وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشيخ العربي التبسي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم حقوق

فرع ـ سياسة جنائية ـ

مدى قانونية نقل وزرع الأعضاء البشرية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في السياسة الجنائية

إعداد الطالبيين:

*عبد النور دلول

*حسين سلاط

إشراف الأستاذة:

*مقران ريمة

اللقب والاسم	الرتبة العلمية	الصفة
جديدي طلال	أستاذ مساعد ـ أ ـ	رئيسا
مقران ريمة	أستاذة مساعد ـ أ ـ	مشرفا ومقررا
بوراس منير	أستاذ مساعد ـ أ ـ	مناقشا

السنة الجامعية: 2016 / 2017م

شكر وعرفان

نتقدم بجزيل الشكر والتقدير والاحترام إلى أستاذتنا القديرة : مقران ريمة نظيرا إشرافها على تأطيرنا في هذا العمل الأكاديمي .

كما نتقدم بالشكر الوافر أيضا إلى الأساتذة المحترمين من أعضاء لجنة مناقشة هذه المذكرة .

إهداء

إلى ينبوع الحنان على مر الأزمان

إلى القلبين اللذين ينبضان حبا وعطفا

إلى اللذين انتظرا بلهفة وشوق ثمرة هذا الجهد

إلى أغلى الناس على قلبي والدي الحبيبين

دلول عبد النور

سلاط

لقد تطور المجتمع المعاصر تطورا مدهشا في شتى المجالات بسبب الاكتشافات العلمية المطردة و المتواصلة ، حيث شهد المجال الطبي نقلة نوعية بداية من النصف الثاني من القرن العشرين فيما يتعلق بالصراع الأزلي بين المرض و المريض ، فأصبح نقل و غرس عضو من جسم إنسان ميت أو حي الى جسم إنسان آخر مريض حاجة ماسة إليه ، وأمر ممكن ، واصطلح على مثل هذه العمليات كموضوع مستجد اسم نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، حيث أجريت العديد من العمليات لنقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة بعد اكتشاف عقار" السيكلوسبورين " وهو عقار توصل العلماء الى اكتشافه سنة 1980م ، ليساعد العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض ويثبط الأعضاء إلى حوالي 80 % فكان بذلك إشراقا جديدا في حياة البشرية ، و قد حقق آمال آلاف البشر في إنقاذ حياتهم بعمليات زرع الأعضاء لهم .

أمام هذا التطور الهائل في المجال الطبي، و الذي ساهم مساهمة كبرى في التخفيف عن المرضى و رفع الكثير من الحرج عنهم ، بأن أتاح لهم إمكانية جديدة في معالجة أمراضهم بحيث أصبح اللجوء إلى الاستعانة بعضو من إنسان آخر و غرسه في جسم المريض أمر متاح و ممكن ، لكن المسألة لا تخلو من مخاطر و هو الأمر الذي أوجب تدخل رجال القانون بمدّ العون و المساعدة للأطباء القائمين على هذه العمليات ، و ذلك بوضع هذه الاخيرة في إطارها القانوني السليم، وهو الأمر الذي من شأنه خلق تكامل بين عمل الطبيب ورجال القانون بغية تحقيق سعادة المرضى، فالأول يقوم بواجبه الفني انطلاقا من عمله كجراح و الثاني يمده بالقالب القانوني و التنظيمي ذلك أن القانون ينظم العلاقات الناشئة في المجتمع حماية للنظام العام و الأدب العام وزراعة الأعضاء في المجال الطبي لا تشذ عن هذه العلاقات، و نتاجا لذلك ظهر فرع جديد من فروع القانون اصطلح عليه بالقانون الطبي.

تظهر أهمية البحث في هذا المجال من خلال عدة نقاط أهمها نشوء علاقات ترتب أثارا قانونية بين أطراف العملية أي المتبرع ، المتبرع له و الطبيب ، فالطبيب القائم بعملية نقل العضو بحاجة لاطمئنانه لمدى مشروعية هذه المسألة التي يشرف عليها باعتباره عمل طبي حديث ، كما أنه بحاجة لتبيان الاجراءات و الشروط الواجب اتباعها لكي لا يكون مسؤولا لا مدنيا و لا جنائيا.

كذلك المتبرع يتساءل عما اذا كان تنازله عن العضو من أعضائه أمرا جائزا قانونا وشرعا أم لا ، وحتى المريض نفسه متى أتيح له هذه الفرصة من التداوي فهو ليس في غنى عن التساؤل نفسه في مدى قانونية استقباله لعضو غريب عن جسمه واتلاف عضو مريض من هذا الأخير.

كما أسلفنا الذكر فإن أطراف العلاقة لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية هم ثلاثة أطراف مريض بحاجة إلى عضو ، ومتبرع بهذا العضو والطبيب القائم بهذه العملية وتنشأ هذه العملية في حالة وجود شخص مريض مصاب في أحد أعضائه لا يرجى شفاؤه إلا باستبدال هذا العضو التالف بعضو آخر سليم لا نجده إلا عند شخص آخر قد يكون إما ميتا أو على قيد الحياة ، وأن هذه العملية لا تتم إلا بمعرفة شخص آخر مؤهل قانونيا وفنيا للقيام بمثل هذه العمليات وهو الطبيب.

ان عملية نقل و زرع الاعضاء البشرية في وصفها ، لا تخرج عن العمل الطبي في أصلها، فهي تستلزم المساس بالحق في سلامة الجسم ، هذا الاخير المحمي قانونا في مضمونه بتحقق عناصر هاته الحماية الثلاث ، و المتمثلة في السير الطبيعي لوظائف الجسم الفيزيولوجية و الذهنية و النفسية ، و الحفاظ على شرط التكامل الجسدي الى أدق جزئية فيه دون احداث اي امر به ألم بدني أو نفسي.

أما الأسباب الشخصية لاختيار هذا الموضوع فتعود الى دراسة هذا النوع من التصرف في الأعضاء والموقف القانوني والشرعي والطبي منها باعتباره عملا دينيا وإنسانيا لإنقاذ حياة انسان آخر بحاجة ماسة الى هذا العضو.

وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون الجنائي نجد أن الأعمال الطبية على جسم الانسان تكون مباحة بشرط ان يكون من يمارسها طبيبا، وان يرضى المريض بهذه العملية، وأن يكون العمل الطبي القصد منه العلاج ، اذا فهل يكفي القول بانتساب عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية للأعمال الطبية لجعلها مباحة ، و هنا تدور الاشكالية الأساس للبحث و هي : **هل يجوز استئصال عضو من أعضاء جسم انسان حي أو ميت ، و نقله الى جسم انسان أخر مريض لإنقاذ حياته ؟** و **ماهي الشروط و الضمانات الواجب توافرها للقول بصحة ذلك ؟**

و سنعتمد في دراستنا لهذا الموضوع على منهجية تقوم على التحليل من وجهة المنظورين الشرعي والقانوني دون إهمال الجانب الطبي.

ونأمل من خلال هذه الدراسة الى تحقيق مجموعة من الأهداف منها ماهي علمية والمتمثلة في :

_ اثراء المكتبة القانونية في الجزائر ببحث مستجد في موضوع نقل وزرع الأعضاء.

_ الوصول الى نتائج و توصيات تفيد في توضيح و ضبط عمليات نقل وزراعة الأعضاء و رفع اللبس الذي يكتنفها.

ومنها ما هي عملية وهي:

_ توضيح النظرة الشرعية و التشريعية لمسألة نقل و زراعة الأعضاء البشرية.

_ توضيح حدود حق الفرد في التصرف في جسمه.

وستكون خطة البحث المتبعة في ذلك حيث ارتأينا التقسيم الثنائي لمعالجة هذا الموضوع كونه يسمح بتبسيط الدراسة وتحقيق أكبر قدر ممكن من الوضوح ، فيقتضي إيفاء هذا الموضوع إلى فصلين مستقلين :

فتناولنا في الفصل الأول ماهية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ونقسمه بدوره إلى مبحثين في الأول مفهوم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وتمييزها عن باقي العمليات الأخرى، أما الثاني خصصناه لموقف الشرعي والقانوني لنقل الأعضاء البشرية.

أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية ، وقسمناه أيضا بدوره إلى مبحثين في الأول الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، وفي مبحث ثان الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء.

الفصل الأول: ماهية نقل وزرع الأعضاء البشرية

تمهيد وتقسيم:

زراعة الأعضاء هو علاج حديث وهدفه تبديل الأعضاء أو الأنسجة المصابة بأعضاء، أجزاء من أعضاء أو أنسجة سليمة، من قسم إلى قسم آخر في الجسم، أو من متبرع لإنسان أخر، أو من الحيوانات إلى البشر، و عمليات زرع الاعضاء التي يتم القيام بها في يومنا هذا هي : زرع الكلى، الكبد ، البنكرياس، الأمعاء ، القلب ، الرئتين ، النخاع العظمي ، خلايا البنكرياس، الجلد ، القرنية والعظام ، وزرع الأعضاء هي عملية معقدة وصعبة جدا ، ولكنها تعتبر أفضل طريقة لعلاج الفشل الوظيفي لعضو معين ، فالعلاج بواسطة الزرع يزيد من فترة بقاء المريض على قيد الحياة كما يحسن من جودة حياته ، وهذا ما نتناوله في المبحثين حيث سنتناول في الاول مفهوم عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية و في المبحث الثاني الموقف الشرعي والقانوني لنقل الأعضاء البشرية .

المبحث الأول: مفهوم عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية

تمهيد وتقسيم:

لا نجد مصطلحا واحد لمفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، حيث اصطلح المشرع الجزائري عليها باسم انتزاع أعضاء الانسان وزرعها و البعض الآخر عرّفها بأنها غرس للأعضاء عن طريق نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير.

والقيام بهذا النوع من العمليات يترتب عليه جملة من الأحكام، مما يتوجب علينا الوقوف لتحديد المقصود بعملية نقل العضو البشري و تميزها عن باقي العمليات الأخرى ، وهذا ما نتناوله في المطلبين ، حيث سنتناول في الأول تعريف عملية نقل العضو البشري ، وفي الثاني تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء عن باقي العمليات الأخرى .

المطلب الأول: تعريف العضو البشري

تمهيد وتقسيم:

يعد تعريف عملية نقل العضو البشري من الأمور التي لا تخلو من صعوبة ، ليس لتشابك هذا المصطلح و تداخله في علوم اللغة و الطب فضلا عن القانون و الفقه الإسلامي فحسب ، بل لأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر لا يتسم بالأهمية الضرورية التي تتسم بها من الناحية القانونية ، فتعريفه من الناحية الطبية الفقهية والقانونية له أهمية بالغة في بناء الأحكام و ترتيب الآثار الدقيقة على ما يشتمله المصطلح و يدخل في نطاقه [1] ، وهذا ما سنتناوله في الفرعين ، حيث ستناول في الأول التعريف اللغوي والطبي للعضو البشري ، والثاني التعريف الفقهي والقانوني للعضو البشري

الفرع الأول: التعريف اللغوي والطبي للعضو البشري

قسمنا هذا الفرع الى قسميين الاول التعريف اللغوي للعضو البشري والثاني التعريف الطبي للعضو البشري

أولا : التعريف اللغوي للعضو البشري

عضا: العُضْوُ و العِضْوُ: الواحد من أعضاء الشاة و غيرها، و قيل : هو كل عظم وافر لحمه، و جمعها أعضاء ، و عضى الذبيحة : قطعها أعضاء[2] .

ومن هذا يتبين ان العضو البشري هو جزء من جسد الانسان كاليد و الرجل والأنف.

---

[1] – هيثم حامد المصاورة ، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2003 ، ص9.

[2]– جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 ، ص 514.

وذهب البعض على أن العضو البشري هو جزء من الانسان من أنسجة و خلايا ودماء و نحوها ، سواء أكان متصلا به أم انفصل عنه ، وأن الدم يعتبر من أعضاء جسم الانسان، بينما يعارضه البعض على أساس التعريف اللغوي فالدم ليس عظما يغطيه لحم[1].

ثانيا: التعريف الطبي للعضو البشري:

من الناحية الطبية هو عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة ، وإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة فان الأنسجة تعرف بأنها مجموعة من الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة[2]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني للعضو البشري

تمهيد وتقسيم:

نعرض فيما يأتي إلى مختلف التعريفات في الفقه والقانون حيث قسمنا هذا الفرع إلى قسمين، فالأول التعريف الفقهي للعضو البشري، أما الثاني التعريف القانوني للعضو البشري.

أولا : التعريف الفقهي للعضو البشري

لقد تطرق الفقه الإسلامي إلى تعريف العضو البشري من عدة نواحي سنتناوله من خلال مجموعة من نقاط وهي كالتالي:

_ هو كل عضو إذا نزع لم ينبت[3].

---

[1]– جبيري ياسين ، الاتجار بالأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري ، دار الجامعة الجديدة 2015 ، ص 54 .

[2]– حسن عودة زعال , التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية, ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2001 ، ص 50.

[3] – ادريس عبد الجواد عبد الله ، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الاحياء، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ليبيا, 2009 ، ص 41 .

_ هو أي جزء من أجزاء الإنسان سواء عضوا مستقلا كاليد والعين والكلية ونحو ذلك أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا سواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر[1] وما لا يستخلف وسواء منها الجامد كما ذكر والسائل كالدم واللبن وسواء كان ذلك متصلا به أو منفصلا عنه.

_ هو أي جزء من الإنسان من أنسجة، خلايا ودماء ونحوها كقرنية العين سواء كان متصلا أو منفصلا [2].

مما سبق الذكر فإن الفقه تعرض إلى تعريف العضو البشري ، ولكن ليس بالمفهوم الدقيق، ومن بين هذه التعاريف هناك من قال أن المراد بالعضو هو " مجموع الأجزاء من الجسم التي تقوم بوظيفة معينة في جسم الإنسان مثل: التنفس والنطق، وأخر ذهب إلى القول بأنه " ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى.

ولقد عرف أيضا بأنه " أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كالكلى أو جزء من العضو كالقرنية أو الأنسجة[3].

ثانيا : التعريف القانوني للعضو البشري

عرف قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان (الأردني) أن العضو البشري في المادة 02 منه (إي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه)[4].

وقد كان التعريف مجالا للنقد من قبل البعض إذ وصف بأنه لم يأت بجديد وبأنه عرف الشيء بنفسه ، وبالرغم من ذلك فان هذا التعريف وان كان يكتنفه بعض الغموض ، إلا انه أضاف بعض مكونات الجسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء إلى مضمونه بشموله أجزاء جسم الإنسان والتي تختلف قطعا عن الأعضاء[5] .

---

[1] – ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 41 .

[2] – ادريس عبد الجواد عبد الله ، نفس المرجع ، ص 41 .

[3] – هيثم حامد المصاروة ، المرجع السابق, ص 16 .

[4] – جبيري ياسين ، المرجع السابق ، ص 58 .

[5] – جبيري ياسين ، نفس المرجع ، ص 58 .

لعل العلة من ذلك هي محاولة إخضاع كل مكونات جسم الإنسان لهذا القانون، والانتقاد الموجه إلى المشرع هو أن بوضع التعاريف من اختصاص الفقه والقضاء بالدرجة الأولى وتدخل المشرع فيه أمر غير جدير بالتأييد[1].

أما فيما يخص المشرع الجزائري فلم يتناول على مستوى قانون حماية الصحة وترقيتها تعريف أو تحديد المقصود سواء بالأعضاء البشرية أو الأنسجة أو حتى الأجهزة البشرية[2].

ولعل سبب عدم توضيح مفهوم العضو يرجع حسب اعتقادنا إلى أن المشرع الجزائري لا يرى الجسم هدفا للحماية ، بل هو مجرد وسيلة لحماية وظائف يؤديها.

من خلال التعاريف السابقة ووفقا للتطورات الحديثة ولغرض توسيع دائرة شمول جميع انحاء الجسم بالحماية الجنائية لان أجزاء جسم الإنسان وحدة واحدة ، وبذلك نستخلص أن العضو البشري هو " عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم البشري والتي لا يترتب على استئصالها انتقاصا في جسم الإنسان مما يؤدي إلى إخلال في أداء وظيفتها ويتحقق بهز المساس بسلامة الجسم وبذلك يعد اعتداء على سلامة هذا الأخير.

---

[1] – هيثم حامد المصاروة ، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، 2000 ص 20 .

[2] – جاري بسمة ، الذهبي ثورية ، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، دراسة مقارنة ، دار كوكب العلوم للنشر والتوزيع ، 2011 ، ص 24 .

المطلب الثاني : تمييز عمليات نقل الاعضاء البشرية عن غيرها من العمليات الاخرى.

تمهيد وتقسيم:

الأعضاء البشرية متعددة ومختلفة وبقدرة الله عز وجل لكل عضو من هذه الأعضاء خصائص وميزات ووظائف متعلقة بها ويقتضي تحديد مضمون عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تحديدا واضحا ودقيقا تميزها عن بعض الأعمال الطبية التي كشف عنها التطور العلمي الحديث والتي قد تختلط من ناحية أو أخرى مع علميات نقل وزراعة الأعضاء البشرية محل الدراسة ومن هذه العمليات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر عمليات التلقيح الاصطناعي والاستنساخ ، وهذا ماسنتناوله في مطلبين ، حيث سنتناول في الأول تمييز عملية نقل وزرع الأعضاء عن التلقيح الاصطناعي ، أما الثاني تمييزها عن الاستنساخ .

الفرع الأول: تمييزها عن التلقيح الاصطناعي

تطبق عمليات التلقيح الاصطناعي في علاج عمليات العقم وتعرف بأنها إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبويضة المرأة في غير الطريق المعهود ، وهي إما ان تكون عملية التلقيح الصناعي الداخلي ، إذ يتم في هذه الحالة إدخال مني الزوج إلى داخل رحم امرأة بوسائل طبية معينة ، أو عملية التلقيح صناعي خارجي آذيتم جمع الحيوان المنوي مع البويضة خارج الرحم في أواني مخبريه[1].

أما تأجير المرأة رحمها فيقصد به أن يتفق الزوجان مع امرأة أخرى على غرس البويضة الملقحة مع المرأة الأولى بماء زوجها في رحم المرأة الثانية بأجر متفق عليه ، وتسمى المرأة الثانية بمؤجر البطن أو الأم المستعارة أو الحاضنة وهذا النوع من التلقيح يعد غير مشروع[2].

---

[1] - زياد أحمد سلامة ، أطفال الأنابيب بين العلم والدين ، دار البيارق ، عمان ، 1996 ، ص 56.

[2] - حامد قاسم أحمد القيس ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، ب.د.ن 2001 ، ص 22.

أما فيما يخص التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي بين الزوجين فهو جائز شرعا وقانونا إذا ما توافرت الشروط اللازمة لذلك[1].

وطبقا لنص المادة (45) من قانون الأسرة الجزائري[2] ، والذي يجيز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ويخضعه إلى شروط وكما أنه يمنع الأم البديلة ، وهذا حفاظا على حرمة النسب وشرعيته وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية السمحاء لأن مثل هذه الصورة تتنافى مع الكرامة الإنسانية ، بالإضافة إلى حماية الأمومة حتى لا تصبح سلعة تؤجر وتستأجر، كما يقول الله تعالى: " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ "[3]

الحقيقة أن مثل هذه الصورة وما شابهها من صور أخرى خطيرة على الدعائم الأساسية التي تقوم عليها الأسرة ، وهي الزواج والنسب والميراث ، وبالتالي فإن عمليات التلقيح الاصطناعي التي تتم بواسطة زرع البويضة الملقحة لامرأة معينة في رحم امرأة أخرى لا يمكن اعتبارهما مشمولتان في القوانين الخاصة بعمليات زرع الأعضاء البشرية ، ذلك أن الشروط والأحكام القانونية التي تطبق على مثل هذه العمليات لا تتطابق مع نظيراتها في عمليات زرع الأعضاء البشرية ، فإذا كانت العمليات الأخيرة تتم لوجودها مصلحة علاجية راجحة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان معين ، فإن مثل هذا الأمر لا يتحقق و جوده في عمليات التلقيح الصناعي ، و إذا كان يترتب على عمليات التلقيح الصناعي ثبوت النسب أو الإرث فإن ذلك ما لا يمكن ترتيبه على نقل عضو أو جزء مثل: الكلية أو القلب أو الكبد كما أن استئصال عضو معين بنزعه وإزالته يؤدي إلى نقص مستديم في جسم الانسان أيضا لكون الأجزاء المطلوبة أجزاء بشرية متجددة[4].

---

[1] - محمد عبد الوهاب الخولي ، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام أساليب مستحدثة في الطب والجراحة ب.د.ن 1997 ص 303.

[2] - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3] - سورة لقمان ، الآية رقم 14.

[4] - زياد احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص9.

ويعد التلقيح الاصطناعي انجازا أيضا يضاف إلى باقي الإنجازات العلمية والطبية لكونه وسيلة تحقق للفرد والمجتمع الشيء الكثير لا سيما وأنه في أحوال وظروف معينة يعد ضرورة اجتماعية كما هو في زمن الحروب ويسد ثغرة كبيرة لدى الكثير من العائلات التي تكاد أن يتسرب إليها اليأس. و بسبب انتشار العقم بين الرجال والنساء أو بسبب الحاجة إلى تحديد النسل لعلاج بعض الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل إلى جيل[1].

الفرع الثاني: تمييزها عن الاستنساخ

الاستنساخ (klon) كلمة يونانية الجذور معناها اللغوي المحض البرعم الوليد أو النتاج الوليد وتستخدم في علم الأحياء لوصف الظاهرة المعروفة الواسعة الانتشار في الطبيعة لتكاثر بعض أنواع المخلوقات الحية بانشطار الخلية أي دون اتصال جنسي[2].

إن هذه الظاهرة معروفة في التكاثر البشري أيضا ، فبانشطار البويضة الواحدة إلى شطرين وولادة توأمين متجانسين بعوامل الوراثة فيها ، وهو ما ينطبق على زهاء مائة مليون من البشر في الوقت الحالي ، ليس من وجهة النظر العلمية إلا عملية استنساخ تتجاوز حدود تلقيح البويضة بالنطفة المنوية ، ولعل الأصح في التعبير عن هذه الظاهرة من كلمة استنساخ تعبير عملية لتكاثر الخلوي أو التكاثر الجيني[3].

---

[1] - عتيقة بلجلبل ، المسؤولية الإدارية الطبية في عمليات نقل الأعضاء البشرية (أطروحة الدكتور في الحقوق تخصص قانون إداري) ، بسكرة 2010-2011 ، ص31.

[2] - عتيقة بلجلبل ، نفس المرجع ، ص 31 .

[3] - سميرة عايد الدايات ، عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وبين القانون والشرع ، بيروت, لبنان ، 2004 ، ص 190.

ولقد ذهبت أغلب القوانين ورجال الفقه الإسلامي والوضعي إلى تحريم وتجريم إجراء مثل هذه التجارب : إذ أن القيام بمثل هذه الأعمال لا يحظى بأي دعم أو قبول لهذه العمليات من مضار و أخطار تلحق بالبشرية جمعاء حيث إن الله سبحانه وتعالى قد قدر العلم والعلماء حتى جعلهم في مكانة جليلة وفي مرتبة الملائكة ، وهم الذين شهدوا لله سبحانه وتعالى بالوحدانية ، كما في قوله تعالى: "شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ ۚ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ " [1].

وقد أراد الخالق جل جلاله أن يأتي هذا المستخلف وهو الانسان بطريقة التناسل وهو الطريق الطبيعي لقوله تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "2 ، وفي هذا المجال اعتبارات عدة منها :

– إن الله سبحانه وتعالى خلق الناس متمايزين وخلق الكون على أساس التنوع واختلاف الألوان ، فإذا استطاع العلماء تكوين أناس متشابهين فكيف يتمايز الناس.

– أن الله خلق الكون أزواجا والاستنساخ يبطل هذه القاعدة ويعتبر ذلك تدميرا للحياة ومخالفة لفطرة الله.

– أن الله جعل الأسرة هي الأساس لحياة المجتمع الإنساني، ولابد أن يتربى الطفل في كنف أسرة ويعيش في بيت يحنو إليه[3].

ومن الناحية القانونية فإن العلماء الذين قاموا بالتجربة وعلى رأسهم العالم "إيان" والمدير العام لمنظمة الصحة العالمية " **هيروش ناكاجيما** " أكدوا أن الاستنساخ للبشر غير إنساني فقد تم حضر الاستنساخ ورفضه جملة وتفصيلا[4].

---

[1] – سورة آل عمران ، الآية رقم 18.

[2] – سورة الروم ، الآية رقم 21 .

[3] – سميرة عايد الدايات ، المرجع السابق ، ص 18 .

[4] – محمد سيد سلامة ، "الاستنساخ البيولوجي وحماية حقوق الانسان" ، مجتمع الفقه الإسلامي ، العدد 10، المغرب 1998، ص161.

وفيما يخص المشرع الجزائري ورغم أنه لم ينص أبدا على موقفه من هذا التصرف في جميع القوانين الجزائرية ، ولم يصدر بهذا الشأن أي قرار أو تعليمة أو توصية في وزارة الصحة تمنع الأطباء من إجراء مثل هذه العمليات وربما يرجع ذلك إلى استبعاد حدوثها في بلادنا نظرا للنقص الهائل في الإمكانيات ومع ذلك يمكن استخلاص رفض المشرع لأي تصرف يمس بذاتية الفرد بالرجوع إلى الدستور الجزائري في المادة (31) منه : " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفة و يحميها القانون"[1] .

وكذا مدونة أخلاقيات الطب المادة (07) : و تنص" تمثل رسالة الطبيب و جراح الأسنان في الدفاع عن صحة الانسان البدنية و العقلية و في التحقق من المعاناة فهي احترام حياة الفرد و كرامته"[2] وقانون الصحة المادة (03) تنص " ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الإنسان من الأمراض و الأخطار إلى تحسين ظروف المعيشة و العمل على توفير العلاج[3].

كذا قانون الأسرة المادة (40) وتنص " يثبت الزواج بالنسب الصحيح و بالإقرار أو البيئة أو بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه قبل الدخول"[4] ، وبذلك فالمشرع الجزائري يميل إلى حظر الاستنساخ لأن حق الفرد في الحياة وفي التحفظ على داخليته محمي قانونا.

---

[1] - الأمر الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في, 26 رجب 1417هـ الموافق لـ 07-12-1996 بالجريدة الرسمية العدد 96.

[2] - المادة 07, مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في : 06-07-1962 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب, الجريدة الرسمية, العدد52.

[3] - أنظر الأمر رقم 85-05 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[4] - قانون رقم : 05-10المؤرخ في: 13 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ 20-06-2005 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 13 جمادى الأولى1426هـ الموافق لـ 265 جوان 2005 العدد 4المتعلق بالقانون المدني المعدل.

بالإضافة إلى أن الاستنساخ البشري يتعارض مع الكثير من المفاهيم والمبادئ العامة في قانون الأسرة الجزائري وعلى رأسها مسألة الزواج ومسالة النسب، فقانون الأسرة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية التي لا تعترف إلى بصورة واحدة للنسب " يثبت النسب بالزواج الصحيح ..." ، وكما أنه يتعارض مع أخلاقيات مهنة الطب ، ذلك أن العمل الطبي هو كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه يتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا لأن قانون حماية الصحة وترقيتها يرمي إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة والعمل على توفير العلاج.

و بذلك يكون المشرع الجزائري يساير المواثيق الدولية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 11 على اعتبار أن هذا الحق وتنظيم الصلة بالكثير من الأمور الخاصة بالأفراد كالإنجاب و الميراث...الخ[1].

و كما أرسلت التشريعات قاعدة أن مهنة الطب هي مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية، وعلى من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال وان كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة الإنسان المطلقة.

لذلك لا يمكن عد هذه العمليات مشمولة بالقوانين الخاصة لعمليات نقل الأعضاء البشرية على الرغم من أنها تتم بواسطة نقل الأجزاء البشرية بوصف هذه العمليات تتم الأغراض وأهداف متعددة ولا تقف عند حد علاج إنسان بواسطة إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية من إنسان مستنسخ إلى آخر وحتى لو كان استنساخ الانسان يهدف إلى إيجاد مصدر للأعضاء البشرية[2].

---

[1] - مروك نصر الدين ، "استنساخ الإنسان بين الخطر والإباحة" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 04 ، جامعة بن عكنون1999 ، ص 65.

[2] - محمد سيد سلامة ، المرجع السابق ، ص 125.

وفي الأخير نستخلص أن الاستنساخ إنجاز غريب وخطير أمام الإنسانية جمعاء لذلك لابد من التريث في إصدار الأحكام بعشوائية فيجب عقد مؤتمرات وندوات وإعداد الدراسات اللازمة للوصول إلى أحكام شاملة ودقيقة ومقنعة يعتمد عليها المشرع حال تعرضه للموضوع .

المبحث الثاني: الموقف الشرعي والقانوني لنقل الأعضاء البشرية

تمهيد وتقسيم :

تعددت الفتاوى والآراء القائلة بمنع التبرع بالأعضاء البشرية وإباحته ، لذلك سنعالج في هذا المبحث اشكاليتين الأولى تتعلق بالموقف المعارض ، والثاني تتعلق بالموقف المؤيد نتطرق للآراء القائلين بها .

المطلب الأول: الموقف المعارض

تمهيد وتقسيم :

اعترض فريق من الفقهاء ورجال القانون على عملية تبرع الإنسان بأعضائه ولكل حجمه وأدلته الشرعية التي استند عليها في المنع ، وهذا ما سنتناوله في فرعين ، حيث سنتناول في الأول الموقف القانوني من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، أما الثاني الموقف الفقهي من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية .

الفرع الأول: الموقف القانوني

لقد شهدت العلوم الطبية مؤخرا قفزة نوعية لم يصل اليها البشر قديما، بل يمكن القول انها تجاوزت انجازات الانسان لألاف السنين، وبات يخشى على الانسان من مساوئ هذا التطور و توجيهه الوجهة التي تحدث خطرا أو تنتج ضررا بجسم الانسان أو نفسه أو مصالحه من أجل ذلك قام المشرع الجزائري بإدخال تعديل على قانونه العقابي و تجريمه الاتجار بالأعضاء البشرية في قسم مستقل، ما ذلك الا دليل على ارادته ضبط حدود تطور التقنية و العلوم الطبية تجريم أفعال انتزاع أعضاء الانسان أو أنسجة جسمه أو خلاياه ، و رصد جزاءات عقابية لمجابهة هذه الأفعال حتى لا تخرج الأعمال الطبية عن الغاية النبيلة التي ينبغي ان تسير وفقا و اليها و أن يخرج جسد الانسان من دائرة التعامل و المعاملة المالية[1].

[1] .- محمد سيد سلامة, المرجع السابق, ص 125

فالمشرع الجزائري أقدر مبدأ التعامل بالأعضاء البشرية بالبيع أو ما يسمى الاتجار و هذا في قانون الصحة و ترقيتها ، لكنه لم ينص على أية عقوبة في هذا القانون، الا أنه تدخل لسد الفراغ القانوني المتعلق بالأحكام الجزائية في حالة مخالفة النصوص المتعلقة بعمليات نقل و زرع الأعضاء من خلال رقم (09-01) المتضمن قانون العقوبات و ذلك في الكتاب الثالث تحت باب الجنايات و الجنح ضد الأفراد في القسم الخامس مكرر 01 بعنوان الاتجار بالأعضاء و ذلك في مادة14[1].

الفرع الثاني: الموقف الشرعي

تمهيد وتقسيم :

اختار جمع من علماء عصرنا وباحثيه ومفكريه المنع ، مستندين في ذلك إلى أن الله سبحانه وتعالى قد حرم الاعتداء على النفس [2] ، كما حرم صور الاعتداء على ما دون النفس ووعد الجاني عذابا عظيما كما أن الله قد كرم الإنسان وجعله مملوكا له ومن ثم لا يصح القول بان الإنسان يدخل دائرة المعاملات المادية ويعامل معاملة الأشياء لان في ذلك كله إهانة للإنسان الذي خلقه الله مكرما[3].

وقرر رجال الكنيسة الكاثوليكية انه ليس للإفراد أن يتلفوا أعضاء جسمهم ولا أن يتنازلوا عنها وان يعطوا هذه الأجزاء عن أداء وظائفها الطبيعية ، إلا إذا كان ذلك من اجل المحافظة على باقي أعضاء الجسم.....[4] ، ويرى السكري أن ما يتزعمونه من تبرع بالأعضاء البشرية هو في الحقيقة بيع لان له مقابلا [5].

---

[1] – القانون رقم(09-01)الصادر بتاريخ25 فيفري 2009 ، المنشور في الجريدة الرسمية المؤرخ بتاريخ2009/03/08 ، العدد15 ، المتعلق بقانون العقوبات المعدل و المتمم.

[2] – عبد السلام عبد الرحيم السكري ، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي ، دار المنار للنشر والتوزيع ، ط1 القاهرة ، 1988 ، ص 111.

[3] – محمد سعد خليفة ، الحق في الحياء وسلامة الجسد ، دار النهضة القاهرة ، سنة 1996 ، ص 132.

[4] – احمد معمر العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ص 37.

[5] – السكري ، المرجع السابق ، ص 6.

فذهبوا إلى عدم مشروعية نقل وزراعة الأعضاء لان الإنسان لا يملك نفسه ولا جسده ومن ثم لا يملك حق التبرع بعضو من أعضائه[1]، فكان لكل منهم حججه وأسانيده من القران الكريم ، السنة وكذلك آراء الفقهاء ، حيث قسمنا الفرعين إلى ثلاث أقسام ، الأول من القرآن الكريم ، الثاني من السنة النبوية ، أما الأخير من جهة الفقهاء

أولا: من القرآن الكريم

– قوله تعالى " وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ "[2] ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها نهت عن الالتقاء بالنفس في مواطن التهلكة والمؤدية إلى أقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده لان فيه إتلاف كلي أو إضعاف عن أداء وظائفها المنوط بها، في سبيل إحياء غيره.

– قوله أيضا " ثُمَّ لَتُسْأَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ "[3] والنعيم هو الأمن والصحة والعافية وهذه النعم مما يسال الإنسان عن شكرها يوم القيامة لقوله (ص): " أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة من النعيم أن يقال له: ألم نصح لك جسمك؟".

فصحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر والمحافظة، لا التضييع بالتبرع و البيع[4].

– وقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ وَلَاتَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ "[5] ، ولا شك أن استقطاع بعض الأعضاء البشرية من إنسان حي، لزرعها في جسم أخر مريض فيه تعريض لحياة الأول للخطر والهلاك وهو منهي عنه[6].

---

[1] – عبد المطلب عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 108.

[2] – سورة البقرة ، الآية 195

[3] – سورة التكاثر ، الآية 08 .

[4] – سميرة عايد ، المرجع السابق ، ص 94 .

[5] – سورة النساء ، الآية 29 .

[6] – محمد أمين متولي ، المرجع السابق ، ص 391.

– وقوله تعالى: " يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم و أرجلهم بما كانوا يعملون "[1] ، فلو لم تكن أعضاؤهم المعادة ، هي نفسها التي كانت لهم في الدنيا لم يبقى لشهادتها عليهم إي معنى ولمن تعاد الأعضاء لصاحبها الأصيل أو للمنقول إليه[2].

– كما أن هناك من يرى إننا لو وزعنا[3] أعضاء الإنسان كقطع غيار على عدة أشخاص فإننا نكون قد خالفنا بذلك واجب الدفن الذي أمرنا به الله تعالى تبعا لقوله : " مِنْها خَلَقْناكُمْ وَ فيها نُعيدُكُمْ وَمِنْها نُخْرِجُكُمْ تارَةً أُخْرَى"[4].

ثانيا: من السنة النبوية

روى عن جابر" أنه لما هاجر النبي إلى المدينة، هاجر إليه الطفيل ابن عمرو وهاجر معه رجل من قومه، فاجتثوا المدينة، فمرض، فجزع ، فأخذ مناقص له ، فقطع بها براجمه فشحبت يداه حتى مات، فراه الطفيل بن عمرو في منامه، وهيئه حسنة ورآه مغطيا يداه فقال له: ما صنع بك ربك؟ فقال غفر لي بهجرتي إلى نبيه فقال : مالي أراك مغطيا يداك؟ قال قيل لي: لن نصلح لك ما أفسدت ، فقصها الطفيل على رسول الله فقال رسول الله : " اللهم وليده فاغفر"[(5)] .

إن هذا الحديث دل على أن من قطع عضو من أعضائه فانه يبعث يوم القيامة ناقصا منه ذلك العضو، عقوبة له لأن الإنسان لا يملك جسده حتى يتعدى عليه غير أن هناك من يرى أن القطع كان لتخفيف الألم رغم عدم وجود الضرورة التي تطلبها عمليات التبرع بالأعضاء[6].

---

[1] – سورة النور، الآية 24 .

[2] – علي البار ، المرجع السابق ، ص 143.

[3] – منال موسى ، المرجع السابق ، ص 20.

[4] – سورة طه ، الآية 55 .

[5] – صحيح مسلم ، كتاب الإيمان باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، ج1 ، ص 372.

[6] – افتكار مهيوب ، المرجع السابق ، ص 97 .

وعن عبد الله بن عمرو(ص) قال: قال لي رسول الله (صلى الله عليه وسلم): " يا عبد الله ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت: بلى يا رسول الله: قال: فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينيك وتعبت نفسك وإن لنفسك حقا ولأهلك حقا فصم وأفطر وقم ونم " ، ودلالة هذا الحديث وجوب مراعاة الجسد والعمل على راحته وأن يعطيه ما يحتاجه من ضرورات الحياة ليكون أعون على عبادة ربه، فإذا أهمله واعتدى عليه كما في حالة التبرع بالأعضاء، فذلك سوف يؤدي إلى عجز بجسم المتبرع، يضعفه عن أداء واجباته نحو نفسه وأسرته. لذلك شدد الفقهاء على حرمة الآدمي وعدم المساس بكيانه الجسدي ، إلا لمصلحة خاصة بهذا الحشد كالعمليات الجراحية لتحقيق الشفاء[1].

ثالثا: أقوال الفقهاء

ذكر فقهاء المذاهب الأربعة، بأنه لا يجوز الانتفاع بأعضاء الآدمي ولو في حالة الضرورة، أو إذن الشخص المنتفع بعضوه، إذ يحرم المساس بأعضاء الإنسان لأنه مكرما حيا وميتا وعليه فلا يحل التداوي بأعضائه[2].

وقال النووي: " لا يجوز أن يقطع معصوم غيره بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف، صرح به أمام الحرمين والأصحاب[3]

وكذلك قال الشيخ محمد متولي الشعراوي : أن الإسلام يمنع تنازل المسلم عن عضو من أعضائه بالبيع ، أو الهبة، لأن هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه ، لا كله ولا بعضه لأن مالك الجسم كله هو الله تعالى[4].

---

[1] – عبد المعطي خيال ، المرجع السابق ، ص 17 .

[2] – المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص 24 .

[3] – سعاد سطحي ، المرجع السابق ، ص 24.

[4] – عبد المطلب عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 108.

وفي بحث للدكتور صفوت حسن لطفي: يرى أن بعض الفقهاء المعاصرين انزلقوا وسارعوا بالقول بإباحة هذا الأمر دون تحميص ، أو تدليل ، صحيح على قولهم ، كما أن البعض فرق بين بعض أجزاء الإنسان والبعض الآخر، ومنهم من توسع في استعمال أجزاء الإنسان بعد الموت أكثر منها حال الحياة ، ووقف جانب كبير من الأطباء بحياء علمي أمام هذا الموضوع قبل اللجوء للحكم الشرعي...."[1] .

ويرى البعض أن ما تفعله الحكومات المحنكة لتلاقي ردود الأفعال السلبية اتجاه تسريع قوانين زرع الأعضاء أنها سياسة الترويج البطيء وتقديم قانون التبرع على أنه عمل خير واختياري وليس قانونا إجباريا يستوجب العقوبات ، كما تجري حملات نوعية مثل " التسجيل للتبرع بالأعضاء.... وهذه المنظمات تستأجر ممثلين لنشر الوعي التبرع إعلاميا وتدفع لهم المال ليقولوا أنهم يحبون أن يتبرعوا بأعضائهم، أما المتبرعون الحقيقيون فلن يعودوا من العالم الآخر ليخبرونا عن تجربتهم الحقيقية أثناء نزع أعضائهم كما تظهره وسائل الإعلام على شكل صور وفيديو كليب لأطفال يبتسمون بعد حصولهم على أعضاء منقولة، ويظهر أيضا أقارب المتبرع وهم يصفون شعورهم العظيم وهم يتبرعون بأجساد فلذات أكبادهم بقلوبهم النابضة، ولكن الحكومة الأسترالية لم تعلن إذا كان هؤلاء الممثلون المأجورون الذين يظهرون في حملات التوعية الإعلامية قد سجلوا أسماءهم بالفعل كمتبرعين بأعضائهم أم لا؟[2]

كما يرى مجموعة من رجال الدين وبعض الفقهاء أن التقدم العلمي قد جعل الإنسان حقلا للتجارب ومن زراعة الأعضاء نوع من استبدال لقطع الغيار[(3)].

---

[1] - صفوت حسن لطفي ، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية ، بحث مقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة في القانون الجنائي ، تضمنها مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين ، كلية الحقوق' جامعة القاهرة ، نوفمبر 1993، ص 8.

[2] - راجع منال موسى ، المرجع السابق ص 134,135.

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

ولا نستطيع أيضا اهمال الجانب الطبي حيث لا يستطيع أحد من الأطباء أن يجزم أنه لا يترتب على استقطاع العضو ضرر فيه تهديد لحياة متيقنة ، أو أن الجسم المتلقي لن يلفظ العضو المتبرع به ، وحتى في حالة نجاح عملية الاستقطاب والزرع ، فان بقاء العضو داخل الشخص المنقول إليه يحتاج إلى أدوية مثبطة وهي بدورها تؤثر على جسم الملتقي وهذا يقلل من جدوى مثل هذه العمليات[1] ، بالإضافة إلى أن المعطي تصبح حياته مليئة بالمتاعب النفسية نتيجة قلقه وخشيته من أن يصاب العضو المتبقي بمرض عضال فلا يستطيع العيش هادئ البال بالنسبة لمستقبل حياته[2].

فالواقع الطبي العملي يؤكد إصابة المتبرع بالأضرار على المدى القريب أو البعيد ، وقد صرح بذلك الدكتور بكر نور أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية ، فقال: " أن 22% من المراكز الطبية في أوروبا ترفض تبرع الأحياء بالكلى، بل أن كثيرا من مراكز نقل الأعضاء ترفض التبرع حتى ولو كان من الأم لأولادها.

كما أنه في مجال زرع الكلى، فيرتفع الكيلاتين إلى 76% من حالات المتبرعين، كما يحدث نزول البروتين من البول في 40% من الحالات ويستمر كذلك لمدة طويلة، وقد يحدث ضعف تدريجي في وظيفة الكلية الباقية، وقد ينتهي في الأمد البعيد إلى الفشل الكلوي ونكون أمام شخصين مريضين بدلا من شخص واحد.

فالقول بجواز التبرع بالأعضاء يؤدي إلى مفاسد كبيرة لعل أهمها التجارة بالأعضاء البشرية ، وظهور جرائم الخطف، والنصب، والاحتيال، وتعريض الصغار وكبار السن والنساء إلى هلاك محتوم[3].

---

[1] - عبد المطلب عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 114.

[2] - احمد محمد العمر ، المرجع السابق ، ص 44.

[3] - الشيخلي ، المرجع السابق ، ص 242.

المطلب الثاني: الموقف المؤيد

بعد تعرفنا على موقف الاتجاه المعارض لنقل الأعضاء نتطرق إلى موقف الاتجاه المؤيد لنقل الأعضاء حيث أن الحق في الحياة من أهم الحقوق التي سعت إلى حمايتها وكفالتها المواثيق والأعراف الدولية، فعندما تهدد صحة الجسم البشري و القصد هنا حدوث خلل في إحدى أعضاء جسمه ، أصبح العلم قادر على حل هذه المعضلة بنقل هذا العضو من جسم إلى آخر مع إبقاء الشخصين (المريض والمتبرع) على قيد الحياة وهذا المطلب سنتعمق في البحث عن مبررات نقل الأعضاء الصحية والعلمية بالإضافة إلى المبررات الإنسانية ، بالإضافة إلى موقف الديانة الاسلامية من نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

الفرع الأول: الموقف القانوني

لما تمثله حياة الإنسان من أهمية فإن فشل إحدى أعضاء جسمه عن العمل يؤثر سلبا على حياته وهنا تصبح مبررات نقل الأعضاء من جسم حي إلى آخر لا يتأثر باستئصال هذا العضو ومنحه للمريض هي مبررات إنسانية ويساعد في ذلك التقدم العلمي في الفحص والتحليل الذي تقوم به الأطباء[1].

وانطلاقا من الحاجة لحماية جسم الإنسان فإن نقل الأعضاء مبرر لحماية هذا الجسم من الضياع والهلاك إذ يقوم الطبيب باستبدال الأعضاء بأخرى يراها أكثر صلاحية ، وهذا في مجال لابد من الإشارة لأهمية التراضي لتحقيق التكامل بين المريض المنقول إليه العضو وبين المتبرع بالعضو لأن جسم الإنسان عبارة عن وحدة كاملة وبالتالي أي نقص في جسمه هو المسؤول عنه ويعتبر تهديدا لسلامة الجسم[2].

---

[1] – محمد أمين متول ، المرجع السابق ، 388 .

[2] – محمد أمين متول ، نفس المرجع ، ص 388 .

ومن آراء الأطباء أن الإنسان يستطيع أن يعيش بكلية واحدة أو ثلثا كلية رد عليهم لأنه بمجرد استئصال إحدى الكليتين فان الكلية المتبقية يتضخم حجمها نتيجة لزيادة عملها عن الوضع المعتاد[1].

لقد أجمعت مختلف الفتاوى والآراء والقرارات الفقهية على جواز نقل الأعضاء من الأحياء إلا أنها اتفقت على جملة من الشروط[2] ، بتوفرها يكون النقل مشروعا ومنها :

- أن لا يكون العضو المتبرع به مما تتوقف عليه الحياة كالقلب ونحوه.

- أن لا يكون العضو المنقول للمريض يفضي إلى حياة غير مستقرة ولا مضمونة العواقب بالنسبة له وللمتبرع.

تنص المادة السابعة من القانون الأردني الخاص بالزرع على انه يجب أن تقوم لجنة تفحص المتبرع بوضع تقرير على انه لا خطر على حياته[3] ، كما لو بقيت كلية واحدة تعمل والأخرى فشلت.

- أن لا يكون الجزء المتبرع به مما يتسبب في اختلاط الأنساب كالمبيض والخصية.
- أن يكون التبرع برضا المتبرع، وان يكون بالغا عاقلا راشدا عند التبرع وعند البدء في إجراء العملية الجراحية[4] .
- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لمعالجة الضرر[5].

_ أن يكون نجاح كل من عمليتي النقل والزرع محققا[6].

---

[1] - محمد أمين متول، المرجع السابق ، ص 389.

[2] - الشيخلي ، المرجع السابق ، ص 248.

[3] - صابر محمد ، المرجع السابق ، ص 52.

[4] - المدني بوساق ، المرجع السابق، ص 37.

[5] - عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ط1، 1999.

[6] - المدني بوساق ، مرجع سابق ، ص 37.

_ أن يكون التبرع دون مقابل احتسابا لوجه الله تعالى[1].

كما ترتكز أسس إباحة وشرعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري إلى القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتتم بالقانون 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ، إذ تناول المشرع في المادة 162 منه مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية بقوله : " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة كتابيا بحضور شاهدين اثنين ... "

فهذه المادة تناولت الأساس القانوني لهذه العمليات صراحة ، بذلك يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف القائم حول مدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية وزرعها من عدمه ، فنظم شروطها وفق ما وصل إليه الفقه الجنائي وعلم الطب بأن اشتر عدم تعريض حياة المتبرع للخطر ، وربط موافقة هذا الأخير بشرط الترخيص الطبي ، كما أنه لم يقتصر التبرع بعضو معين مثل المشرع المصري بل جاء النص عاما وشاملا لجميع الأعضاء[2] .

من خلال ما سبق يجوز نقل عضو من جسم إنسان إلى أخر ان كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم والجلد ، ويتضح أن اغلب هذه الشروط تكاد تتفق مع شروط إباحة نقل الأعضاء في القانون الوضعي .

---

[1] - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 147.

[2] – مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 105 .

الفرع الثاني: الموقف الشرعي

من الأدلة على أن الدين الإسلامي أمر بالتداوي وما يشرع العمل الطبي في الإسلام هو أن النبي صلى الله عليه وسلم نصح بالتداوي وأوصى بالاجتهاد في معرفة أدوية الأمراض فقال: { يا أيها الناس تداووا فإن الله لم ينزل من داء إلا أنزل له دواء} (حديث شريف)[1].

من الأدلة أيضا:

قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي القرار الأول بشأن موضوع زراعة الأعضاء 28 يناير 1985 أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه وهو عمل مشروع وحميد إذا توفرت فيه الشروط التالية:

- أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضررا يخل بحياته العادية لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وأمر غير جائز شرعا.
- أن يكون إعطاء العضو طوعا من المتبرع دون إكراه.
- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر[2].
- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققا في العادة أو غالبا.

ومن قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن زرع الأعضاء القرار رقم (1د 88/8/4) بتاريخ 11 فبراير 1988:

---

[1] - قفاف فاطمة ، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر . تخصص حقوق . بسكرة ، 2014/2013م ، ص 61 .

[2] – قفاف فاطمة ، نفس المرجع ، ص 61 .

- يجوز نقل العضو من جسم الإنسان إلى آخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم والجلد ويراعي في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.
- تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية[1] .
- يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.
- يحرم نقل عضو من الإنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما أما أن كان النقل يعطل جزء من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر.
- يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين أن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا وارث له [2].

كذلك أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 06 ربيع الأول 1392هـ الموافق ل 20 أفريل 1972م فتوى تعتبر أساسا لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر ، ومن بعض ما جاء فيها بخصوص هذا الصنف من العمليات ما يلي :

أولا : إن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية والشرائع السماوية ، ومن أغراض الشريعة الإسلامية حفظ الأنفس والأموال والأعراض والدين والعقل ، ومن أجل هذا كان قتل النفوس بغير حق من أشد الجرائم التي تعرض مرتكبيها إلى غضب الله وسخطه ، فمن قتل مؤمنا متعمدا بغير موجب استحق الخلود في النار بنص القرآن ...

ثانيا : حيث أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه متطوع بذلك عن إختيار واحتساب دون أن يخاف ضرر أو هلاكا ، كما هو الحال في نقل الدم أو زرع الكلية فإنه يعتبر من باب الإحسان وعمل البر والإيثار على النفس ، وقد أمر الله بذلك

---

[1] – قفاف فاطمة ، المرجع السابق ، ص 61 .

[2] – قفاف فاطمة ، نفس المرجع ، ص 62 .

ومدح من يؤثرون عن أنفسهم ، وقد نزلت آية الأنصار الذين من تبوءوا الدار والإيمان من قبل المهاجرين ويؤثرون على أنفسهم ولو كانت بهم خصاصة ....[1]

ثالثا : ... ولا يمكن في حالة زرع حالة القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي ولو رضى بذلك لأن انتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعا ، ولا يجوز قتل بحفظ حياة إنسان آخر لأن في ذلك جريمة لا تقرها الشرائع[2].

وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي يتم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما فمحل اجتهاد ونظر.

[1] – مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 169 .

[2] – مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص 169 .

الفصل الثاني: الضوابط القانونية والطبية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

تمهيد وتقسيم :

أباحت معظم القوانين و التشريعات في الدول نقل و زرع الأعضاء البشرية ، إلا أنها نظمت هذا العمل وأوجبت آن يتم وفق شروط و ضوابط لما فيه من خطورة على السلامة الجسدية للإنسان المعطي و المستقبل للعضو سواء من حي أو من ميت ، وهذا ما سنتناوله في المبحثين حيث نتناول في الاول الضوابط القانونية لنقل وزرع الاعضاء البشرية بين الأحياء وفي الثاني الضوابط القانونية لنقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء و الاموات .

المبحث الأول: الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

تمهيد وتقسيم :

إن من أهم الشروط التي تشكل ضمانة أساسية في توفير الحماية للمتبرع بالعضو و تضمن عدم خروج هذه العمليات عن المسار الذي جعلت لأجله مباحة هو شرط رضاءه الحر و موافقته الصريحة و الواعية.

كما أن العمل الطبي لا يكون مباحا إلا إذا نتج عنه تبصرة المريض، و من ثم رضاءه بهذا العمل ، فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إذا دعوه لذلك ، فلا يرغم عليه والعبرة من ذلك أن عمليات نقل الأعضاء تنطوي على مخاطر قد يتعرض لها المريض بأي شكل من الإشكال فيشترط كذلك رضاء المريض المتلقي للعضو.

وفي إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء ما بين الأحياء كان من اللازم توفر شرط ثالث من الشروط الواجب توافرها للقول بصحة هذه العمليات ، وهو الشرط المتعلق بعدم مخالفة هذه الأخيرة للنظام العام و الآداب العامة.

كما يقع الالتزام على الطبيب بضرورة احترام الأصول العلمية و الفنية ، و ذلك بأن يتأكد من توافر الضمانات الطبية قبل إجراء عملية الانتزاع و الغرس ، وان يتم ذلك في الأمكنة التي يحددها القانون و إلا عرض نفسه للمساءلة مدنيا و جنائيا، و عموما يطلق على هذا الشرط شرط توافر الضمانات الفنية ، وعليه سنقوم بعرض هذه الشروط في مطلبين: نتناول في الاول الضوابط الطبية و في الثاني الضوابط القانونية.

المطلب الأول: الضوابط الطبية

تمهيد وتقسيم :

وفقا للقواعد العامة لممارسة الاعمال الطبية، اشتراط لجواز القول بصحة عمليات نقل و زرع الاعضاء ، في ضمانات فنية يجب على الطبيب مراعاتها عند قيامه بالانتزاع من جسم المتبرع و الغرس في جسم المريض، و هو ما يصطلح عليه بضمانات سلامة طرفي عملية نقل وزرع الاعضاء في ما بين الاحياء ما تناولنا في الفرع الاول ضمان سلامة المتبرع و المريض و الفرع الثاني توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض.

الفرع الأول: ضمان سلامة المتبرع والمريض

أثبتت الإحصائيات في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية أن نسبة نجاح هذه العمليات تزداد و تنقص بالنظر إلى سن الأطراف المعنية ، فيشترط اغلب الأطباء للقيام باستئصال العضو أو زرعه أن لا يتجاوز سن الأطراف 50 سنة وان لا يقل عن 10 سنوات ذلك انه ثبت في الواقع أن نسبة نجاح العمليات التي تمت تراوحت أعمار المتبرعين و المستقبلين بين 10 و 50 سنة. لكن لا يوجد أي مانع من أن يقل السن عن هدا او يزيد، و كل ما في الأمر ان نسب النجاح تزداد او تنقص بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف المعنية. ونجد انه يشترط في نقل الأعضاء ان يكون المتبرع خاليا من الالتهابات البكتيرية و الفيروسية و الفطرية ، وان لا يكون مريضا

يعاني من جراء تناول الأدوية المرتبطة لجهاز المناعة ، كما يجب أن تكون الحالة النفسية للمتبرع مستقرة عند عملية نقل العضو منه[1].

و يجب على الأطباء القيام بمجموعة من الاختبارات والفحوصات و التحاليل من بينها اختبار الايدز[2] قبل نقل العضو أو زرعه حيث أكد الأطباء أن هذا المرض ينتقل في عمليات نقل و زرع الأعضاء ، كما في حالة زراعة الكلى أو الكبد أو القلب ، وكذا في حالة نقل قرينة العين من شخص مريض إلى شخص سليم ، و السبب في ذلك راجع إلى غياب خلايا المناعة في الجسم ، و بفضل دور الرقابة الذي تقوم به خلايا المناعة على الخلايا السرطانية في الجسم و تقتضي عليها في مهدها فإن غياب الخلايا يتيح الفرصة لنمو السرطان للعمل في العديد من الأنسجة و الغشاء المخاطي[3].

كما نص أيضا المشرع الجزائري على هذا الشرط بصفة عامة في الفقرة2 من المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم 05/85 ، فتنص :" كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل..."[4].

فنلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط عدم استئصال الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص يعانون من أمراض، فيجب قبل استئصال العضو أو زرعه أن يتم التأكد من خلو المتبرع من أمراض قد تضربه ، و نفس الشيء بالنسبة للمريض يجب إلا يكون مصابا بأمراض تمنع نجاح عملية ورع العضو له ، كما ينبغي على الطبيب الجراح أن يثبت قبل إجراء عملية استئصال العضو من المتنازل أو زرعه في جسم المريض المتلقي مدى صلاحية العضو طبيا للمتلقي، وإذا ثبت عدم قابلية جسم

---

[1] – اسميقاوة فضية ، الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو،2011 ، ص 114.

[2] –الايدز هو مرض يصيب الجهاز المناعي البشري و يسببه فيروس نقص المناعة البشرية.

[3] – أحمد محمد لطفي ، الايدز و أثاره الشرعية و القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2005 ص176.

[4] – أحمد محمد لطفي ، نفس المرجع ، ص 176 .

المريض للعضو، أي إمكانية رفض جسم المريض للعضو المزروع، فلا فائدة ترجى آو تبرر عملية الزرع[1].

الفرع الثاني : توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض

يعد التحقق من توافق أنسجة المتنازل و المتلقي احد العوامل الأساسية في نجاح عمليات نقل الأعضاء ، فاخطر ما يهدد هذه العمليات هو ظاهرة لفظ الأجسام الغربية ، فلم يعد الفن الجراحي الخاص باستئصال الأعضاء و زرعها يمثل أي مشكلة ، بيد ان استمرار تحفز الجسم لطرد العضو المنقول إليه و الغريب عنه هو ما يقلل من فرص نجاحها حيث يوجد في العالم اليوم أكثر من خمسة ملايير شخص لكل منهم نسيج بروتيني يختلف عن الأخر تماما كما تختلف بصمة الأصبع و ذلك باستثناء التوائم تمامي التقارب في الشبه فأنسجتهم من نفس النوع [2].

وتفسر ظاهرة الرفض من الناحية الإكلينيكية بأنها في حالة نقل عضو او نسيج مغاير لأنسجة جسم المتلقي يقوم نوع من الخلايا المعروفة باسم (الماكر وناج) وهي نوع خاص من كرات الدم البيضاء بالتعرف على العضو المنقول و إعطاء بذلك الإشارة الى الخلايا المعروفة باسم (ليمفوست) المساعدة والتي تقوم بدورها بعمل انقسام شديد في خلايا الجهاز المناعي منتجة نوعين من الخلايا الأولى (خلايا ليموفست) القاتلة ، والثانية (خلايا ليمفوست) التي تتحول إلا خلايا البلازما المنتجة للأجسام المضادة ويتعرض بذلك العضو المنقول لعدوان شامل من الأجسام المضادة وخلايا(ليمفوست) القاتلة وخلايا الماكروجوهو ما يترتب عليه في النهاية لفظ العضة المنقول[3].

وقد حاول الأطباء التقليل من ظاهرة اللفظ وذلك باستخدام أسلوبين:

أولهما: تعريض جسم المتلقي المريض الذي نقل العضو إليه لأشعة اكسX

---

[1] – أحمد محمد لطفي ، المرجع السابق ، ص 176 .

[2] – محمد صفوت ، القصور الكلوي وأعراضه تقرير إلى ندوة نقل الكلى ، منشور في المجلة الجنائية القومية العدد الأول ، مارس1978 ، ص146.

[3] – مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 142.

ثانيهما : إعطاؤها بعض العقاقير المثبطة لجهاز المناعة مثل: (سيكلو سبورين –أ–) وهو عبارة على مادة كيماوية تفرزها إحدى الطحالب الموجودة في التربة، ويعتبر هذا العقار من أكثر العقاقير كفاءة في إيقاف ظاهرة لفظ الأجسام[1].

على أي حال فان عملية تثبيط الجهاز المناعي للجسم لها أثارها الجانبية الخطيرة فهي تجعل المتلقي أكثر عرضة للميكروبات ، والفيروسات المختلفة وقد يحدث ذلك تسمم دموي ينتهي بوفاة المتلقي.

وقد توصل العلماء إلى اكتشاف ان السنة الأولى بعد زرع الكلية في جسم المتلقي تعتبر اخطر فترة يجتازها العضو المزروع فإذا تغلب على رفض المناعة دون الإصابة بمضاعفات أخرى ، فان هذه الكلية او غيرها من الأعضاء تبقى كلية حياة المتلقي ، والاكتشاف الجديد يتمثل في طريقة مبتكرة لتحديد الدلائل المبتكرة على الرفض، اي اكتشاف التحركات المعبرة عن إصرار جهاز المناعة على رفض التعايش مع هذا العضو الغريب عن نسيجه[2] .

ويجدر الذكر هنا أن القانون الايطالي القانون الايطالي بعمليات نقل وزرع الكلى:1 الصادرفي1976/6/26 يعتبر من أكثر القوانين وضوحا في شأن هذه الشروط الأخيرة فقد أورد إباحة استئصال الكلية وزرعها و ذلك اذا كان هذا الاستئصال والزرع يتم بين الوالدين والإخوة للمتلقي اذا كانوا بالغين[3].

وشريطة ذلك ان يقدموا الكلية مجانا مع وجوب توافر شروط الزرع الطبية من حيث قابلية جسم الوالد او الأخت لاستئصال الكلية المزمع زرعها ، مع عدم طرده إياها[4].

---

[1] – مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 142 .

[2] – مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص 142 .

[3] – مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص 142 .

[4] – دريسي ميلود ، المرجع السابق ، ص 58 .

وأخير فان ما يمكن ان نضيفه بهذا الخصوص هو ان الطبيب اذا كان لا يلتزم بضمان سلامة المتلقي أو بضمان نجاح العملية ، فانه يلزم عليه ان يراعي في إجراء عملية الاستئصال و الزرع أصول الفن الطبي ، وما يقتضي به أصول هذا الفن من أن يقيم الطبيب الجراح عملية المقارنة بين مزايا الاستئصال من المتنازل والزرع للمتلقي و مخاطره[1] ، وعدم إقدامه على العملية إلا إذا كانت عملية زرع العضو التلقي الجديدة الراجحة تبرر النقل فإنها لا تبرر الاستئصال من جسم المتنازل الا بعد إجراء المقارنة بين المزايا والعيوب المترتبة على العملية في مجموعها لدى كل من المتنازل و المتلقي بحيث ترقبوا النتيجة العلمية إلى مستوى يجعل منها مصلحة اجتماعية محترمة تبرر التضحية ببعض حقوق المتنازل، بحيث يترتب على التضحية بجزء من الحق الأول بإنقاذ الحق الثاني بأكمله ، وكذلك يمكننا القول انه لا يجوز إجراء عملية استئصال عضو من جسم المتنازل قبل التيقن من قبول جسم المتلقي ، والتأكد من صحة كل من المتنازل و المتلقي ومن ثم فإذا كان يجوز نقل كلية لمن فسدت كليته فانه لا يجوز نقلها اذا كانت إحدى كليتيه المتبقية تقوم بوظائف على نحو يحفظ عليه حياته ، وفي تقديرينا هذا ما توخاه المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها[2] .

المطلب الثاني : الضوابط القانونية

تمهيد وتقسيم :

ان ضرورة نقل و زرع الأعضاء البشرية تتطلب وجود رضا بين الطرفي وكذلك التقيد ببعض بالشروط ، وهذا ما نتناوله في فرعيين ففي الفرع الاول نتناول رضى المتبرع و المريض و في الثاني شروط رضى المتبرع والمريض.

---

[1] – دريسي ميلود ، دريسي ميلود ، مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق جامعة عنابة ، 2010/2009م ، ص 58 .

[2] – دريسي ميلود ، نفس المرجع ، ص 58 .

الفرع الأول: رضا المتبرع و المريض

تمهيد وتقسيم :

تعد عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من أدق و أصعب العمليات ، إذا قبل إن يتم إجراؤها لابد من الحصول على رضا كل من المتبرع له المريض ، ولكن يشترط أن يكون ذلك الرضا مكتوبا أولا، ومتبصرا ثانيا، وكذا أن يكون الرضا حرا ثالثا لهاذا قسمنا الفرع الى ثلاث أقسام ، الأول نتناول فيه أن يكون الرضا مكتوبا، الثاني متبصرا ، أما الثالث ان يكون حرا .

أولا: أن يكون الرضا مكتوبا.

يعد العقد الطبي عقدا رضائيا ينعقد بالتراضي بين الطرفين والرضا في الأعمال الطبية ليس له شكلا معينا يفرغ فيه ، فقد تكون مطبوعة أو بخط اليد كما قد تكون مكتوبة بالآلة لكن يشترط في الكتابة وضوح العبارات ودلالتها على قصد صاحبها[1] ، لكن باعتبار أن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من اخطر التدخلات الطبية ، فانه وخروجا عن القواعد العامة فهي تستلزم الرسمية سواء بالنسبة للمتنازل عن العضو، أو متلقي العضو.

1/ بالنسبة لرضا المتبرع:

اشترطت اغلب التشريعات و خروجا عن المألوف الشكلية في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية للمتبرع، وذلك منعا للتجاوزات ، و تأكيد من المتبرع على رضاه و على انه كان عن إدراك ووعي كامل[2].

كما تشترط الكتابة لأهمية التحقق من رضا المتبرع بالنسبة للطبيب و مسؤوليته فيما لو ثار ما يوجبها، و لكن الأمر يتعلق بشرط الرضا، إذا حرصت بعض التشريعات على تنظيمه لأهميته في نطاق نقل الأعضاء ، لكن هذا القول لا ينصرف إلى بعض عمليات نقل الأعضاء التي تأكد نجاحها و تجري بشكل يومي ، حيث أصبحت عملا

---

[1] – محمد سعداوي ، الأسس القانونية التي يقوم عيها احترام رضا المريض ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد خاص2 ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2008، ص98.

[2] – محمد حماد مرهج الهيتي ، التكنولوجيا الحديثة و القانون الجنائي ، د.د.ن ، الاسكندرية ، 2004 ، ص135.

علاجيا كعمليات نقل الدم ويضيف البعض إلى هذه العمليات زرع الأنسجة[1] ، حيث اشترط المشرع الجزائري بدوره أيضا الشكلية لصحة رضا المتبرع و ذلك دون التمييز في نوع العضو المقطع ، فتنص المادة 162 فقرة2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم05/85 على أنه : تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و يتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين ، و يتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة .

يتضح من خلال نص المادة إن المشرع اشترط الموافقة الكتابية للمتبرع بالعضو وذلك شاهدين، على أن تودع موافقته أمام مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة.

تثير الفقرة 2 من المادة 162 بعض الإشكالات القانونية، منها من يحرر الوثيقة التي يتم فيها التعبير عن الموافقة، هل الطبيب أم رئيس المصلحة ، أم المتبرع أم المريض[2]؟ وهل هذه الوثيقة ورقة رسمية أم خطية، ام هناك نماذج موحدة فيها جميع المعلومات، وينقصها توقيع المتبرع كذلك من غير المعقول ان تحرر الموافقة أمام مدير المصلحة، باعتباره هو الخصم و الحكم في نفس الوقت ، إذا يجب أن تتم الموافقة أمام احد أعضاء القضاء كطرف محايد ، فتدخل احد أعضاء الجهاز القضائي في ضمانه و حماية لجميع الأطراف سواء المتبرع ، أو المريض، او المستشفى أيضا فيما يخص الشهود ، أم تحدد المادة من يلتزم بإحضارهم ، هل المتبرع أم المستشفى ، أم المريض ؟ لذا يجب على المشرع أن يتدخل من اجل تدليك كل هذه النقائص محل هذه الإشكالات القانونية[3].

2/بالنسبة لرضا المريض:

إذا كانت القواعد العامة في المجال الطبي تقضي بأن الرضا الصادر من المريض بشأن التدخل العلاجي، قد يكون صريحا أو ضمنيا يستفاد من ظروف الحال، بل يصح أن يكون مفترضا إذا كانت حالة المريض لا تسمح بأن يبدي رضاء صريحا أو ضمنيا و لا يوجد من يمثله قانونا، فان الأمر مختلف في مجال عمليات نقل وزرع

---

[1] – محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص135.

[2] – هند شعبان ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، مجلة القانونية و الإدارية ، العدد3، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر ، 2007 ، ص183.

[3] – هند شعبان ، نفس المرجع ، ص 183 .

الأعضاء البشرية ، فنظرا لخطورة هذا النوع من العمليات ، وعدم سيطرة الجراحين بعد على المخاطر التي تنشأ عنها، لاسيما في البلدان النامية ، يشترط أن يكون الرضا الصادر من المريض مكتوبا و على الطبيب الجراح أن يقدم الدليل الكتابي على رضائه بتدخله الجراحي ، لأنه يبرر مشروعية المساس بسلامة جسم المريض و تكامله الجسدي[1].

اشترط المشرع الجزائري الشكلية في الرضا الصادر عن المريض ، فتنص المادة 166من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم58 / 05" :لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين" ، إن اشتراط التشريع الجزائري الكتابة بشأن رضا المريض في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مرده خطورة هذا النوع من العمليات، و رغبة المشرع في إشراك المريض في عملية اتخاذ القرار بشأن صحته، إذ يرى المشرع أن الصورة المثلى لهذه المشاركة هي صدور رضا المريض في شكل كتابي[2]،وذلك أمام رئيس المصلحة التي يتلقى المريض علاجه وبحضور شاهدين[3].

تنص المادة الفقرة 2من المادة 166 من القانون حماية الصحة و ترقيتها رقم05/85:" إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن احد أعضاء أسرته، حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 اعلاه، ان يوافق على ذلك كتابيا"[4].

---

[1] – محمد حماد مرهج الهيتي ، المرجع السابق، ص34

[2] – عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، 2006 ، ص547.

[3] – عبد الكريم مأمون ، نفس المرجع ، ص 547 .

[4] – عبد الكريم مأمون ، نفس المرجع ، ص 547 .

يلاحظ من خلال هذه الفقرة انه إذا كانت الحالة الصحية المريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، يجوز للطبيب الحصول على الموافقة الكتابية بشان العملية من احد أفراد أسرته، حسب الترتيب الذي أوردته المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم90 /17، وهو كالآتي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت[1].

ثانيا: أن يكون الرضاء متبصرا

يسلم الفقهاء و رجال أخلاقيات العلوم البيولوجية على اختلاف مذاهبهم بضرورة قيام الطبيب بإبلاغ المعطي و المتلقي بشكل واضح وصريح بكافة التفاصيل و المعلومات الفنية التي تحيط بعملية نقل العضو[2].

ويقصد بتبصير المعطي والمتلقي ان يقوم الطبيب الجراح الذي سيستأصل العضو بمعاينة المعطي و المتلقي وان ينبه إلى نتائج العملية وأخطارها و محاذيرها ويتأكد من وعيه وفهمه لكل ذلك[3].

فمن ناحية اولى يجب إعلام المعطي و المتلقي بكافة المخاطر، والآلام المصاحبة لإجراء العملية ، ومن ناحية أخرى فلابد ان يعي المعطي و المتلقي تماما ما ستؤول إليه حالته الصحية بعد إجراء عملية انتزاع العضو المزمع نقله منه ، ومدى تأثر كافة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام وللعضو المتبقي على وجه الخصوص[4].

---

[1] – عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص 547 .

[2] – عبد الكريم مأمون ، نفس المرجع ، ص 547 .

[3] – عبد الكريم مأمون ، نفس المرجع ، ص 547 .

[4] – مروك نصر الدين ، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية ، الكتاب الأول ، دراسة مقارنة ، دار هومة ، الجزائر،2003 ، ص211.

كما ينبهه إلى المخاطر المحتملة ذات المدلول الواسع، ويعني بها كل ما سيصيب المتنازل حالا و مستقبلا، فيجب على الطبيب القائم بعملية الزرع ان يبصر المعطي و المتلقي بكل ما قد يحدث جراء هذا الاقتطاع و تداعياته على ممارسة اي عمل معين في المستقبل[1].

كما تقتضي الضرورة ان يشمل تبصير المعطي و متلقي، بالإضافة إلى ما سبق كافة المعلومات التي تحيط بعملية زراعة العضو ، من حيث الفوائد المحتملة التي سيجنيها المتلقي و نسبة نجاح العملية وما يكتنفها من مخاطر ذلك ان الهدف الرئيسي الذي يدفع شخصا م للتنازل عن جزء من جسمه هو الرغبة في إنقاذ من يتنازل له عن ذلك الجزء ومن ثم كان حقا على الطبيب بيان الفرص الحقيقة لنجاح العملية و مدى إمكانية تحقيق ذلك الهدف و تلك الرغبة[2].

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 162من قانون الصحة وترقيتها على ضرورة تبصره المعطي وفقا لما سبق تفصيله بقوله: ".... ولا يجوز للمتبرع ان يعبر عن موافقته إلا بعد ان يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع....."[3]

فلقد اشترط المشرع الجزائري على الطبيب الممارس لعملية النقل ان يخبر المعطي و المتلقي على جميع المخاطر الطبية المحتملة، وكلمة محتملة يفهم منها شمولها كذلك للإخطار الحالية و المستقبلية . لذلك وجب ان يكون التبصير كاملا و شاملا و عاما لجميع هذه المخاطر دون الترجيح بين ما هو مؤكد وغير مؤكد او تقدير درجة الخطورة ،لان ذلك وان علمه الطبيب فتقديره خاص بالمعطي أصلا، فله إن يرجع على رضاءه إذا علم بخطورة العملية على صحته كما فصلنا، فقد يكتفي لتسبيب تراجعه

---

[1] – مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 211 .

[2] – حسام الدين الاهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة عين شمس ، مصر ، العدد الأول 1975 ، ص113.

[3] – حسام الدين الاهواني ، نفس المرجع ، ص 113 .

بسبب بسيط لا يراه غير لازمة[1]، وعلى هذا نص المشرع الجزائري في المادة السافلة الذكر:".....و يستطيع المتبرع و المتلقي في اي وقت كان ان يتراجع عن موافقته السابقة..."[2].

ثالثا : ان يكون الرضا حرا

لما كانت عمليات نقل الأعضاء لها من الخصوصية ما يجعلها تعد من الممارسات من توخي الحذر و الحيطة في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية و التأكد بما لا يدع اي مجال للشك ان هذه الموافقة جاءت بعيدا عن اية عيوب بمعنى ان يكون الرضاء حرا[3].

ويقصد بالرضا الحر ان يكون إرادة المعطى للعضو خالية من أي عيب يشوهها[4] كالغلط او التدليس او الخداع او تحصيل الرضاء عن طريق الخوف او أي سبب أخر من شانه أن يعيب او يعدم الاختيار لديه[5]، و التأكد بما لا يدع مجال للشك ان هذه الموافقة على اخذ العضو منه قد جاءت بعيدا عن أية مؤثرات و عوارض نفسية أيا ما كان نوعها[6]

ولقد نص المشرع الجزائري ضمنيا على هذا الشرط في المادة162فقرة 2 من قانون الصحة و ترقيتها بقوله: "... ولا يجوز للمتبرع و المتلقي ان يعبر عن موافقته الا بعد ان يخبره الطبيب الجراح بالإخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية

---

[1] –احمد شوقي أبو خطوة ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 1986 ، ص76.

[2] – أحمد شوقي أبو خطوة ، نفس المرجع ، ص 76.

[3] – أحمد شوقي ابو خطوة ، نفس المرجع ، ص 76 .

[4] – المواد من 80الى 90 من القانون المدني الجزائري .

[5] – محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1993 ، ص 263.

[6] – مهند صلاح احمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية مصر، 2002 ، ص133.

الاستئصال ، و يستطيع المتبرع و المتلقي في اي وقت كان ان يتراجع عن موافقته السابقة..."[1]

ويشترط لكي يكون الرضاء حرا ان يصدر من يعطي ومن يتلقى في كامل قواه العقلية ، وان يصدر موافقتهم بعيدا عن كل أكراه مادي او معنوي، وفقا لما هو مستقر عليه في قواعد العامة ، ويجب ان يستمر هذا الرضاء صحيحا حتى لحظة استئصال العضو[2].

وهو الأمر الذي دفع بالبعض الى القول بضرورة إخضاع المتنازل للفحوص الطبية النفسية للتأكد من عدم وجود أية ضغوط نفسية عليه من شأنها ان تعيب إرادته ، ومن ثم يجب ان يكون المتنازل لحظة تنازله عن عضو من جسده في حالة نفسية و عقلية تبيح له التعبير عن إرادتها بحرية كاملة[3].

الفرع الثاني: شروط صحة رضا المتبرع والمريض

تمهيد وتقسيم :

هناك عدة شروط لصحة رضا المتبرع والمريض لذلك قسمن الفرع إلى قسمين حيث سنتناول في الأول أهلية المعطي أما الثاني أهلية المريض .

أولا: أهلية المعطي.

الأهلية هي عموما صلاحية الشخص لكسب الحقوق و التحمل للالتزامات و القيام بالأعمال و التصرفات القانونية التي تترتب عليها، و الأهلية نوعان: أهلية وجوب وهي عبارة عن صلاحية الشخص لان تكون له حقوق و عليه واجبات وهي ثابتة لكل إنسان، وأهلية أداء الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد قانونا، وهذه تقوم على التمييز[4].

---

[1] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 133 .

[2] – احمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص75.

[3] – مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، الكتاب الأول، المرجع السابق ، ص220.

[4] – احمد محمد بدوي ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ، سعد سمك للنشر، القاهرة مصر، 1999 ، ص56.

وفي إطار عمليات نقل الأعضاء فانه يشترط أن يكون المعطي للعضو أهلا لهذا التصرف لكي يعتد برضائه ، فيجب أن يصدر هذا الرضاء من شخص بالغ عاقل مالك لقواه العقلية و قادر على أن يكون رأيا صحيحا عن موضوع إعطائه لعضو من جسمه.

إن النصوص المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء ما بين الأحياء في قانون الصحة الجزائري لم تشترط سن معينة يعتبر فيها المعطي للعضو أهلا للتصرف فيه خاصة وان مسالة التصرف في أعضاء الجسم كما أسلفنا من المسائل الخطيرة.

وبالرجوع إلى قواعد العامة في القانون الجزائري فان سن الرشد المدني هو19سنة[1] ، وسن الرشد الجزائي هو18سنة[2] ، فأي القانونين أحق بالتطبيق على هذه المسائل ومن ثم الاعتداد بسن الرشد المنصوص فيه.

ويرى الدكتور مروك نصر الدين" انه أمام هذا الفراغ التشريعي فانه يجب الرجوع لنصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها خاصة النصوص المتعلقة بنقل الأعضاء لاستخلاص قصد المشرع فلقد نصت المادة162 فقرة 2 منه على أن المعطي يعبر عن تبرعه بعد إخباره من الطبيب بالأخطار الطبية ، وبما أن التبرع تصرف مدني وارد في نصوص القانون المدني ، فان سن الرشد الذي يعتد به هو ذلك النصوص عليه في المادة 40من هذا القانون أي تسعة عشر سنة كاملة، فإذا بلغ الشخص هذا السن وكان متمتعا بكامل قواه العقلية عد راشدا يجوز له أن يتبرع بأي عضو من أعضائه قصد زراعته في جسم شخص مريض[3].

---

[1] – المادة 40 من القانون المدني الجزائري : (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة)

[2] – راجع المادة2 فقرة4 من قانون حماية الطفل رقم 2/15/ المؤرخ في 15 يوليو2015 المتعلق بحماية الطفل التي تنص على ان سن الرشد الجزائي يكون ببلوغ 18 سنة كاملة.

[3] – مروك نص الدين ، نقل .... ، المرجع السابق ، ص231.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 163 من قانون الصحة و ترقيتها على أنه : " يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز...." ، وهو قيد عام بعدم جواز الاستئصال من القصر وعديمي الأهلية و بذلك يكون المشرع قد فصل في هذه المسألة فلا ولاية في التصرف في أعضائهم و هذا يكون القانون الجزائري قد كرس مفهوم أن الجسم لا ولاية للتصرف عليه، وإنما حق التصرف فيه خاص بصاحبه عندما يكون أهلا لذلك و إلا فلا مساس بهذا الحق[1].

هذا ولقد نصت المادة 303 مكرر20 فقرة2 من قانون العقوبات المعدل مؤخرا بالقانون 01/09 على انه يعاقب بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة و بغرامة ممن 1.000.000دج إلى 2.000.000دج، إذا كان انتزاع الأعضاء البشرية قد تم من قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية على قيد الحياة، وكان ذلك الانتزاع مخالفا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول[2].

ثانيا: أهلية المريض

من الحتمي وجوب التعبير عن الإرادة كي تتحول من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون[3].

ولكي يكون رضاء المريض صحيحا يجب أن يصدر منه وهو أهلا لذلك، بمعنى أن تكون له الأهلية القانونية، و المقصود منها قدرته على التعبير بالموافقة على زرع العضو الذي هو في حاجة إليه و بذلك يعد متحملا لتبعات مخاطر هذه العملية.

وتبقى إشكالية تحديد السن القانونية للأهلية كذلك مطروحة بالنسبة للمريض المتلقي أو المستقبل للعضو، وكما أسلفنا الذكر بصدد الحديث عن أهلية المعطي للعضو فإنها تخضع لإحكام المادة40 من القانون المدني إي 19 سنة كاملة[4].

---

[1] – مروك نصر الدين ، نقل ... ،المرجع السابق ، ص 231 .

[2] – مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص 231 .

[3] – بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، العقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999، ص62.

[4] – بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 62 .

وعليه قياسا فان المستقبل للعضو متى بلغ هذا السن وكان متمتعا بقواه العقلية فان رضاءه بعملية زرع العضو تكون صحيحة وهنا لا يطرح اي إشكال ، إما إذا كان الشخص المراد زرع العضو فيه قاصرا أو عديم التمييز فكيف يتم تحصيل الرضا منه؟.

تقتضي القواعد العامة في عمليات نقل و زرع الأعضاء ما بين الأحياء إلى انه في حالة ما إذا كان المريض المراد زرع العضو فيه غير أهل للتعبير عن رضائه ، فانه يكفي أن يصدر الرشاء من ممثله القانوني وعادة ما يكون الأب فان لم يكن فالأم أو من تعينه المحكمة وصيا عليه.

فجسم القاصر له فإذا كانت تصرفاته خاضعة لإجازة الأولياء عندما تكون دائرة بين النفع و الضرر هذا في مسائل المعاملات المدنية المالية ، فكيف يستطيع ولي مثلا أن يعرف أن غرس هذا العضو في جسم ابنه القاصر أو عديم الأهلية وهو تصرف نافع؟ أليس من الجدير بنا ترك هذه المسألة إلى الطبيب المعالج لأنه الوحيد الأدرى بذلك[1].

ولقد نص المشرع الجزائري في من قانون الصحة و ترقيتها على انه : ".... و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه ، أمكن لأحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا[2].

وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.[3]

أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وان تعذر ذلك فالولي الشرعي.

ويجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى و الثانية أعلاه ، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن

---

[1] – بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 62 .

[2] – بلحاج العربي ، نفس المرجع ، 63 .

[3] – تنص المادة 166 فقرة 2و3و4و6 من قانون الصحة و ترقيتها على اذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه.....

موافقته ، في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ، و يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين [1].

وعليه فالمشرع الجزائري نص على نوعين من الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الأهلية الكاملة نوع فاقد للأهلية القانونية ونوع فاقد للأهلية الفعلية.

1 – المريض المراد زرع العضو فيه فاقد للأهلية القانونية، وهي الفئة المنصوص عليها في المادة 166 الفقرة 3 و 4 "..... وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب و الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

2 – المريض المراد زرع العضو فيه عديم الأهلية الفعلية ، وهي الفئة المنصوص عليه في المادة 166 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة و ترقيتها : " ... و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن لأحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه ، أن يوافق على ذلك كتابيا".

وبينت المادة164 من نفس القانون ورتبت الأسرة المشار إليها في المادة166 كمايلي : الأب، الأم – الزوج ،الزوجة– الابن، البنت–الأخ والأخت[2] .

الفرع الثالث : الحصول على الترخيص القانوني من أجل تنفيد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تمهيد وتقسيم :

هناك عدة اجراءات يجب اتخاذها لنقل وزرع الاعضاء البشرية لذلك قسمنا الفرع إلى قسمين الأول نتناول فيه مكان إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، أما الثاني الترخيص القانوني للطبيب الجراح .

---

[1] . بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص63 .

[2] – تنص المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها من ترتيب الاسرة المشارة لها في مادة 166 من نفس القانون.

أولا: مكان إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء

إضافة إلى الشروط العامة فان المشرع الجزائري أكد في نص المادة 167 فقرة أولى من القانون السالف الذكر على انه: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة البشرية ولا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير الصحة..."[1].

وحكمة النص على ذلك تمكن في أن المستشفيات هي الأمكنة التي تضمن إجراء هذه العمليات ذات الخطورة ونظر لطابعها العمومي تستطيع تحمل المسؤولية كاملة و مراعاة الاعتبارات التي يتطلبها القانون ، و بذلك يتوفر قدر من الضمان اللازم للشخص المستفيد من العضو و الشخص المتنازل عنه[2]، وبناء على ذلك اصدر وزير الصحة قرار وزاريا رقم 19 مؤخر في 23 مارس 1991 تضمن كيفية تطبيق المادة167 مع قائمة المستشفيات المرخص لها قانونا بأن تجرى فيها هذه العمليات على سبيل الحصر، ثم بعدها اصدر قرار جديدا يلغي الأول بتاريخ2002/10/02 نص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية[3].

---

[1] – مروك نصر الدين ، نقل وزرع الاعضاء البشرية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص 144 .

[2] – مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 144.

[3] – جاء في هذا القرار: المادة الأولى" يهدف هذا القرار إلى الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة و الأعضاء البشرية.

المادة الثانية " يرخص للمؤسسات الصحية التالية القيام في الشروط المنصوص عليها في الفصل الثالث الباب الرابع من القانون05/85 المؤرخ في 1985/02/10 و المشار إليه بانتزاع و/ أو زرع:

أ/ القرنية: المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى (الجزائر)، المؤسسة الاستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران).

المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر)، المركز ألاستشفائي الجامعي بباب الوادي (الجزائر)،المركز الاستشفائي الجامعي

(عنابة).

ب/ الكلية: المركز ألاستشفائي الجامعي مصطفى(الجزائر)، المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة الدقسي (قسنطينة).

ج/الكبد: مركز بيار ماري كوري.

كما اشترط المشرع الجزائري في مادة 165من القانون 17/90 المتمم لقانون حماية الصحة و ترقيتها على أن اللجنة الطبية التي تنشأ خصيصا في الهياكل الاستشفائية المرخص لها بإجراء هذه العمليات هي التي تكون لها سلطة التقرير و البث في ضرورة انتزاع العضو أو النسيج أو زرعه، ويكون لها الحق وحدها في الإذن و الموافقة على إجراء هذه العملية وهذه اللجنة مشكلة تشكيلا جماعيا.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اقر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي – المستشفى– عن الجرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية و ذلك بنص المادة303 مكرر26 من قانون العقوبات المعدل بالقانون01/09 حيث جاء فيها "يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، فحسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون و تطبق على الشخص المعنوي "

ثانيا: حصول الطبيب الجراح على الترخيص القانوني

الترخيص القانوني هو الأساس الذي تستند إليه إباحة الأعمال الطبية التي تباشر على جسم المريض، و يعطى هذا الترخيص لطائفة معينة من الأشخاص يطلق عليهم الأطباء، في شكل إذن من وزير الصحة ، يجيز لهم مباشرة الأعمال الطبية و الجراحية التي تستند لإذن القانون ، ويمنح وزير الصحة هذا الترخيص لمن تتوافر فيه الشروط التي يحددها القانون لمباشرة الأعمال الطبية ، ويكون حسب نص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، والمادة 02 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[1] .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد استهدف بهذا الترخيص منع أدعياء الطب من مباشرة الأعمال الطبية ، وإقبال غير ذوي التجربة عن مزاولة هذه الأعمال لما ينطوي عليها من مساس بسلامة المريض البدنية[2] .

---

[1] – صدر المرسوم التنفيذي رقم 92 /276 المؤرخ في 06 يوليو 1992م والمتضمن مدونة اخلاقيات مهنة الطب الجريدة الرسمية العدد 52 / 92 وتنص المادة 02 من المدونة على مايلي : " 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 بممارسة المهنة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها .

[2] – مروك نصر الدين ، نقل ... ، المرجع السابق ، ص 145 .

إلى جانب شرط الترخيص القانوني والمؤهل الدراسي هناك شروط أخرى يتطلبها القانون في طالب الترخيص وهذه الشروط نصت عليها المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها، في فقرتها الثالثة بالقول: «... أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية للممارسة المهنة... " ويتضح من هذه الفقرة أن المشرع اشترط في من أراد مزاولة مهنة الطب أن لا يكون صاحب عاهة كالعمى ، الأصم والأبكم لأن مثل هذه العاهات من طبيعتها أن تجعل صاحبها غير قادر على أداء عمل الطبيب لما يتطلبه هذا الأخير من جهد شاق ، كما وأنه لا يجب أن يكون مصابا بعلة مرضية تجعله ينقل الأمراض للآخرين كما اشترطت الفقرة 04 من المادة 197 : " أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة للشرف ... "

وعلى ذلك أن مهنة الطب من أشرف المهن وأنبلها ، وفيها يتطلع الطبيب بحكم عمله على خفاية وأسرار المجتمع الخاصة بالأمراض المختلفة ومن هذا المنطق اشترط المشرع من هذا الشرط حتى لا يتسلل لهذه المهنة من لا خلق له وتصبح أعراض الناس في غير مأمن [1].

المبحث الثاني : الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الاعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء

تمهيد وتقسيم :

ان نقل و زرع الاعضاء البشرية من الموتى الى الاحياء تتطلب جلة من الاجراءات العملية و القانونية وهذا ما سنتناوله في المطلبين المطلب الاول الضوابط الطبية و المطلب الثاني الضوابط القانونية .

[1] . مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 145 .

المطلب الأول: تحديد لحظة الوفاة

تمهيد وتقسيم :

في الحقيقة ، هذه المشكلة مثل مشكلة زرع الأعضاء نفسها حديثة نسبيا، لان التحقق من الموت و خلال وقت طويل لم يطرح أية صعوبات تقنية و قد اعتقد البعض انه يكفي رؤية الجثة حتى نتأكد من الموت ، فيفترض إذا اقتطاع الأعضاء من شخص ميت أن يكون التأكد من الموت ثابت لا ريب فيه و يفترض كذلك أن يبقى الإنسان حيا حتى يتم التحقق من وفاته بشكل رسمي و لهذا تخضع شرعية تبرع شخص ما بأحد أعضائه بعد وفاته لزرعها عند شخص أخر للتحقق من وفاته بإجراءات مشروعة من قبل وزير الصحة العامة.

ولكن يجب التمييز بين حدوث الوفاة في موطن المتوفى و بين وقوعها ضمن مؤسسة صحية موجودة على قائمة وزارة الصحة التي يحق لها ممارسة اقتطاع الأعضاء. وسوف ندرس هذين الموضوعين تباعا. في فرعين نتناول في الاول : تحديد لحظة الوفاة و في الثاني التنازل القانوني و الطبي في تحديد الموت ، وكذلك يجب أن يوضح تحديد لحظة الوفاة الحدود الفاصلة بين الموت والحياة ، فموت الإنسان ليس فقط ظاهرة علمية طبية، وإنما ترتب آثار قانونية مرتبطة بها كالإرث والوصية وبدأ سيران العدة بالنسبة للزوجة .

ولعل ان عملية نقل وزراعة الأعضاء كانت من ابرز الممارسات الطبية المستحدثة التي أحدثت انقلابا حقيقيا في مسألة تحديد لحظة الوفاة ، والسبب في ذلك من الناحية الفنية يرجع إلى فاعلية زراعة العضو المنقول إنما تتوقف على سيران الحياة في الأنسجة والخلايا المكونة له ، الأمر الذي يأتي إلا بنقل العضو من الشخص على قيد الحياة [1].

فنقل الأعضاء من الأجساد التي توقفت فيها الدورة الدموية وانقطع الإمداد الدموي عن كافة أجسادهم يعد من الناحية العليمة أمرا غير ذي جدوى ، وذلك لفساد وتلف

[1] – مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق، ص 46.

الخلايا المكونة للأعضاء ، وعليه فإنه لا بد لنقل العضو من جسد شخص ميت إلى آخر حي أن يتأكد الطبيب من الوفاة ، وذلك يقتضي تحديد لحظة الوفاة التي تعتبر على جانب كبير من الأهمية فهي التي توضح الحدود الفاصلة بين الموت والحياة [1] ، حتى وقت قريب نسبيا لم تكن مشكلة تحديد لحظة الوفاة محل مناقشة بين رجال الطب والقانون والدين ، وذلك لأن الذي كان يختص بتحديد ذلك هو الطبيب عن طريق معيار تقليدي اعتمدوا عليه في لحظة الوفاة ، ويرتكز على التوقف النهائي للقلب والدورة الدموية ، ولكن بعد تقدم العلوم الطبية وظهور عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ومدى أهمية استعمال الجثة كمصدر للحصول على الأعضاء ، حضيت فكرة الوفاة بدراسة معمقة من جانب الأطباء وقد نتج عن هذه الدراسة أن المعيار التقليدي أصبح غير كافي وغير دقيق في تحديد لحظة الوفاة لأن هناك وسائل جديدة للإنعاش كتدليك القلب والصدمة الكهربائية والتي من شأنها أن تعيد الحياة لمن يعتبر في حكم الموتى وبالتالي ظهر معيار جديد يحدد لحظة الوفاة ، بحيث لا يجب التعويل دائما على ذلك الربط الحتمي بين توقف كافة الوظائف الحيوية لأعضاء الجسم والتحقق من حدوث الوفاة ، بل يجب التعويل في هذا الصدد على موتى وتلف خلايا المخ حتى وإن كانت سائر أعضاء الجسم لا تزال تؤدي وظائفها على النحو الطبيعي [2].

يتضح مما سبق ذكره أن مسألة تحديد لحظة الوفاة محل خلاف يمكن حصره بين اتجاهين إحداهما يتبنى المعيار التقليدي والآخر يتبنى المعيار الحديث لهذا قسمنا المطلب الى فرعين نتناول في الأول من حيث المعيار التقليدي أما الثاني من حيث المعيار الحديث .

الفرع الأول: من حيث المعيار التقليدي

تعددت تسميات هذا المعيار، فهناك من يسميه الموت الظاهري، من يسميه الموت الإكلينيكي، و هناك من يسميه موت القلب، تحقق الوفاة وفقا لهذا المعيار بالتوقف

---

[1] – غديري حواء وغد روس أسماء ، مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مذكرة ليسانس حقوق ، كلية الحقوق عنابة ، 2008–2009 ، ص 83 .

[2] – دريسي ميلود ، المرجع السابق ، ص 65 .

النهائي للدورة الدموية و الجهاز التنفسي عن العمل[1]، حيث يترتب على ذلك حرمان المخ و سائر أعضاء الجسم من سريان الدم إليها، فالوفاة طبقا لهذا المعيار حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد، و يتوقف الجهاز التنفسي و الدورة عن العمل تسبقه إشارات و علامات، منها فقدان الوعي و التبول أحيانا و إفراز غير إرادي[2]. ومن الوسائل التقليدية التي يستعان بها للتثبت من حدوث الوفاة، نذكر: طريقة الوخز الوريدي ، و طريقة إيكارد، و علامة الايثر، وهذه الوسائل كلها تقوم على فكرة واحدة وهي التأكد من توقف الدورة الدموية داخل جسم الإنسان[3].

انتقد هذا المعيار بشدة باعتباره معيارا قديما لا يتماشى مع التقدم الطبي الحديث، فقد تأكد علميا انه يتوقف القلب لا تحدث الوفاة، إذ يمكن استرجاع الحياة بتنشيط القلب بالصدمة الكهربائية أو ما يسمى الإنعاش الصناعي في حالة دخول الشخص في الغيبوبة. وإذا ما سلمنا بهذا المعيار فالطبيب يستطيع انتزاع ما يشاء من الأعضاء و زرعها لدى أشخاص آخرين بمجرد توقف القلب و الدورة الدموية عن العمل[4] ، وهذا غير صحيح لان توقف القلب عن العمل قد لا يدل إلا على الموت الظاهري لا موت الحقيقي، و اللجوء إلى وسائل الإنعاش أو تدليك القلب قد يؤدي إلى عودته إلى العمل، و بالتالي عودة مظاهر الحياة من جديد.

أثبت الواقع في هذا الشأن مئات الحالات التي يتوقف فيها القلب و الجهاز التنفسي ثم تعود إليهم الحياة مجددا، فهناك عجوز توفيت يوم 31 ديسمبر 1988 في الهند ، ونقلت ليتم حرقها و لكن نهضت قبل ذلك و عادت إلى الحياة من جديد ، وبالتالي فان هذا المعيار لا يصلح لتحديد لحظة الوفاة ، لأنه يقف أمام حالات عديدة أين يكون فيها المريض في حالة خطرة معرضا للموت ، ففي هذه الحالة يكون القلب متوقفا لكن الشخص لا يزال حيا بالتالي لا يجوز للجراح استئصال أي عضو من هذا

---

[1]– سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الشرع و القانون ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن ، 1999، ص295.

[2] – حسين الموزاني ، موت الدماغ ، هل يعني موت الدماغ موت الإنسان؟ مجلة فكر وفن ، دس ن، ص27 .

[3] – مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق، ص 51.

[4] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية و القوانين العربية الطبعة الأول ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، مصر،2008 ، ص 485.

المريض إلا بعد التأكد من وفاته حقيقة ، و إلا سيسأل عن جريمة القتل ألعمدي أن أفضى فعله إلى الوفاة لأنه أصلا لم يمت[1].

يؤدي الأخذ بهذا المعيار إلى استحالة إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء المنفردة كالقلب ، لان هذا النوع من العمليات يتطلب سرعة الاستئصال للمحافظة على القيمة البيولوجية للعضو، والقلب الذي ماتت خلاياه لا يصلح لان ينقل اشخص أخر، وعليه لابد من تحديد لحظة واحدة بل على فترات ، من هنا ظهرت الحاجة إلى معيار حديث لتحديد لحظة الوفاة ، يضمن احترام الحياة الإنسانية و يحفظ في الوقت نفسه القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله[2].

الفرع الثاني: من حيث المعيار الحديث

ظهر المعيار الحديث بسبب عجز المعيار التقليدي عن تحديد لحظة الوفاة الحقيقة، و يعني بذلك موت الدماغ ، ويعد الشخص ميتا وفق هذا المعيار متى ماتت خلايا مخه، حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية ، وإذا ماتت خلايا المخ بصورة نهائية ، فانه يستحيل أن تعود إلى الحياة[3].

وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه و حياته الطبيعية تموت خلايا المخ نتيجة عدم تدفق الدم بالأكسجين ، وبموت هذا الخلايا يدخل الإنسان في غيبوبة لا رجعية أو نهائية[4]، فيتبعه توقف نهائي لعمل المراكز العصبية التي تتحكم في الوعي ، والكلام ، والحركة و الذاكرة ، والتنفس ، والسمع ، والبصر، والسيطرة على الغدد وعلى درجة الحرارة وتنظيم وظائف الأعضاء الهامة في الجسم[5].

تحدث حالة الغيبوبة النهائية عند ضحايا التلف الدماغي السريع ، والذي في بضع دقائق أو عدة ساعات ، بسبب إصابات شديدة في الجمجمة أو اعتداء أو انتحار، أو

---

[1] – رأفت صلاح أحمد أبو الهجاء ، مشروعية ، نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة و القانون ، عالم الكتب الحديث ، عمان 2006، ص 103.

[2] – نصر الدين مروك، نقل ....، المرجع السابق ، ص316 .

[3] – نصرالدين مروك ، نفس المرجع ، ص 316 .

[4]– رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص105.

[5] – رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء ، نفس المرجع ، ص105

رصاصة في الرأس، أو لانقطاع الأوعية داخل الدماغ ، وفي هذه الحالة يمكن اقتطاع الأعضاء من الشخص الذي يدخل في الغيبوبة النهائية أو اللارجعية ، لان عودة الحياة إلى الشخص مستحيلة أما المريض الذي يدخل في الغيبوبة الطويلة فلا يمكن أن تستأصل الأعضاء من جسده لأنه قد تعود الحياة إليه من جديد[1].

تتمثل أهم المبررات التي استند إليها أنصار هذا المعيار، في أن الوفاة لا تقع مرة واحدة بل تتم على مراحل متعددة، فتوقف القلب أو الرئتين يحدث في فترة زمنية محددة وبشكل ما يسمى بالموت الإكلينيكي ، إما موت الدماغ فيتم بالتدرج ، وهو ما يستغرق دقائق أو ساعات حسب الأحوال ، و عندئذ يتحقق الموت النهائي للمخ ، وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو لأخر حتى تتلف نهائيا، فيحدث حينها ما يسمى بالموت الخلوي وهو يشكل المرحلة الثالثة للموت[2].

يمكن للطبيب التأكد من الموت الإنسان بالتحقق من موت خلايا المخ عن طريق الرسام الكهربائي للمخ ، فإذا توقف الجهاز عن إعطاء إشارات فهذا يعني أن خلايا المخ توقفت و يحدث ذلك حتى إذا كان القلب ينبض أو كان الجهاز التنفسي لا يزال يعمل [3].

لقي المعيار الحديث تأييدا واسعا من اغلب علماء الطب و المؤتمرات العلمية، مثل المؤتمر الخاص بنقل الأعضاء المنعقد في مدريد عام 1966 ، والمؤتمر العلمي المنعقد بجنيف عام 1968، و مؤتمر الخليج الأول للتخدير و العناية المركزة بالدوحة عام1991[4].

---

[1]– اسميقاوة فضية ، المرجع السابق، ص 132.

[2] – عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق، ص 525.

[3] – حسني عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، دار العلمية الدولية ، الأردن، 2004 ص 166.

[4] – حسني عودة زعال ، نفس المرجع ، ص 166 .

المطلب الثاني: الضوابط القانونية

تمهيد وتقسيم:

تختلف عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء عن تلك المتعلقة بالنقل من الموتى إلى الأحياء، وذلك راجع بالأساس إلى خصوصية كل عملية، فإذا كانت في الأولى تتعلق بنقل من إنسان حي يستطيع التعبير عن إرادته بالتبرع بعضو من أعضائه، وهو الأمر الذي لا نجده بالنسبة لعملية النقل التي يكون مصدرها جثة صامتة، إلا إذا حدد صاحب هذه الأخيرة كيفية التصرف فيها عن طريق الايصاء ، وهنا يجب احترام إرادة هذا الشخص بشأن التصرف بجثته سواء تضمنت هذه الوصية صورة الموافقة على نقل و استئصال أي عضو من جثته أو برفض المساس بها.

أما إذا مات الشخص و لم يتعرض حال حياته إلى الايصاء في مسألة التصرف بجثته بالإيجاب أو المنع فان هذا الحق ينتقل إلى أسرته في إبداء ذلك إما صراحة وأما بافتراض ذلك، فنكون أمام كيفية خاصة في هذه الحالة.

لكن ذهب اتجاه جديد إلى ضرورة تجاوز هذه الكيفيات بإباحة المساس بالجثة دون الحصول على موافقة الأسرة لا الصريحة ولا حتى المفترضة، على اعتبار إن الجثة ملك للدولة تتصرف فيها كما تشاء. لهذا نستعرض إلى هذه الكيفيات في فرعيين ، الأول يتناول رضا المعطي قبل الموت ، أما الثاني رضا الأسرة بعد الموت .

الفرع الأول: رضا المعطي قبل الموت

تمهيد وتقسيم :

من المؤكد أن للإنسان الحق في الايصاء بجثته بعد موته لأجل التداوي بأحد أعضائها انطلاقا من قناعاته بأهمية ذلك في إنقاذ حياة المرضى ،فيكون بذلك قد كرس وجسد مفهوم التلاحم و التضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد، بأن رخص بنقل احد أعضائه إيثارا منه في سبيل إنقاذ حياة مريض. وتتألف آلية قرينة الموافقة في

الواقع من أن المبادرة بالحصول على الرضا باقتطاع الأعضاء لا تقع على عاتق الجراح الذي أن يكون مسموحا له باقتطاعها من جثة المتوفي إلا إذا عارض ذلك[1].

فمسألة الإذن بالموافقة ترجع إلى الشخص المتبرع بالعضو من جسده أثناء حياته ، فلا يجوز الاعتداء على هذا الحق من أي شخص أخر سواء كان الطبيب أو أقارب المتبرع، لأنه صاحب الحق بالتصرف فيه إبان حياته ، فاخذ العضو منه بعد موته بناء على وصيته ليس فيه انتهاك لهذا الحق الشرعي على اعتبار انه فصل في هذه المسألة.

فإذا ما فصل الشخص بإرادة واعية بشان التصرف في جثته فيجب احترام هذه الإرادة مهما كانت صورتها بخصوص التبرع بأحد أعضائها من عدمه ، شرط أن يكون هذا الرضاء سليما و منتجا لأثره كما هو مقرر في القواعد العامة. كما تقتضي هذه المسألة معرفة الشكليات المتطلبة في هذا التعبير سواء بالموافقة أو بالرفض، وعليه ارتأينا أن نقسم فرعنا هذا إلى قسمين الأول: الرضاء السليم للموصي وفي قسم ثان : شكل التعبير عن الرضا.

أولا: الرضاء السليم للموصي.

لا شك أن القاعدة الأخلاقية التي يرتكز عليها التزام الموصي بإرادته المنفردة تتمثل في التضحية و نكران الذات و الشعور بالمسؤولية حيال الآخرين ومن اجل إسعادهم و لذلك فان هذا التصرف القانوني يعد صحيحا لأنه يحقق رغبته الموصي طالما انه يتوافق و مصلحة المجتمع[2].

والرضاء كما هو معلوم و مقرر في القواعد العامة لا يكون سليما و منتجا لأثاره إلا إذا كان صادرا عن إرادة حرة إي خاليا من العيوب التي تشوهها، ويشترط أن يكون

---

[1] – أحمد عبد الدايم ، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني ، جامعة ربير شومان ستراسبورغ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ص254.

[2] – أحمد القاسمي الحسني ، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر،2001، ص274.

صريحا لا يحتمل إي شك أو تأويل ،م وان يصدر ممن تتوافر لديهم الأهلية اللازمة لإبرام نوع التصرف المطلوب إي بان يكون مكلفا[1].

كما يشترط للقول بصحة الرضاء أن يكون ثابتا و مستمرا حتى لحظة الوفاة لا رجوع فيه، فإذا تعرض الموصي لأي إكراه أو ضغط اثر في إرادته فلا يعتد بالرضاء الصادر منه و يجب أن يكون الموصي كامل الأهلية لإبرام التصرف فان كان قاصر أو ناقص الأهلية و استلزم الحصول على الموافقة من ممثله القانوني أو الفعلي[2].

ثانيا: شكل التعبير عن رضا الموصي.

إذا كان من حق الشخص أن يوصي بجثته أو عضو منها فانه في اغلب الأحيان يصعب التثبت من هذه الوصية على اعتبار أن مسألة البحث في ما إذا أوصى المتوفى بجثته أو لا، خاصة من الطبيب تأخذ وقت كبيرا ومنه لا تحقق الفاعلية و السرعة اللازمة لإجراء الاستئصال بعد الوفاة أخدا بالحسبان أن الأعضاء المراد استئصالها تتلف بسرعة[3].

ولتحقيق لهذه الفاعلية و السرعة لما تقتاضيه طبيعة هذه العمليات فقد اقترح البعض أن تصب هذه الوصية في بطاقة الهوية الشخصية للموصي و ذلك بتخصيص خانة يكتب فيها إذا ما كان الشخص يتبرع أو لا يتبرع بأحد أعضاءه فعند وفاته، و عادة ما يكون الموت مفاجئا ، في حادثة سيرا مثلا يعثر على هذه البطاقة ويمكن حينئذ معرفة الوصية.

لكن البعض الأخر يشير إلى عدم جدوى هذه البطاقة فقد يسبب عدم إيجادها بحيازة المتوفى أو أسرته فهم على انه يرفض التبرع بأعضائه، وهو الأمر الذي يفوت أعمال وصية المتوفى و رغبته بالتبرع في حالة انه وافق على التبرع في البطاقة التي لم يتم العثور عليها.

---

[1] – أحمد القاسمي الحسني ، نفس المرجع ، ص 274 .

[2] – أحمد محمد بدوي ، المرجع السابق ، ص128

[3] – أحمد محمد بدوي ، المرجع السابق ، ص 128 .

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 164 فقرة أولى و ثانية من قانون الصحة و ترقيتها بموجب القانون17/90على انه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة.... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك..."[1].

إن ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع لم يشترط أي شكل من إشكال التعبير عن رضاء المتنازل أثناء حياته للتبرع بأحد أعضائه ، و من ثم فان هذا الرضاء يكون صحيحا و منتجا لأثره مهما كان أسلوبه سواء بالكتابة أو الإشارة أو بأي موقف لا يدع مجال للشك في دلالته على مقصود صاحبه، كما يمكن أن يكون التعبير عن الرضاء ضمنيا بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني و هو ما نصت عليه من القانون المدني الجزائري[2].

وبذلك يكون المشرع الجزائري بتعديله أنص هذه المادة قد بسط وسهل شكل التعبير عن الرضا، إذ كان قبل هذا التعديل يشترط الموافقة الكتابية للمتنازل أثناء حياته و بذلك يكون التشريع الجزائري قد ساير التشريعات الحديثة بأن بسط هذه الإجراءات ، فمن غير المعقول اشتراط الكتابة على جميع المتبرعين إذ يفترض أن فيهم من هو أمي جاهل للكتابة[3] ، كما أن الورقة المكتوبة قد لا يتم العثور عليها ، وان يتصرف فيها أقارب المتوفى بإخفائها، ومن ثم يصبح عدول منهم عن إرادة المتوفى بالتبرع بأحد أعضاءه و بذلك يكون عدم احترام لإرادته أو مساس بحقه الصريح في التصرف في جثته هذا من جهة، ومن جهة أخرى كيف يمكن مطالبة شخص مريض يخضع لتدخل جراحي خطير قد يمدد حياته بان يأذن كتابة باستئصال عضو من جثته بعد و فاته، فمجرد مطالبته بذلك قد يؤدي إلى التأثير على حالته النفسية تأثيرا من شانه أن يعيق في كثير من الأحيان سبيل الشفاء[4].

---

[1] – مروك نصر الدين ، نقل .... ، المرجع السابق ، ص 412 .

[2] – تنص المادة61 من القانون المدني على انه ينتج التعبير عند الارادة.....

[3] – مروك نصر الدين ، نقل .... ، المرجع السابق ، ص 412 .

[4] – مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص412.

الفرع الثاني: رضا الأسرة بعد الموت

تمهيد وتقسيم :

إذا مات الشخص و لم يتعرض حال حياته إلى مسألة اتخاذه موقف سوى بالإيجاب أو رفض استئصال عضو من جثته تاركا المجال مفتوح في هذا الشأن، فان الرأي الغالب من الفقه يقر بانتقال هذا الحق إلى أسرته بإبداء رأيهم في هذه المسألة، و لقد تنازع في هذا الخصوص رأيان أول يستلزم ضرورة الحصول على موافقة أسرة المتوفى صراحة، و رأي ثان يعتبر اتجاها جديدا يكتفي بالرضاء المفترض للأسرة ما لم يثبت اعتراضهم الصريح على استئصال عضو من الجثة ، وبناء على ما تقدم نقسم فرعنا هذا إلى ضرورة الحصول على موافقة الأسرة أولا و ثانيا الرضا المفترض للأسرة.

أولا: ضرورة الحصول على رضاء الأسرة.

غالبا ما يفاجئ الموت الشخص دون أن يحدد أو يتخذ موقف من مسالة تبرع بأحد أعضائه بعد موته، على اعتبار انه يتمتع بصحة جيدة تغنيه عن التفكير في هذا الأمر[1].

ويذهب الرأي الغالب إلى انتقال حق التصرف في الجثة إلى ذوي شان الميتين ومن أهل الشأن ورثة المتوفين فلابد من موافقتهم على تشريح جثة ميتهم لان للورثة حق الدفاع عن حرمته، هذا فيما عدا التشريح الجنائي ن فلا حاجة لرضاء المتوفى قبل موته ولا لأهل الميت لان ذلك التشريح يتعلق به ظهور الحق و تحقق العدالة، فلا تتعلق بموافقة لأجل مصلحة المجتمع و انتظام حياته[2].

---

[1] – مروك نصر الدين ، نقل ..... ، المرجع السابق ، 412 .

[2]– عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى ، دار ابن الحزم، لبنان 1999، ص54.

وكما قلنا فان حق التصرف في الجثة ينتقل إلى أسرة المتوفى، فيقتضي الاستئصال منها ضرورة الحصول على موافقتهم ، و التغاضي عن حق الأسرة هنا ينطوي على مساس بحقها على الجثة، وهو حق من الحقوق الطبيعية تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم و القرابة التي يرثها أفراد الأسرة[1].

ويرى أنصار هذا الاتجاه إن اشتراط موافقة الأسرة ضروري على اعتبار أنهم أهله و الأقدار على تحديد موقف الميت لو طلب منه رأيه قبل موته في تشريح جثته أو اقتطاع عضو منها لزرعه لمريض في حاجة لهذا العضو.

فأفراد الأسرة يخلفون قريبهم المتوفي في المحافظة على كرامة جثته، فالتغاضي عن تلك الموافقة منهم ينطوي على اعتداء صارخ على حقوقهم المعنوية و للاحترام الواجب نحو الأموات، ومن ثم فان ذلك يعتبر اعتداء على حرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام[2].

ولقد حذى المشرع الجزائري حذوا باقي التشريعات في النص على ضرورة هاته الموافقة وهذا بالرجوع الى نص المادة164 فقرة 4 من قانون الصحة و ترقيتها بقوله " اذا لم يعبر المتوفى اثناء حياته لا يجوز الانتزاع الا بعد موافقة احد افراد الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي : الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن و البنت ، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي اذا لم تكن للمتوفى أسرة....."[3].

وبالرجوع الى احكام المادة 303 مكرر 17 الفقرة الثانية من قانون العقوبات و التي جاء فيها " و تطبق نفس العقوبة اذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول"[4].

---

[1] – أحمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق، ص220.

[2] – حسام الدين الاهواني ، المرجع السابق ، ص199.

[3] – حسام الدين الاهواني ، المرجع السابق ، ص 199 .

[4] – حسام الدين الاهواني ، نفس المرجع ، ص 199 .

ثانيا: الرضاء المفترض للأسرة.

وفقا لهذا الاتجاه الجديد فان الرضاء لا يشترط فيه أن يكون صريحا، ذلك انه بهذه الصورة يعيق إلى حد كبير إجراء عمليات النقل و الزرع من الجثة إلى المريض، إذ أن هذه الأخيرة تتطلب السرعة نظرا لطبيعة الأعضاء و حالة المريض الذي في الانتظار، وعلى هذا يرى أصحاب هذا الاتجاه الجديد انه يكفي أن يكون الرضاء مفترضا إذ يحق معه للطبيب استئصال الأعضاء اللازمة ما لم يعترض أقارب المتوفى على ذلك[1]

إن الأصل و فق هذا المفهوم أن أفراد الأسرة موافقون على استئصال عضو من جثة قريبهم ما لم يقدموا اعتراضهم صراحة و بذلك يجوز للطبيب الجراح أن يقدم على استئصال العضو المرغوب من الجثة دون إذن الأسرة[2].

والأسس القانوني لمنح الأطباء الحق في المساس بجثة المتوفى الذي كانوا يعالجونه هو أن من يطلب العلاج بالمستشفى يقبل في الوقت نفسه الخضوع للقواعد المعمول بها فيه، بما في ذلك الرضاء بالتسهيلات المساعدة في الأبحاث العلمية للأطباء كما أن هذا الرضاء المفترض سببه ضرورات التضامن الإنساني و المصالح الإنسانية[3].

الفرع الثالث: التنازع القانوني والطبي في تحديد الموت

تمهيد وتقسيم :

ينظر القانون للوفاة على أساس أنها حدثا لحظي و فجائي يترتب دفعة واحدة، و أهم الآثار المترتبة عليه انتهاء الشخصية القانونية للإنسان.

فالإنسان في نظر القانون إما حي و إما ميت ، لكن تطور الطب الحديث اوجد حالة الغيبوبة العميقة ، مما استوجب البحث عن الجهة التي يوكل إليها تحديد لحظة الوفاة حتى يتمكن الأطباء من إجراء عمليات نقل الأعضاء من الجثة بغرض غرسها

---

[1] – محمد سامي الشوا ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، كلية الحقوق جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1986، ص267.

[2] – محمد سامي الشوا ، نفس المرجع ، ص 267 .

[3] – محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص267

في أجسام المرضى الذين هم بحاجة إليها دون أية مخاطر بشان متابعتهم جنائيا و مدنيا إي قيام مسؤوليتهم[1].

وتظهر أهمية تحديد الجهة التي توكل إليها مسألة تحديد تعريف الموت، بالإضافة إلى أهميتها في مجال زرع الأعضاء متى رأينا أن الموت هو موت خلايا المخ، حيث أن الطبيب يحدد لحظة الوفاة و يخشى بعض الفقهاء أن يكون لبعض الأطباء مصلحة في تأخير أو تقديم لحظة الوفاة مما يؤثر في ترتيب الورثة[2].

ولم يكن التثبيت في ما مضى من تحقق حدوث الوفاة أمرا يثير ثمة صعوبة قانونية أو أخلاقية بل و لم تكن تثير هذه المسألة جدلا كبيرا من الناحية الطبية والفنية.

أما وقد أصبح كل جزء من أجزاء الجسم يشكل في حد ذاته محلا و موضوعا لعلم بل و ربما علوم متعددة من الناحية الطبية، ومع اطراد تطور الوسائل العلاجية التي جعلت من جسم الإنسان مادة أولية لإجراء التجارب الطبية والأبحاث العلمية ناهيك عن استخدام أجزاء الجسم المختلفة كقطع غيار في عمليات نقل و زراعة الأعضاء ، وبالنظر لما أفرزته هذه الممارسات من مشكلات قانونية و أخلاقية ، فقد أدى ذلك إلى احتدام الجدل و الخلاف بين علماء الطب من ناحية و رجال القانون من ناحية أخرى حول تحديد لحظة تحقق الوفاة، فبينما يحاول الفريق الأول التخفيف من معايير وضوابط تحقق الموت و ذلك خدمة للأهداف الطبية و العلمية، يحاول الفريق الثاني الموازنة بين خدمة هذه الأهداف و إضفاء اكبر قدر ممكن من الحماية الجنائية على سلامة الجسم و الحياة[3] .

وعليه يتنازع في تحديد لحظة الوفاة اتجاهان ، واحد قانوني و يتبنى فكرة ضرورة إصدار قانون يحدد من خلاله المقصود بالموت، واتجاه ثاني طبي يرى أن هذه المسألة فنية يجب أن تترك للطبيب وحده لهاذ قسمنا الفرع إلى قسمين ، فالأول يتناول الاتجاه القانوني ، أما الثاني فيتناول الاتجاه الطبي .

---

[1] – حسام الدين الاهواني ، المشاكل القانونية..... ، المرجع السابق، ص180.

[2] – حسام الدين الاهواني ، نفس المرجع ، ص180.

[3] – مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 45.

أولا: الاتجاه القانوني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن إصدار تشريع في كل دولة يعرف الموت أمر مستلزم، ويهدف هذا الاتجاه إلى طمأنة الرأي العام من جهة و الهيئة الطبية من جهة أخرى ، ومن بين المشاكل التي اعترضت عمليات زراعة الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء[1] الخوف إن يقتطع عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب مثلا من جسم إنسان حي قبل موته فتكون بذلك جريمة قتل ، أي أن الطبيب قد يتعجل في الاستئصال مدفوعا في هذه الحالة بصلته الشخصية بالمريض الذي سيزرع فيه العضو أو تحت تأثير الرغبة في تحقيق سبق علمي في مجال زراعة الأعضاء هذا بالنسبة للطبيب، أما بالنسبة للناس عامة و المرضى خاصة، فان ترك هذه المسألة لتقدير الطب دون أن ينظمها القانون سيؤدي حتما إلى خوفهم على أرواحهم عندما تكون بين أيدي الطبيب ، كما انه من حق الطبيب أن يلتفت إلى القانون ليعاونه في هذه المسألة التي تعرضه للمسألة من الناحية الأخلاقية و القانونية، فالطبيب يريد أن يعرف من القانون حدوده و مشروعية أعماله، فالقانون هو الذي يحدد للطبيب المباح و المحظور طبقا لنظرة المجتمع، فالقاعدة القانونية تعبر عن ضمير الجماعة ومن تم يحمي الأطباء ضد نزوات أنفسهم، ويقدم لهم العون و الطمأنينة[2] ، وعليه يجب أن لا تترك هذه المسألة لتنظم بقواعد وآداب مهنة الطب ، لأنها قواعد خاصة ترتبط بالأطباء و حدهم ولا تلقى نفس القبول و الاحترام من طرف عامة الناس.

لذا يفضل أن يتصدى المشرع في هذه الدول و يعرف الموت و يحدد العلامات التي يتعين على الطبيب الاستناد إليها للتأكد من حدوث الوفاة.

ولا يخشى من ذلك أن يتخلف القانون عن التقدم الطبي، و ليس هناك ما يحول بين المشرع و بين ملاحقة موكب التقدم في هذا المجال، و ذلك بسن تشريعات تتماشى مع الاكتشافات الحديثة، فالتشريع وان اتسم بالثبات و الاستقرار فذلك الاستقرار نسبي.

---

[1] – حسام الدين الاهواني ، المرجع السابق ، ص 180.

[2] – حسام الدين الاهواني ، المرجع السابق ، ص181.

والنسبية لا تتعارض مع ملاحقته لركب التقدم في أي مجال وهو ما سارت عيه التشريعات المقارنة على النحو السابق أيضا[1].

ثانيا: الاتجاه الطبي

يرى هذا الاتجاه انه لا يجوز للقانون أن يتدخل في مسألة تحديد الموت لان ذلك من اختصاص الطب.

وان وضع أي تعريف قانوني للموت سيجعل هذا النص قديما و غير دقيق بالنظر للتقدم العلمي الذي قد يحدث في مجال الطب، وبالتالي فان أي تعريف قانوني للموت لابد أن يكون محلا لتعديله بتعديلات متلاحقة حتى يواكب التطور العلمي، وعليه يجب ترك مسألة تحديد الموت للطب على اعتبار أن الموت و الحياة ليس إلا من قبيل الظواهر البيولوجية و التي يرجع في تعريفها إلى رجال العلم و الطب.

فالطبيب يحدد اللحظة الفاصلة بين الحياة و الموت و لا مناص من تكليفه بذلك، ولهذا يرى أصحاب هذا الاتجاه انه لا يجوز أن يصدر تشريع لتعريف الموت و إنما يكتفي بصدور لوائح من الجهات الطبية المعنية ووضع بعض قواعد سلوك للأطباء يجب إتباعها للتأكد من الموت، و هذه القواعد تستهدف توفير الطمأنينة للمرضى و الحماية للأطباء و إزالة أي شك لديهم في استخدام وسيلة طبية معينة للتأكد من الوفاة[2].

و لكن و نظرا لخطورة وجسامة هذه المسألة فان الطب نفسه يناشد القانون في معاونته و هذه المعاونة تكون في صورة وضع بعض القواعد التي يسترشد بها الطبيب في تحديد الوفاة، ولكن الطبيب يحتفظ بحرية التأكد من الوفاة طبقا للأصول العلمية المختلفة[3].

---

[1] – محمود أحمد طه ، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ، مركز الدراسات و البحوث ، الرياض ، السعودية ، 2001، ص27.

[2] – مروك نصر الدين ، نقل ... ، المرجع السابق ، ص 325

[3] – مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص325.

تبين من خلال دراسة موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية مدى خطورتها و ثراءه بالمشاكل القانونية التي لازمته و رغم وحدة العنوان " مدى قانونية نقل وزرع الاعضاء البشرية" الا ان البحث صب في نواح متعددة يربطها خيط واحد ، وهو أن ما يثيره من مشاكل يتعلق بمشكل أساسي وحيد هو المساس بجسم الانسان حيا أو ميتا.

وعلى هذا استلزمت منهجية البحث دراسته تبعا لمصدر العضو المراد زرعه ، و الذي قلنا انه يمكن مصدره انسان حي أو جثة انسان متوفى، فقامت هذه المنهجية على التحليل و المقارنة من المنظورين الشرعي و القانوني دون اغفال التطرق الى موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

هذا و كنا قد لاحظنا ان المشرع الجزائري في قانون الصحة الجزائري رقم05/85 المؤرخ في 16أفريل1985 المعدل و المتمم بالقانون رقم17/90 المؤرخ في 1990/70/31 حيث جاء ضمن نصوصه (المواد من 161الى 168) جملة من الضوابط القانونية تقتضي احتراماتها للقول بصحة عمليات نقل و زرع الأعضاء اجمالا، وفق ما وصل اليه الفقه الجنائي و الطب الحديث حيث يمكن حصرها كمايلي:

أولا: الضوابط العامة:

_ لا يجوز نزع الأعضاء البشرية و لا زرعها الا لأغراض علاجية أو تشخيصية.

_ لا يجوز ان يكون انتزاع الأعضاء البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية.

_ تقرر اللجنة الطبية ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بأجراء العملية.

_ لا ينتزع الأطباء الأعضاء البشرية و الأنسجة و لا يزرعوها الا في المستشفيات التي يرخص بها وزير الصحة.

ثانيا: الضوابط الخاصة بالنقل و الزرع بين الأحياء:

آ- بالنسبة للمتبرع:

_ أن لا تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر.

_ يشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و يتم ذلك بحضور شاهدين على أن تودع هذه الورقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة.

_ لا يجوز للمتبرع ان يعبر عن موافقته الا بعد ان يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة لهذه العملية، وله ان يتراجع عن الموافقة في اي وقت.

_ يمنع انتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع الانتزاع من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها ان تضر بصحة المتبرع.

ب- بالنسبة للمستقبل للعضو:

_ يجب ان يعبر المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و بحضور شاهدين اثنين.

_ اذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه، امكن لأحد أعضاء الأسرة أن يوافق على ذلك كتابة وفق الترتيب المنصوص عليه في المادة02/166 من قانون الصحة و ترقيتها.

_ اذا تعلق الأمر بشخص لا يتمتع بالأهلية القانونية أمكن ان يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي شرع حسب الحالة.

_ لا يمكن التعبير عن الموافقة الا بعد ان يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين سابقا بالأخطار الطبية.

ثالثا : الضوابط الخاصة بالنقل و الزرع من الجثة:

أ- بالنسبة لنقل من الجثة:

_ يستلزم الاثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية حسب المقاييس العلمية المحددة من وزير الصحة.

_ يجب أن يكون قد أذن المتوفى أثناء حياته على القبول بالنقل من الجثة.

_ لا يجوز النقل من الجثة اذا رفض صاحبها حال حياته ذلك، على ان يكون هذا الرفض مكتوبا، أو كان هذا النزع يعيق التشريح الطبي.

_ اذا لم يكن صاحب الجثة قد عبر عن مسألة تبرعه بأحد أعضائه حال حياته فلا يجوز الانتزاع الا بعد الحصول على موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 3/164 من قانون الصحة و ترقيتها.

ب – بالنسبة للمستقبل للعضو:

هي نفس الضوابط المتطلبة بالنسبة للمستقبل للعضو في عملية النقل و الزرع بين الحياء. **ج – بالنسبة للطبيب:**

لا يجوز للطبيب الذي عاين الوفاة و أثبت وفاة المتبرع ان يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع المادة 3/165 كما اشترط المشرع الجزائري منع كشف هوية المتبرع للمستفيد بالعضو و كذا هوية المستفيد لعائلة المتبرع.

ومن خلال دراسة هذا الموضوع و تحليل هذه الضوابط و مراقبة مدى تطبيقها ميدانيا أمكن التوصل الى مجموعة من النتائج و اقتراح مجموعة من التوصيات:

النتائج المتوصل اليها:

_ ان أساس اباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يستمد ركائزه في الشريعة الاسلامية من مقاصدها و قواعدها العامة التي جاءت في الكتاب و السنة.

_ اما الاساس القانوني لإباحة هذه العمليات تنازع فيه رأيان الأول ينسبه الى فكرة الضرورة و الثاني يعزوه الى فكرة المصلحة الاجتماعية ومهما يكن من أمر في ضوء المعطيات السابقة فإننا نخلص الى فكرة الرضاء هي العنصر الواقعي و الفعلي المستلزم تحصيلها من طرفي عملية النقل و الزرع.

_ لم يخصص القانون الجزائري في نصوصه العضو الذي يكون محلا للاستئصال و هذه نقطة ايجابية تسجل للمشرع الجزائري ، وذلك حتى يواكب التطورات العلمية الحاصلة في مجال الطب.

_ تدارك المشرع الجزائري النقد الموجه اليه، بسبب عدم النص على الأحكام الجزائية المترتبة على مخافة الأحكام المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية، حيث نص على هذه الأحكام في قانون العقوبات بموجب التعديل الأخير له بالقانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009.

_ اشترط المشرع الجزائري اجراء العمليات في أماكن خاصة وفق ما جاء في المادة 1/167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، و هذا يثير مشاكل واقعية يفرضها التقدم العلمي، ذلك مستشفيات القطاع الخاص أصبحت تنافس و تفوق من حيث خدماتها المستشفيات العامة بسبب الكفاءات التي فيها و التجهيزات المتطورة التي تملكها.

الاقتراحات:

_ ضرورة افراد قانون خاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية ينظم هذا المسألة مع تضمينه الأحكام الجزائية المترتبة عن مخالفة نصوصه.

ضرورة استفادة الشخص المتبرع بالعضو من تأمين على حياة يضمن له صحته بعد انتزاع العضو منه.

_ السماح للمستشفيات الخاصة و العيادات المتخصصة بإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

_ لا بد أن يسهر على هذه العمليات قطاع العدالة و ذلك باشراك اما رئيس المحكمة او وكيل الجمهورية أو قاضي فيها، حتى لا تنفرد ادارة المستشفى بجميع الصلاحيات هذا من جهة ، وبسط رقابة فعالة لحماية السلامة الجسدية للأشخاص من جهة أخرى.

شكر وعرفان

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والاحترام إلى أستاذتي القديرة : ..... لتشريفها لي بقبول تأطيري في هذا العمل المتواضع .

كما أتقدم بالشكر الوافر أيضا إلى الأساتذة المحترمين من أعضاء لجنة مناقشة هذه المذكرة

إهداء

إلى ينبوع الحنان على مر الأزمان

إلى القلبين اللذين ينبضان حبا وعطفا

إلى اللذين انتظرا بلهفة وشوق ثمرة هذا الجهد

إلى أغلى الناس على قلبي والدي الحبيبين

دلول عبد النور

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول

الفصل الثاني

الخاتمة

قائمة المصادر والمراجع

الفهرس

مقدمة

الفصل الأول : ماهية نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول : مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الأول : تعريف نقل وزرع العضو البشري

المطلب الثاني : تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن غيرها من العمليات البشرية

المبحث الثاني : الموقف الشرعي والقانوني لنقل الأعضاء البشرية

المطلب الأول : الموقف المعارض

المطلب الثاني : الموقف المؤيد

الفصل الثاني : الضوابط القانونية والطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول : الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

المطلب الأول : الضوابط الطبية

المطلب الثاني : الضوابط القانونية

المبحث الثاني : الضوابط القانونية والطبية لنقل الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء

المطلب الأول : الضوابط الطبية

المطلب الثاني : الضوابط القانونية

الخاتم

مقدمة

الفصل الأول: ماهية نقل وزرع الأعضاء البشرية .....

المبحث الأول : مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية .....

المطلب الأول: تعريف نقل وزرع العضو البشري.....

الفرع الأول: التعريف اللغوي والطبي للعضو البشري

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني للعضو البشري

المطلب الثاني: تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن غيرها من العمليات البشرية

الفرع الأول: تمييزها عن التلقيح الاصطناعي

الفرع الثاني: تمييزها عن الاستنساخ

المبحث الثاني: الموقف الشرعي والقانوني لنقل الأعضاء البشرية

المطلب الأول: الموقف المعارض

الفرع الأول : الموقف الشرعي لنقل وزرع الاعضاء البشرية

الفرع الثاني: الموقف القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: الموقف المؤيد

الفرع الأول: الموقف الشرعي لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثاني: الموقف القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني: الضوابط القانونية والطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول : الضوابط القانونية والطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

المطلب الأول:

الفرع الأول:

الفرع الثاني:

المطلب الثاني:

الفرع الأول:

الفرع الثاني:

المبحث الثاني: الضوابط القانونية والطبية لنقل الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء

المطلب الأول: تحديد لحظة الوفاة

الفرع الأول: من حيث المعيار التقليدي

الفرع الثاني: من حيث المعيار الحديث

المطلب الثاني: الضوابط القانونية

الفرع الأول:

الفرع الثاني:

الخاتمة