الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التنظيم القانوني لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم القانون الخاص

شعبة القانون الخاص/ تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

* عبد القادر كريمة
* بلعيد كريمة

تحت إشراف الأستاذة:

* أ. زبيدة إقروفة

لجنة المناقشة

* أ. مبروكة مقنانة، أستاذة بجامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية– رئيسا.
* د. زبيدة إقروفة، أستاذة بجامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية– مشرفا ومقررا.
* أ. ليندة بلاش، أستاذة بجامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية– ممتحنا.

السنة الجامعية: 2013/2012

كلمة شكر

نشكر الله المولى القدير الذي لا إله إلا هو الحي القيوم له الملك و له الحمد وهو على كل شيء قدير.

اعترافا بالفضل و الجميل نتوجه بخالص الشكر و التقدير إلى جميع أساتذتنا في جميع الأطوار.

الشكر و عميق التقدير إلى الأستاذة "إقروفة زبيدة" لقبولها الإشراف على هذا العمل و تزويدنا بالنصائح و الإرشادات التي أضاءت أمامنا سبيل البحث.

كما نشكر العاملين في مكتبة الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة، وكل المكتبات التي استقبلتنا و زودتنا بالمادة العلمية من جامعتي تيزي وزو وسطيف.

نشكر كل من ساعدنا في إتمام هذه المذكرة و لو بكلمة طيبة.

فإن أصبنا فمن الله وإن أخطأنا فمن أنفسنا.

إهداء

إلى رمز النبل والأخلاق منبع الجود والكرم، إلى الذي رافقني.

بإرشاداته وتوجيهاته طول مشواري الدراسي

أبي العزيز "أحسن".

إلى فيض العطف والمودة، إلى التي سهرت من أجل راحتي

أمي العزيزة "مليكة".

إلى رمز الصدق والمحبة والوفاء إخوتي وزوجاتهم، إلى مثالي الأعلى في الإرادة و الطموح، سندي في الحياة أختاي "وهيبة"،"ليندة" و أزواجهم.

و الكتاكيت: عماد، إيمان، لينة، آية، سيلين.

وإلى كل عائلة "بلعيد" و "بورنان"

إلى رمز التضحية و النضال، الصبر و العطاء...جدتي الحبيبة

إلى أختي في الله وصديقتي "عبد القادر كريمة"

وكل عائلتها الكريمة.

إلى كل صديقاتي المقربات: نصيرة، نعيمة، صبرينة، دليلة، سميرة، و صديقة طفولتي "دورية".

أهدي هذا العمل

بلعيد كريمة.

إهداء

إلى منبع العطاء و التضحية سبب وجودي و سر نجاحي...

أمي أبي، عسى أن أرد جميلهما يوما

إلى الغاليين على قلبي سندي و منبع فرحتي... إخوتي الأعزاء

إلى من أشبهها، صديقتي، وأختي... سندي وقت الفرح والقرح ...

خالتي العزيزة

إلى من عانت و صبرت، منبع العطاء... جدتي العزيزة، أطال الله في عمرها

إلى من أفخر بنسبهم... عائلتي الكريمة "عبد القادر" و "بوعليط".

إلى كل من انتقل إلى رحمة الله من أغلى الأقرباء

إلى أختي في الله، رفيقة الدرب و المشوار...معها تقاسمت ضحكة النجاح

ودمعة الفشل ...صديقتي "كريمة بلعيد"

وكل عائلتها الكريمة

إلى صديقاتي الدرب و المشوار... و زملائي..

إلى كل طالب علم يسعى على خطى درب المعرفة...

إلى كل من يتطلع لغد مشرق...

أهدي ثمرة جهدي

عبد القادر كريمة.

قائمة المصطلحات

الشرح باللغة العربية	قائمة المصطلحات باللغة الأجنبية
غيبوبة نهائية لا رجعية	Coma dépassé
الرضا المفترض	Consentement présumé
عقار مثبط للجهاز المناعي	Cyclosporine
حميل	Embryon
إخصاب	Fécondation
زرع الأعضاء	Greffe d’organe
الأنسجة البشرية	Human tissue
قصور كلوي	Insuffisance rénal
لوكيميا (سرطان الدم)	Leucémie
قانون أخلاقيات العلوم الإحيائية	Loi bioéthique
دلك القلب الخارجي	Massage cardiaque externe
عصبون	Neurone
تعشيش	Nidation
عضو	Organe
ظاهرة لفض (رفض) الأجسام	Phénomène de rejet
نقل (إقتطاع) الأعضاء	Prélèvement d’organe
قرينة التبرع	Présomption de don
إنعاش	Réanimation
مستقبلات حسية	Récepteurs sensitifs
إنقسام	Segmentation
قانون زرع القرنية	The corneal grafting act
نسيج	Tissu

قائمة أهم المختصرات

I. باللغة العربية

أ.	أستاذ
ج.	جزء
ج.ر.ج.ج.د.ش	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
د.	دكتور
د.ب.ن.	دون بلد نشر
د.د.ن.	دون دار نشر
د.س.ن.	دون سنة نشر
ص.	صفحة
ص.ص.	من الصفحة إلى الصفحة
ط.	طبعة
ط، بلا	بلا طبعة
ق.إ.ج.ج.	قانون الإجراءات الجزائية الجزائري
ق.إ.م.إ.ج.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق.ح.ص.ت.	قانون حماية الصحة وترقيتها
ق.ص.ع.أ.	قانون الصحة العامة الأمريكي
ق.ص.ع.ف.	قانون الصحة العمومية الفرنسي
ق.ع.ج.	قانون العقوبات الجزائري
ق.م.ج.	قانون المدني الجزائري
م.أ.ط.	مدونة أخلاقيات الطب
مج.	مجلد

II. باللغة الفرنسية

Art.	Article
Op-cit.	Référence précité
Ibid.	Au même endroit
Idem.	Même ouvrage, même page
Et-al.	Et autre
P.	Page
P.p.	De la page à la page
N°.	Numéro
R.R.J.D.P.	Revue de la recherche juridique droit prospectif
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme

مقدمة

تعد مهنة الطب من المهن السامية والنبيلة، فهي إنسانية في غايتها المتجسدة في السعي لحماية الأفراد سواء في ناحيتهم الجسدية أو النفسية، وتخفيف معاناتهم في ظل احترام كرامتهم دون أي تمييز.

ولتحقيق هذه الغاية كرس الباحثون عمرهم وجهودهم لتطوير الطب والارتقاء به إلى درجة أنه أصبح من الصعب ملاحقته وكذا استيعابه، والدليل تجاوزه للأعمال الطبية التقليدية واستغنائه عن الوسائل القديمة بسبب ظهور وسائل فنية أكثر فعالية في علاج الحالات المرضية والوقاية منها بالتالي إنقاذ البشرية من خطر الموت.

ولما كان الجسد من العناصر الضرورية لوجود الإنسان فقد خص بحماية بحيث لا يجوز أن يكون محل اتفاق إلا لصيانة وحفظ كرامته على نحو يعد المساس به انتهاكا لحرمة ومعصومية الكيان الجسدي، لذا حرصت معظم تشريعات العالم من بينها الجزائر على تكريس الحق في الرعاية الصحية ضمن مبادئ الدستور حيث نصت المادة 54 من دستور 1996[1] على الحق في الصحة وواجب الدولة بكفالة الرعاية الصحية ومكافحة الأمراض الوبائية، إضافة إلى صدور قوانين تنظم قطاع الصحة من الناحية العملية والأخلاقية والتي تتمثل في القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2]، والمرسوم التنفيذي رقم 92- 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[3]، وغيرها من القوانين المعدلة لها، كما جرمت القتل والضرب المفضي إلى الموت أو إحداث عاهة في قانون العقوبات .

ومن الموضوعات الطبية الحديثة التي أثارت ولازالت تثير النقاش والجدل لدى رجال الطب والفقه والقانون، نجد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي تطرح عدة إشكالات قانونية ما جعل منها

---

[1]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07/ 12/ 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/ 11/ 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 76، صادر في 08/ 12/ 1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10/ 04/ 2002، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 25 صادر في 14/ 04/ 2002، معدل بموجب القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15/ 11/ 2008، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 63، صادر في 16/ 11/ 2008

[2]- قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16/ 02/ 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 08، صادر في 17/ 02/ 1985، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 90-17، مؤرخ في 31/ 07/ 1990، والقانون رقم 08-13، مؤرخ في 20/ 07/ 2008، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 44، صادر في 03/ 08/ 2008.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06/ 07/ 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 52، صادر في 08/ 07/ 1992.

أرضية خصبة للبحث القانوني لاتصالها بالاعتبارات الدينية والاجتماعية والإنسانية.

وتكمن أهمية البحث القانوني في مجال زراعة الأعضاء البشرية في عدة مظاهر منها:

– تحديد مدى مشروعية هذه العملية من الناحية الشرعية والقانونية حتى يتسنى للأطباء الخوض فيها دون أي حرج مع بيان وتوضيح الشروط الواجب توفرها للقيام بهذه العملية وتحقيق الحماية لجميع أطرافها دون تغليب طرف على حساب آخر.

– بيان الحدود التي يستطيع من خلالها المتنازل أن يتصرف في جسمه وهو حي وكذا ضوابط التصرف في جثته.

– كما تظهر أهمية البحث في معرفة موقف التشريع الجزائري عن طريق دراسة بعض التشريعات الأجنبية العربية منها والغربية التي توصلت إلى تنظيم قانوني محكم يحمي من خلاله جميع مصالح الأطراف، (المريض، المتنازل، الطبيب).

بهذا تثير مسألة نقل وزرع الأعضاء عدة إشكالات نلخصها في سؤال واحد هو: **كيف تم التنظيم القانوني لهذه العملية سواء من ناحية مشروعيتها ونطاق تطبيقها؟**

وللإجابة على هذا التساؤل اعتمدنا المنهج التحليلي النقدي المقارن، وبالتالي قسمنا البحث إلى فصلين: خصصنا الفصل الأول منه لدراسة مشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بيّنا من خلاله حكم هذه العملية في نظر الفقه والتشريعات الوضعية هذا في مبحث أول، بعدها تطرقنا لضوابط شرعية هذه العملية في مبحث ثاني، بينا فيه الشروط الواجب توفرها الموضوعية منها والطبية.

بينما خصصنا الفصل الثاني لبيان نطاق هذه العملية ومجال تطبيقها، فدرسنا في المبحث الأول منه إجراء عملية النقل والزرع على الأحياء محددين فيه مفهوم الحي وكذا الشرط الخاص المتعلق به وهو الموافقة؛ أما المبحث الثاني تناولنا فيه نقل الأعضاء من الجثث بتحديد لحظة نهاية الحياة وكذا كيفية التصرف في الجثة.

وقبل الخوض في الفصلين، ارتأينا البحث أولا في مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية في مبحث تمهيدي، حددنا من خلاله ماهية هذه العملية من تعريف ونشأة، ثم تمييزها عن بعض المفاهيم.

ومن خلال الخطة المتبعة يظهر أننا قد استبعدنا آثار هذه العملية من دراستنا كونها تدخل ضمن المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب عامة، والتي لها خصوصية لا يمكن تداركها في هذا البحث بل تستوجب بحثا مستقلا من أجل الإلمام بها.

المبحث التمهيدي

ماهية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد شهد العالم تطورا علميا هائلا، وإنجازات طبّية عظيمة أهمها عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تعتبر طفرة في مجال الجراحة الطبية، فكانت حلاّ لعدة مشاكل صحية مستعصية والمتعلقة بحيوية الأعضاء البشرية، فقد تجاوزت الأعمال الطبية التقليدية، كما تعتبر الوسيلة الوحيدة لإنقاذ العديد من الأرواح المحكوم عليها بالموت.

لفهم هذا الإنجاز لابد من تحديد مفهوم هذه العملية من حيث: تعريفها، نشأتها، وكذا تمييزها عن بعض المفاهيم.

المطلب الأول

مفهوم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم تكن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وليدة الصّدفة، بل هي نتاج العديد من التّجارب، والبحوث الطبية على مختلف الكائنات الحيّة، وعلى مدى عقود متواصلة إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم.

هذا ما سنتناوله في هذا المطلب، إذ أننا سنتطرق لتعريف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفرع الأول، ثم نشأة العملية و تطورها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

للوصول إلى تعريف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لابد من تعريف العضو أولا، ثم تعريف عملية النقل والزرع ثانيا.

أولا: المقصود بالعضو

العضو البشري لغة: هو كل عظم وافر من الجسم بلحمه، وجمعه أعضاء[1].

أما اصطلاحا فهناك عدة تعاريف منها: "**العضو هو الجزء المحدد من جسم الإنسان الذي**

[1]– المنجد الأبجدي، ط.7؛ دار المشرق، بيروت، 1989، ص. 702.

ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة"[1]؛ أما النسيج فهو عبارة عن خليط محدد لمركبات عضوية كالخلايا والألياف، التي تعطي في مجموعها تركيبة تشريحية تتفق وعمله كالنسيج الضام والعضلي والعصبي[2].

من الناحية الطبية عرّف العضو بأنه مجموعة من الأنسجة يقوم بأداء وظيفة محددة، كاليد، العين[3]، النسيج يتكون من مجموعة من الخلايا التي تعتبر أصغر وحدة في المواد الحية[4].

وقد عرّف العضو في الشريعة الإسلامية على أنه الجزء الذي استقلّ بعمل معين في البدن[5]، كما ذهب مجمّع الفقه الإسلامي إلى تعريفه على أنه أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء أكان متصلا به أو منفصلا عنه[6].

أما من الناحية القانونية نجد أن العديد من التشريعات لم تقم بتعريف العضو رغم أهميته، منها المشرع الجزائري الذّي لم يعرّفه في القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ولا بالقوانين المعدلة لهذا القانون، كذا التشريع الفرنسي لم يورد في نصوصه تعريف محدد لمصطلح العضو البشري، من جانب آخر هناك من التشريعات من عرفت العضو البشري منها: التشريع الإنجليزي الذي يعتبر من التشريعات السباقة لوضع تعريف منضبط للعضو البشري، حيث عرفه في الفقرة الثانية من المادة 7 من

---

[1]- زبيدة إقروفة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"؛ المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد2، 2008، ص. 358.

[2]- حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، ط.1؛ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان(الأردن)، 2001، ص. 51.

[3] - GARNIER DELAMARE, Dictionnaire illustré des termes de médecine, 30e éditions; Maloine, paris, 2009. P. 864.

[4] – صبيحة سعداوي، سامية إخلف، الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري؛ مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، إشراف: أ. طباش عز الدين، 2011-2012، ص. 42.

[5]- عبد الفتاح مراد، معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري إنجليزي عربي شرعي؛ شركة المراد للطباعة، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص. 1466.

[6] – قرار رقم :26 (4/1)، المتعلق بانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر أكان أو ميتا، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة من 06-11 فيفري 1988، نقلا عن العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري،(ط، بلا)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص. 164.

قانون (Humane organe transplants Act 1989) على أنه: "**يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كلّ جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تمّ استئصاله بالكامل**"[1] .

كذلك التشريع الأمريكي الذي لم يأتي بتعريف منضبط ومحدد لاصطلاح العضو البشري، وإنما اكتفى في الفقرة "c" من المادة 301 من ق.ص.ع.أ والمعدلة بالقانون القومي لزراعة الأعضاء الصادر في 19 أكتوبر 1984 بالنص على أنه: "**يقصد باصطلاح العضو البشري في تطبيق أحكام هذا القانون الكلية، الكبد، القلب، الرئة، البنكرياس، النخاع العظمي، القرنية، العين، العظم، الجلد، أو كل ما تضفي عليه اللوائح الصادر من وزارة الصحة هذا الوصف**"[2].

ثانيا:المقصود بالنقل والزرع

يقصد بعملية نقل العضو البشري استئصال أو انتزاع العضو البشري السليم القابل للنقل من جسد المعطي(المتبرع)، وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل.

أما الزرع فيقصد به: "**نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من شخص متبرع وزراعتها في جسم آخر ليقوم مقام العضو أو الأنسجة التالفة في جسمه**"[3].

منه نستنتج أن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية هي نقل عضو سليم من إنسان حي أو ميت إلى المتلقي المريض وفق ضوابط محددة بغرض العلاج.

الفرع الثاني

نشأة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن موضوع زراعة الأعضاء ليس أمرا حديثا على البشرية، فقد بيّنت الحفريات القديمة أن قدماء المصريين عرفوا عمليات زرع الأسنان، كما أن الهنود القدماء عرفوا عمليات زرع الجلد،

---

[1]- «Organ, means any part of a human body consisting of structured arrangement of tissues which, If wholly removed, can not be replicated by, the body» نقلا عن مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، ط.1؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص. 15.

[2]– المرجع نفسه، ص. 16.

[3]– أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط.1؛ دار النفائس، بيروت، 2000، ص. 713.

إصلاح الأنف المتآكلة، والأذن المقطوعة وذلك كان في القرن الثاني قبل الميلاد.

أيضا عرفت هذه العملية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث عالج عين قتادة رضي الله عنه بعد أن خرجت حدقته يوم "**أحد**" إثر سهم أصابها فكانت أحسن عين وأحدهما بصرا[1].

وقد مرت عملية نقل وزرع الأعضاء بعدة مراحل بدأت بنقل جزء من جسم الإنسان إلى جزء آخر في جسمه، وتطورت إلى أن أصبحت تنقل من جسم إنسان إلى آخر، إذ بدأت بأعضاء معينة ثم امتدّت لتشمل سائر أعضاء جسم الإنسان.

فأول ما أثار موضوع زراعة الأعضاء هي إمكانية نقل الدّم من إنسان إلى آخر تعويضا له عن نقص في الدم جراء حالات نزيف أثناء الولادة أو عملية جراحية، ويعد الطبيب الإنجليزي "جيمس بلندل" أول من قام بنقل الدمّ الإنساني لبعض النّساء اللاّتي يعانين من نزيف النفاس عام 1818[2]، ثم توالت المحاولات بعدها منها ما نجح، ومنها ما لم ينجح.

كان للجراح الفرنسي "أليكسيس كاريل" و"تشارلز جوثري" الرّيادة في ابتكار التقنية الجراحية لزراعة الأعضاء من خلال زراعة الشرايين والأوردة وذلك في بداية القرن العشرين، وقد أدت هذه التقنية بالإضافة إلى تقنيات الخياطة الجراحية الحديثة إلى تمهيد الطريق لجراحات زراعة الأعضاء التي أجريت لاحقا.

وقد شهدت فترة الحرب العالمية الأولى خطوات بارزة في مجال زراعة الجلد، أما الحرب العالمية الثانية فعرفت تطورا في مجال الجراحة التقويمية[3].

بعد اكتشاف عقار "**السيكلوسبورين** Cyclosporine" – وهو عقار توصل إليه العلماء سنة 1980 يساعد العضو المزروع على البقاء في جسم المريض ويثبط الجهاز المناعي لجسمه–[4]، ساهم في نجاح عملية نقل وزرع الأعضاء، وإخراجها من مصاف الجراحات البحثية إلى أساليب العلاج، وإنقاذ العديد من

---

[1]– حسين فريجة، "زراعة ونقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد2، 2011، ص. 214.

[2] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 384.

[3]– "زراعة الأعضاء"، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، http://Www.ar.wikipedia.org

[4]– منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 385 .

الأرواح، ما استتبع حاجة ماسّة لتوفير المزيد من الأعضاء، فتوسع نطاق هذه العملية بعدما كان مقتصرا على النقل من الجثث ليشمل المتبرعين الأحياء وكذا استخدام الأجنّة كمصدر للأعضاء[1].

المطلب الثاني

تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن بعض العمليات المشابهة لها

إن تطور الطب الحديث لم يشمل فقط نقل وزرع الأعضاء البشرية بل تعددت مجالاته من تلقيح صناعي أو استنساخ، وزرع أعضاء صناعية بالإضافة إلى نقل الدّم الذي كان نقطة البداية، بالتالي يستوجب علينا التمييز بين هذه المفاهيم.

الفرع الأول

تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن عملية نقل الدم

الدّم هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدّموية من شرايين وأوردة وشعيرات دموية، مصنعه الأساسي هو نقي العظام الذي ينتج أكثر من ثمانية ملايين خليّة في الثّانية، ويتكون الدّم من ثلاث عناصر أساسية هي: كريات الدّم الحمراء، كريات الدّم البيضاء، صفائح دموية[2]، يتميز بخاصية التجدد من تلقاء نفسه، فإذا فقد الإنسان بعض دمه فإن الدم يجدد نفسه ليعوض الجزء المفقود ، كما له خاصية التحرك إذ يجري داخل أوردة الجسم وشعيراته[3]، ويتم نقل الدم إما من الأشخاص*مباشرة، وإما من أحد المراكز المتخصصة بذلك والتي تسمى ببنوك الدّم، يخزن ويحفظ فيها الدّم بطريقة علمية خاصة تضمن سلامته من التعفن والتلف[4].

---

[1]– "زراعة الأعضاء"، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، المرجع السابق.

[2]– أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص. 12.

[3]– محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999، ص.31.

* قد يتم النقل من الشخص نفسه أو من المتبرعين أو من الجثث غير أنه يجب أن يكون النقل خلال الساعات السّت الأولى بعد الوفاة، حكمت عبد الكريم فريحات وآخرون، مبادئ في الجراحة؛ (ط، بلا)، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 1987، ص.ص. 144-145.

[4]– أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط.2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2011، ص. 288.

تتفق عملية نقل الدم وعملية نقل وزرع الأعضاء من حيث ضرورة الحصول على الرضا التام للمنقول منه، وأن هذا النقل لا يلحق به أي ضرر أو يتسبب في هلاكه[1] أو إنقاص في أدائه لوظائفه أو هلاك المستفيد وهذا عن طريق الكشف الأولي، وتختلف العمليتان في كون أن نقل الدم من شخص سليم لا يؤدي إلى نقص في جسمه وهذا لقابلية الدم للتجدد، على عكس استئصال بعض الأعضاء كالكلى والرئة التي يؤدي استئصالها إلى نقص مستديم في جسم المتنازل لا يمكن تعويضه[2].

فصل المشرع الجزائري بين العمليتين في نصوص قانونية مختلفة من ق.ح.ص.ت، كما أنه عهد تنظيم عملية نقل الدم إلى الوكالة الوطنية المتخصصة لحقن الدم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-105، في حين أنه وكل عملية نقل وزرع الأعضاء للمرصد الوطني لزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

الفرع الثاني

تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن عملية التلقيح الاصطناعي

يعد التلقيح الاصطناعي إنجاز يضاف إلى باقي الإنجازات العلمية الطبية، فيعرف على أنه: "**دمج الحيوان المنوي ببويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي المعتاد سواء في الرحم أو في أنبوب الاختبار ثم إعادتها إلى الرحم**"[3].

لقد أحيطت كل من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وعملية التلقيح الصناعي بشروط وضوابط شرعية، نظامية وأخلاقية، فقد أجازت المجمعات الفقهية كلتا العمليتين وذلك بتوفر الشروط المحاطة بكل منهما؛ فأجاز مجمع الفقه الإسلامي في قرار له التلقيح الصناعي بالطرق التي لا تؤدي إلى الاختلاط في الأنساب[4].

---

[1]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الثالث، الجزء الأول؛ دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 173.

[2]- لفات وفاء وآخرون، الأعضاء البشرية ضمن التعامل القانوني، مذكرة لنيل شهادة ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2006-2007، ص. 42.

[3]- سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 160.

[4]- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص.ص. 62-63.

إلا أن عملية التلقيح الصناعي تختلف عن عملية نقل وزرع الأعضاء في كون أن: موضوع التلقيح الصناعي ينصب على المنتجات البشرية المتجددة والمستمرة التدفق بحيث لا يؤدي سحبها إلى نفاذها رغم تكرار خروجه من الجسم، بالإضافة إلى أن هذه عملية لا تؤدي إلى الإضرار بصحة أطراف العملية[1]، عكس عملية النقل والزرع التي تنصب على الأعضاء حيث أن استئصالها يؤدي إلى إحداث نقص مستديم في جسم المتبرع، كما أن الغرض من التلقيح هو المساعدة على الإنجاب، بينما زرع الأعضاء هدفه إعادة نشاط وظيفة العضو التالف.

الفرع الثالث

تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء عن الاستنساخ البشري

يعد الاستنساخ البشري من بين الإنجازات العلمية الهائلة التي توصل إليها العقل البشري في أواخر القرن العشرين، فقد عمل هذا الإنجاز على إحداث هزة عنيفة في أواسط المفكرين ورجال الدين والقانون، وبالأخص الناس العاديين[2].

فالاستنساخ* هو توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل نواة خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة وإما بتشطير البويضة المخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء[3].

تتمثل الطريقة الأولى أساسا على وضع نواة خلية من الخلايا الجسدية البالغة داخل بويضة منزوعة النواة، وبهذا تنتقل المورثات الجينية إلى البويضة فتتشكل بذلك لقيحة تتكون من حقيبة وراثية كاملة، وتحرض الخلية الحاصلة بطرق خاصة على الانقسام، بعدها تزرع في الرحم وبهذا يكون الجنين صورة طبق الأصل عن الذكر الذي أخذت منه النواة من خليته[4] وهذا ما يعرف بالإحلال

---

[1]– مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ، ص. 17.

[2]– سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان(الأردن)، 1999، ص.201.

* Clonage : opération de génie génétique consistant en la production d'un clone, c'est a dire à partir d'un modèle unique, d'un ensemble de nombreuses copies identique possédant le même capital génétique, il peut s'agir de cellules, le clonage permet par exemple, d'obtenir une reproduction asexuée, celle-ci est effectué en greffant un noyau diploïde prélevé sur un embryon très jeune, au stade blastula dans un œuf qui vient d'être fécondé et dont on a enlevé le noyau. Les cellules filles et les individus qui dériveront de cet œuf auront tous le même patrimoine génétique celui du noyau implanté. GARNIER DELAMARE, op-cit., p .182.

[3]- FRYDMAN René, «Le clonage reproductif et thérapeutique», R.T.D.H, N°54, 1er avril 2003, p. 182.

[4]– العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، ط1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012، ص. 191.

النووي للخلية البيضية.

أما الطريقة الثانية فهي الاستنساخ بالتشطير والتي تعتمد على تشطير إحدى خلايا اللقيحة في مرحلة ما قبل التمايز إلى شطرين متماثلين، تولد منهما توأمان متماثلان، وقد تم إجراء فصل اصطناعي لأمثال اللقائح لدى الحيوانات ولم يبلغ بعد حدوثه على الإنسان[1].

نستنتج أن لعملية نقل وزرع الأعضاء حكم مختلف عن الاستنساخ المحرم شرعا بمقتضى قرار مجمع الفقه الإسلامي، فقد حرم الاستنساخ بطريقتيه أو بأي طريقة تؤدي إلى التكاثر البشري، غير أنه يجوز شرعا الأخذ بتقنية الاستنساخ في الهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد[2].

الفرع الرابع

تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن زرع الأعضاء الصناعية

أدى التقدم العلمي إلى إمكانية تعويض الإنسان عما يفقد من أعضائه الطبيعية بأعضاء صناعية لإزالة العيب[3] الذي يحدث النقص سواء من الناحية الوظيفية أو الجمالية، حتى وإن لم يكن بنفس حيوية الأعضاء الطبيعية كالأسنان والأطراف الصناعية[4].

تتفق عملية زرع الأعضاء البشرية مع عملية زرع الأعضاء الصناعية في الهدف وهو تعويض العضو التالف، إلا أنهما تختلفان في كون الأولى أوسع مجالا تنصب على أعضاء حيوية مستأصلة من الإنسان نفسه أو من إنسان آخر؛ بينما الثانية فأعضاؤها الصناعية محدودة مشكّلة من مواد معدنية معينة، بالإضافة إلى أن العضو البشري بمجرد زرعه ونجاح تلك العملية؛ فإنه يرتبط ويندمج ويصبح كأنه عضوه الأصلي، وبالتالي يؤدي وظائفه بشكل طبيعي؛ أما الأعضاء الصناعية فيبقى مردودها وحيويتها أقل ولا ترقى إلى حيوية الأعضاء البشرية.

---

[1]– العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري؛ المرجع السابق، ص. 153.

[2]– العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة؛ المرجع السابق، ص. 192.

[3]– بوريس العيرج، "المسؤولية الجنائية للأطباء"؛ المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المرجع السابق، ص. 232.

[4]– أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص. 232.

الفصل الأول

مشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد فضل الله تعالى بني آدم عن جميع مخلوقاته فقال: "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا "[1].

أولت الشريعة حماية بحقوق الإنسان وآدميته، فحرمت تعذيبه أو إيذائه ماديا أو معنويا[2]؛ كما حرمت جميع الأديان السماوية إتلاف البدن أو إزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه، وجعل الله سوء العاقبة لمن يتجاوز حدوده وهذا رحمة منه بعباده[3].

ولما كان الحق في سلامة الجسم البشري من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإن القانون الوضعي أيضا –سواء منه الداخلي أو الدولي– أولى له أهمية بالغة وحماية قانونية خاصة، إذ أوجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حماية سلامة جسم الإنسان فمنع تعريضه للتعذيب والعقوبات والمعاملات القاسية أو الوحشية.

كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته السابعة على أنه لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو لعقوبة مهما كان نوعها، ولا يجوز إخضاع أي فرد دون موافقته الحرة للتجارب الطبية[4].

كذلك نص الميثاق العربي لحقوق الإنسان والشعوب في مادته الخامسة على:"**لكل فرد الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي سلامة شخصه، ويحمي القانون هذه الحقوق**"[5].

أيضا الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان الذي نص في المادة الرابعة منه بقوله: "**لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية، ولا يجوز حرمانه من هذا**

---

[1]– سورة الإسراء، الآية 70.

[2]– إيهاب مصطفى عبد الغني، نقل وزراعة الأعضاء، ط.1؛ دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011، ص. 136.

[3]– محمد بن يحيى النجيمي، "تحريم الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط.1؛ مطابع جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص. 210.

[4]– عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط.2؛ دار الثقافة، عمان(الأردن)، 2012، ص. 260.

[5]– الميثاق العربي لحقوق الإنسان والشعوب، قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 6405 المؤرخ في 03 أفريل 2004. http://Www.ichr.ps/pdfs/mod1.pdf

الحق تعسفا"[1].

أما القوانين الداخلية فنجد أنها حرصت على أن يكون للإنسان الحق في الانتفاع من نفسه بالشكل الذي خلقه الله عز وجل منذ ولادته حتى وفاته، فالحق في سلامة الجسم مرتبط بالحق في الحياة[2].

نصت معظم دساتير العالم العربية والغربية على حماية جسم الإنسان، منها الدستور الجزائري لسنة 1996 الذي نص في مادته الرابعة على: "**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة**"، وقد أخرج المشرع الجزائري جسم الإنسان من دائرة التصرفات القانونية إذ أنه لم ينص عليه في القانون المدني على خلاف المشرع الفرنسي الذي أورده في الفقرة الأولى من المادة 16 من قانونه المدني*الذي نص على حماية الجسم البشري وإخراجه من دائرة المعاملات لأنه لا يعد من الأشياء والإنسان ليس سوى منتفعا لجسمه[3].

غير أن لحرمة جسم الإنسان استثناء إذ يمكن المساس بها عند العلاج، حيث حثت الشريعة الإسلامية على ضرورة التداوي حماية للنفس، كذلك التشريعات الوضعية التي أسندت أساس إباحة الأعمال الطبية التي يباشرها الأطباء إلى اعتراف نظامها القانوني بمباشرتها وفقا للقواعد القانونية التي يحددها[4].

وباعتبار أنّ نقل وزرع الأعضاء البشرية، مساس بسلامة الجسم من جهة، ومن جهة أخرى يعد من قبيل الأعمال الطبية؛ فإنّنا نتساءل عن مدى مشروعية هذه العملية؟

سنحاول الإجابة على هذا التّساؤل، من خلال تقسيمنا لهذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأوّل: حكم نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ أما الثّاني: فلضوابط شرعية هذه العملية.

---

[1]– الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في دورته العادية، رقم 18، نيروبي (كينيا)، جوان 1981.
Rules/15.pdf.http://Www.afswj.com/media/ebooks/world

[2]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.23.

*« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantie le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » ,MEGA CODE civil, annotation extraites des bases de données juridique, Edition 2001, Dalloz.

[3] - CARVAIS R. « Problèmes juridique des transplantations a partir de donneurs vivants », e-mémoires de l'Académie national de chirurgie, Université de Panthéon-Assas, (paris2), 2005,4(1), P. 24.

[4]– أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، (ط، بلا)؛ دار الكتب المصرية(سعد سمك)، مصر، 1999، ص. 30.

المبحث الأوّل

حكم نقل وزرع الأعضاء البشرية

استعمل الإنسان حجة التّداوي وتجرأ على حرمة الجسد وجعل منه قطع غيار تنزع من جسم لتركب في آخر، ونظرا لخطورة هذه العملية –سواء تلك التي تتمّ بين الأحياء أو التي تتمّ من الجثث إلى الأحياء– من جهة، ومحاسنها من جهة أخرى، ونظرا للخلاف الذي ثار بين رجال الطّب والدّين والقانون حول مشروعية هذه العملية[1]، بات من الضروري علينا البحث عن مدى مشروعية زراعة الأعضاء من الناحية الشرعية كمطلب أوّل، ثمّ القانونية كمطلب ثاني.

المطلب الأوّل

نقل وزرع الأعضاء في الفقه

نقل وزرع الأعضاء من القضايا التي تداولها الفقهاء وعنوها بالبحث والاجتهاد بين مؤيد ومعارض.

الفرع الأول

الرّأي المؤيد

حثت الشريعة الإسلامية على ضرورة الاهتمام بسلامة الجسم وكذا التطبيب والتّداوي استنادا إلى الحديث النبوي الشّريف الذي رواه أبو هريرة –رضي الله عنه– أنّ النّبي صلّى الله عليه وسلم قال: "**ما أنزل الله داء إلاّ أنزل له شفاء**"[2].

فإذا كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تعد في أصلها وسيلة من الوسائل العلاجية، التي تحقق الشفاء من الأمراض المزمنة والمستعصية؛ فإنّها تبدو من هذا الجانب منسجمة وما أوردته الشريعة في هذا الصدد[3]؛ غير أنّ الشريعة وإن أمرت بالتّداوي؛ إلاّ أنّها رسمت حدودا وضوابط يجب توفّرها في

---

[1]– فضيلة اسمي قاوة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، إشراف: بوبشير محند أمقران، 2011، ص. 09.

[2]– أحمد ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري؛ المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، مج. 11، ص. 240.

[3]– مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 97.

وسيلة العلاج، ولو تأمّلنا في نصوص القرآن الكريم، والأحاديث النبوية الشريفة؛ فإنّنا لا نجد نصّا أو حديثا صريحا، يبيح نقل الأعضاء لغاية اليوم[1]، لهذا اعتمد أصحاب هذا الرّأي في إجازتهم لهذه العملية على المبادئ الجليلة التي جاءت بها الشّريعة الإسلامية من: حالة الضّرورة، الإيثار والتيسير.

أولا: حالة الضرورة

استند أصحاب هذا الرّأي إلى أدلّة من النصوص القرآنية، من بين الآيات الواردة في هذا الصدد نجد:

قال تعالى: "**فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم**"[2].

وقوله تعالى أيضا: "**فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم**"[3].

يستفاد من هاتين الآيتين استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها، فالمريض في حكم المضطر عند احتياجه لنقل عضو من الغير حال تهدد حياته فيباح النقل[4].

فجواز التبرع مرتبط بالضرورة والحاجة؛ إذ أنّ الضّرورات تبيح المحظورات، فلا حرام مع الضرورة[5].

ومن القواعد الفقهية التي استند إليها هذا الرّأي، والمرتبطة بالضرورة نجد:

- **الضرورات تبيح المحظورات:**

وهي إحدى القواعد المتفرعة عن القاعدة الكلية "**لا ضرر ولا ضرار**"، فالشارع يعتد بحالة الضرورة ويجعل منها سببا لإباحة ما هو غير مشروع حتى يدفع الضرر المنهى عنه.

فالمريض الذي يحتاج لنقل العضو الآدمي إليه لإنقاذه من الهلاك يكون مضطرا، ويجوز علاجه حينئذ بنقل هذا العضو إليه إبقاء لحياته وحفظا لصحته؛ لأن الشارع حينما أباح أكل المحرمات في حال الاضطرار؛ يكون بذلك قد أباح العلاج بها، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات[6].

---

[1]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 36.

[2]– سورة المائدة، الآية 3.

[3]– سورة الأنعام، الآية 145.

[4]– محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، (ط، بلا)؛ دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن)، ص. 40.

[5]– عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 245.

[6]– أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات الطبية المعاصرة، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 633.

- **الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:**

فالشريعة تحرص على إزالة الضرر ورفعه؛ فإذا كان المريض متضررا إلى درجة أنّ بقاءه حيّا مرهون بنقل العضو إليه؛ فإن الضّرر الذي يصيب المتبرع في هذه الحالة أخفّ من هلاك المريض إذا لم ينقل العضو إليه.[1]

ومن القواعد الفقهية المتوافقة بالسالفة الذكر: "**إذا ضاق الأمر اتسع**"، "**الضّرر يدفع بقدر الإمكان**"، "**يتحمل الضرر الخاص تجنبا للضرر العام**"، "**الحاجة تنزل منزلة الضرورة**".

فإزالة الضّرر من مقاصد الشريعة الإسلامية، والمكلف إذا وصل إلى درجة الأضرار كان ارتكاب المحظور رخصة شرعية، وإذا وصل درجة المشقة وعدم القدرة عليها وجب التوسيع والتيسير عليه[2].

ثانيا: الإيثار

استند أصحاب هذه الفكرة في بلورتها إلى قول الله تعالى: **"ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة"**[3].

أيضا، قوله تعالى: **"وتعاونوا على البرّ والتّقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتّقوا الله إنّ الله شديد العقاب"**[4].

ويستفاد من هاتين الآيتين: مدح الله عز وجل من يؤثر أخاه على نفسه، إذ يعتبر التبرع ضرب من البر والتضامن والتعاضد وكذا التكافل[5]، وعلى هذا ينبغي اعتبار تبرع شخص بعضو دون حدوث ضرر مخوف لإنقاذ حياة آخر وتفريج كربه عمل مشروع ومحمود[6].

---

[1]– أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 634.

[2]– محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص. 44.

[3]– سورة الحشر، الآية 9.

[4]– سورة المائدة، الآية2.

[5]– مدني بوساق، "موقف الشريعة من نقل الأعضاء بين البشر"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، المرجع السابق، ص. 272.

[6]– عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص. 247.

ثالثا: التيسير

واستدلوا بالنصوص القرآنية التالية:

قال تعالى: **"يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"**[1].

وقال أيضا: **"يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا"**[2].

كذلك قال: **"ما يريد الله أن يجعل عليكم من حرج"**[3].

وقال سبحانه: **"وما جعل عليكم في الدين من حرج"**[4].

تدلّ هذه الآيات على التيسير على العباد لا التعسير عليهم، ورفع الحرج عنهم، وإباحة نقل وزرع الأعضاء فيه تيسير على العباد[5].

رابعا: المصلحة والمفسدة

قال أصحاب هذا الرأيّ أن الشّريعة جاءت لمصلحة العباد، ثم بنوا على هذه المقدمة نتيجة مفادها: أنّ كل ما فيه مصلحة للعباد فهو جائز[6]، وهذا ما يتوافق مع قاعدة: "**حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله**".

يكون الاعتداد للجانب الأغلب، وإن تعارضت المصالح ونفي الجمع بينها، تغلّب المصلحة العليا على الدنيا عملا بقاعدة: "**إذا تعارضت مصلحتان روعي أعظمهما صلاحا بترجيحها على المصلحة الأدنى**"[7].

قال تعالى: **"من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"**[8].

يستفاد من هذه الآية أنّ كل إنقاذ من الهلاك يعد إحياء للنفس، وهو أصل يشمل كل إحياء وكل

---

[1]– سورة البقرة، الآية 185.

[2]– سورة النساء، الآية 28.

[3]– سورة المائدة، الآية 6.

[4]– سورة الحج، الآية 78.

[5]– محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص. 42.

[6]– سميرة عابد الديات، المرجع السابق، ص. 99.

[7]– محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص. 44.

[8]– سورة المائدة، الآية 32.

تفاد للتهلكة، ونقل العضو إحياء يدخل في عموم الآية[1].

الفرع الثاني

الرأي المعارض

هناك اتجاه يعارض عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، مستندا على الحجج التالية:

أولا: حرمة جسد الإنسان

قال تعالى: "**و لقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا**"[2].

قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "**كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم**"[3]، فالتكريم ثابت له في حياته وبعد مماته، فلا يجوز المساس به والتلاعب بأعضائه[4]، بالإضافة إلى أنّ جسد الإنسان ميتا أو حيا يعدّ من حقوق الله الخالصة، ولما كان كذلك لا يمكن لأحد التصرف فيه[5].

كما أنّ التبرع يصدر من مالك الشيء، أو مفوض المالك، والإنسان ليس مالكا لجسمه؛ لأن ملك الرقبة لله وحده، فليس للإنسان ولاية على هذا الجسم إلاّ في حدود ما رسمه الشّرع[6].

ثانيا: تحريم قتل النفس

قال تعالى: "**ولا تقتلوا أنفسكم إنّ الله كان بكم رحيما**"[7].

فالله سبحانه وتعالى نهى عن قتل الشّخص لنفسه أو قتل غيره سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر، فالنهي هنا عام لتناوله جميع الأسباب، ومن بين هذه الأسباب المنهى عنها: أن يبرم شخص اتفاق للتبرع بجزء من جسده لشخص آخر، وهذا حرام ولا يجوز الاتّفاق عليه ولا فعله[8].

---

[1]– محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص. 41.

[2]– سورة الإسراء، الآية 70.

[3]– أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب ما جاء في الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت، ح رقم 1606، موسوعة الحديث الشريف: شركة البرامج الإسلامية الدولية، الإصدار الثاني، 2000.

[4]– مدني بوساق، المرجع السابق، ص. 277.

[5]– المرجع نفسه، ص. 278.

[6]– أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص. 88.

[7]– سورة النساء، الآية 29.

[8]– أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 87.

ثالثا: اتقاء التهلكة

قال سبحانه و تعالى: **"وأنفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إنّ الله يحب المحسنين"**[1].

تدل هذه الآية على تحريم إلقاء النفس في مضنّ التّهلكة بإتلاف أو إضعاف الجسم من غير ذي مصلحة مرجوة، ونزع عضو من شخص لزرعه في غيره قد يؤدي إلى إتلاف المتبرع وكذلك إضعافه[2].

صحيح أنّ الله عز وجل كرم بني آدم وجعل لجسد الإنسان حرمة وهو حي أو ميت، ونهى عن ابتذاله والاعتداء عليه، ومن مظاهر تكريم الميت الأمر بتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، ومع ذلك فإن كرامة أجزاء الميّت لا تمنع من انتفاع الحي بها تقديما للأهم على المهم وإعمالا لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، حيث يجوز الأكل من إنسان ميّت صونا لحياة الحي من الموت جوعا المقدمة على صون كرامة الميّت إعمالا للقاعدتين: "**اختيار أهون الشرّين**"، و"**إذا تعارضت مفسدتان، روعي أعظمهما ضررا، بارتكاب أخفهما**"؛ فإذا جاز الأكل من جسم ميت للضرورة، جاز أخذ بعضه نقلا لإنسان آخر حي صونا لحياته[3].

بالإضافة إلى أنّ نقل الأعضاء لا يتم إلاّ بعد التّأكد من أمن العملية بالنسبة للمتنازل عن العضو وكذلك نجاحها بالنسبة للمتلقي، بهذا لن يتم تعريض أي من الطرفين للخطر الهالك.

الفرع الثالث

الرأي الراجح

من خلال الآراء الفقهية المتباينة بات من الضّروري عرض الرأي الرّاجح الذي قد يفصل في مدى مشروعية هذا التصرف، والذي يظهر في مجموع الفتاوى الشرعية وكذا آراء الأئمة المسلمين.

كانت الجزائر من الدول السبّاقة في مجال الفتوى لصالح مستجدات الطب الحديث، ويعود ذلك إلى عهد الشيخ "**عبد الحميد بن باديس**" الذي أفتى بجواز التشريح الطّبي للجثث، وكذلك الشيخ "**أحمد حمّاني**" بخصوص فتواه لصالح نقل الأعضاء، بالإضافة إلى فتوى لجنة الإفتاء الجزائرية الصادرة في

---

[1]– سورة البقرة، الآية 195.

[2]– سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 95.

[3]– أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 93.

20 أفريل1972 التي تجيز نزع وزرع الأعضاء بشرط الرضا التّام مع تحريم بيع الدم أو الأعضاء[1].

غير أنّ الفتاوى التي لها وقع وصدى في المجتمع الإسلامي، هي تلك الصادرة عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الذي أصدر قرار مشروعية العلاج الطبّي والتداوي لما ورد بشأنه في القرآن الكريم والسنة الشريفة ولما فيه من حفظ النفس، وهذا بعد أخذ إذن المريض والتأكّد من صحة رضائه[2].

أما في شأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حيا أو ميتا[3]، فقد قرر ما يلي:

- جواز نقل العضو من مكان إلى آخر من جسم الإنسان، مع مراعاة التأكد من أنّ النّفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضّرر المترتّب عنها، وهذا بقصد العلاج.
- جواز نقل الأعضاء المتجددة كالدم والجلد من جسم إنسان إلى آخر بشرط كون الباذل (المتبرع) كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية.
- جواز الاستفادة بالأعضاء المستأصلة لعلّة مرضية، كأخذ قرنية العين المستأصلة لعلّة مرضية، وزرعها لدى شخص آخر.
- تحريم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي لآخر.
- تحريم نقل عضو يؤدي زواله إلى تعطيل وظيفة أساسية كنقل كلا الكليتين.
- جواز نقل عضو من ميت إلى حيّ تتوقف حياته أو سلامة وظيفة أساسية في جسمه على ذلك العضو، بشرط موافقة الميت قبل وفاته، أو ورثته بعد وفاته، أو موافقة ولي أمر المسلمين، إذا كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.
- تحريم بيع الأعضاء البشرية لغرض النقل والزرع بأي حال من الأحوال؛ أما بذل المال من المستفيد بغرض الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة كالمصاريف أو المكافأة والتكريم، فمحل اجتهاد ونظر.

---

[1]– الأمين شريط، "نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد سبتمبر، 2003، ص. 141.

[2]– قرار رقم 67 (7/5)، المتعلق بالعلاج الطبي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة ، المملكة العربية السعودية، من 9 – 14 ماي، 1992، نقلا عن العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص.ص. 141–142.

[3]– قرار رقم 26 (4/1)، المرجع نفسه، ص.ص. 166–167.

المطلب الثاني

نقل وزرع الأعضاء في التشريعات الوضعية

بعد ما كانت الأنظمة القانونية تحرم اقتطاع أعضاء الجسم البشري بغرض زرعها في جسم إنسان آخر، استنادا على الحرمة المطلقة لسلامة الجسم، وعدم جواز جعله محلا للتصرفات القانونية؛ إلا أنّ الضرورة أدّت بهذه الدول إلى إباحة عملية زرع الأعضاء بالرغم من غياب نص تشريعي يبيحها، وهي مرحلة من مراحل تطور الإباحة، حيث توّجت المحاولات الفقهية بنصوص تشريعية تبيح الاستقطاع، وأصبحت معظم تشريعات الدول حاليا تنظم عملية نقل وزرع الأعضاء إما بقانون خاص أو بنصوص متفرقة[1].

سنتطرق في هذا المطلب إلى تشريعات بعض الدول الغربية والعربية المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية.

الفرع الأول

في التشريعات الغربية

تعتبر الدول الغربية الرائدة في مجال تشريع وتنظيم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذا بديهي كونها الرائدة في مجال البحوث الطبية وأيضا المطورة لها.

أولا: التشريع الإنجليزي

يعتبر القانون الصادر عام 1952 والمتعلق بزراعة القرنية "The corneal grafting act"، أول تشريع يعالج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ إلا أنه اقتصر على تنظيم نوع محدد منها، وهو نقل قرنيات الموتى فقط[2].

في عام 1961، صدر قانون "Human tissue" الذي حل محل القانون المتعلق بزرع القرنية، وقد استهدف هذا القانون إباحة زرع الأعضاء ومشتقات الجسم[3].

---

[1]– عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، مج.1، ط.2؛ (د.د.ن)، القاهرة، 1988، ص. 1059.

[2]– مهند صلاح أحمد العزة، المرجع السابق، ص. 121.

[3]– أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 24.

نظرا لقصور هذا القانون كونه انصب على استئصال الأعضاء من الجثث فقط؛ صدر قانون نقل وزراعة الأعضاء الجديد عام 1989 والذي جاء مكملا لقانون 1961، بحيث أصبح الشريعة العامة لنقل وزرع الأعضاء في انجلترا[1]، إذ أنه وضع شروط لضبط هذه العملية منها: أن يكون الشخص المتبرع بالعضو قريبا إلى الدرجة الرابعة للمستفيد، رضا المتنازل (المتبرع)، وكفاءة الطاقم الطبي[2].

ثانيا: التشريع الأمريكي

ظهرت بنوك العيون في الولايات المتحدة الأمريكية منذ الأربعينيات، ومع الطفرة التي حققتها في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية منتصف الستينات أصبح من الضروري وضع تشريع يعالج مختلف الجوانب القانونية التي تثيرها هذه العملية، فأصدرت قانون "الهبة التشريحية الاتحادي" لسنة 1968، وكان بمثابة القانون الجامع لعمليات نقل الأعضاء من الجثث، والذي اعتمد على الرضا كأساس قانوني لإباحة المساس بالجثث؛ كما رخّص لأبناء المتوفى أو إخوته أو أحد الزوجين التصرف في الجثة، بالإضافة إلى أنه لم يحصر هذه العملية في نطاق المصلحة العلاجية فقط بل أباحها لأغراض التعليم الأكاديمي أيضا والبحث العلمي، وكل ما من شأنه تطوير هذه العمليات[3].

وفي عام 1984 صدر قانون "زراعة الأعضاء القومي" رقم 98-507 والذي نظم هذه العمليات فنص على إنشاء فريق خاص بعمليات نقل وزراعة الأعضاء يتولى دراسة هذه الممارسة من جوانبها الطبية، القانونية والأخلاقية والاقتصادية، كذا آثارها الاجتماعية؛ أما أساس الإباحة فأسندها على رضا المانح.

الملاحظ من التشريعين الانجليزي والأمريكي أنهما ارتكزا على ضرورة الرضا، فمنحت للشخص الحرية التامة للتصرف في جسمه أثناء حياته ومماته، وإعطاء المريض الحق في رفض العلاج وإنهاء حياته إذا ما رغب في ذلك[4].

ثالثا: التشريع الفرنسي

لقد اختلف الفقه الفرنسي حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين مؤيد ومعارض في ظل غياب نص تشريعي؛ إلا أن هذا لم يمنع من ممارسة هذه العمليات، ومع تزايدها وكذا تطورها، أصبح

---

[1]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 123.

[2]- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 25.

[3]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 126.

[4]- المرجع نفسه، ص. 130.

لازما وضعها في قالب قانوني.

يعتبر قانون "Caillavet 1976" أول قانون نظم هذه العملية، والذي نادى بالتبرع بالأعضاء والأنسجة –نظرا إلى الحاجة المتزايدة لها– إما لأغراض علاجية فيكون بذلك الموت بداية لحياة جديدة[1]، أو لأغراض علمية[2]، كما جاء هذا القانون بفكرة الرضا المفترض "Consentement présumé"[3]، أو قرينة التبرع "La présomption de don"[4].

عرفت سنة 1994 صدور قانون 29 جويلية المنظم لأخلاقيات العلوم الإحيائية "Loi bioéthique"، المتعلقة باحترام جسم الإنسان، وكذا التبرع واستعمال منتجات الجسم، إذ وضع الأسس القانونية بهذا الشأن .

أما سنة 2004 فعرفت صدور قانون 06 أوت المتعلق بأخلاقيات العلوم الإحيائية، والمكمل للقانون السابق، إذ عمل على توسيع نطاق التبرعات بين الأحياء، كما بيّن دور وكالة الطب الإحيائي التي سيتم إنشاؤها[5].

في ماي 2005 تم إنشاء الوكالة والتي استلمت وظائف المؤسسة الفرنسية للزرع "L'établissement français des greffes"، إذ تعمل هذه الوكالة على ترقية الخدمات الصحية المقدمة للمريض في إطار تنظيمي وأخلاقي، كما خصصت "سجل للرفض" يدون فيه اسم كل من لا يرغب بأن تستأصل أعضاؤه بعد وفاته[6]، هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 1-1232 من ق.ص.ع.ف[7].

الفرع الثاني

في التشريعات العربية

إنّ التطور الذي تشهده الدول الغربية في مجال البحوث الطبية مسّ كذلك الدول العربية، فأصبح لزاما عليها وضع منظومة قانونية تحيط بهذه العمليات، لاسيما منها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

---

[1]-CAILLAVET Henri, «Prélèvement et greffe progrès scientifiques ou technique et droit de l'homme», R.T.D.H, N°54, 1er avril 2003, p. 565.

[2]- AL-KANDARI Fayez, «Les prélèvements d'éléments du corps humain en droit français et koweitien», Revue R.J.D.P, N° 1- 2004, publier par la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2004, p.440.

[3]- GAUTHE Cynthia, «La relation d'aide lors d'une demande de prélèvement d'organes», institue de formation en soins infirmiers du centre hospitalier de Meaux, www.France-adot /images/pj/ 281 p1_ thèse cynthia. 2008, p.13.

[4]-CAILLAVET Henri, op-cit., p. 570.

[5]-DUPONT Marc et-al., Droit hospitalier, DALLOZ, 7° édition, 2009, p.793.

[6]-GAUTHE Cynthia, op-cit., p. 13.

[7]- « …ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volante sur un registre national automatisé prévu à cet effet, il est révocable a tout moment … », Code de la santé publique français. DALLOZ 18 édition, 2004.

لما لها من أبعاد أخلاقية ودينية، من بين هذه التشريعات نجد التشريع الأردني، وهو أول تشريع عربي وضع تنظيم متكامل لهذه العملية؛ أما التشريع المصري فإنه لم يضع تنظيم خاص لزرع الأعضاء؛ إلا أنّ تلك العمليات ممارسة لديه، وبالنسبة للتشريع الجزائري، فقد نظمها في القانون 85-05 المتعلق بح.ص.ت. والذي سيكون أساس دراستنا.

أولا: التشريع الأردني

يعد التشريع الأردني في مجال زرع الأعضاء التشريع الأكثر تكاملا، حيث أصدرت القانون رقم 23 لسنة 1977 والمسمى "بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان"، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1980.

أجاز هذا القانون نقل الأعضاء بين الأحياء دون تحديد نوع العضو الذي يمكن نقله؛ إلا أنه ميّز بين الأعضاء الأساسية للحياة -كالقلب- فمنع نقلها، أما الأعضاء الأخرى فقد أجاز النقل فيها[1].

اشترط المشرع الأردني كمثيله من التشريعات الأخرى-السوري مثلا- في زراعة الأعضاء عدة شروط منها المتعلقة بالمانح من كمال الأهلية والموافقة الخطية على الاستئصال إضافة إلى تمتعه بالصّحة الجيدة بحيث أنّ إجراء العملية لن يصيبه بأي ضرر، وشروط أخرى متعلقة بكيفية النقل، كما أكد على عدم جواز إخضاع الأعضاء البشرية لأي معاملات مادية[2] باستثناء التعويض الذي يعطى للمتبرع جبرا عما أصاب صحته من ضعف، وكذا مصاريف الانتقال والعملية الجراحية[3].

ثانيا: التشريع المصري

يعتبر التشريع المصري من التشريعات العربية التي لم تنظم عملية نقل وزراعة الأعضاء بشكل كامل؛ إذ أنها نظمت انتقال أعضاء معينة فقط دون الأخرى، وذلك في تشريعات متفرقة، ومثيلتها من الدول نجد الكويت التي تعد أول دولة عربية نظمت هذه العملية؛ إلا أنها حددتها في نقل وزرع الكلى فقط.

فقد أصدرت قانون رقم 178 لسنة 1960 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الدم الذي نظم عمليات جمع وتخزين، وتوزيع الدم ومركباته، كما أجاز هذا القانون لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع

---

[1]- حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.ص. 41 -42.

[2]- سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 131.

[3]- حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 42.

وهو المصدر الأساسي، أو عن طريق الشراء بمقابل، ثم تقوم بدورها ببيع الدم للجمهور بمقابل مادي[1].

بعدها صدر قانون رقم 103/ 62 لسنة 1962، الذي ينظم الاحتفاظ بالعيون، والذي نص في المادة الثانية منه، على المصادر التي يمكن للبنوك الحصول منها على العيون، وهما مصدرين[2]: عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها، وعيون الأشخاص الذين يتقرر استئصالها طبيا*.

بهذا فإن مشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء، مستمدة قياسا على القانون المبيح لنقل الدم البشري لأغراض علاجية، وكذا القانون المجيز لنقل العيون[3]، بالإضافة إلى المادة 43 من الدستور المصري التي تبيح إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بعد أخذ موافقته، والتي يكون نجاحها محتملا، بينما زرع الأعضاء تكون المصلحة مؤكدة[4].

ثالثا: التشريع الجزائري

كانت الجزائر من الدول التي لم تعالج عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون خاص، لذا استند الأطباء المختصون في هذا المجال، على فتوى المجلس الأعلى الإسلامي* الذي أجاز نقل وزرع الأعضاء سواء بين الأحياء أو من الموتى[5]، وبصدور قانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، والمتعلق بح.ص.ت. أجاز المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفصل الثالث، من الباب الرابع، تحت عنوان: "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها"، وذلك من المواد 161 إلى 168، حيث عالج فيها أساس إباحة العملية وهي الضرورة العلاجية وكذا التشريح لإغراض علمية، بالإضافة إلى الشروط الواجب توفرها سواء منها الموضوعية أو الطبية، عدلت بعض هذه المواد بالقانون رقم 90-17

---

[1]- حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 43.

[2]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، الجزء الأول، (ط، بلا)؛ دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 101.

* "رغم وجوب استئصال العين بسبب علة ما، قد تظل تحتفظ العين ببعض الأجزاء السليمة، التي يمكن استخدامها لإجراء ترقيع قرنية العين لمصلحة أشخاص آخرين"، سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 131.

[3]- نفس المرجع و الصفحة.

[4]- أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 641 .

* فتوى صادرة عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 26 أفريل 1972، والتي أباحت عملية نقل الدم وزرع الأعضاء بضوابط وشروط، مجلة الفكر البرلماني، المرجع السابق، ص. 141.

[5]- العلجة مواسي، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الجثث"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المرجع السابق، ص. 326.

الصادر بتاريخ 31 جويلية 1990 والذي أضاف بعض الشروط، كما نص على إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

وفي 2012 تم صدور المرسوم التنفيذي رقم: 12-167 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية[1].

المبحث الثاني

ضوابط مشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن اتصال عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بالأحياء والأموات جعلها حساسة ومعقدة، كونها تمس حرمة جسد الأحياء من جهة وحرمة الجثث من جهة أخرى، ولم يتم الوصول إلى التسليم بإباحتها إلا بعد أن تمت إحاطتها بضوابط، لذا عمد مشرعو الدول التي اعترفت بعمليات النقل والزرع إلى سن قواعد من أجل ضبطها حماية لأطرافها، وكذا إبقائها في الإطار القانوني المسطر لها، وتعد هذه الضوابط بمثابة ضمانة لأطراف العملية حتى لا يطغى التقدم العلمي على مصالح البشرية.

وهذه الضوابط نوعان: شروط موضوعية تتعلق بالعقد الموجود بين طرفي العملية (المريض، المتبرع أو الموصي، والطاقم الطبي)، وشروط طبية تتعلق بطرفي العملية وكيفية انجازها.

المطلب الأول

الشروط الموضوعية

كل عقد يتم بين الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية يستوجب أن توفر فيه الشروط الموضوعية من سبب ومحل وكذا الرضا، والتي يستوجب أن تكون مشروعة كي لا تتعارض مع النظام العام، كذلك عملية نقل وزرع الأعضاء تستوجب من أجل مشروعيتها توفر هذه الشروط.

الفرع الأول

مشروعية المحل والسبب

استنادا إلى إباحة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، يمكن للشخص إعطاء موافقته على اقتطاع أحد أعضائه أثناء وجوده على قيد الحياة لمصلحة الغير، والحكم على شرعية الاتفاقيات التي يكون محل

---

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 12-167، مؤرخ في 05 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وتسييرها، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 22، صادر في 15 أفريل 2012، ص. ص. 7-11.

إبرامها جسم الإنسان يستند لمقتضيات النظام العام والأخلاق الحميدة[1].

يعتبر النظام العام من المفاهيم التي أثارت الكثير من النقاش، فحسب الأستاذ "السنهوري": "النظام العام هو القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتسمو على مصلحة الأفراد"[2].

أما بالنسبة ل A- WEIL، فاعتبر أن النظام العام يفترض وجود نزاع بين مصدرين من القواعد القانونية داخل الدولة، المصدر الرئيسي وهو الذي تشتق منه القواعد التي تنظم المصلحة العامة لمجموع الوطن، والمصدر الثانوي وهو الذي يتحدث باسم المصالح المختلفة قانونا، وإذا اقتصرنا على القانون المدني يظهر نزاع القواعد القانونية الوطنية والقواعد القانونية الموضوعية بين الأفراد ضمن اتفاق ما، والذي هو بمثابة قانون في العلاقة التي تربط بينهم[3].

فالنظام العام إذن عبارة عن قواعد قانونية تحمي المصالح العليا للدولة، والذي يتفوق عن القواعد الاتفاقية المستلهمة من مصالح الأفراد، فالعقد بمثابة القانون بين الأطراف ما لم يصطدم بقاعدة من النظام العام[4].

ويعتبر مبدأ التكامل الجسدي للشخص من مبادئ النظام العام، وأي اعتداء على جسم الشخص يعد اعتداء ضد النظام العام، فيكون بذلك باطلا؛ غير أن هذا المبدأ ليس مطلقا إذ لا يكون دائما التصرف في جسم الإنسان (الآدمي) اعتداء على المصلحة العامة، وبالتالي يكون مشروعا طالما كان منسجما مع النظام العام والأخلاق الحميدة[5].

وبهذا يجب أن تلبي زراعة الأعضاء شرطين أساسيين هما: مشروعية المحل، وكذا مشروعية السبب.

---

[1]– أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص. 287.

[2]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام –مصادر الالتزام–، ط. 3؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ج.1، مج.1، ص. 434.

[3]– خليدة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، إشراف د. بن شعبان حنيفة، 2000– 2001، ص. 08.

[4]– أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 288.

[5]– خليدة مشكور، المرجع السابق، ص. 08.

أولا: مشروعية المحل

محل الالتزام في القواعد العامة هو الأداء الموعود به من قبل المدين، فيمكن أن يكون قيام بعمل، أو امتناع عنه، أو إعطاء شيء، فيجب أن يكون: مشروعا، موجودا، ومعينا.

بينما في نقل وزراعة الأعضاء، فالمحل يختلف باختلاف زاوية النظر إليه، فإذا نظرنا من زاوية الطبيب وجدنا أن محل العملية بالنسبة له هو الاقتطاع والزرع، أي النشاط الذي يبذله الجراح لاقتطاع العضو وزرعه في جسم المريض، وبالنسبة لهذا الأخير الذي يعاني من تلف أو عطب في عضو من أعضائه، فإن جسده هو محل العملية؛ أما محل التبرع فهو إعطاء العضو المستأصل[1].

ولكي يكون محل العملية مشروع وغير مخالف للنظام العام وكذا الأخلاق الحميدة، يجب أن يكون العضو: موجودا، معينا، وصالح للتبرع به.

أ- أن يكون العضو موجودا

يشترط في الموهوب سواء كان مالا أو عضوا بشريا أن يكون موجود وقت إبرام الهبة، فهبة ما سيوجد في المستقبل باطلة في القانون المدني، كما أن قانون نقل وزرع الأعضاء تحدث عن التبرع بعضو موجود فعلا وقت إبرام الهبة، ذلك أن أعضاء الإنسان ليست كلها قابلة للتجدد، فما كان منها غير موجود وقت العقد، لا يمكن أن يوجد بعد ذلك[2].

وإذا كان العضو غير موجود وقت الهبة كانت الهبة باطلة، أما إذا كان العضو موجود وقت التعاقد إلا أنه تلف أو هلك بعد ذلك بسبب مرض الواهب أو حادثة؛ فإن الهبة رغم قيامها صحيحة تفسخ لاستحالة وفاء الواهب بالتزامه، وهو نقل منفعة العضو الموهوب للموهوب له[3].

أما في الوصية، فيشترط أن يكون الموصى به موجودا عند إبرام الوصية في ملك الموصي إذا كان معينا بالذات، وإذا كان محل الوصية عضو من أعضاء الإنسان؛ فإنه بطبيعتها تستلزم أن يكون هذا العضو موجودا، وإن لم يكن كذلك فلا تنشأ الوصية لعدم المحل، وإذا جاز تشبيه الأعضاء البشرية

---

[1]- محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجية الحديثة والقانون الجنائي، ط.2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2010، ص. 16.

[2]- صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، ط.1؛ دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 177.

[3]- المرجع نفسه، ص. 178.

بالأشياء فهي من قبيل الأشياء المعينة بذاتها والتي تستوجب وجودها عند إبرام العقد[1].

ب- أن يكون العضو معينا

تقضي القاعدة العامة للمحل بوجوب تعيينه في العقد أو قابليته للتعيين، كذلك بالنسبة لاقتطاع الأعضاء فيجب أن يكون العضو المتبرع به معينا وقت إبرام العقد، بالإضافة إلى وجود مريض معين سبيل شفائه زرع ذلك العضو المعين عند الهبة في جسمه ؛ أما في الايصاء فيصح للشخص أن يعين العضو الذي يريد أن يوصي بمنفعته بعد وفاته، أو يوصي بكامل أعضاء جسمه في حدود القانون[2].

ج- صلاحية العضو للتبرع

يجب أن يكون العضو المراد الانتفاع به صالحا قانونا للتعامل فيه بالهبة أو الإيصاء؛ أي عدم تعارضه مع النظام العام، ويكون كذلك إذا لم يوجد نص يحضر التعامل فيه.

كما ينبغي أن يثبت قبل إجراء نزع العضو مدى صلاحية هذا العضو –طبيا– للمتنازل له، وإلا فلا وجه لتبرير العملية[3].

كما يحضر التبرع بالأعضاء التي قد يرتب استئصالها تعريض صحة الواهب للخطر، أو انتقاص مستديم لقدراته الوظيفية، فتبطل الهبة في هذه الحالة ولو وافق الواهب على استقطاع العضو من جسمه[4].

- **الأعضاء الجائز استئصالها:**

تتنوع الأعضاء البشرية وتتعدد منها الظاهرة كالرجل والعين، ومنها الباطنة كالقلب والرئة، منها الأعضاء المتجددة ومنها التي تنتفي فيها صفة التجدد، كما نجد أعضاء وحيدة وأخرى مزدوجة، فهل كل هذه الأعضاء قابلة للاستئصال؟

❖ **الأعضاء المزدوجة:**

يقصد بالأعضاء المزدوجة الأعضاء التي لها نظير في الجسم كالعين والكلية والرئة، يمكن استئصال إحداها دون أن يتأثر الجسم بشرط أن يكون العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة البيولوجية لوحده؛ أما إذا كان استئصال أحد العضوين يؤثر على هذه الوظيفة فلا يجوز اقتطاعه؛ هذا فضلا عن

---

[1]- صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص. 187.

[2]- المرجع نفسه والصفحة.

[3]- علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص. 26.

[4]- صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص. 179.

تناسب المخاطر التي يتعرض لها المتبرع مع المزايا التي تعود على المريض[1].

ولعل المثال الشائع حول زراعة الأعضاء المزدوجة زرع الكلى، حيث أن الجزائر تسجل 3000 إلى 4000 حالة قصور كلوي كل سنة، 7000 منهم في قائمة الانتظار لإجراء الزرع، و16000 يخضعون لدورات تصفية الدم[2].

❖ **الأعضاء الوحيدة والمتجددة:**

العضو المتجدد هو العضو الذي له قابلية على تجديد خلاياه بصورة تلقائية عند نقل جزء منه، من بين هذه الأعضاء نجد الخلايا الجذعية وهي خلايا غير منجزة لها القدرة على النمو والتطور، والانقسام بسرعة، ومن دون حدود وإعطاء خلايا متخصصة التي يمكن أن تتحول إلى أي نوع من أنواع أعضاء، أو أنسجة الجسم البشري تقريبا[3].

يتم الحصول على هذه الخلايا من عدة مصادر[4]: الأجنة الباكرة أو الساقطة من مراحل الحمل، المشيمة أو الحبل السري، الأطفال والبالغون، أو بطريق الاستنساخ العلاجي.

وقد تطرق مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشر المنعقد بمكة المكرمة سنة 2003 لمسألة الخلايا الجذعية؛ وقرر بأنه لا يجوز الحصول على هذه الخلايا، وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إلا إذا كان مصدرها مباحا، ويكون ذلك إذا اشتقت من:

- البالغون إذا أذنوا بذلك ولم يكن عليهم أي ضرر.
- الأطفال إذا أذن أولياؤهم بذلك لمصلحة شرعية، ولم يكن عليهم ضرر.
- المشيمة أو الحبل السري، و بإذن الوالدين.
- الجنين المسقط تلقائيا، وبإذن الوالدين.
- اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب، إذا وجدت وتبرع بها الوالدين، مع التأكيد على أنه لا يجوز

---

[1]– فضيلة إسمي قاوة، المرجع السابق، ص. 56.

[2]- AKKOUCHE Salima, «Transplantation d'organe, le long combat des insuffisants rénaux», Le soir d'Algérie, n° 6815, du 12/03/2013, p. 5.

[3]– العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص. 67.

[4]– قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته 17 بمكة 2003، بشأن الخلايا الجذعية، نقلا عن المرجع نفسه، ص. 149.

استخدامها في حمل غير مشروع.

ولا يجوز الحصول على هذه الخلايا واستخدامها، إذا كان مصدرها محرما، وذلك في حالة:

- الجنين المسقط تعمدا بدون سبب طبي يجيزه شرعا[1].
- التلقيح المتعمد بين بويضة وحيوان منوي من متبرعين.

- **الأعضاء التي لا يجوز استئصالها:**

يوجد في الجسم أعضاء لا يجوز اقتطاعها، وذلك لما تشكله من خطورة على صاحبها وعدم توافقها مع الشرع، ومن أمثلة ذلك نجد:

❖ **الأعضاء الوحيدة غير المتجددة:**

هي الأعضاء التي ليس لها مثيل في الجسم، ولا تتجدد كالقلب مثلا، فلا يجوز استئصالها لأن ذلك سيؤدي حتما إلى هلاك الشخص هذا فيما يخص النقل بين الأحياء؛ أما الجثث فتعد المصدر الأساسي لها.

❖ **الأعضاء التناسلية:**

تناول الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية مسألة زرع الأعضاء التناسلية التي حرمها بموجب المادة 71 بقولها: "**يحضر على الأطباء زرع الخصية أو المبيض**"[2].

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد قرر تحريم زرع الغدد التناسلية كون أنها تستمر في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه، حتى بعد زرعهما في متلقي جديد.

وبهذا فإن الأعضاء التي قد يترتب عن نقلها للغير اختلاط الأنساب كالخصية والمبيض لا يجوز التبرع أو الوصاية بها[3].

أما زرع أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية –ماعدا العورات المغلظة– جائز

---

[1]– قرار رقم 56(6/7)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، دورة 6 المنعقد بجدة، من 14–20 مارس 1990، والمتعلق باستخدام الأجنة كمصدر لزراعة الأعضاء، نقلا عن العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص. 161.

[2]– الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية.
http://Www.Faculty.ksu.edu.sa/alwazzan/materials%20of%20of

[3]– صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص. 182.

لضرورة مشروعة، ووفق الضوابط والمعايير الشرعية[1].

فيما يخص المشرع الجزائري، فإنه لم يتعرض لهذه المسالة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 274 من ق.ع[2] التي تنص على: "**كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة**".

يفهم منها تجريم اقتطاع الخصيتين أو المبيض أثناء الحياة، لأنه يؤدي إلى قطع النسل، وهو الغرض الأساسي لتجريم الفعل؛ إلا أنه لا يمكن تطبيق هذه المسالة على عملية نقل وزرع الأعضاء، بالتالي نجد أنفسنا أمام فراغ تشريعي.

ثانيا: مشروعية السبب

السبب في مجال التصرفات القانونية هو دافع الإرادة، أي السبب الذي من أجله يلتزم المدين بموجب العقد، وتلعب نظرية السبب دورا مهما ضمن العلاقات التعاقدية، حيث يستطيع القاضي بواسطة السبب مراقبة الطابع الأخلاقي للاتفاق، فالسبب هو الذي يسمح باكتشاف أهداف الأطراف المتعاقدة[3].

حتى تنتج الإرادة أثارها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام، وذلك حماية للمجتمع[4]، كذلك التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تكون صحيحة متى كان السبب مشروعا، ويعد السبب مشروعا إذا كان التصرف يستهدف تحقيق مصلحة علاجية[5].

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 161 من ق.ح.ص.ت. "**لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان وزرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون**".

---

[1]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص. 164.

[2]- أمر رقم 66- 156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 49 لسنة 1966، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 11-14، مؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 44 صادر في 10 أوت 2011.

[3]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 295.

[4]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.ص. 339، 360.

[5]- هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، ط.1؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص. 138.

كما يمكن أن يكون الغرض من اقتطاع الأعضاء: البحوث العلمية والتجريبية طبقا لنص المادة 168 من ق.ح.ص.ت.

ونص التشريع الكويتي في المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 1983 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية، على أنه لا يجوز إجراء عمليات زراعة الكلى للمرضى إلا بهدف تحقيق مصلحة علاجية تقتضيها المحافظة على حياتهم[1].

كذلك المشرع الفرنسي نص على أن استئصال الأعضاء من الأشخاص الأحياء الذين يتبرعون بأعضائهم لا يمكن أن يقام إلا لتحقيق فائدة علاجية مباشرة للمريض*.

يمكن أن يكون نقل الأعضاء سببه تحقيق فائدة للغير أو أن يكون لمصلحة المجتمع.

أ- تحقيق فائدة للغير

يشترط لمشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء أن تحقق فائدة للغير، وهي المصلحة العلاجية للمريض مع الحرص على عدم تضرر الطرف الثاني للعملية وهو المتبرع.

- **المصلحة العلاجية للمريض**

أجاز القانون العمل الطبي لغاية أساسية وسامية هي شفاء المريض وتخفيف آلامه، وهذا ما أقرته عدة نصوص منظمة للصحة منها التشريع الجزائري الذي أكد على ضرورة السهر على حماية صحة السكان في الفقرة الأولى من المادة 195 من ق.ح.ص.ت. التي تنص على أنه: "**يتعين على الأطباء ... السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الملائم لهم...**"

أيضا، نص في الفقرة الأولى من المادة 7 من م.أ.ط على أنه: "**تتمثل رسالة الطبيب...في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة...**".

فيجب أن تكون المصلحة علاجية وهي إنقاذ حياة المريض من الهلاك المؤكد[2]، ومن أجل هذا يتعين إجراء موازنة بين النتائج المترتبة عن بتر العضو وبين المنفعة التي تعود على الغير من زرع ذلك

---

[1]- عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص. 284.

*Art. 1231-1: « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur».

[2]- DUPONT Marc et-al, op-cit., p. 394.

العضو[1]، على أن تكون المزايا التي تعود على الغير أكبر من الضرر الذي يتحمله المعطي؛ أي أن تكون الفائدة المراد تحقيقها أكبر من أجل تبرير المخاطر التي يتحملها المتبرع بشكل كبير جدا [2].

كما يجب أن يكون الاقتطاع هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الشفاء المؤكد للمريض، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 166 من ق.ح.ص.ت: "**لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو السلامة البدنية...**".

ولا يكتسي اقتطاع الأعضاء طابعا مشروعا إذا كان لغرض التهرب من بعض الواجبات كالخدمة الوطنية، فهو لا يستهدف العلاج من جهة، وفيه تحايل على القانون من جهة أخرى، كما لا يكون استئصال الأعضاء مشروع إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تحقيق الربح المادي فقط[3].

- **عدم تضرر المتبرع من النقل**

لقد حمى القانون الشخص المتبرع إذ اشترط ألا تؤدي عملية النقل إلى إنقاص دائم في الكيان الجسدي؛ أي لا يؤدي هذا التصرف إلى إصابة جسم المتبرع بعجز شديد أو دائم يعرض حياته للخطر[4].

ويتعين أن يثبت بناء على تقرير طبي–تتوفر فيه شروط يحددها القانون– أنّ الضرر الصحي الذي يصيب المتبرع ضرر محدود لا يعجزه عن القيام بوظائف الحياة المعتادة، ولا يحول بينه وبين أن يؤدي في صورة طبيعية وظيفته الاجتماعية[5].

لقد نص المشرع الجزائري على عدم تعريض المتبرع للخطر في الفقرة الأولى من المادة 162 من ق.ح.ص.ت.: "**لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر**".

كما تفرض المصلحة العلاجية لزراعة الأعضاء تحسين الحالة الصحية للمتلقي وضمان بقائه حيا في ظل غياب أي خطر على صحة وحياة المتبرع[6].

---

[1]- AL-KANDARI Fayez, op-cit., p .445.

[2]– هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص. 138.

[3]– فضيلة إسمي قاوة، المرجع السابق، ص. 62.

[4]– علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، ط.1؛ (د.ب.ن)، 2005، ص.17.

[5]– عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص. 288.

[6]- AL-KANDARI Fayez, op-cit., p. 445.

ب- تحقيق مصلحة المجتمع

التبرع هنا لا يكون دائما من أجل شفاء شخص معين، بل من أجل إجراء تجارب طبية؛ فالتجربة عبارة عن جمع معطيات علمية للكشف عن فرض من الفروض أو التحقق من صحته إما لأغراض علمية، أو لغرض علاجي يهدف إلى فائدة الشخص المريض[1].

لقد عرف القانون الفرنسي التجارب الطبية في القانون رقم 1138-88 الصادر في 1988/12/20 المعدل بالقانون رقم 86-90 الصادر في 1990/01/23 المتعلق بكيفية إجراء التجارب الطبية على أنها مجموعة الأبحاث والدراسات العلمية التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية[2].

والتجارب الطبية نوعان:

- **تجارب طبية علاجية**

التجارب العلاجية هي التي يلجأ إليها الأطباء للوصول إلى تطبيق علاج جديد تم اكتشافه على الأمراض التي أخفقت أساليب العلاج والأصول الثابتة في تحقيق علاج ناجع لها[3]، وذلك بمحاولة إيجاد علاج للمريض من خلال تجربة طرق جديدة في العلاج.

تعتمد هذه التجارب في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق العلاج؛ أما إذا كان علاجها معروف فالمنطق والقانون يوجبان على الطبيب اللجوء إليه، كون أن تجربة طرق علاجية جديدة تنطوي على قدر من الخطورة ونسبة من الفشل؛ لذا يشترط جانب من الفقه لمشروعية هذه التجارب أن لا تتضمن أي خطورة على صحة الخاضع لها[4].

---

[1]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 303.

[2]- العربي بالحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص. 20.

[3]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 212.

[4]- العربي بالحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص. 20.

- **تجارب طبية علمية**

التجارب الطبية العلمية هي التجارب التي تجرى على إنسان سليم أو مريض، دون ضرورة تمليها حالة هذا المريض، فيكون الغرض من إجرائها مجرد ضرورات البحث العلمي[1]، فهي ربما لا تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية شخصية ومباشرة للشخص الخاضع للتجربة، إلا أنه يمكن تعميم الفائدة إلى غير المرضى الذين يعانون نفس المرض حاليا أو مستقبلا[2].

لقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من نص المادة 168 من ق.ح.ص.ت.على أنه: "**تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية...**".

نستخلص من هذه المادة أن المشرع قد أجاز القيام بالتجارب الطبية التي لا تهدف إلى العلاج بشرط خضوعها للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات الطب، وأكد على ضرورة موافقة المتبرع في الفقرة الثانية من نص المادة 168 التي تنص على: "...**يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي**".

أيضا المشرع الفرنسي أباح التجارب الطبية لأغراض علمية وذلك في المادة 2-1232 من ق.ص.ع. التي نصت على أن استئصال الأعضاء من المتوفين لا يكون إلا لأغراض علاجية، أو علمية وهذا بعد التأكد من رضا المريض.

أما الأنسجة ومشتقات الجسم فيمكن استعمالها لأغراض علاجية وعلمية، هذا ما يجعل مجالها أوسع من الأعضاء البشرية، طبقا للمادة 2-1241 من ق.ص.ع.ف[3].

كذلك المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، أباح الانتفاع بالخلايا الجذعيّة المستمدة من الأجنة المجهضة لأسباب علاجية أو الأجنة الساقطة التي لم ينفخ فيها الروح بعد؛ سواء في زراعة الأعضاء أو الأبحاث والتجارب العلمية[4].

---

[1]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 212.

[2]- العربي بالحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري؛ المرجع السابق، ص. 21.

[3]- AL-KANDARI Fayez, po-cit., p. 446.

[4]- محمد رأفت عثمان وآخرون، قضايا فقهية معاصرة، (ط، بلا)؛ (ب.د.ن)، جامعة الأزهر، (ب.س.ن)، ج.1، ص. 92.

الفرع الثاني

مشروعية الرضا

وفقا للقواعد العامة يتحقق التراضي بوجود إرادتين متطابقتين ومتوافقتين وذلك بصدور التعبير عن الإرادة من الأصيل، وقد يصدر التعبير من النائب عنه إذا عجز الأصيل عن التعبير، وأن تتوافق الإرادتين؛ فلكي يتم العقد لابد من صدور إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر[1].

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 59 من ق.م.ج[2] التي تنص على أنه: "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين...**".

فإذا كان وجود هاتين الإرادتين كاف لوجود العقد؛ فإنه لا يكفي لصحته، بل يجب أن تكون الإرادتين متوافقتين صحيحتين[3]، ولكي تكون صحيحة يستوجب صدورها من ذي أهلية، وخالية من العيوب، وهذا ما أكده المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة 78 من ق.م التي تنص على أن: "**كل شخص آهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون**".

وبما أن عملية نقل وزرع الأعضاء هو عقد طبي يقضي بتدخل الطبيب لمعالجة جسم المريض تتوقف شرعيته على الموافقة المسبقة للمريض وتزداد أهمية هذا الرضا كلما انطوى العلاج أو الجراحة على خطورة أكبر[4]؛ فإن المشرع اشترط توافر رضا كل من المتبرع، والمريض (المستقبل)؛ إذ يجب أن يعبر المتبرع عن رضاه بالتبرع بأعضائه كتابة طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 162 من ق.ح.ص.ت، سواء كان التبرع أثناء الحياة أو بعد الوفاة –إذا عبر عن رضائه أثناء حياته–، وفي حالة غياب الرضا لا يجوز الانتزاع إلا بموافقة أحد أفراد الأسرة وفقا للفقرة الثانية من نص المادة 164 من قانون 85-05، بالإضافة إلى تعبير المريض عن موافقته أي صدور القبول من

---

[1]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 171.

[2]– أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 78 لسنة 2007 .

[3]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 142.

[4]– بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، إشراف د. فطة معاشو، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/10/05، ص. 27.

المريض، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 166 من ق.ح.ص.ت، فقد جرم المشرع الجزائري انتزاع الأعضاء دون الحصول على الموافقة وذلك في المادة 303 مكرر 19 التي نصت على: "**يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.**

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

كل هذا سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني.

الفرع الثالث

مجانية التبرع

تعددت الآراء حول مجانية التبرع بالأعضاء، فمن الفقهاء من أجاز بيع الأعضاء البشرية مستندين في ذلك إلى حجج عديدة منها: بيع العضو المزدوج كالعين والكلية وكذا الأعضاء المتجددة، لا يتنافى مع الكرامة؛ إنما هو حماية إنسان آخر من الهلاك ولا يعرض المتبرع للهلاك[1]، بشرط ألا يؤدي البيع إلى إحداث عاهة مستديمة جراء النقل[2].

ولا شك أن هذا الرأي مناف، ومخالف لمبدأ كرامة الإنسان؛ إذ جعل منه سلعة وقطع غيار تباع وتشترى.

بينما الفريق الثاني حرم بيع الأعضاء، وهذا ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي "Savigny" الذي اعتبر أن جسد الإنسان ليس محلا للتجارة، ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، وبما أن المحبة أسمى القيم، يمكن بذلك أن يتبرع إنسان لآخر بجزء من جسده بدافع المحبة لا المال[3].

هذا ما جسده قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، إذ أجاز نقل وزراعة الأعضاء البشرية بشرط عدم إخضاعها لأي معاملة مالية؛ أما المال الذي يدفع ابتغاء الحصول على

---

[1]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 47.

[2]- عبد القادر الشيخلي، "تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في القوانين والاتفاقيات الدولية"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، المرجع السابق، ص.ص. 235-236.

[3]- المرجع نفسه، ص. 236.

العضو وكذا المكافأة والتكريم فمحل اجتهاد[1]؛ في حين أجاز المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة سنة 1989 إعطاء المال كمكافأة تشجيعية على التبرع بالدم، مع أن الدم محرم بيعه شرعا[2].

من التشريعات العربية التي نصت على هذا المبدأ نجد التشريع الأردني في الفقرة الثانية من مادته الرابعة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان: "**لا يجوز أن يتم التبرع بمقابل أو بقصد الربح**".

أما المشرع المصري، فلم يحضر المقابل المالي عند التصرف في العيون البشرية، ولا في نقل الدم حينما أجاز بيعه وحدد سعره قانونا ب: 50 قرش للقنينة[3]، وبما أن إباحة زرع الأعضاء اعتمدت على أساس القياس من هذين القانونين، فهل يسري عليها أيضا القياس فيما يتعلق بالمقابل المالي.

فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي، فإنه نص في الفقرة السادسة من المادة 16*من القانون المدني على أنه لا يمكن تقديم أي مقابل للشخص المتقدم للتبرع بعضو من أعضائه، كذلك منع حصول المتنازل على أي مقابل مالي مهما كان نوعه طبقا للمادة 4-1211 من ق.ص.ع. باستثناء مصاريف عملية الاستئصال، وهذا بضوابط يحددها القانون[4].

هناك من القوانين من سمح أن يقدم للمتبرع ميدالية أو نيشان، أو وثيقة تأمين ضد الأخطار المرتبطة بالعملية، كما أن جميع مصاريف الانتقال والفحوصات والعمليات والإقامة في المستشفى تتحملها الجهة المستفيدة، كذلك يعوض المتبرع تعويضا عادلا مقابل تعطله عن عمله وما أصاب قوته الجسدية من ضعف ونقص[5].

أما التشريع الجزائري فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 161 من ق.ح.ص.ت. على أنه: "**لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية**"، وبهذه المادة

---

[1]- قرار رقم 26(4/1) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المتعلق بانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا، القرار السابق، نقلا عن العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص.ص. 166-167.

[2]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000، ص. 33.

[3]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 65.

*« Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prêtes à une expérimentation sur sa personne, ou prélèvement d'élément de son corps ou à la collecte de produit de celui-ci ».

[4] -DUPONT Marc et-al, op-cit., p. 790.

[5]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 34.

يكون المشرع قد حاول إقفال الباب أمام كل محاولة لجعل الأعضاء البشرية سلعة تداول ماليا، وقد أصاب في ذلك؛ لأن جعل أعضاء الآدمي محلا للمعاملات المالية يتنافى مع الأخلاق وكذا الدين اللذان جعلا جسم الإنسان محاطا بحماية وقدسية تجعله غير قابل أن يكون محلا للحقوق والتصرفات المالية، وإلا غدا جسم الإنسان سلعة مقدرة بمال تداول لمن يدفع أكثر.

كما أن وجود المقابل المالي، يخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من دائرة المنفعة والتراحم وروح التضحية، فيصبح الربح المادي هو الغالب والفيصل في قبول اقتطاع العضو من عدمه ويصبح الاحتياج المادي أساس إرادة المتنازل.

ولعدم كفاية هذه المادة في ظل غياب نصوص جزائية معاقبة، ورادعة عند مخالفة مثل هذه النصوص، ووجود فراغات قانونية عطلت القضاء عن توقيع الجزاءات القانونية على المروجين لمثل هذه الأعمال[1]، عمل المشرع الجزائري على تدارك ذلك عند تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 09-01 في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 16 التي تنص على: "**يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابلة منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعته**".

والملاحظ أنه أصبحت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة متفشية، ومتنامية في جميع دول العالم، وتنتشر بشكل أساسي في دول أسيا خاصة منها الصين والهند ؛ ففي الصين يتم بيع أعضاء المسجونين المحكوم عليهم بالإعدام لمن يحتاج إليها مقابل 10 ألاف دولار للكلية الواحدة، ويأتي المرضى إليها من ماليزيا، وأندونيسيا وسنغافورة، بل وبدأ الصينيون الفقراء بعرض أعضائهم للبيع عبر شبكة الانترنت، كذلك الحال بالنسبة للهند حيث أن تدني المستوى المعيشي أدى بهم إلى بيع أعضائهم بواسطة سمسار مقابل 100 إلى 300 دولار للكلية، والذي يقوم بدوره بإعادة بيعها بمبلغ 25 ألف دولار[2].

ومن بين العوامل التي ساهمت في انتشار هذه الظاهرة فكرة حرية التجارة والعولمة، إلى جانب الفقر وتدني مستوى المعيشة كما أن غياب الرقابة الصحية في المستشفيات أدى إلى انتشار سرقة

---

[1]- هند شعبان، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد 3، كلية الحقوق لجامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص. 183.

[2]- سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص. 45.

الأعضاء على مستواها[1].

من بين المشاكل الثائرة بصدد مجانية العضو[2] نجد: موقف الطبيب الجراح في حالة علمه بشراء العضو، هل يجري العملية من أجل إنقاذ المريض؟ وهذا من صميم واجبه؛ أم يمتنع، كون أنه تم شراء ذلك العضو، وفي هذه الحالة، إذا توفي المريض، ألا يقع تحت جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة، وإذا أجرى العملية، ألا يقع تحت طائلة الترويج لعمليات بيع الأعضاء؟

وقد أجابنا المشرع الجزائري على هذا الإشكال في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 25 من ق.ع. التي تنص على: "**كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسر المهني ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج**".

المطلب الثاني

الشروط الطبية

لا تكفي فقط الشروط الموضوعية لضمان ضبط عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، بل لابد من شروط أخرى خاصة ترتبط بجوهر النشاط الطبي، تتعلق إما بطرفي العملية (المريض والمتبرع)، أو بالطاقم الطبي، الذي نقصد به الطبيب والمؤسسة الاستشفائية.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بأطراف العملية

إن عملية نقل وزرع الأعضاء تستوجب شروط وضوابط يجب الاقتياد بها وأخذها بعين الاعتبار؛ منها ما يخص الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي، ومنها ما يتعلق بتوافق أنسجة كل من المتلقي والمتنازل.

أولا: الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي

قبل إجراء عملية النقل والزرع لابد من إخضاع أطراف العملية –خاصة المتبرع الذي يعتبر الشخص السليم– لفحوص تبين سلامته من أي مرض قد ينقل للمتلقي في حالة ما إذا تم الزرع[3]، كأن

---

[1]– سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق، ص. 46.

[2]– نصر الدين مروك، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2 لسنة 2000، ص. 41.

[3]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 394.

يكون خاليا من الالتهابات البكتيرية والفيروسية[1]، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 163 من ق.ح.ص.ت. التي تنص على أنه: "...**كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل...**"، بالتالي يستبعد من هذه العملية الأشخاص الذين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض مثل: القرحة المعدية[2]، كما يجب تصحيح أي عيب خفي في المسالك البولية قبل مباشرة عملية نقل الكلى مثلا، وأن تكون حالة المتلقي النفسية عند عملية زرع العضو له في وضع عادي.

يشترط لإجراء العملية أن لا يتجاوز سن كل من المتنازل عند الاستئصال والمتلقي عند الزرع 50 سنة، وأن لا يقل سنهما عن 10 سنوات[3]، كون أن نسبة نجاح العملية تتحقق أكثر في هذه السن[4].

ثانيا: توافق أنسجة المتلقي والمتنازل

يعد توافق أنسجة المتنازل والمتلقي من الركائز الأساسية لنجاح عملية الزرع؛ لأن أخطر ما يهدد هذه العمليات هو ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة (Phénomènes de rejet)، وقد كانت هاجس الأطباء إلى أن تم اكتشاف العقار المثبط لجهاز المناعة "السيكلوسبورين" الذي أدى إلى التقليل من هذه الظاهرة[5].

وتفسر ظاهرة رفض الطعم بأنها تفاعل مناعي يحدث في جسم المتلقي، إذ يهاجم الجهاز المناعي للمتلقي العضو الذي تم زراعته، فغرضه هو تمييز المواد الغريبة داخل الجسم ومحاولة تدميرها كمحاولته لتدمير الكائنات التي تسبب في إصابة الجسم بالأمراض مثل البكتيريا والفيروسات، يمكن التقليل من ظاهرة الرفض من خلال استخدام عقاقير خاصة لتثبيط المناعة[6].

وقد توصل العلماء إلى اكتشاف أن السنة الأولى بعد زرع الكلية في جسم المتلقي تعتبر أخطر فترة يجتازها العضو المزروع؛ فإذا تغلب على رفض الجهاز المناعي دون الإصابة بمضاعفات أخرى فإن

---

[1]– نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 138.

[2]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 334.

[3]– نصر الدين مروك ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 138.

[4]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 334.

[5]– المرجع نفسه، ص. 335.

[6]– "رفض الطعم"، ويكيبيديا الموسوعة الحرة http://Www.ar.wikipdia.org.

هذه الكلية أو أي عضو آخر يبقى طيلة حياة المتلقي[1].

لكن في حالة رفض الجسم للعضو المزروع، ما مصيره؟ هل يتم التخلص منه أو إعادة زرعه في شخص آخر؟ بالتالي لابد من تدخل المشرع من جديد لتنظيم هذه الحالة[2].

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالطاقم الطبي

لقد أذن المشرع للطبيب بمباشرة الأعمال الطبية على جسد المريض بقصد تحقيق مصلحة المريض وهي الشفاء، وتعد أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تتعلق بالفعل ولا شأن لها بالفاعل، ومن ثم يعد الفعل مباحا متى قام به الطبيب المأذون له بمباشرته مراعيا حدود وضوابط الإباحة[3] المتعلقة بالطبيب وكذا المؤسسة الاستشفائية التي يتم فيها إجراء العملية.

أولا: الشروط المتعلقة بالطبيب

إن مهنة الطب من المهن السامية والنبيلة التي تسعى للحفاظ على الحياة وسلامتها؛ لذا على الطبيب أن يتحلى بهذه القيم في شخصه، ولضمان حسن مزاولة هذه المهنة وضع المشرع بالإضافة إلى ق.ح.ص.ت. –الذي نص على الشروط الواجبة لهذه العملية– مدونة لأخلاقيات الطب، نص فيها على واجبات الطبيب، وكذا حقوقه، نجد منها:

أ– الترخيص القانوني:

يشترط في الطبيب أن يكون حاصلا على ترخيص قانوني بمزاولة مهنة الطب البشري من وزارة الصحة ومسجلا لديها وفقا لأحكام القانون، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من م.أ.ط : "**تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب، أو جراح أسنان، أو صيدلي،أو طالب في الطب، أو في جراحة الأسنان، أو في الصيدلة، مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما**".

تبدو أهمية هذا الشرط في تقدير أن من يحمل الترخيص تتوافر لديه الدراية العلمية والخبرة

---

[1]– نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.ص. 141–142.

[2]– نصر الدين مروك، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المرجع السابق، ص. 36.

[3]– عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص. 987.

العملية للقيام بعمل طبي وجراحي يطابق الأصول العلمية المتعارف عليها في المهن الطبية، ويتجه إلى تحقيق شفاء المريض ومصلحته[1]، فالطبيب المرخص له بمزاولة مهنة الطب يكون عارفا بتركيب البدن والأمراض الحادثة فيه وأسبابها وأعراضها والأدوية النافعة فيها وإذا لم يكن كذلك فلا يجوز له الخوض فيما لا علم له فيه[2]، أضف إلى ذلك أن مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص تعد جريمة يعاقب عليها القانون وهذا وفقا للمادة 243 من ق.ع حيث نصت على: "**كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئا من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين**".

والحكمة من تجريم هذا الفعل هي الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من عبث الدخلاء على هذه المهنة، إذ ليس لهم من المقومات والإعداد الفني ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة، وإن وفقوا في العلاج مرة يخفقون مرات[3].

ب- قصد العلاج

جوهر العمل الطبي هو قصد علاج المريض وتخفيف ما يشعر به من آلام، وتخليصه من مرضه كليا أو جزئيا بحسن النية؛ وليس إجراء تجربة علمية على المريض لأن سلامة الجسم من النظام العام ولا يجوز الخروج عنه إلا لتحقيق فائدة للإنسان ذاته[4]، كما ينتفي قصد العلاج إذا تم بدون مبرر قانوني[5]، وينظر إلى قصد الطبيب من العلاج نظرة شاملة لكل العمل الطبي، أي بالنظر إلى علاقته مع المريض من جهة، والمتبرع من جهة أخرى[6].

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، السكندرية، 2008، ص. 43.

[2]- بلعيد بوخرس، المرجع السابق، ص. 27.

[3]- منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، (ط. بلا)؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص. 181.

[4]- بلعيد بوخرس، المرجع السابق، ص. 28.

[5]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 55.

[6]- عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص. 279.

ج- إتباع القواعد العلمية الثابتة

عند قيام الطبيب بممارسة نشاطه يكون ملزما بإتباع القواعد العلمية الثابتة، وخروجه عنها يظهر في صورتين: إما يكون مقصودا بالتالي تتحرك مسؤولية الطبيب العمدية، أو يكون غير مقصود فتحرك ضده المسؤولية غير العمدية[1].

والأصول الطبية الواجب مراعاتها هي المبادئ والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا لدى طائفة الأطباء ويعترف بها أهل العلم، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى عملهم أو فنهم، بهذا يكون واجبا عليهم الإلمام بها عند ممارستهم لنشاطهم[2].

والتزام الطبيب يتمثل في إزالة العلة من المريض مع العمل على وجه يؤمن عدم حدوث علة أعظم منها، فإن لم يأمن ذلك أبقى على العلة الأصلية، من ثم وجب على الطبيب أن يوازن بين قوة الدواء وقوة تحمل المريض، فإذا قام الطبيب بما يخوله له عمله لا يسأل عن الضرر كونه ملزم بتقديم مجهود وعناية وليس تحقيق نتيجة، لأن الشفاء من الله، بالتالي لا يسأل إلا عن المسؤولية التقصيرية في إطار قواعد القانون المدني[3].

د- الالتزام بالسر المهني:

إن الطبيب ملزم بالحفاظ على السر المهني الذي يشمل كافة الوقائع والمعلومات التي تكون قد وصلت إلى علمه أثناء مباشرة مهنته[4]، وعدم اطلاع الغير به، فيمنع عليه نقل معلومات أو أي أخبار عن الشخص الذي يتعلق به السر؛ فالسر واقعة، ومجرد الكشف عنها لا يعد إفشاء وإنما يجب أن يحدد الشخص الذي يتعلق به ولو كان ببيان بعض معالم شخصه على نحو يكفي للتعرف عليه[5]، والتزام الطبيب بالحفاظ على سر مريضه يظل قائما حتى بعد وفاة المريض وذلك باعتباره أمر له الصفة الشخصية اللصيقة بشخصه وليس له طابع المالية بالتالي لا ينتقل إلى الورثة[6].

فنص المشرع الجزائري في المادة 36 من م.أ.ط.على: "يشترط في كل طبيب و جراح أسنان أن

---

[1]- عبد القادر الشيخلي،"تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في القوانين والاتفاقيات الدولية"، المرجع السابق، ص. 280.

[2]- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص. 1003.

[3]- حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 218.

[4]- حفيظ نقادي، "أصول السر الطبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، المرجع السابق، ص. 77.

[5]- منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، المرجع السابق، ص. 161.

[6]- حفيظ نقادي، المرجع السابق، ص. 79.

يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

كما حدد نطاق السر المهني في المادة 37 فقال: "**يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب وجراح الأسنان أو يسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته وعلى الطبيب أن يحرص على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني**"

نصت المادة 41 من نفس القانون على أن السر المهني لا يلغى بوفاة المريض، إلا لإحقاق حقوقه.

لم يغفل المشرع عن النص على تجريم هذا الفعل بموجب الفقرة الأولى من المادة 301 من ق.ع. حيث تنص على: "**يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون ...المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك**".

بينما في مجال زراعة الأعضاء تعتبر هوية المتبرع والمستفيد من قبيل السر الذي يجب عدم إفشائه، وهذا لتأكيد وتثبيت مبدأ السرية الذي يلزم به كل طاقم طبي من أجل تفادي المشاكل التي قد تنجر عن فعل الإفشاء، والتي قد تؤثر سلبا على مجرى العملية[1].

هذا ما نصت عليه المادة 5-1211 من ق.ص.ع.ف. فلا يمكن للمتبرع أو المتلقي معرفة هوية بعضهما ولا يمكن التصريح بأي معلومات قد تفيد بذلك.

أيضا المشرع الجزائري نص في الفقرة الثانية من المادة 165: "**كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع**".

يهدف مبدأ السرية إلى إبقاء هذه العملية في طابعها الإنساني البحت كي لا يكون المستفيد أسير المعروف للمتنازل، ولا يمن هذا الأخير على المستفيد؛ إلا أن الواقع العملي يخالف هذا النص كون أن أغلب العمليات تتم بين الأقارب.

ي- الالتزام بتبصير طرفي العملية

الطبيب ملزم بتبصير كل من المعطي والمتلقي، مع الأخذ بعين الاعتبار تشديد التبصير اتجاه المعطي دون المتلقي؛ لأن العمل الطبي هنا لا يتضمن أيّة فائدة علاجية له[2].

---

[1] -DUPONT Marc et-al, op-cit., p. 791.

[2]- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، ط1؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 184.

- **الإلتزام بتبصير المتبرع**

على الطبيب الذي يجري العملية أن يطلع المعطي على طبيعة العملية التي ستجرى له، وأن يبصره بجميع المخاطر التي قد يتعرض لها، لأن لكل إنسان حق في سلامة جسمه ولا يجوز المساس بهذا الحق إلا برضاه[1]؛ فهذا الالتزام له خصوصية وذلك لأسباب عدة، منها: أن هذا الشخص لا يعاني من أي مرض وصحته جيدة، بالتالي لابد من أن يتوسع الطبيب في تبصيره؛ لأن استقطاع العضو من جسده لا يحقق له أية فائدة تذكر، بل قد يؤدي ذلك إلى الإضرار به، فيجب إحاطته علما بالمخاطر المحتملة والمؤكدة الحدوث التي قد تصيبه جراء العملية، وإحاطته بالتعقيدات التي يمكن أن تقع مستقبلا، فضلا عن الآثار الجانبية لإجراء العملية، كتأثيرها على حياته الاجتماعية، وحتى الاقتصادية، ومدى تأثير إجراء هذه العملية على أداء عمله وقدرته على الإنتاج في المستقبل[2].

وقد نص المشرع الجزائري على ضرورة تبصير المتلقي بأخطار العملية في الفقرة الثالثة من المادة 162 من ق.ح.ص.ت: "...**ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع...**".

كذلك أكد المشرع الفرنسي على ضرورة التزام الطبيب أو الجراح بإبلاغ المعطي بالنتائج المحتملة من استئصال العضو من جسمه في الفقرة الأولى من نص المادة 4 من القانون رقم 23 لسنة 1976.

- **الالتزام بتبصير المريض**

يجب على الجراح أن يقوم بإخبار المريض عن طبيعة عملية الزرع التي ستجرى له ومخاطرها وكذا نتائجها المحتملة[3]، والحكمة من هذا الالتزام هو احترام الشخصية الإنسانية والحق في سلامة الجسد، إذ يمثل الإخلال به مساسا خطيرا بهذا الحق[4].

لقد شهد موضوع التزام الطبيب بتبصير المريض في مجال التدخل الجراحي قبل عمليات زرع الأعضاء جدلا حادا على الصعيدين الفقهي والطبي، ويمكن رد الاتجاهات التي تعرضت إلى الموضوع إلى ثلاث اتجاهات[5].

---

[1]– محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 97.

[2]– زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص. 184.

[3]– أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 138.

[4]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 175.

[5]– محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 126.

الاتجاه الأول قال: أن الطبيب ملزم بتبصير مريضه بكل أنواع المخاطر، ذلك أن المريض له الحق في معرفة الحقيقة، فهناك حالات لا يكون فيها المريض قادر على تحمل حقيقة مرضه ومع ذلك فإن للمريض مصالح جوهرية في معرفة حالته[1].

أما الاتجاه الثاني قال: أن الطبيب ملزم بتبصير المريض على الأخطار المتوقعة، وذلك بإعطائه فكرة معقولة عن حالته تسمح له أن يتخذ قرارا رشيدا وحكيما، بإحاطته علما بالنتائج القارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله، دون النتائج قليلة الاحتمال[2].

أخيرا الاتجاه الثالث: أقر بتبصير المريض بالعواقب التي لا تؤثر على حياته الصحية، ولا يقبل بتبصير المريض متى كان من شأن ذلك أن يؤثر على حالته الصحية، فهذا الباب يجيز للطبيب إخفاء حقيقة المرض وعواقبه الوخيمة عن المريض إذا كان من شأن ذكر الحقيقة أن يؤدي إلى تردي حالته النفسية وعرقلة برنامج علاجه[3].

نستنتج مما سبق أن على الطبيب أن يطلع مريضه على الخطوط العريضة لمرضه وطبيعة التدخل الجراحي دون الدخول في التفاصيل الفنية الدقيقة، وأن يمده بمعلومات بسيطة يسهل عليه فهمها بحيث يستطيع اتخاذ قراره بالقبول أو الرفض، فالتزام الطبيب بتبصير المريض في مجال زرع الأعضاء يتطلب التوافق بين احترام إرادة المريض وحريته في التصرف في تكامله الجسدي، وبين المحافظة على صحته، فاحترام إرادة المريض يتطلب إخباره واطلاعه على المخاطر المتوقعة لعملية الزرع؛ في حين أن الالتزام بالمحافظة على صحته تقيد من الالتزام بالاطلاع إذ يجب على الطبيب أن يخفي بعض النتائج والمخاطر التي تؤثر على صحته ونفسيته[4].

لم يحدد المشرع الجزائري الأخطار التي يجب على الطبيب أن يطلعها للمريض، والتي لا يجب اطلاعها له، فقد نص في الفقرة الخامسة من المادة 166 من ق.ح.ص.ت. على أنه: "**لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل... بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك**".

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 178.

[2]- المرجع نفسه، ص.ص. 175-176.

[3]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 129.

[4]- المرجع نفسه، ص. 132.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمستشفى

إن خصوصية وحساسية عملية نقل وزرع الأعضاء، أدى بالقانون إلى النص على مكان إجرائها، فنصت الفقرة الأولى من المادة 167 على: "**لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي رخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة**".

وتطبيقا لهذه المادة أصدر وزير الصحة بتاريخ 19 مارس 1991 قرار وزاري تضمن أسماء المؤسسات الصحية المرخص لها بالنشاط في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، وفي 2002 ألغي هذا القرار بموجب القرار الصادر عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، الذي حدد بدوره قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء*.

ومثال هذه المؤسسات: مصلحة زرع الكلى بمستشفى مصطفى باشا، التي لها خبرة رائدة تستوجب التعميم على جميع المؤسسات الأخرى، حيث أنها تجري 35 إلى 40 عملية سنويا؛ هذا ما مكن الجزائر من احتلال المرتبة الأولى في المغرب الكبير سنة 2007 بتسجيلها رقما قياسيا ب: 611 عملية زرع، وبالرغم من هذا النجاح فإنها لم تدرك بعد مقاييس وتوصيات المنظمة العالمية للصحة التي تحدد 6 عمليات لكل مليون نسمة، والجزائر لا تحقق إلا 5.3 لكل مليون نسمة[1].

لم تكن هذه الجهود كافية مقارنة بالحاجة التي تعانيها الجزائر في هذا المجال؛ لهذا تم إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167[2].

وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، موضوعة تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، مقرها بالجزائر تكلف ب:

- تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء ضمن القائمة المحددة لذلك.

---

* - زرع القرنية: المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا بالعاصمة، مستشفى بني مسوس وباب الواد، المركز الاستشفائي الجامعي عنابة.

- زرع الكلى: المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا بالعاصمة، المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي قسنطينة.

- زرع الكبد: مركز بيار ماري كوري بالجزائر، نقلا عن العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.ص. 336- 337.

[1]- ثرية مسعود، "مصلحة زرع الكلى بمستشفى مصطفى باشا خبرة رائدة تستوجب التعميم"، جريدة الحوار، 04/ 10/ 2009، http:// Www.djazairess. com

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 5 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 22، ص. ص. 7-11.

- ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والخلايا.
- ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة.
- تسيير وحفظ بطاقات المانحين والمستقبلين للأعضاء.

بالإضافة إلى مراقبة مطابقة تسيير المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بمثل هذه العمليات، وكذا بنوك الخلايا والأنسجة، للمعايير المعمول بها في هذا المجال.

وبهذا تكون هذه العملية محاطة بنوع من الضمان بالنسبة للمستفيد وكذا المتنازل عن العضو، وخاضعة لرقابة الدولة[1].

والملاحظ أنه تم استبعاد مستشفيات القطاع الخاص التي تتوفر على تجهيزات متطورة، وعلى أطباء على قدر من الكفاءة، والتي تعد في وقتنا الحالي أحسن من مستشفيات القطاع العام[2].

[1]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 377.

[2]– هند شعبان، المرجع السابق، ص. 195.

الفصل الثاني

نطاق عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات الحساسة والمعقدة كونها تتصل بالأحياء والأموات، وأساس إجازة هذه العمليات إذن القانون الذي نظمها في نصوص تشريعية فأباحت النقل بين الأحياء عن طريق الهبة الذي هو تمليك بلا عوض، فعقد الهبة تصرف قانوني يلتزم بموجبه الواهب بالقيام بعمل وتسليم شيء وهو الجزء أو العضو البشري للموهوب له، لأن الواهب جعل نفسه مدينا للموهوب له دون عوض، وقبل المخاطرة بالتنازل عن الجزء أو العضو[1] قصد إنقاذ حياة المريض، وهذا تصرف نبيل يعبر عن تضامن الأفراد.

كما أباحت أيضا النقل من جثة الإنسان، بالتالي ترجيح مصلحة الحي على حرمة الميت وذلك عن طريق الوصية التي هي من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المفردة وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فالوصية بالجثة لأغراض علمية أو علاجية من المصادر المهمة لعملية نقل الأعضاء، إذ أنها توفر الأعضاء الأساسية التي لا يمكن أن تتوفر عند النقل من الأحياء لكون المتنازل عنها شخص ميت لا يتضرر من عملية النقل، وقد تم تقييدها بشرط الموافقة حيث تحترم فيها دائما إرادة الموصي ما لم تخرج عن القواعد الأخلاقية والاعتبارات الدينية والقانونية[2].

تعتبر المخاطر الناتجة عن استئصال عضو آدمي من ميت ونقله إلى حي أقل بكثير من المخاطر التي تترتب عن اقتطاع عضو من آدمي حي ونقله لآخر لأن إتلاف جزء من الجسم بالنسبة للحي أخطر من إتلافه بالنسبة للميت[3]، كما أن هذا الأخير يوفر الأعضاء الأساسية التي لا يمكن اقتطاعها من الأحياء، وهذا من الأسباب التي أدت إلى تفضيل النقل من الجثث مقارنة بالأحياء.

---

[1]– منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 73.

[2]– فضيلة إسمي قاوة، المرجع السابق، ص. 86.

[3]– أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 653.

المبحث الأول

نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

حق الإنسان في الحياة هو المصلحة التي يحميها القانون حتى يظل الجسم مؤديا لكامل وظائفه الأساسية والحيوية، وبما أن الحياة محل الحماية لابد من تحديد بدايتها.

والحق في الحياة ليس خالصا للفرد، بل هو في ذات الوقت حق للمجتمع، بالتالي ليس للفرد أن يتصرف في أعضائه كونه يعد تعدي على الحياة؛ غير أن ضرورة العلاج أدت بمعظم التشريعات إلى إجازة تصرف الفرد أثناء حياته في أعضائه مقيدة إياه بضرورة توفر الرضا في كل من الواهب والموهوب له.

المطلب الأول

تحديد بداية الحياة

شكلت بداية الحياة اختلافات كبيرة بين رجال الطب، الفقه والقانون، كونهم اختلفوا في تحديد المعيار المعتمد كتاريخ لبداية حياة الإنسان رغم التداخل الموجود بين هذه المعايير.

الفرع الأول

المعيار العلمي

اعتمد هذا المعيار على وجود مظاهر الحياة بالكائن الحي، فمنهم من ذهب إلى أن الإخصاب (Fécondation) بداية للتطور الآدمي[1]، بالتالي بداية الحياة، حيث تشرع البويضة المخصبة في الانقسام (Segmentation) على طول قرن الرحم[2]، والتنقل إلى غاية التعشيش (Nidation) ببطانة الرحم المجهز بالأوعية الدموية من أجل تغذية الحميل (L'embryon)[3]، فيأخذ الأطباء بالإخصاب كبداية للحياة بغرض متابعة الجنين طبيا وإحاطته بالاهتمام اللازم[4].

وهناك من يرى أن تكون المخ –ما بين الأسبوع الرابع والخامس– هو بداية للحياة الإنسانية، فالجهاز العصبي يعتمد على سلسلة عصبونات (Neurones) تنقل المعلومات من المستقبلات الحسية (Récepteurs sensitifs) نحو المخ، الذي يعالجها ويخزنها ويرسلها إلى الأعضاء، والتي تظهر في شكل

---

[1] - GERNIGON Thérèse, Embryologie général humaine, office des publications universitaires, 2005, Alger, p.83.

[2] - Idem., p. 92.

[3] - Ibid., p. 106.

[4] – عبد الهادي بن زيطة، "بداية الحياة الإنسانية وأثارها القانونية بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد01، 2011، ص.202.

انعكاسات إرادية أو لا إرادية[1] كالتنفس والتقلب جانبا.

الفرع الثاني

المعيار الفقهي

لقد حرص الله عز وجل في آياته الكريمة على بيان أطوار خلق الإنسان فقال: **"يا أيّها النّاس إن كنتم في ريب من البعث فإنّا خلقناكم من تراب ثم من علقة ثم من مضغة مخلّقة وغير مخلّقة لنبيّن لكم ونقرّ في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمّى ثمّ نخرجكم طفلا ثمّ لتبلغوا أشدّكم ومنكم من يتوفّى ومنكم من يردّ إلى أرذل العمر لكيلا يعلم من بعد علم شيئا"**[2].

وقال أيضا :**"ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين (12) ثم جعلناه نطفة في قرار مّكين(13) ثمّ خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثمّ أنشأناه خلقا ءاخر فتبارك الله أحسن الخالقين(14)"**[3].

كما أن السنة النبوية تطرقت لهذا الموضوع فنجد عدة أحاديث بينت مراحل تطور خلق الإنسان منها حديث عبد الله عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "**إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله إليه ملكا بأربع كلمات: فيكتب عمله، وأجله، ورزقه، وشقي أم سعيد، ثم ينفخ فيه الروح**"[4].

أيضا حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**إن الله وكّل في الرّحم ملكا، فيقول: يا ربّ نطفة، يا ربّ علقة، يا ربّ مضغة، فإذا أراد أن يخلقها قال: يا ربّ أذكر أم أنثى؟ يا ربّ أشقيّ أم سعيد؟ فما الرّزق؟ فما الأجل؟ فيكتب كذلك في بطن أمّه**"[5].

في هذين الحديثين تحديد لمراحل خلق الإنسان وهي اثنتين: مرحلة الحياة المطلقة والتي تكون خلال 120 يوما الأولى من الإلقاح، ومرحلة الحياة الموصوفة بالإنسانية التي تكون بعد انقضاء 120 يوم من حياة الجنين، بالتالي وصف الإنسانية لا يمنحه الله عز وجل للمخلوق إلا بعد انقضاء هذه المدة في أحشاء أمّه، ونفخ الرّوح هو الفاصل بين المرحلتين[6].

---

[1] - LARSEN William J., Embryologie humaine, 2ém édition, de Boeck, Bruxelle, 2004, p.113.

[2]– سورة الحج، الآية 5.

[3]– سورة المؤمنون، الآية 12-14.

[4]– أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، شرح الباري صحيح البخاري، المرجع السابق، ص. 3888.

[5]– المرجع نفسه و الصفحة.

[6]– محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.4؛ دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 11.

من هنا يتضح وجود نوعين من الحياة يتعلقان بالجسد في الدنيا: حياة مطلقة من وصف الإنسانية شبهها بعض علماء الإسلام بالحياة النباتية، وسماها بعض علماء الطب بالحياة الخلوية، ومن خصائصها: التغذية، النمو والحركة اللاإرادية، والنوع الثاني: حياة إنسانية، من خصائصها الإدراك والإرادة بعد نفخ الروح[1].

هناك من الفقهاء من أخذ بالإخصاب كبداية لحياة الإنسان من بينهم: المالكية، إذ ذكر "ابن جزي" أنه: "**إذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له**".

كذلك الحنفية في قول "السرخسي": "**تلك النطفة في الرحم ما لم تفسد فهي معدة للحياة، ولأن منها شخص حي فيعطي لها حكم الحياة باعتبار المآل**".

وبالتالي يمنع هؤلاء الفقهاء المسلمين التعرض للنطفة في الرحم، وينزلونها منزلة الكائن المعد للحياة، وهناك من أخذ بمعيار نفخ الروح كأساس لتحديد بداية الحياة، منهم "ابن القيم" الذي اعتبر أن التخليق والتصوير ينشأ بعد الأربعين بالتدرج، وتكون الحياة الإنسانية بعد نفخ الروح، هذا ما أخذ به الفقهاء المعاصرين[2].

الفرع الثالث

المعيار القانوني

أجمعت معظم القوانين على اعتبار واقعة ميلاد الطفل معيارا لبداية حياة الإنسان، وللولادة مراحل تستغرق فترة من الزمن ليست بالقصيرة؛ مما جعل هذه القوانين تنقسم إلى ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى: أخذت بالانفصال التام للطفل عن الأم، مثالها القانون الانجليزي الذي يشترط ضرورة الانفصال الكلي للجنين عن أمه واستقراره بدورة دموية مستقلة، عندها يعد إنسانا حيا[3].

أيضا المشرع الجزائري نص في المادة 25 من ق.م.ج. على: "**تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا...**"، ويراد من تمام الولادة انفصال المولود تماما عن والدته، بحيث لا يكفي خروج جزء منه فقط حتى وإن كان كبيرا، بل لا بد من خروجه كلية، بالإضافة إلى شرط كونه حيا بغض النظر عما إذا

---

[1]– محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 16-17.

[2]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص. 201.

[3]– رابح طاهير، "حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد 02، بجاية ، 2010، ص. 85.

كان قابلا للحياة أو غير قابل لها[1]، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري، إذ ألزم الانفصال التام للجنين عن أمه، إضافة إلى ولادته حيا ولو للحظة واحدة بعد الانفصال[2].

كذلك المشرع الفرنسي ذهب إلى أن بداية الحياة تكون بتمام ولادة الطفل حيا، إضافة إلى قابليته للحياة، وهي القدرة على إتمام المسار الطبيعي للحياة، والتي يستدل عليها من مظهري الاستهلال بالبكاء والصّراخ، وكذا النمو وعدم وجود تشوهات تحول دون بقائه حيا[3].

الطائفة الثانية: اشترطت بروز جزء من جسم المولود أثناء الولادة، منه تبدأ لحظة الحياة، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الشرط نجد التشريع السوداني[4].

الطائفة الثالثة: تذهب إلى أن الحياة تبدأ عند بداية آلام الولادة، وحجتهم في ذلك أن آلام المخاض هي إيذان بصلاحية الجنين للعيش مستقلا عن الأم، ومن التشريعات التي أخذت به نجد التشريع البلجيكي[5].

بالرغم من أن معظم التشريعات أخذت بالولادة كبداية للحياة إلا أنها لم تنفي صفة الإنسانية للجنين، إذ اعترفت له ببعض الحقوق المدنية منها: أهلية وجوب قاصرة لاكتساب الحقوق النافعة نفعا محضا، والتي لا تستقر له إلا بولادته حيا[6].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 25 من ق.م.ج. أنه: "...**على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا**".

كما أقرت القوانين الجنائية حماية خاصة للجنين، فحرمت الإجهاض العمدي للجنين، هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 304 من ق.ع التي تنص: "**كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج.**

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

---

[1]– علي فيلالي، نظرية الحق، (ط، بلا)؛ المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011، ص. 184.

[2]– محمد حسين منصور، نظرية الحق، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص. 320.

[3]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص. 202.

[4]– المرجع نفسه والصفحة.

[5]– رابح طاهير، المرجع السابق، ص. 85.

[6]– محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.ص. 322– 323.

المطلب الثاني

الرضا

يعد الرضا أساس صحة التصرفات التي يقوم بها الشخص، خاصة تلك المتعلقة بجسمه، ومثالها التبرع بالأعضاء التي تستوجب رضا كل من المتبرع والمستقبل.

هذا ما سنتناوله في هذا المطلب، إذ قسمناه إلى ثلاثة فروع، نتطرق في الفرع الأول لخصائص الرضا؛ أما الثاني فلصحة الرضا والثالث لأثر الرضا.

الفرع الأول

خصائص الرضا

يتميز الرضا في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بخاصيتين تتمثلان في أن يكون الرضا الصادر من الواهب والموهوب له حرا، متبصرا ومستنيرا.

أولا: أن يكون الرضا متبصرا ومستنيرا

أ- بالنسبة للواهب:

يجب أن يكون الرضا الصادر من الواهب نافيا لأي شك، رافعا لأي لبس، واضحا في معناه، دالا على ذلك بعبارة جازمة عن نية المتبرع في منح أحد أعضائه قيد حياته، بعد أن يتم فحصه من قبل طبيب مختص غير الطبيب الذي سوف يجري له عملية الاستئصال، ثم القول ما إذا كانت حالته الصحية والنفسية تسمح بعملية نقل أحد أعضائه أم لا، ويجب على الطبيب الجراح أن يلمّ المانح بكافة جوانب العملية وآثارها السلبية بالنسبة لجسمه؛ أي يجب أن يدرك المانح كل الأمور المحيطة بالعملية[1]، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 162 من ق.ح.ص.ت. السابقة الذكر.

ب- بالنسبة للموهوب له

يعد رضا المريض من أهم شروط ممارسة الأعمال الطبية على جسده[2]، فقد استقر الفقه والقضاء على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض قبل مباشرته لأي عمل طبي، احتراما لحق المريض في سلامة جسده وحريته في اختيار العلاج المناسب، والالتزام بحصول الطبيب على رضا مريضه كشرط لمباشرة الأعمال الطبية التزام مهني على عاتقه[3].

---

[1]- عبد الرحمان خلفي، "المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجزائري"، المجلة القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مج 51، عدد2، مصر، يوليو 2008، ص. 94.

[2]- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص. 992.

[3]- المرجع نفسه، ص. 995.

بالتالي الحصول على رضا المريض ضروري في عملية زرع الأعضاء، كونها من العمليات الجراحية الخطيرة لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض إليها المريض مستقبلا، أهمها رفض الجسم للعضو المزروع[1]، ويقع على الطبيب واجب تبصير المتلقي بكل الجوانب المتعلقة بالعملية وذلك بلفت انتباهه إلى الآثار الصحية السلبية المحتملة ومدى قبول جسمه للعضو المزروع، بالإضافة إلى نسبة النجاح المتوقعة[2].

بناء على ذلك يكون الرضا الصادر من المريض مبنيا على أساس من العلم المستنير وذلك بأن يفهم تماما طبيعة العلاج المقترح، فوائده وأخطاره، حتى يستطيع أن يختار ويقرر قبول، أو رفض عملية الزرع[3].

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة تبصير الطبيب المعالج الشخص المستقل بالأخطار الطبية التي تنجر عن عملية الزرع في الفقرة الخامسة من المادة 166 من ق.ح.ص.ت. السالفة الذكر.

ثانيا: أن يكون الرضا حرا

أ- بالنسبة للواهب

تحرص التشريعات المنظمة لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية على اشتراط أن يكون التعبير عن الموافقة خاليا من أي ضغط أو إكراه سواء كان ماديا أو معنويا من شأنه أن يعدم الرضا الصادر من المانح؛ كما يشترط أن يكون متزامنا مع وقت إجراء العملية، وأن تستمر هذه الموافقة دون إكراه[4]، والدليل على حرية الواهب في منح العضو من عدمه هو جواز عدوله عن رضاه حتى لا يكون فريسة لأي نوع من الضغوط[5]، بالتالي للمتبرع أن يرجع عن تبرعه في أي وقت يشاء دون أي قيد أو شرط، على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال[6] إذ لا يجوز طلب استرجاع العضو بعد زرعه لأنه أصبح جزءا من المريض، كما لا يلتزم المتنازل بدفع تعويض عن عدوله[7].

---

[1]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 155.

[2]- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص. 99.

[3]- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 139.

[4]- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص. 95.

[5]- علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص. 29.

[6]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 29.

[7]- علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص. 29.

هذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات، منها التشريع الفرنسي الذي نص على حق الواهب في الرجوع عن رضاه في المادة 2-1211* من ق.ص.ع.، كذلك التشريع الكويتي والقطري الذي أقر بجواز رجوع المتبرع عن تبرعه دون قيد أو شرط[1].

أيضا المشرع الجزائري أقر بجواز رجوع المتبرع عن موافقته في أي وقت في الفقرة الثالثة من المادة 162 ق.ح.ص.ت. التي تنص على أنه: "... **يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة**".

ب- بالنسبة للموهوب له

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي به المريض؛ فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك ولكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم[2].

يجب أن يتوصل المريض لقرار الموافقة أو الرفض على إجراء التدخل الجراحي دون ضغط أو إكراه أو مناورة للتأثير عليه، فلا يضطر أي شخص بالغ للموافقة على معالجة طبية معينة طالما لا يرغب فيها، وإذا رغب بالعناية الطبية يعني موافقته المشروعة[3].

بالتالي يحتفظ المريض بحريته الكاملة في إمكانية التدخل الجراحي أو رفضه، فهو وحده الذي يملك الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامل جسد وبين المساس بسلامة جسمه، ومن ثم لا يستطيع الجراح أن يحل محل المريض في اتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية، أو أن يفرض على المريض علاجا أو تدخلا جراحيا حتى ولو أدى ذلك إلى تحسين حالته الصحية متى رفض المريض هذا التدخل؛ فاحترام حرية المريض في قبول عملية زرع العضو له أو رفضها إنما هو تأكيد وتجسيد لمبدأ احترام إرادته[4].

هناك استثناءات تقع على هذا المبدأ وذلك في الحالات التي لا يستطيع فيها المريض إعطاء الرضا على العلاج كالغيبوبة مثلا، أو الوقوع تحت تأثير مخدر أو مسكر، فيأخذ الرضا من أحد أعضاء أسرته، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 166 ق.ح.ص.ت: "**إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته... أن يوافق على ذلك...**"، كذلك

---

* « Le prélèvement d'élément du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratique San le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment».

[1]- عبد الحميد الأنصاري، المرجع السابق، ص. 29.

[2]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 72.

[3]- هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، (ط، بلا)؛ (د د ن)، (د ب ن)، 2008، ص. 86.

[4]- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 139.

الحالات الطارئة التي لا يستطيع فيها المريض تقرير الرضا على العلاج ولا يكون بصحبته أحد ممن لهم حق تقرير الرضا عنه، فيتم التدخل الجراحي بدون موافقته ولا انتظار حضور قريب له ليأخذ رضاه؛ بل يحاسب الطبيب إذا انتظر هذا الرضا ولم يسرع باتخاذ الإجراءات التي من شأنها إنقاذ حياة المريض[1].

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة السادسة من المادة 166 التي تنص على: "**يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل...**".

الفرع الثاني

صحة الرضا

لكي يكون رضا المريض صحيحا يجب أن يصدر من ذي أهلية وفق شكلية معينة.

أولا: الأهلية

هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، والقيام بالأعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عنها كسب هذه الحقوق أو تحمل هذه الالتزامات، والأهلية على نوعين: أهلية وجوب تثبت للإنسان منذ ولادته حيا إلى حين وفاته، وفي بعض الحالات تثبت له قبل الولادة عندما يكون جنينا؛ أما أهلية الأداء فقد تكون ناقصة أو معدومة، وقد تكون كاملة، يترتب عن كل وضع من الأوضاع حكما على التصرف[2].

أ- أهلية المتبرع

بما أن عملية نقل الأعضاء من التصرفات الضارة ضررا محضا؛ فإنه يستوجب أن يكون المتبرع كامل الأهلية لكي يكون تصرفه صحيحا وقانونيا منتجا لآثاره ويكون الطبيب بعيدا عن أي مساءلة[3].

لقد أقرت معظم التشريعات السن القانوني لعملية نقل الأعضاء منها: المشرع اللبناني الذي أوجب أن يكون الواهب قد أتمّ 18 سنة من عمره وبالغا ومتمتعا بكامل قواه العقلية، وهذا ما ذهب إليه أيضا

---

[1]- هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص. 88.

[2]- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط.4؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.ص. 99، 189.

[3]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 59.

المشرع الكويتي والأردني[1].

أما المشرع الجزائري، فبالرجوع إلى نص المادة 163 من ق.ح.ص.ت. نجد أنها نصت على أن يكون المتبرع راشدا، وغير محروم من قدرة التمييز والإدراك رغم رشده؛ إلا أنها لم تحدد السن الواجب توافره في الواهب في مجال عملية نقل الأعضاء[2].

وفي ظل غياب النص على مثل هذه المواضيع في ق.ح.ص.ت. يتم الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني لحل الإشكال، فسن الرشد المدني هو 19 سنة وفقا للمادة 40 من ق.م.ج، لكن هذا الطرح مردود عليه، بحيث أن كل فقهاء القانون المدني أجمعوا على إخراج جسم الإنسان من دائرة المعاملات لأنه ليس كالأشياء، وبالتالي المشرع الجزائري ترك فراغا تشريعيا بخصوص مسألة ذات أهمية، وعليه التدخل لسد الفراغ وإقرار سن معين تكون به الأهلية القانونية للتصرف بالأعضاء خاصة وأنه في القوانين الأخرى قد أقر سن الرشد[3].

- **بالنسبة للقصر:** نجد فيه اتجاهين ، اتجاه يجيز الاستئصال من القاصر، واتجاه لا يجيز ذلك.

❖ **الاتجاه المجيز للاستئصال من القاصر**

هناك من الدول من وسعت في إباحة استئصال الأعضاء من القاصر والسماح له بالتصرف في جسمه منفردا كالقضاء الأمريكي (أخذت به بعض محاكمه)، حيث اكتفى بالرضا الصادر من القاصر إذا بلغ 14 سنة فيما يتعلق بنقل الكلى، ولم يشترط موافقة الولي مبررا ذلك على أساس مصلحة كل من المعطي والمريض، كون أن عدم إجراء العملية سيضر بالمريض ويؤدي به إلى الهلاك؛ أما القاصر المتنازل من شأنه أن يعاني نفسيا جراء ما يصيب المريض[4].

يؤاخذ على القضاء الأمريكي أنه ركز على الجانب النفسي والمعنوي للقاصر المتبرع دون أن يأخذ بعين الاعتبار الجانب المادي للمتبرع القاصر، بحيث أن ذلك قد يؤدي به لضرر جسيم أو بسيط خصوصا أن نقص وعدم نضج الملكات العقلية للقاصر لا تسمح له باستيعاب خطورة الوضع واتخاذ القرار الصائب بشأنها، إذ يصبح بذلك أسير عواطفه.

بالمقابل نجد دولا بالرغم من إجازتها إخضاع القاصر لعملية نقل الأعضاء منه إلا أنها قيدته بشروط محددة، ومثال ذلك التشريع الفرنسي الذي نص في المادة 2-1231 ق.ص.ع، على عدم

---

[1]- سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 145.

[2]- العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 343.

[3]- نصر الدين مروك، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء"، المرجع السابق، ص. 44.

[4]- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 45.

إخضاع القاصر لأي عملية نقل بهدف التبرع كأصل، واستثنى في الفقرة الثالثة من نفس المادة حالة نقل النخاع الشوكي لمصلحة شقيقه، أو شقيقته، وهذا بموافقة الأبوين أو ممثله القانوني، ويكون ذلك أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو القاضي المعين من قبله، وفي حالة الاستعجال يتم اللجوء إلى وكيل الجمهورية، ويعد رفض القاصر سببا لعدم إجراء العملية[1].

وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد وفق في منعه التصرف بأعضاء القاصر من جهة، وإجازته لنقل النخاع الشوكي من جهة أخرى، كونه من الأنسجة المتجددة واستئصال جزء منها لا يحدث نقص مستديم في جسمه؛ كما أن هذه العملية هي السبيل الوحيد لإنقاذ الأشقاء من الأمراض الخبيثة كسرطان الدم (Leucémie)، وإدخاله القضاء كطرف محايد في العلاقة ضمانا للقاصر ورسمية العقد.

❖ **الاتجاه المانع لاستئصال الأعضاء من القصر**

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

فالقاصر حسب هذا الرأي لا يملك حق التصرف في جسمه، كما أنه لا يجوز الاعتداد بالرضا الصادر عن من يمثله قانونا، كون أن فكرة النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر، واقتطاع عضو من جسمه لا ينطوي على أدنى منفعة له[2].

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه: التشريع الكويتي الذي نص في مادته الثانية من القانون رقم 87- 55 على وجوب صدور التبرع من شخص آهل قانونا[3].

كذلك المشرع الجزائري، الذي يظهر من خلال الفقرة الأولى من المادة 163 من ق.ح.ص.ت: "**يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر...**"، وبهذا يكون قد منع استقطاع الأعضاء من القصر.

- **بالنسبة للراشدين عديمي الأهلية:**

الراشد عديم الأهلية هو الشخص الذي ألغيت أهليته بسبب تلف ملكاته العقلية، بالتالي لا يصلح لمباشرة أي عمل قانوني[4].

---

[1]- AL-KANDARI Fayez, op-cit., p. 443.

[2]- خليدة مشكور، المرجع السابق، ص. 30.

[3]- AL-KANDARI Fayez, op-cit., p. 443.

[4]- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 189.

فقد نص المشرع الفرنسي في المادة2-1231 من ق.ص.ع. على منع الاقتطاع بغرض التبرع من جسم راشد أخذ حكم فاقد الأهلية وخاضع لحماية قانونية، وهذا من دون أي استثناء[1].

كذلك المشرع الجزائري نص في المادة 163 من ق.ح.ص.ت. **أنه:** "**يمنع القيام بانتزاع الأعضاء البشرية من... والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...**"، من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع لم يجز استئصال الأعضاء من الراشدين عديمي الأهلية إلا أنه لم يحدد من هم الأشخاص الخاضعين لهذا الحكم.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن القانون المدني في مادته 42 قد حدد الفئة الراشدة عديمة الأهلية، والمتمثلة في المجنون والمعتوه، واعتبر تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلق، بالتالي يتم استبعادهما من العلاقة التي محلها نقل عضو من أعضاء الجسم.

يعد الراشد عديم الأهلية كائن ضعيف قابل للتأثر، وعليه يجب على وليه الشرعي التدخل فقط لمصلحته، وليس لهذا الراشد عديم الأهلية أية مصلحة من اقتطاع أحد أعضائه بهدف إنقاذ حياة شخص آخر وعليه لا يمكن للطبيب اقتطاع عضو من عديم الأهلية حتى بموافقة الولي الشرعي[2].

وما يلاحظ من المادة 163 من ق.ح.ص.ت أنها تثير عدة إشكالات :

أولها: نص المشرع الجزائري على منع انتزاع الأعضاء البشرية من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، في حين أنه في نفس المادة نص على منع استئصال الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل، فهل يعد استبعاد ذكر الأنسجة إلى جانب الأعضاء في الجزء الأول من المادة دليل على جواز استقطاعها منهم؛ أم أن المادة جاءت شاملة في المنع من حيث استئصال الأعضاء والأنسجة.

ثانيها: إذا كانت المادة مطلقة في منع استئصال الأعضاء من القاصر وعديمي الأهلية، فهل يفهم من ذلك استبعاد إجازة الولي الشرعي عند اقتطاع العضو منهم باعتباره الممثل القانوني في إدارة شؤونهم بما يعود عليهم بالفائدة، واقتطاع العضو لا يمكن أن يعود عليه بالمنفعة بل قد يؤدي إلى ضرر يهدد حياتهم؛ أم أنه لا يمكن الاقتطاع من هؤلاء إلا بموافقة وليهم الشرعي.

بالتالي على المشرع التدخل من أجل تحديد قصده من المادة، كذلك مسايرة المستجدات فيما يخص نقل النخاع الشوكي باعتباره من الخلايا المتجددة، وذلك بإجازة نقله من القاصر، وزرعه في أحد

[1] - DUPONT Marc, et-al, op-cit., p. 795.

[2] – خليدة مشكور، المرجع السابق، ص. 27.

إخوته بعد موافقة الولي، وترخيص من لجنة خبراء، وكذا إدخال القضاء كطرف محايد ضمانا لمصلحة القاصر، بالتالي حذو حذو المشرع الفرنسي.

فيما يتعلق بالمحبوسين والسجناء: فقد أجاب المؤتمر الخاص بحياد الطب الذي انعقد في شهر أفريل 1960 بروما بأنه لا يعتد بالرضا الصادر عن السجين، كونه وإن كان يتمتع قانونا بالإرادة الحرة إلا أنه لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، إذ يعد السجن في حد ذاته سببا في نقص إرادة السجين، كما أن الحالة النفسية التي تصاحب السجين من شأنها أن تعيب إرادته[1]، بالتالي لا يملك المحبوس أو أسير الحرب الحرية في التصرف في جسمه[2].

لم ينص المشرع الجزائري على جواز أو عدم جواز الاقتطاع من هذه الفئة إلا أنه بالعودة إلى القواعد العامة؛ فإن المشرع قد منعهم من مباشرة حقوقهم المدنية أثناء تنفيذ العقوبة، بالتالي فهم غير آهلين لمباشرة بقية التصرفات خاصة تلك الماسة بسلامة جسمهم، بالإضافة إلى الحالة النفسية التي تصاحبهم داخل السجن والتي من شأنها أن تعيب إرادتهم.

ب- أهلية الموهوب له

يشترط أن يكون رضا المريض صحيحا؛ أي صادرا من شخص بالغ، عاقل، مالك لقواه العقلية، قادرا على أن يكون له رأيا صحيحا عن محل الرضا؛ لأن القاعدة العامة في مجال العقود تقضي عدم كفاية وجود التراضي وإنما لابد من أن يكون صحيحا، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من شخص ذي أهلية، ولم تكن إرادته مشوبة بعيب؛ فإذا كان المريض متمتعا بالأهلية الكاملة واللازمة لإبداء الرضا فالأمر لا صعوبة فيه[3]، وموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها[4].

لكن قد يكون المريض صغير السن، أو يعاني من مرض عقلي، بالتالي لا يمكن الاعتداد برضا أي منهما في هذه العملية.

فبالنسبة للقاصر الذي يحتاج لعملية زرع عضو يحل محل عضوه التالف، على الجراح المباشر لهذه العملية الحصول على موافقة ورضا من له سلطة قانونية عليه -عادة ما يكون الأب، فالأم، فالممثل

---

[1]- فضيلة اسمي قاوة، المرجع السابق، ص.ص. 102- 103.

[2]- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 27.

[3]- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 56.

[4]- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 140.

الشرعي– وهذا ما يوجبه فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ يشترطون أن يكون تدخل الطبيب بناء على إذن المريض أو وليه إن كان قاصرا أو من في حكمه[1].

هذا ما ذهبت إليه التشريعات العربية، منها التشريع السوري الذي نص صراحة على أنه لا يجوز إجراء عملية الغرس على المريض المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية وصريحة منه، أو من وليه الشرعي إذا كان المريض قاصرا[2].

أيضا المشرع الجزائري أقر بأنه إذا كان المريض قاصرا تعطى الموافقة لإجراء عملية الزرع من الأب، وإن تعذر ذلك فمن الولي الشرعي طبقا للفقرة الرابعة من المادة 166 ق.ح.ص.ت.

مثلما سبق وأن ذكرنا، المشرع الجزائري لم يحدد السن القانوني لإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبالتالي يصعب تحديد وتمييز الشخص عما إذا كان قاصرا أم كامل الأهلية.

أما إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن إرادته رغم أهليته، بحيث تغيب عنه القدرة على الإدراك، والإرادة[3]؛ فإنه تنتقل الموافقة إلى أحد أعضاء أسرته، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 166 ق.ح.ص.ت. التي تنص على: "**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...**"، والترتيب الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 164 ق.ح.ص.ت. على النحو التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي.

وفيما يتعلق بعديمي الأهلية القانونية فقد نص المشرع الجزائري عليهم في الفقرة الثالثة من المادة 166 ق.ح.ص.ت بالقول: "**إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب، أو الأم، أو الولي الشرعي حسب الحالة**".

ثانيا: الشكلية

يجب أن يكون للرضا صورة محددة يفرغ فيها، فقد يكون شفهيا أو كتابيا، قد يكون صريحا أو ضمنيا، إلا أن التشريعات في مجال زراعة الأعضاء البشرية أوجبت أن يكون الرضا كتابيا لكي يعتد به[4].

---

[1]– سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 173.

[2]– المرجع نفسه، ص. 175.

[3]– نفس المرجع، ص. 173.

[4]– أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 36.

أ- بالنسبة للواهب

لقد اشترط المشرع الفرنسي أن يكون للرضا شكلية معينة، فنص في المادة 1-1231 ق.ص.ع. على وجوب إعراب المتبرع عن رضاه باقتطاع أحد أعضائه لصالح المستفيد الذي حصره في: الأب، الأم، الابن، البنت، الأخ، الأخت، وقد يكون الزوج في الحالة المستعجلة، وهذا كتابيا، أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرته موطن الواهب، أو أمام القاضي المعين من طرفه، و في حالة الاستعجال يتم عن طريق وكيل الجمهورية[1].

أما التشريعات العربية، فقد اشترطت إلى جانب الكتابة عند التبرع بالأعضاء، وجود شهود[2].

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن الفقرة الثانية من المادة 162 من ق.ح.ص.ت. نصت على: "...**وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة...**"، من هذا يتضح أن المشرع لم يترك المتبرع حرا في التعبير عن إرادته، بل وضع شكلا يقيد من خلاله هذا الرضا بوضع شروط تتمثل في:

-**كتابة الرضا:** وهذا حماية للمتبرع وتنبيها له على خطورة التصرف المقدم عليه.

ومن المشاكل القانونية التي تثيرها هذه المادة فيما يتعلق بالكتابة، أنها لم تحدد الشخص الذي يقوم بتحرير هذه الوثيقة، فهل هو المتبرع، أو المريض، أو الطبيب، أو رئيس المصلحة، أو المستشفى[3] باعتبارهم جميعا أطراف في هذه العلاقة، وبالتالي لابد من وجود طرف محايد يقوم بتحرير هذه الوثيقة.

- **حضور الشاهدين:** إن وجودهما من شأنه أن يصبغ على الوثيقة المصداقية اللازمة، كما أن دور الشهود هو التقليل من تسرع وتأثر المتبرع.

والإشكال الثائر في هذه النقطة يكمن فيمن يحضر الشهود: هل هو المتبرع أو المريض أو الطبيب أو إدارة المستشفى وفي صفة الشهود هل من الأقارب أو من الغير فإذا كانوا من الأقارب فإن شهادتهم تطرح إشكال[4] في مجال الإثبات المدني حيث تنص المادة 153 من ق.إ.م.إ على: "**لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد.**

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا.

[1] - DUPONT Marc et-al, op-cit., p. 795.

[2]- سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.ص. 138- 139.

[3]- نصر الدين مروك، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء"، المرجع السابق، ص. 42.

[5]- هند شعبان، المرجع السابق، ص. 184.

لا يجوز قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم..."[1].

وكذا في مجال الإثبات الجزائي فقد نصت المادة 226 من ق.إ.ج.ج على: "**يتعين على كل من الشهود لدى طلب الرئيس أن يذكر اسمه...وما إذا كان يمت للمتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية أو المدعي المدني بقرابة أو مصاهرة أو يعمل في خدمة في خدمة أحد منهم.**

ويطلب الرئيس من الشهود عند الاقتضاء أن يوضحوا علاقتهم القائمة أو التي كانت تربطهم بالمتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية أو المدعي المدني"[2].

بالتالي لابد من تدخل المشرع لسد هذه الثغرات.

ب- بالنسبة للموهوب له

نص المشرع الجزائري على ضرورة الرضا في الفقرة الأولى من المادة 166 ق.ح.ص.ت. حيث قال: "...**بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين**".

من هنا يفهم أن المشرع أوجب أن يكون الرضا أمام الطبيب ورئيس المصلحة، وهذا لتفادي أي لبس، وكذلك حضور شاهدين للشهادة على موافقة المريض بشأن الزرع ولم يشترط الكتابة، بالتالي عدم النص على الكتابة في هذه الفقرة أكان سهوا من المشرع، أم يفهم من اشتراطه حضور الطبيب والشاهدين إفراغ الموافقة في شكل كتابي أو الاكتفاء بالشفاهة.

أما الفقرة السادسة من المادة 166 من ق.ح.ص.ت. والمتعلقة بتدخل الطبيب دون أخذ رأي المعنيين في الحالة الاستثنائية، فقد نصت على ضرورة تأكيد هذه الحالة من الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين، فنفس الإشكال يطرح في هذه المادة هل يتم التأكيد شفاهة أم كتابيا.

---

[1]- قانون رقم 08- 09 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008.

[2]- أمر رقم 66- 155، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 48، صادر في 10 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 11- 06، مؤرخ في 22 مارس 2011، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 19، صادر في 27 مارس 2011.

الفرع الثالث

آثار الرضا

يمكن أن يكون الرضا صحيحا وقد يكون باطلا.

أولا: حالة صحة الرضا

في حالة صحة الرضا، ينتج عن ذلك أثرين مهمين هما:

أ- إباحة استئصال العضو

لهذه الإباحة أهمية كبيرة كونها أساس مشروعية الأعمال التي يقوم بها الطبيب على جسم الشخص، بالتالي تنتفي مسؤوليته المدنية إذا ما أصيب هذا الشخص بأضرار مادية أو معنوية نتيجة الاستئصال، كما تنتفي مسؤوليته الجنائية.

ب-إثبات حق المنتفع

لا يجوز للمتبرع أن يطالب بعد تنفيذ التبرع باسترداد العضو المستأصل، أو يحول دون زراعته في من حصل الرضا لصالحه، وإذا كان الرضا قد تم لصاحب الحاجة دون تحديد (أي لم يعين مستفيد معين قبل الاستئصال)؛ فلا يكون للمتبرع أن يرجع بعد إتمام الاستئصال تخصيص العضو لشخص معين لم يكن قد حدده قبل الاقتطاع وإنما للجهة التي منحه لها أن تقرر زرعه فيمن تراه مناسبا له[1].

ثانيا: عدم صحة التراضي

يكون الرضا باطلا إذا ما انتفت إحدى الشروط الواجبة لإباحة النقل، كأن يكون الاستئصال يعرض حياة المتبرع للخطر أو بهدف الاتجار بالأعضاء البشرية و ليس العلاج، أو لم يستوفي الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون فيترتب عن ذلك أثرين:

أ- عدم إمكانية تنفيذ التبرع

البطلان يؤدي إلى قيام حق صاحب العضو في عدم تنفيذ الاستئصال إذا لم يتم الاقتطاع بعد؛ أما إذا تم النقل يبقى التساؤل مطروح حول إمكانية المطالبة باسترداد العضو بعد تمام زرعه في المتلقي، أو اللجوء إلى التعويض، والراجح من القول هو اللجوء إلى التعويض بدلا من إعادة استئصاله من المتلقي نظرا للمخاطر التي تنجر عن تلك العملية، فيرجع المتبرع بالتعويض على الطبيب، كما يجوز له الرجوع بالتعويض على متلقي العضو، والمسؤولية تكون في هذه الحالة تضامنية[2].

---

[1]- خليدة مشكور، المرجع السابق، ص. 46.

[2]- المرجع نفسه، ص. 48.

ب-قيام مسؤولية الطبيب

إذا تم الاستئصال بناء على رضا باطل؛ فإنه تقوم مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية، فعلى خلاف التشريع الفرنسي لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تجريم الاقتطاع بدون موافقة المنقول منه، واكتفى في نص المادة 239 من ق.ح.ص.ت. بالإحالة إلى المادتين 288 و289 ق.ع.* بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال الصحة والتي تخلف ضرر بالسلامة البدنية للأشخاص وصحتهم، فإذا حدثت الوفاة على إثر الاقتطاع دون موافقة الشخص فإنه يتابع على أساس القتل الخطأ وفقا للمادة 288؛ أما فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية يتعين على المدعي إثبات عناصر المسؤولية الثلاث من خطأ، ضرر، وعلاقة سببية، غير أن المشرع الجزائري تدارك الأمر عند تعديل ق.ع.2009 وجرم الاقتطاع دون الحصول على موافق المنقول منه في المادة 303 مكرر19، فيكفي أن يدعي الشخص المنقول منه العضو عدم موافقته على عملية الاقتطاع، وعلى الطبيب أن يثبت حصوله على الموافقة إذا أراد دفع المسؤولية عنه[1].

المبحث الثاني

الاستئصال من الجثث

نظرا للمشاكل التي تواجهها عملية نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء بسبب عدم إمكانية نقل كل الأعضاء خاصة منها الأعضاء الوحيدة غير المتجددة وكذا تضرر المتبرع من النقل، أدى إلى ضرورة البحث عن مصدر آخر للأعضاء، فظهرت الجثة كأحسن بديل خاصة أنها لا تؤدي لأي ضرر بل بالعكس فهي ذات فائدة للمريض والمجتمع.

رغم إقرار معظم التشريعات بحرمة الجثة إلا أن الضرورة العلمية والعلاجية أدت بها إلى إجازة الاستئصال من الجثث، وقد أحاطتها بشروط وضوابط منها ما يتعلق بتحديد لحظة الوفاة، ومنها ما يتعلق بالتصرف في الجثة.

---

* المادة 288: "**كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 1000 إلى 20.000 دج**".

المادة 289: "**إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين**".

[1]- العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.ص. 343- 344.

المطلب الأول

تحديد لحظة الوفاة

تبدأ حياة الإنسان بتعلق الروح بالبدن بناء على أمر الله تعالى وتنتهي بعكس ما بدأت به وذلك بمفارقة الروح للجسد وصعودها إلى بارئها[1]، ويعد الموت من الظواهر التي شغلت تفكير الإنسان دون أن يجد لها تفسير مصداقا لقوله تعالى: "ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم العلم إلا قليلا"[2].

والموت ليس ظاهرة بيولوجية فحسب وإنما واقعة قانونية يترتب عنها مجموعة من الآثار بالنسبة للمتوفى أو للغير، بالتالي لتحديد لحظة الوفاة أهمية في عدة مسائل قانونية منها: المسائل الجنائية، إذ أن الوصف القانوني للاعتداء الجنائي يتغير تبعا لمحل الجريمة، فإذا كان المجني عليه حيا نكون أمام جريمة قتل أو اعتداء تبعا للقصد الجنائي لدى الفاعل، وإذا كان ميتا فإننا نكون أمام اعتداء على جثة[3].

كذلك في المسائل الطبية المتعلقة بنقل الأعضاء إذ أنه يسمح بتحديد الوقت الذي يتم فيه التدخل الجراحي لنزع العضو الموصى به، وكذا مدى صلاحية الأعضاء الأساسية لزرعها في المريض المستفيد[4].

فالوفاة نقطة البداية اللازم توفرها لإمكان استئصال العضو من الجثة لزرعه في جسم إنسان حي آخر محتاج إليه، وأي مساس بالجسد قبل الوفاة يعد جريمة قتل قد تصل عقوبتها إلى عقوبة القتل العمدي، لذلك يبذل الأطباء جهود لمحاولة إيجاد معيار لتحديد لحظة الوفاة[5]، وقد اعتمد أهل الخبرة على معيارين لتحديد لحظة الوفاة: معيار تقليدي، ومعيار حديث، واللّذان استندت إليهما التشريعات الوضعية.

---

[1]– محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 26.

[2]– سورة الإسراء، الآية 85.

[3]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 105.

[4]– عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 41.

[5]– أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 105.

الفرع الأول

معايير تحديد لحظة الوفاة

لقد أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة خلافا بين رجال الطب، والدين* والقانون، مما أدى إلى بروز معيارين لتحديد لحظة الوفاة.

أولا: المعيار التقليدي

ساد المعيار التقليدي* إلى غاية القرن التاسع عشر ميلادي (19) والذي حدد لحظة الوفاة بتوقف القلب عن النبض وكذا الجهاز التنفسي والذي يؤدي إلى توقف الدورة الدموية[1]، يعد توقف التنفس والقلب والدورة الدموية توقفا لا رجعة فيه العلامة المميزة والفارقة بين الحياة والموت[2]، حيث أن الدورة الدموية تتوقف بجهازها وهو القلب؛ أما التنفس فيتوقف بتوقف جهازه وهو الرئتين، وتوقف هذه الأجهزة –والذي تسبقه إشارات منها فقدان الوعي، التبول أحيانا وإفراز غير إرادي– يؤدي إلى حرمان الجسم من الأكسجين فتموت خلايا الجسم على فترات مختلفة يبقى البعض منها حيا لفترات معينة بعد توقف القلب، حتى خلايا القلب تبقى حية لعدة دقائق بعد الموت[3].

وقد عرفت محكمة "**سان** Seine" في حكم صادر عنها في أوت 1889 الموت على أنه توقف نبضات القلب الذي يؤدي إلى قطع الرباط الحيوي بين أجزاء الجسم والذي يسبب شلل نهائي للأعضاء الحيوية؛ غير أن هذا التعريف كان عائقا أمام تطور طب نقل الأعضاء[4]، فتوقف القلب عن العمل وكذا التنفس قد لا يدل سوى على الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي، واللجوء إلى وسائل الإنعاش أو

---

* حدد الفقهاء المسلمون علامات للموت على النحو التالي: انقطاع التنفس، تغير لون الجسد، شخوص البصر، انخصاف الصدغين، انفراج الشفتين، اعوجاج الأنف، انفصال الذراعين، تقلص خصيتي الميت إلى أعلى ما تدلي الجلدة، امتداد جلدة الوجه، توقف القلب عن العمل، عدم نبض عرق الكعب والعرقوب، عرق في الدبر، نقلا عن خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط. 1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 75.

* للمعيار التقليدي عدة تسميات منها: الموت الظاهري، الموت الإكلينيكي، موت القلب وغيرها، نقلا عن فضيلة إسمي قاوة، المرجع السابق، ص. 130.

[1]- BOUGARDIER Maripierre, Le contentieux de la mort, mémoire de Master 2, droit des contentieux public privé, sou la direction d'Elisabeth PAILLET, Université du Sud Toulon Var, Faculté de droit de Toulon, 2010-2011, p. 14.

[2]– عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، (ط، بلا)؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.ص. 129– 130.

[3]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 113.

[4]- BOUGARDIER Maripierre, op-cit., p. 14.

الصدمة الكهربائية أو تدليك القلب خارجيا (Massage cardiaque externe) قد يؤدي إلى عودة مظاهر الحياة[1]، وإذا أمكن التدخل بأجهزة الإنعاش الصناعي[ω] قبل موت خلايا المخ لإبقائه حيا يترتب عن ذلك إطالة حياة المريض فإنه لا يجوز للطبيب قبل موت المخ فصل أجهزة الإنعاش وإلا تسبب في موت المريض ويعد ذلك قتلا، ولا يجوز للطبيب أن يتعذر بطول المدة أو كثرة التكاليف أو وجود أناس آخرين في نفس حالة المريض[2]، وتسمى هذه المرحلة عند الأطباء بفترة الاحتضار أو الموت الظاهري لأن خلايا المخ تبقى حية على الرغم من توقف أجهزة الجسم الأخرى وقد يحصل أحيانا خلاف ذلك، فقد تموت خلايا المخ لأي سبب كان ويدخل الشخص في حالة غيبوبة مع بقاء عمل القلب والرئتين وفي هذه الحالة نكون أمام استحالة عودة الحياة لموت خلايا الدماغ على الرغم من استمرار عمل الأجهزة الأخرى لعدة أيام[3].

من البديهي أن الجراح لا يقدم على أخذ عضو من الجثة إلا بعد تقرير الموت والتأكد منه ولهذا فإن معيار توقف القلب والتنفس لا يفي بمتطلبات عملية الغرس لأسباب منها:

- ❖ عدم إمكانية الاستفادة من الأعضاء الحيوية كالقلب والكبد بسبب عدم المحافظة على قيمتها الوظيفية.
- ❖ خشية الأطباء من تحمل المسؤولية فيما لو أقدموا على استئصال الأعضاء من الأشخاص المنعشين صناعيا إذ يعد الطبيب في هذه الحالة مرتكبا لجريمة القتل[4].

لهذا لجأ الأطباء إلى فكرة جديدة هي موت الدماغ وتعطل جميع وظائفه.

ثانيا: المعيار الحديث

ظهر هذا المعيار بعد اكتشاف الأجهزة العلمية و الطبية الحديثة وتطوير تقنيات الإنعاش التي أدت إلى البحث عن مفهوم جديد لمعنى الموت وتحديد اللحظة الفاصلة بين الموت والحياة، ووفقا لهذا

---

[1]– منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص. 485.

[ω] يطلق على الإنعاش الصناعي عدة تسميات منها: العناية المركزة، العناية المكثفة، والذي يعرف على أنه مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة زمنية قد تطول وقد تختصر لتحل محل أو لتساعد الوظائف الأساسية للمريض في تأدية عملها وذلك حتى يجتاز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها عرضة لاحتمالات الموت إذا لم يستعن بهذه الأجهزة، نصر الدين مروك، "الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية"، المجلة القضائية، عدد1، 1998، ص. 40.

[2]– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص. 146.

[3]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 113، 115.

[4]– عامر القيسي، "تحديد لحظة موت الإنسان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المختار للعلوم الإنسانية، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمر المختار، ليبيا، عدد 2، 2004، ص. 10.

المعيار يعتبر الإنسان ميتا بتوقف وظائف الدماغ حتى وإن استمر القلب بالنبض والجهاز التنفسي بالعمل[1].

وقد استقر الطب الحديث على أن موت خلايا المخ الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية عن العمل هو معيار تحديد لحظة موت الإنسان موتا حقيقيا، والأعضاء البشرية لا تصلح لنقلها لأشخاص آخرين إلا بعد الوفاة الحقيقية[2]، والتحقق من موت هذه الخلايا يكون عن طريق جهاز الرسام الكهربائي للمخ، فإذا توقف الجهاز عن إعطاء إشارات فإن ذلك يعني موت الدماغ ودخول المريض في غيبوبة لارجعية نهائية (Coma dépassé) ، حتى وإن استمر القلب بالنبض والجهاز التنفسي بالعمل ذلك نتيجة اتصالهما بأجهزة الإنعاش فموت الشخص محققة إكلينيكيا هذا حسب البروفيسور Xavier LABEE [3]، فوظيفة الإنعاش الصناعي بعد موت المخ تقتصر على المحافظة على حياة بعض أعضاء الجسم من خلال تزويدها بالدم المحمل بالأكسجين وغيره من ضرورات الحياة، وليس لغرض إطالة الموت أو تأجيل إعلانه، ولا لغرض إعادة الحياة إلى المريض لأنه قد مات فعلا قبل ذلك[4]، وبالتالي يمكن الاستفادة من هذه الأعضاء الحية بنقلها إلى شخص محتاج إليها ولا يعد اعتداء على حياة المنقول منه، من ثمّ فإن فصل أجهزة الإنعاش عن الجثة لا يعد حرمانا لها من الحياة التي سبق أن فقدتها ولا يعد جريمة قتل[5].

أما البروفيسور "Jean-Louis BAUDOUIN"، فقد اعتبر أن موت الدماغ مع بقاء عمل الأجهزة الحيوية بصفة مستقلة لا يعد موتا، ووجود الشخص في غيبوبة نهائية لا يفقده الشخصية القانونية كونه فرد في حالة ضعف قصوى بالتالي يكون في حكم عديم الأهلية[6].

يرى بعض الأطباء أنه لا يجب الاعتماد على جهاز الرسم الكهربائي للمخ بصفة مطلقة وحاسمة للتحقق من موت خلايا المخ لأن هناك حالات استرجع فيها أصحابها وعيهم بعد أن كانوا في غيبوبة طويلة بالرغم أن الجهاز لم يعطي أي إشارة عن نشاط المخ، لذلك اقترح الأطباء ضرورة انتظار فترة تتراوح بين ثمانية ساعات و72 ساعة كحد أقصى من توقف جهاز الرسم الكهربائي للمخ عن إعطاء إشارات وإعلان الوفاة[7]، بالتالي على الطبيب إعلان الوفاة بعد التأكد من الموت الإكلينيكي والمتمثل في

---

[1]– صادق بلوصيف، "زرع الأعضاء والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، المرجع السابق، ص.ص. 155، 156.

[2]– عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص.ص. 130– 131.

[3]- BOUGARDIER Maripierre, op-cit., p. 17.

[4]– نصر الدين مروك، "الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية"، المرجع السابق، ص. 48.

[5]– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.ص. 146– 147.

[6]- BOUGARDIER Maripierre, op-cit., p. 17.

[7]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.ص. 348– 349.

التوقف النهائي لعمل أعضاء الجسم وكذا الموت الدماغي الذي يتحقق بموت الخلايا وبداية الجسم بالتحلل[1]، بهذا تمّ الجمع بين المعيارين التقليدي والحديث.

الفرع الثاني

موقف التشريعات من تحديد لحظة الوفاة

تنازع في مسألة تحديد لحظة الوفاة في التشريع اتجاهين: اتجاه يرى ضرورة وضع تعريف تشريعي للموت من أجل طمأنة الرأي العام والأطباء بحيث يقوم الطبيب بعمله وفق الأسس التي أرساها التشريع[2].

وهناك اتجاه آخر يرى أن تعريف الموت من اختصاص الطب كونه يستند إلى معطيات طبية وفنية، وليس للتشريع التدخل في هذه المسائل التي تعتبر من اختصاص الطب، ونظرا للتقدم المستمر للعلوم الطبية؛ فإن أي تعريف قانوني قد يصبح قديما يستوجب تعديلات متلاحقة[3]، وبهذا نجد من التشريعات من أخذت بالاتجاه الأول، وأخرى بالاتجاه الثاني.

أولا: التشريعات الغربية

نجد التشريع الفرنسي الذي جعل في قراره الوزاري رقم 67 المؤرخ في 24 أفريل 1968 والمعروف (Jeanneney) من خصائص الموت الدماغي تعريفا لحالة الموت، وأجاز نقل الأعضاء من الأشخاص المتواجدين في حالة غيبوبة نهائية (coma dépassé)[4] هذا طبقا للمادة1-1232 ق.ص.ع، كما أوجب توقيع تقرير الوفاة من طبيبين مختصين في التخدير والإنعاش (réanimateur-anesthésistes) والاستعجالات (Urgentistes)، ثم يقوم فريق الإنعاش بمحاولة إنعاش ثانية بهدف حفظ الأعضاء المراد استئصالها من أجل الزرع[5].

كذلك التشريع الأمريكي الذي طبق معيار توقف الدورة الدموية إلى غاية سنة 1952[6]، بعدها أقرت لجنة (ADHOC) موت الدماغ معيارا لتحديد لحظة الموت، كما وضعت لجنة كبار الأطباء

---

[1]- صادق بلوصيف، المرجع السابق، ص. 153.

[2]- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص. 492.

[3]- عامر القيسي، المرجع السابق، ص.21.

[4] - BOUGARDIER Maripierre, op-cit., p.19.

[5]- GAUTHE Cynthia, op-cit., p.4.

[6]- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون في الطب الإسلامي، (ط، بلا)؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص. 173.

والقانونيين ورجال الدين عام 1987 تعريفا لموت الدماغ بأنه التوقف التام والنهائي لوظائف المخ، والطبيب هو الذي يتولى تحديد لحظة الوفاة[1].

ويقول القانونيون الأمريكيون أنه من الناحية الطبية ليس هناك لحظة محددة مؤكدة للموت بل هناك تدرجا من الموت الإكلينيكي، إلى موت المخ، إلى الموت البيولوجي، إلى موت الخلايا[2].

ثانيا: التشريعات العربية

لقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي بعمان أكتوبر 1986 مفهوم الموت الدماغي واعتبر أن الشخص قد مات شرعا، وبالتالي تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك إذا تبين إحدى العلامتين:

- توقف قلب المريض وتنفسه توقفا لا رجعة فيه.
- تعطل جميع الوظائف الدماغية تعطلا نهائيا لا رجعة فيه.

بالتالي يجوز رفع أجهزة الإنعاش عنها بناء على هذه الفتوى، رغم صدور فتوى مغايرة (فتوى مكة الصادرة بدورة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في أكتوبر 1987) ورأت أنها لا يحكم بموت الشخص شرعا إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفا تاما إلا أنه لم يكن لها صدى واستمر العمل بفتوى عمان إلى غاية اليوم[3].

ومن التشريعات العربية التي أخذت بمفهوم موت الدماغ نجد التشريع اللبناني والذي أضاف ضرورة إثبات الموت من طبيبان أحدهما اختصاصي في الأمراض العصبية كما أخذ بهذا المفهوم التشريع القطري والكويتي، إلا أن الإثبات عندهم يتم من طرف لجنة طبية مختصة بعيدة عن أي شبهة[4].

أما المشرع الجزائري فلم يهتم بتحديد لحظة الوفاة لا في الحالة المدنية ولا في قانون الصحة واعتبرها مسألة طبية محضة وهذا طبقا للفقرة الأولى للمادة 164 من ق.ح.ص.ع التي تنص: "**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**"، إلا أنه في الفقرة الثالثة من المادة 167 قد أوجب إثبات الوفاة من طبيبين على الأقل عضوان في اللجنة الطبية وطبيب شرعي، وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص.

---

[1]- عامر القيسي، المرجع السابق، ص. 17.

[2]- محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص. 173.

[3]- محمد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.ص. 41-42.

[4]- المرجع نفسه، ص. 43.

وبهذا فإن المشرع أحال مسألة تحديد لحظة الوفاة إلى الوزير المكلف بالصحة، فصدر قرار وزاري بتاريخ 19 نوفمبر 2002 نص على معايير علمية في المادة 2 منه تتمثل في: الانعدام التام للوعي، غياب النشاط العضوي الدماغي، التأكد من انعدام التهوية العفوية عن طريق اختبار (Hyprcane) للتأكد من موت خلايا الدماغ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي مرتين من طرف طبيبين مختلفين[1].

بالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد جمع بين المعيار التقليدي وهو توقف التنفس وانعدام الوعي التام، والمعيار الحديث وذلك بغياب نشاط المخ، والمشرع حتى وإن لم يحدد تعريف قانوني للموت إلا أنه وضع معايير يعتمد عليها الطبيب لتحديد لحظة الوفاة ، وبهذا يكون قد جمع بين الاتجاه القائل بأن الوفاة مسألة طبية والاتجاه القائل بأنها مسألة قانونية ، لأن كل اتجاه على قدر من الصواب وكلاهما يكملان بعضهما، فهي من جهة واقعة بيولوجية من اختصاص الأطباء ومن جهة أخرى واقعة قانونية يترتب عنها عدة آثار سواء من الناحية الجنائية أو المدنية[2].

وقد اشترط المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 165 ق.ح.ص.ت.، ألا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة من بين الطاقم الطبي الذي يجري عملية الزرع بقولها: "**ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع**".

المطلب الثاني

التصرف في الجثة

إذا كان مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفى يقوم على أساس احترام القيم الأخلاقية والمعنوية؛ أي احترام ذكرى المتوفى إلا أن الجثة تعتبر مصدرا أساسيا للحصول على الأعضاء البشرية لزرعها للمرضى المحتاجين إليها، والتصرف في الجثة لتحقيق غرض إنساني نبيل وهو شفاء المريض وإنقاذ حياته يعتبر أمرا مشروعا ولا يخالف النظام العام أو الأخلاق العامة[3].

فإذا كانت الموافقة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع وهو على قيد الحياة؛ فإنها ضرورية كذلك للاقتطاع من جثته بعد مماته، ففي كل الأحوال يجب احترام إرادة المتبرع سواء كان حيا أو ميتا،

---

[1]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 349.

[2]– فضيلة اسمي قاوة، المرجع السابق، ص. 140.

[3]– عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، (ط. بلا)؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص. 250.

غير أنه قد يحدث وأن يتوفى الشخص ولم يعرف له موقف من قضية الاقتطاع أو المساس بجثته، بالتالي يثور التساؤل بشأن الأشخاص أو الجهة التي ينتقل إليها حق الموافقة[1].

الفرع الأول

الوصية من المتوفى

يجوز للشخص وفقا للقواعد العامة أن يوصي بجثته لأغراض علمية أو علاجية ويعتبر هذا النوع من الوصايا مشروعا من الناحية القانونية بشرط أن يكون رضا الموصي حرا وصريحا قبل وفاته، فلا يعتد بالرضا الصادر عنه إذا تعرض لأي إكراه أو ضغط أيا كان نوعه، وقد يعبر المتوفى عن إرادته إما إيجابيا بقبول الشخص الاستئصال من جثته بعد وفاته أو تكون سلبيا بعدم الرضا بذلك، وأيا كانت الإرادة ينبغي احترامها[2].

أولا: الموافقة على الاقتطاع من الجثة

الرضا الإيجابي لا يكون سليما ومنتجا لآثاره إلا إذا كان صادرا عن إرادة حرة أي خاليا من العيوب وصريحا لا يحتمل الشك والتأويل، إضافة إلى وجوب توفر الأهلية اللازمة، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات في مجال زرع الأعضاء منها من اشترطت إفراغ الرضا في شكل كتابي، ومنها من لم تشترط ذلك.

فالتشريع الأمريكي اعتمد على ضرورة وجود وصية للمتوفى من أجل القيام بانتزاع أعضائه على أساس مبدأ استقلالية وحرية المريض، ولتفادي مشكل رفض أقارب المتوفى لهذه الوصية نصت تشريعات بعض الولايات الأمريكية إجازة عملية الاقتطاع دون الأخذ بعين الاعتبار رضا أقارب الموصي.

كذلك التشريع السويسري أخذ بضرورة الرضا الحر والمستنير والصريح للمتوفى قبل وفاته بانتزاع أعضاء من جسمه[3].

أما التشريع الإنجليزي المسمى (The humain tissue act) فقد تشدد في مسألة الرضا على الاستئصال وذهب إلى أنه يجب أن يصدر كتابة أثناء حياة المعطي ويكون الاستئصال لأغراض علاجية أو علمية وأن يتم الرضا بحضور شاهدين أو أكثر، ويشترط صدوره أثناء المرض المسبب للوفاة[4].

---

[1]– العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.ص. 267–268.

[2]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.ص. 251–252.

[3]- L'agence de la biomédecine, « Encadrement juridique international des différents domaines de la bioéthique », 2012, http://www.agence-biomédecine.fr. p12.

[4]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 138.

وفيما يخص التشريعات العربية فقد أجاز المشرع المصري الوصية بالعين بموجب المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962، إلا أن الإيصاء لا يكون لشخص معين بالذات وإنما يكون لبنوك العيون، كذلك المشرع الكويتي اعتبر الوصية من المصادر المهمة للحصول على الكلية لغرض نقلها من الجثة وزرعها في جسد المتلقي بشرط الحصول على إقرار كتابي من الموصي ولم يحدد الجهة التي يتم الإيصاء لها[1]، وصدورها من شخص كامل الأهلية وحضور شاهدين اثنين وهذا وفقا للمادة الثالثة من القانون رقم 55 لسنة 1987، وهذا أيضا ما ذهب إليه المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان على أن يكون المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية[2].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 164 على أنه: "... **يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبول ذلك...**"، هذا بعد التعديل بينما نص في النص القديم على جواز انتزاع الأعضاء بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة، وبهذا يتضح أن المشرع اشترط الكتابة عند الإيصاء بأعضاء الجسم في النص القديم، غير أنه استغنى عن هذا الشرط بعد التعديل وأصبح يعبر عن إرادة المتوفى بكل الطرق سواء بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا[3].

كما يجوز له أن يعرب عن رغبته بالتبرع بأعضائه لأهله وإيصائهم بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع بعد وفاته، كما يمكنه أيضا تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها والغرض من هذا الاقتطاع، كأن يشترط أن يكون لأغراض علاجية أو علمية أو الاثنين معا[4].

ثانيا: رفض الاقتطاع من الجثة

أجازت بعض التشريعات للشخص الذي يرفض المساس بجثته أن يعبر أثناء حياته عن ذلك صراحة في شكل كتابي، وبالتالي لا يجوز الاقتطاع من الجثة ولو بإرادة الأقارب كون أن المتوفى قد اعترض على ذلك، ويجب احترام إرادته كما لو كان حيا[5].

---

[1]– منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 129.

[2]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 139.

[3]– فضيلة إسمي قاوة، المرجع السابق، ص. 152.

[4]– عبد الكريم مأمون، " إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثة الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المرجع السابق، ص. 297.

[5]– المرجع نفسه، ص. 271.

وأفضل مثال عن التعبير السلبي للإرادة التشريع الفرنسي، فبعد أن كان قد اشترط رضا المريض أثناء حياته باستئصال بعض أعضائه إلا أنه مع قلة اللجوء للإيصاء بأعضائهم والذي أعاق قدرة الأطباء على الاقتطاع من الجثث، أصدر قانون (Caillavet) والذي أعرب أن السكوت يساوي الرضا، وبهذا يمكن القيام باستئصال الأعضاء من الجثث ما لم يعرب المتوفى أثناء حياته عن رفض الاستئصال والمساس بجثته[1]، وهذا ما يعرف بالرضا المفترض (consentement présumé)، ويتم التعبير عن طريق التسجيل في قائمة السجل الوطني المعد لهذا الغرض وهذا ما نصت عليه المادة 1-1232 *، فالأصل عند المشرع الفرنسي هو الأخذ بالموافقة الضمنية واستثناء الأخذ بالموافقة الصريحة للاقتطاع من جثة الموتى في حالة: الاقتطاع لأهداف علمية، حيث أوجبت المادة 3-1232 من ق.ص.ع الموافقة الصريحة للمتبرع أثناء حياته أو عن طريق شهادة أقاربه بعد الوفاة، ويستبعد هذا النص لأغراض تشريحية للبحث عن أسباب الوفاة بحيث يشترط إعلام الأهل، وكذا الاقتطاع من جثث القصر وعديمي الأهلية.

كذلك المشرع الجزائري اشترط الكتابة عند رفض الاقتطاع وفقا للفقرة الأولى من المادة 165 من ق.ح.ص.ت التي تنص على: "**يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك...**"، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اشترط الكتابة لإثبات رفض المتبرع من الاقتطاع، فهل أراد بذلك مسايرة المشرع الفرنسي علما أن المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة لعلمية الاقتطاع، وهذا لا يتماشى مع مفهوم قرينة الموافقة (الرضا المفترض) التي أخذ بها المشرع الفرنسي.

حاول المشرع احترام إرادة المتوفى الذي لا يريد المساس بجثته بعد وفاته فبيّن له السبيل إلى ذلك بالتعبير عن رفضه صراحة بطريقة كتابية إلا أن الرفض الصريح الذي تشير إليه المادة متعلق بالاقتطاع لغرض آخر، بالتالي يجوز للطبيب الاقتطاع من الجثة بالرغم من الرفض الكتابي لصاحبها إذا كان التشريح لغرض علمي وفقا للمادة 168 من ق.ح.ص.ت، لكن ما الفائدة من إجازة الاقتطاع لغرض علمي ومنعه للغرض العلاجي مع أن الأولوية للعلاج[2].

---

[1]- EL-KANDARI Fayez, op-cit., p. 451.

* - Art. 1232-1 : « … ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.
Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille ».

[2]- عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.ص. 299-300.

الفرع الثاني

إذن الأقارب

الأصل أنه إذا كانت هناك وصية صادرة عن المتوفى فيجب التقيد بها، غير أنه إذا حصلت الوفاة دون أن يعرب المتوفى عن إرادته للاقتطاع بالقبول أو الرفض خاصة إذا لم يكن هناك وقت لأن يعلن عن إرادته كالموت المفاجئ، فيحق لأقاربه التصرف في الجثة[1].

فاشتراط إرادة الأقارب في حالة غياب إرادة المتوفى من الأمور الضرورية في عملية نقل الأعضاء من الجثث لما لها من حرمة لا يجوز المساس بها، وهذا المبدأ من المبادئ العامة التي أكدت عليها غالبية التشريعات[2]، حيث اشترطت بعضها الموافقة الصريحة للأقارب في حين اكتفى البعض الآخر بالموافقة الضمنية.

أولا: الموافقة الصريحة من الأقارب

إن حق الأقارب على الجثة ليس حق ملكية وإنما حق من الحقوق المعنوية التي يفرضها واجب خدمة الميت وتكريمه، باعتبار أن الأقارب هم الممثل الطبيعي لهذا الميت والأقدر على تحديد موقفه لو طلب منه رأيه قبل وفاته[3].

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه نجد التشريع الأمريكي الذي حدد في القانون الموحد لتنظيم نزع أعضاء الأشخاص الذين يجوز لهم التصرف في الجثة إذا لم يعبر المتوفى عن موقفه من ذلك أثناء حياته، وقد رتب هذا القانون من لهم الحق في إبداء القبول أو الرفض على النحو التالي: الزوجان، الابن البالغ أو البنت البالغة، الوالدان، الأخ البالغ أو الأخت البالغة، الولي أو الوصي وقت الوفاة، الممثل القانوني للشخص وقت الوفاة[4].

كذلك المشرع السويسري الذي أخذ بموافقة الأقارب –حال غياب رضا المتوفى باستئصال أعضائه– شرط ألا يقل سنهم عن 16 سنة، أو من شخص يتمتع بثقة المتوفى[5].

فيما يخص التشريعات العربية، نص التشريع الكويتي في المادة الخامسة من القانون 1987 على جواز نقل الأعضاء من الجثث في حالة غياب رضا المريض بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب

---

[1]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 143.

[2]– سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 313.

[3]– عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 49.

[4]– عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 309.

[5]- L' agence de la biomédecine, op-cit., p. 12.

أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية، وإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة أغلبهم وذلك كتابيا[1].

وهذا ما ذهب إليه أيضا التشريع الأردني في المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، إذ أوجب موافقة الأقارب وحددهم بأحد أبوي المتوفى في حالة وجودهما، أو الولي الشرعي في حالة غيابهما، وفي القانون المعدل رقم 17 لسنة 1980 أورد في مادته الثانية مصطلح ولي أمر المتوفى، وتكون الموافقة كتابية[2].

وفيما يخص المشرع الجزائري، فقد أخذ بالموافقة الصريحة للأقارب كما أنه رتبهم في الفقرة الثانية من المادة 164 ق.ح.ص.ت و التي تنص: "...**إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة**".

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلية صدور موافقة الأقارب، وبالتالي هل تكون الموافقة كتابة أو شفوية، في ورقة عرفية أو رسمية، كما أنه لم ينص على أهلية الأقارب عكس ما قامت به التشريعات الأخرى، غير أنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجده قد اشترط أهلية الولي الشرعي، ولخصوصية هذا المجال على المشرع النص صراحة على الأهلية اللازمة للأقارب المأخوذ برضاهم.

أما ما يتعلق بترتيب الأقارب، فقد أغفل المشرع حالة تعارض رأي قريبين في مرتبة واحدة مثل تعارض رأي الأب الموافق على الاستئصال ورأي الأم الرافض له، وبالتالي كان على المشرع وضع ترتيب أدق وذلك باستبدال حرف"أو" بحرف "ف" أو "فاصلة" والتي تفيد الترتيب التسلسلي.

كذلك المشرع أغفل النص على مصير جثة القاصر وعديم الأهلية، ونظرا للحاجة المتزايدة للأعضاء في الجزائر من أجل الزرع وكذا نقص المتبرعين، كان عليه إجازة الاقتطاع منهم بشرط موافقة الولي الصريحة والكتابية مسايرا في ذلك المشرع الفرنسي.

ثانيا: الموافقة الضمنية من الأقارب

يرتكز هذا الاتجاه في مضمونه على التصرف في الجثة دون موافقة أحد مستندا في ذلك على أساس افتراض رضا أقارب المتوفى ما لم يصدر منهم اعتراض صريح، ذلك أن المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم في حاجة للأعضاء والتقدم في مجال الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء

[1]– سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.ص. 311، 313.

[2]– المرجع نفسه، ص.ص. 313، 315.

المحتاجين لهذه الأعضاء على المتوفى وأقاربه، فجثث الموتى من أهم المصادر التي يتم الحصول منها على الأعضاء[1].

ووفقا لهذا الاتجاه يكون الرضا مفترضا، فيحق للطبيب أن يباشر استئصال الأعضاء اللازمة مادام أنه لم يصله أي اعتراض من أقارب المتوفى[2].

ومن المؤتمرات التي وافقت على هذا الإجراء، مؤتمر "بروجيا" الذي أجاز نقل الأعضاء من الجثث ما لم يكن صاحبها قد اعترض على ذلك كتابيا في حياته أو أحد أقربائه بعده، كما أعلنت اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوروبي في قرارها الصادر بتاريخ 11 ماي 1978 والخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول أعضاء المجلس في مجال اقتطاع الأعضاء على أن الضرورة العلمية تتطلب اقتطاع الأعضاء من الجثة عندما لا يوجد ما يؤكد أن صاحبها كان سيعترض على ذلك.

ومن التشريعات التي أخذت بالموافقة المفترضة للأقارب: التشريع الفرنسي، حيث أجاز في قانون (Caillavet) الاقتطاع من الجثة بشرط عدم اعتراض المتوفى حال حياته أو اعتراض أقاربه بعد وفاته[3]، وقد ضيق المشرع الفرنسي من نطاق الموافقة المفترضة للمتوفى أو أقاربه في قانون 1994 حيث ألزم الطبيب في المادة 1-1232* ق.ص.ع ببذل كل ما في وسعه لمعرفة موقف المتوفى من الاقتطاع من خلال الاتصال بالأقارب والحصول على شهادتهم وليس موافقتهم.

وقد استثنى المشرع الفرنسي الموافقة الضمنية للأقارب في حالة الاقتطاع من القصر وعديمي الأهلية، حيث اشترط الموافقة الصريحة للأبوين أو الممثل القانوني، ويكون ذلك كتابة وفقا للمادة 2-1232ω من ق.ص.ع.

الفرع الثالث

بدون موافقة أحد

لا يجوز كقاعدة عامة المساس بجثث الموتى إلا بموافقة المتوفى قبل وفاته أو موافقة أقاربه حسب الطرق التي حددتها التشريعات في مختلف الدول، غير أن بعض التشريعات أجازت الاقتطاع من

---

[1]- حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 147.

[2]- سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 317.

[3]- عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.ص. 312، 313.

* « Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille ».

ω « Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une protection légal, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parental ou le représentant légal y consente expressément par écrit ».

الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه وذلك استناد إلى فكرة تأميم الجثث، في حين استندت تشريعات أخرى إلى حالة الاستعجال لتبرير مثل هذا الاقتطاع[1].

أولا: تأميم الجثث

مؤدى هذا الاتجاه اعتبار الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، فالجثة مملوكة للشخص أو لأسرته، وحقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على جثة المتوفى[2].

ويقوم على ضرورة مسايرة القانون للتقدم العلمي وترجيح المصلحة الإنسانية العامة على مصلحة الأسرة، فالمصلحة المرجوة من توفير أمل الشفاء للمرضى تعلوا على ضرورة التمسك برضا الأقارب، وبهذا يستطيع الطبيب بمفرده ودون حاجة للحصول على موافقة أقارب المتوفى تقدير مدى ملائمة إجراء عملية استئصال الأعضاء من الجثث لنقلها لشخص آخر كونه يتصرف باسم ومصلحة المجتمع[3].

وقد وجد هذا الاتجاه مكان في التشريعات المقارنة، فالمرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 لسنة 1983 أجازت للطبيب في حالة عدم وجود عائلة المتوفى بفتح الجثة لغاية علمية أو من أجل أخذ الأنسجة أو الأعضاء الأخرى منها[4].

كذلك اللائحة الفرنسية الصادرة في 1947/10/20 قررت أنه يجوز لرئيس أحد أقسام المستشفيات التي يحددها وزير الصحة أن يقرر تشريح الجثة أو استئصال الأعضاء منها إذا رأى أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تستلزم ذلك رغم عدم وجود إذن من أسرة المتوفى[5].

وقد حدد هذا الاتجاه الحالات التي لا يؤخذ بموافقة أحد لغرض الاستفادة السريعة من الأعضاء البشرية والمتمثلة في:

أ-الموتى مجهولي الهوية

من التشريعات التي عالجت استئصال الأعضاء من الموتى مجهولي الشخصية التشريع اللبناني حيث ورد في نص المادة 4 من المرسوم الاشتراعي لسنة 1983، إجازة فتح الجثة لغاية علمية وأخذ

---

[1]- عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.ص. 315-316.

[2]- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.ص. 138-139.

[3]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.ص. 440-441.

[4]- حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 152.

[5]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 441.

الأنسجة والأعضاء البشرية من هذه الجثة المجهولة أو التي نقلت إلى المستشفى أو المركز الطبي ولا يعلم بهويته –ليس له زوج أو أولاد أو أب أو أم– وهذا بموافقة رئيس القسم في المستشفى[1].

هذا ما ذهب إليه المشرع الأردني في المادة 5 من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، حيث أجاز الاستئصال من مجهولي الهوية إذا لم يطالب أحد بجثتهم خلال 24 ساعة بعد الوفاة على أن يتم النقل بموافقة المدعي العام، ولا يجوز أن يؤدي نقل العضو إلى إحداث تشويه ظاهر في الجثة يكون فيها تعدي على حرمة المتوفى[2].

أما المشرع الجزائري فلم يتناول الاقتطاع من جثة المجهولين، إذ أنه أورد نص عام وذلك في الفقرة الأولى من المادة 164، بالتالي هل يفهم من ذلك تطبيقه أيضا على مجهولي الهوية أم أن المشرع تناسى وأغفل هذه المسألة.

إن أخذ الأعضاء من جثة مجهولي الهوية دون موافقة أحد فيه إهانة لجثة الميت ومساس بكرامته، فالكرامة لا تتحدد بهوية الشخص بل بصفته إنسان، فكان على المشرع تناول هذه المسألة وذلك بإجازة الاستئصال من جثث مجهولي الهوية باعتبارها مصدرا للأعضاء الصالحة للزرع وفق ضوابط تضمن كرامته الإنسانية منها: اشتراط عدم الإفراط في الاستئصال إلى حد تشويه الجثة، وكذا تقيد العملية بموافقة النيابة العامة أو القاضي باعتباره ولي لمن لا ولي له.

ب– جثث المحكوم عليهم بالإعدام

اختلف الفقهاء حول مسألة التصرف في أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام فمنهم من أجاز التصرف فيها دون اشتراط إذنهم في ذلك، بينما عارض البعض الآخر ذلك إذ استوجبوا موافقة المحكوم عليه بالإعدام، لأن الحكم قد استوفى ما عليه ذلك أن عقوبتهم في الشرع هي القتل فحسب واقتطاع أجزاء من جسمهم يعتبر زيادة في العقوبة والحد وهي لا تجوز شرعا إلا إذا أجاز الشخص ذلك؛ فإنه يعتبر من الضرورة[3].

لا تثور هذه المسألة على صعيد التشريعات في الدول التي ألغت عقوبة الإعدام كالقانون الفرنسي مثلا أو في قوانين الدول التي لم تجد في طيات نصوصها الجزائية عقوبة الإعدام[4].

---

[1]– سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 321.

[1]– عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص. 271.

[3]– محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.ص. 489–490.

[4]– حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 157.

أما المشرع الجزائري فقد تناول الجانب الإجرائي لتنفيذ عقوبة الإعدام دون أن يتعرض لمصير الجثة بعد تنفيذ الحكم مع العلم أن ق.ح.ص.ت قد أغفل تماما النص على هذه الحالة.

هل يفهم من ذلك أن المشرع ساير الاتجاه الذي لا يجيز المساس بجثة الشخص المعدوم؟ وإذا كان كذلك يكون قد اختار النهج الصحيح، لأن استئصال الأعضاء من جثة المعدوم أمر يتعارض مع القيم الإنسانية وكرامة الجثة[1].

ثانيا: حالة الاستعجال

أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمستقبل التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته[2].

ومن بين التشريعات التي استندت لهذه الفكرة التشريع الجزائري حيث جاءت الفقرة الأخيرة من المادة 164 على أن: "**غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية...**"، حسب هذه المادة فإن المشرع قد ضيق من مجال الاستئصال من الجثث بدون موافقة أحد، إذ أجاز اقتطاع القرنية والكلية فقط، وقيدها بضرورة الاستعجال المتمثل في الحالات التالية:

- تعذر الاتصال بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين في الوقت المناسب.
- التأخير من أجل الانتزاع يؤدي إلى تلف العضو وعدم صلاحيته.
- اقتضاء الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو المثبتة من معاينة اللجنة الطبية.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف الاتجاه الذي أخذ بمبدأ تأميم الجثث.

---

[1]- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.ص. 425-426.

[2]- عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 318.

خاتمة

نخلص في ختام موضوعنا إلى القول أن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم الإنجازات الطبية إذ تعتبر أحدث الوسائل العلاجية للأمراض المستعصية والتي تبعث أمل الحياة في نفس المريض وكذا أسرته إضافة إلى مصلحة المجتمع التي تتحقق بصلاح فكر وبدن الفرد، كما تمثل أسمى معاني التضامن الإنساني سيما بعد ثبوت جوازها شرعا وقانونا إذ يتجه أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية في الوقت الحالي إلى إجازة الانتفاع بأعضاء الإنسان الحي والميت إذا اقتضت الضرورة ذلك، وتستمد العملية أساسها من القانون الذي أجازها بنصوص تشريعية.

غير أنه قد تكون لهذه العملية انعكاسات سلبية وردود إذا لم يتم وضعها في إطار قانوني محكم يحقق الغاية المرجوة منها، وهذا ما سارعت إليه معظم تشريعات العالم منها الجزائر، فتناولت تنظيم هذه العملية ابتداء من إجازتها قانونا –سواء تعلقت بالنقل من الأحياء للغرض العلاجي أو من الجثث لغرض علاجي وعلمي–ثم تلتها نصوص منظمة للجانب العملي للعملية من حيث الشروط الموضوعية المتعلقة بمشروعية المحل والسبب والرضا، وكذا مجانية الاستئصال إذ جرمت كل مقابل مالي قد يحصل عليه المتبرع من قبوله لانتزاع العضو منه لصالح المريض تخوفا من انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية التي أصبحت في تنامي مستمر في جميع دول العالم منها الجزائر لذا عمدت المواثيق الدولية على مكافحة هذه الظاهرة فنص الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية في مادته 69 على حضر الاتجار بالأعضاء البشرية كما يحضر الإعلان عن الحاجة إلى الأعضاء أو عن توفرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب، ولا يجوز للطبيب في أي حال من الأحوال المشاركة في أي عمل من هذه الأعمال كما يحضر على الأطباء القيام بعمليات لنقل الأعضاء أو المشاركة فيها إذا وجد رجح لديهم أن الأعضاء المطلوب نقلها كانت محلا للمعاملات التجارية، كما نصت التشريعات الداخلية منها الجزائر التي نصت في قانون 09– 01 المعدل لقانون العقوبات على مكافحة هذه الظاهرة عن طريق فرض عقوبات كي لا تخرج عن إطارها المشروع.

إلا أنه وبدراسة المواد التي أرساها المشرع لهذه العملية في ق.ح.ص.ت نجدها سطحية ولا تعالج الإشكالات التي قد تثور جراء هذه العملية من بينها نجد أنه:

- لم يضع تعريفا للعضو والذي قد يتشابه مع المصطلحات الأخرى الواردة في هذا القانون كالدم.
- لم يتناول الرضا بشكل دقيق بحيث لم يحدد الأهلية القانونية اللازمة للتصرف في الأعضاء، ولم يحدد فئة الراشدين عديمي الأهلية، كما أنه لم يتناول مسألة نقل النخاع الشوكي الذي يعد السبيل

الوحيد لعلاج بعض الأمراض المميتة والذي قد يكون مصدره القصر، أيضا لم ينص على جواز أو عدم جواز الاقتطاع من المحبوسين والسجناء.

- لم يحدد الشهود من حيث صفتهم وموضوع شهادتهم، وكذا الجهة المكلفة بإحضارهم والجهة التي تتم أمامها الشهادة.
- لم ينص على معايير تحديد لحظة الوفاة في ق.ح.ص.ت وترك المسألة للوزير المكلف بالصحة.
- إغفال مصير جثة القاصر وعديمي الأهلية وكذا مجهولي الهوية.
- لم يحدد الشكلية اللازمة لتصرف الأقارب في جثة قريبهم، كما أنه أغفل حالة تعارض رأي قريبين في مرتبة واحدة.

من أجل هذا على المشرع التدخل لوضع نظام قانوني متكامل لهذه العمليات وذلك عن طريق:

- تكثيف الملتقيات والندوات والأيام الدراسية المتعلقة بهذا المجال بالتعاون بين رجال الطب والقانونيين من أجل وضع إطار قانوني يتماشى مع جميع انشغالات أطراف هذه العملية.
- إصدار قانون خاص بزراعة الأعضاء البشرية مستقل عن القوانين الأخرى.
- وضع تعريف للعضو وتحديد الأعضاء غير الجائز استئصالها من الأحياء ومن الجثث.
- محاولة استبعاد نقل الأعضاء من الأحياء والتركيز على النقل من الجثث كونها أقل خطورة إذ أنه يمكن الاستفادة من ضحايا حوادث المرور الذين عادة ما يكونون شباب في مقتبل العمر يتمتعون بصحة جيدة.
- في حالة عدم استبعاد الأحياء، لابد من منح تأمين للشخص المتبرع يضمن له عدم الحاجة في حالة تدهور صحته جراء عملية النقل.
- نظرا لغياب ثقافة التبرع الذي يقف حجر عثرة أمام هذه العملية ما يحول دون تحقيق تقدم في هذا المجال، لابد للدولة من تشجيع الإيصاء بالأعضاء البشرية وتشجيع النقل من الجثث وذلك بتكثيف الملتقيات والندوات والحملات التوعوية.
- وضع بطاقة للمتبرع تفيد قبول حاملها انتزاع الأعضاء كي لا يعيق البحث عن موافقة أهله إتمام العملية على نحو سريع.
- تدخل القضاء عن طريق رئيس المحكمة أو وكيل الجمهورية كطرف في العلاقة ضمانا للحياد كي لا تكون إدارة المستشفى خصم وحكم في نفس الوقت حماية لجميع أطراف العلاقة.
- تحديد الشهود بدقة من حيث صفتهم ومن يقدمهم للشهادة، وكذا موضوع شهادتهم وأمام من تتم.

- توسيع دائرة المستشفيات التي تتم فيها هذه العملية وإدخال القطاع الخاص في هذا المجال.
- وضع نصوص متعلقة بالأحكام الجزائية المطبقة في حالة مخالفة نصوص قانون زراعة الأعضاء.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

I. المصحف الشريف

II. الكتب:

أ. المؤلفات العامة:

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام –مصادر الالتزام– مج.1،ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
2. علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011
3. لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط.4؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
4. محمد حسين منصور، نظرية الحق، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

ب. المؤلفات الخاصة:

1. ابن ماجة في سننه، كتاب ما جاء في الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت، ح رقم 1606، موسوعة الحديث الشريف: شركة البرامج الإسلامية الدولية، الإصدار الثاني، 2000.
2. أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، صيدا (بيروت)، مج.11، 2007.
3. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط.1؛ دار النهضة العربية، 1999.
4. أحمد عبد الدائم، أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
5. أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار الكتب المصرية (سعد سمك)، مصر، 1999.
6. أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط.1؛ دار النفائس، بيروت، 2000.
7. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

8. أسامة السيد عبد السميع، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
9. أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
10. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط.2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2011.
11. الشواربي عبد الحميد، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، (ط، بلا)؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
12. الشيخلي عبد القادر، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقانون الدولي،ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
13. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
14. إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل الأعضاء، (ط، بلا)؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
15. بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012.
16. ـــــــ ، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري،(ط، بلا)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
17. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، ط.1؛ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان (الأردن)، 2001.
18. حكمت عبد الحكيم فريحات وآخرون، مبادئ في الجراحة؛ (ط، بلا)؛ دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 1987
19. خالد محمد شعبان، الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الشرعي والقانون الوضعي، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

20. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، (ط، بلا)؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

21. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان(الأردن)، 1999.

22. سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

23. سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، ط.1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

24. صابر محمد محمد السيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، ط.1؛ دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

25. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000.

26. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، ط.1؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

27. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

28. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

29. عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي، لحقوق الإنسان، ط.2؛ دار الثقافة، عمان (الأردن)، 2012.

30. عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ط.2؛ مج.1، (د.د.ن)، القاهرة، 1988.

31. علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزرع الأعضاء، ط.1؛ دار الكتب الحديث، (د.ب.ن)، 2005.

32. محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

33. محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، ط.2؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2010.

34. محمد رأفت عثمان وآخرون، قضايا فقهية معاصرة، (ط، بلا)؛جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون، القاهرة،ج.1، (د.س.ن).

35. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون في الطب الإسلامي، (ط، بلا)؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.س.ن).

36. محمد عبد المقصود داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، (ط، بلا)؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999.

37. محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، (ط، بلا)؛ دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن).

38. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط.4؛ دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2008.

39. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2003.

40. ـــــــــــ ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2003.

41. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط.1؛ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

42. منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، ط.1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

43. ، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، (ط، بلا)؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.

44. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، (ط، بلا)؛ (د.د.ن)، (د.ب.ن)، 2008.

45. هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دراسة مقارنة، (ط، بلا)؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

III. <u>المذكرات</u>:

1. إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، إشراف: بوبشير محند أمقران، 2010-2011.
2. بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، إشراف د. فطة معاشو، 2011/10/05.
3. سعداوي صبيحة، إخلف سامية، الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري؛ مذكرة لنبل شهادة الماستر، شعبة القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، إشراف: أ. طباش عز الدين، 2011-2012.
4. لفات وفاء وآخرون، الأعضاء البشرية ضمن التعامل القانوني، مذكرة لنيل شهادة ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2006-2007.
5. مشكور خليدة ، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، إشراف د. بن شعبان حنيفة، 2000-2001.

IV. المقالات:

1. إقروفة زبيدة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد2، 2008. ص.ص357-376.
2. شريط الأمين، "نقل وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد سبتمبر، 2003، ص.ص. 132-151.
3. الشيخلي عبد القادر، "تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في القوانين والإتفاقيات الدولية"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط.1؛ مطابع جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص.ص. 227-243.
4. العيرج بوريس، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو، عدد2، 2008، ص.ص. 45-73.

5. القيسي عامر ، تحديد لحظة موت الإنسان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المختار للعلوم الإنسانية، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمر المختار، ليبيا، عدد2، 2004 . http://Www.Omu.edu.ly /En_MG/second/pdf

6. النجيمي محمد بن يحيى، "تحريم الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط.1، مطابع جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص.ص. 209- 224.

7. بلوصيف صادق، "زرع الأعضاء والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد سبتمبر، 2003، ص.ص. 152- 159.

8. بن زيطة عبد الهادي، "بداية الحياة الإنسانية وآثارها القانونية بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد1، 2011، ص.ص. 196-211.

9. بوساق مدني، "موقف الشريعة من نقل الأعضاء بين البشر"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط.1، مطابع جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص.ص. 247- 281.

10. خلفي عبد الرحمان، " المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجزائري"، المجلة القومية للبحوث الاجتماعية والجنائية، مجلد 51، عدد2، مصر، يوليو 2008، ص.ص. 430- 456.

11. شعبان هند، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص.ص. 173-196.

12. طاهير رابح، "حماية الحق في الحياة في إيطار ميثاق الأمم المتحدة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد2، 2010، ص.ص. 82-97.

13. فريجة حسين، "زراعة ونقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد2، 2011، ص.ص. 211-225.

14. مأمون عبد الكريم، "إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو، عدد2، 2008، ص.ص.

.323-267

15. مروك نصر الدين، "الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية"، المجلة القضائية، عدد1، 1998، ص.ص. 37-64.
16. ـــــــــــــ، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، العدد2، 2000، ص.ص.29-58.
17. مواسي العلجة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الجثث"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو، عدد2، 2008، ص.ص. 324-356.
18. نقادي حفيظ، "أصول السر الطبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص.ص.73-86.

V. النصوص القانونية:

أ. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، متعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

ب. النصوص التشريعية

1. أمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 48، صادر في 10 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 11-06، مؤرخ في 22 مارس 2011، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 19، صادر في 27 مارس 2011.
2. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 49، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 11-14، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.
3. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 78، لسنة 1975، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 31.

4. قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتضمن حماية الصحة و ترقيتها، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 08، صادر في 17 فيفري 1985، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-13، مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 44، صادر في 03 أوت، 2008.
5. قانون رقم 08-09 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008.

ج. النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 52، صادر في 08 جويلية 1992.
2. مرسوم تنفيذي رقم 12-167، مؤرخ في 05 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 22، صادر في 15 أفريل 2012.

VI. المعاجم اللغوية:

1. عبد الفتاح مراد، معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري إنجليزي عربي شرعي؛ شركة المراد للطباعة، الإسكندرية، (د.س.ن).
2. المنجد الأبجدي، ط.7؛ دار المشرق، بيروت، 1989.

VII. مواقع الأنترنت:

1. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في دورته العادية، رقم 18، نيروبي(كيننيا)، جوان 1981. http://Www.afswj.com/media/ebooks/worldRules/15.pdf
2. الميثاق العربي لحقوق الإنسان، قرار جامعة الدول العربية رقم 6405 المؤرخ في 03 أفريل 2004. http://Www.ichr.ps/pdfs/mod1.pdf
3. الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية http://Www.Faculty.ksu.edu.sa/alwazzan/materials%20of%20of.
4. "زراعة الأعضاء"، ويكيبيديا الموسوعة الحرة http://Www.ar.wikipédia.org
5. ثرية مسعود، "مصلحة زرع الكلى بمستشفى مصطفى باشا خبرة رائدة تستوجب التعميم"، جريدة الحوار، 04/ 10/ 2009.http://Www.Dazairess.com

ثانيا: باللغة الفرنسية:

I. Ouvrages:

1. DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, Droit hospitalier, 7° édition, Dalloz,2009.
2. GARNIER DELAMARE, Dictionnaire illustré des termes de médecine, 30° édition, Maloine, Paris 2009.
3. GERNIGON Thérèse, Embryologie général humaine, Office des Publications Universitaires, Alger 2005.
4. LARSEN William. J., Embryologie humaine, 2° édition, de boeck, Bruxelles, 2004.

II. Thèses et mémoires:

1. BOUGARDIE Maripièrre, Le contentieux de la mort, Mémoire Master 2, faculté de droit de Toulon, université de sud Toulon Var, 2010-1011. http://Www.dumas.ccsd.cnrs.fr /docs/07/31/pdf/2011_Bougardier.pdf.
2. GAUTHE Cynthia, La relation d'aide l'ors d'une demande de prélèvement d'organes, institut de formation en soins infirmiers du centre hospitalier de Meaux, 2008 http:// Www.france-adot/images/pj/281p1- thèse Cynthia.pdf .

III. Articles:

1. AL-ALKANDARI (Fayez), « Les prélèvements d'éléments du corps humain en droit français et koweitien », revue de recherche juridique, droit prospectif N° 2004-1 publiée par la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2004, P.p. 439-456.
2. CAILLAVET (Henri), «Le prélèvement et greffe progrès scientifique ou technique et droit de l'homme», R.T.D.H, N°54, 1er avril 2003. P.p. 567- 574.
3. CARVAIS R., «Problèmes juridique des transplantations a partir de donneurs vivants », e-mémoires de l'Académie national de chirurgie, Université de Panthéon-Assas, (paris2), 2005, 4(1), P.p. 23-28.
4. FRYDMAN (René), «Le clonage reproductif et thérapeutique », R.T.D.H, N°54, 1er avril 2003. P.p. 421- 428.

VIII. Codes :

1. MEGA CODE CIVIL, annotations extraites des bases de données juridique, Edition 2001, DALLOZ.
2. Code de la santé publique français. DALLOZ 18 édition, 2004.

IX. Document:

- AKKOUCHE (Salima), «Transplantation d'organe, le long combat des insuffisants rénaux », le soir d'Algérie N°6815, du 12/03/2013. P. 05.

IV. Sites internet :

1. L'agence de la biomédecine, «Encadrement juridique international des différents domains de la bioéthique », 2012, http:// Www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2012_ encadrement juridique version_ intenet.pdf.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كلمة شكر	
إهداء	
مقدمة.....	**01**
المبحث التمهيدي: ماهية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	03
المطلب الأول: مفهوم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	03
الفرع الأول: تعريف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	03
أولا: المقصود بالعضو.....	03
ثانيا: المقصود بعملية النقل والزرع.....	05
الفرع الثاني: نشأة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	05
المطلب الثاني: تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن بعض العمليات المشابهة لها.....	07
الفرع الأول: تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن نقل الدم.....	07
الفرع الثاني: تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن التلقيح الاصطناعي.....	08
الفرع الثالث: تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء عن الاستنساخ البشري.....	09
الفرع الرابع: تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن زرع الأعضاء الصناعية.....	10
الفصل الأول: مشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية	**11**
المبحث الأوّل: حكم نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	13
المطلب الأوّل: نقل وزرع الأعضاء في الفقه.....	13
الفرع الأول: الرّأي المؤيد.....	13
أولا: حالة الضرورة.....	14
ثانيا: الإيثار.....	15
ثالثا: التيسير.....	16
رابعا: المصلحة والمفسدة.....	16
الفرع الثاني: الرأي المعارض.....	17
أولا: حرمة جسد الإنسان.....	17
ثانيا: تحريم قتل النفس.....	17
ثالثا: اتقاء التهلكة.....	18

الفرع الثالث: الرأي الراجح.....18
المطلب الثاني: نقل وزرع الأعضاء في التشريعات الوضعية.....20
الفرع الأول: في التشريعات الغربية.....20
أولا: التشريع الإنجليزي.....20
ثانيا: التشريع الأمريكي.....21
ثالثا: التشريع الفرنسي.....21
الفرع الثاني: في التشريعات العربية.....22
أولا: التشريع الأردني.....23
ثانيا: التشريع المصري.....23
ثالثا: التشريع الجزائري.....24
المبحث الثاني: ضوابط مشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....25
المطلب الأول: الشروط الموضوعية.....25
الفرع الأول: مشروعية المحل والسبب.....25
أولا: مشروعية المحل.....27
أ- أن يكون العضو موجودا:.....27
ب- أن يكون معينا.....28
ج- صلاحية العضو للتبرع.....28
- الأعضاء الجائز استئصالها.....28
  - ❖ الأعضاء المزدوجة.....28
  - ❖ الأعضاء الوحيدة والمتجددة.....29
- الأعضاء التي لا يجوز استئصالها.....30
  - ❖ الأعضاء الوحيدة غير المتجددة.....30
  - ❖ الأعضاء التناسلية.....30

ثانيا: مشروعية السبب.....31
أ- تحقيق فائدة للغير.....32
- المصلحة العلاجية للمريض.....32
- عدم تضرر المتبرع من النقل.....33

ب- تحقيق مصلحة المجتمع.....34
- تجارب طبية علاجية.....34
- تجارب طبية علمية.....35

الفرع الثاني: مشروعية الرضا.....36
الفرع الثالث: مجانية التبرع.....37
المطلب الثاني: الشروط الطبية.....40
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف العملية.....40
أولا: الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي.....41
ثانيا: توافق أنسجة المتلقي والمتنازل.....41
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالطاقم الطبي.....42
أولا: الشروط المتعلقة بالطبيب.....42
أ- الترخيص القانوني.....42
ب- قصد العلاج.....43
ج- إتباع القواعد العلمية الثابتة.....44
د- الالتزام بالسر المهني.....44
ي- الالتزام بتبصير طرفي العملية.....45
- الالتزام بتبصير المتبرع.....46
- الالتزام بتبصير المريض.....46
ثانيا: الشروط المتعلقة بالمستشفى.....48
الفصل الثاني: نطاق عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....50
المبحث الأول: نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.....51
المطلب الأول: تحديد بداية الحياة.....51
الفرع الأول: المعيار العلمي.....51
الفرع الثاني: المعيار الفقهي.....52
الفرع الثالث: المعيار القانوني.....53
المطلب الثاني: الرضا.....55
الفرع الأول: خصائص الرضا.....55
أولا: أن يكون الرضا متبصرا ومستنيرا.....55
أ- بالنسبة للواهب.....55
ب- بالنسبة للموهوب له.....55
ثانيا: أن يكون الرضا حرا.....56
أ – بالنسبة للواهب.....56

ب- بالنسبة للموهوب له.....57
الفرع الثاني: صحة الرضا.....58
أولا: الأهلية.....58
أ- أهلية المتبرع.....58
- بالنسبة للقصر.....59
  - ❖ الاتجاه المجيز للاستئصال من القصر.....59
  - ❖ الاتجاه المانع لاستئصال الأعضاء من القصر.....60
- بالنسبة للراشدين عديمي الأهلية.....60
ب- أهلية الموهوب له.....62
ثانيا: الشكلية.....63
أ- بالنسبة للواهب.....64
ب- بالنسبة للموهوب له.....65
الفرع الثالث: آثار الرضا.....66
أولا: حالة صحة الرضا.....66
أ- إباحة استئصال العضو.....66
ب- إثبات حق المنتفع.....66
ثانيا: عدم صحة التراضي.....66
أ- عدم إمكانية تنفيذ التبرع.....66
ب- قيام مسؤولية الطبيب.....67
المبحث الثاني: الاستئصال من الجثث.....67
المطلب الأول: تحديد لحظة الوفاة.....68
الفرع الأول: معايير تحديد لحظة الوفاة.....69
أولا: المعيار التقليدي.....69
ثانيا: المعيار الحديث.....70
الفرع الثاني: موقف التشريعات من تحديد لحظة الوفاة.....72
أولا: التشريعات الغربية.....72
ثانيا: التشريعات العربية.....73
المطلب الثاني: التصرف في الجثة.....74
الفرع الأول: وصية من المتوفى.....75
أولا: الموافقة عند الاقتطاع من الجثة.....75

ثانيا: رفض الاقتطاع من الجثة.....76
الفرع الثاني: إذن الأقارب.....78
أولا: الموافقة الصريحة للأقارب.....78
ثانيا: الموافقة الضمنية للأقارب.....79
الفرع الثالث: بدون موافقة أحد.....80
أولا: تأميم الجثث.....81
أ – الموتى مجهولي الهوية.....81
ب– جثث المحكوم عليهم بالإعدام.....82
ثانيا: حالة الاستعجال.....83
الخاتمة.....84
قائمة المراجع.....87
الفهرس.....96