



المركز الجامعي صالحى أحمد النعمامة  
معهد الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



## الإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه نظام "ل.م.د" حقوق

تخصص قانون مدني

تحت إشراف

أ.د: سمغوني زكريا

إعداد الطالب:

بن ميلود براهيم

### أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
عمراني كمال الدين	أستاذ	المركز الجامعي صالحى أحمد النعمامة	رئيسا
سمغوني زكريا	أستاذ	المركز الجامعي صالحى أحمد النعمامة	مشرفا
العيفاوي صبرينة	أستاذة محاضرة "أ"	المركز الجامعي صالحى أحمد النعمامة	مشرفا
كبير يحي	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي صالحى أحمد النعمامة	ممتحنا
بن أحمد الحاج	أستاذ	جامعة مولاي الطاهر سعيدة	ممتحنا
بن عيسى أحمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة مولاي الطاهر سعيدة	ممتحنا
دريال محمد	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي صالحى أحمد النعمامة	ممتحنا

الموسم الجامعي: 2023-2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمَنْ أٰخِيَاہَا فَكَأَنَّمَا أٰخِيَا النَّاسِ جَمِيعًا﴾

من الآية 32 من سورة المائدة من القرآن الكريم.

## شكر وعرفان

الحمد والشكر لله عز وجل، الذي أعانني

على انجاز هذا العمل المتواضع

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير

لأستاذي الفاضل سمغوني زكريا المشرف على هذه الأطروحة وإلى

الأستاذة المحترمة العيفاوي صبرينة المشرفة المساعدة، جزاهما الله كل

خير على مرافقتي وتوجيهي في هذا العمل.

والشكر موصول إلى الأساتذة الكرام، أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ عمراني

كمال الدين والأستاذ كبير يحي والأستاذ دربال محمد عن المركز الجامعي

صالحي أحمد النعامة، والأستاذ بن أحمد الحاج

والاستاذ بن عيسى أحمد عن جامعة مولاي الطاهر سعيدة، والذين

شرفوني بقبولهم مناقشة هذا العمل،

وأشكر وأقدر كل أستاذ ومعلم طيلة مسيرتي العلمية.

إهداء

أهدي هذا العمل

إلى من ربياني صغيرا " أمي و أبي " حفظهما الله ورعاهما وأطال بعمرهما.

إلى سندي في الدنيا وشريكة حياتي " زوجتي "

إلى فلذات كبدي، ومؤنساتي الغاليات "سارة، ماريا، و زينوبة "

والى جميع أفراد أسرتي وأقاربي وأصدقائي.

## قائمة المختصرات

ص: الصفحة

ع: العدد

ط: الطبعة

ج: الجزء

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ج.ر: الجريدة الرسمية

P : page

N° : numéro

J.o : journal officiel

## قائمة الجداول:

**جدول رقم 1:** تجارب أنظمة التبرع بالأعضاء المتوفين في بعض الدول

# مقدمة

### مقدمة

الإنسان هو كل كائن عاقل ذو إرادة، وهو الشخص الطبيعي الذي تثبت له الشخصية القانونية باعتباره كائنا اجتماعيا متميزا تشرع القواعد القانونية لتنظيم وتسيير شؤونه، ويصلح أن يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات.

وتقسم حقوق الأشخاص إلى عدة تقسيمات، فمنها الحقوق السياسية التي تقتصر على المواطنين دون الأجانب، ناتجة عن العلاقة بين الدولة والمواطن كحق الانتخاب وحق الترشح وتولي المناصب العامة، ومنها حقوق مدنية والتي تنشأ عن العلاقة بين الأفراد بعضهم ببعض أو بين الأفراد والدولة أو إحدى مؤسساتها حينما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص، وبدورها تتضمن الحقوق المدنية حقوق خاصة وحقوق عامة، هذه الأخيرة هي حقوق لصيقة بالشخص تثبت له بمجرد اعتباره إنسانا وتعرف بحقوق الإنسان، فهي حقوق يتمتع بها جميع البشر مهما كانت جنسيتهم أو موطنهم أو دينهم أو لغتهم، لصيقة بذات الإنسان تتعلق بكيانه المادي والمعنوي، وهي متنوعة ومتعددة كالحق في الحياة، الحق في الغذاء، الحق في التعليم، والحق في الصحة.

ويقف في مقدمة الحقوق المتعلقة بكيان الإنسان حقه في الحياة وفي سلامته البدنية أو الجسمية (الحق في التكامل الجسدي)، حيث يعتبر جسم الإنسان ذو أهمية كبيرة في مختلف المجتمعات والثقافات والديانات، فللفرد الحق في الحفاظ على سلامته الجسدية والنفسية وحرية والأمان على شخصه في حياته، وله حرمة جثته وكرامته بعد الوفاة، وذلك استنادا إلى القيم الإنسانية والأخلاقية والاعتبارات الدينية، فالجسم البشري ليس مجرد آلة بيولوجية، بل هو أساس الكيان الفردي للإنسان، ولهذا يستوجب احترامه وحمايته قانونيا من أي تجاوز أو اعتداء.

غير أنه لدواعي علاجية، فإن مختلف المجتمعات تجيز الأعمال الطبية على جسم الإنسان المريض مع تنظيم هذه الأعمال بما يتماشى مع معايير ترخيص الممارسة الطبية والرعاية والسلامة الصحية والمسؤولية المهنية، إضافة الى رضا المريض بهذه الأعمال، لكن في كثير من الحالات ورغم تطور الأعمال والأبحاث الطبية عجز العلم الطبي عن تقديم حلول علاجية لبعض المرضى ممن توقف عمل أحد أعضائهم أو انسجتهم إلا من خلال اللجوء الى زرع عضو أو نسيج مماثل له من انسان آخر أو من جثة متوفي حديثا، عن طريق استحداث ما يسمى بعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

وتعتبر عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية عملا إنسانيا هاما لإنقاذ حياة الأشخاص المرضى المحتاجين من خلال إجراء عمليات جراحية يتمكن بها الأفراد بإرادتهم الحرة من التبرع بأعضائهم أو أنسجتهم أثناء حياتهم أو بعد وفاتهم، في سبيل انقاذ انسان آخر، ومن الجدير هنا أن نميز بين هذا النوع من التبرع عن بعض التدخلات الطبية الأخرى مثل عمليات نقل بعض الأنسجة من والى الشخص نفسه، فهو نقل ذاتي يقتصر على بعض الأنسجة، وعمليات نقل الأعضاء والأنسجة من مصدر حيواني والتي لا يمكن ان تدخل في نطاق التبرع الإنساني، فلا نستطيع ان نصف نزع وزرع عضو أو نسيج حيواني بانه تبرع، فالحيوان لا يملك ارادة حرة، ونميز كذلك التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية عن عمليات زرع الأعضاء الاصطناعية فمصدرها اصطناعي ليس انساني، كما نميزه عن التلقيح الاصطناعي ونقل الدم البشري فكلاهما يتم عن طريق نقل مادة بشرية متجددة من جسم انسان لإنسان اخر، بينما التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية عمل ارادي يتم من خلاله موافقة المتبرع على عملية جراحية لنزع عضو او نسيج من جسمه حال حياته او بعد وفاته لزرعها في جسم انسان مريض محتاج له.

وأمام العدد الكبير من المرضى المحتاجين لزراع أعضاء وأنسجة، ومحدودية مجال استعمال الأعضاء والأنسجة ذات المصادر الأخرى (النقل الذاتي، المصدر الحيواني، الأعضاء الاصطناعية، التلقيح الاصطناعي ونقل الدم البشري)، أصبح هذا الوضع يمثل عائقا وتحديا في سبيل شفاء المرضى، وأصبحت عمليات التبرع بأعضاء وأنسجة بشرية الحل الأخير للشفاء والعودة الى ممارسة حياتهم، غير أن نقص عدد المتبرعين والمقبلين على منح اعضائهم وانسجتهم سواء حال حياتهم او بعد وفاتهم حال دون تحقيق ذلك في عديد الحالات، خاصة وأن عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية أثارت ولازالت تثير عدة اشكالات قانونية وفقهية نظرا لأبعادها الدينية والاخلاقية والاجتماعية.

ويدوره يثير حق الإنسان المتبرع في سلامته الجسدية عدة تساؤلات حول أساس مشروعية هذا التبرع والتصرف في جسم انسان سليم، حيث لا يمكن تصنيف المتبرع كمريض يمارس عليه عمل طبي بهدف تحقيق مصلحة علاجية، كما أن موافقته لا يمكن اعتبارها مثل موافقة المريض على الأعمال الطبية، مما يطرح التساؤل حول دور إرادته ورضاه بالتبرع بعضو أو نسيج من جسمه السليم، وحول مدى حرите في هذا التبرع، كما يثير نزع أعضاء او أنسجة منه بعد وفاته عدة اشكالات حول الاعتداء على حرمة الجثة وحول تحديد لحظة الوفاة ومعاييرها، وعلى كيفية الحصول على موافقة انسان ميت.

ومن هذا المنطلق بذلت مختلف الدول والمنظمات عدة جهود لتنظيم التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وإيجاد الحلول القانونية لزيادة عدد المتبرعين، حيث اجتهدت مختلف التشريعات بما فيها توجيهات منظمة الصحة العالمية في تنظيم الإطار القانوني الذي يحكم أشكال وأنظمة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية حال الحياة وبعد الوفاة، وفي هذا الشأن تم وضع واستحداث عدة قوانين وتوصيات لتنظيم

## مقدمة

عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وضمان احترام الحقوق والأخلاقيات المتعلقة بهذا النوع من التبرع، مع ضمان سلامة وأمان جميع الأطراف المتدخلة، من المتبرعين والمتلقين والجهات القائمة على هذه العمليات.

وتظهر أهمية دراسة هذا الموضوع كون محل التصرف (التبرع بالأعضاء والأنسجة) هو جسم الإنسان بما له من خصوصية وحماية، خاصة في ظل جهل الكثير من المواطنين بالأنظمة والتشريعات المنظمة لعمليات التبرع وانتشار ظاهرة المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية وسرقتها بإرادة المتبرع أو بدون إرادته من خلال استغلال وضعيته ومركزه، أو إكراهه أو تدليس، وانعكاسات هذا التصرف على حق الإنسان في الحياة وفي تكامله الجسدي من جهة، وحق المريض في العلاج من جهة أخرى، ولذلك نحاول أن شرح أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وتوضيح طريقة موافقة المتبرع وحدود حريته والتعبير عن إرادته ومدى الاعتداد بها حال حياته ولما بعد وفاته، بما فيه دور أسرته في الموافقة على نزع أعضائه وأنسجته في ظل الإطار القانوني الذي ينظم ويضبط عمليات نزع وزرع هذه الأعضاء والأنسجة في مختلف التشريعات والقوانين، وكيفية تعاطي الفقهاء والباحثين مع هذا الموضوع.

حيث نهدف من خلال هذه الدراسة إلى إبراز الآليات القانونية الممكنة لتنظيم التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية والحلول المعتمدة لزيادة عدد المتبرعين بها وتحليل وتقييم هذه الآليات والحلول من حيث احترامها واعتدادها بالإرادة الحرة والمستتيرة للمتبرع لضمان عدم الاعتداء غير المشروع على جسد الإنسان وجثته وعدم المتاجرة بأعضائه وأنسجته عن طريق تحديد أشكال التبرع بالأعضاء والأنسجة حال الحياة وأنظمة التبرع بعد الوفاة، وإبراز طريقة الموافقة فيها والشروط والقيود المفروضة على حرية إرادة المتبرع وجزاء عدم الاعتداد بها.

ويعود اختيار موضوع هذا البحث الى دوافع ذاتية ترجع أساسا الى تخصصي في القانون المدني، حيث تعد الارادة عنصر اساسي في دراسة القانون المدني، بالإضافة الى تحفيزات استاذي المشرف على الأطروحة، وكذلك الى دوافع موضوعية تتمثل في المساهمة في توضيح الآليات القانونية لزيادة عدد المتبرعين بالأعضاء والأنسجة البشرية في ظل زيادة عدد المرضى الذين هم بحاجة الى زرع هذه الأعضاء والأنسجة كحل اخير ووحيد لعلاجهم والا واجهوا خطر الموت، وابرار مدى احترام مختلف التشريعات لإرادة الإنسان المتبرع.

في هذا الاطار توجد عدة دراسات سابقة أضافت قيمة علمية كبيرة ووضحت عدة جوانب في موضوع التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، من خلال معالجة الشروط والضوابط الخاصة بعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ودراسة جرائم الإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية والمسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومعظمها طرحت قبل التعديلات الكبيرة التي مست انظمة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ولم تناقش التشريعات المعدلة التي استجابت للمبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية، كما ان بعض الدراسات عالجت الموافقة من جانب المتبرع ومن جانب المريض، وركزت على هذا الجانب الاخير الذي لا يثير اشكالات قانونية حديثة فهو ينطبق عليه ما ينطبق على رضا المريض بالأعمال الطبية بصفة عامة، كما ان بعضها عالج موضوع التبرع بين الأحياء كجزئية او التبرع من المتوفين فقط كجزئية أخرى، بينما دراستنا ركزت على ارادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، حال الحياة ولما بعد الوفاة، كما أحاطت بالموضوع وفق التشريعات الحديثة والمعدلة.

من خلال هذا التقديم يمكننا طرح إشكالية أساسية تتمثل في:

ما مدى نجاعة الانظمة القانونية في التعامل مع مسألة الإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية؟

ويتفرع عن هذه الاشكالية التساؤلات التالية:

ماذا نقصد بالإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية؟ وكيف نظمت مختلف التشريعات والقوانين أحكام هذا التبرع في حياة المتبرع وبعد وفاته؟ وهل الإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية تخضع لنفس تنظيم الإرادة في التبرع في القواعد العامة؟ وماهية القيود القانونية المفروضة على ارادة المتبرع بأعضائه وانسجته؟

طبيعة الدراسة فرضت اعتماد عدة مناهج، حيث تم العمل بالمنهج الوصفي من خلال وصف الموضوع محل البحث من الناحية القانونية والطبية، كما تم الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل وتفسير مختلف النصوص القانونية المعالجة لموضوع الدراسة في قانوني الصحة والعقوبات الجزائيين، ومدونة الاخلاق الطبية مع توظيف المنهج المقارن في بعض الجوانب من بين قوانين وتشريعات بعض الأنظمة.

وللوصول إلى أهداف البحث والإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المطروحة تم

وضع خطة تعتمد على تقسيم الموضوع إلى فصل تمهيدي وبابين:

الفصل التمهيدي نوضح فيه الإطار المفاهيمي للإرادة بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، وتم تقسيمه إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول الى الإرادة وضرورة التعبير عنها، وفي المبحث الثاني الى عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ومشروعية وأساس إباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

أما الباب الأول نخصه لإرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية حال حياته، وتم تقسيمه إلى فصلين: الفصل الأول درسنا الإرادة الحرة والسليمة للمتبرع الحي بالأعضاء والأنسجة البشرية من خلال نطاق التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء وطبيعته القانونية ووجود هذه الإرادة، أما الفصل الثاني درسنا التعبير عن ارادة المتبرع الحي وجزاء الاخلال بسلامتها بتوضيح كيف يتم هذا التعبير، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بسلامة إرادة المتبرع الحي.

## مقدمة

---

ويتناول الباب الثاني إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لما بعد الوفاة، وتم تقسيمه إلى فصلين: الفصل الأول تناولنا فيه مسألة التأكد من وفاة المتبرع والطبيعة القانونية للتبرع بأعضائه وأنسجته، وفيه بينا كيفية اثبات حالة الوفاة، والطبيعة القانونية لتبرع المتوفي بأعضائه وأنسجته، أما الفصل الثاني فخصص لنظام التعبير عن إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة بدراسة نظام الموافقة الصريحة ونظام الموافقة المفترضة.

وانتهى البحث بخاتمة تضمنت النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.



**فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع  
بالأعضاء والأنسجة البشرية**

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

### تمهيد وتقسيم:

التبرع هو العطاء بدون مقابل، وهو التصرف الذي يلتزم من خلاله أحد أطرافه اتجاه الآخر لمصلحة هذا الأخير، دون أن يستفيد من أي منفعة منه، وقانونا التصرفات التبرعية كغيرها من تصرفات المعاوضة تشترط وجود ركن الرضا الذي جوهره الإرادة، وركني المحل والسبب، إضافة إلى الشكلية في بعض العقود، فالتبرع تصرف إرادي، والإرادة عنصر أساسي فيه، ويكون إما عقداً أو تصرفاً بالإرادة المنفردة، ومعظم التشريعات عالجت التصرفات التبرعية في قوانينها الأساسية في عقود مسماة، كالهبة والوصية، غير أنه لا توجد نظرية عامة للتصرفات التبرعية يعتد بها القانون<sup>1</sup>، يمكنها أن تعالج جميع أعمال التبرع خاصة المستجدة، والتي منها ما يكون محلها عضو أو نسيج من جسم الإنسان متمثلة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، وعليه سنتطرق في هذا الفصل لمفهوم الإرادة و كيفية التعبير عنها ثم لمفهوم عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ومشروعيتها ولهذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول الإرادة وضرورة التعبير عنها أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

---

<sup>1</sup> خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، ص 322.

## المبحث الأول: الإرادة وضرورة التعبير عنها

الإرادة ظاهرة نفسية كامنة نابعة من حرية الإنسان في اتخاذ قرار أو موقف، والقانون لا يعتد بها إلا إذا كانت إرادة جدية صادرة من شخص مؤهل قانوناً ويتم التعبير عنها وإظهارها.

### المطلب الأول: الإرادة ومبدأ سلطان الإرادة

الإرادة وإن كانت ظاهرة نفسية فالقانون ينظر إلى مدى جدية صاحب التصرف وانصراف إرادته لإحداث آثار قانونية، وسلامتها من أي عيب يشوبها، والتي يكشف عنها بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة، أو بأية وسيلة أخرى، لكن قد يتعارض مدلول ما في نفسه (الإرادة الباطنة) مع ما كشفه (الإرادة الظاهرة)<sup>1</sup>، واستناداً على مبدأ سلطان الإرادة فإن كل الالتزامات وما يترتب عليها من آثار ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة الواعية، غير أنه بتطور المجتمعات فرضت عدة قيود على هذا المبدأ تحد من هذه الحرية.

### الفرع الأول: الإرادة الجدية الخالية من العيوب

لا يمكن للقانون أن يضع اعتباراً للإرادة إلا إذا صدرت من شخصية مؤهلة قانوناً (أهلية الأداء) وتريد إحداث آثار قانونية، وتكون سليمة من العيوب.

#### أولاً: الشخصية القانونية المؤهلة

الشخصية القانونية هي صلاحية الكائن لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وتنقسم لأشخاص طبيعية وأشخاص اعتبارية.

<sup>1</sup> مزهر بن محمد بن ظافر القرني، الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة العدل، العدد الثالث، جامعة الإمام بن محمد بن سعود الإسلامية، رجب، 1999.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

تبدأ الشخصية الطبيعية التي هي شخصية الإنسان بولادته حيا، وتنتهي بوفاته، كما تبدأ حقوق الجنين في بطن أمه بشرط ولادته حيا<sup>1</sup>، وتكون للشخص الطبيعي أهلية الأداء ومنه أهلية التعاقد، بامتلاكه إدراك وتمييز بين مختلف الأمور، حيث أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها<sup>2</sup>.

وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة جميع التصرفات القانونية بنفسه، ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هنا هو العقل والتمييز، أي وجود الإرادة الواعية المدركة لجميع ما يقوم به الإنسان من أفعال وتصرفات قانونية، والتي لا يعتربها عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، أو مانع من موانعها وهي العاهة المزوجة، الغيبة، الحكم بعقوبة جنائية<sup>3</sup>.

ونميز هنا الشخصية الطبيعية عن الشخصية الاعتبارية حيث أن هذه الأخيرة هي كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية، وتتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، مثل الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية الإدارية، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات، والوقف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 25 من القانون المدني الجزائري (ق م ج) على أنه "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"، الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر. 1978، 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مارس 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، 13 مارس 2007.

<sup>2</sup> نصت المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أن " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

<sup>3</sup> قضى المجلس الأعلى، الغرفة المدنية بتاريخ 29 جوان 1986 تحت رقم 43476 بأنه من المقرر قانونا أن المحكوم عليه بالحجز القانوني، يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية.

<sup>4</sup> انظر المادتين 49 و50 من القانون المدني الجزائري.

## ثانيا: الانصراف لإحداث آثار قانونية

المشروع لا يعتد إلا بإرادة الشخص الراغب في إحداث آثار قانونية، ويقصد بذلك أن تصدر من شخص يكون أهل للتعاقد، والذي يسعى من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر، أو اكتساب حقوق على الغير، أو التنازل على حقوق مكتسبة، ومن هذا المنطلق فإن القانون لا يعتد بالإرادة الصورية، ولا بالإرادة المتعلقة بمحض المشيئة، ولا بإرادة الهازل، ولا حتى بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني<sup>1</sup>، لأن كل هذه الصور ليست فيها رغبة لإحداث آثار قانونية.

## ثالثا: سلامة الإرادة من العيوب

إرادة المتعاقد أو الملتزم بتصرف معين يجب أن تكون إرادة حرة، لا يشوبها أي عيب يؤثر في وجودها أو يجعلها تتحرف عن الغرض الذي قصدته، فتصبح إرادة غير سليمة، وتكاد تجمع التشريعات ومنها التشريع الجزائري في تحديد هذه العيوب وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال "المواد من 80 إلى 91 من القانون المدني الجزائري" وتسمى هذه العيوب في الفقه الإسلامي بشوائب الإرادة<sup>2</sup>.

### 1- الغلط:

الغلط هو الاعتقاد بصحة ما ليس بصحيح أو بعدم صحة ما هو صحيح، وهو عبارة عن وهم تلقائي يقع فيه المتعاقد عندما يبرم تصرف يجعله يتصور الشيء

<sup>1</sup> علي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقود، دار موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013، ص ص 104-102.

<sup>2</sup> شوائب الإرادة أو الرضا في الشريعة الإسلامية هي: الإكراه، الخلابة، الغلط واختلال التنفيذ، أكثر تفصيل أنظر سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، ماجستير الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص 51-78.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

الذي تعاقد عليه على غير حقيقته<sup>1</sup>، ويسمح القانون لمن وقع فيه أن يطلب إبطال التصرف عندما يبلغ الغلط حدا كافيا من الجسامة (غلط جوهرى).

ويكون الغلط غير مؤثر إذا كان الغلط في صفة غير جوهرية، بينما الغلط المانع الذي يبطل العقد بطلانا مطلقا هو الغلط الذي يعدم الإرادة، ويكون في ماهية العقد، أو في ذاتية محل الالتزام، أو في سبب الالتزام، أما الغلط المعيب للرضا الذي يبطل العقد بطلانا نسبيا، يكون في حالتين هما الغلط في مادة الشيء، والغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار، كما يوجد كذلك الغلط في القانون ويكون مبطلا للعقد متى استوفى شروط الغلط الجوهرى<sup>2</sup>.

لقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الذاتي في تقدير الغلط الجوهرى حيث يرجع إلى ظروف المتعاقد الشخصية فيجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله، ويكون الغلط جوهريا حسب القانون المدنى الجزائرى إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، حيث بين انه يمكن إبطال العقد إذا كان الغلط جوهريا ويكون كذلك متى كان جسيما وبضيف أنه يكون جسيم متى يتمتع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط<sup>3</sup>.

### 2- التذليس

التذليس عبارة عن طرق احتيالية غير شريفة، ويستعملها المتعاقد عند إبرام العقد، تدفع بالمتعاقد معه إلى إبرام ذلك العقد وقد توهم الشيء على غير حقيقته، حيث يلاحظ في تعريف التذليس أنه علة لعيب الغلط أو هو توهم لكن يكون مستثارا، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع المتعاقد، ويجوز إبطال العقد للتذليس إذا

<sup>1</sup> عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص 5.

<sup>2</sup> على فيلالى، المرجع السابق، ص 180 و 181.

<sup>3</sup> أنظر في المادتين 81 و 82 من القانون المدنى الجزائرى.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد أو النائب عنه بلغت من الجسامة بحيث لولاها لما أبرام الطرف الثاني العقد، ويكون التدليس قولاً أو فعلاً ومن شروطه استعمال الحيلة بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، وأن تكون الحيلة مؤثرة<sup>1</sup>.

### 3- الإكراه

الإكراه هو ضغط غير مشروع بوسائل مادية أو معنوية فعالة، يبعث الرهبة، فيروع الشخص ويحمله على قبول تصرف قانوني، لم يكن ليقبله لو كانت إرادته سليمة عند مباشرته<sup>2</sup>، أو هو الضغط بقصد الوصول إلى غرض مشروع يتعرض له المتعاقد، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد. ومن شروطه<sup>3</sup>:

أ- بعث الرهبة في نفس المكره، حيث الإكراه في ذاته لا يعيب الرضا وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة<sup>4</sup>، وهذه الرهبة عادة ما تتبع من التهديد بالحق الأذى بالنفس كالقتل أو بالجسم كالضرب أو بالمال كالإتلاف ولا يشترط في الرهبة أن يكون التهديد بالحق الأذى خاصاً بشخص المتعاقد أو بماله وشرفه، وإنما يشمل كل من يرتبط معه برابطة القرابة والنسب، وتتحقق الرهبة بتوفر شروط:

<sup>1</sup> أنظر المادة 86 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> محمود جمعة أبو بكر، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير، الجزائر، 1976، ص56.

<sup>3</sup> أنظر في أركان وشروط الإكراه في: ماجد بن خليفة السلمي، الإكراه وأثره في الفقه والقضاء، مجلة كلية الشريعة والقانون، المجلد 22، العدد 2، جامعة الأزهر، الدهليقية، مصر، 2020، ص1134-1135.

<sup>4</sup> هناك إكراه مادي حسي يكون فيه رضا المكره منعدم كلياً والعقد باطل بطلاناً مطلقاً، بحيث يكون فيه اجبار مادي على التصرف كأن يمسك أحدهم بيد آخر ويجبره على توقيع دين، بينما الإكراه المقصود هنا هو إكراه معنوي نتيجة الرهبة والخوف المعنوي الذي يمارس على الشخص لحمله على فعل مالا يرغب فيه، بحيث يمكنه التملص من ذلك لكن يتحمل تبعات هذا التهديد، راجع علي فيلالي، المرجع السابق ص202، ومحمود جمعة أبو بكر، المرجع السابق ص66.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

- أن يكون الخطر جسيماً، ومعيار تحديد الجسامة هو معيار ذاتي، يرجع في تقديره إلى ظروف المتعاقد الشخصية من حيث جنسه، حالته الجسمانية، حالته الاجتماعية، ومن حيث الظروف الزمانية كظرف الليل، ويشترط بصفة عامة في جسامة الخطر ألا يكون المكره قادراً على مواجهته بسهولة.

- أن يكون الخطر محدقاً، أي وشيك الوقوع، فالخطر الحال هو الذي يولد عادة الرهبة في نفس المتعاقد، بعكس التهديد بخطر مستقبل فقد لا يولد الرهبة نظراً لاحتمال تجنب أو دفع هذا الخطر.

- أن تكون الرهبة قائمة على أساس ظروف الحال التي تصور للطرف المكره وجود خطر محدد، وعليه لا يعتبر التهديد العام دون بيان نوع الخطر الذي قد يصيب المكره إكراهاً يعتبر عيباً من عيوب الإرادة.

ب) عدم مشروعية الإكراه، فإذا كان الغرض من الإكراه هو الحصول على حق يكون الإكراه مشروعاً كالدائن الذي يهدد مدينه برفع دعوى قضائية عليه العامة إن لم يمضي على ورقة الاعتراف بالدين، فهنا على الرغم من أن الإكراه له تأثير على الإرادة إلا أنه يكون مشروع.

ج) القدرة على إيقاع التهديد حيث أن الشخص الممارس للإكراه يجب أن يكون قادر على إيقاع ما هدد به.

هذه الشروط للإكراه التي ذكرها الفقهاء يستفاد من معرفتها للتمييز بين الإكراه المعتبر وغير المعتبر، لكي يعتد به القانون، فمتى توفرت هذه الشروط كان الإكراه معتبراً واعتد به القانون.

#### 4- الاستغلال:

حسب القانون الجزائري<sup>1</sup> يتم الاستغلال في العقد اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر استغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، و ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد تحت طائلة عدم قبولها. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن<sup>2</sup>.

فالمشرع الجزائري استعمل كلمة استغلال للدلالة على عيب في إرادة المتعاقد نتيجة طيش بين فيه أو هوى جامحا، أي هناك معيار شخصي غير أنه استعمل كلمة مغبون رغم أن الغبن له معيار موضوعي مادي واقتصر الإشارة إليه في بعض المواد خاصة ما تعلق بالعقار، حيث أنه اذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل<sup>3</sup>، وبهذا حذا نفس حذو المشرع الفرنسي، بينما بعض التشريعات و كثير من الفقهاء يسمون هذا العيب بالغبن عوض الاستغلال ومنهم من سماه غبن استغلالي، ويقوم الاستغلال على عنصرين:

<sup>1</sup> أنظر المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> قضت المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 17-09-2008 تحت رقم 427599 بأن القانون يشترط لإبطال العقد على أساس الاستغلال اثبات العنصرين المادي والمعنوي. أي وجود تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، كما يجب أن يكون الاستغلال طيشا فيه هوى جامح، المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2009، ص123. راجع كذلك عمار بوضياف، القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2015، ص40.

<sup>3</sup> أنظر الفقرة الأولى من المادة 358 من القانون المدني الجزائري.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

عنصر مادي وهو عدم تعادل التزامات الطرفين، ويجب أن يكون عدم التعادل كبيرا وواضحا، ويخضع تقدير هذا العنصر المادي للقضاء حسب الملابسات التي أحاطت بهما عند التعاقد. وأكثر ما يقع عدم التعادل في العقود المحددة، وقد يقع في عقود التبرع، مثال ذلك أن يقوم زوج بعمل هبة لزوجته الثانية أو لأولاده منها ويحرم الزوجة الأولى وأولادها منه، و يتم ذلك تحت تأثير الزوجة على زوجها، في المقابل لا يوجد أي التزام على الزوجة الثانية، فيتحقق عدم التعادل بصفة مطلقة، فتخضع الهبة لعب الاستغلال<sup>1</sup>.

والعنصر الثاني هو عنصر شخصي وهو استغلال طيش بين أو هوى جامح متسلط على الإرادة، فالطيش مثلا لشخص ورث مالا كثيرا وأخذ ينفق منه بسفه، فيستغل أحدهم فيه هذا الطيش و يبيعه شيئا بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئا بأقل كثيرا من قيمته أو ثمنه، ويعرف الطيش البين بأنه تسرع و عدم تبصر بالعواقب أو خفة لا تعين صاحبها على تقدير الأمور تقديرا سليما<sup>2</sup>، أما الهوى الجامح هو الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء يمتلك الإنسان فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة<sup>3</sup>، ويشترط أن يكون هذا الطيش أو هذا الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد، وهي مسألة تخضع لتقدير القضاء، ويقع عبء إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون<sup>4</sup>. وبذلك يتضح أن للاستغلال شروط تتلخص في<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ط2، ص68.

<sup>2</sup> حلو عبد الرحمان مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة الإسلامية والقانون، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1974، ص 76.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، 1993، ص206.

<sup>4</sup> علي علي سليمان، المرجع سابق، ص 69.

<sup>5</sup> علي فيلالي، مرجع سابق، ص ص 218-229.

- عدم تعادل الأداءات أو التفاوت بين الالتزام والعوض.
- الضعف النفسي (الطيش البين والهوى الجامح)
- نية الاستغلال.

وينتج عند تحقق الاستغلال أضرار أو جزاءان هما دعوى الإبطال ودعوى إنقاص الالتزامات، فمتى طالب المتعاقد بإبطال التصرف كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلبه أو العدول عن ذلك والاكتفاء بإنقاص التزامات الطرف المستغل ليردها إلى الحد الذي ينخفض معه الاختلال الفاحش في الالتزامات، أما إن اختار المستغل طلب إنقاص الالتزامات فحسب، لم يكن للقاضي هنا إبطال العقد، وفي كلتا الحالتين يستطيع دائما المستغل أن يتجنب البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: صور الإرادة

الإرادة كما ذكرنا هي جوهر ولب التصرف القانوني، ولما كانت إرادة الإنسان أمرا مستترا أو باطنيا فانه من غير الامكان الاعتماد عليها، لذا كان لزاما الاعتماد على ما يدل عليها وذلك بإبرازها ليكون لها مظهر مادي يرتب آثار قانونية، وفيما يلي نشرح صور الارادة:

#### أولا: الإرادة الباطنة

أسست المدرسة الفرنسية لنظرية الإرادة الباطنة مستمدة ذلك من مبدأ سلطان الإرادة، والإرادة الباطنة لديها هي الكامنة في النفس، أي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير، فعلماء النفس يرون أن الإرادة يسبقها مرحلتان تحضيريتان ويليهما عمل

<sup>1</sup> علي فيلالي، مرجع سابق، ص 229.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

تنفيذي، فأولاً يتجه الفكر إلى أمر معين، وهذا هو الإدراك (conception)<sup>1</sup>، ثم يلي ذلك مرحلة التدبر (deliberation)<sup>2</sup> فيزن الشخص الأمر ويتدبره، ثم يأتي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة (volition)<sup>3</sup>، فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة التنفيذ (execution)، وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هي الإرادة المقصودة<sup>4</sup>.

فالإرادة الباطنة تبحث فيما تنطوي عليه النفس، ومظهر التعبير عن الإرادة ليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس، فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية، فالعبرة بهذه الأخيرة، وإذا تعذر على القاضي الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية جازماً، فما عليه إلا أن يتعرف عليه بالافتراض فالإرادة الحقيقية أولاً، وإلا فالإرادة المفترضة أي الإرادة الباطنة، وهي الإرادة الحرة المختارة في شكلها الحقيقي غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الإدراك هو العملية العقلية المعرفية التي تعطي معنى ودلالة للمثير، أي الشيء الذي يجذب الانتباه، فهو عملية انتقاء وتنظيم، أنظر داليا حافظ، نظريات الإدراك في علم النفس وأهم تفسيراتها (qallwdall.com)، 25 مارس 2024، 9h00.

<sup>2</sup> Du latin deliberatio. <https://fr.wiktionary.org/wiki/deliberation>, 25 mars 2024, 10h00.

<sup>3</sup> Du latin voluntas, dérivé de volo (je veux) : faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels, [www.philomag.com/lexique/volonte](http://www.philomag.com/lexique/volonte), 25 mars 2024, 9h30.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1976، ص174.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص179.

## ثانيا: الإرادة الظاهرة

تتمسك بهذه النظرية المدرسة الألمانية منذ منتصف القرن العشرين، ويرى أنصارها أن القانون يهتم بالمظاهر الاجتماعية لا بالمظاهر النفسية، وبالتالي فإن الإرادة الكامنة في النفس غير جديرة بالحماية القانونية، والعبرة بالإرادة الظاهرة فقط<sup>1</sup>. فأنصار هذه النظرية يقرون أن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي، فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها لكي يتم إدراكها وفي هذا استقرار للتعامل وطمأنينة لمن يقتنع بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا عن طريق التعبير عنها، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية، وأبعد من ذلك تعتبر هذه النظرية المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة، فيجب الوقوف عنده، وإذا كان لا بد من اعتباره دليل على الإرادة الداخلية، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس<sup>2</sup>.

واحتدم جدال فقهي حول ترجيح نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة في تفسير توجه المشرعين لإحدى النظريتين، انطلاقا مما يعتبر قاعدة عامة وما هو مجرد استثناء<sup>3</sup>، خاصة أن الأخذ بأحد النظريتين يمكن أن يؤثر تأثيرا كبيرا في المراكز القانونية للأطراف وعلى الاعتداد بتصرفاتهم.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص106.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص180.

<sup>3</sup> في هذا الشأن يرى الأستاذ فيلاي أن المشرع الجزائري لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة المحضة وإنما أخذ بما يسمى الإرادة المتعرف عليها *la volonté reconnaissable*، راجع علي فيلاي المرجع السابق، ص109-110.

### الفرع الثالث: مبدأ سلطان الإرادة وتقييده

مبدأ سلطان الإرادة أو النظرية التقليدية للعقد هو نتاج أفكار المذهب الفردي التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي فلسفياً من خلال أن الشخص لا يخضع إلا لشريعته الذاتية، وله حقوق طبيعية ذاتية والمجتمع يحمي هذه الحقوق، واقتصادياً يظهر من خلال حرية الملكية وحرية السوق والمصلحة الشخصية، ومفاد هذا المبدأ أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، والإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات، وهي تنشئ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية. ويبرز مبدأ سلطان الإرادة في العقد من حيث تكوينه عن طريق الحرية الكاملة في كيفية التعبير عن الإرادة في انجاز العقد وتحديد مضمونه وبنوده مع احترام النظام العام والآداب العامة<sup>1</sup>، ويبرز كذلك في آثار العقد حيث أن الإرادة الحرة هي التي تكسب القوة الإلزامية للعقد، وأن هذه الآثار نسبية لا تتصرف إلا للمتعاقدين.

غير أنه مع التطور الاجتماعي والاقتصادي والفكري، أدى إلى ظهور مذهب اجتماعي جاء بفلسفة جديدة تنادي بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية<sup>2</sup>، وفرض مبادئ جديدة أهمها: أن المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة، وأن لا حق إلا إذا أقره القانون، ومراعاة ومعالجة التفاوت بين أفراد المجتمع، وبناءً على ذلك تغيرت عدة قواعد كانت تحكم العقد منها:<sup>3</sup>

- الحد من الحرية التعاقدية بعدة طرق، مثل التعاقد الإجباري، أو فرض مضمون العقد، أو فرض بعض أحكامه وشروطه.

<sup>1</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 51 و 52.

<sup>2</sup> حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013، ص 28.

<sup>3</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 58.

- الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد، حيث تتصرف آثار العقد الى أطراف أخرى.
  - فرض الشكلية في بعض المعاملات.
  - مراقبة القاضي لشروط العقد، ومراجعتها في بعض الحالات.
  - التصور الحقيقي للأمور بدل التصور المجرد.
  - اشتراط حسن نية المتعاقد.
  - واجب إعلام المتعاقد... إلخ.
- بتراجع مبدأ سلطان الإرادة أدى الى فرض بعض القيود على حرية إرادة المتصرف أو المتعاقد، غير أنه لا يمكن استبعاد أو استبدال إرادة الأشخاص ويجب الاعتداد بها إذا كانت جدية وخالية من العيوب، مع ضرورة التعبير عنها.

### المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة

حسب نظرية الإرادة فإن العقود تستحق الاحترام بطبيعتها لأنها تعبير عن إرادة الإنسان أو نيته<sup>1</sup>، والإرادة وحدها غير كافية لإنشاء تصرف قانوني بل يجب لتحقيق هذا الإنشاء أن تظهر هذه الإرادة إلى الخارج، وهذا يدل على أن التعبير ضروري ولا يمكن الاستغناء عليه لإنشاء التصرفات القانونية، فيلزم كل من طرفي العقد الإفصاح عن إرادتهما الكامنة إفصاحاً خارجياً، وبغير هذا الإفصاح لا ينشأ أي التزام نحوهما، فالإرادة حتى وإن كانت جدية واتجهت إلى إحداث أثر قانوني، لا يمكن أن يعنى بها القانون ما بقيت عزمًا منعقدًا في نفس صاحبها، وإنما هو يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير صاحبها، وهذا إنما يتحقق إلا بالتعبير عنها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pouliquen Christelle, le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats, revue juridique de l'Ouest, 2000-4. P409.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص37-38.

## الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة

ان إظهار الإرادة يتم عن طريق التعبير عنها إما تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً، غير أنه في بعض الحالات يعتبر السكوت كذلك تعبيراً عن إرادة من تلقى إيجاباً.

### أولاً: التعبير الصريح

التعبير الصريح هو إفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة أو بأي طريقة تظهر وتكشف عن الإرادة حسب ما هو مألوف بين الناس، فالتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على مقصود صاحبه<sup>1</sup>.

هذا ويرى الفقه التقليدي أن التعبير الصريح يقتصر على اللفظ والكتابة، أو الإشارة المتداولة، بينما الفقه الحديث يرى أن التعبير الصريح يكون كلما انصرفت نية المعبر عن إرادته (عنصر معنوي) مهما كانت كيفية التعبير (عنصر مادي) لفظاً أو كتابة أو إشارة أو موقفاً طالما كان الغرض هو الإعلان أو كشف الإرادة. والقانون قد يقيد حرية التعبير و يفرض استثناءً للتعبير الصريح<sup>2</sup> فمثلاً في عقد الأيجار لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الأيجار أو يجري أيجاراً من الباطن دون موافقة المؤجر كتابياً ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك<sup>3</sup>، وكذلك في حالة بيع عقار مرهون حيث لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري (ق.م.ج).

<sup>2</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص112.

<sup>3</sup> أنظر في المادة 505 ق م ج.

<sup>4</sup> أنظر المادة 935 من ق م ج.

## ثانيا: التعبير الضمني

في الفقه التقليدي التعبير الضمني يقتصر على اتخاذ موقف يستساغ وتعرف به إرادة المعبر دون أي شك، أما في الفقه الحديث فإن التعبير الضمني يكون إذا لم تنصرف النية إلى الكشف والإعلان عن الإرادة مهما كانت كيفية التعبير، غير أن الإرادة تظهر من الكلمة أو الإشارة أو الموقف المتخذ لغرض آخر، ووجود الإرادة لا شك فيه وهي موجودة فعلا إلا أن التعبير عنها يكون غير صريح، والشك ان وجد يكون في التعبير لا في الإرادة، وذهب المشرع الجزائري الى التمييز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني وهو ما يظهر في عدة مواد من القانون المدني الجزائري، حيث يعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا للوفاء بالدين<sup>1</sup>، كما انه في مجال الرهن يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون<sup>2</sup>، وفي مجال الوصية، يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها<sup>3</sup>.

من هذه المواد يتضح جليا أن المشرع الجزائري انتهج الفقه التقليدي في تحديد التعبير الضمني حيث اعتمد على اتخاذ موقف يعرف منه التعبير الضمني عن الإرادة<sup>4</sup>، وهذا التوجه أكثر عقلانية، حيث لا يمكن أن نعتبر أن هناك تعبير ضمني

<sup>1</sup> أنظر المادة 318 من ق م ج.

<sup>2</sup> أنظر المادة 965 من ق.م.ج.

<sup>3</sup> أنظر المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، 12 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر 43، 22 جوان 2005.

<sup>4</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص114.

عند الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة بحجة أن النية لم تتصرف إلى الكشف والإعلان عن الإرادة حسب ما يفهم من اعتبارات الفقه الحديث.

### ثالثاً: السكوت كتعبير عن الإرادة

إذا كان التعبير الضمني يستند على سلوك ايجابي باتخاذ موقف فان السكوت يتخذ سلوك سلبي يفيد عدم والشك و يتعلق بوجود الإرادة في حد ذاتها لا بالتعبير عنها<sup>1</sup>، لذلك المشرع لا يعتد بالسكوت المحض والمجرد من أي ظرف، ويأخذ بالسكوت الملابس للمتعاقد في مجال ضيق وهو القبول كتعبير عن الإرادة في الرد على الإيجاب الصادر من المتعاقد الآخر في حالات محدودة، حيث يعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ولم يرفض هذا الإيجاب، أو إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه<sup>2</sup>، وبذلك اشترط المشرع ثلاثة حالات لاعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة وهي إما وجود ظرف يدل على ان الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول من المتعاقد الذي سكت، مثل طبيعة المعاملة بين الطرفين أو بفعل وجود عرف تجاري، وإما التعامل السابق بين المتعاقدين، وإما ان الإيجاب لمصلحة الساكت.

ونشير في هذا الصدد الى وجود اختلاف فقهي في اعتبار السكوت الموصوف<sup>3</sup>

أو السكوت الملابس كتعبير صريح أو كتعبير ضمني عن الإرادة، وهناك من يعتبر

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 134.

<sup>2</sup> أنظر المادة 68 من ق م ج.

<sup>3</sup> السكوت الموصوف هو السكوت الذي لحقه وصف من الأوصاف سواء بالاتفاق أو بنص القانون بحيث ترجح دلالة القبول على دلالة الرفض أو العكس، أنظر عدوي، مصطفى عبد الحميد، النظرية العامة للالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، بدون بلد للنشر، 1996، ص 75.

السكوت محاط بالظروف الموصوفة أو الملابس يشكل إرادة ظاهرة تفصح عن الإرادة الباطنة، حيث هو وسيلة من وسائل التعبير عنها، و يدل عليها بصورة صريحة في حالات السكوت الموصوف، وبصورة ضمنية في حالات السكوت الملابس<sup>1</sup>.  
ومن الراجح عدم اعتباره السكوت الملابس تعبيراً صريحاً لخلوه من أي شكل من أشكال التعبير الصريح أي الكلام أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، فهو تعبير ضمني إذا توفر أحد الشروط الثلاثة السابقة (وجود ظرف دال التعامل السابق، مصلحة الساكت)، غير انه قد يثير اعتبار السكوت الملابس تعبيراً ضمناً إشكالات إذا كان محل التعامل ذو قيمة أو أهمية كبيرة أو طبيعة خاصة مثل العمليات على الجسم البشري.

### الفرع الثاني: آثار التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة ليس مجرد واقعة مادية يتجاهلها القانون، بل ينظم آثاره القانونية المختلفة باختلاف طبيعة هذا التعبير فقد يكون إيجاباً أو قبولاً أو وعداً للجمهور أو مجرد دعوة للمفاوضات، وينتج أثر التعبير في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه<sup>2</sup>، فالوجود الفعلي للتعبير عن الإرادة يتحقق بمجرد صدور التعبير بينما الوجود القانوني له لا يتحقق إلا باتصال التعبير بعلم من وجه إليه، و تظهر أهمية ذلك في حالة وجود مدة زمنية بين التعبير عن الإرادة و وصول العلم بهذا التعبير مثل ما هو الحال في الرسائل، بينما اذا كان الطرفان في نفس المجلس او استعملا مكالمة هاتفية فان الوجود الفعلي والقانوني للإرادة يتحققان في نفس اللحظة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الحلفي، كاظم حمادي يوسف، الإرادة الضمنية والسكوت المعبر عنها، دراسة مقارنة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مج. 2020، ع. 55، ص. 41.

<sup>2</sup> أنظر المادة 61 من ق.م.ج.

<sup>3</sup> علي فيلالي، المرجع السابق 115-116.

أما في حالة موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة قبل أن ينتج التعبير أثره فإن الأثر يترتب عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه إلا إذا كان التعبير يحمل ما يخالف ذلك أو في حالة تعارض طبيعة التعامل مع هذا، كأن يكون شخص المتعاقد محل اعتبار<sup>1</sup>.

### **المبحث الثاني: عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ومشروعيتها**

تعتبر عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية من بين العمليات المستحدثة كحل علاجي نهائي لفشل أو تلف أحد أعضاء أو أنسجة الإنسان، ونظرا لحرمة المساس بجسم الإنسان وجثته فقد أحيطت هذه العمليات بشروط طبية وفنية خاصة، كما أثير جدال كبير حول مشروعية هذه العمليات وأساس إباحتها.

### **المطلب الأول: المقصود بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية والشروط**

#### **الطبية والفنية المطبقة**

سنحاول في هذا المطلب التعرف على الأعضاء والأنسجة البشرية محل التبرع وتمييز عمليات نقلها عن بعض التدخلات الطبية في فرع أول، ثم إلى الشروط الفنية والطبية الخاصة بهذا التبرع في فرع ثان.

---

<sup>1</sup> أنظر المادة 62 من ق.م.ج.

## الفرع الأول: الأعضاء والأنسجة البشرية محل التبرع وتمييز عمليات نقلها عن بغض التدخلات الطبية

يقصد بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية طبيًا نقل هذه الأعضاء والأنسجة من شخص لآخر، سواء كان الأول على قيد الحياة، أو كان قد توفي حديثاً<sup>1</sup>، و يميز هنا بين هذا النوع من النقل عن بعض التدخلات الطبية الأخرى، فمن جهة يستبعد من نطاق هذا التطبيق عمليات نقل الأعضاء والأنسجة من وإلى نفس الشخص، وذلك كحالة استئصال جزء من جلد إنسان وزراعته في مكان آخر من جسمه قد يكون أصيب بحروق فيه، أو نقل شرايين من الساق إلى القلب أو غيرها من العمليات التي يتم فيها النقل من وإلى نفس الشخص المريض، ويطلق عليها عملية Autogreffe والتي لا تثير أي إشكالات قانونية أو شرعية أو طبية، كما يستبعد الأعضاء والأنسجة التي مصدرها الحيوان والذي قد يثير إشكالات شرعية وطبية، أو مصدره الأعضاء الصناعية والذي لا يثير إشكالات قانونية أو شرعية بل بعض الإشكالات الطبية<sup>2</sup>. وتستبعد كذلك عمليات التلقيح الصناعي ونقل الدم البشري، وقد يثير هذا التصرف نوعاً من الخلط بينه وبين عمليات نقل الأعضاء البشرية، على اعتبار أنه يتم من خلاله نقل مادة بشرية من جسم إنسان لإنسان آخر، ولكن في الحقيقة الشخص المستأصل منه لا يفقد عضواً من أعضاء جسده، بل يفقد مادة متجددة بطبيعتها<sup>3</sup>، غير

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاسها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة الانعاش الصناعي-نقل الأعضاء البشرية-إجراء التجارب الطبية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص 134.

<sup>2</sup> محمد عبد الرحمن الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في طب والجراحة، دراسة مقارنة، ط1، 1997، ص 146-148.

<sup>3</sup> حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه في الحقوق، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص228.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

أن التبرع بالأعضاء والأنسجة بين البشر محل دراستنا يثير إشكالات طبية وشرعية وقانونية خاصة ما تعلق بطبيعة هذه الأعضاء والأنسجة القابلة للنقل وما تعلق بإباحة هذا التصرف ومصدر هذه الأعضاء والأنسجة المتمثل في جسم انسان سليم او جثة انسان متوفي حديثا.

وبما أن محل التبرع هو الأعضاء والأنسجة البشرية، فيجب معرفة أولا هذه الأعضاء والأنسجة، ومصدرها، وتطور استعمالها في عمليات التبرع.

### أولاً: تعريف العضو والنسيج البشري

العضو البشري هو ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان والذي يقوم بأداء وظيفة أو عدة وظائف كالقلب و الكبد والكلية، والذي يرتب على نقله من إنسان إلى آخر فقد الأول لهذا العضو<sup>1</sup>، أو هو مجموعة الأنسجة والخلايا البشرية المترابطة المأخوذة من جسم انسان حي أو جسد متوفى، وتتشترك في وظائف حيوية محددة في الجسم البشري<sup>2</sup>.

والعضو يتكون من اثنين أو أكثر من الأنسجة متصلة تكون بنية واحدة لها وظيفة معينة، فالقلب مثلا عضو وظيفته ضخ الدم في الجسم ويتركب من نسيج ضام ونسيج عضلي ونسيج عصبي، ومجموعة الأعضاء تكون ما يعرف بالجهاز العضوي مثل الجهاز الهضمي أو الجهاز العصبي. أما النسيج فهو خليط محدد من مركبات عضوية كخلايا والألياف، يمكن أن يستبدلها الجسم بمرور الوقت، ويتكون من مجموعة متماثلة من الخلايا والتي هي أصغر وحدات الكائن الحي ووحدة البناء

<sup>1</sup> ياسر حسين بهندس، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2016، ص 29-30.

<sup>2</sup> المادة 1 من بمرسوم بقانون اتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 25 لسنة 2023 في شان التبرع وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة، الجريدة الرسمية، العدد 760، 29 سبتمبر 2023.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

الوظيفية له والتي بدورها تتكون من جزيئات الماء والبروتينات والأحماض النووية<sup>1</sup>، والأنسجة في علم الأحياء هي مجموعة وظيفية (تساهم في نفس الوظيفة) تتكون من خلايا متشابهة ومن نفس الأصل ويشكل جميع الأنسجة البيولوجية عضواً<sup>2</sup>. ويوجد في الجسم أربعة أنواع من الأنسجة البشرية وهي النسيج الضام الذي يساعد على دعم أجزاء الجسم ووصلها ببعضها، النسيج الظاهري وهو الجلد الذي يغطي الجسم ويحميه من الأضرار الخارجية، النسيج العضلي والذي يتكون من ألياف تتمدد وتنقلص والنسيج العصبي و يتكون من خلايا عصبية ناقلة للسيالة العصبية ويربط جميع أجزاء الجسم<sup>3</sup>.

### ثانياً: مصدر الأعضاء والأنسجة البشرية محل التبرع.

المشكل الذي يواجه نجاحات عمليات نقل وزرع الأعضاء هو العدد الكبير من المرضى المحتاجين لهذه الأعضاء في ظل محدودية توفرها من مصادرها، خاصة أن المصادر غير التبرعية وهي النقل الذاتي ومن الحيوان والأعضاء الصناعية - لا تشملها دراستنا- تعالج عدد قليل جداً من الحالات نظراً لعدة صعوبات (في النقل الذاتي استحالة نقل عضو من جسم إلى نفسه إلا في حالات أجزاء متجددة مثل الجراحات التجميلية) أو لعدم تناسب الأعضاء (حالة المصدر الحيواني)، أو قصور العلم (عدم وجود أعضاء صناعية بديلة مثل القلب، الكبد..)، وعليه يبقى المصدر

<sup>1</sup> ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 30، أنظر كذلك محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 563.

<sup>2</sup> <https://www.dictionnaire-medical.fr/definitions/458-tissu/04/11/2023>.

<sup>3</sup> محمود البرعي وهانى البرعي، تشريح ووظائف أعضاء جسم الإنسان، مكتبة الأنجلو المصرية، بدون سنة نشر، ص ص 22-40.

التبرعي من إنسان إلى إنسان آخر هو أهم مصدر ويكون إما من متبرع حي، أو متبرع ميت.

### ثالثاً: تطور عمليات النزع والزرع

تخطت عمليات نقل وزراعة الأعضاء مرحلة التجارب ودخلت في طور التدخل الجراحي العادي، فبعدما كانت قاصرة على نقل وزرع الكلى امتدت إلى زرع القلب والبنكرياس والكبد والقرنية وعدة أعضاء وأنسجة أخرى<sup>1</sup>، وتطورت هذه العمليات طبياً وأصبحت بالتقريب جميع أعضاء الجسم ما عدا المخ قابلة علمياً للنقل<sup>2</sup>، وهذا يعد أمل كبير للمرضى المحتاجين لهذه الأعضاء والأنسجة لشفائهم عن طريق إجراء عمليات النزع من المتبرعين وزرعها في أجسادهم وفق شروط طبية وفنية وقانونية.

<sup>1</sup> حيث نجحت أول عملية زرع للقرنية من قبل الطبيب النمساوي إدوارد زيرم Eduard Zirm سنة 1905، ثم أول عملية ناجحة في زرع الكلى من قبل الطبيبان ديفد هوم وجوزيف موار في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك بنقل كلية أخ لأخته التوأم في عام 1954. ثم في سنة 1962 كان أول نجاح لعملية زرع الكلية من متوفى من قبل نفس الأطباء، وفي سنة 1972 تم زرع البنكرياس، وفي عام 1987 أول عملية زرع للثة، بعدها تمت أول عملية ناجحة لزرع الأمعاء الدقيقة سنة 1989، وفي عام 1990 أول عملية زرع كبد من متبرع حي من أقرباء المريض، وفي عام 1998 أجريت أول عملية زرع يد في العالم بعيادة جون باركر. وفي فرنسا تم بنجاح زرع ساعد لأول مرة في العالم سنة 1999، وفي عام 2000 أجريت أول عملية لزرع يدين في العالم من طرف الدكتور جان ميشيلدو برنار، بعدها تمت بنجاح أول عملية زرع لسان في العالم عام 2003، وفي عام 2005 نجحت أول عملية لزرع الخلايا الجنينية الموجودة في الحبل السري، وفي عام 2010 تمت أول عملية زرع كلي للوجه، أنظر أكثر تفصيل في مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 19 و 20، إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 67-71.

<sup>2</sup> إلى حد الآن لم يستطع ولم يجزم ولم يجراً أي مختص بإمكانية نقل دماغ إنسان إلى إنسان آخر، خاصة أن ذلك ان أمكن يعتبر بمثابة قتل إنسان، فعملية النقل حتى ولو كانت ممكنة تتطلب عدم موت الدماغ، وبالتالي يكون الإنسان حي وأن نزع دماغه يعني قتله، أنظر ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 35.

## الفرع الثاني: الشروط الفنية والطبية المطبقة في عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية

نتطرق الى الشروط الفنية والطبية الخاصة بالعضو المنقول، ويمكن إجراء عمليات الاستئصال والزرع، ومجانبة هذه العمليات.

### أولاً: الشروط الفنية والطبية الخاصة بالعضو المنقول

قبل استئصال العضو المراد التبرع به يجب التأكد من سلامته بأنه متناسب مع جسم المتلقي بالإضافة لضمان عدم تعرض العضو لظاهرة لفظ الأجسام الغريبة بعد زرع<sup>1</sup>.

وقد حظرت القوانين التي نظمت نقل و زرع الأعضاء البشرية هبة الأعضاء الأساسية للحياة، أو الفردية التي يترتب على استقطاعها وفاة المتبرع كالقلب، أو التي تعرض صحة المتبرع للخطر أو إنقاص مستديم لقدراته الوظيفية<sup>2</sup>. فهذا التبرع غير جائز لأن الضرر المترتب عليه أكبر من الفائدة المرجوة منه، والذي قد يسبب فقدان حياة انسان، وأكدت ذلك قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي سنة 1988، وبينت الحكم الشرعي في هذه المسألة بنصها على انه " يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى آخر"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة تلمسان، 2015، ص145.

<sup>2</sup> Delprat Laurent, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris, 2004, p115.

<sup>3</sup> قرار رقم: 26 (1/4)، قرار بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع، العدد الرابع، ج1، فيفري، ص 89.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

فالعضو يجب أن يكون له مثيل في الجسم حتى يمكن التبرع به دون أن تؤدي إلى الإضرار بجسم المتبرع و يصطلح عليها الأعضاء المزدوجة<sup>1</sup>، غير أنه يجوز التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجددة مثل الخلايا الجذعية وأجزاء الجلد، لأن لها القدرة على الانقسام والتكاثر<sup>2</sup>.

ولا تشمل عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة، الأعضاء التناسلية، ولا نسج المبيض والخصية، ولا المضع لأغراض إنجابية، ولا على الدم ومكوناته<sup>3</sup>. من جانب آخر، ينصح الأطباء، بأن يكون المتبرع هو أخ توأم، أو قريب حتى الدرجة الثانية نظرا للتوافق في الأنسجة وتطابق الزمرة الدموية للتقليل من ظاهرة رفض الجسم للعضو المزروع<sup>4</sup>.

كما أن مقدار المدة اللازمة لحفظ العضو المنقول مهمة في عملية التبرع، تتفاوت حسب التكوين التشريحي، فبعض الأنسجة العظمية يمكن أن تبقى لمدة طويلة بدون أن يصيبها أدنى تلف، أما بالنسبة لبعض الأعضاء كالكلب والكلى فهي تتلف في فترة زمنية قصيرة، لا تتعدى بضع ساعات بعد نزعها من الجسم.

---

<sup>1</sup> محمد بن مشيرح، الضوابط الطبية والقانونية وآثارها على أطراف علاقة نقل وزرع الأعضاء البشرية، مقال منشور، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، المجلد 24- العدد 02 أوت 2018، ص98.

<sup>2</sup> أنيسة عبو، المركز القانوني للمتبرع بأحد أعضائه، مقال منشور، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 11، العدد04، 2020، ص 307.

<sup>3</sup> ديباجة صدور المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية سنة 1991 في قرارها 25-44 وتحديثها بالقرار 24-63 الصادر في 25 مارس 2010 عن جمعية الصحة العالمية، ص 2.

<sup>4</sup> ففي سنة 1954 قام الجراحان Merrill و Murray بزراعة أول كلية بين توأم من بويضة واحدة مع عدم استعمال أدوية مثبته للمناعة وممانعة للرفض، وقد أدى عدم رفض الكلية المزروعة في تلك الحالة إلى إدراك وجود أساس وراثي للتوافق بين المتبرع والمتلقي لزراعة العضو، أنظر شعبان خلف الله، زراعة الأعضاء بين الواقع والمأمول، دار الكتب العلمية لبنان، 2001، ص18.

وعليه فالطبيب الجراح ملزم بمراعاة أصول الفن الطبي، من خلال إجراء مقارنة بين مزايا الاستئصال والزرع، ومخاطر كل منهما وعدم إقدامه على العملية إلا إذا كانت نتائجها بالنسبة للمتبرع والمتلقي مضمونة النجاح<sup>1</sup>.

## ثانيا: الشروط الفنية والطبية المتعلقة بمكان إجراء العمليات الجراحية للقيام بالنقل والزرع

مختلف التشريعات أحاطت بعمليات نزع وزراعة الأعضاء البشرية بقدر من الضمانات اللازمة لإنجاحها، وذلك من خلال إجرائها بمستشفيات أو مؤسسات خاضعة لرقابة الدولة ومتخصصة في إجراء هذه العمليات.

وأكد المشرع الجزائري هذه الضمانة من خلال أحكام قانون الصحة حيث لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، كما يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي تقني وتنسيق استشفائي كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد أنشئت الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء الجزائرية في سنة 2012 بمرسوم إنشاء ينص على تنظيمها وسيرها<sup>3</sup>، كما أنشئت وحدة بحث في

<sup>1</sup> محمد علي البار، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، الأسباب والأعراض وطرق التشخيص، دار العلم، دمشق والدار الشامية، بيروت، ط 1، 1992، ص 42 وما بعدها، أنظر كذلك في، معاشو محمد، المرجع السابق، ص 145-146.

<sup>2</sup> أنظر المادة 366 من قانون الصحة الجزائري، رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، 29 جويلية 2018.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها.

ميدان انتزاع وزرع الأعضاء ملحقة بهذه الوكالة بقرار وزاري مشترك المؤرخ في 17 جانفي 2018<sup>1</sup>.

وأكد على هذه الضمانة كذلك المشرع الإماراتي حيث حظر استئصال وزراعة الأعضاء البشرية وأجزائها والأنسجة إلا من خلال الأطباء المختصين المرخص لهم بذلك، وفي المنشآت الصحية المرخص لها بذلك من الجهات الوصية<sup>2</sup>. وهو نفس ما نص عليه المشرع الأردني<sup>3</sup>.

حيث أنه ليست كل المستشفيات والمؤسسات مجهزة بأجهزة طبية يستطيع الأطباء إجراء مثل هذه العمليات فيها، لأنها تعد من العمليات الدقيقة والتي هي بحاجة كذلك إلى دقة فنية عالية وخبرة عملية في هذا المجال لاستئصال العضو من الشخص المتبرع وزرعه في جسد المريض.

### ثالثاً: مجانية التنازل عن الأعضاء والأنسجة البشرية

يعتبر مبدأ المجانية شرطاً ضرورياً لإقرار مشروعية التعامل الخاص بجسم الإنسان ويعد وسيلة لحماية هذا الجسم من تصرف الشخص ذاته، أمام الإغراء المادي أو الحاجة إلى مقابل مالي<sup>4</sup>، وهو ما أقرته معظم التشريعات المقارنة وعرف بمبدأ تجريم التعامل في الأعضاء البشرية، حيث يعاقب قانون العقوبات الفرنسي على الحصول على أحد الأعضاء من شخص مقابل مبلغ مالي، مهما كان شكله، بالسجن

<sup>1</sup> القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 جانفي 2018، المتضمن إنشاء وحدة بحث في ميدان انتزاع وزرع الأعضاء.

<sup>2</sup> الفقرة الأولى من المادة 4 من الملغى بمرسوم بقانون اتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 25 لسنة 2023 في شأن التبرع وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة، الجريدة الرسمية، العدد 760، 29 سبتمبر 2023.

<sup>3</sup> نصت المادة 3/أ/ 2 من القانون الأردني للانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977 على أنه: "يتم النقل في مستشفى تتوفر فيه الشروط والمتطلبات الفنية اللازمة لنقل الأعضاء وزرعها من قبل فريق من الأطباء والفنيين المتخصصين".

<sup>4</sup> حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص 529.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

لمدة سبع سنوات وغرامة قدرها 100 ألف يورو، وتسري العقوبات ذاتها على من ساعد في الحصول على عضو بمقابل، أو على نقل هذا العضو من جسد آخر بعوض، وتطبق نفس العقوبات في حالة كون العضو الذي تم الحصول عليه وفقا للشروط المنصوص عليها يأتي من دولة أجنبية<sup>1</sup>.

ويعاقب القانون المغربي بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية، وكذلك الأشخاص الذين يقومون بمعاملة تجارية تتعلق بعضو بشري . و كل من تلقى أو حاول تلقي أجره متعلقة بإجراء عمليات مرتبطة بعمليات أخذ أعضاء بشرية أو الاحتفاظ بها أو زرعها أو ساعد على ذلك، وتصادر بأمر من المحكمة المبالغ المعروضة أو المقبوضة لقاء العمليات المذكورة<sup>2</sup>.

وفي القانون المصري الخاص بنقل الأعضاء يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيًا كانت طبيعته، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Article 511-2, Code pénal français, modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.

<sup>2</sup> انظر المادة 30 من القانون 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 4726، 16 سبتمبر 1999، ص 2299 صيغة محينة بتاريخ 9 جوان 2014.

<sup>3</sup> أنظر المادة 06 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البرية المصري رقم 5 لسنة 2010، الجريدة الرسمية، العدد 9مكرر، 06 مارس 2010.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

وعلى غرار التشريعات السابقة أوجب القانون الجزائري مجانية تنازل المانح عن العضو محل التبرع، بحيث لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية، كما لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن العمليات<sup>1</sup>.

وبالنسبة للفقهاء اختلف الفقهاء المعاصرين في حكم بيع الأعضاء الإنسانية سواء ببذل المال من جهة المشتري أو أخذه من جهة البائع على قولين:<sup>2</sup>

الاتجاه الأول أين أجاز البعض من الفقهاء بيع الأعضاء الإنسانية ولكن بشروط، واستدل هذا الاتجاه ببعض الحجج التالية<sup>3</sup>:

- يعد المقابل المالي في بعض الأحيان بمثابة تعويض لما يكون قد تعرض له المتبرع من جراء هذه العمليات التي لا تكون له فيها فائدة وإنما لمصلحة الغير (المريض).
- إذا كانت الدعوة إلى حظر بيع الأعضاء والأنسجة البشرية قامت لما كثرت المتاجرة بهذه الأعضاء واعتبارها مسألة أخلاقية، فلا ينبغي أن تحظر عمليات البيع من أجل انحراف فئة من الناس لاستغلال ذلك استغلالاً سيئاً.
- يجب إباحة المقابل المادي لمواجهة نقص الأعضاء والأنسجة.
- بما أن عمليات الانتفاع بالأعضاء البشرية مشروعة فلا عبرة بالتالي ان كانت عن طريق البيع أو التبرع.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 358 و367 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة الجزائري.

<sup>2</sup> ياسين جيبيري، الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مقال منشور، مجلة المعيار، المجلد العاشر، العدد 4 ديسمبر 2019، ص36،35، وانظر محمد بن مشيرح، المرجع السابق، ص 102.

<sup>3</sup> ومنهم قول الشيخ سيد سابق التهامي العالم الأزهرى، ومحمد نعيم ياسين، مختار المهدي، حسام الدين الأهواني وغيرهم، أنظر أكثر تفصيل ياسر حسين بهندس، المرجع السابق ص343 و344.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

أما الاتجاه الثاني فحرم بيع الأعضاء<sup>1</sup>، واستدل هؤلاء الفقهاء بعدة أدلة من الشريعة الإسلامية والسنة النبوية، منها قول الله عز وجل: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"<sup>2</sup>، وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله تعالى: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حرًا فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يُعْطِه أجره"<sup>3</sup>.

ووجه الدلالة أن بيع الإنسان الحر حرام كون المسلمين سواسية وأكفاء في الحرية، فمن باع حراً فقد منعه في التصرف فيما أباح الله له، وألزمه الذلة التي أنقذه الله منها حيث قال ابن الجوزي: الحر عبد لله فمن جنى عليه فخصمه سيده<sup>4</sup>.

ولتأصيل مبدأ المجانية تأصيلاً يتفق من ضرورة الخروج من عباءة النظرية العامة للعقد والتصرفات القانونية المالية والاعتراف باستقلالية التعامل في جسم الإنسان لتفادي المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية، يرى بعض الفقهاء وجوب توفر عدة شروط هي<sup>5</sup>:

-وجود قرابة بين المتبرع والمتبرع له.

-ضرورة توافر السرية للتبرع بالعضو أو النسيج البشري.

<sup>1</sup> ومنهم الشيخ بكر أبو زيد ومحمود السرطاوي، ومحمود فوزي فيض الله، وشوقي الساهي، ومحمد سيد طنطاوي، وحسن الشاذلي، وعبد السلام السكري، وغيرهم كثير أنظر المذهب للشيرازي 261/1، المغنى لابن قدامة 256/4، البدائع 140/5، يوسف القرضاوي، فتاوي معاصرة، 530/2، وأيد ذلك محمد سعيد طنطاوي، علي جمعة وغيرهم.

<sup>2</sup> الآية 70 من سورة الاسراء من القرآن الكريم.

<sup>3</sup> صحيح البخاري بشرح فتح الباري-417/4-السيوطي-الجامع الصغير-316/3.

<sup>4</sup> فتح الباري شرح صحيح البخاري 418/4، أنظر أكثر ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص355.

<sup>5</sup> حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص 529-535.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

- ضرورة إشراف الدولة على المستشفيات والمؤسسات الطبية التي تقوم بعمليات

النزح والزرع.

- منع تقاضي الأجر عن الأنشطة المرتبطة باقتطاع الأعضاء وزرعها.

- اشتراط أن الفريق الطبي الذي يقوم بنزع العضو مختلفا عن الفريق الطبي

الذي يقوم بالزرع.

وهذه الشروط من شأنها الحد أو التقليل بشكل فعال من عمليات السرقة والمتاجرة

بالأعضاء والأنسجة.

### المطلب الثاني: مشروعية وأساس إباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة

#### البشرية

انقسم الفقهاء حول مشروعية عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

وإباحتها بين مؤيد لها ومعارض لها، كما أن الرأي الغالب بإباحتها اختلف حول أساس

هذه الإباحة.

### الفرع الأول: مشروعية عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

نتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي ثم موقف التشريعات الوضعية.

#### أولاً: موقف الفقه والشريعة الإسلامية

انقسم الفقه الإسلامي إلى اتجاهين، الاتجاه الأول<sup>1</sup> يرى عدم مشروعية عمليات

التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وعدم إباحة استئصال أي عضو من جسد الآدمي

---

<sup>1</sup> حسين علي الشادلي، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، كتاب الجمهورية، ص112/ الشيخ متولي الشعراوي، اللواء الإسلامي، العدد13، 26 أوت 1996/ محمد عبد الفتاح ادريس، حكم التداوي بالمحرمات، دار المنار، 1993، ص303/ يوسف قاسم، مجلة الوعي الاسلامي، جويلية 1994، العدد 6، ص48/ عقيل بن أحمد العقيلي، حكم نقل الأعضاء، مكتبة الصحابة، جدة 1992، ص60. / محمد نور الدين مكي، أدلة تحريم نقل الأعضاء، 1992، ص53/ وغيرهم، أنظر أكثر تفصيل، ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 157.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

لزرعه فيجسد آدمي آخر، مهما تكن الضرورة التي تستدعيها، فهو يتنافى مع كرامة الإنسان سواء كان حيا أو ميتا بحجة أن الإنسان لا يملك جسده بل هو فقط أمين عليه، وعليه أن يعيده إلى الله عز وجل بالصورة التي تلقاها عليه، كما أنه من شأن إباحة هذه العمليات أن يؤدي إلى عدم المساواة بين الناس واستغلال بعضهم لبعض وانتشار عمليات المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية<sup>1</sup>، وأهم ما استند إليه المانعون<sup>2</sup>:

- حرمة جسد الإنسان وملكيته لله تعالى.

- تحريم كسر عظم الميت.

- أن تعريض جسم للضرر لمصلحة جسم آخر مصلحة لم يعتبرها الشرع.

- سد ذريعة المتاجرة بأعضاء البشر.

- تخريج القول بالمنع على تقريرات بعض الفقهاء المتقدمين فيما يشبه

الموضوع.

واستدل أنصار الاتجاه الذي يحرم نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى مجموعة من

الآيات القرآنية والأحاديث النبوية منها<sup>3</sup>:

- يقول الله تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّمَلُّكِ﴾<sup>4</sup>، تدل هذه الآية الكريمة

على تحريم إلقاء النفس إلى المخاطر والتهلكة بإتلافها أو إضعافها من غير مصلحة

مقصودة، ومن شأن تبرع الشخص بعضو أو نسيج من جسده إتلاف كل جسمه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 257.

<sup>2</sup> بدير عبد النور، تدليل العقوبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع التعليق على قانون الصحة الجديد، مقال منشور، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد 2021، ص 590.

<sup>3</sup> سارة خريسي، زراعة الأعضاء في الجزائر من نظرة شرعية وقانونية، مقال منشور، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الخامس، جوان، 2018، ص 320.

<sup>4</sup> سورة البقرة، جزء من الآية 195.

<sup>5</sup> مصطفى الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، ط1، 1993، ص 54، أنظر كذلك ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 161.

- و يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>1</sup> ، حيث أن الله تعالى نهى الإنسان عن قتل النفس سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر، كما لا يجوز الاتفاق على استئطاع عضو لغرض الزرع لمخالفته منهج الشريعة الإسلامية من حيث عدم امتلاك الفرد لأي جزء من جسده، وإزالة منفعة العضو المقطوع فيه ضرر محقق، كما أن موافقة الشخص على الاقتطاع يعتبر بمثابة عدوان على الجسد وإبطال لمنافعه، وظلم للنفس بما يؤدي إلى عدم القدرة على أداء العبادات.

ويقول الله تعالى ﴿ثُمَّ لَتَسْأَلَنَّ يَوْمَئِذٍ مَنِ النَّعِيمِ﴾<sup>2</sup>، فصحة الإنسان وعافيته في بدنه من النعم التي يسأل عن شكرها يوم القيامة، لذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه أبو هريرة " أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم، فيقول له: ألم نصح لك جسديك؟"<sup>3</sup>.

وعن معنى النعيم في هذه الآية تفسير علي ابن أبي طلحة عن أبي عباس فهو صحة الأبدان والأسماع والأبصار، ويسأل الله العباد فيما استعملوها، إن صحة الإنسان وعافيته من نعم الله تستوجب الشكر لا الكفر وتستوجب المحافظة لا التضييع بالتبرع أو البيع<sup>4</sup>.

يقول الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْكُمْ فِيمَا أَنَّ النَّفْسَ وَالنَّفْسِ وَالْعَيْنِ وَالْأَنْفِ وَالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ وَالْأَذْنَ وَالْمَسَّ وَالْمَسَّ وَالْجُرُوحَ فَصَاحًا، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ

<sup>1</sup>سورة النساء، جزء من الآية 119.

<sup>2</sup>سورة التكاثر، الآية رقم 8.

<sup>3</sup>فتح الباري بشرح صحيح البخاري 247/1، الترميذي رقم 3358، وابن حبان رقم 7364، أنظر كذلك ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 167.

<sup>4</sup>إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد الرابع، دار ابن الحزم، بيروت، السنة، 2000، ص 3152.

لَهُ بِنَفْسِهِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ<sup>1</sup>، ودلالة هذه الآية الكريمة أنها أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته للنفس.

وعن أبي هريرة قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ فَحَدِيدَتُهُ فِي يَدِهِ يَتَوَجَّأُ بِهَا فِي بَطْنِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا. وَمَنْ شَرِبَ سَمًا فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَحَسَّاهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا. وَمَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَرَدَّى فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا»<sup>2</sup>.

يفيد هذا الحديث الشريف تحريم الانتحار وحرمة الاعتداء على النفس والمساس بها وما يؤدي الى ذلك بأي وسيلة.

وعن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>، تتعلق هذه القاعدة بقواعد أخرى منها الضرر لا يزال بالضرر، وقد فسر بعض العلماء هذا الحديث أنه لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء ولا يحل للإنسان أن يرد الضرر بضرر مثله، ولا جدل فيه أن اقتطاع عضو من شخص للتبرع به لآخر، فيه إضرار من الناحية الشرعية والجسدية بالشخص المقطوع منه العضو، فمن الناحية الشرعية عن أبي بكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر بمنى في حجة الوداع: "إِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ"<sup>4</sup>، أما من الناحية الجسدية فاقتطاع عضو أو نسيج فيه تشويه للخليفة السوية

<sup>1</sup> سورة المائدة، الآية 45.

<sup>2</sup> أخرجه مسلم (109)، وأخرجه البخاري في "كتاب الطب" "باب شرب السم والدواء به وبما يخاف منه والخبث" حديث (5443)، وأخرجه الترمذي في "كتاب الطب" "باب ما جاء فيمن يقتل نفسه بسم أو غيره" حديث (2044)، وأخرجه النسائي في "كتاب الجنائز" "باب ترك الصلاة على من قتل نفسه" حديث (1964).

<sup>3</sup> حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسندا، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا: عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم.

<sup>4</sup> صحيح البخاري، رقم 7078.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

الأصلية وفي ذلك ضرر، ويكون داخلا في عموم النهي ويحرم فعله. فقد كرمت الشريعة الإسلامية جسد الإنسان حيا أو ميتا، ونهت عن ابتذاله وتشويهه أو الاعتداء عليه بأي شكل من الاشكال<sup>1</sup>.

والاتجاه الثاني الذي أصبح هو الغالب يرى مشروعية التبرع بالأعضاء والأنسجة استدلالا بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وعدة فتاوى صادرة عن المجمعات الفقهية<sup>2</sup>، واعتمدوا على حالة الضرورة والمصلحة الاجتماعية كأساس للإباحة<sup>1</sup>، وردوا على جميع حجج الممانعين.

<sup>1</sup> سارة خريسي، مرجع سابق، ص 322، 321.

<sup>2</sup> المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد بماليزيا سنة 1969م خلص إلى جواز نقل الأعضاء بشرط الضرورة ونصّ على حرمة المتاجرة بالأعضاء الأدمية، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة سنة 1985 الذي خلص إلى جواز نقل الأعضاء ، وأكد على ذلك:

-هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية وذلك سنة 1982، قررت بالأكثرية جواز نقل عضو وجزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك.

- لجنة الفتوى في كل من المملكة الأردنية الهاشمية ودولة الكويت سنة 1985، وجمهورية مصر العربية سنة 1989 حيث أفتى مفتي الجمهورية بالجواز .

- فتوى جواز نقل وزرع الأعضاء من ميت إلى حي عن لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى الجزائري بتاريخ 20 أبريل 1972، واشترطت رضا المنقول منه ما لم يكن ميتا، فلولّي الأمر الحق في أن يأذن بالتّقل.

وقد جاء في أحد نصوصها - في حالة زرع قلب أو زرع الفريضة، إنما يستعمل أعضاء إنسان ميت ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي ولو رضي بذلك، لأن انتزاع قلبه يؤدي إلي وفاته قطعاً، ولا يجوز قتل إنسان من أجل حفظ حياة إنسان آخر لأن في ذلك جريمة لا تقر بها الشرائع...".

- قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية لسنة 1978 القاضي بجواز نقل قرينة العين.

- قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة، الصادر بين 19 و 28 جانفي، 1985 والذي يقضي بأن اخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، جائز ولا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمتبرع لأن فيه مصلحة للمريض، ويلزم لمشروعية ذلك توافر بعض الشروط وهي:

\_ ألا يضر نقل العضو من المتبرع به ضرراً يُلّ بحياته العادية.

\_ أن يكون ذلك هو الوسيلة الوحيدة للعلاج.

\_ أن يكون نجاح عمليتي النقل والزرع محققة في الغالب.

قال تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ خَيْرَ بَاطِحٍ وَلَا تَمَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>2</sup>

وقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا حُرِّمَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ إِن كُنْتُمْ بِآيَاتِهِ مُؤْمِنِينَ \* وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا حُرِّمَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ \* وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ إِنَّ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ اللَّهَ سِرًّا وَالْإِثْمَ سَهْوًا لِيُؤْتُوا بِمَا كَانُوا يَكْتُمُونَ﴾<sup>3</sup>، وغيرها من الآيات الكريمة التي اتفقت على استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه، والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر.

وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَخْيَا النَّامِ جَمِيعًا﴾<sup>4</sup>.

وقوله سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ يَكْفُرَ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ يَكْفُرَ الْعُسْرَ﴾<sup>5</sup>، وغيرها من

الآيات التي تدل على التيسير على الناس<sup>6</sup>.

فيمكن اللجوء إلى نقل وزرع الأعضاء البشرية عند الضرورة، أي إذا كان السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الشخص من الهلاك الحتمي، من خلال أن الضرورات تبيح المحظورات، ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن حالات الضرورة، يجب أن تكون فيها

أن يكون التبرع عن طوعية ورضا من المتبرع.

- الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي تحمل عنوان: "الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية"، بتاريخ 18 افريل 1987 والتي نوقش فيها موضوع بيع الأعضاء البشرية.

<sup>1</sup> ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص35.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 173.

<sup>3</sup> الآيات من 118 الى 120 من سورة الأنعام من القرآن الكريم.

<sup>4</sup> سورة المائدة، جزء من الآية 32.

<sup>5</sup> سورة البقرة، جزء من الآية 185.

<sup>6</sup> قال الامام الشعبي: إذا اختلف عليك أمران فإن أيسرهما أقربهما إلى الحق لهذه الآية.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

المصلحة التي تقتضيها الضرورة أعظم من المفسدة، وأن الضرورة تقدر بمتلها، والضرر لا يزال بمتله، فلا يجوز أن يدفع الإنسان الضرر عن نفسه بارتكابه على الغير<sup>1</sup>.

وقال صلى الله عليه وسلم " من استطاع منكم أن ينفع أخاه فلينفعه"<sup>2</sup>

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم

كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى»<sup>3</sup>

وفي هذا الحديث قال بن أبي جمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم شبه الإيمان بالجسد وأهله بالأعضاء، لأن الإيمان أصل وفروعه التكاليف؛ فإذا أخل المرء بشيء من التكاليف أدى ذلك الإخلال بالأصل، وكذلك الجسد أصل كالشجرة، وأعضاءه كالأغصان، فإذا اشتكى عضو من الأعضاء اشتكت الأعضاء كلها، كالشجرة إذا ضرب غصن من أغصانها اهتزت الأغصان كلها بالتحرك والاضطراب.

حيث ان وجه التشبيه فيه يظهر في التوافق في التعب والراحة.<sup>4</sup>

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: ولهذا كان المؤمن يسره ما يسر المؤمنين ويسوءه ما يسوءهم ومن لم يكن كذلك لم يكن منهم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نسرین عبد الحمید نبیہ، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا طباعة والنشر، الإسكندرية، السنة 2008ص44، أنظر كذلك، سارة خريسي، المرجع السابق، ص 322،323.

<sup>2</sup> أخرجه مسلم 2199. الراوي : جابر بن عبدالله | المحدث : الألباني | المصدر : صحيح الجامع الصفحة أو الرقم : 6019.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، برقم: (6011)، وصحيح مسلم، برقم: (2586)، واللفظ له.

<sup>4</sup> فتح الباري لابن حجر، 10 / 439.

<sup>5</sup> مجموع الفتاوى 2/373.

## ثانيا: موقف التشريعات الوضعية

استحدثت عدة دول ومنظمات إقليمية مواد قانونية أو قوانين تجيز عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية<sup>1</sup>، خاصة بعد صدور المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية سنة 1991 في قرارها 44-25 وتحديثها بالقرار 63-24 الصادر في 25 مارس 2010 عن جمعية الصحة العالمية<sup>2</sup>، وأدرج كل تشريع عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية حسب عدة مفاهيم حيث عنت حسب المشرع العراقي الاستخدام العلاجي الجراحي للأعضاء أو الأنسجة البشرية،

<sup>1</sup> قانون تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية القطري، رقم 15 لسنة 2015، قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2017، قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها العراقي، رقم 11 لسنة 2016، قانون الأعضاء والأنسجة البرية السوداني لسنة 1978، قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، رقم 23 لسنة 1977 معدل بالقانون رقم (23) لسنة 2000، اللائحة التنظيمية لنقل وزرع الأعضاء والأنسجة البرية، سلطنة عمان، القرار الوزاري رقم 179//2018، الجريدة الرسمية، 2018/9/26. القانون الاتحادي لتنظيم نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البرية رقم 5 لسنة 2016 الإماراتي، الجريدة الرسمية العدد 601، بتاريخ 2016/8/15، الملغى بمرسوم بقانون اتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 25 لسنة 2023 في شان التبرع وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة، قانون رقم 85-05 المؤرخ 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة الملغى بقانون الصحة الجزائري رقم 18-11 المؤرخ في 2018/7/2، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، 29 جويلية 2018. قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري رقم 5 لسنة 2010، الجريدة الرسمية، العدد 9 مكرر، 2010/3/6. قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية البحريني رقم 16، 1998. قانون زرع الأعضاء الكويتي رقم 55 لسنة 1987. قانون زرع ونقل الأعضاء السوري، رقم 30 لسنة 2003. قانون أخذ الأنسجة والأعضاء البرية لحاجات طبية وعلمية اللبناني، بالمرسوم الاشتراعي رقم 109 الصادر في 16 أبريل عام 1983. قانون أخذ الأعضاء البشرية وزرعها التونسي، رقم 22 المؤرخ في 1991/3/25، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 الصادر في 1991/3/29. قانون التبرع بالأعضاء والأنسجة البرية وأخذها وزرعها المغربي، رقم 16.98 ظهر شريف رقم 1.99.208 الصادر في 25 أوت، 1999، الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 16 سبتمبر، 1999، معدل في 9 جوان، 2014 القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها، المعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين، بالقرار رقم: ق - 791/2009/11/19.

<sup>2</sup> منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية البند 11-21 من جدول الاعمال، ج ص ع 63-22، 21 ماي 2010، والبند 11-21 من جدول الأعمال المؤقت، ج 63-25، 24 مارس 2010.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

وإدراجها التشريع السوداني ضمن مفهوم الزرع الطبي، وسماها القانون العراقي الاستئصال، بينما سماها كل من القانون الأردني، القطري الفلسطيني والعماني، بنقل الأعضاء وأضاف المشرع الإماراتي مصطلح الأنسجة، بينما المشرع الجزائري سمي هذه العمليات في قانون الصحة<sup>1</sup> بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وأدرجها في فصل البيو أخلاقيات إلى جانب التبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما والمساعدة الطبية على الإنجاب والبيو-طبي، على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، بينما لم يعرفها المشرع الكويتي، البحريني، السوري، التونسي، والمغربي، والقانون العربي الاسترشادي، وتطرق لمختلف شروطها وتنظيمها<sup>2</sup> أما المشرع المصري فقد اصطلح عليها التبرع بالأنسجة والأعضاء من خلال دستورها بالمادة 61 من الدستور المصري، التي تحدثت عن كيفية التبرع بالأنسجة والأعضاء، وتتص على أن: "التبرع بالأنسجة والأعضاء هبة للحياة، ولكل إنسان الحق في التبرع بأعضاء جسده، أثناء حياته أو بعد مماته بموجب موافقة أو وصية موثقة، وتلتزم الدولة بإنشاء آلية لتنظيم قواعد التبرع بالأعضاء وزراعتها وفقاً للقانون"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: أساس إباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

إن نزع أو استئصال عضو أو نسيج من جسم إنسان إلى آخر تمثل مساساً بحقه في سلامة جسده لما قد يسببه ذلك من ضرر على المتبرع الحي، كما أنها تمثل

<sup>1</sup> قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، المرجع السابق، ص34.

<sup>2</sup> الشرايري، محمد، "المبادئ القانونية للتبرع" التبادلي المتقاطع" بالأعضاء البشرية بين الأحياء - دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، المجلد العاشر، العدد المنتظم الأول، 2021، ص177، 178.

<sup>3</sup> المادة 61 من دستور 2012 لجمهورية مصر العربية، المعدل في أبريل 2019.

تعرضا لحرمة الميت<sup>1</sup> حينما تتم عملية النقل من جثة الإنسان، وعلى هذا من الجدير معرفة أساس إباحة هذه العمليات.

## أولا: ترخيص القانون بممارسة الأعمال الطبية كأساس لإباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

قد ينظر إلى عمليات التبرع بالأعضاء البشرية من حيث أساس الإباحة وشروطها ومشروعية إجرائها أنها تخضع لما تخضع له ممارسة الأعمال الطبية والجراحية التي رخص لها القانون ذلك، لان هذه العمليات تتم لإنسان مريض بهدف شفائه عن طريق هذه الوسيلة الطبية المستحدثة، إلا أن هذه النظرة من زاوية واحدة لعملية التبرع ذات طبيعة مزدوجة، تشتمل على نزع واستئصال عضو من أعضاء إنسان سليم أو جثة إنسان من جهة، وعملية زرعها في جسم إنسان مريض من جهة أخرى من أجل علاج هذا الأخير، فترخيص القانون بممارسة الأعمال الطبية والجراحية وإن كان يصلح لعملية الزرع بهدف العلاج، فانه لا يصلح أن يكون سببا في إباحة عملية نزع أو استئصال عضو أو نسيج من إنسان سليم أو جثة متوفى<sup>2</sup>.

إن إذن القانون يجب أن يتجسد في تشريع يصدر من السلطات المختصة بالتشريع يتضمن الضوابط القانونية التي تكفل إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء من أجل تحقيق منفعة اجتماعية في حدود الضرورة التي تقتضيها وأخذ بعين الاعتبار أن تكون الفائدة التي ستعود على المريض المنقول إليه العضو كبيرة وذات قيمة علاجية

<sup>1</sup> تنص المادة 39 من الدستور الجزائري أنه: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان .يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة .يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر، الدستور الجزائري 1996 معدل في 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 88، 30 ديسمبر 2020.

<sup>2</sup> بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 5 و6.

وأن لا يترتب على عملية الاستئصال إنتقاص ملموس في صحة المتبرع يؤثر على سلامته وعلى قدرته في قيامه بدوره ووظيفته في المجتمع<sup>1</sup>، وهذا ما حاولت مختلف الأنظمة القانونية فعله باستصدار عدة تشريعات وقوانين ومواد قانونية تعنى بعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

## ثانيا: حالة الضرورة والمصلحة الاجتماعية كأساس لإباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

نعرض حالة الضرورة ثم المصلحة الاجتماعية:

### 1- نظرية حالة الضرورة:

تعرف حالة الضرورة بأنها الموقف الذي يظهر فيه أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر كبير هي إحداث ضرر أقل، وأنها تقضي بالتالي وجود حالة خطر مباشرة على حياة شخص يفرض التضحية بالحق ضرر أقل بشخص آخر، ووفقا لحالة الضرورة في ميدان الطب يتعين على الطبيب أن يقدر الاحتمالات المتعلقة بالمزايا والمخاطر التي قد تترتب على العملية، و يقرر ترجيح أحدها ومن ثم اتخاذ قرار القيام بالعملية أو الامتناع عن إجرائها<sup>2</sup>، ففي عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية الطبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض، والضرر الذي سيلحق بالمتبرع، وهو في هذه الحالة يكون عمله داخلا في نطاق حالة الضرورة ومن ثم لا يسأل جنائيا ولا مدنيا، وموازنة الطبيب تكون في ظل وجوب وجود الظروف التالية<sup>3</sup>:

- وجود خطر محقق بالمريض يؤدي إلى وفاته لو لم ينقل إليه العضو.

<sup>1</sup> أحمد شرف الدين، الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء البشرية، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، 1971، المجلد 21، ص 134.

<sup>2</sup> علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص12.

<sup>3</sup> ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 238-241.

- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي سيلحق بالشخص المتبرع.

- ألا يؤدي نزع العضو إلى موت المتبرع أو إصابته بنقص جسيم ومستديم.  
- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض، وأن يهيأ لها كافة العناصر اللازمة للنجاح، من حيث مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض.

ولذلك يرى أنصار نظرية الضرورة انها نظرية كافية كأساس لإباحة عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، غير انه وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات أهمها:  
- لا تصلح حالة الضرورة كمبرر لإجراء عمليات نقل الأعضاء والأنسجة بحكم أنه ليس من المؤكد أن نقل العضو أو النسيج ينقذ حياة المريض، فقد لا يتم ذلك ولا يتوافق العضو مع الجسم المتلقي له، كما أن المريض في بعض الحالات يستطيع الاستعانة بوسيلة أخرى غير العضو البشري مثل الكلية الاصطناعية لمريض الفشل الكلوي باعتبارها وسيلة صناعية بديلة<sup>1</sup>؛

- إن فكرة حالة الضرورة ماهي إلا ستار للاستغناء عن رضا المتبرع، فإمكانية التسبب بضرر للغير لتفادي خطر معين مع عدم الحصول على رضا المتبرع يؤدي بالطبيب إلى أن يستأصل عضو من جسم إنسان يراه مناسب من أجل زرعه في مريض يوشك على الموت، وهذا يتنافى مع أصول حماية وحرمة جسم الإنسان<sup>2</sup>؛

<sup>1</sup> حسام كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جانفي 1975، العدد الأول، ص 31، ومحمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 657، ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 243.

<sup>2</sup> حسام كامل الأهواني، نفس المرجع، ص 32، ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 245.

- إن استخدام حالة الضرورة للتخلص من عبء المسؤولية الجنائية والمدنية، عن طريق الإدعاء بوجود ضغط أدبي أو أخلاقي ولدته ضرورة إنقاذ مريض يشرف على الموت على حساب شخص سليم، هو خروج عن الأصول القانونية لممارسة مهنة الطب؛

- حالة الضرورة تغطي طرف واحد من العملية وهو المريض ولا تبرر عمل الطبيب من جانب المتبرع؛

- الفشل في تبرير عدة تطبيقات من عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية، مثل نقل القرنية فلا يوجد خطر حال ووشيك يهدد المريض بالموت، وكذلك الأمر فيما يخص نقل الكلى في ظل وجود كلى اصطناعية.

وعليه جانب من الفقه وهم أنصار نظرية المصلحة الاجتماعية يرى أن نظرية حالة الضرورة لا تصلح كأساس لإباحة نقل الأعضاء والأنسجة البشرية خاصة في ظل وجود خلاف حول طبيعتها كسبب للإباحة أم مانع للعقاب<sup>1</sup>.

## 2- نظرية المصلحة الاجتماعية:

تقوم هذه النظرية على أساس أن الحق في سلامة الجسم من الحقوق المعترف بها للفرد، فمن مصلحته ألا يعطل وظائف جسمه على أي صورة كانت، وان يحتفظ بتكامله الجسدي، غير أن للمجتمع حق ارتفاق على جسم الفرد، فلا يستطيع الفرد أن يتصرف في هذا الحق في الحدود التي تتعلق بارتفاق المجتمع، ومن شأن أي اعتداء يمس بسلامة الجسم و ينقص من الإمكانيات التي تتطلبها الوظيفة الاجتماعية يعد إهدارا لارتفاق المجتمع، سواء رضي به المجني عليه أو لم يرضى، فيتجرد الرضا في

<sup>1</sup> ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 245 - 248.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

هذه الحالة من قيمته، و يعتد بالرضا في إباحة الفعل فقط في حالة عدم إنقاصه من قدرة الشخص على أداء الأعمال ذات القيمة الاجتماعية<sup>1</sup>.

وعليه تعتبر هذه النظرية المصلحة الاجتماعية أساس إباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، فصحیح هناك مخاطر قد تترتب على عمليات النقل بالنسبة للمتبرع، ولكن هذه المخاطر محدودة تستحق التحمل باسم التضامن الإنساني والاجتماعي، فالنفع الاجتماعي بعد العملية يزيد عما كان عليه قبلها، حيث تنقص من قدرة المتبرع بقدر محدود وتزداد قدرة المريض بشكل كبير، فتكون الحصلة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة<sup>2</sup>.

غير أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد حيث أنها<sup>3</sup>:

- فكرة غامضة وخطرة حيث يمكن أن يتم نزع أعضاء وأنسجة من شخص عنوة دون رضاه لمصلحة شخص مريض آخر بحجة المصلحة الاجتماعية؛

- عدم القدرة على قياس محصلة المنفعة الاجتماعية؛ وحساب احتمالات الخطأ والموازنة بين مجموع المنافع؛

- تجاهل أضرار وآثار العملية الجراحية على المتبرع.

- فكرة التضامن الاجتماعي فكرة غامضة قد تؤدي الى تفضيل شخص على آخر نظرا لمركزه الاجتماعي الأفضل؛

- في بعض الحالات التي تجعل من موافقة المتبرع كافية لإباحة التصرف في جسمه وهو ما يفتح الباب واسعا لهذه العمليات دون مراعاة قواعد القانون وما تمليه الحق في سلامة الجسم.

<sup>1</sup> ياسر حسين بهندس، ص 250.

<sup>2</sup> علي محمد بيومي، المرجع السابق ص14.

<sup>3</sup> أنظر في علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص14 وياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص253-255.

## ثالثاً: إرادة المتبرع كأساس لمشروعية وإباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

الطبيعة المزدوجة لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية خاصة ما تعلق بشق الاستئصال من جسم سليم أو جثة الميت، دفعت الفقهاء والباحثين إلى مناقشة دور رضا المتبرع وإرادته وأثر ذلك على المساس بسلامة جسمه حال حياته أو بعد وفاته بهدف زرع عضو أو نسيج منه في جسم آخر لشخص مريض، ففي حين تم اعتبار رضا المريض شرطاً لممارسة عملية الزرع خاصة، والأعمال الطبية عامة بهدف تحقيق مصلحة علاجية، فلا يمكن اعتبار رضا المتبرع مجرد شرطاً لعملية الاستئصال لأنها تشكل مساساً بسلامة إنسان سليم ولا تهدف لتحقيق مصلحة علاجية شخصية له، بل يتعين اعتبار رضا المتبرع أحد العناصر المكونة لأساس إباحة عملية الاستئصال<sup>1</sup>.

وإباحة مثل هذا النوع من العمليات بناء على إرادة المتبرع وموافقته يتطلب وجود نص قانوني يقرر لرضا الشخص إمكانية التبرع.

وعليه يمكن القول أن نقل الأعضاء والأنسجة عملية يتم من خلالها استئصال عضو أو جزء منه أو نسيج بشري أو أكثر من شخص حي أو متوفي، بهدف زرعه في شخص مريض، وعملية التبرع هي تصرف قانوني يفيد موافقة شخص حال حياته أو يوصي بذلك لما بعد وفاته على هذا النقل بدون عوض، وأن إرادة المتبرع عنصر أساسي مكون لإباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية تحت إجازة القانون الذي يضبط شروط وشكل وطبيعة موافقة المتبرع على هذه العمليات، من أجل حالات الضرورة والمصلحة الاجتماعية، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إجراء عملية

<sup>1</sup> بشير سعد زغول، المرجع السابق، ص 10.

## فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

---

الاستئصال دون الاستناد على الإرادة الحرة للمتبرع سواء بتبرع حال الحياة أو لما بعد الوفاة.



## الباب الأول

إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية حال

حياته

## الباب الأول: إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية حال حياته

## تمهيد وتقسيم

يعد اجراء نزع عضو أو نسيج من متبرع حال حياته مساس بحق في التكامل الجسدي لشخص سليم<sup>1</sup>، واستنادا لأسس الاباحة السالفة الذكر من ترخيص القانون بممارسة الأعمال الطبية وحالة الضرورة والمصلحة الاجتماعية، وإرادة ورضا المتبرع، نظمت مختلف التشريعات نصوص تجيز التبرع بين الأحياء بين الأقران أو غيرهم، غير أنها شددت في مسألة ضرورة وجود الموافقة الواضحة والمستتيرة للمتبرع الحي صاحب الأهلية السليمة والإرادة الحرة التي لا يشوبها عيب، والتي سنتطرق إليها في الفصل الأول تحت عنوان الإرادة الحرة والسليمة للمتبرع الحي بالأعضاء والأنسجة البشرية.

هذه الإرادة هي كامنة في نفس المتبرع لا يمكن الاعتداد بها الا من خلال التعبير عنها تعبيرا واضحا ودقيقا، أمام الجهات المختصة بعد اعلام وتبصير المتبرع الحي بأضرار ومخاطر العملية، وفوائدها المرجوة، وأن من شأن أي نزع أو استئصال عضو أو نسيج من شخص حي دون التعبير عن موافقته تعريض من قام به وشارك في هذا العمل للمساءلة والعقوبات القانونية، وسنتطرق لهذا في الفصل الثاني تحت عنوان التعبير عن إرادة المتبرع وجزاء عدم الاعتداد بها.

<sup>1</sup> يقصد بالحق في التكامل الجسدي مصلحة الفرد في الاحتفاظ بأعضاء جسمه كافة، وبشكلها الطبيعي بصورة متكاملة من غير نقص فيها أو تعديل، وهذه الفكرة قائمة على أساس أنه الا قيمة موضوعية كاملة للحق في سلامة الجسم دون أن يكون هذا الجسم متكاملًا ومحتفظًا بأجزائه كافة، أنظر أكثر تفصيل، عبد القادر رحال، الضوابط الشرعية والقانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه والقانون، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، سبتمبر، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر 1، 2020، ص 151.

**الفصل الأول: الإرادة الحرة والسليمة للمتبرع الحي بالأعضاء والأنسجة****البشرية****تمهيد وتقسيم**

قبل التطرق لمدى سلامة وحرية إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية في حالة التبرع بين الأحياء في المبحث الثاني، نستعرض في المبحث الأول نطاق هذا التبرع من خلال الوقوف على إمكانية وجود رابطة بين المتبرع والمتلقي من عدمها، نظرا للأهمية والحساسية المرتبطة بالعمل التبرعي الذي يقدم عليه الشخص، والذي بموجبه سيتخلى عن جزء أو نسيج من جسمه، كما نبين الطبيعة القانونية لهذا العمل.

**المبحث الأول: نطاق التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء****وطبيعته القانونية**

نقصد بنطاق التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء مجاله أو حدوده، أي هل يقتصر التبرع على أشخاص معينين يتبرع لهم أم يتعدى التبرع لأشخاص آخرين لا تربطهم علاقة قرابة أو أي رابطة قانونية أو حتى عاطفية بالمتبرع؟ وفي هذا أخذ هذا التبرع صورتين، الصورة الأولى عادية تقليدية (التبرع التقليدي)، والصورة الثانية استثنائية (التبرع المتقاطع)<sup>1</sup>.

**المطلب الأول: التبرع التقليدي وطبيعته القانونية**

يقصد بالتبرع التقليدي، التبرع بين الأحياء في صورته العادية أي في مجال ضيق، وهو ضرورة تقييده بشروط قانونية مرتبطة بدرجة القرابة أو الجنسية بين المتبرع الحي والمتلقي، ويشترط فيه كذلك التوافق المناعي بينهما قبل عملية النزح والزرع.

<sup>1</sup> أنظر في تسمية التبرع التقليدي والتبرع المتقاطع أو التبادلي في محمد الشرايري، مرجع سابق، ص 1.

## الفرع الأول: قيد الصلة أو الرابطة بين المتبرع والمتلقي

اشتترت كثير من التشريعات، وجود صلة القرابة بين المتبرع الحي والمتلقي، وذلك للاحتمال الكبير لوجود التوافق المناعي بينهما، كما أنه يميل تقبل الإنسان بإرادته الحرة الى التبرع لأحد أقاربه أو شخص يحمل جنسيته أكثر من الغير، ومن شأن هذا التقييد كذلك التقليل من عمليات المتاجرة غير الشرعية بالأعضاء والأنسجة البشرية واستعمال التبرع كغطاء لذلك، حيث نص القانون المدني الجزائري أنه يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية<sup>1</sup>، كما اشترط أن يكون المتبرع أحد الأصول أو الفروع أو الحواشي الى الدرجة الرابعة أو زوج أو زوجة أو أحد الاصهار الى الدرجة الأولى<sup>2</sup>. أما القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، فأخذ بالتبرع الموجه<sup>3</sup> والمقيد بصلة القرابة أو الزوجية<sup>4</sup>، والقانون المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن التبرع بالأعضاء اشترط صلة

<sup>1</sup> أنظر المادة 359 من قانون الصحة الجزائري.

<sup>2</sup> تنص المادة 360 من قانون الصحة الجزائري على انه "يجب أن يكون المتبرع أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمه أو ابنة عم أو ابنة خال أو ابنة عمه أو ابنة خالة أو ابن عم أو ابن خال أو ابن عمه أو ابن خالة أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو ابنة شقيق أو ابنة شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب وزوج أم المتلقي".

<sup>3</sup> التبرع الموجه هو التبرع الذي يتم لشخص بعينه أو بذاته، والقانون القطري هو أول قانون عربي يستخدم هذا المصطلح في المادة الأولى منه، أنظر محمد الشرايري، المرجع السابق ص 180.

<sup>4</sup> تنص المادة 09 من القانون المغربي القانون 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 4726، 16 سبتمبر 1999، ص 2299 صيغة محينة بتاريخ 9 جوان 2014 على أنه "لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به الا من أجل المصلحة العلاجية لمتبرع له معين يكون إما أصول المتبرع، أو فروعه، أو إخوته وأخواته، أعمامه أو عماته، أو أخواله أو خالاته، أو أبناءهم، كما يمكن ان يكون الأخذ لفائدة زوج أو زوجة لمتبرع شريطة مرور عام على زواجهما يجب اثبات علاقة القرابة بين المتبرع والمتبرع له المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

القريبة واستثنى حالة وجود مريض في حاجة ماسة وعاجلة مع وجوب موافقة اللجنة الخاصة على ذلك وهو ما ذهب اليه القانون الفلسطيني، بينما قيد القانون القطري والعماني التبرع التقليدي باشتراط التبرع الموجه بوجوب وجود صلة القرابة من الدرجة الرابعة، واجازا غير ذلك بشرطي الحاجة الماسة والعاجلة مع موافقة لجنة الأخلاقيات الطبية، واشترط المشرع الاماراتي بمرسوم بقانون اتحادي رقم 25 لسنة 2023 التبرع للأقارب حتى الدرجة الرابعة ولأقارب أي من الزوجين بالنسبة للزوج الاخر حتى الدرجة الرابعة<sup>1</sup>.

أما من حيث رابطة الجنسية فقد حظر القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 الزرع من مصريين الى أجنبى عدا في حالة الزوجين، مع مرور ثلاثة سنوات من الزواج على الأقل، وأجاز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبى وفي حالة كان المتبرع والمتلقي أجنبىان من جنسية واحدة يشترط موافقة الدولة المنتميان لها، أما القانون الفلسطيني فاقصر التبرع فيه على حاملي الجنسية الفلسطينية دون أي استثناء، وذهب القانون العراقي الى منح الأولوية للعراقيين حيث أجاز التبرع لغير العراقي في حالة كانت صلة قرابة بين المتبرع والمتلقي.

بينما لم يشر المشرع الجزائري الى رابطة الجنسية، بحكم حصره للأشخاص المستقبلين للأعضاء والأنسجة البشرية<sup>2</sup>. وسكوت المشرع الجزائري عن الإشارة لرابطة الجنسية قد يفهم أنه لم يقيد التبرع بين الأحياء بضرورة وجود الجنسية الجزائرية إذا

<sup>1</sup> أنظر المادة 7 من مرسوم بقانون اتحادي رقم 25 لسنة 2023 في شان التبرع وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة الاماراتي.

<sup>2</sup> أنظر في المواد من القوانين المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية التالية: المادة 4 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010، المادة 22 من القانون الفلسطيني رقم 06 لسنة 2017، المادة 6 قانون قطري رقم 15 لسنة 2015 والمادة 4 قانون عماني (قرار وزاري 2018/179).

كان طبعا المتلقي من بين الأقارب الذين حصرهم في قانون الصحة 18-11 لسنة 2018.

ولم تقيد القانونيين الأردنية، الكويتية، السورية، السودانية، البحرينية، التونسية، والدليل العربي الاسترشادي، المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء البشرية التبرع التقليدي بقيود درجة القرابة أو الجنسية وهو اتجاه حر في التبرع التقليدي<sup>1</sup>، يعبر عن حرية المتبرع بمنح عضو أو نسيج لمتلقي مريض لا تربطه أي صلة به.

بينما اشترطت منظمة الصحة العالمية من خلال مبادئها التوجيهية بشأن زرع الأعضاء والنسج البشرية وجود صلة جينية أو قانونية أو عاطفية بين المتبرعين الأحياء وبين من يتلقون تبرعاتهم<sup>2</sup>، وقد تكون الصلة الجينية بين المتبرع والمتلقي مفيدة علاجيا، فهي تعزز الاطمئنان الى المتبرع بتصرفه بقلل حقيقي على المتلقي، كذلك الشأن في حالة وجود رابطة قانونية كرابطة الزواج، وعلى العكس لا يمكن تقدير مدى الصلة المزعومة في حالة العلاقة العاطفية والتي تتم بدافع الايثار غير أنه يمكن تصور ذلك في حالة التبرع بالخلايا الجذعية المكونة للدم<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: قيد التوافق المناعي

واجه التبرع التقليدي بين الأحياء عقبة جوهرية، متمثلة في عدم التوافق المناعي أو التطابق النسيجي<sup>4</sup>، حيث أنه في حالات عديدة ورغم وجود صلة القرابة

<sup>1</sup> محمد الشرايري، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> أنظر المبدأ التوجيهي رقم 3، القرار 63-24 الصادر في 25 مارس 2010 عن جمعية الصحة العالمية.

<sup>3</sup> أنظر التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 3، القرار 63-24 الصادر في 25 مارس 2010 عن جمعية الصحة العالمية.

<sup>4</sup> التطابق النسيجي: غالبا ما يقوم جهاز المناعة لدى الانسان بمهاجمة الأعضاء والأنسجة الغريبة، بما في ذلك الأنسجة المزروعة، ويسمى هذا التفاعل بالرفض، ويكون رفض الأعضاء والأنسجة عندما يتعامل الجهاز المناعي مع جزيئات موجودة على خلايا العضو أو النسيج المتبرع به على أنها جزيئات أجنبية تسمى بالمستضدات.

العائلية فإن الأعضاء والأنسجة البشرية المتبرع بها لا تلائم جسم المتبرع له ويرفضها عن طريق جهاز المناعة في جسم الإنسان، حيث أن كل تدخل ونقل غير ذاتي يتطلب إثبات التوافق مع الجهاز المناعي لتجنب التفاعلات الالتهابية وما ينجم عنها من آثار سلبية على المريض<sup>1</sup>.

لهذا اشترطت مختلف القوانين المنظمة للتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية التوافق المناعي في التبرع التقليدي، وإجراء الفحوصات اللازمة أو تحريات ما قبل زراعة الأعضاء للتأكد من ذلك قبل عمليات النزع والزرع، فالقانون الجزائري اشترط التوافق المناعي واصطاح عليه المطابقة المناعية ونص على أنه يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع

بالنسبة لنقل الدم، فإنه من السهل نسبيًا تجنب رفض الخلايا المتبرع بها، وذلك لأن خلايا الدم الحمراء تمتلك ثلاثة مستضدات رئيسية فقط على أسطحها. تحدد هذه المستضدات نوع زمرة الدم وتسمى A و B و Rh. قبل نقل الدم، يُجرى اختبار للتأكد من أن المستضدات في الدم المتبرع به والدم في جسم المتلقي متطابقين بشكل كامل. أما بالنسبة لزراعة الأعضاء والأنسجة فهناك الكثير من المستضدات التي تساهم في العملية، تسمى هذه المستضدات بمستضدات الكريات البيضاء البشرية (HLA) Human Leukocyt Antigens، أو مُعقد التوافق الكبير major compatibility complex (MHC). وهي موجودة على سطح كل خلية من خلايا الجسم، و كل شخص لديه زمرة HLA فريدة من نوعها، والتي تحدد نوع الأنسجة من الناحية المثالية، ينبغي أن تتطابق الزمرة النسيجية للشخص المتبرع بشكل كامل مع الزمرة النسيجية للشق المُتلقي، والتطابق النسيجي الكامل هو أمر نادر للغاية، وقد لا يستطيع بعض المرضى الانتظار حتى توفر أعضاء متوافقة نسيجيًا بشكل كامل معه، لذلك، قد يستخدم الأطباء نسيجيًا غير متوافق بشكل كامل مع نسيج المريض، ولكنه قريب إليه بقدر الإمكان، يُقلل التقارب بين الزمرة النسيجية للمتبرع والمتلقي من احتمال رفض العضو أو النسيج المزروع أو من شدة الرفض، ويُحسن من النتيجة، أنظر أكثر تفصيل على موقع شركة Merck & Co., Inc., Rahway, NJ [/https://www.msmanuals.com](https://www.msmanuals.com) تاريخ الزيارة 10.06.2022 الساعة 14h30.

<sup>1</sup> Olimpia Gamucci, Alice Bertero, Mariacristina Gagliardi and Giuseppe Bardi, Biomedical Nanoparticles: Overview of Their Surface Immune-Compatibility, Coatings 2014, 4, 139-159; doi:10.3390/coatings4010139, Published: 12 February 2014, p 139.

المتلقي بالامتثال الصارم للقواعد الطبية<sup>1</sup>، كما اشترط القانون المصري بموجب المادة الخامسة من لائحته التنفيذية الصادرة عام 2011 وجوب توافق أنسجة وفصيلة دم المتبرع والمتلقي وإجراء كافة الفحوصات اللازمة لإثبات ملاءمة العضو المتبرع به للمتلقي، وأن تكون فرص نجاح عملية الزرع مقبولة طبقاً للقواعد العلمية والطبية المتعارف عليها، وأشترط القانون الأردني لعام 1977 المعدل في سنة 2000، إجراء الاختبارات المناعية بموجب تعليمات الفحوصات والتحليل المخبرية اللازمة في عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية إضافة إلى إلزام المستشفيات بتوفر الأجهزة والتقنيات الخاصة بالفحوصات المناعية كأجهزة تحليل الأنسجة ومع ومعرفة المستضدات ومستوى الأدوية والمثبطات المناعية المختلفة، بينما اكتفى كل من القانون العماني الصادر سنة 2018 والفلسطيني الصادر سنة 2017 والإماراتي الصادر سنة 2016 والقطري الصادر سنة 2015 والمغربي لعام 2014، وكذلك العربي الاسترشادي الصادر سنة 2009 بالإشارة إلى ضرورة ملاءمة العضو المزعم زرعه لجسم المريض المتلقي كشرط وواجب على الجهات الطبية القيام بالتحقق منه، بحدود المعطيات المتوفرة علمياً، وحالة المتلقي الصحية، وإثبات جميع نتائج الفحوصات في تقرير طبي يوقع عليه القائمين على العملية<sup>2</sup>، بينما حصرها المشرع السوري في حالة الطعم الذاتي وحالة التوائم المتماثلة، في حين لم يشترط القانون الكويتي والتونسي والبحريني والسوداني والعراقي، التحقق من التوافق المناعي بشكل

<sup>1</sup> أنظر المادة 359 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة الجزائري.

<sup>2</sup> نفس الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع الإماراتي بموجب المرسوم بقانون الاتحادي 5 لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية 601، الصادرة بتاريخ 15 أوت 2016، الملغى بمرسوم بقانون اتحادي رقم 25 لسنة 2023 في شأن التبرع وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة، هذا الأخير عزز في المادة 8 منه من الفحوصات الطبية للتبرع بين الحياء عن طريق التحقق من سلامة المتبرع جسدياً ومن الحالة النفسية والعقلية، ومن سلامة العضو وملاءمته، وعدم تهديد صحة المتبرع.

صريح، وهذا لا يدل عن الاستغناء عن هذا الشرط نهائياً، فإجراء العملية متوقف قانوناً بقرار من الطبيب أو اللجان الطبية المختصة وفق الأصول والبروتوكولات والأدلة الطبية المتعارف عليها في عمليات زرع الأعضاء والأنسجة البشرية خاصة ما تعلق بتحديد زمرة الدم ونوع الخلايا، لأن من شأن مخالفة ذلك أحداث الضرر بالمريض وقيام المسؤولية الطبية<sup>1</sup>.

ولقد استعمل العلماء لحل مشكلة عدم التوافق أو المطابقة المناعية مادة السيكلوسبورين<sup>2</sup> بعد اكتشافها عام 1970 كمنشط للمناعة، حيث ساهم هذا الاكتشاف في انجاح كثير من عمليات زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، منها نجاح أول عملية زرع قلب ورئة إنسان معا في مستشفى ستانفورد في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>3</sup>، وساهم هذا الدواء في التقليل من عمليات الرفض المناعية للعضو أو النسيج الأجنبي، غير أنه ليس حل جذري لمشكلة عدم التوافق المناعي.

### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتبرع التقليدي بين الأحياء

كما ذكرنا سابقاً يعد التبرع عمل قانوني يتضمن تقديم التزام معين بدون مقابل، والمشرع الجزائري لم يعرف التبرع واكتفى بتقديم أنواع له منها الهبة، الوقف، الوصية، متأثراً بالقانون الفرنسي الذي لم يعرفه هو كذلك لكنه عرف عقد التفضل بأنه

<sup>1</sup> محمد الشرايري، مرجع سابق، ص 184 و 185.

<sup>2</sup> السيكلوسبورين (بالإنجليزية: Cyclosporin) هو دواء مثبط للمناعة، يستخدم، بعد عمليات زراعة الأعضاء. والغرض من استخدامه هو تقليل فرصة رفض الجسم للعضو الذي تمت زراعته في جسم المريض، أنظر أكثر تفصيل <https://ar.wikipedia.org/wiki> نص منشور برخصة المشاع الإبداعي تاريخ الزيارة 10 جوان 2022.

<sup>3</sup> محمد الشرايري، المرجع السابق، ص 176.

"العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى آخر منفعة مجانية خالصة"<sup>1</sup>، والوحيد الذي عرف التبرع من التشريعات العربية هو المشرع اليمني في القانون المدني حيث نص على أن التبرع بلا عوض يلحق بالعقد ولا يتم إلا بقبض المتبرع له العين المتبرع بها قبضا تاما، وعقد التبرع بشرط العوض لا يتم إلا بقبض العوض<sup>2</sup>، وهو تعريف خاص بالتبرع الذي نشأ من عقد اتفاق إرادتين ولا يتناول التبرع الناشئ من التصرف بالإرادة المنفردة كالوصية<sup>3</sup>، ومن الملاحظ وجود اختلاف في تعبير الباحثين عن تخلي الإنسان عن عضو منه بدون مقابل، فيعبرون عنه أحيانا بالهبة، وأحيانا بالتبرع، وكذلك بالتنازل وغيرها من المصطلحات<sup>4</sup>، ويرى الآخر أنه "اختصاص بالمنافع"<sup>5</sup> ويمكن تكيف التبرع بالأعضاء البشرية بين الأحياء على أنه من عقود الهبات، وهو ليس من عقود التفضل<sup>6</sup>، وإن كان من نوع خاص، حيث لا يمكن إخضاعه لجميع أحكام عقد الهبة، حيث يغلب عليه طابع الايثار واجيز للضرورة القصوى، ولا

<sup>1</sup> Article 1105 du code civil, Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ».

<sup>2</sup> المادة 2010 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2000.

<sup>3</sup> عمار نكاح، الهيئة والوصية، محاضرات منشورة على الموقع <https://fac.umc.edu.dz> مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2021، 2022، ص5.

<sup>4</sup> عارف علي عارف القرّة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، ط1، منشورات الجامعة الإسلامية ماليزيا، 2011، ص15.

<sup>5</sup> يرى ذلك عارف علي القرّة داغي، نفس المرجع، ص16. أي أن التبرع من الاختصاص بمنافع الأشياء التي لا تقبل أعيانها التملك، لأن الشارع ألغى اعتبارها مالا متقوما، أنظر أكثر تفصيل عز الدين عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشروق، القاهرة، 1968، ج2، ص86.

<sup>6</sup> عقود التفضل (الاعارة-الوديعة-الوكالة بدون اجر)، أي منح منفعة الشيء أو المال بدون تملك.

يمكن اعتبار محله الذي هو جسم الإنسان من نطاق الأشياء والأموال القابلة للتمليك بمفهوم التقنين المدني، كما أن هذا الاعتبار يتعارض مع الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

ويستخلص السنهوري أربعة مقومات للهبة<sup>2</sup> من تعريف عقد الهبة من المادة

486 من القانون المدني المصري<sup>3</sup> وهي:

- الهبة عقد ما بين الأحياء. Contract between living people.

- بموجبه يتصرف الواهب في ماله Transmission of value

- دون عوض lack of value

- بنية التبرع Intention to donate

وبذلك فعقد الهبة يتكون من عنصرين: عنصر مادي متمثل في تصرف الواهب

في ماله دون عوض، وعنصر معنوي أو قصدي وهو نية التبرع.

وهذه المقومات تنطبق على التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية إلا ما تعلق

بمحل التبرع حيث لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار أعضاء جسم الإنسان من

الأموال، فجسم الإنسان حال الحياة، لا يمكن اعتباره شيئاً فهو خارج دائرة الأشياء، و

تنص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي قبل إلغائها<sup>4</sup> على أنه: فقط الأشياء

المتاحة تجارياً يمكن أن تكون موضوع اتفاقيات، ولا يمكن أن يفهم من هذه المادة

خروج جسم الإنسان عامة من دائرة المعاملات القانونية، بل المقصود أن التعامل على

<sup>1</sup> سعاد هواري، خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن،

الجلد الخامس، العدد الأول، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2019، ص 74.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة

والقرض والدخل الدائم والصلح، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان 1976.

<sup>3</sup> أوردت المادة 486 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل أن: الهبة عقد يتصرف بمقتضاه

الواهب في مال له دون عوض.

<sup>4</sup> Code civil francais, Ancien art. 1128 (Abrogé par Ord. N° 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1er oct. 2016).

الجسم الإنساني له طبيعة خاصة ومختلفة تماما عن طبيعة التعامل على الأشياء، وأكد الفقه الفرنسي على أن الجسم هو الشخص<sup>1</sup>.

وعليه يمكن اعتبار التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء هبة مباشرة ذات طبيعة خاصة لا بد فيها من إيجاب وقبول متطابقين بين المتبرع والمتلقي الأحياء سواء كان التبرع لشخص بعينه، أو بذاته "التبرع الموجه"، أو كان تبرعا إيثاريا لشخص غير معين بشخصه أو بذاته طالما أن الحق بالعضو أو النسيج ينتقل بشكل مباشر من المتبرع إلى المتلقي على سبيل الهبة مجانا دون أي مقابل مادي<sup>2</sup>.

ويمكن أن نسميها هبة مباشرة ذات محل خاص بما أن محلها الذي هو الأعضاء والأنسجة البشرية هو من يضيف هذه الطبيعة الخاصة.

ورغم تزايد عمليات النزح والزرع في التبرع التقليدي خاصة باستعمال الأدوية المساعدة على تثبيط الاستجابة المناعية، إلا أن هذه العمليات خلفت أعراض جانبية عديدة تهدد صحة الإنسان، مما أدى للتفكير بوسائل أخرى كحل لزيادة عدد المتبرعين غير المتوافقين مناعيا مع المتلقين، فاستحدث ما اصطلح عليه التبرع المتقاطع أو التبادلي كفكرة جسدت في مختلف التشريعات والقوانين المتعلقة بالصحة وعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

<sup>1</sup> أنظر حبيبة، سيف سالم، راشد الشامسي، المرجع السابق، ص 14-16.

<sup>2</sup> وذلك للتمييز بينها وبين الهبة غير المباشرة والتي يلتزم من خلالها شخص بوفاء دين على الغير، وإن يقبل شخص حوالة دين على سبيل التبرع، أي دون نية رجوع على المدين الأصلي، أنظر أكثر تفصيل، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، مرجع سابق، ص 11، أنظر كذلك محمد الشرايري، مرجع سابق ص 179 و 180.

## المطلب الثاني: التبرع المتقاطع وطبيعته القانونية.

اختلفت القوانين التي تنظم عمليات التبرع بالأعضاء البشرية في استخدام المصطلحات والمفاهيم للتعبير عن هذا النوع من عمليات التبرع، ففي حين أن القانون الفرنسي أطلق اسم "التبرع التبادلي أو "don croisé"<sup>1</sup>، اعتمد القانون الجزائري تسميته "التبرع المتقاطع"<sup>2</sup>، واستخدم القانون الأمريكي تسمية "التبرع المزدوج بالأعضاء البشرية أو "human organ paired donation"<sup>3</sup>، وفيما يلي نتطرق لظروف استحداث التبرع المتقاطع وأهميته وطبيعته القانونية.

### الفرع الأول: استحداث التبرع المتقاطع

استحدث التبرع المتقاطع كحل لتوسيع وزيادة الاستفادة من عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية نظرا لما واجه التبرع التقليدي من مشاكل عدم التوافق المناعي، والآثار الجانبية للمنبطات المناعية.

في بعض الدول مثل كوريا الجنوبية والولايات المتحدة الأمريكية، سويسرا، هولندا، أستراليا، كندا والهند، تم تطوير نماذج التبرع من خلال التبادل للمانحين بين اثنين أو أكثر من الأزواج لتمكين الزرع للمتلقين الذين يكون المتبرعون الأحياء لديهم

<sup>1</sup> قانون الصحة الفرنسي لم يتطرق إلى التبرع التبادلي وإنما تطرق إليه بموجب القانون رقم 814 المؤرخ في 7 جويلية 2011 بشأن أخلاقيات البيولوجيا من خلال المادة 7 منه.

<sup>2</sup> سمى المشرع الجزائري في قانون الصحة 2018 هذا التبرع بالتبرع المتقاطع من خلال المادة 360 أنه " في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي الذي له قرابة عائلية يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء"

<sup>3</sup> Public Law 110-144, National Organ Transplant Act, Charlie W. Norwood Living Organ Donation Act. 42 USC 201, United States of American note, December 21, 2007.

غير متوافقين مناعيا معهم، بينما في دول أخرى مثل اليابان، التبرع التبادلي والمتقاطع غير مسموح به لأسباب ثقافية وأخلاقية<sup>1</sup>.

ويشترط في التبرع المتقاطع ما يشترط في التبرع التقليدي بين الأحياء ما عدا ما تعلق بضرورة وجود التوافق المناعي بين المتبرع الأول والمتلقي الأول، ولذلك أكدت القوانين التي استحدثت التبادل المتقاطع على عدم المطابقة المناعية بين المتبرع والمتلقي للأعضاء البشرية كشرط للجوء اليه، فقانون الصحة الجزائري أكد على ذلك، حيث في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي الذي له قرابة عائلية يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيتين "متبرع-متلقي" متطابقين<sup>2</sup>، واشترط القانون الإماراتي في هذا السياق إقرارا من الأطباء بشأن فائدة التبادل<sup>3</sup>، أما القانون الأمريكي<sup>4</sup>، اشترط عدم وجود توافق بيولوجي بين المتبرع والمتلقي، وهو ما انتهجه كذلك المشرع الفرنسي في قانون رقم 814-2011 لسنة 2011 بشأن أخلاقيات البيولوجيا<sup>5</sup> في المادة السابعة منه المعدلة للمادة 1231 من قانون الصحة العامة.

<sup>1</sup> José Medina-Pestana, Limits for paired kidney donation, Braz. J. Nephrol. (J. Bras. Nefrol.) 2022;44(3):423-427, p 423.

<sup>2</sup> أنظر الفقرة 3 من المادة 360 من قانون الصحة 11-18.

<sup>3</sup> قرار مجلس الوزراء رقم (25) لسنة 2020، بشأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم 6 لسنة 2016، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية.

<sup>4</sup> Public law 110-144—dec. 21, 2007, amend the national organ transplant act public law 98-507—oct. 19, 1984

<sup>5</sup> Loi no 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

ولم تحدد مختلف القانونيين تعريف للتبرع المتقاطع، واكتفت بشرح كيفيته بشكل مقتضب مثل ما نص عليه قانون الصحة الجزائري "تشكيل ثنائيتين متبرع -متلقي متطابقين"، أو كما جاء في القانون الأمريكي من خلال النص على مثال للعملية<sup>1</sup>. ويكاد ينعقد هذا التعريف كذلك في الفقه، غير أن محمد الشرايري أستاذ القانون الخاص في كلية الشرطة بدولة قطر خصه بتعريف شامل حيث وصفه بأنه "تصرف قانوني تبرعي استثنائي غير مباشر مقترن بتوجيه التبرعات بموجب اختبارات المواءمة الطبية والمناعية بين أزواج أو أكثر من المتبرعين والمتلقين الأحياء غير المتوافقين مناعيا، بطريقة تعاونية تكافلية تبادلية متقاطعة عادلة"<sup>2</sup>. من هذا التعريف يمكن استخلاص أبرز خصائص التبرع المتقاطع فهو حديث النشأة<sup>3</sup>، يقتصر نطاقه على التبرع بين الأحياء<sup>1</sup>، يغلب عليه الطابع التكافلي، كما أنه استثنائي لا يمكن القيام به الا اذا تعذر التبرع التقليدي.

<sup>1</sup> جاء في الفصل (42) من المادة (274) من القانون الأمريكي رقم 110-144 المؤرخ في 21 ديسمبر 2007 المعدل للقانون رقم 98-507 المؤرخ في 19 أكتوبر والمتعلق بزراعة الأعضاء أنه: يعني مصطلح "التبرع المزودج بالأعضاء البشرية" التبرع بالأعضاء البشرية وتلقيها وفق الأحوال التالية: (أ) يرغب الشخص المشار إليه في هذه الفقرة باسم "المتبرع الأول" في التبرع بأحد الأعضاء البشرية بشكل خاص لمرضى معين المشار إليه في هذه الفقرة باسم "المرضى الأول" ولكن هذا المتبرع غير متوافق بيولوجيا كمتبرع لمثل هذا المريض.

(ب) يرغب شخص ثانٍ يشار إليه في هذه الفقرة باسم "المتبرع الثاني" في التبرع بأحد الأعضاء البشرية بشكل خاص لمرضى معين آخر يشار إليه في هذه الفقرة باسم "المرضى الثاني"، ولكن هذا المانح غير متوافق بيولوجيا كمتبرع لمثل هذا المريض، أنظر في المرجع السابق.

<sup>2</sup> أنظر محمد الشرايري، المرجع السابق، ص 187.

<sup>3</sup> في القانون الأمريكي سنة 2010، في القانون الاماراتي، 2016، في القانون الجزائري 2018، رغم أنه فعليا تمت أول عمليات التبرع المتقاطع قبل هذه التواريخ، حيث تمت أول عملية في كوريا الجنوبية سنة 1991 وفي أوربا سنة 1999، و أمريكا في سنة 2000، أنظر أكثر تفصيل:

- Kwak JY, Kwon OJ, Lee KS, Kang CM, Park HY, Kim JH. "Exchange-donor program in renal transplantation: a singlecenter experience", Transplant Proc. Vol. 31, Issue 1-2, February–March, 1999, p 344.

ففي عمليات التبرع التبادلي بالأعضاء، لا يكون هناك توافق طبي بين المتبرعين الأحياء والمتلقين لإجراء عملية الزرع، ولكن يكون المتبرع من كل ثنائي متوافقاً مع الشخص المُتلقى من الثنائي الآخر، وفي حال موافقة المتبرعين والمتلقين، فقد يدرس الأطباء إمكانية التبرع التبادلي بالأعضاء، ويجرى تقييم للمريض لتحديد ما إذا كان متوافقاً مع متبرع آخر وجاهزاً للزرع أم لا، ثم يعطي الشخص الذي كان من المفترض أن يتبرع للمريض عضوه للمتلقى المريض الآخر، ويعطي متبرع المتلقى الآخر عضوه للمتلقى المريض الأول. وعملياً، اقتصر التبرع المتقاطع على أعضاء الكلى وفي حالات خاصة على أجزاء من الكبد، ونشرح فكرة التبرع التبادلي من خلال الرسم الموجود في الملحق رقم<sup>2</sup> 1.

وقد يتضمن التبرع التبادلي عدة ثنائيات، وفق الشكل المبين في الملحق رقم<sup>3</sup> 2، حيث يمكن ربط أكثر من زوج من المتبرعين على قيد الحياة غير المتوافقين والمتلقين بمتبرع حي غير موجه لتشكيل سلسلة تبرعات لتلقي أعضاء متوافقة.

يجري الأطباء والجراحون في مركز زراعة الأعضاء بمايو كلينك في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup> عمليات تبرع تبادلي لمجموعة محددة من المرضى الذين يحتاجون

- Thiel G, Vogelbach P, Gürke L, et al. "Crossover renal transplantation: hurdles to be cleared!" *Transplant Proc*, Vol. 33, Issues 1–2, February – March 2001, pp. 811-816.

-Zarsadias P, Monaco AP, Morrissey PE. A pioneering paired kidney exchange, *Stud BMJ* 2010; 18: c1562.

<sup>1</sup> أيد مجلس الدولة الفرنسي نطاق التبرع المتقاطع الى متبرعين متوفين، في رأيه الاستشاري حول مشروع تعديل قانون البيولوجيا الفقرة توسيع 43، أنظر في موقع مجلس الدولة الفرنسي <https://www.conseil-avis.fr/avis-consultatifs/rechercher-un-avis-consiliaweb> Avis n° 397993 – 18 juillet 2019، تاريخ زيارة الموقع 10 جوان 2022.

<sup>2</sup> أنظر قائمة الملاحق، الملحق رقم 1.

<sup>3</sup> انظر قائمة الملاحق، الملحق رقم 2.

إلى زرع جزء من كبد أو زرع كلي، وبالنسبة لبرامج زراعة الكلى، يحتفظ المركز بقوائم مشتركة لتحديد المتبرعين الذين قد يتوافقون مع متلقي آخرين لزراعة الكلى، وإذا عثر على متبرع متوافق مع شخص متلقي في مكان مختلف آخر، يستطيع الأطباء إجراء تبرع متقاطع أو تبادلي<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أهميته التبرع المتقاطع كاستثناء للتبرع التقليدي

أثبت التبرع التبادلي أو المتقاطع فوائده، والتي لم تقتصر على مواجهة أثر تخلف الاشتراط القانوني للتوافق المناعي بين المتبرع والمتلقي فحسب، بل تعدى ذلك إلى فوائد عملية حققها هذا التبرع رغم الصعوبات الفنية والتقنية التي يواجهها<sup>3</sup>، كما أنه أسهم في توفر الأعضاء والأنسجة البشرية، وسمح بإجراء عمليات الزرع ضمن فترة معقولة بعد أن كانت شبه مستحيلة وقلل خطورة وكلفة عمليات زرع الأعضاء والأنسجة وفترات انتظار المرضى بسبب عدم التوافق، كما وفر بديلاً للأدوية المناعية المكلفة مادياً وجنب المرضى آثارها الجانبية السلبية وغير المضمونة على المدى

<sup>1</sup> استجابة لدعم المجتمع الطبي المؤيد للتبرع التبادلي في الولايات المتحدة الأمريكية، بالإضافة إلى العدد المتزايد من التبادلات المزدوجة التي تمت فعلاً، قام الكونجرس بتعديل القانون الوطني لزراعة الأعضاء NOTA في عام 2007 بقانون تشارل ي دبليو نوروود للتبرع بالأعضاء الحية. أوضح هذا التعديل المادة 301 بإضافة الجملة، "الجملة السابقة لا تنطبق فيما يتعلق بالتبرع المزدوج بالأعضاء البشرية". وافق الكونجرس على حجة المستشار العام المساعد لمكتب الأمم المتحدة في جنيف بأن التبرع المزدوج يشكل هدية، وليس مقابلاً، أنظر في:

Ellison, Blake, "A Systematic Review of Kidney Paired Donation: Applying Lessons From Historic and Contemporary Case Studies to Improve the US Model" (2014). Wharton Research Scholars Journal, p 9-10.

<sup>2</sup> <https://www.mayoclinic.org/ar/departments-centers/paired-donation/overview/ovc-20508454> , 02.12.2023.

<sup>3</sup> الصعوبات المتعلقة بعمليات المطابقة الطبية المناعية بين المتبرعين والمتلقين، والبرامج والخوارزميات المطورة لتوفير الوقت والجهد الذي تتطلبه هذه العمليات.

الطويل، كما وسع من نطاق التبرع وأصبح ينتفع الكثير من المرضى من غير الأقارب.

وعليه يتبين لنا أن التبرع المتقاطع أو التبادلي وسيلة للمتلقين المرضى للحصول على عضو من متبرع حي بدلاً من أن يكونوا على قائمة انتظار للحصول على عضو من متبرع ميت لعدة أعوام، غير أنه من الجدير النص على إثبات عدم التوافق المناعي في عمليات تبادل الأعضاء والأنسجة بوثيقة رسمية للحيلولة دون استغلال عملية التبادل لتحقيق أغراض خارج نطاق القانون، خاصة ما تعلق بالإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية.

### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتبرع المتقاطع

بما أن التبرع المتقاطع هو في الأساس تبرع تقليدي مع اشتراط عدم وجود التطابق المناعي بين المتبرع الأول والمتلقي الأول، فيمكن اعتباره كذلك هبة، غير أنه لا توجد فيه رابطة مباشرة بين المتبرع الأول والمتلقي الثاني، أو المتبرع الثاني والمتلقي الأول، لذلك يمكن أن يقترب مفهومه من الهبة غير المباشرة.

وتنشأ الهبة غير المباشرة من أي عقد غير عقد الهبة، وتكون نية التبرع فيها جلية، فالواهب تتجه إرادته إلى نقل الملكية إلى الموهوب له دون عوض، وتكون هذه الإرادة بارزة غير مستترة، ولا مخفية، غير أن العقد يسمى تسمية أخرى، غير الهبة<sup>1</sup>، ويعتبر التبرع بهذه الطريقة ذو طبيعة قانونية خاصة قائمة على مبدأ التعاون التكافلي المتبادل والعدالة والمساواة، فقد يبدو كمعاوضة بين أزواج المتبرعين والمتلقين، لكنه يقترب من الهبة غير مباشرة التي تأخذ صورة الاشتراط لمصلحة الغير.

<sup>1</sup> عمار نكاع، المرجع السابق، ص 15.

غير أنه إذا فصلنا التزام المتبرع كالتزام منجز عن التزام الزرع المعلق على شرط التبادل والواقع على عاتق الجهات الطبية المنظمة لهذه العملية، قد لا تبقى هذه الصورة، بحكم أن الالتزام بالزرع المعلق نجاحه على عملية التبادل وقد يندرج ضمن المعاوضات، غير أنه لا يمكن بحال من الأحوال إدراج التبادل المتقاطع ضمن المعاوضات ويبقى في مجال الهبة بلا مقابل أو عوض ذات الطبيعة الخاصة أو المحل الخاص، لذلك حظرت مختلف القوانين التي نظمت التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية المقابل المالي ونصت كثير منها على فكرة التبادل<sup>1</sup>، بوجود الإرادة الحرة للأطراف.

### المبحث الثاني: وجود الإرادة الحرة والسليمة للمتبرع الحي

إن المتبرع المقبل على التنازل على عضو أو نسيج من جسمه، شخص سليم غير معني بالعلاج الطبي، مثل المريض أو المتلقي لهذا العضو أو النسيج، ولهذا فإنه يتمتع بكامل الحرية بقبول التبرع أو رفضه، استنادا الى تمتعه بأهلية سليمة وإرادة حرة خالية من العيوب، يستطيع من خلالها التعبير عن رأيه المستنير.

### المطلب الأول: أهلية المتبرع وإرادة الممثل القانوني

حسب القواعد العامة للقانون، التصرفات القانونية تستوجب أهلية الأداء، وكما ذكرنا سابقا أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة جميع التصرفات القانونية بنفسه من خلال الإدراك والتمييز، أو هي صلاحية الشخص لإصدار تعبير عن إرادة يعتد بها القانون، ويرتب عليها آثارا قانونية، فما مدى صلاحية هذه الأحكام على عمليات التبرع بالأعضاء البشرية؟

<sup>1</sup> أنظر محمد الشرايري، مرجع سابق، ص188، أنظر كذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1962، ص59-60.

## الفرع الأول: أهلية المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

التبرع بأحد أعضاء الجسم ليس محلاً للمعاملات المالية والتجارية، فهو يرقى عن ذلك بوجود القيم الأخلاقية ومظاهر التكافل الإنسانية، فمن غير المتصور أن يقوم الإنسان بالتبرع بأحد أعضائه أو أنسجته وهو غير مدرك دراية تامة عن التصرف الذي يقدم عليه وهو في كامل قواه العقلية.

والمتبرع هو أهم طرف في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، لإنقاذ حياة إنسان آخر، وبدونه لا يمكن إجراء هذه العملية، وجميع التصرفات القانونية التبرعية تستوجب رضاه وموافقته وهذا يستلزم الأهلية الكاملة له<sup>1</sup>، وهنا تبرز أهمية أهلية المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

ونظراً لخطورة عمليات التبرع بالأعضاء البشرية ومساسها بسلامة وحرمة الجسد البشري، فيتعين أن يصدر رضا المتبرع أو موافقته وهو مكتمل الأهلية القانونية، ما يعني أن يكون الشخص المتبرع مميزاً و مدركاً لماهية تصرفه وللاثار المترتبة عليه، وفي هذه الحالة يعتبر الرضا معبراً عن إرادة معتبرة قانوناً<sup>2</sup>.

وأثارت أهلية المتبرع جدلاً فقهيًا واختلافاً تشريعياً خاصة في بعض أنواع الخلايا والأنسجة.

## أولاً: فقهيًا

انقسم الفقه فيما يخص جواز أخذ العضو أو النسيج أو الخلايا من شخص ناقص أو عديم الأهلية<sup>3</sup>، فذهب رأي إلى عدم جواز أخذ الأعضاء أو الأنسجة أو

<sup>1</sup> أنيسة عيو، مرجع سابق، ص 311.

<sup>2</sup> بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 19، أنظر أنظر كذلك، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة، ط6، 1989، ص254.

<sup>3</sup> جابر المجدوب، مرجع سابق، ص 4-8.

الخلايا من هذه الفئة مطلقاً، ويستند أصحاب هذا الرأي<sup>1</sup> على أن الفوائد التي تحققها عمليات زرع الأعضاء لا يجوز أن تكون سبباً لتوسيع نطاقها إلى درجة الاعتداء على التكامل البدني لعديمي الأهلية وناقصيها، من دون أن يكون لإرادة من يؤخذ منه العضو دور في السماح بنزع العضو أو النسيج من جسده، ومن جهة أخرى فإن مبدأ حرمة الجسم البشري يجب أن يحترم بشكل مطلق بالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها، بحيث لا يسمح بأخذ أعضاء من أجسامهم ولو كان ذلك بموافقة الممثل القانوني، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المنافع، وكذلك إذا كان لا يعتد بتصرفات ناقص الأهلية أو فاقدها في أمواله فمن باب أولى أن لا يعتد بها في حالة التصرف بعضو من أعضائه، ففقد الأموال قابل للتعويض، بخلاف فقد عضو من أعضاء الجسم البشري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> انظر: الأهواني، حسام الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة. مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص 122 والديات، سميرة عايد. عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون. المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1999، ص 152، ومهيوب افتكار، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006 ص 210 وما بعدها، وانظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة بتاريخ 1995/09/06 وانظر: شرف الدين، أحمد، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار النهضة العربية، ط 1987، ص 137 و 138.

انظر كذلك: الشيخ محمد متولي الشعراوي، الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعهها، مقال منشور في مجلة اللواء الإسلامي، العدد 27، 24 فيفري 1987، ص 8، والسكري، عبد السلام، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي، القاهرة، دار المنار، 1988، ص 142-160، وعبد الله إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 137، والرفاعي، أحمد محمد، ضوابط مشروعية نقل الأعضاء البشرية (في ضوء مشروع قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية المصري) دار النهضة العربية، 2010، ص 46 وما بعدها. وأبو زيد، محمد، التشريعات الحديثة في شأن نقل الأعضاء البشرية، بدون ناشر، 1996، ص 13-16، أكثر تفصيلاً، أنظر في جابر مجدوب، مشكلات الأهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، المجلد 2017 العدد 3، 31 ديسمبر 2017، جامعة قطر دار نشر جامعة قطر، ص 4.

<sup>2</sup> ياسر حسين بهندس، مرجع سابق، ص 302.

بينما ذهب رأي آخر<sup>1</sup> إلى جواز نزع الأعضاء من هذه الفئة، من جهة لأن عملية النزع محاطة بشروط وضوابط قانونية من شأنها أن تبديد كل المخاوف أو المخاطر المحتملة لمثل هذه العمليات، سواء أكان المعطي كامل الأهلية أم غير ذلك، ومن جهة أخرى لأن السماح للقاصر، ومن في حكمه، بالتبرع بعضو من أعضائه قد يكون محققاً لمصلحته، تجنباً لوقوعه في مشكل نفسي من مضاعفات رفض التنازل عن جزء من جسمه الطي قد يؤدي إلى موت شخص عزيز عليه كان يرغب في التبرع له و يستطيع إنقاذه. بينما ذهب رأي ثالث إلى أنه يمكن اللجوء للتبرع من عديمي الأهلية وناقصيها في أضيق الحدود الممكنة حيث لا يسمح بالتبرع إلا ببعض الخلايا المتجددة (مثل الخلايا الجذعية) ولمصلحة أشخاص من ذوي القرى من درجة قريبة كالوالدين والأبناء والأخوة والأخوات، بإجراءات صارمة خاصة ما تعلق بموافقة الولي أو الممثل القانوني أو القاضي<sup>2</sup>.

كما اختلف الفقهاء في سن الأهلية الخاص بالتبرع بالأعضاء البشرية بين من أيد أن سن الرشد في مجال زرع الأعضاء يتحقق ببلوغ المتبرع سن الثامنة عشر، وبين من نادى بضرورة بلوغ المتبرع إحدى وعشرين سنة، لأنه لا يمكن التساهل مع عمليات تهدد سلامة الصغير، فبمثل هذا السن يمكن التأكد تماماً من قدرته على تقدير

<sup>1</sup> انظر في هذا الاتجاه: سعد، أحمد محمود. زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، 1986، ص 86، والعزة مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص 137، وعدوي مصطفى عبد الحميد، حق المريض في قبول أو رفض العلاج: دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، مطبعة حماد الحديثة، 1992، ص 128، والكندري أحمد عبد الله محمد، نقل وزراعة الأعضاء: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997، ص 156 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر جابر مجدوب، المرجع السابق، ص 5، وفي هذا المعنى أنظر كذلك في جابر مجدوب، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، 200، فقرة 64، ص 92.

الوضع من كل الجوانب<sup>1</sup>، غير أن مسألة سن الأهلية لم تحدث جدلا تشريعيا حيث اعتمدت مختلف التشريعات القواعد العامة.

### ثانيا: تشريعيا

انقسمت التشريعات والقوانين الوضعية بخصوص الموافقة على أخذ الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا من ناقصي الأهلية وفاقديها إلى اتجاهين<sup>2</sup>:  
تشريعات حظرت هذا الأمر حظرا تاما، وتشريعات أخرى جعلت الحظر هو المبدأ، وأجازت استثناء أخذ بعض الخلايا منهم، ومن التشريعات التي حظرت أخذ الأعضاء بصفة قطعية القانون الكويتي، والقانون الأردني واشترطت جميعها أن يكون المتبرع كامل الأهلية قانونا، ولم تجز لناقصي الأهلية وفاقديها، التنازل عن أي عضو من أعضاء جسمهم ولو بموافقة ممثلهم القانوني.

أما التشريعات التي جعلت إجازة التبرع هي الاستثناء، فيأتي من بينها كل من التشريع الجزائري<sup>3</sup> من خلال المادة 361 من قانون الصحة التي منعت نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما منعت نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي، بينما سمحت بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر في حالة غياب حلول علاجية أخرى و فقط لصالح أخ أو أخت و بشكل استثنائي

<sup>1</sup> ايهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1994، ص 480 وما بعدها، انظر كذلك، ياسر حسين بهندس، المرجع السابق، ص 303.

<sup>2</sup> أنظر جابر مجدوب، مشكلات الأهلية في زع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 5.

<sup>3</sup> في قانون الصحة القديم لم ينص المشرع الجزائري على هذا الاستثناء، حيث نصت المادة 163 من قانون رقم 85-05 المؤرخ 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه: «يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل»

لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، وفي جميع الحالات يجب وجود الموافقة المستنيرة للأبوين أو ممثلهم الشرعي<sup>1</sup>.

فالمشرع الجزائري حظر نزع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية الأحياء، وجعل الاستثناء بالسماح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح فئة محدودة من الأقرباء مع اشتراط الموافقة المسبقة للأبوين معا أو ممثلهم الشرعي.

وقبل هذا وفي قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى منع المشرع الجزائري نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، وهذا ما كان في المادة 163 منه، إلا أن قانون الصحة الجديد طبقا للمادة 361 السالفة الذكر من قانون الصحة 18-11 جاء بهذا الاستثناء، كما استبدل المشرع الجزائري مصطلح "الراشدين المحرومين من قدرة التمييز" بمصطلح "عديمي الأهلية" باعتبار هذا الأخير أكثر دقة ووضوح<sup>2</sup>.

والتشريع المصري نص على شرط كمال الأهلية في المتبرع بالأعضاء البشرية في المادة 5 الفقرة 2 من القانون رقم 05 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء

<sup>1</sup>المادة 361 فقرة 2 و3 القانون الجزائري 18-11، المتعلق بالصحة، نصت على أنه "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي. يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت. وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

<sup>2</sup> إيمان أوسعيد، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي والتنمية، لمجلد/7 العدد 2، 2019، ص 35.

البشرية<sup>1</sup>، غير أنه أجاز استثناء في الفقرة الثالثة من نفس المادة بنصه على نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية وناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء ويشترط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها<sup>2</sup>.

وكذلك فعل المشرع القطري في مسألة النص على هذا الاستثناء<sup>3</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد اعتمد كذلك على هذا الاستثناء لكن بأسلوب آخر حيث ميز بين التبرع بالأعضاء، والتبرع بالأنسجة والخلايا ونتاج الجسم البشري<sup>4</sup>، فبالنسبة للأعضاء نص قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه لا يجوز أخذ أي عضو من جسم إنسان حي بغرض التبرع إذا كان هذا الشخص قاصراً أو بالغاً خاضعاً للحماية القانونية، ولم يورد المشرع أي استثناء على هذا، وهو ما يؤكد الحرص على حماية عديمي الأهلية وناقصيها، فلا يجوز نزع أي عضو من أجسامهم، ولو كان ذلك

<sup>1</sup> نصت الفقرة 2 من المادة 5 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 على أنه: "ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا ي عند موافقة من ينوب عنه أو يمثله قانوناً"

<sup>2</sup> أنظر أكثر تفصيل، بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 19-24.

<sup>3</sup> القانون رقم 15 لسنة 2015 الصادر في قطر من التشريعات التي أخذت بمبدأ حظر نقل الأعضاء من عديمي الأهلية وناقصيها، وأجاز على سبيل الاستثناء نقل الخلايا من هؤلاء الأشخاص؛ حيث نصت المادة 05 على أن: «للشخص كامل الأهلية أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه، أو بأنسجة أو خلايا...» لكنه أورد استثناء على هذا المبدأ، بنصه في الفقرة الثانية من المادة الثامنة على أنه: «استثناء من أحكام الفقرة السابقة، يجوز نقل الخلايا من الطفل أو من عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء، أو فيما بين الإخوة، إذا لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، ويشترط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل أو أحدهما في حالة وفاة الآخر، أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها».

<sup>4</sup> أنظر جابر محجوب، مشكلات الاهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 7-8.

برضاء الممثل القانوني، حتى لو كان المتلقي أخا أو أختا أو أحد الوالدين أو الأبناء<sup>1</sup>. أما بالنسبة للأنسجة والخلايا ونتاج جسم الإنسان، فنص المشرع الفرنسي على أنه لا يجوز أخذ الأنسجة أو الخلايا أو نتاج الجسم البشري، بغرض التبرع بها، من جسم إنسان حي إذا كان قاصرا أو خاضعا لإجراءات الحماية القانونية، واستثنى من هذا الحظر أخذ الخلايا المنتجة للدم *hématopoïétiques Cellules* المستخلصة من النخاع العظمي أو من الدم المسحوب من الأطراف *le sang périphérique* من القاصر أو غيره من الأشخاص الخاضعين للحماية القانونية، كون هذه الخلايا متجددة ولا تؤثر أي أثر على صحة القاصر أو من في حكمه<sup>2</sup>.

وكذلك المشرع الإماراتي استثنى استخراج نخاع من ناقص أو عديم الأهلية لزراعته في أحد والدي المنقول منه أو أحد أبنائه أو إخوته، شريطة تحقق موافقة الولي كتابيا، وعدم إلحاق أي ضرر بالمنقول منه وعدم توفر حلول علاجية أفضل للمنقول إليه وأن تتم عملية استخراج نخاع العظم وزراعته وفق المعايير الطبية المتعارف عليها<sup>3</sup>.

وقد يطرح التساؤل حول كيفية الاعتراف بإرادة ناقص أو عديم الأهلية في تبرعه ببعض الخلايا، وحول من ينوب عنه في اظهار إرادته.

### الفرع الثاني: إرادة الممثل القانوني

راينا في الآراء الفقهية ومختلف التشريعات أنه من غير المتصور أن ينوب شخص آخر عن المتبرع بأعضائه في التعبير عن إرادته، إلا فيما يخص ناقصي

<sup>1</sup> Voir l'article L1231-2, Code de la santé publique, modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 12 JORF 7 août 2004

<sup>2</sup> Voir l'article L1241-2, Code de la santé publique, modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 12 JORF 7 août 2004.

<sup>3</sup> أنظر المادة 10 من مرسوم بقانون اتحادي لسنة 2023 في شأن التبرع بالأعضاء البشرية والأنسجة.

الأهلية وفاقيديها في نطاق ضيق جدا، من خلال السماح في بعض القوانين بالتبرع ببعض الخلايا والنسج المتجددة، ونص المبدأ التوجيهي رقم 4 من المبادئ التوجيهية لجمعية الصحة العالمية على أنه لا يجوز نزع أي خلايا أو نسج أو أعضاء من جسم الشخص القاصر الحي بغرض الزرع إلا في الاستثناءات النادرة التي يسمح بها القانون الوطني، وينبغي اتخاذ تدابير محددة لحماية القاصر، وينبغي حيثما أمكن الحصول على موافقة القاصر قبل التبرع، وما يسري على القاصر، يسري أيضا على أي شخص لا يتمتع بالأهلية القانونية<sup>1</sup>.

واختلف الفقهاء في اشتراط إرادة الممثل القانوني للمتبرع القاصر من عدمها، هذا الاختلاف تجسد في ثلاثة اتجاهات<sup>2</sup>:

- يرى أصحاب الاتجاه الأول أنه يعتد برضا وإرادة القاصر سواء وافق ممثله القانوني (وليه أو ممثله الشرعي) أم لا، وجاء لهذا الاتجاه تطبيق له في بعض أحكام المحاكم الأمريكية، حيث قضت محكمة تكساس في قضية عرضت أمامها تتعلق بتبرع قاصر بكلية من جسمه، ونص القرار على أن القاصر الذي يبلغ سن الرابعة عشر يحق له التبرع، على أن يكون التبرع الى أحد اشقائه تجنباً لما قد يعاينه القاصر من آثار نفسية ومستقبلية فيما لو منع هذا التبرع<sup>3</sup>.

1 المبدأ التوجيهي رقم 4 لمنظمة الصحة العالمية، الوثيقة رقم ج ص ع القرار 63-24 الصادر في 25 مارس 2010.

<sup>2</sup> ياسر حسين بهندس، مرجع سابق، ص303.

<sup>3</sup> الحكم الصادر عن محكمة تكساس في قضية فتاة سنها 14 سنة أجازت المحكمة لها نقل كلية لشقيقها القاصر الذي تلفت كليته، واستقرت على هذا الحكم عدة قرارات بعدها، أنظر أكثر تفصيل، سميرة حسين محيسن، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة- دار الفكر والقانون، ط1، المنصورة، مصر، 2016، ص53، أنظر كذلك سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، رسالة دكتوراه، عمان، 1999، ص49.

ويُفرق أصحاب الاتجاه الثاني بين القاصر المميز والقاصر غير المميز، فالأول يستقل بتصرفاته خاصة إذا كان يقترب سنه من سن الرشد وبالتالي يعتد بإرادته، دون حاجة لإرادة ممثله القانوني، ولا يكون رضاء الممثل القانوني إلا على سبيل الاحتياط، أما القاصر غير المميز يستلزم بالإضافة لموافقته موافقة ممثله القانوني في حالة التبرع لشخص من غير أحد إخوته أو أخواته، أما إذا كان المتلقي أحد منهم فلا حاجة لموافقة الممثل القانوني.

اتجاه ثالث يرى بأن إرادة القاصر لا يعتد بها بأي حال من الأحوال والولي أو الممثل القانوني لا يمكن أن ينوب عليه في أي تبرع للأعضاء البشرية<sup>1</sup>، و سلطته تقتصر على رعاية القاصر وتحقيق مصلحته وإبرام العقود التي تحقق منفعته فقط، أما التنازل عن عضو فيه ضرر محض، كما أن القاصر إذا بلغ سن الرشد يمكن أن يحتج على هذا التبرع وفي ذلك تهديد للعلاقات الأسرية<sup>2</sup>.

ونصت المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية أنه في حالة رفض القاصر عملية التبرع فإنه يعتد بإرادته سواء كان مميزاً أو غير مميز، حتى وإن كان وافق الممثل القانوني، حيث يحجب اعتراض الشخص القاصر على التبرع أي اذن يعطيه أي طرف آخر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يرى البروفسور skegy، من الفقه الانجليزي أنه من المهم التحري عن إمكانية وجود قواعد في القانون تحيز للقاصر منح رضا فعال للمساس بجسمه، بسبب غياب النصوص التشريعية، وأن غياب تلك النصوص سيجعل القاصرين بوضعية تختلف تماماً عن البالغين في هذا الشأن وعليه فان قواعد القانون المدني غير مؤهل على اعطاء الرضا في أي تصرف من شأنه أن يضر القاصر ولا يقتصر تأثير ذلك في المساس فقط بالجسم وإنما كذلك في نطاق القانون المدني، أنظر:

P.D. G Skegg, Consent to Medical procedures on minors, the modern law rev, Vol.36.No4, july,1973, p374.

<sup>2</sup> أنظر أكثر تفصيل ياسر حسين بهندس، نفس المرجع، ص303-305.

<sup>3</sup> أنظر التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 4 لمنظمة الصحة العالمية، القرار 63-24 الصادر في 25 مارس 20.

وإذا كان الحصول على اذن من الولي أو من الوصي القانوني لغرض نزع العضو المعني كافياً، فقد يحدث تعارض في المصالح إذا كان هذا الولي أو الوصي مسؤولاً عن عافية المتلقي، ففي هذه الحالة يشترط استعراض الوضع أمام هيئة مستقلة متمثلة في المحكمة أو أي سلطة مختصة أخرى و الحصول على موافقتها المسبقة، كما تكون ذات أهمية حصول المتبرع القاصر على مشورة المهنيين لتقدير أي ضغط أو اكراه يتعرض له والتصدي له ان لزم الأمر ذلك<sup>1</sup>.

قانون الصحة الفرنسي استرسل في حالات التمثيل القانوني للقاصر في مسألة التبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا على النحو التالي<sup>2</sup>:

استثناء من الحظر الوارد بخصوص نقل الأنسجة والخلايا ونتاج جسم الإنسان وفي غياب أي حل علاجي آخر، يجوز أخذ الخلايا المنتجة للدم المستخلصة من النخاع العظمي أو من الدم المسحوب من الأطراف، من القاصر لمصلحة أخيه أو أخته، أو لصالح أبناء الأعمام أو أبناء الأخوال الأشقاء، أو لصالح الأعمام أو العمات أو الأخوال أو الخالات، أو لصالح أبناء الإخوة أو الأخوات، بشرط أن يتم الحصول على موافقة الأشخاص الذين لهم السلطة الأبوية، أو الحصول على موافقة الممثل القانوني للقاصر، بعد تبصيرهم بمخاطر الاستقطاع ونتائجه المحتملة بالنسبة للقاصر<sup>3</sup>.

واستثني كذلك أخذ الخلايا المذكورة من شخص بالغ خاضع للحماية القانونية لصالح أخيه أو أخته، فإذا كان هذا الشخص تحت الوصاية تعين قبل إجراء العملية

<sup>1</sup> نفس المصدر.

<sup>2</sup> أنظر جابر محبوب مشكلات الاهلية في عمليات نزع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص8.

<sup>3</sup> Article L1241-2, Code de la santé publique français, modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 17.

الحصول على قرار من القاضي يصدره بعد سماع رأي كل من الخاضع للوصاية إن كان في استطاعة هذا الأخير التعبير عن رأيه، ومن الوصي ومن لجنة الخبراء. أما إذا كان الشخص خاضعاً لنظام القوامة أو نظام رعاية العدالة، وقرر القاضي بعد سماعه أن هذا الشخص قادر على التعبير عن إرادته، فإن التصريح بأخذ الخلايا يصدر من لجنة الخبراء بعد أن تحصل اللجنة على موافقة المتبرع، فإذا كان الخاضع للحماية غير قادر على التعبير عن موافقته، فإن عملية الحصول على الخلايا منه، لا تتم إلا بقرار من قاضي الوصاية المختص بعد سماع رأي كل من الوصي ولجنة الخبراء.

أما إذا أريد أخذ الخلايا من شخص يخضع للوصاية أو القوامة في غياب أي حل علاجي آخر مناسب، لصالح الأعمام أو العمات أو أبنائهم، أو الأخوال أو الخالات أو أبنائهم، أو أبناء الإخوة أو الأخوات، فإن ذلك غير مقبول، إلا إذا كان المعطي قادراً على التعبير عن موافقته بقرار قاضي الوصاية، وبعدها يصدر التصريح بإجراء العملية بواسطة لجنة الخبراء بعد التحقق من أن جميع الإجراءات قد اتخذت فيما يخص البحث عن متبرع آخر يتوافق جينياً مع المتلقي<sup>1</sup>.

وعليه يمكن القول بأن التبرع بأي عضو أو نسيج أو خلايا لا يحقق أي منفعة لناقص الأهلية وفاقدها، إلا أنه يمكن الاقتصار في التبرع في نطاق ضيق جداً في بعض الخلايا المتجددة، والتي لا يمكن أن يسبب أي أذى للمتبرع، مع إضافة شرط عدم وجود متبرع آخر بالغ وكامل الأهلية يحقق نفس الهدف العلاجي، إضافة إلى تطبيق الصرامة في إجراءات الموافقة سواء من المتبرع أو ممثله القانوني.

<sup>1</sup> Voir les articles L1241-3 et L1241-4, Code de la santé publique français, modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 17

### المطلب الثاني: الموافقة المستنيرة للمتبرع وحرية إرادته

إذا كان احترام وأخذ رضا المريض قبل أي علاج أو عملية جراحية على جسمه يعد التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي<sup>1</sup>، بما فيها موافقة المريض المتلقي للأعضاء والأنسجة البشرية<sup>2</sup>، فإن الحصول على رضا وموافقة المتبرع بهذه الأعضاء والأنسجة يعد أمر أكثر من ضروري كون أن هذا العمل ليس من مصلحته، ولا يستفيد منه إلا إذا نظرنا إلى الجانب المعنوي أو العاطفي والمتمثل في شعوره بنوع من الارتياح والرضا النفسي بمساعدته شخص قد يكون مقبل على فقدان حياته خاصة إذا كان هذا الشخص من أقاربه<sup>3</sup>، لهذا يجب أن يكون رضا المتبرع خالي من أي عيب من عيوب الإرادة، وموافقته تكون واضحة مستنيرة، وذلك بعد إعلامه المسبق بالأخطار والعواقب المحتملة دون تعريض حياته للخط.

### الفرع الأول: الالتزام بإعلام المتبرع وتبصيره

يجد الالتزام بالإعلام الطبي أساسه في مبدأ حرمة ومعصومية الجسد، فلا يمكن القيام بعلاج طبي أو القيام بعمليات جراحية على جسم إنسان دون موافقته،

<sup>1</sup> يعد رضا المريض أحد الشروط الهامة لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة، وعمليات زرع الأعضاء البشرية لا تخرج عن ممارسة هذه الأعمال، طالما كان الغرض منها تحقيق مصلحته العلاجية، غير أن التزام الطبيب بتبصير المريض والحرص على أخط موافقته أقوى وأشد من مما هو لازم في الأعمال الطبية التقليدية، نظرا للأخطار والأضرار المحتملة المستقبلية للمريض، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في سنة 1997 بأن يلتزم الطبيب بتقديم الدليل الذي يفيد الحصول على رضا المريض بطريقة واضحة ومستنيرة، أنظر أكثر تفصيل، ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستساخ، الخلايا الجذعية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2016، ص 302.

<sup>2</sup> من واجب الطبيب أن يبصر المريض بأنه لا حل لإنقاذ حياته إلا بزرع العضو أو النسيج في جسمه وأن هذا الزرع فيه مخاطر كثيرة من بينها امكانية رفض هذا العضو أو النسيج من الجسم، أنظر أكثر تفصيل، الأهواني، حسام الدين. المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص 62.

خاصة إذا كان جسم هذا الإنسان سليم كما هو قائم في حالة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، ويتعين على الالتزام بالإعلام أن يكون:

### أولاً: التزاما مبسطا وصادقا وسابقا لعملية نزع العضو أو النسيج.

يقتضي على من هم مكلفون بإعلام المتبرع تبسيط الأمور له واستعمال مصطلحات سهلة وبسيطة، دون التهورين أو استصغار عملية الاستئصال<sup>1</sup>، ويكون ذلك بمصارحة المتبرع بكل صدق عن كل صغيرة وكبيرة متعلقة بصحته واجراءات العملية، وتقديم المعلومات بطريقة مفهومة وكاملة<sup>2</sup> والنقاش معه بوضوح<sup>3</sup>.

كما يجب أن يكون اعلام المتبرع بظروف العملية الجراحية وطبيعتها وحالته الصحية الحالية والمحتملة اعلاما مسبقا قبل العملية حيث أن المادة 360 من قانون الصحة الجزائري، المقابلة للمادة 07 من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري<sup>4</sup>، والمادة 1-1231 من قانون الصحة الفرنسي<sup>5</sup>، أقرت في

<sup>1</sup> بشير سعد زغول، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> نص المبدأ التوجيهي رقم 3 في الفقرة الثانية على أنه ينبغي إعلام المتبرعين الأحياء بطريقة كاملة ومفهومة بالمخاطر والفوائد والعواقب المحتملة للتبرع.

<sup>3</sup> تنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، على أنه " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي، أنظر المرسوم رقم 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادرة في 08 جويلية 1992.

<sup>4</sup> نصت المادة 7 من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري على أنه "لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي - إذا كان مدركا - بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (13) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها - بالنسبة للخلايا الأم - وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (5). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يُوقع عليه المتبرع، والمتلقى ما لم يكن غائبا عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني".

<sup>5</sup> Article 1231-paragraphe III « Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit

فقرتها السابعة والثامنة<sup>1</sup> بقيام لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للزرع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي.

وعليه من شأن أي نزع للأعضاء والأنسجة البشرية دون اعلام الشخص أو حتى بإعلامه بعد العملية يعد جناية جرح مفضي لعاهة مستديمة حسب قواعد القانون الجنائي<sup>2</sup>.

### ثانيا: التزاما كافيا

لا يمكن الاعتداد بموافقة المتبرع الا اذا صدرت عنه بعد اطلاعه واعلامه بكافة الأخطار والأضرار الحالة والمستقبلية، المؤكدة منها والمحتملة التي قد يتعرض لها<sup>3</sup>، وكذلك بالنتائج المحتملة للزرع بالنسبة للمتلقي<sup>1</sup>، ويعد هذا توسيع لنطاق الالتزام

exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal judiciaire ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et second alinéas du I et, le cas échéant, au II. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République... »

<sup>1</sup> نصت الفقرة السابعة والثامنة من قانون الصحة الجزائري 18-11 على أنه " تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للزرع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي .

تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للزرع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

<sup>2</sup> أنظر طارق أحمد فتحي سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 2001، ص219.

<sup>3</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث-دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل الأعضاء البشرية، دار النهضة، ط2007، ص5، ص82، بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص27.

بالإعلام المطلوب في الأعمال الطبية العلاجية، فنظرا لأن عملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية عمل طبي غير علاجي بالنسبة للمتبرع وفيها خطورة كبيرة على جسمه وتأثير خاص على حياته الأسرية، والاجتماعية، فقد أولى القانون أهمية كبرى لهذا وذلك بضرورة تشديد الالتزام بإعلام المتبرع في هذا المجال من خلال توسيع نطاق هذا الاعلام الى معرفة مآلات العملية على المتبرع نفسه وعلى الشخص المتلقي.

### ثالثا: التزام صادر من لجنة مختصة

من مظاهر التأكيد والتشدد في إعلام المتبرع كذلك أنه يتم تبصير المتبرع بهذه المعلومات عن طريق لجنة مختصة (لجنة خبراء) طبقا لما جاء في المادة 360 فقرة 7 من قانون الصحة الجزائري، وما يقابلها كذلك في القانون المصري والفرنسي كما ذكرنا آنفا، ونص المشرع الجزائري في نفس المادة على أن تحديد تشكيلة لجان الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم، بينما المشرع الفرنسي نص في المادة 3-1231 بأن لجنة الخبراء المنصوص عليها في المواد 1-1231 و 3-1241 و 4-1241 تنقسم إلى تشكيلتين من خمسة أعضاء يتم تعيينهم لمدة ثلاث سنوات بقرار من الوزير المسؤول عن الصحة، ثلاثة من هؤلاء الأعضاء يتمثلون في طبيبان وشخص مؤهل

<sup>1</sup> الرأي المتعارف عليه أن الالتزام بالسر الطبي للمريض يجب ان يتم احترامه في كل الحالات، بينما يرى فقهاء غير ذلك حيث يتعين احاطة المتبرع بأحد أعضائه حال حياته علما بالفائدة التي تعود على المريض ونسبة نجاح عملية الزرع ومدى تحسن وضع المتلقي، فهذه المعلومات تساهم بلا شك في اتخاذ قرار المتبرع وهو على بينة من أمره، ويوازن بين ما يتعرض عليه من مخاطر وما قد يترتب من نفع للمريض، أنظر بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 29. وحسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 135.

في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية، وعندما تبت اللجنة في عملية الاستئصال على البالغين المذكورة في المادتين 1-1231 و 4-1241، فإنها تضم طبيباً وطبيباً نفسياً. أما عند البت في الاستئصال من القاصرين المذكورة في المادة 3-1241، تشمل شخصاً مؤهلاً في مجال علم نفس الطفل وطبيب أطفال و في حالة الاستعجال يتم تعيين أعضاء لجنة الخبراء من قبل وكالة الطب الحيوي من الأعضاء المتاحين المذكورين في نفس القرار<sup>1</sup>.

وبهذا يتضح ان اعلام المتبرع بكل ما يتعلق بعملية نزع وزرع عضو او نسيج منه تتم من قبل لجنة طبية مختصة تراعي نفسية وسن المتبرع.

#### رابعاً: التزام غير قابل للإعفاء والتنازل

لا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيق الاعفاء من الالتزام بالإعلام في حالة المريض على حالة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية مثل حالة الاستعجال، والتطعيمات الاجباري، وغيرها من الاستثناءات<sup>2</sup>، ولا يمكن كذلك الاعتداد بتنازل المتبرع على حقه في الاعلام والتبصير.

وبعد اعلام المتبرع اعلاما وفق هذه الشروط، يتم التأكد من سلامة ارادة المتبرع وموافقة الحرة والمستنيرة.

#### الفرع الثاني: سلامة ارادة المتبرع وموافقة الحرة والمستنيرة

لا يمكن اعتبار موافقة المتبرع موافقة حرة ومستنيرة إلا إذا كانت إرادته خالية من العيوب وأبدى رضا واضح مستنير بعد تبصيره.

<sup>1</sup> L'article L1231-3, Code de la santé publique français Modifié par LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 8

<sup>2</sup> أنظر في تفصيل هذه الاستثناءات، بن صغير مراد، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، ص 198 وما بعدها.

## أولاً: إرادة المتبرع الحرة الخالية من العيوب

رضا المتبرع شرطاً أساسياً من شروط إباحة إجراء عملية النزع للأعضاء والأنسجة البشرية كما وضحناه في الفصل التمهيدي، وأقرته المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية<sup>1</sup>، حيث نص المبدأ التوجيهي رقم 3 في الفقرة الثانية منه على أن التبرعات من الأحياء مقبولة عندما يتم الحصول على موافقة المتبرع عن علم وطوعية وتأمين الرعاية التي يوفرها المهنيون للمتبرع وتنظيم متابعة الحالة جيداً، وعندما يتم تطبيق ورصد معايير الاختيار الخاصة بالمتبرعين على نحو دقيق. كما أخذت به الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي<sup>2</sup>، وجميع التشريعات التي نظمت عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء<sup>3</sup>.

ولاعتداد بموافقة المتبرع يجب أن تكون معبرة بإرادته الحرة الخالية من أي عيب، فتكون خالية من الخضوع لأي مؤثرات قد تمثل ضغطاً أو إكراهاً ينفي عنها حرية الاختيار، وأن أي وقوع تحت تأثير غلط أو تدليس أو استغلال يجرّد هذه الإرادة من قيمتها القانونية، كما أن أي تأثير لمخدر أو تنويم مغناطيسي قد ينفي حرية الإرادة<sup>4</sup>.

فيمكن أن يكون المتبرع قد وقع تحت تهديد أو إكراه للموافقة على نزع عضو من أعضائه، أو وقع في غلط مثل ضنه نزع عضو آخر ليس العضو الذي ذكر له،

<sup>1</sup> منظمة الصحة العالمية، الوثيقة رقم ج ص ع القرار 63-24 الصادر في 25 مارس 20، المرجع السابق.

<sup>2</sup> نصت الاتفاقية التي أعدها مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في 4 أبريل سنة 1997 والمسمّاة اتفاقية أوفيدو OVIEDO على ضرورة توافر شرط الرضا بوجه عام، حيث نصت المادة 5 فقرة من الفصل الثاني منها على أن " التدخل في مجال الصحة لا يمكن إلا بعد صدور رضا حر ومتبصر من صاحب الشأن ".

<sup>3</sup> أنظر أكثر تفصيل، معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 151.

<sup>4</sup> بشير سعد زغول، المرجع السابق، ص 26، راجع كذلك، طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 209.

وقد يتم تدليسه عن طريق استعمال طرق احتيالية لأخذ موافقته كإعلامه أن العملية لا تؤثر أي أثر على صحته أو حتى نتيجة نقص تبصيره.

وقد يتم استغلال محبة وهوى الشخص للمريض واخضاعه لضغط نفسي وربط حياة المريض وأمر موته أو عيشه متوقف على تبرعه له بعضو من أعضائه، أو استغلال طيش بين مثل الشخص الذي يفعل ذلك لمجرد الشهرة، أو استغلال حالة يأس الشخص من أوضاعه المعيشية<sup>1</sup>، لذلك كان من الضرورة إخضاع المتبرع حال الحياة لاختبارات نفسية، وهو ما انتهجته التشريعات المنظمة لعملية التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، من خلال النص على وجود أطباء نفسانيين في اللجنة المختصة بإعلام المتبرع وبتقديم ترخيص نزع العضو<sup>2</sup>.

كما أن من شأن إغراء الشخص بالمال أو وعده بمقابل مادي أو معنوي أو جني أي فائدة، أن يعدم إرادته وينفيها ويجرد موافقته من أي قيمة قانونية، وهو بمثابة متاجرة بالأعضاء البشرية، تقتضي معاقبة الجاني<sup>3</sup>.

### ثانيا: الموافقة المستنيرة للمتبرع

في القواعد الطبية المتعارف عليها وفي القوانين الطبية والصحية عامة، وقبل القيام بأي تقديم للعلاج الطبي، ينبغي على الأطباء أو من لهم الحق بإعطاء الموافقة يبدأ العلاج الحصول على إذن أو موافقة المريض صاحب الأهلية أو ممثله القانوني للقيام بذلك، بشكل إرادي وبعد تبصيره وإخباره بكل فوائد ومخاطر الإجراء، وتعرف هذه العملية بالموافقة المستنيرة أو الموافقة بعد التبصير حيث تنص المادة 343 من

<sup>1</sup> حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص32.

<sup>2</sup> أنظر فيما يخص وجوب وجود أطباء نفسانيين في المادة 1231 من قانون الصحة الفرنسي،

Article L1231-3 Modifié par LOI n°2021-1017 du 2 août 2021

<sup>3</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص82، طارق فتحي أحمد سرور، المرجع السابق، ص214،

بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 27.

قانون الصحة الجزائري أنه لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تتجر عن خياراته<sup>1</sup>.

ويشير مصطلح تقرير المصير الذاتي إلى أن البالغين الذين يتمتعون بسلامة العقل يمتلكون الحق في تقرير ما الذي سيمارس على أجسامهم، ويعد ذلك أساس المذهب القانوني والأخلاقي للموافقة المستتيرة، وينص القانون الأمريكي على أن الأطباء يجب أن يتخذوا الخطوات المناسبة للنقاش الكافي مع المرضى الذين لا يتحدثون اللغة الإنجليزية أو الذين لديهم قيود أو عوائق تحول بينهم وبين التواصل السليم<sup>2</sup>.

وعليه يمكن التكلم عن الموافقة المستتيرة للمتبرع عند اجتماع الشروط السابقة المتعلقة بشخصية المتلقي إن كان من الأقارب أو غير ذلك كما رأينا في التبرع التقليدي والمنقطع، مع ضرورة وجود شروط الأهلية وضرورة اعلام المتبرع وتبصيره، وهذا يمكنه من ابداء رايه بكل حرية وعلم ويستطيع التعبير تعبيرا حقيقيا عن إرادته سواء بقبول عملية النزع أو رفضها أو حتى العدول بعد الموافقة عليها.

<sup>1</sup>كما تنص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه " لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ومالم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، الا بعد ابلاغ او وصيه الشرعي وموافقتة"، وتضيف المادة 35 منها أنه "لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء الا حسب الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون".

<sup>2</sup>Charles Sabatino, JD, American Bar Association, Informed Consent, <https://www.msmanuals.com/>, revision May 2021 | 2022/06/24 تاريخ الزيارة الموقع:

**ثالثاً: حالات خاصة للأشخاص المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام:**

لكي تكون موافقة الشخص صادرة عن إرادة حرة يقتضي أن يكون هذا الأخير متمتعاً بقدر كافي من الحرية، لذلك يثور التساؤل عن مدى تحقق شرط الإرادة الحرة بالنسبة للأشخاص المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام<sup>1</sup>.

استقر الفقه على رفض التبرع بالأعضاء من أشخاص لا يعرف مدى صحة موافقتهم كالمساجين وأسرى الحرب والمحكوم عليهم بالإعدام، ويستدل على بما جاء في المؤتمر الخاص بحياد الطب والذي عقد بروما في أفريل 1988 من خلال الحث على ضرورة منع اقتطاع أي عضو من سجناء الحرب أو السجناء السياسيين والتخوف من أنه لو سمح للسجين باستئصال عضو من أعضائه لقامت الجهات التي يتبعها السجين بإنشاء بنوك للأعضاء والمتاجرة بها، كما أن السجناء لا يملكون الأهلية التامة لأن السجن يعتبر في حد ذاته سبباً في نقصان إرادته الحرة، كما أن الحالة النفسية التي تصاحبه داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته فلا يملك حرية التصرف في جسمه. وفي المشروع المقدم إلى المؤتمر الدولي الثالث لحياد الطب الخاص بمشروعية نقل وزرع الأعضاء في زمن الحرب منع منعا مطلقاً استئصال الأعضاء من الأشخاص الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية أو معادية لمصلحة رعاياها أو الموالين لها، كما حظر استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري أو سيطرة قوة أجنبية معادية<sup>2</sup>.

لكن رغم هذا الرفض إلا أن البعض طالب باستئصال أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام للاستفادة منها في علاج المرضى دون موافقتهم، مع اقتراح تعديل عقوبة

<sup>1</sup> مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 212.

<sup>2</sup> معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 180.

الإعدام في حق الشخص إذا تبرع بأحد أعضاء جسده، وإحلال محلها عقوبة أخرى كالسجن المؤبد، فالمجرم حسب هؤلاء ارتكب جريمة بحق المجتمع، وبالمقابل عليه أن يقدم التضحية من أجل المجتمع<sup>1</sup> غير أن هذا الرأي أنتقد على أساس أنه يتنافى مع أبسط المبادئ القانونية والأخلاقية، فمن الناحية القانونية، فإنه وبتنفيذ حكم الإعدام يكون المجرم قد دفع ثمن جريمته، ومن الناحية الأخلاقية لا يجوز استئصال الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام بغرض زرعها لمريض دون موافقته السابقة، لما يمثل ذلك من اعتداء على جسم الإنسان والاعتداء على مشاعر أقاربه<sup>2</sup>، فالمسجون والمحكوم عليه بالإعدام يجب معاملته بنفس معاملة أي شخص آخر<sup>3</sup>.

وأشارت الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري على ضرورة توافر حرية الرضا لدى المحكوم عليهم بالإعدام، جاء فيها: " أن حال المحكوم عليهم، حال أي شخص آخر فيما يجب ان يعامل به جسمه حال حياته او بعد تنفيذ الحكم عليه"<sup>4</sup>

وبالنسبة للتشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، فنكاد نتقدم نصوص قانونية صريحة سواء على مستوى القانون الجزائري أو الفرنسي أو المصري أو غيره، تشير صراحة إلى مدى جواز الاعتداد بموافقة المحبوسين، أو المحكوم عليهم بالإعدام فيما يخص استئصال أعضائهم والتبرع بها للغير، إذ نصت فقط على وجوب الحصول على الرضا الحر للشخص سواء تبرع بأعضائه أثناء حياته أو بعد وفاته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص 217، انظر أيضا بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 54.

<sup>3</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق ص 55-56

<sup>4</sup> حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص 437، انظر فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري الصادرة في 6 سبتمبر 1995.

<sup>5</sup> موسى العلجة، المرجع السابق، ص 214.

وقد يفهم من هذا أن مختلف التشريعات وضعت المسجونين في منزلة أي شخص حر آخر، وهذا من الإنقاص من حقوق السجين حيث قد تنتهك حرية التعبير عن إرادته نظرا لمركزه الضعيف مثله مثل ناقصي وعديمي الأهلية.

وفي كل الحالات لا يمكن الاعتداد بإرادة المتبرع الحي الا بعد التعبير عنها والتعرف عليها.

## الفصل الثاني: التعبير عن ارادة المتبرع الحي وجزء عدم الاعتداد بها

### تمهيد وتقسيم

في مختلف التشريعات كأصل عام يكون التعبير عن الإرادة في التصرفات القانونية صريحا أو ضمنيا، ودون اشتراط شكلية معينة بل يكفي تطابق الارادتين، الا ما استثناء القانون أو باتفاق الطرفين، حيث أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صحيحا<sup>1</sup>.

هذه القاعدة العامة تم انتهاجها أيضا في المجال الطبي بصدد مباشرة التدخلات الطبية، فلا يشترط كمبدأ عام شكلا معيناً للتعبير عن الرضا أو الموافقة الصادرة من المريض حتى باعتبار العقد الذي يجمع هذا الأخير بالطبيب عقد ذو طبيعة خاصة، إذ يبقى عقدا رضائياً يكفي فيه تطابق إرادة الطبيب ومريضه<sup>2</sup>، فهل يشمل ذلك التعبير عن ارادة ورضا المتبرع في عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، أم تخضع لقواعد خاصة تحكمها؟

### المبحث الأول: كيفية التعبير عن إرادة المتبرع الحي

أشرنا سابقا ان الارادة تبقى عملا نفسيا ولا ترتب اثارها الا بالإفصاح والتعبير عنها، وبما ان عمليات استئصال الأعضاء والأنسجة البشرية ليست من الأعمال العلاجية بالنسبة للمتبرع، فهو لا يعتبر مريض، لذلك شددت مختلف التشريعات في

<sup>1</sup> أنظر المادة 60 من ق.م.ج.

<sup>2</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص 63.

قواعد واجراءات أخذ رضا المتبرع، خاصة ما تعلق بضرورة وجود موافقة صريحة ومكتوبة، مع منح احقية العدول عن هذه الموافقة.

### المطلب الأول: التعبير الصريح وشكلية الموافقة على التبرع.

الأصل أن الرضا هو الذي يلزم المتعاقدين وليس الشكل، فمبدأ الرضائية هو أساس التعاقد، وعليه كقاعدة عامة لا تشترط الشكلية في العقود بما فيها العقد الطبي الا في حالات استثنائية<sup>1</sup>، ونظرا لخصوصية وخطورة نزع الأعضاء والأنسجة البشرية، اشترطت عدة قوانين ان تكون الموافقة على هذه العمليات صريحة ومكتوبة، لأنها تعتبر دليلا على حصول المتبرع على التبصير اللازم بعواقب العملية الجراحية ومخاطرها<sup>2</sup>، وتأخذ هذه الموافقة المكتوبة شكلين كتابة عرفية وكتابة رسمية.

### الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بالكتابة العرفية

يعبر المتبرع عن رضاه في هذه الحالة عن طريق اصدار محرر مكتوب وموقع منه يصرح فيه بإرادته الحرة بقبوله بعملية التبرع وذلك بعد تبصيره، اتبعت هذه الطريقة بعض التشريعات خاصة قبل تعديلها والتي اوجبت أن تكون الموافقة خطية كالمشرع السوري واللبناني<sup>3</sup>، كما ان المشرع الإماراتي قبل الغاء القانون أيضا اعتمد نفس

<sup>1</sup> عشعوش كريم، العقد الطبي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 126.

<sup>2</sup> حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص 444.

<sup>3</sup> حيث نصت المادة الأولى فقرة 3 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 المؤرخ 1983/09/16 "...أن يوافق الواهب خطيا وملء حريته على إجراء العملية". والمشرع السوري اتبع في القانون رقم 31 لعام 1972 نفس النهج في مادته الثانية "...ألا يتم نقل العضو من المتبرع إلا بعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة حرة غير مشوية، شريطة أن يكون المتبرع متمتعاً بكامل أهليته"، وبعد الغاء هذا القانون بصدر قانون جديد سنة 2003 نص في مادته الثانية فقرة 3 على ان " ان لا يتم نقل العضو الا من المتبرع الكامل الاهلية وبعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة وموثقة"، أنظر أكثر تفصيل سعاد هوارى، المرجع السابق، ص 64، 65.

المسار وأضاف شهادة الشهود<sup>1</sup>، وبعد صدور المرسوم بقانون اتحادي 5 لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، نص على أنه يثبت التبرع بين الأحياء بموجب وثيقة وفق النموذج المعد من الجهة الصحية المختصة، ومرفقا بها التقارير الطبية اللازمة لعملية نقل الأعضاء أو جزء منها أو الأنسجة البشرية الخاصة بالمتبرع<sup>2</sup>.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الصحة قبل التعديل حيث لم يكن يشترط المشرع الجزائري في ظل سريان القانون 05/85 الشكلية الرسمية، بالرغم من أن لفظ الكتابة الوارد في النص جاء عاما، فقد ينصرف معناه إلى الكتابة الرسمية أو العرفية على حد سواء حيث كانت المادة 162/02 تنص: "وتشترط الموافقة الكتابية من المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة". فيكون بذلك المشرع قد اكتفى بالشكلية العرفية التي تتم خارج نطاق اختصاص جهة رسمية، ولا يشترط لصحة تحرير المحرر العرفي إلا شرط التوقيع.

فالملاحظ أن الكتابة المفروضة من قبل قوانين هذه الدول قبل التعديل هي كتابة عرفية، إذ يتولى المتبرع تحريرها بنفسه إما خطيا أو بالاستعانة بأحد أجهزة الكمبيوتر أو قد يقتصر الأمر على ملء استمارة أو مطبوعة معدة خصيصا لهذا

<sup>1</sup> نصت المادة 02 من القانون الاتحادي رقم 15 الملغى على أنه "يجوز للشخص أن يتبرع أو يوحي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية"، قانون اتحادي 15 لسنة 1993 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية 23، الصادرة بتاريخ 31 أوت 1993، ملغى.

<sup>2</sup> قانون اتحادي 5 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، 2016. نصت المادة 2/12 منه أنه "يثبت التبرع المشار إليه في البند 1 من هذه المادة -أي التبرع بين الأحياء- بموجب وثيقة وفق النموذج المعد من الجهة الصحية المختصة، ومرفقا بها التقارير الطبية اللازمة لعملية نقل الأعضاء أو جزء منها أو الأنسجة البشرية الخاصة بالمتبرع".

الغرض، مما يفيد بمفهوم المخالفة أن هذه الكتابة ليست رسمية طالما لم تتولاها إحدى الهيئات الرسمية في الدولة. وبالرغم أن المشرع الجزائري في ظل القانون 05/85 حاول دعم الكتابة العرفية للموافقة بتوقيع شاهدين، إلا أن الأمر لم يكن كافياً لأن مسألة إحضار الشهود تبدو صعبة، خاصة وأنه لم يتم تحديد الجهة التي تتولى إحضار الشاهدين هل المتبرع أم المتلقي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة بالكتابة الرسمية

إن مبدأ الرضائية في القواعد العامة ترد عليه استثناءات تفرض ضرورة إفراغ الرضا في شكل معين، فإنه في المجال الطبي أيضا ترد على هذا المبدأ استثناءات تجعل الرضائية لوحدها غير كافية، إذ لا بد من شكلية خاصة تفرغ فيها الموافقة وإلا قامت المسؤولية كما هو الحال في عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية. بالنظر الى قانون الصحة الجزائري 11/18 تظهر هذه المسألة صراحة من الفقرة الخامسة لنص المادة 360 التي اشترطت أن يعبر المتبرع عن موافقته في محرر رسمي" يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليمياً، الذي يتأكد، مسبقاً، من أن الموافقة حرة ومستتيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

والرسمية التي اشترطها المشرع الجزائري هي نهج اختارت اتباعه العديد من الدول سواء منها العربية أو الغربية، فعلى سبيل المثال نص الفصل الثامن من القانون التونسي رقم 22 " على المتبرع أن يدلي برضاه لدى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه، والتي يوجد مقر إقامة أو مقر المؤسسة الاستشفائية بدائرة مرجع نظرها، والقاضي الذي يتلقى رضا المتبرع يتأكد سلفاً من صحة توفر شروط الرضا المنصوص

<sup>1</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص 63-66.

عليها في الفصل 2 من القانون، ويدون بذلك محضر يمضيه معه المعني بالأمر  
وكاتب المحكمة.<sup>1</sup>

ويدوره المشرع المغربي أكد في القانون 98-16 المعدل في 2014 واسترسل  
بأن تكون الكتابة التي تحرر بها موافقة المتبرع كتابة رسمية حيث أوجب أن يعبر  
المتبرع على موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر  
إقامة المتبرع أو أمام رئيس المحكمة التابع لها المستشفى العمومي المعتمد الذي ستنتم  
فيه عملية الأخذ والزرع، أو أمام قاض من المحكمة المعنية يعينه الرئيس خصيصا  
لذلك الغرض. ويساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة باقتراح من رئيس  
المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية، يعهد إليهما بأن يشرحا للمتبرع بالعضو أبعاد  
عملية التبرع وللقاضي الفائدة العلاجية المرجوة من عملية الأخذ، ثم يتم استطلاع رأي  
وكيل الملك لدى المحكمة في الموضوع بطلب من رئيس المحكمة أو من القاضي  
المنتدب، ويحرر الرئيس أو القاضي المنتدب محضرا بموافقة المتبرع. ثم تسلم نسخة  
من المحضر موقعة من طرف رئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والطبيين المعنيين  
الى الاطباء المسؤولين عن عملية أخذ العضو.<sup>2</sup>

كما تضمنت اتفاقية أوفيدو<sup>3</sup> الصادرة عن المجلس الأوربي والخاصة بحقوق  
الإنسان والطب الحيوي في المادة 19 فقرة 2 وجوب منح الموافقة بحرية وصراحة،  
سواء كتابياً أو أمام سلطة.

<sup>1</sup> القانون عدد 22 سنة المؤرخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، منشور بالرائد  
الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22، 29 مارس 1991، ص 474.

<sup>2</sup> أنظر المادة 10 من القانون المغربي 98-16 المعدل في 2014 والمتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية  
وأخذها وزرعها، المرجع السابق، ص 6.

<sup>3</sup> <https://www.insdip.com/wp-content/uploads/2020/12/Convenio-de-Oviedo1997-sobre-Derechos-Humanos-y-Biomedicina.pdf>

" Le consentement visé à l'article 5 doit avoir été donné expressément et spécifiquement, soit par écrit soit devant une instance officielle."<sup>1</sup>

وتضمن البروتوكول الاضافي لاتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية في مادته 13 على ان عملية الاستئصال لا يمكن ان تتم الا بالرضاء الحر والمستتير والواضح، سواء عن طريق الكتابة أو أي طريقة أخرى رسمية.

"Sous réserve des articles 14 et 15 du présent Protocole, un organe ou des tissus ne peuvent être prélevés sur un donneur vivant qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre, éclairé et spécifique, soit par écrit soit devant une instance officielle."<sup>2</sup>

وذهبت جامعة الدول العربية الى نفس النهج حيث أنه لا يجوز استئصال عضو بشري أو نسيج إلا بعد موافقة المتبرع مسبقا ويجب أن تكون الموافقة ثابتة بشكل رسمي<sup>3</sup>.

إن الكتابة الرسمية التي اشترطها عدة تشريعات تبرز في شكل محضر يحرر ليس بخط يد المتبرع وإنما تحت إشراف ورقابة إحدى أحد الهيئات الرسمية في الدولة

<sup>1</sup> Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 164, 4IV.1997, p6.

<sup>2</sup> Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 186, Strasbourg, 24.I.2002,

<sup>3</sup> أنظر نص المادة السادسة من القانون الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيه المعتمد من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار رقم -791 د -25 المؤرخ في 19-11-2009، أنظر كذلك سعاد هوارى المرجع السابق، ص 70.

وهي السلطة القضائية، هذا التوجه أيضا سبق أن جسده المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1-1231 L من قانون الصحة العمومية (التي حلت محل نص المادة 213-671 الملغاة) والتي استوجبت أن يعبر المتبرع عن رضاه أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو أمام قاضي يعينه هذا الأخير لنفس الغرض.

والمشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يعتد كذلك لا بالإشارة المتداولة عرفا، ولا بالإرادة الضمنية المنصوص عليها في المادة 60 من القانون المدني، بل اشترط في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية أن يكون تعبير المتبرع عن رضاه في شكل كتابي، ولم يكتفي المشرع باشتراط الكتابة بل جعلها كتابة رسمية تتم أمام هيئة رسمية. وهذا من أجل تنبيه المتبرع الى مدى خطورة التصرف الذي يقدم عليه مع توفير مزيد من الحماية له، لما تنطوي عليه عملية الاستئصال من خطورة، فهذا الشرط يمنح للمتبرع الوقت الكافي للتفكير بروية واثابة اصدار موافقته من عدمها بدون اكراه او ضغط أو أي عيب ممكن أي يشوب إرادته<sup>1</sup>. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان الكتابة الرسمية من شأنها اثبات توافر عنصر الارادة الحرة لدى المتبرع من جانب الطبيب ولجنة الخبراء في مواجهة المسؤولية القانونية.

ان تكريس مبدأ الكتابة الرسمية للتعبير عن الموافقة في مجال التبرع بالأعضاء والأنسجة بين الأحياء، هو توجه مثن خاصة عند إسناد هذه المهمة لجهة رسمية متمثلة في السلطة القضائية، إذ أن تولي هيئة قضائية تحرير الموافقة يوحي بأهمية وخطورة عملية نزع الأعضاء والأنسجة، وفيه ما يضمن مصداقية للعملية باعتبار ما تتمتع به الهيئة القضائية من سلطة وهيبة طالما أن اختصاصها الأصيل هو إصدار الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ، كما أن تولي القضاء هذه المهمة سيسهم في التخفيف

<sup>1</sup> سعيدان أسماء، عملية نقل الأعضاء البشرية في ضوء الفقه والقانون الجزائري، مقال منشور، حوليات جامعة الجزائر، 31 ديسمبر 2017، ص58.

أو القضاء على المنازعات التي قد تثور بشأن تحقق ارادة و موافقة المتبرع من عدمها، فالمحضر الذي يحرر بمعية القاضي ويوقع عليه مع المتبرع، ويحفظ أصله لدى كتابة ضبط المحكمة إنما يصبح متمتعاً بالحجية في مواجهة الكافة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: التكيف القانوني لشكلية الكتابة للمتبرع الحي بأعضائه وأنسجته

تعد الشكلية إحدى الطرق التي يتم التعبير من خلالها عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهي ليست بديل عن الإرادة ذاتها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف، ويجب أن تكون سليمة وخالية من العيوب حتى في حال توفر الشكل المطلوب، فوجود الشكل لا يغني عن وجود الإرادة لانعقاد العقد<sup>2</sup>.

ومن المعلوم ان في التصرفات القانونية توجد شكلية لانعقاد لا ينعقد العقد الا بتمامها، فهي ركن من اركان العقد الى جانب الرضا والمحل والسبب، وشكلية أخرى لمجرد الاثبات ويمكن للعقد ان يقوم بدونها، ويثور التساؤل هنا حول طبيعة الشكلية التي أكد عليها المشرع في مجال الموافقة على عملية التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، هل هي شكلية لانعقاد ام للإثبات؟

كثيرا ما تختلط شكلية الانعقاد بشكلية الإثبات ونجد صعوبة في التفريق بينها في حالة إذا لم يكن المشرع قد بين الأثر المترتب عن الإخلال بها أو لم يشر صراحة أنها لانعقاد أو للإثبات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص71.

<sup>2</sup> مصطفى موسى العجارمة، الشكلية كفيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية - العدد الخامس والأربعون - حزيران 2018، ص162.

<sup>3</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص71، 72، أنظر في المادة 383 من القانون المدني نص صراحة المشرع على ضرورة الرسمية لانعقاد (لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون. بينما في نص المادة

لا يوجد في نص المادة 360 من قانون الصحة الجزائري 11/18 ما يفيد هل الكتابة المفروضة للتعبير عن الإرادة من جانب المتبرع الحي هي ركن لانعقاد التبرع ومن ثم شرط لصحته، أم هي فقط وسيلة لإثبات تحقق الموافقة في حالة النزاع، خاصة مع عدم تطرق المشرع للجزاء المترتب عن عدم مراعاة الشكلية، غير أن الصياغة التي اعتمدها المشرع في تحرير الفقرة 05 من المادة 360 وتوظيفه لعبارة "يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع"...إنما تظهر في مدلولها أن الشكلية لانعقاد، حيث أنها ركن أساسي في تكوين التبرع وإذا تخلفت أصبح من غير الممكن التسليم بصحة التبرع، وهي أكثر دلالة من العبارة الموظفة في نص المادة 162 من القانون 05/85 الملغى "...وتتشرط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه...". فهي لا توضح أو تبين إذا كانت الكتابة شرطا لانعقاد أو شرطا للإثبات.

فيظهر وفقا لنص المادة 360 من القانون 11/18 في كيفية التعبير عن الإرادة ان المشرع اشترط صراحة إفراغها في شكل رسمي " الكتابة أمام الجهة القضائية " وبالتالي فان الإرادة وكيفية التعبير عنها إنما هو أحد الأركان الأساسية لانعقاد التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

كذلك عدم ذكر المشرع في المادة 360 للجزاء المترتب عن تخلف الكتابة لا ينفي أنها قد تقرررت لانعقاد، لأن هناك العديد من التصرفات التي اعتبر فيها المشرع

---

645 من القانون المدني كان صريحا في اشتراط الكتابة للإثبات (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة).

الشكلية ركنا للانعقاد دون أن ينص على جزاء تخلفها، وفي هذا الشأن يرى الأستاذ السنهوري أنه في الحالة التي يسود فيها الغموض، ويصعب على القاضي بعد استنفاده لوسائل التفسير، أن يتبين ما إذا كان المشرع قد أراد الشكل للانعقاد أم للإثبات، فيتعين اللجوء إلى القواعد العامة في التفسير، واعتبار بالأولية أن الشكلية للانعقاد لا للإثبات، ذلك أن المشرع يتمتع بسلطة واسعة في فرض الشكل الذي يريد، ومتى حصل ذلك ولم يقدّم الدليل على أنه للإثبات فالمفروض أنه تقرر للانعقاد<sup>1</sup>.

أيضا عندما يشترط المشرع الشكلية كركن للانعقاد، إنما يهدف إلى غاية حمائية متمثلة في حماية مصالح فردية أي مصلحة الأطراف المتعاقدة على الخصوص، إذ كثيرا ما يقع أن تشكل الرضائية خطورة على المتصرف نظرا لبساطة إجراءاتها وانعدام تعقيداتها، فتكون الشكلية بمثابة تحذير من هذه الخطورة إذ تؤدي دورا تبصيريا بعواقب التصرف القانوني، وهو ما يمكن استنتاجه في مجال التبرع بالأعضاء والأنسجة، إذ الكتابة تعمل على تنبيه المتبرع بخطورة التبرع بأعضائه وأنسجته خاصة وأنه لا يجني أية منفعة منها، بل قد يتضرر من العملية فيصبح مريضا بعدما كان سليما معافى، هذا دون إغفال المصلحة الاجتماعية على اعتبار أن المساس بأحد أعضاء الجسم سيؤدي حتما للانتقاص من قدرته الوظيفية، وهذا بدوره سيؤدي إلى حصول الخلل في الوظيفة الاجتماعية المكلف بأدائها الشخص المتبرع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952 ص 153، انظر أيضا سعاد الهواري، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية

معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار نارس للطباعة والنشر، أربيل العراق ص 51، انظر أيضا سعاد الهواري، المرجع السابق ص 73.

ويمكن الاستدلال أيضا على الرأي السابق بأن الشكلية لانعقاد، في جزئية أخرى، حيث أن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يندرج في نطاق التبرعات، والتبرع هو عمل قانوني مضمونه تقديم إلتزام معين بدون انتظار مقابل له، والذي لم يورد المشرع الجزائري كما ذكرنا تعريفا له واكتفى بإيراد أحكام مختلفة لأنواع من التبرع كالهبة، الوقف، الوصية<sup>1</sup>، فطالما اعتبرنا التبرع بالأعضاء ما بين الأحياء هبة ذات محل خاص، وأن الهبة وفق القانون الجزائري- سيما ما يستخلص من نص المادة 206 قانون الأسرة- تخضع لشكلية قانونية تختلف بحسب ما إذا كان الشيء الموهوب عقارا أو منقولا، فبالنسبة للأول تتمثل الشكلية في الحيابة إلى جانب الإجراءات التوثيقية التي تحكم التعامل في العقار، أما بالنسبة للمنقول فإن الشكلية تتمثل دائما في الحيابة إلى جانب الإجراءات الخاصة المفروضة في مجال التعامل بمنقولات معينة<sup>2</sup>، ومعنى هذا إذا كان القانون قد استلزم بالنسبة لهبة المنقول استيفاء شكلية معينة، فلا بد من احترام ذلك تحت طائلة بطلان التصرف وهو ما يكمن أن ينطبق في مجال التبرع بالأعضاء البشرية، إذ أن الكتابة المفروضة بنص المادة 360 الصحة تمثل الشكلية الواجبة لانعقاد التبرع<sup>3</sup>.

ومهما يكن فإن التعبير عن ارادة المتبرع وموافقته المستتيرة لا تعد الزاما له بنزع

عضو او نسيج منه إذا عدل وتراجع عن هذه الموافقة.

<sup>1</sup> خالد سماحي، المرجع السابق، ص16. و 17، ويعرف الأستاذ السنهوري عقد التبرع بأنه عقد لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطى ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 162.

<sup>2</sup> تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 ل 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالامر 05-02 ل 27 فيفري 2005، ج.ر رقم 15 أنه: تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

<sup>3</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص74.

## المطلب الثاني: العدول عن الموافقة بالتبرع

نتحدث أولاً عن أحقية المتبرع الحي في العدول عن موافقته ثم الى وقت هذا العدول وشكليته.

## الفرع الأول: أحقية المتبرع الحي في العدول عن موافقته في التبرع.

إن التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية ليس من قبيل المعاملات المالية البحتة التي تكون فيه الحقوق المالية متقابلة، كما لا يرتبط بمسائل مالية كالحق في احترام الحياة الخاصة (مثل التعويض عن العدول عن النشر)، أو الحق الأدبي للمؤلف (مثل التعويض عن العدول عن نشر المصنف)، حيث أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدان لا تلائم التعامل في جسم الإنسان، بل يجب أن تتقرر حرية العدول دون أدنى مسؤولية كمبدأ وأصل عام يحكم مثل هذا التعامل الذي لا يحتاج الى تقرير أي استثناء يرد عليه، وهذا ما أخذت به القوانين المنظمة لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بعين الاعتبار، فأكدت على حرية المتبرع في العدول عن رضاه في التبرع في أي وقت، ودون أن يترتب على رجوعه أي تعويض أو مسؤولية ولو أدبية<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار وبما ان رضاه المتبرع بالتبرع حال حياته بأحد أعضاء جسمه او أنسجته من أجل زرعه في جسم آخر مريض، يعد من قبيل التبرع على سبيل الهبة، فهو تصرف من جانب واحد، يحق بموجبه للمتبرع أن يعدل في أي وقت عنه، شريطة أن يتم ذلك قبل إجراء عملية النزع، أي أن رجوع الشخص في تبرعه جائز حتى قبل لحظة تخديره لإجراء عملية الاستئصال، أما بعد عملية الاستئصال، وفقاً للشروط والضوابط القانونية، فلا يحق للمتبرع بأحد أعضائه المطالبة باسترجاع العضو المستأصل منه بعد زرعه في جسم المريض حتى ولو وافق هذا الأخير على ذلك، لما

<sup>1</sup> حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص 476-477.

يترتب من خطر محقق على حياته، خاصة أن عملية الزرع لم تكن لتتم من الأساس لولا الضرورة العلاجية التي اقتضت ذلك<sup>1</sup>.

وحق العدول عن التبرع بالعضو البشري قبل عملية الاستئصال يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز مخالفته أو الاتفاق على حرمان المتبرع من حقه في العدول عن تبرعه في أي وقت قبل إجراء عملية الاستئصال، كما لا يجوز تعليق هذا الحق على أي قيد أو شرط، أو تعليقه على موافقة شخص آخر<sup>2</sup>.

بالرجوع إلى المادة 360 فقرة 06 من قانون الصحة الجزائري رقم 11/18، الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى للمتبرع الذي سبق أن أبدى موافقته من أجل نزع أحد أعضائه والتبرع بها حق العدول عن هذه الموافقة، وهو ما عبر عنه بسحب الموافقة "يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء" وأكد المشرع المصري كذلك على أحقية العدول في جميع الأحوال قبل البدء في إجراء عملية النقل<sup>3</sup>.

وبالتالي، إذا عبر الشخص عن رضاه باستئصال عضو من جسده حال حياته فإن هذه الموافقة ليست ملزمة لصاحبها إذ يملك العدول عنها في أي وقت شاء، ولا يجوز أن تكون موافقته المسبقة قيда على إرادته في العدول، ودون مطالبته بتبرير عدوله أو القيام بأي إجراء آخر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> طارق فتحي سرور، المرجع السابق، ص 220، بشير سعد زغلول، المرجع السابق ص 33.

<sup>2</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup> تنص المادة 5 فقرة القانون 4 من رقم 5 المصري لسنة 2015 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه "وفي جميع الأحوال، يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل"، قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري رقم 5 لسنة 2010، مرجع سابق ذكره.

<sup>4</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 232، من توصيات ندوة حقوق القاهرة وندوة حقوق المنصورة، م 11، 1996، ص 180.

هذا التوجه في منح أحقية العدول بدون أي شرط آخر اعتمده مختلف التشريعات الأخرى منها التشريع الفرنسي<sup>1</sup> والاماراتي والمغربي في القوانين المتعلقة بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية السابقة الذكر، وهو يختلف عما هو مستقر عليه في القواعد العامة إذ متى صدر الايجاب من المتعاقد وتوافرت فيه شروط صحته رتب آثاره القانونية دون أن يكون للمتعاقد الحق في العدول الا فيما تعلق بحالة الرجوع قبل اتصاله بعلم الموجب له أو قبل قبوله.

بينما وقت هذا العدول يثير اشكالية كبيرة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء، أي متى يمكن ممارسة حق العدول، وهل يستلزم الشكلية ذاتها المفروضة لقبول التبرع؟

### الفرع الثاني: وقت العدول وشكليته

نوضح الوقت المسموح به في العدول، ثم اتباع شكلية معينة فيه من عدمها.

#### أولاً: وقت العدول

لم يورد المشرع الجزائري في قانون الصحة نص صريح يبين الوقت المسموح به للعدول عن التبرع، بل ذهب الى أكثر من ذلك حينما جعل هذا الوقت غير محدد حيث استعمل عبارة "في أي وقت"، فاذا التزمنا بالمعنى الحرفي للعبارة قد يفهم أن حق العدول قد يمارس قبل عملية النزع وبعدها، وقبل الزرع في جسم المريض وبعده. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتفطن لهذه النقطة عند وضعه لقانون الصحة الجديد 11/18 واحتفظ بنفس التعبير الذي كان في صياغة المادة 165 فقرة 2 من قانون الصحة الملغى.

<sup>1</sup> Article L1231-1 du code de la santé publique (Le consentement est révoquant sans forme et à tout moment).

فالمشرع الجزائري لم يتجاوز عمومية الصياغة ولم ينص صراحة وبشكل دقيق على وقت ممارسة حق العدول، والذي من المنطق أن يكون في الفترة الواقعة ما بين تاريخ صدور الموافقة ولحظة تنفيذ العملية الجراحية بغرض الاستئصال والتي تبدأ منذ لحظة التخدير، وكان عليه النص صراحة على ذلك و أيضا النص صراحة على مسألة عدم إمكانية ممارسة حق استرداد العضو بعد تمام عملية الزرع<sup>1</sup>.

فموقف المشرع الجزائري بخصوص إمكانية العدول عن الموافقة لا يمكن فهمه خارج ما جاء مسائرا لموقف الشرع بخصوص الهبة التي لا تلزم إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء<sup>2</sup>، حيث أن الهبة تبرع منجز في الحال إذا قضت في الصحة<sup>3</sup>، والموهوب له يتملك الهبة فور القبول والقبض لها، ولا رجوع للواهب فيها إذا قبضت<sup>4</sup>. وما يمكن اسقاطه على ما جاء به نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختلت أحد القيود السابقة بطلت الهبة"

والعدول قبل عملية الاستئصال وارد وهو من حق المتبرع كما ذكرنا، لكن بعد الاستئصال والزرع لا يقبله منطق ولا عقل، الأمر الذي تقطنت له الكثير من التشريعات وأخذته بعين الاعتبار، بحيث عملت على ضبط المسألة وحددت الوقت

<sup>1</sup> سعاد هواري، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> ذهب المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة ممن لا يشترطون القبض لانتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الواهب ويكتفون بتطابق كل من الإيجاب والقبول، إلى القول أن رجوع الواهب في هبته قبل القبض غير جائز ويستدلون على ذلك بقوله تعالى: ياأيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، للكاساني (333/7)، الجوهرة النيرة، للحدادي (296/2).

<sup>4</sup> الأم، للشافعي (102/4)، الكافي، لابن عبد البر (999/2)، أنظر كذلك في ، الموسوعة الفقهية الدرر السنية، الفرق بين الوصية والهبة، <https://dorar.net/feqhia>، تاريخ الزيارة، 05 جوان 2023 الساعة 13H00.

اللازم لإعمال حق العدول عن الموافقة على التبرع والتراجع عنه، وكرست هذا المادة السابعة من القانون العربي الاسترشادي<sup>1</sup>.

من هنا يمكن التساؤل أيضا بشأن إمكانية تمسك المتبرع باسترداد عضوه، خاصة وأن معظم التشريعات التي اطلعنا عليها بما في ذلك التشريع الجزائري لم تتناول هذا الإشكال، باستثناء المشرع الإماراتي الذي نص صراحة في المادة الرابعة فقرة 02 "ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد تبرعه به وفقاً للقانون"<sup>2</sup>.

وفي الحقيقة تكريس العدول في هذه المسألة هو توجه عالمي لمختلف التشريعات وإن اختلفت فيما بينها في الصياغة، وأن تحديد وقت ممارسة حق العدول عن الموافقة، من شأنه درء أية منازعة مستقبلية خاصة تلك المتعلقة باسترداد العضو، فإن كان تقرير العدول يخدم المتبرع على اعتبار أن كرامة الإنسان تقتضي عدم جواز إرغام الشخص على الموافقة لاستقطاع جزء من جسمه وبالتالي ممارسة حقه في الرجوع، فإنه لا يمكن أن يتخذ كذريعة للإضرار بالمريض المستقبل الذي صار العضو المزروع جزءاً لا يتجزأ من جسمه، فالموافقة الإرادية تقتضي بالمقابل وجود أحكام ملائمة تتيح العدول عن الموافقة قبل أن تبلغ التدخلات الطبية المنجزة المرحلة التي قد يتعرض فيها المريض المستقبل للخطر على صحته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> في هذا الإطار نورد وقائع إحدى القضايا، وتتلخص في أن إحدى الزوجات تبرعت بكليتها لزوجها الذي كان يعاني من قصور كلوي، ولاحقاً وبعد حصول الطلاق وإعادة الزواج بأخرى بادرت المطلقة المتبرعة برفع دعوى قضائية تطالب من خلالها إلزام الزوج بإعادة الكلية محل التبرع إليها، إلا أن المحكمة رفضت طلبها. أنظر عارف علي عارف القره داغي، المرجع السابق، ص 30.

<sup>3</sup> سعاد هوارى، المرجع السابق، ص 74-76.

## ثانيا: شكلية العدول

إن موافقة المتبرع بمنح عضو أو نسيج منه تتم في التشريعات الجديدة والمعدلة كما رأينا بالكتابة الرسمية امام جهة قضائية، وهذا أساسا راجع لحماية أكثر لهذا المتبرع، اضافة الى اثبات انتقاء مسؤولية الطبيب واثبات تصرف المتبرع ورضاه، واذنا اسقطنا ذلك على عدول المتبرع عن تصرفه فان حمايته لا تستلزم شكلية معينة في عدوله عن تبرعه لان من شان ذلك وضع صعوبات في تراجعه عن التبرع والقيام بعملية الاستئصال، فلا فائدة علاجية له من هذه العملية، فتعقيد اجراء العدول وابطاء اتمامه من شأنه الاضرار بالمتبرع ويصبح من قبيل استئصال عضو او نسيج منه دون موافقته، لذلك نصت مختلف التشريعات على عدم فرض شكلية معينة في العدول عن التبرع سواء بشكل صريح<sup>1</sup> أو استعمال عبارات تدل على ذلك، مثل عبارة "دون قيد أو شرط"، واستعمل المشرع الجزائري كما رأينا عبارة " في أي وقت وبدون أي اجراء"<sup>2</sup> مما يفيد بعدم لزوم أي شكلية للعدول عن الموافقة.

لكن إذا نظرنا الى الأهداف الاخرى من الشكلية وهي انتقاء مسؤولية الطبيب عن عدم القيام بواجبه بإجراء العملية واثبات وجود الرغبة في العدول عن التبرع، فالأحرى أن يتم توثيق هذا العدول كوثيقة للإثبات، وبالتالي عمليا يمكن التراجع عن عملية الاستئصال بمجرد تصريح المتبرع وابداء رغبته في العدول قبل العملية، لكن يمكن توثيق ذلك لإثبات عدوله وليس كشرط للاعتداد به، وهذا ما أغفلته مختلف التشريعات.

<sup>1</sup> مثل المشرع الفرنسي في المادة 1231-1 من قانون الصحة.

<sup>2</sup> أنظر نص المادة 360 من قانون الصحة الجزائري رقم 18/11.

**المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بسلامة إرادة المتبرع الحي**

قبل التطرق لمسألة المسؤولية المترتبة على الطبيب أو الفريق المشرف على أخذ رضا المتبرع والقيام بعملية الاستئصال، من الجدير معرفة طبيعة التزام الطبيب اتجاه المتبرع الحي.

**المطلب الأول: طبيعة التزام الطبيب اتجاه المتبرع الحي**

ان معرفة طبيعة إلتزام الطبيب اتجاه المتبرع الحي تكمن في معرفة هل هو إلتزام ببذل عناية ام إلتزام بتحقيق نتيجة، ثم تحديد صورة هذا الإلتزام.

**الفرع الأول: ترجيح إلتزام الطبيب اتجاه المتبرع الى التزم بتحقيق نتيجة**

علاقة الطبيب المشرف على العملية الجراحية أو الطبيب بصفة عامة بمريضه هي أولا علاقة تعاقدية نشأت بالعقد سواء وجد بصورة صريحة أو بصفة ضمنية<sup>1</sup>، وعليه يجب الرجوع في تحديد إلتزامات الطبيب الى العقد، غير أنه نظرا للوظيفة الإنسانية النبيلة التي يؤديها الطبيب وبحكم الأصول العلمية التي تعنى بمهنة الطب فإن التزمات الطبيب تحدها أساسا القواعد والنصوص المهنية لمهنة الطب وأخلاقياتها التي تفرض على الطبيب بذل العناية اللازمة للمريض أصلا وتحقيق نتيجة له استثناء<sup>2</sup>.

فالأصل الطبيب لا يقدم الشفاء بل يبذل عناية له بتقديم العلاج، غير أن هذا لا يمنع من تقييد نظام التزم الطبيب والحرص على تحقيق نتيجة في بعض ممارساته الطبية لأنها تفتقد للطابع الاحتمالي الذي يتميز به العلاج الطبي عامة، ويمكن ذكر هنا عدة حالات للالتزم بتحقيق نتيجة، منها ما هو متعلق بالعمل الفني للطبيب مثل

<sup>1</sup> محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ط1، دار هومه، الجزائر، 2010، ص197.  
<sup>2</sup> عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه، الجزائر، 2009، ص82.

استعمال الأدوات والأجهزة الطبية، نقل الدم والتحاليل الطبية، التحصين، التركيبات الصناعية، وتقديم الأدوية، ومنها ما هو متعلق بالواجبات الأخلاقية والإنسانية للطبيب مثل الالتزام بإعلام المريض وتبصيره بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، والالتزام بأخذ رضا المريض بالعلاج وموافقته، والالتزام كذلك بعدم افشاء السر المهني والالتزام بمتابعة علاج المريض بعد التدخل الجراحي<sup>1</sup>.

ومن باب الحرص على صحة المريض وسلامته واعلامه والالتزام بإرادته في التدخل الطبي وقرار حالات للالتزام بتحقيق نتيجة بما فيها المريض المتلقي للأعضاء والأنسجة البشرية فالأولى الحرص كذلك على عدم الاضرار بالمتبرع وتحقيق نتيجة بخروجه حيا من العملية الجراحية وقدرته على ممارسة أنشطته المعتادة.

إن الالتزامات اتجاه المتبرع الحي تعتبر التزام بتحقيق نتيجة فخصوعه للعملية ليس لتحقيق ضرورة علاجية له، لأنه يعرض نفسه لفقد عضو أو نسيج منه لتحقيق مصلحة علاجية لغيره، حيث لا بد من ضمان سلامة المتبرع من أية انعكاسات ضارة بسبب نزع عضو أو نسيج منه<sup>2</sup>.

وكما رأينا قبل الوصول الى عملية نزع العضو او نسيج يقع على عاتق الطبيب اعلام المتبرع وتبصيره وأخذ رضاه الكتابي، وكذلك القيام بالعملية في الأماكن المرخصة لذلك.

فمرحلة تبصير المريض وأخذ رضاه هو التزام بتحقيق نتيجة لأنه لا يمكن المباشرة بعملية الاستئصال دون اعلام وتبصير المتبرع بكل المعلومات حول اجراء

<sup>1</sup> عبد القادر صديقي، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، دار النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2020، ص 70-94.

<sup>2</sup> صورية حدادو، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، المجلد 03 العدد 06 نوفمبر 2020، ص 103.

العملية الجراحية في الاماكن المرخصة والحرص على أخذ موافقته الكتابية الرسمية، ويبقى تأن نوضح طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة والمتمثلة في ضمان سلامة المتبرع.

### الفرع الثاني: الالتزام بضمان سلامة المتبرع

الالتزام بضمان السلامة ترجع نشأته الى التزام الناقل بضمان سلامة الركاب، فالناقل ملزم بإيصال الركاب سليما ومعافى الى وجهته، وهذا الالتزام بضمان السلامة الجسدية اتسع نطاقه من عقد النقل الى عقود اخرى كعقد الإقامة الفندقية والعقد الطبي، ففي المجال الطبي يعد الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة متمثلة بسلامة المريض بأن لا يتعرض لأي أذى من جراء ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أو ما يعطيه من أدوية، ولا يتسبب في نقل مرض آخر له عن طريق العدوى، أو عن طريق ما ينقل له من دم<sup>1</sup>.

ونفس الشيء ينطبق على المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، فالطبيب ملزم بضمان سلامته من استعمال الادوات والاجهزة في العملية الجراحية والادوية المقدمة قبل وبعد العملية، وعدم نقل مرض آخر.

غير أن ما يمكن التنبيه له أن الطبيب لا يمكنه ضمان ارجاع الحالة الصحية للمتبرع الى كانت عليه قبل عملية استئصال العضو أو النسيج، خاصة إذا كان عضو غير متجدد مثل الكلية، فمن الطبيعي أن بعض النشاطات التي كان يقوم بها المتبرع قبل العملية، لا يمكنه القيام بها بعد العملية بنفس النسق، فالإنسان في نشاطه المعتاد يحتاج كليتين كما خلقه الله عز وجل، ولا يمكن اثارة مسؤولية الطبيب من هذا الجانب لأن المتبرع يكون قد أعلم مسبقا بكل المعلومات بما فيها حالته الصحية بعد عملية التبرع، لكن في حدود ما هو متعارف عليه طبيا وعلميا.

<sup>1</sup> صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 93، 94.

**المطلب الثاني: قيام المسؤولية المدنية والجزائية اتجاه المتبرع الحي**

نتعرف أولاً على الخطأ الطبي ومختلف صورته، ثم نتطرق إلى قيام المسؤولية الجزائية والمدنية جزاء عدم الاعتداد بإرادة المتبرع الحي.

**الفرع الأول: الخطأ الطبي وصوره في عملية نقل الأعضاء والأنسجة من****متبرع حي**

نظراً لتعدد أطراف العملية الجراحية في التبرع بالأعضاء والأنسجة من متبرع حي وخطورتها وتعقدها يتميز الخطأ الطبي في هذا المجال بنوع من الخصوصية وتعدد صورته.

**أولاً: طبيعة الخطأ الطبي في عملية نقل الأعضاء والأنسجة من متبرع حي**

يعد الخطأ الطبي أحد صور الخطأ بوجه عام ويدخل في نطاق المسؤولية المهنية، ويشق تعريفه من الخطأ المهني بصفة عامة أي الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة والذي يعرف بأنه الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون بها عن السلوك المهني المألوف طبقاً للأصول الثابتة، وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها<sup>1</sup>.

فالخطأ الطبي تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، ويعرف الخطأ الطبي في مجال التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية أنه ذلك الخطأ الذي لا يسمح بارتكابه من جانب طبيب تجمعت فيه الكفاءة العلمية والخبرة واليقظة اللازمة لإجراء هذا النوع من العمليات الجراحية والذي لا يرتكبه طبيب في مستواه في ظروف عادية، ونظراً لخصوصية وخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية ووجود المتبرع

<sup>1</sup> صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 19.

الذي هو أصلا ليس مريض، فان الخطأ الطبي فيها يتسم هو كذلك بالخصوصية و تتعدد صورته<sup>1</sup>.

## ثانيا: صور الخطأ الطبي في عمليات النزع والزرع

توجد عدة مظاهر للخطأ في عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية نلخصها في أربعة صور:

### 1- عدم مراعاة درجة القرابة في التبرع التقليدي، وإفشاء هوية الاطراف في التبرع المتقاطع.

حيث ان معظم القوانين المنظمة للتبرع بالأعضاء والأنسجة نصت على ان التبرع بين الأحياء يقتصر على الأقارب من درجة معينة، وفي حالة التبرع المتقاطع او ما اصطلح عليه بالتبرع التبادلي، يتم دون كشف هوية المتبرع والمتلقي<sup>2</sup>، ويعد أي تجاوز لهذا خطأ يستلزم قيام المسؤولية.

### 2. عدم اعلام المتبرع والمتلقي وعدم أخذ رضاهم:

حيث أن الطبيب ملزم بإعلام طرفي العملية (المتبرع والمتلقي) وتبصيرهم قبل العملية، والا ترتب عن ذلك قيام مسؤوليته. أما عدم أخذ الرضا هي حالة استئصال عضو أو نسيج من انسان وزرعه لإنسان آخر دون أخذ موافقة أحدهما أو كلاهما، وسنتطرق بالتفصيل لمخالفة شرط موافقة المتبرع في الفرع الثاني من هذا المطلب.

<sup>1</sup> صورية حدادو، المرجع السابق، ص 109.

<sup>2</sup> أنظر في الفقرة 1 و 2 من المادة 360 من قانون الصحة الجزائري 11/18.

**3. استعمال مقابل مالي:**

أي القيام بالعملية مقابل قيمة مالية معينة، أو تقديم مقابل مالي للمتبرع أو أي معاملة مالية متعلقة بهذه العملية، فالقانون جرم أي متاجرة واي تجاوز لمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

**4. الأخطاء المتعلقة بالعمل الطبي:**

وهي استعمال أجهزة وادوات جراحية غير معقمة أو تالفة، اتلاف عضو أو نسيج آخر أو نقل عضو أو نسيج غير قابل للنقل قانونا، عدم التأكد من التوافق المناعي، وعدة صور أخرى قد ترتبط بعمل الطبيب وتخالف الضوابط الطبية والقانونية<sup>1</sup>.

كل هذه الصور من الخطأ قد تقيم المسؤولية الجنائية أو المدنية للطبيب خاصة ما تعلق بأخذ موافقة المتبرع والاعتداد بإرادته.

**الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية والمدنية كجزاء للإخلال بإرادة المتبرع الحي**

نتناول المسؤولية الجزائية أولا ثم المسؤولية المدنية ثانيا.

**أولا: المسؤولية الجزائية عن عدم الاعتداد بإرادة المتبرع الحي.**

نظرا لحرمة الاعتداء على جسم الإنسان وخطورة عمليات الاستئصال على صحة المتبرع فان مختلف التشريعات المنظمة لعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية جرمت عدم الاعتداد بإرادة المتبرع وعدم أخذ موافقته المسبقة لنزع أعضائه أو أنسجته.

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 270.

وعلى ذلك خرجت جل التشريعات الدولية المنظمة لعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة عما هو مسطر في القواعد العامة وجعلت المسؤولية الجزائية مرتبطة بمجال الرضا في هذه العمليات سيما تلك الواقعة بين الأحياء في المقام الأول مقارنة بالمسؤولية المدنية، فالإخلال بالرضا في مجال التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يؤدي حتما إلى المتابعة الجنائية<sup>1</sup>.

واختلفت طريقة تناول هذه المسؤولية، إذ من التشريعات من اكتفت بالقواعد العامة كالمرجع الليبي الذي يستند في تجريمه لفعل استئصال عضو من متبرع حي دون موافقته إلى أحكام المادة 35 من قانون المسؤولية الطبية التي تعاقب الطبيب عن قيامه بممارسة مهام عمله الطبي العادي أو قيامه بإجراء عمليات جراحية عادية أو تجارب على جسم الإنسان الحي دون موافقته، والمرجع الكويتي لم يضع عقوبة خاصة في حالة الإخلال بالرضا بل جاء التجريم بصيغة العمومية، وذلك متى مس الإخلال بشروط مشروعية نقل الأعضاء ، بينما نص المشرع المصري على أنه يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن 20 ألف جنيه ولا تزيد على 100 ألف جنيه كل من نقل عضوا بشريا، أو جزء منه بقصد الزرع، بالمخالفة لأي من أحكام المواد 2، 3، 4، 5، 7 من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن التبرع بالأعضاء ، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على 7 سنوات، وإذا توفي المتبرع، تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن 100 ألف جنيه ولا تجاوز 200 ألف جنيه<sup>2</sup>.

المشرع المغربي أولى هو أيضا اهتماما واضحا بتجريم واقعة تخلف رضا المتبرع الحي، فعاقبت المادة 34 من القانون 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء

<sup>1</sup> سعاد هواري، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> أنظر المادة 17 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن التبرع بالأعضاء.

والأنسجة كل من قام بأخذ عضو من شخص حي دون تحصيل رضاه أو بعد تراجعه عن موافقته بالسجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات على أن تضاعف العقوبة في حالة إذا كان الضحية قاصرا أو كان خاضعا لإجراءات الحماية القانونية.

وتدخل المشرع الجزائري من خلال توفير الحماية الجنائية للأعضاء والأنسجة البشرية وذلك بالتجريم والعقاب على مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء ، بموجب تعديل قانون العقوبات بالقانون 09-01<sup>1</sup>، والذي جاء ليتمشى مع تطور الجريمة المنظمة والتي تشمل الجرائم الناتجة عن الاستغلال والاستعمال غير المشروع للتقنيات الطبية الحديثة، بعد عدم نص المشرع لقواعد عقابية تجرم مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء وتجريم الإتجار بها في قانون الصحة الملغى 85-05، وربما كان يرى المشرع العقوبات التقليدية التي تجرم الاعتداءات على حياة الأشخاص وسالمتهم كافية لتشمل الجرائم المتعلقة بمخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء ، مثل الإتجار بالبشر وبالأعضاء البشرية وتهريب المهاجرين، فجرم قانون 09-01 أي إخلال بشروط وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء والإتجار بها ووضع عقوبات مشددة لها<sup>2</sup> باستحداثه قسمين: قسم تحت عنوان الاتجار بالأشخاص والذي عدد فيه العمليات التي تعد من قبيل الاتجار بالأشخاص والتي من بينها نزع الأعضاء وفصل في مختلف العقوبات المقررة لهذا الاتجار، وقسم تحت عنوان الاتجار بالأعضاء ، والذي أدرج فيه جملة من العقوبات تتعلق بمخالفة شروط وضوابط نقل وزرع

<sup>1</sup> قانون رقم 66-156 المؤرخ في 18 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري، 2009، والمعدل بالقانون رقم 21-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 الجريدة الرسمية عدد 99 المؤرخة في 29 ديسمبر 2021

<sup>2</sup> أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2010 ص 346.

الأعضاء<sup>1</sup>، والذي شمل المواد من 303 مكرر 16 الى 303 مكرر 26. ويلاحظ أن المشرع الجزائري في هذا القانون أطلق مصطلح الإتجار بالأعضاء البشرية على كافة مخالفات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

كما تناولت المواد من 303 مكرر 16 الى 303 مكرر 19 الأفعال المجرمة والتي تعد جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، أما بقية المواد، فقد تناولت أحكام مشتركة متمثلة في الظروف المشددة، والظروف المخففة والأعذار القانونية، والفترة الأمنية، وعدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، والعقوبات التكميلية، ومسؤولية الشخص المعنوي.

وتتلخص جرائم الاتجار في الأعضاء البشرية حسب قانون العقوبات في جرائم تخلف شرط المجانية وجرائم تخلف شرط الموافقة.

ففي جرائم تخلف شرط الموافقة استلزم المشرع انتزاع العضو البشري أو نسيج أو خلية من جسد إنسان توفر مجموعة من الشروط والإجراءات المنصوص عليها في قانون الصحة ولعل أهم شرط هو مبدأ الموافقة المسبقة والذي يعد من أهم المبادئ الذي نص عليه قانون الصحة، ونظرا لأهميته وضع له شروط إضافية بالمقارنة بالشروط الأخرى، وشدد على ضرورة احترامه، لأن ما يمس جسم الإنسان يمس أيضا حرية، وتكمن أهمية الموافقة المسبقة في أنها شرطا جوهريا لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كما تدخل المشرع وأضفى عليها حماية جنائية، وجعل مخالفة مبدأ الموافقة المسبقة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية والمعاقب عليها بموجب قانون العقوبات. فتقوم المسؤولية الجنائية عند تخلف شرط موافقة المتبرع أو عدم مطابقتها

<sup>1</sup> القسم الخامس مكرر والقسم الخامس مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري، 2009.

للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول وفقا للمواد 303 مكرر 17 و303 مكرر 19.

تبعا لهذا نجد المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات تعاقب بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وتطبق العقوبة نفسها إذا تم انتزع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، على أن العقوبة المقررة في حالة مخالفة الالتزام بتحصيل موافقة المتبرع الحي تتضاعف في حالة اقتران الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 بأحد الظروف المشددة، حيث شدد في العقوبة لتصل إلى جناية السجن من 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة م 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية<sup>1</sup>:

-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 أما بالنسبة لعقوبة كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة

من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة من سنة إلى خمس

سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> أنظر في ذلك المواد 303 مكرر 17 والمادة 303 مكرر 19 والمادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري.

كما أن المشرع نص في المادة 303 مكرر 27 على عقوبة الشروع في الجريمة وشملت كل الجرائم المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 والمادة 303 مكرر 19<sup>1</sup>.

هذا التوجه الجديد للمشرع الجزائري جاء تبعا لمسار المشرع الفرنسي الذي لم يورد المساءلة الجزائية بخصوص تخلف رضا المتبرع في قانون الصحة أو في قانون خاص ينظم زراعة الأعضاء البشرية، إنما ضمنها في قانون العقوبات من خلال المادة 511 - 3، بحيث عاقب على فعل نقل أحد الأعضاء من جسم شخص حي دون رضاه بعقوبة الحبس لمدة 7 سنوات وغرامة بحسب مبلغ 100.000 أورو، كما عاقب على الشروع في هذه الجريمة بنص المادة 26 - 511.

وجاء القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة أيضا ليتدارك النقص في تجريم بعض مخالفات شروط نقل الأعضاء ، والتي غفل عنها المشرع في قانون العقوبات عند تجريمه للإتجار بالأعضاء البشرية.

ولم يكتفي المشرع بالعقوبات المقررة في قانون العقوبات، بل أورد مواد أخرى في قانون الصحة 11/18، حيث نصت المادة (430) أولا على الاحالة الى العقوبات المقررة في قانون العقوبات<sup>2</sup>.

بينما تناولت كل من المواد 431 و 432 و 433 تجريم بعض شروط نقل وزرع الأعضاء والتي لم يتطرق إليها في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون

<sup>1</sup> مزباني عبد الستار، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2021، 2022، ص 280، 281.

<sup>2</sup> نصت المادة (430) من القانون 11-18 أنه يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات.

العقوبات، وهي جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية والمنصوص عليها بموجب المادة 431.

وكذلك نص على جريمة الإشهار للمتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة والمنصوص عليها بالمادة 432 من قانون الصحة، ورتب على مخالفتها المسؤولية الجنائية.

فوفقا للمبدأ التوجيهي رقم 6 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء ، يجوز تشجيع التبرع بالخلايا أو النسيج أو الأعضاء البشرية بدافع من الإيثار عن طريق الاعلان او توجيه نداء للجماهير، على ان يتم ذلك وفقا للوائح المحلية، لكن ينبغي حظر الاعلان عن الحاجة الى الخلايا والنسيج او الأعضاء او عن توافرها بهدف عرض او طلب دفع اموال الى الافراد نظير الحصول على خلاياهم او نسجهم او اعضائهم، او الى أقربائهم إذا كانوا قد توفوا، وينبغي أيضا حظر أعمال السمسة التي تنطوي على دفع أموال الى هؤلاء الأشخاص أو الى أطراف ثالثة.

فهذا المبدأ لا يمس الاعلانات العامة أو النداءات التي توجه الى الجماهير للتشجيع على التبرع بالخلايا او النسيج والأعضاء البشرية بدافع الايثار، وذلك شريطة ألا يخرق ذلك النظم القانونية القائمة لتخصيص الأعضاء. ويستهدف المبدأ، بدلا من ذلك، حظر الاغراءات التجارية والتي تشمل عرض دفع الاموال الى الافراد او الى اقارب الموتى او الى أطراف أخرى لديها خلايا او نسيج او أعضاء من اجل الحصول عليها، كما يستهدف التصدي لسماسة والوسطاء والمشترون لهذه الأعضاء والنسج<sup>1</sup>.

كما تطرق قانون الصحة الجزائري الى جريمة نزع أو زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص له والمنصوص عليها في المادة 433.

<sup>1</sup> أنظر في المبدأ التوجيهي رقم 6 والتعليق عليه لمنظمة الصحة العالمية، مرجع سابق.

وتناولت المادة 440 العقوبات التكميلية المطبقة على المخالفات المنصوص والمعاقب عليها في الجرائم السابقة الذكر، أما المادة 441 فقد تناولت مسؤولية الشخص المعنوي ومعاقبته عن المخالفات المنصوص والمعاقب عليها بموجب المواد السابقة الذكر.

من هذا يتبين أن المشرع الجزائري في تقريره للعقوبة المقررة لهذه الجريمة كان متشددا جدا، إذ أن العقوبة السالبة للحرية فاقت ما حدده المشرع الفرنسي، وجاءت من جهة أخرى مطابقة لما حدده المشرع المغربي مع اختلاف قائم في إضافته للعقوبة المالية المتمثلة في الغرامة إلى جانب إعطائه وصف الجنحة للفعل المجرم وليس جنائية وهو ما يستشف من لفظ " الحبس".

والنص على عقوبة خاصة للإخلال برضا المتبرع الحي في مجال نزع الأعضاء والأنسجة، إنما يوحي باهتمام المشرع بهذا الموضوع خاصة في ظل ما تعرفه ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية من تزايد وانتشار، حيث أصبح هذا الاتجار يمارس في إطار مجموعات دولية منظمة على شكل جريمة عابرة للحدود، فكان لا بد من عقوبة رادعة لكل من يتلاعب بالأعضاء والأنسجة البشرية وتعريض حياة الناس للخطر، وعلى هذا الأساس تبقى الخصوصية ميزة أساسية تطبع الموافقة والارادة في مجال التبرع بالأعضاء والأنسجة بين الأحياء<sup>1</sup>

ويؤخذ على المشرع الجزائري عدم التطرق الى جميع الحالات التي مست بحياة وسالمة جسم الإنسان كحالة وفاة الشخص الخاضع لعملية نزع العضو بمقابل مالي أو منفعة مالية أو دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط القانونية سواء كظرف من ظروف التشديد أو كحالة مستقلة لذاتها، وعلى العكس من ذلك فالمشرع المصري على

<sup>1</sup> سعاد هوار، المرجع السابق، ص78-80.

عقوبة السجن المؤبد كظرف مشدد عندما يتسبب في وفاة المنقول منه في جريمة نزع الأعضاء من دون الحصول على الموافقة أو بطريق التحايل والإكراه<sup>1</sup>.

ونستخلص أيضا كنتيجة أن نصوص قانون العقوبات التي تناولت جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية لم تحدد الأشخاص المسؤولين جنائيا، وإن كان الطبيب هو الفاعل الرئيسي باعتباره هو صاحب الاختصاص للقيام بهذه العمليات، فلا يمكن انتزاع الأعضاء والأنسجة أو زرعها والإتجار بها لو لم يكن هناك طبيب مختص يقوم بهذا النوع من العمليات الجراحية على الشكل الصحيح والذي يتطلب معه التأكد من سلامة العضو أو النسيج البشري ويقوم بزعره مع المحافظة على حياة كل من المتبرع والمريض، إلا أن المشرع لم يحدد الطبيب وترك المجال مفتوح ليشمل أي شخص تحصل على عضو بمقابل منفعة أو انتزع عضو دون الحصول على الموافقة، فقد يكون إلى جانبه أطباء آخرون و المساعدين الطبيين والمرضين والمريض المتلقي أو أحد أفراد عائلته و تجار الأعضاء و أي شخص كان<sup>2</sup>، واعتبار المتبرع ضحية استغلال من هؤلاء لفقره أو ضغط يمارس عليه من أصحاب المال أو عصابات الإتجار بالأعضاء ، فمن غير الممكن معاقبته بل هو جدير بالحماية، لأن بيعه لعضو أو نسيج منه وتعرض صحته وحياته للخطر خسارة لا يمكن تعويضها بالمال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 17 من القانون رقم 5 لسنة 2010 المصري المتعلق بزعم الأعضاء.

<sup>2</sup> أكثر تفصيل حول مسؤولية الفريق الطبي، أنظر في حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 151-163.

<sup>3</sup> مزياني عبد الستار، المرجع السابق، ص 347، 348.

ثانياً: قيام المسؤولية المدنية في حالة تخلف شرط رضا المتبرع.

إن قيام المسؤولية الجزائية لكل من خالف الاحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية لا ينفي مطالبة المتبرع بالتعويض نتيجة الضرر الذي لحقه من جراء خطأ الطبيب أو من هو مؤهل لأخذ رضا المريض، فباجتماع الخطأ والضرر والعلاقة السببية تقوم المسؤولية المدنية، ويترتب عليها آثار الحق في رفع دعوى قضائية والمطالبة بالتعويض.

وتخلف شرط الرضا يتمثل في حالة قيام الطبيب الجراح أو من كلف بأخذ موافقة المتبرع باستئصال العضو دون الحصول على رضا المتبرع، كما يتجسد كذلك في حالة استئصال عضو من المتبرع الذي عدل عن موافقته، لأن العدول يزيل الاثر القانون للرضى الصادر من المتبرع<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة هنا الى أهمية ما أبرزناه سابقاً في كتابة وتوثيق عدول المتبرع كدليل للإثبات بوجود عدول عن الموافقة<sup>2</sup>.

كما تتجسد مخالفة شرط الرضا كذلك في الاعتداد بإرادة مشوبة بأحد العيوب كالإكراه أو التدليس، ويمكن أن يكون خطأ الطبيب كذلك في القيام بعملية الاستئصال والزرع دون الحصول على موافقة الممثل القانوني في حالة النيابة القانونية في التعبير عن ارادة المتبرع، حصراً في بعض الأنسجة المتجددة لناقص الأهلية<sup>3</sup>.

وبما أن معظم التشريعات نصت على أن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يتم في المستشفيات او في مراكز تابعة للدولة او عمومية فان طبيعة المسؤولية في

<sup>1</sup> سورية حدادو، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> أنظر في شكلية العدول في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول.

<sup>3</sup> سورية حدادو، المرجع السابق، ص 110.

عمليات استئصال وزرع هذه الأعضاء والأنسجة بين الطبيب والمتبرع هي مسؤولية تقصيرية<sup>1</sup> فعادة لا يوجد عقد بين الطبيب والمتبرع، ومتى وجد عقد صحيح بينهما تثار المسؤولية العقدية بتوفر عناصرها.

بهذا نكون قد تعرفنا على إرادة المتبرع الحي في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بما تثير من إشكالات وكيفية تعامل الأنظمة القانونية معها، والتي قد تبرز أكثر في حالة إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لما بعد الوفاة.

---

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 107.

## الباب الثاني

إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لما

بعد الوفاة

## الباب الثاني: إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لما بعد الوفاة

## تمهيد وتقسيم:

إذا كان التأكد من رضا المتبرع وموافقته وهو حي فيه نوع من السهولة بحكم أنه مزال حيا ويمكن الرجوع اليه في أي وقت، فإن معرفة إرادة المتبرع بعد وفاته تثير كثيرا من الالتباسات، بل أن التأكد من الوفاة في حد ذاتها تثير اشكالات واختلافات فقهية وشرعية، كما أن التبرع من شخص متوفى يطرح التساؤل حول طبيعته القانونية خاصة وان كثير من التشريعات استعملت مصطلح الإيحاء أو الوصية بالأعضاء والأنسجة البشرية في تطرقها لعمليات التبرع لما بعد الوفاة.

وما يجمع عليه المشرعين والفقهاء أنه لا يجوز نزع اي عضو من جثة الإنسان ما لم توجد موافقة مسبقة من المتبرع او من يحق له ابداء الموافقة، وعليه كان لزاما التعبير الصريح عن ارادة المتبرع في رغبته في التبرع بأعضائه وأنسجته لما بعد الوفاة كشرط للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة منه.

ونظرا لمحدودية المتبرعين في ظل الحاجة المتزايدة للمرضى للأعضاء والأنسجة، لجأ الى تبسيط وتسهيل موافقة المتبرع من خلال احداث نظام آخر للتعبير عن الارادة باعتماد الموافقة المفترضة.

وعليه نتطرق في الفصل الأول الى التأكد من وفاة المتبرع والطبيعة القانونية للتبرع بأعضائه وأنسجته ثم في الفصل الثاني الى نظامي التعبير عن الإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة.

## الفصل الأول: التأكد من وفاة المتبرع والطبيعة القانونية للتبرع بأعضائه وأنسجته.

### تمهيد وتقسيم:

لا يمكن نزع أعضاء وأنسجة من متبرع متوفى دون التأكد من وفاته وفق المعايير الطبية والعلمية والقانونية والا كنا امام حالة اعتداء على جسم الإنسان وتعرض حياته للخطر (المبحث الأول). فاذا تأكدت وفاته وكان من الموافقين على عملية التبرع يتم البدء في نزع أعضائه وأنسجته استنادا على نظام قانوني يقترب من أحكام الوصية ويتشابه مع عدة أنظمة قانونية وشرعية تميزه عنها (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: اثبات حالة الوفاة

بالنظر لتقدم العلوم الطبية وظهور عمليات التبرع بالأعضاء البشرية ونجاحها في علاج الكثير من المرضى، أصبح من الأهمية الكبيرة تحديد لحظة الوفاة وذلك من جانبين، يتعلق الجانب الأول بالأهمية الجنائية، حيث يترتب على تحديد لحظة الوفاة إما اباحة فعل استئصال العضو او النسيج البشري بتوفر الشروط اللازمة للإباحة والاساس القانوني، أو تجريمه إذا كان لا يستند على ما ينص عليه القانون، فقد يكون الإنسان لا يزال حي ويعلن وفاته ويتم نزع أعضائه وأنسجته فتقع مسؤولية الطبيب الجنائية.

ومن جانب ثاني، تخص أهمية تحديد لحظة الوفاة الى القيام باستئصال العضو أو النسيج بأسرع وقت ممكن بعد اعلان الوفاة، حيث تكون أعضاء وأنسجة الجسم محافظة على حيويتها التي تجعلها قابلة لعملية الزرع في جسم المريض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 57.

لذلك أثار التحقق من الوفاة وتحديد لحظتها خلافا كبيرا في الاوساط الطبية، وتحديا في القوانين والتشريعات المنظمة لعمليات التبرع الأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة.

### المطلب الأول: التحقق من الوفاة ومعايير تشخيصها

من المسلم به أن الوفاة هي مفارقة الروح للجسد، غير أن الروح من الامور الغيبية التي لا يعلمها الا الله، فالمختلف فيه هو ليس الوفاة بحد ذاتها بل في مسألة التأكد من حدوثها وتحديد لحظتها لما يترتب من حقوق والتزامات للأشخاص وما عليهم، اضافة الى اهمية تحديد هذه اللحظة في موضوع دراستنا لإمكانية الاستفادة من أعضاء وأنسجة المتوفين للمحتاجين لها من الأحياء المرضى.

واحتلت مسألة التأكد من حدوث الوفاة ولحظتها مساحة واسعة من جهود علماء الطب وشرح القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية، واحتدم الجدل واختلفت الآراء في تحديد معيار للتأكد من الوفاة والتي يمكن تصنيفها في أربعة معايير<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: المعايير المستعملة للحكم بالوفاة

أغلب المراجع تذكر معيارين، معيار تقليدي ومعيار حديث، الا أن هذا التوجه عادة يخلط بين مختلف مفاهيم المعايير الأخرى، ونلخصها في أربعة معايير، أحدثها معيار الموت الدماغى.

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 29.

أولاً: معيار الموت الظاهري<sup>1</sup>.

يعرف الموت الظاهري، أو كما يسمى كذلك الموت الاكلينيكي أو السريري Clinical Death على أنه " توقف العمليات الحيوية لجسم الإنسان والمرتكزة في القلب والتنفس"، وعلى ذلك فانه وفقاً لهذا المعيار فان الوفاة تحدث بمجرد التأكد من توقف عمل القلب والرئتين<sup>2</sup>.

وأكدت الدراسات الطبية أن الوفاة تحدث على مراحل، فتبدأ بتوقف القلب والرئتين، ثم يتوقف المخ نتيجة توقف وصول الدم المحمل بالأكسجين إليه، أي التوقف النهائي للمراكز العصبية العليا نتيجة إصابة المخ بالتلف<sup>3</sup>.

فمعيار توقف القلب والرئتين هو الذي كان سائد أولاً، غير أن هذا المعيار تعرض للنقد بحجة عدم دقته في اثبات الموت نظراً لظهور عدة وسائل للإنعاش الطبي مثل تدليك القلب، الصدمة الكهربائية، وغيرها من الوسائل، كما انه في العمليات الجراحية على القلب المفتوح يتم إيقاف عمل القلب والرئتين طيلة العملية، فلا يتصور أن نحكم على المريض بموته خلال هذه العملية، كما اظهرت عدة وقائع وأحداث

<sup>1</sup> يرى الاستاذ محمود أحمد طه في كتابه الاساليب الطبية المعاصرة، مرجع سابق، أنه تعددت مسميات الموت الظاهري بين أوساط المهتمين بإيجاد معيار محدد للموت، فهناك من يطلق عليه المعيار التقليدي للوفاة، وهناك من يعرفه بالموت الاكلينيكي، وهناك من يسميه الموت الظاهري، وجميعها تتفق في المضمون، وفضل تسميته بالظاهري للإشارة الى وجود ثلاثة معايير أخرى وليس معيار واحد آخر حديث، ولتفادي كذلك الخلط بين الموت الظاهري وموت الدماغ. المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 30.

<sup>3</sup> ريم مراحي وياسين جبيري، نقل الأعضاء من الموتى بين تحقق حالة الوفاة والإنعاش الصناعي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، عدد 3، 2022 ص 469.

لأشخاص توقفت قلوبهم ورتئتهم عن العمل ثم عادوا الى العمل<sup>1</sup>، وهذا يفسر أن الدماغ والخلايا مازالت تعمل.

وقد يحدث العكس فقد يظل القلب يعمل، في حين يموت جذع الدماغ، وهنا نكون أمام حالة الموت الدماغى<sup>2</sup>.

### ثانياً: معيار الموت الدماغى Brain Death

قد يسمى موت الدماغ او موت جذع الدماغ<sup>3</sup> او المعيار الحديث للوفاة<sup>4</sup>، يتكون الدماغ من ثلاثة هي:

المخ: وهو مركز التفكير، والذاكرة، والإحساس.

المخيخ: ووظيفته توازن الجسم.

جذع المخ: وهو المركز الأساسي للتنفس والتحكم في القلب، والدورة الدموية.

فإذا مات المخ أو المخيخ، أمكن للإنسان أن يعيش ويبقى على قيد الحياة ولكن حياة غير عادية، أم إذا مات جذع الدماغ باعتباره المسئول عن التنفس والدورة الدموية في هذه الحالة يعتبر الشخص ميت دماغياً، ويمكن استخدام أجهزة التنفس الصناعية، لاستمرار التنفس والدورة الدموية<sup>5</sup>.

والموت الدماغى يعني خسارة لا رجعة فيها لوظائف الدماغ، وخاصة تلك

الموجودة في جذع الدماغ، حيث تشهد تغييرات فسيولوجية باثولوجية واسعة على

<sup>1</sup> عارف علي عارف القرة داغى، المرجع السابق، ص 105.

<sup>2</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 33.

<sup>3</sup> هذا التعريف يغطي نوع واحد من الموت الدماغى ولا يشمل كل المخ، أنظر في محمود أحمد طه نفس المرجع، ص 35.

<sup>4</sup> نسبة الى من قسم المعايير الى معيار تقليدي، ومعيار حديث.

<sup>5</sup> ميرة وليد، تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06-العدد 02-ديسمبر 2021، ص 1343.

مستوى الدورة الدموية، الجهاز التنفسي، والغدد الصماء والتهابات، وفي التنظيم الحراري والتخثر.

يتم تشخيص حالة الموت الدماغي على مستوى خدمات الإنعاش والطوارئ، فهو نشاط يشكل جزءاً لا يتجزأ من نشاط الطبيب، طبيب التخدير والإنعاش، وطبيب الطوارئ، ويتم تسجيل المرضى في حالة الموت الدماغي في ثلاثة درجات على مقياس غلاسكو<sup>1</sup>. ويجب أن يكون ظرف حدوث الموت الدماغي معروفاً وواضحاً.

يتم تمثيل الأسباب الرئيسية من خلال:<sup>2</sup>

-حوادث الأوعية الدموية الدماغية،

-رضوض شديدة في الرأس،

-نقص الأكسجين الدماغي (التسمم بأول أكسيد الكربون، الغرق، الشنق...)

(إلخ)

ويتم التحقق من الموت الدماغي، عن طريق جهاز الرسم الكهربائي للمخ، فمتى توقف ذلك الجهاز عن إعطاء إشارات فإن ذلك يعني وفاة خلايا المخ واستحالة عودتها

<sup>1</sup> L'échelle de Glasgow, ou score de Glasgow (Glasgow coma scale, GCS), Cette échelle fut développée par G. Teasdale et B. Jennet à l'institut de neurologie de Glasgow (Écosse) en 1974 pour les traumatismes crâniens. C'est un indicateur de l'état de conscience. Dans un contexte d'urgence, elle permet au médecin de choisir une stratégie dans l'optique du maintien des fonctions vitales. Ce score est étroitement corrélé à la gravité (stratification du risque de complications et évolution spontanée) des comas. C'est une échelle allant de 3 (coma profond) à 15 (personne parfaitement consciente), et qui s'évalue sur trois critères : ouverture des yeux, réponse verbale, réponse motrice. Service de chirurgie viscérale CHUV, Lausanne, Vaud, Suisse, voir <https://www.chuv.ch/fr/chirurgie-viscerale/chv-home/professionnels-de-la-sante/score-de-glasgow>, 12/06/2023 à 13h30.

<sup>2</sup> Recommandations sur La Mort Encéphalique, Diagnostic et Prise en Charge (Avis d'experts), 8ème Colloque France Maghreb sur la transplantation, Alger 1-2 février 2019.

للحياة، فيعلن عن وفاة الشخص، حتى ولو كان قلبه ينبض ورثتاه تعملان بفضل الاستمرار في استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي<sup>1</sup>.  
ولتحديد هذه الحالة يجب توافر شرطان أساسيان<sup>2</sup>:

1. تتبع الإشارات والعلامات الأساسية وهي: انعدام الوعي الكامل، انعدام الانعكاسات الحدقية، انعدام الحركات العضلية اللاشعورية لاسيما التنفس، انعدام أي أثر لنشاط خلايا المخ عند استخدام أجهزة تسجيل انعكاسات الجهد المثار لفحص المخ وجذعه.

2. استمرار هذه الإشارات أو العلامات خلال فترة كافية.

وتعرض هذا المعيار لعدة انتقادات أهمها<sup>3</sup>:

- وجود احتمالات الخطأ في تشخيص موت المخ، حيث أن جهاز الرسم الكهربائي غير كاف، فهو يثبت فقط توقف الجزء الاعلى من المخ المسؤول عن التحكم في الاحساس والإدراك والحركة والسمع والبصر، بينما يبقى الجزء السفلي بعيد عن التشخيص بواسطة هذا الجهاز وهو جذع المخ المسؤول عن مراكز التنفس والمراكز الخاصة بالدورة الدموية.

- الموت الدماغي ليس هو الموت الحقيقي، فحتى إذا سلم بموت جذع المخ وبقي عمل بعض الأعضاء الاخرى فهذا دليل على ان الحياة مازالت تدب في جسد الإنسان، وأكبر دليل على ذلك مواصلة نمو الجنين في بطن أمه المتوقع مخرجها على العمل.

<sup>1</sup> مروك نصر الدين، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، ج: 2، دار هومة، الجزائر، 2003، ص: 317.

<sup>2</sup> مراحي ريم، جيبيري ياسين المرجع السابق، ص 470.

<sup>3</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 43-53.

وسنتعرض الى أحكام مفصلة للموت الدماغى وانتقاداته واعتماده فى بقية دراستنا لهذا المبحث.

### ثالثاً: معيار الموت الجسدى: Somatic Death

يقصد بالموت الجسدى أو الكلى توقف الاجهزة الثلاثة الرئيسية للجسم عن العمل بشكل نهائى غير قابل لإعادتها الى الحركة من جديد مدة من الزمن تكفى لحدوث تغييرات رمية فى الجسم، تقدر من 10 دقائق الى 30 دقيقة، ووفقاً لأنصار هذا المعيار فلا يكفى مجرد توقف القلب والرئتين عن العمل كما ذهب اليه أنصار الموت الظاهرى، أو توقف الدماغ كما ذهب اليه أنصار الموت الدماغى، وحدد تقرير الجمعية الطبية البريطانية برئاسة الجراح لورانس إيل ثلاثة شروط للوفاة يتعين توافرها مجتمعة وهى:

-توقف القلب عن الخفقان لمدة أكثر من خمس عشرة دقيقة،

-توقف التنفس الطبيعى العادى لمدة خمس دقائق بعد قطع التنفس الاصطناعى.

-انعدام أى مظهر من مظاهر نشاط الدماغ فى المخطط الكهربائى لمدة خمس دقائق.

هذا المعيار رغم أنه شدد على ضرورة التأكد أكثر من الموت الا انه وجهت له

انتقادات متعلقة بكونه ليس بالموت الحقيقى كون هذا الاخير لا يتحقق الا بموت خلايا

الجسم، كما ان علامات الموت الجسدى ممكن ان تظهر فى بعض الحالات مثل

الغريق والمصعوق كهربائياً، اضافة الى انه يعاب على هذا المعيار اغلاق الباب أمام

الانتفاع بالأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، نفس المرجع، ص55، 56.

## رابعاً: معيار الموت الخلوي

الموت الخلوي أو الجزيئي Molecular Death هو توقف خلايا الجسم بشكل دائم عن العمل وموتها، يحدث بعد تمام الموت الجسدي بساعة أو ساعتين نتيجة لتوقف وصول الأكسجين المحمول عن طريق الدم إلى هذه الخلايا وتوقف عملية التنفس الخلوي فيها وموت جميع خلايا الجسم. وفي هذه المرحلة لا يمكن نقل أعضاء الشخص المتوفى<sup>1</sup>.

فالموت الخلوي يعني موت الخلايا والأنسجة لأعضاء الجسم، والتي تبدأ بعد التوقف الكامل لأجهزة الجسم الرئيسية، نتيجة التوقف النهائي لعمليات التبادل والتحول الكيميائي.

وقد يعاب على هذا المعيار أن الحياة تنتهي بصورة قاطعة بتوقف الأجهزة الثلاثة الرئيسية للإنسان، إضافة إلى نفس ما يعاب على معيار الموت الجسدي من أنه ليس الموت الحقيقي إذا يتعين أن تتحلل أجهزة الجسم، وهذا فيه نوع من المبالغة كون أن ذلك سيؤدي إلى تعفن الجثة<sup>2</sup>.

من خلال استقراء مختلف المعايير في تأكيد وفاة الإنسان ولحظتها، فيبدو من غير المنطقي أن التشريعات المنظمة للتبرع بالأعضاء البشرية تأخذ بمعايير الموت الخلوي أو الموت الجسدي، لأن الأعضاء والأنسجة تكون قد فقدت فعاليتها ولا يمكن الاستفادة منها، كما أن معيار الموت الظاهري يعتمد على مظاهر لا تتوافق مع التقدم العلمي الذي أثبت وجود الموت الدماغية، والذي أعتمد كمعيار لتحديد وفاة الإنسان المتبرع ويمكن الاستفادة من أعضائه وأنسجته بعد وفاته.

<sup>1</sup> <https://altibbi.com>, 12/06/2023, 19h00. مصطلحات-طبية/علم-الامراض/موت

<sup>2</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 61 و 62.

## الفرع الثاني: الاعتماد على الموت الدماغى كمعيار لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية

اعتمدت أغلبية المراكز الطبية ومختلف التشريعات هذا المعيار كأساس للتأكد من وفاة المتبرع سواء علميا عن طريق الخبراء والأطباء أو قانونيا عن طريق المشرعين:

### أولا: الاعتماد الطبى على الموت الدماغى كمعيار لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية

يعد الأطباء الفرنسيين أول من نبه الى اعتبار موت الدماغ معيارا للموت وذلك سنة 1959، ثم أقرت لجنة آدهوك من جامعة هارفرد بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1968 علامات معينة لهذا الموت هي: فقدان الحركة والتنفس والأفعال الانعكاسية، وعدم الاستجابة لأي مؤثرات مع الاغماء الكامل، اضافة الى عدم وجود أي نشاط في الرسم الكهربائي للمخ<sup>1</sup>.

وهذا المعيار جاء خاصة لحل بعض الاشكالات التي واجهها الاطباء في المستجدات العلمية خاصة في مجال علم الأحياء البشري وفي مقدمتها مشكلة نزع وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين.

حيث أن نقل عضو أو نسيج انسان كالقلب أو الكبد أو الكلى أو الرئة لا يتصور كما يرى من إنسان ميت فعلا وفقا للمفهوم الشرعي للموت أو الموت الحقيقي، أو كما رأينا في الموت الجسدي أو الخلوي في المفهوم الطبى لأن هذه الأعضاء تكون قد تلفت بالضرورة، فكان لا بد من البحث عن وضع آخر يكون جسد الإنسان فيه

<sup>1</sup> محمد علي البار، أجهزة الانعاش، منشورات مجمع الفقه الاسلامي، جدة، ص17، عارف علي عارف القره داغي، المرجع السابق، ص106.

صالحا لنزع العضو أو النسيج المراد نقله منه، فظهر ما يعرف بموت جذع المخ أو موت الدماغ حيث يستأصل العضو المزمع نقله من شخص تلفت خلايا مخه كلها أو معظمها، لكن مازال قلبه ينبض.

وأيا كان الأمر حول حقيقة موت المخ، وهل هو موت جذع المخ أو موت كل المخ أو موت الوظائف العليا للمخ فإن موت الإنسان وفق هذا المعيار هو موت مخه الذي ينتج عنه توقف الدورة الدموية في شرايين المخ مباشرة المسؤولة عن توقف التحول الغذائي في المراكز العصبية، مما يؤدي إلى حصول تلف الجهاز العصبي كليا تلفا لا رجعة فيه.

ويرى المؤيدون لمعيار الموت الدماغى أنه لا بد من التفرقة، بين موت المخ، وحياة الأعضاء الصالحة للتبرع، إذا أن الطبيب المختص عندما يقوم بعمل الفحوصات اللازمة لموت المخ ويثبت أنه قد مات بالفعل، فإن شهادة وفاته تكتب في هذا الوقت بالذات فاذا كان قد وافق أو لم يبدي رفضا سابقا على التبرع، واتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا، أبقاه الطبيب على الأجهزة الصناعية، ليس حفاظا على حياته فهو قد مات بالفعل، وإنما حفاظا على الأعضاء والأنسجة من التلف لاستئصالها و زرعها لدى متلقي مريض محتاج لها<sup>1</sup>

فبالنسبة للدماغ فانه لحد الان الطب لم يصل الى وسيلة لإنعاشه، فلم يثبت لحد الان ان استطاع الطب مساعدة انسان مات دماغه بواسطة أجهزة انعاش، وعليه كان الاتجاه الغالب طبيا هو اعتماد معيار الموت الدماغى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الهادي السعيد عرفة عبد النبي، معيار الحديث للموت (موت المخ) بين القبول والرفض، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر، ص 98-107.

<sup>2</sup> عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص 106.

## ثانياً: اعتماد التشريعات على معيار الموت الدماغي

تتظر القوانين الوضعية إلى لحظة الوفاة على أنها حدث لحظي يرتب آثاره دفعة واحدة، خاصة ما تعلق بنهاية الشخصية القانونية.

حيث تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته"<sup>1</sup>

فالإنسان في نظر القانون إما حي أو ميت، غير أن المعطيات البيولوجية للطب الحديث أوجدت حالة ثالثة للإنسان وهي الحالة التي تكون بين الحياة والموت، وهي حالة وجوده في غيبوبة عميقة.

وانقسمت التشريعات المنظمة للتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية في النص صراحة على تعريف الوفاة واستعمال معيار الموت الدماغي، حيث منها من بينت بدقة المعيار المعتمد لتحديد لحظة الوفاة مثل التشريع الألماني الإيطالي، السعودي، السويسري، اللبناني، مع الاختلاف في تحديد العلامات التي يجب التأكد من تحققها، حيث بين المشرع الألماني ان الشرط الأساسي المطلق لإزالة الأعضاء من المتوفى هو إثبات موت الدماغ، وللقيام بذلك، يجب على اثنين من المتخصصين تحديد الموت الكامل والنهائي للمخ والمخيخ وجذع الدماغ كل على حدة، ورصد هذه النتائج، حيث يضمن ذلك عدم إزالة الأعضاء إلا عندما يكون المتبرع متوفيا بالتأكد ولا يمكن القيام بأي إجراء لمساعدته، ومن أجل التبرع بالأعضاء ، يجب الحفاظ على عمل نظام القلب والأوعية الدموية بشكل اصطناعي حتى إزالة الأعضاء المعنية، نظراً لأن السكتة القلبية تحدث أولاً في معظم الوفيات، فإن عددًا قليلاً فقط من المتوفين يمكن اعتبارهم متبرعين محتملين بالأعضاء ، ويختلف التبرع بالأنسجة عن ذلك قليلاً نظراً

<sup>1</sup> المادة 25 من الأمر 75-58، مرجع سابق الذكر.

لأن إمداد الأنسجة بالدم يكون أقل بشكل عام من الأعضاء ، فيبقى من الممكن التبرع بها حتى 72 ساعة بعد توقف نظام القلب والأوعية الدموية، والشرط الأساسي لإزالة الأنسجة هو أيضا تحديد موت الدماغ بمعرفة اثنين من الخبراء المستقلين<sup>1</sup>.

بينما المشرع الايطالي أقر في المرسوم رقم 409 في جوان 1977 الخاص بتطبيق القانون 644 لعام 1975 بشأن استئصال الأعضاء في الجثة على أن المعيار الحديث للوفاة هو موت خلايا المخ وهو المعيار المعتمد في التشريع السعودي حيث نص بموجب القرار رقم 981/11/12 المؤرخ في 17 نوفمبر 1993 على تكوين لجان داخلية بجميع المستشفيات السعودية تكون مسؤولة عن حالات موت الدماغ، كما المشرع اللبناني اعتبر الإنسان ميتا الذي توقف فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل، ويثبت الموت الدماغى طبيبان على أن يكون أحدهما اختصاصيا للأمراض العصبية<sup>2</sup>.

ومن التشريعات من لم تعرف حالة الوفاة ولم تحدد معيار ذلك واحالته الى اختصاص الاطباء، وفقا للقواعد العامة التي تحكم العمل الطبي واعتمادا على الخبرة والدراية الطبية، مثل التشريع الفرنسي، المصري، البلجيكي. فالمشرع الفرنسي لم يعط تعريفا للموت ولم يحدد معيارا واضحا لذلك حيث جاء في المادة 20 من القرار رقم 501 لسنة 1978 المتعلق بالإجراءات الخاصة لإثبات الوفاة أن " إثبات الوفاة تقوم على أدلة متفق عليها طبيا تسمح للطبيب أن يقتنع بموت الشخص على أن يكون ذلك المعيار مقبولا من وزير الصحة بعد أخذ رأي الأكاديمية الطبية الفرنسية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> <https://gesund.bund.de/ar/organspende#voraussetzungen>, 28.10.2023.

<sup>2</sup> أنظر المواد 1 و2 من المرسوم رقم 1442 لسنة 1984 المطبق للرسوم رقم 109 لسنة 1983 بشأن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية اللبناني، مرجع سابق.

<sup>3</sup> مراحي ريم وجبيري ياسين، المرجع السابق، ص 472، 473.

كذلك لم يحدد المشرع المصري معيارا واحدا للتحقق من الوفاة حيث نص على عدم جواز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا، يستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة مكونة من 3 أطباء متخصصين في أمراض جراحة المخ والأعصاب أو جراحة القلب والأوعية الدموية والتخدير أو الرعاية المعززة التي تختارها اللجنة العليا لزراعة الأعضاء بعد أن تجري اللجنة الاختبارات التأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقا للمعايير، ولها في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المختصين على سبيل الاستشارة<sup>1</sup>.

وبالنسبة للمشرع الجزائري لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة، وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة<sup>2</sup>.

فالمشرع الجزائري في قانون الصحة لم يحدد المقصود بالوفاة ويرى أن تحديد لحظة الوفاة ليست من اختصاص القانون وإنما هي مسألة علمية من اختصاص الأطباء وفقا لمعايير علمية يحددها وزير الصحة<sup>3</sup>، وهذا ما يفعل عادة المشرع في مختلف النصوص.

<sup>1</sup> أنظر المادة 14 من قانون 05 لسنة 2010 المصري المتعلق بتنظيم عمليات زرع الأعضاء

<sup>2</sup> أنظر المادة 362 من قانون الصحة الجزائري 11/18 في فقرتها الأولى.

<sup>3</sup> فريد رافع، سميرة لالوش، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 70، العدد 02، ديسمبر 2022، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ص 71.

وصدر في هذا الشأن القرار الوزاري رقم 34 لوزير الصحة بتاريخ 19 نوفمبر 2002 المتضمن المعايير العلمية، التي تسمح بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، لغرض نزع الأعضاء والأنسجة البشرية<sup>1</sup>.

وحددت المادة الثانية منه هذه المعايير كمايلي

- انعدام تام للوعي والنشاط الحركي العفوي.
- انعدام جميع ردود الفعل من جذع الدماغ.
- انعدام تام للتهوية العفوية المراقبة عن طريق اختبار Hypercapnie .
- التأكد مرتين من موت خلايا المخ، باستخدام رسم المخ الكهربائي، ينجزه طبيبان مختلفان.

يتضح من هذه المعايير العلمية أن المشرع الجزائري أعتمد على معيار الموت الدماغى غير انه مزج بعض عناصر الموت التقليدى في تحديده لحظة الوفاة (انعدام تام للتهوية العفوية المراقبة عن طريق اختبار Hypercapnie)، وذلك لحماية أكثر لحق الإنسان في الحياة والمحافظة على أعضائه وأنسجته وتجنب المتاجرة بها، وابعاد الطبيب عن المساءلة القانونية<sup>2</sup>.

وعمليا تم القيام بأول عملية جراحية ناجحة لنقل الأعضاء في الجزائر في مستشفى ابن باديس في قسنطينة في ماي سنة 2019، من متبرع متوفى دماغياً، وتم إجراء ثلاث عمليات زرع لثلاث مرضى، كانوا في قائمة الانتظار، من طرف طاقم

<sup>1</sup> القرار الوزاري رقم 34 لوزير الصحة بتاريخ 19 نوفمبر 2002 المتضمن المعايير العلمية، التي تسمح بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، لغرض نزع الأعضاء والأنسجة البشرية.

<sup>2</sup> فريد رافع، سميرة لالوش، المرجع السابق، 71، 72.

طبي متعدد الاختصاصات ضم اختصاصيين في الجراحة وطب الأعصاب والطب الشرعي والتصوير الطبي<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: تقييم اعتماد الموت الدماغي كمعيار لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية

ان تحديد لحظة الوفاة والتأكد منها له أهمية كبيرة سواء في اباحة التصرف في أعضاء جسم المتوفي، أو في المسؤولية المترتبة عن عمل الطبيب. فالأخذ بمعيار الموت الدماغي رغم أنه الاتجاه الجديد والغالب لدى التشريعات المعاصرة، وأيده غالبية الطب، فإنه لم يسلم من عدة انتقادات وعارضه الكثير من الاطباء والفقهاء ورجال القانون.

#### أولا التأييد لمعيار الموت الدماغي:

أيد أغلبية علماء الطب<sup>2</sup>، وبعض رجال القانون<sup>3</sup>، والاتجاه الحديث لفقهاء الاسلامي<sup>1</sup> معيار الموت الدماغي، نظرا لاعتماده على معايير علمية وأجهزة

<sup>1</sup> تصريح وزير الصحة الجزائري <https://www.independentarabia.com/node/28661>.

<sup>2</sup> من بينهم ، أ.د/حمدي السيد أستاذ جراحة القلب و نقيب الأطباء المصريين، أ.د/خيري السمرة أستاذ جراحة المخ والأعصاب بمصر، د/محمد على البار مستشار الطب الإسلامي بمركز الملك فهد الطب.والعديد من اساتذة الطب ومنهم د/خالد صديق، د/عدنان المزروع ، د/فيصل شاهين مدير عام المركز السعودي لزراعة الأعضاء بالرياض، ود/مختار المهدي ، د/محمد إبراهيم السبيل رئيس برنامج زراعة الكبد بمستشفى الملك فهد بالمملكة العربية السعودية، و د/سهيل الشمري عضو هيئة التدريس بكلية الطب جامعة الكويت، د/حسن حسن على أستاذ ورئيس قسم التحدير جامعة هارفارد بأمريكا، أنظر في المرجع السابق، صهدي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص107.

<sup>3</sup> ممن يقول بهذا الاتجاه القاضي الايطالي بيترو باسكالينو، الدكتور كمال السعيد ، د/محمد نعيم ياسين في بحثه:أبحاث فقهية في قضايا معاصرة، ص 31 وما بعدها، وبحثه بعنوان:حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت 1988، ص 54، د/عمر سليمان الأشقر في بحثه:بدء الحياة ونهايتها من أبحاث ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، كتاب الندوة ،ص 146، وقد عقدت هذه الندوة

مستحدثة، ونظرا لعدم امكانية الحياة بعد موت الدماغ، اضافة الا ما يمكن أن يحققه هذا المعيار من استفادة كبيرة من الأعضاء والأنسجة البشرية في سبيل انقاذ حياة آخرين.

### ثانيا: رفض معيار الموت الدماغي:

وجهت عدة انتقادات لتبني الموت الدماغي كمعيار للتأكد وتحديد الوفاة، من قبل عدد معتبر من الأطباء<sup>2</sup>، ورجال القانون وعلماء الشريعة<sup>3</sup>، حيث أثبتت احتمالات الخطأ في تشخيص موت المخ عن طريق جهاز مخطط الرسم الكهربائي، كما أنه اعتبر هذا الموت ليس موت حقيقي بحكم استمرار عمل القلب والرئتين، ومن الناحية الشرعية لا يجوز اليأس من رحمة الله وقدرته على ارجاع عمل المخ مثل ارجاع عمل القلب والرئتين وان كان الطب لم يصل الا هذا، كما أن الاعتماد على معيار موت الدماغ من شأنه فتح باب الاتجار بالأعضاء البشرية، والتعجيل بحكم موت المرضى،

بالكويت في 18 أبريل 1987، د/محمد سليمان الأشقر ، في بحثه نهاية إلى ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، أنظر أكثر تفصيل صهيبي، سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 111، و محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 40.

<sup>1</sup> قرار مجلس الفقه الاسلامي في المؤتمر الثالث بعمان عام 1986، قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته العاشرة بمكة المكرمة لسنة 1987، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية بالكويت سنة 1985، الشيخ متولي الشعراوي، الشيخ يوسف القرضاوي، أكثر تفصيل أنظر، محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 39، 40.

<sup>2</sup> ويمثل هؤلاء أ.د/صفوت حسن لطفي أستاذ التخدير بحقوق القاهرة ، د/محمد عبد العظيم استشاري أمراض القلب والأوعية الدموية الدكتور بتروخ، الدكتور عب د/محمود الشربيني أستاذ العناية المركزة و عضو الجمعية الأمريكية لمراحل الطب الحرجة و د/شريف عبد العزيز رئيس الجمعية المصرية لجراحي الأعصاب، انظر اكثر تفصيل صهيبي، ص 123.

<sup>3</sup> مجمع البحوث الاسلامية بالأزهر في 25 جوان 1992 أعتبر من يقوم بانتزاع الأعضاء من أي جسد قلبه ينبض، لم تنزل في بقية للحياة قاتل نفسا حرم الله قتلها الا بالحق، ويرى الدكتور محمد عبد العظيم ان وجود اي علامة على استمرار الحياة في اي عضو او جهاز من اجهزة الجسم يجب ان يؤخذ على انه دليل قاطع على استمرار حياة هذا الجسد، أنظر أكثر تفصيل، محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 44.

خاصة مع بروز هذا المعيار متزامنا مع تطور عمليات نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية<sup>1</sup>.

ومن هنا يمكن القول أن اعتماد معيار الموت الدماغي للتأكد من الوفاة أثار جدلا واسعا في الاوساط الطبية وعند فقهاء الشريعة الاسلامية، وان اعتماده من قبل القوانين المنظمة لعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، قد لا يحسم هذا الجدل خاصة اذا نظرنا الى الانتقادات الموجهة اليه، واستمرار تطور الحلول العلاجية، ومدى امكانية انعاش الدماغ مستقبلا.

### المطلب الثاني: مسألة الانعاش الاصطناعي في عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة للميت دماغيا.

يقصد بالإنعاش طبيا المعالجة المكثفة التي يقوم بها طبيب أو مجموعة من الأطباء ومساعدتهم لمساعدة الأعضاء الحياتية حتى تقوم بوظائفها، أو لتعويض بعض الأجهزة المعطلة قصد الوصول الى تفاعل منسجم بينها<sup>2</sup>

فأجهزة الانعاش الاصطناعي تستخدم لمساعدة المرضى الذين هم في حالة حرجة للمساعدة في مواصلة عمل القلب والرئتين ومواصلة ضخ الدم لمختلف الخلايا بما فيها خلايا المخ، وبالتالي مواصلة حياة هذا الإنسان لحين علاجه أو وفاته.

غير انه كما رأينا إذا تلف المخ نكون أمام موت دماغي ولا فائدة لاستخدام أجهزة الانعاش الاصطناعي في هذه الحالة للمحافظة على حياة الإنسان.

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص43-53.

<sup>2</sup> محمد ابراهيم أو عيش، حكم رفع أجهزة الانعاش عن مريض موت الدماغ، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، فلسطين، 2009، ص8.

## الفرع الأول: علاقة استخدام أجهزة الانعاش الاصطناعي مع التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين.

ان تصرفات الطبيب المتعلقة باستخدام أجهزة الانعاش الصناعي لا تخرج عن أحد الحالات التالية:

فإما امتناع عن تركيب أجهزة الانعاش للمريض، واما ان يتوقف عن الاستمرار في العمل بهذه الاجهزة وينزعها عن المريض، واما أن يستمر في استخدام هذه الاجهزة على المريض، وتكون هذه الحالات الثلاثة اما في مواجهة المريض المحتضر، أو في مواجهة المريض الذي ثبت وفاته دماغيا<sup>1</sup>.

وما يهنا هنا هو بطبيعة الحال هو استخدام هذه الاجهزة على من ثبتت وفاته دماغيا لأنها مرتبطة بالاستفادة من الأعضاء والأنسجة البشرية للمتوفي، ونجد هنا صورتين اما الامتناع او ايقاف استخدام هذه الأجهزة عن الميت دماغيا واما الاستمرار في استخدام أجهزة الانعاش الصناعي خاصة بعد ثبوت موت المريض دماغيا.

ان امتناع الطبيب أو ايقاف استخدام هذه الأجهزة عن الميت دماغيا، هو سلوك في اطار قانوني كون ان مختلف التشريعات نصت على معيار الموت الدماغي للتأكد من الوفاة، فموت خلايا المخ دليل على موت الإنسان فلا فائدة من ايصاله بأجهزة الانعاش الصناعي، حيث أن أي محاولة لإعادة الميت دماغيا للحياة تبقى بدون جدوى<sup>2</sup>، ونفس الحكم بالنسبة للاستمرار في استعمال هذه الاجهزة اذا كانت مركبة لمن ثبت وفاته دماغيا.

غير أن عمل أجهزة الانعاش على المتوفي دماغيا يطيل حيوية أعضائه وانسجته العضوية لمدة معينة بعد هذه الوفاة، وبالتالي امكانية نزعها وزرعها لدى

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق ص 70.

<sup>2</sup> فريد رافع، سميرة لالوش، المرجع السابق، ص 72.

المرضى، وهنا تثور مسؤولية الطبيب عن الامتناع أو وقف أو الاستمرار في استخدام أجهزة الانعاش الصناعي.

**الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للطبيب في استخدام أجهزة الانعاش الاصطناعي في عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة للميت دماغيا.**

يمكن توضيح المسؤولية الجنائية للطبيب في استخدام أجهزة الانعاش الاصطناعي في عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة للميت دماغيا في حالتين:

**أولاً: حالة الامتناع أو وقف استخدام أجهزة الانعاش الصناعي**

الطبيب قبل امتناعه أو قبل رفع أجهزة الانعاش الصناعي عليه التأكد من وفاة المريض حسب المعيار والاجراءات المعتمدة قانونا والا كان محل للمساءلة القانونية، فغير ذلك يعتبر أنه استخفاف بحياة المريض إذا كان حيا ويسأل عن عدم تقديم مساعدة لمريض في حالة خطر، أو قتل انسان في حالة إيقاف هذه الاجهزة إذا كان المريض لم يموت.

فالطبيب يعتبر مسؤولا جنائيا في حالة امتناعه عن تركيب أجهزة الانعاش أو إيقافها بالنسبة للمرضى الأحياء ولو كان ميؤوسا من شفائهم، ولكنه غير مسؤول على ذلك بالنسبة للمريض متى تأكد وفاته<sup>1</sup>.

غير أن التساؤل يطرح في حالة التأكد من الوفاة الدماغية وأن المتوفي هو من المتبرعين، فهل الطبيب مسؤول عن الامتناع أو وقف استخدام أجهزة الانعاش الصناعي بما لا يسمح من الاستفادة من أعضائه وأنسجته.

لقد سكتت مختلف التشريعات عن هذه النقطة، ويبدو أن الأغلب هو الاتجاه الى تجريم هذا الفعل إذا كان الطبيب على علم بذلك بحكم أنه لم يحترم ارادة المتبرع

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص123.

وساهم في ضرر للمرضى المحتاجين لهذه الأعضاء والأنسجة، وعدم تجريمه في حالة عدم العلم بأن الميت دماغيا من الموافقين على التبرع.

### ثانيا: حالة الاستمرار في استخدام أجهزة الانعاش الصناعي

ان مسؤولية الطبيب في هذه الحالة مرتبطة بهدف الطبيب من وراء مواصلة استخدام أجهزة الانعاش على المريض رغم علمه بوفاته(الموت الدماغي)، فلا تقوم مسؤوليته اذا قام بذلك بهدف الحفاظ على أعضاء وانسجة الجسم لزرعها لدى المرضى باشتراط توفر ضوابط هذه العملية من الموافقة المسبقة للمتبرع وتوفر بقية الاجراءات المنصوص عليها قانونا، وبالمقابل تقوم مسؤوليته اذا لم يكن يقصد الانتفاع من الأعضاء والأنسجة على سبيل التبرع، وكان يعلم ان المتوفي ليس من الموافقين على التبرع، أو كان يهدف الى زيادة الكلفة الاقتصادية، او زيادة معاناة المريض أو أهله<sup>1</sup>، أي متى توفرت النية السيئة للطبيب.

### المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لتبرع المتوفي بأعضائه وأنسجته

من بين الانظمة القريبة والمشابهة لنظام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة هو نظام الوصية، حتى أن بعض التشريعات والدراسات والبحوث العلمية اعتمدت على مصطلح الوصية او الإيحاء بالأعضاء والأنسجة في تطرقها الى التبرع بها بعد الوفاة، كما أن كثير من الآراء الفقهية والفتاوي الشرعية، اعتبرت التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة من الصدقة الجارية، أو من الوقف، وكذلك ظهر استعمال مصطلح الارث نسبة الى تصرف أسرة وأقارب المتوفي في جثته أو أعضائه وأنسجته، لذا كان من الجدير دراسة هذا التشابه في المصطلحات وايضاح

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 130، 131.

أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة مقارنة مع هذه الأنظمة القانونية وتمييزه عنها، في المطلبين التاليين:

### المطلب الأول: مدى اعتبار التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد

#### الوفاة وصية

قال ابن فارس في الوصية: «الواو والصاد والياء أصل يدل على وصل شيء بشيء، ووصيت الشيء وصلته»، وقال الزمخشري: «وصى الشيء بالشيء: وصله به، وأوصيت إلى زيد لعمرو بكذا، ووصيت، وهذا وصي، وهم أوصيائي، وهذه وصيتي ووصاتي، وقبل الوصي وصايته»<sup>1</sup>

ووصى فلان: خسّ رفعه، أو اتّزن بعد خفة، أو وصل واتّصل، ووصى النَّبْتُ: إذا اتّصل وكثر، ووصت الأرض وصيًا أي اتّصل نباتها، وصى الشيء بالشيء وصيًا: وصله به.

والوصية ما يتركه الإنسان ليعمل به بعد موته، والجمع وصايا، وهو موصى، والمشرف على تنفيذ الوصية يسمى بالوصي، وإن أوصى لأحد بمال فهو موصى إليه، والمال موصى به.<sup>2</sup>

والوصية اصطلاحًا هي تملك للغير مضاف لما بعد الموت، أو هي تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الوصي أو هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع، وسميت وصية؛ لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> سليمان الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، المكتبة الشاملة، <https://shamela.ws/book/14543/4>، 2023/06/21 00:45، ص7.

<sup>2</sup> معجم المعاني الجامع: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar> / 2023/06/21 00:30

<sup>3</sup> سليمان الجاسر، المرجع السابق، ص7

فالوصية تعبير من جانب المتوفى عن إرادته الصريحة ورغبته في منح شيء لشخص أو أشخاص، وتعني تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع، وتستعمل بعض القوانين لفظ الوصية بشأن التبرع بجزء أو عضو أو عدة أعضاء من الشخص بعد وفاته، واستعمل مصطلح الوصية سواء بصفة مباشرة أو باستعمال مصطلح الإيصال أو بصفة غير مباشرة عن طريق اجازة انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية للميت بناء على وصيته.

لهذا أثير التساؤل حول مدى صحة هذا التعبير واستعمال لفظ الوصية، في مجال عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين، بالنظر الى أحكام كل منهما<sup>1</sup>، وإذا كان يصح اعتبار هذا التبرع وصية طبقا للقواعد العامة للوصية أم أنه يخضع لقواعد خاصة تتلاءم مع طبيعة الأعضاء والأنسجة البشرية؟ لذلك سنقارن أحكام الوصية مع أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

## الفرع الأول: مقارنة أحكام الوصية مع أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

نقارن بين أحكام الوصية مع أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية من حيث المحل، الأطراف، الأهلية والمقدار.

### أولاً: من حيث محل الوصية

إن موضوع الوصية أو محلها هو ما يوصي به الإنسان مما يملكه، ويكون ذا قيمة مالية أو منفعة، ما يدفعنا الى طرح التساؤل حول الأعضاء والأنسجة البشرية إذا كان يوصى بها على أنها مال مملوك للمتبرع؟

<sup>1</sup> خواترة سامية، حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة البدر، الجلد 10 العدد 02 سنة 2018، كلية الحقوق، جامعة بشار، ص224.

سبق ان عرفنا العضو البشري بأنه مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة كالكلب والكلى والدماغ والقلب وغيرها، وبدورها الأنسجة هي تتكون من الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض.

وكما تطرقنا سابقا وتوصلنا من خلال الآراء الفقهية الى ان الإنسان لا يملك جسده فهو وديعة الله عنده، ويحرم على الشخص أن يفعل في نفسه ما لا يجوز شرعا، أو التصرف به على أنه مال مملوك، فمن غير المتصور أن يكون لأعضاء وأنسجة الإنسان قيمة مادية تسمح بتداولها والتعامل بها فهي ذات طبيعة عضوية تفسر عدم إمكانية بقائها حية دون تلف إذا انفصلت عن الجسم، ولذلك فحق الإنسان عليها ليس حقا ماليا بل حق معنوي. ونفس الشيء بالنسبة لجثة الإنسان فلا تعتبر مالا مملوكا لصاحبه ينتقل إلى ورثته مثل التركة، كما أن من شروط المال الذي يصح التعاقد عليه أن يكون قابلا للتقييم المالي، فجثة الإنسان ليست مملوكة لصاحبها ولا هي مال متقوم فلا يصح أن تكون محلا للوصية الصحيحة على هذا الأساس<sup>1</sup>.

غير أنه بالنظر إلى الهدف النبيل وهو انقاذ حياة المريض، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف جسمه، يمكن النظر الى جواز الوصية بالأعضاء والأنسجة البشرية على أنها وصية بالمنفعة، بالنظر لإجازة الوصية بالمنفعة وإن لم تكن مالا<sup>2</sup>. غير أنه بحكم أنه لا يتصور أن يعود العضو الذي تم التبرع به للانتفاع به بعد موت المتبرع الموصي، فهذا لا يستقيم مع أحكام الوصية بالمنفعة.

<sup>1</sup> منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص.41-42.

<sup>2</sup> انتصار مجوح، المرجع السابق، ص144، أنظر كذلك وهبه الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج3، ط2، دار الفكر، دمشق، 2006، ص.282.

وعليه فإنه لا يمكن اعتبار التبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة من قبيل الوصية إلا إذا نظرنا في شقها اللغوي فالانتفاع المقصود هو ذلك الذي يقصد به الاستفادة التي دعت إليها ضرورة المستفيد من أجل انقاذ حياته، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف جسمه فليس العضو هو الغاية بل الوسيلة التي تتحقق بها هذه الغاية، والتي هي موضوع إجازة التبرع بالعضو أو النسيج البشري عن طريق الوصية<sup>1</sup>.

### ثانياً: من حيث أطراف الوصية

نقصد بالأطراف كل من الوصي والموصى له، وهنا نجد صعوبات كبيرة في تطبيق القواعد العامة للوصية على عملية التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، ففي حين أنه وفقاً للقواعد العامة فإن الوصية تكون لفائدة شخص معين أو جهة معينة بينما في التبرع بالأعضاء بعد الوفاة لا تكون لشخص معين بالذات، فالمستفيدين يرتبون وفق أولوية منظمة قانونياً (قائمة الانتظار)، أي دون تحديد الموصى له وهنا يطرح أشكال حول جواز ومشروعية وجود بنك للأعضاء والأنسجة<sup>2</sup>، أي الاحتفاظ بالأعضاء والأنسجة البشرية وتوزيعها حسب الأولوية في قائمة الانتظار المعدة مسبقاً للمرضى.

نصل إلى أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة في الوصية فيما يتعلق بالأطراف، وإنما اعتماد تنظيم خاص للمسألة بغض النظر عن هوية المستفيد وأخذ بعين الاعتبار المنافع المحققة من استفادة المرضى بالأعضاء المنتزعة، فيجوز انتزاع العضو وزرعه لأي مستفيد هو بحاجة إليه في الحال أو الاحتفاظ به لزرعه مستقبلاً، إذا كان بالإمكان المحافظة عليه صالحاً للاستفادة المستقبلية، مع توفير الإطار القانوني

<sup>1</sup> انتصار مجوح، المرجع السابق، ص 132، 133.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 134.

والمادي الذي يضمن إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية ويضبط إطار عملها وتنظيمها.

### ثالثا: من حيث أهلية الموصي:

في القواعد العامة للوصية تشترط الاهلية الكاملة، أما في عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة فقد حظرت مختلف التشريعات بما فيها المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية نزع الأعضاء أو أنسجة أو خلايا من ناقصي الاهلية أو فاقدتها بالنسبة للتبرع بين الأحياء إلا فيما يخص التبرع داخل الأسرة ببعض الخلايا المتجددة، غير ان هذه التشريعات سكتت فيما يخص نزع الأعضاء والأنسجة من المتوفين ناقصي الاهلية وفاقدتها.

ويمكن فهم هذا السكوت بانه حظر على نزع هذه الأعضاء والأنسجة بحكم ان المتوفي يجب ان يعبر عن موافقته حال حياته لإمكانية نزع أي عضو او نسيج بعد وفاته، فيدخل في حكم المتبرع الحي ناقص الاهلية او فاقد الاهلية، الا إذا كان المشرعين يريدون ترك الامر لإرادة الأسرة بعد الوفاة.

### رابعا: من حيث مقدار الوصية

طبقا للقواعد العامة تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة<sup>1</sup>، ومن أوصى بأزيد من الثلث، توقفت الزيادة على إجازة الورثة، فإن أجازوها مضت، وإن لم يجيزوها نفذت الوصية في حدود ثلث التركة فقط.

وقال الشيخ ابن عثيمين رحمه الله: " منعت الوصية بأكثر من الثلث لأن حق الورثة يتعلق بالمال، فإذا أوصى بزائد عن الثلث صار في ذلك هضم لحقوقهم، ولهذا

<sup>1</sup> تنص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري: تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة.

لما استأذن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوصي بثلاثي ماله قال: (لا، قال: فالشطر؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا، قال: فالثالث؟ قال الرسول صلى الله عليه وسلم: **الثالث والثالث كثير**. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس). فأشار الرسول عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث إلى الحكمة في منع ما زاد على الثالث، ولهذا لو أوصى بزائد على الثالث وأذن الورثة فلا بأس بذلك<sup>1</sup>.

وفي الوصية بالأعضاء والأنسجة البشرية، لا يمكن تحديد ثلث الأعضاء البشرية، أو ثلث الجثة<sup>2</sup>، غير انه يجوز للمتبرع وفق البرامج التبرعية أن يوصي بالتبرع بعضو واحد كالقلب أو الكبد أو عدة أعضاء أو أنسجة دون أخرى أو حتى جزء من عضو، والقوانين المنظمة للتبرع تستعمل مصطلح الأعضاء أو تضيف له الأنسجة والبعض الآخر يضيف الخلايا وهذا بصفة عامة دون تحديد جزء، الا انه هناك أعضاء محظورة عن التبرع بها في معظم القوانين خاصة في الدول المسلمة لاعتبارات الشريعة الاسلامية مثل الأعضاء التناسلية.

### الفرع الثاني: تقييم استعمال مصطلح الوصية

من خلال هذه المقارنة يتضح لنا أن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة لا يصلح أن يكون قانونيا وصية وفق الاحكام العامة للوصية خاصة من حيث المحل لأنها لا يمكن اعتبارها مالا.

لكن هذا لا يمنع من التعبير على هذا التبرع بالايحاء بالأعضاء والأنسجة البشرية، أو التبرع على سبيل الوصية، نسبة الى المعنى اللغوي والاصطلاحى للوصية

<sup>1</sup> من "فتاوى علماء البلد الحرام" (ص333)

[https://islamqa.info/ar/answers/147489/00:30\\_20/062023](https://islamqa.info/ar/answers/147489/00:30_20/062023)

<sup>2</sup> إنتصار مجوح، ص 134.

وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري حيث نص في المادة 8 من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على عدم جواز نقل الأعضاء من جسد انسان ميت الا اذا كان الميت قد أوصى بالتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، ويعني ذلك أن الاستئصال من جثث الموتى يتوقف على وجود وصية<sup>1</sup>.

بينما عرف القانون الإماراتي صراحة التبرع بالأعضاء والأنسجة بعد الوفاة على أنه وصية<sup>2</sup>.

غير أن معظم القوانين المنظمة للتبرع بالأعضاء والأنسجة تقادت استعمال مصطلح الوصية للتعبير عن التبرع بعد الوفاة ومنها قانون الصحة الجزائري على عكس كثير من البحوث والآراء الفقهية.

**المطلب الثاني: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الوقف، الصدقة الجارية، الارث.**

في هذا المطلب نميز بين مفهوم وأحكام التصرف بالأعضاء والأنسجة بعد الوفاة على سبيل التبرع، عن بعض المفاهيم المشابهة والتي تتمحور حول تصرفات وأعمال البر والاحسان للإنسان وعلى ما تؤول له أملاكه بعد وفاته، وهذه المفاهيم نظمتها خاصة الشريعة الاسلامية اضافة الى ما نص عليه القانون، وهي الوقف والصدقة الجارية والارث.

<sup>1</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> الوصية: "تصرف قانوني يفيد موافقة الشخص على أن يستأصل عضو أو جزء منه أو نسيج بشري أو أكثر بعد وفاته دون مقابل"، أنظر المادة 1 من مرسوم بقانون اتحادي رقم 25 لسنة 2023.

## الفرع الأول: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الوقف.

الوقف لغة هو الحبس، واصطلاحاً هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح<sup>1</sup>. ويعرفه أيضاً أنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها إلى من أحب<sup>2</sup>. ولتسهيل تمييز التبرع بالأعضاء عن الوقف، نذكر بعض نقاط الفرق بين الوقف والوصية:

الوقف يكون على سبيل التنجيز، يفعله الإنسان في حياته، ويخرج الشيء المملوك من يده، وأما الوصية فإنها تعلق على موت الإنسان، ولا يخرج الشيء المملوك من يده حال حياته.

وبين الشيخ ابن عثيمين الفرق بين الوصية والوقف في:

- أن الوقف عقد ناجز، فإذا قال الرجل: وقفت بيتي، أو وقفت سيارتي، أو وقفت كتبي، فيكون وقفاً في الحال، والوصية تكون بعد الموت، فيقول مثلاً: أوصيت بداري للفقراء<sup>3</sup>. وعليه ففي هذا الجانب لا يصح أن يكون التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة وقفاً لأنه لا يمكن انتزاع عضو الإنسان الموافق على التبرع لما بعد الوفاة وهو لا يزال على قيد الحياة.

<sup>1</sup> انظر: "غاية البيان شرح الزيد" للرملي الشافعي (ص: 230، ط. دار المعرفة).

<sup>2</sup> حاشية الشلبي الحنفي على تبين الحقائق (3/ 324، ط. دار الكتاب الإسلامي).

<https://islamonline.net/2023-06-20/35h00>

<sup>3</sup> [https://islamqa.info/ar/answers/147489/\\_062023/20\\_00:30](https://islamqa.info/ar/answers/147489/_062023/20_00:30)

- وأن الوقف ينفذ من جميع المال، فلو وقف جميع ماله نفذ، والوصية لا تكون إلا من الثلث فأقل، وهنا يظهر تمييز آخر فالوقف يكون في المال بينما لا يمكن اعتبار الأعضاء والأنسجة من المال<sup>1</sup>.

كما ان بعد وفاة الإنسان الواقف، يمكن ادارة المال الموقوف واستعماله أو استثماره، بينما في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يتم زرع العضو في جسم الإنسان المريض للانتفاع به وانقاذ حياته.

وعليه لا يمكن اعتبار التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وقفا، غير انهما يقتربان من الناحية الشرعية في استفادة الاخرين بالمال او الأعضاء والأنسجة، لما فيه من اجر من الله.

### الفرع الثاني: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الصدقة الجارية

عرف الراغب الأصفهاني<sup>2</sup> الصدقة على أنها ما يخرجها الإنسان من ماله على وجه القربى كالزكاة، وفي الأصل نقال للشيء المتطوع به، والزكاة للواجب، وقد يسمى الواجب صدقة إذا تحرى صاحبها الصدق في فعله<sup>3</sup>، والصدقة بهذا المعنى يشمل الوقف والصدقة الجارية وغيرها مما يقترب من هذا المدلول اللغوي.

<sup>1</sup> أنظر فيما تطرقنا اليه سابقا في مدى اعتبار التبرع بالأعضاء والانسجة البشرية وصية.

<sup>2</sup> الحسين بن محمد بن محمد بن المفضل، أبو القاسم الأصفهاني (أو الأصبهاني) المعروف بالراغب: أديب، من الحكماء العلماء. من أهل (أصبهان) سكن بغداد، واشتهر، حتى كان يقرن بالإمام الغزالي. من كتبه (محاضرات الأدباء - ط) مجلدان، و (الذريعة إلى مكارم الشريعة - ط) و (الأخلاق) ويسمى (أخلاق الراغب) و (جامع التفاسير)، <https://www.noor-book.com>، 15 جانفي 2024.

<sup>3</sup> (480 /1) ط. دار القلم، www.dar-alifta.or، 2024/04/15.

وإصطلاحاً تطلق الصدقة على إعطاء المال ونحوه دون عوض بقصد ثواب الآخرة<sup>1</sup> وهذا يشمل صدقة التطوع وصدقة الفرض التي هي الزكاة، لكن عند الإطلاق يراد بها اصطلاحاً صدقة التطوع<sup>2</sup>، كما تطلق الصدقة مجازاً على سائر أعمال البر كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ» متفق عليه<sup>3</sup>.

وكذلك ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ أَشْيَاءٍ: مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»<sup>4</sup>.

ويقول العز بن عبد السلام " الصدقة الجارية تحمل على الوقف وعلى الوصية بمنافع داره وثمار بستانه على الدوام، فإن ذلك من كسبه لتسببه إليه، فكان له أجر التسبب"<sup>5</sup>.

وتنقسم صدقة التطوع إلى صدقة منقضية من خلال تملك العين ومنافعها للمتصدق عليه أو بإباحة انتفاعه بها إلى وقت محدد أو إلى حدث معين تنتهي عنده الصدقة؛ وصدقة أخرى هي صدقة جارية يجري ثوابها لصاحبها في حياته وبعد موته، إذ يتم فيها إبقاء العين ومنع التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو نحو ذلك مع إباحة الانتفاع بها أو تملك ما تبقى من ريعها للمتصدق عليه مدة بقاء العين سواء بدأت

<sup>1</sup> . انظر: "المجموع" للنووي (6/ 246، ط. المنيرية).

<sup>2</sup> انظر: "مغني المحتاج" (4/ 194، ط. دار الكتب العلمية).

<sup>3</sup> يقول الإمام النووي في "المجموع" (6/ 246): [اعلم أن حقيقة الصدقة إعطاء المال ونحوه بقصد ثواب الآخرة وقد يطلق على غير ذلك] اهـ،

<sup>4</sup> صحيح مسلم الصفحة أو الرقم: 1631

<sup>5</sup> قواعد الأحكام (1/ 136)، ط. دار الكتب العلمية

هذه الصدقة في حياة المتصدق صاحب العين كما في الوقف، أو بدأت بعد وفاته كما في الوصية بالمنافع على سبيل التأبيد<sup>1</sup>.

والصدقة الجارية بهذا المعنى الاخير أي كوصية بالمنافع تقترب كثيرا من معنى التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة، فمن جهة يمنع التصرف فيها بالبيع أو الهبة وأي تصرف اخر غير الذي حددت له، ومن جهة اخرى يبدأ الانتفاء بها بعد الوفاة وليس حال الحياة كما في الوقف.

ومما سبق يتبين أن الصدقة الجارية يقترب مفهومها من التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية خاصة إذا اعتبرت هذه الصدقة وصية بالمنافع، حيث ينتفع المتلقي للأعضاء والأنسجة البشرية المنزوعة من المتبرع بعد الوفاة، غير انه يميز بينهما كذلك ما ميزناه مع الوصية من حيث المحل والاطراف وبقيّة الاحكام.

### الفرع الثالث: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الارث.

إذا أطلق لفظ الميراث وأريد به اسم المفعول أي الموروث، كان مرادفا للإرث، وهو ما يتركه الميت، وهو المعنى المتبادر في العرف من إطلاق لفظ الميراث<sup>2</sup>. وهنا تبرز اشكالية اعتبار جسد الإنسان الميت أو جثته مما يدخل في إرث الورثة، فيجيزون التبرع أو لا يجيزونه.

فجثة الإنسان يتعلق بها حق العبد وحق الله تعالى، ولا يجوز بالتالي للإنسان التصرف في حقه بالإسقاط إذا أدى إلى إسقاط حق الله تعالى، دون وجود مسوغ شرعي يؤدي إلى ذلك. فالكرامة التي متع الله بها الإنسان، حق معنوي من حقوقه،

<sup>1</sup> دار الافتاء المصرية، <https://islamonline.net> /2023/06/20 00h23

<sup>2</sup> شوقي بناسي، الميراث فقها وحسابا في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019-2020، ص 5.

فهو مخول بالدفاع عنها، والمخاصمة في سبيلها أو التنازل عنها بالتجاوز والعفو، أي ضمن حدود معنى الإيثار، فإذا مات الإنسان، آل حق كرامته الشخصية إلى ورثته، فهم المخولون في رعايتها والمحافظة عليها أو التنازل عنها بالإيثار، ضمن الحدود الشرعية<sup>1</sup>.

وبناءً على هذا، ولما كان اقتطاع جزء من جثة الميت مخالفاً بكرامته من حيث هو إنسان مكرم، بحيث لو كان حياً لكان له حق المنع والمحافظة على كرامته، وحق الإذن إيثاراً وإسقاطاً لحقه، فإن النظر في هذا الحق يؤول بسبب موته إلى ورثته، فإن شاعوا منعوا أي تصرف، وإن شاعوا تجاوزوا وسمحوا باقتطاع عضو أو جزء من مورثهم لإنقاذ من اقتضت الضرورة بإنقاذه.

فمن حيث الإذن وعدمه، توجد خمسة حالات: ميت أذن قبل وفاته بانتزاع عضو منه، ميت لم يعقب وارثاً، ميت عقب وارثاً ولم يأذن الوارث، ميت عقب ورثة فأذن جميعهم، ميت عقب ورثة فأذن البعض<sup>2</sup>.

غير أن للميراث شرعا وقانونا قواعد للتقسيم بين الورثة، بصفته مالا مقوما، سواء كان نقدا أو عينا أو قابلا للتقويم بالمال، وهذا ما لا يتصور في جثة الإنسان أو أعضائه وأنسجته بعد وفاته، فتصرف الورثة في جسد الإنسان بعد وفاته يكون مقتصر على الأذن بالتبرع من عدمه وليس باعتبار هذا الجسد من الميراث، فلو كان كذلك لترك لهم حرية التصرف في هذه الأعضاء والأنسجة بالبيع أو المتاجرة وغيرها، ولهذا

<sup>1</sup> البوطي، "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً"، مجلة مجمع (1) الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، عدد 4، ج 1، 1408هـ - 1988م، ص 208، أنظر في

<sup>2</sup> رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 44، 45.

اتجهت أغلب القوانين والتشريعات لاستعمال مصطلح الأسرة عوضا عن الورثة في نصها على الموافقة والاذن في التبرع بعد الوفاة<sup>1</sup>.

وعليه لا يمكن القول ان التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يعد تصرفا مثل التصرف في الارث، حتى وان وجد اذن الأسرة في هذا التبرع.

نستخلص فيما سبق أن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية للمتوفين له خصوصية تميزه عن بعض المفاهيم المشابهة وان كان يقترب في بعض الاحكام منها خاصة الوصية، فهذا التبرع يقع على أعضاء وانسجة بشرية لا يمكن ان تعتبر مالا ولا ان تقوم بالمال وتكون على سبيل التبرع بعد تحقق الوفاة والتأكد منها وبالموافقة المسبقة للمتبرع من خلال التعبير عن ارادته، وذلك وفق نظام تعبير خاص يضعه المشرع.

<sup>1</sup> نصت الفقرة 3 من المادة 362 من قانون الصحة الجزائري 11/18، على ان ".... وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولوية....."

## الفصل الثاني: أنظمة التعبير عن إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة

## البشرية بعد الوفاة

## تمهيد وتقسيم:

ينص المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية على أنه يجوز نزع الخلايا والنسج من أجسام المتوفى بغرض الزرع إذا تم الحصول على الموافقات التي ينص عليها القانون، ولم يكن هناك أي سبب للاعتقاد بأن الشخص المتوفى كان قد اعترض على هذا النزع.

حيث أن الموافقة هي الأساس الأخلاقي لكل التدخلات الطبية بما فيها نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، وتأخذ الموافقة على الحصول على هذه الأعضاء والأنسجة من المتوفين شكل موافقة صريحة أو موافقة مفترضة حسب التقاليد الاجتماعية والطبية والثقافية لكل دولة، وانعكاس ذلك في قوانينها وتشريعاتها<sup>1</sup>، بما في ذلك دور الأسرة في هذه الموافقة.

وعلى هذا سنتطرق إلى دراسة نظام الموافقة الصريحة في المبحث الأول، ونظام الموافقة المفترضة في المبحث الثاني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر في التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المرجع السابق، ص 8.

<sup>2</sup> يوجد نظامان رئيسيان للحصول على الأعضاء من الجثث وهما: (أ) الموافقة المفترضة (أو الضمنية): ويجوز وفقا لهذا النظام استئصال أعضاء من أشخاص متوفين لغرض الزرع ما لم يكونوا قد سجلوا اعتراضهم على ذلك، و(ب) الموافقة الصريحة (أو الواعية): ولا يجوز وفقا لهذا النظام استئصال أعضاء بغرض زرعها ما لم يكن الشخص قد أبدى رغبته في التبرع بأعضائه. ويكثر استخدام النظام الأول، أي نظام الموافقة المفترضة. ومن الممكن في كلا النظامين، إذا لم يوجد ما يدل على رغبات الشخص المتوفى، الطلب إلى أسرته الإذن باستئصال أعضائه، الفقرتان 27 و 28 من الوثيقة E/CN.15/2006/10 للتعاون الدولي على مكافحة الجريمة عبر الوطنية: منع ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية والمعاقبة عليه 21 فيفري 2006، أنظر وثيقة مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، 29 جويلية، 2011، ص 5.

**المبحث الأول: نظام الموافقة الصريحة في التبرع بعد الوفاة**

نتطرق في المطلب الأول للموافقة الصريحة والشكلية التي تتم بها، وفي المطلب الثاني ندرس امكانية عدول المتبرع عن موافقته الصريحة ودور اذن الأسرة في تنفيذ وصية هذا المتبرع.

**المطلب الأول: نظام الموافقة الصريحة للمتبرع وشكليتها**

نعالج في الفرع الأول الموافقة الصريحة للمتبرع وامكانية موافقة النائب عنه، ثم نتطرق الى شكلية الموافقة الصريحة.

**الفرع الأول: موافقة المتبرع وموافقة النائب عنه**

موافقة المتبرع الصريحة في حياته على التبرع بأعضائه وانسجته إلى ما بعد وفاته هي الصورة العادية والتقليدية للتبرع بالأعضاء والأنسجة بعد الوفاة من طرف الشخص نفسه وقد لا تثير اشكالات كبيرة، غير ان التساؤل يثار حول موافقة ناقص وفاقدا الاهلية للتبرع بعد وفاته، وامكانية حلول نائبه مكانه في الموافقة على التبرع.

**اولا: الموافقة الصريحة للمتبرع**

نظام الموافقة الصريحة للمتبرع ويشار اليه أحيانا بنظام الرضا، بمقتضاه يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من المتبرع اذا كان حال حياته قد وافق موافقة صريحة على هذا النزع<sup>1</sup>، وهو التوجه العام الذي أخذت به معظم التشريعات قبل تعديل قوانينها المنظمة لعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية.

بموجب نظام الموافقة الصريحة، عندما يموت شخص ما، لا يمكن أخذ الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا منه إلا إذا أعطى الشخص موافقته وهو لا يزال على

<sup>1</sup> أنظر في التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المصدر السابق، ص8

قيد الحياة، ويمكن الحصول على الموافقة من خلال إبلاغ الأسرة أو حمل بطاقة التبرع بالأعضاء أو تسجيل الوصية في السجل الطبي. وإذا لم يترك الشخص أي تعليمات، على الأقران له اتخاذ قرار بشأن مسار العمل الذي يحترم رغبات الشخص.

سياسة الموافقة الصريحة تتطلب من الأفراد التعبير بوضوح عن تفضيلاتهم لكونهم متبرعين متوفين بالأعضاء، حيث لا يفترض أن يكون أي شخص متبرعاً رغباً ما لم يقدم بياناً صريحاً بشأن تفضيله للتبرع بعد الوفاة.

### ثانياً: موافقة النائب عن ناقص الأهلية وفاقدها

قد يتوفى الإنسان، وقد كان في حياته اما ناقص أهلية أو فاقدها، في هذه الحالة لم تنص المبادئ التوجيهية ولا مختلف التشريعات عن حلول ارادة النائب او الممثل الشرعي محل ارادة الميت الذي لا تتوافر فيه الأهلية القانونية اللازمة للتعبير عن موافقته في التبرع بأعضائه وانسجته.

في هذه النقطة من الجدير الاجابة على التساؤل التالي: إذا كان لا يجوز لمن لا تتوافر فيه الأهلية القانونية اللازمة للتعبير عن موافقته في التبرع بأعضائه، فهل يجوز لممثله القانوني او الشرعي أن يعطي الموافقة بعد وفاته؟

ان الاعتبار الذي راعاه المشرع في المنع في الحالة الأولى لا يقوم في الحالة الثانية، فمن جهة فإنه بعد موت الشخص تنتهي شخصيته القانونية، فيتم التحول من الحماية القانونية لحرمة جسد الشخص وحقه في الحياة إلى حرمة جثته وحق المتوفى وحق أهله في تكريم الجثة وعدم العبث بها، فبموت الشخص الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته يصبح يستوي مع من توفى وكان يستطيع التعبير، لأن الذي ينظر إليه في هذه الحالة الناحية المادية للإنسان(الجثة)، كما أن اعتبار إعطاء حق الموافقة للممثل

الشرعي للمتوفى ليس استبدال إرادة المتوفى بإرادة من منح له القانون هذا الحق استثناء، ولقد حدثت حالات فعلا تم من خلالها موافقة الولي الشرعي على التبرع<sup>1</sup>. وتبقى موافقة النائب عن المتوفى ناقص او عديم الاهلية للتبرع بأعضائه محل عدة آراء فقهية، غير أن مختلف التشريعات لم تعالج هذه النقطة أو تجاهلتها، لأنه ربما في نظر المشرعين تدخل في إطار موافقة الأسرة او الأقارب للتبرع بأعضاء المتوفى سواء كان كامل الأهلية أو ناقص او عديم الاهلية.

### ثالثا: مدى جواز التبرع بأعضاء الجنين

تطرح الإجازة السابقة للنيابة عن ارادة فاقد او ناقص الاهلية التساؤل حول مدى جواز التبرع بأعضاء الجنين؟ فالحق في الحياة يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية والجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية التي تبدأ بتمام ولادة الشخص حيا، غير أن القانون يثبت للجنين شخصية حكمية أو افتراضية تسمح بتمتعه بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا<sup>2</sup> ويجرم القانون الأفعال التي تؤدي إلى المساس بحقه في الوجود ومن باب اولى سلامة جسده وحقه في الحياة، غير أن الجنين الميت في بطن أمه أو لحظة ولادته يسري عليه ما يسرى على الإنسان الميت، حيث أجاز مجمع الفقه

<sup>1</sup> بادر أب سعودي بالتبرع بأعضاء ابنه المتوفى دماغيا، وبالغ من العمر ستة عشر عاماً تقريبا، ليستفيد منها ستة أشخاص يعانون من أمراض القصور العضوي النهائي، وتضمنت العمليات زراعة قلب لطفل عمره 7 سنوات عانى مع الفشل القلبي، وكلية لطفل عمره 12 سنة، وكلية أخرى لمريض عمره 16 سنة، كما تم التبرع بالريثتين لمريض عمره 68 سنة، وبالبنكرياس لمريض عمره 31 سنة عانى من جلسات الغسيل الدموي ومرض السكري، وبالكلب لمريضة تبلغ من العمر 29 سنة أنهى التبرع معاناتها مع مرض القصور الكبدى. حيث أن المركز السعودي لزراعة الأعضاء وضح أن الأعضاء والأنسجة التي يمكن التبرع بها من الأشخاص المتوفين دماغياً تشمل القلب، والرئة، والكبد، والبنكرياس، والكليتين، والعظام، والقرنية، وصمامات القلب، ولاقت مثل هذه العمليات تأييدا من البعض لدورها في انقاذ حياة المرضى، وعلى الجهة الأخرى، عارض البعض الآخر متسائلين عن أحقية اتخاذ الأهل القرار بالتبرع في حال عدم توصية الشخص نفسه بذلك:

<https://www.bbc.com/arabic/trending-65637054>, 12.09.2023 17h13.

<sup>2</sup> أنظر المادة 25 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

الإسلامي في قراره في فيفري 1988 وقراره في مارس 1990 الانتفاع من أعضاء الجنين الذي يموت نتيجة إجهاض طبيعي أو إجهاض مشروع، مع مراعاة الشروط المعتمدة في نقل أعضاء الموتى بما في ذلك الإذن المسبق، كما تمت إجازة انتزاع الأعضاء من المولود اللدماغي بشرط تحقق موته، وهذه المسألة جديرة بأن ينظمها المشرع بنص صريح، حتى لا تكون بابا للمتاجرة بالأجنة وارتكاب جرائم الإجهاض والمتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: شكلية الموافقة الصريحة

في نظام الموافقة الصريحة لا يكفي استنتاج الرضا ضمنيا أو افتراضيا، ولا يجوز القول بان التزام الشخص الصمت وعدم تعبيره عن موافقته بنزع أعضائه منه بعد وفاته أو عدم رفضه لذلك صراحة بمثابة رضا منه، ففي هذا النظام يجب ان يكون الرضا صريحا<sup>2</sup>، وحسب القانون المحلي لكل دولة، فانه يجوز ان تكون الموافقة الصريحة شفاهية أو مسجلة على بطاقة المتبرع أو بطاقة الهوية أو رخصة القيادة أو في سجل طبي أو سجل خاص بالتبرع<sup>3</sup>.

وتسجيل الموافقة قد يأخذ الشكل الإلكتروني من خلال موقع مخصص للموافقة على التبرع وهي على كل حال مسألة أمست واقعا معاشا برز نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي، وما أفرزه من وسائل اتصال كان لها الأثر الواضح على بروز أنماط جديدة من التعاملات والتعاقدات الذي يعرفها الوقت الراهن، فالكتابة الإلكترونية

<sup>1</sup> انتصار مجوح، الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء في التشريع الجزائري جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18 جانفي 2018، ص136-137.

<sup>2</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص230.

<sup>3</sup> أنظر في التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المرجع السابق، ص8.

أصبحت مثلها مثل الكتابة التقليدية من حيث ترتيب آثارها القانونية، فالمحرر والتوقيع الإلكتروني أصبح له نفس الحجية التي يتمتع بها المحرر والتوقيع الكتابي التقليدي<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: عدول المتبرع عن الموافقة واذن الأسرة في تنفيذ وصية التبرع

للمتبرع قبل وفاته أحقية في العدول عن موافقته بالتبرع بأعضائه وأنسجته، كما أن لأسرته دور بارز في تنفيذ أو عدم تنفيذ وصيته بخصوص هذا التبرع.

### الفرع الأول: أحقية العدول عن الموافقة على التبرع بالأعضاء والأنسجة لما بعد الوفاة

ينطبق على العدول عن الموافقة على التبرع بالأعضاء لما بعد الموت ما ينطبق على العدول عن الموافقة للتبرع حال الحياة أي ان للمتبرع الاحقية الكاملة للعدول أو الرجوع عن موافقته على التبرع بأعضائه سواء حال حياته اولما بعد وفاته، فهو كما رأينا من النظام العام، والعدول على التبرع لما بعد الوفاة لا يثير اشكالية بحكم ان المتبرع العادل لازال على قيد الحياة فهو وافق قبلا على نزع اعضائه بعد وفاته وليس اثناء حياته ولا يمكن ان يؤثر على سلامة أي انسان اخر مادام انه لا يزال حيا ولم تنزع أعضائه للتبرع بها.

يمكن توثيق القرار بشأن ما إذا كان الشخص على استعداد للتبرع بالأعضاء والأنسجة وأي الأعضاء المسموح بالتبرع بها في بطاقة التبرع بالأعضاء أو في وصية، ومن غير الضروري أن يكون هذا قرارًا نهائيًا حيث يمكن لأي شخص أن يغير موقفه تجاه التبرع بالأعضاء والأنسجة أن يتراجع عن المستند السابق وينشئ مستند

<sup>1</sup> انتصار مجوح، المرجع السابق، ص 134.

جديد في أي وقت، وهذا يعبر عن حرية وإرادة الشخص في الموافقة عن التبرع أو العدول عنها في أي وقت<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: دور اذن الأسرة في تنفيذ وصية المتبرع المتوفي في نظام الموافقة الصريحة

اوضحنا سابقا ان نزع الأعضاء والأنسجة في نظام الموافقة الصريحة يتوقف على ابياء المتوفى بذلك صراحة قبل وفاته، فهل يمكن للأسرة رفض هذه الوصية، وان لم يصرح المتوفى قبل وفاته باي تبرع بأعضائه، فهل يكون للأسرة الحق في الموافقة على نقل اعضائه؟ وكيف يتم التعامل في حالة اختلاف أعضاء الأسرة أو الأقارب في آرائهم؟ وهل يمكن عدم الاعتداد برأي الأسرة والأقارب؟ تكون الموافقة على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة إما وقت الوفاة أو إما قد تجلى ذلك مقدما بالموافقة المسبقة للمريض حال حياته.

رغم تبني الموافقة الفردية في عدة تشريعات، ولكن من الناحية العملية فإن الطواقم الطبية تؤجل في نهاية المطاف قرار ترخيص التبرع بالأعضاء والأنسجة وتضعه في أيدي الأقارب المصرح لهم بالموافقة عليه حتى بوجود موافقة مسبقة من المريض، ولذلك هناك انفصال واضح بين المعايير القانونية وتنفيذها عند الوفاة تفرضه حساسية العمليات على جسم الإنسان<sup>2</sup>.

في هذا الصدد فان رفض الأسرة لهذا التبرع يمكن ان يثير التساؤل كذلك حول الاعتداد برأي المتوفى أم رأي الأسرة.

<sup>1</sup> <https://gesund.bund.de/ar/organspende#einleitung>, 11.112023.11h35.

<sup>2</sup> Louise Bernier, Le don d'organes au Québec : la nécessité de tendre vers une expression de volonté plus éclairée, inclusive et significative, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke Québec, Canada, RDSS - D - Mai - Juin 2018, 474.

## أولاً: الاقتصار على إرادة المتبرع وعدم أخذ رأي الأسرة

احتراماً لاستقلالية كمبدأ أساسي في الرعاية الطبية، يأخذ مفهوم الاختيار والموافقة دوراً مركزياً في المجتمعات الحديثة، لذلك إذا كانت القرارات الشخصية طوعية وبناءً على المعلومات الكافية، يجب احترامها وهذا نظام مصمم للمساهمة في رفاهية الفرد.<sup>1</sup> و تؤكد سياسات الموافقة الشديدة المنتهجة في بعض حالات هذا نظام الموافقة الصريحة على تفضيلات الفرد، كما هو يعيشها في حياته، باعتبارها ملزمة ولا يمكن مخالفتها، ولا يوجد أي دور فعلي للأسرة أو من ينوب عن المتبرع في الموافقة على التبرع، أو الإذن بالتبرع، وهو عبارة عن نظام تقيد صارم، يتم تحديد تفضيل التبرع بالأعضاء فيه من قبل الفرد المعني فقط<sup>2</sup>، غير أن معظم التشريعات لم تلغي بصفة قطعية دور الأسرة في نظام الموافقة الصريحة وانتهجت نفس توجه توصيات منظمة الصحة العالمية في هذا الشأن.

الاكتفاء بالموافقة الصريحة للمتبرع دون الاعتداد بإذن الأسرة يتطلب الفهم الراسخ للناس وقبولهم دون لبس لعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية<sup>3</sup>، وهو ما لا يتوفر حتى الآن في مختلف دول العالم بحكم جدة واستحداث هذا النوع من العلاج، وحتى باللجوء مستقبلاً إلى الاعتداد برأي المتبرع فقط يتطلب ذلك مراجعة السجل الطبي والسلوكي للشخص المتوفى.

ففي الوقت الراهن فإن اللجوء إلى انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية دون الرجوع إلى أسرة المتوفى من شأنه أحداث اضطراب اجتماعي، واهتزاز ثقة الناس في

<sup>1</sup> Cherkassky L. Presumed consent in organ donation: is the duty finally upon us, European Journal of Health Law 2010; 17: 149-164.

<sup>2</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Assessing Global Organ Donation Policies: Opt-In vs Opt-Out, review Risk Management and Healthcare Policy, Wits Donald Gordon Medical Centre, School of Clinical Medicine, University of the Witwatersrand, Johannesburg, South Africa 2021, p 1986.

<sup>3</sup> انظر التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية.

المنظومة الصحية خاصة في المجتمعات المحافظة، ففي المجتمع الإسلامي للجنة حرمة خاصة، وللميت عدة حقوق على الحي منها غسله وتكفينه ودفنه.

### ثانياً: الاعتراف بإذن الأسرة في نظام الموافقة الصريحة للمتبرع

وقد يطلق على الاعتراف برأي الأسرة بالموافقة الناعمة حيث تشمل سياسات الموافقة الناعمة عائلة المتبرع المحتمل أو أقاربه، وعليه يمكن الاتصال بالأسر أو العائلات للموافقة على التبرع إذا لم يتم ذكر رغبات أحد أفرادهم صراحة، أو الإذن قانوناً بالتبرع<sup>1</sup>.

ولا يمكن تعميم مفهوم الأسرة والأقارب واسقاطه على الورثة، فإذا كان الشخص ليس مالكا لجسده في حياته، فلا يملك ورثته جثته بعد وفاته لتقسيمها والاستفادة منها مثل التركة، بل إن قيمتها بالنسبة لهم معنوية، فالتعدي على الجثة فيه إضرار بمشاعرهم نابع من حق عدم المساس بحرمة الجثة.

فعدم إعطاء هذا الحق للورثة كي لا تقع معه مظنة ملكيتهم لجثة المتوفى، وإعطائه للأقارب يكون على أساس الرابطة الأسرية، سواء بسبب الدم، أو صلة الزوجية التي تجعل علاقتهم بالمتوفى علاقة معنوية لا علاقة مالية، وقد عمد مختلف المشرعين إلى حصر الأقرباء في عدد معين، أو درجة قرابة معينة، مما يسهل الحصول على الموافقة السريعة على نزع الأعضاء والأنسجة لكي لا تصبح غير صالحة بسبب التأخير، غير أن هذا التحديد للأقارب يطرح كثير من الإشكالات التنفيذية المتعلقة بالأولوية، خاصة في حالة قبول البعض ومعارضة البعض الآخر، إضافة إلى مشكلة وجود قريب صاحب حق في إبداء الموافقة ولكن غير متمتع

<sup>1</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, p 1987.

بالأهلية اللازمة للتعبير عن الإرادة، ولهذه الاعتبارات من الضروري احداث نصوص صريحة تنظم وتفصل مسألة موافقة الأسرة أو الأقارب وعدم الاكتفاء بتحديدهم.<sup>1</sup> وتوجد عدة حالات للاعتداد بإذن الأسرة حسب الوصية ان تركها الشخص المتوفي او لم يتركها وحسب مضمون الوصية التي تحتل موافقة أو رفض التبرع.

### 1- وجود الوصية بالتبرع بالأعضاء والأنسجة بعد الوفاة

إذا أوصى شخص بالانتفاع بعضو أو أكثر من أعضائه بعد الوفاة، وكانت هذه الوصية ثابتة وفق ما يشترطه المشرع، فان هذه الوصية شرط ضروري لاستئصال العضو من جثته، غير أنها لا تعد وحدها كافية، إذ لابد من موافقة أقرب الأقارب له بعد الوفاة. واشترط موافقة أسرة المتوفى بالرغم انه اوصى قبل وفاته بالتبرع بأعضائه راجع ضرورة الى احترام مشاعر أسرة المتوفى، حيث مما لاشك فيه أنه اذا تم استئصال عضو من جثة قريبهم دون استئذانهم من شأنه أن يجرح مشاعرهم ويسبب لهم أضرار نفسية<sup>2</sup> مما قد يسبب اضطراب مجتمعي.

وتسعى برامج وتنظيمات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بصورة نموذجية الى الحصول على اذن من الأسرة حتى وان سبق أن عبر المتوفي صراحة عن موافقته على التبرع.<sup>3</sup>

وقد تكون الصعوبة والمدة التي يستغرقها أخذ رأي الأسرة تتعارض مع السرعة التي تتطلبها اجراءات استئصال وزرع الأعضاء نظرا لفساد العضو او النسيج بعد مدة معينة، وهي حجة من يريد التمسك فقط بوصية المتبرع، ومن بين الحلول لتجاوز هذا

<sup>1</sup> انتصار مجوح، المرجع السابق، ص 135-136.

<sup>2</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق ص 232-233.

<sup>3</sup> أنظر في التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المرجع السابق، ص 9.

الأمر يطرح أمر شهادة الأقارب على وصية المتبرع قبل موته أو أخذ موافقتهم قبل الوفاة، وبالتالي يتم استئصال الأعضاء من المتبرع بمجرد وفاته بحكم ان موافقته وموافقة الأقارب موجودة مسبقاً<sup>1</sup>.

وهذا الحل الأخير يزيل عدة اشكالات وتساؤلات متعلقة بتعارض رأي المتبرع ورأي أسرته، غير أنه من الناحية العملية يبدو صعب التجسيد بحكم تعدد أفراد الأسرة وتغيرهم مع مرور الزمن، اضافة الى تعقيدات الحصول على موافقتهم كلهم.

## 2- وجود الوصية برفض التبرع بالأعضاء والأنسجة

إذا أوصى الشخص قبل وفاته بعدم التبرع أو استئصال أي عضو أو نسيج منه، فإنه لا يتصور ولا يجوز لأسرته أو احد اقاربه ان يعطي الإذن باي استئصال او نزع من جثة الموصي برفض ذلك، فحق الإنسان بالموافقة على نقل عضو او نسيج منه او عدم الموافقة ليس محل ارث فلا يصلح التمثيل بجثته بعد وفاته والتصرف فيها، والقول بغير ذلك يعني أن موافقة الأسرة او الأقارب تصبح بديلة عن موافقة المتبرع والاصل أنها لا تعد إلا مكملة أو متممة لها<sup>2</sup>.

## 3- عدم تعبير الشخص عن موقفه من نقل الأعضاء والأنسجة منه بعد

### الوفاة

إذا لم يكن الشخص المتوفي قد عبر مسبقاً حال حياته عن رأيه في نزع أعضائه و أنسجته بعد وفاته، فينبغي الحصول على إذن الأسرة أو الأقارب وفق ما

<sup>1</sup> أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1995، ص 222.

<sup>2</sup> محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 1996، ص 164.

ينص عليه القانون، وللأسرة الحق في قبول أو رفض الاستئصال، ولا ينبغي في نظام الموافقة الصريحة أن نعتبر صمت الشخص في هذه الحالة موافقة منه على التبرع<sup>1</sup>.

حيث نصت المادة 164 من قانون الصحة الجزائري 85-05 قبل الغائه " 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."

ووفقا لهذا النص يتم نفي أي اعتقاد بافتراض موافقة الأقارب، بل لا بد من الحصول على موافقتهم الصريحة، على الرغم من أن المشرع الجزائري أغفل النص على أن تتم موافقة الأسرة كتابة، فالأقارب يكونون في وضع أفضل، إضافة إلى الحاجة لحماية القائمين بعملية الزرع والمستشفى أو المؤسسة المؤهلة التي تتم فيها عملية نزع الأعضاء والأنسجة، ولذلك من الضروري الأخذ بعين الاعتبار أن تكون الموافقة مكتوبة<sup>2</sup>.

وقد الغيت هذه المادة بالإلغاء قانون الصحة 85-05 بالقانون بقانون الصحة 11/18، والذي تبنى نظام الموافقة المفترضة استجابة للمبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية والتوجه العالمي الجديد، على غرار الكثير من القوانين والتشريعات.

### المبحث الثاني: نظام الموافقة المفترضة في التبرع بعد الوفاة

نظام الموافقة المفترضة جاء أساسا لاعتماده كبديل لنظام الموافقة الصريحة بهدف زيادة عدد المتبرعين وتجاوز صعوبات الحصول على الإذن الصريح للمتبرع، ومفاده أنه يسمح بنزع الأعضاء والأنسجة من المتوفى لزرعها ما لم يكن قد عبر عن اعتراضه أو رفضه قبل وفاته عن طريق التسجيل في سجل خاص للرفض.

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 236.

<sup>2</sup> انتصار مجوج، مرجع سابق، ص 135.

ومن متطلبات هذا النظام أن يكون الناس على علم كافي بالسياسة المتبعة في هذا الشأن، مع إتاحة وسيلة سهلة لتسجيل عدم الموافقة أو الرفض<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: الانتقال الى اعتماد الموافقة المفترضة وتكييفها القانوني

حالة الضرورة، والمصلحة أو المنفعة الاجتماعية وإن كانت مستقبلية، تستدعي اعتماد الإرادة المفترضة للمتبرع بدلاً عن إرادته الصريحة التي يفترض القانون أنها رغبتة في تحقيق معنى التضامن الإنساني لزيادة عدد المستفيدين وانقاص حياة المرضى، بالإضافة الى تقليل التكاليف الباهضة لمعالجهم خاصة مرضى الكلى ومن يحتاجون إلى نقل الدم لتوقف عمل عضو أو أكثر في جسد<sup>2</sup> وهذه من الحالات التي تتجلى فيها قيمة وأهمية تنظيم التشريع والانتقال الى اعتماد الموافقة المفترضة للمتبرع.

### الفرع الأول: الانتقال الى اعتماد الموافقة المفترضة

لعقود من الزمان، شاركت فواعل المجتمع الدولي التي تعنى بزرع الأعضاء والأنسجة في نقاش قوي حول مزايا الانتقال من أنظمة التقيد (الموافقة الصريحة) إلى سياسات الانسحاب أو الغاء الاشتراك<sup>3</sup> (الموافقة المفترضة) لتعزيز أعداد المتبرعين

<sup>1</sup> أنظر في التعليق على المبدأ التوجيهي رقم 1 لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية، المرجع السابق، ص9.

<sup>2</sup> CHRISTINE CLAVIEN, Une évaluation éthique du consentement présumé pour le don d'organes en Suisse, Rev Med Suisse 2020 ; 16 : 370-3, 19 fev 2020, p 370.

<sup>3</sup> غالباً ما يستخدم مصطلح "الموافقة المفترضة" كمرادف لنظام إلغاء الاشتراك؛ في الواقع، من الصعب القول إنهما يحملان نفس المعنى. تنطبق " الموافقة المفترضة "بمعناها النقي والأساسي على التبرع بالأعضاء على النحو التالي: من المفترض أن يوافق شخص ما على إزالة أعضائك عندما لم يسجل اعتراضه خلال حياته. استخدام هذا المصطلح كمرادف لسياسة إلغاء الاشتراك ليس صحيحاً، لأنه مجرد مثال على التبرير المحتمل لهذا النوع من النظام.العنصر الأكثر عملية في سياسة عدم المشاركة هو أن الوضع الافتراضي يصبح إزالة أعضاء الفرد. يحتاج الشخص إلى إجراء تسجيل رسمي للمعارضة لتجنب إزالة الأعضاء. يحدث العكس في ظل أنظمة الاشتراك التي

بالأعضاء ، وتلبية الطلب المتزايد باستمرار على عمليات الزرع المنقذة للحياة، حيث جادل الكثير بأن التحول من سياسة التقييد إلى سياسة الانسحاب سيؤدي إلى زيادة أعداد المتبرعين بشكل كبير، حيث تقترض سياسة الانسحاب أن كل شخص في بلد ما على استعداد لأن يكون متبرعاً بالأعضاء بعد وفاته، وأن أولئك الذين ليسوا على استعداد، يحتاجون إلى توضيح ذلك فقط، وعادة ما يقومون بالتوقيع على بيان رسمي بهذا المعنى وغالباً ما يكون رد فعل الناس الأول على نظام الانسحاب هو أنه يبدو رائعاً لأن هناك ملايين الأشخاص في كل بلد، وسيكونون جميعاً مانحين<sup>1</sup>.

يؤكد مؤيدو نظام الانسحاب أو بالأحرى الموافقة المفترضة أن هذا الشكل يؤدي إلى معدلات أعلى للمتبرعين المتوفين، لأنهم يفترضون أن كل فرد في بلد ما يكون راجباً في التبرع بالأعضاء ما لم ينسحب على وجه التحديد من العملية<sup>2</sup>، علاوة على ذلك، يعزى إلى أنظمة إلغاء الاشتراك أنها تتغلب على العديد من الحواجز التقليدية التي تحول دون التبرع بأعضاء المتوفى، مثل الأبعاد الدينية أو الاجتماعية والثقافية المكرسة، ونقص التعليم أو الوعي بعمليات نزع وزرع الأعضاء والتحديات في التواصل مع العائلات التي تحزن على أحد أفراد أسرتها<sup>3</sup>.

---

يكون فيها عدم التبرع هو الإجراء الافتراضي، ويتطلب التبرع التسجيل، أنظر: Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, p 1986

<sup>1</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, pp 1985-1986.

<sup>2</sup> Zúñiga-Fajuri A. Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile. B World Health Organ. 2015;93:199–202. doi:10.2471/BLT.14.139535

<sup>3</sup> Miller J, Currie S, McGregor LM, O'Carroll RE. 'It's like being conscripted; one volunteer is better than 10 pressed men': a qualitative study into the views of people who plan to opt-out of organ donation. Br J Health Psychol. 2020;25(2):257–274. doi:10.1111/bjhp.12406

من المفترض أن يؤدي نظام إلغاء الاشتراك إلى زيادة عدد المتبرعين عن طريق تغيير الحس الوطني من عدم التبرع إلى التبرع، الأمر الذي له آثار على النفس الجماعية لبلد ما<sup>1</sup>.

وهناك وجهات نظر مختلفة للنظر في النتائج المباشرة للموافقة المفترضة بشأن عدد التبرعات بالأعضاء بعد الوفاة، ومع ذلك، يتفق عدة باحثين على أن معدلات التبرع أعلى في البلدان التي لديها نظام الموافقة المفترضة<sup>2</sup>، غير أنه، يذهب العديد من الباحثين إلى أن زيادة عدد المتبرعين ليست نتيجة مباشرة لسياسة الانسحاب أو الموافقة المفترضة، ولكن بفعل تأثير عوامل أخرى، وأن التحول نحو سياسة الانسحاب هو عادة مجرد واحد من عدة تدابير لزيادة توافر الأعضاء القابلة للزرع<sup>3</sup>، وهذا يخلق صعوبات للمشرعين بتقييم عواقب الانتقال إلى تبني هذا النظام<sup>4</sup>.

كالكثير من التشريعات، انتقل المشرع الجزائري من اعتماد نظام الموافقة الصريحة إلى اعتماد الموافقة المفترضة وهذا بصور قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 في سنة 2018، حيث ظهر ذلك واضحا في المادة 362 منه والتي نصت على أنه لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف

<sup>1</sup> Yan H, Yates JF. Improving acceptability of nudges: learning from attitudes towards opt-in and opt-out policies. *Judgm Decis Mak.* 2019;14(1):26

<sup>2</sup> Bendorf A, Pussell BA, Kelly PJ, Kerridge IH. Socioeconomic, demographic and policy comparisons of living and deceased kidney transplantation rates across 53 countries. *Nephrology* 2013; 18: 633-640, and Horvat LD, Cuerden MS, Kim SJ, Koval JJ, Young A, Garg AX. Informing the debate: rates of kidney transplantation in nations with presumed consent. *Annals of Internal Medicine* 2010; 153: 641-649.

<sup>3</sup> Boyarsky BJ, Hall EC, Deshpande NA, Ros RL, Montgomery RA, Steinwachs DM. Potential limitations of presumed consent legislation. *Transplantation* 2010; 93: 136-140.

<sup>4</sup> Vicente Formoso, Sílvia Marina, Miguel Ricou, PRESUMED CONSENT FOR ORGAN DONATION: AN INCOHERENT JUSTIFICATION, *Acta Bioethica* 2021; 27 (1): 27-35, p28.

بالصحة. وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته.

ويمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، كما نصت على أنه يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة، أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء.

ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها<sup>1</sup>.

من خلال هذه المادة يظهر واضحا التحول نحو اعتماد نظام الموافقة المفترضة باستعمال عبارة " يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته"، حيث يتم نزع الأعضاء والأنسجة البشرية بمجرد أن المتوفى لم يعبر عن رفضه لذلك خلال حياته في سجل الرفض " يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة، أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء " .

وهنا يطرح اشكال حول استعمال مصطلح "استشارة" حيث يفهم من هذه الصياغة أنه في حالة وفاة شخص دون أن يسجل رفضه للتبرع بأعضائه أو أنسجته

<sup>1</sup>أنظر المادة 362 من قانون الصحة الجزائري 11/18، مرجع سابق.

حال حياته فانه يمكن نزعها بمجرد استشارة أحد أفراد الأسرة حسب الأولوية لمعرفة موقف الميت من التبرع، حيث يطرح التساؤل حول كيفية التعبير عن رأي الأسرة وحول الحصول على الموافقة الواضحة منها، كما ان المادة لم تبين في حالة موافقة أحد الافراد مثل الأب ورفض فرد آخر من الأسرة مثل الأم.

### الفرع الثاني: التكيف القانوني للموافقة المفترضة للمتبرع

الموافقة المفترضة هي سياسة التبرع التي تفترض أن جميع الأفراد المقيمين في دولة ما على استعداد للتبرع بأعضاء المتوفى ما لم يختاروا على وجه التحديد القيام بالانسحاب من هذا الالتزام " نظام الانسحاب او الغاء الاشتراك"، سيتطلب من الأفراد ذكر تفضيلهم عدم التبرع بالأعضاء بعد الوفاة أثناء حياتهم، وغالباً ما يتم تسجيل هذا التفضيل في سجل إلغاء الاشتراك الوطني<sup>1</sup> أو ما يعرف بسجل الرفض.

فكيف يمكن تكيف هذا النظام قانونياً؟ وهل يعتبر سكوت الشخص عن ابداء رأيه بعدم رفضه للتبرع بأعضائه وأنسجته سكوتا ملابسا ومن ثم يعتبر موافقة؟ أم يعتبر إقراراً ضمناً بالموافقة؟ أم غير ذلك؟

### أولاً: مدى اعتبار الموافقة المفترضة سكوت ملابس

الأصل ان السكوت، بعيداً عن اي ظرف ملابس، لا يصلح ان يكون تعبيراً عن الارادة، إذ أن الارادة عمل ايجابي، بينما السكوت المجرّد ليس سوى موقف سلبي، ولهذا ذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى انه " لا ينسب الى ساكت قول"<sup>2</sup>.

الارادة شيء كامن في النفس، وان عزمت على شيء ولم تظهره بوسيلة ما فلا قيمة لها(الارادة الباطنة، والارادة الظاهرة)، والساكت حيال أمر معين لا شك ان له

<sup>1</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, p 1986.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ج/1، ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 172.

إرادة قد عزمت على شيء، قد يكون عدم الاكتراث، أو الحيرة والتردد، أو القبول، أو الرفض، فالإرادة لدى الساكت متحققة، ولكن لا قيمة لها ما دامت لم تجد من الظروف والملابسات ما يظهرها على نحو ما.<sup>1</sup>

نصت القوانين المختلفة على طرق التعبير عن الإرادة، ولم تذكر السكوت منها<sup>2</sup>، غير أنها نصت على ان السكوت يُعد قبولاً ضمناً على سبيل الاستثناء إذا احاطته ظروف معينة، ووضعت النصوص لذلك قاعدة عامة، تحتوي وتنظم حالات السكوت الملابس<sup>3</sup>. ومع ذلك نصت على مسائل معينة على وجه التحديد، واعتبرت السكوت فيها، إما قبولاً، أو رفضاً<sup>4</sup>.

تطرقنا سابقاً الى ان السكوت الملابس يأخذ به في مسألة القبول كتعبير عن الإرادة في الرد على الإيجاب الصادر من المتعاقد، أي يعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على ان

<sup>1</sup> كاظم حمادي يوسف، الإرادة الضمنية والسكوت المُعبر عنها- دراسة مقارنة-، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الخامس والخمسون) الجزء الثاني، ماي 2002، ص23.

<sup>2</sup> أنظر في هذا الشأن (وسائل التعبير عن الارادة)، القوانين المدنية العربية والاجنبية: المادة 60 من القانون المدني الجزائري، المادة (79) مدني عراقي، والمادة (90) مدني مصري، والمادة (179) مدني لبناني، والمادة (1113) من قانون العقود الفرنسي لسنة 2016.

<sup>3</sup> أنظر في هذا الشأن (حالات السكوت الملابس) في القوانين المدنية التالية: المادة 68 من القانون المدني الجزائري، المادة (81) مدني عراقي، والمادة (98) مدني مصري، والمادة (180) مدني لبناني، والمادة (1120) من قانون العقود الفرنسي لسنة 2016.

<sup>4</sup> أنظر في هذه الشأن (حالات السكوت الموصوف) في القوانين المدنية التالية:

- المادة (121) مدني عراقي، والتي عدت عدم البيان(السكوت) تغريراً(تدليس) في عقود الامانة، ويؤدي الى وقف العقد. وتقابلها المادة (125/ثانياً) مدني مصري، وتقابلها ايضاً المادة (208) مدني لبناني. والمادة (340/ ثانياً) مدني عراقي، بشأن حوالة الدين واعتبرت سكوت الدائن بعد اعلانه بالحوالة، عن اقرارها خلال اجل معقول رفضاً لها، وتقابلها المادة(316/ثانياً) مدني مصري، وتقابلها ايضاً المادة (287) مدني لبناني. والمادة (542) مدني عراقي، بشأن البيع بشرط التجربة، والتي عدت سكوت المشتري المدة القانونية للتجربة مع تمكنه منها قبولاً للمبيع ينعقد به البيع. وتقابلها المادة(421/اولاً) مدني مصري، وايضا تقابلها المادة (219) مدني لبناني.

الموجب لا ينتظر قبولا ولم يرفض الايجاب في وقت مناسب، أو إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه<sup>1</sup>.

بإسقاطنا ذلك على ارادة المتبرع، فهل يعد سكوته عن التصريح برفضه لتبرعه بالأعضاء والأنسجة البشرية يعد موافقة على ذلك؟ وقبل ذلك، هل يمكن اعتبار وجود سجل الرفض والاشهار والاعلان للجمهور وتحسيسهم بعمليات التبرع بمثابة ايجاب؟ الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد<sup>2</sup>. وعليه ينعقد العقد في كثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين أو دعوة موجهة إلى الجمهور كالإعلان عن البضائع عن طريق الاشهار في وسائل الاعلام أو حتى العرض في وجهات المحلات.

تنص المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن عمليات زرع الأعضاء على أنه يجوز تشجيع التبرع بالخلايا أو النسيج أو الأعضاء البشرية بدافع من الإيثار عن طريق الاعلان او توجيه نداء للجماهير، على ان يتم ذلك وفقا للوائح المحلية<sup>3</sup>. وعليه فإن ايصال المعلومة عن طريق الاعلان او توجيه نداء للجمهور للتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يعد بمثابة ايجاب موجه للمتبرع، غير أن هذا الايجاب غير صادر من المريض بل من المؤسسات او الهيئات المكلفة بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية وهذا ما يشكل خروج عن اركان العقد حيث الرضا يكون عبر تطابق إرادة طرفي العقد عن طريق الايجاب والقبول، هذا إذا افترضنا طبعاً أن التبرع بالأعضاء عقد بين المريض والمتبرع.

<sup>1</sup> أنظر المادة 68 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> أنظر المواد 54 و59 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> المبدأ التوجيهي رقم 6 لمنظمة الصحة العالمية بشأن عمليات زرع الأعضاء

هذا من جهة، من جهة أخرى فإنه باعتبار الاعلان او توجيه نداء للجمهور ايجاب، فان سكوت المتبرع عن هذا الايجاب لا يمكن اعتباره موافقة الا إذا شمل احدى حالات السكوت الملابس، حيث أن في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لا يوجد أي حالة من هذه الحالات فلا توجد طبيعة معاملة او عرف تجاري او أي ظرف يدل على ان الموجب لا ينتظر قبولاً من المتبرع، ولا يوجد تعامل سابق بين الطرفين، ولا توجد أي مصلحة للمتبرع بأعضائه وأنسجته.

وعليه نستنتج ان افتراض موافقة المتبرع لمجرد سكوته واعتباره سكوت ملابس يعبر عن الموافقة غير معقول ولا يمكن اعتماده.

### ثانياً: مدى اعتبار الموافقة المفترضة اقراراً ضمناً

بدلاً من تأسيس نظام إلغاء الاشتراك على افتراض الموافقة، يمكن افتراض تأسيسه على موافقة ضمنية، فعندما يحجم الفرد عن تسجيل اعتراض على الموافقة، فإنه يعطي موافقة ضمنية إذا تم استيفاء شروط معينة:

- 1) يجب أن يكون الإجراء المرتبط بالموافقة مسألة معرفة عامة؛
- 2) يجب أن يكون تسجيل المعارضة سهلاً عملياً؛
- 3) يجب أن تكون جميع المعلومات حول الإجراء وعواقبه سهلة و يمكن الوصول إليها.

في هذه الظروف، سيكون من الأكثر دقة، تبرير نظام إلغاء الاشتراك، وتسمية الموافقة على أنها ضمنية بدلاً من موافقة مفترضة.

في هذه الحالة تظهر آراء مختلفة فيما يتعلق بالموقف العقلي الذي يدعم عمل الموافقة ضمناً، حيث يجادل بعض المؤلفين بأنه إذا كان إجراء الموافقة لا يعكس بدقة

الرأي الحقيقي للفرد أو إرادته أو قراره العقلاني، يمكن اعتباره غير أخلاقي، كما هو الحال عندما يستخدم المرء بعض التلاعب للحصول على شيء ما<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن الموافقة المفترضة تبقى محل شك وتساؤل حول طبيعتها القانونية وأبعادها الأخلاقية، وفي الأدبيات، يشكك العديد من المؤلفين في صحة المفهوم، مؤكدين أن الموافقة تتكون من فعل وليس موقفاً عقلياً أو قراراً ضمناً وأنه لا يمكن للمرء أن يفترض أن الفعل قد حدث إذا كان المرء يعرف حقيقة أنه لم يحدث<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: تعبير الأسرة نيابة عن إرادة المتبرع المفترض في نظام الموافقة المفترضة

نميز بين حالتين، حالة الاعتداد بإذن الأسرة عند عدم معرفة إرادة المتبرع، وحالة الاكتفاء بالموافقة المفترضة للمتبرع دون أخذ إذن الأسرة.

#### الفرع الأول: حالة الاعتداد بإذن الأسرة كبديل عن عدم معرفة إرادة المتبرع

على الرغم من عدم اشتراط التعبير الصريح في هذا النوع من الموافقة، فقد تكون معارضة الأسرة مانعا لنزع الأعضاء والأنسجة البشرية من المتبرع المفترض المتوفي.

حسب واضعي هذا النظام فإنه إذا كان الوضع الافتراضي هو عدم رفض التبرع بالأعضاء والأنسجة، فمن المحتمل أن يكون قبول الأسرة لهذا الموقف أعلى من وجود نظام موافقة صريحة والمتوفى لم يبد رأيه، فقد يساعد نظام الموافقة الصريحة فيطمأنة العائلات بأن المتوفى يريد التبرع بأعضائه إذا صرح بذلك ويتم تسجيل نية المتبرع رسمياً، غير أن تسجيل قرار المتوفى رسمياً، سيكون من الصعب تبرير أي انحراف عن رأي هذا المتوفى المكتوب، بينما قد يتيح نظام إلغاء الاشتراك أو الموافقة

<sup>1</sup> Vicente Formoso, Previous reference, p 29, 30.

<sup>2</sup> Vicente Formoso , Previous reference<sup>s</sup> p28.

المفترضة حرية اكبر لإبداء رأي الأسرة، غير أنه لا يتيح حماية أكبر للأفراد الذين لا يرغبون في التبرع، نظراً لوجود سجل رسمي للرفض قد لا يكون المتوفي مسجل فيه، والذي يمكن أن يكون بمثابة دليل لأفراد الأسرة ومؤسسات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية<sup>1</sup>.

من منظور اخر، لا يمكن اعتبار الموافقة المفترضة أفضل تبرير لإزالة أعضاء أحد أفراد الأسرة المتوفي، فقد يعتبر افراد الأسرة أن خياراً سلبياً قد تم، وبالتالي فإن أي معارضة من طرفهم لها ما يبررها، فالتصور الذي يراود الأقارب بشأن رغبات المتوفى بشأن التبرع بالأعضاء هو أقوى مؤشر على قرار الأسرة، ففي المقام الأول، يجب أن يكون من الصعب على العائلات اتخاذ قرار بمواجهة المشكلات العاطفية المتأصلة المرتبطة بفقدان أحد أفرادهم، ومع ذلك، تعرف العائلات عادة ما هو الإجراء الذي يصب في مصلحة المتوفى لأنهم يعرفونه بشكل أفضل من الفريق الطبي.

### الفرع الثاني: حالة الاكتفاء بالموافقة المفترضة للمتبرع دون أخذ اذن الأسرة

يمثل التبرع بالأعضاء بعد الوفاة حالة خاصة فيما يتعلق باحترام الاستقلالية الشخصية لأن أي قرارات وإجراءات نهائية يجب أن يتم اتخاذها قبل الوفاة. يبدو أن احترام قرارات الناس بعد الموت سلوك مرغوب فيه اجتماعياً، فمن الشائع احترام القرارات الشخصية بعد الموت حول كل شيء تقريباً، بما في ذلك ما يجب فعله بالجسد، وبالتالي فإن استئصال الأعضاء دون موافقة شخصية يعتبر خطأ بالنسبة للأغلبية.

<sup>1</sup> Saunders B. Opt-out donation and tacit consent: A reply to Wilkinson and de Wispelaere. Journal of Medical Ethics 2012; 38: 75-76.

تعتمد المناقشة الأخلاقية الأساسية المتعلقة بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة على نقص الأعضاء القابلة للزرع والمخاوف بشأن احترام الاستقلالية الشخصية، وأصبح التساؤل يطرح نفسه، ما إذا كان اعتماد الموافقة المفترضة كطريقة لزيادة التبرعات بالأعضاء أمراً مقبولاً أخلاقياً<sup>1</sup>.

إن الاكتفاء بالموافقة المفترضة للمتبرع دون الاعتداد بإذن الأسرة لا يمكن تبريره بضرورة الفهم الراسخ للناس وقبولهم دون لبس لعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، مثل ما يمكن في الموافقة الصريحة فقد يؤدي ذلك الى التعدي على إرادة الافراد وحرابتهم واستغلالهم وقد يؤدي الى السرقة والمتاجرة بأعضائهم فلا يمكن الجزم بموافقة المتوفى على التبرع لمجرد عدم التسجيل في سجل الرفض وعدم استشارة أسرته.

إن إزالة الأعضاء ضد إرادة الأسرة يمكن أن يلحق الضرر بالعلاقة بين الطبيب والمريض والأسرة، ومع ذلك، فإن إعطاء القرار النهائي للأسر يعادل تخفيض قيمة قرارات المتوفى ويتعارض مع احترام الحرية الفردية، وعلى الرغم من هذه المخاوف قد يكون من غير المعقول التفكير في نظام لا يشمل الأسر أو الأقارب. فقد يكون من الضروري تجنب الانزعاج العام الذي يخلقه إغفال رأي الأسرة وتبني برنامج التبرع أو حتى النظام الصحي الوطني دون اعتبار للأهمية المتأصلة لمشاعر الأسرة، كما أن دعم أفراد الاسرة ضروري أيضاً لتوفير معلومات حول المتوفى قد تكون ذات صلة بالإجراءات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vicente Formoso , Previous reference,p28.

<sup>2</sup> Vicente Formoso , Previous reference 32-33.

من خلال هذا يتبين أن للأسرة دور كبير في ابداء الموافقة في تبرع أحد أفرادها المتوفي سواء في نظام الموافقة الصريحة او نظام الموافقة المفترضة، وقد ينظر إلى استشارة الأسرة أثناء عملية اتخاذ القرار على أنها ضمانة لأي من النظامين<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: حالات المحكوم عليهم بالإعدام ومجهولي الهوية

في ضوء ما سبق وصفه، يمكننا تعداد مجموعة معتبرة من العوائق التي قد تأتي من افتراض وجود التبرع من قبل أي شخص متوفي، أما بالنسبة للسجناء والمحكوم عليهم بالإعدام ومجهولي الهوية، فإن القضية تصبح أكثر تعقيداً، فهل هي حقاً موافقة مفترضة؟

نتطرق لحالة خاصة لتطبيق نظام الموافقة المفترضة لدى السجناء المحكوم عليهم بالإعدام في الفرع الأول، ونتطرق في الفرع الثاني الى حالة الموافقة لدى مجهولي الهوية.

### الفرع الأول: حالات الموافقة لدى السجناء المحكوم عليهم بالإعدام

إن فرض نظام التبرع بالأعضاء على نزلاء السجون في الواقع بمثابة تكريس للتبرع الإجباري في مواجهة وضعهم الضعيف الخاص، وقد يكون في حد ذاته عقوبة جديدة على جريمة سبق الحكم عليهم بها، وهي عقوبة مكررة بالفعل، بالإضافة إلى الحكم الصادر على النزير، خاصة في حالة حكم الإعدام، كما انه قد يفهم ان تقييد الدولة استقلالية المواطنين من خلال فرض أقصى عقوبة على انه محاولة الاعتداء على حياتهم، والاستمرار في سحب الأعضاء والأنسجة ضد إرادتهم أو في مواجهة إرادة مصطنعة.

1 Simillis C. Do we need to change the legislation to a system of presumed consent to address organ shortage. *Medicine Science and the Law* 2010; 50: 84-94.

في تبرير التبرع الاجباري على نزلاء السجون والمحكوم عليهم بالإعدام تطرح فكرة المساواة والعدالة الاجتماعية، من خلال ان التبرع الإجباري بالأعضاء من شأنه أن يحقق العدالة الاجتماعية في ظل نوع من المنطق النفعي والتضامن المجتمعي، لكن لا يبدو الأمر كذلك، فالأساس المنطقي المقدم في نظام الموافقة بأكمله يجب أن يراعي دائماً احترام الإنسان واستقلاليتة كمعيار للعدالة الاجتماعية.

وحتى لو اعترف المرء بأن التبرع الإجباري بالأعضاء من شأنه أن يحقق العدالة الاجتماعية في ظل نوع من المنطق النفعي، فإنه لن يكون مقبولاً إلا إذا كان يوفر فوائد مجتمعية أكثر من الأضرار، ومع ذلك، فمن الصعب جداً تحديد هذه الفوائد والأضرار، مع الأخذ في الاعتبار صعوبة التفريق بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية<sup>1</sup>.

إن الاعتماد على السجناء الذين تم إعدامهم أو حتى الأحياء منهم كمصدر لزراعة الأعضاء يؤدي إلى مجموعة واسعة من الانتهاكات غير المقبولة لحقوق الإنسان وأخلاقيات الطب، وتعتبر ممارسة انتزاع أعضاء السجناء الأحياء المحكوم عليهم بالإعدام وسجناء الرأي قد تشكل جريمة ضد الإنسانية، على النحو المحدد في المادة 7 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث ينبغي فهم قطع الأعضاء القسرية على أنه قتل شخص دون موافقته حتى يمكن إزالة أعضائه وزرعها في شخص آخر، ويجب اعتبار هذه الممارسة انتهاكاً صارخاً وغير مقبول للحق الأساسي في الحياة<sup>2</sup>. فالتبرع الإجباري للأعضاء والأنسجة من قبل السجناء المحكوم

<sup>1</sup> Christine Clavien, previous reference, p 392.

<sup>2</sup> Résolution du Parlement européen du 5 mai 2022 sur les informations faisant état de la poursuite des prélèvements d'organes en Chine (2022/2657(RSP)) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0200\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0200_FR.html) 20.11.2023.

عليهم بالإعدام يجب أن يُفهم على أنه انتهاك لحقوق الإنسان، بدلاً من كونه إجراءً لتعزيز العدالة الاجتماعية<sup>1</sup>.

وبالتالي فالوسيلة الوحيدة المشروعة قانونياً وأخلاقياً لنزع وزرع الأعضاء بعد الوفاة أو بعد تنفيذ حكم الإعدام هي أخذ موافقة المسجون قبل اعدامه بفترة كافية للتفكير في التبرع واتخاذ قراره بإرادة خالية من العيوب، مع إتاحة له الحق في العدول عن الموافقة<sup>2</sup>، شأنه شأن أي إنسان آخر، بل يتم التشديد أكثر في نزع أعضائه وانسجته نتيجة موقفه الضعيف.

### الفرع الثاني: حالة الموافقة لدى مجهولي الهوية

قد يتوفى شخص وفاة طبيعية أو في حادث من الحوادث أو قد يقتل من شخص آخر غير أنه لا تعرف هوية المتوفى مما يتعذر معرفة قراره بشأن التبرع بأعضائه وأنسجته، فلا يجوز نزع هذه الأعضاء والأنسجة لأن من شأن ذلك فقدان الثقة في أجهزة الدولة وحدوث اضطرابات في الأمن الاجتماعي، كما أنه قد تعرف هوية المتوفى بعد ذلك وقد يكون معارضا للتبرع بأعضائه، مما يشكل تعدياً واضحاً على حقه وحرمة جثته، كما أنه قد يكون سبب وفاته محل جريمة وأن استئصال أحد أعضائه قد يكون للتستر على هذه الجريمة، ويعاب على مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري غياب النص على هذه الحالة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Claudio Cohen, Daniela Bucc, The compulsory donation of organs and death row inmates: an analysis under bioethical standpoint, Rev. bioét (Impr.) 2011; 19(2): 383 – 96, P 383.

<sup>2</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق ص 55-56.

<sup>3</sup> بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 55-56.

### المطلب الرابع: التجربة الإسبانية وتغيير لغة الخطاب

نتطرق في الفرع الأول للتجربة الإسبانية في اعتماد نظام الموافقة على التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية باعتبارها تجربة رائدة، ثم نبين طرح آخر في الفرع الثاني لمحاولة زيادة عمليات التبرع من المتوفيين.

### الفرع الأول: التجربة الإسبانية في نظام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة

يصبح النقاش أكثر غموضاً عند التفكير في نظام التبرع بالأعضاء في إسبانيا، حيث تعد إسبانيا قصة نجاح في هذا المجال، يوجد بها أكبر عدد من المتبرعين المتوفيين دولياً، فالمعدل الفعلي للمتبرعين بالأعضاء المتوفيين في إسبانيا بلغ 46% في سنة 2022، تليها الولايات المتحدة الأمريكية بـ 44,50%، ثم بلجيكا بـ 29,40%<sup>1</sup>.

ومع ذلك، فإن تقييم التبرع بالأعضاء في إسبانيا فيه كثير من الغموض في إثبات نجاح سياسة الانسحاب (نظام الموافقة المفترضة).

غالباً ما تعزى إنجازات إسبانيا في مجال زراعة الأعضاء إلى اتباعها سياسة الانسحاب، لكن نظام التبرع بالأعضاء في إسبانيا ليس بهذه البساطة، وخبراء زراعة الأعضاء الإسبان أنفسهم لا يعتبرون إسبانيا دولة "انسحاب". "فلا يوجد في إسبانيا سجل لإلغاء الاشتراك لمن يفضل عدم التبرع، ويتم الاتصال بالعائلات دائماً للسماح بالتبرع بالأعضاء"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>International Registry in Organ Donation and Transplantation March 2023, Preliminary numbers 2022, Donation and Transplantation Institute, DTI, p 4.

<sup>2</sup> Matesanz R, Domínguez-Gil B. Opt-out legislations: the mysterious viability of the false. *Kidney Int.* 2019;95(6):1301–1303. doi: 10.1016/j.kint.2019.02.028

تتعارض هذه العوامل مع بعض الأسس الرئيسية للتبرع عن طريق نظام الموافقة المفترضة، بل إنها قد تلغي تأثيره.

فالزيادة في أعداد المتبرعين عند المتوفين في إسبانيا تربط بالعديد من المبادرات على مستوى المستشفيات بشكل رئيسي، حيث أنشأت الحكومة الإسبانية شبكة وطنية لزراعة الأعضاء في معظم المستشفيات، واستثمرت بشكل كبير في تسهيل التعرف المبكر على المتبرعين المحتملين من خلال تمكين موظفي المستشفى على وجه التحديد لهذا الغرض، كما وفرت شبكة واسعة من المنسقين، مدربة خصيصاً على كيفية طلب التبرع بالأعضاء ، والاقتراب من أفراد الأسرة، والترويج للتبرع بعد الموت. ويعتقد أن هذه العوامل كان لها تأثير أكبر بكثير على معدلات تبرع المتوفين مقارنة باعتماد نظام الموافقة المفترضة بشكل عام.

تبين لنا الحالة الإسبانية أهمية الفروق الدقيقة في تقييم أنظمة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، والخطر المحتمل المتمثل في اعتماد نظام معين، حيث تتوافق سياسة إسبانيا مع أسس نظامي التبرع بالأعضاء ، ولكن ربما تكون أكثر شبهاً بنظام الموافقة الصريحة من نظام الموافقة المفترضة.

حسب التجربة الإسبانية هذا التمييز بين الأنظمة ليس مهماً مثل أهمية التطبيقات الدقيقة للتشريع والتعليم العام والبنية التحتية للرعاية الصحية والموارد البشرية المؤهلة، وتحديد العوائق التي تحول دون عمليات التبرع ومعالجتها في السياق الوطني بشكل منهجي، وانتهاج نظام نوعي حسب احتياجات البلد وخصوصيتها يمكن أن يستجيب للتغيير.

لا يبدو أن هناك تجربة واحدة يمكن أن تعزى فيه الزيادة في أعداد المتبرعين المتوفين ببساطة إلى التغيير في نظام التبرع<sup>1</sup>، بل بالعكس في بعض الأحيان، أدى التغيير في النظام من التقيد إلى الانسحاب، دون مرافقة التغييرات التي تتناول التثقيف العام والتوعية وهياكل النظام الصحي إلى انخفاض معدلات التبرع "على سبيل المثال في البرازيل".

علاوة على ذلك، فإن تلك البلدان التي تم الإعلان عنها كمقاييس لنظام إلغاء الاشتراك الناجح قد لا تكون كذلك معتمدة على هذا النظام، مثل إسبانيا. ومن الجدير بالذكر أيضاً أن نظام الموافقة المفترضة دون الرجوع للأسرة لم تحظ بقبول عام ولا تزال هناك حاجة لإجراء محادثة مع عائلات المانحين المحتملين، وبالتالي فإن حواجز التبرع التي تظهر بجانب سرير المتوفى خلال هذه الفترة من غير المرجح أن تسقط بدلاً من ذلك<sup>2</sup>.

من خلال هذه المراجعة للأدبيات الحديثة، بدأت تظهر عدة اتجاهات تحدد سياسات للتبرع في تبنيها ل أحد النظامين أو المزج والتهجين بينهما (أنظر في الجدول رقم 1 التالي) .

<sup>1</sup> Gomez-Aldana A, Tapias M, Rosselli D. Opt-out in kidney transplantation rates: The Colombian experience. *Kidney Int.* 2020;97 (6):1299. doi: 10.1016/j.kint.2020.02.009, and Matesanz R, Domínguez-Gil B, Coll E, Mahillo B, Marazuela R. How Spain reached 40 deceased organ donors per million populations. *Am J Transplant.* 2017;17(6):1447–1454. doi:10.1111/ajt.14104

<sup>2</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, p 1996.

جدول رقم 1: تجارب أنظمة التبرع بأعضاء المتوفين في بعض الدول<sup>1</sup>

الدولة	المتبرعون المتوفون/ لكل مليون نسمة	النظام	فعالية التغيير إلى إلغاء الاشتراك (الموافقة المفترضة)
الأرجنتين	19,6	الهجين من عام 2005	أدى النظام الهجين إلى زيادة كبيرة في معدلات المتبرعين المتوفين
		الموافقة المفترضة من عام 2018	يعد الانتقال إلى إلغاء الاشتراك أمرًا حديثًا بحيث لا يمكن تقييمه بدقة.
البرازيل	18,10	الموافقة المفترضة 1997-1998	تم تنفيذ إلغاء الاشتراك بطريقة متسارعة، ولم يتم استقبله بشكل جيد من قبل الجمهور أو العاملين في مجال الصحة. ألغيت في عام 1998.
شيلي	10,4	الموافقة المفترضة	في البداية، أدى نظام إلغاء الاشتراك إلى معدل تبرع أقل بكثير، وتم تسجيل عمليات إلغاء الاشتراك الجماعية. وقد ارتفع معدل المتبرعين المتوفين في وقت لاحق لأن شيلي تتطلب الآن خيار عدم المشاركة بشكل أكثر وضوحًا، وتم إدخال مبدأ المعاملة بالمثل.
كولومبيا	8,4	الموافقة المفترضة	كان هذا التبدل حديثًا، ويبدو أنه لم يكن له في الوقت الحاضر تأثير عام على أعداد المتبرعين المتوفين.
ماليزيا	0,53	الموافقة الصريحة	غير متوفر
سنغافورة	6,6	الموافقة المفترضة	أدى التحول إلى إلغاء الاشتراك في البداية إلى زيادة في معدلات المتبرعين المتوفين، إلا أن هذا الأمر ظل راکدًا بعد ذلك على الرغم من التعديلات القانونية الجوهرية. وخلص إلى أن هناك حاجة إلى مزيد من العمل لزيادة معدلات المانحين.

<sup>1</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, p 1990.

إسبانيا	49,00	مختلط/لا يتم الاشتراك أو إلغاء الاشتراك بشكل واضح	فعال، خاصة في استثماره في الموارد للمشاركة في تحديد المتبرعين والتواصل مع العائلات على المستوى السريري.
جنوب إفريقيا (2016)	1,29	الموافقة الصريحة	غير متوفر
تايلند	3,66	الموافقة الصريحة	غير متوفر
الولايات المتحدة الأمريكية	36,88	الموافقة الصريحة	غير متوفر

يلقي هذا الجدول نظرة عامة على بعض أنظمة التبرع بأعضاء المتوفين في مختلف البلدان، ويقدم ملخصاً موجزاً لنجاح أو عدم نجاح هذه التحولات<sup>1</sup>. من خلال هذا الجدول يتبين لنا أن التحول نحو نظام الانسحاب أو الموافقة المفترضة، لم يكن سبباً واضحاً في زيادة أعداد المتبرعين من المتوفين، باستثناء إسبانيا والأرجنتين والتي تبنت الموافقة المفترضة مع دمجها مع الموافقة الصريحة (نظام هجين)، وإسبانيا انتهجت بالموازاة مع هذا التحول سياسة الاستثمار والتكوين للموارد البشرية والاقتراب أكثر من المرضى وعائلات المتوفين على المستوى السريري.

<sup>1</sup> Harriet Rosanne Etheredge, Previous reference, p 1990.

## الفرع الثاني: تغيير لغة الخطاب في نظام التبرع بعد الوفاة

لا يزال هناك ميل قوي للتركيز على إجراءات ونظم الموافقة كأداة لمواجهة التحديات الأخلاقية للتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، و يرى بغض الباحثين<sup>1</sup> في هذا المجال أن أحد العوائق التي تحول دون هذا التحول هو اللغة السائدة في المجتمع وعند المعنيين بتنظيم وتطبيق عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، حيث يتم التعبير عن توفير الأنسجة على أنه "تبرع" أو "هبة"، ومقدمو الأنسجة يشار إليهم باسم "المتبرعين". فبسبب هذه الصفات الأدائية للغة، واستخدام هذه المصطلحات قد يشكل ذلك نظرة إلى المشاركين في توفير الأعضاء والأنسجة على أنهم مزودون سلبيون لاعتبارات أو استحقاقات قادمة، وهذا يعيق النهج التشاركي والتضامني الضروري لمعالجة التحديات الأخلاقية التي تواجهها حاليًا أنظمة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بشكل مناسب، ومن أجل تعزيز هذه الفكرة من خلال اللغة المستعملة، يتعين تمهيد الطريق لهذا النوع من الأساليب التشاركية في التعامل على نطاق واسع، من خلال البدء في استعمال مصطلحات مناسبة بديلة مثل "مقدمي الأنسجة tissue providers"، أو "المشاركين participants"، أو "الشركاء partner"<sup>2</sup>.

إن تغيير لغة الخطاب لا تتم بمجرد تغيير المصطلحات، حيث ان للقاء على المحاورة والاتصال بالمتبرع أو أسرته دور وأهمية كبيرة في الحصول على الموافقة على هذا التبرع بالأعضاء والأنسجة.

<sup>1</sup> Michael A. Lensink , Karin R. Jongsma, Sarah N. Boers and Annelien L. Bredenoord, Department of Medical Humanities, University Medical Center Utrecht, Utrecht University, PO Box 85500, 3508 GA Utrecht, The Netherlands.

<sup>2</sup> Michael A. Lensink et al, Better governance starts with better words: why responsible human tissue research demands a change of language, BMC Medical Ethics, 2022, p 1.

إن هذا التوجه في تغيير لغة الخطاب المستعملة في الحصول على الأعضاء والأنسجة البشرية بهدف زرعها للمرضى، من خلال إنتقاء مصطلحات وألفاظ ذات دلالة تهذب أسلوب التبرع بالأعضاء والأنسجة بوضع المتبرعين المحتملين في صورة مشاركين أو شركاء، يمثل طرح جديد جدير بمزيد من الدراسة، غير أنه لا يبدو كاف لزيادة عدد المتبرعين، فتسمية المانح لأعضائه بالمتبرع أو المشارك أو الشريك لا يمكن أن يؤثر بشكل كبير على إرادة الشخص في نزع أعضائه بعد الوفاة، الا بتكوين وتطوير قدرات القائمين على عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة خاصة المكلفين بالاتصال مع المتبرع وأسرته.

وفي هذا الصدد تطرقت دراسة في هذا الشأن إلى توضيح وبيان دور الأخصائي الاجتماعي الطبي في التوعية بالتبرع بالأعضاء البشرية في نظر الأطباء، وخاصة مرحلة اتخاذ القرار النهائي بالتبرع، في ثلاثة مستشفيات أردنية والبالغ عددهم الكلي 480 طبيب وطبيبة تقريبا مع إجراء مقابلات لمجموعة من المتبرعين بالأعضاء البشرية. كشفت نتائج الدراسة وحسب وجهة نظر الفريق الطبي لمرحلة التأهيل بالتبرع بالأعضاء دورا فعالا للأخصائي الاجتماعي.

وأوصت الدراسة بالعمل على توفير ملف للمتبرع يوضح حالته مع مراعاة ابراز آلية اتخاذ القرار حول وضعه الصحي النهائي بالمشاركة مع الأخصائي الاجتماعي، و التأكيد على أن يتلاءم عمل الأخصائي الاجتماعي الطبي مع قدراته العلمية والعملية مع توفير عدد كافي من الأخصائيين الاجتماعيين الطبيين حسب الخدمات التي يقدمها المركز والعمل على تقديم خدمة اجتماعية متكاملة تمهيدا لعملية

التبرع بالأعضاء والأنسجة، وكذلك القيام بدراسات مستقبلية وافية حول سبل تطوير أداء الأخصائي الاجتماعي الطبي في مجال التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية<sup>1</sup>. هذا ما يبين الدور الفعال والكبير للمكلفين بالاتصال بالمتبرع وأسرته في الحصول على الموافقة على التبرع بالأعضاء والأنسجة بعد الوفاة، مع احترام ارادة المتبرع الحرة في ظل ما يحكمه القانون.

---

<sup>1</sup> طلال عبد الكريم صلاح القضاة، دور الأخصائي الاجتماعي الطبي في التوعية بالتبرع بالأعضاء البشرية من وجهة نظر الأطباء، مجلة دراسات العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 46، العدد 4، كلية الآداب، الجامعة الاردنية، الاردن، 2019، ص 304.

الخاتمة

## خاتمة

في نهاية دراستنا للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية والتي حاولنا فيها الإجابة والامام بهذا الموضوع خاصة وأنه يشمل من جهة، الإرادة التي تعبر عن جوهر الموافقة والرضا عند الإنسان، و هذه الإرادة ظاهرة نفسية لا تعرف إلا بالتعبير عنها، ومن جهة أخرى، يشمل عمليات محلها الجسم البشري للإنسان بما له من كرامة وحرمة دينية وأخلاقية وحماية قانونية على جسمه وجثته، في سبيل انقاذ حياة مرضى استعصت عليهم مختلف الحلول العلاجية، وبما تثيره هذه الدراسة من عدة إشكالات وتساؤلات قانونية حول نجاعة الأنظمة القانونية في تنظيمها لأحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ودور إرادة المتبرع في هذه العمليات وحدودها والقيود المفروضة على حريته في الموافقة على منح أعضاء وأنسجة من جسمه.

ومن خلال هذه الدراسة تعرفنا على أن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية يتم إما من متبرع حي الى متلقي حي أو من جثة المتوفي الى متلقي حي، ويأخذ التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء صورتين، الصورة الأولى متمثلة في التبرع التقليدي وهو الشكل الأول المعروف في عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء، قيدت فيه ارادة المتبرع من خلال حصر نطاق العملية على من تربطهم رابطة او صلة سواء كانت صلة قرابة، او زوجية او جنسية او حتى عاطفية، لتجنب الاتجار بهذه الأعضاء والأنسجة، واستحدثت الصورة الثانية للتبرع والمتمثلة في التبرع المتقاطع او التبادلي لزيادة عدد المتبرعين وتجاوز صعوبات عدم التوافق المناعي.

ولقد شددت مختلف التشريعات في كيفية الحصول على الموافقة المسبقة والمستتيرة للمتبرع الحي بالاستناد على تعبيره بإرادته الحرة وكتابيا امام سلطة رسمية عادة هي السلطة القضائية بعد اعلامه وتبصيره اعلاما كافيا بكل جوانب العملية، وذلك تحت طائلة المسؤولية الجنائية والمدنية، كما انه يحفظ للمتبرع الحي حق العدول

## خاتمة

والرجوع عن التبرع قبل اجراء عملية نزع عضو او نسيج منه في اي وقت شاء ودون اي اجراءات شكلية يمكن ان تضر بإرادته الحرة.

بينما في العمليات على الأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين لا يمكن القيام بالنزع الا بعد التأكد من واقعة الوفاة بمقاييس علمية وعملية، حيث اعتمد التشريعات في ذلك على معيار الموت الدماغي الذي لا يكون بعده أي شك في عودة الشخص الى الحياة رغم استعمال أجهزة الإنعاش الاصطناعي التي تمكن من إبقاء بعض الأعضاء والأنسجة للمتوفي في حالة جيدة من اجل نزعها وزرعها في جسم المريض. هذا النزع للأعضاء والأنسجة يتطلب موافقة المتبرع قبل وفاته، واعتمدت التشريعات في ذلك أولاً على نظام الموافقة الصريحة، والذي بمقتضاه يجوز نزع الأعضاء والأنسجة البشرية إذا كان المتبرع حال حياته قد وافق موافقة صريحة على هذا النزع بوسيلة مكتوبة (سجل الموافقة او سجل التبرع)، غير ان نقص اقبال الأشخاص على التبرع لما بعد وفاتهم في ظل تزايد عدد المرضى المحتاجين الى زرع الأعضاء والأنسجة، أدى بمختلف التشريعات لاستبدال نظام الموافقة الصريحة والتحول نحو نظام الموافقة المفترضة وفقاً للمبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية، وبمقتضى نظام الموافقة المفترضة يفترض موافقة المتبرع المتوفى بمجرد انه لم يعبر عن معارضته حال حياته لهذا التبرع في سجل خاص (سجل الرفض).

ولقد خلصنا في هذه الدراسة الى النتائج التالية:

- مختلف التشريعات والقوانين في تنظيمها لعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية عملت بالمبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية لسنة 1991 في قرارها 44-25 وتحديثها بالقرار 63-24 الصادر في 25 مارس 2010 عن جمعية الصحة العالمية، وهذا يعد توجه عالمي موحد يخدم الهدف المنشود لمختلف الدول في حسن تنظيم أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة

- البشرية في سبيل زيادة عدد المتبرعين وإنقاذ حياة المرضى وتجنب المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية مع احترام إرادة المتبرعين.
- إرادة المتبرع ورضاه يعد أحد العناصر المكونة لأساس إباحة عمليات استئصال الأعضاء والأنسجة الى جانب ترخيص القانون بهذه العمليات ومراعاة لحالة الضرورة والمصلحة الاجتماعية، وليس مجرد شرط لعملية التبرع يراعى الى جانب الشروط الفنية والطبية الخاصة بعمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.
- إرادة المتبرع الحي بالأعضاء والأنسجة البشرية تستوجب أن تكون إرادة حرة سليمة من جميع عيوب الارادة ومستتيرة بعد تبصير المتبرع بكل ما يتعلق بعملية نزع وزرع عضو أو نسيج من جسمه، وتعبيره عن موافقته كتابة وأمام سلطة مؤهلة، والالتزام بالشروط الفنية والطبية المطبقة المتعلقة بمحل التبرع ومكان العملية ومجانيتها تحت طائلة المسؤولية الجنائية والمدنية، وفي هذا وفقت مختلف التشريعات خاصة بعد التعديلات التي طرأت عليها، بنصها على جميع هذه الشروط لنزع الأعضاء من المتبرع الحي.
- الالتزام بسلامة المتبرع الحي يعتبر التزام بتحقيق نتيجة فخضوعه للعملية ليس لتحقيق ضرورة علاجية له، لأنه يعرض نفسه لفقد عضو أو نسيج منه لتحقيق مصلحة علاجية لغيره.
- توجد صورتين للتبرع بين الأحياء متمثلة في التبرع التقليدي والتبرع المتقاطع أو التبادلي، واختلفت النصوص القانونية المنظمة للتبرع التقليدي في وجود وتحديد الرابطة بين المتبرع والمتلقي للأعضاء والأنسجة البشرية، حيث تبنت منظمة الصحة العالمية من خلال مبادئها التوجيهية بشأن زرع الأعضاء والنسج البشرية وجود صلة جينية أو قانونية أو حتى عاطفية بين المتبرعين الأحياء وبين من يتلقون تبرعاتهم بينما اشترطت بعض التشريعات وجود رابطة زوجية أو صلة قرابة بتحديد أو بدون تحديد درجتها أو صلة الجنسية ومنها من لم يشترط وجود هذه

- الرابطة، واشتراط المشرع الجزائري وجود رابطة قرابة أو زوجية وحدد صفتهم (درجتهم) في المادة 360 من قانون الصحة 18-11 لسنة 2018، حيث اشترط أن يكون المتبرع أحد الأصول أو الفروع أو الحواشي الى الدرجة الرابعة أو زوج أو زوجة أو أحد الاصحار الى الدرجة الأولى ولم يتطرق لصلة الجنسية.
- يقترب التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء في شكله التقليدي من الهبة، فهو من عقود الهبات، وإن كان من نوع خاص، غير أنه لا يمكن إخضاعه لجميع أحكام عقد الهبة، ولا يمكن اعتبار محله الذي هو جسم الإنسان من نطاق الاشياء والأموال، كما أن هذا الاعتبار يتعارض مع الفقه الإسلامي.
- استحدث التبرع المتقاطع أو التبادلي في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري في قانون الصحة 18-11، وذلك كوسيلة لمواجهة حالات عدم التوافق المناعي بين المتبرعين والمرضى الأقارب وتوسيع عمليات التبرع، حيث أصبح التبرع بين الأحياء لا يقتصر فقط على من لهم صلة قرابة أو زوجية أو أي رابطة أخرى، بل يمكن تشكيل ثنائيات متبرع-متلقي من غير رابطة بين المتوافقين مناعيا في شكل تبادلي، مع الموافقة على هذا التبادل بينهم وفق الشروط القانونية.
- التبرع المتقاطع أو التبادلي هو في الأساس تبرع تقليدي مع اشتراط عدم وجود التطابق المناعي بين المتبرع وقريبه المتلقي، ولا توجد فيه رابطة مباشرة بين المتبرع والمتلقي الثاني من غير اقاربه، لذلك يمكن أن يقترب مفهومه من الهبة غير المباشرة غير أنه لا يمكن تكيفه كذلك، لان محله لا يصلح للتعامل المالي.
- شددت التشريعات على اعلام وتبصير المتبرع الحي عن طريق لجنة خبراء تتكون من أطباء مختصين وعامين ونفسانيين، كما توسعت في تعريفها لكل جوانب عملية النزع لأحد أعضاء أو أنسجة المتبرع ومخاطرها من جهة، وأيضا للجوانب المتعلقة بالمريض المستقبل، غير انه لا تكشف هوية المتبرع والمتلقي في التبرع المتقاطع.

- اشترطت مختلف التشريعات في التعبير عن إرادة المتبرع الحي في الموافقة الكتابية الرسمية أمام هيئة او سلطة رسمية عادة هي السلطة القضائية (رئيس المحكمة أو قاضي)، وهذا التوجه ملائم جدا حتى يعطي ضمانات أكثر في احترام إرادة المتبرع والتأكد من موافقته الحرة، كما يجنب ذلك تحميل المسؤولية لممارسي الصحة.
- مفهوم التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة يقترب من مفهوم الوصية غير أنه لا يصلح أن يكون قانونيا وصية وفق الأحكام العامة للوصية خاصا من حيث المحل لأن جسم الإنسان لا يمكن اعتباره شيء او مال، ولم يمنع ذلك من التعبير على هذا التبرع بالإيحاء بالأعضاء والأنسجة البشرية، او التبرع على سبيل الوصية، نسبة الى المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية وهذا ما ذهب اليه العديد من الفقهاء والباحثين وبعض المشرعين، ويعني ذلك أن الاستئصال من جثث الموتى يتوقف على وجود وصية من المتبرع، وبعض القوانين استعملت مصطلح الوصية بشكل صريح.
- معيار الوفاة المعتمد في تحديد لحظة الوفاة في مختلف التشريعات لنزع الأعضاء والأنسجة من جثث الموتى هو معيار الموت الدماغي، حيث يمكن هذا المعيار، من جهة، التأكد من الوفاة مع عدم وجود إمكانية للعودة للحياة، ومن جهة أخرى، يمكن من الاستفادة من الأعضاء والأنسجة البشرية التي لا تزال لم تفسد بعد، وقد أثار هذا المعيار جدلا فقها كبيرا بين مؤيد له ومعارض له بحكم انه موت حقيقي من عدمه، ورجح أنه موت حقيقي.
- نظم التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية من متبرع متوفى في شكل نظامي الموافقة الصريحة والموافقة المفترضة، واستحدث نظام الموافقة المفترضة كحل لزيادة عدد المتبرعين بالأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين لتلبية حاجة العدد الكبير من المرضى، ولتجاوز صعوبات الحصول على موافقة المتبرع في نظام الموافقة

الصريحة، حيث تحولت الكثير من التشريعات الى اعتماد الموافقة المفترضة كبديل لنظام الموافقة الصريحة ومنها التشريع الجزائري في قانون الصحة 11/18.

- الموافقة المفترضة تبقى محل شك وتساؤل حول طبيعتها القانونية وأبعادها الأخلاقية، حيث يشكك العديد من الباحثين في صحة المفهوم، فلا يمكن اعتبارها سكوتا ملابسا ولا اقرارا ضمنيا، كما أنها تثير عدة تساؤلات حول حقيقة الأخذ بإرادة المتبرع كونه لم يعبر عنها صراحة.

- لأسرة المتبرع دور أساسي في الموافقة على نزع أنسجة أو أعضاء من قريبهم المتوفي سواء في نظام الموافقة الصريحة أو نظام الموافقة المفترضة، غير أن هذا الدور يبرز ويصبح أكثر جدلية في حالة عدم معرفة الإرادة الحقيقية للمتبرع، خاصة في نظام الموافقة المفترضة عند وفاة الشخص دون ابداء معارضته للمتبرع.

- لا يوجد إجماع على نظام التبرع الأفضل من المتوفين سواء الموافقة الصريحة (نظام الاشتراك) أو الموافقة المفترضة (نظام الانسحاب)، حيث أن التحول من نظام الاشتراك الى نظام الانسحاب لم يحقق الحل النهائي لمشكلة نقص المتبرعين، لارتباط موافقة المتبرع بإذن أسرته من جهة، واختلاف الابعاد الدينية والثقافية والإجراءات الطبية من دولة الى أخرى، ويظهر ذلك خاصة في بعض نتائج تجارب الدول في الانتقال من الموافقة الصريحة للمتبرع الى نظام الموافقة المفترضة، وكانت التجربة الاسبانية بمثابة ابرز الاستثناءات، حيث أنه زاد عدد المتبرعين من المتوفين بشكل كبير، لكن العديد من الباحثين والخبراء لا يربطون نجاح التجربة الاسبانية بنظام الموافقة المفترضة بل باستثمارها في الموارد البشرية الطبية والتواصل الفعال مع عائلات المتبرعين المحتملين على المستوى السريري، واتباعها نظام موافقة متميز خاص بها يقترب من نظام الموافقة الصريحة أكثر من نظام الموافقة المفترضة.

- حق عدول المتبرع عن الموافقة بنزع عضو أو نسيج منه خلال حياته أو لما بعد وفاته قبل اجراء العملية حق مكفول في اي وقت شاء ودون اي اجراءات شكلية يمكن ان تضر بإرادته الحرة، وهذا ما أكدت عليه مختلف التشريعات.
- أغفلت مختلف التشريعات للوضع الخاص بالمسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام، المحتاجين لحماية خاصة لتفادي سرقة أعضائهم وأنسجتهم واستغلال مركزهم الضعيف.
- وفي الأخير ومن خلال هذه الدراسة ونتائجها، يمكننا طرح بعض الاقتراحات القانونية:
- يجب مراعاة ثقافة وخصوصية وطبيعة المجتمعات في حالة سن تشريعات وقوانين بشأن زرع الأعضاء والأنسجة البشرية.
- يجب اشتراط وجود رابطة بين المتبرع والمتلقي للأعضاء والأنسجة البشرية في مختلف القوانين المنظمة للتبرع بين الأحياء في شكله التقليدي لتفادي الاتجار بها، سواء كانت رابطة القرابة أو الزوجية أو المصاهرة مع التوسع في درجة القرابة لزيادة عدد المتبرعين واستبعاد الرابطة العاطفية في المجتمعات الإسلامية.
- تعميم اعتماد التبرع المتقاطع وتشجيع العائلات والأسر على الموافقة عليه لانقراض حياة المرضى، مع النص على إثبات عدم التوافق المناعي في عمليات تبادل الأعضاء بوثيقة رسمية للحيلولة دون استغلال عملية التبادل لتحقيق أغراض خارج نطاق القانون، خاصة ما تعلق بالإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية.
- النص على أن يكون العدول مكتوب كوثيقة للإثبات وليس كشرط للاعتداد به، وبالتالي عمليا يمكن العدول عن عملية الاستئصال بمجرد تصريح المتبرع وابداء رغبته في التراجع قبل اجراء العملية، لكن يمكن توثيق ذلك لإثبات عدوله.
- عدم التحول المتسرع من نظام موافقة الى نظام موافقة آخر، دون دراسات دقيقة للبنية الاجتماعية والثقافية للدولة المعنية، مع تقييم مآلات هذا التحول.

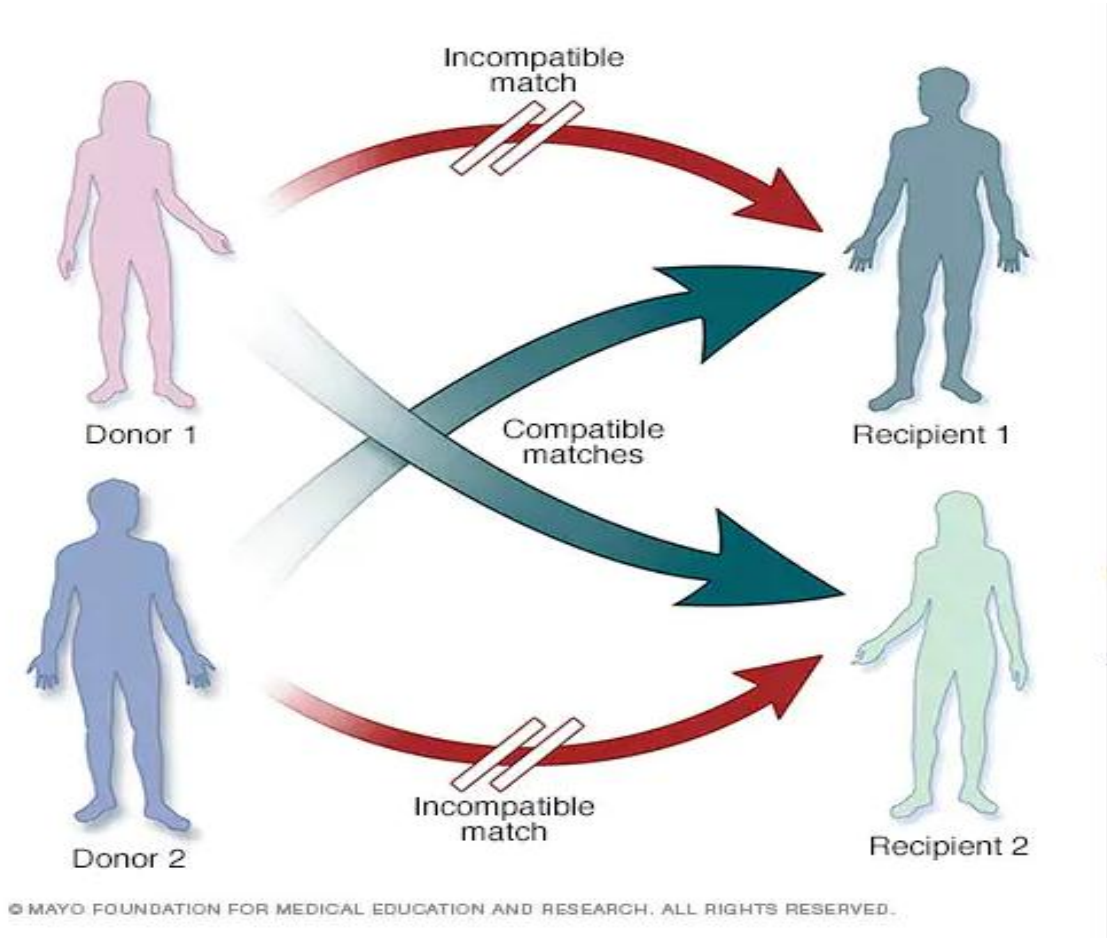
- التشديد في مسألة نزع الأعضاء والأنسجة من نزلاء السجون والمحكوم عليهم بالإعدام نظرا لمركزهم الضعيف، وحماية والأسرى من سرقة أعضائهم وأنسجتهم، خاصة في الحروب.
- إعادة النظر في نظام الموافقة المفترضة من خلال خلق آلية واضحة تمكن من الحصول على موافقة المتبرع بتعبيره الواضح واردة الحرة، أو الغاء هذا النظام.
- على المشرع الجزائري سن قانون خاص بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية مستقل عن قانون الصحة، وهذا من شأنه أن يعطي أهمية أكبر لهذا الموضوع، ويتيح لمختلف شرائح المجتمع الاطلاع السهل على أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.
- على المشرع الجزائري العودة لنظام الموافقة الصريحة في التبرع من المتوفين مع التركيز على الترويج لعمليات التبرع وتكوين الموارد البشرية الطبية في الوسائل القانونية الفعالة في الحصول على موافقة المتبرعين وأسره، حيث أن التحول المتسرع نحو نظام الموافقة المفترضة يمكن أن يكون له أثر عكسي بانسحاب عدد كبير من المتبرعين المحتملين من الموافقة على التبرع في حالة معرفتهم، فلا يمكن أن نسلم بقبول شخص دون أن نتأكد أنه يعلم بوجود هذا النظام أصلا.
- في حالة عدم الغاء نظام الموافقة المفترضة في قانون الصحة الجزائري، نقترح تعديل صياغة المادة 362 من هذا القانون التي تنص على اعتماد هذا النظام، بما يوضح أهمية أخذ موافقة الأسرة وليس مجرد استشارتها حول موقف المتوفى فالمادة تنص " وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة، أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء ".

وبالتالي يمكننا ان نقترح إضافة جملة " والتعبير عن موقفهم من هذا التبرع أو أخذ إذنتهم"، وهذا لإبراز ان الأسرة كشرط لعملية نزع الأعضاء وليس مجرد إجراء شكلي.

- إضافة بعض الأحكام القانونية في التشريع الجزائري الخاصة باشتراط الموافقة الكتابية في ان أفراد الأسرة حتى لا يتم افتراض موافقتهم، وكذلك بعض الاحكام المتعلقة بحالة عدم اجتماعهم على رأي واحد.

الملاحق

## الملحق رقم 1: التبرع المتقاطع (التبادلي)

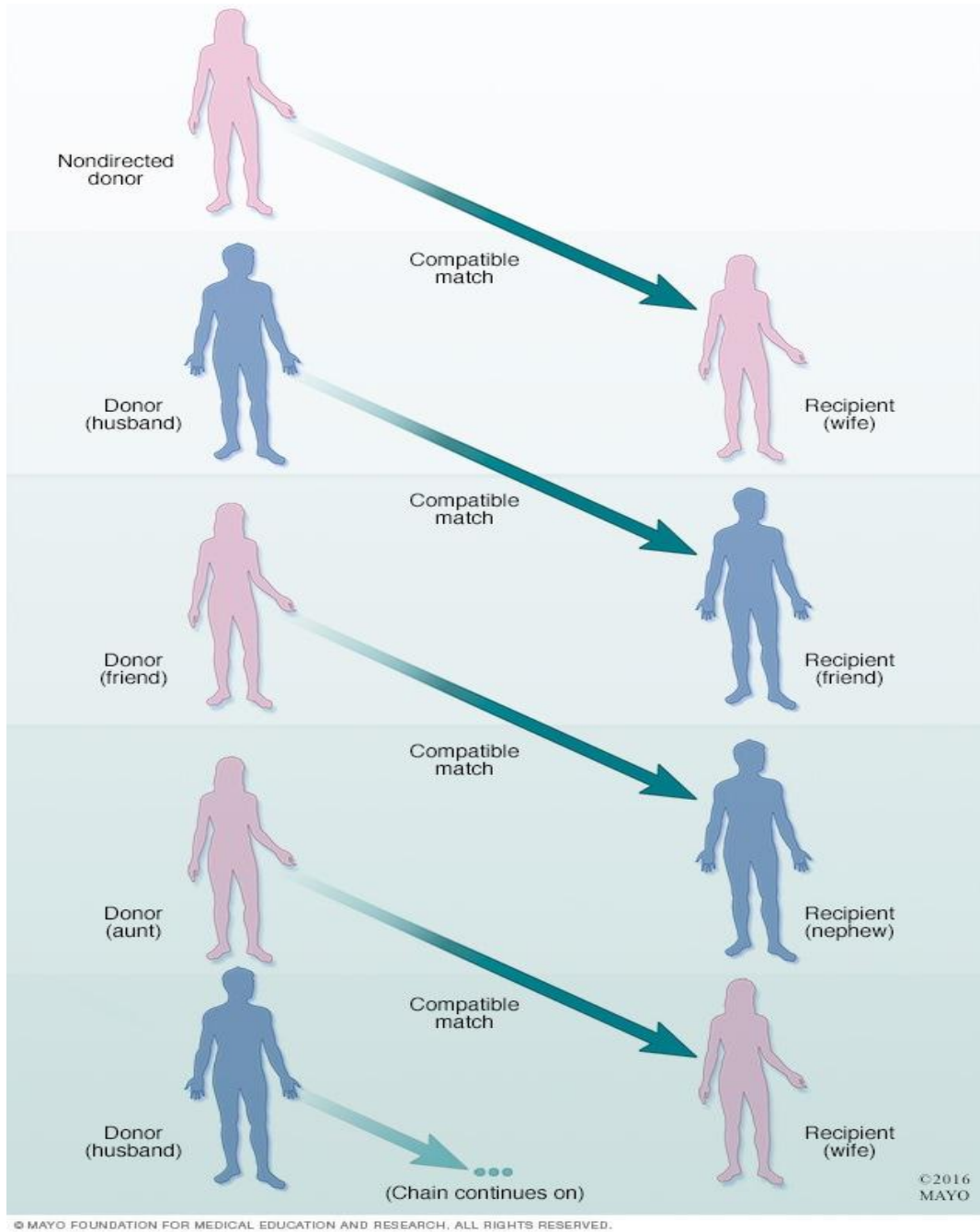


المصدر :

<https://www.mayoclinic.org/ar/departments-centers/paired-donation/overview/ovc->

[20508454](https://www.mayoclinic.org/ar/departments-centers/paired-donation/overview/ovc-20508454)

## الملحق رقم 2: تسلسل التبرع بالأعضاء للمتبرعين الأحياء (تبرع تبادلي متعدد)



المصدر:

<https://www.mayoclinic.org/ar/tests-procedures/living-donor-transplant/about/pac-20384787#dialogId14602629>

## قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً- باللغة العربية

الكتب

الكتب العامة

- 1- ادريس محمد عبد الفتاح، حكم التداوي بالمحرمات، دار المنار، 1993.
- 2- البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير - دمشق بيروت، 2002.
- 3- البرعي محمود والبرعي هاني، تشريح ووظائف أعضاء جسم الإنسان، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، 1988.
- 4- بن كثير إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن الكريم، المجلد الرابع، دار ابن الحزم، بيروت، السنة، 2000.
- 5- بوضياف عمار، القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا، دار جسر للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2015.
- 6- الترمذي، "كتاب الطب"، تحقيق وشرح، أحمد رفعت البدرابي، دار احياء العلوم "باب ما جاء فيمن يقتل نفسه بسم أو غيره".
- 7- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 8- حسين محيسن سميرة، رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة- دار الفكر والقانون، ط1، المنصورة، مصر، 2016.
- 9- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

- 10- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ط1، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 11- الزحيلي وهبه، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج3، ط2، دار الفكر، دمشق، 2006.
- 12- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، 1993.
- 13- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1976.
- 14- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1962.
- 15- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان 1976.
- 16- سوار وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.
- 17- شرف الدين، أحمد، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار النهضة العربية، ط2، 1987.
- 18- صديقي عبد القادر، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، دار النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2020.
- 19- عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشروق، ج2، القاهرة، 1968.
- 20- عشعوش كريم، العقد الطبي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

- 21- العطار عبد الناصر توفيق، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990.
- 22- علي سليمان علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ط2، 2005.
- 23- فرج الصدة عبد المنعم، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- 24- الفضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين والفقهاء الإسلامي معززة بأراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2012.
- 25- فيلاي علي، الالتزامات- النظرية العامة للعقود، دار موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013.
- 26- نجيب محمود، شرح قانون العقوبات -القسم العام، دار النهضة، ط6، 1989.
- 27- النسائي في "كتاب الجنائز" "باب ترك الصلاة على من قتل نفسه".
- الكتب المتخصصة**
- 1- أبو خطوة أحمد شوقي عمر، القانون الجنائي والطب الحديث-دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل الأعضاء البشرية، ط 5، دار النهضة، القاهرة، 2007.
- 2- أبو زيد محمد، التشريعات الحديثة في شأن نقل الأعضاء البشرية، بدون ناشر، 1996.
- 3- الأهواني حسام الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975.
- 4- البار محمد علي، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، الأسباب والأعراض وطرق التشخيص، الدار الشامية، ط1، بيروت، 1992.

- 5- بهندس ياسر حسين، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2016.
- 6- بيومي علي محمد، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009.
- 7- خلف الله شعبان، زراعة الأعضاء بين الواقع والمأمول، دار الكتب العلمية لبنان، 2001.
- 8- الخولى محمد عبد الرحمن، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في طب والجراحة، دراسة مقارنة، ط1، 1997.
- 9- الديات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون. المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1999.
- 10- الذهبي مصطفى، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، ط1، 1993.
- 11- الرفاعي، أحمد محمد، ضوابط مشروعية نقل الأعضاء البشرية (في ضوء مشروع قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية المصري) دار النهضة العربية، 2010.
- 12- زغلول بشير سعد، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- 13- سعد أحمد محمود، زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، 1986.
- 14- السكري عبد السلام، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي، القاهرة، دار المنار، 1988.
- 15- سيف سالم راشد الشامسي، حبيبة، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، كتاب لرسالة دكتوراه في الحقوق، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006.

- 16- طه محمود أحمد، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاسها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة الانعاش الصناعي-نقل الأعضاء البشرية-إجراء التجارب الطبية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015.
- 17- عبد الجواد عبد الله إدريس، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009.
- 18- عبد الحميد نبيه نسرين، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء لنديا طباعة والنشر، الإسكندرية، 2008.
- 19- عدوي مصطفى، عبد الحميد، حق المريض في قبول أو رفض العلاج: دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، مطبعة حماد الحديثة، 1992.
- 20- العزة مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002.
- 21- العقيلي عقيل بن أحمد، حكم نقل الأعضاء ، مكتبة الصحابة، جدة، 1992.
- 22- غازي مرحبا، إسماعيل، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2008.
- 23- فتحي سرور طارق أحمد، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 2001.
- 24- الفضل منذر، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
- 25- القرة داغي عارف علي عارف، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة 4، ط1، منشورات الجامعة الإسلامية ماليزيا، 2011.

26- مروك نصر الدين، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، ج: 2، دار هومة، الجزائر، 2003.

27- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستتساخ، الخلايا الجذعية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2016.

28- ياسين محمد نعيم، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 1996.

#### الأطروحات والرسائل الجامعية

#### الأطروحات الجامعية

1- ايهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1994.

2- حلو عبد الرحمان مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة الإسلامية والقانون، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1974.

3- الديات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، رسالة دكتوراه، عمان، 1999.

4- سماحي خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013.

5- الشوا محمد سامي، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986.

6- عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2010.

- 7- الكندري أحمد عبد الله محمد، نقل وزراعة الأعضاء: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997.
- 8- مزياني عبد الستار، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022.
- 9- معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة تلمسان، 2015.
- 10- مهبوب افتكار، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقہ الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006.
- 11- موسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2016.

#### الرسائل الجامعية

- 1- أسعد صالح عرار، رقية، أحكام التصرف بالجنة في الفقہ الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
- 2- جمعة محمود أبو بكر، نظرية الاكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير، الجزائر، 1976.
- 3- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013.
- 4- العجوري سامي عدنان، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، ماجستير الفقہ المقارن، جامعة الأزهر، غزة، 2013.
- 5- محمد ابراهيم أبو العيش، حكم رفع أجهزة الانعاش عن مريض موت الدماغ، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2009.

المقالات والمطبوعات

- 1- الأهواني حسام كامل، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جانفي، 1975.
- 2- أوسعيد إيمان، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي والتنمية، لمجلد/7 العدد 2، 30 ديسمبر 2019.
- 3- بريبر عبد النور، تدليل العقوبات الشرعية لإنعاش التبّع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد، مقال منشور، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد 2، 8 جوان 2021.
- 4- بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 25 أكتوبر 2018.
- 5- بن مشيرح محمد، الضوابط الطبية والقانونية وآثارها على أطراف علاقة نقل وزرع الأعضاء البشرية، مقال منشور، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، المجلد 24-العدد 02، أوت 2018.
- 6- البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع (1) (الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، عدد 4، ج 1، 1988).
- 7- جبيري ياسين، الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مقال منشور، مجلة المعيار، المجلد العاشر، العدد 4 31 ديسمبر 2019.
- 8- حدادو صورية، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، المجلد 03 العدد، 06، 15 نوفمبر 2020.

- 9- خريسي سارة، زراعة الأعضاء في الجزائر من نظرة شرعية وقانونية، مقال منشور، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الخامس، 30 جوان، 2018.
- 10- خواترة سامية، حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة البدر، العدد 10، كلية الحقوق، جامعة بشار، 23 مارس 2018.
- 11- رافع فريد و لالوش سميرة، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، المجلد 70، العدد 02، ديسمبر 2022.
- 12- رجال عبد القادر، الضوابط الشرعية والقانونية لحماية الحق في السالمة الجسدية بين الفقه والقانون، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، سبتمبر، كلية العلوم الاسلامية، جامعة ال جزائر 1، 17 سبتمبر، 2020.
- 13- سعيدان أسماء، عملية نقل الأعضاء البشرية في ضوء الفقه والقانون الجزائري، مقال منشور، حوليات جامعة الجزائر، 31 ديسمبر 2017.
- 14- السلمي ماجد بن خليفة، الاكراه وأثره في الفقه والقضاء، مجلة كلية الشريعة والقانون، المجلد 22، العدد 2، جامعة الأزهر، الدهليقية، مصر، أكتوبر 2020.
- 15- الشرايري محمد، "المبادئ القانونية للتبرع "التبادلي المتقاطع" بالأعضاء البشرية بين الأحياء - دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، المجلد العاشر، العدد المنتظم الأول، 30 جوان 2021.
- 16- شرف الدين أحمد، الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء البشرية، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، المجلد 21، 1971.
- 17- الشعراوي متولي، اللواء الإسلامي، العدد، 13، اوت 1996.

- 18- الشعراوي محمد متولي، الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعهها، مقال منشور في مجلة اللواء الإسلامي، العدد 27، 24 فيفري 1987.
- 19- عبو أنيسة، المركز القانوني للمتبرع بأحد أعضائه، مقال منشور، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 11، العدد 04، 31 ديسمبر 2020.
- 20- العجارمة مصطفى موسى، الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية - العدد الخامس والأربعون - 4 جوان 2018.
- 21- عرفة عبد النبي الهادي السعيد، معيار الحديث للموت (موت المخ) بين القبول والرفض، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر. المجلد 2، العدد 52، أكتوبر 2012.
- 22- قاسم يوسف، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 6، جويلية 1994.
- 23- القرني مزهر بن محمد بن ظافر، الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة العدل، العدد الثالث، جامعة الإمام بن محمد بن سعود الإسلامية رجب، 1999.
- 24- القضاة طلال عبد الكريم صلاح، دور الأخصائي الاجتماعي الطبي في التوعية بالتبرع بالأعضاء البشرية من وجهة نظر الأطباء، مجلة دراسات العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 46، العدد 4، كلية الآداب، الجامعة الأردنية، الاردن، 2019.
- 25- كاظم حمادي يوسف، الإرادة الضمنية والسكوت المُعبر عنها- دراسة مقارنة-، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الخامس والخمسون، الجزء الثاني، ماي 2020.

- 26- مجدوب جابر، مشكلات الأهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، دار نشر جامعة قطر، المجلد 2017 العدد 3، 31 ديسمبر 2017.
- 27- مجوج انتصار، الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء في التشريع الجزائري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18 جانفي 2018.
- 28- مراحي ريم وجبيري ياسين، نقل الأعضاء من الموتى بين تحقق حالة الوفاة والإنعاش الصناعي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، عدد 3، 15 أبريل 2022.
- 29- ميرة وليد، تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06-ال عدد02-ديسمبر 2021.
- 30- هوارى سعاد، خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 7 جانفي 2019.
- 31- بناسي شوقي، الميراث فقها وحسابا في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019-2020.
- 32- المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2009.
- الملتقيات والندوات والفتاوي**
- 1- قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية لسنة 1978 القاضي بجواز نقل قرينة العين.

- 2- قرار رقم: 26 (1/4)، قرار بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع، العدد الرابع، ج1، 11 فيفري 1988.
  - 3- قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة، الصادر بين 19 و28 جانفي، 1985.
  - 4- قرار المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد بماليزيا سنة 1969.
  - 5- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة بتاريخ 06/09/1995.
  - 6- قرار مجلس الفقه الاسلامي في المؤتمر الثالث بعمان عام 1986.
  - 7- قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته العاشرة بمكة المكرمة لسنة 1987، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية بالكويت سنة 1985
  - 8- فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري الصادرة في 6 سبتمبر 1995.
  - 9- الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي تحمل عنوان: "الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية"، بتاريخ 18 افريل 1987 والتي نوقش فيها موضوع بيع الأعضاء البشرية.
  - 10- فتوى جواز نقل وزرع الأعضاء من ميت إلى حي عن لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى الجزائري بتاريخ 20 أفريل 1972.
  - 11- راي مجمع البحوث الاسلامية بالأزهر في 25 جوان 1992
- موسوعات ومعاجم**
- 1- معجم المعاني الجامع. <http://almaany.com>
  - 2- الموسوعة الفقهية الدرر السنية، الفرق بين الوصية والهبة، <https://dorar.net/feqhia>
  - 3- المكتبة الشاملة، <https://shamela.ws/book/14543/4>

النصوص القانونية:

أ- الوثائق والاتفاقيات الدولية

- 1- وثيقة مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، 29 جويلية، 2015.
- 2- الوثيقة E/CN.15/2006/10 للتعاون الدولي على مكافحة الجريمة عبر الوطنية: منع ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية والمعاقبة عليه 21 فيفري 2006.
- 3- المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية سنة 1991 في قرارها 44-25 وتحديثها بالقرار 63-24 الصادر في 25 مارس 2010 عن جمعية الصحة العالمية.
- 4- منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية البند 11-21 من جدول الأعمال، ج ص ع 63-22، 21 ماي 2010، والبند 11-21 من جدول الأعمال المؤقت، ج 63-25، 24 مارس 2010.
- 5- اتفاقية أوفيدو OVIEDO التي أعدها مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في 4 أبريل سنة 1997.

ب- النصوص القانونية الجزائرية

- 1- الدستور الجزائري لسنة 1996 معدل في 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 88، 30 ديسمبر 2020.
- 2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في جوان سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة)، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.
- 3- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مارس 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، 13 مارس 2007.

- 4- قانون رقم 66-156 المؤرخ في 18 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم 21-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 الجريدة الرسمية عدد 99 المؤرخة في 29 ديسمبر 2021.
- 5- قانون رقم 18-11 المؤرخ في ،2018/7/2، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، 29 جويلية 2018، المتضمن قانون الصحة الجزائري.
- 6- قانون رقم 85-05 المؤرخ 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى بالقانون 18-11.
- 7- المرسوم رقم 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادرة في 08 جويلية 1992.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها.
- 9- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 جانفي 2018، المتضمن إنشاء وحدة بحث في ميدان انتزاع وزرع الأعضاء.
- 10- القرار الوزاري رقم 34 لوزير الصحة بتاريخ 19 نوفمبر 2002 المتضمن المعايير العلمية، التي تسمح بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، لغرض نزع الأعضاء والأنسجة البشرية.

### النصوص القانونية العربية

- 1- القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها، المعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين، بالقرار رقم 791-25-19/11/2009.
- 2- قانون تنظيم نقل وزرع الأعضاء البرية القطري، رقم 15 المؤرخ في 2015/08/19، الجريدة الرسمية، العدد 16، 2015/09/30.

- 3- قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البرية الفلسطيني رقم 6، الصادر في 04 أبريل 2017.
- 4- قانون اتحادي 5 لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية في دولة الامارات، الجريدة الرسمية العدد 601 السنة السادسة والأربعون بتاريخ 15 / 8 / 2016.
- 5- قانون اتحادي 15 لسنة 1993 لدولة الامارات العربية المتحدة بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية 23، الصادرة بتاريخ 31 اوت 1993، ملغى بقانون اتحادي 5 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، 2016.
- 6- قانون تنظيم زرع الأعضاء البرية المصري رقم 5 لسنة 2010، الجريدة الرسمية، العدد 9 مكرر، 2010/3/6.
- 7- قانون نقل وزرع الأعضاء البرية البحريني رقم 16، 1998.
- 8- قانون زرع الأعضاء الكويتي رقم 1987/55 المؤرخ في 29 أبريل 1987.
- 9- قانون زرع ونقل الأعضاء السوري، رقم 30 المؤرخ في 30 نوفمبر 2003.
- 10- قانون أخذ الأنسجة والأعضاء البرية لحاجات طبية وعلمية اللبناني، بالمرسوم الاشتراعي رقم 109 الصادر في 16 أبريل عام 1983.
- 11- قانون أخذ الأعضاء البشرية وزرعها التونسي، رقم 22 المؤرخ في 25/3/1991، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 الصادر في 29/3/1991.
- 12- قانون التبرع بالأعضاء والأنسجة البرية وأخذها وزرعها المغربي، رقم 16.98 ظهر شريف رقم 1.99.208 صادر في 25 أوت، 1999، الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 16 سبتمبر، 1999، معدل في 9 جوان.. 2014.
- 13- قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها العراقي، رقم 11، سنة 2016، جريدة الوقائع الرسمية، العدد 4405، 2019/5/16،

- 14- قانون الأعضاء والأنسجة البرية السوداني لسنة 1978، قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، رقم 23 لسنة 1977.
- 15- القانون المؤرخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22، 29 مارس 1991.
- 16- القانون 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 4726، 16 سبتمبر 1999، صيغة محينة بتاريخ 9 جوان 2014.
- 17- قرار مجلس الوزراء الاماراتي رقم (25) لسنة 2020، بشأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية.

#### الأحكام والقرارات القضائية

- 1- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 17-09-2008 تحت رقم 427599.
- 2- قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية بتاريخ 29 جوان 1986 تحت رقم 43476.

#### ثانيا: باللغة الأجنبية

#### الكتب

- 1- Delprat Laurent, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris, 2004.
- 2- International Registry in Organ Donation and Transplantation, Preliminary numbers 2022, Donation and Transplantation Institute, DTI, March 2023.

المقالات

باللغة الإنجليزية

- 1-Bendorf A, Pussell BA, Kelly PJ, Kerridge IH. Socioeconomic, demographic and policy comparisons of living and deceased kidney transplantation rates across 53 countries. *Nephrology (Carlton)*. 2013 Sep;18(9):633-40. doi: 10.1111/nep.12101. PMID: 23692370.
- 2-Boyarsky BJ, Hall EC, Deshpande NA, Ros RL, Montgomery RA, Steinwachs DM, Segev DL. Potential limitations of presumed consent legislation. *Transplantation*. 2012 Jan 27;93(2):136-40. doi: 10.1097/TP.0b013e31823173e0. PMID: 21968525.
- 3-Cherkassky L. Presumed consent in organ donation: is the duty finally upon us? *Eur J Health Law*. 2010 Mar;17(2):149-64. PMID: 20443442.
- 4-Claudio Cohen, Daniela Bucc, The compulsory donation of organs and death row inmates: an analysis under bioethical standpoint, *Rev. bioét (Impr.)* 2011; 19(2): 96-383.
- 5- Ellison, Blake, "A Systematic Review of Kidney Paired Donation: Applying Lessons from Historic and Contemporary Case Studies to Improve the US Model" (2014). *Wharton Research Scholars Journal*. Paper 107.
- 6-Gomez-Aldana A, Tapias M, Rosselli D. Opt-out in kidney transplantation rates: the Colombian experience. *Kidney Int*. 2020 Jun;97(6):1299. doi: 10.1016/j.kint.2020.02.009. PMID: 32444094.
- 7-Harriet Rosanne Etheredge, Assessing Global Organ Donation Policies: Opt-In vs Opt-Out, review Risk Management and Healthcare Policy, Wits Donald Gordon

- Medical Centre, School of Clinical Medicine, University of the Witwatersrand, Johannesburg, South Africa 13 may 2021.
- 8–Horvat LD, Cuerden MS, Kim SJ, Koval JJ, Young A, Garg AX. Informing the debate: rates of kidney transplantation in nations with presumed consent. *Annals of Internal Medicine* 2010; 153: 641-649.
- 9–José Medina-Pestana, Limits for paired kidney donation, *Braz. J. Nephrol. (J. Bras. Nefrol.)* 2022;44(3):423-427.
- 10– Kwak JY, Kwon OJ, Lee KS, Kang CM, Park HY, Kim JH. "Exchange-donor program in renal transplantation: a singlecenter experience", *Transplant Proc.* Vol. 31, Issue 1-2, February–March, 1999.
- 11– Matesanz R, Domínguez-Gil B, Coll E, Mahillo B, Marazuela R. How Spain reached 40 deceased organ donors per million populations. *Am J Transplant.* 2017;17(6):1447–1454. doi:10.1111/ajt.14104.
- 12– Matesanz R, Domínguez-Gil B. Opt-out legislations: the mysterious viability of the false. *Kidney Int.* 2019;95(6):1301–1303. doi: 10.1016/j.kint.2019.02.028.
- 13– Michael A. Lensink et al, Better governance starts with better words: why responsible human tissue research demands a change of language, *BMC Medical Ethics*, 2022.
- 14– Miller J, Currie S, McGregor LM, O'Carroll RE. 'It's like being conscripted; one volunteer is better than 10 pressed men': a qualitative study into the views of people who plan to opt-out of organ donation. *Br J Health Psychol.* 2020.
- 15– Olimpia Gamucci, Alice Bertero, Mariacristina Gagliardi and Giuseppe Bardi, *Biomedical Nanoparticles: Overview of Their Surface Immune-Compatibility, Coatings*

- 2014, 4, 139-159; doi:10.3390/coatings 4010139, Published: 12 February 2014.
- 16- P.D. G Skegg, Consent to Medical procedures on minors, the modern law rev, Vol.36.No4, july,1973.
- 17- Saunders B. Opt-out donation and tacit consent: A reply to Wilkinson and De Wispelaere. Journal of Medical Ethics 2012; 38: 75-76.
- 18- Simillis C. Do we need to change the legislation to a system of presumed consent to address organ shortage. Medicine Science and the Law 2010; 50: 84-94.
- 19- Thiel G, Vogelbach P, Gürke L, et al. "Crossover renal transplantation: hurdles to be cleared!" Transplant Proc, Vol. 33, Issues 1-2, February – March 2001, pp. 811-816.
- 20- Vicente Formoso, Sílvia Marina, Miguel Ricou, presumed consent for organ donation: an incoherent justification, acta bioethica 2021; 27 (1): 27-35.
- 21- Yan H, Yates JF. Improving acceptability of nudges: learning from attitudes towards opt-in and opt-out policies. Judgm Decis Mak. 2019;14(1).
- 22- Zarsadias P, Monaco AP, Morrissey PE. A pioneering paired kidney exchange. Stud BMJ 2010; 18: c1562.
- 23- Zúñiga-Fajuri A. Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile. B World Health Organ. 2015; 93:199-202. doi:10.2471/BLT.14.139535.

- باللغة الفرنسية

- 1- CHRISTINE CLAVIEN, Une évaluation éthique du consentement présumé pour le don d'organes en Suisse, Rev Med Suisse 2020 ; 16 : 370-3, 19 fev 2020.

- 2- Louise Bernier, Le don d'organes au Québec : la nécessité de tendre vers une expression de volonté plus éclairée, inclusive et significative, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke Québec, Canada, RDSS - D - Mai - Juin 2018.
- 3- Pouliquen Christelle, Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats, revue juridique de l'Ouest,2000-4.

مؤتمرات

- 1- Recommandations sur La Mort Encéphalique, Diagnostic et Prise en Charge (Avis d'experts), 8ème Colloque France Maghreb sur la transplantation, Alger 1-2 février 2019.

معاجم:

- 1- Dictionnaire médical : <https://www.dictionnaire-medical.fr>

النصوص القانونية

باللغة الإنجليزية:

- 1- PUBLIC LAW 110–144, National Organ Transplant Act, Charlie W. Norwood Living Organ Donation Act. 42 USC 201, United States of American note, December 21, 2007.

باللغة الفرنسية:

- 1- Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 164, 4IV.1997.
- 2- Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 186, Strasbourg, 24.I.2002,

- 3- Résolution du Parlement européen du 5 mai 2022 sur les informations faisant état de la poursuite des prélèvements d'organes en Chine (2022/2657(RSP)).
- 4- Code civil français (Abrogé par Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1er oct. 2016).
- 5- -Code de la santé publique français Modifié par Loi n°2021-1017 du 2 août 2021.
- 6- Loi française n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

**ثالثًا: مواقع الانترنت**

- 1- <https://fac.umc.edu.dz>.
- 2- <https://www.conseil-etat.fr/avis> موقع مجلس الدولة الفرنسي
- 3- <https://www.mayoclinic.org/ar/departments-centers/paired-donation/overview/ovc-20508454> موقع مستشفى مايو الامريكي
- 4- Service de chirurgie viscérale :
- 5- <https://www.chuv.ch/fr/chirurgie-viscerale/chv-home/professionnels-de-la-sante/score-de-glasgow>
- 6- <https://altibbi.com> مصطلحات-طبية/علم-الامراض/موت
- 7- <https://islamonline.net> اسلام اونلاين
- 8- <https://www.noor-book.com> كتب الراغب الأصفهاني
- 9- <https://www.bbc.com/arabic/trending-65637054>,  
التبرع بالأعضاء في السعودية
- 10- [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/T-A-9-2022-0200\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/T-A-9-2022-0200_FR.html) موقع البرلمان الأوروبي

- 11- <https://gesund.bund.de/ar/organspende#einleitung>,  
التبرع بالأعضاء في ألمانيا
- 12- American Bar Association, Informed Consent:  
<https://www.msmanuals.com/>, revision May 2021 |
- 13- <https://www.youm7.com/story/2022/9/27/%D8% ->  
اليوم السابع، التبرع بالأعضاء في مصر

## فهرس المحتويات

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

3	مقدمة .....
12	فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية .....
13	المبحث الأول: الإرادة وضرورة التعبير عنها .....
13	المطلب الأول: الإرادة ومبدأ سلطان الإرادة .....
13	الفرع الأول: الإرادة الجدية الخالية من العيوب .....
21	الفرع الثاني: صور الإرادة .....
24	الفرع الثالث: مبدأ سلطان الإرادة وتقييده .....
25	المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة .....
26	الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة .....
29	الفرع الثاني: آثار التعبير عن الإرادة .....
30	المبحث الثاني: عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ومشروعيتها .....
31	المطلب الأول: المقصود بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية والشروط الطبية والفنية المطبقة .....
	الفرع الأول: الأعضاء والأنسجة البشرية محل التبرع وتمييز عمليات نقلها عن بغض التدخلات الطبية .....
31	.....
35	الفرع الثاني: الشروط الفنية والطبية المطبقة في عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية .....
42	المطلب الثاني: مشروعية وأساس إباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية .....
43	الفرع الأول: مشروعية عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية .....
51	الفرع الثاني: أساس إباحة التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية .....
59	الباب الأول: إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية حال حياته .....
60	الفصل الأول: الإرادة الحرة والسليمة للمتبرع الحي بالأعضاء والأنسجة البشرية .....
60	المبحث الأول: نطاق التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء وطبيعته القانونية .....
60	المطلب الأول: التبرع التقليدي وطبيعته القانونية .....
61	الفرع الأول: قيد الصلة أو الرابطة بين المتبرع والمتلقي .....
63	الفرع الثاني: قيد التوافق المناعي .....
66	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتبرع التقليدي بين الأحياء .....
70	المطلب الثاني: التبرع المتقاطع وطبيعته القانونية .....
70	الفرع الأول: استحداث التبرع المتقاطع .....

## فهرس المحتويات

74.....	الفرع الثاني: أهميته التبرع المتقاطع كاستثناء للتبرع التقليدي
75.....	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتبرع المتقاطع
76.....	المبحث الثاني: وجود الإرادة الحرة والسليمة للمتبرع الحي
76.....	المطلب الأول: أهلية المتبرع وإرادة الممثل القانوني
77.....	الفرع الأول: أهلية المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية
83.....	الفرع الثاني: إرادة الممثل القانوني
87.....	المطلب الثاني: الموافقة المستنيرة للمتبرع وحرية إرادته
88.....	الفرع الأول: الالتزام بإعلام المتبرع وتبصيره
92.....	الفرع الثاني: سلامة ارادة المتبرع وموافقته الحرة والمستنيرة
99.....	الفصل الثاني: التعبير عن ارادة المتبرع الحي وجزاء عدم الاعتداد بها
99.....	المبحث الأول: كيفية التعبير عن إرادة المتبرع الحي
100.....	المطلب الأول: التعبير الصريح وشكلية الموافقة على التبرع
100.....	الفرع الأول: التعبير عن الارادة بالكتابة العرفية
102.....	الفرع الثاني: التعبير عن الارادة بالكتابة الرسمية
106.....	الفرع الثالث: التكيف القانوني لشكلية الكتابة للمتبرع الحي بأعضائه وأنسجته
110.....	المطلب الثاني: العدول عن الموافقة بالتبرع
110.....	الفرع الأول: أحقية المتبرع الحي في العدول عن موافقته في التبرع
112.....	الفرع الثاني: وقت العدول وشكليته
116.....	المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بسلامة إرادة المتبرع الحي
116.....	المطلب الأول: طبيعة التزام الطبيب اتجاه المتبرع الحي
116.....	الفرع الأول: ترجيح إلتزام الطبيب اتجاه المتبرع الى التزام بتحقيق نتيجة
118.....	الفرع الثاني: الإلتزام بضمان سلامة المتبرع
119.....	المطلب الثاني: قيام المسؤولية المدنية والجزائية اتجاه المتبرع الحي
119.....	الفرع الأول: الخطأ الطبي وصوره في عملية نقل الأعضاء والأنسجة من متبرع حي
121.....	الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية والمدنية كجزاء للإخلال بإرادة المتبرع الحي
133.....	الباب الثاني: إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لما بعد الوفاة
134.....	الفصل الأول: التأكد من وفاة المتبرع والطبيعة القانونية للتبرع بأعضائه وأنسجته
134.....	المبحث الأول: اثبات حالة الوفاة
135.....	المطلب الأول: التحقق من الوفاة ومعايير تشخيصها
135.....	الفرع الأول: المعايير المستعملة للحكم بالوفاة

## فهرس المحتويات

- 142..... الفرع الثاني: الاعتماد على الموت الدماغى كمعيار لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية.....
- 148..... الفرع الثالث: تقييم اعتماد الموت الدماغى كمعيار لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية.....
- المطلب الثاني: مسألة الانعاش الاصطناعى فى عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة للميت دماغيا.
- 150.....
- الفرع الأول: علاقة استخدام أجهزة الانعاش الاصطناعى مع التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية من المتوفين. ....
- 151.....
- الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للطبيب فى استخدام أجهزة الانعاش الاصطناعى فى عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة للميت دماغيا. ....
- 152.....
- المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لتبرع المتوفى بأعضائه وأنسجته .....
- 153.....
- الفرع الأول: مقارنة أحكام الوصية مع أحكام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية .....
- 155.....
- الفرع الثاني: تقييم استعمال مصطلح الوصية .....
- 159.....
- المطلب الثاني: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الوقف، الصدقة الجارية، الارث. ....
- 160.....
- الفرع الأول: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الوقف. ....
- 161.....
- الفرع الثاني: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الصدقة الجارية.....
- 162.....
- الفرع الثالث: تمييز التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة عن الارث. ....
- 164.....
- الفصل الثاني: أنظمة التعبير عن إرادة المتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة.....
- 167.....
- المبحث الأول: نظام الموافقة الصريحة فى التبرع بعد الوفاة.....
- 168.....
- المطلب الأول: نظام الموافقة الصريحة للمتبرع وشكليتها .....
- 168.....
- الفرع الأول: موافقة المتبرع وموافقة النائب عنه .....
- 168.....
- الفرع الثاني: شكلية الموافقة الصريحة.....
- 171.....
- المطلب الثاني: عدول المتبرع عن الموافقة واذن الأسرة فى تنفيذ وصية التبرع .....
- 172.....
- الفرع الأول: أحقية العدول عن الموافقة على التبرع بالأعضاء والأنسجة لما بعد الوفاة .....
- 172.....
- الفرع الثاني: دور اذن الأسرة فى تنفيذ وصية المتبرع المتوفى فى نظام الموافقة الصريحة .....
- 173.....
- المبحث الثاني: نظام الموافقة المفترضة فى التبرع بعد الوفاة .....
- 178.....
- المطلب الأول: الانتقال الى اعتماد الموافقة المفترضة وتكيفها القانونى.....
- 179.....
- الفرع الأول: الانتقال الى اعتماد الموافقة المفترضة.....
- 179.....
- الفرع الثاني: التكيف القانونى للموافقة المفترضة للمتبرع .....
- 183.....
- المطلب الثاني: تعبير الأسرة نيابة عن ارادة المتبرع المفترض فى نظام الموافقة المفترضة .....
- 187.....
- الفرع الأول: حالة الاعتداد بإذن الأسرة كبديل عن عدم معرفة ارادة المتبرع.....
- 187.....

## فهرس المحتويات

188.....	الفرع الثاني: حالة الاكتفاء بالموافقة المفترضة للمتبرع دون أخذ اذن الأسرة.....
190.....	المطلب الثالث: حالات المحكوم عليهم بالإعدام ومجهولي الهوية.....
190.....	الفرع الأول: حالات الموافقة لدى السجناء المحكوم عليهم بالإعدام.....
192.....	الفرع الثاني: حالة الموافقة لدى مجهولي الهوية.....
193.....	المطلب الرابع: التجربة الاسبانية وتغيير لغة الخطاب.....
193.....	الفرع الأول: التجربة الاسبانية في نظام التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الوفاة.....
198.....	الفرع الثاني: تغيير لغة الخطاب في نظام التبرع بعد الوفاة.....
202.....	الخاتمة.....
211.....	الملاحق.....
215.....	قائمة المصادر والمراجع.....
237.....	فهرس المحتويات.....

# الارادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية

## Willingness to donate organs and tissues

### ملخص

من خلال هذه الدراسة نسلط الضوء من الناحية القانونية على أحد أحدث الحلول العلاجية المتمثلة في عمليات نزع الأعضاء والأنسجة البشرية من شخص متبرع حي أو متوفى وزرعها في جسم انسان مريض محتاج اليها، ونركز في هذه الدراسة على إرادة الطرف المتبرع وموافقته على نقل عضو او نسيج منه حال حياته او بعد وفاته إلى الطرف الاخر المريض، وذلك بالإجابة على اشكالية رئيسية تتمحور حول مدى نجاعة الانظمة القانونية في التعامل مع مسألة الإرادة في التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.

فإلى جانب خطورة عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية على حياة المتبرع، تتسم هذه العمليات بأبعاد دينية وأخلاقية جعلت مختلف التشريعات تحيظها بترسانة قانونية تنظمها في ظل الطلب الكبير للأعضاء والأنسجة البشرية من المرضى المحتاجين للعلاج ومع ضرورة احترام حرية وإرادة المتبرع في نزع أعضائه أو أنسجته. وفي سبيل زيادة عدد المتبرعين وتجاوز بعض الصعوبات الطبية والقانونية المتعلقة برضا المريض أحدث المشرع التبرع المتقاطع كنموذج جديد لنزع وزرع الأعضاء من المتبرع الحي الى جانب التبرع التقليدي، كما أحدث نظام الموافقة المفترضة كبديل لنظام الموافقة الصريحة للمتبرع المتوفى.

### Abstract

Through this study, we shed legal light on one of the latest therapeutic solutions represented in the operations of removing human organs and tissues from a living or deceased donor and transplanting them into the body of a sick person in need. In this study, we focus on the will of the donor party and his consent to

transfer an organ or tissue from him during his life or after his death to another sick party, by answering a major question centred on the effectiveness of legal systems in dealing with the issue of the will to donate human organs and tissues.

In addition to the danger of organ and tissue donation operations to the life of the donor, these operations are characterised by religious and ethical dimensions that made various legislations surround them with a legal arsenal to regulate them in light of the great demand for human organs and tissues from patients in need of treatment and the need to respect the freedom and will of the donor to remove his or her organs or tissues.

In order to increase the number of donors and overcome some of the medical and legal difficulties related to patient consent, the legislator introduced cross donation as a new model for the removal and transplantation of organs from a living donor in addition to traditional donation, and introduced the presumed consent system as an alternative to the explicit consent system for deceased donors.