جامعة غرداية
كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

المسؤولية المدنية من تبعات زراعة الأعضاء الجامدة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق
تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:
إلهام مصباح
فاطمة الزهرة سعداوي

إشراف:
د. عبد المجيد خطوي

السنة الجامعية : 1439هـ/1440هـ - 2018م/2019م

جامعة غرداية
كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

المسؤولية المدنية من تبعات زراعة الأعضاء الجامدة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق
تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:
إلهام مصباح
فاطمة الزهرة سعداوي

إشراف:
د. عبد المجيد خطوي

السنة الجامعية : 1439هـ/1440هـ - 2018م/2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر

الحمد لله رب العالمين شكر يليق بسلطانه وعظيم جلاله وبقدر نعمه علينا التي لا تعد ولا تحصى

نوجه بالشكر الجزيل إلى الدكتور الفاضل" عبد المجيد خطوي "

على النصائح والإرشادات التي قدمتها لنا من اجل مواصلة البحث والدراسة وانجاز هذا العمل وعلى طول صبره معنا

نشكر أعضاء اللجنة المشرفة على قبولهم مناقشة مذكرتنا

كما أشكر جميع أساتذتي الذين درسوني في جميع الأطوار التعليمية

وشكر خاص إلى الطاقم الإداري لجامعة غرداية خاصة المكلفة بالمكتبة

نشكر جميع موظفي وعمال جامعة غرداية

وكافة من قدم يد المساعدة من قريب أو من بعيد لإنجاز هذه المذكرة.

فاطمة الزهرة سعداوي

إلهام مصباح

الاهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى أمي الغالية التي فنت عمرها وحياتها لأجلنا
برا وإحسانا من أجلي.
إلى والدي الحبيب والى أخواتي وأخواتي، عائلتي الكريمة صغيرا وكبيرا والى
أصدقائي وصديقاتي اللذين أحبوني في الله وأحببتهم في الله
ودون استثناء
إلى زميلتي في هذا العمل الهام
إلى كل زملائي وزميلاتي في الدراسة والعمل
وإلى جميع موظفي وعمال بلدية تبسبست (تقرت)
أهـذي هـذا العمـل.

فاطمة الزهرة سعداوي

الاهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى أمي الغالية التي فنت عمرها وحياتها لأجلنا
برا وإحسانا من أجلي.
إلى أبي العزيز وإخوتي وإلى عائلتي الكريمة كبيرا وصغيرا
إلى زملائي في العمل والدراسة خاصة فاطمة الزهرة سعداوي
إلى جميع الأساتذة في جميع الاطوار الدراسية
أهـذي هـذا العمـل.

إلهام مصباح

قائمة المختصرات:

ف ..... فقرة

ص ..... صفحة

ط ..... طبعة

ج ..... جزء

ج ..... جريدة رسمية

ب س ن .....بدون سنة نشر

ب ب ن .....بدون بلد نشر

ب ت ن .....بدون تاريخ نشر

ق ح ص ..... قانون حماية الصحة وترقيتها

ق م ج ..... قانون مدني جزائري

ق ع ج ..... قانون عقوبات جزائري

ت م ف ..... تشريع مدني فرنسي

ملخص:

تعتبر عمليات زرع الأعضاء الجامدة من أهم العمليات الجراحية التي يشهدها الوقت الراهن، والتي ساهمت في التقدم العلمي وخاصة من الجانب الإنساني والاجتماعي، حيث تتمثل في استبدال العضو التالف للمريض بالعضو السليم من إنسان آخر حيا كان أو ميتا، وقد أثارت هذه العمليات جدل وخلاف بين علماء الشريعة الإسلامية والقانون لكونها تتصل بالأحياء والأموات، وأنها لا تخلو من المخاطر على حياة الإنسان، وكذا المصالح المتعارضة بين أطرافها، والمتمثلة في إنقاذ المريض من جهة والحفاظ على صحة المتبرع وعدم الإضرار به من جهة أخرى، بحيث تتطلب هذه العمليات، جملة من الشروط سواء تمت تلك بين الأحياء، وتلك التي تتم من الأموات إلى الأحياء، وهي أقل ضرر مقارنة مع العمليات التي تتم بين الأحياء، و يترتب التقصير في إجراء مثل هذه العمليات آثارا متمثلة في المسؤولية المدنية تقع على عاتق الأطباء أو الجراحين وذلك بسبب إهمالهم والإخلال بأحد التزاماتهم اتجاه المرضى سواء كان المتبرع أو المتلقي للعضو.

الكلمات المفتاحية: المتبرع، المتلقي، الطبيب، زرع الأعضاء الجامدة، الأحياء، الأموات، المسؤولية المدنية، الخطأ.

Abstract:

The operation of frozen organ transplantation is one of the most important chirurgical act known in the current time, which has contributed in the sciences advance in particular the human and social aspect , in consisted of substitute of harmful organ to the patient with intact organ of human being either dead or alive, in the other hand this operation has created some of controversy and disagreement between Islamic and law Scientists as it is related to death and alive persons , and it is very risky on human being's life , and conflict interest that may arise about saving the patient life from one side and the keeping donator on good health and to cause him any harm from the other side . so this operation requires to be executed under some condition either between survivors or from death person and the last is less risky regarding that made between alive persons, and a large civil liability to be borne by the doctors and surgeons in case of failure or negligence either toward the donor or receiver

Keys words: donor - receiver - doctor - frozen organ transplantation - alive – death – civil liability – malpractice.

مقدمة

مقدمة:

لقد شهدت السنوات الأخيرة وخاصة القرن العشرين تطور كبير في مجال عمليات زرع الأعضاء البشرية وخاصة الكبد والكلى والرئتين، وذلك بسبب الأمراض التي يعاني منها الانسان منها القصور الكلوي الذي يعتبر من الأمراض المزمنة والمستعصية التي لم يجد الطب علاج لها إلى غاية ظهور هذا النوع من العمليات، وبتطور الطب الحديث أصبحت هذه العمليات منتشرة وموجودة على مستوى المراكز المتخصصة في هذا المجال ، ومع هذا التقدم المتسارع تتبين أهمية الموضوع بوضع قوانين لتنظيم هذه العمليات وذلك بوضع قوانين وشروط لممارستها[1] .

ومع انتشار لمثل هذه العمليات ظهرت وسائل فنية حديثة تخطى بها العلماء والجراحون حدود الأعمال الطبية التقليدية ليدخلوا في معالجة الأمراض المستعصية والتي ظلت إلى وقت قريب قاتلة، وبذلك أنقذ آلاف المرضى من الموت الذي يهددهم[2] ، حيث أن العلاج الحديث أحسن وأنجع وذلك بظهور زراعة الأعضاء البشرية الجامدة ، مثل الكبد والكلى والرئتين التي تعد من أكثر العمليات التي لاقت قدر كبير من الأهمية والخطورة في نفس الوقت ، ومن ثم فتحت المجال أمام فقهاء القانون والشريعة الإسلامية للبحث في أساس مشروعيتها والشروط الواجب توفرها لممارسة لمثل هذه العمليات الدقيقة من الناحية الشرعية والناحية القانونية حيث نجد من أيد مثل هذه العمليات ومن عارضها مستندين في ذلك إلى حجج وبراهين مختلفة .

وتشمل عمليات زرع الأعضاء الجامدة من الأحياء إلى الأحياء ومن الأموات إلى الأحياء، وباعتبار أن الأطباء والجراحين هم الوحيدون المخولون قانونا لإجراء مثل هذه العمليات فهم في حاجة ماسة لمعرفة مدى شرعية هذه العمليات حتى لا تترتب عليهم مسؤولية مدنية التي تترتب عليهم تبعات من جراء تقصيرهم أو مخالفتهم للقانون الذي ينظم هذه العمليات وهذا ما نجده في جل التشريعات العربية أو الغربية،

إن عملية زرع الأعضاء البشرية متكونة من أطراف، وهذه الأطراف هي الجزء الأساسي في هذه العملية والمتكونة من المتبرع والمستقبل والقائم على العملية والمؤسسة التي جرى فيها هذا النوع من العمليات وهي استئصال وزرع أعضاء داخل الجسم، حيث أن كل واحد منهم معرض لخطر محدق، ولهذا أوجب القانون المدني في حالة الحاق الضرر بأحد أطراف العملية مسؤولية مدنية والمتمثلة في دعوى التعويض والتأمين الذي يقدره القاضي للحفاظ على حقوقهم المدنية.

---

1 – نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الكتاب الاول، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص ص 27 -28.

2 – وافية ربعي، نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية، ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2013 /2014،ص 01.

تتجلى أهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون في عدة مظاهر أهمها:

– محاولة القضاء على الامراض المزمنة المستعصية والخطيرة مثل القصور الكلوي بإيجاد حل وهو زرع الاعضاء

– معرفة عمليات زراعة الأعضاء الجامدة والضوابط القانونية والشرعية وشروط إباحتها.

– تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المواضيع ذات الأهمية البالغة لكونها تنقذ أرواح البشر وتعتبر حل للأزمة وهذا ما نراه من خلال الإحصائيات في هذا المجال من التقدم الطبي.

– التكاليف الباهظة لمثل هذه العمليات التي ترهق خزينة الدولة من مصاريف علاج بالخارج[1].

– معرفة القوانين المقارنة والشريعة الإسلامية وما مفهوم الفقهاء والقوانين الصادرة في هذا المجال والشروط الواجب توفرها لمثل هذه العمليات.

– وتظهر أيضا أهمية هذه العمليات في الدراسات المقارنة بين التشريعات الأجنبية المختلفة التي أجازت هذه العمليات، وكذا الفتاوى المختلفة في شأنها، وذلك بهدف تأصيل الفروق بينها ومحاولة إيجاد أفضل الحلول للعديد من المشاكل التي طرحتها.

– التقدم العلمي والفني في المجال الطبي والجراحي في الجزائر، والذي ساعد على ظهور نصوص نقل وزرع الأعضاء ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وذلك بالاستعمال المتزايد للتكنولوجيا التي يستلزمها تنظيم مختلف الأوضاع الممكنة، سواء تعلق الأمر بالتجارب العلاجية أو الإنعاش الصناعي، وسعيا وراء إحاطة العمل الطبي بشرط الأمن والفاعلية، لأنه لا يمكن بدونها تطور الطب مع ضرورة توفير ضمانات قصوى للإنسان والمجتمع في حدود احترام التقاليد الاجتماعية والثقافية.

– كون هذا الموضوع يعالج قضايا اجتماعية وإنسانية بسبب العلاقات الإنسانية التي يخلقها من جراء استئصال وزرع الأعضاء وهذا راجع لمبدأ التراحم الإنساني بين الناس[2].

– تنوير الأطباء والجراحين لمشروعية الأعضاء وإباحتها وعلى من يمكن اجراء مثل هذه العمليات حتى لا تترتب عليهم مسؤولية مدنية[3].

يرجع سبب اختيارنا لموضوع البحث والمتمثل في المسؤولية المدنية من نقل وزرع الأعضاء الجامدة إلى عدة أسباب وأهمها ما يلي:

الأسباب الذاتية:

---

1 – وافية ربعي، المرجع السابق، ص 03.

2 – نفس المرجع . ص 02 .

3 – المرجع نفسه .

– الرغبة الشخصية لدراسة هذا الموضوع والخوض في تفاصيله الدقيقة، ومحاولة إيضاحه وإبراز حقيقته، والتعمق أكثر في معرفة موضوع نقل وزرع الأعضاء الجامدة والمسؤولية المدنية من تبعاتها، وكيفية تنظيمها من طرف بعض القوانين الوضعية والمشرع الجزائري وحكم الشريعة الإسلامية فيها وخاصة بين الأحياء وبين الأموات والأحياء وأسباب إباحتها.

– ميولنا للمواضيع العلمية التي يثار فيها التساؤل والبحث.

– الرغبة في معرفة القوانين المتعلقة بهذا الموضوع لتجنب تفاديها في المستقبل.

الأسباب الموضوعية:

– الاضرار الجسيمة التي تقع على عاتق المتبرع أو المستقبل في نقل واستئصال الأعضاء البشرية الجامدة دون أن تنتج أي أثار للمسؤولية المدنية اتجاه الفاعلين.

– تنوير الأشخاص العاديين بالقوانين التي تنظم ما هو مباح ومحظور، وحثهم وتشجيعهم على التبرع بأعضائهم لإنقاذ غيره من الموت، وبسبب عطب أو تلف عضو من أعضائه أو الايصاء بها بعد وفاته.

– عدم تحمل بعض الأطباء والجراحين المسؤولية المدنية من تبعات زراعة الأعضاء وخاصة الفقراء منهم.

– تحول عمليات نقل الأعضاء وزراعتها من تبرع وعمل إنساني لمساعدة المرضى إلى تجارة غير قانونية لها بواعثها وأصولها وممارستها.

– أهمية موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كونها متصلة بالأحياء والأموات.

ومن خلال دراستنا لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون إلى ما يلي:

– تسليط الضوء على الممارسات الطبية التي استحدثتها الثورة العلمية، والمتمثلة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والإشارة إلى المشكلات التي أثارتها، وما يترتب عنها من مساس بحرمة وكرامة الإنسان،

– نظهر موقف القانون من هذه العمليات هل يبيحها أم يحرمها، وموقف الدين من هذه العمليات المستحدثة وكيف نظر إليها وتعامل معها فقهاء الشريعة الإسلامية.

– نبين مدى فعالية القوانين المدنية في تكريس الحماية للأعضاء، وإظهار مدى حاجة المجتمعات إلى نصوص قانونية جديدة أكثر فعالية،

– نبين شروط وضوابط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى.

ومن بين أبرز المراجع والدراسات التي أشارت إلى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون والتي وقعت بين يدي ما يلي:

– مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، دراسة مقارنة،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2007/2006 حيث تطرقت الباحث إلى مفهوم المسؤولية للطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية ،

– عراش كهينة، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والمقارن، مذكرة الماستر في القانون الخاص و العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر ،2017/2016 حيث تطرقت الباحثة إلى النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية وتطرقت للشروط القانونية،

– وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2012/2011، حيث تطرقت الباحثة الى كيفية اثبات الخطأ من طرف الطبيب والمؤسسات العامة والخاصة أمام القاضي المدني.

وأثناء إعدادنا لهذه الدراسة واجهتنا العديد من الصعوبات أذكر منها:

– قلة الوقت المتاح لنا للبحث في هذا الموضوع.

– قلة المراجع التي تتناول هذا موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة، والتي تحدد الموضوع بدقة محددة.

– صعوبة ضبط الخطة وتقسيمها تقسيما متوازنا بسبب ترابط عناصر هذا الموضوع وتداخلها.

– عدم توافر العناصر اللازمة والمعلومات الكافية بالنسبة لبعض عناصر البحث.

– بعد المسافة لذي كان يشكل عرقلة في استكمال هذا البحث.

أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وخاصة الجامدة العديد من المشاكل، وكانت موضع جدل في كل من المجال القانوني والجانب الشرعي، لما فيها من مساس بسلامة جسم الإنسان، ولما فيها من مخاطرة أثناء القيام بها، سواء تمت تلك العمليات بين الأحياء، والتي تستلزم وجود شخص سليم يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لصالح شخص مريض، ومصاب في أحد أعضائه إصابة خطيرة قد تودي بحياته، ولا تجدي معه وسائل العلاج والجراحة التقليدية، ولا سبيل لإنقاذ حياته إلا عن طريق استبدال العضو التالف بالعضو السليم، مع أن المتبرع ليست له أي مصلحة علاجية في ذلك، أو أن تتم عمليات نقل الأعضاء البشرية من شخص ميت، وهي الأقل ضررا لأن استئصال الأعضاء فيها يتم من الجثة .

فما هو الإطار المفاهيمي لعمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة، وما أساس مشروعيتها والشروط الواجب توفرها و ماهي أثار المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي وكذا المنهج المقارن لتوضيح وجهات نظر مختلفة باعتبار موضوع المسؤولية المدنية لنقل وزرع الأعضاء الجامدة موضوعا هاما، وذو جوانب متعددة، فاعتمدنا المنهج

الوصفي لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة من أجل المساعدة على فهم الموضوع وتحديده وحصره وتبان آثاره القانونية وعلى تقع المسؤولية المدنية في حالة الاخلال بالالتزامات الطبية، كما اعتمدنا المنهج التحليلي في تحليل موقف القوانين من عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة باعتبار أن هناك أعضاء مختلفة كالمنفردة والمزدوجة، وكذا تحليل جملة من النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، للوقوف على أوجه قصور وفعالية هذه النصوص في تحقيق الحماية المطلوبة ،وكذا المنهج المقارن لمعرفة الأساس القانوني والشرعي لبعض التشريعات العربية أو الغربية في مجال شروط وضوابط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة لأنها تختلف من تشريع إلى تشريع .

ولمعالجة هذه الإشكالية قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول إلى مفهوم الأعضاء الجامدة والأساس القانوني الذي تقوم عليه من الناحية الشرعية والقانونية لها ، إذ تطرقنا من خلاله إلى ماهية هذه العمليات في المبحث الأول، والذي حجزت فيه المطلب الأول وتناولنا مفهوم الأعضاء الجامدة وأنواعها ، ثم انتقلنا لدراسة شروط زرعها، كما أننا تعرضنا لضوابط عمليات زرع الأعضاء الجامدة في المبحث الثاني، في حين أننا أفردنا الفصل الثاني إلى المسؤولية المدنية لزراعة الأعضاء الجامدة، حيث خصصنا تحديد طبيعة المسؤولية المدنية مع تبيان أركانها في المبحث الأول ومن ثم الآثار المترتبة عنها في المبحث الثاني .

الفصل الأول

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعمليات زرع الأعضاء الجامدة

تعتبر الأعمال الطبية من الصناعات الرائدة في الكثير الدول العربية والأجنبية ، وتشهد تطورا كبيرا من حيث الجراحة وعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية الجامدة والتي تعتبر على رأس هذه العمليات التي تكون من جسد إنسان حي إلى جسد إنسان حي ومن جسد إنسان ميت إلى جسد إنسان حي، وخاصة في الآونة الأخيرة نشهد ارتفاع كبير وتزايد في إجراء العمليات الجراحية وذلك بسبب زيادة الأمراض على مستوى بعض الأعضاء كالكلى والكبد والبنكرياس ، وفي مثل هذه الحالات يتطلب الأمر وجود أشخاص متبرعين لأحد الأعضاء أشخاص آخرين يحتاجون إلى الأعضاء المتبرع بها لأنقاض حياتهم ، وبناء على ما سبق ونظرا لأهمية الموضوع ارتأينا أن نبين في هذا الفصل مفهوم الأعضاء الجامدة والأساس القانوني الذي تقوم عليه من الناحية الشرعية والقانونية لها ، وسنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين تم تقسيما كالتالي: في المبحث الأول تناولنا مفهوم الأعضاء الجامدة وأنواعها وبدورها قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول تعريف الأعضاء والثاني إلى الأنواع الأعضاء الجامدة ،أما المبحث الثاني فيتكلم حول ضوابط عمليات زرع الأعضاء الجامدة وبدوره قسمنها إلى مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول أساس عمليات زرع الأعضاء الجامدة والمبحث الثاني تناول شروط عمليات زرع الأعضاء .

المبحث الأول: مفهوم الأعضاء الجامدة وأنواعها

إن مفهوم الأعضاء البشرية الجامدة ليس لها مفهوم واحد متفق عليه حيث نجد أن جسم الإنسان يتكون من مجموعة من الأنسجة والخلايا مترابطة تكون الجسم، والأعضاء التي وضعها الله في أحسن صورة، ونظرا لاختلاف الأعضاء البشرية الجامدة عن غيرها من الأعضاء في التكوين والوظائف، و منه يجب تعريف هذه الأعضاء في مختلف الصيغ القانونية والشرعية وتعريف العمليات التي تقام عليها أنواعها، عليه ارتأينا في هذا المبحث أن نقسمه إلى مطلبين، نتكلم في المطلب الأول على تعريف زراعة الأعضاء والمطلب الثاني أنواع الأعضاء الجامدة .

المطلب الأول: تعريف زرع الأعضاء الجامدة

يقصد بزرع الأعضاء أو كما يسميه البعض غرس الأعضاء هو: «نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو من الخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير» .

ويعرفها مركز أخلاقيات العلوم الحيوية بأنها: « عملية جراحية يتم من خلالها استبدال الأعضاء التالفة والتي لم تعد تعمل بكفاءتها المعتادة في جسم الإنسان بأعضاء أخرى غيرها، وذلك خلال الفترة المسموح بها لأن تلك الأعضاء لا يمكن حفظها إلا مالا نهاية .

ويقصد كذلك بزرع الأعضاء هي: استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم، وقد يكون مصدر العضو المنقول الشخص ذاته كاستئصال شرياني من الأرجل لاستبداله بشريان تالف من القلب أو يكون الاستبدال من شخص آخر» [1].

وقد عرفت المادة الثانية من البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق الإنسان وكرامته والطب الحيوي بهذا الشأن : إن نقل العضو « هو نزع الخلايا أو الأنسجة من شخص ونقلها لآخر أو زرعها فيه »[2].

وقد عرفها المشرع الأردني في المادة 02 من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 33 الصادر في سنة 1997 بأنها « نقل العضو، نزعه أو إزالته من جسم حي أو ميت حسب مقتضى الحال وتصنيعه أو غرسه في جسم حي آخر ، كما عرف العضو في المادة نفسها أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه » [3].

وللعضو البشري عدة تعاريف مختلفة وبصيغ مختلفة لغوي وطبي وشرعي وفقهي وقانوني وهي سنتناولها بالتفصيل.

---

1 –خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012 ص36.

2 –لمرجع نفسه ص 37.

3 – مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسات **علوم الشريعة والقانون**، العدد 02، المجلة رقم 41 ،2014، ص 1424.

الفرع الأول: تعريف العضو البشري اللغوي والطبي وفي الشريعة الإسلامية

نظرا لأن العضو البشري له عدة تعريف مختلفة، ارتأينا أن نتناوله من الناحية اللغوية ومن الناحية الطبية وفي الشريعة الإسلامية:

البند الأول: التعريف اللغوي للعضو البشري

يعرف العضو بضم العين :« كل عظم وافر بلحمه »[1] ، وهو كذلك« جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف »[2] ، «يقال عضيت الشاة تعضية إذا جزأتها أعضاء وقد يطلق «عضو على الأطراف »[3] .

البند الثاني: التعريف الطبي للعضو البشري

لقد عرف الطب العضو بأنه:« عبارة عن مجموعة من الأنسجة التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة » . وتعرف الأنسجة بأنها «مجموعة من الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة » .[4]

البند الثالث: التعريف العضو البشري في الشريعة الإسلامية

هناك عدة تعاريف للعضو البشري في الشريعة الإسلامية ونذكر من بينها مايلي :

- «هو كل عضو إذا نزع لم ينبت » و هو « أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كاليد والعين والكلية ونحو ذلك أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر ، وسواء منها الجامد كما ذكر والسائل كالدم واللبن ، وسواء كان ذلك متصلا به أو منفصلا عنه »[5].
- وهو« أي جزء من الإنسان من الأنسجة خلايا ودماء ونحوها كالقرنية للعين سواء كان متصلا أو منفصلا عنه»[6].

كما ورد في الأحاديث الشريفة مصطلح العضو فقد روي عن رسول الله صل الله عليه وسلم أنه قال: « المؤمنون كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالحمى والسهر »[7].

---

1 – جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد 15، دار بيروت ، 1956 ،ص 68 .

2 – عبد الله البستاني، معجم الوسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 213.

3 – فاطمة قفاف، زراعة الأعضاء البشرية بين التحريم والإباحة، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2013، ص 05.

4 – المرجع نفسه، ص 06.

5 – فوزية هامل ،الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 01/09 ، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علم الإجرام والعقاب ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ،جامعة الحاج لخضر ، باتنة،x 2012/2011 ،ص 31.

6 – المرجع نفسه.

7 – المرجع نفسه.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني للعضو البشري

بعدما رأينا التعريف اللغوي والطبي وفي الشريعة الإسلامية، سنتناول التعريف من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية على النحو التالي:

البند الأول: التعريف الفقهي للعضو البشري

اختلفت الآراء الفقهية في تعريف العضو البشري، فلقد عرفه البعض على أنه :« مجموعة الأجزاء من الجسم التي تقوم بوظيفة معينة في جسم الإنسان مثل التنفس أو النطق »[1].

واتجاه آخر ذهب إلى تعريف العضو على أنه:« ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى ». ولقد عرف أيضا على أنه:« أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضو مستقل كالكلى أو جزء من العضو كالقرنية أو الأنسجة »[2].

ومع تقدم العلوم والمكتشفات الطبية البيولوجية الحديثة يمكن القول بأن العضو ليس مقتصرا فقط على القلب والكلى والرئة والكبد والأعضاء التناسلية، وإنما يشمل أيضا الدم والمني وقرنية العين وأجزاء العضو مثل الجينات والهرمونات[3].

البند الثاني: التعريف القانوني للعضو البشري

لقد تناولت بعض التشريعات تعريف العضو البشري ومن بينها نجد :

التشريع الفرنسي: لم يعرف المشرع الفرنسي تنظيم موضوع نقل وزرع، الأعضاء إلا حديثا، فالوضع في فرنسا تغير بعد نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصورة جعلت المشرع يتدخل لتنظيم هذه العمليات بعدما كان مقتصرا على العمليات متعلقة بالدم وقرنية العين، و فعلا صدر القانون رقم 1181 لسنة 1976 في 22 ديسمبر 1976 و المسمى قانون CAILLAVET نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية لأغراض علاجية، ولقد اعترف به القانون وأباحه طالما كان ذلك في صالح المريض.

وقد نصت المادة 01 من هذا القانون على أنه" في سبيل إجراء عمليات زرع ذات هدف علاجي يمكن إجراء استقطاع عضو لإنسان بالغ متمتع بكامل قواه العقلية، و ذلك بعد موافقته الحرة والصريحة، أما إذا كان الواهب ناقص الأهلية فلا يجوز أن تتم عملية الاستقطاع إلا إذا كان المنقول منه شقيق أو شقيقة المتلقي"على أن التنازل

1 – محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الاسلامية من نقل الاعضاء بين البشر ، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2004، ص 11 .

2 – المرجع نفسه.

3 – خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 27 .

عن الأعضاء يكون على أساس التبرع وليست للمعاملات المالية »[1]. ما نص عليه المادة 03 من نفس القانون.

أما المشرع الإنجليزي : فعرف العضو البشري في المادة 07 ف 02 من قانون تنظيم نقل وزرع الأعضاء في سنة 1989 :« كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبدالها بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل ».

أما المشرع المصري لم يعطي تعريف محدد للعضو البشري بل اعتبر العضو هو كل عضو قابل للنقل دون تمييز بين المنتجات الأخرى فعرفت المادة 01 ف 01 من اللائحة التنفيذية لقانون التنظيم زرع الأعضاء البشرية العضو بأنه : «العضو القابل للنقل مثل: الكبد، الكلى، القلب ، البنكرياس، الأمعاء الدقيقة، الرئة ،كما يقصد بالأنسجة ، الجلد، صمامات القلب، الاوعية الدموية، والعظام وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية » [2].

أما المشرع المغربي رقم 16 لسنة 1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بتعريف العضو البشري على أنه « أن الأنسجة وكل جزء من أجزاء الجسم أعضاء سواء كانت من الأعضاء المتجددة أو الغير المتجددة واستثنى منه الأعضاء المتصلة بالتوالد »[3].

أما قانون الانتفاع الأردني رقم 23 المؤرخ في سنة 1977 في المادة 02 قد عرف عضو جسم الإنسان على أنه : « أي عضو من أعضاء الجسم الإنسان أو جزء منه » [4] .

أما المشرع الجزائري فقد نص على زراعة الأعضاء البشرية من خلال القانون رقم 05/85 [5] من خلال المواد من 161 إلى غاية 167 الخاصة بزراعة الأعضاء البشرية [6]،حيث أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف محدد ودقيق للأعضاء البشرية الجامدة لا في قانون حماية الصحة ولا في مدونة اخلاقيات الطب رقم 276/92[1] ، بل حدد طبيعة

---

1 – ندى ركبي، المسؤولية الجزائية في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف– المسيلة، 2017/2016 ،ص ص 19–20 .

2– العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2017/2016، ص 109.

2– فوزية هامل، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

4 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 29.

5– قانون رقم 85–05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر ، العدد رقم 08.

6– فاطمة قفاف، المرجع السابق، ص 08.

الزرع والعمليات الواردة عليها حيث ترك المسالة للاجتهادات القضائية والفقهية.

المطلب الثاني: أنواع الأعضاء الجامدة

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تحدد أصنافها، بحسب طبيعة مصدر العضو والغرض الذي ترمي إليه، عملية نقل العضو والتكوين المادي للعضو المنقول، وذلك على الوجه الآتي:

– تتعدد عمليات نقل الأعضاء من حيث الغرض الذي ترمي إليه : منها ما هو علاجي : كنقل كلية إلى شخص مصاب بفشل كلوي،أو استبدال قلب سليم بآخر معتل[2]، ومنها من حيث التكوين التشريحي للعضو المنقول ،فهناك كعضو بسيط الجزء عظمي، وهناك أعضاء مركبة مثل كبد أو كلية أو قلب ،فإن العضو المركب يحتوي في ذاته على خليط من أنسجة متباينة سواء تمثلت في أوعية دموية أو باللمفاويات أو أعصاب وعادة ما يتهدد بظاهرة الرفض، [3] وتقسم الأعضاء البشرية الجامدة إلى نوعين : أعضاء فردية وأعضاء زوجية .

الفرع الأول: الأعضاء الفردية

الأعضاء الفردية بجسم الإنسان هي الأعضاء التي لا يوجد لها بديل في جسم الإنسان ليقوم بوظيفتها أو بعملها ويؤدي بترها إلى وفاة صاحبها وتتمثل في : القلب ،الكبد، الأمعاء ، البنكرياس، فهذه الأعضاء يحرم على الإنسان إعطائها أو أخذها من غيره من الناس بأي وسيلة من الوسائل أو طرق النقل المتاحة ، سواء كان ذلك عن طرق البيع أو عن طريق التبرع ، كما يحرم على الإنسان يحرم على الطبيب نفس الشيء حتى المساهمة في نقلها أو زرعها والسبب يرجع إلى أن الزرع أو النقل يؤدي إلى موت الشخص المنقول وهذه تعتبر من مباديء الشريعة الإسلامية التي تحرم إيقاع الضرر بالآخرين أو إيقاع الضرر بنفسه .لقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾[4] وقوله تعالى : ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [5].

كذلك عن عمر بن يحي المازني عن أبيه أن رسول الله صل الله عليه وسلم أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار» وهذا يعني

1– قانون رقم 92-276 المؤرخ في05 محرم عام 1413هـ الموافق لـ 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر، عدد 52.

2 – علياء طه محمود، مسؤولية الطبيب الجنائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة النهرين، 2014/2013، ص 15.

3 – المرجع نفسه، ص17.

4 – سورة النساء [الآية 29].

5 – سورة البقرة [الآية 195].

أنه لا يجوز إنقاض مريض على حساب مريض آخر وإلحاق الضرر به مهما كان السبب [1].

الفرع الثاني: الأعضاء الزوجية

الأعضاء الزوجية هي الأعضاء غير الفردية التي يوجد لها بديل في جسم الإنسان يقوم بوظيفتها حيث لا يؤدي بترها إلى ضرر محقق أو الوفاة في أغلب الأحيان، وهذه الأعضاء تتمثل في: الكليتين والرئتين ...إلخ، لأن هذه الأعضاء قابلة للتجدد ويكون نقل هذه الأعضاء م الحي إلى الحي عن طريق التبرع وفق ضوابط وشروط ومنها حالة الضرورة أو الحاجة الشرعية التي يكون فيها الزرع هو الوسيلة الوحيدة المتعينة للعلاج، ويكون ذلك بموافقة الأطباء وموافقة المنقول مع كونه بالغا وعاقلا مختارا ، كذلك لا يؤدي هذا النقل أو الزرع إلى ضرر محقق بالمنقول منه سواء كان الضرر كليا أو جزئيا في الحال أو في المآل بما يقرر الطبيب المختص في مثل هذه الأحوال. [2]

الفرع الثالث: تمييز الأعضاء الجامدة عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى

تختلف الأعضاء الجامدة عن غيرها من الأعضاء الأخرى كالسوائل والأعضاء الاصطناعية من عدة نواحي والتي سنوضحها على النحو الآتي:

البند الاول: الأعضاء الصناعية

تعتبر الأعضاء الصناعية من المستلزمات الطبية التي يستعملها لغرض تشخيص مرض أو مراقبته أو معالجته أو التخفيف عنه أو تعويض جرح أو إعاقة في حالة ما إذا فقد الانسان أحد أعضائه التي تؤدي وظيفتها فلا سبيل لتعويضها إلا باستعمال الأعضاء الصناعية وهذا ما نصت عليه المادة 173 من قانون ح ص المعدلة بالقانون رقم 13/08[3] ، كما تعرف على انها "كل إخلال عضو او جزء من عضو طبيعي تالف بعضو أخر مصنوع من المعدن أو البلاستيك ليؤدي وظيفته سواء من الناحية العضوية كالأسنان والمفاصل الصناعية أو الجمالية كالعيون الزجاجية والشعر المستعار"، ومن خلال ذلك ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار الأعضاء الصناعية ليست من أعضاء الجسم وبالتالي لا تتوفر على الخصائص المكون لجسم الانسان البشري الطبيعي فيها . [4]

1 – كمال لدرع ، الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد 02، المجلد 01، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012،ص 270.

2 – المرجع نفسه.

3– قانون رقم 13–08 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل20 يوليو سنة2008، يعدل ويتمم القانون رقم 85/05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،ج ر العدد 44 .

4– العلجلة مواسي ، المرجع السابق ، ص44.

البند الثاني: الـــــدم

لقد عرف الدم على أنه "سائل أحمر يملأ الشريين والأوردة ويجري في عروق بعض الكائنات منها الانسان"[1] ، "يصنف الدم على أنه عضو من أعضاء جسم الإنسان، ويتميز عن غيره من الأعضاء بأنه يتجدد من حين لآخر، فإذا ما فقد الإنسان كمية من دمه فإنه يكون قادرا على تعويض هذه الكمية دون أن تكون هناك حاجة للتزود بالدم، إلا إذا أصيب الإنسان بحالة من النزيف الحاد الذي يصعب إيقافه عندها لابد من التزود بالدم بصورة مستمرة، وان نقل الدم من شخص حي إلى آخر جائز شرعا، وقانونا ضمن الشروط المذكورة آنفا، ويضاف إليها أن يكون الدم المنقول مطابقا في فصيلته لفصيلة دم الشخص المريض المستفيد "[2]

والدم يختلف عن الأعضاء الجامدة من ناحية تكوينه، فالأعضاء الجامدة تتكون من مجموعة من الأنسجة مركبة ومتناغمة فيما بينها ومن الدم الذي يعطيها الحيوية ، فالدم هو من مكونات الأعضاء الجامدة وهو من التصرفات التي ترد على جسم الانسان، سواء كان حيا أو ميتا وتخضع في أساسها لمبدأ المشروعية [3] ،ولقد أبيحت العمليات التي تجرى عليه في سبيل التبرع وخاصة لأغراض علاجية لأنه من الأعضاء المتجددة في الجسم فهو يعوض كمية الدم الذي فقدها نتيجة الاستئصال، ذلك الدم لا يشكل خطرا في حال التبرع به على عكس الأعضاء الأخرى كالكلى والكبد.

المبحث الثاني: ضوابط مشروعية عمليات زرع الأعضاء الجامدة

تعتبر عملية زرع الأعضاء من العمليات الصعبة والخطيرة التي يقام بها لذلك نجد فيه ضوابط تحكمها وتنظمها، ولقد عالجت قوانين الكثير من الدول هذه العمليات وكذلك نجد الشريعة الإسلامية قد تناولت هذا الموضوع في كثير من الجوانب وعليه سوف نتناول في هذا المبحث إلى أساس عمليات الزرع من الجانب الشرعي والجانب القانوني.

المطلب الأول: أساس عمليات زرع الأعضاء الجامدة

تعتبر مسألة نقل الأعضاء من المسائل التي اهتم بها فقها الشريعة الإسلامية لأنها من مستجدات العصر والتي لم تكن معروفة لدى علماء الشريعة من قبل، ولهذا تباينت الآراء فيها، فذهب رأي البعض إلى القول بإجازتها في ذهب رأي البعض الآخر إلى تحريمها واستند كل فريق منهم في تبرير حججه على القرآن والسنة وهذا ما يعطي

1- فاطمة قفاف ، المرجع السابق ، ص11.

2- مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق ، ص1429.

3- عبد المجيد خطوي، النظام القانوني لعمليات نقل الدم، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،الجزائر ،2018/2017، ص 11.

لهذه الآراء وجاهتها [1] .

الفرع الأول: مشروعية زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية

نظرا للأهمية التي تكتسيها عمليات نقل الأعضاء في المجال الطبي والعملي لفقهاء الشريعة الاسلامية فإن هناك من أيد عملية نقل وزرع الأعضاء وهناك من عارض هذا النوع من العمليات، لذلك هناك خلاف كبير ثائر بين هذه الفقهاء حول الأساس الشرعي لإباحة أو تحريمها.

البند الأول: مؤيدي عمليات نقل وزرع الأعضاء

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن الأصل في الأشياء هو الإباحة ومن ثم فإن زرع الأعضاء ونقلها يعد أمرا مباحا لم يرد من الشرع ما يحرمه ومنه فلا يجوز القياس على أشياء ليست في موضعها لمحاولة تحريمه وأساس الإباحة هو انتفاء العلة التي يقوم عليها التحريم، وعلة الأحكام الشرعية تدور مع مصالح العباد وجودا وعدما[2].

وقد استند أصحاب هذا الرأي عندما أباحوا عملية زرع الأعضاء وجواز التبرع بأجزاء من جسم الإنسان لإنقاذ حياة أو صحة إنسان آخر، إن هذا الرأي ما قرره علماء الشريعة، والسبب في الاباحة يرجع إلى حالة الضرورة المبررة لهذا النقل، وقد استندوا الى جملة من البراهين والأدلة الشرعية مستمدة في أغلبها من القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية، فقد استدلوا بالنص القرآني[3].: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[4]

وقوله سبحانه ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[5] .

ولقد بنى علماء الشريعة الإسلامية أحكامهم الشرعية في المجالات العلمية، وبالأخص في مجال إباحة نقل وزرع الأعضاء بشأن تقرير جوازها واستناد إلى مجموعة من المبادئ وهي:

1 – نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص147.
2 – المرجع نفسه، ص149.
3 – علياء طه محمود، المرجع السابق، ص107.
4 – سورة البقرة [الآية 173].
5 – سورة المائدة [الآية 03].

الفقرة الأولى: مبدأ الكرامة الإنسانية

لقد خلق الله الانسان في أحسن تقويم وكرمه أعظم تكريم وصوره فأحسن صورته وأسجد له ملائكته وسخر له ما في السموات وما في الأرض، لذلك يعتز بنفسه وارتباطه بكل ما في الوجود فيحيا عزيز النفس عالي الهمة، إن جسم الإنسان له حرمة وكرامة أعطاها له الله سبحانه وتعالى، والتبرع هو عمل تتحقق به الكرامة الإنسانية كما فيه مصلحة عظيمة وإعانة خيرية فالإنسان مخلوق كريم عند الله [1] لقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾[2].

وتعتبر عملية التبرع بالأعضاء بوضعها في موضع تقوم من خلاله بالوظيفة نفسها التي أوجدها الله عز وجل عندما خلقها فهو يتفق مع الكرامة والاحترام [3] ، فقد أمرت الشريعة الإسلامية كل إنسان في اتخاذ جميع السبل والوسائل الشرعية والتي تحافظ على حياته فإن أثبت طبيا أن الزرع يحافظ على حياة الإنسان المصاب فلماذا يمتنع عنه العلاج الذي يشفيه فكل ما هو دواء وله دواء فلا مانع من إقراره[4] . فالمحافظة على النفس هي المحافظة على حق الحياة العزيزة والكريمة وجميع الاطراف والابتعاد بها عن مواطن الإهانة وعليه فالإنسان لابد أن يقوم بالتداوي والبحث عن العلاج إن أصابه مرض متى أمكنه ذلك، لقوله تعالى :﴿... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ .....﴾[5] ، وقوله صل الله عليه وسلم: « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا »[6] ، وقوله تعالى «إن هذا الدين يسر »[7].

الفقرة الثانية: مبدأ الضرورة

من خلال هذا المبدأ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة، والمقصود بالحاجة هنا ما كان دون الضرورة، و الضرورة في بلوغ الإنسان حداً إذا لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك، وهذا ما يبيح تناول المحرم .[8]

إن الشريعة الإسلامية من خلال هذا المبدأ تعمل على إنقاذ حياة الإنسان وإزالة الضرر الذي يتعرض له لذلك فإن عملية التبرع هي من ضمن الأسباب التي تعمل على إنقاذ النفوس من الهلاك والتي تدخل أيضا في عملية التداوي لقوله تعالى :﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا

1 – فاطمة قفاف، المرجع السابق، ص62.

2 – سورة الإسراء [الآية 70] .

3 – سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الإصدار الأول، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1999، ص 92.

4 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق . ص 214.

5 – سورة البقرة [الآية 185] .

6 – ابي عبد الله البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسير، مطبوعات الأزهر القاهرة، ب س ن ، ص 16، وانظر فاطمة قفاف ، المرجع سابق ص 63.

7 – ابي عبد الله البخاري، كتاب العلم، باب الدين يسير، مطبوعات الأزهر القاهرة، ب س ن، ص 25. وانظر فاطمة قفاف ، المرجع سابق ص 63.

8 – علياء طه محمود، المرجع السابق، ص 109.

قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾ [1] .

مع العلم ان من اخلاق المسلمين أنهم لا يستطيعون أن يروا أحدا مضرورا أو يتعرض للضرر ولا ينقذوه وذلك حسب إمكانياتهم وقدراتهم الممكنة ، لذلك شرع إغاثة المضطر وإسعاف الجريح وإطعام الجائع وفك الأسير ومداواة المريض وإنقاذ كل مشرف على الهلاك [2] الذي يصيبه في النفس أو سلامة الجسد أو غيرها من الأمور ولكن يجب أن يكون هذا الضرر المراد تجنبه جسيما فادحا وإزالته على المريض المشرف على الهلاك بنقل عضو إليه فهو مباح ومشروع بل ومحمود ويؤجر على عمله وخاصة إذا كان من جسد إنسان ميت لأن أعضائه سوف تدفن في التراب. [3]

فالشريعة أمرت بالابتعاد عن كل المحرمات والمفسدات والمهلكات ولذلك أوجبت عليه عند المرض اتخاذ جميع سبل العلاج والشفاء لقوله صل الله عليه وسلم : « ما أنزل داء إلا أنزل له شفاء »[4] ،

لذلك لا مانع من شرعا من ترخيص النقل والتبرع بالأعضاء إن خلا من الضرر، فنجد أن الإسلام أوجب أن ننقذ النفوس من الغرق والحريق بالرغم من أن فيها مجازفة ومخاطر عديدة واحتمال وقوع ضرر والهلاك للمنقذ عند الإنقاذ. كذلك لا يمنع من ذلك الترخيص القول بأن جسد الإنسان هو ملك لله وليس ملك للإنسان ، ولا يحق له أن يتصرف فيما لا يملك لقوله تعالى:﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾[5]،فلا يجب يجب الخروج عنه مادام أنه يحقق المصلحة المرجوة له ولغيره في حدود الضوابط الشرعية وبعيد عن التجارة والبيع والشراء بدون مقابل مادي مطلقا للشخص المتنازل إن كان حيا أو لورثته إن كان ميتا لأي سبب من الأسباب [6].

الفقرة الثالثة: مبدأ التضامن الإنساني

يعد مبدأ التضامن الإنساني أحد المبادئ الرئيسية التي تهيمن على المجتمع الإسلامي الذي يحث على الفضيلة ونبذ الرذيلة حيث يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز الحكيم : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَنَاجَيْتُمْ فَلَا تَتَنَاجَوْا بِالْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَمَعْصِيَتِ الرَّسُولِ وَتَنَاجَوْا بِالْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ﴾ [7].

فلقد اعتبرت الأعمال الإنسانية ضمن الواجبات الشرعية التي فرضها الشرع على سبيل الإلزام والوجوب والتي قيدها الله سبحانه وتعالى لقوله تعالى :﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا

1 – سورة المائدة [الآية 32].

2 – فاطمة قفاف ، المرجع السابق ص 63.

3 – محمد السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، الإسراء للطباعة، جامعة حلوان، مصر، ب س ن، ص37، ص38.

4 – أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء 11، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، سنة1987، ص 240.

5 – سورة المائدة [الآية 120].

6 – محمد السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق ص 42، ص 44.

7 – سورة المجادلة [الآية 09].

تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ»[1] .

الفقرة الرابعة: الفتاوى الشرعية المؤيدة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد صدرت العديد من الفتاوى الشرعية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من دول إسلامية مختلفة التي تعرضت لمجموعة من المسائل منها نقل الكلى سواء من الحي أو الميت، ونذكر من بين هذه الفتاوى مايلي:

أولا:الفتوى الصادرة من لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الأعلى بالجزائر بتاريخ 1992/04/20 التي جاء في نصوصها: «...في حالة زرع القلب أو عملية (ترقيع القرنية) إنما يستعمل أعضاء إنسان قد مات، ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي ولو رضي بذلك لأن انتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعا، ولا يجوز قتل إنسان بحفظ حياة إنسان آخر لأن في ذلك جريمة لا تقرها الشرائع ...» [2].

ثانيا: فتوى وزارة الأوقاف بدولة الكويت رقم 32 سنة 1972 الخاصة بنقل وزرع الكلى جاء فيها:« وقد أجازت اللجنة نقل الأعضاء سواء من الميت أومن الحي، فإذا كان الجزء المنقول يفضي إلى موته كالقلب والرئتين أو فيه تعطيل له عن واجب كاليدين أو الرجلين معا، فإنّ النقل يكون حراما مطلقا سواء أذن أم لم يأذن، أما نقل إحدى الكليتين أو إحدى العينين أو إحدى الأسنان أو بعض الدم فهو جائز بشرط الحصول على إذن المنقول منه »[3].

ثالثا : قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة في دورته الثانية من 19 إلى 28 جانفي 1985 الذي نص على يجوز أن يؤخذ العضو من حيوان مأكول ومذكى مطلقا أو غيره لزرعه في إنسان مضطر إليه [4].

رابعا: قرار رقم 60 الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة من 14 إلى 20 مارس 1990 بشأن زراعة عضو أستأصل في حد أو قصاص [5].

البند الثاني: معارضي عمليات نقل وزرع الأعضاء

يرى أنصار هذا الاتجاه بعدم جواز نقل الاعضاء أو زراعتها ،سواء بين الاحياء أو من جثث الموتى مفردة في جسم الإنسان كالقلب أو الكبد أو البنكرياس أم غير مفردة كالكليتين في جسم الإنسان، فهو تغيير وتمثيل في خلق الله وذلك يعد محرما فكل تغيير لخلق الله هو أمر من الشيطان الذي لا يأمر إلا بالمنكر ويستدل أصحاب هذا

1 – سورة البقرة [الآية 286].

2 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ،ص 390.

3 – محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2006 ، ص 133.

4 –عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 98.

5 – علي احمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، قطر، الطبعة السابعة، د.ت ن ، ص 674 وما بعدها.

الجانب بقوله تعالى:﴿وَ لَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَ لَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَل ۖآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾[1]، وقوله تعالى:﴿سَلْ بَنِي إِسْرَائِيلَ كَمْ آتَيْنَاهُمْ مِنْ آيَةٍ بَيِّنَةٍ وَمَنْ يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾[2]

ونجد في القرآن الكريم عدة ادلة استند بها اصحاب هذا الرأي والتي تدل صراحة على بديع خلق الله للبشر وتكريمه إياه ، فيعد كل مساس بجسم الإنسان السليم بأخذ أحد أعضائه يشكل اعتداء على هذه الصنعة الآلهية التي كُرم بها و يعد انتهاكا للكرامة الثابتة له شرعا، وتعارضا مع الأصول الدينية وأخلاقيات مهنة الطب، كما أنه يفتح الباب أمام الإتجار بالأعضاء البشرية وبشكل واسع ونذكر قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾[3] وقوله عز شأنه«﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾[4].

كما أستدل أنصار هذا الرأي ببعض الأقوال المروية عن الرسول نذكر منها قوله صلى الله عليه وآله وسلم«نهى رسول الله أن يمثل بالبهائم»، فطبقاً لهذا الحديث فأن التمثيل بالحيوان حرام وفاعله ملعون وأن ما قطع من حي فهو ميت فإذا كان العضو المقطوع من البهيمة وهي ميتة لا يجوز للإنسان الانتفاع به لحاجة في نفسه، فهل الإنسان أقل شأناً من الحيوان فتباح أعضاؤه ويمثل به. [5]

و بقول النبي صلى الله عليه وسلم :«لا ضرر ولا ضرار» ، ففي هذا الحديث الشريف نهي الرسول (ص) عن الأضرار بالغير ونقل العضو من إنسان لآخر فيه إضرار بالمنقول منه حالا ومآلا وفيه ضرر محقق فيدخل في عموم النهي. وقوله كذلك :«كسر عظم الميت ككسره حيا» هذا الحديث يدل على حرمة الإنسان سواء كان حيا أو ميتا ، بدليل لعن فاعله، فيعتبر أصلا في المنع من الانتفاع بأجزاء الغير ولو كان ذلك غير ضار بالمتبرع[6] ، ويعد هذا القول القول هو أصلا لقاعدة فقهية من القواعد الفقهية العامة التي يستند إليها علماء الشريعة الإسلامية في استبيان الأحكام الشرعية للمستجدات العلمية والشرعية، وهي قاعدة «الضرر يزال» ، ومعنى القول كما فسره العلماء أن الرجل لا يضر أخاه ابتداء ولا جزاء .

وبناء على ما تقدم ينتهي فقهاء الشريعة مؤيدي هذا الرأي إلى عدم إجازة نقل أي عضو من جسم إنسان

1 – سورة النساء [الآية 119].
2 – سورة البقرة [الآية 211].
3 – سورة الانفطار [الآية 08.07.06].
4 – سورة المؤمنون [الآية 14].
5 – علياء طه محمود، المرجع السابق، ص 47.
6 – العلجة مواسي ، المرجع السابق ص 109.

حي من أجل زرعه في جسم آخر مريض، مهما تكن الضرورة التي تستدعيها فهو يتنافى مع كرامة الإنسان، كما أنه يمس الحماية الواجبة لجسده[1] .

وفي الأخير نستخلص من خلال الآراء المختلفة لفقهاء الشريعة الإسلامية من مؤيد ومعارض لممارسات نقل وزرع الأعضاء البشرية الموافقة على ترجيح كفة الرأي الثاني والذي منع الممارسات المذكورة، إلا في حالات نقل الأعضاء البشرية التي فيها فائدة طبية والمتمثلة في انقاذ مريض بحاجة الى العلاج بواسطة العضو البشري [2]،وقد كان مجلس مجمع الفقه الإسلامي قد جانبه الصواب حين أجاز نقل الأعضاء التي لا يترتب على نقلها من جسد الإنسان الحي تعطيل وظيفة أساسية في حياته.

الفرع الثاني : مشروعية زرع الأعضاء في القانون المقارن

لقد عالجت الكثير من الدول لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء كان منها القوانين الغربية أو العربية وخاصة في مجال زرع الأعضاء الجامدة التي تعتبر من أهم المواضيع في المجتمع، وبسبب التقدم العلمي الذي تشهده في هذا المجال في مختلف المجالات ،أصبح تدخل المشرع والنص صراحة على إجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أمرا حتميا لحماية جميع الأطراف المعنية بهذا النوع من التدخلات الطبية، وعليه سنتناول بالدراسة لبعض القوانين منها :القانون الفرنسي باعتباره أنه مرة بمرحلتين في زراعة الأعضاء الحضر ثم الإباحة ويعد مصدرا تاريخيا للقانون الجزائري والقانون الكويتي لأنه أول قانون عربي نظم عمليات نقل وزرع الكلى والقانون المصري لأنه لم يتناول لحد الآن موضوع زرع الأعضاء بقانون خاص حيث تركه للقواعد العمة والاتجاهات الفقهية والقانون المغربي لأنه آخر قانون صدر في نهاية القرن الماضي وحاول الاستفادة من كل القوانين المقارنة. يليه القانون الجزائري[3].

البند الأول: مشروعية زرع الأعضاء في القانون الفرنسي

لقد كان القانون الفرنسي أول قانون أباح مشروعية التصرف في أعضاء جسم الإنسان باستئصالها بقصد زرعها في جسم الغير دون أن يكون هناك نصوص تشريعية تجيز عمليات الزرع وذلك بإبرام عقود يكون محلها أجزاء جسم الإنسان التي يمكن فصلها دون أن تسبب ضر نهائي مع اشتراط أن يكون رضا الطرفين والهدف علاجي [4].

ولقد قام جدل كبير بالنسبة لمشروعية زرع للأعضاء التي لا يمكن تعويضها كالكلى بسبب خطورة الأمر والنتائج المترتبة

1 – العلجة مواسي، المرجع السابق ص 109.

2 – علياء طه محمود، المرجع السابق، ص 48.

3– نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 76.

4 – فاطمة قفاف ، المرجع السابق ،ص 80.

عليها ، فقد سلم الفقه المرة الأولى بعدم مشروعيتها لكن فيما بعد أن شهدت عمليات زرع ونقل الأعضاء من التقدم العلمي من الناحية الطبية[1]، دافع الفقه عن مشروعيتها وخلق عدة نظريات لتعتبر كأساس قانوني لها من بينها نجد : نظرية السبب المشروع ونظرية المصلحة ونظرية الضرورة ،حيث بقي الحال كما هو إلى غاية صدور القانون رقم 78/1171 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية ، حيث مر هذا القانون بمرحلتين : مرحلة الحضر ثم مرحلة الإباحة وسنتطرق فيما يلي إلى النظريات والقوانين التي جاءت كأساس لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء [2].

الفقرة الأولى : نظرية السبب المشروع

ويقصد بها الدافع إلى التعاقد، وعليه يجب البحث عن الهدف من إجراء التصرف ودوافعه، وما إذا كان مشروعا من عدمه[3]، و يعتبر الفقيه ديكوك[4] أول الفقهاء الفرنسيين الذي أقروا بمشروعية نقل وزراعة الأعضاء واستند في ذلك إلى نظرية السبب المشروع والفضل يرجع إلى الفقهاء الذين سبقوه بعدما كان القانون الفرنسي يتخبط في مشكلة قانونية والتي تعيق الإقرار بمشروعية هذه العمليات وهي مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان التي هي أحد المبادئ الأساسية للقانون المدني الفرنسي، حيث أن جسم الإنسان غير خاضع لأي اتفاق قانوني بمعنى أنه يخرج من دائرة التعامل[5] .

وعليه لقد وقع جدال حول مشروعية نقل الأعضاء وعدم مشروعيتها بسبب هذا المبدأ وعليه و أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان فقد وجدت هناك عدة اتفاقيات تخص حقوق الإنسان الشخصية كالاتفاقيات المتعمقة بحضانة الطفل وتعليمه وعقود العمل التي تدخل في نطاق تعامله بل لا يستطيع أحد أن يجادل في مشروعية الاتفاقات الخاصة بقص الشعر و ممارسة الألعاب الرياضية و ما شابهها، فهنا الواقع أثبت أنه أقوى من أي تعامل ومبدأ حرمة جسم الإنسان وتقهقر هدا المبدأ أمام هذه المتطلبات، وعلى سبيل المثال: فإن تنازل شخص عن طبقة سطحية من جلده لعلاج شخص خر مصاب بحروق يعد تصرف مشروع ويصير غير مشروع إذا محل التنازل أحد كليته حتى ولو اقترن

1 – لقد أجريت في أواخر 1967 أول عملية نقل وزرع قلب بمستشفى جوهانسبورغ في جنوب إفريقيا من طرف الدكتور كريتيان برنارد، انظر نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 77.

2 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ،ص 78 .

3 – لخضر معاشو ، النظام القانوني لنقل وزرع الاعضاء البشرية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر ،2015/2014، ص 81.

4 – حيث قال الفقيه « أنه مادمنا أنه سلمنا بإجازة الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل وزرع الأعضاء المشروعة وتلك غير المشروعة» انظر المرجع نفسه ،ص 82 .

5 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ،ص 79.

ذلك برضا المتنازل[1] .

ولقد خلص ديكوك إلى القول بان مشروعية الاتفاقات التي تنطوي على المساس بالجسم للإصلاح كان تكون المزايا التي تعود عليه أكبر من الأضرار التي سيعاني مهنا وتهدف لمصلحة علاجية للشخص نفسه أو للغير مثال ذلك: تنازل الشخص عن إحدى كليتيه لشخص آخر مصاب بفشل حاد.

لقد وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات (بالرغم من أنها النظرية تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة ولا تقتضي حتما أن يتم ذلك في نطاق الضرورة) [2]، والسبب في ذلك لافتقارها للمعيار الدقيق ولقد أضاف أنصارها إلى إضافة شرط غرضه أن يكون الاستئصال هو السبيل الوحيد للعلاج ، كذلك أيضا وجود الحاجة للإقناع لأنهم يرون أن قياس المساس بجسم الإنسان بوجه عام على بعض صور التعامل في الحقوق الشخصية كالحضانة والتعليم هو قياس مع الفارق [3] ،لأن الحقوق اللصيقة بالشخص ليست جميعا في مستوى واحد من حيث إمكانية التصرف فيها ،وبناء على ما تقدم فعلى الرغم من كون الباعث شريفا في مجال عمليات نقل و زراعة الأعضاء إلا انه لا يقوى لان يكون سببا لإباحتها [4].

الفقرة الثانية : نظرية المصلحة الاجتماعية

تقوم هذه النظرية على فكرة المصلحة الاجتماعية ومبدأ التضامن التي يقوم مبدأها على ضرورة المصلحة الاجتماعية كأن يتنازل شخص عن أحد أعضائه لشخص آخر بسبب مرض خطير يفقده وظيفته الاجتماعية ، وهذا يعتبر واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني ذاته .كالمريض الذي يتنازل عن أحد كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بالموت محقق ،[5] بحيث يجري هذا التقدير من منطلق المصلحة الاجتماعية التي تقوم على التضحية التضحية بالمصلحة الأقل، في سبيل تحقيق المصلحة الأكبر، فإذا تعارضت مصلحتان تعين ترجيح المصلحة التي تتحقق بها الفائدة الأكبر.

ويعيب على هذه النظرية على أنها تتم فيها إجراء العمليات لنقل وزراعة الأعضاء عنوة تحت فكرة المصلحة الاجتماعية ، مما قد يترتب عليها آثار خطيرة تضر بالمتنازل ومثال ذلك كأن يجبر عامل يدوي بسيط غير فني على أن

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ،ص 80.

2 – المرجع نفسه ، ص ص 80-81 .

3 – المرجع نفسه .

4 – لخضر معاشو ، المرجع السابق ،ص 84 .

5 –نصر الدين مروك ، مرجع سابق ، ص 82 .

يتنازل على أحد كليتيه لعالم فيزيائي أو عالم فضاء يعاني من فشل كلوي «فهنا نرى أن المساس الذي يقع للعامل يقدر بنسبة مئوية منخفضة مقابل النفع العام الذي يعود على العالم الفيزيائي والذي سيستفيد منه بنسبة عالية جدا"[1]، كذلك أنّ الأخذ بمعيار المنفعة الاجتماعية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء سوف يؤدي إلى نتائج ربما تتناقص وبعض القيم الإنسانية، ذلك أنّ الموازنة في هذا الصدد سوف يكون مناطها دائما الفائدة والمنفعة التي سوف تعود على المجتمع، بغض النظر عن الاعتبارات الفردية الإنسانية [2].

الفقرة الثالثة : نظرية الضرورة الاجتماعية

وينطلق الفقه الذي يرى في حالة الضرورة [3] أساسا صالحا لإصباغ صفة المشروعية على عمليات نقل الأعضاء، من نقطة مؤداها أنّ الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية، إنما يدفع ضررا وخطرا جسيما يهدد المريض، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو، والطبيب في هذه الحالة هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر الذي سيلحق بالمانح، وهو إذ يفعل ذلك إنما يكون عمله داخلا في نطاق حالة الضرورة، ومن ثم لا يسأل جنائيا ولا مدنيا [4]. فإحداث تشويه بجسم الإنسان نتيجة استئصال عنصر منه ينطوي على ضرر ولكن يقابله إنقاذ حياة إنسان آخر بمساعدة العضو المراد زرعه فإن الفائدة هنا تعلو الضرر.

وتتميز حالة الضرورة في نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أنّ الموازنة فيها لا تكون متعلقة بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص، فتقدير المساوئ والآمال يكون على مستوى المريض وعلى مستوى المتنازل السليم[5] ، ولهذا فإن الموازنة طبقا لحالة الضرورة لابد أن تتم في الظروف الآتية:

– يجب أن يكون هناك خطر يحدق بالمريض، ويكون عدم زرع عضو جديد له قد يؤدي لا محالة إلى الموت، ولا يشترط أن يكون الخطر محدقا بالشخص نفسه، بل يمكن أن يكون محدقا بالغير.

— يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع.

– يجب أن يكون زرع الأعضاء الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض مع توفي جميع العناصر اللازمة

1- لخضر معاشو، المرجع السابق ،ص 85.

2 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 83.

3 – يعرف الفقه حالة الضرورة بأنّها :" موقف يظهر فيه بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر هي إحداث ضرر أقل "، أنظر مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2002 ، ص 79.

4 – مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع نفسه ، ص 64.

5 – حسام الدين كامل الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، القاهرة، 1975 ، ص48.

لنجاحها من حيث مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض.[1]

– يجب أن يشترك أكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض، والضرر الذي يتعرض له المتنازل[2].

– يجب أن لا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل أو إلى إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه [3] .

كذلك وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات نذكر من بينها:

– أن في مشروعية إباحة انتزاع وزراعة الأعضاء بناء على حالة الضرورة هدر لحماية الحق في سلامة الجسد، حيث يصبح بالإمكان حينذاك انتزاع أعضاء الناس جبرا، خصوصا أنّ رضا المعطي ليس عنصرا في حالة الضرورة، وإنما هو شرط يمكن للطبيب استخدامه والتعلل به [4].

– أنّ نجاح نقل العضو ليس مؤكدا دائما، وبالتالي فلا يمكن قبول تدخل الطبيب لتجنب خطر حال، لأن ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة مازالت مهيمنة على هذه العمليات.

– أنه في مجال عمليات زرع الكلى والتي من أجلها تبلورت هذه الفكرة أصبح هناك بديل باستحداث أجهزة الكلى الاصطناعية باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العملية [5].

– أنّ نظرية الضرورة في العديد من الحالات لا تجد لها تطبيقا في مجالنا هذا، وذلك ليس لانعدام الخطر أو عدم توافر حالة الضرورة في أحد الأطراف، وإنما لفقدانها أهم شروط تطبيقها ألا وهو ألا تكون هناك ثمة وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص آخر، وأن يكون ذلك الضرر أخف، وهو ما يعرف بشرط اللزوم والتناسب[6].

ومن خلال ماسبق يلاحظ أن هذه النظريات جميعها تعرضت للنقد، مما يجعلها غير صالحة لأن تكون أساسا لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الأمر الذي دفع بالفقه إلى البحث عن مبرر آخر لهذه العمليات يكون شاملا وصالحا للتطبيق على كل حالات الاستقطاع والزرع ولهذا صدر قانون تناول في مواده عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات ومن جثث الموتى ونتطرق لشرح لبعض مواده كالآتي:

الفقرة الرابعة : نقل الأعضاء استنادا للقانون رقم 1181/76

1 – نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 84.

2 – سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص76، ص78.

3 – حسام الدين الاهواني ، المرجع السابق، ص ص50– 51.

4 – مهند صلاح احمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 96، ص70.

5 – نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 85.

6 – مهند صلاح احمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 71.

قد تناول القانون الفرنسي رقم 1181/76 نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في المادة 01، ثم تناول في المادة 02 عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى، واستبعد في المادة الثالثة المقابل المالي، واعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء غير ممكن أن تكون محلا للمعاملات المالية والتجارية [1].

كما نص القانون في المادة 01/01 على أن عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء يجب أن يكون الهدف منها تحقيق غاية علاجية، حيث نصت هذه المواد إلى أن عمليات زرع الأعضاء تكون دون تحديد عضو معين بذاته إلا أن الأعمال التحضيرية أشارت إلى عمليات نقل الكلى بصفة أساسية وذلك بسبب نجاح هذه العمليات، ثم صدر المرسوم رقم 78/201 الصادر في 1978/03/31 لينفذ ما جاء به المرسوم رقم 76/1181 فإن المشرع الفرنسي من خلال نصوص القانون التي أصدرها في هذا الموضوع قد وجد الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الذي يجيزها يحدد شروط مشروعيتها[2].

البند الثاني: مشروعية زرع الأعضاء في القانون الكويتي

تعتبر دولة الكويت أول دولة عربية تصدر قانونا خاصا تتعرض فيه لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث أصدرت القانون رقم 07 سنة 1983 المتعلق بنقل وزرع الكلى، كما تعتبر أيضا من أكثر الدول العربية اهتماما بهذا الموضوع، ويشهد على ذلك احتضانها للعديد من المؤتمرات والندوات الدولية، وذلك قصد الوقوف على مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الناحية الشرعية والقانونية[3].

وقد تناول القانون المذكور أعلاه عمليات نقل وزرع الكلى من خلال نصوص المواد التي أصدرها ، حيث نص في المادة الأولى على أن يكون الهدف من العملية علاجيا، وحدد مصادر الحصول على الكلى في المادة 02، كما تناول الشروط الواجب توافرها في المتنازل في نفس المادة، وأفرد عقوبات لمن يخالف أحكام هذا القانون في المادة الخامسة، ثم صدر مرسوم بقانون يحمل رقم 55 لسنة 1987 يتعلق بزراعة الأعضاء، بحيث تناول في المادة منه مشروعية التنازل عن الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى، وجعل المصلحة العلاجية هي الغاية من عمليات النقل والزرع، وفي بقية المواد تناول الشروط الواجب توافرها لعمليات نقل الأعضاء في المواد من 03 إلى 06، وما يلاحظ على هذا القانون أنّه منح للأطباء سلطة نقل الأعضاء إذا كان للضرورة (م6)، ومنع في (م7) بيع وشراء الأعضاء،

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص 86.
2 – المرجع نفسه، ص 87 ، ص89 .
3 – المرجع نفسه، ص 90 .

وحدد أماكن إجراء هذه العمليات في المستشفيات التي تحددها وزارة الصحة (م 8)[1].

ولقد تعرض القانون رقم 07 لسنة 1983 إلى أساس إباحة عمليات نقل وزرع الكلى بشكل خاص حيث أجاز مشروعية عمليات نقل وزرع الكلى سواء من الميت أو من الحي مستندا إلى الفتوى الشرعية (الفتوى رقم 79/132) التي صدرت من لجنة الإفتاء الإسلامية بدولة الكويت واستندت في مشروعيتها لنقل الأعضاء إلى حالة الضرورة وخاصة الكلى حيث أن الضرورات تبيح المحظورات، فأجازت للمتبرع في أن يصرف في عضو من أعضائه بالرغم من تعرض جسمه للضرر لتفادي خطر أشد يحدث بالشخص المتلقي[2].فإذا كان المنقول منه ميتا جاز النقل سواء كان موصي أم لا، حيث أن الضرورة تبيح المحظور، ويقدم الآخذ من جثة من أوصى أو سمحت عائلته بذلك عن غيره، أما إذا المنقول منه كان حيا وكان الجزء الذي سينقل منه يؤدي لموته كالقلب فإن النقل هنا يعد حرام مطلقا سواء كان بالإذن أو بغير إذن، أما نقل أحد الكليتين أوغيرها من الأعضاء المزدوجة فهو جائز بشرط الحصول على إذن المنقول.وقد نصت المادة 01 من القانون الكويتي بقولها :" يجوز إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفي وزرعها في جسم شخص حي آخر بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمحافظة على حياته وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون".

وتنص المادة 02 من القانون الكويتي رقم 07 لسنة 1993 الخاص بزراعة الكلى على أنه يمكن الحصول على الكلى المتعلقة بالزرع من المصادر التالية: الكلى التي يتبرع بها أصحابها في حياتهم أو الموصى بها بعد وفاتهم و كلى الأموات في الحوادث ، وهناك مصدر أخر لم يتعرض له القانون الكويتي ولكنه موجود وهو الكلى التي تحضر من الخارج سواء كانت من أوربا أو أمريكا وهذا ما ذكره الجراح جورج أبونا حيث قال أن هذه الكلى تخلى عنها أصحابها بسبب المشاكل الفنية التي تعاني منها وهي للأطفال الصغار أو منزوعة منذ مدة طويلة ومحفوظة في أجهزة التبريد، حيث قام هذا الجراح بإجراء بعض التجارب ووجدها تعمل بصورة جيدة، ولما تنبه أصحاب هذه الكلى لهذه التجارب تناقص عدد الكلى وأصبح عددها من 500 عملية إلى 89 عملية زرع الكلى وكل ذلك من هذا المصدر. [3]

البند الثالث: مشروعية زرع الأعضاء في القانون المصري

لا نجد في القانون المصري قانون خاص ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الجامدة بصفة مباشرة وبنصوص صريحة لكن هناك تشريعات متفرقة تناولت هذا الموضوع بطريقة غير مباشرة، حيث نجد أول تشريع هو

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص 90

2 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص 91.

3 – المرجع نفسه، ص92، ص94.

الدستور حيث نص في المادة 43 على مايلي: "يجوز إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان شريطة ذلك الحصول على موافقته ".

إن هذا القانون بالرغم من إقراره لمبدأ جواز التبرع بالأعضاء البشرية الجامدة إلا انه قصر ذلك على قرنية العين فقط بمقتضى القانون رقم 103المؤرخ في سنة 1962 ولذلك وقع خلاف بين شراح القانون في مدى سريان هذا المبدأ على باقي أعضاء الجسم [1]. فهناك فريق أباح هذه العمليات بالرغم من عدم وجود نص صريح بل قياسا على بعض التشريعات في حين ذهب فريق آخر إلى القول بعد مشروعيتها ما لم يصدر المشرع قانون خاص يتناول مثل هذه العمليات، فقد نص المشرع المصري كذلك في المادة (5)من القانون رقم 5 لسنة 2010 في شأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية ، على أنه يجب أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، "ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يُعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يُقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يُعتد بموافقة من ينوب عنه أو يمثله قانونًا ..."، فالنص واضح في عدم قبول التبرع من الأطفال ولو بموافقة الولي أو الوصي، وفي عدم قبول التبرع من غيرهم من عديمي الأهلية(المجنون والمعتوه)، أو ناقصيه (السفيه وذي الغفلة)وهو ما يعني – بمفهوم المخالفة – أن التبرع بالأعضاء يجب أن يكون صادرًا من شخص حائز أهلية الأداء الكاملة [2].

ونجد بعض الفتاوى التي تناولت زرع الأعضاء الجامدة نجد: فتوى صادرة عن الأزهر الشريف جاء فيها " .. وأما نقل عضو من الأعضاء من حي إلى حي فلا شيء فيه إذا رضي المنقول به لأنه نوع من إيثار غيره على نفسه والإيثار من الصفات المحمودة ومحصل ذلك كله إذا تبين طبيب أن عملية زرع القلب أو العضو ناجحة ولكن بعض الأطباء يقولون أن الجسم يرفض أي بروتين غريب عليه مهما كان ، ورغم وجود الملايين من البروتينات المكونة للجسم ، فهذه محاولات لا يرجى من ورائها فائدة ، هذا ولم يثبت نجاحها إلى الآن للهم إلا بعض الوقت اليسير فإن صح ذلك فلا يجوز شرعا عمله لأنه يشبه التمثيل بجثة الميت وهو نقل القلب من شخص لأخر دون فائدة " خلاصة القول أنه إذا ثبت فائدة نقل القلب على سبيل القطع يجوز شرعا وإن لم يثبت فلا يجوز عمله [3].

البند الرابع : مشروعية زرع الأعضاء في القانون المغربي

يعتبر القانون المغربي هو أخر قانون صدر في نهاية القران الماضي التي تنظم عمليات زرع الأعضاء البشرية، حيث حاول الاستفادة من التشريعات المقارنة الصادرة في هذا المجال، ونظرا لأهمية هذا الموضوع ارتأينا أن نتعرض لهذا

1 – العلجة مواسي ، المرجع السابق، ص 73.

2 – جابر محجوب علي، دور الارادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 06.

3 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص ص 106-107.

القانون الذي أجاز عمليات التبرع بالأعضاء البشرية الجامدة ، حيث صدر ظهير شريف رقم 1/99/208 في 25 أوت 1999 بتنفيذ القانون رقم 16/98 المتعلق بالتبرع بأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها [1]، حيث نصت المادة 01 منه على:" لا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي النصوص الصادرة لتطبيقه" [2].

حيث تميز القانون المغربي عن بقية التشريعات المقارنة بأنه نظم زراعة الأعضاء البشرية الجامدة ضمن نصوصه أحكام جزائية التي تطبق في حال مخالفة قواعد هذا القانون بعقوبات للجرائم المتعلقة بهذا الشأن. ويعتبر القانون المغربي أشمل من ناحية تناوله لموضوع زراعة الأعضاء وأوضح من ناحية الصياغة من جميع القوانين المقارنة باعتباره أحاط بجميع الجوانب المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية[3].

البند الخامس: مشروعية زرع الأعضاء في القانون الجزائري

أول قانون نظم عمليات نقل الاعضاء في الجزائر سنة1985 [4] بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 [5] في الفصل الثالث من الباب الرابع منه تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها "من المادة 161 إلى 168 أي أنه يتضمن ثماني مواد، اشترطت المادة 161 من هذا القانون بأنه يقتصر موضوع وغرض استئصال الأعضاء البشرية على الأغراض العلاجية فقط، ومنعت تماما التعامل فيها بالمقابل المالي، وتضمنت المادتين 162 و163 الشروط الواجب توافرها في المتبرع الحي، كما استبعدت المادة 163 القصر ومن في حكمهم من عمليات نقل وزرع الأعضاء، وتعرضت أيضا لعمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى في المواد 164 إلى 168، وكذلك الشروط الواجب توافرها في حالة انتزاع الأعضاء منها .

وقد عدل قانون الصحة بموجب القانون رقم 17/90 [6] وبموجبه عدلت المادتين 164 و165 من القانون رقم 05/85،كما تم إضافة أربع مواد جديدة وهي من المادة 168 مكرر1 إلى 168 مكرر 4، والتي بموجبها أنشأ مجلس

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص ص 113.

2 – المرجع نفسه.

3 – المرجع نفسه ، ص 115 وما يليها .

4 – العلجة مواسي ، المرجع السابق، ص 75 .

5 – قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر ، العدد رقم 08 الصادر في 1985/02/17.

6- قانون رقم 90-17 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 31جويلية 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، العدد رقم 35 الصادر في 1990/08/15.

وطني لأخلاقيات مهنة الطب، ودور هذا المجلس هو تقديم الآراء في مواضيع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تناولت أيضا التجارب الطبية.

كما أنه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 167/12 [1] المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها و سيرها، قد أشار إلى وضع سجل لتسجيل المرضى في انتظار انتزاع الأعضاء وزرعها، و ذلك من خلال ضمان تسيير وحفظ بطاقات المانحين والمستقبلين للأعضاء مع النص على ضرورة تطوير نشاطات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية الجامدة ،كما منح لهذه الوكالة، حق إبداء الرأي للسلطات الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بنقل وزرع الأعضاء مما يدل على تشديد الرقابة على المستشفيات المخول لها إجراء هذه العمليات، وضمان حماية أكبر للمتبرع و المتلقي، ومسايرة تطور التشريعات المنظمة لهذا النوع من العمليات[2].

كما يجب الذكر أنه وقبل صدور هذا القانون رقم 05/85 كانت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى، قد أصدرت فتوى بتاريخ 1972/04/20 تجيز فيها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى وجدد المجلس إجازته لهذه الطريقة العلاجية مرة ثانية بمناسبة صدور القانون 05/85 السابق الذكر [3].

وتستند شرعية نقل الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري إلى نص المادة 162 من ق ح ص التي جاء فيها: "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 بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة "،ويلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يحدد الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا للتنازل، سواء بخصوص نقل الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى، حيث جاء في نص المادة 164 منه :

"لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية"[4]

ويلاحظ أنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر قد استندت في مشروعيتها إلى نصين، نص شرعي

1- المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1433 الموافق ل 05 افريل سنة 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج ر، عدد 22 صادرة بتاريخ 2012/04/15.

2 – ركبي ندى، المرجع السابق، ص 133.

3 – المرجع نفسه، ص 134 .

4 – المادة 167 من قانون 05/85 السابق ذكره.

يتمثل في الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء، ونص قانوني يتمثل في قانون حماية الصحة وترقيتها.

في الأخير نستنتج أن المشرع الجزائري قد أباح عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء استنادا إلى النص القانوني في الدول التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة: « أن خضوع المرضى لغسيل الكلى المتكرر على المدى الطويل من بين أهم الأسباب التي تحول دون استفادة المريض من زراعة » وهذا ما أكده أحد الأطباء[1] .

وكذلك أجاز استئصال الأعضاء من الجثة قصد زرعها لأشخاص أحياء، حسب نص المادة 161 من القانون رقم 05/85 "وإذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لا يجوز الاستئصال إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأول :الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسره، دون أن يغفل المشرع الإشارة إلى مسألة تحديد الوفاة وذلك لأن الاستئصال من الجثّة غالبا ما يتعلق بالأعضاء الجامدة المنفردة كالقلب أو الكبد. الكلية أو الرئة وبهذه الموافقة على الاستئصال من جثة المتوفى يكون المشرع الجزائري قد ساير الاتجاهات التشريعية الحديثة الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية الجامدة [2].

المطلب الثاني: شروط إباحة عمليات زرع الأعضاء الجامدة

سنتناول في هذا المطلب الشروط الواجب توفرها لعمليات زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو بين الأموات ، وسنحاول الإحاطة ولو بقدر قليل من هذه الشروط، لأن جل القوانين أيدو لمثل هذه العمليات التي ليست بهذه السهولة ،حيث أن هناك ضوابط وشروط يجب الإلتزام بها عند القيام بمثل هذه العمليات الجراحية وحتى لا يقع في مسؤولية مدنية تستوجبه التعويض، و لأن هناك بعض عمليات النقل لازالت في طور التجربة وذلك بسبب اختلاف القواعد القانونية المتعلقة بها والتي تطبق عليها سواء بين الأحياء أو الأموات ، وعليه سنتطرق أولا للشروط القانونية الواجب توفرها بين الأحياء ثم الشروط القانونية الواجب توفرها بين الأموات .

الفرع الأول: الشروط القانونية لإباحة عمليات زرع الأعضاء الجامدة بين الأحياء

لإباحة عمليات زرع الاعضاء يجب توفر عدة شروط القانونية ونذكر منها:

البند الأول: ضرورة الحصول على رضا طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة

يعتبر الرضا من مظاهر الحصانة المقررة للجسم البشري، حيث أن مبدأ حرمته يمنع أي مساس بالسلامة البدنية للفرد سواء لمصلحته أو لغيره إلا بالموافقة الصريحة للمعني، وفي حدود ما يتفق مع النظام العام والآداب العامة،

1 – لخضر معاشو ، المرجع السابق ، ص 134 .

2 – المرجع نفسه ، ص ص 456-457.

وعليه فعملية استئصال الأعضاء من إنسان حي تستلزم الحصول على موافقة الشخص المتبرع والشخص المريض.

الفقرة الأولى: رضا المتنازل

لا يمكن اقتطاع أعضاء الشخص الحي، إلا ضمن هدف علاجي، تكون من ورائه فائدة مباشرة للمستقبل تتمثل في شفاء هذا الأخير وهذا ما أكدته المادة 161/ 01 من قانون ح ص في الجزائر التي نصت على أنه :" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية "...، وهو قصد العلاج الذي اشترطه المشرع الجزائري لإجراء هذه العمليات، كما اشترطه المشرع الفرنسي في القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 653-94 المؤرخ في 29 /07/ 1994 والمتعلق باحترام جسم الإنسان[1] ، أين نصت المادة 03/16 منه على عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا لأغراض علاجية وغرض العلاج و يشترط أن يكون الرضا مكتوبا ومتبصرا وحرا، ،وأن تكون الأخطار مقبولة . أما فيما يخص شرط رضاء المتنازل، فهو التزام يقع على عاتق الأطباء يتمثل في ضرورة الحصول على إذن هذا المتبرع لاقتطاع العضو منه[2].

أولا– أن يكون الرضا مكتوبا

اشترط المشرع الجزائري في المادة 2/162 من قانون ح ص على موافقة المتبرع بالعضو لإجراء عملية استئصال العضو منه، وتكون هذه الموافقة في شكل مكتوب، ولا يعتدّ بالموافقة الشفهية وذلك لإدراك المتنازل لأهمية ما سيقدم عليه، وما له من خطورة بالنسبة إليه[3]، واشتراط الكتابة فيه حماية للطبيب الجرّاح الممارس لهذه العملية من قيام مسؤولية مدنية له ،كذلك المشرع الجزائري في هذا الموضوع اشترط حضور شاهدين اثنين ثم إيداع هذه الموافقة المكتوبة لدى الطبيب رئيس المصلحة ومدير المستشفى، وهذه ضمانة للمتنازل حتى يستطيع العدول عن رضائه.

فقد استقرت التشريعات المقارنة ومنها الجزائر خاصة التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على نفس الشرط وهو ضرورة الحصول على رضا المتنازل لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الجامدة وهذا الرضاء يكون مكتوبا ونجد منها: التشريع الكويتي في المادة الثالثة من القانون رقم 07 الصادر في سنة 1983 المتعلق بعمليات نقل الكلى، القانون رقم 55 لسنة 1987 في المادة الثانية منه وفي القانون اللبناني الاشتراكي رقم 109 الصادر بتاريخ 16 أيلول 1983 في المادة الأولى فقرة 02 المتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجة طبية وعملية .و القانون

1 – عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مذكرة الماجستير، تخصص القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007/2006، ص 64.

2 – المرجع نفسه.

3 – نصر الدين مروك، المرجع السابق ص 193.

الفرنسي رقم 501 الصادر في 1978/03/31 في المادة الثانية منه، والقانون الإيطالي رقم 457 الصادر في سنة 1967/06/26 الخاص بنقل الكلى الأحياء و القانون التونسي عدد 22 لسنة 1991 في الفصل الثامن المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها ، والقانون المغربي الصادر عام 1999 في المادة الرابعة المتعلق بنقل الأعضاء [1] .

ويتضح من ذلك أن معظم التشريعات الغربية أو العربية تتطلب الشكل الكتابي للاعتداد بصحة الرضاء الصادر عن المتنازل الذي يضمن سلامته ويحمي الطبيب الجراح الذي يجري عملية الزرع ويجنبه المسؤولية المدنية. [2]

ثانيا: أن يكون الرضا متبصرا أو مستنيرا

لقد تناول المشرع الجزائري شرط تبصير المتبرع في المادة 02/162 من ق ح ص التي جاء فيها:" ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة ".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد ربط رضاء المتنازل عن عضو من أعضائه بإلزام الطبيب بتبصيره، ليس فقط بالمخاطر الطبية الجراحية العادية التي تترتب على عملية الاستئصال، بل إن القانون ذهب إلى أبعد من ذلك حيث ألزم الطبيب بأن يبصره بالمخاطر المحتملة، هذه الأخيرة مدلولها واسع وتشمل كل ما سيصيب المتنازل حالا ومستقبلا ويدخل فيها أيضا اعتبارات النواحي الاجتماعية والاقتصادية للمتنازل والتي ستترتب على عملية الاستئصال[3] ولقد نصت معظم التشريعات العربية والغربية على ضرورة تبصير المتنازل في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء وأن هذا الموضوع مهم جدا ولا يقتصر على الناحية الطبية فقط بل على جميع المجالات [4].

ثالثا: أن يكون الرضا حرا

يجب أن يكون رضاء المتبرع أن يكون صادرا عن إرادة حرة، فلا بد من توخي الحيطة والحذر في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية، والتأكد بما لا يدع مجالا للشك أن هذه الموافقة قد جاءت بعيدا عن أي مؤثرات وعوارض نفسية أيا كان نوعها [5]، إذ يتعين أن يصدر الرضا عن شخص يتمتع بملكات عقلية سليمة، فسلامة الملكات الذهنية تؤدي إلى القدرة على تكوين رأي صحيح موضوع الرضا [1]، ويتعين أن تكون إرادة المتبرع خالية مما

1 – نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 194، ص197.

2 – المرجع نفسه.

3 – المرجع نفسه، ص 213.

4- ولقد جاء في توصيات مؤتمر بيروجيا المنعقد في بيوغسلافيا بتاريخ 1963/03/13 على ضرورة شرح الطبيب للمتنازل بطريقة وافية حول المخاطر المحتملة الوقوع من جراء عملية الزرع والنتائج المترتبة عنها الحالية والمستقبلية على جميع الأصعدة الطبية والاجتماعية والمالية، أنظر نفس المرجع، ص 214.

5- مهند صلاح احمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 133.

يعيبها، فلا يكون لرضا الشخص أية قيمة قانونية إذا كان ضحية تدليس أو خداع أو تحت تأثير الخوف.[2]

ولقد أجمعت جل التشريعات القانونية المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية ،على أن يكون الرضاء الصادر من المتنازل أو المتبرع لعملية الزرع إراديا وحرا وبدون مقابل مادي وهذا ما اتصف به المتنازل بمصطلح المتبرع والسبب[3] وراء استبعاد المقابل المادي هو أن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون محل للمعاملات المالية والتجارية و لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بضرورة إخضاع المتنازل للفحوصات الطبية النفسية للتأكد من عدم وجود ضغوطات نفسية عليه من شأنها أ تعيب إرادته.

ونجد المشرع الجزائري قد تكلم عن الرضاء الحر ليس بصفة مباشرة،بل نستنتجه من خلال استقراء المادة 162 ف 02 من قانون الصحة بقولها"ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب الجراح بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة" [4].

رابعا: اشتراط الأهلية في المتبرع

تعتبر الأهلية [5]من أهم الشروط التي نصت عليها التشريعات في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث يختلف سن الرشد حسب طبيعة الموضوع ومن دولة إلى دولة، حيث أن هناك سن الرشد المدني وسن الرشد المتعلق بسنة اكتساب الجنسية وهناك سن الرشد المتعلق بالزواج، وسن الرشد الجزائي، إن توافر الأهلية من الشروط الضرورية التي تمكن الفرد من التعبير عن الإرادة والرضا الحر، وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .[6]

---

1 - محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي ، دار الثقافة ، عمان ، 2004 ، ص 75.

2- أشواق زهدور، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، **دفاتر السياسة والقانون**، العدد 14، جانفي 2016 ص 109.

3- ولقد أكدت على ذلك أيضا توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي المنظمة من طرف مركز البحوث والدراسات لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين التي عقدت في القاهرة في 1993/11/24 على عدم جواز نقل العضو مقابل ثمن، حيث تتكفل الدولة بتكاليف العلاج وتوفير النفقات اللازمة للشخص الذي نقل منه العضو، أنظر نصر الدين مروك، المرجع السابق .ص 230.

4 - مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،2006، ص 578 ، وراجع نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ص 219-220 .

5- الاهلية بصفة عامة هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أنظر لخضر معاشو ، المرجع السابق ، ص 163 .

6- فالأهلية الطبية يقصد بها أن يكون المتبرع مؤهلا طبيا وجسميا ونفسيا للقيام بمثل هذا التبرع، ودون المساس بحياته الشخصية أو التأثير عليها نتيجة استئصال عضو من أعضاء جسمه، أما الأهلية القانونية فهناك أهلية وجوب، ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب حقا وأن يتحمل التزامات، وهناك أهلية أداء التي يقصد بها صلاحية الشخص بأن يقوم بنفسه بالتصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقا، وأن تحمله التزاما على وجه يعتد به، ومناط هذه الأهلية الإدراك والتمييز. أنظر نصر الدين مروك، المرجع السابق .ص 231 وما بعدها.

فنجد التشريع الفرنسي اعتبر سن الرشد الخاص بزراعة الأعضاء البشرية هو 18 سنة كاملة في حين يجوز للقاصر أن يتنازل عن أحد الأعضاء بشرط موافقة ممثله الشرعي المعززة بموافقة لجنة من الخبراء وأن يكون للمتنازل أخ أو أخت فقط دون سواهم، أما القانون التونسي فلم يذكر سن الرشد واعتبر سن الرشد المدني هو الذي يعمل به في مجال زراعة الأعضاء البشرية، واشرط فقط أن يكون الشخص المتبرع لغرض علاجي أن يكون رشيد وسليم ومدرك عقليا ومتمتع بالأهلية القانونية.

أما القانون اللبناني اعتبر سن الرشد هو 18 سنة، أما القانون الكويتي الخاص بزراعة الكلى على أن سن الرشد في جميع الأحوال أن لا يقل عن 18 سنة ميلادية[1]، أما المشرع الجزائري فقد اعتبر سن الرشد [2]حسب ق ح ص والمتعلق بزراعة الأعضاء البشرية لم تحدد سنا معينة يعتبر فيها المنازل بالغا سن الرشد[3] وهذا ما نستخلصه من المادة 162 ف 02 من ق ح ص والمادة 40 من ق م ج[4] ولقد تباينت الآراء حول مشروعية نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم بين مؤيد ومعارض على النحو التالي :

فالاتجاه الرافض بني فكرته على أن القاصر لا يستطيع توجيه رضائه لاستقطاع عضو من أعضائه، فالرضاء الصادر من القاصر يعد معيبا ولا يعتد به قبل بلوغ سن الرشد، كما أن هذا الاستئصال لا ينطوي على أي منفعة علاجية له[5]، بل يعد مصدر خطر كبير يهدد حياته، ويضيف جانب من الفقه أنه يجب أنه لا يسمح للوالدين بالتصرف في جسم القاصر، ولو كان لمصلحة أخيه التوأم بإعطاء الموافقة في انتزاع جزء من جسم المشمول برعايته وحمايته، وأخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين : مثل التشريع الكويتي، التشريع اللبناني والتشريع اليوغسلافي، كما أخذ به القانون التشيكي والقانون الالماني. [6]

ولقد ساير المشرع الجزائري التشريعات الرافضة لاقتطاع الأعضاء من القصر،حيث نصت م 163 من ق ح ص رقم 85-05 على أنه: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص ص 232 – 233.

2- يعرفها القانون الجزائري أن سن الرشد هو 18 سنة وسن الرشد المدني 19 سنة وسن الرشد لاكتساب الجنسية 21 وسن الرشد للزواج 21 سنة للجل و18 سنة بالنسبة للمرأة، أنظر نصر الدين مروك ، نفس المرجع، ص 231.

3- المشرع اعتبر المتنازل عن عضو من أعضائه متبرعا والتبرع يعتبر من التصرفات الواردة في نصوص القانون المدني واعتبر التبرع حسب نصوص القانون المدني هبة التي تعتبر لشخص معين لذاته أنظر نصر الدين مروك ، نفس المرجع ونفس الصفحة .

4 – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1975 معدل ومتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يتضمن القانون المدني،ج ر،العدد78 لسنة 1975 .

5- لخضر معاشو ، المرجع السابق ، ص 173.

6 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 270.

انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "ويتضح من هذه المادة أنّ المشرع يمنع الاقتطاع من أجسام القصر، و من الأشخاص الراشدين المحرومين من نعمة الإدراك، وهم الأشخاص الذين يفتقدون إلى القدرة على تقدير الأمور تقديرا سليما كالمجنون أو السفيه أو المعتوه[1]، .

أما الاتجاه المؤيد لاستئصال الأعضاء البشرية من القصر فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إجازة الاقتطاع من الأشخاص القصر مستندين إلى ما استقر عليه القانون الطبي حاليا، حيث أن أهلية القاصر المدنية أكثر اتساعا من الأهلية القانونية ، إذ أنه لما كان القاصر لا يستطيع توجيه رضائه بشأن هذا الاقتطاع، وكلف بهذا إلى ممثله القانوني على أساس أنّ هذا الأخير هو أحرص الناس على صحة وحياة من يقع على عاتقه واجب رعايته ، وقد اتجهت هذه التشريعات إلى رد الشروط والضوابط التي يمكن من خلالها استئصال الأعضاء من القصر إلى نوعين رئيسيين، يتعلق الأول منهما بمن يجوز التبرع لمصلحته (الأخ أو الأخت دون غيرهما)، وأما الثاني فيحدد الأجزاء التي يباح نقلها من الصغير(مقصورا على الأنسجة المتجددة فقط دون غيرها من الأعضاء) [2]، فيشترط أن يكون ما ينقل من الصغير التي متى انفصلت عن الجسم فإنه لا يمكن استبدالها أو تجددها تلقائيا ،

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع الفرنسي في المادة 1/2 من القانون رقم 1181/76 الصادر في 1976/12/22 الخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء وأخذ بهذا الاتجاه كذلك : مثل التشريع الدنماركي والتشريع الكندي، القانون البرازيلي وقانون الولايات المتحدة الأمريكية[3].

الفقرة الثانية: رضاء المتلقي

من المبادئ المستقرة في القانون الطبي أن للمريض الحق في الموافقة على العلاج الذي يقرره الطبيب ويعتبر إتفاق المريض مع الطبيب قبولا منه لما قد يتخذه هذا الأخير من طرق علاج عادية وغير تقليدية، ما لم يعترض المريض صراحة على أي وسيلة من هذه الوسائل وفي أي مرحلة من العلاج لأن العمل الجراحي المتمثل في زرع العضو سيقع على جسمه ،ولما لهذا العمل من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا ، فرضاء المتلقي يعتبر لا تقل أهمية عن رضاء المتنازل باعتبار المتلقي مرهون نجاح عملية الاستئصال على سلامة العضو المراد زرعه ونجاح العملية له ، ولذلك فهناك شروط يجب تكون لإباحة هذه العملية الخطيرة ومن بينها نجد :

1- لخضر معاشو، المرجع السابق، ص 171.

2- المرجع نفسه، ص 172-173

3 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 264، ص275

أولا : شكل رضا المتلقي

في الأصل أن رضاء المتلقي لا يشترط في مجال زراعة الأعضاء البشرية شكلا خاصا لأنه يمكن أن يكون بأي شكل من الأشكال أو وسيلة من الوسائل التي تظهره ،ولقد أجمعت جل التشريعات تقريبا على أن يكون في شكل كتابي، حيث أن عبء الإثبات يقع على عاتق الجراح لأن الدليل الكتابي المودع لديه يعتبر تبرير لمشروعية المساس بسلامة جسم المتلقي وبتكامله الجسدي ، أما المشرع الجزائري اشترط في المادة 1/166 من قانون ح ص على أن يتم رضاء المتلقي في الشكل الكتابي وأمام مرئي المصلحة التي تم في العلاج وبحضور شاهدين، والسبب في ذلك هو كشف المشرع عن رضاء المتلقي ولما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المستقبل ،لأن هذا الرضاء ما هو إلا تعبير عن إرادته بصورة ملموسة بطريقة الكتابة [1]، ويتضح أنه إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، يجوز الحصول على الموافقة الكتابية بشأن العملية من أحد أقربائه حسب الترتيب[2] الذي أورده المشرع الجزائري[3].

ثانيا :أن يكون الرضا متبصرا أو مستنيرا

يقع على عاتق الطبيب أو الجراح نحو المريض بعض الالتزامات وخاصة من ناحية إفادة هذا المريض بالمعلومات الكافية والواضحة والصريحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي جراحي، وهذا ما يظهره التفاوت العلمي والنفسي بين المريض والطبيب ، حيث أثارت هذه المسألة عدة إشكالات علمية خاصة في مثل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لأنها ليست بالأمر السهل[4]، لأن هناك تعارض قائم بين مفهوم الاعتراف للإنسان بان يكون سيد نفسه، وبين التقدم العلمي وما يقتضيه ذلك من إعطاء الطبيب الحرية في التصرف بجسد المتلقي وحياته، إذ يجب على الطبيب أن يوضح للمريض أنّ الطريق الوحيد لإنقاذ حياته هو استخدام وسائل علاجية جديدة تتمثل في إجراء عملية زرع عضو له، وذلك لعجز الوسائل العلاجية التقليدية وعدم فعاليتها في مثل حالته الصحية، ولقد نصت على هذا المادة 5/166 من ق ح ص التي جاء فيها: "لا يمكن التعبير عن الموافقة، إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل للعضو أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك"، كما نص على هذا

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ص 241-242.

2 – المادة 164ف2 من قانون رقم 85-05 السابق الذكر والذي جاء نص على الترتيب التالي: الأب أو الأم ،الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أنظر المرجع نفسه ، ص 242.

3 – عبد الكريم مأمون، المرجع السابق ، ص 547.

4 – زينب احلوش بولحبال ، رضا المريض في التصرفات الطبية ، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الجزائر، 2001/2000 ، ص41.

الشرط أيضا في المادتين 43 و44 من مدونة أخلاقيات الطب وكذلك ما أيده محمد علي البار [1].

ومن خلال هذه المواد يتضح أن القانون الجزائري والقانون الفرنسي والقانون اللبناني قد ربطوا رضاء المتلقي بالأخطار الطبية و الجراحية، وأقروا بمبدأ تبصير المتلقي وعدم إخفاء عليه أي خطر أو معلومة قد توقعه في المخاطر وعد الكذب عليه في أي شيء مهما كان حجمه، ويوضح له أن عملية الزرع للعضو هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته ومن ثم يقع على عاتق الطبيب الجراح الالتزام بتبصير المتلقي بالحقيقة حتى يصدر رضاءه عن بينة و بصيرة، وعلم كامل بحقيقة الأمر، فلا يجوز للطبيب الجراح المساس بالجسم إلا بعد الحصول على رضائه المتبصر و المستنير[2].

ثالثا : أن يكون الرضا حرا

يجب أن يتمتع المتلقي بكامل حريته في اختيار إجراء العملية لزراعة العضو أو لا، فهو الوحيد الذي يجب أن يملك حق الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي وبين المساس سلامة جسمه ، لان المتلقي يعتبر في مواجهة الأطباء و الجراحين شخصا غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما فهو في نظر القانون الوحيد الذي يقدر ضرورة التضحية بسلامة جسمه طالما أنه يملك حق حرية الاختيار[3].

رابعا : اشتراط الأهلية في المتلقي

إن رضاء المتلقي أو المريض في عملية زرع الأعضاء لا يعتبر صحيحا إلا إذا صدر عنه وهو قادر على التعبير عن إرادته ، وموافقة المتلقي على إجراء مثل هذه العملية تعني مشاركته في تحمل مخاطر العملية وتفترض من المتلقي الأهلية القانونية الكاملة في ذلك .

فالمشرع الجزائري لم يحدد لنا سنا معينة للأهلية في قانون حماية الصحة وترقيتها بالرغم من أهلية المتنازل تختلف عن أهلية المتلقي، حيث في المتلقي قد يمكن أن يكون بالغا سن الرشد، أو قاصرا أو عديم التمييز على عكس المتنازل الذي يجب أن يكون بالغا سن الرشد. وعليه فإن المتلقي متى بلغ سن الرشد المنصوص عليها في المادة 40 ق م ج ، فإن رضائه بعملية زرع العضو له تكون صحيحة إذا ما توفرت لها بقية الشروط ومنها أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية . لذلك فالمتلقي عديم الأهلية يعد وسيلة لحماية بعض الأشخاص الذي لا يملكون القدرة على فهم وتمييز عملية الزرع التي سيرضون بها، ومن ثم فالمشرع من خلال نص المادة 166 بفقراتها 02-03-04-06 من قانون

1 – محمد علي البار،أسئلة في باب التداوي ،منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي ، مركز اخلاقيات الطب ،جدة ، ب س ن ، ص 04.

2 – عبد الكريم مأمون، المرجع، السابق ، ص 557 .

3 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 255.

الصحة قد تناول أصناف الأشخاص الذين يستفيدون من الأعضاء ونص على صنفين من الأشخاص و حددهم[1]، فإذا لم يكن المتلقي قادرا على إصدار رضا معبرا به قانونا عن حالته الصحية أي في حالة لا يستطيع التعبير عن إرادته، وحسب المادة 2/166 من ق ح ص على أنه:" إذا كان المستقبل (المتلقي) غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه ، أن يوافق على ذلك كتابيا ".

كما يتضح باستقراء المادة 166 الفقرة الأخيرة أن المشرع الجزائري جعل الطبيب الجراح ممثلا طبيعيا للمتلقي في حالة الاستعجال، وإذا لم يكن في الإمكان الاتصال بأحد أعضاء أسرة المتلقي يستطيع أن يعطي الموافقة للمتلقي بزرع العضو له، بشرط أن يثبت حالة الاستعجال أمام شاهدين، ولم يحدد المشرع صفة هؤلاء الشهود، غير أن طبيعة الشهادة المطلوبة توجب أن يكون هؤلاء من أهل الطب، كما وأن الطبيب الجراح يستطيع أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقته هو أو موافقة أهله ، لأنه هو المسؤول الأول في حالة عدم اكتمال الأهلية القانونية للمتلقي، كما أنه هو وحده الذي يقرر ضرورة إجراء عملية الزرع ومدى مناسبتها لحالة المتلقي، وهو ما نصت عليه المادة 2/163 من ق ح ص بقولها :"كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع ، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "

ويتضح من كل هذا أن السلطة المخولة للطبيب الجراح في هذا المجال تنطوي على التزام يقع على عاتقه، وهو تقديم المساعدة إلى المتلقي إذا كان في حالة خطر، وأن إخلاله بهذا الالتزام يشكل جريمة امتناع عن تقديم المساعدة في حالة خطر طبقا لأحكام المادة 02/182 ق ع ج [2].

البند الثاني : الشروط الطبية والإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة بين الأحياء

إنّ عملية الموازنة التي يجريها الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تكون محكومة بمجرد موازنة عادية بين المخاطر والآمال، وإنما تدخل في نطاق حالة الضرورة، كما أن الموازنة لا تكون متعلقة بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص، فتقدير المساوئ والآمال يكون كذلك على مستوى المتنازل السليم، لذلك ولضمان نجاح هذه العمليات لابد أن تخضع لقيود ذات طبيعة طبية، وشروط أخرى ذات طبيعة إدارية .

الفقرة الأولى: الشروط الطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة بين الأحياء

نظرا للأهمية التي يمليها هذا الموضوع، ارتأينا أن نتناول الشروط الطبية والإدارية التي يجب توفرها لعمليات نقل

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 257.

2 – المرجع نفسه ، ص ص 261-262 ، وانظر القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق ل 04 فبراير سنة 2014 يعدل ويتمم الامر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات.

وزرع الأعضاء البشرية الجامدة بين الأحياء ،وذلك حتى يتسنى لنا معرفة علمية تسمح بدورها ببيان مدى إباحة هذه العمليات ومن هذه الشروط نجد :

أولا : الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي

– يشترط أن لا يتجاوز سن كل من المتنازل عند الاستئصال والمتلقي عند الزرع الخمسين سنة وأن لا يقل سنهما عن 10 سنوات[1]، و أن يكون المتنازل خاليا من الالتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية [2] (م 1/162 ق ح ص).

–كما يجب أن يستبعد من عمليات نقل الأعضاء الأشخاص الذين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض مثل الالتهابات الرئوية أو قرحة المعدة، وذلك نتيجة لتناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة.

– كما يشترط في المتلقي استقرار حالته النفسية عند عملية الزرع بعيدا عن التوتر والقلق [3] ،وقد نص المشرع الجزائري –على هذه الشروط بصفة عامة (م 2/163 ق ح ص).

وعلى هذا الأساس يلتزم الطبيب قبل مباشرة عملية نقل العضو بإجراء كافة الفحوص الطبية لمدة زمنية كافية، للتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله، وكذا خلو المتبرع من كافة الأمراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة المستقبل بعد النقل، وتقابلها المادة 3/03 من قانون رقم 23 سنة 1977 من القانون الأردني والتي تؤكد على أن إجراء جميع الفحوصات والتحاليل المخبرية اللازمة لهذه العمليات لمعرفة الحال الصحية لكل من المتبرع و المريض الذي سينقل له العضو للتأكد من أن حالة المتبرع تسمح بذلك ، كما يجب أن يكون كل من المتنازل والمتلقي لا يعانيان من أمراض الجهاز الهضمي لتفادي تعرضهم بعد العملية لمضاعفات نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة ، إلّا أنّ المشرع المصري لم يتناول هذا الشرط صراحة و إنما القانون الجزائري والأردني تشارك فيه وعليه يستحسن على المشرع المصري إعادة النظر فيه. [5]

ثانيا :حالة حفظ العضو المنقول

هذا الشرط يعني أنه لابد من احترام المدة اللازمة للحفاظ على صلاحية العضو المراد زرعه[6]، بسبب سرعة

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 138.

2 – عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ،ص507.

3 – نصر الدين مروك ،المرجع السابق ،ص138.

4 – عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ،508.

5 – كهينة عراش ، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري و المقارن ، مذكرة الماستر في القانون الخاص و العلوم الجنائية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، 2016–2017 ص 19.

6 – أشواق زهدور ، المرجع السابق ، ص 106.

تلفها خاصة إذا نقص منها الدم ،مثل الأعضاء المركبة كالكبد والكلى فهي لا تتعدى بضع ساعات ، فيحفظ الكبد في درجة حرارة منخفضة تتراوح ما بين 15 و20 درجة مئوية ، وهو ما يسمح بإطالة فترة تحمله لنقص الدم تزيد عن ساعة واحدة ، أما بالنسبة لحفظ الكلى فهناك طريقتان للحفظ : الطريقة الأولى طريقة كلين : وتتمثل في غسل الكلية بمحلول بارد ووضعها في درجة منخفضة تصل إلى 04 درجات مئوية ، وبذلك يمكن حفظها بان تكون صالحة للنقل لمدة 24 ساعة ، أما الطريقة الثانية فتتمثل في حقن الكلية بمادة كيمياوية وفي درجة حرارة منخفضة تتمثل في 04 درجات مئوية وتستخدم هذه الوسيلة في الولايات المتحدة الأمريكية والتي تحفظ الكلية من التلف لمدة تتراوح ما بين 24 إلى 37 ساعة ،كما يمكن أن تحفظ الكلى لمدة 72 ساعة بواسطة جهاز التبريد ويتضمن مضخة[1] .

ثالثا: توافق أنسجة المتلقي والمتنازل

إن نجاح العمليات المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية الجامدة مرهون بتوافق الأنسجة للمتلقي والمتنازل، والخطر المحدق بهذه العمليات هو الأجسام الغريبة التي تدخل إلى الدسم وهو ظاهرة تسمى" لفظ الأجسام الغريبة " Le Phénomène de rejet، فهو ما يقلل فرص النجاح فمن العبث اقتطاع عضو سليم من إنسان حي، إذا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة بسبب لفظ العضو من قبل جسم المريض المستقبل، وهو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي أبيحت لأجلها هذه العمليات،لأن الأنسجة البروتينية تختلف من شخص إلى شخص أخر في العالم مثلما تختلف بصمة الإصبع باستثناء التوأم المتقاربة فأنسجتهم من نفس النوع [2] .،

بالنسبة للأعضاء الجامدة المركبة كالكلية فإنها تحتوي في ذاته على خليط أنسجة متباينة تتمثل في أوعية دموية أو لمفاويات أو أعصاب، وغالبا ما تهدد هذه العمليات بظاهرة الطرد، حيث أنها لا تتوافق مع جسم المريض، ويطلق على هذا النوع من العمليات مصطلح transplantation، وقد ترك المشرع الجزائري الشروط الطبية للسلطة التقديرية للهيئات الطبية المختصة بتنفيذ عملية الزرع المشار إليها في المادة 2/167 من ق ح ص التي تنص على أنه :"تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية "، فمن واجب الأطباء حفظ العضو المقتطع، نظرا لكون المدة اللازمة للمحافظة على صلاحية العضو المراد نقله من جسم المتلقي تتفاوت حسب تكوينه التشريحي[3] .

وقد توصل العلماء أن السنة الأولى لزرع الكلية في جسم المتلقي تعتبر أخطر فترة يجتازها العضو المزروع، فإذا

1 – نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص ص141-142.

2 – المرجع نفسه، ص 140.

3 – المرجع نفسه، ص 139، ص 141.

تغلب على رفض المناعة دون الإصابة بمضاعفات أخرى، فإن الكلية أو غيرها من الأعضاء تبقى طيلة حيات المتلقي، وعليه فإنه لا يجوز إجراء أي عملية زرع أو نقل للأعضاء قبل التيقن من صحة كل من المتنازل أو المتلقي، ومن ثم فإن كان يجوز نقل كلية لمن فسدت كليته فإنه لا يجوز نقلها إذا كانت إحدى كليتيه المتبقية تقوم بوظائف على نحو يحفظ عليه حياته باعتبارها من الأعضاء المزدوجة ، وهذا ما جاء في نص المادة 01/162 من ق ح ص [1].

الفقرة الثانية: الشروط الإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة بين الأحياء

لقد وضعت التشريعات المختلفة عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة بتنظيم خاص، لضمان احترام القوانين المتعلقة بحماية المتبرعين، ومنع التصرفات غير الشرعية مثل الاتجار في الأعضاء البشرية وغيرها، بحيث ذهبت إلى تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات، والضوابط الخاصة بالأطباء المأذون لهم تنفيذها.

أولا: المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لأهمية هذا الموضوع ، فقد اشترطت مكانا خاصا لإجراء مثل هذه العمليات، وذلك لما لها من آثار اجتماعية وصحية، حيث نصت المادة 9 من قانون 5 لسنة 2010 من القانون المصري في الفصل الثاني تحت عنوان منشآت زرع الأعضاء والتي تنص على أن ويتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة ويعين أمانة فنية لهان وتتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة، وتحدد المنشآت التي يرخص لها بالزرع "،وتبناها المشرع الأردني في المادة 3 ف 2 والتي تؤكد على" أن يتم النقل في مستشفى تتوفر فيه الشروط والمتطلبات الفنية اللازمة لنقل الأعضاء وزراعتها من قبل فريق من الأطباء و الفنيين المختصين"[2].

و يتضح من هذه المواد أنه لا يجوز إجراء عمليات استئصال الأنسجة والأعضاء ولا زرعها إلّا في المستشفيات أو العيادات الخاصة أو العامة المرخص لها والتي يحددها وزير الصحة، ويتبين ذلك من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 7من ق ح ص والتي تنص على أن " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلّا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة "وهذه المؤسسات الصحية للقيام بإجراء زرع الأعضاء البشرية طبقا للقانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 نذكر منها :

بالنسبة للقرنية :المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة)، المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر العاصمة) ، المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي (الجزائر العاصمة)، المركز الاستشفائي الجامعي (عنابة).

1 – نصر الدين مروك، المرجع السابق ، ص 140.

2 – المرجع نفسه، ص 96.

بالنسبة للكلى:المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة)،المؤسسة الاستشفائية المخصصة عيادة دقسي(بقسنطينة)، **بالنسبة للكبد**:مركز بيار ماري كوري[1].

كذلك نجد القانون الكويتي اشترط أماكن معينة لإجراء مثل هذه العمليات وخاصة الكلى باعتبار أن هذا القانون جاء خصيصا لنقل الكلى وهي: المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة العامة لهذا الغرض وفق الإجراءات والشروط التي سيصدر بها قرار من وزير الصحة وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من هذا القانون [2].

ثانيا : حصول الطبيب الجراح على الترخيص القانوني

لقد اشرط القانون على الطبيب الجراح المكلف بزارعة العضو المزروع أن يكون مختصا بحسب طبيعة العضو المزروع كما يكون مختصا في أمراض القلب إذا كان قلبا مثلا أو أمراض الكلى، أو أمراض الكبد وأن يتبع الأصول الفنية التي يتطلبها الطب لإجراء مثل هذه الجراحة.

والسبب راجع في ذلك أن القانون لا يثق في غير من رخص لهم بالعلاج، إذ هم في تقديره الذين يستطيعون القيام بعمل طبي يطابق الأصول العلمية ونتيجة في ذاته إلى شفاء المريض، وكل شخص يخرج عن هذه القاعدة يعد ممارسا لمهنة الطب بطريقة غير شرعية حسب أحكام المادة 214 من ق ح ص، وتكون عقوبته حسب ما ورد في أحكام المادة 234 من نفس القانون، [3]، ومادام أن العمل الطبي يمارس على جسم الإنسان والذي قد يؤثر على صحته وحياته إيجابيا أو سلبيا فقد أقرت التشريعات كفاءات ومؤهلات معينة لمن يمارس مهنة الطب[4]،

حيث تنص المادة 15 والمادة 13 من قانون 5 لسنة 2010 من القانون المصري في الفصل الثالث تحت عنوان إجراءات زرع الأعضاء البشرية على أن المؤسسة التي يتم فيها الزرع تتكون من فريق طبي من ذوي خبرة فنية وإدارية مختصين في هذا المجال من العمليات، ولقد نص القانون الأردني قانون الانتفاع و المشرع المصري بأعضاء جسم الإنسان والتي تنص على أن قيام الطبيب الجراحي بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية استوجب أن يكون مختصا في هذا المجال وأن يكون ذا خبرة عالية لأنها تتعلق بحياة الشخص.

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال وضعه للأحكام المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء لم يحدد طائفة الأطباء

1 – نصر الدين مروك، المرجع السابق ، ص 145

2 – المرجع نفسه، ص 96.

3 – انتصار مجوج ، الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري، **مجلة دفاتر السياسة والقانون** ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 18 ، جانفي 20118 ، ص 142.

4 – عتيقة بلجيل، عمليات نقل الأعضاء البشرية في القانون الجزائري ، **مجلة المنتدى القانوني** ،جامعة محمد خيضر ، بسكرة ،العدد 07 ، د س ن ، ص 112.

المختصة للقيام بهذا النوع من الجراحة، في حين اكتفى فقط في المادة 167 من ق ح ص، والتي تنص على أن تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية. [1]

الفرع الثاني: الشروط القانونية لإباحة عمليات زرع الأعضاء الجامدة بين الأموات

إن إباحة الاستئصال منها ترد عليها مجموعة من القيود، منها ما يتعلق بالتحقق من الوفاة قبل الاستئصال، ومنها ما يتعلق بالتحقق من صدور الموافقة على الاستئصال من الجثة، فظهرت الجثّة كأحسن مصدر للأعضاء، خاصة في حالة عدم توفر الأعضاء من الأحياء، ولذلك أقرت بعض التشريعات على استئصال الأعضاء من الجثة، ولابد من توافر شروط وهي الشروط الشكلية والشروط الموضوعية [2].

البند الأول : الشروط الموضوعية لنقل الأعضاء من الجثث

تعتبر أعضاء الشخص الميت مصدرا هاما لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فالموت هو اللحظة التي يغادر فيها الإنسان الحياة، ورغم بديهية المقصود بالوفاة إلا أنه من الضروري تحديد اللحظة الحقيقية لها قبل مباشرة استئصال الأعضاء والتأكد من الوفاة .

الفقرة الأولى: التأكد من الوفاة

قبل إجراء أي عملية استئصال يجب أولا التأكد من الوفاة، فالموت هو انقطاع الحياة وهو التي يترتب عنها انتهاء الشخصية الطبيعية للإنسان إمّا بالموت الحقيقي أو الموت الحكمي، فمن الناحية الطبية فإنّ الموت يمر عبر ثلاث مراحل تعتمد على موت ثلاثة أعضاء حيوية في الجسم هي المخ، القلب والرئتان، ثم موت خلايا الجسم .

المرحلة الأولى (الموت الإكلينيكي): وفيها يتوقف القلب والرئتان عن العمل فيتوقف دوران الدم في الجسم ويتوقف وصوله إلى المخ، وتستمر هذه الفترة أقلّ من خمس دقائق وفي هذه المرحلة يكون القلب والتنفس متوقفان، خلايا المخ سليمة، خلايا الجسم سليمة، فإذا أمكن استعادة تشغيل القلب والتنفس خلال هذه الفترة سواء كان ذلك ذاتيا أو بالأجهزة الصناعية فإنّ الإنسان يضل مستمرا بعدها على قيد الحياة ولا يعتبر ميتا بالإجماع.

المرحلة الثانية (الموت الجسدي): و هي تحدث عندما يمتد توقف القلب أكثر من خمس دقائق فإذا حدث هذا فإنه تموت خلايا المخ بما فيها الخلايا المسئولة عن تشغيل القلب والتنفس وعلى هذا فإنه لا يكون هناك أمال في عودة ذاتية للقلب والتنفس ويكون الإنسان بهذا قد وصل إلى موت جسدي حقيقي لا عودة منه إلى الحياة.

1 – عتيقة بلجيل، المرجع السابق ، ص 114.

2 – كهينة عراش ، المرجع السابق ، ص 24.

المرحلة الثالثة (الموت الخلوي) :وهي تحدث إذا مات المخ بانتهاء المرحلة الثانية، ولم يتم وضع المريض على أجهزة التنفس الصناعي، و فيها تتوقف الدورة الدموية نهائيا على أن تصل إلى جميع أجزاء الجسم، وتبدأ خلايا الجسم في التحلل والتفكك [1] و لقد تعددت المعايير التي يمكن الأخذ بها لتحديد لحظة الوفاة : معيار تقليدي ومعيار حديث .

أولا : المعيار التقليدي

ظهر في بداية الأمر المعيار التقليدي الذي يأخذ بتوقف القلب (الدورة الدموية) والرئتان (الجهاز التنفسي) عن العمل توقفا نهائيا وهو كذلك توقف جميع أجهزة الإنسان عن العمل، فالوفاة وفقا لهذا المعيار حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد [2] ومن خلال هذا المعيار نجد أن الطبيب يستطيع الحكم بوفاة الشخص بتوقف هذه الأجهزة عن العمل، وبالتالي يمكنه استقطاع ما يشاء من الأعضاء لزرعها في مرضى آخرين بحاجة إليها[3].وطبقا لهذا المعيار نجد أن هناك علامات ايجابية للموت وعلامات سلبية وهي :

- **العلامات الإيجابية** :وتتمثل في برودة الجثة (حيث تأخذ درجة حرارة الجثة بالانخفاض مع مرور الوقت)،دكنة الجثة (تأخذ الجثّة لون بنفسج يصل إلى الزرقة نظرا لتجمع الدم في الدورة)،جفاف الجثة (يؤدي أولا إلى فقدان الوزن،كيلو غرام لليوم ويصبح الجلد جافا وقاسيا يميل للاسمرار) وتعفن الجثة (وهي علامات متأخرة ومطلقة لحدوث الموت) [4].

- **العلامات السلبية للموت:** وهي علامات نسبية لإمكانية عودة الحياة أحيانا رغم وجودها وتتمثل فيما يلي: إلغاء أيّ نشاط تنفسي، اختفاء أيّ نشاط للجهاز العصبي المركزي (ويلاحظ فقدان العضلات لحيويتها بانخفاض الفك مثلا (العيون شبه مفتوحة، النظر ثابت ولا يمكن أن يعتبر إلّا دليلا مؤكدا على الموت و توقف دوران الدم (ويتجلّى ذلك بتوقف القلب عن الخفقان) .

ولقد وجهت لهذا المعيار انتقادات تتمثل في أنه لا يمكن إلا أن يكون محددا للموت الظاهري وليس للموت الحقيقي، ويرجع ذلك للعديد من الأسباب أهمها التطور العلمي والطبي، خاصة في وسائل الإنعاش الصناعي بحيث أصبحت تلك الوسائل التقليدية عاجزة عن التحديد الصحيح للحظة الوفاة، ومن ثمّ يصعب الأخذ به مادامت قد توافرت تلك الأساليب الطبية الحديثة التي قد يمكنها أن تعيد الحياة في العضو مرة أخرى، إنّ الإنعاش الصناعي يؤدي لعودة القلب للعمل مرة ثانية ولذلك لا يجوز استقطاع أيّ عضو من هذا الشخص لأنه لا يعتبر ميتا [1].

1 – كهينة عراش ، المرجع السابق، ص 25.

2 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 314.

3 – سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 263 .

4 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ص391-392.

ثانيا :المعيار الحديث

وفقا لهذا المعيار اعتبر موت خلايا المخ أو إصابتها بإصابات جسيمة يجعل الشخص في حكم الميت ، حتى ولو بقيت خلايا قلبه حية وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه والى حياته الطبيعية ،ويمكن التعرف على موت خلايا المخ من خلال جهاز رسم المخ الكهربائي، فتوقف الجهاز عن إعطاء أي إشارات دليل على موت خلايا المخ ولو ظل القلب والجهاز التنفسي ، ويرى بعض الأطباء بأنّ هذا الجهاز لا يصلح وحده كوسيلة للتحقق من حدوث الوفاة لأنه لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية ولا يعطي معلومات كافية على نشاط المراكز العصبية العميقة، ولذلك يستلزم القانون على الأطباء ضرورة الانتظار لمدة 72 ساعة قبل رفع أجهزة الإنعاش الصناعي تبدأ من توقف جهاز رسم المخ الكهربائي عن إعطاء أية إشارة و ذبذبات، وذلك للتأكد من حدوث الوفاة [2].

وبالرجوع إلى المادة 164 من ق ح ص فقد نصّ المشرع الجزائري على أنه" لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي أنه للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحّة"، وأكدت المادة 14 من قانون 5 لسنة 2010 حيث يؤكد المشرع المصري على أنه" لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الإشارة" . [3]

حيث نص المشرع الأردني في المادة 8 من قانون رقم 23 لسنة 1977 و التي تنص على أنه "لا يجوز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي، ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل.

من خلال هذه المواد نجد أن هذه التشريعات تشترك باعتبار أن لحظة الوفاة هي مسألة طبية، وتاركة ذلك لأهل الخبرة وهم الفريق الطبي كما أنه لا نجد المعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري والمصري عكس المشرع الأردني الذي اعتمد

1 – كهينة عراش ، المرجع السابق ،ص ص 26-27

2 – نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 317.

3 – نصر الدين ، المرجع نفسه ،ص 341.

بالمعيار الحديث (موت خلايا الدماغ)،

فإن كان القانون يحمي الشخص في حياته وتكامله الجسدي، فذلك لأنه في نطاق حالة الوعي والقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، أما من ماتت خلايا مخه وأصبح في حالة غيبوبة نهائية غير قابلة للعلاج فهو شخص مجرد تماما من الوعي و الحياة الإنسانية الطبيعية التلقائية أي يعد في حكم الأموات من الناحية القانونية والطبية، وفي هذه الحالة يسمح القانون باستئصال عضو من جثته لزرعه في جسم إنسان آخر إذا توفرت شروط ذلك، لأن القانون وضع أساسا لتحقيق مصلحة الأحياء [1].

الفقرة الثانية: إثبات الوفاة من قبل أطباء معينين مختصين

نجد في أي عملية نزع ونقل الأعضاء من الموتى، تسند أغلبية التشريعات الطبية معاينة الوفاة الموتى إلى لجنة طبية مخصصة لهذا الغرض وتحدد بعض التشريعات الإجراءات اللازمة الواجب إتباعها من قبل الفريق الطبي الذي يعاين ويثبت الوفاة، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة03/137 من ق ح ص على أنه :" يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاصفي حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين" [2]

فنجد في بعض التشريعات كالقانون المصري يكون بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية وهذا ما نص عليه القانون رقم 5 لسنة 2010 ، ويكون الإثبات في القانون الأردني من قبل لجنة تشكل في المستشفى الذي يتم فيه النقل ويكون فيه ثلاثة أطباء متخصصين ومؤهلين وهذا ما نص عليه قانون رقم 23 لسنة 1977.

الفقرة الثالثة: عدم مشاركة الفريق الطبي الذي عاين وأثبت الوفاة في عملية الزرع

يهدف هذا الشرط إلى توفير الحماية الكافية للمرضى الخاضعين للإنعاش الصناعي، فقد يتسرع الطبيب المكلف بالإنعاش إلى إعلان الوفاة للاستفادة من جثثهم،كما يوفر هذا الشرط الحماية للأطباء من أية شبهة بوقف الإنعاش بشكل مبكر، وهذا ما أكدته المادة 165 من قانون رقم90/17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الصادر بتاريخ 1990/07/31 المعدل والمتمم بقوله "لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع "

وهذا ما نص عليه المرسوم الملكي الاسباني وقانون ألمانيا الديمقراطية في المادة 3/05 الصادر في سنة 1975،

1 – نصر الدين ، المرجع السابق، ص 341.

2 – كهينة عراش ، المرجع السابق ، ص 30.

كذلك اللائحة التنفيذية الصادرة في فرنسا سنة 1978 والتشريع الأرجنتيني في المادة 3/27 [1] و ما نص عليه المشرع المصري حيث نص على أن"لا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسؤولية رعاية أي من المتلقين المحتملين"، و كذلك اشترط المشرع الأردني هذا الشرط "لا يجوز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها في هذا القانون إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي، ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل[2].

الفقرة الرابعة: سرية التبرع

لقد نصت المادة 2/165 من القانون 17/90 الصادر بتاريخ 07/31/ 1990 والمتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على مبدأ السرية ، كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية المستفيد لعائلة المتبرع أو على بعض المعالم التي من خلالها يمكن تحديد شخصيتهم وقد استحدث المشرع الجزائري هذا الشرط ، والهدف من سرية التبرع جعل الرضا الصادر من المانح بعيدا عن أي تأثير، وكذلك منع أي ابتزاز مادي يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع أو على ذويهم ، ونص على ذلك التشريع البرتغالي في المادة السادسة والتشريع الأرجنتيني والقانون الألماني ، أما المشرع المصري والأردني لم يتطرقا إلى هذا شرط السرية .

الفقرة الخامسة: لا يجوز إجراء عملية الاستئصال أعضاء من جثة المتوفي إذا كان هناك شبهة جنائية اقترنت بحلة وفاة إلا بعد الحصول على إذن الطبيب الشرعي المختص، وأشار إلى ذلك القانون البرازيلي والمرسوم الملكي الاسباني واللائحة الفرنسية الصادرة سنة 1948 وغيرها، ألا أن المشرع أغفل هذا الشرط بالرغم من تطبيقه آليا في الواقع العملي [3].

الفقرة السادسة: لا يجوز القيام بعمليات الاستئصال في المستشفيات العامة إلا بترخيص من وزير الصحة، ومن هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري و التشريع اللبناني والتشريع الكويتي والمرسوم ألمانيا الديمقراطية، التشريع الفرنسي.

البند الثاني: الشروط الشكلية لنقل الأعضاء من الجثة

سنتطرق إلى الشروط الشكلية وذلك من خلال معرفة موقف المتوفى من الاستئصال، وإذا لم يكن المتوفى قد عبر عن إرادته قبل وفاته، يتم انتقال حق التصرف إلى الغير.

1 – نصر الدين مروك ، المرجع ،السابق ،ص404.

2 – كهينة عراش ، المرجع السابق، ص 31.

3 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ص405- 406

الفقرة الأولى : الرضا بالاقتطاع من جثة الموتى

لا يمكن للطبيب استئصال عضو من جسم الميت إلا بعد صدور إذن أو موافقة استئصال، وقد يصدر هذا الإذن من المتوفى أثناء حياته أو من أسرته أو أقربائه بعد وفاته، كما لا يجوز كأصل عام المساس بالجثة إذا عبر الميت عن رفضه المساس بجثته ولو تم ذلك بموافقة أسرته. [1]

أولا : إذن المتبرع قبل وفاته

أغلب القوانين تجيز للشخص الإيصاء بكل جثته أو بجزء منها لأغراض علمية أو علاجية، فالإنسان هو صاحب الحق الأول في التصرف في جثته، ولقد نص المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها في تعديل 1990 في المادة 164 ف 02 على أنه يجوز الانتزاع من المتوفى إذ عبر أثناء حياته على قبوله ذلك، ونص عليه المشرع المصري في المادة 8 من قانون 05 لسنة2010 ، أجاز قانونا بأن يوصى الميت بجثته قبل وفاته وذلك فيما بين المصريين فقط ، وأكّد المشرع الأردني في المادة 5 م ن قانون رق م 23 لسنة2010 ، أنه قد أجازت القوانين أن يقوم المعطي قبل وفاته بالتنازل عن جثته لصالح الغير عن طريق الانتفاع بأعضائه من قبل من يحتاجون إليها بعد وفاته، وهذا الأمر لا يتعارض مع النظام العام أو الأخلاق العامة، لأنّ الهدف من وراء ذلك يكون التضامن الإنساني الذي يسعى إلى إنقاذ حياة الآخرين الذين يهددهم الموت.

ثانيا : انتقال حق التصرف إلى أقارب المتوفى

أغلب عمليات نقل الأعضاء تجرى لأشخاص في حالة غيبوبة، حيث تقتضى الضرورة الحصول على موافقة الأسرة قبل إجراء مثل تلك العمليات، غير أن الحالة النفسية السيئة التي تصيب الأسرة من موت أحد أفراد قد تؤثر في كثير من الأحيان على قرار بالاستئصال ومن ذلك فإن الحصول على موافقة الأسرة يعتبر شرطا أساسيا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء من جثة المتوفى.ولذلك أوجب المشرع الجزائري الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى لإمكانية الاقتطاع حيث إذ لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أفراد الاسرة [2] حسب الترتيب الأولي التالي : الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة، ما نصت عليه 3/164 من ق ح ص . وأكّد المشرع الأردني في قانون رقم 23 لسنة 1977 ضرورة موافقة أسرة المتوفى على إذا وافق أحد أبوي المتوفى في إجراء عملية النقل وذلك في المادة5 ب ، أما المشرع المصري لم يتعرّض إلى ضرورة

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 388.

2 – انتصار مجوج ، المرجع السابق ، ص 135.

انتقال حق التصرف إلى أقارب المتوفى، و لعدم وجود نص صريح في القانون رقم 5 لسنة2010 [1].

ثالثا : الحصول على الأعضاء من الموتى دون موافقة أحد

إذ لم يكن بالإمكان الحصول على موافقة أفراد أسرة المتوفى فيجوز للطبيب طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 164من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بقانون رقم 17/90 المؤرخ في 1990/07/31 حيث تنص على أنه "غير أنه يجوز انتزاع القرينة والكلية بدون الموافقة، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون " وعليه فالقيام بعملية الاقتطاع من الجثّة يشمل عضوين اثنين فقط هما الكلية وقرينة العين فيكون الاقتطاع دون موافقة أحد،أما المشرع الأردني نص في المادة 5 ج إذا كان المتوفى مجهول الهوية ولم يطالب أحد بجثّته خلال 24 ساعة بعد الوفاة على أن يتم النقل في هذه الحالة بموافقة المدعى العام. [2]

الفقرة الثانية : كيفية التعبير عن إرادة المتوفى

لقد اختلفت التشريعات المقارنة بشان التعبير عن إرادة المتوفي للتصرف في جثته، بحيث هناك من استوجبت الرسمية في حالة القبول عن الاستئصال و هناك من استوجب الرسمية في حالة الرفض عن الاستئصال.

أولا : اشتراط الشكلية للتعبير في موافقة الاستئصال من الجثة

لقد أجازت التشريعات الرسمية أي الكتابة أو الإقرار الكتابي أو الوصية لإثبات رفض أو قبول الشخص بالتصرف بجثته بعد وفاته، وفي هذه الحالة لا يجوز للأقارب ولو بإرادتهم المساس بها أو التصرف ولو جزء منها لأنها تعتبر إرادة المتوفي ويجب احترامها كما لو كان حيا، ويعد التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى كالتشريع الكويتي خاصة في مجال التبرع بالكلى كذلك القانون الفرنسي والقانون الدنماركي والقانون المغربي والقانون التونسي، المصري والأردني التي تشترط الكتابة في استقطاع الأعضاء البشرية من جثث الموتى،

ولقد اشترط المشرع الجزائري الكتابة في حالة رفض استئصال الأعضاء من الجثة، حيث تنص المادة في المادة 02/165 من ق ح ص، أن المشرع الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثّته بعد وفاته، على أن يتم هذا الاعتراض في شكل كتابي والهدف من اشتراط الكتابة في حالة الاعتراض على الاستئصال من الجثة، احترام إرادة

1 – كهينة عراش ، المرجع السابق ، ص 34.

2 – انتصار مجوج ، المرجع السابق ، ص 135.

المتوفّى ، وهو تعبير صريح عن الإرادة بطريقة الكتابة أو الاقرار الكتابي أو الوصية.[1]

ثانيا : عدم اشتراط الشكلية في حالة القبول بالاستئصال من جثة

لقد اختلفت التشريعات المحددة بالدراسة بشأن شكل التعبير عن إرادة المتبرع في حالة قبوله للاستئصال من جثّته بعد وفاته حيث ذهب البعض عد استلزام أية شكلية مهنية للتعبير عن إرادة المتوفى من اجل التصرف في جثته ، ولقد أقر المشرع الجزائري من خلال المادة 164 ف2 معدلة في سنة 1990 من ق ح ص، على عدم اشتراط الرسمية بالاستئصال وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ،وبالتالي يمكن للمتبرع بأعضائه قبل الوفاة أن يعبر عن موافقته بكافة أساليب التعبير سواء بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يمكن أن يتم ذلك باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته عن مقصود صاحبه، وللمتبرع إيصاء أهله على عدم الاعتراض على هذا التبرع بعد وفاته . وهذا ما أكدته المادة الرابعة من المرسوم الصادر في ألمانيا الديمقراطية على جواز التعبير عن إرادة المتوفي بشان التصرف في جثته باي وسيلة كانت ، كذلك المرسوم الملكي الاسباني أشار إلى ذلك. [2]

ثالثا : اعتماد بطاقات للتعبير عن رفض أو قبول الاستئصال من الجثّة

نظرا للتقدم الطبي في مجال زراعة الأعضاء البشرية وما يتطلبه من سرعة لا يتفق مع الإجراءات العادية المتمثلة في الحصول على الرضا من أسرته من اجل استئصال من جثة المتوفي بعد التحقق من الوفاة مباشرة ،أصبح هناك يقابله صعوبات كثيرة ولتفاديها اعتمدت بعض الدول نظام البطاقة الخاصة بالتبرع بالأعضاء، يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، مثل بطاقة التعريف الوطنية، وبهذه البطاقة يستطيع كل شخص أن يأذن أو لا يأذن باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته، فإذا توفّى الشخص دون أن يتراجع عن رضائه فإن العثور على بطاقة التبرع معه تغني عن اتخاذ الإجراءات القانونية للحصول على رضا أفراد الأسرة خاصة إذا كانوا في أماكن يصعب الاتصال بهم ، بحيث يسمح عمل بطاقة التبرع للشخص بالرجوع عن رضائه بالتصرف في جثته في أي وقت يشاء، أو أن يطلب من جديد التعبير عن إرادته في السجل الخاص بالمستشفى الذي يقبل به، حيث نجد في بعض المستشفيات سجلا خاصا يحفظ المعلومات الخاصة بموافقة أو اعتراض فنجد أن الولايات المتحدة الأمريكية تأخذ به كذلك القانون البلجيكي والألماني[3] وبهذه الطريقة تسهل على الطبيب الجراح سرعة الاستئصال وتفادي المشاكل التي يتلقاه في عملية الانتزاع من الجثة .

1 – نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 409.

2 – المرجع نفسه ،ص ص 410-411.

3 – المرجع نفسه ، ص ص 416-417.

خلاصة الفصل الأول :

نخلص من خلال دراستنا لهذا الفصل بأن زراعة الأعضاء الجامدة تكتسي أهمية جلية متمثلة في حماية الجسم من الحماية وسلامة الآدمي من إنهاء حياته وتتم هذه العملية بمختلف صورتيها ، سواء من الإنسان نفسه أو من الإنسان الميت إلى الإنسان الحي أو من الإنسان الحي إلى الإنسان الحي ، إذ نجد أن مختلف التشريعات بما فيها القانون الجزائري قد وضع ضوابط وقيود لممارسة مثل هذه العمليات ، وهذه الشروط سواء على الإنسان المتبرع او المتلقي أو الطبيب الممارس للعمل الجراحي أو للمؤسسة التي يتم فيها عملية الزرع أو النقل ،وضبطها بشروط منصوص عليها قانونا، وهذه الشروط تحمي المتلقي وتحمي المريض من أي تصرف قد يضر بجسمه أو أحد اعضائه ، كذلك قد يتعرض المخل بأحد الشروط على جزاءات وعقوبات قررها القانون سواءا كانت مدنية أو جنائية ،وهذا ما يعطي للموضوع أهمية بالغة وخطيرة تجعلها محل اهتمام العلماء والباحثين والسعي إلى تطويره مثل هذه العمليات من حيث الجانب الطبي والقانوني .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : المسؤولية المدنية لزراعة الأعضاء الجامدة

باعتبار أن زراعة الأعضاء من العمليات المعقدة وباعتبارها سبيل يؤدي إلى الموت أكثر منه ما يؤدي إلى الحياة ، فإن نسبة وقوع الأطباء في أخطاء مهنية في هذا المجال كبير جدا ،مما استدعى من التشريعات المتعلقة بموضوع نزع وزرع الأعضاء إلى تخصيص جزاءات في حالة مخالفة أحكام القوانين والتنظيمات والبروتوكولات الطبية الخاصة بهذا المجال[1] ،

إلا أن المشرع الجزائري لم يورد نصوصا خاصة بقيام مسؤولية الطبيب في مجال نقل أو زرع الأعضاء، تاركا مجال البحث فيها للاجتهاد القضائي، وباستقرائنا لهذه النصوص نجد أن المشرع قد أخضعها للقواعد العامة للمسؤولية ،

لذا سنعرض في هذا الفصل إلى دراسة المسؤولية المدنية لزرع الأعضاء بصفة عامة مع محاولة إسقاط مسؤولية الطبيب الناشئة عن نقل و زرع الأعضاء، وما سنقوم به أولا بتحديد طبيعة المسؤولية مع تبيان أركانها في المبحث الأول ومن ثم الآثار المترتبة عنها في المبحث الثاني .

1 – الأمين شريط ،نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، ندوة مجلس الامة حول عملية نزع وزرع الاعضاء البشرية بين العلم و الدين و الأخلاق و القانون، **مجلة الفكر البرلماني** ،عدد خاص ديسمبر 2003 ،ص145 ، وانظر عبد الحميد إسماعيل الأنصاري ، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة، سنة 2000 ، ص ص 56-57.

المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية

على الرغم من تطور القوانين والأنظمة التي تحكم شروط ممارسة مهنة الطب، فقد بقي التشريع الفرنسي يقيم المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية طبقا لقواعد المسؤولية في القانون المدني وطبقا لنص المادة 1382[1] وما بعدها من التقنين الفرنسي[2] (ونص هذه المادة يقابل نص المادة 124 ق م ج).

يستشف من خلال نص هذه المادة أن المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية ترتكز على ثلاث أركان أساسية وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، فمسؤولية الطبيب لها نفس الأركان السابقة : الخطأ الطبي الصادر من الطبيب والضرر الذي يسببه هذا الأخير للمريض وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر[3] .

هذا ما سنتحدث عنه خلال هذا المبحث الذي سنتناول فيه الأركان تباعا والتي خصصنا لكل مطلب منها مطلب مستقلا، ابتداء بالركن الأساسي للمسؤولية وهو الخطأ الطبي نظرا لأهميته وخصوصيته في إطار المسؤولية الطبية لاسيما تلك المتعلقة بزرع الأعضاء، في حين ننتقل إلى المطلب الثاني وهو الضرر ثم يليه المطلب الثالث وهو العلاقة السببية.

المطلب الأول: الخطأ الطبي

تقوم المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية، طبقا للقواعد العامة ويعتبر هذا الأخير الركيزة الأساسية فيه وذلك أنه يكتسي أهمية بالغة في إطار المسؤولية الطبية المدنية ، فهو أساس نشوؤها ولا مجال للحديث عن مسؤولية الطبيب ما لم يوصف عمله بأنه خطأ [4].

أن أهمية البحث في فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب وتحديد المتسبب في إحداث الضرر يجعلنا نبحث عن معيار قانوني تحدد درجة الخطأ التي توجب قيام مسؤولية الطبيب المدنية، لذا سنحاول في هذا المطلب مفهوم الخطأ ومعياره في الفرع الأول وكذا صوره التي يمكن من خلالها تمييز المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء الجامدة عن المسؤولية المدنية بشكل عام والمسؤولية الطبية بشكل خاص وذلك في الفرع الثاني .

الفرع الأول : مفهوم الخطأ الطبي ومعياره

نظرا لكون الخطأ الطبي أساس المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، ونظرا لما يكتسبه الخطأ الطبي

1- Julie Traullé , l'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle, Edition .L.G.D.J,2007, p185

2 – أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني والاردني والنظام القانوني الجزائري،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، سنة 2008، ص 17.

3 – كمال فريحة ،المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر،2013/2012، ص164.

4 – سعاد هني ،المسؤولية المدنية للطبيب(شهادة المدرسة العليا للقضاء) ، غير منشورة ، المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة 14، 2006/2003 ص 08،

من أهمية و خصوصية بسبب تميز مهنة الطب عموما ، كان من الضروري تعريف الخطأ الطبي في القانون الوضعي وفي القانون الجزائري وتبيان أنواعه ثم التطرق إلى معياره.

البند الأول: مفهوم الخطأ الطبي

"إن التزام الطبيب ببدل عناية اتجاه المريض يجعل هذا الأخير مكلف بعبء اثبات وجود خطأ طبي في حالة ما إذا لحقه من ضرر جراء العمل الطبي ، فلا بد من وضع تعريف للخطأ حتى يتسنى لرجل القانون معرفة ما إذا كان سلوك الطبيب يعتبر خطأ أم لا يعتبر كذلك"[1] ، وللخطأ عدة تعاريف مختلفة في القوانين الوضعية والفقهاء وفي التشريع الجزائري لذا سنتناول البعض منها .

الفقرة الأولى : تعريف الخطأ في الفقه الوضعي

لم تفرد التشريعات الوضعية تعريفا للخطأ في القواعد العامة في القوانين المدنية تاركين هذا الأمر للاجتهاد الفقهي والقضائي[2]، وذلك لتفادي حصر المسؤولية في نطاق معين وفي حدود عبارات معينة لضمان حماية مصلحة المضرور جراء أخطاء الغير مختلفة [3]، على عكس ذلك اختلف الفقهاء في تحديد معنى الخطأ والتعريف المجتمع عليه هو :" الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك "[4] .

وباعتبار أن الخطأ الطبي صورة من صور الخطأ بصفة عامة ، فإنه يستمد تعريفه منه ، حيث تم تعريف الخطأ الطبي بأنه "هو الفعل الذي يظهر عند إخلال الطبيب بواجباته المهنية وعند خروج الطبيب عن تنفيذ التزاماته حيال مريضه ، المتمثلة في بذل العناية التي يشترطها أصول مهنته وتخصصه ومقتضيات فنه وعلمه ، بحيث لا يقوم بعمله بحذر وانتباه ويقظة ولا يراعي فيه الأصول العلمية المستقرة "[5].

ولقد عرفه الفقيه سافيتي(Savatier) : "بأنه إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزم به ، وهذا الواجب إما أن يكون منصوصا عليه في القانون، أو ناشئا عن عقد، أو واجبا أدبيا أو عاما يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير "،

1- وزنة سايكي ، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، الجزائر ، 2011/2010، ص 11.

2 - أحمد حسن الحياري، ، المرجع السابق ،ص .103.

3 -كمال فريحة، ، مرجع سابق، ص 165.

4 - عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشورابي ،المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة ، سنة 1988 ، ص 61.

5- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، ط 01 ، مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،الرياض ، السعودية ،2004

ولقد عرفه الفقيه ديموج (Demogue) : " بأنه اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء "[1]

ونج أن المشرع الفرنسي لم يعرف الخطأ بل أشار إليه في ت م ف في المادة 1240 والمادة 1241[2] ، حيث جعل القضاء الخطأ كأساس لقيام المسؤولية الطبية ، وأكده قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي حيث أضافت المادة 98 منه مواد جديدة على قانون الصحة العامة، كذلك نجد المشرع المصري لم يشر لأى تعريف الخطأ بل أشار إليه فقط في نصوص مواده ،[3]

ومن هنا يمكن أن نستخلص إلى القول أن الخطأ الطبي المرتب للمسؤولية المدنية هو ذلك الخطأ الذي يأتيه الطبيب أو الممارس الطبي – التي تفرضها عليه مهنته– أثناء قيامه بالعمل الطبي وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك وهو الأساس الذي يرتب إلحاق ضرر بالمعالج فيلزم الطبيب أو المرفق بجبر ذلك الضرر ، لأن الطبيب أو المرفق الطبي هو في الأساس ملزم ضمن اللوائح والتشريعات التي تنظم مهنة الطب بإتباع الأساليب والوسائل التشخيصية والعلاجية التي تقوم على الأصول العلمية والقواعد والمعارف الطبية المستقرة المتعارف عليها في الأوساط الطبية .

الفقرة الثانية: تعريف الخطأ في مفهوم القانون الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الخطأ باعتباره أحد أركان المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، لكنه أشار إليه في المادة 124 قانون مدني جزائري التي تنص على مايلي :"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[4] .

كما نصت المادة 125 من نفس القانون على أنه "لا يسال المتسبب في الضرر الذي يحثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كأن مميزا " [5].

نلاحظ من خلال هاتين المادتين أن المشرع جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بصفة عامة لكنه لم يحدد نوعه وجسامته تاركا ذلك السلطة التقديرية للقاضي ، كما يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية حسب

1– رضا بدور ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية وتأمينها، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،، جامعة حاج لخضر باتنة، الجزائر ، 2014/2013 ص 56.

2 -Art 1240 du code civile France, Dernière modification le 02 mars 2017 document généré le 26 avril 2017 « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.» Art 1241«Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. .». المشار أليه في المرجع نفسه ، ص 44 .

3- نفس المرجع، ص 45.

4 – هذه المادة عدلت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44 .

5 – "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " هذه المادة عدلت بموجب نفس القانون .

المشرع يقوم على عنصرين : الأول عنصر مادي يتمثل في التعدي والثاني عنصر معنوي يتمثل في الإدراك والتمييز [1] .
أما الخطأ الطبي فقد ورد مرة واحدة في قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 239 التي تنص على " إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية "

الفقرة الثالثة : أنواع الخطأ

يأخذ الخطأ الطبي إما وصف الخطأ العادي البسيط (simple) لذي يكون نتيجة إهمال أو عدم بذل عناية اللازمة كقيامه بعملية جراحية وهو في حالة سكر أو كأن يهمل في تحذير مريض قبل العملية ، أو ينزع عضوا أو نسيجا غير المراد نزعه ....إلخ من الحالات الأخرى ويمكن أن يكون الخطأ أيضا فنيا مهنيا (professionnel) ويكون هذا نتيجة لجهل الطبيب لأمور فنية وحقائق ومسلمات علمية التي يتصور صدورها من غير الطبيب ، كأعمال التشخيص ومباشرة العلاج ،أو خطأ تقنيا (technique) غير متعمد راجع إلى إحدى الأدوات العلمية المستعملة [2].

الفقرة الرابعة: مقدار جسامة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية

ويسأل الطبيب عن كل خطأ يرتكبه مهما كان نوعه عاديا أو فنيا ، كما أنه لا يعتد بمدى جسامة الخطأ ما دام واضحا وثابتا، وهذا راجع إلى إهمال الطبيب وجهله بواجباته (نقصه في معرفة العلوم الطبية) وهذا حسب المادة 1383 من التقنين المدني الفرنسي التي تقيم المسؤولية على كل شخص ارتكب خطأ سبب به ضررا للغير بصرف النظر عن درجة جسامة هذا الخطأ .

البند الثاني : معيار الخطأ الطبي

يثار معيار الخطأ الطبي في حالة التزام الطبيب ببذل العناية لأن سلوكه في حالة التزامه بتحقيق نتيجة ليس بحاجة للقياس مع شخص أخر ، ذلك أن مسؤوليته تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة ، فمادامت طبيعة التزام الطبيب هي التزام ببدل عناية ، فانه يجب تحديد مقدار هذه العناية بقياسها مع سلوك شخص عادي، وكل تقصير عن ذلك يعتبر خطأ [3] ، كما تجدر الإشارة إلى تقدير معيار الخطأ يختلف باختلاف مركز ودرجة الطبيب .

الأولى : المعيار الشخصي

فقد اتجه جانب من الفقه في تقدير معيار الخطأ إلى"إلتزام الطبيب ببذل ما اعتاد من بدله من يقظة وتبصر" [4]

1 – أحمد حسن الحياري، المرجع السابق، ص 107.
2 – سعاد هني ، المسؤولية المدنية للطبيب ،المرجع السابق، ص 10،
3 – كمال فريحة ، المرجع السابق ، ص 179.
4 – وزنة سايكي ، المرجع السابق، ص 22.

وهذا المعيار يسمى بالمعيار الشخصي لأنه يعتمد على البحث في حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ نفسه ، والبحث في ظروفه الخاصة وأن ما وقع منه يعد انحرافا في سلوكه أم لا، ولتقدير خطأ الطبيب يجب مراعاة تقسيم الأطباء الى فئات هي: فئة الطبيب العام وفئة الطبيب الأخصائي الحاصل على المؤها الخاص والفحص اللازم لممارسة مهنة اختصاصه في المجال الطبي ، وفئة الأطباء المستشارين ، فهذا التقسيم يتماشى بالتقدير الشخصي ، فلا يلتزم أي طبيب ببذل عناية فوق طاقته مما تحمله طبيعته وثقافته وخبرته الشخصية .[1]

ويعاب على هذا المعيار الشخصي أنه يتوجب النظر والبحث في ظروف كل طبيب على حدي ومراقبة تصرفاته وأحواله وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة، إذ يمكن لطبيبان أن يسلكا نفس السلوك ويقومان بنفس التصرفات ويكونان في نفس الظروف، إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون الأخر، فمن اعتاد على التقصير يسهل عليه الإفلات من المسؤولية، ومن اعتاد اليقظة والتبصير يسأل عن اقل هفوة ارتكبها، وهذا أمر غير عادل وغير مقبول. [2]

الفقرة الثانية : المعيار الموضوعي

ويقصد به المعيار العام الذي يقاس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى، والذي قوامه الشخص المعتاد الذي يلتزم في تصرفاته جانب من الحيطة والانتباه والحذر في معالجة المريض، [3] وهذا الاتجاه فقد أخذ في تقدير الخطأ الطبي بهذا المعيار ، حيث يقارن سلوك الطبيب بسلوك شخص عادي الذي يكون سلوكه المألوف مقياسا للخطأ مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي تحيط عند قيامه بعمله (كظروف الزمان وظروف المكان) والتجرد من صفاته الذاتية والظروف الداخلية الملابسة له[4] .

ويعاب على هذا المعيار أنه يؤدي الى صعوبة تقدير الظروف الخارجية، وأنه لا يمكن تطبيقه على اطلاقه دون مراعاة الظروف الداخلية كالسن، حيث لا يمكن المقارنة بين سلوك الطبيب حديث التخرج مع سلوك طبيب له خبرة طويلة[5].

1- حورية مسعودي، عبد االسلام مسعودين، الخطأ الطبي ، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، الجزائر،2015/2014 ، ص15 .

2 -كمال فريحة ،المرجع السابق ، ص 180 .

3- حورية مسعودي، عبد االسلام مسعودين، المرجع السابق ص15.

4 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني - نظرية الإلتزام بوجه عام-مصادر الالتزام-الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2002، ص 855 .

5- حورية مسعودي، عبد االسلام مسعودين ، المرجع السابق، ص16.

الفقرة الثالثة: المعيار المختلط

وهو معيار توفيقي أخذ من المعيارين : الشخصي والموضوعي ،حيث يقوم على ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي أكثر منه المعيار الشخصي مع مراعات بعض الملابسات والظروف الداخلية المحيطة بالطبيب ، التي تؤثر في سلوكه ، يقاس هذا الأخير مع سلوك طبيب ذو يقظة وجد في نفس الظروف لكي يساير التطورات الاجتماعية والتقدم العلمي، وعليه فإن على القاضي له السلطة التقديرية في تقدير خطأ الطبيب وذلك وفقا للكفاءة المهنية، والوسائل التي تكون تحت يده وقت تنفيذ العمل، حيث أنه لا يتطلب من طبيب الريف بإمكانياته المحدودة ما يتطلب من طبيب يعمل في مستشفى خاص، أو كطبيب أخصائي في عمليات نقل الكلى أو القلب التي يتولاها هذا الأخير ، الذي اعتاد على إجرائها اكثر من مرة يختلف من جراح أخر لا يجري الا العمليات الصغيرة البسيطة كالزائدة الدودية أو اللوزتين ، [1]

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي وهذا من خلال نص المادة 2/172 من القانون المدني على أنه :" في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي،ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم".حيث يستعين الطبيب في هذا بالأطباء ذوي الخبرة في مجال تخصص الطبيب مرتكب الخطأ.

الفرع الثاني : صور الخطأ الطبـــي

تختلف صور الأخطاء التي يرتكبها الأطباء باختلاف نوع العمل الذي يقومون بهاو نوع اختصاصهم ، كما أن الصور هي التي تحدد وصف الخطأ (نوع الخطأ ومقدار جسامته) لاعتبار الطبيب مسؤولية مدنية ، وكوننا بصدد دراسة الجانب الذي يخص نقل وزرع الأعضاء الجامدة، سنستعرض بعض الأخطاء التي يمكن أن يقع فيه الأطباء المختصين بهذا المجال [2].

بيننا سابقا أن وجود الرضاء لدى المتبرع والمريض المتلقي شرطا لإباحة عمليات استئصال وزرع الأعضاء الجامدة، فإذا تخلف هذا الشرط، ولكن المريض أو المتبرع لم يكن يعلم أو ملما بالمخاطر التي تنجر عن إجراء هذه العملية،في هذه الحالة يكون تصرف الطبيب تصرفا معيبا وحالفا للقواعد القانون مما يقيم مسؤوليته عن الأضرار التي

1- حورية مسعودي، عبد االسلام مسعودين ، المرجع السابق ، ص17.

2 - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2007، ص ص 227- 234

قد تنتج عن تصرفاته.

وقد استقر القضاء في فرنسا أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية ، والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عمليات النقل والزرع وبعد إجرائها يعد أمرا ضروريا ، كما ينبغي أن يتخذ الطبيب جميع الاحتياطات اللازمة أثناء تنفيذ عملية النقل أو أثناء عملية الزرع ، وأن إهمال الطبيب للقيام بذلك يشكل خطأ من جانبه يوجب مسؤوليته المدنية ، كما أن الطبيب لا تنتهي مهمته بمجرد إجرائه لهذه العملية بل تمدد إلى ما بعد ذلك إذ يقع تحت طائلة المسؤولية المدنية إذا لم يقدم الرعاية و العناية اللازمة للمتبرع أو المتلقي أثناء فترة النقاهة ،و من واجبه أيضا اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة حدوث مضاعفات و إلا كان مقصرا و مخطأ .

و تثور مسؤولية الطبيب أيضا في حالة استئصال عضو أو نسيج من الشخص قبل حصول الوفاة و التأكد منها، بأن الواجب الإنساني الذي يقع على عاتق الطبيب يرض عليه أن يبذل كل ما في وسعه لتقديم العلاج للمريض حتى في الحالات الميؤوس منها ، و في حالة حصول الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة و تأكد الطبيب من ذلك ، فانه لا يجوز له أن ينزع أي عضو من أعضاء الميت إذا عبر هذا الأخير أثناء حياته أو احد أفراد أسرته على رفضه و مخالفة هذه الإرادة تولد خطأ يوجب مسؤولية الطبيب المدنية، و يتجلى هذا الخطأ إذا لم يحترم الطبيب الترتيب الأولي للأسرة عند اخذ الإذن والموافقة لنزع العضو أو النسيج البشري من الميت و قد يتخذ الخطأ الطبي صورا أخرى وهي: الأخطاء المتعلقة بمخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء والأخطاء المتعلقة بالعمل الطبي.[1]

البند الأول: الأخطاء المتعلقة بمخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء

لقد وضع كل من المشرع الفرنسي و الجزائري شروطا معينة يتقد بها الأطباء عند مباشرتهم لعمليات نقل الأعضاء [2]، وكل مخالفة لهذه الشروط إلا و يعتبر خطأ يثير مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ، ويمكن عرض هذه الأخطاء كما يلي :

الفقرة الأولى: تخلف رضا المتبرع أو المستقبل

في هذه الحالة يستأصل الطبيب العضو من جسم المتبرع دون أن يبدي هذا الأخير موفقته الصريحة على ذلك أو عند الشروع في عملية الزرع بجسم المستقبل دون الأخذ برضاه ، ففي كلتا الحالتين تقوم مسؤولية الطبيب المدنية على أساس خطأه المتمثل في إخلاله برضا أطراف العملية ، و لدرء هذه المسؤولية يكون على الطبيب ان يثبت

1- عبد الجليل مختاري، المرجع السابق، ص 113.

2- لقد تطرقنا إلى عرض الشروط القانونية لزرع ونقل الأعضاء البشرية في الفصل الأول من المذكرة.

حصوله على موافقة المدعي بإحضار وثيقة الرضا التي اشترطها المشرع الجزائري في المادة 162 ف 2 ق ح ص و كذا المادة 166 ف 01 من ذات القانون مصحوبة بالشاهدين[1].

و كذلك تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا استأصل العضو من جسم المتبرع الذي عدل عن موافقته بعد إبدائها، لان العدول يزيل الأثر القانوني لرضا الصادر من المتبرع ، فلا يجوز للطبيب الاحتجاج بالموافقة السابقة لدرء المسؤولية عنه ، كما تقوم مسؤوليته المدنية سواء اتجاه المستقبل و المتبرع عند مباشرته للعملية استنادا إلى رضا مشوب بعيب من العيوب كالإكراه ،لان الأصل هو تأكد الطبيب من أن رضا أطراف العملية حر و سليم، و كل خروج عن ذلك يكون من شانه إلحاق ضرر معنوي للمدعي يلزم الطبيب بتعويضه [2].

الفقرة الثانية: عدم إعلام المتبرع أو المستقبل

يلتزم الطبيب في مجال زراعة الأعضاء بإعلام كل من المتبرع و المستقبل بمخاطر العملية و طبيعتها حتى يكون رضاهم متبصرا بقدر كافي، وهو التزام بتحقيق نتيجة يتمثل في إحاطة الطبيب لأطراف العملية علما بما سيقدمون عليه، و بالتالي يعتبر الطبيب مخطئا إذا باشر عمله الجراحي دون إعلام المتبرع أو المستقبل بمخاطر العملية أو كان إعلامه ناقصا إلى حد و عدم تلقي أطراف العملية بمعلومات كافية تمكنهم من التعبير عن موافقة حرة ومستنيرة، و يكونوا على المدعي (المتبرع أو المستقبل) إثبات هذا الخطأ الذي يعتبر من أصعب الأخطاء الواجبة الإثبات في مجال زراعة الأعضاء[3].

وتنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"ويشمل الإعلام زيادة على تكلفة العلاج كلفة لعلاج وفائدته وكافة المخاطر المتوقعة من العلاج أو العمل الطبي عموما، وكذا جميع المخاطر التي يمكن أن يؤدي إليها المرض الذي يعانيه المريض والتطور المحتمل له، و هي المخاطر المتوقعة عادة دون المخاطر الإستثنائية النادرة [4].

الفقرة الثالثة : التعامل المالي في مجال زراعة الأعضاء

يعتبر التعامل بالأعضاء البشرية من الجرائم التي يعاقب عليها القانون ، وذلك لردع كل من أراد المساس بكيان وسلامة الجسم البشري ، ونجد من بين القوانين التي تجرم هذه الأفعال والتعاملات المالية بالأعضاء القانون الفرنسي ،

1- عبد الجليل مختاري، المرجع السابق، ص 113.
2- سميرة عايد الدايات، المرجع السابق ص 142 .
3- عبد الجليل مختاري ، المرجع سابق، ص 114.
4- سعاد هني ، المرجع السابق، ص 21.

حيث تقع على عاتق الطبيب مسؤولية جنائية بمعاقبته بالحبس لمدة 07 سنوات وذلك لارتكابه جنحة الاتجار بالأعضاء ، (فكل طبيب يحاول الحصول على عضو بالمقابل أو يساهم أو يحاول المساهمة في هذا الفعل كالتشجيع على بيع الأعضاء إلا و يعاب بالحبس لمدة سبع سنوات لارتكابه و بالتالي يكون مسؤولا جنائيا) [1] ،

أما في الجزائر وللأسف لا يوجد نص يجرم هذه الأفعال والمتمثلة في الاتجار بالأعضاء البشرية ، حيث أن الطبيب الذي يتاجر بالأعضاء لا يكون مسؤولا إلا مدنيا وفقا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات ، وهذا ما يمثل الفراغ التشريعي في هذا المجال، و تجدر الإشارة إلى أن مخالفة الشروط القانونية الأخرى و الطبية لعمليات نقل الأعضاء تعتبر أخطاء جنائية تثير مسؤولية جنائية، فالسرية في نقل الأعضاء من الميت إلى الحي تتعلق بالسر المهني،و أيضا صفة الطبيب فإذا قام بهذه العمليات شخص سحبت منه رخصة ممارسة الطب فإنه يكون قد ارتكب جريمة الممارسة الغير شرعية للطب المنصوص عليها في المادة 234 من قانون حماية الصحة في الجزائر[2].

البند الثاني: الأخطاء المتعلقة بالعمل الجراحي

قد يرتكب الجراح أخطاء مهنية عند قيامه بجراحة الاستئصال أو الزرع ، الأمر الذي يثير مسؤوليته المدنية و التي تلزمه تعويض المتضرر عن الضرر الذي لحق به ، و من بين هذه الأخطاء المهنية ما يلي:

الفقرة الأولى: استعمال أجهزة وأدوات جراحية غير معقمة

إن استعمال أجهزة وأدوات طبية جراحية غير معقمة من طرف الطبيب القائم بالعمل الجراحي في مجال زراعة الأعضاء ، يؤدي بالضرورة إلى إحداث ضرر بالمريض أو المتبرع ،وهذا ما يعتبر خطئا مفترضا من جانبه تقوم المسؤولية فيه على أساس الضرر ، و على المريض المدعي (المتبرع أو المستقبل) إثبات الضرر ليفترض خطأ الطبيب و لا سبيل لهذا الأخير لدرء المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي، و ذلك لأن مسؤوليته في الالتزام بتحقيق نتيجة تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة [3]، و في هذا المجال سلامة المريض من الإضرار التي قد تحدثها أدوات ووسائل الجراحة .

الفقرة الثانية: الخطأ في العضو محل الاستئصال

يلتزم الجراح في مجال زراعة الأعضاء باستئصال عضو سليم من جسم المتبرع بتحقيق نتيجة في ما يخص العضو

1- أحمد عبد الدايم ، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارة ، قسم الحقوق جامعة روبير شومان، منشورات الحلبي الحقوقية ،، لبنان، 1999 ،ص 140.

2- عبد الجليل مختاري ، المرجع السابق، ص ص 114-115.

3- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات و الاطباء و الممرضين قانونا و فقها و اجتهادا) بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003 ص 17

محل الاستئصال ، كما يجب على الطبيب الجراح أن يلتزم باستئصال العضو المريض من جسم المستقبل ، فإذا ارتكب الطبيب خطأ مهنيا جراحيا عند استئصاله للعضو من جسم المتبرع و أدى ذلك لإتلافه فانه يكون مسؤولا مدنيا اتجاه المتبرع و بالتالي يلزم بتعويضه عن الضرر الذي لحق به، كما يجوز للمستقبل مطالبة الجراح بالتعويض في هذه الحالة على أساس أنه تضرر هو الأخر معنويا حيث أنه فوت له فرصة الشفاء. [1]

كذلك تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا وقع في خطأ عند استئصاله للعضو المريض من جسم المستقبل ، فعوض أن يستأصل هذا العضو المريض قام باستئصال العضو السليم، فهنا النتيجة لم تتحقق و بالتالي يعتبر خطأ من جانبه يلزم الطبيب بالتعويض مع العلم أن هذه الحالة غالبا ما تثير مسؤولية جنائية لأنه خطأ خطير قد يؤدي إلى هلاك المستقبل (الموت أو العاهة) [2].

الفقرة الثالثة :الخطأ في الجراحة و عدم متابعة المريض بعد العملية

بعد كل عملية جراحية يقوم بها الجراح يلتزم بمتابعة نتائجها والتطورات الصحية له لكل من المتبرع والمستقبل خاصة اذا ظهرت اعراض معينة بعد العملية تدل على مضاعفات خطيرة ، تؤدي الى الاضرار بالطرفين ، في هذه الحالة اذا لم يتدخل الجراح يكون قد ارتكب خطا تقصيريا يلزمه بالتعويض[3]، و التزامه هنا هو التزام ببدل عناية تتمثل في عناية الطبيب بهذا المريض و مواكبة تطوراته الصحية.

و إلى جانب هذه الأخطاء يمكن أن تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة مخالفته لأصول الجراحة العامة كقطع الشرايين أو إتلاف بعض الأمعاء[4]، وبصفة عامة كل الأخطاء الفنية التي يمكن أن يرتكبها الطبيب أثناء ممارسة جراحة الاستئصال أو الزرع و التي تقوم كركن في المسؤولية التقصيرية [5].

المطلب الثاني: الضـــرر

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية بشكل عام ومسؤولية الطبيب بشكل خاص، فلا يكفي لتحقق المسؤولية وقوع الخطأ فقط و إنما يجب أن يحدث هذا الأخير ضررا بالمضرور [1].

1- عبد الجليل مختاري ، المرجع السابق، ص 115.

2- عبد الجليل مختاري ، المرجع نفسه، ص116.

[3] -Angelo CASTELLETA, responsabilité médical , droits des malades , DALLOZ références 2002,p125

4- تشترط المادة 124 من قانون المدني الجزائري ثبوت الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية ، فإذا انتفى الضرر انتفت معه المسؤولية ، و في هذا المجال الطبي فمهما كانت طبيعة الخطأ فإنه يشترط ان يحدث هذا الخطأ ضرر لقيام المسؤولية الطبية المدنية و بالتالي لا تخرج هذه المسؤولية عن القواعد العامة فيما يخص اشتراط تحقق الضرر لقيامها.

5- عبد الجليل مختاري ، المرجع السابق، ص116.

وتعد إصابة المريض المعالج بضرر جراء عملية العلاج نقطة البداية للحديث عن المسؤولية المدنية الطبية، ذلك أن إقرار مسؤولية الطبيب المدنية فيما تهدف إليه إنما جبر الضرر اللاحق بالمريض، غير أنه وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى أنه وخلافا للقواعد العامة فلا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب من الناحية المدنية مادام لم يثبت منه أي تقصير أو إهمال.

ولم يورد القانون المدني تعريفا للضرر بل اكتفى بالإشارة إليه ضمن المواد 124-140 منه والتي اشتملت بأحكامها مختلف حالات الضرر بما فيها الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية. ومن التعاريف التي يمكن إعطاؤها للضرر الموجب للتعويض في إطار المسؤولية المدنية للطبيب أنه حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى جسم المريض، وقد يستتبع ذلك نقصا في ماله أو عواطف[2] .

و يعرفه الفقه بشكل عام:"ما يصيب الشخص في حق من حقوقه او في مصلحة مشروعة له يحميها القانون ، و تكون متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو غير ذلك " [3].

يتضح من خلال هذا التعريف أن الضرر هو عبارة عن نتيجة للتعدي على حق أو مصلحة مشروعة يحميها القانون أو قياسا عليه ، يكون الضرر الطبي عبارة عن اثر لخطأ الطبيب عند إخلاله بما تمليه عليه التزاماته المهنية مما يستخلص منه أن عدم شفاء المريض لا يعتبر بمثابة ضرر لأن الشفاء لا يدخل في نطاق التزامات الطبيب [4]، و يكون الضرر إما ماديا أو معنويا .

الفرع الأول : أنـواع الضـرر

الضرر الناجم عن الخطأ في مجال زراعة الأعضاء ، قد يصاب المريض المستقبل أو المتبرع في سلامته الجسدية جراء خطأ الجراح فيترتب عليه ضرر مادي يمس مصلحة المريض في تكامله الجسدي أو ضرر معنوي يمسه في شعوره[5].

البند الأول : الضرر المادي

يتخذ الضرر المادي في مجال زراعة الأعضاء صورة الاعتداء على التكامل الجسدي للمستقبل أو المتبرع ، و حقه في أن يضل جسمه مؤديا لوظائفه الحيوية دون تعطيلها ، لأن نتيجة إتلاف عضو من جسم المتبرع يعتبر خطأ

1 - كمال فريحة ، المرجع السابق ، ص 265 .

2 - سعاد هني ، المرجع السابق، ص 24.

3 - العربي بالحاج ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1995، ص 143 .

4 - عبد الجليل مختاري ، المرجع السابق ، ص ص 116- 117.

5 - حسين طاهري ، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دار هومة للطباعة والتوزيع ،الجزائر، 2002، ص 48.

الجراح و هو ضرر مادي يتمثل في الإنقاص من التكامل الجسدي لهذا المتبرع و المساس بحقه في السير الطبيعي لوظائف الأعضاء ، كما أن إتلاف الأمعاء أو قطع الشرايين في جسم المستقبل يعد كذلك ضررا ماديا ناجم عن خطأ الجراح يتخذ صورة الاعتداء على حق المستقبل في السير الطبيعي لوظائف أعضائه .[1]

و تقدر درجة هذا الضرر أو هذا الاعتداء على السلامة الجسدية عن طريق خبرة طبية يستند إليها القاضي لتقدير قيمة التعويض، و الملاحظ هو أن الضرر الطبي في مجال زراعة الأعضاء كثير ما ينجم عنه ضرر مادي يقوم بالمال على ألا يكون ذلك مستندا إلى قاعدة ما فات المتضرر من كسب و ما لحقته من خسارة لأنها قاعدة لا يمكن تصورها في مجال زراعة الأعضاء، لكونها عمليات قائمة على أساس التبرع و المجانية من جهة و من جهة أخرى لأن عضو الإنسان لا يقوم بالمال و بالتالي يكون أساس الضرر المادي المقوم بالمال هو درجة العجز .

البند الثاني الضرر المعنوي

يعتبر الضرر المعنوي الركن الثاني من المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، فلا يكفي لقيام هذه المسؤولية وقوع الخطأ ، وإنما يجب أن يترتب على وقوع الخطأ ضرر ، حيث أن المسؤولية المدنية تقوم على فكرة إصلاح وجبر الأضرار التي تصيب الغير سواء كانت مادية أو معنوية ، إذ لا مسؤولية مدنية ما لم يوجد ضرر[2] ،

ويعرف الضرر المعنوي على انه ذلك الذي يصيب الإنسان في شعوره وأحاسيسه أو يسبب له آلام نفسية أو جسمانية [3]، ومن هنا يمكن القول أن الضرر المعنوي أو الأدبي أو ما نجم عن الخطأ من أثار نفسية تضر بالمريض[4] ، كالضرر الناجم عن إفشاء السر المهني ، أو ذلك الذي ينجم عن تفويت فرصة الشفاء والذي يثبت للمريض المستقبل في حالة ما إذا اتلف الطبيب عضو المتبرع .

كما يعتبر الضرر معنويا ذلك الذي ينجم عن خطا الإخلال بالرضاء أو انعدام الإعلام أو نقصه أو تلك الآلام الحادة التي تلحق بجسم المتبرع أو المستقبل نتيجة خطا الطبيب ، وتجدر الإشارة إلى أن الضرر المادي أوسع من الضرر المعنوي ، فكل ضرر مادي إلا ويحدث آلام نفسية ومساس بالشعور وبالتالي يحتوي على الضرر المعنوي ، أما هذا الأخير فيمكن تصوره دون إحداث مادي كحالة تفويت الفرصة [1] .

---

1 – سهام عزي ، الضرر المعنوي للمسؤولية المدنية ، مذكرة ماستر في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة آكلي محند ألحاج ، البويرة ، الجزائر ، 2014/2013 ، ص 04.

2 – المرجع نفسه .

3 – مختاري عبد الجليل ، المرجع السابق ، ص ص118-119 .

4 – عز الدين قمراوي ، مفهوم التعويض الناتج عن الحالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، موسوعة الفكر القانوني في المسؤولية الطبية ، الجزء الاول ، دار الهلال للخدمات الاعلامية بالجزائر ، ب س ن ، ص 54 .

وعليه يمكن القول أن الضرر المعنوي في مجال زراعة الأعضاء هو ضرر يلحق بالمريض المستقبل أو المتبرع جراء خطا الجراح، يكون إما أصليا أي في حالة انعدام ضرر مادي كتفويت الفرصة ، أو تبعيا عند وجوده فيسأل الطبيب عن الضرر المادي والمعنوي إذا توافرت بعض الشروط .

الفرع الثاني : شروط الضرر

لا يمكن التعويض عن الضرر الطبي إلا إذا استوفى لشروط معينة وهي كالآتي :

البند الأول : الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة

وهي المصلحة التي يؤسس بها المدعي (المتبرع أو المستقبل) دعوى المسؤولية التقصيرية والتي يطالب فيها بالتعويض ، فالمصلحة هنا هي ذلك الحق يقره له القانون والذي اعتدى عليه الطبيب،و في مجال زراعة الأعضاء هي حق المريض المستقبل أو المتبرع في سلامة جسمه والذي يشترط أن يخل به الطبيب بخطئه حتى يعتبر كضرر يستوجب التعويض كما يشترط أن يستعمل الحق في نطاق مشروع أي غير مخالف للنظام العام والآداب .

البند الثاني : أن يكون الضرر أكيدا (محقق الوقوع)

يجمع غالبية الفقه والقضاء على أن الضرر المستوجب للتعويض يجب أن يكون محققا أو سيتحقق في المستقبل، فالضرر المحقق هو ذلك الذي وقع فعلا أي لا يترك مجالا للشك في وقوعه ، أما الضرر المستقبلي فهو الذي تحقق سببه وتراخت أثاره كلها أو جزء منها إلى المستقبل، وهو ضرر يأخذ حكم الضرر المحقق[2] ،وبالتالي يسأل الجراح في مجال زراعة الأعضاء عن كل ضرر محقق سواء حالا أو مستقبلا كما لو اتلف عضوا مما سيؤدي إلى الإنقاص من التكامل الجسدي للمضرور.

ومن هنا يمكن القول أن الجراح لا يسأل عن الضرر الاحتمالي [3]، لأنه ضرر لم يقع أصلا وليس هناك ما يؤكد وقوعه و إنما يخضع إلى الاحتمالات وللافتراضات، لذا يقع الخلط بينه وبينه تفويت الفرصة التي تتميز عنه في كونها حرمان المريض من فرصة حقيقية وجدية تعود عليه بالشفاء كما تالف الطبيب عضو المتبرع فهو ضرر لا يدع مجالا للشك فيه ، أما الاحتمالي فهو ضرر مبني على الشك[4] .

1 – قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 53 .

2 – عبد الجليل مختاري ، المرجع السابق، ص 221.

3 – المرجع نفسه، ص 222.

4 – العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 165.

يستخلص مما سبق أنه متى صدر عن الجراح خطأ طبي أو قانوني (عند مخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء) ، فانه يكون مسؤولا مدنيا عن هذا الخطأ بشرط أن يكون قد نجم عنه ضرر محقق الوقوع سواء في الحال أو المستقبل ، ولا يدع مجالا للشك فيه ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون مباشرا فقط ، ومرد ذلك هو طبيعة هذه المسؤولية (تقصيرية) الذي يسأل فيها الطبيب المدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، وهذا بخلاف المسؤولية العقدية فقط عن الضرر المتوقع أي المباشر .

المطلب الثالث: العلاقة السببية

و هي ركن من أركان المسؤولية التقصيرية للجراح في مجال زراعة الأعضاء ، و مفادها أن الضرر الذي لحق بالمريض المستقبل أو المتبرع يجب أن يكون بسبب خطأ الطبيب الممارس للعملية ، و لكن لا يسأل الطبيب إذا كأن المريض هو من تسبب في ضرر كما في حالة عدم إتباعه لنصائح و إرشادات الطبيب أو كأن الضرر ناجما عن سبب أجنبي لا يد للطبيب فيه كالقوة القاهرة ، مما ينفي ركن رابطة السببية و بالتالي تنتفي المسؤولية ، فوجود رابطة السببية ركن أساسي من أركان قيام المسؤولية الطبية إذ لا يكفي لقيام هذه الأخيرة ثبوت الخطأ و وقوع الضرر ، بل يجب أن يكون ما لحق بالمريض من ضرر نتيجة مباشرة للخطأ الذي أحدثه الطبيب ، و أن يرتبطا ببعضهما بحيث لا يمكن تصور حصول الضرر للمريض لو لم يقع الخطأ من الطبيب [1]

و على الرغم من ضرورة تواجد علاقة السببية بن الخطأ و الضرر الحاصل لقيام المسؤولية الطبية و استحقاقها على الطبيب مرتكب الخطأ الطبي ، إلا أن معرفة وجود هذه الرابطة أو إثباتها أو عدم إثبات وجودها يعتبر من الأمور الحساسة و الدقيقة في مجال العمل الطبي ، بحيث أن تحديدها يعرض الأمور الشاقة و العسيرة بالنسبة للقاضي الذي يكون مطالبا بأن ينسب الضرر إلي أسبابه ، خاصة هو أن الغالب في الأمر أن الضرر يقع نتيجة لعدة أسباب و ليس لسبب واحد ، و قد ترجع هذه الأسباب إلى عوامل بعيدة أو خفية لذلك يستوجب على القاضي أن يحدد أي الأسباب أدى إلى حدوث الضرر و بما أن ركن علاقة السببية منفصل عن ركن الخطأ، إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب وخطأه [2]، لذا نجد القاضي يلقي التزامات على عاتق الطبيب بالتأكد من حالته الصحية والنفسية خاصة قبل التدخل، و أقامت محكمة النقض المصرية مبدأهم في هذا الشأن مقتضاه انه متى اثبت المضرور الخطأ

1 – منصور عمر المعايطة ، المرجع السابق ، ص 61.

2 – سعاد هني ، المرجع السابق ، ص 27.

و الضرر كأن من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة لمثل هذا الضرر فأن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور نفي هذه القرينة و ذلك بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه [1].

المبحث الثاني : آثار و نتائج المسؤولية المدنية

رأينا فيما سبق أن مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء هي مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام، واستثناء تكون مسؤولية عقلية في حالة ما إذا لجأت المستشفى إلى التعاقد مع طبيب أجنبي لإجراء عملية النقل، إذا فالمسؤولية تكون قائمة على أساس الخطأ ذلك في حالة ما إذا كان التزام الطبيب ببذل عناية فيكون على المتبرع أو المستقبل المضرور إثبات الخطأ ، كما يمكن أن تكون قائمة على أساس الضرر (المسؤولية الموضوعية) و ذلك في حالة إذا ما كأن الالتزام الطبي المخل به هو التزام بتحقيق نتيجة ، فيثبت المتضرر فقط عدم تحقق النتيجة و بالتالي يقع عبئ الإثبات على الطبيب المدعى عليه أين يفترض خطأه .

فإذا توافرت أركان المسؤولية المدنية من خطأ و ضرر و علاقة سببية فإنها تحدث آثارا بقوة القانون و التي تتلخص أساسا في التعويض المطالب به عن طريق الدعوى المدنية التي يباشرها المريض المتضرر أو من يمثله قانونا أو ذووه ، وهو ما يكون محور دراستنا في هذا المبحث خلال مطلبين ، نخصص الأول منه للتامين على المسؤولية المدنية والثاني التعويض عن المسؤولية المدنية .

المطلب الأول: التأمين على المسؤولية المدنية

يعرف التأمين على المسؤولية بأنه عقد يبرمه المؤمن مع المؤمن له،يلتزم فيه بالتأمين له عن مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يسببها للغير، وهذا التعريف مجمع عليه لدى الفقه، والمؤمن هنا هو الطبيب،وقد يكون المريض أيضا،أما المؤمن له فهي شركات التأمين،ويكون محله ضمان الآثار المالية للمسؤولية المدنية اتجاه الغير مقابل دفع أقساط دورية محددة [2] .

فالنظام التأميني يقدم امتيازات للطبيب الذي يستطيع أن يمارس مهنته دون هاجس أو خوف من شبح المسؤولية ، فهذا النظام إجباري ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عندما جعل من التأمين على المسؤولية المدنية بالنسبة للمهنيين، من بينهم السلك الطبي إجباريا ، حتى انه جعله شرطا أساسيا لمزاولة مهنة الطب ، وذلك طبقا

1 – محمد حسن منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2006، ص 74.

2 – عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن ،دار هومة ، الجزائر، 2009، ص 218 وما بعدها .

للمادة 167 من قانون التأمينات الصادر بأمر 95-07 [1].

الفرع الأول: مفهوم التأمين في المجال الطبي

لقد عرفت المادة 56 من قانون التأمينات الصادر بالأمر رقم 95/07 على أنه " يضمن بموجبه المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له بسبب الاضرار اللاحقة بالغير" ،كذلك عرفت المادة 619 من ق م ج عقد التأمين بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه أن يدفع للمؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي مبلغ مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل قسط أو دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن لو للمؤمن".

أما بالنسبة لتعريف التأمين عن المسؤولية " فهو عقد الهدف منه ضمان المؤمن له ضد رجوع الغير الذي أصابه ضرر يكون المؤمن له المؤمن مسؤولا عن تعويضه ". [2]

ومن هذه التعاريف نستنتج أن التأمين يغطي مسؤولية الخسارة التي تلحقه بسبب التعويض الذي يدفعه للمضرور عندما يتسبب الطبيب أو ممن يساعده للمريض بأضرار سواء كان ذلك عن فعله الشخصي أو بسبب استعمال أيه آلة أو أداة وذلك اثناء مباشرة العلاج الجراحي، و هذا مقابل أقساط يدفعها لشركة التامين التي يتعاقد معها [3]، وهنا تنعقد مسؤولية مدنية، ومنه يكون المؤمن له المتمثل في الطبيب أو ممن يساعده الرجوع على المؤمن التي هي شركة التأمين بما تكبده من خسارة ومصروفات وتكاليف في دفع المسؤولية عنه، وعليه فإن عقد التأمين في المجال الطبي يتكون من ثلاثة أطراف وهم : المؤمن(شركة التأمين) والمؤمن له(الطبيب) والمستفيد(المريض) ، وعليه فالتأمين فهو اجباري والزامي للجميع.

ونجد الكثير من التشريعات نصت على نفس الإجراءات في التأمين فنجد منها الولايات المتحدة وبلجيكا وبلغاريا والمكسيك واسبانيا.

1 – محمد رايس، المرجع السابق، ص 451، و انظر الأمر رقم 95-07 لمؤرخ في 25جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 13 الصادر بتاريخ 1995/03/08، و لقد ألزم هذا القانون الأطباء ومؤسسات القطاع الصحي بالتأمين من المسؤولية المدنية وذلك من خلال المادة 167 من قانون رقم 95/07، أنظر عز الدين حروزي، المرجع السابق، ص 222 .

2 – عبد القادر أدخيران ، فاطنة برايس ، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق ، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت ، الجزائر ،2017/2016، ص 84.

3 – عز الدين حروزي، المرجع السابق ، ص 222.

الفرع الثاني: العلاقة بين أطراف التأمين

بعدما عرفنا من خلا التعريف معنى التأمين، وجدنا أنه يتكون من ثلاث أطراف تربطهم علاقة والتي سنبينها من خلال دور كل واحد اتجاه الأخر.

البند الأول: علاقة المؤمن بالمؤمن له

تربط هذه العلاقة بموجب عقد يبرم بين المؤمن والمؤمن له حيث يرتب على عاتقهم التزامات في ذمة المؤمن والمتمثلة في شركة التأمين وذمة المؤمن له وهو الطبيب، حيث يلتزم هذا الأخير بدفع اقساط سنوية أو دورية الى شركة التأمين ويكون ذلك قبل وقوع الضرر المادي أو المعنوي وهذا بموجب عقد التأمين الطبي المبرم بينهم في مواعيد محددة، بدورها شركة التأمين تلتزم بتعويض الأضرار التي يتسبب فيها الطبيب بفعل أخطائه الطبية، وتكون هذا التعويض لا يفوق القيمة المتفق عليها في العقد المبرم، أي دون زيادة أو نقصان [1].

البند الثاني : علاقة المؤمن بالمستفيد

تعتبر علاقة المؤمن بالمستفيد علاقة مباشرة ، بحيث أعطى القانون حق للمضرور بالرجوع على شركة التأمين بمقتضى حق مباشر له ، للمكالبة بالتعويض على الاضرار التي لحقت به .

البند الثالث : علاقة المؤمن بمحدث الضرر في التأمين من المسؤولية عن عمل الغير

تتمثل هذه العلاقة في تأمين مسؤولية الغير التابع للطبيب المؤمن له ، بحيث إذا ارتكب الغير خطأ مهني سبب للمريض أضرار ، وجب على المؤمن الالتزام بالتعويض المتفق عليه للمريض المستفيد وهذا بموجب عقد التأمين كذلك، أما اذا دفع الطبيب المؤمن له مبلغ التعويض ، فإنه يحق له أن يرجع على المؤمن بالمبلغ الذي دفعه [2].

الفرع الثالث: نطاق عقد التأمين

إن شركة التأمين لها شروط معينة كي تغطي أخطاء الأطباء أو مساعديهم وتعوضهم على ذلك ومن بينها :

أن يكون الطبيب مختص في الاعمال الطبية وليس طبيب عاما، والتي تقع على جسد المريض وخاصة الاضرار الجسدية التي تسبب عاهات للمريض قد تحدث له تشوهات خطيرة أو عجز لأحد أعضائه وخاصة الأعضاء، كذلك يجب أن يكون هذه الأخطاء أثناء العمل الجراحي أو التدخل الطبي، وتكون هذه الاضرار ناتجة عن فعله الشخصي الغير عمدي للطبيب أو أحد الجراحين المؤمن لهم ،كما تشمل هذه الاضرار الناتجة عن الغير التابع للطبيب سواء كان

1 – أدخيران عبد القادر،برايس فاطنة ، المرجع السابق، ص 85.

2 – المرجع نفسه.

عمديا أو غير عمديا، إضافة الى الاضرار المترتبة عن فعل الشيء، وهذا حسب ما اتفق عليه في عقد التأمين الطبي[1]

ومن خلال كل ما سبق نجد أن نظام التأمين وجد عدة انتقادات من الفقهاء وذلك راجع لعدة أسباب منها : أن هذا النظام غير عادل بسبب أن مثلا الطبيب المجتهد والمثابر والمتقن عمله يجد نفسه مساهما في تعويض خطأ الغير الذي يرتكبه من زميله المهمل، ويؤدي هذا النظام الى الاتكال والإهمال وعدم الرعاية لمرضاهم لدى الأطباء والجراحين، ولقد وجد نظام التأمين عدة صعوبات من حيث كيفية تحديد مبالغ التعويض خاصة إذا كان شاملا جميع المخاطر والاضرار الطبية [2]، كذلك في تحديد الأقساط الواجب دفعها مقابل الالتزام بالتأمين،

المطلب الثاني : التعويض عن المسؤولية المدنية

تكون المسؤولية المدنية في مجال زراعة الأعضاء هي مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام ،واستثناء تكون عقدية في حالة ما إذا لجأت المستشفى إلى التعاقد مع طبيب أجنبي عنه لإجراء عملية النقل أو الزرع و وصلنا إلى نتيجة مفادها أن المسؤولية العقدية في هذا المجال تكون وفقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، فهي مسؤولية قائمة على أساس الخطأ و ذلك في حالة ما إذا كان التزام الطبيب ببدل عناية فيكون على المتبرع أو المستقبل المتضرر إثبات الخطأ ،كما يمكن أن تكون قائمة على أساس الضرر (المسؤولية الموضوعية) و ذلك في حالة ما إذا كان الالتزام الطبي المخل به هو التزام تحقيق التزام ، فيثبت المتضرر فقط عدم تحقق النتيجة و بالتالي يقع عبء الإثبات على الطبيب المدعى عليه أين يفترض خطئه .

فإذا توفرت أركان المسؤولية المدنية سواءا التقصيرية أو العقدية و خطأ وضرر و علاقة سببية فإنها تحدث أثار بقوة القانون التي تتلخص أساسا في التعويض المطالب به عن طريق الدعوى المدنية التي يقرر فيها القاضي عناصر المسؤولية.

الفرع الأول : الدعوى المدنية

تنقسم الدعوى المدنية إلى أصلية وتبعية ، وهذه الأخيرة هي ليست من آثار مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء إذ أنها ناجمة عن مسؤولية جنائية ، فبالإشارة إليها نقول بأنها دعوى يرفعها الضحية أو أهله عن طريق التأسيس كطرف مدني ، فتحرك النيابة العامة الدعوى العمومية ضد الطبيب الذي ارتكب الخطأ الطبي الجنائي [3].

1 – أدخيران عبد القادر،برايس فاطنة ، المرجع نفسه ، ص 86.

2 – حيث من شروط عقد التأمين : أن يكون الخطر غير محقق الوقوع، وغير متعلق بإرادة أحد الطرفين، عقد التأمين، وأن لا يكون مخالفا للنظام والآداب العامة، وأن يكون متجانسا، وأن لا يكون نادر الوقوع،أنظر عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 223 وما بعدها..

3 – عبد العزيز سعد ، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ،2002، ص 12

أما الدعوى المدنية الأصلية فهي الأثر التي ترتبه مسؤولية الطبيب المدنية في زراعة الأعضاء وهي وسيلة قضائية يستطيع من خلالها المتبرع أو المستقبل المضرور الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه جراء خطأ الطبيب ، يختص بها لقضاء المدني ممثلا في القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم العلاج أي محكمة المستشفى التي أجريت به العملية وحيث وقع الفعل الضار [1].

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من المسؤوليتين سواء كانت تقصيرية أو عقدية فأن دعوى التعويض لكلا الحالتين ترفع أمام القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم العلاج ،وفي مجال زراعة الأعضاء هي محكمة المستشفى التي تمت بها عملية الاستئصال أو الزرع .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض

لا يمكن للقاضي أن يصدر الحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمريض المستقبل أو المتبرع المنزوع منه العضو إلا بعد التأكد من ثبوت خطا الطبيب والضرر بالنسبة للمريض، ويمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب [2]

البند الأول: تقدير القاضي للمسؤولية المدنية

يخضع انحراف سلوك الطبيب المدعى عليه إلى السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء الوصف القانوني له ، ومن ثم يخضع هذا الوصف إلى رقابة المحكمة العليا باعتباره مسالة تتعلق بالتكييف القانوني للفعل (الخطأ) .

فيقدر القاضي خطا الطبيب وفقا لما يثبته المستقبل (المدعي) أو المتبرع من وقائع وضرر ،على أن المسالة هنا تستوجب التمييز بين الحالتين هي ما إذا كأن الانحراف يشمل قواعد الأخلاق الطبية أو الخطأ في العمل الفني الجراحي.

فالأخطاء المتصلة بالأخطاء الطبية هي أخطاء لا تتصل بالعمل الفني وإنما تتعلق أساسا بالواجب المهني للطبيب الإنساني كالإعلام والأخذ بالرضي وهي واجبات منصوص عليها قانونا [3]، وبالتالي فالقاضي يقدر أخطاء الجراح المتصلة بالجانب الأخلاقي لعمليات نقل الأعضاء على ضوء النصوص القانونية المنظمة لهذه الواجبات فلا يكون له أن ينتدب خبيرا سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من احد الخصوم ، لأن ذلك يعد إخلالا بواجبه في مراقبة مدى تطبيق القانون من جهة ، ومن جهة أخرى أن عملية ندب خبير لا تكون إلا إذا تعلق الخطأ بالممارسة الفنية (الخطأ الجراحي).

1 – سائح سنقوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والادارية نصا وشرحا، الجزء 02 دار الهدى ،الطبعة الأولى، الجزائر ،2011 ، ص 30

2 – مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ص 677

3 – المواد 162 و166 من قانون 90-17 ، السابق الذكر.

أما انحراف الطبيب في سلوكه عند ممارسة العمل الفني الجراحي(أخطاء الجراحة) فيقدره القاضي عن طريق ندب خبير طبي ، تناط به مهمة البحث فيما أن كأن التدخل الجراحي للطبيب سواء عند الاستئصال أو الزرع مطابقا للأصول الثابتة في هذا النوع من الجراحة أم لا، وذلك لأن الانحراف عن الأصول الثابتة في مجال الجراحة والمعطيات العلمية الحديثة المستقرة في هذا المجال لا يعلمها إلا أهل الاختصاص ، وغالبا ما يجهلها القضاة ، لذا يتم اللجوء إلى الخبرة الطبية لتنوير المحكمة وإعطاء الوصف القانوني لسلوك الجراح على ضوء ما جاء في تقرير الخبرة [1].

وتجدر الإشارة إلى انه مبدئيا لا يجوز لقاض الموضوع أن يثبت ما يجب على المتبرع أو المستقبل المدعي إثباته و عليه أمر القاضي من تلقاء نفسه بإجراء خبرة استثناء يرد على مبدأ حياد القاضي ، لا يتضمن إثبات القاضي لخطأ الطبيب و إنما تأكده من حقيقة الوقائع و ادعاءات المدعي ، و ذلك لصعوبة إثبات الأخطاء الطبية المتصلة بالعمل الفني الجراحي ، و الغالب هو أن المدعي هو الذي يقوم بإثبات هذه الأخطاء و طلب إجراء خبرة .

و لا يجوز للقاضي اعتبار الطبيب مخطئا مباشرة بعد تقرير الخبرة الذي يؤكد ذلك بل عليه إعطائه فرصة تقديم طلب إجراء خبرة مضادة على أن لا يكون ذلك بناءا على اقتراح القاضي أو بطلب منه و إلا تعرض حكمه للطعن بالتماس بإعادة النظر [2] ، لأنه لا يجوز له الحكم بأكثر مما طلب منه .

هذا فيما يخص الخطأ ، أما الضرر و العلاقة السببية كأركان لمسؤولية الجراح المدنية فتخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تقديريها ، إما إثباتها فبالنسبة للضرر على المتبرع أو المستقبل أن يثبته وفقا لطبيعته فإذا كان ماديا فعليه تقديم وثيقة طبية تثبت وقوعه فعلا ، و هي التي يستند إليها القاضي لتقدير الضرر ما لم يقدم الجراح المدعي عليه طلب خبرة حول حقيقة هذا الضرر ، و في هذه الحالة إذا كان تقرير الخبرة ينفي وقوعه ينسبه إلي غير خطأ الطبيب ، فإنه يكون على القاضي ، و إن كان تقرير الخبرة غير ملزم بالنسبة له أن يرجح رأي الخبير باعتبار أن تقريره أكثر حجية على الوثيقة الطبية التي يستند إليها المدعي .

أما الضرر المعنوي فيستخلصه القاضي عن طريق القرائن – القرائن القضائية – باعتبار انه متصل بالأخطاء المتعلقة بالواجبات الأخلاقية الطبية ، فيكفي على المتبرع أو المستقبل أن يثبت عدم أخذ الطبيب برضاه لإجراء العملية أو عدم إعلامه علما كافيا بطبيعة هذا العمل الطبي ، و تعتبر هذه القرائن القضائية قاطعة لا تقبل العكس لأن الخطأ هنا متعلق بالتزام الجراح بتحقيق نتيجة و هي الأخذ بالرضا و الإعلام ، فتقوم مسؤوليته المدنية بمجرد تخلف

1 – محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجل الطبي ، دار الجامعة الجديدة ، ط 1، الاسكندرية ، 2004 ، ص205

2 – محمد حسن قاسم، المرجع نفسه ، ص205

النتيجة – انعدام الرضا و الإعلام أو نقصه – على أساس هذا الخطأ دون البحث عن الضرر .

أما العلاقة السببية فلا تطرح إشكال بالنسبة للقاضي إذا كان الخطأ متصلا بالأخلاق الطبية فيكفي للمستقبل المدعي أو المتبرع إثبات أن الجراح خالف التزام الرضا و الإعلام المنصوص عليهما قانونا حتى يقوم خطأه و ينسب إليه الضرر مباشرة ، على أن الإشكال يتعلق بالخطأ المتصل بالعمل الجراحي أو الضرر إلي يدعي المتبرع المستقبل انه ناجم عن هذا الخطأ ، ففي هذه الحالة يكون المرجع بالنسبة للقاضي لتقدير ما اذا كأن الضرر ناجم عن هذا الخطأ هي الخبرة الطبية التي يأمر به من تلقاء نفسه [1].

البند الثاني : تقدير التعويض

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية في مجال زراعة الأعضاء من خطأ ضرر و علاقة سببية فأن التعويض يكون ملزما للمدعي المضرور أي المتبرع أو المستقبل أو أهل المتبرع في حالة ما إذا كأن خطأ الطبيب (المدعى عليه) قد وقع عند استئصاله للعضو من جثة الميت كمخالفة رفض الميت أثناء حياته لاستئصال الأعضاء منه بعد وفاته .

و يقدر القاضي التعويض بقدر قيمة الضرر الذي لحق بالمتبرع او المستقبل ، فلا يجب أن يزيد التعويض عن الضرر و لا يقل عنه ، و بالتالي تختلف قيمة التعويض باختلاف طبيعة الضرر ، فالتعويض عن خطأ جراحي متمثل في تمزيق جزء من الأمعاء لا يجب أن يكون كالتعويض في الخطأ الجراحي نجم عنه إتلاف عضو من جسم المتبرع .

كما أن التعويض الذي يطلبه المدعي المستقبل عن الضرر المتمثل في تفويت الفرصة عندما اتلف الطبيب بخطئه عضو المتبرع ، يجب أن يكون عادلا من شأنه إصلاح الضرر المعنوي وفقا لمعايير مادية معينة تتمثل في تقدير القاضي للظروف الذي وقع فيها خطأ الطبيب وكذا الظروف الشخصية للمتضرر كحالته المادية والعائلية والصحية[2] وعليه يمكن القول بأن التعويض يجب أن يكون جابرا للضرر [3] مصلحا له يجعل الطبيب يحس بخطئه خاصة وانه يتعلق بالأخطاء الطبية في ممارسات ذات أهمية وخطورة معتبرة وهي عمليات نقل الأعضاء .

وينشأ حق المتبرع أو المستقبل الدائن بالتعويض مبدئيا منذ وقوع الفعل الضار ، إلا انه ونظرا لطبيعة الضرر الطبي فأن معالم هذا الأخير لا تتحدد وليست ثابتة أي يمكن للضرر أن يتغير بالتفاقم أو النقصان مابين وقوع الفعل الضار (خطا الجراح) وتاريخ صدور الحكم الأمر الذي أدى بالقضاء إلى اعتبار يوم صدور الحكم هو يوم صدور

1 – عبد الجليل مختاري ، المرجع السابق، ص117.

2 – عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 981

3 – مراد بن صغير ، مسؤولية الطبيب عن اخطائه المهنية، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ،الجزائر، 2003، ص 132.

التعويض وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي والفقه [1].

وتجدر الإشارة إلى انه لا يمكن للمتبرع أو المستقبل أن يختار الطبيب الذي سيجري له العملية ويتفق معه بشأن المسؤولية ، و لأنه لو سلمنا بذلك لكانت المسؤولية المدنية للطبيب عقدية مبدئيا بدل التقصيرية وهذا ما يتناقض مع المركز التنظيمي اللائحي للطبيب داخل المستشفى الذي يلزمه تقديم خدمة العلاج دون إمكانية اختيار المريض، وعليه لا يمكن الاتفاق بشأن المسؤولية في مجال زراعة الأعضاء.

1 – محمد حسن قاسم، مرجع نفسه ، ص 134.

خلاصة الفصل الثاني :

تناولنا في هذا الفصل المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق الطبيب في مجال زراعة و نقل الأعضاء البشرية و العلاقة التي تربطه بالمريض فقد توصلنا إلى اعتبار هذه العلاقة بأنها قد تكون علاقة تعاقدية كأصل على أساس وجود عقد بين الطبيب و المريض، و المسؤولية التقصيرية كاستثناء ، و في حالة عدم وجود دليل على الرابطة العقدية ، كما قد يكون التزام الطبيب اتجاه مريضه في انه التزام ببدل عناية ، و في بعض الأحيان يكون التزامه بتحقيق نتيجة.

و تناولنا أيضا الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب التي هي في الحقيقة التزامات إنسانية قبل أن تكون قانونية فإذا اخل بهذه الالتزامات تقوم مسؤوليته المدنية و ترتب كافة أثارها .

فلكي تقوم مسؤولية الطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية يجب أن تتوفر أركانها الثلاث وهي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية ، وقد سبقت الإشارة إلى أن المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية شانها شان المسؤولية في باقي الاختصاصات الطبية لذا فهي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية منذ قيامها الى تقرير الجزاء عليها، الا ان ما يميز هذا النوع من العمليات هو صورة الخطأ الطبي في هذا المجال الذي يحدد من خلالها القاضي نوع الخطأ و بالتالي تقدير التعويض تقديرا موضوعيا، و لان المشرع أراد تشجيع الأطباء على ممارسة مهنتهم بكل حرية و دون خوف فقد أعطى لهم تأميننا لمحو الآثار المالية للمسؤولية المدنية التي تقع على عاتقه .

خاتمة

الخـاتمة:

إن موضوع نقل وزراعة الأعضاء البشرية من أهم المواضيع التي يجب أن نضفي حوله اهتمامنا نظرا لحداثة الموضوع وصعوبة هضم أفراد المجتمع للمتبرع ومساعدة المرضى الذين هم في حاجة ماسة لانقاد حياتهم ، فمن جهة من حق كل فرد في سلامة جسمه والاحتفاظ بتكامله الانساني ومن جهة أخرى المتلقي شخص مريض مآله الموت إن لم يتلقى العضو مكان العضو التالف، وهذا ما جعل المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة تسعى إلى تأسيس مشروعية مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية بناء على ما أباحته الشريعة الإسلامية في إطار ما يسمى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات مع ضرورة التقيد بالشروط والضوابط القانونية التي نص عليها كل من القانون والشريعة الاسلامية .

كذلك تعتبر عمليات زراعة الاعضاء وخاصة الجامدة منها لها أهمية كبيرة من حيث أنها متمثلة في الحماية وسلامة الآدمي من إنهاء حياته وتتم هذه العملية بمختلف صورتيها سواء من الإنسان نفسه, أو من إنسان حيا كان أو ميتا لإنسان أخر .إذ أننا نجد المشرع الجزائري أو التشريعات الأخرى قد ضبطها في مستشفيات مرخصة ونظمها ضمن قوانين تنص على شروط يجب أن تتوفر في أشخاصها للقيام بإجرائها ويتمثلوا الأشخاص في: الطبيب القائم على الإشراف على العملية و المريض الذي في الحاجة الماسة لذلك, والمتنازل الذي سوف يتبرع بعضو من أعضائه .

ومن خلال الدراسة المقارنة لهذا الموضوع واستنتاجا لموقف الشريعة الاسلامية والتشريع الجزائري، نجد أن الفقه الإسلامي لم يبين قيود تنظيمية لإجراء المسألة على غرار التشريع الجزائري الذي أبرز ذلك من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها ، ورغم تشريع مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية لكن نظرا لأهميتها ودرجة خطورتها يمكن أن نقول أن هناك نقص لما أهمل حصرها في قانون خاص؛ حيث إجرائها وعواقبها والعقوبات المترتبة على التقصير أثناء القيام بها , مما يجعل ذلك أكثر وضوحا للمسألة.

لقد رتب المشرع الجزائري أو الشريعة الاسلامية عقوبات متمثلة في المسؤولية المدنية من جراء الاخطاء الطبية التي يتعرض لها المريض أو المتلقي أثناء قيامه بعمليات زرع الاعضاء وسببت أضرارا جسيمة وتتمثل في التعويض الذي يقدره القاضي حسب جسامة الضرر، وحتى يضمن هذا المتبرع أو المتلقي ولو جزء بسيط من هذا التعويض وجب عليه التأمين على حياته بكل الطرق الممكنة، ويعتبر هذان العنصران (التعويض والتأمين) من أثار المسؤولية المدنية ويكمل أحدهما الأخر .

النتائج:

- لم يحدد المشرع الجزائري الاعضاء القابلة للزرع في قانون حماية الصحة وترقيتها، او في مدونة اخلاقيات الطب.
- لم بعض التشريعات على السن الرشد للقيام بعملية زرع الاعضاء بسبب خطورتها على سلامة جسم الانسان.
- تبين لنا من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية والنصوص المتعلقة بمهنة الطب، ان المشرع الجزائري لم يورد نصوصا خاصة بالمسؤولية المدنية التي تقوم عند اجراء عمليات زرع الاعضاء.
- نظرا لأهمية وحساسية عمليات نقل وزرع الاعضاء، وضع القانون اجراءات وشروط وضوابط لا جراءها ومراكز مخصصة لإجراء هذه العمليات كونها معقدة.
- ترتيب مسؤولية مدنية على عاتق الاطباء والجراحين (الفريق الطبي) عن أي خطا طبي ارتكب من طرفهم اثناء تأدية مهامهم.
- مشروعية التبرع بالأعضاء الجامدة التي يكون هدفها علاجي وانساني.

التوصيات

-وضع نصوص تشريعية خاصة لتنظيم عمليات زرع الاعضاء بالمستشفيات العامة أو الخاصة مع الحرص على المراقبة الدقيقة لها.

- وضع بنوك لوضع وحفظ الاعضاء الجامدة للمحافظة على سلامتها من الاتلاف.
- وضع قوانين لتحديد نظام الاسبقية في التبرع في حالتها كثرة الطلبات على الاعضاء الجامدة
- ضرورة إعلام المريض او المتبرع مع شرح دقيق وواضح حول عمليات نقل وزرع الاعضاء والنتائج المترتبة عنه
- توفير كل الوسائل اللازمة لإجراء مثل هذه العمليات وخاصة الاجهزة الطبية الحديثة

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المصادر والمراجع

❖ **القرآن الكريم**

أولا : المرجع باللغة العربية

01- المؤلفات والكتب العامة

- **ابي عبد الله البخاري** –كتاب الإيمان – باب الدين يسير– مطبوعات الأزهر القاهرة. بدون سنة نشر.
- **ابي عبد الله البخاري** –كتاب العلم – باب الدين يسير– مطبوعات الأزهر القاهرة. بدون سنة نشر
- **أحمد بن علي بن حجر العسقلاني**، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء 11، مطبعة مصطفى البابي الحلبي،
- **سائح سنقوقة** ، شرح قانون الإجراءات المدنية والادارية نصا وشرحا، الجزء 02 دار الهدى ،الطبعة الأولى، الجزائر ،2011.
- **عبد الرزاق احمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني – نظرية الإلتزام بوجه عام–مصادر الالتزام– الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2002،
- **عبد العزيز سعد**،شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ،2002.
- **العربي بالحاج**، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، الطبعة الاولى ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- **عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشورابي**، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، 1988.
- **علي احمد السالوس** ، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، قطر، الطبعة السابعة، د.ت. ن . مصر،1987.

02- المؤلفات والكتب الخاصة

- **أحمد حسن الحياري**، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني والاردني والنظام القانوني الجزائري،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، سنة 2008.
- **حسام الدين كامل الاهواني**، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، القاهرة 1975.
- **حسين طاهري** ، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، بدون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2002.
- **خالد مصطفى فهمي** ،النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 05 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية ،دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2012.
- **سميرة عايد الديات**، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الإصدار الأول ،ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن سنة 1999 .
- **عبد الحميد إسماعيل الأنصاري** ، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ط1 ، 2000.
- **عبد المطلب عبد الرزاق حمدان** ،مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2005.

- **عز الدين حروزي** ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن ،دار هومة ، الجزائر، 2009
- **علي جابر محجوب** ،دور الارادة في العمل الطبي ،دار النهظة العربية، القاهرة 2001 .
- **عز الدين قمراوي** ، مفهوم التعويض الناتج عن الحالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، موسوعة الفكر القانوني في المسؤولية الطبية ، الجزء الاول ، دار الهلال للخدمات الاعلامية بالجزائر ، بدون سنة نشر
- **عبد الكريم مأمون** ،رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية ،2006
- **محمد السيد عبد المعطي خيال**، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء،الإسراء للطباعة،جامعة حلوان، مصر، د س ن.
- **محمد المدني بوساق** ،موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء البشرية بين البشر،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- **محمد حسن قاسم** ،إثبات الخطأ في المجل الطبي ،دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الاولى، الاسكندرية ، 2004.
- **محمد حسن منصور**، المسؤولية الطبية ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2006.
- **محمد حماد مرهج الهيتي** ، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي ، دار الثقافة ، عمان ، 2004 .
- **محمد رايس**، المسؤولية المدنية للاطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، سنة 2007 .
- **محمد يوسف ياسين**، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات و الاطباء و الممرضين قانونا و فقها واجتهادا) بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003 .
- **منصور عمر المعايطة**، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، طبعة 01، الرياض ،السعودية ، 2004 .
- **مهند صلاح أحمد فتحي العزة** ، الحماية الجنائية للجسم البشري،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2002 .
- **نصر الدين مروك** ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) ، الكتاب الأول، الجزء الأول ، دار هومة ، الجزائر ، 2003

03- القواميس:

- **جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور** ،لسان العرب ،المجلد 15 ،دار بيروت ، 1956 .
- **عبد الله البستاني** ،معجم الوسيط اللغة العربية ،مكتبة لبنان ،بيروت ، 1986.

04- الأطروحات والرسائل الجامعية

- **أطروحات الدكتوراه**

- **أحمد عبد الدايم** ، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه ، جامعة روبير شومان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارة ، قسم الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية ،، لبنان، 1999.
- **العلجة مواسي** ،التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية ،دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تخصص القانون ، 2017/2016.
- **عبد المجيد خطوي**، النظام القانوني لعمليات نقل الدم، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،الجزائر ،2018/2017،

- **لخضر معاشو** ، النظام القانوني لنقل وزرع الاعضاء البشرية- دراسة مقارنة –دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015/2014.

مذكرات الماجستير

-**زينب احلوش بولحبال** ، رضا المريض في التصرفات الطبية ،رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الجزائر ، 2001/2000 .

-**سعاد هني**،المسؤولية المدنية للطبيب(شهادة المدرسة العليا للقضاء)،غير منشورة ، المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة 14، 2006/2003.

- **علياء طه محمود** ، مسؤولية الطبيب الجنائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق ،قسم القانون العام، 2013،

- **نسيمة عبد الله** ، **رشيد دراوي**, حرية التصرف في جسم الإنسان، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء, المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 2007/2004,

- **رضا بدور** ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية وتأمينها، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،، جامعة حاج لخضر باتنة، الجزائر ، 2014/2013 .

- **كمال فريحة** ،المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر،2013/2012.

-**عبد الجليل مختاري** ، المسؤولية للطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية ،مذكرة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، 2007/2006.

-**مراد بن صغير**، مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2004/2003

- **فوزية هامل** ،الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 01/09 ، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص علم الإجرام والعقاب ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر ،باتنة، الجزائر،2012/2011 ،

- **وزنة سايكي**، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، الجزائر، 2011/2010،

مذكرات الماستر

-**حورية مسعودي**، **عبد االسلام مسعودين**، الخطأ الطبي ، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، الجزائر،2015/2014 ،

-**ركبي ندى** ، المسؤولية الجزائية في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، شهادة الماستر الأكاديمي ، جامعة محمد بوضياف- المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2017/2016 ،

-**سهام عزي** ، الضرر المعنوي للمسؤولية المدنية ، مذكرة ماستر في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة آكلي محند ألحاج ، البويرة ، الجزائر ، 2014/2013 .

-**عبد القادر أدخيران** ، **فاطنة برايس** ، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق ، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت ، الجزائر ،2017/2016.

-**فاطمة قفاف** ، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة ، مذكرة الماستر ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2014/2013 .

-**كهينة عراش** ، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري و المقارن ، مذكرة الماستر في القانون الخاص و العلوم الجنائية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2017/2016 .

- **وافية ربعي**، نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية، ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2013 /2014،ص 01.

05- مقالات ومداخلات وبحوث

-**أشواق زهدور**، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، دفاتر السياسة والقانون ، كجامعة مستغانم ،العدد 14 ، جانفي 2016 .

الأمين شريط ،نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ،ندوة مجلس الامة حول عملية نزع وزرع الاعضاء البشرية -بين العلم و الدين و الأخلاق و القانون، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص ،ديسمبر 2003

-**انتصار مجوج** ، الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 18 ، جانفي 20118 .

- **محمد علي البار**،أسئلة في باب التداوي ،منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي،مركز اخلاقيات الطب،جدة ، ب س ن،

-**عتيقة بلجبل**، عمليات نقل الأعضاء البشرية في القانون الجزائري ، مجلة المنتدى القانوني ،جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد 07 ، د س ن .

-**كمال لدرع** ، الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها، مجلة الشريعة والقانون، العدد 02، المجلد 01، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012.

- **مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة** ،طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون كلية الحقوق (كلية الدراسات العليا)، الجامعة الاردنية ،العدد 02 ، المجلة 41 ،2014 .

06- التشريعات:

-قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجريدة الرسمية العدد رقم 08 الصادر في 1985/02/17.

-قانون رقم 90-17 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 31جويلية 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، ج ر، العدد رقم 35 الصادر في 1990/08/15.

-قانون رقم 92-276 المؤرخ في05 محرم عام 1413هـ الموافق لـ 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة الرسمية عدد 52.

-القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44.

-قانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل 20 يوليو سنة2008، يعدل ويتمم القانون رقم 85/05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة الرسمية العدد 44.

-القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق ل 04 فبراير سنة 2014 يعدل ويتمم الامر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، جريدة الرسمية العدد 07.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1975 معدل ومتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد78 .

-الأمر رقم 95-07 لمؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق لـ 25جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 13

النصوص التنظيمية :

-المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1433 الموافق ل 05 أفريل سنة 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج ر، عدد 22 الصادرة بتاريخ 2012/04/15.

المراجع باللغة الفرنسية

-PANNEAU (TEON) ، du médecin La responsabilité ، Dalloz،Paris، 2eme édition ، 1996

- Angelo CASTELLETA, responsabilité médical, droits des malades, DALLOZ références 2002

-Julie Traullé , l'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle, Edition .L.G.D.J,2007, p185

- code civile France, Dernière modification le 02 mars 2017 document généré le 26 avril 2017

الفهرس

الفهرس

العنــوان	الصفحة
الشكر	/
الاهداء	/
قائمة المختصرات	/
ملخص البحث	/
مقدمة	02
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لعمليات زرع الأعضاء الجامدة	08
المبحث الأول: مفهوم الأعضاء الجامدة وأنواعها	09
المطلب الأول: تعريف زرع الأعضاء الجامدة	09
الفرع الأول: تعريف العضو البشري اللغوي والطبي وفي الشريعة الإسلامية	10
البند الأول: التعريف اللغوي للعضو البشري	10
البند الثاني: التعريف الطبي للعضو البشري	10
البند الثالث : التعريف العضو البشري في الشريعة الإسلامية	10
الفرع الثاني : التعريف الفقهي والقانوني للعضو البشري	11
البند الأول : التعريف الفقهي للعضو البشري	11
البند الثاني : التعريف القانوني للعضو البشري	11
المطلب الثاني :أنواع الأعضاء الجامدة	13
الفرع الأول : الأعضاء الفردية	13
الفرع الثاني : الأعضاء الزوجية	14
الفرع الثالث: تمييز الأعضاء الجامدة عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى	14
البند الاول: الأعضاء الصناعية	14
البند الثاني : الـــدم	15
المبحث الثاني :ضوابط مشروعية عمليات زرع الأعضاء الجامدة	15
المطلب الأول: أساس عمليات زرع الأعضاء الجامدة	15
الفرع الأول : مشروعية زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية	16

البند الأول : مؤيدي عمليات نقل وزرع الأعضاء	16
البند الثاني: معارضي عمليات نقل وزرع الأعضاء	19
الفرع الثاني : مشروعية زرع الأعضاء في القانون المقارن	21
البند الأول: مشروعية زرع الأعضاء في القانون الفرنسي	21
البند الثاني: مشروعية زرع الأعضاء في القانون الكويتي	26
البند الثالث: مشروعية زرع الأعضاء في القانون المصري	27
البند الرابع : مشروعية زرع الأعضاء في القانون المغربي	28
البند الخامس : مشروعية زرع الأعضاء في القانون الجزائري	29
المطلب الثاني :شروط إباحة عمليات زرع الأعضاء الجامدة	31
الفرع الأول: الشروط القانونية لإباحة عمليات زرع الأعضاء الجامدة بين الأحياء	31
البند الأول : ضرورة الحصول على رضا طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة	31
البند الثاني : الشروط الطبية والإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء الجامدة بين الأحياء	39
الفرع الثاني: الشروط القانونية لإباحة عمليات زرع الأعضاء الجامدة بين الأموات	43
البند الأول : الشروط الموضوعية لنقل الأعضاء من الجثث	44
البند الثاني: الشروط الشكلية لنقل الأعضاء من الجثة	48
خلاصة الفصل الأول	52
الفصل الثاني: المسؤولية المدنية لزراعة الأعضاء الجامدة	55
المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية	56
المطلب الأول: الخطأ الطبي	56
الفرع الأول : مفهوم الخطأ الطبي ومعياره	57
البند الأول: مفهوم الخطأ الطبي	57
البند الثاني : معيار الخطأ الطبي	59
الفرع الثاني : صور الخطأ الطبي	61
البند الاول: الأخطاء المتعلقة بمخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الاعضاء	62
البند الثاني: الأخطاء المتعلقة بالعمل الجراحي	64
المطلب الثاني: الضـــرر	66

الفرع الأول : أنـواع الضـرر	67
البند الأول : الضرر المادي	67
البند الثاني :الضرر المعنوي	67
الفرع الثاني : شروط الضرر	68
البند الأول : الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة	68
البند الثاني : أن يكون الضرر أكيدا (محقق الوقوع)	68
المطلب الثالث: العلاقة السببية	69
المبحث الثاني : آثار و نتائج المسؤولية المدنية	70
المطلب الأول: التأمين على المسؤولية المدنية	70
الفرع الأول: مفهوم التأمين في المجال الطبي	71
الفرع الثاني: العلاقة بين أطراف التأمين	72
البند الأول: علاقة المؤمن بالمؤمن له	72
البند الثاني : علاقة المؤمن بالمستفيد	72
البند الثالث : علاقة المؤمن بمحدث الضرر في التأمين من المسؤولية عن عمل الغير	72
الفرع الثالث: نطاق عقد التأمين	72
المطلب الثاني : التعويض عن المسؤولية المدنية	73
الفرع الأول : الدعوى المدنية	73
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض	74
البند الأول: تقدير القاضي للمسؤولية المدنية	74
البند الثاني : تقدير التعويض	76
خلاصة الفصل الثاني	78
خاتمة	80
قائمة المراجع	83
الفهرس	89