عملية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في ضوء الفقه والقانون الجزائري

سعيدان أسماء: أستاذة محاضرة " أ "
بكلية الحقوق – جامعة الجزائر 1

الملخص

إنّ إباحة عملية نقل الأعضاء والأنسجة من الأحياء من الناحية القانونية تبرّره الإمكانيات الطبية في عدم المساس بالسّلامة البدنية للمنقول منه، وهذا ناتج عن تطور الطب في هذا المجال، بحيث لم تعد هناك عقبة بيولوجية تقف مانعا أمام ما توصل إليه تطور العلوم الطبية وما كان له من أثر على تغيير نظرة رجال القانون والمشرّعين لهذه العمليات، وذلك بعدما حقّقته من فائدة علاجية للمرضى على أرض الواقع.

وكل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية حرصا على تقرير مبدأ حرمة جسم الإنسان، وتقرير عقوبة على كل مساس مقصود يخل به وينقص من وظائفه، حيث يجرّم التعامل التجاري بجسد الإنسان، ويسمح بالتصرف بأعضاء ومنتجات جسم الإنسان بالتصرفات التبرعية فقط.والرأي الغالب في الفقه المقارن يجيز عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء بشروط معينة أهمها:أ- ضرورة توافر الرضا الحر والمتبصر. ب- توافر الغرض العلاجي من هذه العملية. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها.وقد أسّس الفقهاء إباحة هذه العملية على نظريتي الضرورة، والمنفعة الاجتماعية، بحيث يجب الموازنة بين المصالح والمخاطر، فعملية استئصال عضو من متبرع إذا لم تؤثر في قدرات الفرد على أداء وظائفه الاجتماعية تبقى في نطاق ما يحق للفرد أن يتصرّف فيه، فعمل الطبيب يكون مشروعا مادام أنّ المنفعة التي تعود على المجتمع من زرع الأعضاء أكبر من المنفعة التي تعود عليه من عدم زرعها.

كما يجوز إجراء التجارب الطبية على الإنسان في مجال نقل الأعضاء البشرية وفق ضوابط معينة، لأنّ تجريمها يؤدي إلى جمود العلوم الطبية وركودها، ويقضي على روح الابتكار العلمي لدى الأطباء.

والجراحين، ويحرم الإنسانية من إمكانيات علاجية قد تكون أملا لإنقاذ الكثير من المرضى. وهذه التجارب نوعان:

أ- تجارب علاجية: وهي تلك التي يلجأ إليها الأطباء للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها.

ب- ب - تجارب علمية أو فنية: وهي التجارب التي تجرى على إنسان سليم أو على مريض دون ضرورة تمليها حالة هذا المريض بغرض إشباع شهوة علمية أو فضول علمي. وينبغي على الباحث أو الفريق البحثي أن يتوقف عن إجراء البحث إذا رأى أنّ الإستمرار فيه يمكن أن يضر بالشخص المعني. فلا ينبغي أن تعلو مصلحة العلم والمجتمع على سلامة الشخص موضوع الدراسة.

Abstract

La légalisation du processus de transfert des membres des quartiers légalement justifiés par les possibilités médicales en ne pas porter atteinte à l'intégrité physique du cessionnaire de celui-ci، et cela est dû au développement de la médecine dans ce domaine، donc il n'y a plus un obstacle biologique objection permanente aux conclusions de l'évolution de la science médicale et l'impact faites pour changer les juristes et les législateurs recherchent ces opérations ، et après avoir réalisé un bénéfice thérapeutique aux patients sur le terrain.Et tout le droit positif et la charia afin de rendre compte du principe de l'inviolabilité du corps humain، et le rapport de la mort sur tous les préjugés lui bouleversé par inadvertance et de nuire à sa fonctionnalité، où l'accord commercial criminalise corps humain، et permet aux membres d'agir dans le don du corps et produits humains dispositions seulement.

opinion prédominante dans la jurisprudence comparative autorisant le transfert d'organes entre les quartiers à certaines conditions، y compris: (a) la nécessité de la disponibilité du consentement libre et perspicace. (B) la disponibilité de l'application thérapeutique de ce processus. Il est le même que le point de vue du législateur algérien dans la santé et le droit de protection mis à niveau.

Les chercheurs ont fondé la légalisation de ce processus sur la théorie de la nécessité، des avantages sociaux، de sorte que doit être un équilibre entre les intérêts et les risques، processus d'éradication d'un membre du donneur si vous n'affecter la capacité de l'individu à exercer des fonctions sociales restent dans le cadre de ce que le droit de l'individu d'agir en elle، le travail d'un médecin pour être légitime aussi longtemps que l'avantage résultant pour la société des membres du plus grand avantage qui lui apporte pas plantée greffe.Il peut également être conduite

des expériences médicales sur l'homme dans le transfert d'organes humains، selon certains contrôles، parce que la criminalisation conduit à la stagnation des sciences médicales et de la récession، et élimine l'esprit d'innovation scientifique entre les médecins et les chirurgiens، et prive l'humanité des possibilités thérapeutiques peut être l'espoir de gagner beaucoup de patients. Ces expériences de deux types: des expériences de A-thérapeutique: ceux utilisés par les médecins pour avoir accès à un nouveau traitement pour les maladies qui ont échoué règles techniques scientifiques immobilisations dans la réalisation de la réussite du traitement des expériences ou techniques scientifiques B-: les essais effectués chez l'homme sain ou le patient sans la nécessité dictée par l'état du patient afin de satisfaire leur soif de curiosité scientifique. Il devrait être un chercheur ou une équipe de recherche pour arrêter la recherche si elle estime que la poursuite pourrait être préjudiciable à la personne concernée. Nous ne devrions pas être au-dessus des intérêts de la science et de la société sur l'intégrité de la personne faisant l'objet de l'étude.

مقدمة

لقد كانت هناك عدة أمراض لم يتوصل الطب التقليدي إلى الوقاية منها أو إيجاد شفاء لها، والتي يترتب عليها اختلال جسيم في وظائف الجسم، وتدمير خلاياه، أو إصابة الجسم بمرض مزمن نتيجة إصابة عضو حيوي كالكلى مثلا، ولا سبيل في ذلك إلا بإجراء جراحة يتم فيها نقل عضو آخر إليه من جسم شخص آخر، أو من جثة شخص حديث الوفاة، أي استبدال العضو المصاب بآخر سليم. وهذه الجراحة تسمى عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية[1] ويقصد بعملية نقل وزرع الأعضاء من الناحية الطبية بأنها:

" تلك العمليات التي يتم بمقتضاها نقل عضو من أعضاء جسم إنسان سليم لإحلاله محل العضو المماثل المصاب في جسم آخر مريض، أو هي استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم للمساهمة فيما تعانيه وظائفه الفسيولوجية من أوجه نقص وتعمل على تخليصه من الآلام والمعاناة بسبب الإصابة بأمراض معينة أو نتيجة لتوقف بعض الأعضاء عن أداء وظائفها." [2] أما المشرع الجزائري فلم يعرّف هذه العملية بل اكتفى بتنظيم أحكامها.

وتكمن أهمية إجراء هذه العملية في علاج المريض وإنقاذ حياته من الموت الذي يهدّده بالسيطرة على المرض، وهي تجرى في مختلف أنحاء العالم، وهذه العملية ليست بالجديدة إلاّ أنّ نطاقها اتسع اتساعا كبيرا في عصرنا الحالي، على أن علاج المريض مقترن بضرورة حصول الطبيب على رضائه ورضاء المنقول منه رضاء حرا ومتبصرا بهذا

التدخل الطبي، وهذا بالنظر إلى الخطورة المحيطة بهذه العملية من جهة، ولأن هذه العملية تمس بحق من حقوقهما الشخصية من جهة أخرى.[3]

إلاّ أنّ تبرع الشخص بأحد أعضائه لا يحقق له أية فائدة علاجية، لأنه ليس مريضا وليس بحاجة إلى تدخل جراحي، بل على العكس قد يضعف ذلك من سلامة جسمه ويهدّد حياته. ونظرا لما لهذا الموضوع من أهمية في المحافظة على حياة الإنسان وسلامة جسمه، فقد كان ومازال موضع اهتمام رجال القانون والفقه الإسلامي، حيث أباحت معظم التشريعات إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ونظّمت الكثير من المؤتمرات والندوات العلمية والقانونية والفقهية، وصدرت بشأنه العديد من الفتاوى الشرعية، وتراوحت الآراء بين مؤيد ومعارض، غير أنّ المشرع حسم الأمر بالمشروعية وفق شروط محددة تم تبنيها سابقا من طرف غالبية الفقه المؤيد لهذه العملية.وسيتم دراسة هذه الشروط من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: الشروط المتعلقة بطرفي عملية نقل الأعضاء البشرية

المطلب الأول: رضا المتبرع

الفرع الأول: رضا متبصر

الفرع الثاني: رضا صادر عن شخص كامل الأهلية

الفرع الثالث: شكلية الرضا

المطلب الثاني: رضا المستقبل

الفرع الأول: جواز صدور الرضا عن قاصر

الفرع الثاني: إمكانية الاستغناء على الرضا في حالة الاستعجال

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالعملية في حد ذاتها

المطلب الأول: الترخيص القانوني

المطلب الثاني: الغرض العلاجي

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها لتحقق المصلحة العلاجية

الفرع الثاني: جواز إجراء التجارب الطبية في مجال نقل الأعضاء البشرية

المبحث الأول: الشروط المتعلقة بطرفي عملية نقل الأعضاء البشرية

تثير عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء مشكلة الرضا في جانب طرفي هذه العملية، والذي له شقين: رضا المتبرع، ورضا المستقبل. ورضا كل من المتبرع والمستقبل

له شروط يجب أن تتوافر فيه، وفي كلتا الحالتين فإن الطبيب يتوجب عليه قبل إجراء العملية الحصول على رضا كل من المتبرع، والمستقبل، وهذا بالنظر للحرمة التي يتمتع بها جسم الإنسان، وأيضا احتراما لحريتهما الشخصية في مدى قبول الخضوع لهذه العملية، نظرا لما تنطوي عليه من مخاطر. فمن الضروري أن يحصل الطبيب على هذا الرضا، وإلا كانت عملية نقل الأعضاء غير مشروعة، مما يرتب المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب على أساس انتهاك حرمة سلامة الجسد كحق مكفول دستوريا.ويعتبر الحصول على الرضا التزاما يقع على عاتق الأطباء، ويشكّل الحصول عليه أحد الشروط التي تجيز استئصال الأعضاء. والعمل الطبي الذي يتم دون تحقق هذا الشرط يفتقد لصفة المشروعية، لأنه يخرق مبدأ احترام إرادة المريض.[4]

المطلب الأول: رضا المتبرع

يعدّ رضا المتبرع باستئصال العضو من جسمه شرطا ضروريا لإباحة عملية نقل العضو منه لزرعه في جسم المريض.[5] حيث اشترط القانون لنقل عضو بشري من شخص إلى آخر ضرورة موافقة الشخص الذي سيتم استئصال العضو من جسمه.[6]

ويتميز رضا المتبرع الواجب الحصول عليه عن الرضا المعروف في التصرفات القانونية بالخصائص التالية: يشترط أن يكون رضا متبصرا، صادرا من شخص ذي أهلية، وأن يكون في شكل كتابي.

الفرع الأول: رضا متبصر

لكي يكون رضا المتبرع متبصرا ومستنيرا بالتدخل الطبي، فإنه يقع على عاتق الطبيب واجب إحاطته علما بمخاطر العملية الجراحية، التكاليف ... إلخ. وهذا ما يطلق عليه بـ:" الالتزام بالإعلام".والإعلام هو شرط ضروري للحصول على رضا حر ومستنير، فهذان الالتزامان مرتبطان ببعضهما البعض.[7]

فالمتبرع يعتبر طرفا مهما في علاقة طبية لا تعود عليه بأي منفعة،لأنه شخص سليم بدنيا وأي اعتداء على سلامة الأعضاء لا يعتبر اعتداء على حق الفرد في سلامة وتكامل جسده فقط، وإنما هو أيضا اعتداء على حق المجتمع، لهذا اشترط أنصار هذا الاتجاه وجوب اقتران الضرورة بالرضا الحر والمستنير للمتبرع كي يمكن استئصال أي عضو منه، ومتى توافر ذلك قام الأساس القانوني لإجراء هذه العملية. والعمل الطبي الذي يتم دون تحقق هذا الشرط يفتقد صفة المشروعية، لأنه يخرق مبدأ احترام إرادة المريض. والالتزام بالإعلام يعتبر بمثابة نصائح يوجهها الطبيب للمتبرع قصد تنويره على وجه يمكّنه من التعبير عن اختياره عن وعي كامل بما سيخضع له من تدخل جراحي. فالتفاوت العلمي الموجود بين الطبيب والمتبرع ألقى على عاتق

الطبيب التزاما بإعلامه. وحتى لو كان المتبرع طبيبا وعلى دراية كافية بكل ما يتعلق بالمرض، وبآثار التدخل الطبي، فهذا لايعفي الطبيب من تنفيذ واجب الإعلام اتجاهه. فالالتزام بالإعلام يستند على مبدأ حرمة جسد الإنسان واحترام حريته الشخصية.[8]

ولقد أجمعت التشريعات المقارنة على أهمية تبصير المتبرع تبصيرا كاملا، أي على الطبيب أن يحصل على رضا المتبرع بالخضوع لعملية النقل، بعد أن يعلمه بالنتائج العقلية والنفسية المتوقعة الحدوث ومدى تأثيرها على حياته الشخصية والعائلية والمهنية، وبجميع المخاطر الحالية منها والمستقبلية، المحتملة الوقوع وحتى الاستثنائية منها سواء بالنسبة لحياته الشخصية أو الأسرية أو المهنية.

كما يخبره بمدى إمكانية ممارسته عملا معيّنا بعد خضوعه لعملية الاستئصال، أو أدائه للالتزامات الاقتصادية والاجتماعية المفروضة عليه، وهذا حتى يتمكن الشخص من اتخاذ قرار مستنير بالرضا بعملية التبرع بعضوه الجسدي.[9]

فالطبيب يجب أن يبصّر مريضه بجميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال أو في المستقبل، أي بعد عشرات السنين. فيجب أن يوضّح له احتمالات نجاح عملية الزرع واحتمالات حياة المتلقي، حتى يستطيع المتبرع أن يقدّر مدى المخاطر التي سيتعرض لها بالمقارنة مع الفوائد التي تعود على المتلقي من جراء عملية الزرع.[10] والطبيب الجراح الذي يجري هذه العملية دون حصوله على رضا الشخص الذي يخضع لها يسأل جنائيا، لأن عدم حصوله على الرضا يجعل من هذه العملية عملا غير مشروع.[11]

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة: 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها:"... ولا يجوز للمتبرع أن يعبّر 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."[12]

كما يجب أن تكون إرادة المتبرع حرة، أي متحررة من كافة الضغوط المادية أو النفسية، إذ أن العوامل النفسية والعاطفية، كصلة القرابة، أو الحب الجامح للمتلقي من شأنها أن تلعب دورا كبيرا في إرادة المتبرع. فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المتبرع قد يعيب رضاءه، فيجب أن تكون إرادته وقت التعبير عنها غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا كالإكراه، التدليس، الغلط، الاستغلال.[13]

الفرع الثاني :رضا صادر عن شخص كاملا لأهلية

لقد انعقد إجماع الفقهاء والقانونيين في مختلف الدول على ضرورة أن يكون المتبرع كامل الأهلية، حتى يكون أهلا لاتخاذ قرار التنازل عن أحد أعضائه، أي بالغا سن الرشد وغير محجور عليه كي يصبح قادرا على إدراك تصرفاته وفهم جميع

النتائج التي يمكن أن تترتب على هذه العملية، ويمكنه بذلك أن يميّز بين الأفعال النافعة والضارة له واتخاذ القرار السليم والملائم.[14]

وفي هذا الصدد أكّدالقانون الجزائري رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، على عدم نقل الأعضاء من القاصر،حيث نصت المادة 163 منه بأنه:"يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصّر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز."وبالنسبة لسن الرشد، فقد حدّده المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني[15]بـ: 19 سنة، وذلك بنصه:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة." وحدّد سن الرشد الجزائي بـ: 18 سنة، وذلك في المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية.[16] أما قانون حماية الصحة وترقيتها فلم يحدّد السن الذي يعتبر فيه المتنازل بالغا سن الرشد، وكان جديرا بالمشرع أن يفعل ذلك، لأن التصرفات الواردة على جسم الإنسان وخاصة التبرع بالأعضاء البشرية تعتبر من أهم التصرفات على الإطلاق التي يقدم الشخص على إبرامها. فأعضاء جسم الإنسان تخرج من دائرة المعاملات ولا يمكن أن نتصور أنها تخضع لأحكام القانون المدني في هذا الشأن. ويأخذ بعين الاعتبار في تحديد هذه السن الوقت الذي تم فيه الاتفاق على الاستئصال وليس وقت العملية. ويتضح لنا من خلال المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن المشرع الجزائري استغنى على شرط الحجر، بحيث إذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد لكنه فقد أهليته لأي عارض من العوارض فلا يجوز استئصال أي عضو من جسمه، لأن إرادته في هذه الحالة تكون معيبة، لأنه لا يمكن أن يفهم ويقدّر مدى خطورة الفعل الذي سيقدم عليه، حتى لو لم يتم الحجر عليه.

فالمشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها لم يذهب إلى نفس ما ذهب إليه المشرع في القانون المدني، وكذا قانون الأسرة اللذان اشترطا شرط الحجر لاعتبار الشخص الراشد الذي فقد أهليته عديم الأهلية. فالمشرع الجزائري منع خضوع القاصر لعملية استئصال أعضائه بالنظر لطبيعته البيولوجية، لأنه غالبا ما يكون سريع الانفعال والتأثر، وليست له الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما قد يتخذه من قرارات، لأنه يكون معرّضا أكثر من غيره بأن يعبّر عن إرادته تحت تأثيرات معنوية، وبذلك يكون رضاه مشوبا بعيوب الرضا. وعليه فإن ناقصي الأهلية أو عديميها لصغر سنهم، وكذلك الأشخاص الراشدين الذين لا يملكون قدرة التمييز لجنون أو عته، أي يكونون غير متمتعين بقواهم العقلية حسب المادة 42 من القانون المدني الجزائري، أو ناقصي التمييز لسفه أو ذي غفلة حسب المادة 43 لإصابتهم بعارض من عوارض الأهلية،

فإنه لا يمكنهم التعبير عن رضائهم بقبولهم التبرع بأحد أعضائهم، وإذا قاموا بذلك فإن تصرفاتهم تعدّ باطلة حسب المادة 102 من قانون الأسرة.

كما نرى أن المشرع الجزائري استبعد أيضا الولي، والوصي، والقيّم من مجال تمثيل القاصر، ويرجع ذلك لكون هذه التصرفات تمس بجسم المتبرع، ولا تنطوي على قصد العلاج في جانبه وقد تعرضه للخطر، فهي ليست مجرد تصرفات مالية.

يمكن القول إن المشرع الجزائري اشترط لصحة رضا المتبرع أن يصدر عن إرادة حرة ومتبصرة من شخص بالغ سن الرشد ويتمتع بكامل ملكاته الذهنية والنفسية التي تمكّنه من استيعاب طبيعة التدخل الجراحي المطلوب، وهذا طبعا بعد أن يطلعه الطبيب على الأخطار الطبية المحتملة التي قد يتعرض لها بسبب هذا التبرع، لأن هذا الإعلام من شأنه أن يؤدي إلى عدول المتنازل عن تبرعه.

ورتّب المشرع الجنائي لأول مرة عقوبة على الإخلال بشرط الرضاء إثر تعديل قانون العقوبات، وذلك في المادة 303 مكرر17 من القانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 29 صفر 1430 الموافق لـ: 25 فيفري 2009، المعدل والمتمم للأمر رقم: 06-23 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات بأنه:" يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة: 500 ألف دينار جزائري إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبّق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول."كما تنص المادة 303 مكرر19 على أنه:"يعاقب بالحبس من سنة(1) إلى خمس(5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا، أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

كما تطبّق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج، أو خلايا، أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول." كما رتّب المشرع الجنائي عقوبة على مخالفة أحكام المادة 303مكرر 19بـ:" الحبس من خمس سنوات الى خمس عشرة سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

-إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية..... ."[17]

الفرع الثالث : شكلية الرضا

نظـــرا لما قد تنطوي عليه عمليـــات نقل الأعضاء من خطورة، فلا بد أن يصدر

رضا المعطي باستئصال عضو أو جزء من جسده في شكل كتابي وموقعا عليه منه. وهذه الشكلية تحقق ميزتين: الأولى أنها تضمن سلامة رضاء المعطي وصدوره بعد تفكير وروية، والثانية أنها تحمي الطبيب الذي يقوم بالاستئصال من تبعة المسؤولية الجنائية والمدنية، إذ أنها تسهّل إثبات رضاء المعطي بالاستئصال فيما لو تعرض لخصومة قضائية في المستقبل. هذا وقد اشترطت الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي " اتفاقية OVIEDO" أن يصدر الرضا كتابة، أو أمام جهة رسمية وذلك في المادة 19 فقرة 02.[18]

ومن التشريعات التي أخذت بالكتابة القانون الجزائري رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نص في المادة 162 الفقرة02:"... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرّر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة... ".

يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يعتدّ لا بالإشارة المتداولة عرفا، ولا بالإرادة الضمنية المنصوص عليهما في المادة 60 من القانون المدني، بل اشترط أن يكون تعبير المتبرع عن رضاه في شكل كتابي، وهذا من أجل تنبيهه إلى مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه مع توفير المزيد من الحماية له، نظرا لما تنطوي عليه عملية الاستئصال من خطورة. فهذا الشرط يعطي للمتبرع الوقت الكافي للتفكير بروية حتى يتمكن من إصدار رضائه بدون إكراه أو ضغط كي لا تكون إرادته معيبة.

واشترط المشرع أيضا إلى جانب الكتابة في تقديم الرضا ضرورة تعبير المتبرع عن رضاه بحضور شاهدين اثنين، مع إيداع الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة. لكنّه لم يحدد الشروط الواجب توافرها في هذين الشاهدين. وبالرجوع إلى الأحكام العامة التي تحكم هذه المسألة يتبين لنا أنه يجب أن تتوافر فيهما الأهلية الكاملة.

والغرض من اشتراط التشريع الجزائري حضور شاهدين هو التأكد من أن المتبرع قد وافق بإرادته الحرة والواعية على الخضوع للعملية بعد إعلامه بالنتائج والمخاطر المترتبة عليها هذا من جهة، ومن جهة أخرى إضفاء الرسمية على الموافقة المتعلقة باقتطاع الأعضاء. وهنا نرى أن المشرع الجزائري لم يكلّف جهة رسمية بإثبات موافقة المتبرع على الاقتطاع، بل اشترط فقط حضور شاهدين للحلول محل الجهة الرسمية. واشتراط شهادة الشهود هي مسألة تتعلق بالنظام العام، ولا تكون لموافقة المتبرع الكتابية أية قيمة قانونية إذا لم تتضمن وثيقة الرضا توقيع الشاهدين إلى جانب توقيع المتبرع. فهذا يعدّ بمثابة ضمانة أخرى للمتبرع من أجل حمايته، لأن الشخص

وحده وبمفرده يمكن أن ينساق وراء أهوائه ويتسرع في اتخاذ القرارات أو تكون عليه ضغوط، لأن هذه العملية يجب ألا تعرّض حياة المتبرع للخطر.

المطلب الثاني رضا المستقبل

يشترط في رضا المستقبل، أي الشخص المريض الذي يتلقى العضو البشري أن يكون رضاءه متبصرا ، [19] وأيضا كتابيا. [20]

إلا أن ما يميّز رضا المتبرع عن رضا المستقبل أنه لا يشترط كمال الأهلية في الشخص إلا أن ما يميّز رضا المتبرع عن رضا المستقبل أنه لا يشترط كمال الأهلية في الشخص المستقبل، بحيث يمكن أن يكون قاصرا ، على خلاف المتبرع كما رأينا سابقا. وهناك حالة يمكن فيها للطبيب الاستغناء كلية عن شرط الرضا لنقل العضو للشخص المستقبل، وهذه الحالة تسمى:" حالة الاستعجال". وهو ما سأتعرض لدراسته من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول جواز صدور الرضا عن قاصر

لا يشترط كمال الأهلية في الشخص المستقبل للعضو (المريض). فإذا كان المريض قاصرا ، فعلى الجراح أن يحصل على رضا من له سلطة قانونية عليه. [21] وهو ما نص عليه المشرع الجزائري. فإذا كان رضا المستقبل صادرا من شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية، فإن هذا الرضا يعدّ صحيحا ومنتجا لأثره القانوني، أما إذا كان المستقبل قاصرا ، فهذه الحالة عالجتها المادة 166 من قانون: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في فقرتيها: 03 و 04.

فبا لنسبة لعدم أهلية المستقبل القانونية، فنميّز هنا بين حالتين هما: صغر سنه، أو إصابته بجنون، أو عته. [22] فإذا كان المستقبل (المريض) عديم الأهلية لصغره، أي لم يبلغ بعد سن التمييز القانوني، أي لم يبلغ بعد الثالثة عشرة من العمر حسب المادة 42 من القانون المدني الجزائري، فإن الموافقة هنا تكون ممن له سلطة قانونية عليه، وهو الأب الذي له أن يتخذ القرارات التي تتعلق بصحة القاصر، وفي حالة عدم وجود الأب فإن الموافقة تكون للولي الشرعي للقاصر. وبالنسبة للجنون، فهو مرض يصيب عقل الإنسان فيفقده القدرة على الإدراك وتمييز العمل النافع من العمل الضار. أما العته فنقصد به قلّة الفهم، واختلاط الكلام، وفساد التدبير، فهو خلل يعتري العقل فيفقده القدرة على التمييز بالرغم من أنه لا يفقد العقل تماما كالجنون، حيث يصبح المريض في هذه الحالة مهوس الفكر وغير قادر على التقرير والتدبير [23] .ففي حالة عدم الأهلية لجنون أو عته، فإنه تؤخذ موافقة القيّم على المريض بصفة دائمة إذا كان جنونه مطبقا ، أما إذا كان غير مطبق أي تتخلله فترات إفاقة ، فيجب أخذ موافقة المستفيد في حالات الإفاقة التي يتمتع خلالها بكامل قواه العقلية.

ونص المشرع الجزائري على حالة انعدام الأهلية القانونية في المادة 166 الفقرة 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها:"... إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة... ".

يتضح من هذه المادة أن الشخص المستفيد إذا كان غير أهل للتعبير عن موافقته فإن الموافقة بعملية زرع العضو له تنتقل لمن له سلطة قانونية عليه، كالأب لأنه هو الذي يستطيع أن يتخذ القرارات التي تتعلق بصحة القاصر، وفي حالة عدم وجود الأب تحلّ محلّه الأم لأنّها تعدّ الممثل القانوني بعد الأب، وفي حالة فقدان هذين الأخيرين معا ينتقل الحق للولي الشرعي. كما تنص المادة 166 الفقرة 04:"... أما القصّر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب، وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي... ".

وهذا يعني أن المشرع الجزائري قيّد الطبيب بالموافقة الصادرة ممن يمثل القاصر قانونا وهو الأب، أو الولي الشرعي.

إذن فالموافقة الصادرة بقبول عملية زرع العضو تعدّ قرار شخصي يجب صدوره من المستفيد نفسه عندما يكون يتمتع بقدر من الإدراك والفهم، لأن عملية النقل تعنيه في المقام الأول، ولذلك يجب أن يعطي هو موافقته الشخصية. أما الموافقة الصادرة من ممثله القانوني فتأخذ صورة التمثيل، لهذا يجب تكملة موافقة القاصر بقبول من ممثله القانوني.وأنتقد هنا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرتين 03 و 04 من المادة 166 السالفة الذكر، حين فرّق بين القاصر وبين الشخص عديم الأهلية قانونا، حيث أشار في الفقرة 03 من هذه المادة إلى القاصر وجعل له حكما مختلفا عن الشخص الذي لا يتمتع بالأهلية القانونية، والذي نص عليه في الفقرة 04 من نفس المادة.

وفي حقيقة الأمر يمكن أن نميّز بين حالتين بالنسبة للقاصر هما: القاصر المميز، أي الذي بلغ سن التمييز وهي 13 سنة حسب القانون المدني المعدّل رقم: 10-05، والقاصر غير المميز، أي الذي لم يبلغ بعد هذه السن، ويسمى في هذه الحالة عديم الأهلية. فكان من المفروض على المشرع الجزائري استعمال مصطلح:"قاصر ناقص الأهلية" في الفقرة 04 بدل مصطلح:" قاصر".

وأعقّب على المشرع الجزائري أيضا أنه أخرج" الأم" في الفقرة 04 من قائمة الأشخاص المخوّلين قانونا التعبير عن إرادة القاصر رغم أنه أبقاها في الفقرة 03 بالنسبة لعديم الأهلية، فلماذا هذا التباين...؟. كما نص المشرع الجزائري في المادة: 166 الفقرة 02 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه:" إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبيّن في المادة 164 فقرة 02 و 03 أعلاه[24] أن يوافق على ذلك كتابيا."

الفرع الثاني :امكانية الاستغناء على الرضا في حالة الاستعجال

للاستعجال عنصران هما:-أن تكون حياة الشخص مهددة بخطر حال-غياب أقارب المريض لإعلامهم بالتدخل الطبي العاجل.فيشترط لإعفاء الطبيب من الالتزام بالإعلام أن تكون حياة الشخص مهددة بخطر حال، بحيث يكون في وضع يستدعي تدخل الطبيب الفوري للحفاظ على حياته، ومن ثمة فإن إعلامه بهذا التدخل سوف يؤدي إلى تضييع الوقت وتعريض حياته للخطر، لأنه لا يمكن تصوّر وجود إنسان يرفض علاجا من شأنه إنقاذ حياته. فتدخّل الطبيب هنا هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض.[25]

وفي هذه الحالة لابد أن يكون المريض في حالة لا تسمح له بفهم واستيعاب ما يلقى إليه من معلومات، وبالتالي فإن الطبيب لا يعفى من التزامه بالإعلام إذا كانت حالة المريض لا تنطوي على حالة استعجال، بحيث يكون المريض بإمكانه استيعاب المعلومات المقدمة من الطبيب رغم سوء حالته.[26]ولا تقوم حالة الاستعجال إذا كان بإمكان الطبيب الاتصال بأسرة المريض لإعلامهم. فالعنصر الثاني الذي يكوّن حالة الاستعجال هو غياب أقارب المريض أو ممثله القانوني لإعلامهم بالتدخل الطبي العاجل، كون المريض منفردا ، أو جهل الطبيب لمكان أقارب المريض.[27]

وأشار المشرع الجزائري إلى حالة الاستعجال في المادة 52 الفقرة 02 من مدونة أخلاقيات الطب:"... ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال ... أن يقدّم العلاج الضروري للمريض".[28]وفي مجال نقل الأعضاء، استعمل المشرع عبارة "الظروف الاستثنائية" للدلالة على حالة الاستعجال، وذلك في المادة 166 الفقرة الأخيرة من القانون رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بنصه:" يجوز زرع الأعضاء والأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة 01 و02 أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة والممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل، ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين."

المبحث الثاني شروط متعلقة بالعملية في حدّ ذاتها

إن عملية نقل الأعضاء البشرية لا تتم بصفة تلقائية ومباشرة بمجرد تحقق الشروط التي تناولناها في المبحث السابق فيما يخص رضا كل من المتبرع والمستقبل، بل لابد من توافر شروط أخرى تتمثل في: الترخيص القانوني (المطلب الأول)، والغرض العلاجي (المطلب الثاني)، وهو ما سأحاول معالجته من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول الترخيص القانوني

لم يترك المشرع الجزائري الحـــرية لأي طبيب جـــراح بمباشرة عملية نـقل وزرع

الأعضاء البشرية إلا بعد أن تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية، وهو ما نصت عليه الفقرة: 02 من المادة:167من القانون رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل. وعليه وطبقا لأحكام هذه المادة تم بموجب قرار وزارة الصحة رقم: 19 المؤرخ في: 23 مارس 1991إنشاء لجنتين طبيتين لانتزاع وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية، وتم تحديد تشكيلة لجنة زرع القرنية وتشكيلة لجنة زرع الكلى. ومن جهة ثانية فإن نفس المادة في فقرتها: 01 نصت على أنه: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة."

وبمفهوم نص هذه المادة فليست كل المستشفيات مرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث نجد أن القرار المؤرخ في: 02 أكتوبر 2000 الذي ألغى القرار رقم: 19 المؤرخ في: 23 مارس 1991الصادر عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قد رخص لبعض المؤسسات الصحية القيام بانتزاع و/أو زرع القرنية وكذا المؤسسات الصحية المكلفة بانتزاع و/أوزرع الكلى، أما فيما يخص عملية انتزاع و/ أوزرع الكبد، فهناك: مركز بيار ماري كوري بمستشفى مصطفى الجامعي بالجزائر العاصمة. دون أن ننسى أنه حتى الطبيب فقد اشترط فيه المشرع في المادة: 197 من القانون رقم: 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الحصول على ترخيص يسلمه الوزير المكلف بقطاع الصحة، ولا يسلم هذا الترخيص إلا بناء على توافر شروط معينة تتمثل في: - أن يكون طالب الرخصة حائزا على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب أو جراح، أو شهادة أجنبية معادلة.– أن لا يكون مصابا بعاهة أو مرض يعيقه عن ممارسة المهنة. – أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف. – أن يكون جزائري الجنسية، باستثناء ما قد تتضمنه معاهدات أو اتفاقات تبرمها الجزائر مع الأجانب. ولكون عملية نقل وزرع الأعضاء تعتبر من الأعمال الطبية المتخصصة وليست من الطب العام، فقد شدد المشرع الجزائري في المادة: 198 من نفس القانون بالنص على أنه: " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة: 197 أعلاه". وبعدما كانت المادة 199 من نفس القانون تشترط على من يريد مزاولة مهنة الطب أداء اليمين أمام زملائه، أصبحت تشترط على من يريد الحصول على ترخيص لمزاولة مهنة الطب أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا والذي تم إنشاؤه بموجب المادة 1/168 من قانون الصحة المعدل

رقم: 90-17، وبعد تسجيله لدى هذه الهيئة يؤدي اليمين أمام زملائه أعضاء هذا المجلس.

المطلب الثاني :الغرض العلاجي

إن الغرض العلاجي في عملية نقل وزرع الأعضاء يعدّ شرطا أساسيا ولا غنى عنه، فالأصل أن طبيعة جسم الإنسان تمنع من وقوعه تحت أي تصرف قانوني، ومع ذلك متى كان هذا التصرف تحت إطار شرعي وأخلاقي فإنه يمكن اعتبار المحل مشروعا، ذلك أن تصرف المتبرع بعضو من أعضائه يكون لهدف أخلاقي يتمثل في إنقاذ حياة شخص آخر مريض.[29]

فلا يمكن استئصال عضو من شخص حي إلا بهدف تحقيق فائدة مباشرة للمستفيد، أي يجب زرع العضو المتبرع به في جسم شخص مريض محتاج لهذا الزرع. وإذا لم تكن هناك حالة من حالات الضرورة أو العلاج فإن هذه العملية تعتبر غير مشروعة لما تنطوي عليه من اعتداء جسيم على الحق في سلامة الجسم، والذي لا يجوز التصرف فيه إلا في حالات استثنائية محددة فقط وبقصد العلاج.وإذا كان الهدف غير علاجي فإن عملية الاستئصال والزرع تكون باطلة لعدم مشروعيتها من الناحية القانونية، لأن الاعتداء على سلامة الجسم والحياة يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون.[30]

الفرع الأول الشروط الواجب توافرها لتحقق المصلحة العلاجية

إن عمليات نقل الأعضاء تعتبر استثناء على الأصل العام وهو عدم المساس بجسم الإنسان، وهذا إذا توافرت شروط من بينها: توافر قصد العلاج من هذه العملية. ويؤسس الفقه المبيح لعملية نقل الأعضاء هذه المشروعية على نظريتي الضرورة والمصلحة الاجتماعية.[31]

فقصد العلاج إذن يشترط توافره في جانب المريض، وإلا كان هذا الاستئصال غير مشروع حتى لو تم برضائه. في الوقت الذي لا يعود هذا الاستئصال على الشخص المتنازل بأية منفعة علاجية، لأنه يكون عادة شخصا معافى من الأمراض. وشترط المصلحة العلاجية يجب أن تحكمه ضوابط، متى توافرت تحقق هذا الشرط.

أولا-توقف علاج المستقبل على زرع العضو في جسده

نقصد بهذا الشرط أن هذا الزرع لابد أن يكون ضروريا لعلاج المنقول إليه ويجب أن يكون نقل العضو هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المستقبل، أي يكون استقطاع العضو وزرعه هو الوسيلة الوحيدة المتاحة لعلاجه، بحيث لا يمكن دفع الخطر بأية وسيلة أخرى غير استقطاع العضو من المنقول منه، فإذا كانت هناك وسيلة أخرى فلا اضطرار في الفعل، لأن حرية الاختيار تتسع لديه للالتجاء إلى الوسيلة الأقل ضررا.[32]

ويتعيّن على الطبيب المعالج أن يمتنع عن إجراء أي تدخل جراحي ينتج عنه استئصال عضو من إنسان حي، إذا لم يكن هذا التدخل هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض.فكرامة الإنسان تتطلب توافر اللزوم، لأن إذن القانون باستقطاع أحد أعضاء جسم الإنسان لزرعه في جسم إنسان آخر يقتضي استخدامه بما لا يتعارض مع ما تتطلبه الكرامة الإنسانية، ولا يجب أن تتأكد هذه الحماية في مواجهة المتلقي فحسب، بل في مواجهة المتبرع نفسه الذي يقبل التصرف في أحد أعضائه، .وأكّدت على هذا المبدأ الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي التي أعدّها مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في: 04 أفريل 1997 والمسماة باتفاقية OVIEDO، وذلك في المادة 19، حيث نصت:" لايجوز استقطاع أعضاء أو أنسجة المنقول منه إلا لغرض علاج المنقول إليه وعند عدم توافر أعضاء أو أنسجة مناسبة من إنسان توفي، أو وسيلة علاجية بديلة ذات أثر مقارب"[33].

وأوردت الندوة العلمية حول نقل وزرع الأعضاء واستئجار الأرحام والاستنساخ ومدى شرعيتها في أحد توصياتها:" إن المبرر من إجراء هذه العملية هو إنقاذ حياة إنسان أو معالجته من مرض خطير يمكن أن يقضي على حياته."[34] كما اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في العصر الحديث أن يكون البرء مرجوّا بالنسبة للطرفين، وأن تكون هذه العملية هي الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض، وألاّ تؤدي هذه العملية إلى ضرر بالنسبة للمتبرع والمتلقي.[35] وصدرت العديد من الفتاوى الشرعية من هيئات دينية ومجامع فقهية مختلفة تبيح إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لشروط وضوابط معينة. ففي الجزائر، صدرت عدة فتاوى شرعية تبيح وتحث على استئصال الأعضاء والأنسجة لزرعها في أجسام أشخاص محتاجين لها، مثل: الفتوى التي أصدرتها لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى، بتاريخ: 6 ربيع الأول 1392 الموافق لـ: 1972/04/20. وبعدها أصدر الشيخ أحمد حماني رحمه الله فتوى في: 14فيفري1985تتعلق بجواز استعمال أعضاء المتوفين لإنقاذ من هو باق.[36]

كما أكد الدكتور كمال بوزيدي في مداخلته التي ألقاها خلال اليوم الدراسي التحسيسي الذي نظمه المجلس العلمي للمركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة حول زرع الأعضاء على إباحة الشرع لنقل الأعضاء وزرعها من إنسان إلى آخر، بقوله:"الجزائر تعدّ أول بلد في الوطن العربي والعالم الإسلامي من أفتى بجواز نقل الأعضاء وزرعها، وكان ذلك في اجتهاد حصري للراحل ومفتي الجزائر سابقا الشيخ حماني سنة 1972. والمواطن الجزائري ما يزال يرفض فكرة أخذ عضو منه أو من أحد أقربائه ومنحه لآخر في عمل جراحي طبي لأنه يكون من مدمني الخمر مثلا، أو

أي أمر لا يبيحه الشرع، أو يكون كافرا خارجا عن ملة الإسلام، أو اعتقاده بعدم نجاح فكرة زرع الأعضاء، وهي الأفكار التي يجب أن تزال، لأن الأمر يتعلق في أوّله وآخره بإنقاذ حياة إنسان. وفي شق ثان فالمانح يعتبر فعله بمثابة صدقة جارية في إنقاذ شخص ينتظر الموت في أي لحظة. فالواقع أثبت أنّه بفضل التطور في المجال الطبي تم تحقيق نتائج ايجابية في مثل هذه العمليات بنسبة كادت تساوي 100%، كاشفا بأن الشرع يجيز نقل الأعضاء حتى من الحيوان إن اقتضت الضرورة ذلك."ومن جانب آخر أشار البروفيسور بوسيف أخصائي في جراحة الأعصاب، والذي كان ضمن المشاركين في فعاليات هذا اليوم الدراسي أن:" الجزائر تستطيع في عمل منسّق وجدّي عند التبرع إنقاذ ما يقارب 8.000 مريض، خاصة أولئك المصابين بعجز كلوي من أصل 13.000 مصاب من ضحايا حوادث المرور الذي يبلغ عددهم 4000 ضحية، وأن الجزائر هي الوحيدة في الوطن العربي التي ما تزال تستورد القرنية من أمريكا بمبالغ يمكن استثمارها محليا..." [37]. وقد تبنى القانون الجزائري نفس ما ذهب إليه الفقه، حيث نجد أنه بعد أن نصّ المشرع الجزائري في المادة161 الفقرة01من القانون: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه:" لا يجوز نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية إلاّ لأغراض علاجية أو تشخيصية"، اشترط في المادة 166 الفقرة 01 من نفس القانون أنه:" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلاّ إذا كان ذلك يمثّل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية...".

ثانيا-عدم وجود المقابل المادي في عملية النقل

تعتبر عملية النقل مقترنة بمقابل مادي إذا شترط المعطي قبض مبلغ من النقود كمقابل لاستئصال عضو من أعضائه قصد زرعه في جسم المتلقي، أي أن عملية نقل الأعضاء البشرية تتم بمقابل مادي، وهذا يعني أنها لا تتم لغرض علاجي بحت، أي تدخّلت فيها أغراض مالية وشخصية، وهذا يشكّل مساسا بالقيم الإنسانية وبكرامة الإنسان التي تعلو على كل الأموال، لأن الشخص المعطي للعضو يعرّض جسده لأن يكون محلا للمعاملات التجارية [38].

فالهدف هنا غير علاجي لأن عملية النقل تهدف إلى تحقيق أهداف مالية سواء في جانب الطبيب المكلّف بإجراء هذه العملية، أو في جانب المنقول منه، أو في جانب أشخاص آخرين يتدخّلون كوسطاء وسماسرة بين الشخص المنقول منه والشخص المتلقي للعضو (المريض).وفي هذا الشأن اختلفت آراء الفقهاء حول مدى شرعية المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية، حيث أجاز بعض الفقهاء عملية بيع الأعضاء البشرية [39]،بينما ذهب الاتجاه الثاني وهو موقف غالبية الفقه إلى تحريم بيع الأعضاء

البشرية، حيث يرى أنصار هذا الرأي أن تنازل المعطي عن عضو من أعضائه يجب أن يتم دون مقابل، لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية والمالية، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم فإنّ الإنسان يستطيع بدافع الحب أن يتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه، وعلى هذا يجب أن يكون الدّافع إلى التنازل هو التضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار، وليس الربح أو المقابل المادي."[40]

فكرامة الإنسان تقتضي بألاّ يكون جسده محلا للتصرفات المالية، لأنّ جسده ليس سلعة تتداول لمن يدفع أكثر، بالإضافة إلى أنّ وجود المقابل المالي يخرج هذه العملية من دائرة التضامن الإنساني، ويصبح الهدف الرئيسي وراء إجرائها هو المال، وهذا يخالف القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع[41] كما يمكن أن يترتب على هذه التجارة اختطاف أبرياء وخاصة الأطفال منهم وبتر أعضائهم ليستفاد منها، وبذلك نكون أمام تجارة رهيبة وفظيعة.[42] فالاتجار في الأعضاء البشرية يعتبر سوقا انطلاقا من أننا أمام مسألة عرض وطلب، بمعنى الأشخاص المحتاجين للأعضاء مقابل الأشخاص المستعدين لوهب أعضائهم. وواقعيا فإن العرض أقل بكثير من الطلب، ممّا خلق سوقا سوداء أو تجارة غير شرعية للأعضاء أدّت لأن تكون للأعضاء البشرية قيمة تجارية.[43] وقد أصبحت هذه التجارة تشكّل سوقا عالميا، يمثل الضحايا فيه العرض، بينما يمثّل الأغنياء وعصابات الإجرام المنظّم العابر للأوطان الطّلب. ولم تدّخر المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية جهدا في إصدار القرارات والتوصيات التي تؤكّد على ضرورة إضفاء طبيعة العمل الخيري على هذه الممارسة الطبية وإدانة وجود المقابل المادي فيها. ومن بين هذه التوصيات التوصية التي أصدرتها الجمعية الطبية العالمية (W.M.A) في اجتماعها التاسع والثلاثين المنعقد سنة 1985، حيث أدانت عمليات بيع الأعضاء البشرية، وكافة الوسائل التي من شأنها أن تسهّل في ترويج الاتجار بها.وفي اجتماع وزراء الصحة العرب الثاني عشر المنعقد من: 14 إلى 16 مارس1987 بالخرطوم، تمّت مناقشة مشروع القانون العربي الموحد لزراعة الأعضاء، حيث أصدروا قرارا جاء في مادته 07 بأنه:" يحظر الاتجار بالأعضاء بيعا وشراء، وكذلك لا يجوز دفع أي مكافأة لقاء التبرع بالعضو، كما لا يجوز للأطباء المشاركة في إجراء عملية النقل أو الزرع متى كانت تنطوي على أغراض تجارية أو ربحية."غير أنهم لا يرون مانعا من تعويض المتبرع بالعضو تعويضا ماديا، أي منحه هبة مقابل ما فاته من كسب ولحقه من خسارة، كما يمكن تعويض المتبرع تعويضا عادلا مقابل فقدان عمله خلال تلك الفترة، كما يمكن تعويضه معنويا بمنحه شهادة

تقدير، أو نشر صورته واسمه في وسائل الإعلام إشادة بالعمل النبيل الذي قام به ولتشجيع الآخرين على القيام به، على ألاّ تكون هذه التعويضات بمثابة ثمن يتم دفعه مقابل التبرع بالعضو.[44] وأصدر مجلس جمعية زراعة الأعضاء قرار جاء فيه:" لا يجوز أن يتلقّى الشخص المنقول منه مقابلا ماديا مقابل تبرّعه، حيث أكّدت الجمعية على ضرورة أن تقوم عمليات نقل وزرع الأعضاء على أسس إنسانية محضة، وقرّرت الجمعية حرمان الطبيب الجراح الذي يشارك في إضفاء الصبغة التجارية على هذه العملية من عضوية المنظمة."[45]

كما نصت الندوة العلمية المنعقدة في بيروت حول نقل وزرع الأعضاء البشرية، على أن بيع وشراء الأعضاء البشرية ممنوع شرعا وقانونا، لأنّ جسد الإنسان فوق أي اعتبار مادي ولا يملك الإنسان الاتجار به، أما تقديم الهدايا للمتبرع فهو موضع نظر واجتهاد. وترجّح نية الإهداء على الاتجار كلّما توافرت الأدلّة عليها، فيكون الإهداء في حال ثبوته مقبولا شرعا وقانونا.[46]

وبالنسبة لموقف الفقهاء الإسلاميين،فيرى غالبيتهم أن التبرع بالأعضاء من أجل إنقاذ المرضى من الهلاك واستعمال العضو المنقول في مكانه المناسب، بحيث يقوم بالوظيفة نفسها التي أوجدها الخالق عز وجل عندما خلقها هو أمر يتفق مع مبادئ الكرامة والتضامن الإنساني، لأن الشريعة الاسلامية جاءت لمصلحة العباد، وكل ما فيه مصلحة للعباد هو جائز، إلا أنهم اتفقوا على بطلان بيع أي عضو من أعضاء الإنسان ما عدا لبن المرأة، لأنه يتنافى مع الكرامة الإنسانية.[47]

كما منعت معظم التشريعات التعامل في الأعضاء البشرية بالبيع أو بالشراء، ومن هذه التشريعات:القانون الجزائري، حيث اشترط المشرع الجزائري في المادة 161 الفقرة 02 من القانون رقم:05/85 المتعلّق بحماية الصحة وترقيتها أن يكون التنازل عن العضو عن طريق الهبة، وذلك بنصّه:" ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية"، وهذا لأنّ حق الإنسان على جسده يخرج عن دائرة التعامل، فهو لا يعتبر من الحقوق المالية. لكن المشرع لم ينص على أيّة عقوبة في قانون حماية الصحة وترقيتها تترتب على مخالفة هذا الشرط، إلاّ أنّه تدخّل لسد الفراغ القانوني المتعلّق بالأحكام الجزائية في حالة مخالفة النصوص المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال القانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 29 صفر 1430 الموافق لـ:25فيفري 2009، يعدّل ويتمّم الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ:08جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، وذلك في الكتاب الثالث تحت باب: "الجنايات والجنح ضد الأفراد" في القسم الخامس مكرر01 بعنوان:" الاتجار

بالأعضاء" وذلك في 14 مادة.ونصت المادة 303 مكرر 16 على أنه:" يعاقب بالحبس من ثلاث (03) سنوات إلى عشرة (10) سنوات، وبغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج كل شخص تنازل على عضو من أعضائه مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسّط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص."فالمشرع الجزائري رتّب إذن مسؤولية جزائية على كل معاملة مالية تتعلّق بنقل أو زرع الأعضاء البشرية، كما وسّع منها لتشمل الوسيط أو المسهل للحصول على عضو من جسم شخص، مسايرة منه لباقي التشريعات الحديثة. كما فرض المشرع الجزائري في المادة 303 مكرر20 عقوبات جزائية على الأشخاص المعنوية في حالة ارتكابها لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وذلك بنصه:" يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من هذا القانون."

ثالثا : عدم الحاق ضرر بالمتبرع

إن موافقة المتبرع لا تعطي وحدها الحق للطبيب بإجراء هذه العملية، بل يجب أن يتأكّد الطبيب من أن الفوائد التي ستعود على المتلقي بعد العملية هي فوائد كبيرة، وأن المتبرع لن يتعرض لانتقاص جسيم في صحته وفي وظائف أعضائه الحيوية.[48] فتوافر شرط الهدف العلاجي مرتبط بضرورة أن لا يلحق النقل بالمتبرع أضرارا جسيمة. فبما أن اقتطاع عضو سليم من جسم شخص بغرض زرعه في شخص آخر لا يحقق للمتبرع أية فائدة علاجية، فيجب في هذه الحالة على الطبيب الموازنة بين الضرر والخطر الذي يمكن أن يقع على الشخص المتبرع، مع فرص النجاح التي يمكن أن تعطى للشخص المستفيد من عملية التبرع. ومثاله: أن يقوم الطبيب بنقل كلية من شخص حي إلى آخر وهو يعلم أن الكلية الأخرى قد توقفت على أداء وظائفها لتلفها ولا يستطيع المانح أن يعيش بها سوى فترة محدودة.[49]

وتظهر أهمية الموازنة هنا في أنها تطبّق على شخصين مختلفين، فالأوّل هو المتبرع يتحمّل الأخطار، والآخر يستفيد من فرص الشفاء. وهذا يتطّلب أن تكون الفائدة أو المصلحة المراد تحقيقها ملحّة تبرّر الأخطار التي يتحملها المتبرع. ومن ثمّة فإذا كانت الفائدة العائدة على المستفيد من جراء زرع العضو له أعلى بقليل من الخطر الذي سوف يصيب المتبرع بالعضو، فإنّ شرط المصلحة العلاجية لا يتوافر، بل يجب أن تكون نسبة إنقاذ المستفيد أعلى بكثير من الأخطار التي يتعرّض لها المتبرع.والقيام بهذه الموازنة يقع على عاتق الأطباء المتخصّصين الذين سيقومون بعملية استئصال

العضو وزرعه.[50] وكأصل عام فإنّ عملية نقل الأعضاء وزرعها بين الأحياء ترد على الأعضاء المزدوجة للإنسان كالكليتين، الأذنين، العينيين... الخ، ولا ترد على الأعضاء المنفردة مثل: القلب، لأن ذلك سيؤدي إلى هلاك المنقول منه، غير أنه كاستثناء يجوز استئصال جزء من الأعضاء المنفردة ونقلها إلى شخص آخر كالكبد مثلا إذا كان ذلك لا يعرّض جسم أو حياة المتبرع للخطر، حيث أثبتت الدراسات العلمية أنّه يجوز للإنسان أن يتخلّى عن نصف كبده أو أكثر، لأنّ الكبد يمكنه أن يكبر بعد مرور حوالي 06 أشهر لتعويض ما فقده[51].

وفي هذا الصدد يقول الفقيه الإيطالي SAVERINO إن:

" عمليات نقل الأعضاء التي تتم بهدف العلاج تعدّ مشروعة متى توافرت شروطها، بل ويجب تشجيعها وذلك متى صدر رضاء صحيح من الشخص الواهب، شريطة ألاّ يتحمّل آلاما وأضرارا تزيد عن آلام المريض، وإلاّ كانت هذه العملية غير مباحة لانتفاء المصلحة العلاجية فيها"[52].

ولقد أصدرت دار الإفتاء المصرية في: 1997/03/18 فتوى:"... وألاّ يؤدّي نقل العضو إلى ضرر بالمنقول منه ضررا محققا يضرّ به كليا أو جزئيا، أو يمنعه من مزاولة عمله الذي يباشره في الحياة ماديا أو معنويا، أو يؤثّر عليه سلبا في الحال بطريق مؤكّد من الناحية الطبية، لأنّ مصلحة المنقول إليه ليست أولى من الناحية الشرعية من مصلحة المنقول منه، لأنّ الضرر لا يزال بالضرر، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة والرّاجحة. والضرر القليل المحتمل عادة لا يمنع هذا الجواز في الترخيص إذا تمّ العلم به مسبقا وأمكن تحمّله أو الوقاية منه ماديا أو معنويا بالنسبة للمنقول منه، والذي يحدّد ذلك هم أهل الخبرة الطبية العدول."[53].

ويقول في هذا الشأن فضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي:"... وإنّ جواز التبرع من الحي بعضو من بدنه هو جواز مقيد، فلا يجوز له أن يتبرّع بما يعود عليه بالضرر أو على أحد له حق عليه لازم، ومن هنا لا يجوز أن يتبرع بعضو وحيد في الجسم كالقلب أو الكبد مثلا لأنّه لا يعيش بدونه، ولا يجوز له أن يزيل ضرر غيره بإضرر نفسه... ولهذا لا يجوز التبرع بالأعضاء الظاهرة في الجسم، مثل: العين، اليد، والرجل، لأنّه يزيل هنا ضرر غيره بضرر مؤكد لنفسه لما وراء ذلك من تعطيل للمنفعة وتشويه للصورة. ومثل ذلك إذا كان العضو من الأعضاء الباطنة المزدوجة، ولكن العضو الآخر عاطل أو مريض فإنه يصبح كعضو وحيد. ومثال ذلك أيضا أن يعود الضرر على أحد له حق لازم عليه، كحق الزوجة، أو الأولاد، أو الزوج، أو الغرماء..."[54] وبالنسبة لقانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري، فقد نصت المادة

162 منه بأنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلاّ إذا لم تعرّض حياة المتبرع للخطر."

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدّد نوع الأعضاء التي تكون محلا للنقل، إلا أنه اكتفى باشتراطه بأن هذه العملية يجب ألاّ تؤدّي إلى هلاك المتبرع أو إصابته بضرر أشد من الضرر الواجب إزالته للمريض. ومن ثمّة فإنه يدخل ضمن الغرض العلاجي المحافظة على صحة المتبرع سواء قبل إجراء العملية أو بعدها. وأكّد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 163 من نفس القانون:"... كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضرّ بصحة المتبرع أو المستقبل". كمالم يميّز المشرع الجزائري بين المتبرع والمستقبل في عملية نقل وزرع الأعضاء من حيث قابلية التعرض للإصابة بالمرض، وترك مهمة التأكّد من مدى صلاحية وضرورة الزرع للمريض، ومدى التوافق النسيجي بين المتنازل والمستقبل للعضو إلى اللجنة الطبية المختصة بإجراء عملية نقل وزرع العضو المشار إليها في المادة 167 الفقرة 02 من قانون حماية الصحة وترقيتها:"... تقرّر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية."

الفرع الثاني :جواز إجراء التجارب الطبية في مجال نقل الأعضاء البشرية

تثير التجربة الطبية على الإنسان مشكلة التأرجح بين اعتبارين مختلفين، فهناك من جهة حرية البحث العلمي وما تحتّمه من إطلاق حرية العالم والطبيب في إجراء التجارب العلمية والعلاجية على الإنسان، لأننا نعيش عصر الاكتشافات، ومن جهة أخرى هناك الحرية الفردية وما تقتضيه من احترام السلامة البدنية للإنسان وعدم المساس بها إلاّ تحقيقا لمصلحة عليا يقرّها القانون وهي المصلحة العلاجية.وبداية يتعين هنا التفرقة بين نمطين من التجارب، والتي تتّخذ من جسم الإنسان محلا لها. فهناك التجربة العلاجية، وهناك من جهة أخرى التجربة العلمية.[55]

أولا استئصال الأعضاء لإجراء تجارب علاجية

إن التجربة العلاجية هي التجربة التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض، وذلك باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء. فالغرض الأساسي من هذه التجربة هو محاولة إيجاد علاج للمريض من خلال تجريب طرق جديدة في العلاج، كالأدوية الجديدة، أو الأشعة، أو غيرها من الوسائل الحديثة. وهذا النوع من التجارب يشبه التدخلات العلاجية المحضة من حيث الغرض وهو علاج المريض، غير أن هذه التجارب لها ميزة أخرى وهي إمكانية استفادة

المرضى الآخرين من المعارف المكتسبة منها.[56] إذن فقد يضطر الطبيب أن يلجأ في علاج مريضه إلى وسيلة معينة لم تصبح بعد من قبيل المعطيات العلمية المكتسبة، وقد يتم ذلك لمصلحة المريض نفسه، إمّا لأنّ المرض قد وصل إلى درجة من التفاقم تعجز معها وسائل العلاج التقليدية عن تخفيف حدة الألم، أو لأنّ الطبيب قدّر أنّ علاجا تمّ اكتشافه حديثا، أو طريقة جراحية جديدة يمكن أن تعطي نتائج أفضل.

ففي مثل هذه الظروف لا يمكن اعتبار العمل علاجيا صرفا، لأنه يتضمّن إلى جانب نية العلاج غاية تجريبية أيضا. وعلى ضوء نتائج التجربة يمكن وضع استنتاجات تتعلّق بمزايا الوسيلة الجديدة وعيوبها، ومجال تطبيقها، وطرق هذا التطبيق... إلخ. وطالما أن الغاية التجريبية لم تكن هي الهدف الأساسي، وطالما أن التدخل الطبي ينطوي على طابع علاجي بالنسبة للمريض، فإن العمل يجرى على تغليب الجانب العلاجي واعتبار التجربة علاجية.[57]

و في الحقيقة فإنه لاتوجد صعوبة في الاعتراف بمشروعية هذا النوع من التجارب الطبية، لأنها تهدف بالدرجة الأولى إلى علاج المريض، وهذه الغاية تكفي بذاتها لإضفاء المشروعية عليها، وهي مرحلة لابد منها قبل التصريح بتعميم استخدام هذا العلاج.[58] وفي التجارب العلاجية تتم المقارنة بين الخطر الذي تتضمنه الطريقة الجديدة (مقارنة بمخاطر الطرق المعروفة) وبين الفائدة الشخصية (المؤكّدة أو المحتملة) التي ستعود على المريض.ولقد أقرّ غالبية الفقه والقضاء مشروعية التجارب العلاجية، بشرط احترام المبادئ القانونية والأخلاقية التي تحكمها، حيث اعتبر الغرض العلاجي والذي يتمثل في قصد الشفاء هو أساس مشروعية هذه التجارب.

وفي مجال الجراحة، فقد أجريت أول عملية إستئصال بنكرياس شخص مصاب بمرض السرطان، وكان ذلك على سبيل التجربة، إلاّ أنّها كلّلت بالنجاح. وفي جراحة القلب نجح الطبيب BAILLY بعد عدة محاولات في توسيع صمامات القلب بعد أن فشل الكثير ممن سبقوه في هذه العملية. وبنفس الطرق التجريبية توصّل الأطباء عبر التاريخ إلى استئصال وإعادة زرع الأعضاء البشرية من أجل المحافظة على حياة الإنسان وإطالتها، فصار من المألوف نقل كلية من شخص سليم إلى آخر مريض ... إلخ. حيث كانت التجربة هي المحرّك الأساسي في نجاح هذا النوع من العمليات، إلى أن أصبحت طرقا علاجية مألوفة في حياة البشر. فالتجربة العلاجية هي ضرورة حتمية لتقدّم العلوم الطبية.[59]

وكأصل عام لايجوز للطبيب أن يختبر أسلوبا جديدا في العلاج عند وجود طرق علاجية متفق عليها بين أهل الطب، خاصة إذا ثبت نجاعة هذه الطرق في العلاج، إذ

يلتزم الطبيب في هذه الحالة باحترام المعطيات العلمية الثابتة، ولا يجوز له مباشرة التجريب مهما كان الغرض الذي يرمي إليه، لأن الإنسان ليس حقلا للتجارب.[60] ولم يتطرق الفقه الإسلامي إلى حكم الشريعة بشأن التجارب الطبية سواء العلاجية أو العلمية، إلاّ أنّ بعض الفقهاء المحدثين استخلصوا مشروعية التجارب العلاجية من بعض الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة، وكذا من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.[61] ومن بين الآيات التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية قوله تعالى:" فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه"[62] وقوله أيضا:"وقد فصّل لكم ما حرّم عليكم إلاّ ما اضطررتم إليه".[63] وغيرها من الآيات القرآنية.ومفاد هذه الآيات أنّ الضرورات تبيح المحظورات، وبأن المريض الذي لم تفلح الطرق المعروفة في علاجه يكون مضطرا لتجريب أدوية وطرق علاجية جديدة.[64] ومن بين القواعد العامة في الشريعة التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية إباحة اللّه عز وجل التداوي من الأمراض. واللّه إذا أباح شيئا أباح الوسائل المؤدية إليه. فإباحة التداوي تبيح بالضرورة استخدام الوسائل المسخرة للتداوي، وقد لايتم معرفة هذه الوسائل والطرق إلا عن طريق التجريب. وبما أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد، وطبقا للقاعدة الشرعية:" حيثما وجدت المصلحة فثمة شرع اللّه"، فإن كل ما يحقق مصالح الناس يعتبر مباحا. ولما كانت التجارب العلاجية تنطوي على هذا المعنى فهي تدخل في نطاق الإباحة.[65]

ثانيا: التجارب العلمية استثناء على شرط الغرض العلاجي

يقصد بالتجارب العلمية التجارب غير العلاجية، وهي:"الأعمال الفنية والعلمية التي يباشرها الطبيب على جسم إنسان سليم أو مريض لا يكون المريض في حاجة إليها وهذا بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض، أو المعالجة الوقائية، أو العلاج."[66]

ولا يجوز أن تتضمن التجربة العلمية أية أخطار جسيمة متوقعة بالنسبة لمن يتحملها، إذ ليس هناك فائدة شخصية تعود على الخاضع للتجربة يمكن المقارنة بينها وبين الخطر الذي يتحمّله.[67] وإذا كانت التجارب العلاجية لا تثير إشكالا من الناحية القانونية والأخلاقية من حيث أساس مشروعيتها، فالأمر يختلف بالنسبة للتجارب العلمية، لأن هذه الأخيرة تجرى على جسم إنسان سليم دون أي غرض علاجي أو تشخيصي، وإنما لغرض علمي بحت. فهذه التجارب إن لم يكن هدفها المباشر هو إنقاذ حياة شخص أو التخفيف من آلامه، فإنها بلا شك تسعى إلى إيجاد العلاج وطرق الوقاية من الأمراض للبشرية جمعاء، فهي وسيلة من وسائل تطور العلم.[68] ولقد انقسم الفقه إلى

اتجاهين بخصوص مشروعية هذا النوع من التجارب: اتجاه أول يؤيد التجارب العلمية ويعترف بمشروعيتها، واتجاه ثاني ينفي أي مشروعية لهذه التجارب.

ويتزعّم الاتجاه الفقهي المؤيد للتجارب العلمية الفقه الأنجلوساكسوني، وجانب من الفقه الإيطالي والفرنسي وغالبية الفقه المصري. ويرى هذا الاتجاه أن تجريم التجارب العلمية تحت ذريعة الحفاظ على مبدأ معصومية الجسد يترتب عليه ركود العلم ووقف التطور، وفيه إضرار بالإنسانية، وسد للطرق في وجه علماء وأطباء لم يبتغوا من تجاربهم سوى خدمة بني جنسهم. فلا يجوز حصر التجارب على الحيوانات، فلا بد من اليوم الذي ينتقل محل التجربة من الحيوان للإنسان لمعرفة آثارها عليه.[69]

وتاريخ الطب عبارة عن سلسلة من الانتصارات التي لم يكن أكثر المتفائلين يتوقعها، وهذا التاريخ لم يأت صدفة، وإنما بعد تجارب وأبحاث. فعلى سبيل المثال فإن عمليات استقطاع الأعضاء ونقلها كان المحرك الأول في نجاحها هو التجربة، والتي أثمرت عن العديد من النتائج من أجل المحافظة على حياة الإنسان وإطالتها.فمؤيدو التجارب العلمية يؤكدون على حتمية التجربة العلمية وضرورتها لتحقيق التقدم في العلوم، فهم يعترفون بمشروعية التجارب والأبحاث العلمية التي يكون هدفها الأساسي تقدم البشرية.ويستندون إلى قاعدة أساسية مفادها أن رضا المجني عليه بوقوع أي اعتداء على جسمه أو ماله يحول دون قيام الجريمة متى لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم، واقترن ذلك بموافقة المجني عليه المستنيرة.[70]

كما أجازت الاتفاقيات الدولية إجراء التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أم علمية لكن وفق ضوابط معينة.[71] غير أن هناك اتجاه فقهي آخر يتزعمه الفقه الألماني، والإيطالي، وجانب من الفقه الفرنسي يرفض التجارب العلمية، حيث يرون بأن إباحة التجارب العلمية فيه تعريض لحياة الأفراد للخطر ومساس بصحتهم وأجسادهم، وطالما أن قصد العلاج ينتفي في هذا النوع من الأعمال الطبية فإن الفعل يخرج من مجال الاستثناء ويعدّ غير مشروع.[72] ويستندون في ذلك إلى انتفاء قصد العلاج فيها، والذي يعتبر في نظرهم شرط أساسي لإباحة المساس بالجسم البشري، ويعتبرون أن رضا المجني لايعدّ سببا لإباحة المساس بسلامة الجسم.[73] ولم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى التجارب غير العلاجية، غير أن بعض الفقهاء المحدثين يقولون بعدم مشروعيتها استنادا إلى بعض الآيات القرآنية منها قول الله عزوجل:" ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة".[74] وقوله أيضا:" ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما."[75] فهاتان الآيتان تدلاّن على تحريم تعريض النّفس للخطر من غير

مصلحة مقصودة شرعا. وبما أن المصلحة في التجارب العلمية غير مؤكّدة وتغلب عليها مظنة الخطر على حياة أو صحة الخاضع لها، فإنه لايمكن تبريرها من الناحية الشرعية. فعنصر الضرورة المشروعة الذي يمكن الاستناد إليه لإباحة تعرّض الشخص للخطر ينتفي في التجارب العلمية، وهو ما يجعلها غير مشروعة.كما استدل هؤلاء الفقهاء على قوله تعالى:"ولقد كرّمنا بني آدم". [76] حيث يرى هؤلاء أن إخضاع الإنساناللتجارب العلمية غير مضمونة العواقب يتنافى مع التكريم الذي خص به الله عز وجل الإنسان، ومن ثمة لايجوز للإنسان أن يمتهن ماكرّمه الله. [77] كما استدل هؤلاء الفقهاء على قوله عز وجل:

" ثم لتسألن يومئذ عن النعيم". [78] على أساس أن تعريض الإنسان نفسه لمخاطر التجارب العلمية نوع من التفريط في النعيم (الصحة)، حيث أن المقصود بالنعيم الوارد في هذه الآية الكريمة هو الأمن والصحة والعافية. [79] ولقد اتفقت التشريعات المقارنة على شرعية التجارب العلاجية، أمّا التجارب العلمية فاختلفت في الاعتراف بشرعيتها. وأجاز المشرع الجزائري إجراء التجارب الطبية وفق ضوابط معينة، حيث نص في المادة 168 مكرر1 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم: 90-17 المؤرخ في: 31 جويلية1990المعدل [80] على مايلي:"ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلّف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب، وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي، مع السهر على احترام حياة الإنسان وسلامته البدنية، وكرامته، والأخذ بعين الإعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي، والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب". وجاء أيضا في المادة 168 مكرر2 فقرة 01:"يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي ...". كما اشترط المشرع الموافقة الحرّة والمتبصّرة للشخص موضوع التجريب أو لموافقة ممثّله الشرعي إن تعذّر ذلك، وذلك في الفقرتين 02 و 03 من نفس المادة، حيث تنص:"... يخضع التجريب للموافقة الحرّة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي.

وتكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة."وعلى هذا الأساس يجب أن يكون رضا الشخص الخاضع للتجربة مسبوقا بإعلام كاف، وصادر عن صاحبه بدون إكراه، غش، أو تدليس. كما أن المشرع الجزائري لم يشترط أيّة شكلية في الموافقة على التجارب الطبية، مما يعني جواز إصدارها شفهيا أو كتابيا. وحسب الفقرة 03 من المادة 168 مكرر 02 فإنه: "يجب أن تستمر موافقة الشخص الخاضع

للتجربة إلى آخر مرحلة منها".وهذا يعني جواز العدول عن الرضا في أية لحظة. في حين نصت المادة 168 مكرر3 على أنه:

" تخضع التجارب التي لايرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 مكرر1 أعلاه". ونص المشرع الجزائري في المادة 168 مكرر4:" لاتبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من المسؤولية المدنية."

يمكن القول إن المشرع الجزائري سار في الاتجاه الذي سارت عليه كثير من دول العالم فيما يخص مشروعية التجارب العلاجية والعلمية، مع مراعاة الشروط المتعلقة بحماية السلامة البدنية للأشخاص الخاضعين للتجارب أباح الطبية، وغيرها من الشروط ذات الطبيعة العلمية. وهو اتجاه يشكر للمشرع الجزائري الأخذ به. فيمكن القول أن المشرع الجزائري أجاز إجراء التجارب العلاجية، أما التجارب العلمية فلم يعترض على إجرائها، لكنه أورد قيدا عليها يتمثل في ضرورة إخضاعها للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، والذي يدرس مدى جواز اللّجوء إليها من عدمه، وهذا طبعا بعد موافقة المتبرع.

إذن فمهمة التوجيه والرقابة بخصوص التجارب الطبية على الإنسان تم إسنادها إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وهو ما يعني أن إجازة التجارب غير العلاجية مرتبط بالرأي المسبق لهذا المجلس وفقا للضوابط العلمية المعمول بها. وبخصوص القواعد الأساسية المنظّمة لكيفية إجراء هذه التجارب، فقد اقتصر تدخل المشرع الجزائري على البعض منها فقط، كشرط الرضا المتبصر، وكذا طبيعة المسؤولية الناتجة عن تضرر الشخص الخاضع للتجربة.غير أن قانون حماية الصحة وترقيتها لم ينص على أي إجراء إداري بخصوص الحصول على الترخيص اللازم لإجراء التجارب الطبية. وهو ما يعني انفراد أهل المهن الطبية بالرقابة المطلقة على هذا النوع من التدخلات الطبية.

الخاتمة

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذات أهمية خاصة وبالغة، وتتطلّب شروطا على قدر كبير من الدقة، وهذه العمليات مازالت تشغل بال مختلف الدوائر الطبية، وكذا فقهاء القانون، والدين في أغلب بلدان العالم، لأنه كلما زادت عمليات الزرع نجاحا زاد الاهتمام بضرورة وضع نظام قانوني متكامل لهذه العمليات. لهذا رأيت تقديم بعض الاقتراحات للاستفادة منها:

-حظر المشرع لنشر الإعلانات بأي وسيلة من وسائل الإعلام التي يكون موضوعها عرض، شراء، أو بيع أي عضو من الأعضاء، مع ضرورة أن ينص على جزاءات جنائية في هذه الأحوال.-النص على وضع بطاقات للتبرع حال الحياة في المستشفيات المسموح لها قانونا القيام بهذه العمليات، لأنّها تسهّل على الأطباء عملية اقتطاع الأعضاء من الشخص المتبرع بعد مماته.-منح تأمين للشخص المتبرع يكون بمثابة تشجيع له في حالة تدهور صحته بعد إجراء العملية.-تدخّل القضاء (رئيس المحكمة، وكيل الجمهورية، أو أي قاضي ينتدبه رئيس المحكمة) كطرف في العلاقة، حتى لا تكون إدارة المستشفى هي الخصم وهي الحكم، لأنّ تدخل القضاء يعدّ ضمانة لكل الأطراف المرتبطة بعملية نقل العضو في حالة المنازعة.

-على المشرع أن يضمّن قوانينه الخاصة بنقل وزرع الأعضاء نصوصا خاصة تحظر نقل واقتطاع الأعضاء التناسلية.-أقترح على المشرع الجزائري تعديل المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها، فلا يجب أن يفرّق بين عديم الأهلية والقاصر، لأنّ القاصر غير المميز هو عديم الأهلية، وعليه أرى أن يضيف المشرع الجزائري كلمة "مميز" إلى جانب كلمة "القاصر".

-كما أرى أن يحمل الشخص بطاقة يقرّ فيها رضاءه لنقل عضو أو أعضاء من جثته بعد وفاته، وتحمل إلى جانب توقيعه توقيع شاهدين، وتختم من أحد القضاة، ومن وزارة الصحة ضمانا لنقل العضو فور حصول الوفاة لأنّها تسهّل على الأطباء عملية اقتطاع الأعضاء من الشخص المتبرع بعد موته.

-إنّ معظم التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري عالجت مسألة الرضا ضمن الإطار العام لعمليات نقل الأعضاء دون أن تفرد للسجناء وللمحكوم عليهم بالإعدام أحكاما خاصة بهم، ولذلك لابد من التّدخل وتنظيم هذه المسألة قانونا.-ضمانا لمنع المتجارة بالأعضاء البشرية لابد أن تستمر الدولة في إشرافها على عمليات نقل وزرع الأعضاء بكامل التراب الوطني، وأن تقوم بتطبيق مراقبة فعّالة على عمليات نقل وزرع الأعضاء بما يضمن عدم الاتجار بها، كما أرى ضرورة تضافر جهود الهيآت والمنظمات الدولية في مجال محاربة شبكات الاتجار بالأعضاء البشرية.

-أرى ضرورة العمل على توعية المواطنين حول جواز التبرع شرعا وتشجيعهم على التكافل والتبرع بالأعضاء التي يمكن أن يستفاد منها في إنقاذ حياة إنسان آخر،وذلك من خلال تكثيف البرامج الإعلامية،والأيام الدراسية والملتقيات الوطنية والدولية للبحث في هذا الموضوع. دون أن ننسى الدور الذي يجب أن تؤدّيه المساجد في توعية الناس بضرورة التبرع بالأعضاء السليمة بعد الموت وفقا لما تسمح به الشريعة

الإسلامية. فينبغي أن تقوم هذه العمليات على مفاهيم ومبادئ أخلاقية وإنسانية، جوهرها حق الإنسان في الرّعاية الصّحية وحقه في الحياة، مع قبول ثقافة التضامن والتبرع لمساعدة المرضى الذين هم في حاجة ماسة للأعضاء وذلك دون مقابل مادي، وهذا بناء على إرادة حرّة وصريحة ومكتوبة، ومسجّلة في إحدى الوثائق الشّخصية الأساسية للمتبرع.

المراجع و المصادر

أولا- باللغة العربية

- افتكار ميهوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، مكتبة شادي، القاهرة، 2006.

- إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة.2009.

- محمد سامي السيد الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2002.

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

- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات العربية المتحدة، النظرية العامة للجريمة، الجزء 01، ط.1998.

-حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975.

- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

- فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، والاعلان، (غير مبين عليه سنة النشر).

- علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

- مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.

- بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النشر حسناوي الجزائر، 2008.

-بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر، (غير مبين عليه سنة النشر).

- علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1992.

- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار صبح للطباعة والنشر، بيروت، 1999.

- محمد عبد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، 1989.

-أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، 1999.

- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

-مأمون عبد الكريم، رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006.

- سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المفرزات الطبية الحديثة، ماجستير، جامعة القاهرة، 2000

- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1952.

- محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.

- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1994.

- شعلان سليمان محمد السيد حمده، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2002.

- حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، 1987.

- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد،

السنة 29، مارس 1959، العدد 01.

- محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، السنة 18، عام 1948، العدد 02.

- سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، 2003، العدد 02.

-محمد صفوت، القصور الكلوي وأعراضه، تقرير إلى ندوة نقل الكلى، منشور في المجلة الجنائية القومية، مارس 1978، العدد 01.

- محمود كامل البور، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، تموز 1981، العدد 02.

ثانيا- باللغة الفرنسية

- Nerson (r), le respect par le médecin de la volonté du malade, mélanges Marty, 1978.

-Carbonnier (j), le droit civil, T1, éd.Thémis.

- Penneau (j), la responsabilité médicale,sirey, paris, 1977.

- Xavier lesegretain, et Stéphanie chassany, la protection juridique de l'hopital, berger levraut, décembre, 1999.

- Jacque moreau، Didier truchet, Droit de la santé publique, D, 5éd, 2000.

- BAUDOUIN (J-L), l'expérimentation sur les humains, Conflit et valeur et référence légale, Xe journée d'études juridiques, Bruxelles, 1982, note 3.

- Peltier, le consentement du patient a l'acte médical, thèse AIX Marseille, 1991.

-PRIEUR (s), la disposition par l'individu de son corps, Les études hospitalières, édition bordeaux, 1999.

- NEFUSSY- LEROY (n),Organes humains, prélèvements, dons, transplantations, Edition Eska, 1999.

-Malherbe (j), médecine et droit moderne, Masson, Lyon, 1968.

- OTTENHOF (r), le droit pénal et la formation du contrat civil, paris, 1970.

- AUBY (j- m), le droit de la santé, P.U.F, 1981.

- Tesson, expérimentation humaine, Réflexions morales, cahiers Laennec, 1952.

- Peltier (l), le consentement du patient a l'acte médical, thèse, AIX Marseille, 1991.

-CHARAFEDDINE (a), droit de la transplantation d'organes, Etude comparée, Thèse paris ll, 1975.

- Manche, la responsabilité médicale du point de vue pénale, Thèse, paris.

- Doll, (P-j), les problèmes juridiques posés par les prélèvements et lesgreffes d'organes en l'état actuel de la législation française, j.c.p, 1968, I.2168, n°4.

- DOLL (p.j, l'aspect moral, religieux, et juridique des transplantations d'organes, Gaz. Pal.1974.

-Pierre (b), le devoir d'information du patient, Cahier des Gestions hospitalières, Mars 2000, N°160.

-SAVATIER (r), les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, 1969, I.2247.

- Delmas (s, h), la responsabilité médicale en matière de thérapeutique médicale face au droit pénal, R.D.P, 1963,1964.

-Auby, la responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme, cahiers Laennec, 1952.

- AUBY (j- m)، la loi du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes soumises à des recherches biomédicales, J.C.P. 1989 – 1 – 3384.

الهوامش

1- Doll, (P-j), les problèmes juridiques posés par les prélèvements et lesgreffes d'organes en l'état actuel de la législation française,j.c.p, 1968, I.2168, n°4.

2- د.إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة: 2009، ص 44.

3- د.سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، 2003، العدد 02، ص 211 وما يليها.

4- محمد سامي السيد الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2002، ص 358.

5- DOLL (p.j), l'aspect moral, religieux, et juridique des transplantations d'organes, Gaz. Pal.1974, 2, P823.

6- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرحال أحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات العربية المتحدة، النظريةالعامة للجريمة، الجزء 01، ط.1998، ص 68.

7-د.جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 82.

8- Xavier lesegretain, et Stéphanie chassany, la protection juridique de l'hopital, berger levraut, décembre, 1999, p.37.- Jacque moreau, Didier truchet, Droit de la santé publique, D. 5éd, 2000, p.261.

9- DOLL (p.j), l'aspect moral, religieux, et juridique des transplantations d'organes,Art.précité, P823.

10- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975، ص113.

11- cour d'appel de paris, 12 Mars 1931, S، 1983 – 1 – 2 129، note,perreu,triciv. Alger. 17 Mars's, 1995. 2.2237.

12- القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ: 16 فيفري1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المنشور بالجريدة الرسمية يوم: الأحد 27 جمادى الأولى 1405هـ الموافق لـ: 17 فيفري 1985، السنة: 22، العدد: 08.

13- BAUDOUIN (J-L), l'expérimentation sur les humains, Conflit et valeur et référence légale, Xe journée d'études juridiques, Bruxelles, 1982, note 3, p183.

14-Peltier, le consentement du patient a l'acte médical, thèse AIX Marseille, 1991, p189.

- فرج صالح الهريش،موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، والاعلان، (غير مبين عليه سنة النشر)، ص 94.

15- القانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ: 20 جوان 2005، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ: 19 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ: 26 جوان 2005، العدد: 44 المتعلق بالقانون المدني المعدل.

16-القانون رقم: 06-22 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ: 24 ديسمبر 2006، العدد: 84.

17- القانون رقم: 09-01 الصادر في: 25 فيفري 2009، المنشور بالجريدة الرسمية المؤرخة بتاريخ: 8 مارس 2009، العدد: 15، المتعلق بقانون العقوبات المعدل.

18 - فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص 95.

-PRIEUR (s), la disposition par l'individu de son corps, Les études hospitalières, éditionbordeaux, 1999, p 307. - NEFUSSY LEROY (n), Organes humains, prélèvements, donstransplantations, Edition Eska, 1999.P 141.

19من حق المريض معرفة مخاطر العمل الطبيأ والجراحي الذي سيخضع له كي يستطيع أن يواز نبين المخاطر المختلفة، ثم يقرر ماإذا كان سيقبل الخضوع لها أملا. فالطبيب المعالج ملزم بإعلام الشخص المستقبل،أو الأشخاص الذي نينوبو ن عنه قانونا بمدى نسبة نجاحا لعملية والأخطار الطبية التي تنجر على ذلك، ويخبره بأن عملي ةزرع العضو له هي الوسيلة الوحيدة لعلاج هو إنقاذ ه من الموت ،كما يبصّره أيضا بالمخاطر المتوقعة وغير المتوقعة لهذه العملية،و يوضّح له طريقة حياته بعد العملية،ويعطيه فكرة عن ظاهرة رفض الجسم للأعضاء الجديدة، كما يمكن أني وضّح له أيضا مدى إمكانية إجراء عملية زرع أخرى في حالة فشل العملية الأولى. علي حسن نية جيدة،التزامات الطبيب في العمل الطبي،دار النهضة العربية،القاهرة، 1992،ص22. ويمكن للطبيب الجراح ألاّيعلم المتلقي بجميع المخاطر المترتبة على عملية الزرع، فهو ليس ملزما بإخطاره بالمخاطر غير المتوقعة، والاستثنائية الوقوع، لأن هذا الزرع لمصلحته، وأيضا للحفاظ على معنويات المريض واستقراره النفسي. فعلى الطبيب أن يبصّر المريض بكل ما يتعلق بمرضه، ومبرراته ذه العملية، وعواقب رفضه الخضوع لها، وكلما يترتب عليها من نتائج حسنة وآثار سلبية، وبالنفقات الاقتصادية للعملية.. .إلخ، وذلك بأسلوب بسيط و واضح يسهل فهمه دو التعرض للتفاصيل الفنية الدقيقة. وإذا رفض المريض إجراء عملية زرعا لعضو له بعد تبصيره، ففي هذه الحالة يجبعل الطبيب أن يعتد بهذا الرفض،ويمتنع عن إجراء العملية إذا رفض المريض إجراءها، خاصة إذا بذلك لجهده في قناعه ب المنفعة التي ستعود عليه منها. د. محمود كاملا لبور،قصور القانون الطبي، مجلةا لحقوق والشريعة، السنة ا لخامسة، تموز 1981، العدد 02،ص 200. ويمكن للشخص أني مارس حق العدو ل فيأي وقت قبل إجراءا لعملية الجراحية التي تستهدف المساس بجسمه، سواء كان هذا الشخص هو المنقول منه،أو المنقول إليه. فالعدول هو عمل إرادي يزيل الأثر القانوني للرضاء الذي صدر من المنقول منه.

-CHARAFEDDINE (a),droit de la transplantation d'organes, Etude comparée, Thèse paris ll,1975, P213. -Malherbe (j),médecine et droit moderne, Masson ,Lyon,1968,p.36.

وتناول المشرع الجزائري شرط الرضا المتبصرف يجانب الشخص المستقبل يالمادة 166 الفقرة 02 من القانون رقم: 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، بنصه:"..ولا يمكن التعبير عن الموافقة إلاّ بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل (المتلقي) أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك. فالمشرع الجزائري لم يفرّق بين المتنازل والمتلقي بالنسبة للرضا ،حيث اشترط ضرورة الحصول على الرضا الحر والمتبصر للشخص الذي سيخضع لهذه العملية، أومن يمثله قانونا إذا كان قاصرا .بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون رضا المتلقي حرّا، أي بعيدا عن كل إكراه من طرف الطبيب، فلا يجوز للطبيب الجراح أن يفرض على المريض إجراء عمليةا لزرع دون الحصول على رضائه حتى ولو كانت حالة المريض الصحية بحاجة ماسة لهذا التدخل الجراحي، وهذا الرضا يجب أن يصدر بعيدا عن أي ضغط عائلي منشأنه التأثير على إرادته. د. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء لبشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، لجزء الأول، الكتاب ا لأول، دار هومة، الجزائر، 2003،ص 253 و مايليها..

CHARAFEDDINE(a),Thèse précitée, P213.

20- لقد أوجب المشرع الجزائري أن يكون رضاء المستقبل في شكل كتابي أمام رئيس المصلحة الطبية التي تجرى فيها عملية الزرع وبحضور شاهدين، وذلك في المادة 166 من القانون رقم: 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نص في الفقرة 01:"...لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثّل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين". وأخذ بهذا الشرط أيضا المشرع المصري وذلك في المادة 07 من قانون تنظيم زراعة الأعضاء، والتي سبق التطرق إليها عند كلامنا على شرط الكتابة في جانب المتبرع.

21-أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 103.

22- تنص المادة 42 من القانون المدني رقم: 10-05 المؤرخ في: 20 جويلية 2005 المعدل للأمر رقم : 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني الجزائري على أنه:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ، أو عته، أو جنون.

ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

23- بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النشر حسناوي الجزائر، 2008، ص 119.- بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر، (غير مبين عليه سنة النشر)، ص 154.

24-"وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة، أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين حسب هذا الترتيب الأولي: الأب، أو الأم، الزوج، أو الزوجة، الابن ،أو البنت، الأخ ،أو الأخت.

وإذا لم تكن للمتوفى أسرة يطلب الإذن من الولي الشرعي." المادة 164 الفقرتين 02 و03 من القانون رقم: 05/85 المؤرخ في: 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

25 - Pierre (b), le devoir d'information du patient, Cahier des Gestions hospitalières, Mars 2000, N°160, p.210.

26- علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1992، ص 86.

27-جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 240.

28- المادة 52 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في:06 جويلية 1992 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 08 جويلية 1992، العدد: 52، ص 1419.

29- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار صبح للطباعة والنشر، بيروت، 1999، ص 177 -178.

30-أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، 1999، ص 59.

31-SAVATIER (r), les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, 1969, I.2247.

32- د.محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 572.

33-د. طارق سرور، المرجع السابق، ص 178.

34- الندوة العلمية حول " نقل وزرع الأعضاء واستئجار الأرحام والاستنساخ ومدى شرعيتها" بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، لبنان، المنعقدة أيام: 12-14سبتمبر 2000.

35-قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 99 لسنة 1402هـ على الموقع: www.ksu.edu.sa/sites/colleges/arabic.

36-أحمد حماني، المرجع السابق، ص451.

37-عمليات زرع الأعضاء، مقال منشور بجريدة الشروق (الجزائر)، يوم: الأربعاء 03 ديسمبر2008، العدد: 2472، ص19.

38- MALHERBE (j), Op. Cit, p 40.

39- يذهب جانب من الفقه إلى جواز بيع الأعضاء البشرية، واستندوا على ما يلي:- إن القانون المدني أقر بمشروعية البيع، ونظم كافة جوانبه وآثاره، فلا مجال بعد ذلك للقول بأن هذا الإقرار والتنظيم لعقود البيع ينصرف إلى الأموال فقط، ولا يجوز أن تدخل الأشياء ومنها أعضاء الجسم في دائرة التعامل.-إن عملية نقل وزرع الأعضاء تحقّق مصلحة صحية وواقعية للمتلقي بالدرجة الأولى، أما الشخص المنقول منه العضو فيكون دائما عرضة للمخاطر أثناء وبعد إجراء العملية، وبالتالي فإنه يكون جديرا بالرعاية والحماية التامة، والتي لا تتحقق إلاّ بالتأمين عليه لضمان عدم معاناته ماديا ومعنويا. -لا أثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحا، لأنّ هذا الثمن يكون مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، وأنّ بيع العضو المزدوج كالعين، أو الكليتين لا يتنافى مع الكرامة

الإنسانية، بل على العكس يتضمّن معاني إنسانية، أوّلها حماية إنسان مهدد بخطر الموت. د. سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 180-181.- د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 154.

40- MALHERBE (j), Op. Cit, p 40.

41- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1994،ص 496. - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 62.

42- د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص 184.

43- Marie garand -Farid hellal -Anne-Marie sauve. Est-ce que le trafic d'organes est unmarche ?

مقال منشور على الموقع التالي: http/zonecours.hec.ca/documents/A2006.

44- مهند صلاح أحمد فتحي العزة،الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 155 وما يليها.

45- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 82 وما يليها.

46-الندوة العلمية حول نقل وزرع الأعضاء واستئجار الأرحام والاستنساخ ومدى شرعيتها، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، لبنان، المنعقدة أيام: 12-14 سبتمبر2000.

47- عبد الله البسام، زراعة الأعضاء الإنسانية في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي (1)، 1408هـ/ 1987م، ص 13 وما يليها.

48- MALHERBE (j), op. Cit, p 39.- DOLL (P-j), op. Cit, P 83 .

49- أحمد محمود ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 19.

50- د.افتكارميهوبدبوانالمخلافي، المرجع السابق، ص 253.

51-يلتزم الطبيب قبل إجرائه لعملية نقل العضو القيام بكل الفحوص والتحاليل الطبية لكل من المتبرع والمستقبل للتأكد من خلو المتبرع من الأمراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة وحياة المتلقي بعد النقل، ومدى إمكانية انتفاع المتلقي بالعضو المنقول، وأنّ هذا النقل لن يعرّض حياة المتبرع للخطر، وإن رأى الطبيب غير ذلك فلا ضرورة لإجراء هذه العملية.مأمون عبد الكريم، رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 508. ومن الأفضل أن يكون المتبرع قريبا للمريض قرابة من الدرجة الأولى أو الثانية كي لا يتعرّض المريض لعملية رفض العضو المزروع، دون أن ننسى ضرورة أن تكون الحالة النفسية لأطراف العملية في حالة هدوء واستقرار. إضافة إلى ذلك يجب على الطبيب الجراح قبل إقدامه على عملية النقل أن يتأكّد من توافق أنسجة المتلقي والمتنازل للعضو، لأنّ هذا التوافق هو من أهم العوامل الأساسية في نجاح هذه العملية، لأنّه يوجد تقريبا أكثر من خمسة ملايير شخص في العالم لكلّ منهم نسيج بروتيني يختلف على الآخر.محمد صفوت، القصور الكلوي وأعراضه، تقرير إلى ندوة نقل الكلى، منشور في المجلة الجنائية القومية، مارس 1978، العدد 01، ص 146.

- OTTENHOF (r), le droit pénal et la formation du contrat civil, paris, 1970, p21 et s.

وقبل إجراء الطبيب لعملية نقل الأعضاء عليه أن يتأكّد من أنّ كلا من المتنازل والمتلقي في حالة صحية تسمح لهما بالخضوع لهذه العملية. وحسب ما أوردته الإحصائيات في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فإنّ نسبة نجاح هذه العمليات تختلف حسب سن كل من المتنازل والمتلقي للعضو، لهذا اشترط الأطباء ألاّ يقل سن كل من المتبرع والمتلقي للعضو عن 10 سنوات وأن لا يتجاوز 50 سنة، لأن نسبة نجاح العملية تكون مرتفعة في هذا الحد. غير أن ذلك لا يمنع من إمكانية إجراء هذه العمليات للمرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن ذلك.مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 138.

52- د. محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص 297، 300.

53-جريدة أخبار اليوم (مصر)، الصادرة بتاريخ: 1997/06/07، ص 04.

54-د. يوسف القرضاوي، تبرع المسلم بأحد أعضاء جسمه، رؤية فقهية، جريدة الأحداث (الجزائر)، الصادرة يوم: الاثنين 2009/07/13، ص 17.

55 - Delmas (s،h), la responsabilité médicale en matière de thérapeutique médicale face au droit pénal, R.D.P, 1963, 1964. – Auby,la responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme, cahiers Laennec, 1952.- AUBY (j- m), la loi du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes soumises à des recherches biomédicales, J.C.P. 1989 – 1 – 3384.

56- د.مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص694.

57- AUBY (j- m), le droit de la santé, P.U.F،1981, p.449-450.- Peltier (l), le consentement du patient a l'acte médical، thèse, AIX Marseille,1991, p.40.

58- د.جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 312.

59 -د.محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 131.

60- AUBY (j- m), la responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme, op cit, p.26.-Dierkens, op cit, P.122. – Manche, la responsabilité médicale du point de vue pénale، Thèse, paris,1913, p.221 ets – Tesson, expérimentation humaine, Réflexions morales, cahiers Laennec, 1952, P.163.

61- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 703.

62- سورة البقرة، الآية 173.

63 -سورة الأنعام، الآية 119.

64-د.مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 704.

65-د.شعلان سليمان محمد السيد حمده، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص 705.

66- د.شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص 606.

67- د.جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 406.

68- سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المفرزات الطبية الحديثة، ماجستير، جامعة القاهرة، 2000، ص 329، 330.

69- د.حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، 1987، ص 47.

70-د.مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 707. -د.محمد عبد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، 1989، ص 660

71- لقد أصدرت الجمعية الطبية العالمية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964، وأكّدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو سنة 1975 مبادئ وقواعد متعلّقة بإجراء التجارب الطبية على الإنسان، وتعتبر هذه المبادئ والقواعد بمثابة قانون أخلاقي يتعيّن على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان. ولقد ميزت هذه الجمعية الطبية بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية في إعلاني هلسنكي وطوكيو على النحو التالي:أ-التجارب العلاجية: أكّدت الجمعية الطبية العالمية أن الطبيب حر في اختيار أفضل الوسائل والطرق العلاجية التي يعتقد أنها الأفضل لصالح مريضه. وعلى هذا الأساس يجوز له أن يجرّب طريقة تشخيصية أو علاجية جديدة، غير أن ذلك مقيّد بالشروط التالية:-من حق المريض أن يستفيد من أفضل الوسائل المتاحة في التشخيص والعلاج، حيث يتعيّن على الطبيب تحت مسؤوليته أن يوازن بين الفوائد والأخطار أو الأضرار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق التشخيصية والعلاجية التي استقر عليها العمل لدى أهل المهنة، واختيار أفضلها.-إذا رأى الطبيب أنه ليس من الضروري الحصول على الموافقة المستنيرة للمريض الذي يراد إشراكه في التجربة العلاجية، يتعين أن يتضمّن بروتوكول التجربة أسباب ذلك، ويبلّغ إلى اللجنة المستقلة.-من حق المريض رفض الاشتراك في التجربة الطبية دون أن يؤثر ذلك على علاقته مع الطبيب الباحث.-لايجوز المزج بين علاج المريض والبحث العلمي لغرض اكتشاف معارف طبية جديدة، إلا إذا كان الغرض من هذا البحث هو إجراء التشخيص أو العلاج المحتمل للمريض الخاضع للتجربة.ب-التجارب العلمية: لقد أجاز إعلاني هلسنكي، وطوكيو التجارب غير العلاجية على الإنسان، ولكن بشروط معينة وردت كالتالي:-وجوب الحصول على الرضا المستنير للشخص الخاضع للتجربة بعد إخطاره بكل المخاطر المتوقعة والمحتملة في هذا النوع من التجارب.-وجوب ترجيح مصلحة الفرد الخاضع للتجربة في الصحة والعافية عن كل مصلحة أخرى علمية كانت أم إجتماعية.- وجوب أن يكفل الطبيب حماية وصحة الخاضع للتجربة، ويجب إيقاف التجربة إذا اكتشف القائم عليها أن الاستمرار فيها يشكّل خطرا على الفرد الخاضع لها.د.مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 731 وما يليها.

72 - د.محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 493.

73- Auby, la responsabilité civile et pénale, op cit, p. 26.

74-سورة البقرة، الآية: 195.

75- سورة النساء، الآية: 29.

76- سورة الإسراء، الآية: 70.

77- د.مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 714.
78- سورة التكاثر، الآية: 8.
79- ابن كثير، الجزء الرابع، ص 547.- القرطبي، الجزء الرابع، ص 176.
80-القانون رقم: 90-17 المؤرخ في: 31 جويلية 1990المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 35 الصادرة بتاريخ: 15 أوت 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.