جامعة أبي بكر بلقايد

-تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص تحت عنوان

النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية

-دراسة مقارنة-

من إعداد الطالب

معاشو لخضر

تحت اشراف

أ.د رايس محمد

أعضاء اللجنة المناقشة

أ.د بن مرزوق عبد القادر	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د رايس محمد	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د كمال كيحل	جامعة أدرار	مناقشا
أ.د دغيش أحمد	جامعة بشار	مناقشا
أ.د بن صغير مراد	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى

الوالدين الكريمين

إخوتي وإخواتي

زوجتي وأبنائي

كل من ساهم في انجاز هذه الرسالة

إلى روح الدكتور مامون عبد الكريم

شكر وتقدير

الى

الاستاذ الدكتور رايس محمد الذي يرجع له الفضل في الاشراف على هذه الرسالة من

خلال توجيهاته ونصائحه اللامتناهية ومساندته لنا عقب رحيل الدكتور مأمون عبد الكريم.

جزاك الله أستاذنا الفاضل أفضل الجزاء.

مقدمة

رغم التطور السريع في المعرفة العلمية إلا أن هناك أمراضا مزمنة و مستعصية لم يتوصل العلم بعد إلى الوقاية منها أو إيجاد الشفاء لها ، بحيث يترتب عنها اختلالا جسيما في وظائف الجسم و في احيان أخرى تدميرا لخلايا الجسم أو إصابته بمرض عضال يصيب عضوا أو أعضاء حيوية لا سبيل إلا بإجراء جراحة يتم فيها نقل عضو آخر إليه ، أي استبدال العضو المصاب بآخر سليم،سواء بنقله من شخص سليم ، أو من ميت وزرعه في جسد المريض الذي يحتاج إليه ، وهي ما يعرف بعمليات نقل و زراعة[1] الأعضاء البشرية .

حيث تفترض هذه العمليات وجود مريض لم تعد الوسائل العلاجية التقليدية تجدى معه نفعا ، ولا أمل له في الشفاء إلا بزرع عضو له عوض ذلك العضو التالف سواء تم نقله من متبرع حي أو ميت .

و لم تصل عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية إلى ما وصلت إليه اليوم من نجاح إلا بالعديد من العوامل و الاعتبارات الإنسانية و الأخلاقية و الاقتصادية . فتاريخ زراعة الأعضاء البشرية تاريخا قصيرا نسبيا مليئا بحالات الفشل و النجاحات حيث تعلم منها الجميع دروسا لا تقدر بثمن [2].

---

[1]طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2001 ، ص 3.

[2]شعبان خلف الله : زراعة الأعضاء بين الواقع و المأمول ، سلسلة مجموعتنا العلمية الطبية ، ع 18 ، دار الكتب العلمية، لبنان ط 1، سنة 2011 . ص 16

و يرى بعض الباحثين أن أول عمليات النقل ترجع إلى القرن الثامن قبل الميلاد على أيدي الجراحين الهنود في إصلاح الأذن و الأنف المقطوع و أن أقدم مخطوط هندي تحدث عن نقل الجلد كان مؤرخا بالقرن الخامس الميلادي و أن الكشوف الأثرية تدل على أن عمليات النقل كانت معروفة عند الفراعنة.

ففي القرن التاسع عشر الميلادي، زاد إهتمام الأطباء و أجريت بعض التجارب على الحيوانات بنقل الجلد والأعصاب و القرنيات و الغدة الكظرية والمبايض، و كذا استئصال كبد قرد و زرعه في جسد انسان[1] وزرع قلب قرد كذلك عند الإنسان .[2]

و في القرن العشرين زاد إهتمام الأطباء بموضوع نقل الأعضاء ، و اتسع مجال تجاربهم في نقل الأعضاء بين الحيوان فكانت أول تجربة ناجحة لنقل كلية كلب من خاصرته إلى عنقة عام 1902 في النمسا على يد الجراح . أمريس أولمان. [3]

---

[1] DINH-XUAN (Anh Tuan), Alain LOCKHART, Précis de physiologie médicale, 2ème édition, piccin, Italie, 2003.p 44

[2] ABDULDAYEM (Ahmed), Les organes du corps humains dans leCommercejuridique, publication juridique Alhalabi,Beyrouth, 1999.p 96

[3] – يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد : أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي ، ج 1، دار كنوز إشبيليا السعودية ط 1 2006، ص 32 ، 33 .

و بعد أن نجحت التجارب على الحيوان تم نقل تلك التجارب على الإنسان حيث قام أحد الأطباء الأوكرانيين vornoy. في عام 1933 بنقل كلية من جثة إنسان ميت إلى احد المرضى حيث استمرت هذه الكلية بالعمل لمدة ست ساعات فقط .

و بعد فشل النقل من جثث الموتى تحول الأطباء على إجراءعمليات النقل من الأحياء فقد قام الجراح jean hamburger في باريس عام 1952 بنقل كلية أم إلى ابنها و قد استمر عمل الكلية لمدة 25 يوم تم توالت بعد ذلك إجراء مثل هذه العمليات . [1]

غير أن المفاجأة الكبرى في مجال زراعة الأعضاء ظهرت عام 1967 عند ما قام الجراح كريستيان برناد بنقل قلب في مستشفى جوهانسبورغ بجنوب افريقيا. [2]و ذلك من ميت و زرعه إلى انسان حي .

---

[1] طارق سرور: المرجع السابق ، ص 3 . و في عام 1935 أجرى الجراح EZIRRA أول عملية ترقيع قرنية لإنسان وفي عام 1951 قام الجراح الأمريكي MORY في مدينة بوسطن الأمريكية بنقل كلية من أخ لأخته التوأم و كانت عملية ناجحة و في عام 1963 قام الدكتورTOMAS STARZA باستبدال كبد بشري و في نفس العام قام الجراحJ .HARDY. بعملية زرع رئة .كما اجرى الدكتور KELLY أول عملية لزرع البنكرياس.

وقد تم نقل كلية سيدة تبلغ من العمر 42 سنة إلى ابنها 16 سنة بالمستشفى الجامعي وهران – الجزائر– بمصلحة الأمراض البولية تحت اشراف فريق طبي جزائري و كانت أول عملية بهذه المصلحة في 28–04–2006 لرجل و هو في حالة صحية جيدة إلى غاية نشر هذا الخبر – راجع جريدة الخبر اليومي – الجزائرية بتاريخ الخميس 22– فبراير 2007.

[2] نظرا لصعوبة الحصول على قلب بشري و لكلفة اجراء هذه العمليات ، و نظرا للرغبة في انقاذ العديد منالمرضى من خطر الموت فقد اجرى الأطباء في عام 1984عملية زرع قلب صناعي لطبيب الأسنان الأمريكي بارتي كلارك لم يعش بالقلب الصناعي أكثر من 111 يوما .

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في حداثته نسبيا و أنه يتعلق بحياة الإنسان و صحته حيث أن عمليات نقل وزرع الأعضاء تمس حقا من حقوق الإنسان اللصيقة بشخصيته . حقه في الحياة و حقه في سلامة جسمه رغم أنه يحضى بحماية الشرع و القانون . كما أنها تستهدف إنقاذ حياة العديد من المرضى و علاجهم من آلامهم و إعطاء الأمل في الشفاء بعد أن أصبحت وسائل العلاج التقليدية لا تجدي معهم نفعا. خصوصا بعد تأكد نجاح هذه العمليات على يد الكثير من الأطباء[1].وازداد الأمر أهمية بعد اكتشاف عقارالسيلورسبورين الذي ساعد على تكييف العضو الجديد الذي تم نقله من جسم إلى آخر مع باقي أعضاء الجسم و الذي بفضله إرتفعت نسبة نجاح عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية .

فقد فرض هذا التقدم الحاصل في مجال العلوم الطبية لا سيما فيما يتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية حقيقة لا مفر منها و هي ضرورة التعاون بين فقهاء الشريعة ، رجال القانون و علماء الطب و الجراحين المختصين من أجل تحقيق سعادة البشر، و ذلك بأن يكون لهذه العمليات إطارها القانوني و الشرعي السليم . ووضع الأسس الفنية لها خاصة و أن هذا الموضوع لا يزال يثير الخلاف بين المهتمين من أطباء و قانونيين وشرعيين وعلماء اجتماع وأخلاق فالطبيب يمثل الجانب الطبي و العلمي و رجل القانون يمثل الجانب

SEYDOUX (Charle), Jean Jacques GOY, Abrégé de transplantation cardiaque, Edition Médecine et Hygiène, Genève, 1997. P

[1]منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية : دار الثقافة للنشر و التوزيع – الأردن ، (د ط) 2002 ص 11

القانوني الذي ينظم هذه الأعمال في إطارها المشروع . فيما يمثل رجل الدين الجانب الشرعي لهذه العمليات.

فدفع هذا الموضوع دولا متعددة إلى تنظيم مجالاته بضوابط قانونية منقسمة إلى اتجاهين بحيث ذهب اتجاه إلى معالجة عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها بشكل كامل حيث أجاز النقل لجميع الأعضاء البشرية وفق قوانين أصدرتها تلك الدول مثل فرنسا، بريطانيا،أمريكا واسبانيا .[1]بينما اتجهت دولا أخرى إلى تنظيم نقل أعضاء معينة دون غيرها كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري والقانون المغرب، القانون التونسي .

بالإضافة إلى انعقاد العديد من المؤتمرات[2] والندوات لدراسة الجوانب المختلفة المتعلقة بهذا النوع من الوسائل الطبية المستخدمة وما ترتب عنها من مشاكل دينية، وقانونية وإجتماعية، و أخلاقية للوقوف[3]على مشروعيتها والبحث في احكام ضوابط وشروط هذه العمليات ومعالجات تداعياتها. لأنه بظهور هذه الوسائل تجاوز الطب الحديث حدود الاعمال الطبية التقليدية حيث اثبت فاعليته في معالجة الامراض المستعصية وانقاذ آلاف

---

[1] أنظر القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 و القانون الإنجليزي الصادر عام 1961 ، و القانون الأمريكي عام 1960والإسباني لعام 1980 .

[2] المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، 1981 .و المؤتمر الأول للقانون الجنائي بمصر من 14 إلى 17 مارس 1987 المتعلق بمواجهة الأساليب الطبية الفنية الحديثة .

[3]ابراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا :نقل الأعضاء بين الشريعة و القانون ، رسالة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2003 ص 8

البشر من موت محقق إلا أنه أصبح أكثر خطورة في نفس الوقت نظرا لخروجه على القواعد القانونية الثابتة التي تحمي حق الإنسان في الحياة و حقه في سلامة جسده ، خصوصا و أن الأصل هو عدم جواز تصرف الشخص في سلامة جسمه ، لأن رضا المتبرع لوحده لا يعد سببا [1] من أسباب الإباحة للمساس بجسمه، لأن المساس بسلامة جسمه و معصوميته يعتبر مساسا بالنظام العام ، كما أنه يعد من الأمور التي يجتمع فيها حق الله تعالى و حق العبد . بينما ذهب الفريق الآخر إلى جواز تلك العمليات و اعتبر القيام بها أمرا مشروعا.

إن أصل المشكلة المطروحة اليوم تدفعنا للتطرق إلى الجوانب القانونية وتلك الجوانب التي اعتمدتها المواثيق الدولية والشرائع السماوية من خلال معالجتها لموضوع نقل وزراعة الأعضاء البشرية ذلك أن هذه العمليات تمس الإنسان في حياته أو في تكامله الجسدي، فأساس هذه المشكلة هو وجود مريض مصاب في أحد أعضائه قد يؤدي به ذلك إلى الموت لا محالة ، بحيث لم تعد وسائل العلاج التقليدية تجدي نفعا لإنقاذ حياته أو شفائه من آلامه إلا عن طريق زرع عضو جديد مكان العضو التالف ، و ذلك بالحصول عليه من جسم شخص متبرع . و لا يمكن ذلك إلا بالمساس بجسم شخص غير مريض – المتبرع الحي – أوبجثث الموتى بعد الوفاة مباشرة . فهي إذا تمثل مساسا بحق إنسان في سلامة

---

[1] صاحب عبيد الفتلاوي : التشريعات الصحية – دراسة مقارنة – مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،ط 1، 1997 ص 119.

جسمه و المحافظة على صحته أو انتهاكا لحرمة الموتى و انتهاكا لجتثهم . وكلا الحالتين تشكل جريمة لا مفر من معاقبة مرتكبيها .

فإذا نظرنا إلى هذه العمليات بالنسبة لذلك المريض الذي تتوقف حياته أو سلامة جسمه على نقل عضو له فإن ذلك لا يثير ادنى مشكلة من الناحية القانونية باعتبار أن الحل يدخل ضمن الأعمال الطبية الجراحية المباحة قانونا ، باعتبار انها تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية بالنسبة للمريض .

لكن المشكلة الحقيقية تثور بالنسبة للمتبرع ، أي ذلك الشخص السليم الذي سمح بنقل أحد أعضائه لزرعه في جسم شخص آخر مريض، رغم أنه لا يعاني مرضا أو خللا صحيا يقتضي تدخلا جراحيا لاستئصال ذلك العضو منه عكس المتلقي ، و بالتالي فهذا التنازل لا يحقق له أية مصلحة علاجية ، و إنما يصيبه ضرر دائم في جسمه، فهل يجوز له التنازل عن عضو من جسده دون أن يشكل ذلك اعتداء على جسده؟

لذلك وجب البحث عن الحلول القانونية التي تكفل الاستفادة من هذا التقدم الطبي في مجال نقل الأعضاء البشرية، مع ضمان حماية حق الإنسان في سلامة جسمه و ضمان كرامته البشرية، سواء كان حيا أو ميتا و ذلك بوضع قوانين تواكب التطور الحاصل في المجال الطبي من خلال وضع نظام قانوني يبين أساس إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية، مبينا ضوابطه وشروطه وذلك حماية للمتبرعين بأعضائهم سواء كانوا أحياء أو أموات،لأن ترك هذه العمليات دون نظام قانوني صارم يفتح الباب أمام تجارة الأعضاء البشرية التي

تقوم على استغلال عوز الأشخاص و تدفعهم إلى بيع أعضائهم، وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج المقارن حيث قسمنا هذه الرسالة لخطة قوامها فصل تمهيدي وبابان.وسنتطرق في الفصل التمهيدي، لحماية وحرمة جسم الإنسان من خلال التعرض للحماية القانونية و الشرعية لهذا الجسم وكذا النتائج المترتبة على هذه الحماية، تم نتطرق لإباحة الأعمال الطبية في كل من القانون و الشريعة الإسلامية ، بالتطرق إلى أساس تلك الإباحة و الشروط الواجب توافرها لممارسة الأعمال الطبية .

بينما نتطرق في الباب الأول لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأحياء ببيان الأساس الفقهي لإباحة نقل وزرع الأعضاء من خلال التطرق لمختلف النظريات الفقهية من جهة و موقف الفقه الإسلامي و إنقسامه بين مجيز و مانع ، حيث يستند كل فريق إلى مجموعة من الأدلة و الأسانيد ، و نتطرق من ناحية أخرى إلى ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي المقارن، كما نوضح شروط مشروعية نقل الأعضاء وزرعها بين الأحياء ببيان الشروط الفنية و الطبية و القانونية الخاصة بالمتبرع و المتلقي و كذا العضو المنقول بالإضافة إلى تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب عند مخالفته لشروط الإباحة وضوابط النقل .

أما الباب الثاني فنتطرق فيه لنقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى قصد زرعها بأجسام المرضى، وذلك من خلال التطرق لمفهوم الموت و التحقق من الوفاة سواء من وجهة نظر القانون أو الطب أو الشرع ، ثم نبين موقف كل من الشريعة الإسلامية و

القانون الوضعي من مشروعية المساس بالجثة قصد الوصول إلى الخلاف القائم بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من خلال التعرف على الإتجاهات التي تحظر المساس بجثة الميت و تلك التي تسمح به . كما نتطرق لشروط إباحة النقل من الجثة من خلال بيان أشكال التعبير عن إرادة الميت أو أقاربه ، و كذا حالة التعامل مع الجثة في حالة الضرورة بالإضافة إلى تحديد مدى مسؤولية الطبيب الجراح في حالة مخالفة شروط و ضوابط النقل من جثة الميت

الفصل التمهيدي

الحماية القانونية والشرعية لجسم الإنسان

اهتمت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ووفرت العناية والحماية للإنسان من الاعتداءات التي تقع عليه. وحرصت المواثيق والاتفاقات الدولية[1] على إيجاد الوسائل الكفيلة لحماية هذا الحق على ضوء التطورات والأحداث التي حدثت في العالم، و منها الحروب العالمية و تطور التكنولوجيا المعاصرة في إحداث انتهاكات خطيرة لجسم الإنسان. كما حرصت الدساتير[2] والقوانين الداخلية ، على كفالة هذا الحق وإحاطته بالحماية، بعد أن اصبح التزاما أساسيا يقع على عاتق الدولة الحديثة في حماية أفرادها، [3]و توالت التشريعات [4] بتجريم أفعال الاعتداء على جسم الإنسان حتى يومنا هذا، فلا نجد تشريعا وضعيا في الوقت الحاضر لم ينظم الحماية الجنائية لجسم الإنسان وذلك باعتبار أي فعل يمس السلامة الجسمية للإنسان جريمة إلا إذا وجد أحد أسباب الإباحة.[5]

أما بالنسبة للشرائع السماوية فقد نصت كذلك على عقوبات جزائية في حالة الاعتداء على النفس البشرية، أو الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ، حيث قال تعالى:" **وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ**

---

[1] الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966.

[2] يقصد بالمخاطر الجسمية تلك المخاطر التي تؤدي بطبيعتها إلى نتائج قاتلة أو تحدت عجزا أو تشوهات جمالية خطيرة بالنظر إلى آثارها النفسية والاجتماعية اشرف جابر سيد : التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة . دراسة مقارنة . القانونيين المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية(دط)2010، ص 154.

[3] راجع الدستور الجزائري المادة 71 و الدستور المصري المادة 43 و المادة 26 من النظام الاسباني للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ 90 سنة 1912.

[4] حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص 20 وما بعدها .

[5] أول تشريع مكتوب هو قانون حمو رابي الذي يرجع إلى ألفي سنة قبل الميلاد رجع المواد 196 ـ 206 من شريعة حمو رابي ، نفس المرجع ص 21 .

وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ۚ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ."[1]

والأصل في الأفعال جميعها الإباحة ما لم يخضع المشرع فعلا منها لنص تجريم ينهى عنه ويقرر له عقوبة، صيانة لمصلحة معينة يراها المشرع جديرة بحمايته. فإذا وجد نص تجريم أصبح الفعل جريمة، فإذا جرم المشرع القتل فلأنه يهدف إلى حماية حق الإنسان في الحياة، وإذا جرم أفعال الجرح والضرب، فذلك من أجل حق الإنسان في سلامة جسمه وتكامله الجسدي.[2]

وعليه فإن الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتجريم من الأصل يكون مباحا إباحة أصلية عملا بقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"[3] أما الفعل الذي يخضع ابتداء لقاعدة تجريم ولكن سمح المشرع به استثناء إذا وقع في ظروف معينة ومحددة، يكون مباحا إباحة استثنائية . هذه الظروف التي نص عليها المشرع وجعل من آثارها إباحة الفعل المجرم تسمى أسباب الإباحة.[4]

ومن الأفعال التي ترفع صفة الجريمة وترفع صفة الإيذاء هي الأعمال الطبية التي يقوم بها الطبيب من أجل العلاج ، حيث أن الهدف من وراء ذلك المحافظة على الاكتمال

---

[1] سورة المائدة الآية (45)

[2] أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي و الطب الحديث – دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية – دار النهظة العربية القاهرة ط 5 ، 2007 ، ص 24.

[3] المادة 1 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بالامر رقم 66-156المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966المعدل والمتمم.

[4] حسني عودة الزعال : المرجع السابق، ص 24.

الجسدي لا من أجل نقص أعمال وظائف الجسم . فظهرت مؤخرا أعمالا طيبة يقوم بها الطبيب، ليس من أجل مصلحة الشخص الذي يقوم الطبيب بإيذائه بل من أجل مصلحة شخص آخر مريض يحتاج إلى احد أعضاء ذلك الشخص السليم الذي لا مصلحة له من وراء المساس بجسمه.

لذلك سنقتصر في هذا الفصل التمهيدي إلى دراسة حماية وحرمة جسم الإنسان في المبحث الأول على أن نخصص المبحث الثاني لإباحة الأعمال الطيبة.

المبحث الأول

حماية وحرمة جسم الإنسان

يعتبر حفظ حياة الإنسان وسلامة جسمه من المصالح الضرورية التي عنيت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كافة بحمايتها ، و لهذا فهي تقرر الحرمة المطلقة لجسم[1] الإنسان وتمنع شتى أنواع الاعتداء عليه والتي تؤدي إلى المساس بحياته أو سلامة جسمه.

كما أنه ليس للإنسان أن يفعل ذلك بنفسه كأن يقتل نفسه أو يتلف بعض أعضاء جسمه لأن الحق في سلامة الحياة والجسد حق مشترك بين الله تعالى والعبد فليس للعبد إسقاطه.[2]

---

[1] يقصد بجسم الإنسان ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة ، و يوجد الجسم منذ لحظة تكون الجنين في بطن أمه و يظل موجودا حتى لحظة الوفاة قبل انحلاله . انظر فتحي محمد أنور عزت : جرائم العصر الحديث ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة ،ط 1 ، 2010 ، ص 68 .

[2] عبد الكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية و جزاء الإخلال به " دراسة مقارنة " . دار النهضة العربية مصر 2006 . ص 12 . و أحمد محمد العمر : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التحريم ، دراسة مقارنة بين

كما أن هذه الحقوق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، لا يمكن التصرف فيها.[1] ونظرا لما يتمتع به جسم الإنسان من حماية وحرمة قانونية وشرعية فإننا نتناول دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين: نتناول في المطلب الأول مبدأ حرمة جسم الإنسان وفي المطلب الثاني النتائج المترتبة على حرمة جسم الإنسان.

المطلب الأول

مبدأ حرمة جسم الإنسان

لا شك أن للإنسان حقا في سلامة جسمه وحياته من كل اعتداء. ذلك أن هذا المبدأ يستلزم احترام حق الإنسان في أن تظل أعضاء جسمه، و أجهزته تؤدي وظائفها بشكل عادي و طبيعي، و كل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم، كما يستلزم هذا المبدأ حق الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة ، و الا اعتبر ذلك مساسا بسلامة الجسم .[2]

ونصت المادة الأولى من ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي la charte des droits fondamentaux de l’union européenne على وجوب احترام الكرامة

الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، رسالة دكتوراه . كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، ص 18 ، و محمود السيد عبد المعطي خيال : التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء ، الإسراء للطباعة ،جامعة حلوان ، مصر، ص 11.

[1] أحمد محمد العمر :نفس المرجع . ص 18.

[2] زهير حرج : الحق في الحياة الخاصة ، منشورات جامعة دمشق ، ط 2 ، 2008 ص 92.

الإنسانية، و صيانتها، كما نصت المادة الثانية منه على حق كل شخص في الحياة . ونصت المادة الثالثة في البند الأول منها على أن لكل شخص الحق في السلامة الجسدية و العقلية[1].

ذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى أن جسم الإنسان له حرمة مطلقه [2]، فلا يجوز المساس به، فيرى الأستاذ كاربوني(carbonnier – j) أن حرمة جسم الإنسان تبرر من رفض أي مساس بسلامة الجسم، أو الخضوع للتجارب الطبية ،أو العمليات الجراحية، فهو حق من الحقوق الشخصية[3]. إلا أن هذا الموقف لا يمكن التسليم به كليا، لأن رفض الشخص معالجة جروحه، و مداواة صحته.[4] قد يؤثر على حقوقه في إنقاص مقدار التعويض عن الفعل الضار لاحتمال تفاقم الضرر[5] لعدم معالجته كما أنه يجب عليه الخضوع أحيانا للعلاج من أجل المصلحة العامة .

---

[1] محمد حسن قاسم : الطب بين الممارسة و حقوق الإنسان دار محمد حسن الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012 ص 21.

[2]منذر الفضل : المرجع السابق ، ص 23 . ورمضان جمال كمال: مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شركة ناس للطباعة ، ط 1 ، 2005 ، ص17 .

[3] Jean Carbonner – droit civil–(Introduction les perssonnes)– Paris 1982 PP.234–235.

[4] راجع زينة غانم: إرادة المريض في العقد الطبي –دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص7.

- إذا رخص من تحظر عليهم معتقداتهم إجراء التلاقيح المفروضة من السلطات الصحية المختصة وجب على الطبيب وضعهم أمام مسؤولياتهم وإبلاغ السلطات بذلك.
- Voir : Marie–Laure Moquet–Anger : Droit Hospitalier. Edition Alpha, 2010, p402.

[5] الضرر هو الذي يصيب الإنسان في جسمه و هو يمثل إخلالا بحق مشروع للمضرور و هو حق سلامة الجسم وسلامة الحياة . أنظر المادة 7 من واجبات الطب العامة و اللائحة التنفيذية لنظام مزاولة مهنة الطب بالمملكة العربية السعودية

وعلى هذا فإننا سنحاول دراسة هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعيين نبين في أولهما مظاهر التكريم الإلهي للإنسان و في الثاني حماية جسم و حياة الإنسان .

الفرع الأول: مظاهر التكريم

اعتنت الشريعة الإسلامية بتكريم الآدمي حيا وميتا تكريما عظيما ، وشرفته تشريفا كبيرا فقد خلق الله عز وجل الإنسان من تراب ثم نفخ فيه من روحه فجعله بشرا سويا. [1]

والمتأمل في شريعة الإسلام يدرك أن هذا التكريم قد يشمل جميع مراحل حياة الإنسان سواء كان الإنسان الآدمي[2]حيا أو ميتا. وعلة ذلك كون الإنسان من خلق الله عز وجل . وتتجلى عظمة الخلق أنه تبارك وتعالى خلقه بيديه فصوره وأحسن صورته وأسبغ عليه نعمه.

ومن مظاهر التكريم التي خص بها الله عباده مظاهر عامة وأخرى خاصة من أهمها :

الفقرة الأولى- التكريم العام: لقد خلق الله تعالى الإنسان وكرمه عن سائر المخلوقات بقوله : " **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**"[3]، وهذا التكريم يتجلى في خلق الإنسان على أحسن صورة وهبته

مشار اليها في منصور بن عامر المعايطة : المسؤولية المدنية للأطباء عن اخطائهم الطبية،مجلة البحوث الأمنية، مركز البحوث و الدراسات ، كلية الملك فهد الأمنية ، المجلة 10 ع 20 مارس 2002 ص 46 كما يعرف الضرر الجسدي بأنه كل اعتداء على الحق في التكامل الجسدي و هو النتائج المترتبة على المساس بالمزايا التي يخولها الحق في السلامة الجسدية أو الحق في الحياة ،انظر اشرف جابر السيد : المرجع السابق ص 155 .

[1] احمد محمد العمر : المرجع السابق ص 20 .

[2]محمود السيد عبد المعطي : المرجع السابق ص 12 وعبد المطلب عبد الرزاق حمدان : مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي – دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2005 . ص 50

[3] سورة الإسراء الأية 70

نعمة الصحة، فقال تعالى : "**الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ** "[1].

ومن فضل الله تعالى على الآدمي أن كرمه بالنطق والتمييز بالعقل، الذي هو عمدة التكليف، ومن التكريم أن يكون الإنسان قيما على نفسه، متحملا تبعة اتجاهه وأعماله. [2]

الفقرة الثانية –التكريم الخاص:

أولا– التكريم بحسن الصورة: خلق الله تعالى الإنسان في أحسن صورة وغاية في الإبداع، قال عز وجل " **لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ** ".[3] فالله خلق الإنسان في أكمل صورة و أجمل هيئة ثم منحه العقل الراجح والعلم الواسع.

ومن معاني التكريم أن الله سبحانه قد عدل خلق الإنسان ، فسوى شكله وناسب بين أعضائه على ما ينبغي، [4] قال تعالى: " **يَا أَيُّهَا الْإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ (6) الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ (7) فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ(8)** ". [5]

من هذا التكريم كذلك أن نفخ فيه من روحه فجعله حيا، بقوله تعالى: "**ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ**".[6] فأصبح الإنسان ذا

---

[1] سورة السجدة الآية 7

[2] حيث قال العلماء أنه تعالى فضل الآدمي على سائر المخلوقات بأمور خلقية ذاتية من العقل و النطق و الصورة الحسنة و القامة المديدة و هذا هو التكريم راجع أحمد محمد العمر : المرجع السابق ص 20

[3] سورة التين الآية 4

[4] محمود السيد عبد المعطي: المرجع السابق ص 21

[5] سورة الانفطار الآيات، 6 ، 7 ،8

[6] سورة السجدة الآية 9

إدراك إنساني مميز عن سائر الكائنات العضوية الحيوانية تتمة لتسوية الخلق وتكميلا للنعمة عليه .

ثانيا . التكريم بالاستخلاف في الأرض: تعتبر مسألة استخلاف الإنسان في الأرض ذات أهمية بالغة لما تنطوي[1] عليه من مسؤوليات خطيرة وأهداف جليلة وتبدو أهمية الاستخلاف [2] في قوله عز وجل « **وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ**»[3].

ويتطلب استخلاف الإنسان في الأرض إعماره لها فأطلق يد الإنسان فيها ليكشف ما فيها من طاقات وكنوز. لقوله تعالى" **وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون**"[4].

كما يتطلب الحكم بالعدل بين الخلق ، وإقامة حدود الله، وتنفيذ قضاياه على مقتضى شرعه ثم الفصل في النزاعات بين الناس، والانتصار للمظلوم من الظالم، فقال تعالى " **يَا**

---

[1] ماروك نصر الدين : نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – ج1 ، ك 1 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، ط 2003 .و احمد محمد العمر : المرجع السابق ص 22 ، و محمد نجيب عوضين المغربي : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة (د ط) ،200 ص 246 .

[2] يقول أهل اللغة استخلف فلان فلان أي جعله مكانه ، فقد جاء في قوله تعالى : " و قال موسى لأخيه هارون أخلفني في قومي " فالخليفة هو الذي يستخلف من قبله أو هو الذي يخلف من كان قبله فيقوم مقامه فيه بعد فكان منه خلفا . انظر احمد محمد العمر المرجع السابق ص 22.

[3] سورة البقرة الآية 30

[4] سورة الجاثية الآية 13

دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ"[1].

ثالثا – التكريم بالعلم: فالعلم هو السبيل الوحيد إلى معرفة الله سبحانه ، والوصول إلى وحدانيته، وبه دعانا الله تعالى إلى التفكير والتدبر في ملكوت السموات و الأرض، وما فيهن. ولذلك كان العلم رسالة الله الأولى إلى خلقه وعباده، ولما أراد الله عز وجل استخلاف الإنسان في الأرض منحه العلم بجميع الأشياء لكي يستطيع القيام بمهمته العظيمة التي كلفه الله بها ، ولكي يستحق ما كان من سجود الملائكة له . قال تعالى " **وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ**"[2]. واستدل البعض بهذه الآية على أن آدم مفضل على الملائكة لأن الله :لما أراد الله إظهار فضل آدم على الملائكة لم يظهره إلا بالعلم، فلو كان شيء أشرف من العلم كان إظهار فضله بذلك الشيء لا بالعلم ، ومن ثم أمر الملائكة بالسجود لآدم لأجل فضيلة العلم .و قال ابن مسعود رحمه الله: مدح الله العلماء في هذه الآية وذلك بأن رفع الله الذين أوتوا العلم عن اللذين آمنوا ولم يؤتوا العلم درجات"[3].

رابعا . التكريم بأمر الملائكة بالسجود لله: أمر الله تعالى الملائكة أن تسجد لآدم في أكثر من موضع في القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى " **وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا**

---

[1] ". سورة ص الآية 26

[2] سورة البقرة الآية 31

[3] احمد محمد العمر : نفس المرجع ص 23 .

إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ "[1]. وقوله تعالى " **وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ أَفَتَتَّخِذُونَهُ وَذُرِّيَّتَهُ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِي وَهُمْ لَكُمْ عَدُوٌّ بِئْسَ لِلظَّالِمِينَ بَدَلًا** "[2].

تدلنا هاتين الآيتان الكريمتان، أن الله تبارك و تعالى قد شرف آدم و ذريته حيث أمر الملائكة بالسجود له تكريما لهذا الخلق، الذي خلقه و سواه بيده و تعظيما لقدره و مكانته.

خامسا – تكريم الإنسان عند مماته: حثت الشريعة الإسلامية على احترام الميت وتكريمه بعد[3] وفاته، بتغسيله، وتكفينه والصلاة عليه وحمله ،إلى لحده . وحذرت الشريعة من التمثيل بجثته، وعدم المساس بأعضائه إلا لضرورة. لقوله (ص)" كسر عظم الميت ككسره حيا"[4] .إلا أن الحاجة والضرورة ، تستوجبان المساس بجسم الإنسان، ومعنى ذلك أن مبدأ حرمة الإنسان يحتمل استثناءات من أجل مصلحة راجحة[5].

وقد بدل المجتمع الدولي جهودا مضنية لإعلان شأن كرامة الإنسان نوجزها فيما يلي:

الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966، حيث حرصت على تأكيد حق جميع الأفراد في معاملة تحفظ لهم كرامتهم بما في ذلك المقبوض عليهم المسجونين

---

[1] سورة البقرة الآية 34

[2] سورة الكهف الآية 50

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان :المرجع السابق ص 50 .

[4]سنن ابن داوود ، ج 4 ، كتاب الجنائز ، ص 58.

[5] أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ص 24 ، مشار إليه في عبد المطلب عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ص 51.

فنصت في المادة 10 على أنه" يجب معاملة جميع المحرومين من حرياتهم بمعاملة إنسانية مع احترام الكرامة المتأصلة في[1] الإنسان".

2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [2] UNIVERSELLE DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME .

حيث نصت المادة الأولى منه على أن " الناس يولدون وسيموتون أحرارا ويتساوون في الكرامة و الحقوق" ونصت في المادة الخامسة على انه " لا يعرض إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية الحاطة من الكرامة".

3- الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي: بتاريخ 1997/04/04 بمدينة اسبانيا LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'HOMMES ET DE LA biomédecine : OVIEDO

حيث نصت المادة الأولى منها على «ضمان حماية الكائن البشري في كرامته وهويته و ضمان حق كل إنسان في سلامته وكافة حقوقه الأخرى وحرياته الأساسية وذلك في

---

[1] L'intérêtet le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science انظر الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.

[2] راجع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و راجع كذلك اتفاقية محاربة التمييز العنصري الموقعة بتاريخ 4/ 11 / 2000 و انظر ايضا اتفاقية حقوق الإنسان و الطب الحيوي مشار إليه في المرجع السابق ص 91 ،و انظر منذر الفضل المرجع السابق ص 23 المرجع السابق ص 23 ، . إبراهيم يوسف هرموسي :التصرف القانوني في الأعضاء البشرية دراسة مقارنة رسالة ماجيستر . كلية الحقوق ، جامعة دمشق 2002 . ص 53.

مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب»[1]وأكدت المادة الثانية على " أن مصلحة الإنسان ومنفعته يجب أن ترجح على مجرد مصلحة المجتمع العام".

أما الجهود الدولية لحماية كرامة الإنسان تأكدت في أغلب الدساتير[2]حيث نصت المادة الأولى من الدستور الألماني على أن « كرامة الإنسان لا تمس وأن جميع السلطات العامة ملتزمة باحترامها » وتأكدت حماية كرامة الإنسان في فرنسا حينما قرر المجلس الدستوري أنها تدخل ضمن الكتلة الدستورية للحقوق التي يحميها الدستور. بينما أشارت المادة 34 من الدستور الجزائري المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 96 – 438 المؤرخ في 1996 إن الدولة تضمن عدم انتهاك حرية الإنسان وبحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة. كما أشارت المادة 35 منه إلى أن القانون يعاقب على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية. ونص القانون المدني الفرنسي. المعدل بالقانون رقم 2004 . 800 الصادر بتاريخ 06 . 08 . 2004 في فقرته الثانية من المادة 16–1 علي أن: «الجسم البشري يتمتع بالحرمة وأنه لا يجوز أن يكون الجسم البشري عناصره ومنتجاته محلاً لحق مالي...».

---

[1] محمد حسن قاسم : المرجع السابق ص 25

[2] طارق سرور المرجع السابق ص 93 ونص الدستور المصري في عام 1971 على حضر أي تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر(المادة 43) وحضر إساءة معاملة المسجونين مدنيا أو معنويا و أوجب معاملتهم بما يحفظ عليهم كرامتهم (المادة 42) مشار إليه في افتكار مهيوب المرجع السابق ص 38. وفي المادة 57 نص على " كل اعتداء على الحرمة الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق، الحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون....". أما الدستور الكويتي الصادر ب 1966/11/11، المادة 15 منه "تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة". ونص الدستور الإيطالي الصادر ب 1957/12/27، المادة 32 منه على أنه " تحمي الجمهورية الصحة باعتبارها حقا أساسيا للفرد ومصلحة الجماعة".

و من مظاهر التكريم كذلك التزام الطبيب بتجميل جسد الإنسان المتوفى بعد الاستقطاع ،لأن استواء الهيئة و كمال الخلقة من العناصر الأساسية في تكوين جسم الإنسان . و المساس بها هو مساسا بحق الإنسان الحي في الجمال، فإن مظاهر احترام آدمية الإنسان وحرمة جسده ألا يترك ممزقا متناثر الأطراف بعد وفاته في حالة استقطاع العضو منه لمنفعة الغير. فيجب إرجاعه من حيث المظهر الخارجي إلى حالته الطبيعية قبل عملية الاستقطاع كما لو كان حيا[1].

ونصت المادة 5-1232. L من قانون الصحة الفرنسي[2]على أن الأطباء الذين باشروا عملية استقطاع من شخص توفي ملزمون بالتأكد من تجميل جسده. كما نصت المادة 7 من القانون الأردني رقم 23 - 77 المعدل 17. 1982 على أنه لا يجوز أن يؤدي نقل العضو في أية حالة من الحالات إلى إحداث تشويه ظاهر في الجثة يكون فيها امتهان لحرمة المتوفى.

- **الفرع الثاني : حماية جسم و حياة الإنسان :**

---

[1] طارق سرور : المرجع السابق ص 115، 116.

[2] « Art. L. 1232-5. - Les médecins ayant procédé à un prélèvement ou à une autopsie médicale sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps. »;

اهتمت الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي بحماية حقوق الإنسان و الدفاع عنها و من أهمها حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسمه.

- **الفقرة الأولى – الحماية القانونية لجسم الإنسان:**

تحرص القوانين[1] في الوقت الحاضر على أن يكون للإنسان الحق في الانتفاع من نفسه بالشكل الذي خلقه الله تعالى منذ ولادته حتى وفاته. فالحق في سلامة الجسم مرتبط بالحق في الحياة، فهو ثاني حق يأتي بعد حق الإنسان في الحياة، أي أن القانون يكفل الكيان المادي للإنسان وأعضائه[2].

للفرد مصلحة في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه و تحدده القوانين الطبيعية ، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي و أن يتحرر من الآلام البدنية [3].

لهذا حرص القانون على حماية الكيان البدني للإنسان و اعترف له بحقه في سلامة جسمه[1]. والحق في سلامة الجسم ، و محله جسم الإنسان ، هو من الحقوق الأساسية

---

[1]القانون التونسي عدد 22 سنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها

[2]حسني عودة :المرجع السابق ص 23. حسام زيدان شكر الفهاد : الإلتزام بالتبصير في المجال الطبي . دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013 (د ط)، ص 66.

[3]أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق ص 20. مارغريت علي مشيك :عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الناحية الجنائية ,كلية الحقوق, جامعة بيروت (د ط)، 2005، ص 18. ومفتاح مصباح، المرجع السابق، ص 32. وعصام أحمد محمد: النظرية العامة للحق في سلامة الجسم: دراسة جنائية مقارنة ، المجلد الأول : دار الفكر و القانون ، المنصورة (د ط) ،2008 ،ص 113 محمد واصل : المدخل إلى علم القانون منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق 2011(د ط) .ص 383 ، 385.

اللصيقة بالإنسان التي ترتبط بصحته . و يعتبر تدخل المشرع لحماية جسم الإنسان تدخلا أيضا لحماية الإنسان ذاته، و ذلك لوجود تلازم بين الحفاظ على الإنسان و سلامة جسمه و كيان المجتمع . فمعصومية الجسم تجعل لصاحبه حقا في السلامة البدنية يحتج به على الكافة، فهو يمنع الغير من الاعتداء على الإنسان بالضرب أو الجرح أو التعذيب . كما يمنع صاحب الجسم نفسه من المساس بجسمه على وجه يؤثر على سير أجهزة الجسم سيرا طبيعيا يسمح بأداء وظائفها [2].

أشارت اتفاقية Oviedo[3]، إلى أن مصلحة الإنسان و منفعته يجب أن ترجح على مجرد مصلحة المجتمع أو العامة " ذلك لأن مصالح المجتمع ما هي إلا حصيلة نهائية لمصالح أفراده.

فنستنتج أن المشرع يسبغ حمايته على جسم الإنسان كله بجميع أعضائه ووظائفه العضوية، و الحيوية. فأي مساس بسلامة الجسم يمكن أن يؤثر على السير الطبيعي لوظائفه و أعضائه. [4]

---

[1] إسحاق إبراهيم منصور : شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، ص: 68، راجع المادة 2 من الاتفاقيات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية لدول مجلس أوروبا المؤرخة في 11.04. 1950 و المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 12.10. 1948.

[2]جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة مجلة القانون والاقتصاد ع 68،جامعة القاهرة كلية الحقوق 1998. تهميش رقم 12 ص 124 .و زهير حرج : المرجع السابق ص 92.

[3] *اتفاقية* مجلس أوروبا بشأن حقوق الإنسان والطب الأحيائي .الصادرة بتاريخ 04-04-1997.

[4] مارغريت علي : المرجع السابق ،ص 18 و 19 . و طارق سرور : المرجع السابق ص 92.

أما الحق في الحياة يعد أهم و أسمى حقوق الإنسان، بل أنه يعتبر الشرط الطبيعي لتمتع الإنسان بحقوقه الأخرى. [1] لذلك كان طبيعيا أن تعاقب جميع التشريعات [2] على الاعتداء على الحياة ،لان الإنسان هو الخلية الأولى للمجتمع ولا بقاء لهذا المجتمع إلا ببقاء أفراده .

كما تتجلي الحماية الجنائية للحق في الحياة وفي سلامة الجسم واضحة من خلال تجريم أفعال الاعتداء على الحياة وعلى سلامة الجسم وتقرير[3]عقوبة ملائمة لكل منها.

ويتجلى حق الإنسان في سلامة جسمه في ثلاثة عناصر هي:

أولا – الحق في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي طبيعي وكل إخلال بالسير الطبيعي لها يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم .

ثانيا – الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة.

ثالثا– الحق في أن يتحرر الإنسان من الآلام البدنية ويتحقق ذلك عند شعور الإنسان بالارتياح والسكينة[1].

---

[1] السعدني علي شويشة : القتل بدافع الشفقة . دراسة مقارنة بالشريعة . رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا . 2010، ص 20.

[2]نص قانون العقوبات اليمني رقم 12 – 1994 على تجريم الاعتداء أيا كانت وسيلته إذا تسبب في إيذاء لجسم الإنسان وسلامته . انظر المواد 241 إلى 245 .غير أن المشرع المصري حظر جرائم الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية حيث حصرها في المواد 240 إلى 244 في جرائم الجرح والضرب ، وإعطاء مواد ضارة، والتعدي والإيذاء الخفيف ،ويعاب على المشرع المصري أنه لم يبلغ الحماية الكاملة لجسم الإنسان ، لأن حصر جرائم الاعتداء على سلامة الجسم في قوالب معينة ، يعني ان اي اعتداء يقع بغير تلك الأفعال لا يعد جريمة . مشار إليه في محمد أمين متولي : المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2002 ص 98 . انظر في هذا الشأن افتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 39.

[3] راجع المواد من 230 إلى 244 و من 533 إلى 554 عقوبات مصري.

الفقرة الثانية – الحماية الشرعية لجسم الإنسان:

الإنسان محترم حيا أو ميتا في الإسلام، وتحرص الشريعة الإسلامية على حماية كيانه البدني وصون تكامله الجسدي، وتعتبر رعاية الكرامة الإنسانية من مقاصد الشرع الإسلامي الحنيف ، فالنفس الإنسانية مكرمة ومصونة ومحقونة الدم، ولا تنال إلا بالحق ويحرم الاعتداء عليها أو الأضرار بها ،إلا إذ أخلت بما وجب عليها وخرجت عن إطار الشرع . وحماية الشريعة الإسلامية لحرمة حياة وجسم الإنسان ليست مقصورة على مواجهة الغير فقط بل إنها قائمة في مواجهة الشخص نفسه كذلك[2].

فتحرم الشريعة الإسلامية الانتحار، وتقرر العقوبة الأخروية للمنتحر،[3] لقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**"[4]. و قوله(صلى الله عليه وسلم) *(مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ فَحَدِيدَتُهُ فِى يَدِهِ يَجَأُ بِهَا بَطْنَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِى نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا .....)*[5].

---

[1] إسحاق إبراهيم منصور :المرجع السابق ، ص 65 وما بعدها . حسني عودة : المرجع السابق، ص 24 . عصام أحمد محمد المرجع السابق، ص 211.

[2] احمد محمد العمر :المرجع السابق ص 28. راجع ايضا حرمة النفس البشرية مشار اليها في منال موسى : كشف الإثم و الضراء في بدعة زرع الأعضاء ، مكتبة التوعية الإسلامية ط 1 2010 ص 9 . 11 و حسام زيدان : المرجع السابق، ص 64 و راجع ايضا ، محمود إبراهيم محمد مرسي : نطاق الحماية الجنائية للميئوس من شفائهم و المشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات (د ط)2009 ،ص 61 ، 72 ، 80 .

[3] محمد المدني بوساق: المرجع السابق ص 5 . و محمود السيد: المرجع السابق، ص 11 . و عبد الكريم مأمون : المرجع السابق ص 12

[4] سورة النساء الآية 29

[5] صحيح البخاري

كما يحرم [1] على الغير إلحاق الأذى بالنفس البشرية بغير حق سواء كان مسلما أو كافرا معصوما كالذمي والمستأمن، وذلك لقوله تعالى:" وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ *الَّتِي* حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ " رواه ابن ماجه. وفي السنة النبوية روي عن النبي(صلى الله عليه وسلم) " **لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل مؤمن بغير حق.**" وقوله " دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ *هَذَا، فِي* شَهْرِكُمْ *هَذَا، فِي* بَلَدِكُمْ *هَذَا* "[2]. و يدل ذلك على عدم جواز الاعتداء على الإنسان بقتله أو إيذائه، سواء كان مسلما أو غير مسلم. كما نهى الإنسان أن يرهق نفسه بالأعمال التي لا طاقة له عليها حتى ولو في العبادة لقوله تعالى :" **لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ**"[3]

كما تم النهي عن تعطيل بعض أعضاء الإنسان عن العمل، [4] كأن يعطل الإنسان فكره عن العمل بشرب المسكرات، وحرم عليه ذلك صيانة للعقل الذي كرمه به الله تعالى لقوله (صلى الله عليه وسلم) " كل مسكر خمر وكل مسكر حرام" .

---

[1] محمد المدني : نفس المرجع ص 5 . و محمود السيد :نفس المرجع ، ص 10.

[2] صحيح مسلم

[3] سورة البقرة الآية 286.

[4] أحمد محمد العمر: المرجع السابق ص 30

المطلـب الثانــي

النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان .

تترتب على حرمة جسم الإنسان بعض النتائج بعضها في الفقه الإسلامي و البعض الآخر في القانون الوضعي نتطرق إليها على التوالي :.

الفرع الأول : في الفقه الإسلامي .

من أهم ما ترتب على حرمة جسم الإنسان هو حرمة المساس بجسده ، و اعتباره طاهرا بعد موته ، كما أنه لا يمكن اعتباره من الأموال .

الفقرة الأولى: حرمة المساس بجسم الإنسان .

أمرت الشريعة الإسلامية بحماية جسم الإنسان من كل اعتداء أو مساس به، و ذلك إما بتحريم قتل النفس، أو إيذائها، لقوله تعالى: « **وَلاَ تُلْقُواْ *بِأَيْدِيكُمْ* إِلَى التَّهْلُكَةِ** »[1] وكذا قوله تعالى :«**وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا** »[2]. فيتضح أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى المحافظة على النفس، و تنهي عن إتيان كل ما من شأنه أن يؤدي إلى هلاكها .

---

[1] سورة البقرة الآية 195

[2] سورة النساء93

كما أن السنة النبوية الشريفة تحت على ذلك فقد جاء في حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن عبد الله بن عمرو قال: « ***وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ*** »[1].

فيتضح أن تحريم قتل النفس أو المساس بأجزائها إنما يرجع إلى أن هذا الجسد هو صنعة الله و من تم لا يجوز المساس به أو التصرف فيه.

الفقرة الثانية : طهارة جسم الإنسان

ذهب الفقهاء حول هذا الموضوع إلى رأيين :

الرأي الأول : قال جمهور الفقهاء[2] بطهارة ميتة الأدمي و أعضائه المفصولة عن جسده أثناء حياته مستدلين على ذلك بقوله تعالى: « **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**» [3]. حيث يدل هذا التكريم على عدم جواز الحكم بنجاسته بالموت أو بنجاسة أعضائه المفصولة عنه. وبالتالي فإن أجزاء الآدمي تأخذ حكم جسده كله سواء انفصلت عنه أثناء حياته أم بعد مماته.

---

[1] سنن الترميذي ج 7ص 82.

[2] وهو قول المالكية والشافعية في الأصح وهو قول الحنابلة، حاشية الخرشي ج1 ص: 84 مشار إليها في عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق ، ص 54.

[3] سورة الإسراء 70

الرأي الثاني :ذهب بعض الفقهاء[1] إلى القول بنجاسة ميتة الآدمي لما فيه من الدم المسفوح. فيما ذهب البعض منهم إلى طهارة ما ليس فيه دم كالشعر غير المنتوف والسن، لأن المنجس هو الدم[2].

فنستنتج أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بطهارة جسد الآدمي وأجزائه هو الراجح لقوة الدليل.

الفقرة الثالثة :عدم اعتبار جسد الإنسان مالا .

نظرا لتكريمه على سائر المخلوقات ، فإنه لا يقبل أن يكون جسم الإنسان من الأموال لا شرعا ولا عقلا، إلا أن الحنفية ذهبوا إلى أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال بالنسبة لصاحبها فهي خلقت كالمال وقاية للنفس،[3] و ذلك عند كلامهم عن الجناية عن النفس حيث نظروا إلى العضو المجني عليه كالمال عند ما يسلب من صاحبه، تبقى النفس [4].

الفرع الثاني : في القانون الوضعي

---

[1] ذهب الى هذا جمهور الحنيفية ،راجع حاشية الشيخ الشلبي على شرح كنز الدقائق . المطبعة الأميرية ببولاق ، ط 1 . 1337 هـ ج1 ، ص 236. و الشيعة الجعفرية : راجع محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني: مفتاح الكرامة، مطبعة الشورى ، مصر 1326 هـ ، ج1، ص 153. و جاء فيه : « الآدمي ينجس بالموت » و هو قول ضعيف عند المالكية .راجع ايضا حاشية الدسوقي ج 1، ص54 . مشار اليه في افتكار مهيوب: المرجع السابق، ص 35.

[2] حاشية رد المحتار على الدر المحتار5/4 مشار إليه في افتكار مهيوب ديوان المخلافي : حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي و القانون المدني – دراسة مقارنة – مكتبة شادي مصر، 2006 ص36 .

[3]الإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني: بدائع الصانع ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج7 ، ط 2 ، 1986 ،م ص 236. مشار إليه في افتكار مهيوب : نفس المرجع ص 37.

[4] افتكار مهيوب : نفس المرجع ص 26 _ 36

- **الفقرة الأولى: حرمة التعدي على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم:**

حرصت القوانين الوضعية على حماية جسم الإنسان من أي اعتداء يقع عليه من الغير حيث اهتمت أغلب التشريعات بحماية حق الإنسان في الحياة[1] و حقه في سلامة جسده[2].

و خص كل اعتداء بعقوبة خاصة ، كالقانون المصري الذي حصر جرائم الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية، على الجرح، والضرب، وإعطاء الموارد الضارة ،و التعدي أو الإيذاء الخفيف.[3] أما المشرع الجزائري بالإضافة إلى ذلك نص على أعمال العنف أو التعدي الأخرى.[4]

- **الفقرة الثانية خروج جسم الإنسان عن دائرة الأشياء:**

بمعنى أنه لا يمكن دخول جسم الإنسان ضمن دائرة التعامل القانوني، لأن جسم الإنسان لا يمكن معاملته كسلعة. كما أن الأعضاء التي تنفصل عن جسم الإنسان، تظل تتمتع بذات

---

[1] محمد واصل : المدخل إلى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الحقوق ،2011 ،ص 383 . و السيد عتيق : القتل بدافع الشفقة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 44 .

[2] عادل عبد الحميد : المرجع السابق، ص 147 و ما بعدها . و محمد واصل المرجع السابق ، ص 384 ، 385

[3] راجع المواد من 240 إلى 244 عقوبات مصري رقم 58 / 1937 م .

[4] نص المادة 1/264 من قانون العقوبات الجزائري على أن كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي ، يعاقب بالحبس من سنة(1) إلى خمس (5) سنوات ،و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف ،مرض أو عجز كلي، عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما .

الحرمة ، و الحماية التي يتمتع بها الجسم ككل، و من تم لا يمكن اعتبارها كباقي الأشياء .

و يترتب على ذلك عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف[1].

الفقرة الثالثة : عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف.

فالمبدأ هو عدم جواز التصرف بجسم الإنسان، أو بأعضائه ،سواء بمقابل، أو بدون مقابل غير أن هناك استثناء يتعلق بالسلامة الجسدية لجسم الإنسان ، لما في ذلك من مصلحة مشروعة لصاحبه، كالاتفاق الذي يبرمه المريض مع الجراح قصد إجراء عملية جراحية ، و قد يتعلق الاتفاق بمصلحة عامة كالتطعيم ضد الأوبئة .

في الأخير نستنتج أن حفظ حياة الناس و سلامة أبدانهم من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية حيث يحرم الإسلام الاعتداء عليها و أوجب القصاص أو الدية على المعتدي[2].

المبحث الثاني

إباحة الأعمال الطبية في القانون و الشريعة الإسلامية.

تتطلب ممارسة الأعمال الطبية و الجراحية المساس بسلامة جسم الإنسان، و بما أن القانون قد جرم المساس بسلامة الجسم من خلال الضرب، أو الجرح ،أو إعطاء، المواد الضارة أو أعمال العنف الأخرى[3]، فإن هذه الأعمال الطبية، و خاصة عمليات نقل وزراعة

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 40.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق، ص 10.

[3] حسني العودة : المرجع السابق ،ص 28 . و احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 25.

الأعضاء البشرية تتطابق مع النموذج القانوني الذي رسمه المشرع لكل جريمة ، و رغم ذلك لا تطبق الأحكام القانونية الخاصة بهذه الأفعال على الطبيب، أو الجراح، الذي تعرض للمساس بسلامة جسم المريض، و ذلك لتحقق حالة المشروعية الاستثنائية[1] ، تطبيقا لقواعد أو أسباب الإباحة وبالتالي ترفع الصفة غير المشروعة عن فعل الطبيب، و يخرج عن دائرة الأفعال المعاقب عليها .

وعليه سنتناول أسس إباحة الأعمال الطبية في المطلب الأول، ثم شروط إباحة الأعمال الطبية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أساس إباحة الأعمال الطبية.

إن القانون عندما يقرر الحقوق يعفي من يستعملها من المسؤولية الجزائية ،و يجعل الفعل مباحا إذا استعمله صاحب الحق ، في الوقت الذي لا يكون كذلك إذا استعمله غيره.

وعليه فعمل الطبيب رغم كونه يؤدي إلي إيذاء الشخص، أو تعريض حياته للخطر إلا انه قد يكون مباحا إذا قام به ذا صفة. وقد تعددت الاتجاهات بشأن الأساس الذي يستند عليه في إباحة العمل الطبي والتي سنتطرق إليها تباعا بعد أن نتعرض لمفهوم العمل الطبي.

---

[1] فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود :الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة .ص 224 – 225.

الفرع الأول : مفهوم العمل الطبي

لقد تعددت الآراء الفقهية حول مفهوم العمل الطبي حيث حاول الفقيه الفرنسي SAVATIER تعريفه[1] بقوله :"هو العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير و يجب أن يستند ذلك العمل على الأصول و القواعد الطبية المقررة في علم الطب، فاللجوء الى العلم من اجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن السحر والشعوذة " .

حاولت اللجنة التنفيذية للاتحاد الأوروبي للأطباء المتخصص ، وضع مفهوم للعمل الطبي بأنه "مجموعة الأعمال العلمية التي تتخذ لصالح المريض ،مثل التشخيص، و تحديد العلاج الوقائي ، أو ألشفائي ،أو التدخل الجراحي[2] " .

وعرفه جانب من الفقه المصري بأنه " ذلك النشاط الذي يتفق في كيفيته و ظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى

1-SAVATIER ET AUTRE : TRAITE DE DROIT MEDICAL . PARIS ; 1956 P 11 .12

مشار إليه في رمضان جمال كمال : مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شركة ناس للطباعة ، ط 1 ، 2005 ، ص 23 .

[2] عبد الحفيظ علي الشيمي : تطور المسؤولية الإدارية الطبية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2008 ، ص 22.

شفاء المريض"[1] والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا وأن يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه[2].

أما مفهوم العمل الطبي في نظر القضاء فقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه" العمل الذي يتم بواسطة طبيب أو جراح أو الذي يتم تحت إشرافه "[3].

"تم تطور مفهومه تطورا ملحوظا فقد كان ينظر إلي العمل الطبي علي أنه عملا علاجيا و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها بأنه " يعد مرتكبا لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخصا له بذلك " ..إلا أنه تغير لاحقا ليشمل إلى جانب العلاج ، التشخيص فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه " يعد مزاولا لمهنة الطب دون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الأمراض."

---

[1] إن قدماء المصريين عرفوا قوانين الطب وبرعوا فيه ودلك بمعرفتهم وصفات دوائية وسحرية وعلاجات لجميع الأمراض كما أدهشوا العالم كله بطريقة تحنيط موتاهم ، وقد تخصص بعض الأطباء في العيون ،وقد كان الكاهن هو الذي يمارس الطب في البداية فكان المريض يتقدم للمعبد ويشخص الكاهن الحالة المرضية و العلاج الذي من شانه تحقيق الشفاء . راجع فاروق عبد الرءوف المرجع السابق ص 229.

[2] شوقي زكرياء الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2001 ، ص 221

. – cass.crim.,17 décembre 1859: Le médecin peut être considéré comme coauteur de la contravention à l'article 35 de la loi du 29 ventôse an XI, qui prévoit et punit l'exercice illégal de la médecine, lorsqu'au lieu d'exercer par lui-même, d'après son propre examen et son contrôle, il abdique sa qualité de médecin pour se borner à adopter les prescriptions d'une somnambule et à en signer les ordonnances ; son intervention, en effet, n'est plus qu'un artifice coupable destiné à couvrir de son nom et de sa signature la pratique illégale d'un tiers.**يهمش الامراض مشار إليه في:**

François VIALLA, LES GRANDES DECISIONS DU DROIT MEDICAL, édition Alpha, paris, 2010, p 276

[3] عبد الحفيظ الشيمي : المرجع السابق ص 23 . و مفتاح مصباح المرجع السابق ، ص 63.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمعاقبة من يقوم بدون ترخيص بإجراء الفحوص أو التحاليل، أو التشخيص، أو علاج الأمراض، بعقوبة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب المنصوص عليها في المادة 372 من قانون الصحة العامة الفرنسي[1].

يمكن القول أن العمل الطبي هو كل نشاط يرد علي جسم الإنسان ويتفق في طبيعته و كيفيته مع الأصول العلمية و القواعد المتعارف عليها نظريا و علميا في علم الطب و يقوم به طبيب مصرح له قانونا بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه و علاجه و تحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المريض أو الحد منها أو منع المرض أو يهدف إلي المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضا من يجرى عليه هذا العمل[2].

الفرع الثاني : الاتجاهات الفقهية الخاصة بأساس إباحة العمل الطبي

- **الاتجاه الأول :**

---

[1] رمضان جمال كمال : المرجع السابق ص 24- 26 .

[2] محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ط5 ،1981 ، ص 182 انظر إدريس عبد الجواد عبد الله : الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء _ دراسة مقارنة _ كلية القانون ، ليبيا ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 ص 15 و ما بعدها هشام محمد مجاهد الفاض الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي _دراسة مقارنة _ دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ط 1 ، 2007 ، ص 96 خالد محمد شعبان : مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفقه الجامعي، الإسكندرية، 2008 ،ص 4.

اتجه بعض الشراح الفرنسيين إلى أن أساس إباحة النشاط الطبي يرجع إلى عدم توافر القصد الجنائي لدى من يقوم به، فالذي يزاول النشاط الطبي يقصد من هذه المزاولة شفاء الأمراض و العلل[1].

كما ذهب البعض van Liszt إلى القول بعدم توافر عناصر الاعتداء في عمل الطبيب، لعدم توافر النية العدوانية لديه، ولأن إرادته لم تتجه إلي الإضرار بصحة المريض و إنما اتجهت إلى تخليصه من مرضه و تخفيف آلامه وهذا هو القصد من العلاج. ويوجه لهذه النظرية أنها تخلط بين الباعث و القصد الجنائي، علي ارتكاب الجريمة. ويعرف القصد الجنائي بأنه" هو العلم بعناصر الجريمة و إرادة متجهة إلي قبول هذه العناصر". أما الباعث " فهو العامل المحرك للإرادة ، أو هو السلوك الإجرامي ، كالمحبة والشفقة » [2]. فضلا عن أن التسليم بنظرية عدم توافر القصد الجنائي تؤدي إلي نتيجة غير منطقية و هي إباحة النشاط الطبي للطبيب ولغيره ممن هو غير مؤهل لذلك، و نجد أن محكمة النقض المصرية قد عدلت من اتجاهها القاضي بانتفاء القصد الجنائي أساسا لإباحة النشاط الطبي ، حيث قضت بمسؤولية الحلاق عن الجرح العمد إذ هو أجرى عملية جراحية غير مرخص بإجرائها، و لو كان غرضه شفاء المريض، و يعتبر مرتكبا لجريمة الجرح العمد

---

[1] أنظر عمار عباس الحسني : حالة الضرورة و أثرها في المسؤولية الجنائية : دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية (دت) ،(دط) ص 413 . وموفق علي عبيد : المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني رسالة ماجستير ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1998 ، ص 43.

[2] . حسني عودة : المرجع السابق ص 29 .

،الحلاق الذي يحدث بعين المجني عليه جرحا في أثناء قيامه بعملية إزالة شعرات عنها.[1] و بناء على ما تقدم فان حسن نية الطبيب، و رغبته في شفاء المريض لا تعد سببا لإباحة عمل الطبيب و إنما هي مجرد شرط من شروط مشروعية هذه الأعمال لا ينتج اثره إلا بتوافر الشروط الأخرى .

- **الاتجاه الثاني :**

ذهب البعض إلي إن أساس إباحة عمل الطبيب هو رضا المريض[2] بالعلاج مما يجعل من النشاط الطبي الذي يقوم به الطبيب مشروعا. و أساس هذا الرأي القاعدة الرومانية التي تقرر أنه "لا ضرر لمن رضي بهذا الضرر» بمعنى أنه إذا أوصى الشخص بوقوع الضرر عليه فلا يجب أن يتألم منه، لان الطبيب يعتبر ممثلا للمريض، ليس له أية إرادة في العلاج و إنما هو ينفد رغبة المريض بالعلاج أو الجراحة ».

و الرضا حسب هذا الاتجاه ،هو نزول المريض عن الحصانة التي يقررها القانون لجسمه فتنتفي بذلك عن العمل الطبي صفة الاعتداء على حق يحميه القانون فيغدو بذلك

---

[1] موفق علي عبيد :المرجع السابق ، ص 44-46 . و ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 64 .و فاروق عبد الرءوف عبيد : السببية الجنائية بين الفقه و القضاء – دراسة تحليلية مقارنة – دار الفكر العربي ، مصر ، ط 1 1984 ، ص238.

[2] أنظر ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 66 .و ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي : النظام القانوني لممارسة الطب البديل و المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2005، ص160. راجع أيضا المادة 186 من قانون العقوبات اللبناني و كذا المادة 30 من قانون العقوبات الكويتي .

مباحا[1] وبالتالي فالطبيب قبل أن يشرع في التعامل مع المريض يجب أن يحصل على رضاه على العلاج أو التدخل الجراحي[2].

وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بذلك حيث ذهبت محكمة استئناف – اكس– في سنة 1931 بعدم تحقق مسؤولية الطبيب على أساس المادة 1/1384مدني على أثر العلاج بالأشعة لان المريض قبل العلاج بهذه الأشعة قد رضي بذلك و بالأخطار التي قد تنجم عن استعمالها[3].

والنتيجة المستسقاة من منطق هذه النظرية تتعارض مع الواقع العملي الذي يجري عليه النشاط الطبي، وذلك لوجود حالات لا يكون لرضا المريض اية قيمة قانونية في إباحة ممارسة النشاط الطبي، كما في حالة مكافحة بعض الأمراض كالجذام ، فقد يؤمر بحجز المريض لعلاجه دون الحصول على رضائه وفقا لمقتضيات المصلحة العامة .

و قد نص المشرع العراقي، في المادة 2/41 عقوبات، و المشرع الأردني في المادة 26/ج عقوبات، على جواز إجراء التدخلات الجراحية ولو بغير رضا المريض أو ممثله الشرعي ، في الحالة التي يكون المصاب متعرضا للهلاك إذا لم يجر له العلاج اللازم .

---

[1] موفق علي عبيد : المرجع السابق ص 40

[2] هشام عبد الحميد فرج : الأخطاء الطبية ، مطابع الولاء الحديثة ، 2007 ، ص 79 .

[3] رمضان جمال كمال : المرجع السابق، ص 48 .و محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، دار الجوهري للطباعة و النشر، 1951 ،ص91 ، 92 ،مشار إليها في حسني عودة : المرجع السابق ص 30 .

كما أن هذه النظرية، لا تصلح سندا لإباحة النشاط الطبي، لأنها قد تؤدي لإباحة الممارسة الطبية، سواء من طبيب، أو غير طبيب، طالما كان ذلك التدخل قد تم بناءً على رضا المريض و هذا لا يمكن القبول به، [1]لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع. [2] و بالتالي يعتبر رضا المريض شرطا تنظيميا لهذه الإباحة و ليس في ذاته سببا مباشرا لها[3].

- **الاتجاه الثالث:**

ذهب غالبية الفقه[4] إلى القول بان أساس مشروعية العمل الطبي يرجع إلى إرادة الشارع الذي خول للأطباء حق التعرض لأجسام مرضاهم ، استنادا إلى ترخيص القانون و ذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري، في الكثير من أحكامهما إلى أن الطبيب و الجراح لا يعد مرتكبا لجريمة الجرح عمدا، لان قانون مهنته اعتمادا على شهادته الدراسية

---

[1] موفق علي عبيد: المرجع السابق، ص 41، 43. وعبد القادر الشيخلي: جرائم الاتجار بالاشخاص و الاعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة و القوانين العربية و القانون الدولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009 ، ص 267. و إدريس عبد الجواد :المرجع السابق ، ص 60.

[2]احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 26 . و ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 63.

[3] ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي: المرجع السابق ص 159.

[4] هو الاتجاه السائد لدى الفقه و القضاء في مصر ، انظر محمد مصطفى القللي: المسؤولية الجنائية 1948، ص 226، و تعليقه على حكم محكمة النقض ، مجلة القانون والاقتصاد الثانية العدد 2 ، 1920، ص 309. و هو الاتجاه السائد كذلك في فرنسا .

Voir :

- Bouzat et pinatel : traite de droit pénal et de crimonoligie1963, paris n 309 p 289.
- Simon (j): le consentement de la victime justifie t_il les lésions corporelles ? rev. Belge de droit pénal . 1933 .p 456

مشار إليها في احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 28 .

قد رخص له إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى، و بهذا الترخيص وحدة تنتفي مسؤوليته عن فعل الجرح[1].

و لاشك أن الأعمال التي يقوم بها الطبيب، و التي تصبح مباحة بترخيص القانون تكون مجرمة و يعاقب عليها إذا ما قام بها شخص غير مرخص له[2] بذلك. و وقفا لهذا الاتجاه فإن إباحة هذه الأعمال الطبية على أجسام المرضى، يرجع في أساسه إلى استعمال حق مقرر يقتضيه القانون وذلك من خلال القوانين المنظمة لمهنة الطب[3] .

و إذا كان القانون يرخص بالأعمال الطبية الجراحية فلأنها لا تنطوي على اعتداء على حق الإنسان في سلامة جسمه و تكالمه الجسدي ، و لكنها تستهدف المحافظة على الجسم و مصلحته ، في أن يسير على نحو طبيعي. من تم فهي لا تعتبر من قبيل الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ، و ذلك بصرف النظر عن النتيجة التي يسفر عنها العلاج طالما أن الطبيب قد التزم الأصول العلمية، و الفنية ،عند قيامه بعمله و وجه هذه الأصول إلى غرض علاج المريض وشفائه .

أما في الفقه الإسلامي فالراجح إلى أن أساس إباحة الأعمال الطبية و الجراحية هو إذن المريض وإذن الشرع معا فرضا المريض لا يكفي لإباحة المساس بحقه في سلامة جسده ،

---

[1] رمضان جمال كمال: المرجع السابق، ص 51 . انظر كريمة أسامة رامي السراج : عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دبلوم الدراسات العليا ، القانون العام كلية الحقوق، جامعة بيروت، 2006 ص 21 ، 22

[2] علي عبيد: المرجع السابق، ص 48 ،49.

[3] كامل عبد العزيز محمد علي : الجوانب القانونية و الشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط 2007 ، ص 55 . و إدريس عبد الجواد :المرجع السابق، ص 63.

لان أثره يقتصر على الجانب الفردي لهذا الحق، و لا يبرر المساس بجانبه الاجتماعي ،الذي يتجسد فيه حق الله تعالى. فإذا لم يصدر إذن الشرع رغم رضاء المريض فإن الأعمال الطبية أو الجراحية التي تمس سلامة جسده تظل غير مشروعة[1].

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها لإباحة الأعمال الطبية

عند الحديث عن الأساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية، تم التطرق إلى النظريات المختلفة التي تبيح للطبيب المساس بجسم الإنسان .

وبما أن فعل الطبيب هذا يحمل في طياته جرائم عدة ، منها جرائم الإيذاء العمد، حيث يضطر الطبيب إلى إيذاء المريض، ولكن حتى تزال الصفة الإجرامية عن فعل الإيذاء هذا وتجعله مباحا لابد من توافر شروط عدة تشمل رضا المريض بالتدخل الطبي الجراحي وأن يكون طبيبا من يمارس العمل الطبي أو التدخل الجراحي و أن يكون حائزا على ترخيص بمباشرة هذه الأعمال كما يجب عليه أن يراعي الأصول والقواعد الطبية وأن يكون تدخله بغرض العلاج[2] .

---

[1]أبو زهرة محمد : الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي، ج 1 ، ص 479 .و ما بعدها أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، 1983، الكويت ص 41 ، 42 ، مشار إليها في احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ، ص 29 عمار عباس الحسيني المرجع السابق ص 407.

[2]محمد صبحي محمد نجم : رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية _ دراسة مقارنة _ رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ط 1 2001 ص 180 . وانظر أيضا ثائر جمعه شهاب العاني : المسؤولية الجنائية للأطباء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2013 ، ص 23 و ما بعدها و انظر أيضا :

أما ابن القيم الجوزية فقد جمع كل هذه الشروط في قوله " أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقا إذا أذن له المريض بعلاجه و أعطى الصفة حقها ولم تجني يده إذ تولد عن فعله المأذون من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف النفس أو العضو أو ذهاب الصفة"[1]. وعليه سوف نتطرق لهذه الشروط على التوالي :

- **الفرع الأول :الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب.**

يتعين لإباحة العمل الطبي أو الجراحي أن يكون من أجراه مرخصا له[2] قانونا بمزاولة مهنة الطب ، والجراحة، و إلا فإنه يساءل جنائيا عما يحدثه للمريض من جراح على أساس العمد ، حتى ولو كان هذا التدخل بناء على رضاء المريض نفسه حتى ولو تحقق الشفاء[3].

ويجب أن يصدر هذا الترخيص مطابقا للقوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب، ومن أهم ما يتطلبه القانون لإعطاء هذا الترخيص حصول طالبه على مؤهل دراسي، [1] ذلك أن عمل

- Mohamed Oughriss: la responsabilité de la médecine dans la législation pénale 1er édition p 233

[1] سميرة عايد : المرجع السابق ص 39 ، و عمار عباس الحسيني ، المرجع السابق ص 409.

[2] احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 30 . شوقي زكرياء الصالحي : التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2001 ، ص 228 منير رياض حنا : المسؤولية الجنائية : للأطباء و الصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،ص 181 هشام محمد مجاهد القاض: المرجع السابق ص 99.صفا محمود رستم السويلمين: المسؤولية المدنية للطبيب ونقل وزراعة الأعضاء بين المشروعية والقانون، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ماي 2001، ص48. و Mohamed :oughriss .o p .cit. p 229

[3] يرى الفقيه الالماني Bindeng عدم وجوب المساءلة الجنائية للطبيب عن عمل طبي مرخص له به .راجع فاروق عبد الرءوف المرجع السابق ،ص 239 . راجع أيضا شريف الطباخ :جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005 ص 89.

الطبيب في مختلف تخصصاته يمارس عمله على صحة وحياة البشر، وعلى أجسادهم، لذلك تطلب القانون أن يكون من يزاول هذا العمل على قدر من الكفاءة العلمية و الطبية يطمئن إليها المريض[2].

وقد سمح المشرع المصري أحيانا لبعض الأشخاص من غير الأطباء بممارسة أعمال طبية معينة مثل الحكيمات، والقابلات ، و الممرضين ، ويعتبر هؤلاء أشخاص في حكم الأطباء بالنسبة للأعمال التي يمارسونها أي أن الإباحة لم تنصرف فقط إلى الأعمال المصرح لهم قانونا القيام بها[3].

وبناء على ذلك فإنه لا يستفيد من سبب التبرير من يباشر أعمالا طبية دون أن يكون حاصلا على إجازة ترخص له بذلك قانونا ،حتى ولو كان لديه من الخبرة و الدراية ما يجعله في مستوى الأطباء الحقيقيين، حتى ولو لم ينتج عن تدخله أي ضرر، [4] و إلا تمت

---

[1]نص المشرع المصري في المادة الثانية من القانون رقم 415 – 1954 في شان مزاولة مهنة الطب على شروط أربعة في من يزاول مهنة الطب وهي: الإجازة العلمية ، الجنسية ، تسجيل القيد بنقابة الأطباء.و كان مصريا او كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها .غير أن المشرع المصري أجاز استثناء للأطباء الذين لا تتوافر فيهم الشروط السابقة ممارسة بعض الأعمال في مثل حالة الأوبئة و حالة ما تقتضيه المصلحة العامة للأطباء الذين يعينون أساتذة وأساتذة مساعدين للاستفادة من خبراتهم انظر رمضان جمال كمال :المرجع السابق، ص 56 ، 57 .

[2]رمضان جمال كمال :نفس المرجع، ص 55 شوقي زكرياء : المرجع السابق، ص 230 . هشام عبد الحميد فرج : المرجع السابق ص ،158.

[3]قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا تغني شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلي بعملية الحقن عن الترخيص بمزاولة مهنة الطب، وهو ما يلزم عنه مسائلته عن جريمة إحداث بالمجني عليه جرحا عمدا ما دام أنه كان في مقدوره أن يمتنع عن حقن المجني عليه مما تنتفي به حالة الضرورة . نقض 13 – 12 – 1960 مجموع الأحكام س 11 رقم 176 ص 904. مشار إليه في شوقي زكريا :المرجع السابق ص 230.

[4]سليمان إبراهيم سكاكيني : المسؤولية الجزائية للطبيب ، كلية الحقوق بيروت، 2003_2004 ، ص 10 احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 30.

مساءلته[1] عن جرم مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص، إلى جانب ما ينتج عن تدخله من أفعال الجرح أو إعطاء مواد ضارة و غيرها من أفعال الإيذاء.

فالأصل أن أي مساس بجسم المجني عليه يجرمه قانون العقوبات و قانون مزاولة مهنة الطب، و إنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقا للقواعد و اللوائح. و هذه الإجازة هي أساس الترخيص[4] الذي تتطلبه القوانين الخاصة بالمهنة في الحصول عليه قبل مزاولتها فعلا[5]وعليه سوف نتطرق لموقف المشرع الفرنسي و موقف الفقه الإسلامي وكذا المشرع الجزائري في ما يخص ذلك.

الفقرة الأولى – موقف القانون الفرنسي:

يتطلب المشرع الفرنسي لممارسة مهنة الطب توافر شروط ثلاثة[6]هي:

- **أولا : شهادة الطب**

الحصول على شهادة الطب من الجامعات الفرنسية وإن كان القانون قد استثنى من ذلك:

---

[1]وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كانت الواقعة هي أن المتهم وهو غير مرخص له في مزاولة مهنة الطب خلع ضرسين من المجني عليه فسبب له ذلك ورما في الفك الأيمن، فهذه جريمة إحداث جرح عمدي عملا بالمادة 242– 1 من قانون العقوبات المصري لا إصابة خطأ . نقض 18– 2 – 1952 مجموعة أحكام النقض س 3 ص 298 ، مشار إليه في شوقي زكريا المرجع السابق ص 230

4 ثائر جمعه : المرجع السابق ، ص 40 و محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006 ص 151.

5 طعن مصري 1927 لسنة 37 ق جلسة 20 _ 2 _ 1968 س 19 ص 254.

طعن مصري 2260 لسنة 50 ق جلسة 1981/3/2 س 32 ص 196 مشار إليه في إبراهيم سيد أحمد : الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها و قضاء – دار الكتب القانونية مصر 2008 ص 73.

6 انظر شوقي زكريا المرجع السابق، ص 229 وموفق علي عبيد : المرجع السابق ، ص56 .

- رعايا دول السوق الأوروبية المشتركة حيث أجاز للأطباء الحاصلين على شهادات طبية صادرة من هذه الدول ممارسة مهنة الطب بشروط .
- طلبة كلية الطب حيث أجاز لهم المشرع بصفة عامة تقديم المساعدة داخل المستشفيات العامة.

يؤكد الفقيه جار سون GARSONNE أن التبرير الحقيقي للعمل الطبي يرجع إلى ترخيص القانون فالمشرع بإعطاء شهادة الطب ، للطبيب و أذن له بمزاولة مهنته قد صرح له بأن يعمل كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الشفاء[1] .

- **ثانيا : الجنسية**

تنص المادة 356 – 3 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه " لا يجوز ممارسة مهنة الطب في فرنسا إلا لمن يتمتع بالجنسية الفرنسية...."

- **ثالثا: القيد بسجل الأطباء:**

حيث تمت مساءلة أحد الأطباء [1]عن ممارسة العمل الطبي بالأراضي الفرنسية دون أن يكون مسجلا بسجل الأطباء[2] . ونصت على ذلك المادة 4161 / 1 من قانون الصحة

---

[1] يوسف جمعة يوسف الحداد: المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ، القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجيستير، منشورات الحلبي الحقوقية ص 177 . محمد لافي :المرجع السابق ص 150.

_ le code de déontologie médicale est très claire sur ce point selon l'article R4127_7 du code de la santé publique ,un médecin a le droit d'accomplir tous les actes médicaux «tous médecin est en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic ,de prévention et de traitement » voir Sophie Hocquet _ Berg Bbronopay collection droit professionnel ,Ndr , heures de France .2006 .p 92 .

. وهذه الشروط نفسها تبناها المشرع المصري بالإضافة إلى شرط ضرورة التسجيل بوزارة الصحة [4] كما أشار إلى هذه الشروط المشرع المغربي كذلك . والحكمة من ذلك هي الحفاظ على صحة المواطنين، وصونها ، من عبث الدخلاء على مهنة الطب، إذ ليس لهم من مقومات الإعداد الفني ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة، و إن وفقوا في العلاج مرة يخفقون مرات ،لأن تلك الأفعال التي يقوم بها الطبيب لا تصبح مباحة إلا بترخيص القانون و تكون مجرمة و معاقبا عليها إذا قام بها غيره[3].

الفقرة الثانية – موقف الفقه الإسلامي :

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أنه يجب أن يمارس الطب" من ذوي حذق في صناعتهم ولهم فيها بصارة ومعرفة " أما من يمارس الطب وليس له به علم فهو ضامن كما ثبت في الحديث النبوي الشريف " **من تطبب ولم يعلم من الطب فهو ضامن**". رواه أبو

---

[1] – Il s'ensuit que le docteur en médecine non inscrit commet le délit de l'article L _ L4161_1_c.s.p Il a été juge qu'un médecin allemand interdit d'exercer en Allemagne et non inscrit que soignait sur le sol française commettait le délit d'exercices illégale de la médecine. Voir : Crime 31 mai 2005 n° 4_83_341. voir Sophie Hocquet _ berg Bronopay Op.cit, p 98.

[2] Il fait rappeler que cette condition de diplôme s'ajouté la nécessite d'une inscription au tableau de l'ordre pour pouvoir pratiquer conforment aux règles de droit .

[3] موفق علي عبيد : المرجع السابق، ص 48 –49. راجع نصوص قانون 26 فبراير 1960 المنظم لمزاولة مهنة الأطباء و الصيادلة ، مشار إليه في محمد أوغريس : مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي . دراسة مقارنة . سلسلة الدراسات القانونية، ط 1 ص 25 و ما بعدها.

– cass.crim.,17 décembre 1859

مشار اليه في ص 38 من هذه الرسالة

داوود والنسائي وابن ماجه . كما يشترط البعض أن يكون المعالج بصيرا فإن كان متعاطيا للطب لم يتعلمه فهو ضامن . [1]

ولحماية مهنة الطب من الطبيب الجاهل، أوجب الفقهاء صدور الترخيص بممارسة هذه المهنة من الجهات المختصة، أو ما يسمى بصاحب الرعية المختص، كما أوجب الفقهاء أن يحجر على الطبيب الجاهل، ويمنع من مزاولة المهنة لأنه يفسد أبدان الناس[2].

وقد أشار ابن قدامه إلى اعتبار إذن المريض في قوله: " أو قطع سلعة من أسنان بغير إذنه " وأشار إلى إذن الولي الخاص بقوله:" وإن ختن صبيا بغير إذن وليه " واعتبر إذن الحاكم وهو الولي العام بقوله :" وإن فعل ذلك الحاكم " وأسقط الضمان في حالة توفر الإذن[3].

و الطبيب بادعائه الطب يكون قد غرر بالمريض ويلزمه حينئذ الضمان[4]، فلا يجوز للمريض أن يطلب فعل الجراحة ولا للطبيب أن يجيبه إلا بعد أن تكون تلك الجراحة مأذونا

---

[1] البصير هو من يعرف العلة و الدواء و كيفية علاجها و تلقى الإجازة بممارسة الطب من المختصين و مارس الفعل مرتين فأصاب.

لمزيد من التوضيح انظر مأمون عبد الكريم : المرجع السابق ، ص 23 و ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 26.

[2] رمضان جمال كمال : المرجع السابق ، ص 37 . انظر في هذا الموضوع عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط 2 ، 2000 ، ص 271 .

[3] محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ،رسالة دكتوراه ، مكتبة الصحابة ، الإمارات مكتبة التابعين القاهرة ، ط 3 ، 2004 ص72 – 73.

[4] وكان أول من ألزم الأطباء بهذا الشرط الخليفة العباسي المقتدر بالله سنة 319 هـ ، إذ أسند لأحد كبار الأطباء في عهده وهو سنان ابن ثابت بن قرة المرائي صلاحية اختيار من يرغب في مزاولة الطب آنذاك وتسليمه إجازة بذلك. لأكثر معلومات راجع مامون عبد الكريم :المرجع السابق، ص 23–24 وماروك نصر الدين المرجع السابق 285 –286 .

بفعلها شرعا لأن جسد الإنسان ملكا لله تعالى، فلا يجوز للإنسان أن يأذن بالتصرف فيه أو يقوم غيره بفعل ذلك التصرف[1].

الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري و بخصوص العمل الطبي نص في المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها[2] على أن تتوقف ممارسة مهنة الطبيب و الصيدلي و جراح الأسنان على رخص يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا على إحدى الشهادات الجزائرية، دكتور في الطب أو جراح الأسنان، أو صيدلي معترف بمعادلتها... " .

من خلال هذه المادة يتبين لنا جليا أن المشرع الجزائري قد اعتمد الترخيص القانوني كأساس لإباحة مباشرة العمل الطبي و الجراحي [3] وبالتالي كل شخص يمارس فعلا يمس سلامة جسم الإنسان من الأفعال التي نصت عليها المواد 264 إلى 266 من قانون العقوبات الجزائري[4] دون وجود ترخيص قانوني بذلك يسال عن الجرح عمدي و نتائجه وفقا لأحكام المواد المشار إليها أعلاه ، حتى وان كان متحصلا على شهادة من الشهادات

---

[1] وللإذن شروط هي : – أن يصدر من المريض أو وليه و أن يشتمل على إجازة فعل الجراحة و أن تتحقق أهلية الإذن في المريض أو وليه وأن يكون المأذون به مشروعا و أن يكون مختارا غير مكره .

[2] قانون رقم 85–05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90–17 المؤرخ في 31 يوليو 1991.

[3] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 66 .

[4] إسحاق إبراهيم : المرجع السابق ، ص 65 و ما بعدها .

المذكورة أعلاه أو دفع بأن ارتكاب فعله هذا كان قاصدا من ورائه علاج المجني عليه، أو كان بناء على طلب من الضحية أو أن فعله هذا لم يترتب عليه أي ضرر للمجني عليه.

هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث نصت المادة 198 إلى أنه « لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بها[1] .»

فنستنتج أن المشرع الجزائري قد اشترط الترخيص لممارسة العمل الطبي حتى تنتفي عن الفعل صفة اللا مشروعية .

- **الفرع الثاني: رضا المريض:**

عرفه الفقيه الإيطالي Grispigni « الإذن المعطى من طرف فرد أو أفراد لتنفيذ فعل يجرمه القانون الوضعي و يؤدي إلى إتلاف أو الإضرار بمصلحة الشخص الذي صدر منه أو تعريضها للخطر ».[2]

و من المسلم به أن أساس إباحة العمل الطبي بصفة عامة هو نص القانون الذي ينظم مهنة الطب، أما رضا المريض فليس إلا شرطا تنظيميا لهذه الإباحة وليس سببا مباشرا لها .

---

[1] انظر المواد 234 و ما بعدها من القانون الجزائري لحماية الصحة و ترقيتها و المادة 243 عقوبات جزائري.

[2] ممدوح محمد خيري :المرجع السابق ص 160 . و راجع أيضا ثائر جمعة : المرجع السابق ص 37 .

والرضا قد يكون صريحا أو ضمنيا بحيث لا يعتبر مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب رضا ضمنيا لأن الأعمال الطبية متنوعة فقد يرضى المريض ببعضها دون الآخر[1].

ويعد رضا المريض من المسائل الضرورية التي يقتضيها العقد الطبي،لأن محل العقد الطبي هو جسم الإنسان، إذ لا يجوز المساس به حتى لو كان ذلك لغاية علاجية ما لم يسبقه رضا المريض نفسه أو رضا من يمثله[2].

وقد اعتدت بعض التشريعات[3] برضا المجني عليه في المساس بسلامة الجسم كشرط إباحة كقانون العقوبات اللبناني حيث نص في المادة 186 منه على إجازة العمليات

---

[1]محمد المختار: المرجع السابق، ص69. و أحمد شوقي محمد عبد الرحمن :المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي ، المجلد الأول ، 2007 ص133 . عبد الوهاب عرفة : المسؤولية الجنائية و المدنية التأديبية للطبيب و الصيدلي ، المكتب الطبي للموسوعات القانونية الإسكندرية ، ص 12 ، بسام محتسب بالله و ياسين دركزلي : المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، دار الإيمان ، دمشق ، بيروت، ط1 ، 1984 ، ص 338 . محمد عبد النباوي : المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء المغرب ، ديسمبر 2003 ، ص 129 . 130 .

[2] زينة غانم يونس ألعبيدي : مرجع سابق،ص 229 .و شريف الطباخ : المرجع السابق ص 91

– Cass .civ., 20 mai 1936 , Mercier « Il se forme entre le médecin et son patient un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. »

.

[3]– ففي انجلترا لا يستطيع الطبيب إجراء أي علاج على المريض دون رضا صريح إلا في حالات الضرورة، أو فقدان الوعي، أو عدم وجود الوالدين. في حالة ما إذا كان المريض طفلا ولم يجد من ينوب قانونا عنه كان عليه أن يوازن بين الأضرار والفوائد التي تعود عليه من العلاج . راجع فاروق عبد الرءوف : المرجع السابق ص 259 و على عصام غصن الخطأ الطبي ، منشورات زين الحقوقية، لبنان ،ط 1 ،2006 ،ص 37 و ما بعدها .

الجراحية العلاجية الطبية المنطبقة على أصول الفن الطبي شرط أن تجرى برضا العليل أو رضا ممثليه الشرعيين أو في حالة الضرورة الماسة[1] وذلك ما نص عليه المشرع السوري في المادة 186 عقوبات[2].

أما الفقه و القضاء يعتد برضا المجني عليه ويعده سببا للإباحة ما لم يكن الفعل مجرما قانونا أو يؤدي إلى إيذاء شديد للحياة أو لأعضاء الجسم أو الصحة العامة .

وقد اعتمدت محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها سنة 1897 رضا المريض كسبب لانعدام المسؤولية الجنائية حيث كان عمدة إحدى القرى قد كوى رجلا برضاه وبناء على طلبه بقصد شفائه من المرض[3].

وفي قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط حكمت بأنه " و من الالتزامات التي تقع على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية للمريض أخد موافقته على ذلك و يجب أن تصدر هذه الموافقة بعد معرفته بحقيقة العملية والنتائج المحتملة عنها ... "[4]

---

[1]فاروق عبد الرءوف: المرجع السابق ،ص 233 . أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ،ط2، 1990،ص18.

[2]حيث يرى الدكتور عبود السراج أن اعتبار المشرع السوري رضا المجني عليه سببا عاما من أسباب التبرير موقف غير سديد لأن أسباب التبرير تتعلق بفعل محرم أصلا أما رضا المجني عليه لا يبرر كل الأفعال التي يؤخذ فيها الرضا و إنما يبرر بعضها فقط راجع محمد موفق عثمان و عبود السراج: رضا المجني عليه في التشريع الجزائي السوري المقارن ، مكتبة الفتال 1995 ص 360.

[3]للإطلاع على تفاصيل القضية راجع فاروق عبد الرءوف :المرجع السابق ص 235 .

[4]أحمد ادريوش ، العقد الطبي ، تأملات حول المشاكل التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه ، منشورات سلسلة المعارف القانونية ، مطبعة الأمنية الرباط ، ط1، 2009 ،ص 120.

وتخلف رضا المريض [1] يفقد العمل الطبي أحد شروط مشروعيته ويحمل الطبيب المخاطر الناشئة عن العلاج ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته. وهذا الرضا لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية وإنما يسأل طبقا للقواعد العامة عن الخطأ الصادر منه أثناء العلاج أو الجراحة وتزداد أهمية الحصول على رضا المريض كلما كان العلاج أو الجراحة أمرا ينطوي على كثير من المخاطر.

وذهب الإمام مالك إلى اعتبار أن الإذن الذي يسقط معه الضمان هو الإذن العام (الترخيص) والإذن الخاص (رضا المريض) معا. فإذا أذن المريض أو وليه لشخص لم يؤذن له إذن عام بمزاولة الطب وترتب على ذلك تلف عضو أو تلف النفس مثلا فإن من يتولى الجراحة ضامن وكذلك إذا تولى علاجه من غير إذنه وترتب على العلاج ضرر بجسمه فإنه ضامن أيضا[2] .

---

[1] دلال يزيد و مختار عبد الجليل : المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، مقال بمجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر ،العدد الثالث 2007 ، ص 67. ويذهب الأستاذ مأمون سلامة إلى أنه يستغنى عن رضا المريض في حالتين: وجود خطر جسيم لا يسمح بالحصول على رضا المريض – الحالة الثانية : إذا كان التدخل الطبي واجبا كما في حالة الأوبئة أو الأخطار العامة. انظر شوقي زكريا : المرجع السابق، ص 232 و عبد القادر الشيخلي : المرجع السابق ص 27 .

[2] سميرة عايد :المرجع السابق ص 38 . انظر في رضا المريض فتوى ديوان التدوين القانوني رقم 973/175 الصادر بعدد ج 2/63 بتاريخ 07_07_1972 مشار إليها في موفق علي عبيد المرجع السابق:ص42.

غير أنه يمكن للطبيب أن يقوم بالجراحة دون إذن المريض،[1] إذ كان المريض مهددا بالموت ،أو تلف عضو، أو أعضاء من جسده ،إذا لم يتم إسعافه بالجراحة اللازمة فورا بحيث يكون المريض في حالة لا يستطيع معها إبداء الموافقة فيقع الطبيب بين خيارين:

- **الخيار الأول:** الانتظار إلى إفاقة المريض أو حضور وليه ويتعذر ذلك طبيا لغلبة ظن الهلاك أو تلف العضو.
- **الخيار الثاني:** الإقدام على الجراحة دون إذن وهو المتفق مع أصول الشرع التي دعت إلى إحياء الأنفس لأنه يتعلل بغلبة الظن موافقة المريض لو علم بحاله[2].

كما يمكنه التدخل في حالات الأمراض الوبائية تطبيقا للقاعدة الفقهية " أن الضرر يزال".

- **الفرع الثالث: قصد العلاج**

يجب أن يكون تدخل الطبيب لغاية علاج المريض[3] أو بصفة عامة لمصلحة مشروعة فالعلاج هو الهدف الذي من أجله رخص المشرع للطبيب مزاولة مهنة الطب،[1] فالعمل

---

[1] يقول ابن حزم " من قطع يدا فيها أكلة أو قلع ضرسا وجعة أو متآكلة بغير إذن صاحبها، فينظر فإن قامت بنيته أو علم الحاكم أن تلك اليد لا يرجى لها برء... ولا دواء لها إلا بالقطع فلا شيء على القاطع وقد أحسن لأنه دواء وقد أمر رسول الله (ص) بالمداواة. راجع احمد محمد العمر:المرجع السابق ص 32 و منير رياض حنا: الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوروبية و الأمريكية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 1، 2008، ص 403.

[2]قد جرت العادة في بعض المستشفيات ،أن توجد لجنة من الأطباء المختصين يتولون النظر في مثل هده الحالات والحكم فيها بوجوب التدخل الفوري دون الانتظار حسب ما تقتضيه مصلحة المريض ودرجة خطورة مرضه وبذلك تقطع التهمة عن الأطباء بحرصهم على فعل الجراحة طلبا لمصلحتهم الذاتية . نفس المرجع ص 172- 173 .

[3]إذ يؤكد أبو أقراط على ضرورة توافر قصد العلاج بقوله : "أنه يقصد من عمله منفعة المرضى مما يضرهم أو يسيء إليهم وألا يعطي دواء قاتلا أو يشير به أو لبوسا مسقطا للجنين وأن يدخل البيوت لمنفعة المرضى متجنبا كل ما يسيء

الطبي الذي لا تبرره غاية علاجية يعتبر غير مبرر من جانب الطبيب بالتزامه بالمحافظة على السلامة الجسدية. وعلى الطبيب أن يراعي ما يسمى بقاعدة التناسب التي تقضي أن يكون هناك تعادل بين مخاطر العمل الطبي، أيا كانت طبيعته ، وبين النتائج المنتظر تحقيقها من ورائه . [2]

فانتفاء مهنة العلاج لدى الطبيب يخرج أفعاله من دائرة الإباحة لانتفاء مهنة العلاج ، إي انتفاء سبب الإباحة و من تم يظل الفعل خاضعا لنص تجريم و يؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب[3] .

وقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي إلى القول بان الأصل في عدم مسؤولية الأطباء عن أفعالهم هو انتفاء القصد الجنائي المتطلب لقيام جريمة الضرب و الجرح ،لأن الطبيب لا ينوي الإضرار بالمريض بل يقصد شفاؤه [4].

إليهم.» فاروق عبد الرءوف " المرجع السابق ص 257 . أنظر كذلك انتفاء القصد الجنائي في حسن محمود عبد الدائم :الضرورة و أثرها على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة . دار الفكر الجامعي ،ط 1 2007 ص 95. وصفاء محمود رستم: المرجع السابق، ص49. و بسام محتسب بالله : المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، دار الإيمان ، بيروت ط1 ، 1984، ص 334 .

[1]مأمون عبد الكريم :المرجع السابق، ص 24 . وسليمان إبراهيم: المرجع السابق، ص.12و هشام محمد مجاهد :المرجع السابق ،ص 78.

[2] ممدوح محمد خيري: المرجع السابق، ص 190. و رياض محمد خلفان بلهول: نقل وزرع أعضاء جسم الإنسان بين التجريم و الإباحة ، رسالة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا القاهرة ، 1998 ، ص 70.

[3] كمساعدة الطبيب لشخص ببثر عضو أو أصبع حتى يعفى من الخدمة الوطنية أو يفصل منها، فيعد فعل الطبيب في هذه الحالة جريمة إيذاء عمد فاروق عبد الرءوف :المرجع السابق، ص 258. و احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ،ص 31.

[4]ويرى Dietrich أن الأعمال الطبية من علاج وجراحة تعد مباحة لأنها وسيلة لمنع أمراض خطيرة يبذل المشرع جهده في اتقائها. المرجع السابق ص، 234– و ما بعدها.

كما نصت المادة 18 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي صراحة على أنه يجب على الطبيب أن يمتنع عن إجراء أبحاثه، أو فحوصه، أو وصف علاج يترتب عليه أخطار للمريض لا مبرر لها. فقد قضى بإدانة الطبيب الذي يجري إجهاضا لامرأة دون توافر قصد الشفاء أو توافر الضرورة العلاجية[1].

غير أن المشرع المصري نص في المادة 60 من قانون العقوبات على انه لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة، مما يدل على أن المشرع المصري قد اشترط حسن النية لإباحة عمل الطبيب، حيث أن توافر حسن النية شرط ضروري لكي يعد الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق[2].

كما نصت المادة 14 من لائحة و ميثاق شرف مهنة الطب المصري على أنه "على الطبيب أن يبدل كل ما في وسعه نحو مرضاه و أن يعمل على تخفيف الألم وأن تكون معاملته لهم مشبعة بالعطف والحنان و أن يسوي بينهم في الرعاية ولا يميز بينهم بسبب مركزهم الأدبي والاجتماعي أو شعوره الشخصي نحوهم". فيتضح أن هذا النص يشترط توافر قصد العلاج في عمل الطبيب أثناء مزاولة المهنة. كما يجب عليه ألا يتنحى عن معالجة

---

[1] كما أن الطبيب الذي يقوم بإجراء جراحة لامرأة ليستأصل منها مبيض تناسل بناء على طلبها يكون مرتكبا لجريمة عمديه .

شوقي زكريا :المرجع السابق ص 236.

[2] وفي ذلك تقول محكمة النقض أن الطبيب يعطي له القانون الحق في مباشرة الأعمال الطبية ابتغاء تحقيق الشفاء للمرضى فإن استهدف غاية أخرى كإجراء تجربة علمية فليس له أن يحتج بالحق الذي منحه القانون إياه .انظر شوقي زكريا : المرجع السابق، ص 235 .

Voir : Malicier (D), (A) Miras, (P) FEUGLET, (P) Faivre, La résponsabilité médicale, 2ème édition, ESKA, Paris, 1999, p 244.

مريض إلا إذا زال الخطر أو أصبح الاستمرار في علاجه غير مجد أو إذا عهد بالمريض إلى طبيب آخر[1].

الفرع الرابع: إتباع الأصول و القواعد الطبية:

يقتضي هذا الشرط[2] أن يكون العمل من ذاته طبيا، طبقا للتعاريف التي اشرنا إليها أعلاه فإذا لم يكن كذلك فلا تثور على الإطلاق فكرة التبرير و لو كان الذي يأتيه طبيبا، كأن يضرب الطبيب المريض أثناء العملية الجراحية، ليمنعه من الحركة. فيجب في العمل الطبي ألا يتجاوز حدوده المرسومة لمهنة الطب و أن يراعى فيه جميع القواعد والواجبات المفروضة وفقا للأصول الطبية التي يعترف بها علم الطب و الجراحة، و ذلك بان يتبع الطبيب المبادئ الأساسية والواجبات التي تفرضها طبيعة الأعمال الطبية ، بحيث إذا أهمل الطبيب مراعاة تلك القواعد وترتب على ذلك سوء حالة المريض أو وفاته كان الطبيب مسؤولا عن جريمة غير عمديه.[3]

وإتباع الأصول العلمية لا يعني أن يطبق الطبيب العلم كما يطبقه غيره من الأطباء فمن حقه أن يترك له قدر من الاستقلال في التقدير في العمل، إلا إذا أثبت أنه في اختياره

---

[1] رمضان جمال كمال: المرجع السابق ص 62.

[2] هشام محمد مجاهد : المرجع السابق ، ص 79. ومحمد حسن قاسم : إثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2004 .ص 213 و انظر أيضا محمد أوغريس : المرجع السابق ، ص 33.

[3] و قد أشار المشرع التونسي في المادة 61 من قانون واجبات الطبيب والأم رقم 496/ 1973 المؤرخ في 20_10_1973 إلى أنه يجب أن يتمتع الطبيب أثناء العلاج بحرية الالتجاء إلى طريقة علاجية جديدة إن رأى أنها تبعث أملا جديا في إنقاذ حياة المريض أو تعيد له صحته أو تخفف عليه آلامه . راجع الجميلي ، المرجع السابق ص 295 . و ما بعدها .

للعلاج أظهر جهلا بأصول العلم و الفن الطبي.[1]و يشترط في النظريات و الأساليب العلمية التي تعد من الأصول الطبية توافر شروط منها:

- أن يعلن عن النظرية أو الأسلوب من قبل مدرسة طبية معترف بها، على أن يسبق ذلك إجراء تجارب تؤكد نجاحه و صلاحيته.
- يجب أن يمضي وقتا كافيا لإثبات كفاءة النظرية أو الأسلوب.
- إجراء التسجيل العلمي للأسلوب أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن عمل الطبيب يجب أن يتم وفقا لأصول الطب المتفق عليه في زمان ومكان معينين، ومن ثم إذا خالف الطبيب هذه الأصول أو عمل مالا يعمله غيره في نفس الظروف و الحالات فهو ضامن. ويرى البعض أنه يجوز للطبيب أن يجتهد في علاج المريض، فلا يسأل، في حين يرى آخرون أنه تنعقد مسؤولية الطبيب عن خطئه، وإذا وقع ضرر للمريض تقع الدية على عاتقه أو على بيت المال . فالمطلوب من

---

[1] راجع في هذا المعنى: محمد حسن قاسم: المرجع السابق 214 و ما بعدها. و في حكم لمحكمة النقض المصرية في 21_12_ 197 " ... أن يبدل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية على الأصول المستقرة في علم الطب " . و في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 20_05 _ 1936 عرف الأصول العلمية بالمعطيات العلمية المكتسبة. " les données acqusé par la science أنظر محمد السيد عمران التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية 1992 ص 31 ورمضان= =جمال كمال ص 63 و فاروق عبد الرءوف: المرجع السابق ص 264 .وصفوان محمد شديقات: المسؤولية الجنائية في الأعمال الطبية –دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2011، ص 126.

الطبيب وفقا لرأي غالبية الفقه أن يكون حاذقا فيعطي مهنته حقها بأن يبدل العناية المعتادة التي يبدلها أمثاله في مهنة الطب في تشخيص وعلاج الأمراض[1].

نستنتج أن كل شرط من هذه الشروط لا يصلح وحده لإباحة العمل الطبي بل يجب توافر باقي الشروط، كرضاء المريض و الترخيص الطبي و الغرض العلاجي وكذا إتباع أصول مهنة الطب.

المطلب الثالث

شروط إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري.

وضع المشرع الجزائري شروطا يجب أن تتوافر في العمل الطبي حتى يكون مشروعا فالطبيب أو الجراح لا بد له من الترخيص لمزاولة مهنته و لا يمكنه القيام بأعماله الطبية إلا بناء علي رضا المريض، ولا يمكنه مباشرة العمل الطبي، أو الجراحي، على جسم المريض إلا إذا كان بهدف العلاج، و إلا كان مسؤولا عما يلحق المريض من أذى، و الشروط التي تطلبها المشرع الجزائري لإباحة العمل الطبي هي كالتالي:

- **الفرع الأول:الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب.**

لا يسمح القانون في بعض الأحوال باستعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص أو مصالحهم إلا لمن تتوافر فيهم شروط معينة ومن هذه الحقوق الحق في مزاولة

---

[1] راجع في هذا الموضوع سميرة عايد : المرجع السابق ص ص 34-40 .

مهنة الطب. حيث اشترط المشرع الجزائري فيمن يزاولها شروط هامة، و يطلق على من يزاول هذه المهنة الأطباء ،بعد الحصول على إذن من وزير الصحة يسمح لهم بموجبه بمباشرة الأعمال الطبية أو الجراحية، شريطة توفر المؤهل الدراسي، لدى طالب الحصول علي الترخيص ولا يمنح هذا الترخيص إلا بتوافر شروط معينة حددتها المادة 197 من قانون حماية الصحة و ترقيتها. و هذه الشروط هي أن لا يكون مصابا بعاهة، أو بعلة مرضية ، منافية لممارسة المهنة. كما اشترط أن يكون الشخص جزائريا مع ورود استثناء بالنسبة للأجانب، وهذا حسب الاتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الجزائر مع الدول الأخرى[1].

- **الفرع الثاني: رضا المريض.**

نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، على أن " يقدم الطبيب العلاج الطبي بموافقة المريض، أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك.

- **الفرع الثالث: قصد العلاج.**

يجب أن يكون التدخل العلاجي بغرض علاج المريض و تحسين حالته الصحية أي تخليصه من آلامه، أو علاجه، حيث نصت المادة الثالثة من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن« ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الإنسان من

[1] المادة 197 فقرة 5 من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

الأمراض و الأخطار و تحسين ظروف المعيشة و العمل » و بانتقاء قصد العلاج يخرج الفعل من دائرة الإباحة [1].

[1] ماروك نصر الدين المرجع السابق ص 69.

الباب الأول

نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

ية بين الأحياء عدة مشكلات قانونية تتصل
ة لذلك الشخص الذي لا فائدة تعود عليه من
ة من منافع تعود على المريض _ تلقي ن هذا
عواقب و خيمة قد تلحق مستقبلا بالمتبرع ،
يقدم على هذا التصرف إلا لما يتمتع به من
ية إنسانية سامية .

ت بالنسبة للمتلقي فإنه لا تث ة قانونية على
حيث يسعى الجميع إلى إنقاذ حياته، أو تحسين
، العمليات مستندا الى القواعد العامة المتعلقة
لماع عضو من جسد المريض لإنقاذ تم زرعه
ع من جسم الغير .

جهة المتبرع فإن القوانين لا تسمح لشخص
له من قطاع سرف في أعضائه، لأن الأصل
عضو من أعضاء جسمه، يؤدي و ة تؤثر على
علية رضا المتبرع وما إذا كان هذا الرضاء
يستند إلى أساس قانوني.كما أن فعل قطاع يقع
باب الإباحة الذي يضفي المشروعية علي من
، هذه العمليات حتى لا يقع تحت طائلته .لذلك
ـ الإنسان في جسمه حتى يتمكن المتبرع من
ع و مدى مشروعيته .

سبحت واقعا مشروعا، فإنها لا فق ضوابط
المتبرع ،أو رضا المتلقي، و أن يتم اجراؤها
عام و الآداب العامة .

شرية بين الأحياء، لا بد من أن نستعرض
هذه العمليات، من خلال ي لمختلف النظريات

لامي و انقسامه بين مؤيد و معارض لهذه

المقارن و معرفة ما اشتملته بعض القوانين

البشرية بين الأحياء ، و معرفة ا ني الذي تقوم

ا الباب الأول إلى فصلين على النحو الآتي :

- **الفصل الأول:** ع الأعضاء البشرية بين الأحياء.
- **الفصل الثاني:** رع الأعضاء البشرية بين حياء.

الفصل الأول

أسس إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

الفصل الأول:

أساس إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

تمهيد:

إن عدم وجود نص تشريعي فيبعض الدول حول قضية نقل الأعضاء البشرية، لم يقف حجر عثرة أمام الفقه القانوني في سبيل العثور على وسيلة قانونية لإباحتها، خصوصا بعد التطور العلمي الكبير في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، بعد أن عجزت الوسائل الطبية التقليدية في علاج العديد من المرضى وتخليصهم من ألامهم. حيث حاول الفقه وضع الأسس التي لابد من توافرها لإباحة هذه العمليات الطبية المستحدثة الواردة على جسم الإنسان .

وعليه تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في الأول أساس الإباحة في الفقه القانوني و في الثاني أساس هذه الإباحة في الفقه الشرعي و في المبحث الثالث ضوابط نقل الأعضاء في القانون الوضعي.

المبحث الأول

الأساس الفقهي لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

يرى جانب من الفقه القانوني أن غياب النص التشريعي حول مسألة نقل الأعضاء لا يعني حضر هذه العمليات، فالتجربة اثبت انه يمكن للإنسان أن يعيش بكلية واحدة مثلا، كما لو كان يعيش بكليتين وأن الخطر الذي يصيبه من جراء إعطاء كليته يكون ضئيلا جدا ولا يتناسب البتة مع الفوائد التي تعود على البشرية[1].

ونظرا للاعتبارات العملية التي تمليها أهمية وضرورة عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية كان لزاما على الفقه أن يجد سببا قانونيا لإباحة هذه العمليات فوجد البعض في نظرية الضرورة سببا مبررا لذلك فيما رأى آخرون أن المبرر يكمن في نظرية السبب المشروع بينما ذهب جانب ثالث من الفقه إلى القول بالمصلحة الاجتماعية[2]. وتأسيسا على ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: نتطرق في الأول إلى تبرير نقل الأعضاء على ضوء حالة الضرورة. أما في الثاني إلى تبرير نقل الأعضاء نظرا للسبب المشروع. وفي الثالث إلى تبرير نقل الأعضاء على أساس المصلحة الاجتماعية.

---

[1] سميرة أقرورو – مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية في النظامين المغربي و المصري – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – كلية الحقوق جامعة القاهرة – 2004 ص 39 واحمد محمد العمر: نفس المرجع ص 59.

[2] أحمد عبد الله محمد الكندري : نقل و زراعة الأعضاء – دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ، مصر ، 1997 ص404 . و رياض محمد خلفان : المرجع السابق، ص 80 انظر أيضا افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 116 وما بعدها.

المطلب الأول

تبرير نقل الأعضاء على ضوء حالة الضرورة.

يقصد بحالة الضرورة l'état de nécessité "حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك لا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور طبقا لأحكام قانون العقوبات.[1]بمعنى أن يكون استئصال العضو البشري لضرورة علاجية la nécessité thérapeutique فقط عند النقل من الأحياء أما إذا كان النقل من الأموات فقد يكون الغرض لضرورة علاجية أو بحثية علمية.[2] يعرفها د. محمود نجيب حسني « بأنها مجموعة من الظروف التي تهدد شخصا بالخطر وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل جرمي معين»[3].

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الضرورة هي أساس إباحة زرع الأعضاء وعرفها SAVATIER بأنها « حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة

---

[1]و الجريمة المرتكبة تسمى جريمة الضرورة و هي التي يمنع القانون المسؤولية الجنائية عنها بسبب تأثير الظروف التي أحاطت بالشخص عند ارتكابها في إرادته و تقييد حريته . انظر فتوح عبد الله الشاذلي: المسؤولية الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر ،ص 167. أمير فرج: أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ،المرجع السابق ص 99 .و عبد الحميد الشورابي: المرجع السابق، ص 244 . محمد نجيب حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني المجلد الأول، ط 3 بيروت 1998 .

- Voir : ca Therine Chabert – Peltat .et Alain Bensoussan ; les biotechnologies l'éthique biomédicale et le droit ,Hermes ,p 137 .

[2]إبراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا: نقل الأعضاء بين الشريعة و القانون ، رسالة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة

2003 ، ص 22.

[3]محمد نجيب حسني :المرجع السابق ص 497.

لتفادي ضرر أكبر محدق به أو بغيره أن يتسبب بضرر أقل للغير»[1]. فحالة الضرورة تمثل نموذجا للصراع بين المصالح المتناقضة وذلك عندما يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على النفس ،على وشك الوقوع به أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر، وفي هذه الحالة يحدث الصراع بين مصلحتين إحداهما أجدر بالرعاية من الأخرى[2].

وعرفتها مجلة العدل الدولية في المادة 21 بأنها « العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع وإجراء الشيء لعلة.»[3] ويختلف مفهوم الضرورة في مجال الأعمال الطبية عنه في الإطار العام لنظرية الضرورة.

- **الفرع الأول: مفهوم الضرورة في الإطار العام.**

فالضرورة قد تفرض اتخاذ الشخص سلوك عمدي يمثل اعتداء على مصلحة أخرى جديرة بالرعاية وهنا نفرق بين حالتين:

---

[1] هذا التعريف مأخوذ من:

- Savatier : les problème juridique des transplantation d'organes humains¨ j .c.p 1969 I.doct. 2247
- انظر مارغريت علي : المرجع السابق ص7، وسميرة أغرور المرجع السابق، ص 40 ورياض محمد خلفان المرجع السابق،ص83.

[2] محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة . دراسة مقارنة . ط 1 القاهرة ص198 مشار إليه في أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، ط3 القاهرة 1985 ، ص 385 .

[3] خالد عبد العظيم أبو غابه التعقيم وأحكامه –دراسة مقارنة بين الطب والدين والقانون–، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2008، ص27. وانظر رأي فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ص 546.وانظر موضوع الضرورة في إدريس عبد الجواد : المرجع السابق ،ص 69. و أسامة قايد :المرجع السابق، ص 59 .و حامد هيثم : المرجع السابق ص 79 .

الحالة الأولى: إذا ما تعرضت مصلحتان للخطر، مثل الطبيب الذي يقوم بالتضحية بالجنين لإنقاذ حياة الأم، فالضرورة هنا تحمل مفهوم التضحية بمصلحة من أجل حماية مصلحة أخرى. في حين لو تخلف السلوك الذي ينبغي اتخاذه فإن ذلك يؤذي إلى موت الأم والجنين، أي ضياع المصلحتين. و في هذه الحالة يعتبر الفعل كأن لم يكن من الناحية القانونية لوجود نص.[1]

الحالة الثانية : إذا ما تعرضت مصلحة واحدة فقط للخطر ولا سبيل لدفعها إلا بالاعتداء على مصلحة تعترضها، مثل الشخص الذي يلوذ بالفرار اثر نشوب حريق في غرفته فيصيب طفلا بعد خروجه نتيجة اندفاعه. ففي هاتين الحالتين فإن الفعل الضروري وهو التضحية بإحدى المصلحتين كان لازما لحل صراع قائم وحال وبالتالي تم استبعاد أي أثر قانوني قد يترتب عن جريمة الضرورة[2] .

الفرع الثاني :مفهوم الضرورة في مجال الأعمال الطبية .

يجب التفريق بين العمل الطبي العام وعمليات نقل وزراعة الأعضاء.

الفقرة الأولى _ نظرية الضرورة في الأعمال الطبية العادية: في كل عمل طبي لابد من القيام بعملية موازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء، وتكون الموازنة بالنظر إلى المستقبل ومن تم تتسم بقدر من الاحتمال أي عدم التأكد وبالتالي يجب على الطبيب

---

[1] محمد التغدوني. حالة الضرورة : التشريع الجنائي المغربي ، مطبعة الأمنية ،الرباط ، ط 1، 2008 ص 261.

[2] محمد التغدوني : المرجع السابق ص 251 . وكامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 435 .

والمريض إجراء موازنة بين احتمالات و بالتالي الخطر الذي ربما يلحق المريض إذ لم يعالج ومخاطر إجراء طبي معين من جهة وبين فرص وآفاق الشفاء من جهة أخرى[1].بمعنى أنه يقوم بحساب المخاطر والآمال بالنسبة لنفس الشخص، أي بالنسبة لمريض واحد فالمريض يتحمل خطرا ضئيلا في سبيل تفادي الكثير من المخاطر[2].

وجاء في قرار لأحد، المحاكم الفرنسية « أن الطبيب لا يمكنه دون موافقة المريض الحرة النيرة إجراء أي تدخل جراحي دون أن تفرضه حالة الضرورة وخطر وشيك»[3] .

ونصت المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه « يخول الطبيب و جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج و لا يجوز ... أن يقدم علاجا ... في ميادين تتجاوز اختصاصاته باستثناء حالة الضرورة ». و نص قانون المهن الصحية اليمني في المادة 7 منه على أن « كل العاملين في المهن الصحية ملزمون في حالات الطوارئ و الكوارث تلبية الاستدعاء أو النداء دون إبطاء حتى و إن كانوا خارج

---

[1]سميرة عايد : المرجع السابق، ص 73. و احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 41. ومنير رياض حنا :الخطأ الطبي الجراحي المرجع السابق ص 124 _ 125

[2]الخولي : المرجع السابق، ص 199 . وسميرة عايد : المرجع السابق ص 75

[3]Le médecin ne peut sans le consentement libre et claire de son malade a une intervention Chirurgicale qui n’est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat par le patient.

- مشار إليه في طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء . دراسة مقارنة . دار النهضة العربية . القاهرة ط 1 ، 2001 ص 7

النوبة أو في إجازاتهم ذلك أن أخلاقيات المهنة تفرض عليهم تقديم المساعدة الطبية للمريض في حالة الضرورة »[1].

الفقرة الثانية_ نظرية الضرورة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء: في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية تكون عملية الموازنة محكومة ليس بمجرد موازنة عادية بين المخاطر والآمال،وإنما تدخل هذه الموازنة في نطاق حالة الضرورة[2] كما أن الموازنة لا تكون متعلقة بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص، فتقرير المساوئ والآمال يكون على مستوى المريض وعلى مستوى المتنازل السليم، فيجب الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض والسليم من جهة، ثم الآمال التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى.[3] و يقصد من ذلك أن تكون الموازنة بين فقد الشخص لأحد أعضائه، التي لا يترتب عليها فقد الحياة أو فوات منفعة هذا العضو بما يؤذي إلى تهديد حياته ، ونقل ذلك العضو إلى مريض يحيط به الموت قصد إنقاذه منه ، ومن تم يجب على الطبيب الموازنة بين

---

[1]زينة غانم يونس العبيدي: إرادة المريض في العقد الطبي– دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 93 . 94

[2]وقد سكت المشرع الفرنسي عن النص صراحة على شرط التناسب بين الأخطار التي تهدد المتبرع والفائدة التي تعود على المنقول، إليه إلا أنه أشار في الفقرة 2 من المادة 671 من القانون الفرنسي 654 لسنة 1994 على أنه« يجب على اللجنة الطبية القائمة بعملية النقل أن تقرر المبرر الطبي لعملية النقل والأخطار المترتبة عليها وكذلك الآثار العضوية والنفسية المتوقعة.» انظر كامل عبد العزيز:المرجع السابق ص 455

[3]الخولي: المرجع السابق، ص 199 . و كريمة أسامة رامي السراج : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دبلوم الدراسات العليا ، القانون العام كلية الحقوق، جامعة بيروت، 2006،ص20 .و عبد المطلب عبد الرزاق حمدان : مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2005 ص 119 .

احتمالات الخطر الذي ربما يلحق الشخص المتبرع واحتمالات الضرر المحدق بالشخص المريض المهدد بالموت وللطبيب أن يرجح إما إجراء العملية أو عدم إجراءها[1].

ويكون الطبيب حريصا بأقصى قدر ممكن على تحقيق أعظم المصلحتين ودرأ أعظم المفسدتين فهو إن ألحق ضررا بالمتبرع فإنها أضرار ضئيلة إذا ما قورنت بالنتائج الايجابية التي يجنيها المريض نتيجة عمل هذا الطبيب.وعليه يمكن التطرق إلى هذه النظرية من ناحيتين :

أولا- في نطاق القانون الجنائي:

يرى بعض الفقهاء أن حالة الضرورة تفترض خطرا يتهدد من يتعرض له وفعلا يرتكب تحت تأثير التهديد به، وثمة شروط يتعين أن تتوافر في الخطر الذي يرتكب تحت تأثير التهديد. فالطبيب عندما يجري استئصال عضو من جسم شخص سليم لزرعه في جسد شخص مريض على وشك الموت، إنما يكون واقعا تحت تأثير إكراه معنوي نشأ عن حالة الضرورة دفعه إلى ارتكاب جريمة معاقبا عليها انقادا لحياة مريض مهدد بالموت.

فقد حدث في فرنسا، أن قام طبيب باستئصال إحدى كليتي فتاة سليمة وزرعها في جسد شقيقها التوأم الذي كان يعاني من فشل كلوي قاتل. وعند إثارة الموضوع جنائيا أمر بحفظ الدعوى على أساس أن الطبيب كان واقعا تحت تأثير إكراه معنوي نشأ عن حالة

---

[1] خالد محمد العويد الزغيبي :خطأ الطبيب و المسؤولية الجنائية ، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة . 2003 ص 168 . إبراهيم حسن عبد الرحيم :المرجع السابق، ص 23 .احمد محمد العمر: المرجع السابق، ص 63.

Voir : PENNEAU (Jean), La responsabilité médicale, Sirey, Paris, 1977.p 15

الضرورة، دفعه إلى ارتكاب جريمة يعاقب عليها وبالتالي فالطبيب غير مسؤول جنائيا ، غير أن هذا الحكم تعرض للنقد[1].

ثانيا – في نطاق القانون المدني: يقال أن الضرورة تقوم إذا وجد شخص في وضع يكون فيه الحل الوحيد لتفادي ضرر أكبر أو مساو هو ارتكاب ضرر أقل أو مساو.غير أنه في مجال عمليات زراعة الأعضاء لابد من وجود خطر مباشر حال على حياة شخص يحتاج إلى نقل عضو إليه، يفترض التضحية بإلحاق ضرر أقل بشخص آخر هو المتبرع . فإذا تحقق ذلك توافرت شروط الضرورة ، فلا مسؤولية على الطبيب باعتبار أن حالة الضرورة هي أساس مشروعية عمله على فرض توافر شروطها.[2] ولهذا فلا يمكن القول بأن الطبيب قد قام بالموازنة إلا إذا توفرت الظروف الآتية:

- أن يكون هناك خطر يحدق بالمريض ويكون عدم زرع عضو جديد له من شأنه أن يؤذي لا محالة إلى الموت[3].
- يجب أن يمر المريض بحالة مرضية على درجة كبيرة من الجسامة، تقتضي استقطاع عضو من جسم إنسان حي سليم لزرعه في جسده . و لا يعتبر ضروريا إذا

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع احمد شوقي ابو خطوة: المرجع السابق، ص 35 و إدريس عبد الجواد :المرجع السابق، ص 71 .

[2] الكندري :المرجع السابق ص 413 . انظر موقف طارق سرور : من شروط الضرورة المرجع السابق ص 150 و كامل عبد العزيز: المرجع السابق ص 453 .

[3] إبراهيم حسن عبد الرحيم :المرجع السابق، ص 23 . و مارغريت علي: المرجع السابق، ص 9 . و احمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق ص 41 سميرة عايد : المرجع السابق:ص76 . وأسامة السيد مدني: مشروعية التصرف في جسم الآدمي، دار النهضة، 1998، ص 142. 143 راجع نص المادة 229 عقوبات لبناني.

كان عدم النقل ليس فيه ضرر جسيم يلحق المريض، أو كان المقصود من النقل سد مقاصد تكميلية أو من قبيل التجميل[1] .

- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي يقع[2].
- يجب أن يكون زرع الأعضاء الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها انقاد المريض و غالبا ما يكون المتبرع من أقارب المريض حتى يمكن أن تكون خلايا الأجسام عندها متجانسة مما يمنع ظاهرة الرفض[3]

لذا ينبغي على الطبيب المعالج، أن يمتنع عن إجراء أي تدخل جراحي يؤدي إلى استقطاع عضو من إنسان حي، إلا إذا كان هذا التدخل هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض، فقد يعيش الإنسان بكلية واحدة و بالتالي لا يوجد ضرورة، لأن الفعل ليس الوسيلة الوحيدة [4].

---

[1]طارق سرور :المرجع السابق ، ص 172. و سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 36.

[2]فاستئصال كلية شخص سليم تنطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له ، إلا أن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم تنقل إليه كلية ، فالخطر أقل من الضرر لان المتبرع يظل على قيد الحياة وجسمه مؤذي لكافة وظائفه ، فتكون الأضرار التي تصيب المتبرع أقل من المخاطر المراد تفاديها بالنسبة للمريض الذي يهدده خطر الموت. انظر مارغريت علي: المرجع السابق ص 9 .و السكاكيني : المرجع السابق ص 414.

[3]إبراهيم حسن :المرجع السابق ، ص 23 . وسميرة عايد: المرجع السابق، ص77 .و الخولي : المرجع السابق، ص 200 وصابر محمد محمد سيد: محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2008 ،ص 63. "قد أمكن التوصل إلى تصميم جهاز ميكانيكي مزود بمضخة، تقوم بسحب الدم من جسم المريض و تمريره على غشاء شبه نفاد محاط بأنواع مختلفة من المحاليل حسب احتياج المريض و يتم تبادل الأملاح بين دم المريض و المحاليل سواء بإضافة الأملاح أو سحب الأملاح الزائدة عن حاجة الجسم حتى يعود الدم على حالته الطبيعية" .كامل عبد العزيز محمد علي : المرجع السابق ص 454.

[4]J– Graven –L’expérimentation médicale sur l’homme et les transplantations d’organes en particulier – rapport présente au colloque des magistrats résistants – mars 1969 p 245etc

وقد أكدت اتفاقية Oviedo الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي في المادة 19 على أنه "..لا يجوز استقطاع أعضاء أو أنسجة المنقول منه إلا لغرض علاج المنقول إليه و عند عدم توافر أعضاء أو أنسجة مناسبة من إنسان متوفى أو وسيلة علاجية بديلة ذات اثر متقارب»[1].

كما يجب ألا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل أو إصابته بنقص خطير و دائم في وظائف جسمه ، فإذا كان الشخص مصابا بمرض في الكلية فلا يجوز له التنازل عن الأخرى لأن هذا يهدد حياته أو وظائف جسمه على الأقل[2].

فالموازنة بين الخطر و النجاح يجب أن تكون الأساس الذي يرتكز عليه القرار الطبي و لهذا كلما تقدم العلم و ازدادت فرص النجاح كلما أمكن القول بإباحة عمليات زرع الأعضاء. بمعنى أن تقدم طب زرع الأعضاء، يعني أن احتمالات النجاح تزايدت بالنسبة لاحتمالات الفشل. أي أن المصلحة التي ستعود على المريض أصبحت كبيرة لأنه سينقد من الموت، أما الضرر الذي سيعود على المتنازل فسيكون أقل من المصلحة و من تم تتوافر حالة الضرورة و يصبح النقل و الزرع مشروعان[3].

---

[1]ويعلق القانون البلجيكي استقطاع العضو البشري من إنسان حي على عدم إمكان الحصول على نتائج مرضية راجع طارق سرور: المرجع السابق ص 179

[2]يجب أن يشترك أكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يتعرض له المتبرع، لدى اقترحت أغلب التشريعات أن يكون الفريق الطبي الذي يجري الاستئصال مختلفا عن ذلك الذي يقوم بالزرع. سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 78 مارغريت علي : المرجع السابق ،ص 10 .و الكندري : المرجع السابق ص414 .

[3]سميرة عايد : المرجع السابق، ص 78 .و احمد محمد العمر: المرجع السابق، ص 63.

غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد، ذلك أن حالة الضرورة و إن توافرت شروطها بالنسبة للمريض فإنها لا تتوافر بالنسبة للمعطي الذي استأصل منه عضو سليم من جسمه فمن شروط[1]توافر حالة الضرورة، وجود خطر حال وشيك الوقوع و هذا يقتضي أن يقوم الطبيب الجراح على وجه السرعة بإجراء عملية نقل عضو من شخص لزرعه في جسد المريض لانقاد حياته من الموت.

إلا أن هذا الشرط لا يتوفر في حال استئصال الأعضاء لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية، لحين الاحتياج لها في المستقبل[2]و ذلك لتفاد خطر محدق يتهدد المريض[3]. و لا تتوافر حالة الاستعجال[4]في الحالات المرضية التي يسمح العلاج المنتظم باستقرار حالة المريض. و قد ثار البحث حول حالة الفشل الكلوي و ما مدى توافر حالة الضرورة فذهب

---

[1]من شروط الخطر أن يكون جسيما، أو يهدد النفس، أو أن يكون حالا. وأن لا يكون لإرادة المتهم دخل في حلول الخطر. راجع احمد محمد العمر نفس المرجع ص 64 . ولمزيد من التفاصيل هيثم حامد المصاروة :راجع التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية ص 129 وسميرة اقرور :المرجع السابق ص 48. ومصطفى العوجي: القانون الجنائي العام ، ج 2 المسؤولية الجنائية، ط 2، بيروت، 1992، ص 354.

[2]مارغريت علي: المرجع السابق ،ص11 و 12وخالد محمد العويد: المرجع السابق ،ص128 و 129.والكندري: المرجع السابق ص 417

[3]رجاء ناجي مكاوي – نقل و زرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان و جثته دراسة مقارنة بين القانون المغربي و المقارن و الشريعة الإسلامية، سلسلة اعرف حقوقك 2 ، ص 37.

[4]راشد إبراهيم الشاشاني : حقوق المتبرع في عمليات نقل الأعضاء البشرية في النظام القانوني الأردني . دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، جامعة الأردن ، جانفي 2008، ص 63 و64 .

البعض إلى أن حالة الضرورة لا تتوافر حيث تستقر الحالة بواسطة غسل الكلية بواسطة أجهزة خاصة[1].

و بالتالي يمكن تجنب الخطر بوسيلة علاجية غير الاستقطاع من الإنسان الحي و لكن يقتضي لتحديد توافر حالة الاستعجال دراسة كل حالة على حدة لان ما لا يعد ضروريا لمريض قد يعد كذلك لآخر.

ففي حالة نقل القرنية مثلا لا يمكن القول بوجود حالة الضرورة أي عدم وجود بصر بالنسبة للشخص حيث يعد فاقدا للإبصار و بالتالي فالخطر غير متوافر لأن أحد شروط الضرورة غير موجود[2].و مع ذلك إذا كان المرض مزمنا و خطيرا مما يقتضي العلاج المستمر و المنظم فيجوز استئصال عضو من إنسان حي إذا لم يتيسر النقل من الميت[3].

غير أن الباحث يرى أنه من غير الممكن اعتماد نظرية الضرورة كأساس لمشروعية عمل الطبيب في حالة نقل وزراعة الأعضاء لأن هذه النظرية لا تصلح سندا لإباحة مثل هذه العمليات فالعمل بها يسمح للطبيب باستئصال عضو من شخص سليم عمدا تحت عنوان الضرورة من أجل إنقاذ حياة شخص مريض في خطر رغم أن هذا الشرط لا يمكن

---

[1]وفي مقابلة لي خاصة بتاريخ جانفي 2008 مع الدكتور: جودة محمد عواد، أخصائي مناعة و تغذية بالقاهرة في حديث حول نقل وزرع الأعضاء البشرية كان له رأي مخالف...فهو لا يوافق على الغسيل الكلوي لأنه يؤدي إلى تدهور حالة المريض أكثر فأكثر غير أنه لا يوافق على زراعة الأعضاء{الكليّة} فهو يرى ضرورة اللجوء إلى العلاج بالخلايا الجدعية. راجع جودة محمد عواد عالج نفسك من الأمراض المزمنة، صرح للنشر والتزيع،= =ط1، القاهرة، 2011، ص19 وما بعدها. وراجع كذلك محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء دار العلم دمشق و الدار الشامية بيروت ط1 1994ص141 مشار إليه في افتكار مهيوب: المرجع السابق ص 249.

[2]رياض محمد خلفان :المرجع السابق ، ص 86.

[3]طارق سرور :المرجع السابق ص 173و 175.

توفره في حالة الضرورة الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبالتالي لا يجب اللجوء إلى النقل من الأحياء إلا إذا كان ثمة تناسب معقول بين الفوائد التي يجنيها الملتقي والمجازفة التي سيخوضها المشرع كما أن مثل هذه العمليات عادة لا تتم إلا بعد تحاليل طبية كبيرة وتفكير وتدبر يستلزم وقتا طويلا .

- **الفرع الثالث : موقف الشريعة الإسلامية من حالة الضرورة.**

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن توافر حالة الضرورة يبيح المحرم لقوله عز وجل "***فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ*** " [1]

وتعرف حالة الضرورة الفقه في الإسلامي بأنها : " بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب"[2] وقد صاغ الفقهاء عدة قواعد تفيد ذلك ، كالضرورات تبيح المحظورات و درء المفاسد مقدم على جلب المصالح والضرر لا يزال بأكبر منه أو بمثله.[3]والضرورة في الشريعة الإسلامية مشروطة بعدة شروط لابد من توفرها:[4]

- أن تكون الضرورة ملجأ بحيث يجد الإنسان نفسه أو غيره في حالة يخشى فيها تلف النفس أو الأعضاء.

---

[1] سورة البقرة 172.

[2]كما عرفها الفقهاء أيضا بأنها هي التي تؤذي إلى الحالة المحدقة بالإنسان والتي تحمله على ارتكاب المحرم ،الممنوع شرعا .وبما أن هذه العملية تمثل للمريض منقذا من الهلاك فإنها تعتبر في حقه بمثابة ضرورة شرعية. راجع صاحب عبيد الفتلاوي ، التشريعات الصحية – دراسة مقارنة – مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، ط 1 ،1997،ص 134. أنظر تعريف المالكية لحالة الضرورة في حسين محمود عبد الدائم : المرجع السابق ص 22.

[3]رجاء ناجي :المرجع السابق ،ص 34 .و عبد المطلب عبد الرزاق: المرجع السابق ،ص 28.

[4]سميرة أقرور: المرجع السابق ،ص 44. و افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 247.

- أن يكون الخطر قائما لا منتظرا أي أن يكون المريض في حالة تدهور صحي مستمر[1].
- ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الفعل المحرم[2].
- أن تدفع الضرورة بالقدر الكافي لدفعها فلا يأخذ الإنسان مما حرم الله عز وجل إلا ما يدفع به عنه الضرورة.

وأخيرا نستنتج أن هذه الشروط نفسها التي ذكرها فقهاء القانون الوضعي وهي التي تمت الإشارة إليه أعلاه.

المطلب الثاني :تبرير نقل الأعضاء بالنظر للسبب المشروع La cause Licite

ذهب جانب من الفقه القانوني، إلى إباحة التصرف بالأعضاء استنادا إلى نظرية السبب المشروع ويقصد به الباعث الدافع على التعاقد. لدى يجب البحث عن الهدف من إجراء التصرف ودوافعه، وما إذا كان مشروعا من عدمه [3] و من أنصار هذه النظرية الفقهية

---

[1]فهناك من يرى أن الطبيب إذا رأى أن إنسانا قد مات و إلى جانبه إنسان يحتاج إلى بعض أعضاء هذا الميت لينقده من الموت فيكون أمام أمر أولهما حرمة القطع من الميت و الثاني وجوب انقاد الآخر ففي هذه الحالة عليه أن يقدم الأهم على المهم و من الواضح أن الأهم هو انقاد حياة المريض راجع: نسرين عبد الحميد نبيه : نقل و بيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، دار الوفاء الدنيا ، الطباعة و النشر الإسكندرية ط 1 ، 2008 ص 168

[2]فإذا وجدت وسيلة علاج أخرى أو عضوا اصطناعيا يقوم مقام العضو التالف، أو أمكن الحصول على العضو من جسد متوفى، فإنه لا يجوز التبرع.

[3]افتكار مهيوب :المرجع السابق، ص 111 . وراجع في هذا الموضوع هيثم حامد : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية المرجع السابق ، ص 116 . و هيثم حامد المصاروة : نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة .

الفرنسي – **ديكوك**– و يبدأ نظريته انه إذا كان المبدأ في قديم الأزمان هو حرمة جسم الإنسان بحيث لا يجوز المساس به و بالتالي فلا يمكن إبرام أي اتفاقات عليه حيث أن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل[1]، لكن الواقع العملي فرض ضرورة الخروج على مقتضيات مبدأ حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة ، فأصبحت بعض حقوق الإنسان الشخصية كالاتفاقات المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه داخلة في نطاق التعامل، بل لا يستطيع أحد أن يجادل في مشروعية الاتفاقات الخاصة بقص الشعر و ممارسة الألعاب الرياضية و ما شابهها .

من هذا المنطق يعتبر– **ديكوك**– من أوائل الخارجين على مبدأ حرمة جسم الإنسان، حيث اعترف بمشروعية عمليات نقل الأعضاء، مستندا في ذلك إلى نظرية السبب المشروع حيث تساءل بقوله :" **مادمنا أجزنا الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل الأعضاء المشروعة وغير المشروعة.**» [2]"

ويرى كل من AUbY&SAVATIER&DIKOK أنه يتحقق الدافع المشروع كلما كانت المنافع و المزايا التي ستعود على المتبرع أكثر من الأضرار الناشئة من عملية استقطاع العضو بمعنى انه كلما كان الضرر الناشئ عن تلك العمليات يسيرا أصبحت تلك

دراسة مقارنة . كلية القانون ، جامعة عمر المختار ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003 . ص 203 . عبد الجواد :المرجع السابق، ص 67.

[1]رياض محمد خلفان : المرجع السابق، ص 81 . وحسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية جامعة عين شمس، مصر ، 1975 ، ص 38 .

[2]الكندري : المرجع السابق، 406.

العمليات مشروعة أما إذا كان الضرر غير قابل للإصلاح و لا يمكن تعويضه أصبحت هذه العمليات غير مشروعة، كما يتحقق الدافع المشروع إذا كان الغرض من هذه العمليات هو غرض علاجي[1].

و يرى أنصار هذه النظرية أنه من غير المقبول التصرف في كامل الجسد أو في عضو أساسي تتوقف عليه الحياة، كالقلب مثلا إلا انه من الجائز التصرف بأحد الأعضاء التي لا تؤدي إلى الوفاة أو تعرض الحياة لخطر جسيم، وأن يكون الهدف من هذا التصرف هو تحقيق مصلحة مشروعة، فيكون التصرف بالعضو مشروعا متى كان الهدف من المساس بالجسم هو تحقيق مصلحة علاجية لشخص ما.

نستنتج أن التصرف بالعضو البشري يعتبر مشروعا، متى كان السبب مشروعا ويكون مشروعا متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للمتبرع نفسه، أو بالنسبة للغير، شرط أن تكون المزايا التي سوف تتحقق بالنسبة للغير أكبر من الأضرار التي سوف تصيب المتبرع[2].

---

[1]نفس المرجع ص406 سميرة اقرور: المرجع السابق، ص50 رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة، 2007، ص 167 أحمد محمود سعد: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة دار النهضة العربية ، ط1، 1986 ، ص 80 صابر محمد: المرجع السابق ، ص 77 راجع المادة 1 من قانون زرع الأعضاء الكويتي و المادة2 من قانون زرع الأعضاء الإماراتي و المادة 2 من قانون زرع الأعضاء القطري و المادة 30/6من قانون الآداب الطبية اللبناني .

[2]افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 111و112 وهيثم حامد : النظم القانونية لعمليات زرع الأعضاء البشرية المرجع السابق ،ص117 . انظر كذلك الشاشاني: المرجع السابق ، ص 63.

غير أنه وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية لافتقارها إلى معيار الموازنة الدقيق فهي و إن كانت تقوم على الموازنة بين المصالح المختلفة، إلا أنها تقتضي حتما أن يتم ذلك في نطاق الضرورة لذلك فقد اضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة للعلاج[1] .

كما تفتقد هذه النظرية إلى الإقناع ، فقياس المساس بالجسد بوجه عام على بعض صور التعامل في الحقوق الشخصية كالحضانة و التعليم هو قياس مع الفارق لأن الحقوق اللصيقة بالشخص، ليست جميعا في مستوى واحد من حيث إمكانية التصرف فيها ، فجسد الإنسان ليس يقينا كحضانة طفل أو تعليمه[2].

وهناك من يرى أن لا مصلحة للمتبرع جراء ممارسة العمل الطبي على جسده فضلا عن أن القانون لا يعتد في جرائم المساس بالحياة وسلامة الجسم بالبواعث الدافعة إلى القيام بها سواء كانت شريفة أم لا . وبناء على ما تقدم فعلى الرغم من كون الباعث شريفا في مجال عمليات نقل و زراعة الأعضاء إلا انه لا يقوى لان يكون سببا لإباحتها[3].

---

[1]سميرة أقرور :المرجع السابق ،ص 51 ، خالد محمد العويد :المرجع السابق ص 168 الأهواني : المرجع السابق ص 60.

[2]الكندري : المرجع السابق ، ص 409 سميرة اقرور: المرجع السابق ، ص 51.

[3]ادريس عبد الجواد :المرجع السابق راجع ص 68 .

- المطلب الثالث: تبرير نقل الأعضاء على أساس المصلحة الاجتماعية

Solidarité social

يذهب الرأي الغالب إلى القول بان أساس مشروعية نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية يقوم على فكرة المصلحة الاجتماعية[1]، فتقوم هذه النظرية على فكرة التضامن الاجتماعي، الذي يقوم على التضحية بالمصلحة الأقل، في سبيل تحقيق المصلحة الأكبر، فإذا تعارضت مصلحتان تعين ترجيح المصلحة التي تتحقق بها الفائدة الأكبر.[2] فقد برأت محكمة نابولي سنة 1931 طبيب قام بإجراء عملية استئصال خصية من شاب برضائه مقابل مبلغ مالي ، و زرعها لمريض آخر، حيث رأت المحكمة أن رضاء المجني عليه يبرر الاعتداء على سلامة جسمه طالما أن هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجز المجني عليه عن القيام بوظيفته الاجتماعية أو عن القيام بأعبائه العائلية[3].فالحق في الحياة ،أو في سلامة الجسم، من الحقوق المعترف بها للفرد ولهذا الحق أهمية كبيرة سواء بالنسبة للفرد ،أو المجتمع، فالحق

---

[1]لمزيد من التفصيل حول هذه القضية راجع: د. حسنين إبراهيم صالح عبيد ،فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، ع2 .المجلد السابع عشر 1977 ،ص الخولي : المرجع السابق ،ص 208 ، صفوان محمد شديقات، مرجع سبق ذكره، ص 117 عبد الحميد سحبان :زرع الأعضاء البشرية بين المنظور الطبي و الشريعة الإسلامية ، المعرفة للجميع، سلسلة شهرية ،ع 8 ، د.ت ص 57 ما بعدها مشار اليه في يوسف جمعة يوسف الحداد :المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء و القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجيستير ، ، منشورات الحلبي الحقوقية، ص208 راجع ايضا منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي: نفس المرجع ،ص 426 و أمير فرج :احكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية و المدنية والتأديبية للأطباء في المستشفيات و المهن المعاونة لهم ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، 2008، ص 100

[2]سميرة اقرور : المرجع السابق، ص 51.

[3]إدريس عبد الجواد : المرجع السابق ، ص 79.

في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل فرد، في أن تؤدي أعضاء الحياة في جسمه وظائفها أداء طبيعيا و أن يحتفظ بسلامة جسمه و أن يتحرر من الآلام البدنية، فالفرد صاحب مصلحة مباشرة في سلامة جسمه و كل اعتداء يحول دون السير العادي و الطبيعي لإحدى وظائف الجسم يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم[1].

يحمي المشرع جسم الإنسان من كافة الأفعال التي تؤثر في أدائه لوظائفه الطبيعية، سواء كانت نفسية، أو عقلية ،أو عضوية، أو تلك التي تؤثر في التكامل الجسدي أو تسبب له آلاما أيا كانت[2]، لأن الفرد يهمه كل المزايا المرتبطة بسلامة جسمه و يحرص على المحافظة عليها جميعا، أما المجتمع فلا يعنيه منها إلا القدر الذي يحتل أهمية اجتماعية. و لما كان للمجتمع حق ارتفاق على الجسم، فلا يجوز للشخص أن يتصرف في الحق في سلامة الجسم فيما يتعلق بجوانبه التي تتعلق بارتفاق المجتمع، و لكن إذا تجاوز هذه الحدود فيتحرر الحق من ارتفاق المجتمع و من تم فلا مفر من أن نعترف لصاحبه بسلطة التصرف فيه فالرضا هنا هو الذي يبيحه.[3]

---

[1] اإبراهيم حسن عبد الرحيم ، المرجع السابق ،ص24 . سميرة اقرور: المرجع السابق ص52 .إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 65 وما بعدها. فاروق عبد الرءوف عبيد: المرجع السابق ،ص 100 افتكار مهيوب: المرجع السابق ،ص 112.

[2]احمد محمد العمر: المرجع السابق، ص 69. 70.

[3]سميرة عايد: المرجع السابق ص 86 رمضان جمال كمال :المرجع السابق ،ص 52 احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 44.

حينئذ يكون الرضا بالفعل هو الأثر الذي يجرده من صفة العدوان، فيبيحه لأنه تصرف صادر من صاحب صفة فيه و المعيار الذي يستعان به في رسم حدود ارتفاق المجتمع مستمد من فكرة الوظيفة الاجتماعية، فلكل شخص وظيفته الاجتماعية و أداءها يتطلب حرصا على سلامة جسمه لأنه لا يمكن لشخص أن يؤدي وظيفته إلا إذا توافر له قدر أدنى من سلامة الجسم فإذا حددنا هذه الوظيفة و بينا الإمكانيات التي تتطلبها، فإننا نستطيع أن نحدد القدر من سلامة الجسم الذي لا غنى عنه لأدائها و في هذا القدر يتمثل الجانب الذي يرد عليه ارتفاق المجتمع.[1]

وخلص أنصار هذا الرأي إلى أن أي اعتداء يمس سلامة الجسم و ينقص بهذا المساس من إمكانياته لأداء وظيفته الاجتماعية يعد إهدارا لارتفاق المجتمع، فإذا رضي المجني عليه بأن يكون ضحية لمثل هذا الاعتداء لم يكن لرضائه قيمة في إباحة الفعل، لأنه يتصرف في ارتفاق مقرر لغيره[2].

يستخلص مما سبق ان الجسم هو محل لحق الفرد وهذا الحق هو في قدر منه و في الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية محل حق ارتفاق مقرر لمصلحة المجتمع[3].

---

[1] يوسف جمعة يوسف: المرجع السابق ،ص 258.

[2] سميرة عايد: المرجع السابق ، ص88 احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق، ص 44 .

[3] احمد محمد العمر :المرجع السابق، ص 71.

وتطبيقا لهذا المعيار كأساس لمشروعية نقل و زرع الأعضاء فإنه لا بد من التعرض لمجال تطبيق معيار المصلحة الإجتماعية.[1]

- **الفرع الأول: عمليات نقل الدم و الخلايا و الأنسجة المتجددة الأخرى.**

لا شك في مشروعية عملية نقل الدم، أو عمليات نقل الأنسجة و الخلايا المتجددة كالنخاع العظمي، أو خلايا الجلد، بالنسبة للمريض فهي تتسم بقصد العلاج و لا مسؤولية على الطبيب القائم بها عما يترتب عليها من إضرار ما دام لم يرتكب أي خطأ.[2]

لكن البحث يتناول تقدير مشروعية هذه العملية بالنسبة للشخص الذي ينقل منه الدم فهذا النقل يكون بعمل جراحي لا بقصد العلاج، فيرى أنصار هذا المعيار أن ذلك يعتبر عملا مشروعا على أساس أن سحب الدم من شخص سليم لا يمس الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم أي ليس من شان هذه الأفعال التأثير في قيام الفرد بالتزاماته و واجباته الاجتماعية[3]. إلا أن ذلك يستلزم من الطبيب، التأكد من حالة المتنازل الصحية، لإجراء الكشف الأول على حالته ، لبيان ما إذا كان قادرا على التبرع و لبيان ما إذا كان هذا التبرع قد يلحق به ضررا أو انتقاصا في أدائه لوظائفه و ذلك قبل السماح له بالتنازل أو التبرع بالدم[4].

---

[1]محمد نجيب حسن : المرجع السابق، ص 179 ، 181.

[2]احمد محمد العمر : المرجع السابق ،ص 71.

[3] سميرة عايد :المرجع السابق ص90 يوسف جمعة يوسف : المرجع السابق، ص 209 .

[4]مارغريت علي :المرجع السابق ، ص 16 سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 90.

- **الفرع الثاني –عمليات نقل و زرع الأعضاء:**

يرى أنصار هذه النظرية ،أن أساس إباحة عمليات زرع و نقل الأعضاء يستند إلى معيار المصلحة الاجتماعية، فهذه العمليات يجب أن تقاس من زاوية المنفعة التي تعود على المجتمع من نقل العضو من المتبرع إلى المريض[1] و الفرد يستطيع أن يتصرف في أي جزء من جسمه طالما أن ذلك التصرف لم ينقص من صلاحيته لأداء جميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية.

فرضاء المتبرع باستئصال جزء من جسمه، يجرد فعل الاستئصال من الصفة الغير مشروعة استنادا عن الإباحة الناتجة عن الرضا. و يستوجب ان تكون المنفعة المتحصلة للمجتمع بعد الزرع اكبر من قبلها[2] ففي حالة نقل كلية من شخص سليم، إلى آخر يعاني من فشل كلوي، فإن النفع العام الذي يعود على المجتمع نتيجة لزرع الكلية، يزيد في مجموعه عما كان عليه قبل إجرائها ، رغم حدوث عاهة مستديمة في جسد المتبرع[3] .

---

[1]خالد محمد العويد :المرجع السابق ، ص 169 .أحمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 49.

[2]احمد محمد العمر : المرجع السابق، ص72 احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ، ص 48.

[3]فلو كانت المنفعة التي تعود على المجتمع من شخص سليم(100%) ولا يعود على المجتمع من المريض غير منفعة تقدر ب(10%)فإنه يجب النظر إلى مجموع المنفعة التي ستعود بعد العملية فإذا كان النقص الذي يصيب منفعة المتبرع ضئيلا بحيث تكون منفعته مثلا (70%) ومنفعة المريض تزداد (60%) فإن مجموع المنفعة بعد العملية يكون أكبر من قبلها ومن تم فلا مساس بالجانب الاجتماعي للجسم على مستوى الشخصيين فلا مانع من الاستئصال، لأنه يترتب عليه زيادة النفع الاجتماعي. راجع سميرة عايد : المرجع السابق ص 91. أحمد محمد العمر: المرجع السابق ،ص 73. 74 . والكندري :المرجع السابق، ص 424 .و الشاشاني: المرجع السابق ،ص 66. وهيثم حامد : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية المرجع السابق ،ص 119 . و الأهواني : المرجع السابق ص 58.

سبقت الإشارة إلى أن الحق في الحياة في سلامة الجسم من الحقوق المشتركة ،فيرى أنصار هذه النظرية انه كلما كان الحرص على مبدأ التكافل الاجتماعي، [1] كلما ازداد المجتمع قوة ، بحيث أن هذا المبدأ يقتضي بأن يتنازل الفرد عن احد أعضاء جسمه، إلى شخص آخر يعاني من مرض جسيم ، يفقده وظيفته الاجتماعية. فهذا التنازل يعد واجبا اجتماعيا، يحتمه مبدأ التضامن الإنساني ذاته، رغم احتمال تعرض المتبرع لمخاطر جراء ذلك تستحق أن يتحملها باسم التضامن الاجتماعي و الانساني[2] .

نستنتج أن هذا الاتجاه يبيح للشخص أن يتصرف في جسمه، طالما أن ذلك لا يمس بحق المجتمع على جسمه، بحيث يكون حاصل المنفعة الاجتماعية بعد الزرع أكبر من قبلها، تؤدي إلى زيادة النفع الاجتماعي لطرفي العملية _ المتبرع و المتلقي _ عما كان قبل إجراء العملية وإن لم تتحقق للمتبرع، لأن في ذلك إنقاذ لفرد آخر من أفراد المجتمع، فهذه النظرية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي و الإنساني.

وكغيرها من النظريات تعرضت هذه النظرية للنقد ،على أساس أن الأخذ بها في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء قد يؤدي إلى نتائج متناقضة ،لأن الموازنة يكون مناطها المنفعة التي ستعود على المجتمع دون الاهتمام بالاعتبارات الفردية و الإنسانية .فالقول بأن هذه العملية تحقق منفعة اجتماعية، تبدو أمر غير مفهوم تنقصه الدقة، فإذا كان من الممكن

---

[1] تبنى المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد بالقاهرة عام 1987 هذا الاتجاه كما أكدت عليه أيضا التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية، حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، التي عقدت بكلية الحقوق، بجامعة القاهرة، عام 1993، انظر يوسف جمعة يوسف: المرجع السابق، ص 211.

[2] احمد محمد العمر :المرجع السابق ، ص 74 ، و رياض محمد خلفان :المرجع السابق، ص 83.

تحقيق فائدة بالنسبة للمريض ، فإن المتبرع لا يلحقه من التنازل عن أحد أعضائه إلا انتقاص في سلامة جسده و انخفاض ملموس في أداء وظيفته الاجتماعية ، و لا يعد مشروعا هذا العمل إلا إذا عبر المتبرع عن رضاه بذلك[1] .

وبالتالي يمكن القول انه لا مفر من إيجاد نص قانوني في الدول التي لم تنظم بعد نقل و زرع الأعضاء البشرية، حتى تكتسب هذه العمليات صفة المشروعية و تتم في إطار من الشفافية و الوضوح.

المبحث الثاني

مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشرائع السماوية

إن عملية زرع الأعضاء من المسائل الشائكة و المستجدة التي أحدثت جدلا كبيرا من الناحية الشرعية، ذلك لان الصورة المعاصرة لزرع الأعضاء و فائدتها لم تكن معروفة عند القدماء ، لذلك فإن الفقهاء قديما أجروا القواعد العامة التي لا تجيز التصرف في الإنسان أو جزء منه، فقالوا " من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه" فليس لأحد أن يأذن بأخذ جزء من بدنه لأنه لا يملكه[2] .

---

[1]سميرة اقرور: المرجع السابق ،ص 58. محمود أحمد طه : المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية مركز الدراسات و البحوث (د ت)،ص 27 . والشاشاني : المرجع السابق ص 67. و محمد أمين متولي عبد الحميد :المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، رسالة دكتوراه، 2002، ص404.

[2]– المدني بوساق : المرجع السابق، ص 26.

واتفق الفقهاء على عدم جواز نقل الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة " كالقلب والكبد من إنسان حي إلى آخر لان فيه هلاك للمنقول منه.[1] لأن ذلك انتحار وقتل نفس وكلاهما من أبشع الجرائم في الإسلام كما اتفقوا على عدم جواز التبرع بالأعضاء الوحيدة في الجسم، وان كان التبرع بها لا يؤدي إلى الموت سواء كان وحيدا بأصل الخلقة كالبنكرياس، أو اللسان، أم صار كذلك بسبب تلف العضو الآخر وذلك كمن فقد إحدى كليتيه وبقيت له الأخرى لان مفسدة التبرع أكثر من منافعه[2].

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على عدم جواز التبرع بالأعضاء المذكورة آنفا لأنهم قد اختلفوا بباقي الأعضاء الأخرى إلى مؤيد ومعارض، ذلك ما سنحاول توضيحه من خلال المطالب التالية: بالتطرق في المطلب الأول للقائلين بجواز التبرع بالأعضاء البشرية . وفي المطلب الثاني للقائلين بمنع التبرع بالأعضاء البشرية.أما في المطلب الثالث نتطرق لموقف الشريعة المسيحية من نقل الأعضاء و حالات النقل بين مختلفي الديانات أما في المطلب الرابع فنتطرق لموقف لجنة الإفتاء الجزائرية.

---

[1]– فتوى الديار المصرية للشيخ جاد الق علي جاد الحق رقم 1323، 1400هـ الموافق لسنة 1979. وفتوى لجنة الافتاء الجزائرية سنة 1972م

[2]– افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 71. – و يرى الباحث أن التبرع بالكلية بعد تلف الكلية الأخرى يؤدي للموت لأنها تعتبر في هذه الحالة من الأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة .

المطلب الأول

القائلون بجواز التبرع بالأعضاء البشرية.

ذهب جمع غفير من فقهاء العصر وباحثيه ومفكريه إلى مشروعية التبرع بالأعضاء من الإحياء إلى غيرهم ولكنهم قيدوا ذلك بقيود وضوابط وشروط[1]وكان لكل منهم أدلته وحججه التي يستند اليها[2] .

- **الفرع الأول: القائلين بالجواز.**

لقد تعددت الفتاوى والقرارات والآراء الفقهية[3] الخاصة بجواز التبرع بالأعضاء البشرية منها :

أولا:قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، صدر في دورته الثامنة في مكة المكرمة في الفترة من 19_28 يناير 1985 جاء فيه " إن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لانقاد حياته ، أو لاستعادة

---

[1]انظر فتوى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت رقم 132 _89 ، راجع محمد المختار :المرجع السابق، ص269 ، و انظر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي– الدورة الرابعة – المملكة العربية السعودية بتاريخ 6–11 فبراير 1988 .بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا .و راجع محمد نايف حيدر: المسؤولية الجزائية للأطباء ، بحث لنيل شهادة دبلوم في القانون العام ،كلية الحقوق ، جامعة بيروت، 2005 ص 31. راجع أيضا منذر الفضل : المرجع السابق ، ص 87 .

[2]راجع في هذا الموضوع صابر محمد :المرجع السابق ص21 و ما بعدها .

[3]الشيخلي :المرجع السابق ص 243 و أمال عبد الرزاق:الوجيز في الطب الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية ، 2009 ، ص 231 .

وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز وحميد ولا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة وإعانة خيرة للمزروع فيه "[1].

ثانيا: قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 99 بتاريخ 6_11_1402هـ ذهب إلى جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه، أو جزء منه إلى مسلم مضطر إلى ذلك[2].

ثالثا: توصيات الندوة الفقهية الطبية الخامسة التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، في الفترة من 23_26 أكتوبر 1989م حيث أصدرت (8) توصيات منها :«جواز نقل العضو من جسم إنسان، إلى جسم إنسان آخر إذا كان هذا العضو يتجدد كالدم والجلد»[3].

رابعا: الفتوى الصادرة من مفتي جمهورية مصر بتاريخ 05_02_1989م جاء فيها في الفقرة ج الخاصة بحكم التبرع بعضو من الأعضاء، "...أما جمهور الفقهاء فيرون إن التبرع بعضو أو بجزء من إنسان حي، لآخر جائز بشروط أهمها: أن يصرح الأطباء بأن نقل

---

[1]خالد محمد العويد :المرجع السابق ص 166 ، واثبثت بعض الأبحاث ان النقل من الأحياء يعطي نتائج أفضل فقد أوضح تقرير المجلس الطبي و العلمي سنة 1995 إلى أنه في ضوء متابعة حالات نقل الأعضاء وزراعتها لمدة عشرة أعوام تبين أن نسبة استمرار المنقول إليه في الحياة في حالة زراعة الكلية تصل إلى 93% إذا كان النقل من إنسان حي، بينما بلغت النسبة 76.7 % في حالة النقل من الجثث . راجع طارق سرور نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء : المرجع السابق ،ص 211.

[2]– المدني بوساق:المرجع السابق ص 31.

[3]الخولي : المرجع السابق، ص 165.

العضو لا يرتب ضررا بالغا بالمتبرع وإنما يترتب عليه حياة المتبرع له أو إنقاذه من عضال"[1]

ويرى البعض أن تبرع الإنسان بشيء من أعضاء جسده، لا يصدر إلا في أشد حالات الضرورة لشخص عزيز على الإنسان، تحقيقا لمصلحة عظيمة مبتغيا بها وجه الله تعالى. [2]

ولا شك أن هذا أسمى حالات الإيثار التي ذكر الله تعالى أصحابها بقوله ***"وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ"***الحشر الآية 9.

خامسا: أجاب الشيخ يوسف القرضاوي حول سؤال عن جواز تبرع المسلم الحي بعضو من جسمه فأجاب " لم أجد في أقوال الفقهاء السابقين من تعرض لمثل هذا الموضوع من التبرع ببعض الجسم، لعدم حاجتهم إلى بحثه في زمنهم ولكن إذا كان يشرع للمسلم أن يجود بنفسه ويخاطر بها في الحرب فلماذا لا يجوز أن يجود المسلم بنفسه لانقاد مريض من التهلكة أو ألم مبرح أو حياة قاسية . "[3]

- **الفرع الثاني: أدلة القائلين بالجواز:**

استدل الجمهور على صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

---

[1]عبد المعطي خيال : المرجع السابق ، ص 49، راجع أيضا أمير فرج يوسف : الموت الإكلينيكي زرع و نقل الأعضاء و الدم و العلاج بالخلايا الجدعية، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 2011، ص 17 .

[2]وقد تم نقل كلية سيدة تبلغ من العمر 42 سنة إلى ابنها 16 سنة بالمستشفى الجامعي وهران بمصلحة الأمراض البولية تحث إشراف فريق طبي جزائري وكانت أول عملية تمت بهذه المصلحة في 28_04_2006 لرجل في حالة صحية جيدة إلى غاية نشر هدا الخبر ، جريدة الخبر اليومي الجزائرية الخميس 22_02_2007 .

[3]انظر جاد الحق علي :قضايا معاصرة ، الفقه الإسلامي ،مرونته و تطوره، ص 238 . ويوسف القرضاوي :فتاوى معاصرة، ج 2،ص 532.

الفقرة الأولى:من القرآن قوله تعالى:" **مَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ**" البقرة 173.وقوله :" **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**[1].

ووجه الدلالة في هاتين الآيتين هو إباحة التداوي باستقطاع الأعضاء الآدمية من الأحياء وزرعها في جسم من يحتاجون اليها،[2] فلا شك أن المريض الذي لا يتحقق شفاؤه إلا بالتبرع له بعضو إنسان حي ، يدخل في حكم المضطر المستثنى من التحريم في الآيتين السابقتين .

وقوله تعالى :"**وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ**" الأنعام الآية 129، فتدل على أن الحكم العام اباحه المحرمات عند الضرورة ولا شك أن جسم الإنسان من بين المحرمات التي تباح عند الضرورة[3].

الفقرة الثانية:من السنة النبوية قوله (ص):"مثل المؤمنين في توادهم و تراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر و الحمى ". وروى عنه (ص) انه قال " المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا ".

فهذين الحديثين يحثان على التعاضد بين المؤمنين وتفريج الكرب عنهم ولاشك أن التبرع بعضو لانقاد مريض يدخل في باب التراحم المأمور به في هذه الأحاديث و فيه تفريج لكربة المريض المحتاج للعضو.[1]

---

[1]أمير فرج : الموت الإكلينيكي ، المرجع السابق، ص 17.

[2]صابر محمد : المرجع السابق، ص 20.

[3]سعاد سطحي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دراسة فقهية قانونية ، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع بيروت ط 1 ،2007 ص 79.

الفقرة الثالثة: أقوال الفقهاء .

أولا– القاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات ". فالضرورة هي خوف الهلاك على النفس أو المال وهي بلوغ المضطر حدا أن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب وهذا يبيح تناول المحرم ونقل عضو من شخص إلى آخر يكون ، معرضا لخطر محدق في صحته وبدنه ولا يوجد علاج آخر غير زرع عضو له[2] .و ان يكون الضرر المترتب عن عدم الزرع أعم من الضرر الذي يسببه التبرع للمتبرع .

ثانيا– قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان مع تقدم الطب والجراحة والنجاح الذي شهدته هذه العمليات فقد زالت الخشية والخوف وتحول الهدف الموهوم منها إلى مضمون، أو على الأقل إلى مضنون، فيجب أن يتغير الحكم لأنه[i] لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان ولأنه حيثما توجد المصلحة فتم شرع الله .

ثالثا– أن عملية التبرع بالعضو لا تكون إلا بإذن ورضا المتبرع[3] . وليس في ذلك أي انتهاك لكرامة الإنسان، بل هي محض إحسان من المتبرع وليس على المحسنين من سبيل[4].

لعدم وجود نص صريح قاطع يحرم نقل العضو من إنسان للآخر.[1]

---

[1]افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 79 .

[2]انظر هذه القاعدة في المادة 23 ما القانون المدني العربي الموحد المعتمد من طرف وزراء العمل العرب بالقرار رقم 12 - 228_

في 19 _ 11_ 1996. وانظر المدني بوساق: المرجع السابق ص32 .

[3]انظر هذه القاعدة في المادة 28 من القانون النموذجي للقانون المدني العربي الموحد المرجع السابق،ص36 .

[4]المدني بوساق : المرجع السابق ص 33.

الفقرة الرابعة: آراء الأطباء:قول الأطباء أن الإنسان يستطيع أن يعيش بكلية واحد أو ثلثا كلية رد عليهم لأنه بمجرد استئصال إحدى الكليتين فإن الكلية المتبقية يتضخم حجمها نتيجة لزيادة عملها عن الوضع المعتاد[2] .

لقد أجمعت مختلف الفتاوى و الآراء و القرارات الفقهية على جواز نقل الأعضاء من الأحياء إلا أنها اتفقت على جملة من الشروط[3]، بتوفرها يكون النقل مشروعا و منها:

- أن لا يكون العضو المتبرع به مما تتوقف عليه الحياة كالقلب و نحوه.
- كل عضو وحيد ليس له ثان لا يصح التبرع به.
- أن لا يكون العضو المنقول للمريض يفضي إلى حياة غير مستقرة [4]ولا مضمونة العواقب بالنسبة له وللمتبرع .
- تنص المادة السابعة من القانون الأردني الخاص بالزرع على أنه يجب أن تقوم لجنة تفحص المتبرع بوضع تقرير على أنه لا خطر على حياته [1]. كما لو بقيت كلية واحدة تعمل و الأخرى فشلت.

---

[1]جاري بسمه و الذهبي ثورية : التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون . دراسة مقارنة . كوكب العلوم للنشر و التوزيع الجزائر ، ط1 2011، ص 30 .

[2]محمد أمين متولي : المرجع السابق ،ص 389.

[3] الشيخلي : المرجع السابق، ص 248 و ما بعدها. و عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق، ص 106 و ما بعدها الخولي ، المرجع السابق ص 165 و 169. راجع المادة 2 من مشروع القانون العربي الموحد مشار إليها في منذر الفضل: المرجع السابق ص.86

[4]فقد اكتشف العالم sonne أن لكل كلية وظيفة محددة ،لا تقوم بها الكلية الأخرى، حيث أثبت أن الكلية اليسرى فقط هي المسؤولة عن إخراج الزلال في البول و المتبرعون بالكلى يصابون بارتفاع ضغط الدم و الفشل الكلوي بعد 10 سنوات من التبرع حتى ان 22% من المراكز الأوروبية حرمت تبرع الأحياء بالكلية حتى من الأم لابنها، لما يلحق بالمتبرع من أضرار . راجع منال موسى : المرجع السابق ،ص 121.

- ألا يكون الجزء المتبرع به مما يتسبب في اختلاط الأنساب كالمبيض و الخصية.[2]
- أن يكون التبرع برضا المتبرع. و أن يكون بالغا عاقلا راشدا عند التبرع و عند البدء في إجراء العملية الجراحية.[3]
- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لمعالجة المضطر[4].
- أن يكون نجاح كل من عمليتي النقل و الزرع محققا[5].
- أن يكون التبرع دون مقابل احتسابا لوجه الله تعالى[6] .
- يجوز نقل عضو من جسم إنسان إلى آخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم و الجلد. ويتضح ان أغلب هذه الشروط تكاد تتفق مع شروط إباحة نقل الأعضاء في

---

[1]صابر محمد : المرجع السابق ص 52 .

[2]يتضح أنه إذا ما أصيب المتبرع بأحد عوارض الأهلية قبل العملية الجراحية فإن رضاءه السابق بالاقتطاع من جسمه لا يعتد به.المدني بوساق نفس المكان.

[3] المدني بوساق، مرجع سابق ، ص 37.

[4]عبد العزيز خليفة القصار : حكم تشريح الإنسان بين الشريعة و القانون – دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ط 1 ، 1999 ص 86 و منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي المرجع السابق، ص 402 .كما ان العلماء استطاعوا انتاج اعضاء آدمية حية من خلايا تؤخذ من اجسام المرضى تم تنضج هذه الخلايا في المعمل حتى تصير اعضاء كاملة بعدها تزرع للمريض و يطلق عليها . استنساخ الأعضاء الآدمية . لأنه تم عمل نسخة من خلية العضو الأصلي تتكاثر في المعمل حتى تعطي العضو المطلوب استنساخه . و بالتالي يمكن القول بإمكانية الإعتماد على إستنساخ الأعضاء بدلا =من استقطاعها ، راجع محمد أمين متولي عبد الحميد: المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2002، ص 401 .

[5]المدني بوساق : المرجع السابق ، ص 37 .

[6]استند الفقهاء في تحريم ذلك إلى ما رواه البخاري بسنده إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر , و رجل باع حرا فأكل ثمنه و رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه و لم يعطه أجره " الخولي : المرجع السابق ص 179 ومحمد حسين منصور المسؤولية الطبية دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006 ص 147 .

القانون الوضعي. وبعد أن تعرفنا على موقف الاتجاه المجيز لنقل الأعضاء نتطرق إلى موقف الاتجاه الرافض لنقل الأعضاء .

المطلب الثاني

القائلون بمنع التبرع بالأعضاء البشرية.

تعددت الفتاوى والآراء القائلة بمنع التبرع بالأعضاء البشرية سوف نتطرق لآراء القائلين بها و لادلتهم.

الفرع الأول : القائلون بالمنع .

اختار جمع من علماء [1] عصرنا و باحثيه و مفكريه المنع، مستندين في ذلك إلى أن الله سبحانه و تعالى قد حرم الاعتداء على النفس، كما حرم صور الاعتداء على ما دون النفس ووعد الجاني عذابا عظيما كما أن الله قد كرم الإنسان و جعله مملوكا له و من تم لا

---

[1]عبد السلام عبد الرحيم السكري : نقل و زراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي ، دار المنار للنشر و التوزيع، ط 1 القاهرة ، 1988 ص 111 . محمد متولي الشعراوي :الحكم الشرعي في مسألة نقل وزراعة الأعضاء ، مقال منشور بمجلة اللواء الإسلامي بتاريخ 26 –01 – 1987 . و حسن على الشاذلي : حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، دار التحرير، 1989 ، ص 114. و محمد إسماعيل فرحات : مسألة إنتفاع الإنسان بأجزاء غيره و هو على قيد الحياة :بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ع 2 ،السنة 41 ، يوليو 1993 ،ص 13 . و حسن الشاذلي و عبد الفتاح إدريس: حكم التداوي بالمحرمات، بحث فقهي مقارن ، ط 1 ، 1993 ص 303 و ما بعدها. و صفوت حسن لطفي :أسباب تحريم نقل و زراعة الأعضاء الآدمية ،القاهرة، 1999 ، ص 14 .و راميا محمد الشاعر المرجع السابق ص 60 و ما بعدها .

يصح القول بأن الإنسان يدخل في دائرة المعاملات المادية ويعامل معاملة الأشياء لأن في ذلك كله إهانة للإنسان الذي خلقه الله مكرما .[1]

و قرر رجال الكنيسة الكاثوليكية أنه ليس للأفراد أن يتلفوا أعضاء جسمهم و لا أن يتنازلوا عنها و أن لا يعطلوا هذه الأجزاء عن أداء وظائفها الطبيعية، إلا إذا كان ذلك من أجل المحافظة على باقي أعضاء الجسم....[2] و يرى السكري أن ما يزعمونه من تبرع بالأعضاء البشرية هو في الحقيقة بيع لأن له مقابلا.[3]

فذهبوا إلى عدم مشروعية نقل وزراعة الأعضاء لأن الإنسان لا يملك نفسه و لا جسده و من ثم لا يملك حق التبرع بعضو من أعضائه، [4]فكان لكل منهم حججه و أسانيده سنتطرق إليها في الفرع الموالي :

الفرع الثاني : أدلة القائلين بالمنع .

الفقرة الأولى : من القرآن الكريم

- قوله تعالى "***وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ***". البقرة 195 ووجه الاستدلال بهذه الآية انها نهت عن الإلقاء بالنفس في مواطن التهلكة و المؤدية إلى إقدام الشخص على

---

[1]محمد سعد خليفة : الحق في الحياة و سلامة الجسد، دار النهضة القاهرة، سنة 1996، ص 132. راجع امال عبد الرزاق مثالي : المرجع السابق ص 231.

[2]احمد معمر العمر: نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التحريم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ،ص 37.

[3]السكري: المرجع السابق،ص 6.

[4]عبد المطلب عبد الرزاق: المرجع السابق ص 108 .و منير رياض حنا: الخطأ الطبي المرجع السابق ص 409 و ما بعدها.

التبرع بجزء من جسده لأن فيه إتلاف كلي أو إضعاف عن أداء وظائفها المنوطة بها، في سبيل إحياء غيره [1].

- قوله أيضا " **ثُمَّ لَتُسْأَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ**". التكاثر الآية 8 و النعيم هو الأمن و الصحة و العافية وهذه النعم مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة لقوله (ص) ***أَوَّلُ مَا يُسأَلُ*** **عنهُ العبدُ يومَ القِيامَةِ من النَّعِيمِ أنْ** ***يُقالَ*** **لَهُ:أَلَمْ نُصِحّ لَكَ جِسمَكَ؟"** فصحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر و المحافظة، لا التضييع بالتبرع والبيع[2].

- و قوله تعالى :" ***وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا*** " النساء 29 ولا شك أن في استقطاع بعض الأعضاء البشرية من إنسان حي ، لزرعها في جسم آخر مريض فيه تعريض لحياة الأول للخطر والهلاك و هو منهي عنه[3].

- وقوله تعالى :**"يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ"** النورالآية24.فلو لم تكن أعضاؤهم المعادة ، هي نفسها التي كانت لهم في الدنيا لم يبق لشهادتها عليهم أي معنى و لمن تعاد الأعضاء لصاحبها الأصيل أم للمنقول إليه[4] .

---

[1]سعاد سطحي: المرجع السابق ص94.

[2]سميرة عايد المرجع السابق ص94 وعبد المعطي خيال : المرجع السابق، ص 16.

[3]محمد امين متولي : المرجع السابق ، ص391 . و جاري بسمة و الذهبي ثورية :المرجع السابق ، ص 34 .

[4]على البار : المرجع السابق ص 143.

- كما أن هناك من يرى أننا لو وزعنا[1] أعضاء الإنسان كقطع غيار على عدة أشخاص فإننا نكون قد خالفنا بذلك واجب الدفن الذي أمرنا به الله تعالى تبعا لقوله :« ... **مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ وَمِنْهَا نُخْرِجُكُمْ تَارَةً أُخْرَى**» طه 55.

الفقرة الثانية : من السنة النبوية

روى عن جابر " أنه لما هاجر النبي إلى المدينة ، هاجر إليه الطفيل ابن عمرو و هاجر معه رجل من قومه، فاجتثوا المدينة،[2] فمرض، فجزع،[3] فأخذ مناقص له، فقطع بها براجمه [4] فشحبت يداه حتى مات، فرآه الطفيل بن عمرو في منامه ، و هيئته حسنة و رآه مغطيا يداه فقال له : ما صنع بك ربك؟ فقال: غفر لي بهجرتي إلى نبيه فقال:مالي أراك مغطيا يداك؟ قال قيل لي: لن نصلح لك ما أفسدت. فقصها الطفيل على رسول الله فقال رسول الله :" اللهم وليديه فأغفر "[5].فذل هذا الحديث على أن من قطع عضو من أعضائه فإنه يبعث يوم القيامة ناقصا منه ذلك العضو، عقوبة له لأن الإنسان لا يملك جسده حتى يتعدى عليه غير أن هناك من يرى أن القطع كان لتخفيف الألم رغم عدم وجود الضرورة التي تتطلبها عمليات التبرع بالأعضاء[6] .

---

[1]منال موسى : المرجع السابق ص 20 .

[2]كرهوا المقام بها .

[3]ضد الصبر .

[4]مفاصل الأصابع .

[5]صحيح مسلم ، كتاب الإيمان باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، ج 1 ، ص 372 .

[6]افتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 97 . و عبد المعطي خيال: المرجع السابق، ص 17 . لدى جاء الحديث ينهى عن قطع الأعضاء سواء لضرورة أم لا لما فيه من تغيير خلق الله .

وعن عبد الله بن عمرو (ص) قال: قال لي رسول الله (صلى الله عليه وسلم):" يا عبد الله ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت: بلى يا رسول الله : قال : فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينيك و تعبت نفسك وإن لنفسك حقا و لأهلك حقا فصم و أفطر وقم ونم. " ودلالة هذا الحديث وجوب مراعاة الجسد و العمل على راحته و أن يعطيه ما يحتاجه من ضرورات الحياة ليكون أعون على عبادة ربه، فإذا أهمله و اعتدى عليه كما في حالة التبرع بالأعضاء، فذلك سوف يؤدي إلى عجز بجسم المتبرع ، يضعفه عن أداء واجباته نحو نفسه وأسرته. لذلك شدد الفقهاء على حرمة الآدمي وعدم المساس بكيانه الجسدي، إلا لمصلحة خاصة بهذا الجسد كالعمليات الجراحية لتحقيق الشفاء.

الفقرة الثالثة: أقوال الفقهاء

ذكر فقهاء المذاهب الأربعة، بأنه لا يجوز الانتفاع بأعضاء الآدمي و لو في حالة الضرورة، أو إذن الشخص المنتفع بعضوه، إذ يحرم المساس بأعضاء الإنسان لأنه مكرم حيا وميتا وعليه فلا يحل التداوي بأعضائه[1].

وقال النووي:" لا يجوز أن يقطع معصوم غيره بلا خلاف ، و ليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف، صرح به أمام الحرمين و الأصحاب "[2].

و قال الشيخ محمد متولي الشعراوي : إن الإسلام يمنع تنازل المسلم عن عضو من أعضائه

---

[1]أنظر بالتفصيل المدني بوساق : المرجع السابق ، ص 24 و 25 . راجع أيضا عبيد الفتلاوي :المرجع السابق ، ص 133.

[2]سعاد سطحي : المرجع السابق ، ص 24.

بالبيع ، أو الهبة ، أو الهدية ،لأن هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه، لا كله و لا بعضه لأن مالك الجسم كله هو الله تعالى[1].

و في بحث للدكتور صفوت حسن لطفي: يرى أن بعض الفقهاء المعاصرين انزلقوا وسارعوا بالقول بإباحة هذا الأمر دون تمحيص، أو تدليل ،صحيح على قولهم . كما أن البعض فرق بين بعض أجزاء الإنسان والبعض الآخر، و منهم من توسع في استعمال أجزاء الإنسان بعد الموت أكثر منها حال الحياة، ووقف جانب كبير من الأطباء بحياء علمي أمام هذا الموضوع قبل اللجوء للحكم الشرعي...».[2]

و يرى البعض أن ما تفعله الحكومات المحنكة لتلافي ردود الأفعال السلبية تجاه تسريع قوانين زرع الأعضاء أنها إلى سياسة الترويج البطيء و تقديم قانون التبرع على أنه عمل خير و اختياري و ليس قانونا إجباريا يستوجب العقوبات ، كما تجري حملات توعية مثل « التسجيل للتبرع بالأعضاء ... . و هذه المنظمات تستأجر ممثلين لنشر الوعي التبرعي إعلاميا و تدفع لهم المال ليقولوا أنهم يحبون أن يتبرعوا بأعضائهم ، أما المتبرعون الحقيقيون فلن يعودوا من العالم الآخر ليخبرونا عن تجربتهم الحقيقية أثناء نزع أعضائهم كما تظهره وسائل الإعلام على شكل صور و فيديو كليبات لأطفال يبتسمون بعد حصولهم على أعضاء منقولة ، و يظهر أيضا أقارب المتبرع وهم يصفون شعورهم العظيم و هم يتبرعون

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق:المرجع السابق، ص108.

[2] صفوت حسن لطفي: أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، بحث مقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة في القانون الجنائي، تضمنها مركز البحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر 1993، ص 8.

بأجساد فلذات أكبادهم بقلوبهم النابضة، و لكن الحكومة الأسترالية لم تعلن إذا كان هؤلاء الممثلون المأجورون الذين يظهرون في حملات التوعية الإعلامية قد سجلوا أسماءهم بالفعل كمتبرعين بأعضائهم أم لا. ؟[1]

و قال ابن عابدين : و الآدمي مكرم شرعا و لو كان كافرا ، فإيراد العقد عليه و ابتذاله به و إلحاقه بالجمادات إذلال له ، و هو غير جائز ، و بعضه في حكمه و صرح في فتح القدير ببطلانه "[2].

و قال محمد الطنطاوي شيخ الزهر " أن كل عضو من جسد الإنسان خلقه الله تعالى لفائدة فنقله لا بد أن يترتب عليه ضياع تلك الفائدة و تتفاوت نسبتها من عضو إلى آخر ".

و قال على جمعة مفتي الديار المصرية:" الإنسان لا يملك أعضاءه و هو ملك الله و بالتالي لا يجوز له التبرع بأي عضو من أعضائه و أن فتح الباب أمام التبرع و نقل الأعضاء سيحول جسد الإنسان الذي كرمه الله إلى قطع غيار تباع و تشترى[3].

كما يرى مجموعة من رجال الدين و بعض الفقهاء أن التقدم العلمي قد جعل الإنسان حقلا للتجارب ومن زراعة الأعضاء نوع من استبدال لقطع الغيار[4].

---

[1]راجع منال موسى: المرجع السابق ص 134 ، 135 .

[2] ابن عابدين محمد آمين : رد المختار على الدر المختار ،ج 1 ، سنة 1323 هـ ، ص 105 .

[3]مأمون عبد الكريم : المرجع السابق ص 142.

[4]محمد نايف حيدر : المسؤولية الجزائية للأطباء ، بحث لنيل شهادة دبلوم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بيروت ، أيار 2005 ،ص 31.

و يقول جودة محمد عواد في ما يتعلق بزرع الكلى « إن الذي ينظر إلى زرع الكلى على انه العلاج الأكيد هو شخص وأهم فالذي تبرع بالكلى بعد عشر سنوات تعبث كليته الوحيدة الباقية و احتاج هو أيضا إلى من يتبرع له ...» . و كذلك الشخص الذي زرعت فيه كلية غريبة رغم كل الأدوية الكثيرة التي يأخذها لمنع الجسم من رفض الكلية [1].

وقال عصام الدين الشربيني:" الجسم مجموعة من الخلايا، والأعضاء، و الأجهزة تقوم كل منها بوظيفتها ... و يعتمد كل منها في ذلك على الآخر، فإذا اختلت وظيفة عضو أثر ذلك على أداء الأعضاء الأخرى لوظائفها بدرجات متفاوتة "[2].

كما لا يستطيع أحد من الأطباء أن يجزم أنه لا يترتب على استقطاع العضو ضرر فيه تهديد لحياة متيقنة، أو أن جسم المتلقي لن يلفظ العضو المتبرع به . وحتى في حالة نجاح عملية الاستقطاع و الزرع، فإن بقاء العضو داخل الشخص المنقول إليه يحتاج إلى أدوية مثبطة و هي بدورها تؤثر على جسم المتلقي و هذا يقلل من جدوى مثل هذه العمليات[3] بالإضافة إلى أن المعطي تصبح حياته مليئة بالمتاعب النفسية نتيجة قلقه و

---

[1]جودة محمد عواد: المرجع السابق، صرح للنشر و التوزيع القاهرة، ط 1، 2011، ص 21. و يرى ضرورة المحافظة على الكلى و محاولة إحيائها و ليس القضاء عليها بالغسيل الكلوي . نفس المكان .

[2]سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 19.

[3] مثل دواء السيكلوسبورين الذي يعطى بمعدل 5 ملغ/ كغ من وزن الجسم في اليوم الواحد فتصبح الكلية مهددة بالقصور الوظيفي أنظر عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق ص 114 راجع ايضا كامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 434.

خشيته من أن يصاب العضو المتبقي بمرض عضال فلا يستطيع العيش هادئ البال بالنسبة لمستقبل حياته.[1]

فالواقع الطبي العملي يؤكد إصابة المتبرع بالأضرار على المدى القريب أو البعيد، و قد صرح بذلك الدكتور بكر نور أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية . فقال:« إن 22% تقريبا من المراكز الطبية في أوروبا ترفض تبرع الأحياء بالكلى ، بل أن كثيرا من مراكز نقل الأعضاء ترفض التبرع حتى و لو كان من الأم لأولادها[2] .

كما أنه في مجال زرع الكلى ، مثلا يحدث تضخم في حالات التبرع في الكلية الباقية بنسبة 100 % من الحالات لتعويض الانتزاع المفاجئ للكلية السلبية، و لا يكفي هذا التضخم لتعويض وظيفة الكلى ، فيرتفع الكيلاتين في76% من حالات المتبرعين ، كما يحدث نزول البروتين من البول في 40% من الحالات و يستمر كذلك لمدة طويلة ، و قد يحدث ضعف تدريجي في وظيفة الكلية الباقية ، و قد ينتهي في الأمد البعيد إلى الفشل الكلوي و نكون أمام شخصين مريضين بدلا من شخص واحد[3].

---

[1]أحمد محمد العمر : المرجع السابق ، ص 44.

[2] تصريح منشور بجريدة الأهرام، في 11- 6- 1996، ص 3 ، ضمن التحقيق الصحفي بعنوان – الوفاة الإكلينيكية لا تكفي- للدكتور بكر نور أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية ، مشار إليه في ، عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق ص 121 .

[3]أحمد عبد الكريم سلامة: نقل الأعضاء البشرية ، مجلة الأحمدية ، ع 7 ، دبي، 2001 ، ص 253 – 255 .

فالقول بجواز التبرع بالأعضاء بين الأحياء، يؤدي إلى مفاسد كثيرة لعل أهمها التجارة بالأعضاء البشرية، وظهور جرائم الخطف، و النصب، و الاحتيال، و تعريض الصغار و كبار السن و النساء إلى هلاك محتوم [1].

ويرى السكري ، أن في ظاهرة الاجتزاء من جسم الإنسان باستعمال أجزاء منه في العلاج والتداوي للآخرين يكون الإنسان قد خالف الحكمة من احترام و تكريم الله له[2] .

المطلب الثالث

موقف الشريعة المسيحية من نقل الأعضاء و حالات النقل بين مختلفي الديانة.

سوف نتطرق إلى موقف الشريعة المسيحية في الفرع الأول ونتطرق لحالات النقل بين مختلفي الديانه في الفرع الثاني.

- **الفرع الأول – موقف الشريعة المسيحية**

إن الديانة المسيحية تحفظ للنفس البشرية حرمتها فأكدت أن أجساد البشر ليست ملكا لهم و إنما هي ملك لله ولذلك تدعو إلى المحافظة عليها . فالتقدم العلمي جعل حديث رجال الدين المسيحي يبيحون المساس بالجثة نزولا عند الضرورة العلاجية العلمية.

فقد جاء في خطبة للبابا بيوس الثاني عشر : بابا روما في 1956/5/14 بقوله " ان عمليات نقل القرنية تعتبر وسيلة شفاء مرتقبة لكثير من المرضى أو هي على الأقل تخفف

---

[1] الشيخلي: المرجع السابق ص 242.

[2] صفوت حسن لطفي: المرجع السابق، ص 7.

من مرضهم و تحسن نظرهم "وأعلن البابا جون بول الأول في تصريح له في 1978/9/6 في مؤتمر لنقل الأعضاء بإيطاليا بقوله " إن أي مشكلة خاصة بنقل الأعضاء يجب أن تحل في إطار الاحترام الواجب للشخص و أقاربه ، و سواء في ذلك المتبرع بالعضو، أو المستفيد ، و لا يمكن أن يتحول الإنسان إلى حقل للتجارب فهناك قدر من الاحترام ينبغي مراعاته سواء بالنسبة الشخص أو جثته [1]".

وقد قال يوحنا بولس الثاني، في خطاب له عام 1991، في المؤتمر الأول في جمعية المشاركة في زرع الأعضاء ، إن عملية الزراعة تتيح للإنسان أن يهب و يعطي و يتضامن[2]"

ورأى البابا شنودة الثالث، أن الكتاب المقدس بعهديه القديم و الجديد، لم يأمر و لم ينه بخصوص نقل الأعضاء ، لأن هذا الموضوع لم يكن وارد وقت ذاك ، و لكن روح الكتاب تدعو إلى العطاء و البذل ، و إلى انقاد الآخرين و الحرص على حياتهم بقدر الإمكان .

و من تعاليم الكتاب المقدس يجوز نقل عضو أو نسيج من جسد إنسان حي لمنفعة إنسان آخر، و لا ترى المسيحية في ذلك عبثا بجسد المعطي، أو إتلافا له، أو تمثيلا به، أو خدشا لكرامته. أما فقد عضو من أجل عمل نبيل كالدفاع عن الوطن، أو انقاد إنسان في عملية جراحية فهو نوع من التضحية، و البدل ، يرفع من كرامة الإنسان و ليس ضد الدين

---

[1] محمود السيد عبد المعطي: المرجع السابق ، ص 57.

[2] راميا محمد شاعر : الاتجار بالبشر قراءة قانونية اجتماعية ، منشورات الحلبي، ط1 ، سنة 2012 ، ص 67.

في شيء، فكرامة الجسد ليست في شكله و إنما في بذله، و هذا البذل يدعو إليه الإنجيل إذ يقول المسيح: " ليس لأحد حب أعظم من هذا أن يضع أحد نفسه عن أحبائه " (يو 15 :13).

فإذا كان الإنجيل يدعو إلى بدل النفس كلها، لأجل الغير فبالأولى بذل عضو واحد من أعضاء الجسد، فأيهما أفضل أن يعيش إنسان واحد بكليتين، أم أن يهب إحداهما لغيره فيعيش بهما اثنان ، و بالتضحية وبالحب يساعد إنسان على حياة غيره ، و على إنقاذه من الموت و من عذاب المرض [1].

- **الفرع الثاني – النقل بين مختلفي الديانة:**

قد يتبادر إلى الدهن السؤال حول مدى جواز نقل الأعضاء بين الأحياء من كافر، إلى مسلم أو من مسلم إلى كافر ؟وهذا ما سنجيب عنه في ما يلي:

إن نقل العضو بين مختلفي الديانة ، يشترط فيه أن لا تكون ديانة المنقول منه أشرف من ديانة المنقول إليه، و من منظور إسلامي فإن غير المسلمين يعتبرون كلهم ملة واحدة ، مهما اختلفت دياناتهم، والمسلمون يعتبرون ملة واحدة، والقاعدة تقول أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه . لذا سنتطرق إلى حالة النقل من كافر إلى مسلم ثم حالة النقل من مسلم إلى كافر .

الفقرة الأولى: نقل الأعضاء من كافر إلى مسلم:

---

[1]الخولي : المرجع السابق ص 169 .170 و راميا محمد شاعر : نفس المرجع ص 68 ،هو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه يوسف القرضاوي راجع القائلون بجواز التبرع في الفرع السابق ص68 من هذه الرسالة .

لا يوجد خلاف بين القائلين بجواز نقل الأعضاء من غير المسلم ، سواء كان حيا أو ميتا إلى المسلم بشروط و ضوابط ،لأن الكفر لا يؤثر في العضو و من هنا جاز استئجار الكافر لإرضاع طفل مسلم،[1]فجاز القياس عليه نقل جزء من جسد غير المسلم إلى جسد المسلم لأن الكفر لا أثر له في العضو المنقول، فإذا جاز أكل المسلم المضطر من جثة غير المسلم جاز نقل الأعضاء إليه .

و قد يقال أن جسد الكافر نجس، و ذلك لقوله تعالى" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ۚ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ إِن شَاءَ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ**"[2]. فكيف يجوز التداوي بالنجس، فيقال أن هذه حالة ضرورة و التداوي بالنجس جائز عند الضرورة إلا أن الجمهور يقول بطهارة الآدمي حيا، أو ميتا ، والمسلم و الكافر في ذلك سواء ، و لقوله تعالى: **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**""[3]. فالحكم بنجاستهم يتنافى وتكريمهم[4] .

و يرى بعضهم، أنه يجوز للمضطر أن ينتفع بغير المعصوم، كالشافعية و الحنابلة لقولهم " و له قتل مرتد وأكله، وقتل حربي بالغ وأكله، لأنهما غير معصومين "[5]وهناك من

---

[1]الكاساني علاء الدين أبي بكر مسعود الحنفي : بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية بيروت (د ت) ص 568.

[2] سورة التوبة الآية 28

[3] سورة الإسراء الآية 70

[4]الشيخلي : المرجع السابق، ص 253 .

[5] شمس الدين محمد الخطيب الشربيني :مغنى المحتاج إلى معرفة معنى الفكر و المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،1994 ، ص 304 . مشار إليه في المدني بوساق : المرجع السابق ،ص 24.

رأى أن هذه الضرورة يمكن دفعها بالكفار[1]. وهناك من يرى أنه لا مانع منه لأن الأعضاء لا توصف بالكفر أو الإسلام[2].

- **الفقرة الثانية : نقل الأعضاء من مسلم إلى كافر :**

قال تعالى: " **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا** " [3]. يدل ذلك على ان الإنسان مكرم، ولم يفرق بين مسلم وغيره، فينبغي ألا يخرج من عموم الآية بشيء إلا بدليل، و الدليل قد اخرج غير معصوم الدم، و من باب تكريم الإنسان إنقاذه من الهلاك بنقل الدم إليه أو أي عضو تتوقف عليه حياته مادام معصوم الدم .

و يقول صاحب مغني المحتاج: "إذا كان الميت مسلما و المضطر كافرا، فإنه لا يجوز الأكل منه لشرف الإسلام "، و هناك من يرى أنه. لا يجوز التبرع لمرتد مارق لأنه خائن لدينه و أمته يستحق القتل، فإذا وجد مسلم محتاج للتبرع، ووجد غير مسلم فالمسلم أولى[4]لقوله تعالى: " **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**[5].

---

[1] محمد بن محمد المختار : المرجع السابق، ص 260 .

[2] القرضاوي :المرجع السابق ،ص 592 .

[3] سورة الإسراء الآية 70

[4]القرضاوي يوسف : نفس المرجع ،ص 587.

[5] سورة التوبة الآية 71

و اختلف الفقهاء حول أكل الكافر المضطر المعصوم الدم من جثة المسلم، بحيث يرى القائلين في المنع إن في الأكل امتهان و ابتذال و انتقاص يتنافى مع شرف الإسلام. وبناء على هذا الرأي فإنه يجوز الانتفاع من نقل الأعضاء من جثة المسلم لزرعها في جسد الكافر المضطر المعصوم الدم، لأنه ليس فيه مهانة أو شرخ في كمال شرف الإسلام فشرف الإسلام المهدور في عملية الأكل، هو محفوظ في هذه المسألة وهو شرف كبير[1].

و يرى الباحث أنه إذا ثبت علميا تأثير نقل الأعضاء على شخصية المنقول إليه فإن في نقل العضو من مسلم إلى كافر فائدة كبيرة تعود على الأمة الإسلامية[2].

ذلك أن جريدة ديلي ميل (Daily mail) نشرت قصة تؤكد أن للقلب دور حاسم في الأبحاث والكفر و المشاعر والإدراك أيضا «... فقد تزوجت امرأة من شاب و بعد سنوات من زواجه و بسبب إلحاده أراد أن يتخلص من حياته، فانتحر بمسدس في رأسه فمات، و لكن قلبه بقي يعمل فقام الأطباء باستئصاله و هو بحالة جيدة، و تمت زراعته لمريض مؤمن يحب فعل الخير جدا ، فرح المريض و شكر أهل الشاب المنتحر ... فأحس أنه يعرفها – زوجة المنتحر– منذ زمن وأخبرها بحبه لها ... فيؤكد ذلك أن القلب لا يزال يحتفظ بمشاعره، و أحاسيسه، و ذكرياته مع هذه المرأة . أن هذا الزوج الجديد لم يعد مؤمنا كما

---

[1] الشيخلي : المرجع السابق، ص 256 .

[2] انظر الموقع الإلكتروني التالي :

http ://www .a/a ws.2006.com/vb/showthread.php?p=712967

كان من قبل ، بدأت ملامح الإلحاد تظهر، و لكنه يحاول إخفائها ما استطاع إلى ذلك سبيلا ، و بدأ هذا القلب يعذبه فلم يعد يحتمل الحياة فانتحر بالطريقة ذاتها التي انتحر بها الشاب صاحب القلب الأصلي...». فأذهل ذلك من حوله، كيف يمكن لإنسان مؤمن يحب فعل الخير أن ينتحر، فذلك يدل أن مركز التفكير و الإدراك في القلب و ليس في الدماغ، لأنه لو كان القلب مجرد مضخة لم يحدث مع هذا الرجل ما حدث .[1]

و يرى الباحث أنه إذا صحت هذه الحادثة يمكن الاعتماد عليها في إجازة النقل من مسلم إلى كافر ومنعها من كافر إلى مسلم.

- **المطلب الرابع**

موقف لجنة الإفتاء الجزائرية

بعد أن استمعت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى إلى البيان الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية، صدر عنها في 20 أفريل 1972 بيانا يتعلق أساسا بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية ، سواء من الأحياء ، أو من جثث الموتى، و مما جاء فيه[2].

---

[1] للإطلاع على المزيد من الحالات ، راجع الموقع:

www.yaam1.com/vb/archive/index.php/t-42322.htm/

[2] ماروك نصر الدين :المرجع السابق ، ج 1 ، ك 2 ص 170و 171 . و جاري بسمة و الذهبي ثورية : المرجع السابق ص 42 و 43.

أولا :أن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية، و الشرائع السماوية و من أغراض الشريعة الإسلامية – حفظ الأنفس – و من أجل هذا كان قتل النفس بغير حق من أشد الجرائم التي تعرض مرتكبيها إلى غضب الله :... كما أن إحياء النفوس، من أعظم القربان لقوله تعالى "***من***أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ ***أَوْ*** فَسَادٍ ***فِي*** الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ***وَمَنْ أَحْيَاهَا*** فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا".[1]

ثانيا : حيث أن الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه عن تطوع و اختيار منه، دون أن يخاف ضررا أو هلاكا، كما هو الحال في نقل الدم أو زرع الكلية. فإنه يعتبر من باب الإحسان وعمل البر والإيثار على النفس...» [2].

مم تقدم يتضح أن هذه الفتوى قد جاءت متماشية مع الاتجاه القائل بجواز النقل من الأحياء عند الضرورة .

بعد أن تطرقنا لأسانيد كل من الاتجاهين المؤيد و المعارض لنقل الأعضاء من الأحياء فإن الباحث يؤيد الاتجاه القائل بجواز إباحة التبرع بالأعضاء من الأحياء و لكن مع بعض الاستثناءات. و ذلك لأن الفقه التقليدي لم يرفض عمليات النقل من الأحياء إلا خوفا من هلاك المتبرع ، و لكن و بعد تقدم علوم الطب و الجراحة في هذا العصر، و أن الخبرة تزداد حتى بلغت قمة لم تكن متوقعة أو تخطر على بال ،فلا بد من إعادة النظر في تلك

---

[1] **سورة** "المائدة الآية 32

[2] ماروك نصر الدين : نفس المكان .

الأحكام تماشيا مع القاعدة الفقهية التي تقول تغيير الأحكام بتغيير الزمان ، على أن يكون من بين شروط إجازة هذه العمليات حصر النقل بين الأقارب فقط على أن تكون بين الإخوة الأشقاء أو بين الآباء و الأبناء فقط. على أن يتم معالجة الحالات الأخرى بالبحث لهم عن أعضاء كافية من قتلى الحوادث أو المحكوم عليهم بالإعدام أو مجهولي الهوية .

وفي تصريح للأستاذ – مصطفى خياطي – مختص في طب الأطفال و رئيس جمعية ترقية الصحة والبحث العلمي قال:« إن شبكة المتاجرة بالأعضاء البشرية تميل لاختطاف الأطفال الذين لا تتجاوز أعمارهم 8 سنوات ، على خلفية أن أعضاءهم تكون في هذه السن في نمو و لم تمسها الأضرار البيئية مثل آثار التدخين، والخمر ، و الأكل، مؤكدا أنها تكون في حالة جيدة في هذا السن و الأعضاء الأكثر طلبا هي الكلى، وقرنية العين، و الكبد ، حيث ثم إيقاف شاب مغربي، 30 عاما من طرف فرقة الدرك الوطني الإقليمية، بدائرة مغنية، ولاية تلمسان الجزائر، و اعترف بأن الطلب كان على أطفال تتراوح أعمارهم بين عامين و ثمان سنوات[1].

المبحث الثالث

ضوابط نقل وزرع الأعضاء من الأحياء البشرية في القانون الوضعي

أقرت العديد من تشريعات الدول الغربية عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية ونظرا لعدم انعقاد الإجماع لدى علماء الأمة الإسلامية على حل هذه الممارسات أو حرمتها

[1]جريدة الشروق اليومية الجزائرية عدد، 2296 ، يوم 10 ماي، 2008 و عدد 2304، يوم 19 ماي، 2008.

من الناحية الدينية، قد حال دون ظهور تشريعات خاصة تنظمها في العديد من الدول العربية و الإسلامية لذلك لم يجد الفقهاء المؤيدون لإباحة هذه العمليات بدا من اللجوء إلى القواعد العامة و ما صدر من تشريعات خاصة متناثرة تنظم بعض حالات الاستقطاع من الجثث، أو تلك التي تحكم عمليات نقل الدم، لوضع أساس تشريعي يمكن أن تستمد منه هذه الممارسة المستحدثة وجودها و صفة مشروعيتها[1] .

غير أن هناك جانبا آخر من الفقه اعترض على إباحة هذه العمليات عند عدم وجود تشريع ينظمها، ويرسم لها الحدود، و في هذا المقام سوف نعرض للتشريعات الغربية لعمليات نقل و زراعة الأعضاء من خلال دراسة التشريع الفرنسي، مع الإشارة إلى بعض التشريعات الغربية الأخرى، تم نعرض لموقف التشريعات العربية من هذه العمليات على أن تطرق لموقف المشرع الجزائري من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول نتطرق موقف التشريعات الغربية من عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء أما في المطلب الثاني نتطرق موقف التشريعات العربية من نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء بينما نتطرق في المطلب الثالث إلى موقف المشرع الجزائري من نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء .

---

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله : المرجع السابق ، ص 100.

المطلب الأول

موقف التشريعات الغربية من عمليات نقل و زراعة الأعضاء من الأحياء

إن من بين أهم التشريعات وأقدمها في مجال استقطاع وزرع الأعضاء البشرية والتشريع الفرنسي ، والإنجليزي ، والإسباني، والبلجيكي سنتطرق لها على التوالي.

الفرع الأول : القانون الفرنسي

أدى عدم اعتراض الكنيسة في فرنسا على التجارب العلمية المتعلقة بجسم الإنسان إلى تطور ملحوظ في مجال استقطاع وزرع الأعضاء البشرية ، و الذي صاحب بدوره تدخل المشرع ليواكب هذا التطور العلمي عن طريق تنظيم هذه العمليات و التصدي للجرائم الجديدة المتعلقة به[1].

و لم يعرف المشرع الفرنسي تنظيم موضوع نقل و زرع، الأعضاء بين الأحياء إلا حديثا لاكتفائه بتنظيم عمليات نقل الدم بالإضافة إلى استقطاع القرنية من الأموات[2].

غير ان الوضع في فرنسا تغير بعد نجاح عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بصورة جعلت المشرع الفرنسي يتدخل لتنظيم هذه العمليات، و فعلا صدر القانون رقم

---

[1]محمد صلاح الدين محمد محروس: نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الإباحة و التحريم ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة ص 111. و مجدي فتحي حسين مصطفى نجم : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة . دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، رسالة ماجيستير ، معهد الدراسات العربية ، قسم القانون ، القاهرة (د ت)، ص 31– 32.

و أنظر التشريع اليوناني رقم 1383 المؤرخ :02 .08. 1983 و التشريع الإيطالي رقم 458 – 1967 لنقل الكلى بين الأحياء تجدر الإشارة إلى وجود بعض الدول التي ليس لها تشريع ينظم عمليات نقل الأعضاء مثل إيرلندا ، مالطا، راجع في هذا الموضوع طارق سرور : المرجع السابق ص 35.

[2]انظر موقف المشرع الفرنسي من نقل الأعضاء من جثث الأموات الباب الثاني ص338وما بعدها من هذه لرسالة.

1181 لسنة 1976 في 22 ديسمبر 1976 و المسمى قانون CAILLAVET ونظم عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جسد الأموات إلى الأحياء لأغراض علاجية.[1] فيعد استقطاع الطبيب عضو للمريض عملا علاجيا يعترف به القانون ويبيحه طالما كان ذلك في صالح المريض[2].

و قد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه : «في سبيل إجراء عملية زرع ذات هدف علاجي يمكن إجراء استقطاع عضو لإنسان بالغ متمتع بكامل قواه العقلية، و ذلك بعد موافقته الحرة و الصريحة، أما إذا كان الواهب ناقص الأهلية فلا يجوز أن تتم عملية الاستقطاع إلا إذا كان المنقول منه شقيق أو شقيقة المتلقي ». كما نصت المادة الثالثة منه على أن التنازل عن الأعضاء يكون على أساس التبرع من المتنازل، و ذلك لأن جسم الإنسان ليس محلا للمعاملات المالية .

و جاء المرسوم رقم 501– 78 الصادر في31 مارس 1978 لتنفيذ القانون رقم 1181 – 76، حيث وضع الأحكام الخاصة بكيفية الحصول على رضا المعطى البالغ في حالة استئصال عضو غير متجدد ، فاشترط أن يكون رضاءه أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرته موطن المتبرع ، أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يثبت هذا الرضاء في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي و المتبرع ، على أن تسلم

---

[1] محمد أمين متولي :المرجع السابق ص 403 .

[2] DUPOUT (Marc), Claudine ESPER, Christian PAIRE, Droit hospitalier,3ème édition, Dalloz, Paris, 2001

صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم الاستئصال به و تحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كتاب المحكمة أما إذا كان العضو المراد استقطاعه متجددا فيكفي إثبات الرضا في شكل كتابي موقعا عليه من المعطي و من شاهد يعينه لذلك[1].

و في 29 يوليو 1994 صدر القانون رقم 654 – 94 و المتعلق بالتبرع بأعضاء الجسم[2] واستعمالها، حيث حرص على تحقيق خمسة أهداف نوجزها فيما يلي :

- وضع عمليات استقطاع وزرع الأعضاء في إطار قانوني متكامل يخلق جو من الثقة اللازمة لتطورها وازدهارها.
- إبعاد عمليات استقطاع الأعضاء عن الصفقات التجارية غير الأخلاقية للتبرع.
- تسهيل التعبير عن الرضا الحر و المتبصر الصادر من المتبرع.
- تنظيم ممارسات الزرع على أسس موضوعية تضمن بقدر الإمكان المساواة بين المتلقين.
- ضمان الأمن الصحي لهذه الممارسات في مواجهة العدوى و انتقال الأمراض[3].

أما في ما يخص قانون الصحة العامة رقم 2004 – 800 بتاريخ 06 – 08 – 2004 فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 3-1311- Lعلى إمكانية استخدام أجزاء و

---

[1]سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 110 .

[2]Loi N° 94-654 du 29/12/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal. J.O, 30/07/1994. www.Journal- officiel. fr.

[3]طارق سرور : المرجع السابق ص 27

مكونات الجسم البشري لأغراض طبية أو علمية، إلا إذا أبدى الشخص الذي أجريت له عملية الأخذ اعتراضه و إذا كان قاصرا أو بالغا تحت الوصاية فتقدم المعارضة عن طريق من يملك سلطة الأبوين أو عن طريق الوصي . كما منعت المادة 4-1311-L أن يكون ارتضاء أخذ جزء من الجسم مقابل مبلغ مالي على أن تتحمل المؤسسة المسؤولية عن إجراء هذه العمليات.

و اعتبر المشرع الفرنسي أن أخذ و زرع الأعضاء أولوية وطنية في المادة 1313-L و أشار في الفقرة الأولى من المادة 1313-1-L إلى أنه« لا يسمح بأخذ الأعضاء من شخص على قيد الحياة بغرض التبرع إلا للمنفعة العلاجية المباشرة للملتقى و يجب أن يكون للمتبرع صفة الأب أو الأم بالنسبة للمتلقي» بينما أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه« يمكن السماح بنقل العضو للمنفعة العلاجية المباشرة للمتلقي إذا كان أحد أقارب المتبرع مثل الزوج الزوجة، الإخوة، الأخوات، الأبناء، الأجداد الأعمام العمات، الأخوال، الخالات، أولاد العم،العمات وكذلك زوج الأم أو زوجة الأب.ويمكن أن يكون المتبرع هو أي شخص يأتي بإثبات حياة شراكة مع المتلقي لمدة عامين على الأقل ».

واشترط على المتبرع أن يبدي موافقته أمام رئيس محكمة عليا، أو أمام قاض معين من قبله لكي يتأكد مسبقا أن الموافقة واضحة، و صريحة و أن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى و الثانية.

و نص كذلك في المادة 2-1231- L بعدم السماح بإجراء أخذ الأعضاء بغرض التبرع من شخص على قيد الحياة إذا كان قاصرا أو بالغا يخضع للوصاية الشرعية.

وقد اعتمد التشريع الفرنسي، على الهيئة الفرنسية لزرع الأعضاء في تسجيل المرضى على قائمة الانتظار الوطنية ، وأيضا عملية تنظيمهم و تخصيص الأعضاء القابلة للزرع سواء التي اخدت في فرنسا أو خارج البلاد، حيث كلفت مند إنشائها بموجب القانون رقم 94- 43 لعام 1994 بما يلي :[1]

- تشجيع التبرع بالأعضاء، أو النخاع، أو القرنية أو باقي الأنسجة عن طريق الاشتراك في إعلام الجمهور و المتخصصين في مجال الصحة.
- تنظم قواعد حسن الاستخدام، التي يجب أن تطبق على عملية أخذ الأعضاء، و حفظها وكذلك نقل وتحويل مجموع أجزاء ومكونات الجسم البشري.
- إخطار وزير الصحة بالتصريحات الخاصة بأخذ وزرع الأعضاء في النخاع العظمي.

فيتضح أن المشرع الفرنسي، حرص على وضع تشريع متكامل حول نقل الأعضاء من الأحياء.

- **الفرع الثاني: القانون الإنجليزي**

---

[1]محمد صلاح الدين: نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، رسالة دكتوراه . كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ص 121 و 122. راجع أيضا أحمد عبد الدائم: المرجع السابق ص 129 و ما بعدها.

نظرا للتقدم العلمي الكبير في العصر الحديث فقد صدر في انجلترا قانون 1953 يسمح بعمليات نقل القرنية من عيون الموتى وزرعها في عيون الأحياء[1].

وفي عام 1961 صدر قانون الأنسجة البشرية THE human tissue Act ليبيح عملية استقطاع الأعضاء البشرية من المتوفين فقط ، في حالة عدم وجود اعتراض سابق من الشخص حال حياته ، أو اعتراض أحد أقاربه[2] . إلا أنه تم توسيع إباحة عمليات نقل الأعضاء، وزرعها لتمتد إلى الأحياء أيضا، حيث صدر القانون الخاص بالأنسجة البشرية في سنة 1989 The human organe transplants Act ووضع شروطا هي :[3]

- أن يكون المتبرع بالعضو قريبا إلى الدرجة الرابعة للمتبرع له بحيث حدد نطاق الإباحة لتقتصر على الأقارب فقط[4] .
- موافقة المعطي.
- اشتراط الخبرة في الفريق الطبي .
- تحريم كل صور المعاملات التجارية في الأعضاء البشرية. ذ

- الفرع الثالث : القانون الإسباني

---

[1] مجدي فتحي :المرجع السابق، ص 38.

[2] طارق سرور : المرجع السابق، ص 28.

[3] محمد صلاح الدين: المرجع السابق، ص 40.

[4] ABDULDAYEM (Ahmed) : Les organes du corps humains dans le Commerce juridique, publication juridique Alhalabi,Beyrouth, 1999p200

قام المشرع الإسباني بإصدار قانونان ، الأول صادر في 1 مارس 1996 خاص باستقطاع و استعمال الأنسجة البشرية ، و قد ميز القانون بين ما إذا كان المنقول منه إنسانا حيا أو كان متوفى . حيث سمح باستقطاع بعض أنسجة الشخص البالغ الحي في حالة الموافقة الخطية الناتجة عن رضاء حر، مستنير، لغرض علاجي.

و صدر القانون رقم 2070 في 30 – ديسمبر – 1999 بشان استقطاع و نقل الأعضاء البشرية، حيث تطلب المشرع عدة شروط متعلقة بالبالغ، بينما لم يسمح باستقطاع الأعضاء البشرية من القصر . كما اعتمد المشرع الإسباني بدوره على منظمتين هما الهيئة القومية لنقل الأعضاء ، و مكتب **كاتالان** لنقل الأعضاء تهدفان إلى جمع المعلومات ووضع قائمة الانتظار ، و تنظم فرص نقل الأعضاء ووضع المعايير التي تتعلق بالأعضاء[1] .

- **الفرع الرابع : القانون البلجيكي**

قام القانون البلجيكي والخاص باستقطاع وزرع الأعضاء البشرية الصادر في 13 جوان في المادة الخامسة 1986 ، بإباحة استقطاع العضو، أو الأنسجة ممن بلغ 18 عاما ، بعد توافر رضائه السابق على العملية، وقد رفض المشرع البلجيكي في المادة السابعة السماح باستقطاع العضو من القاصر، واستثنىه الأخ والأخت، من هذه القاعدة

---

[1]طارق سرور : المرجع السابق ، ص 29.

– و تشير الإحصائيات إلى أن اسبانيا تتصدر المرتبة الولى على المستوى العالمي في مجال زراعة الأعضاء خلال العام 2013 حيث قال مدير الوكالة الإسبانية لزراعة الأعضاء –رفائيل متاصنت –إن إسبانيا حافظت على صدارتها في هذا المجال منذ 22 سنة ، حيث أجرت 427 عملية زرع عام 2013. راجع الموقع:

اطلع على الموقع يوم على س 18و05د_http//www.almasr yalyoum.com./news/details/375179–
25ماى 2014

عند ما يكون الأمر متعلقا بأنسجة او أعضاء متجددة بشرط صدور رضاء المنقول منه و بلوغه خمسة عشر عاما[1].

المطلب الثاني

موقف التشريعات العربية من نقل و زراعة الأعضاء من الأحياء

إن عدم انعقاد الإجماع لدى علماء الأمة الإسلامية أثر على ظهور تشريعات[2]خاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، لدى فالقوانين العربية لم تكن على وثيرة واحدة بخصوص معالجة نقل الأعضاء البشرية من الأحياء، فمن التشريعات ما تضمن نظاما قانونيا متكاملا لنقل الأعضاء و الأنسجة كافة، في حين أجازت تشريعات أخرى نقل بعض الأعضاء دون سواها و هذا ما سنتطرق له على التوالي :

الفرع الأول: القانون الكويتي

صدر القانون الكويتي رقم 30 – 1972 الخاص بتنظيم عملية نقل القرنية للمرضى سواء من الأحياء أو الأموات. ثم صدر القانون رقم7–1983الخاص بنقل الكلى حيث نصت المادة الأولى على أنه " لا يجوز إجراء عمليات زراعة الكلى للمرضى، إلا بهدف

---

[1]طارق سرور، المرجع السابق، ص 31.

[2]راجع القانون الأردني رقم 23 – 1977 الخاص بالإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان المعدل بالقانون رقم 17 – 1970 . و القانون العراقي رقم 60 – 1971 الخاص نقل و زرع الكلى الملغى بالقانون رقم 85 – 1986 الخاص بقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية و القانون المغربي رقم 98 – 16 لسنة 1999 الخاص بنقل و زرع الأعضاء . أما في السعودية لم يصدر اي تشريع ينظم هذه العمليات غير أنها اعتمدت على العديد من الفتاوي في هذا الشأن ، نفس المرجع ص 36 .

تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم "[1]. وأباح استقطاع الكلى ممن يتبرع بها حال حياته أو بعد وفاته في المادة الثانية .

أما بالنسبة للأعضاء البشرية الأخرى فقد صدر المرسوم الكويتي رقم 55 – 1987 بشأن زراعة الأعضاء و الذي جاء به أنه لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي و لو كان ذلك بموافقته، إذا كان استقطاع هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب.[2]

- **الفرع الثاني : القانون الليبي.**

نص المشرع الليبي بقانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986، بالمادة الخامسة عشر منه على جواز نقل الأعضاء بين الأحياء بنصها على أنه " لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه، ما لم يكن ذلك بموافقته الخطية، و بعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حيا ... ".

و قد صدر في ليبيا الميثاق الأساسي لنظم و سلوكيات و أخلاقيات نقل و زراعة الأعضاء البشرية عن اللجنة العامة للصحة و البيئة[1] .

---

[1]تقابلها المادة الأولى من القانون العراقي رقم 85 لسنة 1986 و كذا المادة 25 من قانون مزاولة المهن الصحية اليمني رقم 32 – 1992 . أنظر في قصد العلاج هدى سالم محمد الأطرقجي:مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ، رسالة ماجيستير ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، ط 1 2001 ص وهشام محمد مجاهد : المرجع السابق ص 78 .

[2]مجدي فتحي: المرجع السابق ، ص41 . و سنا يحي ناجي الرافعي:نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء القانون و الشريعة ، دبلوم قانون خاص كلية الحقوق ,جامعة بيروت , 2005 ص 36 . وفاروق عبد الرءوف المرجع السابق ص 289 .

- **الفرع الثالث : قانون دولة الإمارات العربية المتحدة.**

نص القانون رقم 15 لسنة 1993 و الخاص بتنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية في مادته الأولى على أنه : " يجوز للأطباء المتخصصين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي، أو جثة متوفى ، وزرعها في جسم شخص آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته " . فيتضح أنه لا يجوز استئصال الأعضاء البشرية، و حفظها، لاستخدامها عند الحاجة كما هو الحال في بعض الدول التي تعتمد بنوك الأعضاء البشرية [2].

- **الفرع الرابع : القانون اللبناني**

أباح القانون اللبناني للآداب الطبية، الصادر في 1994 في المادة 30 فقرة 6 استقطاع جزء أو عضو بشري من إنسان حي بقولها :" يمكن إجراء استئصال عضو لإنسان بالغ حي متمتع بكامل قواه العقلية في سبيل إجراء عملية زرع ذات هدف علاجي ، و ذلك بعد موافقة الواهب الخطية الحرة و الصريحة و بحضور شاهد و بعد أن تشرح له نتائج الإستئصال» [3] .

- **الفرع الخامس : القانون السوري**

---

[1]إدريس عبد الجواد : المرجع السابق ص105.

[2]ابراهيم حسن :المرجع السابق، ص 217.

[3]محمد يوسف ياسين – المسؤولية الطبية – مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا ، فقهاء ، اجتهادا منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003 ، ص 240 . سنا يحي ناجي ، المرجع السابق ص 26 .

أباح المشرع السوري نقل الأعضاء من الأحياء بموجب القانون رقم 31 لعام 1972 و الخاص بزرع الأعضاء و يستدل على ذلك بنص المادة الأولى بنصها على أنه " يجوز لرؤساء الأقسام في المشافي و المؤسسات الصحية التي تحددها وزارة الصحة، القيام بنقل أي عضو ما أو جزء منه، كالعين و الكلية ، و غرسه أو تصنيعه لمريض آخر يحتاج إليه[1].

- **الفرع السادس : موقف المشرع المصري**

إلى وقت قريب كانت مصر من بين الدول التي لا يوجد لديها تشريعا،[2] ينظم نقل وزرع الأعضاء البشرية ، و يمكن القول أن التشريع رقم 178 لسنة 1960 الخاص بعمليات جمع و تخزين، و توزيع الدم ، و مركباته، لم يكن معولا عليه كأساس لبيان اتجاه الشارع من امتداد حكم النقل لكل الأعضاء للاعتبارات التالية :

- يرى البعض صعوبة إسباغ وصف العضو على دم الإنسان.
- أن الدم سائل متجدد، في حالة نقص أحد عناصره يستجيب نخاع العظام للنداء المرسل إليه بإنتاج عمليات من هذه العناصر محاولة لتعويض النقص الحادث[3] .

---

[1]عودة الزعال :المرجع السابق ، ص 41.

[2]راجع بالتفصيل محمد صلاح الدين :المرجع السابق ص 164 و ما بعدها . و رياض محمد خلفان : المرجع السابق ص 148 و ما بعدها.

[3]مجدي فتحي :المرجع السابق ص48

أما بالنسبة للقانون رقم 103 – 1962 الخاص بنقل وزرع العيون، ذهب غالبية الفقه إلى إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء قياسا عليه، لأن المادة الثانية منه،[1]تتيح الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها، أو يتبرعون بها، فإباحة التبرع بعد الوصية تفيد أن التبرع جائز حال الحياة، و قد ساير هذا الاتجاه جانب من الفقه الجنائي في مصر، بحيث يرى مشروعية زراعة الأعضاء البشرية وفقا لتحقيق مصلحة المجتمع في تأكيد روح التضامن بين أفراده ، و تحقيقا لمصلحة الفرد في الإبقاء على حياته[2].

بوجود هذا النص ظهر رأي يقول بإمكانية امتداده على سائر عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء مستندا في ذلك إلى عدة مبررات منها:

- أن الحكمة التي تجيز هذا القياس هي المصلحة الإنسانية المؤكدة التي تعود على الغير من استبدال العضو التالف بالعضو السليم.
- العين هي من أهم أجزاء الجسم الإنساني، و إن كان المشرع قد سمح بنقل العين وهي الأكثر أهمية، فمن البديهي أن يسمح بنقل الأقل أهمية[3].

إلا أن هناك، من رأى عدم جواز القياس في مجال إباحة نقل و زرع القرنية، حيث أن القانون لم يسمح باستقطاع هذا العضو إلا من ميت وفقا للشروط المنصوص عليها في

---

[1]تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم 79 – 2003 حيث نصت على : أ " قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بعد وفاتهم بغير مقابل و كان النص القديم على النحو الآتي : "عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها ». و ذلك بسبب اختلاف الفقه المصري حول ما إذا كان يجوز للشخص سليم العينين ان يتبرع بأحد قرنيتيه و هو على قيد الحياة .افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 122 .

[2]رمضان جمال :المرجع السابق ص 175 و 176 .

[3]مجدي فتحي :المرجع السابق ، ص 49 .

المادة الثانية من القانون 103– 1962. أو لعلة مرضية، و التصرف فيها في غير تلك الحالات يعتبر مخالفا للنظام العام[1].

نظرا لخلو التشريع المصري أنداك من قانون ينظم عمليات نقل الأعضاء ، فإنه تم اللجوء إلى قانون نقابة الأطباء الذي يقوم على أساس أخلاقيات المهنة و آدابها و قد تم وضع تنظيم لهذه العمليات بعدم جواز النقل من الأقارب،إلا إلى الدرجة الرابعة، وعند ما يكون بين غير الأقارب، فإن الأمر يعرض على لجنة مشكلة من كبار المتخصصين لبحث كل حالة على حدة[2].

نتيجة لكثرة الانتقادات التي وجهت للمشرع المصري، و مطالبته بضرورة وضع تشريع ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كغيره من الدول ، فقد أصدر القانون رقم 05 لسنة 2010 تنظيم زرع الأعضاء البشرية، حيث قضت المادة الأولى في فقرتها الأولى منه على أنه:« لا يجوز نقل أي عضو، أو جزء من عضو، أو نسيج من جسم إنسان حي، بقصد زرعه في جسم إنسان آخر، إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي، أو علاجه من مرض جسيم بشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، و ألا يكون من شان النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته ».

---

[1]طارق سرور : المرجع السابق ص 400 .

[2]مجدي فتحي :المرجع السابق ص 53 . و كامل عبد العزيز :المرجع السابق، ص 445 .

نص في المادة الرابعة على انه :«لا يجوز النقل من الأحياء إلا على سبيل التبرع » و نصت المادة الخامسة ،على ضرورة أن تكون الموافقة على التبرع صادرة عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا و ثابتة كتابة .

فيتضح أنه بإصدار المشرع المصري قانونا ينظم هذه العمليات، يكون قد أعاد الأمل لآلاف المرضى المصريين الذين كانوا ينتظرون صدور هذا القانون .

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء.

عالج المشرع الجزائري نزع الأعضاء البشرية وزرعها من خلال قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم 85 -05 المعدل والمتمم بالقانون 90 -17 المؤرخ في 13 – 07 – 1990 حيث أباح هذه العمليات تماشيا مع التطور العلمي من جهة، وشرعية هذه العمليات فقها و شرعا من جهة أخرى ، حيث أسست على أساس التضامن الإنساني، و ما يحتمه هذا المبدأ من أهمية التعاون بين البشر في سبيل تحقيق مصالحهم[1] .

تستند شرعية عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري إلى نص المادة 162 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، حيث نصت على أنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة

[1] رايس محمد: المرجع السابق ،ص 78 .

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

يلاحظ أن هذه الفقرة تناولت الأساس القانوني لعمليات نقل و زرع الأنسجة و الأعضاء بين الأحياء، بالإضافة إلى بعض الشروط التي لابد من توافرها حتى يتمكن الطيب من المساس بجسم المتبرع دون مسؤولية جنائية أو مدنية .

بالتالي يكون المشرع الجزائري،[1]قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجة والأعضاء من الأحياء، من خلال وضع نص قانوني يتمثل في قانون حماية الصحة وترقيتها كما أنه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 12_167 المؤرخ في 04_04_2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها، قد أشار إلى وضع سجل لتسجيل المرضى في انتظار انتزاع الأعضاء وزرعها، و ذلك من خلال ضمان تسيير و حفظ بطاقيات المانحين و المستقبلين للأعضاء مع النص على ضرورة تطوير نشاطات انتزاع وزرع الأعضاء . كما منح لهذه الوكالة، حق إبداء الرأي للسلطات الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء و الأنسجة والخلايا البشرية . مما يدل على تشديد الرقابة على المستشفيات المخول لها إجراء هذه العمليات،

---

[1]ماروك نصر الدين :المرجع السابق، ص 129 .

وضمان حماية أكبر للمتبرع و المتلقي، و مسايرة تطور التشريعات المنظمة لهذا النوع من العمليات[1].

أخيرا يتضح أن المسالة قد حسمت من الناحية القانونية بإباحة نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء استنادا إلى النص القانوني في الدول التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. حيث أكد احد الأطباء:« أن خضوع المرضى لغسيل الكلى المتكرر على المدى الطويل من بين أهم الأسباب التي تحول دون استفادة المريض من زراعة الكلى ...». [2]

---

[1]راجع الجريدة الرسمية رقم 22 المؤرخة في 15 ابريل 2012 .

[2]راجع الخبر اليومية الجزائرية بتاريخ الجمعة 20 جانفي 2012 ووصلت عمليات زرع الكلى بالجزائر في الفترة من 1986 الى 2005 تم زرع 200 كلية بمعدل 10 كلى في السنة. وفي الفترة من 2006 الى 2011 تم زرع 570 كلية بمعدل 95 كلية في السنة مما يدل الى ارتفاع نسبة التبرع بالكلى في الجزائر.

الفصل الثاني

شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

الفصل الثاني

شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

تمهيد

سبق لنا بيان اساس إباحة عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية حيث تطرقنا لذلك من الناحية القانونية والشرعية من خلال الاطلاع على مواقف كل من المجيزين لهذه العمليات وكذا الرافضين لها.

ولا يمكن الالمام بهذا الموضوع من خلال معرفة أساس إباحة اجراء هذه العمليات إلا بعد الوقوف عند شروط اجرائها والتي بتوافرها تكمل الإباحة وتتعطل بنقص احدها.

لذلك سنتناول هدا الفصل بالدراسة من خلال تقسيمه الى مباحث نتطرق في الأول للشروط الفنية والطبية الخاصة بنقل الاعضاء وفي الثاني للشروط القانونية الخاصة بالمتبرع ثم للشروط القانونية الخاصة بالمتلقي في المبحث الثالث اما في المبحث الرابع نتطرق للمسؤولية الجنائية للطبيب عن نقل الاعضاء البشرية.

المبحث الأول

الشروط الفنية و الطبية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء.

قبل البدء في تنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب مراعاة بعض الشروط الفنية و الطبية المتعلقة بإجراء هذه العمليات[1]، فرغم أن دراسة هذه الشروط يبدو أمرا يخص العاملين في المجال الطبي، إلا أنه يجب التطرق إليها حتى يمكن تكوين معرفة عملية تسمح بدورها ببيان مدى إباحة هذه العمليات من الوجهة القانونية . هذه الشروط منها ما يتعلق بالحالة الصحية لكل من المتبرع والمتلقي. و منها ما يرتبط بالعضو المنقول ذاته و كيفية المحافظة عليه، و مدى توافق أنسجة كل من المريض و المتبرع، باعتبار أن لفظ جسم المتلقي للعضو بات من . كما يعتبر تحديد أماكن إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. من شروط مشروعية إجراء هذه العمليات.

كلها شروط سوف نتطرق لها تباعا حسب الترتيب التالي:في المطلب الأول: الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالمتبرع و المتلقي اما في المطلب الثاني: فنتطرق للشروط الفنية و الطبية الخاصة بالعضو المنقول بينما نتطرق في المطلب الثالث: للشروط الفنية و الطبية الخاصة بمكان عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

---

[1] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 137.

المطلب الأول

الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالمتبرع و المتلقي

هناك شروط مشتركة بين المتبرع و المتلقي و شروط خاصة بكل طرف على حدة سوف نتناولها على التوالي:.

- **الفرع الأول : الشروط المشتركة بين المتبرع والمتلقي.**

- يجب أن يكون كلا من المتبرع و المتلقي متمتعا بصحة جيدة، و أن يكون المريض قادرا على تحمل العملية الجراحية الطويلة.
- يجب أن لا يتجاوز سن كل منهما الخمسين، و أن لا يقل عن عشر سنوات عند إجراء العملية الجراحية.
- عدم وجود عيارات مرتفعة من الأجسام المضادة السامة لخلايا العضو المراد نقله[1].
- ضرورة أن تكون نفسية المتبرع ونفسية المتلقي جيدة عند إجراء العملية الجراحية[2] .
- يجب أن يكون هناك توافق بين المتبرع و المتلقي من حيث الأنسجة أو الزمرة الدموية.
- عدم معرفة هوية المتبرع للمتلقي أو هوية المتلقي للمتبرع [1].

---

[1]نفس المرجع ص 138.

[2]ABDULDAYEM (Ahmed), Les organes du corps humains dans le Commercejuridique, publication juridique Alhalabi, Beyrouth.1999.p388, et PAYSANT (François), *Prélèvements et transplantations d'organes*.www.medunivrennes1.fr/étude /médecine –légale. P 2

- **الفرع الثاني: الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالمتبرع.**

المتبرع بالأعضاء إما أن يكون متبرعا حيا أو متبرعا ميتا دماغيا فلكل منهما معايير تشترط للتبرع بأعضائه.

- **الفقرة الأولى–الشروط الخاصة لنقل الأعضاء من المتبرع الحي :**

حتى يقبل تبرع الإنسان الحي بأعضائه يجب توفر المعايير التالية:

- التأكد من عدم إصابة المتبرع بأمراض معدية قد تنقل مع العضو المنقول[2].
- يمنع نزع أي عضو إذا كان المتبرع سيحتاج إليه في المستقبل[3].
- أن يكون المتبرع سليما من الأمراض الآتية (مرض السكر، ارتفاع الضغط و السرطان).

---

[1]BOISSIER–RAMBAUD (Claude), Georges HOLLEAUX, La résponsabilité juridique de l'infirmière, 6ème édition, Lamarre, Paris, 2002. P 49

–قانون رقم 94–654 في المادة 665 فقرة 14 الذي اشترط عدم جواز إفشاء أي معلومة من شأنها أن تعرف المانح بهوية المتلقي .

« Le donneur ne peut connaitre l'identité du receveur in le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'indentifier à la fois celui qui a fait don d'un element ou d'un produit de son corps et celui qui l'a recue ne peut étre divulguée… » Art. L. 665–14, Loi–no 94–654.

[2]نصت المادة 163 ق ح ص ت الجزائري على " ... كما يمنع انتزاع الأعضاء و الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل..." . أنظر في نفس الموضوع علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء المرجع السابق ص 256 . وسميرة أقرور : المرجع السابق ص 84.

[3]أشارت المادة 162 ق ح ص ت الجزائري "...إلى أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ....." ذلك ما أشارت إليه المادة الثالثة من مشروع القانون العربي الموحد حيث نصت على أنه « لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة حتى و لو كان بموافقة المتبرع ».

- ألا يكون المتبرع مصابا أو حاملا لمرض معدي كالإيدز و السل و التهاب الكبد الفيروسي.
- أن يكون فحص التطابق النسيجي مناسبا .
- إذا كان المتبرع امرأة، فيجب ألا تكون حاملا، و ألا تكون راغبة في الحمل إذا كانت في سن الحمل.
- أن يكون المتبرع قريبا للمريض، أو صديقا حميما، لدفع حيلة بيع الأعضاء و هذا الشرط يعتبر في بعض المراكز الطبية من الأخلاق المهنية[1].
- **الفقرة الثانية : الشروط الخاصة لنقل الأعضاء من المتوفين دماغيا :**

حتى يمكن السماح بنقل الأعضاء من المتوفى دماغيا لا بد من توافر شروط معينة حيث جاء في دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية ، أن أعضاء المتوفى دماغيا صالحة للزراعة ما عدا إذا توافر أحد المعايير العامة المشتركة التالية[2] .بمعنى أنه تعتبر أعضاء المتوفين دماغيا (غير صالحة) للزراعة بوجود أحد الأسباب الآتية:

---

[1]يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ص 454.

[2]ذكرت في المبحث الخامس من الباب الأول من دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية ص44_45 ،ومن بين الأعضاء التي تناولها المرجع (الكلية ، الرئة) . لمزيد من التفصيل راجع يوسف بن عبد الله المرجع السابق ص451 . و هناك شروط خاصة لا يسمح معها إجراء النقل مثلا بمرض الكلى، كوجود مرض كلوي مزمن ، أو إرتفاع ضغط شرياني مزمن لدى المتوفي دماغيا، أما بالنسبة لزراعة الرئة، كإصابة المتوفي دماغيا بمرض تنفسي مزمن.أما بالنسبة لعمليات زراعة القرنية فمصادرها هم المتوفي دماغيا ، أو الموتى، حقيقة، فيشترط لعدم إمكانية إجرائها وجود إصابة مرضية داخلية في العين مثل الأورام الخبيثة ،أو أي مرض في القرنية أو القزحية .نفس المرجع ص ص 451 – 496 .

- تلفها نتيجة للإصابة الأولية المسببة للوفاة الدماغية، أو بسبب الإصابة بحالة صدمة امتدت لأكثر من 30 دقيقة ما عدا حالات زراعة القرنية .
- إصابة المتوفى دماغيا بسرطان مؤكد، أو مشتبه فيه ، ماعدا أورام الدماغ الأولية التي أكدتها تحاليل العينات المأخوذة منه، و ماعدا سرطان الجلد ذو الخلايا القاعدية.
- إصابته بمرض مجهول السبب .
- إصابته بالتهاب جرثومي أو فيروسي فعال و منتشر.
- إصابته بفيروس نقص المناعة HIV .
- إصابته بالتهاب الكبد الوبائي (B)، أو إصابته بفيروس الخلايا اللمفاوية (T) الإنساني.
- إصابته بأحد أمراض الفيروسات البطيئة مثل (كروتسفيلد جاكوب) اعتلال الدماغ المتوفى البؤري المتعدد، داء الكبد.
- إدمانه على المخدرات .
- **الفرع الثالث:الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالمتلقي**

حتى يقبل النقل إلى مريض يجب توافر المعايير التالية :

- يجب فحص المريض للتأكد من عدم إصابته بالتهابات بكتيرية، أو فيروسية، أو فطرية[1].
- عدم وجود عيارات مرتفعة من الأجسام المضادة السامة لخلايا العضو المراد نقله[2].
- ألا يكون المريض مصابا بأمراض خطيرة كالسرطان، أو الإيدز، أو مصابا بأمراض يصعب معها الزراعة، كأن يكون المريض محتاجا لزراعة القلب، أو الكبد أيضا[3].
- استبعاد الأشخاص الدين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض، كالالتهابات الرئوية، أو قرحة المعدة بسبب تناولهم أدوية تنشيط المناعة [4].

بالإضافة لذلك جاء في دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية ، تحت اسم الموانع المطلقة:

- إذا كان المريض مصابا بالتهاب نشط غير رئوي، أو التهاب نشط رئوي، في حالات زراعة الرئة المنفردة.
- إذا كان المريض مصابا بأمراض عضوية أخرى، مثل القصور الكلوي أو القصور الكبدي.

---

[1]ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 138 .

[2]سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 84.

[3]يوسف بن عبد الله: المرجع السابق، ص 452.

[4]ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 138.

- إذا كانت شرايين المريض التاجية مصابة بشكل شديد، أو كان لديه اختلال في وظيفة القلب الأيسر، أو اختلال في وظيفة القلب الأيمن، (القذف الجزئي أقل من 25 %) إلا إذا كان سيخضع لعملية مشتركة لزراعة القلب و الرئة.
- إذا كان المريض غير مستقر من الناحية النفسية، و يخشى بعد عملية الزراعة عدم تجاوبه بمتابعة العلاج ، و الإرشادات الطبية كما يجب .
- إصابة المريض بسرطان جديد غير قابل للشفاء.
- إذا كان هناك احتمال في بقاء المريض حيا لمدة تتراوح بين(18- 24) شهرا وكانت وظيفته الرئوية الديناميكية ضمن الحدود المقبولة و ليس بحاجة دائمة إلى الأكسجين[1].

و يعتبر توافق أنسجة المتبرع و المتلقي أحد أهم عوامل نجاح عمليات نقل الأعضاء وزرعها ،ومن المعلوم أن أهم أسباب عدم نجاح زراعة الأعضاء، هو رفض الجسم لها، و أمكن التغلب على هذا الرفض بخفض مناعة الإنسان، فبدأ النجاح في عمليات زراعة الأعضاء في ارتفاع، خاصة بعد اكتشاف عقار(السيكلورسبورين)[2]، بحيث يتعاطى المريض

---

[1]يوسف بن عبد الله :المرجع السابق ، ص485.

[2]وقد حاول الأطباء التقليل من ظاهرة اللفظ، وذلك باستخدام هذا العقار الذي يعتبر من أكثر العقاقير كفاءة في إيقاف ظاهرة لفظ الأجسام.راجع في هذا الموضوع منير رياض : الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوروبية والأمريكية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،ط 1، 2008 ، ص 385.

هذا العقار على هيئة شراب ، أو حقنة في الوريد، أو أقراص، أو كبسولات.[1] ويعطى المريض أول جرعة منه أثناء عملية زراعة العضو ، و تكون هذه الجرعة كبيرة ثم تخفض غالبا شيئا فشيئا، بعد الأيام الأولى من الزراعة بحسب حال المريض[2] و يستمر المريض في تعاطيه لخافض المناعة طيلة حياته إلا ما نذر حتى مع استقرار حالته[3].

ونسبة الرفض تختلف باختلاف نوع المتبرع ،و عمره، و عمر المتلقي، و مستوى المركز الطبي الذي يقوم بالزراعة،و تزداد نسبة احتمال حصول الرفض كل سنة بعد الزراعة، لا يكاد يسلم منها مريض متلقي، ويقدر بعض استشاري زراعة الكلى متوسط عمر الكلية المزروعة بعشر سنوات إذا كانت من متبرع حي قريب، و سبع سنوات إذا كانت من متبرع متوفى دماغيا[4].

---

[1]عقار خافض المناعة ،هو أهم ما يتعاطاه المريض حتى لا يرفض الجسم العضو المزروع, وهو أيضا أخطر ما يتعاطاه المريض بسبب خفضه للمناعة الطبيعية في الجسم الذي يؤدي إلى ضعف تحمل الجسم ،أمام الأمراض، و الالتهابات الفيروسية و البكتيرية . و الذي قد ينتهي بالوفاة في أحيان كثيرة . ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 142.راجع أيضا هيثم قطيط : الجديد في العلوم الطبية ، مجلة فصلية . جامعة دمشق . المجلد الرابع ع 3 أيلول، 2001 ،ص 21 .

[2]يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ص 346.

[3]ومن الأعراض الجانبية التي يؤدي إليها هذا العقار هو التسمم الكلي، تسمم الكبد، ارتفاع الضغط ،وزيادة نمو الشعر،و وجود الرعشة في الأطراف واحتباس السوائل في الجسم و فقدان الشهية مع الغثيان و التقيوء و غير ذلك انظر organtransplantation.edited by :thomase .starzel –ronshapiro – richard lsimmons (chbter (5.18).(4/14 مشار اليه في ، نفس المرجع ص487.

[4]كما تبت من خلال الدراسة أن تبرع أحد الزوجين للآخر حقق أعلى درجات النجاح وظهر أيضا أن المرأة المتبرعة إذا لم تكن قد حملت من قبل فإن نسبة بقاء المتبرع له (87%) و إذا كانت قد حملت قبل التبرع فإن نسبة البقاء تقل إلى (86%)انظر the new englend journal of medecine .volume 333 :333–336 number23 december 2 ,1999 مشار إليها في نفس المرجع ص464.

قد أشار الطبيب الإيطالي Tagliacozzi للرفض المناعي حيث أسماه «القوة و الطاقة » و قد بدأ إدراك هذه المشكلة في القرن العشرين عندما أصبحت زراعة الأعضاء من الغير هي النموذج الذي تعتمد عليه أبحاث زراعة الأعضاء[1].

المطلب الثاني

الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالعضو المنقول.

يجب التأكد من سلامة العضو المنقول قبل نقله و أنه متناسب مع جسم المتلقي بالإضافة إلى توافق أنسجة المتبرع بأنسجة المتلقي، لضمان عدم تعرض العضو لظاهرة لفظ الأجسام الغريبة بعد زرعه[2].

وقد حظرت القوانين التي نظمت نقل و زرع الأعضاء البشرية هبة الأعضاء الأساسية للحياة، أو الفردية التي يترتب على استقطاعها وفاة المتبرع كالقلب ،أو تعريض صحته للخطر أو إنقاص مستديم لقدراته الوظيفية[3].

---

[1]شعبان خلف الله : زراعة الأعضاء بين الواقع و المأمول ، دار الكتب العلمية لبنان ط 1 2001 ص 12 ، 14.

[2] سميرة أقرور، مرجع سابق، ص189.

[3]DELPRAT (Laurent), Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris, 2004.p 115.et DUPOUT (Marc), Claudine ESPER, Christian PAIRE, Droit hospitalier, 3ème édition, Dalloz, Paris, 2001.p 395.

لذلك ينصح الأطباء، بأن يكون المتبرع الحي، هو أخ توأم ،[1] أو قريب حتى الدرجة الثانية نظرا للتوافق في الأنسجة و تطابق الزمرة الدموية بينهما مما يساعد على التقليل من ظاهرة رفض الجسم الغريب[2] .

كما أن مقدار المدة اللازمة لحفظ العضو المنقول تتفاوت حسب تكوينه التشريحي فبعض الأنسجة العظمية، يمكن أن تبقى لمدة ساعات طويلة محرومة من كمية الدم اللازمة لها بدون أن يصيبها أدنى تلف، أما بالنسبة للأعضاء المركبة كالكبد و الكلى فهي تتلف في فترة زمنية قصيرة ،لا تتعدى بضع ساعات إذا ما تعرضت لنقص الدم .

يمكن القول أن الطبيب الجراح ملزم بمراعاة أصول الفن الطبي، من خلال إجراء مقارنة بين مزايا الاستئصال و الزرع، و مخاطر كل منهما وعدم إقدامه على العملية إلا إذا كانت نتائجها بالنسبة للمتلقي مضمونة النجاح[3].

---

[1] وكانت السنة الحاسمة في زراعة الكلى هي عام 1954 م ،عندما قام الجراحان– merrill و murray – بزراعة أول كلية بين (توأم من بويضة واحده) مع عدم استعمال أدوية مثبطه للمناعة و مانعة للرفض . و قد أدى عدم رفض الكلية المزروعة في تلك الحالة إلى إدراك وجود أساس وراثي للتوافق بين المتبرع و المتلقي لزراعة العضو . راجع شعبان خلف الله : المرجع السابق ص 18 .

[2]المدني بوساق : المرجع السابق ،ص 37 . و صابر محمد :المرجع السابق ص 179 – 180، و انظر المادة 2 من المرسوم الملكي الإسباني رقم 426 بتاريخ 22. 02 .1970 .

[3] محمد علي البار ، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء ، الأسباب و الأعراض و طرق التشخيص ، دار العلم ، دمشق و الدار الشامية بيروت ، ط 1 1992 ، ص 42 و ما بعدها .

المطلب الثالث

الشروط الفنية و الطبية المتعلقة بمكان إجراء العمليات الجراحية.

ترى غالبية التشريعات التي تنظم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ضرورة إحاطتها بقدر من الضمانات اللازمة لإنجاحها،وذلك لسلامة طرفي العملية الجراحية، بمعنى إجرائها بمستشفيات خاضعة لرقابة الدولة ومتخصصة في إجراء عمليات النقل[1].

حيث نصت المادة 3/أ/2 من القانون الأردني للانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 على مايلي " أن يثم النقل في مستشفى تتوافر فيه الشروط و المتطلبات الفنية اللازمة لنقل الأعضاء وزرعها من قبل فريق من الأطباء و الفنيين المتخصصين" .

فليست كل المستشفيات مجهزة بأجهزة طبية يستطيع الأطباء إجراء مثل هذه العمليات فيها، لأن هذه العمليات تعد من العمليات الدقيقة التي هي بحاجة إلى دقة فنية عالية لاستئصال العضو من الشخص المتبرع وزرعه في جسد المريض فهي تحتاج لأيد فنية و خبرة عملية في هذا المجال.

أما المادة 10/ب/2 فقد أشارت إلى مستوى الخبرة الواجب توافرها في أعضاء الفريق من الأطباء والفنيين الذين يقومون بإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية، وزراعتها، و الإشراف عليها[2].

---

[1]ماروك نصر الدين ، المرجع السابق، ص 143.

[2]صفوان محمد :المرجع السابق ،ص 306.

وأكد المشرع الجزائري هذه الضمانة في المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها. حيث نصت عل أن" لا ينزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية لزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة".

فيتضح من استقراء هذا النص، أن الأهمية منه تكمن في أن المستشفيات هي المكان الطبيعي لإجراء مثل هذه العمليات الخطيرة، و فيها يتوافر قدر من الضمانات اللازمة للشخص المستفيد من العضو و الشخص المتبرع به .

كما أصدر وزير الصحة قرارا وزاريا رقم 19 بتاريخ 23 مارس 1991 تضمن كيفية تطبيق المادة 167، و أردف ملحقا تناول فيه قائمة بأسماء المستشفيات المرخص لها قانونا بأن تجري عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها. ثم أصدر في 2002/10/02 قرارا جديدا ألغى بموجبه القرار المذكور أعلاه ونص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية[1] .

---

[1]المادة الأولى : يهدف هذا القرار إلى الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بإنتزاع و/أو زرع الأنسجة و الأعضاء البشرية، المادة الثانية: يرخص للمؤسسات الصحية التالية القيام في الشروط المنصوص عليها في الفصل الثالث الباب الرابع من القانون رقم85. 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمشار إليه أعلاه بانتزاع و/أو زرع:

أ_ القرنية:

_ المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى (الجزائر) .

_ المؤسسة الإستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران).

_ المركز الإستشفائي بني مسوس (الجزائر).

_ المركز الإستشفائي الجامعي بباب الواد (الجزائر).

_ المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة .

ب: الكلى :

_ المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى (الجزائر).

المبحث الثاني

الشروط القانونية الخاصة بالمتبرع.

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول للشروط الفنية و الطبية الخاصة بكل من المتبرع والمتلقي، وكذا الشروط الخاصة بالعضو المنقول ومكان إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. سنتحدث في هذا المبحث عن الشروط القانونية الخاصة بالمتبرع، خاصة إذا نظرنا إليه بأنه شخص سليم لا يعاني من أية علة مرضية، ومع ذلك يتعرض للمساس بسلامته الجسدية. و حتى يمكن الاعتداء على ذلك الحق أو المساس به لابد من توفر مجموعة من الشروط نتطرق لها على التوالي في أن نتطرق في المطلب الأول لرضا المتبرع و في المطلب الثاني لشكل الرضا أما في المطلب الثالث لخصائص الرضا ثم لحق العدول عن الموافقة في المطلب الرابع ولعدم التعارض مع النظام والآداب العامة في المطلب الخامس.

_ المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).

ج: الكبد :

_ مركز بيار ماري كوري .

المطلب الأول

رضا المتبرع.

فمن المبادئ المستقرة في القانون الطبي، ضرورة الحصول على موافقة المريض على العلاج كما تمت الإشارة إليه،[1] فما بالك بالشخص المتبرع و الذي لا يعاني من أية علة. لذا و في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء، فإن إباحة هذه العمليات لا تعني أن يقوم الطبيب باستئصال العضو من جسم المتبرع ، دون موافقته.[2] بمعنى أنه لا يجوز المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع بغير رضاه. ذلك لأنه ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء فهو إنسان حي له الحق في سلامة جسمه[3].

إلا أنه لا يمكن الاعتداد بهذا الرضا إذا كان هناك مساسا بحق الإنسان في الحياة لأن الطبيب الذي يستأصل عضوا حيويا في جسد المتبرع كالقلب مثلا، يسأل جنائيا و مدنيا حتى ولو كان الاستئصال قد ثم برضا المتبرع ،لأن حق الإنسان في التصرف في جسمه

---

[1] أنظر سميرة أقرور : المرجع السابق ،ص 86 . و ابراهيم يوسف :المرجع السابق، ص 30. و هرموسي ص 30 عمار عباس الحسني :حالة الضرورة و أثرها في المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ص501 . و طارق البشري : المرجع السابق، ص 20 راجع أيضا ،صفاء محمود رستم السويلميين : المسؤولية المدنية الطبية في نقل وزراعة الأعضاء بين الشريعة و القانون ، رسالة ماجيستير . جامعة الأردن أيار، 2001 ،ص 75 .

[2] مجدي فتحي : المرجع السابق، ص 98. راجع أيضا صفاء محمود رستم: المرجع السابق، ص 75.

[3] افتكار مهيوب :المرجع السابق ،ص 220 . وصفوان محمد : المرجع السابق ، ص 295.

ليس حقا مطلقا و لأنه لا يملك التنازل عن حياته، و لا حتى مجرد تعريضها للخطر أو انتقاص مقدرتها الوظيفية[1].

وباعتبار رضا المعطي شرطا أساسيا لأعمال سبب الإباحة، فقد أقرت به الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي،[2]و أخدت بها جميع التشريعات التي نظمت عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء[3]

---

[1]كامل عبد العزيز :المرجع السابق، ص 465 و 466 احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 67. 68 . راجع أيضا عمار عباس الحسني ص 501 و ما بعدها .

[2]نصت الاتفاقية التي أعدها مجلس أوروبا و اللجنة الأوروبية في 4 أبريل سنة 1997 و المسماة اتفاقية أوفيدوOVIEDO ،على ضرورة توافر شرط الرضا بوجه عام ، في الفصل الثاني منها على أن " التدخل في مجال الصحة لا يمكن إلا بعد صدور رضا حر و متبصر من صاحب الشأن"المادة 5 فقرة1 . أنظر طارق سرور: المرجع السابق ، ص 18. وسميرة أقرور: المرجع السابق، ص 86.

[3]المادة 4 من القانون المغربي نصت على أنه " لا يجوز أخد الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقا عل ذلك " وذلك ما نصت عليه المادة 1 من القانون اللبناني و المادة 2 من مشروع القانون العربي الموحد .و المادة 2 من القانون السوري ،و المادة 2 من القانون الأردني، كما نصت المادة 1211 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه " لا يحق ممارسة عمليات أخد أجزاء من الجسم البشري أو جمع مكونات بدون إذن مسبق من المتبرع ." كما أشارت إلى ذلك فتوى مجلس الدولة المصري في جلستها المنعقدة في 31 ماي ،و في 7 جوان ،و في 21 جوان، لسنة 1995 بقولها " إن جسم الآدمي ليس محلا للتعامل فيه مما يقتضي الأمر استلزام الرضا بالنقل بالإذن و الإجازة فبالنسبة لحق الفرد المنقول منه أو أقاربه فهو يرتفع بالرضا بالنقل منه و الرضا في الحالة المعروضة لا يعتبر من التصرفات التي ترد على محل قابل للتعامل فيه ، لأن جسم الآدمي و أي شيء منه لا يرد عليه القابلية للتعامل .انظر افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 220.

المطلب الثاني

شكل الرضا.

القاعدة العامة أن الرضا الصادر عن المتبرع[1]ليس له صورة معينة. يفرغ فيها، فقد يصدر ضمنيا، وقد يصدر صريحا، بالقول أو بالكتابة و ليس للكتابة صورة معينة تفرع فيها، فقد تكون بخط اليد أو مطبوعة، [2] ولكن يتعين في الكتابة أن تكون بعبارات تدل على الرضا.

فالتعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو الكتابة، أو بالإشارة المعهودة عرفا و لو من غير الأخرس، أو التعاطي، أو اتخاذ أي مسلك آخر، لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي ما لم يستلزم القانون أن يكون التعبير صريحا[3].

ونظرا لما تنطوي عليه عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من خطورة ، فقد اشترطت غالبية التشريعات أن يكون الرضا كتابة، ومنها من أشترط فضلا عن ذلك توقيع شاهدين كاملا الأهلية على رضا المتبرع المكتوب[4]،كما اشترط البعض الآخر أن يكون

---

[1]تختلف التسميات بشأن كل من يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه فهناك من التشريعات من تطلق عليه اسم المعطي، أو المتبرع ،أو الواهب ،أو المتنازل كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري . انظر كذلك أسامة السيد عبد السميع : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة . دراسة فقهية مقارنة . دار الجامعة الجديدة 2006 ص 129.

[2]افتكار مهيوب : المر جع السابق ص 86 ،واحمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق، ص 67 ،وسميرة عايد : المرجع السابق ،ص138 إبراهيم يوسف: المرجع السابق ،ص 33 و صفوان محمد :المرجع السابق ص 296 .

[3]القانون المدني العربي الموحد، المعتمد بالقرار رقم 228 ___ د 12 في 19_11 _ 1976.

[4]شكل المطبوعة أنظر الملحق رقم 1

التعبير عن الرضا أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو القاضي الذي ينتدب لذلك، وعند اللزوم التعبير عن الرضا بأي طريقة أمام النيابة العامة و تطلب إجرائه في شكل كتابي[1]، يوفر المزيد من الحماية، للمتبرع نظرا لما ينطوي عليه الاستئصال من خطورة بالنسبة له، ومن شأن ذلك أنه سيتيح له إصدار رضاه، بعد تفكير وروية و يكفل حمايته[2] من التعرض لأي ضغط أو إكراه، كما أنها تحمي[3] الطبيب من المساءلة الجنائية أو المدنية .

و على ضوء ما تقدم فإن الكتابة لا تكشف فقط الرضي و إنما تشهد كذلك على أن الرضي كان صادرا عن وعي و إدراك كاملين لعواقب العملية الجراحية و التي يجب أن يحاط المنقول منه بها علما[4]، ذلك لأن التبرع لا يحقق أي مصلحة علاجية تذكر بالنسبة للمتبرع ،لذلك تستلزم الحذر و الحرص في استخلاص الرضا ولهذا يتعين إتباع شكلية معينة بخصوص الرضا بالانتزاع بهدف لفت انتباه المتبرع بالعضو إلى خطورة التصرف المقدم عليه[5]. فالتشريعات الصادرة في هذا الشأن، اختارت الكتابة كوسيلة للتعبير عن الرضاء و الكتابة يجب أن تكون صادرة من المنقول منه لكي تكون دليلا وحجة عليه. و هناك من

---

[1]إن الإقرار التحريري هو شكلية قانونية كتابية أو جبها المشرع للتثبيت من صحة رضا المتنازل و التذكير بخطورة العمل الذي يقدم عليه انظر منذر الفضل:المرجع السابق ،ص82. و من التشريعات التي نصت على ذلك القانون الكويتي م2، و الإماراتي م2 والقطري م2. وترجع أهمية اشتراط الكتابة إلى أنها تحمل دليلا على توافر التبصير، و تشهد على أن الرضا كان صادرا عن وعي وإدراك كاملين لعواقب العملية كما أن اشتراط الكتابة لإثبات الرضا، ضمان للمتبرع من استخدام إباحة عمليات نقل الأعضاء. راجع كامل عبد العزيز: المرجع السابق، ص458.

[2] عبد المعطي خيال : المرجع السابق ، ص 104 . و كامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 458 .

[3]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ،ص 70 . ومجدي فتحي : المرجع السابق، ص 99.

[4]صفوان محمد: المرجع السابق، ص 297.

[5]افتكار مهيوب :المرجع السابق ،ص221.

التشريعات التي لم تكتف بالكتابة و اشترطت توقيع المتبرع أو توقيع من في الحالات التي يجيز فيها[1] القانون ذلك .

و يجب أن تكون الكتابة دالة دلالة واضحة على موافقة المنقول منه و اختياره و قناعته بعملية استقطاع عضو معين من أعضائه [2].و بما إن القوانين المنظمة لعمليات زراعة الأعضاء، تطلب كل منها شكلية معينة وجب توضيح ذلك كمايلي :

- **الفرع الأول : التشريعات التي تكتفي بالرضا المكتوب فقط**

ينظم القانون اليمني رقم 26_2002 بشأن مزاولة المهن الطبية و الصيدلانية عملية نقل الأعضاء حيث نصت المادة 27/ج على " أن يوقع المتبرع على سجل خاص بعد إطلاعه على كل المعلومات، أنه وبرغبته وبدون أي تأثير يوافق على نقل العضو ".

وفي القانون الأردني[3] رقم17_1980 نصت المادة الثانية – 3/4 على " أنه يجب أن يوافق المتبرع خطيا قبل إجراء عملية الاستقطاع، وهو بكامل إرادته و أهليته على نقل العضو من جسمه وذلك قبل إجراء عملية النقل".

---

[1]أنظر نص المادة 3 من القانون المصري رقم 103_1962 الخاص ببنك العيون .

[2]وقد يكون التوقيع بالإمضاء أو الختم وقد أعتبر المشرع المصري الختم كالإمضاء.أنظر المواد 390، 394 ، 395 من القانون المدني المصري وقد تكون بصمة الأصبع لانتشار الأمية راجع طارق سرور :المرجع السابق ص224

– نص المشرع الجزائري في المادة 60 من القانون المدني على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

[3]هو القانون رقم 23 لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء الجسم ،المعدل بمقتضى القانون رقم 17 لسنة 1980 .أنظر صفوان محمد:المرجع السابق، ص297. راجع:افتكار مهيوب: المرجع السابق، ص 222.

أما المشرع المصري في المادة الثالثة من القانون رقم 103_1962 الخاص ببنك العيون نص على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين وهم كاملي الأهلية وإذا كان المعطي قاصرا أو ناقص الأهلية، فيلزم الحصول على إقرار كتابي من وليه[1].بينما نص المشرع الليبي في المادة 15من قانون مسؤولية الطبيب الليبي رقم 17_1986 على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء من ما لم يكن ذلك بموافقة خطية[2].كما نص القانون العراقي رقم 85 لسنة 1986 في المادة الثانية منه على أن يكون الرضا صادرا بالكتابة.ونص دليل إجراءات زراعة الأعضاء بالمملكة العربية السعودية على أن يكون التبرع مدعوما بإقرار كتابي وموثق من المتبرع[3] . وجاء في المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد أنه يشترط أن يكون التبرع أو الوصية صادرة بموجب إقرار كتابي موقع بذلك[4] .

وأيضا نص على ذلك المشرع السوري في القانون رقم 30- 2003 في المادة الثانية فقرة 2 على أن "....أن لا يثم نقل العضو إلا من المتبرع كامل الأهلية و بعد الحصول منه على موافقة خطية مريحة وموثقة".

---

[1]سميرة اقرور :المرجع السابق ،ص 87.و مجدي فتحي : المرجع السابق، ص 99 .و ادريس عبد الجواد : المرجع السابق ،ص 105.

[2]الشيخلي : المرجع السابق ، ص282.

[3]عبد الوهاب الخولي: المرجع السابق، ص 176.

[4]نصت المادة 2 منه على أنه " يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه و يشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا و يكون التبرع و الوصية بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك . منذر الفضل: المرجع السابق ص 86.

- الفرع الثاني : التشريعات التي تطلبت أن يكون إثبات الرضا أمام جهة رسمية.

أشترط المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة رقم 2004_800 الصادر بتاريخ 2004/08/06. في نص المادة 1/1231[1] على أنه "يجب على المتبرع الذي أعلم مسبقا عن طريق لجنة الخبراء[2] ، المعلنة في المادة 3/1231[3] بالمخاطر التي يواجهها و التبعات المحتملة لعملية أخد العضو و يجب عليه أن يبدي موافقته أمام رئيس محكمة عليا أو

---

[1]Art. L. 1231-1. - Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur.

[2] تشكل لجنة الخبـراء من خمسة أعضاء يعينون لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير الصحة و يشترك ثلاثة من هؤلاء الأعضاء ، منهم اثنان من الأطباء و شخص مؤهل في مجال العلوم النفسية و الاجتماعية في التشكيلتين معا وعندما تصدر اللجنة قرارها بخصوص أخد عضو من شخص بالغ لابد أن تضم عالم نفسي وطبيب و عندما تصدر قرارها بخصوص أخد الأعضاء من شخص قاصر لابد أن تضم شخصية مؤهلة في مجال علم النفس عند الأطفال و أيضا أخصائي في طب الأطفال .انظر افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 224 .

- nefussy- Leroy (Natalie), organes humains (prélévements, dons, transplantation), édition ESKA, Paris, 1999, p 132.

[3]« Art. L. 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 de la santé. Trois de ces membres, dont deux médecins et une 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. Le comité ainsi constitué délivre son autorisation par tout moyen. Dans ce cas d'urgence, l'information prévue par le troisième alinéa de l'article L. 1231-1 est délivrée par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien du choix du donneur.

قاضي معين من قبله لكي يتأكد مسبقا أن الموافقة واضحة ، و صريحة، و أن التبرع يطابق الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى و الثانية من ذات المادة و في حالة الضرورة القصوى تجمع الموافقة بأي وسيلة بواسطة النائب العام ويمكن الرجوع عن هذه الموافقة بأي شكل و في أي وقت " .ويفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي أشترط صدور الرضا بعد علم المعطي مسبقا من قبل لجنة الخبراء بالمخاطر التي سيواجهها نتيجة التبرع بأخذ أعضائه، و يقع على عاتق القاضي مسؤولية التأكد من صدور الرضا صريحا و خاليا من العيوب ومطابقا للشروط التي يتطلبها القانون. فيلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استثنى حالة الضرورة القصوى، و سمح بالحصول على الموافقة بأي وسيلة بواسطة النائب العام[1].

أما المشرع الإيطالي، فقد نص في القانون رقم 458 المؤرخ في 26 يونيو 1967 الخاص بنقل الكلية بين الأحياء، فأشترط على المعطي البالغ الكامل الأهلية أن يقدم للقاضي التصرف الشرعي على ورقة عادية،[2]ونفس الاتجاه أخد به المشرع التونسي،[3] و نصت عليه اتفاقية(Oviedo)[4] .

وتطلب القانون الإسباني، رقم 2070 الصادر في 1999/12/30 بشأن استقطاع و نقل الأعضاء البشرية، أن يعبر المنقول منه عن رضائه كتابيا أمام القاضي المختص

---

[1]نفس المكان .

[2]احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص70.

[3]أنظر القانون 22 عام 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها في الفصل 8، مشار اليه في ماروك نصر الدين: المرجع السابق ص 197.

[4] حيث نصت اتفاقية Oviedo في المادة 19 منها على ضرورة أن يكون الرضا صريحا و مخصصا سواء بالكتابة أو أمام سلطة رسمية .افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 87.

بالسجل المدني الواقع في دائرة المنقول منه، ويتم التوقيع على المستند من صاحب الشأن و الطبيب المسؤول عن عملية استقطاع العضو و مساعديه. وقد تطلب المشرع الإسباني مرور مدة 24 ساعة على تمام هذا الإجراء قبل البدء في عملية الاستقطاع وقد قصد المشرع من ذلك إتاحة الفرصة للمنقول منه للتفكير في خطورة ما يقدم عليه و إمكانية العدول[1].

و تبنى المشرع المغربي ذات النهج ونص في المادة العاشرة من القانون رقم 98_16 لسنة 1999، حيث أشترط صدور الرضا أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام القاضي الذي يعينه رئيس المحكمة لهذا الغرض[2]،ومن ثم تقع مسؤولية الطبيب في حالة قيامه بعملية الاستئصال دون مراعاة الإجراءات المذكورة في المادة العاشرة.[3] ويرى البعض أن من شأن هذه المادة عرقلة عمليات الزرع أكثر مما تشجعها[4].

- **الفرع الثالث: التشريعات التي تتطلب الكتابة وشهادة الشهود.**

---

[1]طارق سرور : المرجع السابق، ص229.

[2]افتكار مهيوب :نفس المرجع، ص224.

[3]نصت المادة 10 على أنه " يجب أن يعبر المتبرع على موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية مقر إقامة المتبرع أو أمام قاضي المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصا لذلك الغرض و يساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة بإقتراح من رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية يعهد إليهما بأن يشرحا للمتبرع بالعضو ابعاد عملية التبرع و للقاضي كذلك الفائدة العلاجية الموجودة من عملية الأخذ ثم يثم استطلاع رأي وكيل الملك لدى المحكمة في الموضوع بطلب من رئيس المحكمة أو من القاضي المنتدب و يحرر الرئيس أو القاضي المنتدب محضرا بموافقة المتبرع ثم تسلم النسخة من المحضر موقعة من طرف رئيس المحكمة أو القاضي المنتدب و الطبيبين المعنيين إلى الأطباء المسؤولين عن عملية أخذ العضو ".

[4]سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 87.

من هذه التشريعات القانون القطري رقم 1997/31 المتعلق بتنظيم نقل وزارعة الأعضاء، حيث نصت المادة الرابعة منه على أن " للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

أما المشرع الكويتي فقد نص في القانون رقم 55 لعام 1987 في المادة الثانية على أنه " يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه، أو أكثر من عضو و يكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية "[1].

ونص المشرع الإماراتي في القانون رقم 1993/15 المنظم لنقل وزراعة الأعضاء في المادة الثانية منه على أنه " يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه و يشترط في الموصي أو المتبرع أن يكون كامل الأهلية قانونا، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

أما القانون البلجيكي الصادر في 14 فبراير 1987 المتعلق باستقطاع وزرع الأعضاء نصت المادة الثامنة فقرة 2 منه على أن " الرضا يجب أن يكون صادرا بالكتابة أمام شاهد راشد و أن يكون مؤرخ و موقع من الشخص أو الأشخاص الملتزمة بإعطاء موافقتهم من

---

[1]كان المشرع الكويتي في القانون رقم7 لسنة 1987 الخاص بعمليات نقل الكلى في المادة الثالثة منه يشترط الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي فقط ، إلا أن القانون رقم 1987/55 جاء عاما. .بأحد أعضاء الجسم أو أكثر. و إشترط شهادة شاهدين كاملا الأهلية بالإضافة إلى الإقرار الكتابي .

الشاهد الراشد"[1]. و نصت المادة التاسعة منه على أن يتم تسليم المستند الدال على الرضا إلى الطبيب المكلف بإجراء عملية الاستقطاع الذي يجب أن يتأكد من توافر جميع الشروط. مما يدل على تشدد المتبرع البلجيكي بشأن رضا المشرع حماية له .

أما المشرع الجزائري فقد ساير هذه التشريعات، و نص في المادة 1/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر،و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين[2]، وتودع لدى مدير المؤسسة أو الطبيب رئيس المصلحة ".

فيتضح أن المشرع الجزائري اشترط موافقة المتبرع الكتابية قاصدا من وراء ذلك تنبيه المتبرع إلى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، و بالتالي يكون المشرع أعطى مزيدا من الحماية للمتبرع من خلال إعطائه وقتا كافيا للتفكير، مجنبا إياه أي ضغط أو إكراه قد يؤثر على إرادته في اتخاذ القرار الصائب .

---

[1]طارق سرور : المرجع السابق ص227.

[2]اشترط المشرع الجزائري كغيره من التشريعات التي تشترط شهادة الشهود حضور شاهدين على الموافقة الكتابية للمتبرع، والمشرع الجزائري عند ما نطلب أن يحضر شاهدين على الموافقة الكتابية لم يبين من يتولى إحضارهما. هل المتبرع أم المتلقي (المريض) ،أم المستشفى أم الغير.

يتضح أن هذه التشريعات تتطلب إضافة إلى الرضا المكتوب شهادة شاهدان كاملا الأهلية يشهدا على صحة الإقرار الكتابي الصادر من المتبرع فذلك يعد شرطا ضروريا يؤدي تخلفه إلى امتناع الطبيب الجراح عن القيام بعملية انتزاع العضو المتبرع به[1].

رغم أن بعض التشريعات[2]اشترطت الرضا المكتوب فقط من المتبرع ، أو التوقيع على نموذج معد سابقا، فالمتبرع قد يقدم على كتابة رضاه أو يوقع على نموذج معد تحت تأثير الشهامة أو الإكراه، ودون أن تكون له فرصة للاطلاع ومعرفة ما يترتب على هذا التصرف من مخاطر محتملة أو مؤكدة على صحته. كما أن اشتراط شهادة الشهود قد لا توفر الحماية اللازمة للمتبرع.

و يعتبر اشتراط الرضا أمام جهة رسمية من الإجراءات التي أخدت بها بعض التشريعات نظرا لخطورة مسألة استقطاع العضو السليم من المتبرع وهذا الإجراء يعتبر من أقوى طرق الإثبات لصدور المستند الدال على الرضا من جهة رسمية و يفيد ذلك أن المتبرع كان على علم كامل بماهية العملية الجراحية ومخاطرها .

ومن خلال ما تقدم يرى الباحث أن اشتراط الحصول على الرضا أمام جهة رسمية ، و إن كانت إجراءاته طويلة، إلا أنه يبدو اتجاها صائبا، لأن في تلك الإجراءات حماية للمتبرع

---

[1] افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 223.

[2]كالتشريع اليمني و التشريع الأردني راجع الفقرة (السابقة اعلاه).ص119.

من خطورة ما. هو مقدم عليه وفيه متسع من الوقت لكي يتخذ قرارا بعد تفكير وتروي بعواقب التبرع بالعضو.

في الأخير ينبغي أن نشير إلى أن رضا المتبرع وحده لا يكفي لإسباغ الشرعية على عملية نقل العضو، بل لابد من توافر شروط أخرى ،سوف نتعرض لها بشيء من التفصيل تباعا في المطلب الثالث .

المطلب الثالث

خصائص الرضا

اتفقت الفتاوى الصادرة من المجامع و الهيئات في هذا الشأن مع التشريعات المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء على جملة من الشروط التي ينبغي توافرها في رضا المتبرع.حيث يشترط لصحة رضا المتبرع باستئصال عضو من جسمه صدوره عن إرادة حرةّ، أي عن شخص يتمتع بملكات ذهنية سليمة حتى يستطيع أن يكون رأيا صحيحا عن طبيعة هذا التدخل الجراحي وعن المخاطر المحتملة التي قد يتعرض لها. و ينبغي أن يكون دافعه وراء التنازل عن عضو من أعضائه هو التضامن الإنساني في أسمى صوره و ليس المقابل المادي.

و بالتالي وحتى يكون الرضا صحيحا يجب أن تتوافر فيه خصائص معينة و هي أن يكون صادرا عن شخص ذا أهلية،و أن يكون حرا ، و متبصرا ، وبدون مقابل . نتطرق إليها تباعا .

- **الفرع الأول: أهلية المتبرع**

الأهلية[1] بصفة عامة هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات. و الأصل أن كل من بلغ سن الرشد القانوني، [2] وكان متمتعا بقواه العقلية يمكن له أن يتصرف فيما يملك بالبيع أو الشراء أو الهبة ، مالم يكن مشمولا بالحماية القانونية، أو من الأشخاص الذين طرأ على أهليتهم عارض من عوارض الأهلية[3]. والمقصود هنا هو أهلية الأداء [4] وهي صلاحية الشخص لأن يقوم بنفسه بالعمل القانوني، على وجه يعتد به شرعا، على أساس أن التنازل عن عضو من الجسم أو جزء منه، هو تصرف فيه بإذن المتبرع. وحتى يكون التصرف صحيحا لابد أن يكون الرضا سليما من العيوب ،و صادر عن ذي أهلية [5].

- **الفقرة الأولى : الاستقطاع من كامل الأهلية .**

---

[1] أنظر في موضوع الأهلية محمد شنة : قانون العقوبات البحريني القسم العام ، جامعة البحرين، ط 1 ،2003 ص 92. و افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 206 و اسامة السيد : المرجع السابق ص 130

[2]تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أن "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة (19) سنة كاملة ».

[3]وتنص المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية على أن " سن الرشد القانوني 18سنة شمسية كاملة».وتنص المادة2/44 القانون المدني المصري على أن " سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ".

[4]أما أهلية الوجوب يقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب حقا و أن يتحمل التزاما. سميرة عايد : المرجع السابق ص144.

[5]عبد المعطي خيال :المرجع السابق ص 108.و هيثم حامد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية ص155

- **أولا – موقف التشريعات المقارنة**

اتفقت اغلب التشريعات على أنه يشترط لصحة رضا المعطي أن يكون بالغا راشدا، لكنها اختلفت على سن أهلية الشخص الذي سوف ينقل منه العضو .ومن بين القوانين التي اهتمت بتحديد السن التي يجب أن يبلغها المتبرع ،القانون اللبناني [1]الخاص بزراعة الأعضاء، حيث نصت المادة الأولى فقرة 1 على أن " يكون الواهب قد أتم 18 سنة من عمره ". أما المشرع اليمني في القانون رقم 26 – 2002 فقد نص في المادة 27/أ/3 على أنه لا يقل عمر المتبرع عن 20 عاما.

ونص المشرع المغربي في قانون زرع الأعضاء صراحة على ضرورة أن يكون المتبرع راشدا عاقلا متمتعا بكامل قواه العقلية وله أهلية التصرف[2] .

كما أشارت المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد إلى أنه «يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه و يشترط في المتبرع او الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا و يكون التبرع أو الوصية صادر بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك »[3]. كما

---

[1]المرسوم الإشتراعي رقم 83/109 ، أنظر سميرة عايد : المرجع السابق ص 144.

[2]تنص المادة 11 على أنه " لا يجوز أخذ عضو لأجل زرعه من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية ". ونصت المادة 13على أنه " يجوز لكل شخص راشد يتمتع بكامل أهليته أن يعبر وهو على قيد الحياة وفق الأشكال و الشروط المنصوص عليها في هذا الفصل الثاني عن إرادته ترخيص أو منع أخذ أعضائه أو أعضاء معينة منه بعد مماته ".

[3]مشروع القانون العربي الموحد الصادر عن اللجنة الطبية . الأمانة العامة لمجلس الصحة العربي 1986.

رأى البعض الآخر ضرورة أن يكون سن المتبرع إحدى وعشرين عاما[1]. وقد جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي (فبراير 1988) " ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية [2] ومثل هذا النص ورد في التشريع القطري و الإماراتي و الكويتي[3].

وقد نص القانون الإسباني رقم 2070 الصادر في 1999/12/30 الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية على عدم الاعتداد برضا من لم يبلغ ثمانية عشرة سنة ميلادية شريطة أن يكون المنقول منه في كامل قواه العقلية...". و أكد قانون الدانمرك المؤرخ في 2 يونيو 1967 والمتعلق بهبة الأعضاء والأنسجة ضرورة أن يكون المنقول منه بالغ من العمر واحد وعشرون عاما على الأقل "[4] .

---

[1]هذا ما أكدته الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة في القانون الجنائي التي نظمها مركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة بكلية الحقوق جامعة القاهرة فقد أشارت إلى أنه لا يجوز نقل عضو من متبرع يكون عمره أقل من واحد وعشرين عاما . راجع هذا الموضوع في صفوان محمد المرجع السابق ص 298.

[2] أنظر عبد الحميد إسماعيل الأنصاري : ضوابط نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية دراسة مقارنة دار الفكر العربي ط 1 2000 ص 26 .

[3]نصت المادة 3 من القانون القطري رقم 21_1997 على أنه " للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع .....".نصت المادة 2 من القانون الإماراتي رقم 15_1993 على أنه "يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه و يشترط في المتبرع أن يكون كامل الأهلية قانونا ".

–أما القانون الكويتي رقم 55_1987 فتنص المادة 2 منه على أنه " للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع..." أنظر افتكار مهيوب المرجع السابق ص241 وعبد المجيد الأنصاري : المرجع السابق ص 26 .وجاءت المادة 4 من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان و كرامته تجاه التطبيقات البيولوجية و الطبية و المادة 2 من مشروع القانون العربي الموجه لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية و المادة 2 من القانون السوري كلها تشير إلى ضرورة أن يكون المتبرع كامل الأهلية . أنظر عبد المعطي خيال: المرجع السابق ص 108.انظر أيضا المادة: 2 من تعليمات جمعية زرع الأعضاء البريطانية التي تنص على أن يكون المتبرع قد بلغ سن الرشد .

[4]طارق سرور: المرجع السابق ص 202.

كما اشترط المشرع الفرنسي أن يكون المتبرع بالغا راشدا متمتعا بقواه العقلية في حالة كون المعطي أجنبيا ويبلغ من العمر 18 سنة.إلا أنه قاصرا بالنسبة لقانون وطنه فقد نصت المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي على ضرورة الرجوع إلى القانون الوطني لتحديد حالة الشخص و أهليته. وذهب البعض إلى أنه أيا كان سن المعطي فيجب الرجوع إلى قانونه الوطني لتحديد سن الرشد[1].

- **ثانيا: موقف التشريع الجزائري**

بالرجوع إلى المادة 162 و ما بعدها من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري، المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية نجد أنها لم تحدد سنا معينة يعتبر فيها المتبرع بالغا سن الرشد، رغم أن التبرع بالأعضاء يعتبر من أهم التصرفات التي يقوم الشخص بإبرامها[2].

أما المادة 162_2 من نفس القانون تنص على أنه " لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية....." . يتضح أن المشرع الجزائري أعتبر الشخص المتنازل عن أحد أعضائه متبرعا و هذا التصرف تحكمه نصوص القانون المدني الجزائري.

---

[1] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص 53.و قد تم نقل كلية سيدة تبلغ من العمر 42 سنة إلى إبنها 16 سنة بالمستشفى الجامعي وهران بمصلحة الأمراض البولية تحت إشراف فريق طبي جزائري، و كانت اول عملية تمت بهذه المصلحة في 28 – 04 – 2006 لرجل و هو في حالة صحية جيدة إلى غاية نشر هذا الخبر .مقال نشر بجريدة الخبر اليومي – (الجزائرية) – الخميس 22 – 02 – 2007 .

[2] ماروك نصر الدين: المرجع السابق ص 232.

ومن هنا فإنه يمكن القول أن سن الرشد المدني اعتمده المشرع الجزائري في هذا النوع من العمليات الجراحية وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري . وبالتالي تعتبر كل التصرفات التي يبرمها الشخص بشأن أي عضو من أعضاء جسمه قصد التنازل عنها صحيحة منتجة لآثارها إذا توافرت شروط التنازل ، و لابد أن يكون الشخص بالغا سن الرشد وقت التبرع بالعضو ويستمر كذلك إلى وقت استئصال العضو لأن التبرع لا يلزم إلا بالتنفيذ[1] .

- **الفقرة الثانية: الاستقطاع من القاصر**

تعتبر الأهلية شرط عند التبرع و عند البدء في التنفيذ ،لأن التصرفات القولية لناقص الأهلية تعتبر باطلة، وأما عند إجراء التنفيذ فلأن التبرع لا يكون لازما إلا بالتنفيذ و قبل ذلك للمتبرع الرجوع . و إن صدر ذلك عن الوصي أو الولي، لأن النيابة العامة مقيدة بتحقيق الإصلاح للصغير و المجنون. وقد اتفق الفقهاء على أن الولي و الوصي لا يقبل منهما الشرع الحلول محل الصغير في أي حق من حقوقه فمن باب أولى لا يجوز الإذن بأخذ أي

[1]عبد الحميد إسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ص 26 و افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 242 حيث تم نقل كلية سيدة تبلغ من العمر 42 سنة إلى ابنها 16 سنة بالمستشفى الجامعي وهران بمصلحة الأمراض البولية تحت إشراف فريق طبي جزائري و كانت أول عملية تمت بهذه المصلحة في 28_04 _2008 لرجل و هو في حالة صحية جيدة إلى غاية نشر هذا الخبر . مقال بجريدة الخبر اليومي . الجزائرية . بتاريخ الخميس 22 . فيفري 2007

عضو وهو حي[1] ومن ثم إذا طرأ على أهلية المتبرع ما يجعله ناقص الأهلية أو عديمها بعد موافقته وقبل إجراء عملية الاستئصال فإنه لا يجوز إجراء العملية [2].

وبما أنه في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء بشرط الحصول على رضا المتبرع فكيف يكون الأمر إذا كان المتبرع قاصرا، فهل يعتد برضائه ويكون منتجا لآثاره القانونية في مواجهة الغير ؟ وهل ممكن الاعتداد بالرضاء الصادر عن وليه، فالتشريعات انقسمت بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين اتجاه يجيز الاستقطاع من القاصر و آخر لا يجيزه سوف نتطرق لكلا الاتجاهين بنوع من الإسهاب[3] .

- **أولا: جواز الاستقطاع من القاصر**

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى جواز إخضاع القاصر لعمليات استئصال أعضائه وفق ضوابط خاصة، وقد سلك هذا الاتجاه التشريع القطري في المادة الرابعة منه والمادة الثانية من القانون الكويتي وكذا المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد .

---

[1]محمد نعيم أبحاث طبية في قضايا معاصرة : بحث حكم الشرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية ،دار النقاش ، الأردن 1996، ص 27 و مجدي فتحي :المرجع السابق ص103 ، وعبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ص 26 .

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 242 .

[3] طارق سرور: المرجع السابق ص201. و عبد المعطي خيال: المرجع السابق ص 108. ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 264.

بينما ذهبت بعض التشريعات،[1] إلى الاعتداد برضا القاصر بموافقة نائبه القانوني حيث أن القاصر لا يستطيع توجيه رضائه باقتطاع عضو من أعضائه ، وهذا الأمر متروك لممثله القانوني وحده ، فهو الذي يملك حق الرضا على أساس أنه يفترض فيه بأنه أحرص الناس على حياته و هو من يقع على عاتقه رعايته .

وقد وضعت معظم التشريعات قيودا في حالة إخضاع القاصر لمثل هذه العمليات تتمثل في مايلي:

1- استثناء النخاع العظمي:

استثنى المشرع الفرنسي[2]، نقل النخاع العظمي من القصر لأن هذه العملية تعد أقل خطورة من غيرها كون النخاع العظمي من الأعضاء المتجددة تلقائيا، وتحقق في ذات الوقت فائدة للمتلقي حيث نص في المادة 4/671 من قانون الصحة العامة[3] على أنه لا

---

[1]راجع المادة 5/671 من قانون الصحة العامة الفرنسي. و المادة 2 من القانون السوري حيث كان واضحا في هذه الحالة " يمكن للقاصر أن يتبرع شريطة أن يكون المتبرع له شقيقه التوأم وبموافقة الوالدين في حالة وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي. انظر سميرة عايد الديات : المرجع السابق ص 145 و صفوان محمد المرجع السابق ص299.

[2]ويؤيد جانب من الفقه القانوني موقف المشرع الفرنسي لأنه لا يؤدي إلى إحداث ضرر مستديم بجسم القاصر راجع مهند صلاح فتحي العزه : الحماية الجنائية للجسم البشري ، ص 141 وما بعدها و هيثم حامد المصاروة ، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها .

BERNARDINIS (Christophe), Les droits du malade hospitalisé, éditions Heures de France, Paris, 2006.p 35

[3]art.L 671_4 :aucun prélèvement 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 .

يمكن استقطاع أي أعضاء على سبيل الهبة من شخص قاصر أو على إنسان حي راشد موضوعا تحت إجراءات الحماية القانونية .

ونصت المادة L 5/671 على أنه " استثناء من أحكام المادة L 4/671 لا يجوز نقل النخاع العظمي moelle osseuse من قاصر لصالح الأخ أو الأخت " على أن هذا النقل لا يتم إلا بموافقة من يملك السلطة الأبوية أو الممثل القانوني للقاصر.

ويجب أن يعبر عن هذه الموافقة أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو أمام قاضي من المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصا لهذا الغرض و في حالة الضرورة يمكن التعبير عن الرضا أمام أحد رجال النيابة العامة.

و في حالة وفاة أحد الأبوين أو فقده أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته اكتفى بموافقة الآخر أما في حالة وفاة الاثنين أو فقدهما للسلطة الأبوية يكتفي بموافقة الممثل القانوني للقاصر[1].

ويكون الإذن بإجراء العملية بواسطة لجنة من الخبراء مكونة من ثلاثة أعضاء أحدهما طبيب أطفال وشخصيه لا تمتهن الطب ،على أن تضمن هذه اللجنة تبصير القاصر بالاقتطاع من أجل أن يعبر عن إرادته إذا كان أهلا لذلك،أي أنه وإن كان القاصر قادرا

---

[1] عبد المعطي خيال :المرجع السابق ص 64 و احمد محمد العمر: المرجع السابق ص109 و المرجع السابق ص 205 و افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 243 و جابر محجوب علي – الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة ص36 و37.

_BOISSIER-RAMBAUD (Claude), Georges HOLLEAUX, La résponsabilitéjuridique de l'infirmière, 6ème édition, Lamarre, Paris, 2002.p 60

على التعبير عن نفسه وعلى إدراك وفهمه لحقيقة العملية الجراحية ونتائجها الخطيرة فعلى اللجنة سماع أقواله و مراعاة لمشاعره فعليها أن تخبره تحت رقابتها بالنتائج المحتملة لاستئصال عضو منه، و تستطيع أن تخضعه لجميع الفحوصات المفيدة، و تتلقى اللجنة الإيضاحات المكتوبة و الشفوية من الطبيب الذي سيجري عملية الاستئصال، أو من الطبيب المسؤول عن القسم الذي ستتم فيه هذه العملية ، وتتحقق من أنه قد ثم إخبار الوالدين اللذان لا يمارسان سلطتهما على القاصر و تجري جميع الأبحاث التي تعتقد أنه من شأنها إيضاح قرارها، و تحرر محضرا بكل هذه الإجراءات[1].

---

[1] ART 1231 du code de la santé.FR. -« … Si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une soeur du receveur. Dans ce cas, le prélèvement ne pourra être pratiqué qu'avec le consentement de son représentant légal et après autorisation donnée par un comité composé de trois experts au moins et comprenant deux médecins dont l'un doit justifier de vingt années d'exercice de la profession médicale. Ce comité se prononce après avoir examiné toutes les conséquences prévisibles du prélèvement tant au plan physique qu'au plan psychologique. Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté». Art 1-2. Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. 5-« Aucun prélèvement 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 » Art. L. 1231-2, du Code de la santé Publique ; Art. 671-4, Loi no 94-654.

وأحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 56_57.

ورفض القاصر يمثل عقبة أمام الاستقطاع،[1] بمعنى أن القاصر يكون رشيدا في حالة رفضه إجراء استقطاع عضو منه [2]، بحيث على هذه اللجنة أن تقدم التبرير الطبي للعملية و المخاطر القابلة لأن تحدث وكذلك النتائج المتوقعة على الصعيد الجسماني و النفسي و تكون قرارات هذه اللجنة برفض الإذن بإجراء عملية النقل غير مسببة،[3] ويبلغ القرار إلى الممثل القانوني للقاصر، ويبلغ قرار اللجنة بالاستئصال إلى مدير المستشفى الذي كان من المفترض ستتم فيه عملية الاستئصال .

رغم موقف المشرع الفرنسي ،إلا أن بعض الدول أجازت نقل عضو من متبرع قاصر أيا كان هذا العضو، شرط ألا يكون عضوا أساسيا للحياة، وهو شرط عام في كل عمليات نقل الأعضاء و أن يكون المستفيد و المتبرع أخوين توأمين. و في هذه الحالة يشترط موافقة الأبوين في حالة وجودهما، أو موافقة أحدهما، أو موافقة الولي الشرعي. ومن هذه التشريعات القانون السوري في المادة الثانية منه[4].

2- **استثناء الأعضاء أو الأنسجة المتجددة:**

---

[1]الفقرة الأخيرة 5/671 ولعل المشرع الفرنسي شدد في أخذ الأعضاء من القصر وذلك رغبة منه في توسيع نطاق الحماية لمثل هؤلاء الأشخاص الذين يسهل استغلال أجسامهم لتحقيق أغراض تجارية ولحمايتهم أيضا من الضغوط العائلية حيث أن القاصر يتأثر بهذه الضغوط أكثر من غيره . وطارق سرور: المرجع السابق ص 205 ,

[2]احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 55.

[3]عبد المعطي خيال :المرجع السابق ص 110.

[4] نفس المكان .

أجازت بعض الدول استقطاع أعضاء أخرى من القاصر بالإضافة إلى النخاع الشوكي عملا بإتفاقة حقوق الإنسان و الطب الحيويOviedo، التي أجازت[1]الاستئصال من الأشخاص الذين لا يملكون أهلية الموافقة (القاصر) كالقانون النرويجي الصادر سنة 1973، و القانون الهولندي لسنة 1990 . و القانون البرتغالي رقم 12_1993 [2].

- **ثانيا : عدم جواز الاستقطاع من القاصر:**

يذهب هذا الاتجاه إلى عدم الاعتداد برضا القاصر في مجال التبرع بالأعضاء،لأن هذا الاستئصال لا ينطوي على أي منفعة علاجية له بل يعتبر مصدر خطر كبير عليه[3]. فقد نصت بعض القوانين صراحة على عدم جواز استئصال الأعضاء من القصر، كالقانون المغربي الخاص بالتبرع بالأعضاء حيث نصت المادة 11 منه على عدم جواز أخذ عضو

---

[1]وذلك وفق شروط منها ، للمتبرع ، بالإضافة إلى:

أ_ أن يكون المنقول إليه أخ أو أخت للمنقول منه .

ب_ أن التبرع يجب أن يكون من طبيعته الإبقاء على حياة المنقول إليه .

ج – عدم وجود معط ذي أهلية للتبرع يتوافر فيه التجانس .

د_ الموافقة المشار إليها في الفقرة 2 و 3 من المادة السادسة بحيث تكون محددة و بالكتابة وفقا للقانون وبإيجاز السلطة موافقة ممثله القانوني أو الجهة التي يجوز لها قانونا أو قضاء ذلك على أن يؤخذ رأي قاصر في الإعتبار و بالقدر المتناسب مع نسبة ودرجة نضوجه الفعلي راجع المادة 5 و المادة 6 من الإتفاقية أنظر عبد المعطي خيال : المرجع السابق ص 110. و طارق سرور : المرجع السابق ص 190 و 191 .

[2]طارق سرور :نفس المرجع ، ص 206.

[3]سميرة اقرور :المرجع السابق ص 96

Voir PENNEAU (Jean), La responsabilité médicale, Sirey, Paris, 1977. P 15

لأجل غرسه من شخص حي قاصر، أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية[1] .

إلا أن هناك بعض القوانين تنص صراحة على عدم جواز الاستئصال من القاصر و تتطلب أن يكون المتبرع بالعضو كامل الأهلية، متمتعا بقواه العقلية ، كالقانون اللبناني في المادة الاولى منه والمادة 11 من القانون المغربي والمادة م2/ب/3 من القانون السوري وهذا يدل على عدم جواز الاستئصال من القاصر، وبالتالي لا يجوز له التصرف في جسمه بأي حال من الأحوال لأنه لا يملك حق التصرف فيه . ولا يعتد بالرضا الصادر من النائب القانوني وفقا لهذا الاتجاه ،لأن الرضا بالمساس بالجسم هو رضاء يتعلق بحق لصيق بآدمية الإنسان، ومن ثم لا يجوز فيه النيابة سواء كانت إدارية أم قضائية أم قانونية[2] . كما أن فكرة النيابة تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر، و استئصال عضو من جسمه لا ينطوي على أدنى منفعة له ومن ثم تخرج تماما عن حدود هذه الولاية.[3]

- **ثالثا : موقف الشريعة الإسلامية من الاستقطاع من القاصر:**

لا خلاف بين الفقهاء حول كون صدور التبرع من كامل الأهلية بجزء من جسده أو عضو منه لأنه قوي الإدراك يفهم عواقب الأمور أثناء الحياة شرط أن يكون الباعث مشروعا، إلا أن الخلاف واضحا بينهم في حالة ناقص الأهلية، فتعتبر الهبة منه باطلة

---

[1]كذلك القانون الإسباني و القانون التونسي و القانون الفرنسي سميرة اقرور : نفس المرجع ص 100.

[2]افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 243.

[3]ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 270 .

باستثناء حالة التنازل للشقيق بعد موافقة الولي، و للضرورة التي يقتضيها العلاج، وبصورة يثبت فيها نجاح العملية بالموازنة بين المصلحة و الخطر لإنقاذ حياة شقيق من هلاك محقق[1].

كما أنه لا يعتد بالإذن الصادر من الصغير غير المميز لعدم إدراكه، و كذلك المجنون لعدم إدراكه، أما في حالة الجنون المتقطع و في حالة الإفاقة فيعتد الفقهاء بذلك و يرتبون عليها الآثار[2].

- **رابعا : موقف المشرع الجزائري من الاستقطاع من القاصر:**

أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني من خلال نص المادة 163 – 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر...» .و بالتالي يكون المشرع قد جعل القاصر في منأى من أن يكون محلا لعمليات الاستئصال كما أن القاصر ليست له القدرة الكاملة لإدراك عواقب ما هو مقبل عليه و قد يكون، سريع التأثر بحيث قد يصدر رضاءه مشوبا بعيب من عيوب الرضا.

كما أن استبعاد القاصر من عمليات الاستئصال إنما ترجع لعدم وجود منفعة علاجية تعود على القاصر في مثل هذه العمليات ما لم تسبب له ضررا و بالتالي اعتبر هذا الاستئصال خطرا هدد حياته .[3]

---

[1] منذر الفضل :المرجع السابق ، ص 84 .

[2] افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 212.

[3] ماروك نصر الدن : المرجع السابق ، ص 273 .

فيتضح أن المشرع الجزائري كان موفقا في اختياره، حيث لم يسمح بتاتا بالاستئصال من القاصر. وأستثنى الاستئصال من القاصر بعد وفاته شريطة الحصول على موافقة الولي وأن لا يكون القاصر قد عبر أثناء حياته عن رفضه التبرع بأعضائه.

والمشرع رفض الاستئصال من القاصر الحي، سواء بإذنه أو بإذن وليه، كما أنه أضاف طائفة أخرى مشمولة بالحماية القانونية، والمتمثلة في الأشخاص الراشدين و المحرومين من قدرة التمييز[1].حيث نصت المادة 163-1 على «... الأعضاء... و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز »[2].

يرى الباحث ومما تقدم أن الاتجاه الثاني الذي لا يجيز الاستقطاع من القاصر يبدو هو الأجدر بالتأييد سواء كانت أعضاء متجددة أو غير متجددة وذلك حماية للقاصر، لأنه في هذه المرحلة من العمر لا يستطيع أن يدرك المخاطر الناجمة عن التبرع بالأعضاء ، كما أنه يكون أكثر اندفاعا و تسرعا من الشخص البالغ الراشد مما يثير الشك في صدور رضا القاصر عن إرادة حرة و مستنيرة .

---

[1]هذا الموقف ذاته أخذ به المشرع المغربي في المادة 20 من قانون زرع الأعضاء المغربي ، راجع في هذا الموضوع سميرة اقرور: المرجع السابق ص 98

[2] لم يحدد المشرع الجزائري هؤلاء الأشخاص ، إلا أن إجماع فقهاء القانون المدني على أن الشخص يكون راشدا و غير متمتع بقواه العقلية إذا ما اعتراه جنون أو سفه أو عته أو يكون ذا غفلة وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 42 و المادة 43 من القانون المدني الجزائري أنظر و ماروك نصر الدين المرجع السابق ص 275 .

كما أنه يجب عدم الأخذ بموافقة ممثله القانوني، لأن مهمته الأساسية تتمثل في المحافظة على القاصر في جسمه وماله، وليس من ذلك التبرع بأعضاء القاصر وما يترتب فيها من مخاطر قد تؤدي إلى إصابته بعاهة مستديمة أو حتى بحياته .

- **الفرع الثاني: الرضا الحر**

يشترط أن يكون رضا المتبرع حرا صحيحا،[1] أي صادر عن شخص يتمتع بملكات عقلية ونفسية، قادرا على أن يكون رأيا صحيحا عن موضوع الرضا، فكل إكراه أو ضغط نفسي[2] يخضع له المتبرع، من شأنه أن يعيب رضاه. ويجب أن يستمر هذا الرضاء حتى لحظة الاستئصال، كما يفترض في هذا الرضا أن يعدل عنه صاحبه في أي وقت دون أن يتحمل أية مسؤولية [3].

- **الفقرة الأولى: موفق التشريعات المقارنة.**

والمقصود من ذلك أن يكون صادرا عن إرادة حرة، ولا يكون كذلك إلا بكمال الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، فيجب أن يتحقق القاضي أو الطبيب الذي ثم إبداء الرضا أمامه

---

[1]انظر البند الثاني من المادة الثالثة من ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي على أنه «في مجال الطب و البيولوجيا يجب ان يحترم بصفة خاصة الرضا الحر، و المستنير للشخص المعني طبقا للإجراءات التي يحددها القانون »راجع محمد حسن قاسم : المرجع السابق ص 21 و راجع ايضا صفاء محمود المرجع السابق ص 78 .

[2] لا يقتصر الضغط على الضغط المادي بل قد يتعرض المتبرع لإستغلال النفود أو إستغلال علاقة التبعية التي تربط عادة المشغل بأجيره ، " قد حاول مشغل ثري في مدينة الرباط بالمغرب إستغلال خادمته من أجل نقل كليتها إليه " راجع ابراهيم يوسف : المرجع السابق ص 30 ،و سميرة اقرور : المرجع السابق ص105.

- BERTHIAU (Denis), *Les prélèvements d'organes*, www. Droit-univ.paris 5.fr.pp 1-4.

[3]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص75 .وافتكار مهيوب :المرجع السابق ص 229 .وعبد المعطي خيال : المرجع السابق ص 106 .

بالنسبة للأنظمة التي تقول بصدور الرضا أمام جهة رسمية ما،[1] بأن الرضا بالاستقطاع صدر عن إرادة حرة . مما يدل على أن المتبرع كان في حالة تمكنه من تقديم هذا الرضا.

أما إذا كان المتبرع تحت تأثير الإكراه المعنوي ، أو كان غائبا عن الوعي و الإدراك أو تحت تأثير مخدر، أو تنويم مغناطيسي،[2] أو في حالة إيهام المتبرع أنه لن يترتب على التبرع بالعضو أي مضاعفات على المدى البعيد فإن الرضا هنا يكون معيبا .

ولا يعتد بالرضا الصادر في حالة الغلط، ويتصور ذلك عند الغلط في شخصية المتلقي متى كان محل اعتبار عند المتبرع، وهذا الفرض متصور في القوانين التي لا تشترط مبدأ التخفي كالقانون اليمني، القطري، الإماراتي، الكويتي والأردني[3] .

ومن ثم يكون الرضا معيبا متى كان صادرا تحت تأثير الإكراه، سواء أكان ماديا أو معنويا،[4] و إن كان الإكراه المعنوي متصورا بشكل خاص في صورة ضغوط عائلية وخصوصا في القوانين التي تقصر التبرع في دائرة الأقارب فقط ، [5] وعلى ذلك لا يعتد بالرضا الصادر عن المتبرع تحت تأثير الإكراه أو الضغوط العائلية[1] .

---

[1]كالمشرع المغربي و المشرع الفرنسي راجع ص116 من هذه الرسالة .

[2]طارق سرور :المرجع السابق ، ص 209 وافتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 232.

[3]نفس المرجع ، ص231.

[4] نفس المرجع ، ص229 ومجدي فتحي : المرجع السابق ، ص 100. و ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 219.

[5] القانون اليمني يشترط أن يكون المتبرع من اقارب المتلقي من الدرجة الأولى أو الثانية . و القانون المغربي في المادة (9) يشترط أن يكون ذلك بين الأصول و الفروع و الإخوة و الأخوات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات و أبنائهم ، ويسمح بأخذ الأعضاء من الزوج لزوجته أو العكس شريطة مرور سنة على زواجهما كما تطلب إثبات علاقة القرابة . أما القانون الفرنسي في المادة 1231 من قانون الصحة 2004_800 إشترط أن يثم ذلك بين الأصول و الفروع

ويرى البعض ضرورة إخضاع المتبرع للفحص النفسي[2]،للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية تعيب إرادته فيجب أن يكون المتبرع عند التنازل عن عضو من أعضاء جسمه في حالة نفسية وعقلية تتيح له التعبير عن إرادته بحرية كاملة وهذا ما أكده كلا من المشرع السوري و المشرع الأردني[3] .

كما يفضل إعطاء المتبرع وقتا كافيا للتفكير مع تبصيره بكافة النتائج التي قد تترتب عن استئصال عضو من جسده، بالإضافة إلى يجب إخطار عائلته بنتائج الضغوط التي قد تمارس عليه.

و يتعين كذلك عدم استغلال محبة الشخص وصلته بالمريض و إخضاعه لضغط نفسي نتيجة إحساسه بأن حياة المريض و شفائه من مرضه أمر يتوقف على تبرعه له بعضو من أعضاء جسمه فذلك يعيب الإرادة و يجعل الرضا بالاستئصال غير منح لآثاره.[4]

و الإخوة و الأخوات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات و أولاد العموم و العمات وكذلك زوجة الب وزوج الأم و الأزواج . وأي شخص يمكن أن يثبت حياة شراكة مع المتلقي لمدة عامين على الأقل طارق سرور :المرجع السابق ص 230.

[1]ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 220.

[2] فقد اشار القانون المدني الكندي لمقاطعة " كبيك" في المادة 21 إلى ضرورة إخضاع المتنازل قبل إجراء عملية الإستئصال لبعض الإختبارات الفسيولوجية و النفسية بواسطة فريق طبي للتأكد من سلامة رضائه .كما أورد المرسوم الإسباني رقم 462 لسنة 1980 وجود فحص الحالة البدنية و العقلية للمتنازل و أن يتم ذلك بمعرفة طبيب آخر بخلاف ذلك الذي يباشر عملية الإستئصال . راجع ماروك نصر الدين : المرجع السابق 220_221 و احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص76.

[3]سميرة عايد :المرجع السابق ص 143 .

[4]بشير سعد زغلول : الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية . دراسة على ضوء القانون ، رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ص 26 .

ولكن هل يمكن التعويل على الرضا الصادر من الأشخاص الخاضعين لإجراء من إجراءات الحماية القانونية كالسجناء أو المحكوم عليهم بالإعدام باستئصال جزء من أجسامهم ؟

قد أعرب الأستاذ R.P.Riquet في المؤتمر الخاص بحياد الطب الذي عقد بروما في شهر أبريل 1988 عن خشيته من أنه لو سمح للسجين باستقطاع عضو من أعضائه فإن بعض الجهات التي يتبعها هذا السجين ستقوم بإنشاء بنوك الأعضاء البشرية في هذه الحالة لذا لا يعتد بالرضا الصادر عن السجين لأنه و إن كان يتمتع بالإرادة الحرة إلا أنه لا يملك الأهلية الكاملة فالسجن يعد أحد أسباب نقصان إرادة السجين[1] كما أن الحالة النفسية التي تصاحبه داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته ومن ثم فلا يملك حرية التصرف في جسمه.

وعلى ذلك فإن المشروع المقدم إلى المؤتمر الدولي الثالث لحياد الطب، و الخاص بمشروعية نقل وزرع الأعضاء في زمن الحرب قد منع منعا مطلقا استئصال الأعضاء من الأشخاص الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية أو معادية لمصلحة رعاياها أو الموالين لها. كما حظر استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري أو سيطرة قوة أجنبية معادية.[2]

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص23.

[2] أنظر احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 77 . و افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 231.

- **الفقرة الثانية :موقف الشريعة الإسلامية**

أكدت الفتاوى الصادرة في هذا الشأن على وجوب استقطاع الأعضاء دون إكراه، ومنها فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، التي نصت على أن يكون إعطاء العضو طوعا من المتبرع دون إكراه، وكذلك فتوى لجنة الإفتاء الجزائرية التي جاء فيها في حالة نقل الدم أو العضو من الجسم لابد من التأكد من أن ذلك ثم برضا تام من المتبرع [1].

- **الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري:**

لم يتناول المشرع الجزائري الرضاء الحر للمتبرع بصفة مباشرة ، و إنما يستنتج ذلك من استقراء أحكام المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها و التي جاء فيها " ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب الجراح بالأخطار الطبية المحتملة، التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال. و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة ... ".

و تعتبر معارضة التشريعات الحديثة للإستئصال من الأشخاص الخاضعين للحماية القانونية لها ما يبررها ، و يمكن الإستشهاد بما حصل إبان الحرب الأهلية اليوغسلافية ، حيث تسللت الشبكات المروجة للأعضاء لأرض المعارك وجعلت من أعضاء أسرى حرب المسلمين مصادر لتزويد سوق الأعضاء البشرية ، ولم تفضح هذه الجرائم بحق البشرية إلا بعد أن حجزت السلطات الإيطالية سنة 1994 صناديق حديدية مخصصة لنقل الأعضاء متجهة إلى أوروبا . راجع في هذا الموضوع : سميرة اقرور :المرجع السابق ص 102 .

[1]مجدي فتحي :المرجع السابق ، ص 101 .وعبد الحميد الأنصاري: المرجع السابق ص 27 ، محمد صلاح الدين محمد محروس: المرجع السابق ص161. وجاء في فتوى جاد الحق رقم 1323 بتاريخ 1979/12/05 أن يكون صادرا عن إرادة حرة. راجع افتكار مهيوب: المرجع السابق ص206

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع اشترط أن يكون رضا المتبرع حرا صادرا عن شخص متمتع بكامل قواه العقلية، و قادر على أن يكون رأي صحيح حول موضوع الرضا. و لا يمكن أن يتم ذلك إلا بإجراء حملات توعية و إعلام بالتبرع بالأعضاء، و ذلك من خلال:

- إقامة نشاطات دورية و أيام طبية جهوية حول شرح أفكار التبرع بالأعضاء .
- خلق جو من الثقة بين المواطنين و ممثلي الهيئات الطبية و المؤسسات الطبية .
- إعطاء دور كبير للإعلام حول ثقافة التبرع .
- الاستعانة بالمؤسسات المتخصصة في الاتصال .
- إعطاء معلومات واضحة حول أهمية التبرع بالأعضاء .[1]

أما بالنسبة للاستقطاع من أشخاص مكفولين بالحماية القانونية فقد عالج المشرع الجزائري هذا المشكل في المادة السابعة عقوبات، حيث نصت على أن الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية و تكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي ..." .

فيتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري منع المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي يكون غير مؤهل لمباشرة بقية التصرفات خاصة تلك المتعلقة بصحة و سلامة جسمه.

---

[1]Omar Boudahane : la prise en charge du polytraumatisé : de la route à la greffe. Dar el Hoda, Ain Mlila, Algerie, édition 2010, p195.

و من ثم فإن المشرع الجزائري اعتبر السجن في حد ذاته سببا في نقص إرادة المحكوم عليه ، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن الحالة النفسية التي تصاحب السجين داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته ، و عليه فلا يملك الحق في إبرام التصرفات الواردة على جسمه مما يدل على أنه لا يستطيع أن يتصرف في أي عضو من أعضاء جسمه[1] .

- **الفرع الثالث: أن يكون الرضا متبصرا**

حتى يكون الرضا مستنيرا، فإنه يجب تبصير المتبرع تبصيرا كاملا وشاملا، بجميع المخاطر والنتائج المحتملة والتي قد تترتب عن عملية الاستئصال الحالية منها و المستقبلية و هذا ما أجمعت عليه التشريعات المختلفة،[2] ذلك لأن المتبرع لا يعود عليه هذا التصرف بأي فائدة تذكر أو مصلحة علاجية ، و الهدف من تبصير المتبرع حتى يستطيع أن يقدر مدى هذه المخاطر و الفوائد التي قد تعود على المريض من جراء عملية الزرع. و الطبيب هو من يجب عليه أن يشرح للمتبرع كل ملابسات العملية و احتمالات مضاعفاتها شرحا وافيا و إن لم يفعل كان الرضا ناقصا و يسأل الطبيب عن ذلك.

فالرضا يجب أن يصدر عن المتبرع وهو على بينة من أمره فإن لم يكن مدركا فلا يجوز التعويل على رضاه.[3]

---

[1] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 223 .

[2] احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص72.وعبد المعطي الخيال : المرجع السابق ص106. و افتكار مهيوب :المرجع السابق ص232 و خالد محمد العويد :المرجع السابق ص 170 . وابراهيم يوسف :المرجع السابق ص 31.

[3] مجدي فتحي : المرجع السابق ص101

- **الفقرة الأولى: موقف التشريعات المقارنة.**

اهتمت القوانين المقارنة بالنص صراحة على ضرورة تبصير المتبرع بكافة المخاطر المترتبة عن استئصال العضو، وجعلت ذلك الالتزام على عاتق الطبيب، ومنها من اشترط أن يكون ذلك كتابة، حيث نص القانون الإماراتي في المادة الرابعة و القانون الكويتي في المادة الرابعة والقطري في المادة السادسة، على أنه "يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المحتملة و المؤكدة التي تترتب عن استئصال العضو المتبرع به و يثم ذلك كتابة من قبل فريق طبي مختص بعد إجراء فحص شامل للمتبرع..."[1] غير أن المشرع اللبناني اكتفى بطبيب واحد ولم يشترط الكتابة[2] .

---

*كما أنه لا يعني أن يقوم الطبيب بشرح مفصل عن طبيعة العمل الطبي و نسبة المخاطر و الأعراض المحتملة على نحو يجعل المتبرع في حيرة وخوف وتردد، أو بالعكس يقوم بتبسيط الأمر و يسهله رغم أنه من الأعمال المعقدة التي تستوجب فنا وعلما جراحيا واسعين و إمكانات متطورة ، و بالتالي لا يلزم بإعطاء كل التفاصيل التي لا يستطيع المتبرع إستيعابها، سواء تعلق الأمر بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة .راجع منذر الفضل :المرجع السابق ص 92 و 93 .

[1]عبد الحميد الأنصاري: المرجع السابق ص 28.

[2]نصت المادة الأولى من التشريع اللبناني و كذا المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد على أنه: "يحاط الواهب علما بكل النتائج الصحية المحتملة و المؤكدة في حالة استئصال العضو لغرسه في جسد المتلقي". ونص الفصل 7 من القانون التونسي عدد 22 لعام 1991 على أنه " يثم كتابيا إعلام الشخص المتبرع بعضو من أعضائه لغاية زرعه بالنتائج المحتملة لقراره من طرف الطبيب المسؤول عن القسم الاستشفائي الطبي الذي ستقع فيه عملية الأخذ أو نائبه ..." . و نصت المادة 2/5 من الاتفاقية الأوروبية oviedo، و المادة 8 من القانون المغربي على أنه "... يجب أن يحاط المتبرع علما بجميع الأخطار المتعلقة بأخذ العضو البشري و بالنتائج التي قد تترتب على ذلك و تقع مسؤولية إعلام المتبرع على الأطباء المسؤولين عن عملية الأخذ...".

ولا شك أن تطلب هذه الشكلية،[1] أمر جدير بالتأييد لأن هذا النوع من العمليات ينطوي على مخاطر كثيرة، ومتى كانت الإحاطة مكتوبة من قبل الفريق الطبي الذي يقوم بإجراء العملية فإنها تحقق حماية للطبيب عن المساءلة القانونية إذا ما ثار نزاع بشأن التبصير .

ورغم أهمية التبصير في مثل هذه العمليات،إلا أن بعض التشريعات أغفلت النص عليه كالقانون الأردني والخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان .

والالتزام بتبصير المتبرع لا يقتصر فقط على المخاطر الطبية التي يمكن أن تترتب عن عملية الاستئصال و إنما تشمل النواحي الاجتماعية و الاقتصادية التي قد تترتب عنها إذ يجب على الطبيب الجراح أن يحيط المتبرع علما بما قد ينجم عن استئصال عضو منه من عدم قدرته على ممارسة عمل معين[2] .

---

[1] تنص المادة 67 من الميثاق العالمي للأخلاقيات الطبية و الصحية على أنه « على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل الأعضاء وفقا للتشريعات التي تضمت لذلك أن يقوم بتبصير المنقول منه بالعواقب و المخاطر التي قد يتعرض لها نتيجة عملية النقل و عليه أن يحصل منه على الإقرار الكتابي الذي يفيد علما بكتابة العواقب في هذا الشأن قبل إجراء العملية ."

[2]عبد المعطي الخيال :المرجع السابق ص106 واحمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق، ص73.وأشارت توصيات مؤتمر بيروجيا بإيطاليا المنعقد في تموز 1969 إلى أنه يجب أن يسبق الحصول على الموافقة شرح واف من قبل الطبيب حول مخاطر العملية و نتائجها الآتية و المستقبلية سواء على الصعيد الفيزيولوجي أو الاجتماعي أو النفسي أو المالي .راجع سميرة عايد : المرجع السابق ص 141. راجع ايضا المادة 4 من مشروع القانون العربي الموحد.
NEFUSSY-LEROY (Nathalie), op. cit . p 129

فضلا عن ذلك فإنه يجب أيضا إحاطة المتبرع بمدى استفادة المنقول إليه (المريض) من العضو المتبرع به، حتى يستطيع أن يقدر مدى هذه المخاطر و الفوائد التي تعود عليه من جراء عملية الزرع. فكل ذلك يساعد المتبرع على التعبير عن رضاء حقيقي مستنير .

وقد نص على ذلك المشرع الفرنسي في المادة 501 المؤرخ في 1976/03/31 تنفيذا للقانون المذكور. ونص في المادة الأولى من نفس القانون على أن الالتزام بتبصير المتبرع يشمل جميع النتائج المحتملة للاستئصال، سواء من الناحية التشريحية، أو من الناحية النفسية و كذا المخاطر المحتملة لهذا الاستئصال سواء بالنسبة لحياته الشخصية أو الأسرية أو المهنية كما شمل أيضا النتائج التي تترتب عن عملية الزرع و المصلحة التي تعود على المريض منها. أما في المادة 1/1231 ألزم لجنة الخبراء المعلنة في المادة 3/1231 بإحاطة المتبرع بالمخاطر التي يواجهها و النتائج المحتملة لعملية أخد العضو .ويقع الالتزام بالتبصير على عاتق الطبيب. و قد أكد القضاء هذا الالتزام و يجب أن يكون الالتزام بالتبصير فضلا عن أنه يكون شاملا ، بسيطا مفهوما و أمينا[1] .

وإذا كان الطبيب الجراح لا يلتزم باطلاع المريض على جميع المخاطر التي تترتب عن العملية الجراحية التي تجرى له مراعاة لحالته النفسية، فإن الوضع يختلف بالنسبة

---

[1]يجب أن تكون الإحاطة من قبل الطبيب بعبارات سلسلة ميسورة الفهم للمتبرع لأن تعقيد المصطلحات الطبية قد تؤدي إلى الإخلال بالإلتزام بالتبصير الواقع على عاتق الطبيب حتى يتمكن المتبرع من تقدير مدى ضرورة التدخل من عدمه و مدى الآلام التي ستلحق به نتيجة إستئصال العضو ، وحتى يكون رضاؤه صحيحا صادرا عن إرادة حرة .راجع في هذا الموضوع الدكتور مأمون عبد الكريم رضا المريض عن الأعمال الطبية المرجع السابق ص-ص 567 - 591 .

_ DUPOUT (Marc), Claudine ESPER, Christian PAIRE, op .cit p 212

للمتبرع لأن إطلاعه على الحقيقة الكاملة بجميع المخاطر التي سيتعرض لها من جراء العملية لن تؤثر على حالته النفسية لأنه ليس بمريض و أن العملية تتم ليس لمصلحته ، و إنما لمصلحة شخص آخر[1].

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان إخطار المتبرع بحالة المريض الصحية، و احتمالات نجاح عملية زرع العضو بالنسبة له ، يعتبر من قبل إفشاء سر المهنة الطبية المعاقب عليه باعتباره مرتبط بالحق في احترام الحياة الخاصة؟[2]

فقد ذهب البعض إلى أن الطبيب الذي يفشي للمتبرع بعض ما يعرفه بحكم مهنته عن حالة المريض يعتبر مرتكبا لجريمة [3] إفشاء سر المهنة الطبية و يخضع للعقاب،غير أن

---

[1]عبد المعطي الخيال :المرجع السابق ، ص 107 . واحمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص73. ماروك نصر الدين :المرجع السابق ص 213 وسميرة عايد : المرجع السابق ص 142

– Charaf el dine Ahmed droit:de la transplantation d’organes étude comparative thèse paris 1975 .193 .p 145

[2]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ، ص 74 . هناك من يرى أن تبصير المتبرع بكافة المعلومات التي تتعلق بعملية غرس العضو من حيث الفوائد التي ستعود على المتلقي، فهي تعتبر من المزايا التي تمثل الباعث الرئيسي و إن لم يكن الوحيد لقبول المخاطر الناتجة عن التبرع بالعضو . لاشك أن هذا مسلك جدير بالتأييد حتى يكون المتبرع على معرفة تامة بالنتائج المرجوة من نقل العضو منه للطرف الآخر و مدى إستفادته منه راجع افتكار مهيوب :المرجع السابق ص234 و عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية ، ص590 .

[3]لقد أثار الإلتزام بحفظ السر المهني جدلا واسعا في مجال التأمين على الحياة و التأمين الصحي بصفة خاصة، و بيان ذلك أن شركات التأمين تحتاج عادة إلى معلومات كثيرة للتحقق من الحالة الصحية للمؤمن عليهم، و هنا يثور التساؤل عن مدى جواز قيام الطبيب الخاص للمريض المؤمن عليه بإمداد شركة التامين بالمعلومات التي تحتاجها للوقوف على الحالة الصحية للمريض و قد أجابت محكمة النقض الصحية إلى شركة التأمين و إلا إعتبر مخلا بالإلتزام بحفظ السر المهني ،كما ذهبت في قضية أخرى ابعد من ذلك فقررت أن الطبيب الخاص بشركة لا يمكن له إستخدام أو إفشاء الأسرار والمعلومات الخاصة بالحالة الصحية لأحد المرضى المؤمن عليهم إذا كان مصدر تلك الأسرار و المعلومات هو الطبيب الخاص المعالج للمريض . و بالتالي و حتى يمكن لشركات التأمين و الوقوف على الحالة الصحية للمؤمن عليهم في حالة التأمين على الحياة أن تقوم بإخضاع المؤمن عليهم للفحوصات الطبية بواسطة أطباء تابعين لشركة التأمين مباشرة أو

البعض الآخر يرى أنه لا يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة الطبية قيام الطبيب الجراح في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باطلاع المتبرع على الحالة الصحية للمريض واحتمالات نجاح عملية زرع العضو له ، ذلك لأن المتبرع طرف ثالث في هذه العملية ومن حقه أن يعرف حالة المريض الصحية الذي سيتنازل له عن عضو من جسده لإنقاذ حياته من الموت. [1]

وقد أوجبت بعض القوانين المقارنة كالقانون المغربي، على الأطباء أن يطلعوا المتبرع على النتائج المرجوة من غرس العضو في جسم المتبرع له ،وذلك حتى يكون المتبرع على معرفة تامة بالنتائج المرجوة من نقل العضو منه للمتلقي و مدى استفادته منه.

و يرى الباحث أن في هذا التصرف ضغط على إرادة المتبرع في اتخاذ قراره بالتبرع لصالح المتلقي، مما يعيب إرادة المتبرع و في ذلك مخالفة واضحة للقانون.

وأشار المشرع المغربي في المادة 7 أنه " لا يجوز للمتبرع و لا لأسرته التعرف على هوية المتبرع له كما لا يجوز كشف أي معلومات من شأنها أن تمكن التعرف على هوية

أن يطلب من المريض نفسه أن يقدم البيانات و المعلومات و نتائج الفحوصات اللازمة للوقوف على حالته الصحية .راجع معتز نزيه صادق المهدي : الالتزام بالسرية و المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة ص 107. وراجع منال موسى : المرجع السابق ص 65 .

_ لم يعد فقط سرا ما يفضي به المريض الى طبيبه بل إن ما رآه أو سمعه أو فهمه هذا الأخير يعد سرا. راجع Philippe Lafarge ,secret professionnel .confidentialité et nouvelles technologies d’informations gaz 1ere semaine .p. 487 pal.1998. مشار اليه في على عصام غصن : الخطأ الطبي ، منشورات زين الحقوقية لبنان ، ط 1 ، 2006 ، ص 42 .

[1] سميرة اقرور:المرجع السابق، ص104. و افتكار مهيوب :المرجع السابق ص235 . حسام الدين الأهواني :المرجع السابق ص 113
وما بعدها.

المتبرع و المتبرع له...". وبالتالي يكون دور الطبيب إطلاع المتبرع على نتائج العملية الجراحية، المزمع إجراؤها للمريض ليس فيه ما يكشف هوية أحدهما للآخر.

ونفس الاتجاه أشار إليه المشرع الفرنسي بضرورة إخفاء هوية كلا من المتبرع و المتلقي، حيث نصت المادة 5/1211 من القانون 2004_800 المؤرخ في 2004/08/06 على أنه" لا يجوز للمتبرع معرفة شخصية المتلقي ، و لا المتلقي أن يعرف شخصية المتبرع ولا يجب إفشاء أية معلومات تسمح بالتعرف على الشخص الذي قام بالتبرع ، أو إحدى مكونات جسمه أو الشخص الذي يتلقى هذا التبرع ...".[1]

بعد هذا العرض يتضح لنا جليا أنه يجب أن يكون تبصير المتبرع بالعضو تبصيرا واضحا شاملا لكل المخاطر التي يمكن أن تترتب على عملية الاقتطاع، سواء كانت هذه المخاطر مؤكدة ،أم محتملة تتعلق بالجانب الجسدي، أم النفسي ومالها من انعكاسات سواء على المستوى الشخصي، أم العائلي أم المهني، وكذا النتائج المرجوة من غرس العضو لدى المتلقي و العلة في ذلك تكمن في أن المصلحة من وراء هذا التدخل لصالح غيره .

- **الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري.**

أشار المشرع الجزائري في المادة 162 الفقرة الأخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه"...ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع...". فيتضح أن المشرع قد ربط رضا المتبرع

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 67 .

بالتبرع بعضو من أعضاء جسمه بالتزام الطبيب بتبصيره بكل الأخطار حتى المحتملة منها[1]

.

حيث اهتم المشرع الجزائري بمبدأ الحفاظ على السر المهني[2] في مختلف النصوص القانونية ، ونعني بها قانون حماية الصحة و مدونة أخلاقيات الطب وقانون العقوبات غير

---

[1]الأخطار المحتملة تشمل كل ما يصيب المتبرع حالا و مستقبلا و يدخل فيها أيضا إعتبارات النواحي الإجتماعية و الإقتصادية للمتبرع

و التي تترتب على عملية الإستئصال .

[2]السر المهني في مدونة إخلاقيات الطب : نص المشرع الجزائري في المواد من 36 إلى 41 تحت عنوان السر المهني حيث قضت بوجوب إحتفاظ الطبيب بالسر المهني المفروض لصالح المريض في المادة 36 . ثم ذكرت المادتان 37 و 39 مضامين السر المهني المتمثل في :

- كل ما يراه الطبيب و يسمعه و يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته .
- حماية البطاقات السريرية و وثائق المرض الموجودة بحوزته .ويبقى السر المهني قائما حتى بعد وفاة المريض إلا إذا كان الغرض إحقاق حقوق المادة 41.
- السر المهني في قانون حماية الصحة وترقيتها حيث نصت المادة 206 على ضمان احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكتمان السر المهني الطي يلتزم به الأطباء كافة و تضمنا استثناءات على النحو التالي منها :
- الأطفال القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية .
- إذا طلب منه ذلك القضاء أو إعطاء خبرة في موضوع محدد الترخيص له من طرف المريض.
- السر المهني في قانون العقوبات.

بالرجوع إلى نص المادة 301 يلاحظ أن المشرع قد عمم الأشخاص الملزمين بكتمان السر المهني فذكر الأطباء ومن في حكمهم و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة و استثنى الحالات التي يوجب فيها القانون إفشاء السر المهني. راجع د. جميل صالح، نفس المرجع ، ص–ص 312–314. ويرى الدكتور رايس محمد أن السر الطبي هو كل ما تعرف عليه الطبيب أثناء وبسبب ممارسته لمهنته الطبية وبمناسبتها أيضا وكذلك كل ما عهد به إليه المريضمن معلومات او خبر أو باح به له باعتباره طبيبا وليس رجلا عاديا ويقع على هذا الأخير الالتزام بكتمان هذا السر إلا في الحالات التي يرخص له فيها بالافشاء، إما اتفاقا أو قانونا، راجع رايس محمد، مقال تحت عنوان " مسؤولية الأطباء عن افشاء السر المهني" منشور بالمجلة النقذية للقانون والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزر، الجزائر، عدد جانفي، 2008، ص 10–11.

أن السؤال المطروح،هل يعتبر إعلام الطبيب للمتبرع بالحالة الصحية للمتلقي هل هو من قبيل إفشاء السر المهني[1].

فيمكن القول أنه بخصوص عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية و بالرجوع إلى المواد المتعلقة بهذه العمليات لا يوجد نص يشير إلى منع إطلاع المتبرع على الحالة الصحية للمتلقي.

ويرى ماروك نصر الدين[2] أن المشرع قد ساير الاتجاه الثاني الذي يجيز الإفشاء، حيث يرى أن إطلاع المتبرع والمتلقي على احتمالات نجاح عمليات الاستئصال و الزرع لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المهني لأن المتبرع لا يعتبر من الغير و أن العلاقة ثلاثية الأطراف إلا أن الباحث يرى بأنه و بالرجوع إلى مضمون المادتين 2/162 و 5/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها،[3] يتضح أنهما تتضمنان تبصير، و إعلام، كل من المتبرع والمريض بمخاطر العملية الجراحية، و التي يسأل الطبيب عنها في حالة عدم تبصير أي طرف بمخاطر العملية الجراحية. و بالرجوع إلى نص المادة 2/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها فإن إطلاع الطبيب للمتبرع عن الحالة الصحية للمريض ، أو إطلاع

---

[1]يعرف الفقه السر الطبي بأنه كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته أو بسببها و كان في إفشائه ضرر لشخص أو لعائلته إما لطبيعة الوقائع أو للظروف التي أحاطت بالموضوع.

راجع : مقال للدكتور حمليل صالح ، المسؤولية الحزائرية للطبيب " دراسة مقارنة " الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو الجزائر عدد خاص 1 ، ص 312 .

[2]أنظر ماروك نصر الدين: المرجع السابق ص 218 .

[3]يرى الباحث أن المشرع لم يشر إلى حالة كشف هوية المتبرع الحي إلى المتلقي أو كشف هوية المستفيد إلى المتبرع نفسه و بالتالي يبدو ذلك نقصانا واضحا. مقارنة مع بعض القوانين المقارنة .

المريض عن الحالة الصحية التي سيؤول إليها المتبرع جراء تبرعه بالعضو لصالح المريض يعتبر ذلك من قبيل إفشاء السر المهني على أساس أن عمله هذا لا ينطبق على أي من الحالات المستثناة بنص المادة 2/206، و بالتالي تتم مساءلة الطبيب الجراح بناء على نص المادة 301 عقوبات[1].

- **الفرع الرابع : أن يكون التبرع بدون مقابل.**

إذا كان في الأصل أن للإنسان على جسده حقا، وهذا الحق له ذاتية و استقلالية عن غيره من الحقوق، فهو من ناحية حق غير مالي، و بالتالي فإن حق الإنسان على جسده و أعضائه و سلامتها لا يعد من قبيل المال، لأنه لا يجوز أن يكون له قيمة مادية في التعامل فطبيعتها العضوية لا تسمح بإمكانية بقائها حية دون تلف إذا ما انفصلت عن الجسم .

كما أن الأعضاء البشرية لا يمكن أن تكون مجالا للادخار كالأموال، حتى ولو أمكن المحافظة على أعضاء جسم الإنسان لفترة من الزمن بواسطة التقدم الطبي، فإن تقويم هذه الأعضاء يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة و بالتالي عدم مشروعيته من الناحية القانونية [2].

---

[1]voir :Hannouz.Mourad ,khadirmohammedla medecine de contrôle et d’expertise.o.p.u2003 p.63

[2]محمد لافي: المرجع السابق ، ص 269. وصفوان محمد : المرجع السابق ص 302

وقد اقر مبدأ التنازل بدون مقابل غالبية التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بل حتى المؤتمرات الدولية ، و على هذا يجب إن يكون الدافع إلى التبرع عن عضو من أعضاء جسم الإنسان هو الحب ،والتضامن الإنساني، و التراحم و التضحية والإيثار، وليس الربح والمقابل المادي[1].

غير أننا نجد تأييدا من بعض الفقه المقارن و القوانين المقارنة لفكرة المقابل المادي على أساس أن المقابل المادي سيحث الناس على التنازل. إلا أن هذا الموقف يتعارض مع ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في هذا المجال، مما يدل على اختلاف اتجاهات الفقه في القانون المقارن و علماء الشريعة حول مدى جواز تنازل الشخص عن عضو أو جزء من جسده بمقابل[2] ذلك ما سنتطرق على التوالي :

- **الفقرة الأولى: موقف الفقه والقانون المقارن:**انقسم الفقهاء ورجال القانون إلى اتجاهين اتجاه مجيز و آخر غير مجيز.
- **أولا:الاتجاه المجيز لنقل الأعضاء بمقابل.**

---

[1]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق، ص82 . وسميرة اقرور :المرجع السابق ، ص107. وعبد الحميد الأنصاري :المرجع السابق ص 30، راجع المادة 2 من التوصية الأوروبية، والمادة 7 من المشروع العربي الموحد، و المادة 2 من القانون السوري، و المادة 2 من القانون الأردنيوالمادة 7 من القانون الكويتي ، و المادة 7 من القانون الإماراتي و المادة 9 من القانون القطري .

[2]لابد من الإشارة إلى أن أغلب التشريعات المنظمة لعمليات زراعة الأعضاء لم تتطرق للتصرف القانوني بالمقايضة و هو عقد تبادلي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلا لما يعطي ولا يكون المقابل فيه من النقود، تميزا له عن عقد البيع وقد تظهر مصلحة مشتركة لطرفين محتاجين يتبادلان بالأعضاء .

أو الأجزاء البشرية، و قصور القوانين في هذا المجال لا يعني حظر هذا التصرف. راجع منذر الفضل: المرجع السابق ص 64 .

ذهب جانب من الفقه، [1] إلى قبول فكرة تنازل المتبرع عن جزء من جسده أو أعضائه نظير مقابل، سواء كان مقابلا ماليا،أو عينيا أو غير ذلك، و حججهم أن البيع الذي يتعارض مع الكرامة الإنسانية الآدمية هو بيع العضو بغرض الربح و التجارة ، بخلاف البيع بغرض انقاد مريض محتاج لهذا العضو، فلا إهانة فيه ولا إبتدال[2].

ويقترح هذا الفريق وسيلة لذلك تكمن في عقد بين المتبرع و المتلقي يلتزم بموجبه هذا الأخير بنفقات العملية الجراحية وما تقتضيه من علاج في حالة حدوث مضاعفات، كما يتعهد بتعويض المتبرع أو ورثته إذا لحق به ضرر، أو توفي نتيجة للتنازل. فالحصول على المقابل المادي يعد بمثابة تعويض عما يكون قد تعرض له المتبرع من أضرار نتيجة فقد العضو المنقول[3] .

ويذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى القول بجواز بيع الأعضاء طالما أبيح التنازل وكان محله مشروعا و حتى لا يترك تحديد الثمن لمشيئة الأطراف، و حتى لا ينتهي الأمر إلى أن يصبح جسم الإنسان محلا للمزايدة المالية.[4] يقترحون صدور تشريع يحدد فيه الأجزاء المختلفة لجسم الإنسان وكذا شروط البيع ويرون في ذلك تطبيقا لقوانين التأمينات الاجتماعية

---

[1] راي حسام الدين الأهواني: مشار اليه في المرجع السابق ص 134 وما بعدها . غير أنه يجب الإشارة إلى أنه قد عدل فيما يبدو عن رأيه هذا . راجع حسام الدين الأهواني نحو نظام قانوني في جسم الإنسان بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ع1، السنة 40/جانفي/1998 ص 34 وما بعدها .

[2]غير أنه يرد على ذلك أن الإنسان الذي يبيع عضوا من أعضائه لانقاد شخص آخر لو كانت لديه نية خالصة و صادقة في إنقاد هذا الشخص من الهلاك، لتنازل عن العضو بطريق التبرع لا البيع ،فكونه يبيع العضو يعتبر قرينة قاطعة على قصد الكسب .أنظر افتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 62. ومنذر الفضل: المرجع السابق ص 47.

[3]سميرة اقرور: المرجع السابق، ص 108.

[4]صابر محمد: المرجع السابق، ص 78.

التي تحدد نسبة مئوية للعجز أو الإصابات التي تصيب الجسم بالنظر إلى مجموع الجسم وحججهم هي:

- أن البيع هو السبيل الوحيد تقريبا للحصول على قطع الغيار اللازمة من غير الأقارب على الأقل قياسا على بعض الحقوق الشخصية التي يجوز البيع بصددها كما في بيع الدم وبيع لبن الآدميات عن طريق عقد الرضاعة .
- هناك اتجاها فقهيا يرى أن أطراف الإنسان تعتبر من قبيل الأموال، يستطيع صاحبها أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه المعتبرة مالا لغاية مشروعة[1].
- كما أن تنازل الإنسان عن عضو من أعضائه ولو بمقابل إذا كان يقصد علاج آخر في حاجة إليه ولم يكن هناك وسيلة أخرى لعلاجه فإن ذلك ينفي أن يكون سبب هذا التنازل هو الاتجار.
- القاعدة العامة لدى الفقه القانوني، أنه إذا تعددت البواعث للتصرف القانوني، فإنه يجب النظر إلى الباعث الرئيسي، فإذا كان مشروعا فلا غبار على هذا التصرف، حتى ولو كانت البواعث الثانوية غير مشروعة. ومن جهة نظرهم أن قصد العلاج هو الباعث الرئيسي وليس المقابل المادي[2] .

---

[1]لكن هذا مردود عليهم لأن الإنسان ليس محلا مشروعا للمعاملات لا شرعا ولا عقلا. محمد صلاح الدين :.المرجع السابق ص 163 .ومجدي فتحي: المرجع السابق، ص 104. و عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق، ص 32 . واحمد شوقي ابو خطوة: المرجع السابق، ص 82.

[2]صابر محمد :المرجع السابق ص 79و 80 .

كما تبنت بعض التشريعات جواز بيع أعضاء و أنسجة جسم الإنسان، و إمكانية تعويض المتبرع و دفع مكافأة له، أو منحه بعض المزايا العينية ففي كندا أجاز القانون المدني لمقاطعة – كبيك– بيع الدم، و النخاع العظمي ، و اعتبر أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام لانتفاء أية أضرار حالية أو مستقبلية، شريطة أن يكون رضا المتبرع كتابيا[1] .

أما في مصر أجاز قانون 178 لسنة 1960 الخاص بتنظيم عمليات جمع وتخزين الدم و مركباته للمتبرع في الحصول على مقابل مادي لقاء تطوعه بالدم[2].

وتعتبر إيران من بين الدول التي أباحت تجارة الأعضاء. إذ تتم مبيعات وعمليات نقل الأعضاء تحت إشراف الجمعية الخيرية لدعم مرضى الكلى المعروفة باختصار «CASKP» والمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة والمعروفة باختصار « CFSD » اللتان تسيطران على الأعضاء بدعم من الحكومة ويختلف المبلغ حسب نوع العضو وأهميته[3].

- **ثانيا: الاتجاه المانع لنقل الأعضاء بمقابل.**

---

[1]انظر في هذا الموضوع عبد الحميد الشورابي : المرجع السابق، ص 246 .

[2]يتم تقسيم المتطوعين على متطوعين بالمجان تصرف لهم شارة او مكافأة على التطوع أو هدية في حدود 50 قرش ومتطوعين نظير مكافأة مالية وهم الذين حدد لهم القرار رقم 150_1961 مكافأة حسب كمية الدم المتطوع بها راجع سميرة اقرور:المرجع السابق ص 109_110 .

كما أن قانون مصارف العيون العراقي رقم 70/113 لم ينص على منع بيع وشراء العيون البشرية من الأحياء أو من الأموات (بموافقة الأقارب). لأغراض زرع القرنية، ولم ينص على ضرورة حظر التصرف القانوني بالقرنية إذا كان للشخص قرنية واحدة فقط لأن العين الواحدة هنا بحكم العضو المتضرر الذي يكون التصرف فيه باي طريق مفضيا إلى الضرر و العاهة المستديمة .راجع منذر الفضل :المرجع السابق ص 67 .

[3] بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا –دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، ص160.

اتفقت القوانين المعاصرة المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء على عدم جواز بيع الأعضاء البشرية بمقابل سواء كان عاجلا أم آجلا، [1]و إلا كان باطلا ولا اثر له، لأن أعضاء الإنسان ليست من الأشياء التي تدخل في دائرة التعامل، وكل عقد يرد عليها يعتبر باطلا لأن سببه ومحله غير مشروعان ، ولأن الباعث الدافع على التعاقد هنا يكون الحصول على المقابل للعضو المبيع ، ولا شك أن هذا ضرب من ضروب المتاجرة بها ، وذلك يتعارض مع اعتبارات النظام العام[2] .

كما أن عقد بيع الأعضاء البشرية يكون باطلا وفقا لقواعد القانون المدني، لأن شرط عقد البيع يجب أن يكون محله وسببه مشروعان. و بتطبيق هذين الشرطين على العقد الوارد على الأعضاء البشرية، نجد أن محل العقد هنا هو العضو البشري، خارج دائرة التعامل لكونه ليس مالا منقولا، ومن ثم لا يصح التصرف فيه عن طريق عقد البيع لأن المحل غير

---

[1]شعبان خلف الله :المرجع السابق ص84. و الخولي: المرجع السابق ،ص 143. وصابر محمد :المرجع السابق ص 85 .و افتكار مهيوب: المرجع السابق ص 236 . و خالد فائق ألعبدي : المرجع السابق ص 111 .

[2]– و في إطار التعاون الأمني بين مصر و الدول العربية نجح جهاز مباحث أمن الدولة و الأنتربول المصري بالتعاون مع الأنتربول السوري في ضبط تشكيل عصابي دولي لتجارة الأعضاء البشرية متكون من أربعة أشخاص.راجع عادل عبد اللطيف: شبكة الأعضاء البشرية على الأراضي المصرية ، مقال منشور بجريدة الأهرام العربية ع 582 بتاريخ2008/05/17 ص48 ونفس المقال بمجلة الحوادث القطرية العدد 7783 بتاريخ2009/10/03 من إعداد محمد متولي.

–voir el kandari (fayez),les prelevements des elements des corps. P 443

مشار إليه في اسمى قاوة فضيلة المرجع السابق ص 107 .

مشروع وإن كانت بعض التشريعات الخاصة بنقل الأعضاء قد أباحث التصرف بالأعضاء عن طريق التبرع إلا أنها لا تجيز البيع على نحو ما سبق [1].

ورغم أن مفهوم النظام العام و المصلحة المحمية أدت إلى أن أصبح جسد الإنسان محلا مشروعا للتصرفات القانونية كاستئصال عضو منه. إلا أن النظام العام والقيم الأخلاقية تفرض أن تبقى مجانية التصرف هي الأساس في أي تصرف قانوني يرد على الجسم،[2]و حجج أصحاب الاتجاه المانع لنقل الأعضاء بمقابل تتمثل في:

_ أن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بمال فلا يجوز أن يشبه جسم الإنسان بالشيء وبالتالي لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل أو أن يقوم بمال.

- أن حق الإنسان في سلامة جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية و هو من الحقوق التي لا يصح أن تكون محلا للتصرف بمال.
- أن نقل الأعضاء البشرية الجامدة يجب أن ينظر إليه كعمل أخلاقي هام لأن فكرة البيع والشراء تجعل من جسم الإنسان مجرد سلعة، الأمر الذي يترتب عليه إفساد طبيعة العلاقة بين العقل و الجسد من ناحية، وبين معصومية الشخص الإنساني من ناحية أخرى .

---

[1]افتكار مهيوب: المرجع السابق، ص 69 .وصابر محمد: المرجع السابق ص77. و راجع: فتحي إبراهيم بيوض: خطر بيع الأعضاء أو شرائها (عقوبات رادعة) مقال منشور بمجلة الحوادث القطرية ع 7783 بتاريخ 2009/10/03 ، ص2.

[2]سميرة اقرور: المرجع السابق ، ص 110 .

- إذ كانت الضرورة تبرر رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع العضو وزرعه، فإن ذلك لا يباح إلا بقدر الضرورة التي أوجبته دون زيادة، وبحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية. ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يعلق المتبرع رضاه بالاستقطاع من جسمه أو جثته على قبض الثمن[1].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الحصول على المقابل المادي يؤدي إلى مساوئ كثيرة أهمها:

- الاتجار بالأعضاء و الأنسجة سيدفع محدودي الدخل لبيع أعضائهم.
- ظهور عصابات عالمية للتجارة في الأعضاء البشرية تقوم بأعمال القتل و السطو والتهديد وتستخدم الأطفال المعوقين، والقصر، والمصابين بتخلف عقلي، كمصدر لتوريد الأعضاء.
- أن الاتجار في الأعضاء و الأنسجة يؤدي إلى فتح الباب أمام الغني لاستغلال الفقير[2].
- الاتجار بالأعضاء يؤدي إلى المضاربة و ارتفاع أسعار هذه الأعضاء ما يؤدي إلى حرمان فئة محدودي الدخل من الاستفادة من زرع الأعضاء [3].

---

[1] محمد صابر :المرجع السابق، ص 81 و 82 .

[2] صفوان محمد :المرجع السابق ص 304 . وعبد الحميد الأنصاري :المرجع السابق ص 32 ، حسام الدين الأهواني :المرجع السابق ص 129 ونسرين عبد الحميد : نقل و بيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دار الوفاء الدنيا للطباعة و النشر، الإسكندرية ،ط 1 2008 ، المرجع السابق ، ص 157 .

[3] سميرة اقرور :المرجع السابق ،ص 110 . و عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق، ص 31.

- إصابة عدد كبير من المتلقين بأمراض خطيرة نتيجة بيع الأعضاء ففي منطقة الخليج سجلت 14 حالة من مرض الإيدز بسبب نقل الكلى في الهند[1] .
- إن جراحات نقل الأعضاء أصبحت من الصناعات المربحة جدا في قطاع الطب مما دفع المستشفيات في الدول الغنية إلى إقامة المزيد من المراكز الجراحية الجديدة واستغل نقص المخزون من الأعضاء البشرية في هذه المستشفيات المتنافسة بينها وأصبحت هناك قوائم انتظار طويلة للمريض المسيرين[2].

ومن بين المشاكل التي تعرض لها القصر مثلا في الأرجنتين في عيادة خاصة بالمختلين عقليا تدعى "لاكولونيا مونسدولوكا"، توفي بها 1321 شخصا ، و اختفى آخرون، في ظل ظروف غامضة ولا مبالاة شاملة، وعند استنطاق أحد الحراس قال " لقد كان شانشيز **Sanchez** وهو الطبيب المدير لهذه المستشفى، منذ 14 سنة يمارس تجارة الأعضاء البشرية وأنا الذي كنت أمارس عملية استخراج القرنيات بالليل من معرض الجثث". وكان الدكتور يختار ضحاياه وفق معيارين، اللون الصافي للعينين، و انعدام زيارة العائلات،

---

[1]رياض محمد خلفان : المرجع السابق، ص 65 .

[2] في لقاء مع رئيس محكمة جنايات القاهرة تحت عنوان التجارة و الأعضاء البشرية يقول :"أن السمسرة في الأعضاء البشرية هي عملية مخالفة للقانون و هي تجارة غير مصرح بها ويعاقب من يقوم بها ، إضافة إلى أن تلك المراكز غير واضحة المعالم بمعنى أنها تتخفى تحت مسميات طبية يجيزها القانون كمعامل تحاليل مثلا و مستشفيات خاصة وداخل هذه المسميات تجري تلك العمليات غير المصرح بها ، بل يمكنهم إخفاء ما يقومون به من سمسرة في صورة تبرع يقدم عليه المواطن بنفسه لفائدة المريض.." عبيد الفتلاوي المرجع السابق ص 130.

ويضيف الحارس " كان الدكتور **سانشيز** يغذي السوق السرية للأعضاء البشرية بالأطفال الذين كانت تمنحه الدولة مبالغ كبيرة من أجل معالجتهم[1].

لدى فإن غالبية التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نصت صراحة على عدم جواز التصرف في أعضاء الجسم بالبيع. و اعتمدت مبدأ التبرع المجاني ، بحيث لا يمنح للمتبرع ثمنا لما تنازل عنه من أعضاء أو أنسجة أو خلايا، لتنافي ذلك مع الكرامة الإنسانية ، ولأن أعضاء الجسم بعيدة و مستعصية التثمين .فقد رفعت غالبية القوانين شعارا ثلاثيا و هو المجانية، السلامة، التطوعية Gratuite, sécurité, volontariat.[2]

ففي فرنسا تطلب الفقه الفرنسي ،[3]وفي ذلك القانون الفرنسي الصادر في 1976/12/22 في المادة الثالثة على ضرورة أن يكون التنازل عن الأعضاء بدون مقابل

---

[1]سميرة اقرور المرجع السابق ، ص 101 .

وقد نشأت عصابات تدير جرائم منظمة مثل إختطاف الأطفال المشردين، و إستخدام أعضائهم كقطع بشرية لبعض الأثرياء ، ففي إيطاليا على سبيل المثال ضبطت سلطات الأمن إحدى أخطر المنظمات الإجرامية الدولية المتخصصة في تجارة الأعضاء البشرية بين أوكرانيا ودول الإتحاد الأوروبي، وتتزعمها إمرأة وصفها تقرير للشرطة الإيطالية بأنها العقل المدبر للمنظمة التي تدير أيضا أوكار للرذيلة ومراكز لخطف الأطفال حديثي الولادة و الإتجار في أعضائهم و تبيعها لصالح بعض الأثرياء ، حيث يذهب بالأطفال إلى المشافي الخاصة لنقل بعض أعضائهم إلى أبناء الأغنياء من المرضى وذوي العاهات . أنظر منذر الفضل : المرجع السابق ص74.

– كما تقوم هذه العصابات بسرقة الجثث سواء كانت جثث المحكوم عليهم بالإعدام عند عدم وجود من يتسلمها أو جثث بعد دفنها في المقبرة. راجع الشيخلي المرجع السابق ص 225 .

[2]سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 112.

[3]يشير جانب من الفقه الفرنسي رافضا عمليات التعاقد على الأعضاء البشرية و التصرف فيها عن طريق البيع قائلا: "لايجوز المقابل لأعضاء جسم الإنسان إلا في مسرحية شكسبير (تاجر البندقية) أي المدين الذي يعطي 2 كغ من لحم جسده لقاء مبلغ من المال لم يقدر على سداده . منذر الفضل: المرجع السابق ص 63

مالي، لأن اشتراط المقابل النقدي يجرد تنازل المتبرع عن عضو من جسمه من كل قيمة معنوية تلك القيمة المعنوية التي تبرر الخروج على مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان و تنازل المتبرع وإن كان ليس له مقابل نقدي ، إلا أن له مقابلا معنويا يتمثل في شعوره بالسعادة والرضا لانقاد حياة مريض على وشك الموت[1].

ونص قانون العقوبات الفرنسي في المادة 511-2على عقوبة السجن لمدة 7 سنوات وغرامة مالية 700,000 ف .ف في حالة مخالفة المبدأ المشار إليه أعلاه عند نقل الأعضاء.[2]

كما تبنى المشرع الفرنسي في المادة 4-1211 [3]من القانون رقم 800_2004 حظر منح الشخص الذي ارتضى أخذ عضو من أعضائه، أو جمع مكوناته ،أي مقابل تحت أي

_وقد رفض الفقه الفرنسي بيع الأعضاء البشرية حيث قال SAVATIER :" إن جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة فالقيم الإنسانية تسمو على المال ، الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال . راجع

شعبان خلف الله : المرجع السابق ، ص85 . ومنذر الفضل : المرجع السابق، ص82 . واحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص82 . و افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص65 .

[1] خلفي عبد الرحمن : الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في اطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء ، مقال بالمجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية

المرجع السابق ، ص 447 . وشعبان خلف الله : نفس المرجع ص 84 . و راميا محمد الشاعر : الإتجار بالبشر قراءة قانونية اجتماعية ، منشورات

الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2012 ، ص 53 .

[2]Article 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 700000 F d'amende»

[3] ART 1211-4« Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte.

مسمى. ونص على أن تتحمل المؤسسة المسؤولية عن إجراء عمليات أخد أو جمع الأعضاء أو المصاريف المتعلقة بالأخذ و الجمع الكاملة [1].

ونصت المادة الخامسة من القانون الإيطالي، رقم 458 المؤرخ في 1967/07/26 الخاص بنقل الكلى على ضرورة أن يكون تنازل الشخص عن إحدى كليتيه مجانا . وتحرم المادة العاشرة من قانون مقاطعة antario بكندا، رقم 28 المؤرخ في 1971/07/28، كل بيع أو شراء لعضو من أعضاء جسم الإنسان بغرض زرعه في جسم المتلقي، أو التفاوض في هذا الخصوص بأي طريق كان مباشرا أو غير مباشر، وكل اتفاق في هذا الشأن يعتبر غير مشروع و مخالف للنظام العام[2] .

وقد أعلنت جمعية نقل الأعضاء في منظمة الصحة العالمية سنة 1970، بأن بيع أعضاء المتبرع الحي أو الميت غير مقبولة مهما كانت الظروف.

و في 11 ماي 1978 صدر عن المجلس الأوروبي القرار رقم 29 المتعلق بتنسيق تشريعات الدول الأوروبية الأعضاء بشأن اقتطاع وزرع مواد حيوية ذات أصل إنساني. وأكد

---

[1]سميرة اقرور: المرجع السابق ص 112. كما جاءت توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة المنعقدة بالقاهرة في 1993/11/24 .

أن تلتزم الدولة بتوفير النفقات اللازمة لعلاج المتبرع الذي نقل منه العضو من جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل ، و تقرر الدولة تعويضا من صندوق يحدد القانون موارده ، و يجوز أن تقرر له الدولة مزايا معنوية ملائمة كعلاج أفراد أسرته على نفقة الدولة مدى الحياة افتكار مهيوب :المرجع السابق ص237 ماروك نصر الدين المرجع السابق ص230 . والشيخلي :المرجع السابق ص 288.

وقد أعتبر المجلس الأوروبي أن الإتجار في الأعضاء البشرية يعد من قبيل الإتجار بالبشر ويمثل إنتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان . راجع افتكار مهيوب:المرجع السابق ص66.

[2]سميرة اقرور: المرجع السابق ص 112.

القرار على أن يكون التنازل مجانيا في كل ما يتعلق بجوهر الإنسان. و في عام 1985 تبتت الجمعية الطبية العالمية للصحة تصريحا حول الاتجار بالأعضاء أدانت بموجبه شراء وبيع الأعضاء القابلة للزرع ، و في 1991 أشارا إلى أن مبدأ المجانية لا يمنع حصول المتبرع على النفقات التي تكبدها بسبب اقتطاع أحد أعضاء جسمه [1].

و يجب الإشارة إلى أنه وحسب قول Francis dialomonsa أستاذ جراحة زرع الأعضاء وعضو مجلس إدارة الكلية الوطنية لمجلس إدارة المؤسسة أن الاتجار بالأعضاء في إسرائيل مماثل لما يجري في أماكن أخرى من العالم ، و في تقرير سري لي " **دونالد بوشروم**" احد عملاء مكتب التحقيقات الفيدرالي كتب يقول " ... وكان **ليفي إسحاق روز نباوم** له صلة بعملية بيع الكلى من إسرائيل إلى السوق السوداء ، حيث كان يشتري الجثث من المحتاجين في إسرائيل بسعر 10 ألاف دولار وبيعها للمرضى البائسين في أمريكا بسعر 160 ألف دولار.

وهناك عدة دول من بينها فرنسا قطعت التعاون الطبي مع إسرائيل منذ التسعينات لأن نصف الكلى المزروعة منذ عام 2000 ثم شراؤها بصورة غير قانونية من تركيا وشرق أوروبا و أمريكا اللاتينية . و السلطات الصحية "الإسرائيلية" لا تفعل شيئا لإيقافها حيث

---

[1] وتؤكد روث غابي فرمونت ، عضو بمجلس أوروبا و مشرفة على إنجاز تقرير حول الإتجار بالأعضاء السويسرية للتبرع بالأعضاء و إعادة زرعها لدى المستحقين لها " لا تستخدم أي أعضاء من دون التأكد من مصدرها ... لأنه من السهل جدا الوقوع في منطقة رمادية حيث تمارس التجارة الممنوعة". و تشير أيضا إلى أن البلدان التي لا تشترط رابط وثيق من المتبرع و المريض المتلقي تتسبب بذلك في فتح ابواب الإتجار في الأعضاء . نادر شافر :الإطار القانوني لوهب الأعضاء و الأنسجة البشرية ، تفاقم ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية بسبب الفقر والجشع. أنظر كذلك مقال.

كشف في مؤتمر عام 2003 أن إسرائيل هي الوحيدة التي لا تدين مهنة الطب فيها ، سرقة الأعضاء البشرية أو اتخاذ إجراءات قانونية ضد الأطباء المشاركين في العمليات الجنائية.و تجدر الإشارة إلى انه ثم ضبط شبكة دولية لسرقة الأعضاء البشرية و تبيض الأموال في الولايات المتحدة من بين أعضائها حاخامات صهاينة مما يدل رسميا على ضلوع إسرائيل في سرقة الأعضاء الآدمية والمتاجرة بها [1].

أما في الدول العربية فقد نص القانون الكويتي، و القانون الإماراتي و القانون القطري على أنه لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة كانت أو تقاضي أي مبالغ مادية عنها و يحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصال لها إذا كان على علم بذلك[2].

---

[1]إسرائيل وسماسرة الأعضاء البشرية تنسيق على أعلى المستويات دون حسب و لا رقيب في الموقع:

- http//arabetites .com /vb/showthread .php ?t = 10818

[2]المادة 7 من القانون الكويتي، و المادة 7 من القانون الإماراتي، و المادة 2 من القانون السوري، و المادة 1 من القانون اللبناني راجع صابر محمد: المرجع السابق، ص 57. وافتكار مهيوب : المرجع السابق ص 68 .

و في هذا الصدد قد انعقد مؤتمر دولي ثان لجمعية الشرق الأوسط لزراعة الأعضاء ، و أدانت عمليات بيع الأعضاء وحذرت بإيقاف عضوية أي طبيب يثم تبوث زراعته لعضو ثم شراؤه . ذلك ما أشارت إليه المادة 30 من القانون المغربي حيث نصت على ...أنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات بغرامة من 5000 إلى 10000 درهم كل من عرض بأي وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية خرقا لأحكام المادة 5 من هذا القانون... " انظر افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 68 و المادة 8/28 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م_9 المؤرخ في 1926/04/01. حيث نصت على أنه " ... يعاقب بالسجن كل من تاجر بالأعضاء البشرية أو قام بعملية زراعة عضو بشري مع علمه بأنه يتم الحصول عليه عن طريق المتاجرة " الشيخلي :انظر نفس المرجع 282 و المادة 7 من المشروع العربي الموحد .

ونص القانون المغربي رقم 16_98 المنظم لزراعة الأعضاء في المادة الخامسة منه على حظر أن تكون الأعضاء البشرية محلا للمعاملات التجارية.[1] ونص القانون المصري رقم 103_1962 على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل، و نصت المادة 18 من القرار الوزاري رقم 654_1963 على أن إعطاء العيون لا يكون إلا بصفة مجانية[2] .

و نص المشرع السوري في القانون رقم 30-2003 في المادة 7 منه على أنه «يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة و بالغرامة من 50.000 إلى 100,000 ليرة سورية لكل من يقوم بالاتجار بنقل الأعضاء » . فيتضح أن المشرع السوري قد ساير التشريعات التي تمنع الاتجار بالأعضاء البشرية. و الواقع اثبت أن معظم عمليات التبرع بين أشخاص لا

---

[1]يشترط في قانون 18 يوليوز 1995 المنظم لاستخدام الدم شرط المجانية لإتمام التنازل من المتبرعين ومنع الإداءات النقدية المباشرة دون المكافآت " يتأتى" مخزون الدم في المغرب من عائلات المرضى ومن الراغبين في المصادقة على رخص السياقة فيرى البعض أن ذلك يشكل عقد معاوضة أو مقايضة .

_ كما نص القانون المغربي على ضرورة انتفاء المقابل المادي بعد ما كان التبرع بالدم في عهد الحماية الفرنسية يتم بمقابل وفقا لقرار 11 سبتمبر 1978. أما المادة 7 من المشروع العربي الموحد تنص على أنه « يحظر بيع و شراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها و يحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك» .

[2]شعبان خلف الله :المرجع السابق ص85. و محمد البار الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء المرجع السابق ص 186_187 .

راجع المادة 9 من القانون القطري، و المادة 69 من الميثاق الإسلامي، و المادة 3 من القانون العراقي. راجع أيضا مقال عادل عبد اللطيف : تحقيقات شبكة لبيع الأعضاء البشرية على الأراضي المصرية . تشكيل سوري اردني فلسطيني لبيع الكلية ب 6 ألاف دولار.

تربطهم أي صلة قرابة قد تمت بمقابل، و في بعض الأحيان كان الأطباء على علم بذلك. يرى البعض ضرورة اشتراط صلة القرابة بين المتبرع والمستفيد[1] .

نلاحظ أن التشريعات العربية لم تنص على حظر تقديم مكافأة للمتبرع تشجيعا له ، و إنما حظر البيع أو الشراء بأي وسيلة كانت ، أو أخد مقابل مادي للتبرع ، و يفهم من ذلك أنه لابأس بالمكافأة أو المقابل المادي إذا لم يكن مشروطا. ولكن البعض لا يرى حتى في الاشتراط قيدا مانعا إذا قصد بالشرط المساعدة لصالح أعمال الخير و البر العام لا الصالح الفردي للمتبرع أو ورثته[2].

إلا أن هناك رأي مخالف ، مقتضاه أنه إذا كان لا يجوز للمتبرع أن يلق تبرعه قبض ثمن العضو المستقطع، فلا مانع شرعا أن يوضع نظام عام يمكن بمقتضاه مساعدة المتبرع ماليا عما يفوته من منافع بسبب الاستقطاع[3]، بمعنى أنه لا مانع من حصول المتبرع على تعويض عما أصابه من أضرار، كتغطية نفقات الانتقال و العملية الجراحية ، و الإقامة بالمستشفى، و التعطل عن ممارسة النشاط المهني ، و ما أصاب القوة الجسدية من ضعف و نقص،[4] لأن الهدف من التعويض هو جبر الضرر الذي يصيب المتبرع نتيجة تبرعه.[1]

---

[1]ابراهيم دراجي: مواجهة الاتجار بالأشخاص في القوانين و التشريعات السورية . دراسة مقارنة . أقامتها المنظمة الدولية للهجرة ، دمشق 11. 12 أيلول 2005 ص 37

[2]عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ص 34 .

[3]سميرة عايد الديات : المرجع السابق ص 143.

[4]عبد المعطي خيال:المرجع السابق، ص112. وصابر محمد: المرجع السابق، ص86. و أحمد بدوي: المرجع السابق، ص 49 . وسميرة أقرور: المرجع السابق ص 111 . واحمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ، ص 82.

وقد يتخذ التعويض صورة بعض المزايا الاجتماعية التي تمنح تقديرا ، و تشجيعا و عرفانا له على العمل الإنساني الذي قام به، و الذي كان من شانه انقاد حياة شخص آخر[2] مثل منحه ميدالية ، أو شهادة تقدير، أو شعار . وليس هناك ما يمنع منحه معونة مالية لتحسين نظامه الغذائي، وتقديم هذه المزايا له لا تكون إلا على سبيل التشجيع، والتقدير وليس على سبيل المكافأة أو المعاوضة[3] . كما أن تعويض المعطي عن الأخطار الناشئة عن الاستئصال يمكن أن تكون بإبرام وثيقة تأمين لصالح أسرته [4].

إلا أن البعض يخشى أن يصبح تعدد التعويضات و المزايا التي تمنح للمتبرع وسيلة غير مباشرة للحصول على المقابل، [5] وقد كان هذا التخوف السبب الرئيسي في شن الفقه الفرنسي حملة واسعة ضد تجارة الدم ، هي الحملة التي توجت بصدور المرسوم رقم 94_611 المؤرخ في 20 جويلية 1991، المتعلق بقواعد مجانية هبة الدم، حيث منع

كما أن تقديم مكافأة للمتنازل لما بد له من وقت وجهد عن هبة أحد الأعضاء لا يؤثر في شرعية التصرف راجع احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص 82.

[1]صفوان محمد : المرجع السابق ، ص 304.

[2]ذهب المشرع السوري إلى أن يكون التعويض بتقرير معالجة المتبرع بمستشفيات الدولة . انظر المادة 2 من القانون السوري.راجع عبد المعطي خيال:المرجع السابق ص 112. و هناك من يرى زيادة أيام الإجازات إذا كان المتبرع عاملا. صابر محمد : المرجع السابق ص87.

[3]سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 111. و صاحب عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ، ص 132.

[4]و في هذا المعنى تنص المادة 2/5 من القانون الإيطالي، على ضرورة تأمين المتبرع ضد كافة الأخطار الحالية و المستقبلية المرتبطة بالعملية الجراحية و ما يصاحبها من ضعف جسدي . راجع احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 87 ، و ماروك نصر الدين :المرجع السابق ص 229 .

[5]على أنه في جميع الحالات يجب أن تكون هذه المزايا ضئيلة القيمة حتى لا تتحول عمليات نقل الأعضاء البشرية إلى مصدر للربح المالي. راجع ، صابر محمد : المرجع السابق ص 88 .

المتبرع من تلقي أي أداء سواء كان مباشرا، أو غير مباشر، أو أي سند للشراء أو قسيمة للتخفيض، وكل وثيقة تمكن الواهب من امتياز ما، مهدا من قبل الغير.[1]

أما منظمة الصحة العالمية، فقد جاء في تقرير المدير العام للمجلس التنفيذي في الدورة 79 المؤرخ في 1986/12/03، على أن الاتجاه العام في المنظمة هو حظر بيع العضو البشري لأنه من الأعمال غير الأخلاقية، إلا أنه ليس من قبل عدم الأخلاق تعويض المتبرع الحي عن نفقاته الشخصية أثناء فترة التحضير أو العملية الجراحية [2].

وهناك من يرى أن حظر التعامل المالي، بالأعضاء يجب أن يمتد ليشمل التعويض أو تقديم المكافآت والهدايا التشجيعية، لأن فتح الباب سيكون خير ساتر للتعامل بمقابل لأن تعويض المتبرع عما سبب له استئصال العضو منه من ضعف جسدي، أو مكافأته من قبل المتبرع إنما هو ثمن للعضو وهو ما يعد عملا غير مشروع، لأن المتبرع عند إقدامه على التبرع رغم ما يحمله من أخطار، أقدم عليه بإرادة حرة متبصرة ومن ثم فلا داع لتعويضه لأن التعويض هنا يعتبر بكل تأكيد ثمنا للعضو .[3]

- **الفقرة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية:** انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أراء:

---

[1] سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 111 . وهناك من يرى بعدم جواز بذل المال من باب سد الذرائع، افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 215.

[2] منذر الفضل :المرجع السابق ، ص 58.

[3] افتكار مهيوب :المرجع السابق، ص 237 .

الرأي الأول : يرى أصحاب[1] هذا الرأي أنه إذا اضطر المريض إلى أخد عضو غيره لحاجة إليه ولم يجد من يتبرع به له ولم يكن له بديل صناعي فإنه يجوز له شراؤه للضرورة ولا إثم عليه في ذلك، و إنما الإثم على البائع . و استدلوا ببعض النصوص الفقهية التي تحرم البيع دون الشراء، كالمصحف حيث يحل شراؤه و يحرم بيعه، رغم أنه مردود عليهم لأنه قياس مع الفارق، ذلك أن ثمن شراء المصحف يدفع مقابل تكاليف الطباعة و الورق و ليس ثمنا لكلام الله عز و جل فهو لا يقدر بمال[2].

ذلك ما ذهبت إليه الهيئة العامة للفتوى بوزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت التي أصدرت فتوى رقم 85/455 جاء فيها " وأما شراء المريض كلية من شخص آخر فإن الأصل أن ذلك محرم لأن الله كرم الإنسان، فلا يجوز قطع بعض أعضائه وبيعها بثمن مهما كان الثمن و لكن إن لم يجد متبرعا له بكلية وكان هناك خطورة على حياته ولم يجد وسيلة أخرى للتخلص من مرضه فيجوز له الشراء حينئذ لأنه مضطر". وقد قال تعالى" وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ". فيتبين من هذه الفتوى أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو تحريم بيع أو شراء العضو، إلا أنه تمت إباحة ذلك في حالة

---

[1]منهم يوسف القرضاوي ومحمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة كلية الحقوق، ص 263، السنة 11 عدد 1 مارس 1987، أشار إليه سمير عايد، المرجع السابق، ص180.

[2]سميرة اقرور :المرجع السابق ، ص 119و123.

الضرورة، وفقا لشروط الضرورة [1] والمتمثلة في حاجة المريض للعضو لإنقاذ حياته واضطراره لشراء ذلك العضو .[2]

كما جاء في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، رقم 01 بتاريخ 1988/08/04، بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، و المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 06 إلى 11 فبراير 1988. " وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع.أما بدل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة، أو مكافأة و تكريما فمحل اجتهاد و نظر".[3]

ويرى الدكتور يوسف القرضاوي أن هذا العمل جائز بل محمود ومن مكارم الأخلاق وهذا نظير عطاء المقرض عند رد القرض، أزيد من قرضه دون اشتراط سابق، فهو مشروع ومحمود، وقد فعله النبي(صلى الله عليه وسلم) حيث رد أفضل مما أخد وقال: " **إن خياركم أحسنكم قضاء**".[4]

---

[1] وهناك من يرى أنه يجب أن يوضع معيار محدد للضرورة في كل حالة على حدة في ضوء القاعدة الفقهية المذكورة سواء بالنسبة للمريض أو المتبرع، نسرين عبد الحميد نبيه: المرجع السابق، ص 157.

[2]محمد أبو الفتوح: بيع الأعضاء في ميزان المشروعية. مقال مشار إليه في الموقع htt://www.startimes.com/ ?t8621332 ونسرين عبد الحميد : نفس المرجع ،ص 160.

[3]منذر الفضل:المرجع السابق ص 95

[4]عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ، ص33. ومجدي فتحي :المرجع السابق، ص 104 . و افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص214 . وشعبان خلف الله ، المرجع السابق ، ص76 . و القرضاوي : المرجع السابق ص534.

أما الدكتور محمد سيد طنطاوي[1] رحمه الله قال :" و إذا كان المتبرع له قدم هدية للمتبرع فهذا لابأس به بدليل قوله تعالى"**وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا** "[2].

و في حالة ما أباحت الشريعة الإسلامية بيع العضو البشري في حالة الضرورة ففي هذه الحالة يكون محل وسبب عقد البيع مشروعين ويكون العقد صحيحا منتجا لجميع آثاره تجاه الأطراف.[3]

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي جواز بيع وشراء الأعضاء بقيود معينة[4] و هي :

- أن يقصد البائع دفع مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو.
- عدم التعارض مع مبدأ شرعي وعدم وجود بدائل صناعية .
- أن يتم البيع و الشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة .
- أن يكون بيع العضو من أجل استعماله يمثل ما خلق له .
- تحقق الضرورة .
- أن يكون البيع هو الوسيلة الوحيدة للحصول على العضو.

---

[1]راجع جريدة الأهرام بتاريخ 31_1_1977 مشار إليها في عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ص 33

[2] سورة النساءالآية 86

[3]محمد أبو الفتوح : المرجع السابق نفس المكان .

[4]الشيخلي :المرجع السابق ص 229و291 . و افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 57و61 . وعبد المطلب عبد الرزاق :المرجع السابق ص60، وسميرة عايد، المرجع السابق، ومحمد نعيم ياسين.

و استدلوا على أن الأعضاء يسلك فيها سلك الأموال ، و الضرورات تبيح المحظورات و إن كان المريض يدفع مقابلا للدواء، فلماذا لا يدفع للمتبرع عن عضو لمصلحة المريض[1].

الرأي الثالث:أما هذا الرأي يرى لأصحابه أن عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية باطل،[2] وحججهم أنه: إذا حرم التصرف في الآدمي حرم التصرف في كل جزء من أجزائه.فالإنسان لا يستطيع التصرف إلا في ما يملك، والإنسان لا يملك نفسه، ولا غيره فلا يجوز له ذلك. و أعضاء الإنسان إذا فصلت عنه صارت عديمة النفع ولا يمكن اعتبارها مالا.

كما ثبت في السنة النبوية عن أبي أنه هريرة قال، قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): " **ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حر فأكل ثمنه، و رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعط أجره** ".[3]

وقال الإمام أبي حزم" واتفقوا على أن بيع المرء مالا يملك، ولم يجزه مالكه فإنه باطل ".[1]و يقول المرتضى:"يحرم بيع الحر إجماعا لقوله عليه السلام ليس على الحر ملكة".

---

[1]الشيخلي : المرجع السابق ، ص 236 و راميا محمد الشاعر : المرجع السابق ، ص 63 .

[2]وهم فقهاء الشافعية و الحنفية و المالكية و الظاهرية و الحنابلة و الأمامية و الزبدية و الإباضية وغيرهم من الفقهاء ، حيث أقر كل هؤلاء بجريمة بيع الحر وجميع أجزائه ولم يستثنوا إلا ما اختلف فيه (بيع لبن الآدمية).ومن الفقهاء المعاصرين ، يوسف القرضاوي، الشيخ متولي الشعراوي، وعبد السلام السكري . افتكار مهيوب: المرجع السابق ص53/52. ومحمود السرخاوي، أنظر فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص48. مشار إليه في الشيخلي، المرجع السابق، 228.

راجع في هذا الموضوع زرع الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي . محمد الشحات الجندي بحث مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر 10 . 03. 2009 الأزهر الشريف مصر ص 5.4، وراجع أيضا هاشم عبد الله جنيل، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الاسلامية، شباط 1988، ص79، مشار إليه في منذر الفضل: المرجع السابق، ص49.

[3] و صحيح البخاري، كتاب البيوع باب إثم من باع حرا ، ج 1 ، ص522.

وقال ابن عابدين" الآدمي مكرم شرعا، ولو كان كافرا، فإبرام العقد عليه وابتذاله وإلحاقه بالجمادات إذلال له ، وهو غير جائز وبعضه في حكمه ".[2]

وهذا ما يتفق مع ما جاء في الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية و الصحية في المادة 69 حيث نصت على " لا يجوز أن يكون الجسد البشري و أجزاؤه محلا لمعاملات تجارية، و يحظر الاتجار في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو الجينات البشرية كما يحظر الإعلان عن الحاجة إلى أعضاء، أو عن توافرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب ...". وذلك لما تؤدي إليه هذه الدعاية من إهدار لكرامة الإنسان و النزول به إلى مصاف السلع و المنتوجات.

كما استدلوا قياسا ببيع الدم، و بيع لبن الآدميات، [3]وهناك من يرى أن ذلك يتعارض مع نصوص القرآن. "ولقد كرمنا بني آدم " الإسراء 17. كما رد ذلك عليهم لأن البيع يجعل من الآدمي و أجزائه سلعة تباع و تشرى كباقي الأشياء، وفي ذلك إهدار لكرامته. [4] و أن قياس ذلك على بيع الدم و لبن الآدميات قياس مع الفارق، لكون لبن المرضعة و الدم لا ينقصان من وظائف الجسم ولا من خصائصه لأنهما يتجددان[5] .

---

[1]راجع مراتب الإجماع لابن حزم ص 84 مشار إليه في محمد بن محمد :المرجع السابق ص 399

[2] صابر محمد : المرجع السابق ص 71و72

[3] عبد المطلب عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 60 و سميرة اقرور :المرجع السابق ، ص 116_119.

[4]الشيخلي : المرجع السابق ، ص 236.

[5] محمد أبو الفتوح :المرجع السابق نفس المكان : ونسرين عبد الحميد : المرجع السابق ص 160 .

من خلال ما تقدم يتضح أن الرأي الأخير المانع لبيع أعضاء الإنسان هو الراجح للأسباب التالية:

- إن جسد الإنسان ليس بمال ولا يدخل في المعاملات.
- الإنسان مكرم فلا يجوز امتهانه بالبيع و الشراء.

وذلك ما أكده مجمع البحوث الإسلامية، ودار الإفتاء المصرية، ومجمع الفقه الإسلامي، وغيرهم حيث خلصوا إلى ضرورة انتفاء المقابل المادي كشرط من شروط الإباحة،[1] في حين أن المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الذي انعقد بمكة المكرمة من 19إلى26 فبراير، في دورته الحادية عشرة قد أباح إعطاء المال كمكافأة تشجيعية على التبرع بالدم، مع أن الدم محرم بيعه شريعة وقانونا، [2] لأن ذلك يكون من باب التبرع لا من باب المعاوضة .

- **الفقرة الثالثة : موقف المشرع الجزائري**

إن المشرع الجزائري وعند تنظيمه لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85_05 المعدل و المتمم بالقانون رقم 90_17 المؤرخ في 1990/07/31 تطرق إلى شروط نقل وزرع الأعضاء، و أشار في المادة 2/261 إلى«

---

[1] طارق سرور : المرجع السابق، ص 217

[2]شعبان خلف الله : المرجع السابق، ص77 . ومنذر الفضل :المرجع السابق ص59 . و عبد الحميد الأنصاري :المرجع السابق ص33

عدم جواز أن يكون انتزاع الأعضاء، أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية».

دون النص على العقوبات التي تطبق عند مخالفة أحكام هذا القانون.[1]

إلا أن المشرع الجزائري تنبه أخيرا إلى هذه المسالة عند إصداره القانون رقم 09_01 المؤرخ في 2009/02/25 حيث حرم الاتجار بالأعضاء البشرية بنص صريح بعد أن كان ذلك يشكل نقصا في القانون .

ويعاقب القانون الجديد على الاتجار بالأعضاء البشرية بعقوبة تتراوح مدتها بين 3 سنوات و10 سنوات، و غرامة مالية، من 300,000 إلى 1,000,000 و في حالة التشديد نتيجة توفر ظروف معينة تصل إلى 20 سنة سجنا وغرامة تصل إلى2,000,000 دج. [2]

وبالرجوع إلى نص المادة 2/261 أعلاه ، يتضح أن المشرع اعتبر جسم الإنسان أغلى من أن يقوم بالمال وترك القيم الإنسانية تسمو على المال،[3] وذلك من خلال تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية بالقانون 09_01 أعلاه .

---

[1] خلفي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 447 .

[2]لمزيد من التفصيل راجع المادة 303 مكرر 16 و ما بعدها من قانون العقوبات الجزائري

[3]ماروك نصر الدين: المرجع السابق ، ص 224 وصفوان محمد : المرجع السابق، ص 303 و شعبان خلف الله : المرجع السابق ، ص 81 .

راجع أيضا نفس المبدأ في المادة 154 ق، ح ، ص، ت الخاص بنقل الدم حيث اعتبر المتنازل عن الدم متبرعا لأغراض علاجية وبالتالي يكون المشرع قد استبعد من المعاملات المالية كل ما يتصل بجسم الإنسان، سواء كان عضوا، أو نسيجا، أو جزء من الدم، عكس ما ذهب إليه المشرع المصري .

ونص في المادة 303 مكرر 16 ،على أنه يعاقب بالحبس من 3 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1,000.000 دج ، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية، أو أية منفعة أخرى ، مهما كانت طبيعتها .

من خلال استقراء هذا النص نلاحظ أن المشرع قد سلط عقوبة جزائية على من يشتري العضو من المتبرع ، دون الإشارة إلى معاقبة المتبرع نفسه وسلط أيضا نفس العقوبة على من يتوسط قصد تشجيع، أو تسهيل، الحصول على عضو من جسم المتبرع .[1]

إلا أنه و بالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 18، فإن المشرع [2] قد نص على معاقبة كل من قام بانتزاع أنسجة او خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى ، وسلط ذات العقوبة على كل من يتوسط في ذلك .

أما في المادة 303 مكرر 20، فقد شدد المشرع [1] عقوبة الأفعال المذكورة في المادة 303 مكرر 2/18 بالنسبة لكل شخص سهلت له وظيفته أو مهنته ارتكاب جريمة الانتزاع، حيث تشدد العقوبة متى توفرت إحدى الظروف التالية :

---

[1] يرى الباحث أنه ربما لم ينص المشرع على معاقبة المتبرع الذي يبيع أحد أعضائه ، إما على أساس أن الحاجة الشديدة للمال هي التي دفعت به إلى ذلك التصرف وهذا قد يدفع كل من يبيع أحد أعضائه إلى التذرع بهذه الحجة أو أنه اعتبر ان فقد أحد الأعضاء جزاء كاف للمتبرع .

[2] 303 مكرر 18 تنص على أنه يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ،

كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها .

و تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص.

_إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية

- 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 من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

ويثار السؤال التالي حول ما إذا تمت عملية انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو غيرها دون مقابل مالي أو منفعة أخرى فهل تتم مساءلة الفاعل طبقا لنص هذه المادة؟ كما أن المشرع لم ينص على تجريم قيام الطبيب الجراح بإجراء عملية الاستقطاع أو الزرع إذا كان يعلم

---

[1] تنص المادة 303 مكرر 20 يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 ، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 500.000 دج ، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية :

. إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية . . إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة .

. إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص . اذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعمال ,

. اذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية .و يعاقب بالسجن من (10) سنوات إلى عشرين

(20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و 303

مكرر 17 ، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة .

بوجود معاملة مالية (المقابل المالي)، وبالتالي يعتبر هذا نقص في القانون على المشرع الجزائري تداركه بنص صريح أسوة بالتشريعات التي تنص على ذلك صراحة.[1]

ورغم هذا التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري، إلا أنه لا يمكن أن يكون فعالا في القضاء على ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، إلا باشتراط صلة القرابة[2] بين المتبرع و المتلقي في حالة التبرع بين الأحياء ، لأنه نادرا ما يتنازل شخص ما عن أحد أعضائه إلى شخص لا يعرفه ولا تربطه به صلة قرابة.[3]مع إمكانية إجازة شراء الأعضاء **ان** كانت هناك خطورة على حياة المريض ولم يجد وسيلة أخرى للتخلص من ألامه .

والتنازل عن الأعضاء بدون مقابل يجعل المتبرع يشعر بالسعادة والارتياح، لأنه استطاع أن ينقذ الغير من الموت المحقق. فمتى استهدف المتبرع الحصول على ميزة مالية فإنه يجرد عمله من كل القيم المعنوية، و الخروج عن مبدأ هام وهو حرمة الكيان الجسدي للإنسان ببيع الإنسان لأعضائه، بحيث ينطوي عليه إهدار للكرامة الإنسانية من أجل بعض المال.[4]

---

[1]راجع المادة 7 من القانون الكويتي، و المادة 7 من القانون الإماراتي، و المادة 2 من القانون السوري، و المادة 1 من القانون اللبناني.

[2]سعاد سطحي نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دراسة فقهية قانونية . ، مؤسسة الرسالة للأطباء و النشر و التوزيع . بيروت ط1 . 2007 . ص43

[3]إبراهيم دراجي : مواجهة الاتجار بالأشخاص في القوانين و التشريعات السورية . دراسة مقارنة . اقامتها المنظمة الدولية للهجرة ، دمشق 11.12 ايلول 2005 . ص 38. راجع الرأي الأول ما موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، ص154.

[4]ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 226 . و افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 66.

ويتعين على الطبيب أن يمتنع عن إجراء عملية استئصال العضو المتبرع به وزرعه في جسم المتبرع له، إذا علم أن المتبرع قد حصل على مقابل مادي نظير ذلك.[1]كما حظرت أغلبية التشريعات نشر إعلانات بأي وسيلة من وسائل الإعلام، أو غير ذلك من وسائل العلانية، موضوعها غرض شراء عضو بشري، أو غرض بيعه، و يقرر القانون العقوبة الملائمة عند مخالفة ذلك .[2]

ويتضح أن كل النصوص التي ثم التطرق إليها تشير إلى تجريم الاتفاقيات التي تعطي جسم الإنسان وعناصره قيمة مالية، وهو ما يعني بطبيعة الحال عدم مشروعية المتاجرة بالأعضاء البشرية، أو مكونات الجسم البشري، لحساب شخص معين أو مؤسسة معينة[3] .

ويبدو أن الرأي الراجح هو الرأي المعارض لعملية التبرع بمقابل وذلك لقوة أدلته، ولأن تنازل الإنسان عن عضو من أعضائه عن طريق عقد البيع، أو مقابل مادي، يجعل الباعث الرئيسي لتنازله عن هذا العضو هو الحصول على هذا المقابل، وليس تحقيق مصلحة علاجية يحتاج إليها المتلقي، وهو ما يعرف بقصد العلاج .

---

[1]راجع المادة 7 من القانون الكويتي و المادة 7 من القانون الإماراتي و المادة 2 من القانون السوري و المادة 1 من القانون اللبناني و انظر كذلك صابر محمد :المرجع السابق، ص 76 .

[2] افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 65

[3]ART 1211-3 « Les médecins s'assurent que leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sont informés des modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et, à défaut, leur délivrent individuellement cette information dès que possible. »

راجع أيضا وافتكار مهيوب: المرجع السابق ص 66

ومن المعروف أن قصد العلاج هو أحد الأركان، أو الشروط الأساسية، التي على أساسها أجيز التبرع بالأعضاء البشرية، وبالتالي يجوز التصرف القانوني في الأعضاء البشرية أثناء الحياة عن طريق الهبة، أما التنازل عن الأعضاء البشرية بعوض، فهو تصرف باطل قانونا وشرعا، لأنه وسيلة لاستغلال الأغنياء لحاجة الفقراء، و سبيل لفتح باب تجارة الأعضاء البشرية في السوق السوداء، وما يصاحب ذلك من أعمال خطف، وقتل وتشريد واستباحة للكرامة الإنسانية.[1]

المطلب الرابع

حق العدول عن الموافقة

ويعتبر العدول عن الرضا من الحقوق المتعلقة بالنظام العام لتعلقه بحماية الكرامة الإنسانية فهذه الكرامة تأبى أن يفرض على الإنسان أن يتصرف في جسمه و بالتالي له أن يمارس حقه في العدول عن الموافقة [2].

- **الفرع الأول: موقف التشريعات المقارنة.**

اتفقت غالبية التشريعات،[1]على أنه يجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه و في أي وقت يشاء دون قيد أو شرط ، على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال، و دون أدنى

---

[1] إبراهيم يوسف :المرجع السابق، ص 49 و50

[2] طارق سرور :المرجع السابق ص 221 و 222 الشاشاني : المرجع السابق ص 113. ويعتبر العدول عملا إراديا يزيل الأثر القانوني للرضاء الذي صدر من المنقول منه و مثاله العدول عن الوصية أو العدول عن الهبة أو التنازل عن الشكوى أنظر صفوان محمد: المرجع السابق ص 300. وصفاء محمود رستم،: المرجع السابق، ص84.

مسؤولية نحو المريض و أهله.[2] أما بعد العملية فلا يجوز له طلب استرجاع العضو بعد زرعه في جسم المنقول إليه لأنه صار جزءا منه،[3] و حتى ولو كان ذلك بموافقة المريض، لما سيمثله ذلك من خطورة بالغة على حياته، و ما سيترتب عليه من مفاسد، حيث أن النقل ثم بناء على ضرورة كانت تقتضيها المحافظة على حياة المريض، أو علاجه من مرض جسيم و هو ما يعني أن استقطاع العضو المنقول إليه سوف يهدد حياته، أو يعرضها لخطر، و هو ما تأباه التشريعات وفقا لشروط الضرورة.

و قد تأكد الحق في العدول عن الرضا، في الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي Oviedo حيث نصت المادة الخامسة ، الفقرة الأولى " على أن صاحب الشأن يمكن أن يسحب رضاءه بحرية في أي وقت" [4] .ويكون للمتبرع العدول في أي وقت قبل استئصال العضو منه دون حاجة لتقديم مبررات العدول، ودون الخضوع لأحكام المساءلة لأن العدول هو عودة إلى الأصل، المتمثل في عدم جواز المساس بسلامة الجسم البشري .[5]

---

[1] أنظر المادة 4 من القانون المغربي حيث أجازت للمتبرع الرجوع عن الموافقة في جميع الأحوال. وكذا المادة 4 من المشروع العربي الموحد، المادة 4 من القانون الكويتي، المادة 5 من القانون الإماراتي، و المادة 6 من القانون القطري.

[2]عبد المعطي الخيال :المرجع السابق، ص11 . ومجدي فتحي : المرجع السابق ، ص 103 . ومحمد صلاح الدين : المرجع السابق، ص 162

وعبد الحميد الأنصاري :المرجع السابق ص 29 . وصفوان محمد :المرجع السابق ، ص300 . و الشاشاني : المرجع السابق ،ص 130.

[3] المادة 7 من القانون الكويتي، و المادة 3 من القانون الإماراتي .

[4] طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ، المرجع السابق ، ص 220 . 221 .

[5]افتكار مهيوب: المرجع السابق، ص238. ومنذر الفضل :المرجع السابق، ص 74 . و إبراهيم يوسف المرجع السابق ،ص 34

فإذا عدل عن رضائه، فلا يلزم بدفع أي تعويض للمريض، أو لغيره، جراء ما ترتب على عدوله من أضرار، فقد يضطر إلى الاستمرار في التبرع بالعضو لعدم قدرته على دفع مقابل نقدي تعويضا عن عدوله[1] .

وينصرف هذا الحق كذلك إلى الممثل القانوني لناقص الأهلية، بالنسبة للتشريعات التي تجيز استقطاع العضو شرط موافقة ممثله القانوني[2] .

وغالبية التشريعات التي أجازت العدول عن الموافقة، لم تحدد وقت الرجوع، بل جاءت عامة، وهذا لا يعني السماح بالعدول بعد استئصال العضو وزرعه للمريض لأن ذلك يلحق ضررا بالمريض إلا أن بعض القوانين حددت وقت الرجوع كالقطري في القانون رقم 21 لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء في المادة السادسة، حيث نصت على أنه "يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط

- voir: DORSNER-DOLIVET (Annick), La résponsabilité du médecin,Economica, Paris, 2006.p 373.

و الضرر الذي يلحق بالمريض المحتاج للعضو البشري بسبب عدول الواهب عن هبته يتمثل من حيث المبدأ في الضرر المادي، و هذا الضرر ينقسم إلى عنصرين هما :

- ما لحق بالمتضرر (المريض) من خسارة مالية كنفقات العلاج، و الدواء، و الحجز، و الإقامة بالمستشفى، تنفيذا لعقد الهبة إذا كان قد دفعها المريض له.
- ما فات على المتضرر (المريض) من كسب كأن يكون صاحب مهنة حرة، أو موظف، أو متقاعد له مهنة أخرى، فهؤلاء قد يفوتهم مكسب إن كان قد بقى الموهوب له (المريض) بالمستشفى تنفيذا لعقد الهبة . راجع منذر الفضل: المرجع السابق، ص 98.

وبالتالي فالتعويض يكون في حالة الضرر المادي فقط،في حالة العدول دون الضرر المعنوي . أنظر المادة 2 من القانون الإيطالي لسنة1967

الخاص بزرع الكلى .راجع ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 209.

[1]عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ،ص 300.

[2]طارق سرور :المرجع السابق ص221 وافتكار مهيوب :المرجع السابق ص 238

وكذلك المشرع الكويتي بمرسوم القانون رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء في المادة الرابعة الفقرة الثانية. أما المشرع الإماراتي في القانون رقم 15 لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية كان أكثر دقة في المادة الخامسة ، حيث أجاز للمتبرع الرجوع في تبرعه في أي وقت، دون قيد أو شرط ولا يجوز له استرداد العضو الذي ثم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون . بمعنى أنه يمكنه الرجوع عن تبرعه طالما لم يستأصل العضو المتبرع به. لأن حقه في العدول سقط بعد الاستئصال حتى ولو لم يثم زرعه بعد[1].

ويلاحظ أن المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد، أجازت للواهب أن يرجع في هبته في أي وقت دون قيد أو شرط، حيث نصت على أنه «... يجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط...". فيلاحظ أن هذا النص جاء متناقضا فكيف يمكن الرجوع في هبة كلية مثلا بعد نقلها وزرعها في جسم المتلقي، ففي هذه الحالة الرجوع غير ممكن إلا قبل النقل[2].إلا إذا كان المقصود من نص المادة إمكانية الرجوع قبل النقل لاستحالة بعده .

ورغم ما تقدم عن إمكانية عدول المتبرع عن تبرعه إلا أن الباحث لم يتعرض لأي نص، أو رأي، ينص على حالة وفاة المتلقي بعد استقطاع العضو من المتبرع و قبل نقله إلى المريض. فبالرجوع إلى نص المادة 5 من القانون الإماراتي الذي أجاز للمتبرع الرجوع

---

[1]الشاشاني: المرجع السابق ص 134

[2]المدني بوساق :المرجع السابق ص 98 و إبراهيم يوسف :المرجع السابق ص 35.

في تبرعه في أي وقت ، و لا يجوز له استرداد العضو بعد استئصاله منه ، بعد أن تبرع به وفقا للقانون يكون المشرع الإماراتي قد حسم النزاع بالنسبة للحالة التي يتراجع فيها المتبرع عن تبرعه ويبقى التساؤل المطروح هو حالة عدم عدول المتبرع عن تبرعه بينما توفي المتلقي بعد النقل و قبل الزرع ، فما هو مصير العضو خاصة إذا كان المتلقي محل اعتبار بالنسبة للمتبرع. فيرى الباحث أن المتبرع أحق باسترجاع عضوه المستأصل مع مراعاة إمكانية ذلك وفقا للشروط الفنية و الطبية في مثل هذه الحالات .

والقوانين المقارنة لم تتطلب شكلية قانونية خاصة للعدول، و هو ما يعني أن العدول يمكن أن يكون شفويا، أو مكتوبا، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في الرجوع . و لا شك أن هذا يثير مشكلة تتعلق بالإثبات، [1] ففي حالة ما إذا ثم الرجوع شفويا ولم يكن هناك شهود فإنه يتعذر إثباته في حالة قيام نزاع و تثور هذه المشكلة بالذات، في حالة وفاة المتبرع إذ يتعذر على أسرته إثبات رجوعه عن الرضا، ولهذا كان لابد من اشتراط أن يكون العدول

---

[1] يرى الباحث أنه يمكن للمتبرع حتى بعد إجراء عملية نقل العضو منه أن يثير نزاعا بإدعائه أنه كان قد تراجع عن موافقته بالتبرع و بالتالي لابد من
أن يحدد وقت الرجوع عن التبرع إلى غاية دخول المتبرع المستشفى قصد استئصال أحد أعضائه المراد التبرع بها و بالتالي تكون فرصته الأخيرة في العدول
عن التبرع وكل إدعاء بعد ذلك يعتبر باطلا. إلا أنه يمكن للمتبرع استرجاع عضوه المستأصل إذا توفي المريض قبل الزرع بعد النقل ما لم يكن هناك مانع
طبي أو فني يحول دون ذلك .

عن الرضا مكتوبا، لأن ذلك ييسر عملية الإثبات في حالة الرجوع ، كما هو الحال بالنسبة للموافقة على التبرع.[1]

- **الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.**

تطرق المشرع الجزائري لحالة العدول عن التبرع في المادة 1/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها جاء فيها"...ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة ". وبما أن طبيعة هذه العمليات الجراحية تستوجب قيام الرضا إلى حين مباشرة عملية النقل لهذا فإن احتمال رجوع المتبرع قبل تنفيذ العملية جائز دون مسؤولية عليه، رغم أن هناك من يرى تحميله النفقات التي أنفقها المريض كالحجز في المستشفى و مصاريف النقل.[2] و بالتالي أجاز للمتبرع أن يتراجع عن قبوله التبرع ، و ذلك حتى لا يكون المتنازل ضحية لأي نوع من الضغط المادي، بحيث قد يستمر في موافقته رغما عنه بسبب عدم قدرته على دفع التعويض النقدي . إلا أنه يمكن للمتبرع الذي عدل عن موقفه أن يلتزم بتعويض المريض عن المصاريف، و النفقات، التي تحملها لإتمام العملية، و لا يعتبر ذلك جزاءا عن العدول فهو من طبيعة التصرف نفسه .[3]

---

[1] افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص240 .

[2] ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 209.و منذر الفضل: المرجع السابق ص 98.

[3] حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 144.

المطلب الخامس

عدم التعارض مع النظام العام والآداب العامة.

الأصل هو عدم جواز تصرف الشخص في سلامة جسمه، لأن رضاء المجني عليه لا يعد سببا من أسباب الإباحة في أفعال الاعتداء التي تمس جسم الإنسان، فسلامة جسم الإنسان من النظام العام، وحمايتها أمر يقتضيه الصالح العام، إلا أنه متى كان التصرف في سلامة الجسم لا يمس مصلحة المجتمع فإنه يعتبر صحيحا، و غير مخالف للنظام العام والآداب العامة،[1] طالما أنه يستهدف تحقيق غرض علاجي للمريض، وأنه لا يترتب على ذلك ضررا مجحفا بحياة و صحة المتبرع ، بحيث يمنعه من أداء واجباته، وألا يترتب عن هذه العمليات اختلاط الأنساب . كل هذه التقاط تستوجب التطرق إليها على التوالي :

- **الفرع الأول : تحقيق مصلحة علاجية للمريض[2] يحول التهميش الى للمريض**

يجب أن يكون الغرض من استئصال عضو لزرعه في جسم إنسان آخر – المريض – هو إنقاذ هذا الشخص من الموت المحقق، أو شفائه من مرض، و قد انقسم الفقه إلى اتجاهين حول المصلحة العلاجية للمريض[1].

---

[1] احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 131 ، 132 و عبد المعطي خيال : المرجع السابق ص 16 راجع أيضا إبراهيم يوسف: المرجع السابق ص 37 و بشير سعد زغلول : المرجع السابق ص 89

– voir KUSS (René), Pierre BOURGET, Op .cit p 159

[2] DUPOUT (Marc), Claudine ESPER, Christian PAIRE, Droit hospitalier3ème édition, Dalloz, Paris, 2001.p 394

- **الاتجاه الأول:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه في عمليات نقل الأعضاء لا يمكن القول بتوفر المصلحة العلاجية إلا في حالة ما إذا أصيب مثلا المتبرع بمرض في إحدى عينية يستوجب استئصالها و بالتالي يكون ذلك عملا علاجيا، فلا مانع حينئذ من الاستفادة من بعض أجزاء العين المستأصلة لنقلها إلى شخص آخر يعاني من خلل في البصر، و من تم يتوافر لدينا قصد العلاج للشخصين الأول باستئصال عينه المريضة،و الآخر بالاستفادة من بعض أجزائها.
- **الاتجاه الثاني** : يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قصد العلاج يتضح من صلة القرابة التي تربط المتبرع بالمتلقي، معتبرين أن المتنازل يؤدي مصلحة حقيقية للمتلقي بالحرص على إنقاذ حياته ولو عن طريق التضحية بجزء من جسده فلا يمكن رفض التنازل في هذه الحالة كون شرف الباعث هنا يحقق المصلحة العلاجية لكليهما . ومثال ذلك أن تتنازل الأم لأبنها عن إحدى كليتيها ، أو يتنازل احد الأشقاء عن إحدى قرنيتيه لأحد أشقائه .

ولعل الحكم الصادر من محكمة " كولور ادو" في سنة 1972 يوضح ذلك :حيث تتلخص وقائع هذه القضية، في أن طفلة عمرها ثمانية سنوات أصيبت بمرض في إحدى الكليتين و أشار الأطباء بسرعة نقل إحدى كليتي شقيقتها التوأم حفاظا على حياتها، و قد رفض أطباء المستشفى إجراء الجراحة . رغم موافقة الوالدين والأخت، على اعتبار أن موافقة

---

[1] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 134 – 135

القاصر لا تكفي بذاتها لاستقطاع عضو من أعضاء جسمه ، كما أنها لا تشكل سندا للإعفاء من المسؤولية، وعندما رفع الأمر للمحكمة – كولورادو – أقرت بحق الأخت في إعطاء شقيقتها إحدى كليتيها السليمتين ، و أمرت بإجراء العملية على وجه السرعة ، وقالت المحكمة أن للوالدين الموافقة على نقل الكلى، إذ أن ذلك سيحقق مصلحة مؤكدة للملتقى القاصر بالنظر إلى الأضرار البسيطة التي قد تلحق بالمعطي "[1].

و هناك من الأعضاء التي يؤدي التنازل عنها إلى اختلال أو إعاقة في ممارسة الحياة بشكل طبيعي، كأحد الرجلين، أو اليدين، أو القرنية ، و كانت هي الوحيدة بالنسبة لصاحبها و هناك من يرى أنه لا يجوز التنازل عن أحدى القرنيتين و ذلك لأن لكل عين مجال للإبصار و من تم يترتب على التبرع بأحدها أضرارا كبيرة بالمتبرع.[2]

و قد نص على ذلك أغلبية التشريعات المنظمة لهذه العمليات كالمشرع الفرنسي[3]الذي نص في المادة 1211 – 6 على« انه لا يمكن استخدام أجزاء و مكونات الجسم البشري للأغراض العلاجية ، إذا كانت المخاطر المحسوبة للمتلقي بناء على المعلومات العلمية و الطبية المتوافرة أكبر من الاستفادة المتوقعة له». بمعنى أنه إذا كانت المخاطر أكبر من المزايا التي سوف يحصل عليها المتلقي، و لو كان الغرض علاجيا فإنه

---

[1] رايس محمد :المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري,المرجع السابق ص223و منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ، المرجع السابق ، ص ، 435

[2]نور الدين الشرقاوي : المرجع السابق ص 52 و افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 227

[3]« Art. L. 1211-6. - Les éléments et produits du corps humain ne peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques si le risque mesurable en l'état des connaissances scientifiques et médicales couru par le receveur potentiel est supérieur à l'avantage escompté pour celui-ci.

لا يجوز القيام بها. و نص في المادة 1213 –1 على أنه« لا يسمح بأخذ الأعضاء من شخص على قيد الحياة بغرض التبرع إلا للمنفعة العلاجية المباشرة للمتلقي ».

بينما نص المشرع الكويتي،[1] في قانون زرع الأعضاء على أنه« يجوز إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي، أو جثة متوفى و زرعها في جسم شخص حي آخر بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمحافظة على حياته» . و نص المشرع الإماراتي، [2]على أنه « يجوز للأطباء المتخصصين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى و زرعها في جسم شخص حي آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته» .

كما نص المشرع التونسي[3] على أنه« يجوز لغاية العلاج أخذ عضو من شخص متبرع قصد زرعه لشخص آخر» . و نص المشرع المصري [4] على أنه « لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم... » .كما نص المشرع المغربي[5]على ذلك في المادة 9 من قانون زرع الأعضاء.

---

[1]المادة 1 من القانون الكويتي رقم 55 ___ 1987 لزرع الأعضاء.

[2]المادة 1 من القانون الإماراتي رقم 15 ___ 1993 بشأن تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية.

[3]المادة 2و 3 من القانون التونسي عدد 22 – 1991 المؤرخ 25 – 03 –1991 الخاص بزراعة الأعضاء.

[4]المادة 2 من القانون المصري رقم 05 – 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية.

[5] المادة 9 من القانون المغربي رقم 98– 16 المتعلق بزرع الأعضاء.

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زراعة الأعضاء حدد الهدف العلاجي لجواز استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية . حيث نص في المادة 161 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي:" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة، أو الأجهزة البشرية، إلا لأغراض علاجية ... ".

أما إجراء التجارب الطبية على الإنسان لا يستهدف علاجا، و إن كانت هذه التجارب ستفيد المجتمع بعد ذلك، لأن هناك إنسان سيكون ضحية لها، فهي تصطدم بالنظام العام طالما يوجد من البدائل الأخرى، مثل إجرائها على الحيوانات كالفئران و غيرها .[1]

- **الفرع الثاني: أن لا يترتب على هذه العمليات ضررا كبيرا بالمتبرع**

من المستقر عليه أن عمليات نقل الأعضاء من الأحياء يمس الأعضاء المزدوجة بالجسم كالعين،أو الكليتين، و كل عملية تهدف إلى استئصال أحد الأعضاء المنفردة كالقلب أو الرئة تعتبر باطلة، [2]فالقاعدة العامة هي أن كل اعتداء يمس سلامة جسم الإنسان ينقص من قدرته على أداء الأعمال ذات الفائدة الاجتماعية يعد إهدارا لحق المجتمع في سلامة جسم كل فرد من أفراده ، و بالتالي يتجرد الرضا من كل قيمة في الحدود التي يمتد إليها حق المجتمع فيظل الاعتداء خاضعا للتجريم .[3]

---

[1]مصطفى نجم : المرجع السابق، ص 108 . وإبراهيم يوسف : المرجع السابق، ص 38.

[2]مصطفى نجم : نفس المكان.

[3] احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 133.

طبقا لهذه القاعدة يعد جريمة يعاقب عليها القانون، قيام الطبيب بإجراء عملية بتر عضو من جسم شخص بقصد تسهيل تخلصه من الخدمة العسكرية، حتى و لو رضي بذلك المجني عليه،[1] ففي هذه الحالة و غيرها يظل الاعتداء مجرما معاقبا عليه حماية للنظام العام .

ذهب البعض إلى وجود ما يسمى بالنظام العضوي l'ordre public corporel تمييزا له عن النظام العام التقليدي، الذي يحمي الدولة و مؤسساتها، و يحمي الأسرة، فهو يحمي الكرامة الإنسانية من خلال حماية جسم الإنسان، فلا يمكن القول بمشروعية نقل الأعضاء المزدوجة إلا إذا كان العضو المراد استئصاله لا يحرم المتبرع من وظيفته التشريحية بمعنى أن يكون العضو المتبقي قادرا على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستأصل ، فإذا كان في استئصال أحدهما تأثيرا على هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع فإنه لا يجوز الاستئصال في هذه الحالة .[2]

و في هذا السياق عرضت في إيطاليا قضية شاب يدعي **Paul Salvatori** الذي تنازل عن إحدى خصيتيه برضائه مقابل مبلغ مالي 10 ألاف ليرة وزرعها لرجل برازيلي

---

[1]تنص المادة:157 من قانون الأحكام العسكرية المصري على عقاب كل من يحدث بنفسه جروحا أو عاهات قصد التهرب من الخدمة

العسكرية. وتنص المادة 14 من قانون الخدمة الوطنية الجزائري الصادر بالأمر رقم 103/47 مؤرخ في 1974/11/15 على أن كا شهادة زور ...إلى أن التملص أو العمل على الإفلات عن قصد من الخدمة الوطنية يتعرض فاعلوها وشركائهم للملاحقات القضائية.

[2]طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ، المرجع السابق ص 231. راجع في هذه القضية بالتفصيل رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء وضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص223

يدعى **LA pegna** هذا في 27- 08-1930، و نجحت العملية نجاحا تاما ، و عندما وصل الأمر إلى النيابة العامة ، أحالت الشاب إلى الكشف الطبي الذي تبين من خلاله أن المتبرع شفى بعد ثمانية أيام و أن ذلك لا يمنعه من الزواج و الإنجاب .

و تمت متابعة الطبيب بتهمة الإيذاء العمد ، الذي أدى إلى إحداث ضعف لعضو من أعضاء الإنسان ، و بالتالي قد وقع الاعتداء على مصلحة ، لا يمكن التصرف فيها، و لا عبرة لرضاء المجني عليه. و أصدرت المحكمة، [1]حكما ببراءة الطبيب الجراح طالما أن الاعتداء لم يؤدي إلى عجز المجني عليه من القيام بدوره العملي في المجتمع و العائلة ، وأن الطبيب الجراح أحدث جرحا بسيطا يمكن تبريره برضا المجني عليه .

و قد تأيد هذا الحكم إستئنافيا،[2]على أساس أن ذلك لا يضعف عضو التناسل و من تم لا يمكن العقاب عليه. و أيدت محكمة النقض هذا القرار في 31-1-1934 و رفضت الطعن المقدم من النيابة .

غير أن هذا الحكم منتقد عند البعض ،على أساس أن استئصال خصية واحدة مع الإبقاء على الأخرى وإن كانت لا تقلل من قدرة الفرد على الإنجاب ،إلا أنها تضعف عضو

---

[1]Trib de Naples 28 nov 1931 dans la GIVSTIZIA pénale 1932 – 11- col – 592 Ets note Severino.

_انظر منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية ، المرجع السابق، ص 452.

[2]Cours de Naples , 30 avr 1972 dans la GIVSTIZIA pénale 1932 -11-1679 Ets note PIACENTINI

انظر منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية المرجع السابق ص 453 .

التناسل و تؤثر بصفة دائمة على الجهاز التناسلي . كما أن الهدف من الاستئصال بالنسبة للمجني عليه لم يكن علاجيا، و لكن كان مقابل الحصول على المال، و بالتالي يعتبر ذلك مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.[1]

و قد نصت على ذلك معظم التشريعات،[2] المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث نص المشرع الكويتي على أنه لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي و لو كان ذلك بموافقته إذا كان استئصال هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب وتبنى المشرع الإماراتي نفس النص .

و نص المشرع التونسي ، على منع أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء لزرعه و لو برضاء المتبرع ، و اعتبر العضو ضروريا للحياة هو الذي يؤدي إلى وفاة الشخص الذي أخذ منه،غير أنه لم يشر إلى منع أخذ العضو الذي فيه تعطيل لمصلحة المتبرع. و نص المشرع المغربي على عدم جواز أخذ الأعضاء البشرية إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة المتبرع للخطر أو الضرر بصحته ضررا بالغا و نهائيا.

أما المشرع اللبناني فنص على عدم جواز إجراء العملية لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك أو في حال احتمال تهديد صحته بخطر جدي من إجرائها. فيما نص المشرع السوري

---

[1] سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 117 و منير رياض حنا : المرجع السابق ، ص 452 و احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص 136

[2] المادة 3 – من القانون الكويتي ، المادة 3 من القانون الإماراتي ، المادة 4 من القانون التونسي ، المادة 8 من القانون المغربي المادة 1 فقرة 4 من القانون اللبناني و المادة 2 فقرة ب 1 و 2 من القانون السوري و المادة 2 من القانون المصري رقم 05 – 2010 .

على أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة حتى لو كان ذلك بموافقة المتبرع ، كما اشترط قيام لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع لتقرير ما إذا كان نقل عضو من جسمه لا يشكل خطرا على حياته . أما المشرع المصري فقد تطرق إلى ذلك بحيث اشترط ضرورة أن لا يعرض النقل حياة المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته . وأما المشرع الجزائري كغيره من التشريعات، نص في المادة 162 من قانون حماية الصحة على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر". و لا شك أن هذا المسلك يتماشى مع مقتضى العقل و المنطق لأن الغرض من التبرع بالعضو هو إنقاذ نفس، و من تم لا يمكن القبول بجواز التبرع إذا كان ذلك سوف يؤدي إلى إعاقة المتبرع عن ممارسة حياته الطبيعية، و يمنعه من أداء واجباته اليومية و الحياتية [1].

- **الفرع الثالث : عدم جواز التنازل عن الأعضاء التناسلية**

يقصد بالأعضاء التناسلية الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب و هي المبايض و الرحم لدى المرأة، والخصيتان و القضيب لدى الرجل و يلحق بذلك مني الرجل و بويضات المرأة[2].

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 227.

[2] مأمون عبد الكريم : رضا المريض بالأعمال الطبية المرجع السابق، ص 401. و عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق، ص 159.

- KUSS (René), Pierre BOURGET, Une histoire illustré de la greffe d'organes, la grande aventure du siècle, Frison Rocha, Paris, 1993. P 159

ومن الضروريات الأساسية في عمليات نقل الأعضاء وزرعها ألا يترتب عليها اختلاط الأنساب بين المتبرع و المنقول إليه العضو، و لو كان ذلك بقصد علاج المنقول إليه العضو و عدم وجود أي ضرر ناتج عن إجرائها لمن يتبرع بالعضو المنقول، وهذا لتعارض اختلاط الأنساب مع قواعد النظام العام و الآداب ذات الطابع الديني و الأخلاقي[1].

والتحريم هو لتعارض الفعل مع كرامة الإنسان، و مخالفته للنظام العام، الذي يستلزم المحافظة على الأصول البيولوجية للإنسان لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب .[2] و عليه يخطر التنازل عن الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية كالمبيض، و الخصيتين وذلك لاستمرارها في حمل الصفات الوراثية .[3]

ولقد بين مجمع الفقه الإسلامي أن زرع الأعضاء التناسلية يسبب إشكالات كثيرة أولها أن النطف (الحيوانات المنوية أو البيضة) تعود في تركيبها من جهة الجينات (المورثات) إلى المتبرع ليس المتلقي . كما أكد البيان الختامي و التوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23 و 26 أكتوبر 1989 بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية و مجمع الفقه الإسلامي ، التي

---

[1] مجدي فتحي حسين : المرجع السابق ص 109 . راجع أيضا إسماعيل الأنصاري : ضوابط نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية ص 25 مشار إليه في طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء : المرجع السابق ،ص 244.

[2] محمد صلاح الدين محروس : المرجع السابق ص 159

[3] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 228 . و إيهاب مصطفى : المرجع السابق ص 139 و بلحاج العربي : المرجع السابق ص 222

- VOIR : ABDULDAYEM (Ahmed), op. cit p 185

تناولت موضوع زراعة الأعضاء على أنه " بحكم أن الخصية و المبيض يستمران في حمل و إفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب و تكون تمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين و المرتبطين بعقد زواج ".[1]

و قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في 20 – 3 – 1990 ما يأتي :

- زرع الغدد التناسلية : بما أن الخصية [2] والمبيض يستمران في حمل و إفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد فإن زرعها محرم شرعا.
- زرع أعضاء الجهاز التناسلي : أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ماعدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة .[3]

التفسير العلمي لهذه المسألة أن المبيض يحتوي على عدد معين من البويضات تحمل الخصائص الوراثية للأم، و الأب فإذا تم استقطاع هذا العضو و تم نقله إلى امرأة

---

[1]مأمون عبد الكريم: المرجع السابق ، ص 402

[2]راجع في نقل الخصيتين بالتفصيل محمد بن محمد المختار:المرجع السابق ص 261. 266 . و طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية من الأحياء المرجع السابق ص 195 .و نشرت مجلة زرع الأعضاء العالمية بحثا لمجموعة من الأطباء الصينيين قاموا فيه بأربع عشرة عملية زرع للخصية نجح منها ثلاث عشرة حالة و ذلك في الفترة ما بين 1984 حتى ماي1986 و قد زرعت من الأب سبع حالات ،و من الأخ في حالتين، و من جثة متوفي في خمس حالات ، و تم رفض الجسم في حالة واحدة من هذه الحالات .

[3] خالد فائق ألعبيدي : الوراثة و الاستنساخ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ،2005 ، ص 108 . و قد نجح الدكتور عوني زيدان رئيس قسم المسالك البولية في مجمع ناصر الطبي جنوب قطاع غزة بإجراء عملية جراحية هي الأولى على مستوى فلسطين بزراعة قضيب اصطناعي لمريض يبلغ من العمر 50 عاما ، راجع الموقع التالي : www .alwatanvoice.com/arabic /news 2010 -08-13 /152779 htm

أخرى فلا شك أنه سيترتب على ذلك اختلاط الأنساب لأن أولاد المرأة المستقبلة لهذا المبيض هم من الناحية الوراثية أولاد المرأة المتبرعة بالمبيض[1].

يقول أحد المتخصصين في مهنة الطب أنه إذا ما نقلنا الخصيتين من شخص إلى آخر فكأننا قد نقلنا المصنع، بآلاته و معداته و المواد التي يحتويها إلى الشخص الآخر و يكون دور الشخص المنقول له الخصية، لن يتعدى سوى تشغيل هذا المصنع فقط. و بالتالي يكون له دور في نقل المورثات التي يحملها .[2]

غير أنه يمكن القول بجواز زراعة الرحم لأنه لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب و قد أباح مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة بالمملكة العربية السعودية عام 1990 زراعة أعضاء الجهاز التناسلي ما عدا الخصية و المبيض و العورات المغلظة[3] .

قد نصت بعض القوانين صراحة على حظر التصرف بهذه الأعضاء، كالمشرع القطري الذي حظر في المادة الثالثة نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية في الرجل و المرأة ، و العلة في ذلك عدم اختلاط الأنساب، لأنه أمر يخالف تعاليم الأديان السماوية و القيم الأخلاقية و الآداب العامة و ما قد يترتب من مشاكل اجتماعية و أمنية...»[4]

---

[1]مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، 405 و أسامة رمضان ألغمري: المرجع السابق، ص 117.

[2]صديقة علي ألعوضي : زراعة الأعضاء التناسلية للمرأة و الرجل بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة عن رؤية إسلامية لزراعة الأعضاء البشرية من 23 – 26 أكتوبر 1989 الكويت ص 441 . و لا تتغير الصفات الوراثية الموجودة في الخصية بعد زرعها ،بحيث تبقى تلك الصفات الوراثية تعود إلى الشخص المتبرع لأن المورثات تكون مبرمجة منذ البداية .عطا عبد العاطي : المرجع السابق، ص 130.

[3]أسامة رمضان ألغمري : المرجع السابق ص 117 و طارق سرور : المرجع السابق ص 195

[4]حظر التبرع بالأعضاء التناسلية مقال منشور في مجلة الحوادث القطرية ع 7783 بتاريخ 03 – 10 – 2009

كما نص المشرع المغربي في المادة الثانية من قانون نقل وزرع الأعضاء على استثناء الأعضاء المتصلة بالتوليد. وعبر المشرع التونسي في المادة الخامسة من قانون أخذ الأعضاء البشرية ، صراحة على منع أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء و الأموات قصد زرعها . و نص أيضا المشرع المصري في المادة الثانية الفقرة 2 من قانون زرع الأعضاء على حظر زرع الأعضاء و أجزائها، أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب .

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة مما يعتبر نقصا يجب تداركه مقارنة بالتشريعات الأخرى، و تجنبا لاختلاط الأنساب، و كذا تماشيا مع ما ذهب إليه عامة فقهاء الشريعة الإسلامية .

بالتالي يمكن القول أن كل ما يمس حق الأفراد، كالحق في الحياة ،أو في سلامة الجسم لارتباطه بمصلحة الجماعة لا يمكن المساس به، غير أن للفرد أن يتنازل عن جزء من جسمه إذا كان ذلك لا يتعارض مع النظام العام و الآداب العامة .

المبحث الثالث

الشروط القانونية الخاصة بالمتلقي

من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض بمباشرة العمل الطبي سواء كان علاجيا، أو جراحيا،[1]بمعنى أنه لا يجوز إجبار مريض على العلاج أو أي عمل من شأنه المساس بتكامله الجسدي، إلا في حالات استثنائية كحالة الضرورة أو حالات تقتضيها المحافظة على الصحة العامة كالتطعيم الإجباري، أو العلاج الإجباري كما هو الحال في مرض الكوليرا مثلا [2]. و الطبيب لا يستطيع أن يقوم بأي عمل على جسم المريض، إلا بعد حصوله على رضا المريض نفسه، أو رضا من ينوب عنه ،وهذا الرضا لا يعتد به إلا إذا كان صادرا عن إرادة واعية مستنيرة، وهذا بدوره يلزم الطبيب . أن يكون قد بصر مريضه و أعطاه معلومات كافية عن حالته، فالتبصير هنا يعد الوسيلة المثلى التي من خلالها نتوصل إلى الحفاظ على الثقة في العلاقة بين طرفي العقد الطبي.[3]

و الأصل صدور الرضا من المريض نفسه،مادام قادرا على التعبير عن إرادته ، فإذا أهمل الطبيب في الحصول على رضا المريض، أو من يمثله اعتبر مسؤولا عن نتائج فعله

---

[1]زينة غانم يونس :المرجع السابق ،ص 124. وسميرة اقرور: المرجع السابق، ص 124. واحمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص 88.

[2]سميرة عايد الديات : المرجع السابق، ص 152. و عبد المعطي الخيال: المرجع السابق، ص113 . عبد الكريم مأمون : حق الموافقة على الأعمال الطبية، ص 250 . و عبد الكريم مأمون : رضا المريض بالأعمال الطبية و الجراحية ، ص 254.

[3] زينة غانم يوسف : المرجع السابق ، ص 141.

حتى ولو لم ينسب إليه خطأ طبي بالمعني الفني، [1] لدى سوف نقسم هذا البحث إلى أربعة مطالب :

نتطرق في المطلب الأول لضرورة الحصول على رضا المريض أما في المطلب الثاني شكل رضا المريض.و في المطلب الثالث الالتزام بتبصير المريض بينما نتطرق في المطلب الرابع : لأهلية المريض.

المطلب الأول

ضرورة الحصول على رضا المتلقي

ينص قانون العقوبات على جرائم معينة يكون فيها رضا[2] المجني عليه ، سبب من أسباب الإباحة حيث ينفي عن الفعل صفته غير المشروعة، [1]وقد يحول رضا المجني عليه

---

[1] سميرة عايد الديات، المرجع السابق ، ص 153.

[2]لم يرد في أغلب بحوث ودراسات العلماء أي تعريف جامع مانع للرضا، غير أن البعض دهب إلى تعريفه بالقول:"محل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة ، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بارتكاب الفعل الذي سيقع فالعلم و الإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء أو التصرفات ،أمر ضروري لتكوين الرضا وصحته بشرط خلو الإرادة من الإكراه و الغش و الحيلة ". وعرف البعض الأخر أسباب الإباحة :"أنها مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل جرمي معين" راجع محمد لا في : المرجع السابق، ص51 .
وأنظر في حالة الضرورة عبود السراج : شرح قانون العقوبات القسم العام ، منشورات جامعة دمشق، 2007 ص 490 .و سميرة عايد الديات المرجع السابق ، ص154 . و أنظر كذلك في هذا الموضوع أحمد مجحودة أزمة الوضوح " الإثم الجنائي "في القانون الجزائري و القانون المقارن ج 2 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع . الجزائر . ص 21 وما بعدها .

دون قيام الجريمة، حيث ينفي أحد عناصر ركنها المادي كجرائم هتك العرض .و في ما عدا ذلك فإن رضا المجني عليه بالجريمة لا يمنع قيامها،ولا يحول دون مساءلة الجاني، كما لا يؤثر ذلك فيرضى المجني عليه بالعمليات الجراحية و الأعمال الطبية إذا كان القصد منها إجراء التجارب الطبية [2].

فقد نصت المادة 5 في الفصل الثاني من اتفاقية حقوق الإنسان و الطب الحيوي Oviedo على وجوب رضا المريض الحر و المستنير قبل أي تدخل طبي، وضرورة حصول المريض سلفا على المعلومات الملائمة بشأن طبيعة و هدف هذا التدخل و نتائجه و مخاطره.

هذا ما ستقر عليه غالبية أراء الفقه، حيث نص المشرع الفرنسي في قانون أخلاقيات مهنة الطب في المادة 1/7 على ضرورة احترام إرادة المريض ، وفي حال عدم تمكن المريض من التعبير عن إرادته، يجب أخد موافقة أقاربه في حالات الاستعجال أو الضرورة.[3] حيث أكدت ذلك محكمة التمييز الفرنسية " ... و في الحالات التي يكون فيها

---

[1]يقول: د. عبود السراج أن المشرع السوري اعتبر رضا المجني عليه سببا من أسباب التبرير بنص صريح في المادة 186 ويرى أن هذا الموقف غير سديد لأن أسباب التبرير تتعلق بفعل مجرم في الأصل أما رضا المجني عليه فلا يبرر كل الأفعال التي يؤخذ فيها الرضا و إنما يبرر بعضها فقط. راجع
في هذا الموضوع محمد موفق عثمان : المرجع السابق ص 35 و36 . و انظر رياض الخالي : المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب و التصرف في أعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد ،14 ،عدد 1 مارس ،1971 ، ص 10 و ما بعدها و إبراهيم يوسف : المرجع السابق ص35

[2]احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 90 ، و سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 155

[3] رمسيس بهنام : المرجع السابق ص369 . و سميرة اقرور : المرجع السابق ص 124 و سي يوسف زاهية : الخطأ الطبي في المسؤولية

المريض غير قادر على ذلك يقتضي الحصول على رضاء الشخص الذي يتمتع اتجاه المريض بالسلطة القانونية ".[1]

وعلة اشتراط الحصول على رضا المريض قبل التدخل الجراحي أو العلاجي هو صيانة حقه في سلامة جسمه وتكامله الجسدي، [2]و احترام حريته الشخصية، و إلزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بالعلاج ، إنما يجد سنده فيما للإنسان من حق على بدنه أو فيما يتمتع به من استقلال تام في مواجهة الطبيب، و لعل أول من عبر عن هذه الفكرة هو الأستاذ **E.H.Perreau** حيث يقول" أن لكل شخص على جسده حقا مانعا وخاصا يحتج به على الكافة ، وهو أقرب ما يكون إلى حق الملكية ، ولذلك فليس لأحد أن يمس به حتى

لمدنية المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية :المرجع السابق، ص70. و أشار إلى ذلك المشرع اللبناني في المادة 186 من قانون العقوبات

بقوله" يجيز القانون العمليات الجراحية و العلاجية الطبية المنطبقة على أصول الفن، شرط أن تجري برضاء العليل أو رضا ممثليه الشرعيين

أو في حالات الضرورة الماسة" . سميرة عايد الديات :المرجع السابق، ص 155 .

-Cass .civ., 20 mai 1936 Mercier.

« L'obligation de soins découlant du contrat médical et mise à la charge du médecin est une obligation de moyens ; le médecin ne pouvant s'engager à guérir, il s'engage seulement à donner des soins non pas quelconque mais consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science ».

-Cass .req.,28 janvier 1942,Teyssier.

- مشار إليه في:

- François VIALLA, op.cit., p 276

[1]راجع إياد مصطفى : المرجع السابق ص 77.

[2] حيث نصت المادة 3/16 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2004 .800 الصادر بتاريخ 2004.8.6 على انه :«لا يمكن المساس بسلامة جسم الإنسان إلا في حالة الضرورة الطبية الخاصة بالشخص أو بصفة استثنائية لمصلحة علاجية للغير و يجب الحصول على رضا الشخص المعني مقدما ...» .

ولو كان ذلك لصالحه ، بل حتى ولو كان الدافع وراء هذا المساس هو تحقيق أفضل النوايا و الطبيب شأنه شأن غيره ملزم باحترام هذا الحق على الرغم من أن مساسه بجسم المريض إنما يرمي إلى تحقيق مصلحة هذا الأخير . " ويرى **R.savati** أن الإنسان سيد على جسده(l'homme est le maitre de son corps).

ومن ثم فإن أي عمل يقوم به الطبيب دون رضا المريض يمثل اعتداء على حرية هذا الأخير لأن الرضاء لا يكون حقيقيا إلا إذا كان صادرا عن علم بما يتم الرضاء به أو الموافقة عليه.[1]

وتقتضي القواعد العامة أن الطبيب يستطيع أن يتجاوز الحصول على رضا المريض إذا كانت حالة المريض في الحالة الطارئة[2] لا تسمح بأن يبدي رضا صريحا، أو ضمنيا، ولا يوجد من يمثله قانونا وكانت حالته الصحية. تستدعي تدخلا جراحيا، أو علاجيا، فليس هناك ما يمنع افتراض رضائه على أساس أنه لو كان في وعيه لدفعته غريزة حب البقاء و

---

[1] محمد حسن قاسم : المرجع السابق ص 29 .

[2]فالحالة الطارئة يقصد بها الحالة الصحية التي تهدد حياة أو صحة المصاب أو المريض مالم يتم التدخل الفوري لعلاجها على الطبيب أن يسجل في تذكره المريض ماهية الملاحظات التي بني عليها رأيه بأن الحالة طارئة ... و أن يسجل عدم قدرته في الحصول على إقرار رضاء العلاج لعدم قدرة
المريض على تقرير الرضاء وعدم توفر من ينوب عنه لإجراء الإقرار . انظر هشام عبد الحميد فرج : المرجع السابق ص 88 ،لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع هشام عبد الحميد فرج : الأخطاء الطبية المرجع السابق ص77 و ما بعدها . و جابر محجوب على : دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة مجلة القانون و الاقتصاد ع 68 ، جامعة القاهرة كلية الحقوق 1998 ص 126و127

الرغبة في التخلص من المرض إلى الرضاء بما قام به الطبيب من إجراء علاجي أو تدخل جراحي[1].

كما أن الحكم ذاته ينطبق عند توافر حالة الضرورة، ولا يلزم حصول الطبيب على رضاء المريض إذا تبين للجراح أثناء إجراء عملية جراحية رضي بها المريض، أو ممثله القانوني أن هناك مرضا خطيرا لم يكن متوقعا من قبل، تستدعي علاجه تدخلا جراحيا مباشرا سريعا ففي هذه الحالة يتوافر للطبيب حالة الضرورة التي تفرضها مصلحة المريض حفاظا على حياته مع وجوب الحصول على موافقة المريض أو ممثله القانوني ، كلما سمحت الظروف بذلك.[2]

كما استقر الفقه والقضاء على إباحة مثل هذه العمليات لسابقة حصوله على رضا المريض، واتجاه غايته لتحقيق الشفاء التي تتحقق من خلال مصلحة جدية للمريض شريطة أن يعلمه بعد إتمام الجراحة بما ثم إجراؤه.[3]

وبالتالي نستنتج أن الأصل في مجال الأعمال الطبية هو حرية المريض في قبول أو رفض العلاج ، و ما يجرى له من عمليات جراحية في حالة تبريرها قانونا هو إستثناء من

---

[1]سميرة اقرور :المرجع السابق ص 124و125 . واحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 95 .

_ لأن الطبيب سيستمد حريته من عدم قابلية الحالة للانتظار و التأخير لأن ذلك يدخل ضمن حالة الضرورة و عليه أن يعلم المريض بدواعي التدخل المفاجئ و تبصيره بما يترتب عليه من نتائج. راجع زينة غانم : المرجع السابق ص 162

[2]احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص96و98 و رايس محمد : المرجع السابق ص 123 و رمضان جمال كمال : المرجع السابق ص201

[3]محمد لافي :المرجع السابق ص 184

هذا الأصل.[1] غير أنه إذا كان من الجائز، الاعتداد بالرضاء المفترض للمريض في العمل الطبي التقليدي نظرا للفائدة التي تعود عليه من هذا العمل، و التي تفوق كثيرا المخاطر الناجمة عنه فإن الأمر يختلف في مجال عمليات زرع الأعضاء نظرا لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا .[2]

لذا فإن التساؤل المطروح هو هل تنطبق القواعد العامة المتعلقة برضا المريض بالعمل الطبي التقليدي على عمليات زرع الأعضاء؟ فقد تمت الإشارة إلى أن عمليات زرع الأعضاء تعتبر من العمليات الجراحية الخطيرة نظرا لحداثتها وعدم سيطرة الجراحين بعد على المخاطر التي تنشأ عنها , وبالتالي فليس صحيحا القول أن مجرد دخول المريض للمستشفى يعد رضاء مقدما بكل أنواع العلاج أو التدخل الجراحي التي يراها الطبيب لازمة لحالته الصحية .

فالجراح الذي يجري عملية زرع عضو، لمريض دون الحصول على رضائه أو رضاء من يمثله قانونا يسأل جنائيا، لأن ذلك يعتبر اعتداء على حق المريض في سلامة جسمه

---

[1]سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 156 . و سميرة اقرور :المرجع السابق ص 125 .
أما بشأن إثبات رضا المريض، فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية استقر على أنه يقع على المريض عبء إثبات قيام الطبيب بإجراء العلاج دون رضائه، و كانت المحاكم الفرنسية قد ذهبت إلى أن إثبات رضا المريض بالعلاج يقع على عاتق الطبيب حتى يبرر مشروعية تدخله و علاجه ويستخلص هذا الرضا من القرائن و ظروف الحال. ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ص238 و عبد المعطي خيال:المرجع السابق ص 114 ونص قانون آداب المهنة اللبناني في المادة 3 على أنه".... يجب أن يحترم إرادة المريض قدر المستطاع و إذا تعذر على المريض إبداء رأيه وجب على الطبيب إعلام أقاربه.... إلا في حالة الطوارئ أو الاستحالة ". أنظر زينة غانم : المرجع السابق ص 153.

[2]سميرة اقرور: المرجع السابق ص 125 و احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 98.

الذي لا يمكن المساس به إلا برضائه[1]. ويجب أن يعلم المريض بفائدة الجراحة و مخاطرها و نسبة نجاحها، فالمريض وحده هو الذي يملك المفاضلة بين المزايا التي ستعود عليه من التدخل الجراحي و المساس بجسمه، وبين المخاطر التي تترتب على ذلك[2]والتشديد على ضرورة التوعية و التبصير بالإضافة إلى أهميتها بالنسبة للمتلقي، يشكلان حماية قانونية للجراح من المساءلة عن الأضرار التي قد تترتب عن العملية مادام لم يرتكب خطأ أو تقصيرا.[3]

فإذا كان رضاء المريض بزرع عضو له يعد أمرا ضروريا، فإنه من الطبيعي أن يكون لرفض المريض أثره القانوني على تحديد مسؤولية الجراح ، إذ يعفى من المسؤولية إذا رفض المريض عملية الزرع .[4] بمعنى أن عدم موافقة المريض على العلاج يهدم ركنا أساسيا و شرطا لازما لانطباق القانون، فيكون ما يجربه الطبيب دون رضا المريض عملا غير مشروع يوجب مسؤوليته. [5]

لكن يثور التساؤل حول مسؤولية الطبيب عند ما تكون هذه العملية ضرورية، وعلى درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة لحالة المريض، بحيث يجب على الطبيب إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من إجراء هذه العملية و أن يعمل على تشجيعه على اتخاذ قراره

---

[1] احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 98 و 99.

[2] سميرة اقرور: المرجع السابق ص 125.

[3] نفس المرجع ص 126.

[4] تنص المادة 7 من قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا على وجوب احترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك .

[5] منير رياض : المسؤولية الجنائية للأطباء ص 87.

دون أي ضغط على إرادته في هذا الشأن[1] كما يفضل تدخل الوالدين أو الأقارب المقربين تدخلا موضوعيا لحمل المريض على اتخاذ قراره بالرفض أو القبول، فإذا ما أصر المريض على الرفض فليس من سبيل أمام الطبيب للتخلص من المسؤولية إلا إثبات رفضه كتابة بإجراء هذه العملية ، رغم أهميتها الحيوية له.[2]

نستنتج أنه في مجال زراعة الأعضاء لابد من الحصول على رضاء المريض ولا يمكن تطبيق القواعد العامة لأن حالة الضرورة لا تصلح كمبرر لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء، لما تحمله من مخاطر غير تقليدية كعدم توافر الأعضاء المناسبة أو إمكانية رفض العضو كما يؤدي ذلك إلى نتيجة شاده و هي السماح للطبيب باستئصال جزء من شخص سليم عنوة لانقاد حياة شخص في خطر .[3]

ومع كل ذلك فقد ذهب البعض إلى القول بأنه يمكن الاستغناء عن رضا المريض و إجراء العمل الطبي في حالة تعذر الحصول على رضائه أو رضاء ممثليه القانونيين[4] ذلك إذا كانت حالة المريض معرضة لخطر حقيقي حال ووجد المتبرع وكان من شأن عملية

---

[1] ففي مجال عمليات زرع الأعضاء فإنه غالبا ما يشترط أن يكون الرضاء الصادر عن المريض صريحا ،و كتابيا ،ومع ذلك فإن عبء إثباث رضا المريض بتلك العمليات يقع على الجراح ، لأنه يبرر مشروعية المساس بسلامة جسم المريض و بتكامله الجسدي ،فعليه تقديم الدليل الكتابي على رضا المريض بتدخله الجراحي . احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 106و كامل عبد العزيز: المرجع السابق، ص 460 و إبراهيم حسن عبد الرحيم :المرجع السابق ص 28 . و طلال عجاج : المسؤولية المدنية للطبيب مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس ، لبنان 2004 ص128.

[2] جابر محجوب علي :" دورة الإرادة و العمل الطبي دراسة مقارنة مجلة القانون و الاقتصاد ع 72، ج 4، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 2002، ص 93.

[3] احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 103 ، و سميرة عايد الديات :نفس المرجع ص 157

[4] سميرة عايد الديات : نفس المرجع ، ص 156 .

الزرع أن تهدف إلى إنقاذ حياة المريض ، ولم يكن المريض في وضع نفسي وعضوي وعقلي يسمح بمناقشة ضرورة إجراء هذه العملية، من عدمها، حيث نصت المادة 4 من القانون الإيطالي رقم 458 المؤرخ في 26 يونيو 1967 الخاص بزرع الكلية بين الأحياء على أنه " فيما عدا حالة الضرورة لا يمكن زرع كلية مستأصلة قانونا لمريض معين إلا بعد الحصول على موافقته ".[1]

وقد استقر اجتهاد القضاء الفرنسي على أنه " يجب على الجراح أن يحصل على رضاء المريض، أو من له الولاية عليه، لإجراء العملية التي ينوي عملها، و خاصة عندما يعلم أن تدخله الجراحي قد يترتب عليه نتائج خطيرة،وهذا الالتزام أساسه احترام حرية الإنسان ،كما يجب عليه أيضا أن ينبه المريض إلى أخطار العلاج أو العملية التي يشير بها، حتى إذا لم يكن هناك سبيل آخر سواها لإنقاذ المريض ".[2]

كما أوجب القانون الفرنسي رقم 654 لعام 1994، على الطبيب عند عدم تمكن المريض من الإفصاح عن إرادته التوجه إلى الممثلين الطبيعيين للمريض، أي إلى عائلته ، وقد أطلق القانون الفرنسي عليهم اسم (الحماة الطبيعيين) و على رأسهم الزوج ، و من ثم الأصول، فالفروع و أخيرا الأقارب الأكثر بعدا .[3]

---

[1] احمد شوقي : نفس المرجع ، ص 103.

[2] سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 158.

[3] إبراهيم يوسف :المرجع السابق ، ص 36.

أما المشرع اللبناني فقد اشترط في المادة 3 من المرسوم الاشتراعي رقم 83/109 موافقة المستفيد المسبقة والخطية .[1]وأكد القانون المغربي رقم 98/16 على ضرورة التأكد من موافقة المتلقي على زرع العضو، حيث نص في المادة 24 " يجب أن يتأكد الطبيب المسؤول قبل زرع عضو ما من موافقة المتبرع له على ذلك ..... ".

و أكد في نفس المادة إلى ضرورة التحقق من سلامة العضو من كل مرض معد أو من شأنه أن يعرض حياة المتبرع له إلى الخطر..." في حين لم يرد مثل هذا النص في القانون الأردني أو القانون الكويتي.[2]

و نص المشرع السوري في المادة 8 من قانون زرع الأعضاء رقم 31_ 1972 على أنه " لا يجوز إجراء عملية النقل و الغرس على المريض المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية وصريحة منه أو من وليه الشرعي، إذا كان المريض قاصرا ، أو من عائلته في حالة كونه غير قادر على الإفصاح عن إرادته ".[3]

وللموافقة على إجراء مثل هذه العمليات الجراحية لا بد أن تكون في شكل معين نتعرف عليه في المطلب الموالي:

---

[1] سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 156.

[2] سميرة اقرور : المرجع السابق ص 126

[3]إبراهيم يوسف : المرجع السابق ص 36.

المطلب الثاني

شكل رضا المريض.

إن القانون لم يشترط شكلا معينا للتعبير عن الإرادة فقد يكون التعبير عنها صراحة،كما يمكن أن يكون ضمنيا، [1] وقد يكون شفاهه أو كتابة، وقد يصدر أحيانا بفتور، و أحيانا أخرى قد يصدر بحماس.[2]

- **الفرع الأول: موقف التشريعات المقارنة.**

إن القواعد العامة في القانون الطبي ،تقتضي أن الرضا الصادر من المريض بالعلاج أو التدخل الجراحي قد يكون صريحا، [3] كما يستفاد ضمنا من ظروف الحال [4] ، بل و يصح أن يكون مفترضا إذا كانت حالة المريض لا تسمح له بإبداء رضائه ولا يوجد من يمثله

---

[1] رايس محمد : المرجع السابق ص 121.

[2] احمد مجحودة :المرجع السابق ص 61. و عبد الحفيظ علي الشيمي ، تطور المسؤولية الإدارية الطبية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية القاهرة 2008 ص 56 انظر أحمد أدريوش : العقد الطبي ، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، مطبعة الأمنية ، الرباط ، ط 1 ، 2009 ، ص 122.

[3] الرضا الصريح قد يكون شفهيا أو مكتوبا فالمكتوب يحمل صفة الأمان للطاقم الطبي و خاصة عند التدخل الجراحي الخطير حتى لا يتراجع المريض أو أهله و ينكروا الرضا الشفهي فيفضل أن يكون بالمستشفيات رضاء مكتوب لكل أنواع عمليات التدخل الجراحي و بها موضع لتوقيع المريض عليها . فالرضا على العلاج الصريح المكتوب يجب أن يكون وثيقة قانونية تحتوي على توقيع المريض وأسمه و اسم و توقيع شاهدين و اسم و توقيع الطبيب ورقمه في سجل النقابة ووجود الشهود عند التوقيع ضروري لمنع أي إدعاء بأن الموافقة مزورة أو ثم الحصول عليها تحت الضغط أو الإكراه .

[4]الرضاء الضمني هو إتيان المريض بعمل أو سلوك من شأنه أن يدل على رضائه على تدخل جراحي بطريقة معينة " كدخول المريض مكتب الطبيب. وعلى الطبيب أن يدرك أن الرضاء الضمني لا يعطي سوى طرف الفحص الأساسية كسماع المريض و الجس باليدين و السمع بالسماعة الطبية فقط. أنظر هشام عبد الحميد فرج: المرجع السابق ، ص 90 .

قانونا واستدعت حالته الصحية التدخل الجراحي أو العلاجي، بحيث أنه لو كان قادرا على الإفصاح والتعبير لأبدى رغبته ورضاءه بالعمل الطبي .[1]

و إذا كان هذا الرضاء المفترض في العمل الطبي التقليدي جائزا نظرا للفائدة التي تعود على المريض فإن الأمر يختلف في مجال زراعة الأعضاء ، نظرا لخطورة مثل هذه العمليات فيجب أن يكون رضاء المريض صريحا ومحددا، لأنه بالنسبة لهذا النوع من العمليات يفضل أن يكون رضا المريض، أو من يمثله قانونا كتابة أو أمام شهود.[2] لأن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المريض، ولا سبيل إلى الكشف عنها و إظهارها للوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة .

ونظرا لخطورة هذا النوع من العمليات يجب أن يشارك المتلقي في اتخاذ القرار بإجرائها و أحسن طريقة لذلك هو الشكل الكتابي الموقع عليه من طرف المريض.[3]

وفي الواقع أن الصعوبة التي تثور في ميدان القضاء اليوم فيما يتعلق بموافقة المريض ، هي إثبات رضاء المريض بمخاطر التدخل الجراحي الذي ثم شرحه من قبل الطبيب الذي سيجري له العملية وقد كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يلقى على عاتق المريض عبء إثبات عدم قيام الطبيب بتبصيره بطبيعة التدخل الطبي والعلاج المقترح والمخاطر الناجمة

---

[1] أحمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 104

[2] هذا ما أخد به المشرع الجزائري في المادة 166 /1 ق ، ح ، ص ، ت ، حيث تطلب أن يدلي المريض برضاه بحضور الطبيب و رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين .

[3] انظر احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 104و هذا ما ذهب إليه المشرع اللبناني في المادة الثالثة و المشرع السوري في المادة السابعة .

عن ذلك، إلى حين صدور قرار محكمة التمييز الفرنسية ، الغرفة الأولى بتاريخ 1997/02/25 والذي قلب عبء الإثبات ، و ألقاه على عاتق الطبيب، بحيث أصبح هذا الأخير هو المكلف قانونا بإثبات حصول التدخل بعد تبصيره للمريض،[1]فالطبيب في بعض الحالات لا يستطيع أن يجري عملا جراحيا للشخص إلا بعد الحصول من هذا الأخير أو من يمثله قانونا، على موافقة كتابية ، و عندئذ فمن المنطقي أن يلتزم الطبيب بتقديم هذا الدليل الكتابي لإثبات حصوله على موافقة المريض.[2]

فأصبح على الطبيب أن يبرهن على واقعة إيجابية،بدل أن يبرهن المريض على واقعة سلبية وقد يدفع هذا التحول الأطباء إلى كتابة ما يريدون إعلام المريض به، و أخذ توقيعه على ذلك كوثيقة قانونية ربما ثم استخدامها .[3] وغالبا لا يحصل على إقرار كتابي من المريض برضائه على تدخله ، ومن ثم فإنه يستخلص وقوع الرضا من المريض من القرائن و الظروف المحيطة فطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائي معين دليلا على قبوله

---

[1]راجع في هذا الموضوع عبد الكريم مأمون : حق الموافقة على الأعمال الطبية ، المرجع السابق ، ص 281 وما بعدها .و هيدلي أحمد : الحماية الجنائية لحق المريض في الإعلام مقال بمجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ع5

-Laurence Burnet LE MEDECIN ET LA MORT /le médecin et le mort fin de vie et prélèvement d'organes .article présenté au colloque organisé le 27- 04- 2006 "nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin p. 144

[2]محسن عبد الحميد :نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية ، مطابع الخط الكويت 1993 ص 193 و 194.

[3] حيث عدلت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في 1997/02/25 عن فكرة إسناد عبء الإثبات إلى المريض وحولته إلى الطبيب فأصبح هذا الأخير هو المكلف قانونا بإثبات حصوله على الرضا المتبصر من المريض. إبراهيم يوسف: المرجع السابق ص 37.

لتدخل هذا الأخير وعلاجه أما مجرد طلب المريض الالتحاق بالمستشفى فلا يعني رضائه بالعمل الطبي .[1]

ويطرح البعض السؤال التالي: هل يعتد بالرضاء الصادر عن الزوجة بإجراء عملية زرع عضو لها رغم معارضة زوجها.؟

فمما لا شك فيه أن الزواج لا يعني تنازل الزوجة عن حقها في المحافظة على صحتها وتكاملها الجسدي، لأن الرضاء بالعمليات الجراحية و العلاج حق شخصي للزوجة المريضة وبالتالي فلا يجوز للزوج منع زوجته من العلاج أو إجبارها على إجراء عملية جراحية كزرع عضو لها ، فرضاء الزوج لا يعتد به إلا إذا كانت زوجته غير قادرة على التعبير عن إرادتها،[2] لأن القرار بقبول إجراء التدخل الجراحي هو قرار شخصي يصدر عن المريض طالما كان متمتعا بقدر كاف من الإدراك و الفهم. فهناك اختلافات كبيرة بين قوانين الدول حول أحقية الزوج في إقرار الرضاء على علاج زوجته الغائبة عن الوعي، فالقانون الأمريكي مثلا لا يعطي أي طرف من طرفي العلاقة الزوجية الحق في إقرار الرضاء على علاج الطرف الأخر.

بعد التطرق لموقف بعض التشريعات الغربية و بعض التشريعات العربية من رضا المريض سنحاول معرفة موقف المشرع الجزائري.

---

[1] رمضان جمال كمال : المرجع السابق ، ص 61.

[2] كان هذا موقف المشرع الفرنسي والمشرع السوري و المشرع الجزائري .راجع احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 124

- **الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.**

يعتبر رضاء المريض الشرط الذي يسمح من خلاله للطبيب بمباشرة عمله على جسم المريض .و أهمية رضاء المريض في القانون الجزائري تجد مصدرها في نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي تنص على ما يلي :" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته " .[1]

و نصت المادة 48 من نفس المدونة على أنه " يجب على الطبيب ... المدعو لتقديم علاج ...أن يسعى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية،و الوقاية من الأمراض، وأن يبصر المريض و من حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد فيتضح أن هذين النصين لم يضعا قيدا على الطبيب بالحصول على رضا أقارب المريض، فأشارا إلى إمكانية الحصول على موافقة الأشخاص المخولين منه كالأصدقاء أو المخولين قانونا كالولي، أو الوصي .[2]

كما أشارت المادة 1/154 من ق، ح ، ص ، ت إلى ذلك حيث نصت على أن " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقته على ذلك ...".

---

[1] رايس محمد : المرجع السابق ص 84 ، وسي يوسف زاهية : المرجع السابق ص 69 .

[2] زينة غانم : المرجع السابق ص 288.

فيتضح أن المشرع اشترط ضرورة الحصول على رضاء المريض بمباشرة العلاج على جسمه متى كان في استطاعته إعطاء رضائه، وإلا ثم الحصول عليه ممن ينوب عنه قانونا. وعليه يعد اشتراط الحصول على رضاء المريض قبل التدخل الجراحي أو العلاجي هو صيانة حق المريض في سلامة جسمه وتكامله الجسدي واحترام شخصيته.[1]

و نص القانون على إمكانية مباشرة العمل الطبي دون الحصول على رضاء المريض بذلك في حالة الاستعجال في المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض...".

كما نصت على ذلك المادة 154/ 2 من ق، ح، ص، ت حيث جاء فيها " يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لانقاد حياة أحد القصر، أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ...".

فيتبين من هاتين المادتين أن الطبيب يستطيع متى استلزمت حالة الاستعجال ذلك مباشرة الأعمال الطبية بسرعة فائقة من أجل إنقاذ حياة المريض، إذا كانت حالته خطرة ولم يكن هذا الأخير قادرا على التعبير عن رأيه أو لم يوجد من يمثله قانونا .[2] فيكون في هذه

---

[1] رايس محمد : المرجع السابق ص 126، و ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 236.

[2] رايس محمد :نفس المرجع ص 123، و ماروك نصر الدين : نفس المرجع ، ص237. و محمد المرسي زهرة :المرجع السابق ، ص 326 .

الحالة عمل الطبيب مشروعا و لا يتعرض القائم به لأي عقاب على أساس حالة الضرورة .أما إذا رفض المريض العلاج فيشترط عليه تقديم تصريح كتابي طبقا للفقرة 3 من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها.[1]

غير أنه في مجال زراعة الأعضاء فقد تناول المشرع الجزائري رضاء المريض المتلقي في المادة 1/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث نصت على أنه : لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها، وحضور شاهدين اثنين ..." .

فيتضح أن المشرع اشترط موافقة المريض بقبول إجراء عملية الزرع وذلك في حضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها إجراء العملية الجراحية. ورضاء المريض في هذه الحالة لا يعفي الطبيب الجراح من المسؤولية التي تنشأ عن أخطائه المهنية ذلك أن مسؤولية الطبيب مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشا بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية[2].

غير أنه و في نفس نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات المهنة أشار المشرع الجزائري إلى أنه "... على الطبيب أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته ".و هو ما نصت عليه المادة 166 فقرة أخيرة " يجوز زرع

---

[1] راجع في رفض المريض العلاج, طاهري حسين :الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة – دراسة مقارنة – دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر ، ط ، 2004 ، ص 23 .

[2] ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 238و 239 ، و احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص 100 .

الأعضاء أو الأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة الأولى والثانية أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته ، في الوقت الذي يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل و يؤكد هذه الحالة الطبيب و رئيس المصلحة بحضور شاهدين ".

يتبين هنا أن المشرع قد استغنى عن رضاء المتلقي (المريض)، و أجاز تدخل الطبيب بالعمل الجراحي لزرع العضو له وهذا في حالة الاستعجال المتمثلة في وجود المتلقي في خطر حقيقي وحال، وكان الهدف من وراء عملية الزرع إنقاذ حياة المريض .[1]

بينما يرى الباحث أن المشرع الجزائري لم يشترط في مجال زراعة الأعضاء البشرية شكلا خاصا للرضاء الصادر من المتلقي، لأنه و بالرجوع إلى نص المادة 1/166 من ق، ح، ص، ت التي تنص على أنه " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعبر هذا الأخير عن رضائه بحضور الطبيب و رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين ". فاشترط أن يكون الزرع هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل

---

[1] ماروك نصر الدين :المرجع السابق ، ص 24 و زينة غانم : المرجع السابق ،ص 181.

أو سلامته البدنية بمعنى عدم وجود بدائل أخرى. كما تطلب أن تتم هذه الموافقة بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها المريض وكذا حضور شاهدين اثنين.[1]

وبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 166من ق، ح، ص، ت نلاحظ أن المشرع قد اشترط الكتابة على أعضاء الأسرة في حالة ما إذا كان المتلقي غير قادر على التعبير عن رضاه.[2]

غير أنه ونظرا لخطورة هذه العمليات الجراحية، و بالنظر إلى مواقف غالبية التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء، حيث تتطلب الشكل الكتابي لرضاء المتلقي، رغم أن عبء الإثبات يقع على الطبيب الجراح، لأنه بالدليل الكتابي فقط يمكنه تبرير المساس بسلامة جسم المتلقي. وبالتالي كان لزاما على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على ضرورة أن تكون موافقة المتلقي على العملية الجراحية كتابة.

---

[1] و يرى ماروك نصر الدين أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/166 قد اشترط الشكل الكتابي إلا أنه وبالرجوع إلى نص هذه المادة يبدو وأنه لا توجد إشارة تطلب الشكل الكتابي للموافقة . راجع في هذا الصدد ماروك نصر الدين : نفس المرجع ص 241.

[2]المادة 2/166 " وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأول المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا ".

-Cass .req.,28 janvier 1942,teyssier .

-Cass.1erciv., 29 mai 1951.

مشار أليه في:

- François VIALLA, opcit, p 148.

المطلب الثالث

الالتزام بتبصير المريض

يعتبر التبصير الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة بين العلاقة القائمة بين المريض و الطبيب.[1]استحوذ موضوع تبصير المريض على اهتمام المتخصصين بين من يوجب تبصيره مهما كانت خطورة المرض لكي يتهيأ من الناحية النفسية و البدنية، و بين من لا يجيز ذلك لأنه سيؤدي إلى إضعاف معنويات المريض وربما انهياره لمعرفته بقرب نهايته .[2]

وكما هو معروف فالعمل الطبي يمر بثلاث مراحل هي الفحص و التشخيص حتى يتعرف الطبيب على المرض الذي يعاني منه المريض ،ثم مرحلة العلاج بالأدوية أو الجراحة[3] ،كما أن تبصير المريض في مجال التدخل الجراحي العادي شهد جدلا فقهيا واسعا و انقسم إلى ثلاثة اتجاهات .[4] لأنه وفي ما يتعلق بمراحل العمل الطبي فالمريض عندما

---

[1]savatier : l'origine et le dévelepement du droit des professions liberates archives de philosophie de droit 1953_1954 Sirey paris d'emtologie et discipline professionnelle p.46.

مشار اليه في بن صغير مراد : مدى التزام الطبيب بإعلام المريض ،مقال في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد خاص ، رقم 1 ، ص 177 .

[2]عبيد الفتلاوي :المرجع السابق ، ص 72 . راجع موضوع التبصير في طلال عجاج : المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2004 ص 125.

[3]– زينة غانم :المرجع السابق ، ص 144 ص 145.

[4]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 106

مشار إليه في زينة غانم المرجع السابق ص 145

والرضا المتبصر هو أن يعرف المريض حقيقة حالته الصحية من الطبيب المعالج والعمل الطبي المراد اتخاذه وفوائده ومخاطره بحيث تمكنه هذه المعلومات من القبول بالعمل الطبي أو رفضه.

يراجع طبيبه من أجل فحصه وتشخيص مرضه قد يتطلب ذلك فحوصات عديدة لتشخيص ما يعاني منه المريض و هذا يفرض على الطبيب التزاما بضرورة إعلام المريض و تبصيره بمرضه بعبارات واضحة سهلة الفهم و يصف له الحالة التي يمكن أن يؤول إليها المرض في حالة عدم المعالجة فيسمح ذلك للمريض بالمقارنة بين الأخطار المترتبة على رفض العلاج ومن تم يتخذ قراره عن علم وبصيرة.[1]لأن المريض يسلم للطبيب أعز ما يملك و هو جسده[2].واحتراما لحق المريض على جسمه وحقه في تقرير مصيره ، يجب على الطبيب أن يحصل على رضا المريض بشأن كل طرق الفحص أو العلاج المقترحة ، إذ يبقى للمريض كامل الحرية في قبول أو رفض العلاج حسبما يراه محققا لمصلحته.[3]

و بالرجوع إلى إعلان تدعيم حقوق المرضى في أوروبا déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe أمستردام 1994 . نجد أنه تناول في البند الأول في الفقرة الثانية منه على أنه «للمرضى الحق بالعلم التام بشأن حالتهم الصحية و المتطلبات الطبية المتعلقة بها، و الأعمال الطبية المقترحة ، و ما

- راجع محمد لافي : المرجع السابق ص 183 وابراهيم السكاكيني : المرجع السابق ص 13.

[1]corinnedaver :la télémédecine entre progrès techniques et responsabilités , dalloz,2000 N° 35 , P 531.

[2] عدنان ابراهيم سرحان : مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ،بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ج 1 المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000 .

[3]عبد الكريم مامون:حق الموافقة على الأعمال الطبية المرجع السابق ص105و106 ، و عبد الكريم مأمون :رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية . المرجع السابق ، ص 114 و 115.

- François VIALLA, opcit, p 148 . Cass.civ, 29 mai 1951 مشار إليه في

تتضمنه من مخاطر و فوائد و البدائل العلاجية الممكنة، بالإضافة إلى آثار عدم العلاج أو التشخيص و كذلك التوقعات و تطورات العلاج .[1]

غير أنه يطرح السؤال حول لغة التبصير في حال ما إذا كان المريض لا يفقه لغة الطبيب المبصر، حيث وجد الهلال الأحمر البلجيكي حلولا لمشكل اللغة فوضع في المستشفيات و العيادات، و مراكز إيواء الأجانب، مترجمين و نماذج أسئلة م عدة مسبقا مختلفة اللغة .[2]

وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من إعلان تدعيم حقوق المرضى في اوربا بضرورة اعلام المريض بالطريقة التي تتلائم مع قدرته على الفهم ، أما البند الثالث من هذا الإعلان نص على أنه لا يجوز إجراء عمل طبي دون رضا مسبق و مستنير من قبل المريض و الواقع أن السؤال المطروح في هذا الخصوص هو ما إذا كان الطبيب يلتزم بتقديم المعلومات اللازمة لتبصير المريض في صورة مكتوبة ، أم أنه يستطيع أن يقدم هذه المعلومات شفاهه. لأنه لا شك بأن المعلومات المكتوبة أكثر تأثيرا من المعلومات الشفهية من جهة، لأن الورقة المكتوبة تتضمن تذكيرا مستمرا للمريض بالمعلومات التي تتضمنها، ومن جهة أخرى فإنها

---

[1] أنظر ايضا: أسامة قايد :المرجع السابق ص 84.

[2] راجع محمد حسنى قاسم : المرجع السابق ، ص ص 24 25

تكفل الوضوح و التحديد لهذه المعلومات وتبرر أهميتها وضرورة الحرص على تنفيذها و العمل بها.[1]

و مع ذلك فإن قواعد أخلاقيات المهنة للطب الفرنسي لم تشر إلى التزام الطبيب في استعمال الكتابة في تبصير المريض، حيث نصت المادة 35 من تقنين أخلاقيات المهنة[2]إلى"أن الطبيب يجب أن يقدم لمريضه معلومات صادقة، واضحة ، و ملائمة عن حالته وعن الفحوص التي يريد القيام بها و العلاج الذي يقترحه.

فهذا النص جاء شاملا لجميع مراحل العمل الطبي و ألزم الطبيب بتقديم معلومات واضحة لحالة مريضه ولم يلزمه بتقديم المعلومات في شكل مكتوب ما لم تكن هناك ظروف خاصة تستوجب ذلك.[3]و قد صدر قرار عن محكمة التمييز الفرنسية في07 أكتوبر1997 حيث قضت فيه بأنه « فيما عدا حالة الاستعجال، أو الاستحالة، أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزما بأن يقدم للمريض معلومات أمينة، واضحة و ملائمة من

---

[1] جابر محجوب على: دور الإرادة في العمل الطبي _دراسة مقارنة _مجلة القانون و الاقتصاد ع 68 المرجع السابق ، ص 185.

[2]L'article 35 dispose ainsi que:(le médecin doit à la personne qu'il soigne ou qu'il conseille, un information loyale, claire, et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose.

[3]راجع ايضا زينة غانم : المرجع السابق ، ص 150، و محمد حسن قاسم : المرجع السابق ، ص 30 . و جابر محجوب علي : المرجع السابق ص 185.

المخاطر الجسيمة [1]الملازمة للفحوصات و العلاج المقترح [2] كما أصدرت الغرفة الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية في 18 جويلية 2000 قرارا قضت أن الطبيب غير ملزم بالإعلام عن المخاطر الكبيرة إلا إذا كان التدخل الجراحي لازما " .[3]

وصدر في هذا الشأن عن محكمة النقض الفرنسية في 09-10-2001 [4]حكم يؤكدعلى ان الالتزام بإعلام المريض يجد أساسه في وجوب احترام المبدأ الدستوري الذي يقضي بضرورة صيانة كرامة الإنسان و اكدت ذلك في قرارها بتاريخ 03- 06-2010 .[5]

وبالتالي فالتبصير لا يشترط فيه شكلا معينا، فقد يكون شفاهه كما قد يكون مكتوبا إذا كان التبصير الشفهي لا يخدم المريض.[6]هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها

---

[1] الخطر الجسيم : ذهب الفقه الفرنسي إلى انه ذلك الذي يؤدي بطبيعته إلى التأثير على قرار المريض بقبول الفحوصات أو العلاجات أو التدخلات الجراحية المقترحة من قبل الطبيب بمعنى أن الخطر الجسم هو ذلك الذي ينطوي ، بطبيعته على نتائج مميتة أو تحدث عجزا أو تحدث تشوهات جمالية خطيرة .

- Voir : P.Sargos, Rapport Sous Cass. Civ 14-10-1997 jcp 1997-II- 22942.

راجع محمد حسن قاسم: المرجع السابق ، ص 45 .

[2]cass .civ 29 mai 1984 D.1985 p.281 Note Bouvier, et somm p368 note penneau.

=مشار إليه في حسن قاسم :المرجع السابق، ص40.

[3]cass.civ 18_07_2000 nos. 99_10_ 886 D. 2000.I217 ,petites affiches3 nov 2000,p10.

[4]D-2001 jp.p3470rqpport p. Sqrgos. Note D THOURVENIN, RTD.

- Civ.2002, p176 obs, R Libchabevet p 507. Obs. J Mestre
- مشار أليه في محمد حسن قاسم:المرجع السابق، ص37.

[5]StephaniePorchy- Simon Revirement de la cour de cassation quant à la sanction du défaut d'information du patient, jcp N°28-29-12 juillet 2010, p1453 et, S.

- مشار إليه في محمد حسن قاسم: نفس المكان.

[6] محمد حسن قاسم : نفس المرجع ص 37 . و شدد الدكتور أحمد غزول على ضرورة أن يتبادل المريض و طبيبه المعلومات بشأن المرض ووسائل علاجه قبل و أثناء عملية العلاج ، مشيرا إلى أهمية هذه الخطوة التي قد يتفادى من

جاء فيه " من حيث المبدأ لا ضرورة للتبصير الكتابي إلا أن حالة المريض في الواقعة المطروحة أمام المحكمة تفرض التبصير الكتابي، كون المريض مصابا بالصمم ".[1]

كما أقامت محكمة التمييز العراقية المسؤولية على الطبيب لعدم إعلام المريضة بانتقال المرض إلى نسلها على أساس عدم تبصيرها أثناء تشخيص مرضها .[2]

هذا بالنسبة لتبصير المريض في مرحلتي الفحص و التشخيص غير أنه وبعد أن يعرف الطبيب نوع المرض يقوم بتحديد العلاج المناسب سواء جراحيا أو دوائيا، و بالتالي على الطبيب تبصير المريض بما تتطلبه هذه المرحلة و أن يعلمه بمخاطر عدم الخضوع للعلاج و تبصيره بمخاطر العلاج ذاته و تكاليفه لأن ذلك سوف يساعد المريض على اتخاذ القرار الملائم[3].

خلالها المريض و الطبيب الخطأ الطبي. راجع جريدة الخبر حوادث الجزائرية، ع 205، تاريخ من 12 إلى 18 سنة 2009.

[1]Louis. Dubouis, la protection Européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine, Française, Paris, 2001n p45.

- مشار إليه في زينة غانم:المرجع السابق، ص 151.

[2]القرار رقم 540/794 م/ منقول/ صدر في 2001/05/13 غير منشور جاء فيه " قبول دعوى تعويض السيدة التي أقامتها ضد طبيبها الذي لم يعلمها أن حالتها المرضية قد تؤثر على جنينها و ينتقل إليه المرض فيولد مشوها و بالفعل ولد الطفل مشوها وحرم الأم من فرصة اتخاذ قرار بإسقاط الحمل نتيجة تشوهات الجنين و انتقال المرض إليه فتوفي بعد دقائق من ولادته ". مشار إليه في زينة غانم المرجع السابق ص 147 .

[3]راجع في هذا المعنى: رايس محمد نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص168.

ويتعين لضمان تحقيق الغاية من هذا الالتزام أن يتم إخبار المريض بالنتائج الصحية التي من الممكن أن تقع بعد التدخل الطبي في ظروف تسمح له بأن يبدي رأيه بأسلوب واضح و ليس فيه ثمة غموض.[1]

فقد قضت محكمة استئناف باريس في أحد قراراتها " أن الطبيب الذي لم يعلم مريضه بنتائج التحليل الذي أجراه وترك آثارا جانبية ضارة على جسد المريض يعد خطأ جسيما ".ونص المشرع الفرنسي في المادة 41 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي على أنه " لا يجوز إجراء تدخل طبي يؤدي إلى البتر إلا أذا كان هناك مبرر طبي جاد وبعد تبصير صاحب الشأن و الحصول على رضائه ".

أما المشرع الإماراتي و المشرع اللبناني فاعتبر كل منهما مسألة تبصير المريض بالعلاج ومخاطره من المبادئ الثابتة في المجال الطبي.

كما أن المشرع اليمني قد قصر التبصير على مرحلة العمليات الجراحية وذلك في المادة 22 من قانون مزاولة المهن الصحية .[2]و أقرت محكمة الاستئناف بالرباط بأن الالتزامات التي يرتبها العقد على الطبيب قبل إجراء أية عملية أو صرف أي دواء للمريض القيام بفحص المريض فحصا شاملا و تبصير المريض و إفادته بمجموعة من المعلومات المتعلقة بصحته و بمخاطر **المرض** و العلاج المقترح له و كذلك فوائد هذا العلاج .[3]

---

[1]عبد الحفيظ علي الشيمي : المرجع السابق ص 55

[2]زينة غانم:المرجع السابق ص 149

[3]أحمد أدريوشي : العقد الطبي المرجع السابق ص 120

و انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات في ما يتعلق بتبصير المريض فمنهم من يرى ضرورة الالتزام بتبصير المريض، و منهم من يرى عدم الالتزام بتبصيره،و هناك اتجاه ثالث جمع بين الاتجاهين الأول و الثاني وذلك ما سنتعرض إليه على النحو التالي:

- **الفرع الأول _ ضرورة الالتزام بتبصير المريض (التبصير المشدد)**

يرى جانب كبير من أنصار هذا الاتجاه ضرورة قيام الطبيب بتبصير المريض بطبيعة التدخل الجراحي أو العلاجي و المخاطر التي قد تنجم عنها، سواء كانت مؤكدة أو محتملة الوقوع و أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعتبر من قبل الخطأ الطبي المستوجب للمسؤولية، [1] وذلك للاعتبارات التالية :

- أنه لا يمكن المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضاه استنادا إلى الفكرة الفلسفية التي تقول أن الإنسان سيد نفسه فإذا كان العمل الطبي علاجيا وجب على الطبيب تبصير المريض بنوع المرض المصاب به و العلاج الذي يمكن أن يشفي علته . أما إذا كان العمل الطبي تدخلا جراحيا فيجب على الطبيب أن يبصر

---

[1]ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 247 واحمد شوقي ابو خطوة المرجع السابق ص 107 ، و زينة غانم :المرجع السابق ص 168 وسميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 162و 163 .و طاهري حسين :المرجع السابق ص 72 ، و محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 158، وإياد مصطفى عيسى درويش : الخطأ في المسؤولية الطبية و المدنية ، مذكرة نيل دبلوم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة دمشق 2005 ص 67 .

-Cass .1 er civ .,7 février 1990, n°88-14797.

-Cass.1er civ ., 25 février 1997 ,n°Hedreul c/Cousin. François VIALLA, opcit, p 148 – مشار إليه في:

-G.viney ;RTD civ 1997,p.34,434,obs.p.Jourdain et p924, obs. J.Mestre; D.1997, Somm. p.319, obs. J.penneau).

المريض تبصيرا كاملا بحالته ونوع العمل الجراحي المطلوب إجراؤه ، ومخاطره ومخاطر عدم إجرائه، حتى يكون على بينة تامة عن حالته، [1] وذلك لأن المريض (المتلقي) لا يستطيع إبداء رأيه بالموافقة أو رفض تحمل المخاطر الناجمة عن العلاج أو التدخل الجراحي ،إلا بعد تبصيره بحقيقة هذا التدخل وما ينطوي عليه من مخاطر، ويقع على عاتق الطبيب الالتزام بتبصير المريض بالحقيقة حتى يمكن القول أن رضا المريض صدر سليما بعد علمه بكافة المعلومات .[2]

- أن المريض كامل الأهلية يجب أن يبصر تبصيرا كاملا بالتدخل الطبي العلاجي أو الجراحي قصد الحصول على رضاه المستنير، و إذا كان غير ذلك كالصغير أو فاقد الوعي، فهذا لا يعفي الطبيب من التزامه بتبصير من ينوب عن المريض، أو من وجد برفقته، فعليه بتبصيرهم تبصيرا كاملا بحالة المريض . كما أن العلاقة بين الطبيب و المريض تقوم على أساس من الثقة ، ومتى علم المرضى أن الأطباء يخفون الحقائق عن مرضاهم ويكذبون عليهم فإنهم سوف يفقدون الثقة فيهم ، و بالتالي يستحيل التعاون بين الأطباء ومرضاهم فكل كذب من طرف الطبيب يجعل

---

[1] زينة غانم :المرجع السابق ص 167 راجع في هذا الصدد عبد الفتاح بيومي حجازي :المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية . 2008 . ص 174 و طلال عجاج :المرجع السابق ص 120 . 121.

[2] راجع رمضان جمال كمال : المرجع السابق ص 201 ، و احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 108.

رضا المريض مشوبا بغلط أو تدليس ومن ثم يكون العقد الطبي قابلا للإبطال وفقا لقواعد القانون المدني.[1]

و يقول الأستاذ Bosc تدعيما لهذا الرأي، أن عدم التبصير الكامل هو امتهان للإنسان لأنه يعني حرمان المريض من معرفة الحقيقة في أدق لحظات حياته حيث يكون أحيانا على شفا الموت لأن الكذب على المريض هو عدوان على حريته في الاختيار،وسلطات الطبيب منحت له لكي يساعد المريض و يأخذ بيده الى بر الصحة والأمان. [2]

فيتضح أن حالة التبصير المشدد تفرض على الطبيب التزاما بتبصير المريض تبصيرا كاملا حتى بتلك الأمور التي قد لا تقع إلا نادرا ،أو التي يكون وقوعها استثنائيا، و إعلامه بكل التعقيدات التي يمكن أن تترتب عن العمل الطبي وما يحتاجه من فترة نقاهة، و ما قد ينتج عنه من تعطل عن العمل، أو ممارسة النشاط الاجتماعي،أو غير ذلك .

وبالتالي يصبح الطبيب ملزما بتبصير المريض في حالة التدخل الجراحي، فقد اتجه الفقه إلى ضرورة موازنة الطبيب بين خطورة العلاج و خطورة المرض، وله أن يختار الوسيلة المناسبة لانقاذ حياة المريض إذا كانت حالته الصحية ميئوسا منها، و إلا احتفظ المريض بحقه في اختيار طريق العلاج متى كان في إمكانه ذلك[3] .

---

[1]زينة غانم : المرجع السابق ص 168 راجع أيضا المادة 68 مدني جزائري و التي تقابلها المادة 125 مدني مصري.

[2]حسام زيدان : المرجع السابق ص 36.

[3]زينة غانم: المرجع السابق ص 152 إلى 156.

و يرى جانب من الفقه الفرنسي ضرورة إعطاء الطبيب الحرية الكاملة في اختيار وسيلة العلاج شرط مطابقتها للمعطيات العلمية، لأنه غالبا لا يستطيع المريض مناقشة طبيبه حول طريقة العلاج بسبب حالته النفسية نتيجة المرض .[1]

وقضت محكمة Douai الفرنسية في 2000/01/15 في قرار لها جاء فيه: أن أحد الأطباء قام بفحص ورم في ذراع أحد المرضى ، وبعد التشخيص أعلم الطبيب مريضه بإجراء عملية جراحية بسيطة و بغير عواقب سيئة، فأطمئن المريض لذلك، لكن أثناء إجراء الجراحة اكتشف الطبيب وجود تعقيدات مرضية لم يكتشفها أثناء الفحص الابتدائي، فقام على إثر ذلك بإجراء جراحة أخرى دون إخطار المريض بذلك، فأصيب المريض على إثره هذه العملية بشبه شلل في ذراعه ، فرفع دعوى على الطبيب مطالبا إياه بالتعويض، فقضت المحكمة بذلك على اعتبار أن عدم قيام الطبيب بتبصير مريضه بالعلاج و مخاطره يعد سببا لإقامة المسؤولية عليه خصوصا أن حالة الضرورة و الاستعجال لم تعد محققة .[2] و

---

[1] زينة غانم: نفس المرجع، ص 157 .

[2] زينة غانم : نفس المرجع ص 169أنظر في هذا المعنى إبراهيم على حمادى الحلبوسي :الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية منشورات الحلبي الحقوقية ط1 لبنان 2007 ص 146

- Cass. civ. 1 ère , 7 décembre 2004 , no 02-10957« la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical ».
- Cass, 1er civ, 7 novembre 2004, N°02-10267

- مشار إليه في: François VIALLA, op.cit., p149

أشارت المادة L111_4 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 2002/03/04 إلى ضرورة حصول الطبيب على الرضا المستنير للمريض قبل كل تدخل طبي وذلك بعد إفادته بالمعلومات الضرورية.[1]

غير أن هناك من يرى أن قيام مسؤولية الطبيب بعدم إعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية على الرغم من إتباعه جميع الأصول الفنية، و العلمية ، قد يكون جديرا بالتأييد في نطاق عمليات التجميل دون غيرها من حالات التدخل الجراحي أو العلاجي ،لأنه يشكل قيدا على إرادة الطبيب بإلزامه بالإفضاء حتى عن المخاطر التي يعد وقوعها نادرا .

وبالتالي يمكن القول أن المبالغة في التبصير تؤثر سلبا في المريض، و تجعله يحجم عن العمل الطبي الذي قد يكون بأمس الحاجة إليه.إلا أن هناك تساؤل يطرح وهو هل أن التشديد في التبصير يشمل جميع الأعمال الطبية التي تفرض على الطبيب تبصير مرضاه أم أنها محددة على سبيل الحصر.؟

وللإجابة على هذا التساؤل يجب القول أن تشديد التبصير لا يعم كل الأعمال الطبية فهو يخص تلك التي تنطوي على طبيعة غير علاجية كالتجارب الطبية و عمليات استقطاع وزرع الأعضاء البشرية و عمليات التجميل غير العلاجية وهذه الحالات لم ترد على سبيل

---

[1] مأمون عبد الكريم : حق الموافقة على الأعمال الطبية المرجع السابق ص 110

- Voir sophie hocquet – berg bronopy – collections droit professionnel heures de France , 2006 p26 et BOUSSARD (Sabine), Comment sanctionner la violation du droit à *l'information de l'usager du système de santé* ? Revue de droit public, L.G.D.J, N°1, 2004, pp 170-205.p 173

الحصر وإنما ثم استنتاجها من خلال النصوص القانونية المنظمة لها ومن الواقع العملي لمهنة الطب لأن ما يقرب من 79.5 من الأطباء يدعون إلى تشديد التبصير في مثل هذه الأعمال الطبية.[1]

و في ما يتعلق بالالتزام بالتبصير في ما يخص عمليات نقل وزراعة الأعضاء يمكن القول أن هناك بعض الأشخاص المصابين بعلة وحياتهم مهددة بالموت فعلى الطبيب الجراح أن يقوم بإخطار المريض بأنه لا مناص من اللجوء إلى عملية نقل الأعضاء البشرية وزرعها لانقاد حياته وذلك بسبب عجز وسائل العلاج التقليدية وعدم فعاليتها في مثل حالته. ويجب عليه أن يخطره بأن حياته ستكون مهددة بعد إجراء عملية زرع كلية أو قلب له إذا لم يثم السيطرة على ظاهرة رفض جسمه للعضو الجديد وأن هناك إمكانية إجراء عملية زرع أخرى إذا ما فشلت العملية الأولى .[2]

وبعد أن يفهم المريض طبيعة العلاج المقترح وفوائده و أخطاره يمكنه أن يختار بين قبول أو رفض عملية الزرع لأنه هو صاحب الحق في اختيار طريقة العلاج على أساس أن قيام الطبيب بالعلاج يعتبر معلقا على إرادة المريض.[3]

---

[1] زينة غانم :المرجع السابق ص 172 .

[2] احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 115، وزينة غانم : المرجع السابق ص 178 ، و عبيد الجميلي : المرجع السابق ص 143 وحسام زيدان: المرجع السابق، ص 116.

2 إبراهيم يوسف :المرجع السابق ص 35 و عبد الكريم مأمون : رضا المريض بالأعمال الطبية المرجع السابق ص 549.

و تمت الإشارة [1] إلى أنه في التدخل الجراحي العادي يثق المريض في طبيبه ويترك له حرية اختيار وسائل وطرق العلاج أما في حال العمليات الجراحية الخطيرة كعمليات زرع الأعضاء يلزم الجراح بإخطار المريض بالحقيقة كاملة لأن المريض يتحمل جزء من المسؤولية وذلك بالمشاركة في اتخاذ القرار.[2]

وقد اتخذ القضاء الفرنسي موقفا مشددا بالنسبة للالتزام بالتبصير،عند ما لا يحقق التدخل الجراحي الهدف العلاجي منه ، كعمليات زرع الجلد لعلاج تشوه جسدي بسيط بحيث يجب على الجراح في هذه الحالة أن يخطر المريض بالمخاطر المتوقعة و النادرة للعملية ، وإذا كان الهدف علاجيا التزم الطبيب بتبصير المريض بالمخاطر الممكنة و المتوقعة ولو كانت غير عادية .[3]

كما أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10.07. 1998 حكمين[4] يتعلقان بإعلام المريض حتى وأن كانت المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي بحيث لا يعفى الطبيب من

---

[1]راجع ضرورة تبصير المريض ص 195 من هذه الرسالة.

[2]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 116 و سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 168 و زينة غانم :المرجع السابق ص 184 ويرى أ.د. شهيدة قادة أن أساس ومصدر التزام الطبيب بتبصير مرضاه هو أخلاقي مهني ، فكون المريض جاهلا بخبايا الطب وتقنياته مقارنة بالطبيب فضلا عن ما يعانيه من آلام نتيجة، المرض تدفعه إلى قبول مخاطر التدخل الطبي ،فهنا تقتضي أخلاقيات مهنة الطب من الطبيب الالتزام بتبصير المريض ليمكنه من اتخاذ قراره عن بصيرة بقبول أو رفض العمل الطبي _ أنظر شهيدة قادة : التزام الطبيب بإعلام المريض _ المضمون و الحدود وجزاء الإخلال بحث منشور في موسوعة الفكر القانوني ، ج1 ، الجزائر 2002 ،ص82 مشار إليه في زينة غانم : المرجع السابق ص 214.

[3]احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 116 .

هذا الإلتزام[1] ونفس الشيء صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بحكمين صدرا بتاريخ 05-01-2000[2] . فطبقا لموقف حديث لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25-02-1997 يقع عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يبقى على عاتق الطبيب الذي يمكنه استعمال كافة طرق الإثبات كالكتابة و غيرها من القرائن .[3]

وهناك من يرى أن التسجيل الصوتي يعتبر دليلا قانونيا لكن على الطبيب في هذه الحالة أخذ موافقة المريض المسبقة على القيام بتسجيل مقابلته التي يزود خلالها المريض بالمعلومات اللازمة. غير أنه يتفق الكثير على أن الوسيلة القانونية التي تثبت تبصير المريض هي وثيقة مطبوعة حول العملية بشكل عام، وعن تفاصيل مجرياتها وتبعاتها ومضاعفاتها المحتملة، يوقعها المريض وتحفظ نسخة منها بملفه بالمستشفى، و يحتفظ الطبيب بصورة احتياطية عنها ، فذلك دليل على أن حوارا تم بين الطبيب والمريض وأن

---

[4]cass.civ .07-10-1998 (2arréts) j c p1998 -1-1079 conc.j saint –rose. Note p. sorgos; RTD civ.1999 .p. 111. Obs. .p . joudain

- مشار أليه في: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص، 49.

[1] CAPOITIERS , $3^{C}{}_{2}$H ,16 /04/2002 JURIS- DATA N^{0} 0184844.

- CA BESANçON, 1ER CH,CIV 19 /6/2002 JURIS6DATA N^{0} 6-183421

- أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19-05-2004 حيث قضى بان استثنائية حدوث المخاطر لا تعفي الطبيب من التزامه بإعلام المريض، راجع محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص-ص 52-53

[2] CE5/1/2000JCP 2000 II 6 10271 NOTE .J. MAREAU

- مشار إليه في محمد حسن قاسم: نفس المكان.

4_le preuve peut être rapportée par tous moyens, notamment un étrange de lettres entre le médecin, généraliste et les spécialistes

-انظر مأمون عبد الكريم: حق الموافقة على الأعمال الطبية ا، لمرجع السابق، ص 319.

المريض قد تلقى المعلومات اللازمة .[1]وعلى الطبيب أيضا أن يخبر المريض بالمخاطر التي سيتحملها المتبرع من جراء استئصال جزء من جسمه والفوائد التي ستعود على المريض جراء عملية الزرع حتى يستطيع وبعد المقارنة اتخاذ قراره ، و لا يشعر بالذنب اتجاه المتبرع بأنه كان سبب في حرمانه من جزء من جسمه.[2]

ويتضح أن الالتزام بتبصير المريض في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، بتطلب التوافق بين احترام إرادة المريض و التصرف في تكامله الجسدي، بإخطاره بالمخاطر المتوقعة لعملية الزرع وبين المحافظة على صحته. و ذلك من خلال معلومات مبسطة وواضحة بحيث يستطيع في ضوئها اتخاذ قراره عن بينة و تبصير وعلم تام بواقع الحال.[3]

هذا في ما يتعلق بوجوب تبصير المريض تبصيرا مشددا أما الاتجاه الثاني فيرى عدم الالتزام بتبصير المريض. وهو ما سنتطرق له في الفرع الموالي .

- **الفرع الثاني: عدم الالتزام بتبصير المريض**

أغلب أصحاب هذا الرأي هم الأطباء أنفسهم، بحجة أن المريض يجهل بالمسائل الطبية والأساليب العلمية ولن يستطيع تقدير الأمور تقديرا سليما، وقد يكون من مصلحته

---

[1]سهيل يوسف الصويص : المسؤولية الطبية بين حقوق المريض و متطلبات القانون الحديث ،أرمنه للنشر و التوزيع ،الأردن، ط1 ،2004 ص 225

[2] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص 117 .

[3]زينة غانم : المرجع السابق ص 183 ، راجع ايضا حسام زيدان : المرجع السابق ص 34.

عدم إعلامه بكل المخاطر التي يتعرض لها والتي من شأنها التأثير على حالته النفسية والمعنوية.[1]

فيجب على الطبيب أن يدخل الثقة في نفس المريض، وأن يحافظ على حالته المعنوية ليساعده على مواجهة ومقاومة المرض، كما يجب على المريض أن يضع كل ثقته في طبيبه دون ضرورة تلزم الطبيب باطلاعه على نتائج هذا العلاج.[2]

وقد أعلن البروفسور De.vernejoul الرئيس السابق لنقابة الأطباء الفرنسيين أن إعلام المرضى من أجل الحصول على رضائهم يجب أن يتلاءم مع مستوى فهمهم وإرادتهم ولا يجب أن يزيد من قلقهم وخوفهم.[3] كما أعلن البروفسور Graven أن الطبيب لا يلتزم لا طبيا ولا قانونيا بإعلام المريض إعلاما مطلقا بحالته ونتائج تدخله الجراحي أو العلاجي، لأن الطبيب لا يهدف من ذلك إلا لانقاد حياة المريض أو تحسين حالته الصحية .[4]

وقد أعلن **لطفي دويدار** في مؤتمر الطب و القانون المنعقد بالإسكندرية " أنه بالرغم من أن العرف الطبي قد جرى في مصر على عدم مصارحة الطبيب لمريضه بسبب الدوافع

---

[1] سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 161 واحمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص 110 و عبيد الجميلي : المرجع السابق ص 143 .

[2]ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 245.

[3]احمد شوقي أبو خطوة:المرجع السابق ص 111.

[4]ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 246.

الإنسانية ،إلا أنه لا يوافق على ذلك العمل فإطلاع المريض على حالته قبل وفاته يساعده على تدبير شؤونه قبل الوفاة ، فالمصارحة تعتبر أساسية بالنظر إلى العائلة ومشاكلها ".[1]

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه مثلا إذا قال طبيب لمريض،أن عمل الأشعة يحتمل معه الوفاة بنسبة شخص من كل عشرة ألاف شخص، فقد يعرض المريض عن هذا الإجراء بعد أن تحدثه نفسه بأن هناك احتمال أن يكون هو الواحد من العشرة ألاف ، وبذلك يضيع عليه فرصة العلاج . فهم يكتفون بإقراره الأول بدخول المستشفى، وبعد ذلك لا يعيدون التبصير و الاستئذان إلا إذا كان هناك فقد لعضو أو وظيفة ، أما باقي الاحتمالات فلا يرون داعيا لإعادة الاستئذان ، لأن كل عمل طبي فيه خطورة ، وما على الطبيب سوى التيقن من أن الفائدة المرجوة أكبر من الضرر المحتمل.[2]

- **الفرع الثالث: التبصير في حدود**

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب السماح للطبيب بإخفاء بعض الحقائق أو كتمانها إذا كان ذلك في مصلحة المريض، شريطة عدم استعمال وسائل احتمالية أو خداع أو غش.[3]

فكان أبقراط ينصح تلاميذه بعدم مصارحة مرضاهم بالحقيقة ، وما زال القانون حتى يومنا هذا يعطى للأطباء في بعض الحالات عدم البوح للمريض بكل المعلومات المتعلقة بوضعه

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع ماروك نصر الدين: نفس المرجع، ص 246 و247.

[2] سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 161

[3] سميرة عايد الديات : نفس المرجع ، ص 166 . و محمد لافي المرجع السابق ص 185، عبيد الجميلي : المرجع السابق ص 146، و أياد مصطفى عيسى : المرجع السابق ص 71.

الصحي.[1]بمعنى هل يعتبر أمرا مشروعا الكذب على المريض إذا كانت الغاية منه هي مصلحة المريض؟ مما يستوجب يجب التفرقة بين الكذب الطبي، و الإخفاء الطبي أما بالنسبة للكذب الطبي. فهو ينقسم إلى نوعان: الكذب المتشائم، و الكذب المتفائل.

- **الفقرة الأولى: الكذب الطبي:**

الأصل أنه لا يقبل من الطبيب الكذب الذي يهدف إلى تضليل المريض و حمله على قبول تدخل جراحي لا تستدعيه حالته الصحية لأن أساس مشروعية العمل الطبي لا تكمن في الشفاء و إنما في إرادة المريض[2]. وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى التفرقة بين الكذب المتفائل وهو المسموح به والكذب المتشائم وهو غير المسموح به[3].

أولا – الكذب المتشائم:le mensonge possiniste :

هو ذلك الكذب الذي ينطوي على إخفاء العلامات أو النتائج الحسنة عن المريض، وحمله على الاعتقاد بأن هناك علامات أو عواقب أكثر خطورة مما أظهرته الفحوصات و التحاليل الطبية و يشوه الحقيقة. [4] وهذا الأمر غير مسموح به وليس له ما يبرره كحمل المريض على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب بهدف مادي أو تجريبي أو لكسب

---

[1]سهيل يوسف المرجع السابق ص175 .

[2] ماروك نصر الدين :المرجع السابق ، ص 251 . و إبراهيم سكاكيني: المرجع السابق ص 14.

[3] سميرة عايد الديات :المرجع السابق ، ص 166 . و احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 112

[4] زينة غانم :المرجع السابق ،ص 207.

الشهرة ، فإنه تقوم مسؤوليته إلا إذا كانت هناك ظروف استثنائية كحمل المريض على متابعة العلاج .[1]

ثانيا _ الكذب المتفائل: le mensonge optimiste

وهو إخفاء حقيقة المرض الموجعة عن المريض وعواقبه الوخيمة، طالما أن ذكر الحقيقة لن يكون له إلا أثرا سلبيا على حالته النفسية ولن يفيد في علاجه.[2] وقد أكدت ذلك محكمة باريس في قرار لها " صادر في 1925/03/07" إعفاء الطبيب من المسؤولية رغم كذبه العمد على المريض بإخفائه حقيقة المرض العضال عليه، لأن ذكر الحقيقة لا يكون له اثر إيجابي ولا تستلزمه طبيعة العلاج. فالقضاء الفرنسي أعفى الطبيب من المسؤولية رغم كذبه المتعمد على المريض، مادامت الغاية من وراء ذلك هي مصلحة المريض بالدرجة الأساسية[3].

إذا فالكذب المسموح به هو الكذب المتفائل الذي يستهدف مصلحة المريض ويؤدي إلى تحسين حالته الصحية ، وقد وضع العميد Carbonnier معيار مشروعية هذا الكذب بقوله:

---

[1] و في قضية دهب القضاء الفرنسي إلى الحكم بمسؤولية الطبيب الذي اقنع المريض كذبا بخطورة حالته لحمله على قبول عملية جراحية لا تستدعيها حالته لكنها تدر على الطبيب ربحا وفيرا .
كما يكون الطبيب مسؤولا جنائيا ومدنيا عن كذبه على المريضة الحامل بوجود خطر في استمرارية الحمل وصولا إلى الإجهاض أو الاستفادة من أعضاء الجنين . مشار إليه في محمد حسنين منصور المسؤولية المدنية لكل من الأطباء الجراحين و أطباء الأسنان و الصيادلة و المستشفيات العامة والخاصة و الممرضين و الممرضات ، موسوعة القضاء و الفقه ج 241 ص 1985 ص 35 مشار إليه في منذر الفضل:المرجع السابق ص 105

[2] وقد أخذ القضاء الفرنسي بضرورة التزام الطبيب بتبصير المريض و أجاز إخفاء العواقب الوخيمة للمريض إذا أدى البوح بها إلى نتائج عكسية على الوضع الصحي و النفسي للمريض . سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 167 و منذر الفضل:المرجع السابق ص105 راجع أيضا أمال عبد الرزاق مشالي : المرجع السابق ص 216 .

[3]زينة غانم :المرجع السابق ص 208 .

" للحكم على الكذب يجب النظر إلى الهدف و إلى الوسيلة فالكذب لا يكون خطأ إذا كان هدفه الوحيد مصلحة المريض، ولكن لا يجب الوصول إليه بإتباع وسائل تدليسية أو احتيالية، لأن مصلحة المريض هي المبدأ أو الهدف الأسمى، وعلى ذلك فلا يعتبر مخطئا الطبيب الذي يشفي[1] المريض عن طريق الكذب ".[2]

وقد أوجد المشرع الفرنسي لإلزام الطبيب بتبصير المريض أساسا تشريعيا، فنص في المادة 34 من قانون آداب ممارسة مهنة الطب ،على أن " التشخيص الخطير يمكن أن يخفى عن المريض، و التشخيص الذي يشير إلى قرب نهايته لا يمكن أن يكشف له إلا مع مزيد من الحذر ". كما نصت المادة الرابعة من ميثاق المريض الذي تبنته لجنة المستشفيات التابعة للمجموعة الاقتصادية الأوروبية على أن " مصلحة المريض هي التي تحدد المعلومات التي تعطى له وذلك مع كثير من الحيطة و الحذر ".

و أشارت المادة 18 من قانون النقابات الطبية في سوريا إلى أنه " لا يجوز إطلاع المريض على عواقب المرض المميتة إلا إذا تم ذلك بكل حذر، و يجوز إخفاء عواقب المرض الخطرة عنه، و على الطبيب إخبار أقارب المريض بخطورة المرض و عواقبه بصفة

---

[1]يشفى – هكذا وردت في المصدر ربما المعنى الأصح هو العمل على شفاء المريض لأن الطبيب لا يشفى و إنما الله تعالى هو الشافي.

[2]احمد شوقي ابو خطوة :المرجع السابق ص 113، و اياد مصطفى عيسى : المرجع السابق، ص 69.

عامة، إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو عين أشخاصا لاطلاعهم عليها ".[1]

كما أشار الدستور الطبي الأردني في المادة السادسة إلى أنه " يحظر على الطبيب القيام .. أو تقديم نصيحة من شأنها إضعاف مقاومة الأشخاص الجسدية أو العقلية...".ففرض هذا النص على الأطباء الامتناع عن التبصير السلبي و بالتالي يجب تبصير المريض تبصيرا يرفع معنوياته و مقاومته، فهذا النص جاء بصيغة عامة ولم يقصر التبصير على مرحلة معينة.[2]ونص في المادة 19 كذلك على أنه " يمكن إخفاء خطورة المرض عن المريض، ولا يجوز البوح له بالترجيح المميت إلا بكل حيطة وحذر، ولكن يجب أن يحاط الأهل علما في حالة إخفاء الأمر على المريض ".[3]

ونصت المادة 31 من مدونة قواعد السلوك الطبي المغربية أن الطبيب ملزم بإعلام المريض بنتيجة فحصه إلا إذا كان المرض خطير فإنه يمكنه عدم إشعاره ، و أما إذا كان المرض قاتلا فإنه لا يفشيه له إلا بتحفظ و احتياط كبيرين، و يتم ذلك على العموم بواسطة

---

[1] عبيد الفتلاوي :المرجع السابق ، ص 72و73 .

[2] زينة غانم : نفس المرجع، ص 148.

[3] طلال عجاج : المرجع السابق ص 125 . و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق، ص 72 . و سميرة عايد : المرجع السابق ص 164.

أفراد العائلة .[1]وقد أقر القضاء صراحة بمشروعية الكذب الطبي إذا كانت حالة المريض تجعله لا يستطيع أن يواجه الحقيقة بمرارتها.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه في حالة المريض الميئوس من شفائه تفرض على الطبيب تبصيره بحالته تبصيرا مخففا من أجل المحافظة على حالته النفسية ، وذلك بعدم إعلامه بأن حالته ميئوس منها و أن النتيجة الطبيعية هي الوفاة لأن ذلك بيد الله وحده .كما أن إخباره بذلك يحول دون استجابته للعلاج .[2]

وتنعقد مسؤولية الطبيب حتى ولو كان حسن النية إذا ترتب عن الكذب إصابة المريض بأضرار، وذلك لانتفاء قصد العلاج لدى الطبيب ولإخلاله بالالتزام بإعلام و تبصير المريض بحقيقة المخاطر التي تترتب على التدخل الجراحي، ويقع عليه عبء إثبات أن الإخفاء كان هو الحل الأمثل و الملائم لعلاج و شفاء المريض .

- **الفقرة الثانية: الإخفاء الطبي**

---

[1] محمد عبد النباوي :المسؤولية المدنية للأطباء القطاع الخاص ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ديسمبر 2003 ص 133 انظر أيضا في هذا الموضوع هيدلي أحمد : المرجع السابق ص177 . و محمد يوسف ياسين : المسؤولية الطبية ، مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا ، فقها ، اجتهادا ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2003 ص 44 .

[2] زينة غانم :المرجع السابق ص 206 . و فتون علي خير بك : مسؤولية الطبيب عن خطأه الطبي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ص 47

على الطبيب أن لا يخفي عن المريض المخاطر المتوقعة عادة من التدخل الجراحي وطرق العلاج المختلفة لأن المريض هو من يملك حق الاختيار.[1]حيث يرى البعض أنه و إن كان للقضاء دور في تأييد حرية الطبيب في اختيار العلاج يعد انتقاصا من إرادة المريض وحقوقه لأنه هو الوحيد الذي له الحق في اختيار طريقة المساس بجسده. كما يرى أصحاب هذا الاتجاه كذلك أن تخفيف التزام الطبيب بتبصير مريضه يرجع إلى أن مجرد قبول المريض للعلاج ، يعني أنه يثق بطبيبه و بالتالي على المريض أن يترك طبيبه يتصرف كما يشاء بسبب جهل المريض للمسائل الطبية الدقيقة ... كما أن التزام الطبيب بتبصير المريض بكل الأساليب العلمية و العلاج ومبرراته ومخاطره يقيد عمل الطبيب فلا يمارس عمله بالفاعلية المطلوبة و بالتالي يجب تخفيف التبصير تجاه المريض كي لا يؤثر سلبا في عمل الأطباء والطبيب أقدر على تحقيق مصلحة المريض باعتباره من أهل العلم فمن مصلحة المريض أن يقر بعدم قدرته على تقدير الأمور تقديرا سليما في ما يخص صحته و حياته و أن يسلم ذلك لطبيبه الذي يتصرف دوما تجاه مصلحة المريض [2].

لدى هناك من يرى التوفيق بين الاتجاهين من خلال قيام الطبيب بطرح طرائق للعلاج متعددة و لها نفس الأهداف و احترام إرادة المريض وحريته في اختيار طريقة العلاج. وعند اختيار المريض طريقة لا تحقق النتيجة المرجوة من العمل الطبي وجب على الطبيب

---

[1] ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 253 . وعلي الشمي المرجع السابق، ص 55 . و احمد شوقي ابو خطوة المرجع السابق ص 114

و السكاكيني :المرجع السابق ص 15 .

[2] زينة غانم :المرجع السابق ، ص 203 و 204 .

تبصيره بعدم جدوى اللجوء إلى تلك الوسيلة و إذا أصر على ذلك فمن حق الطبيب الامتناع عن تقديم خدماته.[1] و الطبيب ملزم بالحصول على رضا المريض المتبصر و المستنير قبل إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي و لا يجوز له أن يخفي عنه النتائج الخطرة و المتوقعة التي تترتب على هذا التدخل لأن ذلك يعتبر من الوسائل التدليسية التي تستوجب مساءلة الطبيب جنائيا متى ترتب عن ذلك ضررا للمريض. والإخفاء المسموح به هو إخفاء المخاطر غير المتوقعة و البعيدة الاحتمال للتدخل العلاجي أو الجراحي طالما أن ذكرها لا يكون له أثرا سلبيا على حالة المريض النفسية لأن في ذلك مصلحة للمريض و فائدة في علاجه.[2]

إذا فالطبيب غير ملزم بتبصير مرضاه بكل تفاصيل العمل الطبي المؤكدة الحدوث و المحتملة و مخاطر عدم إجرائه ، و لا يعني ذلك عدم تبصيره مطلقا ولكن يجب احترام إرادة المريض وعدم التأثير في نفسيته، و هذا بتبصيره بالمخاطر المؤكدة الحدوث دون الاستثنائية و أهمية إجراء التدخل الطبي دون مخاطر عدم إجرائه ، فهي إذا عملية موازنة يصل من خلالها الطبيب إلى تحقيق مصلحة المريض بشفائه.[3]

---

[1] زينة غانم : نفس المرجع ، ص 157 .

[2] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 253

-G . DURRY : «le médecin ne commet pas de faute en n'attirant pas l'attention du malade sur les risques exceptionnelles? Revu .trim. droit civil 1971 .p 618

- مشار إليه في بن صغير مراد : المرجع السابق ، ص 186.

[3] زينة غانم نفس المرجع ص 205

من هنا يتضح أن الكذب الأبيض يسهم في رفع الروح المعنوية و الحالة الجسدية للمريض عكس الكذب التضليلي (الأسود) الذي لا يخدم المريض، و لا يعفي الطبيب من المسؤولية رغم رضاء المريض بالعلاج.[1]وبالتالي أخلاقيات المهنة تفرض على الأطباء رفع الروح المعنوية للمرضى إلا أنه على الطبيب أن يراعي في نفس الوقت عدم الكذب على المريض، والإفضاء بحالة المريض لأهله أو أقاربه مع إشعار المريض بخطورة الحالة دون أن ينتزع منه كل أمل للشفاء.

وتأسيسا على ما تقدم فإن التزام الطبيب اتجاه مرضاه بالتبصير يجب أن يؤخذ في حدود التحفظات الآتية:

- على الطبيب أن يأخذ بعين الاعتبار عند إعلام مريضه حالته النفسية ، فذكر النتائج الضارة قد يؤثر على معنوياته .
- أن يميز الطبيب عند تبصيره للمريض بين الأمراض البسيطة و الأمراض الخطيرة، فالأولى تستوجب تبصيرا مشددا، أما الثانية تتطلب تبصيرا مخففا وفقا لما سار عليه القضاء الفرنسي.[2]

فالطبيب يتعامل مع شريحة عامة من المجتمع ، فمنهم المتعلم و الغير متعلم، لذلك يجب أن يترك للطبيب حرية كافية في تحديد المعلومات التي يرى أنها ضرورية لإعلام المريض عنها. راجع محمد لافي :المرجع السابق ص 185

[1]منذر الفضل :المرجع السابق ، ص 105.

[2]Recueil Dalloz , 2001 juris prudence P, 3559 – مشار اليه في زينة غانم : المرجع السابق ص 211

- التزام الطبيب بتبصير مريضه لا يلزمه بإعطائه كل التفاصيل الفنية لعدم قدرته على استيعابها.
- على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار حسن نية الطبيب ورغبته في إنقاذ المريض و حالة المريض الصحية .
- على الطبيب أن يبصر المريض بالخطوات التي يجب إتباعها بعد العلاج أو العمل الجراحي فقد قضى قرارا لمحكمة التميز العراقية صدر في 2001/05/12 جاء فيه :" أن عدم قيام الطبيب بإخبار المريض بعد العملية عن الاحتياطات التي يجب إتباعها من أجل تجنيب الآثار الجانبية التي قد تقع يعد سببا لقيام مسؤوليته". فهذا القرار فرض على الطبيب تبصير المريض في المرحلة اللاحقة للعلاج وما يتطلبه من احتياطات يتخذها من أجل المحافظة على صحته.[1]

فيتضح أنه وبناء على الاعتبارات التي اعتمدها أصحاب الاتجاه الثالث أنه هو الأولى بالإتباع أو الاتجاه الوسط لأنه يخفف من شدة ومن إلزامية تبصير المريض متى كان ذلك لفائدته أن هذا الاتجاه .

- **الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مبدأ الالتزام بتبصير المريض.**

تمت الإشارة إلى أن الفقه انقسم إلى ثلاثة اتجاهات في ما يتعلق بتبصير المريض والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات راع الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزما بتبصير

---

[1] زينة غانم : نفس المرجع ، ص 161.

المريض تبصيرا كليا بمخاطر التدخل الطبي، وكذلك الحالات التي لا يكون فيها هذا الالتزام مشددا .

وبالرجوع إلى نصوص التشريع الجزائري و خاصة المادة 48 من مدونة أخلاقيات الطب و التي تنص على أنه " يجب على الطبيب... المدعو لتقديم علاج ... أن يبقى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض وأن يبصر المريض ومن حوله ". فنلاحظ أن هذا النص قد ألزم الطبيب بتبصير المريض ومن حوله من الأهل والأقارب، غير أنه قصر التبصير على مرحلة العلاج فقط دون باقي المراحل التي تتطلب تبصيرا أيضا.[1]

فالمشرع الجزائري انفرد عن بقية التشريعات المقارنة إذا أشار إلى ضرورة تبصير المريض في مرحلة العلاج فقط. وبالتالي يكون قد اعتمد الاتجاه الذي يرى أن لا التزام مطلق لتبصير المتلقي، وعدم إعلامه بكل المخاطر التي يتعرض لها والتي من شأنها أن تؤدي إلى نتائج سيئة بالنسبة لحالته النفسية ، و أن إخفاء بعضها قد يكون من شأنه رفع روحه المعنوية و مساعدته على مواجهة المرض وتخطيه. [2]

هذا بالنسبة للأعمال الطبية التقليدية أو التدخل الطبي العادي، غير أنه و بالنسبة للعمليات الجراحية ونظرا لما يترتب عنها من مخاطر على جسم المريض فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الملزم بتبصير المريض ، فقد نص في المادة 5/166 من قانون

---

[1] زينة غانم : نفس المرجع ، ص 149.

[2] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 245.

حماية الصحة وترقيتها عل أنه " ... 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".[1]

وعليه إذا تعذر إعلام المريض لأي سبب كان، كأن يكون فاقدا للوعي أو قاصر فعلى الطبيب في هذه الحالة إخطار الأشخاص المذكورين في الفقرة 4 من المادة 166.[2]

ونصت المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه " يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ". كما نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على انه : يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة هذا الأخير موافقة حرة و متبصرة ...»

فيتضح من هذه النصوص أن المشرع الجزائري قد ربط رضا المتلقي بالأخطار الجراحية فيكون على الطبيب الجراح إعلام و تبصيره بجميع أخطار عملية الزرع وما قد يترتب عن التدخل الجراحي من نتائج في ظروف تسمح للمريض بالتعبير عن إرادته بصورة

---

[1]تنص الفقرة 4 من المادة 166 على أن " أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب، الأم، وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي".

[2] راجع عبد الكريم مأمون : حق الموافقة على الأعمال الطبية المرجع السابق ص 250 و 251 ولمزيد من التوضيح راجع عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية المرجع السابق ص 255 وما بعدها.
أما بالنسبة للتدخلات الطبية الإجبارية حيث لا مجال لأخذ موافقة المريض فقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون حماية الصحة و ترقيتها في المواد من 52 إلى 60 و المتعلقة بالوقاية من الأمراض المعدية و مكافحتها. حيث تنص المادة 55 منه على أنه " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض المعدية ..." وذلك لا يتطلب موافقة المريض أو رفضه لأنه يدخل ضمن الإجراءات الضرورية المعممة على كافة السكان في حالة الخوف من تفشي الأمراض.

سليمة.[1] وإلا كان مسؤولا في حالة قيامه بالعمل الجراحي دون تبصير المريض تبصيرا كاملا بمخاطر عملية الزرع على موافقة المريض .

ويرجع إلزام الطبيب الجراح بهذا التبصير المشدد إلى أحقية المريض على جسمه و احترام حريته وشخصيته وبالتالي لا يمكن المساس بهذا الحق إلا بعد الحصول على رضاء المريض المتبصر والمستنير.[2]لأن الطبيب لو كتم واقعة أو نوعا من المخاطر لو علمها المتلقي لما قبل إجراء عملية الزرع لكان من قبيل التدليس، و من ثم يكون العقد الطبي قابلا للإبطال طبقا لأحكام القانون المدني.[3]

أما في ما يخص الاتجاه الثالث الذي يرى ضرورة التخفيف في تبصير المريض فقد تميز المشرع الجزائري عن غيره من القوانين المقارنة حيث نص في المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه "يجب إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب " وذلك مراعاة لحالته المرضية و النفسية .

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد سمح بعدم أخطار أو إعلام المريض بالمعلومات التي قد تؤدي إلى تدهور حالته الصحية .كما أنه وافق بين إرادة وحرية المتلقي من جهة و المحافظة على حياته من جهة أخرى ،لأن احترام إرادة المريض في التصرف في تكامله الجسدي يتطلب إخطاره و اطلاعه بجميع المخاطر المتوقعة لعملية الزرع ، وعلى العكس

---

[1] علي الشيمي : المرجع السابق ص 56.

[2] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 248.

[3] راجع المادة 86 من القانون المدني الجزائري .

من ذلك فإن المحافظة على صحته تقيد من نطاق الالتزام بتبصيره و بالتالي لا توجد صعوبة إذا ما توافقت إرادة المتلقي و مصلحته .

فيتضح أن المشرع الجزائري و في ما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء لم يخرج عن القواعد العامة في القانون الطبي وساير الاتجاه الذي يرى ضرورة تبصير المتلقي.[1]فالمريض يجب أن يحتفظ بحريته الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه فهو وحده الذي يملك الاختيار بين المحافظة على صحته و تكامله الجسدي وبين المساس بسلامة جسمه.

ورغم كون المريض شخصا غير قادر على تقدير الأمور الطبية الجراحية تقديرا سليما إلا أنه يظل قانونا الوحيد الذي يقدر ضرورة التضحية بسلامة جسمه طالما انه يملك حرية الاختيار.لدى يجب رفض فكرة الوصاية الطبية على المريض التي نادى بها فقه الاحتكار الطبي .[2] وبالتالي فإن حرية المريض في اتخاذ قراره بقبول عملية الزرع تفترض استبعاد كل إكراه في هذا الشأن تتمثل في ضغوط عائلية، و التي قد تكون مقبولة في مجال الأعمال الطبية العادية إلا أنها ليست كذلك في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء لانطوائها على مخاطر كثيرة لا يجب ترك تقديرها لإرادة الوالدين أو إرادة المريض إذا ثم التعبير عنها تحت تأثير الضغط العائلي .

---

[1] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 254

[2] رأى البعض أن حرية المريض تقتصر فقط على مجرد اختيار الطبيب ومن ثم فإن المريض يوضع تحت وصاية الطبيب الذي اختاره و الذي يستقل باتخاذ القرارات العلاجية أو الجراحية . احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص 119

المطلب الرابع

أهليـة المريـض

الأصل في الرضا أن يصدر عن المريض نفسه لأنه لابد من احترام إرادته لأنه صاحب العلاقة المباشرة ، شرط أن يكون كامل الأهلية متمتعا بالملكات العقلية التي تمكنه من تلقي ما يفضي به الطبيب من معلومات وإدراكها إدراكا كافيا [1]، فرضاء المريض بالعلاج يصدر منه هو شخصيا وبشكل مباشر، أو ممن يمثلونه قانونا كالولي إذا كان المريض قاصر أو فاقدا الأهلية، أو عاجزا عن التعبير،[2] ولا يكون الرضا صحيحا إلا إذا صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا.[3]

يعتبر سن الرشد من الشروط الأساسية للكثير من التصرفات القانونية خاصة بالنسبة لتلك التصرفات أو القرارات التي تخلف آثارا قانونية هامة،[4] فالمريض قد يكون عديم الأهلية ومن ثم غير قادر على التعبير عن إرادته وهو ما يستلزم وجود ممثل قانوني يحل محله في إبرام التصرفات القانونية التي يمثل العقد الطبي واحدا منها. كما أن المريض قد يفقد بصورة مؤقتة و نتيجة لظروف معينة القدرة على التعبير عن إرادته دون أن يكون هناك من يمثله قانونا لعدم خضوعه لأي نظام من أنظمة الولاية (الحماية القانونية).

---

[1] محمد لافي : المرجع السابق ،ص 181. و جابر محجوب علي : الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية ، المرجع السابق ص 4.

[2] بركات جوهرة ، الحق في الصحة و قيام المسؤولية الطبية الجنائية ،المرجع السابق ، ص 475 .

[3] احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 121 ، و سميرة اقرور :المرجع السابق ص 127 ،و زينة غانم : المرجع السابق ص 230 .

[4] عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية المرجع السابق، ص 557.

ونظرا لما يترتب عن العمل الطبي الذي يوافق عليه الممثل القانوني من مساس بالتكامل الجسدي للمريض، فإن حلول إرادة الممثل القانوني محل إرادة المريض لا يمكن أن يكون مطلقا وإنما يتقيد بحدود استقر عليها القضاء.[1]

هذا بالنسبة للأعمال الطبية العادية غير أنه بالنسبة لعمليات زراعة الأعضاء و ما يترتب عنها من أخطار فالمشكلة لا تثور عندما يكون المتلقي بالغا، راشدا متمتعا بقواه العقلية كاملة فرضاه[2]بعملية الزرع يكون صحيحا. لكن الصعوبة تثور عندما يكون المريض غير كامل الأهلية لصغر سنه، [3] أو إصابته بمرض عقلي ما أفقده القدرة على الإدراك.[4] فالمريض إذا كان صغيرا أو ناقص أهلية لا يعتد القانون بإرادته و هنا يستلزم موافقة الولي أو الوصي عليه في اتخاذ القرار الطبي.[5]ولذلك سوف نتعرض إلى حالتي انعدام الأهلية وحدود تدخل ممثلي القاصر.على التوالي .

- **الفرع الأول:الأهلية في التشريعات المقارنة.**

لم تهتم التشريعات المقارنة بتنظيم الأهلية الطبية التي تعتد بها بإرادة الشخص سواء فيما يتعلق بقبوله العمل الطبي أو رفضه، لأنها اهتمت فقط بالجانب المادي و ذلك بحماية

---

[1] جابر محجوب : الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، المرجع السابق ، ص 4 و 5.

[2] ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 257 . واحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 121. و مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية المرجع السابق ، ص 557.

[3] صغير السن في القانون الفرنسي هو من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره طبقا للتقنين المدني الفرنسي و هو ما يوافق ايضا سن الأهلية الجنائية . راجع مأمون عبد الكريم : المرجع السابق ص 222 .

[4] سميرة اقرور : مشروعية نقل وزرع الأعضاء المرجع السابق، ص 127.

[5] ماجد محمد لافي :المرجع السابق ، ص 181.

أموال القصر و عديمي الأهلية ، ولم تأخذ هذه التشريعات بعين الاعتبار صحة هؤلاء الأشخاص و سلامتهم البدنية التي لا تقل أهمية عن أموالهم بل تفوقها.[1]

لقد ظلت سلطة الأب على أبنائه في القانون الفرنسي مطلقة خلال عدة قرون تصل إلى حد تقرير الحياة أو الموت، [2]إلا أن جانبا من الفقه اتجه إلا التأكيد على أن رب الأسرة لا يتمتع في مواجهة أبنائه بحق الحياة أو الموت، و أنه في المواد الطبية بالذات لا يمكن أن تكون السلطة الأبوية مطلقة و تحكمية، وهكذا أعلنت اللجنة الاستشارية للمساعدة العامة أنه على الجراح أن يحترم الحرية الإنسانية حتى بالنسبة للطفل طالما أنه قد التمس لديه القدرة على التميز و الإرادة الواعية و أنه في هذه الحالة لا يمكن للوالدين فرض إرادتها .[3] وقد وجد هذا الرأي[4] تأييد لدى كل من الدكتور BOUDIN والأستاذة DONNEDIEU DE VABRES ET DUVOIR، يمكن القول أن المشرع الفرنسي في بادئ الأمر أخضع مسألة رضا المريض إلى القواعد العامة في قانون العقوبات (المواد 319 و 320) و

---

[1] زينة غانم : المرجع السابق، ص231 .

[2]J .mazen ,essaisur la responsabilité civile des médecins ,thèse paris 1934,p135

–b .robert,la responsabilité civile des médecine et la jurisprudence actuelle ,thèse lyon1934, p 89

مشار إليها في جابر محجوب : المرجع السابق ص 9

[3]le comite consultatif de l’assistance publique avait déclaré que : le chirurgien doit respecter la liberté humaine ,même en la personne de l’enfant , s’il reconnait qu’il est capable de discernement et de volonté consciente ,et qu’en ce cas , les parents ne pourraient imposer leur volonté « cité par B .GUENOT du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale ,…thèse paris 1904,p 67

–مشار إليه في جابر محجوب ، نفس المكان .

[4]راجع جابر محجوب: نفس المرجع، ص 10.

القانون المدني (المواد 1382 و 1383)إلا أنه نص بعد ذلك على القوانين المنظمة لمهنة الطب. و وفقا لما جاء في التقنين الفرنسي لأخلاقيات مهنة الطب، يلزم الطبيب بالحصول على موافقة الوالدين أو الولي الشرعي كلما دعي لمعالجة صغير السن أو المتخلف ذهنيا،ويستثنى من ذلك حالة الضرورة ،[1] والحالات الأخرى التي يتوافر فيها لدى الصبي القدرة على الإدراك والاختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح إذا كان بالإمكان الحصول على موافقته شخصيا، إذ تلزم المادة 4_1111 L من قانون الصحة العمومية الطبيب بإعلام القاصر بحالته الصحية و مراعاة رأيه بخصوص العلاج المقترح .[2]

ونصت المادة الثامنة من قانون الأسرة الإنجليزي على شرط موافقة الوالدين أو الممثل القانوني للصغير قبل بلوغه 16 سنة بمناسبة أي تدخل طبي و يستثني من ذلك حالة الضرورة أو الاستعجال و غيرها من الحالات التي يثبت فيها بأن الصغير وصل في نموه إلى درجة من الذكاء ، و أنه يتمتع بقدر من الإدراك و القدرة على الاختيار السليم . لما يتفق مع مصالحه المختلفة حيث تنص المادة 1/8 على أنه " يعتبر رضا القاصر الذي يبلغ

---

[1]عند حالة الاستعجال فإنه لا شك يسمح للطبيب بالاستغناء عن رضاء الوالدين لأن القانون يفرض على الطبيب التدخل إذا كانت حياة القاصر أو صحته مهددة. أنظر جابر محجوب:الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية المرجع السابق ص 90 و محمد لافي : المرجع السابق ص176 و177.

[2]عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، المرجع السابق ص 213.

_ يجب أن لا يختلف محتوى المعلومات التي يتعين الإفضاء بها في حالة المريض القاصر عنه في حالة المريض البالغ بحيث يجب إعطاء معلومات صادقة، و أمينة ، و ملائمة ،عن حالة المريض و على الطبيب كذلك مراعاة حساسية الوالدين و قلقهما الفطري على ابنهما فلا يتشدد في التبصير بما قد يدفع الوالدين إلى رفض التدخل الذي قد يكون ضروريا للحفاظ على صحة المريض ،و ليس من حق الطبيب إخفاء التشخيص الخطير عنهم le diagnostic grave أو العواقب القاتلة le pronostic fatal ومع ذلك لا يمكنه مباشرة العلاج إلا بعد موافقتهم . جابر محجوب : المرجع السابق ص 33 .

من العمر 16 سنة لأي علاج طبي كيفما كانت طبيعته و الذي يشكل بدون هذا اعتداء على السلامة الجسمية لشخصه، بمثابة رضاء فعال ومقبول كأنه صادر عن شخص كامل الأهلية، وفي حالة صدور رضاء مقبول عن القاصر بمقتضى متطلبات هذه الفقرة ليس هناك حاجة للحصول على موافقة والديه أو وليه".

وبناءاعلى ذلك يمكن للطبيب مباشرة الأعمال الطبية على القاصر الذي بلغ 16 سنة معتمدا على موافقته حتى ولو رفض والده هذا التدخل الطبي[1]سبقت الإشارة إلى أن عدم الأهلية نوعان:

- **الفقرة الأولى: عدم الأهلية القانوني**

تقضي القواعد العامة أنه إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقدا للوعي فإنه يكفي أن يصدر الرضاء من ممثله القانوني.

- **أولا: موقف التشريعات الغربية.**

بمعنى أنه على الجراح الحصول على موافقة الممثل القانوني للقاصر،فقد أصدر المجلس الأوروبي le conseil de l'Europe توصية تتعلق بواجبات الأطباء تجاه مرضاهم فجاء في المادة السادسة منها ما يلي: «يكون رضا الممثل القانوني مطلوبا عند ما يكون المريض قاصرا، فإذا كان قادرا على التميز يجب الحصول على رأيه، و يتعين

[1]مأمون عبد الكريم :رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية المرجع السابق ص 208 و 209 و ص 218

الاعتداد به لأقصى حد ممكن .[1] ونص الميثاق الأوروبي الخاص بالأطفال الخاضعين للعلاج في المادة 3 و المادة 4 على ان الأطفال لهم الحق في الحصول على معلومات تلائم عمرهم كما أن لهم الحق في المشاركة المستنيرة في جميع القرارات الخاصة بما يخضعون له من عناية طبية .[2]

وتنص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة على أن أراء الطفل يجب أخدها في الاعتبار بالنظر إلى عمره ودرجة نضجه، [3]وتنص المادة 12 من الاتفاقية « يجري على تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين أرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل. وتؤخذ أراء الطفل ، في الاعتبار وفقا لسنة و نضجه » وهكذا اكتسب الطفل بمقتضى هذه الاتفاقية الحق في التعبير عن إرادته. [4]

---

[1]Recommandation N°R(83)3,382 eme réunion des délégués des ministres au 26 mars 1985 dont l'article 6 stipule que : « le consentement du représentant légal est requis lorsque le patient est mineur .quand le mineur est capable de discernement, son avis sera recueilli et il en sera tenu compte dans toute la mesure du possible .«

[2]Charte européenne des enfants hospitalisés adoptée le13_05-1986par le parlement européenne.

[3]Voir : le décret N°90_917 DU 8/10/1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New-York le 06/01/1990, J.O. 12/10/1990 .

[4]عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية المرجع السابق ص 213 و جابر محجوب علي : المرجع السابق ص 77

وإذا كانت القاعدة المعتادة في فرنسا هي أنه يجب على الطبيب قبل مباشرة أي عمل علاجي على القاصر أن يحصل على موافقة الوالدين [1] معا ، مع وجود استثناءات يكفي فيها فقط الحصول على موافقة أحد الوالدين و تتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي : [2]

- متى كان العمل الطبي المباشر على القاصر بسيطا .
- في حالة انفصال الوالدين يكتفي بالرضا الصادر عن الوالد الذي يباشر السلطة على القاصر. [3]
- في حالة الطفل غير الشرعي فإن أحد الوالدين الذي يعترف به هو الذي يعول على رضاه وإذا اعترفا به فيجب الحصول على موافقة الأم، إلا إذا صدر قرار من المحكمة الجزائية يقضي بغير ذلك.
- أما بخصوص الأطفال اليتامى الذين ترعاهم الدولة ، فيصدر القرار المتعلق بصحتهم من المسؤول عنهم تحت رقابة مفتشي المساعدة العامة .[4]

غير أن السؤال الذي يثور هو عن حالة الأطفال ذوي القدرة على فهم حالتهم الصحية هل يؤخذ رضائهم بعين الاعتبار؟ يتجه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي إلى أن العبرة دائما

---

[1]جابر محجوب علي :دور الإرادة و العمل الطبي ، دراسة مقارنة ، مجلة القانون و الإقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة ج 3 ، ع 70 ،2000 ص 130.

[2]سميرة اقرور : المرجع السابق ص 128.

[3] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص123.

–ويتجه الرأي الغالب في الفقه إلى التمسك بسلطات الوالد الحاضن للصغير فيرى الأستاذ H.Fulchiron أنه لا يوجد استثناء على سلطة الوالد الحاضن راجع جابر محجوب علي : الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية ، المرجع السابق ،ص 25.

[4] سميرة اقرور :المرجع السابق ص 128 و احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص123.

بقدرة الصغير على الإدراك والاختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح ، سواء تعلق الأمر بطبيعة العمل أو نتائجه مادام الهدف من وراء العمل المصلحة العلاجية .[1] فهناك من يرى أنه يجب أن يسمح لهم بقبول العلاج أو رفضه ،لأن العبرة بقدرة الشخص الفعلية على قبول أو رفض العلاج ، وبالتالي يسمح للطفل القادر على الفهم بمناقشة الأمور الطبية الخاصة و مشاركة الطبيب في اتخاذ قرار العلاج .[2]

يذهب اتجاه آخر إلى ترك تقدير هذه المسألة إلى الطبيب تحت رقابة محكمة الموضوع التي لها أن تستعين بالخبراء و غير ذلك من الأدلة للتأكد من مدى توافر القدرة على الإدراك و الاختيار لدى الصغير وقت صدور الموافقة منه على التدخل الطبي سواء كان التدخل تشخيصا أو علاجا ، أما إذا كان أكثر جرأة كنقل الأعضاء أو التجارب الطبية و المخاطر المرتبطة بها فيجب استشارة الأولياء كقاعدة عامة.[3]

---

[1] عبد الكريم مأمون : حق الموافقة على الأعمال الطبية ، المرجع السابق، ص 214.

[2] أسامة رمضان الغمري : لوائح و قوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر 2009 ، ص 132. راجع أيضا المادة 8 من قانون الأسرة الإنجليزي .

[3] عبد الكريم مأمون: رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 214، وهناك من يرى أن يكون الرأي أساسا للصبي والوالدين حق الاعتراض لأن الرضا المطلوب هو رضا المريض و ليس رضاء من يباشر السلطة عليه. جابر محجوب علي: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، المرجع السابق ص 79.

وقد نصت المادة 43 من قانون تنظيم مهنة الطب في فرنسا على أنه " إذ يجب على الطبيب الذي يستدعى لعلاج قاصر أو بالغ غير أهل ، أن يخطر أبويه أو ممثليه القانونيين و الحصول على رضائهم ".[1]

كما نصت المادة 2/43 على أنه:" إذا كان عديم الأهلية قادرا على التعبير عن رأيه فإن الطبيب يجب أن يعتد بهذا الرأي في أقصى الحدود الممكنة.[2]فيلاحظ أن الطبيب ملزم بسماع المريض الذي له حق اتخاذ القرار بالاتفاق مع ممثله القانوني .

وتنص المادة 4_1111 L من قانون الصحة العمومية الفرنسي علىأنه يتعين على الطبيب الحصول على موافقة القاصر ومن في حكمه إذا كان هؤلاء قادرين على التعبير عن إرادتهم و المشاركة في اتخاذ القرار المتعلق بمستقبل صحتهم...". [3]

و يتور التساؤل حول حالة التعارض بين الأقارب و الطبيب بمعنى أنه إذا كان الطبيب أمام مريض لا يستطيع التعبير عن إرادته بنفسه ويريد الطبيب إخضاعه لعمل علاجي يراه ضروريا ولكن ثم رفضه من طرف أقارب المريض. فوفقا للمادة 4_1111 L من قانون الصحة العمومية الفرنسي أنه يجوز للطبيب مباشرة العلاج اللازم على القاصر

---

[1]ART 43 : « un médecin appelé a donner des soins à un mineur ou à un incapable majeur doit s'efforcer de prévenir les parents ou le représentant légal et d'obtenir leur consentement.

[2]ART 43 alinéa 2 : «si l'incapable peut émettre un avis, le médecin en tenir dans toute la mesure du possible

[3] عبد الكريم مأمون : نفس المرجع ، ص 213.

في حالة اعتراض الولي الشرعي أو الممثل القانوني على ذلك.[1] ولا يثم إخضاع إرادة الأقارب لإرادة الطبيب إلا اذا كان الرفض غير مبرر كأن يكون بسبب الخوف على القاصر، أو جهل العمل الطبي، أو بسبب معتقد ديني،[2] حيث ذهبت النقابة العامة للأطباء في فرنسا إلى ضرورة لجوء الطبيب إلى إقناع الوالدين بخطورة قرارهما. كما قررت النقابة أن لكل طبيب أن يقرر الحل الذي يراه وفقا لما يمليه عليه ضميره ، فإذا رأى أن العلاج المرفوض يمكن تأجيله فيجب عليه الامتثال لسلطة الوالدين، أما إذا كان العلاج ضروريا فعليه أن يتجاوز معارضتهما لأن المسألة متعلقة بحياة الصغير أو موته وإلا تمت مساءلته عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص [3]وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة4_1111 ـا أعلاه .

أما في ألمانيا تسمح المادة 1666 من التقنين المدني للطبيب بأن يطلب عند معارضة الوالدين العلاج تصريحا من المدعي العام يسمح له بالتدخل لإجراء العلاج اللازم.[4]

---

[1]جابر محجوب علي :مجلة القانون و الاقتصاد، العدد 70 ، المرجع السابق ، ص 144.

[2] هناك طوائف دينية يرفض المنتمون إليها تطعيم أولادهم و آخرون يعارضون عمليات نقل الدم و أخرى ترفض العلاج الطبي، وترى أن الصلاة هي وسيلة للشفاء. جابر محجوب علي : الرضاء عن الغير في مجال الأعمال الطبية المرجع السابق، ص 103. وعبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية ، المرجع السابق ، ص227.

_ وتنص المادة 7/27 من قانون الآداب الطبية اللبناني عل أنه " إذا رفض من تحظر عليهم معتقداتهم إجراء التلاقيح المفروضة من السلطات الصحية المختصة وجب على الطبيب وضعهم أمام مسؤولياتهم و إبلاغ تلك السلطات بذلك". راجع يوسف ياسين :المرجع السابق ص236.

[3]جابر محجوب علي : الرضا عن الغير المرجع السابق ص 103و ABDULDAYEM (Ahmed), – op .cit p 338

[4]جابر محجوب : نفس المرجع ، ص 120 .

غير أن هناك تساؤلا آخر يتمثل في رفض القاصر للعلاج الذي اختاره الوالدين ،بحيث فيمكن القول أن الاعتراف للقاصر بالحق في الرضاء بالعلاج الطبي، يتضمن منطقيا الاعتراف له بسلطة رفض العلاج الذي يقترح عليه ، والرأي السائد في هذه الحالة الأخذ برغبة القاصر طالما تعلق الأمر بعلاج عادي، ويمكن للطبيب أن يقهر إرادة القاصر عند ما يكون رفضه للعلاج سببا لتعريضه للخطر وعندئذ تسترد إرادة الوالدين هيمنتها ويؤخذ باختيارهما وبالتالي فحالة الخطر الجسيم هي التي أجازت للطبيب بموافقة الوالدين أن تقهر إرادة القاصر ولو كان قريبا من سن الرشد.وهناك من يرى ضرورة ترك الأمر للطبيب باعتباره أفضل الحماة الطبيعيين للمريض لأنه أكثر تخصصا ويمكنه تقدير المشكلة تقديرا موضوعيا.[1]

أما بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية التي ترد على جسم القاصر ونظرا لخطورتها و احتمال تأثيرها على مستقبل القاصر استوجب المشرع الفرنسي إخضاعها لتشديد الالتزام بالتبصير باحترام إرادة المريض و الذي قد يكون أحيانا مكتوبا في حالة وجودهما. ففيما يتعلق بعمليات زرع الأعضاء يجب الحصول على موافقة الوالدين معا على عملية الزرع في حالة وجودهما معا أو الحصول على موافقة الوالد الذي له حق الحضانة أو الباقي على قيد الحياة هو من له حق الموافقة على إجراء عملية الزرع و إلا الحصول على موافقة الوصي في حالة وفاتهما. أما إذا كان المريض مصابا بعاهة عقلية تفقده القدرة على الإدراك

---

[1] جابر محجوب علي: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية المرجع السابق ص 92 و ما بعدها.

بحيث لا يستطيع إعطاء موافقته على إجراء العملية الجراحية يجب الحصول على موافقة من له سلطة قانونية عليه.[1]

- **ثانيا: موقف التشريعات العربية.**

بالنسبة للتشريعات العربية فإن الرضا بإجراء الأعمال الطبية على جسم القاصر يرتبط بمسألة الولاية على النفس التي تعطي للولي سلطة تتعلق بنفس المولى عليه من صيانة وحفظ و تأديب .و مع ذلك يرى **حسام الدين الأهواني** عدم ملائمة أحكام الأهلية و الولاية على النفس لمسائل الجسم ، فإذا كانت أحكام الولاية على النفس تجعل من الصغير كامل الأهلية عند توافر البلوغ و هي سن صغيرة للغاية خصوصا للبنت، فإن أهلية النفس لا تكفي و لا تناسب مسائل جسم الإنسان ومن ثم يكون من غير الملائم اعتبار الصغير أهلا لاتخاذ تلك القرارات بمجرد اكتمال البلوغ. وهناك من يؤيد ضرورة إقرار أهلية خاصة بالمسائل الطبية لا تتقيد بالولاية على النفس و تثبت عند بلوغ سن معينة أو عند توافر القدرة على فهم و إدراك صيغة التدخل الطبي و مخاطره.

فإذا اطمئن الطبيب إلى فهم الصغير للمخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي، فلا يجوز أن يكتفي برضاء ولي النفس بل يجب الحصول على رضاء الصغير خاصة إذ

---

[1] وبالرجوع إلى موقف المشرع الفرنسي من الانتزاع من القاصر (المعطي) نجد من بين الشروط التي يسمح بها للأخذ من جسم القاصر ضرورة الحصول على موافقة كلا الوالدين على حدا أو على رضا الممثل القانوني للقاصر سواء كانا يباشران السلطة بصورة مشتركة أم كان أحدهما ، على أن يصدر في شكل مكتوب أمام رئيس المحكمة التي يقع بدائرتها موطن القاصر. لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع جابر محجوب :نفس المرجع ص 36 وما بعدها.

تعلق الأمر بعمل طبي على قدر من الخطورة ، كاستقطاع عضو مثلا. و إلا تعين على الطبيب الحصول على رضاء ممثله القانوني أي من له الولاية على نفسه.[1]

وقد أورد المشرع اللبناني في المادة الثالثة من المرسوم الاشتراعي رقم 1973/109 شرط موافقة المستفيد على إجراء العملية بصورة خطية و مسبقة دون أن يوضح حالة من إذا كان المريض قاصرا أم لا. ويبدو أنه قد اتجه إلى اعتماد القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الآداب الطبية رقم 288_1994 و التي تقضي باحترام إرادة المريض قدر المستطاع و إذا تعذر على المريض إبداء رأيه وجب على الطبيب إعلام أقاربه بحالة مريضهم وذلك في المادة الثانية في فقرتها الثانية. [2]

كما تنص المادة 3/28 من قانون الآداب الطبي اللبناني على أنه " في حال رفض المريض العلاج يحق للطبيب التوقف عن متابعته ، و إذا تبين له أن المريض في خطر عليه أن يبدل جهده لإقناعه بالعلاج ، وعند الاقتضاء يقوم باستشارة طبيب آخر أو أكثر لهذه الغاية ".

كما أنه بشأن القاصر نص المشرع اللبناني في نفس القانون تحت عنوان " التجارب البشرية وزرع الأعضاء والتلقيح الاصطناعي والإجهاض " في المادة 3 على أنه" على الطبيب الذي

---

[1] جابر محجوب: نفس المرجع، ص 39 إلى 42.

[2] سميرة عايد الديات المرجع السابق ، ص 174 . ويوسف ياسين :المرجع السابق، ص 228.

يدعى لمعالجة قاصر، أو فاقد للأهلية أن يتأكد من موافقة ذويه و عليه في الحالات الطارئة أن يقوم بالمعالجة اللازمة إذا تعذر الحصول على موافقة ممثله الشرعي ".[1]

أما المشرع السوري فقد نص صراحة في المادة 8 من القانون 1973/31على أنه " لا يجوز إجراء عملية النقل و الغرس على المريض المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية وصريحة منه، أو من وليه الشرعي إذا كان المريض قاصرا، أو من عائلته في حالة كونه غير قادر على الإفصاح عن إرادته ".[2]

بينما اشترط المشرع الأردني أن يصدر الرضا من المريض نفسه لأنه لابد من احترام إرادته على أساس أنه صاحب العلاقة المباشرة، بشرط أن يكون كامل الأهلية متمتعا بالملكات العقلية لكن إذا كان المريض صغيرا أو ناقص الأهلية لا يعتد القانون بإرادته و هنا يستلزم موافقة الولي أو الوصي عليه في اتخاذ القرار الطبي.[3]

غير أن المشرع المصري لم ينص صراحة على ضرورة حصول الطبيب على رضا واضح وحر من المريض قبل إجراء العلاج أو التدخل الجراحي ، باستثناء المادة 18 من ميثاق شرف مهنة الطب البشري التي نصت على أنه " على الطبيب الذي حظر لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية، أو مريض فاقد الوعي في حالة خطيرة أن يبدل ما في متناول يديه

---

[1] يوسف ياسين : المرجع السابق، ص 238 و 239.

[2] سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 175.

[3] ذلك ما أشار إليه في المادة 2/62 من قانون العقوبات الأردني ، و المادة 62/أ/1 من قانون الصحة العامة الأردني رقم 21 لسنة 1971. أما المادة 2 من الدستور الطبي الأردني نصت على أن " كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة و أن تكون له ضرورة تبرره و أن يثم برضاه أو رضا ولي أمره إن كان قاصرا أو فاقدا لوعيه . راجع أيضا محمد لافي المرجع السابق، ص 181.

لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على موافقة ورضا الولي، أو الوصي، أو أمر ضروري قبل مباشرة العلاج ". وبالتالي يتضح أن المشرع المصري يكون قد أرجع مسألة الرضا في الأعمال الطبية إلى القواعد العامة في قانون العقوبات فالطبيب الذي يتدخل في علاج المريض دون رضاه يكون مسؤولا وفق القواعد العامة في قانون العقوبات.[1]

الفقرة الثانية: عدم الأهلية الفعلي

يرجع إلى مس بالعقل إما مؤقت أو دائم، و يترتب عليه عدم القدرة على الإدراك والإرادة.[2]يثور التساؤل حول ما إذا كان المريض غير قادر على التعبير عن رضائه بسبب حالته الصحية، أي غير قادر على تفهم طبيعة العلاج و أهميته لإصابته بمرض عقلي أو نفسي، فمن يستطيع أن ينوب عنه في هذه الحالة ؟ لقد استخدم قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا مصطلح (الأسرة) فالمحاكم الفرنسية تطلب أخد موافقة من تربطهم بالمريض رابطة القرابة، أو المصاهرة ، أو المحبة ، لأنهم هم الدين يستطيعون التعبير عن إرادة المريض أفضل تعبير باعتبارهم حماة طبيعيون له les proches و الذي يعني الأقربين ولا يعني الأقارب فرضاؤهم يقوم مقام رضاء المريض كلما كانت حالته الصحية لا تسمح له بالتعبير عن إرادته في الحصول على رضائه [3].

---

[1] محمد لافي : نفس المرجع، ص 178.

[2] سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 173 . و سميرة اقرور المرجع السابق ، ص 131.

[3] احمد شوقي ابو خطوة: المرجع السابق ص 129 ، وقد تحدث المشرع الفرنسي عما يسمى بالحماة الطبيعيين عندما أوجب على الأطباء في الأحوال التي يكون فيها المريض عديم الأهلية في حالة ضرورة للحصول على إذن هؤلاء الحماة الطبيعيين protecteurs naturels على رأسهم الزوج أو العشيقة أو أي شخص أكثر التصاقا بالمريض و أكثر رعاية

وينتقد R.savatier رجوع الطبيب إلى الحماة الطبيعيين للمريض، لأنه يمثل فرض إرادتهم على الطبيب. فإنه يقيم نوعا من الوصاية الفعلية –une quasi tutelle de fait– لا يتواءم مع كون حالات انعدام الأهلية و ما يترتب عنها مقررة على سبيل الاستثناء ومن ثم يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا، بحيث يرى د. جابر محجوب علي أنه يجب الرجوع إلى الحماة الطبيعيين في حالة الضرورة وذلك أفضل من ترك المريض تحت رحمة السلطة المطلقة للأطباء.[1]

و بالتالي يجب تحديد الممثل الفعلي على أساس ما يقدمه من خدمات للمريض و ليس على أساس القرابة، فمن يتولى حماية المريض و تربطه به رابطة المحبة و الوفاء يكون أولى على الوالدين الذين يعتبران أكثر قربا من الناحية القانونية و أكثر بعدا من الناحية العملية.[2] فالقانون الفرنسي نص على أنه إذا كان المريض مصابا بجنون مطبق فالرضا الذي يعتد به هو رضاء ممثله القانوني . أما إذا كان الجنون منقطعا و تتخلله فترات إفاقة فيؤخذ رضاء المريض حال تمتعه بكامل قواه العقلية.[3]

كما أن الطبيب قد يصبح ممثلا طبيعيا للمريض في حالة الاستعجال و عدم استطاعته الاتصال بالحماة الطبيعيين، و يمكنه رفض التدخل الجراحي رغم موافقة العائلة إذا رأى في

ومودة ورحمة كما أن القضاء الفرنسي اعترف حتى للعشيقة بالحق في التعويض عما أصابها من ضرر جراء موت خليلها أو عشيقها انظر كذلك سميرة عايد الدايات المرجع السابق ص174 و جابر محجوب : الرضا عن الغير المرجع السابق ص 65.

[1] جابر محجوب : نفس المرجع ، ص64–65.

[2] سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 174.

[3] أحمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ، ص 123 . و سميرة اقرور :المرجع السابق ، ص 129.

التدخل ضررا على صحة المريض[1] ، باعتباره المسؤول عند عدم أهلية المريض، الفعلية وهو من يستطيع تقدير ضرورة إجراء العملية الجراحية و مناسبتها لحالة المريض .و الطبيب معترف له بسلطات تتمثل في تقديم مساعدة لمريض في حالة الخطر و يعتبر الإخلال بهذا الالتزام جريمة امتناع عن تقديم المساعدة طبقا للمادة 2/63 عقوبات فرنسي و التي تنص على " يعاقب كل من امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في خطر سواء بفعله الشخصي أو يطلب مساعدة من الغير ويشترط عدم تعريض نفسه أو غيره للخطر.[2]

وبالتالي نستنتج أنه عند ما يكون المريض خاضعا لنظام الحماية القانونية فإن ذلك يعد قرينه على أن حالته تستدعي وجود من يتولى إدارة شؤونه ، و تبعا لذلك ينفرد الوصي أو القيم الذي يتولى الحماية باتخاذ القرارات إذا كانت حالة المريض لا تسمح بإشراكه في ذلك ، و يكون للمريض الذي يمر بمرحلة إفاقة و إدراك أن يعترض على القرار الطبي فيمنع تنفيذ العلاج . وبالتالي تكون مشاركة المريض في صورة اعتراض توقيفي يحول دون تطبيق العلاج الذي لا يرغب في الخضوع له. إلا انه لا يجب التعويل على هذه الإرادة لأنه يحيطها الشك، لذا على الطبيب عند غياب من يتولى إدارة شؤون عديم الأهلية أن يطلب

---

[1] فالأطباء و المساعدين عليهم واجب أخلاقي و قانوني في الدفاع عن مصلحة الطفل إذا ظهر أن قرار ولي الأمر يحمل خطرا على صحة الطفل راجع أسامة رمضان الغمري : المرجع السابق، ص 132 . و سميرة اقرور المرجع السابق، ص 131.

[2] أحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 130.

موافقة أقارب المريضles porches parents du patient على العلاج قبل إخضاعه له.[1]

اقتصر المشرع المصري على استخدام مصطلح ذوي المرضى دون النظر إلى صعوبة تطبيقه ، إذ جاء في المادة 30 من قانون أخلاقيات المهنة أنه " للطبيب الجراح الحق في اختيار مساعده أو مساعديه ... مراعيا ما أمكن رغبة المريض أو ذويه " كما أن قانون الآداب الطبية اللبناني هو الآخر أشار إلى مصطلح ذوي المريض في المادة 3/27 حيث نصت على أنه " على الطبيب أن يحترم دائما إرادة المريض و إذا كان وضع هذا المريض لا يسمح له بالتعبير عن إرادته يجب إعلام ذويه إلا في الحالات الطارئة أو حالة الاستحالة " .فيلاحظ أن كلا المشرعين لم يأخذا بعين الإعتبار حالة وجود صديق للمريض بدلا من قريبه .[2]

- **الفرع الثاني : موقف الشريعة الإسلامية من أهلية المتلقي.**

يعتبر الولي على النفس هو الذي يملك الموافقة بإجراء التدخل الجراحي أو العلاجي للصغير، وذلك لأن هذا الأخير يحتاج إلى من يحميه من نفسه و يبعده عما يكون فيه ضرر يلحقه في جسمه أو عضو من أعضائه.تثبث الولاية على النفس للصغير و المجنون والمعتوه وتنتهي بالنسبة للصغير ببلوغه السن الطبيعي، أما المجنون فتنتهي الولاية على

---

[1] جابر محجوب : الرضا عن الغير المرجع السابق ، ص 57.

[2] زينة غانم: المرجع السابق ص287. 288، و نصت المادة 2 من الدستور الطبي الأردني رقم 13 –1972 على " أن كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض... و أن يتم برضائه و رضاء و لي أمره إن كان قاصرا أو فاقدا لوعيه

النفس عنده بالاستفاقة وتستمر باستمرار الجنون وإذا كان متقطعا فإنها تكون حيث يكون الجنون قائما وتزول إذا زال [1] .

وطالما كان المريض قادرا على الإدراك و فهم مخاطر التدخل الجراحي فلا محل لرضا الغير عنه . و تختلف سن الإدراك باختلاف الأشخاص فهي مسألة موضوعية يقدرها الطبيب الجراح طبقا لظروف الحال، فإذا تبين له أن المريض مدركا لطبيعة التدخل الجراحي فلا يمكنه القيام به رغم معارضة المريض ولو كان ممثله القانوني موافقا وفي حالة العكس وجب الحصول على موافقة ممثله القانوني .[2]

فالقاعدة هي أن القرار بقبول عملية الزرع هو قرارا شخصي يجب صدوره عن المريض نفسه عندما يتمتع بقدر من الإدراك و الفهم، لأن هذه العملية تهم المريض القاصر و لا يعني ذلك استبعاد ممثله القانوني الذي عليه واجب مساعدة القاصر في فهم مخاطر هذه العملية وبالتالي يكمل الممثل القانوني رضا القاصر بقبول منه .[3]

أما إذا كانت هناك معارضة من الممثل القانوني وكانت العملية الجراحية ضرورية للقاصر كان على الطبيب القيام بها رغم معارضة الممثل القانوني. غير أن ذلك يطرح مشكل تحمل مصاريف العملية الجراحية خاصة إذا كان المريض القاصر لا يملك أموالا تغطي نفقات العلاج أو ليس له سلطة على أمواله لذلك يرى بعض الفقه عرض الموضوع

---

[1] سميرة أقرور : المرجع السابق ص 129

[2] زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن ، دار النشر للجامعات المصرية . القاهرة . 1951 ص313 و ما بعدها .

[3] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 260 . وسميرة أقرور: المرجع السابق ، ص 130.

على سلطة قضائية لأن في ذلك حماية للطبيب و ضمانه للحصول على نفقات و مصاريف التدخل الطبي[1].

- **الفرع الثالث : موقف التشريع الجزائري من أهلية المتلقي**

إن اشتراط رضا المريض في التشريع الجزائري لا نقاش فيه بل يجب أن يكون هذا الرضاء حرا صحيحا. أما إذا كان غير ذلك بسبب انعدام الأهلية فإن المريض في هذه الحالة لا يكون قادرا على إعطاء رضاء حر بالمعنى الكامل.[2] حيث يعتبر بلوغ سن الرشد من الشروط الأساسية للتعبير عن التصرفات القانونية، خاصة بالنسبة لتلك التصرفات التي تخلف آثار قانونية هامة بما فيها الطبية التي لها علاقة مباشرة بالمساس بجسده حتى تقتصر الموافقة عليها من طرف كامل الأهلية .[3]

وحددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد ب 19 سنة كاملة، كما حددت المادة 42 منه سن التمييز ب 13 سنة و طبقا لأحكام المادة 44 من نفس القانون يخضع فاقد الأهلية وناقصها يخضع بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون .[4] هذا ما دفع المشرع إلى أن أوكل أمر

---

[1] أحمد شوقي أبو خطوة:المرجع السابق،ص 128. و سميرة اقرور المرجع السابق ، ص 130، و احمد شرف الدين :المرجع السابق، ص 237.

[2] رايس محمد :المرجع السابق ، ص 127 .

[3] عبد الكريم مأمون :رضا المريض عن الأعمال الطبية ، المرجع السابق، ص 215 و 557 .

[4] عبد الكريم مأمون :نفس المرجع ص 215

عديمي الأهلية [1] إلى غيرهم حتى يعطوا موافقتهم على العلاج بدلا عنهم. كما تنص على ذلك المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على "... أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك..." .

و نصت المادة 52 من آداب مهنة الطب الجزائري على أنه " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج للقاصر، أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ".

فيتضح أنه على القاصر الرجوع إلى وليه ، أو ممثله القانوني ، للحصول على موافقتهم في ما يتعلق بالأعمال الطبية، و يتبين أن المشرع لم يعط للقاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الطبية، متى كان متمتعا بقدر من الإدراك و الفهم، سواء كانت أعمال تشخيص أو علاج مادام ذلك يحقق مصلحة الصغير المميز، أسوة بالتشريعات التي تسمح للقاصر الذي يملك قدرا من الفهم و تقدير التدخلات الطبية على الموافقة عليها بنفسه مادامت لا تشتمل على خطورة على صحته. غير أن هذه الأنظمة لا تعتد بموافقة القاصر

" تنص المادة 87 من قانون الأسرة " و الولاية هي سلطة شخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم و لحساب الأصيل بالنسبة لعديم أو ناقص الأهلية " راجع توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ص 664 مشار إليه في رايس محمد : المرجع السابق، ص 129.

[1] و تنص المادة 43 من القانون المدني على أنه" كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ".

بالنسبة للأعمال الطبية الخطيرة أو غير العلاجية، كما هو الحال بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.[1]

وبناء على ما تقدم تقتصر الموافقة على الأعمال الطبية غير العلاجية كعمليات زرع الأعضاء على المريض كامل الأهلية و المتمتع بكامل قواه العقلية.بمعنى أنه لا يعد رضا المتلقي بزراعة العضو له صحيحا إلا إذا كان قادرا على التعبير عن إرادته، لأنه بموافقته هذه إنما يشارك في تحمل مخاطر العملية ولا يمكن ذلك إلا إذا كان المتلقي ذا أهلية قانونية كاملة.

وبالرجوع إلى نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها المتعلقة بزراعة الأعضاء لا نجد تحديدا لسن يعتد بها كأهلية للمتلقي سوى أن المشرع قد اشترط أن يكون المتبرع بالغا سن الرشد وذلك لأنه لا مصلحة لديه من إجراء هذه العملية الجراحية.[2]ونستنتج أنه متى بلغ المتلقي سن الرشد المحددة في القانون المدني وكان متمتعا بقواه العقلية كان رضاءه بعملية الزرع صحيحا.

وحدد المشرع في المادة 166 من قانون حماية الصحة الأشخاص الذين لهم حق الموافقة على عملية الزرع بدلا من عديم الأهلية و ذلك بالتفرقة بين حالتي عدم الأهلية:

- **الفقرة الأولى: انعدام الأهلية القانوني**

---

[1]عبد الكريم مأمون : المرجع السابق، ص 217 .

[2]ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 257

حيث نصت المادة 3/166 من ق، ح، ص،ت على أنه "... و إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب، أو الأم، أو الولي الشرعي، حسب الحالة ".وبالتالي ينتقل حق الموافقة على إجراء عملية الزرع إلى من له السلطة القانونية متى كان المريض لا يتمتع بالأهلية القانونية. وأشار المشرع في المادة 4/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها على " أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي ".

ونلاحظ أن المشرع لم يعط القاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الطبية غير أن[1]– الدكتور. **ماروك نصر الدين** يرى أنه «إذا كان المتلقي قاصرا وكان قادرا على فهم و إدراك مخاطر التدخل الجراحي اعتبر رضاؤه صحيحا لأن ذلك حسب رأيه يعد مسلكا إراديا يجب أن لا تطبق بشأنه قواعد الأهلية ». إلا أن الإدراك يختلف من شخص لآخر ويرجع تقدير ذلك للأطباء فإذا تبين للطبيب أن القاصر مدرك لمخاطر عملية الزرع و اعترض عليها فلا يجوز للطبيب الجراح إجراء هذا التدخل رغما عن المريض ولو كان ذلك بموافقة ممثله القانوني التي لا يمكن التعويل عليها إلا إذا كان القاصر غير مدرك لمخاطر التدخل الطبي لانعدام الأهلية الفعلي.

---

[1]أنظر رأي ماروك نصر الدين، المرجع السابق ص 259 مشار إليه أيضا في عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية المرجع السابق ص 557.

ويثور التساؤل حول من ينوب عن المتلقي في إبداء موافقته عن التدخل الجراحي إذا كان هذا المريض غير قادر على إصدار رضائه بسبب تدهور حالته الصحية، أو مرض أصاب عقله .؟

أشار المشرع الجزائري إلى هذا الموضوع في المادة 2/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، حيث نصت على أنه " 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 ". وهم حسب المادة 164 الأب، أو الأم، والزوج، أو الزوجة، والابن أو البنت، و الأخ أو الأخت، وذلك باعتبار أنهم أقارب المريض و أحرص الناس على حياته و صحته.غير أنه قد تتطلب حالة المريض تدخلا عاجلا بسبب حالته الصحية، أو بسبب الحصول على عضو يجب زرعه فورا دون الانتظار إلى حين الاتصال بأهل المريض قصد الحصول على موافقتهم. حيث أجازت المادة 166 في فقرتها الأخيرة أنه " للطبيب مباشرة عملية الزرع دون الحصول على موافقة أحد، ولكن شرط إثبـات الحالة من قبل رئيس المصلحة و بحضور شاهدين ". كما أن المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها نصت كذلك على أنه "... ويقدم الطبيب العلاج الطبي لانقاد حياة أحد القصر أو الأشخاص العاجزين عن التميز،أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويستحيل الحصول على رضا الأشخاص المخولين،أو موافقتهم في الوقت المناسب".[1]

---

[1]مأمون عبد الكريم : نفس المرجع ص 560 ، 561 و ماروك نصر الدين المرجع السابق ص 261

ويلاحظ أن المشرع اشترط لزراعة العضو دون موافقة مسبقة من المريض أو أهله، إثبات وجود حالة الاستعجال من طرف الطبيب رئيس المصلحة التي يوجد بها المريض بحضور شاهدين دون أن يحدد المشرع صفة هؤلاء الشهود.[1]

غير أنه آثار التساؤل حول مدى سلطة الوالدين في رفض إخضاع الصغير للأعمال الطبية.؟حيث أن المشرع ووفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ألزم كل من يرعى طفلا بحسن رعايته وتربيته و السهر على حمايته إلى غاية بلوغه السن القانوني لسقوط الحضانة عليه[2]أو سن الرشد القانوني بالنسبة للحالات الأخرى. ويعتبر الطبيب حاميا للطفل المريض[3] عند ما يرى أن مصلحته مهددة و يمكنه إبلاغ السلطات المختصة عند اكتشافه أثناء أداء مهامه أن القاصر ضحية معاملة قاسية.[4]

يتضح من خلال مضمون المادتين و بمفهوم المخالفة أن الولي الوصي مطالب بتوفير أحسن عناية صحية للقاصر ، ويعتبر الطبيب حاميا للطفل من خلال اعتبار تدخله العلاجي

---

[1]راجع موقف الدكتور مأمون عبد الكريم من مسألة تحديد صفة الشهود نفس المرجع ص 562 و راجع رأينا في هذا الموضوع ص120 من هذه الرسالة.

[2] نفس المكان ص 66، "يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"

[3] تنص المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه " يجب أن يكون الطبيب الجراح الأسنان خاص الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها"

[4]راجع المادتين 53 و 54 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

أو الجراحي على المريض القاصر مشروعا، متى كان يهدف إلى حماية صحته أو حياته متجاوزا رفض الوالدين للتدخل الطبي[1]متى توفرت حالة الاستعجال.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن صحة الأبناء ليست حقا خالصا للأولياء بل هو حق المجتمع في الحفاظ على حياة و سلامة أفراده ، غير أن رفض الوالدين للتدخل الطبي يؤخذ به إذا كان في غير حالة الضرورة وليس فيه ضررا على صحة أو حياة القاصر أو كان بغير هدف العلاج و يكون تدخل الطبيب غير مشروع ويقيم مسؤوليته.[2]

ومما تقدم نستنتج بأن رضا المريض تعبير عن إرادة ذات قيمة قانونية يتعين أن يكون صادر عن شخص أهل لهذا الرضا ،فلا بد أن يكون المتلقي بالغا راشدا متمتعا بقواه العقلية كاملة حتى يستطيع إعطاء رأيه بالموافقة على التدخل الطبي أو رفضه ، في حين إذا كان المتلقي (المريض) قاصرا، عديم الأهلية ، فيجب أن يعتمد رأي وليه أو رأي ممثله القانوني باستثناء حالات الضرورة أو الاستعجال التي لا يمكن معها الحصول على موافقة المريض أو ممثله القانوني ، بحيث لابد من التدخل الطبي لانقاد حياة أو صحة المريض .

---

[1] عبد الكريم مأمون :رضا المريض عن الأعمال الطبية المرجع السابق ص 224 و عبد الكريم مأمون : حق الموافقة على الأعمال الطبية المرجع السابق ص 227.

[2]عبدالكريم مأمون : حق الموافقة على الأعمال الطبية ، نفس المرجع ، ص 218.

المبحث الثالث

المسؤولية الجنائية للطبيب عن نقل الأعضاء البشرية من الأحياء

تباينت وجهات النظر حول مدى مسؤولية الأطباء عن أخطائهم الطبية أثناء ممارستهم للمهنة ، فذهب جانب إلى الإعفاء المطلق للأطباء من المسؤولية الجنائية عن أخطائهم التي تحدث أثناء ممارستهم لمهنة الطب، ذلك لأن الطبيب يحمل شهادة تثبت كفاءته في هذا الميدان ، وفضلا عن ذلك أنه لا يستطيع أن يبدع في مجال الطب إلا إذا منح إعفاء وحرية تامة في العمل دون الشعور بالمسؤولية أو أنه مراقب.[1] غير أنه سرعان ما قل العمل بهذه النظرية على أساس أنها تحمي الطبيب الجاهل و تعطي غطاء شرعيا لأعماله[2].

وظهر اتجاه آخر يرفض الإعفاء المطلق للأطباء من مسؤوليتهم اتجاه أخطائهم وذلك لأن النصوص الجنائية جاءت عامة فلم تفرق بين المخاطبين بها[3] وأن العلة من اشتراط الشهادة العلمية لممارسة هذه المهنة هي حماية حقوق المواطنين كما ان هناك أصولا علمية متفقا عليها بين الأطباء يعد الإخلال بها مستوجبا للعقاب.

---

[1] بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة ، ط1 ، 2009 ، ص 252 . راجع احمد حسن الحياوي: المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام الأردني و النظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 2 ، 2008 ص 33.34 وراجع أيضا . احمد شرف الدين : زراعة الأعضاء في القانون ، مجلة الحقوق و الشريعة ، الكويت ، عدد 2 ، س 1 ، 1977 ،ص 163 . و ما بعدها مشار إليها في احمد ادريوش مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب ، سلسلة الرسائل و الأطروحات الجامعية ، مطبعة ومكتبة الأمنية 1989 ص 179 .

[2] عبد الوهاب الخولي : المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق و الشريعة ، المجلد 5، الكويت، 1981 ،ص 155 .

[3] رائد كامل خير :شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ، ط 1 ، 2004 ص10.

وتنشأ المسؤولية عن الإخلال بالتزام معين ، و ينجم عن ذلك الإخلال اعتبار الشخص الذي صدر عنه مسؤولا عن نتائجه و تبعاته ، و المسؤولية إما أدبية تترتب عن إخلال بالتزام لم يرتبه القانون أو مسؤولية قانونية تنشأ عن الإخلال بالتزام قانوني و تقوم على أساس موضوعي و هو مسؤولية شخص أمام آخر و لا تتحقق إلا إذا وجد ضرر يلحق شخصا غير الشخص الذي تسبب فيه و يكون الجزاء المخصص لها ناتجا عن القانون نفسه وتقوم المسؤولية الجنائية بسبب القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل نص القانون على تجريمه و قرر له عقوبة. [1] وأمام التطور المذهل للعلوم الطبية ظهرت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث أباحث التشريعات المنظمة لها للأطباء القيام بها تحت طائلة المسؤولية الطبية على أساس أن إباحتها هو استعمال لحق مقرر بمقتضى القانون . فتنازل الإنسان عن عضو من أعضائه لا يرتب اية مسؤولية لمرتكبه من الأطباء الجراحين: شرط تقيد الأطباء أثناء إجراء هذه العمليات بالضوابط و الشروط التي وردت في القوانين المنظمة لها .[2] هذا ما سنتعرض إليه من خلال المطلبين التاليين :

---

[1] النباوي :المرجع السابق ص 23 راجع اعضاء المسؤولية الجنائية : احمد فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الشروق بيروت ط 1984 ص 187

[2]منصور عمر المعايطة :المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ،2004 ص106 107

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية للطبيب في حال تخلف أحد شروط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأحياء.

سنتطرق للمسؤولية الجنائية للطبيب من خلال خمسة فروع على التوالي :

- **الفرع الأول :عدم الحصول على الرضاء.**

تتوافر مسؤولية الطبيب إذا لم يلجأ إلى الحصول على موافقة المريض، أو من يمثله قانونا، أو كانت الموافقة غير سليمة لعدم توافر شرط الرضا. و لا يصح القول بنفي مسؤولية الطبيب تأسيسا على ان التدخل الطبي يتفق مع مصلحة المريض. لكن توافر رضاء المريض بالمخاطر التي يعرض لها نفسه من جراء عملية الزرع يعفي الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي قد تخلفها العملية خاصة ما إذا كانت تلك المخاطر عادية ومتوقعة.[1]ورضاء المريض أو من يمثله قانونا لا يعني إعفاء الجراح من المسؤولية الجنائية والمدنية التي تنشأ عن أخطائه المهنية ، ذلك لأن مسؤولية الجراح عن خطئه ، في

---

[1]راجع أيضا في تخلف رضا المريض في رمضان جمال كمال :المرجع السابق ، ص 120. و إياد مصطفى: المرجع السابق ، ص 74 .و هدى سالم محمد الأطرقجي: المرجع السابق ص 94 ما بعدها . و طلال عجاج : المرجع السابق ، ص 128 محسن عبد الحميد البيه : المرجع السابق ص 190. و محمد حسين منصور: المرجع السابق ص 29 و هيدلي أحمد : الحماية الجنائية لحق المريض في الإعلام و الإدارية ، بسيدي بلعباس، ع 5 ، ص 181 . منير رياض حنا : المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط 1، 2008 ،ص 317.

-Cass .civ., 20 mai 1936 ,mrcier (D.P.1936 ,1,p.88,note E.P.,
rapp.L.Josserand,concl.p.Matter ;
=Gaz .pal .1936,2,p.41 ;S1937,1,p.321,note A Breton ;JPC 1936 ,1079 ;Gaj civ .
-Cass .req.,28 janvier 1942,Teyssier(Gaz.pal,62,1942,1,p.177;D.,1942)

الحصول مقدما على رضا المريض بإجراء عملية الزرع مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية، لأن محل هذه المسؤولية هو سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي[1].

وبالتالي نستنتج يجب الحصول على رضاء المتبرع وفقا للشروط السابقة ، و يعتبر خطأ يقيم مسؤولية الطبيب إذا ما قام بإستصال العضو دون موافقة المتبرع . كما أن رضاءه الصحيح يصبح غير ذي قيمة إذا استأصل الطبيب عضوا من الأعضاء المنفردة و التي يترتب على استئصالها وفاة المتبرع ، أو تم استئصال العضو من القاصر أو الخاضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية في القوانين التي لا تجيز ذلك لعدم إدراكه بخطورة الفعل مما يجعل رضاءه غير ذي قيمة قانونية. أما إذا كان العضو مما لا تتوقف عليه حياة المتبرع تنتفي مسؤولية الطبيب الذي يجري العملية بناء على رضا المتبرع ما لم يرتكب الطبيب خطأ فنيا أثناء عملية النقل، حيث قضت محكمة نيويورك في قضية تتعلق وقائعها " بمباشرة أطباء في مستشفى– **لورك بورت** – عملية استئصال كلية لأحد الأشخاص اعتقادا منهم أنها مصابة بورم ، و بعد إجراء العملية اكتشف الأطباء أن الجزء المستأصل لم يكن إلا إحدى الكليتين التي كانت ملتصقة بالأخرى، و لما ساءت حالته الصحية أعربت والدته عن رغبتها في التبرع بإحدى كليتيها لابنها ، و بعد ثلاث سنوات من إجراء عملية نقل الكلية رفض جسم المريض الكلية المنقولة ، وعندئذ رفع الابن ووالدته دعوى ضد الأطباء

---

[1]أحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 100.

لاستئصالهم بطريق الخطأ كلية الابن، و الفشل في زرع كلية الأم للابن، إلا أن المحكمة رفضت الحكم بالتعويض للأم وبررت ذلك بكون الأم قد تنازلت عن كليتها بمحض إرادتها[1].

وهناك من يرى بأن المحكمة قد أخطأت في تأسيس قرارها على رضا الأم ، كما ان الخطأ في استئصال كلية الابن يعتبر إخلالا بالأصول العلمية و الفنية للطب ، وبذلك لا يعتبر رضا المانح سببا لانتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب في عمليات نقل الأعضاء البشرية[2] .

يجب أن يستمر هذا الرضا إلى حين الانتهاء من عملية استئصال العضو، ومن تم فإذا قام الطبيب بإجراء العملية بعد رجوع المتبرع عن رضائه فإن ذلك يعد خطأ جسيما يقيم مسؤولية الطبيب.[3]

إن كان سمح للطبيب بالتدخل لعلاج المريض في حالة الضرورة لانقاد حياته كما في حالة الشخص المصاب بحادث أفقده الوعي ولم يوجد من يمثله قانونا لأخذ الرضا منه في هذا الوضع، أجيز للطبيب أن يتدخل بالعلاج دون أدنى مسؤولية على الطبيب،[4] فإن الوضع يختلف بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء البشرية لانتفاء حالة الضرورة أو الاستعجال بالنسبة للمتبرع لاستئصال عضو منه دون موافقته ، لأن التدخل الطبي لا يحقق أدنى فائدة

---

[1] عصام فريد العدوي :نطاق الشريعة الجنائية في التصرف في أعضاء الجسم ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ، 1999 ، ص 320 وما بعدها. ومحمد لافي : المرجع السابق، ص 267 أشار لهذا كذلك محمود أحمد طه : المرجع السابق ص 230.

[2] راجع في هذا الموضوع، محمد لافي المرجع السابق، ص 268 .

[3] افتكار مهيوب :المرجع السابق، ص 275.

[4] إياد مصطفى : المرجع السابق، ص 78. محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية. المرجع السابق. ص 160.

تذكر بالنسبة للمتبرع و لذلك لابد من الحصول على موافقته وفقا للشروط التي حددها القانون .[1] و لقد نصت التشريعات الغربية و العربية التي نظمت عمليات نقل الأعضاء على عقاب الطبيب الذي يباشر عملية استئصال عضو من إنسان حي دون موافقته .

- **الفقرة الأولى : موقف التشريعات الغربية.**

ميز المشرع الفرنسي بين نقل الأعضاء و نقل الأنسجة، فشدد العقوبة في الحالة الأولى مقارنة بالثانية، فنص في المادة 511 – 3 من القانون رقم 94 – 653 الصادر بتاريخ 29-07- 1994 على عقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سبع سنوات و غرامة مالية لا تزيد عن 100 ألف يورو أو كلتا العقوبتين،[2] وهي ذات العقوبة المنصوص عليها في المادة 671_ 3 من قانون الصحة العامة الحبس لمدة 7 سنوات وغرامة قدرها سبعمائة ألف فرنك ولا يشترط أن يكون الرضا منعدما بل حتى إن كان معيبا أو كان الاقتطاع من شخص قاصر أو راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية[3].

---

[1] أحمد أدريوش: تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، سلسلة المعرفة القانونية مطبعة المنية ،الرباط ، ط 1 ، 1995 ص 62.

[2] مأمون عبد الكريم رضا المريض بالأعمال الطبية ، المرجع السابق ، ص 669.

[3] « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende .est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles

أما المادة 511 مكرر- 5 من قانون العقوبات الفرنسي[1] فقد نصت على الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة ب 7500 يورو بينما فضل القانون الإنجليزي ترك ذلك للقواعد العامة.

- **الفقرة الثانية :موقف التشريعات العربية** [2]من بين التشريعات التي لم تحدد عقوبات جزائية عند الإخلال بشروط نقل و زرع الأعضاء البشرية القانون الكويتي، و القانون الإماراتي، حيث نصت المادة 10 من القانون الكويتي والمادة 10 من القانون الإماراتي، على عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار/ درهم -أو بإحدى هاتين العقوبتين عند مخالفة أحكام قانون نقل وزرع الأعضاء .

ونصت المادة 12 من التشريع القطري الخاصة بنقل وزرع الأعضاء للبشرية على أنه " مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالجبس مدة لا تقلعن سنتين و لا 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

L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique.» Art. 511-3, de Code Pénale ; Art. L 674-3, Loi no 94-654.

[1] القانون الصادر في 27-07-1961 الخاص بالأنسجة البشريةHUMAN TISSUE ACT ، و القانون الصادر في 27 . 07 . 1989الخاص بنقل وزرع الأعضاءHumanorgantrans plants ACTراجع في هذا الصدد كامل عبد العزيز: المرجع السابق، ص 542.

[2] أشارت المادة 11 من مشروع القانون العربي الموحد إلى انه على كل دولة أن تحدد العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام هذا القانون وفقا لقانونها الداخلي .

المنفذة له، و يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سبع سنوات و لا تتجاوز أربعة عشر سنة كل من استأصل أحد أعضاء جسم إنسان حي دون علم صاحبه ... و في جميع الأحوال يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بسحب ترخيص مزاولة المهنة "

بينما نص المشرع المصري في القانون رقم05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية في المادة5 فقرتها الأولى على أنه " في جميع الأحوال يجب ان يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا وثابتا بالكتابة ... " .أما الفقرة الثانية من نفس المادة فنصت على انه " ولا يقبل التبرع من الطفل ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا " .

يتضح أن المشرع المصري اشترط وجوب الحصول على رضاء المتبرع الحر الكتابي و منع النقل من الطفل أو من عديم الأهلية أو ناقصها و لو بموافقة و ليه أو من يمثله قانونا باستثناء [1] نقل وزرع الخلايا و قرر لمخالفة ذلك عقوبة في المادة 17 من ذات القانون حيث نصت على انه " يعاقب بالسجن و بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه و لا تزيد على 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 الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات "

---

[1]انظر المادة 5 فقرة 3 من. القانون المصري رقم05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية

كما نصت المادة 19 من نفس القانون على أنه " يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل على مائة ألف جنيه، و لا تجاوز 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 لا تزيد على سبع سنوات .ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة لكل من زرع عضوا أو جزء منه او نسيجا تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك .

من استقراء هذه المواد يتضح أن المشرع المصري قد قرر جزاء لكل من نقل عضوا بشريا بحيث سوى بين كون الجاني طبيبا أو شخص آخر ، غير أنه شدد العقوبة إذا ما أدى الفعل إلى وفاة المتبرع ، و شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي فقد فرق العقوبة في حالة الاقتطاع عضو من جسم إنسان حي أو اقتطاع نسيج بشري منه. كما وضع عقوبة خاصة لجريمة نقل العضو بقصد الزرع إذا تمت بطريق التحايل أو الإكراه بمعنى عدم الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع.

و بالتالي فرضا المريض هو الذي يعطي للطبيب الحق في التدخل لعلاجه و ممارسة سلطاته على جسمه ، فقدم صرحت الغرفة المدنية لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء. المغرب . بتاريخ 20. 04 . 2000 أن الطبيب المعالج لم يحصل على ترخيص أو إذن من المريضة وزوجها لإزالة الرحم ،و أن الأطباء الخبراء الذين فحصوها بعد استئصال رحمها

أكدوا أنها لم تكن تشكو من سرطان يبرر التدخل السريع من طرف الدكتور . أ . و قضت المحكمة بمسؤوليته[1] .

و بالتالي لا مسؤولية على الطبيب إذا ما استأصل أحد أعضاء المتبرع بعد الحصول على موافقته الصريحة الحرة و ذلك بعد أن تم تبصيره بكل مخاطر العملية الجراحية. أما إذا شاب موافقة المتبرع او المريض إحدى عيوب الإرادة أو تم الحصول عليها دون تبصير كاف فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب الجنائية .

- **الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري.**

لم ينص المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها على عقوبة في حالة نقل الأعضاء دون موافقة المتبرع طبقا للمادة 162 الفقرة الأخيرة حيث نصت على أنه " و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب ... ". غير أنه اشترط في الفقرة الأولى من نفس المادة ضرورة أن تكون الموافقة كتابية من المتبرع بحضور شاهدين اثنين،و في بادئ الأمر كان يتم تطبيق الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وذلك طبقا للمادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، التي تحيل إلى المادة 288 و المادة 289 من قانون العقوبات حيث كان يعتبر تدخل الطبيب دون موافقة المتبرع خطأ مهنيا يعرضه للمسؤولية الجنائية والمدنية معا .

---

[1] محمد عبد النباوي : المرجع السابق ص 132 . و انظر عبد الوهاب عرفة : المرجع السابق ص 60 .

إلا أن المشرع الجزائري تدارك الأمر، في المادة 303 مكرر 17 من القانون[1] حيث نصت على أنه " يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ".

كما أشارت المادة 303 مكرر 19 من نفس القانون إلى أنه " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة 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» .

و شدد العقوبة في المادة 303 مكرر 20 بالحبس من خمس سنوات إلى خمسة عشرة سنة و بغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.5000.00 دج إذ ارتكب الجريمة مع توافر ظرف كون الفاعل قد سهلت له وظيفته أو مهنته ارتكاب الجريمة و ذلك فيما يتعلق بمخالفة أحكام المادة 303 مكرر 19 .

و من استقراء هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري حدد عقوبة لكل من ينتزع عضوا أو نسيجا أو خلايا ، و يقوم بجمع مادة جسم شخص على قيد الحياة دون موافقته ، و شدد العقوبة في حالة كون الفاعل قد سهلت له وظيفته أو مهنته ارتكاب الجريمة فيما يتعلق باقتطاع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع المادة من جسم شخص حي.

---

[1] رقم 09 – 01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 الخاص بالاتجار بالبشر المعدل و المتمم لقانون العقوبات.

يرى الباحث أنه كان على المشرع الجزائري أيضا تشديد العقوبة على الجاني الذي سهلت له وظيفته أو مهنته ارتكاب الجريمة فيما يتعلق بنزع عضو من شخص على قيد الحياة على اعتبار أن الضرر الذي يصيب المتبرع من انتزاع أحد أعضائه أكثر خطورة على صحته مقارنة مع اقتطاع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع المادة من جسم شخص حي ، كما أن العقوبة تعتبر الأشد مقارنة مع أغلبية التشريعات العربية الأخرى .

نستنتج انه بوضع المشرع الجزائري جزاء لاقتطاع الأعضاء من الأحياء دون الحصول على موافقتهم يكون قد ساير التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.كما يؤخذ على المشرع الجزائري عدم النص على عقوبة في حالة ما إذا أذى انتزاع العضو دون موافقة المتبرع إلى وفاة هذا الأخير، كما أشار إليه المشرع المصري في المادة 17 فقرة 2 من قانون زرع الأعضاء ، و بالتالي تكون أمام وضع يوجب علينا الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة .

- **الفرع الثاني : عدم التبصير**[1]

---

[1] راجع جمال كمال : المرجع السابق ص 121 . 122 . و محمد حسين منصور المرجع السابق، ص 33 .ومحمد عبد النباوي: المرجع السابق، ص 132 .

-Cass.1er civ.7février 1990, n°88-14797 (Bull. civ.1 ,n°39 ;1991. somm., p.183, obs. J.Penneau ; RTD civ . 1992, p.109,obs.p.Jourdain)

-Cass.1erciv., 25 février 1997, n°Hedreul c/Cousin (Gaz.pal.27-29 avr. 1997. p.13, rapp. M.Sargos, Contrats, conc, consmm. 1997, chron.n°5, parL. Leveneur ; Defrénois 1997 p.751, obs. J-L Aubert ; JPC 1997, I ,n°4025,obs.

-G.viney ; RTD civ 1997, p.34, 434, obs. p.Jourdain et p924, obs. J.Mestre; D. 1997, Somm. p.319, obs. J.penneau)

تمت الإشارة إلى أن الرضا يجب أن يكون متبصرا ،مستنيرا، حيث نجد أن القوانين الخاصة بنقل الأعضاء تنص صراحة على وجوب تبصير المتبرع بالعضو، و أن تكون المعلومات واضحة و مبسطة ، و أن يعلم الطبيب المريض بأنه لا سبيل لإنقاذ حياته بوسائل الطب التقليدية، لدى يجب إتباع وسائل علمية حديثة لتخليصه من آلامه وهذا بزرع عضو مكان العضو التالف، مع الإشارة إلى إمكانية رفض الجسم للعضو، الجديد بالإضافة إلى تبصير المتبرع بكافة المخاطر التي قد تنجم عن استئصال عضو منه ، و هذا من الناحية الطبية والاجتماعية و المهنية سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، لأن في هذه العمليات يقع على الطبيب التزاما بتشديد التبصير نتيجة لانطوائها على مخاطر صحية على حياة الإنسان. [1]

نستخلص مما تقدم أنه يقع على عاتق الطبيب مسؤولية تبصير كلا من المتبرع و المريض بالمخاطر المحتمل حدوثها نتيجة عملية النقل و الزرع ، و إذا امتنع الطبيب عن تبصير طرفي العملية تترتب مساءلته القانونية . لذا سنتطرق لموقفي التشريعات الغربية و التشريعات العربية .

ويرجع البعض ارتفاع عدد قضايا المسؤولية إلى غياب حسن التعامل مع المرضى من طرف الأطباء أو معاونيهم مع ان القانون و الأخلاق الطبية تلزمهم بتبصير المرضى انظر أحمد أدريوش : تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 65.

[1] زينة غانم :المرجع السابق ، ص 218 .

- **الفقرة الأولى : موقف التشريعات الغربية**

أولا : قانـون الولايات المتحدة الأمريكيـة: ففي قضية **Canterbury . s** **pence** لم يقم الطبيب بتبصير مريضه البالغ تسعة عشر عاما بأن هناك إمكانية تقدر ب 1% بحدوث الشلل جراء قيامه بالعملية ، ووافق المريض على إجرائها دون أن يعلم بهذه النسبة و كانت النتيجة أن أصيب بالشلل ، بحيث أدعى المريض بأنه لو علم بهذه النسبة لما وافق على إجراء العملية ، و قررت المحكمة بأن المعلومات المهمة لا يمكن إخفاؤها عن المريض على الرغم من أن الجراح هو الأقدر على الموازنة بين المخاطر و المحاسن، فعلى الرغم من انخفاض نسبة حدوث الشلل إلا أنه كان على الطبيب أن يبصر المريض بمثل هذه المخاطر، حتى يكون على علم تام بكافة المضاعفات و المخاطر المحتمل حدوتها .[1]

ثانيا: التشريـع الفرنسي : يبدو أن القضاء الحديث في فرنسا تشدد نحو الأطباء بواجب إخبار المريض و تنويره عندما تكون المخاطر نادرة الحدوث، فقد قضى بأنه عندما يحتوي العمل الطبي المرتقب و لو تم تنفيذه حسب الأصول الفنية و العلمية على مخاطر كالموت أو العاهة فالمريض يجب أن يعلم و أن تؤخذ موافقته. فإن الحجة الوحيدة بأن هذه الأخطاء لا تتحقق إلا نادرا لا تعفي المعنيين ،الأطباء ومساعديهم من التزامهم.[2]

---

[1] محمد لافي :المرجع السابق، ص 273.

[2]تجدر الإشارة إلى أن هناك اهتمام دولي بالتزام الطبيب بتبصير المريض حيث صدر في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1972 إعلان حقوق المريض، وسرعان ما تبنت فرنسا هذا الإعلان و أصدرت في 14-01-1974 المرسوم رقم 74-

و قضت محكمة استئناف باريس بوجود خطأ من جانب الطبيب و إدانته لأنه تخطى حدود المهنة المكلف بها دون أن يكون هناك ضرورة تبرر ذلك ، حيث قام بإخضاع المريضة إلى ثلاثة فحوص بأشعة – **x**– بدلا من فحص عادي بالأشعة ، كانت المريضة قد قبلت ووافقت عليه مما سبب لها التهابا إشعاعيا بالحلمة نتيجة تعرضها للإشعاع لفترة طويلة، فأعلنت المحكمة مسؤولية الطبيب عنه بسبب عدم احترام إرادة المريض .[1] و أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر في 20– 9 – 1997 جاء فيه " أن كل عدم تبصير و حذاقة من الطبيب يثير مسؤوليته[2] .

و يتجسد هذا الالتزام في المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي من المرسوم رقم 95 – 1000 الصادر في 6 ديسمبر 1995 و التي تنص على انه " يقع على الطبيب التزام نحو المريض بإعطائه معلومات حقيقية، و صادقة حول صحة و طبيعة العلاج الذي يناسبه طيلة مرضه ." [3]

---

27 المعروف باسم ميثاق حقوق وواجبات المريض كما تبنت الهيئة البرلمانية للمجلس الأوروبي بتاريخ 29 –01–1976 التوصية رقم 779 المتعلقة بحقوق المرضى و الموتى ، و تبنت لجنة المستشفيات و المجموعة الأوروبية بتاريخ 9–5–1979 ميثاق المرضى الصادر في سنة 1981 و وضعت جمعية الأطباء إعلانا عن حقوق المرضى. راجع طلال عجاج : المرجع السابق ،ص 124 .

[1]راجع حسام زيدان : المرجع السابق ،ص 164.

[2]Dalloz .2002 .n° 32 – p 1379.

[3] سي يوسف زاهية حورية : الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية ،مقال منشور بمجلة الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ا،لمجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ،لكلية الحقوق جامعة تيزي وزو ،ص 71.

ART35 : Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état.

فقد قضى بأن الطبيب يكون مسؤولا إذا أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ ستة و ستين عاما بقصد إزالة الورم و التجاعيد الموجودة أسفل عينيها و قد فشلت العملية ، و نتج عنها عمى بعينها اليسرى بالرغم من إتباع الطبيب كافة الأصول الفنية، و قد اعتبر مع ذلك الطبيب مسؤولا لعدم تنبيه المريض بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي حتى و لو كانت هذه الاحتمالات نادرة الحدوث ، و ذلك حتى يكون المريض على علم بالعناصر التي يمكن أن يبنى عليها تقديره .[1]

نستنتج انه إذا أخل الطبيب بالتبصير المشدد في مثل هذا النوع من الأعمال الطبية، فإن مسؤوليته تقوم على أساس الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي.

أما في حالة قيام الطبيب بتبصير المريض تبصيرا تاما و كافيا و إحاطته علما بكافة النتائج التي تحدث حالا و مستقبلا ، أيا كانت هذه النتائج في مصلحة المريض أو في غير مصلحته و كان بذلك رضاء المريض حرا و مستنيرا في هذه الحالة ، نرى أنه إذا فشلت عملية نقل وزرع العضو البشري في جسم المريض ، و بعد أن اتبع الطبيب بشأنها كافة

---

[1]إياد مصطفى : نفس المرجع ، ص 70. وراجع أيضا المواد 34 و 40 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي و المادة 1111 الفقرة من 1 إلى 9 من قانون الصحة الفرنسي الصادر بتاريخ 04 – 03 2002 حيث تعتبر الالتزام بالإعلام مظهرا جوهريا في العلاقة بين الطبيب و المريض أشار إليها صغير مراد – الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية بجامعة تيزي وزو المرجع السابق ص 175 .

الأصول العلمية و الفنية التي يتيحها العلم الطبي نقول إن الطبيب في هذه الحالة لا يتحمل أي مسؤولية جنائية و لا يستحق المريض تعويضا عما لحقه من أضرار .[1]

- **الفقرة الثانية: موقف التشريعات العربية**

من بين التشريعات العربية:أشار المشرع المصري في المادة السابعة من قانون زرع الأعضاء البشرية ، إلى ضرورة إحاطة كل من المتبرع والمتلقي إذا كان مدركا بواسطة لجنة ثلاثية حددتها المادة 13 من نفس القانون بطبيعة عمليتي النقل و الزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد و الحصول على موافقتهما بالكتابة .

وبالتالي يتضح أن المشرع المصري قد اشترط لمشروعية نقل و زرع الأعضاء ضرورة التبصير المتشدد نظرا للمخاطر المحتملة. كما أشارت المادة 17 إلى عقوبة السجن على كل من يقوم بنقل الأعضاء قصد زرعها مخالفا لأحكام المادة السابعة أعلاه بالإضافة إلى غرامة مالية .[2]

أما في التشريع الكويتي :نص المشرع الكويتي في المادة الرابعة فقرة 1 من القانون رقم 55 لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء على ضرورة إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة على استئصال العضو المتبرع به، وتتم الإحاطة كتابة من قبل فريق طبي مختص وذلك بعد إجراء فحص شامل .

---

[1]أحمد الكندري : المرجع السابق، ص 350.

[2]راجع المادة 17 مشار إليها في الفرع السابق ص 246 من هذه الرسالة .

غير أنه لم يخصص عقوبة جزائية عند تخلف شرط الإعلام، [1] حيث أقر عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، و غرامة مالية لا تزيد عن ثلاثة آلاف دينار على كل من يخالف أحكام قانون زرع الأعضاء.

- **الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري.**

التشريع الجزائري كغيره من التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء، اشترط ضرورة تبصير المتبرع أو المريض تبصيرا كاملا و شاملا بجميع المخاطر الجراحية المترتبة على عملية الاستئصال الحالة منها والمستقبلية ، ومن تمة الزم الطبيب الجراح الذي يستأصل العضو من جسم المتنازل أن يبصره بجميع المخاطر الجراحية التي يستعملها من اجل الجراحة نفسها، و قد أشارت إلى ذلك المادة 162 الفقرة الأخيرة من قانون حماية الصحة و ترقيتها على[2] أنه : " و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ..." . كما أشارت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، [3] إلى أنه: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة هذا الأخير موافقة حرة متبصرة ".

---

[1]نفس الإجراء أكده المشرع الإماراتي في المادة 10 من قانون زرع الأعضاء .

[2]ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 212 .

[3]المرسوم التنفيذي رقم 92 – 267 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

فيتضح أن الالتزام بالإعلام يعتبر أساسا لمشروعية العمل الطبي و لذا على المشرع الجزائري الإسراع في وضع نصوص جزائية لحالة تخلف شرط التبصير خاصة و أن هذه العمليات الجراحية على قدر كبير من الخطورة .

فنستنتج أنه على الرغم من أن التشريعات المقارنة متفقة على ضرورة قيام الطبيب بإجراء عملية النقل والزرع ، إلا أن غالبيتها لم تشر إلى الأثر المترتب على عدم قيام الطبيب بتنفيذ التزامه بالتبصير ، مما يدل إلى ترك الأمر إلى القواعد العامة المعمول بها في كل تشريع.

- **الفرع الثالث : المقابل المادي**

يدخل التعامل في أعضاء الجسم البشري في نطاق التجريم ، و كل اتفاق يتم في هذا الإطار يقع باطلا لأنه مخالف لكرامة الإنسان ، و لعله يكون من المناسب عدم الاعتداد بالرضا الصادر من المتبرع و مساءلة الطبيب إذا كان هذا الرضاء بمقابل مادي و علم الطبيب بوجود هذا المقابل و لم يمتنع عن إجراء العملية ، ذلك لأن القانون لم يجز إلا التصرف التبرعي.[1] و أجمعت جميع القوانين المنظمة لعمليات نقل الأعضاء على منع المقابل المادي و إن كان هذا لا ينافي تعويض المنقول منه عن تكاليف العملية ، و ما يكون قد فاته من كسب ، وفي حالة الإخلال بهذا فإن المسؤولية الجنائية تقوم في جانب

---

[1] الخولي: المرجع السابق، ص 216 .

الطبيب، [1] ذلك ما سنتطرق إليه من خلال معرفة موقف التشريعات العربية و الغربية و كذا موقف المشرع الجزائري .

- **الفقرة الأولى : موقف التشريعات الغربية**

جاء القانون الفرنسي الخاص بالتبرع بعناصر الجسم البشري رقم 654 / 1994 الصادر في 29 – 07 – 1994 في المادة 674 / 2 يعاقب بالحبس مدة تزيد على سبع سنوات و غرامة لا تزيد على 100 آلاف يورو، كل من يحصل على أعضاء بمقابل مادي و ذات العقوبة على السمسرة فيها، و حظر القانون على الأطباء الذين يقومون بهذه العمليات تقاضي أجور نظير قيامهم بعمليات نقل الأعضاء.[2]كما نص المشرع اليوناني في القانون رقم 1383 لسنة 1983 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية على تجريم الاستغلال الذي يتمثل في عرض أو بيع أو غير ذلك من صور المعاملات التجارية التي تقع على الأعضاء أو الأنسجة البشرية فيعاقب على هذه الأفعال بالسجن .

- **الفقرة الثانية: موقف التشريعات العربية:**[3]

نص القانون العراقي رقم 85 – 1986 في المادة الثالثة منه على منع الطبيب الأخصائي من إجراء عملية النقل إذا علم يبيع أو شراء العضو، و بالتالي مساءلته إذا أقدم

---

[1]كامل عبد العزيز :المرجع السابق ، ص 545.

[2] أنظر بلعيدي فريد : مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري ،مقال منشور بمجلة الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية . جامعة تيزي وزو المرجع السابق ، ص 447.

[3]أخذ بهذا الاتجاه كل من القانون السوري رقم 31 – 1972 الخاص بنقل وزرع الأعضاء المادة 2/ 6 و القانون الكويتي رقم 7 –1983 الخاص بنقل وزرع الكلية في المادة 2 / أ ودليل زرع الأعضاء البشرية بالمملكة العربية السعودية و مشروع القانون العربي الموحد (المادة 7) و المشرع اللبناني في المادة 1 / 4

على القيام بها مع عمله بذلك و نص على عقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سنة و غرامة لا تزيد عن ألف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين .[1]

أما المشرع المصري فنص في القانون[2]. الخاص بزرع الأعضاء البشرية في المادة السادسة على منع التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان ، أو جزء منه أو أخد أنسجته على سبيل البيع و الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته، كما نص على عدم جواز أن يكتسب المتبرع أو أحد ورثته جراء تبرعه بالعضو أو جزء منه أية فائدة سواء مادية أو عينية من المريض المتلقي أو من عائلته بسبب النقل أو بمناسبته ، كما فرض على الطبيب المختص بإجراء عملية الزرع الامتناع عن ذلك بوجود مقابل للتبرع .

وقررت المادة 20 من نفس القانون عقوبة السجن، بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه و لا تجاوز 200 ألفي جنيه عند مخالفة أحكام المادة 6 المشار إليها أعلاه. و نصت المادة 20 في فقرتها الثانية على أن لا تتجاوز العقوبة سبع سنوات إذا ما تعلق النقل أو الزرع بالأنسجة البشرية .

فيتضح أن المشرع المصري قد جرم التبرع بمقابل، و خصص عقوبة لذلك سواء تعلق الأمر بنقل أو زرع الأعضاء أو الأنسجة، كما منع حصول المتبرع أو ورثته على أية فائدة سواء مادية أوعينية.

---

[1] كامل عبد العزيز :المرجع السابق ص 545

[2] القانون رقم 05 _ 2010 بشأن زرع الأعضاء البشرية الصادر في 5 مارس 2010 .

- **الفقرة الثالثة – موقف المشرع الجزائري :**

اكتفى المشرع الجزائري في قانون الصحة و في المادة 161 فقرة 2 بعدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو زرعها بمقابل مالي دون أن يترتب على مخالفة هذا الأمر مسؤولية جزائية.إلا أنه تدارك الأمر من خلال القانون رقم09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009. حيث نص في المادة 303 مكرر 16 على أنه:" يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج لكل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها».

فيما نصت المادة 303 مكرر 18 على أن يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة 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 أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ». و أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة على تسليط نفس العقوبة على من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص.و بالتالي يكون المشرع الجزائري ، قد قرر عقوبة لكل شخص يثبت حصوله على مقابل جراء اقتطاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص .وكدا كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى.

و يرى الباحث[1] أن المشرع الجزائري قد شدد العقوبة [2]في حالة كون الجاني ممن سهلت له وظيفته أو مهنته ارتكاب الجريمة بالنسبة للحصول على المقابل المالي إذا ما تعلق الأمر باستقطاع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد جسم شخص المادة 303 مكرر 18 فيما كان عليه أن يشدد أيضا هذه العقوبة المشار اليها في المادة 303 مكرر 16. بالنسبة للحصول على عضو بشري مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخر نظرا للضرر الكبير الذي يلحق المجني عليه .

- **الفرع الرابع : تخلف الغرض العلاجي**

من شروط إجازة عمليات نقل الأعضاء أن تكون بغرض العلاج و ان تكون إجراءات زرع العضو أو النسيج هي الأسلوب الأمثل الذي لا بديل عنه لإنقاذ حياة المريض أو صحته من التدهور ،و بناء عليه فإن الرضا الصحيح لا يحدث أثره في إباحة عمل الطبيب المتعلق بنقل و زرع الأعضاء، أو الأنسجة إذا ما توافرت احتمالات قوية على أن نقل العضو لن يحقق للمريض أي مصلحة ، بل قد يعرضه لمخاطر تزيد عن تلك التي يواجهها بسبب حالته الصحية.[3] فعلى الطبيب أن يقصد من عمله علاج المريض لا هدفا آخر، و ألا يكون قد خرج عن وظيفته الأساسية و انحرف عن السلوك المعتاد وإلا وجبت مسؤوليته .

---

[1] راجع رأي الباحث في ص 199 من هذه الرسالة.

[2] انظر المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري .

[3] الخولي: المرجع السابق ص 219 و كامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 545 ومحمد لافي : المرجع السابق ص 157.

و قد أقام القضاء مسؤولية الطبيب الذي اقنع المريض كذبا بخطورة حالته لحمله على قبول عملية جراحية لا تستدعيها حالته و لكنها تدر على الطبيب ربحا كثيرا .[1]و إذا كانت عملية الزرع من العمليات التي لازالت في طور التجارب، فإنه يجوز للطبيب تنفيذها بشرط أن يثبت أن هذه الوسيلة هي أفضل الوسائل بالنسبة للمريض و لتحقيق علاجه و أن الأضرار المحتملة تقل بشكل ملحوظ عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المريض في حالة علاجه بالأساليب التقليدية، كما يجب أن تكون هذه الوسيلة (التجريبية) قد سبق التحقق منها سواء من خلال تطبيقها على حيوانات أو إخضاعها لبحوث و دراسات مختلفة لضمان تجنب الأضرار بقدر الإمكان. [2]

و نص المشرع الفرنسي في المادة 1231– 1 من قانون الصحة على ضرورة أن يكون الانتزاع من الأحياء لغرض علاجي. كما نص المشرع الجزائري في المادة161 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية ... ". فيتضح أن المشرع الجزائري قد وضع بذلك قاعدة عامة في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء تشمل النقل من الأحياء أو جثث الأموات ما دام الغرض علاجيا .[3] غير أنه لم يحدد جزاء لمخالفة هذا

---

[1]جمال كمال :المرجع السابق ص 136 و 137. انظر أسامة رمضان الغمري: لوائح و قوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر 2009 ص 11 .

[2]الخولي : المرجع السابق، ص 220.

[3]يأخذ بهذا الاتجاه القانون اليوغسلافي الصادر في 1982 ، و القانون البرتغالي الصادر في 1980 ، أنظر ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 403 .

الشرط و عليه يجب الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة المعمول بها،و لذا على المشرع الجزائري تدارك ذلك بالنص على عقوبات خاصة بتخلف شروط نقل و زرع الأعضاء البشرية .

فإذا وقع للمتبرع ضرر أثناء أو بعد نزع عضو منه، يفترض خطأ الطبيب الجراح و عليه إثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه إذا أراد التخلص من المسؤولية .و يسقط الضمان إذا كان الطبيب الحاذق قد عمل على علاج المريض و شفائه بإذنه و رضاه و راعي الأصول العلمية المتعارف عليها في الوسط الطبي .[1]

- **الفرع الخامس : اتباع الأصول العلمية .**

حتى يمكن القول بإباحة العمل الطبي لا بد من مطابقته للأصول الطبية ،[2] كما أن هناك أراء نادت بإعفاء الطبيب من المسؤولية عن الخطأ الطبي الواقع منه بصفة عامة استنادا إلى أن مهنة الطب لا يمكن أن ترقى و تتقدم دون أن يباح للطبيب الحق المطلق في أمر المرضى و لا رقيب عليه في عمله إلا ضميره .[3]

---

[1]افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 259 و ممدوح محمد خيري :المرجع السابق ص 118 . و يذهب الرأي الراجح في الفقه الى أن عدم مساءلة الطبيب هو إذن الشارع و إذن المريض، فإذا تولد عن فعل الطبيب الحاذق تلف النفس أو العضو فلا ضمان عليه انظر عبيد عبد الجميلي : المرجع السابق ص 137 .محسن عبد الحميد : المرجع السابق ص 233

[2]أمين فرج يوسف : خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، ط ، 2007 ص17. 18 و انظر أيضا طلال عجاج : المرجع السابق ص 194 .

[3]نقض 27 _1_1959 السنة 10 ،ص 91 . مشار إليه في ابراهيم سيد أحمد : الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقها و قضاء ، دار الكتب القانونية مصر 2008 ص 46 راجع ايضا امير فرج يوسف : خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية : المرجع السابق ص 316.

فإباحة عمل الطبيب أو الصيدلي مشروطة بأن يكون ما يجري مطابقا للأصول العلمية المقررة فإذا أفرط أحدهما في إتباع هذه الأصول ، أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب الفعل و نتيجته أو تقصيره و عدم تحرزه في أداء عمله .[1]

و في حكم آخر أشارت محكمة الاستئناف إلى أنه :«من المقرر إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجربه مطابقا للأصول العلمية المقررة فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو إحالتها خفت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمده الفعل و النتيجة أو تقصيره و عدم تحرزه في أداء عمله .[2]

ومع ذلك لا يرتكب الطبيب خطأ إذا رفض "تطبيق طريقة ما زالت قليلة الانتشار و لم تدخل في الممارسات العلمية المستقرة و الدائمة و لم تعط النتيجة المؤكدة التي تعطيها اليوم. [3]غير أن هناك من يرفض الإعفاء على أساس أن اشتراط الشهادة هو لحماية المواطنين (المرضى) و كذا أن نصوص المسؤولية عامة لا تفرق بين الأشخاص، كما أن

---

voir : Malicier (D), (A) Miras, (P) FEUGLET, (P) Faivre, op.cit p 224

[1] طعن 1332 لسنة 28 ق جلسة 1959/1/27 مجموعة القواعد ج .3 بند 1 ص 630 .

– طعن 1322 لسنة 28 ق جلسة 1959/1/27 مجموعة القواعد ج 3 بند 7 ص 861 .مشار اليها في ابراهيم سيد احمد نفس المرجع ص 74 .

[2]طعن 1566 سنة 42 ق جلسة 1973.2.11 س 24 ص180، طعن 1920 سنة 37 جلسة 1968.1.8 س 19 ص 21 مشار اليها في ابراهيم سيد احمد نفس المرجع ص 74

[3]محمد السيد عمران : المرجع السابق ، ص 47 و انظر اسامة رمضان الغمري : المرجع السابق ص 11 .

شروط مزاولة الطب تتطلب الحصول على شهادة علمية ، و بالتالي ظروف المريض لا تسمح له بالبحث عن طبيب ذو كفاءة . [1]

ونشرت جريدة الأهرام المصرية في 4 مارس 1974 بأنه «عند قيام الأطباء في برمنجهام بإنجلترا بنزع كليتي شخص مات في حادث سيارة ، و كان قد أوصى بكليته فوجئ الأطباء بأنه مازال على قيد الحياة، و لم يمت إلا بعد 15 ساعة على الشروع في استئصال كليتيه فلو ركز الأطباء على دورهم الحقيقي المتمثل في علاج المرضى لاكتشفوا أن ذلك الشخص ما زال على قيد الحياة أما انشغالهم بنزع الكلية هو الذي أوقفهم في ذلك الخطأ».[2]

- **الفرع السادس: مكان إجراء العمليات الجراحية** [3]

تمت الإشارة إلى أن غالبية التشريعات تتطلب ضرورة إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في المنشآت المخصصة لها، تفاديا للقول بقيام مسؤولية الطبيب في حالة إجراءها في غير الأماكن المخصصة لها. وقد نص القانون الفرنسي الخاص باحترام الجسم البشري سنة 1994 على عقوبة الحبس لمدة سنتين والغرامة التي تصل إلى 30.000 يورو

---

[1] طلال عجاج : المرجع السابق ، ص 196 .

[2] أحمد محمد العمر : المرجع السابق ص 42.

[3] انظر ادريس عبد الجواد: المرجع السابق ص 165 ومحمد لافي : المرجع السابق ص 274 .و سميرة اقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2010 ص 311

في حالة إجراء هذه العمليات في غير المراكز الطبية المصرح لها .[1] كما نصت المادة 1_1233

من قانون حماية الصحة العامة الفرنسي رقم 2004 – 800 على أنه « لا يجوز ممارسة عملية أخذ الأعضاء بقصد الزرع للأغراض العلاجية ، إلا في منشآت صحية مرخصة لهذا الشأن من السلطة الإدارية بعد استشارة هيئة الطب الحيوي "

فيما يتعرض الطبيب للحضر المهني الذي قد يصل إلى 10 سنوات ضد الأشخاص الذين يقتطعون الأعضاء في المؤسسات غير المرخص لها بإجراء هذه العمليات.[2]

---

[1] «Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvements de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparations de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 du code de la santé publique, ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende». Art. 511-7 code pénale ;L 674-6 Loi no 94-654.

Voir : Leleu (Yves-Henri). Gilles Genicot . op.cit p 215.

[2] بوشي يوسف: المرجع السابق: ص176.

فيما ذهب المشرع المصري في المادة التاسعة فقرة 2 من قانون زرع الأعضاء البشرية إلى تحديد[1] المنشآت التي يرخص لها بالزرع من قبل لجنة عليا تنشأ لهذا الغرض. وأشار في المادة 18 من نفس القانون إلى عقوبة السجن و الغرامة المالية التي لا تقل عن مائتي ألف جنيه و لا تتجاوز ثلاثمائة ألف جنيه ضد كل من يجري عملية من عمليات النقل و الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك .[2] وشدد العقوبة في حالة وفاة المتبرع أو الملتقى، لتصل إلى السجن المؤبد، مع معاقبة المدير المسؤول عن الإدارة الفعلية للمنشآت الطبية الغير مرخص لها التي تجري فيها عملية نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري مع علمه بذلك.

وبالتالي يكون المشرع المصري قد نص على ضرورة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المنشآت المخصصة لها ، مع تخصيص عقوبة لكل من يقوم بنقل أو زرع الأعضاء أو الأنسجة خارج تلك المنشآت، بالإضافة إلى تشديد العقوبة في حالة ما إذا أدى النقل أو الاقتطاع إلى وفاة المتبرع.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 167 الفقرة 1 من قانون حماية الصحة على أنه " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة". حيث تضمن القرار المؤرخ في02-10-2000

---

[1] Catherine Chabert – pelât et Alain Bensoussan .op.cit p 103.

[2]انظر المادة 18 من القانون 05 – 2010. الخاص بتنظيم زرع الأعضاء.

الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية . كل منها مختص بإجراء عمليات زرع خاصة بعضو أو عدة أعضاء بشرية.[1]إلا أن المشرع كعادته لم يقرر جزاء في حال مخالفة شرط إجراء هذه العمليات خارج المستشفيات المرخص لها وبالتالي لا مناص من تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة.

يتضح لنا مما تقدم مدى اختلاف القوانين المقارنة في تحديد عقوبات جزائية عند مخالفة شروط نقل الأعضاء البشرية أو زرعها فمنها من حدد عقوبات ضمن قوانين زرع الأعضاء البشرية ومنها من ترك الأمر للقوانين العامة. ومخالفة هذه الشروط قد يترتب عنها عددا من الجرائم سنحاول التطرق إليها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية للطبيب عند مخالفة ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية.

يسأل الطبيب جنائيا إذا قام باستئصال عضو من أعضاء جسم الإنسان الحي، مخالفا أصول وضوابط عمليات نقل الأعضاء البشرية وفقا لقوانين العقوبات و القوانين المنظمة لهذه العمليات و مراعاة لمبدأ الخاص يقيد العام ، ففي حال تعارضت هذه التشريعات المنظمة لعمليات نقل و الأعضاء البشرية مع أحكام قانون العقوبات من حيث المسؤولية الجنائية للأطباء فإنه لا مناص في مثل هذه الحالة من إعطاء الأولوية لنصوص قانون نقل

---

[1] ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 432.

الأعضاء البشرية و لا يتم اللجوء إلى مواد قانون العقوبات إلا في حالة خلو قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية من نص يحرم عمل الطبيب الجراحي . [1]

إن تخلف أحد الضوابط السابقة يوجب قيام مسؤولية الطبيب الجنائية إذا ما استأصل عضوا دون التأكد من توافر جميع الشروط التي ينص عليها قانون نقل الأعضاء،[2] وتتم مساءلة الطبيب عن الجرائم المترتبة عن مخالفة ضوابط نقل الأعضاء البشرية تبعا للنتيجة المترتبة عن تلك المخالفة . وهو إما أن يسأل عن جريمة قتل إذا توفى أحد طرفي العملية أو يسأل عن جريمة إحداث عاهة مستديمة إذا ما أصيب المتبرع بها. كما قد يترتب عن مخالفة شروط النقل جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية .

اختلفت القوانين المقارنة في وضع عقوبة جزائية في حال مخالفة ضوابط نقل الأعضاء فمنها من نص على ذلك ضمن قانون ينظم نقل وزرع الأعضاء، كالقانون المصري رقم 05 – 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء، و منها من ترك ذلك للأحكام العامة في قانون العقوبات كالمشرع الجزائري ، و منها من نص على عقوبة واحدة في حالة مخالفة أحكام قانون زرع الأعضاء دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في النصوص الأخرى . كالقانون الإماراتي. ففي جميع الأحوال يترتب على التدخل الجراحي فقد المنقول منه أحد أعضاء جسمه وبالتالي تتوافر إحداث عاهة مستديمة كما جاء في التوصية العاشرة لندوة الأساليب الطبية :" يعاقب الطبيب الذي ينقل عضوا من جسم

---

[1] صفوان محمد : المرجع السابق ص 307 راجع أيضا شريف الطباخ : المرجع السابق ص 196.

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 272 وكامل عبد العزيز : المرجع السابق ، ص 550.

شخص إلى جسم شخص آخر دون توافر الشروط التي يحددها القانون بعقوبة الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة أو المفضي إلى الموت . " لدى سوف نتطرق لهذه الحالات من خلال التعرض للجرائم التي تثيرها مخالفة شروط نقل الأعضاء في ثلاث فروع .

- **الفرع الأول: جريمة إحداث عاهة مستديمة**

ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الاعتداء الذي قد يقع على العضو قد لا يسفر عن استئصال العضو ولا اقتطاع جزء منه ولكنه قد يعطله تماما عن العمل أو ينقص من كفاءته[1] أو يوهن من قدرته على أداء وظيفته فيكون بالتالي معنى العاهة متحققا فالضعف في السمع الذي ينتج عن جرح في الأذن يشكل عاهة مستديمة بحجة أن المشرع الفرنسي لم يشترط الصمم.[2]

فكلما قام الطبيب الجراح بإجراء عملية جراحية دون توفر الشروط و ضوابط النقل السابق الإشارة إليها و نتج عنها إحداث عاهة مستديمة كاقتطاع كلية أو قرنية عين أو غيرها فإنه تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية و المدنية على حد السواء [3]" ... أن من لا يملك حق مزاولة

---

[1] و المقصود بالعجز عن العمل هو عجز عضو أو أعضاء من الجسم عن أداء وظائفه ، عبيدي الشافعي: المرجع السابق ص 140

[2]مكي دردوس : القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية قسنطينة سنة 2007 ص 174

[3]خلفي عبد الرحمان : المرجع السابق ص 450

مهنة الطب يسأل عما يحدثه للغير من جروح و ما إليها باعتبار متعديا . أي على أساس العمد . و لا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية "[1]

اشترط القانون في العاهة الموجبة لتشديد العقوبة بأن تكون دائمة يستحيل برؤها و يرجع الفصل في إمكان الشفاء منها أو استحالته إلى قاض الموضوع و ذلك بالرجوع إلى الخبرة الطبية في هذا المجال .

لم يرد في القانون الجزائري تعريف محدد وواضح للعاهة المستديمة إنما اقتصر على ضرب أمثلة عنها، حيث نصت على ذلك المادة 264 فقرة 3 من قانون العقوبات الجزائري[2]على انه : " و إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه ، فقد أو بثر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى ... " [3]. فالمشرع حدد لها صورا على سبيل المثال لا الحصر و هي:

- فقد أو بتر أحد الأعضاء .

---

[1]طعن 2260 لسنة 50 جلسة 3/2 / 1981س 32 ص 196مشار إليه في كامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 550

[2]تقابلها المادة 240 من قانون العقوبات المصري و المادة 543 من قانون العقوبات السوري.

[3]ذهب القضاء المصري إلى تعريف العاهة المستديمة بأنها: " فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعته أو تقليلها بصفة مستديمة وعليه فبتر الساق أو الذراع أو استئصال إحدى الكليتين أو الرئتين أو الطحال يعتبر فقدا كليا لبعض الأعضاء. أما فقد صيوان الأذن فيعتبر فقدا جزئيا للعضو" رؤوف عبد الحميد : المرجع السابق . ص 128. أنظر يوسف الرفاعي المرجع السابق ص553.

- نقص 11 – 11 – 1968 مجموعة أحكام النقض – السنة 19 ص 945 رقم 189 .
- نقض 13 – 12– 1972 م مجموعة أحكام النقض السنة 23 ص 133 رقم 36.
- نقض 20 – 01 – 1975 – مجموعة أحكام النقض – السنة 26 رقم 17 ص 72 .
- نقض 2–2– 1982 – مجموعة أحكام النقض – السنة 33 رقم 24 ص 127. مشار إلى هذه الأحكام في كامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 557

- الحرمان من استعماله.
- فقد البصر أو إبصار إحدى العينين.
- أية عاهة مستديمة أخرى .

والعاهة المستديمة هي نقص نهائي في منفعة عضو من أعضاء الجسد و لو كان جزئيا. [1]و الاعتداء الذي يقع على العضو البشري لا يمكن تصوره في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في صورة الجرح، [2] سواء كان هذا العضو داخليا أو خارجيا.[3]ولم يشترط المشرع في العاهة أن تكون على قدر معين من الجسامة بل اشترط فيها أن تسفر عن فصل عضو، أو تعطيل وظيفته، أو إضعاف مقاومته على نحو لا يرجى معه الشفاء.[4]فالضرر الذي يلحق المنقول منه من جراء اقتطاع العضو منه ضرر محقق يفضي إلى عاهة مستديمة ، و ذلك لعدم مراعاة الطبيب للضوابط و الشروط المحددة قانونا، ففي هذه الحالة يصعب تطبيق المادة 289 من قانون العقوبات لأن اقتطاع العضو يؤدي بطبيعته إلى ضرر جسيم مهما كانت الاحتياطات التي يتخذها الطبيب أثناء تدخله ، لأن المادة 289 عقوبات قد حددت

---

[1] رؤوف عبد الحميد :المرجع السابق، ص 129 . و عبيد الشافعي : الطب الشرعي و الأدلة الجنائية ، الموسوعة الجنائية دار الهدى الجزائر 2008 ص 110 تنص المادة 335 من قانون العقوبات الأردني رقم 16/ سنة 1960 المعدل بالقانون رقم 49 لسنة 2007 أنه " إذا أدى العمل إلى قطع أو استئصال عضو أو بثر أحد الأطراف أو إلى تعطيلها أو تعطيل إحدى الحواس عن العمل أو تتسبب في إحداث تشويه جسيم أو أية عاهة أخرى دائمة أولها مظهر العاهة الدائمة عوقب المجرم بالأشغال الشاقة المؤقتة عشر سنوات على الأكثر " .

[2]الجرح : هو كل مساس بأنسجة الجسم يؤدي إلى تمزيقها كقطع الجلد أو الكسور راجع إسحاق إبراهيم منصور : شرح قانون العقوبات الجزائري جنائي خاص المرجع السابق ص 69 .وانظر كذلك فتحي محمد انور عزت : المرجع السابق ص 72.

[3]جاري بسمة و الذهبي ثورية: المرجع السابق ،ص 143 .

[4] كامل عبد العزيز : المرجع السابق، ص 558 .

صورتين فقط للجرح الخطأ ، و هما الرعونة و عدم الاحتياط ، و من تم لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الضرر يتحقق بمجرد استئصال العضو، و بالتالي يتضح قصور نص المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها في تحقيق الحماية الجنائية اللازمة للسلامة البدنية للأشخاص في مجال عمليات نقل الأعضاء[1]وعليه يجب تطبيق الأحكام العامة في قانون العقوبات .

أما إذا كان الطبيب في مثل هذه الحالة قد التزم بالأصول العلمية و لم يخالف الشروط والضوابط القانونية لنقل الأعضاء البشرية فلا مجال لمساءلته عن النتيجة [2]و لو كانت وفاة المتبرع . طبقا لنص المادة 39 فقرة 1 من قانون العقوبات[3] الجزائري .

أما المشرع المصري في قانون زرع الأعضاء البشرية نص في المادة 17 منه على أنه يعاقب بالسجن و بغرامة مالية لا تقل عن عشرين ألف جنيه و لا تزيد عن مائة ألف جنيه كل من نقل عضوا بشريا او جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأحكام المواد 2، 3 ،4، 5،7.مع الإشارة إلى أنه قبل صدور قانون زرع الأعضاء المصري كان يتم اللجوء إلى تطبيق الأحكام العامة من قانون العقوبات المصري لا سيما المادة 240 فقرة 3 حيث كانت

---

[1] راجع مأمون عبد الكريم : رضا المريض بالأعمال الطبية المرجع السابق ص 678

[2] منذر الفضل : المرجع السابق، ص 112.

[3] تنص المادة 39 / عقوبات : لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو إذن به القانون .

تنص على عقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنين ، و ذلك إذا وقع الفعل من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء من إنسان حي إلى آخر.[1]

- **الفرع الثاني: جريمة الجرح الذي أفضى إلى الموت.**

إذا ما قام الطبيب باقتطاع أحد أعضاء المتبرع مخالفا ضوابط و شروط النقل وترتب عن ذلك وفاة أحد طرفي العملية الجراحية فإنه تتم مساءلته عن جريمة قتل، و يجب التفرقة بين حالتين .

الحالة الأولى : إذا كان العضو الذي ثم استئصاله من الأعضاء التي لا يؤدي انتزاعها عادة إلى الوفاة وفقا للقواعد العلمية و الأصول الطبية .[2] المعمول بها في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء ففي هذه الحالة نكون أمام جريمة جرح أفضى إلى الموت دون قصد إحداثها وهي من جرائم القصد المتعدي . فالطبيب في هذه الحالة اتجه إلى أحداث نتيجة أقل جسامة تمثلت في انتزاع العضو من المتبرع لغرض علاجي ،غير أنه ترتب عن هذا

---

[1]كامل عبد العزيز: المرجع السابق ص 560.

[2] الأصول العلمية هي مجموعة القواعد و الأعراف التي يتعين على كل طبيب و جراح أسنان و صيدلي الالتزام بها حال مباشرته العمل الطبي احمد حسن الحياري : المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني و النظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ط1، 2008 ص 109

_ و عرفتها المادة الأولى من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية بأنها : " عبارة عن مجموع القواعد و الأعراف التي يتعين على كل طبيب و جراح إسنان و صيدلي الالتزام بها و أن يكون الطبيب على إلمام كاف بمضمونها حال مباشرته العمل الطبي"

الفعل نتيجة أشد لم ينصرف قصده إليها و هي الوفاة ، [1] ففي هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة نقل عضو أدى إلى الوفاة في صورته المشددة نظرا لجسامة النتيجة .

نظرا لانعدام نص خاص في قانون حماية الصحة و ترقيتها تم تطبيق الأحكام العامة في قانون العقوبات الجزائري حيث نصت المادة 164 في فقرتها الأخيرة على عقوبة السجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة، لأنه لا يمكن تطبيق نص المادة 288 عقوبات لأن الطبيب تعمد اقتطاع العضو من جسم المتبرع رغم علمه بتخلف شروط و ضوابط النقل وبالتالي توفر القصد الإجرامي لديه .

وفيما ذهب المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون زرع الأعضاء إلى معاقبة الطبيب الجراح بعقوبة السجن المشدد و غرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه إذا ما ترتب عن فعله وفاة المتبرع.غير أنه في المادة 240 فقرة 3 من قانون العقوبات كانت العقوبة مشددة وهي الأشغال الشاقة المؤبدة إذا ترتب على الفعل وفاة المجني عليه. وبما أن هذه العقوبة مقررة لجريمة القتل العمد فيتضح أن المشرع المصري في قانون زرع الأعضاء لم يفرق بين حالتي القتل العمد.إذاً ما تعاطى الطبيب هذه المهنة دون علم بأصولها، و أقدم بتهور على ما لا علم له به فإنه يكون ضامنا لما أتلفه، فإن أتلف عضوا كان ضامنا ديته، و إن أتلف نفسا ضمن الدية بإجماع الفقهاء.[2]

---

[1] محمد لافي :المرجع السابق ص 277

[2] افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 267 .

الحالة الثانية: إذا قام الطبيب بنقل عضو من الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة و في انتزاعها وفاة الشخص المتبرع حتما كاستئصال القلب أو الكبد. ففي هذه الحال فإن الطبيب حين قيامه بالعمل الجراحي، كان على علم بأن هذا الانتزاع سوف يؤدي إلى الوفاة لا محالة مما يؤدي إلى اتجاه إرادته إلى قصد إزهاق روح إنسان حي عمدا. وبالتالي تتم مساءلته عن ارتكاب جريمة قتل عمد طبقا لنص المادة 254 عقوبات.[1]

- **الفرع الثالث: جريمة تجارة الأعضاء البشرية.[2]**

مع ندرة الأعضاء البشرية مقارنة بارتفاع الطلب عليها من المرضى أصبحت تجارة الأعضاء تجارة رائجة لما تجنيه من أرباح طائلة ، حيث بدأت عمليات الاتجار و الو ساطية والسمسرة في هذه الأعضاء تزداد من خلال مؤسسات خاصة تستغل حاجة الفقراء و قدرة الأغنياء عبر الدول، و هو ما تزامن مع ظهور ما يسمى ببنوك الأعضاء حيث أصبحت عملية البيع و الشراء تثم بين المستشفيات أو بين السماسرة ، [3] حيث احتاطت التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء لهذه المسألة و اشترطت أن تجري عملية نقل الأعضاء على سبيل التبرع لا البيع ، تحت طائلة المسؤولية الجزائية في حال مخالفة ذلك . لدى سوف نتطرق لموقف التشريعات الغربية و كذا العربية من هذه المسألة.

---

[1] تنص المادة 254 عقوبات جزائري : القتل هو إزهاق روح الإنسان عمدا.

[2] الاتجار بالأعضاء هو قابلية أعضاء الجسم للتعامل المالي و السماح بتداولها بيعا و شراء بعد فصلها عن صاحبها رضاء أو بالإكراه و السماح بنقل ملكيتها إلى شخص آخر . راميا محمد : المرجع السابق ص 25.

[3] راميامحمد : المرجع السابق ، ص 25 . و سميرة عايد : المرجع السابق ص 22 .

- **الفقرة الأولى: موقف التشريعات الغربية.**

اختلفت التشريعات الغربية حول مسألة الاتجار بالأعضاء البشرية : سنتطرق لبعضها على التوالي:

- **أولا:موقف المشرع الفرنسي:**

حظر المشرع الفرنسي منح أي تعويض للشخص الذي يقبل اقتطاع أحد أجزائه مكرسا مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان و عناصره لأن يكون محلا للحقوق المالية ، و يمكن أن يسبب عدم احترام قاعدة المجانية عقوبات جزائية ضد كل ما يحاول الحصول على عضو بشري مقابل مبلغ مالي أيا كان شكله ، و هذا في الفقرة الأولى من المادة 511 – 2 من قانون العقوبات الفرنسية المعدل بالقانون رقم 653 – 1994 الخاص باحترام جسم الإنسان بالحبس لمدة سبع سنوات و غرامة مالية تقدر 100 ألف يورو و نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على العقوبة ذاتها في حق كل من يساعد على ذلك .

ونفس الشيء أشارت إليه المادة 1311- 4 في فقرتها الأولى من قانون الصحة العامة رقم 2004 – 800 و التي نصت على أنه لا يمنح الشخص الذي ارتضى أخذ أجزاء من جسمه أو جمع مكوناته أي مقابل تحت أي مسمى. ونصت المادة 511 فقرة 27 من قانون العقوبات على حرمان الطبيب الذي يزاول جريمة الاتجار بالأعضاء من مزاولة نشاطه المهني مدة أقصاها عشر سنوات.

- **ثانيا: موقف المشرع الانجليزي :**

صدر قانون 1989 الخاص بنقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية ، و نص إثر فضيحة أدت إلى إدانة أربعة أطباء من قبل المجلس الطبي العام لارتكابهم أفعالا تشكل خطأ جسيم و خروجا عن قواعد ممارسة المهنة، فقد توافرت الأدلة على القيام بدفع أموال لبعض المواطنين الأتراك الفقراء لتشجيعهم على الحضور إلى لندن، حيث كان يتم استئصال الكلية منهم و زرعها لمرضى يتمتعون بقدر من الثراء ، و توجه أحد هؤلاء المواطنين إلى القضاء وأقام دعوى ضد الأطباء على أساس أنه لم يعلم باستئصال الكلية منه ، إذ وافق على إجراء عملية لمصلحته الخاصة و بالتالي توافرت في حق الأطباء عناصر المسؤولية الجنائية عن جريمة الجرح العمد.[1]

و نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن " كل فعل يتعلق ببيع الأعضاء البشرية بالنسبة للأحياء ، وسواء كان الغرض إجراء عملية زراعة العضو المنقول في المملكة المتحدة أو خارجها ، و يمتد التحريم إلى الأعمال السابقة التي تهدف إلى تنفيذ الاتجار بالأعضاء البشرية مثل التحريض و الاتفاق و المساعدة ولو لم يقع فعل الاتجار... ويعاقب على الأفعال المشار إليها بالحبس. مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر أو الغرامة المبينة في القانون أو كلتا العقوبتين.

- **ثالثا: التشريع الإسباني :**

---

[1]http://www.aawsat.cam/details.asp?article=4023308.ssueno=10279U15.

الصادر عام 1982 ونص في المادة الخامسة منه على عدم جواز تقاض أي تعويض مقابل التنازل عن العضو، و تطلب ضرورة التكفل بجميع المصاريف المترتبة على إجراء العملية. [1]

- **رابعا: التشريع الإيطالي :**

بينما نصت المادة 19 من القانون رقم 644 لسنة 1975 بشأن نقل و زرع الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ،على أن يتم ذلك بدون مقابل . و أكدت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم 458 لسنة 1976 بشأن نقل الكلية من الأحياء و يعاقب على مخالفة هذه القيود بالحبس مدة تتراوح بين3 إلى12 شهر أو الغرامة من100 ألف ليرة إلى2 مليون ليرة و تسري نفس العقوبة على الوسيط .[2]

- **خامسا:التشريع السويسري:**

يحظر القانون بيع و شراء الأعضاء البشرية كما يمنع الحصول على أي فوائد مالية أو منافع أخرى مقابل التبرع بعضو من البدن،أو حتى مجرد نسيج من الخلايا .[3]

وتم تنظيم عدة مؤتمرات دولية تتعلق بموضوع التعامل بالأعضاء البشرية ، تهدف إلى محاربة الاتجار بها فأعلنت لجنة تعليمات جمعية نقل الأعضاء في منظمة الصحة العالمية سنة 1970 بأن بيع أعضاء المتبرع الحي والميت غير مقبولة مهما كانت الظروف .

---

[1] الخولي : المرجع السابق ص، 194- 196 .

[2] راجع أيضا منذر الفضل: المرجع السابق، ص 63 .

[3] راجع تفاقم ظاهرة الإتجار في الأعضاء البشرية بسبب الفقر و الجشع على الموقع
www.almasreyoon.com/news .aspx ?id =37896

وفي عام1985أدانت الجمعية الطبية العالمية شراء و بيع الأعضاء القابلة للزرع، و في عام 1988 تبنت تصريحا يمنع شراء و بيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع تم شددت على مبدأ المجانية في عام 1991. ونظم المجلس الأوروبي بتاريخ 16 و17 نوفمبر1987 مؤتمرا لوزراء الصحة الأوروبيين حيث شدد على منع التنازل عن أي عضو بشري لدوافع مالية .[1]

- **الفقرة الثانية: موقف التشريعات العربية.**

لم تغفل اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب مسألة بيع الأعضاء الآدمية ، ففي اجتماعها المنعقد بتونس في ديسمبر 1986 الخاص بنقل و زراعة الأعضاء البشرية ثم إعداد مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية فجاء في المادة السابعة منه ما يلي " يحظر بيع و شراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها، و يحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك ". و ذلك ما سارت عليه أغلبية التشريعات التي نظمت هذه العمليات و منها .

- **أولا:التشريع المصري:**

نص قانون زرع الأعضاء رقم 5 0- 2010 في المادة 1/6 على أنه" يحظر التعامل في عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أخذ أنسجته على سبيل البيع أو الشراء

---

[1]انظر قانون زراعة الأعضاء البشرية ،دراسة مقارنة على الموقع التالي:
www.lebarmy.gov.lb/article.asp?msav id=3794
والخولي : المرجع السابق ، ص 192 .

أو بمقابل أيا كانت طبيعته". ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه " يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين."

نصت المادة20 من ذات القانون على عقوبة جزائية و ذلك بأن" يعاقب بالسجن و بغرامة مالية لا تقل عن خمسين ألف جنيه كل من خالف أيا من أحكام المادة 6 من هذا القانون "

كما نصت الفقرة الثانية منها على أن لا تزيد عقوبة السجن على سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجا بالمخالفة لحكم المادة 6 من هذا القانون.كما نصت المادة 22 من هذا القانون على معاقبة الوسيط بنفس العقوبة المقررة لهذه الجريمة مع إعفائه منها إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها و ساهم ذلك في ضبط الجناة.

ونص المشرع المصري كذلك على عقوبات تكميلية في المادة 24عند مخالفة أحكام قانون زرع الأعضاء وذلك حسب الأحوال و منها:

- الحرمان من مزاولة المهنة لمدة لا تقل عن سنة، و لا تتجاوز خمس سنوات.

- نشر الحكم في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه، و في حالة العود تحكم المحكمة بتدبير أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في هذه المادة.[1]

- **ثانيا:القانون الأردني:**

نصت المادة 10 من القانون رقم 23 لسنة 1972 الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان على" دون الإخلال بأي عقوبة ورد النص عليها في تشريع آخر، يعاقب كل من ارتكب مخالفة لأحكام هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين ".[2] حيث أشارت المادة الرابعة فقرة **ب** من نفس القانون على أنه لا يجوز التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح .

- **ثالثا: القانون الكويتي:**

نصت المادة السابعة من المرسوم المتعلق بالقانون رقم 55 لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء على انه " لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شرائها بأي وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها، و يحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصالها إذا كان على علم

---

[1] أمير فرج يوسف : الموت الإكلينيكي، زرع و نقل الأعضاء و الدم و العلاج بالخلايا الجدعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2011 ص 155

[2] محمد لافي: المرجع السابق ص 278 .

بذلك . و نصت المادة 10على عقوبة الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات و غرامة لا تزيد عن ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين . [1]

- **رابعا:القانون اللبناني**

نصت المادة الأولى فقرة 4 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 101 -1983 على ضرورة أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة. و نصت المادة السابعة من ذات القانون على أنه " كل من يقدم على أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في هذا المرسوم الاشتراعي، يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى سنة و لغرامة من ألف حتى عشرة آلاف ليرة، أو إحدى هاتين العقوبتين»[2].

كما أشار قانون الآداب الطبية رقم 288 الصادر في 22 شباط 1994 في المادة 340 فقرة 7 على أنه تمنع المتاجرة بالأعضاء البشرية منعا باتا . [3]

- **خامسا:القانون السوري.**

نص القانون السوري رقم 31 المؤرخ في 23-08- 1972 الخاص بنقل و غرس أعضاء الإنسان في المادة 2 / ب / 6 على : " أن لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح ... " ونصت الفقرة السابعة من المادة الثالثة من نفس القانون على أن تكون عملية النقل والغرس و الإقامة في المشافي و

---

[1] سعاد سطحي: المرجع السابق ص 86.

[2] سميرة عايد : المرجع السابق ص186.

[3] محمد يوسف : المرجع السابق ص 239.

العلاج مجانية و العلاج لمواطني الجمهورية العربية السورية . و مع عدم وجود نص صريح على معاقبة مخالفة النقل بمقابل مادي ، فإنه لا مناص من الرجوع الى القواعد العامة .

- **سادسا: قانون دولة الإمارات.**

نص قانون دولة الإمارات العربية المتحدة رقم 15 لسنة 1993 بشأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية في المادة 7 منه على أنه " يحظر بيع و شراء الأعضاء بأية وسيلة كانت ، أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب المتخصص اجراء العملية عند علمه بذلك ". بينما نصت المادة 10 من نفس القانون على الجزاء المقرر عند مخالفة المادة 7 أعلاه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس وبغرامة لا تزيد على 30 ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين و تضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ تنفيد الحكم النهائي الصادر في الجريمة الأولى.»

- **سابعا:القانون التونسي.**

نص القانون التونسي عدد22 لسنة1991 المؤرخ في25-3- 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها في المادة 6 منه على أنه " يحجر أخذ الأعضاء بمقابل مالي و بأي صفة من صفات التعامل في الحالات المشار إليها ...". وأشارت المادة 17من ذات القانون على عقاب كل من يخالف أحكام المادة 6 أعلاه بالسجن من عامين إلى خمسة أعوام و بغرامة تتراوح بين ألف دينار و خمسة آلاف دينار.

- **ثامنا:القانون المغربي.**

نص القانون المغربي رقم 98 – 16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخذها و زرعها في المادة 5 منه على أنه "يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عملا مجانيا لا يمكن بأي حال من الأحوال، وبأي شكل من الأشكال أن يؤدى عنه أجر، أو أن يكون محل معاملة تجارية، و لا تعتبر مستحقه سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجراؤها من أجل أخذ و زرع الأعضاء و مصاريف الاستشفاء المتعلقة بهذه العملية ». وأشارت المادة 30 منه إلى جزاء مخالفة المادة 5 أعلاه و ذلك بأن " يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 50 ألف درهم إلى 100 ألف درهم كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية..." بينما أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أنه يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة الأشخاص الذين يقومون بمعاملة تجارية تتعلق بعضو بشري...".

- **الفقرة ثالثا: موقف المشرع الجزائري.**

نص المشرع الجزائري في المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية ".فيلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم ينص سابقا على عقوبة جزائية في حال مخالفة هذه المادة إلا أنه تدارك ذلك من خلال القانون رقم 9-10 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بالإتجار بالأعضاء في المادة 303 مكرر1/16حيث نصت على أنه : " يعاقب

بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة من300 ألف دج إلى1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها " .

كما نصت المادة 303 مكرر 18 من نفس القانون على أنه " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، و بغرامة من 100 ألف دج إلى 500 ألف دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي، أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها "على أن تطبيق ذات العقوبة على الوسيط. [1]

نستنتج أن اغلبيه القوانين المنظمة لنقل وزرع الأعضاء قد جرمت الاتجار في الأعضاء فالبعض منها اعتبر الطبيب صراحة أحد أطراف العملية التجارية كالمشرع الفرنسي، بحيث خصه بعقوبة جزائية و أخرى تكميلية. بينما ذهبت تشريعات أخرى إلى حظر إجراء العملية الجراحية ، إذ علم الطبيب بوجود المقابل المالي تحت طائلة الجزاء إذا ما خالف ذلك مثل المشرع المصري والكويتي و الإماراتي. بحيث تبقى التشريعات الأخرى بحاجة إلى مثل هذا النص كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري، بينما اتفقت جل التشريعات على معاقبة الوسيط مهما كان دوره في عملية تجارة الأعضاء.

وبالرجوع إلى مضمون هذه النصوص يتضح لنا أن أغلبية التشريعات قد نصت على مسؤولية الطبيب في حال الاتجار بالأعضاء ، و إن لم تشر إليه صراحة و هذا من خلال

---

[1] راجع بالتفصيل موقف المشرع الجزائري من المقابل المادي ص257 من هده الرسالة.

العبارات التالية:" كل من يحاول ..... "، " كل من ارتكب.... "، " في حال ارتكاب أفعال متعلقة بالاتجار... ".

- **الفقرة الرابعة : موقف الشريعة الإسلامية.**

لقد أفتى علماء الإسلام في أكثر من مناسبة بعدم مشروعية التجارة في الأعضاء البشرية واعتبروا أن السماسرة أو الوسطاء الذين يقومون بتسهيل الاتجار فيها خارجون عن مبادئ الدين و لا يمكن اعتبار عملهم عملا إنسانيا بأي صورة من الصور . ذلك لأن المساس بجسد الإنسان غير جائز شرعا إلا لضرورة صحية تقتضي ذلك . حيث نصت فتوى وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت رقم 85/455 حول موضوع بيع الأعضاء و جاء فيها " أما شراء المريض كلية من شخص آخر فإن الأصل أن ذلك محرم ، لأن الله كرم الإنسان فلا يجوز قطع بعض أعضائه و بيعها بثمن مهما كان الثمن ، و في حال مريض الكلية إذا لم يجد متبرعا يتبرع له بكلية و كانت هناك خطورة على حياته و لم يجد وسيلة أخرى للتخلص من مرضه فيجوز له الشراء حينئذ لأنه مضطر. و قد قال الله تعالى:

" **وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ** "[1]. أما التعاقد

---

[1] سورة الأنعام الآية 119

على أعضائه فلا يجوز شرعا بيعها سواء أكان العضو منفردا أو مزدوجا لأن حياة وجسد الإنسان يتعلق فيهما حق الله و حق العبد و هي لا يجوز التنازل عنها أو الصلح فيها.[1]

فنستنتج أنه يجوز الاتجار (شراء عضو) في حالة الضرورة القصوى و ما عداه فهو محرم . أما هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في القرار99 بتاريخ6-11-1403 هـ وقرار المجتمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة 1985. والمجتمع الفقهي الدولي في قراره رقم 1/ د 4 / 80 – 88 في دورته الرابعة بجدة 1988 قد اتفقوا على جواز التبرع بالأعضاء لا بيعها .

في الأخير يمكن القول أنه إذا قام الطبيب بتبصير المريض تبصيرا تاما و كافيا و إحاطته علما بكافة النتائج التي تحدث حالا و مستقبلا أيا كانت هذه النتائج وكان بذلك رضاء المريض حرا ومستنيرا، ففي هذه الحالة إذا فشلت عملية نقل وزرع العضو البشري في جسم المريض وبعد أن اتبع الطبيب بشأنها كافة الأصول العلمية والفنية التي يتيحها العلم الطبي فإن الطبيب في هذه الحالة لا يتحمل اي مسؤولية جنائية ولا يستحق المريض أي تعويض عما لحقه من أضرار .[2]

---

[1] عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 128

[2] محمد الكندري : المرجع السابق، ص 350 .

الباب الثاني

نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى

تمهيد الباب الثاني:

تم التطرق في الباب الأول من هذه الرسالة إلى نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و في هذا الباب سيتم التطرق إلى نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

ففي خضم النجاح الذي ساد مجال زراعة الأعضاء بين الأحياء ، اتجهت الأنظار إلى الموتى كمصدر رئيسي للأعضاء البشرية التي ليس لها بديل في جسم الإنسان كالقلب و الرئتين والبنكرياس، وغيرها من الأعضاء التي لا يجوز نقلها من متبرع حي حتى لو قبل بذلك وهذا لمواجهة النقص المتزايد في الطلب على الأعضاء البشرية نظرا لقلة المتوفر منها من متبرعين أحياء وذلك قصد استخدامها لغاية علاجية.[1]

وبالتالي فإن مبدأ حرمة المساس بجثة[2] المتوفى الذي ساد في مختلف التشريعات الوضعية ، والذي يقوم على أساس احترام القيم الأخلاقية والمعنوية، قد أخذ يميل تدريجيا إلى التراجع أمام الفائدة الاجتماعية والإنسانية الكبيرة التي يحققها نقل العضو من الجثة إلى جسم مريض تتوقف استمرارية حياته على نقل هذا العضو إلى جسده .

وقد زادت الاستعانة بالمتبرعين الموتى و الأحياء على حد سواء حيث وصلت في الولايات المتحدة الأمريكية بنسبة 60 %بين عامي 1990 م و 2000 م. و قد زادت عملية اقتناء الأعضاء من المتبرعين الموتى نتيجة قلة أعداد المتبرعين الأحياء صغار

---

[1] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ص 5.

[2] الجثة هي جثة شخص ثبت بناء على الخبرة الطبية توقف جميع مظاهر الحياة في جسمه ، راجع الشيخلي :المرجع السابق، ص 272.

السن. رغم ذلك فإن أعداد المرضى الذين يحتاجون لزراعة الأعضاء مستمرون في التزايد بشكل كبير .[1]

و الشريعة الإسلامية تحرص على حماية جسم الإنسان حتى و لو تحول جسده إلى جثة، حيث أكدت هذا المبدأ بقول الرسول . ص . " **كسر عظم الميت ككسره حيا** "[2] .غير أن الشريعة الإسلامية وضعت قاعدة عامة هي أن الضرورات تبيح المحظورات،[3] فهي تأمر بارتكاب أخف الضررين كلما كان الأمر يدور بين محظورين هما المساس بجثة الميت وانتهاك حرمتها ، فالضرر الذي يصيب الإنسان الحي المريض هو فقد الحياة إذا لم يزرع له عضو يتم استئصاله من هذه الجثة فهنا يكون أخف المحظورين هو نقل عضو الميت لزرعه في جسد هذا الإنسان المريض.

إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة لأن هذه العمليات تعترضها العديد من المشكلات و إن كانت تختلف عن تلك التي تعترض عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ، لأنه لا يمكن الاستقطاع من الجثة إلا بعد التأكد من موت صاحبها بدقة مما اوجب تحديد معيار يحدد معنى الموت أما قانونا أو ترك ذلك للطب تماشيا مع مراحل تطوره[4]. و يرجع السبب في ذلك لعدم وضوح موقف التشريعات الوضعية من تحديد مفهوم الوفاة . لحظة الوفاة .

---

[1] شعبان خلف الله : زراعة الأعضاء بين الواقع و المأمول ، سلسلة مجموعتنا العلمية الطبية ، 18 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ،ط 1، 2011 ،ص 25.

[2] أخرجه مسلم في صحيحه ، ج 2 ، ص 667.

[3] أمير فرج يوسف : أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ، المرجع السابق ، ص 103 .

[4] إبراهيم يوسف: المرجع السابق، ص 55.

و لقد كانت عمليات نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى [1] تمارس منذ بداية القرن الماضي حيث ترجع أول عملية نقل للقرنية لعام 1887 ،و قام الجراح **vovonoy** الروسي عام 1933 بنقل كلية ميت أصيب بحادث في رأسه إلى رجل تسممت كليتاه بسبب تعاطيه زئبق ، و استمرت الكلية في العمل لمدة ست ساعات فقط[2]. كما أن العلم قد توصل إلى استمرار حياة الإنسان أو إطالتها و ذلك ببقاء أجهزته تعمل بواسطة الأجهزة الصناعية بحيث قد يتوقف قلبه و جهازه التنفسي عن العمل رغم بقاء خلاياه حية ، و بالتالي يعتبر موته موتا ظاهريا يمكن من خلاله تزويد أجهزته بالدم و الأكسجين بواسطة أجهزة الإنعاش الصناعي قصد الاستفادة منها قبل أن تموت خلايا تلك الأعضاء .

و أمام هذا التطور كان لابد من تحديد مفهوم الوفاة و من تم تحديد مفهوم الجثة و هذا بتحديد معايير الوفاة و معرفة مدى حق الإنسان في التصرف بجثته سواء بالإيصاء ببعض أعضائه أو بالجثة كاملة . كما يجب بيان مدى حق أسرته في التصرف بجثة من بعده في حال عدم الإيصاء بها و كذا مصير الجثة عند عدم تصرف أسرة الميت فيها بعد وفاته . فقد ذكر الفقيه الفرنسي **CABROL** أنه لا يمكن أن ترحل من الدنيا مع كنز غير نافع لنا و مفقود للغير أي لا يمكن أن يتمسك المتوفى بأعضاء غير نافعة له قد تتيح فرصة

---

[1] لقد أثبتت بعض الأبحاث أن الأعضاء المنقولة من إنسان حي تعطي نتائج أفضل من زراعة الأعضاء المنقولة من جثة ميت . راجع في هذا الموضوع طارق سرور : المرجع السابق ، ص5 .

[2] يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ،ص34.

الشفاء لشخص آخر و هو ما أدى إلى التفكير في استبدال الأعضاء التالفة بجسم الإنسان المريض بأعضاء صحيحة سواء كانت من جسم إنسان حي أو ميت[1].

غير أن المفاجأة الكبرى في مجال زراعة الأعضاء ظهرت عام 1967 عندما قام الجراح **كريستيان برناد** بنقل قلب في مستشفى جوهانسبورغ بجنوب افريقيا[2] .

وعليه أن كلا من الشريعة الإسلامية و القانون يحيطان جثة المتوفى بالحرمة و الحماية وعدم السماح بالمساس بها إلا في حالات الضرورة و بقصد العلاج، و عليه سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين:

- الفصل الأول: أساس نقل الأعضاء البشرية من جثت الموتى.
- الفصل الثاني : شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

---

[1]طارق سرور : المرجع السابق، ص3.

[2]و نظرا لصعوبة الحصول على قلب بشري و لكلفة إجراء هذه العمليات و نظرا للرغبة في انقاد العديد من المرضى من خطر الموت فقد أجرى الأطباء في عام 1984 عملية زرع قلب صناعي لطبيب الأسنان الأمريكي بارتي كلاك لم يعش بالقلب الصناعي أكثر من 111 يوما ، راجع عمر قارون الفحل : زراعة الأعضاء في القانون ، بحث منشور في مجلة المحامون السورية العدد 53 بتاريخ 9.7. 1988 ص 30إلى 62 مشار اليه في حسنى عودة الزعال : المرجع السابق ص 11.

الفصل الأول

أساس نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى

الفصل الأول

أساس نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى

تمهيد:

إن للجثة حرمة أكدت عليها مختلف التشريعات الوضعية والشرائع السماوية ، غير أن الحرمة ليست مطلقة مما يجيز المساس بالجثة متى كان الهدف من وراء دلك علاجيا أو علميا.وحتى يمكن القول بإمكانية المساس بالجثة لابد من تحديد لحظة الوفاة باعتبارها الحد الفاصل بين الحياة والموت لأن ذلك يبين ما إذا كان التعامل مع جسم إنسان حي أو بجثة ميت.

والموت ظاهرة بيولوجية وواقعة قانونية تترتب عنها مجموعة من الآثار بالنسبة للمتوفى أو الغير، ولا يمكن تحديدها إلا من خلال المعايير المعتمدة لذلك، ومن ثم يمكن للطبيب التصرف في الجثة خاصة إذا كان يهدف إلى الحصول على أعضاء لا يمكن الحصول عليها قبل وفاة الشخص كالأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد.

ومع ظهور أجهزة الإنعاش الاصطناعي أصبح بالإمكان الاحتفاظ بأعضاء الجسم للاستفادة منها في وقت لاحق ،وحتى يمكن معرفة أساس إباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى نرى تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، نتناول في المبحث الأول كيفية التأكد من الوفاة ،ونتطرق في المبحث الثاني لمدى مشروعية نقل الأعضاء من الموتى في الشريعة الإسلامية ،ثم مدى مشروعية نقل الأعضاء من الموتى في القانون الوضعي في المبحث

الثالث أما في المبحث الرابع فنتطرق للإنعاش الاصطناعي في نقل الأعضاء من جثث الموتى.

المبحث الأول

كيفية التأكد من الوفاة

الموت هو اللحظة الحاسمة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الحياة ويستقبل الآخرة، ورغم بديهية المقصود بالوفاة إلا أن تحديد لحظتها أثار جدلا فقهيا واسعا، ليس فقط بين علماء الطب و الشرع والقانون لكن بين كل طائفة بحد ذاتها من هؤلاء، إذ يتمحور هذا الخلاف حول تحديد اللحظة الحقيقة التي غادرت فيها الروح الجسد[1].

إن التحقق من الوفاة يعد من أهم المسائل التي تثور في مجال نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء ذلك أن إجراء هذا النقل سيستلزم التحقق الأكيد من وقوع الوفاة ابتداء.[2]

ولكي يتمكن الجراح من القيام بعملية نقل عضو من جثة ميت إلى جسد إنسان حي لابد من التأكد من الوفاة.[3]ومشكلة التحقق من الوفاة هي مشكلة حديثة نسبيا كمسألة زرع الأعضاء بمجملها حيث لم يكن تشخيص الموت في العهود القديمة عسيرا، فقد كان مجرد توقف القلب عن العمل والرئتين عن التنفس وبرودة الجسم وقسوة الجثة مؤشرات كافية على تحقق الوفاة. ويعد الخوف من قيام الأطباء بإعلان الوفاة قبل التأكد من تحققها مسألة

---

[1]تدرسيت كريمة : تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، مال منشور بالمجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، المرجع السابق ص365 .

[2]إبراهيم يوسف : المرجع السابق ، ص 56 .

[3]احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 167 .

قديمة أثيرت في نطاق الانتفاع بجثة الميت لأغراض التشريح ،ففي عام 1935 كتب**pommerol** قائلا:« انه يأمل ألا يتعجل الأطباء إعلان وفاة من شاء حظه أن يكون محلا للتشريح بعد وفاته ...». ومع تقدم زراعة الأعضاء زاد الخوف من انتزاع أعضاء أحياء [1] يحكم الأطباء بوفاتهم وهو الأمر الذي أضفى أهمية على التساؤل التالي: متى يعتبر الإنسان ميتا قبل انتزاع أعضاء منه لأغراض الزرع ؟. هل يحدث الموت بتوقف القلب عن النبض، والتنفس عن التردد كما كان الاعتقاد دائما أم أنه يحدث عندما يتوقف المخ عن أداء وظائفه ، لأن العلم الطبي الحديث تبعا لما يقرره الأطباء استطاع إلى حد كبير أن يكشف حقيقة الموت من خلال أجهزة قياس عمل المخ وهو الكشف الذي يجب الاستفادة منه في انقاد حياة مريض من خلال حياة ولت وانتهت.[2]

كما أن تحديد لحظة الوفاة يوضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت وما يترتب عليها من آثار شرعية وقانونية، كالوصية والأحوال الشخصية والإرث. [3]

إلا أن ظهور واستخدام أجهزة الإنعاش الصناعي وتقدم وتطور عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث وزرعها لدى الأحياء قد نبه العاملين بالطب والقانون على حد سواء

---

[1] لقد أثبتت بعض الأبحاث أن الأعضاء المنقولة من إنسان حي تعطي نتائج أفضل من زراعة الأعضاء المنقولة من جثة ميت . راجع في هذا الموضوع طارق سرور : المرجع السابق، ص5 .

[2]إبراهيم يوسف : المرجع السابق ص 56 و محمد عبد اللطيف عبد العال : إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء و مشكلاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ص 168 .

[3]سميرة اقرور: المرجع السابق ، ص 190.

إلى ضرورة [1]مناقشة تحديد لحظة الوفاة في ضوء هذه المتغيرات الجديدة ، ووضع معيار جديد وموحد يتلاءم معها يجمع بين المعيار التقليدي والمعيار الحديث للوفاة، وأمام هذا الشك ثار التساؤل في حكم الأطباء بوفاة الإنسان، هل يترك لهم وحدهم إثبات الوفاة باعتبارها من مسائل الخبرة الطبية أم يتعين على القانون أن يتدخل بحل واضح يحسم مشكلة متى يعتبر الإنسان ميتا.؟

كلها نقاط سيتم التطرق إليها من خلال تق سيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب.

المطلب الأول

التحقق من الوفاة.

يتطلب منا هذا المطلب تعريف الموت وعلاماته سواء عند فقهاء الشريعة أو عند الأطباء، وكذا تحديد موقف التشريعات الغربية والعربية من تحديد لحظة الوفاة من خلال الفرعين المواليين:

[1]إبراهيم يوسف :المرجع السابق ص 56 احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 168

- **الفرع الأول: تعريف الموت.**

إن تعريف الموت من المسائل الضرورية والمهمة، حيث أن تحديده يلعب دورا كبيرا في المجالات القانونية المتعددة وخاصة في المسائل الجنائية، ولذلك من المهم جدا معرفة الموت بشكل دقيق في مجال مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية من عدمها.[1]

ويعرف الموت لغة : أصله مات ، يموت ، ويمات ويميت فهو ميت ضد حي.

والموت اصطلاحا : صفة وجودية خلقت ضد الحياة.[2]

ويعرف الموت بأنه مفارقة الروح الجسد مفارقة تامة.[3]

وعرف كذلك انه انقطاع الحياة وذلك بسبب توقف أجهزة الإنسان الحيوية عن العمل كالجهاز التنفسي، الدموي، العصبي [4] ويعرف الموت في الطب بأنه : نقض الحياة وخروج الروح .[1]

---

[1]حسني عودة الزعال :المرجع السابق ص 105 .إن لفظ الموت اكثر دقة وشمولية من الوفاة لان الموت هو مفارقة الروح عن البدن بحيث لا يبقى جهاز من أجهزة الجسم فيه صفة حياتية أما الوفاة تحصل إلى النفس فهي تفارق الجسد ويكون ذلك عند حصول الموت وكذلك عند المنام لقوله تعالى: «الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى عليها الموت ويرسل الأخرى إلى اجل مسمى "سورة الزمر الآية 41.

[2]افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 375 و حسني عودة الزعال : المرجع السابق ص 109 محمد إبراهيم سعد الناري: موت الدماغ و موقف الفقه الإسلامي منه دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي . الإسكندرية ط 1 ، 2010 ص 8

[3]محمد الشحات الجندي :المرجع السابق ص 12 وعرفه النوري بأنه :" الموت مفارقة الروح " راجع يوسف بن عبد الله: المرجع السابق ص205 و طارق البشري : نقل الأعضاء في ضوء الشريعة و القانون ، مجلة حصاد الفكر ع 113 سبتمبر 2001 ص 18

[4]جلال الجابري: الطب الشرعي و السموم ,الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ط 1, 2002 ص 51 و محمد عمارة: مبادئ الطب الشرعي دار الفكر الجامعي ط 1 1997 ص3. و مديحة فؤاد الخضري و احمد بسيوني أبو الروس :الطب الشرعي و مسرح الجريمة و البحث الجنائي،المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ، ط1،2005، ص 15

وجاء في كتاب الروح: «والصواب أن يقال أن موت النفوس مفارقتها لأجسادها وخروجها منها».[2]

أما بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية فقد عرفه:"مفارقة الحياة الإنسان مفارقة تامة بحيث تتوقف كل الأعضاء بعدها توقفا تاما عن أداء وظائفها".[3]وقال طارق بشري: الموت ليس واقعة طبية فقط إنما هو على ما عبرت عنه فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة حقيقة دينية، فلسفية وواقعة قانونية و حالة اجتماعية.[4]

ومن خلال التعريفات السابقة للموت يتضح أنها تؤكد حقيقة واحدة وهي أن الموت ضد الحياة وبحلوله تغادر الروح الجسد ، وعليه يمكن تعريف الموت بأنه "مفارقة الروح للجسد بحيث تتوقف جميع أعضاء الجسم عن اداء وظائفها المنوطة بها.[5]

وللموت علامات تدل على أن صاحب هذا الجسد قد مات ، وعلامات الموت منها ما ذكر في علم الطب ، ومنها ما[6] ذكر في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة . أما علامات الموت عند الأطباء فهي توقف التنفس والقلب والدورة الدموية ، فاعتبروا أن ذلك

---

[1]ندى عبد الودود محمد عمر : التصرفات الواردة على عملية نقل الأعضاء البشرية و زراعتها _دراسة مقارنة _ رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة عدن 2007 ص 110.

[2] ابن القيم الجوزية ، دار المنار للطباعة و النشر ، ط 1 ، 1999 ، ص 39.

[3]صحيفة الأهرام بتاريخ 9-3-1999، راجع عبد المطلب عبد الرزاق :المرجع السابق ص 133 وافتكار مهيوب: المرجع السابق ص 400.

[4]امير فرج : الموت الإكلينيكي : المرجع السابق، ص 17.

[5]افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 375.

[6]راجع زياد درويش : الطب الشرعي، منشورات جامعة دمشق ط 2 1996 ص 11.

التوقف توقفا لا رجعة فيه ، وهو العلامة المميزة والفارقة بين الحياة والموت. وحدد البعض ثلاث مراحل للموت: ففي الأحوال العادية يحدث ما سمي 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 بعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو لأخر وفي النهاية تموت هذه الخلايا فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي الذي يمثل المرحلة الثالثة للموت.[1]

ففي القران الكريم : قوله تعالى :"**إِن كَانَتْ إِلاَّ صَيْحَةً وَاحِدَةً فَإِذَا هُمْ خَامِدُونَ**' [2]

وفي السنة النبوية : روى عن أم سلمه زوجة الرسول(ص) قالت : دخل رسول الله على أبي سلمه و قد شق ببصره فأغمضه ثم قال ″ **إِنَّ الرُّوحَ إِذَا قُبِضَ تَبِعَهُ الْبَصَرُ**" [3] و عن شداد بن اوس ان الرسول (صلى الله عليه وسلم) :«**إذا حضرتم موتاكم فأغمضوا البصر ، فإن البصر يتبع الروح** ...» .فيدل ذلك على أن "بصر الميت علامة هامة على قبض روح الميت و مفارقتها لجسده[4].

---

[1]عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق ص 128 و جابر محجوب علي : الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية المرجع السابق ص 130

[2] سورة″ياسين الآية 29.

[3]صحيح مسلم شرح النووي كتاب الجنائز باب إغماض الميت والدعاء له، ج 4|7 مشار إليه في ندى عبد الودود المرجع السابق ص 111

[4]بلحاج العربي : المرجع السابق ص 47.

وتوجد علامات ظاهرة يعلمها الناس جميعا ويكفي ظهورها ليتيقن من حصول الوفاة حيث يرى البعض أن الموت زوال الحياة وعلاماته إشخاص البصر وتسترخي القدمان ويعوج الأنف، وينخسف الصدغان ، وتمدد جلدة الوجه فتخلو من الانكماش واسترخاء أعصابه وتمدد رجليه وانفراج شفتيه وتقلص خصيتيه إلى فوق مع تدلي الجلد ".[1]

ويذكر هنا أن الفقهاء وان كانوا اعتمدوا بالعلامات السابقة للحكم على من ظهرت عليه بالموت إلا أنهم في الحالات التي لا يتوقع فيها الموت كالموت فجأة والغريق، فقد اشترطوا التأني وعدم دفنه حتى يتحقق موته بظهور العلامات السابق ذكرها. فجاء في المغنى، وان مات فجأة كالمصعوق أو خائفا من حرب أو سبع أو تردى من جبل انتظر به هذه العلامات حتى يتيقن موته ، ولا يوجد ما يمنع شرعا من التعرف على هذه العلامات بالوسائل الطبية الحديثة المتاحة حاليا.[2]

اصدر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في أكتوبر 1986 م أن الشخص إذا مات تتوقف جميع الأحكام المقررة شرعا على الوفاة إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

---

[1]الشيخ جاد الحق على جاد الحق حكم الميت ، مجلة المحاماة المصرية ع897 س60 القاهرة 1980، راجع يوسف بن عبد الله ص211 وراجع أيضا ندى عبد الودود : المرجع السابق ص 111

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 384 ، 385 وقال الشافعي " واجب إذا مات الميت ألا يعجل أهله غسله لأنه قد يغشى عليه فيخيل إليهم انه مات حتى يروا علامات الموت المعروفة فيه وهو ان تسترخي قدماه ولا تنتصبان وان تنفرج زندا يديه ، والعلامات التي يعرفون بها الموت فإذا رأوها عجلوا غسله ودفنه " مشار اليه في يوسف عبد الله :المرجع السابق ص212 .و خالد محمد شعبان : المرجع السابق ص 75 . و مديحه فؤاد الخضري و احمد بسيوني ابو الروس : المرجع السابق ص15

- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بان هذا التوقف لا رجعة فيه .
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا وحكم الأطباء الاختصاصيون بان التعطل لا رجعة فيه.

فقد أدى هذا القرار إلى فتح الطريق أمام زراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء،[1] ويتبين من ذلك أن موت القلب، وسكون التنفس بالشهيق والزفير، وانعدام الحركة في الجسم هي العلامات المؤكدة على الموت الطبيعي دون اعتماد على الأجهزة الطبية ودون وجودها.[2]

وجاء في فتوى دار الإفتاء المصرية في 05-12-1979. «عند فقدان الجهاز العصبي بخواصه الوظيفية الأساسية، فإن الإنسان يعد ميتا شرعا، و تترتب آثار الوفاة من تحقق موته كلية، فلا تبقى فيه حياة ما لأن الموت هو زوال الحياة ». و قال رئيس الفتوى بالأزهر الشريف:« و لا يجوز التشريح و نقل الأعضاء إلا بموافقة أهل الميت على أن يكون

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق : المرجع السابق ،ص 132، وعلامات الموت أيضا :

- وقوف حركة القلب والتنفس معا لبضع دقائق ،ويجب التحقق من ذلك لان الشخص قد يكون في حالة إغماء ويتوقع بأنه ميت لضعف التنفس والنبض لديه .
- فقد لمعان العينين يحصل بعد الوفاة بسبب تكون طبقة خفيفة من المخاط عليها.
- تأثير العوامل على الجسم فينعدم التفاعل مع العوامل الميكانيكية سواء ماتت الأنسجة أم لا ويبقى التأكد بالعوامل الكهربائية ما بقيت الأنسجة حية.
- بهاتة الجسم بسبب انقطاع الدورة الدموية .
- برودة الجسم بسبب توقف الدورة الدموية وانعدام تأكسد الأنسجة.

[2] راجع في هذا الموضوع جلال الجابري : المرجع السابق ص 51.

ذلك بعد تحقق وفاة الميت بتوقف مخه . أي دماغه . عن أداء وظيفته لا يتوقف قلبه، لأن القلب قد يتوقف و المخ لا زال قائما بوظيفته فلا تتحقق الوفاة ».[1]

وقد أفادت دراسات علمية حديثة انه في أمريكا يدفن خطأ شخص واحد في كل أربع و عشرين ساعة ، وفي بريطانيا خلال 22 سنة دفن 2175 شخصا أحياء . أي موتهم كان ظاهريا فقط . و في أمستردام بهولندا أنقدت جمعية خيرية حياة 990 شخصا في 25 سنة ، كما أن جمعية مماثلة في هامبورج بألمانيا انقدت 107 شخصا في اقل من خمس سنوات .[2]

ومن خلال كل ما تقدم وبعد تعريف الموت وعلاماته يمكن القول أن لحظة الوفاة التي تترتب عليها آثار الموت، هي اللحظة التي تفارق فيها الروح الجسد، ويترتب على ذلك توقف جميع مظاهر الحياة الحياة، كالحركة والتنفس، وفقدان الحس ،ونبضات القلب، ويرى الدكتور محمد البار، أن علامات الفقهاء للموت ستؤدي إلى كارثة حقيقية إذا أخد بها ، فلا شك أن الآلاف حكم عليهم بالموت وهم أحياء حسب هذه التعريفات الفقهية للموت، وقد أدت تعريفاتهم للموت إلى دفن ألاف بل الملايين من الأشخاص الذين أصيبوا بالسكتة .[3]

ولهذا فان تشخيص الموت لا يترك للفقهاء، ولعامة الناس وقد تنبهت الحكومات في العالم اجمع إلى ذلك فأوكلت تحديد الحياة بدءا وانتهاء إلى أهل الذكر في هذا المجال وهم

---

[1] بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 50.

[2] بلحاج العربي : نفس المرجع، ص 51.

[3] وقد قال ابن عابدين... وقد قال الأطباء أن كثيرا ممن يموتون بالسكتة ظاهرا يدفنون أحياء لأنه يعتبر إدراك الموت الحقيقي بها إلا على أفاضل الأطباء، فيتعين التأخير فيها إلى ظهور اليقين بنحو التغيير....يوسف بن عبد الله : المرجع السابق.

الأطباء. ومن الخطورة الأخذ بالعلامات البسيطة التي كان الفقهاء يأخذون بها كعلامات للموت كاسترخاء القدمين وانفصال الكتفين .[1]

غير أن هناك اتجاها معاكسا يذهب إلى ضرورة عدم إيجاد تعريف للموت في القانون لان ذلك يؤذي إلى تقييد الأطباء بالتعريف القانوني ،لان الموت مسالة تعتبر من اختصاص الطب ولان حالات الموت ليست واحدة وهي تتغير من مرحلة إلى أخرى، فمن الصعوبة على القانون أن يجاري هذه المراحل تبعا لتغير المسائل الفنية كما سوف نلاحظ عند التطرق إلى معايير الموت. إلا أن هذا لا يعني أن يترك الأمر إلى الطب في تحديد تعريف الموت وفقا لأهواء الطبيب، بل لابد من وجود لوائح تصدر من الجهات الطبية لغرض توفير الاطمئنان إلى المرضى الذين هم تحت رحمة الأطباء في تحديد الموت.

- **الفرع الثاني : موقف التشريعات من تحديد لحظة الوفاة**

سوف نتطرق لموقف التشريعات الغربية و العربية و كذا موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة على التوالي:

- **الفقرة الأولى – موقف التشريعات الغربية :**

لم يترك المشرع الفرنسي ذلك للطبيب ولم يضع تعريفا محددا للموت، بل وضع بعض القواعد التي يمكن أن يستعين بها الطبيب في تحديد الموت مع الاحتفاظ للطبيب بان

---

[1] زينة غانم :المرجع السابق ص 313 .

يقرر الموت بناء على أية وسيلة طبية أخرى[1] حيث تضمن القرار الصادر من وزير الصحة الفرنسي تحت رقم 243- 4-1968. مجموعة احتياطات يجب على الأطباء مراعاتها للتأكد من حالة الوفاة نص على "...فان التحقق من وفاة شخص تحت الإنعاش الاصطناعي لمدة طويلة يجب أن تحدد بعد أخذ رأي طبيبين احدهما يجب أن يكون بالضرورة رئيس قسم بالمستشفى، والآخر يفضل أن يكون أخصائي جهاز رسم المخ الكهربائي". و تثبت الوفاة عند وجود أدلة متوافقة على أن الأضرار التي أصابت الشخص غير قابلة للإصلاح ونهائية تماما وأنها تتعارض مع القول بكونه على قيد الحياة. والتأكد من الوفاة يستند أساسا على:

- الانعدام التام لأي رد فعل تلقائي واسترخاء العضلات تماما وانعدام الانعكاسات الحدقية.
- الطابع الصناعي الكامل للتنفس باستخدام وسائل الإنعاش.
- عدم إعطاء جهاز رسم المخ الكهربائي لأي إشارة.

وبالتالي إذا توقفت هذه الدلائل الإكلينيكية أو عدم إعطاء جهاز رسم المخ لأية إشارات تقرر التوقف النهائي للوظائف ، وبالتالي تصدر شهادة الوفاة بعد أخذ رأي طبيبين ويوقع محضر إثبات الوفاة من ثلاث نسخ.[2]

---

[1] حسن عودة الزعال :المرجع السابق ص 107 . 108 و 142 . LAURENCE BURNET , OP .CIT .P

[2] احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 192 .193 .

أما المشرع الايطالي فقد نص في المادة 5 من القانون 235 المؤرخ 3-4- 1957 على " أن التأكد من حقيقة الموت يجب أن يتم وفقا للوسائل التي يحددها الأمر الصادر من اللجنة العليا للصحة العامة كما يجب أن تثبت في محضر يوقعه الأطباء الذين تحققوا من الوفاة ".[1]

اشترط القانون الاسباني وبالمرسوم الملكي رقم 426 .02. 1980 والخاص بتطبيق القانون رقم 30 المؤرخ 27 .10. 1979 الخاص بشان استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى توافر الشروط التالية :

- الانعدام التام لأي رد فعل تلقائي والاسترخاء التام للعضلات.
- انعدام انعكاس الحدقية.
- انعدام التنفس.
- التوقف النهائي لأي اثر لنشاط المخ لعدم تلقي جهاز رسم المخ الكهربائي أية إشارة[2].

وقد ذهب قانون ولاية **كنزاس** Kana sas الأمريكية الصادر عام 1970 إلى تعريف الموت بأنه : "توقف جميع الوظائف الحيوية دون أدنى إمكانية لعودتها مرة أخرى."ويرى البعض أن وجود هذا التعريف للموت في التشريع يؤذي إلى طمأنة الرأي العام والأطباء على حد سواء ، وخاصة في حالة نقل الأعضاء البشرية ، خاصة أن أعضاء الإنسان لا

---

[1]نفس المرجع ، ص 195 .

[2]– احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 197.

تموت في وقت واحد، فالشك قد يراود الطبيب الذي يقوم باستئصال أحد الأعضاء البشرية إضافة إلى ذلك فمن حق الطبيب أن يحتمي بالقانون في حالة تعرضه للمسؤولية القانونية أو الأخلاقية من خلال تعريف الموت الذي جاء به التشريع الذي يقدم الطمأنينة له. [1]

- **الفقرة الثانية– موقف التشريعات العربية:**

من بين التشريعات العربية التي لم تضع تعريفا للموت المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 58 . 1986، لم يعرف الموت وترك ذلك للأطباء حسب الأدلة العلمية التي تنتهجها الدول،وقد أخذ بنفس هذا الاتجاه القانون السوري رقم 31 لسنة 1972، [2]والمرسوم اللبناني رقم 1442 – 1984.[3]

- **الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري:**

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للموت باستثناء ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنته بموته". وينظر القانون الجزائري للوفاة على انها واقعة. فقانون الحالة المدنية[4] يلزم بالإبلاغ بالوفاة خلال 24 ساعة من حدوثها وهو ما نصت عليه المادة 2/79. ولا يتم قيد الوفاة في سجلات الحالة المدنية[5]،

---

[1]– حسني عودة الزعال : المرجع السابق ص 106 ، 107

[2]– نفس المرجع ص 106

[3]– محمد يوسف :المرجع السابق ص 36، 37

[4] راجع المادة 25 من القانون رقم 5–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وأنظر أيضا المواد 109 و 115 من قانون الاسرة الجزائري ونفس النص تبناه كل من المشرع الأردني في المادة 30–1 من القانون المدني الأردني والمادة 29–2 من القانون المدني المصري.

[5]نصت المادة 26 من القانون المدني الجزائري على انه "تثبت الولادة و الوفاة بالسجلات المعدة لذلك".

ولا يتم الدفن إلا بعد تقديم شهادة الوفاة وسببها، والتي تكون صادرة من الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية المكلفة بالتحقيق في الوفاة وهذا طبقا لأحكام المادة 78 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

وبعد توضح مفهوم الوفاة وموفق التشريعات المقارنة من كيفية تحديدها، لابد من التعرف على المعايير المعتمدة لتحديد الوفاة.

المطلب الثاني

معايير تشخيص الموت

اختلفت التشريعات التي نصت صراحة على معايير تحديد لحظة الوفاة، فهناك قوانين تبنت معيارين على وجه الاختيار، يفوض في ظلها للطبيب إعطاء تشخيص من اثنين:

- إما توقف القلب والتنفس بشكل يستحيل معه إعادة تشغيلهما بالنظر لمصدر الإصابة أو لفوات الأوان،(المعيار التقليدي) ولا يزال يشكل الأساس في تشخيص حالات الموت بنسبة 99.2 من مجموع الوفيات في الدول الأوروبية وأمريكا وكندا.[1]
- تعطل نشاط الدماغ وفشل الآلات في استعادة وظائفه بعد التأكد من ذلك بواسطة الاختبارات المتوفرة (المعيار الحديث).

[1] محمد البار : موت الدماغ، بحث مقدم لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المؤتمر الثالث، الأردن 1986 منشور في مجلة المجمع ،الجزء 2 ،العدد3 1987، ص 546 ، مشار إليه في حسن عودة الزعال : المرجع السابق ص 112.

في حين هناك دول تبنت معيار توقف القلب والتنفس بينما تبنت دولا أخرى معيار موت الدماغ.[1]

- **الفرع الأول : المعيار التقليدي:**

ويعتمد هذا المعيار في تحديد لحظة الموت على توقف الجهاز التنفسي و القلب عن العمل، إذ يعد الإنسان ميتا حال توقف التنفس والدورة الدموية في جسده ، إذا ما كان هذا التوقف كاملا ونهائيا لا رجعة فيه، ولا يمكن استثارته مرة أخرى وبأي وسيلة كانت.[2] ويمكن التأكد من توقف القلب بحبس الشريانات الرئيسية، أو بعدم سماع النبض، أما الجهاز التنفسي يمكن الاستدلال على توقف وظائفه من خلال ملاحظة حركة الصدر وعدم سماع صوت التنفس من خلال السماعة الطبية، أو من خلال وضع مرآة أمام الأنف أو الفم ، فإذا لم يستو من البخار وجه المرآة يمكن عندها استنتاج انقطاع التنفس.[3]

---

[1] سميرة اقرور :المرجع السابق، ص 213. ونشرت صحيفة الجمهورية المصرية ، خبرا يوم 5 جانفي 1989 تحث عنوان " تعود للحياة بعد موتها " مفاده أن عجوزا تدعى (كالينين بالا بال) توفيت يوم 31- 12- 1988 فنقلت إلى المكان المخصص لإحراق جثث الموتى في الهند في قرية (مالانكا ولاية جوجارات) إلا أنها نهضت وعادت إليها الحياة مجددا . كما نشرت صحيفة الثورة في أواخر ديسمبر 1988 تحت عنوان : " عادت من الموت ثلاث مرات " ونشرت صورة الشخص المذكور الذي أعلن عن وفاته أكثر من مرة ، وفي كل مرة يتم فحص دماغه وجهازه التنفسي ويظهر أنهما قد توقفا ثم تعود له الحياة الأمر الذي ولد الحيرة لدى الأطباء في سر الحياة . مشار إليه في منذر الفضل:المرجع السابق ص 121-122.

[2] هيثم حامد المصاروة: المرجع السابق ص 173 ،عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 148 ، عبد المعطي الخيال: المرجع السابق ص119 و سميرة اقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق ص 339- 340 و عادل عبد الحميد : المرجع السابق ص 143.

[3] إبراهيم يوسف : المرجع السابق ص 57 . راجع أيضا في هذا الموضوع صفاء محمود : المرجع السابق ، ص 104.

توقف هذه الأجهزة تسبقه إشارات منها فقدان الوعي، والتبول أحيانا، وإفراز غير إرادي ثم تبدأ عملية توقف الأجهزة، والذي يؤدي إلى حرمان الجسم من الأوكسجين فتموت خلايا الجسم و يبقى بعضها حيا لفترات معينة بعد توقف القلب ، و حتى خلايا القلب تبقى حية لعدة دقائق بعد الموت، و لهذا يمكن إعادة القلب إلى عمله بعد توقفه عن طريق تدليك عضلة القلب، أو الصدمة الكهربائية ، و التنفس الاصطناعي ثم يعود القلب إلى عمله و الإنسان إلى وعيه إذا كان سبب الوفاة يسمح بذلك. و هذه المرحلة تسمى عند الأطباء فترة الاحتضار التي يمكن فيها انقاد حياة الشخص الذي كان يعتبر فيها من الموتى، أي (الموت الظاهري) لان خلايا المخ تبقى حية على الرغم من توقف أجهزة الجسم الأخرى .[1] و قد سار على هذا المعيار اغلب الفقه المعاصر، وبعض الأطباء ،على اعتبار أن الإنسان إذا مات انقطعت عنه الحياة و لا تعتبر الحياة منتهية إلا بظهور علاماتها[2].

- **الفقرة الأولى: التشريعات الغربية**

أخذ قديما بهذا المعيار المشرع الفرنسي، حيث أحالت التشريعات الفرنسية إلى وزير الصحة تحديد الأساليب الواجب على الأطباء إتباعها لتشخيص حالة الوفاة، فصدر القرار رقم 32 لسنة 1948 يتضمن أسلوبين يتأكد من خلالهما الأطباء من حدوث الوفاة وهما :

---

[1]حسن عودة الزعال : المرجع السابق ص 113 ،هيثم حامد المصاروة :المرجع السابق ص 174، محمد لافي : المرجع السابق ص 249 . وقد عرف الأستاذ Vigoureux الموت الظاهري بأنه التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة: التنفس، النبض، خفقان القلب لشخص مازال حيا لكنه يظهر بمظهر الميت ولذلك لا يجوز استقطاع أي عضو من جسم هذا الشخص لأنه لا يعتبر ميتا . راجع احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 171.

[2]راجع علامات الموت ص287 من هذه الرسالة.

- قطع أحد الشرايين للتأكد من توقف الدورة الدموية.
- الحقن بمادة الفلوروسين تحت الجلد للتأكد من انتشارها بالعين.[1]

أما المشرع البلجيكي لم يحدد معيارا لتعريف الموت ،و اعترض الفقه البلجيكي على ذلك لان المسألة تعتبر طبية أكثر منها قانونية و يجب أن يترك ذلك لضمير الأطباء .[2]

- **الفقرة الثانية – التشريعات العربية**

تبنى المشرع السوري في تحديد لحظة الوفاة هذا المعيار، حيث تضمن القانون رقم 31 لسنة 1972 المتعلق بنقل الأعضاء و غرسها في المادة الخامسة منه أنه " لا يجوز فتح الجثة ولا نقل أعضاء منها، إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير أصولي من لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء وفق التعليمات التي تعدها وزارة الصحة .[3]

أما التشريع المصري، فلم يتضمن القانون المدني المصري أي نص بشأن تعريف الموت تاركا ذلك للطبيب، وفق تقديره المطلق وأصول مهنته الطبية ،حيث أشارت المادة 1/32 من قانون الأحوال المدنية رقم 26 لسنة 1960، المعدل بالقانون 158-1970 على

---

[1]محمد لافي: المرجع السابق ص 249، سميرة أقرور : المرجع السابق ص 213.

[2] الخولي: المرجع السابق ص 248.

[3]حيث جاء في مرسوم 20- 10-1947 على أنه « في المستشفيات التي يحددها وزير الصحة يجوز لرئيس القسم الجراحي إذا رأى هناك مصلحة علمية أو علاجية تستلزم تشريح جثة أو استئصال أجزاء منها، أن يقرر ذلك فورا دون انتظار الإذن من الأسرة و في هذه الحالة يجب أن يتأكد من الوفاة طبيبان من المستشفى و ذلك بواسطة الوسائل و الأساليب التي يحددها وزير الصحة» راجع احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 170 ، و الخولي : المرجع السابق ص 248. محمد لافي : المرجع السابق ص 251 ، سميرة اقرور : المرجع السابق ص 214.

الإجراءات الخاصة بقيد واقعة الوفاة والتي تتم وفق تقرير من مفتش الصحة المختص محليا، بعد توقيع الكشف الطبي على الجثة بمعرفته.[1]

ونص المشرع الإماراتي في المادة السادسة على أنه : "يتم التحقق من الوفاة بصورة قطعية بواسطة لجنة تتشكل من ثلاثة أطباء متخصصين،ممن يوثق فيهم من بينهم طبيب متخصص في الأمراض الصعبة، على ألا يكون من أعضاء اللجنة الطبية المنفذ للعملية وترك ذلك لأهل الاختصاص.[2]

غير أن هذا المعيار أصبح غير كاف، وقد انتقد انتقادا شديدا،وأبرز ما يؤخذ عليه هو عدم دقته، ذلك أن توقف القلب عن العمل و توقف التنفس لا يدل على الموت الحقيقي فهو ليس إلا موتا ظاهريا. بحيث يمكن إعادته إلى عمله الطبيعي بواسطة أجهزة الإنعاش أو الصدمات الكهربائية. [3]

نستنتج أنه لا يعد الإنسان وفقا لهذا المعيار ميتا إذا كان قلبه ينبض وجهازه التنفسي ما زال يعمل ولو عن طريق الأجهزة. كما لا يعد الإنسان ميتا إذا ما توقف قلبه و تنفسه عن العمل مؤقتا لأي سبب كان، فقد بات الطب قادرا على التغلب على هذا التوقف المؤقت أو إعادة هذه الأعضاء والأجهزة للعمل وبالتالي إعادة الإنسان إلى الحياة .

---

[1]محمد لافي : المرجع ص 249 ، سميرة اقرور : المرجع السابق ص 214 .

[2]عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق، ص 44 .

[3]حسن عودة الزعال: المرجع السابق ص 114، عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 148، إبراهيم يوسف: المرجع السابق ص 57

ويعتبر هذا المعيار ثابت عند الأطباء، و يمكن على أساسه استئصال الأعضاء، حال تحقق الطبيب من أن الاستئصال يتم من جثة لا من جسد إنسان حي، [1]ويضاف إلى ذلك إن هذا المعيار لا يصلح لإجراء عمليات نقل بعض الأعضاء كالقلب والكبد لان هذا النوع من هذه العمليات يتطلب سرعة استئصال هذه الأعضاء قبل أن تفقد قيمتها البيولوجية. فالقلب[2]إذا ماتت خلاياه أصبح غير صالح لزرعه في جسد شخص آخر. كما أنه لا توجد بالنسبة للكبد أجهزة يمكنها أن تؤدي وظيفته مؤقتا إذا لم يتم استئصاله بسرعة، كذلك يجب إلا يقوم الجراح باستئصال هذه الأعضاء إلا بعد التأكد التام من موت المتبرع، وإلا سئل جنائيا عن قتل عمد.[3]وعليه فلا فائدة من استقطاع مثل هذه الأعضاء، لبداية تحللها بعد توقف القلب والدورة الدموية. لذا يجب التأكد من حصول الموت بشكل قطعي،[4] لان استئصال العضو البشري دون التأكد من حصول الموت يعتبر جريمة حسب وجود القصد الجنائي من عدمه.

---

[1]هيثم المصاروة : المرجع السابق ص 174.

[2] نظرا لصعوبة الحصول على قلب بشري و لكلفة إجراء هذه العمليات و نظرا للرغبة في انقاد العديد من المرضى من خطر الموت فقد أجرى الأطباء في عام 1984 عملية زرع قلب صناعي لطبيب الأسنان الأمريكي **بارتي كلاك** لم يعش بالقلب الصناعي أكثر من 111 يوما ، راجع عمر قارون الفحل : زراعة الأعضاء في القانون ، بحث منشور في مجلة المحامون السورية العدد 53 بتاريخ 7.9. 1988 ص 30إلى 62 مشار اليه في حسنى عودة الزعال : المرجع السابق ص 11.

[3]أحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 172.

[4]حسن عودة الزعال :المرجع السابق ص 115.

وبالنظر لما تقدم تظهر الحاجة إلى معيار جديد يتضمن احترام الحياة الإنسانية و يحفظ القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله.و هو المعيار الذي سنتطرق إليه في الفرع الموالي:

- **الفرع الثاني : المعيار الحديث**

نظرا للنقد الذي وجه للمعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة الذي يقوم على توقف القلب والجهاز التنفسي عن العمل، والمتمثل في وعدم ملائمته في الوفاء باحتياجات نقل الأعضاء من الأموات فقد اتجهت غالبية الآراء إلى الأخذ بمعيار جديد للموت يربط بين موت خلايا المخ بما فيها جدع المخ و بين وفاة الشخص، حتى و أن استمرت بعض أعضاء الجثة تعمل مثل القلب و الرئتين.لأنه عندما تموت خلايا المخ فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة ومن تم عودة الإنسان إلى الحياة الطبيعية، [1] و ما بقاء القلب حيا في هذه الحالة إلا ضربا من ضروب الإنعاش الاصطناعي لغايات المحافظة على القيمة التشريحية و البيولوجية لهذه الأعضاء.[2]

قد ظهر هذا المعيار بعد اكتشاف الأجهزة العلمية والطبية الحديثة التي بواسطتها استطاع الأطباء تحديد اللحظة الفاصلة بين الموت و الحياة،[3] و تجدر الإشارة إلى أن الأطباء قد اختلفوا حول مدى صلاحية موت الدماغ ، أو جدعه كأساس لتحديد لحظة

---

[1] عبد المعطي خيال : المرجع السابق ص 121، عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 149 و صفاء محمود : المرجع السابق ص 105 وعادل عبد الحميد : المرجع السابق ، ص 114 .

[2] إبراهيم يوسف : المرجع السابق ، ص 58 .

[3] حسن عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 116 .

الوفاة المجيزة لنقل العضو من المتوفى و إذا كان الأمر كذلك وجب التطرق إلى موقف كل من الأطباء و كذا الفقه الغربي و فقهاء القانون في الدول العربية و كذا موقف فقهاء الشريعة المعاصرين من موت الدماغ .

- **الفقرة الأولى : موقف الأطباء من موت الدماغ**

إذا نظرنا إلى موقف الأطباء من موت جذع المخ أو موت الدماغ [1] بأكمله نجد أن هناك خلاف شديد بينهم حول ما إذا كان موت جذع المخ أو موت الدماغ بأكمله موتا من الناحية الطبية أم لا ؟ وانقسموا إلى اتجاهين.[2]

- **الاتجاه الأول:**

يرى أصحاب هذا الاتجاه[1] أن موت الدماغ هو موت محقق لا رجعة فيه. فأول من نبه إلى الموت الدماغي المدرسة الفرنسية [2]عام 1959 و أسمته مرحلة ما بعد الإغماء، تم

---

[1] راجع في موت الدماغ ، عبد اللطيف موسى عثمان : قضايا طبية معاصرة القاهرة 2010 ص 67.
أما المقصود بالسكتة الدماغية هي 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 أو حدوث نزف دموية نتيجة ارتفاع ضغط الدم ويؤذي ذلك إلى موت بعض خلايا الدماغ في المساحة المتضررة ويترتب على ذلك حدوث إعاقة في وظيفة معينة في الجسم. راجع إبراهيم صادق الجندي: الموت الدماغي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض ط 1 ، 2001 ص 44 .و انظر أيضا ندى عبد الودود: المرجع السابق ص 112. و انظر الإشكالية المتعلقة بمعيار تحديد الوفاة ، مجلة الحوادث القطرية ع 7783 تاريخ أكتوبر 2009. ومن تم تختلف السكتة الدماغية عن موت جدع المخ ،لأن موت الدماغ يؤذي إلى تلف جدع المخ ويترتب عليه أضرار أكبر من تلك المترتبة على السكتة الدماغية كما أنه قد تم في الوقت الحاضر علاج كثير من حالات السكتة الدماغية وإعادة تأهيلها .افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 390 .

[2] فمن الدول التي تعترف بموت الدماغ مع اختلاف في التفاصيل ، الأرجنتين ، النرويج ، استراليا اسبانيا ،النمسا، كندا، تشيكوسلوفاكيا ، الولايات المتحدة الأمريكية 33 ولاية ، فرنسا ، المكسيك و ايطاليا . أما الدول التي تعترف بموت الدماغ دون وجود قانون : بلجيكا ، ألمانيا ، الهند بريطانيا ، هولندا جنوب إفريقيا ، كوريا الجنوبية ، تايلاند ، سويسرا و بقية دول الولايات المتحدة الأمريكية ، بوليفيا البرازيل ، بيرو، كولومبيا ، فنزويلا ، ارجواي و تركيا . و كذلك الدنمرك و اليابان والسويد والدول الإسلامية. راجع عبيد الفتلاوي، الرجع السابق، ص150.

أعقبتها المدرسة الأمريكية والمتمثلة في لجنة (أدهوك) من جامعة Harvard حيث وضعت خمس علامات لموت الدماغ وهي :

- الإغماء الكامل و عدم الاستجابة لأي مؤثرات.
- عدم الحركة لمدة ساعة على الأقل.
- عدم التنفس التلقائي.
- عدم الاستجابة.
- عدم وجود أي نشاط في رسم المخ الكهربائي ESG.

حيث اثأر هذا القرار جدلا في الدوائر الطبية والقانونية، ففي عام 1971 حصل تطور مفهوم موت الدماغ ، و ذلك بأن تلف جذع الدماغ تلفا لا رجعة فيه يشكل نقطة اللاعودة. وفي عام 1977 اجتمعت لجنة من كبار الأطباء المختصين في بريطانيا وأصدرت تعريفا لموت الدماغ ثم في عام 1981 اصدر الرئيس الأمريكي **(ريجن)** أمرا بتشكيل لجنة من كبار الأطباء والقانونين ، و علماء الدين من عندهم لدراسة موضوع موت الدماغ، و

---

[1]من أصحاب هذا الاتجاه د حمدي السيد و د إسماعيل سلام و د محمد علي البار انظر ندى عبد الودود : المرجع السابق ص 112

- Voir :Garut (Reanaud) « Réanimation, arrêt cardio-respiratoire et fin de vie : Comprendre de quoi nous parlons», in éthique, médecine et société, sous la direction de Emmanuel HIRSCH, Espace éthique, 2007, pp 828-834

[2]حسنى عودة الزعال : المرجع السابق ص 118 ،عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 150 ، يوسف بن عبد الله: المرجع السابق ص 259.

أصدرت قرارها في يوليو 1981 بالاعتراف بموت الدماغ ، حيث وافقت عليه 33 ولاية الى غاية 1982 وبقيت الولايات الأخرى تعتمد المعيار التقليدي. [1]

و يرى أصحاب هذا الاتجاه انه إذا توقف الدماغ بأكمله و جدعه تماما عن العمل نتيجة إصابة بالغة، [2] ودخل المريض في غيبوبة عميقة و نهائية ، و توقف عن التنفس العفوي أصبح في عداد الأموات حتى لو استمر القلب والتنفس يعملان بواسطة أجهزة الإنعاش الاصطناعي، فان هذه الحياة حياة اصطناعية ، وهذا ما يسمى بمرحلة الغيبوبة النهائية (**deepcoma**) وهذه الحالة تختلف عن الغيبوبة العادية **coma** والتي تعني بقاء خلايا المخ سليمة دون عطب، و لكن المريض يبقى فاقدا لكل إدراك و قدرة على الاتصال بالعالم الخارجي. و يعتبر المريض هنا إنسانا سليما و يتم ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعي لانقاد حياته و بالتالي تبقى خلاياه الدماغية حية.و يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن كل من أصيب بموت الدماغ انتهى به الأمر مع بذل كل الإمكانيات الطبية الحديثة إلى نقطة اللاعودة . و في دراسة في إحدى المستشفيات بالكويت دخل في العناية المركزة خلال خمس سنوات اثنتان وستون حالة وكانت الفترة بين تشخيص موت الدماغ ونهاية الموت الجسدي بتوقف القلب كالآتي :

- 36 حالة في الأسبوع الأول .
- 18 حالة في الأسبوع الثاني .

---

[1] يوسف بن عبد الله: المرجع السابق، ص325.

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 173

- 08 حالات بعد الأسبوع الثاني.

وفي حالة نشرتها مجلة "**new England journal**" الطبية في 07 جانفي 1982 أن شخصا توفي فجأة أثناء مشادة وتوقف قلبه وتنفسه وأدخل المستشفى بعد الإسعاف السريع، واستمر تحت أجهزة الإنعاش الاصطناعي ، وفي اليوم الثالث أوضحت كل الفحوصات أن دماغه قد مات واستمر التنفس الاصطناعي وليروا متى يتوقف القلب عن النبض، واستمر بوسائل الإنعاش لمدة 68 يوم بعد موت دماغه ولم يتوقف عن النبض إلا بإيقاف الأطباء لوسائل الإنعاش الاصطناعي، وهي أطول مدة مسجلة وموثقة.[1]

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحياة الإنسانية هي حياة جسد بأعضاء متكاملة فيما بينها، تعمل بتنسيق كامل و تام لتحقيق هدف واحد هو مصلحة الجسد بأكمله و ليس مجرد حياة أعضاء موجودة مع بعضها بدون تناسق بينها ، ولا يمكن استمرارها في الحياة إلا بدعم أجهزة الإنعاش الاصطناعي ،[2] و لا يمكن اللجوء إلى استئصال الأعضاء من الميت دماغيا إلا بعد إعلان الوفاة الدماغية . ويجب على الفريق المعالج المحافظة على أعضاء الميت دماغيا حتى تبقى صالحة للزراعة من خلال إبقاء وحقن الميت بالسوائل و إخراج البول و المحافظة على حرارته الطبيعية، و قبل القيام بعملية الاستئصال يتم التأكد من صلاحية الميت دماغيا و ذلك بسلامته من الأمور المانعة من التبرع كالإصابات بالبكتريا،

---

[1] محمد البار: موت القلب أو موت الدماغ : المرجع السابق ص 99_100 وانظر يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ص 225، 226.

[2] افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 392 ،393

فقر الدم الحاد، مرض السكر المزمن، مراعاة السن وعند البداية بعملية استئصال أعضاء الميت دماغيا فإنه يجب العناية بالدورة الدموية و ضغط الدم يتم استئصال الأعضاء بالترتيب وفقا لتأثر كل عضو بفقدان الدم فنبدأ بالقلب أو بالقلب و الرئتين ثم الكبد ، ثم الكلى .

و يمكن توضيح المدة التقريبية لبقاء العضو سليما بدون تروية دموية من خلال الجدول الآتي[1]:

العضو	مدة بقاءالعضو بدون تبريد	مدة بقاء العضو بعد التبريد
الدماغ	مدة أقصاها 4 دقائق	عدة ساعات
القلب	بضع دقائق	ساعتان
الكبد	8 دقائق	8 ساعات
الكلى	45 دقيقة	72 ساعة
البنكرياس	20 دقيقة	12سا و72 ساعة لجزء منه
الجلد	24 ساعة	
العظام	24 ساعة	
القرنية	24 ساعة	بالتجميد يبقى لفترة طويلة

- **الاتجاه الثاني** :تختلف آراء الأطباء الذين يساندون هذا الاتجاه و هي على التوالي :

[1] يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ص 329 و ما بعدها .

- يرى الدكتور مصطفى محمد الذهبي : أستاذ بكلية الطب بجامعة القاهرة ، أن موت المخ أو جدع المخ ليس كافيا في القطع بموت الإنسان و أنه أمر غير مستقر علميا و لا ينهض أن يكون حقيقة علمية ثابتة فيعتد بها.[1]
- د.صفوت حسن لطفي أستاذ التخدير بطب القاهرة فيرى أن موت الدماغ لا يعني موت الإنسان ويرى أن وسائل تشخيص الموت الدماغ ليست قطيعة في ثبوت الوفاة الدماغية .[2]
- د. سهيل الشهري يرى أن لحظة الموت هي لحظة نزع أجهزة الإنعاش و توقف القلب.[3]
- د. رؤوف محمود سلام أستاذ الجراحة في عملية الطب بجامعة الأزهر يقول : " أن موت الدماغ إنما يعني موت عضو من أعضاء الإنسان و هو الدماغ ولا يعني موت الإنسان و يقول أيضا "أن موت أهم أعضاء الجسم لا يعني موت الجسم كله ، فالمخ جزء من الجسم و ما يخص الجزء لا ينسحب على الكل وهذه المسألة منطقية مفروغ منها."[4]

---

[1] علي محمد علي احمد : معيار تحقق الوفاة – الموت الرحيم – دار الفكر الجامعي الإسكندرية ط 1 2007 ص 131

[2] انظر تعريف الموت في الدين الإسلامي – صفوت حسن لطفي المرجع السابق : ص 2 ، 5 مشار إليه في يوسف بن عبد الله :المرجع السابق ص 262

[3] انظر موت الدماغ المأزق والحل ، بحث مقدم للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 1417 هـ ندوة التعريف العلمي الطبي للموت ص21 مشار إليه في يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ص 262

[4] نفس المكان

واعترض أصحاب هذا الاتجاه على مفهوم الموت الدماغي بحيث يرون أن موت الدماغ ليس نهاية حياة الإنسان و ذلك لعدة اعتبارات منها:

1- أن العديد من الحالات ممن توافر فيهم شروط تشخيص موت الدماغ لايزال لديهم ما يدل على استمرار بعض وظائف الدماغ في أداء وظائفها ، و استمرار الحياة و من تم تكون جميع العلامات و الاختبارات التشخيصية التي تم بها إثبات موت الدماغ مشكوك فيها ، فقد تبت ما يلي :

- استمرار الأفعال المنعكسة كالسعال و القيء .
- استمرار النشاط العصبي و العضلي ، و الارتعاشات العضلية ، و الحركات المعقدة للأعضاء، و ثني الذراعين و إبعادهما .
- الاستجابات المنعكسة في النشاط الدموي على شكل ارتفاع في معدل النبض، و في ضغط الدم .
- الشخص الميت دماغيا يمكن أن يظل متحفظا بما يسمى الحياة الخاملة (الخضرية) بمعنى أن أظافره وشعره يطول ، و أن جهازه المعوي ، يمكن أن يهضم الطعام.[1]
- أن موت دماغ امرأة حامل لا يمنع استمرار نمو الجنين ، ففي العديد من حالات الغيبوبة التي جرى تشخيصها نهائيا كموت الدماغ و كانت ألام حاملا جرى متابعة الجنين فيها لمدة بلغت أكثر من خمسة أشهر، حيث نمى الحمل بشكل طبيعي ، و

[1]والدول التي تعترف بموت الدماغ هي: الدنمرك، اليابان، بولندا، السويد، الدول الإسلامية،. أنظر عبيد الفتلاوي: المرجع السابق، ص150.

تمت الولادة بعملية قيصرية ولعل ذلك يؤكد أن نمو الجنين في هذه الحالات ما كان ليتم إلا لاستمرار الحياة في جسد الأم.

2- أن تعريف الموت الدماغي يختلف كثيرا بين الدول (كالولايات المتحدة الأمريكية و كندا والمملكة المتحدة)، وهذا يعني انه قد تعد الحالة موتا دماغيا في بلد دون بلد آخر، كما أن معايير موت الدماغ قد تكون مقبولة في إحدى المناطق أو الولايات دون باقي الولايات كما في الولايات المتحدة الأمريكية.[1]

فقد اعترف الدكتور **RM TAYLOR** بأن :«موت المخ هو عرف حديث مصطنع لأغراض نفعية أهمها السماح بنقل الأعضاء ، بينما المفهوم الواضح هو أن الموت عملية بيولوجية و أحسن تعريف للموت هو انه الحدث الذي يؤدي إلى تحلل الجسم ، و المعيار الصحيح للموت هو «التوقف المستديم للدورة الدموية » [2]كما انه في عام 2004 استطاعت **سارة . سكانتلين** أن تتكلم لتعلنها للعالم كله أن مرضى جدع المخ ما هم إلا أحياء عاجزين

---

[1]هيثم المصاروة : المرجع السابق ص 182 ، ويضيف أصحاب هذا الاتجاه بأن وجود دلائل استمرار مظاهر الحياة هذه يؤذي إلى اضطرابات نفسية عميقة لدى بعض العاملين في فريق نقل الأعضاء الأمر الذي حدا ببعض المراكز والمستشفيات إلى تعيين أطباء نفسيين لتهدئة وبث الطمأنينة عند طاقم الجراحة بعمليات استئصال الأعضاء فضلا عن أدائه ثم تخدير مرضي موت الدماغ وحقنهم بمرخيات العضلات لتجنب ردود الأفعال الانعكاسية والحركات المفاجئة والتي قد تضر بسير العملية الجراحية. راجع هيثم المصاروة : نفس المرجع ص 183.

[2]افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 394 ،395 و ندى عبد الودود : المرجع السابق ص 112 وما بعدها هيثم المصاروة : المرجع السابق ص181 في حين يأخذ الأطباء في بريطانيا وبعض الدول بتعريف موت جدع الدماغ ، أما الأطباء في الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول تأخذ بتعريف موت كل الدماغ ،ويطالب أطباء عديد ون لدول مختلفة بالأخذ بموت وظائف الدماغ العليا . راجع هيثم المصاروة :نفس المرجع ص 179.

عن تحريك أعينهم و ان هناك مناطق بالمخ يمكن أن تستعيد نشاطها بعد 18 سنة أو بعد 20 سنة من التوقف الكامل . [1]

وقد أعرب أطباء الطب الشرعي و على رأسهم الدكتور فخري صالح عن معارضتهم لما سمي بموت المخ و ذلك في مؤتمر جمعية العلوم الطبية في 27-09-1995 ، و أكدوا إصرارهم على التمسك بالمفهوم الشرعي للوفاة . وهو توقف الدورة الدموية و التنفسية تم توقف باقي أجهزة الجسم عن العمل. [2]

ويمكن التأكد من موت الدماغ بعد تشخيص طبي يكشف عن علامات موت الدماغ.[3] فالحد الفاصل لاعتبار المريض ميتا هو التشخيص و التأكد من حدوث الموت جذع المخ . و يجب أن تستبعد جميع الحالات المشابهة لحالات موت جذع المخ ، كحالة التسمم بالمهدئات و المخدرات أو انخفاض حرارة الجسم[4] بالإضافة إلى إمكانية حدوث أخطاء بشرية في تشخيص موت الدماغ [5] والأمر الذي يزيد الشك هو ما سجلته وسائل الإعلام الغربية عن حالات عادة فيها الحياة مستقرة الى من وقعوا في غيبوبة تامة فسرت من قبل أطباء ماهرين على أنها موت دماغي.[6]

---

[1] منال موسى: المرجع السابق، ص 92.

[2] منال موسى :نفس المرجع ص 85 – 88 .

[3] علي محمد علي: المرجع السابق، ص123.

[4] راجع علامات موت الدماغ مشار إليها في الاتجاه الأول ص 300 من هذه الرسالة.

[5] لمزيد من التفصيل راجع رمضان الغمري :المرجع السابق ص 105 – 107.

[6] يرى المركز السعودي لزراعة الأعضاء أن نتيجة تشخيص الوفاة الدماغية نتيجة صحيحة 100 / 100 فجاء في تعريف الموت من الناحية الطبية الذي صدر عن المركز السعودي " إن مبدأ تشخيص الوفاة الدماغية مبدأ ثابت له معاييره

ويقول الدكتور **محمد البار** في حديثه عن تشخيص موت الدماغ "حصلت أخطاء على مستوى الأطباء بل على مستوى الأخصائيين من الأطباء في اكثر دول العالم تقدما". و قد قدم التلفزيون البريطاني bbc حلقة مثيرة في برنامج بانوراما عن موضوع موت الدماغ في 13 – 10– 1980، تحدثت فيها فتاة أخدت بعض الحبوب المنومة فأغمي عليها و توقف تنفسها و وضعت تحت أجهزة الإنعاش المعقدة ، و في المستشفى أعلن الأطباء أن دماغها قد مات و أن تنفسها قد توقف و تخطيط المخ الكهربائي EEG لا يشير إلى أي ذبذبات أو موجات آتية من دماغها، و لذا أعلنوا موتها و رفض أهلها هذا التقرير و جاءت مجموعة أخرى من الأطباء وواصلوا استخدام أجهزة الإنعاش فتنفست الفتاة طبيعيا تم أفاقت الفتاة من غيبوبتها تم ذهبت إلى محطة التلفزيون لتروي كيف أنها كانت تسمع الأطباء و هم يتجادلون ثم سمعتهم و هم يقررون وفاتها وهي في غيبوبتها العميقة. فلاحقا فالأخطاء التي تحدث تدل غالبا عن عدم إتباع الخطوات المطلوبة في التشخيص و في الفحص و يكاد يجمع الأطباء الأخصائيين في هذا المجال ،أن الإنسان يموت عندما تتوقف الدورة الدموية في الدماغ ، لان مراكز الدماغ هي التي تتحكم في الحيوية فيمكن سحب أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، لان الحياة لا يمكن أن تستمر أكثر من ثلاث دقائق بعد توقف الدورة الدموية في الدماغ [1] كما يعتبرون أن موت خلايا المخ la mort des

---

المعترف بها والتي تفوقه حتما وبشكل لا يدع مجالا للشك مع أية حالة من حالات الإغماء أو الغيبوبة وأنه يعني أن الدماغ قد تلف تلفا لا رجعة فيه " انظر يوسف بن عبد الله :المرجع السابق ص 251.

[1] حسني عودة الزعال : المرجع السابق ص 60 .

cellules célebrales الذي يؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم ، هو الحد الفاصل بين الحياة والموت.[1]

- **الفقرة الثانية –موقف الفقه الغربي من موت الدماغ :**[2]هناك رأيان

- **الرأي الأول : المدرسة الأمريكية**

حسب أصحاب هذا الرأي يقصد بموت الدماغ توقف جميع وظائف الدماغ (المخ، المخيخ، جدع المخ) توقفا نهائيا لا رجعة فيه .

- **الرأي الثاني : المدرسة البريطانية**

يرى أصحاب هذا الرأي أن موت الدماغ هو: توقف وظائف جدع الدماغ فقط توقفا نهائيا لا رجعة فيه. وبناء على التعريفين فانه لا يلزم لثبوت الوفاة الدماغية توقف بقية أجزاء الإنسان وأعضائه عن العمل ولذلك فان الأعضاء يمكن أن تقوم بوظائفها كالقلب والكبد والكليتين والنخاع الشوكي ولذلك فانه ينمو و يتغوط ويتبول ويخرج منه العرق في الجو الحار وينمو شعره ويزيد وزنه أو ينقص وربما يتحرك حركة غير إرادية.[3]

---

[1] منذر الفضل : المرجع السابق ص 126 ، عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 152.

[2] يقول الدكتور **رولاند ميلر** :" يوجد خلاف كبير في تشخيص موت الدماغ بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية حيث تستبعد بريطانيا الاختبارات المتعلقة بجزء كبير من الدماغ وهي القشرة المخية بكاملها فالمدرسة البريطانية ترى أن تلف جذع الدماغ كان للحكم على المريض بالوفاة الدماغية حتى لو بقي في الدماغ إشارات عصبية قليلة بسبب وجود خلايا عصبية حية في المخ بخلاف المدرسة الأمريكية فإنها لا تحكم عليه بالوفاة الدماغية في هذه الحالة لأنها تشترط التوقف التام لنشاط جميع خلايا الدماغ راجع يوسف بن عبد الله :المرجع السابق ص 223 و عبد الحميد الأنصاري :المرجع السابق ص 45 وهيثم حامد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية المرجع السابق ص 175 انظر أيضا سميرة اقرور: المسؤولية الجنائية للأطباء ، المرجع السابق ص 341.

[3] يوسف بن عبد الله: المرجع السابق، ص 224.

- **الفقرة الثالثة: موقف الفقه الإسلامي من موت الدماغ :**

يعرف موت جدع الدماغ بالتوقف الذي لا رجعة فيه لكل وظائف المخ بما فيها وظائف جدع المخ،[1]فلا يمكن لميت الدماغ أن يتنفس إلا بجهاز التنفس الاصطناعي وربما بقي القلب ينبض ذاتيا لمدة.[2] وعرفته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأنه " التوقف الكامل الذي لا رجعة فيه لكل وظائف الدماغ بأجمعه بما في ذلك جدع الدماغ ". فمن خلال التعريفين يتبين لنا إن موت الدماغ[3] يتحقق بموت الدماغ بأكمله أو بموت جدع المخ .

و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين حول ما إذا كان موت الدماغ دون القلب هو المعول عليه كأساس لتحديد لحظة الوفاة المجيزة لنقل العضو من الميت. فانقسموا في هذا الشأن إلى رأيين :

---

[1] محمد علي البار: ما الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي ، قرار الندوة الوطنية المنعقدة في أمريكا في أوت 1980 منشور على الموقع.www.islamset // http .وراجع أيضا ندى عبد الودود : المرجع السابق ، ص112.

[2]يوسف بن عبد الله: المرجع السابق، ص 248 .ينفي الدكتور ممدوح سلامة أن يكون موت جدع المخ وفاة حقيقية مشيرا إلى استمرار الحياة و لو كانت بمساعدة أجهزة صناعية . راجع أمير فرج : الموت الإكلينيكي ، المرجع السابق ص 18

[3] محمد علي البار : موت القلب أو موت الدماغ ، الدار السعودية للنشر و التوزيع ، الطبعة ، 1986،ص 133 و ما بعدها و أنظر أيضا افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 390 . ويذكر الأطباء أن أهم أسباب موت الدماغ تتلخص في الأتي:

- إصابات الدماغ ، بسبب إصابات شديدة في الرأس بسبب حوادث السيارات ، أو السقوط من مكان مرتفع ويمثل 50% من الحالات.
- نزيف داخلي بالدماغ ، أو توقف التروية الدموية للدماغ، أو انقطاع الأكسجين عن الدم، كالاختناق وتمثل حوالي 20% من الحالات.
- التهاب الدماغ وخراج الدماغ و السحايا ، وتمثل 20% من الحالات. فإذا توقفت التروية الدموية عن الدماغ أو انقطع الأكسجين عن الدم تلف المخ بعد حوالي أربع دقائق من ذلك . يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ص 255 .

- **الرأي الأول:**يرى أصحاب هذا الرأي انه لو مات جدع المخ أو الدماغ كله يعتبر الإنسان ميتا، ومن أصحاب هذا الرأي:
- يوسف القرضاوي :اعتبر أن مريض موت جذع المخ في عالم الموتى و وقف مداواته ليس قتلا له .[1]
- الشيخ محمد مختار ألسلامي مفتي تونس :اعتبر أن موت الدماغ هو الموت الشرعي لأن قيادة الحياة إنما هي بيد الدماغ فإذا تلف الدماغ فقد انتهت الحياة إلى غير رجعة [2].
- محمد سلمان الأشقر:" اعتبر هذا الشخص حيا في حكم الميت فيعامل معاملة من قد مات فينزع أجهزة الإنعاش عنه وفي أخد عضو من أعضاءه لا في الميراث والعدة إلا بعد توقف القلب"[3]

فذهب هؤلاء إلى اعتبار أن الإنسان ميتا بموت جدع مخه أو الدماغ، واستدلوا على عدم وجود نص في القرآن أو السنة. فإن ذلك يدل على حكمة الشارع في ترك الأمر للاجتهاد البشري والخبرة البشرية القابلة للتطور، فعدم وجود نص شرعي يعرف الموت لا يعني أن تحديد متى يعتبر الإنسان ميتا متروك للاجتهاد لأن علامات الموت متعارف عليها

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 396 و انظر كذلك محمد نعيم ياسين ، بداية الحياة و نهايتها ،بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ،السنة 8 العدد 4 ، ديسمبر 1985 ، ص 184 و ما بعدها .

[2] إبراهيم يوسف : المرجع السابق ،ص 61 .

[3] سليمان الأشقر :نهاية الحياة بحث مقدم في ندوة الحياة الإنسانية ص 428 إلى 439 مشار إليها في محمد بن محمد المختار : المرجع السابق ص 228

منذ بدء الخليقة فيعتبر الإنسان ميتا متى توقفت جميع أعضائه عن أداء وظائفها ، كما أن الله تعالى قد جعل الموت مقابلا للحياة في أصل الخلقة بحيث لا يتصور وجود أحدهما في ظل وجود الآخر[1]، فقال تعالى : " **الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً وَهُوَ الْعَزِيزُ الْغَفُورُ**".الملك الآية03.كما قرر ذلك مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي[2].

- **الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يحكم بموت الإنسان الذي مات جذع مخه أو دماغه كله من دون توقف القلب و التنفس[3]. ومنهم:
- الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي يرى أن الاعتماد على موت الدماغ معيارا للموت و إن استند على اليقين العلمي، فان انتعاش المريض و توجهه للحياة أمر ممكن عقلا و من ثم فهو ممكن شرعا، لان الموت الحقيقي لم ينزل به بعد، و لمعترض أن يقول :" ما قيمة دقات القلب أو قيمة الأنفاس الصاعدة عندما تكون هذه الأنفاس أو الدقات بفعل أجهزة متصلة بالمريض بحيث لو فصلت عنه لتوقف القلب للتو و لهمل كل شيء و حل الموت فيه ؟

و جواب هذا الإعراض ، أن حركة القلب ما دامت مستمرة فقرار الموت غيب لا يجوز الحكم فيه ، سواء أكانت الحركة طبيعية أم اصطناعية ، و هذه الأجهزة فيما تقدمه من

---

[1]لمزيد من التفصيل راجع افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 396

[2]انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد 3 ،ج 2 ،ص 809 مشار إليها في يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ،ص 294 و راجع إبراهيم يوسف المرجع السابق ،ص 62.

[3]لمزيد من التفصيل راجع محمد بن محمد المختار :المرجع السابق ص 228

معونة ليست أكثر من حجاب مسدل على المريض يمنع من معرفة واقع حاله أميت هو أم حي[1] " .

- شيح الأزهر السابق الشيخ جاد الحق شدد على أن الطب الحديث وإن كان قد تمكن إلى حد ما من الكشف عن موت الدماغ عن طريق الرسم الكهربائي، إلا أن هذا لم يصل بعد إلى مرتبة الحقيقة العلمية المستقرة ، ومن تم فلا يجوز أن تبنى الأحكام الشرعية على هذه الظاهرة وحدها.[2]

- عبد الفتاح إدريس: قال" ثم فإني أرى بقناعة تامة إن مرضى الغيبوبة الدماغية ،أو من تم تشخيص حالتهم على أنها موت جذع مخ، أحياء على وجه الحقيقة ما دامت فيهم مظاهر الحياة [3].

وقرر مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر في25-6-1992 أن"من يقوم بانتزاع الأعضاء من جسد لا يزال قلبه نابضا و ما تزال فيه بقية من الحياة ،فهو قاتل نفس حرم الله قتلها إلا بالحق وتجب محاكمته جنائيا ".[4]

و استدل هؤلاء بقوله تعالى :"**أَمْ حَسِبْتَ أَنَّ أَصْحَابَ الْكَهْفِ وَالرَّقِيمِ كَانُوا مِنْ آيَاتِنَا عَجَباً (9) إِذْ أَوَى الْفِتْيَةُ إِلَى الْكَهْفِ فَقَالُوا رَبَّنَا آتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا**

---

[1]ابراهيم يوسف :المرجع السابق ص 50 ،61 . و محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة ، القسم الأول مكتبة الفارابي دمشق ، ط5 1994 ، ص 128 وما بعدها.

[2]مشار إليه في مجلة الأزهر لسنة 56 – ج 4 ص 12 راجع إبراهيم يوسف :نفس المرجع ص 61 .

[3]فتوى منشورة على الموقع و http// www .islam set و افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 399.

[4]افتكار مهيوب :نفس المرجع ص 400.

رَشَداً (10) فَضَرَبْنَا عَلَى آذَانِهِمْ فِي الْكَهْفِ سِنِينَ عَدَداً (11) ثُمَّ بَعَثْنَاهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ الْحِزْبَيْنِ أَحْصَى لِمَا لَبِثُوا أَمَداً (12)"[1].ووجه الدلالة من الآية هو " ثم بعثنهم " أي أيقظناهم بعد موتهم بمعنى أن مجرد فقد الإحساس والشعور لا يعتبر وحده دليلا كافيا للحكم على موت الإنسان، فأصحاب الكهف فقدوا الإحساس و الشعور و لم يعتبروا أمواتا مع طول الفترة الزمنية التي مرت على ذلك. فمن باب أولى أن لا يعتبر فقد المريض للإحساس و الشعور بضعة أيام بسبب موت الدماغ و تلفه كافيا للحكم بموته.[2]

- جاء في قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 181 في 12-4-1417 هـ " انه لا يجوز شرعا الحكم بموت الإنسان الموت الذي تترتب عليه أحكامه الشرعية بمجرد تقرير الأطباء انه مات دماغيا، حتى يعلم انه مات موتا لا شبهة فيه تتوقف معه حركة القلب و التنفس مع ظهور الأمارات الأخرى الدالة على موته يقينا، لان الأصل حياته فلا يعدل عنه إلا بيقين" [3] .
- و جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة في 24-2-1408 هـ " أن من مات دماغيا فقد استدبر الحياة و أصبح

---

[1] سورة الكهف الآيات 9، 10 ، 11، 12

[2] لمزيد من التفصيل راجع افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 400 وما بعدها .

[3] افتكار مهيوب : نفس المكان .

صالحا لان تجرى عليه بعض أحكام الموت أما بقية أحكام الموت فلا تطبق عليه إلا بعد توقف الأجهزة الرئيسية وهذا القول أوصى به مؤتمر الطب الإسلامي "[1]

ولا شك أن حالة موت جذع المخ أو موت الدماغ كله، و بقاء القلب نابضا و الجسم يقبل التغذية و لم يتغير لونه.وما يعتريه من شك في كونه موتا من عدمه يدخل في جنس الحالات المشكوك فيها، التي ذكرها الفقهاء و أوجبوا الانتظار حتى يتيقن الموت.

فيبدو أن هذا الرأي هو الراجح، لان كل ما يترتب على موت الدماغ أو جذع المخ هو سقوط التكاليف الشرعية فقط و ذلك للأسباب التالية:

- أن اختلاف الأطباء – أصحاب الخبرة – حول اعتبار موت الدماغ أو جذع المخ معيارا لتحديد لحظة الوفاة من عدمه ،معناه أن لا يعتبر موت الدماغ حقيقة طبية مسلم بها .

كما أن الأطباء الذين يعتبرون موت الدماغ علامة على الوفاة يسلمون بوجود أخطاء في التشخيص في الحكم بالوفاة، استنادا إلى أن هذا الدليل يحتاج إلى فريق طبي و فحص دقيق و هذا لا يتوافر في كثير من المستشفيات ففتح الباب للقول باعتبار هذه العلامة موجبة للحكم بالوفاة سيؤدي إلى خطر عظيم.[2]

و مما يؤكد أن مفهوم موت جذع الدماغ أو الدماغ بأكمله ،إنما هو باطل يراد به حق، فالغاية الأساسية هي الحصول على أعضاء الأموات باعتبارها مصدرا هاما خاصة المنفردة،

---

[1]انظر توصيات مؤتمر الطب الاسلامي، تحت عنوان " الحياة الانسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الاسلامي " المنعقد في ربيع الثاني 1405 هـ بالكويت منشور بمجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع3 ،ج2 ص 729 ،مشار إليها في يوسف بن عبد الله :المرجع السابق ص 293.

[2] محمد بن محمد المختار : المرجع السابق ،ص 235.

و أحسن مثال على دلك "حالة وفاة الملك المغربي الحسن الثاني ،حيث كشفت وكالة الأنباء الفرنسية نقلا عن مصدر طبي وثيق الصلة بالأسرة المالكة ،أن الملك الذي أعلن وفاته في الساعة الرابعة من عصر الجمعة الماضي بتوقيت الرباط ... كان يعتبر ميتا من الناحية الإكلينيكية عندما تم نقله إلى مستشفى ابن سينا في الرباط ، و لم يتمكن الأطباء من السيطرة على حالة الإغماء و الغيبوبة، و كان يعتبر بذلك متوفيا إكلينيكيا بعد بلوغ الغيبوبة المرحلة الرابعة التي لا يستجيب فيها القلب و الرئتين لمحاولات تنشيطهما... ثم بذلت جميع المحاولات الممكنة لتنشيط الجهاز التنفسي دون جدوى، و بدأت وظائف بقية الأعضاء في الاختلال تدريجيا حتى فقد القلب حيويته تماما و بذل الأطباء محاولات أخيرة لإعادة نبضات القلب و لكن المحاولة لم تؤت ثماره[1]ا ".فالدليل هنا هو عدم الاعتداد بموت الدماغ أو الموت الإكلينيكي ما دام القلب نابضا.

وبالنسبة لمواليد عديمي الدماغ – فاقدو المخ دون جذع المخ – فهم يتنفسون طبيعيا، و قلوبهم تنبض، وعروقهم تتدفق فيها الدماء، و هؤلاء قد يعيشون لسويعات أو أيام، و منهم من عاش أعوام لأنهم انفصلوا عن أمهاتهم واستقرت فيهم الحياة. [2] و من تم لا

---

[1] مقال منشور في صحيفة الأهرام العدد 41139 الصادرة بتاريخ 26-7-1999 تحت عنوان " الملك الراحل كان ميتا إكلينيكيا عند نقله إلى المستشفى "مشار إليه في افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص404.

[2]نشرت جريدة المسلمون في عددها رقم 232 بتاريخ 11-12-1409 هـ السنة الخامسة مقالا تحت عنوان "طفل بلا مخ و لكنه يعيش و ينمو ويضحك " و ذكر في الخبر حادثة الطفل الذي ولد بدون مخ و قرر الأطباء انه لا يعيش أكثر من أسبوعين و كان عمره عند نشر الخبر خمس سنوات . راجع محمد علي البار : الموقف الفقهي و الأخلاقي ... المرجع

يجوز التصرف بأعضائهم، لغرض غرسها للغير، و لذلك اعتبر قرار مجمع الفقه الإسلامي، إن المولود اللادماغي طالما ولد حيا لا يجوز التعرض له بأخذ شيء من أعضائه إلى أن يتحقق موت جدع دماغه ، و لا فرق بينه و بين الأسوياء في هذا الموضوع.[1]

بحيث يتميز الأطفال عن الكبار بأن لديهم مقدرة عالية على مقاومة الضربات الخارجية وعلى استعادة وظائف الدماغ بعد توقف التنفس، أو توقف الدم عن الدماغ، لذلك انقسم الأطباء إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:**يرى أصحابه إمكانية تطبيق مفهوم موت الدماغ على الأطفال ، مع قدر كبير من الاحتياط، أثناء التشخيص وذلك بزيادة المدة بين الفحص الأول والثاني مثلا .
- **الاتجاه الثاني** :يرى أصحابه عدم تطبيق مفهوم موت الدماغ على الأطفال. حيث يقول **صفوت حسن لطفي** " من الثابت في أحدث المراجع العلمية في علم التخدير وجراحات المخ أن الأطفال أقل من 10 سنوات لديهم قدرة هائلة على استعادة وظائف المخ كليا أو جزئيا،بعد فترات تقصر أو تطول إلى أشهر عديدة يستعيدون

السابق، ص 23 مشار إليه أيضا في افتكار مهيوب :المرجع السابق ص 403 راجع أيضا محمد بن محمد المختار : المرجع السابق ص 235.

[1]قرار مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة من 17 - 23 شعبان 1410 الموافق ل: 20-3-1990.

بها الوعي ووظائف المخ.[1] و قبل أن ننهي هذا الموضوع ، يبقى السؤال الذي يتردد و هو :هل الموت مسألة طيبة تترك للطبيب، أم واقعة قانونية يترك أمرها للمشرع ؟ ذلك ما سيتم الإجابة عليه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

الموت مسألة طبية أم واقعة قانونية .

هذه المسألة يتنازعها اتجاهان ،فيذهب البعض إلى أن الوفاة مسألة قانونية يتعين تدخل المشرع لإيجاد تعريف لها، و تحديد معيار مقبول من الجهات العلمية للوفاة ، فيما يذهب البعض الآخر إلى أن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية يختص الأطباء بها و بتحديدها وفق ظنهم الطبي و العلمي .[2] لذا سنحاول التطرق لكلا الاتجاهين على التوالي من خلال الفرعين المواليين مع التطرق لموقف المشرع الجزائري من ذلك .

- **الفرع الأول: ضرورة صدور تشريع يعرف الموت**

يذهب البعض إلى أنه يجب أن يصدر تشريع ينظم مفهوم الوفاة، وهذا المفهوم ينطلق من أساس يستهدف طمأنة الرأي العام و الأطباء، بحيث يقوم الطبيب بعمله وفق الأسس التي أرساها التشريع[3]. وتمسك أصحاب هذا الاتجاه بضرورة وضع تشريع يعرف الموت ، بعد أن شاعت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كوسائل علاجية ، خصوصا بعد أن قام

---

[1] يوسف بن عبد الله : المرجع السابق ،ص 240- 241.

[2] الخولي : المرجع السابق ،ص 251 .

[3] منير رياض حنا: الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية، المرجع السابق ، ص 492.

الطبيب الفرنسي برنارد بأول عملية زرع قلب من جثة متوفى إلى جسد حي، [1] وقد كان تبرير أصحاب هذا الاتجاه أن غريزة تحقيق السبق الطبي و الشهرة قد تقود أحيانا إلى الالتفاف حول مسألة التأكد من الوفاة. ولذلك فإن حسم هذه المسألة بالنص عليها تشريعيا يشيع نوعا من الاطمئنان. [2]

وصدور تشريع فيه حماية للطبيب،لأنه بذلك يكون مستندا لأذن القانون الذي يحميه من مغبة تعرضه للمسؤولية الأخلاقية أو القانونية ، فهو يريد أن يعرف حدود مشروعية أعماله و القانون هو الذي يحدد له المباح والمحظور من وجهة نظر المجتمع،لأن القاعدة القانونية تعبر عن ضمير الجماعة، فهي تحمي الأطباء ضد نزوات أنفسهم، و تقدم لهم العون والطمأنينة لدى لا يجب ترك تنظيم هذه المسألة لقواعد و آداب مهنة الطب ،لأنها لا تلقى لدى أفراد المجتمع نفس التقدير الذي يكنه رجال الطب نحوها ، فما يجري عليه العمل بين الأطباء قد لا يلقى القبول لدى القضاء أو الرأي العام . [3]

تزداد أهمية تعريف الموت قانونا بسبب التقدم الرهيب في التقنيات الطبية و خصوصا في مجال استئصال الأعضاء و غرسها و تحديدا في حالة استئصال الأعضاء المنفردة من

---

[1] SEYDOUX (Charale), Jean Jacques GOY. Op.cit p 34-

[2] سميرة عايد : المرجع السابق ، ص279.

[3] تدرسيت كريمة : المرجع السابق ، ص 375 و ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 325.

الأموات إذ قد يلجأ الأطباء لإعلان الوفاة مبكرا حتى يقوموا بنقل هذا العضو وهو في حالة طبيعية ومحتفظا بقيمته الحيوية. [1]

وباعتبار أن مسألة الموت من المسائل التي تخص الجماعة فقد بات من الضروري مناقشتها من العامة أو البرلمان لتنتهي بوضع تشريع يتم بلورته و يستوحي من الضمير الاجتماعي و الإنساني و الاعتبارات الطبية والقانونية.[2]

- **الفرع الثاني : الموت مسألة طبية**

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يجوز للقانون أن يتدخل في هذه المسألة التي تعتبر أساسا من اختصاص الطب.[3]فقد قال **احمد فتحي سرور** في كلمة ألقاها حول أخلاقيات العلوم البيولوجية في المجمع العلمي بالقاهرة بتاريخ 14 جانفي 2004 أنه :«لا يمكن أن يتورط القانون في تحديد لحظة الوفاة، فهذه مسألة طبية يحسمها الطبيب و يتحمل مسؤوليتها الجنائية إن هو أخطأ في التقدير »[4]. وقال **الطنطاوي** :«إن الذي يحكم بأن فلانا قد فارق الحياة مفارقة تامة هم السادة الأطباء الثقاة المتخصصون في هذا الشأن دون سواهم »[5].

كما أوصى مؤتمر بيروجيا أنه لا يقع على رجال القانون مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهمة الطب وضع تعريف قانوني لوقت الوفاة، و تحديد الطرق

---

[1]ندى عبد الودود: المرجع السابق ، ص 113 و ما بعدها.

[2]حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 181.

[3]تدرسيت كريمة : المرجع السابق ، ص 375.

[4]محمد عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ، ص 190 .

[5]عبد المعطي خيال : المرجع السابق ، ص 51.

والوسائل التي لا يمكن بها التأكد من الوفاة ، بل هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم و دراستهم ... وعلى الطبيب أن يكون ملما بأحدث معطيات علم الطب.[1]فضلا عن أن العلم يتطور و يكتشف الجديد في هذا المجال. فما كان يعد موتا– الموت الظاهري– لم يعد كذلك مع التقدم العلمي المستمر، بينما النصوص القانونية بطيئة اللحاق بهذا التقدم.[2]

فقد تعرض على القاضي مسالة لها جانب قانوني و آخر طبي ، فيترك القاضي الجانب الطبي لأصحاب الخبرة و يستعين برأيهم قصد الوصول إلى تطبيقات للجانب القانوني .

يلاحظ أن هذا الرأي يتمسك بقاعدة أن القانون و إن كان لا يعرف الموت إلا أنه يساهم في إرساء بعض القواعد و المبادئ التي تمكن من تسهيل مهمة الأطباء ، و أدائهم لواجباتهم و المسؤوليات الملقاة على عاتقهم عن طريق صدور الأنظمة من الجهات الطبية المعنية [3]تتضمن بعض المعايير التي يجب على الأطباء الاسترشاد بها للتأكد من الوفاة .

بمعنى أن ينص القانون على بعض الإجراءات و القواعد لكي تسهل مهمة الأطباء في تحديد حقيقة الموت وتوفر الطمأنينة للمرضى، وحماية للأطباء من المسؤولية عندما يتعلق

---

[1]رمضان جمال : المرجع السابق ،ص 153 و الأهواني : المرجع السابق ،ص 183.

[2]سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 280.

[3] منير رياض حنا : المرجع السابق ،ص 493. وحسام الدين الأهواني: المرجع السابق ،ص 183.

الأمر بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعية أو الاستئصال من الجثث، فبصدور تلك اللوائح يطمئن المرضى الموجودين تحت رعاية الأطباء و في ذلك حماية للأطباء أنفسهم .[1]

وحدد المشرع اللبناني في المادة السادسة من المرسوم الاشتراعي الخاص بزرع الأعضاء أصول و قواعد أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من الأحياء و الأموات ، والأسس المعتمدة علميا لإثبات الوفاة بقوله :" تحدد بمراسم بناء على اقتراح من وزير الصحة العامة ، أصول وقواعد أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من الأحياء والأموات والأسس المعتمدة علميا لإثبات الوفاة وتشريح الجثث ... بعد أخذ رأي لجنة من الأطباء الاختصاصيين " .

أما المشرع السوري و في المادة الخامسة من قانون نقل و غرس الأعضاء نص على ضرورة التأكد من الوفاة بتقرير أصولي،من لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء وفقا للتعليمات التي تصدرها وزارة الصحة .

بينما نص المشرع الإماراتي في المادة السادسة في فقرتها الأولى على ضرورة التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ممن يوثق فيهم .

ونص المشرع التونسي في الفصل 15 من قانون زرع الأعضاء إلى أنه لا يجوز أخذ عضو من جثة لغايات علاجية قبل معاينة الموت من طرف طبيبين إستشفائيين وفق القواعد المعمول بها في الميدان الطبي .

---

[1] حسنى عودة زعال : المرجع السابق ،ص 108.

بينما ذهب المشرع المغربي في المادة 21 إلى عدم جواز القيام بأخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة يثبت وفاة المتبرع دماغيا، و يقوم بوضع محضر المعاينة طبيبان من المؤسسة الاستشفائية يعينان خصيصا لهذا الغرض من طرف وزير الصحة .

أما المشرع المصري فقد أشار في المادة 14 من قانون تنظيم زرع الأعضاء إلى « أنه لا يجوز نقل أي عضو أو نسيج من ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة، و يكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين ..... و ذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية و التأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت ، طبقا للمعايير الطبية "

- **الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة**

المشرع الجزائري و بالرجوع لنص المادة 146 / 1 من قانون الصحة رقم 90 – 17 اعتبر أن مسألة تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية، فترك الأمر لوزير الصحة ليتكفل بتحديد معايير علمية تعتمد في تحديد لحظة الوفاة . وصدر عن وزير الصحة القرار رقم 39 – 1989 المؤرخ في26– 03– 1989 و الذي حدد المعايير الطبية الواجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة ،قصد نقل الأنسجة و الأعضاء البشرية من أجل زرعها، والذي نص على أن الموت المعتمد به في مجال زرع الأعضاء هو موت المخ، وحدد في المادة الأولى منه العلامات الواجب توافرها للقول بموت الشخص وحدد في المادة الثامنة منه عدد الأطباء الذين يجب أن يعاينوا الوفاة .

إلا أنه و نظرا لقلة الوسائل الطبية الحديثة التي يتطلبها العمل الطبي الحديث ، فقد تم اللجوء بموجب تعديل قانون حماية الصحة إلى إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب المادة 168 مكرر،[1] حيث وُكل لهذا المجلس مهمة تقديم الآراء و الاستشارات بخصوص زرع الأعضاء و كل ما يفرضه التطور الطبي . وحماية أرواح الناس و سلامتهم البدنية و كرامتهم الآدمية ، ثم صدر عن وزير الصحة في 19 نوفمبر 2002 القرار الوزاري الذي حدد معايير جديدة لإثبات الوفاة، تتمثل في الانعدام التام للوعي، و غياب نشاط عضوي دماغي، و التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار العين ، التأكد من موت خلايا المخ من خلال استخدام رسم المخ الكهربائي مرتين، و قد اعتبرت هذه المعايير أكثر مراعاة للمجتمع الجزائري.[2]

من خلال هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه الذي يرى أن مسألة تحديد الوفاة مسألة طبية. و ذلك بأن ترك مهمة إثباتها طبقا للمادة 167/ 2 من قانون حماية الصحة للجنة طبية،[3]تتكون من ثلاث أطباء أحدهم طبيب شرعي . و التي نصت على أنه :« تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل ألاستشفائي ضرورة الانتزاع

---

[1]تنص المادة 168 مكرر 1 على :« ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عمليات انتزاع الأنسجة و الأعضاء وزرعها و التجريب و كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية و كرامته ..... »

[2] جاري بسمة و الذهبي ثورية : المرجع السابق ، ص 127.

[3] راجع المادة 5 من مشروع القانون العربي الموحد ، و المادة 6 من القانون الإماراتي، و المادة 7 من القانون القطري، و المادة 5 من القانون الكويتي والمادة 6 من القانون السوري ،والمادة 6 من القانون اللبناني ،و الفصل 15 من القانون التونسي، و المادة 22 من القانون المغربي، و المادة 14 من القانون المصري .

أو الزرع و تأذن بإجراء العملية ». كما أنه لا يمكن للطبيب الذي عاين الوفاة أو أثبتها أن يكون من بين الفريق الطبي الذي يقوم بعملية الزرع ، طبقا لنص المادة 165/ 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها .[1]

يرى **بلحاج العربي** أن هذا الاتجاه غير صائب لأن المشرع لم يوضح القواعد الواجب إتباعها من قبل الأطباء لإعلان الوفاة الشرعية ، و لم يبين الأسباب العلمية في التثبت من الوفاة وهذا الوضع سوف يؤدي لا محالة إلى كثير من التناقض، و بالتالي إلى تضارب الأحكام القضائية بسبب اختلاف المقاييس العلمية الطبية، أو المعيار المتبني في ظل الفراغ التشريعي .

لذلك ينبغي على المشرع الجزائري تدارك هذا القصور التشريعي بنصوص قانونية واضحة تعالج موضوع نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، بمواد قانونية مرتبة ترتيبا قانونيا وعلميا ومنطقيا بعيدا عن كل تسرع أو ارتجالية. وبالتالي وضع معيار لتحديد لحظة الوفاة التي تسمح بعد إعلانها إجراء عملية نقل الأعضاء البشرية من جثث الأموات مما يضمن عدم مساءلة الطبيب مدنيا و جنائيا.[2]

---

[1] تقابلها المادة 1232– 4 من قانون الصحة الفرنسي رقم 2004– 800 بتاريخ 6– 8– 2004 التي نصت على" أنه يجب أن يعمل الأطباء الذين يصدرون إقرار الوفاة من جهة و الذين يقومون بعملية أخد الأعضاء أو زراعتها من جهة أخرى في وحدات وظيفية أو أقسام مختلفة ."

[2]– بلحاج العربي : المرجع السابق ص 61

المبحث الثاني

مدى مشروعية المساس بالجثة في الشريعة الإسلامية

كرم الله سبحانه و تعالى الإنسان و فضله على كثير من خلقه ، و نهى عن ابتذال ذاته و نفسه و التعدي على حرماته حيا أو ميتا، [1] ومن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس و صيانتها لقوله تعالى : "**وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكة**" البقرة الآية 195 .

والشريعة الإسلامية أمرت بتغسيل الميت و تكفينه و الصلاة عليه و دفنه بل إن فقهاء المسلمين الأوائل خصصوا بابا في الفقه و أطلقوا عليه باب الجنائز،[2] كما جاء الحديث الشريف " كسر عظم الميت ككسره حيا [3]" الأمر الذي اقتضى حرمة نبش قبره و هشم عظامه إلا لضرورة لأن ذلك هتكا لحرمته [4] لذا فقد اختلف فقهاء الشريعة في جواز الانتفاع بأعضاء الموتى [5]و نقلها إلى الأحياء على اتجاهين حيث ذهب البعض إلى الاعتراض عليها بينما اتجه آخرون إلى تأييدها و نعرض فيما يلي حجج كل من الاتجاهين في المطلبين المواليين.

---

[1]سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 237 و إبراهيم يوسف : المرجع السابق ، ص 65 و الشيخلي : المرجع السابق، ص 256 .

[2]كامل عبد العزيز: المرجع السابق ، ص 463 .

[3] سنن ابن داود ج4، ص58، كتاب الجنائز.

[4]الخولي : المرجع السابق ، ص 252 .

[5]عمار عباسي الحسني : المرجع السابق ، ص 429.

المطلب الأول

عدم مشروعية النقل من الجثة

لم يكتف أنصار الاتجاه المعارض[1] بتحريم نقل الأعضاء من الأحياء بل امتد أيضا إلى حالة نقل الأعضاء من جثث الموتى،لأن الجسد ملك لله وهو أيضا محل تكريم. وعلى هذا فللوصية التي تشمل التصرف في الجسم أو أجزاء منه أيا كانت الأغراض شروطا سنتطرق لها في الفرع الموالي.

- **الفرع الأول : شروط الوصية**

يكون الموصى مالكا لما يوصي به و هو ليس مالكا لجسده، [2]حيث كتب الشيخ متولي مقالا بعنوان الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها .[3] و يجب أن ألا تكون بمعصية و التمثيل بالجسد سواء بقطع أجزاء منه أو تمزيقه يخالف ما أمر به النبي(ص)حيث قال" و لا تمثلوا" فقد حرم التمثيل بجثث الأعداء في الحروب.

---

[1]و منهم الشيخ أبو الأعلى المودودي و الشيخ الشعراوي و الشيخ عقيل العقيلي و عبد السلام السكري .راجع المدني بوساق : المرجع السابق ص 38 ومحمد ابراهيم سعد النادي : المرجع السابق ، ص 99و ما بعدها . راجع ايضا سميرة أقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2010، ص 314 . انظر فتوى الشيخ عبد العزيز باز الذي أفتى بعدم جواز التبرع بأعضاء الميت لأن في ذلك تلاعبا بأعضائه و امتهانا له . أنظر أيضا فتوى محمد ناصر الألباني على الموقع ./ WWW. al Albany . info // : KTIP archive /index.PhP / F – 2 html/مشار إليها في افتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 31 .

[2]عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ص 137 ومحمد بن محمد المختار : المرجع السابق ، ص 246.

[3] لمزيد من التفصيل ،راجع محمد بن محمد المختار : المرجع السابق ، ص 253.

رد عليهم بأن المثلة المنهي عنها ، ما كانت على سبيل الإهانة و التشفي و هذا غير محقق في هذه المسألة[1].

- **الفرع الثاني : أدلة القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء**

ومن أدلة القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء:

- قوله تعالى" **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ**" "الإسراء الآية 70. غير أن ذلك لا يتعارض مع التكريم لأن الاستقطاع لا يكون إلا في حالة الضرورة و يقول في ذلك الحنفية، و المالكية ، و الحنابلة لا يجوز للمضطر الانتفاع بأجزاء من الآدمي و لو ميتا، حتى و لو كان معصوم الدم قبل موته، ولو لم يوجد غيره لأنه كالحي في الحرمة [2] .

و قوله تعالى :" ***لامُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ***" النساء الآية 119 ، كنقل عين أو كلية أو شق آذان الأنعام لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. فهم يعتبرون ذلك تغيير لخلق الله وهو لا يقتصر على الأعضاء بل يشمل أقل من ذلك بكثير كالوشم فهو محرم. [3]

- نهى الرسول (ص)عن كسر عظام الميت فقد روى أبو داود بسنده عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله (ص) قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " و هذا يدل على عدم جواز المساس بجثة الميت لتأذيه بذلك كالحي . معتبرين أنه لا يمكن

---

[1]الشيخلي : المرجع السابق ، ص 261.

[2]محمد بن محمد المختار :المرجع السابق ، ص 253 .

[3]عبد الرزاق حمدان :المرجع السابق ،ص 139.

أن يخاطر بإنسان من اجل آخر و لا يمكن لجزء من ميت أن ينقد حياة... و يرد على ذلك بأن الكسر المراد هنا هو الكسر الذي فيه ابتذال لغير ضرورة أو مصلحة راجحة، فالمداواة بعظم الميت أو الأكل من ميتة عند الضرورة تجعلنا نقف أمام قول الفقهاء ، " أن حرمة الحي أكد من حرمة الميت " [1]

- كما أن جثة الميت لاحق للورثة في ملكيتها ، فهم لا يرثون جثمانه و إنما يرثون ماله و الواجب على الورثة و غيرهم من المسلمين أن يعجلوا بتغسيله، و تكفينه و الصلاة عليه ثم دفنه و ذلك من فروض الكفاية التي لا تسقط عن الأمة إلا بقيام من يكفى لأدائها . [2]

المطلب الثاني

مشروعية النقل من الجثة

ذهب أغلب الفقه المؤيد لعمليات نقل الأعضاء من الأحياء إلى إباحة نقل الأعضاء من الأموات وذلك لانقاد حياة المرضى عملا بقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات". فإذا

---

[1] جاري بسمة و الذهبي ثورية :ص 34 ، راجع افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 299. و عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق، ص 143.

[2] المدني بوساق : المرجع السابق ص 40 و منهم جاد الحق في فتواه المنشورة بمجموعة الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء ج1 ص 372، و محمد السيد الطنطاوي في كتابة فتاوى شرعية ،ص 50 منشور في جريدة الأهرام بتاريخ 9/ 1989/2، وفتوى الشيخ حسن مأمون بشأن نقل عيون الموتى إلى الأحياء رقم (1087) و يوسف القرضاوي ، و حسن الشاذلي و عبد الفتاح إدريس ، و أحمد شرف الدين و محمد على البار مشار إليه في عبد الرزاق حمدان :المرجع السابق ص 137 – 138 و انظر أيضا سميرة اقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء ، المرجع السابق ص 317.

كان من الضروري التداوي ببعض أجزاء الجسم من جثة المتوفى محافظة على صحة إنسان حي أو إنقاذ حياته، فليس هناك ما يمنع ذلك لأنه يجوز في حالة الاضطرار أكل لحم الآدمي.[1]وذكر بعض العلماء من الشافعية، والحنابلة، و المالكية، انه يجوز للمضطر أكل لحم الآدمي الميت بمقدار ما يسد به رمقه إذا لم يجد غيره، و خاف على نفسه من الهلاك إن لم يأكل . و قال العز بن عبد السلام بصحة أكله منه،[2] و هو الأصح عند الشافعية إلا أن يكون الميت نبيا و لا يجوز الأكل من لحم الأنبياء و ذلك لشرفه على غيره بالنبوة.[3] ولا يجوز للمضطر الكافر الأكل من ميتة المسلم لشرفه عليه بالإسلام.[4]

فإذا كان رأي بعض الفقهاء أنه يجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمي ، فإنه يجوز التداوي بعضو من أعضائه إبقاء على حياة إنسان حي حفاظا لصحته من باب أولى ، و

---

[1]المدني بوساق : نفس المكان ، الشيخلي : المرجع السابق ص 256 .

[2] سميرة عايد: المرجع السابق، ص238، ابراهيم اليوسف، المرجع السابق، ص65.

[3]المدني بوساق : نفس المكان ، قال الشيخ إبراهيم المودودي" إلا إذا كان الميت نبيا فلا يجوز الأكل منه بلا خلاف لكمال حرمته و مزية الأنبياء " مشار إليه في افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 304.

[4]قال بذلك الشعراوي : في مقاله " الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها، نشر في جريدة اللواء الإسلامي العدد 226 بتاريخ 27 جمادى الأخر 1407 .اما الدكتور حسن علي الشاذلي استثنى تحريم النقل من غير معصوم الدم (كافر ، حربي) أنظر بحثه انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا من بحوث مجمع الفقه الإسلامي ، راجع المدني بوساق : المرجع السابق ص 38 ، 39 و محمد بن محمد المختار : المرجع السابق ص 236 وبلحاج العربي : المرجع السابق، ص207. و قال به محمود على السرطاوي في بحثه المنشور بمجلة دراسات الصادر عن الجامعة الأردنية المجلد 12 . ع 3 جمادى الآخرة 1405 مشار إليه في محمد بن محمد بن محمد المختار المرجع السابق ، ص 238 .

– صدرت عدة فتاوي في المؤتمرات و المجامع كالمؤتمر الإسلامي بماليزيا ، في أبريل 1969 ، و مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة في 19 – 28 يناير 1985 .

الشريعة تأمر بارتكاب اخف الضررين،[1]فإذا دار الأمر بين محظورين يصار إلى أخف الضررين هما المساس بجثة الميت . فالضرر الذي يصيب الإنسان الحي هو فقده الحياة إذا لم يزرع له عضو من هذه الجثة[2]فأخف الضررين هو نقل عضو الميت وزرعه في جسد الحي لأن المحافظة على حياته أعظم من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة.وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الأدلة نتطرق لها في الفرع الموالي:

- **الفرع الأول : أدلة القائلين بجواز النقل من الميت**
- **الفقرة الأولى: طهر أعضاء الميت :**

يرى جمهور الفقهاء أن جسد الآدمي طاهرا حيا و ميتا ، و يستوي في ذلك المسلم و الكافر[3] وهو قول المالكية والشافعية في الأصح، وقول الحنابلة لقوله (ص) " لا تنجسوا موتاكم فإن المؤمن لا ينجس حيا ولا ميتا".[4] ويرى ابن حزم الظاهري أن كل ما قطع من المؤمن حيا أو ميتا طاهر . وفرق الظاهرية بين المؤمن والكافر، فالكافر نجس حيا و ميتا . لقوله تعالى " **إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ**"، التوبة الآية 28ويرى الحنفية أن الإنسان ينجس

---

[1]الضرر الأشد هنا يتمثل في بقاء الإنسان الحي عرضة للمرض الشديد و للهلاك المتوقع ، و الضرر الأخف هنا يتمثل في أخد شيء من أجزاء الميت لعلاج الإنسان الحي ، مشار إليه في الشيخلي: المرجع السابق ص 262 .

[2]يرى بعض الفقهاء بأنه يجوز ذلك إذا كان نقل هذا العضو يؤدي إلى منفعة للشخص المنقول إليه ، و تكون هذه المنفعة لا يمكن الوصول إليها إلا بنقل هذا العضو إليه ، و يجب أن يحكم بذلك طبيب متخصص ثقة ، و يجب أن يتم ذلك بعد استئذان الورثة ولا يكون هذا الإذن ملزما للأطباء الثقاة إذا رأوا أن حياة الإنسان الحي متوقفة على نقل عضو له من الإنسان الميت، راجع رمضان الغمري : المرجع السابق ص 103.

[3]احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 163 ، و انظر لؤي عبد الرؤوف الخليلي :حكم زراعة الأعضاء المستأصلة في حد أو قصاص : ص11 مشار إليها في، http : www. Dahsha.com/oldwiewarticle .php ? id= 1923 . .http.أنظر أيضا : بلحاج العربي: المرجع السابق ، ص 220.

[4]الخولي : المرجع السابق، ص 254 ، و فاروق عبد الرؤوف :المرجع السابق ،ص 281 .

بالموت و يطهر بالغسل[1] كما يرون أن المنفصل طاهر بالنسبة لصاحبه و يرى بعضهم أنه إذا كان فيه دم فهو نحبس لا يجوز الانتفاع به. بينما يرى جمهور الفقهاء أن حكم أجزاء الإنسان سواء انفصلت في حياته أو بعد موته يصلي عليها فهي طاهرة .[2]

- **الفقرة الثانية: تحصيل أعظم المصلحين أو درء أعظم المفسدين:**

أباح الشرع[3] للمضطر أكل المحرمات لقوله تعالى " **إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**" البقرة الآية 173. فقد استمد الفقهاء بأن الضرورة تقدر بقدرها، فإذا كان أكل المحرمات مباحا في حالات الضرورة فإنه يكون كذلك في حالات العلاج ، فضرورة العلاج كضرورة الغداء تبيح المحظورات، لأن الهلاك والتلف الذي يمكن أن يعود على الإنسان من عدم التغذي يمكن أن يصيبه من عدم التداوي، كما أن الغذاء يستعمل أحيانا كعلاج لبعض الأمراض .

لذلك أجاز الشافعية و بعض المالكية للمضطر أن ينتفع بأجزاء الآدمي الميت في الغذاء إن لم يجد غيره، لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، ولأن المفسدة في أكل ميتة الإنسان أقل من المفسدة في فوات حياة الإنسان. [4] و هو ما أشارت إليه فتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في قرارها رقم 62 المؤرخ في 25 .10. 1498 هـ

---

[1] عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ، ص 54 . و الخولي : المرجع السابق ، ص 254.

[2] المغنى لابن قدامة ج 1 ، ص 41 ، مشار إليه في عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ، ص 55.

[3] راجع هذا الموضوع في جاري بسمة و الذهبي ثورية: المرجع السابق ،ص 30.

[4] – الخولي : المرجع السابق ص 254 ، و عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ، ص 148.

والمتعلق بجواز نقل قرنية عين الميت بعد التأكد من موته و زرعها في عين إنسان مضطر إليها ما لم يمنع أولياؤه ذلك ، بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين وإيثار مصلحة الحي على مصلحة الميت، فإنه يرجى للحي الأبصار بعد عدمه، والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به . ولا يفوت على الميت الذي أخدت قرينة عينه شيء فإن عينه مقلة ظاهرة. [1]

- **الفقرة الثالثة : أن الأحكام تتغير بتغير الزمان :**

نقل الأعضاء بعد تقدم الطب أصبح سهلا مأمون العاقبة و التجربة فوجب تغير الحكم بتغيير الحال.[2] وفعل استقطاع عضو من الميت ليس فيه إهانة بل تكريما للميت ببقاء عضو من أعضائه ينتفع به إنسان حي ، لأن الحي أحق من الميت و بالتالي يعتبر هذا التصرف مشروعا .[3]

بمعنى أنه متى كان هذا العمل في نطاق الضرورة فإن انتفاع الحي بهذا العضو هو انتفاع المجتمع بدلا من أن يترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب و يتحول إلى رفات. فمتى كان هذا العمل هو العلاج الوحيد للمريض، وإنقاذا له من موت محقق جاز هذا العمل متى تقيد بالضوابط الشرعية و الشروط اللازمة. وحديث النبي (ص) عن كسر عظم الميت يهدف إلى النهي عن ذلك لمجرد الإيذاء أو التعدي حقدا وكراهية و استخفافا به، لكونه لم

---

[1]– أنظر فتوى جاد الحق بتاريخ 05 .12 . 1979 بجواز أخد الأعضاء من الموتى وفقا للضوابط الشرعية ، مشار إليها في بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 212 .

[2]– محمد بن محمد المختار: المرجع السابق، ص 252.

[3]– الخولي : المرجع السابق ص 256 ، راجع بالتفصيل نسرين عبد الحميد نبية : المرجع السابق ص 167–168.

يعد يشعر بالألم، فأراد الرسول (ص) أن يبين أن حرمة الميت كحرمة الحي أما إذا كان في الكسر مصلحة راجحة فلا مانع شرعي. [1]

و من تم فإن العمليات الجراحية من شق أو بتر أو استئصال أو استقطاع من الجثث مباحة شرعا، و إن كان فيها هتك لحرمة الميت ، ما دام فيها مصلحة راجحة هي إنقاذ إنسان مشرف على الهلاك، لقوله تعالى" **مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۚ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ**"[2].

وقوله (صلى الله عليه وسلم) من استطاع ان ينفع أخاه فلينفعه ". [3]

وبالتالي يكون هذا الأمر مجرد تأخير عودة هذا العضو المنقول إلى الحي لصاحبه فترة من الزمن أسبغ فيها الشفاء و القوة على إنسان كان مشرفا على الهلاك. ولا يعد هذا من الناحية الشرعية إهانة للميت ولا مساسا بحرمة جثثه و لا انتهاكا لكرامته الآدمية، لأن ذلك مقصود لمصلحة الحي المشرف على الهلاك ، و الحي أفضل من الميت للانتفاع بذلك في نفسه، ونفع الأمة به،[4] وقد اشترط،[1] المؤيدون لجواز النقل من الميت إلى الحي شروطا نتناولها في الفرع الموالي :

---

[1]بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 208 - 209 .

[2] سورة المائدة الآية 32

[3] رواه مسلم و ابن ماجه و أحمد عن جابر بن عبد الله عنه.

[4]جاد الحق فتواه بتاريخ 05 – 12 – 1979 المرجع السابق ص 248، و أحمد شرف الدين المرجع السابق ص 204. 205 مشار إليها في بلحاج العربي : المرجع السابق ص 211 ، و سميرة عايد : المرجع السابق ص 239.

- **الفرع الثاني : شروط جواز النقل من الميت**

- أن تتوافر حالة الضرورة، فيجب أن يكون المريض المراد نقل العضو إليه مهددا بخطر الموت ولا سبيل لانقاده إلا بنقل العضو المحتاج له.

- عدم وجود شيء مباح يقوم مقام هذا العضو المراد أخده من الميت، و لا خلاف بين الفقهاء في جواز الانتفاع بأجزاء الحيوان جلده و عظمه لزرعها في جسم الآدمي إذا تبينت فائدتها الطبية مثل صمامات القلب المتخذة من الأبقار و الجلود المتخذة من الأغنام راجع [2] أو أعضاء اصطناعية [3].

- أن يغلب على ظن الطبيب استفادة المريض من هذا الجزء المراد نقله من الميت.[4]

- علم أولياء الميت بالنقل و استئذانهم دون القول بالوصية لأن الميت لا يملك شيئا من بدنه.[5]

- التحقق من وفاة الشخص المراد الاستقطاع منه.[1]

---

[1]راجع عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ص 149 – 151 .

[2]– عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ص 72 _75 ، و قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة الدورة الثانية 1985.01.19 .

[3] – و هي تلك الأعضاء التي تقوم مقام العضو التالف بسبب المرض لمزيد من التفصيل راجع محمد بن محمد المختار :المرجع السابق، ص 286.

[4]– سميرة عايد :المرجع السابق ، ص 238 و الخولي : المرجع السابق ، ص 260 و نسرين عبد الحميد :المرجع السابق، ص 168.

[5]– اقترحت لجنة الإفتاء المصرية أن يكون نزع العضو من الميت بموجب وصية مكتوبة إذ ما تحققت وفاته الشرعية لزراعته في إنسان حي أو شهد اثنان من أولاده على ذلك فإن لم يكن له أولاد فمن ورثته على أنه أوصي شفاهة ،رأي نصر واصل مفتى الجمهورية صحيفة الأهرام 13 –05– 1998 مشار إليها في عبد الرزاق حمدان :المرجع السابق ص 150 و راجع أيضا قرار المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا سنة 1969.

- أن لا يؤخذ من بدنه إلا المقدار الذي تدفع به الضرورة ، وأن يعاد رتق الموضع الذي أخد منه.

- **الفرع الثالث : الفتاوى المجيزة للنقل من جثة الميت.**

صدرت الكثير من الفتاوى من المجامع الفقهية تبين أن النقل من الميت إلى الحي جائز بالشروط السابقة . وهي على التوالي:

- **الفقرة الأولى: قرارات المجامع الفقهية**

منها قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بشأن زرع الأعضاء رقم (99) بتاريخ 6 – 11 – 1402 هـ. فقرر المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذ اضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخد منه، وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه. ويباح أيضا تبرع الحي لمسلم مضطر إلى ذلك .[2]

وكذلك [3] فتوى الأزهر الشريف، ودار الإفتاء المصرية، ولجنة الإفتاء بالمملكة العربية الأردنية الهاشمية، ولجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف الكويتية و لجنة الإفتاء بباكستان ، و المؤتمر الإسلامي الدولي والمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، و كذا مجمع الفقه الإسلامي الذي يمثل الدول الإسلامية كافة ، و التي أجمعت كلها على إباحة استخدام

---

[1] – راجع كيفية التحقق من الوفاة ، ص 286 من هذه الرسالة.

[2]– أنظر عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق ، ص 156 و الخولي : المرجع السابق ، ص 256 .

[3]– هذه الفتاوى مشار إليها في عبد الرزاق حمدان : المرجع السابق، ص 156 و ما بعدها و الخولي : المرجع السابق، ص256 و ما بعدها و بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 214 و ماروك نصر الدين المرجع السابق ، ص 24 و ما بعدها .

أعضاء الموتى لمداواة الأحياء ، و إنقاذ حياتهم ، و أن ذلك جائز شرعا إذا رضي المنقول منه، أو وافقت أسرته بعد وفاته ، أو من يقوم مقامه إذا كان الميت مجهول الهوية، [1] و كذا إذا تبين طبيا أن عملية زرع العضو ناجحة.

- **الفقرة الثانية : رأي البابا شنودة**

تعرض البابا شنودة للنقل من الأموات فقال : « إن روح الكتاب المقدس تدعو إلى العطاء والبذل وإلى انقاذ الآخرين، والحرص على حياتهم بقدر الإمكان ، ومن تعاليم الكتاب المقدس يجوز نقل عضو من جسد إنسان ميت لمنفعة إنسان آخر، فنقل العضو من الإنسان الميت لا يضره في شيء و لكنه ينقذ حياة إنسان آخر... ».

و قيل عنه أيضا: « يرجع التراب إلى الأرض كما كان، و ترجع الروح إلى الله معطيها»(جا 12:7). و ما دام الجسد سيعود إلى التراب بعد الموت إذن ليس ضد كرامة عضو منه أن يلصق بجسد آخر، وتكون له استمرارية الحياة و لا خوف على الجسد الميت مهما أخذت أعضاؤه لأننا جميعا نؤمن بقيامة الأجساد بعد الموت. [2]وقال الحاخام اليهودي عام 1986 ان نقل الأعضاء لانقاذ الغير يجوز بعد تحديد معايير الموت .

- **الفقرة الثالثة: رأي لجنة الإفتاء الجزائرية.**

---

[1]– يتم الحصول على الإذن من النيابة العامة إلا أن هذا غير ملزم للأطباء الثقاة إذا رأوا ان حياة المريض متوقفة على أخذ أعضاء الميت بناء على قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" أنظر الشيخلي : المرجع السابق ، ص 262.

[2]الخولي : المرجع السابق ، ص 260 ، 261 ، و ماروك نصر الدين المرجع السابق ، ص 29 – 30.

نص رأي لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر و على« أما بعد أن استمعت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى إلى البيان الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية صدر عنها في 20– 04– 1972 بيانا يتعلق أساسا بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى. [1]حيث جاء في مضمون هذا البيان في حالة تبرع المنقول منه العضو في حياته ، بحيث يوصي أن يؤخذ من عضوه بعد مماته ، ويأذن في تشريح جثثه ليزرع عضو في جسم شخص معين أو لفائدة المجموع ، في هذه الحال لا مانع من إمضاء وصيته وتنفيذ تبرعه، ولا يعتبر تشريح جثثه بمثابة تمثيل بها ... .

- أما في حالة التبرع بالعضو البشري من قبل الولي الشرعي للميت دون الحصول على رضا المستأصل منه في حياته ، فإن تصرفه يعتبر مشروعا من الناحية الشرعية على اعتبار أن الهدف كان طاعة الله.[2]
- و في حالة عدم وجود إذن من الميت حال حياته ، و لا إذن من وليه بعد وفاته، فالظاهر هو المنع، فإن لم يكن للميت ولي فإن السلطان ولي من لا ولي له، و يمكن

---

[1]جاري بسمة و الذهبي ثورية : المرجع السابق ، ص 42 راجع أيضا فتوى أبو عبد السلام الجزائري المؤرخة في 21 – 03 – 2007 ، بشأن نقل وزراعة و بيع أعضاء جسم الإنسان حيا أو ميتا .مشار إليها في بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 250.

[2]جاري بسمة و الذهبي ثورية : المرجع السابق ، ص 44 .

أن يأذن في تشريح الجثث وأخذ الأعضاء منها، والانتفاع بها إذا اقتضت ذلك المصلحة الراجحة.[1]

ولا يجب أن يتم النقل في هذه الحالة إلا بتحقق الأطباء المختصون من الوفاة ، و يتيقنوا أن الهالك لم يبق فيه أثر الحياة في جسمه ، و إن وقع مجرد الشك الضئيل في بقاء شيء من الحياة فلا يجوز الإقدام على تشريح جثثه ما دامت الحياة فيه ، و ليس لأحد أن يبادر بإنهائها باجتهاد منه و لم يتيقن حسب القواعد الطبية أنه لم يتبقى أمل في استمرار حياته لأن الأقدام على البدء في تشريح جثة بها رمق أو شك يعتبر نوع من القتل المتعمد[2].

هذا و قد ظهرت أراء تنادي بضرورة إنشاء بنوك [3]لحفظ الأعضاء البشرية المتبرع بها حتى يتم توفير الأعضاء اللازمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ،و هذا الموضوع يتنازعه اتجاه رافض و آخر مؤيد . نتطرق لكل منهما على التوالي في الفرع الموالي :

- **الفرع الرابع : إنشاء بنك لحفظ الأعضاء البشرية**

ظهر اتجاهان أحدهما رافض و آخر مؤيد لحفظ الأعضاء البشرية حيث نشأت فكرة بنوك الأعضاء البشرية في هذا العصر تبعا للتطورات العلمية الحديثة بحجة جلب المصلحة للناس و انتفاعهم بهذا التقدم العلمي .[1]

---

[1]ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 173.

[2] جاري بسمة و الذهبي ثورية : المرجع السابق ص 45 ، و ماروك نصر الدين المرجع السابق، ص 173.

[3] أن الاعضاء بعد أخدها من الجثة و بقائها بعد تبريدها بواسطة محلول مثلج بالدفق المحدد يمكنها أن تبقى حية لمدة أطول ،كالدماغ لدقائق معدودة و القلب لساعتين، و الكلي 72 ساعة ،و الكبد 8 ساعات ،و البنكرياس 12 ساعة و الجلد و العظام لأسابيع و ربما لأشهر ،و القرنية لغاية 4 أيام، و الرئتين لمدة أقصاها 30 دقيقة ... مشار إليها في بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 227.

- **الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لحفظ الأعضاء البشرية**

يرفض أصحاب هذا الاتجاه إنشاء بنك لتجميع الأعضاء البشرية، [2] لما في ذلك من مذلة وامتهان للكرامة الإنسانية مستندين إلى الأسانيد التالية:

ما جاء في قوله تعالى " **فَبَعَثَ اللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ لِيُرِيَهُ كَيْفَ يُوَارِي سَوْءَةَ أَخِيهِ قَالَ *يَا وَيْلَتَى* أَعَجَزْتُ أَنْ أَكُونَ مِثْلَ*هَذَا* *الغراب* فَأُوَارِيَ سَوْءَةَ أَخِي فَأَصْبَحَ *مِنَ* النَّادِمِينَ** ..."[3]. هذا يدل دلالة قاطعة على حرمة التمثيل بجثة الآدمي.

- ما فعله بعض الصحابة، فقد نقل عن الإمام أحمد انه قال لقد صلى أبو أيوب الأنصاري على رِجلٍ ووراها ، وصلى عمر على عظام آدمية في الشام، و صلى أبو عبيدة عامرا ابن الجراح على رؤوس بعد تغسيلها وتكفينها. ووجه الدلالة في فعل الصحابة رضي الله عنهم أوضح في وجوب دفن أعضاء الآدميين و عدم تركها لما فيه من المثلة بها و هي حرام. [4]

فيتضح من هذه الأسانيد عدم صدق فكرة إنشاء هذه البنوك لعدم اتفاقها مع تعاليم الإسلام...[5] ذلك لأن قطع عضو آدمي سواء حيا أو ميتا و حفظه داخل زجاجات مثلا في

---

[1] عبد الرحيم السكري : المرجع السابق ، ص 215.

[2] لأنها من المثلة و هتك العرض، لحرمة الإنسان و مخالفة منهج الإسلام في تكريم الإنسان ، راجع عبد الرحيم السكري: المرجع السابق ،ص 222-223 وأيضا عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ،ص 144.

[3] سورة المائدة الآية 31

[4] عبد الرحيم السكري: المرجع السابق،ص 228.

[5] سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 243 .

هذه البنوك يعد مثله وإهانة للآدمي و جعل أعضائه قطع غيار،[1] كما أن القول بالمنع فيه سد لباب الذرائع ، إذ أن هذه البنوك سوف تقوم ببيع هذه الأعضاء لمن يريد شراءها ومن تم سوف يفتح باب المتاجرة بالأعضاء البشرية و هذا محرم شرعا، فالقاعدة الفقهية تقضي بأن كل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرا م.[2]

وذهب السكري ،[3] إلى عدم جواز ذلك على أساس أن الإنسان لا يملك أعضائه حتى يتصرف فيها للبنوك ، و إن كانت إجازة الانتفاع بأعضائه بعد وفاته لغرض التداوي أو لأغراض علمية ، فإن ذلك مقيدا بتوافر حالة الضرورة او الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة و التي من شروطها أن يكون الخطر حالا لا منتظرا.[4]

- **الفقرة الثانية : الاتجاه المؤيد لحفظ الأعضاء البشرية**

يؤيد أصحاب هذا الاتجاه [5] إنشاء بنك للأعضاء البشرية مصدرها قتلى الحوادث ومجهولي الشخصية والمحكوم عليهم بالإعدام، غير أنه إذا كان قد أجيز الانتفاع بعيون الموتى المجهولي الهوية في حالة الضرورة فإن ذلك لا يبيح استقطاع أعضائهم و الاحتفاظ بها في بنوك لعدم توافر حالة الضرورة ، و لعدم وجود خطر حال، و قد استندوا على ما يلي :

---

[1] افتكار مهيوب :المرجع السابق ،ص421 ،و عبد الرحيم السكري : المرجع السابق ،ص217.

[2] افتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 421.

[3]عبد الرحيم السكري: المرجع السابق ، ص 215 .راجع أيضا افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص415.

[4]منهم محمود السرطاوي أستاذ بجامعة الأردن ، مشار إليه في محمد بن محمد المختار : المرجع السابق ، ص 238.

[5]راجع مشروعية النقل من الأموات ، ص 326من هذه الرسالة ، و سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 245.

- يجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمي استنادا إلى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

1- تحصيل أ- على المصلحتين، و ارتكاب أخف الضررين، فإذا كان أخد عين الميت مثلا لترقيع قرنية عين المكفوف الذي لا يرى النور يحقق مصلحة راجحة، فإن ذلك لا يعد ابتذالا للميت ، و لا اعتداء على حرمته ، حيث صدرت في هذا المجال فتوى رقم 73 – 1966 من دار الإفتاء المصرية التي قررت بأن الاستيلاء على عين الميت لتحقيق مصلحة راجحة للحي الذي حرم نعمة البصر عقب وفاته و حفظها .

حفظها في بنك العيون لاستعمالها في ترقيع قرنية المكفوفين الأحياء الذين حرموا نعمة البصر، ليس فيه اعتداء على حرمة الميت ، و هو جائز شرعا لأن الضرورة دعت إليه غير أنه و نظرا لأن الضرورة تقدر بمقدارها فإنه يجب الاقتصار في هذا الاستيلاء على أخذ عين الميت الذي لا أهل له قبل دفنه لاستخدامها في هذا الغرض العلاجي، أما الأموات المعروفين فلا يمكن الاستقطاع منهم إلا بموافقة أوليائهم .[1]

كما نصت اللائحة التنفيذية رقم 147-1996 على أنه « يجوز لأقسام طب و جراحة العيون بكليات الطب المصرية ، إنشاء بنوك للعيون بها للاستفادة منها في ترقيع القرنية »

[1] بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 227 ، و افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 420.

وسمحت أيضا للمستشفيات و الهيئات و المراكز و المعاهد المتخصصة في طب العيون ترأس لجان خاصة .[1]

تجدر الإشارة إلى أن هذه البنوك يجب أن تكون تحت إشراف هيئة رسمية متخصصة موثوقة في دينها وعلمها و خبرتها ، و أن تكون مراقبة بأجهزة فعالة بحيث لا يدخل شيء من الأعضاء أو الأنسجة أو أجزاء منها، و لا يخرج إلا تحت نظر المراقبين لضمان عدم الاتجار بها لتنافي ذلك مع حرمة و كرامة الإنسان[2] ، كما أن عملية الحفظ تختلف تبعا للأعضاء البشرية التي يتم حفظها، فإما أن يكون الحفظ عن طريق التبريد من أجل الاحتفاظ بالعضو لفترة أو لأن يكون عن طريق التجميد للاحتفاظ به لفترة طويلة .[3] بحيث انه لم يعد خافيا على أحد أن هناك عصابات مجرمة عالمية، تتاجر في أعضاء الإنسان تقوم بتهريبها

---

[1] انظر القانون المصري لتنظيم بنك العيون ،رقم 103 –1962 ،في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون و مصادرها ، و شروط الحصول عليها .نظر سميرة اقرور : مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية : المرجع السابق ،ص 236 – 238.

[2]بلحاج العربي : نفس المرجع ،ص 228 ، و يجب أن يكون اختزان الجلود الآدمية على قدر الحاجة الواقعة و المتوقعة إما من قطع الجلد التي يستغنى عنها فتدفن و لا تلقى في مصب الفضلات . راجع الندوة الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 22 – 24 ماي 1995 مشار إليها في افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 420 والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 12–167 المؤرخ في 05–04–2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها أشار في المادة 5 فقرة 7 إلى وضع الشروط الضرورية لإنشاء بنوك الأنسجة والخلايا و قواعد تسييرها و مراقبة نشاطاتها و عرضها للمصادقة بقرار من الوزير المكلف بالصحة دون أن يتضمن ذلك الأعضاء البشرية مما يدل على قصر تخصيص هذه البنوك للأنسجة و الخلايا فقط .

[3]فتون علي خير بك : مسؤولية الطبيب عن خطأه الطبي ، المرجع السابق ، ص 43.

من دول العالم الثالث الفقيرة إلى أمريكا الشمالية وأوروبا، بالتعاون مع بعض المستشفيات الخاصة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن البابا شنودة الثالث قد أيد فكرة إنشاء بنك لأعضاء الإنسان فقال :« و ليس الدين ضد هذه الفكرة في شيء فالدين يأمر بعمل الخير، و ما أجمل أن يعمل الإنسان الخير في حياته متبرعا بعضو لا يفقده الحياة ، كما يعمل الخير أيضا بعد مماته بتبرعه (عن طريق وصية مكتوبة أو شفاهية) ببعض أعضائه لإنقاذ غيره أو لفائدة العلم ، بأن يوصي بأعضاء منه بعد موته لانقاد آخرين ، و هكذا تدور عجلة الخير بيد الأحياء و الأموات على السواء و ينال كل منهم أجرا من الله على ما قدمه للغير من خير» .[2]

المبحث الثالث

مدى مشروعية المساس بالجثة في القانون الوضعي

إن حماية الجسم البشري هي إحدى المزايا الجوهرية للشخصية القانونية ، و هذا الحق في الحماية يستمر إلى ما بعد الوفاة، فيكون للإنسان الحق في احترام جثته كونها من بقايا جسده و التي توجد من الناحية القانونية منذ اللحظة الأولى التي يعلن فيها موت الإنسان رسميا.

---

[1] راجع في هذا الموضوع :أسعار الكلى تتراوح بين 20و 40 ألف جنيه ، زرع الأعضاء البشرية أصبح تجارة رائجة في مصر مع اشتداد الأزمة الاقتصادية مشار إليها في صحيفة سبتمبر على الموقع http .www. 26 sepinet/ news _ détails .PHP ? Sid = 39513

[2] الخولي : المرجع السابق ، ص 261 .

و الجثة و هي خالية من الروح تعد تجسيدا لجسم الإنسان الذي لا يمكن أن يعامل معاملة الأشياء المادية بل يكون لها حماية و قدسية.[1] كما أن القانون الجنائي يسبغ نوعا من القدسية و الحماية على الجسد احتراما له إذ يعتبر كل مساس بالجثة من شأنه أن يؤدي إلى العبث بها سواء أكان ذلك قبل الدفن أم بعده. [2]

غير أن التطور المستمر للعلم قد قلب سنده الأوضاع التي كان يزعم القانون تنظيمها حيث زعزعت التقنيات الطبية الحيوية التي سمحت باستخدام أعضاء و منتوجات جسم الإنسان أسس التطور القانوني ، بحيث أصبح مبدأ حظر التصرف أو عدم المساس بجسم الإنسان محلا لاستثناءات تزداد بالتدريج بعد أن كان أمرا مسلما به و غير قابل للنقاش[3] فحاجة المرضى من الأحياء إلى أعضاء بشرية بدلا من أعضائهم التالفة لانقاد حياتهم من الموت جعلت الفقه القانوني يتجه نحو البحث عن مدى مشروعية الحصول على قطع الغيار الآدمية لهؤلاء المرضى من جثث الموتى ، [4]في الحالة التي تكون الجثة هي المصدر الوحيد لعمليات زرع الأعضاء وخاصة المنفردة منها كالقلب و الكبد و لذلك أخذت بعض القوانين تخرج عن مبدأ صيانة الجثة عبر السماح بالمساس بها بغرض العلاج أو الانتفاع

---

[1] – افتكار مهيوب : المرجع السابق ص ، 316 و 317.

[2] ينص قانون العقوبات اليمني على الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ألفي ريال ضد من ينتهك حرمة القبور ،راجع أيضا موفق =

=علي عبيد : المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني : المرجع السابق ص 262 و انظر المادة 160 من قانون العقوبات المصري .

[3] – إبراهيم يوسف: المرجع السابق، ص 68.

[4] – سنا يحي ناجي: المرجع السابق، ص 83.

بها لأغراض علمية. كالتشريح أو إجراء التجارب العلمية ،[1] و لقد اختلفت التشريعات في معالجة هذا الأمر فمنها من نظم الحصول على بعض الأعضاء دون بقية الجثة و منها من التزم الصمت و منها من أباح الإيصاء إلى ما بعد الوفاة [2] وبالتالي سوف نتعرض لموقف بعض من هذه التشريعات.من خلال هذه المطالب على التوالي:

المطلب الأول

موقف المشرع في الدول الغربية

إن كثيرا من التشريعات الغربية تعرضت بالنص صراحة لجواز استئصال جزء من جثة المتوفى و زرعها في جسم آخر حي ، و هي أسبق تاريخيا من تلك التي تعرضت للتصرف في جزء من جسم الإنسان الحي ، و من هذه القوانين القانون الإسباني الصادر في 18 – 12– 1950 و القانون الإيطالي الصادر: 3– 04– 1957 و القانون السويدي الصادر في 7– 6 – 1967 و البرازيلي الصادر في 10 – 8 – 1968 و كذا القانون الأمريكي و الفرنسي و البريطاني ، نتعرض لبعضها بشيء من التفصيل[3].

---

[1] – إبراهيم يوسف: المرجع السابق، ص 68. و سنا يحي ناجي:المرجع السابق، ص 83.

[2]– ندى عبد الودود: المرجع السابق، ص 101.

– ندى عبد الودود : نفس المكان ، وسنا يحي ناجي : المرجع السابق ، ص 83.

- **الفرع الأول: القانون الفرنسي**

اتجه الفقه القانوني إلى الاعتراف للإنسان بحقوقه على جثته فهو يستطيع تحديد مصيرها بكل حرية، وفي هذا قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها أن كل شخص يستطيع التصرف بجسمه بنفس الطريقة التي يتصرف فيها بذمته المالية وحتى و إن لم تكن الجثة داخلة ضمن التعامل القانوني ،[1] إلا أن هذه الحرية مقيدة بعدم مخالفة النظام العام . ومن تم يجوز للشخص أن يوصي بأعضائه أو بعضو معين لمصلحة شخص آخر محتاج لهذا العضو لإنقاذ حياته أو للحفاظ على تكامله الجسدي أو لمعهد علمي أو لبنك من بنوك الأعضاء في ظل الأنظمة التي تسمح بذلك .[2]

سار في هذا الاتجاه القانون الفرنسي حيث نص صراحة في القانون الصادر في7-7 - 1949 باستئصال القرنية من المتوفى الذي أوصى بذلك ،فأقر مبدأ استئصال عضو من جسم الميت لغرسه في جسم حي، [3] وأجاز قانون 1976 استئصال الأعضاء البشرية

---

[1]أحمد عبد الدايم: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، رسالة دكتوراه ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،1999 ،ص 19 ، وانظر في افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 31.

[2]افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص317 و 318.

[3]– J . savatier : les problèmes des greffes d'organes prélevés sur un cadavre .Recueil Dalloz Sirey ,paris 1968 – 18 p.p89 ,102,113

– أنظر افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 319 و ندى عبد الودود : المرجع السابق ص102

لأغراض علاجية في المادة الثانية ، و تبنى القانون الفرنسي الجديد الخاص باحترام الجسم البشري ذات الموقف حيث أقر أخد الأعضاء من المتوفين لأغراض علاجية وعلمية. [1]

كما أن وجود بنوك للعديد من أجزاء الجسم تحت سلطة و إدارة السلطة العامة الفرنسية يعتبر من قبيل الاعتراف بمشروعية الحصول على الأعضاء البشرية من الجثة فهناك بنوك العظام و الجلد. [2]

و جاء القانون الفرنسي [3] رقم 654/ 94 المؤرخ في 29 تموز 1994 ليؤكد التوجه العام للمشرع الفرنسي و الذي سمح باقتطاع الأعضاء من جثث الأموات على النحو التالي:[4]

- لا يجوز أخد الأعضاء من شخص متوفى إلا لأغراض علاجية أو علمية و بعد التأكد من الوفاة وفق الشروط المحددة.
- يمكن أخد الأعضاء من جثة المتوفى ما لم يكن هذا الأخير قد أعرب أثناء حياته عن اعتراضه على أخد أي عضو من جسمه بعد وفاته، و يكون هذا الاعتراض مسجلا في السجل الوطني المخصص لذلك.

---

[1] – « Art. L. 1232-1. – Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

[2] سنا يحي ناجي :المرجع السابق ،ص 88.

[3] لقد دمج المشرع الفرنسي القانون رقم 654 /1994 بقانون الصحة العامة في الكتاب السادس منه و الذي حمل عنوان التبرع و استعمال عناصر و منتجات جسم الإنسان و قد تضمن الباب الأول من هذا الكتاب القواعد العامة القابلة للتطبيق على التبرع و استعمال عناصر و منتجات جسم الإنسان راجع عبد المعطي خيال : المرجع السابق ص 63

[4] سنا يحي ناجي : المرجع السابق ،ص 88 و89 و إبراهيم يوسف :المرجع السابق، ص 68 و69.

- إذا كان الطبيب يجهل إرادة المتوفى بهذا الخصوص يتوجب عليه أن يحاول الحصول على إفادة من عائلته.
- إذا كان المتوفى شخصا قاصرا أو بالغا يستفيد من أحد إجراءات الحماية القانونية لفاقدي الأهلية ، فإن أخد الأعضاء من أجل التبرع بها لا يمكن أن يتم إلا بموافقة كل واحد من المتمتعين بحق الولاية على القاصر، أو موافقة الممثل القانوني لفاقد الأهلية ، و يجب أن يعطي هذه الموافقة بشكل صريح و خطى .
- يجب أن يكون فريق الأطباء الذي ينظم شهادة الوفاة مختلفا عن الفريق الذي سيجري عملية النقل والزرع ويجب على الأطباء في مجال أخذ العضو من جثة ميت أن يعيدوا جسده إلى حالة لائقة و دون أدنى تشويه.[1]

و يرى الدكتور JEAN – PAUL CACHERA أنه يجب التفرقة بين مجموعة الأطباء الأخصائيين المكلفين بتقرير الوفاة ومجموعة الأطباء المكلفين بنقل الأعضاء و ذلك لصعوبة تحمل الضغط المادي الناجم عن هذه الوضعية . [2]

- **الفرع الثاني : القانون الإنجليزي**

بفضل التقدم العلمي صدر في انجلترا قانون سمح بنقل القرنية سنة 1952 وكان بذلك أول قانون يسمح بعمليات زرع الأعضاء من جثة شخص متوفى . و بعد تسع سنوات

---

[1]سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 234 و سنا يحي ناجي : المرجع السابق ، ص 89 و أشارت إلى ذلك المادة 27 فقرة 1 من التشريع الأرجنتيني

و كذا المادة الثالثة من التشريع البرتغالي . مشار إليها في حسنى عودة زعال : المرجع السابق، ص 127

[2]Catherine chabert , op . cit . p 157

من صدور ذلك القانون، و تحديدا في عام1961 صدر القانون المسمى« the humman tissue act » حيث أباح زرع الأعضاء عن طريق الحصول على قطع أعضاء من جثة شخص ميت ،و بذلك أرسى هذا القانون قاعدة مغايرة لتلك التي كانت مسيطرة ومستقرة. [1]

- **الفرع الثالث :القانون الأمريكي**

المبدأ الأساسي الذي كان سائدا في الولايات المتحدة الأمريكية هو أن جثة الإنسان لا يمكن أن تكون محلا للملكية، غير أنه و نتيجة لتقدم العلوم الطبية ثم الخروج عن هذا المبدأ و ذلك بوضع القانون رقم 30 - 7- 1968، والذي سمح بنقل الأعضاء من جثة شخص ميت وسمي هذا القانون «Uniform anatomical gift ». وأهم ما جاء في هذا المشروع هو أنه يحق لكل شخص بلغ الثامنة عشرة من العمر أن يعطي كل جثته أو أي جزء منها لغرض من الأغراض التي حددها القانون على سبيل الهبة . و نص على ضرورة احترام إرادة المتوفى بعد وفاته، و أكد على أنّ أول من له الحق بالتصرف في الجثة هو صاحبها في حال حياته. [2] ونشأ عن ذلك أن للأقارب الحق في دفن قريبهم على الرغم من أن الجثة لا تعد جزءا من التركة، و المطالبة بكل ما من شأنه المساس بها أو تشريحها إلى غير ذلك من الحقوق . [3]

---

[1]ندى عبد الودود : المرجع السابق ص 102 و سنا يحي ناجي : المرجع السابق ص 90 ، 91 و سميرة عايد : المرجع السابق ص 251

وحسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 162 .

[2]– سنا يحي ناجي المرجع السابق ، ص 89 ، 90.

[3]– سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 252.

المطلب الثاني

موقف المشرع في الدول العربية

من التشريعات العربية التي نصت على جواز استئصال جزء من جثة المتوفى المشرع العراقي، [1]و المشرع الكويتي، [2] والمشرع المغربي،[3] و المشرع اللبناني[4]، و السوري[5]، و الأردني[6]،والمصري[7]، و غيرها حيث نتطرق لموقف البعض منها على التوالي :-

- **الفرع الأول : المشرع المصري**

جرَم القانون المصري مبدئيا المساس بالجثة حيث نصت المادة 160 – 3 من قانون العقوبات رقم 58 لسنة 1937 على أنه « يعاقب بالحبس و بغرامة لا تقل عن مئة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين» .[8]إلا أنه سمح بالمساس بالجثة من أجل تحقيق مصلحة إنسانية و يظهر هذا الموقف في حالتين:

- **الحالة الأولى:**

---

[1]– القانون العراقي رقم 85 – 1986 بتاريخ 28– 8 – 1986 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية.

[2]– القانون الكويتي رقم 7 – 1983 بشأن عمليات زراعة الكلى للمرضى.

[3]– القانون المغربي رقم 16 – 98 الخاص بزرع الأعضاء.

[4]المرسوم الاشتراكي رقم109 بتاريخ 16–09–1997، الخاص بنقل الأعضاء.

[5] القانون رقم 31 لسنة 1972 الخاص بنقل الأعضاء.

[6] القانون رقم 23 لسنة 1977 المعدل والخاص الانتفاع بأعضاء الجسم.

[7] القانون رقم 05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية.

[8]– سنا يحي ناجي:المرجع السابق ص 85.

تكمن في نص المادة 26 من القانون المصري رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد و الوفيات، حيث تسمح صراحة بالمساس بالجثة من أجل المصلحة العلمية.[1]فيرى البعض أنه يمكن الاستفادة من هذه المادة من أجل السماح بالتنازل عن جزء من جثة المتوفى من أجل مصلحة طبية علاجية للغير، تتمثل في إنقاذ حياته لما في ذلك من مصلحة أكيدة أسمى للمريض من المصلحة الاحتمالية التي تتحقق بموجب التنازل من أجل التجربة العلمية ، فإذا كان القانون يسمح بالمساس بالجثة من أجل التجربة العلمية فإنه من باب أولى أن يسمح بهذا المساس في سبيل إنقاذ حياة مريض من الهلاك[2].

- **الحالة الثانية:**

تكمن في القانون رقم 103 لسنة 1962 المتعلق ببنك العيون[3]الذي ينص في المادة الثانية على جواز الحصول على عيون من يوصون بها الفقرة (أ) و كذا عيون الموتى و قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم فقرة (ج). و معلوم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وهذا يفيد أن القانون أعلاه أباح التصرف في الجثة بعد الوفاة في صورة

---

[1]تنص على :" يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية و ذلك بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى » . و أنظر أيضا ندى عبد الودود : المرجع السابق، ص 103.

[2]سميرة اقرور : المرجع السابق ،ص 176.

[3] هذا القانون حل محل القانون رقم 274 – 1959 الذي كان أكثر وضوحا من حيث مصدر الحصول على العيون ، و فصل بين العيون المنقولة من الأحياء و تلك المنقولة من الأموات و هذا في المادة الثانية و التي جاء فيها: تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر الآتية

أ- عيون الأحياء الذين يوصون أن يتبرعوا بها . ب- عيون الأحياء التي يتقرر استئصالها طبيا

ج- عيون الموتى و قتلى الحوادث أو من تشرح جثثهم د- عيون من ينفد فيهم حكم الإعدام هـ – عيون مجهولي الهوية . راجع في هذا الموضوع ، ندى عبد الودود : المرجع السابق ،ص 109 .

التصرف في العين.[1] كما نصت الفقرة (د) من نفس المادة على جواز الحصول على عيون من ينفد فيهم حكم الإعدام ، و نصت الفقرة (هـ) على جواز الحصول على عيون الموتى مجهولي الشخصية.

فهذا القانون حدد المصادر التي تحصل منها بنوك العيون على هذه الأخيرة ، حيث جعل التبرع بالأعضاء قاصرا على قرنية العين فقط ، [2] كما أن هذا القانون لم ينص على وجوب الحصول على العين من مصريين فقط ، بحيث يمكن للموصي بعين أو المنفذ فيه حكم الإعدام أو مجهول الشخصية أن يكون أجنبيا . [3]

إلا أن المشرع المصري وبعد صدور قانون زرع الأعضاء رقم 05-2010 نص صراحة على المساس بالجثة من خلال المادة 14 منه انه " لا يجوز نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينا تستحيل بعده عودته للحياة.." وذلك بشروط منها:

- ثبوت الوفاة بقرار صادر عن لجنة أطباء ثلاثية مختصة.
- أن لا يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسؤولية رعاية أي المتلقين المحتملين.

---

[1] سميرة اقرور :المرجع السابق ،ص176.

[2] صابر محمد : المرجع السابق ص 60 و 61.

[3] سميرة اقرور : المرجع السابق ،ص 177 .

كما تنص المادة 8 على إمكانية أخذ الأعضاء من الأموات فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أي ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

- **الفرع الثاني : المشرع السوري**

حدد المشرع السوري في القانون رقم 31 لسنة 1972 المعدل بالقانون رقم 43 لسنة 1986 الأسس العامة لعمليات نقل الأعضاء من جثة المتوفى إلى جسد الإنسان الحي، حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه يجوز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية غرسها لمريض بحاجة إليها و ذلك في إحدى الحالات التالية :

- وصية المتوفى بإجراء ذلك .
- سماح عائلة المتوفى.
- إذا كان الموت نتيجة الإعدام.
- عدم وجود من يطالب بجثة المتوفى.
- حالة فتح الجثة لأسباب علمية، أو للمنفعة العامة، أو لضرورة تشريح الجثة بغية تحديد أسباب الوفاة إذا رأى رؤساء الأقسام في المشارح أو المؤسسات الصحية

ضرورة لذلك. [1]أوجبت المادة الرابعة عدم إحداث تشويه ظاهر أو تغيير في ملامح جثة المتوفى.[2]

- **الفرع الثالث: المشرع اللبناني**

حدد المشرع اللبناني الإطار العام لعمليات نقل الأعضاء البشرية و زرعها من جثث الأموات إلى الأحياء من خلال المرسوم الإشتراعي رقم 109 بتاريخ 16-9 – 1993 والقانون رقم 288 لسنة 1994 المتعلق بالآداب الطبية و أورد حرمة للجثة [3] في نصوص المواد 479 إلى 483 .

حيث أباح في المادة الرابعة أخد الأعضاء البشرية من جثة شخص ميت، أو نُقِلَ ميتاً إلى المستشفى أو مركز طبي لمعالجة مرض، أو جروح أو لغاية علمية، عند توافر أحد الشروط التالية:

- أن يكون المتوفى قد أوصى بذلك بموجب وصية منظمة حسب الأصول، أو بأية وثيقة خطية ثابتة .[4]

---

[1]إبراهيم يوسف: المرجع السابق، ص 69 ، و ندى عبد الودود: المرجع السابق، ص 105.

[2]سنا يحي ناجي: المرجع السابق، ص 87.

[3]جابر محجوب علي : دور الإرادة في العمل الطبي ، مجلة القانون و الاقتصاد ،العدد 72 ، المرجع السابق ، ص 105.

[4]إبراهيم يوسف: المرجع السابق، ص 69.

- أن تكون عائلة المتوفى قد وافقت على ذلك فتتم الموافقة باسم العائلة حسب الأولويات التالية: الزوج، الزوجة ، الولد الأكبر، فالأصغر فالأصغر، فالأب ، فالأم .

و في حالة عدم وجود أي من الأشخاص المذكورين أعلاه يجوز للطبيب رئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة، ولا تؤخذ معارضة الأقارب من غير المذكورين أعلاه بعين الاعتبار. [1]

ورتب المشرع اللبناني عقابا على كل من يقدم على أخد الأنسجة و الأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في المرسوم الاشتراعي و هي الحبس و الغرامة [2]، و بين قانون الآداب الطبية في المادة 30/ 6 بأنه يمكن إجراء استئصال الأعضاء من أجساد متوفين شرط أن يكونوا قد أوصوا بذلك ، أو بعد موافقة عائلاتهم و لأهداف علاجية و علمية.[3]

- **الفرع الرابع: المشرع الأردني**

في إطار إباحته للمساس بجثة المتوفى نص المشرع الأردني من خلال قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لعام 1977 المعدل بالقانون رقم 17 / 1980 و قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم 43 لعام 1956 في المادة الخامسة على ما

---

[1] سنا يحي ناجي: المرجع السابق، ص 84.

[2] – سنا يحي ناجي : المرجع السابق ، ص85.

[3] سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 253.

يلي: " للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو من جسم إنسان ميت إلى إنسان حي آخر يكون بحاجة لذلك العضو في أي من الحالات التالية":[1]

- إذا كان المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع و التاريخ بصورة قانونية .
- إذا وافق أحد أبوي المتوفى في حالة وجودهما على النقل، أو وافق عليه الولي الشرعي في حال عدم وجود الوالدين.
- إذا كان المتوفى مجهول الهوية ، ولم يطالب أحد بجثته خلال 24 ساعة من الوفاة على أن يتم النقل في هذه الحالة بموافقة المدعى العام .

ونصت المادة الرابعة فقرة ب على أنه: « إذا قرر الطبيب الشرعي تشريح جثة المتوفى لأغراض قانونية لمعرفة سبب الوفاة ، أو لاكتشاف جريمة ، فإنه يسمح له بنزع القرنية منها و ذلك وفقا للشروط التالية:[2]

- أن لا يؤثر نزعها على معرفة سبب الوفاة و لو بعد حين .
- أن تؤخذ موافقة ولى أمر المتوفى خطيا و دون إكراه.

---

[1] ابراهيم يوسف هرموسي: المرجع السابق ،ص 70 ، مشار إلي هذه الحالات في ندى عبد الودود : المرجع السابق ،ص 104 على النحو التالي : للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير العدل نقل العضو ..." كتب وزير العدل بدلا من وزير الصحة هكذا مشار إليها في المصدر .

[2] الشيخلي : المرجع السابق، ص 270 .

أشارت المادة السادسة منه إلى أن " للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة فتح جثة المتوفى و نزع أي من أعضائها، إذ تبين أن هناك ضرورة ملحة على أن يكون المتوفى قد وافق على ذلك خطيا بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته، أو بموافقة وليه الشرعي بعد الوفاة " .

كما نصت المادة الثامنة على أنه "لا يجوز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في القانون إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي و يشترط أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل .»

- **الفرع الخامس : مشروع القانون العربي الموحد**

صدر هذا المشروع[1] بعد انعقاد اللجنة الفنية لنقل الأعضاء البشرية وزراعتها للإنسان بمقر جامعة الدول العربية بالجمهورية التونسية خلال الفترة من 16 -17 ديسمبر 1986 وأشارت المادة الأولى منه إلى أن " للأطباء الاختصاصيين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته " .

ونصت المادة الخامسة منه على أنه"يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى شرط الحصول على موافقة أقرب الأقارب حتى الدرجة الثانية و ذلك بتوفر شروط معينة " .

---

[1]ندى عبد الودود: المرجع السابق ،ص 105 .

أشارت المادة السادسة منه إلى أنه « يجوز نقل عضو من جثة متوفى لزرعها في جسم حي في حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته، و ذلك بناء على قرار يصدر عن لجنة مكونة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل يحدد مدى حاجة المريض لهذا العضو لإنقاذ حياته وذلك قبل إجراء عملية النقل ".

كما أجازت بعض القوانين[1]أخذ الأعضاء من المتوفين لأغراض علمية و علاجية، و منها القانون المغربي،[2] و القانون الكويتي، [3] و القانون الإماراتي، [4]و القانون القطري، [5]و القانون العراقي، [6] والقانون اليمني ،[7]والقانون التونسي [8] .

من مجمل ما تقدم يمكننا القول بأن معظم التشريعات الوضعية و خروجا على مبدأ حرمة الجثة قد أباحث المساس بجثة المتوفى في عدة حالات، أبرزها حالة قيام الشخص قبل وفاته بالايصاء بعضو من أعضائه لصالح شخص معين أو مؤسسة خيرية أو حكومية.

---

[1] راجع عبد الرزاق حمدان :المرجع السابق ص 157 و 158 .

[2] أنظر المادة 14، 16 من القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية.

[3] أنظر المادة 5 من القانون الكويتي رقم 55 لعام 1987 بشأن زراعة الأعضاء.

[4] ا نظر المادة 6 من القانون الإماراتي رقم 15 لعام 1993 بشأن نقل و زراعة الأعضاء البشرية.

[5] أنظر المادة 7 من القانون القطري رقم 21 لعام 1997 بشأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية.

[6]أنظر المادة 2 من القانون رقم 691 بتاريخ 27 – 8 – 1986بشأن عمليات زرع الأعضاء.

[7] المادة 262 فقرة 3 قانون العقوبات اليمني رقم 12 العام 1994"... و يجوز لصاحب الشأن أن يسلم الجثة أو جزء منها لمعهد علمي أو تعليمي لتحقيق أغراض هذا المعهد " .

[8]انظر المادة 12 و 15 من القانون التونسي لعام 1991 .

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري

تناولت المادة 164 المعدلة بالقانون رقم 90- 17 الاستقطاع من جثة المتوفى بقولها " لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 161 من هذا القانون... و إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسره .

غير أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة هذا الترتيب بالنسبة إلى الموافقة فهل القانون يتطلب تدرجا معينا في الموافقة أم موافقة الأكثرية بإقرار كتابي ؟ و هذا كله من شأنه أن يعيق عملية نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين في أحوال الضرورة ، [1] لذا فإنه إذا لم يكن الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على اقتطاع أي عضو من جسمه بإقرار كتابي حسب المادة 165 فإنه يجوز في أحوال الضرورة بموافقة أقربائه الموجودين في المستشفى حال الوفاة الحصول على أحد الأعضاء البشرية من جثثه حسب المادة 164 و المادة 165 بعد التحقيق من الوفاة بصورة قاطعة .

---

[1] – انظر رأي بلحاج العربي : المرجع السابق ،ص 201.

حسب المادة 167 و ذلك تحت إشراف اللجنة الطبية المشار إليها في المادة 167/ 2 و كذا موافقة المجلس الوطني [1] لأخلاقيات العلوم الطبية المشار إليها في المادة 168 .

تنص الفقرة الرابعة من المادة 164 على :« غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها الفقرة أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع » .[2] كما نصت الفقرة الخامسة من نفس المادة على أنه "إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة167 من هذا القانون .

نستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري أجاز استئصال الأعضاء من الجثة قصد زرعها لأشخاص أحياء ، و ذلك بتوفر شروط معينة منها الحصول على موافقة المتوفى السابقة أو موافقة أحد أفراد أسرته المشار إليهم في المادة 161أعلاه ، دون أن يغفل المشرع الإشارة إلى مسألة تحديد الوفاة و ذلك لأن الانتزاع من الجثة غالبا ما يتعلق بالأعضاء المنفردة كالقلب أو الكبد.

---

[1] بلحاج العربي : نفس المكان .

[2]استخدم المشرع هذه الفقرة الخاصة بنقل القرنية و الكلية. بعد تعديل المادة 164 فقرة 4 بالقانون 90 / 17 دون الموافقة التي تطلبها في الفقرة 2 و 3 من المادة 164.

وبهذه الموافقة على الاستئصال من جثة المتوفى يكون المشرع الجزائري قد ساير الاتجاهات التشريعية الحديثة الخاصة بنقل و زراعة الأعضاء البشرية .[1]

المبحث الرابع

الإنعاش الاصطناعي LA REANIMATION ARTIFICIELLE

ظهرت في الآونة الأخيرة وسيلة فنية جديدة في مجال الطب بفضل تقدم العلوم البيولوجية وتطور المكتشفات الطبية ، و تسمى هذه الوسيلة بالإنعاش الاصطناعي، [2] فتمكن الطب الحديث بواسطة هذه الأجهزة من مساعدة الإنسان الذي توقف قلبه و جهازه التنفسي عن العمل و استعادة نشاطهما مرة ثانية و إنقاذ حياته.[3]

والمقصود بالإنعاش الاصطناعي العناية الطبية المركزة باستخدام أجهزة طبية اصطناعية ومعالجة دوائية تحت مراقبة فائقة يقدمها فريق طبي متخصص لمعالجة الحالات الحرجة [4] التي تتوقف فيها وظائف أحد الأعضاء الحيوية إلى أن تعود هذه الأعضاء إلى عملها الطبيعي [5] .

---

[1]ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 396.

[2]احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص 180 سميرة اقرور : المرجع السابق ، ص 216 . وصفاء محمود: المرجع السابق ، ص 112 وما بعدها . ومحمود ابراهيم : المرجع السابق، ص 333.

[3]صفوان محمد : المرجع السابق، ص 318.

[4]مثل حالات حوادث السير الخطيرة التي ينجم عنها كسور في القفص الصدري ، أو حالات التسمم ، أو حالات الفشل الكلوي، أو عدم انتظام دقات القلب أو عمليات جراحة القلب المفتوح، أو حالات تعطل وظائف المخ، انظر صفوان محمد : نفس المرجع ص 318 و بلحاج العربي : المرجع السابق ص 75 .

[5]إبراهيم صادق الجندي :المرجع السابق، ص 67.و افتكار مهيوب: المرجع السابق ، ص 431. و محمد ابراهيم سعد الناري:المرجع السابق ، ص 61.

فما دامت هذه الأجهزة تمثل وسيلة طبية علاجية من نوع خاص، فهي تهدف إذا لإطالة حياة مريض ميؤوس من شفائه لفترة قد تطول أو تقصر ، و من تم فرق رجال القانون بين حالتين أساسيتين هما حالة الامتناع عن تركيب هذه الأجهزة ، و حالة إيقاف هذه الأجهزة عن المريض رأفة به.[1]

ذلك ما سنتطرق له من خلال المطالب الموالية فنتطرق للإنعاش الصناعي و جرائم الامتناع في المطلب الأول ونتطرق لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي في المطلب الثاني ثم نتناول في مطلب ثالث موقف المشرع الجزائري و الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

الإنعاش الاصطناعي و جرائم الامتناع

من المعروف طبيا أنه لا يجوز لأي طبيب أن يمتنع عن علاج مريض ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه أو قامت لديه أسباب و اعتبارات تبرر هذا الامتناع، و لكن يجب أن يسعفه في الحالات الطارئة احتراما للحياة الإنسانية في جميع الظروف [2] و في ما

---

[1]بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 86 . راجع أيضا ياسين دركولي المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية التطبيق ، دار الإيمان ، دمشق ، بيروت ، ط 1 ، 1984 ، ص 452 .

[2] راجع المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري لسنة 1992 و المادة 2 من قانون أخلاقيات مهنة الطب البشري الفرنسي. مشار إليها في بلحاج العربي : المرجع السابق ص 85 و المادة 14 من لائحة آداب المهنة المصري رقم 234 لسنة 1974 حيث تنص على أنه : " على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه نحو مرضاه و أن يعمل على تخفيف الألم و أن تكون معاملته لهم مشبعة بالعطف و الحنان ... " .

يتعلق بالامتناع عن تركيب أجهزة الإنعاش يمكن أن نتطرق لحالتين من خلال الفرعين المواليين:

- **الفرع الأول : الامتناع عن تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي لمريض في حالة خطر.**

قد يمتنع فالطبيب عن تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي لمريض معرض لخطر الموت، و هنا يكون قد ارتكب جريمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر معاقبا عليها قانونا[1]. وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 63 فقرة 2 من قانون العقوبات على أنه " يعاقب كل من امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في خطر سواء بفعله الشخصي أو بطلب مساعدته من الغير و يشترط عدم تعريض نفسه أو غيره للخطر "[2]فيتضح أن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة تستلزم توافر ركنين، [3]**الأول** : مادي و يتمثل في وجود شخص في خطر و حال ثابت و حقيقي يستلزم التدخل المباشر،[4] و **الثاني** : معنوي و يتمثل في

---

[1]- Valevie Malabat, Droit Pénal Spéciale, 6éme Edition, Dalloz 2013, pp 233-236.

[2] – انظر كذلك المادة 40 / 2 عقوبات إيطالي و المادة 127 عقوبات سويسري

[3]– سميرة عايد :المرجع السابق ص 283

[4]و تنص المادة 431 من مدونة القانون الجنائي المغربي على أنه :« من امسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر و رغم أنه كان يستطيع أن يقدم تلك المساعدة أما بتدخله الشخصي و إما بطلب الإغاثة دون تعريض نفسه أو غيره لأي خطر يعاقب ...»راجع في هذا الصدد حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 13-01-86 ، مشار إليها في محمد بفقير : مجموعة القانون الجنائي في العمل القضائي المغربي منشورات دراسات قضائية ، سلسلة القانون و العمل القضائي المغربيين ،ط 2 ، 2011 ،ص 98.

توافر عنصري العلم و الإرادة لدى الفاعل ، أي يكون على علم بوجود شخص في خطر و يمتنع عمدا عن تقديم المساعدة له.[1]

فيتضح أنه من شروط جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة أن يكون هناك شخص في خطر و أن يكون الامتناع إراديا و أن يكون بإمكان الممتنع تقديم المساعدة بدون خطر.

و قد قضت محكمة فرنسية بمسؤولية الطبيب الجنائية عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لرفضه قبول مريض على أساس أنه ميت من وجهة نظره ، دون أن يقوم بفحصه أو يتأكد من موته . حيث قررت المحكمة أن المصاب لم يفحص على نحو جدي ، و لم تكن الوفاة قد حدثت عند رفض الطبيب استقباله ، و قالت في حكمها أن هذا المريض كان يئن و يتنفس و أنه كان في غيبوبة و لم يمت إلا بعد ذلك، و أثناء ذهابهم به إلى قسم الجراحة . [2]

فتقع هذه الجريمة لمجرد إخلال الطبيب بالالتزام بقواعد المهنة أو بالواجب الإنساني كما أن خطأ الطبيب في تقدير مدى الفائدة من تقديم المساعدة أو الاستعجال من التدخل لا يعفيه من المسؤولية الجنائية باعتبار أنه أخل بقواعد المهنة، فلم يقم بواجبه كاملا وفقا للأصول الطبية في سبيل إنقاذ المريض . غير أن التزام الطبيب لا يعني التوصل إلى

---

[1] – مزهر جعفر عبد: جريمة الامتناع ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، ط 1 ، 1999 ص 290 و ما بعدها.

[2]cass. crim. 23 mars 1953 , Bull . crim 104 .D1953 , P 371.

شفاء المريض فالتزامه كما هو معلوم التزام بوسيلة أو بذل عناية لا التزام بنتيجة . [1]فعلى الطبيب في هذه الحالة تقديم المساعدة لهذا المريض بقدر الإمكان حتى وفاته ، و ذلك بتركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي عليه، و الاستمرار في مراقبة عملها ، مادامت هناك فرصة حقيقية لبقاء المريض على قيد الحياة . أما إذا امتنع عن تركيب هذه الأجهزة و ترتب على ذلك وفاة خلايا مخ المريض و بالتالي وفاته ، فإنه يتسبب في موت المريض موتا حقيقيا مما يوجب مسؤوليته باعتباره امتنع عن تقديم مساعدة لشخص في خطر. [2]

يطبق القضاء المدني الفرنسي بوجه عام نظرية تفويت الفرصة، perte de chance[3] في نطاق المسؤولية المدنية ، و في مجال المسؤولية الطبية منذ عام 1965 و حتى وقتنا الحاضر، و بالتالي يسأل الطبيب عن تفويت فرصة الشفاء لمريض أو استمرار حياته نتيجة لخطأ الطبيب . فلا يحكم بالتعويض إلا عن تفويت فرصة فقط و ليس عن الموت نفسه أو الضرر الجسدي، لأن تفويت الفرصة ضرر في حد ذاته يحب التعويض عنه و يقدر بقدر الفرصة التي حرم منها المريض.[4]

---

[1] – سميرة اقرور :المرجع السابق ،ص 219 .

[2] سميرة اقرور :نفس المكان، ص 219 . و فتحي محمد انور عزت : المرجع السابق، ص 76 .

[3]لمزيد من التفصيل في موضوع التعويض عن فرصة الشفاء أو الحياة ، راجع أشرف جابر سيد : المرجع السابق ،ص61 و ما بعدها.

- مشار إليها في احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ،ص 183و 184

[4]cass .civil 21 nov 1979. II 1903 note 1903 note Savetier .D__ s 1980 – 178

- Cass. Civil.2 mai 1978 ,s 1978 – II 18966 , note . savetier:مشار إليه في . François VIALLA, op.cit., p .149

إلا أن القضاء الجنائي الفرنسي يرفض تطبيق هذه النظرية لأنه لا يعاقب على تفويت فرصة الشفاء ، و إنما يعاقب على القتل الخطأ أو الجروح ، و لذلك يشترط لإدانة الطبيب أن يثبت أن خطأه تسبب بصورة أكيدة في موت المريض أو إصابته. [1]

وقضت محكمة التمييز الجزائية الفرنسية في قرار صادر عنها في 06-02-1998 بأن « كل من يمتنع بإرادته عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طالما كان بإمكانه أن يقدم تلك المساعدة شخصيا أو يطلب النجدة و دون أن يعرض نفسه أو أي شخص للخطر يرتكب جنحة الامتناع عن تقديم العلاج أو العون .[2]

و بالرجوع إلى قضاء محكمة الاستئناف في المغرب فإنه لقيام جريمة عدم إغاثة شخص في خطر يجب أن يكون الخطر الذي يتعين على المتابع أن يعمل على درئه وارد في عمله.[3]

-[1]Cass. Crim 9 janvier 1979 j.C.P 1980 II. 19272 note chabas.

- Cass .crim 7 janvier 1980 , Bull . crim 1980 n 10 p 24 مشار إليه في François VIALLA, op.cit., p 150

[2] مشار إليها في سي يوسف زاهية : المرجع السابق، ص 67.

- Cass crim 4-02-1998 Dalloz 1999 p 38
- Cass.1er civ ., 7 octobre 1998,n°97-10267
- Cass .1er civ.,7 décembre 2004,n°02-10957

[3] قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 19-11-90 تحت عدد 356 في الملف عدد 90/193-167 منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 9 ص 118 و ما يليها.

_ قرار المجلس الأعلى بتاريخ 3-10-1989 تحت عدد 7329 في الملف عدد 87/8388 منشور، مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية 61-97 ص 109 و ما يليها مشار إلى القرارين في محمد بفقير : مجموعة القانون الجنائي في العمل القضائي المغربي منشورات دراسات قضائية ، سلسلة القانون و العمل القضائي المغربيين ،ط 2 ، 2011 ،ص 214 و 215.

أما إذا نظرنا إلى ارتكاب هذه الجريمة بطريق الترك أو الامتناع [1] فإن الفقه المصري[2] يميل إلى أن القتل بالامتناع أو الترك يعاقب عليه كالقتل بفعل إيجابي، فالقاتل بالامتناع يعد قاتلا عمدا طالما انه خالف الالتزام القانوني أو التعاقدي بالتدخل لإنقاذ المجني عليه ، فامتنع عمدا عن ذلك بقصد تحقق النتيجة التي يعاقب عليها القانون و هي إزهاق الروح .[3]

وتطبيقا لذلك يعد قاتلا عمدا بالامتناع أو الترك الطبيب الذي يمتنع عن استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لمريض لم تمت خلايا مخه رغم توقف قلبه و جهازه التنفسي عن العمل، فهو يعتبر حيا خلال هذه المدة. فالقانون حينما ألزم الطبيب بالتدخل باستخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي خلال هذه الفترة إنما قدر أن هذا التدخل من شأنه أن يحول دون وفاة المريض ، فإذا خالف الطبيب هذا الواجب القانوني و امتنع عمدا عن استخدام تلك الأجهزة قاصدا من وراء ذلك إزهاق روح المريض فإن هذا الطبيب يعد قاتلا عمدا بالامتناع .[4]

- **الفرع الثاني : الامتناع عن تركيب أجهزة الإنعاش للموتى**

متى تأكد الطبيب من وفاة المريض فلا مجال للقول بتركيب أجهزة الإنعاش عليه، لأنه يشترط لكي يشكل عمل الطبيب بالامتناع عن تركيب هذه الأجهزة جريمة أن يكون محلها إنسان حي، و هو ما ينبغي في هذه الحالة، إذ بموت المريض انتهت صفته كإنسان

---

[1] و هي الجرائم التي يتكون ركنها المادي من الامتناع، إلى جانب تحقق نتيجة إيجابية ناشئة عن هذا الامتناع. و قد أثار هذا النوع من الجرائم جدلا فقهيا حول مدى إمكانية وقوع جريمة القتل بطريقة الامتناع. لمزيد من التفصيل راجع سميرة اقرور : المرجع السابق ص 218.

[2] – رؤوف عبيد السببية الجنائية بين الفقه و القضاء المرجع السابق ص 323 و ما بعدها.

[3] أحمد فتحي سرور: الوسيط في القانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط 3 1985 ، ص 535.

[4] احمد شوقي أبو خطوة :المرجع السابق ص 186 ، سميرة عايد :المرجع السابق ، ص 285 .

ولم تعد تنطبق عليه المسؤولية الجنائية لحياة الإنسان . إلا أن التساؤل المثار حول تصرفات الطبيب إزاء شخص ميت دماغيا- في حالة احتضار - فهل يجوز الامتناع[1] عن تقديم المساعد له ؟

فيمكن القول أنه إذا مات الشخص دماغيا ، و هو الذي يحدث بعد الموت الإكلينيكي، مما يعني أن الشخص مات جسديا، فإنه ليس بمقدور أجهزة الإنعاش الاصطناعي أن تعيد له الحياة و بما أن استخدام هذه الأجهزة لا فائدة منه، فإن امتناع الطبيب عن تركيبها لا يوجب مسؤوليتة لأن تركيبها عليه قد يحرم شخصا آخر في حاجة ماسة إليها .[2]

المطلب الثاني

إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي

لما كان الإنعاش الصناعي لا يعيد الحياة الإنسانية فإن إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي[3] لا تعد حرمانا من الحياة بعد أن فقدت تلقائيا. و الحديث عن إيقاف أجهزة الإنعاش يطرح عدة تساؤلات سوف نتطرق لها على النحو الآتي :

- **الفرع الأول : إيقاف أجهزة الإنعاش و القتل**

---

[1] عرف الفقه جريمة الامتناع عن الإغاثة بأنها :« إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان المشرع ينتظره منه في ظروف معينة شرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل و أن يكون في استطاعة الممتنع عنه اقترافه بإرادته » . راجع شيلان محمد شريف : جريمة الامتناع عن الإغاثة ، دار الكتب القانونية ، مصر دار شتات للنشر و البرمجيات ، الإمارات ، 2013 ،ص

[2] - تدرسيت كريمة المرجع السابق ، ص 380 و381.

[3] راجع في هذا الموضوع عمار عباس الحسني: ص 446 و ما بعدها و منير رياض حنا: المرجع السابق، ص 452.

لجريمة القتل أركانا تتلخص في وقوع فعل الاعتداء على الحياة ، أي ضرورة وجود إنسان حي ، وأن يقصد الجاني إحداث الوفاة و هو يعلم بأن فعله موجه إلى إنسان حي، و أن تكون الوفاة نتيجة لفعل الجاني . ورتيبا على ذلك فإنه يمكن القول أن إيقاف أجهزة الإنعاش قد يعد قتلا من عدمه في حالتين :

- **الحالة الأولى:**

هي حالة إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي بعد الدخول في مرحلة الغيبوبة الطويلة **coma prolongé** وقبل توقف الدماغ. وهي الفترة بين توقف القلب و الجهاز التنفسي عن العمل و موت المخ ، و هي المرحلة التي يكون فيها المريض فاقدا للإحساس و الشعور نتيجة التوقف المؤقت لوظائف المخ الذي لا تزال خلاياه حية ، فإذا تم تركيب أجهزة الإنعاش لتزويد المخ بالدم و الأكسجين فإنه لا يجوز للطبيب إيقافها قبل وفاة المخ، لأن المريض في هذه الحالة يعد حيا ، و إلا انعقدت مسؤوليته. [1]

فعلى الطبيب الإسراع في إنقاذ المريض باستعمال أجهزة الإنعاش الاصطناعي قبل تلف خلايا الدماغ ، [2] و يعتبر فصل أجهزة الإنعاش خلال هذه الفترة القصيرة قتلا عمدا متى أدى إلى وفاة المريض ، فواجب الطبيب يكمن في المحافظة على الحياة [3]. و ما تبقى منها فاستحالة شفاء المريض مسألة نسبية تختلف باختلاف الزمان لأن ما يعد مستحيلا في عالم

---

[1] رمضان جمال كمال: المرجع السابق، ص 155 راجع أيضا محمود إبراهيم : المرجع السابق، ص 373.

[2] سميرة اقرور : المرجع السابق ، ص 221.

[3] SICARD (Didier), *Médicalisation et juridiciarisation de la fin de vie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, éditions ESKA, n°5, 2005-2006,.p 35.

الطب و الجراحة اليوم لا يعد كذلك في المستقبل القريب، لذلك فالطبيب ليس من حقه أن يحكم بالموت على الشخص بل هو مطالب يبذل أقصى إمكاناته لإبقاء هذا الشخص على قيد الحياة غير أن الصعوبة تكمن عند دخول المريض مرحلة الغيبوبة النهائية و هي الحالة الثانية .

- **الحالة الثانية:**

حالة إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي في مرحلة الغيبوبة الطويلة **coma dépassé** إثر موت خلايا الدماغ.

يرى الأستاذ**Riquet** أنه متى ثبت بالدليل القاطع عدم صلاحية الشخص لاسترداد وظائفه العضوية الذاتية، أو مكنات الشعور لديه ، فإنه ينبغي على الطبيب أن يوقف محاولته الشجاعة عديمة الجدوى ، و من تم فلا يباح فقط ، بل و يفضل أيضا أمام هذا الشيء و الذي صار جثة وقف ذلك الجهاز الذي يبقي على مجرد تحريك الدم و التنفس في جسم الإنسان اصطناعيا و الذي بوفاة المخ توقف عن أن يكون في عداد الأحياء . [1]

إذا أيقن الطبيب من موت خلايا المخ ، و هي المرحلة التي يستحيل عودتها للحياة مجددا فيكون استمرار تعليق الأجهزة لا يمنع حتمية الموت، لأن الإنسان في هذه الحالة و من الناحية الطبية يعتبر في عداد الموتى حتى و لو بقيت بعض مظاهر التنفس و الدورة الدموية مستمرة بواسطة أجهزة الإنعاش . لدى يرى الغالبية أنه يمكن للطبيب إيقاف أجهزة

---

[1]R. P. Riquet : la réanimation .réflexion morales. cahierl / eennec , mars 1962 n° 1 71 .
مشار إليه في ماروك نصر الدين المرجع السابق، ص 337.

الإنعاش الاصطناعي بشروط ، [1] دون أن يكون قد ارتكب جريمة القتل إشفاقا و دون أدنى مسؤولية.[2] غير أنه إذ تبين أن الطبيب قد أخطأ في تقدير الموت، و أن المخ لم يكن قد مات، و إنما حدثت الوفاة نتيجة رفع الأجهزة الاصطناعية تتم مساءلة الطبيب، لأن تحديد الوفاة مسألة طبية.

ترتيبا على ذلك فإنه يمكن القول أن إيقاف أجهزة الإنعاش يعد قتلا إذا تم قبل موت مخ المريض، و أنه لا يعد قتلا إذا كان تركيب الأجهزة قد تم بعد موت مخ المريض، [3] لأنه ليس في نزع أجهزة الإنعاش الاصطناعي بالنسبة لمن مات مخه ما يعتبر جريمة في حق الإنسانية إذ أن موت المخ هو إنهاء للحياة الإنسانية و انفصال الحياة العضوية عنها .[4]

و بما أن المخ يسيطر على المراكز العصبية العليا في الإنسان و بالتالي إدراكه بموت مخه يفقد كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية ، و يعد ميتا طبيا و شرعا و في هذه الحالة فإن أجهزة الإنعاش لا تكفل إلا الحياة الاصطناعية لبعض خلايا الجسم .[5]

غير أن الصعوبة تكمن في حالة ما إذا كانت الأجهزة قد علقت على المريض قبل موت مخه تم أوقفت بعد ثبوت موت مخ المريض، فالمريض في هذه الحالة و إن كان قد فقد

---

[1]أن يصدر قرار الفصل عن لجنة ثلاثية مشكلة من أستاذ مخ و أعصاب و أستاذ استشاري للتخدير و آخر أخصائي بالرعاية المركزة و تكون هذه اللجنة محايدة بعيدا عمن يمارسون زراعة الأعضاء حتى لا يتسرب مع قرارها الشك.راجع الشيخلي : المرجع السابق ، ص 268.

[2]سميرة اقرور: المرجع السابق ، ص 222.

[3] محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية : المرجع السابق ، ص 149.

[4]بسام محتسب بالله و ياسين دركولي : المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، دار الإيمان ، بيروت ، ط1 ، 1984، ص 456 .

[5] رمضان جمال : المرجع السابق ، ص 128 .

الحياة في رأي الطب.إلا أنه ما زال يتمتع بها في نظر القانون طالما قلبه ما زال ينبض،[1] و طالما لم تتخذ الإجراءات الرسمية للإعلان عن وفاته . [2]فواجب الطب هو المحافظة على الحياة و ما تبقى منها و ليس إطفاء شعلة الحياة، فاستحالة شفاء المريض مسألة نسبية تختلف باختلاف الزمان، فما يعد مستحيلا في عالم الطب والجراحة اليوم قد لا يعد كذلك في المستقبل القريب، لذلك فالطبيب ليس من حقه أن يحكم بالموت على الشخص بل هو مطالب ببذل أقصى إمكاناته لإبقاء هذا الشخص على قيد الحياة .[3] و في هذه الحالة يعتبر إيقاف أجهزة الإنعاش قتلا في نظر القانون سيؤدي إلى انعقاد مسؤولية الطبيب لذلك يجب أن يترك القانون تحديد مفهوم الموت إلى الطب .

- **الفرع الثاني : إيقاف أجهزة الإنعاش و القتل الرحيم.**

هناك بعض المرضى يعانون من آلام شديدة نتيجة مرض ميؤوس من شفائه، مما يدفع بالمريض من أن يطلب من الطبيب أن يريحه بالموت من العذاب بحيث يعتبره البعض شرطا ضروريا لتنفيذ هذا النوع من القتل.[4]

و قد يحدث ذلك بدافع الرحمة و الشفقة ، أو الدواع الاجتماعية أو الاقتصادية ، كعدم القدرة على تحمل نفقات العلاج .[1]

---

[1]– رمضان جمال كمال : المرجع السابق ص 252 و ماروك نصر الدين : المرجع السابق ص 395

[2]– بسام محتسب بالله : المرجع السابق ص 458

[3]سميرة اقرور: المرجع السابق ص 221 . 222 و سميرة عايد : المرجع السابق ص 291.

[4] le consentement libre et claire du patient est évidement essentielle a la pratique de l'euthanasie – la loi du 28 – 05 – 2002relative a l'euthanasie.Voir J'ean – LUC faganart, isabelle , lutte bruylant – Bruxelles actualités de droit médical 2006 – p 64.

و القتل بدافع الشفقة قد يمتد إلى أكثر من ذلك و يقع دون رضا أو إرادة المجني عليه، كما هو الأمر بالنسبة للمعتوهين أو المشوهين أو العجزة. فقد يولد الطفل مشوه غير قادر على النطق أو الفهم أو آلإدراك، فيقرر الأطباء عدم جدوى علاجه و أن حياته ستستمر على هذا المنوال فيقدم أحد أقربائه أو الطبيب بتكليف من أقربائه على قتله، [2] فإذا علم الطبيب بحالة المريض الميؤوس منها و أعطاه دواء قاتلا أو أمر بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي فإنه يعتبر مرتكبا لجريمة قتل عمد بجميع أركانها. [3]

و يمكن تعريف القتل إشفاقا:[4] **EUTHANASIE** بأنه نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيبا و قد لا يكون، لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه و لم يعد المريض يطيق تحمل آلامه.

و عرفه عبد **الوهاب حومد** بأنه :«القتل الذي تم بناء على طلب مريض لا يرجى شفاؤه بدافع الرحمة و الشفقة من جانب القاتل و هو المسمى بالإرتانازيا » [5].

---

[1] محمود إبراهيم محمد مرسي : المرجع السابق ، ص 111 ، و راجع ايضا عبد اللطيف موسى : المرجع السابق، ص 73.

[2] عبود السراج : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، منشورات جامعة دمشق، 2000، ص 574 ،راجع أيضا : هدى سالم محمد الأطرقجي : المرجع السابق ، ص 103 و بسام محتسب بالله : المرجع السابق ، ص 444.

[3] منذر الفضل المرجع السابق ، ص 168 ، راجع ايضا أمير فرج : أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية المرجع السابق، ص 191 و اشرف جابر سيد: المرجع السابق، ص 70 و ما بعدها .

[4] هي كلمة يونانية تعني الموت السهل و تستخدم للتعبير عن تسهيل موت المريض الميؤوس من شفائه بدون ألم بدافع الرحمة و تحقيق المعاناة عنه و يعرف " بأنه وضع حد لحياة مريض لا يرجى شفاؤه لتخليصه من آلامه المبرحة " انظر احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 186.

- Voir leila ben sedrine ,echerif el ketani : op.cit. p 239 – 240 .

[5] راجع شريف الطباخ : المرجع السابق ص 153

و يعرفه الأطباء بأنه :«تسهيل موت الشخص المريض الميؤوس من شفائه بناء على طلب ملح منه مقدم للطبيب المعالج » .[1]

ففي ولاية ونجستر البريطانية قدمت إلى المحكمة قضية الطبيب " **كوكس** " الذي قام بالمساعدة على إنهاء حياة المدعوة " **ليليان برنز** " البالغة من العمر 70 سنة، و التي كانت مريضة مرضا عضالا مصحوبا بالآلام واليأس، و التي رجت طبيبها بأن يعمل على إنهاء حياتها و تخليصها من الآلام ، و تحت شعوره بالشفقة عليها وإلحاحها المتواصل أعطاها دواء مهدئا أفضى إلى موتها و ذلك بتأييد من أبنائها . و أصدرت هيئة المحلفين قرارها بأن الطبيب مذنب تسبب في قتل مريضه ، حيث قال له القاضي « إنما فعلته ليس فقط عمل إجرامي وإنما عمل يعبر بوضوح عن مخالفتك لواجباتك المهنية، و يجب أن يكون معلوما ان مثل هذا العمل لا يمكن أن يكون عملا قانونيا و إن كان يمكن في بعض الأحيان تفهم دوافع مثل هذا العمل و الأسباب المؤدية لاتخاذه ... وقال أيضا :" أن العذر الذي استندت عليه يحتوي على مظهر إجرامي، و ليس لدي شك أنك كنت في موقف محرج ومزعج نفسيا و مهنيا لكي تقوم بالعمل الذي أقدمت عليه ... و هذا ما يجعلني انظر إلى قضيتك نظرة استثنائية و قد اعتبرها قضية فريدة ». وأصدر القاضي حكما بالسجن لمدة سنة واحدة موقوفة التنفيذ.

---

[1] محمد موفق عثمان و عبود السراج : رضا المجني عليه في التشريع الجزائري و السوري المقارن ، مكتبة الفتال، 1995 ، ص93 ، و انظر السعدني على شويتة : المرجع السابق، ص 44.

و أثارت هذه القضية نقاشا بين مختلف طبقات المجتمع البريطاني، و أبدى الكثير رأيه من مؤيد ومتعاطف و معترض على ما قام به الطبيب. أما في صحيفة التايمز فقد جاء في مقال لا حد محرريها : « إن معظم الناس عندما يسمعون و يشعرون بما عانته المرأة المسكينة من عذاب ألم بها سوف يتعاطفون مع ما فعله الطبيب المعالج إلا أن القانون لم يسمح بمثل هذا العمل...». و انتقد كاتب المقال أولئك الذين انتقدوا قرار المحلفين الذي اعتبر الطبيب مذنبا، و قال يجب ان نشكر المحلفين الذين أصدروا هذا القرار و هم ملتزمين بالجانب القانوني على الرغم بما أنتابهم من عواطف و شفقة على المريضة مثل غيرهم ... رغم ذلك فالطبيب قد ارتكب عملا لا يقره القانون، و إذا أراد القانون السماح بذلك فيتطلب أن ينص على ذلك، [1] و حدد الكاتب شروطا منها:

- النص على السماح بالقتل الرحيم .
- طلب المريض ذلك من الطبيب .
- تشاور الطبيب مع أطباء آخرين.
- إعلام الطبيب المعالج ذوي المريض الدين لهم حق الاعتراض أو القبول .

فيتضح من هذه القضية أنه تم اعتبار تخليص المريضة من آلامها بما يسمى القتل الرحيم جريمة رغم التعاطف الذي أبداه الجميع مع حالتها و مع ما فعله الطبيب، إلا أنه و ما دام لم يوجد نص قانوني يبيح ذلك فتمت مسائلة الطبيب عما اقترفه في حق المريضة

---

[1]أنظر بالتفصيل فهمي محمود شكري:موسوعة القضاء البريطاني ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، ط 1 ، 2004، ص–ص 248 – 255

.فضلا عن ذلك ذهب اتجاه فقهي في مصر إلى اقتراح عدة عناصر تكون بمثابة ضمانات لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي تتمثل في ما يلي :

- تصديق قاضي أو وكيل النيابة العامة على القرار، بعد التأكد من موافقة أسرة المريض عليه. – قرار من لجنة متكونة من ثلاث أطباء اختصاصيين على الأقل، بأنه لا مجال لعودة المريض إلى الحياة و يوصون بإيقاف تلك الأجهزة عنه .
- تحرير لجنة الأطباء المشار إليها أعلاه لشهادة الوفاة، قبل أن يقوم الطبيب بتنفيذ قرار الإيقاف.[1]

أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 552 عقوبات على انه " يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل إنسانا قصدا بعامل الإشفاق بناء على إلحاحه بالطلب". كما نصت المادة 538 عقوبات سوري على نفس العقوبة، [2] المشار إليها في المادة 552 عقوبات لبناني ، غير أنه لم يأخذ بإباحة الموت الرحيم و لم يضعه في نفس المرتبة من حيث المسؤولية و العقاب مع القتل عدوانا، و اعتبره مما يمكن أن تنزل به الرأفة ، وجريمته نوع من القتل المقصود المخفف ، [3] مع ضرورة توافر شرطين :

---

[1] ماروك نصر الدين: المرجع السابق ، ص 338.

[2] انظر محمد موفق عثمان و عبود السراج : المرجع السابق ، ص 95

[3] بسام محتسب بالله: المرجع السابق، ص 451.

- إلحاح المريض بالطلب، بمعنى أن المريض هو صاحب الفكرة، و أن يكون واضحا صريحا جديا متكررا بغض النظر عن الشكل.[1]
- أن يكون بدافع الشفقة، أي هو ما دفع الجاني للاستجابة لطلب المجني عليه بإزهاق روحه.[2] وقد يكون القتل إشفاقا في الحالتين التاليتين :
- **الحالة الأولى:**

قد يكون هذا القتل إراديا، أي بناء على طلب المريض نفسه، حيث يقوم به الطبيب من تلقاء نفسه كإعطاء المريض جرعة كبيرة من مادة مخدرة قصد إنهاء حياته.

- **الحالة الثانية:**

فصل جهاز التنفس الاصطناعي عن المريض في حالات الغيبوبة الطويلة ، مع علم الطبيب بأن فصل جهاز التنفس الصناعي عن المريض يؤدي إلى موته في الحال .[3]و ذهبت أغلبية التشريعات الجنائية إلى اعتبار هذا النوع من القتل جريمة عمدية تتوافر فيها جميع أركان الجريمة من فعل مادي و قصد جنائي بإزهاق روح إنسان حي.[4] حيث نصت المادة 61 من القانون الليبي رقم 17_1986 على أنه :«لا يجوز إنهاء حياة مريض و لو بناء على طلبه ، لتشويه أو لمرض مستعص أو ميؤوس من شفائه أو محقق به وفاته، أو

---

[1]محمد صبحي محمد نجم : الجرائم الواقعة على الأشخاص ، نفس المرجع ، ص 91.

[2]يوسف الرفاعي : المرجع السابق ، ص 550.

[3]رمضان الغمري : المرجع السابق ص 127 راجع ايضا فتحي محمد أنور عزت : المرجع السابق ، ص 69.

[4]I gor Barre / etiennelalou :le dossier confidentiel de l’euthanasie edition stok p 7-24 – paris 1975.

مشار اليه في سميرة عايد : المرجع السابق، ص 289.

لألام شديدة حتى و إن كانت حياته قائمة على الوسائل الصناعية ». و نصت المادة 27 فقرة 10 من قانون الآداب الطبية اللبناني على أنه :«اذا كان المريض مصابا بمرض ميؤوس من شفائه تنحصر مهمة الطبيب بتخفيف آلامه الجسدية والنفسية بإعطائه العلاجات الملائمة للحفاظ بقدر الإمكان على حياته ».

بينما و في النظم التي تأخذ بنظام المحلفين، فقد أصدرت المحاكم أحكاما بالبراءة على أساس أن هذا القتل لا ينبعث عن نفس إجرامية لدى المتهم ، و إنما على العكس عن نفس إنسانية رحيمة ،[1] حيث قال رئيس أساقفة كنتر بري أثناء مناقشة جرت عام 1936 « أنه لا يعقل أن يعاقب طبيب في هذه الحالة كقاتل بل و لا يجوز اتهامه أصلا ».

وأجاز قانون العقوبات السوفيتي الصادر عام 1922 القتل الطبي ، و تطبيقا لهذا القانون قتل مئة و سبعة عشر طفلا كانوا قد أصيبوا بتسمم نتيجة تناول طعام فاسد ، و قد أبيح قتلهم على الفور حتى لا تطول حياتهم وقتا يقاسون فيه أشد أنواع العذاب طال هذا الوقت أو قصر[2].

وأمر هتلر عام 1939 بتوسيع اختصاص بعض الأطباء لكي يمنحوا قتلا رحيما لبعض المرضى الذين يتقرر عدم إمكانية شفائهم في حدود محاكمة إنسانية... وقد نفد هذا الأمر بصورة ضيقة على مرضى عقليين، أو جنود أصابتهم هستيريا خاصة عقب إصابتهم بجروح بالغة نتيجة العمليات الحربية، ثم توسع ذلك حتى وصل إلى القضاء على شيوخ

---

[1] سميرة اقرور : المرجع السابق ، ص 220 . و أمال عبد الرزاق : المرجع السابق ، ص 234 .

[2] سميرة عايد : المرجع السابق، ص 290 .

أصابهم الخوف. أمر هتلر بوقف هذا القتل للراشدين فقط ومن أبناء شعبه بشكل خاص ...[1]

ومؤيدي [2] هذا النوع من القتل هم أصحاب النظرة المادية بحيث لا يؤمنون بقضاء الله و قدره و يجدون لرأيهم مبررات منها :

- أن الإنسان حر في تقرير مصيره و له الحق في طلب إنهاء حياته .
- أن قتل الرحمة يريح المريض من معاناته و آلامه.[3]
- في رأيهم أن أقارب المريض و أصدقائه يعانون بسبب آلام مريضهم و أن في قتل الرحمة وضع حد لمعاناتهم. [4]

في الولايات المتحدة انتهت الجمعية الطبية في ولاية نيويورك بعد بحث هذا الموضوع في اجتماعها عام 1903 إلى أن هذا الإجراء لا يعد مجرد حق للطبيب ،بل أن قتل الشفقة واجب عليه في حالات معينة كأمراض السرطان ، و السل ، و كسور العمود الفقري البالغة و المصاحبة للشلل ... و بوجود اعتراض على ذلك خلال الاجتماع ، ارتأت اللجنة أن يظهر المريض رغبته في الموت صراحة دون الاكتفاء برأي الطبيب في تقرير الموت .[5]

---

[1] بسام محتسب بالله المرجع السابق ، ص 445 .

[2] و قد شرع في بلجيكا في مارس 2002 و دخل حيز التنفيذ في 20 ايلول 2002 مشار إليه في علي عصام غصن : المرجع السابق، ص 52.

[3] راجع التشريعات المؤيدة للقتل بدافع الشفقة في عبد الحليم محمد منصور علي : المرجع السابق ، ص 88. و89 و راجع أيضا السعدني علي شويتة : المرجع السابق ص 153 و ما بعدها و هدى سالم : المرجع السابق ، ص 104.

[4] رمضان الغمري : المرجع السابق ، ص 127.

[5] بسام محتسب بالله : المرجع السابق ص 447.

لكن غالبية الشراح على عدم الأخذ بفكرة عدم العقاب على هذه الجريمة ، فالقتل الذي يحدث بناء على رغبة المريض لا أهمية للباعث عليه ،لأن القتل الذي يحدث برغبة المجني عليه هو قتل بالمعنى اللغوي و القانوني للكلمة ، فالطبيب الذي يجد أن المريض ميؤوس من شفائه و يعطيه جرعة قوية من مادة قاتلة أو بأي طريقة أخرى تخليصا له من العذاب و لو بناء على طلبه يعتبر قاتلا عمدا [1].

- **الفرع الثالث: رفض المريض إطالة حياته اصطناعيا**

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن هناك حقا للمريض في رفض العلاج ، و بالتالي عدم مسؤولية الطبيب عن عدم تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي أو رفعها عن المريض ، و قد بين هؤلاء حججهم على التشريعات التي منحت هذا الحق، و منها الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصدرت بعض الولايات تشريعات تمنح المريض الحق في رفض العلاج ،مثل تشريع ولاية كاليفورنيا و ذلك من خلال وثيقة الحياة ،[2] الصادرة في 3-2-1976 التي منحت بموجبها للمريض الميؤوس من شفائه رفض إطالة حياته بوسائل صناعية ، و ذلك في حالة تعرضه للإصابة في حادث أو لمرض ميؤوس من الشفاء منه. و ذلك بشروط منها:

- أن يوقع عليها المريض بنفسه في حضور شاهدين ممن ليس لهم مصلحة.
- ألا يكون الطبيب المعالج من بين الشاهدين .

---

[1] راجع عبد الحليم محمد منصور علي : المرجع السابق ، ص 95.

[2] الوثيقة تسمى «Testament de vie» «Living Will»

- ألا تتعدى مدة الوثيقة خمس سنوات تبدأ من تاريخ تحريرها.
- أن تصدر الوثيقة عن إرادة حرة واعية.
- أن تصدر الوثيقة قبل تشخيص المرض بأسبوعين على الأقل. [1]

كما تجدر الإشارة إلا أن هناك بعض الحالات التي يتدخل فيها أولياء المريض [2] رافضين إطالة حياته اصطناعيا مثل ما حدث في قضية **Karen Quinton** البالغة من العمر 22 سنة ، حيث دخلت إحدى المستشفيات الأمريكية فاقدة لكل إحساس و شعور مع نبض في القلب ووضعت تحت أجهزة التنفس الاصطناعي. دون جدوى ، فطلب والدها من الطبيب رفع جهاز الإنعاش عن الفتاة ، فرفض الطبيب ذلك فلجأ والدها إلى المحكمة التي رفضت الحكم بذلك مشيرة إلى أن رفع تلك الأجهزة هو من اختصاص الأطباء وحدهم، ثم رفعت القضية إلى المحكمة العليا و حكمت بوقف جهاز الإنعاش معللة قرارها بأن الفتاة لو علمت بحالتها لاختارت وقف هذه الأجهزة، و بالتالي لا يجوز إرغامهم على تحمل ما لا يمكن تحمله دون أمل في الرجوع إلى الحياة لدى فإن لوليها أن يمارس باسمها هذه الحقوق.[3]

---

[1] Charles Susanne:l'euthanasie ou la mort assistée, 1971 , p 93.

مشار إليها في محمد لافي : المرجع السابق ص256 وانظر أيضا تشريع ولاية تكساس في نفس المكان .و راجع أيضا السيد عتيق : المرجع السابق ص 66 ، و راجع أيضا هدى قشقوش: المرجع السابق ، ص 131 .

[2] راجع في نفس الموضوع، رمضان جمال كمال : المرجع السابق ص 155 و156.

[3]– محمد لافي : المرجع السابق ، ص 257 .

كما اقترح النائب **CAILLAVET** [1] عضو الجمعية الوطنية الفرنسية تشريعا يعطى للمريض الميؤوس من حالته الحق في رفض إطالة حياته بالوسائل الاصطناعية ، و نص في المادة الأولى منه : "على أن كل شخص كامل الأهلية أو قاصر مأذونا له عاقل ، له الحق في أن يعلن بإرادته أن أي وسيلة طبية أو جراحية خلاف تلك التي تهدف إلى تخفيف معاناته لا يمكن أن تستخدم لإطالة حياته اصطناعيا ، إذا كان مصابا في حادث أو بمرض طبي غير قابل للشفاء ".

نظرا لخطورة تصرف المريض في هذه الحالة و الذي من شأنه حرمان المريض نفسه من البقاء على قيد الحياة و لو كان غير مدرك، فإن تعبيره عن إرادته يجب أن يكون موثقا و العدول عن طلب عدم إطالة الحياة اصطناعيا يمكن أن يقع في أي شكل . غير أنه تم توجيه نقد إلى هذا المشروع على أساس أن المرضى غالبا لا يرفضون العلاج ، و ذلك لأنهم ليسوا في حالة تسمح لهم بالرفض ، كما انه على الطبيب أن يتابع علاج المريض و لا يتخلى عنه و لو كان بناء على طلبه . [2]

---

[1] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 289 .

راجع أيضا قانون 22 ابريل 2005 loi leonetti المتعلق بحقوق المرضى في الحق من الحياة و الذي أجاز لهم أن يصرحوا بعدم الرغبة في الحياة .

- voir : LABRUSSE-RIOU (Catherine), *Quelques regards civilistes sur la fin de vie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, éditions ESKA,n°5, 2005-2006, pp 37-47.

- مشار اليه في أسمى قاوة فضيلة ، المرجع السابق ، ص 145.

[2] رمضان جمال كمال : المرجع السابق ، ص 149 و 150.

هناك من يرى أن قدرة المريض على التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا ،في الحالة التي يصل فيها إلى تركيب اجهزة الإنعاش الاصطناعي محل شك لأنه يكون في حالة غيبوبة و آلام مبرحة تفقده وعيه ، و بالتالي لا يستطيع أن يعبر عن إرادته تعبيرا صحيحا، [1] كما أنه ليس من حق المريض و لا ولي أمره أن يطلب من الطبيب وقف جهاز الإنعاش الصناعي . [2]

المطلب الثالث

موقف الشرائع السماوية و المشرع الجزائري من أجهزة الإنعاش.

- الفرع الأول :موقف الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الغرض من الإنعاش الاصطناعي هو إنقاذ الأرواح التي يتعرض أصحابها لازمات وقتية بإعادتهم إلى وعيهم بصفة كاملة حتى لا تموت خلايا المخ لديهم ، فإن هذا جائز شرعا لأن استمرار الحياة في هذه الحالة لا يعد من قبيل إعادة الحياة لأن المريض ما زال حيا في حكم الشرع ، [3] فالأحكام الشرعية لا تجيز التفرقة بين القتل عدوانا و القتل شفقة، لأنه لا يمكن تعديل الأحكام القطعية أو الخروج عنها ، فكل عمل يقوم به الطبيب يؤدي إلى تسهيل موت المريض يعتبر قتلا مهما كانت حالة المريض . فقال تعالى" **وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ *الَّتِي* حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ**" سورة الأسراء الآية 33. و قال أيضا

---

[1] رمضان جمال كمال : نفس المرجع ص 151.

[2] محمد لافي : المرجع السابق ص 258.

[3] بلحاج العربي :المرجع السابق ص 78 ومحمد علي البار: موت القلب أو موت الدماغ المرجع السابق ص 161 .

" **وَلاَ تَيْأَسُواْ مِن رَّوْحِ اللّهِ إِنَّهُ لاَ يَيْأَسُ مِن رَّوْحِ اللّهِ إِلاَّ الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ**"[1]. و قال الرسول (صلى الله عليه وسلم) " **فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ في نَارِ جَهَنَّمَ**"[2]

وقيام الطبيب بتركيب أجهزة الإنعاش الصناعي على المريض يكون قد نفد التزامه و أبرأ ذمته في مواجهة المريض ، فواجب الطبيب هو علاج المريض بموجب العقد الطبي بينه و بين المريض ببذل قصارى جهده و عنايته لمحاولة شفائه ، و ليس إنهاء حياته التي يجب المحافظة عليها كما أن الأمانة الطبية تقضي بذلك .[3]

ذكر الشيخ جاد الحق في فتواه بتاريخ 05 – 12 – 1979 بأنه« يمنع شرعا تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات متى بان للطبيب المختص أن هذا كله لا جدوى منه إطلاقا و أن الحياة في البدن ذاهبة لا محالة إلى الموت الكلي النهائي ، و أكد كذلك أن قتل المرحمة ليس من الحق بل من المحرم قطعا بنصوص القرآن الكريم ...» .[4]

كما ذهبت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالمملكة العربية السعودية من أنه إذا وصل المريض المحتضر إلى المستشفى و هو متوفي، فإنه لا حاجة لاستعمال جهاز الإنعاش الاصطناعي دون الالتفات إلى أولياء المريض في رفع أو وضع هذه الأجهزة ،

---

[1] سورة يوسف الآية 87

[2] هدى حامد قشقوش : القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة القاهرة ط 2 1996 ص 87 و ما بعدها .

[3] أمير فرج : أحكام المسؤولية الجزائية عن الجرائم الطبية : المرجع السابق، ص 199.

[4] جاد الحق : بحوث و فتاوى إسلامية معاصرة ، ص508 و ما بعدها ، راجع هدى حامد قشقوش : المرجع السابق ، ص 92 .

لأن ذلك ليس من اختصاصهم .[1] و قال مفتي الجمهورية التونسية الشيخ محمد المختار السلامي «أما الإنعاش فيبدو لي أنه واجب ذلك أنه لا تختلف حالة الإنعاش عن أي حالة من حالات الاضطرار التي تقلب حكم التحريم إلى الوجوب حفاظا على الحياة » . [2]

وقرر مجمع الفقه الإسلامي بجواز رفع جهاز الإنعاش عن المريض إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا لا رجعة فيه واخذ دماغه في التحلل، و إن كانت بعض الأعضاء لا تزال تعمل آليا بفعل الأجهزة .[3]

أجاز المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة سنة 1408 هـ رفع تلك الأجهزة عند تشخيص موت الدماغ ،إلا انه لابد من توقف قلب الشخص ودورته الدموية لتسري عليه أحكام الميت[4].

وبالتالي يتضح أن المريض المشرف على الهلاك يكون إنقاذه واجبا من الناحية الشرعية. واعتبر بعض الفقهاء عدم إعطاء الطبيب العلاج للمريض لا يعتبر من قبيل قتل الرحمة لعدم وجود فعل إيجابي ، و اعتبروه في نظرهم تركا لأمر ليس بواجب و لا مندوب بل هو جائز و مشروع ، و للطبيب أن يمارسه طلبا لراحة المريض وراحة أهله ،

---

[1] راجع هذه الفتوى كاملة في بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 82.

[2] راجع الموقع:WWW.ivgaza . doc 1 A 2010/02/smakhada/files/ .ps edv

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي بجواز رفع جهاز الإنعاش عن المريض رقم 5 مؤرخ 16 – 10 – 1986 بعمان.

[4] رمضان الغمري : المرجع السابق ،ص 128.

مستندين في ذلك إلى أن بعض الصحابة لم يكونوا يتداوون و اختار بعضهم الصبر على أخد الدواء.[1]

- **الفرع الثاني: موقف الشريعة المسيحية.**

يستند بعض المسيحيين المؤيدين للقتل بدافع الشفقة إلى تصريح أدلى به **البابا بيوس الثاني** عشر بتاريخ 11 سبتمبر 1956 يوحي بإباحة القتل بدافع الشفقة بشكل غير مباشر، حيث قرر أن " القانون الطبي لا يسمح للطبيب أو المريض أن يطبق القتل بدافع الشفقة بصورة مباشرة ،وأنه يجوز للطبيب إعطاء المسكنات للمريض المحتضر بعد موافقته بكمية كافية لتخفيف الألم و تعجيلا للموت . [2]

غير أن الدين المسيحي يحرم القتل بدافع الشفقة و يؤكد الإنجيل أن الإله وحده هو واهب الحياة و هو الذي يستطيع استردادها dieu. nous.a.donnelavie,dieu seul peut la prendre »[3]«

ويرى **البابا شنودة** :« أنه من الناحية الدينية نؤمن جميعا بأن الحياة و الموت في يد الله وحده و في بدأ أحكامه و شرائعه التي وضعها ، فلا يجوز لإنسان أن ينهي حياة إنسان آخر إلا بناء على حكم من الله نفسه ، فالله يحكم مثلا بأن القاتل يقتل فإن حكمة المحكمة

---

[1] القرضاوي : المرجع السابق ، ص 528 .

[2] أمير فرج : المرجع السابق ، ص 200.

[3] راجع هدى حامد قشقوش : المرجع السابق ، ص 95.

بقتل القاتل أو إعدامه تكون قد نفدت حكما مسبقا لله له صفة العمومية في الشرع الديني وصفة الخصوصية بالنسبة لهذا القاتل ».[1]

وعلى هذا الأساس لا يجوز شرعا أن يفصل الطبيب هذه الأجهزة عن المريض قبل موت خلايا مخه و إلا تسبب في موت المريض ، و يسأل مسؤولية جنائية و مدنية عن ذلك، كما تتم مسائلته إذا امتنع عن تقديم المساعدة له باعتباره حيا من الناحية الشرعية والطبية . و عليه يكون إيقاف هذه الأجهزة بقرار جماعي يتخذه الفريق الطبي المختص ، بعد التأكد التام من موت جدع المخ حسب المقاييس العلمية الطبية ، و التأكد من عدم إمكان عودة الشخص إلى الحالة الصحية ، مع وجوب انتظار مدة من الزمن بعد نزع تلك الأجهزة عن المريض للتأكد من توقف قلب المريض و جهازه التنفسي قبل إعلان الموت. فإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي يعد قتلا في الشريعة الإسلامية إذ تم قبل موت خلايا المخ .

وبالتالي لا يجوز قتل الرحمة لأن الطبيب ليس بأرحم على المريض من خالقه ، غير أن الإنعاش الذي يراد منه تأجيل إعلان الموت أو للمحافظة على القيمة البيولوجية للأعضاء فلا مسؤولية على الطبيب في حالة رفع أجهزة الإنعاش عن من ماتت خلايا مخه خاصة إذا كان هناك مرضى في حاجة إلى ذلك الجهاز.

- **الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري**

---

[1] هذا رأي البابا شنودة مشار إليه في هدى حامد القشقوش : نفس المرجع ، ص 95.

لم يوضح القانون رقم 90 / 17 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها صراحة المعيار المتبع لتحديد لحظة الوفاة والتي يسمح من خلالها بنقل و زراعة الأعضاء، كما لم يوضح الضمانات القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض ، فالطبيب يسأل عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر و هي من الجرائم السلبية التي نصت عليها المادة 2/182 عقوبات جزائري ،و هذه الجريمة لا تقوم إلا بتوافر ركنيها [1] **المادي:** وهو وجود شخص في حال خطر ثابت و حقيقي و **المعنوي:** وهو توفر عنصري الإرادة و العلم لدى الفاعل.

فالطبيب في هذه الحالة ملزم بتقديم المساعدة لمريض مهدد بالموت الأكيد و في حال خطر، و ذلك بربطه بأجهزة الإنعاش الاصطناعي مادامت له فرصة للبقاء حيا، فإذا امتنع عن ذلك قبل موت خلايا مخ المريض يسأل جنائيا عن جريمة قتل عمد طبقا لنص المادة 254عقوبات جزائري ، لأنه أخل بالالتزام بقواعد المهنة الطبية وبالواجب الإنساني، كما أن خطأه في تقدير مدى جدوى تقديم المساعدة للمريض أو الاستعجال في التدخل لا يعفيه من

[1] راجع أركان جريمة القتل درياس زيدومة : محاضرات في قانون العقوبات القسم الخاص ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة كلية الحقوق السنة الجامعية 2009 – 2010 . ص 7 و ما بعدها .

المسؤولية،[1] وتتم مساءلته طبقا للمادة 1/239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أساس القتل الخطأ [2].

وأوجبت المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية الصادرة بالمرسوم 92-276 الصادرة في عام 1992 على الطبيب تقديم المساعدة للمريض و التخفيف من معاناته ضمن احترام كرامته الإنسانية ، و أن يقوم بإسعاف أي مريض يواجه خطرا وشيكا حتى آخر لحظة و أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له [3]. وبالتالي فلا يمكن للطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي[4] عن المريض إلا بعد التأكد من موت خلايا الدماغ حسب المعايير العلمية المعمول بها و دون أن يشكل ذلك جريمة في حكم قانون العقوبات الجزائري و هذا بتوفر الشروط الآتية :

- استشارة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة2/167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
- إشعار أسرة المحتضر وفق المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
- الانتظار لمدة زمنية مناسبة للتأكد من توقف قلبه و جهازه التنفسي قبل إعلان الوفاة الشرعية حتى تسري عليه أحكام الميت.

---

[1] تدرسيت كريمة : المرجع السابق، ص ص 381 – 384 و مروك نصر الدين المرجع السابق ، ص 344 .

[2] نص المادة 1/239 " يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات الطبيب ... على كل تقدير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ".

[3] محمد لافي : المرجع السابق ، ص 88.

[4] بلحاج العربي : المرجع السابق ص 112.

فنستنتج أن المشرع الجزائري يعاقب على حالتي الامتناع عن تقدم المساعدة لشخص في حالة خطر، و كذا حالة إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض قبل أن تموت خلايا مخه ،لأنه بعد التأكد من موت خلايا مخ المريض فلا فائدة من استمرار تعليق أجهزة الإنعاش الاصطناعي عليه إلا للمحافظة على القيمة البيولوجية للعضو المراد استئصاله لزرعه في جسم مريض يحتاج إليه .

الفصل الثاني

شروط إباحة النقل من الجثة

الفصل الثاني

شروط إباحة النقل من الجثة

لا يستطيع الطبيب استئصال العضو من جثة المتوفى إلا بعد صدور الموافقة على هذا الاستئصال ، والأصل أن يقوم الشخص قبل وفاته بالتعبير عن إرادته حول التصرف في جثته ، فمن فعل ذلك وجب احترام إرادته دون الاعتداد بأي إرادة أخرى حتى و لو كانت إرادة أقاربه.[1]و في هذه الحالة يكون المريض قد أراح الطبيب و من هم حوله فيكون قد أوصى بجثته أو بكامل أعضائه أو بأي جزء منها قبل وفاته .[2]

غير أنه غالبا ما يموت الشخص دون أن يحدد كيفية التصرف في جثته و يترك الطبيب في مفترق طرق ، فإما أن يجد تعاونا من أقارب المتوفى ، و بالتالي يحصل على الموافقة بالاستئصال من أسرة المتوفى وإلا تم افتراض رضاءه ، كما يمكن التصرف في جثة الميت دون الحصول على موافقة أحد إذا ما كانت الجثة تعود لمجهول هوية ، أو شخص حكم عليه بالإعدام ، أو نتيجة لإحدى الحوادث المفاجئة .

وبالتالي إذا ما تصرف الطبيب في الجثة بالاستئصال منها دون توفر الشروط اللازمة، قامت مسؤوليته المدنية و الجنائية .

---

[1] احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ص 105 ، سميرة اقرور : المرجع السابق، ص 225.

[2] انظر سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 292 .

_ قد يكون الشخص الذي أوصى حال حياته بالتصرف في جثثه بعد وفاته سليما معافى ، وبالتالي يرى الباحث أنه كان على الكاتب أن يقول بأن الشخص _ يكون قد أراح الطبيب و من حوله _ بدلا من أن يصفه بالمريض لأن الوصية قد تحدث والإنسان سليما.

وعليه سنتناول في هذا الفصل حالات التصرف بجثة المتوفى و كذا المسؤولية الطبية المترتبة عن التصرف في هذه الجثة في ثلاثة مباحث :نتطرق في المبحث الأول للإيصاء بالجثة قبل الوفاة و في المبحث الثاني لعدم الإيصاء بالجثة ، أما في المبحث الثالث نخصصه لمسؤولية الطبيب عن نقل الأعضاء من الجثة .

المبحث الأول

الإيصاء بالجثة قبل الوفاة

كل شخص يكون له نوعان من الامتيازات على جثته منها الإيجابية و منها السلبية تخول له حق التصرف فيها كما يشاء ، شرط مراعاة أحكام القانون و مبادئ النظام العام و الآداب العامة ، و من الامتيازات السلبية حق اعتراضه على المساس بجثته ، أما إذا أظهر أثناء حياته إرادته بشأن التصرف في جثته أو المساس بها وجب احترام هذه الإرادة من قبل الجميع[1] . و بالتالي تظهر إرادته إما في شكل قبول أو رفض لهذا النقل .

فإيصاء الشخص بالاستئصال من جثته بعد وفاته يحقق مصلحة لها قيمة أعلى من المحافظة على مبدأ حرمة المساس بالجثة و تتمثل في إنقاذ حياة إنسان أو تحسين صحته. فإذا كان المصاب قد أوصى قبل وفاته بتبرعه بأعضاء جسمه ، فإن أجهزة الإنعاش يمكن أن تظل تعمل بعد إعلان وفاته لبضع ساعات أو ربما ليوم كامل ، إذا كانت هناك حاجة

[1] صفوان محمد : المرجع السابق ، ص 315.

للحصول على عضو و أعضاء كاملة التروية لزرعها في مريض أو مرضى آخرين هم في أشد الحاجة إليها .[1]

وقد اتفق معظم شراح القانون [2]، و القوانين الوضعية [3]، على جواز الوصية بالأعضاء البشرية . و رغم استخدام معظم التشريعات القانونية لفظ الوصية اعتبرت أن الجسد من الأشياء التي يمكن الوصية بها مع التسليم المطلق بأن جسد الآدمي ليس بمال و لا يدخل ضمن دائرة التعامل المالي، فإن بعض الفقه يرى في استعمال هذه العبارة تعبيرا غير دقيق لأن الوصية ترد على الأموال فقط لأنها تصلح محلا للتركة ، فلا يجوز التصرف في الجثة عن طريق الوصية كونها ليست مالا و لا حقا ماليا . فحق الآدمي على جسده هو حق لله تعالى و من تم لا يجوز التنازل عنه أو التصرف فيه ، فهو لا يملك جسده و أعضاؤه ، كما أن الوصية بجسد الإنسان مثلة به و هذا منهي عنه .[4]

---

[1]الفتلاوي : المرجع السابق، ص 141.

[2] حسام الدين الأهواني :المرجع السابق، ص 184، و منذر الفضل : المرجع السابق ص 117 ، و محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 143.

[3] –المادتان 14و16 من القانون المغربي رقم 98 – 16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية .والمادة 4 من القانون القطري رقم 21 – 1977 بشأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية .والمادة 2 من القانون الإماراتي رقم 15 – 1993 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية .و

المادة 2 من القانون الكويتي رقم 55 – 1987 بشأن زرع الأعضاء البشرية .و المادة 2 من القانون الأردني رقم 7 – 1980 الخاص بالانتفاع بأعضاء الجسم .و المادة 2 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 لسنة 1981 الخاص بأخذ الأنسجة و الأعضاء البشرية .

[4]حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 19.

فيما يرى البعض الآخر[1] إمكانية استعمال تعبير الوصية ، لأن التصرف الوارد على الجثة مضاف إلى ما بعد الموت. و يمكن تعريفها بأنها العمل القانوني الذي يمكن عن طريقه الحصول على الأعضاء البشرية من الأموات لزرعها في الأحياء إذ هي تصرف إلى ما بعد الموت. [2]

وتأكيدا لذلك فقد كتب **SAVATIER** قائلا:« يسمح قانونا أن يكون الشخص سيد جسمه حتى بعد الموت، و يمكنه أن يحدد مصير جثثه بشكل مطلق، بحيث يمكنه فرض ذلك قانونا فيما بعد على أقاربه وعلى المجتمع ».

وتؤكد محكمة النقض الفرنسية أحكامها الصادرة في 30 مارس 1881 على أن « لكل شخص أن يتصرف في جسده بالطريقة التي يتصرف بها في أمواله ما لم ينطو تصرفه على شبهة اتجار ».و في ذات السياق أعلنت محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في3

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 339 و ما بعدها ، أسامة فهاد رفعت و آخرون : نقل الأعضاء البشرية بين الطب و الشريعة و القانون ، سلسلة المائدة الحرة بيت الحكمة 2000 المرجع السابق ،ص 75. و ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الوصية بأنها " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "و خصها الشافعية بأنها التبرع المضاف لما بعد الموت و قال المالكية بأنها وهبه الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به " و حددها الحنابلة بقولهم " الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت " و قال آخرون تمليك عين أو منفعة بعد الموت " أنظر سميرة عايد :المرجع السابق، ص 296 و منذر الفضل : المرجع السابق ،ص 114

[2] عرفتها المادة 2 من مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية و منع و مكافحة الاتجار فيها بأنها :«تصرف بعضو أو أكثر من أعضاء الجسم على سبيل التبرع مضافا غلى ما بعد الموت ».

يوليو 1989 بقولها« أن الإنسان سيد نفسه حال الحياة، يتصرف بحرية في جثثه لأجل زمان لا وجود له فيه ».[1]

وقالت **فوزية عبد الستار** إن الوسيلة الفعالة لسرعة نقل العضو بمجرد حدوث الوفاة حتى يكون العضو صالحا للزرع تقتضي اشتراط الموافقة المسبقة من المتوفى، و أفضل طريق إلى ذلك أن تكون قد كتبت وصية بذلك . و قال بعضهم " الأصل أنه لا يحل أن يؤخذ شيء من جسد الآدمي الميت أو يجري عليه من التجارب ما يغير خلقته إلا بإذن صدر من ذلك الميت قبل وفاته.[2]

وفي استبيان على موقع العرب الإلكتروني حول سؤال . هل توافق على التبرع بأعضائك أو أعضاء أحد أقاربك بعد الوفاة أشار إلى أن 59% يوافقون على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة.[3]

---

[1]–« l'homme maitre de sa personne pendent la vie dispose librement de sa dépoile pour l'époque ou il ne sera plus ». cass 3 jullet 1889 pas 1899 – I– 318 cite par Dierkens . Voir

Catherine Chabert, op. cit p 147

راجع أيضا عبد اللطيف عبد العال :المرجع السابق ، ص 113 ، و انظر أيضا إبراهيم يوسف : المرجع السابق ، ص 72 ، و سميرة عايد: المرجع السابق ، ص 298 و الأهواني : المرجع السابق ، ص 165 و احمد عبد الدايم :المرجع السابق ، ص 190 .

[2] راجع أعمال ندوة الأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي المنعقد خلال الفترة 23الى 24 نوفمبر 1993 بالقاهرة ، ص 115.

[3] انظر مجلة الحوادث القطرية العدد 7783 ، السبت 3 أكتوبر 2009 ، ص 7 .

بينما هناك من يرى في هذا النقل إنقاذا لحياة، و إعادتها عنصرا فعالا في المجتمع خاصة إذا كان هذا المريض يحتل موقعا علميا بارزا يستطيع معه أن يجود بعلمه مرة أخرى و يترك بصماته و تأثيره في المجتمع.[1]

حتى يكون هذا التنازل صحيحا و متوافقا مع النظام العام و الآداب العامة يجب أن يتم وفق الشروط والقواعد التي أرستها القوانين و التشريعات الوضعية المنظمة لنقل الأعضاء. و حتى يتمكن الطبيب الجراح بعد تأكده من موت الموصي ، من استئصال العضو أو الأعضاء الموصى بها تمهيدا لزرعها في جسد المستفيد و دون خوف من أية مسائلة قانونية .

على ذلك سنتناول بالدراسة في هذا المبحث شروط التصرف بالجثة بناء على إذن الميت وأشكال التعبير عن إرادة الموصي، و كذا حالة التعارض بين إرادة الميت، و إرادة أقاربه ثم العدول عن الموافقة والإعتراض عليها من خلال أربعة مطالب.

---

[1]– يفترض بعض الفلاسفة أن نقل دماغ شخص ميت إلى شخص حي مصاب دماغه قد يتضمن تغير شخصية المنقول إليه ، أنظر عبيد الفتلاوي المرجع السابق ، ص 142

–و قد أعلن دافيد بلنكيت وزير الداخلية البريطاني السابق أنه سوف يتبرع بدماغه بعد وفاته ، و ذلك من أجل إجراء أبحاث طبية عليه ، ما قد يساعد في إيجاد أدوية لمرضى الزهايمر و الخرف .و ذكرت صحيفة " التايمز " اللندنية أن بلنكيت الذي قرر التبرع بدماغه بسبب النقص الحاد في الأدمغة المناسبة لإجراء أبحاث عليها ، حث البريطانيين على أن يحذوا حذوه في هذا المجال .

و اكد بلنكيت أن التبرع بأنسجة الدماغ شبيهة بالتبرع بأعضاء أخرى ، لذا علينا حث الناس على التفكير بأنهم بعد موتهم بالإمكان استخدام أجسامهم لمساعدة الآخرين ، مؤكدا أنه يتبرع بدماغه لأنه من المستحيل الطلب من الآخرين القيام بشيء لست مستعدا للقيام به.انظرمقاله بعنوان في عالم زراعة الأعضاء...وزير بريطاني يتبرع بدماغه بعد وفاته انظر الموقع: http:// www .alriyadh.com/net/article /760775

المطلب الأول

شروط التصرف بالجثة بناء على إذن الميت

يشترط الفقهاء و أغلب التشريعات التي تضمنت نقل الأعضاء من جثث الأموات لمشروعية المساس بالجثة و استئصال الأعضاء منها والأنسجة، ضرورة أن يكون المتوفى قد أذن بذلك قبل وفاته و أن يكون كامل الأهلية، عند كتابة الوصية. و تستلزم بعض التشريعات شكلية معينة لإبداء إرادة المتوفى بالتصرف بجثته بالتنازل عنها لغرض علاجي أو علمي، غير أن تشريعات أخرى لم تشترط شكلية خاصة للتعبير عن هذه الإرادة.[1] كلها نقاط سنتطرق لها على التوالي.

- **الفرع الأول: الرضاء الحر المستنير**

يجب أن يصدر الرضاء من قبل الموصي قبل وفاته باستئصال عضو من أعضائه [2] أو باستعمال جثته في أغراض علمية كالتشريح ، و هنا يظهر الفرق الواضح بين الوصية بالأعضاء و التبرع بها حال الحياة ، فالتبرع بالأعضاء حال الحياة لا يكون إلا لغرض علاجي و بأعضاء معينة كالتبرع بكلية أو بجزء من الكبد مثلا . والوصية يجب أن تصدر

---

[1] صفوان محمد : المرجع السابق ، ص 316.

[2] خالد فائق العبيدي : المرجع السابق ، ص 111 ، و طارق البشري : المرجع السابق ، ص 18 و حيدرة محمد : المرجع السابق ، ص 62.

عن إرادة حرة [1]غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة ، كالإكراه مثلا أو الضغوط سواء كانت مادية كالوعد بمبلغ معين يتحصل عليه المريض أثناء حياته مقابل التنازل عن بعض أعضائه أو جثثه، أو يحصل على هذا المبلغ ورثته بعد مماته ،أو ضغوط أدبية بالإيصاء لصالح أحد أقاربه ، [2] أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازله عن أحد أعضائه بعد موته. [3]

قد قال: الدكتور"**فرانكدليمنكو** " رئيس الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء البشرية في منظمة الصحة العالمية،

و الأستاذ بجامعة هارفارد الأمريكية خلال زيارته للقاهرة عام 2007 في هذا الموضوع "يجب أن يتم التبرع بطريقة اختيارية و دون إجبار من حي إلى حي أو بوصية أو بموافقة أهل الميت الذي ينقل أحد أعضائه إلى حي". [4]

و في صيف 1992 قام وزير الصحة آنذاك **إيهود أولمرت** بحملة كبيرة للحصول على تشجيع الإسرائيليين على التبرع بالأعضاء بعد وفاتهم و كان أول من وقّع على بطاقة التبرع

---

[1] أنظر المادة 3 من القانون السوري ، و المادة 5 من القانون الأردني ، و المادة 2 من القانون المصري ، و دليل إجراءات زراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية ، مشار إليه في الخولي : المرجع السابق ، ص 262 ، و أنظر أمير فرج : أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ا ، لمرجع السابق ،
ص 104 .

[2] افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 324 و ما بعدها .

[3] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ، ص 206 .

[4]الشيخلي :المرجع السابق ، ص266.

، و بعد أسبوعين كتبت صحيفة « جيروذالم » أن الحملة أسفرت عن نتائج إيجابية بحيث وقّع ما يقارب 35 ألف شخص على بطاقة التبرع »[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 164 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على« أنه يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك ...» .

- **الفرع الثانـي: أهلية الموصي.**

أجازت القوانين المقارنة، [2]و الفقه القانوني، للشخص متى كان بالغا عاقلا أن يعبر عن إرادته و هو على قيد الحياة بالترخيص بالاستفادة من جثثه أو أعضاء منها لأغراض علاجية أو علمية[3] ، فمتى توافرت لدى الشخص أهلية الإيصاء يمكنه أن يتصرف في جثثه كما يتصرف في أمواله ،أما من لم يتوافر لديه أهلية الإيصاء كالمجنون أو الصبي فلا يعتد بالوصية الصادرة منه. [4]لذا سنتطرق لموقف التشريعات الغربية، و كذا التشريعات العربية، ثم موقف الشريعة الإسلامية من الوصية على التوالي.

- **الفقرة الأولى :موقف التشريعات الغربية .**

---

[1]راجع إسرائيل و سماسرة الأعضاء البشرية . تنسيق على أعلى المستويات دون حسيب و لا رقيب .على الموقع التالي:
http :/www.mqjalat alalandalus.wordpress.com.... /

[2] و حددتها المادة 2 من القانون الكويتي ب 18 سنة .أنظر الخولي : المرجع السابق ، ص 262 ، وراجع أيضا المادة 4 من القانون القطري ، و المادة 2 من القانون الإماراتي، و المادة 4 من القانون القطري ، و المادة 2 من القانون الإماراتي .

[3] افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 344.

[4] احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ، ص 208.

أعطى مشروع القانون الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية ، و المسمىuniforme . anatomaicl . gift . act لكل شخص عاقل بلغ سن الثامنة عشر الحق في التصرف في كل جثثه ، أو أجزاء منها بعد وفاته. كما تقرر في المادة الثانية من القانون الدنمركي رقم 246 الصادر في 6 يونيو 1967 الخاص باستئصال الأنسجة البشرية و العناصر البيولوجية الأخرى : «أنه يمكن لكل شخص بلغ سن الحادي والعشرين ، أن يعطي رضائه الكتابي باستئصال الأعضاء من جثثه للأغراض العلاجية أو العلمية».[1]غير أن السؤال هنا يثور حول مدى جواز استئصال الأعضاء من جثة القاصر ؟

أشرنا سابقا إلى أن المشرع الفرنسي و فيما يخص استقطاع الأعضاء ، منع كأصل عام أن يكون المعطي قاصرا أو شخصا ناقص الأهلية ، و لكنه سمح على سبيل الاستثناء أخد النخاع العظمي من جسم القاصر شرط أن يكون المتلقي أخا أو أختا للمعطي ، مشترطا الحصول على رضاء كل واحد من الحائزين على السلطة الأبوية وذلك في المادة الأولى فقرة 2 من القانون 22 لسنة 1976.[2]

هذا في ما يتعلق بالأحياء أما في ما يخص الاستقطاع من القصر فقد ميز قانون 04 جوان 1970 بصورة واضحة بين الحماية القانونية للذمة المالية للقاصر، و بين حماية شخص القاصر ، la protection de la personne même ، والتي تتم عن طريق سلطة الوالدين l’autorité parental . لا شك أن قواعد هذه السلطة الأخيرة هي التي

---

[1] نفس المرجع ص208 ، 209.

[2] ART .L – 671 du code de la santé française 34

تعنينا وحدها في المجال الطبي ،حيث نصت المادة 372– 02 من القانون المدني الفرنسي على" أن السلطة الأبوية تخص الأب و الأم قصد حماية الطفل في أمنه و صحتة ...". كما أن المادة 2 في فقرتها الثانية من القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 . بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية نصت على أنه " إذا كان المتوفى قاصراً غير مأذون له بإدارة أمواله ، فلا يجوز استئصال أعضاء من جثثه إلا بعد الحصول على إذن من ممثله القانوني" .و اشترط أن يتم ذلك كتابة وفق المرسوم رقم 501 المؤرخ في31 – 03 – 1978. [1]

أما إذا كان القاصر مأذونا له بإدارة أمواله فلا يوجد أي نصوص خاصة في هذا الشأن ، ذلك أن القاصر البالغ من العمر16 سنة لا يتمتع بحماية كالتي يتمتع بها الشخص البالغ ، فطبقا لنص المادة 903 من القانون المدني الفرنسي فإنه لا يجوز بأي حال للقاصر أقل من 16 سنة التصرف في جثثه أو أجزاء منها لمعهد علمي أو مستشفى.

أما إذا كان سن القاصر أكثر من 16 سنة فله طبقا للفقرة الأولى من المادة 904 من القانون المذكور الحق في الايصاء بنصف الأموال التي يسمح بها القانون للبالغ بالتصرف فيها و لهذا يرى البعض أنه من الممكن احترام وصية القاصر لأكثر من 16 سنة إذا كانت تتعلق بالتصرف في عضو من أعضاء جسمه بعد الوفاة .[2]

---

[1] سميرة عايد : المرجع السابق، ص 299.

[2] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 210 .

ومما تقدم يتضح أن القانون الفرنسي قد أعطى للأطباء حرية كاملة في استئصال الأعضاء من جثث القصر المأذون لهم بإدارة أموالهم دون حاجة للحصول على إذن أو موافقة أسرهم فيكفي عدم اعتراض القاصر حال حياته على استئصال عضو من جثته بعد وفاته حتى يمكن للطبيب الجراح إجراء مثل هذا الاستئصال . [1]

وقد انتقد البعض هذا الوضع، و طالب بضرورة التمييز بين استئصال الأعضاء لأغراض علاجية و بين استئصالها لأغراض علمية ، لاختلاف الهدف في كلا الحالتين، [2] و أنه ينبغي الحصول على موافقة القاصر أثناء حياته لاستئصال أعضاء من جثته ، و يجب أن يعتبر صمت القاصر على أنه رفض إجراء مثل هذه العمليات ، و لا يعني عدم اعتراضه قبولا بالتنازل عن جثته أو أجزاء منها، و لهذا يجب على الأقل استشارة أسرة القاصر قبل القيام بأي استئصال لأعضائه . [3]

لذا يجب أن يخضع الاقتطاع الذي يتم من جثة قاصر أو عديم الأهلية (البالغ المستفيد من أحد إجراءات الحماية القانونية) من أجل الزرع لموافقة ممثله الشرعي. [4]

حيث نصت المادة الثانية من قانون GAILLAVET على أنه " إذا تعلق الاقتطاع بجثة قاصر أو عديم الأهلية و كان من أجل الزرع فلا يمكن إجراءه إلا بعد الحصول على موافقة ممثله الشرعي».

---

[1] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 300.

[2] ابراهيم يوسف : المرجع السابق، ص 76.

[3] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 210 .

[4] عبد المعطي خيال : المرجع السابق ،ص 126.

وأوجبت المادة 11 من المرسوم التطبيقي رقم 501- 78 المؤرخ في 31- مارس – 1978 إعطاء الموافقة بشكل كتابي يتم تسجيلها في سجل موجود لهذه الغاية في كل المؤسسات الصحية المرخصة بممارسة اقتطاع الأعضاء .

غير أن الاستثناء الوحيد الذي لا يتطلب فيه الحصول على موافقة الأهل ، هو حالة ما إذا كان الاقتطاع من أجل تحديد سبب الوفاة إلا إذا سجل الأهل اعتراضهم على ذلك. [1]

و هو ما نصت عليه المادة الثانية في فقرتها الثانية من قانون 29 جويلية 1994 فقد وضعت تحفظا في ما يتعلق بجثة القصر بنصها على أنه " رغم ذلك و إذا تعلق الأمر بجثة قاصر أو عديم أهلية فلا يمكن أن يتم الاقتطاع من أجل الزرع إلا بعد الحصول على موافقة ممثله الشرعي " [2].

و بالرجوع إلى نص المادة 1232 / 2 [3] من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004 – 800 لسنة 2004 الأكثر وضوحا و التي نصت على أنه " يجب أن لا تجرى عملية أخذ الأعضاء لواحد أو أكثر من الأغراض المنصوص عليها في الفقرة الأولى من ذات

---

[1] أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص261.

[2] و قد شرح المقرر Auburtin كما يلي " لا يستطيع القاصر أثناء وجوده على قيد الحياة إعلان موقفه ، و العائلة هي التي تملك الموقع الأفضل لمعرفة ردود فعل الطفل و معرفة فيما إذا كان سيرفض اقتطاع أحد أعضاء جسمه أم لا بعد موته ، فقد أراد البعض أخذ إحساس العائلة المصابة بفقدان الطفل بالحسبان » راجع احمد عبد الدايم : نفس المرجع ،ص 196.

[3]« Art. L. 1232-2. – Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.

المادة التي أجازت إجراء عملية أخذ الأعضاء من شخص وفاته مثبتة شرعا لأغراض علاجية أو علمية إذا كان المتوفى قاصرا ، إلا إذا أقر من يملك سلطة الأبوين أو الوصي نفسه ذلك كتابة ، و إذا استحال استشارة أحد الذين لديهم سلطة الأبوين فمن الممكن إجراء عملية أحد الأعضاء شرط أن يقر الآخر ذلك كتابة » .

فنلاحظ أن القانون الفرنسي لم يكتف بموافقة من يملك السلطة الأبوية أو الوصي الشفوية ، و إنما تطلب ضرورة أن تكون الموافقة مكتوبة ، و لم يأخذ هنا بمبدأ الموافقة المفترضة كما هو الشأن بالنسبة لكامل الأهلية [1].

- **الفقرة الثانية:موقف التشريعات العربية**

أجمعت أغلبية التشريعات العربية على ضرورة أن يكون الموصى كامل الأهلية، كالقانون القطري في المادة 4 و القانون الإماراتي في المادة 2 و القانون الكويتي في المادة 2 بينما لم يجز المشرع المغربي أخذ الأعضاء من القاصر إلا بموافقة الممثل القانوني ، و في حالة ما إذا عبر القاصر و هو على قيد الحياة عن رفضه للتبرع بأعضائه فإنه يجب الاعتداد بهذا الرفض بصرف النظر عن رأي ممثله القانوني . و عدم اعتراض القاصر لا يعني افتراض قبوله، لأن القاصر لم يكن قادرا في حياته على إصدار رضا يعتد به للتنازل

[1] افتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 345 .

عن أعضائه فإنه لا يمكنه ذلك بعد مماته . ويخضع الشخص البالغ الخاضع لإجراءات الحماية القانونية لنفس الإجراءات المطبقة في القانون الفرنسي.[1]

و نص المشرع المصري في المادة الثالثة من القانون رقم 274 – 1959 على أنه « يشترط للحصول على عيون الأحياء الذين يوصون بها ضرورة الحصول منهم على إقرار كتابي و هم كاملوا الأهلية »[2]. بينما نص القانون رقم 103–1962 في المادة الثانية منه على أنه " إذا كان الشخص قاصرا أو ناقص أهلية فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابي." فيتضح أن المشرع المصري يسمح للقاصر بالإيصاء بجثثه ، لكن تلك الوصية لا تكون نافدة إلا إذا أقرها الولي، مما يدل على أن المشرع المصري لم يمنح حق التصرف في جثة القاصر " الإيصاء بها " إلى الولي[3].

غير أن بعض الفقه يرى أنه يمكن للولي الإيصاء بجثة القاصر دون الحصول على موافقته ، لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، و من تم لا تشكل أي تهديد أو خطورة على حياة القاصر و تحقق مصلحة إنسانية جديرة بالرعاية . [4]

غير أن الباحث يرى ضرورة عدم السماح للولي بالإيصاء بجثة القاصر بينما يمكن له التبرع بها أو بأحد أعضائها بعد وفاة القاصر ما لم يبدي هذا الأخير اعتراضه .

---

[1] افتكار مهيوب : نفس المكان .

[2] سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 302.

[3] افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 346.

[4] حسام الدين الأهواني :المرجع السابق ،ص 187.

و في الأخير يتضح أنه لا يمكن القول بوصية الشخص بجثته أو أجزاء منها إلا إذا كان بالغا عاقلا مدركا لتصرفاته، بمعنى أن يكون ذا أهلية كاملة ، بينما يجوز للقاصر الإيصاء بجثته عند البعض شرط موافقة الولي على ذلك، و يرى آخرون جواز إيصاء الولي بجثة القاصر، على أن لا يتم ذلك إذا ما عبر كلا من كامل الأهلية والقاصر عن رفضهما الاستقطاع من جثثهما بعد الوفاة.

- **الفقرة الثالثة: موقف الشريعة الإسلامية من الوصية بالجثة**

يرى بعض الفقه ، [1]عدم جواز الوصية بالتصرف في جسد المتوفى كون الجثة ليست مالا أو حقا ماليا يمكن أن يدخل في تركة المتوفى و أن الإنسان لا يملك جسده و أعضاءه.

بينما يرى جانب من الفقه المعاصر[2] إجازة الانتفاع بجسد الميت في التداوي أو الانتفاع في حالة ما إذا توافرت شروط الضرورة دون حاجة للحصول على إذن الميت بكونه لا يملك أعضاءه، و ذلك لأن مصلحة الحي مقدمة على مصلحة الميت، و لأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

---

[1] عبد الفتاح إدريس : المرجع السابق ،ص 309 .

[2] مغني المحتاج : ج 1 ص 348 و ما بعدها.

ذهب جانب آخر من الفقه، [1] إلى جواز الوصية من المتوفى حال حياته، و استندوا في ذلك إلى التعريف اللغوي للوصية بأنها " العهد إلى الغير في القيام بفعل شيء حال حياة الموصى أو بعد وفاته ". و قد وضعوا شروطا هي : أن تكون الوصية بالأعضاء صادرة عن إنسان بالغ ،عاقل ، مختار، رشيد مدرك ،و عن وعي تام بما هو مقدم عليه .

وبالتالي لا يعتد بالإذن الصادر من المكره أو المجنون و من في حكمهما، فيلزم موافقة الولي على النفس.[2] ويرى البعض جواز إيصاء الصبي المميز بأعضائه بعد وفاته و ذلك لعدم لحق الضرر به ، و لترجيح مصلحة الحي على الميت .

المطلب الثاني

أشكال التعبير عن إرادة المتوفى

من المتفق عليه أن الشخص البالغ يمكنه الإيصاء قبل وفاته بكامل جثثه أو بأي عضو منها لأغراض علمية أو طبية ، و هذه الوصية تصرف مشروع من الناحيتين الدينية و القانونية كما تمت الإشارة إليه. و قد اختلفت التشريعات الوضعية في شكل التعبير عن إرادة المتوفى، فمنها من اشترط إفراغ هذا التعبير في شكل رسمي و منها من اكتفى بوثيقة عادية أو بمجرد التعبير الشفهي أمام شاهدين. [3]

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة سنة 1988نص على انه " يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو يتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت ".

[2]بلحاج العربي : المرجع السابق ،ص 183.

[3]إبراهيم يوسف : المرجع السابق ،ص 74 ،وصفاء محمود : المرجع السابق، ص 166.

و الوصية لدى البعض قد تكون بقبول الشخص الاستئصال من جثثه و قد تكون برفضه.و عندئذ لا يعتد بأية موافقة قد تصدر من ورثته احتراما لإرادته التي عبر عنها في حياته .[1]

و في استبيان نشر على موقع العرب الإلكتروني أظهرت نتيجته تباينا في أراء المشاركين ،حول التبرع بالأعضاء البشرية و قبولهم بالتبرع بأعضائهم أو أعضاء أقارب لهم بعد الوفاة، حيث شارك في الاستبيان 575 شخصا ، أجابت نسبة 59 % (341 صوت) بالقبول ،فيما رفض الفكرة 28% (159 صوتا) و لم يحدد 13 %(75 صوتا) خياراتهم و اكتفوا بالإجابة بلا أدري و يمكن تفسير ذلك بعدم إطلاع أغلب الناس على أهمية هذا الموضوع مما يستلزم إطلاق حملات توعية خاصة بالتعريف بأهمية التبرع بالأعضاء و دورها في إنقاذ حياة الكثير.[2] هذا ما سنتعرف عليه من خلال الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة في حالة الرفض**

إذا ما اعترض الشخص قبل الوفاة على استئصال عضو من أعضائه أو الانتفاع بجثثه لأغراض طبية أو علمية فإن هذه الإرادة لابد أن تحترم شرط التعبير عنها وفق إجراءات معينة حددتها القوانين المقارنة ،[3] غربية أو عربية .

- **الفقرة الأولى:موقف التشريعات الغربية.**

---

[1] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ،ص 121.

[2]مجلة الحوادث الكويتية العدد 7783 بتاريخ 3 – 10 – 2009.

[3] أمير فرح: أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ، المرجع السابق ، ص 105 ،و عبد المعطي خيال : المرجع السابق ،ص 125.

لقد أعطى المشرع الفرنسي حرية كبيرة للأشخاص الرافضين للمساس بجثثهم من أجل إظهار رفضهم والتعبير عنه، حيث منحتهم المادة 8 من مرسوم 31 مارس 1978 حرية التعبير عن الرفض و بكل الوسائل [1] التي يمكن أن تمتد لتشمل شهادة الأبوين أو الأقارب أو أي شخص كان قد حصل على تصريح أو وثيقة من المتوفى بما يفيد رفضه للمساس بجثثه بعد موته.[2]و هو ما أكدته المادة 1232 – 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي قم 2004 – 800 .

- **الفقرة الثانية: التشريعات العربية**

تطلب القانون القطري [3] في مادته السابعة أن يتم الاعتراض عن النقل من الجثة بشكل كتابي أو شهادة شاهدين كاملي الأهلية، فيما تطلب المشرع الإماراتي [4] في المادة السادسة والمشرع الكويتي [5] في المادة الخامسة، أن يتم الاعتراض بمقرر كتابي شهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

أما المشرع المغربي [6] فتطلب في المادة 15 أن يتم التعبير عن الرفض بواسطة تصريح يقدم لرئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته ، أو القاضي المعين لهذا الغرض، تم

---

[1]"…encore qu'un tel refus puisse étreexprimé par tout moyen …", voir LAURENCE BURNET .OP.CIT.P153.

[2] ابراهيم يوسف :المرجع السابق ، ص 76 .

[3] القانون رقم 21 لسنة 1997 بشأن تنظم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

[4] القانون رقم 15 لسنة 1993 بشأن ينظم و نقل و زراعة الأعضاء البشرية .

[5] القانون رقم 55 لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء .

[6] القانون رقم 98 – 16 لسنة 1999 المتعلق بالمتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخدها وزرعها.

يسجل التصريح لدى كتابة ضبط المحكمة ، ثم تقوم المحكمة بتوجيه هذا التصريح إلى جميع المستشفيات المختصة بأخذ الأعضاء من الأموات حتى يتم تسجيله في سجل خاص بهذا الغرض. و في حالة دخول المريض للمستشفى قصد العلاج و لم يكن قد عبر عن رفضه وفقا للإجراءات السابقة ،فإن له أن يعبر للمدير أو للطبيب المعين لهذا الغرض خصيصا عن دلك و على هذا الأخير أن يضمن هذا التصريح في السجل المعد لذلك ، و يبلغ هذا التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية و هذا طبقا لنص المادة 18 من القانون المغربي .[1]

يبدو أن هذا الأجراء قد سهل من مهمة الطبيب في معرفة إرادة المتوفى بمجرد الرجوع إلى السجل المخصص لذلك ، و يعتبر وسيلة للإثبات في حالة حدوث نزاع ، و أنه قد يتم الاعتماد على أسلوب آخر للتعبير عن الرفض، و ذلك بوضع علامة على بطاقة الضمان الاجتماعي أو بطاقة خاصة يشار فيها إلى " **مع أو ضد التبرع بالأعضاء** " و هذا للرجوع إليها في الحالات التي يتعذر فيها للشخص التعبير عن إرادته ، كحالات الحوادث أو الموت الفجائي .[2]

- **الفرع الثاني: طرق التعبير عن الإرادة بالقبول**

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 347.

[2] إبراهيم يوسف : المرجع السابق ،ص 76.

يتم التعبير عن الإرادة إما بالوصية أو عن طريق بطاقة التبرع ، فمتى أوصى الشخص بالانتفاع بأعضائه بعد وفاته و جب احترام إرادته هاته . و قد اختلفت التشريعات [1] في كيفية التعبير عن القبول ، لذا سوف نتطرق لموقف التشريعات الغربية ثم لموقف لتشريعات العربية من ذلك.

- **الفقرة الأولى: التعبير عن الإرادة بالوصية.**

أولا:موقف التشريعات الغربية

سمح المشرع الفرنسي باستئصال قرنية العين شريطة أن يكون المتوفى قد أوصى بذلك حال حياته، و ذلك ما أورده القانون الصادر في 7 تموز 1949 و قد ميز المشرع الفرنسي بين ثلاث أنواع من الوصية هي:

- الوصية العامة:أمام الموثق بحضور شاهدين.
- الوصية المكتوبة: يكتبها الموصي بخط يده و يوقعها و يودعها لدى منفذ الوصية .
- الوصية السرية: و تسلم مغلقة و مختومة من الموصي إلى الموثق .

[1] نص المشرع الإسباني في قانون 1980 على الاعتداد بإرادة المتوفى أيا كان أسلوب التعبير (إشارة كتابة ، كلام) ، و نص القانون السويسري رقم 31 لسنة 1972 على ذلك دون تحديد شكل معين .

غالبا ما يختار الموصي الوصية المكتوبة [1] ، و قد استلهم من هذا المبدأ مشروعي قانونين يتعلقان بالحصول على الأعضاء شرط توفر الموافقة المسبقة بالاقتطاع من طرف المتوفى نفسه أو من عائلته.

و شكل اقتراح Gerbaud بتاريخ 19 كانون الأول 1967احد هدين المشروعين حيث نص في المادة الرابعة، منه على أنه " لا يمكن اقتطاع الأعضاء من أجل زرعها عند أشخاص آخرين إلا استنادا لإبراز قرار كتابي من قبل المتبرع استنادا لوصية أو تبرع إلى منظمة أو هيئة او مؤسسة صحية معترف بها بالمرسوم. و يمكن أن يؤخذ نفس القرار بموجب موافقة كتابية من كافة ورثة المتوفى الشرعيين ".

بينما لم ينص مشروع Bizet بتاريخ 11ماي 1974 إلا على موافقة المتوفى فقط ، فنص في المادة الأولى على" ان التبرع بالأعضاء قبل أو بعد الوفاة إرادي و مجاني و يتم التعبير عن إرادة المتبرع بوصية حسب الأشكال المنصوص عليها بالمواد 967الى 1001 من القانون المدني".[2]

أما القانون الإنجليزي الصادر في 27 جويلية لسنة 1961 فقد نصت المادة الأولى منه على أن" يتم الحصول على جسد المتوفى كله أو أعضاء منه لأغراض علاجية أو تعليمية أو بحثية بناء على موافقته الكتابية في أي وقت حال حياته ، أو بناء على موافقته

---

[1]DOLL : le droit de disposer du cadavre a des fins thérapeutiques est scientifiques p 64 et 65

راجع : سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 306 ، و احمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص212 .

[2]احمد عبد الدايم : المرجع السابق، ص 250.

الشفهية في مرضه الأخير أمام شاهدين أو أكثر، ما لم يقدم من له الحق في حيازة جثته بعد موته سببا لاعتقاد بأنه عدل عن موافقته".[1] كما أن الدراسات التي أجريت في بريطانيا تشير إلى أن 90% من الناس لا يرفضون فكرة التبرع بأعضاء أجسامهم في حالة وفاتهم لكن قلة منهم تسجل في قائمة المتبرعين .[2]

غير أن المشروع الخاص بالقانون الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية لم يشترط الوصية كشرط أساسي لصحة استئصال الأعضاء من جثة المتوفين، معتبرا أن من شأن التمسك بمثل هذا الشرط أن يؤدي إلى نقص عدد المتبرعين [3] بالأعضاء ، و عليه يمكن أن يكون إبداء الموافقة على شكل وصية او على شكل وثيقة عادية يوقع عليها المتبرع في حضور شاهدين و له أن يسلم هذه الوثيقة لمن يعينه من أقاربه، كما يجوز له إبداء موافقته الشفهية بحضور شاهدين أو في حضور الطبيب المعالج.[4]

أما المادة الثانية من القانون الدانمركي رقم 264 المؤرخ في يونيو 1961 فقد أشارت إلى أنه يمكن لكل شخص بلغ سن الحادي و العشرين أن يعطي رضائه الكتابي باستئصال الأعضاء من جثته لأغراض علاجية أو علمية .[5]

---

[1] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ،ص 121.

[2] ايهاب مصطفى عبد الغني : الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ط 1، 2011 ص 43.

[3] انظر المادة الثالثة من القانون التشيكوسلوفاكي رقم 47 الصادر في عام 1966 ،و القانون الأرجنتيني رقم 21541 الصادر بتاريخ 21–3– 1977.

[4] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 305.

[5] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص 209 ،و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق، ص 145.

- **ثانيا :موقف التشريعات العربية**

لقد أوصت ندوة الأساليب الطبية للقانون الجنائي التي نظمتها كلية الحقوق بجامعة القاهرة في شهر نوفمبر 1993م بأنه لا يجوز نقل عضو من جثة ميت إلا بناء على وصية صحيحة صدرت عنه قبل وفاته ، أو بناء على رضا صحيح من زوجه و جميع أبنائه بعد وفاته أو أن يسجل اسمه في سجل رسمي يعد ذلك ضمانا لنقل العضو من جثته فور حصول الوفاة .[1]

تطلب القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون في مادته الثانية، ضرورة كتابة الوصية الصادرة من الموصين كاملي الأهلية، بما يذل على عدم كفاية الوصية الشفوية، أو بحضور شهود.[2]

أما القانون الكويتي رقم 55 لعام 1987 الصادر بتاريخ 20-12- 1987 فقد سمح بالنقل من ميت إلى حي متى كان الميت قد أوصى في حياته بالاستئصال منه و بعد وفاته، و لم يعدل عن وصيته ،[3]بينما اشترط القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983 في المادة الثانية و المادة الثالثة فيما يتعلق بحالات الكلى التي سيتبرع بها أصحابها حال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي .

---

[1] مجلة اتحاد الجامعات العربية العدد 4 أكتوبر 1996، ص183 ،مشار إليها في بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 186.

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 350.

[3]عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ،ص 122.

و يرى **محمد التميمي** الداعية بوزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت أنه يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو ، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية على ذلك بشرط أن يأذن الميت بذلك قبل وفاته.[1]

وتطلب القانون القطري في المادة الرابعة منه و القانون الإماراتي في المادة الثانية منه أن تتم الوصية بالعضو بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

فيما أشار المشرع اللبناني في المادة الثانية منه إلى أن التعبير عن الإرادة قد يأخذ شكل الوصية حسب الأصول وفق القواعد العامة المنظمة للوصية بالأموال، أو أن يتم ذلك بموجب وثيقة خطية ثابتة.[2] وسمحت المادة 30 فقرة 3 من قانون الآداب الطبية اللبناني رقم 288 الصادر في 22 فيفري 1994 على أنه يمكن إجراء استئصال أعضاء من أجساد متوفين شرط أن يكونوا قد أوصوا بذلك.[3]

أما القانون المغربي في المادة 14 فقد تطلب أن يتم تسجيل تصريح المتبرع لدى رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامة المتبرع ، أو لدى القاضي المعين لهذا الغرض خصيصا من طرف رئيس المحكمة و تم تسجيل التصريح بعد اقتناع القاضي بأن المتبرع تصرف بإرادة حرة و عن إدراك و أن التصرف مجاني . [4]

---

[1]http ://www .HMC . ORG QN / HMC / HEATH / 24 TH /14 THM–

[2]سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 303 ،و محمد يوسف ياسين : المرجع السابق، ص 366 .

[3] محمد يوسف ياسين : نفس المرجع ،ص 366.

[4] افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 348.

ونص المشرع الأردني في المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 في الفقرة (أ) منها أنه " للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو في أي من الحالات التالية : إذا كان المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع و التاريخ بصورة قانونية.[1] كما أشار إلى إمكانية الاستقطاع من الميت في حالة الضرورة إذا كان المتوفى قد وافق على ذلك خطيا بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته أو بموافقة وليه الشرعي بعد وفاته .[2]

و اشترط المشرع السوري في المادة الثالثة من القانون رقم 31 – 1972 المعدل بالقانون رقم 43 لسنة 1986 لجواز نقل الأعضاء من جثة ميت قصد زرعها لمريض وجود وصية للمتوفى تبيح إجراء هذا الاقتطاع ، ويبدو أن الشكل الكتابي الصريح أو الخطي هو ما قصده المشرع السوري لتنظيم الوصية بدلالة ما ورد في المادة 3– 5 – أ .و التي تنص على " منع فتح الجثة لغاية المنفعة العامة إذا وقع اعتراض صريح و خطي من الشخص قبل وفاته أو من أقربائه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة .[3]

---

[1]الشيخلي : المرجع السابق، ص271 . ربما قصد المشرع – بصورة قانونية – كاتب العدل لأن مهنته التثبت من التوقيع و التاريخ على الوثيقة ،انظر عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ،ص 145.

[2] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 304 ،و قد سار على هذا النهج التشريع التونسي الصادر سنة 1991 ، الفصل الثالث منه .

[3] إبراهيم يوسف : المرجع السابق ،ص 75.

فإذا كان المشرع السوري قد أوجب الشكل الخطي الصريح لاعتراض الشخص قبل وفاته فمن باب أولى أن يتطلب ذلك في وصية المتوفى بنقل أعضائه أو أحشائه أو جزء منها.[1]

فيما نص المشرع العراقي في المادة الثانية من قانون زراعة الأعضاء إلى ضرورة أن يكون الموصي حال حياته. كامل الأهلية عند التبرع – الإيصاء – و ان يكون ذلك بشكل كتابي .[2]

- **ثالثا : موقف المشرع الجزائري**

التشريع الجزائري كغيره من التشريعات نص في المادة 164 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه«لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ». و في هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك .

ومما سبق يتضح أن إذن المتوفى قبل وفاته بالتصرف في جثثه هو الشرط الذي يتطلبه المشرع لإضفاء المشروعية على المساس بالجثة و استئصال الأعضاء منها. كما

---

[1] سميرة عايد : المرجع السابق، ص305 .

[2] حسني عودة الزعال : المرجع السابق، ص 141.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع بتعديله [1] لهذه المادة قد ألغى شرط الكتابة الذي كان يتطلبه من المتوفى حال حياته ويعتبر هذا الإجراء تسهيلا لإجراءات التنازل عن الأعضاء من الجثة، لان المشرع الجزائري و في الفقرة الثانية من المادة 164 أعلاه أشار إلى جواز الانتزاع بمجرد تعبير المتوفى أثناء حياته على قبوله التبرع بعضو من أعضائه ومن تم فإن هذا الرضا يكون بكل الوسائل ، كالكتابة أو الإشارة ، و بكل ما من شأنه التعبير عن إرادته ، وقد يكون التعبير عن ذلك ضمنا . [2]

وفي الأخير يمكن القول أن اشتراط الشكل الكتابي يشوبه الكثير من العيوب رغم اعتباره وسيلة قانونية تؤمن الوضع القانوني للطبيب، أو الجراح المكلف بإجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء . فمن النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته ، إلا إذا كان دافعه الحقيقي هو التضامن الإنساني.[3]

كما أن القول بالحصول على إذن المصاب لدى وصوله المستشفى بالاستئصال منه في حالة وفاته وهذا مع افتراض انه كان في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته ، فسيكون هذا الطلب غير إنساني و قاتلا لأمل المصاب في خروجه من المستشفى معافى ، علاوة

---

[1] كان نص المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها قبل التعديل هو " لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة و في هذه الحالة يجوز الانتزاع بناءا على الموافقة الكتابية للشخص المعني و هو على قيد الحياة ..."

[2] تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أنه :ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه ، بعلم من وجه إليه و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

[3] أحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق ،ص 213.

على أن الإجابة التلقائية المتوقعة هي الرفض[1]، كما أنه قد يعوق في كثير من الأحيان الشفاء .

- **الفقرة الثانية: التعبير عن الإرادة عن طريق بطاقة التبرع.**

أمام الإصرار على الحصول على رضا الشخص في حياته بالاستئصال منه بعد الوفاة بدأ التفكير في إيجاد طريقة سهلة للوقوف على نوع التصرف الذي يتخذ حيال جثة المتوفى، فاقترح البعض أن يحمل كل شخص بطاقة أو وثيقة مع أوراقه الشخصية ، بصفة دائمة تثبت قبوله أو رفضه الاستئصال منه بعد الوفاة، مع تعيين العضو أو الأعضاء المسموح باستقطاعها من جثته و بالتالي تعد وثيقة إثبات مسبقة لإرادة الشخص المتوفى . [2]

وقد أخذ بذلك مشروع القانون الموحد بالولايات المتحدة الأمريكية و كذا القانون البلجيكي الصادر في 19 – يناير– 1969 حيث يستطيع الشخص أن يدون في هذه البطاقة إبداء موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت.

كما نص مشروع القانون الألماني لسنة 1979 على تخصيص خانة معينة على بطاقة التعريف، يدون عليها حرف.W. حيث يدل على رفض الاستئصال من جثة المعني (المتوفى) و كل هذا لتفادي المناقشات الصعبة مع أفراد الأسرة .والأخذ بهذا الأسلوب

---

[1] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ،ص 123 .و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ،ص 147 .

[2] هو الرأي الذي تؤيده الأستاذة فوزية عبد الستار ، أنظر أعمال ندوة الأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي ، المرجع السابق ، ص 15 . أنظر كذلك الخولي : المرجع السابق، ص 265 ، و عبد اللطيف عبد العال :المرجع السابق ، ص 124 ، و افتكار مهيوب : المرجع السابق ص350 .

–Voir : Savatier. j. les prélèvements d'organes après décès « rapport présente aux travaux de l'institut de sciences criminelles de portiers 1979 I P 29 .

خطوة هامة في سبيل تفادي بعض الصعوبات التي تعترض عمليات زرع الأعضاء، فحمل هذه البطاقة يسهل مهمة الطبيب في وقت قصير من معرفة ما إذا كان المتوفى قد تبرع بأعضائه أم لا .[1]

أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 5 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05-04- 2010 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها وسيرها لتسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة و الخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض انطلاقا من مجموعة المعطيات الإستشفائية.ونص في الفقرة الثانية بنفس المادة إلى ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول و رفض انتزاع الأعضاء والأنسجة و الخلايا،بينما أشار في الفقرة الثالثة لتسيير بطاقيات المانحين و المستقبلين للأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية لأغراض التبرع مما ساهم في توفير الحماية لطرفي العملية و ضمان نوع الطمأنينة بالنسبة للمتبرع أو المريض على حد السواء .

---

[1] ماروك نصر الدين: المرجع السابق ، ص 418 و 419.

المطلب الثالث

الرضاء المفترض

لقد ترتب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و سرعة تطورها و نجاحها نقص كبير في الجثث القابلة للتصرف فيها قصد نقل الأعضاء منها و غرسها لمرضى في حاجة إليها. لذا سارعت التشريعات إلى البحث عن حل، و ذلك بوضع نصوص قانونية تفترض موافقة الميت قبل وفاته بالتصرف في جثته أو الاقتطاع منها لغاية علاجية أو علمية.

الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية:

من بين القوانين الغربية التي نظمت هذه المسألة القانون الفرنسي الصادر في 22 – 12 – 1976 الذي أباح التشريح وأخذ الأعضاء من الجثث متى ثبت عدم صدور معارضة من المتوفى حال حياته،[1]أو تعلق الأمر بجثة قاصر، و التي يتطلب الحصول على موافقة الولي حتى يمكن المساس بها .

و قد أقر هذا القانون مبدأ الرضا المفترض، بحيث يفترض في الميت أنه قد قبل أو ليس لديه مانع للاقتطاع من جثثه ما لم يوجد اعتراض مكتوب على ذلك ،[2] و جاء نص

---

[1]–" Des prélèvent peuvent être effectuer a des fins thérapeutique ou Scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaitre de son vivant d'un tel prélèvement " ART 2 de la loi n° 76 – 1181 du 22–12 . 76 . VOIR–LAURENCE BRUNET : op .cit. p 152 .

–راجع ايضا افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 350 .

[2] نور الدين الشرفاوي الغزواني : زرع الأعضاء البشرية دراسة قانونية مقارنة مطبعة أولمبيا ،القنيطرة المغرب ، 2000 ،ص 89.

الفقرة الثانية من المادة 1232ـامكرر 1 من قانون الصحة العامة مطابقا لذلك حيث جاء فيها : « يجوز مباشرة الاقتطاع من جثة الشخص طالما لم يعترض أثنـــاء حياته على مثل هذا الاقتطاع .» [1]

فيتضح من النصين أنه يجوز للطبيب مباشرة الاقتطاع من جثة المتوفى طالما لم يرفض أثناء حياته أي مساس بجثته، و الذي يجب أن يتم صراحة بالطرق التي حددها القانون.[2] ومع ذلك أحدثت هذه القرينة ضمن قانون 1976 صعوبة تتمثل في معرفة عدد الأعضاء الممكن اقتطاعها، و يبدو أن صيغة الجمع المستخدمة بالمادة الثانية من هذا القانون تعطى الاعتقاد بشرعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء.

كما ذكر قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 18 مارس 1983 في ما يتعلق بهذا المبدأ بأنه « يستبعد القانون قيام أحد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لم يظهر الشخص المتوفى معارضة على ذلك خلال حياته ».

و يقصد من ذلك عدم السماح لأي أحد من أفراد العائلة الذهاب ضد الإرادة الضمنية للمتوفى إذا لم يعارض الاستفادة من جسمه لإنقاذ آخر.[3]

---

[1] «…ce prélèvement peut être effectué des lors que la personne n’a pas fait connaitre de son vivant, son refus d’un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen »art 1231-1du code de la sante publique, loi 94-653 du 29-12-1994

[2] مأمون عبد الكريم : رضا المريض بالأعمال الطبية ، المرجع السابق ، ص 624.

[3] احمد عبد الدايم : المرجع السابق، ص 256 .

و يعاب على هذا القانون كما عبر عن ذلك الدكتور FENSCH « بأن هذا القانون فخ ومكر مما يسمح بالاستئصال من الأشخاص الأكثر ضعفا و حرمانا في هذه الحياة و الدين يجب على الأطباء مساعدتهم وحمايتهم أكثر من غيرهم... ».[1] و هو نفس الاتجاه الذي سلكه القانون السويدي لسنة 1958 ، حينما أجاز أخذ كل أجزاء و مواد الجسم من الجثث لأهداف العلاج و إصلاح الأضرار ما لم يعبر المتوفى حال حياته عن معارضته ، أو أن يثبت أن الاقتطاع يتعارض من مبادئه و عقيدته.

و هو ما اتجه إليه المشرع التشيكوسلوفاكي في قانون 24-01-1968 الذي منع إجراء الاستئصال العلاجي أو العلمي ، متى ثبت أن المتوفى حال حياته قد صرح كتابة أنه معترض على ذلك، و أكد هذا المبدأ كذلك قانون 27 فبراير 1978 .[2]

أما في الولايات المتحدة الأمريكية صدر القانون الفدرالي رقم 801 المؤرخ في 02 – 04 – 1985 حيث أجاز الأخذ من الميت ما لم يثبت عنه اعتراضا سابقا ،أو اعتراض أفراد أسرته أو كانت اعتقاداته الدينية أو الفلسفية تتعارض مع مبدأ الاستئصال العلاجي ، شرط أن يحرر مبدأ استئذان الأسرة و يوقع عليه أحد أفرادها المؤهلين .[3]

---

[1] مأمون عبد الكريم: نفس المكان.

[2] أحمد شوقي: المرجع السابق ص،226 .

[3] نور الدين الشرفاوي : المرجع السابق ، ص 98 و ما بعدها .

كما تبنى قانون دولة إسرائيل لسنة 1980 الخاص باستئصال الأعضاء مبدأ الرضاء المفترض في المتوفى، إلا أنه أجاز لكل فرد من أسرته حق الاعتراض على ذلك، و يكون واجب التطبيق و لو وافق بقية أفراد الأسرة على الاقتطاع .

- **الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية**

نص القانون المغربي في المادة 16منه على انه يمكن إجراء عمليات أخذ الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من أشخاص متوفين لم يعبروا و هم على قيد الحياة عن رفضهم الخضوع لعمليات من هذا النوع في مستشفيات عمومية معتمدة تحدد قائمتها من طرف وزير الصحة إلا في حالة اعتراض الزوج و إلا فالأصول و إلا فالفروع .

وتبنى القانون التونسي هذا المبدأ في المادة الثالثة منه، حيث نصت على أنه " يمكن إجراء الاستئصال بهدف علاجي أو علمي على جثة الشخص، شرط ألا يكون قد عبر حال حياته عن رفضه الاستئصال، و ألا يعارض على ذلك أحد الأشخاص المعددين أسفله المتمتعين بكامل الأهلية القانونية ، و بحسب الترتيب أقاربه أي رأي في ما يتعلق بالتصرف في جثثه بعد موته .

و بالتالي لا يمكن التصرف في الجثة خاصة بالنسبة للتشريعات التي لا تأخذ بافتراض الموافقة، مما يفرض علينا معرفة كيفية التصرف في الجثة عند عدم وجود إذن بذلك وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الرابع

العدول عن الموافقة و الاعتراض عليها

قد يحدث أن يتراجع الشخص عن موافقته بالتنازل عن أحد أعضائه بعد وفاته وهذا حال حياته، كما قد تلاقي هذه الموافقة اعتراضا من طرف أقارب الميت. ذلك ما سنتطرق إليه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : العدول عن الموافقة

حتى تكون الموافقة حرة بشكل كامل يجب أن يقبل العدول عنها، بمعنى أن يستطيع المتبرع قبل وفاته الرجوع عن قراره بالتخلي عن أحد أجزاء جسمه بعد وفاته. و نص المرسوم الفرنسي المؤرخ في 31 / 03 / 1978 صراحة في المادة الثانية في فقرتها الأخيرة على أنه " في كل الحالات يمكن الرجوع عن موافقة المتبرع في أي لحظة و بدون أي شكلية ". فيستطيع المتبرع إذا العدول إراديا عن التزامه في أي لحظة يشاء .

ويوجد تيارا فقهيا يؤيد نظرية العدول عن الموافقة في مجال اقتطاع الأعضاء من أجل الزرع ، حيث نصت المادة الخامسة من مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي على « أن الصك الذي يتصرف بموجبه شخص بكل أو بجزء من جسمه أثناء حياته ، أو بعد وفاته يكون دائما قابلا للرجوع عنه ». و قد احتج بهذه النظرية كل من **Hamburger** و **doll** ، و **أحمد شرف الدين** ،و **Baudouin** و**Dubo** ، و بالتالي يبقى حق الرجوع قائما ما دام المتبرع على قيد الحياة وقادرا على إبداء رأيه بالرجوع عن موافقته. ولهذا السبب لم يضع

مرسوم31-03 -1978 أي شكلية على عاتق المتبرع للتعبير عن عدوله عن الموافقة ،و قد أكد ذلك قانون ، 29 جويلية 1994 . [1]

هذا عكس ما ذهب إليه المشرع المغربي[2]في المادة 14 من قانون زرع الأعضاء حيث اشترط أن يكون العدول عن الموافقة يمثل الشكل الذي تمت به .

ويرى الباحث في ذلك تقييدا لمبدأ الحق في الرجوع لأن الشخص المتبرع قد يتعرض إلى حادث ما يتعذر عليه بسببه التراجع عن وصيته بالشكل الكتابي ، خاصة إذا كان أمام جهات رسمية.

و بالتالي يبدو موقف المشرع الفرنسي أكثر ترجمة لمبدأ حرية الموافقة، خاصة بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بالشكل الكتابي ، لدا لا مناص من قبول تعبير الشخص عن الرجوع عن وصيته بأي شكل من شأنه التعبير عن إرادته .

فنستنتج أن الرفض الصريح أو المفترض الصادر عن المتوفى أثناء حياته يعتبر عقبة في سبيل إجراء استئصال عضو من جثته ، كما أن التبرع بالأعضاء لا يجب أن يكون واجبا أو عملا إنسانيا ملزما و إنما يجب أن يكون تعبيرا عما يتمتع به الشخص المتبرع من حرية اختيار. لهذا ينبغي أن تعطى الأولوية لحقوق الشخص و حريته وكرامته .

---

[1] احمد عبد الدايم : المرجع السابق ، ص 328 و 329.

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 351.

أما إذا وافق الشخص حال حياته موافقة صريحة بالشكل الذي يتطلبه القانون على التنازل عن أعضائه بعد وفاته فما على الطبيب سوى التأكد من وفاة المتبرع حتى يتمكن من المساس بجثته دون ادنى مسؤولية .

الفرع الثاني: التعارض بين إرادة الميت و أقاربه

ثار التساؤل عن حق الأقارب في الاعتراض على نقل أجزاء من الجثة إذا ثبت موافقة المتوفى على ذلك قبل حدوث الوفاة ، بمعنى ما هو الحكم في حالة ما إذا اختلفت وصية الميت عن رغبة أقاربه ؟ في هذه الحالة يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى :حالة ما إن أجاز الميت حال حياته التصرف بأعضائه.

ذهب رأي في الفقه إلى أن هناك حقوق للأقارب في مواجهة الجثة ، فلهم حق في حيازتها و دفنها والاعتراض على كل ما يمس سلامتها ، لأن الأفعال التي تمس بالجثة قد تؤدي مشاعرهم وتسبب لهم آلاما نفسية خاصة في حالة الحزن التي تلحق بهم إثر فراق المتوفى .

واتجهت بعض التشريعات إلى الأخذ بهذا الاتجاه كما حدث في ولاية **ماساشوست الأمريكية** ، فقد كان التشريع السائد ينص على أن موافقة المتوفى المسبقة على التصرف في الجثة أو أجزاء منها ليست نهائية ، فيحق للأقارب الاعتراض على ذلك فسيرى رأيهم .

غير أنه في إحدى القضايا بالمحكمة العليا في هذه الولاية برز تعارض هذه القاعدة مع حقوق المتوفى كحالة **O’dea V. Michelle** عام 1966، حيث رفع أقارب الميت

دعوى ضد الحانوتي الذي اتجه إلى تنفيذ وصية المتوفى بالتصرف في الجثة مما سبب لهم ضررا معنويا ، فرفضت المحكمة هذه الدعوى على أساس أن حق الأقارب في الاعتراض يقتصر على الحالات التي لا تتوافر فيها موافقة صريحة و جدية من المتوفى بشأن التصرف في الجثة بعد الوفاة ، إلا أن هذا القانون عدل عام 1978 ليتماشى مع مبدأ الاعتراض[1].

إلا ان هناك رأي آخر[2] يرى تقديم رغبة الميت ، لأن الميت له ولاية على نفسه و هي مقدمة على ولاية غيره مستندين في ذلك إلى ما ورد عند بعض الفقهاء [3] من الحنفية و الشافعية من اعتبار عفو المجني عليه قبل موته عن الجاني ، ومن تم سقوط حق الورثة في المطالبة بالقصاص ، رغم أن البعض الآخر من المالكية يرون عدم سقوط القصاص بعفو المجني عليه .

كما ذهب الرأي الغالب في مصر إلى وجوب احترام ارادة الميت ما دامت موافقته قد صدرت و هو متمتع بالقدرة على التفكير و التقدير و الاختيار. [4]

الحالة الثانية: حالة ما إذا اعترض الميت حال حياته على التصرف بأعضائه.

---

[1] الخولي : المرجع السابق ،ص 266.

[2] محمد محمد اسماعيل فرحات : رؤى شرعية في بعض المسائل الطبية ،ص 12 ،مشار إليه في افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص357.

[3] نفس المرجع ،نفس المكان .

[4] الخولي : المرجع السابق ،ص266 .

يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة تقديم رغبة الميت ، لأن الميت له ولاية على نفسه و هي مقدمة على ولاية غيره مستندين في ذلك إلى ما ورد عند بعض الفقهاء من الحنفية و الشافعية من اعتبار عفو المجني عليه قبل موته عن الجاني ، ومن تم سقوط حق الورثة في المطالبة بالقصاص ، رغم أن البعض الآخر من المالكية يرون عدم سقوط القصاص بعفو المجني عليه بينما ذهب الرأي الغالب في مصر إلى وجوب احترام ارادة الميت ما دامت موافقته قد صدرت و هو متمتع بالقدرة على التفكير و التقدير و الاختيار. [1]

ويرى بعض الفقه [2] ترجيح جانب الورثة تحقيقا لمصلحة راجحة و هي إنقاذ نفس من الهلاك و لأن الضرر منعدم بالنسبة للمتوفى و لأن أعضاءه سوف تبلى و تدفن في التراب فالأولى الانتفاع بها.غير أن هناك من يرى أن القول بأن «الجسد سوف يبلى و يفنى » مردود على أصحابه لما جاء في القرآن الكريم من الرجوع إلى الحياة بعد الموت بذات الهيئة التي كانوا عليها في الدنيا. كقوله تعالى : "***أَإِذَا*** **مِتْنَا وَكُنَّا تُرَابًا ذَلِكَ رَجْع بَعِيد.....**" سورة ق الآية 3 و4.بالتالي فإن الآدمي يبعث بالهيئة التي كان عليها في الدنيا .

---

[1] نفس المرجع ،نفس المكان .

[2] حسن الشاذلي: حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، ص 56 ،مشار إليه افتكار مهيوب :المرجع السابق ،ص 358.

المبحث الثاني

عدم الإيصاء بكيفية التصرف بالجثة

غالبا ما يموت الشخص دون أن يقرر كيفية التصرف في جثته، لأن الشخص الذي يتمتع بصحة جيدة لا يفكر عادة في السماح باستئصال أجزاء من جثته بعد الوفاة لزرعها لمريض يحتاجها.[1]

كما أن الطلب من مريض يعاني الموت بالتبرع حال حياته لما بعد مماته بأي من أعضائه ثقيل بعض الشيء و يشكل عاملا مؤثرا على نفسية ذلك المريض و قد يعجل وفاته. [2] فغالبا ما تتم عمليات استقطاع الأعضاء هذه من أشخاص في حالة غيبوبة، لان الضرورة تقتضي الحصول على موافقة أسرهم قبل إجراء مثل تلك العمليات رغم الحالة النفسية لأفراد الأسرة جراء موت أحد أفرادها، خاصة إذا كان الطلب عقب الوفاة مباشرة. إلا أنه لا مفر من ذلك على أساس أنه شرطا أساسيا لمشروعية نقل الأعضاء من جثة المتوفى. و ما ذلك إلا حماية لحقوقهم المعنوية على جثة قريبهم.[3]

فذهبت غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زراعة الأعضاء إلى أنه إذا لم يعرب المتوفى عن إرادته أثناء حياته بشأن نقل عضو أو أكثر من جثته فإنه يجوز هذا النقل بعد الحصول على موافقة أقارب المتوفى ، وتستلزم هذه الحالة بيان بعض المسائل

---

[1] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع الساب ، ص 219 .

[2] ماروك نصر الدينن المرجع السابق، ص428.

[3] حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق، ص197، احمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق ،ص220.

التي تفرض ذاتها و المتعلقة بأساس حق الأقارب الذين لهم حق إبداء موافقتهم بالاستئصال ،أو طرق التعبير عنها في المطلب الأول، على أن يتم التطرق إلى حالة كون المتوفى مجهول الهوية أو كانت الوفاة نتيجة حوادث سير أو نتيجة تنفيد حكم الإعدام في المطلب الثاني اما في المطلب الثالث فنتطرق لموقف المشرع الجزائري من عدم الايصاء بالتصرف بالجثة.

المطلب الأول

حق الأقارب في التصرف بجثة المتوفى

يجد هذا الحق أساسه ضمن روابط الدم و القرابة التي تربط الميت بأفراد أسرته بحيث ينشأ هذا الحق منذ لحظة الوفاة ، أما قبل ذلك فيكون الحق بالتصرف بالجثة للشخص نفسه و بالتالي فحق الأسرة على جثة أحد أفرادها ليس حق ملكية و انما هو حق معنوي يجد جذوره كما تمت الإشارة إليه في صلة الدم و القرابة التي تربط جميع أفراد الاسرة، [1] لذلك لا يكون بالضرورة هذا الحق للورثة بل للأقارب الذين تربطهم صلة الدم.لدى يجب تحديد من هم الأقارب الذين لهم حق إبداء الموافقة أو الرفض و طرق التعبير عن هذه الموافقة في الفرعين المواليين.

---

[1]– HAKEM (Ahmed Reda), op. cit p 60.et Briemont (G): les problèmes juridiques poses par les prélèvement d’organes sur le cadavre j. t 1971 p 146 .

الفرع الأول: الأقارب المعنيين بالموافقة أو الرفض.

ان موضوع استئصال الأعضاء من جثت الأموات أو التصرف في الجثة كاملة سواء لغرض علمي أو علاجي خاصة في حالة عدم إبداء صاحب الجثة (المتوفى) رأيه في التصرف فيها بعد موته ، يتطلب منا تحديد فئة الأقارب [1] المخول لها إبداء رأيها في الاستقطاع من عدمه من جثة فقيدهم .

و ضرورة التحديد ترجع إلى كون الحصول على موافقة جميع الأقارب أمرا صعبا من الناحية العملية، لأنه يصعب الاتصال ضمن فترة قصيرة بكافة أعضاء الأسرة لاحتمال وجودهم في أماكن متفرقة و التأكد من مواقفهم، بالإضافة إلى أن الاستئصال من الجثة يتطلب سرعة معينة في نقل الأعضاء منها بمجرد حدوث الوفاة لزرعها في جسم المريض ، غير أن التشريعات المنظمة لهذه المسألة قد اختلفت في تحديد درجة الأقارب ، [2] وفي ترتيبهم على النحو الذي سنتطرق إليه من خلال معرفة موقف التشريعات الغربية من هذه المسألة ثم موقف التشريعات العربية . ويليها موقف التشريع الجزائري و كذا الشريعة الإسلامية .

- **الفقرة الأولى : موقف التشريعات الغربية**

الأصل أن حق الأقارب في التصرف في جثة المتوفى لا ينشأ إلا بعد التحقق التام من الوفاة ، فمند لحظة الوفاة يكون للأسرة الحق في الموافقة أو الاعتراض على استئصال

---

[1]– عبد المعطي خيال : المرجع السابق ، ص 126.

[2]يقصد بالأقارب كل من يجمعه مع الشخص أصل مشترك. انظر االمواد32و33و34 من قانون الأسرة الجزائري .

عضو من جثة المتوفى . إلا ان بعض التشريعات تتطلب الحصول على موافقة الأسرة قبل الوفاة مباشرة إذا كانت وفاة الشخص محتمة، و هذا ما اشارت إليه المادة الخامسة في فقرتها الأولى من قانون – ONATORIO – حيث نصت إلى ضرورة الحصول على رضا الأسرة بالاستئصال عند ما يقرر الفريق الطبي أن الشخص على وشك الوفاة و انه غير قادر على إعطاء موافقة صريحة بهذا الاستئصال .[1]

أما مشروع القانون الأمريكي الموحد. UNIFORME ANATOMICAL JI FT ACT سمح للأقارب بالتصرف في جثة قريبهم في اللحظة التي يكون فيها المريض على وشك الوفاة فقد وردت عبارة IMMEDIATELY BEFORE DEATH بمعنى مباشرة قبل الوفاة.[2] فهذا الشخص و إن كان ميتا موتا حقيقيا رغم تمتعه بحياة عضوية بفضل استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي إلا أنه لا يعتبر ميتا قانونا إلا باتخاذ الإجراءات الرسمية لوفاته . فمند لحظة وفاته قانونا يمكن الحصول على موافقة أسرته بوقف أجهزة الإنعاش الاصطناعي و إجراء الاستئصال فورا،[3]و ذلك لما يتطلبه نجاح هذه العمليات من سرعة في استئصال العضو من جثة الميت مباشرة بعد وفاته بوقت قصير.

---

[1] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 222.

[2] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 312.

[3]Voir : FOURGRAUX ,J , CH , ET PY , J « A PROPOS DES GREFFES DU COEUR : JARANTIERS JURIDIQUES , INDISPENSABLES POUR LES GREFFES D'ORGANES » GAZ PAL 1968 DOCT 2.94, p85..432 مشار إليه في ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص

أما التشريع الإيطالي فقد استبعد الحصول على موافقة الزوج و أشترط ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفى حتى الدرجة الثانية. و نصت المادة 18 من التشريع الأرجنتيني على وضع أولوية بالنسبة لإرضاء الأقارب في هذا الشأن بحسب الترتيب التالي : الزوج الأبناء ، الأب ، الأم الأخوة الأجداد،الأحفاد، و الأقارب من رابطة الدم في مرتبة الحواشي حتى الدرجة الرابعة.[1]

أما في اسبانيا فإن 20 إلى 25 % من اهل الميت يرفضون التبرع بأعضاء المتوفى من اقاربهم و مع ذلك فإن أكبر معدل لزرع الأعضاء في اوروبا هو بإسبانيا .[2]وذهب الفقيه الفرنسي DIERKENS . R إلى القول انه: " إذا لم ينص المتوفى على شيء فإن حق اتخاذ القرار يعود مبدئيا للعائلة " و كذلك أكد كل منPY و FOURGOUX بالقول أنه " يبدو لنا ضروريا أنه إذا لم توجد موافقة وقائية من المتوفى فيجب الرجوع إلى موافقة العائلة التي يتوجب عليها التعبير عن رغبة المتوفى بالشكل الأمثل ".

و قد اقترح Gerbaud اعطاء سلطة الموافقة إلى كل الورثة الشرعيين بموجب موافقة خطية ، إلا أنه ونظرا للمشكل الذي يطرحه الحصول على موافقة كل الورثة فقد تم إنشاء حق أفضلية بقانون 16 أكتوبر 1946، حيث نظم هذا الحق نقل و تسليم جثث المحاربين القدماء و ضحايا الحرب إلى العائلة . و قد أسس هذا الترتيب كما يلي: " الزوج غير المطلق و غير المنفصل عن شريكه، الأولاد ، أب أو أم ،أخ أو اخت ، أجداد ، العشيق

---

[1] ماروك نصر الدين : نفس المرجع ،ص 430.

[2] ايهاب مصطفى : المرجع السابق ، ص 43.

أو الخليل .وقد حددت المادة 75 من اللائحة العامة للمشافي في إقليم السين **seine** الأقارب الذين تقبل معارضتهم على تشريح جثة أحد أفراد عائلتهم السلف و الخلف ، ذو القرابة المباشرة و الزوج الباقي على قيد الحياة . [1]

كما أقر الكنيست الإسرائيلي عام 1953 التشريح ،عندما يكون ضروري لاكتشاف سبب الوفاة ، أو لاستعمال أحد أعضاء الشخص المتوفى لعلاج شخص آخر حي ، شرط أن يشهد ثلاثة أطباء كتابة على ضرورة التشريح ، و لكن لا يؤخذ في الاعتبار إرادة المتوفى أو إرادة أسرته . و نظرا للمعارضة الشديدة التي لاقاها هذا القانون، أقر الكنيست الإسرائيلي تعديلا في 1980 أقر بموجبه ضرورة موافقة أقرباء المتوفى. وقد أنشا مجلس الحاخامات لجنة زراعة الأعضاء لحسم الخلاف الذي نشب بين الأطباء و رجال الدين اليهودي ، وأصبحت عمليات نقل و زراعة الأعضاء تمارس اليوم في اسرائيل بتصريح من مجلس الحاخامات و لجنته المختصة . [2]

- **الفقرة الثانية: موقف التشريعات العربية**

يذهب الرأي الغالب في التشريعات العربية الخاصة بزرع الأعضاء البشرية إلى انتقال حق التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى إذا لم يبين هذا الأخير قبل وفاته كيفية التصرف في جثته. [3] كالقانون الكويتي الذي حصر الأقارب الذين لهم الموافقة على النقل حتى الدرجة

---

[1] احمد عبد الدايم : المرجع السابق ، ص 252 و 253.

[2] عبد المعطي خيال : المرجع السابق، ص 60 و 61.

[3] ابراهيم يوسف :المرجع السابق، ص 78.

الثانية ، و ذلك في المادة 5 من المرسوم رقم55 لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء ، حيث نصت على ما يلي: " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية ، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم ".

أما المشرع اللبناني أكد على أن أخذ الأنسجة و الأعضاء البشرية من جسد شخص ميت أو نقل ميتا إلى المستشفى، أو مركز طبي لمعالجة مرض، أو جروح شخص آخر، أو لغاية علمية، و ذلك عند توافر بعض الشروط منها أن تكون عائلة الميت قد وافقت على ذلك حسب الأولويات التالية: الزوج أو الزوجة ثم الولد الأكبر سنا فالأصغر و الأصغر ، الأب الأم . كما أورد المشرع اللبناني في المادة 30/ 6 من قانون الآداب الطبية مبدأ التأكيد على موافقة عائلة المتوفى بقوله: " يمكن إجراء استئصال أعضاء من أجساد متوفين شرط أن يكونوا قد أوصوا بذلك أو بعد موافقة عائلاتهم و لأهداف علاجية أو علمية " [1] .

بينما حدد المشرع الأردني في المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأقارب على النحو التالي: " إذا وافق أحد أبوي المتوفى في حالة وجودهما على النقل، أو وافق عليه الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين " تم اكد ذلك في المادة

---

[1] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 309 .

السادسة بحيث أعطى للأطباء الاختصاصيين و في حالة الضرورة العلمية فتح الجثة و زرع أي من أعضائها شرط موافقة الولي الشرعي بعد الوفاة [1].

قد اخد المشرع السوري بمبدأ انتقال حق التصرف في الجثة إلى عائلة المتوفى حيث نصت المادة الثالثة في فقرتها السادسة من القانون رقم 31 لعام 1972 على انه :" يجوز نقل الأعضاء ، أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية غرسها لمريض بحاجة إليها في بعض الحالات منها سماح عائلة المتوفى .

أما في المملكة العربية السعودية فقد إِشْتُرِطَ وجوب موافقة جميع الورثة على نقل الأعضاء من الجثة ، بالإضافة إلى موافقة المتوفى ، فإن أبى أحدهم لا يتم النقل ".و يرى الباحث أن احتمال موافقة جميع الورثة يبدو صعب التحقيق و بالتالي يعتبر هذا شرطا يعيق عملية النقل .

وأشار القانون المصري رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد و الوفيات في المادة 26 منه إلى إمكانية الاحتفاظ بالجثة للأغراض العلمية ضرورة موافقة ذوي الشأن من أقارب الميت و التي بدونها يستحيل إعطاء الجثة لأي جهة علمية.[2] أما القانون رقم 274 لسنة 1959 الخاص ببنك العيون، فنص في المادة الثانية منه على ضرورة صدور إقرار

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 362 و راجع أيضا المادة 2 / ب من القانون الأردني المعدل لقانون الإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 17_ 1980

[2] صفوان محمد : المرجع السابق ص317

بالموافقة على استئصال العين من أقرب الأولياء على النفس من العصبات إلى المتوفى ويراعى في ذلك

مراتب الولاية على النفس وفقا لأحكام القانون ، و في حالة وجود أكثر من واحد من العصبات في مرتبة واحدة تلزم موافقة أغلبيتهم ". [1]

غير ان القانون القطري قد تطلب موافقة من وجد حالة وفاة الميت من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية ، و استلزم موافقتهم جميعا في حالة التعدد في مرتبة واحدة ، بينما تطلب القانون الإماراتي موافقة أقرب الأشخاص إلى الميت حتى الدرجة الثانية. [2]

- **الفقرة الثالثة : موقف التشريع الجزائري**

سار على هذا المنوال قانون الصحة الجزائري ، حيث نص في المادة 164 فقرة 3 " إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولى التالي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ،الابن أو البنت الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة ..."

---

[1] هذه المادة و ان كانت قد وردت في شأن التصرف بالعيون إلا أن حكمها في نظر بعضهم يسري على باقي الأعضاء التي يمكن الاستفادة منها من الجثة ، راجع حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية ، المرجع السابق ، ص 205.

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق، ص 362.

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط الحصول على موافقة أفراد الأسرة من اجل إجراء عمليات استئصال الأعضاء من الجثة حسب الترتيب الأولي المشار إليه أعلاه.[1] مع الإشارة إلى انه نص في المادة 165 من قانون حماية الصحة على منع انتزاع الأنسجة و الأعضاء بهدف زرعها إذا عبر الشخص المتوفى قبل وفاته كتابيا عن عدم الموافقة على الانتزاع ... " .

وأوكل المشرع في المادة 167 من نفس القانون أمر تقرير ضرورة الانتزاع و الزرع للجنة طبية خاصة داخل الهيكل الاستشفائي و في هذه الحالة على الطبيب ان يتعامل برفق مع اسرة المتوفى ، و ان يبين لهم أنه يعرف أنهم في مرحلة حداد لكن مصلحة المريض تتطلب ذلك.[2]

يتضح أن المشرع الجزائري سمح بالاستئصال من جثة الميت بناء على موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب المحدد في المادة 3/164 أعلاه ، شرط ان لا يكون الميت قد عبر حال حياته برفضه الاستئصال من جثته . و قد يبدو أن في هذا الترتيب نوعا من الإعاقة لعملية نقل الأعضاء ، لذا كان من الأجدر أن يتطلب المشرع موافقة أقارب الميت ممن حضر الوفاة بالمستشفى بالحصول على الأعضاء من جثة ميتهم تحت إشراف اللجنة الطبية المشار إليها في المادة 167 /2 .

---

[1] ماروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 428.

[2] Omar ,boudehane : op. cit , p 201

والجدير بالذكر أنه لا يمكن أن يتم إجراء نقل الأعضاء إلا إذا تم ملأ و امضاء البطاقات الإدارية [1] الثلاث من طرف أطباء اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 و هي :

- محضر إثبات الوفاة [2]– بطاقة رقم **1** –
- الممثل الشرعي[3] – الولي – من أجل السماح بنقل الأعضاء – بطاقة رقم **2** و 3.

– **الفقرة الرابعة : موقف الشريعة الإسلامية**

جعل الشارع للأولياء الحق في القصاص أو العفو في حالة القتل العمد لقوله تعالى:"**وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي القتل إنه كَانَ مَنْصُورًا**" الإسراء الآية 33. و لهم أيضا حق القصاص أو المصالحة على الدية أو العفو لقوله تعالى " **فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيْهِ شَيْءٌ فإتباع بِالْمَعْرُوْفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ**" [4]

وبناء على هذا الحق الشرعي الثابت للأولياء في أمواتهم ، فإنه يجوز لهم دفع من اراد إهانة جثث أمواتهم ، أو الاعتداء عليها بالقطع أو الإتلاف أو غيرها ،و من تم اختلف

---

[1]Omar .boudehane .op .cit , p .p 204 . 207

[2] أنظر الملحق، رقم 01.

[3] أنظر الملحق، رقم 02.

[4] سورة البقرة الآية 178.

الورثة بأن أجاز بعضهم المساس بالجثة دون البعض الآخر، فالراجح عند الفقهاء أن الموصى له يستحق تعويضات من الوارث الذي منعه لتعديه المنع ".[1]

و عليه فإنه إذا لم يعبر المتوفى في أثناء حياته، فإنه لا يجوز شرعا نقل الأعضاء من الميت إلى الحي إلا بعد موافقة اهل الميت ، فالحصول على موافقة الأسرة يعد شرطا أساسيا لمشروعية عمليات الاستقطاع من الجثة . فمنذ لحظة الوفاة يكون للأسرة الحق في الموافقة أو الاعتراض على استئصال عضو من جثة المتوفى والاعتداء على هدا الحق هو اعتداء صارخ على حقوق الاسرة المعنوية و على الاحترام الأدبي الواجب نحو ميتهم .

كما ان في ذلك رعاية لحرمة الميت و كرامته ، و في هذا يقول الدكتور **بكر ابو زيد** في كتابه **فقه النوازل** يشرط إذن الميت في حياته و إذن ورثته "و هذا الحق يكون كذلك للأقارب لأن الجثة كما تمت الإشارة إليه سابقا و إن كانت شيئا فهي لا تدخل في دائرة التعامل و ليست من عناصر التركة ، و بالتالي يعتبر حق الأسرة على الجثة حقا معنويا يجد أساسه في صلة الدم التي تربط أفراد الأسرة .[2] و اشتراط موافقة الأقارب من الأمور الضرورية في عمليات نقل و زرع الأعضاء من الجثة، ذلك أن للجثة حرمة لا يجوز المساس بها و هذا ما أكدته أغلبية التشريعات .

و مما تقدم يتضح لنا ان هناك من التشريعات التي اشترطت موافقة جميع أقارب المتوفى على الاستئصال من الجثة ، فإن اذن بعضهم دون البعض الآخر فلا يجوز

---

[1] ابراهيم يوسف : المرجع السابق ،ص 81.

[2] بلحاج العربي : المرجع السابق ،ص 194 و ما بعدها.

استقطاع أي عضو منه، و منها الولايات المتحدة الأمريكية و المملكة العربية السعودية، بينما اتجهت دول أخرى إلى اشتراط ضرورة موافقة عائلة المتوفى أو أقاربه أو أسرته رغم أنها مصطلحات واسعة مع اختلاف في الترتيب و الدرجات ، و يمكن القول ان بعض التشريعات كالقطري والكويتي التي لم تشترط ترتيبا معينا اكتفت بموافقة أقرب الأقارب المتواجدين أثناء حالة الوفاة أجدر بالتأييد،[1] لولا أنه يصعب المفاضلة بينهم في حالة تعددهم. وهو ذات المشكل الذي يطرح بالنسبة للتشريعات التي اشترطت موافقة الغالبية في حالة التعدد، إلا أن فيه سلب لحقوق البعض الآخر خاصة إذا كان لهم رأي مخالف .

ولهذا فإن ما أخذت به بعض القوانين كالقانون اللبناني[2]، و السوري[3]، و التونسي[4] و المغربي[5]، والجزائري[6]، في حصر و ترتيب معين للأقارب الدين لهم حق الموافقة أو الرفض هي الأولى بالتأييد، كونه يسهل عملية الحصول على الموافقة أو الرفض من أشخاص محددين على سبيل الحصر بنص القانون، و منع الاختلاف والتقارب في الآراء بين أفراد العائلة الواحدة .

---

[1] أنظر فايز الظفيري : نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ،ع 2 السنة الخامسة و العشرون ،يونيو 2001 م ، ص 166 ،مشار إليه في افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 363 .

[2] المادة 2/ 1 / أ من القانون اللبناني .

[3] المادة 3 / أ من القانون السوري .

[4]المادة 3/ القانون التونسي، راجع أيضا موقف المشرع التونسي مشار اليه في ابراهيم يوسف: المرجع السابق، ص 80.

[5] المادة 16/ من القانون المغربي، وراجع أيضا موقف المشرع المغربي مشار اليه في افتكار مهيوب : المرجع السابق ، ص 361.

[6] المادة 164 / 3 من قانون الصحة الجزائري .

الفرع الثاني : أشكال تعبير الأقارب عن موافقتهم

بعد أن تطرقنا إلى تحديد الأقارب الذين لهم حق الموافقة على الاستقطاع من الجثة في حالة عدم تعبير المتوفى حال حياته عن إرادته، لابد لنا من تحديد شكل تعبير هؤلاء الأقارب عن موافقتهم على الاستقطاع ، بحيث انقسمت القوانين المقارنة حول هذا الموضوع إلى اتجاهين نتطرق إليهما على التوالي ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري .

- **الفقرة الأولى موقف التشريعات المقارنة.**

تنقسم التشريعات المقارنة إلى اتجاهين أحدهما يتطلب الموافقة الصريحة والآخر يتطلب افتراض الموافقة.

- **الاتجاه الأول: الموافقة الصريحة.**

يشرط أصحاب هذا الاتجاه ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب على استئصال الأعضاء من جثة ميتهم. فبدون هذه الموافقة لا يمكن المساس بالجثة . ومن بين التشريعات[1] التي اعتمدت هذا الاتجاه التشريع القطري ، و الكويتي و الإماراتي واللبناني و المغربي ، بحيث اشترطوا أن تكون الموافقة بموجب إقرار كتابي، و من ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من مشروع القانون العربي الموحد لنقل الأعضاء عام 1987 التي نصت

[1] راجع المادة 7 من القانون القطري ، و المادة 5 من القانون الكويتي و المادة 6 من القانون الإماراتي و المادة 2/ 2 من المرسوم اللبناني و المادة 16 من القانون المغربي .

على وجوب توافر موافقة أقرب الأقرباء للمتوفى المراد استئصال عضو جسدي منه على أن تكون تلك القرابة حتى الدرجة الثانية "[1].

وقد اشترط القانون الكويتي الحصول على موافقة الأقارب كتابة، و أن يوقع الموظف المختص في مركز نقل الأعضاء على موافقتهم الكتابية كشاهد، [2] كما اشترط القانون القطري بالإضافة إلى شرط الكتابة أن يشهد على الإقرار الكتابي شاهدان كاملا الأهلية. ويلاحظ أن هذا الاتجاه يثير بعض الصعوبات منها:.

-إن الحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لاستئصال الأعضاء يحتاج إلى وقت، وهذا يتعارض مع تقنية نقل الأعضاء التي تحتاج إلى السرعة في الاستئصال و الزرع.

- صعوبة الحصول على موافقة الأقارب الذين غالبا ما يكونون متأثرين بوفاة قريبهم ، فلحظات الوفاة أشد اللحظات ألما في حياتهم ، و من تم يكون الرفض الصادر عن شخص تملؤه مشاعر الحزن بسبب وفاة قريب له غير حر بدرجة كافية لتقييم الموقف .[3]

ولتتفادى هذه الصعوبات اكتفت بعض القوانين المقارنة بالموافقة المفترضة والتى سوف نتطرق لها في الاتجاه الموالي .

- **الاتجاه الثاني : الموافقة المفترضة**

---

[1] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ، ص 131.

[2]حسني عودة الزعال : المرجع السابق ،ص 145 ،عبد المعطي خيال : المرجع السابق ،ص126.

[3] Savatier . j. Les problèmes des greffes d’organes o p .cit p 89

إن اشتراط الحصول على موافقة الأقارب يشكل عقبة في سبيل الاستفادة من استخدام أعضاء جثث الموتى للأغراض العلاجية ، لأن الطبيب لا يستطيع المساس بالجثة إلا بعد الحصول على موافقة أقارب المتوفى بعد وفاته. و بالتالي ظهر هذا الاتجاه الذي يقوم على أن للطبيب حق مباشرة الاستئصال من الجثة ما دام لم يصله أي اعتراض من أقارب المتوفى فالأصل إذن هو الرضاء حتى يثبت العكس أي ثبوت اعتراض الميت قبل وفاته أو أقاربه بعد وفاته .[1]

وقد جاء في توصيات مؤتمر بيروجيا عام 1969 أنه يفترض وجود الإذن بالأخذ من قبل المتوفى أو من قبل أقربائه .و مع ذلك لا يجوز أخذ عضو من جُثَةٍ إذا كان المتوفى أثناء حياته ، أو كان أفراد عائلته قد منعوا ذلك بتصريح كتابي . [2]

و لذا وصف البعض المرسوم الذي صدر في فرنسا بتاريخ 20-10-1947 و الذي استبعد شرط الحصول على رضا أسرة المتوفى للاستئصال من جثته لأغراض علمية أو علاجية ما لم يكن المتوفى قد عبر في حياته عن قبوله أو رفضه الاستئصال من جثته بأنه " اغتصاب رسمي للجثث – Rapt officiel de cadavres – كما وصفه البعض بأنه مرسوم كافر –IMPIE – وقيل كذلك بأنه توظيف للموت. Fonctionnarisation de la mort – حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذا القانون على ما يلي:« يمكن اقتطاع الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعترض أثناء حياته

---

[1] سميرة عايد: المرجع السابق ،ص 317 ،و صفاء محمود : المرجع السابق ،ص 178 .

[2] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق، ص 225 . و حسني عودة الزعال : المرجع السابق ،ص 148.

على مثل هذا الاقتطاع » . و هو ما أكدته أيضا الفقرة الثانية من المادة L1232 مكرر 1 من قانون الصحة العامة[1].

ولتفادي عقبة رفض بعض العائلات إعطاء الموافقة على الاستئصال ، جعل المشرع الفرنسي القيد هو صدور اعتراض صريح من المتوفى أثناء حياته و ليس ضرورة الحصول على موافقة الأسرة ، فيبدو أن الهدف من ذلك هو الحصول على مزيد من الأعضاء و ليس التقليل من قيمة الجثة. [2] فالقانون الفرنسي الجديد لا يعول على موافقة الأسرة باستئصال أعضاء من جثة أحد أفرادها لاعتبارات انسانية و مسايرة لتقدم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

غير أن بعض الفقه أبدى معارضة شديدة لمبدأ افتراض الموافقة التي جاء بها قانون CAILLAVET، بحيث اعتبرها البعض فخا من المشرع لغرض اقتطاع الأعضاء من الأشخاص الذين يتوفون فجأة ، كما أن هذه القرينة تسهل حسب رأيهم الوصول إلى أعضاء الأفراد الأكثر حرمانا في المجتمع كالمتشردين، و الشيوخ،وغيرهم ممن لا يفقهون القانون[3].

فيما اعتبره البعض الاخر الحل الأنسب لمشكلة الموافقة على الاقتطاع من الجثث.[1]

---

[1] Ce prélèvements peut être effectué des lors que la personne n'a pas fait connaitre de son vivant ، son refus d'un tel prélèvent » ART 1232 – 1 du code de la santé publique loi n ° 94 – 653 du 29 -12 -1994 relative au respect du corps humain j . o .30 .07 . 1994

[2] باسم شهاب : المرجع السابق ،ص560 .راجع ايضا Voir ABDULDAYEM (Ahmed), op. cit . p 290

[3]Fensh . f. le corps des mourants, objet de convoitises et d'oppressions, 1980, P ,107 et 108

فيما جاء قانون 29 جويلية1974 ليعيد للأسرة بعض الاعتبار بعد أن تأكد عمليا أن الأطباء رغم تغاضى القانون عن ذلك لم يتوقفوا أبدا عن استئذان عائلات المتوفين .[2] حيث استثنى من قاعدة الموافقة الضمنية المتعلقة بالتبرع بالأعضاء و الموافقة الصريحة للاقتطاع في حالات محددة هي:

- الاقتطاع لأهداف علمية .[3]
- الاقتطاع من جثث القصر أو عديمي الأهلية، إلا في حالة التأكد من سبب الوفاة مالم تعترض العائلة.[4]
- منع الاقتطاع لأسباب قضائية أو اجتماعية .[5]

و لا يستلزم القانون التشيكوسلوفاكي رقم 47 – 1966 و الخاص بإستئصال الأعضاء من الجثث رضاء الأسرة ، و لا يعول على إعتراضها، فقرر في المادة الثامنة في فقرتها

ومامون عبد الكريم : رضا المريض بالأعمال الطبية ،المرجع السابق، ص 626.

[1]CARBOL .c « Don et greffes d'organes et les expérimentations » table Ronde du 04 -06 -1991 In rapport d'information sur la bioéthique , rapporteur ,Bioulac ,B, Assemblée Nationale n ° 2565 enregistre le 18 – 02 –1992 p 82. وما مون عبد الكريم : المرجع السابق ص 626

[2]رجاء ناجي مكاوي : المرجع السابق ،ص 106.

[3] –«Aucun prélèvement a des fins scientifiques autre que celles ayant pour but de consentement du défunt exprime direct ou par le témoignage de sa famille» ART 1232 – 3 du code de la sante publique précité .

[4]–«Toutefois s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélevèrent en vue d'une greffes ne peut être effectue qu'après autorisation de son représentant l'égal» ART 2 – 2 de la loi n° 76 – 1181 du 22-12-76 précité.

[5]مامون عبد الكريم : نفس المرجع ، ص 631.

الثالثة بأنه «لا يمكن السماح باستئصال الأعضاء من الجثة لغرض علاجي أو علمي إذا كان المتوفى قد أعلن كتابة قبل وفاته بأنه يرفض الاستئصال ».[1]

و يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يحقق التوازن بين المصلحة العامة و مصلحة الأقارب ، ذلك أن الطبيب يستطيع أن يقوم بالاستئصال من الجثة دون انتظار موافقة الأقارب .

- **الفقرة الثانية: موقف التشريع الجزائري.**

يعتبر التشريع الجزائري من بين التشريعات التي اشترطت الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى فبالرجوع إلى نص المادة 164 في فقرتها الثالثة من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه " إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولى التالي:الأب أو الأم او الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة ".

ومن استقراء نص هذه المادة يتضح لنا ان المشرع الجزائري اشترط موافقة أحد أعضاء الأسرة وفق ترتيب معين دون أن يحدد شكل هذه الموافقة، مما يدل على قبول موافقة من كانت له الأولوية في الترتيب بأي شكل من أشكال التعبير عن هذه الموافقة سواء بالكتابة أو شفاهة[2] .

و بالنظر إلى كلا الاتجاهين يتضح لنا أن اشتراط الإقرار الخطي فيه قدر كاف من التنبيه للمتبرع الذي يعطى الإذن و تعبير عن تصميمه على ذلك الإذن ، فلا يبقى له مجال

---

[1] أحمدشوقي أبو خطوة ، المرجع السابق، ص 226.

[2] مأمون عبد الكريم :المرجع السابق ، ص 649.

للتراجع أو الاحتجاج . كما أن افتراض رضا الأقارب أمر غير جدير بالتأييد لأن فيه مساس بحق الشخص و الأقارب في حرمة الجثة وقدرا من التجاوز لإرادتهم ،لأن العملية قد تتم في وقت وجيز دون علم الأقارب بحيث لا تسنح الفرصة فيه لإبداء الاعتراض على الاستئصال ، كما أن الرضاء المفترض لا يتلاءم على ما يفترضه أقارب الميت من ثقة بالطبيب في لحظة يكونون فيها بأمس الحاجة للمحافظة على مشاعرهم لا المساس بها ، بما يعد تعديا عليها من جهة نظرهم على الأقل . [1]

لدا فإن بعض التشريعات قد أباحث في بعض الحالات استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى ، ودون تطلب الرجوع إلى وصية ذلك الميت أو اخذ إذن من أقاربه و هو ما سنتحدث عنه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

الحصول على الأعضاء من جثث الأموات دون موافقة أحد

تمت الإشارة سابقا إلى أن الاقتطاع من الجثة يتطلب وجود إذن سابق من المتوفى حال حياته بالاقتطاع من جثثه بعد موته، فإن مات الشخص دون أن يحدد كيفية التصرف بجثثه وهي الحالة الشائعة ,انتقل عندها التصرف في الجثة إلى عائلة المتوفى التي لها حق رفض الاقتطاع أو قبوله .

---

[1] هيثم حامد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ،ص 198 و 190.

غير أن بعض التشريعات أجازت الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى او اقاربه لغرض الاستفادة السريعة من الأعضاء البشرية ، و قد حددت هذه الحالات على النحو التالي: مجهولي الهوية و الموتى الذين ينفد بهم حكم الإعدام و قتلى الحوادث و هي حالات تدخل ضمن ما يسمى تأميم الجثة ، و قد نادى بهذا الفقيه الإيطالي GIOVANNI و قال أن الجثة تكون ملكا للدولة ، و يمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة ، و ذلك ترجيحا للمصلحة الإنسانية العامة على مصلحة الأسرة أو الأقارب ، باعتبار أن المصلحة المترتبة على الاستفادة من أعضاء الميت في انقاد حياة آخرين أرجح و أولى ، و هذا مواكبة للتقدم العلمي الذي حصل في مجال نقل الأعضاء البشرية .[1]

و قد أخذت بعض التشريعات المقارنة بمبدأ تأميم الجثة ، كالتشريع البولوني الذي لا يقبل من حيث المبدأ الرجوع إلى أسرة المتوفى أو ورثته، كما أن اللائحة الفرنسية التي أصدرها وزير الصحة الفرنسية في 20اكتوبر 1947 أعطت الحق للمستشفيات التي يحددها وزير الصحة لرئيس القسم في المستشفيات أن يقرر فورا و بدون تأخير التصرف بالجثة إذا كانت هناك مصلحة علاجية أو علمية تستلزم ذلك دون إذن من أسرة المتوفى ، وهذا ما

[1]حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 150 . و مأمون عبد الكريم : رضا المريض عن الأعمال الطبية ، المرجع السابق ص 659 ، وافتكار مهيوب :المرجع السابق ، ص 368 ، و سنا يحي ناجي : المرجع السابق ، ص 104 ، و صفاء محمود : المرجع السابق ، ص 181.

أشارت إليه المادة الثانية من القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 السالفة الذكر. [1] وأكد ذلك أيضا القانون التشيكوسلوفاكي رقم 47/ 1966 في المادة الثامنة منه.[2] وعليه سوف نتطرق إلى حالة الموتى مجهولي الهوية و كذا حالة المحكوم عليه بالإعدام من خلال الاتجاهات المختلفة لكل حالة. ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري و كذا موقف الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول : الموتى مجهولي الهوية:

انقسم مؤيدوا و معارضوا النقل من الموتى مجهولي الهوية إلى ثلاثة اتجاهات نتطرق لها على التوالي.

-**الاتجاه الأول** :لا يجيزا صحاب هذا الاتجاه النقل من مجهولي الهوية منعا للمفاسد التي تترتب على الأخذ منهم ، لأن أصحاب المصلحة في الاستئصال قد يعمدون إلى إخفاء شخصية المتوفى الذي يراد انتزاع أعضائه أو يتقاعسوا عن واجبهم في التعرف على شخصيته. كما قالوا أنه إذا تعذر الحصول على الرضاء في حالة مجهول الشخصية فإن

---

[1] و هي نفس الفقرة الثانية من المادة 1232 L مكرر 1 من قانون الصحة العامة المشار إليها أعلاه ، راجع أيضا ،حسني عودة الزعال: المرجع السابق ، ص 151، ومأمون عبد الكريم :نفس المرجع ، ص 658 ، و ماروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 441 .

[2] الخولي :المرجع السابق ، ص 275.

ذلك لا يعد سببا مشروعا للمساس بجثثه و حرمان اسرته من حقوقها المشروعة ، أو حرمانه هو من حقه في الحفاظ على كرامته وذكراه بعد الوفاة .[1]

- **الاتجاه الثاني** :يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى الأخذ من الميت مجهول الشخصية بناء على حالة الضرورة .

- **الاتجاه الثالث:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن يخول لجهة مختصة الإذن بالاستئصال من المتوفى مجهول الشخصية كالنيابة العامة أو النائب العام.[2]

و سمحت أغلب التشريعات باستئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى دون تطلب الرجوع إلى وصية ذلك الميت ، أو أخذ موافقة أقاربه إذا كان المتوفى مجهول الهوية ، وهو أمر متفق مع الفتاوى الشرعية التي تسمح بذلك ، و بالتالي يكون الأخذ من مجهول الشخصية بإذن المستشفى التي تواجدت فيها الجثة طبقا للراجح في تعيين المقصود بالحائز القانوني للجثة في هذه الحالة .[3]

---

[1] راجع محمد أحمد الشربيني " نظرة في مشكلات زرع الأعضاء و استئجار الأرحام و الاستنساخ،ص 180 ،مشار إليه في هيثم حامد المصاروة: المرجع السابق ،ص 150 ، راجع ايضا هذا المرضوع في بشير سعد زغلول : المرجع السابق ،ص 55.

[2] هيثم المصاروة : نفس المرجع ،ص 151 ، عبد المعطي خيال المرجع السابق، ص 127.

[3] هيثم حامد المصاروة : نفس المرجع ،ص 152 .

و قد أجاز المشرع السوري في المادة الثالثة في فقرتها الرابعة نقل الأعضاء و الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية زرعها لمريض بحاجة إليها في حالة عدم وجود من يطالب بجثة المتوفى .[1]

بينما عالج المشرع العراقي هذا في قانون مصارف العيون رقم 113 – 1970 حيث نصت المادة الثانية فقرة**ج** منه على انه " تحصل هذه المصارف على العيون الصالحة من المصادر الآتية :

- عيون الموتى في دور النقاهة، و دور العجزة، و عيون الأشخاص الذين يدفنون من قبل أمانة العاصمة.
- عيون الموتى في مستشفيات الأمراض العقلية في حالة عدم وجود من يقوم بدفنهم.

فيتضح أن المشرع العراقي قد أجاز الاستفادة من عيون هؤلاء الأشخاص دون الحاجة إلى إقرار كتابي منهم قبل وفاتهم او من أقاربهم بعد وفاتهم . كما أباح المشرع العراقي التصرف بالجثة لأغراض علمية دون موافقة أحد. حيث أجازت المادة 101 مكرر من قانون الصحة رقم 89 – 1981 امكانية التصرف بالجثة و تسليمها إلى إحدى كليات الطب للاستفادة منها لأغراض علمية و تعليمية إذ لم يراجع ذوو المتوفي لتسلمها خلال مدة شهرين من تاريخ الوفاة او من تاريخ تسلم المستشفى للجثة إذا كانت الوفاة حصلت خارج المستشفى بالإضافة إلى مدة ثلاثة أشهر يتم فيها الاحتفاظ بالجثة دون التصرف بها .

---

[1] ابراهيم يوسف : المرجع السابق، ص 82.

وذهب القانون العراقي إلى أنه في حالة حصول الوفاة – **لعربي او أجنبي** – و لم يراجع أحد لتسلم الجثة ، فإنه يتم تسليمها للمستشفى التي تحتفظ بها لمدة ستة أشهر من تاريخ الوفاة و التي تسلمها بعد ذلك لأحدى كليات الطب ، شرط الحصول على موافقة سفارة الدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها .غير أنه أغفل هذا الأمر في قانون زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986. [1] و يعاب على المشرع العراقي أنه لم يضمن الاستفادة من الأعضاء في حالة الضرورة العلاجية.

اما المشرع القطري فقد أعطى سلطة ولاية الأمر للمحكمة الشرعية و خولها سلطة الموافقة على نقل الأعضاء من المتوفى مجهول الهوية وفق ضوابط معينة منها :

- أن تكون هذه الموافقة بعد مضي ثلاثة أيام من الوفاة في حالة وجود مصلحة راجحة.
- أو قبل هذه المدة و لكن بناء على تقرير اللجنة الطبية المختصة في حالة وجود مصلحة راجحة و ذلك حسب نص المادة الثامنة و التي جاء فيها :« يجوز بموافقة المحكمة الشرعية نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الشخصية بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة إذا كان في ذلك مصلحة راجحة للمريض ، كما يجوز للمحكمة قبل انقضاء هذه المدة بناء على تقرير من اللجنة الطبية المنصوص عليها

[1] حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 154 و 155 .

في المادة 7 من هذا القانون ، وطبقا لأحكامها الموافقة على النقل متى كان ذلك لازما لإنقاذ شخص آخر في حاجة ماسة إلى العضو المنقول ».[1]

و حدد المشرع اللبناني حالتين يمكن فيها الاستئصال من جثث مجهول الشخصية.

-نصت المادة الثانية فقرة ب من المرسوم الإشتراعي رقم 109 لسنة 1983 على حالة وجود جثة تحت يد الطبيب و شرط عدم وجود زوج أو اولاد أو أب أو أم. وهنا يجوز لرئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة باستئصال أي عضو من أعضاء الجثة ونقله إلى مريض آخر.وإذا ظهر أي قريب لهذا المتوفى من غير ما ذكر فإنه لا يعتد باعتراضه أو بظهوره .

-نصت المادة الرابعة من المرسوم ذاته على حالة جواز فتح الجثة لغاية علمية و أخذ الأنسجة أو الأعضاء البشرية من هذه الجثة المجهولة، أو التي نقلت إلى المستشفى أو المركز الطبي و لا يعلم هويتها ، و ذلك ضمن الشروط التي تحددها المادة الثانية من هذا المرسوم .

و سمح المشرع الأردني في المادة الخامسة من القانون رقم 23 لسنة 1977 بالاستئصال من الجثة المجهولة إذا لم يطالب أحد بها خلال 24 ساعة و ذلك بموافقة المدعى العام.[2]

---

[1] الأنصاري: المرجع السابق ،ص 55 ، و افتكار مهيوب: المرجع السابق، ص 369 و عبد المعطي خيال :المرجع السابق، ص 128.

[2] سميرة عايد : المرجع السابق، ص321 و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق، ص 146.

و عليه فهناك من يرى بان الاستئصال من مجهول الهوية فيه رعاية لمصالح الحي بدلا من المحافظة على حرمة الميت، لأنه ليس في هذا ذلك مساسا بمشاعر أحد لأن الميت مجهول الهوية أصلا. فيما يرى البعض أن فيه امتهان لجثة إنسان لأن مبدأ احترام جثة الإنسان ينبع من احترام الكرامة الإنسانية و الكرامة لا تتحدد بالهوية.

و في الواقع ان أخذ الأعضاء في مثل هذه الأحوال من شخص مجهول الهوية و دون موافقة أحد يثير الكثير من المسائل المتعلقة بالكرامة الإنسانية و امتهان لجثة الإنسان فمن عرفت هويته تحققت له الكرامة الإنسانية و من لم تعرف استباحت جثته و اعضاءه. كما انه ليس سببا لحرمان الأسرة من حقوقها المشروعة، أو حرمان المتوفى من حقه في الحفاظ على كرامته و ذكراه بعد الوفاة.[1]وعليه ينبغي تحديد معايير للاستقطاع من جثة المتوفى مجهول الهوية كتحديد ذلك بحالة الضرورة العلاجية، و بعد مضي فترة زمنية على وفاته و عدم المطالبة بجثثه.

- **الفرع الثاني: المحكوم عليهم بالإعدام**

احتدم النقاش والجدل حول حالة الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام، وفيما إذا كان بالإمكان الحصول على أعضائهم و زرعها لدى مرضى محتاجين لها خاصة و ان مصير

[1] الخولي : المرجع السابق ،ص 277.

هؤلاء المحكوم عليهم أصبح محتوما ألا و هو الموت .[1] و يمكن القول أن التشريعات الوضعية الخاصة بزرع الأعضاء قد انقسمت إلى اتجاهين فيما يخص هذا الموضوع .

الاتجاه الأول : جواز الأخذ من المحكوم عليه بالإعدام

يرى أصحاب هذا الاتجاه امكانية استئصال الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ حكم الإعدام لأن المصلحة الإنسانية تتطلب انقاذ حياة الغير. [2] كما أن الإستصال يعتبر تعويضا للمجتمع عن الضرر الذي لحق به جراء ارتكاب المحكوم عليه جريمة قتل.[3] ومنها أن ينفذ حكم الإعدام عن طريق نقل الأعضاء في سرير بالمستشفى المقرر إجراء الاستئصال فيها حيث يكون المحكوم عليه محاطا بالأطباء ، و الممرضات و هذا أفضل له من أن ينفذ فيه حكم الإعدام في السجن محاطا بالجنود و ممثلي السلطة العامة ، و قد يستحسن هذا الحل الأخير. [4]

و يتضح جليا بعض الاختلاف في مواقف مؤيدي الاستقطاع من المحكوم عليهم بالإعدام فمنهم من يرى ضرورة الأخذ من المحكوم عليهم بالإعدام قبل تنفيذ حكم الإعدام ،

---

[1] راجع باسم شهاب : المرجع السابق، ص 565 و ما بعدها و راجع ايضا بشير سعد زغلول : المرجع السابق ،ص 53.

[2] وفي الصين تتم الإستفادة من أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام إذ تبين ملاءمة أنسجة السجين مع أنسجة المريض و لا زال 40 مليون صيني ينتظرون زرع أعضاء لهم ... من حصة برنامج الحل بأيدك قناة الجديد اللبنانية بتاريخ 01-05-2007 و راجع أيضا احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 217. و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ، ص 143.

[3] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ، ص 145.

[4] سميرة عايد : المرجع السابق ، ص 322.

[1] و هذا يتناقض مع الأخذ من جثث الأموات ، فيما يرى البعض الآخر و هو الأقرب إلى الصواب ضرورة الأخذ من المحكوم عليه بالإعدام بعد تنفيذ حكم الإعدام فيه. [2]

وقد أخذ المشرع السوري في المادة الثالثة في فقرتها الثالثة من قانون زرع الأعضاء رقم 31 لسنة 1972 بهذا الاتجاه ،عندما اجاز نقل الأعضاء أو الأحشاء من جسد ميت بغية غرسها لمريض بحاجة إليها إذا كان الموت نتيجة الإعدام، [3] كما أن المشرع المصري في المادة الثالثة من القانون رقم 103 لا يشترط موافقة أحد للحصول على عيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام [4] وفي الحادي عشر من مارس 2008 انعقد مؤتمر بكلية الطب بجامعة عين شمس، وفيه اقترح الأستاذ الدكتور جمال قطب من علماء الأزهر تنفيذ حكم الإعدام في غرفة العمليات واستباحة المحكوم عليهم بالإعدام بلا مقابل، ودون الحصول على موافقة أهلهم كنوع من العقاب.[5]

فيتضح أن هذا الاتجاه ذهب إلى إمكانية أخد الأعضاء البشرية من الأشخاص المنفذ بهم حكم الإعدام دون النظر إلى أخذ موافقتهم قبل الإعدام، أو موافقة أقاربهم بعد التنفيذ على أساس أن حكم الإعدام هو جزاء لجريمة غالبا ما يكون الحق المعتدى عليه فيها هو

---

[1] حيث ثبت من مذكرة رفعها أساتذة طب متخصصين في مسألة نقل الأعضاء في مصر إلى النائب العام من أن الأعضاء تؤخذ من المحكوم عليهم و هم على قيد الحياة و قبل إجراء الشنق المعتاد و قد اصدر النائب العام قراره بوقف هذا الأمر نهائيا . سميرة عايد الديدات، نفس المرجع، ص324.

[2] احمد محمد العمر : المرجع السابق ،ص 41 .

[3] سميرة عايد : المرجع السابق ،ص 322 و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ،ص 124.

[4] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ،ص 118.

[5] منال موسى : المرجع السابق، ص 70.

حق الإنسان في الحياة، و لذلك يكون عليه أن يعوض المجتمع ولو بإعطاء عضو بشري إلى شخص آخر في حاجة إليه .[1]

الاتجاه الثاني : عدم جواز الأخذ من المحكوم عليه بالإعدام

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة النظر بعين واحدة، والتسوية في الحكم بين المنفذ فيهم حكم الإعدام وغيرهم من الموتى، لأن المنفذ فيه حكم الإعدام هو نفس استوفت ما عليها من دين للمجتمع بتنفيذ الحكم. فإذا كان هناك وجه للانتفاع بأعضاء من جثته فيجب ان يتم بالطريقة نفسها التي ينتفع بها بأعضاء غيره من المتوفين .[2] و في هذا المجال يقول بعضهم لا يجب اعتبار المحكوم عليه بالإعدام حقلا مباحا لنزع الأعضاء دون الاعتداد بالقيود المفروضة في هذا الشأن . [3]فنقل الأعضاء منه بعد إعدامه لا يكون مشروعا إلا إذا أوصى بذلك قبل وفاته . [4]

ويرى آخرون عدم جواز ذلك لأن فيه تعارض مع مبدأ الكرامة الإنسانية الواجبة الاحترام لأن المجتمع قد استوفى حقه بتنفيذ حكم الإعدام و بالتالي لا حق له على الجثة ،

---

[1]حسني عودة زعال : المرجع السابق ،ص 156.

[2] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ،ص 146 و الخولي : المرجع السابق، ص 277 الشيخلي : المرجع السابق ،ص 272.

[3]راجع فوزية عبد الستار: تقرير مقدم إلى ندوة الأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي ،المرجع السابق ،ص 118.

[4]عبيد عبد اللطيف : المرجع السابق ،ص 146.

كما ان استئصال الأعضاء من جثة المحكوم عليه بالإعدام يعتبر إجراء مكملا لعقوبة الإعدام دون وجود نص.[1]

ولا تثور هذه المشكلة على صعيد التشريعات في الدول التي الغت عقوبة الإعدام كالقانون الفرنسي مثلا بالقانون رقم 908 الصادر عام 1981 أو في الدول التي لا يوجد ضمن نصوصها الجزائية عقوبة الإعدام.

و في مصر أصدر النائب العام تعليماته بشأن الاستعانة بجثث المحكوم عليهم بالإعدام واشترط موافقة المحكوم عليه بالإعدام كتابيا قبل التنفيذ أو أخذ موافقة كتابية من أهله إذا لم يوافق، وقد استثنى ثلاث حالات من شروط موافقة المحكوم عليه بالإعدام وهي:

- إذا رفض أهل المحكوم عليه بالإعدام تسلم جثثه، أو إذا أقروا قبل التنفيذ رغبتهم في عدم تسلم الجثة.إذا كان المحكوم عليه من الأجانب، و رفضت السفارة التي ينتمي إليها بجنسيته تسلمه و تقرر دفنه بأرض الجمهورية.
- إذا تقرر دفن جثث المحكوم عليه بمدافن الصدقة. و جاء هذا القرار في رد على طلب المعهد القومي للأورام من مصلحة السجون بصفتها الجهة المنوطة بتنفيذ أحكام الإعدام ، السماح لفريق زراعة الكبد والأنسجة البشرية أخذ أجزاء من جثث المحكوم عليهم بالإعدام بعد الشنق،[2]لكن ظهرت في التطبيق العملي بعض

---

[1] احمد شوقي ابو خطوة : المرجع السابق ص 218 و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ص 143

[2] قرار منشور في جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 27_07_1992. لمزيد من التفصيل راجع سميرة عابد :المرجع السابق، ص324.

المشكلات تقرر بموجبها وقف عمليات نقل الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام بعد الشنق.

بعد التطرق إلى كلا الاتجاهين يتضح لنا أن الاتجاه الثاني هو الأكثر صوابا لأنه يأخذ موافقة المحكوم عليه بالإعدام بعين الاعتبار قبل تنفيذ حكم الإعدام في ما يتعلق بالتنازل عن جزء من جسمه ،أو رأي أسرته بعد تنفيذ الحكم بالإعدام شأنه في ذلك شأن أي ميت عادي و من تم يكون المحكوم عليه بالإعدام قد تمت معاقبته مرة واحدة لا غير .

و لكن الصحيح هو أنه يتعين عدم الاعتداد بموافقته على التبرع بأعضائه قبل وفاته لأن المحكوم عليه بالإعدام لا تكون إرادته حرة لإصدار مثل هذا الرضى و هو في اللحظات الأخيرة من حياته فيكفيه أن يعاقب مرة واحدة بالإعدام .[1]

- **الفرع الثالث : قتلى الحوادث**

يرى اصحاب هذا الاتجاه إمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من القتلى الذين يتقرر تشريح جثثهم ، و كذلك الأموات الذين تتم تشريح جثتهم لمعرفة سبب الموت دون الحاجة إلى الحصول على موافقة أحد .[2] حيث تنص المادة الثالثة من القانون رقم 103- 1962 الخاص بإعادة تنظيم بنوك العيون المعدلة بالقانون 89- 2003 في المادة 2/ ج من القانون 103 " على أن :« عيون الموتى و قتلى الحوادث الذين تشرح جثتهم كمصدر للحصول على قرنيات الأعين دون أن يتطلب ذلك موافقة أحد» . و نفس الحكم نصت عليه

---

[1] سنا يحي ناجي : المرجع السابق ،ص 107.

[2] بشير سعد زغلول : المرجع السابق، ص 55.

المادة الثانية من القانون رقم 89 – 2003 حيث جاء فيها« قرنيات عيون قتلى الحوادث الذين تأمر النيابة العامة بإجراء الصفة التشريحية لهم ، كمصدر للحصول على قرنيات الأعين ». و بالنظر إلى ان المشرع المصري لم يدخل تعديلا على المادة الثالثة من القانون 103 فيسرى حكمها على قتلى الحوادث ، و هو عدم اشتراط موافقة أحد للحصول على قرنيات عيونهم.[1]

وذهبت أغلب التشريعات الى ضرورة موافقة أقارب المقتول الذي تقرر تشريح جثته.[2] فيما ترى بعض التشريعات ضرورة عدم وجود اعتراض صريح و خطي من قبل الشخص قبل وفاته أو من أقاربه حتى الدرجة الثالثة بفتح جثة المتوفى لأغراض المنفعة العامة.

كما اشترطت بعض التشريعات ضرورة موافقة الجهات القضائية إذا كانت الجثة موضوع تحقيق قضائي.[3]ويرى جانب من الفقه أنه لا داعي لأخذ موافقة أقارب المتوفى لغرض الاستئصال إذا كانت هناك حاجة لبعض أعضاء الجثة ، طالما أن الاستقطاع يؤدي لا محالة إلا التشويه. فأصحاب هذا الرأي أسسوا ذلك على التشويه الحاصل للجثة ، بينما الأصل وجوب احترام المتوفى و احترام مشاعره . و بالتالي يذهب الرأي الراجح إلى أن

---

[1] عبد اللطيف عبد العال : المرجع السابق ،ص 153 . و الخولي : المرجع السابق ، ص 276.

[2] راجع المادة 5/ 7 من القانون السوداني.

[3] أنظر المادة 5 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 – 83 و المادة 2 من القانون السوري و راجع أيضا ابراهيم يوسف : المرجع السابق ، ص83 و سنا يحي ناجي : المرجع السابق ، ص 105.

تشريح الجثة أما أن يكون لغرض معرفة سبب الموت او أن يكون لأغراض تحقيقيه أخرى ، ففي كلتا الحالتين يكون الأمر لتحقيق العدالة أو من أجل المصلحة العامة .[1]

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من عدم الايصاء بالتصرف بالجثة.

نصت المادة 164 فقرة 2 و 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الخاصة بنقل وزرع الأعضاء على ضرورة موافقة المتوفى حال حياته أو موافقة اسرته بعد وفاته على استئصال أعضاء من جثثه .غير انه إذا لم يوصى المتوفى قبل وفاته بذلك او تعذر الحصول على موافقة الأقارب و تعلق الأمر بحالة استعجال لا تقبل التأخير، أو خشي على العضو المراد نقله من الفساد ففي هذه الحالة يتم تبرير الاقتطاع .

أخذ بهذه الفكرة المشرع الجزائري من خلال نص المادة 164 في فقرتها الرابعة التي نصت على:"غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة اعلاه ، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى او ممثليه ، أو كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع ، إذ اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون " فيتضح من نص المادة المشار إليها اعلاه ان التشريع الجزائري يجيز اقتطاع القرنية و الكلية من الجثث بدون موافقة المتوفى أو اقاربه بسبب حالة

---

[1] حسني عودة زعال : المرجع السابق ،ص 157 و 158.

الاستعجال .[1] التي تفرضها ظروف المتلقى ، و ذلك لأن استقطاعهما لا يشوه الجسم ، و كذا لكثرة الطلب عليهما و سهولة عملية زرعهما ، بالإضافة إلى توفر الوسائل البشرية والمادية لذلك [2]

فيتضح لنا ان المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه القائل بالمساس بالجثة دون موافقة أحد لكن بالشروط المذكورة أعلاه مستبعدا المبدأ القائل بتأميم الجثة ،[3] و اعتبارها ملكا للمجتمع يتصرف فيها كيفما يشاء . وهذا ما اشارت إليه فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في 20- 04-1972 حيث اشارت إلى انه : "إذا لم يكن إذن من الميت في حال حياته، و لا إذن من وليه بل ان وليه و إياه رفضه فالظاهر المنع، فإن لم يكن للميت ولي فإن السلطات ولي من لا ولي له ، و يمكن له أن يأذن في تشريح الجثث و أخذ الأعضاء منها و الانتفاع بها إذا اقتضت ذلك المصلحة الراجحة،هذا الإذن العام إن لم يوجد فإنه ينبغي للعلماء ان يبحثوه و يولوه اهتماما " .

---

[1] مأمون عبد الكريم : رضا المريض بالأعمال الطبية المرجع السابق ، ص 661 .راجع ايضا حيدرة محمد : المرجع السابق ،ص 63.

[2] ماروك نصر الدين : المرجع السابق ،ص 444.

[3] و بالنسبة لعقوبة الإعدام فقد تطرق لها المشرع الجزائري في المواد 151 إلى 156 من القانون رقم 05 – 04 لسنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و اعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين حيث تتم هذه العملية في سرية مطلقة رميا بالرصاص من طرف عدة رماة تجعل امر الاستئصال دون فائدة نظرا للتشويهات التي تصيب الجثة و احتمال عدم سلامة أي من الأعضاء المراد استئصالها . و بالتالي لا مجال للقول بإمكانية اخذ الأعضاء من جثة المحكوم عليه بالإعدام بعد تنفيذ الحكم بحقه راجع باسم شهاب : الجرائم الماسة بكيان الإنسان دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع الجزائر 2011 ص 565 .

فيتضح أن لجنة الإفتاء قد أشارت إلى إمكانية الاستقطاع من الجثة في حالة عدم وجود إذن من الميت قبل وفاته أو من وليه ، بعد ذلك يجب صدور الإذن من السلطان متى اقتضت ذلك المصلحة الراجحة ، و بالتالي يكون نص المدة 164 أعلاه قد ساير فتوى المجلس الإسلامي الأعلى .

الفرع الخامس : موقف الشريعة الإسلامية

إذا لم يبد الميت حال وفاته موافقته على المساس بجثته بعد موته و لم يبدها ايضا أقاربه فإنه لا يجوز المساس بهذه الجثة إطلاقا. إلا أنه و كما رأينا اختلفت القوانين الوضعية حول بعض الحالات التي قد تم فيها التصرف بالجثة دون موافقة احد ، و لهذا سوف نحاول معرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذا التصرف .

- **الفقرة الأولى : مجهولي الهوية**

إذا كان الميت مجهول الهوية أو لم يكن له ورثة فإن الشريعة الإسلامية لم تدع أحدا بدون ولي أو وارث ، لأن الأمة كلها تعد قرابته و ورثته ويمثل الأمة في هذه الحال السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له و بيت المال وارث من لا وارث له. [1] لذلك فإن جهلت شخصية المتوفى او عرفت و جهل أهله ، فإنه يجوز شرعا أخذ عضو أو جزء من عضو نقلا لإنسان آخر لضرورة علاجية أو علمية ، لأن في ذلك مصلحة راجحة تعلو

[1] اسامة فهد رفعت و آخرون : المرجع السابق ،ص 80.

شرعا على الحفاظ على حرمة الميت، [1] غير أنه يجب موافقة ولي الأمر أو من يقوم مقامه فالسلطان ولي من لا ولي له.

و هذا ما توصل إليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة من 19 إلى 28 جانفي 1985 في دورته الثامنة إلى " أنه لا يجوز النقل من المتوفى المجهول الهوية أو الذي لا ورثه له شرط موافقة ولي المسلمين.[2] ونصت على ذلك فتوى المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري .[3]

كما اجازت الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية سلخ جلد الميت لعلاج حروق الجلد و ألا يتعدى الأموات الذين ليس لهم أهل. و قد برر الفقهاء جواز المساس بجثة مجهول الهوية لأغراض علاجية أو علمية بنظرية الضرورة التي تبيح إلحاق الضرر اليسير لدفع الضرر الجسيم حفاظا على بقاء المجتمع و خدمة للصالح العام ،[4] وذهبوا إلى ان إجازة ذلك يرجع إلى ان ما يحصل عليه من أعضاء عن طريق الوصية و موافقة الورثة لم يعد كافيا لتلبية حاجة الملايين من المرضى ، لدى فترجيح المصلحة العامة أولى بالاعتبار

---

[1] بلحاج العربي : المرجع السابق ،ص 202.

[2] التبرع بأعضاء الإنسان حسمه الطب و الشرع و لم يحسمه المجتمع ص 6 راجع المواقع التالية:

- W . W.W HMC .ORG . QNHMC/ HEATH / 24 TH / 8 T HM
- http. W . W.W HMC .ORG .QNHMC/ 24 TH / 14 THM

[3] انظر فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر الصادرة في 20-04-1972 ،مشار اليها في ماروك نصر الدين : المرجع السابق ،ج1 ،ك 3 ،ص 169.

[4] يوسف القرضاوي : المرجع السابق، ص 537.

من المصلحة الخاصة ،[1]فمصلحة إنقاذ الحي ، أولى بالرعاية من مفسدة انتهاك حرمة ميت، فالحي افضل من الميت لأنه لا يزال في مجال الانتفاع به في المجتمع ، و ان الميت مصيره إلى الدمار والتحول إلى رفات .[2]

الفقرة الثانية : المحكوم عليه بالإعدام

شرعا هو من ارتكب جرما و أدين به طبقا للقضاء الإسلامي و حكم عليه بالموت، كالردة عن الإسلام ، وقاتل النفس عمدا بغير حق مع عدم عفو ولي الامر عنه .[3] والمسالة المطروحة هنا تتعلق بمدى إمكانية أخذ

الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام دون موافقته في حياته، أو موافقة أهله بعد تنفيذ الحكم به أو موافقة القاضي فانقسم الباحثون المعاصرون في هذه المسألة إلى اتجاهين :

- **الاتجاه الأول : جواز الأخذ دون إذن**

يرى اصحاب هذا الاتجاه جواز الأخذ من جثة المحكوم عليه دون إذن منه قياسا على اكل المضطر لحم مهدور الدم ،[4] بعد قتله دون رضاه أو رضا ورثته ،وقال بهذا الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية . فقد قال عبد العزيز بن عبد السلام : « لو وجد المضطر من يحل قتله كالحربي ، و الزاني المحصن و قاطع الطريق الذي تحتم قتله ... جاز ذبحهم و أكلهم إذ لا حرمة لحياتهم لأنها مستحقة الإزالة فكانت المفسدة في زوالها أقل من المفسدة

---

[1] اسامة فهد رفعت و آخرون : المرجع السابق ،ص 81.

[2] جاد الحق : الفقه الإسلامي و مرونته القاهرة 1989 ،ص 248 و بلحاج العربي :المرجع السابق ،ص 203.

[3] اسامة فهد رفعت و آخرون : المرجع السابق ،ص 76 .

[4] سميرة اقرور : المرجع السابق ،ص 231 و بشير سعد زغلول : المرجع السابق، ص 53.

في فوات حياة المعصوم.» كما قال أيضا : «جاز ذلك – أي القتل في حالة الاضطرار حفظا لحياة الإنسان المعصوم الواجب الحفظ و الإبقاء لإزالة حياة واجبة الإزالة و الإفناء .»[1]

وأفتى شيخ الأزهر عام 1989 ، محمد سيد طنطاوي بالجواز مستندا في ذلك إلى ان مجرد الحكم على الشخص يصبح فاقدا الولاية على جسده، و قد فقد الاستماع إليه لأنه انتهك الإنسانية و اذل البشرية شرط أن يكون أخذ العضو لإنقاذ حياة مريض .[2]

فآراء الفقهاء تقرر صراحة جواز قتل المحكوم عليه بالإعدام، وجواز الأكل من لحمه بالنسبة للمضطر حتى بدون إذن السلطان ، فإذا جاز هذا فمن الأولى أن يجوز نقل عضو منه و لو بدون رضاه لزرعه في جسد مريض معصوم الدم مشرف على الهلاك،لا سيما إذا علمنا ان ذلك لا يدخل في إطار المثلة النابعة من الحقد والانتقام و التشفي.وقد أبدى بعض الناشطين في حقوق الإنسان تخوفهم من فتوى شيخ الأزهر، بما قد يؤل الأمر إلى المتاجرة و انتهاك حقوق المحكوم عليهم دون وازع سيما و ان الجسد ملك صاحبه و لا بد من احترام رأيه.[3]

- **الاتجاه الثاني : منع الأخذ دون إذن**

---

[1]اسامة فهد رفعت و آخرون : المرجع السابق، ص 77.

[2] باسم شهاب : المرجع السابق ،ص 570 و الخولي : المرجع السابق ،ص 277 . و راجع ايضا في هذا الموضوع جريدة الأخبار المصرية الصادرة بتاريخ 09-02 -1989.

[3]باسم شهاب : نفس المكان .

يرى أصحاب هذا الاتجاه بعدم جواز الاقتطاع من جثة المحكوم عليه بالإعدام إلا بعد الحصول على إذنه السابق أو إذن ورثته اللاحق ، لأن في المساس بجثته دون إذن مساس بكرامته ، فكرامته محفوظة و مصونة شرعا بدليل وجوب غسله و تكفينه و الصلاة عليه في مقابر المسلمين إذا كان كذلك ، كما استندوا في ذلك إلى أن المحكوم عليه قد استوفى ما عليه و أن أخذ العضو منه فيه مثلة محرمة في الإسلام . [1]

و من المعارضين للنقل من المحكوم عليه بالإعدام دون إذن منه أو من ورثته يوسف القرضاوي ، حيث قال بضرورة الموافقة من المحكوم عليه بالإعدام أو ذويه أو القاضي ، أي مساواته بغيره ممن لم يحكم عليهم بالإعدام مبررا ذلك بأنه لا يصح أن يعاقب بعقوبتين.

و يتضح أن الاتجاه الثاني يبدو سديدا لأن أدمه الميت محفوظة و كرامته محفوظة، كما أنه و على قدر تعلق الأمر بعلم الإجرام أو علم النفس الجنائي،[2] ينبغي النظر إلى مدى إمكانية انتقال صفات الإجرام إلى المستفيد من التبرع مع التأكيد إلى أن من يحكم عليه بالإعدام لا يفقد كل حقوقه.

---

[1] محمد البار الموقف الإسلامي و الأخلاقي : المرجع السابق ص 180 .

[2] راجع الموقع التالي : alhamdullah.alafdal.net والموقع Alharah2.net/alharah/showthread.php?T=58760اطلع عليهما يوم 20-06-2014على الساعة 21و45دو الساعة 21و55د

المبحث الثالث

مسؤولية الطبيب الجنائية عن النقل من جثث الأموات.

تمت الإشارة فيما سبق إلى أن الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية يجيز الانتفاع بأعضاء الموتى شريطة التحقق التام من وفاة الشخص ،و كذا وجود وصية بالتصرف في الجثة سواء من طرف المتبرع قبل وفاته أو إجازة الأقارب بعد ذلك، أو توافر حالة الضرورة و التي تسمح بالتصرف بالجثة دون موافقة أحد. وفي حالة إقدام الطبيب على المساس بالجثة مخالفا بذلك هذه الضوابط أو بالامتناع عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر قصد الاستفادة من أعضائه بعد موته ،أو الاستئصال من الجسد قبل التأكد من الوفاة أو التعجيل بالوفاة إذا كان الشخص ميئوسا من شفائه بغية الاستفادة من أعضائه كما أن الطبيب قد يلجأ إلى الاستقطاع من جثة الميت دون الحصول على موافقة حد أو انتفاء حالة الضرورة كلها حالات تستدعي التطرق إليها على التوالي .

المطلب الأول

الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر

من المتعارف عليه في المجال الطبي أنه لا يجوز للطبيب الامتناع عن علاج مريض ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه، أو قامت لديه أسباب و اعتبارات تبرر هذا

الامتناع[1] و لكن يجب عليه أن يسعفه في الحالات الطارئة احتراما للحياة الإنسانية في جميع الظروف. [2]

فقد جرم المشرع الفرنسي الامتناع في حال وجود خطر على حياة الإنسان[3] في المادة 2/63 من قانون العقوبات الفرنسي ، التي نصت على «أن يعاقب كل شخص يمتنع إراديا عن مساعدة شخص في خطر دون وجود خطر يقع عليه أو على غيره وكان في إمكانه تقديم المساعدة له أو طلب مساعدته من الغير، [4] و ذلك بعقوبة الحبس ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات و غرامة مالية تصل إلى 20 ألف فرنك فرنسي أو بإحدى هاتين العقوبتين». ثم جاء قانون العقوبات الجديد[5] ورفع الغرامة إلى 50 ألف فرنك فرنسي و هذا في المادة 6-223 .

و بالتالي فإن امتنع الطبيب عن استخدام أجهزة الإنعاش[6] و تركيبها لمريض مهدد بخطر الموت فإنه يكون قد ارتكب جريمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر و تتم

---

[1] راجع الظروف المستبعدة للمسؤولية الجنائية عن جريمة الامتناع عن الإغاثة في شيلات محمد شريف : المرجع السابق، ص 169 و ما بعدها.

[2] أنظر عبد الفتاح بيومي حجازي المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2008 ، ص 15 .

voir – Leila ben sedrine ,echcherif el kettani : op . cit . p 242 - 243

[3]Voir : Valevie Malabat. Op.cit, p-p 233-236.

[4] نصت المادة 114 من قانون العقوبات السويسري على معاقبة الطبيب الذي يمتنع عن تقديم المساعدة الضرورية و التي يكون في امكانه تقديمها بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر.

[5] راجع أيضا المادة : 2 من قانون اخلاقيات مهنة الطب البشري الفرنسي مشار اليها في بلحاج العربي: المرجع السابق ،ص 85 .

[6] سميرة اقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء ، المرجع السابق، ص 367 .

مساءلته جنائيا .ولا يعفى الطبيب من المساءلة الجنائية كونه قدر خطأ بعدم جدوى تقديم المساعدة أو الاستعجال بالتدخل.[1] فقد أدانت محكمة فرنسية الجراح الذي رفض أن يستقبل في مستشفاه المجني عليه في حادث ، مدعيا أنه قد فارق الحياة و قررت المحكمة أن المصاب لم يفحص على نحو جدي و لم تكن الوفاة قد حدثت عند رفض الطبيب استقباله ، و قالت في حكمها أن هذا المريض كان يئن و يتألم و يتنفس و أنه كان في غيبوبة و لم يمت إلا بعد ذلك وأثناء ذهابهم به إلى قسم الجراحة . [2]

لذلك لابد من اعتبار المريض المهدد بالموت الأكيد و الحال في خطر حقيقي، يوجب على الطبيب تقديم المساعدة له قدر الإمكان عن طريق إيصاله بأجهزة الإنعاش مادام هناك فرصة و لو ضئيلة في البقاء على قيد الحياة ، و الامتناع عن ذلك يوجب مساءلته جنائيا . [3]

المطلب الثاني

فصل أجهزة الإنعاش

سوف نتطرق إلى حالتين هما حالة فصل أجهزة الإنعاش[4]اشفاقا بالمريض وحالة فصلها عنه إذا كان ميت دماغيا من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول: فصل أجهزة الإنعاش اشفاقا بالمريض

---

[1]تدرسيت كريمة : المرجع السابق ،ص 381.

[2]علي حسين نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص

[3]سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 284.

[4]راجع في هذا الموضوع بلحاج العربي :المرجع السابق ،ص 86 و الخولي : المرجع السابق ،ص 286.

إذ قرر الأطباء وجوب وضع المريض على أجهزة الإنعاش و كانت هذه الأجهزة سببا في المحافظة على حياته، فلا يجوز رفعها مهما بلغت حالة المريض من المرض و المعاناة و توقفت حياته توقفا بينا على هذه الأجهزة ، فلا يجوز نزعها عنه و من نزعها عنه بدعوى الرحمة فهو آثم .[1]أما إذا استعاد المريض عافيته وعاد لحالة لا يحتاج معها إلى الإنعاش ففي هذه الحالة نلحظ بأن إزالة أجهزة الإنعاش لا تعد قتلا فإزالتها لا تؤثر على حياته .

من الممكن أن يقوم الطبيب بفصل أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض بعد تركيبها له معتقدا أن حالة المريض الصحية سيئة لدرجة أنه لا يمكن شفاؤه أو نتيجة الخطأ في تشخيص الوفاة ففي هذه الحالة ينقسم الفقه إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: فصل جهاز الإنعاش عن المريض عمدا.

تباينت التشريعات حول مدى مسؤولية الطبيب في مسألة القتل بدافع الشفقة ، فالبعض يرى عدم مساءلة الطبيب جزائيا ، و البعض الآخر ذهب إلى اعتباره جريمة قتل عادية و منهم من رأى ضرورة تخفيف العقوبة على مرتكبه . وما يهمنا في هذا المجال هو التطرق للحالات التي تتم فيها مساءلة الجاني و ذلك على النحو الآتي:

- **الحالة الأولى: مساءلة الطبيب عن جريمة قتل عادية**

---

[1] عماد محمد صالح العثامنة :القتل بدعوى الرحمة – دراسة فقهية قانونية مقارنة –رسالة ماجستير ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية قسم الفقه و اصوله ،جامعة اليرموك 2006 ، ص 159 و سميرة اقرور : المسؤولية الجنائية ، المرجع السابق ، ص 370.

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى مساءلة الطبيب جنائيا عن جريمة قتل عمد[1] و استندوا إلى القواعد العامة في قانون العقوبات، وبالتالي عدم إباحة سلوك الطبيب المتمثل في إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي مستندين إلى نص المادة 20 من قانون الأخلاق الطبية الفرنسية التي نصت على : « أنه يجب على الطبيب أن يسعى إلى تخفيف آلام المريض و لا يحق له حتى في الحالات التي تبدو له أنها ميؤوس منها أن يعجل بموت المريض بصورة متعمدة».[2]

و ذهب بعض الفقه المصري إلى مساءلة الطبيب جنائيا عن إمتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي للمريض الذي هو في حالة خطرة و مساءلته جنائيا عن جريمة قتل عمد مستندا في ذلك إلى ان من قربت حياته على الانتهاء ، له ما للأحياء من الحياة بحيث يستحق من يتسبب في إنهائها العقاب. فإذا ما قام الطبيب بتركيب أجهزة الإنعاش على المريض لا يجوز له قبل التأكد من موته موتا حقيقيا أن ينزعها عنه و إلا تسبب في إزهاق روحه.[3]

---

[1]–Hunry – le problème de mort par pitie REV,BELG , DR PEN 1952 – 1953 P 978

مشار اليه في محمد لافي : المرجع السابق ، ص 259 .

[2]– محمد لافي : نفس المكان .

–Voir: YACOUB (Zina), Op. cit p 486.

– Voir : SICARD (Didier),Op. cit p 35.

[3]– عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد العامة لقانون العقوبات دار الفكر العربي القاهرة ،ط 2 ،1986 ، ص 381.

كذلك يسأل عن جريمة قتل وفقا لنص المادة 326 من قانون العقوبات الأردني حيث نصت على أنه «من قتل إنسانا قصدا عوقب بالأشغال الشاقة خمس عشر سنة» ، و ذلك لعدم وجود نص خاص بهذه المسألة.[1]

- **الحالة الثانية : مساءلة الطبيب عن جريمة قتل مخففة**

تنص بعض القوانين الجنائية[2] على عقوبة مخففة في حالة القتل العمد بدافع الشفقة و يذهب بعض الفقه[3] إلى القول بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية مخففة إذ يعتد في هذه الحالة بالباعث على القتل – الشفقة – لا باعتباره مبيحا للفعل و إنما باعتباره مخففا للعقاب .[4]

ففي نظرهم أن القتل بدافع الشفقة لتخليص المريض من آلامه، يختلف عن القتل بدافع الكراهية أو الانتقام ،لأن الطبيب قد يضعف أمام توسل المريض أو ذويه ، مما يضطره لقتله من أجل تخليصه من آلامه .

فقد أخذت المحاكم الفرنسية بحالة الضرورة عند ما قامت الممرضات في سنة 1940 في مستشفى **أورساي** بإعطاء حقنة قاتلة لعدة مرضى لم يكن بالإمكان نقلهم قبل وصول

---

[1] صفوان محمد : المرجع السابق، ص 319.

[2] أنظر قانون العقوبات السويدي في المادة 235 على أن " من قتل شخصا أو أصابه بجروح جسيمة أو أضر بصحته بناء على موافقته يعاقب الفاعل بالسجن على أنه إذا كان بدافع الشفقة و يقصد إراحة المريض الذي في حالة يأس من آلامه أو ساعده يمكن تحفيف العقوبة إلى الحد الأدنى أو الحكم بعقوبة أخرى" أنظر أيضا المادة 114 من قانون العقوبات السويسري والمادة292و 294 من قانون العقوبات الإيطالي مشار إليها : الخولي المرجع السابق ،ص 289.

[3]vidal et mangol , cours de droit criminel et sciences pénitentiaire paris, cujas, 1947 , p 358 مشار اليه في محمد لافي : المرجع السابق ،ص 260 .

[4]تدرسيت كريمة : المرجع السابق ،ص 383 .

العدو فحكمت عليهم المحكمة بعقوبة السجن مع الإيقاف.[1] فالجاني كان يهدف إلى تحقيق مصلحة المجني عليه (المريض) لا مصلحته الخاصة، فنبل الباعث يقلل من الخطورة الإجرامية للفاعل، فلا يحتمل أن يكرر هذه الجريمة فيكون هنا القتل أقل خطورة على المجتمع من سائر صوره.[2]

كما برأت محكمة الجنايات بفينا في 1992/12/9 رجلا يبلغ من العمر 83 سنة كان قد قتل زوجته البالغة من العمر 82 سنة بإطلاق رصاصة عليها في الفم بحيث رجعت براءته الى الباعث الى الجريمة حيث قال أنه قتلها حبا فيها و ان ذلك كان نتيجة اتفاق بينهما بأن يقوم اي منهما بقتل الآخر إذا وصل لمرحلة لا يستطيع فيها الوعي فيقتله الطرف الآخر خوفا من تركه في هذه الدنيا وحيدا .[3]

و طبقا للشريعة العامة Common .Law حياة الإنسان ليست ملكه وحده بل ملك للمجتمع أيضا و لدى لا يحق له أن ينهي حياته برضائه، أو يطلب من شخص آخر أن يجهز عليه ليريحه مما يعانيه ، فهذا النوع من القتل هو جريمة معاقبا عليها. و قد أدين شخص في انجلترا لأنه قام بقتل سيدته خنقا بأن وضع على فمها شاشة مبللة بسائل سام

---

[1] السيد عتيق : المرجع السابق، ص 120.

[2]نجيب حسني الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة 1977 ،ص 181 و محمود أحمد طه: المرجع السابق، ص 65.

[3]Tribunal de grande instance de lille ,5 avrile 1990,revue .trim de drpeirjullet 1991

مشار اليها في السيد عتيق : المرجع السابق ،ص 121.

بناء على طلبها، لأنها كانت تقاسي من مرض خطير لا أمل في شفائها منه ، وكان دفاع المتهم بأن موكله فعل ذلك بناء على طلب و رضاء سيدته التي حاولت الانتحار عدة مرات ، وردت المحكمة على المتهم أن رضاء و طلب الضحية لا قيمة له على الإطلاق في إباحة القتل .

وقد نادى معظم الفقهاء في إنجلترا بعدم رفع العقاب عن القاتل، لأن في ذلك خرقا للعدالة و للأمن العام واعتداء على حق المجتمع و سلامة أفراده من كل اعتداء ، و فيها خوف من اتخاذه قدوة و هذا يعتبر خطر على كل مريض أو يائس من حياته. غير أنهم طالبوا بتخصيص عقوبة أخف جسامة وأقل درجة لهذا النوع من الجرائم مقارنة بالقتل العادي.

و من التشريعات الغربية[1] التي نادت بتخفيف العقوبة القانون الإيطالي الصادر في 1930 حيث نص في المادة 579 على أن « كل من يرتكب جنايات القتل على شخص المجني عليه بناء على رضائه يعاقب بالأشغال الشاقة من 6 سنوات إلى 15 سنة. "

و من التشريعات العربية التي تأخذ بتخفيف العقوبة ، في حالة القتل بناء على رضا المجني عليه القانون اللبناني حيث نصت المادة 552 من قانون العقوبات على أنه «

[1] راجع أيضا القانون اليوناني الصادر في 1950 المادة 300 ، و القانون السويسري الصادر في 1937 المادة 114 ،انظر عبد الحليم محمد منصور : المرجع السابق ، ص 92 .

يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل إنسانا قصدا بعامل الإشفاق بناء على إلحاحه بالطلب ».[1]

لكن غالبية قوانين الدول العربية لا تأخذ بذلك، غير أن هذا لا يمنع من تطبيق فكرة الظروف المخففة المعروفة في القوانين الجزائية.[2]فهي تعتبر هذا القتل جريمة يترتب عنها المسؤولية الجنائية ، حيث أن رضاء المجني عليه لا يعد سببا للإباحة ، كما أن الباعث في هذه الحالة لا يعتد به لأنه ليس ركنا في الجريمة .[3]

- **الاتجاه الثاني : فصل أجهزة الإنعاش عن المريض عن طريق الخطأ**

قد يوقف الطبيب أجهزة الإنعاش عن المريض نتيجة اعتقاده بأنه قد مات و ذلك دون أن يجري تشخيصا لتحديد الوفاة، و في الحقيقة كان المريض لا يزال على قيد الحياة [4]. فإذا قام الطبيب بذلك تقوم مسؤوليته الجنائية عن جريمة قتل عمديه ،لأنه ملزم بالقيام بعمل فني لمعرفة الموت الحقيقي من عدمه و ذلك عن طريق جهاز رسم المخ الكهربائي[5]الذي يؤكد توقف خلايا المخ عن طريق إرسال و استقبال ذبذبات كهربائية ، فمتى توقف الإرسال لأكثر من 24 ساعة ذل ذلك على موت خلايا المخ و استحالة عودتها للحياة .

الفرع الثاني: فصل أجهزة الإنعاش عن موتى الدماغ

---

[1] يقابلها المادة 249 / 5 من قانون العقوبات السوداني و المادة 538 من قانون العقوبات السوري و راجع ايضا منير رياض حنا : الخطأ الطبي والجراحي المرجع السابق ، ص 496.

[2] سميرة عايد الديات المرجع السابق ، ص 288.

[3] محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية ، ط 2 ، 1994 ، ص 356 .

[4] محمد لافي : المرجع السابق ،ص 262 ،و صفوان محمد : المرجع السابق، ص 321 .

[5] بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 79 .

ذكر بعض الأطباء أنه من بداية الموت الإكلينيكي – توقف القلب و الرئتين – وقبل موت خلايا المخ فإن المريض في هذه الحالة يعد من الأحياء ، و من تم يتعين شرعا و قانونا إنقاذه و بسرعة حتى لا تموت خلايا مخه موتا تاما ، فالغرض من استخدام أجهزة الإنعاش هو لاستمرار حياة المريض و ليس إعادتها لأنه مازال حيا في حكم الشرع والقانون. و على هذا الأساس فإنه لا يجوز شرعا فصل هذه الأجهزة قبل حدوث موت جدع الدماغ وإلا تسبب في موت المريض موتا حقيقيا لا رجعة فيه، و يسأل مسؤولية جنائية و مدنية .

أما إذا ماتت خلايا المخ بعد دقائق من توقف القلب أو الرئتين عن العمل ، أو إذا مات المخ و استمر القلب يعمل، فإنه لا أمل في إعادة الحياة إلى المخ و بالتالي الإنسان كلية. لذلك استقر الطب الحديث على أن الشخص في هذه الحالة يعتبر ميتا وأن استخدام اجهزة الإنعاش الاصطناعي و إن كان من الممكن أن يطيل المدة قبل التوقف التلقائي لنشاط القلب إلا أنها لا تمنع حتمية الموت.[1] و ما تنفس الشخص أو نبض قلبه إلا من دروب الحياة الصناعية. [2]

ففي هذه الحالة يستطيع الطبيب نزع أجهزة الإنعاش الاصطناعي دون أدنى مسؤولية،[3] لأن جهوده بإعادة الحياة إلى المريض مستحيلة . و بالتالي لا يعد فصل أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن موتى الدماغ جريمة قتل و لا موت رحمة ،غير أنه لا يمكن للطبيب

---

[1] رمضان جمال كمال : المرجع السابق ،ص 147.

[2] الأهواني : المرجع السابق ، ص 173.

[3] منير رياض حنا : المرجع السابق ،ص 499.

فصل هده الأجهزة إلا بعد إعلان الوفاة رسميا، [1]و لا مانع من متابعة إنعاش القلب والتنفس من أجل الحفاظ على القيمة الحيوية لهما لغرض الاستئصال من الجثة. [2] أما إذا قام الطبيب قبل إعلان الوفاة رسميا بالاستئصال من الجثة فإنه يتعرض لا محالة للمساءلة الجنائية.

فإذا قدر الأطباء أن المريض في حكم الموتى جاز لهم رفع أجهزة الإنعاش عن المريض مع وجوب الانتظار بعد نزع الأجهزة مدة مناسبة حتى تتحقق وفاة المريض فإذا توافرت الدلائل الشرعية للموت حكم بموته. [3]

---

[1] اعتبر بعض الأساتذة المشاركين في مؤتمر عمان 1986 أن الشخص الذي فقد دماغه في حكم الميت إذا حصل اليقين بموت المخ ووصل إلى مرحلة اللاعودة عن طريق الفحوصات اللازمة و شهادة الأطباء و بالتالي يجوز إيقاف اجهزة التنفس الاصطناعي و الانتفاع بأعضائه راجع ايضا و عبيد الفتلاوي : المرجع السابق ،ص 141.

[2] افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 434.

-voir-HAKEM (Ahmed Réda), La mort aspects médico-légaux, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en sciences médicales, Institut national d'enseignement supérieur des sciences médicales d'Oran,1987.190 p 60

[3] جاء قرار المجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقد في 24- 2 - 1408 هـ حيث نص على أن " المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش الصناعي يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا لا رجعة فيه و إن كان القلب و التنفس لا يزالان يعملان آليا بفعل الأجهزة المركبة و لكن لا يحكم بموته شرعا إلا بعد توقف القلب و التنفس توقفا تاما . بعد رفع هذه الأجهزة " أنظر مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي ع 4 سنة 1 فبراير، مارس ، أبريل 1990 ص 159.

- و جاء في قرا ر هيئة كبار العلماء بالسعودية بتاريخ 6-4-1419 هـ " إذا قرر ثلاثة أطباء متخصصون فأكثر رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض فإنه يجوز اعتماد ما يقررونه من رفع أجهزة الإنعاش و لكن لا يجوز الحكم بموته حتى يعلم ذلك بالعلامات الظاهرة الدالة على موته أما موت الدماغ فلا يعتمد عليه في الحكم بموته كما قرر أنه لا يلتفت إلى معارضة الأهل في ذلك انظر افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 434 . و صرح الدكتور يوسف القرضاوي بتاريخ 28 – 11 – 1991 أنه " يجوز رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض في غيبوبة مستمرة شريطة أن يكون في حالة متقدمة و أن الموت محقق بعد معرفة التشخيص الطبي و التأكد من توقف دماغه عن كل نشاط .أنظر

وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 14 من قانون زرع الأعضاء رقم 05 – 2010 حيث نصت على أنه [1]« و لا يجوز نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة ، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين ، و ذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية و التأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقا للمعايير الطبية ... ».

و نصت المادة 21 من نفس القانون[2]على عقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار إذا تم النقل من جسد الشخص دون ثبوت الوفاة ثبوتا يقينيا حسب ما أشارت إليه المادة 14 أعلاه و أدى إلى وفاة المريض شريطة العلم بذلك ، و تكون العقوبة السجن المشدد لكل من شارك في إصدار قرار التثبت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة 14 من نفس القانون.

و ترتيبا على ذلك فإنه يمكن القول أن إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي يعد قتلا إذا تم قبل موت مخ المريض ، و أنه لا يعد قتلا إذا كان تركيب الأجهزة قد تم بعد موت مخ

يوسف القرضاوي : المرجع السابق ، ص 54 و بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ط 1 ، 2009 ، ص 92 .

[1]– تقابلها المادة 21 من القانون المغربي و المادة 6 / 1 قانون دولة الإمارات و المادة 5 / 1 القانون الكويتي .

[2]– تقابلها المادة 39 من القانون المغربي و المادة 10 من القانون الإماراتي و المادة 10 من القانون الكويتي .

المريض.[1]بالإضافة الى ذلك هناك شروط أخرى لا تثير اي جدل تقتضي الإشارة اليها و هي :

الشرط الأول: حالة عدم وجود شبهة جنائية : حيث يمنع استئصال الأعضاء من جثث الموتى متى كان الموت مشبوها ، فيتعين في هذه الحالة الحصول على إذن الطبيب الشرعي لإمكان استئصال الأعضاء من الجثة ، و إلا أدى ذلك الى ضياع حقيقة كشف سبب الموت .[2]

الشرط الثاني :توافر الضمانات الطبية : و ذلك بإجراء التحاليل و الفحوصات الطبية على العضو المراد استئصاله، وكذا على المريض المتلقى للتأكد من توافق الأنسجة و خلو العضو من الأمراض المعدية.[3]

الفرع الثالث : موقف الشريعة الإسلامية من فصل أجهزة الإنعاش

لا تجيز الشريعة الإسلامية قتل المريض الذي لا يرجى شفاؤه حيث يقول تعالى:"**وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ *الَّتِي* حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ**[4].

و قوله تعالى " ***وَمَنْ*** **يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ *وَأَعَدَّ* لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا**" .[1]

---

[1]– رمضان جمال كمال : المرجع السابق ، ص 152.

[2] انظر المادة 21 من القانون المغربي رقم 16–98 الخاص بزراعة الأعضاء ، مشار اليها في سميرة اقرور مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية المرجع السابق ،ص 188.

[3] سميرة اقرور : نفس المرجع ،ص 189.

[4]"سورة الأنعام الآية 151

و قد نص الدستور الإسلامي للمهنة الطبية في الباب السابع منه و الخاص بحرمة الحياة الإنسانية على أنه " يحرم على الطبيب أن يهدر الحياة و لو بدافع الشفقة فهذا حرام لأنه خارج على ما نص عليه الشرع من موجبات القتل بجانب ما يستدل عليه من قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) :" **لزوال الدنيا أهون على الله من قتل مؤمن بغير حق** ". فدعوى التخلص من الحياة أو التخليص منها بدعوى الألم الشديد في الأمراض الميؤوس من شفائها دعوة لا تجد سندا إلا في المنطق الإلحادي الذي يرى « **وَقَالُوا إِنْ هِيَ إِلَّا حَيَاتُنَا الدُّنْيَا وَمَا نَحْنُ بِمَبْعُوثِينَ**»[2] و يفوته أنها حياة تتلوها حياة أخرى .[3]

لدى يجب عدم الالتفات إلى ما يسوقه بعض الفقهاء [4] من أن بقاء المريض الذي تعد فرصة بقائه على قيد الحياة من الناحية الطبية ضعيفة على هذه الأجهزة يحرم باقي المرضى من الانتفاع بهذه الأجهزة في حالة الحاجة إليها، و يتكلف نفقات باهظة دون جدوى. ولأنه ليس هناك مريض أولى بالرعاية من آخر، لأن الحق في الحياة مكفول وممنوح من الخالق سبحانه للجميع فلا يسلبه إلا هو في الوقت الذي يريد .[5]

الفرع الرابع : موقف التشريع الجزائري

---

[1] سورة النساء الآية 93.

[2] سورة الأنعام الآية 29

[3] الخولي : المرجع السابق ، ص287.

[4] راجع موقع يوسف القرضاوي ،مشار إليه في الموقع : http : // WWW qardawi net / site / topics/ article

[5] افتكار مهيوب : المرجع السابق ،ص 437.

أن جنحة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر يعاقب عليها طبقا للمادة 182 في فقرتها الثانية من قانون العقوبات الجزائري و التي تنص على أنه « يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات و بغرامة من 1500 إلى 15000 أو بإحدى هاتين العقوبتين ... و يعاقب بالعقوبات نفسها كل من إمتنع 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 هناك خطورة عليه أو على الغير .... ».[1]

وفي اجتهاد قضائي للمحكمة العليا و الذي قضى بأنه " من المقرر قانونا أنه يعاقب كل شخص امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر كان بإمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له و ذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير و أنه يعاقب عن عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر إذا كان مرتكبا عمدا كليا ... ". معتبرا أن الطبيبة قدمت المساعدة الطبية المطلوبة منها وقت الوقائع، و لو لم تنتقل إلى المستشفى بمجرد اتصالها هاتفيا بالطبيب المداوم و إعطائه التعليمات الرامية إلى إدخال المريضة إلى المصلحة ووضعها تحت المراقبة و بداية العلاج في شكل مضادة للجراثيم و مضادات الالتهاب.

---

[1] تقابلها المادة 63 فقرة 2 من قانون العقوبات الفرنسي .

أمام منع الطبيبة من دخول المصلحة من طرف رئيسة المصلحة بسبب خلاف مهني ، مما أدى إلى عدم متابعة الحالة الطبية للضحية خلال الأيام الموالية مما جعل العنصرين المادي والمعنوي لجنحة تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر غير متوفرة .[1]

كما أن المادة السابعة من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية رقم 92 – 276 الصادرة في عام 1992 توجب على الطبيب المعالج تقديم المساعدة للمريض والتخفيف من معاناته ضمن احترام كرامته الإنسانية، واشارت المادة التاسعة من نفس المدونة إلى أنه على الطبيب أن يقوم بإسعاف أي مريض يواجه خطرا وشيكا حتى آخر لحظة وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له. [2]

كما أن قانون الصحة لا سيما المواد المتعلقة بنقل و زراعة الأعضاء لم تبين الضمانات القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض . فيتضح أن التشريع الجزائري لا يبيح إيقاف أجهزة الإنعاش عن المريض إلا إذا تم التأكد من موت جدع مخه – دماغه – حسب المعيار الحديث للوفاة . حيث نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها

---

[1] الإجتهاد القضائي الصادر من المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ملف رقم 128892 بتاريخ 26- 12 – 1995 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 02 لسنة 1996 ص 182 – 184 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 1998 مشار إليه في بلعيدي فريد : المرجع السابق، ص 418.

[2] تقابلها الماده 5 من قانون الآداب الطبية اللبناني الصادرة بالقانون رقم 288 في 22 شباط 1994 و المادة 14 من لائحة أداب المهنة المصري الصادر بالقرار رقم 234 لسنة 1974 و المادة 18 من قانون مزاولة المهن الطبية و الصيدلانية اليمني .

في المادة 167 من هذا القانون و حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ».

يرى الباحث أن الطبيب و بتقريره خطأ وفاة المريض بسبب عدم الرجوع إلى إجراء الفحوصات اللازمة للتأكد من ذلك فإنه يكون ارتكب خطأ موجب للمسؤولية على أساس أنه لم يبدل العناية اللازمة ، و بالتالي يسأل عن جريمة قتل خطأ و ليس قتلا عمدا لعدم اتجاه ارادة الجاني لأحداث الوفاة طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري لأن المشرع الجزائري اعتبر الإهمال أو عدم مراعاة الأنظمة من صور القتل الخطأ. وبالتالي يعتبر مسؤولا طبقا للمادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

و قد يقوم الطبيب بإجراء تشخيص لحالة المريض و لكن بناء على نتائج خاطئة يتوصل إليها يقرر بأن المريض ميت ، ففي مثل هذه الحالة أيضا يسأل الطبيب عن جريمة قتل خطأ بسبب عدم الاحتياط ، فتترتب النتيجة الضارة و هي الوفاة دون قصد إحداثها و بالتالي تقوم مسؤوليته عن القتل الخطأ .[1]

أما إذا قام بإيقافها دون التأكد من الوفاة عمدا قاصدا إحداث الوفاة من اجل الاستفادة من أعضاء الجثة فإنه يسأل عن جريمة قتل عمد طبقا لنص المادة 254 عقوبات جزائري .

[1] تنص المادة 288 عقوبات جزائري على أنه " كل من قتل خطا أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو اهماله أو عدم مراعاته للأنظمة..."

المطلب الثالث

الاستقطاع من الجثة دون الحصول على موافقة احد و عدم وجود حالة الضرورة

أحيانا يلجأ الطبيب إلى استقطاع جزء من الجثة قصد زرعه في جسم مريض آخر، إلا أنه في حالة عدم الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته، او موافقة أسرته بعد وفاته او عدم توفر حالة الضرورة – الإستعجال – فإن مسؤولية الطبيب في هده الحالة تقوم على أساس تخلف شروط الإستقطاع من الجثة .

الفرع الأول : مسؤولية الطبيب عند الإستئصال من الجثة دون موافقة ذوي الشأن.

سوف نتطرق لموفق التشريعات المقارنة وكذا موقف المشرع الجزائري على التوالي:

- **الفقرة الأولى : موقف التشريعات المقارنة .**

تطرقنا في ما سبق إلى ضرورة حصول الطبيب على إذن من الشخص قبل وفاته أو موافقة أسرته بعد ذلك بالإستئصال من جثثه ، [1] و بالتالي إذا ما قام الطبيب بإستئصال أعضاء من جثت الميت دون الحصول على الموافقة اللازمة، فإنه تقوم مسؤوليته حسب البعض على أساس انتهاك حرمة الموتى . كما أن في ذلك مساس بحق الأقارب على جثة ميتهم ، مما يسمح لهم بالحصول على تعويض عن ذلك ، و الأقارب الذين لهم حق المطالبة بالتعويض هم ذاتهم من يستطيعون إبداء الموافقة بالإستئصال من جثة ميتهم .

---

[1] راجع في هذا الموضوع سميرة اقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء المرجع السابق ص 381 ش

حيث نصت المادة 3/160 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 على أنه « يعاقب بالحبس و بغرامة لا تقل عن مئة جنيه و لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ... كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها ». [1]

و أشار المشرع الكويتي [2] في القانون رقم 55 لسنة1987 بشأن زراعة الأعضاء في المادة الثانية منه إلى أن « للشخص كامل الأهلية أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضائه بإقرار كتابي... و نصت المادة الخامسة على أنه يجوز النقل من الجثة بموافقة من وجد حال الوفاة من أقرب أقرباء المتوفى كاملي الأهلية بإقرار كتابي .

و في حالة مخالفة هاتين المادتين قرر المشرع الكويتي جزاء لذلك .حيث أشارت المادة العاشرة « إلى أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات و بغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

أما المشرع اللبناني فقد أشار في المرسوم الإشتراعي رقم 109 الصادر في 16 – 09 – 1983 الخاص بأخذ الأنسجة و الأعضاء البشرية لحاجات طبية و علمية في المادة الثانية « على أنه يمكن أخذ الأنسجة والأعضاء من جسد شخص ميت شرط وجود وصية من طرف المتوفى قبل وفاته أو من طرف العائلة ». و نص في المادة السابعة على تحديد عقوبة جزائية ضد كل من يقدم على اخد الأنسجة و الأعضاء البشرية دون الحصول على

---

[1] كامل عبد العزيز : المرجع السابق ص 547

[2] راجع المادة 6 و المادة 10 من القانون الإماراتي ، رقم 15 لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل و زرع الأعضاء

الموافقة(مراعاة الشروط المذكورة في المرسوم) و ذلك بعقوبة الحبس من شهر حتى سنة و بغرامة من ألف حتى عشرة آلاف ليرة أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ونصت المادة الثالثة في فقرتها الأولى و الثانية من القانون السوري الخاص بزرع الأعضاء إلى جواز الإستقطاع من الميت ، شرط وجود وصية من المتوفى بإجراء ذلك أو سماح عائلته . دون الإشارة إلى عقوبة خاصة بمخالفة هذا الشرط مما يشير إلى اللجوء إلى القواعد العامة في هذا الشأن .

كما نصت المادة الثالثة من القانون التونسي عدد 22–91 المؤرخ في25 – 03 – 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها بجواز أخذ الأعضاء من جثة الميت مالم توجد معارضة منه حال حياته ، أو بعد وفاته من طرف أحد أفراد العائلة . و حددت المادة 16 من نفس القانون عقوبة السجن من عام إلى خمسة أعوام وغرامة تتراوح ما بين ألف دينار وألفي دينار.

فيما نص المشرع المغربي في القانون رقم 98 – 16 الخاص بالتبرع بالأعضاء في المادة 13 على أنه « يجوز لكل راشد يتمتع بكامل أهليته ان يعبر و هو على قيد الحياة ووفق الأشكال و الشروط المنصوص عليها في المادة 14، عن إرادته ترخيص أو منع أخذ أعضائه أو أعضاء معينة منه بعد مماته ». كما أشار في المادة 16 على جواز الأخذ من جثة الميث ما لم يعترض حال حياته أو يعترض أحد أفراد أسرته بعد ذلك . و حددت المادة 36 من ذات القانون العقوبة بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات بالإضافة إلى الغرامة

المالية من 30 ألف درهم إلى 300 ألف درهم في حال مخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 14 أعلاه .

- **الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري :**

تطرق المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب إلى المسؤولية الجزائية لكل شخص يقوم بنقل عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، حيث نصت المادة 164 فقرة 2 على أنه « يجوز الإنتزاع من المتوفي إذا عبر أثناء حياته على قبوله ذلك ». كما نصت الفقرة 3 على إمكانية الإنتزاع ، على « أنه يمكن الإنتزاع من الجثة إذا لم يعبر المتوفى حال حياته شرط موافقة أعضاء الأسرة حسب الترتيب التالي : الأب و الأم ، الزوج و الزوجة الابن و البنت ، الأخ و الأخت ، أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة » .

و نصت المادة . 165 على أنه « يمنع الانتزاع من الجثة بهدف الزرع إذ عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته بذلك ».

و عليه إذا قام أي شخص بإستقطاع أحد أعضاء المتوفي دون وجود موافقة منه حال حياته، أو موافقة أحد أعضاء أسرته بعد وفاته ،أو قام بالإستقطاع من جثته إذا وجد إعتراض كتابي ، فإنه تتم مساءلة الطبيب عن هذا الفعل وفقا لنصوص قانون العقوبات حسب المادة 303 مكرر 17 في فقرتها الثانية حيث تنص على أنه " يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة من 500 ألف دج إلى 1.000.000 دج كل

من ينتزع عضوامن شخص ميت» . كما نصت المادة 303 مكرر 19 في فقرتها الثانية على «عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 100 ألف دج إلى 500 ألف دج على كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص ميت» .

و شدد المشرع [1]العقوبة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا تم الإستقطاع من جثة ميت دون توفر شرط الموافقة ، إذا توفر أحد الظروف المشددة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 20 ، و هو الظرف الذي يشير صراحة إلى العاملين في القطاع الطبي. و هم الاشخاص الذين تسهل لهم وظائفهم أو مهنهم ارتكاب الجريمة.

---

[1] تنص المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري : (قانون رقم 09_01 المؤرخ في 25 فبراير 2009)يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 ، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 500.000 دج ، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية :

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية . إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص . اذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعمال ,
- اذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة اجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية .و يعاقب بالسجن من (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 ، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة .

كما شدد العقوبة في حالة ما إذا كان الإستقطاع من الجثة يتعلق بأنسجة أو خلايا أو جمع مواد فتصبح العقوبة الحبس 5 سنوات إلى 15 عشرة سنة و بغرامة من 500 ألف دج إلى 1500 دج .

و من خلال استقراء هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد خص العاملين في القطاع الصحي في مجال الطب بعقوبة مشددة في حالة الإستقطاع من الجثة دون توفر شرط الموافقة مقارنة مع باقي الأشخاص الذين قد يرتكبون هذه الجريمة . بالإضافة إلى ضرورة أن يكون الفاعل مرخصا له بذلك .

الفرع الثاني : مسؤولية الطبيب عند الإستئصال من الجثة دون توفر حالة الضرورة .

سوف نتطرق لموفق التشريعات المقارنة وكذا موقف المشرع الجزائريعلى التوالي.

- **الفقرة الأولى : موقف التشريعات المقارنة**

يعتبر قيام الطبيب بإستئصال الأعضاء من جثة ميت دون توفر حالة الضرورة [1] فعلا يقيم مسؤوليته الجنائية و المدنية. حيث نص المشرع المصري في المادة الثامنة من قانون زرع الأعضاء رقم 05- 2010 على أنه

[1] راجع حالة الضرورة ص 48 من هذه الرسالة.

« يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم ... أن يزرع فيه عضو ... من جسد إنسان ميت و ذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية... » . إلا أنه لم يحدد عقوبة خاصة في حالة عدم توفر حالة الضرورة بل قرر لها عقوبة ضمن المادة 23 من هذا القانون و ذلك بمخالفة أي حكم من أحكام قانون زرع الأعضاء بمعاقبة الجاني بعقوبة الحبس و بغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه و لا تجاوز عشر آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

و يلاحظ أن المشرع المصري قد تطلب موافقة المتبرع – الميت– بمعنى أنه لا يمكن الأخذ من جثة الميت إلا في حالة الضرورة فقط . كما أشارت المادة 24 من نفس القانون إلى إمكانية تطبيق بعض التدابير بالإضافة إلى العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في قانون زرع الأعضاء مثل :

- الحرمان من مزاولة المهنة ما بين سنة و خمس سنوات .
- غلق المنشأة الطبية غير المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء التي ارتكبت فيها الجريمة مدة لا تقل عن شهرين و لا تجاوز سنة و يحكم بغلق المكان نهائيا إذا لم يكن من المنشآت الطبية .

- وقف الترخيص بنشاط زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة في المنشأة الطبية المرخص لها بعمليات زرع الأعضاء لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات و لا تزيد عن خمس سنوات .

غير أن الباحث يرى أن المشرع المصري قد قلص من مجال الأخذ من جثت الأموات و ذلك لاشتراطه الانتزاع في حالة الضرورة فقط بعد موافقة المتبرع الميت حال حياته .بمعنى انه لو توفرت حالة الضرورة و لم تكن هناك موافقة مسبقة من الميت فإنه لا يمكن الإستقطاع من الجثة و بالتالي فما الفائدة من التحدث عن حالة الضرورة .

كما يرى الباحث أن المشرع المصري قد قرر وقف الترخيص عن المنشآت المرخص لها لمدة تتراوح ما بين ثلاث سنوات إلى خمس سنوات مما يدل على غلقها طوال مدة هذه العقوبة فيما قرر غلق المنشأة الغير مرخص لها بإجراء عمليات الزرع لمدة تتراوح ما بين شهرين والسنة غير أنه كان لابد من تشديد العقوبة في حالة المنشأة الغير مرخص لها بدلا من تلك المرخص لها .

ونص المشرع الكويتي في المادة السادسة على جواز النقل من جثة المتوفى لزرعه في جسم حي في حاجة ضرورية لهذا العضو، و اشارت المادة 10 منه إلى عقوبة الحبس التي لا تجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تزيد عن ثلاث آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين. أما

القانون القطري رقم 21 – 1997 فقد فرض في المادة 12 الحبس لمدة لا تقل عن سنتين و لا تزيد عن أربعين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين. [1]

- **الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري.**

نص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات [2] التي تعرضت لوجوب توفر حالة الضرورة عند الإستقطاع من جثة الميت . و هذا في المادة 164 في فقرتها الأخيرة على أنه : « يجوز إنتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفيين قصد زرعها إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون 90- 17 المتعلق بزرع الأعضاء » حيث نصت المادة 2/167 على انه « تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية.».

و يرى الباحث أنه بالرجوع إلى الفقرة 4 من المادة 164 و التي تنص على أنه «يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الحصول على الموافقة المتطلبة إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين، أو كان التأخير في أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع »حيث يتضح أن هذه الفقرة جاءت حصرا إلى إمكانية انتزاع القرنية و الكلية فقط فيما لم يحدد المشرع في الفقرة الأخيرة و المتعلقة بالحالة الاستعجالية للعضو الممكن انتزاعه مما يفيد ضمنا إمكانية إستقطاع أي عضو تستدعي

---

[1] افتكار مهيوب : المرجع السابق ص 427

[2] شعبان خلف الله :المرجع السابق ، ص 83 .

الحالة الصحية الاستعجالية للمريض . مما يستوجب بالمشرع الجزائري إلى تدارك عدم الوضوح في هذه الفقرة .

الخاتمة العامة

شهد العالم قفزة هائلة في مجال الطب لا سيما في الاساليب الطبية الحديثة والتي اختلف فقهاء الشريعة وعلماء القانون حول مدى مشروعيتها ،وتعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من بين هذه الانجازات التي بعثت أملا كبيرا في البشرية بإنقاذ حياة الكثير من المرضى ،غير أنه لا زالت هذه العمليات تبعث في المجتمع تخوفا كبيرا لما قد يترتب عنها من مشاكل وتعقيدات نظرا لخطورتها. وإذا نظرنا إلى هذه العمليات من جانب علاجي فهي لا تثير أيه مشكلة قانونية ما من حيث مشروعيتها باعتبارها عملا طبيا يستهدف مصلحة علاجية للمريض يتم اجراؤها ضمن نصوص قانونية تبيح ممارسة الأعمال الطبية والجراحية.

إلا أن مثار الصعوبة في هذه الأعمال الطبية هو تخلف الغرض العلاجي بالنسبة لمن ينقل منه العضو، هذا الشرط الذي بدونه لا مجال للحديث عن اباحة الأعمال الطبية ،وبما أنه لا امكانية لإجراء عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية دون الحصول على أعضاء من جسم انسان حي أو من جثث الأموات قصد زرعها لإنسان مريض في حاجة إليها، وبالتالي يكون هذا النوع من الأعمال الطبية الجراحية قد تجاوز الأعمال الطبية التقليدية لأنها تمس سلامة جسم شخص سليم لا مصلحة له من وراء ذلك أو انتهاك حرمته بعد وفاته. هذه المصلحة التي تسعى التشريعات المقارنة وكذا الشريعة الاسلامية إلى حمايتها.

وبالتالي تصادمت النصوص القانونية الجديدة المنظمة لهذه العمليات الجراحية مع تلك النصوص التقليدية التي تهدف إلى حماية جسم وجثة الانسان مما دفع رجال القانون وفقهاء

الشريعة إلى اظهار التعاون مع العاملين في الطب لوضع هذه العمليات في اطارها القانوني السليم ،مما يحقق حماية قانونية وشرعية للمتبرع وكذا سعادة البشرية من خلال ضمان علاج المرضى المحتاجين لأعضاء بشرية قصد انقاذهم من الهلاك ومن تم ندخل القانون لإقامة التوازن وتنظيم العلاقة بين أطراف هذه العمليات –المتبرع– الطبيب– المريض. من خلال وضع شروط وضوابط واجبة الاحترام من قبل الاطباء وتحديد المسؤولية المترتبة عند مخالفتها ومن تم التوصل إلى وضع نظام قانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وأمام هذا التطور المذهل للأساليب الطبية اتجه أغلب علماء الشريعة الإسلامية المعاصرين في الوقت الحالي إلى إجازة الانتفاع بأعضاء الانسان الحي أو الميت كلما دعت الضرورة لما يمثله ذلك من معاني الإيثار والأخوة والمحبة بين البشر.

كما سارت أغلبية التشريعات المقارنة على هذا المنوال حيث أباحت هذه العمليات سواء بين الاحياء أو بين الاموات ما دامت الاساليب التقليدية لم تعد تجد نفعا مع المنقول إليه، ولا تتم هذه العمليات إلا بشروط أهمها الحصول على رضا المتبرع كامل الاهلية بالإضافة إلى كون الفائدة المرجوة من وراء النقل أكيدة دون أن يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمتبرع سواء كان الضرر كليا او جزئيا.

كما يشترط أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء وفقا للنظام العام والآداب العامة بحيث يكون محل وسبب الاستئصال مشروعا فلا يجب أن يكون التنازل عن الأعضاء الوحيدة

غير متجددة كالقلب مثلا من شخص حي لأن ذلك يودي بحياته لا محالة، أو نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية منعا لاختلاط الأنساب.

رغم ذلك فإن للمتبرع حق الرجوع عن رضاه في أي مرحلة من مراحل العلاج قبل استئصال العضو منه. دون أدنى مسؤولية عليه ويجب ان تتم هذه العمليات في المستشفيات التي تحددها الدولة، وترخص لها بإجراء هذا النوع من الأعمال الطبية لضمان سير هذه العمليات بشكل سليم وفقا للأصول العلمية والطبية وحتى يسهل ضبطها ومراقبتها. كما ترتكز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على مبدأ مجانية التبرع وهو ما أقرت به معظم التشريعات ذلك أن المستفيد من عمليات نقل وزرع الأعضاء هم الأغنياء بالدرجة الأولى أما الفقراء فهم غالبا الضحايا.

أما بالنسبة للنقل من جثث الأموات قد صار أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة إلى جواز النقل من الموتى لأنه يوفر الأعضاء المنفردة التي لا يمكن الحصول عليها من الأحياء، وكذا باقي الأعضاء الاخرى وهذا وفق شروط وضوابط معينة، بحيث لا يتم الاستئصال إلا بعد التأكد من الوفاة وفق معايير تحديد الوفاة وبعد أن يكون المتبرع قد أوصى بذلك قبل وفاته أو بعد إذن ورثته بذلك مالم يكن قد اعترض على ذلك في حياته.

كما أم بعض التشريعات ونظرا لنقص التبرع بالأعضاء سواء من الأحياء أو من الأموات نتيجة قلة الوعي بأهمية هذا التصرف وقصور دور الإعلام في ذلك تلجأ هذه التشريعات

إلى افتراض رضاء المتوفى مالم يكن قد أبدى اعتراضه على الاستئصال من جثته حال حياته، كما أنه يتم اللجوء إلى الحصول على الأعضاء من مجهولي الهوية أو المحكوم عليهم بالإعدام وفق شروط وضوابط معينة. كل ذلك لتغطية النقص الملحوظ في الحصول على أعضاء بشرية من الأحياء.

وسواء كان نقل وزرع الاعضاء البشرية من الأحياء أو من الاموات فإن مسؤولية الطبيب الجراح تبقى قائمة كلما خالف شروط وضوابط اجراء هذه العمليات. وباعتبار ان الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية تسعى إلى حماية سلامة جسم الإنسان وكرامته حيا وكذا حماية جثته بعد مماته. ورغم غلبة الاتجاه المجيز لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية أو التشريعات المقارنة وكذا مواقف رجال الطب إلا انه يبقى لأصحاب الرأي الرافض لهذه العمليات حججهم وأدلتهم التي لا يستهان بها خاصة إذا نظرنا إلى عزوف الكثير من الناس عن التبرع بأعضائهم سواء كانوا على قيد الحياة أو حتى بعد مماتهم.

ومن خلال ما تقدم فإنه يجب على التشريعات مسايرة هذا التقدم العلمي و عدم النظر اليه على انه اعتداء على مبدأ حرمة جسم الإنسان طالما وافق الأشخاص على التبرع بأعضائهم في سبيل انقاذ آخرين و هذا وفق ضوابط وشروط قانونية صارمة. و البحث في المقابل عن وسائل بديلة لهذه العمليات. كما ان نقص التبرع بالأعضاء البشرية يدفع الجهات المعنية إلى تشجيع الناس على التبرع انطلاقا من اعتبارات انسانية وأخلاقية وبحث

روح التضامن من خلال وسائل الإعلام المختلفة وعقد ندوات ولقاءات تشرح أهمية التبرع بالأعضاء أثناء الحياة أو بعد الممات.خاصة إذا ما لاحظنا أن معدلات نقل وزراعة الأعضاء في ازدياد نظرا لزيادة الوعي لدى الدول الغربية مقارنة بالدول العربية .

وبخصوص التشريع الجزائري الحالي فإنه يجب إعادة النظر في نصوصه حتى يتماشى مع التطور العلمي والطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وكذا ضرورة الإسراع في إصدار قانون تنظيم نقل الأعضاء البشرية من الأموات لضمان تغطية نقص الأعضاء مع ضرورة تحديد الأعضاء القابلة للنقل من الأحياء والنص على استبعاد التبرع بالأعضاء الناقلة للصفات الوراثية . بالإضافة إلى الحصول على توقيع المتبرع حال حياته في حضور شاهدين يختارهما بنفسه و يستحسن أن يكون من أقاربه و أن يتم ذلك أمام مكاتب التوثيق والحصول على موافقة القاصر متى كان قادرا على ابدائها و مدركا لعواقب عملية التبرع . وكذا اعطاء الأبوين فقط أو أحدهما في حال وفاة الآخر حق الموافقة على تبرع ابنه القاصر أو النقل إليه والحصول على إذن الزوج أو الزوجة في حال المتبرع الحي.

كما أنه لا يجوز أن يكون الطبيب الذي عهد إليه إثبات الوفاة من بين المجموعة الطبية التي تقوم بعملية الزرع. استبعادا لكل مصلحة له في إعلان الوفاة قصد استقطاع الاعضاء من الجثة. كما يجب النظر في تكفل شركات التأمين بتغطية نفقات عمليات زرع

الأعضاء البشرية و منح المتبرع وثيقة تأمين مدى الحياة له و لأفراد أسرته الموجودين تحت رعايته.

وفي ختام هذه الدراسة فإن الباحث يرى أن ما تضمنته من آراء واجتهادات فقهية وشرعية ونصوص قانونية مجيزة ورافضة لعملية نقل وزرع الاعضاء تبقى كغيرها من الدراسات السابقة في حاجة إلى مزيد من التمحيص والدراسة والإثراء من طرف باحثين ودارسين لهذا الموضوع خصوصا تلك الجوانب التي لم تتطرق لها هذه الدراسة نظرا لسرعة التطور العلمي والطبي والقانوني في مجال نقل وزراعة الأعضاء .

قائمة المراجع

أولا– المصادر و المراجع العربية:

- **أ : القران الكريم**

- **ب : كتب الحديث و الفقه.**

1. ابن القيم الجوزية : دار المنار للطباعة و النشر ، ط 1 ، 1999

2. ابن عابدين محمد آمين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ،ج 1 ، سنة 1323 هـ .

3. المغنى لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ،ج 1 ، ط1سنة 1405هـ / 1985م.

4. الكاساني علاء الدين أبي بكر مسعود الحنفي : بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية بيروت ج7 ، ط 2 ، 1986.

5. حاشية الشيخ الشلبي :على شرح كنز الدقائق . المطبعة الأميرية ببولاق ، ط 1 . 1337 هـ ج1 .

6. شمس الدين محمد الخطيب الشربيني :مغنى المحتاج إلى معرفة معنى الفكر و المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،1994 .

7. سنن الترميذي لابي عيسى محمد بن عيسى السلمي ،ط/بولاق، 1395، هـ ،ج 7.

8. صحيح مسلم ،دار احياء الثراث العربي بيروت ، كتاب الإيمان ، ج 1.

9. صحيح مسلم بشرح النووي للامام ابي الحسن مسلم ابن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المطبعة المصرية ومكتبتها ،كتاب الجنائز ، ج 7/4 .

ثانيا– المراجع العامة والمراجع الخاصة:

- **أ–المراجع العامة**

10. ابراهيم سيد أحمد : الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها و قضاء – دار الكتب القانونية مصر 2008.

11. أبو زهرة محمد : الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي، ج 1.دارالفكر العربي،القاهرة، 1998.

12. أحمد ادريوش : تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة المنية الرباط ط 1 ، 1995

13. أحمد ادريوش : مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، سلسلة الرسائل الأطروحات الجامعية ، مطبعة و مكتبة الأمنية ، 1989

14. أحمد ادريوش ، العقد الطبي : تأملات حول المشاكل التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه ، منشورات سلسلة المعارف القانونية ، مطبعة الأمنية الرباط، ط1، 2009 .

15. أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، 1983، الكويت .

16. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن :المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي ، المجلد الأول، 2007 .

17. احمد فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الشروق بيروت ط 1984.

18. أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية، ط3 القاهرة 1985.

19. أسامة السيد مدني: مشروعية التصرف في جسم الآدمي، دار النهضة، 1998.

20. اسامة رمضان الغمري : لوائح و قوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2009.

21. أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ،ط2، 1990.

22. اسحاق ابراهيم منصور : شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري.

23. اشرف جابر سيد : التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة ـ دراسة مقارنة ـ القانونيين المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية(دط)،2010.

24. آمال عبد الرزاق:الوجيز في الطب الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية ، 2009.

25. أمير فرج :احكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية و المدنية والتأديبية للأطباء في المستشفيات و المهن المعاونة لهم ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، 2008.

26. اياد مصطفى عيسى درويش : الخطأ في المسؤولية الطبية و المدنية مذكرة نيل دبلوم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة دمشق 2005

27. بسام محتسب بالله و ياسين دركزلي : المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، دار الإيمان ، دمشق ، بيروت، ط1 ، 1984.

28. ثائر جمعه شهاب العاني : المسؤولية الجنائية للأطباء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2013 .

29. جادالحق علي جاد الحق:قضايا معاصرة ، الفقه الاسلامي مرونته و تطوره.

30. جلال الجابري: الطب الشرعي و السموم ,الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، ط 1, 2002 .

31. جودة محمد عواد: عالج نفسك من الأمراض المزمنة، صرح للنشر و التوزيع القاهرة ،ط 1 ، 2011،

32. حسام زيدان شكر الفهاد : الإلتزام بالتبصير في المجال الطبي ـ دراسة مقارنة ـ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013 (د ط)

33. حسن محمود عبد الدائم :الضرورة و أثرها على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة ـ دار الفكر الجامعي ،ط 1 2007 .

34. خالد عبد العظيم أبو غابه : التعقيم وأحكامه –دراسة مقارنة بين الطب والدين والقانون–، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط1، 2008.

35. خالد محمد شعبان : مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفقه الجامعي، الإسكندرية، 2008.

36. رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة، 2007.

37. رايس محمد :نطاق و احكام المسؤليةالمدنيةللاطباءواثباتها، دار هومة ، (دت).

38. رمضان جمال كمال : مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شركة ناس للطباعة، ط 1 ، 2005 .

39. زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن ، دار النشر للجامعات المصرية ـ القاهرة ـ 1951

40. زهير حرج : الحق في الحياة الخاصة ، منشورات جامعة دمشق ، ط 2 ، 2008.

41. زياد درويش : الطب الشرعي، منشورات جامعة دمشق ط 2 ،1996.

42. زينة غانم يونس العبيدي: إرادة المريض في العقد الطبي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،القاهرة،2008 .

43. سليمان ابراهيم سكاكيني : المسؤولية الجزائية للطبيب ، كلية الحقوق بيروت، 2003_2004

44. سهيل يوسف الصويص: المسؤولية الطبية بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث أرمنه للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2004.

45. شريف الطباخ :جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005.

46. شيلان محمد شريف : جريمة الإمتناع عن الإغاثة ، دار الكتب القانونية – مصر دارشتات للنشر والبرمجيات – الإمارات 2013 .

47. صاحب عبيد الفتلاوي ، التشريعات الصحية – دراسة مقارنة – مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، ط 1 ،1997.

48. صفوان محمد شديقات: المسؤولية الجنائية في الأعمال الطبية –دراسة مقارنة–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2011.

49. عادل عبد الحميد محمد الفحال : احكام التصرف في الدم البشري و آثاره في القانون المدني و الفقه الإسلامي . دراسة مقارنة . دار المعارف الإسكندرية، ط 1 ، 2009 .

50. عبد الحفيظ علي الشيمي : تطور المسؤولية الإدارية الطبية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2008.

51. عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط 2 ، 2000 .

52. عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار الفكر العربي القاهرة ط 2 1986

53. عبد الفتاح بيومي حجازي :المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية . 2008

54. عبد الكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية و جزاء الإخلال به " دراسة مقارنة " دار النهضة العربية مصر 2006 .

55. عبد الكريم مأمون:رضا المريض عن الاعمال الطبيةو الجراحية" دراسة مقارنة " دارالمطبوعات الجامعية، مصر 2006 .

56. عبد اللطيف موسى عثمان : موت الدماغ ، قضايا طبية معاصرة القاهرة 2010.

57. عبد الوهاب عرفة : المسؤولية الجنائية و المدنية التأديبية للطبيب و الصيدلي ، المكتب الطبي للموسوعات القانونية الإسكندرية .

58. عبود السراج : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، منشورات جامعة دمشق 2000

59. عصام أحمد محمد: النظرية العامة للحق في سلامة الجسم: دراسة جنائية مقارنة ، المجلد الأول : دار الفكر و القانون ، المنصورة (د ط) ،2008 .

60. علي حسين نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة

61. علي عصام غصن، الخطأ الطبي ، منشورات زين الحقوقية، لبنان ،ط 1 ،2006 .

62. عمار عباس الحسني : حالة الضرورة و أثرها في المسؤولية الجنائية : دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية (دت) ،(دط) .

63. فاروق عبد الرؤوف عبيد : السببية الجنائية بين الفقه و القضاء – دراسة تحليلية مقارنة – دار الفكر العربي ، مصر، ط 1 1984.

64. فتحي محمد أنور عزت : جرائم العصر الحديث ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة ،ط 1 ، 2010.

65. فتوح عبد الله الشاذلي: المسؤولية الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر .

66. فهمي محمود شكري :موسوعة القضاء البريطاني ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، ط 1 ، 2004.

67. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية.1987.

68. محسن عبد الحميد : نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطابع الخط الكويت 1993

69. محمد ابراهيم سعد الناري : موت الدماغ وموقف الفقه الاسلامي منه دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي. الإسكندرية، ط1، 2010.

70. محمد التغدوني : حالة الضرورة في التشريع الجنائي المغربي ، مطبعة الأمنية ،الرباط ، ط 1، 2008.

71. محمد السيد عمران: التزام الطبي بإحترام المعطيات العلمية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية 1992 .

72. محمد المرسي زهرة : الإنجاب الصناعي ـ دراسة مقارنة ـ دار النهضة العربية ، القاهرة ،2008،

73. محمد أوغريس : مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي ـ دراسة مقارنة ـ سلسلة الدراسات القانونية، ط 1.

74. محمد بفقير : مجموعة القانون الجنائي في العمل القضائي المغربي ، منشورات دراسات قضائية ، سلسلة القانون و العمل القضائي المغربيين ط 2 _2011 .

75. محمد حسن قاسم : إثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2004 .

76. محمد حسن قاسم : الطب بين الممارسة و حقوق الإنسان ،دار محمد حسن الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012.

77. محمد حسن منصور: المسؤولية الطبية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

78. محمد سعد خليفة : الحق في الحياة و سلامة الجسد، دار النهضة القاهرة، سنة 1996.

79. محمد شنة : قانون العقوبات البحريني القسم العام ، جامعة البحرين ، ط 1 ، 2003.

80. محمد عبد النباوي : المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء المغرب ، ديسمبر 2003.

81. محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة . دراسة مقارنة . ط 1 القاهرة.

82. محمد عمارة: مبادئ الطب الشرعي ،دار الفكر الجامعي، ط 1 ، 1997.

83. محمد مصطفى القللي: المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ط2 ،1948.

84. محمد موفق عثمان وعبود السراج : رضا المجني عليه في التشريع الجزائري و السوري المقارن ، مكتبة الفتال 1995.

85. محمد نجيب حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني، المجلد الأول، ط 3 بيروت 1998 .

86. محمد واصل : المدخل إلى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الحقوق ،2011.

87. محمد يوسف ياسين – المسؤولية الطبية – مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا ، فقهاء ، اجتهادا ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003 .

88. محمود ابراهيم محمد مرسي : نطاق الحماية الجنائية للميؤوس من شفائهم و المشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، دط، 2009

89. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية ط 2 1994

90. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ط5 ،1981

91. مديحة فؤاد الخضري و أحمد بسيوني أبو الروس ، الطب الشرعي و مسرح الجريمة و البحث الجنائي ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية،ط 1 ،2005

92. مزهر جعفر عبد: جريمة الإمتناع ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، ط 1 ، 1999 .

93. مصطفى العوجي: القانون الجنائي العام ، ج 2 المسؤولية الجنائية، ط 2، بيروت، 1992.

94. ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي : النظام القانوني لممارسة الطب البديل و المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2005.

95. منير رياض حنا : الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوروبية و الأمريكية ، دار الفكر الجامعي ، مصر، ط 1 ، 2008.

96. منير رياض حنا : المسؤولية الجنائية : للأطباء و الصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

97. نجيب حسني: الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة 1977 .

98. نزيه صادق المهدي: الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة.

99. هشام عبد الحميد فرج : الأخطاء الطبية ، مطابع الولاء الحديثة ، 2007.

100. هشام محمد مجاهد القاض: الإمتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي –دراسة مقارنة– دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ط1، 2007 .

- **ب –المراجع الخاصة:**

101. ابراهيم صادق الجندي: الموت الدماغي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض ط 1 ، 2001

102. أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي و الطب الحديث – دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية – دار النهظة العربية القاهرة ط5 ، 2007.

103. أحمد محمود سعد: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ،دار النهضة العربية ، ط1، 1986.

104. ادريس عبد الجواد عبد الله : الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء _ دراسة مقارنة _كلية القانون ، ليبيا ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 .

105. أسامة فهاد رفعت و آخرون : نقل الأعضاء البشرية بين الطب و الشريعة و القانون ، سلسلة المائدة الحرة بيت الحكمة 2000 .

106. افتكار مهيوب ديوان المخلافي : حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي و القانون المدني – دراسة مقارنة – مكتبة شادي مصر، 2006 .

107. أمير فرج يوسف : الموت الإكلينيكي زرع و نقل الأعضاء و الدم و العلاج بالخلايا الجذعية ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 2011.

108. ايهاب مصطفى عبد الغني : الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ط 1، 2011.

109. باسم شهاب : الجرائم الماسة بكيان الإنسان ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2011 .

110. جاري بسمه و الذهبي ثورية : التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون . دراسة مقارنة . كوكب العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر ، ط1 ، 2011 .

111. بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ط 1 ، 2009.

112. حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، جامعة عين شمس، مصر، 1975 .

113. حسام زيدان شكر الفهاد : الإلتزام بالتبصير في المجال الطبي دراسة مقارنة الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2013 (د ط)

114. حسن على الشاذلي : حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، دار التحرير، 1989.

115. راميا محمد شاعر : الإتجار بالبشر قراءة قانونية اجتماعية ، منشورات الحلبي، ط1 ، سنة 2012.

116. رجاء ناجي مكاوي: نقل و زرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان و جثته دراسة مقارنة بين القانون المغربي و المقارن و الشريعة الإسلامية، سلسلة اعرف حقوقك 2.

117. سعاد سطحي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دراسة فقهية قانونية ، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع بيروت ط 1 ،2007.

118. السيد عتيق : القتل بدافع الشفقة ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

119. صابر محمد محمد سيد: محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2008.

120. صفوت حسن لطفي :أسباب تحريم نقل و زراعة الأعضاء الآدمية ،القاهرة، 1999.

121. طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ،دراسة مقارنة . دار النهضة العربية . القاهرة ط 1 ، 2001

122. عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط 1، 2000.

123. عبد القادر الشيخلي: جرائم الاتجار بالاشخاص و الاعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة و القوانين العربية و القانون الدولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009.

124. عبد السلام عبد الرحيم السكري : نقل و زراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي ، دار المنار للنشر و التوزيع، ط1، القاهرة،1988.

125. عبد العزيز خليفة القصار : حكم تشريح الإنسان بين الشريعة و القانون – دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ط 1 ، 1999.

126. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان : مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي– دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2005 .

127. علي محمد علي احمد : معيار تحقق الوفاة – الموت الرحيم – دار الفكر الجامعي الإسكندرية ط 1 2007.

128. كامل عبد العزيز محمد علي : الجوانب القانونية و الشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط 2007 .

129. ماروك نصر الدين : نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – ج1 ، ك 1 دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر، ط 2003 .

130. ماروك نصر الدين : نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – ج1 ، ك 3 دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر، ط 2003 .

131. **محمد ابراهيم سعد الناري : موت الدماغ و موقف الفقه الإسلامي منه ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 1 2010 .**

132. محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني: مفتاح الكرامة، مطبعة الشورى ، مصر 1326 هـ ، ج1.

133. محمد المدني بوساق : موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ،دار الخلدونية ، الجزائر، (د ط) 2009 .

134. محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، القسم الأول مكتبة الفارابي دمشق ، ط5،1994.

135. محمد أحمد الشربيني " نظرة في مشكلات زرع الأعضاء و استئجار الأرحام و الاستنساخ".

136. محمد صلاح الدين محمد محروس: نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الإباحة و التحريم ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة.

137. محمد عبد اللطيف عبد العال : اباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء و مشكلاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

138. محمد علي البار : الفشل الكلوي و زرع الأعضاء و ، الأسباب و الاعراض و طرق التشخيص ، دار العلم ، دمشق و الدار الشامية بيروت ، ط 1 . 1992

139. محمد علي البار : موت القلب أو موت الدماغ ، الدار السعودية للنشر و التوزيع ، الطبعة 1 1986.

140. محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار العلم دمشق و الدار الشامية بيروت ط1 1994.

141. محمد نجيب عوضين المغربي : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة (د ط) ،2000 .

142. محمود ابراهيم محمد مرسي : نطاق الحماية الجنائية للميؤوس من شفائهم و المشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات (د ط 2009) .

143. محمود أحمد طه : المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية مركز الدراسات والبحوث (د ت).

144. محمود السيد عبد المعطي خيال : التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء ، الإسراء للطباعة ،جامعة حلوان ، مصر.

145. منال موسى: كشف الإثم و الضراء في بدعة زرع الأعضاء ، مكتبة التوعية الإسلامية، ط1،2010.

146. نسرين عبد الحميد نبيه : نقل و بيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، دار الوفاء الدنيا، الطباعة و النشر الإسكندرية ط 1 ، 2008 .

147. نور الدين الشرفاوي الغزواني : زرع الأعضاء البشرية دراسة قانونية مقارنة، مطبعة أولمبيا – القنيطرة المغرب، 2000.

148. هدى حامد قشقوش : القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة القاهرة ط 2، 1996.

- **ج–الرسائل والمذكرات:**

*** رسائل الدكتوراه.**

149. أحمد عبد الدايم: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، رسالة دكتوراه ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،1999.

150. أحمد عبد الله محمد الكندري : نقل و زراعة الأعضاء – دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ، مصر ، 1997 .

151. أحمد محمد العمر : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التحريم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، رسالة دكتوراه .كلية الحقوق، جامعة القاهرة .

152. بوشى يوسف:الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا– دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان ،2012-2013.

153. حسني عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان.

154. السعدني علي شويشة : القتل بدافع الشفقة . دراسة مقارنة بالشريعة . رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا . 2010.

155. سميرة أقرور : المسؤرولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2010 .

156. شوقي زكرياء الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2001.

157. عصام فريد العدوي : نطاق الشريعة الجنائية في التصرف في اعضاء الجسم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1994

158. فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود :الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة .

159. محمد أمين متولي عبد الحميد: المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2002.

160. محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ،رسالة دكتوراه ، مكتبة الصحابة ، الإمارات مكتبة التابعين القاهرة ، ط 3 ، 2004.

161. محمد صبحي محمد نجم : رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ط 1، 2001.

162. محمد صلاح الدين :نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التحريم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، رسالة دكتوراه . كلية الحقوق ، جامعة القاهرة،

163. محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، دار الجوهري للطباعة و النشر، 1951.

*** مذكرات الماجستير:**

164. ابراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا: نقل الأعضاء بين الشريعة و القانون ، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

165. ابراهيم يوسف هرموسي: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة رسالة ماجيستر ـ كلية الحقوق ، جامعة دمشق 2002 .

166. هيثم حامد المصاروة : نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة ـ دراسة مقارنة ـ كلية القانون ، جامعة عمر المختار ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003 .

167. خالد محمد العويد الزغيبي :خطأ الطبيب و المسؤولية الجنائية ، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة ـ 2003.

168. راشد ابراهيم الشاشاني : حقوق المتبرع في عمليات نقل الأعضاء البشرية في النظام القانوني الأردني ـ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، جامعة الأردن ، جانفي 2008.

169. رياض محمد خلفان بلهول: نقل وزرع أعضاء جسم الإنسان بين التجريم و الإباحة ، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق ، جامعة طنطا القاهرة ، 1998.

170. سميرة أقرور – مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية في النظامين المغربي و المصري – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير –كلية الحقوق جامعة القاهرة – 2004 .

171. سنا يحي ناجي الرافعي: نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء القانون و الشريعة ، دبلوم قانون خاص كلية الحقوق ,جامعة بيروت , 2005 .

172. صفا محمود رستم السويلمين: المسؤولية المدنية للطبيب ونقل وزراعة الأعضاء بين المشروعية والقانون، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ماي 2001.

173. عماد محمد صالح العثامنة :القتل بدعوى الرحمة – دراسة فقهية قانونية مقارنة رسالة ماجيستير ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية قسم الفقه واصوله – جامعة البرموك 2006 .

174. فتون علي خير بك : مسؤولية الطبيب عن خطأه الطبي ، مذكرة ماجيستير ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق.

175. كريمة أسامة رامي السراج : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دبلوم الدراسات العليا ، القانون العام كلية الحقوق، جامعة بيروت، 2006.

176. مارغريت علي مشيك :عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الناحية الجنائية ,كلية الحقوق, جامعة بيروت (د ط)، 2005.

177. مجدي فتحي حسين مصطفى نجم : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة ـ دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجيستير ، معهد الدراسات العربية ، قسم القانون ، القاهرة (د ت).

178. محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، دار الجوهري للطباعة و النشر، 1951.

179. محمد نايف حيدر : المسؤولية الجزائية للأطباء ، بحث لنيل شهادة دبلوم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بيروت ، أيار 2005.

180. موفق علي عبيد : المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، رسالة ماجستير ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1998.

181. ندى عبد الودود محمد عمر : التصرفات الواردة على عملية نقل الأعضاء البشرية و زراعتها ـدراسة مقارنة ـ رسالة ماجيستير كلية الحقوق جامعة عدن، 2007.

182. هدى سالم محمد الأطرقجي: مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ، رسالة ماجيستير ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، ط 1 2001 .

183. يوسف جمعة يوسف الحداد : المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء و القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة، رسالة ماجيستير، منشورات الحلبي الحقوقية.

- **ثالثا–البحوث و المقالات:**

184. ابراهيم دراجي : مواجهة الإتجار بالاشخاص في القوانين و التشريعات السورية ، دراسة مقارنة اقامتها المنظمة الدولية للهجرة دمشق 11 – 12 – 2005 .

185. أحمد أبو الفتوح: بيع الأعضاء في ميزان المشروعية.

186. أحمد شرف الدين : زراعة الأعضاء في القانون ، مجلة الحقوق و الشريعة الكويت ع 2 ، س 1 ، 1977

187. أحمد عبد الكريم سلامة: نقل الأعضاء البشرية ، مجلة الأحمدية ، ع 7 ، دبي، 2001 .

188. بن صغير مراد : مدى التزام الطبيب باعلام المريض ،مقال في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد خاص ، رقم 1،2008.

189. بكر نور : أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية تحقيق صحفي بعنوان – الوفاة الإكلينيكية لا تكفي–. منشور بجريدة الأهرام المصرية، في 11- 6- 1996.

190. تدرسيت كريمة : تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية. كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد خاص ، رقم 1،2008.

191. جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة مجلة القانون والاقتصاد ع 68، جامعة القاهرة كلية الحقوق 1998.

192. جابر محجوب علي : دور الارادة في العمل الطبي ، دراسة مقارنة ، مجلة القانون و الإقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ج 3 ، ع 70 ، 2000

193. جابر محجوب علي :" دورة الإرادة و العمل الطبي دراسة مقارنة مجلة القانون و الإقتصاد ع 72، ج 4، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 2002

194. جاد الحق على جاد الحق، حكم الميت ، مجلة المحاماة المصرية ع897 س60 القاهرة 1980.

195. حسام الدين الأهواني نحو نظام قانوني لجسم الإنسان بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ع1، السنة 40/جانفي/1998.

196. حسن الشاذلي و عبد الفتاح إدريس: حكم التداوي بالمحرمات، بحث فقهي مقارن ، ط 1 ، 1993.

197. حسن على الشاذلي : بحث انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا

198. حسنين إبراهيم صالح عبيد ، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، ع2 .المجلد السابع عشر 1977 .

199. حسنين إبراهيم صالح عبيد ، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، ع2 .المجلد السابع عشر 1977.

200. حمليل صالح ، المسؤولية الحزائية للطبيب " دراسة مقارنة " الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، جامعة مولولد معمري ، تيزي وزو الجزائر عدد خاص 1

201. خلفي عبد الرحمن : الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في اطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء ، مقال بالمجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية،كلية الحقوق ، جامعة تيزى وزو، 2008.

202. درياس زيدومة : محاضرات في قانون العقوبات القسم الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2009 – 2010 .

203. دلال فريد و مختار عبد الجليل : المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، مقال بمجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر ،العدد الثالث 2007 .

204. رانيا بارود : برنامج الحل بأيدك ، قناة الجديد اللبنانية ،بتاريخ 01– 05-2007 .

205. رياض الخالي: المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف في أعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية القومية/ المجلد 14، عدد 1، مارس 1971.

206. سليمان الأشقر :نهاية الحياة بحث مقدم في ندوة الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع3، ج2، 1987.

207. سي يوسف زاهية : الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية ،مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، ع 1 .2008

208. شهيدة قادة: التزام الطبيب بإعلام المريض –المضمون والحدود وجزاء الإخلال بحث منشور في موسوعة الفكر القانوني، ج1، الجزائر 2002.

209. صديقة علي العوضي : زراعة الأعضاء التناسلية للمرأة و الرجل بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة عن رؤية إسلامية لزراعة الأعضاء البشرية من 23 – 26 أكتوبر 1989 الكويت

210. صفوت حسن لطفي : اسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، بحث مقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة في القانون الجنائي، تضمنها مركز البحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين ،كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، نوفمبر 1993.

211. طارق البشري : نقل الأعضاء في ضوء الشريعة و القانون ، مجلة حصاد الفكر ع 113 سبتمبر 2001 .

212. عادل عبد اللطيف: شبكةلبيع الأعضاء البشرية على الأراضي المصرية، مقال منشور بجريدة الاهرام العربية ع 582 بتاريخ 2008/05/17.

213. عادل عبد اللطيف: شبكة الأعضاء البشرية على الأراضي المصرية، مقال منشور بمجلة الحوادث القطرية العدد 7789 بتاريخ 2009/10/03.

214. عبد الحميد سحبان :زرع الأعضاء البشرية بين المنظور الطبي و الشريعة الإسلامية ، المعرفة للجميع، سلسلة شهرية ،ع 8 ، د.ت .

215. عدنان ابراهيم سرحان : مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ،بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ج 1 المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000 .

216. فايز الظفيري : نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت ع 2 السنة الخامسة و العشرون يونيو 2001 م

217. فتحي إبراهيم بيوض: خطر بيع الأعضاء أو شرائها (عقوبات رادعة) مقال منشور بمجلة الحوادث القطرية ع 7783 بتاريخ 2009/10/03

218. فوزية عبد الستار – تقرير مقدم إلى ندوة الأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي .

219. لؤي عبد الرؤوف الخليلي :حكم زراعة الأعضاء المستأصلة في حد أو قصاص.

220. محمد محمد اسماعيل فرحات : رؤي شرعية في بعض المسائل الطبية. د.ت.

221. محمد محمد إسماعيل فرحات : مسألة إنتفاع الإنسان بأجزاء غيره و هو على قيد الحياة :بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ع 2 ،السنة 41 ، يوليو 1993.

222. محمد البار : موت الدماغ، بحث مقدم لمجلس مجمع الفقه الاسلامي المؤتمر الثالث، الأردن 1986 منشور في مجلة المجمع ،الجزء 2 ،العدد3، 1987.

223. محمد الشحات الجندي : زرع الاعضاء الآدمية من منظور اسلامي ، بحث مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر ، في03 -10-2009 الأزهر الشريف ، مصر .

224. محمد متولي الشعراوي : " الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها، مقال نشر في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226 ،بتاريخ 27 جمادى الاخر ،1407 .

225. محمد متولي الشعراوي :الحكم الشرعي في مسألة نقل وزراعة الأعضاء ، مقال منشور بمجلة اللواء الإسلامي، بتاريخ 26 –01 – 1987 .

226. محمد نعيم : أبحاث طبية في قضايا معاصرة ، بحث حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية المعطيات الطبية، دار النقاش للنشر و التوزيع ،عمان ،الاردن ، 1995.

227. محمد نعيم ياسين ، بداية الحياة و نهايتها، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ،السنة 8 ،العدد 4 ، ديسمبر ، 1985.

228. محمود على السرطاوي : بحث منشور بمجلة دراسات ،الصادر عن الجامعة الأردنية ،المجلد 12 . ع 3 جمادى الآخرة 1405 .

229. منصور بن عامر المعايطة : المسؤولية المدنية للأطباء عن اخطائهم الطبية،مجلة البحوث الأمنية، مركز البحوث و الدراسات ، كلية الملك فهد الأمنية ، المجلة 10 ، ع 20 ،مارس 2002 .

230. نادر شافر، الإطار القانوني لوهب الأعضاء والأنسجة البشرية، تفاقم ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية بسبب الفقر والجشع.

231. هيدلي احمد : الحماية الجنائية لحق المريض في الإعلام ، مجلة العلوم القانونية الإدارية ، جامعة سيدي بلعباس، ع 5.

232. تفاقم ظاهرة الإتجار في الأعضاء البشرية بسبب الفقر والشجع .

233. جريدة الأخبار المصرية الصادرة بتاريخ 09. 02 . 1989.

234. جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 27 – 7 _ 1992.

235. جريدة الأهرام بتاريخ 31- 01 – 1977

236. جريدة الخبر اليومية الجزائرية بتاريخ الجمعة 20 جانفي 2012 .

237. جريدة الشروق اليومية الجزائرية عدد 2304، يوم 19 ماي، 2008.

238. جريدة الشروق اليومية الجزائرية عدد، 2296 ، يوم 10 ماي، 2008 .

239. جريدة المسلمون عدد رقم 232 بتاريخ 11-12-1409 هـ، السنة الخامسة، مقالا تحت عنوان "طفل بلا مخ و لكنه يعيش و ينمو و يضحك ". .

240. صحيفة الاهرام العدد 41139 الصادرة بتاريخ 26-7-1999 مقال تحت عنوان " الملك الراحل كان ميتا إكلينيكيا عند نقله الى المستشفى".

241. صحيفة الأهرام بتاريخ 13 -05- 1998 .

242. صحيفة الجمهورية المصرية، بتاريخ 5 جانفي 1989مقال بعنوان " تعود للحياة بعد موتها " .

243. مجلة اتحاد الجامعات العربية العدد 4 اكتوبر 1996 .

244. مجلة الأزهر لسنة 56 – ج 4 .

245. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع 4 سنة 1 فبراير، مارس ، أبريل 1990.

246. مجلة الحوادث القطرية، العدد 7783 بتاريخ 3 – 10 – 2009.

247. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 02 لسنة 1996 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 1998 .

248. مجلة المحامون السورية ، زراعة الأعضاء في القانون ، بحث منشور في العدد 53 بتاريخ 07.9. 1988

249. مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، توصيات مؤتمر الطب الاسلامي، تحت عنوان " الحياة الانسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الاسلامي " المنعقد في ربيع الثاني 1405 هـ بالكويت ، ع3 ،ج2

250. مقابلة للباحث مع الدكتور جودة محمد عواد، أخصائي مناعة و تغدية بالقاهرة حول نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة بتاريخ جانفي2008. القاهرة مصر.

251. موت الدماغ المأزق والحل ، بحث مقدم للمنظمة الاسلامية للعلوم الطبية ، ندوة التعريف العلمي الطبي للموت . 1417 هـ

- **رابعا–الفتاوى والقرارات الشرعية :**

252. فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر الصادرة في 20-04-1972.بشأن حكم نقل الدم وزرع الاعضاء.

253. فتوى أبو عبد السلام الجزائري المؤرخة في 21 – 03 – 2007 بشأن نقل وزراعة و بيع أعضاء جسم الإنسان حيا أو ميتا .

254. فتوى الشيخ حسن مأمون بشأن نقل عيون الموتى إلى الأحياء رقم (1087) .

255. فتوى الشيخ عبد العزيز باز بعدم جواز التبرع بأعضاء الميت لأن في ذلك تلاعبا بأعضائه وامتهانا له.

256. فتوى جاد الحق بتاريخ 05 .12 . 1979 بجواز أخد الأعضاء من الموتى وفقا للضوابط الشرعية.

257. فتوى ديوان التدوين القانوني رقم 973/175 الصادر بعدد ج 2/63 بتاريخ 07_07_1972 المتعلقة برضا المريض.

258. فتوى حسن مأمون : بشان نقل عيون الموتى إلى الأحياء رقم 1087 .

259. فتوى وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية بالكويت رقم 132 _89 .

260. فتاوى شرعية :محمد السيد الطنطاوي، منشورة في جريدة الأهرام ،بتاريخ 9/ 1989/2.

261. فتاوى شرعية :محمد السيد الطنطاوي، منشورة في جريدة الأهرام ،بتاريخ 9/ 1989/2.

262. قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة في 19 /28 يناير 1985 .

263. قرار مجمع الفقه الإسلامي بجواز رفع جهاز الإنعاش عن المريض رقم 5 مؤرخ 16 – 10 – 1986 بعمان.

264. المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد بالقاهرة عام 1987 .

265. قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي- الدورة الرابعة - المملكة العربية السعودية بتاريخ 6-11 فبراير 1988.

266. قرار مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة من 17 - 23 شعبان 1410 الموافق ل: 20-3-1990 م.

267. قرار المجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي الدورة العاشرة المنعقد في 24- 2 – 1408 هـ .

268. الندوة الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 22 – 24 ماي 1995 .

269. توصية مؤتمر الطب الإسلامي حول الحياة الانسانية بدايتها و نهايتها في المفهوم الإسلامي ، المنعقدة في ربيع الثاني 1405 هـ بالكويت ، مجلة الفقه الإسلامي ع 3، ج 2.

270. أعمال ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي المنعقد خلال الفترة 23 24 نوفمبر 1993 بكلية الحقوق، بجامعة بالقاهرة.

271. محمد علي البار : ما الفرق بين الموت الإكلينيكي و الموت الشرعي ، قرار الندوة الوطنية المنعقدة ، في أمريكا في أوت 1980 منشور على الموقع http// www.islam set.

272. المؤتمر الإسلامي بماليزيا في أبريل 1969

- خامسا- **التشريعات والاوامر والمراسيم**

– أ –القوانين والاوامر والمراسيم الجزائرية

273. الدستور الجزائري لعام 1996 المعدل والمتمم

274. الامر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

275. قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 1984/07/09 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 بتاريخ 2005/02/27.

276. مدونة أخلاقيات الطب الجزائري الصادرة بالمرسوم التنفيذي رقم 92-276 ممضي في 06 يوليو 1992 الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو1992.

277. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1995 الموافق لجمادى الاول عام 1405 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 سنة 1985 المعدل والمتم.

278. القانون الجزائري رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير 2001 معدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات

279. االقانون الجزائري رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة عان 1425 هـ الموافق 6 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين.

280. قانون رقم 09_01 المؤرخ في29صفر 1430الموافق 25 فبراير 2009 يعدل ويتمم الامر رقم 66-156المؤرخفى18صفر1386الموافق08يونيوسنة 1966المتضمن قانون العقوبات.

281. المرسوم التنفيدي الجزائري رقم 12-167 المؤرخ في 05-04-2012 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها.

282. قرار المجلس الأعلى بتاريخ 3-10-1989 تحت عدد 7329 في الملف عدد 87/8388 منشور، مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية 61.

283. الإجتهاد القضائي الصادر من المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ملف رقم 128892 بتاريخ 26- 12 – 1995 .

-ب- القوانين الاجنبية و الاحكام القضائية

284. الدستور المصري لعام 1971.

285. الدستور الطبي الأردني رقم 13 ـــــ1972.

286. قانون الصحة العامة الأردني رقم 21 لسنة 1971

287. القانون الأردني المعدل لقانون الإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 07 – 1980.

288. القانون الأردني رقم 23 –1977 الخاص بالإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان المعدل بالقانون رقم23 – 2000 .

289. مدونة القانون الجنائي المغربي

290. القانون المغربي رقم 98 - 16 لسنة 1999 المتعلق بالمتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخدها وزرعها

291. القانون المغربي المؤرخ فى 26 فبراير 1960 المنظم لمزاولة مهنة الأطباء و الصيادلة .

292. المرسوم التنفيذي المغربي رقم 92-276 المؤرخ عام 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 سمي مدونة أخلاقيات الطب.

293. القانون التونسي رقم 21 لسنة 1997 بشأن تنظم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

294. القانون السوري رقم 31 لسنة 1972 المؤرخ في 23-08-1972 الخاص بنقل الأعضاء.

295. القانون السورى رقم 23 لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء الجسم المعدل بمقتضى القانون 23-2000.

296. القانون العراقي رقم 60 – 1971 الخاص نقل و زرع الكلى الملغى بالقانون رقم 85 – 1986 الخاص بقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية .

297. القانون العراقي رقم 85 – 1986 بتاريخ 28- 8 – 1986 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية.

298. القانون القطري رقم 21 لعام 1997 بشأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية

299. القانون الكويتي رقم 55 – 1987 بشأن زرع الأعضاء البشرية .

300. القانون الكويتي رقم 7 – 1983 بشأن عمليات زراعة الكلى للمرضى.

301. قانون دولة الامارات العربية المتحدة رقم 15 لسنة 1993م في شان تنظيم نقل وزراعة الاعضاء البشرية

302. قانون العقوبات المصري رقم 58 / 1937 م .

303. القانون المصري رقم 415 – 1954 في شان مزاولة مهنة الطب

304. قانون بنك العيون – المصري – رقم 103 -1962 في شأن اعادة تنظيم بنوك العيون و مصادرها، و شروط الحصول عليها

305. لائحة آداب المهنة المصري رقم 234 لسنة 1974

306. القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الاعضاء البشرية.

307. قانون واجبات الطبيب و الأم التونسي رقم 496/ 1973 المؤرخ في 20_10_1973 .

308. المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 لسنة 1981 الخاص بأخذ الأنسجة و الأعضاء البشرية .

309. قانون الآداب الطبية اللبناني الصادرة بالقانون رقم 288 في 22 -02- 1994 .

310. قانون مزاولة المهن الصحية اليمني رقم 32 - 1992 .

311. قانون العقوبات اليمني رقم 12 العام 1994.

312. قانون مزاولة المهن الطبية و الصيدلانية اليمني رقم 26 لسنة 2002.

313. نظام مزاولة المهن الصحية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م- 9- المؤرخ في 01 - 04 - 1926هـ

314. دليل اجراءات زراعة الاعضاء السعودي بموجب قرار من وزير الصحة في 29-01-1981

315. القانون المدني العربي الموحد المعتمد من طرف وزراء العمل العرب بالقرار رقم -228 - 12 .

316. القانون الجنائي السوداني 1991.

317. قانون أخلاقيات مهنة الطب البشري الفرنسي الصادر فى 28-06 -1979.

318. قانون الصحة الفرنسي رقم 2004- 800 بتاريخ 6- 8- 2004 .

319. القانون الأرجنتيني رقم 21541 الصادر بتاريخ 21-3- 1977.

320. لقانون الإسباني لزراعة الأعضاء لسنة 1980

321. القانون الإيطالي رقم 458 – 1967 لنقل الكلى بين الأحياء .

322. القانون التشيكوسلوفاكي لزراعة الأعضاء رقم47 الصادر في عام 1966 .

323. قانون العقوبات السويسري 1937.

324. القانون الخاص بالأنسجة البشرية human tissue actا لصادر في 27_ 07 _ 1961

325. القانون الخاص بنقل الأعضاءhuman organ transplants 27 _ 07 _ 1987

326. قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ 19-11-90 تحت عدد 356 في الملف عدد 90/193-167 منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 9 .

327. طعن مصري 1927 لسنة 37 ق جلسة 20 _ 2 _ 1968 س 19.

328. نقض مصري 13 – 12 – 1960 مجموع الاحكام س 11 رقم 176 .

329. نقض مصري 18– 2 – 1952 مجموعة أحكام النقض س 3 .

– سادسا – الاتفاقيات والمؤتمرات والندوات

330. الاتفاقيات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية لدول مجلس أوروبا المؤرخة في 11.04.1950.

331. الاتفاقية التي أعدها مجلس أوروبا و اللجنة الأوروبية في 4 أبريل سنة 1997 و المسماة اتفاقية أوفيدو OVIEDO .

332. الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966.

333. اتفاقية محاربة التمييز العنصري الموقعة بتاريخ 4/ 11 / 2000 .

334. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 12.10. 1948.

335. اعلان حقوق المريض الصادر في الولايات المتحدة عام 1972 .

336. اعلان ميثاق حقوق وواجبات المريض الصادر في فرنسا في 14 – 01 – 1974 بالمرسوم رقم 74 – 27 .

337. ميثاق المريض الصادر عن لجنة المستشفيات و المجموعة الأوروبية بتاريخ 9 – 05 – 1979 و المتبنى سنة 1981.

338. ابراهيم دراجي : مواجهة الإتجار بالأشخاص في القوانين والتشريعات السورية .دراسة مقارنة . اقامتها المنظمة الدولية للهجرة ،دمشق 12.11أيلول 2005.

- **سابعا– المراجع باللغة الأجنبية:**

1. ABDULDAYEM (Ahmed) : Les organes du corps humains dans le Commerce juridique, publication juridique Alhalabi, Beyrouth.

2. Bernardins (Christophe) : les droits du malade hospitalisé éditions heures de France , paris . 2006

3. BOISSIER-RAMBAUD (Claude), Georges HOLLEAUX, La résponsabilité juridique de l'infirmière, 6ème édition, Lamarre, Paris, 2002.

4. Bouzat et pinatel : traite de droit pénal et de crimonoligie1963, paris n 309.

5. Briemont (G): les problèmes juridiques poses par les prélèvement d'organes sur le cadavre j. t 1971

6. Catherine Chabert – Peltat .et Alain Bensoussan ; les biotechnologies l'éthique biomédicale et le droit , Hermes.

7. Charles Susanne: leuthanasie ou la mort assistée, Édition : Bruxelles : Institut royal des sciences naturelles de Belgique 1971

8. DELPRAT (Laurent), Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris, 2004.

9. DOLL : le droit de disposer du cadavre a des fins therapeutiques est scientifiques .

10. DORSNER-DOLIVET (Annick), La résponsabilité du médecin, Economica, Paris, 2006.

11. DUPOUT (Marc), Claudine ESPER, Christian PAIRE, Droit hospitalier,3ème édition, Dalloz, Paris, 2001

12. Fensh . f « le corps des mourants , objet de convoitises et d'oppressions , 1980.

1. FOURGRAUX ,J , CH , ET PY , J « A PROPOS DES GREFFES DU COEUR : GARANTIERS JURIDIQUES , INDISPENSABLES POUR LES GREFFES D'ORGANES » GAZ PAL 1968 DOCT 2.94.
2. François VIALLA, LES GRANDES DECISIONS DU DROIT MEDICAL, édition Alpha, France, 2010.
3. Graut Reanaud « Reanimation, Arrét Cardio-Réspiratoire et fin de vie : Comprendre de quoi nous parlons», in éthique, médecine et société, sous la direction de Emmanuel HIRSCH, Espace éthique, 2007.
4. Hannouz.Mourad ,khadir mohammed la medecine de contrôle et d'expertise.o.p.u 2003. Algerie
5. Igor Barre / Etienne Lalou :le dossier confidentiel de l'euthanasie Edition Stok– paris 1975.
6. J. savatier les problemes des greffes d'organes prélevés sur un cadavre . Receuil Dalloz sirey ,paris 1968 – 18
7. J'ean – LUC faganart, isabelle , lutte bruylant – bruxelles actualités de droit medical 2006
8. KUSS (René), Pierre BOURGET, Une histoire illustré de la greffe d'organes, la grande aventure du siècle, Frison Rocha, Paris, 1993.
9. Larence Burnet : Le Medecin et la mort /Le Medecin et le mort fin de vie et prélévement d'organes . article présenté au colloque organisé le 27 – 04 – 2006 nouvelles frontieres de la santé .nouveaux RÔles et responsabilités du médecin .
10. Leroy Natalie organes humains prélèvements , dons ‹ transplantation Edition ESKA paris 1999
11. Louis. Dubouis, la protection Européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine, Française, Paris, 2001.
12. Malicier (D), (A) Miras, (P) FEUGLET, (P) Faivre, La résponsabilité médicale, 2ème édition, ESKA, Paris, 1999.
13. Marie-Laure Moquet-Anger : Droit Hospitalier. Edition Alpha, 2010.
14. nefussy – Leroy (Natalie), organes humains (prélévements, dons, transplantation), édition ESKA, Paris, 1999

15. PENNEAU (Jean), La responsabilité médicale, Sirey, Paris, 1977.

16. SAVATIER ET AUTRE : TRAITE DE DROIT MEDICAL . PARIS ; 1956 .

17. Savatier : les problème juridique des transplantation d'organes humains¨ j .c.p 1969 I.doct. 2247 .

18. sophie hocquet – berg bronopy – collections droit profesionel heures de France , 2006 .PARIS

19. Stephanie Porchy- Simon Revirement de la cour de cassation quant à la sanction du défaut d'information du patient, jcp N°28-29-12 juillet 2010.

20. Valevie Malabat, Droit Pénal Spéciale, 6éme Edition, Dalloze 2013.

21. vidal et mangol , cours de droit criminel et sciences pénitentiaire paris , cujas , 1947

- **ثامنا– الرسائل باللغة الأجنبية:**

22. B .GUENOT du consentement nécessaire au médecien pour pratiquer une opération chirurgicale ,…thése paris 1904.

23. b .robert,la responsabilité civiledes medecine et la jurisprudence actuelle ,thése lyon1934.

24. Charaf el dine Ahmed droit: de la transplantation d'organes étude comparative thèse paris 1975 .

25. HAKEM (Ahmed Reda), La mort aspects médico-légaux, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en sciences médicales, Institut national d'enseignement supérieur des sciences médicales d'Oran, 1987.

26. J .mazen ,essai sur la responsabilité civile des médecins ,thése paris 1934.

- **المقالات باللغة الأجنبية:**

1. CARBOL .c « Don et greffes d'organes et les expérimentations » table Ronde du 04 - 06-1991 In rapport d'information sur la bioéthique , rapporteur , Bioulac ,B, Assemblée Nationale n ° 2565 enregistre le 18 – 02 –1992.

2. BERTHIAU (Denis), *Les prélèvements d'organes*, www. Droit-univ.paris 5.fr

3. BOUSSARD (Sabine), Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'usager du système de santé ? Revue de droit public, L.G.D.J, N°1, 2004.

4. corinne daver :la télémédecine entre progrès techniques et responsabilités, dalloz,2000 N° 35

5. G . DURRY : «le médecin ne commet pas de faute en n'attirant pas l'attention du malade sur les risques exceptionnelles? Rev . trim. droit civil 1971.

6. LABRUSSE-RIOU (Catherine), *Quelques regards civilistes sur la fin de vie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, éditions ESKA, n°5, 2005-2006.

7. savatier : l'origine et le dévelepement du droit des professions liberates archives de philosophie de droit 1953_1954 sirey paris d'emtologie et discipline professionnelle.

8. starzel – ronshapiro – richardsimmons .organ transplantation (chabter 4/14c 5.18

9. Simon (j): le consentement de la victime justifie t_il les lésions corporelles ? rev. Belge de droit pénal. 1933.

10. The new englend journal of medecine. Volume 333: 336-333 number 23 december 2, 1999.

11. thomase .starzel –ron shapiro – richard l simmons chbter, organ transplantation. 4/14.(5.18)

12. Tribunal de grande instance de lille ,5 avrile 1990,revue .trim de dr peir jullet 1991.

13. YACOUB Zina, Euthanasie et résponsabilité pénale du médecin, Revu critique de droit et sciences politiques, numéro spécial 1,Université Mouloud Mammeri,Tizi-Ouzou, 2008.

14. Philippe Lafarge ,secret professionnel .confidentialité et nouvelles technologies d'informations gaz .pal.1998 1ere semaine.

15. R. P. Riquet : la reanimation . reflexion morales. cahierl / eennec , mars 1962 n° 171 .

16. Hunry – le problème de mort par pitie REV,BELG , DR PEN 1952 – 1953

17. J - Graven –L'expérimentation médicale sur l'homme et les transplantations d'organes en particulier – rapport présente au colloque des magistrats résistants – mars 1969 .

18. paysant(François),prélèvements et transplantations d'organes. www medunivrennes1.fr/etude /médecine – légale

19. SICARD (Didier), *Médicalisation et juridiciarisation de la fin de vie*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, éditions ESKA, n°5, 2005-2006,.

- **القوانين باللغة الأجنبية:**

20. charte curopéene des enfants hospitalisés adobtée le 13_05 _ 1986 par le parlement curopéem .

21. Human organ transplants Act27th july1989,web-http//www.organet.co.uk/body/Hot .see also,international digest of Healt legislation(IDHL)1989.

22. Human Tissue Act27th july1961,web-http//www.organet.co.uk/body/Hot .

23. Loi n° 76, 1181, Du 22 Décembre 1976 Relative aux Prélèvements d'organes (J.O.R.F 23 Décembre 1976)- Gazette du Palais –No (1) Janvier- Février, 1977, Législation .

24. décret N°90_917 DU 8/10/1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New-York le 06/01/1990, J.O. 12/10/1990

25. Loi N° 94-654 du 29/12/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal. J.O, 30/07/1994 . www.Journal- officiel. fr.

26. Code Français de la sante puplique, loi 94-653 du 29-12-1994.

27. Loi français du 28 – 05 – 2002 relative a l'euthanasie, 2002.

- **الأحكام بالفرنسية:**

28. cass . 1 ^{er} – civ 25 février 1997 N^{0}Hedreu/c/cousiN

29. Cass . civil 21 nov 1979. II 1903 note 1903 note Savetier .D__ s 1980 – 178

30. Cass . crim 7 janvier 1980 , Bull . crim 1980 n 10

31. Cass .1er civ,7 décembre 2004,n°02-10957

32. cass .civ 18 – 07 – 2000 nos 99-10-886 D 2000 . 1217 petites affiches 3 nov 2000 D 2001 jp . p 3470 rapport p sargos. D ThourveNiN .RTD

33. Cass .civ., 20 mai 1936 ,mrcier

34. cass 1erciv 7 février 1990 n 0 88_ 14797

35. Cass crim 4-02-1998 dalloz 1999 .

36. Cass. Civil.2 mai 1978 ,s 1978 – II 18966 , note . savetier

37. Cass. Crim 9 janvier 1979 j.C.P 1980 II. 19272 note chabas

38. Cass. crim. 23 mars 1953 , Bull . crim 104 .D1953 .

39. Cass. Reg., 28 janvier 1942, Teyssiv

40. Cass.1erciv., 29 mai 1951

41. cass .civ 29 mai 1984 D.1985

42. Cass. Civ 14-10-1997 jcp 1997-II- 22942

43. Cass.1er civ ., 7 octobre 1998,n°97-10267

44. Cours de Naples , 30 avr 1972 dans la GIVSTIZIA pénale 1932 -11-1679 Ets note PIACENTINI

45. Trib de Naples 28 nov 1931 dans la GIVSTIZIA pénale 1932 – 11- col – 592 Ets note Severino.

- مواقع الأنترنيت:

46. Alharah2.net/alharah/showthread.php?T=58760.

47. f-2html/ alalbany .info/archive/index.php

48. htt://www.startimes.com/ ?t8621332

49. http ://www .HMC . ORG QN / HMC / HEATH / 24 TH /14 THM-

50. http // www.islamset

51. http : www. Dahsha.com/ old wiew article . php ? id= 1923 http

52. http : // WWW qardawi net / site / topics/ article

53. http ://www .a/a ws.2006.com/vb/showthread.php?p=712967

54. http :/www.mqjalat alalandalus.wordpress.com…. /

55. http. W . W.W HMC .ORG . QNHMC/ 24 TH / 14 THM

56. http.w .w.w.w. 26 sepinet/ news _ détails . php ? sid = 39513

57. http// www .islam set

58. http//arabe titles.com/vb/showthread .php ?t=10818.

59. http//www.almasr yalyoum.com./news/details/375179 2013

60. http://www.aawsat.cam/details.asp?article=4023308.ssueno=10279U15.

61. KTIP : // WWW. al Albany . info / archive /index.PhP / F – 2 html

62. W . W.W HMC .ORG . QNHMC/ HEATH / 24 TH / 8 T HM

63. W.W.W.HMC.ORG. QNHMC/ HEATH / 24 TH /8 T HM

64. www .almasreyoon .com/news.aspx?id.37896

65. www .alriyadh.com/net/article /760775 http://

66. www .alwatanvoice.com/arabic /news 2010 -08

67. www.almasreyoon.com/news .aspx ?id =37896

68. WWW.ivgaza.edv . ps /smakhada/files/2010/02 A 1 . doc

69. WWW.ivgaza.edv . ps /smakhada/files/2010/02 A 1 . doc

70. www.lebarmy.gav.lb/article.asp?msavid=3794

71. www.lebarmy.gov.lb/article.asp?msav id=3794

72. wwwalhamdullah.alafdal.net/t1255-topic

73. www.yaam1.com/vb/archive/index.php/t-42322.htm/

74. www.yaam1.com/vb/archive/index.php/t-42322.htm/

الملاحق

الملحق رقم –01–

Fiche n°1

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE
MINISTERE DE LA SANTE, DE LA POPULATION ET DE LA REFORME HOSPITALIERE

PROCES VERBAL DE CONSTAT DE LA MORT AVANT PRELEVEMENT A DES FINS THERAPEUTIQUES SUR UNE PERSONNE DECEDEE ASSISTEE PAR VENTILATION MECANIQUE ET CONSERVANT UNE FONCTION HEMODYNAMIQUE

(loi n°85-05 du 16-02-1985 complétée et modifiée en 1990)

Nous soussigné (é) s,
Docteur (nom, prénom, qualité, service)
service)
.....
.....
Signature du médecin

Docteur (nom, prénom, qualité,
.....
.....
.....
Signature du médecin

Certifions avoir constaté la réalité de la mort de:
Nom:.....
Nom de jeune fille:.....
Prénom:.....
Sexe:.....
Date de naissance:.....
Lieu de naissance:.....

Le médecin légiste:
(Nom, prénom, grade)

Signature

Le diagnostic a été porté sur une personne dont le décès est constaté cliniquement, assistée par ventilation mécanique et conservant une fonction hémodynamique.
Les trois critères cliniques suivants étant simultanément présents (à cocher) :

- **A) absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ;**
- **B) abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ;**
- **C) absence totale de ventilation spontanée vérifiée par une épreuve d'hypercapnie;**

Conformément à l'arrêté ministériel n°34, du 19/11/2002, fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue de prélèvement d'organes et de tissus.

- **D) Deux électro-encéphalogrammes (EEG):**

Le premier EEG a été interprété par le:
Or:.....
Le résultat est le suivant:.....
.....
.....
Date, heure du constat de la mort:.....

Le deuxième EEG a été interprété par le:
Or:.....
Le résultat est le suivant:.....
.....
.....

Fait, à ..... Le.....

Fiche n°2

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DE LA SANTE, DE LA POPULATION ET DE LA REFORME HOSPITALIERE

AUTORISATION DE PRELEVEMENT D'ORGANES

A BUT THERAPEUTIQUE SUR LE CORPS D'UNE PERSONNE

EN MORT CEREBRALE

(Article 164 de la loi 85-05 du 16/02/1985, complétée et modifiée en 1990)

Je soussigné,

Nom:.....Prénom:.....

Père de:.....Prénom:.....

Né, le.....à:.....

Déclare avoir été informé par la commission médicale de prélèvement d'organes du Centre Hospitalier Universitaire Dr. Benbadis de Constantine, de l'éventualité d'un prélèvement d'organes. Après la mort de mon fils:

.....

Par la présente, je déclare autoriser le prélèvement d'organes et de tissus à but thérapeutique.

Fait à Constantine, le .....

Signature: un des membres adultes de la famille

(Père, mère, conjoint, enfant, frère, sœur ou tuteur légal)

الملحق رقم –02–

Fiche n°3

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE
MINISTERE DE LA SANTE, DE LA POPULATION ET DE LA REFORME HOSPITALIERE

AUTORISATION DE PRELEVEMENT D'ORGANES
A BUT THERAPEUTIQUE SUR LE CORPS D'UNE PERSONNE
EN MORT CEREBRALE
(Article 164 de la loi 85-05 du 16/02/1985, complétée et modifiée en 1990)

Je soussigné (e) .....

Certifie avoir été informé (e) par les médecins du service de réanimation chirurgicale de l'hôpital de l'éventualité d'un prélèvement d'organes et de tissus après sa mort sur la personne de:.....

A ma connaissance:

- Le défunt n'a jamais émis d'opposition aux prélèvements
- Le défunt était opposé aux prélèvements.

Signature du tuteur légal

Fait à....., le.....

الفهرس

الفهرس

- ***الشكر.***
- ***الإهداء.***
- ***المقدمة العامة.*** **01**
- ***الفصل التمهيدي: الحماية القانونية والشرعية لجسم الإنسان .*** **11**
- **المبحث الأول: حماية وحرمة جسم الإنسان** **13**
- المطلب الأول: مبدأ حرمة جسم الإنسان 14
- المطلب الثاني :النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان 29
- **المبحث الثاني: إباحة الأعمال الطبية في القانون و الشريعة الإسلامية.** **33**
- المطلب الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية. 34
- المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها لإباحة الأعمال الطبية. 43
- المطلب الثالث: شروط إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري. 60
- ***الفصل الأول: أسس إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء*** **64**
- **المبحث الأول: الأساس الفقهي لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.** **68**
- المطلب الأول: تبرير نقل الأعضاء على ضوء حالة الضرورة. 69
- المطلب الثاني :تبرير نقل الأعضاء بالنظر للسبب المشروع 81
- المطلب الثالث: تبرير نقل الأعضاء على أساس المصلحة الاجتماعية 85
- **المبحث الثاني: مدى مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية** **91**
- المطلب الأول: القائلون بجواز التبرع بالأعضاء البشرية. 93
- المطلب الثاني : القائلون بمنع التبرع بالأعضاء . 100
- المطلب الثالث: موقف الشريعة المسيحية من نقل الأعضاء و حالات النقل

بين مختلفي الديانة 109

- المطلب الرابع: موقف لجنة الافتاء الجزائرية 115

- **المبحث الثالث : ضوابط نقل وزرع الأعضاء من الأحياء في القانون الوضعي** **117**

- المطلب الأول: موقف التشريعات الغربية من نقل و زراعة الأعضاء من الأحياء . 119

- المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من نقل و زراعة الأعضاء من الأحياء 126

- المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء. 132

الفصل الثاني: شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء **136**

المبحث الأول: الشروط الفنية و الطبية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء **137**

- المطلب الأول : الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالمتبرع و المتلقي 138

- المطلب الثاني: الشروط الفنية و الطبية الخاصة بالعضو المنقول. 145

- المطلب الثالث: الشروط الفنية و الطبية المتعلقة بمكان إجراء العمليات الجراحية. 147

- **المبحث الثاني : الشروط القانونية الخاصة بالمتبرع.** **149**

- المطلب الأول: رضا المتبرع. 150

- المطلب الثاني : شكل الرضا. 152

- المطلب الثالث : خصائص الرضا 162

- المطلب الرابع : حق العدول عن الموافقة 221

- المطلب الخامس : عدم التعارض مع النظام العام والآداب العامة. 227

- **المبحث الثالث : الشروط القانونية الخاصة بالمتلقي** **240**

- المطلب الأول : ضرورة الحصول على رضا المتلقي 241
- المطلب الثاني : شكل رضا المريض 251
- المطلب الثالث: الالتزام بتبصير المريض 260
- المطلب الرابع :اهلية المريض 291
- **المبحث الرابع : المسؤولية الجنائية للطبيب عن نقل الأعضاء البشرية من الأحياء 317**
- المطلب الأول: المسؤولية الجنائية للطبيب في حال تخلف أحد شروط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأحياء. 319
- المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للطبيب عند مخالفة ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية. 346
- ***الباب الثاني: نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى*** **368**
- **الفصل الأول: أساس نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى** **373**
- **المبحث الأول: كيفية التأكد من الوفاة** **374**
- المطلب الأول: التحقق من الوفاة. 376
- المطلب الثاني : معايير تشخيص الموت. 387
- المطلب الثالث: الموت مسألة طبية أو واقعة قانونية . 414
- **المبحث الثاني: مدى مشروعية المساس بالجثة في الشريعة الإسلامية.** **421**
- المطلب الأول : عدم مشروعية النقل من الجثة. 422
- المطلب الثاني: مشروعية النقل من الجثة. 424
- **المبحث الثالث : مدى مشروعية المساس بالجثة في القانون الوضعي.** **439**
- المطلب الأول : موقف المشرع في الدول الغربية. 441
- المطلب الثاني: موقف المشرع في الدول العربية. 446
- المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري. 455

المبحث الرابع: الإنعاش الاصطناعي **457**

- المطلب الأول : الإنعاش الاصطناعي و جرائم الامتناع 458
- المطلب الثاني : إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي. 464
- المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري من أجهزة الإنعاش. 479
- **الفصل الثاني: شروط إباحة النقل من الجثة.** **488**

المبحث الأول: الإيصاء بالجثة قبل الوفاة. **489**

- المطلب الأول: شروط التصرف بالجثة بناء على إذن الميت. 494
- المطلب الثاني: أشكال التعبير عن إرادة المتوفي 504
- المطلب الثالث: الرضاء المفترض. 518
- المطلب الرابع : العدول عن الموافقة و الاعتراض عليها . 522

المبحث الثاني: عدم الإيصاء بكيفية التصرف بالجثة **527**

- المطلب الأول: حق الأقارب في التصرف بجثة المتوفي 528
- المطلب الثاني : الحصول على الأعضاء من جثث الأموات دون موافقة أحد 546
- المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من عدم الايصاء بالتصرف بالجثة. 560

- **المبحث الثالث: مسؤولية الطبيب الجنائية عن النقل من جثث الأموات.** **567**

- المطلب الأول: الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر 567
- المطلب الثاني: فصل أجهزة الإنعاش 569
- المطلب الثالث : الإستقطاع من الجثة دون الحصول على الموافقة و عدم وجود حالة الضرورة 584

الخاتمة **595**

المصادر **602**

الملاحق **640**

ملخص

شهد العالم قفزة هائلة في مجال الطب لا سيما في الاساليب الطبية الحديثة حيث تجاوز الطب الحديث الحدود المتعارف عليها في مجال الاعمال الطبية التقليدية و من بين هده الانجازات عمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية هدا الانجاز الدي بعث املا كبيرا في البشرية بانقاد حياة الكثيرين من المرضى. غير انه هده العمليات لا زالت تثير في المجتمع تخوفا كبيرا لما قد يترتب عنها من مشاكل و تعقيدات نظرا لخطورتها على حياة الانسان و سلامة جسمه مما اثار جدلا كبيرا دفع علماء الطب و رجال القانون و فقهاء الشريعة الى البحث عن مدى مشروعية هدا النوع من العمليات الجراحية و اساس اباحتها قصد نظام قانوني لعمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية .

الكلمات المفتاحية: نقل، زرع، اعضاء بشرية، مشروعية، اباحة، مسؤولية.

Résumé

De nos jours, le monde a connu un bond énorme dans le domaine de la médecine notamment dans les techniques et les méthodes jusque-là reconnues dans les travaux médicaux traditionnels.

Parmi ces réalisations, citons la transplantation on la greffe des organes suivant des vies humaines. Cependant, une telle technique a connait encore une certaine reticeuse vues les rejets et les problèmes de compatibilité qu'elle connait encore, ce qui a enclenché un long débat entre les spécialistes et les hommes de lacs d'une part et les religieux d'autre part.

Les mots clés : Transplantation, greffe, organes humaines, légitimité, acceptabilité, responsabilité.

Abstract :

The world has seen a huge leap in the field of modern medicine,particularly in the methods of modern medicine border generally accepted in the business of traditional medical and amog these achivements the process to transfer and transplant of human organs which sent a great hope in the human rescued the lives of many patients is that these processes still raise fear in the cmmunity of likely problems and complications due to the sanctity of human life and body,considerable controversy made medical scientists and alawyers and law scholars to search for the legality of this type of surgery and transplantation of human organs.

Keywords : Transfer_transplant_human organs_ _responsability