق الاجتماعية التي تعتبر جوهرية من أجل النظام في المجتمع** »[9] فتهدف الأخلاق الحميدة إذن لحماية هذه المبادئ الأخلاقية الجوهرية التي تعتبر ضرورية لحماية المجتمع من الفساد، و يجب ألا

---

[5] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 434.

[6] A. WEILL et F. TERRE, Introduction générale au droit, les obligations, 4éme édition DALLOZ, 1979 p 286.

[7] قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) المؤرخ في 1996/10/29 ملف رقم 144179 (غير منشور)، كذلك قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) المؤرخ في 1997/07/08 ملف رقم 140814 (غير منشور).

[8] J. CARBONNIER, Droit civil, introduction, les personnes, 16éme édition, P.U.F 1987 p 352.

[9] X. LABBEE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Presses universitaires de Lille, 1990, p 381, paragraphe 231.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

يسمح القانون ما تنكره الأخلاق، فيجب اعتبار الاتفاقيات التي تنشئ التزامات تنكرها الأخلاق غير مشروعة و هكذا يستطيع المرء التصرف بجسمه ضمن شـروط محددة.

و لكن يجب علينا التساؤل كيف يمكن لهذا المحل الدخول في التعامل القانوني الخاص؟

إن تميز المحل عن غيره يؤدي بنا إلى طرح السؤال التالي: على ماذا يقع الالتزام؟ فالشيء محـــل الالتزام هو إذن الأداء الموعود به من قبل المدين، و يجب أن يكون محل الالتزام مشروعا و معينا بشكل كاف و أن يكون ضمن التعامل القانوني.

و قد اعتبرت النظرية التقليدية للمحل أن الشخص الطبيعي خارج نطاق التعامل القانوني لأنه سيكون محلا مستحيلا للالتزام ، و لن تكون الاتفاقية مشروعة إذا كان محلها جسم الإنسان. كما يعتبر أنصار هذه النظرية أنه « **استنادا لمقتضيات النـظام العام و الأخلاق الحميدة، يجب إبطال الاتفاقيات التي ترتب على عاتق أو لمصلحة أحد الأطراف الالتزام أو الإمكانية بالاعتداء على التكامل الجسدي ، سواء على جسمه أو على جسم الغير كونها تتضمن محلا غير مشروع و غير أخلاقي في نفس الوقت** »[10].

ولكن التصرف بجسم الإنسان لا يعارض النظام العام و الأخلاق الحميدة مادام لا ينتج عنه خطر شديد بالنسبة للشخص، و مادام يهدف هذا التصرف لتجنب خطر آخر أشد منه، و في الواقع « **يأخذ القانون بعين الاعتبار بشكل كبير الهدف المتوخى من قبل الأطراف** »[11]. كما أن الطابع المتعدد و المرن للنظام العام و الأخلاق الحميدة يسمح بتكيف مبدأ التكامل الجسدي مع الحاجات الاجتماعية للحظة المناسبة.

و بذلك تم دخول جسم الإنسان في تعامل قانوني خاص يأخذ بعين الاعتبار الهدف المتوخى من قبل الأطراف المتعاقدة .لكن يطرح التساؤل فيما إذا كان النظام العام يسمح بإيقاع مثل هذا الاعتداء لمصلحة الغير، فهل ينسجم اقتطاع عضو أحد المتبرعين لزرعه عند مستفيد ما مع النظام العام و هل يشكل محلا مشروعا لاقتطاع الأعضاء؟

و سنحاول فيما يلي تكييف النظرية العامة للمحل مع حالة اقتطاع الأعضاء، فمحل الاقتطاع هو النشاط الذي يبذله الجراح لاقتطاع العضو، أما محل التبرع فهو إعطاء العضو المقتطع.

فيما يتعلق بالاقتطاع، يتمثل محل التزام المتبرع بالخضوع للاقتطاع، في حين أن محل التزام الجراح يتمثل في نشاطاته المهنية الهادفة إلى اقتطاع العضو، و بالطبع محل هذين الأدائين هو جسم المتبرع الذي لا يظهر من الناحية القانونية إلا بشـكـــل غير مباشر[12].

و سنتطرق فيما يلي إلى كل من محل الأداء (الفرع الأول) و محل الالتزام (الفرع الثاني):

الفرع الأول: فيما يتعلق بمحل الأداء

بما أن الجسم هو جزء من الشخص، فانه مثله خارج التعامل القانوني، لأن التصرف الذي يقع عليه قد يهدد حريته، فمن الضروري إذن كما يشير إليه J . CARBONNIER أن تكون الحرية في هذه التصرفات جزئية[13] لأن التصرف الجزئي

---

[10] A. JACQUES, Les conditions relatives à la personne physique, Revue critique de législation et de jurisprudence, p 373 paragraphe 7.

[11] J. CARBONNIER, OP.CIT, p 2, paragraphe 7

[12] أحمد شرف الدين ، قانون نقل الأعضاء ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، ط 2، باريس 1975، ص 304.

[13] J. CARBONNIER, OP.CIT , p 2, paragraphe 7

بالجسم لن يهدد حرية الشخص، فضلا عن ذلك يمكن لهذا الشخص دائما الرجوع عن التعهد بالتصرف بجسمه، لكن تبقى دائما المشكلة من وجهة النظر التقنية و القانونية هل جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني؟

فالشيء يعتبر خارج التعامل القانوني إذا كانت طبيعته أو الغاية منه تجعله غير قابل لأن يكون محلا للتعامل، كما يعتبر الشيء أيضا خارج التعامل إذا كان محلا لتصرف قانوني غير مشروع[14]، و فيما يتعلق بجسم الإنسان، فان العقبات التي تتعلق بطبيعته أو بالغاية منه و التي تمنع دخوله في تعامل قانوني مسموح به مستبعدة، لأنه متى تم قبول شرعية و أخلاقية سبب الاتفاق فمن الممكن قبول شرعية المحل.

و في الحقيقة، إذا اعترفنا بالهدف الأخلاقي لتصرف المتبرع، فيمكن التغلب على العقبة المتعلقة بطبيعة الجسم و التي تمنعه من أن يكون محلا لاقتطاع الأعضاء لنقلها إلى شخص آخر مريض، و فيما يخص مصير الجسم لا يوجد أي عقبة بيولوجية لاقتطاع جزء من الجسم دون أن يسبب ذلك أي خطر للمتبرع، و يمكن تأمين الوظيفة الحيوية للعضو المقتطع من خلال عضو آخر عندما تكون الأعضاء مزدوجة[15].

و بالتالي لم يبق من أسباب عدم مشروعية محل الاتفاق إلا إذا منع المشرع مثل هذا التعامل أو كان مخالفا لنظام العام، و في هذه الحالة، يسمح المشرع و ينظم فيما يخصه، التعامل الذي يكون محله جسم الإنسان كما هو عليه في قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري و قوانين البلدان الأخرى.

الفرع الثاني: فيما يتعلق بمحل الالتزامات

محل الالتزام بصفة عامة هو كل ما يلتزم به المدين إما التزام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء، و يقصد به نقل أو إنشاء حق عيني[16]. يعتبر المحل غير مشروع إذا كان ممنوعا من قبل القانون أو مخالفا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة، و في الواقع تسمح القوانين سواء قوانين البلدان المختلفة أو قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري باقتطاع الأعضاء بل هي تشجع ذلك.

و لا يمكن اعتبار رضاء المتبرع بالعضو غير صحيح إلا باللجوء إلى مفهوم النظام العام و الأخلاق الحميدة، و يكون هذا عند مخالفتها شروطا معينة.

و منه نستنتج أن اقتطاع عضو من أجل زرعه عند أحد المرضى يشكل محلا مشروعا للاقتطاع، و الممنوع هو التنازل الكامل عن الجسم أثناء الحياة أو اقتطاع عضو وحيد أو أساسي للجسم كالقلب، لأن هذا الاقتطاع سيؤدي بالضرورة إلى موت المتبرع. لكن حتى إذا انسجم محل اقتطاع الأعضاء مع مقتضيات النظام العام و الأخلاق الحميدة فلا يمكن السماح بالموافقة لأي هدف كان و لا يقبل إلا التبرع المخصص لتحقيق مصلحة علاجية مشروعة.

المطلب الثاني: أخلاقية سبب اقتطاع الأعضاء

تلعب نظرية السبب دورا مهما ضمن العلاقات التعاقدية حيث يستطيع القاضي بواسطة السبب مراقبة الطابع الأخلاقي للاتفاق، فالسبب هو الذي يسمح باكتشاف أهداف الأطراف المتعاقدة[17]، و السبب في مجال التصرفات القانونية هو دافع الإرادة أي السبب الذي من أجله يلتزم المدين بموجب عقد[18].

---

[14] د .أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني "رسالة دكتوراه"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1999، ص 293.

[15] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 293.

[16] محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1983، ص 63.

[17] P. MALAURIE, L'ordre public et le contrat, édition Briane-Reims 1953, p 183, paragraphe 217.

و في الواقع لا يكفي أن يكون للالتزام سبب و أن يكون هذا الالتزام صحيحا بل يجب أن يكون السبب مشروعا، و يعتبر السبب غير مشروع « **متى كان معاقبا من قبل القانون أو كان مخالفا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة** »[19].

و بالتالي يجب ألا تتعارض الاتفاقيات الواقعة على جسم الإنسان مع النظام العام و مع مصلحة المجتـــمع، اللذين لا يعارضان إبرام مثل هذه الاتفاقيات إلا إذا كانت الأطراف المتعاقدة ترغب تحقيق هدف غير مشروع، فالقانون يأخذ بعـــين الاعتبار بشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين[20]، و حرية الشخص بالتصرف بجسمه ليست بدون حدود و لا يمكن أن تمارس هذه الحرية بشكل مشروع لتحقيق أي هدف كان، فلا يوجد شخص يستطيع التصرف بجسمه بدون سبب مشروع[21].

فيجب أن يهدف التصرف بجسم الإنسان تحقيق فائدة مشروعة، أي علاج الشخص محل التصرف أو أي شخص آخر، فالهدف العلاجي هو الذي يشكل المصلحة المشروعة، و لا يكون نقل الأعضاء مشروعا إذا كان الهدف منه هو تحقيق الربح و ليس شفاء المريض.

فهل يستطيع الشخص الموافقة على اقتطاع أحد أعضائه أثناء حياته لزرعها في شخص آخر؟ (الفرع الأول)، و هل تعطي مصلحة المجتمع فعالية دائما للتنازل عن عضو من أجل المساعدة على تطور العلم؟ (الفرع الثاني).

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلين فيما يلي:

الفرع الأول: تحقيق فائدة الغير

الأصل هو عدم إمكانية الاعتداء على التكامل الجسدي لجسم الإنسان إلا ضمن الضرورة العلاجية، و بعد الحصول على موافقة معمقة من قبل صاحب الشأن إلا إذا اقتضت مصلحة هذا الشخص بتدخل علاجي لا يستطيع هو نفسه الموافقة عليه.

إلا أنه، قادت مقتضيات الأخلاق الضرورية المشرع للنص على استثناءات لمصلحة الغير، المجتمع و الصحة العامـة، و لا يمكن قبول اقتطاع عضو من شخص سليم تماما إلا إذا كان لتحقيق الشفاء المؤكد لشخص محدد بذاته، و هذا ما نصت عليه المادة 1/166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها[22] التي جاء فيها ما يلي: « **لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية** ... »، و هذه الغاية العلاجية بالنسبة للغير هي التي تبرر مشروعية اقتطاع الأعضاء.

لذا يجب التأكيد على أن مبدأ المحافظة على التكامل الجسدي لجسم الإنسان هو السائد في هذا المجال، فلا يمكن أن يهدف اقتطاع الأعضاء تحقيق فائدة غير مشروعة أو أن يسبب فقدان الحياة أو يلحق ضررا كبيرا بمصلحة المتبرع[23].

---

[18] C. LARROUMET, Droit civil, les obligations, le contrat, 2éme édition 1990, p 409, paragraphe 440.

[19] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 296.

[20] J. CARBONNIER, Droit civil, introduction, les personnes, 16éme édition, P.U.F 1987, p 253, paragraphe 48.

[21] د .أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 240.

[22] المادة 1/166 من القانون رقم 85/ 5 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

[23] M. HARICHAUX, La prise en charge du coût des transplantations d'organes, Revue trimestrielle, n° 25 juillet – septembre1989, p 132.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

1 . يجب أن يمثل اقتطاع الأعضاء طابعا مشروعا:

فاقتطاع الأعضاء يجب أن يحقق هدفا علاجيا، أي أن يكون المستفيد مريضا و قابلا للحصول على فائدة، فيجب ألا يطرح نقل الأعضاء إلا إذا كان الأمر الأخير، أي بعد وضع كل التقنيات التقليدية موضع التنفيذ و أصبح المستفيد المحتمل ذاهبا باتجاه الموت المؤكد، أو إذا كان نقل الأعضاء يقدم للمريض الأمل بالعثور على حياة طبيعية حقيقية، و هذا ما نصت عليه المادة 1/166 السالفة الذكر.

و قد أكد COSTE – FLORET هذه النتيجة، حيث استنتج القواعد التالية الضرورية لمشروعية كل عمليات نقل الأعضاء بشكل عام: « **يجب أن يكون الشخص المستفيد مريضا، و يجب أن تهدف المحاولة لتحقيق مصلحة الخاصة فقط. و يجب أن يتناسب الخطر مع الآلام و المضاعفات الممكنة و لا يمكن أن يكون هذا الخطر غير محدد إلا في الحالات الميئوس منها**»[24].

و لا يملك اقتطاع الأعضاء طابعا مشروعا إذا كان لأهداف اشهارية، و نذكر في هذا الصدد القضية التي أوجبت على المحكمة المدنية بباريس إصدار حكم بتاريخ 3 جوان 1969، حيث تم اقتطاع قطعة من فخذ إحدى الفتيات الذي كان قد وشم مسبقا بوردة و برج ايفل، و قد قضت المحكمة ببطلان الاتفاق بين منتج الفيلم السينمائي و هذه الفتاة القاصر التي ترغب بالظهور عارية في الفيلم، والخضوع لعملية الوشم على ردفها، خصوصا و أن المعلق على الفيلم قد أعلن أنه سوف يقتطع و يباع للآخرين، و قد اعتبرت المحكمة أن هذا الاتفاق غير مشروع و غير أخلاقي و معارضا للنظام العام، بالإضافة إلى ذلك، اعتبر الحكم أن الجراح الذي أجرى الاقتطاع قد ارتكب مخالفة الإيذاء المقصود رغم حصوله على موافقة الضحية التي هي قاصرة.

و عليه يجب أن يكون هناك مصلحة مشروعة عند المتبرع، و هي الرغبة بإنقاذ حياة شخص آخر، و بالتالي يجب استبعاد المتبرع الذي يهدف للتخلص بشكل غير مباشر من الخدمة العسكرية.

لكن هل يكفي وجود مصلحة مشروعة للمستفيد لتبرير اقتطاع أي عضو كان، حتى وأن كان حيويا للمتبرع.

---

[24] محكمة الدعاوى الكبرى لباريس، الفرع المدني، بتاريخ 1969/06/03 تعليق د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 299.

2 . يجب ألا يكون العضو المتبرع به ضروريا لحياة المتبرع:

فإذا كان من الواجب تشجيع الشجاعة، الغيرة و المحبة فانه يجب مع ذلك احترام بعض الحدود، فيجب ألا يتحول قبول الخطر إلى قرار ضار غير عقلاني، و لا يوجد طبيب يمكن أن يقبل قيام شخص بالتضحية بحياته لانقاد شخص آخر حتى و إن كان ذلك يتعلق بطفله.

فلا يمكن أن يقبل النـظام الاجتـماعي التبرع بعـضو وحيد ضروري لاستمرار الحياة، لأنه يعادل «**التبرع الانتحاري**» أو « **الوفاة حسب الطلب** »[25] و سيؤدي مثل هذا الاقتطاع إلى موت المتبرع و بالتأكيد إلى مسؤولية الطبيب، و هذا مهما كان مدى النجاح الذي حصل عليه الشخص المستفيد من عملية نقل الأعضاء.

و الموافقة التي أعطاها صاحب الشأن لقتله لن تكون نافدة لأن المحافظة على الحياة من النظام العام و لا يمكن الموافقة على انتهاك هذا المبدأ.

و كما كتب البروفيسور J. SAVATIER [26]: « **من الواضح أن هم إنقاذ حياة شخص لا يبرر قتل شخص آخر فلا يمكن قبول إلا التبرع العقلاني** ».

3 . يجب أن يكون الخطر الواقع على المتبرع أدنى من فرص البقاء على قيد الحياة:

بما أن اقتطاع عضو سليم من جسم إنسان لزرعه في شخص آخر ليس له بالنسبة للمتبرع أي فائدة علاجية، فانه يجب إذن مقارنة الضرر و الخطر الذي يقع على المتبرع مع فرص النجاح المعطاة للمستفيد.

و تظهر خصوصية زرع الأعضاء بأن هذه الموازنة للأخطار و المزايا تطبق على شخصين مختلفين حيث يتحـــمل الأول الأخطار فيما يستفيد الأخر من فرص النجاح، و هذا يعني أن الفائدة المراد تحقيقها يجب أن تكون ملحة للغاية من أجـل تبرير الأخطار التي يتحملها المتبرع، و لا يمكن الاكتفاء بأن تكون الفائدة المحتملة للمريض أعلى بشكل بسيط من الخطر الواقع على المتبرع، بل يجب أن تتجاوز فرص إنقاذ المستفيد الأخطار التي يتعرض لها المتبرع بشكل كبير جدا[27].

و التقدير الجماعي لفرص النجاح مع الأخطار هي وظيفة مرتبطة بمهنة الطب و يجب على الطبيب القيام باختيار نقي، اختيار مجرد عن القيم الفردية و الاجتماعية العلمية أو السياسية للمتبرع و المستفيد.

و أي اقتطاع للأعضاء يتضمن وجود خطر و ضرر ممكنين، و نفهم من الخطر هنا هو الضرر المرتبط بالاقتطاع نفسه أو بنتائجه، ففي الواقع يمكن أن يعرض المتبرع حياته للخطر خلال العملية الجراحية نفسها، و قد توفي فعلا أحـــد المتبرعين في مدينة ليون الفرنسية أثناء اقتطاع كليته[28]، كما أنه هناك كذلك الخطر الذي يتمثل في امتلاك هذا الشخص لكلية واحدة فقـــط و إصابة هذه الكلية الوحيدة سيكون ذو نتائج مريرة.

و قد تطورت التقنية الجراحية لاقتطاع الكلية و لم تعد تتضمن إلا نسبة ضئيلة جدا من الفشل، و يمكننا أن نستعير بدراسة البروفيسور HAMBURGER، حيث قدر الخطر الجراحي الفوري لاستئصال الكلية عند متبرع سليم الجسم بحوالي 0.05 % و الخطر البعيد بـ 0.12 %، و ينزل المعدل الإحصائي للحياة عند شخص سليم عمره 35 سنة من 99.3 % إلى 99.1 % للسنوات الخمسة القادمة، و بالرجوع للمعطيات الواردة من الولايات المتحدة الأمريكية يعتبر الجراح الشهير أن

---

[25] P.J. DOLL, L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes, Gazette du Palais 1974, p 822.
[26] J. SAVATIER, Les greffes d'organes devant le droit, Cahiers Laennec, mars 1966, p 29.
[27] M. HARICHAUX, OP.CIT , p 132.
[28] و قد ذكر البروفيسور ROCH هذه الحالة ضمن أعمال مؤتمر لييج البلجيكية حول اقتطاع الأعضاء، سنة 1974، ص 21.

التبرع بالكلية يمكن أن يزيد الخطر، بحيث يساوي ذلك الخطر الذي تحدثه قيادة سيارة لمسافة 20 كم كل يوم بدون أي عطلة [29] بالمقابل إمكانيات النجاح بالنسبة للمستفيد مرتفعة عموما، و لا يمكن في الواقع اقتطاع أعضاء شخص حي إلا ضمن شروط ملائمة جدا للتوافق النسيجي، و يمكن الوصول إلى 100 % من النجاح بين التوائم أحادية الخلية و 91 % لمدة 5 سنوات بين أخوة و أخوات يوجد بينهما توافق نسيجي كبير[30].

و هكذا وبفضل تطور الطب، يعتبر حاليا الخطر الذي يتعرض له المتبرع ضعيف للغاية بالمقارنة مع الأصل بالبقاء على قيد الحياة و الشفاء المتوقع للمستفيد، فالتناسب بين الأخطار و فرص النجاح هي التي تحكم انسجام اقتطاع الأعضاء مع النظام العام، و إذا كان يمكن الحصول على فائدة كبيرة مقابل خطر محدود فان اقتطاع الأعضاء يعتبر منسجما مع النظام العام، أما إذا مثلت العملية الجراحية خطرا مرتفعا بالنسبة للمتبرع و كانت الفائدة المرجوة للمستفيد محتملة، فإنها تكون متعارضة بشكل واضح مع النظام العام[31].

الفرع الثاني: مصلحة المجتمع

السؤال المطروح هنا هو :هل يمكن أن يقبل الطبيب تبرع شخص بأحد أعضائه ليس من أجل شفاء شخص آخر و لكن للسماح بإجراء تجربة علمية؟

و بهذا الصدد يجب التميز بين التجارب العلمية و التجارب العلاجية:

فالتجارب العلمية لا تهدف لتحقيق أي فائدة علاجية للشخص الخاضع للتجربة، و لكنها تهدف جوهريا لاكتساب المعارف الطبية الجديدة، في حين تهدف التجارب العلاجية لجلب الفائدة لصحة الشخص نفسه، و بالتالي إجراء أي تجربة لأهداف علمية محضة غير مشروع حتى مع الحصول على موافقة صاحب الشأن، لعدم وجود الفائدة العلاجية بالنسبة له.

و يجب ألا يمارس نقل الأعضاء مبدئيا إلا باعتباره تجربة علاجية، و بالتالي التجربة التي أجريت ضمن هدف علمي محض بدون اعتبار لمصلحة المريض تمثل طابعا غير مشروع، و يمكننا أن نثير في هذا الصدد التجارب التي أجراها الأطباء الألمان خلال الحرب العالمية الثانية في السجون أو في مراكز التعذيب، فإلى جانب التلقيح التجريبي للأمراض مثل الحمى الصفراء " التيفوس " أو الملاريا تم تشريح البشر و هم أحياء، و زرع الأعضاء و العقم عند البشر ...الخ، لذا فعقب الحرب العالمية أرادت عدة دول الوقاية ضد تجدد مثل هذا الإفراط، فتم تحرير منذ عام 1947 و استنادا لمبادرة المؤسسة الطبية العالمية، قائمة من عشر مبادئ تتعلق بالتجارب على الإنسان، و قد عرضت باسم قانون NUREMBERG، و حددت هذه القواعد كل التجارب المحتملة على الحالات التي لا تسبب خطرا للشخص الخاضع لها[32].

و قد ظهر على المستوى الدولي عدة توصيات دولية منها توصيات هلسنكي سنة 1946، طوكيو سنة 1975، جنيف سنة 1982. كما نجد أن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها و بالخصوص نص المادة 168 فقرة 3 الذي جاء فيها ما يلي: « **تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 فقرة 1 أعلاه** ».

---

[29] P.J. DOLL, OP.CIT, p 92.

[30] J. GROSNIER, Bulletin de l'Académie de la médecine du 18/05/1976, p 527.

[31] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 296.

[32] القاعدة الخامسة من قانون نورمبرغ تنص على أنه: "لا يمكن إجراء أي دراسة إذا كانت تتضمن الموت أو العجز"

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

من هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري سمح بالقيام بالتجارب العلمية التي لا تهدف للعلاج، لكن بشرط أن يكون ذلك خاضع للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية و كذا موافقة المتبرع، و ذلك حسب نص المـــادة 168 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها ما يلي: « ... **يخضع التجريب للموافقة الحرة و المنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي**»، لكنه نص في المادة 168 فقرة 4 من نفس القانون على ما يلي: « **لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب و رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسئوليته المدنية**».

وبالتالي رغم أن المشرع الجزائري سمح بالقيام بمثل هذه العمليات و أخضع ذلك لشرط رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية و موافقة المتبرع، إلا أن هذه الشروط لا تعفي الطبيب القائم بمثل هذه العمليات من مسئوليته المدنية.

أما بالنسبة لفرنسا فقد اتخذت مبدئيا موقفا معارضا بقوة للتجارب الإنسانية مما أدى إلى توجه المخابر الفرنسية إلى دول أجنبية، و قد قاد هذا الوضع المشرع للتدخل من أجل إعداد قانون يتعلق بحماية الأشخاص الذين يتعرضون للأبحاث الطبية الحيوية، و قد ميز هذا القانون بين الأبحاث ذات الهدف العلاجي المباشر و الأبحاث التي لا تملك هدفا علاجيا مباشراً، فاعتبر الأولى مشروعة بشرط أن يكون المتعهد قد اكتتب على تأمين ضامن لمسئوليته هذا من جهة[33]، ومن جهة أخرى تنـــص المـــادة ل 2-209 منه: « **لا يمكن إنجاز أي بحث طبي حيوي على الكائن البشري إذا لم يكن مؤسسا على الحالة الأخيرة للمـــعـــارف العلمية و على التجربة قبل السريرية الكافية، وإذا كان الخطر المتوقع وقوعه على الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث هو خـــارج التناسب مع الفائدة المرجوة لهؤلاء الأشخاص أو الفائدة من هذا البحث، و أخيرا إذا كان لا يهدف لنشر المكتسبات العلمية عـلى الكائن البشري و الوسائل القابلة لتحسين وضعه الصحي** ».

أما الأبحاث التي لا تحمل فائدة علاجية مباشرة، فقد سمح بها القانون المؤرخ في 20 ديسمبر 1988 واضعا شروطا محددة جدا لتأمين أقصى الضمانات و قد وردت هذه الشروط في المادة ل 6-209 منه التي تنص على ما يلي: « **يجب ألا تمثل أي خطر جدي متوقع على صحتهم و أن تكون مفيدة لأشخاص يمثلون نفس مواصفـات العمر، المـرض أو العـجز و ألا يكون من الممكن تحقيق ذلك بشكل آخر** ».

و من جهة أخرى يفرض القانون إجراء فحص طبي للأشخاص المعنيين، و يجب إجراء التجربة في مكان مجهز بوسائل مادية و تقنية تكون متأقلمة مع البحث و منسجمة مع مقتضيات أمن الأشخاص الخاضعين لها.

وبما أن الخير الذي يمكن أن تحمله هذه التجارب الإنسانية للآخرين له طابع احتمالي و مجرد مما يبرر اقتصارها إلى حد كبير على حالات لا تتضمن إلا خطر و ضررا ضعيفان جدا للشخص الخاضع لها، فلا يمكن إذن أن تجعل الأبحاث العلمية اقتطاع الأعضاء من شخص حي مشروعا مهما كانت فائدته للعلم و المجتمع لأنه على خلاف نقل الأعضاء لا تترجم التجارب على الشخص بشكل بديهي الفائدة الفورية لمريض محدد بذاته[34].

---

[33] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 305.

[34] B. DUBO, La transplantation d'organes, étude de droit privé, thése Lille 1978, p 121

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

المبحث الثاني: تحديد لحظة نهاية الجسم و التحقق من الوفاة

الإنسان في نظر القانون إما حي أو ميت، لكن التطور الطبي أوجد حالة ثالثة هي الإنسان الحي الميت و هو الإنسان الذي يكون في حالة غيبوبة عميقة، مما ظهرت ضرورة تحديد حالة الوفاة حتى يتمكن الأطباء من إجراء عمليات نقل الأعضاء دون أن تقوم مسؤولياتهم سواء المدنية أو الجنائية.

فقد كانت سابقا تحدد لحظة نهاية الجسم من قبل الطبيب عن طريق معيار يعتمد عليه، لكن تطور تقنيات الطب أدى إلى ضرورة تحديد هذا المعيار، فهل تحديد هذا المعيار يعد من اختصاص رجال القانون أم هو مسألة طبية يختص في تحديدها الطبيب وحده؟

حول هذا التساؤل ظهر اتجاهان[35]:

الاتجاه الأول:

يرى هذا الاتجاه أن تحديد لحظة حدوث الموت مسألة قانونية، و بالتالي يجب وضع تشريع في كل دولة يحدد الوفاة، و يبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن الوفاة مسألة متعلقة بحالة الشخص، فيستمد الفرد الشخصية القانونية من القانون، و هي مصدر جميع الحقوق اللصيقة بالشخصية، لذا يجب أن تخضع هذه الشخصية القانونية لمعايير شخصية، حيث يخشى استئصال عضو من جسم شخص قبل وفاته بسبب تعجل الطبيب لإجراء عملية نقل الأعضاء بسبب حمية علمية أو صلة شخصية بمريض ينتظر الإنقاذ، كما أن تنظيم هذه المسألة عن طريق القانون يؤدي إلى اطمئنان الناس على حياتهم عندما تكون بين أيدي الطبيب، و كذا تحديد مسؤولية الطبيب، فيكون حقه في ذلك مستندا إلى إذن قانوني، فلا يجب ترك هذه المسألة لتنظم من قبل قواعد و آداب مهنة الطب لأنها قواعد قاصرة على الأطباء فقط و ليس على عامة الناس.

الاتجاه الثاني:

أما أصحاب هذا الاتجاه الثاني القائل باعتبار تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية، فيرى عدم جواز تدخل القانون لتنظيم الموت إذ أنها من اختصاص الطب، و يبررون رأيهم في أن التقدم المستمر للعلوم الطبية قد يؤدي حتما إلى اختلاف معايير تحديد الموت، و هذا التطور و الاختلاف لا يتوافق حتما مع الاستقرار النسبي الذي تتمتع به القاعدة القانونية.

و يبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم في أن الوفاة ظاهرة بيولوجية من اختصاص رجال الطب و العلم دون غيرهم، لدى لا يجب تحديدها في التشريع بل يترك الأمر للوائح الصادرة من الجهات الطبية المختصة و التي تتضمن معايير يجب على الأطباء الاسترشاد بها للتأكد من الوفاة، و قد أوصى مؤتمر بيولوجيا المنعقد سنة 1968 أنه: « **لا يقع على رجال القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب، وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة لتحديد الطرف أو الوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة، بل أن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم و دراستهم و نشاطهم الفني، ورائدهم في ذلك شرف المهنة، و على الطبيب أن يكون ملما بأحداث معطيات العلم في هذا الشأن** ».

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فالمشرع الجزائري أخذ بالاتجاه الثاني السالف الذكر، و دليل ذلك نص المادة 78 من قانون الحالة المدنية[36] التي جاء فيها ما يلي: « **قيد الوفاة في سجلات الحالة المدنية و الدفن لا يتم إلا بعد تقديم شهادة الوفاة و سببها، و أن تكون صادرة من الطبيب أو من ضابط الشرطة القضائية المكلف بالتحقيق في الوفاة** ».

---

[35] د .ماروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير 1993، ص 195.

و بذلك نرى أن المشرع الجزائري ترك للطبيب سلطة التحقق من الوفاة و سببها و لم يحدد له معايير لذلك، بل ترك له حرية التقدير، فلم يعرف الوفاة كما لم يحدد و سائل التحقق منها.

و بالتالي تقودنا دراسة المشكلة إلى معالجة موضوع تعريف الموت ليس على الصعيد البيولوجي فقط و إنما كذلك من وجهة النظر القانونية، و لكن هل يمكننا صياغة تعريف قانوني للموت؟

المطلب الأول: تعريف الموت

الموت عامة هو انقطاع الحياة، لكن يجب التفرقة بين موت الشخص و موت الأنسجة، فهذه الأخيرة تبقى حية لمدة قد تصل إلى ساعتين أو أكثر في بعض الأحشاء أو الأنسجة بعد موت الشخص[37].

فالتوقف النهائي للقلب و الدورة الدموية و الجهاز التنفسي (الرئتين) كان منذ القديم يعد أساس لتعريف الموت في معظم البلدان، و من هذا التعريف نستنتج أنه لا يمكن للطبيب إجراء استئصال لأي عضو من جسم شخص إلا بعد التوقف النهائي للقلب و الرئتين، أي توقف كل العمليات الحيوية في الجسم.

لكن الأخذ بمعيار التوقف النهائي للقلب و الرئتين كأساس لتعريف الموت غير دقيق، إذ هذا المعيار قد يعبر عن الموت الظاهري الذي عرفه الأستاذ فيقورو بأنه: « **التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة :التنفس، النبض، خفقات القلب لشخص مازال حيا لكنه يظهر مظهر الميت، و لذلك لا يجوز استئصال أي عضو من جسم هذا الشخص لأنه يعتبر حيا** »[38].

كما أن الموت الظاهري يمكن تجاوزه بواسطة وسائل الإنعاش الصناعي أو الصدمات الكهربائية التي قد تعيد القلب للخفقان إذ أن فيه خلايا المخ لا تزال حية، و بالمقابل قد يستمر القلب و الرئتان في العمل بينما تموت خلايا المخ نهائيا فيصبح الشخص في حالة غيبوبة مستديمة.

بالإضافة إلى كل ما سبق الأخذ بهذا المعيار التقليدي يؤدي إلى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء التي تستدعي استئصال أعضاء مازالت الحياة تنبض فيها و كذا نقل الأعضاء المنفردة كالقلب و الكبد التي لا يمكن إجراؤها إلا على أموات.

و بالتالي نظرا لعدم صلاحية هذا المعيار و الانتقادات التي وجهت له بدأت مشكلة تعريف الموت بالظهور، و هذا منذ اللحظة التي اعترف فيها المرء أن الموت ليس ظاهرة فورية و إنما ظاهرة تصيب الأعضاء و من هنا طرح السؤال لمعرفة وقت حدوث الموت؟

فقد كتب البروفيسور J . HAMBURGER : « **لم يعد يظهر الموت كأنه حادثة وحيدة، فـــورية، يصيب بنفس الوقت كل الوظائف الحيوية للجسم، و قد امتد الموت تحت تأثير الوسائل العلاجية الجديدة عبر الوقت و أصـــبح ينجز أو يصيب بشكل منفصل و متلاحق مختلف أجزاء الجسم، فهل يجب عليها قبول تضرر القسم الأخير من الأنسجة نهائيا حتى يمكننا القول أن الجسم قد توقـــف عن الحياة** »[39].

---

[36] الأمر رقم 20/70 الصادر بتاريخ 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية، منشورات وزارة العدل، طبعة سنة 1974.

[37] د .مديحة فؤاد الخضري-أحمد أبو الروس، الطب الشرعي و البحث الجنائي، دار مطبوعات الجامعية لكلية الحقوق الإسكندرية، 1991، ص 3.

[38] د .ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، 1993، ص 197.

[39] J. HAMBURGER, Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, 2éme congrès international de moral médical, tome 2, travaux publiés par l'ordre national des médecins de France, Paris, mai 1966, p 297.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

هذا المفهوم للموت الذي كان، قديما، بسيطا أصبح شيئا فشيئا مشكلة شائكة و متعددة :فهناك موت سريري، موت ظاهري، موت بسبب توقف وظائف القلب و التنفس، حالات مجاورة للحياة و الموت و أيضا موت الدماغ، و يعتبر هذا الوضع غير مقبول بالنسبة لرجال القانون الذين يحافظون على الحرية الإنسانية و الحقوق، فيجدون صعوبة في فهم كيف يستطيع حادث فردي كالموت أن يجمع حوله عدة مفاهيم بشكل ينشئ نوعا من الاضطراب الذي يمنع من تحديد واقعة الموت بشكل واضح[40].

و بالتالي نقترح ضمن هذه الظروف إثارة في الفرع الأول تعريف الموت من وجهة النظر القانونية ثم في الفرع الثاني تعريفها من وجهة النظر الحيوية و الطبية .

الفرع الأول: التعريف القانوني للموت

رغم أن الموت الذي يعتبر ظاهرة مخيفة لا يمكن تجنبه، قد أحدث عدة ملاحظات، إلا أن هذه الملاحظات لن تؤد مع ذلك إلى وجود تعريف قانوني للموت، و هذا راجع إلى أن الظواهر التي تسمح بتشخيص الموت محل تطور طويل، وقد أعـــلن R DIERKENS . عن الحقيقة الوحيدة الثابتة للموت عبر السنين و عبر كل التطورات العلمية كما يلي: « **يتوقف الجسم عـــن الوجود عندما ينجز الموت عمله، أي عندما تسحب الحياة من الجسم، ففي هذه اللحظة يتحول الجسم إلى جثة و يتوافق موت الجسم إذا مع ولادة الجثة، فتوجد الجثة، بقايا الشخص الميت، منذ اللحظة التي يتوقف فيها الجـسم عـن الوجـود و ذلك بفقدانه أحـــــد العناصر المكونة له أي الحياة** »[41]. لكن بعد ذلك، حدث تطور بطيء حاول قدر الإمكان من خـــلال الوسائل المتوفرة تحديد المفهوم المتناثر للموت.

فقد عرف الموت من قبل أصحاب النظرية اللاهوتية على أنه: « **انفصال الروح عن الجسد** » و بالطبع لا يمكن أن يوافق على هذا التعريف لا رجال القانون و لا الأطباء حيث أن الروح غير منظورة و لا يمكن الشعور بها أو إدراكها باللمس[42].

كما عرفه J. PENNEAU على أنه: « **لحظة انعدام الشخصية التي يسبقها انعدام جسم الإنسان نفسه** »[43].

ثم عرف مجلس الدولة الموت ضمنيا و ذلك في قراره الصادر بالإجماع في 1993/07/02 كالتالي: « **الموت قانونا هو حالة الشخص الذي تلف جهازه الدماغي بشكل نهائي، نتيجة تطبيق رسم الشرايين و صورة الدماغ الكهربائية المتنوعة، فلا يمكن إذا تطبيق هذا التعريف المعطي للموت إلا على المرضى الموجودين في حالة الغيبوبة المتجاوزة** »[44].

و بالتالي، الموت بالنسبة للقانون هو اللحظة التي يختفي فيها الشخص من الوجود، لحظة مجردة يتوقف المرء فيها عن الحياة و تثير هذه الظاهرة خلال لحظة واحدة تغيرات جوهرية على الصعيد القانوني، و لكن في أي لحظة بالتحديد تقع هذه الحادثة؟

فتحديد لحظة الموت يعد أمرا جوهريا نظرا لزوال الشخصية القانونية للكائن البشري في هذه اللحظة بالذات، و بـذلك ترسم شهادة الوفاة حدود، لا يجوز تجاوزها، بين المرحلة التي يكون فيها الجسم هو جسم إنسان، يتوجب عـــلى الطب حينئذ العمل على شفائه أو تخفيف آلامه، و بين المرحلة الأخرى التي تكون فيها الجثة عبارة عن بقايا محترمة يمكن الاستفادة منها من قبل الأطباء بهدف المنفعة العلمية أو بهدف مصلحة مرضى آخرين دون أن تقوم مسئوليتهم سواء المدنية أو الجنائية [45].

---

[40] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 200.

[41] R. DIERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966, paragraphe 29 et 200.

[42] M. BATINGNE, Les greffes d'organes en droit pénal, thèse Montpellier 1980, p 414.

[43] J. PENNEAUN, Le corps humain, DALLOZ, civil 1992, p 11.

[44] L'arrêt du conseil d'état du 02/07/1993, note G. LEBRETON, Le droit, la médecine et la mort, doctrine, p 620.

[45] J. SAVATIER, Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, DALLOZ 1968, chron xv, p 92.

و أخيرا نستنتج أنه لا يوجد حتى الوقت الحاضر أي نص تشريعي أو تنظيمي ينظم مسألة تعريف الموت حيث يهتم القانون بشكل كبير بوضع موضع التنفيذ إجراءات التحقق من الموت أكثر من تعريف الموت ذاته[46].

فالعلم و تطوره الواضح يعقد المشكلة باستمرار، و إعطاء تعريف قانوني للموت سوف يتم تجاوزه بسرعة فسيصبح بالتالي باليا، و كل خطوة علمية جديدة ستعدل المبادئ التي يضعها القانون لتحديد لحظة الوفاة بدقة، فهناك اتفاق عند الأطباء لإعلان أن عبء تشخيص الموت يقع على الطبيب، و عليه فقط، و يتوجب عليه أيضا معرفة المعايير الضـــرورية للتأكد من حدوث الموت.

الفرع الثاني: التعريف الطبي للموت

لقد عرف علماء الأحياء الموت بأنه التوقف الكامل و القطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل و التغيير السريري و الذي يسمى « **قوة التجدد و الدثور و البناء و الهدم في الكائن الحي** »، لكن يتكون جسم الإنسان من عـــدد كبير و متنوع مـــن الخلايا التي تتجمع ضمن أنسجة للقيام بوظائف متخصصة حيث نشاطات التبادل و التغيير الســريري و هيكل الكيمياء الحيوية مختلفة جدا الواحدة عن الأخرى، و يترجم هذا وجود عدة فئات كبيرة لحساسية الخلايا تجاه فقدان الأوكسجين، فخلايا الدماغ تموت خلال ثلاثة دقائق من نقص الأوكسجين، خلايا الكبد خلال عشر دقائق، خلايا الكلية خلال عشرين دقيقة، خلايا القلب من أربعين إلى ستين دقيقة و خلايا الجلد بعد عدة أيام.

كما عرف الموت من قبل PAILLAS على أنه: « **هو عملية في اتجاه واحد أي غير قابل للشفاء و يتكون من التوقف المتلاحق لعدة أنواع من الحياة تؤمن كل واحدة منها عمل عضو أو أنسجة أو خلايا** »[47].

و ينضم هذا التعريف إلى تفسيرات البروفيسور J. BERNARD : « **يمكن أن تشوش الفوضى مبدئيا إحـــــدى الوظائف قبل أن تمتد إلى الوظائف الأخرى، و توقف كل مقاومة سواء كانت متلازمة بالنسبة لكل الوظائف أو متلاحقة بشـــكل سريع، بحيث تكون شبه متلازمة، و لا تتوقف خلايا أنسجتنا عن التوالد من حياة و موت و هما لا يرتبطان فقط بالسلسلة الكبيرة التقليدية و إنما هما متداخلين في كل جسم، فحياة و موت أحد الأجزاء لا يعيق أبدا استمرار الحياة، و حياة أحد الأجـــــزاء و استمرار عمل الوظائف الحيوية المحدودة لا يمنع الموت، و يجب تنسيق نوعين من المعطيات: استمرار حياة بعض الأعضاء و حدوث الموت، و ينتج عن هذا الاتفاق إعطاء تعريف عـام للمـوت، اختـيار المعايير الموضـوعية للموت و الإجراءات القانونية الواجبة التطبيق** »[48].

و يمكن القول أن الأطباء لا يعرفون الموت بل يكشفون عن إشاراته و عن أسبابه الظاهرة فالطبيب يتعرف عـلى الآلية المرضية أو الطبيعية المؤدية إلى الموت دون أن يستطيع السيطرة عليه. و بالتالي يمكن القول أن التشخيص المبكر للموت لا يستند على أي علامة مميزة لمرض معين (pathognomonique)[49] يكون حاسما بشكل قطعي، و إنما يستـند على مجموعة قرائن مـــع إمكانية حدوث أخطاء.

---

[46] J.P. CACHERA, Le diagnostic de la mort et les prélèvements d'organes Cahiers Laennec, septembre 1970, p15 et suivantes.
[47] PAILLAS, Les critères de la mort du donneur dans les transplantations d'organes, Marseille médical n°5,1970, p 205.
[48] J. BERNARD, Grandeur et tentation de la médecine, édition Buchet-Chastel 1973, p 253 et suivantes.
[49] Pathognomonique: تعني الأعراض الخاصة بكل مرض و الذي يعطي التأكد منها تشخيصا محددا.

فالموت ليس لحظة محددة، كما يريده رجال القانون، بل هو ظاهرة مستمرة لا تصبح مؤكدة إلا بعد التأكد من طابعه القطعي غير المعكوس، فالانتقال من الحياة إلى الموت هو عملية مستمرة تستولي عادة على المراكز الدماغية الحيوية، النفسية و القلبية ليشمل فيما بعد، كل الأنسجة و الأعضاء.

و يميز البعض عادة ثلاثة مراحل:[50]

1 - حالة الموت الوظيفي الذي يصيب الوعي، التنفس، جريان الدم، و الذي يسمى موت سريري مع توقف الوظائف الحيوية، و لكن يستطيع المريض في تلك المرحلة أن يأمل العودة للحياة.

2 - حالة الموت الظاهري الذي يتم لبضع دقائق و التي يمكن خلالها اللجوء إلى الإنعاش الاصطناعي.

3 - حالة الموت النسيجي الحقيقي حيث تفقد الأنسجة حيويتها تبعا لمقاومتها الخاصة للحرمان من الأوكسجين.

نتيجة لما سبق، الموت في الحقيقة هو خلاصة عدة أنواع للموت الجزئي، و يجب على الطبيب أن يعرف من بينها نقطة عدم الرجوع للحياة، و إن كان هناك بالطبع صعوبة في تحديد هذه اللحظة بدقة، و إذا كان مقبولا عالميا أن الموت هو تخريب الدماغ بحيث لا يمكنه العودة للحياة مجددا، فان الحدود بين الحياة و الموت بقيت بالطبع غير محددة، و ينتج عن ذلك مشاعر الفوضى و عدم الأمان عند أفراد الشعب و كذلك عند رجل القانون، و لهذا ظهرت الحاجة الملحة لوضع معايير تستطيع تأكيد التخريب العصبي غير المعكوس.

هذا بالنسبة لتعريف الموت، و سنتطرق فيما يلي في المطلب الثاني إلى مشكلة التحقق من الموت.

المطلب الثاني: التحقق من الوفاة

في الحقيقة هذه المشكلة مثل مشكلة زرع الأعضاء حديثة نسبيا، إذ أن التحقق من الموت لم يطرح منذ زمن طويل أي صعوبة تقنية، فقد اعتبر البعض أن مجرد رؤية الجثة كافي للتأكد من الموت، فيكفي الانتظار عدة ساعات حتى يبرد الجسم الجامد و يأخذ قسوة الجثة[51]. لكن بعد التطور الحاصل وظهور تقنية زرع الأعضاء التي تستدعي استئصال أعضاء مازالت الحياة تنبض فيها، مع افتراض أن يكون هذا الشخص الذي يستأصل العضو منه ميتا، أصبح من الضروري تحديد لحظة الموت بدقة حتى يتمكن الجراح بشكل مشروع من إجراء اقتطاع الأعضاء لزرعها عند مرضى آخرين.

إذن، تعتمد فعالية زرع الأعضاء على اقتطاعها بشكل مبكر، و لذلك فمعرفة اللحظة التي يعتبر فيها الشخص ميتا أساسية، حيث يسمح بعد ذلك باقتطاع الأعضاء من الجثة، مع ذلك كي يكون اقتطاع الأعضاء مشروعا و أخلاقيا يجب أن يكون الموت قد وقع بالفعل، و بالتالي فمن الضروري تحديد معايير الموت، و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب، إلا أنه بالإضافة إلى تقنية زرع الأعضاء التي أدت إلى ظهور مشكلة تحديد لحظة الوفاة، أدى التطور المستمر في الميدان الطبي إلى اكتشاف وسيلة فنية جديدة في مجال الطب متمثلة في أجهزة الإنعاش الصناعي التي بالرغم من إيجابياتها إلا أنها طرحت إشكاليات عديدة من بينها حدود هذه التقنية، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: معايير تحديد حالة الوفاة

تنقسم معايير تحديد حالة الوفاة إلى فئتين: المعايير القديمة و المعايير الحديثة، و سنتطرق فيما يلي إلى كل فئة على حدا:[52]

---

[50] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 207.

[51] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 208.

[52] أنظر: نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 189 إلى 194.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

1- المعايير القديمة لتحديد الوفاة:

انه لمن المفيد معرفة المعايير القانونية لتعريف الموت، لكن رجل القانون كما قلنا سالفا ليس مؤهلا لإعطاء مثل هذا التحديد لذلك يجب الرجوع إلى الطبيب الذي يقوم بتشخيص الموت.

1-1- المعايير القانونية:

بالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أن المشرع اعتبر مسألة تحديد لحظة الوفاة من اختصاص الطب، كما ذكرناه سالفا، لكن هذا لم يمنعه من تنظيم مسألة الوفاة في بعض القوانين نذكر منها:

1-1-1- قانون العقوبات:

ففي مواده 150 إلى 154 تناول المشرع الجرائم المتعلقة بالمدافن حيث اعتبرت هذه المواد ضمن جرائم انتهاك حرمة المقابر و المساس بالجثة أو إخفائها[53].

1-1-2- قانون الحالة المدنية:

- نجد فيه نص المادة 78 التي تنص على أنه لا يمكن لضابط الحالة المدنية أن يسلم ترخيص بالدفن إلا بعد الحصول على شهادة صادرة من الطبيب المكلف بالتأكد من حالة الوفاة.
- كما نجد المادة 80 من نفس القانون تنص على البيانات التي يجب أن يتضمنها الترخيص.
- أما المادة 81 فقرة 2 من نفس القانون تنص على ضرورة إخطار ضابط الحالة المدنية في خلال مدة 24 ساعة بعد حدوث وفاة في المستشفيات أو المؤسسات العمومية الأخرى.
- أما الفقرة الثالثة من نفس المادة تنص على ضرورة تنقل ضابط الحالة المدنية بنفسه للتأكد من الوفاة و يحرر بعد ذلك شهادة الوفاة بعد تجميعه البيانات الخاصة بالمتوفى.

1-1-3- قانون حماية الصحة و ترقيتها:

فنجد قبل تعديله المادة 1/164 منه تنص على ما يلي: « **لا يجوز انتزاع الأنسجة من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، و حسب المعايير العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية**».

فنلاحظ أن تحديد لحظة الوفاة يكون عن طريق المعايير العلمية التي يحددها وزير الصحة، فعلى هذا الأخير وضع تعريف للموت حسب المقاييس العلمية التي توصل إليها الطب، وبذلك اعتمد الأطباء في تحديد الوفاة على إمكانياتهم الخاصة مع نقص في الوسائل المادية التي يتطلبها التطور في مجال الطب، فبقي الأطباء في الجزائر يعتمدون على العلامات التقليدية في تحديد الوفاة كتوقف عمل القلب و الرئتين. لكن نظرا لظهور مشاكل قانونية في مجال زراعة الأعضاء البشرية أصبح هناك فراغ قانوني في هذا المجال، لذا كان من الضروري الوصول إلى حل لملء هذا الفراغ.

و نتيجة لذلك وجهت انتقادات للتشريع الجزائري في هذا المجال من بينها نذكر ما يلي:[54] "**ليس في وسعنا هنا إلا أن نأسف على أن القانون امتنع عن تحديد الأدلة العلمية لإثبات الوفاة، أو على الأقل إحالتهم ليس إلى قرار بسيط من قبل**

---

[53] أنظر المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991.

[54] Observation sur le dispositif, deuxième partie, EL WATAN le 29/02/1996.

وزارة الصحة، لكن إلى مرسوم تنفيذي يعطي لهذا الإجراء أساسا شرعي أكثر علاقة بمصالح المعنيين المتعلقة بالحقوق الأساسية للأشخاص، التي لا يمكن أن تنظم بواسطة قرارات إدارية بسيطة ».

لهذا اقترحت عدة مشاريع تعديل قانون حماية الصحة و ترقيتها خاصة فيما يتعلق بمسألة تحديد الوفاة، حيث من بين ما جاء في عرض أسباب تعديل المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي:[55] « **حرصا على التقليل من حالات وقوع الخطأ أثناء التأكد من الوفاة، و التي تتطلب وجود أجهزة علمية متطورة و ذات تكنولوجيا عالية، القليلة الوجود أو المنعدمة تماما في مناطق كثيرة من أرجاء الوطن، الشيء الذي يجعل عملية التأكد من الوفاة و إثباتها عملية صعبة إن لم نقل مستحيلة، يكون التأكد من الوفاة معتمدا فقط على بعض المؤشرات التقليدية المعروفة، نبضات القلب، برودة الجثة، العينين، و هي ليست في حقيقتها دليلا قاطعا على الوفاة الحقيقية كتوقف الدماغ، إن تحديد المقاييس من طرف وزير الصحة كثيرا ما يعتمد على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها عندنا، نظرا الأسباب السالفة الذكر، لذا نرى ضرورة إسناد مهمة تحديد المقاييس إلى خبراء على المستوى الوطني يتولى عمليـــة تطبيقها اللجان الطبية المحلية ...**»[56] و قد تم تعديل المادة 164 و تبسيط إجراءات الموافقة على أخذ الأعضاء من الأشخاص المتوفيين و إنشاء مجلس وطني لآداب مهنة الطب[57].

لكن رغم هذا التعديل للمادة 164 الوارد في القانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 إلا أن المـشرع الجزائري لم يقم بإعطاء تعريف للوفاة، بل اكتفى بإنشاء مجلس وطني لآداب مهنة الطب أسندت إليه مهمة تعريف الوفاة، وبذلك بقي الفراغ القانوني الذي كان يشوب قانون حماية الصحة و ترقيتها قبل تعديله على ما هو عليه، فلم يتمكن القانون المعدل له من ملئ هذا الفراغ، لذلك ينبغي أن يتضمن التشريع الجزائري نص قانوني يعرض فيه الوفاة على أنه التوقف التام و النهائي لجميع وظائف المخ مع ترك معايير التحقق من ذلك للأطباء من أجل مسايرة التطور العلمي، فتكون هذه المعايير متعلقة بأخلاقيات مهنة الطب أكثر من تعلقها بالقواعد القانونية، و ينفرد بوضع هذه المعايير المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، و هذا ما يؤدي حتما لوجود تكامل بين رجال الطب و رجال القانون من أجل هدف مشترك هو حماية مصلحة الإنسان.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، نجد المادة ل 7-671 من قانون الصحة العامة المؤرخ في 29 جويلية 1994 التي تنص على مـا يلي:[58]« **لا يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء من شخص ميت ... إلا بعد التأكد من حدوث الموت استنادا للشروط المحددة بمرسوم مجلس الدولة** »، و بالتالي هذا القانون لم يأت بأي تعديل على قواعد براهين الوفاة قبل اقتطاع الأعضاء، و إنما هو يعطي فقط أساسا تشريعيا للنصوص الموجودة سابقا في المادة 20 من المرسوم المؤرخ في 31 مارس 1978 و التي جاء فيها: « **يجب أن يتبع الأطباء الذين يحررون شهادة الوفاة من ناحية، و أولئك الذين يقومون باقتطاع و زرع الأعضاء من ناحية أخرى، وحدات وظيفية أو خدمـية مسـتقلة** »[59] و بالتالي، إذا كان يوجد قوانين تهدف للتأكد من حقيقة الموت فانه لا يمكن إعلانه إلا بفضل تعاون الأطباء الذين قاموا بتشخيصه.

---

[55] المادة 164 من القانون رقم 5/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.
[56] اقتراح تعديل المادة 164 ، تاريخ الإيداع 1990/02/26، المجلس الشعبي الوطني.
[57] بموجب القانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990، يعدل ويتمم قانون رقم 85/ 05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بقانون حماية الصحة و ترقيتها.
[58] القانون رقم 94/654 المؤرخ في 1994/07/29، و المتضمن قانون الصحة العمومية الفرنسي ، الجريدة الرسمية الفرنسية المؤرخة في 1994/07/30.
[59] J.SAVATIER, Les problèmes sur le corps humain au profit d'autruit, les petites affiches, n°149, 01/12/1994, p 10.

2-1- التشخيص الطبي:

نظرا إلى أنه لا يوجد تعريف علمي يستطيع تحديد اللحظة الحقيقية لموت شخص التي لا تتفق بالضرورة مع اللحظة الحقيقية لموت الخلايا، فانه من الصعب الوصول إلى تشخيص طبي للموت، و لكن إذا كان يوجد تدرج لموت الأعضاء فان توقف القلب يشكل الظاهرة الجوهرية له[60].

و يمكن تمييز إشارات تشخيص الموت إلى فئتين[61]:

العلامات السلبية للموت و هي نسبية، لأنه يمكن العودة أحيانا للحياة و تشهد توقف مجموع الوظائف الحيوية للجسم، ثم **العلامات الإيجابية للموت** و التي تحصل تبعا لظواهر الجثة الأكثر تأخرا.

1-2-1- العلامات السلبية للموت: و هي:

- إلغاء أي نشاط للتنفس الذي يوضح إما باختبار المرآة أمام الفم، فإذا لم يشوش البخار وجه المرآة فيمكن استنتاج توقف التنفس، أو بعدم تحرك ريشة عند وضعها أمام الفم أو الأنف و أيضا بعدم تحرك سائل موضوعا في حقنة على الصدر أو البطن[62].
- اختفاء أي نشاط للجهاز العصبي المركزي: حيث يلاحظ المرء بداهة فقدان الوعي و الحساسية و القوة المحركة الإرادية و غير الإرادية، و يؤدي اختفاء القوة إلى فقدان حيوية العضلات لانخفاض الفك عند الإنسان و أحيانا لارتخاء العضلات العاصرة و يؤدي تمدد عضلات الحدقة لتمدد الحدقتين، و يلاحظ أيضا اختفاء رد الفعل أو المرونة و تكون العيون شبه مفتوحة و النظر ثابت و تصبح المقلتين مفلطحتين و تفقدان نقاءهما، و يجب التنويه أن وجود إحدى هاتين الدلالتين لا يمكن أن يعتبر دليلا مؤكدا على وقوع الموت[63].
- توقف دوران الدم: يتجلى بتوقف القلب عند كشفه بالسمع، و يمكن كشف وقف دوران الدم من خلال اختبارات يجب أخذها أيضا بعين الاعتبار لتأكيد الموت:

أولا: بسبب الخوف من دفن الشخص حيا.

ثانيا: بسبب قواعد اقتطاع الأعضاء التي تتطلب قيام طبيبين بفحص و تصديق الموت.

و يمكن التأكد من وقف دوران الدم عن طريق الطرق العلمية، مثلا:

طريقة استئصال الشريان: فيكون الموت حقيقيا عندما يتم استئصال الشريان الأساسي أو الصدغي فيلاحظ المرء عندئذ توقف جريان الدم، و إذا كانت الحالة كذلك فيجب إجراء فحص ثان بإجراء جرحين على جزأين من الأعضاء.

طريقة ايكارد << Icard >> أو اختبار الفلوروسيئين (مادة ملونة صفراء):

و تتألف من حقن ماء مضافا له فلور نشادي أو صوديوم ضمن الوريد، فإذا كان الموت ظاهريا فان غشاء العين يتلون بلون أصفر ضارب إلى الخضرة بعد حوالي نصف ساعة و يصبح جلد الإنسان أصفر بشكل متأخر، و كذلك البول بعد ساعة أو ساعتين من الحقن الوريدي أما إذا لم يحدث هذا فيمكن إعلان الموت.

---

[60] C.T.BONIFACE, Datation de la mort, méthodes actuelles, thèse médecine, Strasbourg 1985, p 1.

[61] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 223.

[62] د مديحة فؤاد الخضري- أحمد أبو الروس، الطب الشرعي و البحث الجنائي، دار المطبوعات الجامعية لكلية الحقوق الإسكندرية، 1991، ص 4.

[63] د أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 224.

و من الملاحظ أنه يجب مبدئيا استخدام هاتين الطريقتين بشكل متلازم[64].

طريقة إشارة الأثير " سائل التبخر و الاشتعال ": يمكن أن تحل هذه الطريقة محل الفلوروسيئين، حيث يجري حقن الأثير تحت الجلد فينتشر السائل ضمن أنسجة الجسم إذا كان موت الشخص ظاهريا، أما إذا كان الموت حقيقيا فان السائل يخرج بمجرد سحب الإبرة من جسمه[65]، و تمثل هذه الطريقة التي يعتبر تطبيقها أسهل من اختبار الفلوروسيئين، قيمة أقل تأكيد و لذلك يجب أن يضـــاف إليها إجباريا استئصال الشريان[66].

طريقة سجل القلب: يصبح تحريك الإبرة بالخفقان بعد وقوع الموت غير ممكن و لا يسمح بهروب الدم[67].

طريقة علامة الحوصلة[68]: يقوم المرء بتعرية مقدمة اليد و تمديدها أفقيا، ثم يدير وجهها الداخلي على مسافة كافية من الأرض حتى تستطيع يد الجراح و مصدر الحرارة العمل بحرية بين ذراع الشخص و الأرض، و يجب تثبيت الجو المحيط قدر الإمكان ثم يوضع لهب الشمعة على ذراع الشخص، و من الملائم في هذه اللحظة متابعة النظر لمكان اليد الملامسة للهب الشمعة.

في الواقع، و بعد حوالي عدة ثواني سيرى المرء فجأة حدوث انتفاخ للجلد الذي سينفجر مع بعض الضجة و إذا تم فحص المكان، فيما بعد، فيلاحظ وجود دائرة تكون فيها البشرة متحسسة، و مباشرة، يمكننا توقع ما سوف يحدث إذا أجرى اختبار مماثل عند شخص حي، حيث سيحدث فقاعة بمضمون قاسي أو سيحدث بالطبع ندبة، و لكنه لم يحدث أبدا فقاعة غازية لأن هذه الفقاعة لا يمكنها أن تنفجر إلا بعد وفاة الشخص و توقف دوران الدم[69].

1-2-2- العلامات الإيجابية للموت:

هذه العلامات ترجع لظاهرة وجود الجثة التي تشكل العلامات المؤكدة للموت، وتسمح هذه العلامات التي تطورت بالتوازي مع تطور الزمن بتقدير زمني للموت، وتتمثل هذه العلامات فيما يلي:

برودة الجثة: و بشكل عام، تبلغ الحرارة 25 درجة مئوية بعد ساعتين أو ثلاث ساعات، 23 درجة مئوية بعد المـــوت بست ساعات، 22 درجة مئوية من ست إلى ثماني ساعات و عشرين درجة مئوية بعد حوالي اثنتي عشر ساعة من المـوت، و متى نزلت درجة حرارة الجسم تحت 10 درجة مئوية تصبح عودة الجسم إلى الحياة مستحيلة[70]، و بديهيا، هذه البرودة الناتجة عن توازن حرارة الجسم مع البيئة المحيطة و مع عوامل تغير سرعة التوازن سوف تعتمد على عوامل مثل بدانة الشـــخص، لباسه، تيار الهواء، البيئة و أخيرا على الحرارة [71].

دكنة الجثة: يعقب الوفاة عادة بهتان شديد في اللون بسبب انقطاع الدورة الدموية، إلا أن اللون قد يتغير إلي أحمر قاني في حالات التسمم بأول أكسيد الكربون أو الموت من البرد و قد يكون مزرقا في حالات الاسفكسيا[72]، و تظهر دكنة الجثة خلال الساعات الأولى التالية للموت و تصبح في أقصاها بين الستة إلى الاثنتي عشر ساعة و تستمر بالتحرك و لا تصبح ثابتة إلا بعد ثلاثين ساعة من وقوع الوفاة.

---

[64] و قد ذكرت هاتين الطريقتين في القانون الفرنسي عن طريق المنشور المؤرخ في 1948/02/03 الذي أرسل ألي كل ولاة المقاطعات و رؤساء الصحة الإقليميين.

[65] P.J.DOLL, La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain, 1970, p 197.

[66] و قد ذكرت هذه الطريقة في القانون الفرنسي عن طريق المنشور المؤرخ في 1958/09/19.

[67] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 224.

[68] الحوصلة: قارورة نقية تتكون من انفصال البشرة و باطن الجلد الموجود تحت البشرة و يملأ بمصل و تتميز الحوصلة بحدوث احتراق من الدرجة الثانية.

[69] M. BATIGNE, Les greffes en droit pénal, thèse Montpellier 1980, p 432.

[70] د .مديحة فؤاد الخضري، المرجع السابق، ص 5.

[71] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 225.

[72] د .مديحة فؤاد الخضري- أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 5.

قسوة الجثة: تظهر بعد وقوع الموت بست ساعات، و تعطي بسبب سيطرة بعض المجموعات العضلية انحناء بمستوى الأعضاء العلوية و اليدين، و امتدادا بمستوى الأعضاء السفلية و القدمين، و تؤدي أيضا إلى انقباض الحدقة و حدوث تغوط جـــزئي و كذلك انقباض العضلات العاصرة الملساء ثم تتلاشى تدريجيا بنفس الطريقة التي ظهرت بها، و يتغير تطوره تبعا للحرارة التي تحيط سرعة الانحلال الذاتي و تعفن الجثة[73].

جفاف الجثة: يصبح باطن الجلد العاري جافا و قاسيا و يميل للاسمرار ثم تطرأ عليه تعديلات على العينين حيث ينقص توتر المقلتين و تظهر البقع السوداء المتصلبة و الغشاوة المخاطية للقرينة باستثناء الغرقى.

تعفن الجثة: هو انحلال الأنسجة بعد الوفاة تحت تأثير الميكروبات و يبدأ عادة بعد أربعة و عشرين ساعة في الصيف و ثمـــانية و أربعين ساعة في الشتاء بشكل اخضرار بمقدم البطن و الصدر و تتمدد الأوعية و تظهر واضحة بلون غامق و يمتد بعد ذلك إلى باقي أجزاء الجسم[74].

لكن الموت تغير حاليا و أصبح يمتد عبر الوقت و يصيب على التتابع كل أجزاء الجسم، فهل يجب انتظار موت كل خلايا الجسم من أجل إعلان الموت؟

يقودنا الجواب على هذا السؤال لرؤية المعايير الحديثة للموت.

2- المعايير الحديثة لتحديد الوفاة:

لقد أصبحت الموت ظاهرة أكثر تعقيدا و أصبحت تطرح الحدود الفاصلة بين الحياة و الموت بمقدار تطور زرع الأعضاء، لذلك من الملائم التمييز بين عدة مفاهيم للموت :كالموت الظاهري، الغيبوبة الطويلة، الغيبوبة المتجاوزة و الموت الدماغي.

2-1- الموت الظاهري: هو الشخص الذي يكون جسمه في حالة الموت و هو مع ذلك قابل للرجوع إلى الحـــياة ، و يعرف البروفيسور Vigoureux الموت الظاهري بأنه: « **الاختفاء المؤقت لمعايير الحياة الأســـاسية كالتنفـس، نبـــض و خفقان القلب و الضغط الدموي عند شخص لا يزال على قيد الحياة و إن كان يأخذ شكل الموت** »[75].

فتوقف دوران الدم و التنفس هي علامات بديهية للموت و لكنها ليست مطلقة، لأنها تقبل الرجوع إلى الحياة، فـــعلى الطبيب في هذه الحالة تجريب أجهزة الإنعاش مادام يوجد فرصة و إن كانت بسيطة للعودة للحياة، و بالتالي اقتطاع عضو من مريض في حالة موت ظاهري يوازي قتله، و هذا يرتب مسؤولية الطبيب سواء المدنية أو الجنائية.

2-2- الغيبوبة: تعبر عن ضرر يصيب الجهاز العصبي، و يتمثل في حدوث اضطرابات في الوعي عند شخص يبـــقى محتفظا بالحياة الانباتية التي تبقى مؤمنة بواسطة الأعضاء الحيوية الأساسية لكل حياة، كالتنفس و ضغط الدم، في حين تختفي حياة الاتصالات التي يحكمها الدماغ كالحركة و الشعور و اليقظة، و يمكن تميز نوعين من الغيبوبة، الأولى هي حالة الغيبوبة الطويلة و الثانية الغيبوبة المتجاوزة:

---

[73] C.T.BONIFACE, OP. CIT, p 4.

[74] د .مديحة فؤاد الخضري- أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 12.

[75] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 226.

2-2-1- الغيبوبة الطويلة: هي التي تتجاوز مدتها 3 أسابيع دون أن يعطي المريض أي دلائل على الوعي، فلا حركة و لا شعور و لا رد فعل، إلا أن العودة للوعي ممكنة حتى بعد تجاوز الغيبوبة عدة شهور، إذ أن المريض يبقى محتفظ بحياته الإنعاشية المتميزة بالتنفس و دوران الدم و التنظيم الحراري.

ويجب الذكر في هذا الصدد حالة الفتاة الأمريكية KAREN ANN QUINLAN التي دخلت في غيبوبة امتدت عدة شهور و تضمنت حياة نباتية فقط اقتصرت على رد فعل محدد للجهاز العصبي بدون وجود أي علامة للوعي، و عندما شاهد والديها ملامح الموت عليها طلبوا من الأطباء وقف جهاز الإنعاش، فرفضوا ذلك، عندها قاما والديها برفع دعوى أمام القضاء حيث وافقت المحكمة العليا في نيوجرسي بتاريخ مارس 1976 على طلب الأهل، فتم عند إذن إيقاف جهاز الإنعاش على مراحل، و إذ تتنفس كارين طبيعيا و عفويا و لم تعد تحصل إلا على غذاء ذو قدرة عالية، ماء، صوديوم، بوتاسيوم و حقن مضادة للالتهابات لحمايتها من الإصابة ببعض الأمراض المحتملة، فلم يتضرر الجزء الدماغي الذي يحرك التنفس و دوران الدم، وكما يؤكد البروفيسور GAULON الأول الذي عرف الغيبوبة الطويلة سنة 1959، لا زالت KAREN على قيد الحياة لأن دماغها لم يمت قطعيا، و يثبت ذلك فعليا التنفس العفوي لكارين اليوم[76].

و بالتالي المريض في الغيبوبة الطويلة لا يمكنه أن يكون أيضا محلا لاقتطاع الأعضاء، لأنه لا يمكن أبدا إثبات عدم رجوعها للحياة بشكل قطعي.

2-2-2- الغيبوبة المتجاوزة: في عام 1959 تم وصف هذه الحالة الخاصة جدا من قبل MOLLARET و تلميذه GOULON رائدي الإنعاش الطبي، فهذه الحالة تحدث عند أشخاص أصيبوا بتلف دماغي سريع في بضعة دقائق أو عدة ساعات و ذلك تبعا لرضوض شديدة في الجمجمة أو اعتداء، أو انتحار أو رصاصة في الرأس أو لانقطاع الأوعية داخل الدماغ، و رغم كل هذا يستمر في هذه الحالة القلب لدى من الصعب و صفها فورا بالموت، أما العضلات التنفسية و خاصة تلك التي يحكمها الدماغ فتتوقف عن العمل و بذلك يتوقف التنفس. لكن لا يستمر القلب بالخفقان إلا عدة ساعات ثم يتوقف، إذ عدم رجوع الجهاز العصبي المركزي للحياة يؤدي إلى كل الحركات المنظمة للجسم بالخلل[77].

يعتقد الأطباء أنه إذا تأكدت الغيبوبة المتجاوزة خلال 48 ساعة على الأقل بكل وسائل التحويلات السريرية و غير السريرية فيمكن إعلان الموت طبيا، و بذلك يمكن أن يصبح بعد إعلان الموت ذلك الشخص محلا لاقتطاع الأعضاء دون أن يترتب عن ذلك مسؤولية الطبيب.

2-2-3- الموت الدماغي: هو حالة مرضية للجسم تمنع الدماغ من تأمين أي وظيفة طبيعية له، فهو يتوافق مع تخريب كامل وقطعي للدماغ يصيب بنفس الوقت الجذع الدماغي و نصف كرة الدماغ رغم نشاط القلب العفوي الذي يتطور إلى التوقف الوشيك الوقوع الذي لا يمكن تجنبه بالنسبة لكل وظائف الجسم بما فيها التوقف النهائي للقلب بين 24 ساعة و 48 ساعة غالبا[78].

و الموت الدماغي هو المعيار المقبول بشكل شائع لتعريف حالة لا تقبل العودة للحياة من جهة النظر الطبية و القانونية.

---

[76] Dans l'Express, du 12-20 juin 1976, p 104-105.

[77] C. CABROL, Passé, présent et futur des transplantations d'organes, la presse médicale, octobre 1993, 22 n° 32, p 1504.

[78] د.أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 228، 229.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

الفرع الثاني: الإنعاش الاصطناعي

لم تطرح مسألة الوفاة أي أشكال إلا بعد التطور المستمر في الميدان الطبي الذي أدى إلى اكتشاف وسيلة طبية جديدة، تتمثل في أجهزة الإنعاش الصناعي الهادفة إلى الحفاظ على حياة المريض الذي توقف قلبه، و ذلك عن طريق أجهزة صناعية تعيد للقلب و الجهاز التنفسي نشاطهما، بحيث يؤدي ذلك في بعض الأحيان لاسترداد الإنسان وعيه كاملا و يستعيد وظائفه الأساسية.

لكن بالرغم من إيجابيات هذه الوسائل الجديدة إلا أنها طرحت إشكاليات عديدة من بينها:

متى يعتبر وقف أجهزة الإنعاش الصناعي مسموح قانونا؟

هل يمكن اللجوء أو متابعة محاولات الإنعاش ليس من أجل علاج هذا الشخص و لكن من أجل المحافظة على القيمة الحيوية للعضو الذي سيقتطع من هذا الشخص لزرعه عند أحد المستفيدين؟

و قبل التطرق لدراسة الإشكاليات التي يطرحها الإنعاش الصناعي نتطرق إلى تعريفه.

الإنعاش الصناعي هو مجموعة من الوسائل و الإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما، قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، و ذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت، أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل هذه الوسائل[79]، كما يمكن تعريفه أنه العناية المركزة أو المكثفة أو الحفاظ على الحياة بوسائل صناعية، و يتم العمل بوسائل الإنعاش في غرفة العناية المركزة في المستشفيات[80]. لكن رغم هذا لا يمكن القول أن الإنعاش الصناعي تعريف جامع مانع لأنه خاضع بدوره للتطورات العلمية المستمرة.

و من الحالات التي تعالج بطريقة الإنعاش الاصطناعي نجد:

- حالات شلل الأطفال.
- حالات التسمم بالمخدرات و المنومات و المهدئات.
- حالات مرض التيتانوس.
- حالات الغيبوبة الناتجة عن إصابة الرأس.
- حالات العجز الكلوي.
- حالات عدم انتظام ضربات القلب.
- عمليات جراحة القلب المفتوح.

نتطرق الآن إلى الإشكاليات التي يطرحها الإنعاش الاصطناعي و المتمثلة في:

أولا : وقف الإنعاش الصناعي.

ثانيا : استمرار الإنعاش الصناعي من أجل المحافظة على القيمة الحيوية للعضو الذي سيقتطع من شخص لزرعها عند أحد المستفيدين.

---

[79] أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1981، ص 122.

[80] نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 198.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

1- وقف الإنعاش الصناعي:

هناك اتفاق عند الأطباء على أن موت الدماغ هو رمز الموت، « **فالجسم الذي تلف جهازه العصبي لا يمكن اعتباره كائنا حيا و إن تم المحافظة على وظائفه الأخرى اصطناعيا** » [81]، و بالتالي يستطيع الطبيب في هذه الحالة وقف الإنعاش لأن جهوده بإعادة الحياة إلى مريضه أصبحت منذ الآن بدون جدوى.

لكن يجب على الطبيب المسؤول عن الإنعاش متابعة محاولاته إذا كانت هناك فرصة للبقاء على قيد الحياة، فيجب على الطبيب اعتبار المريض و إن كان مهددا بموت مؤكد ووشيك بأنه في حالة خطر، و ينتج عن ذلك واجبه في مساعدته قدر الإمكان حتى لحظة وفاته.

و منه يتضح أن عملية الإنعاش الاصطناعي ترتبط بحالة الغيبوبة التي هي عبارة عن فقدان الوعي، الشعور و الإحساس الخارجي، و الغيبوبة ليس على درجة واحدة بل تمر بمراحل ثلاث و هي:

1-1- الغيبوبة المؤقتة: التي تحدث عادة عند الدهشة أو الذهول الشديد، فيتم فيها تعطل مؤقت لوظائف المخ و يستعيد المصاب وعيه مرة ثانية .

1-2- الغيبوبة العميقة: التي يكون فيها المصاب فاقد الإحساس و الشعور و مجردا من الحركة و الانعكاسات الشرطية، لكنه يظل محتفظا بحياة عضوية فقط، كدرجة حرارة الجسم و التنفس و الدورة الدموية.

1-3- الغيبوبة المستديمة: و تتميز هذه المرحلة بوفاة خلايا المخ لدى الشخص، و الذي يستحيل عودتها للحياة مرة ثانية، هنا يفقد الشخص كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية [82].

لا مجال للاختلاف في اعتبار إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، في حالة الغيبوبة المؤقتة أو العميقة، قتلا إذا تم قبل موت مخ المريض مصداقا لقوله تعالى: **" و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق** ..."[83]، وبذلك فهو إزهاق روح إنسان عمدا، الفعل المنوه و المعاقب عليه من طرف المشرع الجزائري في نص المادة 254 من قانون العقوبات[84]، كما يعاقب الطبيب عن جريمة القتل خطأ، إذا صدر منه إهمال أو تقصير تجاه مريضه طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات لأنه يبقى من واجبه المحافظة على حياة الإنسان أو ما تبقى منها، و هو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي إذ يحث على احترام حياة الإنسان[85].

غير أن إذا أصيب المريض بأعلى درجات الغيبوبة المتمثلة في الغيبوبة الطويلة أو المستديمة، حيث يفقد فيها المريض كل مظاهر الاتصال بالعالم الخارجي و ذلك لموت خلايا مخه، ومنه هو في عداد الموتى وفقا للمعيار الحديث لتحديد الموت، و بذلك ليس في إيقاف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي ما يعتبر جريمة في حق الإنسانية لأن موت المخ يعني إنهاء الحياة الإنسانية، و أن الواجب الملقى على عاتق الطبيب، و المتمثل في شفاء المريض، يتوقف في لحظة و يتحول إلى واجب ترك المريض يموت في سلام و أن لا يطيل عذابه ضد الموت المحتم.

إلا أن عملية إيقاف الحياة الاصطناعية تتوقف على ضمانات يجب توفرها للإقبال على مثل هذا الفعل، فهناك مصالح متعددة يمكن أن تتأثر بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي القليلة العدد، فهناك مصلحة المريض المعلقة على هذه الأخيرة في

---

[81] B. DUBO, La transplantation d'organes, étude de droit privé, thèse Lille 1978, p 224.

[82] ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 202.

[83] سورة الإسراء الآية 33.

[84] أنظر المادة 254 من ق.ع.

[85] L'art 20 du code de déontologie médicale : « Le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade, il n'a pas le droit d'en provoquer librement la mort ».

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

المحافظة على حياته أو ما بقي منها، و مصلحة غيره من المرضى الأحياء التي تقتضي المحافظة على حياتهم بتركيب هذه الأجهزة عـــلى أجسامهم[86]. و قد تسائل الأطباء حول إذا كان القرار الخطير بوقف آلية الإنعاش لن يكون مصدرا لمسئوليتهم بممارسة القتل الرحـيم أو قتل الشفقة.

للإجابة على هذا التساؤل يجب تحديد ما المقصود بقتل الشفقة، الذي يعرف بأنه: " **إنهاء حياة المريض الميؤوس من شفائه طبيا، للحد من آلامه المبرحة و غير المحتملة بناء على طلبه الصريح، أو الضمني، أو طلب من ينوبه، و سواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة**"[87]. و يعرف أيضا بأنه: " **نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيبا، و قد لا يكون لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه و لم يعد يطيق تحمل آلامه** "[88] .

و من هذه التعاريف يتضح أن هذا التساؤل ليس في محله، لأن قتل الشفقة يفترض وجود حياة يعاني منها شخص غير قابل للعلاج فيضع أحد الأشخاص حدا لمعاناته بقتله، فهذان العنصران غير متوفران في حالة وقف تقنية الإنعاش، حيث أن الشخص الموجود ضمن حالة الغيبوبة الطويلة ليس له أي أمل بالشفاء، لأنه لم يعد يوجد هناك أي حياة، و المعاناة العنصر الثاني للقتل الرحيم تغيب هنا أيضا، لأن الشخص في الغيبوبة الطويلة يفقد رد الفعل الانعكاسي.

و بالتالي الطبيب لا يكون مسؤولا إذا ما أوقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريض في حالة غيبوبة طويلة، و القانون يحميه في ذلك، لأن المريض أصبح ميتا فيكون من الممكن للطبيب المساس بجثة هذا المريض طبعا وفق الحدود القانونية.

فإذا أوقف الطبيب أجهزة الإنعاش تنفيذا للقرار المستوفي شروطه و المصادق عليه، فان إجراءه يكون سليما شرعيا و قانونيا، و لا مسؤولية تقع عليه، و قد اقترح جانب من الفقه في مصر ضمانات لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي و هي:

1- قرار لجنة طبية متكونة من ثلاث أطباء مختصين على الأقل، يجمعون على تأكيد الموت الحقيقية للمريض مع التوصية بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي.

2- المصادقة على القرار من طرف قاضي أو وكيل النيابة العامة بعد التأكد من موافقة أسرة المريض.

3- تحرير شهادة وفاة من طرف لجنة الأطباء قبل أن يقوم الطبيب بتنفيذ قرار الإيقاف.

يلاحظ وفق هذه الإجراءات أن قرار لجنة الأطباء يجب أن يكون مقترنا برضى أسرة المريض عند إرساله للجهة الرسمية للمصادقة عليه، و لا يجوز الاكتفاء بموافقة الأسرة على إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي، لأنه قد تكون وراء موافقة أفرادها مطامع شخصية كالإرث مثلا، من هنا جاءت ضرورة التصديق من جهة رسمية. لكن نشير أن هذه تبقى مجرد ضمانات مقترحة خاضعة للنقد و التقدير، و توافقا مع الآراء الفقهية، قدمت ضمانات مقترحة[89] على المشرع الجزائري نص على اعتمادها عند إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي:

1- أخذ رأي اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بتوقيف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض بعد التأكد من موت خلايا مخه.

2- استئذان القضاء باعتباره حامي الحريات و الحقوق.

3- استئذان أسرة المريض.

---

[86] أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية و الشرعية و القانونية للإنعاش الصناعي -مجلة الحقوق والشريعة،ع 2،س 5،جامعة الكويت للحقوق والشريعة،جوان81 ، ص116.

[87] هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 7.

[88] عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، س 5، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1981.

[89] ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 203.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

إذا يجتمع العلم و القانون للاتفاق على أنه لا يوجد التزام عند الطبيب بإطالة حياة المريض اصطناعيا إلى أقصى حد ممكن، و يمكن اقتطاع الأعضاء من شخص لا يقبل جهازه العصبي العودة للحياة، ومن الصعب تحديد هياكل النظام العصبي الذي يؤدي تلفها لموت الجسم، لأن انحلالها الذي لا يقبل الشفاء يظهر على مراحل.

و يبدو أن التلف المزدوج و الكلي لهياكل حياة الاتصالات و الحياة الخاملة هو الذي يسجل نهاية حياة الكائن البشري، و على العكس، هل يعتبر مشروعا بعد ملاحظة الوفاة متابعة أجهزة الإنعاش للمحافظة على حيوية أعضاء المتوفى القابلة للزرع؟[90]

3- استمرار الإنعاش الصناعي:

يجب المحافظة اصطناعيا على التنفس و دوران الدم عند المتبرع لاقتطاع عضو حي قابل للزرع بنجاح، و تهدف الإجراءات التي تسمح باعتباره ميتا من الناحية السريرية لملاحظة تلف النظام العصبي المركزي الذي لا يقبل العودة للحياة[91].

و لا تطرح المحافظة على الإبقاء الاصطناعي للشخص المرتبط بزرع الأعضاء أي مشاكل سواء كانت طبية أو أخلاقية، و متى أعلن رسميا موت الشخص الذي كان في حالة البقاء الاصطناعي و كان متوقعا زرع أحد أعضائه لانقاد حياة شخص في خطر، فان الجراح يمكنه متابعة إنعاش القلب و التنفس من أجل الحفاظ على القيمة الحيوية للعضو الذي خصص للزرع بشرط التقيد بالشروط القانونية.

أما ما يتعلق بالأخلاق، فقد كتب R. P. BOUCHAUD : « **نكون بعد موت الدماغ أمام جثة هامدة حتى و إن استمر دوران الدم و استمر معه وجود الحياة الانباتية الخاملة و بالتالي لا يفرض سواء الإنعاش أو المحافظة عليه، و يمكن تبرير تشغيل أو وقف الإنعاش حسب مقتضيات تقنية زرع الأعضاء**»[92].

❖ **موقف الشريعة الإسلامية من الإنعاش الصناعي:**

بما أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، و بما أنها داعية للعلم و كانت و لا تزال متوافقة معه بالرغم من قدم عصورها من ناحية، و بالرغم من التطور العلمي المتواصل من ناحية أخرى ، إلا أننا لا نجدها تتعارض أبدا مع مقصد علمي فيه منفعة للعباد. و تبعا لهذا، أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بعين الاعتبار و الدراسة مسألة الإنعاش الصناعي و توقيفه، و هذا من أجل بلورة المسألة في إطار شرعي صحيح.

فمن الأمور التي لم يقبلها رجال الدين، بداية مسألة إعادة الموتى للحياة، و هذا ما أثاره الإنعاش الاصطناعي، باعتباره مسألة ماسة بالأمور العقائدية الراسخة في أذهاننا، على أساس أن الموت و الحياة أمران بيد الله سبحانه و تعالى، و لا شريك له في ذلك مصداقا لقوله تعالى: « **إنا نحن نحي الموتى**...»[93].

و قد عرفنا فيما سبق أن الإنعاش الاصطناعي عبارة عن وسائل تحافظ على بقاء القلب و الجهاز التنفسي محافظا على حياته العضوية، و ذلك بالرغم من وفاة خلايا المخ، لكن برغم ذلك لا يمكنه أن يعيد للحياة الإنسانية مقوماتها من إدراك و شعور و اتصال بالعالم الخارجي، فإيقاف عمل هذه الأجهزة في هذه الحالة لا يعد عملا غير شرعي.

---

[90] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 236.

[91] J. SAVATIER, Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, Les petites affiches, n° 149, 14/12/1994, p 10.

[92] R.P. BOUCHAUD, Réflexion morale, Cahier. Laénnec, mars 1966, p 14, 15

[93] سورة يس الآية 12.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

حيث أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية فان مناط التكليف بأحكامها هو العقل، أو بالأحرى الإدراك، و هو أحد مراتب العقل الذي يعطي للإنسان القدرة على الاتصال بالعالم الخارجي و التعامل معه وفق أوامر الشريعة، فإذا فقد الإنسان الإدراك بموت خلايا مخه يعفي من التكليف بالإحكام الشرعية.

و قد صدرت بذلك فتوى[94] جاء فيها: « ... **بل أن استمرار التنفس و عمل القلب و النبض كل أولئك دليل على الحياة، و إن دلت الأجهزة الطبية على فقدان الجهاز العصبي لخواصه الوظيفية ، فان الإنسان لا يعتبر ميتا بتوقف الحياة في بعض أجزائه، بل يعتبر كذلك شرعا، و تترتب آثار الوفاة من تحقيق موته كلية، فلا تبقى فيه حياة لأن الموت زوال الحياة، و يمتنع تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات أو أدوية متى تبين للطبيب أن هذا كله لا جدوى منه، و أن الحياة في البدن في سبيل التوقف، و على هذا فلا إثم إذا وقفت الأجهزة التي تساعد على التنفس و على النبض متى تبين المختص القائم بالعلاج أن حالة المحتضر ذاهبة للموت** ».

و عليه نلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يحثون على إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي متى تبين أن ذلك لا جدوى منه، لأنه لن يكون سوى سبيل لإطالة عذاب المريض و احتضاره، لدى فانه من الأولى على الطبيب المختص أن يوقف هذه الأجهزة متى تبين له اليأس من حالة مريضه، دون أن يكون قد ارتكب إثما، ليعرف الجميع أن الموت مصير محتم لا فرار منه حتى لو وصل العلم إلى ذروة تقدمه، فلا يمكنه أن يمحو هذه الحقيقة لأنها سنة الحياة مصداقا لقوله تعالى: « **كل من عليها فان و يبقى وجه ربك ذو الجلال و الإكرام** »[95].

---

[94] فضيلة الإمام جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر، دراسة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر، مديرية الثقافة الإسلامية، نيابة البحوث الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر.

[95] سورة الرحمان، الآية 26.

الفصل الثاني: التصرفات الطبية الحديثة في نقل الأعضاء البشرية

ينسخ القانون عن الحياة و عن جسم الإنسان للاعتراف بالوجود الجسدي للشخص، و يتمتع جسم الإنسان بالحماية، و هذه الحماية من النظام العام، و ينبع الطابع المقدس الذي يرتبط بالشخص من وجوده، و إذا كان لا يوجد للطفل الذي لا يزال في رحم أمه مصلحة بحماية بعض حقوقه فلا يمكن أن تعامل الجثة التي تعتبر مجرد غطاء جسدي للروح على أنها مجرد شيء، فالقانون يعترف و يحمي و يحترم هذه الاستمرارية الروحانية للشخص في الحياة أو بعد الموت[96].

[96] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 183.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

المبحث الأول: أساس إباحة التصرف في الجسم البشري

هناك مبدأ ينص أنه يمكن للشخص الذي يعتبر سيد جسده، في الحياة أو حتى بعد الموت، تحديد مصير جثته بشكل مطلق و بشكل يستطيع فرضه قانونا على عائلته و على الغير[97]، كما أن القانون سمح بالمساس بجثة الشخص رغم حرمتها إذا ما اقتضت الضرورة ذلك كاستئصال عضو من هذه الجثة لزرعها في جسم شخص بحاجة إليها مما يؤدي إلى انقاد حياته.

و الهدف من وراء ذلك أولا و أخيرا الحفاظ على أرواح الناس، و هناك تشريعات عديدة سارت على هذا النحو، حيث أجازت استئصال أعضاء من جثث الموتى، و من هذه التشريعات: التشريع اللبناني، الكويتي بخصوص نقل الكلى، المصري بخصوص استئصال العيون، و كذا الفرنسي، الأرجنتيني، اليوناني، السويدي، الأسباني، و ما ينبغي الإشارة إليه هو أن يكون هدف الاستئصال لأغراض علاجية أو علمية، و هذا وفقا للمادة 161 من قانون حماية الصحـــــة و ترقيتها[98]، حيث لم يفرق بين الاستئصال من الحي أو الميت، لكن شريطة أن يكون هذا المساس بها هو الطريق الوحيد للعلاج.

و لا نغفل أن نذكر أن المشرع الجزائري قد أجاز المساس بالجثة للأغراض العلمية[99] أيضا، كالتشريح بغرض تعليم طلبة الطب أو لتشخيص الأمراض، و كذا في حالة الجنايات بغرض الوقوف على السبب الحقيقي للوفاة، و لكنه قد قيد ذلك بشروط.

لذلك سندرس فيما يلي الأصول العامة لهذا المساس و شكلين من التصرفات الطبية الحديثة التي تسمح بالتصرف في جسم الإنسان.

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي

إن مع التطورات العلمية الحديثة و المذهلة، ظهرت عدة عمليات تجاوزت حدود العقل البشري العادي، منها ما سمحت به الشريعة و منها ما حرمت بعضا منها وكل ذلك قصدا في العلاج و الاستمرارية، و لذلك سندرس فيما يلي شكلين من التصرفات الطبية الحديثة التي تسمح بالتصرف في الجسم البشري و المتمثلة في كل من التلقيح الاصطناعي و الاستنساخ البشري.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أول ما ظهر التلقيح الاصطناعي كان في مجال الأشجار و الحيوان، و أول من سجل تقريرا رسميا عن التلقيح الاصطناعي هو العالم الإيطالي إسبلانزاني Espallanzani الأخصائي بعلم الغرائز إذ هو أول من قام بحقن سائل منوي في رحم كلبة سنة 1780 م وقد كللت التجربة بالنجاح، و في سنة 1871 م تم إجراء أول عملية على امرأة و نجحت هي الأخرى.

و يقصد بالتلقيح الاصطناعي l'insémination artificielle الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما. و يتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها.

---

[97] R. DERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966, page 188.

[98] تنص المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية".

[99] المادة 168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم 05/85 المعدلة بقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

إن أول تلقيح بشري كان سنة 1799 م من طرف العالم هنتر Hunter و تعلق الأمر حينها بزوجين عقيمين لوجود عاهة وراثية بالزوج، وقد تمت بمني هذا الأخير، أما أول تلقيح بواسطة الغير فكان لأول مرة سنة 1884 م.

الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي

لقد عرفنا أن التلقيح الاصطناعي هو عملية يتم فيها تلقيح البويضات الأنثوية بالحيوانات المنوية الذكرية بغير الاتصال الجنسي بين الرجل و المرأة، و في هذا الصدد و بالنظر إلى أن الإنجاب هو هدف منوط بالمتزوجين من جهة، و لاختلاف الحالات المرضية المسببة للعقم من جهة أخرى فإن أساليب التلقيح الاصطناعي نوضحها كما يلي:

1- التلقيح داخل الجسم أو الاستدخال: و يتضمن هذا النوع من التلقيح أسلوبين أو حالتين هما:

الأسلوب الأول: يتم فيه أخذ الحيوانات المنوية للزوج و تحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي بعدها النطاف التقاء طبيعيا بالبويضة التي تفرزها إحدى مبايض الزوجة و يتم التلقيح بينهما كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي .و يعتبر هذا الأسلوب هو الحل و العلاج لما يكون العقم عن الأسباب التالية:

أ - إذا كان عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج قليلة فتجمع حصيلة عدة دفعات من مائه و تركز ثم تدخل إلى رحم الزوجة.

ب - إذا كانت حموضة الجهاز التناسلي للمرأة تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية.

ج - إذا كان هناك تضاد بين خلايا المهبل و الحيوانات المنوية مما يؤدي إلى موت هذه الأخيرة.

د - إذا كانت إفرازات عنق الرحم تعيق ولوج الحيوانات المنوية.

هـ - إذا أصيب الزوج بمرض أدى إلى عجز عضوي في إيصال مائه عند الاتصال الجنسي مع زوجته إلى الموضع المناسب.

الأسلوب الثاني: و هي إدخال ماء رجل غريب عن المرأة أي أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموضع المناسب لزوجة رجل آخر، و بعدها يتم التلقيح داخليا بصفة طبيعية كما في الأسلوب الأول، و هذه الطريقة استخدمت قديما في مصر تعرف باسم "الصدفة "حيث تقوم إحدى النسوة بإحضار صدفة فيها مني قريب لها و بعدها يتم إدخاله في الجهاز التناسلي للمرأة و التي تكون زوجة لرجل آخر فتحمل الزوجة من هذا الأجنبي . و يندرج ضمن هذا الأسلوب إدخال ماء الزوج في رحم زوجته بعد انفصام عقد الزوجية، و يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة عقم الزوج و استحالة إنجابه.

2- التلقيح خارج الجسم (الإخصاب في الزجاج، طفل الأنابيب): نكون بصدد تلقيح خارج الجسم عند كل تلقيح لا يتم بالأسلوبين المذكورين سابقا أي لما لا يقتصر التلقيح على وضع الحيوانات المنوية في فرج أو رحم الزوجة . و يحتوي هذا النوع على خمسة أساليب تعتمد كلها على أخذ البويضة من و ليس Petri dish" المرأة عند خروجها من المبيض ثم توضع في طبق زجاجي يعرف" بطبق بتري في أنبوب اختبار- رغم أن المصطلح الشائع هو أطفال الأنابيب -و يوجد في هذا الطبق سائل فيزيولوجي مناسب لبقاء البويضة و نموها و بعدها يضاف مني الرجل إلى الطبق مع البويضة فإذا ما لقحت تركت لتنقسم انقساماتها المتتالية خلال يومين أو ثلاثة أيام، و بعدها تعاد إلى الرحم لتنمو نموا طبيعيا، و تولد بولادة طبيعية أو قيصرية.و فيما يخص الأساليب الخمسة للتلقيح خارج الجسم فهي:

الأسلوب الأول: و هو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج، و البويضة من مبيض زوجته، و يتم التلقيح في طبق الاختبار كما وضحنها سابقا، و في الوقت المناسب تنقل البويضة الملقحة من الطبق و تعاد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة، فتعلق قي جدارة ليبدأ الحمل ويستمر إلى حين الولادة.و يلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عاقرا بسبب انسداد قناة فالوب التي تصل بين المبيض و الرحم. وقد أجريت أول عملية بهذه الطريقة في 1977 لما اخذ الدكتور البريطاني " باتريك استبتو " بويضة الأم " ليزلي

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

براون " في 1977/11/10 و وضعها في الطبق الذي حضر فيه الدكتور البريطاني الآخر " روبـــرت ادواردز " و بعد أن قاما بتلقيح البويضة أعادها الدكتور " استبتو " إلى رحم الأم " ليزلي " في 1977/11/12 و فـــي 1978/07/25 ولدت " ليزلي براون " أول طفلة أنبوب في العالم سميت بـ " لويز " فاتحة بذلك باباً جديداً في التناسل البشري بعد معاناة مع العقم الناتج عن انسداد قناة فالوب غير قابل للاصلاح جراحياً[100].

الأسلوب الثاني: يجري التلقيح بين نطفة الزوج و بويضة زوجته في طبق الاختبار" طبق بتري "ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته الثانية. و نكون بصدد هذه الحالة لما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غير صالح للحمل.

الأسلوب الثالث: أن يجري التلقيح في طبق الاختبار بين نطفة مأخوذة من الزوج، و بويضة مأخوذة من مبيض امرأة غريبة عنه (متبرعة) و بعد أن تلقح البويضة تزرع في رحم الزوجة. يستعمل لما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا و لكن رحمها سليما قابلا للحمل و تغذية الجنين.

الأسلوب الرابع: إن يجرى التلقيح بين نطفة رجل و بويضة امرأة ليست بزوجته – متبرعين- ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة. و يستعمل هذا الأسلوب لما تكون الزوجة عاقرا بسبب تعطل أو استئصال مبايض ها لكن رحمها سليـــم، و زوجها أيضا عقيم.

الأسلوب الخامس: أن يجرى تلقيح خارجي في طبق الاختبار بين ماء الزوج و بويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة للحمل وتعرف بالأم البديلة أو الأم الحاملة La mère porteuse كما يعرف أيضا بالرحم الظئر و بالبطن المستأجرة فكلها مصطلحات لمدلول واحد. و نكون بصدد هذا الأسلوب لما يكون رحم الزوجة غير صالح للحمل أو ترفض الحمل حفاظا على رشاقة جسمها، و بالمقابل تكون الأم البديلة ترغب في الكسب أي تقوم بحمل اللقيحة في مقابل مادي يتفق عليه. و بهذا نكو ن قد حددنا السبل السبع لإجراء التلقيح الاصطناعي بحالاته الداخلية و الخارجية.

و على ضوء هذه الحالات، سندرس ما هي الحالات أو الأساليب المعتمدة شرعاً و قانوناً، و ما هي تلك المستبعدة بعد إعادة ذكرها باختصار في شكل خلاصة كما يلي:

1. أن يؤخذ ماء الزوج و يحقن في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجته.
2. أن يؤخذ ماء رجل أجنبي و يحقن في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجة رجل آخر.
3. أن يؤخذ ماء الزوج و بويضة من زوجته و يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
4. أن يؤخذ ماء الزوج و بويضة من زوجته و يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى وقد تكون هذه الأخيرة زوجته أيضا.
5. أن يؤخذ ماء الزوج و بويضة امرأة أخرى و يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
6. أن يؤخذ ماء رجل أجنبي و بويضة الزوجة و يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
7. أن يؤخذ ماء رجل أجنبي و بويضة امرأة أجنبية و يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

---

[100] لمزيد من المعلومات، ارجع إلى مؤلف الشيخ حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا: التلقيح الصناعي أو أطفال الأنابيب و غرس الأعضاء البشرية بين الطب و الدين، المكتبة العصرية، بيروت، ط 1، 2006، ص 13، 14.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

المطلب الثاني: الاستنساخ البشري

إن الكشوف التي حصلت أو ستحصل ما هي إلا مما تعلقت به إرادة الله الكونية، فهو الذي أعطى الإنسان العقل والعلم والمقدرة فاستخدم القوانين والسنن التي أودعها في الكون المسخر للإنسان بسماواته وأراضيه، حيث يقول القرطبي المفسر قد تختلف التجربة وتنكسر العادة ويبقى العلم لله تعالى وحده و في هذه العبارة المختصرة جواب عن الاشتباه بأن في هذه الممارسات منافاة من القائمين بها لإرادة الله، وإيجاد الموانع من نفاذ المشيئة، و ما قواعد الوراثة إلا نظم وأسباب كونية أودعها الله في مخلوقاته يرفعها متى تعلقت بذلك إرادته سواء كان ارتفاعها حلالاً أو حراماً.

و سنتطرق في هذا المطلب لدراسة الاستنساخ بين الزوجين و ما يتعلق بذلك التصرف دون توسع من حيث ماهيته و الاكتفاء بالأبحاث المقدمة فيه.

الفرع الأول: تعريف الاستنساخ و خطواته

الاستنساخ هو أحد تطبيقات الهندسة الوراثية التي هي واحدة من الخصائص الكونية التي أودعها الله عز وجل في الأجناس المختلفة من مخلوقاته التي منحها الحياة ذات الحس والحركة والإرادة (الإنسان، والحيوان) أو ذات النمو (النبات). و بالرغم من أن التصور الوافي للاستنساخ تكفل به المختصون فيما قدموه من بحوث علمية في أكثر من مؤتمر أو ندوة فإنه لابد من تقديم تصور موجز للاستنساخ البشري.

التعريف الموجز الذي يمكن به الربط بين الواقعة وحكمها هو أن الاستنساخ أو النسخ يريد به المختصون محاولة تقديم كائن أو خلية أو جزيء يمكنه التكاثر عن غير التلقيح ومن غير نقص أو إضافة للمحتوى الوراثي .

وبعبارة أخرى هو إيجاد خلية جديدة من خلال زرع نواة خلية جسدية (جلدية مثلا) في سائل خلية بييضية منزوعة نواتها، بحيث تشرع الخلية الجديدة في الانقسام لينتج عنها كائن حي بصورة مطابقة وراثياً للأصل الذي أخذت منه النواة[101].

الخطوات التي يتم بها الاستنساخ هي :

1- استخراج خلية جسمية حية ذات صفات ممتازة من رجل أو امرأة .

2- نزع نواة هذه الخلية الجسمية التي تحمل خيط الحياة الحامل للشفرة الوراثية المزدوجة الكاملة .

3- استخراج بويضة حية غير مخصبة من امرأة أو ربما من نفس المرأة ان كانت الخلية الجسمية منها، وكلاهما سيان، بواسطة تقنية خاصة.

4- تفريغ البويضة من نواتها و الإبقاء فقط على محتواها من المادة الخلوية (السايتوبلازم)، بمعنى تحويلها إلى حاوية بيولوجية لا تحمل صفات وراثية.

5- دمج نواة الخلية الجسمية مع البويضة المنزوعة النواة من خلال تعريضهما لذبذبات كهربائية محسوبة، لتكوين خلية جديدة تحمل مورثات وصفات النواة، بينما يستمر انقسام الخلية لتكون علقة.

6-حقن العلقة في رحم المرأة صاحبة البيضة أو حتى رحم امرأة أخرى لاستكمال الحمل، بل يمكن استخدام امرأة واحدة لإتمام العملية كاملة، وفي النهاية يولد ذكر أو أنثى بنفس مواصفات صاحب أو صاحبة النواة الأصلية بدون تزاوج جنسي.

---

[101] د. عبد الستار عبد الكريم أبو غدة، عضو المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، الاستنساخ من الزوجين و الأحكام التي تترتب عليه.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

الفرع الثاني: الاستنساخ و البحث العلمي

لا نزاع في مشروعية البحث العلمي في المجالات التي يتوقع منها النفع ولا يشمل ما يتعلق بسلامة الإنسان من الأمراض و العلل أو العلاج المبكر بما يؤمل معه زوال المعافاة أو تخفيفها، وينطبق هذا على أي مشروع تبذل فيه جهود فردية مشتركة، ومن ذلك مشروع الجينوم البشري الذي يهدف إلى معرفة أسباب الأمراض الوراثية والعلاج الجيني لها وبخاصة سرطان الثدي وسرطان المبيض ومعرفة التركيب الوراثي وقابلية حدوث أمراض معينة وإنتاج مواد بيولوجية و هرمونات يحتاجها جسم الإنسان للنمو والعلاج وقائمة الأمراض الوراثية تزداد يومياً باكتشاف المزيد منها بسبب تسارع البحث العلمي .

وإذا كان في بعض الدراسات المتصلة بالعلم من حيث هو التفرقة بين النافع وغيره، فإنها لم يقصد بها إلا اطراح فئة من العلوم قامت على الاستخفاف بعقل الإنسان أو تحدي عقيدة الفطرة .. أما العلم الذي يصلح أن يكون – فضلاً عن نفعه المادي – مدرجة للنظر في الكون والتفكر في مالك الملك فإنه في دائرة التكليف والطلب . وهذه المنافع كلها مما يندرج في الضروريات التي تؤدي رعايتها إلى حفظ النفس والنسل .

على أن ما يمكن أن يصحب هذه المنافع من المحاذير أو الضرر التي ستأتي مناقشة بعضها بالتفصيل يجب أن تطبق عليها المبادئ الشرعية المتعلقة بالضرر مثل (الضرر يزال) و(يتحمل أهون الضررين لتجنب أشدهما) ..الخ .

وقد قرر العلماء أنه لا يوجد في الكون ما هو مصلحة محضة، إذ في كل أمر جانب نفع وجانب ضرر (ولو بفوات غرض دنيوي مهما كان شأنه قليلا) ولذا تجب الموازنة بين المصالح والمفاسد لمعرفة ما هو الأغلب أو الغالب .

ثم إن البحث المثمر عن حكم مستحدثات الطب و البيولوجيا يقتضي – بعد التقيد بالنصوص القطعية ذات الصلة – الاجتهاد لا التقليد المطلق لما انتهت إليها إجتهادات الفقهاء السابقين ولكن هذا لا يمنع من الاسترشاد بطريقة اجتهادهم لكي نلتزم مثلهم بالقيود الشرعية لاستخراج الأحكام، لأن الإجتهادات فيما أجمل في النصوص يمكن أن تتغير بتغير المعطيات العلمية.

المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من التصرفات الطبية الحديثة

لقد أثبتت الشريعة الإسلامية التي هي وحى السماء أنها مواكبة لكل حركة التطور الإنساني فكريا وتقنيا وطبيا واقتصاديا وعلميا؛ فهذه أقوال الفقهاء المبنية على نصوص الكتاب والسنة والإجماع و القياس تجارى بل تسابق في كثير من الأحيان المستجدات الطارئة و النوازل الحادثة في بيان الرأي السوي والقول المعتمد في كل الميادين.

و الشرع ميزان الأمور كلها وحاصر لأصلها و فرعها

و قد حقق الاجتهاد الجماعي المعاصر من خلال المجامع الفقهية و مراكز الأبحاث والندوات العلمية الشرعية التي تجمع كبار العلماء ضمانة لإخراج الآراء الفقهية الرائدة المؤيدة بشهادة أهل الخبرة من أطباء و اقتصاديين و تقنيين و فلكيين.

هذه الضمانة تحفظ شريعتنا من كل وهن أو خلل أو زيغ.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي

لفهم و تبيان أساس موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، لا بد من عرض الأحكام و المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الأسباب فيما يخص مسألة علاج المرأة على أساس أن العقم مرض و التلقيح الاصطناعي هو أحد علاجاته و هذه المبادئ هي:

أ - انكشاف المرأة على غير زوجها – أي على غير من يحل لها الاتصال جنسيا معه–، لا يجوز إلا لغرض مشروع يبيح هذا الانكشاف.

ب - علاج المرأة من مرض يؤذيها يعتبر غرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج و عندها لا يكون الانكشاف إلا بقدر الضرورة.

ج - كلما كان الانكشاف للمرأة مباحا لغرض مشروع و هو العلاج، فيجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة و إلا فامرأة غير مسلمة، فطبيب مسلم ثقة و إذا لم يوجد فطبيب غير مسلم، و يجب احترام هذا الترتيب.

و بمراعاة ذلك فإن الفقهاء قالوا أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل و حاجة زوجها إلى الولد يعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي السبعة المتعارف عليها.

و في حين ذهب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي الذي عقد تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بمكة المكرمة سنة 1985[102]، بعد جمع معلومات دقيقة و موثوق منها و تطبيق قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها، إلى تحديد مشروعية كل أسلوب من الأساليب السبعة الممكنة في التلقيح الاصطناعي فإنه هناك من الفقهاء من اكتفى بوضع القواعد أو الشروط المتطلبة لاستعمال هذه التقنية دون التفصيل في كل أسلوب و عليه فان مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قال أن:

أ - الأسلوب الأول من التلقيح الداخلي (لما نطفة الزوج تحقن في الموضع المناسب من فرج أو رحم زوجته) هو أسلوب جائز شرعا مع احترام المبادئ العامة و الأحكام المذكورة و ذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل.

ب - أن الأسلوب الأول في التلقيح الخارجي (نطفة الزوج + بويضة الزوجة يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة) هو أسلوب مقبول مبدئيا و جائز في ذاته من وجهة النظر الشرعية لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك فيما يستلزمه و يحيط به من ملابسات فينبغي أن لا يلجا إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبتوفر الأحكام والمبادئ العامة المذكورة.

ج - أن الأسلوب الثاني في التلقيح الخارجي (نطفة الزوج + بويضة الزوجة يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى أي زوجة ثانية التي تتطوع لحمل اللقيحة عن ضرتها) فهو جائز عند الحاجة و تحترم لمبادئ العامة مع العلم أن هذا الأسلوب لا يجرى في البلدان الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات.

و يوصي مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في الحالتين الجائزتين شرعا بالاحتياط و الحذر تجنبا لاختلاط النطف أو اللقائح في أنابيب الاختبار.

و بالنسبة لإعادة اللقيحة إلى الزوجة الثانية فرغم القول بجوازها إلا أنه تثار تساؤلات :ماذا لو حملت الزوجة الثانية فأصبح هناك توأم فكيف نفرق بين اللقيحة و بويضتها؟ و ماذا لو ماتت اللقيحة و حملت هي من زوجها؟ لاسيما أن الفقهاء اختلفوا حول من تكون الأم في هذه الحالة هل هي صاحبة البويضة أم من ولدت الجنين؟

أجاب المجمع الفقهي هذه الإشكالية عندما قال بصفة عامة: " **في الحالات الثلاث الجائزة شرعا فإن نسب المولود يثبت بين الزوجين مصدر البذرتين و يتبع الميراث و الحقوق الأخرى بثبوت النسب و غيره بين الولد و من التحق نسبه به. أما الزوجة المتطوعة فتكون في حكم الأم المرضعة لأنه اكتسب من جسمها و عضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب و لكن لا توارث بينهم** "[103].

---

[102] الشيخ حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب و الدين، ص8 .

[103] بمعنى أن من تلده الأم البديلة يكون في حكم ابنها و يحرم عليه ما يحرم على ابنها من زوجها لكن لا يتوارثان.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

و بالنسبة للفقهاء فمنهم من سلكوا و تبنوا نفس موقف المجمع الفقهي الإسلامي بأن قالوا أن الأم هي صاحبة البويضة، و منهم من قال إن الأم هي من تلد إذ الأم في الإسلام ثلاثة أنواع و هي: أمهات المؤمنين و هن زوجات الرسول صلى الله عليه و سلم، الأم الحقيقية و هي التي تضع المولود، و نجد في الأخير الأم من الرضاع و هي التي تتولى إرضاع الطفل. و بالتالي فان الأم في التلقيح الاصطناعي – في الحالات الجائزة شرعا – هي التي ولدت استناداً إلى الحجج و الآيات التالية: قوله عز وجل: " **إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** "[104] و قوله تعالى أيضا: " **لا تضار والدة بولدها** "[105] وكذلك قوله: " **و الوالدات يرضعن أولادهن** "[106] إضافة إلى قوله عز وجل: " **حملته أمه كرها و وضعته كرها** "[107].

و إلى جانب كل ذلك فالبويضة الملقحة نمت و تغذت بدم التي حملتها و تحملت آلام الحمل والولادة فالأمومة أوسع علميا و شرعيا من العوامل الوراثية البحتة، و بالنسبة لتقنية الأم البديلة أو الرحم الظئر فقد قالوا بحرمتها باستثناء الزوجة الثانية.

و قد خلص بعض الفقهاء إلى القول أن شروط التلقيح الاصطناعي بصفة عامة هي ثلاثة كما يلي:

الشرط الأول: ألا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت إليه داعية

إن الإسلام دين يسر و ليس دين عسر إذ أنه رغم وضع محرمات إلا انه يبيحها أحيانا " **فالضرورات تبيح المحظورات** ".

و قال الفقهاء إن التلقيح الاصطناعي في حد ذاته لا يتفق مع الأحكام الشرعية العامة لذا لا يلجأ إلى هذه التقنية إلا عند الضرورة القصوى و هي لما يستحيل على المرأة أن تحمل من زوجها عن الطريق الطبيعي أي الاتصال الجنسي، و أسس الفقه الإسلامي علة التحريم على قوله عز وجل: " **قل للمؤمنين يغضوا من إبصارهم و يحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون و قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن و يحفظن فروجهن و لا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها** "[108].

فغياب الحاجة و الضرورة بأن كانت المرأة قادرة على الحمل بالطريق العادي و مع ذلك لجأت لهذه العملية و لم تحفظ جسدها فهو اعتداء و تجاوز على الحدود الشرعية إذ أن مجرد النظر إليها هو زنا لقوله صلى الله عليه و سلم: " **العينان تزنيان و زناهما النظر** "[109].

الشرط الثاني: ألا يخضع لهذه العملية إلا الزوجان

لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما البعض إذ لابد أن يكون كل من الرجل و المرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد الزواج ذلك أنه يلجا لهذه الوسيلة لتحقيق غرض من أغراض الزواج و هو التناسل، كما ترجع به العلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية. و يترتب على ذلك عدم جواز إجراء عملية التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق، الوفاة أو الفسخ أي تستبعد كل العلاقات الحرة. و لا مجال للحديث عن الزواج بين نفس الجنس (امرأتين أو رجلين) ذلك أن هذا محرم في الشريعة الإسلامية و بالتبعية حرمة كل ما يتبع و يتعلق بذلك.

---

[104] سورة المجادلة، الآية 02.
[105] سورة البقرة، الآيات 233.
[106] سورة البقرة، الآيات 233.
[107] سورة الأحقاف، الآية 15.
[108] سورة النور، الآيتين 30، 31.
[109] رواه و أخرجه البخاري.

و بالنسبة لعدم إمكانية التلقيح بعد وفاة الزوج فقد يظهر أن هذا الشرط لا معنى له لكن التقدم العلمي كما أوضحنا سابقا توصل إلى تجميد مني الأزواج و ذلك بإيداعها في بنوك المني أين يمكن للزوجة المطالبة به و تحمل من زوجها رغم وفاة هذا الأخير أو طلاقها منه و هذا لا يمكن القول به إطلاقا في الدول الإسلامية.

الشرط الثالث: أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها

فعملية التلقيح تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب: " الولد للفراش و للعاهر الحجر "[110]، بمعنى الولد للـزوج و للعاهر – و هو الزاني – الرجم عقوبة على جريمته ذلك إن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين لـذا من اللازم دائما في هذه الحالات أن تلقح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره.

و يقول أحد الفقهاء: " **فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا ويكون في معنى الـزنا و نتائجه و كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به و وضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما**"[111].

و عليه إذا توفرت هذه الشروط فيجب أن تتم العملية أمام جهة علمية موثوقة و تتم العملية بحضور الزوج إذ لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل فيه مع الفروج المحصنة، و ينتج عنه طفل شرعي و لا شك في نسبه إلى والديه إذ قال أحد فقهاء الشريعة الغراء: " **إذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوب ثم وضعت في رحم الزوجة بوجود عيب في جهازها التناسلي فهذا حلال و ينسب المولود للأب و الأم** "[112].

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاستنساخ البشري

يختلف الحكم الشرعي على الإجراءات أو التصرفات الواقعة في مجال الوراثة تبعاً للهدف المبتغى من الفعل، وإن مراعاة الغاية هنا مبعثها الموازنة بين المفاسد والمصالح، أو المضار والمنافع، وهي موازنة مطلوبة شرعاً، انطلاقاً مما قرره علماء أصول الشريعة من أنه لا يوجد – إلا نادراً – ما يتمحض للنفع والصلاح دون أن تشوبه شائبة من الضرر في الدين أو البدن أو المال وإنما يكون العبرة بالأغلب، أي حيث تتحقق المصلحة الراجحة على ما يقع من ضرر بفعلها، ويعتبر هذا من ارتكاب أخف الضررين تفادياً لأشدهما.

ومقتضى الحكم التكليفي يؤدي إلى إحجام الملتزمين بالشريعة عن التصرفات الممنوعة بالمباشرة أو الإذن أو المعونة سواء في مجال الاختبارات أم في مجال المعالجة التي لابد من أن تراعى فيها الأحكام الشرعية، لأن الإقدام على ما هو نافع لا يعفي من التقيد بالحكم الشرعي، لئلا يزول الضرر المادي على حساب لحوق الضرر المعنوي بالتحلل من معيار الحلال والحرام، فضلاً عن مشروعية الهدف لابد من مراعاة مشروعية الوسيلة أيضاً بأن تكون أمراً حلالاً يمكن به تجنب الإنسان شيئاً من المخاطر الناتجة عن الوراثة من أبيه وأمه، وهذا السعي لتحصيل النفع مأمور به في نصوص شرعية كثيرة منها الحديث الشريف: " **احرص على ما ينفعك واستعن بالله ولا تعجز** ".

ومن الواضح أن حرص الإسلام على الجمع بين نبل الهدف والوسيلة معاً نابع من اعتبار التكليف مستمراً وشاملاً لأي تصرف معنوي أو مادي. وأنَّ للوسائل والإجراءات حكم المقاصد والغايات، فليس في الإسلام فكرة : الغاية الصالحة تبرر الوسيلة الفاسدة، فإن التعبد والامتثال شامل للنية والفعل .. ولا يعني هذا أن يخلو الإجراء من محاذير، بل المراد أن تكون المصلحة أساسية

---

[110] حديث شريف.

[111] د جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 104.

[112] د جيلالي تشوار: نفس المرجع ص 104، 105.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

وأن يربو ما فيها من نفع على ما يستتبع حصولها من محاذير، وأن تكون الوسيلة لتحصيلها هي في ذاتها فعل مشروع بقطع النظر عن اقترانها بالهدف والغاية .

ومن هنا يتبين أنه لا يصلح بحال من الأحوال أن يكون هدفاً مشروعاً الرغبة في التكاثر أو التشهي أو العبث أو الإفساد، وهو ما يلحظ استحواذه على معظم التجارب والتصرفات في هذا المجال بسبب بيئات لا تقيم لمعيار الحلال والحرام أي اعتبار.

فالإقدام على تطبيق الاستنساخ في الإنسان لا ينفك عن الوقوع في تجهيل الأنساب وانقطاع التناسل الذي ناط الله به القرابة بأنواعها وقد تناول الحظر صوراً عديدة تؤدي لجهالة النسب أو لإدخال التنازع فيه، فمما حرمه الله : -نفي الأنساب الثابتة سواء كان النفي من نفس المحمول عليه النسب إذا كان لا يعلم قادحاً في النسب، لكنه نفاه باطلا وزوراً وهو ما كان معروفاً في الجاهلية باسم " الخلع " بفتح الخاء.

وكذلك إذا كان النفي من غيره وهو ما يستوجب عقوبة القذف من الحدود والذين يرمون المحصَنات ثم لم يأتوا بأربعة شُهَداء (الشرعية المنصوص عليها) فاجلدوهم ثمانين جلدةً ولا تَقبَلوا لهم شهادةً أبداً وأولئك هم الفاسقون -تضييع العائل من هم في عياله – ففي الحديث الذي رواه مسلم " **كفي إثماً أن تحبس عمن تملك قوته** " وفي رواية لأحمد : " **كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت** ".

الجدير بالإشارة إليه في شأن الاستنساخ البشري وجذوره في التراث هو أن ابن النفيس في الرسالة الكاملية في السيرة النبوية تعرض لأمور تدخل فيما يسمى بعالم التنبؤ المستقبلي وأشار في أحد فصول كتابه إلى طريقة التولد الذاتي أو التلقائي .. وإذا كانت إشارته هذه تندرج فيما يسمى بالخيال العلمي إلا أنها تنبئ بأنه توقع احتمال التكاثر بدون اتصال جنسي، وهذا التوقع له أهميته حين يصدر ممن جمع بين الطب والفقه والفلسفة وعلوم أخرى كثيرة.

- تحريم التبني: وهو إخراج النسب من وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم (الربط بالحقائق الشرعية إلى محض الادعاء والهوى). قولكم بأفواهكم ولا تقربوا الزنا.

- اختلاط الأنساب: سواء حصل بالزنا أو حصل بالزواج بمن لا تزال في عدة الغير و فيه إنه كان فاحشة وساء سبيلا الحديث الذي رواه أبو داود والترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"**لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره**" أي إتيان الحبلى من غيره .

- كما تناول التحريم كل ما يؤدي إلى قطع التناسل أو إضعافه أو تغيير طرقه التي وقعت موقع الفطرة، كالاختصاء أو الرهبانية أو شتى أنواع الشذوذ عن التمتع الحلال .

أضف إلى ذلك ما تقتضيه مراعاة مبادئ تكريم البشر الذين سخر الله لهم الكون من أن يكونوا محلاً للتصرفات المهينة.

ومن هذا يظهر بوضوح أن الاستنساخ في مجال الإنسان هو من مواطن الحظر وأن ما يبذل في سبيل ذلك من جهود هي كذلك إلا بالقدر الذي تتطلبه أغراض العلاج و التداوي .

وفي ضوء ما سبق لابد من تحديد إطار هذا الموضوع بشأن الاستنساخ البشرى، وهو أن يكون مستوفياً للشروط التالية ليكون مشروعاً وبعيداً عن المحاذير المشار إليها سابقاً:

1- أن يكون بين زوجين، سواء من حيث استمداد النواة والبيضة أو احتضان الخلية الجديدة .

2- أن يكون بسبب العقم من الزوجين، وتعذر اللجوء إلى طريقة أطفال الأنابيب.

3- أن يكون بطلب أو بموافقة الزوجين .

4- أن يتم التثبت من كون صاحب النواة هو الزوج، وصاحبة البيضة هي الزوجة وذلك من قبل طبيبين أو ثلاثة أطباء ثقات.

موقف الأزهر والملتقيات العالمية من الاستنساخ البشري:

لقد أصدر الأزهر الشريف بيانا حرم فيه الاستنساخ (إن استنساخ البشر كفر صريح وتغيير لخلق الله) وأصدر الفاتيكان بيانا استنكر فيه هذه الممارسة (لقد أصبحت الحياة الإنسانية ألعوبة في يد العلم)، كما توصلت اللجنة الاتحادية التي شكلها الرئيس الأمريكي إلى ضرورة منع الاستنساخ البشري، وهو نفس مفهوم البيانات الصادرة عن أعضاء البرلمان البريطاني ومجلس العموم البريطاني وبيان الرئيس الفرنسي .

وانطلاقا من مسؤولية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ودورها في نشر الثقافة الإسلامية وبحث المستجدات العلمية لتبيان الرأي الإسلامي فيها، فقد دعت المنظمة إلى مؤتمر دولي ، عقد بالرباط في يونيو 1997 بالتعاون مع منظمة العلوم والثقافة الإسلامية ISESCO خصص لبحث الاستنساخ، وحضره نخبة من علماء الدين والطب، وأكدت توصياتهم تحريم الاستنساخ البشري، بينما طالبوا بدراسة إمكانيات تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية، في المجالين الحيواني والنباتي وفقا لضوابط شرعية وأخلاقية محددة.

توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية :

طرح موضوع الاستنساخ من قبل المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الندوة التاسعة التي عقدت في الدار البيضاء عام 1997 م وقدمت بشأنه عدة أبحاث طبية وبيولوجية وشرعية وقانونية. انتهت الندوة إلى ما يلي:

- بند (خامساً) في التمهيد: " تأسيسا على هذه الاعتبارات التي أجمع عليها الحاضرون، رأى البعض تحريم الاستنساخ البشري جملة وتفصيلا، بينما رأى آخرون إبقاء فرصة لاستثناءات حاضرة أو مقبلة إن ثبتت لها فائدة واتسعت لها حدود الشريعة.

- نص التوصيات:

أولاً : تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية، سواء أكان رحماً أم بيضة أم حيواناً منوياً أم خلية جديدة للاستنساخ.

ثانياً : منع الاستنساخ البشري العادي، فإن ظهرت مستقبلا حالات استثنائية عرضت لبيان حكمها الشرعي من جهة الجواز أو المنع.

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي :

قدمت الأبحاث المعروضة في الندوة التاسعة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الدورة الثانية لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مع أبحاث أخرى إضافية، ومناقشات مستفيضة وصدر عن المجمع قرار متفق مع المنظمة في التوصية الأولى لندوتها، وهي :

- تحريم كل الحالات التي يقحم بها طرف ثالث على العلاقة الزوجية .. الخ .

- تحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين (أي في ديباجة القرار) و بأي طريق أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري.

ويتبين من المقارنة بين توصية الندوة وقرار المجمع أن المجمع أوصد الباب نهائياً أمام الاستثناءات في حين ان الندوة تركت فرصة للاستثناء، وهذه الفرصة التي ستتم معالجتها هي وقوع الاستنساخ البشري بين الزوجين من البداية إلى النهاية.

الإشكالات المطروحة على الاستنساخ ولو بين الزوجين :

إن الأبحاث ذات الطابع الشرعي التي عالجت موضوع الاستنساخ لم تفرق بين أن يكون ضمن دائرة الزوجية أو خارجها، لأنها ركزت على الحكم الوضعي (الآثار الشرعية الناتجة عن وقوع التصرف) سواء حكم بمشروعيته أو بعدمها.

وقد طرح الباحثون إشكالات مختلفة، على تفاوت في عددها بين باحث وآخر، وهي في الواقع تشعيب أو تفريع استخدم لتأكيد التحريم الذي دار مناطه على أمر أساسي وهو مجافاة الفطرة التي هي تكون الإنسان بالتلقيح بين رجل وامرأة، وفيما يلي بعض هذه الإشكالات، للاستفادة منها في معالجة الآثار، فيما إذا كان الاستنساخ بين الزوجين جائزاً، وهو ما ترجح عندي، كما سيأتي و الإشكالات التي طرحها الشيخ محمد المختار السلامي هي :

أ- هل تكون الأنثى المستنسخة أختا أو بنتا للمأخوذة منها البيضة؟

ب- ما علاقة النسخة بالزوج هل هي ربيبة أو أخت له، أو أخت لزوجته مع أن زوجته هي التي ولدتها في حال قيام علاقة الزوجية.

ج- هل يكون الذكر المستنسخ ابنا للزوجة أو زوجا لها – مع زوجها الحالي – وقد حملته في بطنها وولدته، أو هو أخ لزوجها؟

وقد ختم الشيخ محمد المختار السلامي هذه الإشكالات بأن الحكم هو عموم المنع تفادياً لاضطراب الآثار الناتجة عن هذا التصرف.

المبحث الثاني: الرضاء (الموافقة)

كما سبق ذكره، لا يمكن اقتطاع أعضاء الشخص الحي إلا ضمن هدف علاجي يهدف إلى تحقق الفائدة المباشرة للمستفيد، أي يجب زرع العضو المتبرع به عند مريض محتاج لهذا الزرع.

بالنسبة للباقي، تعتمد التشريعات على الوضع القانوني للمتبرع، هل هو راشد غير خاضع لإجراء قانوني للحماية، و بذلك يستطيع السماح بحرية باقتطاع أعضائه للتبرع بها، أم أنه بالمقابل غير كامل الأهلية و يخضع لحماية معززة.

فاشتراط الموافقة المحددة بقانون حماية الصحة و ترقيتها هو التزام يقع على عاتق الأطباء، و يشكل عليها إذًا أحد الشروط التي تسمح باقتطاع الأعضاء، و بالتالي عدم توفرها قبل إجراء عملية استئصال و زرع الأعضاء ترتب مسؤولية الطبيب سواء المدنية، أو الجنائية.

و عليه من الملائم أن نبحث أولا رضاء المتبرع في مطلب أول ثم رضاء المستفيد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رضاء المتبرع

إن المتبرع في مجال زراعة الأعضاء البشرية يعتبر طرفا في علاقة طبية جراحية ليس له فيها أي منفعة أو مصلحة سواء مادية أو صحية، بالرغم من كونه طرفا مهما في هذه العلاقة، فبدون وجوده لا تتحقق عملية زراعة الأعضاء، هذا من جهة[113]، من جهة أخرى المتبرع يعد شخصا سليما معافا بدنيا، كما أنه شخص حر له حق في سلامة جسمه، و هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، و يتعلق بذلك بالنظام العام لذا فحمايته من مصلحة المجتمع، لأنه لا يمكن أن يقوم بوظائفه اتجاه المجتمع إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونة، و أي اعتداء على سلامة جسمه يقلل من مقدرته على القيام بوظائفه اتجاه

[113] نصر الدين مروك، زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير لسنة 1993، ص 106.

المجتمع، و بالتالي يعد اعتداءً على حق المجتمع، لذلك فهولا يمكنه التنازل عن حياته حتى تعريضها للخطر، أو الإنقاص من مقدرتها الوظيفية[114] و بالتالي عدم حصول الطبيب على رضاء المتبرع قبل عملية استئصال العضو منه يعد خطأ، و يترتب بذلك مسؤوليته المدنية اتجاه هذا المتبرع بالعضو، و مسؤوليته الجنائية تجاه المجتمع.

و لدراسة رضاء المتبرع أو موافقته يجب التطرق إلى النقاط التالية:

- مميزات رضاء المتبرع.
- صور تعبير المتبرع عن إرادته.
- محل رضاء المتبرع.
- عدول المتبرع عن رضائه.
- أثر رضاء المتبرع بالعضو.

الفرع الأول: مميزات رضاء المتبرع

حتى يكون رضاء المتبرع صحيحا و منتجا لآثاره يجب أن يتميز عن غيره في المجالات الأخرى ببعض المميزات و هي :

- تبصير المتنازل.
- أن يكون الرضاء بدون مقابل.
- أن يكون الرضاء حر.

و سنتطرق فيما يلي إلى كل ميزة على حدا:

1. تبصير المتبرع:

لقد نصت المادة 162 في فقرتها الأخيرة من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: "...**و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال**"[115].

حسب نص هذه المادة ربط المشرع الجزائري رضاء المتبرع بواجب الطبيب بتبصيره حول جميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال، أو في المستقبل من جراء عملية الاستئصال[116]، و التبصير ليس فقط بالمخاطر الطبية العادية بل ذهب القانون إلى أبعد من ذلك حيث ألزم الطبيب أن يبصر المتبرع بالمخاطر المحتملة أيضا، و هذا ظاهر صراحة في نص المادة سالفة الذكر، و تشمل المخاطر المحتملة ما يصيب المتنازل حالا و مستقبلا، كما تشمل المخاطر التي تؤثر على الحياة الشخصية، العائلية و المهنية للمتبرع التي ستترتب على عملية الاستئصال، بأن يخبره إذا ما كان بإمكانه بعد هذه العملية أن يمارس عملا معينا من عدمه، أو أن يؤدي الالتزامات المفروضة عليه من الناحية الاقتصادية و الاجتماعية أم لا.

كما يجدر بالطبيب أن يطلع المتبرع على الحقيقة الكاملة، على خلاف المريض الذي يمكن للطبيب أن يخفي عليه بعض المخاطر التي يتعرض إليها إذا رأى أن حالته النفسية لا تسمح بذلك، و حتى يتحقق التزام تبصير المريض يجب على الطبيب استخدام لغة واضحة من قبل الشخص العامي و الابتعاد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب كي يضعها تحت تصرف

---

[114] د .رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل و زرع القلب و التصرفات بأعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية ، ع 1 ، المجلد 21 ، مارس 1987 ، ص 20 و د .أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دار النهضة العربية، سنة 1986، ص 69.

[115] المادة 162 فقرة أخيرة من القانون رقم 5/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

[116] A.CHADLY : Les prélèvements d'organes en vue de greffe, Revue Maghreb médical, vol. 20, N° 345, mars 2000, Tunis, p 91.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

محاوره، و يجب أم يكون شرحه بسيطا، حقيقيا و واضحا، بالإضافة إلى كل ما سلف ذكره يشمل تبصير الطبيب للمتبرع كذلك ضرورة إخطاره بالحالة الصحية لمتلقي العضو، و بالنتائج المنتظرة من عملية زرع العضو المتبرع به، لكن هل إخطار المتبرع بحالة المريض مستقبل العضو يعد بمثابة إفشاء لسر المهنة الطبية الذي يعد خطأ يترتب مسؤولية الطبيب المدنية، و كذا الجنائية؟

لقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بهذا التساؤل، و سنتطرق فيما يلي لمختلف الآراء التي جاءت في هذا الشأن:

- هناك من ينادي بتطبيق القواعد العامة في إفشاء سر المهنة، و بالتالي يعد حسب هذا الرأي مسؤولا الطبيب الذي يخطر المتبرع عن الحالة الصحية للمتلقي.

بينما هناك رأي آخر يرى بأن إخطار الطبيب للمتبرع بالحالة الصحية لمتلقي العضو لا يعد إفشاء لسر المهنة، و بالتالي لا يترتب خطأ يقيم مسؤولية الطبيب، و هذا راجع إلى أن المتبرع يعد طرفا في عملية الاستئصال، فلولاه لما تحققت عملية زرع العضو، لذا فمن حقه معرفة الحالة الصحية للمتلقي[117]، و بالرجوع للقانون الجزائري نلاحظ أن نص المادة 1/206 و 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها جاء فيها ما يلي: " **يضمن احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما، و مطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته...**"[118].

و نلاحظ كذلك نص المادة 2/162 من نفس القانون: "... **و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الانتزاع**".

و منه بما أن هذه المادة – 2/162 – تلزم الطبيب بتبصير المتبرع عن الأخطار المترتبة عن عملية الاستئصال، فإن إطلاع المتنازل على الحالة الصحية للمتلقي، و على النتيجة المنتظرة من عملية زرع العضو به لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المهني، و هذا راجع للطبيعة الخاصة لعمليات زرع الأعضاء، و اعتبار المتبرع طرفا في هذه العملية.

و بالتالي، المشرع الجزائري أخذ بالرأي الأول في الأعمال الطبية الجراحية العادية، أي بعدم مشروعية إفشاء السر المهني في نص المادة 206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، و أخذ بالرأي الثاني في مجال عمليات زراعة الأعضاء، أي بمشروعية إفشاء السر المهني في هذه الحالة لنص المادة 2/162 من نفس القانون.

هذا بالنسبة للقانون الجزائري، و ما جاء فيه حول تبصير المتبرع أما بالنسبة للقوانين الأخرى، فإننا نجد كل التشريعات تأخذ بضرورة تبصير المتبرع كاملا و شاملا.

فنجد نص المادة ل 3-671 من القانون الفرنسي المؤرخ في 29 جويلية 1994[119] تنص على ضرورة إعلام المتبرع بالأخطار التي يتعرض لها، بالنتائج المتوقعة و اقتطاع الأعضاء، غير أن هذا النص لا يفرض إعلام المتبرع بالنتائج المرجوة، و هذا مفاجئ لأن التبرع بالأعضاء مخصص مبدئيا لمستفيد يملك صفة أب أو أم، ابن أو بنت، أخ أو أخت المتبرع[120].

كما نجد نفس الشيء بالنسبة لنص المادة 1/4 [121] من القانون الفرنسي الخاص بعمليات نقل الأعضاء.

و في الولايات المتحدة الأمريكية تم إعداد في هذا الصدد النموذج التالي:

---

[117] د .أحمد شوقي عمر أبوخطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة، دار النشر العربية 1986 ص 75.

[118] كان نص هذه المادة قبل أن تعدل بموجب القانون رقم 17/90 الصادر بتاريخ 31 جويلية 1990 كما يلي: " يجب على الأطباء و جراحي الأسنان و الصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية".

[119] القانون رقم 94/654 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي.

[120] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، صفحة 309.

[121] المرسوم التنفيذي الفرنسي رقم 78/801 المؤرخ في 1978/03/31 المتعلق بزراعة الأعضاء.

« **لقد شرح لي الدكتور: ..... أن حياة السيد: .....**
في خطر بسبب إصابته بقصور كلوي إلى الحد الذي لا يقبل الشفاء.
و قد أعلمني أنه يمكن نقل كلية من شخص لآخر بواسطة عمل جراحي، و قد حصلت على معلومات كاملة عن الخطر الفوري الذي يمثله استئصال كلية بالنسبة لي و كذلك عن الضرر الدائم الذي يمكن أن ينتجه هذا الاقتطاع على صحتي، و أعلم كذلك أن هذه العملية قد لا تكلل بالنجاح و تحقق الفائدة المنشودة للمستفيد،
وحتى يستطيع السيد: ..... الاستفادة من العملية، أرغب مع ذلك السماح و إعطاء التعليمات كي يقتطع الدكتور: ..... إحدى كليتي من خلال عمل جراحي.
التاريخ توقيع المتبرع

أشهد أن المتبرع قد اقر هذا النموذج المرفق و وقعه بحضوري.
و اعتقد أن السيد: ..... قد حصل على المعلومات الكافية.
التاريخ توقيع الشاهد »

أما على الصعيد الأوروبي أو الدولي، تنص النصوص المتعلقة باقتطاع الأعضاء من أشخاص أحياء بالنسبة للمتبرع على قواعد مماثلة في مجموعها لقواعد التشريعات الفرنسية و خاصة فيما يتعلق بالمتبرع الراشد، أي ضرورة وجود موافقة حرة و أحيانا صريحة، و كذلك إعلام المتبرع عن الخطر و نتائج الاقتطاع[122].

2. أن يكون الرضاء حر:

بالإضافة إلى تبصير المتبرع حتى يكون رضاءه صحيح يجب أن يكون هذا الرضاء حرا. ماذا يعني بالرضاء الحر؟

هو الرضاء الذي يكون بإرادة صحيحة لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة كالغلط، الإكراه، التدليس، الغبن و الاستغلال[123].

لكن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها لم يذكر الرضاء الحر للمتنازل صراحة بل يمكن استنتاجه من نص المادة 162 فقرة 2 منه التي جاء فيها: " ... **لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب**

[122] المادة 2 و 3 من التوصية (78) 29 لجنة وزارة المجلس الأوروبي حول تنسيق تشريعات الدول الأعضاء المتعلقة بالاقتطاع وزرع و نقل المواد ذات الأصل البشري.
[123] أنظر المواد من 80إلى 90 من القانون المدني الجزائري.

بالأخطاء الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة".

نستنتج من هذه المادة أنه بما أن المشرع الجزائري اشترط تبصير الطبيب لمتبرع بالأخطار الطبية التي قد تسببها عملية الاستئصال لما قد سلف إيضاحه سابقا، فإنه بطريقة غير مباشرة يشترط أن يكون رضاء المتبرع حرا، بمعنى صادر من متبرع يتمتع بكامل قواه العقلية و قادر على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضاء دون أن يتعرض لأي ضغـــط أو إكراه.

لكن عدم النص صراحة من قبل المشرع الجزائري على ضرورة الرضاء الحر للمتبرع يجب أن لا يطرح أي مشكلة لأنه يوجد مبدأ قانوني لا يعتبر الموافقة مشروعة إلا إذا تم التعبير عنها بحرية، و بالتالي كانت خالية من عيوب الرضاء.

كما أن الفقه يذهب إلى أكثر من ذلك فيشترط ضرورة إخضاع المتبرع إلى الفحوص الطبية النفسية[124] للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية عليه تعيب إرادته.

كما يجب التأكد من أنه غير خاضع لضغوط عائلية إذا كان هذا المتبرع من أقارب المستقبل للعضو، و إخطار عائلته بنتائج هذه الضغوط الممارسة عليه.

تنص الفقرة 2 من المرشد الثالث من المبادئ الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13 ماي 1991: " **يجب آلا يخضع المتبرع لأي نفوذ أو ضغط تعسفي** ... "[125].

سوف نتناول أولا الراشدين عديمي الأهلية ثم حالة القصر، و بعده المتهمين، و المحكومين و سجناء الحرب و أخيرا حالة الاقتطاع الإجباري للأعضاء.

2-1- الراشدين عديمي الأهلية:

الراشد عديم الأهلية هو الشخص الذي تقلصت أهليته القانونية قضائيا، أو ألغيت بسبب تلف ملكاته العقلية أو الجسدية[126]. أما الأهلية فهي نوعان :أهلية وجوب و أهلية أداء.

فأهلية الوجوب هي: " **صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه** "، أما أهلية الأداء فتعرف بأنـها: " **صلاحية الشخص لاستعمال الحق** "[127].

و قد جاء في نص المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي: " **يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز** ..."، هذه الفئة الأخيرة التي نحن بصدد دراستها و المتمثلة كما هو عليه في نص المادة في الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، لكن المشرع الجزائري لم يحدد لنا من هم الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة التمييز.

و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد القانون المدني في المادتين 42، 43 يحدد هذه الفئة الراشدة عديمة الأهلية، و المتمثلة في من اعتراه جنون أو علة، أو سفه، أو الغفلة[128].

---

[124] المرسوم الأسباني رقم 462 لسنة 1980 ينص على ما يلي: "... وجوب فحص الحالة البدنية و العقلية للمتنازل، و أن يتم ذلك بمعرفة طبيب آخر بخلاف ذلك الذي يباشر عملية الاستئصال".

[125] زرع الأعضاء البشرية ، تقرير منظمة الصحة العالمية لسنة 1999 ، ص 9.

[126] M. BATIGNE, Les greffes d'organes en droit pénal, thèse Montpellier 1980, p 299.

[127] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 283 و 285.

[128] المادة 42 من القانون المدني: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان واقفا للتمييز لصغر في السن، أو عنه أو جنون"، و المادة 43 من نفس القانون: "... و كل من بلغ سن الرشد، و كان سفيها أو معتوها يكون ناقصا للأهلية...".

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

فالمشرع الجزائري اعتبر المجنون و المعتوه معدومي الأهلية، و بالتالي تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا، لذا استبعدهما من أن يكونا طرفان في علاقة محلها نقل عضو من أعضاء الجسم، هذا بالنسبة للمجنون و المعتوه، لكن هل يعد السفـــيه و ذو الغفلة فاقدا للأهلية؟ بحيث لا يمكنه التبرع بأحد أعضائه للغير؟

للإجابة على هذا السؤال يجب توجيه النظر إلى مفهوم السفه و الغفلة: " **السفه هو تبذير المال و تضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل كالتبذير و الإسراف في النفقة، و أن يتصرف تصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا، كدفع المال إلى المغنيين و شراء الحمامة الطيارة بثمن غال، و الغبن في التجارات من غير محمده** "[129].

يتضح من هذا التعريف أن السفيه بالمعنى الضيق هو تبذير المال و إسرافه على غير ما يقتضيه العقل، أما الغفلة فهي الغش في المعاملات المالية.

أما السفيه بالمعنى الواسع فيشمل الأمرين معا، من هذا يتبين أن السفه و الغفلة وصفان يتعلقان بالمال على أي حال، و لا علاقة لهما بقدرة الإنسان على تقدير مصالحه في غير مجال المال، و لما كان التصرف على الأعضاء البشرية هو من الأصل غير مالي، فإنه لا أثر لهما على صحة التصرف الذي يصدر من السفيه، و ذو الغفلة، و الحجز على أي منهما لهذا السبب لا يؤثر على أهميته في التصرف بأعضائه ما دام كامل العقل ليس به جنون أو عته[130].

وقد منع القانون الفرنسي الاقتطاع من جسم عديم الأهلية من أجل التبرع[131].

و الراشد عديم الأهلية يعد كائن ضعيف قابل للتأثر، و عليه يجب على وليه الشرعي التدخل فقط لمصلحته، و ليس لهذا الراشد عديم الأهلية أي مصلحة باقتطاع عضوه لإنقاذ حياة شخص آخر، حيث أنه لا يمكنه الشعور بالرضاء الشخصي و المعنوي الناتج عن مبادرته الكريمة، و بالتالي لا يمكن للجراح اقتطاع عضو من راشد عديم الأهلية، و إن حصل مع ذلك على موافقة وليه الشرعي، فعلى خلاف إبرام التصرفات القانونية التي يستطيع الولي إعطاء موافقة عليها فإنه لا يمكنه الموافقة على اقتطاع الأعضاء[132].

2-2- القصر:

إن رضاء القاصر أثار مشاكل و جدلا فقهيا حادا نتج عنه اتجاهين و هما:

أولا: جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء.

ثانيا: عدم جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء.

فالأول يرخص بإخضاع القاصر كالراشد لعمليات نقل الأعضاء و لكن بشروط محددة على سبيل الحصر، أما الثاني فيقرر عدم جواز إخضاع القاصر إلى أية عملية استئصال مهما كان السبب، و سنتطرق فيما يلي إلى تفصيل الاتجاهين كل على حدا:

---

[129] علي علي سليمان :النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون، الجزائر 1993، ص 49.
[130] د .سعاد ابراهيم صالح، أحكام تصرفات السفيه في الشريعة الإسلامية، جدة، المملكة العربية السعودية، سنة 1984، ص21.
[131] القانون رقم 1181/76 المؤرخ في 1976/12/22 الذي يدعى بقانون CAILLLAVET و القانون المؤرخ في 1994/07/29.
[132] د .أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة 312.

2-2-1- الاتجاه الأول: جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء

استند أصحاب هذا الاتجاه لتبرير رأيهم لما استقر عليه القانون الطبي حاليا من ضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بالأهلية المدنية الصحيحة أكثر اتساعا من تلك الممنوحة له في إطار القانون بصفة عامة[133]. و تختلف نطاق الأهلية الممنوحة للقصر من تشريع إلى آخر.

☜ ففي القانون الفرنسي:

نصت المادة 2 فقرة 1 من القانون المسمى CAILLAVET تحت رقم 1181/76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 الخاص بعمليات نقل و زرع الأعضاء على ما يلي: " **إذا كان المتنازل قاصرا فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته، و في هذه الحالة فإن الاستئصال لا يتم إلا برضاء الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء** "[134].

يتضح من خلال ما تقدم أن القانون الفرنسي لم يأخذ في هذه الحالة بقبول المتنازل إلا أنه يطالب بالحصول على رضاء ممثله القانوني إذا كانت عملية الزرع ستتم لشقيقه أو شقيقته.

و قد نص القانون الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم 78/801[135] على شروط لا بد من توافرها لإمكان استئصال العضو من جسم القاصر و هذه الشروط هي:

1- أن يكون المتنازل القاصر أخا أو أختا للمتلقي.

2- الحصول على موافقة الممثل القانوني.

3- الحصول على موافقة لجنة الخبراء[136] و التي تنحصر مهمتها في تبصير القاصر بجميع النتائج التي تترتب على عملية الاستئصال.

4- سماع اللجنة للقاصر إذا كان قادرا على التعبير عن نفسه و مدركا للنتائج المترتبة عن عملية الاستئصال.

و إذا كان القاصر مميزا و اقترب من سن الرشد المتمثل في القانون الفرنسي في 18 سنة فإنه يعتد بالرضاء الصادر منه وحده و لا يكون رضاء ممثله إلا على سبيل الاحتياط[137].

2-2-2- الاتجاه الثاني: عدم جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء

يستند أصحاب هذا الرأي إلى حجة مؤداها أنه إذا كانت التصرفات المالية للقاصر المميز يعترف بصحتها عندما تكون نافعة نفعا محضا له، فان هذه التصرفات تكون باطلة متى كانت ضارة ضررا محضا له. فما هو الحال بالنسبة لتنازل القاصر عن جزء من جسمه، التصرف الذي لا يعود عليه بأي مصلحة بل على العكس يمكن أن يعرضه لمخاطر جسمية قد تؤثر على حياته أو صحته.

فالقاصر حسب أصحاب هذا الرأي لا يملك حق التصرف في جسمه، كما أنه لا يجوز الاعتداد بالرضاء الصادر عن من ينوبه قانونا لأنه لا يوجد من يمثله في هذا المجال، لأن فكرة النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر، و استئصال عضو من جسمه لا ينطوي على أدنى منفعة له، و من ثم تخرج تماما عن حدود هذه الولاية كما أن حجة تنازل أخ

---

[133] د . ماروك نصر الدين، زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير لسنة 1993، ص 156.

[134] JEAN DE SAVIGNY , Le guide juridique de prélèvement d'organes, Assistance publique hôpitaux de PARIS , p 41.

[135] المرسوم التنفيذي رقم 78/801 المؤرخ في 1978/03/31 المتعلق باستئصال الأعضاء البشرية.

[136] تتشكل لجنة الخبراء من ثلاث خبراء على الأقل أو اثنين من الأطباء كان لأحدهما من ممارسة مهنة الطب مدة لا تقل عن 20 عاما.

[137] د .أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دار النهضة العربية 1986، ص 81.

لأخيه أو لأخته صعب الأخذ بها في الواقع، لأنه لا يمكن تصور أو قبول أن يمارس أحد الوالدين سلطته لحماية أحد أبنائه على صحة ابن آخر.

القانون الجزائري:

نجد رأي المشرع الجزائري حول هذا الموضوع في نص المادة 163 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها[138] التي تنص على ما يلي: " **يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر، فالمشرع الجزائري يمنع خضوع القاصر لعمليات استئصال الأعضاء من جسمه، و لا يعتد بالرضاء الصادر منه، و لا ممن يمثلهم قانونا** ".

و منه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الثاني و هو الاتجاه الملائم، لأن استبعاد القاصر من عمليات استئصال الأعضاء يجعله في مأمن من أن يقع تحت تأثيرات أدبية أو معنوية، إذ ما هو معروف عن القاصر أنه ليست له الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما هو مقبل عليه، أما بالنسبة لاستبعاد المشرع للولي، الوصي و القيم من مجال تمثيل القاصر في مثل هذه التصرفات، فمرده هنا إلى اعتبار التعامل بجسم القاصر خارجا عن دائرة المعاملات المالية، فإذا كان الممثل القانوني يتولى إدارة أموال القاصر بما يعود عليه بفائدة فإن رضاء الممثل القانوني هنا باستئصال عضو من جسم القاصر بغرض زرعه للآخر، سواء كان لشقيقه أو للغير، مرفوض في نظر المشرع الجزائري، خاصة و أننا ندرك بأن لا منفعة علاجية تعود على القاصر في مثل هذه العمليات بل بالعكس يمكن أن يسبب له مخاطر، و هذا الاستئصال أعتبر مصدر خطر كبير يهدد حياته، لذا استبعده بنص صريح لا يقبل أي مجال للتفسير، القياس أو التأويل[139].

2-2-3- المعتقلين و المحكومين و سجناء الحرب:

هل يستطيع الشخص المحروم من حريته الجسدية الموافقة قانونا على اقتطاع الأعضاء من جسمه؟

بما أن رضاء المتبرع يجب أن يعبر عنه بكامل حريته، فإن رضاء المحبوس و المحكوم عليه بالإعدام باستئصال عضو من أعضائه ليس صحيحا قانونا، لأن المرء قد يحاول بشكل غير مباشر لفت انتباه السلطة الحكومية نحوه للحصول على مكافآت، أو لإنقاص من العقوبة، أو على مزايا أخرى استثنائية و بالمقابل يمكن للمرء التساؤل فيما إذا كانت هذه الموافقة انتزعت تحت سلطات الخوف، أو تحت الضغط بمنحه بعض المزايا؟[140]

فحسب هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري منع المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المدنية أثناء تنفيذ عقوبته، و منه فهو غير أهل لمباشرة بقية التصرفات، و خاصة تلك المتعلقة بصحته و سلامة جسمه، بالإضافة إلى أن الحالة النفسية التي تصاحب السجين داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته.

و قد عبر البروفيسور R.P.RIQUET في المؤتمر الخاص بحياد الطب، الذي عقد في روما شهر أفريل 1986، عن خشية من أنه لو سمح للمسجون باقتطاع عضو من أعضاءه فإن بعض الجهات التي يتبعها هذا المسجون ستقوم بإنشاء بنوك للأعضاء البشرية[141].

---

[138] المادة 1/163 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها.
[139] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 161.
[140] د.أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 322.
[141] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 323.

و على ذلك فإن المشروع المقدم إلى المؤتمر الدولي لحياد الطب و الخاص بمشروعية نقل و زرع الأعضاء في زمن الحرب، قد منع منعا مطلقا استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين، أو الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية، أو معادية لمصلحة رعاياها، أو الموالين لها، كما منع استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري.

و قد صاغت لائحة قسم الصحة التعليمية و الرفاهية في الولايات المتحدة الأمريكية مضمون هذا الالتزام بقولها: " **ينبغي أن يصدر الرضاء من شخص في حالة تسمح بالتعبير عن إرادته الحرة و أن لا يكون ضحية مؤثر، أو أي شكل من أشكال القوة، أو التدليس، أو الغش، أو الكره** ".

لكن هل يمكن أن يكون هذا الرأي جازما فيما يتعلق بالموقوفين الخاضعين للقانون العام؟ أمن الواجب أن ننزع من هذه الفئة أي إمكانية لإصلاح أنفسهم شخصيا من خلال شعورهم بفائدتهم الاجتماعية؟

إن هذا ليس مؤكدا لأنه لا يوجد أي سبب مقبول لمنع هؤلاء المحكومين، أو الموقوفين من الخضوع لاقتطاع الأعضاء لإنقاذ أحد أفراد عائلتهم، و يجب أن نلاحظ الحذر الكبير فيما يخص حرية قرار المحكوم، فيجب ألا يكون سبب الموافقة أي وعد أو تهديد و يؤكد R. DIERKENS على أنه: " **يجب أن نرفض كليا أي تعويض مهما كانت طبيعته كمنح حرية مسبقة، أو تخصيص مزايا معينة، أو تعويض مادي** "[142].

و يمكن تبرير ذلك بأن المحكوم هو في الواقع كائن بشري، و رغم حرمانه من الحرية إلا أن شعور الطيبة، و المحبة، و الكرم يمكن أن يدفعه للتبرع بأحد أعضائه، و من جهة أخرى، تتوافق سياسة الإصلاح الاجتماعي مع هذا الرأي إذا كان هدف العقوبة حاليا هو إعادة إدماج مرتكب الجنحة مع المجتمع، و في عام 1961 رغب J.L. ESTINGOY الذي كان محكوما عليه بالإعدام بالتبرع بجسمه للعلم لفائدة البشرية، فاقتطعت كليته ثم زرعت عند مريضين كانا يعانيان من قصور كلوي[143].

و نشير كذلك إلى أن وزير العدل الفرنسي سمح منذ أكثر من 20 سنة تقريبا لأحد الموقوفين، و الذي كان يبلغ من العمر 32 سنة، و كان محكوما بعشرين سنة سجنا مع الأشغال الشاقة، بالتخلي عن كليته لشقيقه الحي الذي كان يعاني من قصور كلوي، و لكن بعد الفحوصات الطبية تبين عدم التوافق بينهما.

و قد سمح القانون الفرنسي المؤرخ في 29 جويلية 1994[144] الموقوف الخاضع للقانون العام بالتخلي عن أحد أعضائه لمصلحة أحد أفراد عائلته الذي لا يمكن أن يكون إلا أب أو أم، ابن أو بنت، أخ أو أخت المتبرع.

و لكن قد يطرح أيضا السؤال المتمثل في هل يمكن في بعض الحالات اقتطاع الأعضاء بشكل إجباري من شخص ما للتكفير عن أحد أخطائه؟

2-2-4- الاقتطاع الإجباري للأعضاء:

إذا ارتكب مثلا سائق سيارة خطأ كبير أثناء القيادة، فسبب حادثا جرح به شخصا بشكل خطير مما يؤدي إلى استئصال كليته، فهل نستطيع إجبار هذا السائق المخطئ على استئصال كليته و التبرع بها لإنقاذ ضحيته؟

و قد كتب أيضا M.SAINT. PLANCAT أنه إذا أطلق أحد الأشرار عدة طلقات من بارودة على شرطي فأصابه في كليته، و لم يعد من الممكن إنقاذه إلا باللجوء إلى زرع الأعضاء، هنا يتساءل المؤلف، لماذا يسمح القانون بإعدام الجاني بالمقصلة في حين أنه يدافع عن اقتطاع كليته لإنقاذ ضحيته ...؟

---

[142] R. DIERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966, p 127.

[143] د.أحمد عبد الدائم، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 323.

[144] القانون رقم 94/654 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي.

و قد سمح القانون الفرنسي رقم 54/614 المؤرخ في 14 أفريل 1954 بالحصول تحت طائلة السجن على دم الشباب المنتمين لبعض الفئات التي لم تؤد الخدمة الإلزامية، و قد كانت حالة الجيش و الصحة العامة هي سبب هذا الاقتطاع، و يمكن للمرء أيضا أن يتخيل وجود التزام بالتبرع بالدم من أجل الحوادث الأخرى تطبيقا لنصوص قانون العقوبات المتعلقة بإهمال تقديم المساعدة لشخص في خطر، و قد أيد هذا الفقيه الألماني KARL ENGISH حيث ذكر أن ضرورة الحصول على موافقة المتبرع لم تعد موضوع نقاش بالنسبة لخطورة الحالة و لواجب الطبيب بإنقاذ المستفيد من نقل الدم بأي ثمن، حيث حياته في خطر، و حيث يوجد قرابة وثيقة مع المتبرع الذي يعارض الاقتطاع[145].

أما الفقيه P.J.DOLL فإنه يعتقد أنه لا يمكن أبدا إجبار مرتكب الفعل الضار بالتعويض عن خطأه من خلال خضوعه لعمل جراحي، و رغم أن الفقيه P.J.DOLL يشرح رفضه إجبار مرتكب الفعل الضار بالتعويض عن طـريق خضوعه لعمل جراحي، إلا أن المنطق و البداهة يفرضان ذلك الموقف.

3- أن يكون الرضا بدون مقابل:

بالإضافة إلى ميزة حرية رضاء المتبرع، من ميزات رضاء المتبرع أن يكون بدون مقابل و هذا ما جاء في نص المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تنص على ما يلي: " **و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملات مالية** "، و التي استبعد فيها المشرع الجزائري المقابل المادي في مجال زراعة الأعضاء البشرية و ذلك لأن جسم الإنسان أغلى من أن يقوم بمال، و لأن القيم الإنسانية تسمو على المال، و لما كان الحب هو أسمى هذه القيم، فـــإن الإنسان يستطيع بدافع الحب أن يتنازل عن عضو من أعضائه لشخص آخر[146].

كما يرى الفقيه SAVATIER في هذا الصدد: " **إن التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان كالدم أو الأعضاء يجب أن يكون تبرعا، و لهذا لا يجب أن يكون المتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه شخصا معروفا، بمعنى أنه لا يجب أن يحصل على قوته من تجارة الدم أو أعضاء الجسم** "[147].

و معظم التشريعات التي تناولت عمليات نقل و زرع الأعضاء أقرت بمبدأ التنازل بدون مقابل، فنجد قانون الصحة العمومية الفرنسي رقم 654/94 يمنع تعويض المتبرعين، إذ جاء فيه: " **لا يعطى للمتبرع أي عوض من أي شكل كان مقابل التبرع بأعضاء جسمه** ".

و بالرجوع للقانون الجزائري لا نجد في نصوصه ما يمنع الإشهار لصالح التبرع بالأعضاء، و هذا يعد فراغ قانوني يجب التطرق إليه، إذ سكوت المشرع الجزائري في هذا المجال متناقض مع المبدأ المنصوص عليه في المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي يرى أن التبرع بالأعضاء يكون بدون عوض، و هذا ما نتج عنه ظاهرة نشر إعلانات في الجزائر مفادها استعداد أشخاص لبيع أعضاء من أجسامهم.

لكن إذا كان الأصل هو عدم جواز التصرف بمقابل مادي في أجزاء جسم الإنسان، هذا لا يمنع أن يقدم له مقابل معنوي متمثل في شرف إنقاذ حياة إنسانية، و ذلك عن طريق منحه بعض المزايا الاجتماعية تعويضا لما أصاب المتبرع من أضرار و أخطار.

---

[145] ذكر في: د.أحمد عبد الدائم، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 323 ، 324.
[146] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 127.
[147] ذكر في: د.نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 123.

أما الأضرار فهي تتمثل في فقد أجر عمله أثناء القيام بالعملية أو انتقاص قوته الجسدية، و ضرر أدبي يتمثل في إحساسه بفقد أحد أعضائه و بصفة عامة كل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب[148].

و يمكن أن يمنح المعطي تعويض في مقابل هذه الأضرار، مع ملاحظة أن التعويض يقصد به التخفيف من هذه الأضرار فقط و ليس مقابل العضو في ذاته، و من الملاحظ أن دفع هذا التعويض للمتبرع لا يقلل من كون تصرفه تبرعا إذ أن الجهة التي تدفع هذا التعويض ليست طرفا في التصرف. أما الأخطار فيمكن أن تغطى بالتأمين، و على كل مستشفى مصرح فيه بإجراء عمليات اقتطاع الأعضاء أن يبرم تأمينا خاص يغطي أخطار الاقتطاع. و هذا الالتزام بإبرام تأمين هو التزام قانوني يجب أن يفرضـــه القانون[149]، و ليس التزاماً اتفاقياً ينشأ عن أطراف عملية زرع الأعضاء، و هذا حتى لا يؤثر على الصيغة التبرعية لهذه العملية[150].

بالإضافة إلى المزايا السالفة الذكر يمكن منح المتبرع مزايا اجتماعية أخرى تعتبر حافزا له، كمنحه دبلوما أو وسام استحقاق أو شهادة تقديرية أو ميدالية، بل و ليس هناك ما يمنع من منحه معونة مالية لتحسين نظامه الغذائي[151].

إلا أن القانون الجزائري، و مع الأسف، لم ينص على مثل هذه المزايا التي من شأنها أن تثير روح التبرع في وسط الناس فيقبلون على التبرع بأعضاء من جسمهم مطمئنين عن حياتهم سواء الاجتماعية أو المهنية أو النفسية بعد عملية استئصال العضو منهم.

الفرع الثاني: صور تعبير المتبرع بالعضو عن إرادته

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها، و بالخصوص إلى نص المادة 162 فقرة 2 منه نجدها تنص على ما يلي:

"... **و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب لدى رئيس المصلحة** ...".

من هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يترك المتبرع حرا في التعبير عن إرادته، بل وضع شكلا معينا يتم من خلاله هذا التعبير، و هذا عن طريق وضع شروط تتمثل فيما يلي:

1- الشكل الكتابي لرضاء المتبرع:

المادة 2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها جاءت صريحة باشتراط على من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقة على ذلك بشكل كتابي، و هذا لمزيد من الحماية للمتبرع، فبذلك أراد المشرع تنبيه المتبرع على مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، و يعطيه الوقت الكافي لإصدار رضائه بعد تفكير و تروي، و هذا ما يكفل له الحماية في عدم تعرضه لأي ضغط أو إكراه قد يجعل إرادته معيبة[152].

2- حضور شاهدين:

بالإضافة إلى الشرط السالف الذكر المتعلق بالشكل الكتابي للرضاء، اشترط المشرع الجزائري في نفس الفقرة من المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أن يكون تعبير المتبرع عن رضاءه بحضور شاهدين، وهذا ضمان آخر يوفر مزيد من الحماية للمتبرع.

---

[148] د .عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 86.
[149] د .أحمد شرف الدين، مقال دراسة الأعضاء و القانون، مجلة الحقوق و الشريعة الإسلامية سنة 1 عدد 2 جويلية 1977، ص 167، 168.
[150] د . حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص 131.
[151] أنظر: د .عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 86.
[152] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 108.

فالشخص بمفرده يمكن أن ينساق وراء أهوائه و يتسرع في إعطاء موافقته متأثرا ببعض الظروف المحيطة به، لكن وجود شاهدين قد يقلل من تسرعه و تأثره، فلهما دور كبير في تبصير المتنازل " المتبرع " و إرشاده بإعطائه نصائح في هذا المجال، فيأخذ وقته في التفكير قبل اتخاذ قراره.

3- إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة:

فقد اشترط المشرع كذلك بالإضافة للشرطين السابقين أن تودع الموافقة الكتابية للمتبرع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة، وهذا حتى ما إذا أراد المتبرع العدول عن رضائه يمكنه ذلك[153].

يستخلص من المادة السالفة الذكر، أن المشرع يستلزم إفراغ إرادة المتبرع في شكل خاص معين، لكن هل الشكلية هنا للوجود أو لمجرد الإثبات؟

من الواضح أن لهذا السؤال آثار عملية، في حالة وجود رضاء لم يأخذ الشكل المطلوب، و رجع المتبرع عن رضائه بعد تمام استئصال العضو. فإذا قلنا أن الشكل مطلوب لوجود الرضاء، كان معنى ذلك أن الرضاء لا يعد قائما، بحيث يكون من حق المتبرع أن يرجع في رضائه الذي لم يستوفي الشكل، و أن يطلب عدم زرع العضو للشخص الذي استئصال من أجله، و إعادة زرعه في مكانه الذي استأصل منه. أما إذا كان للإثبات فقط، فانه يكفي التأكد من قيام رضاء شفهي أو مكتوب، و غير موقع من شاهدين كاملي الأهلية عن طريق اليمين أو الإقرار، للقول بعدم جواز الرجوع بعد تاريخ الاستئصال بحيث يكون منتجا لأثره في إباحة زرع العضو في جسم من استأصل من أجله، و حرمان من استأصل منه من استرداده[154].

و من ناحية أخرى، فللإجابة على هذا السؤال أهمية عملية في تقرير مسؤولية الطبيب، الذي يجري الاستقطاع بناءا على إذن لم يستوف الشكل المطلوب، أو تقرير عدم مسؤولياته.

ويرى الدكتور جاسم على سالم الشامسي أن الشكل هنا مطلوب لوجود الرضاء ذاته، إذ أن المشرع قد قصد تحقيق غرضين:

الأول: هو قطع كل خلاف حول وجود الرضاء أو عدم وجوده.

الثاني: هو تنبيه المتبرع إلى خطورة الوعد الذي يقطعه على نفسه، خاصة و أن إجراء العملية يتم عادة عقب اتخاذ الشكل المطلوب.

و كأن المشرع قد جعل الرضاء غير المكتوب بلا أثر، بحيث يتاح للمتبرع فرصة أوفى للتدبير و التروي، فإذا أقدم على كتابة الرضا، و التوقيع عليه و الإشهار عليه، و تمت عملية الاستئصال انقطع أمامه سبيل الرجوع.

كما يرى الدكتور جاسم على سالم الشامسي أن التصرف في الأعضاء البشرية ليس تصرفا شكليا فحسب بل هو أيضا تصرف عيني في الوقت ذاته[155].

---

[153] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 109.

[154] د. جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع 2، 1999، ص 46، 47.

[155] قارن مع مرجع الدكتور حسام الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ، مطبعة جامعة عين شمس سنة 1975، ص 143 و ما يليها، الذي يرى أن تصرف المعطي يكون ملزما له بمجرد انعقاده أي بمجرد تمام التعبير عن الإرادة على النحو الذي يطلبه القانون، و رغم حق المتصرف في الرجوع لكن لا يمكن إجبار المتصرف على تنفيذ التزامه عينا، و إنما هناك محل للتنفيذ بطريق التعويض أما وفقا لرأي الدكتور جاسم علي سالم الشامسي في المرجع السابق ص 474 يرى أن التصرف لا يكون ملزما من الأصل إلا بتمام الاستئصال، و لذلك فلا يكون هناك محلا للتعويض.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

فالمعلوم أن العقود العينية هي التي لا يكفي لانعقادها مجرد الرضاء، و إنما يلزم فوق ذلك القيام بعمل معين، هو في الغالب تسليم المعقود عليه، و العمل المطلوب القيام به لانعقاد تصرف صاحب العضو فيه، هو استئصال العضو الذي تم الاتفاق على نقله من المتصرف إلى المتصرف إليه.

و يتضح من هذا كله أن خطورة أثر التصرف في الأعضاء البشرية على صاحبها يؤدي إلى عدم الاكتفاء فيه بالرضائية، فيستلزم فيه أمرين لم يسبق جمعهما في عقد واحد، هما الشكلية و العينية.

فالمعهود في العقود غير الرضائية أن تكون إما شكلية و إما عينية لكن التصرف في الأعضاء البشرية يخالف هذه القاعدة، فلا بد لقيامه من ثلاثة أمور في الوقت واحد، أولها: هو إرادة المتصرف، و الثاني: هو الشكل الكتابي، و الثالث: هو إتباع الشكل الكتابي باستئصال العضو، الذي يعد تسليما للعضو.

و الشكلية و العينية لا بد أن تتابعان على النحو السالف الذكر، فلا بد من الشكلية أولا، بحيث لا يجوز الاستئصال قبل تمامها، و لا بد من أن يتم الاستئصال حتى ينعقد التصرف و يصير ملزما للمتصرف. و مادام لم يتم فانه يكون للمتصرف أن يرجع في تصرفه، بحيث تكون موافقته أو رضاه السابق كأن لم يكن[156].

هذا ما جاء في التشريع الجزائري حول التعبير عن رضاء المتبرع بعملية استئصال عضو من أعضائه أما التشريعات الأخرى نجد معظمها يساير التشريع الجزائري فيما يخص اشتراط الشكل الكتابي مع اختلافهم فيما يخص الشرطين الآخرين.

☜ ففي القانون الفرنسي:

بهدف ضمان صحة و حرية رضاء المتبرع اشترط المشرع الفرنسي في رضاء المتبرع شكلية معينة، فقد فرق بين رضاء المتبرع في حالة استئصال عضو غير متجدد منه، و رضاءه في حالة استئصال عضو متجدد منه.

فجاءت المادة 2 فقرة 1 من المرسوم رقم 501/78 المؤرخ في 1978/03/31 أنه إذا كان العضو المتبرع به غير متجدد مثل: الكلية، الرئة، فان التعبير عن رضاء المتبرع يكون أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المتبرع، أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة، و على هذا الرئيس التوقيع على الوثيقة المثبتة للرضاء بعد تأكده من تطابق هذا الرضاء مع القواعد الشرعية و من توقيع الرضاء من المتبرع، و يرسلها بعد ذلك إلى مدير المؤسسة الاستشفائية التي سيتم فيها عملية الاستئصال و تحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كاتب الضبط[157].

أما المادة 1 فقرة 1 من نفس المرسوم السالف الذكر، جاء فيها أنه إذا كان العضو المتبرع به من الأعضاء المتجددة فان رضاء المتبرع يكون في شكل كتابي موقع منه و من شاهد يختاره المتبرع، و تودع هذه الوثيقة لدى مدير المؤسسة الاستشفائية، و بذلك نجد أن هذه المادة تساير ما جاء في التشريع الجزائري فيما عدا عدد الشهود، غير أن المشرع الجزائري في شروطه لم يفرق بين الأعضاء المتجددة و غير المتجددة.

لكن بعد صدور القانون رقم 654/94[158] الذي ألغى القانون رقم 1181/76[159] و كل المراسيم التي جاءت لتكملته مثل المرسوم رقم 501/78، فان هذا القانون لا يميز في شرطه، أن يكون الرضاء أمام رئيس المحكمة الابتدائية، بين الأعضاء المتجددة و غير المتجددة، بل يأخذ بهذا الشرط في الحالتين.

---

[156] د. جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع2، 1999، ص 48.

[157] JEAN DE SAVIGNY, Guide juridique des prélèvements d'organes , Assist. publique, Hôpitaux de PARIS, Août 85, p 41.

[158] القانون رقم 94/654 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي.

[159] القانون رقم 1181/76 المسمى قانون Caillavet المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي.

الفرع الثالث: محل رضاء المتبرع

يتمثل محل رضاء المتبرع في العضو المراد استئصاله من جسم المتنازل لزرعه في جسم المتلقي، و قد اختلفت التشريعات حول محل رضاء المتبرع كالتالي:[160]

- بعضها عينت محل رضاء المتبرع وحددته تحديدا دقيقا و ذاتيا بالإشارة إليه في نص صريح، فاعتبرت هذه التشريعات عضو الكلية كمحل للرضاء، و لعل سبب ذلك هو أن عملية نقل الكلى تعدت مرحلة التجربة و حققت نجاحا مقارنة مع عمليات نقل الأعضاء الأخرى، و هذا راجع إلى التقدم الذي توصل إليه الطب في هذا المجال، و بذلك تكون هذه التشريعات قد أضافت شرط آخر للشروط السالفة الذكر و هو أن يكون الرضاء منصبا على عضو الكلية دون الأعضاء الأخرى، و من هذه القوانين التي حصرت محل الرضاء في عضو الكلية:
  - القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983 المتعلق بعمليات نقل و زرع الكلى.
  - القانون الإيطالي الصادر في 1963/07/26 المتعلق بنقل الكلى.
  - القانون العراقي رقم 81/60 المتعلق بنقل الكلى.
- ومن القوانين التي حصرت محل الرضاء في الأعضاء المزدوجة:
  - التشريع البرازيلي رقم 05/479 الصادر في 1968/08/18 في مادته 10.
  - التشريع الأرجنتيني رقم 21541 لسنة 1977 في مادته 12.
- و البعض الآخر من التشريعات لم تحدد أي عضو من الأعضاء بل تركت للمتنازل الحرية في أن يتبرع بأي عضو لا يلحق استئصاله ضررا به و لا يعرضه لأي خطر جسيم.

ومن هذه التشريعات:

- القانون اليوغسلافي الصادر في 1983.
- القانون الفرنسي رقم 1181 الصادر في 1976/12/22.
- قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري ، فقد جاء في الفقرة 1 من المادة 161 منه: " لا يجوز انتزاع أعضاءالإنسان و لا زرع الأنسجة إلا لأغراض علاجية ".

نلاحظ من هذه المادة عدم ذكر أو تحديد لأي عضو يكون كمحل لرضا المتبرع و بالتالي القانون الجزائري ساير الاتجاه الثالث السالف الذكر[161].

لكن، هل هذه الحرية التي منحت للمتبرع في أن يتنازل عن أي عضو من أعضائه مطلقة أم يرد عليها حدود؟

نجد الجواب على هذا السؤال في المادة 162 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها ما يلي: " **لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر** ...".

و بالتالي، قيد المشرع الجزائري حرية المتبرع في التنازل على أعضائه في أن لا يهدد هذا التبرع حياة المتبرع بخطر، و من ذلك يمكن أن نستنتج أن الأعضاء التي يمكن التنازل عنها هي الأعضاء المزدوجة فقط[162]، إذ أن التنازل عن أحدهما لا يؤثر على حياة المتبرع نظرا لقيام العضو الآخر بنفس وظيفة العضو المستأصل.

---

[160] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 111، 112.
[161] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 113.
[162] أنظر: د .أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية سنة 1987 ، ص 71.

و بذلك فان المتنازل لا يستطيع أن يحتج بعدم تحديد القانون الجزائري للأعضاء التي يمكن التنازل عنها، و يتبرع بعضو غير مزدوج مثل القلب، إذ استئصال مثل هذا العضو يؤدي إلى تعريض حياة المتبرع للخطر، و قيام الطبيب بهذه العملية يرتب مسئوليته سواء المدنية أو الجنائية و لا يعتد في هذه الحالة برضاء المتبرع.

الفرع الرابع: عدول المتبرع عن رضائه

السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يجوز للمتبرع العدول عن رضائه؟

بالرجوع لقانون الصحة و ترقيتها نجد أن المادة 162 فقرة أخيرة منها تنص على ما يلي: " ... **يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة...**".

نستنتج من هذه المادة جواز عدول المتبرع عن رضائه في أي وقت يريد، و لو بلحظات قليلة قبل القيام بعملية الاستئصال، دون أن تقوم عليه أية مسؤولية و لو أدبية نحو مستقبل العضو أو عائلته، إذ أن المتبرع قد يضطر لقبول قيامه بالعملية نظرا للضغوط المادية المقامة عليه كالتعويض عن عدوله، لكن عدم تعويض المتبرع عن عدوله لا يعني إعفائه من التعويض عن النفقات و المصاريف التي تحملها المتلقي لإتمام العملية وضاعت عليه نتيجة لعدول المتبرع.

و الهدف هنا هو حماية جسم المتنازل و عدم إمكانية المساس به إلا بناءا على رضاء حر متبصر إلى حين إجراء العملية، و لا يكفي توافر الرضاء وقت التعاقد، و هذا يعد خروجا عن القاعدة العامة و سبب ذلك هو الطبيعة الخاصة للتصرف الوارد على جسم الإنسان[163].

و بعد أن درسنا عدول المتبرع عن رضائه في القانون الجزائري، سنتطرق إليه في القانون الفرنسي:

جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 801/78 المؤرخ في 1978/03/31 ما يلي: " **يجوز للمتنازل أن يعدل عن رضائه و بدون إتباع أي شكلية خاصة** "، نستنتج من هذه المادة أن القانون الفرنسي يجيز للمتبرع العدول عن رضائه في أي وقت و بدون شكلية و هذا حتى لا يصعب عليه العدول عن طريق شكليات تعرقله و تضغط عليه.

- أما في القانون الإماراتي:

فقد جاء في المادة 5 من القانون رقم 15 لسنة 1993 أنه: " **يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال، أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط، و لا يجوز لمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه، بعد أن تبرع به وفقا للقانون** "، نلاحظ أن المشرع الإماراتي أخذ بإمكانية عدول المتبرع عن رضائه بالتبرع بأحد أعضائه، و قد ساير بذلك القانون الجزائري، لكن الفرق بين ما جاء به المشرع الإماراتي عن المشرع الجزائري هو أن هذا الأخير أعطى الحق للمتبرع في العدول عن رضائه في أي وقت شاء دون أي تحديد، أما المشرع الإماراتي فقد أضاف في مادته عبارة: " **لا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون** ".

مما يعني أنه قيد عدول المتبرع عن رضائه من الناحية الزمنية بوقف ينتهي بتمام الاستئصال، فإذا تم الاستئصال بالفعل قبل الرجوع فان الرجوع اللاحق لا ينتج أثرا، و لا يحول بالتالي دون زرع العضو المستأصل في المريض المتلقي، و لا يمكن الاستناد إليه في المطالبة بإعادة زرع العضو المستأصل في جسم صاحبه الذي أخذ منه[164].

---

[163] د . حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، سنة 1975، ص146.

[164] د .جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع، سنة 1999 ص 45.

و هذا ما لا نجده في قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري في مواده الخاصة بزرع الأعضاء البشرية، مما يعتبر فراغ قانوني ينتج عنه مشكل أن للمتبرع بالعضو الرجوع عن رضائه حتى بعد استئصال العضو منه، وقد يصل ذلك إلى غاية رجوعه في رضائه بعد زراعة العضو المستأصل منه في جسم المتلقي، و هذا نظرا لعموم العبارة التي جاء بها المشرع الجزائري في المادة 162 من القانون السالف الذكر، و التي تنص على ما يلي: " ... **و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موقفه السابق** ".

الفرع الخامس: أثر رضاء المتبرع بالعضو

رضاء المتبرع إما أن يكون صحيحا إذا توفرت فيه شروطه، و إما أن يكون باطلا إذا تخلفت هذه الشروط.

1- الرضاء الصحيح:

هذا الرضاء ينتج عنه أثرين هامين[165]:

1-1- إباحة استئصال العضو: لهذه الإباحة أهميتها بالنسبة للطبيب، فهي وحدها التي تجعل مهمته مشروعة و تنفي المسؤولية عنه، فلا يعد مسؤولا مدنيا عن تعويض المتبرع عما يصيبه من أضرار مادية أو معنوية نتيجة للاستئصال، و لا يكون مسؤولا جنائيا عما يحدثه له من جراح.

1-2- إثبات حق من تم الرضاء لصالحه في الانتفاع بالعضو المستأصل: فلا يجوز للمتبرع أن يطالب برد العضو المستأصل إليه، و أن يحول دون زراعته فيمن حصل الرضاء لصالحه، و إذا كان الرضاء لصالح صاحب الحاجة دون تحديد، فلا يكون للمتبرع أن يطلب بعد تمام الاستئصال تخصيص العضو لشخص يعينه لم يكن قد حدده قبل الاستئصال، و إنما للجهة التي منحه لها أن تقرر زرعه لمن تراه محتاجا إليه، لكن ليس هناك ما يحول في هذه الحالة دون طلب تخصيص العضو لشخص معين بالذات من قبل المتبرع، على أن يتم ذلك قبل الاستئصال نظرا إلى أن للمتبرع العدول عن تبرعه حتى وقت الاستئصال فله بالتالي تخصيص تبرعه لشخص معين، أو حتى تغيير التخصيص الذي أجراه من قبل.

2- الرضاء الباطل:

مما سبق يتضح أن الرضاء يكون باطلا إذا ما انتفت شروط إباحة النقل، كما إذا كان استئصال العضو يعرض حياة المتبرع للخطر[166]، أو كان الاستئصال بهدف الاتجار و ليس للعلاج أو كان الاستئصال بمقابل[167] أو لم يستوف الشكل الذي يتطلبه القانون[168].

و يترتب على بطلان الرضاء بدوره أثران هامان[169]:

2-1- قيام مسؤولية الطبيب:

تقوم مسئوليته سواء المدنية أو الجنائية إذا ما أجري الاستئصال بناءا على رضاء باطلا، و يكفي لقيام هذه المسؤولية مجرد إثبات عدم توافر الشروط اللازمة لعملية الاستئصال و النقل، كما لو أجرى الطبيب عملية الاستئصال و الزرع رغم علمه أن الاستئصال يعرض حياة المتبرع للخطر أو وظائفه للتعطيل، و مرجع ذلك هو افتراض علم الطبيب بهذه الأمور باعتبار اختصاصه، و ما يفترض فيه من معلومات طبية.

---

[165] د .جاسم علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص 46.

[166] نص المادة 162 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها: " لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر..."

[167] نص المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها: " و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية".

[168] نص المادة 162 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها: " ... و تشترك الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة ".

[169] د .جاسم علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص 46.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

لكن الأمر يستلزم إثبات علمه بعدم المشروعية في أحوال أخرى، و هذا هو الشأن فيما لو تمت العملية بقصد الاتجار، أو نظير مقابل مادي، ففي هذه الحالة يجب لقيام مسئوليته إثبات علمه بالاتفاق على المقابل أو بتلقي المعطي له، أو علمه بأن الجهة التي حصل الرضاء لصالحها تتاجر في الأعضاء البشرية رغم اتخاذها لأعمال الخير ستارا لها.

و يتساءل البعض عما إذا كان من الممكن، تأكيدا للحماية التي يضفيها القانون على التكامل الجسدي للمعطي، فرض التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الجراح القائم بالعملية، فيكون عليه بمقتضى هذا الالتزام أن يضمن سلامة المعطي من كل ضرر غير متوقع.

قد يقال أن الطبيب يلتزم بصفة عامة في نطاق العقد الطبي ببذل العناية الواجبة في المسائل الطبية دون أن يضمن للمريض الشفاء، على أن هذا القول لا يصدق على حالة نقل الأعضاء لأن عملية استئصال العضو لا تبررها، كما في العقد الطبي، حيث يقتصر الأمر على مريض واحد، المصلحة الصحية العلاجية للمعطي[170].

و أيا كان الحال فانه من الممكن، أسوة ببعض القوانين الأجنبية، تعويض الأضرار التي يصاب بها المعطي عن طريق تقرير المسؤولية الموضوعية لمستشفى و هي مسؤولية تستند على فكرة الخطر الجراحي و دون أن يلزم المعطي إثبات خطأ طبي أو جراحي ما، و من الطبيعي، بعد أن تعتبر عمليات نقل و زرع الأعضاء محلا لنشاط مرفق إداري عام أن يمتد نظام التأمينات الاجتماعية ليشمل الأضرار و الأخطار المترتبة عن تلك العمليات، و إلى أن يتقرر ذلك فانه يكون من مصلحة المستشفى أن تبرم تأمينا خاصا لتغطية هذه الأخطار[171].

2-2- عدم إمكانية تنفيذ الرضاء الباطل:

و في ذلك يشترك الترخيص الباطل مع الرضاء الصحيح الذي عدل المتبرع عنه قبل عملية الاستئصال، لكن الاختلاف بينهما يظل قائما في حالة تمام الاستئصال.

فالبطلان يؤدي إلى قيام حق صاحب العضو في استرداده و منع زرعه لمن حصل الرضاء له، أما الرجوع اللاحق للاستئصال فلا ينتج أثره في تخويل المتبرع حق استرداد العضو بعد تمام استئصاله.

لكن يبقى التساؤل قائما في حالة البطلان عما إذا كان للمتبرع أن يسترد العضو بعد تمام زرعه للشخص الذي حصل الرضاء له، و يرى الدكتور جاسم علي سالم الشامسي: " **أن المخاطر الناجمة عن عملية إعادة الاستئصال تحول دون تنفيذ هذا الحق تنفيذا عينيا، و الأرجح القول إلى الالتجاء للتعويض بدلا منه، و هنا يستطيع المتبرع الرجوع بالتعويض على الطبيب أيضا، كما يجوز له الرجوع بالتعويض على متلقي العضو، و المسؤولية في هذه الحالة تكون مسؤولية تضامنية**[172]".

أما بالنسبة لحالة البطلان لوجود المقابل المالي فلها وضع خاص، ففيما يتعلق بالمقابل لا شك أنه يترتب على البطلان عدم إمكانية المطالبة به من قبل المتبرع، إذا لم يكن قد تقاضاه قبل عملية الاستئصال، إلا أنه عادة المتبرع لا يوافق على إجراء الاستئصال إلا بعد تقاضيه المقابل المتفق عليه، لكن السؤال المطروح في هذه الحالة هو: هل يجوز للمستفيد بعد تمام عملية الاستئصال و الزرع أن يطالب باسترداد المقابل الذي دفعه؟

---

[170] د . أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء البشرية، مجلة الحقوق و الشريعة لجامعة الكويت، ع 2، للسنة الأولى، يونيو 1977، ص 165.

[171] د . أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 166.

[172] د .جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع 2، 1999، ص 56، 57، 58.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

الإجابة على هذا السؤال صعبة، لأن السماح باسترداد المقابل المدفوع تمكن المستفيد بالعضو من تحصيل ثمار غشه و سوء نيته، حيث يتحصل على العضو المتبرع به دون مقابل، على الرغم من أن موافقة المتبرع كانت مقرونة بحصوله على المقابل، و موافقته تكون عديمة الأثر تماما في حالة عدم حصوله عليه، و في نفس الوقت حرمان المستفيد بالعضو من استرداد المقابل يعني إبقاء الوضع المخالف للقانون، و الاعتراف بالمحظور كأمر واقع.

و يرى الدكتور جاسم علي سالم الشامسي أن: " **و جود المقابل لا يمنع من وجود الدافع الإنساني لدى المتبرع، و لا يمكن اعتباره على أي حال مقابلا حقيقيا للعضو المتبرع به، يؤدي إلى عدم تمكين المستفيد من استرداد المقابل، بل و يمكن اعتبار المقابل في هذه الحالة من قبيل التعويض لا من قبيل الثمن.**

و بالتالي تقرير في هذه الحالة بطلان التصرف في الأعضاء البشرية ليس له من ثمرة عملية كبيرة كلما كان سبب البطلان هو الاتفاق على مقابل للعضو المتصرف فيه، و هذه النتيجة تدعم رأي القائلين بوجوب السماح بأخذ المقابل المادي عن الترخيص بنقل الأعضاء البشرية، مادام هناك صعوبة كبيرة في تفادي المعاوضة على الأعضاء البشرية، من الناحية العملية، عندما يتفق الأطراف على ذلك، مادام الغرض من ذلك هو العلاج و ليس الاتجار "[173].

المطلب الثاني: رضاء متلقي العضو

القاعدة العامة أنه يلزم لقيام الطبيب بإجراء عملية جراحية الحصول على موافقة أو رضاء المريض، و تخلف هذا الرضاء يجعل الطبيب مخطئا، و يكون مسؤولا مدنيا عن ذلك حتى و لو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته لهذه العملية.

و لكن رضاء المريض لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية بل يسأل طبقا للقواعد العامة عن الخطأ الصادر منه أثناء العلاج أو الجراحة. و تزداد أهمية الحصول على رضاء المريض كلما كان العلاج أو الجراحة أمر ينطوي على كثير من المخاطر، مما يتطلب معه، إلى جانب الحيطة، أخذ رضاء المريض بذلك، و عملية زراعة الأعضاء البشرية لا تخلو من الخطورة، لذا من الضروري الحصول على رضاء المتلقي و موافقته على هذه العملية، كما أن الهدف من هذا الرضاء تنبيه المتلقي بأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها، و لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا، و بالتالي لا يمكن القول أن دخول متلقي العضو للمستشفى يعد حجة على أنه رضاء منه مقدما بكل أنواع العلاج الذي يراه الطبيب لازما في حالته الصحية.

و لدراسة رضاء المتلقي يجب التطرق إلى النقاط التالية:

1) صاحب الرضاء (ممن يصدر الرضاء).
2) صور التعبير عن إرادة المتلقي.
3) تبصير المتلقي.

الفرع الأول: صاحب الرضاء (ممن يصدر الرضاء)

من حيث المبدأ يصدر الرضاء من المريض شخصيا، طالما أنه في حالة تسمح له بذلك و نعني بذلك أن يكون بالغا، قادرا على التعبير عن إرادته، و في مجال زراعة الأعضاء البشرية المبدأ هو أن يصدر الرضاء من المتلقي شخصيا و لا يكون رضائه

---

[173] د .جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 2، 1999 ، ص 56، 57، 58.

صحيحا إلا إذا صدر عنه و هو بالغا و في وعيه التام، فموافقة المتلقي على إجراء عملية الزرع تعني مشاركته في تحمل مخاطرها، و هذه المشاركة تفرض الأهلية القانونية الكاملة للمتلقي[174].

لكن استثناءا يمكن الاستغناء عن رضاء المتلقي في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضاء لكونه في غيبوبة في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع، أو كان ناقص الأهلية.

و بالتالي سنتطرق فيما يلي إلى كل من الرضاء الذي يصدر عن المتلقي كمبدأ عام ثم إلى الاستثناء الوارد على هذا المبدأ.

1- الرضاء الصادر عن المتلقي:

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها، و بالخصوص للمواد المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد سنا معينا يعتبر فيه المتلقي أهلا للتعبير عن رضائه بعملية زرع العضو ، كما تجدر الملاحظة أن أهلية المتلقي تختلف عن ما هو عليه بالنسبة للمتبرع، إذ هذا الأخير يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد حتى يتمكن من التبرع بعضو من أعضائه، بينما المتلقي قد يكون بالغا سن الرشد كما قد يكون قاصرا أو عديم التمييز[175].

و في غياب مثل هذا التحديد في قانون حماية الصحة و ترقيتها يمكننا أن نلجئ للقانون المدني كشريعة عامة الذي جاء في المادة 40 منه ما يلي: " **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة** ".

و نستنتج من هذه المادة أن كامل الأهلية هو الشخص الذي يتوفر فيه الشرطين التاليين:

- بلوغ سن الرشد و قد حددت نفس المادة في فقرتها الثانية سن الرشد بتسعة عشر سنة.
- التمتع بقواه العقلية.

و بالتالي كخلاصة لما سبق يمكن القول أنه حتى يتمكن المتلقي من التعبير عن رضائه يجب أن يكون بالغا سن تسعة عشر سنة و متمتع بقواه العقلية، و إلا كان رضائه باطلا، و لا يمكن للطبيب الاحتجاج به لدفع مسئوليته القائمة على أساس خطأ تخلف رضاء المتلقي.

كما أن ضرورة الحصول على رضاء المتلقي يجب أن يحترم، حتى و إن كان رفضه لعملية زرع العضو قد يعرض حياته للخطر، فعلى الطبيب في هذه الحالة احترام إرادة المتلقي و إلا قامت مسئوليته سواء المدنية أو الجنائية.

لكن يثور التساؤل هنا حول مسؤولية الطبيب عندما يكون تدخله ضروري، و لا يتدخل احتراما لإرادة المتلقي، فهل يعاقب هذا الطبيب لعدم مساعدة شخص في خطر؟ (Non-assistance à personne en danger)

لا يعاقب هذا الطبيب إذا لم يكن المتلقي معرض لخطر محدق بل أكثر من ذلك قد يكون مسؤولا إذا ما تدخل دون رضاء المتلقي، لكن على الطبيب في هذه الحالة الحصول على ما يثبت رفض المريض كتابيا[176]، و هذا ما نصت عليه المادة 49 من المرسوم رقم 276/92 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب[177].

---

[174] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 149.

[175] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 149.

[176] Cass. CIV 07/11/1961 G.P 1962 – I – p 24.

[177] تنص المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: " يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن ".

إلا أن احترام إرادة المتلقي لها حدود، فقد تقوم مسؤولية الطبيب لعدم تدخله رغم رفض المتلقي لذلك في حالة ما إذا كانت إرادة المريض و رفضه ليس لصالحه، و كمثال عن ذلك: رفض المريض عملية نقل الدم لأسباب دينية [178]، ففي مثل هذه القضية تم الحكم أن رفض الدم من قبل المريض يرتب خطأ يحرم هذا الأخير من الحياة، مما يقيم المسؤولية المشتركة للمريـــض و الطبيب[179].

هذا الرأي أخذ به بعض المؤلفين بسبب أنه مطابق للاجتهاد القضائي الذي يعترف بالمسؤولية المشتركة في حالة خطأ الضحية.

لكن قد تم نقذه من قبل البعض الآخر الذي يرى أن من اليقين أن عناية نقل الدم هذه قد تجنب للمتلقي الضرر، فان هذا الأخير برفضه لهذه العملية قد نفى الرابطة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر.

كما أن حرية رفض المتلقي لعملية النقل ليس مطلقة ، بل يجب التفرقة بين ما إذا كانت هذه العملية خطيرة أو كانت عملية بسيطة و عادية لا ترتب أي خطر على حياة المتلقي، و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الضحية (المتلقي) يرتكب خطأ إذا رفض عملية بسيطة و ترك للسلطة التقديرية للقاضي نقطة تحديد مدى خطورة أو بساطة العملية[180].

قد تبنى الفقه هذه الفكرة، فتم اعتبار عمليات نقل الدم من قبيل العمليات البسيطة، لكن الآثار المحزنة التي نتجت عن عمليات نقل الدم كالعدوى من مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) أو أمراض أخرى، أدت إلى إعادة النظر في اعتبارها من قبيل العمليات البسيطة، إذ أن بالرغم من تعميم التحاليل الطبية للدم المتبرع به إلا أن العلماء يرون وجود خطر – حتى و إن كان قليل – يبرر رفض المتلقي لعملية نقل الدم.

و هذا ما يبرر تشدد القضاء في ميدان نقل الدم لدرجة أنه أصبح يوقع على عاتق الطبيب التزام بالضمان أو السلامة تجاه المريض (المتبرع له)، و هذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 1991/11/28 إذ جاء في نص القرار ما يلي:

« Considérant qu'en sa qualité de professionnel, le CDTS doit livrer du sang exempt de vices, que sa responsabilité du sang non vicié ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère, telle que la force majeur, qui ne peut lui être imputée »[181]

هذا بالنسبة للقاعدة العامة المتمثلة في أن الرضاء يصادر من المريض نفسه، لكن إذا كان المريض لا يستطيع إعطاء موافقته على زرع الأعضاء فمن الذي سيعطي الموافقة عليها؟

و سنتطرق فيما يلي إلى الاستثناء الوارد على هذه القاعدة.

2- الاستثناء الوارد عن مبدأ صدور الرضاء من المتلقي شخصيا:

لقد تناولنا فيما سبق مبدأ ضرورة صدور الرضاء من المتلقي شخصيا لكن هذا المبدأ كما سلف ذكره غير مطلق، إذ قد يصدر الرضاء من أهل المتلقي أو ممثله الشرعي و هذا في حالة ما إذا كان المتلقي عديم الأهلية.

و عدم الأهلية يمكن أن تكون عدم أهلية قانونية أو عدم أهلية فعلية:

---

[178] Michele HARICHAUX Ramu – J.C.C- FASC 440 -2 - ART 1382 à 1386 année 1993 – p 5.
[179] Cass. CRIM 30/10/1974 J.C.P 1975.
[180] Cass. CIV 25/02/1941, G.P 1941.
[181] C.A Paris – CIV 28/11/1991 – J.C.P 1991 – II – 21797 note HARICHAUX.

2-1- عدم الأهلية القانونية[182]:

يطرح في هذا الصدد سؤال عام و هو: هل يجب أن تنبعث القرارات المتعلقة بصحة عديم الأهلية منه فقط أم من وليه الشرعي؟

يقودنا الجواب عن هذا السؤال إلى تحليل القواعد القانونية التي تشترط ضرورة موافقة الولي الشرعي لعديم الأهلية، ثم شرح مفهوم الأهلية الطبيعية أي التمييز الذي يتعارض مع الأهلية القانونية.

2-1-1- القواعد القانونية:

لقد جاء في نص المادة 3/166 ما يلي: " **و إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أم الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة** ".

نلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح حق التعبير عن إرادة المتلقي العديم الأهلية القانونية في مجال زرع الأعضاء للأب أو الأم أو الولي الشرعي.

غير أنه استثنى من دائرة عديمي الأهلية القانونية القاصر الذي خصص له فقرة أخرى من نفس المادة و هي الفقرة الرابعة واشترط أن يكون الرضاء صادر عن الأب و إن تعذر الحصول على موافقة الأب اللجوء للولي الشرعي[183].

و لا نعلم ما هي الفائدة و الأهمية التي يريد المشرع الجزائري الوصول إليها من هذه التفرقة و الاستثناء.

غير انه إذا كان المتلقي في حالة يستطيع فيها التعبير عن إرادته و أنه قادر على فهم و إدراك المخاطر التي سيتعرض لها من جراء زرع العضو له، فلا مانع من صدور القبول و الرضاء منه، وذلك لأن القرار الصادر في قبول عملية الزرع هو قرار شخصي، يجب صدوره عن المتلقي نفسه لأن هذه العملية تهمه في المقام الأول، لذلك يجب أن يعطي رضائه فيها شخصيا، أما الرضاء الصادر عن ممثله القانوني فهو يأخذ شكل المساعدة و المعاونة على فهم خطورة عملية الزرع و تقدير أهميتها بالنسبة لحالته الصحية، و لذا يجب تكملة رضاء القاصر بقبول من ممثله القانوني[184].

أما القانون الفرنسي فقد أخذ بحلول موافقة الوالي الشرعي محل موافقة عديم الأهلية، فحسب هذا القانون إذا تعلق نقل الأعضاء بقاصر غير مأذون بإدارة ماله فيجب الحصول على موافقة كل من الأب و الأم معا[185].

فبسبب خطورة نقل الأعضاء كان القرار يتخذ بشكل مشترك من قبل الأبوين و بالتالي لا يمكن أن يطبق هنا المبدأ الذي نصت عليه المادة 2-372 من القانون المدني الفرنسي و الذي يعتبر أن كل زوج قد تصرف مع موافقة الزوج الآخر بالنسبة للعمليات البسيطة.

و عند عدم الاتفاق يمكن للأبوين رفع دعوى أمام قاضي الوصاية الذي يحاول مبدئيا التوفيق بينهما[186]، و إلا فانه يتخذ قراره الذي يجب أن ينسجم مع مصلحة القاصر و مصلحة صحته التي لا يمكن أن يعلمها أحد أفضل من الجراح و لذلك يجب على القاصر الحصول على رأيه[187].

---

[182] أنظر: نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 149.

[183] تنص المادة 166 فقرة 4 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: "أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي".

[184] د .ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 130.

[185] حسب المادة 372 من القانون المدني الفرنسي (قبل صدور قانون 1970/06/14 حول السلطة الأبوية) كان الأب هو الوحيد المؤهل بإعطاء الموافقة على نقل الأعضاء وعند غيابه فقط كانت تستدعى الأم للحلول محله.

[186] المادة 1-372 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي.

[187] G. MEMETEAU, Essai sur la liberté thérapeutique du médecin, étude de droit français positif, thèse, Poitiers 1973, p 35.

و عند وقوع الطلاق، تبقى مبدئيا ممارسة السلطة الأبوية مشتركة بينهما حيث يبقى كل من الأب و الأم ملتزمين حتى بعد الطلاق بالالتزام القانوني بالمساهمة في نفقات رعاية و تعليم أطفالهم، بعد الطلاق يساهم الزوج الذي لا يقيم عنده الأطفال عادة في رعايتهم و تعليمهم تبعا لموارده و موارد الزوج الآخر[188]، و إذا كان الأبوين متوفيين فيعود القرار عندئذ إلى الوصي مع موافقة مجلس العائلة[189].

و فيما يتعلق بالطفل الطبيعي، يجب أن يوافق على نقل أعضائه الوالد الذي اعترف به إراديا، و إذا اعترف به كلا الوالدين فيجب الحصول على موافقة الأم إلا إذا صدر قرار معاكس عن محكمة البداية المدنية[190].

هذه هي القواعد القانونية التي كرسها القانون في هذا المجال و يجب تطبيق بعض هذه القواعد بدقة أما القواعد الأخرى فمن الضروري أن تتأقلم مع تطور الطب المعاصر مما يقودنا إلى مفهوم الأهلية الطبيعية.

2-1-2- مفهوم الأهلية الطبيعية:

يعتقد بعض الفقهاء بضرورة الحصول على موافقة القاصر إذا بلغ حد معينا من النضج، فمن الملائم عندئذ السماح للقاصر، رغم عدم أهليته القانونية، بالترخيص لأجل إبرام الاتفاقيات المتعلقة بجسده الشخصي إذا برهن على نضجه، أي إذا أصبح يتمتع بالتمييز، لأن الأهلية الضرورية في هذا المجال ليست الأهلية القانونية المحاطة بقيود صارمة و لكن الأهلية الطبيعية التي توجد لإظهار موافقته الجدية.

و يطرح هنا السؤال لمعرفة ما هو سن النضج الذي يعتبر الشرط الأساسي لتطبيق مفهوم الأهلية الطبيعية ؟

من المؤكد أن التطور العقلي أي الذكاء لا يرتبط دائما بالعمر و بالتالي يختلف سن التمييز، كالبلوغ، باختلاف الأشخاص و من المستحيل تحديده بشكل دقيق، تعيين هذا السن هو موضوع ظروف يخضع لقدرة كل شخص على الإدراك و يجب على الطبيب أن يقرر فيما إذا كان يملك هذا الشخص نضجا كافيا لإعطاء موافقة واعية[191].

و بالتالي في هذه الحالة رغم معارضة الولي الشرعي يمكن زرع الأعضاء إذا وافق القاصر عليها و اعتقد الجراح أنها ضرورية من أجل صحة القاصر.

بالمقابل إذا رفض القاصر العمل الجراحي فهل يستطيع الجراح إجراءها بالاستناد على موافقة وليه الشرعي فقط؟

إن الدكتور أحمد عبد الدائم يرى أنه يجب على الجراح إجراء العمل الجراحي رغم رفض القاصر إذا حصل على موافقة وليه الشرعي لأن امتناع الطبيب سوف يعرضه لمسؤولية عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر[192]، و نفس الشيء في حالة رفض الأولياء بدون أي سبب جدي بالرغم من خطورة صحة القاصر فمثل هذا التصرف يعرض الأولياء لعقوبة جزائية على أساس جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر[193].

و في كل الأحوال أن فرضية الخلاف بين الجراح من جهة و الولي الشرعي أو القاصر من جهة أخرى هي ناذرة بشكل عام. هذا بالنسبة لعدم الأهلية القانونية، لكن يختلف الأمر بالطبع إذا كانت عدم الأهلية فعلية و عندها لا يمكن طلب موافقة المريض الذي فقد وعيه.

---

[188] المادة 288 من القانون المدني الفرنسي.
[189] المادة 464 من القانون المدني الفرنسي.
[190] المادة 374 من القانون المدني الفرنسي.
[191] د .أحمد عبد الدائم، " أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني " رسالة دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1999، ص 334.
[192] د .أحمد عبد الدائم، " أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني " رسالة دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1999، ص 334.
[193] C.A. GRENOBLE- 09/04/1954 D 1954-p 375.

2-2- عدم الأهلية الفعلية:

رغم امتلاك المستفيد لأهليته القانونية إلا أنه قد يكون في حالة لا يستطيع ممارستها كاستغراقه في حالة عدم الوعي فيصبح عندئذ التماس موافقته على نقل عضو له مستحيلا[194]، فهل يستطيع الطبيب حينئذ الاستغناء عن هذه الموافقة أم أنه يستطيع افتراض وجودها؟

تنص المادة 166 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " **إذا كان المستقبل غير قادرا على التعبير عن رضائه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأول المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا** ".

من هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط في حالة تعذر الحصول على رضاء المتلقي بسبب حالته الصحية يتحصل الطبيب على رضاء و موافقة من تربطهم بالمتلقي رابطة القرابة، و ذلك لاعتبارهم أفضل من يستطيعوا التعبير عن إرادة المتلقي، و قد حدد هؤلاء الأشخاص مع الترتيب الذي يجب إتباعه في المادة 164 فقرة 2 من نفس القانون، فهذه الأخيرة رتبت أفراد عائلة المتلقي الذين يجب الحصول على موافقتهم في حالة تعذر الحصول على موافقة المتلقي كالتالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

كما جاء في الفقرة 6 من نفس المادة السالفة الذكر ما يلي: " **يجوز زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة 1 و 2 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 يسبب أي تأخير في وفاة المستقبل و يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين** ".

نستنتج من هذه الفقرة أنه يمكن الاستغناء عن الرضاء إذا كان المتلقي في وضع يقتضي التدخل السريع دون انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثلين أو أقاربه.

إذ يرى الفقيه " سافتيي " أنه في مثل هذه الحالة السلامة البدنية للمريض تغلب رضاه، إضافة لصعوبة استخلاص رضاه في الحالة الاستعجالية[195]، أما في غير هذه الحالة يترتب على تخاف رضاء المريض تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة حتى و لو بذل العناية المطلوبة، فالنتائج التي ما كان ليسأل عنها في حالة رضاء المريض يسأل عنها إذا تخلف هذا الرضاء[196].

و قد اعتبر المشرع الجزائري الطبيب الجراح رئيس المصلحة ممثلا طبيعيا للمتلقي في هذه الحالة، فله الموافقة للمتلقي بزرع العضو بشرط أن يثبت حالة الاستعجال أمام شاهدين[197].

كما يمكن للطبيب الجراح أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقة هذا الأخير و موافقة أهله إذا قدر أن هذا التدخل الجراحي يصيب المتلقي بأضرار جسيمة لأنه هو المسؤول الأول عنه في حالة عدم الأهلية القانونية للمتلقي، كما أنه هو وحده الذي يقدر ضرورة إجراء عملية الزرع و مدى مناسبتها مع حالة المتلقي[198].

أما في التشريع الفرنسي، فان المبدأ يفرض على الطبيب البحث عن الموافقة و لكن عندئذ ممن يجب أن يطلبها؟

---

[194] X. LESERGRETAIN et S. CHASSANY: La protection juridique de l'hôpital – édition Berger levraut – Paris 99 – p 122.

[195] SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT : Traité de droit médical- édition techniques- Paris –France 1999,p 218.

[196] CASS.CIV – 27/10/1953 –D 1953 – p 658.

[197] د ماروك نصر الدين، المرجع السابق.

[198] و هذا ما نصت عليه المادة 163 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها:"كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل".

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

يجب على الطبيب التوجه إلى الممثلين الطبيعيين للمريض أي عائلته من خلال رابطة القرابة أو الزواج و يأتي الزوج بالدرجة الأولى ثم الأصول فالفروع و أخيرا الأقارب الأكثر بعد إذا كان لا يوجد أي شخص من بين الفئتين الأوليتين.

لكن يمكن تعديل هذا التدرج استنادا للروابط التي نسجها واقع الحياة، فيحدد الممثل الفعلي طبقا للخدمات التي قدمها المستفيد و ليس حسب درجة القرابة، فالذين يهتمون بمحبة كبيرة و إخلاص بحماية المريض لهم أفضلية على أفراد أسرته الأقرب من الناحية القانونية و لكنهم بعيدين عنه جدا من الناحية الفعلية[199]. و إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأقارب المريض فان الطبيب يصبح في حالة الطوارئ ممثلا طبيعيا له[200]. و يشكل الرجوع إلى أقارب المريض الذي أصيب بعدم الأهلية الفعلية إجراء نادرا من الناحية القانونية و لذا يجب أن يستخدم بشكل محدود جدا. و لا يمكن افتراض عدم الأهلية، لأنها في الواقع أمور قانونية بحتة فمن المنطقي إذا أن يقتصر الحلول محل إرادة المريض الذي فقد وعيه على حالة الضرورة القصوى[201].

و عند تكريس عدم الأهلية الفعلية فان إمكانية قيام الشخص الذي يحمي المريض المستفيد طبيعيا بالتعبير عن إرادته يجب أن تبقى استثنائية و محدودة على حالات ضيقة و ضرورية أي فقط على حالة الطوارئ الفعلية كحالة عدم إمكانية تأجيل نقل الأعضاء بدون ضرر إلي أن يستعيد المريض تمييزه الحر.

الفرع الثاني: صور التعبير عن إرادة المتلقي

تنص المادة 166 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " **لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاءه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها حضور شاهدين اثنين** ".

نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يشترط في تعبير المتلقي عن رضائه بعملية زرع العضو الشروط التالية:

1) أن يتم التعبير عن الرضاء في شكل كتابي أمام رئيس المصلحة الصحية.
2) حضور شاهدين.

1) أن يتم التعبير عن الرضاء في شكل كتابي أمام رئيس المصلحة الصحية:

و سبب ذلك هو رغبة المشرع الجزائري في الكشف عن رضاء المتلقي، لأن الرضاء ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المتلقي، و لا سبيل للكشف عن هذه الإرادة و إظهارها للوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة، و هذا التعبير يجب أن يكون أمام رئيس المصلحة الصحية التي سيجرى للمتلقي فيها عملية الزرع.

2) حضور شاهدين:

و هذا ليشهدان على موافقة و رضاء المتلقي على عملية زرع العضو.

وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المتبرع و المتلقي في مجال الرضاء بعملية زراعة العضو.

الفرع الثالث: تبصير المتلقي

حتى يكون رضاء المريض صحيحا فانه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية، و يجب أن يكون رضاه متبصرا بقدر كاف[202]، و إلا كان الطبيب مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و

---

[199] د .أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 335.

[200] R. NERSON, L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, Revue Trim. de droit civ., 1970, p 675.

[201] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 336.

[202] Le guet DEVALAY: La responsabilité médicale

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

لو لم يرتكب خطأ في عمله، و على المريض إثبات أنه لم يتم إعلامه بمخاطر العملية[203]، و بذلك فانه في مجال زرع الأعضاء على عاتق الطبيب التزام بتبصير متلقي العضو حول مخاطر عملية الزرع، فيجب أن يشرح الجراح لمريضه باختصار النقل المقترح للأعضـــاء و الأخطار التي تتضمنها و الفوائد التي يمكن الحصول عليها[204]، بحيث يصبح هذا المستفيد قادرا على التعبير عن موافقة موضحة، فيكون رضائه صحيحا غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة، و إلا يكون الطبيب مسؤول بارتكابه خطأ تخلف رضـــاء المريض بالعلاج.

و قد وضحت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1961/02/21 بتعبير دقيق كيفية تبصير الطبيب لمريضه، إذ جاء في نص قرارها ما يلي:

« Une information simple approximative, intelligible et loyale »[205].

لكن مبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي أثار جدال نتج عنه ثلاثة آراء[206]:

الرأي الأول: الرافض لمبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي[207]

يمثل هذا الاتجاه الأستاذ بورت كان، من أعلام رجال الطب في فرنسا، كما تبنى هذا الرأي الأطباء عموما، الذين يعتبرون هذا الاتجاه دفاعا عن حق لهم، فحسبهم كيف يمكن المناداة بتبصير المتلقي بالمرض و العلاج الجراحي و نحن نعلم أن المتلقي يعتبر مقارنة مع الطبيب جاهلا بالمسائل الطبية و الأساليب الفنية و العلمية التي أدت إلى هذا التدخل الجراحي، فالمريض لا يستطيع تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يتعلق بصحته و حياته[208].

و بالتالي يجب أن لا يكون دور الجراح تبصير المتلقي بل يكون دوره مساعدة المتلقي و رفع روحه المعنوية و علاجه العلاج المناسب. هذا بالإضافة إلى أن مصلحة المتلقي تستوجب على الطبي عدم إعلامه و تبصيره بكل المخاطر التي يتعرض لها إذ من شأن ذلك أن يؤثر على حالته النفسية و على روحه المعنوية و إخفاء بعضها قد يرفع من روحه المعنوية و يساعده على مواجهة المرض و تخطيه[209]. كما يجب على المتلقي أن يضع كل ثقته في شخص الطبيب و يترك له الحرية في تحديد العلاج الذي يراه مناسب لحالته الصحية دون إلزامه باطلاع المتلقي على نتائج عملية زرع العضو.

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري رغم الانتقاد الذي وجه له من قبل الدكتور لطفي دويدار في مؤتمر الطـــب و القانون المنعقد في الإسكندرية: " **أنه بالرغم من أن العرف الطبي قد جرى في مصر على عدم مصارحة الطبيب لمريضه بسبب الدوافع الأنانية إلا أنه لا يوافق على ذلك العمل، فاطلاع المريض على حالته قبل وفاته يساعده على تدبير شؤونه قبل الوفاة، فالمصالحة تعتبر إنسانية بالنظر إلى العائلة و مشاكلها** ".

الرأي الثاني: الآخذ بمبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي

ذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة تبصير المتلقي بحقيقة المرض وحول التدخل الجراحي و بالمخاطر التي تترتب على العلاج و أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المتلقي يعد خطأ طبي يرتب مسؤولية الطبيب.

---

[203] هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 1966/01/19 التي نقضت قرار محكمة الاستئناف المدنية للطبيب الجراح الذي لم يقم بإعلام المريض بكافة مخاطر العملية حسب زعمها، غير أن محكمة النقض أكدت على إثبات الطبيب بعدم قيام بمثل هذا الالتزام يقع على عاتق المريض و ليس على عاتق الطبيب.

[204] منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، س 5، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 81، ص 20.

[205] Cass.CIV 21/06/1961 – J.C.P 1961- II – 11229 – note SAVATIER.

[206] د.نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 140 إلى 147.

[207] د.حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس 1975، ص 88.

[208] د .أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دار النهضة العربية 1986، ص 110.

[209] C.A. Versailles 16/06/2000 – D 2000 – p 251 – note JOURDAIN.

فحسبهم الالتزام بالتبصير يعتبر من مظاهر احترام الشخص في سلامة جسمه بحيث لا يتعرض لأدنى مساس إلا بعد موافقته، و هذا يمكن المحاكم من أن تراقب وتضع حد لانفراد بعض الأطباء الجراحين بالمساس بسلامة أجسام المرضى، فانفراد الطبيب بالعلاج و الجراحة على جسم المتلقي دون تبصير بنتائج ذلك، يعرضه إلى المسؤولية سواء المدنية أو الجنائية.

و جهل المتلقي لقواعد الفن الطبي، و عدم إمكانية تفهمه لأصول المهنة الطبية، لا يبرر الاستغناء عن رضائه المتبصر و المستنير، بل يجب أن يعرف مدى ما ستكون عليه حالته قبل و بعد العملية الجراحية حتى يعرف أفضلهما فهو وحده يملك المفاضلة بين المزايا و المساوئ[210]. و قد أخذ القانون الجزائري بهذا الرأي، فنصت المادة 166 فقرة 5 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " **لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة**[211] **بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك** ...".

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ إلزام الطبيب بتبصير المريض، و بالتالي يقع على عاتق الطبيب الجراح الالتزام بتبصير المتلقي بالحقيقة حتى يصدر رضاؤه عن بينة و تبصير و علم كامل بحقيقة الأمور.

كما اخذ بهذا الاتجاه كذلك القضاء الفرنسي فقد جاء في نص المادة 42 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي ما يلي: " **لأسباب شرعية يقدرها الطبيب، يمكن عدم إخبار المريض عن تشخيص لمرض خطير** "، نستنتج عن طريق المخالفة أن في غير هذه الحالة - أي حالة تشخيص مرض خطير – الطبيب ملزم بتبصير المريض بمخاطر العلاج المقترح و الحصول على رضائه قبل التدخل الجراحي[212].

الرأي الثالث: الرأي الوسط بين الرأيين السابقين (الالتزام بالتبصير في حدود)

حاول هذا الرأي تفادي عيوب كل اتجاه و الاستفادة من مزاياه، فيرى أصحاب هذا الرأي بأنه يمكن للطبيب الكذب على المتلقي بحدود معينة، و ذلك بأن يخفي عنه حقيقة مرضه، و الكذب هنا هو الكذب المتفائل المسموح به الذي يستهدف مصلحة المتلقي و يؤدي إلى تحسين حالته الصحية ليس الكذب المتشائم الذي ينطوي على إخفاء العلامات أو النتائج الحسنة عن المتلقي.

ومن جهة أخرى و نظرا إلى أن المتلقي هو وحده الذي يملك حق الاختيار فعلى الطبيب أن لا يخفي عليه المخاطر المتوقعة الناتجة عن التدخل الجراحي أو طرق العلاج المختلفة، بالمقابل يمكنه إخفاء المخاطر غير المتوقعة و البعيدة الاحتمال و هذا يستهدف مصلحة المتلقي و يفيد في علاجه، و لكن مبدأ التزام الطبيب بإعلام المريض ليس مطلقا بل ترد عليه حدود و تحفظات تتمثل فيما يلي[213]:

1. إذا كان على الطبيب أن يحيط المريض علما بكل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله، إلا أن هذا لا ينطوي بطبيعة الحال على تلك النتائج القليلة الاحتمال، و التي يندر وقوعها في العمل، و يصعب توقعها طبقا للمعطيات العلمية القائمة.
2. يجب أن يقدر التزام الطبيب على ضوء الحالة النفسية للمريض، فذكر النتائج الضارة قد يؤثر على معنويات المريض، مما يدفع الطبيب إلى إخفاء بعضها أو التهوين في ذكرها أو سردها بطريقة عامة، و يقدر القاضي ذلك من خلال

---

[210] د .ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 144.

[211] تنص الفقرة 4 من المادة 166 على ما يلي: " أما القاصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي ".

[212] MICHELE HARICHAUX – RAMU, JC. CIV. Fasc 440-2, 1993, p 8.

[213] د .محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1999، ص 43، 44، 45، 46.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

وقائع القضية، و قد أعفت المحاكم من المسؤولية الطبيب الذي يهون على المريض تلك النتائج الضارة و المحتملة للتدخل الجراحي، و ذلك بسردها بطريقة سهلة و عامة دون تفصيل أو تحديد مراعاة لحالته النفسية[214]. و ذهب القضاء إلى حد إعفاء الطبيب من المسؤولية حتى في حالة كذبه العمد على المريض بإخفائه حقيقة المرض عليه، طالما أن ذلك يلعب دورا حاسما في حالته النفسية و بالتالي الجسدية، و أن ذكر الحقيقة لن يكون له أي أثر إيجابي و لا تستلزمه طبيعة العلاج، بل يمكن على العكس أن يكون له أثر سلبيا واضحا، و لكن الكذب إذا كان بهدف تضليل المريض و حمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب لهدف مادي أو تجريبي، فانه يعد سببا في إقامة مسؤولية الطبيب.

3. لا يلتزم الطبيب كذلك بإعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التي يستطيع استيعابها علميا سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة، لكن إذا كانت تلك الوسائل يمكن أن تثير لدى المريض نتائج ضارة خاصة به[215] نظرا لحالته الجسمية فانه ينبغي على الطبيب أن يحيطه علما بذلك و إلا أصبح مسؤولا عن تلك النتائج و لو بدل في ذلك العناية المعهودة.

4. يصعب على الطبيب أن يفي بالتزامه بإعلام المريض في حالة الضرورة، فقد يكون المريض في حالة لا تسمح بإخباره بالعلاج و طريقته.

5. على القاضي أن يأخذ في الاعتبار عند تقرير مسؤولية الطبيب في حالة إخلاله بالتزامه بإعلام المريض، و بصفة خاصة عند تقرير الأضرار الواجب التعويض عنها، مدى حسن نية الطبيب و رغبته في إنقاذ المريض و كذلك الحالة الصحية التي كان يوجد بها هذا الأخير.

بالرغم من الحدود و التحفظات السالفة الذكر فان القضاء يستمر في تأكيد التزام الطبيب بإعلام المريض بأسلوب واضح ودقيق، و يتوقف ذلك على درجة ثقافة المريض و يقتصر على تبصير المريض بالمخاطر المتوقعة عادة دون التعقيدات و المخاطر النادرة الحدوث التي قد يؤدي ذكرها إلى منع المريض من اتخاذ قرار متعقل إلا أنه ينبغي على الطبيب أن يأخذ في حسبانه كافة النتائج حتى الاستثنائية كي يعمل جاهدا على توقيفها و مواجهتها.

و لا يلتزم الطبيب بتقديم الدليل الكتابي لإثبات قيامه بإعلام المريض، و إن كان من الأفضل اللجوء إلى ذلك، و خاصة في حالة الإجراءات الطبية و العمليات الجراحية الاستثنائية و يقع على عاتق الطبيب عبء إثبات عدم قيام الطبيب بتبصيره بطبيعة التدخل الطبي و العلاج المقترح و المخاطر الناجمة عن ذلك و هكذا يجب على الموافقة سواء كانت للمتبرع أو للمستفيد أن تلبي شروطا محددة بحيث تترجم إرادة واعية و حرة.

---

[214] علي حسين نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي - دار النهضة العربية - القاهرة 1992، ص 73.

[215] Le guet DEVALAY: La responsabilité médicale

الخاتمة:

لقد تناولنا في هذه الدراسة بحث مشروعية التصرف في جسم الإنسان و هو يعد واحدا من أهم و أحدث الدراسات سواء في الفقه القانوني المقارن أو في أحكام الشريعة الإسلامية و هذا بالنظر للتطورات الطبية الحديثة التي تثير بدورها الكثير من الجدل حول مدى مشروعيتها.

و لما كانت الأعمال الطبية التقليدية تتميز بالبساطة ،و هذه البساطة استتبعت وضوح حكمها القانوني و الفضل في ذلك يرجع لسلطان مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان. غير أن الجسم البشري سرعان ما تحول إلى حقل خصب خاصة بعد تطور العلوم الطبية و الاحيائية و الهندسة الوراثية.

و ثارت الصعوبة في تحديد نقطة بداية هذا الجسم و نهايته ذلك أن تحديد نقطة بداية الجسم لها تأثير كبير في مجال تكييف المسؤولية، أما لحظة نهاية الجسم فهي نقطة البداية و مفتاح لعمليات نقل الأعضاء البشرية. غير أن المشرع الجزائري مازال إلى الآن لم يأخذ موقفا واضحا و صريحا حيال هاتين النقطتين.

كما أنه و على خلاف العمل الطبي التقليدي و ما ينتج عنه من سلوكات مجرمة كالجرح و إعطاء مواد ضارة بالصحة أو سامة، فان العمل الطبي الحديث يقتضي مباشرته من طرف الكثير من الأشخاص مثل: مدير بنك الدم، أو مدير بنك حفظ الأجنة أو المتبرعين بالأعضاء أو المعطين للخلايا التناسلية أو التلقيح الصناعي و كذا عمليات تأجير الأرحام و الاستنساخ البشري.

و مصدر الصعوبة في هذه التصرفات الطبية الحديثة أنها لا تستهدف العلاج بالنسبة لبعض أطرافها. وهو الغرض الذي استمدت منه مشروعية العمل الطبي التقليدي. ومن ثم يتوجب إيجاد سند قانوني آخر لإباحة هذه التصرفات.

و في حقيقة الأمر فإن التصرف في جسم الإنسان بأبعاده المعاصرة مسألة مستجدة و لا يتوقع أن يكون فقهاء المسلمين قد تعرضوا لبحث حكمها الشرعي، ذلك أن هذه المسألة وليدة ما توصل إليه التقدم العلمي في مجال نقل و زراعة الأعضاء و كذا عمليات التلقيح الصناعي.

صحيح أن أولئك الفقهاء قد تعرضوا لبحث أنواع من التصرف يتصور وقوعها في أي عصر على جسم الإنسان و أعضائه و استنبطوا أحكامها بتطبيق أحكام الشريعة العامة عليها. غير أن ما ذكروه في مصنفاتهم حول هذا الموضوع يختلف في عناصره الجوهرية عن المسألة موضوع البحث من حيث نوع التصرف الوارد على جسم الإنسان، و من حيث الطريقة التي ينفذ بها، و أيضا من حيث آثاره القريبة و البعيدة.

لذلك لا يجوز في بحث جاد أن يتخذ ما ذكره الفقهاء من أحكام لبعض المسائل في هذا المجال أصلا لموضوع البحث يقاس عليه لمجرد وجود بعض العناصر المشابهة مع إغفال كثير من العناصر المستجدة بحكم التقدم العلمي الكبير و الاكتشافات الطبية المعاصرة.كذلك فإنه مع هذا التطور الهائل في ميدان نقل الأعضاء و العلوم الاحيائية و الهندسة الوراثية لا نجد قانونا ينظم هذه العمليات و خاصة عمليات نقل الأعضاء و إعادة زرعها التي

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

نعتقد و بحق وجوب خصها بنظام خاص بها. لأنه و مع كل باب يفتحه العلم الحديث تستجد مشاكل قانونية لا قبل لأهل القانون بها فيصير الجدل ثم البحث و التنقيب.و هذا دليل آخر على قصور القانون الطبي.

كما أن للحق في حرمة الجسد و سلامته أهمية واضحة فهو بالنسبة للفرد أهمّ حق يتمتع به بعد حقه في الحياة و هو بالنسبة للمجتمع حق أساسي للمحافظة على وجوده، و هو من الحقوق التي أصبغ عليها الشارع الجنائي حمايته و جعلت الجزاء الذي يستعين به لكفالة هذه الحماية جزاء خطير في بعض الأحيان، و قد سلبت هذه الأهمية رضاء المجني عليه قيمته كسبب عام لإباحة الاعتداء على هذا الحق. كما أن مبدأ معصومية جسم الإنسان و حرمته حيّا و ميّتا محل إجماع العلماء و القانونين. غير أن هناك الكثير من المبادئ التي تبرر حسب رأيينا المساس بجسم الإنسان منها:مبدأ إحياء النفوس، مبدأ التراحم و التضامن و التعاون على البرّ و التقوى، مبدأ الإيثار و كذا مبدأ ارتكاب أخف الضررين لدفع الأشد منهما.

و نخلص أخيرا إلى التوصيات التالية:

1- نقترح توفير حماية أكثر للجسم البشري خاصة في ظل التطورات الحاصلة اليوم و نعتقد أن ذلك لا يتأتى إلا بإصدار قانون خاص بنقل و زرع الأعضاء البشرية كما هو الشأن في كثير من دول العالم.على أن يؤخذ فيه بكل المقاييس العلمية خاصة ما تعلق منها بتحديد لحظتي ميلاد الجسم و نهايته .

و لهذا فإننا ندعو المشرع إلى اعتماد معيار الموت الدماغي الذي يمكّن من الاستفادة من الأعضاء الأساسية و التي هي سريعة التلف مباشرة بعد الوفاة،و هو المعيار الذي أقرّته الفتاوى الشرعية و التشريعات المعاصرة لدى مختلف الدول في العالم الإسلامي و الغربي.

2- كما أننا نقترح أنه حتى في حالة إصدار قانون خاص بنقل الأعضاء لابد من إفراد فصل خاص لمشتقات و منتجات الجسم التي بحسب رأيينا تختلف عن الأعضاء البشرية في تكييف الاعتداء عليها من الناحية الجنائية.

3- كما نقترح توسيع أماكن إجراء عمليات نقل الكلى و قرنيات العيون و إعادة زرعها لتشمل بالإضافة لمستشفيات الدولة ،عيادات الخواص،و ذلك تيسيرا على المواطن من مشاق التنقل خاصة إذا كانت مصاريف هذه العمليات موضوعة مسبقا.

كما أن الوضعية المتدهورة التي تعيشها جلّ مستشفيات الوطن نعتقد أنها تعود إلى جملة من الأسباب لابد من مراعاتها نذكر أهمها:

- عدم الاستقبال اللائق للمرضى و خاصة على مستوى مصالح الاستعجالات.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

- عدم وجود إحصائيات شاملة و كاملة للتدليل على حالات الإهمال و التقصير و مواطن الخلل في المستشفيات العامة. ذلك أننا نرى ضرورة وجود مثل هذه الإحصائيات لما لها من قيمة فاعلة خاصة في مجال حصر و دراسة هذه الظاهرة. كما أن هذه المهمة موكلة للوزارة الوصية و من خلالها يمكن إيجاد بعض الحلول.

- عدم استفادة المستشفيات بالمعدات المتطورة و الوسائل الحديثة مثل : أجهزة الأشعة و التحاليل و نقل الدم و أدوات التشخيص، فكل المستشفيات تضمن للمواطن الحد الأدنى من الخدمة فقط.

و أخيرا نحث المواطنين على مزيد من الوعي خاصة في ظل انعدام الوعي الطبي و عدم وجود ثقافة قانونية طبية لدى الجماهير. وهنا ندعو إلى ضرورة تدريس مادة القانون الطبي على مستوى المعاهد الجامعية.

كما أنه على وزارة الصحة أن تلعب دورها في تفعيل المراقبة على المستشفيات لمتابعة الأطباء المهملين و المقصرين و فتح الباب أمام شكاوى المتظلمين من سوء المعاملة و العناية و بهذا نكون في طريق تحقيق الحماية لجسم الإنسان من جهة مصلحة الأطباء من جهة أخرى.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

- القرآن الكريم

1) الكتب:

- **الكتب العامة:**

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998.

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، 1996.

3- سعاد إبراهيم صالح، أحكام تصرفات السفيه في الشريعة الإسلامية، جدة، المملكة العربية السعودية، 1984.

4- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1983.

- **الكتب الخاصة:**

1- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1987.

2- أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1986.

3- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975.

4- علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

5- محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

6- مديحة فؤاد الخضري- أحمد أبو الروس، الطب الشرعي و البحث الجنائي، دار مطبوعات الجامعية لكلية الحقوق، الإسكندرية، 1991.

- **الرسائل:**

1- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني "رسالة دكتوراه"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1999.

2- أحمد شرف الدين، قانون نقل الأعضاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ط 2، باريس، 1975.

3- ماروك نصر الدين، زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير لسنة 1993.

4- مشكور خليدة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، عقود و مسؤولية، رسالة ماجستير لسنة 2001.

5- د.عبد الستار عبد الكريم أبو غدة، عضو المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، الاستنساخ من الزوجين و الأحكام التي تترتب عليه، البحث تم إعداده بتكليف من الأمانة العام للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث.

❖ **المجلات و المقالات:**

1- أحمد شرف الدين، دراسة الأعضاء و القانون، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، السنة الأولى، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جويلية 1977.

2- أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء البشرية، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، السنة الأولى، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1977.

3- أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية و الشرعية و القانونية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، السنة الخامسة، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1981.

4- أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية، مجلة الحقوق و الشريعة، ع 2، السنة الخامسة، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1981.

5- جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع 2، السنة الثانية، الجزائر، جانفي 1999.

❖ **النصوص التشريعية:**

1- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

2- القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

3- القانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل و المتمم للقانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

4- الأمر رقم 02/72 لسنة 1972 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين.

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

ثانيا: باللغة الفرنسية

1) Ouvrages généraux :

1. BOUCHAUD (R.P), Réflexion morale, Cahier. Laénnec, mars 1966.
2. CARBONNIER (Jean), Droit civil, introduction, les personnes, 16éme édition, P.U.F, 1987.
3. HAMBUGER (J), La puissance et la fragilité, Flammarion, 1972.
4. LINDON (R), Les droit de la personnalité, DALLOZ, 1974, Chron 111.

2) Ouvrages spéciaux :

1. ALMERAS (J.P), Greffes de tissues et d'organes, Solidarité et respect des personnes, Le concours médical, n°115/36, 1993.
2. BATIGNE (M), Les greffes d'organes en droit pénal, thèse Montpellier, 1980.
3. BONIFACE (C.T), Datation de la mort, méthodes actuelles, thèse médecine, Strasbourg, 1985.
4. CACHERA (J.P), Le diagnostic de la mort et les prélèvements d'organes Cahiers Laennec, septembre 1970.
5. DIERKENS (R), Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie, 1966.
6. DOLL (P.J), L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes, Gazette du Palais, 1974.
7. DOLL (P.J), La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain, 1970.
8. HAMBURGER (J), Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, 2éme congrès international de moral médical, tome 2, travaux publiés par l'ordre national des médecins de France, Paris, mai 1966.
9. JEAN DE SAVIGNY, Guide juridique des prélèvements d'organes, Assistance publique, Hôpitaux de PARIS, août 1985.
10. KREIS (H) et HAMBURGER (J), Les aspects juridiques et médicaux des transplantations d'organes, Groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F), Paris, 1992 .
11. MEMETEAU (G), Essai sur la liberté thérapeutique du médecin, étude de droit français positif, thèse, Poitiers, 1973.
12. NIVET (H), Les prélèvements d'organes pour la transplantation, Paris, 1992.
13. PAILLAS, Les critères de la mort du donneur dans les transplantations d'organes, Marseille médical n°5, 1970.
14. SAVATIER (J), Les greffes d'organes devant le droit, Cahiers Laennec, mars 1966.

15. SAVATIER (J), Les prélèvements d'organes après décès, Colloque sur la mort, Aspects médico-légaux, Poitiers Cujas1980.

16. SAVATIER (J), Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, DALLOZ 1968, Chron xv.

17. SAVATIER (J), Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, Les petites affiches, n° 149, 14/12/1994.

18. SAVATIER (René), La greffe humaine, problèmes juridiques, Cahiers- Laennec 1956, n° 1.

3) Revues et périodiques:

1. CHADLY (A), Les prélèvements d'organes en vue de greffe, Revue Maghreb médical, vol. 20, N° 345, édition Maghreb médical, – Tunis, mars 2000.

2. HARICHAUX (Michel), La prise en charge du coût des transplantations d'organes, Revue trimestrielle, Dr.Sanit et Soc, n° 25, juillet – septembre 1989.

4) Textes législatifs :

1.**Code civil français**.

2.Circulaire n° 95/100 du 05/07/1995 relative au code de déontologie médicale français.

3.Décret n° 92/329 du 30/03/1992 relative au code de la santé publique française.

4.La loi de CAILLAVET n° 76/1181 du 22/12/1976 relative au code de la santé français.

5.La loi n° 654/94 du 29/07/1994 relative au code de la santé publique français, journal officiel Français du 30/07/1994.

6.Décret exécutif n° 801/78 du 31/03/1978 relative au greffe d'organes en France.

5) Ouvrages électroniques (Internet) :

1.LE GUET DEVALAY, La responsabilité médicale – Internet:

http://www.med.univ-rennes.fr/galesne/medecine_légale/responsabilite_médicale.htm

mise à jour le 15 /09/1998.

2. DIEBOLT Carrine Durrieu, Responsabilité des hôpitaux et des médecins – Internet: http://www.caducée.net/droit.santé/droit.santé/infections_nosoconiaies2.asp

mise à jour le 3 janvier 2000 .

المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الاعضاء البشرية

الفهـــرس

المقدمة .....

الفصل الأول: مشروعية التصرف في جسم الإنسان 01

المبحث الأول: شرعية اقتطاع الأعضاء 01

المطلب الأول: شرعية محل اقتطاع الأعضاء..... 02

الفرع الأول: فيما يتعلق بمحل الأداء..... 04

الفرع الثاني: فيما يتعلق بمحل الالتزامات..... 04

المطلب الثاني: أخلاقية سبب اقتطاع الأعضاء..... 05

الفرع الأول: تحقيق فائدة الغير..... 05

الفرع الثاني: مصلحة المجتمع..... 08

المبحث الثاني: تحديد لحظة نهاية الجسم و التحقق من الوفاة..... 10

المطلب الأول: تعريف الموت..... 11

الفرع الأول: التعريف القانوني للموت..... 13

الفرع الثاني: التعريف الطبي للموت..... 14

المطلب الثاني: التحقق من الوفاة..... 15

الفرع الأول: معايير تحديد حالة الوفاة..... 16

الفرع الثاني: الإنعاش الاصطناعي..... 23

الفصل الثاني: التصرفات الطبية الحديثة في نقل الأعضاء البشرية 30

المبحث الأول: أساس إباحة التصرف في الجسم البشري..... 31

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي..... 31

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي..... 32

الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي..... 32

المطلب الثاني: الاستنساخ البشري..... 35

الفرع الأول: تعريف الاستنساخ و خطواته..... 35

الفرع الثاني: الاستنساخ و البحث العلمي..... 36

المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من التصرفات الطبية الحديثة..... 37

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي..... 37

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاستنساخ البشري..... 40

المبحث الثاني: الرضاء (الموافقة)..... 44

المطلب الأول: رضاء المتبرع..... 44

الفرع الأول: مميزات رضاء المتبرع..... 45

الفرع الثاني: صور تعبير المتبرع بالعضو عن إرادته..... 55

الفرع الثالث: محل رضاء المتبرع..... 58

الفرع الرابع: عدول المتبرع عن رضائه..... 59

الفرع الخامس: أثر رضاء المتبرع بالعضو..... 60

المطلب الثاني: رضاء متلقي العضو..... 63

الفرع الأول: صاحب الرضاء (ممن يصدر الرضاء)..... 70

الفرع الثاني: صور التعبير عن إرادة المتلقي..... 70

الفرع الثالث: تبصير المتلقي..... 70

الخاتمة .....

قائمة المصادر و المراجع .....

الفهرس .....