الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
دراســـــة مقارنـــــة

رسالـــــة لنيل شهـــــادة الدكتوراه في القانون العـــــام

من إعداد الطالبة:

يوسفاوي فاطمة

تحت إشراف الأستاذ:

كحلولـــة محمد

لجنـــــة المناقشـــــــة

أ.د بن عمار محمد	أستـــــاذ	جامعة تلمسان	رئيـســـــا
أ.د كحلولـة محمـد	أســتـــاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
د.يقـــاش فـــراس	أستاذ محاضر أ	جامعة وهـران	منـــاقشـــــا
د. دغيش أحمـــد	أستاذ محاضر أ	جامعة بشـــار	منـــاقشـــــا

السنة الجامعية 2015/2014

« مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا». الآية 32 سورة المائدة.

وعن الإمام علي رضي الله عنه:

رضينا قسمة الجبار فينا لنا علم و للجهّال مال

فإن المال يفنى عن قريب و إنّ العلم باق لا يزال

رضي الله عنـه

إهداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى والدي العزيزين حفظهما الله لي

إلى إخوتي و أخواتي

إلى جميع الأصدقاء

إلى كل طالب علم

وباحث عن المعرفة

أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والتقدير إلى:

- **روح الفقيد مأمون عبد الكريم رحمه الله ... شكر العارفين بحق المعلمين.**
- **الأستاذ الدكتور كحلولة محمد الذي كان لي نعم المرجع في تتبع مراحل هذا العمل بنصائحه القيمة وملاحظاته النيرة ... شكر المدركين لقدر الناصحين والمرشدين.**
- **جميع أساتذة كلية الحقوق الكرام.**
- **كما أتوجه بتحية خالصة للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة.**

قائمة المختصرات :

<u>باللغة العربية :</u>

ق.ح.ت : قانون حماية الصحة وترقيتها .

ق.م .ط: قانون مدونة أخلاقيات الطب .

ق.ع : قانون العقوبات .

دج: دينار جزائري .

ط :الطبعة.

ج : الجزء.

ق م:قانون مدني

ق ا ج: قانون إجراءات جزائية.

<u>باللغة الفرنسية :</u>

Art : Article .

N:Numéro.

Cass civ : Cassation civil.

Cass Pen : Cassation pénal.

C.E :Conseil d'Etat .

J O :Journal Officiel.

C.S.P :Code de la santé publique.

Trib : Tribunal.

المقـــدمـــــة

مقدمة البحث :

مهنة الطب إنسانية غايتها الحفاظ على حق الأفراد في الحياة وسلامة أجسامهم والتخفيف من معاناتهم في إطار احترام حياة الأفراد دون تمييز. ولتحقيق ذلك كرس الباحثون أوقاتهم وجهودهم لتطوير الطب بتجاوز الأعمال التقليدية وظهور وسائل فنية أكثر فاعلية في اكتشاف الحالات الطبية وعلاجها أو الوقاية منها.[1] والدليل على ذلك أن القرن العشرين شهد تطورا مذهلا في العلوم الطبية والعديد من الانجازات العلمية فظهرت عمليات التلقيح الصناعي ، تغيير الجنس ، الاستنساخ وغيرها من الانجازات العلمية من أهمها موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الذي ازدادت أهميته بشكل ملحوظ في السنوات الأخيرة لحل مشاكل الأمراض المستعصية.

تنقسم هذه العمليات إلى لفظين نقل وزرع ويعني لفظ نقل : زرع عضو حيوي يستلزم إعادة فورية لنشاط أوردته وشريانه كزراعة الكبد والقلب والكلية أما كلمة زرع تعني: نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر يتبعان نفس الكائن الحي أو من فرد لآخر سواء كان من نفس النوع أو لا.[2]ومعنى لفظ عضو حسب معجم القباني في اللغة

---

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله: الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، ليبيا ،2009، ص09.

[2] Le terme de greffe désigne un transport de matériel cellulaire ou tissulaire vivant soit d'une partie à l'autre d'un organisme vivant, soit d'un individu à l'autre, de même espèce ou non. Le terme de transplantation est employé plus spécialement pour le transfert d'un organe impliquant le rétablissement immédiat de la continuité vasculaire. Voir Ahmed ABDULDAYEM : Les Organes du corps humain dans le commerce juridique, thèse pour le doctorat en droit, publication juridique al-HALABI, Liban, p 101.

On désigne aussi par transplantation : " l'ensemble du processus qui va du prélèvement d'un organe ou de tissus sur une personne jusqu'à la greffe de cet organe ou de ces tissus sur une autre personne, y compris tout processus de préparation ou de conservation." Voir Abdelhafid OSSOUKINE : L'ABC daire du droit de la santé et de la déontologie médicale ,laboratoire de droit et des nouvelles technologies ,faculté du droit et des sciences politiques ,publication de l'agence nationale pour le développement de la recherche en santé ,Oran ,2006 , p 406.

والإعلام، جمع أعضاء وهو كل جزء من مجموع الجسد كاليد والأذن[1] وعرف قاموس robert العضو: مجموعة العناصر الخلوية المختلفة والمتوافقة والقادرة على أداء وظيفة محددة كما عرف Capitant العضو ضمن كتابه المتعلق بمصطلحات العلوم القانونية مؤسسة مكلفة بتشغيل فئة محددة من الخدمات والأنسجة عبارة عن توافق وتنافر عناصر تشريحية معينة خلايا وأعصاب تعطي للكل ذاتية تشريحية كزرع القرنية وصمامات القلب والأوردة.[2]

والجدير بالذكر أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لم تحقق النجاح والشهرة إلا بعد استقرار فكرة حرمة جسد الإنسان في أذهان الناس وأثارت جدلا كبيرا بين رجال القانون والطب وعلماء الاجتماع والأخلاق لأن الإنسان ليس مجرّد شخصا قانونيا له حقوق وعليه التزامات بل روح وجسد.[3] وهذا الموضوع لا يُطرح إلا في حالة مريض استعصى مرضه على الطب بعد استنفاذ كل وسائل العلاج والمداواة العادية غير المجدية والجراحة التقليدية غير النافعة ولا بد من استبدال العضو التالف مكان عضو آخر سليم .[4]

ومن الناحية التاريخية عمليات نقل وزرع الأعضاء ليست جديدة على البشرية، فقد أوضحت الحفريات القديمة أن قدماء المصريين عرفوا زرع الأسنان ثم أخذها عنهم اليونان

---

[1] جبران مسعود : الرائد ، معجم القباني في اللغة والإعلام، ط1 ، دار العلم للملايين ، لبنان ، 2003،ص613 ونفس التعريف ورد عند أمل عبد العزيز محمود: الأداء،القاموس العربي الشامل ،ط1 ، دار الرتب الجامعية ،بيروت،1997، ص394.

[2] L'organe désigne biologiquement un ensemble d'élément cellulaires différenciés et combinés capables de remplir une fonction déterminée .Dans son ouvrage relatif au vocabulaire des sciences juridiques, Capitant définit l'organe comme : une «institution chargée de faire fonctionner une catégorie déterminé de service. » ainsi l'on peut dire que le cœur ,les reins ,le foie , les organes sexuels ,constituant des organes . Ahmed ABDULDAYEM : op cit, p 101.

[3] رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، 2010، ص 215.

[4] نفس المرجع : ص 219.

ثم الرومان ثم اشتهر بها الأطباء المسلمون في القرن الرابع الهجري (العاشر ميلادي). وعرف الهنود القدماء عمليات زرع الجلد وإصلاح الأنف المتآكل والأذن المقطوعة وذلك منذ عام 2700 قبل الميلاد .[1] إن زراعة الأعضاء البشرية لم تكن قد نضجت ثمارها بهذا الشكل لولا سلسلة البحوث والتجارب المتكررة .

في بداية الأمر أجريت على الحيوانات وكان ذلك من قبل اولمان ULMAN في فينا إلا أن هذه التجربة لم تكن الأولى فقد سبقتها عدة تجارب على الحيوانات لنقل الأوتار والعضلات والجلد والأعصاب وقرنيات العين والغضاريف والمبايض والغدد الكظرية وأجزاء من الأمعاء والمثانة .[2] وفي عام 1936 حقق Voronov أول عملية نقل للكلية عند الإنسان وأعقبها فشل سريع. ثم أخذ نقل الأعضاء البشرية تطوره المذهل بعد الحرب العالمية الثانية وفي عام 1948 قام ثلاثة أطباء عيون فرنسيين هم P, G.Offert L.paufique et Sourdille بتحقيق وبنجاح عملية نقل للكلية تم الحصول عليها من متبرع حي. وتركزت التجارب على زرع الأعضاء مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين نتيجة تأثير D'Alexis الذي نجح تقنيا عام 1952 بزرع كلية عند الحيوان. ثم نجح البروفسور Merrill. p عام 1954 في الولايات المتحدة الأمريكية بإجراء عملية نقل الكلية بين توأمين حقيقيَين وكان المتبرع حي .[3] كما سجل عام 1959 تطورا مهما في تاريخ نقل الكلى وفي سنة 1967 قام الدكتور "كريستيان برنارد" "Christian BARNARD" بأول عملية في جنوب إفريقيا ومرورها يقارب أربعة عقود

---

[1] أسامة السيد عبد السميع: نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 10. ومروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث ، ج1 ، الكتاب الثاني ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2003،ص99.

[2] حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، رسالة دكتوراه ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001، ص 10.

[3] – Ahmed Abduldayem:op cit ,p 90.

من الزمن .[1] ثم تلتها عملية زرع القلب عام 1968 ومن ثم بدأت التطورات في البحث عن كيفيات زرع أعضاء وأنسجة أخرى من جسم الإنسان مثل قرنية العين ، الرئتين ،النخاع الشوكي ، الكبد وغيرها [2] وفقا لما صرح به MG :Grosnier أثناء جلسة أكاديمية وطنية للطب في 18 أيار 1976.[3] وهكذا تطورت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية موازاة مع التطور العلمي في مجال الطب وعجز الأساليب التقليدية وحتى الأعضاء الصناعية كبديل للعلاج .

الفرق بين عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وما يشابهها من العمليات:

تستوجب الضرورة العلمية دراسة بعض الأعمال الطبية التي تتشابه مع عمليات نقل الأعضاء وزراعتها لكنها تختلف من حيث المشروعية والآثار المترتبة عنها نتعرض لها تباعا.

عمليات نقل الدم :

الدم هو عبارة عن سائل خاص في الجسم ، يتم نقله إلى شخص بحاجة إليه كونه مريضا ولم يعد الخلاف مثارا حول إباحة التبرع بالدم لشخص آخر عند الضرورة شرعا وقانونا إلا فيم يتصل بالتصرف ببيع الدم . كما أن عملية سحب الدم لا تثير أية خطورة على المسحوب منه بل قد يكون سحبه مفيدا مثلما هو الحال في الحجامة باعتبار الدم

[1] رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ،المرجع السابق، ص 218.

[2] زايدي حميد : الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي ، مجلة المنظمة الوطنية للمحامين ، ناحية تيزي وزو ، العدد السابع ، 2008 ، ص 104 .

[3] La déclaration de du M.G. Cros nier : « EN 1959, est survenue une révolution : pour la première fois, deux malades mourant d'urémie, l'un à Boston, l'autre à Paris, ont bénéficié d'une transplantation d'un rein prélevé sur un donneur vivant volontaire appartenant à leur fratrie. Ces deux patients sont, en 1959, parfaitement bien portants grâce à un rein fonctionnant normalement. » Voir Ahmed ABDULDAYEM: op cit, p 96.

من الأجزاء المتجددة .[1] إن عمليات نقل الدم وانتشار بنوكه أمر مستقر قانونيا ويدل على ذلك العديد من القوانين التي صدرت ففي فرنسا نظمت عمليات نقل الدم في القانون الصادر ب21جويلية 1952 إذ كان مندمجا مع تشريع الصحة العامة بمقتضى المادتين 666 و667 ثم صدر تشريع آخر سنة 1992 نظم فيه نقل الدم وعولجت آثار استخدامه خصوصا في حال تلوثه.[2] وفي الجزائر ظهر التشريع في 04 يناير1993 نظم نقل الدم وآثار استخدامه وخاصة إذا كان ملوثا وأوضح التشريع ضرورة الغرض العلاجي ومجانية التبرع وتوافر الرضا في حال التبرع .[3] كما انشأ المشرع الجزائري عدة هيئات مثل الوكالة الوطنية للدم ، مراكز حقن الدم ، وحدات حقن الدم و بنوك الدم .[4]

ويجب أن يسبق التبرع بالدم دائما بتحاليل وفحوص معينة للتأكد من سلامة دم المعطي والمتسلم من جهة أخرى وعلى الطبيب مراعاة القواعد الطبية في عمليات نقل الدم التي يجريها على الأشخاص وإلا اعتبر مسئولا عن الأخطاء التي يرتكبها في هذا الجانب من العمل الطبي كعدم التأكد من سلامة دم المعطي ذاته كأن يكون معيبا أو ملوثا بإحدى الجراثيم ومن ثم يسأل الطبيب عن كل الأضرار التي تلحق بالمريض بسبب عدم نقل الدم النقي له أو بسبب عدم نقل الدم الذي يتفق مع فصيلته الدموية وذلك نتيجة إهماله أو

---

[1] محمد المدني بوساق : موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004، ص 12.

[2] هيثم محمد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية ، دار المناهج للنشر والتوزيع ،الأردن، 1420هـ -2000م ، ص30.

[3] La loi 04 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments. JO du 05 janvier 1993.

[4] تم إنشاء الوكالة الوطنية للدم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 95-108 الصادر بتاريخ 09 ابريل 1995 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم أما مراكز حقن الدم فأنشأت بمقتضى قرار وزاري مؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم ووحدات نقل الدم وبنوك الدم وتتكفل بنوك الدم بتوزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة التي تتسلمها من مراكز أو وحدات حقن الدم . للمزيد انظر رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 241.

عدم احتياطه أو جهله بقواعد وأصول المهنة السائدة.[1] وفي هذا الصدد قضى القضاء الفرنسي بمسؤولية مدير المركز الطبي لحقن الدم عن الدم الملوث بداء السيدا الذي سمح بتداوله سنتي 1984و1985 والذي تسبب في وفاة العديد من الضحايا وإدانته بأربع سنوات حبس نافذا وغرامة قدرها 500.000 فرنك فرنسي .[2] والفرق بين عمليات التبرع بالدم وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، أن استئصال العضو يكون بنزعه وإزالته من جسم الإنسان أما الحصول على الدم فيكون بسحبه من جسم المتنازل .[3]

عمليات التلقيح الاصطناعي :

عملية التلقيح الصناعي عملية تتم بين حيوان الرجل المنوي وبويضة المرأة عبر الطريق المعهود وهي إما تكون عملية تلقيح صناعي داخلي بحيث يتم إدخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بوسائل طبية معينة أو عملية تلقيح صناعي خارجي يتم جمع الحيوان المنوي مع البويضة خارج الرحم في أواني مخبرية.[4] المشرع الجزائري نص في قانون الأسرة على الشروط التالية : وجود علاقة شرعية بين الزوجين، أن يكون التلقيح

[1] والملاحظ أن المشرع الجزائري نص على معاقبة كل من يتاجر بالدم البشري أو مشتقاته في المادة 263 من قانون رقم 58-05 الصادر بتاريخ 26جمادى الأولى 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 المتعلق ب ق .ح. ت، ج ر عدد 08 الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1985م : "يعاقب كل من يتاجر بالدم البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح بغرامة مالية تتراوح بين 500و1000دج و في حالة العود بغرامة مالية تتراوح بين 1000و 5000 دج و بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين ." وأكد المشرع الجزائري إثر تعديله ل ق.ح.ت بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 30 يوليو 2008م ، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008م ، حيث نص في المادة 263 مكرر 24 على تشديد العقوبة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 5000.00 دج إلى 10000.00دج إذا كان الجاني القائم بجريمة الاتجار بالدم شخصا طبيعيا .أما إذا كان الجاني شخصا معنويا فالعقوبة تساوي خمس مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المخصصة للشخص الطبيعي وفقا لنص المادة 265 مكرر06 . مع إمكانية الحكم عليه بالإضافة للعقوبات السابقة بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات طبقا لنص المادة 265 مكرر07 من نفس القانون .

[2] محمد اوغريس: مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي ،ط1 ،الدار البيضاء ،1994، ص81.

[3] هيثم محمد المصاروة : المرجع السابق ، ص 31.

[4] نفس المرجع : ص 30.

برضا الزوجين و أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها .[1] وأثير في هذا الموضوع شرعية استئجار الأرحام الممنوعة شرعا وقانونا.[2] والقصد من استئجار الأرحام اتفاق الزوجان مع امرأة أخرى على غرس البويضة الملقحة من المرأة الأولى بماء زوجها في رحم المرأة الثانية بأجر متفق عليه وتسمى المرأة الثانية الأم المستعارة .[3] وهذه العمليات تختلف عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فعمليات التلقيح الصناعي يترتب عليها ثبوت النسب أو الإرث أما نقل كلية أو جزء من الكبد لا يرتب ذلك .[4] كما أن استئصال عضو معين يؤدي إلى نقص مستديم في جسم الإنسان أما عمليات التلقيح الصناعي لا تؤدي إلى ذلك لان الأجزاء المطلوبة متجددة .

عمليات الاستنساخ البشري :

استحداث كائن حي مشابه للكائن الحي التي أخذت منه الخلية الحية ويتم بزرع الخلية من جسم إنسان ما من مكان نواة منتزعة من بويضة الشخص نفسه أو شخص آخر تم إدخالها في رحم المرأة لتقوم بعد ذلك بالنمو حسب أطوار الجنين المعروفة وينتج عنها مولود تطابق صورته صاحب الخلية الجسمية من الناحية المظهرية وهذا النوع ممنوع شرعا وقانونا وقوبل باستنكار إسلامي وعالمي .[5] وكانت الأجنة مصدر نوى الخلايا الجينية أو خلايا المنشأ تزرع في أنبوب لبضعة أيام قبل زرعها في أنبوب الاختبار والاختلاف بينه وبين التلقيح الصناعي في أنبوب الاختبار هو أن البويضة تتحد مع خلية جينية وليس مع حيوان

---

[1] المشرع الجزائري نص في المادة 45 مكرر فقرة أولى على انه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:أن يكون الزواج شرعيا، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما ، أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها." القانون رقم02/05 المعدل والمتمم للقانون رقم11/84 المؤرخ في 09رمضان1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 15 لسنة 2005.

[2] محمد المدني بوساق : المرجع السابق ، ص 13.

[3] هيثم محمد المصاروة: المرجع السابق ،ص 32.

[4] نفس المرجع: ص 31.

[5] محمد المدني بوساق : المرجع السابق ، ص 14.

منوي .[1] ولا تعد هذه العمليات من قبيل عمليات نقل الأعضاء البشرية بالرغم من أنها تتم بواسطة زرع أجزاء بشرية لأن عمليات الاستنساخ تتم لأغراض وأهداف متعددة كالتوصل إلى أدوية وعقاقير لاستخدامها في علاج الإنسان واتجه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي إلى تحريم هذه التجارب تحريما قاطعا مثل القانون السويسري لمساسها بحرمة ومعصومية جسد الإنسان[2] .

الجراحة التجميلية :

جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفة إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه وتنقسم إلى نوعين ، الأول اختياري وهي جراحة تحسين المظهر وتجديد الشباب و الثاني ضروري يشمل عدد من الجراحات التي يقصد منها إزالة العيب في صورة نقص أو تشوه أو تلف فهو ضروري لموجب فعله وتجميلي بالنسبة لآثاره ونتائجه ويشمل العيوب الخلقية والمكتسبة. وتعرف من الناحية القانونية بأنها: أعمال علاجية ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي .[3] وعرف هذا النوع من الطب في البداية لدى الطبقة الثرية ثم انتشر بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية إذ نجحت في الحد من مآسي القباحة والتشوهات.

---

[1] فواز صالح: القانون والاستنساخ البشري، الموسوعة البشرية، دمشق، 1424هـ-2005م، ص 92.

[2] نص القانون السويسري في المادة 8 من القانون الصادر في 1990/10/18 المتعلق بطب الإنجاب الصناعي: " وفي جميع الأحوال يمنع إجراء البحث أو التجربة في الأحوال التالية: ا- الاستنساخ، ب- تخليق الحيوانات الخرافية ج-الكائن المخلوق من الإنسان والحيوان." نقلا عن هيثم محمد المصاروة : المرجع السابق ، ص 37.

[3] مكرلوف وهيبة :"المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، السنة الجامعية 2004 -2005 ، ص 161.

أسباب اختيار موضوع البحث :

إن التطور السريع الذي شهده العصر في المجال الطبي فرض على المشرع والمجتمعات ضرورة التأقلم الواقعي والتشريعي معها خصوصا مع الأساليب العلاجية الحديثة التي فرضت تدخل المشرع في الكثير من الدول لتنظيم ممارسة الطب بما يكفل الاستقرار والطمأنينة سواء للأطباء لمواجهة المسؤولية الناجمة عن أخطائهم أو المرضى ضد آلام ومخاطر العلاج.

❖ الأسباب النظرية :

محاولة إيجاد الإطار القانوني الذي ينبغي أن يلازم عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها في موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء وبالتالي فتح المجال أمام مختلف الأعمال الطبية وللموضوع جانب أخلاقي فالكثير من القواعد القانونية المحددة للمسؤولية الطبية ترتكز على الأخلاق الطبية التي تمثل الرصيد الحضاري لمهنة الطب .

❖ الأسباب العلمية:

إن القانون لا يتطور بنفس سرعة الاكتشافات الطبية وبالتالي عدم قدرة القانون مسايرة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بما يتناسب والعمل الطبي والمشاكل التي يثيرها هذا القانون كثيرة قد تؤدي إلى العزوف عنها نهائيا ناهيك عن المشاكل القانونية التي يطرحها هذا القانون بالنسبة للأطباء خصوصا. ومن جانب آخر محاولة توضيح من خلال هذه الدراسة قصور المشرع الجزائري في تنظيم ووضع الضوابط القانونية في حال الإخلال بها من قبل الأطباء وتوافر المسؤولية الجنائية في مجال نقل الأعضاء البشرية فمنظومتنا التشريعية لا تزال لا تتوافق مع القوانين العربية الأخرى حيث اكتفي بالنص على القواعد العامة في القانون الصادر 1985 المتعلق بقانون حماية الصحة وترقيتها رغم التعديل الأخير لقانون العقوبات فغياب الإطار التشريعي يعد عقبة أمام القضاء الجزائري لحل النزاعات الطبية رغم ندرتها .

بالنسبة للدراسات السابقة نجد عدة دراسات في مجال المسؤولية الجنائية للأطباء وكذلك في القواعد العامة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أما في موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء في نقل وزرع الأعضاء البشرية فلا نجد على عكس المسؤولية المدنية للأطباء في هذا المجال .

أهمية موضوع البحث :

إن أهمية المهنة الطبية تكمن في ارتباطها الوثيق بحياة الإنسان وسلامة أعضاء جسمه ، لذا فالتقدم العلمي والفني الهائل الذي يشهده العالم اليوم في طرق العلاج وظهور عدة أساليب متطورة عن تلك المعهودة ؛ يستوجب بالمقابل أن يتبعه تطور في المجال القانوني لتوفير حماية قانونية جنائية للمريض والطبيب على حد سواء .

❖ الأهمية العلمية:

موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء موضوع أثير منذ عهد بعيد ومازال يثير الكثير من النقاش في مجال الفقه الحنائي والتطبيق القضائي والخلافات بين رجال القانون والأطباء لان التشريعات الجنائية هي التي تحدد ماهية الأفعال والتصرفات التي تعد غير مشروعة ومعاقب عليها انطلاقا من مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص بمعنى السلوك غير المجرم يبقى مباحا ولا يرتب أي مسؤولية جنائية ولا سيما في موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية .

❖ الأهمية العملية :

تبرز الأهمية العملية من خلال سعي معظم التشريعات القانونية إلى حماية جسد الإنسان من أي اعتداء يقع عليه من قتل أو جرح أو إحداث عاهة مستديمة وفرض المزيد من الحماية في مواجهة أي اعتداء على جسم الإنسان من خلال الرقابة على الوظيفة

الطبية للحد من الاعتداء على الحق في سلامة الجسد الإنساني و توفير حماية قانونية للطبيب أثناء أداء وظيفته .

هدف البحث :

يهدف البحث عموما إلى معرفة الإطار القانوني لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها وكل جوانبها القانونية والشرعية ومناقشة النصوص القانونية التي تحكمها لتحديد الأخطاء الطبية الممكن ارتكابها من طرف الأطباء ليتحدد فيم بعد مجال المسؤولية الجنائية للطبيب من اجل توفير مناخ طبي تجوبه حماية قانونية للمريض وحتى الطبيب يعمل براحة واطمئنان ولفت انتباه المشرع الجزائري لمواكبة التطورات الحديثة الحاصلة في مجال الطب عامة والجراحة خاصة لوضع نصوص قانونية لكافة المقدمين على مثل هذه العمليات.

صعوبة موضوع البحث:

إن صعوبة البحث تتجلى فيم يلي :

- البحث يتعلق بالمسؤولية الجنائية للأطباء وهذا الموضوع متشعب وصعب مما يجعلنا نرجع دائما إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات في حال ارتكاب أخطاء طبية موجبة للمسؤولية الجنائية .
- ارتباط مصطلح نقل وزرع الأعضاء البشرية بالطب ، لذلك توجب علينا معرفة هذه العمليات طبيا وإطارها القانوني فلا يمكن البحث في الحلول التشريعية قبل معرفة طبيعة هذه العمليات .
- موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية طرح عدة تساؤلات قانونية وشرعية مما أدى إلى وجود عدة اختلافات شرعية و فقهية وقانونية وعدم الاستقرار على رأي محدد يفرض المزيد من الدراسة والتعمق .

- لاحظنا ندرة الأحكام القضائية في القانون الجزائري وهذا راجع إلى أن عمليات نقل الأعضاء وزراعتها لا يزال الإقبال عليها منحصر بين الأسر وفي جل الملتقيات العلمية المنعقدة بهذا الشأن بين الأطباء ورجال القانون يرون أن قانون حماية الصحة وترقيتها المنظم لعمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها يشكل عائقا أمام نجاحها.

منهج البحث :

اختيار المنهج يعتمد على نوعية البحث و على المسائل التي يدرسها والأهداف المرجوة منه وقد اعتمدنا على عدة مناهج لمحاولة الإلمام بجوانب موضوع البحث:

– المنهج الوصفي الذي يعتمد على وصف الظاهرة محل البحث والحقائق ووضعها في إطار متكامل حيث نظرنا إلى الموضوع من جانبين ، جانب نقل إلينا قواعد المسؤولية الجنائية للأطباء وقواعد عمليات نقل الأعضاء وزراعتها وجانب نقل إلينا تطبيقات المسؤولية الجنائية للأطباء في هذا العمل الطبي .

–المنهج التاريخي : إن الحياة المعاصرة قائمة على أساس الحياة السابقة ، يصعب علينا فهم الحاضر دون الرجوع إلى ماضية واعتمدنا هذا المنهج لمعرفة التطور الحاصل في مجالي عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها وكذا المسؤولية الجنائية للأطباء في هذا البحث.

–المنهج التحليلي : اعتمد لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية الخاصة في القانون المقارن .

–المنهج المقارن: إبراز التفاوت بين الآراء الفقهية الشرعية والقانونية المعالجة لهذا الموضوع وكذا تحليل القوانين العربية والغربية والاتفاقيات الدولية مع التركيز على القانون الجزائري.

إشكالية موضوع البحث:

المسؤولية الجنائية للأطباء لازال يثير الكثير من الجدل والدليل عدم وجود نصوص قانونية خاصة بالأطباء فقط ونحاول من خلال هذا البحث تسليط الضوء على نوع من الأعمال الطبية المتمثل في عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها النافعة للإنسان والمجتمع على حد سواء وتطرح نفسها على بساط البحث نظرا لكثرة الإشكالات القانونية التي تثيرها وليس من اليسير التغلب عليها لإيجاد قدر من التناسق والتوافق مع الأسس القائمة بالنظر إلى مختلف القوانين المعالجة لها.

إن تنوع الواقع وتعدد مشاكله خلق ظروفا يصعب إغفالها مما يعني ضرورة الاستجابة لها على أن تكون تلبيتها ضمن ما يحدده الشرع والقانون نظرا لما يطرحه الموضوع من مسائل فقهية وقانونية على حد سواء. لذلك تتم مناقشة مختلف التشريعات فيم يخص مسالة نقل الأعضاء وزراعتها وهل وفقت في تحديد الجزاء ومعاقبة من يخالف القانون في حال الإخلال بالقواعد القانونية لان عدم احترام المبادئ القانونية يفرز لنا عدة مشاكل لا سيما في مهنة إنسانية مثل الطب وهذا ما يعزز ضرورة المناقشة ومعرفة القواعد القانونية التي تعالجها عبر الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية :

ماهي الظروف المعمول بها من طرف الأطباء في عمليات نقل الأعضاء وزراعتها ؟

ما هو الأساس الشرعي والقانوني لهذه العمليات ومختلق المسائل القانونية التي يثيرها الموضوع؟ وماهي الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجنائية وهل التشريعات القانونية بوضعها الحالي تعتبر كافية أم الأمر بحاجة إلى سن قوانين خاصة أو إدخال تعديلات على القوانين القائمة ؟.

من خلال ما سبق فالإشكالية المطروحة التي تعالج الموضوع تتمثل في أن المعالجة القانونية لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها تتم بإدراج كل ما يتعلق بالعمل بالطبي والمشاكل التي يطرحها يفرز لنا عدة مسائل قانونية وهذا ما يعزز ضرورة إيجاد حماية قانونية جنائية للمتعاملين معها.

خطة البحث:

ترتيبا للأفكار السابقة والمسائل القانونية وبما أن البحث يدرس المسؤولية الجنائية للأطباء بالإضافة إلى **الإ**شكالات المطروحة في مجال نقل الأعضاء وزراعتها بين الهيئات الطبية ، أحكام الشريعة ، المجتمع والسلطة القضائية الواقع عليها مسؤولية تصنيف الخطأ لتوقيع العقاب و كانت هذه الإشكالات أساسا في إحجام الكثير من الأشخاص عن الإقدام عليها واقتصارها فقط على الأقارب ، تم تقسيم البحث إلى بابين رئيسين : خصص الباب الأول لعمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها ولأن الموضوع له جانب شرعي وقانوني قسمنا هذا الباب إلى فصلين ؛ نتعرض في الفصل الأول إلى الأساس الشرعي لعمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها وفي الفصل الثاني الأساس القانوني لهذا العمل الطبي .

أما الباب الثاني نتطرق إلى تطبيقات المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها من خلال معرفة الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجنائية وكيف تعاملت معها النصوص القانونية فيم يخص التجريم؛ لإضفاء الحماية القانونية للعلاقة الثلاثية أي المريض والمتبرع والطبيب وعليه تم تقسيم هذا الباب إلى الأخطاء الطبية في عمليات نقل الأعضاء وزراعتها في الفصل الأول ثم الجرائم الطبية لهذه العمليات في الفصل الثاني.

على أن نستهل هذا البحث بفصل تمهيدي ، خصصناه للبحث في العمل الطبي من جهة والمسؤولية الجنائية من جهة أخرى ومن ثم فالخطة تكون على النحو التالي :

الفصل التمهيدي: العمل الطبي والمسؤولية الجنائية .

الباب الأول: الأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الباب الثاني: تطبيقات المسؤولية الجنائية للأطباء .

وننهي بخاتمة لهذه الرسالة بوضع مجموعة من التوصيات في هذا المجال.

والله المستعان.

الفصل التمهيدي :
العمل الطبي والمسؤولية الجنائية

الفصل التمهيدي : العمل الطبي والمسؤولية الجنائية.

يقتضي موضوع الدراسة معرفة الشروط الواجب توافرها في العمل الطبي ناهيك على الأسس القائم عليها بصفة عامة ثم التطرق للمسؤولية الجنائية كوجه عام لتحديد المسؤولية الجنائية للطبيب في حال مخالفة الضوابط المعمول بها في هذه المهنة. وكما هو معلوم موضوع المسؤولية الجنائية للطبيب يحتوي على موضوعين هما : حماية المرضى مما يصدر عن الأطباء من أخطاء تكون لها آثار سيئة وهذا ما يثير حساسية الموضوع لاتصال هذه المهنة بالجسم البشري والجانب الثاني هو توفير الحرية اللازمة للأطباء لمعالجة مرضاهم فوضع الطبيب تحت الرقابة المستمرة يجعله عاجزا عن تقديم وتبني طرق علاجية لازمة للحالة المرضية المعروضة أمامه فلا بد من وجود ثقة واطمئنان. لذلك تطورت المسؤولية الجنائية للأطباء، ففي البداية لم يكن يتصور مساءلة الطبيب عن خطأ ارتكبه ولما استقرت مبادئ المسؤولية الجنائية أصبح من الممكن ذلك سواء ارتكب خطأ جسيم أو مجرد إهمال خصوصا بعد تعدد رفع الدعاوى القضائية ضد الأطباء لمطالبتهم بالتعويض عن ما صدر منهم من أخطاء أثناء مزاولة مهنتهم. وكان للتقدم العلمي أثرا كبيرا فلم يعد الطبيب مسؤولا لوحده بل هناك من يقوم بمساعدته أي العمل الجماعي وكل حسب تخصصه وحتى المؤسسة الاستشفائية لها نصيب من المسؤولية الجنائية باعتبارها مكان مزاولة مهنة الطب ومكان الاهتمام بالمريض. من كل ما تقدم سيقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول : العمل الطبي .

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية.

المبحث الأول: العمل الطبي.

إن جسد الإنسان من أهم العناصر اللازمة لوجوده والعمل الطبي متصل بهذا الكيان الجسدي الذي سعت معظم القوانين الوضعية لحمايته فوجود الطبيب ضروري في كل زمان ومكان لمعالجة الأمراض والتخفيف من الآلام. لكن ممارسة هذه المهنة الصعبة تتطلب توافر شروط معينة في الطبيب وجب احترامها وإلا اتصف عمله بعدم المشروعية. بالإضافة إلى ذلك يتطلب العمل الطبي المرور بمراحل عدة إن تم احترامها بدقة نجح الطبيب في معالجة مريضه وإن تجاوز ذلك بعدم احترامه لهذه المراحل تحمل الضرر الناجم عن الخطأ المرتكب (المطلب الأول). كما أن معرفة العلاقة بين الطبيب والمريض الذي يسلم أمور جسمه لرعاية الطبيب وعنايته ضرورية من شأنها تحديد طبيعة التزام الطبيب من ثم تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية لما لها من طبيعة خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي.

يعرف العمل الطبي على أنه: " كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق مع طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضاء من يجري عليه هذا العمل."[1] كما يعرف العمل الطبي أيضا في مفهومه الضيق على أنه:" النشاط الذي يباشره شخص متخصص بهدف شفاء الغير حسب الأصول والقواعد

[1] ويعرف الطب اصطلاحا على أنه :"علم يبحث فيه عن بدن الإنسان من جهة ما يصح لحفظ الصحة وإزالة المرض وموضوعه بدن الإنسان من حيث الصحة والمرض." انظر سناء عثمان الدبسي :الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا،2010، ص52. وأسامة عبد الله بلقايد: المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ، ط3، دار النهضة العربية، مصر، 2006 ، ص 59.

الطبية المقررة في علم الطب."[1] أما في مفهومه الموسع فينصرف إلى كافة مراحله من فحص وتشخيص وعلاج ، على أن التعريف الشامل هو:" كل عمل يقوم به شخص متخصص ومؤهل تأهيل علمي لازم لشفاء المريض ويكون هذا العمل وفقا للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب".[2]

من ثم التعريف يشمل كافة أنواع الأعمال الطبية وكل من يزاول مهنة الطب سواء طبيبا أم شخص آخر متخصص في هذا المجال كالقائم بالأشعة أو العلاج الطبيعي و من خلال هذه التعاريف نحاول تسليط الضوء على شروط ممارسة العمل الطبي (الفرع الأول) وكذا مراحل العمل الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط العمل الطبي.

يعد الطب من العلوم المهمة في الحياة البشرية ، بتعلمه وتطبيقه تتحقق منافع جمة منها حفظ الصحة ودفع الضرر عن البدن ولما كان هذا العمل متصل بالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم فلابد من شروط لممارسة هذا العمل والمتمثلة في ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب(أولا) إتباع الأصول العلمية في الطب (ثانيا) تحقق قصد العلاج (ثالثا) و رضا المريض(رابعا) و سنتعرض لهذه الشروط تباعا.

أولا: ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب.

إن أساس مشروعية العمل الطبي ترجع إلى إرادة المشرع الذي خول للأطباء حق التعرض لأجسام المرضى استنادا إلى أمر أو إذن القانون بحيث إذا مارسها شخص أجنبي تعد جرائم يعاقب عليها قانونا والمشرع الجزائري خصص فصل كامل وعنونه ب " شروط مهن الصحة ونظامها" من المواد 197 إلى 227 من قانون حماية الصحة

[1] خالد محمد شعبان : مسئولية الطب الشرعي ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008،ص4.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي: المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2007 ، ص 21.

وترقيتها[1] ويضاف إلى ذلك المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[2] الخاص بجميع ممارسي الطب سواء أطباء أو صيادلة وأطباء الأسنان أو مساعدي الأطباء. وتؤكد المادة 197[3] من قانون حماية الصحة وترقيتها على ضرورة حصول ممارس مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على شروط لا بد من توافرها في المترشح وهي:

1-شهادة دكتوراه في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

2-عدم إصابته بعاهة أو علة مرضية تمنعه من ممارسة المهنة.

3-عدم تعرضه لعقوبة مخلة بالشرف.

4-أما عن شرط الجنسية فيمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات الموقعة من طرف الجزائر.

---

[1] القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1425هـ الموافق ل 16- 02- 1985 المتضمن حماية الصحة وترقيتها والذي تم تعديله بقانون رقم 17/90 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ الموافق ل 31- 07- 1990 ، ج ر رقم 35 لسنة 1990 .

[2] المرسوم التنفيذي المتعلق ب ق.م. ط رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، ج ر الصادرة بتاريخ 08جويلية 1992 ، العدد 52 لسنة 1992.

[3] نص المادة 197: تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائز حسب الحالة إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.
- أن لا يكون مصاب بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.
- أن يكون جزائري الجنسية ويمكن إستثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات أو الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة. من ق.ح .ت السالف الذكر.

وأضافت المادة 198[1] من قانون حماية الصحة وترقيتها على ضرورة حصول المعني على شهادة تخصص في المجال المرغوب في مزاولته وبعد ذلك يتم التسجيل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختصة إقليميا وكذا أداء اليمين أمام زملائه من أعضاء هذا المجلس وذلك وفقا للكيفيات المحددة قانونا طبقا لنص المادة 199 من قانون حماية الصحة وترقيتها[2] وإذا قام أحد الأشخاص بعمل طبي بدون ترخيص مسبق يعد عمله غير مشروع يستوجب العقاب طبقا لنص المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها.[3]

ثانيا: إتباع الأصول العلمية في الطب.

يقصد بالأصول العلمية الثابتة القواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء ويجب أن يعلمها كل طبيب وقت تنفيذه العمل الطبي.[4] فإذا اتبع الطبيب الأصول

---

[1] نص المادة 198 من ق.ح. ت السالف الذكر: " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائز شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه."

[2] نص المادة 199 من ق.ح.ت السالف الذكر: " يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوفي الشروط المحددة في المادتين 197 و198 أعلاه ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا المنصوص عليه وأن يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

[3] نص المادة 214 من ق.ح. ت السالف الذكر :" يعد ممارسا للطب وجراحة الأسنان ممارسة غير شرعية في الحالات التالية:

_كل شخص يمارس الطب وجراحة الأسنان أو الصيدلة ولا تتوافر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون أو يمارس خلال مدة منعه من الممارسة كل شخص يشارك عادة بمقابل أو بغير مقابل ولو بحضور الطبيب أو جراح الأسنان في : إعادة تشخيص أو معالجة أمراض أو إصابات جراحية أو إصابات تمس الأسنان سواء كانت وراثية أو مكتسبة حقيقة أو مزعومة ، بأعمال فردية أو استشارات شفوية مكتوبة أو بأية طريقة أخرى مهما كانت ، دون أن يستوفي الشروط المحددة في المادة 197و198من هذا القانون."

[4] انظر أسامة عبد الله بلقايد: المرجع السابق، ص 164 ومنصور عمر المعايطة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعه نايف للعلوم العربية الأمنية ،الرياض،1425هـ_2006م، ص20. و مأمون عبد الكريم: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ، ص 58.

العلمية وبذل القدر اللازم من العناية واليقظة والحذر فلا يسأل حتى ولو فشل في العلاج إلا في حالة اقتران عمله الطبي بخطأ فإنه يسأل وفقا للضرر الذي أحدثه الخطأ المرتكب من طرفه.[1]

على أن القواعد الطبية تشمل نوعان، أولها القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية ككل والتي تشمل واجب الحيطة والحذر الملزم به كافة أفراد المجتمع بحيث يؤدي الإخلال به في حالة وجود ضرر إلى قيام المسؤولية كمزاولة طبيب أو جراح لعمله الطبي وهو في حالة سكر مما ينجم أضرارا للمريض. أما النوع الثاني فهو ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات ويدركها أهل الفن ومعيارها مسلك الطبيب العادي أو المتوسط في زمن ومكان معين.[2]

وقسمت الأصول العلمية في الطب أيضا إلى علوم طبية ثابتة وهي التي أقرها علماء الطب قديما وحديثا ومثلها المواد العلمية التي تدرس في الجامعات والمعاهد الطبية وعلوم مستحدثة تم اكتشافها حديثا من طرف باحثين من خلال أبحاثهم ويشترط فيها الإعلان عن النظرية أو الأسلوب المكتشف من قبل مدرسة طبية معترف بها و أن يسبق إجراء تجارب تؤكد نجاح هذا الأسلوب الطبي الحديث مع مضي وقت كاف للتأكد من كفاءة النظرية أو الأسلوب ويتم تسجيل علمي للطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.[3] وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الشأن في 08

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص 58.

[2] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الطبي ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، 2006، ص 44.

[3] منصور عمر المعايطة: المرجع السابق، ص 30. وفي هذا الشأن صدر قرار عن هيئة التأديب الابتدائية رقم 29 لسنة 1996 بتاريخ 1996/11/16م بمعاقبة طبيب عن الوقف لممارسة المهنة لمدة سنة لقيامه بالنشر في جريدة الأهرام والأخبار وهي جرائد غير متخصصة عن طريقة علاج جديدة لم يكتمل اختبارها ولم يثبت صلاحيتها ولم يسبق نشرها في مجلات طبية متخصصة و قيامه بالدعاية لنفسه لأول مرة بمصر بحيث يمكن التخلص من المخدرات تماما لمدة ثلاث ساعات بدون ألم وأنه قام بعمل أول عمليات استئصال الهيروين من أجسام المدمنين

يناير 1968:" بأنه من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجري مطابقا للأصول العلمية المقررة فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمده الفعل ونتيجة تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله".[1]

ثالثا: قصد العلاج.

أساس العمل الطبي هو تحديد علاج للمريض وتخفيف ما يشعر به من آلام بتخليصه من المرض كليا أو جزئيا لذلك خول القانون للطبيب حق ممارسة الأعمال الطبية والجراحية، فمتى انصرف عمل الطبيب إلى تحقيق غاية أخرى كغرض إجراء تجربة علمية ففي هذه الحالة يخرج من دائرة الإباحة ويدخل في دائرة التجريم من ثم وجب مساءلته جنائيا.[2] ولكن يجوز للطبيب إجراء عمل جراحي معين كتجربة لعلاج المريض شريطة أن لا يترتب عن عمله إصابة المريض بضرر أعظم من الضرر الذي يشكو منه المريض[3] ويشترط قصد العلاج في كل الحالات المرضية العضوية وحتى في الجراحة التجميلية حيث قرر الفقه الإسلامي توافر القصد العلاجي إذا كانت الجراحة التجميلية هي السبيل الوحيد لإزالة تأثير العيوب الجسدية لما لها من تأثير على الحالة النفسية للمريض[4]. والمشرع الفرنسي نص صراحة على عدم إجراء بحوث وفحوص طبية أو وصف علاج من شأنه أن يرتب أخطار للمريض بدون توافر غرض علاجي ، حيث قضى بإدانة طبيب يجري عملية إجهاض لامرأة دون توافر قصد

وبدون آلام في فترة تتراوح مابين 3 ساعات إلى 5 ساعات. للمزيد انظر علي عيسى الأحمد ، المسؤولية التأديبية للأطباء في القانون المقارن ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2011،ص262.

[1] أسامة عبد الله بلقايد: المرجع السابق، ص 165.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص 54.

[3] وهذا ما جاء في الطب النبوي لابن القيم :" اذا لم يستطع الطبيب تحديد ماهية المرض ، فلا يجوز أن يجرب الدواء بما تخاف عاقبته ولا بأس بتجربته بما لا يضر أثره." انظر رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص118.

[4] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 43.

الشفاء وقضى أيضا بأن الطبيب الذي يقوم بإجراء جراحة لامرأة ليستأصل منها مبيض تناسل بناء على طلبها يكون مرتكبا لجريمة عمديه[1] إلا في حالة الاستعجال أو لضرورة علاجية وبعد إعلام المريض أو من يمثله شرعا وضرورة الحصول على الرضا الصريح.[2]

كما قضت المادة 14 من لائحة أدبيات مهنة الطب البشري في مصر على وجوب بدل الطبيب كل ما في وسعه لتحقيق غاية العلاج وتخفيف آلام المريض[3] وعلى العموم فقصد العلاج المشترط توافره ضمن ممارسة العمل الطبي يعد تطبيقا لحسن النية الذي ينبغي توافره في استعمال الحق كسبب للإباحة[4].

وهذا ما أكده المشرع المصري في نص المادة 60 من قانون العقوبات بقوله :"لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة...." مما يدل على أن المشرع المصري اشترط حسن النية لإباحة عمل الطبيب ليشكل فعله وسيلة مشروعة لاستعمال الحق.[5] وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون مدونة الطب بضرورة التزام الطبيب بتقديم العلاج للمريض بإخلاص وفقا لمعطيات العلم الحديثة.[6]

رابعا : رضا المريض.

إن أخذ الطبيب برضا المريض قبل البدء في العلاج يقوم على أساس حرية المريض واحترام حقوقه فلا يجوز المساس بجسده بغير رضاه وكل اعتداء على حريته

---

[1] شوقي زكريا الصالحي :التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، مصر ،1422هـ-2001م ،ص235.

[2] رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ،ص119.

[3] أسامة عبد الله بلقا يد :المرجع السابق ، ص181.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص 55.

[5] شوقي زكريا الصالحي :المرجع السابق ،ص237.

[6] نص المادة 43: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشان أسباب كل عمل طبي ." من ق.م.ط السالفة الذكر.

أو حقوقه يرتب مسؤولية على من ارتكب ذلك متى كان في استطاعته الحصول على رضا المريض.[1] وكقاعدة عامة لا يجوز إخضاع المريض لعلاج معين أيا كانت نتيجته حتى وإن كانت الحالة الصحية للفرد خطيرة باستثناء حالات مرضية تستوجب التدخل حماية للصالح العام مثل الأمراض المعدية والخطيرة.[2] وفي هذا المجال قضت محكمة النقض الفرنسية بأن توافر رضا المريض لا ينفي الصفة غير المشروعة للعمل، فلا بد من توافر قصد تحقيق شفاء المريض أو المحافظة على حياته وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ومثال ذلك بتر شخص أحد أعضائه بهدف التخلص من الخدمة العسكرية.[3] وعادة ما يكون الرضا صريحا وحرا بالنسبة للراشد عموما أما القاصر أو الطفل وعديم الأهلية فيكون الولي الشرعي أو الوصي الشرعي أساسا لمباشرة العمل الطبي وسنعالج موضوع الرضا في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها بشيء من التفصيل لأنه موضوع جوهري لاحقا. أما فيما يخص الإثبات فاستقر القضاء والفقه الفرنسي على أن المريض إذا رفض مبادرة الطبيب للقيام

[1] شوقي زكريا الصالحي :المرجع السابق ، ص 48.

[2] وفي هذا الصدد يجوز للطبيب التدخل دون الحصول على رضا المريض في حالة الاستعجال طبقا لنص المادة 52 من ق.م.ط السالفة الذكر التي تنص على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض..". كما أضافت المادة 154 فقرة من ق.ح.ت السالف الذكر بقولها: « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك . يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة ، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب .

وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج .

لا تطبق أحكام هذه المادة في الحالات التي تستوجب بمقتضى القانون تقديم العلاج الطبي لحماية السكان." وغالبا ما يكون ذلك في حالة تنفيذ أمر قانوني وفي هذه الحالة يكون الطبيب بصدد أداء واجب وليس بصدد استعمال حق التطبيب مما ينفي عدم المشروعية على عمله الطبي بناء على إباحة القانون. انظر رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ،ص124.

[3] أسامة عبد الله بلقا يد : المرجع السابق، ص 180.

بالعمل الطبي تحمل عبء إثبات عدم حصول الطبيب على رضائه خلافا لما هو معمول به عند البعض كبريطانيا مثلا الطبيب هو الذي يلتزم بإثبات رضا المريض بالعلاج الطبي.[1] والمشرع الجزائري اشترط في حالة رفض العلاج الطبي تقديم تصريح كتابي من قبل المريض يثبت ذلك ويستوجب على الطبيب إخبار المريض بكل العواقب المترتبة على رفض العلاج.[2]

الفرع الثاني : مراحل العمل الطبي .

كان للتطور العلمي والاجتماعي أثر كبير على الطب فلم يعد يشمل الفحص والتشخيص والعلاج بل امتد إلى الوقاية من الأمراض أيضا ومثاله التطعيم ضد الأمراض المعدية ومما يؤكد ذلك ما حددته محكمة النقض المصرية بقولها:" بأن العمل الطبي ليس ذلك العمل الذي يشمل التشخيص والعلاج وإجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير فقط، بل إن العمل الطبي يشمل التخدير والمراقبة الطبية في أثناء العلاج وبعد الجراحة."[3] وعليه سيتم التطرق إلى مراحل العمل الطبي.

أولا: مرحلة الفحص الطبي.

الفحص الطبي هو فحص الحالة الصحية للمريض فحصا ظاهريا عن طريق ملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض وجسمه بالاستعانة ببعض الأجهزة البسيطة مثال: قياس الضغط[4] أو باستعمال يده أو أذنه أو عينيه للتحقق من وجود دلائل تساعد على التشخيص فيما بعد وقد يلجأ الطبيب إلى إجراء بعض

[1] أسامة عبد الله بلقا يد : المرجع السابق، ص 183.

[2] المادة 154 الفقرة الثانية من ق.ح. ت السالف الذكر :" وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج ."

[3] نقض جنائي 27 أكتوبر 1958 مجموعة أحكام النقض نقلا عن أبو الوفا محمد أبو الوفا: تحديد المسؤولية الجنائية في وسط الفريق الطبي، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، ص 387.

[4] أسامة عبد الله بلقايد: المرجع السابق، ص 65.

الفحوصات المخبرية للوقوف على حالة المريض عن طريق استخدام الأشعة ورسم القلب والتحاليل الطبية.[1] وبذلك قسم القضاء الفرنسي الفحص إلى مرحلتين، مرحلة الفحص التمهيدي وهي مرحلة الاستعانة بأجهزة بسيطة والمرحلة الثانية أطلق عليها مرحلة الفحص التكميلية وهي التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص أكثر عمقا لبيان الحالة الصحية للمريض.[2] والهدف من هذه المرحلة هو محاولة التعرف على ماهية المرض، درجة خطورته و تاريخه من اجل تحديد العلاج تحديدا دقيقا.

ثانيا: مرحلة العلاج.

هي مرحلة يحدد من خلالها العلاج المناسب للمريض فالتشخيص والعلاج يتصل أحدهما بالآخر لتتبع حالة المريض ولقد عرفت محكمة باريس العلاج بأنه: " كل إجراء أيا كان يؤدي إلى شفاء المريض أو تحقيق الحالة المرضية".[3] أما التشريعات الأخرى كالمشرع المصري مثلا ذكر لفظ العلاج في المادة الأولى وجعلها من الأعمال الطبية التي لا يجوز ممارستها إلا من طرف طبيب وبالشروط العلمية المتعارف عليها.[4] ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الإماراتي حيث لم يضع تعريفا محددا واكتفى بذكر لفظ العلاج في نص المادة 25 من القانون الاتحادي في شأن مزاولة مهنة الطب البشري.[5]

---

[1] يوسف جمعة يوسف الحداد: المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان،2003 ، ص 56.

[2] أسامة عبد الله بلقايد: المرجع السابق، ص 65.

[3] نفس المرجع : ص 61.

[4] المادة الأولى من قانون 415 لسنة 1954 في شان مزاولة مهنة الطب في مصر: " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مرضية أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين... إلا إذا كان مصريا أو من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب وكان اسمه مسجلا بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية وبجدول نقابة الأطباء..." نقلا عن يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق، ص58.

[5] نص المادة 25 من القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1985 في شان مزاولة مهنة الطب البشري في الإمارات:"لا يكون الطبيب مسؤولا عن النتيجة التي يصل إليها إلا إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل التي

وعلى غرار التشريعات العربية المشرع الجزائري جعل العلاج رسالة الطبيب وجراح الأسنان في نص المادة السابعة من مدونة الأخلاق الطبية[1]، حيث أوجب على الطبيب تقديم العلاج الضروري في نص المادة التاسعة من نفس المدونة. ولم يعرف العلاج واكتفى بتحديد دور الطبيب في التخفيف من المعاناة وتقديم العلاج[2]، لأنه في بعض الأحيان يستحيل الشفاء فيعمل على تخفيف الآلام ومثال ذلك الأمراض السرطانية فيعمل الطبيب على الحد من تفاقمه بالأدوية والأشعة أو الوقاية منه بإخضاع الشخص للفحوص الطبية الدورية.

ثالثا: مرحلة الوصفة الطبية.

تعرف الوصفة الطبية على أنها المستند الذي يثبت فيه الطبيب ما انتهى إليه من فحص وتشخيص أو هي ورقة يدون فيها الطبيب المختص دواء أو أكثر للمريض بغرض العلاج أو الوقاية من مرض ما.[3] وذهب المشرع الفرنسي إلى ضرورة إثبات التشخيص والعلاج كتابة ويجب أن يبين في التذكرة الطبية نوعية العمل الطبي ووصفه ومن قام بتنفيذه ومباشرته طبقا لما ورد في الأحكام العامة من لائحة الأعمال المهنية وأضاف ضرورة وصف الأدوية بوضوح حتى يستطيع المريض فهمها وتنفيذ العلاج.[4] والمشرع الجزائري نص في المادة 16 من مدونة الأخلاق الطبية في الفقرة الثانية على

يتبعها الشخص المعتاد من أهل الاختصاص في تشخيص المرض ووصف العلاج." نقلا عن يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق، ص59.

[1] نص المادة السابعة من ق.م.ط السالفة الذكر:" تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من المعاناة..."

[2] نص المادة التاسعة من نفس المدونة :" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له ".

[3] يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق، ص 59.

[4] أسامة عبد الله بلقايد: المرجع السابق، ص 74_75.

أن يقدم الطبيب وصفات في ميادين لا تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية.[1]

رابعا: الرقابة العلاجية.

تعتبر الرقابة من العناصر المهمة في العمل الطبي فالفترة اللاحقة للعملية لها أهمية بالغة في نجاح أو فشل العملية الجراحية وحتى في العمليات غير الجراحية ومثل ذلك العلاج عن طريق استخدام أدوية لها آثار ضارة أو خطيرة بالنسبة للمريض كالأمراض العقلية.

وبالرجوع إلى التشريعات العربية نجد التشريع العراقي نص في المادة (ب/ربعا/5) على أنه، من قواعد السلوك المهني العراقي ضرورة التأكد من وجود وسائل مساعدة وإمكانيات بشرية لتتبع حالة المريض ومراقبتها. وفي مجال المراقبة والمتابعة نجد المشرع الأردني حدد شروطا في المادة 37 من الدستور الطبي الأردني على أنه لا يجوز للطبيب أن ينوب عنه بصورة مؤقتة مراقبة مريض أو معالجته إلا طبيبا مسجلا في نقابة الأطباء الأردنية ومرخص له بالعمل في نفس الاختصاص الطبي.[2] أما المشرع الجزائري نص في المواد 90 إلى 94 من مدونة أخلاقيات الطب على مهمة الرقابة حيث اشترط عدم تقديم العلاج والمراقبة من قبل طبيب واحد لنفس المريض طبقا لنص المادة 93 من قانون الصحة[3]، كما حدد وظيفة الطبيب المراقب بعدم إعطاء علاج جديد أو تقدير للعلاج المقدم من قبل الطبيب المعالج في المادة 92

---

[1] المادة 16 من ق.م.ط السالفة الذكر: " لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الإستثنائية".

[2] غادة فؤاد مجيد المختار: حقوق المريض في عقد العلاج الطبي وفي القانون المدني ، دراسة مقارنه ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2011، ص 249_ 250.

[3] نص المادة 93 من ق.م.ط السالفة الذكر:"لا يجوز لأحد أن يكون طبيبا مراقبا وطبيبا معالجا أو جراح أسنان مراقبا وجراح أسنان معالجا لنفس المريض".

فقرة أولى من مدونة أخلاقيات المهنة [1]. وأن يشعر المريض أن الطبيب ينصحه بصفة طبيب مراقب وأن يكون شديد الاحتراز في حديثه مع المريض ويتحرى الموضوعية في استنتاجه وفقا للمادة 90 فقرة ثانية من المدونة[2] وفي حالة الاختلاف في الفحص بين الطبيب المعالج والطبيب المراقب فعلى هذا الأخير إما إخبار الطبيب المعالج على انفراد أو إبلاغ رئيس الفرع النظامي الجهوي المختص وفقا لنص المادة 92 فقرة ثانية من المدونة[3].

المطلب الثاني: الالتزام الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

يقوم عقد العلاج الطبي كغيره من العقود الرضائية على توافق إرادتين لإنشاء التزام أو أكثر وبمعنى أدق يتطلب وجود إرادتين متوافقتين أي توافر رضا الطرفين لإنشاء التزامات معينة ، على أن يكون سبب العقد مشروعا وهذا ما يشكل الأركان العامة للعقد وفقا للأحكام العامة . غير أن عقد العلاج الطبي يختلف عن غيره من العقود فهو يمتاز بخصوصية جعلته يتجاوز بسرعة حدود المجال القانوني ، لأن العلاقة لا تخضع للتنظيم القانوني بل أيضا للعوامل النفسية والاجتماعية وكذا الاقتصادية .

فاختيار الطبيب لا يكون على أساس مهني فقط بل على أساس اعتبارات شخصية أساسها عنصر الثقة بين الطرفين.[4] حيث أن الأصل في التزام الطبيب عدم التقيّد

---

[1] نص المادة 92 فقرة أولى من ق.م.ط السالفة الذكر:"يجب للطبيب المراقب ألا يقدم بحال من الأحوال تقديرا للعلاج المقدم وعلية أن يمتنع امتناعا كليا عن إعطاء أي علاج أخر."

[2] نص المادة 90 فقرة ثانية من ق.م.ط السالفة الذكر:"ويجب أن يكون شديد الاحتراز في حديثه وان يمتنع عن إفشاء أي سر أو الإدلاء بآي تفسير ويتعين أن يتحرى الموضوعية الكاملة قي استنتاجاته."

[3] نص المادة 92 فقرة ثانية من ق.م.ط السالفة الذكر:" في حالة حدوث اختلاف خلال الفحص مع الطبيب المعالج ...بشأن التشخيص أن يخبره بذلك على انفراد ويمكنه أن يخطر رئيس الفرع النظامي الجهوي المختص إذا ما واجهته أي صعوبات في ذلك ."

[4] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 77.

بشرط السلامة في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) أما في القانون الوضعي فالطبيب ملزم ببذل عناية لكن هناك حالات يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام الطبيب في الشريعة الإسلامية.

إن الأصل العام في التزام الطبيب في الشريعة الإسلامية هو عدم التقيد بشرط السلامة بمعنى عدم الالتزام بتحقيق نتيجة فالطبيب غير ملزم بتحقيق شفاء المريض ولا يوقف تفاقم المريض وإنما يبذل العناية الضرورية.[1]

وقد اجمع الفقه الإسلامي على عدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة واختلفوا في تعليلهم لرفع المسؤولية فأبو حنيفة علل ذلك لسببين : السبب الأول الضرورة الاجتماعية فالحاجة إلى عمل الطبيب ضرورة في المجتمع ويجب تشجيعه حتى لا يترك عمله لأن في ذلك ضرر بالجماعة والسبب الثاني إذن المريض أو وليه لمباشرة العلاج من قبل الطبيب.[2] والشافعية عللوا رفع مسؤولية الطبيب بإذن المريض وعدم الإضرار به. أما المالكية فعللوا بإذن الحاكم وإذن المريض مع عدم مخالفة أصول فن المهنة .[3] من ثم الطبيب ملزم ببذل عناية لازمة وفقا للأصول العلمية المتعارف عليها بقصد العلاج مع توافر إذن الحاكم وإذن المريض.

الفرع الثاني: التزام الطبيب في القانون الوضعي.

بعد التعرض لالتزام الطبيب في الشريعة الإسلامية واتفاق الفقه الإسلامي على أن الطبيب ملزم ببذل عناية لان الشفاء بيد الله تعالى ننتقل إلى القانون الوضعي لتحديد

---

[1] حرزولي عزا لدين : المسؤولية المدنية أخصائي الجراحة غي القانون الجزائري والقانون المقارن ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، 2009، ص88.

[2] الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج7 ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان،1432هـ_2010 م، ص304.

[3] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي، ج1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1422هـ_2001م، ص521.

التزام الطبيب ، فالأصل أن الطبيب ملزم ببذل عناية (أولا) لكن هناك حالات يكون فيها الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة (ثانيا).

أولا: التزام الطبيب ببذل عناية.

إن المدين كقاعدة عامة لا يتعهد أمام دائنه بأكثر من أن يضع في خدمته كافة الوسائل التي يملكها وأن يقدم العناية الكاملة للإسراع في تنفيذ العقد بتقديم أفضل ما لديه.[1]واستقر الفقه والقضاء في أغلب الأنظمة القانونية على أن الطبيب ملزم اتجاه مريضه ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي منه قرار محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936، وجاء بالصيغة التالية: "الالتزام، إن لم يكن شفاء المريض فعلى الأقل بإحاطته بالعناية الصادقة، اليقظة في غير الظروف الاستثنائية مع المسلمات المستقرة للعلم".[2] وهذه الصيغة عبر عنها تقنين الأخلاقيات الطبية الفرنسي الصادر في 06 سبتمبر 1995 في المادة الثانية والثلاثين منه ويسري هذا المبدأ أيا كانت درجة التدخل الطبي.[3] والفقه الإسلامي كان السباق في ذلك كما رأينا سابقا، حيث ذهب إلى أن فعل الطبيب ليس مقيدا بشرط السلامة ومعيار قياس التزام الطبيب لقيام المسؤولية هو عناية الطبيب المعتاد في نفس الظروف فإذا التزم الطبيب ومع ذلك لحق المريض ضرر فلا ضمان عليه إذا لم يكن بالإمكان الاحتراز منه مسبقا.[4] وبالنسبة للتشريعات العربية نجد المملكة العربية السعودية مثلا تنص في

---

[1] عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج1: المسؤولية الطبية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان،2004، ص 131.

[2] « L'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade du mois de lui donner des soins consciencieux ; attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles ; conformes aux données acquises de la science. » voir Jean panneau: la responsabilité du médecin ,2eme édition, DALLOZ, paris, 1996, p9.

[3] عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص 131.

[4] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 58.

المادة 27 من اللائحة التنفيذية على: "التزام الطبيب ومساعديه التزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها". وكذا في الدستور الطبي نص في المادة الثالثة منه: "عند قبول الطبيب معالجة أي مريض فمن واجبه أن يبذل لمريضه كل ما في طاقته من عناية علمية وشخصية".[1] وساير المشرع الجزائري التشريعات السابقة فنص في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب على: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني ولمطابقة معطيات العلم الحديث والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين المؤهلين".[2]

ثانيا :التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

الأصل أن الطبيب ملزم ببذل عناية ولكن هناك حالات استثنائية الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة والمقصود هنا سلامة المريض ومثال ذلك عدم تعرض المريض لأذى جراء استعمال أدوات أو أجهزة أو أدوية أو نقل عدوى من المكان المسعف فيه المريض أو نتيجة نقل الدم وسيتم التعرض لذلك تباعا.

أ_ استعمال أدوية أو أجهزة طبية.

يلتزم الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي تلحقه نتيجة استخدام الأدوات الطبية في عمليات التشخيص، العلاج والجراحة والمقصود بالأضرار التي تنشأ نتيجة عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات، لأن الطبيب ملزم باستخدام أجهزة لا تسبب أضرارا

[1] منصور عمر المعايطة: المرجع السابق، ص 34- 35.

[2] المرسوم التنفيذي 92- 276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 جويلية 1992 المتضمن ق.م.ط السالفة الذكر.

للمريض.[1]ويستطيع التخلص من المسؤولية وفقا للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.[2]

ب_إجراء التحاليل ونقل الدم .

إن التزام المخبر التزام بتحقيق نتيجة بالنسبة لصحة التحاليل ودقتها وتقوم المسؤولية بمجرد إعطاء نتيجة خاطئة ويبقى هذا الأمر محصور بالتحليلات البسيطة وقليلة الخضوع لعنصر الاحتمال .[3] على أن المقصود بتحقيق نتيجة سلامة التحليل و يستوي في ذلك أن يكون تحليل الدم لمعرفة مكوناته أو أي تحليل آخر في جسم الإنسان .[4] كما يقع الالتزام على الطبيب وطبيب التحليل ومركز نقل الدم في حالة نقل الدم النقي للمريض الذي يتفق مع فصيلته وألا يكون الدم مصدر عدوى له أو دما قديما أو فاسدا يلحق أضرارا بصحة المريض.[5] وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في تقريره لمسؤولية مركز نقل الدم بناء على خرقه للالتزام بنتيجة في مواجهة المتبرعين المتضررين في حال تبيانه أن عمليه نقل الدم لا تشمل أي خطر.[6]

ج_ التركيبات الصناعية .

واكب التقدم العلمي والتقني تزايد استخدام الأعضاء الصناعية لتعويض الإنسان عما فقده من أعضائه الطبيعية وتثير عملية تركيب العضو الصناعي المسؤولية الطبية

---

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999 ،ص221.

[2] نفس المرجع : ص232.

[3] مصطفى الحمال :المسؤولية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ،المسؤولية الطبية ،ج1، ط2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2004 ،ص137.

[4] محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص232.

[5] غادة فؤاد مجيد المختار: المرجع السابق، ص 169.

[6] « IL été jugé qu'un centre de transfusion sanguine, s'il précise que le prélèvement ne comporte aucun risque contracte une obligation de résultat à l'égard des donneurs. » Voir Jean panneau: la responsabilité du médecin, op cit, p10.

من وجهتين ، الوجهة الأولى في مدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص الدائم لديه فهنا التزام الطبيب التزام ببذل عناية، من ثم يعمل الطبيب على اختيار العضو المناسب للمريض والعمل على تهيئته وفقا لحالته الصحية. أما الوجهة الثانية فهي ذات طبيعة تقنية يلتزم فيها الطبيب بنتيجة وهي ضمان سلامة الجهاز ومناسبته لجسم المريض وتقوم مسؤولية الطبيب في حال سبب أضرارا للمريض.[1] يتضح مما سبق أن الطبيب ملزم بالحفاظ على سلامة المريض من خلال الأدوية الممنوحة للمريض أثناء علاجه أو الأدوات المستعملة أثناء التشخيص أو عمليات نقل الدم وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية تبعا للضرر الذي لحق بالمريض وهذا ما سنتعرض له في المبحث الموالي .

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية.

كانت القوانين الوضعية في العصور الوسطى تجعل كل من الإنسان والحيوان والجماد محلا للمسؤولية الجنائية فيعاقب الإنسان كمعاقبة الحيوان والجماد. وكان العقاب يشمل الأحياء والأموات على حد سواء ، كما يسأل الإنسان حتى عن أفعال غيره فكانت العقوبة تتعدى الشخص إلى أهله وأصدقائه . ونفس الأمر طبق على الطبيب في حالة إخلاله بقواعد ممارسة مهنته بمعنى سيطرة الصلة المادية بين الجاني والجناية، إلا أنه بعد الثورة الفرنسية تغيرت هذه النظرة وأصبح الفاعل يتحمل تبعة الفعل المجرم وكانت الشريعة الإسلامية السباقة في تحديد المسؤولية الجنائية تحديدا دقيقا وعليه سيتم التعرض لمفهوم المسؤولية الجنائية بصفة عامة والأساس الذي تقوم عليه في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي(المطلب الأول) ثم مفهوم المسؤولية الجنائية للطبيب وتطورها (المطلب الثاني).

[1] عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشاة المعارف ،الإسكندرية ،2004،ص89-91.

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الجنائية.

تعرف المسؤولية الجنائية على أنها:"تحمل تبعة الجريمة والالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانونا." فتحمل الإنسان تبعة الجريمة يعني تحمل آثارها الضارة أما الالتزام بالخضوع للعقوبة أو التدبير الاحترازي الذي يحدده القانون وهو النتيجة المنطقية لقيام المسؤولية الجنائية.[1]وعرفت أيضا على أنها:" صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي عما يرتكبه من جرائم."[2] وعليه لا تتحقق المسؤولية الجنائية إلا بإتيان شخص أفعال يجرمها القانون أو الامتناع عن أفعال يوجب القانون القيام بها.

فالمسؤولية تتحقق بتوافر عنصر الإسناد المادي بمعنى ارتكاب شخص أفعالا تكون الجانب المادي للجريمة من ثم نسبة أو إسناد الجريمة للمتهم.[3] أما الإسناد الثاني فهو الجانب المعنوي ويقصد به أن تكون هذه الأفعال صادرة عن إرادة حرة، إرادة الشخص المميز سواء كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية لتحمل التبعة الجزائية.[4] فلا تتحقق المسؤولية الجنائية إلا إذا ثبت وجود علاقة سببية بين الفعل المادي والنتيجة الإجرامية بالإضافة إلى تمتعه بالأهلية المطلوبة لتحمل تبعة فعله الإجرامي والمقصود هنا الإدراك والتمييز.

---

[1] علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 578.

[2] نفس المرجع : ص 111 وعرفت أيضا بأنها :

" La responsabilité pénale est gouvernée par le principe de légalité selon lequel, il n'ya pas infraction ni peine dans un texte légal qui le précise. La responsabilité pénale met en jeu les rapports entre la société et celui qui transgresse ses ordres et ses interdits."Voir Leila Ben Sedrine Echchrif El Kettani : la responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin ou Maroc, première édition, Rabat,2006, p 183.

[3] جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج3، جرائم، 2010، ص 64.

[4] أسامة عبد الله القايد: المرجع السابق، ص 08.

من ثم سيتم التعرض للأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية (الفرع الأول) والخصائص الواجب توافرها لثبوتها من ثم محاسبة من تقع عليه (الفرع الثاني) وكذا شروط المسؤولية الجنائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أساس المسؤولية الجنائية.

تغيرت النظرة المادية للمسؤولية الجنائية حين بدأت تتسرب فكرة الإرادة الحرة وحرية الاختيار إلى مجال الجريمة والمسؤولية الجنائية الناجمة عنها من ثم سيتم التعرض إلى الأساس الذي قامت عليه المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية (أولا) ثم الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية (ثانيا).

أولا: أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

إن الشريعة الإسلامية عرفت كل المبادئ الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا في القرن التاسع عشر والقرن العشرين، فالشريعة جعلت محل المسؤولية الجنائية الإنسان الحي المكلف وإذا مات سقطت عنه كل التكاليف. ولا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى: "....إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ."[1] ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية قوله تعالى:" أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى."[2] فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به،[3] لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي رمثة وابنه: "إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه".[4]

ويربط القرآن بين الحرية والمسؤولية من ذلك قوله تعالى:" مَنِ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا".[5] وقوله تعالى أيضا:" إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا

[1] سورة النحل: الآية 106.

[2] سورة النجم: الآية 38- 39.

[3] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، المرجع السابق، ص 383.

[4] رواه أبو داوود والنسائي وابن الجارود نقلا عن محمد المدني بوساق: المرجع السابق ، ص 180.

[5] سورة يونس: الآية 108.

وَإِمَّا كَفُورًا."[1] فهذه الآيات دلالة واضحة على أن الإنسان حر في اختياره بين الخير والشر وقدرته على الفصل بينهما، فإذا ارتكب جريمة وهو مدرك لحقيقة أفعاله المكونة لها واختار بحرية سبيل ارتكابها قامت المسؤولية الجنائية واستحق العقوبة المناسبة.[2] وإذا لم يكن مدركا أو مختارا فلا عقاب عليه ولكن امتناع العقوبة لا يمنع من استعمال الوسائل المناسبة لردع الجريمة.[3] على أن تكون العقوبة تناسب الجرم المرتكب، كما تطبق العقوبة على من ارتكبها فلا يعفى منها أحد لمركزه أو موقعه أو لأي اعتبار كان وكافية لزجر الغير عن ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر الجاني في الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة.[4]

ويلاحظ مما سبق أن الشريعة الإسلامية عرفت ما توصل إليه الفقه الجنائي الغربي، فالفقه الإسلامي يرى أن الجريمة خطورة إجرامية مهددة لكيان المجتمع مما يقتضي حمايتها عن طريق اتخاذ التدابير الملائمة حماية للمجتمع وتكون العقوبة في شكل حدود أو تعازير.

ثانيا: أساس المسؤولية الجنائية في القانون الوضعي.

بعد الثورة الفرنسية قامت المسؤولية الجنائية على أساس فلسفة الاختيار وهذا ما نادى به المذهب التقليدي ، فلا يعاقب إلا من تمتع بحرية الاختيار والإدراك (ا) ثم ظهر المذهب الوضعي القائم على فلسفة الجبر بمعنى المجرم لا يأتي الجريمة مختارا وإنما يأتي مدفوعا بعوامل قد ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم وغيرها واعتبار العقوبة قائمة على أساس الدفاع عن الجماعة (ب).

---

[1] سورة الإنسان: الآية 03.

[2] علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق، ص 592.

[3] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، المرجع السابق، ص 385- 386.

[4] نفس المرجع : ص 388.

أ- الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية:

تزعم هذا الاتجاه الماركيز الايطالي" شيزاري دي بكاريا" الذي أصدر عام 1764 كتابه الذي يحمل عنوان " في الجرائم والعقوبات" وتضمن عدة مبادئ أهمها حرية الاختيار وشرعية الجرائم والعقوبات والوظيفة النفعية للعقوبة.[1] وكان في نظره أن الإنسان يتمتع بالاختيار الحر والجريمة عنده إثم أخلاقي وعرف الاختيار الحر على أنه: "قدرة مجردة على المفاضلة بين الطريق المطابق للقانون والطريق المخالف له وهي قدرة موجودة بنفس المقدار عند كل الأشخاص الذين لا تتوافر لديهم مانع من المسؤولية."[2] وهذه الفكرة الأخيرة جسدت عدم الاعتراف بالمسؤولية المخففة أي المجرم إما مسؤول مسؤولية كاملة أو لا مجال لمساءلته جنائيا أي أن الإنسان إما يتمتع بالوعي والإرادة أو فاقدها تماما. أما العقوبة فارتبطت بالجريمة فتطابقت مع الضرر دون الأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمجرم وظروفه والمجرمون متساوون في العقاب متى ارتكبوا نفس الجرم وليس على القضاء سوى تطبيق العقوبة وفقا لما جاء في النص القانوني تطبيقا لمبدأ الشرعية، لتبقى وظيفة العقوبة منع الجرائم فقط وليس تكفير عن ذنب أو انتقام من مجرم.[3]

وانتقد هذا الأساس على أن التقييم الثنائي من طرف المدرسة التقليدية الحديثة لأفراد المجتمع بين كامل الإرادة ومنعدمها لا يتفق مع الواقع من ثم لا بد من اختلاف المسؤولية الجنائية حسب درجة تمتع كل فرد بالحرية والإدراك والتمييز ليتحقق تناسب المسؤولية الجنائية للشخص المرتكب للفعل المجرم والعقوبة. ضف إلى ذلك أن الإنسان لا يسأل جنائيا إلا إذا كان مدركا لعدم مشروعية فعله وحتى هذه المدرسة

[1] علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق ، ص 585.

[2] محمد كمال الدين إمام: المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2004، ص 255.

[3] نفس المرجع : ص 255.

التقليدية تعرضت للنقد حيث جعلت العقوبة تقوم على أساس نفعي لا على أساس الضرورات المطلقة المستمدة من العدالة بعيدا عن المنفعة.[1] وخلاصة من هاتين المدرستين أن المسؤولية الجنائية لا تقوم على أساس الاختيار وحده بل لا بد من وجود إدراك وتمييز والعقوبة الناتجة عن المسؤولية الجنائية لا بد أن تحقق العدالة.

ب-الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية:

انطلق أنصار هذه المدرسة من حيث وصل أنصار المدرسة التقليدية وعلى رأسهم: " لمبروزو"، "فير" و "جاروفالو" الذين بحثوا في السلوك الإجرامي وانتهوا في أبحاثهم أن الجريمة ترجع إلى نوعين من العوامل، عوامل داخلية (تكوين عضوي، نفسي وذهني....) وعوامل خارجية (مادية، بيئة...) فمتى توافرت هذه العوامل اندفع الإنسان حتما إلى ارتكاب الجريمة ولا مجال للاعتداد بحرية الاختيار بل الاعتماد على مبدأ الجبرية والحتمية.

واعتبرت المسؤولية الجنائية مسؤولية اجتماعية تقرر دفاعا عن المجتمع والقول بوجود حرية الاختيار اعتبروها وهما. أما مسألة حتمية السلوك الإجرامي فيكفل ذلك البحث بطريقة علمية عن أسباب الجريمة وقوانين السببية ضف إلى ذلك أن تحديد عوامل الظاهرة الإجرامية يساعد على إيجاد سبل لعلاجها. ثم ظهرت بعد ذلك مدرسة حاولت التوفيق بين المدرستين وهي مدرسة الاختيار النسبي ويرى أنصارها ضرورة إبقاء المدرسة التقليدية بمعنى أن الإنسان مهما كان مخيرا لكن اختياره محدود فإن لإرادته دخل في الجريمة وأضافوا فكرة جديدة وهي أن المشرع هو الذي يحمي الجماعة من إجرام الأشخاص عديمي الإدراك والاختيار باتخاذ الإجراءات المناسبة.[2]

[1] محمد كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 269.

[2] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج1،المرجع السابق، ص 391.

الفرع الثاني: خصائص المسؤولية الجنائية.

بعد عرض أساس المسؤولية الجنائية ومعرفة أنها تقوم على أساس حرية الاختيار والإدراك ، نحاول تسليط الضوء على خصائص المسؤولية الجنائية والمتمثلة في أن الإنسان هو محل المسؤولية الجنائية(أولا) والمسؤولية الجنائية شخصية(ثانيا) .

أولا: الإنسان محل المسؤولية الجنائية.

الإنسان الحي هو محل المسؤولية الجنائية فلا يمكن أن يكون الميت محلا للمسؤولية الجنائية حيث ينعدم إدراكه واختياره وهذا ما عرفته الشريعة الإسلامية على عكس القوانين الوضعية القديمة التي اعتبرت حتى الحيوان والجماد والموتى في قبورهم لهم مسؤولية جنائية.[1] وتفسير ذلك يرجع إلى نسبة الجريمة إلى الأرواح الشريرة المتقمصة للأشياء المسخرة لارتكاب الجريمة وشهدت ساحات المحاكم في دول أوروبا محاكمات غريبة وعجيبة.[2]

فالجريمة نشاط خارجي يصدر عن إرادة إجرامية والإرادة هي جوهر الركن المعنوي وإذا كانت صفة الإنسان شرط ضروري لقيام المسؤولية فقد تصدر عن إنسان وتمتنع مسؤوليته لأمر يمس شرط التمييز كالصغر مثلا أو شرط حرية الاختيار كالجنون وفي هذه الحال ترتفع نسبة المسؤولية عن الجاني ويظل الفعل مجرما على أن تتخذ الإجراءات والتدابير الوقائية اللازمة.[3] وطبعا الفقه الجنائي لم يكتف بمسؤولية الشخص الطبيعي بل أضاف مسؤولية الشخص المعنوي فمن المعلوم أن الشخص المعنوي لا يرتكب بنفسه الفعل المجرم وإنما بواسطة ممثليه. ومثال ذلك مؤسسة تقوم بالاتجار

[1] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي : ج1،المرجع السابق، ص 393.

[2] علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق، ص 601.

[3] محمد كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 278.

بالأعضاء البشرية فالذي يسأل جنائيا هو الممثل القانوني لهذه المؤسسة حتى ولو كان ارتكابها لمصلحة ولحساب هذه المؤسسة.[1]

وبطبيعة الحال كان هناك جدل فقهي فهناك من أنكر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وعللوا ذلك على أن الشخص المعنوي مجاز وليست له إرادة مستقلة عن مؤسسيه ولما كانت الجريمة سلوك إنساني فهي لا تقع من شخص معنوي ونفس الأمر بالنسبة للعقوبات مثل الغرامة والمصادرة فيها إهدار لشخصية العقوبة بمعنى كان من الواجب تطبيقها على ممثليه القانونيين ولا تمتد إلى غيرهم.

أما الاتجاه المؤيد للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ذهبوا إلى أن الشخص المعنوي حقيقة اجتماعية وقانونية لا يمكن إنكارها كما أن للشخص المعنوي إرادة مستقلة عن إرادة الأعضاء المكونين له وأصحاب المصالح يتم التعبير عنها عن طريق الاجتماعات والمداولات وفي العقود أيضا. أما العقوبة تنطبق وفقا لطبيعة الشخص المعنوي كالمصادرة والحرمان من بعض الحقوق والمزايا وتصيب أصحاب المصالح بطريقة غير مباشرة وهو نفس الأمر في تطبيق عقوبة على رب أسرة نتيجة ارتكابه لجرم معين فأفراد الأسرة يتأثرون أيضا.[2]

وجل القوانين تعترف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي والقانون الجزائري أقر ذلك وحدد العقوبات المطبقة في حال مخالفة القوانين المعمول بها في الباب الأول مكرر من الجزء الأول الخاص بالمبادئ العامة من قانون العقوبات حيث تراوحت العقوبات من مصادرة، غرامة وغلق المؤسسة نهائيا.[3]

---

[1] علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق، ص 602.

[2] نفس المرجع: ص 608.

[3] المواد 18 مكرر إلى 18 مكرر 3 من الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن ق ع، ج ر رقم 47 مؤرخة في 19 يوليو 2006.

ثانيا: شخصية المسؤولية الجنائية.

من المسلم به أن الإنسان هو وحده الذي يتحمل نتائج فعله فلا يعاقب أي شخص عن جريمة ارتكبها غيره إلا إذا أحاط علمه بعناصرها واتجهت إرادته إلى المساهمة فيها.[1]ولم تعرف القوانين الوضعية شخصية المسؤولية إلا بعد الثورة الفرنسية حيث عرفت القوانين المسؤولية الجماعية فكانت تمتد إلى أسرة الجاني وأقربائه.

أما الشريعة الإسلامية فالأدلة كثيرة نذكر منها من القرآن الكريم قوله تعالى:" وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا."[2] وفي السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه ".[3]

والمبدأ العام في القانون الجنائي أنه لا يعرف المسؤولية عن فعل الغير مثلما هو الحال في القانون المدني الذي يقرها وهذا ما ذهبت إليه محكمة باريس الجنائية عام 1961 بقولها: " يسأل جنائيا من ارتكب الجرم أو كان ملزما بمنعه أو قادرا على ذلك من ثم لا يسأل المدير العام لشركة المساهمة إذا كانت الشركة كبيرة لأنه لا يستطيع أن يمارس الرقابة بصورة شخصية ".[4] والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على شخصية المسؤولية الجزائية وإنما نص على شخصية العقوبة وهي النتيجة في حال ثبوت المسؤولية الجزائية_في الفصل الثالث من الباب الثاني الذي يحمل عنوان " مرتكبوا الجريمة " من قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثالث: شروط المسؤولية الجنائية.

يشترط لتطبيق المسؤولية الجزائية الإدراك والاختيار، فالإدراك هو القدرة على فهم ماهية الفعل وتقدير نتائج هذا الفعل المجرم كما هو في الواقع المألوف وقت إتيان

[1] محمد كمال الدين إمام : المرجع السابق، ص 284.

[2] سورة النساء: الآية 11.

[3] علي عبد القادر القهوجي:المرجع السابق ، ص 620.

[4] محمد كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 286.

الفعل المكون للجريمة، أما الاختيار فهو القدرة على توجيه أو دفع الإرادة إلى عمل معين أو الامتناع عنه وقد تنتفي حرية الاختيار داخليا مثل الحالة النفسية لمرتكب الفعل[1] وقد تنتفي حرية الاختيار خارجيا مثل الإكراه وحالة الضرورة. وهذا لا يعني إعفاء الشخص المرتكب للجريمة من العقاب فإذا توافر لدى الجاني الإدراك والاختيار وقت ارتكاب الجريمة قامت المسؤولية الجنائية وإذا انتقص قدر من حرية الاختيار انتقصت المسؤولية الجنائية و في حال انعدم الإدراك والاختيار انعدمت المسؤولية الجنائية ولكن وجب اتخاذ التدابير الجنائية اللازمة لمواجهة الخطورة الإجرامية.[2]

من ثم يعتبر الشخص مسؤولا جنائيا عن فعله متى ارتكب خطأ باعتباره الركن الجوهري في المسؤولية الجنائية وشكل فعلا مجرما وتوافرت لديه حرية الإدراك والاختيار لتحمل العقوبة الموقعة عليه.[3]

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية الطبية.

عرفت المسؤولية الجنائية للطبيب على أنها: " التزام قانوني يتضمن تحميل الطبيب الجزاء أو العقاب نتيجة إثباته فعلا أو امتناعا عن فعل يشكل خروجا أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجزائية أو الطبية."[4] فالمسؤولية

---

[1] محمد كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 290- 291.

[2] علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق، ص 630.

[3] جندي عبد الملك: المرجع السابق، ص 64.

[4] علي مصباح إبراهيم: مسؤولية الطبيب الجزائية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج1، ط2 ، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي، لبنان، 2004، ص 520. وجاء في نفس السياق التعريف التالي :

"La responsabilité pénale du médecin est le fait pour lui d'avoir à répondre d'une infraction au droit pénale devant les juridictions a la déférence des autre sortes de responsabilité médicale la responsabilité pénale suppose une sanction pénale".Voir Omar DOUMOU: La responsabilité médicale, rapport du thème principal

الجنائية الطبية هي مساءلة الطبيب عن أفعال ارتكبها مشكلا جريمة يعاقب عليها القانون وعليه يعامل الطبيب كأي شخص ارتكب جريمة.[1] ومن الجرائم الطبية جريمة الامتناع عن تقديم العلاج والمساعدة الطبية، إفشاء السر المهني، استخدام وتسهيل تعاطي وكتابة العقاقير المخدرة . فالمسؤولية الطبية في المجال الجنائي شهدت تطورا مذهلا وعليه سيتم التعرض لتطور المسؤولية الجنائية للطبيب عبر العصور(الفرع الأول) ثم تطور المسؤولية الجنائية للطبيب في مختلف القوانين الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تطور المسؤولية الجنائية للطبيب عبر العصور.

عرفت الأمم السابقة الطب حيث لقي اهتماما كبيرا، ومر بعدة عصور اختلف فيها تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب ثم معاقبته أو إعفائه من العقوبة، ابتداء بالعصور القديمة (أولا) ثم العصور الوسطى(ثانيا) ثم العصر الإسلامي(ثالثا).

---

du septième congrès médical national, société Marocaine des sciences médicales, Rabat, 1989, p89.

[1] منصور عمر المعايطة: المرجع السابق، ص 33. على أن تشدد العقوبة إذا كان عامل المهنة مسهلا لارتكاب الجريمة كجريمة الإجهاض فقد عاقب المشرع الجزائري كل من يساعد سواء كان طبيا أو صيدليا أو كل من يمارس مهنة الطب بصفة عامة وشدد العقوبة التي تصل إلى الحرمان والمنع من الإقامة انظر المادة 306 من قانون رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن ق ع : "الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 من هذا القانون.
ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة."

نفس الشيء أكده المشرع الأردني في نص المادة 325 من قانون العقوبات بقوله: " ...وإذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل طبيبا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة يزاد على العقوبة ثلثه." نقلا عن منصور عمر المعايطة : المرجع السابق ،ص33.

أولا: في العصور القديمة .

عند قدماء المصريين كان الكهنة هم الأطباء فالكاهن يقرر مظاهر المرض ويعطي أنواع العلاج حيث وضعوا كتاب مقدس اشتمل على قواعد علاج الأمراض وكان يفرض على الطبيب إتباعه.[1]

وكان جزاء الإخلال بقواعد ممارسة مهنة الطب ووفاة المريض إعدام الطبيب إذا ثبت مخالفته للكتاب المقدس أما إذا اتبع قواعد العلاج المدونة في الكتاب المقدس فلا مسؤولية عليه حتى ولو مات المريض فالاعتقاد السائد آنذاك عدم قدرة أي إنسان الوصول إلى وسائل علاجية أفضل من تلك الموجودة في الكتاب المقدس[2].

ونفس الشيء عند الآشوريين والبابليين الذين برعوا أيضا في الطب واسند في البداية للكهنة ثم بعد ذلك انفصلت مهنة الطب على الكاهن ولعل أبرز ما ظهر هو شريعة حمورابي التي احتوت على 272 مادة منها ما يتعلق بالطب ومنها ما تعلق بتنظيم شؤون الحياة وكان فيها نوعا من التشديد في العقوبة[3] ، مما أثر سلبا وأدى إلى عدم الإقبال على هذه المهنة.

أما الطب عند اليهود فلم يسند للكهنة حيث كانت لهم مهمة الإشراف على العلاج في حالات الأمراض المعديّة. وكانوا أول من وضع الترخيص بمزاولة مهنة الطب حيث كان يسمح بذلك من طرف مجلس القضاء المحلي. أما عن المسؤولية فيسأل الطبيب عما أحدثه من أضرار للمريض نتيجة نقص في كفايته خاصة إذا كان بغير

---

[1] حسان شمسي باشا، محمد علي البار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ط1، دار القلم ، دمشق، 2004، ص 15.

[2] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 17.

[3] حيث جاء في نص المادة 217 من قانون حمو رابي:" إذا كان الجراح قد أحدث قطعا عميقا في جسم رجل حر بمبضع من البرونز وتسبب في موت الرجل أو كان قد فتح اللحمية في عين رجل أو أتلف بالتالي عين الرجل تقطع يده". انظر حسان شمسي باشا، محمد علي البار: المرجع السابق، ص 15.

أجر أي الاكتفاء بالتعويض المدني وعدم المساءلة جنائيا واكتفوا بمعاقبة الطبيب غير اليهودي على خطئه إذا عالج مريضا يهوديا وكانت العقوبة تصل إلى حد الإعدام[1].

أما الطب عند اليونان كانت ممارسته مقتصرة على الأحرار دون العبيد ولم تكن تتطلب أي مؤهل علمي ومن حيث المسؤولية فقد نادى أفلاطون بإخلاء الطبيب من المسؤولية إذا بذل ما يجب عليه من جهد وعناية بالمريض حسب الأصول المتبعة في الطب.

والطب عند الرومان كان مباحا لأي شخص دون تمييز فلم يشترط الرومان أي شروط وعرفوا المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، ولم يتمتع الطبيب بأي نوع من الحصانة وكانوا يفرقون بين الضرر الناتج عن العمد والضرر الناتج عن الخطأ، أما الضرر الذي يقع على جسم الإنسان فيحقق المسؤولية الجنائية للطبيب إذا وقع عمدا. فإذا كان الطبيب من طبقة راقية وأدت معالجته إلى وفاة مريض روماني فالطبيب ينفى من البلاد إلى جزيرة نائية، وفي حال كان الطبيب من طبقة وضيعة فإنه يعدم، وإذا كان المريض من الرقيق فعلى الطبيب تعويض مالكه بدفع ثمنه.[2] وبعد تقدم المدينة واشتغال الأحرار بهذه المهنة بدأت العقوبات تخفف و أصبح الأطباء يتمتعون بقدر من الحصانة في مجال تطبيق العقوبات طبقا للقانون الروماني.

ثانيا: في العصور الوسطى.

لم يعرف القانون الكنيسي تقدما كبيرا في مجال الطب بالرغم من أنهم عرفوا المسؤولية المدنية والجنائية فكانت المسؤولية الجنائية تطبق عند القوط الشرقيين بمعنى إذا مات المريض يتم تسليم الطبيب إلى أسرة المريض المتوفى من أجل اختيار

[1] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق ، ص 20.

[2] حسان شمسي باشا، محمد علي البار :المرجع السابق، ص18.

العقوبة المناسبة أما القوط الغربيين طبقوا المسؤولية المدنية واعتبروا مصاريف العلاج بمثابة تعويض، فإذا أخفق الطبيب يسقط حقه في أجره ولا مجال لتنفيذ العقد.[1]

كما فرق القانون الكنيسي بين الأخطاء الطبية وميّز بين الخطأ الجسيم والخطأ الجسيم جدا والخطأ الأكثر جسامة وقدر لكل واحد من هذه الأخطاء عقاب يتناسب مع جسامته وكان ذلك مستمدا من القانون الكنيسي أو القانون الوضعي أو القانونين معا. أما عن أخطاء الأطباء المعاقب عليها فلا يسأل الطبيب إلا عن خطئه وبالنسبة لإهمال الطبيب أو تأخره في عيادة المريض أو وصف دواء غير ناجح أو خطأ في التشخيص ، مما يعرف الآن في الفقه والقضاء الحديث بتفويت فرصة الشفاء .[2]

ثالثا: في الشريعة الإسلامية.

كانت مهنة الطب لا تمارس إلا بعد امتحان من طرف المحتسب وكان من واجب المحتسب النظر في أعمال الأطباء والصيادلة والحجامين وغيرهم وكبار الأطباء للحصول على إجازة ممارسة هذه المهنة وكان يشترط في الطبيب إتباع أصول المهنة.[3] فإذا شفي المريض أخذ الطبيب أجرته وإذا مات حضر أولياؤه عند الحكيم المشهور ليتم عرض النسخ التي كتبها الطبيب للمريض فإن وجدها حسب الحكمة وصناعة الطب فلا مجال لمساءلة الطبيب، أما إذا وجد خلاف ذلك فيتم أخذ الدية من الطبيب لتقصيره أو سوء صناعته.[4] والشريعة الإسلامية عرفت المسؤولية الطبية حيث أن الطبيب الجاهل إذا خدع المريض بمعرفته بالعلوم الطبية وأذن له بالتدخل في

---

[1] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص28.

[2] نفس المرجع : ص 28 .

[3] كان الخليفة العباسي المقتدر يأمر طبيبه سنان بن ثابت بن قرة الحراني ، الذي كان يقوم على إدارة مستشفيات بغداد أن يمتحن أطباء بغداد وامتحن ما يقارب 800 طبيب ، مانحا كل من ينجح في الامتحان إجازة لما يصلح أن يتصرف فيه من الطب ، أما من لم ينجح في الامتحان فيمنع من ممارسة الطب .انظر رايس محمد :المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ،المرجع السابق ،ص50.

[4] حسان شمسي باشا، محمد علي البار: المرجع السابق، ص19.

علاجه ظنا من المريض بمعرفة الطبيب وأدى ذلك إلى موت أو إصابة المريض بأذى ألزم الطبيب بدفع الدية عن النفس أو بتعويض الأذى اللاحق بالمريض ولا يطبق القصاص في حال استئذان الطبيب بعلاج المريض وتطبق عقوبة التعزير كالضرب الحبس أو الغرامة. أما في حالة توافر الرضا وعلم المريض مع ذلك سمح له بالعلاج فبعض علماء الشريعة الاسلامية ينفون المسؤولية المدنية عن الطبيب المعالج.[1]

يتضح مما سبق أن المسؤولية الطبية بصفة عامة لم تظهر في العصر الحديث فقط بل كانت نتيجة تطور عبر هذه العصور، فعرفوا عقوبات قاسية أحيانا وردعية ، إلا أن الشريعة الإسلامية حددت بدقة المسؤولية للطبيب وفقا للخطأ المرتكب حتى لا يبتعد الناس عن تعلم هذه المهنة.

الفرع الثاني: تطور المسؤولية الجنائية للطبيب في القانون الوضعي.

عرفت المسؤولية الطبية بصفة عامة تطورا عبر العصور كما لاحظنا من قبل حيث كانت العقوبات نوعا ما غريبة مقارنة مع الجرم المرتكب من قبل الطبيب مما انعكس سلبا على ممارسة هذه المهنة ، فأحجم كثير من الأطباء عن مزاولة مهنة الطب إلا بشرط عدم المسؤولية كما حدث عندما طلب ملك "أورشليم" الأطباء لعلاجه فرفضوا واشترطوا عدم مسؤوليتهم في حال إخفاقهم .[2] إلا أن ما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية انعكس على معظم النظم القانونية وستكون البداية بالقانون الفرنسي (أولا) ثم القانون المصري(ثانيا) والقانون الجزائري (ثالثا).

---

[1] يوسف جمعة يوسف حداد: المرجع السابق ، ص 18. كما أقرت مبادئ الشريعة الإسلامية مسؤولية الطبيب في حالة الخطأ في تطبيق العلاج ولحق بالمريض ضرر زاد عن الثلث ، فتلتزم قبيلته بالتعويض وإلا بدفع الدية من ماله الخاص إن لم تكن له قبيلة. وفي رأي آخر تدفع الدية من بيت مال المسلمين على اعتبار أن خطأ الطبيب كخطأ القاضي والحاكم فإذا قل الضرر عن الثلث فلا مسؤولية عليه رغم أن الطبيب حاذق ومتعلم وله إذن كل من الشارع والمريض. انظر رايس محمد :المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ،المرجع السابق ،ص51-52

[2] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق ، ص 29 .

أولا: القانون الفرنسي.

صدر في فرنسا أول قانون منظم لمهنة الطب عام 1803 وهو المعروف بقانون "19 فنتور" والذي نص على أحكام هامة تتعلق بالممارسة غير المشروعة لمهنة الطب حيث لا يجوز لموظفي الصحة إجراء عمليات جراحية خطيرة إلا تحت إشراف طبيب. ولا يحق للقابلات إجراء عمليات جراحية إلا تحت إشراف طبيب ويجوز لمعاون الصحة إجراء عمليات جراحية كبرى تحت إشراف ومراقبة الطبيب في الأماكن التي يقوم فيها.[1]

ثم صدر قانون 1892 الذي اتبع منذ 30 نوفمبر 1892 وسار على نهجه مرسوم 24 سبتمبر 1945 وقانون الصحة العامة في 11 ماي 1955 والملاحظ على تشريع 30 نوفمبر 1892 أنه غير صفة جريمة الممارسة غير المشروعة من مخالفة إلى جنحة وأضاف إلى جريمة الممارسة غير المشروعة الاعتياد أو دوام الممارسة.[2]

ووجدت عدة تشريعات فيما بعد كقانون أخلاقيات الطب في فرنسا الذي صدر في 24 سبتمبر 1945 كأول تشريع من قبل نقابة الأطباء وصدرت عليه عدة عليه تعديلات[3] وتضمن هذا القانون كل التزامات وواجبات الطبيب نحو المهنة والمريض كالمحافظة على سر المهنة ومسؤولية الطبيب بصفة عامة.[4]

ومع ظهور ممارسات طبية وعلاقتها بحرمة الكيان الجسدي ظهر ما يسمى بعلم أخلاقيات العلوم الأحيائية وهو ما يعالج الممارسات الطبية والعلمية الحديثة من حيث مدى شرعيتها والضوابط القانونية التي يجب أن تحكمها وظهر هذا العلم في مطلع

---

[1] رايس محمد :المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ،المرجع السابق ، ص 28.

[2] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 42.

[3] من بين التعديلات لقانون أخلاقيات الطب صدور قانون بتاريخ 28 يونيه سنة 1989 ونشر بالجريدة رسمية في 30 يونيه 1948 نقلا عن نفس المرجع : ص44.

[4] نفس المرجع ، ص 44.

السبعينات من القرن الماضي ويتناول الجوانب القانونية والأخلاقية والاجتماعية والصحية للممارسة الطبية والعلمية. ومن أبرز التشريعات تشريع رقم 653 ورقم654 سنة 1994[1]، حيث اشتملا هذان القانونان على تنظيم شبكة متكاملة للممارسات الطبية والعلمية وجزاء مخالفة هذه الضوابط والقوانين من قبل الأطباء بما لا يتعارض مع قانون العقوبات الفرنسي .

ثانيا : القانون المصري.

أول تشريع صدر في مصر كان عام 1891 حيث أصدر المشرع المصري في 13 يونيه سنة 1891 لائحة تعاطي صناعة الطب تضمنت نصوصا تحرم الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب. وفي 28 أكتوبر 1968 صدر قانون رقم 66 لسنة 1928 ونص المشرع المصري فيه لأول مرة على العمل الطبي وشروطه ثم صدر تعديلا بالقانون رقم 142 في 22 سبتمبر 1948 أضاف فيه شرط الجنسية والقيد بسجل الأطباء بوزارة الصحة والنقابة العليا للمهن الطبية وعدل عقوبة جريمة ممارسة الطب غير المشروعة وجعلها جنحة بدلا من المخالفة.[2]

ولم توجد نصوص خاصة بالمسؤولية المدنية أو الجنائية فجاءت النصوص عامة تنطبق على الأطباء وغيرهم،[3] مثلما هو الحال في القانون الجزائري.

---

[1] Loi N° 94-653 DU 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain et La Loi N° 94-654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal .Voir Daniel Borrillo : Bioéthique, Editions DALLOZ, Paris ,2011, P 143 .

[2] أسامة عبد الله لقايد: المرجع السابق، ص 48.

[3] يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق، ص 30.

ثالثا : القانون الجزائري.

تناول المشرع الجزائري مهنة الطب بعد الاستقلال وضبط ممارسة أحكام مهنة الطب وسلوك الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان من خلال نصوص قانونية وإحداث هيئات خاصة بهذه المهنة .

1-النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب :

كان أول نص قانوني بموجب الأمر رقم 65/66 يتعلق بتنظيم مهنة الطب المؤرخ في 1966/6/4 و جمع هذا القانون أربعة مهن في نص واحد ووضع لها قواعد عامة مشتركة لكن في شروط الممارسة ووضع لكل مهنة احكاما خاصة بها سواء تعلق الأمر بالممارسين في القطاع العام بالمؤسسات الاستشفائية على اختلافها أو الممارسين في العيادات والمحلات الخاصة لحسابهم كما نص على هيئة تجمع هذه المهن وهي الاتحاد الطبي الجزائري.

هذا القانون لم يحدد الالتزامات المهنية ولا الأدبية للأطباء والصيادلة وجراحي الاسنان والقابلات واعتبرهم موظفين عامين يخضعون الى قانون الأساسي العام للوظيف العمومي.[1] ورتب عليهم التزاما عاما ولم يعالج المسؤولية الطبية بمفهومها الشامل.

ثم جاء مرسوم رقم67/66 المتعلق بكيفيات تطبيق الامر 65/66 وتضمن هذا المرسوم طريقة عمل المرافق العمومية والمؤسسات الاستشفائية والعيادات الخاصة وكيفية تلقي الأجور ولم يشر إلى شروط ممارسة المهنة الطبية وآدابها ولا للمسؤولية

[1] انظر نص المادة الخامسة من قانون رقم 66-65 المتعلق بتنظيم مهنة الطب المؤرخ في 1966/6/4 السالف ذكره.

الطبية لأن المشرع اعتبر ممارسي مهنة الطب موظفين وليس أصحاب مهنة ذات طبيعة خاصة.[1]

بعد ذلك صدر قانون 79/76[2] الذي نص على شروط ممارسة مهنة الطب وجراح الأسنان من المواد 14 إلى 17 ومن 311 إلى 313 بالنسبة للصيادلة كما رتب عقوبات جزائية على الممارسة غير شرعية لمهنة الطب أو استعانة أسماء الغير في الممارسة الطبية وتم إلغاء هذا القانون الذي حل محله القانون رقم 05/85[3] وجسد هذا القانون الحقوق والواجبات المتعلقة بالصحة وأعطى الاهتمام للجانب المعنوي والجسدي للإنسان وتناول أيضا الوقاية من الأمراض المهنية ومكافحتها وعالج موضوع عمليات نقل الأعضاء وزرعها.

بالمقابل تعرض للأحكام الجزائية المتعلقة بمستخدمي الصحة في الباب الثامن حيث خصص الفصل الأول للممارسة غير المشروعة للطب والصيدلة وحالة عدم مراعاة إلزامية السر المهني.[4]

أما الفصل الثاني منه أورد أحكام جزائية تتعلق بالمواد الصيدلانية والفصل الثالث خصص لأحكام جزائية تتعلق بالصحة العمومية ومكافحة الأوبئة. ويلاحظ على قانون الصحة أنه لم ينص صراحة على المسؤولية الجنائية للطبيب بل يحيل إلى نصوص

---

[1] انظر بداوي علي: مقال بعنوان الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون ، ملف المسؤولية الطبية ، موسوعة الفكر القانوني ،مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية ، بدون سنة ،ص33.

[2] الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 29 شوال 1396هـ الموافق ل 23اكتوبر 1976المتضمن قانون الصحة العامة.

[3] القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1425هـ الموافق ل 16- 02- 1985 المتضمن حماية الصحة وترقيتها والذي تم تعديله بقانون رقم 17/90 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ الموافق ل 31- 07- 1990 ، ج ر رقم 35 لسنة 1990 .

[4] حيث جاء في نص المادة 235 : " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206و226 من هدا القانون ." من قانون ح. ص .ت السالف الذكر.

قانون العقوبات بالرغم من أنه نص على أحكام جزائية تتعلق بالمواد الصيدلانية في المواد من 241 إلى 265 منه .

ثم صدر الأمر رقم 07/06 [1] الذي جاء بتعديل بعض أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها المتعلقة بإنشاء هياكل إقامة صحية يحكمها المبدأ التجاري ويمكن أن تكون عمومية أو خاصة على أن يتم تحديد مهامها وفقا للتنظيم.[2] وكذا الخدمة المدنية للأطباء التي تتراوح مابين سنة إلى أربع سنوات حسب المناطق .[3] وصدر أيضا تعديل لقانون الصحة بالقانون رقم 13/08 الخاص بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية[4]، حيث نص على مفهوم المواد الصيدلانية[5] ومفهوم الدواء[6] و إلزامية الإعلام الطبي والعلمي والإشهار في هذا المجال وفقا لأحدث معطيات البحث الطبي و العلمي.[7] بالإضافة إلى تشكيل وتنظيم الوكالات المتعلقة بالمواد الصيدلانية المستعملة في الطب

[1] الأمر رقم 07/06 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1427 هـ الموافق ل يوليو 2006 يعدل ويتمم القانون رقم 05/85 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 16 فبراير 1985 والمتعلق ب ق.ح.ت ، ج ر رقم 47 مؤرخة في 19 يوليو 2006 .

[2] المادة 2 : تتمم أحكام المادة 9 من القانون رقم 85-05 من ق.ح.ت :" .....يمكن كذلك إنشاء هياكل إقامة تدعم الهياكل الصحية ويحكمها المبدأ التجاري ويمكن أن تكون هذه الهياكل عمومية أو خاصة يحدد مهامها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم ." من الأمر 07/06 السالف الذكر.

[3] المادة 7 :" .....تتراوح مدة الخدمة المدنية بين سنة واحدة و 04 سنوات حسب المناطق." من الأمر رقم07/06 السالف الذكر.

[4] القانون رقم 13/08 المؤرخ في 30 يوليو 2008م المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها الصادر بتاريخ 20 جوان 2008م ، ج ر رقم 44 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008م .

[5] انظر المادة 169 من نفس القانون.

[6] انظر المادة 170 من نفس القانون.

[7] انظر المادة 194 من نفس القانون.

البشري.[1] كما أدرج فصل خاص بالأحكام الجزائية المتعلقة بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية ومن أهمها تجريم الاتجار بالدم البشري .[2]

ويضاف إلى النصوص المنظمة لمهنة الطب مدونة أخلاقيات الطب [3]، التي ورد فيها فيها كل واجبات وحقوق الطبيب سواء ماتعلق باحترام حياة الفرد وشخصيته البشرية[4] ، ، خدمة المريض، الدفاع عن صحته البدنية والعقلية والتخفيف من معاناته في حدود احترام كرامة الإنسان دون تمييز.[5]

وأقرت هذه المدونة للمريض حرية اختيار طبيبه وحقه في العلاج.[6] بل جعلت امتناع الطبيب عن تقديم العلاج خلل بواجباته يترتب عليه في بعض الأحيان جنحة تتمثل في عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر طبقا لنص المادة 182 من قانون العقوبات[7] وتقع عليه المسؤولية المدنية والجنائية.

كما تعرضت لطرق الممارسة الطبية في شقين ؛ أولهما الممارسة المتعلقة بالزبائن الخواص فمنعت الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب واستقبال الزبائن بطرق مشبوهة

---

[1] انظر المادة 173 –1 وما يليها من نفس القانون.

[2] انظر المادة 263 وما يليها من نفس القانون.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق ل 06 جويلية 1992المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، ج ر بتاريخ 07 محرم 1413هـ الموافق ل 08 جويلية 1992، العدد 52 .

[4] نص المادة 06 من نفس ق. م. ط: "يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري."

[5] نص المادة 07 من نفس ق .م .ط:" تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من المعاناة ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب ."

[6] ورد ذلك في نص المادة 42 من نفس ق.م.ط: " للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح الأسنان أو مغادرته وينبغي للطبيب أن يحترم حق المريض هذا..... ."

[7] نص المادة 182:" ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب إغاثة له وذلك دون أن تكون خطورة عليه او على الغير ..." من ق ع السالف الذكر .

وثانيها ماتعلق بالخبرة الطبية بناء على حكم قضائي أو سلطة مخول لها ذلك من أجل تقدير الحالة العقلية أو الجسدية لشخص ما وضرورة التقييد بالمهمة المسندة بمقتضى الحكم أو القرار ولا يمكن أن يكون طبيبا معالجا وخبيرا في ذات الوقت لنفس المريض.[1] ثم تحدثت عن الزمالة و علاقة الأطباء فيما بينهم وجراحي الأسنان والصيادلة وعلاقة هؤلاء بأعضاء باقي فروع الصحة وفي النهاية أحكام مختلفة.

ب-الهيئات الخاصة بمهنة الطب .

إن قانون حماية الصحة وترقيتها نص على مجلسين : هما المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة بمقتضى نص المادة 168 فقرة أولى من قانون الصحة وحدد تشكيل هذا المجلس مرسوم تنفيذي رقم 96-122 المؤرخ في06 ابريل 1996[2] ومن مهامه الأساسية وفقا لنص المادة السالفة الذكر، العمل على تقديم كل التوجيهات والتوصيات الضرورية في مجال نقل الأعضاء البشرية وزرعها وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع احترام حياة الإنسان وسلامته البدنية وكرامته.[3]

أما المجلس الثاني فهو المجلس الوطني للآداب الطبية الذي يسهر على ترقية مهنة الطب كما يضطلع رفقة المجالس الجهوية بالسلطة التأديبية والبث في المخالفات المتعلقة بقواعد الآداب الطبية . كما يمكن للعدالة الالتماس من هذا المجلس توضيح

[1] انظر المواد 95 ،96،97 من ق.م.ط السالف الذكر.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 96-122 المنظم للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية ، ج ر عدد 22 لسنة 1996.

[3] نص المادة 168 الفقرة الأولى المعدلة بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق ب ق.ح.ت السالف الذكر: "ينشا مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية ،يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته ، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية للمشروع ....."

الصعوبات المرتبطة بتقدير الخطأ الطبي كلما رفعت دعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية باعتبارهم أهل الاختصاص لتقديم الاستشارة العلمية التقنية اللازمة.[1] وتتولى هذه المجالس النظر في الدعاوى التأديبية المقامة ضد الأطباء نتيجة إخلالهم بواجباتهم المهنية من ثم البث فيها بالحفظ أو الإدانة وتسليط عقوبة الإنذار،التوبيخ أو منع الممارسة وغلق العيادة وهذا لا يوقف الدعوى المدنية والجزائية إذا توافرت أركانها وشروطها [2]؛ حيث أن قرارات المجالس الجهوية لأخلاقيات العلوم الطبية قابلة للطعن أمام المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية خلال 06 أشهر وقرارات هذه الأخيرة تكون قابلة للطعن أمام مجلس الدولة خلال مدة 12 شهرا .[3]

أما بالنسبة لشروط هذا المجلس وكيفية تسييره والضوابط التي تحكمه حددت بمرسوم رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

إن المسؤولية الجنائية للطبيب موضوع يثير حساسية كبيرة لاتصال عمل الطبيب بسلامة وحياة الإنسان لا سيما مع التقدم العلمي في هذا المجال ، فكان لابد من وضع إطار قانوني لتحديد الممارسة الطبية لاسيما وأنه عمل يقوم به شخص متخصص ومؤهل تأهيل علمي وفقا للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في العمل الطبي وهي كما يلي :

– ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب :المشرع الجزائري خصص فصل كامل وعنونه ب " شروط مهن الصحة ونظامها" [4]ويضاف إلى ذلك مدونة أخلاقيات الطب الخاصة بجميع ممارسي الطب سواء أطباء أو صيادلة وأطباء الأسنان أو مساعدي الأطباء.[1]

---

[1] انظر المادة 267 فقرة ثالثة من ق.ح.ت السالف الذكر .

[2] رايس محمد :المسؤولية المدنية في ضوء القانون الجزائري ،المرجع السابق،ص86.

[3] انظر المادة 267 فقرة رابعة من ق.ح.ت السالف الذكر .

[4] من المواد 197 إلى 227 من قانون 85_05 الصادر بتاريخ 1985/02/16 المتمم والمكمل بالقانون رقم 90/ 17 المؤرخ في 31- 07- 1990 المتعلق ب ق.ح.ت السالف الذكر .

-إتباع الأصول العلمية في الطب : الأصول العلمية الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء ويجب أن يعلمها كل طبيب وقت تنفيذه العمل الطبي.

-تحديد علاج للمريض وتخفيف ما يشعر به من آلام بتخليصه من المرض كليا أو جزئيا لذلك خول القانون للطبيب حق ممارسة الأعمال الطبية والجراحية.

- رضا المريض قبل البدء في العلاج مبدأ يقوم على أساس حرية المريض واحترام حقوقه فلا يجوز المساس بجسده بغير رضاه وكل اعتداء على حريته أو حقوقه يرتب مسؤولية على من ارتكب ذلك متى كان في استطاعته الحصول على رضا المريض.

بعد ذلك تم التطرق إلى مراحل العمل الطبي ابتداء بمرحلة فحص الحالة الصحية للمريض فحصا ظاهريا عن طريق ملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية ثم مرحلة تحديد العلاج المناسب للمريض فالتشخيص والعلاج يتصل أحدهما بالآخر لتتبع حالة المريض لتأتي مرحلة الوصفة الطبية وهي المستند الذي يثبت فيه الطبيب ما انتهى إليه من فحص وتشخيص وكل ذلك يحتاج إلى رقابة علاجية فالفترة اللاحقة للعملية لها أهمية بالغة في نجاح أو فشل العملية الجراحية وحتى في العمليات غير الجراحية.

ومن هنا تظهر الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجنائية ورأينا كيف تطورت هذه الأخيرة وتغيرت النظرة المادية للمسؤولية الجنائية حين بدأت تتسرب فكرة الإرادة الحرة وحرية الاختيار إلى مجال الجريمة والمسؤولية الجنائية الناجمة عنها وكانت الشريعة الإسلامية السباقة في تحديد المسؤولية الجنائية وجعلت العقوبة تناسب الجرم المرتكب مما انعكس على جل القوانين الوضعية كالقانون الفرنسي والمصري.

ورأينا كيف تطور القانون الطبي لاسيما الجزائري من خلال النصوص القانونية وكذا الهيئات الخاصة بمهنة الطب من أجل توفير الحرية اللازمة للأطباء لمعالجة مرضاهم فوضع الطبيب تحت الرقابة المستمرة يجعله في إحجام عن تقديم وتبتي طرق لازمة

[1] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 الصادر بتاريخ 1994/07/06 المتضمن مدونة ق.م .ط السالفة الذكر .

للحالة المرضية المعروضة أمامه فلا بد من وجود ثقة واطمئنان ، من ثم سنحاول معالجة موضوع له صلة بالعمل الطبي وهو عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها والأخطاء الطبية الناجمة عنها.

الباب الأول:
الأساس الشرعي
والقانوني لعمليات
نقل وزرع الأعضاء البشرية

الباب الأول: الأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

شهد العصر الحديث تطورا مذهلا في المجال الطبي ، أدى ذلك إلى تجاوز الوسائل التقليدية للعلاج لاسيما الأمراض التي لا تقوى الأدوية على شفاءها وإنقاذ البشرية من خطر الموت وساهم ذلك في تغيير بعض المفاهيم والقواعد المستقر عليها طبيا وقانونيا. فعلى المستوى الطبي لم يعد الطبيب صاحب القرار الوحيد في علاج المريض، تحت غطاء جهل المريض للأمور الطبية وعدم فهمه خاصة إذا كان المرض صعبا ومعقدا، بل أصبح للمريض الحق في التعبير عن رضاءه الحر والمستنير لقبوله العلاج أو رفضه تبعا لحالته الصحية .

ومع اكتشاف الأهمية العلاجية للجسم البشري باعتباره يشكل مخزونا للأعضاء البشرية التي يمكن الاستعانة بها لشفاء الأمراض المستعصية، تصادم ذلك مع مبدأ حرمة الكيان الجسدي على المستوى القانوني. فأمام جمود هذا المبدأ لن يصل الطب إلى التقدم الحالي فتصدى لذلك رجال الفقه الإسلامي والقانوني والأخلاقيين لوضع الأطر الشرعية و القانونية و الأخلاقية للتوفيق بين ما أفرزته الثورة البيولوجية الحديثة وتمكين الأطباء من البحت و تطوير أساليب العلاج دون عائق يحرم الإنسان من ذلك . وفي المقابل كان لابد من احترام مجموعة من المبادئ كاستقلالية الشخص ، الحفاظ على كرامته الإنسانية ومراعاة النظام العام والآداب العامة لتحكم الممارسات الطبية والعلمية الحديثة ولا يشكل تطورها خطورة على الحياة البشرية .

وتعتبر عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها من الأعمال الطبية التي أثارت جدلا واسعا، فبدأت بنقل جزء من حيوان إلى إنسان ثم تطورت ليتم النقل على مستوى جسم الإنسان نفسه وهذا في حالة نقل الأنسجة كترقيع الجلد ثم تطورت لتشمل نقل الأعضاء البشرية في ما بين الأحياء و من جثث المتوفين .

من خلال ما سبق ، سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول: الأساس الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الفصل الثاني: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الفصل الأول:
الأساس الشرعي
لعمليات نقل وزرع
الأعضاء البشرية

تعرف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بأنها نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف هذا بصفة عامة.[1] ورغم ظهور هذه العمليات حديثا إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية استخرجوا الأدلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية معتمدين على القياس وطرق الاستدلال المعتمدة في الشريعة الإسلامية وظهرت عدة اختلافات فقهية، خصوصا أمام الفراغ القانوني الذي وجد حين ظهرت هذه العمليات في الدول العربية والإسلامية. ويشير الفقه الإسلامي إلى عدم وجود نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية يعالج مسألة استقطاع الأعضاء البشرية لغرض زرعها في جسم إنسان آخر باستثناء بعض النصوص القرآنية المجيزة بالانتفاع بلبن الأم المرضعة كقوله عز وجل: "" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ.. ".[2] وقوله عز وجل :" فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ."[3] فالحليب من المرضعة جزء متجدد وهو مال مقوم يمكن أن يكون محلا مشروعا للعقد على رأي بعض الفقهاء المسلمين على أساس أن عقد الرضاعة يقرب من التعاقد على قوة الآدمي أي عقد عمل .[4] وأمام عدم وجود نصوص شرعية صريحة كان لا بد من معرفة الآراء الفقهية الإسلامية التي تدرجت بين القبول والرفض، لكل رأي دليل شرعي مستنبط من آيات القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وهذا ما سنناقشه من خلال هذا الفصل وفقا للمبحثين التاليين :

المبحث الأول: التعامل بأعضاء جسم الإنسان.

المبحث الثاني: الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

---

[1] أسامة عبد العليم الشيخ : قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دون ط ، دار الجامعة الجديدة ، طنطا ، 2007، ص603.

[2] سورة البقرة : الآية 233.

[3] سورة الطلاق: الآية 6.

[4] منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص40.

المبحث الأول: التعامل بأعضاء جسم الإنسان .

أثارت مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية جدلا حول مسألة التعامل بأعضاء جسم الإنسان من وجهتين ، فالوجهة الأولى : أن التصرف أو التعامل يرد على ما ثبتت ملكيته لصاحبه وباعتبار ما كان للإنسان من حق انتفاع على جسمه ولما كانت ملكية الرقبة لبارئها عز وجل فإن التصرف من جانب الشخص في جسمه أو جزء منه يعد تصرفا خارج عن نطاق ملكيته وبالتالي تنتفي صفة المشروعية.[1]

والوجهة الثانية:أن جسم الإنسان لا يدخل في نطاق المعاملات المالية من ثم لا يجوز أن يكون محلا للتعامل أو التصرف فيه حتى ولو كان هبة أو تبرع لإلزامية ورود مثل هذه التصرفات على الأموال فقط ولا يختلف الحكم سواء كان واردا على كامل الجسد أو جزء منه متصلا أو منفصلا.[2] فضلا عن طهارة جسم الإنسان وتكريمه عن سائر المخلوقات سواء كان حيا أو ميتا ، من ثم سيتم التطرق لمفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (المطلب الأول) والتعرض للموقف الفقهي الإسلامي من عمليات نقل الأعضاء وزرعها بين الأحياء(المطلب الثاني) ثم من جثث المتوفين (المطلب الثالث).

المطلب الأول : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

مصدر هذه العمليات الأعضاء البشرية سواء متجددة أو غير متجددة ، ويخرج من مجال هذه الدراسة أعضاء الحيوانات وإن كان جائز الانتفاع بها وفقا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية ، فالانتفاع بأعضاء الحيوان أولى من الانتفاع بأعضاء إنسان واشترط بعض الفقهاء الضرورة الشرعية وأن يكون الحيوان مأكول اللحم.[3] ويتم التعرض في هذا المطلب إلى مفهوم العضو البشري (الفرع الأول) والأعضاء البشرية القابلة للنقل من عدمها (الفرع الثاني).

---

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار المطبوعات الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2002 ، ص98.

[2] نفس المرجع: ص98.

[3] شيرين عبد الحميد نبيه : نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر ، مصر ، 2008 ، ص 11 .

الفرع الأول : مفهوم عمليات نقل الأعضاء البشرية .

كانت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تقتصر في البداية على النقل الذاتي[1]، بمعنى نقل العضو من مكان من جسد المريض إلى مكان آخر من نفس الجسد ومثال ذلك نقل الجلد أو العظام وبعد ذلك تطورت هده العمليات لتكون فيم بين الأحياء ومن جثث المتوفين وسيتم تعريف العضو البشري (أولا) ثم مفهوم عمليات نقل الأعضاء البشرية (ثانيا).

أولا : تعريف العضو البشري .

يعرف العضو لغة، بأنه كل لحم وافر بعظمه وعرفه صاحب المعجم الوسيط بأنه جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل ويعرف صاحب الكافي بأنه جزء تام من الجسم كاليد والرجل[2]، مع ذلك لا يمكن الأخذ بالمعنى اللغوي للعضو، فهذا يؤدي إلى إخراج طائفة كبيرة من عمليات نقل الأعضاء البشرية كعمليات نقل الدم ويقصد بالعضو البشري أيضا مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة محددة .[3] والمعنى الاصطلاحي للعضو البشري:" ذلك الجزء المحدد من الجسم البشري الذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالكبد أو القلب أو الكلية".[4] وعرفه المشرع الانجليزي في القانون الخاص بالأعضاء البشرية سنة 1989 في القسم السابع منه : "تكوين تركيبي من الأنسجة لا يمكن استعاضته عن طريق الجسم البشري لو تم استئصاله كله."[5] ويفهم

---

[1] إسماعيل مرحبا: البنوك الطبية الشرعية وأحكامها الفقهية ، ط1 ، دار الجوزي للنشر ، المملكة العربية السعودية ، شوال 1429 ، ص 72.

[2] محمد حماد مرهج الهيتي: التكنولوجية الحديثة والقانون الجنائي ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2004،ص18.

[3] منذر الفضل : المرجع السابق ، ص12 .

[4] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق، ص18.

[5] « Organ means any part of human body consisting of a structured arrangement of tissues which, if wholly removed ,can not be replicated by the body.

نقلا عن عمر أبو الفتوح الحمامي : الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون ، دراسة مقارنة ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010-2011 ، ص 144.

من ذلك استبعاد الأنسجة المتجددة كالدم والنخاع الشوكي .[1] والتشريعات العربية نجد المشرع المغربي عرفه:" ...بأنه كل عضو بشري سواء كان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد."[2] ويفهم من ذلك استبعاد الأعضاء التناسلية المساهمة في التوالد خوفا من اختلاط الأنساب. أما المشرع الجزائري لم يحدد معنى العضو البشري، غير أن المجمع الفقهي الإسلامي لسنة 1988 أتى بتعريف شامل بقوله:" أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلا به أو انفصل عنه والدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان المتجددة."[3] جاء هذا التعريف بمفهوم واسع وفتح آفاق أمام عمليات نقل الأعضاء وزرعها ليشمل كل مكونات الجسم سواء كان نسيجا أو خلايا أو دماء وكان يجب تحديد الأعضاء البشرية بدقة حتى لا تفتح مجالات أخرى كجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

ثانيا: تعريف عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

يقصد بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من إنسان حي ثم زرعه في إنسان آخر مضطر إليه رجاء نفعه في إطار ضوابط قانونية وقيود معينة. وبالمعنى الدقيق استئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل على أن يكون العضو قابلا للنقل من الناحية الفنية و القانونية. ويقصد بالناحية الفنية أن يكون العضو سليما وإلا انتفت الحكمة من نقله ويجب أن تكون حالة المعطي تسمح بذلك أما من الناحية القانونية أن يسمح المشرع بنقله.[4] إن أطراف عمليات نقل و زرع الأعضاء هم

[1] محمد حماد مرهج الهيتي :المرجع السابق، ص 18-19.

[2] Art 2 : "pour l'application de la présente loi, on entend par organe humain l'élément du corps humain, qu'il puisse se générer ou non, ainsi que les tissus humains à l'exclusion de ceux liés à la reproduction. " Voir la Lio n ° 16-98 du 5 Joumada 2_ 1420_16 septembre 1990 : JO n°4726 relative au don, au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains, p2300.

[3] عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص144.

[4] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق ، ص 20.

المعطي أو الواهب أي الشخص الذي يتبرع بعضو من أعضائه بغير مقابل.[1] من أجل علاج شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه ويطلق عليه اسم المستقبل للعضو والطرف الوسيط هو الطبيب الذي يقوم بعملية الاستئصال باعتباره المسؤول عن تحديد العضو القابل للنقل من الناحية الفنية.[2]

الفرع الثاني: أنواع الأعضاء البشرية.

تصنف الأعضاء البشرية إلى صنفين أعضاء قابلة للنقل (أولا) وأعضاء غير قابلة للنقل (ثانيا) ويتم التعرض لكل نوع على حدى وأهمية التمييز بين الأعضاء البشرية في تحديد مشروعية العملية سواء من الناحية الشرعية أو القانونية ، لاسيما في حالة الأعضاء غير قابلة للنقل.

أولا: الأعضاء البشرية القابلة للنقل.

هناك عدة أصناف منها، الأعضاء المزدوجة والمقصود بها الأعضاء التي لها نظير في الجسم كالعين والكلى والأذن والرئتين وتتميز بأنها غير متجددة الخلايا والأعضاء ذات الخلايا المتجددة كالجلد والدماء أما الأعضاء المنفردة، فهي التي ليس لها نظير في الجسم كالقلب والبنكرياس.

---

[1] Le donneur peut être une seule personne, mais le receveur peut être un seul bénéficiaire comme plusieurs. Un foie prélevé sur une personne décédée peut être divisé en plusieurs parties de sorte que plusieurs receveurs puissent bénéficier d'une greffe. Voir Abdelhafid OSSOUKINE, Op. Cit, p 406.

[2] Jean-François COLLANGE : Ethique et transplantation D'organes , Article : Bruno MOULIN, Philippe WOLF : Ethique et greffe (La place de médecin) , Ellipses édition marketing S.A .PARIS ,2000,P 144 .

وأجازت الشريعة الإسلامية الاستفادة بالأعضاء القابلة للزرع ومنها الكبد والبنكرياس بالنسبة للمصابين بداء السكري وحالات الفشل الكلوي.[1] وأمراض الكبد المزمنة وزرع الجلد لأغراض عمليات التجميل.[2]

وتأتي في المرتبة الأولى الأعضاء ذات الخلايا المتجددة لصفتها –أي التجديد – فالجسم قادر على تعويض الخلايا التي يتم نقلها أما الأعضاء المزدوجة فتأتي في المرتبة الثانية وهذا مقيد بإمكانية قيام العضو المتبقي بوظائفه ووظائف العضو المنقول.[3] وأكد المشرع الجزائري على عدم نقل عضو أساسي للحياة مادام هذا النقل يعرض حياة المتبرع للخطر ولو كان بموافقته طبقا لنص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها ،[4] فلا مجال للأخذ برضا المريض في هذه الحالة.

ثانيا: الأعضاء البشرية غير قابلة للنقل.

و هي الأعضاء المنفردة كقاعدة عامة لضرورتها في حياة الإنسان ولاستحالة الاستغناء عنها_يتم نقلها بعد الوفاة _ ويمكن استثناء بعض الأعضاء بالرغم من أنها منفردة لإمكانية عودتها لحجمها الطبيعي ومثال ذلك زراعة الكبد ، هذا ما أثبتته التجارب الطبية وفقا لما تم إعلانه في الدوائر الطبية الهندية عن نجاح نقل جزء من كبد الأم

---

[1] وهذا من خلال فتاوى الشيخ احمد حماني والتي اعتمدت داخل لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الأعلى. انظر الشيخ أحمد حماني: استشارات شرعية وفقهية، مجلة المجلس الأعلى الإسلامي، دورية في الثقافة الإسلامية إعطاء الإسلام في أخلاقيات الطب، العدد الثاني ، سنة 1999، ص439.

[2] وتتمثل الأعضاء التي يمكن زراعتها عامة في القلب والكلى والكبد والرئتين والبنكرياس والأمعاء وتشمل الأنسجة كلاً من العظام والأوتار (وكلاهما يُشار إليه بعمليات ترقيع العضلات والعظام) والقرنية والجلد وصمامات القلب والأوردة. تعد زراعة الكلى هي أكثر عمليات زراعة الأعضاء شيوعًا على مستوى العالم، بينما تفوقها عمليات زراعة العضلات والعظام عددًا بأكثر من عشرة أضعاف، انظر المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية حول الخلايا البشرية والأنسجة وزراعة الأعضاء. انظر الموقع: World Health Organization, 2008.

[3] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق ، ص26 . وفي لاهاي عقدت جمعية زراعة الأعضاء البشرية مؤتمرها الثالث عام 1970 وورد في تقريرها المقدم في الدورة التاسعة والسبعين في 3 ديسمبر 1986 توضيح للأعضاء القابلة للنقل طبيا. للمزيد انظر عبد الصبور عبد القوي علي المصري :جرائم الأطباء والمسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون ، ط1 ، دار العلوم للنشر والتوزيع ،2011، ص30.

[4] نص المادة 162: "لا يجوز انتزاع الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ." من ق.ح. ت السالف الذكر.

لوليدها الذي ولد بدون قناة صفراوية وأوضحت الدوائر أن كبد الأم سيعود لحجمه الطبيعي بعد ستة أسابيع .[1] ومن الأعضاء غير قابلة للنقل أيضا من إنسان حي أو ميت الأعضاء التناسلية لآثارها الاجتماعية بسبب اختلاط الأنساب و يقصد بها الأعضاء المساهمة في الإنجاب وهي المبايض والرحم لدى المرأة والخصيتان والقضيب لدى الرجل ويلحق بذلك مني الرجل وبويضات المرأة.[2] وفي هذا الشأن قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة بتاريخ 20 مارس 1990 ما يلي:

ا – زرع الغدد التناسلية : بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فان زرعها محرم شرعا .

ب – زرع أعضاء الجهاز التناسلي : زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة.[3]

ولقد آثرنا البدء بهذا العرض الموجز لمفهوم هذه العمليات ، تمهيدا ومحاولة للتمكن من ضبط مختلق الآراء الفقهية الإسلامية في هذا الموضوع وهو ما سنعكف على تبيانه في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

اعتبر الإسلام جسد الإنسان أمانة ، يجب المحافظة عليه فلا يجوز أن يضره أو يؤذيه وحدث في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أن رجلا كانت به جراحة وأصابته جنابة فأفتوه بأن يغتسل فتفاقم الجرح ومات ، قال النبي صلى الله عليه وسلم :"قتلوه قتلهم الله" أي قتلوه بهذه الفتوى الجائرة وقال النبي صلى الله عليه وسلم : "هل لا سألوا إذا لم يعلموا فإنما شفاء العي السؤال." وقد شاعت بين المسلمين جملة وهي :"صحة الأبدان مقدمة

[1] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق ، ص26. وأكدت الدراسات أن الكبد السليمة بعد استئصال جزء كبير منها تنمو وترجع لحجمها الطبيعي بعد 06 أسابيع من الجراحة مقارنة بالكبد المتليفة والتي قدرتها على النمو مرة أخرى ضعيفة بعد الاستئصال ، انظر إبراهيم بن حمد الطريف :أمراض وزراعة الكبد ، ط1 ، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر الرياض ،1999،ص183.

[2] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق ، ص 402 .

[3] نفس المرجع : ص 404.

على صحة الأديان والله رؤوف رحيم ".[1] من ثم متى أصيب الإنسان بداء فلا بد له من علاج، والأصل في التداوي أنه مشروع طالما كان فيه حفظ النفس باعتبارها أحد المقاصد الكلية في الشريعة الإسلامية. وأحكام التداوي تختلف باختلاف الأحوال والأشخاص فيكون التداوي واجبا على الشخص إذا كان تركه يؤدي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره كالأمراض المعدية ويكون مندوبا إذا كان تركه يفضي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى و يكون مباحا إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين ويكون مكروها إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها .[2] من ثم اختلف الفقه الإسلامي بين رافض للتداوي بالأعضاء البشرية بين الأحياء (الفرع الأول) و مؤيد لهذه المسألة استنادا لأدلة شرعية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:الاتجاه القائل بعدم مشروعيةعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

إن الله سبحانه وتعالى جعل الإنسان خليفته في الأرض ومن مظاهر تكريمه سجود الملائكة له لقوله تعالى :" وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلائِكَةِ اسْجُدُوا لآدَمَ فَسَجَدُوا إِلا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ أَفَتَتَّخِذُونَهُ وَذُرِّيَّتَهُ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِي وَهُمْ لَكُمْ عَدُوٌّ بِئْسَ لِلظَّالِمِينَ بَدَلا."[3] ولحماية هذه الكرامة شرع الله سبحانه وتعالى ما يحافظ عليها من الغير ومن مظاهر ذلك القصاص لقوله تعالى:" وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ."[4] وحماية النفس لقوله تعالى:" وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ."[5]

---

[1] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، ج1، الكتاب الثالث ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 31 .

[2] هذا ما أصدره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 07 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق ل 09الى 14 ماي 1992 ، قرار رقم 07/05/69 بشان العلاج الطبي وأحكامه ، انظر عبد القادر جعفر : نظام التأمين الإسلامي ، د ط ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1971 ، ص165 .

[3] سورة الكهف : الآية 50.

[4] سورة البقرة : الآية 179.

[5] سورة النساء : الآية 29 .

ووجد اختلاف فقهي بين كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزبدية . ومن الفقه المعاصر المعارض لهذه العمليات جانب من الفقه كالشيخ محمد متولي الشعراوي والدكتور حسن الشاذلي.[1] واستدل هذا الاتجاه بأدلة من الكتاب والسنة يتم التطرق للأدلة الشرعية المعتمدة من طرف الاتجاه المعارض (أولا) ثم محاوله مناقشة هذه الأدلة (ثانيا).

أولا: الأدلة الشرعية.

اعتمد هذا الاتجاه على عدة أدلة شرعية ويتم تسليط الضوء على البعض منها وفقا لمقتضيات الموضوع من القرآن الكريم (ا) ومن السنة النبوية (ب).

ا – من القرآن الكريم:

تناول الاتجاه المعارض لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عدة مبادئ منها، حرمة جسم الإنسان، جسم الإنسان أمانة وسيتم معالجتها تباعا.

1– حرمة جسم الإنسان :

من أوجه الاستدلال على عدم إجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حرمة جسم الإنسان وعدم المساس به واستدل هذا الاتجاه بعدة آيات قرآنية ، منها قوله تعالى :" وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ".[2]

وجه الدلالة في هذه الآية حرمة إضعاف النفس من غير مصلحة مقصودة شرعا واستقطاع جزء من بدن الحي لزرعه في غيره قد يؤدي إلى إيذاء الشخص المقطوع منه العضو أو إضعافه لا محالة ولو في المدى البعيد.[3]

وقوله تعالى :" وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ. "[4] وقوله تعالى أيضا : "مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِيْ إِسْرَائِيْلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيْعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيْعًا ."[5] يستفاد من هاتين الآيتين التساوي بين حرمة

---

[1] مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية المعاصرة ، المرجع السابق ، ص 607.

[2] سورة البقرة : الآية 195.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص611.

[4] سورة المائدة: الآية 45.

[5] سورة المائدة : الآية 32.

النفس والأعضاء إذ أعطت الآية الأولى للجوارح حرمة مشابهة لحرمة النفس فكما لا يجوز المساس بحرمة النفس بدون وجه حق لا يجوز المساس بأي عضو من أعضائها. [1] وقوله تعالى : " وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللّهِ يَسِيرًا ".[2] وجه الدلالة في هذه الآية حرمة قتل الإنسان نفسه والنهي عام بتبادل كافة الأسباب التي تؤدي إلى المنهي عنه ومن هذه الأسباب إبرام شخص اتفاق ليتبرع بجزء من جسده و دل قوله تعالى :" وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ..." على عقوبة من فعل ذلك (القتل) عدوانا وموافقة الشخص على قطع جزء من جسده هو عدوان على الجسد فيكون هذا الفعل داخلا في الوعيد المذكور في الآية الكريمة.[3]

2-جسم الإنسان أمانة:

جاء في قوله الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الْإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاء رَكَّبَكَ ".[4] وقوله تعالى : " فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ."[5] وقوله تعالى :" وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ..."[6] وجه الدلالة حسب الاتجاه المعارض السالف الذكر أن الإنسان مكرم وعمليات نقل وزراعة الأعضاء إهدار لكرامة الإنسان المفضل على كامل المخلوقات فلا مجال لاحترام الكرامة الإنسانية واستقطاع أجزاء من الجسم وبيعها أو التبرع بها ولو كان ذلك من أجل العلاج.[7] وقوله تعالى :" هَلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ."[8] وجه الدلالة في هذه الآية بديع الخالق وتكريمه للإنسان والإحسان إليه. أما قوله تعالى:"ثُمّ لَتُسْأَلُنّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النّعِيمِ."[9] المقصود بالنعيم الصحة ولهذا قال رسول

[1] ابن قيم الجوزية : الطب النبوي ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ،1377هـ ، ص225.

[2] سورة النساء : الآية 29-30.

[3] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،المرجع السابق ، 369.

[4] سورة الانفطار : الآية 08.

[5] سورة الانفطار : الآية 06.

[6] سورة الإسراء : الآية 180.

[7] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص614.

[8] سورة الرحمان : الآية 60.

[9] سورة التكاثر : الآية08.

الله صلى الله عليه وسلم :"نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس : الصحة والفراغ "[1]. ومما جاء في الترميذي :" من أصبح معافى من جسده آمنا في سربه ، عنده قوت يوم فكأنما جيزة له الدنيا. " وقال صلى الله عليه وسلم : "أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة من النعيم." أن يقال :" ألم نصح لك جسمك ؟ ونروك من الماء البارد ؟."[2] من خلال هذه الآيات و الأحاديث الإنسان مسؤول عن أمانة جسده والمحافظة على صحته وأي مساس من شأنه أن يضعفها فهو حرام ونقل العضو أو التبرع به لا يؤدي حتما إلى إتلاف جسم الإنسان ، من جهة أخرى لا يعقل أن يجيز الأطباء عملية التبرع إذا كان فيها إضرار بالشخص المتبرع وحتى الشخص المستقبل للعضو البشري.

3- تغيير خلق الله:

تعددت الأدلة التي اعتمدها الرأي المعارض من بينها قوله تعالى:"لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا ."[3] و في قوله تعالى أيضا : "وَمَنْ يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ." وقوله تعالى أيضا:" أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىَ بِالَّذِي هُوَ خَيْر."[4] بالرغم من أن كل آية جاءت لغرض يختلف عن الآيات الأخرى لكن في مجملها تتخذ سبب واحد وهو عدم تغيير خلق الله و الآية الأولى جاء معناها أن المشركين كانوا يقطعن آذان الأنعام لأجل تمييزها وتخصيصها للآلهة وهذا منهي عنه.[5] وإن كانت العبرة تتخذ بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فهي تشمل أيضا على نقل الأعضاء من شخص لآخر مادام الأمر أيضا تغيير لخلق الله .[6] أما الآية الثانية فالمراد بنعمة الله هنا آياته وتبديلهم إياها أي

---

[1] الحديث رقم 6412 ، صحيح البخاري ،المكتبة العصرية ، بيروت ، 2008 ، ص224-225.

[2] أخرجه الترميذي وصححه العلامة الألباني رحمه الله في سنن الترميذي ، انظر ابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، ص 318.

[3] سورة النساء:الآية 119.

[4] سورة البقرة : الآية 61.

[5] صبري محمد موسى ومحمد فايز كامل : تفسير أساس البيان ، ط 1، دار الخير ،البلد ، 1423هـ-2003م، ص97.

[6] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،المرجع السابق ، ص 370.

استبدالهم الإيمان بآياته بالكفر بها والإعراض عنها من بعد ما وصلت إليهم وتمكنوا من معرفتها.[1] والآية الثالثة جاء في معناها ، طلب موسى من الله عز وجل السقيا لقومه ، فمنّ الله عليهم باثني عشرة عينا أي عدد أسباط بني إسرائيل وأمرهم موسى عليه السلام بعدم الفساد في الأرض ومع ذلك خالفوه وطالبوا بتغيير خلق الله وذلك بتغيير الطعام الذي يأكلونه بعد أن منّ الله عليهم بحجة عدم صبرهم على طعام واحد وقلة المقدار فأنزل الله عقابه عليهم.[2] من ثم يعتقد أصحاب هذا الرأي أن في نقل الأعضاء تبديل لنعمة الله لأن المتبرع بالعضو يتنازل عن نعمة التمتع بالعضو الذي منحه الله إياه.[3] فإن كان الله قد عاقب في التبديل في شيء مباح وهو الطعام فمن باب أولى عدم إجازة التبديل بتبرع الأعضاء الذي ينقل صاحبه من الكمال إلى النقص.

ب – من السنة :

اعتمد الفقه الإسلامي على الأدلة المستنبطة من الأحاديث النبوية ومن بين المبادئ المعتمد عليها ، عدم التداوي بمحرمات ، حرمة جسم الإنسان، النهي عن قتل النفس وسيتم معالجة الأدلة الشرعية تباعا.

1– عدم التداوي بمحرمات:

يحث الإسلام على التداوي والأحاديث كثيرة فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام :" ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء".[4] وروت السيدة عائشة رضي الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم :" الحمى من فيح جهنم فأبردوها بالماء."[5]وعن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : "إن الله حيث خلق الداء خلق الدواء فتداووا." لكن الشرع نهى عن التداوي بمحرم لقوله الله صلى الله عليه وسلم :" إن الله عز وجل أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام."[6]وذهب البعض في

[1] صبري محمد موسى ومحمد فايز كامل : المرجع السابق ، ص09.

[2] نفس المرجع : ص 09.

[3] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،المرجع السابق ، ص 370.

[4] الحديث رقم 5678 ، صحيح البخاري ، كتاب الطب ، المكتبة العصرية ، 2008،ص 1038.

[5] الحديث رقم 5723 ، نفس المرجع ، ص 1043.

[6] أحرجه أبو داوود ، رقم الحديث 3784 ، ابن قيم الجوزية ، الطب النبوي ، ص 224.

تعليلهم إلى أن الجسد ملك لله أما الإنسان فهو منتفع وحسب بأعضائه في حياته ومستأمن عليه والتداوي بأعضاء الآدميين من المحرمات[1] .

وجه الدلالة تطبيق للقاعدة الشرعية وهي درء المفاسد مقدم على جلب المصالح والنهي عام في جميع المناهي واستثنى الجمهور ما يكره المرء على فعله ولكن خالفهم قوم فقالوا : الإكراه على المعصية لا يبيحها ويستدل من هذا الحديث اعتناء الشارع بالمنهيات فوق اعتنائه بالمأمورات أي أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك وقيد المأمورات بالاستطاعة وقال النووي هذا من جوامع الكلام وقواعد الإسلام ويدخل فيه كثير من الأحكام .[2]

2- حرمة جسم الإنسان:

عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا ".[3] وجه الدلالة في هذا الحديث حرمة الإنسان ميتا أو حيا والمساواة بين حرمة كسر عظام الميت والحي ويدخل فيه قطع أي عضو من أعضائه صيانة لحرمة الإنسان وكرامته . ضف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم :".....من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيها خالدا ومن تحسى سما فقتل نفسه فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا....." ومعنى الحديث يحرم من السموم ما قد يضر.[4] والتبرع بعضو من جسم الإنسان فيه ضرر فهو حرام وعن عمر رضي الله عنه قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالكعبة ويقول : "ما أطيب ريحك ، وما أعظم حرمتك والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله من حرمة ماله

---

[1] وذهب فضيلة الشيخ ا لشعراوي إلى :" إن الإسلام يمنع تناول المسلم أي عضو من أعضائه بالبيع والهبة لا في حياته و لا في موته لان هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي يملكها الإنسان في جسمه لا كله ولا بعضه لان مالك الجسم كله هو الله تعالى ." نقلا عن محمود أحمد طه : المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض، 1422هـ-2001م،ص147.

[2] عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص69.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ: المرجع السابق ، 616.

[4] سيد سابق : فقه السنة ، ج2 ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان، 1424هـ- 2003م، ص 07.

ودمه وان لا نظن به إلا خيرا. "[1] وهذا الحديث دلالة كافية عن حرمه جسم الإنسان في قوله "ما أعظم حرمتك". وروي عن جارية من الأنصار تزوجت فمرضت فتمرط شعرها ، فأرادوا أن يصلوه فسألا الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال :" لعن الله الواصلة والموصولة."[2] وجه الدلالة في هذا الحديث ، حرمة انتفاع المرأة بشعر غيرها وهو جزء من الغير فيكون أصلا في المنع من الانتفاع بأعضاء الإنسان وعليه فمن أصيب بداء فقد بسببه عضو من أعضائه أو جزء من أجزاء بدنه ليس له أن يكمل النقص بعضو من شخص آخر وهذا النوع من التداوي غير جائز وملعون قياسا على الحديث النبوي وعلة ذلك تغيير خلق الله وتصرف الإنسان فيم لا يملك فضلا عن منافاته لكرامة الإنسان .[3]

3- النهي عن قتل النفس :

لقوله صلى الله عليه وسلم : ".....من قتل نفسه بحديده فحديديته يجئ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ." وقوله صلى الله عليه وسلم:"لا ضرر ولا ضرار." وجه الدلالة في الحديثين معا، أن في استقطاع العضو من شخص إلى آخر لا يخلو من أضرار محققة بالشخص المقطوع منه العضو فيكون داخلا في عموم النهي ويحرم فعله. ويدل الحديث على تحريم الضرر والضرار فالشخص المنقول منه العضو لا يتضرر بهلاكه مستقبلا لأن الأطباء لا يقومون بمهمة النقل من شخص مريض يؤدي ذلك إلى هلاكه وان لم تظهر في الوقت القريب إلا أنه مع الأمد البعيد قد تظهر الآثار جلية واضحة .[4] وقال عليه الصلاة والسلام في حثه على زكاة الأبدان: "خلق ادم على ستين

---

[1] الإمام مسلم بن الحجاج :"صحيح مسلم " ،المجلد الرابع ، الجزء الأول،كتاب الشعب ، القاهرة ، بدون سنة ،ص 103و104 .

[2] أسامة عبد العليم الشيخ: المرجع السابق ، 617.

[3] سميرة عايد الدايات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بيروت ، ص 98. وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال " لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن ، المغيرات خلق الله. فقالت له امرأة في ذلك فقال : ومالي لا ألعن ما لعنه الرسول صلى الله عليه وسلم وهو في كتاب الله ؟ والمقصود بالمتفلجة التي تبرد من أسنانها ليتباعد بعضها عن بعض قليلا وتحسنها وهو الوشر والنا مصة النى تأخذ من شعر حاجب غيرها وترققه ليصير حسنا و المتنمصة التي تأمر أن يفعل بها ذلك." انظر الإمام النووي، رياض الصالحين، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ-1992م،ص568.

[4] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص 619.

وثلاثمائة مفصل فمن ذكر الله وحمد الله وهلل الله وسبح الله وعزل حجرا من طريق المسلمين أو عزل شوكة أو عزل عظما أو أمر بمعروف أو نهى عن منكر عدد تلك الستين والثلاثمائة السلامى ، أمسى من يومه وقد زحزح نفسه من النار."[1] مع أن هذه الصدقات لم يوجبها الشارع كما اوجب زكاة المال والفطر لأجل المشقة فيها ولكنه مع ذلك رغّب فيها .[2] كما قال عليه السلام أيضا : "إن أول ما يحاسب عليه العبد عنه يوم القيامة النعيم "، فيقول :" ألم نصّح لك جسدك." فنعمة الصحة تستوجب الشكر لا الكفر والمحافظة لا البيع أو التبرع. كما استدل أنصار هذا الرأي بما فعله عمرو بن العاص في غزوة السلاسل من صلاته الصبح بأصحابه وهو جنب لخوفه من الهلاك من البرد. وإقرار الرسول الكريم لفعله بتبسمه وعدم إنكاره وقياسا على ذلك لا يجوز للشخص التبرع بعضو من أعضاءه لأن فيه إبطال لمنفعته وضررا يتمثل في نقص تكامل الجسم .[3]

ثانيا- مناقشة الأدلة الشرعية:

بعد عرض الأدلة الشرعية سواء من القرآن الكريم و السنة النبوية، يتم مناقشة هذه الأدلة من خلال بعض الآراء الفقهية الإسلامية والأسانيد الشرعية المعتمدة من القران الكريم (ا) ومن السنة النبوية (ب).

أ- من القرآن الكريم :

يتم مناقشة الأدلة الشرعية السالف ذكرها .

1- حرمة جسم الإنسان :

ثم الاعتراض على الأدلة الواردة في هذا المجال بحجة حرمة جسم الإنسان خارج عن محل النزاع، لأن الأطباء لا يقومون بكسر الأعضاء المنقولة بل يحافظون عليها محافظة شديدة، طلبا لنجاح مهمة النقل والزرع.[4] ضف إلى ذلك أنه ليس في نقل العضو من شخص إلى آخر امتهان لكرامة الإنسان على الإطلاق وليس فيه إتلاف لنفسه بل إنقاذا وتحقيقا لمصلحة الآخرين وفي هذا الصدد يقول الشيخ أحمد حماني _رحمه الله_

[1] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص 618 .

[2] سميرة عايد الدايات : المرجع السابق، ص 94.

[3] عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق ، ص89.

[4] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص 619.

في تشريح جثث الموتى:" أنه جائز شرعا للمصلحة ممنوع لغيرها لما في ذلك من هتك لحرمه الميت وهذه الحرمة ثابتة للإنسان حيا كان أو ميتا بإجماع كل المذاهب الإسلامية بدليل القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة الذي روته السيدة عائشة عن الرسول صلى الله عليه وسلم والذي يقول : " كسر عظم الميت ككسره حيا." [1] من ثم فعمليات نقل الأعضاء وزرعها أصبحت في علم الطب لا مناص منها لتحقيق الشفاء للمريض،فإذا توقف شفاء المريض أو الجريح بنقل الدم لشخص سليم إليه جاز ذلك شرعا سواء ذلك الدم دم مسلم أو غير مسلم فلا حرج عليه المهم إحياء النفس الإنسانية[2]، لأن الأعمال إنما تكون بالنيّات وتتم وفقا لضوابط معينة من شأنها حماية كرامة الإنسان وحرمة جسمه على نحو يحقق في ذات الوقت مصلحة الإنسان بضمان رعايته الصحية .

2- تغيير خلق الله:

إن الكثير من الأشياء في الحياة عبارة عن تغيير ومن أمثلة ذلك الختان وقص الأظافر والشعر وتغيير مجرى المياه وشق الطرق فهذه الأمور جائزة وتحمل تغيير لخلق الله وعليه فنقل الأعضاء خارج عن معنى الآية السالفة الذكر، لأنه مبني على الضرورة على عكس ما ورد في معنى الآية ، فالتصرف كان عبثا لا ضرورة شرعية.[3] وعليه فنقل العضو ليس فيه تغيير لخلق الله بل انقاد المرضى والمحافظة على حياتهم وذلك مطلب شرعي عظيم والله سبحانه وتعالى حين خلق الإنسان وسواه وجعل لكل عضو وظيفة معينة لقوله تعالى:"**وما خلقنا ....عبثا.**" وان كان استقطاع أي عضو من الأعضاء يؤثر بلا شك بالضعف على الجسد كله ومثال ذلك استئصال إحدى الكليتين ، قد يؤدي إلى زيادة عمل الكلية المتبقية وتضخم حجمها مما يؤثر على وظيفتها بالكامل وتبقى هذه المسالة طبية مرهونة بالتطور العلمي ومن أهم الضوابط الشرعية عدم إلحاق الضرر بكل من المتبرع والمستقبل .

---

[1] عتيقة بلجبل : مقال عن عمليات نقل الأعضاء البشرية في القانون الجزائري ، مجلة المنتدى القانوني ،العدد السابع جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،2010.

[2] عبد العزيز خليفة القصار: حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، ط 1، كلية الشريعة، جامعة الكويت، دار ابن جزم، 1999، ص83.

[3] نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص 79.

3-جسم الإنسان أمانة :

إن اقتطاع الأعضاء من جسم الإنسان ، ليس فيه هدر للأمانة فالفقهاء اعتبروا أعضاء الإنسان مما يجوز التعامل بها أي أن الجسم البشري لا يعتبر مالا ولكن أعضائه يجوز التصرف بها وهو بهذا لم يخالف مبدأ الأمانة ، طالما له حق الانتفاع بجسمه وبما لا يضره ويؤثر على صحته ونقل الأعضاء من هذا القبيل وفية نفع عظيم لغيره من إخوانه المحتاجين .[1] وجاء في رأي القرضاوي في رده على سؤال : " هل يجوز للمسلم أن يتبرع بعضو من جسمه وهو حي؟ قال : إن تبرع الإنسان إنما يجوز فيم يملكه ، فكما يجوز للإنسان التبرع بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه والفرق بينهما أن الإنسان قد يجوز له التبرع والتصدق بماله كله ولكن في البدن لايجوز له التبرع ببدنه كله بل يجوز أن يجود المسلم بنفسه لإنقاذ مريض من تهلكة وألم مبرح أو حياة قاسية ومن هنا نقول : إن السعي في إزالة ضرر يعانيه مسلم من فشل الكلية مثلا بان يتبرع بإحدى كليتيه السليمتين فهذا مشروع بل محمود ويؤجر عليه من فعله لأنه رحم من في الأرض فاستحق رحمة من السماء ."[2] وعمليات نقل الأعضاء ليس فيها ما يهدر أمانة الله عز وجل ، بدليل الضوابط الشرعية الضرورية المقيدة لهذه العمليات ، سيتم التعرض لها لاحقا .

ب-من السنة :

يتم مناقشة الأدلة الشرعية السالف ذكرها.

1-عدم التداوي بمحرمات :

إن الضرورة تبيح التداوي بالمحرمات مثلما رأينا في حادثة التداوي بالخمر حيث اتفق الفقه على أن يكون مقدارا محددا.[3] مثلما هو الحال في نقل الأعضاء فلا يعقل أن يتبرع الإنسان بكل أعضائه فذلك يؤدي إلى موت المعطي، ونفس الأمر إذا تبرع بعضو حيوي كالقلب أو الكبد فلا بد أن لا تؤدي هذه العمليات إلى تعطيل المنقول منه عن كسب أو

[1] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق . ص 623.

[2] محمود أحمد طه : المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة ،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، 1422هـ-2001م ، ص141-142.

[3] انظر في هذا المبحث : ص 60.

إلى إضعاف صحته لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر و لا ضرار ."[1] ومما استدل به أيضا عندما سئل الرسول عليه الصلاة والسلام : " أرأيت أدوية نتداوى بها ورقى نسترقي بها وتقى نتقيها هل ترد من قدر الله شيئا قال : هي من قدر الله ."[2] بمعنى أنه إذا كتب لشخص الموت فلا مرد لذلك ، لقوله تعالى :" قُل لاَّ أَمْلِكُ لِنَفْسِي ضَراًّ وَلاَ نَفْعاً إِلاَّ مَا شَاءَ اللَّهُ لِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ إِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ فَلاَ يَسْتَئْخِرُونَ سَاعَةً وَلاَ يَسْتَقْدِمُونَ."[3] فلكل أجل كتاب ، قد يكتب للإنسان الشفاء بهذه الوسيلة (زرع العضو البشري) أو يكتب له الموت .

2-حرمة جسم الإنسان :

إن نقل الأعضاء ليس فيه مساس بحرمة جسم الإنسان، لأن هذه العمليات تتم وفقا لضوابط شرعية لابد من احترامها كوجوب توافر الضرورة الشرعية، التبرع بدون مقابل، قطعية نجاح العملية وإذن المتبرع كما سنرى لاحقا في الضوابط الشرعية لتقييد هذه العمليات. لأن إباحة هذه العمليات دون ضوابط يؤدي لا محالة إلى انهيار قيمة الإنسان في المجتمع وتنتهك حرمة جسم الإنسان.

3-النهي عن قتل النفس :

إن الإسلام حث على الجهاد في سبيل الله وحبذ إلقاء الشخص نفسه في اليم من أجل إنقاذ غريق أو انقاد شخص من حريق ووعد من هلك حال إنقاذه لمن هو في خطر بالثواب والجنة في الآخرة [4] ، غير أنه بالرجوع إلى التبرع بالأعضاء يمكن حدوث ذلك في حالة التبرع بأعضاء حيوية كالقلب والكبد ، لكن هذا النوع من العمليات مرفوضا شرعا ومن الناحية الطبية يشترط عدم إلحاق ضرر بالطرفين أي المتبرع والمتنازل . وهذا ما استدل به ردا على حجة واقعة غزوة السلاسل فالقول بوجود ضرر يصيب جسم المتبرع ليس أمرا محسوما ويؤكد الأطباء أن تضخم حجم العضو المتبقي كالكلية ليس داء

[1] محمود أحمد طه : المرجع السابق ، ص 138.

[2] عمر أبو الفتوح الحمامي : الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، المرجع السابق ،ص82.

[3] سورة يونس: الآية 48.

[4] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص631.

ولكن ليتمكن من أداء وظيفة العضو المستقطع كاملا .[1] وما يمكن الاستدلال به في هذا المقام قوله تعالى : "وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ."[2] فعلاج المرضى أولى من تركهم يموتون. يتبين من عرض الأدلة الشرعية المعتمدة في إباحة عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء أن هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية فهناك من عارض هذه العمليات وعلى رأسهم الشيخ محمد متولي الشعراوي والشيخ محمد بن صالح العثيمين والشيخ عبد الله بن صديق الغماري رحمهم الله.[3] وبالمقابل من أيّد هذه العمليات الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، يوسف القرضاوي وغيرهم من العلماء.

الفرع الثاني:الاتجاه القائل بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

اتجه جمع كبير من الفقه الإسلامي إلى تأييد عمليات نقل الأعضاء البشرية من إنسان حي أو ميت لغرض زرعها في جسم إنسان آخر وصدرت في هذا المجال عدة أراء فقهية و فتاوى شرعية من خلال الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة يتم التطرق لها أثناء عرض الأدلة المعتمدة من طرف الفقه الإسلامي(أولا) ثم محاوله مناقشة هذه الأدلة(ثانيا).

أولا_ الأدلة الشرعية :

يتم تسليط الضوء على بعض الأدلة الشرعية وفقا لمقتضيات الموضوع من القرآن الكريم (ا) ومن السنة النبوية (ب).

ا_ من القرآن الكريم:

اعتمد الاتجاه المؤيد لهذا النوع من العمل الطبي على عدة مبادئ منها، الاضطرار، رفع الحرج ، الإيثار ، وغيرها من المبادئ وسيتم معالجتها تباعا.

[1] عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ،ص 89.

[2] سورة المائدة:الآية 32.

[3] شيرين عبد الحميد نبيه: المرجع السابق ، ص 11 .

1 _ الاضطرار:

جاء في هذه المسألة عدة آيات قرآنية منها ، قوله تعالى: "فَمَنِ اضْطُرَّ غيرَ باغٍ ولا عادٍ فإنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ."[1]وقوله تعالى:" فَمَنِ اضْطُرَّ في مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّه غَفُورٌ رَّحِيمٌ".[2] وقوله تعالى:"وقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إلَيْهِ."[3] تشير هذه الآيات في مجملها إلى قاعدة كلية مفادها الضرورات تبيح المحظورات، فإذا كان الشارع قد أباح للمضطر أكل الميتة ورفع العقاب عن المكره و أجاز للمعتدى عليه أن يدافع عن نفسه طبقا لنظرية الدفاع الشرعي، كما أجاز هدم البيوت المجاورة للحريق منعا لسريانه ، أوجب الحجر على المريض بمرض يخشى من انتقاله لغيره وكذلك إتلاف مال السفينة التي أشرفت على الغرق إنقاذا لركابها بمقدار ما يزول به الخطر عن السفينة،[4] فالعلاج أيضا له ضرورة تجعله يبيح المحظور مثله مثل المسائل السابقة. وفي هذا الصدد قال ابن كثير رحمه الله في مسألة تناول المحرمات:" فمن احتاج إلى تناول شيء من هذه المحرمات التي ذكرها الله تعالى لضرورة ألجأته إلى ذلك فله تناولها والله غفور رحيم لأنه تعالى يعلم حاجة عبده المضطر وافتقاره إلى ذلك فيتجاوز عنه ويغفر له."[5] ويفهم من ذلك أن الله سبحانه وتعالى شرع الرخص حتى لا يشق على عبده وطالما

---

[1] سورة الأنعام : الآية 145.

[2] سورة المائدة : الآية 03.

[3] سورة الأنعام: الآية 119.

[4] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي تاريخه ومصادره و نظرياته العامة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، 1999،ص 193.

[5] عبد العظيم بن بدوي الخلفي : الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز ، ط1 ، مصر للنشر والتوزيع ، المنصورة ، 1421-2001م ،ص399 .

كان سبب الضرورة قائما،[1] كمن توقفت كليتاه عن العمل واشرف على الهلاك وكانت عملية نقل العضو هي الوحيدة ولا تمثل ضررا للمتبرع بمعنى تخدمه يقينا والمصلحة المرجوة من إباحة المحظور– استئصال العضو– هي رعاية نفس أشرفت على الهلاك فيتم الحفاظ على نفسين المتنازل والمستقبل للعضو على أن تتوافر الشروط الشرعية للضرورة.

2 –رفع الحرج:

جاء ذلك في قوله الله تعالى : " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ".[2] وقوله تعالى : " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ". [3] وقوله تعالى : "إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً."[4] وقوله تعالى :" لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا."[5] وقوله أيضا :"يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفاً."[6] وجه الدلالة في الآيات الكريمة قاعدة كلية مفادها المشقة تجلب التيسير وتبعد الحرج[7] ، بمعنى أن مشقة العمل إذا كانت تفوق ما يحتمل الناس كان ذلك مدعاة إلى التخفيف ، التيسير والتسهيل بحيث تكون الأحكام الشرعية في مقدور المكلف ويقوم بها من غير عسر أو حرج ومن غير مشقة حتى لا يصير العبد في حالة لا

[1] ويقصد بالضرورة العذر الذي يجوز بسببه إجراء ممنوع فيجوز إتلاف المال وأخذ المال من الممتنع من أداء الدين بغير إذن والضوابط الشرعية التي تقوم عليها الضرورة هي :

– أن تكون أسباب الضرورة قائمة لا متوقعة أي أن تكون المخاوف مستندة إلى دلائل واقعة بالفعل .

_أن تكون نتائج هده الدلائل قائمة بالفعل يقينية أو غالبية الظن بموجب أدلة علمية لا اعتماد على تخمين أو إلهام .

_أن تكون المصلحة المستفادة من إباحة المحظور سبب هذه الضرورة أعظم أهمية في ميزان الشرع من المصلحة المستفادة من تجنب المحظور وإهمال أسباب الضرورة، انظر ريان توفيق خليل: مقال عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الميزان الشرعي ، مجلة الشريعة والقانون ،العدد الثالث عشر ، جامعة الإمارات العربية ، 1420هـ–2000م ،ص 269–270.

[2] سورة البقرة:الآية 185.

[3] سورة الحج:الآية 78.

[4] سورة الانشراح : الآية 5.

[5] سورة البقرة: الآية 286.

[6] سورة النساء : الآية 28.

[7] ومن المعلوم أن المشقة والحرج يعتمدان في وضع لا نص فيه وعمليات نقل الأعضاء لا وجود لدليل شرعي عليها من القران والسنة. انظر ريان توفيق خليل: المرجع السابق، ص272.

يستطيع معها القيام بالعبادة على النحو المعتاد ، ذلك أن كل تكليف لا يخلو من المشقة عند القيام بتنفيذه ولكن هناك فرق بين المشقة التي في وسع الإنسان القيام بها وبين تلك التي يعجز عن تحملها والثانية هي التي جعلها الله سببا في التيسير.[1] وعلى ذلك فالتبرع بعضو من أعضاء الإنسان فيه تيسير على المنتفع و هو المستقبل للعضو_ في هذه الحالة_ ورفع ما كان يعاني منه قبل حدوث هذا التبرع والدين الإسلامي دين يسر لا عسر مادام رفع الحرج ليس به ضرر.

3- الإيثار:

جاء ذلك في قول الله تعالى : "وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ. "[2]وقوله تعالى : "... إِنَّ الَّذِينَ يَتْلُونَ كِتَابَ اللَّهِ وَأَقَامُوا الصَّلاةَ وَأَنفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلانِيَةً يَرْجُونَ تِجَارَةً لَّن تَبُورَ، لِيُوَفِّيَهُمْ أُجُورَهُمْ وَيَزِيدَهُم مِّن فَضْلِهِ إِنَّهُ غَفُورٌ شَكُورٌ ."[3] وقوله أيضا: "وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا."[4] وجه الدلالة في الآيات السابقة حث الإسلام على الإيثار، باعتباره يساهم في تلاحم الأمة الإسلامية وتعاونها على تحدي الصعاب.

وجه الإيثار في الموضوع تبرع الإنسان لأخيه بعضو من أعضائه لإنقاذه من الهلاك مع عدم إلحاق الضرر بنفسه. فالإنسان قد يجوع ليشبع غيره ويعطش ليروي غيره بل قد يموت في سبيل إحياء حياة الآخرين متى تطبعت نفسه بطابع الخير وحب الفضيلة. والمسلم في إيثاره وحبه للغير ناهج منهج الصالحين.[5] وإن كان البعض ذهب إلى أن التبرع يجب أن لا يصدر إلا في أشد حالات الضرورة لشخص عزيز ومن أجل تقديم منفعة ابتغاء وجه الله تعالى.[6] فالتبرع لا يتعلق بإطعام شخص أو كساءه بل يتعلق

[1] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم : المرجع السابق ،ص191.

[2] سورة الحشر : الآية 09.

[3] سورة فاطر : الآية 29-30.

[4] سورة الإنسان : الآية 08.

[5] أبو بكر الجزائري: منهاج المسلم، ط 1، مكتبة العلوم والحكم، القاهرة، 1423 هـ_ 2002 م ،ص122.

[6] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ،ص630.

بعضو من أعضاء الجسد لذلك لابد أن يتم وفقا لضوابط شرعية لابد من احترامها لضمان سلامة كلا الطرفين وعدم تضرر أحدهما.

ب-من السنة:

اعتمد الفقه الإسلامي على الأدلة المستنبطة من الأحاديث النبوية ومن بين المبادئ المعتمد عليها تقديم المساعدة للغير، التداوي ،الاضطرار وسيتم التعرض لها تباعا.

1- تقديم المساعدة للغير:

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا. " وقوله عليه الصلاة والسلام :" المسلم أخو المسلم ومن كان في حاجة المسلم كان الله في حاجته ومن فرج على مسلم كربة فرج الله عليه بها كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ." . كما طلب منه صلى الله عليه وسلم يوما أن يرقي أحد الصحابة على إثر لدغة عقرب فقال صلى الله عليه وسلم : " من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل ". [1]

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : بينما نحن في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجل على راحلة له فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من كان معه فضل فليعد به على من لا ظهر له ومن كان له فضل من زاد ، فليعد به على من لا زاد له ." بمعنى من كان له مركوب فاضل عن حاجته فليتصدق به على من لا زاد له.[2] وعن سهل بن سعد رضي الله عنه أن امرأة جاءت الرسول صلى الله عليه وسلم ببردة منسوجة ، فقالت :" نسجتها بيدي لأكسوكها ، فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم محتاجا إليها ، فخرج إلينا وإنها إزاره ، فقال فلان : "اكسنيها ما أحسنها ."فقال : "نعم فجلس النبي في المجلس ثم رجع فطواها ، ثم أرسل بها إليه ".[3] ووجه الدلالة في هذه الأحاديث ، إذا كان الإنسان بإمكانه مساعدة غيره فليفعل إذا لم

[1] الإمام مسلم بن الحجاج ، " صحيح مسلم ، المجلد الرابع ، كتاب الشعب ، القاهرة ، بدون سنة ، ص 1726 .

[2] الإمام النووي : رياض الصالحين، ط 1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1416هـ-1996م ،ص258.

[3] نفس المرجع : ص259.

يضر نفسه والتبرع بعضو يمثل تنازل عن جزء من جسده لمساعدة غيره ، إن كان في استطاعته.

2- التداوي :

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " ما أنزل الله داء إلا أنزل له الشفاء". وروت السيدة عائشة رضي الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :"الحمى من فيح جهنم ، فأبردوها بالماء". وقد أورد ابن حجر العسقلاني في شرح هذين الحديثين عدة روايات جميعها يتصدرها أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتداوي مما يصيب من الأمراض سواء كانت حمى أو غيرها ومن ذلك ما رواه ابن مسعود عنه صلى الله عليه وسلم : "إن الله حيث خلق الداء خلق الدواء فتداووا". من ثم فإن التداوي أمر من الشارع تحقيقا للمقاصد الشرعية وعلى رأسها حفظ النفس.[1] وقوله أيضا:"تداووا ، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له الشفاء أو قال دواء إلا داء واحدا." قالوا: يا رسول الله ما هو؟ قال:الهرم."[2] وقوله عليه الصلاة والسلام : "ترى المؤمنون في تراحمهم و توادهم وتعاطفهم كمثل الجسد، إذا اشتكى عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى."[3] إن إنقاذ المريض أو المتضرر من الضرر واجب ، وقد نص العلماء على أن إنقاذ الغرقى المعصومين عند الله أفضل من أداء الصلاة على أنه يمكن الجمع بين مصلحتين بأن ينقذ الغريق ثم يقضي الصلاة [4].

الجدير بالذكر ، اتفاق العلماء على إباحة الحرام للمضطر[5] ولم يختلف منهم أحد و إنما اختلفوا في التداوي بالخمر فحرمه جمهور علماء الحنفيه والمالكية والشافعية والحنابلة

---

[1] مهند فتحي أحمد العزة : المرجع السابق ، ص 381.

[2] شمس الدين ابن قيم الجوزية :المرجع السابق ،ص 14.

[3] نفس المرجع : ص 15.

[4] شمس الدين ابن قيم الجوزية: المرجع السابق، ص 163.

[5] وقال ابن حزم : "حد الضرورة أن يبقى يوما وليلة لا يجد فيها ما يأكل أو يشرب فان خشي الضعف المؤذي إن تمادى به أدى إلى الموت أو قطع به عن طريقه وشغله حل له من الأكل والشرب ما يدفع به عن نفسه الموت بالجوع أو العطش أما تحديدنا ذلك ببقاء يوم وليلة بلا أكل فلتحريم النبي صلى الله عليه وسلم الوصال يوما وليلة أي وصل الصيام وأما قولنا : إن خاف الموت قبل ذلك فلأنه مضطرا ." وذهب الشافعية والزيدية إلى إجازة أكل اللحم الآدمي عند

وأجازه بعض الحنفية والشافعية والمالكية بشروط وهي : العلم بحصول الشفاء بها ، عدم وجود دواء غيره وأن يكون قليلا لا يسكر.[1] وكان الناس في الجاهلية قبل الإسلام يتناولون الخمر للعلاج ولما جاء الإسلام نهاهم عن التداوي بما حرمه ، لقوله عليه الصلاة والسلام في شأن التداوي بالخمر: " إنه ليس دواء ولكنه داء."[2]ومما ورد في هذا الشأن عن ابقراط في أثناء كلامه عن الأمراض الحادة :" ضرر الخمرة بالرأس شديد ، لأنه يسرع الارتفاع إليه ويرتفع بارتفاعه الأخلاط التي تعلو البدن وهو كذلك يضر بالذهن."[3]

خلاصة الإسلام يحرص على ما ينفع الإنسان من سبل الحياة الصحية كالغذاء الحسن والاعتدال فيه وفي المشرب وممارسة الرياضة حفاظا على سلامة أعضاء الجسم وتقديم لكل عضو من أعضاء جسم الإنسان الرعاية الصحية اللازمة واتخاذ كل أساليب الوقاية وإذا مرض الإنسان فعليه السعي وراء العلاج .

3- الاضطرار:

جاء في مسند صحيح ابن حيان عن ابن عمر مرفوعا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الله يحب أن تؤتى رخصه ، كما يكره أن تؤتى معصيته. " [4]

ويفهم من ذلك أن الله سبحانه وتعالى شرع الرخص حتى لا يشق على عبده ، طالما كان سبب الضرورة قائما. وفي تناول الميتة مثلا ، قال الفقهاء يكون واجبا في بعض الأحيان

عدم غيره بشروط اشترطوها وخالف في ذلك الأحناف والظاهرية وقالوا : لا يباح لحم الآدمي ولو كان ميتا .انظر سيد سابق : المرجع السابق ، ص18.

[1] إسماعيل مرحبا : المرجع السابق ، ص 33.

[2] الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري ،المكتبة العصرية ، لبنان ،1429هـ-2008م، ص1022.

[3] ابن قيم الجوزية : المرجع السابق، ص109.

[4] عبد العظيم بن بدوي الخلفي : المرجع السابق، ص399 .

وهو ما إذا خاف على نفسه ولم يجد غيرها وقد يكون مندوبا وقد يكون مباحا بحسب الأحوال .[1]

فأباح الإسلام للمضطر أكل الميتة ولحم الخنزير وما لا يحل من الحيوانات التي لا تؤكل وغيرها مما حرمه الله محافظة على الحياة وصيانة للنفس من الموت ويقال إن حد الاضطرار إذا وصل الجوع إلى حد الهلاك أو إلى مرض يفضي به إليه سواء كان طائعا أو عاصيا. كما أن المضطر يتناول من الميتة القدر الذي يحفظ حياته وله أن يتزود حسب حاجته ويدفع ضرره.

ولا يكون الإنسان مضطرا إذا وجد طعاما ولو كان للغير. وذهب المالكية إلي إجازة مقاتلة صاحب الطعام بالسلاح بعد الإنذار بأن يعلمه باضطراره وأنه إن لم يعطه قاتله فإن قتله بعد ذلك فدمه هدر لوجوب بذل طعامه للمضطر و إن قتله آخر

فعليـه القصاص.[2] وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر قوما من أهل المدينة مرضوا بشرب أبوال الإبل.[3]

من ثم يتضح أن الشريعة الإسلامية أباحت مساعدة الغير ودفع الضرر في حالة الاضطرار وكذا التداوي بالمحرمات في حال عدم توافر الدواء في الأشياء المباحة بشرط توافر حالة الضرورة ، فمصلحة سلامة الجسد مقدمة على مصلحة اجتناب المحرمات.

ثانيا- مناقشة الأدلة الشرعية:

بعد عرض الأدلة الشرعية سواء من القرآن الكريم أو السنة النبوية، يتم مناقشتها من خلال بعض الآراء الفقهية الإسلامية والأسانيد الشرعية المعتمدة من القرآن الكريم (ا) ومن السنة النبوية (ب).

---

[1] نفس المرجع : ص 399.

[2] سيد سابق: المرجع السابق ،ص 17.

[3] حدثني موسى بن إسماعيل حدثنا همام عن قتادة ،عن انس رضي الله عنه :"أن ناسا اجتووا في المدينة ، فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يلحقوا براعيه ، يعني الإبل ، فيشربوا من ألبانها و أبوالها، فلحقوا براعيه ، فشربوا من ألبانها و أبوالها،حتى صلحت أبدانهم....." انظر الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري : المرجع السابق، ص 1039.

ا_من القرآن الكريم :

بالرغم من كثرة مؤيدي هذه العمليات إلا أن هناك من اعترض عليها بشدة مثل الشيخ محمد متولي الشعراوي[1] وانتقدت الأدلة الشرعية المعتمدة السابق ذكرها ويتم مناقشة ذلك .

1- الاضطرار:

جاء في رأي الفقه الإسلامي أن آيات الاضطرار ليس فيها دليل على إباحة لحم أو عظم ادمي لا بأكل عند الضرورة ولا بنقل عضو حي أو ميت ، فالآيات تتحدث عن الأشياء المحرمة على الإنسان ، على انه ما حرم مذكور في كتاب الله[2]، لقوله تعالى :" وَلاَ تَعْتَدُواْ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبِّ الْمُعْتَدِينَ" [3] أما القول بأن الضرورة تبيح للشخص التصرف كيفما شاء فهذا مرده إلى أن إجازة التصرف لشخص على جسمه إنما يكون لسد حاجاته الشخصية من ثم فالضرورة لا تبيح له الانتفاع بأجزاء إنسان غيره إلا إذا لم يلحق هذا الفعل ضررا للغير وهذا شرط تطبيق الضرورات تبيح المحظورات فالتصرف لابد أن يكون في حدود ما أحله الله دون مجاوزة لقوله تعالى :" إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ ٱللَّهِ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ . " [4]

2- رفع الحرج:

إن الله تعالى يسر على عباده، فشرع الرخص في العبادات كالإفطار في رمضان بالنسبة الصائم والمريض لقوله تعالى: " فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ."[5] وقول أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : "كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فمنا الصائم ومنا المفطر، فلا يجد الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم ثم يرون أن من وجد قوة فصام فإن ذلك حسن ويرون أن من وجد

[1] محمود أحمد طه :المرجع السابق ، ص147.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص628.

[3] سورة البقرة : الآية 190 .

[4] سورة البقرة : الآية 173.

[5] سورة البقرة : الآية 184.

ضعفا فأفطر ، فإن ذلك حسن ."[1] هذه صورة من الرخص التي شرعها الشارع عز وجل، أما في المسألة موضوع الدراسة ، فقد ثبت بالطب الحديث أن استئصال عضو من شخص لآخر قد يسبب أضرار جسيمة للشخص الذي استؤصل منه العضو خاصة الأعضاء الهامة ولو كان العضو مزدوجا.[2] لكن التيسير شرعه الله عز وجل لرفع الحرج لا لتفاقمه، فأهم ضابط في عمليات نقل الأعضاء وزراعتها هو عدم الإضرار بالمتبرع.

3- الإيثار:

إن تضحية الإنسان بنفسه من أجل إنقاذ الآخرين في سبيل المصلحة العامة شيء مؤكد يشبه إجازة إلقاء احد ركاب السفينة بالإستهام أي الاقتراع عند الضرورة من أجل سلامة الآخرين.[3] لكن البعض علّل رفضه لهذه العمليات كونها لا تخلو من اضطرار محققة بالشخص المقطوع منه العضو. كما أن المستقطع منه العضو لم يصبح إنسان عادي فثمة آثار ضارة في استئصال هذا العضو وإن لم تظهر في الوقت القريب إلا أنه مع الأمد البعيد قد تظهر هذه الآثار جلية وواضحة.[4] إلا أن الطب الحديث أثبت نجاح كبير في هذه العمليات.

يتضح مما سبق أن عمليات نقل الأعضاء وزرعها لا تستند إلى نظرية الملكية[5] ، بمعنى لم يقف الفقه الإسلامي عند مسألة ملكيه جسد الإنسان وإنما استندوا بأبرز نظرية وهي الضرورة والتي اعتمدت من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية لوضع الفتاوى الخاصة بإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

---

[1] أبو بكر جابر الجزائري: منهج المسلم، ط1، توزيع مكتبة الصفا، 1423هـ-2002م، ص 239.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ،ص612.

[3] سميرة عايد الدايات : المرجع السابق ، ص 99.

[4] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص636.

[5] عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق ،ص89.

ب-من السنة :

يتم مناقشة الأدلة الشرعية المعتمدة من السنة النبوية، لمعرفة مدى تلاءم هذه الأدلة مع موضوع عمليات نقل الأعضاء البشرية .

1- تقديم المساعدة للغير:

يحث الإسلام على مساعدة الغير من وجد سبيلا إلى ذلك وكان باستطاعة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها. من ثم يمكن مساعدة الغير بما هو مشروع ، فالإنسان أمين على أعضائه ليس له الحق في التصرف أو التنازل عنها بحرية للغير فلا يباح للطبيب استقطاع أي عضو ، إلا إذا كان هذا العضو لا يسبب ضررا مؤكدا فيباح استقطاعه في هذه الحال بقصد العلاج أما التصرف في أجزاء الجسد على إطلاقه يعتبر تصرفا محرما وباطلا كنزع عضو من شأنه تهديد الحياة.[1]

2- التداوي :

حثّ الحديث الشريف المسلمين على ضرورة البحث عن كل صور التداوى[2] واتخاذ كل أسباب البحث عن الدواء ومن ثم فإن الأطباء المسلمين لا بد أن يبذلوا الجهد في

---

[1] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص612.

[2] الأصل في التداوي أنه مشروع ، طالما كان فيه حفظ للنفس باعتبارها أحد المقاصد الكلية في الشريعة وتختلف أحكام التداوي باختلاف الأحوال والأشخاص فيكون وجوبا على الشخص ، إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره كالأمراض المعدية و مندوبا إذا كان تركه يفضي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى ، كما يكون مباحا إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين ومكروها إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها. هذا ما اصدره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 07 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق ل 09 إلى 14 ماي 1992، قرار رقم 07/05/69 بشأن العلاج الطبي وأحكامه ، **انظر** عبد القادر جعفر: المرجع السابق ، ص 165. على أنه ورد أيضا في هذا المجال اختلاف مذهبي في حكم التداوي في خمسة مذاهب : المذهب الأول : حكاه النووي لجمهور السلف وذهب إليه جمهور الشافعية وقال بعض أصحاب الإمام أحمد باستحباب التداوي ومما استدلوا به ماروي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "ما انزل الله من داء إلا انزل له شفاء" المذهب الثاني : يرى أصحابه بوجوب التداوي فقال بعض الحنفية :" إذا كان يقطع بزوال المرض بالدواء ، فترك التداوي عند خوف الهلاك حرام." وقال ابن حزم : إن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتداوي نهي عن تركه بقيد أنه يوجب التداوي ومما استدلوا به قوله عليه الصلاة والسلام :" إن الله انزل الداء والدواء ، وجعل لكل داء دواء ، فتداووا ولا تداووا بحرام ." المذهب الثالث : ذهب أنصار هذا المذهب إلى أن التداوي مباح وذهب إليه جمهور الحنفية وقالوا لابأس على من يتداوى إذا كان يعتقد أن الشافي هو الله "حكاه ابن رشد "الجد" عن بعض العلماء ومما استدلوا به

التماس الدواء لكل داء، ويقول الشيخ عبد السلام السكري في هذا الصدد : " لقد حرمت المذاهب الأربعة الفقهية استخدام أعضاء جسم الإنسان في العلاجات الطبية ومنهم من علّل ذلك بالنجاسة بالموت ومنهم من علّل ذلك بالكرامة الآدمية ، فكيف بعد هذا يسوغ لقائل مسلم بجواز استخدام الأعضاء الآدمية في العمليات الجراحية ."[1] إلا أن هناك قاعدة "أعلى المصلحتين" في الشريعة تقضى بإباحة التداوي بالمحرمات في حالة عدم وجود العلاج في الأدوية المباحة ، فمصلحة العافية و السلامة مقدمة على اجتناب المحرمات.[2] والدليل على ذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بشرب أبوال وألبان الإبل.

3_الإضطرار:

أجاز الإسلام للمضطر القطع من جسده لسد رمقه والإباحة قاصرة على الإنسان نفسه لسد حاجاته الشخصية أما الضرورة هنا فتبيح الانتفاع بأعضاء الجسم لإنسان آخر

ما روي عن انس بن مالك رضي الله عنه قال : حجم رسول الله أبو طيبة ، فأمر بصاع من تمر ، وأمر أهله أن يخففوا من خراجه. المذهب الرابع : يرى أصحابه جواز التداوي إلا أن تركه أفضل اتكالا على الله سبحانه وتعالى ، قال به النووي وقال العزائي : " يجوز التداوي وإن كان تركه أفضل في بعض الأحوال ويدل على قوة التوكل ." _ومما استدلوا به ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إني اصرع و أتكشف ، فادع الله لي قال : إن شئت صبرت و لك الجنة ، وان شئت دعوت الله أن يعافيك ، فقالت : اصبر ، فقالت إني أتكشف فادع الله لي أن لا أتكشف ، فدعا لها" .المذهب الخامس: يرى أنصاره عدم جواز التداوي وذلك بالاتكال على الله سبحانه وتعالى و الرضى بما نزل من بلاء ، ذكر ذلك ابن رشد "الجد" عن بعض السلف. انظر إيمان مختار مختار مصطفى : الخلايا الجذعية وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي دراسة فقهية مقارنة ، طبعة أولى ، لبنان، مكتبة الوفاء القانونية، 2011 ، ص 99_100.

[1] وفي ذلك ذهب أنصار المذهب الحنفي إلى أنه جاء في الفتاوى الهندية أنه يحرم استخدام الأعضاء الآدمية في التداوي والمحرمات .أما المذهب المالكي جاء في جوهر الإكليل شرح مختصر خليل ذهب إلى القول: " أن الآدمي لا يجوز تناوله حيا أو ميتا والنص المعول عليه عدم جواز أكل الآدمي الميت ولو كان كافرا ....إذ لا تنتهك حرمة آدمي لآخر." المذهب الشافعي : جاء في مغني المحتاج : "ويحرم جزما على الشخص قطعة أي بعض نفسه لغيره من المضطرين ، لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل" . والمذهب الحنبلي : جاء في المغني : فإن لم يجد المضطر شيئا لم يبح له أكل بعض أعضائه لأنه ربما قتله ويكون قاتلا لنفسه ولا يتيقن حصول البقاء بأكمله وإن لم يجد إلا آدميا محقون الدم لم يبح له قتله إجماعا ولا إتلاف عضو منه مسلما كان أو كافرا لأنه مثله فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه ، وهذا خلاف فيه. نقلا عن محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص148.

[2] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 385.

كما أن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، تطبق بشرط ألا يؤدي الفعل إلى ضرر آخر فالتصرف عند الضرورة إنما يكون في حدود ما أحله الله دون مجاوزة.

وورد في حديث رواه البخاري بسنده إلى جندب بن عبد الله البجلى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كان ممن قبلكم رجل به جرح ، فجزع فأخذ سكينا فحز به يده ، فما رقا الدم حتى مات "[1]، فقال الله تعالى : بادرني عبدي بنفسه فحرمت عليه الجنة ."[2]

معنى ذلك عدم إجازة قطع العضو بقصد سد الرمق ، فقطع الإنسان عضو من أعضاءه فيه خطورة على حياته ، حيث ينفجر الأوردة بالدماء مما يسهم إسهاما رئيسيا في هلاكه وهذا معنى قوله " فما رقا الدم حتى مات ."

ويقول الزبدية وبعض الشافعية: "بجواز القطع لا يتفق مع الحفاظ على الجسد الآدمي ، بل مبادرة الله بمعصية التعدي على كيان لا يملكه ملك الرقبة إلا الله وحده . وليعلم المضطر أن الله تعالى أباح له جميع المحرمات تيسيرا عليه ، فان لم يجد فليعلم أن مخارج الله لم تغلق ، فمن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب ."[3]

والضرورة عند الفقهاء تعني أن يبلغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك أو هي الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا وتطبيقا لذلك تعرض الفقهاء إلى أكل الإنسان المضطر جزء أو عضو من جسد إنسان آخر أو جثته وهي الصورة المعروفة في زمانهم للانتفاع بأجزاء الإنسان فضرورة الغداء كضرورة التداوي والغذاء بحد ذاته وسيلة للتداوي .[4]

خلاصة هناك إجماع فقهي على تأييد هذه العمليات ليس بين الأحياء فقط بل حتى من جثث المتوفين وهذا ما سنناقشه في المطلب الموالي حيث اجمع الفقه الشرعي المؤيد على شروط جاءت في مجملها حول ضرورة مجانية التبرع وأن يكون العضو قابلا للنقل و عدم الإضرار بالمتبرع وغيرها سوف نتعرض لها لاحقا .

---

[1] إيمان مختار مختار مصطفى:المرجع السابق ،ص102.

[2] نفس المرجع : ص102.

[3] عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق ، ص69.

[4] هيثم حامد المصاروة : المرجع السابق، ص48.

المطلب الثالث: عمليات نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين.

أثار هذا النوع من العمليات عدة مسائل فقهية والملاحظ أن المؤيدين لهذه العمليات أوردوا شروطا واعتمدوها أسانيد شرعية معتمدين على أدلة شرعية غير متنوعة مقارنة بالنوع الأول من هذه العمليات التي سبق التعرض لها وانحصرت المناقشة في حرمة الميت ، حكم التداوي بأعضاء الميت ، حكم الوصية بالأعضاء ولعل الأمر راجع لعدم خطورة الموضوع وحسب رأي الباحثة فالخطورة الكبرى تكمن في هذا النوع لأن في النوع الأول لابد على القائم بالعملية عدم إلحاق الضرر بالمتبرع والمستقبل معا فالطبيب ملزم ببدل عناية وتحقيق نتيجة على أساس التشخيص والفحص الدقيق والإحاطة بكل النتائج. أما في هذا النوع من العمليات فجل الاهتمام يكون للمستقبل لأنه الطرف الحي وهذا لا يعني إهمال المتبرع لأنه جثة والدليل الإشكاليات التي أثيرت في هذا الصدد فظهر الاختلاف الفقهي حول تحديد الوفاة ، استعمال أجهزة الإنعاش وحدوده ، الموت الرحيم وعلة ذلك الرغبة في الانتفاع الأكبر بالأعضاء وهنا تكمن الخطورة وكل هذه الإشكاليات سيتم عرضها في المبحث الثاني بعد عرض بعض الأدلة الشرعية في هذا الموضوع . من ثم اختلف الفقه الإسلامي بين مؤيد للتداوي بالأعضاء البشرية من جثث المتوفين (الفرع الأول) ورافض لهذه المسألة استنادا لأدلة شرعية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:الاتجاه القائل بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين.

إن المصالح التي تتعلق بمصلحة الحي في الاستفادة من أعضاء الميت مدارها على ثلاثة رتب : مرتبة الضروريات ومرتبة الحاجيات ومرتبة التحسينات.[1] فإذا كانت

[1] معنى الضروريات:" لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوات الحياة وفي الآخرة فوات النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين." أما الحاجيات فهي : " التي يتم اللجوء إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى رفع الحرج والمشقة اللاحقة يفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين في –الجملة –الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصلحة العامة . فالحاجيات لم تبلغ فيها الحاجة مبلغ الضرورة بحيث لو فقدت لأختل نظام الحياة وتعطلت المنافع وعدمت الضروريات أو بعضها. ومعنى التحسينات كما قال فخر الدين الرازي رحمه الله تعالى هي : " تقرير الناس

المصلحة تحسينية فلا ينبغي الخلاف بعدم الجواز سواء أذن الميت قبل وفاته أو رفض ؟ لأن حرمة الميت كحرمة الحي ، فلا يجوز انتهاك حرمة الميت المحرّمة لتوفير مصلحة تجميلية ففي هذا تعريضا لجثة الميت للامتهان والعبث بها. أما إذا كانت مصلحة الحي حاجيه فإن حرمة الميت كحرمة الحي وهتكها وقوع في محرم فلا ينبغي خرق الحرمة والوقوع في الحرام لمصلحة مكملة للانتفاع. أما إذا كانت ضرورية والضرورة هنا مفسرة بما تتوقف حياته عليه كالقلب والكلى والرئتين ونحوها من أصول الانتفاع الضرورية.[1] وحتى إن تحققت الضرورة الشرعية لنقل الأعضاء من جثث المتوفين فلابد لها قيود أي تقدير الضرورة بقدرها وعليه نتطرق للأدلة المعتمدة من طرف الفقه الإسلامي (أولا) ثم محاوله مناقشة هذه الأدلة (ثانيا).

أولا : الأدلة الشرعية.

اعتمد الاتجاه المؤيد لهذا النوع من العمل الطبي على عدة مبادئ نذكر منها ، الاضطرار ، رفع الحرج ، الإيثار وغيرها من المبادئ ويتم تسليط الضوء على البعض منها من القرآن الكريم (ا) ومن السنة النبوية (ب) وفقا لمقتضيات الموضوع.

أ- **من القرآن الكريم .**

تعددت الأدلة الشرعية المستنبطة من القرآن الكريم لإباحة هذه العمليات وفقا لما ذهب إليه علماء الشريعة الإسلامية ويتم التعرض لذلك تباعا.

1- **إباحة المحظور حال الضرورة .**

استدلوا بقوله تعالى:" إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ ٱللَّهِ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ."[2] وقوله تعالى :" حُرِّمَتْ

على مكارم الأخلاق ومحاسن الشيم ."وقال الشاطبي رحمه الله تعالى : " الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب المدنسات التي تنافها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق . فالمصالح التحسينية لا يقع الناس في ضرر وعنت بتركها ولا يلحقهم حرج ولا ضيق بفقدها." انظر محمد بشير فلفلي :الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية ،الرياض ،2008، ص 134.

[1] نفس المرجع : ص 136.

[2] سورة البقرة: الآية 173.

عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُواْ بِالأَزْلاَمِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِن دِينِكُمْ فَلاَ تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ."[1] وقوله تعالى :" قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَّسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ."[2] وقال تعالى أيضا : " وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ."[3]وقوله تعالى : " فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ."[4] هذه الآيات تدل على إباحة أكل ما حرم في حال الضرورة [5] لإنقاذ نفس أشرفت على الهلاك وهذا ما أكدته هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بقرارها رقم 99 بتاريخ 2014/11/02 هـ حيث أقرت بالأكثرية : "جواز نقل عضو أو جزء منه من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر ذلك وأمنت الفتنة في نزعه ممن اخذ منه وغلب الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه."[6] وصدر في هذا الصدد فتوى لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت بجواز النقل من الميت سواء أوصى بذاك أم لا، لأن الضرورة في إنقاذ الحي تبيح ذلك ويقدم الموصى له في ذلك عن غيره وأفتت بضرورة الأخذ أولا من

[1] سورة المائدة : الآية 03.

[2] سورة الأنعام: الآية 145.

[3] سورة الأنعام : الآية 119.

[4] سورة المائدة : الآية 03.

[5] وهذا ما ذهب إليه الشافعية حيث أجازوا تعاطي ميتة الآدمي مع تعبد الله عز وجل باحترامها لكون مهجة الحي أولى بالاحترام من جثة الميت وقال به ابن العرابي ومن المالكية شرط تحقق كون ذلك ينجيه ويحييه وهو وجه عند الحنابلة وأجاز الشافعية أيضا استخدام عظام الموتى في جبر عظم الحي المنكسر إذا لم يكن جبره بغيره ، قياسا على أكل المضطر لحم الآدمي إذا لم يجد غيره وهذا بناء على تحصيل أعلى المصلحتين ، دفعا لأعظم المفسدتين.نقلا عن محمد بشير فلفلي: المرجع السابق ، ص 134.

[6] منصور محمد المعايطة : المرجع السابق ، ص 106-107.

جثة من أوصى أو سمحت أسرته بذلك عن غيره ."[1] ويجب تحقق الضرورة الشرعية ضرورة حقيقية لا وهمية فإن وجدت وسيلة أخرى كالأعضاء الصناعية فلا يجوز أخذ الأعضاء البشرية ونستنتج أيضا مما سبق ضرورة استعمال الوسيلة الممنوعة بالمقدار المحدد بمعنى عدم التوسع فيها .

2- رفع الحرج :

والآيات الدالة على ذلك كثيرة كقوله تعالى: " يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الإِنْسَانُ ضَعِيفًا ."[2] و قوله تعالى : " وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ."[3] ومما يدل على هذه القاعدة باعتبارها من أصول الشريعة ما قاله الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى : "ما ثبت من مشروعية الرخص وهو أمر مقطوع به وما علم من دين الأمة ضرورة ، كرخص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات في الاضطرار فإن هذا نمط يدل قطعا على مطلق رفع الحرج والمشقة وكذلك ما جاء من النهي عن التعمق والتكلف والتسبب في الانقطاع عن دوام الأعمال ولو كان الشارع قاصدا للمشقة في التكليف ، لما كان ترخيص ولا تخفيف ."[4] ومن الفقهاء المؤيدين لمشروعية هذه العمليات الشيخ جاد الحق علي جاد الحق والشيخ يوسف القرضاوي ومحمد سيد طنطاوي ونصر فريد واصل وعطية صقر ، علي جمعة ، محمد نعيم ياسين ، عكرمة صبري ، مصطفى الزرقا وعبد الرحمان بن ناصر السعدي وإبراهيم اليعقوبي .[5] كما انعقدت عدة مجامع فقهية لتجسيد ذلك ، نذكر منها : مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 23-18 جمادى الآخرة رقم8-514 الموافق ل09-11 فبراير 1988 والمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث والمؤتمر الإسلامي الدولي

---

[1] كما أقرت ذلك دار الإفتاء المصرية بجواز نقل الأعضاء بين الأموات دون تفرقة بين النقل من الموتى أو الأحياء فتوى رقم99 في 1402/11/06هـ. انظر نفس المرجع ، ص141 .

[2] سورة النساء : الآية 27.

[3] سورة الأعراف ، الآية 157.

[4] محمد بشير فلفلي : المرجع السابق ، ص 134.

[5] محمود أحمد طه : المرجع السابق ، ص 138.

المنعقد في ماليزيا 1969 م ومجمع البحوث في مصر وهيئة كبار العلماء بالسعودية ولجان الإفتاء بالأردن والكويت ومصر والجزائر.[1]

ب-من السنة :

تعددت الأدلة الشرعية المستنبطة من السنة الشريفة لإباحة هذه العمليات وفقا لما ذهب إليه علماء الشريعة الإسلامية ويتم التعرض لذلك تباعا.

1-مبدأ الضرورة تبيح المحظور:

أكد جمهور السلف من المالكية والحنابلة إباحة أكل الميتة في حالة الاضطرار ولكن الاختلاف كان في دخول جثة الإنسان ضمن الميتة بالنظر إلى حرمته . ورد عن ابن قدامه في قوله : " حرمة الحي وحفظ نفسه أولى من حفظ الميت عن المثلة ، لأن زوال الدنيا أهون على الله من قتل مسلم ولأن الميت لو بلع مال غيره شق بطنه لحفظ مال الحي وحفظ النفس أولى من حفظ المال ."[2] ومما ذهب إليه الشيخ الشعراوي في شرح الاضطرار أنه أمر ملجئ إلى شئ غير الأسباب الكونية المشروعة كالذي يريد أن يأكل ليستبقي على حياته فان لم يجد ما يستبقي على حياته فهو مضطر فيحل له أن يأخذ من غير ما احل الله بالقدر الذي يرفع عنه الضرورة أي يأكل من الميتة بقدر الضرورة ولا يشبع .[3] بالرغم من أنه معارض لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها بنوعيها .

2- مبدأ الإيثار:

جاء عن لجنة الإفتاء المصرية في فتوى بمناسبة بيان الحكم الشرعي بنقل قلب إنسان ميت إلى إنسان حي أن التشريع الإسلامي، قد امتدح من الصفات المميزة للإنسان التضحية بالنفس في سبيل المصلحة العامة في حال الحياة. فيمكن اعتبار نقل جزء من

---

[1] حيت صدرت عدة فتاوى أولها فتوى الشيخ محمد حسنين مخلوف مفتي مصر سنه 1952 بجواز نقل قرنية العين من ميت لآخر ثم فتوى الشيخ مأمون سنه 1959 ثم فتوى الشيخ هريدي سنه 1966 ثم الشيخ خاطر سنه 1973 ثم فتوى الشيخ جاد الحق سنه 1979 بجواز التبرع بالأعضاء من الأحياء و الأموات ومن المجلس الجزائري الأعلى ،صدرت فتوى سنه 1972 بجواز غرس الأعضاء، انظر على محيى الدين القرهداغي :على يوسف المحمدي ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ، ط 1، دار البشائر الإسلامية ، 1426هـ_2005م ، ص495 .

[2] محمد عبد اللطيف عبد العال ، المرجع السابق ، ص 30.

[3] نفس المرجع : ص 31.

الميت بعد الموت لمصلحة آخر نوع من التضحيات المحمودة." فإذا كانت إماطة الأذى عن الطريق شعبة من شعب الإيمان، ألا يكون ما ينفع الناس في أمور حياتهم جزء من الإيمان أكثر من إماطة الأذى عن الطريق.[1]

وعموما استدل المؤيدين لعمليات استقطاع الأعضاء البشرية ونقلها من حي إلى ميت ومن بينهم الحنابلة بجواز أكل المضطر من جثة إنسان ميت إذا لم يجد غيره . كما صدرت العديد من الفتاوى المعاصرة من هيئات متعددة واشترط أنصار هذا الرأي شروطا لابد من توافرها لإجازة استقطاع الأعضاء البشرية من جثت الموتى إلى الأحياء وهي :

1_أن يكون الشخص المنقول إليه العضو مضطرا إلى ذلك، بأن يخاف على نفسه الهلاك أو الضرر الشديد إن لم يتداوى بهذا الجزء.

2–أن يتعين النقل علاجا، بحيث لا يوجد ما يتداوى به غير نقل هذا العضو.

3_أن يقرر النقل طبيب ثقة حاذق بالطب ويغلب على الضن استفادة المريض من هذا العضو.

4_ألا يكون العضو من الأعضاء التي تحمل الصفات الوراثية كالخصية والمبيض.

5_أن يكون المأخوذ منه العضو مكلفا وقد أذن بذلك في حياته،فإذا لم يأذن بذلك اشترط موافقة أهله حتى يتم النقل حينئذ ، وإذا كانت الجثة مجهولة ولم تعرف هويتها اشترط موافقة ولي المسلمين

*6*_ألا يترتب على الاقتطاع من الميت تمثيل به ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم –عن المثلة بالجثة.

7_أن يكون النقل على سبيل التبرع .

8_أن لا يكون المضطر دميا أو معاهدا أو مستأمنا لذا كانت جثة الميت لمسلم .

9_أن يكون المضطر معصوم الدم ، فلو كان مهدر الدم لم يجز الانتفاع بأعضاء الآدمي الميت .

10_أن تكون المصلحة المترتبة على نقل العضو أعظم من المفسدة التي اقتضت حظره.

[1] نفس المرجع : ص 40.

11_أن يكون استقطاع العضو بعد تحقق الوفاة فعلا ، فلابد أن يكون المنقول منه العضو قد تحقق موته بالمفارقة التامة للحياة حتى لا يفضي إلى تعجيل قتل إنسان لا زالت تنبض فيه الحياة.[1] وعلى هذا جاءت فتوى الأزهر الشريف ودار الإفتاء المصرية وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية والمجلس الإسلامي بالجزائر والتي أجمعت كلها على إباحة استخدام أعضاء الموتى لمداواة الأحياء وإنقاذ حياتهم ويشترط لإباحة نقل وزراعة الأعضاء من الميت شرعا : ضرورة موافقة الميت أثناء حياته بالتبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته ، موافقة أهل الميت لأنهم يتوارثون الجثة بعد الوفاة ، موافقة ولي الأمر إذا كان المتوفى مجهول الهوية ، أن يكون التبرع دون مقابل.[2] وسيتم التعرض بالتفصيل لهذه الشروط من الناحية الشرعية خصوصا شرطي التحقق من الوفاة و حكم الشريعة الإسلامية بالوصية بالأعضاء البشرية قبل الوفاة باعتبارهما الشرطان الجوهريان لأن ما تبقى من الشروط ينطبق على النوعين معا.

3-مبدأ التداوي :

عن أسامة بن شريك قال: جاء أعرابي فقال: يا رسول الله أنتداوى ؟ قال: "نعم، فإن الله لم ينزل داء إلا انزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله." وسئل النبي صلى الله عليه وسلم : " ارايت أدوية نتداوى بها ورقى نسترقي بها وتقى نتقيها ، هل ترد من قدر الله شيئا . قال : هي من قدر الله ." ومعنى الحديث أن الله سبحانه وتعالى قدر لنا المرض والشفاء عن طريق تسخير أسباب الشفاء ومن كتب له الموت فالله سبحانه وتعالى جعل لكل أجل كتاب لقوله تعالى : " قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي ضَرًّا وَلَا نَفْعًا إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ لِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ إِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ فَلَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ."[3]

واعتمد المؤيدين لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها على القواعد الفقهية المعروفة وهي : الضرر يزال بالضرر الأخف ،الضرر الأشد يتمثل في بقاء الإنسان عرضة للمرض الشديد والهلاك المتوقع والضرر الأخف يتمثل في أخذ جزء من أجزاء الميت لعلاج

[1] أسامة عبد العليم الشيخ: المرجع السابق ، ص 659.

[2] بلحاج العربي :المرجع السابق ،ص166.

[3] سورة يونس : الآية 49.

الإنسان الحي وبناء على ذلك جاء حكم جواز شق بطن الأم في حالة الاحتضار أو موتها لاستخراج الجنين الحي أو ترجى حياته ومن جواز شق بطن الآدمي بعد وفاته لإستخراج مال ابتلعه حال حياته .

ثانيا : مناقشة الأدلة الشرعية :

تم الإعتراض على الأدلة المعروضة سابقا من طرف المعارضين لعمليات نقل الأعضاء البشرية وعلى رأسهم الشيخ متولي الشعراوي ، عبد الرحمان العدوي وعبد الرحيم السكري وغيرهم ، ويتم مناقشة ما تقدم من خلال الأدلة الشرعية من القرآن الكريم (ا) ومن السنة النبوية (ب).

ا-من القرآن الكريم :

يتم مناقشة الأدلة الشرعية السالف ذكرها .

1- مبدأ الضرورة تبيح المحظور:

لا شك أن الشرط الأساسي لنقل الأعضاء البشرية هو توافر الضرورة العلاجية بعد استنفاد كل الطرق العلاجية أي الضرورة القصوى وفي هذا النوع عنصر الخطر على حياة المتبرع غير موجود لكن مع ذلك لابد من احترام جثة المتوفى وعدم التمثيل بها . فلا يصح استئصال عضو ويتضح فيم بعد عدم فاعليته أو ضرورته لأن هذا من باب التمثيل بالجثة لقوله صلى الله عليه وسلم : "**إنكم ستجدون مثله لم آمر بها.**"

وبالرجوع إلى الآيات الكريمة المذكورة سابقا فإن رفع الإثم أعم من الإباحة أو الوجوب ، فقد يكون تناول المضطر لهذه الحرمات مباحا وقد يكون واجبا إذا خشي على نفسه الهلاك واعترض على هذا الدليل أن الآيات تذكر محرمات ذكرت على سبيل الحصر وهذا يفيد إثبات ما جاء في الخطاب وينفي ماعداه.[1]ويمكن الرد على ذلك بقوله تعالى:" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ."[2] بمعنى أن الضرورة لسائر المخلوقات.

[1] أسامة عبد العليم الشيخ: المرجع السابق، ص665

[2] سورة الأنعام: الآية 119.

2- رفع الحرج :

إن في نقل العضو من جسم المتوفى إلى جسم إنسان حي فيه تكريم للميت حسي ومعنوي الحسي لأن العضو المنقول يبقى في جسم إنسان مسلم يستعين به على طاعة الله ومرضاته بدلا من أن يصبح في التراب أما المعنوي ففيه أجر وثواب لأنه فرّج عن مسلم كربه.[1]

ب-من السنة :

تمت مناقشة إباحة المحظور حال الضرورة لذا نكتفي بمناقشة مبدأي الإيثار والتداوي.

1- مبدأ الإيثار:

المعلوم ، أن التبرع لا يكون إلا في أشد الحالات وفي هذا النوع من العمليات المتبرع عند ايصائه بالتبرع قبل وفاته لا ضرر عليه وهو بذلك يقدم منفعة جليلة لغيره ابتغاء مرضات الله . ووجه الاعتراض أن الإيثار لا يكون مشروعا إلا إذا كان تصرفا بحق الله عز وجل وجسم الإنسان يرد عليه حقان حق لله وحق للعبد .

ويمكن الاستدلال بحادثة وقعت في إحدى الغزوات ، حيث طلب إحدى الجرحى من إخوانه جرعة ماء ، فلما جئ له به سمع صوت جريح آخر يطلب الماء فقال الساقي اذهب به إليه لعله أحوج إليه مني وبينما يحاول هذا الأخير تناول قدح من الماء وهو يعاني سكرات الموت ، إذ به يسمع صوت جريح ثالث ينادي ، فيقول للساقي اذهب إلى صاحبي . فلما ذهب الساقي إلى الثالث وجده قد توفي شهيدا ثم عاد إلى الثاني والأول على التوالي فوجدهما متوفيان .[2] أليس في هذه الحادثة دلاله على الإيثار وحب الغير إلى درجة تفضيله عن نفسه وهو في حالة هلاك وعمليات نقل الأعضاء من بين شروطها عدم إلحاق الضرر بالمتبرع ، فلا ينزع عضو بشري على من كان في حالة احتضار أو لم تثبت حالة وفاته .

2-**مبدأ التداوي :**

[1] أسامة عبد العليم الشيخ:المرجع السابق، ص669.

[2] مأمون عبد الكريم :رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق ، ص 386.

اعترض على هذا الرأي ما ذهب إليه الحنابلة بقول العلامة ابن قيم الجوزية : "المعالجات بالمحرمات قبيحة عقلا وشرعا". كما يقول العلامة البهوتي :" لا يجوز التداوي بشيء محرم أو بشيء فيه مسكر." لقوله صلى الله عليه وسلم :" لا تتداووا بمحرم." إلا أن بعض العلماء أجازوا ذلك لإنتفاء وجود دليل شرعي قاطع بعدم إجازة نقل الأعضاء واعتبارها من المحرمات من بينهم الشيخ عبد الله المشد الذي ذهب إلى إجازة إنشاء بنوك للتبرع بالكلى بهدف إنقاذ العديد من المرضى بالفشل الكلوي المنتشر حاليا بمصر .[1] وهذا ما أكده أيضا الشيخ القرضاوي وأورد حالة يجوز فيها المنع في حالة التعدي لغير مصلحة راجحة أو لغير حاجة .[2] فالإسلام يحث على التداوي والبحث عن كل الأساليب العلاجية والتبرع بالعضو لا يكون إلا بعد استنفاذ كل الطرق العلاجية وعدم فاعلية حتى الأعضاء الصناعية وتحقق الضرورة الشرعية .

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بعدم مشروعية نقل الأعضاء من جثث المتوفين.

معظم الأدلة التي اعتمدها فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتراضهم على نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين انحصرت في عدم التمثيل بالجثة فالإنسان مشمول بالحرمة حيا وميتا ، ملكية الله تعالى للإنسان حيا وميتا و نقل الأعضاء البشرية تداوي بمحرم . يتم التعرض للأدلة الشرعية (أولا) ثم مناقشة الأدلة الشرعية(ثانيا).

أولا : الأدلة الشرعية .

اعتمد الاتجاه المعارض لهذا النوع من العمل الطبي على عدة أدلة شرعية مستمدة من القرآن الكريم (ا) والسنة النبوية (ب) يتم التعرض لها تباعا.

ا-من القرآن الكريم :

لم تختلف الأدلة الشرعية المعتمدة من طرف هذا الاتجاه عن سابقه حيث انحصرت في حرمة جثة الإنسان وعدم ملكية الإنسان لجسده وهي كالآتي:

[1] محمود أحمد طه : المرجع السابق ، ص 140.

[2] نفس المرجع السابق، ص 141.

1- حرمة جثة الإنسان:

يرى هذا الاتجاه أن للميت حرمة والأكل منه يعد انتهاكا لحرمته ولو في حاله الضرورة ومعنى ذلك عدم دخول الإنسان الميت في عموم الميتة بالنظر إلى حرمته. واستدلوا بقوله تعالى : " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ....." [1] وتدل الآية الكريمة على تكريم الله للإنسان فلقد خلقه في أحسن صورة وسخر له ما في الأرض جميعا ونزع عضو منه بعد موته يتنافى مع هذا التكريم.[2] وتم الاستدلال أيضا بقوله تعالى :" وَلَا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ."[3] وضرب هذا المثل لأن أكل الميتة حرام وكذا الغيبة حرام في الدين وفي قوله تعالى " فَكَرِهْتُمُوهُ " أي فكرهتم أكل لحم أخيكم ميتا فكذلك اكرهوا غيبته.[4] وفي هذا الموضوع أكد السيد الطنطاوي مفتي الجمهورية المصرية السابق بقوله :" إن الإسلام يحافظ على أجساد الموتى فقد نهى الرسول الكريم عن كسر عظام الميت لأنه ككسره حيا فالميت له حرمة كحرمته حيا وإخراج عضو الميت مثل العين أو القلب أو الكلية اعتداء عليه وذلك غير جائز شرعا ."[5]

2-جسد الإنسان ليس ملكا له :

سند هذا الرأي قوله تعالى : " وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ..."[6] بمعنى أن الإنسان أمين على جسده ، مطالب بالمحافظة عليه مما يهلكه لان المالك الحقيقي هو الله عز وجل وأضاف الشيخ الشعراوي رحمه الله بقوله :" لماذا يؤخر المرء لقاءه بربه ؟ ولماذا يريد أن يأخذ من غيره ما ليس له حق وما لا يحق لهذا الغير أن يتصرف فيه ، فالأفضل ترك الأمور لطبيعتها ."[7] ويرى أيضا -الشيخ متولي احمد الشعراوي- أن الإنسان لا يملك

---

[1] سوره الإسراء :الآية70.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ: المرجع السابق، ص669.

[3] سوره الحجرات:الآية12.

[4] محمد عبد اللطيف عبد العال :المرجع السابق ،ص 32.

[5] نفس المرجع :ص 33.

[6] سورة البقرة: الآية 195.

[7] محمد عبد اللطيف عبد العال :المرجع السابق ،ص 33.

التصرف في جسده لا في حال حياته أو مماته وكذلك ورثته أو غيرهم لا يملكون ذلك ومن يملك حق التصرف هو الخالق سبحانه وتعالى، فمن لا يملك جسده وهو حي فمن باب أولى عدم ملكه وهو ميت . وجاء في هذا الأمر فتوى الدكتور فريد واصل مفتي الجمهورية :"إن الإنسان نفسه ليس مرخصا له التوصية بنقل أعضائه لان جسده ليس ملكا له بل لله ولا يجوز له استئصال جزء من جسده إلا إذا كان هذا الجزء قابلا للتعويض أو التجديد كالدم والأنسجة ."[1] إن الله خلق الروح والأعضاء، فالروح لا يملكها الإنسان أما الأعضاء فله حق التصرف فيها حسب ضوابط الشرع إذ لم يرد دليل من كتاب أو سنة يحرم ذلك، فالأصل الإباحة.[2]

ب-من السنة :

يتم عرض الأدلة الشرعية المعتمدة من طرف هذا الاتجاه وهي كالأتي:

1-حرمة المثلة بجثة الإنسان :

يقصد بالمثلة ، تعذيب المقتول بقطع أعضائه وتشويه خلقه قبل أن يقتل أو بعده ومثال ذلك ، جذع الأنف أو الأذن .[3]ويستند هذا الفريق في تعامل الرسول الكريم مع قتلى الأعداء في الحرب ، فكان عليه الصلاة والسلام يأمر بعدم التمثيل بجثتهم وسرعه مواراتها التراب.

وذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية في وجه و أكثر الحنابلة والظاهرية والزيدية تخريجا عن قولهم بعدم جواز الأكل من آدمي ميت ، كما أفتى بهذا الرأي بعض العلماء المعاصرين و ما روي عن عبد الله بن يزيد الأنصاري أنه قال :" نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النهبة و المثلى ."[4] وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله

---

[1] نسرين عبد الحميد نبيه : المرجع السابق ، ص 127.

[2] على محيى الدين القرهداغي ، على يوسف المحمدي : فقه القضايا الطبية المعاصرة ، ط 1، دار البشائر الإسلامية، 1426هـ_2005م ، ص493 .

[3] محمود عبد اللطيف عبد العال :المرجع السابق ، ص 28.

[4] محمد بن سليمان عبد الله العمرو : أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، 1425هـ-2004م ،ص48.

عليه وسلم قال :" كسر عظم الميت ككسره حيا ." ووجه الدلالة تحريم نقل العضو من الميت والمناسبة التي قيل فيها هذا الحديث أن رسول الله رأى حفارا يحفر قبرا أراد كسر عظمة ساق دون أن تكون له مصلحة في ذلك . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " لا تكسرها ، فإن كسرك إياها ميتا ككسرك إياها حيا ." [1] وهذا ماذهب إليه أيضا كل من محمد صالح العثمانيين وعبد الله بن الصديق الغماري رحمهم الله جميعا ودليلهم في ذلك :" أن الإنسان وإن كان متسلطا على نفسه إلا أنه ليس له حق المثلة بجسمه أو بقطع عضو من أعضائه وإن كان بواسطة طبيب ورضاه فهو مثلة غير جائزة ."[2]

2-التداوي بالأعضاء البشرية من قبيل المحرمات :

جاء في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : " ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء."[3]

ومن هذه المحرمات حسب رأي بعض العلماء، استخدام أعضاء الإنسان في علاج غيره من الناس ويقول في ذلك الشيخ عبد السلام السكري : " لقد حرمت المذاهب الفقهية استخدام أعضاء الإنسان في العلاجات الطبية ومنهم من علل ذلك بالنجاسة بالموت ومنهم من علل ذلك بالكرامة الآدمية فكيف بعد هذا يسوغ لقائل مسلم بجواز استخدام الأعضاء البشرية في العمليات الجراحية ." [4]

فأساس الاعتراض يرجعنا إلى الدليل الأول وهو حرمة جسم الإنسان سواء حيا أو ميتا وأضاف ابن حزم أن الله حرم من المآكل والمشارب من خنزير أو صيد حرام أو ميتة أو دم أو لحم سبع طائر أو ذي أربع أو حشرة أو خمر فهو كله عند الضرورة حلالا ماعدا لحوم بني آدم وما يقتل من تناوله فلا يحل ذلك أصلا لا بضرورة ولا بغيرها واستدل بما روي عن عبد الله بن ربيع إلى سعد بن هشام بن عامر عن أبيه ، قال :" لما كان يوم أحد أصيب من أصيب من المسلمين . قال : ذكر لنا انس بن مالك أن رسول الله صلى

[1] محمد عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ، ص 28.

[2] محمد بن سليمان عبد الله العمرو: المرجع السابق ، ص 49.

[3] صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 1038.

[4] محمود أحمد طه : المرجع السابق ، ص 144.

الله عليه وسلم أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلا من صناديد قريش فدفنوا في طوى من أطواء بدر خبيث ومخبث ." [1]

والمراد من هذا الحديث أن سبب استثناء لحوم البشر إنما لعدم إهانة ما كرمه الله تعالى ووجوب تعجيل الدفن و نزع العضو من جسم الإنسان متوفى لنقله لآخر فيه نوع من المثلة وتشويه الخلقة وهو منهي عنه.

ثانيا : مناقشة الأدلة الشرعية.

بعد عرض الأدلة الشرعية، يتم مناقشة ذلك سواء من القرآن الكريم (ا) و السنة النبوية (ب).

ا-من القرآن الكريم :

يتم مناقشة الأدلة الشرعية السالف ذكرها.

1- حرمة جثه الإنسان:

إذا كان الشخص قد رضي في حياته بإنقاذ شخص آخر ثم أخذ منه العضو بكل احترام ودون إهانة، فلا يدخل هذا في النهي إضافة إلى أن الضرورات تبيح المحظورات.[2] وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الأكل من جسد الميت في حالة الاضطرار لأن حرمة الإنسان الحي أعظم من حرمة الميت والمفسدة المترتبة على الأكل من الجثة أقل من مفسده حياه المشرف على الهلاك.[3] وجاء في الندوة الفقهية الطبية حول نقل الأعضاء من جسد المتوفين بأنه:" يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته وبشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثه له."[4] أما عن الغيبة مكروهة ومباحة إذا دعت الضرورة إليها ، كما هو الشأن في التبليغ عن الجرائم. فكذلك الأكل من الميت مباح للضرورة والمريض لا يأكل العضو المنقول إليه

[1] عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص70-71.

[2] على محيى الدين القرهداغي ،على يوسف المحمدي : المرجع السابق ،ص494.

[3] عبد اللطيف هميم : مقال عن نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ، سلسلة المائدة الحرة ، بيت الحكمة ، بدون سنة ،ص 73.

[4] عماد زكي البارودي : موسوعة فتاوى معاصرة ، ج4،القاهرة ، المكتبة التوفيقية ، بدون سنة ،ص 296.

وإنما يستفيد منه إلى حين،[1] مادام مصيره الأرض والاختلاط بعناصرها لقوله تعالى: " وَقَالُوا أَإِذَا ضَلَلْنَا فِي الْأَرْضِ أَإِنَّا لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ بَلْ هُمْ بِلِقَاءِ رَبِّهِمْ كَافِرُونَ."[2]

2- جسد الإنسان ليس ملكا له :

إن أساس الخلاف الفقهي يرجع إلى اعتبار جسد الإنسان ملكا له وبالتالي جواز التصرف فيه أو ملكا لله عز وجل وبالتالي أمانة يمنع التصرف فيه وأجاب الشيخ القرضاوي عندما سئل عن إجازة التبرع بالأعضاء البشرية وقال :" إن تبرع الإنسان إنما يجوز فيم يملكه فكما يجوز للإنسان التبرع بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه، فكذلك يجوز له التبرع بجزء من بدنه لمن يحتاج اله والفرق بينهما ، أن الإنسان يجوز له التبرع بماله كله ولكن في البدن لايجوز التبرع ببدنه كله ...." [3] وصدرت بشأن هذا الرأي عدة فتاوى شرعية ومما صدر عن لجنة فتوى بالأزهر الشريف بقولها : " فلا مانع من ذلك حيث لا يوجد دليل يعتمد عليه في التحريم ." بالإضافة إلى الضوابط الشرعية الواجب توافرها حسب هذه اللجنة وهى:" أن يأذن المعطي بذلك قبل وفاته وإذا لم يأذن المعطي قبل وفاته جاز لأوليائه الإذن لعدم وجود دليل على المنع ولا يشترط ذلك بالنسبة للجثث المجهولة استنادا إلى أن ولي الأمر ولي من لا ولي له وألا يكون المنتفع بجزء من الميت مهدر الدم كالمرتد عن الإسلام أو الزاني أو القاتل للغير ظلما ."[4]

ب- من السنة :

يتم مناقشة الأدلة الشرعية المستمدة من السنة النبوية السالف ذكرها.

1- حرمة المثلة بجثه الإنسان :

إن المقصود من المثلة ليس أخذ عضو من ميت وإنما التشنيع والتشويه والدليل أن الفقهاء أجازوا شق بطن الميت لاستخراج مال ابتلعه في حياته أو اتخاذ عظم ميت لجبر عظم إنسان حي إذا استدعت الضرورة ذلك [5]. كما أن حرمة الحي أعظم حرمة من

---

[1] محمود عبد اللطيف عبد العال :المرجع السابق ،ص 34.

[2] سوره السجدة :الآية 10 .

[3] محمود احمد طه :المرجع السابق ، ص 144.

[4] نفس المرجع : ص 135.

[5] أسامة عبد العليم الشيخ: المرجع السابق ، ص 670.

الميت وما تقتضيه من عدم المساس ببدنه فإنقاذ حي يصارع الموت فيه تكريم للميت ببقاء عضو من أعضائه ينتفع به إنسان حي. وهنا يأتي مجال تطبيق القاعدة الفقهية "إذا تعارضت المصالح قدم الأعظم وإن فات الأدنى."[1] ضف إلى ذلك، إن عمليات نقل الأعضاء البشرية من المتوفين ليس فيها مثلة بالجثة لأنها لا تتم إلا بضوابط شرعية دقيقة طبقا للفتاوى الشرعية .

2- حرمة التداوي بالأعضاء البشرية:

أباح فقهاء الشافعية تناول معصوم الدم الميت كغذاء في حالة الضرورة وهذا يمتد إلى حالة الاستشفاء به كدواء إذ أن الانتفاع به كدواء أكرم له من الانتفاع به كغذاء.[2] وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أمرتنا بالتداوي ونقل العضو من إنسان ميت إلى حي جائز ومشروع لقوله صلى الله عليه وسلم : "لكل داء دواء فإذا أصيب دواء داء برأ بإذن الله."[3] وخلاصة هذا المبحث بعد مناقشة الأدلة الشرعية المؤيدة والمعارضة ومسايرة للإتجاه الفقهي المعاصر الذي أباح عمليات نقل وزراعة الأعضاء إعمالا بالقاعدة الشرعية " الضرر لا يزال بالضرر " طالما توافرت الضوابط والشروط التي تضمن الابتعاد عن كل شبهة يمكن أن تخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء عن نطاق المشروعية . والدليل الأرجح هو مبدأ رجحان المصلحة والموازنة بين ما يصيب المانح من أضرار وما سيعود على المتلقي من فوائد أي قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وهي أشبه بنظرية الضرورة في القانون الوضعي.

المبحث الثاني: الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

بعض عرض الأدلة الشرعية لمسألة نقل الأعضاء وزرعها ، نلاحظ أن هناك شبه إقرار من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية بجوازها سواء فيم بين الأحياء أو من جثث

---

[1] أسامة السيد عبد السميع : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ،2006 ،ص32.

[2] وهذا مماورد في مغنى المحتاج : " وله قتل مرتد وأكله ، وقتل حربي بالغ وأكله ، لأنهما غير معصومين ، وله قتل الزاني المحصن والمحارب ، وتارك الصلاة ومن عليه قصاص وان لم يأذن الإمام في القتل لأن قتلهم مستحق وإنما اعتبر إذنه في غير حال الضرورة تأدبا معه .." نفس المرجع : ص 32.

[3] نفس المرجع:ص 32.

المتوفين ومع ذلك لابد من توافر ضوابط شرعية حتى لا تترك الأمور على إطلاقها والدليل على ذلك الفتاوى الشرعية المؤيدة لهذه العمليات وعلى أساسها سيتم مناقشة الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيم بين الأحياء (المطلب الأول) الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين (المطلب الثاني) .

المطلب الأول :الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيم بين الأحياء.

من خلال مراجعة مختلف الفتاوى الشرعية ، اشترط أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية ضرورة أن يكون العضو قابلا للنقل ومجانية التبرع (الفرع الأول) أما باقي الشروط الأخرى فهي تختلف باختلاف موقع الفرد أو الشخص من عملية نقل أو زرع العضو بمعنى شروط شرعية خاصة بالمتبرع وشروط خاصة بالمستقبل وأخرى بالطبيب القائم بهذه العملية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:الضوابط الشرعية العامة .

من بين الضوابط التي اتفق فيها الفقه الإسلامي بعد إباحته لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها، قابلية العضو للنقل(أولا) ومجانية التبرع(ثانيا) وإن كان الشرط الأخير فيه اختلاف ، حيث ذهب البعض إلى إجازة بيع الأعضاء البشرية تحت غطاء تعويض عن تبرع وسنناقش هذه الفكرة حتى لا نتناقض مع فكرة أن جسم الإنسان من قبيل الأموال أم لا والتي سبق التطرق اليها وتوصلنا إلى ضرورة إخراج جسم الإنسان من دائرة المعاملات المالية وإلا أثر سلبا على عمليات نقل لأعضاء وزراعتها. بالإضافة إلى ضابط عدم التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية (ثالثا).

أولا: أن يكون العضو قابل للنقل.

يقصد بذلك أن يكون العضو من الأعضاء القابلة للنقل ولا تتوقف عليها حياة الشخص المتنازل عن العضو لأن ذلك من شأنه الإضرار بهذا الشخص لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار.» فالإنسان مطالب بالحفاظ على صحته لقوله عليه الصلاة والسلام :" أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة من النعيم أن يقال : ألم نصح لك

جسدك ونروك بالماء البارد؟."[1] ومما جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع إنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا[2]، أن الانتفاع الذي هو محل البحث استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعا.

ومن الشروط أن يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرينة العينين كلتيهما أما إن كان النقل يعطل جزء من وظيفة أساسية فلا يجوز ذلك إلا في حالة النقل من ميت إلى حي.

وجاء أيضا مما لخصه كتاب " بيان للناس" الصادر عن الأزهر الشريف موضوع نقل الأعضاء تحت هذا العنوان موجزا أنه إذا كان المنقول منه حيا ، فإن كان الجزء المنقول بفضي إلى موته مثل القلب كان النقل حراما مطلقا أي سواء أذن فيه المنقول منه أم لم يأذن لأنه إن أذن كان انتحارا وإن لم يأذن كان قتلا للنفس بغير حق وكلاهما حرام. وإذا لم يكن الجزء المنقول مفضيا إلى موته على معنى أنه يمكن أن يعيش بدونه فينظر إن كان فيه تعطيل له عن واجب أو إعانة على محرم كان حراما وذلك كاليدين معا

---

[1] محمد بن عبد الوهاب عن ابن قيم الجوزية: مختصر زار المعاد في هدي خير المعاد ، دار الكتاب العربي ، سنة 1206هـ -1115م ، ص224-225.

[2] ومما جاء قي رأي القرضاوي :" وأما ما لا تتوقف عليه الحياة فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه ما لا يقوم بها ومنه ما يتجدد تلقائيا كالدم ومنه ما لا يتجدد ومنه ما له تأثير على الأنساب والمورثات الشخصية العامة كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي . ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك من أجل ذلك يجوز نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم والجلد ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية . كما لا يجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استأصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر كأخذ القرنية من العين لإنسان ما عند استئصالها لعلة مرضية . يحرم نقل عضو تتوقف منه الحياة كالقلب من الإنسان الحي إلى إنسان آخر . يحرم نقل العضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف. ونقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه. أما ما تتوقف عليه الحياة قد يكون فرديا وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكبد والثاني الكلية والرئتين.." انظر محمد المقصود حسن داود : المرجع السابق، ص452.

والرجلين معا ، بحيث يعجز عن كسب عيشته أو يسلك سبلا غير مشروعة وفي هذه الحالة يستوي الإذن وعدم الإذن فيصير قطع العضو ونقله محرما .[1]

ثانيا : مجانية التبرع .

في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء لابد أن تكون مجانية بمعنى لا وجود لمقابل مادي وهذا حفاظا لكرامة الإنسان التي منحها الله إياها مصداقا لقوله تعالى :" وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ."[2] وجعل التبرع مادي ينفي هذه الكرامة وهذا ما أيدته معظم الفتاوى الشرعية الصادرة عن الفقهاء ومثال ذلك ما جاء في الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي السابق ذكرها بقولها :" إن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما .أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافئة وتكريم المأخوذ منه العضو فمحل اجتهاد ونظر."[3]

يفهم من هذه الفتوى– مادام التكريم محل نظر واجتهاد– إن كان يريد المستقبل إكرام الشخص المتبرع لما قام به من عمل نبيل لقوله صلى الله عليه وسلم: "تهادوا تحابوا." لكن لا مجال لاعتبار ذلك بمثابة ثمن للعضو المتبرع به. وجاء في هذا رأي القرضاوي بقوله :" لو بذل المنتفع بالتبرع للشخص المتبرع مبلغا من المال غير مشروط ولا مسمى من قبل على سبيل الهبة ، الهدية والمساعدة فهو جائز بل محمود من مكارم الأخلاق وهذا نظير إعطاء المقرض عند رد القرض أزيد من قرضه دون اشتراط سابق فهو مشروع ومحمود وقد فعله النبي صلى الله عليه وسلم حيث رد أفضل مما أخذ وقال : " إن خياركم أحسنكم قضاء. "[4]

---

[1] محمد المقصود حسن داود :المرجع السابق ، ص 394.

[2] سورة الإسراء : الآية 70.

[3] محمد المقصود حسن داود : المرجع السابق ، ص453.

[4] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص 38.

وقال ابن العابدين : " والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فإبرام العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له لي هو غير جائز وبعضه في حكمه ."[1] وعليه لا يجوز بيع الأعضاء البشرية فالإنسان ليس محلا للتعاقد .

ثالثا :عدم التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية.

يقصد بالأعضاء التناسلية، الأعضاء المساهمة في الإنجاب وهي المبايض والرحم لدى المرأة والخصيتان والقضيب لدى الرجل ويلحق بذلك مني الرجل وبويضات المرأة[2] وفي هدا الشأن أكد البيان الختامي والتوصيات الصارمة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23 و26 أكتوبر 1989 بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي أنه: ًبحكم أن الخصية والمبيض تستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقي جديد فإن زرعهما محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي الى اختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج .ً[3]

الفرع الثاني: الضوابط الشرعية الخاصة بأطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

في هذا الفرع يتم معالجة الضوابط الشرعية الخاصة بأطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المتمثلة في المتبرع المستقطع منه العضو (أولا) باعتباره أساس هذه العمليات والمستقبل للعضو (ثانيا) وكذا الطبيب الذي يقوم بهذه العمليات (ثالثا) باعتباره صاحب الاختصاص لإجازة التدخل الطبي إن توافرت الشروط الضرورية أو عدم إجازتها إذا اتضح ما يعيقها من الناحية الطبية.

---

[1] ريان توفيق خليل: مقال نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الميزان الشرعي، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث عشر، دورية محكمة، جامعة الإمارات العربية، 1420هـ-2000م، ص274.

[2] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 404 .

[3] نفس المرجع : ص 402 .

أولا: المتبرع.

يشترط في المتبرع توافر مجموعة من الشروط تتمثل في عدم الإضرار به (ا) وتوافر الأهلية الشرعية للقيام بهذا التصرف (ب) وكذا توافر الرضا الحر دون ضغط أو إكراه (ج).

ا: عدم الإضرار بالمتبرع.

اتفق الفقه الإسلامي المؤيد لعمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها على وجوب عدم الإضرار بالشخص المتنازل عن العضو ومما ذهب إليه الشيخ القرضاوي أنه :" إن كان جسم الإنسان وديعة من الله تعالى ، فقد مكن الإنسان من الانتفاع به والتصرف فيه كالمال فهو مال الله تعالى حقيقة، كما قال تعالى : " وآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ..."[1] . فكما يجوز للإنسان التبرع بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه فكذلك يجوز له التبرع بجزء من بدنه لمن يحتاج إليه. والفرق بينهما أنه لا يجوز للإنسان التبرع بجزء من ماله أو التصدق بماله كله ولكن في البدن لا يجوز التبرع ببدنه كله، بل لا يجوز أن يجود المسلم بنفسه لإنقاذ مريض من التهلكة أو ألم مبرح أو حياة قاسية.

وإن كان يشرع للمسلم أن يلقي بنفسه في اليم لإنقاذ غريقة أو يدخل بين ألسنة النار لإطفاء الحريق أو إنقاذ مشرف على الغرق أو الحرق. [2]

والسعي في إزالة ضرر يعانيه مسلم من فشل الكلية مثلا ، بأن يتبرع له متبرع بإحدى كليتيه السليمتين فهذا مشروع بل محمود ويؤجر عليه من فعله لأنه من رحم من في الأرض استحق رحمة من في السماء.

ومع ذلك تبقى إجازة نقل وزرع الأعضاء حسب رأي الشيخ القرضاوي مقيدة بشرط عدم التبرع بما يعود بالضرر، فلا يجوز التبرع بعضو وحيد كالقلب أو الكبد و لا يجوز إزالة ضرر غيره بضرر نفسه فالقاعدة الشرعية تقول الضرر يزال بالضرر تقيدها قاعدة أخرى

[1] سورة النور : الآية 33.

[2] مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص36.

الضرر لا يزال بضرر مثله أو أكبر منه[1]. وقد سألته إحدى الزوجات أرادت أن تتبرع لأختها فأبى زوجها فما حكم ذلك ؟.

فقال فضيلة الشيخ القرضاوي : إن للزوج حق في زوجته وهي إذا تبرعت بإحدى كليتيها فستجرى لها عملية داخل المستشفى وتحتاج إلى رعاية خاصة وذاك يحرم الزوج من بعض الحقوق ويضيف عليه الأعباء فينبغي أن يتم برضائه وإذنه .[2]

ويحق للمتبرع العدول عن رضائه دون قيد أو شرط و إن كان هناك خلاف فقهي حول هذه المسألة بين ثلاثة آراء فقهية فيرى أنصار الرأي الأول أن المتعهد بالتبرع ملزم قضاء وديانة عملا بالنصوص الآمرة بالوفاء بالعهد ومن ثم لا يجوز الرجوع فيم تم التعهد به وأنصار الرأي الثاني لا يلزمون المتبرع بما تعهد إلا إذا كان ما وعد به معلقا على تنفيذ أمر آخر والرأي الأرجح هو الأخير ومفاده أن المتبرع غير ملزم بالوفاء بوعده قضاء وإن كان ملزما ديانة .[3]

يتضح مما سبق وجوب عدم إلحاق الضرر بالشخص المتبرع فلا يعقل أن يتبرع شخص بما يضره ولو بموافقته تحت تأثير عاطفة الأمومة أو الأبوة ، مثال ذلك أب لديه طفل يعاني من فشل كلوي محتاج إلى كلية على وجه السرعة فيقرر التبرع بالرغم من حالته الصحية التي لا تسمح بذلك ، فيجب أن يكون الضرر الذي قد يصيب المانح يسير

---

[1] ولقد نصت الفتوى عن دار الإفتاء المصرية وهي بصدد تعداد الشروط الواجب توافرها في عمليات نقل وزرع الأعضاء فيم بين الأحياء وأورد في الشرط الثالث على انه " ألا يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمنقول منه ضررا محققا يضر به كليا أو جزئيا في الحال أو المآل بطريق مؤكد من الناحية الطبية لان مصلحة المنقول إليه ليست بأولى من الناحية الشرعية من مصلحة المنقول منه لان الضرر لا يزال بالضرر ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام ويكفي في ذلك المصلحة الراجحة ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة الراجحة والضرر القليل المحتمل عادة وعرفا وشرعا لا يمنع هذا الجواز في الترخيص إذا تم العمل به مسبقا وأمكن تحمله والوقاية منه ماديا ومعنويا بالنسبة للمنقول منه والذي يحدد ذلك هم أهل الخبرة الطبية العدول ." مفتي الجمهورية نصر الدين فريد واصل ، دار الإفتاء ، الحكم الشرعي في نقل الأعضاء البشرية من الحي إلى الحي ومن الميت إلى الحي ، 09 دو الحجة 417 هـ -18من شهر جوان 1997م ، عن مهند صلاح احمد فتحي العزة : المرجع السابق ، ص101.

[2] مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة ، المرجع السابق ، ص36.

[3] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 409 .

في كل الأحوال اقل من الضرر الذي يكابده المتلقي وذلك إعمالا للقاعدة الشرعية الضرر لا يزال بالضرر .

ب-الأهلية:

يشترط في المتبرع أن يكون كامل الأهلية بالغا وعاقلا ليكون أهلا لاتخاذ القرار من ثم لا يجوز التبرع من قاصر صغير فحسب الفقه هذه العمليات تعد استثناء على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان ولا يمكن إباحة ممارستها إلا برضا الشخص الواعي والمستنير ومن ثم إذا كان المتبرع غير مدرك أو مصاب بمرض عقلي فلا يجوز التعويل على رضائه.[1]

وعليه لا يحق للأولياء الرضا بالاستقطاع من جسم القاصر أو من في حكمه ممن هو تحت ولايتهم فيجب على الولي على النفس أن يحافظ على جسم الصغير ونفسه وإبعاده عن كل ما يتلف جسمه ونفسه.[2]

ج_ الرضا الحر :

تمتاز عملية نقل و زراعة الأعضاء بخصوصية تجعلها تتميز عن باقي العمليات الطبية الأخرى ، لذلك يشترط أن يكون الرضا صادر عن شخص له إدراك ووعي كامل بحجم التصرف المقبل عليه ألا وهو التنازل عن عضو من أعضائه .

من أجل ذلك يمنع اللجوء إلى الغش أو التدليس لحمل المريض على الموافقة أو إيهام المريض بضرورة خضوعه لهذه العملية بغية الحصول على الأعضاء البشرية لأغراض مالية أو أن يقوم الطبيب بإعطائه معلومات غير صحيحة متعمدا إخفاء كل المخاطر لغرض الحصول على الموافقة من المتبرع .[3] وتشترط الشريعة الإسلامية ضرورة حصول الرضا الصريح والحر وذلك احتراما لمبدأ معصومية جسم الإنسان وقد نص مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، المنعقد في دورته الخامسة عشر بمسقط سلطنة عمان من 06 إلى 11 مارس 2004 في قراره المشهور تحت رقم

---

[1] وهذا ما ذهب إليه الشيخ القرضاوي بقوله :" لابد أن يكون المتبرع بالغا عاقلا فلا يجوز للولي أن يأذن للطبيب بنقل عضو من ابنه القاصر ."عن محمود احمد طه : المرجع السابق، ص142.

[2] أسامة السيد عبد السميع: المرجع السابق، ص 38.

[3] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 556 .

142(15/8) على : ً أنه يكون الطبيب ضامنا إذا أقدم على العمل الطبي دون إذن المريض أو من يقوم مقامه.ً كما ورد ذلك في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي رقم68(7/5).[1]

ثانيا: المتبرع له.

يشترط في المتبرع له توافر مجموعة من الشروط تتمثل في الضرورة القصوى لعملية النقل (ا) و أن يكون المتبرع له معصوم الدم (ب) .

ا _الضرورة القصوى لعملية النقل :

يشترط في المتنازل الضرورة القصوى لنقل العضو أي أن تكون حالته المرضية في تدهور مستمر ويتعين علاجه بحيث لا وجود لدواء ينقذه من الهلاك المحقق إلا بنقل عضو سليم إليه من إنسان آخر. وهناك من ذهب إلى أن الضرورة القصوى في حالة عدم وجود بديل من عضو صناعي يؤدي مهمة العضو المراد زرعه . وكذا عدم إمكانية أخذ العضو من الحيوان وإن أمكن أخذه من الميت مع احترام الشروط الشرعية. وعلة ذلك أن مفسدة الأخذ من الميت أقل بكثير من مفسدة الأخذ من الحي وهذا هو أساس القاعدة الفقهية ما أبيح بالضرورة لا بد أن يقدر بقدرها.[2]

ب _أن يكون المتبرع له معصوم الدم :

ويقصد بذلك المسلم والذمي والمعاهد، فلا يجوز التبرع للمحارب ولا لزان محصن وجب عليه الحد شرعا.[3] فالتبرع بالبدن يجوز للمسلم وغير المسلم ولكنه لا يجوز للمحارب الذي يقاتل المسلمين ن بالسلاح ولا يجوز التبرع لمرتد مارق من الإسلام مجاهر بدينه لأنه في الإسلام خائن لدينه وأمته، يستحق القتل فكيف يساعد على الحياة ؟. وإذا وجد مسلم وغير مسلم فالأولوية للمسلم[4] لقوله تعالى :"والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض." [5]

---

[1] بلحاج العربي : الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2011 ، ص 31.

[2] ريان توفيق خليل: نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الميزان الشرعي، المرجع السابق ، ص272.

[3] نفس المرجع : ص273.

[4] أسامة عبد العليم الشيخ : المرجع السابق ، ص609

[5] سورة التوبة: الآية 71.

الفرع الثالث: الطبيب:

إن تعلم الطب في الإسلام فرض كفاية أي انه واجب على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره وقد اعتبر تعلم الطب فرض حاجة الجماعة للتطبيب.[1] وإن كان الطبيب المعالج غير ملزم بشفاء المريض ولا يوقف تفاقم المرض لأن ذلك قد لا يكون في استطاعته وكل ما يلتزم به هو بذل عناية معتادة أثناء ممارسة العلاج على أن الفقه الإسلامي اشترط في الطبيب أن يكون حاذقا يعطي المهنة حقها فيحتاط في عمله وله الاجتهاد في علاج مريضه لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة بمعنى مادام الطبيب يبذل ما بوسعه متبعا الأصول العلمية لمهنته فلا مسؤولية شرعية عليه .[2]

وإذا كانت هذه شروط الطبيب بصفة عامة فمجال نقل الأعضاء وزرعها يتطلب خصوصية حيث يرى الشيخ جاد الحق علي جاد ، أن يكون الطبيب ذو ثقة واختصاص ففي مجال نقل الكلى مثلا لابد أن يكون الطبيب المختص بالمسالك البولية أما اشتراط أن يكون مسلما فهذا الشرط مستبعد في كل الأحوال لأنه عادة ما يقوم بهذه العمليات أطباء ذوي جنسيات مختلفة ضف إلى ذلك هذه العمليات تتطلب خبرة عالية لا يمكن توافرها في الأطباء المسلمين بصفة عامة ولنقص الإمكانيات الطبية .

المطلب الثاني : الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث المتوفين.

خص الإسلام الإنسان أثناء حياته بحرمة وصيانة كرامته و شدد احترامه وعدم التمثيل به أثناء موته أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام :" كسر عظم الميت ككسره حيا."[3] وعليه فالتحقق من حدوث الوفاة هو أساس التبرع من جثث المتوفين ، وهذا الضابط أثار الكثير من الجدل سواء بين الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني وحتى بين الأطباء خصوصا مع ظهور وسائل الإنعاش الصناعي.

---

[1] عبد القادر عودة:التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، الطبعة 14، مؤسسة الرسالة، مصر، 1998،ص520.

[2] حزولي عزا لدين : المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر ،2009 ، ص88.

[3] بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 103.

وعليه لابد من تعريف الموت من الناحية الشرعية و علاماته المحددة من طرف الفقه الإسلامي خصوصا مع استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي ، وستقتصر الدراسة على الضوابط الشرعية الخاصة بالمتبرع فقط ، فنحن أمام جثة وليس إنسان حي على عكس المستقبل الذي تشترط فيه نفس الشروط السالفة الذكر.

الفرع الأول: التحقق من حدوث الوفاة .

يعرف الموت على أنه اللحظة الحاسمة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الدنيا ويستقبل الآخرة[1] لقوله تعالى : " الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً ."[2] والموت لغة يعني السكون وكل ما سكن فقد مات ومما جاء في كتاب التعريفات : "الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة ."[3] فالموت هو الأجل المحتوم والميقات المعلوم في ساعة محددة ووقت محدد لا يؤخر فيه ولا يقدم لقوله عز وجل : " وَلَنْ يُؤَخِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا ."[4] وبصفة عامة الموت توقف كامل لجميع أعضاء الجسم عن أداء وظائفه بما في ذلك القلب والمخ وجذعه والجهاز التنفسي ولا خلاف عليه عند علماء الدين والقانون .[5]

أولا : علامات الموت .

لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف الموت وإنما حاولوا تعريفه من الناحية التصويرية : بأنه زوال الحياة من جسم الإنسان يحدث بخروج الروح من البدن وعلامات

---

[1] نفس المرجع : ص 07.

[2] سورة الملك : الآية الثانية .

[3] إيمان مختار مختار مصطفى : المرجع السابق ،ص 169.

[4] سورة المنافقون : الآية 11.

[5] محمد الديب : زراعة الأعضاء البشرية من خلال تجربتي الذاتية بين الأحياء والأموات والضوابط الشرعية ، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر 13 ربيع أول 1430هـ الموافق ل 10 مارس 2009م ، ص03. وذهب الدكتور حسان عودة في تعريفه للموت إلى ضرورة التركيز على مسالتين أولهما مسالة الروح وثانيهما مسالة الجسد لان الروح قد يخرج عن البدن عند النوم لقوله تعالى:" اللَّهُ يَتَوَفَّى الأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا المَوْتَ وَيُرْسِلُ الأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ." سورة الزمر، الآية 41. لذلك من الدقة استعمال لفظ الموت بدلا من الوفاة ، فالوفاة تكون لوفاة الأنفس وهدا يحصل عند الموت وعند غيره أما عند الموت فيحدث خروج الروح عن البدن أما مسالة الجسد فعند الموت أجهزة الحياة في جسم الإنسان وهي : الجهاز التنفسي والدورة الدموية والجهاز العصبي . انظر حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، ط1 ، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان 2001، ص109-110 .

ذلك مما ذكر في القرآن الكريم لقوله تعالى:" إِنْ كَانَتْ إِلَّا صَيْحَة وَاحِدَة فَإِذَا هُمْ خَامِدُونَ."[1] والخمود بمعنى السكون بمعنى ما كانت إلا صيحة واحدة من جبريل عليه السلام فإذا هم ساكنون .[2]

واعتمد الفقه معايير وهي إذا سكت القلب وتوقف توقفا تاما وشخص البصر واقشعر الجلد وحشرج الصدر وتشنجت الأطراف.[3] وذكر الفقه علامات: توقف القلب ، انقطاع التنفس استرخاء الأعصاب والأطراف ، سكون الحركة في البدن ، تغيير اللون ، شخوص البصر عدم انقباض العين ، انخساف الصدع ، اعوجاج الأنف ، انفراج الشفتين ، امتداد جلدة الوجه ، انفصال الكفين عن الذراعين ، تقلص الخصيتين ، عدم تبض العرق بين الكعب والعرقوب وعرق الدبر وغيبوبة سواد العينين في البالغين وبرودة البدن .[4]

ومما ذهب إليه المالكية أن علامات تحقق الموت :"انقطاع النفس و احتداد البصر وانفراج الشفتين وسقوط القدمين." وأضاف الشافعية أيضا فقالوا:" تظهر علامات الموت بأن تسترخي قدماه فلا تنتصبان أو يميل انفه أو ينخسف صدغاه أو تمتد جلدة وجهه أو ينخلع كفاه من ذراعيه أو تتقلص خصيتاه على فوق مع تدلي الجلدة. فإن لاشك بأن لا

---

[1] سورة ياسين: الآية 29.

[2] جلال الدين محمد بن احمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي : تفسير الجلالين ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، دون سنة، ص 581.

[3] بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص35.

[4] نفس المرجع : ص06. وفي هذا الصدد أيضا ذهب الإمام الغزالي في كتابه اللؤلؤة الثمينة بقوله:

"La vie ne cesse tout à fait qu'au moment ou Izra'il s'empare de l'âme et la transperce de *sa* lance , coupant le lien qui l'attache au cœur ….l'âme bienheureuse , accompagnée de Gabriel travers les cieux pour comparaître devant dieu qui commence par la réprimander avant de lui accorder son pardon .Le voyage de l'impie quant à lui est une tentative d'ascension jusqu'au ce que la traversée de l'un des sept cieux lui soit refusée en raison de son manquement à l'un de sept devoirs fondamentaux .De retour dans la tom be , l'âme goûte félicité ou tourment , selon qu'elle a été agréée ou rejetée , dans l'attente de la résurrection. voir "Mohamed Salah Ben Ammar: Islam et transplantation d'organes ,springer –Verlag France , Paris ,2009, p59.

تكون به علة واحتمل أن تكون به سكتة أو ظهرت إمارات فزع أو غيره إلى اليقين بتغير الرائحة أو غيره ."

وعرفه الشيخ بن عبد الله أبو زيد رحمه الله : "أنه مفارقة الروح البدن بانقطاعها عن البدن انقطاعا تاما من توقف دقات القلب المنزلة طبيعيا أو صناعيا واستكمال أمارته فهذه علامات الموت التي تترتب عليها أحكام مفارقة الإنسان للدنيا من انقطاع أحكام التكليف واعتداد زوجته وماله لوارثه وتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه." [1]

وعن أم سلمة رضي الله عنها قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبي سلمة وقد شق بصره فأغمضه، ثم قال:" إن الروح إذا قبض تبعه البصر ." فضج ناس من أهله فقال صلى الله عليه وسلم :"لا تدعوا على أنفسكم فإن الملائكة يؤمنون على ما تقولون. ثم قال :" اللهم اغفر لأبي سلمة وارفع درجته من المهذبين واخلفه في عقبه في الغابرين واغفر لنا وله يا رب العالمين وأفسح له في قبره ونور له فيه."[2]

وجاء في البحر الرائق في شرح كنز الدقائق : "المحتضر من قرب من الموت " وعلاماته: " أن يسترخي قدماه فلا ينتصبان وينعوج أنفه وينخسف صدغاه وتمتد جلدة الخصية ، لأن الخصية تتعلق بالموت وتتدلى جلدتها ."[3] وفي هذا الشأن أيضا قال المار ودي :" فإذا أريد غسله لم يعجل حتى يتحقق موته بعلامات تدل عليه : افتراق الزندين ، استرخاء العضدين وميل الأنف وتغير الرائحة وإن كان غريقا أو حريقا أو تحت هدم أو مترديا من علو فأحب أن ينتظر به اليوم أو اليومين ، لأنه لا يؤمن أن يكون قد زال منه عقله فيثوب....." [4]

---

[1] محمد بشير فلفلي :الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية ،الرياض ،2008، ص 34.

[2] محمد بن سليمان بن عبد العمرو : أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، الرياض ، 1425هـ-2004م، ص 35.

[3] نفس المرجع :ص 35.

[4] محمد بشير فلفلي : المرجع السابق ، ص34.

من خلال كل ما سبق يمكن استخلاص علامات الموت لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وهي : انقطاع التنفس ، استرخاء القدمين ، ارتخاء الكفين وامتداد جلدة الوجه ، انخساف الصدغين ، تقلص الخصيتين إلى فوق مع تدلي الجلدة ، برودة البدن،احتداد البصر، انفراج الشفتين ، تغير الرائحة، توقف دقات قلب ومع التطور العلمي ظهر ما يسمى بالإنعاش الاصطناعي .

ثانيا : الإنعاش الاصطناعي .

وهو مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل الوظائف العضوية الأساسية للمريض أو تساعده حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه الذي يكون فيها المريض معرضا لاحتمال الموت في حالة انعدام هذه الوسائل.[1] وغالبا ما تستعمل وسائل الإنعاش الاصطناعي في علاج الإصابات الناتجة عن حوادث المرور خاصة ما يتعلق بإصابة الرأس وكسور القفص الصدري .[2]

ويستعمل هذا الجهاز لعدة حالات تبعا لحالة المريض ، أولها تعرض المريض لتوقف قلبه ورئته عن العمل ولم تمت خلايا مخه في هذه الحالة يكون دورها أو استعمالها لوقت قصير. أما الحالة الثانية فهي عند تعرض المريض لغيبوبة عميقة والتي تكون فيها خلايا المخ متوقفة عن العمل ولكنها تبقى حية فالإنسان يحتفظ بخلايا مخه وفي هذه الحالة الإنسان لم يمت. والحالة الأخيرة وهي المهمة في هذا البحث وهي استعمال هذه الأجهزة من اجل المحافظة على أعضاء جسم الإنسان من الموت لغرض الاستفادة منها و تحدث عند موت خلايا المخ .[3]

وتعرض لتقرير لحظة الوفاة وكذا إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8 إلى 13 صفر 1407 هجرية الموافق ل/1611 أكتوبر 1986 وأصدر قراراته التالية :

---

[1] حسني عودة زعال : السابق التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2001 ، ص123.

[2] مأمون عبد الكريم : المرجع السابق ، ص528.

[3] حسني عودة زعال : نفس المرجع ، ص125

يعتبر شرعا أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك ، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين :

-إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

-إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

-إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه وأخذ دماغه في التحلل وفي هذه الحالة يجوز رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا مازال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة.[1] وأجمعت الهيئات الدينية في مصر على الرفض القاطع لما يسمى بموت المخ أو الوفاة الدماغية والمستند إليها في عمليات نقل الأعضاء وزراعتها .

واصدر مجمع البحوث الإسلامية الرسمية فتوى بتاريخ 24 ابريل لعام1998 والمنشورة في كافة وسائل الإعلام، أن التعريف الشرعي للموت هو : "مفارقة الحياة للإنسان مفارقة تامة بحيث تتوقف كل الأعضاء بعدها توقفا تاما عن أداء وظيفتها ."[2]

وبالنسبة للجنة الإفتاء التابعة للمجلس الأعلى بالجزائر فقررت مايلي : " و أما حالة نقله من ميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصون من الوفاة . ويتيقنوا أن الهالك لم يبقى فيه اثر للحياة في جسمه وأن مجرد الشك الضئيل في بقاء شيء من الحياة فلا يجوز الإقدام على تشريح الجثة إذ مادامت الحياة فيه فليس لأحد أن يبادر بإنهائها بإجتهاد منه ".[3] والملاحظ أن إيقاف أجهزة الإنعاش أو التحقق من لحظة الوفاة منوطة

---

[1] منذر الفضل: المرجع السابق، ص 128.

[2] وجاء هذا في البحث المقدم من مجمع البحوث الإسلامية وشيخ الأزهر السابق قي25 جوان 1992 والمنشور في مجلة الأزهر في نوفمبر عام 1992 . وقد أكد البحث على عدم شرعية ما يسمى بموت المخ وأضاف أن الموت الشرعي لا يتحقق إلا بتوقف جميع أجهزة الجسم وانتهاء مظاهر الحياة من تنفس وضبط وتماسك العضلات وأكد أيضا يحرم شرعا ويمتنع قانونا التعرض للمحتضر بقطع أي جزء من جسده . نقلا عن نسرين عبد الحميد نبيه : المرجع السابق ، ص 127.

[3] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ،ص382.

بالأطباء ، فهم أهل الاختصاص لذلك ذهب البعض إلى القول أن سبب التأخر في تطور هذه العمليات عدم الفصل وإعطاء تعريف دقيق ونهائي للوفاة.

الفرع الثاني : إذن المتوفى .

يشترط في نقل العضو من الإنسان المتوفى إلى إنسان حي أن يكون قد أوصى بذلك في حياته عالما بأنه يوصي بعضو من أعضائه على أن لا يؤدي هذا النقل إلى امتهان بكرامته كما سبق الذكر . وجاء في فتوى الشيخ أبي عبد السلام الجزائري المؤرخة في 21 مارس 2007 بشأن نقل الأعضاء وزراعتها :" بأنه يجوز اخذ عضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان حي مضطرا إليه بشرط إذن الميت بذلك قبل موته أو إذن ورثته ."[1]

وورد أيضا قول شيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي :"أن تكون حاجة ملحة وأن يكون المتوفى قد أوصى في حياته بالانتفاع بأعضائه بعد وفاته وأن تتحقق الوفاة بتوقف جميع الأعضاء تماما عن أداء وظيفتها ."[2] وسنناقش أهم شروط الوصية بالأعضاء البشرية والتي في مجملها تتفق مع الشروط الشرعية للتبرع عامة سواء ما تعلق بالموصي (أولا) أو بمضمون الوصية (ثانيا).

أولا : شروط الموصي .

أن يكون الموصي عاقلا ، بالغا ، قادرا على أن يعطي رضا جادا وكاملا ، فإن كان قاصرا أو غير كامل الأهلية أو محجورا عليه فإنه يجب في هذه الحالة علاوة على رضا المعطي رضا الممثلين الشرعيين للقاصر .[3] كما أفتى فضيلة الشيخ الدجوي بجواز تشريح جثة الإنسان لأغراض علاجية بشروط:

-موافقة الميت قبل وفاته .

-موافقة أهله وذويه إذا لم يكن قد وافق على ذلك أثناء حياته .

- أن يتم التشريح دون كسب مادي للمتوفى ودون قصد الربح للمتوفى .

-الضرورة وهي على الحكم الذي يدور معها وجودا أو عدما ."[4]

---

[1] بالحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي : المرجع السابق ، ص142.

[2] نسرين عبد الحميد نبيه: المرجع السابق ، ص 127.

[3] بالحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ، ص141.

[4] محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص138.

وقد أوصت ندوة "الأساليب الطبية في القانون الجنائي" المنعقدة بجامعة القاهرة سنة 1993 بضرورة تواجد وصية صحيحة من طرف المتوفى قبل وفاته أو بناء على رضا صحيح من زوجته أو أبنائه أو يقوم بتسجيل ذلك في سجل رسمي لضمان نقل العضو الموصي به.[1] وهناك فتوى صادرة عن الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت تبيح نقل الأعضاء من جثث المتوفين حتى في حالة عدم وجود وصية اعتمادا على مبدأ الضرورة تبيح المحظور وأفتت بضرورة الأخذ من جثة من أوصى أو من أسرته من باب أولى.[2]

ثانيا : مضمون الوصية .

يشترط أن يكون سبب الوصية علاجي أي لغرض انقاذ حياة شخص ما بعد استنفاذ كل الطرق العلاجية الموجودة أي توافر الضرورة الشرعية والعلاج ضرورة ومصلحة شرعية وهذا ما اشترطته معظم الفتاوى الشرعية. ومما جاء في فتوى الشيخ القرضاوي عن حكم الوصية بالأعضاء قوله : "لا يوجد مانع شرعي أن يوصي الميت قبل وفاته بعضو من أعضائه لشخص معين أو مؤسسة مثل بناء الأعضاء لاستخدامها عند الحاجة ، لأن في ذلك منفعة خالصة للغير قربى لله تعالى ، فهو مثاب ومأجور على نيته وعمله ولا دليل من الشرع على تحريم ذلك والأصل الإباحة إلا ما منع بدليل ولم يوجد .[3]

وأن لا تكون الغاية من الوصية الربح أو المقابل المادي سواء له أو لعائلته كما سبق ذكر ذلك أعلاه ، فبيع الإنسان لجسمه باطل شرعا و من شروط التبرع بالأعضاء البشرية المجانية وأن لا يكون العضو الموصى به يتعارض مع المقاصد الشرعية . وهذا مارد عليه الشيخ القرضاوي عندما سئل عن إجازة زرع الخصية : فأجاب أنه لا يمكن ذلك لأن الخصية هي المكان الذي ينقل منه الخصائص الوراثية للرجل ولفصيلته ولأسرته إلى ذريته وهذا يؤدي إلى اختلاط الأنساب الذي منعته الشريعة بكل الوسائل .[4]

---

[1] بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص141. ومحمد عبد العال عبد اللطيف : إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها المرجع السابق ، ص 116.

[2] محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص137.

[3] بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 142.

[4] محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص139.

توصلنا بعد عرض الأدلة الشرعية المؤيدة والمعارضة لعمليات نقل الأعضاء وزرعها إلى نتائج أساسية أهمها أن احترام الكرامة الإنسانية وحرمة الجسم البشري من طرف الشريعة الإسلامية تقتضي عدم المساس به بأي وجه كان أو تحت أي ذريعة وبما أن جسد الإنسان ليس ملكا له فهذا يقتضي بالضرورة المحافظة علية فهو أمانة وله حق الانتفاع به وحده دون غيره من الناس.

ومسايرة للتقدم العلمي الذي توصل إليه الطب استوجب ضرورة المسايرة الفقهية وذلك بتخريجها تخريجا شرعيا على قواعد الفقه وأصوله ومقاصده الشرعية. ضف إلى ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية أمثال الشيخ القرضاوي ، لم يبيحوا هذه العمليات إلا بعد وضعهم لضوابط شرعية دقيقة وأجمعت جميع الفتاوى الشرعية على ذلك والتي قمنا بمناقشتها من خلال هذه الدراسة وهي :

1_توافر الضرورة العلاجية .

2_ أن يكون التبرع بدون مقابل مع أن ذلك لا يتعارض مع تقديم مبلغ من المال غير مشروط على سبيل الهبة أو المساعدة

3_قطعية نجاح العملية من طبيب ذو ثقة وله اختصاص واسع في هذا المجال.

4- وبعد التأكد من كل هذه الشروط لابد من صدور إذن المتبرع هذا بين الأحياء .

أما نقل الأعضاء من جثث المتوفين بالإضافة إلى الشروط السابقة ، فالشرطان الممكن إضافتهما :

5_ لا يجوز نقل الأعضاء البشرية بدون تحقق الوفاة ، ومما ذهب إليه الفقهاء القدامى أن علامات الموت ليست بالضرورة أن تظهر دفعة كاملة فممكن أن تظهر علامات وتتأخر علامات أخرى لأن هذه الأمور غيبية وهنا المشكلة بين الفقهاء والطب والقانون حول تحديد هذه اللحظة الحاسمة في مجال الأعضاء البشرية ومع ذلك ظهرت عدة فتاوى شرعية واخذوا بمعيار الموت الدماغي .

6_ بعد تحقق الوفاة لابد من الوصية بالأعضاء البشرية ، أجاز الفقهاء ذلك على أن يكون الموصي عاقلا بالغا عالما بما يريد الايصاء به وإذا لم يوص بذلك جاز لورثته ورأينا بعض الفتاوى التي تبيح نقل الأعضاء بدون وصية طالما توافرت الضرورة ولجلب

منفعة –بنقل عضو لإنسان مشرف على الهلاك – مقارنة بالضرر الذي يلحق بجثة متبرع. وإن كانت الوصية في حدود الشرع والمعقول فلا يجوز له الايصاء بكامل بدنه في التبرع لأنه ملزم بالحفاظ على الأمانة التي أعطاها الله إياها ، كما لا يجوز له الايصاء بالأعضاء البشرية الممنوعة لعلة شرعية كنقل الخصية مثلا لما فيها من اختلاط للأنساب وهو أمر منهي عنه. وبعد معرفة الأساس الشرعي لهذه العمليات ننتقل إلى الأساس القانوني الذي اعتمده الفقه القانوني في إباحة العمليات من خلال الضوابط القانونية التي اعتمدها.

الفصل الثاني:
الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

من خلال الفصل الأول وجد اختلاف وجهات النظر بين فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة عمليات نقل الأعضاء وزرعها غير أن الأغلبية أعطت الموافقة مع ضرورة وضع شروط وضوابط شرعية وجب احترامها والآن يتم التعرف على الأساس القانوني وماذا أضاف الفقه القانوني لشرعية هذه العمليات ؟.

المعلوم أن هذه العمليات ذات خطورة كبيرة تستوجب من الطبيب _باعتباره محور الدراسة_ مراعاة الدقة والحذر والتأكد من توافر الضوابط القانونية الخاصة بالمتبرع والمستقبل وكذا الطاقم الطبي المساعد له ، لذا وجب معرفة الإطار القانوني لهذه العمليات في بعض القوانين الأجنبية مقارنة مع التشريع الجزائري لمعرفة مدى مساهمتها مع ما أحدثه المجال الطبي من تطور بفضل التقدم العلمي لإمكانية تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب فيم بعد من خلال الأخطاء الطبية المرتكبة سواء قبل أو أثناء أو بعد العملية الجراحية لأن هذه العمليات معقدة تحتاج إلى عدة تحاليل واختبارات واستشارات طبية قبل إجراء العملية ومتابعة دقيقة بعد إجراءها.

وهذا ما أثير في عدة ملتقيات وطنية ودولية ، طبية وقانونية وأبرز مثال الملتقى الدولي المنعقد بجامعة تلمسان بالتنسيق مع كلية الطب حول التبرع بالأعضاء البشرية الذي جاء تحت عنوان "هبة الأعضاء هبة الحياة" ، حيث أثار المشاركون في الجزائر تحديدا غياب الغطاء القانوني الذي يسمح للأطباء القيام بعملية الزرع.[1] وعليه يتم التطرق في هذا الفصل للضوابط القانونية لهذه العمليات المتاحة في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريعات القانونية الأخرى في مبحثين:

المبحث الأول: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

المبحث الثاني :الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين.

[1] جريدة الشروق : الصادرة بتاريخ 30اكتوبر 2011 الموافق ل 03 ذي الحجة 1432هـ ،العدد 3640، ص07.

المبحث الأول:الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

يقصد بهذه العمليات استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من إنسان حي ثم زرعه في إنسان حي آخر مضطر إليه رجاء نفعه في إطار ضوابط قانونية وقيود معينة وعليه فإن الأطراف الأساسية في هذه العملية هما طرفان الأول، المعطي أو الواهب ذلك الشخص الحي الذي يقدم عضوا من أعضائه بغير مقابل من أجل علاج شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه والثاني هو المتلقي وهو بالضرورة إنسان حي والطرف الوسيط بينهما هو الطبيب الذي يقوم بعملية الاستئصال باعتباره المسؤول عن تحديد العضو القابل للنقل (المطلب الأول) وكذا قابلية هذه العملية من الناحية الطبية (المطلب الثاني) و من الناحية الادارية (المطلب الثالث).

المطلب الأول:الشروط المتعلقة بأطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

تقتضي عملية نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء شروط لا بد من توافرها سواء ما تعلق بالمتنازل أو بالمتلقي وكذا الشروط الطبية، فمتى كان الشخص متمتعا بالسلامة العقلية وقادر على إعطاء رضا سليم مع علمه بكافة ظروف العملية ونتائجها المتوقعة استطاع أن يهب في محرر يوقع عليه عضوا أو أعضاء تستقطع من جسمه لزرعها في جسم آخر.[1] وقبل صدور التشريعات القانونية المحددة للشروط القانونية بأطراف عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها اعتمدت عدة نظريات كسبب للإباحة من ثم سيتم التطرق للنظريات الفقهية القانونية (الفرع الأول) ، ثم الشروط المتعلقة بالمتنازل(الفرع الثاني) والشروط المتعلقة بالمتبرع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: النظريات الفقهية القانونية.

كان لهذه النظريات أثر على معظم التشريعات القانونية في هذا المجال ومن أهمها نظرية الضرورة (أولا) نظرية السبب المشروع (ثانيا) نظرية المصلحة الاجتماعية (ثالثا) وكلها تعرضت للنقد نتطرق لهذه النظريات الفقهية تباعا.

[1] نقلا عن محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص 153.

أولا_ نظرية الضرورة:

استند جانب كبير من الفقه القانوني إلى نظرية الضرورة كأساس لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمقصود بحالة الضرورة الوضع الذي يسبب فيه الشخص لآخر ضرر ما يكون أقل مقارنة مع الضرر المراد تفاديه ، فلا يعّد عمل الشخص من قبيل الخطأ إذا ما أوقع ضررا بغيره وهو في حالة ضرورة فالشخص العادي في مثل هذه الظروف لا يملك إلا هذه الوسيلة الوحيدة .[1] وعليه يتم التعرض لمفهوم نظرية الضرورة في مجال نقل الأعضاء البشرية وزرعها (أ) ثم نقد هذه النظرية (ب).

أ_ مفهوم نظرية الضرورة :

الأصل في كل عمل طبي أنّه لابد من الموازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء وكذا الأمر بالنسبة للمستقبل ، لأن الطبيب والمريض يجريان المقارنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض إذا لم يعالج ومخاطر إجراء عمل طبي معين وفرص الشفاء من جهة أخرى.[2] والموازنة في حالة الضرورة في عمليات نقل الأعضاء وزرعها ليست عادية بين خطر وأمل وكذا ليست متعلقة بشخص واحد بل أكثر من شخص واحد ولهذا فالموازنة لابد أن تتم في الظروف التالية:

1- يجب أن يكون خطر محدق بالمريض وعدم زرع العضو يؤدي إلى الوفاة كما لا يشترط أن يكون الخطر محدقا بالشخص نفسه بل يمكن أن يكون محدقا بالغير .

2- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر المحتمل الوقوع كاستئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر أقل بكثير من تلك التي يتعرض لها المريض.

3-يجب أن يكون زرع الأعضاء الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض .

4-يجب أن لا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم في وظائف جسمه وتدخل هنا مسؤولية الطبيب في معرفة الاحتمالات والمخاطر أما

[1] رجاء ناجي مكاوي : نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته ، مقارنة بين القانون المغربي والمقارن والشريعة الاسلامية ، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ،2002 ، ص 34.

[2] سميره عايد الدايات : المرجع السابق ، ص75.

المتنازل فدوره ينتهي عند إبداء رغبته في التنازل على أن لا يكون ذلك مضر بالمتنازل وصلاحية العضو المتنازل عنه للزرع وعدم إصابته بأمراض.

5- يجب أن يشترك أكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يتعرض له المتنازل.[1]

وان كان غالبية الفقه الفرنسي ذهب إلى استحسان نظرية الضرورة إلا أن البعض منهم ذهبوا إلى عدم كفايتها فمسايرة منطق النظرية يؤدي إلى تحكم الأطباء في إباحة ممارستها دون قيام أي مسؤولية جنائية على الطبيب الذي يقوم بإجرائها.[2]

وعليه لابد من إضافة رضا المتبرع حتى لا يطلق الأمر كله للأطباء.[3]

و إن كانت حالة الضرورة في الأصل تثير اختلافا فقهيا في القانون الجنائي حول طبيعتها من حيث كونها مانع من موانع العقاب أو سببا للإباحة، إلا أنها شهدت تطبيقا لها في مجال نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا عام 1961 حين أراد أحد الأطباء انتزاع إحدى كليتي فتاة تبلغ من العمر أربعة عشر عاما بغرض نقلها لأختها التوأم المهددة بخطر جسيم وثار تساؤل حول مسؤولية الجراح الجنائية .

وذهب رجال القضاء الذين تمت استشارتهم من قبل المجلس القومي للأطباء إلى أنه يجوز إجراء العملية قياسا على عمليات الإجهاض في حالات الضرورة الطبية . ويرى جانب من الفقه الانجلوأمريكي أن عمليات نقل وزرع الأعضاء تعد نموذجا مثاليا لتطبيق حالة الضرورة بكافة أركانها وعمل الطبيب في هذا المجال يعتبر بمثابة أعمال إغاثة وتطبق عليه ما يسمى ب" نظرية الإنقاذ".[4]

---

[1] سميره عايد الدايات : المرجع السابق ، ص 77.

[2] مهند صلاح احمد فتحي العزة : المرجع السابق ، ص 63 وفي هذا الصدد أدين أطباء بتهمة الضرب والجرح لإجرائهم استئصالات لم يكن الهدف منها علاج الشخص الخاضع لها رغم كون المصلحة الاجتماعية المرجوة منها سامية في حكم شارلروا بـ لجـ يكا iorelrahC في 19 مارس 1983 وكانت العلة من طرف القضاء أن الاستئصال غير مبرر وغير متناسب مع الفوائد المرجوة منه . انظر رجاء ناجي مكاوي :المرجع السابق ،ص 39.

[3] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص425.

[4] نفس المرجع : ص 426 و انظر مهند صلاح احمد فتحي العزة : المرجع السابق،ص 64. واختلف أيضا شراح القانون في الأخذ بهذه النظرية من عدمها منهم البروفسور "ديكوك" الذي ذهب إلى صحة التصرفات الواردة على جسم

ب_ نقد نظرية الضرورة :

وجه لهذه النظرية عدة انتقادات وهي :

1- إن حالة الضرورة تقتضي توافر جانبان ليتم الموازنة بين قيام الخطر ودفع الضرر أي بين المعطي والمستقبل ولكن في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء هناك طرف ثالث وهو الطبيب المسؤول عن هذه الموازنة فلا مجال لحالة الضرورة .

2- في حال التسليم بتوافر حالة الضرورة إلى جانب المريض لكن لا تجد لها تطبيقا بالنسبة للمنقول منه العضو وذلك لكونه شخص سليم لا يتهدده أي خطر من ثم فإن حالة الضرورة تنطبق على طرف واحد وهو المتلقي فلا مجال للتعلل بهذه النظرية لإبعاد المسؤولية عنه اتجاه المانح الواقع عليه الضرر المتمثل في نقص تكامله الجسدي .

3-إن حالة الضرورة غير كافية لكافة أنواع عمليات نقل الأعضاء فحالة الضرورة شرعت لحماية قيمة معينة من خطر جسيم وشيك الوقوع يتهددها وهذه القيمة غير موجودة في كل الحالات مثل نقل وزراعة القرنية تجرى لإكساب فاقد البصر قيمة جديدة وليس لحماية قيمة موجودة فحاسة البصر منعدمة وغير موجودة أساسا وأبرز مثال على ذلك حالة الفشل الكلوي فالمريض يمكن أن يعيش لفترة طويلة على جهاز الكلى الصناعية أو ما يعرف بالغسيل الكلوي ، فلا يمكن الجزم بأن نقل الكلى من شخص سليم هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الذي يهدده .[1]

أما عن حالة نقل الجلد والنخاع العظمي فكلاهما يعتبر حلا مثاليا لأمراض وتشوهات مستعصية حيث يتم فيها استئصال رقعة بسيطة من الجلد أو كمية محدودة من النخاع

الإنسان وإن ترتب عليها مساس مستديم به واشترط تحقيق مصلحة علاجية للغير بشرط ان تكون المصلحة العائدة عليه أكبر من الأضرار اللاحقة بالمعطي (نظرية الضرورة) . انظر محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص 149. أما الدكتور احمد شوقي ذهب بقوله:" وبعد نعتقد أنه قد آن الأوان لكي يعجل المشرع المصري بإصدار قانون ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....فتدخل المشرع يعتبر أمرا ضروريا وحيويا لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء حتى يحمى حق الإنسان في التصرف في سلامة جسمه وتكامله الجسدي وحتى يمكن الاستفادة من الانجازات الطبية الفنية الحديثة التي تستهدف العديد من المرضى الذين لا تجدي معهم وسائل العلاج التقليدية ." صدر عنه هذا الرأي لما انتهى من بحثه " القانون الجنائي والطب الحديث ." عام 1989 نقلا عن نفس المرجع : ص 153.

[1] مهند صلاح احمد فتحي العزة : المرجع السابق ، ص 64.

العظمي لا يعرض الواهب لأي خطر وكذا الأمر نفسه في حالة نقل الدم إذا روعي فيه شروط السلامة فلا مجال لوجود الخطر .[1]

ثانيا_ نظرية السبب المشروع:

استند الفقيه Décoq إلى نظرية السبب المشروع كأساس لمشروعية عمليات نقل الأعضاء وزرعها بالرغم من الفكرة السائدة آنذاك وهي مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان وعدم إخضاعه لأي اتفاق قانوني إلا أن هذا المبدأ تلاشى أمام متطلبات الحياة العملية كالاتفاقيات المتعلقة بحضانة الأطفال وتعليمهم وكذا الاتفاقيات المتعلقة بممارسة الرياضة بسبب ما تحققه من نفع لأصحابها.[2] من هذا المنطلق يتم التعرض إلى مفهوم نظرية السبب المشروع (ا) ونقد النظرية (ب) .

ا_مفهوم نظرية السبب المشروع:

يقصد بهذه النظرية وجوب البحث عن الهدف من التصرف لمعرفة مدى شرعيته.[3] وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن مشروعية التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تتحدد بالهدف المراد بلوغه من هذه التصرفات ، فإذا كان الغرض مشروعا كان التصرف مشروعا وبالتالي مباحا.[4]

وعليه لا يجوز الحكم على التصرف بأنه غير مشروع لمجرد تعلقه بجسم الإنسان وإلا كان عقد العلاج الطبي عقدا غير مشروعا لكونه يسمح للطبيب بالتدخل على جسم المريض. من ثم فمتى كان الهدف من المساس بالجسم لأجل مصلحة علاجية للشخص و تحقيق مصلحة واجبة الاحترام فهو تصرف مشروع.[5] وهذا ينطبق على عمليات نقل الأعضاء وزرعها فنقل العضو من إنسان لآخر بهدف إنقاذ حياة شخص ما أو على الأقل دفع ضرر كبير عنه بتجاوز الضرر الذي يلحق بالمعطي نتيجة استئصال عضو من جسده يعد من المصالح المشروعة.

---

[1] رجاء ناجي مكاوي : المرجع السابق ، ص40.

[2] محمود أحمد طه : المرجع السابق ، ص 149.

[3] هيثم حامد المصاورة : المرجع السابق ، ص 112.

[4] مأمون عبد الكريم: : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 420.

[5] نفس المرجع : ص 420.

ب_نقد نظرية السبب المشروع:

رغم صلاحية نظرية السبب المشروع لإبراز الهدف من وراء عمليات نقل الأعضاء وزراعتها إلا أنها انتقدت على أساس عدم انضباط المعيار لقياسها بالموازنة بين مصالح مختلفة وصعوبة التفرقة بين ما هو من العمليات المشروعة والعمليات غير المشروعة دون اشتراط أن يكون ذلك في حدود الضرورة،[1] مما جعل أنصار هذه النظرية يضعون شرطا آخر مفاده أن يكون الاستئصال الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض .[2]

ثالثا : نظرية المصلحة الاجتماعية.

تقوم هذه النظرية على فكرة التضمان الاجتماعي والتي تقضي بضرورة تنازل الفرد عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض جسيم يفقده وظيفته الاجتماعية[3] ويتم التعرض لمفهوم هذه النظرية(ا) ثم نقدها (ب).

ا_ مفهوم نظرية المصلحة الاجتماعية:

من حق كل إنسان السلامة الجسدية ، فمصلحته تقتضي عدم تعطيل وظائف الجسم والاحتفاظ بسلامة بدنه من اجل أن يؤدي هذا الإنسان وظيفته الاجتماعية والأمر كذلك بالنسبة للطبيب فوظيفته اجتماعية الهدف منها تهدئة آلام المريض أو السعي وراء الشفاء وعليه تقتضي الضرورة ممارسة الطب مع احترام إرادة الإنسان و تحقق مصلحة المجتمع بالمحافظة على مصلحة المريض وهو ما يمكن فهمه بلغة الأرقام ، فإذا كانت المنفعة التي يجنيها المجتمع من الشخص المتبرع باعتباره سليم البدن 100% يضاف إليها منفعة هزيلة مقدرة ب 10% من المريض ، فإنه يجب النظر إلى مجموع هذه المنفعة بعد إجراء عملية زرع العضو. فبافتراض أن عملية اقتطاع العضو لا يترتب عليها سوى ضرر يسير بالنسبة للمتبرع فإن ذلك سيخفض انتفاع المجتمع به إلى حد 80% في حين سترتفع منفعة المريض إلى 60% بعد عملية زرع العضو وهناك فرق بين الحالتين.[4] من ثم فرغم

---

[1] هيثم حامد المصاورة : المرجع السابق، ص 112.

[2] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص421.

[3] مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول ،المرجع السابق ،ص 81.

[4] مثال وارد عند مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 429.

إمكانية تعرض جسم المتبرع لعاهة مستديمة من جراء استئصال إحدى كليتيه ، يبقى الأمر مقبولا مقارنة بالنفع الكبير الذي استفاد منه المريض المستقبل للعضو وهو النجاة من الموت.[1] ومن المزايا التي تحققها المصلحة الاجتماعية باعتبارها معيار مشروعية نقل الأعضاء البشرية :

1-المصلحة الاجتماعية تصلح معيارا لمشروعية الأعمال الطبية ذات صفة تبرعية أي لا وجود لأي مصلحة سوى التبرع وهذا أساس عمليات نقل الأعضاء وزرعها .

2- المصلحة الاجتماعية تفرض على الطبيب ضرورة احترام القوانين والأنظمة وتعليمات المهنة مع ذلك لابد من ترخيص قانوني.

3- المصلحة الاجتماعية تقتضى تحقيق المصلحة العامة وهي حماية حق الإنسان في الحياة لذلك لابد على الطبيب من المحافظة على صحة المريض وتوافر قصد العلاج.[2]

ب_ نقد نظرية المصلحة الاجتماعية:

ترتكز هذه النظرية على فكرة غامضة ويترتب عليها اثار خطيرة إن كتب لها التوفيق فيتم القيام بهذه العمليات تحت شعار المصلحة الاجتماعية لا سيما في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي ومثال ذلك :إجبار عامل يدوي غير فني بالتنازل لعالم ذرة يعاني من فشل كلوي.[3]

بالإضافة إلى أن فكرة تحقيق المصلحة الاجتماعية فكرة واسعة يصعب تحديدها نظرا لاختلاف الأمر من حالة إلى أخرى فلا يمكن الجزم بتحسن حالة المريض بعد عملية الزرع ، فصحة الإنسان النفسية والعقلية تتأثر بعوامل وظروف مختلفة يمكن التنبؤ ببعضها بخلاف البعض الآخر وهو مالا يسمح بتحديد النسب الحسابية بدقة فيمكن نجاح العملية في بداية الأمر ثم تتدهور الحالة الصحية للمستقبل فيم بعد وعليه فحساب هذه

[1] أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2008، ص 49.

[2] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق، ص422.

[3] مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول ،المرجع السابق ،ص 84.

النسب تختلف من فرد لآخر حسب السن وطبيعة التخصص وعوامل أخرى كثيرة من الصعب التوصل إلى معيار سليم لحساب مجموع المنفعة الاجتماعية .[1]

جل النظريات لم تكن كافية لوحدها لاعتمادها كأساس قانوني لهذه العمليات، مع ذلك تأثرت بها التشريعات القانونية وكما قال الدكتور "كامل السعيد": نقل الأعضاء نصر رائع دون شك في مجال الطب وإنقاذ حياة المرضى، لدى لم يعد من الممكن مناقشة هذا المبدأ، وإنما المهم هو تحديد ضوابط القيام بهذا العمل."[2]

وعقب الدكتور" خليفة" قائلا:" وتوصلنا إلى القول بصحة هذا العقد أي "عقد الاستقطاع "أي جواز عمليات نقل الأعضاء من الأحياء أو من جثت الموتى على أن يتم ذلك وفقا لشروط معينة."[3] بمعنى لم يعد ضروري البحث في النظريات القانونية كسبب للإباحة بل لابد من البحث في القيود القانونية لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها هل هي كافية أم مازالت تحتاج لتدقيق من اجل المحافظة على الكيان الجسدي للإنسان ولا تصبح أعضاءه كقطع غيار تباع وتشترى.

أما المعارضين نذكر منهم الدكتور "احمد شوقي" حيث قال : "في ظل عدم وجود نص تشريعي يبيح نقل الأعضاء فإنه يعد غير مشروع وفقا للقواعد العامة وذلك لانتفاء قصد العلاج بالنسبة للمعطي ولكونه ينطوي على مساس بسلامة الجسم وتكامله الجسدي."[4]

والملاحظ دائما كثرة المؤيدين من الفقه القانوني لهذا النوع من العمليات على غرار فقهاء الشريعة الإسلامية والمهم وضع شروط دقيقة وتقنية، حتى لا نصل إلى ما أكده المعارضين لهذه العمليات كالمتاجرة بالأعضاء وبالتالي انتفاء كرامة وحرمة جسد الإنسان.

---

[1] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،المرجع السابق ، ص 432.

[2] جاء هذا في تقريره المقدم إلى المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي بالقاهرة سنة 1978، انظر محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص 154.

[3] جاء هذا في نهاية بحثه بعنوان "الحق في الحياة وسلامة الجسد"عام 1996 حيث ذهب إلى شرعية نقل الأعضاء سواء من الأحياء أو من الموتى .انظر نفس المرجع : ص155.

[4] نفس المرجع : ص 156.

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالمتنازل.

تجمع معظم التشريعات القانونية على أنه لا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمريض بصفة عامة بغير رضاه وفي مجال نقل الأعضاء البشرية المتنازل ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما شاء فهو إنسان حي حر له الحق في سلامة جسمه وإلا تحققت مسؤولية الطبيب، ليس فقط في نقل الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة أو التي تنتقص من قدرة المتنازل على أدائه لوظيفته الاجتماعية بل حتى في الأعضاء التي يسمح للمعطي التصرف بها.

فتحديد إمكانية نقل العضو وتأثيره أو عدمه على وظيفة الشخص الاجتماعية يعتمد على الطبيب ومثال ذلك، أن تكون الوظيفة التي يشغلها المعطى تتطلب مجهود عضلي فيترتب على هذا الاستئصال عدم القدرة على أداء الوظيفة.[1] وتتمثل الشروط في الرضا (أولا) حق العدول عن الرضا (ثانيا) تبصير المتنازل (ثالثا) مجانية التبرع (رابعا) أهلية المتنازل (خامسا).

أولا:الرضا:

تتفق معظم القوانين الطبية على ضرورة أن يكون الرضا أساس لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية وممارسة العمليات الجراحية غير المسبوقة، لأهمية الموضوع نتعرض لموقف التشريعات العربية والغربية ثم موقف المشرع الجزائري لمعرفة الشروط الواجب توافرها في الرضا من حيث الموضوع (ا) أو الشكل (ب).

أ_ الشروط الموضوعية للرضا :

ذهب الفقه إلى ضرورة إخضاع المتنازل للفحوص الطبية النفسية للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية عليه من شأنها أن تعيب إرادته ومن ثم يجب أن يكون المتنازل لحظة تنازله عن عضو من جسده في حالة نفسية وعقلية تبيح له التعبير عن إرادته بحرية كاملة. وفي حالة إذا كان المتنازل من أقارب المتلقي فيجب التأكد من عدم خضوعه لضغوط عائلية فيفضل إعطاء الوقت الكافي للمتنازل.

[1] محمد حماد مرهج الهيتي : المرجع السابق ، ص 68.

1_التشريعات الغربية والعربية:

من التشريعات الغربية التي أشارت إلى ضرورة توافر الرضا الحر نجد القانون الكندي لمقاطعة كوبيك في المادة 21 منه نص على ضرورة إخضاع المتنازل قبل إجراء عملية الاستئصال لبعض الاختبارات الفيسيولوجية والنفسية للتأكد من سلامة رضائه.[1]

كما أورد المرسوم الاسباني رقم 462 لسنة 1980 وجوب فحص الحالة البدنية والعقلية للمتنازل وأن يتم ذلك بمعرفة طبيب آخر بخلاف ذلك الذي يباشر عملية الاستئصال[2].

وأضاف المرسوم الإسباني رقم 462 لسنة 1980 وجوب فحص الحالة البدنية والعقلية للمتنازل بمعرفة طبيب غير الطبيب الذي قام بعملية الاستئصال .[3]

والمشرع الفرنسي نص في المادة الأولى من قانون الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1976 رقم 76-1171 المتضمن تنظيم نقل الأعضاء من الأموات وإجازة استقطاع الأعضاء من الأحياء، على أنه: " ..... يمكن إجراء استقطاع عضو من إنسان بالغ متمتع بكامل قواه العقلية و ذلك بعد موافقة حرة وصريحة." ثم صدر مرسوم رقم 78-501 في 31 مارس 1978 محدد على نحو مفصل الشروط الواجب توافرها في رضا المتبرع .[4] وهذا نصت عليه المادة 11-665 من قانون 94-654 جويلية 1994[5] وأكد ذلك أيضا قانون الصحة الفرنسي المادة 2-L1212[6].

---

[1] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 221.

[2] نفس المرجع : ص 221.

[3] نفس المرجع : ص221.

[4] أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ،ص 132.

[5] Art 665-12 : Le prélèvement d'élément du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable au donneur. » Du la loi du 94_654 du 29 juillet 1994 Relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain , à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. JO du 03 juillet 1994.

[6] Art L1212-2 : « Le prélèvement d'éléments du corps humain et collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Voir C.S.P .

وفي التشريعات العربية ، نجد نص المادة 30 فقرة ثانية من قانون الآداب الطبية اللبنانية :" لا يجوز حث المتبرع بالتبرع بعضو يؤثر على حياته ويشترط أن يكون رضا المعطي حرا وفي حالة نفسية وعقلية تتيح التعبير عن الرضا."

وهذا ما أكده المشرع السوري والأردني.[1] ولأن غالبية عمليات الزرع تجري بين الأقارب خصوصا عمليات نقل الكلى نظرا لأن هذا النوع من العمليات يشترط توافق بين المتبرع والمتلقي فيفضل التوائم ثم الإخوة الأشقاء ثم الوالدين فالأعمام فالأخوال حتى يصل الطبيب إلى توافق طبي وعلمي .[2] وفي هذه الحالة يشترط التأكد من عدم وجود ضغوط عائلية وللتأكد من ذلك أخضعت بعض التشريعات ضرورة إخضاع المتنازل لفحص طبي شامل من الناحية النفسية والعقلية وهذا ما أكده المشرع المصري في المادة الخامسة بقوله :" في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا."[3]

Voir aussi Art 1241 du Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 Aout 2004 :"Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé."

Voir également la déclaration de l'Organisation Mondiale de la Santé sur la promotion des droits des patients en Europe adoptée en avril 1994 à Amsterdam : « aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement éclairé, préalable du patient. » Voir Mohammed Amine BENABDALLAH : Le principe du libre consentement Du patient à l'acte médical, revue marocaine d'Administration Locale et de Développement, les éditions Elmaaref El-Jadida, EL_REBATH, Mars- juin , 2011, p10.

[1] سميرة عايد الدايات :المرجع السابق، ص 143. و من التشريعات العربية أيضا : القانون المغربي قي المادة 24 من الظهير الصادر في 1999/08/25 ، القانون الإماراتي في المادة الثالثة والرابعة والخامسة من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1993 ،المادة الثانية من القانون الكويتي رقم 55 لسنة1987 و المادة الثالثة من القانون البحريني ، مرسوم رقم 16 لسنة 1998 ومشروع القانون المصري لسنة 1966 في المادة 11 منه و القانون القطري رقم 21 لسنة 97 في المادة الثانية منه والقانون العراقي المادة 11 من قانون رقم 85 لسنة 1986 والمادة 35 من الأمر تونسي رقم 155 المؤرخ في 93/05/17 المتعلق بواجبات الطبيب. نقلا عن بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 125 .

[2] نفس المرجع : ص 143.

[3] القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية السالف الذكر.

2_التشريع الجزائري :

الرضا الحر يكون بدون إكراه ولا ضغط مادي أو معنوي ويجب استمراره إلى غاية وقت العلاج أو التدخل الجراحي وهذا ما جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في 1985 والتي أكدت ذلك في حالة نقل العضو من الحي لا بد أن يتم برضا تام من المنقول منه ، طوعا دون إكراه .[1]وهناك اتفاق فقهي وقانوني على رفض إجبار المريض في غير الحالات المنصوص عليها قانونا على قبول أي علاج طبي ولو كان في مصلحته.[2] والمشرع الجزائري نص في المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على ضرورة إخضاع كل عمل طبي لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون إلا في حالة خطر أو عدم القدرة على الإدلاء بالموافقة.[3] و في مجال نقل الأعضاء البشرية أكدت المادة 162 فقرة ثانية من قانون الصحة وترقيتها ضرورة إخبار الطبيب الجراح المتبرع بالأخطار المحتملة التي قد

---

[1] بلحاج العربي : الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق،ص 124.

[2] مأمون عبد الكريم: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، 2006، ص 264. والمشرع السويسري في قانون الصحة مثلا أعطى للمريض حرية الموافقة و أي تدخل طبي لابد أن يحترم الكرامة الإنسانية مع الأخذ بعين الاعتبار شخصية وإرادته وحقوقه=

Voir l'article 4 du code de la fédération des médecins Suisses: « Tout traitement est entrepris dans le respect de la dignité humaine, en tenant compte de la personnalité du patient, de sa volonté et de ses droit. Dans l'exercice de sa profession, le médecin n'exploite pas l'état de dépendance du patient ;il lui est tout particulièrement interdit d'abuser de son autorité sur lui ,tant sur le plan émotionnel ou sexuel que matériel….» Mohammed Amine BENABDALLAH ,op cit ,p11 .

[3] المادة 44: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو فير قادر على الإدلاء بموافقته ."مرسوم تنفيدي رقم 92_276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو 1992 المتضمن ق.م.ط ، ج ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 08_07__1992.

تتسبب فيها عملية استئصال العضو قبل تعبير المتبرع عن رضائه بل ويستطيع المتبرع التراجع عن موافقته السابقة في أي وقت. [1]

وتثار مسألة الرضا الصادر من المحبوس أو المحكوم عليه بالإعدام ، المشرع الجزائري عالج هذا الموضوع من خلال المادة السابعة من قانون العقوبات[2] بقولها : " الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي." من خلال هذا النص، المشرع منع المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المدنية فمن باب أولى أن يمنع من مباشرة التصرفات المتعلقة بصحته وسلامة جسمه.

ب- الشروط الشكلية للرضا:

تختلف كيفية التعبير عن الرضا الصادر من المتبرع باختلاف التشريعات القانونية حيث أكّد البعض منها أن يكون التعبير أمام المحكمة والبعض الآخر اكتفى بحضور شاهدين أمام رئيس المصلحة الاستشفائية سيتم مناقشة ذلك بالتفصيل .

1_التشريعات العربية:

ذهب المشرع المغربي إلى ضرورة التعبير عن رضا المتبرع أمام رئيس المحكمة المتعاقدة بمقر سكن المتبرع أو أمام قاضي معين خصيصا لهذا الغرض ويساعد القاضي طبيبان يتم تعيينهما من طرف وزارة الصحة باقتراح من رئيس المجلس الوطني للأطباء ومهام هذين الطبيبين شرح العملية المراد فعلها للمتبرع وكذا الفائدة العلاجية من هذه العملية للقاضي ، بعد ذلك يتم استطلاع رأي وكيل الجمهورية ثم يتم التوقيع عليها من طرف رئيس المحكمة أو القاضي المعين والأطباء المعنيين وتمنح هذه الموافقة للأطباء المسؤولين عن نقل العضو أو العملية.[3]

---

[1] نص المادة 162 من ق.ح.ت السالف الذكر :" لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب الجراح بالأخطار المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة."

[2] الأمر رقم 66_156 المؤرخ في 18صفر 1386 الموافق 8يونيو 1966 الذي يتضمن ق ع المعدل والمتمم.

[3] Art N°10 :" Le donneur doit exprimer son consentement au prélèvement devant le président du tribunal de première instance compétent à raison du lieu de résidence du

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع التونسي في نص المادة الثامنة من قانون 91-22 المتعلق بعمليات نقل الأعضاء البشرية[1] على ضرورة أن تكون الموافقة أمام رئيس المحكمة التي تقع في محل إقامة المتبرع أو في مقر تواجد المؤسسة الإستشفائية أو ما يقابلها ويتم التوقيع من طرف القاضي والمتبرع وكاتب الضبط على أن يرسل الملف إلى المستشفى المرخص له قانونا بذلك و يوقع في السجل الخاص بهذه العمليات وعلى القاضي الذي تتم أمامه الموافقة التأكد من أنها تمت في الظروف الملائمة والمحددة بنص

---

donneur ou devant le magistrat de ladite juridiction spécialement désigné a cet effet par le président .

Le magistrat est assisté de deux médecins désignés par le ministre de la santé sur proposition du président de conseil national de l'ordre national des médecins. ces médecin sont chargés d'expliquer au donneur la portée de son don et au procureur du roi prés la juridiction sur la suite a donner à la demande et requis par le président du tribunal ou le magistrat délégué qui dresse constat signé par le président du tribunal ou le magistrat délégué qui dresse constat du consentement du donneur . Copie de ce constat signé par le président du tribunal ou le magistrat délégué et les médecins concernés est remise aux médecins responsables du prélèvement." Voir Loi n °16-98 du 5 Joumada 2_ 1420_ du 16 septembre 1990, JO n°4726 relative au don, au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains.

[1] Art N°8 : "Le consentement du donneur est exprimé devant le présidant du tribunal de premier instance dans le ressort du quel se trouve la résidence du donneur ou l'établissement hospitalier ou devant son suppléant.

Le magistrat qui recueille le consentement du donneur s'assure au préalable que ce consentement est exprimé dans les conditions prévues par l'article 2 de la présente Loi. Il en dresse procès-verbal signé par lui, par le donneur et par le greffier.

Le greffier du tribunal en transmet la copie aux établissements hospitaliers autorisés ….la minute en est conservé au greffe du tribunal après sa consignation sur un registre tenu a cet effet." Voir la Loi n°91_22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains.

المادة الثانية من نفس القانون أي يشترط في الشخص المعبر عن رضاه أن يكون بالغا وعاقلا وله القدرة القانونية وعبر بحرية عن موافقته[1] .

وأضاف حماية أكبر للمتبرع بضرورة معرفة كافة المعلومات الخاصة بالتبرع وتقدم كتابة من طرف رئيس المصلحة الطبية المكلفة بإجراء هذا النوع من العمليات أو من طرف من يقوم مكانه ، كما نص على نوعية المعلومات من الناحية الجسمانية والنفسية وتأثير ذلك على الناحية الشخصية والعائلية والعملية وكل النتائج المحتملة من هذه العملية بالنسبة للمستقبل فالمشرع التونسي من خلال هذه المادة أعطى كل المعلومات الضرورية سواء للمتبرع أوالمستقبل .[2]

في حين ذهب المشرع المصري إلى اشتراط: أن تكون موافقة المتبرع أمام لجنة ثلاثية من الأطباء و تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ويشترط وجودها في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع ولا تكون لهم ملكية أو مساهمة في هده المنشأة و وظيفتهم الموافقة على إجراء العمليات بعد إتباع كل الإجراءات المنصوص عليها في القانون الخاص بنقل الأعضاء .[3] وبعد ذلك يتم الحصول على موافقة المتبرع أو من ينوب عنه وتحرر اللجنة محضرا ويوقع عليه كل من المتبرع والمستقبل.

---

[1] Art N°2 : « En vu d'une greffe dans un but thérapeutique, sur un être humain , un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante à condition que le donneur soit majeur ,jouissant de tout es ses facultés mentales ,de sa capacité juridique et qu'il y ait librement et expressément consenti. Voir la Loi n°91_22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains.

[2] Art N°7 : « Le donneur qui entend autoriser le prélèvement d'un organe sur son corps en vue d'une greffe est informé par écrit des conséquences éventuelles de sa décision par le médecin chef du service hospitalier dans lequel le prélèvement sera effectué ou par son remplaçant. Cette information porte sur :

a)-Toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychique du prélèvement ainsi que les répercussions éventuelle de ce prélèvement sur la vie du donneur.

b)-Tous les résultats qui peuvent être attendus de la greffe par le receveur . » Voir la Loi n°91_22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains.

[3] المادة 8 والمادة 13 من قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية ، ج ر العدد 9 مكرر الصادرة في 16مارس2010.

2_التشريع الفرنسي:

نص القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29 جويلية 1994 على ضرورة التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة أو أمام قاضي معين من قبله و في حالات الاستعجال يتم إثبات الرضا من قبل وكيل الجمهورية وذلك ضمانا للحصول على الموافقة الرسمية من الجهات المتخصصة في الوقت المناسب إذا دعت إلى ذلك ضرورة خلال عطل نهاية الأسبوع أو العطل الرسمية وهو ما أكدته المادة 3-671.[1] وكذا قانون 800-2004 الصادر بتاريخ 06اوت 2004 الخاص بالعلوم الإحيائية في المادة 1_1231[2] وأكده أيضا المرسوم التنفيذي لسنة1996[3] ، بالرغم من عدم التفرقة بين إثبات الرضا في مجال التبرع بالأعضاء المتجددة كالجلد أو النخاع والأعضاء غير المتجددة مثلما جاء في

---

[1] "Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la république .ce consentement est révocable sans forme et à tout moment. Voir la Loi N°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

[2]" Le donneur……doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don conforme aux conditions prévues aux premier et deuxième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment." Art. L. 1231-1 Du la loi 2004_800 du 06 aout 2004 relative a la biotique.

[3] « Sous réserve des dispositions ……. Le donneur exprime sont consentement devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel il demeure .ou devant le magistrat désigné par le présidant de ce tribunal. » Art 671_3_2 du décret n°96/375 du 29 /04/1996 relative relatif aux modalité du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur .

المرسوم التنفيذي السابق الصادر بتاريخ 31 مارس 1978 الذي كان يشترط تدخل القاضي للحصول على الموافقة في حالة التبرع بالأعضاء غير المتجددة فقط.[1]

3_ التشريع الجزائري:

يأخذ الرضا الشكل الذي حدده قانون الصحة في نص المادة 162 منه فقرة أولى: "تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحدد هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة" فالموافقة تتم بشكل كتابي من أجل تجنب الإكراه أو الضغط الذي يمكن للطرف المتنازل أن يقع فيه فتنشأ إرادة معيبة بالإكراه أو التدليس واشترط المشرع حضور شاهدين اثنين حتى تكون هناك حماية أكبر وعدم التسرع في اتخاذ القرار على أن يتم وضعه لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة. ولا يعبّر المتبرع عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بأخطار العملية المحتملة الوقوع من جراء عملية الاستئصال .[2] والملاحظ أن إثبات الرضا يتم كتابة لكن المشرع الجزائري لم يشترط أن تتم الموافقة أمام جهة رسمية معتمدة بل اكتفى أن تتم أمام هيئة صحية فقط .

ثانيا: حق العدول عن التبرع.

مفاد ذلك إمكانية المتبرع العدول عن رضائه دون قيد أو شرط و هناك خلاف فقهي حول هذه المسالة بين ثلاثة آراء فقهية حيث يرى أنصار الرأي الأول أن المتعهد بالتبرع ملزم قضاء وديانة عملا بالنصوص الآمرة بالوفاء بالعهد ومن ثم لا يجوز الرجوع فيم تم التعهد به وأنصار الرأي الثاني لا يلزمون المتبرع بما تعهد إلا إذا كان ما وعد به معلقا على تنفيذ أمر آخر والرأي الراجح هو الأخير ومفاده أن المتبرع غير ملزم بالوفاء بوعده قضاء وإن كان ملزما ديانة .[3]

---

[1] Ahmed Abduldayem,op cit , p 326.

[2] نص المادة 162 الفقرة الثانية :" **لا** يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد يتسبب فيها عملية ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة" من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 409 .

اتفقت معظم التشريعات المتعلقة بعمليات نقل الأعضاء وزراعتها على إمكانية عدول المتبرع عن تبرعه متى شاء وفي أي وقت، حيث أشار القانون الأرجنتيني في المادة 13 منه إلى أن كل قرار بشأن هذه العملية يمكن إلغاؤه حتى لحظة إجراء العملية الجراحية متى كان لدى المتنازل القدرة على التعبير عن إرادته والرجوع في هذه الحالة لا يمكن أن يكون محلا لأي مطالبة مالية وهذا ما أكده أيضا مجلس وزراء العرب الخاص بالصحة لسنة 1986 في المادة الرابعة .[1] وكذا المشرع المصري بقوله : "في جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل."[2] أما المشرع الفرنسي نص في المادة L1231-1 من قانون الصحة على إمكانية العدول في أي وقت وبأية طريقة .[3] والمشرع الجزائري نص في المادة 162 فقرة أخيرة من قانون الصحة على جواز عدول المتبرع عن رضاه في أي وقت كان.[4]

ثالثا : تبصير المتنازل.

تتفق معظم التشريعات على ضرورة تبصير المتنازل بجميع المخاطر الجراحية المترتبة على عملية الاستئصال الحالّة والمستقبلية وكذا المخاطر من الناحية الاجتماعية والاقتصادية التي يمكن أن تترتب على عملية استئصال العضو البشري.

أ_التشريعات العربية:

ذهب المشرع المغربي في نص المادة الثامنة من قانون رقم 89/16 المتعلق بعمليات نقل الأعضاء إلى ضرورة تبصير المتنازل بجميع المعلومات الضرورية وحدد مسؤولية إعطاء هذه المعلومات على الطبيب المسؤول وشدد على الأطباء أن تكون المعلومات

---

[1] المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء البشرية : "...ويجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط ." نقلا عن بلحاج العربي : الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ،المرجع السابق ، ص 125 .

[2] المادة 05 من قانون المصري رقم 05 لسنة 2010 السالف الذكر.

[3] Art L1231-1 : " ....Ce consentement est révocable à tout moment." Du C.S .P , Loi n° 94-653 du 29/07/1994 précité .

[4] نص المادة 162 فقرة أخيرة:"ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة."من ق.ح.ت السالف الذكر .

ضرورية للمتبرع دقيقة مفصلة شاملة لكل الأخطار الطبية والنفسية والعائلية والاجتماعية وكذا التوضيح للمتبرع أهمية العملية وفوائدها بالنسبة للمستقبل.[1]

واشترط المشرع التونسي إعلام المتبرع كتابة بالنتائج المحتملة الخاصة بهذه العمليات ومنحها من طرف الطبيب رئيس المصلحة بالمستشفى الواقع بها العملية أو من طرف من ينوب عنه طبقا لنص المادة السابعة السالفة الذكر. وهذا ما أكدته توصيات مؤتمر بيروجيا بوجوب أن يسبق الرضا شرح وافر من جانب الطبيب حول مخاطر العملية ونتائجها الحالية والمستقبلية سواء على الصعيد الطبي أو الاجتماعي أو المالي.[2]

أما المشرع اللبناني أكد في القانون رقم 109 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 1983 المتعلق بعمليات نقل الأعضاء وجاء في نص المادة الأولى فقرة ثانية على :" أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية والذي يجب عليه تنبيهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لكل ذلك."[3] فقد تكون مجموعة من المعلومات غير واضحة خصوصا من الناحية الطبية فلا بد من تحديد مفهومها والتأكد من أن الشخص المتنازل قد استوعب ذلك ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي أكد على ضرورة إحاطة المتبرع بطبيعة عملية النقل والزرع وكل المخاطر على المدى القريب والبعيد.[4] وهناك من عارض فكرة تبصير الواهب لانتفاء المريض وبالتالي لا يلتزم الطبيب بالتبصير ولكن في مجال استقطاع الأعضاء و زرعها الطبيب ملزم بتبصير الواهب أكثر من المريض لأن

---

[1] Art 08: « …… Le donneur doit être complément informé des risques inhérent au prélèvement et sur ses conséquences éventuelles. Cette information à la charge des médecins responsables du prélèvement porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur la répercussion éventuelle de ce prélèvement sur la vie personnelle, familial à la professionnelle du donneur.

Elle porte en outre sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur. » Du la Loi 16_89, précité .

[2] مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول ،المرجع السابق ،ص214.

[3] عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص 177.

[4] أنظر المادة 07 من قانون رقم 05 لسنة 2010 ، السالف الذكر .

إطلاعه على الظروف المحيطة بهذه العملية قد يزيده إصرارا للقيام بهذه العملية لشعوره بالتضامن ومحاولة منح الحياة لمريض مشرف على الهلاك فالطبيب يخاف من إحاطته بكافة المعلومات خوفا من تفاقم حالته الصحية بسوء حالته النفسية .[1]

من ثم فواجب التبصير يقع على عاتق الطبيب لكي يكون المريض على علم بتأثيرات العملية على جسده وحياته الشخصية والعائلية والمهنية والتبصير ما هو إلا تطبيق لما اشترط القانون من ضرورة الحصول على رضا المريض.[2] والمخاطر المحتملة مدلولها واسع تشمل كل ما يصيب المتنازل حالا ومستقبلا وتدخل أيضا اعتبارات النواحي الاقتصادية والاجتماعية المترتبة على عملية الاستئصال.[3] وتناولت الندوة العلمية التي عقدت بالقاهرة سنة 1993 هذا الشرط وأكدت على ضرورة إخطار المتبرع بشأن الأضرار الحالّة والمستقبلية المترتبة على عملية الاستئصال بأسلوب واضح بعيد عن استعمال المصطلحات الطبية التي لا يفهمها إلا أهل الطب.[4] ومن أجل المضي في هذا النوع من العمليات وضمان نجاحها اقترح البعض إنشاء لجنة علمية مسئولة عن توضيح الأضرار الناشئة عن كل نوع من هذه العمليات[5]، لنجاعة عملية تبصير المتبرع بطريقة شاملة وكاملة فواجب الطبيب ليس إجباره للقيام بهذه العملية أو إخفاء حقائق ربما تؤدي به إلى العدول لأنه في نهاية الأمر للمتبرع حرية القيام بالعملية أو العدول عنها.

---

[1] سميره عايد الدايات: المرجع السابق ، ص142.

[2] هيثم أحمد مصاورة : المرجع السابق ، ص 169.

[3] وهذا ما أكدته معظم التشريعات نذكر منها القانون الايطالي رقم 457 الصادر ب 1976/06/26 والخاص بنقل الكلى وكذا يوغوسلافيا في المرسوم رقم 1982/07/15 الخاص باستئصال الأعضاء ونقلها في مادته الثانية وأشارت المادة الثامنة من القرار التنفيذي في ألمانيا الديمقراطية والصادر بتاريخ 1975/06/04 في مجال نقل الأعضاء والمادة 23 من القانون التشيكوسلوفاكي الصادر سنة 1966 والقانون الدانماركي رقم 246 بتاريخ 1967/06/09 . انظر مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 214 _ 215.

[4] نفس المرجع: ص 213.

[5] " L'information qui doit obligatoirement être fournie au patient : d'une part sur l'utilité, le risque et les incidents prévisibles ou les suites de l'intervention ou du traitement projeté c'est la condition indispensable pour que le patient puisse donner un « consentement éclairé. " Voir Jean PENNEAU : La responsabilité du médecin, édition DALLOZ, paris, 1992, p 117.

ب_ التشريع الفرنسي:

أكّد المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم 23 سنة 1986 بأن على الطبيب أو الجراح إبلاغ المعطي بالنتائج المحتملة باستئصال عضو من جسمه. وبيّن ذلك أيضا في المرسوم رقم501 من سنة1987 حيث نصت المادة الأولى منه:" أن الالتزام بتبصير المعطي يشمل جميع النتائج المحتملة للاستئصال سواء من الناحية التشريحية أو من الناحية النفسية وكذا المخاطر المحتملة لهذا الاستئصال سواء بالنسبة لحياته الشخصية أو الأسرية أو المهنية كما يشمل النتائج التي يترتب على عملية الزرع والمصلحة التي تعود على المريض."[1]

ونص المشرع الفرنسي أيضا في المادة الرابعة فقرة أولى من قانون 1976 على ضرورة تبصير المعطي بالنتائج المحتملة لقراره بالتبرع بعضو من أعضائه وجاء بعد ذلك مرسوم في 1978 تنفيذا لهذا القانون ونص أيضا بضرورة التبصير للمعطي لجميع النتائج المحتملة للاستئصال من النواحي التشريحية والنفسية وكافة المخاطر المحتملة سواء ما تعلق بأسرته أو به شخصيا طبقا لما جاء في قانون رقم 645-94 تاريخ 29 جوان لسنة 1994 واضعا ذلك تحت طائلة العقوبة .[2] وكذا قانون800- 2004 الصادر بتاريخ 06 اوت 2004 الخاص بالعلوم الإحيائية في المادة L1231_1[3] التي أوكلت مهمة التبصير إلى لجنة مكونة من خمسة أعضاء ، طبيبان وعضو متخصص في العلوم الاجتماعية والإنسانية وفي حالة المتبرع كامل الأهلية يضاف إلى اللجنة طبيبان آخران أحدهما طبيب نفسي أما بالنسبة للقصر فيضاف إلى اللجنة طبيب مختص بالأطفال وطبيب نفسي[4].

---

[1] محمد حماد مرهج الهيتي : المرجع السابق ، ص99.

[2] سميرة عايد الدايات : المرجع السابق ، ص 141.

[3] Art. L. 1231-1 :« Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement..... ». Du la loi 2004_800 du 06 aout 2004 relative a la biotique.

[4] Art 1231_3 : " Le comité d'experts dont l'intervention est prévue aux articles L. 1231-1, L. 1241-3 et L. 1241-4 siège en deux formations de cinq membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé delà santé. Trois de ces membres, dont deux médecins et une

وقد كانت مهمة التبصير تتم من طرف الطبيب خصوصا في القطاع الخاص مقارنة بالأطباء الذين يعملون في القطاع العام.[1] وفي الواقع الآن مفروض على الطبيب أن يعطي معلومات واضحة وفقا لخبرته الطبية وحتى المحاكم تفرض أن تكون المعلومات عن كل المخاطر المحتملة حتى ولو كانت نادرة الوقوع.[2] وليس فقط المعلومات الخاصة بالعلاج وتبعاته بل حتى المعلومات المادية أو المالية الخاصة بالمريض أو ذوي حقوقه.[3]

ج_التشريع الجزائري :

اشترط المشرع الجزائري إخبار المتبرع بكافة الأخطار المحتملة من عملية انتزاع العضو قبل موافقته طبقا لنص المادة 162 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة و ترقيتها.[4] لكن رغم حرص المشرع على الإعلام اللازم إلا أنه أخرج المخاطر الاستثنائية من نطاق الإعلام وهو ما يخالف ما ذهبت إليه معظم التشريعات المختلفة بوجوب الإعلام الشامل بكل المخاطر في مجال نقل الأعضاء وزراعتها مهما كانت

---

personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, sont communs aux deux formations. Lorsque le comité se prononce sur les prélèvements sur personne majeure mentionnés aux articles L. 1231-1 et L. 1241-4, il comporte un psychologue et un médecin. Lorsqu'il se prononce sur les prélèvements sur personne mineure mentionnés à l'article L. 1241-3, il comporte une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre. En cas d'urgence vitale, les membres du comité d'experts sont désignés par l'Agence de la biomédecine parmi les membres disponibles figurant sur l'arrêté susmentionné. Du la loi 2004_800 du 06 aout 2004 relative a la biotique.

[1]« Cette obligation s'impose au médecin aussi bien dans le cadre de la médecine libérale que dans le cadre de la médecine publique hospitalière. » Décret N° 74-27 du 14 Janvier 1974, JO 16 janvier 1974 .voir Ir ma Arnoux, Les droits de l'être humain sur son corps, presse universitaires de Bordeaux, France, 2003, p 198.

[2]Ibid, p 199.

[3] L'obligation d'information à la charge de l'hôpital revêt deux facettes : d'une part l'information financière, d'autre part l'information médicale (CE, 11janvier 1991) voir Jean-Marie Clément Cyril Clément : les principales décision de la jurisprudence hospitalière ,Berger-Levrault,PARIS , 1995,p28 .

[4] نص المادة 162 من ق.ح.ت السالف الذكر : " لا يجوز للمتبرع أن يعبر أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع."

طبيعة هذه المخاطر ودرجة خطورتها .[1] كما أهمل النص الجزائري إلزام الطبيب بإعلام المتبرع بآثار العملية من الناحية الاجتماعية والمهنية بالإضافة إلى النتائج المتوقعة من عملية الزرع بالنسبة لمستقبل العضو ، ليتمكن المتبرع في النهاية من اتخاذ القرار المناسب والعقلاني بشأن استئصال العضو.

رابعا- مجانية التبرع:

تقتضي المصلحة العلاجية للمتلقي استقطاع عضو ليتم زرعه وفقا لهذه المصلحة دون زيادة أو نقصان ونستشف ذلك من خلال مصطلح "المتبرع"أو "المتنازل"، ضف إلى ذلك لا بد أن لا يخرج هذا العمل عن الكرامة الإنسانية كأن يعلق المتبرع رضاؤه على قبض الثمن.

ا_التشريعات العربية:

جل التشريعات القانونية نصت على مجانية التبرع في هذا المجال، حيث نص المشرع المغربي في المادة 5 من القانون المتعلق بعمليات نقل الأعضاء وزراعتها على ضرورة أن يكون التبرع بدون مقابل مستبعدا أن تكون عمليات نقل الأعضاء وزراعتها محل معاملات مالية تحت أي ظرف أو تسمية أخرى ، ما عدا ما تعلق بتكاليف عمليات النقل والزرع وكذا التكاليف الخاصة بالمستشفى.[2]

والمشرع التونسي نص في المادة السادسة من قانون 91-22 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء على أن يكون التبرع بدون مقابل وحذر من أن تكون هذه العمليات محل معاملات مالية أو تحت أي تسمية أخرى ما عدا ما تعلق بدفع التكاليف.[3]

---

[1] انظر مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 591.

[2] L'article 5 du la loi 98_16, Précité : « Le don ou le legs d'un organe humain et gratuit et ne peut, en aucun cas, et sous aucune forme, être rémunéré ou faire l'objet d'une transaction. Seul sont de les frais inhérents aux interventions exigées par les opérations de prélèvements et de transplantation ainsi que les frais d'hospitalisations qui y sont afférents. »

[3] Art 6 : « Il est interdit de procéder aux prélèvements visés aux articles 2 et 3 da la présente loi, Moyennant une contrepartie pécuniaire ou tout autre forme de transaction, sans préjudice du remboursement des frais peuvent occasionner » Du la loi 91-22, précité.

هذا عكس ما ذهب إليه المشرع المصري في القانون رقم 60/178 لسنة 1960 الذي أجاز بيع الدم و يكون البيع أولا للدولة ثم تقوم هي بدورها ببيع الدم بأسعار مرتفعة .[1] وهناك من اعترض على هذه الفكرة –بيع الدم – في مصر معللا ذلك بأن هذا البيع ليس بالمعنى القانوني بل مكافأة يحصل عليها المتبرع لتحسين نظامه الغذائي نتيجة التبرع بالدم ويمثل الثمن أيضا نفقات حفظ وتخزين الدم في حال بيعه للجمهور من جانب بنوك الدم.[2] وفي قانون رقم 5 لسنة 2010 الخاص بعمليات نقل الأعضاء وزراعتها نص على حظر التعامل بأعضاء جسم الإنسان أو جزء منه على سبيل البيع أو الشراء أو أي مقابل مهما كانت طبيعته سواء بين الأحياء أو من جثث المتوفين طبقا لنص المادة السادسة[3].

[1] مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 225.

[2] أبو الفتوح الحمامي :المرجع السابق ، ص 413 .

[3] ومن التشريعات التي نادت بمبدأ المجانية مؤتمر بيروجيا عام 1969 جاء في توصياته ضرورة أن يكون التبرع بالأعضاء بدافع إنساني وبصورة مجانية . والقانون اللبناني : نص في المادة الأولى من قانون رقم 109 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 1983 في الفقرة الرابعة : " أن يكون إعطاء الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة" القانون الكويتي : القانون رقم 7 لسنة 1983 حيث أجاز هذا القانون التبرع بالكلى ثم جاء قانون رقم 55 لسنة 1978 بشأن التبرع بأعضاء أخرى ونص صراحة على تأكيد مبدأ المجانية وجرم كل تعامل له صيغة تجارية .

القانون العراقي : تنص المادة الثالثة على منع وحظر بيع الأعضاء البشرية بأي وسيلة ومنع حتى الطبيب الاختصاصي من إجراء هذه العملية في حالة علمه بذلك طبقا لقانون رقم 85–لسنة 1986 . التشريع الأردني: في القانون رقم 23 لسنة 1977 والمعدل بمقتضى قانون رقم 17 لسنة 1998.التشريع القطري، في القانون رقم 21 لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء اشتمل على 14 مادة. ونص في المحور الرابع من هذا القانون على عدم إجازة بيع أعضاء الجسم أو شراؤها أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب إجراء عملية الاستئصال لها إذا كان على علم بذلك ".

التشريع الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 والخاص بتنظيم نقل الأعضاء و زراعتها وجعل هذا القانون من استئصال و زراعة الأعضاء هدفا إنسانيا . وذهب أيضا إلى وجوب امتناع الطبيب المتخصص عن عملية الاستئصال إذا علم أن موافقة المتبرع كانت نتيجة مقابل مالي .

وحذر أيضا المشرع التركي من بيع الأعضاء ومن الإعلانات أو الاشهارات خارجة عن مجال إعطاء معلومات علمية أو إحصائية في نص المادة الثالثة والرابعة من قانون رقم 2238 الصادر بتاريخ 29 ماي 1979 المتعلق بزرع الأعضاء السالف الذكر .انظر مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص226. و أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص 178 _179_180 _277.

وأكدت توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقدة بالقاهرة في 24 نوفمبر 1993 إلى عدم جواز نقل العضو مقابل ثمن.

ويتعين على المستقبل دفع تكاليف العملية وتلتزم الدولة بتوفير النفقات اللازمة لعلاج الشخص المنقول منه العضو مع جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل وتقرر الدولة كافة التعويضات الضرورية عما ناله من ضرر وفاته من كسب على أن يتم التعويض من صندوق يحدد القانون موارده ويجوز للدولة أيضا تحديد مزايا معنوية ملائمة كعلاجه و علاج أفراد أسرته على نفقة الدولة مدى الحياة.[1] وهذا ما أضافته أيضا منظمة الصحة العالمية بمنعها كل عمليات بيع أو شراء الأعضاء البشرية، لكن هذا لا يمنع بعض التعويضات التي تكون في المعقول وغير المبالغ فيها كالمصاريف العلاجية والاستشفائية عموما من قبل المتبرع والمتعلقة بعمليات الاستئصال.[2]

ب_التشريعات الغربية:

نص القانون الفرنسي في المادة L[3]1211 فقرة رابعة من قانون الصحة على ضرورة مجانية التبرع و هذا لا يمنع من دفع تكاليف أو مصاريف العملية الجراحية نفقات إقامة المتبرع في المؤسسة الصحية وعمليات المتابعة الضرورية لما بعد عملية الاستئصال الأولى.[4] والملاحظ أن المشرع الفرنسي نص صراحة على إمكانية منح

---

[1] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ،ص 230.

[2] Principe directeur 5 : « L'interdiction de la vente ou d'achat de cellules, des tissus ou d'organes n'empêche par le remboursement dans les limite raisonnables le frais vérifiable en cours par le donneur ….y compris les pertes des revenus et la mise à disposition des cellules ou d'organes humain à des fuis de transplantation. » Voir site :wwwho.int /site/fr/

[3] "La gravité pour éviter toutes dérivés de commercialisation du corps humain, aucun paiement, qu'elle qu'en soit la forme ne peut être alloué qui se prête au prélèvement d'élément de son corps ou à la collecte de ses produits." Du C.S.P .

[4] Art L 665-13 : « Aucun paiement, qu'elle qu'en soit la forme, ne peut être allie à celui qui se prête au prélèvement de son corps ou à la collecte de ses produits. Seul pour

المتبرع بعض المزايا كتسليمه "ميدالية" أو تعويضه عن ما قام به تعويضا يعادل تعطله عن العمل أو وثيقة تأمين ضد الأخطار المرتبطة بعملية استقطاع العضو .

من ثم فإن تحريم بيع الأعضاء والاتجار بها عالمي وليس في الدول الإسلامية فقط .[1] ونصت المادة الثالثة أيضا من قانون 1181 الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1986 والقانون الصادر في 22 ديسمبر 1976 على عدم جواز أن يكون التنازل عن الأعضاء نظير مقابل مادي دون الإخلال بالنفقات والتكاليف الخاصة بعمليات نقل الأعضاء وهذا ما أكده أيضا قانون العلوم الإحيائية الصادر في 29 جويلية 1994 ولتفعيل مبدأ المجانية أضاف المشرع الفرنسي المادة 511 من قانون 94- 654 يمنع فيها كل طبيب أو كل ممارس من تقاضي أي أجر عن عمليتي النقل أو الزرع وذلك حرصا منه عن الابتعاد و بصفة نهائية عن شبهة الاتجار .[2] بل وذهب المشرع الفرنسي إلى ضرورة تحمل كل المصاريف الخاصة بالمتلقي من قبل هيئات الضمان الاجتماعي ، باعتباره عمل طبي يستلزم التعويض[3] ومنع الإشهار والإعلانات التجارية لما في ذلك مساس

---

intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon les modalités faites en conseil d'état. » La loi 94_654 du 29-12-1994 relative au don et a l'utilisation des éléments et produit du Corp.

[1] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 411.

[2]« Aucun rémunération à l'acte ne peut être perçu par les patriciens effectuant des prélèvements d'organes au titre de ces activités » La loi 94_654 ,précité .

[3] En France, il est désormais expressément disposé que « tout prélèvement d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques est un activité médicale. » voir l'article 1235-3 du code de la santé publique la loi N° 2004-800 du 06 Aout 2004 . Ce dispositif vise à intégrer la prise en charge médicale du donneur par la Sécurité sociale, relative à la prise en change des frais concernant les prélèvements d'organes, a fixé les modalités de remboursement attribué aux donneurs d'organes. Le décret N° 2000-409, du 11 mai 2000, a inséré dans le code de la santé publique un chapitre intitulé « remboursement des frais engagés a l'occasion des prélèvements d'organes. » Ce décret a défini les modalités de remboursement des dépenses engagées par le donneur et sa famille. En effet ,il prévoit une indemnisation des pertes de rémunération subies par le donneur et la prise en charge directe par l'établissement préleveur de certains frais qui ne doivent en aucun cas être facturés au donneur ou à sa famille . Voir Younés OIKAOUI ,La

الكرامة الإنسان سواء هذا الإعلان كان موجها للفرد أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة أو لأي مصلحة كانت طبقا للمادة 12-665 فقرة 12 من قانون رقم 94-654 السالف ذكره .[1]

والمشرع الانجليزي نص في القانون الخاص بالأعضاء البشرية لسنة 1989 وجرم كل ضرر المعاملات التجارية في الأعضاء البشرية في المادة الأولى منه و أوجب التأكد من:

1- صلة القرابة بين المتبرع والمتبرع له.

2- أن يكون المتبرعين متوفين قبل المتبرعين الأحياء.

3- يجب التأكد من عدم دفع أموال باهضة تفوق تكاليف العلاج المعقولة وجرم أيضا الإعلانات التجارية الهادفة إلى عرض أو إعلان بيع الأعضاء البشرية.[2]

والجدير بالذكر أن هناك بعض التشريعات[3] تبيح بيع الأعضاء البشرية كالقانون الإيراني و لا يدخل ذلك في نطاق التجريم ، حيث يتم تحت إشراف جمعية خيرية كالمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة لدعم مرضى الكلى لذلك لا يوجد قوائم مرضى في الانتظار

---

transplantation d'organes en droit marocain : quelle perspectives ?, revues générale de droit médical ,les études hospitalières ,impression Pulsion ,Bordeaux,2010,P227.

[1] « Est interdite la publicité en faveur d'un don d'élément ou le produit du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminée…… » La loi 94-654 ,op cit .

[2] أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ،ص 144.

[3] وللإشارة هناك من أيد بيع الأعضاء البشرية وعللوا ذلك انه ثمة عقد حقيقي يقوم بين المتبرع والمستقبل للعضو ، يلتزم بموجبه هذا الأخير بدفع نفقات العملية وما تقتضيه من علاج في حال حدوث مضاعفات كما يتعهد بتعويض المتبرع أو ورثته إذا لحق به ضرر أو توفي نتيجة هذا التنازل . ويضيف أنصار هذا الاتجاه أنه من الممكن مساهمة هذا البيع في مواجهة الفقر في حدود مالا يعرض السلامة البدنية للمتبرع لأخطار جسيمة أو ما يمنعه من أداء وظيفة اجتماعية[3]. فهناك عدة أنواع من العمل خطيرة كالعمل في المناجم والمحاجر والخطورة الناجمة عن ذلك تبقى أقل بكثير مقارنة مع التبرع بالأعضاء البشرية خصوصا الأعضاء المتجددة أو الأعضاء المزدوجة. ومن القوانين المؤيدة ، نجد القانون المدني لمقاطعة كيبك حيث أجاز بيع الدم والنخاع العظمي والشعر والجلد والخلايا التناسلية والأنسجة المتجددة .وفي تشيكسلوفاكيا -سابقا- أجاز القانون الصادر عام 1966 الخاص بنقل الأعضاء البشرية التعويض في حالة نقل الأعضاء بين الأحياء ومنعه في حالة النقل من المتوفين . انظر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص 162 . و مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 49

و ذكرت منظمة الصحة العالمية أن إيران خصصت 138 وكالة و 23 عيادة طبية لزراعة الأعضاء بشكل قانوني لكن تبقى مع ذلك خطورة ظهور الاتجار غير شرعي.[1]

ج_التشريع الجزائري :

أقرّ المشرع الجزائري مبدأ التنازل بدون مقابل في المادة 161 فقرة ثانية من قانون الصحة على أن لا تكون هذه الأعضاء أو الأنسجة محل معاملات مالية.[2] وهو بذلك جعل كل ما يتصل بجسم الإنسان سواء كان عضوا أو نسيجا أو جزءا من الدم بمنأى عن المعاملات المالية ، حيث نص أيضا في المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها :"تتم في الوحدات المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية...". ويمكن ترجمة التنازل إلى مبادئ التي تم التعرض لها من قبل منها التضامن، التراحم، الإيثار وليس المقابل المالي أو الربح وجل التشريعات الغربية والعربية تستبعد المقابل المالي في هذا المجال لأنه يفتح باب آخر وهو الاتجار بالأعضاء .

ويرى الفقيه "سافتيه" أن التصرف في كل ما يتصف بجسم الإنسان كالدم والأعضاء يجب أن يكون تبرعا حتى لا يكون هناك من يحصل على قوته من تجارة الدم أو أعضاء الجسم. وجاء في المادة السابعة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية ما يلي : " يحضر بيع وزراعة الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحضر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك."[3]

على أن تبني فكرة التبرع في مجال نقل وزراعة الأعضاء أو الأنسجة أو كل ما يتعلق بجسم الإنسان يقضي على فكرة الاتجار بالأعضاء وإنشاء مؤسسات تجارية كوسيط في هذا المجال والتي قد تصل إلى نشر إعلانات في الجرائد يكون غرضها بيع أو شراء عضو بشري.

---

[1] أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص 162.

[2] نص المادة161 فقرة ثانية من ق.ح.ت السالف الذكر :"لا يجوز أن يكون الانتزاع أو الأنسجة ولا زرعها موضوع معاملات مالية."

[3] محمد حماد مرهج إلهيتي : المرجع السابق ،ص 87.

خامسا-أهلية المتنازل:

تمتاز عملية نقل الأعضاء بخصوصية تجعلها تتميز عن باقي العمليات الطبية الأخرى لذلك لا بد من توخي الحيطة والحذر في الموافقة على إجراء مثل هذه العمليات والتأكد من أن الرضا صدر عن شخص بالغ عاقل وقادر على اتخاذ القرار بالتنازل عن جزء من جسمه أثناء حياته. كما ينعقد إجماع فقهي وقضائي تتفق معظم النصوص التشريعية في مختلف دول العالم على ضرورة أن يكون المانح بالغا وعاقلا، كما يكون أهلا لاتخاذ القرار بالتنازل عن جزء من جسمه ، كما أشار الفقهاء على ضرورة توافر ذلك منذ وقت مبكر وحتى قبل الثورة التشريعية التي واكبت نشأة أخلاقيات العلوم الاحيائية[1].

وسن الرشد في التشريع الجزائري يختلف من قانون لآخر ففي القانون المدني سن الرشد هو تسعة عشر عاما طبقا لنص المادة40 منه[2] وفي قانون الإجراءات الجزائية هو 18 سنة طبقا لنص المادة 442 منه[3] و بالنسبة لسن الزواج فهو 19 سنة طبقا لقانون الأسرة سواء للرجل أو المرأة[4] .أما قانون الصحة لم يحدد السن القانوني للتبرع والمشرع الجزائري اعتبر المتنازل عن عضو من أعضائه متبرعا.

وبالرجوع لنصوص القانون المدني نجدها تعتبر التبرع هبة ويتم لشخص معين بذاته فأي عيب من عيوب الرضا كالغلط مثلا يترتب عليه عدولا من طرف المتنازل. إذا فسن الرشد الذي يأخذ به المشرع الجزائري هو المنصوص عليه في القانون المدني على أن الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية هو الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على الاستئصال

---

[1] مهند صلاح احمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 133.

[2] نص المادة 40 من القانون المدني:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه ." من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

[3] نص المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية : " يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر." من الأمر المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 25 ذي القعدة 1386 الموافق 20 ديسمبر 2006.

[4] نص المادة 7:"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...." من قانون الأسرة رقم 48_11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وليس الوقت الذي يباشر فيه العملية ومثال ذلك : شخص لم يبلغ سن الرشد أثناء التعاقد ويؤجل النقل لحين بلوغه سن الرشد فهذا التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأن الأهلية من النظام العام. و إذا رجعنا إلى التشريعات المقارنة منها المشرع الفرنسي فقد اعتبر السن القانوني للتبرع هو 18 سنة، ومنع مبدئيا الاقتطاع من القصر وأجاز المشرع الفرنسي ذلك في حالة اقتطاع النخاع الشوكي لفائدة أخ أو أخت ضمن شروط قانونية محددة وفقا لنص المادة L 1231-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي[1] بل يجوز حتى للقاصر أن يتبرع لفائدة الأخ أو الأخت ، بعد موافقة من طرف ممثله الشرعي، أن يكون الرضا أمام رئيس المحكمة أو أمام قاضي معين خصيصا لهذا الغرض وفي حالة الضرورة يمكن التعبير بكل الطرق أمام وكيل الجمهورية وأخيرا الحصول على ترخيص بالاقتطاع من لجنة الخبراء وإذا عارض هذا القاصر فلا يمكن إجراء هذه العملية بغض النظر عن موافقة أبواه أو ممثله القانوني.[2]

يتضح مما سبق أن على المشرع الجزائري وضع السن القانوني المحدد للقيام بعملية التبرع بالأعضاء خصوصا وأن مثل هذه العمليات لم تعد تقتصر فقط على العائلات أي بين الأخ والأخت أو الأب والابن وغيرهم بل أصبحت لها تطبيقات تتعدى الأسرة.

---

[1] Art L1231-2 : "Aucun prélévement d'organes ,en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ." Du C.S.P, Loi n° 94-653 DU 29/07/1994,Précité.

[2] Art 1231-3 :" Par derogation aux disposition de l'article L 1231-2 , un prélévement de moelle osseuse peut étre effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur Ce prélévement ne peut etre pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur . Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigne par lui . En cas d'urgence , le consentement est recueillui ,par tout les moyen ,par le procureur de la république .

L'autorisation d'effectuer le prélévement est accordée par un comité d'experts qui assure que le mineur à été infirmé du prélévement envisage en vue d'exprimer sa volonté , s'il est apte . Le refus du mineur fait obstacle au prélévement. " Du C.S.P Précité.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالمتلقي.

لا تختلف الشروط الواجب توافرها في المتنازل عن المتلقي وعموما يشترط الرضا (أولا)، تبصير المستقبل للعضو (ثانيا)، توافر الأهلية (ثالثا) وسيتم التعرض لذلك تباعا .

أولا _ الرضا:

يعتبر الرضا أهم عنصر بالنسبة للمتلقي على غرار المتنازل أو المتبرع فإذا أردنا معالجة الشروط الشكلية فلا بد من معرفة الكيفية التي يكون عليها الرضا لأن بانعدامه أو وقوع أي عيب من عيوب الرضا كالغلط أو الإكراه تبطل عملية زرع العضو بكاملها لذلك سوف نرى الشروط الواجب توافرها في المتلقي.

1_الشروط الموضوعية :

إن المتلقي في هذه الحالة هو المريض وضرورة الحصول على رضاه واجبة لأنها شرط ضروري لإباحة الأعمال الطبية كأصل عام وذهب البعض إلى الاستغناء عن رضا المريض في حالة كونه معرض لخطر حقيقي ما دامت عملية الزرع تنقد حياته ونظرا لحالته العضوية والنفسية التي لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها[1]. وورد في ذلك نص للمشرع الايطالي في القانون الخاص بزرع الكلى رقم 458 لسنة 1962 في المادة الرابعة على عدم إمكانية زرع الكلى للمريض دون موافقته إلا في حالة الضرورة بمعنى أن المشرع الايطالي يتطلب إلى جانب موافقة المريض على عملية الزرع أن تكون الكلية المستأصلة قد تم استأصالها وفقا للضوابط القانونية ويمكن للطبيب مجاوزة موافقة المريض في حال توافر الضرورة مثال ذلك مريض يعاني من فشل كلوي يهدد حياته بخطر الموت ولا سبيل لتفاديه إلا بعملية زرع كلية .[2]

والمشكلة التي تثور هنا حالة رفض المريض وعدم قبوله لهذه العملية ، ذهب الفقه إلى أنه متى كانت العملية ضرورية لإنقاذ حياة المريض أو على الأقل لتحسين حالته فيجب على الطبيب بذل الجهد في إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه وبيان المخاطر في حالة عدم إجرائها . لكن في نفس الوقت لا يمارس ضغطا على إرادة المريض حتى لا يشوب رضاه أي عيب وفي حالة عدم اقتناعه ورفضه فعلى الطبيب إثبات رفض المريض

[1] أسامة السيد عبد السميع: المرجع السابق، ص137.

[2] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق، ص 117.

كتابة.[1] بالرغم من أن المريض يعتبر شخصا غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما حسب رأي الأطباء إلا أنه يظل قانونا الحكم الوحيد المقدر لسلامة جسمه.[2] ويشترط في الرضا أن يكون حرا صادرا عن شخص رشيد عاقل سليم، خاليا من عيوب الإرادة سواء كانت غلطا أو خداعا أو إكراها[3] ومثال ذلك إيهام المريض بضرورة إجرائه لعملية زرع العضو مع أن حالته غير خطيرة ولا تستدعي ذلك.

فالرضا ضروري في عمليات نقل الأعضاء لخطورتها ولأنه مبدأ عام في الأعمال الطبية فجوهر هذه العمليات استبدال العضو التالف بالعضو السليم ضف إلى ذلك أن هذه العمليات تثير الكثير من المسائل الفنية والطبية التي قد تسبب ضررا للمتلقي أو تحتاج فترة طويلة نسبيا من العلاج اللاحق على عملية الزرع للتكيف والمشكلة الأساسية التي كانت عائقا هي ظاهرة رفض الجسم للعضو المزروع واكتشاف عقار(سيكل وسرين) منذ عام 1980 أدى إلى زيادة نجاح هذه العمليات بنسبة 80% عما كانت عليه.[4]

وهناك مسألة أثيرت بخصوص رضا المريض في مجال نقل وزراعة الأعضاء حول الرضا الضمني بمعنى إمكانية قبول المريض ضمنيا لكافة أنواع العلاج بما فيها العمليات الجراحية. وهذا ما يستخلص من قضية جرت وقائعها بفرنسا أن أحد الأشخاص عرض نفسه على طبيب مختص في عيادة خارجية لأمراض العيون في مستشفى" روتشليد " لوجود نقطة في عينه فسلموه بطاقة كتب عليها غرفة العمليات وسلموه عينا صناعية بدلا من التي أجرى استئصالها ، فرفع دعوى أمام القضاء وتم رفض شكوى المريض من قبل محكمة "السين" الابتدائية واستندت إلى أن المصاب بمجرد ذهابه إلى مستشفى أمراض العيون قد قبل مقدما بكل ما يستلزم علاجه.

وجه لهذا الحكم انتقادا على أساس أن الطبيب لا يملك جسد المريض وما على الطبيب سوى إثبات رفض المريض للعملية الجراحية كتابة لتنتفي المسؤولية عنه مع مراعاة حالة الضرورة لأن أخذ الأمر على إطلاقه يسبب ضررا للمريض ومثال ذلك حالة نقل الدم

---

[1] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق ، ص117.

[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص119.

[3] سميرة عايد الدايات: المرجع السابق ، ص133.

[4] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق، ص 120.

فالطبيب لا يحتاج إلى رضا المريض لأن تركه يؤدي إلى حدوث ضرر في هذه الحالة، بمعنى أنه يجب التمييز بين الالتجاء الاضطراري من عدمه وكذا على حسب حالة العضو المراد زرعه فإذا كان من الأعضاء المتجددة كعملية نقل الدم ليس كعملية زرع عين صناعية فالأمر يختلف تماما . كما أن ترك الأمر لتقدير المريض فيه تعطيل لاختصاص الطبيب ودوره في علاج المرضى والسعي إلى شفائهم كما يشكل خطر كبير على حياة المريض في حد ذاته[1].

والمشرع الجزائري نص على شروط الرضا في المادة 166 من قانون الصحة وترقيتها مؤكدا على أن الانتزاع يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وإذا تعذر عليه التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الوارد في نص المادة 164 فقرة ثانية من قانون الصحة الجزائري[2] وهم: الأب والأم، الزوج أو الزوجة،الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة في حالة الاستعجال و تعذر الاتصال بأسرة المتوفى.[3] أما إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الوالي الشرعي حسب الحالة .[4] وبالنسبة للقصر فالموافقة تتم من طرف الأب وإلا الوالي الشرعي حسب نص المادة 166 فقرة رابعة من قانون الصحة.[5]

---

[1] محمد حماد مرهج الهيتي: المرجع السابق ، ص124.

[2] نص المادة 164 فقرة ثانية :" وفي هذه الحالة ، يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك . إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الاولوي التالي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة ." من ق.ح.ت السالف الذكر.

[3] نص المادة 164 فقرة ثالثة : " غير انه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه ، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير...." من ق.ح.ت السالف الذكر .

[4] نص المادة 166 فقرة ثالثة :" إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الوالي الشرعي حسب الحالة ." من ق.ح.ت السالف الذكر .

[5] نص المادة 166 فقرة رابعة: " أما التقصير فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي." من ق.ح.ت السالف الذكر .

2_الشروط الشكلية:

يتم إثبات الرضا طبقا لنص المادة 166 من قانون الصحة أمام رئيس المصلحة الصحية وبحضور طبيب المصلحة التي قبل فيها المتلقي حضور شاهدين.[1]

وإذا تعذر الحصول على الرضا من المتلقي شخصيا أمكن أن يعطي الموافقة الكتابية أحد أفراد أسرته الأب، الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو الابنة، الأخ أو الأخت طبقا للترتيب الوارد في نص المادة 164 من قانون حماية الصحة السالف ذكرها. أما عن عبء إثبات رضا المتلقي يقع على عاتق الطبيب الجراح لأنه بالدليل الكتابي المودع عنده يبرر مشروعية المساس بسلامة جسم المتلقي وبتكامل جسده. يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري اشترط إثبات الرضا أمام جهة رسمية حتى تكون لها مصداقية خصوصا أمام تزايد مثل هذه العمليات.

ثانيا- تبصير المتلقي:

إن أهمية تبصير المتنازل لا تقل أهمية عن تبصير المتلقي فيجب على الطبيب الجراح أن يشرح لمريضه نقل العضو المقترح والأخطار التي تتضمنها العملية وكذا المخاطر والمنافع التي يمكن أن تعود عليه ، مع ترك المجال للتعبير عن إرادته بالرفض أو القبول و يمكن مساعدة المريض بإعطائه تقدير عقلاني لحالته الصحية من خلال إعلامه بحالته الصحية و الحل الوحيد لإنقاذه هو عملية نقل العضو ليس هذا فحسب بل لابد من إعلامه عن إمكانية رفض العضو الجديد من قبل المريض والقيام بعملية ثانية في حالة فشل العملية الأولى.[2] وتبصير المريض في مجال نقل وزراعة الأعضاء يختلف تبعا لاختلاف عمليه نقل العضو فزرع الجلد مثلا يجب أن يشمل على المعلومات اللازمة بطريقة تفصيلية بالمخاطر النادرة والمتوقعة فالهدف هنا معالجة تشويه جسدي بسيط أما العمليات التي يكون الهدف منها علاج المريض فالطبيب ملزم بتبصير المريض

[1] نص المادة 166 فقرة أولى :" لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين ." من ق.ح.ت السالف الذكر.

[2] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 548.

بالمخاطر الممكنة و المتوقعة أو المحتملة بصورة واضحة يسهل عليه فهمها.[1] والمشرع الجزائري نص صراحة في المادة 166 الفقرة الخامسة على ضرورة إعلام المريض المستقبل للعضو بالأخطار الطبية الناجمة عن العملية لكل الأشخاص المذكورين في المادة 164[2] ولم يحدد نوعية الأخطار الطبية على غرار المشرع الفرنسي الذي حدد في قانون 4 مارس 2002 العناصر وهي:

1- حالة المريض الصحية وتشخيص المرض.

2- طبيعة العلاج المقترح،

3- مخاطر العلاج المقترح،

4- البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى ،

5- آثار رفض العلاج أو البقاء بدونه.[3]

---

[1] وهذا ما اتخذه القضاء الفرنسي في مسألة تبصير المريض في مجال نقل الأعضاء.انظر أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق ،ص117. وأثار مبدأ الالتزام بتبصير المريض في مجال التدخل الجراحي العادي جدلا واسعا فظهرت عدة آراء فقهية، حيث ذهب الاتجاه الأول إلى ضرورة الالتزام بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطره وأي إخفاء للحقيقة عن المريض يعتبر خطأ طبي يستوجب مسؤولية. أما الاتجاه الثاني فذهب إلى ضرورة وضع المريض تحت وصاية الطبيب، لأن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالأمور الطبية ولا يقدرها تقدير سليما من ثم يجب على الطبيب إدخال الثقة والمحافظة على الحالة المعنوية للمريض لمواجهة المرض. والاتجاه الثالث نادى بالوسطية وبإجازة الكذب الطبي بمعنى كذب الطبيب على مريضه في حدود معينة وإخفاء حقيقة المرض مادام ذلك في مصلحة المريض ودون استعمال وسائل تدليسية. وهذا الاتجاه فرق بين الكذب الطبي والإخفاء الطبي كما ظهر اتجاه حديث هدفه تحليل العلاقة بين الطبيب والمريض حيث أصبحت تعتمد على الحوار بين الطبيب ومريضه والقائم على مصداقية قيام المريض بإعطائه كافة المعلومات المتعلقة بتاريخه المرضي وسجله العائلي وبالمقابل يقوم الطبيب بإعطاء المريض كل الحقائق حول مرضى وطرق علاجه. هذا بصفة عامة لكن في مجال نقل وزرع الأعضاء يستوجب الأمر فهم المريض تماما لطبيعة العلاج حتى يقرر أو يرفض عملية الزرع وعليه لا بد من توافق بين احترام إرادة وحرية المريض والمحافظة على صحته. انظر في هذا الصدد مروك نصر الدين ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ،ص 280-281.

[2] نص المادة 166 فقرة 5: " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل للعضو أو الأشخاص المذكورين في الفترة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك". من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] Art 1111/2 : " L'information doit porter sur les différentes investigation ,traitements ou actions de prévention qui sont proposés ,leur utilités ,leur urgence éventuelle, leur conséquences , les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences

ويلزم الطبيب أيضا على إبقاء الإعلام قائما إلى ما وراء فترة العلاج ويقع عليه إخطار مريضه بكافة المخاطر اللاحقة ولذلك يتوجب عليه اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لضمان الاتصال به عند الضرورة وهذا دليل على حق المريض في المحافظة على سلامته البدنية والعقلية.[1]

وبالرجوع إلى المادة 51 من مدونة الأخلاق الطبية نجد المشرع الجزائري نص على إمكانية إخفاء تشخيص خطير عن المريض طبقا لتقدير الطبيب ويمكن أيضا إخبار أسرته إلا إذا مانع ذلك المريض أو قام بتحديد أشخاص لتبليغهم.[2] وهذا يتفق مع نص المادة 43 من مدونة الأخلاق الطبية على ضرورة اجتهاد الطبيب لإخبار مريضه بمعلومات صادقة وواضحة بشأن أسباب كل عمل طبي. وبما أن عمليات نقل الأعضاء وزراعتها فيها نوع من الخطورة فلا بد من إعلام المريض بكافة المخاطر الطبية طبقا لنص المادة 51 المذكورة أعلاه. و هذا ما أكده أيضا في نص المادة 166 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة بقوله:" لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك" .

ثالثا :أهلية المتلقي.

جل التصرفات القانونية تنتج آثار قانونية هامة تتطلب توافر أهلية قانونية كاملة متى كان الشخص المريض بالغا راشدا مستمتعا بكامل قواه العقلية. والمشرع الجزائري لم يحدد لنا سن معينة للأهلية في نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية.

كما أن أهلية المتنازل تختلف عن أهلية المتلقي حيث أنه يشترط في المتنازل بلوغ سن الرشد لخطورة الفعل المقدم عليه أما المتلقي يمكن أن يكون بالغا لسن الرشد أو يكون

---

prévisibles en cas de refus ….. » du la loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé , J O du 05 mars 2002.

[1] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،ص 550.

[2] نص المادة 51 من ق.م.ط السالف ذكرها .

قاصرا أو عديم التميز[1]. والمشرع الجزائري تناول أصناف الأشخاص الذين يستفيدون من الأعضاء وصنفهم إلى: أشخاص لا يملكون الأهلية القانونية وأشخاص لا يملكون الأهلية الفعلية.

أ_عدم الأهلية القانونية:

تقتضي القواعد القانونية في حالة إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي ينتقل الرضا لمن له سلطة قانونية عليه كالأب لأنه يستطيع اتخاذ قرارات تتعلق به وفي حالة عدم وجود الأب تحل محله الأم وفي حالة فقدانهما معا ينتقل هذا الحق للولي الشرعي وذلك طبقا لنص المادة 166 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها.[2]

والمقصود في هذه الحالة المريض الذي لم يبلغ سن الرشد أو بلغه لكنه يعاني من سفه أو عته ولا يملك القدرة على الفهم وتقدير عملية زرع العضو والمخاطر الناجمة عنه. وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة[3]، حالة القصر واشترط التدخل الطبي بالنسبة للقصر موافقة الأب أو الولي الشرعي وهو نفس ما سبق ذكره ولا داعي لهذه الفقرة لأنها لم تأت بجديد. والواقع أن الرضا بالعلاج الجراحي لا يعتبر تصرفا قانونيا وإنما مسلك إرادي له فاعليته القانونية من ثم لا مجال لتطبيق كافة القواعد المتعلقة بأهلية الأداء بل يكفي توافر الإدراك والتمييز.[4] ويبقى تقدير سن الإدراك للطبيب الجرّاح تبعا للظروف المتاحة فإذا رفض القاصر عملية زرع العضو فلا يحق للطبيب إجباره على ذلك ولو قبل ممثله القانوني، لعدم استطاعة هذا الأخير فرض قراره على مصلحة حيوية وشخصية للمتلقي المتمتع بقدر كاف من الملكات الذهنية.[5] وإذا تبنى العكس فيأخذ برضا ممثله

---

[1] نص المادة 166فقرة ثانية :" وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن احد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا ". من ق.ح.ت السالف الذكر .

[2] نص المادة 166 فقرة ثالثة: " إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب، الأم أو الوالي الشرعي حسب الحالة". من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] نص المادة 166فقرة رابعة :" أما التقصير فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي...." من ق.ح.ت السالف الذكر.

[4] أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 129.

[5] مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص259.

القانوني. ويستنتج من المواد القانونية السابقة أن المشرع الجزائري اشترط موافقة الولي في كل الأحوال سواء كان المريض ناقص الأهلية أو عديمها ومرد ذلك إلى عدم التمييز بين القاصر المميز وغير المميز في مجال الأعمال الطبية[1].

يتضح من خلال ما سبق أن قرار عملية زرع العضو قرار شخصي لكن يجب صدوره بإدراك وفهم ووعي لأن العملية خطوة خطيرة أما موافقة الولي الشرعي تمثل مساعدة ودعم يجب الأخذ بها فعملية زرع العضو تهم المتلقي في المقام الأول.

ب_ عدم الأهلية الفعلية:

في بعض الأحيان بالرغم من أن المريض المستقبل متمتع بكامل قواه الفعلية إلا أن ظروفه الصحية لا تسمح له بالتعبير فعلا عن رضاه بشأن عملية زرع العضو وفي هذه الحالة لا بد من ممثل قانوني ينوب عن المتلقي للتعبير عن رضاه بشأن عملية زرع العضو. هذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 166 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها[2] معبرا عنه بمصطلح " أحد أعضاء أسرته" وذلك حسب الترتيب الوارد في المادة 164 [3] من نفس القانون وهم على التوالي : الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي وفي كلا الحالتين لا بد أن تكون الموافقة كتابة بعد معرفة كل الأخطار . ومن الطبيعي أن يكون التعبير عن الموافقة من طرف أقارب المريض المتلقي فهم أولى بمعرفة مصلحته وحالته الصحية وهل يستدعي ذلك القيام بعملية الزرع أم لا؟ هذا في الحالات العادية. أما في الحالات الاستعجالية التي تستدعي التدخل المباشر للطبيب وتعذر الاتصال بأقارب المريض أو الممثلين الشرعيين ومن شأن التأخير أن يؤدي إلى عواقب وخيمة، فيجوز مباشرة عملية الزرع دون أي تأخير بعد تأكيد ذلك من طرف الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين اثنين[4]، حتى لا تكون السلطة المطلقة

---

[1] مأمون عبد الكريم:رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ،المرجع السابق، ص 559.

[2] نص المادة166 فقرة ثانية :"... إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا". من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] نص المادة 164 فقرة ثانية:" لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي...". من ق.ح.ت السالف الذكر .

[4] وهذا ما أكدته المادة 166 فقرة أخيرة: " يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين

للطبيب رئيس المصلحة لكن تبقى المشكلة في تحديد هوية الشاهدين الاثنين هل عمال من المستشفى أو من أحضروه إلى المستشفى أم من خارجها؟.

وبما أن الظرف استعجالي واستثنائي فلا بد أن يكون الشاهدين من أهل الطب لذا نقترح أن تكون صياغة المادة على النحو التالي :"...ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور طبيبين مساعدين اثنين."

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي نص على إمكانية تعيين المريض لطبيب معالج كشخص أمين يتولى اتخاذ القرارات الصحية خاصة بالمريض في حالات عجزه عن ذلك عند دخوله إلى المستشفى طبقا لقانون 04 مارس 2002.[1]

المطلب الثاني : الشروط الطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

يعتبر الرضا محور أساسي لنجاح العمل الطبي بالإضافة إلى توافر الأهلية اللازمة لمعرفة حجم الفعل المقبل عليه من ثم تحمل النتائج الناجمة عن هذا التصرف لاسيما وخطورة هذه العمليات، لذلك وجب توافر شروط طبية في كل من المتلقي والمتنازل. ويقصد بذلك تحقق الطبيب بتوافر كل الشروط مثل الحالة الصحية للأطراف، عدم وجود مرض يؤدي إلى فشل العملية، كمن يريد التنازل عن كلية وهو يعاني من مرض معين كمرض سكري مثلا أو مرض في المسالك البولية أو غيرها من الأمراض المانعة التي تحول دون تحقق نتيجة مرضية لكلا الطرفين لذلك يستدعي الأمر إجراء كامل التحاليل الطبية والفحوصات الضرورية لتحقق ذلك.

وعليه سيتم معالجة هذا الأمر وفقا لما يلي: الحالة الصحية للأطراف (الفرع الأول) وتوافق الأنسجة بين كل من المتبرع والمستقبل (الفرع الثاني) لضمان نجاح العملية.

الفرع الأول:الحالة الصحية للطرفين.

إن انتزاع الأعضاء البشرية منوطة بعدم تعرض حياة المتبرع والمستقبل للخطر ويمنع انتزاع الأعضاء من أشخاص مصابين بأمراض يمكن أن تؤثر على صحة كل من

الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين" . من ق.ح.ت السالف الذكر .

[1] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 259.

المتبرع والمستقبل طبقا لنص المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها.[1] وإن كان الأصل هو عدم جواز انتزاع الأنسجة من الأشخاص الأحياء إلا في حالة واحدة هي عدم تعرض المتبرع للخطر.

والتشريع الجزائري لم يحدد نوعية التحاليل الطبية الواجب إتباعها على غرار المشرع المغربي الذي أوكل المهمة لوزارة الصحة باقتراح من مجلس الأطباء لتحديد جل الفحوصات الطبية الواجب القيام بها قبل عمليات نقل و زرع الأعضاء.[2] ويشترط اغلب الأطباء أن لا يتجاوز سن كل من الطرفين (المتنازل والمتلقي) عند الزرع الخمسين سنة وأن لا يقل سنهما عن عشر سنوات إضافة إلى خلو المتنازل من الالتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية ، مثال ذلك تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية قبل مباشرة عملية نقل الكلية لكن لا مانع من إجراء هذه العمليات على أشخاص يقل سنهم عن هذا الحد أو يزيد متى توافرت شروط نجاح العملية[3] .

ونص المشرع التركي صراحة على ذلك في نص المادة 9 من قانون رقم 2238 الصادر بتاريخ 29 ماي 1979 الخاص بنقل الأعضاء البشرية وأكد على ضرورة القيام بالتحاليل قبل إجراء العمليات مع إضافة تقرير تفسيري لهذه التحاليل لإمكانية فهمها ليس فقط من قبل الأطباء بل حتى للمتنازل والمستقبل[4] . وساير ذلك أيضا كل من القانون

---

[1] نص المادة163: " كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل" من ق.ح.ت السالف الذكر. وفي نفس السياق نص المشرع المغربي في نص المادة رقم 25 من قانون رقم 16- 98 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ونص صراحة على أنها مهمة الطبيب=
"Il s'assure également que l'organe n'est atteint d'aucune maladie transmisse ou susceptible de mettre en danger la vie de receveur."

[2] Art N° 24 : « Le ministre de la santé détermine sur proposition du conseil national de l'ordre national des médecines, les examens qui doivent être effectués préalablement à la transplantation des organes ». Du la loi 98-16 ,op cit .

[3] زايدي حميد : مقال عن الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي ، مجلة المنظمة الوطنية للمحامين ، ناحية تيزي وزو ، العدد السابع ، 2008 ، ص 129 .

[4] Art 9 : « Avant d'effectuer un prélèvement, une greffe et une transplantation, et afin de minimiser au mascimum les dangers pour la vie du donneur et receveur, il est obligatoire d'effectuer les examens et les analyses médicaux nécessaires et d'en indiquer les

الفلندي رقم 355 لسنة 1985 الخاص بنقل الأعضاء والقانون الأردني والقانون السوري أيضا.[1]

الفرع الثاني: توافق الأنسجة بين المتبرع والمستقبل.

بعد التأكد من الحالة الصحية للأطراف وخلوهما من أي مرض يحول دون نقل العضو تأتي مرحلة توافق أنسجة كل من المتبرع والمستقبل لضمان نجاح العملية لأنه من العبث نزع عضو من جسم المتبرع ورفضه من قبل جسم المستقبل. وذهبت بعض التشريعات إلى إلزامية وجود صلة قرابة بين المتبرع والمستقبل (المريض) بالدرجة الأولى ومثال ذلك المشرع المغربي الذي حدد الأشخاص المسموح لهم بالتبرع طبقا لنص المادة التاسعة من قانون 16-98 الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية وهم: الفروع، الأصول، الإخوة، الأخوات، الأعمام، العمات، المتبرع أو أطفاله وحتى بين الزوجين على أن تكون مدة الزواج على الأقل سنة[2]. أما المشرع المصري اشترط أن يكون التبرع مقتصرا بين الأقارب إلا إذا استدعت الضرورة فلا بد من موافقة لجنة خاصة تعين من طرف وزير الصحة طبقا لنص المادة الرابعة من قانون رقم 05 سنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء.[3]

وأشار إلى ذلك أيضا القانون الايطالي الخاص بنقل الكلى لسنة 1978 حيث فرض وجود قرابة بين كل من المتبرع والمستقبل إلا في حالة عدم وجود قريب للمتلقي وقانون

---

résultats dans un rapport de faisabilité. Voir Loi n°2238 du 29 mai 1979 sur le prélévement , la conservation et la transplantation d'organes et de tissus.

[1] Mohammed Salah Ben Ammar ,op cit, p 206.

[2] Art n°9 : « Le prélèvement sur une personne vivante qui en fait le don ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique d'un receveur déterminé : les ascendants, les descendants, les pertes, les sœurs, les oncles, les tantes du donneurs on leur enfants. Le prélèvement être effectué dans l'intérêt du conjoint du donneur à condition que le mariage soit contracté depuis une année au moins. » Du la loi 98-16 ,op cit.

[3] نص المادة رقم 4:" لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب بين المصريين ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة الخاصة التي تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقا للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ." انظر القانون المصري رقم 05 سنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء السابق ذكره .

زراعة الأعضاء بالسعودية أيضا أكد على ضرورة وجود صلة قرابة حتى الدرجة الثانية أو بالرضاعة أو رابطة الزوجية بين المتبرع والمتنازل ويتم اثبات ذلك من طرف جهات رسمية باستثناء حالة زراعة نخاع العظام.[1] وكذا المشرع الفرنسي نص في المادة 671 فقرة ثالثة وحدد ذلك فيما بين الأحياء من قانون 654_94 المتعلق بنقل الأعضاء ويقابلها L1231 في قانون 800_2004.[2] وإذا كان الاحتمال كبير لتوافق الأنسجة بين الأقارب لكن لا يمكن أخذ الأمر على إطلاقه وجرت العادة أن معظم عمليات نقل الأعضاء وخاصة عمليات نقل الكلى تكون بين الأقارب. والمشرع الجزائري ترك تفصيل ذلك إلى اللجنة الطبية المختصة في هذه الأمور طبقا لنص المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها.[3]

وفي هذا الصدد شهد نقل الكلى ما بين عامين 1969 و 1975 بعض التطور وحصول الأطباء المختصين بأمراض الكلى وبعلم الأحياء على الجانب الفعال في إنشاء وتكوين مؤسسة مسماة France– transplant في 23 سبتمبر 1969 وأهم أهدافها وضع نظام للمجموعات النسيجية من أجل التبرع، تجميع النتائج في بطاقة آلية، البحث عن المتبرعين الذين يملكون أفضل التوافق النسيجي، تسهيل الاقتطاع ونقل الأعضاء، تشجيع البحث عن المجموعات النسيجية و حفظ الأعضاء والبحث عن طرق تحسين التوافق النسيجي.[4]

---

[1] محمد عبد الوهاب الخولي: المرجع السابق، ص 186.

[2] Art n° 671: « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante...ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité du père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur sauf en cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint. » Loi 94. 654 du 29/07/1994 relative et a l'utilisation des éléments des éléments de produit du corps.

[3] نص المادة 167 فقرة ثانية : تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية ." من ق.ح.ت السالف الذكر .

[4] أحمد عبد الدايم: المرجع السابق، ص 120.

المطلب الثالث : الشروط الإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء.

بعد التطرق للشروط الطبية الواجب توافرها في طرفي العلاقة أي المستقبل والمتبرع نتطرق للشروط الإدارية فمن الطبيعي أن تكون مستشفيات مرخص لها بهذه العمليات فلا يمكن تعميمها على كافة المستشفيات حتى تكون هناك رقابة طبية وقانونية ، فهل كل المستشفيات مرخص لها للقيام بذلك ومجهزة كل التجهيزات اللازمة؟ (الفرع الأول) خصوصا أمام نقص الإمكانيات في الوطن العربي وقلة المتخصصين بالرغم من انتشارها نوعا ما مقارنة مع السنوات الماضية فهل كل طبيب قادر على إجراء هذه العمليات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: أماكن تنفيذ العمليات.

تتطلب القواعد العامة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء في العديد من الدول ضرورة أن يتم ذلك في مستشفيات أو مراكز مخصصة بعد الحصول على رخصة من الجهة المختصة بوزارة الصحة لتفادي خطورة الاتجار بالأعضاء البشرية وضمان السير الحسن للمؤسسات الاستشفائية المسموح لها بذلك وتدعيمها بالتجهيزات الضرورية.

ومن التشريعات التي نصت على تحديد المؤسسات نذكر منها التشريع المغربي في نص المادة 25 من قانون رقم 98_16 السابق ذكره حيث أكد على ضرورة أن تكون المستشفيات عامة معتمدة في قائمة من طرف وزارة الصحة وفي بعض الأحيان هناك بعض العمليات المتعلقة بنقل الأنسجة تتم في المستشفيات الخاصة المعتمدة أيضا من طرف وزارة الصحة باقتراح من المجلس الوطني للأطباء[1] .

[1] Art n°25 du la Loi n°16_98 du transplantation d'organe marocaine : « Les transplantation d'organe humain ne peuvent avoir lieu que dans les hôpitaux publics agrées dans la liste est fixée par le ministre de la santé ou l'ores qu'il s'agit de greffe de cornée ou d'organes qui peuvent se régénérer naturellement ou de tissus humains, dans des lieux hospitalisation privé agrées à cette fin par le ministre de la santé sur proposition de l'ordre national des médecins … ». Et voir aussi l'arrêt N° 1638-03 du 15 Ramadan 1424 (10 novembre 2003) du ministre de la santé les hôpitaux publics agréés à effectuer les prélèvements et les transplantations d'organes sont : le centre hospitalier Avicenne, de Rabat ;le centre IBN Rochd,de Casablanca ;et l'hôpital militaire Mohamed-v, de Rabat . IL Faut noter que les

نفس الأمر نص عليه المشرع التونسي في نص المادة 13 من قانون 22 – 91 السالف الذكر، إلا أنه أضاف شروط لا بد من توافرها في المؤسسات المرخص لها بذلك تبعا لنص المادة 14[1] من نفس القانون وهي على التوالي:

- أطباء متخصصين بوسائل تقنية خاصة بتشخيص حالة الوفاة.
- أطباء متخصصين أكفاء ومؤهلين لعمليات نقل الأعضاء البشرية.
- قاعة مجهزة ومخصصة لهذه العمليات.
- أجهزة مخصصة لحفظ الجسم.

وعامة العشر مؤسسات المرخص لها بذلك عليها تقديم أدلة كاملة من أجل أن تقام هذه العمليات في ظروف مرضية. أما المشرع المصري فنص على إنشاء لجنة عليا تسمى اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، يتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة ويعين أمانة فنية لها وتتولى هذه اللجنة تنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة كما تحدد المنشآت المرخص لها بالزرع وكذا الإشراف والرقابة عليها.

ولضمان السير الحسن منح وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة صفة الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على المنشآت المرخص لها ضمن

CHU de fés et de Marrakech n'ont pas l'aut orisation de prélèvement et de greffe. Younés OIKAOUI ,op cit ,p 228.

[1] Art 13 du la Loi n° 91_22 de la transplantation d'organe tunisien « Les dits établissements doivent disposer :

a-Du personnel médical nécessaire et des moyens techniques permettant de constater la mort conformément aux dispositions de l'article 15.

b-Du personnel médical compétant pour effectuer les opérations de prélèvement et de greffes d'organes.

c-D'une salle d'opération dotée du matériel nécessaire à l'exécution de ces prélèvements et de greffes.

d-Des moyens nécessaires à la conservation du corps.

E_Des personnels exécutés d'une façon satisfaisante à la restauration tégumentaire. D'une manier générale, les dits établissements doivent justifier des conditions nécessaires pour que ces opérations soient . »

الاختصاصات الموكلة إليهم هذا طبقا لنص المادة 09 من قانون رقم 05 لسنة 2010[1] بشأن تنظيم وزرع الأعضاء ومهلة الترخيص عام قابلة للتجديد في حالة احترام المعايير اللازمة تبعا لنص المادة 12 من نفس القانون.[2] والملاحظ أن المشرع المصري أعطى صفة الضبطية القضائية للمشرفين على هذه المؤسسات ليضفي نوع من الرقابة القانونية لتفادي وقوع جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية.

والمشرع الفرنسي اشترط في نص المادة L 671-12[3] أن تكون المؤسسات الاستشفائية المرخص لها برخصة إدارية وهذه الرخصة مدتها خمس سنوات قابلة للتجديد، أما الشروط التقنية والصحية والطبية فلم يفصل بها وتركها للقواعد العامة المعمول بها في المجال الصحي تبعا لنص المادة L671-14 [4] ومعظم التشريعات كالمشرع الايطالي، اليوناني الفلندي والمشرع الأردني والكويتي والسعودي والسوري أكدت على ضرورة حصول الجهات المختصة على رخصة من أجل القيام بهذه العمليات.[5]

---

[1] المادة التاسعة من قانون رقم 05 لسنة 2010 السالف ذكره :" تنشأ لجنة عليا تسمى اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية تكون لها الشخصية الاعتبارية تتبع رئيس مجلس الوزراء ...ويتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة ويعين أمانة فنية لها وتتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة وتحديد المنشآت التي يرخص لها بالزرع وكذا الإشراف والرقابة عليها...ويصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة قرار بمنح صفة الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على المنشآت المشار إليها..."

[2] المادة 12 من قانون رقم 05 لسنة 2010 السالف ذكره:" يصدر الترخيص للمنشأة لمزاولة عمليات زرع الأعضاء...بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين..."

[3] Art L 671-12 du C.S.P : « Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative. L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans elle est renouvelable ».

[4] Art L 671-14 du C.S.P : « Les conditions techniques sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre 1er du présent ... »

[5] في اليونان نجد القانون رقم 1383 سنة 1983 المتعلق بنقل الأعضاء والأنسجة البشرية وفي ايطاليا القانون الايطالي المادة العاشرة في القانون الصادر عام 1975 بشأن نقل الأعضاء والأنسجة البشرية والقانون الفلندي رقم 355 الصادر عام 1985 المتعلق بنقل الأعضاء والأنسجة البشرية والقانون الكويتي رقم 8 لسنة 1983 الخاص بنقل الكلى وفي العراق القانون رقم 85 لسنة 1986 الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية وفي سوريا القانون رقم 31 سنة 1982 الخاص بنقل وزرع الأعضاء. نقلا عن مروك نصر الدين: المرجع السابق ، ص 145.

أما المشرع الجزائري فأكد في المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن زرع الأعضاء البشرية يتم في المستشفيات المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة[1]. وتطبيقا لذلك صدر عن وزير الصحة قرار وزاري بتاريخ 23 مارس 1991 تضمن أسماء المؤسسات الصحية الجزائرية المرخص لها بالنشاط في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية وبتاريخ 02 أكتوبر عام 2002 أصدر وزير الصحة والسكان قرار جديد ألغى بموجبه القرار المذكور أعلاه ونص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية[2] وهي كالآتي:

-بالنسبة للقرنية:

المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة).

المؤسسة الاستشفائية المخصصة في طب العيون (وهران).

المركز الاستشفائي الجامعي ببني سوس (الجزائر العاصمة).

_عمليات زرع الكلى:

المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة).

المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة قسي(قسنطينة).

- **عمليات زرع الكبد:** مركز بيار ماري كوري.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ساير معظم التشريعات المقارنة وجعل هذه المؤسسات تحت رقابة وإشراف الدولة مع توفير كافة الإمكانيات اللازمة للسماح بإجراء هذه العمليات وفق أصول طبية.

[1] نص المادة 17:" لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة". من ق.ح.ت السالف الذكر .

[2] مروك نصر الدين: المرجع السابق ، ص 145.

الفرع الثاني: الطاقم الطبي المكلف بإجراء هذه العمليات.

اشترطت معظم التشريعات المقارنة ضرورة توافر خبرة ومهارة فنية وألا يجمع بين الفريق الطبي الذي قام باستقطاع العضو والفريق الذي سيقوم بزرع العضو لغرض منع تفضيل الأطباء المتدخلون مصلحة المريض على مصلحة المتبرع.[1]

فالمشرع المصري نص في المادة 13 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية [2]على تشكيل لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع من بين الأطباء من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة بشرط أن لا تربطهم بالمنشأة علاقة عمل ولها صلاحية الموافقة على إجراء عمليات الزرع. وأكدت المادة 15 من نفس القانون[3] على أن يشكل في كل منشأة خاصة بزرع الأعضاء البشرية فريق طبي مسؤول عن الزرع يتولى رئاسته مدير من الأطباء ذوي الخبرة الفنية والإدارية.

وتظهر أهمية هذا الموضوع في حالة نقل الأعضاء من جثث المتوفين حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 165[4] من قانون حماية الصحة وترقيتها فقرة ثالثة على عدم الجمع بين من يقوم بمعاينة واثبات حالة وفاة للمتبرع وبين من يقوم بعملية الزرع وذلك لإبعاد أي شبهة للقائمين بهذه العمليات وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في نص

---

[1] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق، ص 513. وانظر زايدي حميد: المرجع السابق ، ص 119 .

[2] نص المادة 13 : " تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع ، وذلك من بين الأطباء المتخصصين ، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفة ، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقا للأحكام المنصوص عليها ." من القانون رقم 05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية السالف الذكر .

ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولى الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة ." من القانون رقم 05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية السالف الذكر .

[3] المادة 15 :" يشكل في كل منشأة من المنشآت المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية فريق طبي مسئول عن الزرع يتولى رئاسته مدير لبرنامج زرع الأعضاء من الأطباء ذوي الخبرات الفنية والإدارية . وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد تشكيل هذا الفريق والشروط الواجب توافرها في أعضائه واختصاصاته... ." من نفس القانون.

[4] المادة 165 فقره ثالثة:" لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع". من ق.ح.ت السالف الذكر .

المادة10-671L [1] وطبقا للنظام الفرنسي لنقل الأعضاء يختص مثلا بعملية قطع الكلى الأطباء المختصين بالمسالك البولية كما يشترط القانون الانجليزي في الفريق المباشر لهذه العمليات تكوينا خاصا وخبرة معتبرة في هذا المجال وذلك لضمان نسب عالية لنجاح التدخلات وحتى لا يبدو الفريق المعالج بأنه في طور التجريب.[2] كما تلزم المادة الثالثة من قرار وزير الصحة والسكان الصادر بتاريخ 02/10/2002 المؤسسات المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء بإنشاء لجان طبية منصوص عليها في المادة 167[3] من قانون حماية الصحة وترقيتها المكلفة بإثبات حالة الوفاة والترخيص بالزرع وتلزمها بفتح سجل خاص لتدوين النتائج.

والمشرع المغربي نص في المادة 5 من مرسوم رقم1643 -01-02 المتعلق بتطبيق القانون الخاص بالتبرع على ضرورة توافر عدد كافي من الأطباء والممرضين المختصين لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، بالإضافة إلى المعدات اللازمة للعمليات الجراحية و ضرورة توافر كل الشروط الضرورية لإجراء هذه العمليات على أحسن وجه .[4]

---

[1] Art L671-10 : « Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation d'une part doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts »Voir C .S.P, précité.

[2] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق ، ص 471.

[3] نص المادة167 من ق.ح.ت السالف الذكر :" تقرر لجنة طبية تنشا خصيصا في الهيكل الاستشفائى ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية ."

[4] نص المادة 5: " يمكن اعتماد المستشفيات العمومية المدنية والعسكرية لإجراء عمليات أخذ الأعضاء والأنسجة البشرية من الأحياء إذا توافرت الشروط التالية :

1- أن يثبت توفرها على تنظيم وشروط تسيير تمكن من إجراء العمليات المذكورة على أحسن وجه .

2- أن تتوفر في عين المكان مصلحة الإنعاش.

3- أن تتوفر على العدد الكافي واللازم من الأطباء والممرضين المختصين لإجراء ومتابعة عمليات أخذ الأعضاء والأنسجة البشرية من الأحياء.

4- أن تتوفر على قاعة للعمليات أو على المحل أو هما معا ، مجهزين بالمعدات اللازمة لإجراء العمليات الجراحية الخاصة بأخذ الأعضاء والأنسجة البشرية ." من مرسوم رقم 1643-01-02 الصادر ب 02 شعبان 1423 هـ الموافق ل 09 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون 98-16 المتعلق بالأعضاء البشرية والأنسجة البشرية و أخذها وزرعها .

من خلال هذا المبحث حاولنا التطرق لكافة الشروط العامة والخاصة و الطبية الواجب توافرها في كل من المتنازل والمستقبل وكذا الشروط الضرورية في الغرض العلاجي الواجب احترامه من قبل الطبيب.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين .

بعد معرفة الضوابط القانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء فيم بين الأحياء والضوابط القانونية الواجب توافرها ننتقل إلى النوع الثاني من هذه العمليات وهي حالة نقل الأعضاء من جثث المتوفين وهنا تظهر مسألة الوفاة، فالشرط الأساسي هو تحقق وفاة المتبرع قبل استقطاع العضو، باعتبار أن الاقتطاع لا يتم إلا بعد إعلان وفاة الشخص وتحديد صلاحية الأعضاء الأساسية القابلة للزرع.[1] من ثم وجد الاختلاف الفقهي والقانوني حول المعيار الواجب العمل به، لذلك من الضروري معرفة لحظة الوفاة والموقف القانوني لجل التشريعات القانونية المقارنة والمعايير المعتمدة لذلك باعتبار لحظة الوفاة محور أساسي لهذه العمليات (المطلب الأول) وكذا الشروط القانونية المحددة من طرف المشرع الجزائري لنقل الأعضاء من جثث المتوفين مقارنة مع التشريعات القانونية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : مفهوم لحظة الوفاة.

معظم الوثائق والتقارير الرسمية الصادرة عن المنظمات والجهات الطبية العالمية كمنظمة الصحة العالمية والجمعية الطبية العالمية تجنبت وضع تعريف موحد للموت على مستوى العالم و ترك تحديد معايير الوفاة لكل بلد اعتمادا على ما تراه كل دولة مناسبا[2]. نتيجة للتطور المذهل في العلوم الطبية وكذا الاكتشافات الحديثة أصبح تعريف الموت عند الأطباء صعب خصوصا مع ظهور عمليات نزع الأعضاء البشرية ويعرف الموت:

---

[1] نص مشروع القانون المصري لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها ، في المادة السابعة منه بقوله :"إذا لم يصدر الشخص قبل وفاته رضاءه بالاستقطاع من جثته ، فيجب أن يصدر الرضا من الأشخاص الذين يرعون الميت وفقا لقواعد الولاية وقد حدد الأقارب وفقا للترتيب التالي : الزوج ، الأبناء ، الأب ، الأم، الإخوة ، الأخوات ، الولي أو الوصي القانوني وغيرهم من الأقارب كاملي الأهلية ولا يجوز النقل من جثة الميت ولو برضا احد هؤلاء الأشخاص إذا عارض في ذلك شخص يحتل مرتبة أعلى. " نقلا عن محمود احمد طه ، المرجع السابق ، ص 153.

[2] المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، قانون نقل وزراعة الأعضاء من الاتجار إلى التبرع، ط1، القاهرة، ديسمبر 2009، ص 08.

"على أنه التوقف الكامل والقطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل والتغيير السريري والذي يسميه المرء قوة التجدد والدثور والبناء والهدم في الكائن الحي ." [1] ويفهم من ذلك وجود عدة خلايا تفقد الأوكسجين ، فخلايا الدماغ تموت خلال ثلاثة دقائق من نقض الأوكسجين وخلايا الكبد تموت خلال عشرة وخلايا الكلية خلال عشرين دقيقة وخلايا القلب من أربعين إلى ستين دقيقة وخلاي الجلد بعد عدة أيام .[2] وجدت عدة معايير لتحديد لحظة الوفاة فوجد المعيار التقليدي والحديث (الفرع الأول) والموت الجسدي والخلوي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: المعايير المعتمدة لتحيد لحظة الوفاة ,

الموت من الأمور الغيبية لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى ومع ذلك اجتهد أهل الاختصاص لإيجاد علامات معينة للتحقق من وفاة الشخص وان كانت غير قطعية فهي تتطور مع تطور العلوم والتكنولوجيا الحديثة.

أولا _المعيار التقليدي والمعيار الحديث:

يتم التعرض للمعيار التقليدي (أ) ثم المعيار الحديث (ب).

---

[1]Mr .Paillas a défini la mort de la manière suivante : " la mort est un processus irréversible, constitué par l'interruption successive de plusieurs vies, chacune d'elles assurant le fonctionnement de chaque organe, tissus, cellule." ABDULDAYEM Ahmed , op cit , P235.

[2] احمد عبد الدايم: المرجع السابق ،ص236 وعرفه علماء الأحياء الموت على أنه : التوقف الكامل والقطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل والتغير السريري والذي يسميه المرء قوة التجديد و الدثور بمعنى البناء والهدم في الكائن الحي. و يقول قاموس بلاك القانوني: " إن الموت يعني توقف الدورة الدموية وتوقف الوظائف الأساسية للكائن الحي مثل التنفس والنبض." انظر محمد بشير فلفلي: المرجع السابق، ص37 .

وعرف الموت ايضا بأنه التوقف الكامل لجميع أعضاء الجسم عن أداء وظائفه بما في ذلك القلب والمخ وجذعه والجهاز التنفسي وهذا هو الموت الشرعي وتم الاتفاق عليه فقها وقانونا. نقلا عن محمد الديب: زراعة الأعضاء البشرية من خلال تجربتي الذاتية بين الأحياء والأموات والضوابط الشرعية، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 13 ربيع الأول 1430 هـ- 15 مارس 2009، ص 03.

وأوصى مؤتمر بيروجيا المنعقد عام 1968 : بأنه لا يقع على رجال القانون مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة وتحديد الوسائل التي تمكن بها التأكد من الوفاة بل هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصاتهم ودراستهم ونشاطهم الفني ورائدهم في ذلك شرف المهنة وعلى الطبيب أن يكون ملما بأحداث معطيات العلم في هذا الشأن." مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق ،ص 518.

أ_ المعيار التقليدي:

اعتمد هذا المعيار على العلامات التقليدية للوفاة أي توقف التنفس وتوقف القلب من ثم توقف الدورة الدموية، فبتوقف الأعضاء الحيوية بما فيها القلب يتحقق الموت الحقيقي[1]. وطريقة التثبت من الوفاة تعتمد على التوقف النهائي التام لنشاط والأعمال الدورانية المستمرة لأكثر من عشرين دقيقة تصاب الخلايا العصبية وتتعرض لاختلاطات تخريبية بحيث لا يعود هناك إمكانية لاستعادة الحياة[2].

والبعض ذهب إلى تحديد ثلاثة مراحل للموت ففي الأحوال العادية يحدث ما يسمى بالموت الإكلينيكي كمرحلة أولى بتوقف القلب والرئتان عن العمل وفي مرحلة ثانية تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأكسجين للمخ وبذلك تصل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر وفي النهاية يحدث موت الخلايا[3]، وجهت لهذا الاتجاه انتقادات كعدم الدقة أي توقف القلب عن العمل وتوقف التنفس قد لا يدل إلا على الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي[4]، فقد يستعمل الطبيب وسائل الإنعاش وتدليك القلب وإعادته لتبقى خلايا المخ حية عاملة حتى بعد توقف نبضات القلب والجهاز التنفسي وبالتالي تزويدها صناعيا بالدم المحمل بالأكسجين[5]. ومن جهة أخرى قد يظل القلب والجهاز التنفسي سالمين في حين أن خلايا المخ قد تلفت أو ماتت بصورة كلية وعلى نحو يصعب معه إعادة الحياة إليها رغم أن وظائف القلب والرئتين تستمر في عملها بطريقة صناعية[6].

---

[1] بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 32.

[2] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص29.

[3] تدريست كريمة:. تحديد لحظة الوفاة و المسؤولية الجنائية للطبيب، الملتقى الوطني حول المسؤولية الجنائية للطبية، يومي 23- 24 جانفي 2008 ، ص 02.

[4] أسامة السيد عبد السميع: المرجع السابق، ص 99.

[5] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 523.

[6] سميرة عايد الدايات: المرجع السابق، ص 245. تدريست كريمة: المرجع السابق، ص 03.

وإن كان هذا المعيار ثابت ومستقر عند الأطباء ويجوز على أساسه استئصال الأعضاء حال تحققه بوصفها مستأصلة من جثة إنسان لا من جسده، الأمر الذي لا خلاف حوله عند الأطباء وجل فقهاء القانون والشريعة الإسلامية.[1]

ونظرا للانتقادات التي وجهت لهذا المعيار ظهر ما يسمى بالمعيار الحديث المحدد للحظة الوفاة.

ب_ المعيار الحديث.

ويطلق على هذا المعيار " موت الدماغ " أو موت جذع المخ أو المعيار الحديث للوفاة[2] واتفق أنصار هذا الاتجاه على أن الوفاة تتحقق بموت الدماغ واختلفوا في الجزء المحدد من الدماغ المؤدي للوفاة [3] ، فهناك من يرى تحقق الوفاة بموت جذع المخ المتواجد فيه مراكز التنفس والمراكز الخاصة بالدورة الدموية، وجانب آخر ذهب إلى موت القشرة المخية والتي توجد بها المراكز العليا للنشاط الدماغي.[4] واتجاه ثالث ذهب إلى موت الدماغ يتطلب موت المخ كاملا والمتسع ليشمل القشرة المخية بجانب جذع المخ.[5]

وتم تأييد هذا المعيار من طرف عدة مؤتمرات دولية، كالمؤتمر الدولي الخاص بنقل وزرع الأعضاء في مدريد عام 1966: " أن التوقف النهائي لوظائف المخ هو معيار تحديد لحظة الوفاة ويتحقق ذلك بتوفر الدلائل الإكلينيكية وجهاز رسم المخ الكهربائي."

وكذا المؤتمر العلمي بجنيف عام 1968 حيث عرف الموت: " الانعدام التام والنهائي لوظائف المخ وعلامات ذلك الاسترخاء التام للعضلات والتوقف التلقائي للتنفس الطبيعي وعدم إعطاء جهاز رسم المخ الكهربائي لأي إشارة".

ومؤتمر كليات الطب الملكية الذي انعقد في بريطانيا عام 1986 حيث أكد على أن الموت يتحقق بتوقف كافة وظائف المخ بصفة نهائية. ولجنة هارفارد 1968 والجمعية

---

[1] هيثم حامد المصاروة: المرجع السابق، ص 174.

[2] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 30.

[3] تدريست كريمة: المرجع السابق، ص 03.

[4] يتكون دماغ الإنسان من المخ وهو على صنفين وهو مركز التفكير والذاكرة والإحساس، المخيخ يقع أسفل المخ ومن ومن الجهة الخلفية للدماغ يتولى حفظ توازن جسم الإنسان، وجدع المخ هو نسيج شبكي يتولى التحكم بالمراكز العصبية والقلب والجهاز التنفسي.انظر منذر الفضل: المرجع السابق، ص 147.

[5] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 32.

الطبية الدولية لسنة 1968 في سيدني ومؤتمر الخليج الأول للتخذير والعناية المركزة بالدوحة 1991 حيث أقر الموت الدماغي.[1]

ولتحديد المقصود بموت جذع المخ يجب التفرقة بينه وبين السكتة الدماغية ويقصد بها: خلل مفاجئ في تدفق الدم في جزء معين من الدماغ نتيجة جلطة دموية تصل إلى الدماغ من أي مكان بالجسم أو انسداد أوعية دموية في الدماغ وحدوث أنزفة دموية نتيجة ارتفاع ضغط الدم ويؤدي ذلك إلى موت بعض خلايا الدماغ في المساحة المتضررة ويترتب على ذلك حدوث إعاقة في وظيفة معينة من الجسم[2].

وحسب هذا المعيار فإنه قبل تشخيص موت الدماغ يتعين التأكد من دخول المريض في حالة الغيبوبة الكاملة والتيقن من عدم عودة الوعي أو الإدراك واللجوء إلى أجهزة الإنعاش الاصطناعي أو الصناعي من أجل معالجة توقف التنفس أو عدم انتظامه والتأكد من عدم وجود مسببات الغيبوبة ، حيث يجب أن لا تكون حالة تسمم أو تعاطي مخدرات مع ملاحظة انخفاض درجة حرارة الجسم ويتم التحقق من موت المخ بالاستعانة بجهاز رسم المخ الكهربائي الذي يتم بواسطته رصد النشاط الكهربائي للدماغ[3]. والمقصود بموت جذع الموت: التوقف الذي لا رجعة فيه لكل وظائف المخ بما فيها وظائف الدماغ بأجمعه بما في ذلك جذع النخاع وعرفته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيعية: التوقف الذي لا رجعة فيه لكل وظائف المخ بما فيها وظائف جذع المخ[4].

وجهت لهذا المعيار عدة انتقادات من بينها إثبات مجموعة من الأطباء بالدليل القاطع أن مخ الإنسان الميت حسب معيار موت الدماغ استمر في إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ، أما على المستوى الفردي فقام أحد الأطباء بعمليات نزع الأعضاء من المتوفين دماغيا بقوله أنه من الممكن أن الأشخاص المتوفين

---

[1] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص33. وانظر تدريست كريمة: المرجع السابق، ص 03.

[2] إبراهيم صادق الجندي: الموت الدماغي، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص44.
و افتكار مهيوب ديوان المخلافي: حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1428- 2006، ص 390.

[3] الجندي إبراهيم صادق: المرجع السابق، ص 52.

[4] افتكار مهيوب ديوان المخلافي: المرجع السابق، ص 290.

دماغيا ليسوا أمواتا في الحقيقة بدليل قيامهم بتخديرهم وجثة الإنسان الميت لا تعيق استخدام المشرط الجراحي[1].

كما أن جهاز رسم المخ الكهربائي لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية دون إعطاء معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة والمحتمل أن تكون حية والمشكلة أيضا في الجهاز المستعمل لرسم المخ قد يتعطل ولا يعمل في حالة انخفاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي ولا في حالة الأشخاص المصابين بتسمم خطير وغامض ولا في حالة الأطفال المصابين بغيبوبة[2].

وأمام هذه الانتقادات حددوا أنصار هذا المعيار علامات لابد من توافرها بالكامل قبل تشخيص حدوث الوفاة وهي: الإغماء الكامل، عدم الاستجابة لأي مؤثرات خارجية، عدم التنفس طبيعيا لمدة ما بين 3 إلى 10 دقائق، عدم وجود حركة الدمية عند تحريك الرأس وإزالة الأسباب المؤقتة لتوقف وظائف المخ[3].

ثانيا : الموت الجسدي والموت الخلوي.

بعد تضارب الآراء بين الأخذ بالمعيار التقليدي أو المعيار الحديث ظهر أيضا معيارين هما الموت الجسدي (أ) والموت الخلوي(ب) .

أ: الموت الجسدي.

يقصد به توقف وظائف الأجهزة الحيوية أي توقف جهاز التنفس، الدورة الدموية والجهاز العصبي " الدماغ" توقفا تاما لبضع دقائق[4] المقدرة من 10 إلى 30 دقيقة[5]. فحسب هذا المعيار لا يتم الاكتفاء بتوقف القلب والرئتين عن العمل كما هو الحال في الموت الإكلينيكي (التقليدي) ولا يكتفي أيضا بتوقف المخ عن العمل كما هو الحال في الموت الدماغي بل لا بد من توقف الأجهزة الرئيسية السالفة الذكر تبعا للوقت المحدد.

---

[1] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 04.

[2] مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 320. وهيثم حامد المصاروة: المرجع السابق، ص 188.

[3] طه محمود أحمد: المرجع السابق، ص 38.

[4] تدريست كريمة: المرجع السابق، ص 05.

[5] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 48.

وقد حدد أنصار هذا المعيار العلامات الواجب توافرها لتحقق الوفاة وهي ، توقف جهاز القلب عن العمل ويشعر المريض بنوع من النعاس " الدوخة " ناتج عن اندفاع الدم إلى الدماغ مع شحوب في الأجزاء العليا من الجثة وتوقف الجهاز العصبي عن العمل ويصاب المريض بعدم النطق وشخوص العينين وانعدام المنعكسات القرنية مع شلل في العضلات الإرادية و صعوبة تقليب الجثة أو نقلها للرخاوة العضلية[1].

ويتم التأكد من الوفاة الجسدية عن طريق الاختبارات التالية:

يجب فحص الجسم بالاستماع إلى ضربات القلب والأقسام المحيطة به وجس النبض الشرياني وفحص أو جس النبض الشرياني الصدعي ، التأكد من الانعدام التام للأفعال التنفسية، التأكد من عدم وجود نشاطات عصبية "انعكاسات حدقية" ، فحص جهاز الدوران عن طريق رسام القلب الكهربائي، فحص الجهاز العصبي عن طريق عمل أشعة فوق الصوتية على المخ، الانتظار فترة زمنية تتراوح بين العشر والثلاثين دقيقة على توقف الأجهزة الرئيسية للجسم للتأكد من عدم قابليتهم للعمل ولو بطريقة الإنعاش[2].

ويستدل على ذلك بما عبّر عنه تقرير الجمعية الطبية البريطانية برئاسة الجراح" لورانس إيبل Lawrence Abel" الذي حدد شروطا ثلاثة للوفاة وهي: توقف القلب عن الخفقان لمدة أكثر من 15 دقيقة، توقف التنفس العادي الطبيعي لمدة خمس دقائق على قطع التنفس الاصطناعي وانعدام أي مظاهر لنشاط الدماغ في المخطط الكهربائي لمدة خمس دقائق[3].

وجه لهذا المعيار عدة انتقادات منها: أن الموت الجسدي ليس هو الموت الحقيقي فكل ما يحدث هو توقف الأجهزة الثلاثة الرئيسية أو موتها دون موت خلايا الجسم والأنسجة.

---

[1] وعرّف الموت بأنه: "لا يتحقق إلا بمفارقة الروح للجسد ويتحقق طبيا بتوقف جميع أعضاء الجسم عن العمل مع برودة الجسم لفقدانه حرارة الحياة مع بداية ظهور علامات الموت المؤكدة التي تحددها كتب الطب الشرعي".

وعرف أيضا: " نهاية حياة الدنيا لكل حي بخروج الروح عن الجسد وطالما أن الموت هو نهاية الحياة الدنيا فما هي الحياة الدنيا ؟ إنها عبارة عن مجموعة من الأفعال الحيوية تعمل جميعا معا في حفظ كيان جسم الإنسان واستمرار هذه الأفعال الحيوية يعتمد على سلامة أجهزة رئيسية تسمى الأجهزة الحيوية أو النبيلة وهي عبارة عن الجهاز الدوري والجهاز التنفسي والجهاز العصبي" انظر إبراهيم صادق الجندي: المرجع السابق، ص 30.

[2] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 51.

[3] إبراهيم صادق الجندي: المرجع السابق، ص 26.

ضف إلى ذلك أن علامات الموت الجسدي قد تظهر في حالة الناجي من الموت نتيجة صعقة كهربائية مثلا.

كما أن انتظار موت خلايا والأنسجة في الجسم قد تستمر وقتا يختلف باختلاف كل عضو على حدى وحياة الخلايا ما هي إلا استمرار للحياة الاضطرارية كما قال فقهاء الشريعة الإسلامية والتي لا يستدل منها على استمرار الحياة.

وانتقد هذا المعيار أيضا من طرف أنصار الموت الدماغي في اعتبارهم أن انتظار توقف الحياة في القلب يؤثر على فرصة الانتفاع بالأعضاء البشرية من حيث المتوفين وهذا القول يؤدي إلى التعجيل بإعلان وفاة الشخص للاستفادة القصوى بأعضائه وفتح الباب أمام الاتجار بالأعضاء من ثم ظهر معيار آخر وهو معيار الموت الخلوي[1].

ب: الموت الخلوي.

معنى الموت الخلوي موت الخلايا والأنسجة لأعضاء الجسم "Cellular Death" والتي تبدأ بعد التوقف الكامل لأجهزة الجسم الحيوية ، نتيجة للتوقف النهائي لعمليات التبادل والتحول الكيميائي وتختلف المدة التي تستغرقها موت الخلايا من عضو لآخر،[2] فتنقبض العضلات استجابة للمؤثرات الكهربائية و الميكانيكية إلى ما بعد الموت الجسدي بنحو 45 دقيقة إلى ساعتين[3]. وأكثر أنواع الخلايا حساسية لانعدام الأكسجين خلايا القشرة المخية حيث تموت خلال خمس دقائق بينما أقل الخلايا حساسية هي خلايا العضلات والأنسجة الضامة حيث تستمر حية لفترة طويلة وتموت حوالي بعد ساعتين أو أكثر من الموت الجسدي[4].

ووجه لهذا المعيار أيضا عدة انتقادات وأول نقد أن الحياة تنتهي بصورة قاطعة لا شك فيها بموت الأجهزة الرئيسية في الجسم وظهور علامات على الجثة التي تلي توقف أجهزة

[1] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 55.

[2] نفس المرجع : ص 55.

[3] إبراهيم صادق الجندي: المرجع السابق، ص 27.

[4] نفس المرجع : ص 28.

الجسم الرئيسية ولو بالإنعاش الصناعي وثاني نقد كان أنه لا يدل بصورة قاطعة على الوفاة الحقيقية إذ يتعين تحلل أجهزة الجسم إلى عناصرها الرئيسية [1].

نلاحظ تعدد معايير تحديد لحظة الوفاة لم يكن مطروحا بحدّة من قبل، لكن نتيجة لظهور عمليات نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين ورغبة الأطباء في فتح الطريق أمامهم لاستئصال أكبر عدد ممكن من الأعضاء البشرية من الموتى ، فالأخذ بمعيار الموت الدماغي يمكّن من الاستفادة بالأعضاء البشرية أكثر من الموت الجسدي والأخذ بمعيار الموت الخلوي يمكّن أيضا من الاستفادة أكثر بالأعضاء البشرية.

الفرع الثاني : الإنعاش الاصطناعي .

ساهم التطور الطبي والتقدم في العلوم البيولوجية ظهور ما يسمى بالإنعاش الاصطناعي وهو جهاز يهدف لمساعدة المريض بوسائل صناعية لبحث إمكانية إعادة نشاط القلب والجهاز التنفسي وبالتالي إعادة وعيه إن أمكن ذلك . وسنتعرض لمفهوم الإنعاش الاصطناعي وعلاقته بلحظة الوفاة (أولا) وكذا الحدود القانونية لاستعماله (ثانيا).

أولا : تعريف الإنعاش الاصطناعي.

مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل الوظائف العضوية الأساسية للمريض أو تساعده حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه الذي يكون فيها المريض معرضا لاحتمال الموت في حالة انعدام هذه الوسائل.[2] وغالبا ما تستعمل وسائل الإنعاش الاصطناعي في علاج الإصابات الناتجة عن حوادث المرور خاصة ما يتعلق بإصابة الرأس وكسور القفص الصدري .[3]

---

[1] محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 57.

[2] حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2001 ، ص123.

[3] محمد بن عبد الجواد حجازي النتشه : المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة أم درمان ، السودان ، سلسلة اصدارات الحكمة ، بريطانيا ،1422هـ -2001م، ص37 ومأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق ، ص528.

ويستعمل هذا الجهاز لعدة حالات تبعا لحالة المريض ، أولها تعرض المريض لتوقف قلبه ورئته عن العمل ولم تمت خلايا مخه في هذه الحالة يكون دورها أو استعمالها حسب تحسن الحالة أما الحالة الثانية فهي عند تعرض المريض لغيبوبة عميقة والتي تكون فيها خلايا المخ متوقفة عن العمل ولكنها تبقى حية فالإنسان يحتفظ بخلايا مخه وفي هذه الحالة الإنسان لم يمت.

والحالة الأخيرة وهي المهمة في هذا البحث وهي استعمال هذه الأجهزة من اجل المحافظة على أعضاء جسم الإنسان من الموت لغرض الاستفادة منها ، تحدث عند موت خلايا المخ .[1] وقد ثار جدال حول استعمال هذا الجهاز في مرحلة الاحتضار أي توقف الجهاز التنفسي عن طريق توقف الرئتين وتوقف الدورة الدموية بتوقف القلب وقبل موت خلايا المخ والمسؤولية الواقعة على الطبيب هل يعاقب بجريمة الامتناع عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر أم جريمة قتل عمديه أم غير عمديه ؟.

ثانيا: الحدود القانونية للإنعاش الاصطناعي.

الأصل من الناحية الشرعية لا يجوز للطبيب فصل الأجهزة الاصطناعية قبل موت خلايا المخ وإلا تسبب في موت المريض موتا حقيقيا لا رجعة فيه ويسأل الطبيب من الناحية المدنية والجنائية بحسب الأحوال.[2]وتعرض مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان لقضية إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، حيث حددت حالات إيقاف أو رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي متى توقف القلب توقف تاما وقرر الأطباء استحالة رجوعه مع تعطل كافة وظائف الدماغ فمتى ثبت وفاة خلايا المخ ، يستطيع الطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش لأنه يستحيل على المريض استخلاف خلايا المخ التي تم إتلافها بطريقة غير رجعية ، إلا أن القضاء الفرنسي يلزم أطباء الإنعاش بوجوب التأكد من وفاة

[1] حسني عودة زعال : المرجع السابق ، ص125. وثبت علميا أن الفترة التي يبقى فيها العضو سليما تختلف من عضو لآخر فالدماغ الفترة المحددة علميا هي 04 دقائق والقلب بضع دقائق ، الكلى 45 دقيقة ، الكبد 08 دقائق ، البنكرياس 20 دقيقة والجلد والعظام والقرنية 24 دقيقة. انظر محمد بن عبد الجواد حجازي النتشه: المرجع السابق ، ص 113.

[2] بلحاج العربي :معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 53.

الشخص وجاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية أنه يجب على الطبيب متابعة محاولاته حتى لا يفوت فرصة إمكانية استعادة المريض لوعيه أو عافيته.[1]

والمشرع الجزائري ذهب إلى ضرورة عدم إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض إلا بعد التأكد من الموت الدماغي حسب المعايير العلمية الحديثة التي رأيناها بعد استشارة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 فقرة ثانية[2] وإعلام أسرة المريض المحتضر طبقا لنص المادة 164من قانون الصحة فقرة ثانية .[3]

الفرع الثالث: الموقف القانوني .

بعد معرفة المعايير المحددة للحظة الوفاة والتي من خلالها حاول الباحثين في هذا المجال الوصول إلى المعيار الصحيح، نتطرف إلى كيفية معالجة التشريعات القانونية لهذه المعايير(أولا) ثم المشرع الجزائري (ثانيا) وما مدى تأثير هذه المعايير في مجال نقل الأعضاء البشرية.

أولا:التشريع المقارن.

معظم التشريعات القانونية المقارنة نصت على المعايير المعتمدة في تحديد لحظة الوفاة، فالقانون الأمريكي الصادر ب جويلية سنة 1981[4] اقترح المعيار المعتمد وهو التوقف التام والنهائي لجميع وظائف المخ[5]، القانون الإسباني رقم 426 الصادر في 22

---

[1] مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص530.

[2] نص المادة 167 فقرة ثانية : " تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية ." من ق .ح.ت السالف الذكر .

[3] نص المادة 164 فقرة ثانية :" .....يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك . إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي ....." من ق .ح.ت السالف الذكر .

[4] أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص 198.

[5] وقد وضع أطباء كلية الطب بجامعة هارفارد الأمريكية معايير أسموها معايير هارفارد لتحديد وفاة المخ اعتبروا وجودها دليلا قاطعا على توقف المخ:

1_الإغماء الكامل وعدم الحركة وعدم الإحساس أو الإدراك.

2_عدم التنفس وانقطاعه وعدم وجود أية حركات تلقائية.

3_عدم وجود أي ردود من آثار الفرح أو الغضب أو الحزن وعدم الاستجابة لأية مؤثرات.

4_انعدام النشاط الكهربائي في رسم المخ كما هو معروف عند الأطباء.

5_عدم وجود أي فعل انعكاسي.

فيفري 1980 الخاص بعمليات نقل وزراعة الأعضاء اعتمد معيار موت خلايا المخ بشرط ملاحظة بعض العلامات كإنعدام تام لأي رد فعلي تلقائي والاسترخاء التام للعضلات، انعدام الانعكاسات الحذقية، انعدام التنفس التلقائي والتوقف النهائي لأي أثر لنشاط المخ لعدم تلقي جهاز رسم المخ الكهربائي أي إشارة .

والقانون الفنزويلي الصادر بتاريخ 19 جويلية 1972 حدد معيار التوقف النهائي لنشاط المخ ويتم تحديد لحظة الوفاة عن طريق الفحص الإكلينيكي مع مراعاة الوسائل الأخرى كما أكد ضرورة تحرير محضر بإثبات الوفاة يوقعه ثلاثة أطباء[1]. ونفس المعيار الأخير حدده المرسوم الايطالي رقم 409 الصادر في 16 جويلية 1988 والقانون الأرجنتيني رقم 21-541 الصادر في مارس 1988 والقانون النمساوي الصادر في 1982[2]. ضف إلى ذلك هناك من التشريعات التي أخذت بمعيار الموت الخلوي نذكر منها التشريع التشيكوسلوفاكي رقم 5303 لعام 1986 لنقل الأعضاء حيث اشترط أن تكون الوفاة مؤكدة، لا يمكن فتح الجثة قبل مرور ساعتين من الوفاة إلا إذا كان أخذ هذا العضو منها بعد ساعتين من إثبات الوفاة غير مفيد أو غير مجد. وكذا القانون البلجيكي حرم دفن الجثة قبل مضي 24 ساعة على التأكد من الوفاة والتشريع السوري نص على تحريم دفن الجثة قبل مضي ثماني ساعات في الصيف وعشر ساعات في الشتاء[3].

ثانيا _التشريع الجزائري:

المشرع الجزائري لم يحدد لحظة الوفاة لأن الاختصاص من طرف الطبيب عن طريق ملاحظة توقف الدورة الدموية والتنفس ولم تكن المشكلة مطروحة إلا بعد ظهور العلاج بنقل الأعضاء البشرية وتطور العمل الطبي بصفة عامة.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الصحة الجزائري نص في المادة 164 منه: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي

---

[6] _عدم حركة حدقة العين. انظر ياسين محمد أحمد غاندي: المسؤولية الطبية بحق موتى الدماغ ونزع أجهزة الإنعاش عنهم وموقف القانون الإماراتي، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي، رقم 10، سنة 2008، ص 07.

[1] أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص 198.

[2] محمد عبد الوهاب الخولي: المرجع السابق، ص 244.

[3] طبقا لنص المادة 58 من قانون الأحوال المدنية رقم 386 لعام 1957 ، نقلا عن محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 58.

للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 168 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية." كما أصدر قرار بتاريخ 26 مارس 1989 حدد المعايير الطبية الواجب اتخاذها في اثبات الوفاة لغرض نزع الأعضاء البشرية وجاء في مادته الأولى:

تثبت الوفاة (الموت الدماغي) بالمعايير التالية:

- المعايير الإكلينيكية.
- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي.
- المعايير الكهربائية (التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي).
- فحوصات أخرى خاصة.[1]

وانتقد هذا المعيار على أساس صعوبة تطبيقه لانعدام التجهيزات الطبية المتطورة في العديد من مناطق الوطن من ثم لجأ المشرع في تعديله لقانون حماية الصحة وترقيتها 1990 لإنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب المادة 168 مكرر1[2] والهدف من هذا المجلس السهر على حماية الإنسان وسلامته الجسدية من خلال مراقبته للأعمال الطبية الحديثة على اختلاف أنواعها. وتم تشكيل هذا المجلس بموجب مرسوم رقم 96-122 الصادر في 06 أبريل 1996 وبعد ذلك صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 قرار وزاري جديد نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثث المتوفين وهي:

1- الانعدام التام للوعي.

2-غياب النشاط العفوي الدماغي.

3- التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار Hypercapnie.

---

[1] مروك نصر الدين: الكتاب الثالث، ج1 ، المرجع السابق، ص 428.

[2] نص المادة 168 مكرر 1 من ق. ح.ت السالف الذكر : "ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأعضاء والأنسجة وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب ويحدد تشكيل هذا المجلس وتنظيمه وسيره بموجب مرسوم."

4- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن طرف طبيبين مختلفين[1].

خلاصة المشرع الجزائري لم يحدد تعريف لحظة الوفاة بالرغم من تعرضه لمسألة الوفاة في نص المادة 164 من قانون الصحة السابق ذكرها وأسند هذه المهمة لأهل الاختصاص وهم الأطباء وأخذ بمعيار الموت الدماغي وهو الملاحظ طبقا للنصوص السالفة الذكر .

المطلب الثاني: شروط عملية الاستئصال من جثة المتوفى.

تعرضت بعض التشريعات صراحة إلى مسألة نقل الأعضاء من جثث المتوفين وكانت هذه العمليات الأسبق تاريخياً للظهور عن التشريعات المتعلقة بتنظيم هذه العمليات بين الأحياء. ويعود السبب إلى أن مبدأ حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه ،كان يعترض طريق هذه العمليات في حال إجرائها بين الأحياء.[2] من ثم تقتضي عملية نقل العضو من جثة المتوفى وزرعها في الإنسان الحي مجموعة من الشروط لا بد من توافرها خاصة بالنسبة للشخص المتوفى المراد استئصال العضو منه . فبعد التحقق من حدوث الوفاة وتأكد الطبيب من الوفاة بصوره كلية وقطعية لا يحق له التصرف من تلقاء نفسه بالجثة ونزع الأعضاء تمهيدا لزرعها في جسد آخر وهنا يجد الطبيب عدة إشكاليات لاسيما وعامل الزمن الضروري للاستفادة من الأعضاء . من ثم سنتناول الشروط الواجب توافرها في رضا المتوفى(الفرع الأول) و حالات الرضا في حال رفض المتوفى أثناء حياته التبرع (الفرع الثاني) والشروط الطبية الواجب توافرها في هذا النوع من العمليات (الفرع الثالث).

---

[1] Art 2 de l'arrête du 19/11/2002 fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organe et des tissus.

أنظر مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق ، ص 536.

[2] القانون الأردني، فقد صدر قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم 43 لسنة 1956، في حين أن قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 234صدر سنة1977م . انظر سميرة عايد الدايات: المرجع السابق، ص 248.

و قانون الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها في مصر صدر1959 حيث نصت المادة الثانية _فقرة ا_ :"على أن بنك العيون يتلقى رصيده عن طريق عيون الأحياء الذين يوصون بها أو يتبرعون بها." بينما قانون نقل الأعضاء البشرية صدر سنة 2010 بعد عدة مشاريع قانونية. نقلا عن عمر أبو الفتوح الحمامي :المرجع السابق ،ص428.

الفرع الأول: رضا المتوفى.

تتمحور الدراسة في هذا الجانب حول الرضا الواجب توافره من جانب المتوفى قبل وفاته أو إذن أسرته في حال انعدام رضاه أو إذن الطبيب في الحالات الاستعجالية وعليه سيتم معالجة ذلك في التشريعات العربية (أولا) والتشريع الفرنسي(ثانيا) والتشريع الجزائري (ثالثا).

أولا: التشريعات العربية.

حدد المشرع الأردني الإطار العام لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المستأصلة من جثة المتوفى إلى جسد إنسان حي من خلال قانون الانتفاع بأعضاء جسم إنسان رقم 23 لسنة 1977 والمعدل بالقانون المؤقت رقم 23 لسنة 2000 وقانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم 43 لسنة 1956 وأشارت المادة الخامسة(فقرة ا) من قانون الانتفاع بالأعضاء إلى إمكانية نقل الأعضاء من الجثة، إذا أوصى المتوفى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية .[1] والملاحظ أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على الوصية بل إقرار كتابي بمعنى اشترط الموافقة الكتابية . والقانون السوري نص صراحة على أن تكون الموافقة في شكل وصية في المادة الثالثة من قانون رقم 31 لسنة 1982المعدل بالقانون رقم 43 لسنة 1986 [2]، أما المشرع المصري اشترط في نص المادة الثامنة من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الوصية من قبل المتوفى على أن تكون موثقة ومثبتة بورقة رسمية ولم يعترف بالورقة العرفية.[3]ومن التشريعات العربية التي اشترطت الرسمية أيضا في رضا المتبرع المتوفى حال حياته ، المشرع

---

[1] نص المادة:" للأطباء الاختصاصين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو من جسم إنسان ميت إلى جسم إنسان آخر حي يكون بحاجة لذلك العضو في أي من الحالات التالية:

أ .إذا كان المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية." نقلا عن سميرة عايد الدايات، المرجع السابق، ص 248.

[2] نص المادة3:" يجوز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت....في الحالات التالية: ا_وصية المتوفى بإجراء ذلك." نقلا عن سميرة عايد الدايات، المرجع السابق، ص 265.

[3] نص المادة8:" يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي...إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أي ورقة رسمية..." قانون رقم 05 لسنة 2010 بشان تنظيم نقل الأعضاء البشرية ، ج ر العدد (9 مكرر) الصادرة في 16_3_2019.

المغربي لكن الوضع يختلف حيث اشترط أن تتم الموافقة أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو لدى قاضي معينا لهذا الغرض من قبل رئيس المحكمة عن طريق وصية، بعد ما تتكون قناعة بأن المتبرع يتصرف عن إدراك ووعي وأن التبرع لفائدة مؤسسة مرخص لها بتلقي التبرعات دون غيرها ويستطيع التراجع عن قراراه بإتباع نفس الإجراءات السابقة.[1]

أما المشرع التونسي اشترط أن لا يسجل رفض من قبل المتبرع أثناء حياته أو من أحد أفراد أسرته بعد وفاته وهم :أبنائه ،الأب،الأم،الزوج أو الزوجة ،الإخوة والأخوات أو الوصي الشرعي .[2] والواقع أن الوصية أو الإقرار أو الشكل الكتابي المشروط في غالبية القوانين وإن كان هو الوسيلة القانونية التي تؤمن الوضع القانوني للجراح وكافة الأطباء المعنيين بعمليات نقل وزرع الأعضاء بما في ذلك إدارة المستشفى، إلا أنها وسيلة لا تتماشى مع التطور السريع الحاصل في هذا النوع من العلميات، سيما وأن الإنسان خلق محباً لذاته ولتكامله العضوي سواء حال حياته أو بعد مماته ومن ناحية أخرى فإن الطلب من مريض يعاني الموت بالتبرع بأي عضو من أعضاءه يشكل عاملاً مؤثراً على نفسية

---

[1] Art 14 : " La déclaration du donneur potentiel est enregistrée auprés du president du tribunal de première instance compétent à raison du domicile du donneur , ou du magistrat spécialement désigné à cet effet par le president .La déclaration est reçue sans frais après que le magistrat s'est convaincu de la volanté libre et éclairée du donneur potentiel , et notamment , s'est assuré que le legs est effectué gratuitement et au seul profit d'un organisme habilité à resevoir les dons d'organes . Le greffe du tribunal compétent informe l'organisme habilité de l'enregistrement de la déclaration de son contenu. Le donneur potentiel peut , dans les mêmes formes, et auprés des mémes autorités , annuler sa déclaration précédente ." Du la Loi 16-98 ,précité.

[2] Art n° 3 : " Des prélèvements peuvent être effectuées à des fins thérapeutique ou scientifique sur le cadavre d'une personne à condition qu'elle n'ait pas fait connaitre de sont vivant son refus d'un tel prélèvement et qu'après son décès le refus d'un tel prélèvement n'ait pas été opposé par l'un des personne s suivantes, jouissant de leur pleine capacité juridique et dans l'ordre ci-après :

Les enfants, le père, la mère ,le conjoint ,les frères et sœurs ,le tuteur légal." Voir La loi n°91_22 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains,précité.

ذلك المريض وقد يعجل في وفاته.[1] كما أن الإذن الكتابي ينقص في عدد المتبرعين لهذا بعض الدول استعانت بما يسمى ببطاقة التبرع، يحملها المتبرع في جيبه فيصبح من السهل معرفة إرادته عند حدوث طارئ أو حادث.

ثانيا :التشريع الفرنسي.

نص المشرع الفرنسي في قانونه الصادر في 07 جويلية 1949 باستئصال قرينة العين شرط الايصاء بها قبل الوفاة.[2] وأضافت المادة التاسعة من مرسوم خاص بتنفيذ قانون عمليات نقل وزراعة الأعضاء : " أن كل شخص يقبل في منشأة طبية مصرح لها بمزاولة عمليات نقل الأعضاء بعد الوفاة الاعتراض في أية لحظة أن يسجل صراحة هذا الرفض في السجل الخاص بهذه المنشأة وفي حالة عدم استطاعة التعبير فيدون في هذا السجل أية علامة أو بيان يصدر منه في هذا الخصوص ويحمل على الاعتقاد برغبته في رفض أي عملية استئصال."[3] وهذا ما أكده أيضا في القانون الصادر سنه 2004 الخاص بالعلوم الاحيائية[4] و المادة L671_7 من قانون 94_654 الصادر بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق بنقل الأعضاء وزراعتها.

---

[1] نور الدين عمراني ، مقال بعنوان : قراءه وتعليق على القانون رقم 98_16 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية ،العدد السادس ،2005 ،ص172.

[2] مروك نصر الدين : المرجع السابق ،ص411

[3] نفس المرجع ، ص415.

[4] Art 1231_1 « Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Du la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique .

ثالثا :التشريع الجزائري .

إن المشرع الجزائري لم يشترط في البداية الموافقة الكتابية اثر تعديله لقانون الصحة بموجب قانون 90_17 لسنة 1990 ويفسّر تراجعه عن هذا الشرط[1] رغبة منه في تبسيط إجراءات التنازل عن عضو من أعضاء الجثة .

بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لا يشترط التعبير عن الرضا شكلا معينا ، قد يكون شفهيا أو كتابيا وقد يكون صريحا أو ضمنيا.[2] لكن عمليات نقل الأعضاء ليس بالأمر الهين وطبقا لنص المادة 164 من قانون الصحة:" لا يجوز نزع الأنسجة أو الأعضاء من المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة وبعد التعبير عن قبوله أثناء حياته."[3] وتدارك المشرع ذلك بصدور مرسوم في 30 نوفمبر 2002 حيث حدد نماذج الخاصة بالرضا من المتوفين. [4]

ضف إلى ذلك المشرع الجزائري لم يحدد الأعضاء الواجب الايصاء بها بنص صريح على عكس المشرع الفرنسي الذي نص في قانونه الصادر في 07 جويلية 1949 باستئصال قرينة العين شرط الايصاء بها قبل الوفاة.[5] وأضاف المشرع الجزائري في نص المادة 165 من قانون حماية الصحة [6]بمنع القيام بعملية الاستئصال في حالة عدم موافقة موافقة الشخص قبل وفاته أو في حالة إذا ما كان الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي

---

[1] حيث نصت المادة 164 من ق.ح. ت السالف الذكر:"وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة....."

[2] نص المادة 60 من القانون المدني :" التعبير عن الإرادة أثره يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع آي شك في دلالته على صاحبه ." الأمر 58_75 المؤرخ في 26سلتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

[3] قانون رقم 90_17 المؤرخ في 13 يوليو 1990 المعدل و المتمم لقانون 85_05 المؤرخ في 16 يناير 1985 المتعلق بقانون.ح.ص.ت السالف الذكر .

[4] Arrêté du 30 novembre 2002 portant définition du modèle type de documents relatifs au constat de décès de la personne sujette au prélèvement et à l'autorisation de prélèvement.

[5] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، الكتاب الثالث، ج1، المرجع السابق ،ص411

[6] المادة 165 فقرة أولى : " يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته ، كتابيا عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي ." من ق.ح.ت السالف الذكر .

الشرعي فيجب على الطبيب الجراح وأقاربه احترام إرادته بعدم التصرف بجثته.

الفرع الثاني : حالات الرضا.

لا يثور الإشكال إذا أوصى الشخص بعدم المساس بجثته بعد وفاته أو أي جزء منها سواء لغايات علاجية لمرضى الآخرين أو لأغراض علمية، أما إذا مات وترك المجال مفتوحاً فإن الحق ينتقل إلى أسرته بإبداء الموافقة من عدمها وفي حالة عدم وجود أقارب للمتوفى ينتقل إلى الدولة ممثلة بالمدعي العام أو المستشفيات العامة والمراكز الطبية المتخصصة في عمليات زرع الأعضاء من ثم سيتم التطرق لحالات الرضا في حالة رفض المتوفى للاستئصال (أولا) في حالة تعذر الحصول على موافقة المتوفى أثناء حياته (ثانيا) وفي حال الحصول على الأعضاء دون موافقة أحد (ثالثا) .

أولا :حالة رفض المتوفي للاستئصال.

نص المشرع الجزائري في نص المادة 165 من قانون الصحة على أن يمنع انتزاع الأنسجة والأعضاء قصد زرعها في حالة الرفض كتابيا من قبله وهو على قيد الحياة فالمشرع الجزائري اشترط الشكل الكتابي وأضافت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه يمنع الانتزاع في حالة إعاقته لعملية التشريح الطبي على أن هذه المسألة من اختصاص الأطباء فإذا ثبت من الناحية الطبية عدم إمكانية تشريح جثة ما وأقدم الطبيب على ذلك يعتبر من قبل التمثيل بالجثة وهو محرم شرعا وقانونا.[1]

ثانيا: إذن أسرة المتوفي .

في حال تعذر الحصول على موافقة المتوفى أثناء حياته ، اشترط المشرع الحصول على موافقة أفراد الأسرة حسب الترتيب الوارد في المادة 165.[2]وهذا الشرط ما هو إلا تعييرا عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم باعتبارهم يخلفونه في صلة الدم والقرابة فالحق ينتقل من المتوفى إلى عائلته على أنه إذا تم الاستئصال دون إذن الأسرة

[1] مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص414.

[2] نص المادة 165 :"إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي:الأب ،أو إلام ،الزوج أو الزوجة ،الابن أو البنت ،الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة." من ق.ح.ت السالف الذكر .

يعتبر ذلك بمثابة سرقة أعضاء من الجثة ويحاسب الطبيب على أساس خيانة الأمانة التي عهد بها إلى المريض و أقاربه.[1]

وهذا ما أشار إليه المشرع الأردني حيث أورد في قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 السالف ذكره في المادة الخامسة منه على إجازة نقل العضو للأطباء الاختصاصين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة ، إذا وافق أحد أبوي المتوفى في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حال عدم وجود الأبوين .[2]

فاشتراط موافقة الأقارب من الأمور الضرورية في عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثة المتوفي لأن للجثة حرمة لا يجوز المساس بها وهذا يعد مبدأ من المبادئ العامة التي أكدت عليها غالبية التشريعات وإن ورد عليه استثناء وهو حالة الضرورة فهذا لا يعني إغفال حرمة الميت فالدولة لا تملك التصرف في الجثة من تلقاء نفسها، إلا في الحدود المرسومة قانوناً والقول بغير ذلك يعني منح المستشفيات والأطباء العاملين بها سلطة سرقة الجثث أو أي جزء منها فأخذ موافقة الأقارب أمر ضروري يراعي احترام كرامة الأسرة وحقوقها المعنوية على جثة المتوفى من أفراد العائلة[3].

ولكن من ناحية أخرى له آثار سلبية حيث يعوق الإجراءات السريعة في نقل الأعضاء البشرية حيث أن انتظار موافقة الأقارب قد يؤدي إلى تلف الأعضاء المراد نقلها من الجثة الأمر الذي يؤدي إلى انعدام الفائدة وخاصة إذا جاءت موافقة الأقارب بشكل متأخر.إضافة لذلك فإن مسألة المساس بالجثة من قبل أقارب المتوفى لحظة وفاة

---

[1] مكرلوف وهيبة : المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في علم الإجرام والعلوم الجنائية ، المرجع السابق ،ص151.

[2] انظر سميره عايد الدايات ، المرجع السابق ، ص 250.

[3]" Les privilèges de la famille n'expriment pas un droit de propriété ,mais se justifient directement de liens de sang et de sentiment s affectifs naturels….. » voir Hakem Ahmed Réda, la mort aspect medico légaux, thèse pour l'obtention de grade de docteur en science médicales, institut national d'enseignement supérieur des sciences médicales d'oran, département de médecine, 1987, p60.

الشخص هي أكثر لحظات حياة الأسرة ألماً على قريبهم فالأسرة تحتاج إلى ما يشد أزرها لا لإثارة عواطفهم عن طريق اختلافهم في أخذ موافقتهم على المساس بالجثة.

ثالثا-الحصول على الأعضاء دون موافقة أحد :

إن المصلحة الإنسانية تقتضي إنقاذ حياة المريض عن طريق الإسراع في الزرع ومصلحة الأسرة تستلزم مراعاة مشاعر العطف نحو المتوفى لذلك لا بد من ترجيح المصلحة الدنيا عن المصلحة العليا. و يمكن الحصول على الأعضاء المحددة من طرف المشرع الجزائري وهما القرنية والكلية وهو ما نص عليه في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها بإجازة انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتوفى أثناء حياته في حال تعذر الاتصال بأفراد أسرته في الوقت المناسب (أسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين) أو إذا كان من شأن التأخير ان يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع.[1]

وعليه يمكن للطبيب التقرير بمفرده ودون حاجة للحصول على موافقة أحد مدى ملائمة إجراء عملية الاستئصال لزرعها في جسم الإنسان الحي.[2] أما المشرع الفرنسي أصدر لائحة فرنسية بتاريخ 20 أكتوبر 1947 تقرر بالنسبة للمستشفيات التي يحددها وزير الصحة يجوز لرئيس أحد الأقسام بها متى تراءى له أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تستلزم تشريح الجثة أو استئصال أعضاء منها فله أن يقرر ذلك فورا دون تأخير .[3]

الفرع الثالث: الشروط الطبية.

تقتضي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية توافر شروط طبية تختلف عن العمليات التي تتم فيم بين الأحياء خاصة فيم يتعلق بشرط عدم ذكر هوية المتبرع بالنسبة للمتلقي (أولا) وكذا شروط طبية واجب توافرها في المتنازل (ثانيا) وعدم قيام الطاقم الطبي المشرف على معاينة الوفاة بعملية زرع العضو للمتلقي(ثالثا) أما فيم يتعلق بمكان القيام

---

[1] مروك نصر الدين : المرجع السابق ،ص411.

[2] نص المادة 165 فقرة أخيرة :" غير انه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع ، إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو. " من ق.ح.ت السالف الذكر.

[3] مروك نصر الدين : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص411.

بعمليات الاستئصال فلا يجوز ذلك إلا في المستشفيات الصادر بشأنها قرار من وزير الصحة وعددتها المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها وسبق الحديث عن ذلك[1].

أولا –عدم ذكر هوية المتبرع للمستفيد :

إن المساس بجثة المتوفى لا يكون إلا بتوافر حالة الضرورة والتأكد من عدم وجود بديل عن نقل العضو من الجثة لإنقاذ صحة أو حياة المستقبل. ويشترط أيضا أن تكون مصلحة المستقبل أرجح من مصلحة الحفاظ على الجثة وكذلك إمكانية انتفاع المستقبل بهذا العضو.[1] وذهب المشرع الجزائري في نص المادة 165فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها[2] إلى عدم كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا لعائلته ولعل الهدف هو بقاء مثل هذه العمليات في طابعها الإنساني. فمن الناحية العملية معظم العمليات التي تتم تنحصر بين الأسر كالأب والابن ، البنت والأم ، الزوج والزوجة فلا مجال لجهل المتبرع. أما إذا كان المتبرع شخص غريب عن العائلة قد لا يوافق إلا بمعرفة الحالة الصحية لمن يريد التنازل له وهذا لاعتقاد استغلاله من قبل الأطباء إما لغرض بيع العضو أو لإجراء تجارب طبية.[3]

ثانيا_الشروط الطبية المتعلقة بالمتنازل:

لا يجوز مباشرة عملية استئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد الإثبات الشرعي للوفاة حسب المقاييس الطبية والشرعية. ولا تتم العملية إلا بعد أن يؤكد الطبيب المعالج فائدتها للمستفيد على سبيل القطع ولا يرتب عليها ضررا للشخص المستفيد.[4]

والتحقق من الوفاة بصورة قاطعة يتم بواسطة لجنة تتشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم الطبيب الشرعي طبقا لنص المادة 167 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها .[5] ومن ثم فإن الأطباء يشترطون لنجاح عملية استقطاع الأعضاء لزرعها أن

---

[1] انظر ص 173 من هذه الرسالة .

[2] نص المادة165 فقرة ثانية من ق.ح. ت السالف الذكر:" كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخيرة لعائلة المتبرع."

[3] مكرلوف وهيبة : المرجع السابق ،ص 152.

[4] بالحاج العربي: المرجع السابق، ص165.

[5] نص المادة 167 فقرة ثانية :" تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل ألاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية ." من ق.ح.ت السالف الذكر .

يكون العضو خاليا من الأمراض المعدية وأن لا يكون المتوفى مصابا بضغط وضيق الشرايين أو مصابا بالبول السكري ، كما يشترط أن تكون فصيلة دم المتوفى مطابقة لفصيلة دم الشخص الذي سينقل إليه العضو على أن لا يكون هناك تضاد بين أنسجة المعطي وأنسجة الملتقي وهو ما يسمى طبيا فحص مطابقة الأنسجة المتصالب .

كما يشترط الأطباء لنقل الأعضاء من جثث الموتى، أن لا يكون قد جاوز الستين بالنسبة لزرع الكلى وكذلك بالنسبة للأعضاء الأخرى كالرئة والكبد والبنكرياس.[1] فمتى توافرت هذه الشروط أمكن الأطباء الاستئصال.

ثالثا-الشروط الطبية المتعلقة بالطاقم الطبي:

نص المشرع الجزائري في المادة 165 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها[2] على منع الطبيب الذي أثبت حالة وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية زرع العضو للشخص المستقبل حتى لا يكون هناك مجال للشك لتعجيل تقرير الوفاة لمصلحة شخصية أو مهنية أو حتى تجارية.

لكن في الواقع العملي للوطن العربي تطبيق هذا النص يطرح إشكالا كبيرا في حالة وجود طبيب واحد بقسم الجراحة أو طبيبان فقط ، فهذه العملية تتطلب المهارة الطبية نظرا لصعوبتها وليس لأي طبيب عادي إمكانية القيام بذلك، فما مصير عملية نقل العضو خاصة وأن التأخير من شأنه تفويت الفرصة على المريض.[3]

نص على هذا الشرط عدة تشريعات ومنظمات دولية متخصصة في هذا المجال منها المرسوم الملكي الاسباني ، قانون ألمانيا الديمقراطية في المادة الخامسة الفقرة الثالثة من القرار المنظم لعمليات نقل الأعضاء الصادر عام 1975 و القانون المدني لمقاطعة كيبك بكندا في المادة الثانية الفقرة الثالثة وأيضا اللائحة التنفيذية الصادرة في فرنسا عام1978 وذلك لاستبعاد أي تلاعب بجسم الإنسان وخاصة أعضائه.[4] ومن التشريعات العربية نجد

---

[1] بالحاج العربي: المرجع السابق، ص167.

[2] نص المادة 165 فقرة ثالثة :"لا يمكن للطبيب الذي عاين الوفاة واثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع." من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] انظر مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص349 .

[4] Voir Art 16 :« Les médecins constatent les décès d'une personne doivent être distincts de ceux participant directement au prélèvement d'organes ou de tissus sur cette

المشرع المغربي نص في القانون الخاص بالتبرع في المادة 21 منه على عدم إجازة القيام بعملية أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة طبي يثبت وفاة المتبرع دماغيا. ويقوم بوضع محضر المعاينة المذكور طبيبان من المؤسسة الاستشفائية يعينان خصيصا لهذا الغرض من طرف وزير الصحة ، بعد استطلاع رأي رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية ولا يجوز أن يلحق الطبيبان المذكوران بالفرقة الطبية المكلفة بأخذ أو زرع العضو المأخوذ من الشخص الذي عاينا وفاته[1]. ونفس الأمر أكده المشرع المصري في القانون الخاص بنقل الأعضاء البشرية في المادة 14 منه واشترط على الطاقم المعاين للوفاة ليس فقط عدم زرع العضو للمتلقي وحتى عدم رعايته فيم بعد العملية الجراحية .[2]

إن مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية بالغة الأهمية تثير عدة إشكاليات يجب حلها ووضع أسس لها، تمكن من الموازنة في المصالح بين المتنازل والمستقبل والطبيب. من ثم حاولنا في هذا الفصل معرفة الأساس القانوني ورأينا كيف اعتمد الفقه القانوني النظريات القانونية في البداية كأساس لمواجهة الفراغ القانوني الذي كان موجودا وفيم بعد جاءت النصوص القانونية واعتمدت الشروط التالية ويمكن تلخيصها فيما يلي :

---

personne ou aux étapes ultérieurs de la translation, ainsi que de ceux chargés de soigner d'éventuels receveurs de ces ou tissus organes ou tissus . » Voir protocole additionnel à la convention sur les droit de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organe et de tissus d'origine humaine, Strambourg, 24/ 01/ 2002, transplantation d'organe.

[1] Art 21: " Le prélévement ne peut etre effectué qu'aprés avoir établi un constat medical de la mort cérébrale du donneur et en l'absence de toute suspicion sur les origines du décés . Ce constat est effectué par deux médecins de l'etablissement hospitalier spécialement désignés à cette fin par le ministre de la santé après avis du president du conseil national de l'ordre national des medecins . En aucun cas , ces médecins ne peuvent etre affectés à l'équipe médicale chargée du prélévement ou de la transplantation de l'organe prélevé sur la personne dont ils ont constaté le décés ." Voir la loi 16-98 ,précité.

[2] نص المادة 14 :" .....ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسؤولية رعاية أي من المتلقين المحتملين ." من القانون رقم 05 لسنة 2010 الخاص بنقل الأعضاء البشرية السالف الذكر .

-أساس العمل الطبي هو الرضا ومن الناحية القانونية لابد من توافر الرضا في كل من المتبرع والمستقبل .

-عدم التبرع بما يتنافي مع النظام العام .

-مجانية التبرع، فلابد أن يكون التبرع بدون مقابل سواء بين الأحياء أو من جثث المتوفين.

-لابد من التحقق والقيام بكافة الفحوص الطبية لتفادي عدم نجاح العملية كرفض العضو المنقول لعدم توافق الأنسجة مثلا ، لذلك يشترط في الأطباء المختصين أن يكونوا على دراية تامة بخطورة الموضوع و من أصحاب الاختصاص و في مجال نقل الأعضاء من جثث المتوفين لابد من تحقق الوفاة والحصول على إذن من طرف المتوفى أو من طرف ورثته .

– لابد من إجراء العمليات في الأماكن المخصصة لها مع توفير كل الأجهزة المتطورة والمناسبة لهذه العمليات مع توافر الطاقم الطبي لان الطبيب الذي يعاين الوفاة لايكون نفس الطبيب القائم بالعملية ، حتى لا يترك مجالا للشك.

الباب الثاني:
تطبيقات المسؤولية الجنائيـــة للأطبـاء

الباب الثاني : تطبيقات المسؤولية الجنائية للأطباء .

بعد التطرق للأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والوقوف على أهم الضوابط الشرعية والقانونية بالنسبة لكل الأطراف سواء متبرعا أو مستقبلا للعضو البشري وكذا الطاقم الطبي القائم بهذه العمليات على مستوى المراكز الطبية المتخصصة والمرخص لها بذلك. ننتقل الآن لمعرفة الأخطاء الطبية والأضرار الناتجة عنها والجزاء المقرر لها وفقا للنصوص القانونية المتاحة لاسيما والتطور البيوطبي وما أحدثه ظهور وسائل حديثة ورافق ذلك مخاطر طبية ماسة بسلامة الجسد البشري والتكاليف الطبية الباهظة الثمن وقلة الضمانات الممنوحة للمريض ، وجب البحث لتحديد الإطار قانوني للعمل الطبي في هذا المجال حتى يؤدي الطبيب مهنته في ظروف عادية وبتقنيات عالية لإمكانية مساءلته جنائيا عند خرقه للضوابط والقواعد القانونية. فالمعلوم أن الطبيب ملزم ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، بمعنى بذل الجهد واليقظة التي تتفق والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 20 ماي 1936.[1]

وإن كان هناك استثناء على هذا المبدأ يتمثل في أن لا يعرض المريض لأي أذى من جرّاء استعمال أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية وأن لا ينقل إليه مرضا آخر نتيجة العدوى من المكان أو ما يتم نقله من دم ومثال ذلك تركيب عضو صناعي للمريض، فمسؤولية الطبيب هنا لها شقين: الشق الأول يتمثل في العمل الطبي، حيث أن الطبيب ملزم ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا في حالة وجود تقصير من جانبه. فيقع على عاتقه اختيار العضو الصناعي المناسب للمريض وتهيئته مع ما يتلاءم وحالته. أما الشق الثاني يتمثل في تحقيق نتيجة فهو ذو طبيعة تقنية أي ضمان سلامة العضو الصناعي ومناسبته لجسم المريض ومن ثم تتحقق مسؤولية الطبيب متى أحدث ضررا للمريض في

---

[1] جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية: "أن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يبذل عناية لا من أي نوع بل جهودا صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها المريض ومع الأصول العلمية الثابتة . " نقلا عن محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 204.

هذه الحالة.[2] وفي مجال نقل الأعضاء البشرية وزرعها يمكن حدوث خطأ في التشخيص أو أخذ التحاليل اللازمة من قبل الطبيب وعليه سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

الفصل الثاني: الجرائم الطبية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

[2] محمد حسين منصور: المرجع السابق ، ص 217.

الفصل الأول :
الأخطاء الطبية في مجال
عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الأول: الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إن الخطأ المرتكب من طرف الطبيب له طبيعة فنية وتعقيد علمي فهو عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته ويعرّف أيضا الخطأ الطبي بعدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصّة التي لا ينشئها الواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير وإنما المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها وتبين مداها وعموما الخطأ الطبي يتمثل في إخلال الطبيب بالتزاماته الخاصة والعامة.[1]

ويفرق الفقه بين الخطأ العادي أو المادي والخطأ الفني أو المهني ويشمل الخطأ المادي الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب ولا علاقة لها بالمهنة ومثاله عدم مراعاة قواعد النظافة أثناء أداء المهنة.[2] أما الخطأ الفني فهو الخطأ المرتبط بالمهنة وهو خروج عن القواعد والأصول التي توجبها وقت تنفيذ العمل الطبي.[3] وذهب بعض الفقه إلى عدم مساءلة الطبيب أو ذوي المهن بصفة عامة إلا في حال توافر الخطأ الجسيم وليس توافر الخطأ العادي لضمان الطمأنينة لمزاولة المهنة ومن ثم ورد التعريف التالي :"كل إخلال بالواجبات المهنية له صفة أو طابع الخطأ التأديبي."[4]

---

[1] رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، 151.

[2] مأمون عبد الكريم :إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، ملتقى بعنوان المسؤولية المهنية، جامعة بشار، يومي 04 و 05 ماي 2011 ، ص 12.

[3] منصور عمر المعايطة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط1، جامعة نايف للعلوم الأمنية،الرياض ، 1425هـ، 2004، ص 43.

[4] C .E :05 MARS 2008 ,N° 305922 : « Considérant que si la faute justifiant une sanction disciplinaire que retient l'avis attaqué consiste dans le fait pour Mme A d'avoir fait preuve à plusieurs reprises d'un manque de correction ayant entrainé des difficultés relationnelles au sein du service, démontrant un manquement aux obligations professionnelles des fonctionnaires ,il ressort toutefois des pièces du dossier que l'intéressée avait également pratiqué sur une patiente du service une méthode de nutrition invasive non prescrite par un médecin et susceptible de porter atteinte a la santé de cette patiente : qu'en ne prenant pas considération ces faits , qui constituaient une faute justifiant une sanction disciplinaire . » نقلا عن علي عيسى الأحمد: المسؤولية التأديبية للأطباء في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2011،ص442.

واعترض على ذلك القضاء الفرنسي وأقر بمساءلة الطبيب عن خطئه مهما كان نوعه يسيرا أو جسيما أو فنيا،[1] بعدما كان يسأل الطبيب عن الخطأ الجسيم المستخلص من الوقائع الواضحة ويتنافى مع القواعد المقررة التي لا نزاع فيها[2]. وعليه يتم مناقشة مفهوم الخطأ الجنائي الطبي بصفة عامة وصوره وأنواعه (المبحث الأول) ثم الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجنائية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الخطأ الجنائي الطبي .

إن حماية المريض وسلامة جسده من الأولويات التي تحرص عليها معظم التشريعات والمنظومات القانونية. قد يرتكب الطبيب خطأ عمدي وهو كل إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير أو خطأ غير عمدي وهو كل إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك مخل دون قصد الإضرار بالغير[3]. والنتيجة إما جرائم عمدية ومثال ذلك جريمة قتل عمدي أو جرح عمدي أو إحداث عاهة مستديمة أو جرائم غير عمدية ومثاله جريمة قتل غير عمدي أو جرح غير عمدي .

ومن المعلوم أن الجرائم العمدية تتطلب توافر الركن المعنوي أما الجرائم غير العمدية فيكتفي فيها توافر الخطأ بدون قصد تبعا للنتيجة أي الضرر الحاصل حسب درجة خطورته.[4] من ثم يتم التطرق إلى مفهوم الخطأ الجنائي الطبي وصوره (المطلب الأول) ثم المعايير التي اعتمدت لتحديد الخطأ الجنائي الطبي (المطلب الثاني).

---

[1] Le médecin ne peut sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposé par une nécessite évidente ou un danger immédiat pour l'intéressé. Cu 1er 11 oct 1988 J.C.P 1989 II 21358, note Dorsner Dolivetk.

نقلا عن محمد يوسف ياسين: المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء و الممرضين قانونا فقها اجتهاد ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2003، ص 60.

[2] طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 17.

[3] شريف الطباخ: جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2003، ص 11.

[4] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام،ط4 ، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 114.

المطلب الأول: مفهوم الخطأ الجنائي الطبي.

إن العمل الطبي يمر بعدة مراحل ابتداء من مرحلة الفحص وتشخيص المرض إلى مرحلة اقتراح العلاج ومرحلة المتابعة بعد العلاج . من ثم الطبيب عند مباشرته لعمله معرض لارتكاب الأخطاء من شأنها إلحاق ضررا بالمريض وينجم عن ذلك متابعة قضائية تعرضه لعقوبة جنائية تتناسب مع الجرم المرتكب. وعليه يتم التعرض لتعريف الخطأ الجنائي الطبي وصوره (الفرع الأول) والمعايير التي اعتمدت في تحديده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف وصور الخطأ الجنائي الطبي.

بالرغم من صعوبة تحديد مفهوم الخطأ إلا أن له أهمية في تحديد طبيعة المسؤولية الناجمة عن ارتكابه فتعددت تعاريف الخطأ بصفة عامة من قبل فقهاء القانون حيث جاء في تعريفه : "هو ماليس فيه قصد ، فانتفاء قصد الشيء لفاعله موجب لوصفه خطأ."[1] واتفق الفقه القانوني على التعريف التالي : " اخلال بالتزام موجود وقائم في ذمة الشخص وجد أثره ومكانه في نطاقه المادي والمعنوي للمتضرر."[2] وتعددت تعاريف الخطأ الجنائي في المجال الطبي (أولا) وتعددت صوره أيضا (ثانيا) وهي كالآتي :

أولا: تعريف الخطأ الجنائي الطبي.

يعرف الخطأ الجنائي الطبي على أنه:" كل مخالفة أو خروج الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يكون يقظا أو حذرا في تصرفه حتى لا يضر بالمريض."[3] وعرف أيضا على أنه " إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر دون أن يفضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه." ويعرف أيضا على أنه: "إخلال قائم بهذا العمل بواجب الحيطة والحذر اللذين يفرضهما عليه الشارع فيجب عند مباشرة

[1] منصور عمر المعايطة: المرجع السابق ،ص 43.

[2] نفس المرجع : ص 43.

[3] أسامة عبد الله القايد: المرجع السابق، ص 224.

العلاج الطبي إتباع أسلوب يكفل تجنب المخاطر. " [1] يفهم من هذه التعاريف أن الخطأ الطبي يقع متى خالف الطبيب القواعد الطبية والأصول الفنية وقت تنفيذ العمل الطبي مما يستوجب وقوع ضرر طبي للمريض.[2]

وقضت محكمة التمييز بدبي أنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. ولئن كان جراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه تكون أكبر من أنواع الجراحات الأخرى، باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسده وإنما إصلاح عيوب به ما لم تعرض حياته للخطر."[3] وعموما الخطأ هو قوام المسؤولية الطبية سواء أكان خطأ مدنيا يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية أو خطأ جنائيا يؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية، ونصت المادة 14 فقرة أولى من القانون رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية على أنه :" الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الالمام بها أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة".[4] من ثم فتحديد المسؤولية الجنائية بتحمل الطبيب الجزاء الجنائي نتيجة إتيانه فعلا أو امتناعه عن فعل يشكل

---

[1] شريف الطباخ: المرجع السابق، ص 11.

[2]« La faute médicale est une faute spécifique, relative aux seuls acte médicaux et ne pouvant être commise que par un médecin ». Angelo Castelleta, responsabilité médicale, droit des malades, DALLOZ, deuxième édition 2004, p 99.

[3] تمييز دبي مدني: 2007/09/30، عدد 18، رقم 149 نقلا عن أبو الوفا محمد أبو الوفا:تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، جامعة الإمارات المتحدة، ص 395.

[4] نفس المرجع : ص 396.

خروجا عن القواعد التي يقرها إما قانون العقوبات أو قانون الصحة وتقوم هذه المسؤولية سواء كان الخطأ فني أو عادي، يسير أو جسيم[1].

ثانيا: صور الخطأ الجنائي الطبي.

تتعدد صور الأخطاء التي يقع بها الطبيب والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات القانونية ، حصر صور الخطأ في نص المادة 288 من قانون العقوبات بقوله: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة"[2]ويتم التعرض لهذه الصور تباعا.

ا: الرعونة: Maladresse.

سلوك إيجابي يتحقق باقدام الجاني على نشاط محفوف بالمخاطر معتقدا أنه قادر على تجاوز خطورته وغير مدرك لما يمكن أن ينتج عنه من نتائج معاقب عليها قانونا، وهذا راجع لسوء خبرة أو نقص مهارة وتعرف أيضا على أنها :" سوء التقدير الذي يرجع إلى الجهل أو عدم الحذق أو عدم الكفاءة أو سوء التصرف."[3] فلا يقدّر الفاعل ما يفعله ولا يدري أن عمله أو تركه الإرادي يمكن أن تترتب عليه نتيجة كان السبب في حدوثها. والقاعدة التي يسترشد بها في هذا الصدد هي أن الأشخاص الذين يمارسون مهنة معينة كالأطباء والمهندسين والصيادلة إذا تسببوا في موت أحد أو إصابته بمرض لجهلهم بمهنتهم يستوجب المسؤولية أمام القضاء الجنائي.[4]

وسوء التقدير يرجع إما لسوء التصرف وهو أمر مادي وإما لجهل وعدم الكفاءة وهو تصرف أدبي[5]. ومثال ذلك قيام الطبيب بعملية جراحية خطيرة دون القيام بالاختبارات

---

[1] مما جاء في تعريف الخطأ الجسيم حسبما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بأنه:" الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية فلا يتصور وقوعه إلا من شخص غبي عديم الاكتراث كما يقصد به في شأن خطأ أرباب المهن الخطأ الذي يكون مسلما لا جدال فيه." أنظر شريف الطباخ: المرجع السابق، ص 15.

[2] الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن ق ع السالف الذكر .

[3] يوسف جمعة يوسف حداد: المسؤولية الجزائية عن أخطاء الأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت –لبنان، 2003، ص 88.

[4] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، عقوبة، قتل، جرح وضرب، دون طبعة، دون دار نشر، ص 844.

[5] يوسف جمعة يوسف حداد: المرجع السابق، ص 88.

والتحاليل الأولية للمريض أو قيام طبيب جراح بعملية من غير الاستعانة بطبيب التخذير المختص أو اختيار طريقة علاجية خطيرة من طرف طبيب لا داع لها من البداية[1]. يفهم من هذه التعاريف أن الرعونة اندفاع بطيش دون تقدير للأمور وينجم عن ذلك نتائج ضارة بسبب سوء التصرف تترتب عنها مسؤولية بحسب الضرر المترتب عن الخطأ.

ب -عدم الاحتياط:

خطأ ينطوي عليه نشاط إيجابي يقوم به الفاعل ويدل على الطيش أو عدم تبصر العواقب وقد يدرك الإنسان القليل الاحتراز الضرر المتوقع منه ولكنه لا يفعل شيئا لاتقائه أو الاحتياط منه.

وعرف أيضا بأنه : "توقع الجاني للأخطار التي تحدث نتيجة فعله و استمراره فيه دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة له." [2] ومن الأحكام القضائية في هذا المجال الحكم الصادر من محكمة "بوردو" القاضي بحبس طبيب باعتباره مسؤولا جزائيا لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة في استعمال الأشعة على جسم طفل عمره 18 شهرا متسببا له بإحداث حروق خطيرة نشأت بسبب عدم مراعاة حساسية الجلد للطفل.[3]

وفي نفس السياق قضت محكمة باريس بإدانة طبيب أسنان بجريمة قتل نتيجة خطأ لعدم احتياطه في تنفيذ العلاج عندما قام بحقن مريض بالبنسلين دون التأكد من وجود حساسية المريض من هذا المصل.[4]

ج -عدم الانتباه:

عدم الانتباه صورة يقف فيها الجاني موقفا سلبيا فلا يتخذ الإجراءات أو الاحتياطات اللازمة ولو اتخذها لما ارتكبت الجريمة ، كالطبيب الذي لم يراع المرض

---

[1] وفي هذا قضت محكمة تمييز بدبي في قضية تم فيها إجراء عملية ولادة لمريضة عالية الخطورة لسابق إجرائها شقا قيصريا وتبخيرا لعنق الرحم بالليزر من دون أن تكون ضرورة طبية. انظر حكم محكمة تمييز دبي في الطعن: المرقم 99/ 1998 حقوق بتاريخ 1998/11/02، نقلا عن يوسف جمعة يوسف حداد: المرجع السابق، ص 88.

[2] نفس المرجع: ص 90.

[3] نقلا عن ق د علي مصباح إبراهيم: مسؤولية الطبيب الجزائية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية، المسؤولية الطبية، ج1، ط 2، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص 535.

[4] نفس المرجع ، ص 534.

الذي تعاني منه الضحية وأمر بتجريعها دواء غير لائق مما أدى إلى وفاتها.[1] ومن التطبيقات العملية أيضا في هذا المجال الحكم الصادر عن القضاء العراقي الذي قضى بمسؤولية الممرضة لقيامها بتنظيم شهادة وفاة لطفل مولود حديثا دون التأكد من وفاته وقيام الطبيب بالتوقيع على شهادة الوفاة لتأييدها دون فحص الطفل . وعندما نقل الطفل إلى دار والده اتضح أنه مازال حيا وأعيد إلى المستشفى وتم إسعافه ثم طلب نقله إلى مستشفى الأطفال وحين وصول الطفل إلى المستشفى وبعد لحظات لفظ أنفاسه واعتبر كل من الممرضة والطبيب مقصرين لتنظيمهما شهادة وفاة للطفل قبل التأكد من وفاته .[2]

د _الإهمال:

يقصد بالإهمال إغفال الجاني اتخاذ احتياط يوجبه الحذر على من كان في مثل ظروفه إذا كان من شأن هذا الإجراء لو اتخذ أن يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية وقد يحصل الخطأ بطريق سلبي نتيجة ترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما[3].

فإهمال الطبيب يكون عندما يقف موقفا سلبيا لا يتقيد بإتباع الاحتياطات التي يدعو إليها الحذر وكان من شأنها الحيلولة دون وقوع النتيجة كالطبيب الذي يتأخر في إسعاف المريض إهمالا منه.

وفي هذا قضت محكمة باريس بإدانة طبيب أخصائي في الأنف والأذن عن جريمة قتل نتيجة غياب إشراف طبي فعال في الساعات التالية لإجراء العملية لمريض أجري له عملية استئصال لوزتين نشأ عنها نزيف تسبب في وفاته . وتبعا للأصول الطبية الإشراف الطبي يكون مدة 24 ساعة على الأقل.[4]

وللاهمال الطبي أركان لا بد من توافرها وهي وجود واجب مهني للطبيب اتجاه مريضه من خلال علاقة مهنية بين الطبيب ومريضه ووجود خرق لهذا الواجب المهني ثم حصول ضرر معنوي أو جسدي أو مادي للمريض مع إثبات علاقة سببية بين الخطأ الطبي

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا:غرفة الجنح والجنايات، 1995، العدد الثاني، ملف رقم 118720، منشور في المجلة القضائية سنة 1996، ص 179.

[2] نقلا عن هدى سالم محمد الاطرقجي : مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ،رسالة ماجستير ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، 2001،ص 143.

[3] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 845.

[4] نقلا عن ق د علي مصباح إبراهيم: المرجع السابق، ص 534.

والضرر الحاصل وفي حالة عدم تحقق علاقة السببية فلا مجال لمساءلة الطبيب لانعدام الضرر ويمكن أن يحاسب انضباطيا أو مهنيا بمعنى تأديبيا.[1]

و_ عدم مراعاة الأنظمة والقوانين:

يقصد بعدم مراعاة الأنظمة والقوانين عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة واللوائح المختلفة والأمر الذي يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير.[2] ويقصد باللوائح كل قواعد السلوك الصادرة عن الدولة أيا كانت السلطة التي أصدرتها كقانون نقل وزرع الأعضاء البشرية وقانون منع الاتجار بها في قانون العقوبات.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة "تمييز دبي" بمسؤولية طبيب وطاقمه الطبي في إحدى المستشفيات بتركه لمريضه دون رقابة لمدة ثماني ساعات وهذا لا يتفق مع الأصول الطبية.[3] وبصفة عامة يمكن القول أن صور الخطأ الطبي ترجع إما لسلوك إيجابي كالرعونة وعدم الاحتياط أو لمظهر سلبي كالإهمال ومخالفة اللوائح والقوانين .[4]

الفرع الثاني: معايير الخطأ الجنائي الطبي.

اختلف الفقه في تحديد معيار الخطأ الجنائي الطبي، فمنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي ومنهم من أخذ بالمعيار الشخصي ومن هم من حاول التوفيق بين المعيارين وأخذ المعيار المختلط.

---

[1] « Il s'agit ici d'un manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi et les règlements . » Voir HADJRI Fouad :Diagnostic Juridique de l'acte médical ,office des publications universitaires ,Alger, p 66.

[2] حكم محكمة تمييز دبي: في الطعن المرقم 1998/88 نقلا يوسف جمعة يوسف الحداد :المرجع السابق، ص 91.

[3] حكم محكمة تمييز دبي: طعن رقم 1997/88، بتاريخ 11/02/ 1997، نقلا عن نفس المرجع :ص 93.

[4]« Les fautes pénalement sanctionnées commises par les médecins sont donc rarement intentionnelles ; la plupart du temps c'est involontairement, par imprudence ou par négligence, que le médecin cause un préjudice corporel à son patient. En cas de manquement délibéré de sécurité et de prudence imposé par la loi ou le règlement, le code pénal prévoit des peines. » Voir Abdelhafid OSSOUKINE ,op cit , p358. ET voir aussi JEAN Penn eau, La responsabilité du médecin, DALLOZ, 1992, p87.

أولا: المعيار الموضوعي.

يقوم هذا المعيار على أساس الالتزام الذي يقوم به الشخص المعتاد في مستوى الطبيب الذي ارتكب الجريمة، بمعنى أن القاضي يقيس سلوك الطبيب بسلوك طبيب آخر من نفس الدرجة والمستوى والاختصاص بالنظر إلى الظروف الخارجية المحيطة بهذا الطبيب أثناء وقوع الخطأ وأخذها بعين الاعتبار، كقيام الطبيب بعملية جراحية لا تتوافر لديه المعدات واللوازم الطبية.

وما يؤخذ على هذا المعيار أنه تجاهل الظروف الداخلية الشخصية للطبيب[1]، مع ذلك ذهب البعض إلى أن هذا المعيار لا يتعارض مع الاعتبارات الشخصية البحثة لكن بعد قياس تصرف الشخص المخطئ مع شخص آخر وهمي مجرد متوسط الحذر والاحتياط.[2]

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب عن خطأ طبي في عملية ختان لانصياع الطبيب لطلب الشاكي بفتح الجرح عدة مرات دون أن يكون ذلك في غرفة معقمة في حين كان عليه الامتناع والعمل بتوجيهاته هو فقط والمعيار الموضوعي في هذه المسألة هو مراعاة مستوى السلوك الذي كان الطبيب العادي قادرا على مراعاته.[3]

ونصت المادة 62 من القانون رقم 8 لسنة 1985 في شأن مزاولة مهنة الطب البشري على أنه:" يجب أن يكون الطبيب مسؤولا في أي من الأحوال الآتية:

1-إذا ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالمريض وكان هذا الخطأ راجع إلى جهله بأمور فنية يفترض كل طبيب الإلمام بها سواء من حيث تشخيص المرض أو وصف العلاج المناسب.

2-إذا ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالمريض وكان هذا الخطأ راجعا إلى إهماله أو امتناعه عن بذل العناية اللازمة.

---

[1] يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق ، ص 76.

[2] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص 223.

[3] حكم صادر عن المحكمة العليا :رقم 98/35 بتاريخ 1999/03/18 نقلا عن يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق، ص 78.

3-إذا أجرى المريض أبحاثا أو تجارب علمية غير معتمدة فنيا وترتب على ذلك الإضرار به.[1]

ثانيا: المعيار الشخصي.

ذهب أنصار هذا المعيار إلى وجوب النظر إلى شخص الطبيب وظروفه الخاصة أي النظر إلى ما كان بوسع الطبيب أن يفعله وبالظروف الخارجية التي أحاطت به وقت حدوث الفعل أي أن القاضي يقدر الخطأ الطبي على أساس السلوك الذي كان ينبغي أن يصدر منه الطبيب على ضوء الظروف المحيطة به.[2]

وعيب هذا المعيار أنه لا يمكن الأخذ به كمقياس شامل وافي بالغرض حيث يقضي للكشف عن سلوك شخص الطبيب وما فيه من حيطة وحذر وما تعود عليه من أفعال وعادات وهذا أمر صعب جدا.[3]

فالمحكمة لا يمكنها الأخذ بالمعيار الذاتي الذي يكون المرجع فيه نفس الشخص الذي صدر منه الانحراف لأن ذلك يؤدي إلى أن يكون الفعل خطأ بالنسبة لشخص معين دون أن يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر.[4]

ثالثا: المعيار المختلط.

حاول هذا المعيار الجمع1 بين المعيارين، فاستعان بخبرات الطبيب في المعيار الشخصي والظروف الخارجية في المعيار الموضوعي،[5] بمعنى أن القاضي في تقديره للخطأ الطبي يجب الأخذ بعين الاعتبار بعض الملابسات والظروف الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب والتي يمكن أن تؤثر في سلوكه أي ظروف الزمان والمكان وتقدير سلوك الطبيب قياسا على ما كان يفعله طبيب على قدر من الحيطة والحذر في الظروف نفسها.

---

[1] يوسف جمعة يوسف الحداد : المرجع السابق: ص79.

[2] نفس المرجع :ص 86.

[3] محمد حسين منصور:المرجع السابق، ص 19.

[4] نفس المرجع: ص 18.

[5] يوسف جمعة يوسف الحداد: المرجع السابق، ص 89.

المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية.

إن قيام المسؤولية الطبية تتطلب توافر الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر. فلا بد أن يكون ما لحق بالمريض من ضرر نتيجة السبب بالمسبب وذهب الفقه والقانون الفرنسي أنه لا مجال لمساءلة الطبيب إلا إذا تواجدت علاقة السببية بين خطئه والضرر الحاصل للمريض.[1] وإن كان تحديد هذه العلاقة صعب نظرا لتعقيد تكوين الجسم البشري من الناحية الفزيولوجية ، التشريحية والوظيفية وتعدد أسباب حدوث المرض و تداخل الأسباب المؤدية إلى ذلك وعليه سيتم التعرض لكل من الضرر (الفرع الأول) وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضرر.

إن الضرر في مجال المسؤولية الطبية متشعب، نظرا لتدرجه تبعا لتدرج الخطأ ابتداء من الأضرار التي تترتب على إفشاء الطبيب لسر مهنته إلى الأذى الذي يصيب سلامة الجسم البشري كالجرح البسيط والجرح المفضي إلى الموت ويعرف الضرر بصفة عامة لدى غالبية الفقهاء على أنه: "حالة نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مالية أو معنوية أو كلتيهما للشخص المتضرر". أما في المجال الطبي، يعرف على أنه: "حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقصا في حال المريض أو في معنوياته أو عواطفه".[2] ويقسم الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة للخطأ الطبي إلى ضرر جسدي (أولا) و مادي ومعنوي (ثانيا) .

أولا: الضرر الجسدي.

الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قواعد أخلاقيات الأطباء وجراحي الأسنان في المادة السادسة بقوله: "يكون الطبيب وجراح

---

[1] Pour qu'il puisse y avoir condamnation pénale, il ne suffit pas qu'il ait une faute, mais encore que cette faute soit la cause du dommage .Toute faute qui a concouru, même de manière indirecte ,à la réalisation du dommage est susceptible de recevoir une qualification pénale . Voir Abdelhafid OSSOUKINE , op cit,p 358 .

[2] منصور عمر المعايطة: المرجع السابق، ص 56.

الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري".[1]

وهذا ما أيدته أيضا المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لمزاولة مهنة الطب في المملكة العربية السعودية بقولها: "يمارس الطبيب مهنته لصالح الفرد والمجتمع في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة وسلامته وكرامته مراعيا في عمله العادات والتقاليد السائدة في المملكة مبتعدا عن الاستغلال".[2] فإتلاف عضو من الجسم أو إحداث تشويه أو نقص وظيفي يعد ضررا جسديا ويسبب مساسا بسلامة الجسم البشري. فقد يصبح هذا الشخص غير قادر على أداء ممارسة حياته العادية الطبيعية مما ينعكس سلبا على كافة الجوانب الأخرى من حياته كفقدان القدرة على العيش والكسب وهذا ما يتعارض مع أهداف خدمة الفرد واحترام حياته وضمان الرعاية الصحية[3].

وهذا النوع من الضرر هو محور موضوع الدراسة وقد قسم إلى ضرر جسدي مميت كتأخر طبيب التخدير المشرف على حالة المريض أثناء العملية وعدم الإسراع لإفاقته وحصول موت خلايا المخ ثم موت خلايا الدماغ.[4] بالإضافة إلى ضرر جسدي غير مميت وهو الذي يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي في بعض وظائف الجسم كإحداث عاهة مستديمة.

ثانيا: الضرر المادي والضرر الادبي .

يقصد بالضرر المادي أو المالي الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور ومثال ذلك المصاريف المالية كنفقات العلاج، الأشعة، الإقامة في المستشفيات وما فات الشخص المضرور من كسب مشروع خلال تعطله عن العمل بسبب المعالجة وإصلاح

---

[1] مرسوم رقم 92-276 المتضمن ق.م .ط السالف ذكرها .

[2] ، منصور عمر المعايطة: المرجع السابق، ص58.

[3] وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن: " التعويض المقضي به للمضرور بسبب عجزه عن الكسب الدائم يجب ان يحدد بالنظر الى ما انتقص من السلامة الجسدية بصرف النظر عن هذا الانتقاص لم يكن له أثر مباشر على أجره ، فالضرر محقق بالرغم من استمرار قبض المضرور لأجره المعتاد من ترتيب على الاعتداء في التكامل الجسدي للمضرور ." انظر قمراوي عزالدين : مقال بعنوان مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، مجلة الموسوعة القضائية ، العدد التجريبي ، موسوعة الفكر القانوني ، بدون سنة ، ص 53.

[4] نفس المرجع : ص 59.

الخطأ الطبي، كإلحاق ضرر بشخص ما نتيجة خطأ طبي تسبب له بعاهة أقعدته عن العمل مما تسبب أيضا بضرر مالي لعائلته باعتباره رب الأسرة وهنا تقوم مصلحة الأسرة في المطالبة بالتعويض نتيجة إصابة معيلهم.

أما الضرر الأدبي لا يقوم إلا بالإصابة الجسدية فهو ماتسبب عن الاصابة من آثار نفسية كالألم الذي يعاني منه المضرور وفقدان الشعور بالسعادة[1] ، بمعنى أنه في التعويض يأخذ بعين الاعتبار ظروف المريض التي تختلف من مريض لآخر، تبعا للإصابة الجسدية.

الفرع الثاني:علاقة السببية.

لا يكفي مجرد وقوع الضرر وثبوت الخطأ الطبي بل لا بد من وجود علاقة بين الخطأ والضرر وهذا ما يسمى بعلاقة السببية.

فالقاعدة العامة أنه لا يصعب وجود رابطة سببية بين فعل الجاني ونتيجته إذا كان فعل الجاني متصلا مباشرة بالنتيجة لكن يصعب تحديد هذه الرابطة إذا كان فعل الجاني متصلا بالنتيجة بطريقة غير مباشرة كتعدد الأسباب المؤدية للنتيجة.[2]

وبالرجوع إلى المسؤولية الطبية وإن كانت تخضع كمبدأ عام للنظرية العامة للمسؤولية إلا أن طبيعة النشاط الطبي يثير عدة مشاكل ولا سيما في المجال التطبيقي من حيث وجوب توافر علاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر ومدى مساهمة الطبيب في حال وجود أسباب أخرى أدت حدوث إلى الضرر كخطأ الطبيب، المريض أو الغير.

ويكون مرتكب الخطأ مسؤولا عن النتيجة النهائية المترتبة عن فعله سواء أكان ذلك من طريق مباشر أو غير مباشر ولو ساعد على إحداث النتيجة عوامل أخرى.[3]

---

[1] قمراوي عزالدين: المرجع السابق، ص 54.

[2] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1 ، المرجع السابق، ص 458.

[3] حيث حكمت محكمة الإسكندرية الابتدائية بهيئة استأ نافية أنه متى كانت الجروح التي أحدثها المتهم بسبب عدم احتياطه أو إهماله غير مميتة ولكنها أدت إلى وفاة المجني عليه بسبب اعتلال صحته وعدم استطاعته مقاومة المرض وجبت معاقبة المتهم على أساس جريمة قتل خطأ لا جريمة جرح فقط. انظر جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج 5 ، ص 853.

فإذا ارتكب طبيب خطأ في عملية جراحية ومات المريض عقب ذلك واتضح من الفحص أن موته نتيجة حالته الصحية السيئة سواء تمت العملية أم لم تتم فلا يسأل الطبيب عن موته.[1]

غير أنه إذا كان خطأ المجني عليه وحده كافيا لإحداث النتيجة فلا مجال لوجود رابطة السببية وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها في أن الطبيب كان يصف لمرضاه علاج واحد لا يتغير دون أخذ أجر بشرط شراء الدواء من صيدلية والده ووصف هذا الدواء لمريضة وتوفيت بعد تناوله وتبين فيما بعد أن السبب هو إفراطها في استعماله على خلاف تعليمات الطبيب فقضت المحكمة ببراءة الطبيب.[2]

وأمثلة تحقق رابطة السببية في المجال الطبي كثيرة لا يمكن حصرها، فالطبيب إذا أهمل إجراء فحص الأشعة و كانت آلام المريض تتطلب ذلك فيمكن إلحاق ضررا كبيرا بالمريض سببه هذا الإهمال.[3]

المبحث الثاني : الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجنائية .

إن إجراء عملية زرع العضو البشري يتطلب العديد من المراحل تتمثل في تشخيص حالة المريض وإجراء الفحوص والتحاليل اللازمة للشخص المتبرع والمستقبل للعضو البشري والتأكد من عدم وجود أمراض والحصول على أكبر قدر ممكن من تطابق في الدم والأنسجة بين طرفي العملية أي المتنازل حيا أو من جثة المتوفى وكذا المريض المحتاج لنقل العضو.[4] بعد ذلك يتم استئصال العضو السليم من المتنازل الحي أو الجثة و حفظ العضو إلى حين إجراء العملية لأنها قد لا تتم في الوقت نفسه. ثم استئصال العضو التالف من جسد الشخص المريض و زرع العضو السليم مكان التالف في جسم المريض

---

[1] جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 851.

[2] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص 384.

[3] Tribu. Crime. Aix 10.11.1953.

نقلا عن أحمد محمود سعيد: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، دار النهضة العربية ، القاهرة،2007،ص 488.

[4] ويفضل أن يكون المتنازل أخا توأما للمريض أو شخص آخر تتشابه فصيلة أنسجته وأنسجة المريض. انظر مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، الجزء الأول ، الكتاب الثاني ، المرجع السابق ، ص 123.

وفي الأخير المتابعة لحالة الشخصين المشتركين في العملية لا سيما الشخص المنقول إليه العضو البشري لأنه يحتاج إلى تثبيت جهاز المناعة لديه فيتم إعطاءه الأدوية اللازمة للتغلب على مشكلة رفض الجسم للأجزاء الغريبة.[1]

من خلال هذه المراحل قد يرتكب الطبيب أخطاء طبية خلال العملية الجراحية (المطلب الأول) أو من قبل مساعديه باعتبار العمل الطبي يتم في إطار جماعي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأخطاء الطبية خلال العملية الجراحية.

تتطلب عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها الدقة والحذر الشديد ومراقبة كل التحاليل اللازمة لأن الأمر يتعلق بنزع عضو بشري من جسم إنسان سواء حي أو ميت والمعلوم أن الأخطاء الطبية لا يمكن حصرها فقد يرتكبها الطبيب في حالة عدم إتباع الأصول العلمية والمجال واسع (الفرع الأول) أو يرتكبها أثناء تنفيذ العملية الجراحية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم إتباع الأصول العلمية.

الطبيب ملزم باحترام ومراعاة القواعد المتبعة بممارسة المهنة وإدراكها وهي ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم ويكون ذلك في حال إخلال الطبيب بالسلوك المألوف والمعقول للطبيب العادي الذي ينتمي إلى ذات التخصص في مثل ظروفه وعزوفه عن بذل القدر الذي يبدله أكثر الناس تهاونا في أمور نفسه .[2] كما لو اغفل الطبيب تطبيق القواعد الأولية والبديهية التي تحكم مهنة الطب ومثاله خطأ الطبيب في التشخيص (أولا) أو العلاج (ثانيا) أو عمليات التخدير (ثالثا) أثناء استعمال الأشعة (رابعا) ، خطأ لا يجوز أن يقع فيه الطبيب الذي ينتمي إلى ذات التخصص ويتمتع بالقدر الأدنى من الحيطة والحذر .

---

[1] هيثم حامد المصاروة: المرجع السابق ، ص 28.

[2] نفس المرجع : ص 253. وفي أدانت المحكمة الفرنسية الطبيب الذي سافر بعد إجراء العملية وترك المريض في رعاية زملاء له تبين لهم الخطأ في التشخيص وعند عودته لم يشاطر زملائه في الرأي وأصر على تشخيصه وغم وضوح العلامات الظاهرة التي تشير إلى ذلك. انظر civ.29oct.1864.56 نقلا عن محمد حسين منصور : مقال عن الخطأ الطبي في العلاج ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، المسؤولية الطبية ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004،ص34.

أولا : الخطأ في مرحلة التشخيص : Le diagnostic

إن مرحلة التشخيص أهم مرحلة في العمل الطبي فالطبيب ملزم بإجراء الفحص الطبي بكل عناية ودقة وإحاطة عمله بكل الضمانات التي يضعها الطب بين يديه ولا مانع من الاستعانة بأطباء اختصاصيين في كل حالة يصعب فيها تشخيص المرض تفاديا لكل خطأ محتمل.[1] فالتشخيص هو اللبنة الأولى التي تقوم عليها جميع أعمال الطبيب ويسأل الطبيب إذا أخطأ في تشخيص مرض أعراضه ظاهرة للعين منذ الوهلة الأولى فهذا يدل على جهل الطبيب بالفن الطبي فيجب وضع حد بين الرأي والجهل فالأول علم والثاني خطأ.[2]

وكنتيجة يسأل الطبيب إذا أخطأ أو أهمل في إجراء الفحوص الطبية على كل من المتبرع والمستقبل في هذا المجال وكان هذا الخطأ مما لا يقع فيه الطبيب اليقظ الذي ينتمي إلى نفس التخصص ويشترط في هذه العمليات أن يسبقها فحص دقيق للتأكد من المسائل التالية :

1-عدم الإصابة بمرض الايدز أو الالتهاب الوبائي.

2- توافق الأنسجة بين المريض والمتبرع.

3- صلاحية العضو المطلوب نقله.

4-إذا كان نقل العضو لن يعرض المتبرع لأخطار أو أضرار جسيمة وتزداد أهمية ذلك في حالة الأعضاء غير المتجددة مثل الكلية في هذه الحالة يجب التأكد أن الكلية الأخرى سليمة وعلى ذلك لا يسأل من الوجهة القانونية مادامت الكلية المتبقية سليمة وتمت عملية إجراء نقل الكلى ولو تعرض في المستقبل لأخطار صحية ، إذا لم تكن هذه الأخطار متوقعة أثناء إجراء هذه العمليات .

---

[1] وقضى القضاء الفرنسي بمسائلة الطبيب واعتباره مخطئا إذا طلب منه المريض أو ذووه في ظروف استثنائية أو في حالة الاستعجال الاستعانة باختصاصي فيمتنع . أما القضاء المصري فقضى بمسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص وبإدانته عن جريمة القتل في تشخيص مرض الكلب على أنه روماتيزم بالركبة دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة من تحاليل وفحوص ميكروسكوبية وكلينيكية للتحقق من ماهية المرض. نقلا عن محمد اوغريس : مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي ، ط1 ،الدار البيضاء ،1994، ص 68.

[2] أمير فرج، الجرائم الطبية: المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص68 . وأمير فرج يوسف : مسئولية الأطباء من الناحية المدنية والجنائية والتأديبية ، مركز الإسكندرية للكتاب ، الازاريطة ،2010 ،ص 210.

5- يجب أن تكون احتمالات نجاح العملية قوية رغم عدم إمكانية الوصول إلى اليقينية في الطب لأن الطبيب ملزم أساسا بوسيلة وليس بغاية كقاعدة عامة ولا يكون عمل الطبيب مباحا لو كان احتمال نجاح العملية محدودا.[1]

ثانيا :الخطأ في مرحلة العلاج :

يشترط في العلاج أن لا يؤدي إلى الإضرار بالمريض أو لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن يجنيها المريض من العلاج وإلا كان مسئولا فالواجب يقتضي من الطبيب الموازنة بين أخطار المرض وأخطار العلاج.

فالعلاج يجب أن يكون مناسبا لحالة المرض وموافقا للأصول العلمية والفنون الطبية ولا يشكل خطرا على حياته وأكد القضاء المصري بشأن مسؤولية الطبيب عن خطأ العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذي يختاره إلا إذا ثبت أنه في اختيار العلاج اظهر إهمالا بأصول العلم والفن الطبي .[2] كما يجب على الطبيب قبل اللجوء إلى العمليات الجراحية وبالأخص في المراحل الأولى للعلاج بالأدوية وعدم استخدام وسائل علاجية طويلة المدى أو معقدة أو مضرة بالصحة.[3]

وفي مجال نقل الكلى مثلا لا يتم اللجوء إليها إلا بعد فشل العلاج بالأدوية واستعمال كل الوسائل المتاحة كالغسيل الكلوي.

ثالثا :الخطأ في عمليات التخدير :

يجب على الطبيب قبل اللجوء إلى عمليات تخدير المريض فحصه أولا ثم التحقق من دورته الدموية ومدى إمكانية تحمله التخدير وإلا كان مسئولا جنائيا في حالة وفاة

---

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله: المرجع السابق، ص161.

[2] شريف الطباخ : المرجع السابق ، ص 49 .

[3] محمد اوغريس :المرجع السابق ،ص71. فقد أدان القضاء الفرنسي الطبيب الذي وصف دواء دون مراعاة الآثار الجانبية الضارة بالنسبة لحالة المريض . كما أدان الطبيب الذي لم يصف الأدوية ذات الفعالية الكافية لأنه أخطأ في تحديد الجرعة وتوقيتها.

Voir Civ .12 juin 1990, B.I.N .162 Et Paris 27sép.1990 D .1990.944

نقلا عن محمد حسين منصور : المرجع السابق ، ص 463.

المريض.[1] يعد الطبيب الجراح مسئولا في حال تخدير المريض دون أي مساعدة من طرف طبيب التخدير أو بدون معرفة آثار المخدر على حالة المريض وصحته .
كما يسأل الطبيب الجراح عن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب المخدر أثناء عملية التخدير إذا كان هو الذي اختاره والتجأ إليه من تلقاء نفسه لأن عمله يشكل جزءا من التزاماته الرئيسية . والطبيب المخدر لا تنتهي مهمته بمجرد الانتهاء من العملية الجراحية بل لابد من مراقبة المريض والاعتناء به حتى يفيق من غيبوبته ويزول عنه أثر التخدير.[2]

رابعا :الخطأ في استعمال الأشعة : La radiologie

يجب على الطبيب مراقبة مدى تأثير الأشعة على جسم المريض بكل عناية ودقة والتوقف عن المعالجة إذا ظهرت على المريض أية أعراض غير عادية.
وذهب القضاء الفرنسي إلى مسؤولية الطبيب الذي لم يراع حالة الحساسية الخاصة بشاب في عمر الثامنة عشرة من عمره، مما تسبب له في الإصابة بحروق خطيرة نتيجة استخدام الأشعة .[3]
والاتجاه الغالب في القضاء هو افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة بالنظر إلى التقدم الفني الكبير الذي أحدثه العلم في هذا المجال عن طريق تحسين أجهزة الأشعة وضمان كفائتها وتزويدها بالإمكانيات اللازمة لمنع الضرر بجسم الإنسان.[4] وفي هذا الصدد أدانت المحكمة الفرنسية الطبيب الذي استخدم أجهزه قديمة أصدرت أشعة على درجة من القوة تفوق طاقة المرضى حيث كانوا أطفالا وكان من الصعب التحكم فيها وتسببت لهم بضرر.[5]

[1] شريف الطباخ : المرجع السابق ، ص 64.
[2] محمد اوغريس :المرجع السابق ، ص75.
[3] نفس المرجع : ص 76.
[4] محمد حسين منصور :المرجع السابق ، ص 45.
[5] نفس المرجع : ص46.

الفرع الثاني :الخطأ الطبي أثناء تنفيذ العمليات الجراحية :

الطبيب الجراح ملزم بإجراء فحص كامل وشامل ودقيق على حالة المريض الذي سيكون محلا للعملية الجراحية و يجب أن يشمل الحالة العامة للمريض وما ينشأ عنها من آثار وإلا كان مسئولا عن كل إهمال يقع فيه .[1]

ويسأل الطبيب عن كل الأخطاء التي يرتكبها أثناء مباشرة العملية الجراحية كعدم تنظيف الجرح وغسله مما يسبب التهابات تؤدي إلى وفاة المريض نتيجة إصابته بالتسمم ومسئولية الطبيب تمتد إلى ما بعد إجراء العملية الجراحية وقضى القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب الذي ترك المريض يغادر المصحة دون أية مساعدة أو اتخاذ الاحتياطات اللازمة عقب إجراء عملية جراحية معينة مع علمه بإمكانية نشوء مضاعفات خطيرة على المريض .[2]

أولا – مسؤولية الطبيب عن خطئه في تنفيذ عمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية :

تمتد مسؤولية الطبيب إلى مرحلة التنفيذ حيث يقتضي الأمر المزيد من المهارة والرعاية والحيطة كما تمتد إلى مرحلة النقاهة لتشمل المتابعة الدقيقة لتجنب المضاعفات ولاتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب لمنع تفاقم الأضرار فالمتابعة بعد الجراحة ضرورية .[3] فإذا أخطا الطبيب في هذه المرحلة كإغفاله الإشراف على المريض ، تنعقد مسؤوليته الجنائية .[4]

ونظرا لأهمية هذه المرحلة ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن عدم اهتمام الطبيب بالحصول على الرضا الصحيح من المريض وان كان يصلح أساسا للتعويض المدني إلا انه لا

---

[1] محمد اوغريس :المرجع السابق ،ص77.

[2] نفس المرجع : ص97.

[3] محمد عبد الوهاب الخولي : المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، الطبعة الأولى ، 1997، ص 219. و إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق ، ص161.

[4] زهدور أشواق : المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل الأعضاء البشرية والاتجار بها ، مجلة الدراسات الحقوقية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة طاهر مولاي سعيدة، العدد الأول ، 2014،ص 26.

يصلح أساسا للمسؤولية الجنائية عن الضرر الناتج عن العلاج ما لم يقترن بخطأ يكون سببا في إحداث الضرر .[1]

كما ذهب الفقيهان "جارسون" و "جارو" إلى أن مسؤولية الطبيب عن خطأ في الحصول على رضا المريض مقدمة تماما عن المسؤولية الناشئة بسبب الخطأ الفني في مباشرة العلاج فمحل المسؤولية الأخيرة سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي أما في حالة التخلف أو عدم تقيد برضا المريض فان الطبيب يتحمل المخاطر الناشئة عن العلاج حتى لو كان سلوكه لم تشبه شائبة وحجتهم في ذلك عدم الحصول على رضا المريض وعلاج المريض أصبح غير مشروع وتتوافر فيه عناصر الخطأ ذاته .[2]

ثانيا : حالة الإخلال بشرط التناسب :

يجب على الطبيب في جميع الأحوال ممارسة مهنته في الحدود التي يضعها القانون والتناسب يجد حدوده عند الحالة التي تعرض حياة المتبرع صحته للخطر الجسيم أو يعطل زوال العضو وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف الحياة عليها وهنا نميز بين حالتين :

ا-**حالة تعمد الطبيب الإخلال بشرط التناسب :**

يسأل الطبيب في حالة تعمده الإخلال بشرط التناسب طبقا للقواعد العامة عن جريمة الضرب والجرح المفضي إلى عاهة مستديمة إذا لم تؤد إلى الوفاة مكتملة الأركان، فيتمثل الركن المادي في سلوك الطبيب الذي قام بالاستئصال أما الركن المعنوي يظهر من خلال قيام الطبيب باستئصال عضو سليم وهذا دليل على توافر عنصري العلم والإرادة وانصرافه إلى إحداث عاهة مستديمة.[3]

ولا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية الدافع على ارتكاب الفعل إذا كان بغرض إنقاذ شخص آخر أما فيم يتعلق بالإثبات ، فإن المجني عليه يقع عليه إثبات واقعة الاعتداء

---

[1] حكم محكمة استئناف باريس في 12-03-1931 وحكم محكمة النقض الفرنسية في 04-03-1974 انظر مفتاح مصباح بشير الغزالي: المسؤولية الحنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية ،المكتب الوطني للبحث والتصوير ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا ، 2005،ص 256.

[2] نفس المرجع : ص 258.

[3] طارق سرور: نقل الأعضاء بين الأحياء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ، ص 252.

على تكامله الجسماني فقط. والعقوبة المقررة في هذه الحالة بالرجوع إلى قانون العقوبات هي السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات.[1]

و إذا أدت عملية الاستئصال إلى وفاة المنقول منه العضو، نكون بصدد جريمة الجرح العمدي المفضي إلى الوفاة والمعاقب عليها بموجب المادة 264 فقرة أخيرة من قانون العقوبات .[2] أما إذا أدت العملية الجراحية إلى وفاة المستقبل فيسأل الطبيب عن قتل خطأ في حال توافر خطأ غير عمدي باعتبار أن العمل الطبي يعد علاجيا بالنسبة للمستقبل والعقوبة المقررة طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 1000دج إلى 20000 دج[3] أو عن جريمة القتل العمدي في حال توافر القصد الجنائي.[4]

ب- حالة عدم تعمد الطبيب الإخلال بشرط التناسب :

في حال تصرف الطبيب دون قصد تجاوز شرط التناسب باعتبار أن هذه العمليات يحكمها شرط الضرورة بالدرجة الأولى كما رأينا من قبل و مثال ذلك : حال عدم توقع الطبيب درجة خطورة الفعل على المنقول منه العضو على النحو الذي كان في وسعه توقعه أو إذا كان يتوقع توافر التناسب اللازم بين الخطر الذي يتعرض له المنقول منه والفائدة التي تعود على المنقول إليه . بالتالي يسأل وفقا للقواعد العامة عن جريمة الجرح

---

[1] نص المادة 264:" كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف والتعدي ، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوما ." من ق .ع السالف الذكر .

وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه ، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ." من ق.ع السالف الذكر .

[2] نص المادة 264 فقرة أخيرة : " وإذا أفضى الضرب والجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ." من ق.ع السالف الذكر .

[3] نص المادة 288 من ق.ع: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 دج إلى 20000دج." من ق.ع السالف الذكر .

[4]

غير عمدي في صورتها المشددة طبقا لنص المادة 289 فقرة ثانية من قانون العقوبات[1] على أساس جسامة الضرر إن لم تحدث وفاة.[2]

فإذا توفي المنقول منه يسأل الطبيب عن جنحة القتل الخطأ المنصوص عليها بنص المادة 288 من قانون العقوبات.[3] وتشدد العقوبة في حال توافر جسامة الخطأ وهي حالة إخلال الطبيب إخلالا جسيما بأصول مهنته ويكون ذلك بانحراف الطبيب عن السلوك المألوف والمعقول للطبيب العادي الذي ينتمي إلى ذات التخصص في مثل ظروفه ، بل قعوده عن بذل القدر الذي يبدله أكثر الناس تهاونا في أمور نفسه. كما لو اغفل الطبيب تطبيق القواعد الأولية والبديهية التي تحكم مهنة الطب والتي استقر عليها كل من يمارسها وعلى عدم التسامح مع من يخل بها مثال ذلك خطأ الطبيب في التشخيص أو الوقاية خطأ لا يجوز أن يقع فيه الطبيب المنتمي إلى ذات التخصص ويتمتع بالقدر الأدنى من الحيطة والحذر . أما إذا أدت العملية الجراحية إلى وفاة المستقبل يسأل الطبيب وفقا للقواعد العامة عن جنحة القتل الخطأ .

ويتمثل العنصر المادي في السلوك المادي المحدث لوفاة الإنسان ، فلا يتحقق إلا بالوفاة وأن يقوم بهذا الفعل إنسان أما العنصر المعنوي فيتمثل في وقوع الوفاة دون نية إجرامية بمعنى عن طريق الخطأ بدون قصد وفي الأخير لابد من توافر علاقة السببية بين فعل مرتكب الجريمة وحدوث الوفاة.[4] وتقابلها في القانون المصري المادة 238 فقرة أولى وتشدد العقوبة في حال توافر جسامة الخطأ وهي حالة إخلال الطبيب إخلالا جسيما بأصول مهنته ويكون ذلك بانحراف الطبيب عن السلوك المألوف والمعقول للطبيب العادي

---

[1] نص المادة 289 :" من ق.ع :"إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج إلى 15000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ."من نفس القانون .

[2] طارق سرور: المرجع السابق ، ص252.

[3] نص المادة 288 من ق ع السالف الذكر: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة ، يعاقب بالحبس من ستة اشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة مالية من 100 إلى 20.000 دج ."

[4] بن وارث .م : مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2003 ، ص134-135.

الذي ينتمي إلى ذات التخصص في مثل ظروفه ، بل قعوده عن بذل القدر الذي يبدله أكثر الناس تهاونا في أمور نفسه .[1]

المطلب الثاني :مسؤولية الطبيب الجراح عن مساعديه:

تقتضي عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها وجود طاقم طبي كالممرضين وحتى الأطباء المتخصصين وفقا لمقتضيات العملية وإتباع الأصول الفنية التي يتطلبها العمل الجراحي وهذا ما نصت عليه المشرع الجزائري في المادة الأولى من مدونه أخلاقيات الطب.[2] بالإضافة إلى ضرورة توافر الوسائل والإمكانيات المتاحة للقيام بالعملية دون تعريض حياة المريض للخطر وهذا ما أكدته المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر. [3] وما يؤاخذ على التشريع الجزائري عدم تحديد طائفة الأطباء المختصة للقيام بعمليات زرع الأعضاء البشرية المختلفة على غرار التشريع الفرنسي الذي جعل اختصاص نقل الكلى من طرف أخصائي بالمسالك البولية بالإضافة إلى الطاقم الطبي المتكون من أخصائي بالكلى ، التخدير والإنعاش ، علماء المناعة حيث يتم الاجتماع مع نهاية الفحوص الطبية لاتخاذ قرار إجراء العمل الجراحي .[4]

ويعد الطبيب رئيس الفريق الطبي مسؤول عن تنسيق كافة أنشطة مساعديه، إذ في اغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه ونظرا للاتفاق القائم بينه وبين المريض فانه يسأل تعاقديا

---

[1] طارق سرور : المرجع السابق ، 253.

[2] نص المادة الأولى : "أخلاقيات الطب ، هي مجموعة من المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح ....أن يراعيها وأن يستعملها في ممارسة مهنته ." من ق .م.ط السالفة الذكر .

[3] نص المادة 14 :" يجب أن يتوفر لطبيب الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهنة ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية ." من ق.م.ط السالفة الذكر .

[4] Au terme de l'évaluation médicale, la décision de l'intervention est arrêté de façon collégiale au cour d'une réunion pluridisciplinaire associant néphrologues, urologue, anesthésistes –réanimateurs et immunologistes. » Voir Ahmed ABDULDAYEM ,op cit ,p162.

في مواجهة المريض عن الأخطاء التي يرتكبها أفراد مجموعته من ممرضات ومساعدين.[1]

والمعلوم أن هذه الفكرة تناقض مبدأ أساسي في قانون العقوبات وهو شخصية المسؤولية وأساس المسؤولية عن فعل الغير هو خطأ شخصي ارتكبه هذا الشخص أدى إلى وقوع الغير بالخطأ.

وقد ارست محكمة التمييز الفرنسية في منتصف القرن التاسع عشر مبدأ المسؤولية عن فعل الغير بقرار صدر بتاريخ 26 أكتوبر 1856 إذ اعتبرت أن الأنظمة المتعلقة بممارسة مهنة معينة تلزم شخصيا من يتعاطى بهذه المهنة ويبقى بالتالي خاضعا للعقوبات التي نصت عليها هذه الأنظمة في حال مخالفتها من قبله شخصيا أو من قبل تابع له .[2]

وإذا كانت المحاكم ترى طبقا للتقنيات المتطورة في العمليات الجراحية أن الاختصاص الطبي موزعا بين أعضاء الفريق الطبي الجراحي فيتحمل كل منهم مسؤولية العمل ضمن اختصاصه وبالتالي عدم مساءلة الطبيب الجراح عما يقوم به أعضاء فريق العمل .

لكن مسؤولية الطبيب عن فعل الغير تنشأ عادة عندما يعمل مع الطبيب شخص تحت إشرافه أو فريق عمل كما في حالة الطبيب الجراح ، فالطبيب عندما يباشر عمله في غرفة العمليات يساعده عدة أطباء ومساعدين كالممرضين أو طبيب البنج إذا كان تابعا للطبيب الجراح اعتبر مسؤولا جنائيا عن الأخطاء التي يرتكبها طبيب البنج ، أما إذا كان مستقلا عنه فيتحمل كل منهما مسؤولية أخطائه .[3]

[1] محمد حسين منصور : المرجع السابق ، ص 93.

[2] ق د علي مصباح إبراهيم : المرجع السابق ، ص 550.

[3] نفس المرجع : ص 551.

والرأي السائد اعتبار الطبيب الجراح رئيس الفريق الطبي يعمل تحت إشرافه فريقا متكامل بحيث يصبح مسؤولا جنائيا عن الأخطاء التي يرتكبها أعضاء هذا الفريق في حال ثبوت إهمال الرقابة لدى الجراح وقيام صلة سببية بين الإهمال والنتيجة الحاصلة .

وقد اعتبرت محكمة "تولوز" الطبيب الجراح مسئول عن الخطأ الذي ارتكبه طبيب البنج الذي أدى إلى وفاة الكاتبة الروائية "سارازان" وملخص القضية أن السيدة "سارازان" أدخلت المستشفى لإجراء عملية استئصال الكلية اليمنى فأعلم الطبيب الجراح طبيب البنج بذلك قبل اليوم المخصص لإجراء العملية بيوم واحد . لم يطلع طبيب البنج على وضع المريضة إلا في غرفة العمليات وهي منومة بتأثير المخدر ، بعد إجراء العملية أعطى الطبيب تعليماته بتغيير وضع المريضة من اتكاءها على جانبها الأيسر إلى وضعها على ظهرها .أعيدت المريضة على ظهرها بسرعة فانسابت كمية الدم المتجمعة في القلب ولم تصل كمية متناسبة لتحل محلها لسبب رجح بأن كمية الدم للمريضة لم تكن أصلا كافية بسبب مرضها ولأنها لم تعط دما أثناء العملية ، فتوقف الضخ في القلب وتوفيت المريضة ولم يتمكن طبيب البنج من إنعاش القلب .[1]

الخلاصة أن الطبيب الجراح مسؤولا عن فعل مساعديه وأساس مسؤوليته خطئه الشخصي الناتج عن إهماله أو قلة الاحتراز أو فقدان الرقابة أو عدم اتخاذ الحيطة اللازمة التي تؤمن سلامة العملية الجراحية وحسن أداء مساعديه لكن هذا لا يحجب مسؤولية كل عضو من أعضاء الفريق المساعد عن الخطأ الشخصي المرتكب منه .

---

[1] Cour d'Apple de Toulouse ,24 .

نقلا عن ق.د علي المصباح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 551 . وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع المغربي إلى إمكانية مساءلة الطبيب عن أفعال مساعديه من ممرضين وطلبة الطب وغيرهم إذا أمكن نسبة الخطأ إليه هو شخصيا في إحدى صور الخطأ المنصوص عليها في القانون المغربي وفقا لنص المادتين 432 و 433 من القانون الجنائي المغربي .انظر محمد اوغريس ، المرجع السابق ، ص 85.

المبحث الثالث : عدم احترام النظام العام والآداب العامة .

شرعت هذه العمليات حماية للفرد وخدمة للمجتمع فتنازل الشخص عن حقه بشأن سلامته الجسدية لا يتبعه بالضرورة تنازل مماثل لهذا الحق من قبل المجتمع الا اذا لم يضر ذلك التنازل بمصلحة المجتمع .

وأحيانا تقتضي هذه المصلحة حرمان الفرد من حقه في تحقيق أية غاية تتعارض مع هذه المصلحة . لذلك وجب أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا للنظام العام والآداب العامة ، بأن يكون التنازل لغرض علاجي(المطلب الاول) وعدم الحاق ضرر بالمتبرع لخطورة التصرف المقبل عليه أي التبرع بالعضو البشري (المطلب الثاني) وعدم اختلاط الأنساب (المطلب الثالث).

المطلب الأول: عدم تحقيق الغرض العلاجي .

يقصد بذلك أن يكون الغرض من استئصال عضو من جسم الإنسان وإعادة زرعه في جسم المريض المستقبل، علاج المريض وإنقاذه من الهلاك بعيدا عن أي هدف غير مشروع بمعنى يجب أن لا تتعارض الاتفاقيات الواقعة على جسم الإنسان مع النظام العام ومصلحة المجتمع ويرى "Carbonnier " أن القانون يأخذ بعين الاعتبار وبشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين وعليه فحرية تصرف الشخص في جسمه مشروطة بالسبب المشروع.[1] ويتم معالجة ذلك في القانون المقارن (الفرع الاول) والقانون الجزائري (الفرع الثاني) .

[1] احمد بدوي :المرجع السابق ،ص59. و يثور الاشكال في حالة اذا كان الاستئصال لغرض إجراء تجارب علمية أو تجارب علاجية ، اتجه جانب من الفقه الى اعتبار التجارب العلمية تهدف الى اكتساب المعارف العلمية في مجال معين ولا يرجى منها أي فائدة علاجية . أما التجارب العلاجية جائزة اذا كانت تهدف الى شفاء المريض في حين اعتبرها البعض غير جائزة لأن ذلك يعرض المتبرع الى تضحية لاداعية لها فهناك بدائل كإجراء التجارب على الحيوانات. انظر مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ،ص 479.

الفرع الأول :في القانون المقارن .

المعلوم أن اشتراط تحقيق قصد العلاج لا يتساير مع التطور الطبي في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية لأنها عمليات لا تنطوي على علاقة ثنائية تربط بين الطبيب والمريض بل تنطوي على علاقة بين ثلاثة أشخاص أو أكثر وهم: المريض، الطاقم الطبي والمتبرع.[1]

ومهمة الطبيب في هذه الحالة ليس فقط تحقيق العلاج من علة مرضية وإنما تحقيق الصالح العام والتكافل الاجتماعي الذي هو هدف المشرع من إباحة هذا النوع من العمل الطبي واختلفت القوانين في تحديد العقوبة المقررة في حال مخالفة تحقيق الغرض العلاجي ويتم التعرض لذلك .

أولا :القوانين العربية :

القاعدة العامة أن يسأل الطبيب عن جريمة عمدية من جرائم المساس بسلامة الجسم إذا قام باجراء عملية الزرع بدون توافر الغرض العلاجي.[2] وأكد المشرع المغربي على ضرورة أن يكون التبرع لغرض علاجي أو علمي في نص المادة الثالثة من القانون المتعلق بنقل الاعضاء وزرعها .[3] وأكد في نص المادة التاسعة من نفس القانون على أن تكون المصلحة العلاجية لمتبرع معين ومحدد إما أصول المتبرع أو فروعه أو إخوانه أو أخواته أو أعمامه أو عماته أو أخواله أو خالاته أو أبناءهم[4]. ونص في المادة 33 من

[1] ضاري خليل محمد : مقال مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجنائي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ، سلسلة المائدة الحرة ، بيت الحكمة ،دون سنة ،ص 85.

[2] نفس المرجع : ص 86.

[3] Art 3 : « Le don ,le prélèvement ou la transplantation d'organes humains ne peuvent avoir qu'un but thérapeutique ou scientifique . » du la loi 98-16 ,Op Cit .

[4] Art 9 : « Le prélèvement sur une personne vivante qui en fait le don ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique d'un receveur déterminé : les ascendants, les descendants, les frères, les sœurs, les oncles, les tantes du donneur ou leurs enfants. Le prélèvement peut être effectué dans l'intérêt du conjoint du donneur à condition que le

نفس القانون على المعاقبة بالسجن من 05 الى 10 سنوات كل من قام بعملية اخذ أعضاء من جسم إنسان على قيد الحياة لغرض غير علاجي أو علمي على الرغم من موافقة الشخص المذكور مباشرة على عملية أخد العضو أو موافقة ممثله القانوني عند الاقتضاء وفي الحالة الأخيرة يعاقب الممثل القانوني بالعقوبات المطبقة على الشريك في المخالفة.[1] كما اضاف في المادة 36 من نفس القانون على معاقبة كل من يأخذ عضو من شخص متوفى دون غرض علاجي أو علمي بالحبس من سنتين الى خمس سنوات وبغرامة مالية من 50.000 درهم جالى 300.000 درهم.[2] ولم يكتف بذلك بل اضاف في حالة ارتكاب هذا الفعل من طبيب أو جراح على الخصوص، فالعقوبة هي المنع من ممارسة هذه المهنة أو أي نشاط في الميدان الطبي أو له صلة بهذا الميدان من خمس إلى عشر سنوات[3]. والملاحظ تدرج العقوبة من الحبس إلى المنع من ممارسة مهنة الطب إذا ارتكب هذا الفعل المجرم من قبل الطبيب أو الجراح.

---

mariage soit contracté depuis une année au moins. Le lien de parenté entre le donneur et le receveur prévu au premier alinéa du présent article doit être prouvé. » Du la loi 98-16 op Cit.

[1] Art 33 : « Quiconque procède un prélèvement d'organe sur une personne vivante, dans un but autre que thérapeutique ou scientifique, et puni de la réclusion de 5 à 10 ans, même si ladite personne a consenti au prélèvement directement ou, le cas échéant, par l'intermédiaire son représentant légal .Dans ce dernier cas, le représentant légal est puni des peines applicable au coauteur de l'infraction. » Du la loi 98-16, op Cit.

[2] Art 36 :« Quiconque effectue un prélèvement d'organe humains sur une personne décédé, et puni de deux à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 50.000 à 300.000 dirhams … et puni des même peine quiconque effectue un prélèvement …..: d'organe sur une personne décédée, dans un but autre que thérapeutique ou scientifique. » du la loi 98-16 ,op Cit.

[3] L'article 42 : « Dans les cas prévus aux articles 33,34,35,36,38,39,40 et 41 , la juridiction ordonne l'interdiction d'exercer toute profession ou activité dans le domaine médical ou en relation avec ce domaine , pour une durée de cinq à dix ans . » du la loi 98-16 ,op Cit.

والمشرع التونسي اشترط هو الآخر أن يكون غرض الزرع علاجي في نص المادة 2 من قانون 91-22 الخاص بنقل الأعضاء البشرية.[1] أما القانون القطري نص في المادة الثانية من قانون الخاص بنقل الاعضاء البشرية لسنة 1998 -21[2] على إجازة إجراء عمليات استئصال الأعضاء من قبل اطباء اختصاصيين من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم آخر إذا كان الهدف المحافظة على حياته أو تحقيق مصلحة علاجية ، أما العقوبة المقررة فقد نصت المادة 12 منه :" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن سنتين ولا تزيد عن 10 سنوات وبغرامة لاتقل عن 10 الاف ريال او باحدى هاتين العقوبتين كل من خالف احكام هذا القانون والقرارات المنفذة له ."

في حين القانون المصري نص في المادة الثانية من القانون المتعلق بتنظيم زرع الاعضاء البشرية على عدم إجازة نقل أي عضو أو أي جزء من عضو او نسيج من جسم انسان إلا لضرورة علاجية أو للمحافظة على حياة المتلقي.[3] وحددت المادة 17 من نفس القانون العقوبة المقررة وهي السجن لمدة لا تزيد عن سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولاتزيد عن مئة الف جنيه.[4]

---

[1] L'article 2 : « En vue d'une greffe dans un but thérapeutique, sur un être humain.. » du la loi n° 91-22 DU 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains.

[2] نص المادة الثانية من القانون القطري: "يجوز للاطباء الاختصاصيين اجراء عمليات استئصال الاعضاء من جسم شخص حي او جثة متوفي وزرعها في جسم اخر بهدف المحافظة على حياته او لتحقيق مصلحة علاجية راجحة وذلك وفق الشروط والاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون ."

[3] نص المادة الثانية من القانون المصري : "لا يجوز نقل اي عضو او جزء من عضو او نسيج من جسم انسان حي بقصد زرعه في جسم انسان اخر الا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي او علاجه من مرض جسيم ، وبشرط ان يكون النقل هو الوسيلة المحددة لمواجهة هذه الضرورة والا يكون من شان النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته او صحته..... " من قانون رقم 05 لسنة 2010 بشان تنظيم زرع الأعضاء البشرية ، ج ر العدد 09 مكرر في 2010/03/16.

[4] نص المادة 17 من القانون المصري:" يعاقب بالسجن وبغرامة لاتقل عن عشرين الف جنيه ولاتزيد عن مائة الف جنيه كل من نقل عضوا بشريا او جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لاي من احكام المواد 2 ،5،3،4 من هذا القانون ، فاذا وقع الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد عن سبع سنوات . واذا ترتب عن الفعل المشار

ثانيا –القانون الفرنسي :

نص على ضرورة ان يكون الغرض علاجي من عملية الاستئصال العضو البشري وزرعه لدى المتنازل في نص المادة L 665-15 من قانون رقم 94-654 الخاص بنقل الاعضاء وزراعتها .[1] وكذا نص المادة L3 -671 [2] من نفس القانون واكد على الغرض العلاجي الضروري المرتبط مباشرة بالمستقبل بل وحدد الأعضاء القابلة للنقل.

الفرع الثاني : القانون الجزائري.

نص المشرع في المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ضرورة أن يكون نزع الاعضاء البشرية لغرض علاجي أما فيم يخص التجارب العلمية أو غير علاجية فلابد من رأي مسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليها في المادة 168مكرر 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها. ولم يرد نص قانوني يحدد العقوبة اللازمة في حالة مخالفة نص المادة 161 من قانون الصحة على غرار عدم توافر الرضا أو مجانية التبرع وحبذا لو وضع نصوص خاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو أدرج عقوبة في القانون الخاص بنقل الاعضاء البشرية على غرار المشرع المغربي بما لا يتعارض مع نصوص قانون العقوبات أو أي نص قانوني .

اليه في الفترة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لاتقل عن مائة الف جنيه ولا تجاوز مائتي الف جنيه ." من نفس القانون السالف الذكر .

[1] L'article L665-15 : « le prélèvement d'éléments et la collecte de produit du corps humain à des fins thérapeutique sont soumis à des règles de sécurité sanitaire définies par décret

en conseil d'Etat. » Du la loi n° 94-654 du 29 JUILLET 1994 relative au don et à l'utilisation, des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

[2] L'article L 671-3 :" Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Du la loi 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation, des éléments et produit du corps humain.

المطلب الثاني :عدم تضرر المتبرع من عملية الاستئصال .

تمس عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء كأصل عام الأعضاء المزدوجة بالجسم البشري أو المواد المتجددة كالجلد أو الدم فلا يجوز نزع الأعضاء المنفردة كالقلب أو الكبد وإلا اعتبر ذلك مخالفا للنظام العام. ونفس الشئ اذا كان الاستئصال من جثة متوفى فلابد من التأكد من وفاته قبل الاستئصال، بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها. وتعددت القوانين التي تنص على عدم الإضرار بجسد المتبرع ويتم التطرق لذلك في القوانين العربية (الفرع الأول) ثم القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : القوانين العربية .

قد يسبب استئصال العضو البشري من جسد المتبرع ضررا جسيما، كأن يسبب إعاقة في أداء وظائفه الاجتماعية كنقل عين سليمة من شخص أحول أو أعور إلى شخص مريض فهذا الشخص سيعيش كفيفا مما يترتب عليه إعاقة تحرمه من أداء وظائفه الاجتماعية. والجدير بالذكر أن معظم التشريعات اكدت على ضرورة عدم الإضرار بالمتبرع ، منها المشرع المغربي في القانون 98-16 الخاص بنقل الاعضاء البشرية على عدم اجازة أخذ الأعضاء البشرية إذا كان ذلك يعرض حياة المتبرع للخطر او الاضرار بصحته ضررا بالغا ونهائيا واشترط المشرع المغربي احاطة المتبرع بكافة الأخطار المتصلة بأخذ العضو البشري وبالنتائج التي قد تترتب على ذلك. وتقع مسؤولية إعلام المتبرع على الأطباء المسؤولين عن عملية الأخذ الذين يطلعون المتبرع على جميع النتائج المتوقعة عن عملية التبرع من الناحية الجسدية والنفسية وعلى جميع الانعكاسات المحتملة على الحياة الشخصية والأسرية والمهنية للمتبرع وعلى النتائج المرجوة من زرع العضو في جسم المتبرع له.[1]

[1] Article 8 : « Le prélèvement ne peut être effectué s'il est de nature à mettre en danger la vie du donneur ou à altérer de manière grave et définitive sa santé…» du la loi 98-16 op. Cit.

أما المشرع التونسي أكد في المادة الرابعة واعتبر إلحاق الضرر بالمتبرع في حالة أخذ عضو ضروري للحياة يؤدي حتما لوفاة الشخص المتبرع.[1] وحدد العقوبة في حال وقوع الجريمة بالرجوع الى قانون الجنائي في نص المادة 201 في حال وفاة المتضرر وفي حال الجرائم المساس بسلامة في الجسم فتطبق على الجاني المادة 219 من القانون الجنائي[2]. والمشرع المصري أكد في المادة الثانية على عدم تعريض المتبرع لخطورة على حياته أو صحته[3].

وفي حالة مخالفة ذلك ، العقوبة المقررة السجن وبغرامة مالية لا تقل عن عشرين الف جنيه ولا تزيد عن مائة الف جنيه واذا ترتب على ذلك وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة مالية لا تقل عن مائة الف جنيه ولا تجاوز مائتي الف جنيه .[4] من خلال عرض القوانين السابقة فهذه الجرائم ليست خاصة بالأطباء فقط وإنما معممة يمكن ارتكابها من طرف أي شخص أخر.

[1] Article 4 : « Est strictement interdit le prélèvement de la totalité d'un organe vital d'une personne en vue de sa greffe, même avec son consentement. Est considéré comme organe vital l'organe dont le prélèvement entraine inéluctablement la mort de la personne sur laquelle il est prélevé. Du la loi N°91-22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains.

[2] Voir article 17 du La loi N° 91-22 OP .Cit.

[3] المادة الثانية : "لايجوز نقل أي عضو او جزء من عضو او نسيج من جسم انسان حي بقصد زرعه في جسم انسان اخر الا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي او علاجه من مرض جسيم ..... والا يكون من شان النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حيلته او صحته .." من قانون رقم 05 لسنة 2010 التعلق بتنظيم زرع الاعضاء البشرية .

[4] المادة 17 : "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين الف جنيه ولاتزيد عن مائة الف جنيه كل من نقل عضوا بشريا او جزء منه بقصد الزرع بالمخا لفة لاي من احكام المواد 2 ،3،4،5،7 من هذا القانون .....إذا ترتب على الفعل المشار اليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة الف جنيه ولا تجاوز ماتي الف جنيه . "من القانون رقم 05 لسنة 2010 السالف الذكر .

الفرع الثاني: القانون الجزائري .

المشرع الجزائري أكد في المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها [1]على اجازة انتزاع الأعضاء البشرية من الأحياء بشرط عدم تضرر حياة المتبرع للخطر، على ان يكون الانتزاع لأغراض علاجية وفقا لنص المادة 161 من قانون الصحة وترقيتها.[2] إلا أنه لم يحدد في حال مخالفة ذلك ، كما اسند مهمة الرقابة على هذه الامور الى المجلس الوطني لاخلاقيات العلوم الطبية وفقا لنص المادة 168 مكرر 1.[3] وأيضا نص في المادة 35 من قانون مدونة الأخلاقيات الطبية على عدم ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات المنصوص عليها في قانون الصحة .[4] ومع ذلك لم يحدد في حالة مخالفة هذا الشرط على غرار التشريعات القانونية التي سبق التعرض لها وعليه وجب الرجوع الى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات في حال المساس بسلامة الجسم البشري أو في حالة الوفاة وفقا لنص المادة 239 من قانون الصحة.

المطلب الثالث :اختلاط الأنساب .

إن الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية هما، الخصيتان عند الرجل والمبيض عند المرأة فالخصية عند الرجل تنقل صفاته وصفات أسرته وعرقه إلى أبنائه والمبيض عند المرأة ينقل صفاتها وصفات عرقها وأصولها إلى أبنائها عن طريق الشفرة الوراثية التي يحويانها كل من الخصية والمبيض ، من ثم فإذا نقلت خصية من رجل إلى آخر فإن الحيوان المنوي يكون للمنقول منه وليس للمنقول له ، وعلى ذلك فالأبناء المولودين

---

[1]نص المادة 162 :" لا يجوز انتزاع الانسجة او الاعضاء البشرية من اشخاص احياء الا اذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر." من ق .ح.ت السالف الذكر .

[2]نص المادة 161 :" لا يجوز انتزاع اعضاء الانسان ولا زرع الانسجة او الاجهزة البشرية الا لاغراض علاجية او تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ." من نفس القانون .

[3] نص المادة 168 مكرر 1 :" ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية ،يكلف بتوجيه وتقديم الاراء ةالتوصيات حول عملية انتزاع الانسجة والاعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الانسان وحماية سلامته البدنية وكرامته ، والاخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب ." من ق .ح.ت السالف الذكر.

[4] نص المادة 53 : "لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون." انظر قانون ق.م.ط السالفة الذكر .

بعد زرع الخصية في المنقول إليه إنما هم من ذرية المنقول منه ، فالجنين يحمل صفات المنقول منه وليس المنقول له.[1] ومعظم التشريعات القانونية العربية نادت بعدم جواز نقل هذا النوع من الاعضاء البشرية ويتم التطرق للمسؤولية الجنائية للأطباء في حال مخالفة ذلك في مختلف التشريعات القانونية العربية (الفرع الاول) ثم التشريع الجزائري (الفرع الثاني) .

الفرع الاول :في التشريعات العربية.

القانون المغربي عرف العضو البشري وفقا لأحكام المادة الثانية من القانون الخاص بنقل الأعضاء واستثنى الأعضاء القابلة للتوالد.[2] ولم يرد نصا صريحا في حالة المخالفة. و المشرع التونسي نص صراحة على عدم جواز نقل الاعضاء التناسلية في الفصل الخامس من القانون الخاص بنقل الأعضاء وزرعها[3] وحدد العقوبة بالسجن من سنتين الى خمس سنوات وغرامة من الفين دينار الى خمسة الاف دينار بغض النظر عن ماهو منصوص عليه في القانون الجنائي[4] وبذلك المشرع التونسي خصص العقوبة في هذا المجال دون الإحالة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون الجنائي مثلما هو معمول به في التشريع الجزائري.

و نص المشرع المصري في المادة الثانية من قانون رقم 05 لسنة 2010 على حظر زرع الأعضاء أو الأجزاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي الى اختلاط الانساب

---

[1] عبد القادر العاني : مقال عن زراعة ونقل الاعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية ،نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ،سلسلة المائدة الحرة ،ص60.

[2] Art 2 : « Pour l'application de la présente loi ,on entend par organe humain l'élément du corps humain , qu'il puisse se régénérer ou non , ainsi que les tissus humains à l'exclusion de ceux liés à la reproduction . » Du la loi N°16-98, op .cit.

[3] Art 5 : « Est strictement interdit le prélèvement sur des personnes vivantes ou décédées d'organes de reproduction porteurs de gênes d'hérédité et ce en vue d'une greffe. » Du la loi N° 91-22 , Op cit.

[4] الفصل 18:" كل مخالف لاحكام الفصلين 5 و6 من هذا القانون يعاقب في غير صورة الفصل 221 من القانون الجنائي بالسجن من عامين الى خمسة اعوام وبخطية تتراوح بين الفي دينار وخمسة الاف دينار." من قانون 91-22 الخاص بنقل الأعضاء البشرية السالف الذكر .

و في حال مخالفة أحكام هذه المادة فالعقوبة المقررة وفقا لنص المادة 17 من نفس القانون السجن وغرامة لا تقل عن عشرين الف جنيه ولاتزيد عن مئة الف جنيه . وإذا ترتب عن الفعل السابق وفاة المتبرع فالعقوبة السجن المشدد وغرامة لاتقل عن مئة الف جنيه ولا تجاوز مائتي الف جنيه[1] والجدير بالذكر انه بالرغم من النص على العقوبة المقررة في قانون نقل الأعضاء البشرية إلا أنها ليست خاصة بالاطباء والدليل عبارة "كل من" .

الفرع الثاني : التشريع الجزائري .

لا يوجد نص صريح يمنع استئصال الأعضاء التناسلية غير أن قانون العقوبات يعاقب على جريمة الخصاء حيث جاء في نص المادة 273 من قانون العقوبات:" كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة ." والملاحظ على نص المادة المشرع الجزائري لم يحدد مرتكب هذا النوع من الجرائم ، بحيث يمكن وقوعها من أي شخص على إثر عدوان غير مشروع فهي ليست خاصة بالأطباء فقط. ويمكن الاستناد إلى هذا النص لمنع اقتطاع الخصيتين أو المبيضين ولو تم برضا المجني عليه مادام ليس هناك ضرورة علاجية تقتضي ذلك . ويبقى الإشكال مطروحا في حال اقتطاع هذه الأعضاء من جثث المتوفين أو جزء فقط من إنسان حي دون أن يؤدي إلى اقتطاع النسل لديه؟ .[2] ومادامت هذه العمليات غير مباحة شرعا فإنها مخالفة للنظام العام والآداب العامة باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي

[1] نص المادة 17 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 الخاص بنقل الأعضاء البشرية السالف الذكر : " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه كل من نقل عضوا بشريا أو جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد 2،3،4،5،7 من هذا القانون ، فإذا وقع على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات .

وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه ."

[2] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ،ص 481.

المصدر الثاني للقانون الجزائري بعد التشريع .[1] وعليه يتوجب على المشرع الجزائري تحديد الأعضاء الواجبة الاستئصال على غرار المشرع المغربي.[2] وتجريم نقل الأعضاء التناسلية بالنص عليها في صراحة قانون حماية الصحة وترقيتها مع إدراج العقوبة في حال ارتكابها.

من خلال هذا الفصل حاولنا التعرض لمفهوم الخطأ الجنائي الطبي العمدي وغير العمدي لنسقطه على عمليات نفل الأعضاء وزراعتها لمعرفة متى يمكن مساءلة الطبيب جنائيا. والمشكل المطروح عدم وجود نصوص جزائية تنص صراحة على العقوبة في حال المخالفة إلا بالرجوع إلى نص المادة 239 من قانون الصحة التي لم تصبح كافية ولا تحوي كل أنواع الأخطاء الطبية في مجال نقل الأعضاء البشرية .

و ضرورة النص على معاقبة كل من يخالف الغرض علاجي من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو إلحاق ضرر بالمتبرع لخطورة التصرف المقبل عليه أو السعي وراء اختلاط الأنساب فلا يكفي النص عليها في قانون الصحة وترقيتها بل وجود نصوص جزائية

---

[1] المادة الأولى من القانون المدني:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها . وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...."أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم .

[2] Voir décret N°2-1-1643 de 2 chaabane 1423 9-10-2002 pris pour l'application de la loi N°16-98 relative au don ,au prélèvement ou de transplantation d'organes et de tissus humains :

Art 1 : pour l'application du la loi N° 16-98 Susvisé les organes et tissus du corps humains pouvant faire l'objet de don, de prélèvement ou de transplantation sont les suivant :

Organes humains ; rein ; cœur ; poumon ; foie pancréas ; intestin ; bloc cœur-poumons ; globe oculaire.

Tissus humains :os ;Artères ;veines ;moelle osseuse ;valves cardiaques ; membrane amniotique ;peau ; tendons ;cornée ; ligaments ; Dur –mère .Aponévrose ;cellules souche hématopoïétiques …… »

خاصة بالأطباء كإدراجها في نصوص خاصة بنقل الأعضاء البشرية وزرعها لإمكانية جعلها نصوص قانونية خاصة بالأطباء على غرار المشرع التونسي أو المغربي .

الفصل الثاني:
الجرائم الطبية في مجال
عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني: الجرائم الطبية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

من خلال ما سبق تم التطرق للأخطاء الطبية المرتكبة من قبل الطبيب في مجال نقل الأعضاء البشرية وكذا معرفة المسؤولية الجنائية للأطباء المترتبة عنها والتعرض لحالات عدم احترام النظام العام و الآداب العامة والنظام العام والخطورة الناجمة عن ذلك لأن عمليات التبرع بالأعضاء البشرية جاءت حماية للفرد والمجتمع على حد سواء. والملاحظ قلة الأحكام القضائية في القوانين العربية خاصة لاقتصار هذه العمليات على الأسر فقط ولازالت ثقافة التبرع بالأعضاء البشرية لم تنتشر بعد في أوساط المجتمعات العربية والإسلامية بسبب الوازع الديني أو لانعدام الثقة في المستشفيات المرخص لها خصوصا مع انتشار جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وكذا التخوف من المضاعفات الممكن حدوثها بعد إجراء العملية وان كان التطور العلمي والطبي يشهد تطورا في هذا المجال .
والأمر يختلف في حالة عدم احترام الضوابط الخاصة التي سبق معالجتها في الباب الأول من هذه المذكرة والمعلوم أن هذه العمليات تمتاز بخصوصية مقارنة بالأعمال الطبية الأخرى وتتطلب توافر عدة ضوابط خاصة بكل نوع ناهيك عن الضوابط الفنية الواجب احترامها من قبل الأطباء وحتى الفريق أو الطاقم الطبي يتميز بنوع من الخصوصية كما لاحظنا ومثال ذلك الطاقم الذي يقوم بمعاينة الوفاة لا يقوم بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ويستلزم أن يكون على دراية واسعة ومعرفة تقنية عالية لخطورة هذه العمليات.

من ثم سيقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية.

المبحث الثاني:الجرائم الطبية في عمليات نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين.

المبحث الأول: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية.

ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية تجارة تمس بالطبيعة الإنسانية للبشر وترجع نشأة هذه الظاهرة إلى ما بعد النصف الثاني من القرن العشرين حيث تخطت زراعة الأعضاء مرحلة التجارب إلى مرحلة التطبيق وأسباب انتشارها عديدة كالحاجة للمقابل المالي نتيجة التدهور الاقتصادي لاسيما في الدول النامية وظهور أطفال الشوارع والمجانين مما جعلهم عرضة للسرقة والخطف بالإضافة إلى عدم وجود علاج بديل غير الأعضاء البشرية.

وفي الحقيقة تدخل المشرع الجزائري وإن كان متأخرا إلا أنه حاول إيجاد سياسة جنائية لمنع هذه الظاهرة والوقاية من استفحالها بالنص عليها في المواد 303 مكرر16 و303 مكرر 17 و303 مكرر18 و303 مكرر19 من قانون العقوبات .[1]

وبداية لم يعرف المشرع الجزائري جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وإنما اكتفى بمعاقبة من يتحصل على الأعضاء البشرية مقابل مبلغ مالي أو بدون الموافقة المتطلبة لذلك سواء تعلق الأمر بالأحياء أو من جثث المتوفين .[2]

---

[1] قانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن ق ع ، ج ر عدد 15 لسنة 2009. حيث أنه قبل التعديل قانون العقوبات لم تكن هناك نصوص جزائية تجرم الحصول على الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بطرق غير مشروعة وإنما كانت نصوص في ق. ح. ت وهي نصوص خاصة بسلك الأطباء تنص على عدم إجازة انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام الضوابط الخاصة حيث تحيل إلى تطبيق مواد ق ع المتعلقة بحماية حياة وسلامة الأفراد طبقا للمادتين 288-289من ق ع.

[2] في حين عرف الاتجار بالأشخاص في نص المادة 303 مكرر 4 من ق ع بقوله : " يعد اتجارا بالأشخاص ، تجنيد أو نقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة الاستعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال .

ويشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء." على أنه يقصد بالاتجار بالأشخاص تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أ و استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها ، أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال حالة استضعاف ، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال . يشمل الاستغلال كحد ادني ، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي ، أو السخرة أو الخدمة قسرا ، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو

ومن خلال قانون العقوبات يمكن تعريف هذه الجريمة ب:" كل فعل يكون الغرض منه الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية أو أي مادة من جسم إنسان حيا كان أو ميتا يتم مقابل منفعة أيا طبيعتها سواء مالية أو غيرها وبدون احترام الرضا المتبصر لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع ." [1]

إن القواعد العامة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بنوعيها تتطلب توافر الرضا لطرفيها متبرع بالعضو البشري ومستقبل وهو المريض في هذه الحالة وإلا اعتد تصرف الطبيب غير مشروع وماسا بحياة أو سلامة الجسد البشري أو بحرمة جثة الإنسان. ضف إلى ذلك لا بد من توافر مجانية التبرع من أجل المحافظة على الكرامة الإنسانية وعدم استغلال الطبقات الفقيرة خاصة وتحقيق المساواة بين مختلف فئات المجتمع. فإذا أصبحت أعضاء جسم الإنسان محل تعامل مالي (بيع وشراء) تحت أي تنظيم قانوني إن صح التعبير، حسب رأي بعض الدول.[2] فهذا لا يمنع من ظهور جرائم تحتاج إلى ردع. ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بقيام الجاني أو الجناة سواء شخص طبيعي أو معنوي بعدد من الممارسات الإجرامية بغرض الحصول على العضو أو النسيج البشري دون احترام مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية أو رضا صاحب العضو وفقا لقانون العقوبات الجزائري مع اعتبار المشارك كالفاعل الأصلي .[3]

الاستعباد أو نزع الأعضاء . كما يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو إيوائه أو استقباله لغرض الاستغلال اتجارا بالأشخاص. انظر أمير فرج يوسف : مكافحة الاتجار بالبشر ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2010، ص 22.

[1] زهدور أشواق : المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها ، مجلة الدراسات الحقوقية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة طاهر مولاي سعيدة، العدد الأول ، 2014،ص 23.

[2] النظام القانوني الإيراني أباح بيع وشراء الأعضاء البشرية وتتم مبيعات وعمليات نقل الأعضاء البشرية تحت إشراف الجمعية الخيرية لدعم مرضى الكلى « The Charity Association For The Support of kidney patients » والمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة «The Charity foundation for Spécial Diseases » المعروفة اختصارا ب « CFSD» نقلا عن عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ،ص 162 .

[3] المواد 303 مكرر 16، 303 مكرر 17، 303 مكرر 18، 303 مكرر 19، 303 مكرر 22 من ق ع السالف الذكر.

وتتخذ الممارسات الإجرامية عدة صور منها خطف الأشخاص والاستيلاء على بعض أعضائهم وابتزاز الضحايا في الحصول على الأعضاء البشرية من خلال التعذيب وتهريب هذه الأعضاء بالتعاون مع بعض موظفي الحدود أو مع بعض العصابات والمافيا وغيرها من الأفعال الإجرامية ، حيث لم يحدد المشرع الجزائري كيفية الحصول على العضو أو النسيج البشري وإنما ترك المجال واسعا فكل فعل من شأنه الحصول على عضو أو خلية أو نسيج بشري يتم بمقابل أو بدون موافقة صاحب العضو أو النسيج يعد اتجارا بالأعضاء البشرية .[1]

والمشرع الجزائري لم يجعل هذه الجرائم خاصة بالأطباء فقط بل عمم ذلك فيمكن أن يكون فردا أو جماعة كما قد يحمل الجاني صفة طبيب أو لا يحملها وجعل المشرع وظيفة الجاني المسهلة للجريمة ظرفا مشددا.[2]

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة يتحقق بمجرد اتجاه إرادة الجاني للشروع بطريقة أصلية أو بالإشراك مع الآخرين في القيام بانتزاع الأعضاء البشرية وزرعها دون مراعاة الشروط القانونية في مقدمتها القيام بذلك لأغراض مالية أو أية منفعة أخرى ، يضاف إلى ذلك اتجاه إرادة الجاني للتستر على هذه الجريمة ولو كان ملزما بالسر المهني .[3] بمعنى يتحقق الركن المعنوي بمجرد توافر القصد العام دون توافر القصد الخاص وهذه الجريمة تتعارض مع الطبيعة الإنسانية وكرامة الإنسان وحرمة كيان جسمه البشري.[4]

وعليه يتم التعرض لحالة تخلف شرط الرضا في التبرع بالأعضاء البشرية(المطلب الأول) ثم مخالفة مجانية التبرع بالأعضاء البشرية (المطلب الثاني).

---

[1] فاتح قيش : مقال عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ، العدد 29، جوان 2014 ، ص 200.

[2] نص المادة 303 مكرر20 من ق ع السالف الذكر :" يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1500.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

إذا كانت الضحية قاصرا أم شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.

إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة....."

[3] انظر المادة 161 من قانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها و المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 25 من ق.ع .

[4] زهدور أشواق : المرجع السابق ، ص 19.

المطلب الأول: تخلف شرط الرضا في التبرع بالأعضاء البشرية.

توافر الرضا ضروري لقيام الطبيب بعملية استئصال العضو البشري من جسد المتبرع حيا أو من جثث المتوفى وزرعه في جسد المتلقي أو المستقبل للعضو البشري فلا يمكن للطبيب الحصول على هذه الموافقة بالتدليس أو الإكراه أو دون التحقق من توافر إرادة غير معيبة. ويجمع فقه القانون الجنائي على اعتبار فعل استئصال عضو من أعضاء جسم الإنسان دون موافقته جريمة تستوجب العقاب ولا يعفى من المسؤولية حتى إذا كانت العملية لإنقاذ حياة شخص آخر.[1] وكما هو معلوم في القواعد العامة، الباعث لا يبرر الوسيلة وليس في القانون ما يجيز حرمان شخص من حقه في الحياة مهما كانت وضعيته أو ظروفه، كأن يكون المتبرع يعاني من مرض عقلي أو نفسي أو مرض ميئوس منه بهدف التعجيل بوفاته.[2] وعليه سيتم التطرق إلى حالة تخلف شرط الرضا والجزاء المترتب عنها في كل من التشريعات المقارنة العربية منها والغربية (الفرع الأول) ثم موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني) ثم تخلف شرط الرضا بالنسبة للمريض وهو في هذه الحالة المستقبل للعضو البشري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإخلال برضا المتبرع في التشريعات المقارنة.

إذا كان رضا المريض يعد التزاما تفرضه القواعد العامة لإباحة ممارسة العمل الطبي فإن الحصول عليه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية أمر ضروري لما تعرفه هذه العمليات من خطورة قد يتعرض لها المتبرع أو المستقبل.

وطبقا للقواعد العامة إذا رفض المتبرع إجراء عملية النقل فلا يجوز للطبيب الضغط عليه أو إجباره بل يتوجب عليه إقناعه وتبصيره بكافة المخاطر المتوقعة.[3] من ثم سنتعرض

---

[1] أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص 28.

[2] إدريس عبد الجواد عبد الله: المرجع السابق، ص 170.

[3] ذهب بعض الفقه إلى إمكانية الاستغناء عن رضا المريض في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية استنادا لحالة الضرورة، كالفقه الفرنسي في بداية ظهور قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية وكذا الفقه الانجليزي والأمريكي وتأثر بذلك أيضا جانب من الفقه المصري بالرغم من أن نظرية الضرورة لا تستوجب كافة صور نقل الأعضاء البشرية وزرعها. انظر مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 67 وإدريس عبد الجواد عبد الله: المرجع السابق، ص 118.

لمختلف التشريعات القانونية وموقفها من الإخلال برضا المتبرع في مجال نقل الأعضاء البشرية ومجال مساءلة الطبيب جنائيا.

أولا : الإخلال برضا المتبرع في التشريعات العربية :

معظم التشريعات العربية جرمت نقل الأعضاء البشرية وزرعها دون موافقة المتبرع ومعاقبة الطبيب القائم بهذه العملية وكل من ساعده وسيتم التطرق لمعظم التشريعات القانونية.

ا:المشرع القطري.

جرّم المشرع القطري نقل الأعضاء البشرية بدون موافقة المنقول منه حيث نص في المادة 12 من القانون المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد نص عليها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد عن أربعين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له ويعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تتجاوز أربعة عشر سنة كل من استأصل أحد أعضاء الجسم إنسان حي دون علم صاحبه وتضاعف العقوبة في حالة العود ويعتبر عائدا من يرتكب جريمة مماثلة قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة المحكوم بها وفي جميع الأحوال يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بسحب ترخيص مزاولة المهنة."[1] من هذه المادة يتضح أن الطبيب المستأصل لعضو من إنسان حي دون موافقته يعاقب بالحبس من سبع سنوات إلى 14 سنة وفي حالة العود في ارتكاب الجريمة تضاعف العقوبة قبل مضي ثلاثة سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة مع إجازة سحب ترخيص مزاولة مهنته كطبيب من طرف المحكمة المختصة بالحكم بالإدانة.

[1] المادة 12 من التشريع القطري الخاص بنقل الأعضاء البشرية السابق ذكره .

وعليه فقيام المسؤولية الجنائية للطبيب تتحقق إذا ثبت أن استئصال العضو كان بدون علم المتبرع أو تم الحصول على الموافقة بطريق الغش والتدليس أو إخفاء معلومات من قبل الطبيب بخطورة العملية.[1]

ب :التشريع المصري.

نص المشرع المصري في المادة 19 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية : "يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه كل من نقل بقصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه أي عضو أو جزء من عضو إنسان حي فإذا وقع الفعل على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد لمدة تزيد على سبع سنوات.

ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضوا أو جزء منه أو نسيجا تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك وتكون العقوبة السجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تتجاوز مليون جنيه إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرتين السابقتين وفاة المنقول منه".[2]

يشير نص هذه المادة إلى تجريم نقل العضو البشري بقصد زرعه باستغلال ما يعيب إرادة الشخص المتبرع من إكراه أو تحايل[3] وبالتالي انعدام الرضا الصريح وتشمل العقوبة كل من أجرى عملية زرع العضو البشري مع علمه أن العضو تم نقله بطريق التحايل أو بدون موافقة المتبرع. والملاحظ من نص هذه المادة أنه لم يحدد شخص معين وفي هذا الموضوع القائم بعمليات نقل الأعضاء حتما طبيب له دراية وإطلاع بخطورة الموضوع ،

[1] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 666.

[2] قانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، المشار إليه سابقا.

[3] التحايل: أن يوهم الطبيب أحد مرضاه بتلف إحدى كليتيه وأنها تمثل خطورة على حياته إذا لم يستأصلها في حين أنها سليمة وتعمل بكفاءة و الإكراه: إجبار الشخص بالقوة أو الضغط عليه أو باستغلال فقره أو بوعده بتحقيق منفعة له. انظر عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق، ص 230-231.

كما شدد المشرع المصري العقوبة إذا أدت عملية الاستئصال إلى وفاة المنقول منه العضو بالسجن المؤبد وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه مصري.

أما فيما يخص اقتطاع الأعضاء من جثث المتوفين فقد جرم المشرع المصري في مشروع القانون السابق المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية في نص المادة 21 بقوله : "يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز عشرون ألف جنيه كل من استأصل عضوا أو جزء منه أو نسيجا من جثة ميت دون موافقته حال حياته أو بغير توافر الشروط والقواعد المقررة في هذا القانون"[1].

أما في القانون الجديد لنقل الأعضاء البشرية المصري نص في المادة 17 على المعاقبة بالسجن بدلا من الحبس و رفع من قيمة الغرامة المالية حيث جعلها لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه في حالة مخالفة أحكام المادة السابعة التي تنص على ضرورة احترام الرضا.[2]

ج: التشريع المغربي.

نص المشرع المغربي صراحة في الباب الخامس المتعلق بالأحكام الزجرية من القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها في المادة 34[3] على معاقبة كل

---

[1] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 668.

[2] نص المادة 17 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية: " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه كل من نقل عضوا أو جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي أحكام المواد 6، 3، 4، 5، 7 من هذا القانون فإذا وقع الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن المؤبد لمدة لا تزيد على سبع سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه." و المشرع المصري نص في المادة 240 فقرة ثانية من قانون العقوبات على تجريم استئصال الأعضاء البشرية أو جزء منه إذا باشره الطبيب خلسة أي بدون موافقة المعني. نقلا عن مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 668.

[3] Art 34 : « Sans préjudice des peines plus grave prévues par la loi , quiconque effectue un prélèvement d'organes sur une personne vivante majeure , sans que le consentement de celle- ci n'ait été préalablement recueilli dans les formes prévues à l'article10 ci-dessus ,ou après que celle-ci ait renoncé à son consentement dans les mêmes forme ,

من يقوم باستئصال عضو من أعضاء شخص راشد حي دون أخذ رضاه مسبقا أو في حالة ثبوت تراجعه عن رضاه ومع ذلك يقوم الطبيب باستئصال العضو منه وشدد العقوبة في المادة 35[1] من نفس القانون حالة استئصال العضو من قاصر حي أو راشد يكون محل الحماية القانونية وإن تم الحصول على موافقة الشخص المعني أو ممثله القانوني لان ذلك يعتبر خرقا لأحكام المادة 11[2] التي تنص على عدم جواز اخذ عضو من قاصر حي أو راشد حي يخضع لإجراء الحماية القانونية خوفا من الضغط عليه واستغلاله.

وبالنسبة للشخص المتوفى عاقب المشرع المغربي الطبيب الذي يقوم باستئصال العضو البشري من شخص متوفى دون توافر الرضا قبل وفاته بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000,00 إلى 300.000,00 درهم ولم يترك الموضوع شاملا في هذه الحالة بل عدد ذلك:

- حالة أخذ عضو من شخص عبر وهو على قيد الحياة عن رفضه أو اعتراضه على التبرع.

---

est puni de la réclusion de cinq a dix ans . » du la loi n°16-98 Relative au don ,au prélèvement et à la transplantation d'organe et de tissus humains.

[1] Art 35 : «Quiconque effectue un prélèvement contrairement aux dispositions de l'article 11, sue une personne vivante mineure ; ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, même si le consentement de la personne concernée ou de son représentant légal a été accueilli, et puni de la réclusion de dix à vingt ans. » du la loi n°16-98, op.cit.

[2] Art 11 : « Aucun prélèvement en vue d'une transplantation ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. » du la loi n°16-98, op.cit.

- حالة أخذ عضو من شخص متوف داخل مستشفيات مرخص لها بعمليات نقل وزرع الأعضاء بالرغم من رفضه أو رفض الأشخاص المحددين قانونيا وهم الزوج، الأصول والفروع.
- حالة عدم إمكانية الشخص التعبير عن رفضه وتوفي في المستشفى وتم الإشارة إليه في السجل الخاص بالتبرع الذي يوضع على مستوى كل مستشفى مرخص بها بذلك.
- حالة أخذ عضو من أعضاء شخص متوف تدل أحد العناصر الواردة في السجل الخاص أنه رفض التبرع بعد مماته.
- حالة أخذ عضو من أعضاء شخص قاصر متوف في أحد المستشفيات المنصوص عليها في المادة 14 أو من شخص راشد فاقد الأهلية دون موافقة ممثله القانوني.[1]

[1] Art 36 : «quiconque effectue un prélèvement d'organe humains sur une personne décédé, sans que la personne concernée n'ait fait connaitre sa volonté d'autoriser ce prélèvement, dans les formes et conditions prévues à l'article 14 ci-dessus, ou après que cette personne a annulé, dans les même formes, sa déclaration d'autorisation le prélèvement est puni de deux à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 50.000 à 300.000 dirhams.

Est puni des mêmes peines quiconque effectue un prélèvement :

-sur une personne décédée qui, de son vivant, a fait connaitre dans les forme prévues à l'article 15 ci-dessus, qu'elle s'oppose à ce prélèvement ou qu'elle le refuse .

-sur une personne décédé dans l'un des hôpitaux prévus à l'article 16 ci-dessus , qui a fait connaitre sin refus à tout prélèvement ou à certains d'entre eux ,dans les formes prévue à l'article 18 ou malgré l'opposition des personne prévues à l'article 16 ci-dessus ;-Sur une personne admise et décédée dans l'un des hôpitaux prévus à l'article 16 ,qui n'est pas en état de faire connaitre son refus ,et dont l'état est mentionné sur le registre spécial prévul'article17 ; -

Sur une personne décédé dont il existe des élément mentionné sur le registre prévu à l'article 17 permettant de présumer qu'elle s'opposerait à des prélèvements sur son cadavre ;

--Sur une personne mineure décédée dans l'un des hôpitaux prévus à l'article 16 , ou

والملاحظ أن المشرع المغربي اهتم باستئصال العضو بدون موافقة الشخص المنقول منه ليس للشخص الحي فقط وإنما أيضا بالنسبة للشخص المتوفى وعدد الحالات التي لا يصدر فيها الرضا من المتوفى وإن كان قد ساوى في العقوبة المقررة خاصة في حالة ارتكابها ضد القاصر الحي أو الراشد الحي مادام تحت الحماية القانونية.

ثانيا: الإخلال برضا المتبرع في التشريع الفرنسي.

نصت المادة 511 مكرر 3 من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة من يقوم باقتطاع عضو من إنسان حي راشد بدون الحصول على رضاه ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 671 فقرة ثانية من قانون الصحة بالحبس لمدة سبع سنوات وغرامة تقدر ب 700.000 فرنك فرنسي، مع تطبيق نفس العقوبة في حالة نقل عضو من إنسان حي قاصر أو من إنسان حي راشد يخضع لإجراءات الحماية القانونية.[1]

---

sur un majeur incapable sans l'accord du représentant légal du mineur ou de l'incapable, consigné dans le registre prévu à cet effet ,dans la mesure ou le défunt n'a pas fait connaitre de son vivant ,son refus de tels prélèvements ,ou malgré ce refus ;
-à but scientifique autre que celui ayant pour objet de déterminer les causes du décès ,sans le consentement du défunt ,exprimé directement dans les formes prévues aux articles 13 et 18 ou malgré l'opposition des personne prévues à l'article 16 ci –dessus , ou sans l'autorisation de représentant légal du défunt mineur ou incapable.....»Du la loi n°16-98, op.cit.

[1] L'Art 511-3 « le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sous que le consentement de celle-ci ait été reciulli dans les conditions prévus par l'article L671-3 de code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende. Est puni des même peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeure fairant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les condition prévues aux article L671-4 et L671. du code de la santé publique. » Loi 94-653 du 29 /07/1994 relative au respect du Corp Humane.

فالمشرع الفرنسي كان صريحا بضرورة احترام القواعد القانونية المتعلقة بالحصول على موافقة المنقول منه العضو وأن يكون الرضا صريحا متبصرا وحرا من ثم تكون المتابعة متى باشر الطبيب عملية الاستئصال دون احترام موافقة صاحبه سواء كان الاقتطاع بغرض الزرع لدى المريض أو لأي غرض كان.

الفرع الثاني: الإخلال برضا المتبرع في التشريع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على ضرورة توافر الرضا في المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، على أن يتم كتابة وبحضور شاهدين اثنين،[1] فإثبات الرضا في هذا المجال سهل بالرجوع إلى الوثائق التي تودع لدى المستشفى التي سيتم على مستواها إجراء هذه العملية ومع التعديل الجديد لقانون العقوبات وإدراجه لظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية والجرائم التي يمكن وقوعها مع العقوبات المقررة لها سنتناول ذلك بالتفصيل وإن كنا نحبذ أن يكون أيضا التعديل في قانون الصحة بإدراج العقوبات المناسبة لتجاوز كل ضابط من الضوابط القانونية والشرعية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على غرار المشرع المغربي بما لا يتعارض مع نصوص قانون العقوبات حتى لا يكون هناك اختلاف ويكون تكامل بين القانونين خدمة للصالح العام.

أولا:حالة نزع عضو من إنسان حي أو من جثت متوفى دون موافقته.

إن القائم بهذه الجريمة قد يكون طبيبا أو جراحا يقوم بعملية استئصال العضو البشري وهنا يتوافر الركن المادي بفعل نزع العضو من إنسان حي أو جثت متوفى دون موافقته أما الركن المعنوي يتحقق بتوافر الإرادة والعلم من ثم الاتجاه إلى تحقيق النتيجة الإجرامية أي بتوافر القصد العام. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الغرض من استئصال العضو سواء بهدف الزرع أو بهدف علمي آخر تتحقق الجريمة ، حيث رصد عقوبة

[1] نص المادة 162 فقرة ثانية من ق. ح .ت السالف الذكر: " وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة."

بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج سواء كان إنسان حي أو جثة متوفى.[1]

وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع الفرنسي كما رأينا من قبل، أما المشرع المصري فنص صراحة على قصد الزرع بقوله: " ... كل من نقل عضوا بشريا أو جزء منه بقصد الزرع...." حتى يكون المعني بالأمر صراحة هو الطبيب أو الجراح القائم بهذه العملية أما إذا ارتكبها شخص عادي فهذا الفعل يندرج ضمن القواعد العقابية الواردة بقانون العقوبات وتكون العقوبة من جسامة الفعل المجرم[2].

على عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص على ذلك لان موضوع عدم موافقة المتبرع لم ترد تحت غطاء العقوبات المقررة في حالة مخالفة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بل تحت غطاء المتاجرة بالأعضاء البشرية.

ثانيا: حالة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من جسم شخص حي أو جثة متوفى.

أضاف المشرع الجزائري حالة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من شخص على قيد الحياة أو جثة متوفى دون توافر رضاه ومدد العقوبة بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج في المادة 303 مكرر19 بقوله:" يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول وتطبق نفس

[1] نص المادة 303 مكرر 19 من ق.ع السالف الذكر :« يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول » من ق ع السالف الذكر.

[2] عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق، ص 224.

العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

ثالثا: الظروف المشددة لحالة عدم توافر الرضا.

ما يميز هذه الجريمة إمكانية ارتكابها من طرف فرد واحد أو جماعة ضد ضحايا مخطوفين أو ناقصي أهلية أو قيام بعض الأطباء بدور تجار مروجين أو موزعين والحصول على نسبة من الأرباح مستغلين صفتهم لتسهيل عملية الاتجار بالأعضاء البشرية وجعل المشرع من هذه الحالات ظروفا مشددة . ويتم التعرض لهذه الحالات تباعا.

أ- حالة انتزاع عضو أو نسيج أو جمع مواد من جسم قاصر.

على غرار كل التشريعات العربية والغربية شدد المشرع الجزائري في حالة عدم توافر رضا القاصر أو عديم الأهلية واستغلاله في انتزاع عضو منه أو نسيج أو أية مواد أخرى وجعل العقوبة الحبس من سنة إلى خمس عشر سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1500.000 دج.[1]

ب-حالة إذا سهلت وظيفة الفاعل ارتكاب الجريمة.

إن المعمول به في التشريع الجزائري الخاص بنقل الأعضاء البشرية أن تكون الموافقة بحضور شاهدين أمام رئيس المصلحة الطبية المتواجدة بالمستشفى وكذا الطبيب القائم بهذه العملية، مما يساعده في ارتكاب الجريمة ومثال ذلك التحايل أو إكراه المتبرع على الموافقة أو بتزوير وثائق الموافقة أو حتى بتزييف شاهدين للحضور أمام رئيس

[1] نص المادة 303 مكرر 20:" يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر19 بالحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من500.000 دج إلى 1500.000 دج ،إذا ارتكبت الجريمة مع توافر احد الظروف الآتية :
-إذا كان الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية ....." من ق ع السالف الذكر.

المصلحة لأن المشرع لم يحدد لنا هوية الشاهدين[1]. فالأمر سهل كالإتفاق بين الطبيب والشاهدين، لذلك لا بد أن تكون جهة رسمية كالمحكمة مثلا للتعبير بها عن رضا كل الأطراف.

والملاحظ في نص المادة 303 مكرر20 من قانون العقوبات تشديد العقوبة في حالة ارتكابها من طرف طبيب مختص بإجراء هذا النوع من العمليات الطبية أو كل عامل بالمستشفى باعتباره الأقرب لارتكاب هذا النوع من الجرائم وحتى بعض الجناة المساعدين كمساعدي الأطباء والممرضين ورجال الحدود والجمارك وحتى المرضى أنفسهم المستفيدين من الأعضاء البشرية وهم على علم أن الأعضاء المتحصل عليها قد تم بطريقة غير شرعية أو قاموا بدفع مبالغ مالية للتحصل عليها .[2]

ج – إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص أو مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله: يتضح من هذا الظرف المشدد أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تقوم من خلال جرائم فرعية أخرى تتمثل في حمل السلاح أو التهديد باستعماله بالإضافة إلى الاحتيال أو الخطف أو السرقة أو الابتزاز أو الاستغلال أو النصب أو التزوير أو التهريب أو غيرها.

[1] خصوصا أن المشرع الجزائري لم يحدد من هم الشهود، هل المتبرع بالعضو أم المريض، أم الطبيب الجراح أم إدارة المستشفى، وكيف تتم الشهادة. أنظر مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج1، الكتاب الثاني، دار هومة، ص 334.

[2] طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية. انظر في هذا الصدد سيدي محمد الحمليلي : السياسة الجنائية بين الاعتبارات التقليدية للتجريم والبحث العلمي في مادة الجريمة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقا يد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2011-2012 ، ص 340.

د-حالة إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية:

جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ذات طابع دولي حيث ساعد نظام العولمة في تكوين التقدم العلمي في المعلومات ووسائل النقل الأمر الذي جعل الفقراء شعوب الدول النامية تحت وطأة زعماء المافيا وعصابات الاتجار بالأعضاء البشرية .

وتعرف الجماعة الإجرامية المنظمة العابرة للحدود كل جماعة منظمة تقوم على بنية محددة تؤلف من ثلاثة أشخاص فأكثر توجد لفترة معينة من الزمن تقوم بارتكاب جرائم خطيرة أو أحد الجرائم التي تحددها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية يكون الغرض من الاتفاق الإجرامي تحصيل منفعة مالية أو مادية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.[1] ويفرض هذا النظام الإجرامي تخطيط على مستوى عال من أهل الفن والخبرة لإصباغ طابع مشروع على أعمال المنظمة. وهذا ما تعبر عنه منظمة الأمم المتحدة بالنشاط الإجرامي الخطير. وهو كل جرم يعاقب عليه بعقوبة سالبة للحرية من أربع سنوات فأكثر أو عقوبة اشد والمشرع الجزائري جعل العقوبة في هذه الجريمة الحبس من خمس سنوات إلى خمس عشر سنة وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1500.000 دج.[2]

[1] سيدي محمد الحمليلي: المرجع السابق ، ص 340.

[2] نص المادة 303 مكرر 20 من ق ع السالف الذكر:" يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر19 بالحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من500.000 دج إلى 1500.000 دج ،إذا ارتكبت الجريمة مع توافر احد الظروف الآتية :

-إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة ،

-إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص ،

-إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله ،

-إذا ارتكبت الجريمة ممن طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية ..... "

الفرع الثالث : تخلف رضا المريض المستقبل للعضو البشري.

تتحقق المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة تخلف رضا المستقبل، إذا أجرى الطبيب عملية زرع العضو للمريض دون أن يحصل على رضاءه وموافقته قبل إجراء العملية أو موافقة من يمثله قانونا أو إذا كانت الموافقة غير سليمة نتيجة صدورها بطريقة احتيالية أو نتيجة تهديد أو إكراه أو غش أو غير ذلك .[1] ولا يعفى الطبيب من المسؤولية الجنائية عن عملية زرع العضو للمريض دون موافقته حتى ولو اتخذ كافة الإجراءات الضرورية المحققة لمصلحة المريض.[2] كما يسأل الطبيب جنائيا عن عملية الزرع دون موافقة المريض حتى ولو كانت العملية ضرورية للمريض ، لأن عمل الطبيب في هذه الحالة هو إقناع المريض بإجراء عملية الزرع دون ضغط على إرادته وفي حالة إصرار المريض على الرفض فعلى الطبيب إثبات ذلك كتابة لإعفائه من المسؤولية الجنائية.

وإذا كان المريض في حالة الاستعجال وتعذر الاتصال بأهله فإن الطبيب هو الممثل الطبيعي للمريض ويمكن أن يعطي الموافقة للمتلقي لإجراء زرع العضو فإذا أخل بهذا الالتزام الملقى على عاتقه وكان المتلقي في حالة خطر فإن فعله يشكل جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقا للمادة 182 فقرة ثانية من قانون العقوبات .[3]

والملاحظ أن المشرع الجزائري اهتم بالمتبرع أكثر من المستقبل للعضو البشري وعلة ذلك ترجع إلى أن الأكثر ضررا هو المتبرع الذي يفقد العضو.

---

[1] ساءل القضاء الفرنسي الجراح عن عدم استئذان المريض بشأن عملية جراحية وإن كان المريض لا يلجا للقضاء إلا إذا تضرر والمحاكم لا تقر مسؤولية الطبيب وحق المريض في التعويض إلا إذا فشلت العملية باعتبار الضرر المعنوي الناجم عن عدم الاستئذان يعوض تلقائيا بنجاح العملية مما جاء في قضية . cas civ ; 1952 .Lyon 17 nov 1951 mai 29 نقلا عن رجاء ناجي مكاوي :المرجع السابق، ص 77.

[2] احمد شوقي عمر أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 101.

[3] مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 262.

المطلب الثاني: مخالفة مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.

إن مناط نجاح عمليات نقل وزراعة الأعضاء هو مجانية التبرع حيث نادت معظم الدول بمجانية التبرع وانعقدت عدة مؤتمرات دولية وفقهية نذكر منها على سبيل المثال: في عام 1991 أصدرت منظمة الصحة العالمية عدة مبادئ من بينها أن يتم التبرع بمجانية سواء بين الأقارب لضمان توافق الأنسجة ووجود صلة قرابة أوفي حالة التبرع من جثث المتوفين أو حتى بين غير ذوي العلاقة فيم بين الأحياء [1]. وفي سنة 2000 أدانت السلطة الطبية العالمية WMA ممارسات الاتجار بالأعضاء وحثت الدول على اتخاذ كافة الإجراءات البديلة لمنعها مع توافر إرادة حرة مدركة للتبرع ومخاطره.[2] ولأهمية الموضوع سنتناول موقف التشريعات المقارنة من بيع الأعضاء البشرية (الفرع الأول) وموقف المشرع الجزائري والعقوبات التي رصدها لكل من يقوم بخرق مجانية التبرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في القانون المقارن.

إن تخلف شرط مجانية التبرع يندرج تحت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث تحولت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بعدما كانت مرفوضة لمساسها بسلامة الجسد البشري وبداية تقبلها من طرف المجتمعات خصوصا المجتمعات المسلمة إلى تجارة غير قانونية من قبل عصابات متخصصة متكونة من أطباء وسماسرة ويتم إجراءها في مستشفيات غير مرخص لها بذلك. وساعد انتشار هذه الظاهرة ما يسمى ببنوك الأعضاء البشرية وخلق سوق عالمي بين الدول الفقيرة والدول الغنية فقد انتشرت بالهند المتاجرة بالكلية بين الأحياء كما تعرف الصين عصابات تتاجر بالأعضاء والولايات المتحدة الأمريكية وكولومبيا وألمانيا وعرفت هذه البنوك فشلا لعدم قدرتها المحافظة على

[1] عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق، ص 404.

[2] نفس المرجع: ص 404.

الأعضاء البشرية لمدة طويلة وهناك تخوف من نجاحها مستقبلا.[1] فمتى يعتبر الطبيب مسئولا جنائيا وما هي العقوبة المقررة في التشريعات المقارنة وهل هي عقوبات ردعية؟.

أولا: القانون المصري.

جل التشريعات اشترطت مجانية التبرع والمشرع المصري نص على ذلك في نص المادة السادسة من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010 وذهب إلى عدم إجازة التعامل بأي عضو من أعضاء جسم الإنسان بالبيع أو الشراء ولا أن يكون محل اكتساب فائدة مادية أو عينية سواء من المتلقي أو من ورثته في حالة الوفاة.

وأضاف إذا علم الطبيب بمخالفة ذلك من قبل المتبرع أو المتلقي أو من الورثة أي الأطراف هذه العملية بصفة عامة فلا يجوز له إجراء عملية الزرع. بمعنى تتحقق المسؤولية الجنائية للطبيب بمجرد عمله بأن العضو المتحصل عليه نتيجة بيع أو شراء بين الأطراف بالرغم من أنه ليس طرفا في هذه العلاقة فيكفي مجرد علمه بذلك وإقدامه على إجراء العملية أي توافر الركن المعنوي وهو العلم والإدراك من ثم تتم مساءلة الطبيب جنائيا بجريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية. أما العقوبة المقررة طبقا للتشريع المصري هي السجن مدة سبع سنوات في حالة مخالفة أحكام المادة السالفة الذكر بالإضافة إلى مصادرة الفوائد المتحصل عليها سواء مال أو عين متحصل عليها من الجريمة أو الحكم بنفس القيمة في حالة عدم ضبط المال المتحصل عليه.[2] وساوى المشرع المصري بين

---

[1] لأنه كان هناك اختلاف فقهي بين مؤيدي الاتجار بالأعضاء البشرية والمعارضين لذلك كما ذكرنا آنفا ومن بين مطالب المساندين لمبدأ الاتجار إصدار تشريع يحدد التسعيرة لأجزاء الإنسان، شروط البيع حتى لا تكون هناك مزايدات ولا مجال أيضا للتفرقة بين عقد بيع وعقد تبرع طالما المقابل كأنه وثيقة تأمين لمصلحة المتنازل وأولاده في حالة وفاته أو إصابته بمضاعفات، انظر زايدي حميد: مقال الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة المحاماة، المنظمة الوطنية للمحامين، العدد السابع، تيزي وزو، 2008، ص111.

[2] نص المادة 20 فقرة أولى:" يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أيا من أحكام المادة السادسة من هذا القانون وذلك فضلا عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه. ولا تزيد عقوبة السجن على سبع سنوات لكل من نقل أو

جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وجريمة غسيل الأموال ولعل مرد ذلك إلى شبهة الجنائية للمال المتحصل عليه بل وجعلها من الجرائم الأصلية.[1]

ثانيا_ القانون المغربي:

نص المشرع المغربي على مبدأ مجانية التبرع في نص المادة الخامسة من القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية والأنسجة وزرعها بتاريخ 25 أوت 1999.[2] و أكد في أحكامه الزجرية من نفس القانون الخاص بنقل الأعضاء البشرية على معاقبة كل من يقوم بمعاملة تجارية محلها العضو البشري. والنص جاء عاما حيث وجدت كلمة "كل" سواء كان طبيبا أو شخصا عاديا يعمل بإدارة المستشفى ولأن مسألة نقل الأعضاء البشرية وزرعها دقيقة تستدعي طبيبا للقيام بها عموما وليس شخصا عاديا لما تستدعيه من تقنيات في نقل وحفظ العضو المنقول وكيفية زرعه. وعليه تتحقق المسؤولية الجنائية للطبيب متى عرض معاملة تجارية محلها العضو البشري مهما كانت وسيلة تنظيمها أو إجرائها والعقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 50.000 إلى 100.000 درهم.

والملاحظ من نص المادة أن الفقرة الأولى تنص :" كل من عرض" أما الفقرة الثانية فتنص في حالة القيام بذلك بمعنى مجرد عرض معاملة يؤدي إلى المعاقبة وحتى القيام بمعاملة تجارية يؤدي إلى نفس العقوبة.[3] وأكد في الفقرة الثالثة بمعاقبة كل من تلقى أجر

زرع نسيجا بالمخالفة لحكم المادة السادسة من هذا القانون. " من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 السالف الذكر.

[1] نص المادة 20 فقرة ثانية:" تكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقا لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002". من نفس القانون المصري السالف الذكر .

[2] أنظر الفصل الثاني من هذه الرسالة.

[3] Art 30-1 : « Quiconque propose, par quelque moyen que ce soit ,d'organiser ou de réaliser une transaction relative à un prélèvement d'organes humains ,en violation des disposition de l'article 5 de la présente loi, est puni d'un emprisonnement et d'une

غير منصوص عليها بمناسبة إجراء عمليات أخذ العضو البشري أو الاحتفاظ بالعضو أو زرع العضو أو ساعد على ذلك. وهذه الفقرة تشمل المتبرع أو الطبيب أو حتى العاملين بالمستشفى وعليه تتحقق المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة عدم احترامه لمجانية التبرع والعقوبة المقررة هي نفس العقوبة السابقة.[1] وأضافت الفقرة الأخيرة مصادرة المبالغ المعروضة لنقل وزرع العضو أو المبالغ المقبوضة.[2]

ثالثا _القانون الفرنسي:

جسد المشرع الفرنسي مبدأ مجانية التبرع في المادة 665 فقرة 13 من قانون الصحة السالف الذكر،[3]حيث لا يجوز تخصيص أي مبلغ مالي للمتبرع وهذا لا يمنع من دفع تكاليف ونفقات العملية الجراحية[4]. من ثم تتحقق المسؤولية الجنائية للطبيب وكذا

---

amende de 50000 à 100 000 dirhams. » Du la loi n° 16-98 du joumada II 1420- n°4726 relative au don, au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains.

[1] Art 30-2 :« Sont punies des peines prévues à l'alinéa précédent les personnes qui ont effectué une transaction portant sur un organe humain. Est puni des mêmes peines quiconque a perçu ou tenté de percevoir ou a favorisé la perception d'une rémunération autre que celle qui est prévue pour la réalisation d'opération inhérentes au prélèvement, à la conservation ou à la transplantation d'organes humains. » Du la loi n°16-98, op cit.

[2] Art 30-3 :« La juridiction ordonne la confiscation des sommes proposées ou perçues. » Du la loi n°16-98, op cit.

[3] Art 665-13: « Aucun paiement qu'elle qu'en soit la forme, ne peut être alloie à celui qui se prête ou prélèvement d'éléments de son corps ou au collet de se produit, seul peut intervenir le cat échéant, le remboursement les frais engagés selon des modalités fixés par décret en conseil d'état.» du code santé publique, Art 2 de la loi N° 94- 654, op cit.

[4] Voir l'art 511-2: « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

ممارسين الطب بصفة عامة، في حالة تقاضيهم لأي أجر عند قيامهم بعملية النقل أو الزرع.[1] فالمشرع الفرنسي كان صريحا في منعه للإتجار بالأعضاء وفرض عقوبات جنائية وإدارية طبقا لنص المادة 511 فقرة ثانية من قانون العقوبات المعدل بقانون رقم 653 لسنة 1994 الخاص باحترام جسد الإنسان .[2] وكذلك المادة 674 فقرة ثانية من قانون الصحة المعدل بقانون رقم 654 لسنة 1994 حيث جعل العقوبة الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة مالية تقدر ب 700 000 فرنك فرنسي .

كما نص في نفس المادة على عقوبة أعمال الوساطة سواء كان موضوعها الحصول على عضو لمصلحة المتلقي أو دفع الغير للتنازل عن أحد أعضاءه نظير مقابل مادي وأوجب أيضا تطبيق العقوبة في حالة الحصول على العضو من خارج الأراضي الفرنسية.

Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entre mise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

Les mêmes peines sont applicables dans le cas ou l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger. » La loi N° 94-653 du 29 Juillet relative au respect du corps humain 1994, op cit.

[1] وهو ماذهب إليه المشرع التركي حيث أورد العقوبات الخاصة بمخالفة مجانية التبرع ليس فقط بنقل الأعضاء البشرية وإنما كل من يقوم بالنقل أو التخزين أو الزرع الأعضاء البشرية أو الأنسجة في نص المادة 15 من قانون رقم 2238 الصادر ب 29 ماي 1979وحددها من سنتين إلى أربع سنوات وبغرامة مالية من 50.000,00 إلى 100.000,00 تركي بقوله:

« Celui qui prélève, conserve, greffe et transplante des organes et tissus d'une manière non conforme aux dispositions de cette loi, celui qui achète ou vend de tels organes et tissus ,celui qui sert d'intermédiaire lors l'achat et de la vente ou qui en fait la commission ,est puni d'une peine d'emprisonnement de deux à quatre ans ,si le délit ne nécessite pas une peine plus lourde ,et d'une peine d'amende lourde de 50.000 à 100 000 livre turques . » voir la loi N° 2238 du 29 mai 1979 sur le prélèvement , la conservation et la transplantation d'organes et de tissus Voir Mohamed Salah ben Ammar, ISLAM et transplantation d'organes ,op cit ,p205

[2] Art 671-17 de CSP : « aucune rémunération de l'acte ne peut être perçue par les patriciens effectue au des transplantations d'organe au titre de ces activités. »

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي نص في المادة 511 فقرة ثانية على العقوبتين معا الحبس والغرامة، بمعنى أن المحكمة الجنائية لا تملك الحكم بإحداهما دون الأخرى[1].

وجل التشريعات العربية تؤكد على ضرورة احترام مبدأ مجانية التبرع وحظر الاتجار بالأعضاء البشرية وقيام المسؤولية الجنائية للطبيب أو لغيره في حالة مخالفة ذلك منها المشرع القطري الذي خص مادة واحدة في حالة مخالفة كل الضوابط القانونية الخاصة بعمليات نقل الأعضاء وزراعتها وهي المادة 12 من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية حيث تدرجت العقوبة بين الحبس والغرامة وسحب ترخيص مزاولة المهنة وقد سبق ذكر ذلك في حالة تخلف شرط الرضا والتشريع العراقي في القانون رقم 85 لسنة 1986 الخاص بقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية وأكد في مادته الثالثة على حظر بيع أو شراء الأعضاء البشرية مهما كانت الطريقة أو الوسيلة ويعتبر الطبيب الاختصاصي مسئولا جنائيا في حالة قيامة بالعملية مع علمه بذلك والعقوبة المقررة هي الحبس بالإضافة إلى العقوبات المالية.[2]

الفرع الثاني: في القانون الجزائري.

نص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية والغربية على مبدأ مجانية التبرع في نص المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث أكد على ضرورة أن يكون الانتزاع لأغراض علاجية أو تشخيصية وليس موضوع معاملة مالية، حيث طرحت عدة تساؤلات في حالة شخص ما باع كليته لشخص آخر فما هو موقف الطبيب؟ هل يجري العملية أم يمتنع عنها في حالة علمه بذلك؟ وما هي المسؤولية الجنائية الواقعة عليه في هذه الحالة؟ هل يعاقب بجريمة الامتناع عن تقديم مساعدة لشخصه في حالة خطر أم يقوم بالعملية ومن ثم الترويج بيع وشراء الأعضاء البشرية وغيرها من الإشكاليات التي

[1] عمر أبو الفتوح الحمامي: المرجع السابق، ص 140.

[2] عمر أبو الفتوح الحمامي : المرجع السابق ، ص 181.

طرحت في هذا الموضوع؟.[1] وجاء الحل من خلال التعديل الجديد لقانون العقوبات ويتم التعرض للعقوبات المقررة في حالة مخالفة مبدأ مجانية التبرع ومجال قيام المسؤولية الجنائية للطبيب.

أولا –حالة الحصول على عضو من شخص مقابل منفعة مالية:

المشرع الجزائري نص في المادة 303 مكرر 16[2] من قانون العقوبات على معاقبة كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة قد تكون مالية أو أية منفعة أخرى. فالنص جاء عاما لقوله: "كل من يحصل" فالمشرع وسع من نطاق المسؤولية الجنائية فيعد مسئولا وفقا لهذا النص المنقول إليه، المنقول منه، الطبيب الذي قام بعملية النقل والزرع وهي شبيهة بنص المادة 511 فقرة ثانية من القانون الفرنسي السالف الذكر. وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على معاقبة الوسيط أو من يقوم تشجيع أو تسهيل القيام بعملية الحصول على عضو من جسم شخص. فيمكن أن يكون الوسيط طبيبا أو شخص عادي ولعله أفرد هذه الفقرة لأنه في الغالب هذه العمليات تتم بين المتبرع بالعضو والمتلقي للعضو البشري عن طريق وسيط . والعقوبة المقررة للوسيط أو من يقوم بالتشجيع على هذه الجريمة هي الحبس من ثلاثة سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من300.000 دج إلى1000.000 دج[3]. ومن خلال هذه المادة المشرع الجزائري جعل نفس العقوبة مخصصة للجاني الأصلي أو الشريك فيها وشدد المشرع

[1] مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، ج1، الكتاب الثاني، دار هومة، الجزائر، ص15.

[2] نص المادة303 مكرر 16 من ق ع السالف الذكر: " يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها".

[3] المادة 303 مكرر 16 فقرة ثانية من ق ع السالف الذكر: " تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص آخر".

الجزائري العقوبة في نص المادة 303 مكرر 20[1] من قانون العقوبات حماية منه لأطراف عمليات نقل الأعضاء وزراعتها في ظروف معينة وهي حالة استغلال القصر أو الأشخاص المعاقين ذهنيا بمعنى من لديهم إرادة معيبة فهنا تقع المسؤولية الجنائية على من يقوم باستغلالهم.

ونفس الأمر بالنسبة للأشخاص التي تسهل لهم وظيفتهم أو مهنتهم القيام بذلك كالطبيب أو مساعدي الأطباء العاملين بمستشفى مرخص لها القيام بهذا النوع من العمليات وكذا إذا ارتكبت الجريمة من قبل عدة أشخاص مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو عابرة للحدود الوطنية. وفي كل الحالات تقع المسؤولية الجنائية وتوقع العقوبة بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج.

ثانيا- حالة القيام بانتزاع أنسجة أو خلايا بشرية مقابل منفعة مالية:

لم يعط المشرع الجزائري في مجال نقل الأعضاء البشرية أهمية فقط للعضو البشري وإنما اهتم أيضا بالأنسجة والخلايا البشرية وجاء النص صريحا في المادة 303 مكرر

[1] المادة 303 مكرر 20 من ق ع السالف الذكر:" يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1500.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصرا أم شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

ويعاقب بالسجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17 إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة."

18 من قانون العقوبات[1] وعبر بكلمة " كل من قام" بدلا من كلمة " كل من يحصل" مثل المادة السابقة (303 مكرر 16) وعلى ذلك يمكن أن يكون القائم بذلك طبيبا أو ممارسا للطب لأنه لا يقوم بانتزاع نسيج أو خلية أو جمع مواد من جسم شخص إذا لم يكن طبيبا أو عالما بمهنة الطب والعملية تحتوي على عدة تعقيدات فتقع عليه المسؤولية الجنائية والعقوبة المقررة هي الحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج على أن توقع نفس العقوبة على من يتوسط بمقابل لتسهيل الحصول على تلك الأشياء لشخص آخر. وبالنسبة لتشديد العقوبة فقد نصت المادة 303 مكرر 20 في حال توافر الظروف السالفة الذكر حيث تكون العقوبة الحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1500.000 دج. وفي كل الحالتين يتم مصادرة الأموال غير المشروعة المتحصل عليها[2] مع الأخذ بعين الاعتبار الغير حسن النية. والمشرع الجزائري أضاف عبارة " مواد من جسم إنسان" ويشمل من الناحية الطبية أي عضو أو نسيج أو خلية بشرية فالمصطلح عام يضم كل المعاني.[3]

ثالثا– **مساءلة الشخص المعنوي جنائيا:**

غالبا ما تمارس عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية في المستشفيات والمؤسسات الصحية العاملة في مجال نقل الأعضاء وزراعتها فتقع عليها أيضا المسؤولية الجنائية.

و القانون الفرنسي نص في المادة 674 فقرة أولى من قانون الصحة على أنه متى ثبت خرق للشروط والضوابط التشريعية التي تحكم عمليات نقل الأعضاء وزرعها كما في بيع أو شراء الأعضاء البشرية فتكون العقوبة إما الغرامة المالية وسحب التراخيص أو الإلغاء

[1] نص المادة 303 مكرر18 من ق ع السالف الذكر: " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها".

[2] نص المادة 303 مكرر 28 من ق ع السالف الذكر: "تأمر الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة الغير حسن النية".

[3] زهدور أشواق : المرجع السابق ،ص 30.

والوقف النهائي عن ممارسة النشاط من طرف الهيئة المشرفة حيث لا يتم سحب الرخصة إلا بعد مرور شهر من إرسال اعذار وفي حالة الاستعجال يتم الوقف المؤقت للمؤسسة الاستشفائية أما في حالة إصدار عقوبة بالوقف النهائي عن ممارسة النشاط في حق المؤسسة الاستشفائية المخالفة للقانون فيتم الإعلان عنها في الجريدة الرسمية.[1]

وفي التشريع الجزائري تقع المسؤولية الجنائية على الشخص المعنوي في حالة مخالفته للضوابط القانونية إذا ثبت ارتكابه لجرائم الاتجار المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري أي في حالة ارتكاب جريمة استئصال أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية دون توافر الرضا أو مقابل دفع مبالغ مالية أو أية منفعة أخرى بهذه المؤسسة الاستشفائية.

[1] Art L-674- 1: «Toute violation constatée dans un établissement ou un organisme, et du fait de celui – ci ,des prescriptions législatives et réglementaires relatives au prélèvements et aux transplantation d'organe ,aux prélèvement, à la conservation et à l'utilisation de tissus ou de cellules du corps humain entraine le retrait temporaire ou définitif des autorisation prévues aux articles L671-12, L671-16 ,L 672-7 , L 672-10 , L 672-13 et L 673-5 .

Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation

Le raterait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou l'organisme concerné et précisant les griets . En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes faisant l'objet des activités, en cause, une suspension provisoire peut être prononcée à titre conservatoire. »

La décision de retrait est publiée au journal français. »

« En cas de retrait de l'autorisation prévue à l'article L673-5, la décision est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. » Du la loi N°94—654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps, op cit.

وطبقا لنص المادة 303 مكرر 26[1] التي أحالتنا إلى نص المادة 51 فقرة ثانية من قانون العقوبات مكرر التي تحدثت صراحة عن مساءلة الشخص المعنوي جزائيا عن جرائم ارتكبت لحسابه باستغلال الأجهزة والوسائل المتواجدة من طرف الممثلين الشرعيين وهذا لا يمنع من مساءلة الشخص الطبيعي أيضا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا.[2]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يفصل في أمر العقوبة المفروضة على المستشفى غير المرخص لها القيام بهذه العمليات من أجل سحب الرخص أو المنع من القيام بهذه العمليات نهائيا أو غلق المؤسسة لأن هذه الجرائم في الأصل جاءت تحت عنوان "الاتجار بالأعضاء البشرية" وليس حالات مخالفة الضوابط القانونية لعمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها لذلك حبذا لو تأتي نصوص تجريم خاصة بهذه العمليات في قانون الصحة بما لا يخالف القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات .

من ثم بالرجوع إلى القواعد العامة طبقا لنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات الغرامة من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي[3]، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية فيمكن حل هذه

---

[1] نص المادة 303 مكرر 26 من ق ع السالف الذكر:" يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم ، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من هذا القانون .
وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ."

[2] نص المادة 51 مكرر فقرة ثانية :" إن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل اصلي أو كشريك في نفس الأفعال . " من ق ع السالف الذكر .

[3] نص المادة 18 مكرر فقرة أولى من ق ع السالف الذكر: " العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات هي:

1- الغرامة التي تساوي مرة (1) إلى خمس(5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

2- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص الطبيعي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

المؤسسة الاستشفائية أو غلق المؤسسة أو فروعها لمدة 5 سنوات، المنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، مصادرة الوسائل المستعملة أثناء ارتكاب الفعل المجرم، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات على أن موضوع الحراسة ينصب على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته وطبعا هذه المادة خاصة بمعاقبة الشخص المعنوي بصفة عامة. فيم يخص مصادرة الوسائل المستعملة والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة فقد نصت المادة 303 مكرر 28 من قانون العقوبات مع مراعاة الغير حسن النية .[1]

الفرع الثالث : أحكام مشتركة.

اثر تعديل قانون العقوبات في النصوص القانونية المجرمة لجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وحرصا من المشرع الجزائري لتفعيل الوقاية من هذه الجرائم نص على عقوبات تتدرج بين عدم الاستفادة من الظروف المخففة (أولا) والحكم بالعقوبة التكميلية بالنسبة للشخص الطبيعي (ثانيا) و شجع التبليغ عن هذه الجرائم (ثالثا) و شدد العقوبة في حالة ارتكاب هذه الجرائم من قبل أجانب (رابعا).

أولا : عدم الاستفادة من الظروف المخففة .

إن المشرع الجزائري رغبة منه في الحد من هذه الجرائم وحماية منه لكرامة الإنسان ومن ثم حماية لجميع أعضائه جعل الشخص المدان محروما من التمتع بالظروف

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز 5 سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات وتنصيب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى
- الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

[1] نص المادة 303 مكرر 28 :" تأمر الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية ." من ق ع السالف الذكر .

المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات[1] وهي الظروف التي ترك المشرع أمر تحديدها لفطنة القاضي وخبرته تبعا لظروف الجريمة وأحوال المجرم وعلى القاضي احترام الحدود التي وضعها المشرع لتخفيف العقوبة .

بالإضافة إلى تطبيق أحكام المادة 60 مكرر من قانون العقوبات الخاصة بالفترة الأمنية المقصود بها حرمان المحكوم عليه في هذه الجرائم من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الو رشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط تبعا لما جاء في المادة 303 مكرر 29 من قانون العقوبات.[2]

ثانيا : الحكم بالعقوبة التكميلية .

بالإضافة إلى العقوبة الأصلية لجريمة الاتجار عموما يجوز الحكم أيضا على الشخص الطبيعي بأحد العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون العقوبات طبقا لنص المادة 303 مكرر 22 والعقوبات التكميلية هي : الحجر القانوني ، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية ، تحديد الإقامة ،منع من الإقامة ، المصادرة الجزئية للأموال ، المنع المؤقت من ممارسة نشاط أو مهنة ، إغلاق المؤسسة ، الإقصاء من الصفقات العمومية ، الحظر من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع

[1] نص المادة 53 :" يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدانته وتقررت بظروف مخففة وذلك إلى حد :

1-عشر سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام .

2-خمس سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية في السجن المؤبد .

3- ثلاثة سنوات حبسا ، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة

4- سنة واحدة حبسا ، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات ." من ق.ع السالف الذكر.

[2] نص المادة 303 مكرر 29 : " تطبق أحكام المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم ." من ق.ع السالف الذكر .

تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة ، سحب جواز السفر ، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة .[1]

ثالثا : حالة التبليغ عن الجريمة .

ميز المشرع الجزائري بين حالتين بمقتضى نص المادة 303 مكرر 24 ، الحالة الأولى ، إعفاء من يقوم بتبليغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جرائم الاتجار قبل البدء في التنفيذ أو عند الشروع فيها والحالة الثانية خفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها و قبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا مكّن من توقيف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة .[2] وهنا حرصا من المشرع الجزائري على تشجيع من يتراجع عن ارتكاب الفعل المجرم ولأن معظم الجرائم تتم في الخفاء وتحدث أثارها بعد الاتصالات واللقاءات بين المتلقي والمعطي وفي بعض الأحيان الوسيط . ولخطورة هذه الجرائم ساوى المشرع بين الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم مع الجريمة التامة من حيث العقوبة .[3]

---

[1] نص المادة 303 مكرر 22 : " تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكابه جريمة منصوص عليها في هذا القسم ، عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون ." من ق.ع السالف الذكر .

[2] نص المادة 303 مكرر 24: " يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية و القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها .

وتخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا أمكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة." من ق ع السالف الذكر .

[3] نص المادة 303 مكرر 27: " يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة ." من ق ع السالف الذكر .

رابعا :ارتكاب جريمة الاتجار من طرف أجنبي :

سعيا من المشرع الجزائري لتبيان خطورة هذه الجريمة نص في حال ارتكابها من طرف أجنبي ، حرمانه من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات على الأكثر طبقا لنص المادة 303 مكرر 23 .[1]

المبحث الثاني: الجرائم الطبية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين.

إن نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين يطرح مشاكل لا تقل أهمية عن النوع الأول من هذه العمليات –أي فيما بين الأحياء– ويثور الإشكال في حال عدم التأكد من وفاة الشخص المراد نزع العضو منه أو حين نزع أجهزة الإنعاش الصناعي لشخص على قيد الحياة أو لمريض ميئوس من شفائه، ناهيك عن عدم احترام الضوابط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين.[2]

ولعل محور الخلاف هو عدم تحديد معيار دقيق للحظة الوفاة، فثار خلاف حول حالة المريض الذي توقف دماغه دون الأعضاء الأخرى فأنصار الموت الدماغي اعتبروا هذا الشخص ميتا من ثم وجب إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وعارض ذلك معارضي الموت الدماغي وأجازوا رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عند تشخيص موت الدماغ للتأكد من توقف القلب والدورة الدموية لتطبق عليه أحكام الميت وهناك رأي آخر ذهب إلى عدم

---

[1] نص المادة 303 مكرر 23 :" تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم ، من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات على الأكثر ." من ق ع السالف الذكر.

[2] المتمثلة في تخلف الرضا، المجانية وسبق التطرق لها ومن القضايا التي طرحت في ولاية فرجينيا سنة 1968 أن شخصا كان يعاني من نقص تام في وظائف القلب وفي نفس الوقت دخل المستشفى المتواجد فيها مريض في الأربعين من عمره كان ضحية حادث سير خلف له أضرار جسيمة في جهازه العصبي واخضع للإعاشة التقنية للاستئصال منه ولم ينتبه احد أن في أوراقه عنوان بيت أخ له يجب استئذانه وهذا يعزز المركز القانوني لأخ هذا المتوفى لمسائلة الفريق الطبي عن وضع حد لحياة شقيقه واستئصال قلبه وكليته وهو ما يزال حيا لولا أن المحكمة استحضرت معيار موت الدماغ لان قانون فرجينيا يتبناه وان جهاز قياس ذبذبات الدماغ كان قد رسمه وبالتالي لا مجال للشك . انظر رجاء ناجي مكاوي : المرجع السابق ، ص 157.

إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي حتى يصبح الشخص غير قابل للإنعاش.[1] من ثم فإن تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب في الجرائم الناشئة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي وعن عدم احترام تحديد لحظة الوفاة أمر صعب نظرا لاختلاف معايير تحديد لحظة الوفاة فالمسألة طبية ولا يمكن للقانون لوحده تحديد ذلك (المطلب الأول) بالإضافة إلى الجرائم الطبية الناشئة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي وإشكالية الموت الرحيم (المطلب الثاني) وجريمة إفشاء السر الطبي (المطلب الثالث).

المطلب الأول : لحظة الوفاة بين الطب والقانون .

لم يكن تشخيص الموت من قبل بالأمر العسير فبمجرد توقف القلب والدورة الدموية والرئتين عن التنفس يتم الإعلان عن الوفاة لكن بظهور وسائل الإنعاش الاصطناعي (Des appareils de réanimation.) وتطور عمليات نقل الأعضاء البشرية والاستفادة من جثث المتوفين ظهر الخلاف بين رجال الطب (الفرع الأول) ورجال القانون (الفرع الثاني)

الفرع الأول :أهمية لحظة الوفاة في الممارسات الطبية.

إن تحديد لحظة الوفاة أمر ضروري لاسيما في مجال نقل الأعضاء من جثث المتوفين للاستفادة بالعضو في الوقت المناسب مثل القلب أو قرنية العين لأنه من الناحية الفنية تتوقف صلاحية العضو على سريان الحياة في الأنسجة والخلايا المكونة له ويتحقق ذلك عند أشخاص لا يزال في أجسادهم بعض علامات الحياة. والأطباء من مصلحتهم دوما إبقاء أعضاء جسم الإنسان تعم بالحياة لصلاح نقلها ونفس الشيء بالنسبة للممارسات الطبية الأخرى كما هو الحال في إجراء التجارب الطبية والدراسات على الجسم البشري واستخدام الخلايا والأنسجة في الصناعات البيولوجية المختلفة.[2] والقانون يترك للأطباء سلطة التحقيق من تاريخ الوفاة وسببها ولا يحدد الوسائل

[1] الجندي صادق إبراهيم: المرجع السابق، ص 122-123.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق ،ص46-47.

المعتمدة في التحقيق.[1]وهناك من ذهب إلى أن مسألة الموت تخص الجماعة فمن الضروري إشراك العامة أو البرلمان ليتم وضع تشريع يجتمع فيه الضمير الاجتماعي والإنساني و الاعتبارات الطبية والقانونية.[2] وأمام الرغبة في إنقاذ الكثير من المرضى و تحقيق النجاح في الممارسات الطبية والتوجه نحو سبق علمي فلا بد من الوقوف برهة أمام تحديد لحظة الوفاة ووضع تعريف طبي لاعتبارهم أهل الاختصاص في إطار قانوني.

الفرع الثاني:أهمية لحظة الوفاة بمبادئ قانونية.

يرى جانب من فقه رجال القانون أن ترك تحديد لحظة الوفاة للأطباء فيه نوع من المجازفة ، لأن الكثير من الأطباء يسعون نحو تحقيق سبق علمي في مجال نقل وزراعة الأعضاء مما يؤدي إلى التوسيع في مجال تحديد لحظة الوفاة ونكون بصدد جرائم ماسة بسلامة الجسد كالجرح العمدي أو جرائم ماسة بالحياة كالقتل العمدي، لذلك لابد من وضع تعريف قانوني.

لكن البعض منهم ذهب إلى أن تحديد لحظة الوفاة لابد أن تترك للأطباء مع وضع قواعد استرشادية من قبل القانون دون الدخول في تفاصيل فنية، بمعنى يتولى القانون تنظيم الممارسات الطبية المستحدثة أو يكتفي بتنظيمها ضمن لائحة أو قرار وزاري[3].

في حين ذهب البعض إلى أنه لا يمكن إفساح المجال على نحو مطلق للأطباء الذين قد تختلف المعايير والضوابط التي يتبنونها تبعا لاختلاف أهدافهم، فالرغبة في سحب أجهزة الإنعاش الصناعي من أجل الاستفادة ببعض أجزاء الجسم لإجراء عملية نقل وزراعة الأعضاء أو القيام ببعض التجارب الطبية، يمكن أن تشكل جميعها باعثا يدفعه إلى تبني معيار مرن في تقريره للوفاة الأمر المستجوب تدخل المشرع لوضع تعريف قانوني دقيق

[1] سميره عايد الدايات : المرجع السابق ، ص 260.

[2] نفس المرجع : ص171.

[3] مهند صلاح احمد فتحي العزة: المرجع السابق ص 148.

منظما للإجراءات ووسائل التثبت من تحققه مستندا في ذلك إلى القواعد العلمية وما سيستقر عليه أغلبية خبراء الطب .[1]

وطرح إشكال حول الحد الذي يتوقف عنده القانون في مسألة تحديد لحظة الوفاة ودخول نطاق القواعد العلمية المتخصصة والواقع أن المشرع وهو بصدد وضع تعريف قانوني للموت إنما يشكل الرأي العلمي لخبراء الطب مسنده الرئيسي.[2] وما يستخلص ضرورة تبني معيار دقيق من الناحية الطبية والقانونية حتى لا يكون هناك تلاعب بأعضاء جسم الإنسان.

المطلب الثاني: الجرائم الناشئة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي.

يقتصر ارتكاب الجرائم الطبية في حال سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي التعجيل من وفاة الشخص لغرض الحصول على منفعة مالية أو الحصول على أكبر عدد ممكن من الأعضاء البشرية ويكاد يصعب مطابقة هذا النوع من الجرائم مع النماذج العقابية الموجودة في قانون العقوبات الجزائري بالرغم من التعديل الجديد لسنة 2009 لقانون العقوبات الذي اكتفى فقط بالاتجار بالأعضاء البشرية وعقاب الجناة في حال تخلف شرطي الرضا أو مجانية التبرع.

وتبعا لنص المادة 239[3] من قانون الصحة وترقيتها فإن كل خطأ مهني يرتكبه الطبيب أو ممارسي الصحة بصفة عامة يوجب الرجوع إلى نصوص قانون العقوبات في مادتيه

---

[1] نفس المرجع : ص 148.

[2] المرجع نفسه : ص51.

[3] نص المادة 239 من ق ح ت السالف الذكر: " يتابع طبقا لأحكام المادتين 288-289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بمهام ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحتهن أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته."

288[1] و289[2] اللتان تعاقبان عن القتل الخطأ والجرح الخطأ وعليه سيتم معالجة حالة سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي (الفرع الأول) الإنعاش الصناعي والقتل الرحيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي.

من المعلوم أن الطبيب لا يسأل جنائيا في حال امتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي وإيقافها عن العمل لمريض تم التأكد من وفاته وما يبرر ذلك انعدام محل الجريمة فلا يمكن مساءلة الطبيب عن جريمة قتل لأنها تتطلب وجود إنسان حي بالإضافة إلى انعدام القصد الجنائي.[3]

كما لا يسأل الطبيب جنائيا في حالة عدم رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض بعد ثبوت وفاته إذا كان الهدف مشروعا وهو الحفاظ على أنسجة وخلايا الجسم حية كي يستفيد منها آخرون متى توافرت الضوابط الخاصة بنقل الأعضاء البشرية.[4] لكن يسأل جنائيا في حالة الاستخدام غير مشروع لهذه الأجهزة فمتى تثبت المسؤولية الجنائية للطبيب في هذا المجال وما هي العقوبات المقررة لذلك؟.

أولا: جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة للغير.

من المعلوم أن الجرائم العمدية تنقسم إلى جرائم ايجابية يتكون ركنها المادي من فعل ايجابي كالسرقة والقتل و جرائم سلبية يتخذ الركن المادي فيها صورة الامتناع وتحقيق

---

[1] نص المادة 288 من ق ع السالف الذكر:" كل من قتل خطا أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة اشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار."

[2] نص المادة 289 من ق ع السالف الذكر:" إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة اشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ."

[3] محمد أحمد طه، المرجع السابق، ص 122-123.

[4] تدريست كريمة، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23-24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، ، ص 08.

نتيجة ايجابية عن هذا الامتناع وتتدرج تحت هذا النوع الجريمة المنصوص عليها في المادة 182 من قانون العقوبات بقولها :"يعاقب بالحبس من ثلاثة اشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان أو امتنع عن القيام بذلك ، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات اشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة."

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون خطورة عليه أو الغير ." وتتحقق هذه الجريمة بتوافر ركنها المادي والمعنوي.[1]

ا-الركن المادي:

يتحقق بوجود شخص في حالة خطر ولا يشترط جسامة معنية في الخطر وإنما يكون خطر جاد وثابتا وحقيقيا يقتضي ضرورة التدخل في الحال و مباشرة.[2] وتقع جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة في المجال الطبي بمجرد إخلال الطبيب بالالتزام بقواعد المهنة الطبية فلا يشترط أن يكون من شأن تدخله إنقاذ المريض.[3]

ب-الركن المعنوي:

يتمثل بتوافر العلم والإرادة أي اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم مع علمه بتوافر أركانها القانونية بمعنى يكون عالما بوجود شخص في حال خطر ويمتنع عمدا

[1]Le délit de non-assistance à personne en danger : En France l'article 223-6 du Nouveau code pénal français est d'application générale et concerne tous les citoyens. Mais il s'adresse plus particulièrement aux médecins en raison de la nature de même de ses fonctions en l'article 7 : « tout médecin qui se trouve en présence d'un malade, d'un blessé en péril, ou informé qu'un malade ou blessé est en péril, doit lui porter assistance qu'il reçoit les soins nécessaires. » Leila BEN SEDRINE, op cit, P136.

[2] منصور رحماني: الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص94.

[3] مروك نصر الدين: ج1، المرجع السابق ، ص 343.

عن تقديم المساعدة له، فامتناع الطبيب عن تركيب الأجهزة أو ترك المريض بدون مساعدة بعد إغلاق أجهزة الإنعاش الصناعي عن جسمه وقبل موت خلايا المخ يتسبب في موته موتا حقيقيا من ثم يسأل جنائيا عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.[1]

وذهب الفقه المصري إلى أن الطبيب يسأل جنائيا عن جريمة قتل عمد بطريق الامتناع متى نجم عن امتناعه لتقديم مساعدة للغير وفاة المريض بينما يسأل عن جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة لمريض في حالة خطر وذلك متى اكتشفت الواقعة قبل وفاة المريض واستدرك الموقف بتركيب أجهزة الإنعاش الصناعي.[2]

ثانيا: العقوبة.

وفقا لنص المادة 182 من قانون العقوبات فالعقوبة المقررة هي الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 15000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.[3]

الفرع الثاني: إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي والقتل الرحيم.

أثارت مسألة القتل الرحم أو القتل شفقة جدلا في الأوساط الفقهية القانونية والدينية ووردت عدة تعاريف من بينها تعجيل إحداث وفاة للمرضى الميئوس من شفائهم وله عدة مسميات مختلفة كالموت شفقة، الموت رحمة أو تهوين الموت.[4]

---

[1] نفس المرجع : ص 344 ونشير إلى انه لابد من اكتمال عناصر الجريمة وإلا لا مجال للمسائلة الجنائية وهو ما حدث في قضية تتلخص وقائعها في تردد أب الضحية عن إدخال ابنته ووضعها تحت المراقبة الطبية ومتابعة العلاج ومنع الطبيب من مباشرة العلاج يعني عدم اكتمال العنصرين المادي والمعنوي . ملف رقم 128892 قرار بتاريخ 1995/12/26 انظر طاهري حسين : الخطأ الطبي والخطا العلاجي في المستشفيات العامة ، دار هومة للطباعة والنشر ،الجزائر ،2002،ص 359.

[2] تدريست كريمة: المرجع السابق، ص 09.

[3] نص المادة 182 من ق ع السالف الذكر .

[4] منصور عمر المعايطة : المرجع السابق ، ص 79. ومحمود احمد طه : المرجع السابق ، ص77 . ويعني الموت الرحيم أيضا:

Le mot « euthanasie» est formé à partir de deux termes : « thanatos », qui veut dire « mort » et « eu » qui signifie « bien » .L ‘euthanasie veut dire alors « bonne mort » mort douce, une mort qui est une noble fin .Il s’agie plus précisément d’une mort

ويقصد به أيضا : " إنهاء حياة المريض ميؤوس من شفائه طبيا للحد من آلامه المبرحة وغير المحتملة بناء على طلبه الصريح أو الضمني أو طلب من ينوب عنه وسواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة." ويعرف أيضا: " الموت الرحيم الذي يخلص مريضا لا يرجى شفاؤه من آلامه المبرحة." [1] والقتل الرحيم يختلف عن القتل بناء على طلب أو برضا المجني عليه في كون القاتل يرتكبه دون طلب أو رضاء سابق على الفعل من المجني عليه بل يرتكبه من تلقاء نفسه بدافع الشفقة عليه لإراحته من الآلام

provoquée par la main humaine avec l'intention d'abréger les souffrances du malades dans le cas ou il n'y a aucun espoirs de guérison. » Voir Leila BEN SEDRINE : Article l'euthanasie infraction intentionnelle et responsabilité pénale du médecin, revue marocaine d'administration locale et de Développement, N°83, Novembre-Décembre 2008, les éditions magrébines, RABATH, 2009, P134. Et Leila BEN SEDRINE , la responsabilité civile ,pénale et disciplinaire du médecin au Maroc ,El-maaref El- Jadida ,RABAT ,2006,p239 .

Le sens d'origine, et sans aucun doute le sens exact du terme euthanasie : mort calme et exempte de souffrance , survenant , grâce à l'emploi de substances calmantes et stupéfiantes . Voir Jean Penneau , La responsabilité du médecin , op cit ,p 91.Et voir aussi Les critères de la prise de décision : C'est le degré de l'atteinte cérébrale qui sera déterminant ainsi que la position da la famille. l'évaluation de ce degré d'atteinte va nécessiter l'expertise, durant de nombreux jour .d'une triple équipe médicale composée de neuroréanimateurs , de neurochirurgiens et de neuroradiologies. Le personnel paramédical doit aussi être impliqué à ce stade .Il est particulier très important que les infirmier (e)s et aides soignant participent aux entretiens avec les familles. la question qui de pose est de peser l'intérêt respectif du patient , de sa famille et de ses proches , de la société , mais aussi de l'équipe soignante et de « malade suivante qu'elle doit prendre en charge . » du loi à l'épreuve de la neuroéthique le cas du patient cérébrolésé adulte à la phase aigue .voir p .Biclet ,L.Puybasset ,I.Erny ,S .Beloucif et R.kerzmann : Article : Fin de vie et euthanasie ,revue de médecine et droit ,N°106 ,janvier –février 2011 ,PARIS ,2011,p 70.

[1] عشعوش كريم : العقد الطبي ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص 122.

التي حلت به .[1] ويتم التعرض لموقف التشريع المقارن (أولا) ثم موقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا : التشريع المقارن .

ساد الاختلاف حول إباحة القتل شفقة من عدمه ومن الدول الغربية التي أقرته هولندا حيث أصدرت تشريعا سنة 2000 يجيز للأطباء القتل شفقة مع إلزامية إتباع مقاييس أخلاقية وهي أن يكون المريض ميئوس من شفائه ولا يتحمل آلام المرض، رغبة المريض في الموت شفقة وعلى الطبيب لمزيد من التأكد طلب رأي زميل له في المهنة وإعلام السلطات المختصة لتقرير الإجراءات الواجب إتباعها.[2]

و ساير ذلك التشريع البريطاني حيث أجاز القتل شفقة واشترط:

- أن يكون للطبيب المؤهلات العلمية والتقييد في النقابة الطبية.
- أن يكون المرض مستعصيا ويسبب آلاما للمريض.
- بلوغ المريض.
- أن يعبر المريض عن رضائه كتابة بعدم تدخل الطبيب لعلاجه من مرضه.[3] أما المشرع الفرنسي منع القتل الرحيم واعتبره بمثابة قتل معاقب عليه بنص المادة 221 فقرة أولى من قانون العقوبات كما أن قانون أخلاقيات الطب نص في المادة 20 على منع وضع حد لآلام المريض بقتله.[4]

وبالرجوع إلى المؤتمرات والمجالس الدولية فنجد المجلس الطبي الأوربي عام 1976 أقر بأن:" الحياة يجب ألا تكون الهدف الأوحد للممارسات الطبية وإنما يجب أن تتجه إلى

---

[1] محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ، ص276.

[2] نفس المرجع: ص 98.

[3] منصور عمر المعايطة :المرجع السابق ، ص 97 ومحمود احمد طه : المرجع السابق ، ص 77.

[4] « Le Médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade il n'a pas le droit de provoquer délit barrement sa mort »

نقلا عن عشوش عبد الكريم : المرجع السابق ، ص124 .

تخفيف المعاناة". وهو ما أكدته الأكاديمية السويسرية من نفس السنة بشرط أن المرض لا شفاء منه.[1] واعتبر رأي آخر إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي بهدف القتل شفقة جريمة قتل عمد ولا أهمية للباعث واستندوا إلى أن المحافظة على حياة المريض هدف أساسي لا يجب الحياد عنه وتخفيف الآلام هدف جانبي يهدف إليه الأطباء، كما أن العلم في تطور مستمر فالمرض الميؤوس منه في الوقت الحالي قد يصبح له علاج في المستقبل.[2] ومن المواقف القانونية ، قرار المحكمة الأمريكية العليا برفع أنابيب التغذية عن تيري شيافوا حيث أصدرت هذه المحكمة قرار برفع أنابيب التغذية عن تيري شيافوا بناء على طلب زوجها بعد أن قرر الأطباء عودة الحياة الطبيعية حيث كانت نتيجة إصابتها بتلف في المخ . وكانت شيافوا دخلت في غيبوبة دماغية بعد توقف قلبها عن النبض مؤقتا في 1990 من جراء خلل في التوازن الكيميائي راجع إلى مشاكل في التغذية وتعاطف معها أعداد كبيرة من الناس وتوفيت في 31 مارس 2005 بعد 13 يوم من نزع أنبوب التغذية الذي أبقاها على قيد الحياة لمدة 15 سنة وعلى خلفية هذه القضية صوت الكونغرس الأمريكي على مشروع عاجل يمنع اللجوء للموت الرحيم حتى في حال موت الدماغ .[3]

ومن المجامع الفقهية نجد مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بجدة عام 1993 في قراره الصادر في 18 ماي 1967 رفض بشدة مسألة القتل شفقة واعتبر هذه المسألة جريمة يعاقب عليها الطبيب والمريض المعجل لوفاته ويعتبر بمثابة المنتحر مستدلين بقوله تعالى:" يَا بَنِيَّ اذْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِنْ يُوسُفَ وَأَخِيهِ وَلَا تَيْأَسُوا مِنْ رَوْحِ اللَّهِ ۖ إِنَّهُ لَا يَيْأَسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ."[4]

---

[1] محمود احمد طه : المرجع السابق ، ص78.

[2] نفس المرجع : ص 80.

[3] خربوش نزيهة : الحماية الدولية للحق في الحياة ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2005-2006 .

[4] سورة يوسف : الآية 87.

وجل التشريعات العربية لم تجز مسألة القتل الرحم أو شفقة فنجد المشرع العراقي نص في تعليمات السلوك المهني: " إن قيام الطبيب بأي عمل من شأنه إنهاء حياة المريض المصاب بأمراض غير قابلة للشفاء يعتبر جناية قتل ولو تم برضا المريض وبناء على طلبه". وهذا ما أكده المشرع السعودي في المادة الحادية والعشرين من اللائحة التنفيذية لمزاولة مهنة الطب بعدم إجازة إنهاء حياة مريض ميئوس من شفائه.[1]

ثانيا : موقف المشرع الجزائري.

لا يوجد نص صريح في التشريع الجزائري يجرم القتل شفقة ولا عقوبة خاصة ، مرد ذلك إلى أن هذا النوع من القتل يأخذ بباعث الشفقة والمعلوم في القانون الجنائي طبقا للقواعد العامة ، الباعث لا علاقة له بالركن المعنوي ولا تأثير له على المسؤولية الجنائية. ويقوم القصد الجنائي متى أراد الجاني النتيجة أيا كان الدافع أو الباعث ولو كان شفقة على المجني عليه. وفي قانون حماية الصحة وترقيتها نص في المادة 13[2] على ضرورة الاحترام الكامل للمريض عند ممارسة الطبيب لأعماله العلاجية والمادتين6[3] و7[4] من المرسوم المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب تلزم عند ممارسة مهنة الطب احترام حياة الفرد كما تمنع المادة 17 من نفس المرسوم تعريض حياة المريض لخطر لا مبرر له خلال الفحوص الطبية .[5]

---

[1] عشوش كريم : المرجع السابق ، ص 124.

[2] نص المادة 13:" تمارس أعمال التكوين والبحث العلمي التي تجري في الهياكل الصحية مع الاحترام الكامل للمريض. " من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] نص المادة 6: " يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري." من ق. م. ط السالف الذكر .

[4] نص المادة 7 : " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية ، وفي التخفيف من المعاناة ، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب ." من ق .م .ط السالف الذكر.

[5] نص المادة 17 : " يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه ." من ق . م.ط السالف الذكر .

و يعاقب الطبيب في حال ارتكابه لهذه الجريمة أساس جريمة القتل العمد طبقا للمادة 254 من قانون العقوبات حماية للحق في الحياة وعدم تمتع الجاني بالظروف المخففة للعقاب (ا) وفي حالة ارتكاب ذلك بدون تعمد ف يعاقب الطبيب بجريمة القتل الخطأ (ب) .

ا: جريمة القتل العمد.

تتحقق هذه الجريمة بتوافر الركن المادي المتمثل بإقدام الطبيب على إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عمدا على مريض ميئوس من شفائه قبل أن تموت جذع مخه. ومن صور القتل الرحيم ، قيام الطبيب أو مساعدوه بإنهاء حياة المريض بأنفسهم سواء بطلب من المريض أو بدونه وهنا طبعا يخضع إلى القواعد العامة لجريمة القتل العمد لعدم الأخذ برضا المجني عليه كسبب إباحة.

والصورة الثانية، قيام المريض بقتل نفسه ويشاركه الطبيب ومساعدوه بالتحريض أو المساعدة بالتجهيز فيعد المريض منتحرا والطبيب ومساعدوه يعدون شركاء الانتحار وتقوم مسؤوليتهم في التشريعات التي تعاقب الشريك في الانتحار .[1] مثلما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي يعاقب على من يقوم بمساعدة المنتحر في نص المادة 273 من قانون العقوبات بقوله: " كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهل له أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ هذا الانتحار."

أما الركن المعنوي فيتمثل في إدراك الفعل المجرم وتعمد القيام به. والعقوبة المقررة طبقا لنص المادة 261 من قانون العقوبات هي الإعدام .[2]

[1] سالم محمد الاطرقجي : مسؤولية مساعدي الأطباء الجزائية ، ط1 ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011، ص102.

[2] نص المادة 261:" يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل....." من ق ع السالف الذكر .

ب: جريمة القتل الخطأ.

تتحقق هذه الجريمة إذا قام الطبيب بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي اعتقادا منه بطريق الخطأ أن المريض قد مات و يعتبر الطبيب مسئولا جنائيا عن وفاته إذا أدى إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي إلى ذلك طبقا لنص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تعاقب الطبيب المرتكب لخطأ مهني خلال ممارسة مهامه في حالة وفاة المريض بالإحالة إلى قانون العقوبات في نص المادتين 288[1]-289[2].

المطلب الثاني: جريمة إفشاء السر الطبي.

أساس التعامل الطبي بين المريض وطبيبه هي ثقة المريض التامة والمطلقة بطبيبه ولذا فالطبيب غالبا ما يضطلع على الحقائق تخص المريض وحياته الشخصية كما قد يضطر الطبيب إلى استجواب مريضه عن أسرار حياته.

الفرع الأول : أركان الجريمة.

يتطلب لقيام جريمة إفشاء السر الطبي توافر الركن المادي (أولا) وتوافر الركن المعنوي(ثانيا).

أولا : الركن المادي .

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في فعل الإفشاء (ا) وصفة الجاني(ب) ويتم التعرض لذلك تباعا .

[1] نص المادة 288 : " كل من قتل خطا أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة اشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 1000 دج إلى 20000 دج." من ق.ع السالف الذكر.

[2] نص المادة 289:" إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة اشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ." من ق.ع السالف الذكر .

ا-فعل الإفشاء :

"هو كل فعل من شأنه إطلاع الآخرين على السر ولا يشترط أن يكون بإحدى وسائل العلنية لأنه لا يوجد طريقة خاصة للإفشاء. وعرفه البعض: " كل ما يعرفه الأمين في أثناء أو بمناسبة مهنته وكان في إفشائه ضرر للشخص أو لعائلته أو بحكم الظروف التي تحيط به." [1]وعرف أيضا على أنه: " كل ما يذكره المريض وما يكتشف على إثر تدقيقات ومعاينات سواء كانت النتيجة سلبيه أو ايجابية ."[2] وعرف أيضا : "الالتزام المفروض على الطبيب وبمقتضاه يمتنع عن البوح بكل ما هو سر للمريض إلا في الحالات التي يرخص له بالإفشاء سواء بالاتفاق أو بنص القانون ."[3] والمشرع الجزائري عرفه في نص المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب بقوله : " يشمل السر المهني كل ما يراه مناسبا الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته ."[4]

واحترام أسرار المرضى وخصوصياتهم من أهم حقوق المرضى ومبادئ أخلاقيات مهنة الطب فضلا عن تلاقيه مع مبادئ حقوق الإنسان طبقا لنص المادة العاشرة من حقوق الإنسان والتي تنص على ضرورة احترام الحياة الخاصة فيم يتعلق بالمعلومات الخاصة بالصحة العامة.[5]

وفي مجال نقل الأعضاء البشرية وزراعتها نص المشرع الجزائري في المادة 165 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على منع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع.[6]

---

[1] سالم محمد الاطرقجي : مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ، ط1 ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2001، ص 119.

[2] نفس المرجع : ص 119.

[3] سلامة عبد الفتاح حليبه: أحكام عقد العلاج ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، 2009 ، ص 347.

[4] انظر ق. م. ط السالف الذكر.

[5] سلامة عبد الفتاح حليبه : المرجع السابق ،ص246 .

[6] نص المادة 165 فقرة ثانية : " كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع ." من ق.ح. ت السالف الذكر .

ب-صفة الجاني :

كتمان السر ينطبق على كل من يعمل بالمستشفى من ممرض و مصور إشعاعي وآخرين إلا إذا عينوا أو خصموا بلائحة أو نظام أو قانون معين ويكونون مستقلين عمليا عن الطبيب دون تستر أو تغطية بامتياز الطبيب."[1] والمشرع العراقي : ذهب إلى اشتراط أن يكون الإطلاع بحكم الوظيفة أو المهنة أو الفن أو الصناعة أو طبيعة العمل .[2] ونفس الاتجاه ذهب المشرع الجزائري نص في المادتين 206[3] و226[4] من قانون حماية الصحة الصحة وترقيتها على ضرورة احترام شخصية المريض وحمايته بكتمان السر سواء من الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيادلة وحتى المساعدين الطبيين.

ثانيا : الركن المعنوي.

تعد جريمة إفشاء السر من الجرائم العمدية فلا تقوم الجريمة إذا حدث الإفشاء نتيجة الإهمال والقصد الجنائي المتطلب توافره هو القصد العام الذي يقوم على أساس العلم والإرادة ، كما لا اعتبار للباعث .[5]

وفي هذا الصدد أشار الفقه في مصر على التزام مساعدي الطبيب ومعاونيه في كتمان السر لأنهم لم يعدن مجرد حارسات يقومون بأعمال مادية وإنما يعالجن المرضى تحت إشراف الطبيب.[6] إن الالتزام بالسر الطبي يرتكز على عقد يعاقب القانون الجنائي على مخالفته بسبب طبيعته النسبية المتعلقة بالنظام العام وعليه لا يجوز للأطباء تسليم

---

[1] سلامة عبد الفتاح حليبه ، المرجع السابق : ص 119.

[2] نفس المرجع : ص 120.

[3] نص المادة 206:" يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة ." من ق.ح.ت السالف الذكر .

[4] نص المادة 226 :"يجب على المساعدين الطبيين لن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية ." من ق .ح. ت السالف الذكر .

[5] سالم محمد الاطرقجي: المرجع السابق ، ص 120,

[6] نفس المرجع : ص 120.

شهادات طبية يمكن أن تستخدم ضد الأشخاص أو المرضى الذين منحهم ثقتهم وقبلوا أن يعالجوا من طرفهم .[1]

الفرع الثاني: العقوبة .

نص المشرع الجزائري في المادة 235 من قانون حماية الصحة على تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات في حال عدم احترام السر المهني.[2] والعقوبة المقررة هي الحبس من شهر إلى ستة اشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة بحوزتهم أسرار افشوها في غير الحالات المسموح بها قانونا.[3] وورد استثناء في عدم الالتزام بالسر المهني في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وضرورة إبلاغ السلطات المختصة و إلا تعرض لعقوبة الحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج.[4]

إن المشرع الجزائري بتعديله لقانون العقوبات لسنه 2009 نص على معاقبه الشخص في حالة الحصول على الأعضاء البشرية مقابل مبلغ مالي أو أيه منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها وكذا معاقبة في حال عدم توافر الموافقة المطلوبة للحصول على الأعضاء البشرية سواء تعلق الأمر بالأحياء أو من جثث المتوفين والجدير بالذكر أن المشرع جعل

---

[1] رايس محمد : نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 212.

[2] نص المادة 235 : " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206– 226 من هذا القانون ." من ق.ح.ت السالف الذكر .

[3] نص المادة 301 من ق ع السالف الذكر : " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة اشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون الصيادلة والقابلات وجميع الاشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وافشوها في غير الحالات التي فيها القانون ويصرح لهم بذلك ...."

[4] نص المادة 303 مكرر 25 : " كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء ، ولو كان ملزما بالسر المهني ، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك ، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج .

في ما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة ، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة ."

هذه الحالات تحت عنوان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولم يرد أي تعريف لهذه الجريمة ربما مرد ذلك إلى أن هذه الجريمة ليست خاصة بالأطباء وحدهم فيمكن ارتكابها من طرف فرد أو جماعة وقد يحمل صفة التاجر أو الطبيب.

والمشرع الجزائري تدارك القصور الموجود في نص المادة من 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها لأنها لا توفر الحماية الجنائية اللازمة للسلامة البدنية للأشخاص في مجال عمليات نقل الأعضاء وبالتالي تدخل المشرع لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم وان اقتصرت فقط على تخلف شرطي الرضا ومجانية التبرع وشملت كل شخص مهما كانت صفته وليست خاصة بالأطباء فقط وهذا راجع للطابع الدولي لهذه الجريمة وبالرغم من عدم التطرق إلى الشروط لأخرى لهذه العمليات لكنه ساير التطور الإجرامي الخطير في هذا المجال رغبة للحد منه ونحبذ إيراد نصوص قانونية في حال مخالفة كل الضوابط القانونية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

الخاتمـــــة

ساهم تقدم طرق وأساليب العلاج الطبي في إعطاء المريض أمل في الشفاء إلا أنه ألقى على الطبيب مسؤولية جنائية في حالة مخالفة الضوابط القانونية المعمول بها . يعتبر موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المواضيع المهمة لتعلقه بحياة وسلامة كل فرد، وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على مختلف جوانبه. ونظرا لقلة القرارات القضائية المتناولة لهذا الموضوع في التشريع الجزائري اعتمدنا الدراسة المقارنة لمعرفة موقف الشريعة الإسلامية والوقوف على معظم تجارب الأنظمة الأخرى لحل الإشكالات القانونية التي اعترضتنا في البحث .

وقد اثار موضوع مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والطبيعة القانونية للأعضاء البشرية جدلا ، خصوصا فيما يتعلق بالأعضاء المنفصلة عن الجسم وحدود سلطة تصرف الإنسان في أعضائه. فالتصرفات البسيطة لا تثير أي إشكال كالتبرع بالدم أو حليب الأم المرضعة. كما أكد المشرع من خلال النصوص القانونية (قانون الصحة) أن رضا المريض والمتبرع على انتزاع ونقل الأعضاء البشرية، لا يكفي وحده لإباحة العمل الطبي أو الجراحي من الناحية الجزائية حيث نص على مجموعة من الشروط تتمثل في : توافر حالة الضرورة التي تستدعي النقل والزرع، أن يكون النقل والزرع هو العلاج الوحيد، أن يكون النقل تبرعا لا بيعا ولا اتجارا ، قبول جسم المستقبل العضو و ألا يترتب على هذا النقل ضرر فاحش بالمتبرع أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة.

أما شروط نقل الأعضاء من جثة المتوفى تتمثل في: عدم وجود غير جثة المتوفى التي يمكن الانتفاع بها ، تحقق علامات الموت قبل الاستقطاع من الجثة وتوافر رضا الانتفاع بأعضاء الميت قبل موته ويمكن صدور رضا الانتفاع بأعضاء المتوفى من ورثته في حال التأكد من عدم ثبوت وجود رفض بالتبرع من قبل المتوفى . و في كل الأحوال أن يكون المنتفع بالعضو البشري مضطرا إلى هذا الانتفاع بحيث أن العلاج العادي أو البسيط أصبح بدون جدوى .

وبالرغم من صدور الأمر رقم 08 -13 المؤرخ في 30 يوليو 2008 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة و ترقيتها، إلا أنه عدل النصوص الخاصة بالمتاجرة بالدم البشري فقط. ونأمل أن ينعكس على النصوص القانونية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وجعلها أكثر انسجاما مع واقع المجتمع الجزائري الذي لا يزال يجهل تقنية نقل وزرع الأعضاء البشرية وفائدة التبرع بها وأحكام الشريعة الإسلامية .

يستوجب تسهيل إجراءات العمل الطبي في مجال عمليات نقل الأعضاء وزرعها إعادة النظر بخصوص كيفية الحصول على موافقة الشخص لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها. فالمشرع الجزائري اشترط الموافقة الكتابية بحضور شاهدين أمام رئيس المصلحة الإستشفائية، لكنه لم يحدد من هم الشهود ، حيث أن التشريعات القانونية اشترطت صدور الرضا أمام جهة رسمية كالقانون المغربي ، التونسي والفرنسي اللذين اشترطوا صدوره أمام قاض.

وبالتالي القاضي له سلطة مراقبة احترام الطبيب للقواعد القانونية في مجال الحصول على الموافقة بحيث يمكنه عدم المصادقة إذا لاحظ عدم توافر الرضا القانوني المطلوب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وهذا النوع من الرقابة يحقق حماية قانونية للفريق الطبي الذي باشر عمليتي النقل والزرع في حال عدم نجاح العملية أو ضد أي ادعاء بعدم الموافقة على العملية.

ولنجاح العمل الطبي في هذا المجال يجب العمل بالسجل الوطني للمتبرعين بالأعضاء البشرية، تأسيس مركز قانوني لنقل وزرع الأعضاء مهمته الأساسية ربط كافة المراكز وتنسيق العمل بينها عن طريق شبكة معلوماتية متطورة. إضافة إلى تفعيل دور الجمعيات التي تدافع عن حقوق المرضى وأخرى عن المتبرعين . والعمل ببطاقات خاصة يحملها المتبرعين أو تضمين التبرع في وصية كتابية أو رخص السياقة ببيانات تفيد قبول التبرع أو رفض التبرع. والقيام بحملات تحسيسية لتبيان أهمية التبرع بالأعضاء البشرية وفضائله.

وفي مجال مجانية التبرع ، من قام بالتنازل عن أحد أعضاء جسمه لابد وأن تتأثر كفاءته في الأداء بوجه عام مما ينعكس حتما على قدرته على الكسب وانخفاض في الدخل ومستوى المعيشة . وبالتالي ضرورة تحمل المتلقي أو مؤسسات الدولة كافة مصاريف عملية انتزاع العضو وما يعقبها من فترة نقاهة أو علاج قد يلزم إعطاءه للمانح لفترة مؤقتة أو على الدوام، مثل المشرع الفرنسي الذي جعل تكاليف الخاصة بالمتبرع وكذا عائلته تتحملها هيئات الضمان الاجتماعي.

تمر عمليات نقل الأعضاء البشرية بعدة مراحل تبدأ بتشخيص حالة المريض وإجراء التحاليل والفحوصات الطبية لكل من الشخص المستقبل للعضو والمتبرع المأخوذ منه للتأكد من خلوه من الموانع الطبية، يلي ذلك استئصال العضو السليم من المتبرع. وبعد الانتهاء من عملية الزرع يستمر الأطباء في متابعة حالة كل من مستقبل العضو والفاقد له وبخاصة الشخص المستقبل للعضو فلا يترك حتى يتم التأكد من استقرار حالته وقبول الجسم للعضو الغريب و تحسن حالته.

و في هذه المراحل قد يرتكب الطبيب خطأ جنائيا يستوجب العقاب سواء كان عمدي أو غير عمدي. والمشرع الجزائري يحيلنا دائما إلى المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي لا تحقق الحماية الجنائية اللازمة للمريض و التي بدورها تحيلنا إلى المادتين 288-289 من قانون العقوبات المتعلقة بالقتل الخطأ والجرح الخطأ وتطبيق الجزاء الجنائي إذا ثبت ارتكاب الطبيب إحدى صور الخطأ الجنائي ، وعليه من الضروري إدراج نصوص جزائية خاصة بالأطباء في حال مخالفة الضوابط القانونية في عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها على غرار المشرع المغربي والتونسي .

وفي هذا الصدد يستوجب مراعاة ما يلي :

- تمتع الجراح المكلف بعمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها بكفاءة وخبرة معتبرة.
- ضمان حسن متابعة المريض من قبل الطبيب والمستشفى الذي أجرى له العملية.
- إنشاء وكالة وطنية لتطوير عمليات نقل الأعضاء البشرية.

– تأسيس مجلس وطني لأخلاقيات الطب يسهر على مراقبة التطبيق الصحيح للقانون ويحرص على تطبيق الضمانات المتمثلة في : المجانية، السرية ، عدم التمييز والتساوي في فرص زراعة الأعضاء و توفر الشروط الصحيحة للعلاج.

– في مجال نقل الأعضاء وزراعتها لا يكفي للطبيب الجراح أن يكون مرخصا له بممارسة العمل الطبي فحسب بل تكون له مهارة خاصة حسب نوع الجراحة.

– تحديد اختصاص الأطباء الذين يتولون معاينه الوفاة الدماغية ولأن تشخيص الموت الدماغي يحتاج إلى دقة متناهية فمن الأجدر القيام به من طرف أطباء متخصصين في الأمراض العصبية وذلك تفاديا لأي خلل أو خطأ في التشخيص والمعاينة .

– تحديد الضوابط والمعايير اللازمة لإثبات الوفاة وفقا للمعيار الحديث وتحديد عدد وتخصص الأطباء المشاركين في إثبات الوفاة وان لا يكون من المرخص لهم مباشرة إجراءات نقل أو زرع الأعضاء البشرية . والنص على العقوبات الجنائية في حال مخالفة القواعد الأساسية .

– تحديد الفحوص اللازمة للتأكد من سلامة المريض وان نقل العضو لا يهدد حياته أو يصيبه بضرر صحي جسيم واحتمال نجاح عملية زراعة العضو للمريض من قبل وزارة الصحة .

استحدث المشرع الجزائري في قانون العقوبات ما يسمى بجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية إثر تعديله لسنة 2009. وما يميز هذه الجرائم أنها جرائم ماسة بالمصلحة العامة لما تشكله من تهديد لحياة الأفراد وأمنهم وسلامتهم الجسدية وجرائم الماسة بالأخلاق لمساهمتها في توريط الأطباء في خيانة المهنة الطبية . حيث تعمل على إساءة استعمال التقنيات العلمية والتكنولوجية التي وجدت من اجل خدمة الفرد والمجتمع . كما أن هذه الجرائم تتأثر بالعولمة ما جعلها ذات طابع دولي أكثر من محلي أو إقليمي مما جعل فقراء العالم تحت وطأة زعماء وعصابات الاتجار بالأعضاء البشرية.

وقسم المشرع الجزائري جرائم الاتجار بالأعضاء من حيث جسامتها إلى جنايات و جنح ، كجناية الحصول على الأعضاء البشرية وانتزاعها مقابل منفعة وجنحة الحصول على الأنسجة والخلايا البشرية مقابل منفعة مالية أو غيرها وحالة عدم التبليغ والتستر عن ظروف ارتكابها.

وعمل المشرع الجزائري على تشديد العقوبات في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية ، لاسيما عند حمل السلاح ، التهديد باستعماله ، إذا تم ارتكابها من طرف أكثر من شخص أو من قبل جماعة إجرامية منظمة ذات طابع عابر للحدود مع حرمان الجاني من الاستفادة من الظروف المخففة المنصوص عليها في قانون العقوبات وعدم التفرقة بين الفاعل الأصلي والشريك في العقوبة وبين تنفيذ الجريمة والشروع فيها وعدم إعفاء الشخص المعنوي المساهم في هذه الجريمة من العقوبة .

والملاحظ على المشرع الجزائري لم ينص على معاقبة من يقوم ببيع عضوه أو منحه من أجل الحصول على منفعة وهذا ظاهر من خلال نص المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، لذلك نقترح أن يشمل العقاب صاحب العضو للحد من هذه الجريمة.

ومن خلال النصوص القانونية نرى ضرورة إدراج نص جزائي يعاقب على نشر إعلانات بأية وسيلة من وسائل الإعلام إذا كان موضوعها عرض أو شراء أو بيع أي عضو من الأعضاء البشرية. واحترما لمبدأ الشرعية، يجب على المشرع الجزائري إدراج نصوص قانونية صريحة تجرم نقل الأعضاء التناسلية لما في ذلك من اختلاط للأنساب في قانون حماية الصحة وترقيتها.

وفي ظل التطور المستمر للميدان الطبي قد تظهر مسائل أخرى تحتاج إلى معالجة قانونية لذا لابد من إدراج نصوص جزائية خاصة بالأطباء في مجال نقل الأعضاء البشرية وزرعها دون الرجوع إلى القواعد العامة أو البحث في نصوص قانون العقوبات بما يتلاءم والجرم المرتكب وذلك إما بإدراجها في قانون العقوبات تحت عنوان الجرائم

الطبية أو بنفس القانون الخاص بنقل الأعضاء البشرية بما لا يخالف نصوص قانون العقوبات على غرار التشريعات العربية و الغربية .

المراجـــع

قائمة المراجع :

ا- المراجع باللغة العربية.

أولا:القران الكريم .

ثانيا:الكتب الإسلامية :

1. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي تاريخه ومصادره و نظرياته العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

2.ابن قيم الجوزية : الطب النبوي ، دار أحياء الكتب العربية ، القاهرة ،1377هـ .

3.أبو بكر الجزائري: منهاج المسلم، طبعة أولى، مكتبة العلوم والحكم، القاهرة، 1423 هـ _ 2002 م.

4.أسامة عبد العليم الشيخ : قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في القفه الإسلامي والقانون الوضعي، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة، طنطا، 2007.

5. إسماعيل مرحبا: البنوك الطبية الشرعية وأحكامها الفقهية ، طبعة أولى، دار الجوزي للنشر ، المملكة العربية السعودية ، شوال 1429.

6.الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، المكتبة العصرية، لبنان، 1429هـ_2008م.

7.الإمام النووي: رياض الصالحين، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1416هـ _ 1996م.

8.الشيخ احمد حماني: استشارات شرعية وفقهية، مجلة المجلس الأعلى الإسلامي، دورية في الثقافة الإسلامية إعطاء الإسلام في أخلاقيات الطب، العدد الثاني، سنة 1999.

9.الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الجزء السابع، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لبنان،1432هـ _2010 م.

10 إيمان مختار مصطفى : الخلايا الجذعية وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي دراسة فقهية مقارنة ، طبعة أولى ، لبنان، مكتبة الوفاء القانونية، 2011.

11. جلال الدين محمد بن احمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي: تفسير الجلالين، دار المعرفة للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، دون سنة.

12. حسان شمسي باشا، محمد علي البار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دمشق، دار القلم، 2004.

13. سيد سابق: فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1424هـ_ 2003م.

14. صبري محمد موسى ومحمد فايز كامل : تفسير أساس البيان، طبعة أولى، دار الخير،البلد، 1423هـ_2003م.

15. عبد العظيم بن بدوي الخلفي: الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، الطبعة الثالثة، مصر للنشر والتوزيع، المنصورة، 1421_2001م.

16. عبد القادر جعفر: نظام التامين الإسلامي، دون طبعة، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971.

17. علي محيى الدين القرهداغي:على يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، طبعة أولى ، دار البشائر الإسلامية ، 1426هـ_2005م.

18. عماد زكي البارودي: موسوعة فتاوى معاصرة، الجزء الرابع ،القاهرة، المكتبة التوفيقية ، بدون سنة.

19. محمد المدني بوساق: اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ، 1423هـ_ 2002.

20. محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

21. محمد بن عبد الوهاب عن ابن قيم الجوزية: مختصر زاد المعاد في هدي خير العباد ، دار الكتاب العربي، سنة 1206هـ _1115م، ص224-225.

ثالثا : الكتب والمؤلفات القانونية.

1. إبراهيم بن حمد الطريف:أمراض وزراعة الكبد، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر الرياض ،1999.

2. إبراهيم صادق الجندي: الموت الدماغي، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص44.

3. أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ،مصر 2008

4. أبو الوفا محمد أبو الوفا: تحديد المسؤولية الجنائية في وسط الفريق الطبي، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008.

5. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007.

6. أحمد محمود سعيد: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، دار النهضة العربية ، القاهرة،2007.

7. إدريس عبد الجواد عبد الله: الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، ليبيا، 2009.

8. أسامة السيد عبد السميع: نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

9. أسامة عبد الله بلقايد: المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ،الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

10. افتكار مهيوب ديوان المخلافي: حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1428-2006.

11. أمير فرج، الجرائم الطبية: المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص68.

12. أمير فرج يوسف: مسئولية الأطباء من الناحية المدنية والجنائية والتأديبية، مركز الإسكندرية للكتاب، الازاريطة ،2010.

13. أمير فرج يوسف ، مكافحة الاتجار بالبشر ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2010.

14. بن وارث .م : مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2003 .

13. بلحاج العربي : الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2011.

14. جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، جرائم، 2010.

15. جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، عقوبة قتل، جرح وضرب، دون دار نشر، 2010.

17. حزولي عزا لدين : المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2009.

18. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان 2001.

19. حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

20. خالد محمد شعبان: مسئولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

21. رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، 2010.

22. رجاء ناجي مكاوي: نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته، مقارنة بين القانون المغربي والمقارن والشريعة الإسلامية، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2002.

23. سميرة عايد الدايات : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،1999.

24. سناء عثمان الدبسي :الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا،2010.

25. شريف الطباخ: جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2003.

26. شوقي زكريا الصالحي :التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، مصر ،1422هـ-2001م.

27. شيرين عبد الحميد نبيه : نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، طبعة أولى، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر ، مصر ، 2008.

28. طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002.

29. عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشاة المعارف ،الإسكندرية ،2004.

30. عبد الصبور عبد القوي علي المصري :جرائم الأطباء والمسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون ،الطبعة الأولى ، دار العلوم للنشر والتوزيع ،2011.

31. عبد العزيز خليفة القصار: حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، طبعة أولى، كلية الشريعة، جامعة الكويت، دار ابن جزم، 1999.

32. عبد الفتاح بيومي حجازي: المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،2007.

33. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي، ج1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1422هـ_2001م.

34. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

35. علي عيسى الأحمد، المسؤولية التأديبية للأطباء في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

36. عمر أبو الفتوح الحمامي:الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، مصر، 2010-2011 .

37. غادة فؤاد مجيد المختار: حقوق المريض في عقد العلاج الطبي وفي القانون المدني ، دراسة مقارنه ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2011.

38. فواز صالح: القانون والاستنساخ البشري، الموسوعة البشرية، دمشق، 1424هـ-2005م.

39. مأمون عبد الكريم: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

40. محمد اوغريس : مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي ،الطبعة الأولى ،الدار البيضاء ،1994، ص 68.

41. محمد بن سليمان عبد الله العمرو : أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، 1425هـ-2004م.

42. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

43. محمد حماد مرهج الهيتي: التكنولوجية الحديثة والقانون الجنائي ، طبعة أولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2004.

44. محمد عبد الوهاب الخولي : المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، الطبعة الأولى ،1997.

45. محمد كمال الدين إمام: المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2004.

46. محمد يوسف ياسين: المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء و الممرضين قانونا فقها اجتهاد ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2003.

47. محمود احمد طه : المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض، 1422هـ-2001م.

48. مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر ، 2003.

49. منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، طبعة أولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

50. منصور عمر المعايطة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعه نايف للعلوم العربية الأمنية ،الرياض،1425هـ_2006م.

51. مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار المطبوعات الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2002.

52. هيثم حامد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى ، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 1420هـ _ 2000م.

53. يوسف جمعة يوسف الحداد: المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان،2003.

رابعا: الرسائل والمذكرات :

أ.رسائل الدكتوراه :

1. حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، رسالة دكتوراه ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

2. سيدي محمد الحمليلي ، السياسة الجنائية بين الاعتبارات التقليدية للتجريم والبحث العلمي في مادة الجريمة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقا يد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2011-2012.

3. مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006.

4. محمد بشير فلفلي: الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض ،2008.

5. محمد بن عبد الجواد حجازي النتشه : المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة أم درمان، السودان، سلسلة إصدارات الحكمة ، بريطانيا ،1422هـ -2001م.

ب. مذكرات ماجستير :

1. محمد بن سليمان بن عبد العمرو : أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، الرياض ، 1425هـ-2004م.

2. مكرلوف وهيبة :"المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، السنة الجامعية 2004 -2005.

3. هدى سالم محمد الاطرقجي : مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ، رسالة ماجستير ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2001.

4. خربوش نزيهة : الحماية الدولية للحق في الحياة ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2005-2006 .

خامسا: المقالات :

1. بداوي علي: مقال بعنوان الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون ، ملف المسؤولية الطبية ، موسوعة الفكر القانوني ،مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية ، بدون سنة.

2. بن داود عبد القادر : مبادئ الشريعة ، موسوعة الفكر القانوني ، ملف المسؤولية الطبية،مركز الدراسات والبحوث القانونية، الجزائر.

3. تدريست كريمة: تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23-24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق.

4. ريان توفيق خليل: نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الميزان الشرعي، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث عشر، دورية محكمة، جامعة الإمارات العربية، 1420هـ_2000م.

5. زهدور أشواق : المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل الأعضاء البشرية والاتجار بها ، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة طاهر مولاي سعيدة، العدد الأول ، 2014.

6. زايدي حميد : الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي، مجلة المنظمة الوطنية للمحامين ،العدد السابع، ناحية تيزي وزو ، 2008.

7. عبد القادر العاني : مقال عن زراعة ونقل الاعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية ،نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ،سلسلة المائدة الحرة .

8. عبد اللطيف هميم : مقال عن نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون ، سلسلة المائدة الحرة ، بيت الحكمة ، بدون سنة.

9. عتيقة بلجبل :عمليات نقل الأعضاء البشرية في القانون الجزائري ، مجلة المنتدى القانوني ،العدد السابع ،جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،2010.

10. ق د علي مصباح ابراهيم: مسؤولية الطبيب الجزائية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي، بيروت، 2004.

11. قمراوي عزالدين : مقال بعنوان مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، مجلة الموسوعة القضائية ، العدد التجريبي ، موسوعة الفكر القانوني ، بدون سنة.

12. فاتح فيش :مقال بعنوان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ،مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار، العدد29 ، جوان 2014.

13. مأمون عبد الكريم :إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، ملتقى بعنوان المسؤولية المهنية، جامعة بشار، يومي 04 و 05 ماي 2011.

14. محمد حسين منصور : مقال عن الخطأ الطبي في العلاج ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، المسؤولية الطبية ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004.

15. مصطفى الحمال :المسؤولية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ،المسؤولية الطبية ،الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة ثانية، لبنان ،2004 .

16. مفتاح مصباح بشير الغزالي: المسؤولية الحنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية ،المكتب الوطني للبحث والتصوير ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا، 2005.

17. نور الدين عمراني: مقال بعنوان: قراءه وتعليق على القانون رقم 98_16 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد السادس، 2005.

سابعا: القوانين و الأوامر و المراسيم:

– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1975/09/30، العدد 78.

–– القانون رقم 85_05 الصادر بتاريخ 1985/02/16 المتمم والمكمل بالقانون رقم 90/ 17 المؤرخ في 31– 07– 1990 المتعلق ب قانون حماية الصحة وترقيتها ، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 1990.

– مدونة أخلاقيات الطب مرسوم تنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08جويلية 1992 العدد 52 لسنة 1992.

– المرسوم التنفيذي رقم 96–122 المنظم للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية ، الجريدة الرسمية عدد 22 لسنة 1996.

– المرسوم الرئاسي رقم 02–55 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية.

– قانون الأسرة رقم 48_11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد15 لسنة2005 م .

– الأمر المؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق ل 8 يونيو 1966 م يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06–22 المؤرخ في 25 ذي القعدة 1386ه الموافق 20 ديسمبر 2006م.

-الأمر رقم 07/06 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1427 هـ الموافق ل يوليو 2006م يعدل ويتمم القانون رقم 05/85 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 16 فبراير 1985 والمتعلق بقانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية رقم 47 مؤرخة في 19 يوليو 2006 م.

– القانون رقم 13/08 المؤرخ في 30 يوليو 2008م المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها الصادر بتاريخ 20 جوان 2008م ، جريدة رسمية رقم 44 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008م.

– قانون رقم 66– 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06– 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2009م.

2– المراجع باللغة الفرنسية :

A/ Les Ouvrages :

1. Abdelhafid OSSOUKINE , L'ABC daire du droit de la santé et de la déontologie médicale ,laboratoire de droit et des nouvelles technologies ,faculté du droit et des sciences politiques ,publication de l'agence nationale pour le développement de la recherche en santé ,Oran ,2006 , p 406.

2. Angelo Castelleta, responsabilité médicale, droit des malades, DALLOZ, deuxième édition ,paris ,2004

3.Jean panneau, la responsabilité du médecin ,2eme édition, DALLOZ, paris, 1996.

4. Jean-Marie Clément Cyril Clément : les principales décision de la jurisprudence hospitalière, Berger-Levrault,PARIS , 1995 .

5. Irma Arnoux, les droit de l'être humain sur son corps : presse universitaires de bordeaux, 1994.

6. Leila Ben sedrine echchrif El Kettani : la responsabilité civile,

pénale et disciplinaire du médecin au Maroc, première édition, Rabat,2006.

7. Mohamed Salah Ben Ammar, Islam et transplantation d'organes, springer –Verlag France, Paris ,2009.

8–Omar DOUMOU: La responsabilité médicale, rapport du thème principal du septième congrès médical national, société Marocaine des sciences médicales, Rabat, 1989.

B/ **Les Articles** :

1. BENABDALLAH, Le principe du libre consentement Du patient à l'acte médical, revue marocaine d'Administration Locale et de Développement, les éditions Elmaaref El-Jadida, EL_REBATH, Mars-juin, 2011.

2. Jean-François COLLANGE : éthique et transplantation D'organes, Article : Bruno MOULIN, Philippe WOLF : Ethique et greffe (La place de médecin), Ellipses édition marketing S.A .PARIS ,2000.

3. Younes OIKAOUI, La transplantation d'organes en droit marocain : quelle perspectives ?, revues générale de droit médical, les études hospitalières, impression Pulsion, Bordeaux,2010,P227.

C/ Les Loi et Décret:

- Loi 04 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments. Journal Official du 05 janvier 1993.

- Loi n ° 16-98 du 5 Joumada 2_ 1420_16 septembre 1990 : journal official n°4726 relative au don, au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains.

- Loi n°91_22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains.

-**Loi n°2238 du 29 mai 1979** sur le prélèvement, la conservation et la transplantation d'organes et de tissus.

- Loi 94/654 du 29 juillet 1994 Relative au don et à l'utilisation des élément et produits du corps humain , à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Jo du 03 juillet 1994.

– Loi N°94/654 du 29juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

- Loi 2004/800 du 06 aout 2004 relative a la bioethique, journal official du 7 aout 2004.

-décret n°96/375 du 29 /04/1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur .

-Loi 94/654 du 29-12-1994 relative au don et a l'utilisation des éléments et produit du Corp.

- Arrête du 19/11/2002 fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organes et des tissus.

-Arrêté du 30 novembre 2002 portant définition du modèle type de documents relatifs au constat de décès de la personne sujette au prélèvement et à l'autorisation de prélèvement.

-Décret N°2-1-1643 de 2 chaabane 1423 9-10-2002 pris pour l'application de la loi N°16-98 relative au don ,au prélèvement ou de transplantation d'organes et de tissus humains.

D/Les Thèses :

-Ahmed ABDULDAYEM : Les Organes du corps humain dans le commerce juridique, thèse pour le doctorat en droit, publication juridique al-HALABI, Liban.

-HAKEM AHMED REDA :LA Mort aspects medico-legaux ,thèse pour l'obtention du grade de docteur en science médicale ,département de médecine ,institut national supérieur des sciences médicales d'ORAN ,1987.

الفهرس

العنوان	الصفحة
المقدمة العامة	2-16
الفصل التمهيدي: العمل الطبي والمسؤولية الجنائية	18
المبحث الأول: العمل الطبي	19
المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي	19
الفرع الأول: شروط العمل الطبي	20
أولا : ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب	20
ثانيا : إتباع الأصول العلمية في الطب	22
ثالثا :قصد العلاج	24
رابعا: رضا المريض	25
الفرع الثاني: مراحل العمل الطبي	27
أولا: مرحلة الفحص الطبي	27
ثانيا: مرحلة العلاج	28
ثالثا :مرحلة الوصفة الطبية	29
رابعا: الرقابة العلاجية	30
المطلب الثاني : الالتزام الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي	31
الفرع الأول: التزام الطبيب في الشريعة الإسلامية	32
الفرع الثاني : التزام الطبيب في القانون الوضعي	32
أولا : التزام الطبيب ببذل عناية	33
ثانيا :التزام الطبيب بتحقيق نتيجة	34
المبحث الثاني :المسؤولية الجنائية	36
المطلب الأول :مفهوم المسؤولية الجنائية	37

الفرع الأول : أساس المسؤولية الجنائية	38
أولا :أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية	38
ثانيا : أساس المسؤولية الجنائية في القانون الوضعي	39
الفرع الثاني :خصائص المسؤولية الجنائية	42
أولا : الإنسان محل المسؤولية الجنائية	42
ثانيا : شخصية المسؤولية الجنائية	44
الفرع الثالث: شروط المسؤولية الجنائية	44
المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للطبيب	45
الفرع الأول : تطور المسؤولية الجنائية للطبيب عبر العصور	46
أولا : في العصور القديمة	47
ثانيا : في العصور الوسطى	48
ثالثا: في الشريعة الإسلامية	49
الفرع الثاني : تطور المسؤولية الجنائية للطبيب في القانون الوضعي	50
أولا : القانون الفرنسي	51
ثانيا : القانون المصري	52
ثالثا : القانون الجزائري	53
الباب الأول: الأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	62
الفصل الأول: الأساس الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	64
المبحث الأول: التعامل بأعضاء جسم الإنسان	65
المطلب الأول: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	65
الفرع الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	66
أولا :تعريف العضو البشري	66

ثانيا : تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	67
الفرع الثاني :أنواع الأعضاء البشرية	68
أولا : الأعضاء البشرية القابلة للنقل	68
ثانيا : الأعضاء البشرية غير قابلة للنقل	69
المطلب الثاني: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	70
الفرع الأول : الاتجاه القائل بعدم مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	71
أولا: الأدلة الشرعية	72
ثانيا: مناقشة الأدلة الشرعية	78
الفرع الثاني: الاتجاه القائل بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	82
أولا :الأدلة الشرعية	82
ثانيا : مناقشة الأدلة الشرعية	89
المطلب الثالث: عمليات نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين	94
الفرع الأول: الاتجاه القائل بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين	95
أولا : الأدلة الشرعية	96
ثانيا :مناقشة الأدلة الشرعية	102
الفرع الثاني : الاتجاه القائل بعدم مشروعية نقل وزرع الأعضاء من جثث المتوفين	104
أولا : الأدلة الشرعية	104
ثانيا : مناقشة الأدلة الشرعية	108
المبحث الثاني : الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	111
المطلب الأول: الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيم بين الأحياء	111

الفرع الأول : الضوابط الشرعية العامة	111
أولا :أن يكون العضو قابلا للنقل	112
ثانيا: مجانية التبرع	113
ثالثا :عدم التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية	114
الفرع الثاني: الضوابط الشرعية الخاصة بأطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	114
أولا : المتبرع	115
ثانيا : المتبرع له	118
الفرع الثالث :الطبيب	119
المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث المتوفين	119
الفرع الأول : التحقق من حدوث الوفاة	120
أولا : علامات الموت	120
ثانيا : الإنعاش الاصطناعي	123
الفرع الثاني: إذن المتوفى	125
أولا : شروط الموصي	125
ثانيا : مضمون الوصية	126
الفصل الثاني :الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	130
المبحث الأول: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	131
المطلب الأول :الشروط المتعلقة بأطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	131
الفرع الأول :النظريات الفقهية القانونية	131
أولا: نظرية الضرورة	132
ثانيا :نظرية السبب المشروع	135
ثالثا :نظرية المصلحة الاجتماعية	136
الفرع الثاني :الشروط المتعلقة بالمتنازل	139
أولا :الرضا	139

ثانيا : حق العدول عن التبرع	147
ثالثا : تبصير المتنازل	148
رابعا : مجانية التبرع	153
خامسا :أهلية المتنازل	159
الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالمتلقي	161
أولا: الرضا	161
ثانيا : تبصير المتلقي	164
ثالثا : أهلية المتلقي	166
المطلب الثاني : الشروط الطبية لعمليات لنقل وزرع الأعضاء البشرية	169
الفرع الأول : الحالة الصحية للطرفين	169
الفرع الثاني : توافق الأنسجة بين المتبرع والمستقبل	171
المطلب الثالث: الشروط الإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	173
الفرع الأول : أماكن تنفيذ العمليات	173
الفرع الثاني : الطاقم الطبي المكلف بإجراء هذه العمليات	177
المبحث الثاني : الأساس القانوني لعمليات نفل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين	179
المطلب الأول : مفهوم لحظة الوفاة	179
الفرع الأول : المعايير المعتمدة لتحيد لحظة الوفاة	180
أولا : المعيار التقليدي والمعيار الحديث	180
ثانيا : الموت الجسدي والموت الخلوي	184
الفرع الثاني :الإنعاش الصناعي	187
أولا :تعريف الإنعاش الصناعي	187
ثانيا : الحدود القانونية للإنعاش الصناعي	188
الفرع الثالث : الموقف القانوني	189
أولا : التشريع المقارن	189

ثانيا : التشريع الجزائري	190
المطلب الثاني : شروط عملية الاستئصال من جثة المتوفى	192
الفرع الأول : رضا المتوفى	193
أولا : التشريعات العربية	193
ثانيا : التشريع الفرنسي	195
ثالثا : التشريع الجزائري	196
الفرع الثاني : حالات الرضا	197
أولا : حالة رفض المتوفى الاستئصال	197
ثانيا : إذن أسرة المتوفى	197
ثالثا : الحصول على الأعضاء البشرية دون موافقة أحد	199
الفرع الثالث : الشروط الطبية	199
أولا : عدم ذكر هوية المتبرع للمستفيد	200
ثانيا : الشروط الطبية المتعلقة بالمتنازل	200
ثالثا : الشروط المتعلقة بالطاقم الطبي	201
الباب الثاني :تطبيقات المسؤولية الجنائية للأطباء	205
الفصل الأول: الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	208
المبحث الأول : الخطأ الجنائي الطبي	209
المطلب الأول : مفهوم الخطأ الجنائي الطبي	210
الفرع الأول :تعريف وصور الخطأ الجنائي الطبي	210
أولا : تعريف الخطأ الجنائي الطبي	210
ثانيا : صور الخطأ الجنائي الطبي	212
الفرع الثاني : معايير الخطأ الجنائي الطبي	215
أولا : المعيار الموضوعي	216
ثانيا : المعيار الشخصي	217
ثالثا : المعيار المختلط	217

المطلب الثاني : الضرر وعلاقة السببية	218
الفرع الأول : الضرر	218
أولا : الضرر الجسدي	218
ثانيا : الضرر المادي والضرر الأدبي	219
الفرع الثاني : علاقة السببية	220
المبحث الثاني : الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجنائية	221
المطلب الأول : الأخطاء الطبية خلال العملية الجراحية	222
الفرع الأول : عدم إتباع الأصول العلمية	222
أولا : الخطأ في مرحلة التشخيص	223
ثانيا : الخطأ في مرحلة العلاج	224
ثالثا : الخطأ في عمليات التخدير	224
رابعا : الخطأ في استعمال الأشعة	225
الفرع الثاني : الخطأ الطبي أثناء تنفيذ العمليات الجراحية	226
أولا : مسؤولية الطبيب عن خطئه في تنفيذ عمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية	226
ثانيا : حالة الإخلال بشرط التناسب	227
المطلب الثاني : مسؤولية الطبيب الجراح عن مساعديه	230
المبحث الثالث : عدم احترام النظام العام والآداب العامة	232
المطلب الأول : عدم تحقيق الغرض العلاجي	233
الفرع الأول : في القانون المقارن	233
أولا : القوانين العربية	234
ثانيا : القانون الفرنسي	236
الفرع الثاني : القانون الجزائري	237
المطلب الثاني : عدم تضرر المتبرع من عملية الاستئصال	237
الفرع الأول : القوانين العربية	238
الفرع الثاني : القانون الجزائري	239

المطلب الثالث : اختلاط الأنساب	240
الفرع الأول : التشريعات العربية	241
الفرع الثاني : التشريع الجزائري	242
الفصل الثاني :الجرائم الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية	245
المبحث الأول : جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية	246
المطلب الأول : تخلف شرط الرضا في التبرع بالأعضاء البشرية	249
الفرع الأول : الإخلال برضا المتبرع في التشريعات المقارنة	249
أولا : الإخلال برضا المتبرع في التشريعات العربية	250
ثانيا : الإخلال برضا المتبرع في التشريع الفرنسي	255
الفرع الثاني : الإخلال برضا المتبرع في التشريع الجزائري	256
أولا : حالة نزع عضو من إنسان حي أو ميت دون موافقته	256
ثانيا : حالة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من إنسان حي أو ميت	257
ثالثا : الظروف المشددة لحالة عدم توافر الرضا	258
الفرع الثالث : تخلف رضا المريض المستقبل للعضو البشري	261
المطلب الثاني : مخالفة مجانية التبرع بالأعضاء البشرية	262
الفرع الأول : القانون المقارن	262
أولا : القانون المصري	263
ثانيا : القانون المغربي	264
ثالثا :القانون الفرنسي	265
الفرع الثاني :القانون الجزائري	267
أولا : حالة الحصول على عضو من شخص مقابل منفعة مالية	268
ثانيا : حالة القيام بانتزاع أنسجة أو خلايا بشرية مقابل منفعة مالية	269
ثالثا: مساءلة الشخص المعنوي جنائيا	270
الفرع الثالث : أحكام مشتركة	273
أولا : عدم الاستفادة من الظروف المخففة	273

ثانيا : الحكم بالعقوبة التكميلية	274
ثالثا : حالة التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية	275
رابعا : ارتكاب جريمة الاتجار من طرف أجنبي	276
المبحث الثاني : الجرائم الطبية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث المتوفين	276
المطلب الأول : لحظة الوفاة بين الطب والقانون	277
الفرع الأول : أهمية لحظة الوفاة في الممارسات الطبية	277
الفرع الثاني : أهمية لحظة الوفاة بمبادئ قانونية	278
المطلب الثاني : الجرائم الناشئة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي	279
الفرع الأول : سوء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي	280
أولا : جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة للغير	281
ثانيا : العقوبة	282
الفرع الثاني : إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي والقتل الرحيم	283
أولا : التشريع المقارن	284
ثانيا :موقف المشرع الجزائري	286
المطلب الثالث : جريمة إفشاء السر الطبي	289
الفرع الأول : أركان الجريمة	289
أولا : الركن المادي	289
ثانيا : الركن المعنوي	291
الفرع الثاني : العقوبة	291
الخاتمة	294
قائمة المراجع	301
الفهرس	316

الملخص :

جعل التطور المستمر للعمل الطبي عمليات نقل الأعضاء البشرية أحد أهم نماذج الخروج عن القواعد القانونية المألوفة ولعل أهمها قاعدة حرمة جسم الإنسان وهذا ما يبرر الاختلاف الشرعي والقانوني حول هذه العمليات.

بالإضافة إلى ضرورة تحديد الإطار القانوني للعمل الطبي في هذا المجال والكشف عن المسائل والصعوبات التي يواجهها الأطباء على الصعيد القانوني. من ثم تحديد إمكانية مساءلتهم جنائيا في ظل النصوص القانونية القائمة.

الكلمات المفتاحية : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ، نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين تحديد لحظة الوفاة ، الأخطاء الطبية ، الجرائم الطبية .

Résumé :

Le développement perpétuel de l'activité médicale rend la transplantation d'organes humains une entorse majeure aux règles juridiques classiques, Peut-être le plus important de la sainteté du corps humain et ce qui justifie les différences entre les deux tendances islamique et juridiques sur ces processus.

En plus, de la nécessité de définir le cadre juridique de l'activité médicale dans ce domaine et de dévoilé les questions et les difficultés rencontrées par les praticiens (médecins) sur le plan juridique. Puis déterminer la portée de leur responsabilité pénale, en vertu des dispositions juridiques existantes.

Mots clé : transplantation d'organes humains entre vivants – transplantation d'organes humains de cadavres humains – Détermination moment de la mort – faute médicale – infractions médicales.

ABSTRACT

Transplantation is one of the most remarkable successes in the history of medicine which made it one of the most important exemples where the implementation of law has been flawed, mainly as regard the sancity of human body which in turn gave rise to a lot of legal and judicial controversy as far as this surgery is concerned .

In addition to that, it's become a necessity to define the legal framework of the medical field,and to reveal the hindrances and challenges that the doctors face on this regard ,Thus creating the possibility of procecuting the doctors whith the available legal provisions and the transplantation human organ act.

KEYWORDS :

Transplantation among living people, Transplantation from corpuses - Defining the time of death –Medical errors – Medical crimes .