قاعدة الرضاء في مجال نقل وزرع الأعضاء

ربحي تبوب فاطمة الزهراء: أستاذة محاضرة أ
جامعة أحمد بوقـــرة بومرداس الجزائر

ملخص

يتعين الحصول على الرضا في كل عمل طبي مهما كان ويكتسي هذا الواجب أهمية أكبر في الأعمال الطبية التي تتسم بالخطورة والمجازفة، مثل عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث تلزم قاعدة الرضا المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب، الأطباء بعدم اقتطاع الأعضاء من شخص حي إلا بعد موافقته على ذلك كتابيا.

وحتى يكون الرضا صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية يجب أن تكون الموافقة على استئصال العضو صادرة من شخص ذي أهلية كاملة، وأن يكون رضا المتبرع ومستقبل العضو متبصرا بكافة المخاطر المحتملة لعملية النقل والزرع، ودون أن يتعرض هؤلاء لأي ضغط أو إكراه، إضافة إلى مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية.

وإذا توفي الشخص دون أن يوصي بكيفية التصرف في جثته، فإن الحق في ذلك ينتقل قانونا بالأولوية إلى أقاربه بالقبول أو الاعتراض استنادا إلى صلة الدم والقرابة التي تربط بين أفراد الأسرة، غير أنه كاستثناء يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة أسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين إذا تعذر الاتصال بهم في الوقت المناسب، أو إذا كان تأخير اجل عملية الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، أو إذا اقتضت الحالة الصحية ألاستعجالية للمستفيد من العضو.

وكل عملية نقل أو زرع تتم خارج هذه الشروط تعد غير مشروعة وتعتبر، على أساس ذلك، انتهاك لحرمة السلامة الجسدية ومبدأ معصومية الجسد التي يضمنها الدستور.

الكلمات المفتاحية:السلامة الجسدية ; معصومية الجسد ; نقل و زرع الأعضاء ; زرع الأعضاء ; العمل الطبي ; غرض علاجي ; رضا المريض ; رضا المتبرع ; جثة الموتى

Abstract

The consent must be obtained in every medical act of any kind. This duty is of greater importance in dangerous and risky medical acts, such as transfer and transplantation of human organs. The rule of consent provided by the law of protection and promotion of health and the law of medical ethics requires from doctors not to take organs from a living person only after his writing consent.

The consent to remove the organ must be issued by person with legal capacity, and the consent of both the donor and the receiver of the organ should be aware of all possible risks of the transfer and transplantation process, without any pressure or coercion, so the consent produces its legal effects.

If the person dies without recommending how to dispose of his body, the right to do so is legally passed on to his or her relatives by consent or objection based on the relationship between the family members. However, as an exception, the cornea and kidney may be removed without the consent of the deceased's family or legal representatives if it was not possible to contact them in the right time, or if the delay causes damage to the organ, or if the urgent health condition of the beneficiary requires it.

Any transfer or transplantation out of these conditions is illegal and, on the basis of this, is considered as a violation of the inviolability of physical integrity and the principle of infallibility guaranteed by the constitution.

مقدمة

أدت خطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء، وما تمثله من انتهاك للسلامة الجسدية إلى ضرورة توافر شروط وضوابط قانونية لإجرائها، ومن أهمها الرضاء الذي يعد شرطا جوهريا من شروط إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية وعدم إجرائها إلا لغرض علاجي.

حتى يكون الرضاء صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، يتعين أن يتوافر فيه مجموعة من الشروط القانونية التي يترتب على تخلف أحدها انعدام أي اثر للرضاء

وبالتالي تصبح عملية النقل وزرع الأعضاء غير مشروعة على أساس أن ذلك فيه انتهاك لحرمة السلامة الجسدية ومبدأ معصومية الجسد، الذي يقتضي حق الإنسان في سلامة كيانه البدني وعدم جواز المساس به[1] إلا بعد الحصول على الرضاء المتبصر والحر للمريض.

لذلك نص المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب، على أن:"يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة ..."، كما نصت المادة 43 التي سبقتها على أنه:" يجب على الطبيب... أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي." [2]

ومن ثم على الطبيب الجراح الذي يستأصل العضو من جسم المتبرع أن يبصره تبصيرا كاملا عن طبيعة التدخل الجراحي الذي سيخضع له، و يطلعه على جميع المخاطر الجراحية التي سيتحملها، والانعكاسات المحتملة لهذا الاقتطاع على حياته الشخصية والعائلية والمهنية، بالإضافة إلى ذلك يطلعه على النتائج المرجوة من زرع الأعضاء بالنسبة للمستفيد من العضو . وهذا ما نصت عليه المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها[3]:" لا 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".

كما تؤكد الفقرة الخامسة من المادة 165من نفس القانون[4] على ضرورة إعلام أيضا المريض المستقبل للعضو وتبصيره حتى يعطي موافقته، بنصها على أنه:" لايمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المريض المستقبل للعضو.....بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك..." لما تتخلله هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها مستقبل العضو وقت العملية أو بعدها، لذلك "لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين..." (المادة 1/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها).

وبالتالي فإن التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضائه بالعمل الطبي أمران مرتبطان ارتباطا وثيقا، فالرضاء لا يكفي وحده بل يجب أن يكون متبصرا

وحرا وواضحا، والتبصير أيضا لا يكفي وحده لإباحة التدخل الطبي لنقل وزرع العضو بل يشترط أيضا أن يلحق به الرضاء.

وكل إخفاء أو عدم الصدق في الإعلام الصحي أو انعدامه أصلا، يعتبر من قبيل الخطأ الطبي ويعرض الطبيب للمسؤولية المدنية والجزائية على أساس أن ذلك فيه انتهاك لحرمة السلامة الجسدية.

كل هذا يقتضي منا أن نتساءل عن شروط صحة وسلامة رضاء المتبرع والمستقبل للعضو في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، ومن الموتى إلى الأحياء؟ وانعكاساتها على مبدأ حرمة الجسد والسلامة الجسدية .

وبناء على هذه التساؤلات سنحاول توضيح، بإيجاز، موقف القانون الجزائري المعمول به بخصوص ما سبق ذكره من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: شروط صحة وسلامة رضاء المتبرع ومستقبل العضو،

المحور الثاني: الرضاء على الاستئصال من جثة الموتى،

المحور الأول: شروط صحة وسلامة رضاء المتبرع والمستقبل

يتعين الحصول على الرضاء في كل عمل طبي مهما كان، وتزداد أهمية الموافقة في الأعمال الطبية التي تتسم بالخطورة والمجازفة مثل عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وتختلف شروط صحة وسلامة رضاء المتبرع المانح للعضو (أولا) عن شروط صحة وسلامة رضاء المريض المستقبل للعضو(ثانيا) نظرا للهدف والمصلحة العائدة على كلا منهما.

أولا. شروط صحة وسلامة رضاء المتبرع بالعضو

لكي يكون رضاء المتبرع صحيحا ومنتجا لآثاره يتعين أن يتوافر فيه مجموعة من الشروط القانونية التي يترتب على تخلف أحدها انعدام أي أثر للرضاء، ومن أهمها: أن يكون المتبرع كامل الأهلية، تبصير المتبرع بالعضو، أن يكون التبرع بدون مقابل مادي.

1 ـ أهلية المتبرع بالعضو : نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء يجب أن يكون رضاء المتبرع بالعضو صادرا عن ذي أهلية كاملة عند التبرع وعند البدء في التنفيذ وإجراء عملية استئصال العضو منه، ذلك لأن التبرع بعضو من الجسم يعتبر تصرف قانوني ضار ضررا محضا بالمتبرع، ومن ثم وجب أن يكون المتبرع بالغا وعاقلا، حيث جاء في المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالف الذكر، أنه:" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز..."

و الملاحظ على هذه المادة أنها لم تحدد سن معينة يعتبر فيها المتبرع بالعضو بالغا سن الرشد لمعرفة متى يعد أهلا لاعتبار رضائه بالأعمال الطبية محدثا لأثاره القانونية وبالتالي يسمح له و يسمح للطبيب اقتطاع عضو من جسده للتبرع به. ولما كان التبرع من قبيل الهبة في القانون المدني، فإن هذا التصرف يفرض الأهلية الواردة في نص المادة 40 وهي تمام تسعة عشر سنة كاملة، ومنه يمكن القول أن أهلية المتبرع بالعضو هي تمام تسعة عشر سنة كاملة.

غير أن بلوغ سن الرشد لا يكفي وحده لاعتبار الرضاء صحيحا بل يجب أن يكون الشخص المتبرع بالعضو مدركا ومميزا لما سيقبل عليه من تصرف، ولهذا يمنع انتزاع عضو من شخص مجنون أو معتوه أو سفيه أو ذا غفلة (أحكام المادة 42 و المادة 43 من القانون المدني[5] المعبر عنهم في المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها بالراشدين المحرومين من قدرة التمييز .

كما لا يجوز الاعتداد بالرضاء الصادر عن من ينوب القاصر قانونا، لأن فكرة النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر واستئصال عضو من جسم القاصر بغرض زرعه لأخر لا ينطوي على أدنى منفعة له، ولهذا يستبعد الولي و الوصي والقيم من مجال تمثيل القاصر في مثل هذه التصرفات التي لا تعود على القاصر بمنفعة علاجية، بل بالعكس يمكن أن تسبب له مخاطر تهدد حياته، لذا استبعدها المشرع بنص صريح لا يقبل أي مجال للتفسير آو التأويل.

وقد كان المشرع موفقا كثيرا لما اشتراط بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بالتبرع بالأعضاء، لأنه فيه حماية لكل من هو أقل من تلك السن خصوصا أولائك الشباب الذين لا يدركون مدى خطورة التبرع بأحد الأعضاء في السن المبكرة. ومادام أن التبرع بعضو من أعضاء الجسم هو تصرف قانوني ضار ضررا محضا، ليس للمتبرع أي منفعة أو مصلحة سواء مادية أو صحية، فمن الواجب أن يكون المتبرع بالغا قادرا على إدراك جميع النتائج و الاحتمالات التي تترتب على مثل هذه العماليات والتي تتطلب تفكيرا عميقا وموازنة لكل ملابسات العملية وهذا يتطلب بحد ذاته أن يكون الشخص راشدا عاقلا أي كامل الأهلية.

لكن ماذا بشأن القاصر الذي قد يكون هو الشخص الوحيد المناسب للتبرع نظرا لملائمة أنسجته مع المستقبل؟

تباينت الآراء بخصوص ذلك، فهناك من رفض رضاء القاصر بالتبرع مطلقا، وهناك من أجازه مطلقا ، وهناك من أجازه بقيود.

الرأي الأول: عدم جواز تصرف القاصر في جسمه مطلقا

فالقاصر لا يستطيع توجيه رضاه لاستقطاع عضو من أعضائه، فرضاه يعد معيبا ولا يعتد به قبل بلوغ سن الرشد، كما لا يخضع للنيابة القانونية، على اعتبار أن المسألة لا تتعلق بحماية حقوقه المالية، فالفقهاء اتفقوا على أن الولي أو الوصي لا يقبل منهما التبرع بمال الصغير والمجنون ولا أي حق من حقوقه، فمن باب أولى أن لا يجوز لهما الإذن بأخذ أي عضو منه وهو حي، ولا يسمح للوالدين بالتصرف في جسم القاصر ولو لمصلحة أخيه التوأم[6]، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 163 من قانون حماية الصحة[7].

الرأي الثاني: السماح للقاصر بالتصرف في جسمه

يأخذ المشرع الأمريكي برضاء القاصر في مجال زراع الأعضاء البشرية بشروط، وهي: أن يكون القاصر قد بلغ سن الإدراك المحدد بأربعة عشر (14) سنة، والحصول على موافقة ممثله الشرعي بعد أن يتم إعلامه بكل ما يخص حالته الصحية وجوبا ليتخذ القرار المناسب في شأن ذلك. وبناءا على ذلك اكتفت بعض المحاكم الأمريكية بالرضاء الصادر من القاصر الذي لم يبلغ من العمر إلا أربع عشر سنة وذلك فيما يتعلق بعمليات نقل الكلى، وبررت المحكمة هذا الرضاء بأن التنازل كان لمصلحة كل من المتبرع والمريض لأن عدم إجراء هذه العملية سيؤدي إلى وفاة المريض، وذلك من شأنه أن يضع المتبرع في حالة نفسية سيئة .

لكن انتقد هذا الرأي بشدة على أساس أن فكرة العلاج النفسي تصلح مبررا لإجراء عمليات التجميل للشخص نفسه، وذلك يصعب القول بتوافره في حالة استئصال جزء من جسم الشخص، إضافة إلى أنه يمكن أن يكون رضاء القاصر صدر تحت إكراه أدبي هذا ما يجعل الرضاء مشوبا[8].

الرأي الثالث: السماح للقاصر التصرف في جسمه بقيود

السماح للقاصر التصرف في جسمه بقيود من بينها: موافقة الولي الشرعي، أن يكون المتبرع له أخ أو أخت للقاصر، بالإضافة إلى موافقة لجنة الخبراء.

فيما يخص قيد موافقة الولي الشرعي، يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة التمييز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز، فرضاء الولي حسب هذا الرأي لا يحل محل رضا القاصر إلا إذا كان هذا الأخير غير مميزا، أما إذا كان مميزا خاصة إذا اقترب سنه من سن الرشد فالقاصر وحده هو الذي يملك ذلك الرضاء. ويدافعون

أصحاب هذا الرأي عن موقفهم بأن القصر يتحملون في العصر الحديث الكثير من المسؤوليات وأصبحت ملكاتهم وقدراتهم على التمييز متقدمة بالنظر إلى الكثير من وسائل الحياة الحديثة المتوفرة وليس هناك خوف، لأن نقل الأعضاء من الصغار سيكون في حدود ضيقة للغاية وبموافقة القضاء[9].

أما بالنسبة للقيد الثاني الذي أخذ به المشرع الفرنسي، حيث أجاز نقل الأعضاء من القصر استثنائيا بالنسبة للنخاع العظمي و لمصلحة الأخ أو الأخت فقط. وهذا الترخيص استند إلى أن عملية نقله هي أقل خطورة وأن احتمالات النجاح أكبر بكثير منها في الحالات الأخرى، فالتقارب في الأنسجة يؤدي إلى سهولة التغلب على ظاهرة رفض الأجسام الغريبة، بالإضافة إلى أن النخاع العظمي من الأعضاء التي تتجدد تلقائيا وتحقق فائدة كبيرة لمتلقي العضو، حيث جاء المادة 2 فقرة 1 من القانون الفرنسي رقم 1181 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر سنة 1976 المسمى **Loi Caillavet** الخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء، ما يلي :"إذا كان المتنازل قاصرا فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته، وفي هذه الحالة فإن الاستئصال لا يتم إلا برضاء الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء"[10].

ونص القانون الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم 78/801 على شروط لابد من توافرها لإمكان استئصال العضو من جسم القاصر، وهي :

- أن يكون المتنازل القاصر أخا أو أختا للمتلقي،
- أن يتم ذلك بموافقة الوالدين أو الممثل القانوني،
- الحصول على موافقة لجنة الخبراء، التي تنحصر مهمتها في تبصير القاصر بجميع النتائج التي تترتب على عملية الاستئصال،
- سماع اللجنة للقاصر إذا كان قادرا على التعبير عن نفسه ومدركا للنتائج المترتبة عن عملية الاستئصال.

كما أكد قانون الأخلاقيات الطبية الفرنسي الصادر في 29 يوليو 1994، فيما يتعلق باحترام الكيان الجسدي نفس الشروط[11]، حتى يضمن حماية واسعة النطاق للقصر وناقصي الأهلية الذين يسهل استغلال أجسادهم لتحقيق أغراض تجارية ولحمايتهم من الضغوط العائلية. فحظر هذا القانون التبرع بأعضاء الجسد من المتبرع القاصر بشكل مبدئي منعا باتا إلا في حالة النخاع العظمي، وعدم احترام هذا الحظر يعرض القائمين بالاستئصال إلى عقوبات رادعة.

كما منحت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة للطفل القاصر الحق في التعبير عن رأيه في المسائل المتعلقة بالأعمال الطبية، حيث نصت المادة 12 منها على أنه: "تكفل الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آراءه الخاصة، حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل في الاعتبار وفقا لسنه ونضجه ".

كما أقر الميثاق الأوربي الخاص بالأطفال الخاضعين للعلاج، الذي وافق عليه البرلمان الأوربي في 13 مايو سنة 1976، في المادتين الثالثة والرابعة منه ضرورة الحصول على معلومات تتلاءم مع عمرهم[12]، كما أقر لهم الحق في المشاركة المستنيرة في جميع القرارات الخاصة بما يخضعون له من عناية خاصة .

أما المجلس الأوربي فنصت المادة السادسة من توصيته المؤرخة في 26 مارس تحمل رقم R /83/3 المتعلقة بالوجبات القانونية للأطباء تجاه مرضاهم، على أنه:"يكون رضاء الممثل القانوني مطلوبا عندما يكون المريض قاصرا، فإن كان قادرا على التمييز فإنه يجب الحصول على رأيه ويتعين الاعتداد به لأقصى حد ممكن".

كما اهتمت منظمة الصحة العالمية بحماية القصر من عمليات الاستئصال حيث جاء ضمن مبادئها: لا يجوز نزع أي خلايا أو نسيج أو أعضاء من جسم الشخص الحي بغرض الزرع إلا في الاستثناءات النادرة التي يسمح بها القانون الوطني، وينبغي اتخاذ تدابير محددة لحماية القصر والحصول على موافقة القاصر قبل التبرع وما يسري على القصر يسري أيضا على أي شخص لا يتمتع بالأهلية القانونية. والترخيص لابد أن يكون مكتوبا ويوحي بأن المتبرع لا يعترض على عملية الاستئصال.

أما بالنسبة لنصوص قوانين الدول العربية فمثلها مثل التشريع الجزائري فجاءت أغلبها قاطعة الدلالة في منع نقل الأعضاء من القصر، حيث لم يرد أي استثناء بخصوص جواز نقل الأعضاء من القصر، حتى و لو كان ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت، ماعدا القانون السوري رقم 30 الخاص بزراعة الأعضاء حيث نص في المادة 2 منه على أنه "...أن لا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع أخوين توأمين، ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجوداهما أو احدهما أو الراعي الشرعي".

و قد نادت بعض الآراء الفقهية بضرورة تخفيف القيود الواردة على نقل الأعضاء من القصر أو البالغين عديمي الأهلية بهدف الحد من وطأة النقص الشديد في مصادر الأعضاء الآدمية، مما يتيح الفرصة لإجراء المزيد من العمليات لطائفة كبيرة من المرضى

وبوجه خاص صغار السن منهم والذين لابد وأن يتلاءم حجم العضو المنقول لهم مع أجسامهم الصغيرة، الأمر الذي لا يتأتي إلا إذا كان المانح مناظرا لهم من حيث السن[13].

2- تبصير المتبرع

لا يمكن كقاعدة عامة إخضاع أي مريض للعلاج رغما عن إرادته أيا كانت طبيعة مرضه ودرجة خطورته ولو كان الدافع إليه مصلحة المريض، إلا في حالات استثنائية كحالات الضرورة والاستعجال لغرض إنقاذ صحته آو حياته من خطر جسيم أو إذا كان ذلك المرض يشكل خطرا على المصلحة العامة، لأن شرعية تدخل الطبيب لمعالجة المريض مرتبطة بالموافقة المسبقة للمريض، وفي حالة تخلف الرضاء يفقد العمل الطبي مشروعيته وعندئذ يتحمل الطبيب تبعة المخاطر المترتبة عن العلاج ولو لم يرتكب أي خطأ في مباشرته، ويرجع السبب في وضع هذا الشرط ضمن شروط القيام بالأعمال الطبية إلى ما يملكه جسم الإنسان من حرمة وحصانة دينية وقانونية[14]. وقد أقرت الجمعية العالمية للطب في سنة 1980، في أحد تقاريرها الطبية حول حقوق المريض، أنه يجب على الطبيب أن يعلم المريض بنوعية العلاج المقترح، ويحق للمريض حينئذ إما قبول العلاج أو رفضه[15].

ونظرا لخصوصية العقد الطبي هناك نوعين من الرضاء: الرضاء السابق الذي ينعقد به العقد، والرضاء بمباشرة العمل الطبي في مختلف مراحل العلاج أي أثناء تنفيذ العقد. حيث أن هذا الرضاء الأخير هو رضاء متغير، متجدد، والذي يتعين على الطبيب تكراره عبر كل مراحل العلاج، لأنه يعطي صفة المشروعية لعمل الطبيب، فلا يستطيع أن ينتقل من مرحلة علاجية إلى أخرى إلا بموافقة مريضه، وفي الواقع إن اشتراط رضاء المريض في العلاقات الطبية يحمي مصالح كل الأطراف المعنية، إذ بمباشرة المريض لحقه في الموافقة أو في رفض العلاج، يحمي المريض سلامته الجسدية من جهة، ومن جهة أخرى فالطبيب بحصوله على الرضاء قانوني من المريض سيحميه، عند الاقتضاء، من كل متابعة قضائية تكون مؤسسة على تدخل الطبيب غير الشرعي بسبب تخلف الرضاء، لذلك فمن مصلحة كلا الطرفين أن لا يباشر العلاج إلا بعد حصول الطبيب على رضاء المريض، والرضاء بهذا المفهوم يدعم الثقة والاحترام بينهما، لأن تدخل الطبيب العلاجي بدون موافقة المريض يؤثر سلبا على حالة المريض[16].

وبالنظر للحرمة التي يتمتع بها جسم الإنسان والمخاطر التي تنطوي عليها عمليات نقل وزرع الأعضاء تشدد المشرع بخصوص الالتزام بالإعلام، حيث ألزم

الطبيب قبل إجراء عملية نقل أو زرع العضو البشري الحصول على رضاء متبصر وحر من طرف المتبرع، وإلا كانت عملية نقل الأعضاء غير مشروعة[17]، مما يرتب مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية على أساس انتهاك حرمة سلامة الجسد كحق مكفول دستوريا.

ورغم أن التزام الطبيب بتبصير المريض نشأ على يد القضاء، إلا أن هذا الأخير في بداية أحكامه لم يعطي تعريفا دقيقا له، بل نص فقط على أوصافه في بعض القرارات كالذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتقريرها أن:"الإعلام يجب أن يكون سهلا ومفهوما وصادقا وملائم وتقريبيا"، و يقصد بكلمة تقريبا إعطاء المريض معلومات غير دقيقة وغير كاملة حول حالته الصحية، ففكرة التقريب (**approximative**) التي قضى بها هذا القرار انتقدت من طرف الفقهاء لأنها مسألة غير مقبولة كون المريض من حقه الحصول على معلومات كاملة وصادقة، لذلك أعاد القضاء النظر في هذا القرار بعد الانتقادات التي تلقها من الفقهاء وأصدر قرارا آخر من محكمة النقض الفرنسية قرر بأن :"الإعلام يجب أن يكون سهلا ومفهوما وملائما"[18].

وفي هذا المجال خطا القضاء الفرنسي خطوات متقدمة، حيث أقر بأن يكون التزام الطبيب مفهوما (**clair**) ، صادقا (**loyal**)، واضحا (**intelligible**)، وهو ما ترجمه المشرع الفرنسي في المادة 35 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسية(19)، التي أكدت أن يكون الالتزام بالإعلام الصحي صادقا وواضحا ومفهوما، بلغة سهلة، ويجب أن لا يستعمل الطبيب العبارات الغامضة والمصطلحات التقنية الطبية التي لا يفهمها المرضي، لأن من شأن ذلك أن يبعث القلق والخوف والرهبة في نفسية المريض، لذلك يتعين على الطبيب الحذر من استعمال المصطلحات الطبية لأنها تحول دون الاستيعاب من طرف المرضى وتتساوي بالتالي مع عدم الإعلام، فيجب على الطبيب أن يستعمل لغة تتناسب مع مستوى فهم المريض. كما يجب أن يكون الإعلام كاملا، أي أن يكون وافي، نافيا للجهالة، يحيط بجميع الأخطار التي يمكن أن تلحق بالمريض جراء تلقيه الخدمة الطبية، وهو ما يفرضه مبدأ حسن النية الذي يهيمن على قانون العقود منذ إبرامها إلى تنفيذها، فعلى الطبيب أن يكون أميننا (من الأمانة) في لفت انتباه المريض إلى جميع المخاطر التي قد يتعرض لها جراء عملية استئصال العضو منه حتى ولو كانت تلك الأخطار ضئيلة، حيث من حق المريض أن يعلم بالإعلام الكامل حتى يتسنى له التعبير عن إرادته بشكل حر وعن دراية كاملة[20].

بعدما يبصر الطبيب المريض بالمعلومات الطبية وبإعلام كافٍ كامل، يجب أيضا أن يكون صادقا، فالطبيب وهو يشخص الحالة المعروضة عليه لابد أن يشرح ويبين لمريضه تلك المعلومات بدقة وصدق وأمانة، فيعرض عليه طرق العلاج، والبدائل إن وجدت، ويوضح له المزايا والمساوئ التي قد تترتب على التدخل الطبي ليساعده ويشاركه في اختيار الطريق السليم للعلاج.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حذو المشرع الفرنسي بالنسبة لوجوب أن يكون الإعلام صادقا وواضحا، حيث قرر بموجب المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب، أنه:"يجب على الطبيب ... أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن كل عمل طبي"، وأكد هذا الالتزام أيضا من خلال المادة 47 التي تنص على أنه: "يجب على الطبيب ... أن يحرر وصفاته بكل وضوح، وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، ..." .

يؤكد المشرع الجزائري من خلال هذه المواد على ضرورة أن يكون الالتزام بالإعلام بلغة واضحة أي سهلة بسيطة ويبتعد عن العبارات الطبية الفنية المعقدة التي لا يفهمها المريض أو عائلته[21].

ونظرا لخطورة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية على حياة وسلامة جسم الشخص المتبرع بعضوه البشري، فقد نصت المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها في فقرتها الثانية على أنه :"و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ..."

من خلال هذا النص يتضح أن الطبيب ملزم بإطلاع المتبرع عن جميع المخاطر التي قد يتعرض لها من جراء عملية استئصال العضو منه، والتبصير ليس فقط بالمخاطر الطبية العادية بل ذهب القانون الجزائري إلى أبعد من ذلك، حيث ألزم الطبيب أن يبصر المتبرع بالمخاطر المحتملة أيضا، وهذا ظاهر صراحة في نص المادة السابقة الذكر، وتشمل المخاطر المحتملة ما يصيب المتبرع حالا ومستقبلا، كما تشمل المخاطر التي تؤثر على الحياة الشخصية، و العائلية والمهنية للمتبرع التي ستترتب على عملية الاستئصال، بأن يخبره إذا ما كان بإمكانه بعد هذه العملية أن يمارس عملا معينا من عدمه، أو أن يؤدي الالتزامات المفروضة عليه من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أم لا.

ولتعزيز الالتزام بالإعلام الصحي في مجال نقل وزراعية الأعضاء البشرية، نصت المادة 167من قانون حماية الصحة وترقيتها في الفقرة الثانية منها على أن لجنة

طبية هي التي تقرر ضرورة الانتزاع أو الزرع وذلك حتما بعد الموازنة بين مخاطر العملية ودرجة نجاحها، وهي التي تأذن بإجراء العملية. هذه اللجنة تنشأ خصيصا في الهيكل ألاستشفائي المرخص له إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية[22].

وبالتالي يكون المتبرع على بينة من أمره إذ يطلع على ما هو مقبل عليه، مدركا لطبيعة العملية الجراحية ونوعها ومخاطرها، حتى يستطيع التعبير عن إرادته بالقبول أو بالرفض، ولعل المشرع عند اشتراطه تبصير المتبرع بالعضو يهدف من وراء ذلك توفير ضمانة للمتبرع حتى يحترس ويتروي قبل أن يعبر عن إرادته، وإذا أراد العدول بعدما أن سبق له أن وافق، كان له ذلك وهذا ما قرره القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في أحكام المادة 162/ 2: " ....ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة."

وفي هذا الصدد جاء ضمن المبدأ التوجيهي الثالث من المبادئ التي أقرتها منظمة الصحة العالمية ما يلي:"...و ينبغي إعلام المتبرعين الأحياء بطريقة كاملة ومفهومة بالمخاطر والفوائد والعواقب المحتملة للتبرع..." [23].

وإذا كانت القواعد العامة في الأعمال الطبية تقتضي أحيانا أن يخفي الطبيب عن مريضه بعض النتائج الخطيرة للعملية الجراحية كاستثناء من مبدأ ضرورة تبصير المريض، بحكم أنه سيؤثر سلبا على حالة المريض الصحية والنفسية(24)، فإن الوضع مختلف تماما بالنسبة للمتبرع بالعضو البشري، فهو شخص في صحة جيدة، لا ضرر عليه في معرفة الحقيقة الكاملة عن طبيعة العملية التي سيتحملها وعن جميع مخاطرها، ويجب إعلامه بحالة المريض الصحية ومدى احتمالات نجاح العملية، والمصلحة التي ستعود على المستقبل للعضو، وليس في ذلك أي إفشاء للسر المهني، وهذا راجع للطبيعة الخاصة لعمليات زرع الأعضاء واعتبار المتبرع طرفا في هذه العملية بحكم أن العلاقة الطبية هنا، هي علاقة ثلاثية، تربط بين كل من الطبيب والمتبرع والمريض المستقبل للعضو[25]، فالمعلومات التي يقدمها الطبيب للمتبرع بالعضو هي التي تجعله قادرا على أن يتخذ قراره بالتنازل من عدمه، إذ يستطيع على ضوء ذلك تقدير جدوى المخاطرة التي يقدم عليها مقارنة بالمنفعة التي تعود على المستقبل للعضو، الأمر الذي يقتضي إعطاءه المعلومات الكافية الكاملة والملائمة ليفهم الوضع فهما صحيحا.

لا يكفي لصحة رضاء المتبرع أن يكون متبصرا فقط، بل يشترط أيضا أن يكون رضاه حرا فالمادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب اشترطت موافقة المريض على العمل الطبي موافقة حرة ومتبصرة، أي يتعين أن تكون إرادته خالية مما يعيبها لكي

يعتد بالرضاء الصادر عنها، ويكون رضاء المتبرع حرا إذا صدر عن شخص حر سليم من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والاستغلال والتدليس أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار لديه.

حيث أن المشرع الجزائري لم يذكر صراحة الرضاء الحر للمتبرع وإنما ترك هذا الشرط يستنتج من نص المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها، لأنها اشترطت تبصير الطبيب للمتبرع بالأخطار الطبية التي قد تسببها عملية الاستئصال، وفق ما تم إيضاحه أعلاه. ومن ثم فإن المشرع الجزائري، يكون بهذا الطريق غير المباشرة، يشترط أن يكون رضاء المتبرع حرا، بمعني صادر من متبرع يتمتع بكامل قواه العقلية وقادر على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضاء دون أن يتعرض لأي ضغط أو إكراه، فعدم النص صراحة على ضرورة الرضاء الحر للمتبرع، يجب أن لا يطرح أي مشكلة لأنه يوجد مبدأ قانوني لا يعتبر الموافقة مشروعة إلا إذا تم التعبير عنها بحرية، وكانت خالية من عيوب الرضاء. كما أن الفقه يذهب إلى أكثر من ذلك، فيشترط ضرورة إخضاع المتبرع إلى الفحوص الطبية النفسية، للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية عليه تعيب إرادته، كما يجب التأكد من أنه غير خاضع لضغوط عائلية إذا كان هذا المتبرع من أقارب المستقبل للعضو، وإخطار عائلته بنتائج هذه الضغوط الممارسة عليه.

وفي هذا السياق تنص الفقرة 2 من المرشد الثالث من المبادئ الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13 ماي 1991، أنه: يجب ألا يخضع المتبرع لأي نفوذ أو ضغط نفسي[26]. أما فيما يخص رضاء المحكوم عليهم بالإعدام أو المسجونين، فهو رضاء لا يعتد به لانعدام حرية هؤلاء. كما أنه يجب للرضاء في مجال زرع الأعضاء أن يكون مكتوبا بحسب ما نصت عليه المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها :"... تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة، ...".

من هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري لم يترك المتبرع حرا في التعبير، بل وضع شكلا معينا يتم من خلاله هذا التعبير وهو أن تتم موافقة المتبرع باستئصال عضو منه في شكل مكتوب، كما أضاف المشرع في نفس المادة ضمانات أخرى تتمثل في حضور شاهدين و إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة التي ستتم على مستواها عملية الاستئصال والطبيب رئيس المصلحة. و هذا حتى إذا أراد المتبرع العدول

عن رضاه يمكنه ذلك، وهذه ضمانة أخرى تضمن سلامة رضاء المتبرع وتحمي الطبيب الذي يجري عملية الاستئصال وهي كلها ضمانات يهدف المشرع من ورائها حماية جسد الإنسان وحرمته التي وضعها الدستور ضمن مبادئه الأساسية.

لكن يؤخذ على هذا النص أنه يطرح بعض الإشكالات التنفيذية، منها: من يحرر الوثيقة التي يتم فيها التعبير عن الموافقة، هل هو الطبيب، أم رئيس المصلحة، أم المتبرع، أم المريض؟ وهل هذه الوثيقة تكتب بخط المتبرع، أم هي عبارة عن استمارة موحدة تتضمن جميع المعلومات يملؤها المتبرع ويوقع عليها فقط؟ كذلك الأمر فيما يخص الشهود لم تحدد المادة من يلتزم بإحضارهم، هل هو المتبرع، أم المستشفى، أم المريض؟ فالنص من جهة أراد توفير ضمانة للمتبرع بالعضو، لكنه جاء مقصرا في تحديد تفاصيل إجراءات الحصول على الموافقة المكتوبة منه، لذلك على المشرع أن يتدخل من أجل تدارك كل هذه النقائص[27].

سعيا لحماية السلامة الجسدية للمتبرع بالعضو من جهة وإنقاذا لحياة المريض المهددة بخطر المرض من جهة أخرى، أكد المشرع الجزائري أيضا على أن يكون العضو المتبرع به من الأعضاء المزدوجة في الجسم وأن يثبت أن العضو المتبقي يمكنه، فضلا عن القيام بوظيفته، على القيام بالوظيفة التي يقوم بها العضو المرشح للاستأصل، وهذا ما يفهم من أحكام المادة 162 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي أكدت على عدم جواز انتزاع أنسجة أو أعضاء بشرية من أشخاص أحياء، إذا كانت هذه العملية تعرض حياتهم للخطر. ويقع هذا المنع على المتبرع وعلى الطبيب أيضا لأن في ذلك اعتداء على سلامة جسد المتبرع بالعضو، فطبيعة عمل الطبيب هي العلاج لا القضاء على حياة الأفراد ولا يمكن له أن يسعى لمصلحة المريض وحده فيرجحها على حساب المتبرع بالعضو.

وفي القانون الفرنسي المشرع ميز في اشتراط الشكلية بين الأعضاء المتجددة وغير المتجددة في القانون الصادر سنة 1976 ومرسوم تطبيقه لسنة 1978، فعندما يتعلق الأمر باستئصال عضو غير متجدد فإن موافقة المتبرع يجب أن تتم أمام القاضي، وإذا تعلق الأمر بالتنازل عن عضو متجدد، يكفي أن ترفق الكتابة بوجود شاهد[28].

3 - أن يكون التبرع بالعضو بدون مقابل مادي

بالإضافة إلى شرط حرية رضاء المتبرع، اشترط المشرع الجزائري مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية، وهو مبدأ مكرس بنص المادة 161 فقرة 2 من قانون

حماية الصحة وترقيتها، التي جاء فيها أنه:"لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

ومن هنا يتبين أن المشرع الجزائري يرفض بنص القانون أن يكون التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع، كما قرر عقوبة جزائية على مخالفة هذا الأمر، وذلك بموجب المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، التي قررت أن:" يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 د ج إلى 1.000.000 د ج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. ...".

فيما قررت الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر18 الموالية تسليط عقوبة الحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وغرامة من 100.000 د ج إلى 500.000 د ج، على كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد قرر عقوبة لكل شخص ثبت حصوله على مقابل اقتطاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص، وكذا كل من حصل على عضو من أعضاء شخص مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

ومبدأ انتفاء المقابل المالي في مجال التبرع بالأعضاء هو في الحقيقة مبدأ أجمعت عليه كل التشريعات المقارنة العربية والأجنبية[29]، لأن أعضاء الإنسان ليست محلا للبيع أو الشراء، فنجد مثلا قانون الصحة العمومية الفرنسي رقم 654/94 يمنع تعويض المتبرعين، إذ جاء فيه :"لا يعطى للمتبرع أي عوض من أي شكل كان مقابل التبرع بأعضاء جسمه". كما تفاديا لأي تجارة بالأعضاء، جاءت المادة 12/665 من نفس القانون لتمنع كذلك الإشهار لصالح التبرع بالأعضاء لشخص، أو مؤسسة أو منظمة معينة، لكنها تحث على إعلام الجمهور في مجال زراعة الأعضاء البشرية وهذا حتى تزيد نسبة التبرعات في هذا المجال.

وفي الأخير إن المتبرع بالعضو يجوز أن يرجع في تبرعه في أي وقت يشاء دون قيد أو شرط على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال، ولا يجب الربط بين العدول والصفة التبرعية، ففي مجال التصرفات المالية إذا كان يجوز الرجوع عن الهبة مثلا فإن ذلك ليس متروكا لمطلق تقدير المتبرع وإنما يتم في إطار ضوابط يتولى القاضي تقديرها، أما الرجوع عن الإذن بالمساس بالجسم فيرجع لكون طبيعة التعامل ترد على

جسم الإنسان ولا يجوز البحث عن تبرير له في قواعد نظرية العقد فالشخص من حقه أن يراجع نفسه في قرارات من شأنها المساس بسلامة جسمه وبالتالي لا يترتب عن العدول عن الرضاء أي مسؤولية على عاتق العادل فالطبيعة الخاصة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان تقتضي الخروج عن القواعد العامة ووضع نظام قانوني خاص يتلاءم مع هذا التصرفات.

ثانيا: شروط صحة وسلامة رضاء مستقبل العضو

يعتبر رضاء المريض التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي، كما سبق قول ذلك، إلا أن المشرع تشدد في الحصول عليه في مجال زرع الأعضاء واعتبره شرطا ضروريا لا غنا عنه لما تتخلله هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض وقت العملية أو بعدها، إذ جاء في المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها، أنه:"لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين...".

وبالتالي لا يمكن القول أن دخول المريض مستقبل العضو للمستشفى يعد حجة على أنه رضاء منه مقدما بكل أنواع العلاج الذي يراها الطبيب لازما لحالته الصحية، وحتى يعتد برضاء المريض المستقبل للعضو يشترط ما يلي:

1- أهلية المريض المستقبل للعضو

إن أهلية المريض المستقبل للعضو تختلف عن ما هو عليه بالنسبة لأهلية المتبرع، إذ هذا الأخير يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد حتى يتمكن من التبرع بعضو من أعضائه، بينما مستقبل العضو قد يكون بالغا سن الرشد كما قد يكون قاصرا أو عديم التمييز.

من حيث المبدأ يصدر الرضاء من المريض شخصيا طالما أنه في حالة تسمح بذلك، ونعني بذلك أن يكون قادرا على التعبير عن إرادته، وفي مجال زراعة الأعضاء البشرية المبدأ أيضا هو أن يصدر الرضاء من المريض المستقبل للعضو شخصيا ولا يكون رضائه صحيحا إلا إذا صدر عنه وهو بالغا وفي وعيه التام، فموافقة المريض على إجراء عملية الزرع تعني مشاركته في تحمل مخاطرها وهذه المشاركة تفرض الأهلية القانونية الكاملة له.

لكن استثناءا يمكن الاستغناء عن رضاء المريض المستقبل للعضو في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضاء، لكونه في غيبوبة، وقت

استدعاء حالته التدخل السريع، أو ناقص الأهلية. وبالتالي نتطرق، في الفقرات الموالية، إلى كل من الرضاء الذي يصدر عن مستقبل العضو كمبدأ عام، ثم نتعرض إلى الاستثناء الوارد على هذا المبدأ.

أ- المبدأ العام: الرضاء يصدر عن المريض المستقبل للعضو شخصيا

يمكن القول أنه حتى يتمكن المريض المستقبل للعضو من التعبير عن رضائه، يجب أن يكون بالغا تسعة عشر سنة ومتمتع بقواه العقلية حتى يحدث رضائه آثاره القانونية.

كما أن ضرورة الحصول على رضاء مستقبل العضو يجب أن تحترم حتى وإن كان رفضه لعملية زرع العضو قد تعرض حياته للخطر، لكن على الطبيب في هذه الحالة الحصول على ما يثبت رفض المريض كتابيا، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من التنظيم المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب[30]، التي جاء فيها: " يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن".

لكن إذا كان المريض لا يستطيع إعطاء موافقته على زرع العضو، فهل من شخص يمكنه قانونا إعطاء الموافقة عليه ؟

ب - الاستثناء الوارد عن مبدأ صدور الرضاء من المستقبل شخصيا

قد يصدر الرضاء من أهل المريض أو ممثله الشرعي، وهذا في حالة ما إذا كان المستقبل للعضو عديم الأهلية وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 166 فقرة 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها، من أنه:"إذا تعلق بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطى الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي، حسب الحالة..."، و فقدان الأهلية يكون إما لصغر في السن، أي مادون ثلاثة عشرة سنة وهي سن التمييز، أو لعته أو جنون و تكون بسبب اختلال عقلي أو ذهني يصيب الشخص (المادة 42 من القانون المدني).

و يلاحظ من خلال نص المادة 166 فقرة 3 السابقة أن المشرع الجزائري منح حق التعبير عن إرادة المريض عديم الأهلية القانونية مستقبل العضو، في مجال زرع الأعضاء، للأب أو الأم أو الولي الشرعي، ولم يذكر المريض القاصر ضمن دائرة عديمي الأهلية القانونية، بل خصص له الفقرة الرابعة الموالية، حيث جاء فيها:" أما القصر فيعطى الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي".

والقاصر حتما إما يكون فاقد الأهلية أي لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة وهنا تكرار لما جاء في الفقرة الثالثة للمادة 166، وقد يكون القاصر أيضا ناقص الأهلية أي بلغ

سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أي دون تسعة عشرة سنة، كما أن نقص الأهلية يضم أيضا حالة السفيه وذا غفلة بحسب ما ورد في نص المادة 43 من القانون المدني الجزائري، لذا كان على المشرع الجزائري أن يضبط المصطلحين الواردين في الفقرة الثالثة " فاقدي الأهلية القانونية **Incapacité légale**" والرابعة "القصر Mineur " من المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها[31].

وقد يكون المريض له أهلية قانونية إلا أنه قد يوجد في حالة لا يستطيع ممارستها كاستغراقه في حالة عدم الوعي أي غيبوبة تامة وطويلة، فيصبح عندئذ التماس موافقته على نقل عضو له مستحيلا. فهل يستطيع الطبيب حينئذ الاستغناء عن هذه الموافقة أم أنه يستطيع افتراض وجودها؟

في حالة عدم إمكانية تعبير المريض مستقبل العضو عن إرادته بسبب حالته الصحية كانعدام الوعي بسبب غيبوبة مثلا، وبالتالي يصعب أخذ موافقة منه على نقل العضو له، ففي هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 166 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتيها، أعطت الحل القانوني الملائم، بمنحها إمكانية أخذ الموافقة على ذلك كتابيا من أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة.

من هذا يلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط في حالة تعذر الحصول على رضاء المريض بسبب حالته الصحية، أن يأخذ الطبيب رضاء وموافقة كتابية ممن تربطهم بمستقبل العضو رابطة القرابة، وذلك لاعتبارهم أفضل من يستطيعوا التعبير عن إرادة المريض، و حددهم وحدد ترتيبهم الأولوي أي الأولى فالأولى.

غير أن ذكر عدم المقدرة على التعبير عن الرضاء الواردة في المادة 166 فقرة 2 أعلاه، لم يحددها المشرع جيدا ولم يحدد أيضا أسبابها، فهل يا ترى عدم المقدرة يكون لعدم الوعي أو عدم التمييز أو عدم المقدرة على الكلام أو الحركة أو أن الحالة النفسية و البسيكولوجية للمريض جد متأزمة.

كما جاء في الفقرة السادسة من نفس المادة 166 أنه:"يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية، دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى و الثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل. و يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين".

يستنتج من هذه الفقرة أنه يمكن الاستغناء عن الرضاء إذا كان المريض المستقبل للعضو في وضع يقتضي التدخل السريع دون انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقاربه، إذ يري الفقيه **Savatier** أنه في مثل هذه الحالة السلامة البدنية للمريض تغلب رضاه، إضافة لصعوبة استخلاص رضاه في الحالة ألاستعجالية، أما في غير هذه الحالة يترتب على تخلف رضا المريض تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة حتى لو بذل العناية المطلوبة، فالنتائج التي ما كان ليسأل عنها في حالة رضاء المريض يسأل عنها إذا تخلف هذا الرضاء.

في حال ما أقتضى الأمر التدخل السريع، دون انتظار أخذ رأي المريض أو رأي ممثليه أو أقاربه، فقد اعتبر المشرع الجزائري الطبيب الجراح رئيس المصلحة ممثلا طبيعيا للمريض مستقبل العضو، فله الموافقة بزرع العضو بشرط أن يثبت حالة الاستعجال أمام شاهدين. لكن المشرع لم يحدد صفة هؤلاء الشاهدين، لا يعقل أن يدلي شخص عادي بشهادته في مثل هذه الحالة، بل يحتم الأمر أن تكون الشهادة من قبل أشخاص مختصين في الطب يقدرون حالة الاستعجال وخطورتها من عدمها.

جدير بالذكر أنه يمكن للطبيب الجراح أن يرفض زرع العضو للمريض رغم موافقة هذا الأخير، إذا قدر أن هذا التدخل الجراحي يصيب المريض بأضرار جسيمة لأنه هو المسئول عنه في حالة انعدام الأهلية القانونية، كما أنه هو وحده الذي يقدر ضرورة إجراء عملية الزرع ومدى مناسبتها مع حالة المريض، لأنه:" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من ... الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل"[32]، وإذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأقارب المريض فإن الطبيب يصبح في حالة الطوارئ ممثلا طبيعيا له.

2- تبصير المريض مستقبل العضو

حتى يكون رضاء المريض صحيحا فإنه يقع على عاتق الطبيب واجب إحاطته علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، ويجب أن يكون رضاه متبصرا بقدر كاف وإلا كان الطبيب مسئولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب خطأ في عمله.

وفي مجال زرع الأعضاء يجب أن يكون رضاء المريض مستقبل العضو متبصرا بكافة المخاطر المحتملة لهذه العملية، فيجب أن يشرح الطبيب الجراح لمريضه باختصار النقل المقترح للأعضاء والأخطار التي تتضمنها والفوائد التي يمكن الحصول عليها، بحيث يصبح هذا المستقبل للعضو قادرا على التعبير عن رضاه

بشكل واضح. و حتى يكون التعبير عن رضاء المريض صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية يجب، أيضا، أن يكون غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة. و من تم يمنع على الطبيب اللجوء إلى التدليس أو الغش لحمل المريض المستقبل للعضو على الموافقة، و التي لا يمكن التعبير عنها إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المؤهلين قانونا، وفقا لما ذكر سابقا، بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك[33].

ويعتبر الالتزام بالتبصير مظهرا من مظاهر احترام الشخص في سلامة جسده، بحيث لا يتعرض لأدنى مساس إلا بعد موافقته الواضحة، فجهل مستقبل العضو لقواعد الفن الطبي وعدم إمكانية تفهمه لأصول المهنة الطبية لا يبرر الاستغناء عن رضاه المتبصر والمستنير، بل يجب أن يعرف حالته قبل العملية الجراحية ومدى ما ستكون عليه بعدها حتى يعرف أفضلهما، فهو وحده من يملك المفاضلة بين المزايا والمساوئ. و من هنا يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المتبرع ومستقبل العضو في مجال واجب التبصير للحصول على رضاء المتبرع بالعضو والمريض المستقبل له قبل عملية نقله وزرعه.

3 - شكل رضاء مستقبل العضو

أما فيما يخص شكل رضاء المريض المستقبل للعضو، فإن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة كما اشترطها للمتبرع بالعضو، إذ تنص المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها، أنه:"لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين"، غير أن المعمول به هو أن المريض عندما يقبل على إجراء عملية جراحية خارج حالات الاستعجال يمضي على وثيقة تسمى بروتوكول العملية الجراحية.

المحور الثاني: الرضاء على الاستئصال من جثة المتوفى

بينا في المحور السابق أن الرضاء الواضح باستئصال الأعضاء البشرية من الأحياء يمثل أحد العناصر المكونة لإباحة هذا النوع من الممارسات الطبية، و لكن الإشكال الذي يصادف الطبيب الجراح يكون أكثر تعقيدا، ويطرح بحدة، عندما يحتاج إلى اللجوء لاستئصال عضو من أعضاء جثة شخص ميت حديثا، خاصة إذا لم يترك وصية يسمح بموجبها باستئصال أعضاء من جثته قبل وفاته، لزرعه لمريض لا يزال على قيد الحياة؟

دراسة لهذه الإشكالية سنتناول، في الفقرات الموالية، رضا الشخص الميت الموصي باستئصال عضو قبل وفاته (أولا)، ثم نتناول حالة إذن الأسرة بالتصرف في جثة المتوفى (ثانيا).

أولا- رضاء الموصي باستئصال أعضائه من جثته قبل وفاته

أجازت معظم التشريعات عبر العالم نقل الأعضاء من جثث الموتى، لما يترتب على ذلك من مصلحة إنسانية تفوق بكثير الضرر الناجم عن المساس بها، غير أنه لتحقيق التوازن بين الحرمة الواجبة لجثة الكائن الإنساني، ومصلحة الإنسانية في الاستفادة منها، كان لا بد من تحديد شروط قانونية يجب مراعاتها قبل مباشرة الاقتطاع من الجثة، وهي: التحقق من وفاة المتبرع، و التحقق من صدور موافقته بالاستئصال من جثته بعد وفاته.

1- التحقق من وفاة المتبرع

أسند المشرع الجزائري واجب إثبات الوفاة، طبيا وشرعيا، إلى طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة الطبية المنشأة خصيصا في الهيكل الاستشفائي المؤهلة للقيام بعمليات استئصال وزرع الأعضاء،و باتخاذ قرار بضرورة الانتزاع أو الزرع، و بالإذن بإجراء العملية، فضلا عن طبيب شرعي و قرر بأن تدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين[34]، وحسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية.

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري، على غرار التشريعات المقارنة، لم يعرف الوفاة ولم يحدد لحظة وقوعها، وإنما أحال هذه المسألة على الوزير المكلف بالصحة، لتحديد المعايير التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة، وأوكل مهمة التكفل بمعاينة الوفاة والإثبات الطبي والشرعي إلى لجنة طبية منصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها.

و بالرجوع إلى القرارات التي أصدرها وزير الصحة في هذا الشأن، يتبين أنه يوجد قرارين وزاريين، يحددان المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة، لغرض القيام بنزع الأعضاء، الأول صادر بتاريخ 26/ 03 /1989 والثاني صادر في 2002/11/19.

من خلال الاطلاع على أحكام القرار الوزاري الأول يتبين أنه أخذ بالمعيار الحديث - معيار الموت الدماغي - كمعيار أساسي للتأكد من الوفاة، حسب المادة الأولى منه[35]. غير أن هذا القرار تعرض للنقد على أساس أن واضعيه اعتمدوا على

مقاييس علمية دولية متطورة، لذلك صدر القرار الثاني الذي ألغى العمل بالقرار الأول ووضع ضوابط جديدة لمعاينة الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثث الموتى، والذي قرر في المادة الثانية منه بأن تثبت الوفاة ب:

- الانعدام التام للوعي وللنشاط الحركي العفوي،
- انعدام جميع ردود الفعل من جذع الدماغ أو غياب النشاط العضوي الدماغي،
- الانعدام التام للتهوية العفوية (الطبيعية) ومراقبة ذلك والتأكد منه عن طريق اختبار (épreuve d'hypercapnie)،
- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ينجزه طبيبان مختلفان.

ومن تم يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار التقليدي المتمثل في توقف القلب والتنفس وأيضا بموت جذع الدماغ لتحديد لحظة الوفاة[36].

2- التحقق من صدور الموافقة بالاستئصال من الجثة

لا يستطيع الطبيب استئصال العضو من جثة المتوفى إلا بعد أن يتحقق من صدور موافقة هذا الأخير على الاستئصال قبل وفاته بالتعبير عن إرادته حول التصرف في جثته، فمن فعل ذلك وجب احترام إرادته، دون الاعتداد بأي إرادة أخرى، حتى ولو كانت إرادة أقاربه، غير أنه لصحة الوصية المتعلقة بالسماح باستئصال الأعضاء من الجثث يجب أن تتوافر فيها الشروط التالية:

- أن تكون موافقة الموصي بالتبرع بعضو من أعضاء جثته موافقة حرة ومستنيرة صادرة عن إرادة حرة وخالية من العيوب التي تشوب الإرادة كما سبق ذكر ذلك،
- أن تصدر الوصية عن شخص سليم العقل، وعليه لا تصح وصية المجنون والمعتوه والسفيه وذا غفلة،
- كمال أهلية الموصي، أي أن يكون بالغا راشدا، أما إذا كان الموصي قاصرا فلا يجوز الاستئصال من جثته إلا بعد الموافقة الكتابية لوليه أو ممثله القانوني،
- أن يقوم الموصي بالإيصاء باستئصال العضو دون مقابل مالي، وباعتبار الوصية تصرف لما بعد الموت، فللموصي الحق في الرجوع عنها.

أما فيما يخص نطاق الوصية، فهو يشمل جميع الأعضاء عدا ما تم تحريم نقله لارتباطه باختلاط الأنساب.

3- الشكل الذي تتم به الوصية بالعضو

اختلفت التشريعات المقارنة بشأن شكل التعبير عن إرادة المتوفى، فمنها من لم تأخذ بالشكلية في هذا المجال، ومنها من اشترطت صورة معينة لتعبير المتوفى عن

إرادته. أما فيما يخص القانون الجزائري فقد اشترطت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها الموافقة الكتابية للشخص المعنى، وهو على قيد الحياة، وذلك قبل التعديل الذي أدخل عليها بموجب المادة 1 من القانون رقم 90-17 حيث أجاز المشرع الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك[37] بقول المشرع:" ... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك ...".

يستخلص من نص التعديل، أن المشرع لم يشترط صورة معينة للتعبير عن إرادة المتوفى لاستئصال أو اقتطاع الأعضاء منه، إذ بإمكان هذا الأخير التعبير عن إرادته بكافة الطرق، سواء كانت بالكتابة، أو بالإشارة، كما يمكن أن يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته عن مقصود صاحبه (المادة 60 من قانون المدني).

غير أن المعمول به هو حمل الشخص الموصي بالتبرع بأعضائه بعد الوفاة، بصفة دائمة، بطاقة خاصة تسمى بطاقة التبرع بالأعضاء تدعى: Carte de donneur d'organes يدون فيها رغبة حاملها بالتبرع بأعضاء من جثته بعد موته، ويستطيع الشخص الرجوع عن هذه الرغبة في أية لحظة بإرادته المنفردة وإن كان لم ينص على ذلك قانون حماية الصحة وترقيتها، فإن التنظيم المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها المعمول به نص على ذلك[38].

وإذا اعترض الشخص أثناء حياته على إجراء أي استئصال من جثته بعد وفاته فينبغي أن تحترم هذه الإرادة، غير أن هناك خلاف حول هذه المسألة، فهناك من ذهب إلى أن الأصل في استئصال الأعضاء من الجثث هو عدم الجواز إلا إذا كانت هناك وصية يأذن فيها صاحبها بذلك، فلا يجوز اقتطاع أي عضو ما دام ليس هناك إذن من المتوفى بذلك وسكوته عن ذلك يعني رفضه.

أما الاتجاه الثاني فذهب إلى، النقيض من ذلك، حيث يعتبر أن الأصل هو جواز استئصال أعضاء الجثث إلا إذا رفض المتوفى صراحة، فكل شخص لا يعبر خلال حياته ع عن رفضه اقتطاع الأعضاء من جثته بعد وفاته يعتبر موافقا على كل حالات الاقتطاع، حيث تشترط الموافقة الصريحة في حالتين فقط ، إذا كان الشخص قاصرا أو إذا كان الاقتطاع من أجل أهداف علمية محضة[39].

و بالرجوع إلى المادة 165 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها قبل تعديلها بالقانون رقم 90-17، يتبين أنها تمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها، إذا كان الشخص المعنى قد رفض ذلك كتابيا، ما يدل على أن المشرع الجزائري

اشترط الكتابة للتعبير عن رفض الشخص الاستئصال من جثته، غير أن الرفض الذي تشير إليه هذه المادة هو خاص بالاستئصال لغرض الزرع، وهو ما يعني إجازة الاستئصال لأغراض علمية، مع أن الأولوية للعلاج.

كما أن اشتراط المشرع الكتابة لإثبات اعتراض الشخص أو رفضه استئصال أعضائه، فيه مبالغة إذ أن مبدأ معصمية الجثة الذي يقره الشرع والقانون يكفي وحده عدم المساس بهذه الجثة في حالة عدم إيصاء الميت أثناء حياته باستئصال أو باستقطاع أعضائه، ورفض أهله بعد موته الذين لهم حق معنوي على الجثة. كما أن إتباع الإجراءات القانونية العادية لمعرفة الرضاء باستئصال العضو من جثة المتوفى من رفضه لا يتفق والسرعة التي تفرضها طبيعة عمليات نقل الأعضاء البشرية، والتي يجب أن تتم مباشرة بعد التحقق من الوفاة حفاظا على القيمة البيولوجية للعضو المراد استئصاله[40]، لذلك الحل يكون في حمل البطاقات الخاصة بالتبرع بصفة دائمة حتى يتمكن من خلالها التحقق من أن الشخص المتوفى يأذن أو لا يأذن باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته. هذا الحل من شأنها أن يساعد، عند الحاجة، على تفادي كثير من الصعوبات واللبس في استئصال الأعضاء البشرية من جثة المتوفى، و القانون يكفل لهذا الأخير، في أي وقت أثناء حياته، أن يتراجع عن موافقته السابقة[41]، ويمكن أن يكون ذلك من خلال هذه البطاقات الخاصة بالتبرع في أي وقت شاء.

ثانيا: إذن الأسرة والطبيب بالتصرف في جثة المتوفى

إذا توفى الشخص دون أن يوصي بكيفية التصرف في جثته، فإن الحق في ذلك ينتقل قانونا بالأولوية إلى أقاربه، لكن إذا كان الشخص مجهول الهوية أو تعذر الحصول على موافقة أقاربه ففي هذه الحالة ينتقل الحق إلى أطباء المستشفى حيث يتم الاستئصال دون موافقة أحد.

1- انتقال الحق في التصرف بالجثة إلى أقارب المتوفى

إذا لم يوصي المتوفى باستئصال أو اقتطاع أعضاء من جثته قبل وفاته، فإن الأمر يؤول إلى أقاربه استنادا إلى صلة الدم والقرابة التي تربط بين أفراد الأسرة، فمتى لم يعبر المتوفى عن رأيه فإنه يعتد بقبول الأقارب وباعتراضهم والقول بغير ذلك يعني التدخل والاعتداء الخطير على حرمة الجثة، و المشرع الجزائري بهذا الاتجاه كما تدل عليه الفقرة الثالثة من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون رقم 90-17، التي تنص على أنه:" إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو

الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة".

و حسب الترتيب المذكور في هذه الفقرة يتبين أن هناك ترتيب فيما بين الأهل منه ما هو أولي بين درجات القرابة، فالأب والأم أسبق من الزوج والزوجة، والزوج والزوجة أسبق من الابن والبنت ودواليك، وهناك ترتيب غير أولي في نفس درجة القرابة باعتبار أن المشرع استعمل لفظ "أو"التخييري الذي لا يفيد الأولوية وهذا من شأنه أن يطرح إشكال، نفترض فرض موافقة الأم ورفض الأب استئصال العضو أو فرض موافقة الابن ورفض البنت وأيضا على فرض موافقة الأخت ورفض الأخ على سبيل المثال فأي رأي يعتد به؟ فلتفادي أي خلاف أو لبس كان من الأجدر على المشرع تحديد الأولوية حتى بالنسبة لنفس درجة القرابة. أيضا، هناك فرض آخر وهو أن يكون للمتوفى عدة زوجات ويتعارضن في الرأي فما هو الحل هنا؟ و قد يحدث وأن يكون المتوفى بدون أسرة، ففي هذه الحالة ألزم المشرع أن يوافق على المساس بالجثة الولي الشرعي، غير أن هذه المادة لم تحدد المقصود بالولي الشرعي في هذا الصدد؟ لكن بالرجوع إلى القواعد العامة فإنه بإمكان القاضي أن يكون وليا شرعيا ويحل محل المتوفى في تقديم الموافقة بشأن الاستئصال من الجثة.

2- الحصول علي الأعضاء البشرية (القرنية والكلية) دون موافقة أحد

غير أنه كاستثناء من القاعدة العامة السابقة، قرر المشرع بموجب الفقرات الرابعة والخامسة من المادة القانونية الأخيرة، جواز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها أعلاه، في حالات ثلاث: إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو إذا كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، موضوع الانتزاع، وأخيرا إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعمول به.

يتضح من الاستثناءات السابقة إذا أن المشرع الجزائري خول للطبيب صلاحية المساس بالجثة والإذن له باستئصال عضوين: القرنية والكلية لزرعهما لشخص آخر مريض وذلك في حالتين اثنتين اعتبرهما حالتي استعجال يمكن من خلالهما الاستئصال[42]، ويتعلق الأمر ب:

الحالة الأولى: التي أذنت للطبيب بالمساس بالجثة في حالة عدم إمكانية الاتصال بأهل المتوفى في الوقت المناسب، الأمر الذي يؤدي بالقرنية أو الكلية، العضوين المقصودين بالنص، إلى التلف أو التعفن إذا تأخر الطبيب في نزعهما من المتوفى.

تجدر إعادة صياغة هذه الفقرة من نص المادة 164، كالآتي:" ....إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين وكان التأخير في أجل الانتزاع سيؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع"، لأن التعبير الذي استعمله المشرع يحمل على الظن أن هناك حالتين في هاته الفقرة وهما حالة تعذر الاتصال بأهل المتوفى، وحالة التأخير الذي يؤدي إلى تلف العضو المتمثل في القرنية أو/والكلية.

الحالة الثانية: خول للطبيب الجراح صلاحية المساس بالجثة بموجب الإذن له بانتزاع القرنية والكلية إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمريض المستفيد من العضو، ولم يشترط المشرع لهذه الحالة الاستثنائية إلا شرطا وحيدا وهو معاينة اللجنة الطبية التي نص عليها في المادة 167 من قانون الصحة التي تحدد ضرورة الانتزاع أو الزرع وهي التي تأذن بإجراء العملية.

وخلاصة القول أن الشخص الذي لا يعارض على الاستئصال يعتبر أنه قد وافق عليه، إذ المبدأ هو حرية الأطباء باقتطاع الأعضاء أو الأنسجة بعد وفاة الشخص لأغراض علاجية أو علمية، ولا يوجد على هذه الحرية سوى قيد وحيد هو رفض صاحب الشأن الذي يجب أن يتم التعبير عنه أثناء حياته بشكل صريح أي كتابيا، ولهذا الأخير أثناء حياته الحق في العدول عن الايصاء بأعضائه ما دام هذا النقل للعضو من الأعضاء لم يتم بعد ومادام هو علي قيد الحياة (المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها)

الخاتمة

لقد أخضع القانون، من خلال تطبيقه لمبدأ حرمة المساس بجسد الإنسان، شرعية الاعتداء على تكامل جسد الإنسان إلى شرطين، هما: الضرورة العلاجية للشخص الذي سيقع الاعتداء عليه، والموافقة الحرة والمتبصرة لصاحب الشأن سواء كان المتبرع أو مستقبل العضو.

ولتجنب الدخول في متاهات البحث عن إرادة المتوفى باستئصال أعضائه، التي إن لم يتم التحقق منها يتم البحث عن إرادة الأقارب وما ينجر عن ذلك من مشاكل و تفاديا لاستئصال عضو من أعضاء الإنسان دون موافقة أحد، وهذا يتعارض مع مبدأ حرمة جسد الإنسان، أصبح من الضرورة بمكان الأخذ بنظام " بطاقات التبرع ".

الهوامش

(1) - المادة 40 من دستور 2016:"تضمن الدّولة عدم انتهاك حُرمة الإنسان. ويُحظّر أيّ عنف بدنيّ أو معنويّ أو أيّ مساس بالكرامة ..."

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 276.92 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1992.

(3) - القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 8 لسنة 1985.

(4) - معدلة بموجب المادة 1 من القانون رقم 17.90 المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990، يعدل و يتمم القانون رقم 05.85 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، والمتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 35 لسنة 1990.

(5) - الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني.

المادة 42 (معدلة بالمادة 20 من القانون رقم 2005-10، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005):

"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

المادة 43 (**معدلة بالمادة 20 من القانون رقم 2005-10، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة** 2005):"

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

1- أحمد محمد بدوي، نقل الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 46.

(6) - القانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المادة 163: يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

(7) - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص 46.

(8) - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص 46.

(9) - طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001، ص 204 و 205.

(10)- La loi de Bioéthique du 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain a confirmé les principes de base de la loi Caillavet et a apporté quelques modifications et compléments.

(11) - عبد الكريم بلعربي، محمد سعداوي، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، كلية الحقوق، جامعى ملود معمري بتيزي وزو، 2008، ص 108.

(12) - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر ألإسكندرية، مصر، ص 137.

(13) - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 45.

(14)- Jean LUC-FAGANTAR, Information du patient et responsabilité du médecin, Actualités de droit médical, Etablissement Emile, Bruylant, Belgique, 2006, P56.

(15) - عيشاوي هجيرة، الالتزام بالإعلام الصحي، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2014/2013، ص 44.

(16) - لم ينص المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها، الذي أصدره شهر فبراير سنة 1985، على أية عقوبة في حال نقل وزرع العضو البشري دون موافقة صاحبه، غير أنه أستدرك هذا الأمر بمناسبة التعديل الذي أدخله على قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2009، واستحدث:

المادة 303 مكرر17 التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلي عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 د ج إلي 1.000.000 د ج، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

و تطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

المادة 303 مكرر20: يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر18 و303 مكرر19، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 د ج إلى 1.500.000 د ج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية،
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة،
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص،
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله،
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

ويعاقب بالسجن من عشر (10) سنوات إلي عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 د ج إلى 2.000.000 د ج، على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر16 و303

مكرر17، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

(17)- Cass.Civ.I.05/05/1981, GAZ, Pal.1981, 2, P352.

(18)- «Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyal, claire et appropriée sur son état long de sa maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension»
Décret N° 95-1000 du 06 Septembre 1995, JORF du 08 Septembre 1995.
Abdelkader Kacher, Une réflexion sur le principe de précaution appliqué à la médecine: quelques notes sur son approche en droit Français et Algérien, Revue critique de droit et sciences politique, Numéro Spécial, 1, Faculté de Droit, Université Mouloud Mamri, Tizi ouzou, 2008, P230-250.

(19) - طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 72.

(20) - عبد القادر تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 72.

(21) - هذا ما تضمنته المادة 03 من القرار الوزاري رقم 30 المؤرخ في 2 أكتوبر 2002 المتضمن ترخيص لبعض المؤسسات الصحية القيام بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

(22) - منظمة الصحة العالمية- جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون- ج، 63، 24 و 25 مارس 2010 بموجب قرار رقم: م.ت 124 قه 13.

(23) - المادة 51 (المرسوم التنفيذي رقم 276.92 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب): يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب

أو جراح الأسنان بكل صدق و إخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر، و لا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر و الاحتراز.

(24) - أحمد محمد العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 1997، ص153.

(25) - عبد الكريم مأمون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص رقم 02، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2008، ص 556.

(26) - أحلوش بولحبال زينب، حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 332.

(27)- Ahmed ABED DAYEM, Les organes du corps humain dans le commerce juridique, Publication Juridique Alhalabi, Beyrouth, 1999, P377.

(28) - باستثناء إيران في الدول الإسلامية التي أباحت تجارة الأعضاء البشرية، إذ تتم مبيعات وعمليات نقل الأعضاء تحت إشراف الجمعية الخيرية لدعم مرضى الكلى، المعروفة اختصارا ب CASKP، والمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة CFSD اللتان تسيطران على الأعضاء بدعم من الحكومة، ويختلف المبلغ حسب نوع العضو وأهميته.

في الدول الأجنبية – القانون الكندي في مقاطعة كيبيك، تجيز المادة 19 منه بيع الأعضاء والأنسجة البشرية المتجددة، مثل الدم والنخاع ألشوكي والجلد والخلايا التناسلية...إلخ، على أساس أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام.

عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة 1، دار الكتب القانونية، مصر 2000، ص 246.

(29) - المرسوم التنفيذي رقم 276.92 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1992.

(30) - أحلوش بولحبال زينب، المرجع السابق، ص 337.

(31) - المادة 163 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 8 لسنة 1985.

(32) - المادة 166 فقرة 5 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 8 لسنة 1985.

(33) - المادة 167 فقرة 2 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 8 لسنة 1985.

(34) - الوفاة تثبت بما يلي:

- المعايير الإكلينيكية،
- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي،
- المعايير الكهربائية: التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي.

(35) - أحلوش بولحبال زينب، المرجع السابق، ص 368-369.

(36) - المادة 164 من القانون رقم 85-005 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها قبل التعديل:

" لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين، إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة.

و في هذه الحالة، يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعنى، وهو على قيد الحياة، أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين، حسب هذا الترتيب الأولوي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

و إذا لم تكن للمتوفى أسرة يطلب الإذن من الولي الشرعي".

(37)- المادة 164 بعد تعديلها بموجب القانون رقم 90-17:

" لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، و حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية.

و في هذه الحالة، يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك.

إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة .

غير أنه يجوز انتزاع القرينة والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير في اجل 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".

(38)- المادة 5 (المرسوم التنفيذي رقم 12-167المؤرخ في 5 أبريل سنة 2012، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 22 لسنة 2012):

"تكلف الوكالة في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم الإنسان، على الخصوص بما يأتي:

- تسجيل المرضي في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، انطلاقا من مجموعة المعطيات الاستشفائية،

- ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول و رفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، المعدة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما،

- تسيير وحفظ بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض التتبع،

- ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة،..".

(39) - Ahmed ABED DAYEM, op cit, P 269.

(40)- أحلوش بولحبال زينب، المرجع السابق، ص 378.

(41) - المادة 162من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 8 لسنة 1985.

(42) - أحلوش بولحبال زينب، المرجع السابق، ص 375-376.