

34.10.497

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان



كلية الحقوق

رضا المريض عن الأعمال
الطبية و الجراحية
دراسة مقارنة

رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة
في القانون الطبي

تحت إشراف:
أ. محمد كحلولة

من إعداد و تقديم:
الطالب: عبد الكريم مامون

أعضاء لجنة المناقشة

- د. دنوني هجيرة، أستاذة التعليم العالي، رئيسة
- د. كحلولة محمد، أستاذ التعليم العالي، مقررا
- د. قلفاط شكري، أستاذ التعليم العالي، عضوا
- د. تشوار الجيلالي، أستاذ التعليم العالي، عضوا
- د. أوساديت عبد الصمد، أستاذ التعليم العالي، عضوا
- د. بودالي محمد، أستاذ محاضر، عضوا

السنة الجامعية 2004 - 2005

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" و إذا مرضت فهو يشفين "

الآية 80 من سورة الشعراء.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى روح الوالدين الكريمين

وفاء وبرا

إلى زوجتي و ابني رشاد

حبا و حنانا

إلي إخوتي و أهلي جميعا

برا إحسانا

إلى أساتذتي و زملائي

تقديرا و احتراما

الباحث عبد الكريم مامون

شكر و عرفان

من كمال الفضل شكر ذويه. و إذا كان هذا الفضل في مجال العلم فإن الدعاء
لصاحبه واجب عملا بالسنة النبوية، فاللهم ارحم من علمنا.

أتقدم بالشكر الجزيل و الامتنان العظيم لكل من ساعدني على إنجاز هذا العمل
المتواضع، و أخص بالذكر عميد كلية الحقوق الأستاذ محمد كحلولة الذي كان نعم
المشرف و نعم الموجه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لرئيسة مخبر القانون الخاص، الأستاذة دنوني هجيرة
على مساعدتها العلمية، و على التسهيلات التي استفدت منها من المخبر لإنجاز هذا
العمل.

كما لا يفوتني أن أشكر كل زملائي الأساتذة على تشجيعهم لي لإتمام هذا
الرسالة.

إلى كل من نكرت و تذكرت أقول جزاكم الله عني خيرا.

Liste d'Abréviations

1- En Français:

Art.	Article.
Bull. Méd., Lég.	Bulletin de Médecine Légale.
C.S.P. Fr.	Code de la santé publique français.
C.E.	Conseil d'Etat.
Cass.	Cour de cassation.
Chron.	Chronique.
Civ.1 ^{ière}	Cour de cassation, 1 ^{ière} chambre civile.
D.	Dalloz.
Dic. Per. Bio. Biotech.	Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologie.
Doctr.	Doctrine.
Gaz.Pal.	Gazette du Palais.
Ibid.	même ouvrage et même page.
In	Dans.
J.C.P	Juris-Classeur Périodique, semaine juridique.
Méd. Et Drt.	Médecine & Droit.
Obs.	Observations.
Op.cit.,	Précité.
p.	Page.
R. Sc. C. P. C.	Revue de science criminelle et droit comparé.
R. Tri. Drt. Sani. Soc.	Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social.
Rapp.	Rapport.
Rec. Int. Légis. San.	Recueil International de Législation Sanitaire.
Rev. Trim. Drt civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
Rev. Sc. Cri.	Revue de Science Criminelle.
Rev. Int. Drt. Pén.	Revue International de Droit Pénal.
Somm.	Sommaire.
V.	voir.
Vol.	Volume.

2- En Anglais:

Clin. Pharmacolo. Ther.	Clinical Pharmacology and therapeutics.
J.C.L.C.	Journal of Criminal Law and Criminology.
N.E.J.M.	New England Journal of Medicine.
Proc. Roy. Soc. Med.	Proceedings Royal Society of Medicine.

مقدمة

مما لا شك فيه أن الحقائق و التفاعلات الاجتماعية كانت و لا زالت المحرك الأساسي للعملية التشريعية في أي مجتمع. و في الكثير من الأحيان يساهم القانون، و لو بالقدر اليسير، في التخفيف من أثر مشاكل البشر التي تسببها الحياة اليومية، من خلال محاولة إيجاد حلول لها. من ثم يجب أن تنصب الدراسات القانونية على الواقع الاجتماعي، بسلبياته و إيجابياته و إلا بقيت مجرد نظريات جوفاء خالية من كل معنى.

و من هنا تبرز أهمية دراسة رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية سواء التقليدية منها أو الحديثة التي اقترن استعمالها بمخاطر كثيرة. إذ أن التقدم العلمي و الفني الهائل الذي يشهده العالم اليوم في طرق و أساليب العلاج و الجراحة، لم يتبعه تطور مماثل في المجال القانوني في الكثير من المجتمعات، خاصة فيما يتعلق بحماية حق المرضى في السلامة البدنية.

فقد تضمنت الأساليب العلاجية الحديثة مخاطر جديدة فرضت تدخل المشرع في الكثير من الدول لتنظيم ممارسة الطب بما يكفل الاستقرار و الطمأنينة، سواء بالنسبة للأطباء في مواجهة قواعد المسؤولية أو بالنسبة للمرضى ضد آلام و مخاطر العلاج. و في هذا الإطار تشترط التشريعات المختلفة الحصول على رضا المريض باعتباره شرط قانوني لشرعية التدخلات الطبية و الجراحية من جهة، و وسيلة فعالة لضمان المشاركة الفعلية لهذا الأخير في اتخاذ القرارات الخطيرة المرتبطة بحالته الصحية، من جهة أخرى.

و إذا كان هذا الموضوع لا يثير الكثير من الجدل في المجتمعات العربية لاعتبارات مختلفة، فإنه موضوع الساعة في الكثير من المجتمعات الغربية، أين أصبح يشكل في السنوات الأخيرة موضوعاً أساسياً للكثير من الندوات و اللقاءات العلمية المختلفة و تخصه الصحافة المتخصصة باهتمام ملحوظ.

و يرجع سبب هذا الاهتمام إلى المخاطر التي اقترنت بممارسة الطب الحديث، و عجز المحاكم عن توفير الحماية القانونية اللازمة للمرضى بسبب عدم ثبوت أخطاء الأطباء بمفهومها الفني. من ثم انصب اهتمام رجال القانون على عنصر الموافقة و شروطها في هذا المجال لضمان مشاركة المرضى في اتخاذ القرارات الطبية عن إدراك تام بمنافعها و مخاطرها.

من ثم شكل هذا الموضوع مجالاً خصباً للنزاعات الطبية من خلال لجوء المرضى غير الراضين على نتائج العلاج إلى متابعة أطبائهم على أساس إخلال هؤلاء بإعلامهم بمخاطر التدخلات العلاجية.

و لقد دفعت هذه الوضعية بالمشرع في كثير من الدول، خاصة منها الأنجلوساكسونية، إلى التأكيد على رضا المريض على أساس أنه لا يمكن تعريض الكيان الجسدي و العقلي للفرد إلى مخاطر جسيمة إلا بعد الحصول على موافقته المتبصرة.

و عليه تتجه التشريعات الحديثة إلى التأكيد على حق الأفراد في السلامة البدنية و العقلية، و تنظيم ممارسة الطب بطريقة تضمن حماية المرضى من أخطار التدخلات الطبية الحديثة و إلزام الأطباء بالحصول على الرضا المتبصر للمريض قبل مباشرة العلاج على جسده.

و رغم التنظيم المحتشم لبعض التشريعات العربية لهذا المجال، إلا أن ذلك لا يجب أن يخفي الوضعية الحقيقية لحقوق المرضى في هذه الدول. إذ أن حدة المشاكل الإدارية و صعوبة الحصول على العلاج أو تحمل تكاليفه في الكثير منها، تؤثر سلباً على الجوانب الطبية المحضة، و منها استشارة المريض بالطرق العلاجية. و على هذا الأساس قد لا يهتم المريض بموضوع الموافقة على العمل الطبي بقدر اهتمامه بتلقي العلاج و الانصراف إلى حاله.

من جهة أخرى، إذا كانت بعض التشريعات العربية قد أهملت حقوق المرضى إزاء الزحف المستمر لطرق العلاج الحديثة، فإن الفقه الإسلامي قد واجه هذه الظاهرة من خلال بحث شرعيتها و شروط الانتفاع بها في أكثر من مقام. و لا يمكن في هذا الصدد إنكار الدور الريادي للشريعة الإسلامية في حماية السلامة البدنية للأفراد من خلال تجريمها للأفعال المضرة بجسد الإنسان، سواء صدرت من صاحبه أو من الغير، و من خلال التأكيد على حق الشخص في الموافقة على التدخلات الطبية أو الجراحية التي توقع على جسده.

و في هذا الإطار استندت بعض التشريعات العربية و الإسلامية إلى نتائج هذه الدراسات في تنظيمها لهذا الميدان من منطلق اهتمامها بمعرفة الجائز و غير الجائز من الطرق العلاجية الحديثة في ظل الشرع الإسلامي.

غير أنه لإدراك أهمية رضا المريض في المجال الطبي يتعين دراسة القواعد العامة التي تحكم مزاولة العمل الطبي في كل من الشرع الإسلامي و القوانين الوضعية. و تكمن أهمية هذه الدراسة التمهيدية في إبراز وظيفة رضا المريض في إطار قواعد ممارسة الطب، و بالتالي أهميته، سواء من الناحية الدينية، الأخلاقية أو القانونية.

من جهة أخرى لقد تطور شرط الرضا على الأعمال الطبية من الناحية التاريخية عبر مراحل مختلفة انتهت باعتماد "نظرية الرضا المتبصر أو المستنير" و التي مفادها إعلام المريض بحالته الصحية قبل الحصول على قراره بشأن قبول أو رفض العلاج. و لفهم الفلسفة التي تقوم عليها هذه النظرية يتعين تتبع مراحل تطور شرط الرضا من الناحية التاريخية و الدور الريادي الذي لعبه القضاء في مختلف الأنظمة في إرساء أسسها.

و من المسائل المهمة التي تثيرها "نظرية الرضا المتبصر" قضية إعلام المريض و المشاكل التي يثيرها من الناحية النظرية و العملية.

فمن الناحية النظرية يثور التساؤل حول مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض ؟ إذ رغم استقرار الرأي لدى الفقه و القضاء على ثبوت هذا الالتزام في الممارسة الطبية الحديثة إلا أن هناك جدل فقهي حول الأساس القانوني لهذا الالتزام، فهل مصدره العقد الطبي أم نصوص القانون ؟

أما من الناحية العملية يثير موضوع الإعلام مشاكل جمة بخصوص تحديد المعلومات التي يجب إيصالها إلى المريض، و هو ما يتطلب دراسة الضوابط التي وضعتها التشريعات و القضاء في مختلف الأنظمة لتحديد نطاق إعلام المريض، معياره و مواصفاته و بيان موقف التشريع الجزائري من هذه الأمور.

كما يتطلب بحث موضوع الرضا دراسة شروطه العامة، بالإضافة إلى تلك التي تفرضها طبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض. حيث أن الطبيعة التعاقدية التي تميز، في الغالب، علاقة الطبيب بمريضه، تتطلب من الناحية القانونية رضا الطرفين. و يعني ذلك أن لكل من الطبيب و المريض الحرية التامة في اختيار الطرف الذي يتعاقد معه تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد.

غير أن تطبيق هذا المبدأ في المجال الطبي يثير عدة إشكالات من الناحية الأخلاقية و القانونية و هو ما يدفعنا لمناقشة قضية حق الطبيب في اختيار مرضاه و مدى شرعية توقفه عن علاج المريض قبل بلوغ هذا الأخير الشفاء التام.

و يقودنا الحديث عن الشروط العامة للرضا، من جهة أخرى، إلى بحث رضا الصغير و من في حكمه كالمجنون و المعتوه و المريض عقلياً، و مدى الاعتداد بموافقة هؤلاء على الأعمال الطبية من الناحية القانونية في الأنظمة المختلفة.

كما يثير إثبات رضا المريض الكثير من المشاكل العملية بدءاً من تحديد من يقع عليه عبء الإثبات إلى تحديد طريقة الإثبات. و إذا كان هذا الموضوع قد أسال الكثير من الحبر في الفقه المقارن إلا أن أهم ما يميزه هو التغيير المفاجئ لموقف محكمة النقض الفرنسية بنقلها عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب في قرار صادر بتاريخ 97/02/25 و هو ما سنحاول الوقوف على أسبابه و آثاره على علاقة الطبيب بالمريض.

على أن تحديد الجزاء المترتب على الإخلال بشرط الرضا المتبصر له أهمية خاصة باعتباره وسيلة قانونية لجبر الأضرار الناتجة عن التدخلات الطبية بدون إرادة صاحبها. و ما يهمنا في هذا المجال هو الوقوف على مدى نجاعة الجزاء الذي يرتبه القانون لجبر هذه الأضرار، و بحث الصعوبات التي يلاقها هذا الأخير في إثبات عناصر مسؤولية الطبيب، خاصة منها عنصراً الضرر و علاقة السببية. فإذا كان من الصعب إثبات هذه العناصر بخصوص الأخطاء الفنية المحضة للطبيب، فإن هذه الصعوبة تزداد حدة عندما يتعلق الأمر بإثبات إخلال الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر، خاصة إذا كان هذا الأخير قد تحصل على الموافقة الكتابية من المريض !

و تزداد المسائل التي يثيرها الرضا في بعض التدخلات الطبية الحديثة خاصة منها نقل الأعضاء و التجارب الطبية بحكم انضمام أطراف أخرى إلى العلاقة الطبية كالمتبرع بالعضو أو الشخص الخاضع للتجربة.

غير أن هذه المسائل لا تقف عند حد مسألة الموافقة فحسب، و إنما تمتد إلى الإطار الشرعي و القانوني لهذا النوع من التدخلات الطبية. و أول مسألة يثيرها العلاج عن طريق زرع الأعضاء و التجارب الطبية هي بحث موقف الشريعة الإسلامية من هذه التدخلات.

فقد شكلت الطرق العلاجية الحديثة موضوعا للكثير من البحوث الفقهية و اللقاءات العلمية لبحث موقف الدين منها. و ما يهمنا من هذه الدراسات هو ما استقر عليه الرأي بين فقهاء الشريعة بخصوص إباحة أو منع هذا النوع من التدخلات الطبية الحديثة. و في حالة إباحتها تحديد الضوابط الشرعية التي يجب الالتزام بها.

كما أن شرعية الطرق الطبية الحديثة لا تتوقف على إجازة الدين فحسب، و هو ما يثير مسألة الأساس القانوني في الدول التي لم يتولى المشرع الوطني فيها إباحة هذه التدخلات بنصوص صريحة كما فعل المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها.

من جهة أخرى، يكتسي الرضا أهمية خاصة في هذا النوع من التدخلات الطبية، و هو ما يتطلب بيان الشروط الموضوعية و الشكلية التي يجب توافرها في رضا المتبرع أو المستقبل للعضو أو رضا للشخص الخاضع للتجربة للاعتداد به قانونا.

و يثور التساؤل هنا أيضا حول شرعية الرضا الصادر من القصر و من في حكمهم بخصوص نزع الأعضاء أو التجارب الطبية، و كذا شرعية موافقة بعض الفئات الخاصة على هذا النوع من التدخلات.

كما أن للجزاء المترتب على الإخلال بشرط الرضا في عمليات نقل الأعضاء و التجارب الطبية أهمية قصوى لحماية الكيان الجسدي للأفراد. لذلك لجأت الكثير من الأنظمة إلى اعتماد الحماية الجنائية لحق الشخص في سلامته البدنية من خلال تجريم التدخلات الطبية، في إطار عمليات نقل الأعضاء أو التجارب الطبية، التي لا تتم وفقا للشروط المحددة قانونا، أو بدون احترام إرادة الشخص الخاضع لها. و يهمنا هنا أيضا معرفة موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة و نوع الحماية التي خص بها حق الشخص في السلامة البدنية في هذه الأنواع من التدخلات الطبية.

غير أننا نعتزف منذ البداية بتخلف التشريع الجزائري في هذا المجال، مقارنة ببعض التشريعات العربية الأخرى. إذ لم يسعفه الحض في وضع تنظيم متكامل لشروط و ضوابط الكثير من التدخلات الطبية الحديثة أو توفير الحماية اللازمة لحق الفرد في السلامة البدنية. حيث اكتفى بالنص على القواعد العامة المنظمة للعمل الطبي التي تضمنها قانون حماية الصحة و ترقيتها الصادر سنة 1985. و قد انعكس هذا الوضع على القضاء الجزائري الذي يجد بعض الصعوبات في حل النزاعات الطبية رغم ندرتها.

و لعل هذا ما دفع الباحث إلى اعتماد أسلوب المقارنة في الدراسة الحالية للوقوف على أحكام الشريعة الإسلامية من جهة، و على تجارب الأنظمة القانونية الأخرى سواء الأنجلوساكسونية منها أو اللاتينية بخصوص شرط موافقة المريض على الأعمال الطبية و الجراحية و الجزاء المترتب على الإخلال به. و في سبيل ذلك ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصل تمهيدي و بابين رئيسيين؛

- رضا المريض عن الأعمال الطبية العادية و جزاء الإخلال به.
- الرضا المتبصر في مجال نقل الأعضاء و التجارب الطبية.

فصل تمهيدي

مقدمة:

أن الرقابة الاجتماعية و الدينية و القانونية على مهنة الطب ليست مرتبطة فقط بما يقترفه ممتن الطب من عمل من حيث جوازه أو عدم جوازه، و إنما تمتد إلى التدخل الطبي ذاته من حيث تحديد شروط ممارسته و المسؤولية الناجمة عن عدم الالتزام بهذه الشروط، أو عن الأضرار التي يتسبب فيها من جراء تدخله.

من جهة أخرى، ليست هذه الرقابة وليدة هذا العصر، بل تمتد، وهذا بشهادة التاريخ، إلى النظم الاجتماعية القديمة. فقد وجد لها أثر في قانون حمورابي الذي يعود تقريبا إلى 2800 قبل الميلاد،¹ و في حضارات قديمة أخرى مثل الحضارة الفرعونية²، الحضارة الإغريقية والحضارة الرومانية.³ و غني عن التذكير بالدور الذي لعبه المسلمون في تطوير الطب سواء في جانبه التنظيمي أو العلمي.⁴

و يتعلق موضوع الدراسة الحالية بإحدى شروط ممارسة هذه المهنة و هو شرط رضا المريض و وجوب الحصول عليه قبل مباشرة أي تدخل طبي على جسمه. غير أنه قبل الحديث عن النظام القانوني الجزائري و الأنظمة الوضعية التي استمد منها الأحكام التي تنظم ممارسة الطب بصفة عامة، و أحكام الرضا بصفة خاصة، و بحكم انتمائنا إلى الأمة العربية الإسلامية،

¹ حيث تضمن هذا القانون بعض القواعد المنظمة لمهنة الطب و الجزاء الذي يترتب على مخالفة الطبيب لها أو سبب ضررا للمريض، في هذا الصدد تنص المادة 128 من هذا القانون على عقوبة قطع يد الطبيب إذا تسبب عمله في وفاة المريض أو إصابته بعاهة مستديمة كالعمى مثلا؛ راجع محمد فؤاد توفيق، "المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية"، (أبحاث و أعمال المؤتمر الإسلامي الأول عن الطب الإسلامي)، نشرة الطب الإسلامي، العدد الأول، الطبعة الثانية، الكويت، 1981، ص 545.

² حيث وضع الأطباء الفرعنة كتابا بعنوان "السفر المقدس" اشتمل على مجمل المعارف الطبية آنذاك كتحديد أعراض الأمراض و العلاج الخاص بكل منها، بحيث يكون الطبيب مسؤولا عن الضرر الذي يلحق المريض إذا نتج ذلك الضرر عن مخالفة محتوى كتاب السفر المقدس أثناء العلاج. أسامة عبد الله فايد، "المسؤولية الجنائية للأطباء" دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة، 1990، ص 14. أنظر كذلك بسام محتسب بالله، "المسؤولية الطبية و الجزائية بين النظرية و التطبيق"، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص 37.

³ حيث كان لأحد أطبائهم "أبقرط" الدور الكبير في تخليص مهنة الطب من الشعوذة و السحر و غيرها من الخرافات مما انتسب للطب في تلك الفترة. و مما عرف عن أبقرط، قسمه المشهور الذي لا يزال يؤدي حتى اليوم في الكثير من الدول من قبل الأطباء المقبلين على مزاوله مهنة الطب، راجع أسامة عبد الله فايد، المرجع السابق، ص 20 و ما بعدها.

⁴ عبد الله محمد الجبوري، "مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي"، مجلة الرسالة الإسلامية، السنة السابعة عشر، العدد 168 و 169، العراق، 1984، ص 92، انظر كذلك؛ ابن قيم الجوزية، "إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان"، تحقيق محمد حامد الفقي، الجزء الأول، دار الفكر العلمية، لبنان، 1998، ص 21. ابن قيم الجوزية، "الطب النبوي"، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 2001، ص 3. حسان حتوت، "التأصيل الإسلامي للأخلاقيات الطبية" (الأبحاث المقدمة في المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط و الأخلاقيات في بحوث النكاثير البشري في العالم الإسلامي) المركز الدولي الإسلامي للدراسات و البحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1992، ص 71. د أحمد شرف الدين، "رعاية الإسلام للطب و مزاوله" (أبحاث المؤتمر العالمي الثاني عن الطب الإسلامي) نشرة الطب الإسلامي، العدد الثاني، مارس 1982، الكويت، ص 768. عبد الرحمان بن حسن النفيس، "حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 40، السنة العاشرة (نوفمبر، ديسمبر، يناير 1998، 1999) الرياض ص 207.

يتعين علينا أولاً بحث شرعية المساس بجسم الأدمي في الشريعة الإسلامية و شروطه، ثم بحث المسألة في مختلف الشرائع الوضعية الأخرى و ذلك حسب التقسيم التالي؛

- المبحث الأول: القواعد الشرعية للممارسة الطبية.
- المبحث الثاني: شروط مزاولة الطب في الأنظمة الوضعية.
- المبحث الثالث: المبررات الأخلاقية لرضاء المريض.
- المبحث الرابع: المبررات القانونية لرضاء المريض.

المبحث الأول: القواعد الشرعية للممارسة الطبية:

من مسلمات الأمور أن للطب و الجراحة أهمية كبيرة في المحافظة على النفس البشرية التي تعتبر أحد المصالح الخمس (الدين، النفس، العقل، النسل، المال) و التي من أجل صيانتها وضعت الأحكام الشرعية. غير أن تدخل الطبيب أو الجراح في الممارسة الطبية يتطلب مساس هذا الأخير بجسم المريض أو بجثته في حالة التدخلات التي تقع بعد وفاة الشخص، و من هنا يثور التساؤل عن كيفية التوفيق بين مبدأ حرمة الجسم البشري و المبدأ الذي يسمح للطبيب بالتدخل الطبي في جسم الإنسان؟

الأصل أن التوفيق بين الأمرين لا يتم إلا بوضع الضوابط التي يجب أن يتقيد بها العمل الطبي حتى لا يخرج عن الهدف النهائي و هو المحافظة على الحياة و صيانة الصحة.⁵ و بناء على ذلك سوف نتعرض لمبدأ حرمة الجسم البشري ثم نتعرض لضرورة التخفيف من حدة هذا المبدأ، من أجل رعاية أحد الضرورات الخمس و هي النفس، و الذي تجد لها تطبيقاً في مسألة إباحة عمل الطبيب لنستخلص في الأخير القواعد الشرعية لممارسة الطب.

المطلب الأول: مبدأ حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية:

لقد عنيت الشريعة الإسلامية بحماية النفس البشرية⁶، فحرمت قتل النفس إلا بالحق مصداقاً لقوله عز و جل "و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق"⁷. و من هنا جاءت القاعدة الفقهية

⁵ ابن قيم الجوزية، "زاد المعاد في هدى خير العباد" الجزء 3، المطبعة المصرية، 1379هـ (1958)، ص 134.

⁶ محمد المدني، "الحقوق الطبيعية للمواطنين كما قررها الإسلام"، مجلة الأزهر، 1962، ص 133.

⁷ سورة الإسراء، الآية 33.

التي تقضي بأنه " لا يجوز المساس بدم الأدمي أو عرضه بغير حق".⁸ كما ثبت عنه (ص) أن الله عز و جل جعل أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة هو الدماء.⁹ وفي هذا الصدد، توعد الله عز و جل مرتكب جريمة القتل العمد أشد العذاب بقوله "و من يقتل مؤمنا متعمدا فجزائه جهنم خالدا فيها و غضب الله عليه و لعنه و أعد له عذابا عظيما".¹⁰

أما عقوبة القتل العمد الدنيوية فهي القصاص مصداقا لقوله عز و جل؛ "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى".¹¹ يضاف إلى ذلك حرمان القاتل من ميراث القتيل و من وصيته، إذا كانت بينهما قرابة.¹² كما امتدت الحماية الشرعية للنفس البشرية في الشريعة الإسلامية بالنسبة للجرائم غير العمدية، حيث قررت مسؤولية الفاعل و أوجبت الدية¹³ و الكفارة على جريمة القتل الخطأ¹⁴.

و بناء على ما تقدم فإن لجسم الأدمي في الشريعة الإسلامية حرمة كاملة سواء كان حيا أو ميتا، و علة هذه الحرمة كون الإنسان من خلق الله عز و جل. فهو الذي خلقه و قدره و عززه و كرمه مصداقا لقوله عز و جل " و لقد كرمتنا بني آدم"¹⁵، و قوله "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"¹⁶ و قوله "تبارك الله أحسن الخالقين".¹⁷ و بهذه السمات التي تميز الأدمي عن غيره من المخلوقات جعله الله خليفته في أرضه و هو أسمى تكريم خص الله به الإنسان من ثم وجبت حرمة سواء كان حيا أو ميتا.

و إذا كان قتل أو جرح المسلم بغير حق من المحرمات شرعا فإنه لا يحل شيء من ذلك بإذن المجني عليه،¹⁸ و لا قتل الإنسان نفسه أو ما يعرف بالانتحار، و ذلك مصداقا لقوله عز و جل "و لا تقتلوا أنفسكم".¹⁹

⁸ عبد الله القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"، الجزء السابع، مكتبة دار الكتب المصرية، 1935، ص 133. محمد الشوكاني، "نيل الأوطار" الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، 1923، ص 39.

⁹ محمد الشوكاني، "نيل الأوطار"، الجزء السابع، ص 196.

¹⁰ سورة النساء، الآية 93.

¹¹ سورة البقرة، الآية 178.

¹² محمد جمال الدين عواد، "جناية القتل العمد في الفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر، القاهرة 1974. ص 34.

¹³ علي الخفيف، "الضمان في الفقه الإسلامي"، الجزء الأول، معهد الدراسات العربية بالقاهرة، 1981، ص 11، الجزء الثاني 1983، ص 160 و ما بعدها.

¹⁴ سورة النساء، الآية 92.

¹⁵ سورة الإسراء، الآية 70.

¹⁶ سورة التين، الآية 4.

¹⁷ سورة الممنون، الآية 14.

¹⁸ ابن قدامة، المغني، الجزء 7، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1946، ص 723. و في هذا السياق،

¹⁹ سورة النساء، الآية 29.

ففي هذا السياق أفتى مؤخرا المجلس الأوروبي للإفتاء²⁰ بتحريم "قتل الرحمة" أو ما يعرف أيضا بقتل الشفقة (Euthanasie)، وكذا بتحريم قتل المريض الذي يخشى انتقال مرضه إلى غيره بالعدوى حتى ولو كان ميئوسا من شفائه كمرضى السيدا مثلا. وعلّة ذلك وجود وسائل وقائية متعددة لتجنب ذلك كالحجر الصحي ومنع الاختلاط بالمريض. وعل هذا الأساس يجب المحافظة على المريض كأدمي، يقول المجلس، من حيث وجوب الاعتناء به وتزويده بكل ما يحتاج إليه من غذاء ودواء إلى أن يتولى الله أمره.²¹

كما حرم الله عز وجل على العبد إتلاف أعضاء جسمه فقال عز و علا "و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"²². وعلّة ذلك أن الحق في الحياة وسلامة الجسد حق مشترك بين العبد وربه.²³ ثم يرى البعض أنه لا تسقط العقوبة الشرعية أو الضمان عند البعض في حالة إذن المجني عليه بالاعتداء.²⁴ وفقا لهذا الرأي، تمتد حرمة جسد الإنسان إلى ما يسقط أو يقتطع منه من أعضاء، فيجب دفنه.²⁵

و لقد أدركت الشريعة الإسلامية حماية الكائن البشري قبل خروجه من بطن أمه، فأوجببت دية الجنين على من تسبب في إسقاطه، فضلا عن العقوبة الأخروية.²⁶ و يذهب الفقه الإسلامي، في هذا الصدد، إلى وجوب تأخير القصاص على الأم الحامل إلى حين إتمامها رضاعته و استغناؤه عنها سواء كان القصاص في النفس أو الطرف،²⁷ و الأمر كذلك بالنسبة لإقامة الحد على الزانية الحبلية.²⁸ بل يجوز كما يرى الفقهاء شق بطن الأم الميتة لإخراج ولدها الحي، لأن حفظ حياة المولود أعظم مصلحة من مفسدة انتهاك حرمة الموتى.²⁹

²⁰ المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث هو مؤسسة أوروبية مستقلة، مقرها العاصمة الأيرلندية دبلن (Dublin) مختصة بمتابعة واقع الجالية المسلمة في الغرب و إيجاد الحلول المناسبة للمسائل المطروحة عليها وفقا للنصوص الشرعية أخذا بعين الاعتبار واقع الحياة الاجتماعية الغربية له دورة مرتقبة في شهر ديسمبر من سنة 2003. كمال الزيني، ركن إسلام و مسلمون، جريدة "الرأي" يومية جزائرية، العدد 1592 ليوم الاثنين 14 جويلية 2003، ص 13.

²¹ كمال الزيني، نفس المرجع، ص 13.

²² سورة البقرة الآية 195.

²³ أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، "قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المطبعة الحسينية المصرية، القاهرة، 1934، ص 122.

²⁴ محمد عيلش، "فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك" الطبعة الأولى، مكتبة الطوي، القاهرة، 1319 هـ (1898)، ص 271.

²⁵ عبد الله القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"، الجزء الثاني ص 102.

²⁶ لمزيد من المعلومات؛ أبو الليث السمرقندي، "خزائن الفقه في عيون المسائل"، بغداد، 1965، ص 357، حسن الشاذلي، "حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الحقوق و الشريعة، الكويت، 1979 ص 38. محمد سلام مذکور، "الجنين و الأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي" الطبعة الأولى، القاهرة، 1969، ص 243.

²⁷ حاشية النسوقي، "على الشرح الكبير"، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، القاهرة، 1309 هـ ص 260.

²⁸ ابن حزم، "المحلى"، الجزء 11، القاهرة 1949، ص 210، محمد بن اسرائيل، "جامع الفصوليين"، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1301 هـ ص 196.

²⁹ أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، المرجع السابق، ص 97.

أما بالنسبة لحرمة جسم الأدمي بعد الوفاة، فلقد أولت الشريعة الإسلامية حماية خاصة لجثة الميت، إذ ورد في الحديث النبوي أن كسر عظم الميت ككسره حيا.³⁰ و على هذا الأساس تم تحريم نبش مقابر المسلمين و المساس بعظام الموتى إلا لضرورة شرعية لأن في ذلك هناك لحرمة الميت.³¹

من خلال ما تم سرده تظهر الحرمة التي خصت بها الشريعة الإسلامية جسم الكائن البشري، و التي حرمت بموجبها كل مساس مضر بجسم الأدمي. غير أن لهذا المبدأ استثناء يخص التدخلات الطبية و هو موضوع المطلب الموالي.

المطلب الثاني: أساس إباحة العمل الطبي على جسم الإنسان:

رغم أن مبدأ حرمة جسم الإنسان يقتضي حظر المساس به إلا أن ضرورة العلاج تبرر ما هو محظور شرعا.³² و معنى ذلك أن مبدأ حرمة جسم الإنسان ليس بالمبدأ المطلق و يحتمل الاستثناء في حدود ما تقتضيه المصلحة الراجحة.

ذلك أن التداوي من الأمراض هو فرض عين على كل فرد من أجل الحفاظ على النوع البشري، و هو ما يقتضي ممارسة الطب كسبيل للعلاج. و يتطلب هذا الأمر قيام فئة من أفراد المجتمع الإسلامي بتعلم الطب و ممارسته، على اعتبار أن ترك هذا الواجب يجعل من المجتمع الإسلامي مجتمعا آثما.³³ غير أن إباحة العمل الطبي بهذا المفهوم مرتبطة بشروط معينة سوف نتعرض لها لاحقا.

و عليه، فإن بحث أساس إباحة العمل الطبي يتطلب أولا تحديد أصحاب الحق في الحياة و سلامة الجسد، و بعدئذ يمكن تحديد مصدر الإذن باعتبار أن صاحب الحق هو الذي يمكنه أن يأذن لغيره بالمساس بكيانه.

الفرع الأول: أصحاب الحقوق على النفس و الجسد:

³⁰ السيوطي، " الجامع الصغير " ، الجزء الرابع، طبعة المكتبة التجارية الكبرى ، مصر، 1935، ص 550، حيث ورد الحديث بلفظ آخر "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم" و قال أخرجه الإمام أحمد و أبو داود و ابن ماجة.

³¹ صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1970، ص 178. محمد عباس المهدي، " الفتاوى المهدية" الجزء 5 ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأزهرية، القاهرة 1301هـ، ص 289. ابن عبد السلام ، المرجع السابق، ص 96. محمد عيش، المرجع السابق، ص 132.

³² د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية" ، المرجع السابق، ص 31.

³³ محمد حسين مخلوف، " فتاوى شرعية و بحوث إسلامية" ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، القاهرة، 1965، ص 360. محمد فتحي بهنسي، "المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1961، 148.

الحق في الشرع الإسلامي يكون إما لله و إما للعبد و قد يجتمعان فيه.³⁴

أما حق الله فهو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله بسبب شمول نفعه، و يتجسد أساسا في العبادات و الحدود.³⁵ و تعتبر هذه الحقوق من حقوق الله فلا يجوز إسقاطها على العبد أو العفو أو الصلح بشأنها.³⁶ و يقابل حقوق الله في النظم الوضعية فكرة النظام العام و الآداب العامة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها.³⁷

أما حق العبد فهو ما يتعلق بمصلحة خاصة كحرمة مال الغير، و على خلاف حقوق الله، يجوز في حقوق العبد العفو و الإبراء و الصلح.³⁸

أما ما يجتمع فيه حق الله و حق العبد، فقد يكون حق العبد هو الغالب كما هو الحال في حق القصاص. و قد برر بعض الفقهاء ذلك بأن "الله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد و للعبد حق الاستمتاع، و فيه شرعية القصاص بقاء للعتيق، و لكن حق العبد راجح و لهذا فوض استيفاءه إلى الولي و جرى فيه الاعتياد بالمال"³⁹.

غير أن هناك من الفقهاء⁴⁰ من يرى أن حق الله هو الغالب في حالات اجتماع حق الله و حق العبد. ذلك أن حق الله في حياة الفرد المكلف شرعا و في سلامة جسمه، إنما تقتضيه مسألة عملية و هي تمكين هذا الأخير بالقيام بالتكاليف الشرعية و الواجبات المفروضة عليه.

و نظرا لاجتماع جانبي الله و العبد في هذا الحق (الحق في الحياة و سلامة الجسد) فإن المعتدي جسديا بغير حق على الفرد يكون قد ارتكب معصية تجاه الله، و اعتداء على سلامة الفرد الجسدية تجاه هذا الأخير. لذلك يجب القصاص أو الدية في جانب حق الفرد و تجب الكفارة في جانب حق الله.⁴¹

و عليه فإذا أكمل الله عز و جل على عبده نعمه المتمثلة في الحياة و العقل و سلامة الجسم و التي من خلالها يمكنه القيام بما كلفه الله به (العبادات)، فلا يصح للعبد قتل نفسه أو إتلاف عضو

³⁴ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 33.

³⁵ عبد الرزاق السنهوري، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، الجزء الثالث، طبعة معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1956، ص 108

إبن مسعود و التفتازاني، "التنقيح و التوضيح"، الجزء الثالث، ص 129.

³⁶ القرافي، "الفروق"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1344هـ (1923)، ص 195.

³⁷ عبد الرزاق السنهوري، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، الجزء الثالث، ص 108.

³⁸ إبن مسعود و التفتازاني، المرجع السابق ص 129، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 108.

³⁹ إبن مسعود و التفتازاني، المرجع السابق ص 138.

⁴⁰ أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، "قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الجزء الثاني، ص 8، د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 34.

⁴¹ أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، "قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الجزء الأول، ص 183.

من أعضائه بدون إذن الخالق لأن الحق في ذلك مشترك بينهما.⁴² و على هذا الأساس لا يغني إذن الضحية لغيره بالاعتداء عليه من مسائلة الجاني، لأن حق الله بخصوص الحياة و سلامة الجسد هو الغالب و لم يأذن سبحانه عز و جل بقتل النفس بغير حق.⁴³

أما الحكم الشرعي الخاص بحالة الاعتداء على ما دون النفس (المساس بالأعضاء و الجروح)، فالمفروض تطبيق الحكم السابق خشية أن يمنع الاعتداء الجسدي الفرد (المكلف) بالقيام بالتكاليف الشرعية التي من أجلها حصن الله له جسده بالحق في سلامة جسمه.

إلا أن بعض الفقه قال بسقوط الضمان في هذه الحالة الأخيرة لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال بالنسبة لصاحبها، لذلك فالحق في سلامتها حق للعبد يجوز له التنازل عنها.⁴⁴ إذ يعتبر الفقه أن الأطراف هي من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، و يجوز له أن يضحى بها في سبيل إنقاذ حياته، فهي كالمال خلقت وقاية للنفس.⁴⁵ غير أن استعمال الفرد لحقه على أطرافه لا يجب أن يفضي إلى هلاك النفس، لأنه في هذه الحالة يكون قد تعدى حدود حقه و اعتدى على حق الله بدون إذنه.⁴⁶ على أنه في جميع الأحوال لا تنتفي المسؤولية الأخروية لمجرد حصول المعتدي على رضا المجني عليه.⁴⁷

نستخلص مما تقدم أن الحق في الحياة و الحق في السلامة الجسدية هي من الحقوق التي يجتمع فيها الله عز و جل و العبد. و بناء على ذلك يجب الحصول على إذن أصحابها معا لإمكان المساس بمحل هذين الحقين، إذ لا يغني إذن أحدهما عن إذن الآخر. فمن يقوم بعمل يترتب عليه المساس بمحل الحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية يفترض حصوله على إذن الشرع بالإضافة إلى إذن الفرد المعني بالإجراء. فهل ينطبق هذا الحكم على عمل الطبيب ؟

الفرع الثاني: إذن الشرع و إذن المريض في ممارسة الطب:

اعتقد بعض الفقه⁴⁸ أن أساس إباحة الفعل الطبي هو إذن المريض و هو استنتاج من الفقه التقليدي الذي يذهب أنصاره إلى سقوط القصاص أو الدية حينما يأذن الضحية بالاعتداء.⁴⁹

⁴² محمد أبو زهرة، "فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي"، الجزء الثاني، القاهرة، 1966، ص 187.
⁴³ الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السابع، القاهرة 1910، ص 308 و ما بعدها.

⁴⁴ الكاساني، المرجع السابق، ص 202.

⁴⁵ الكاساني، المرجع السابق، ص 257، 259.

⁴⁶ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 38.

⁴⁷ محمد علي النجار، "حول مسؤولية الأطباء"، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1944 (1368هـ) ص 53.

⁴⁸ محمد علي النجار، المرجع السابق، ص 52.

غير أن هذا الاستنتاج غير صحيح لأن هناك فرق بين الحق في الحياة و الحق في سلامة الجسد و بين الحق في الجزاء المستحق على الاعتداء عليهما. فقد سبقت الإشارة أعلاه⁵⁰ إلى أن للحق في الحياة و سلامة الجسد طرفين هما الله و العبد، و أنه يفترض فيمن يقترب فعلا يمس محل الحق في الحياة و سلامة الجسد أنه تحصل على إذن صاحبيه. أي صدور الإذن من الشرع بالإضافة إلى إذن المريض. فلا يمكن الأخذ فقط بإذن المريض كأساس لإباحة العمل الطبي لاعتبارات كثيرة. فقد يؤدي الأخذ بهذا الرأي إلى عدم مسائلة المعالج مهما كانت صفته و لو لم يكن يقصد العلاج.⁵¹ و قد حاول بعض الفقهاء استدراك الوضع بالنص على قصد العلاج إضافة إلى رضا المريض في التدخل الطبي.

و مع ذلك فإن مثل هذا الشرط وحده لا يكفي لجعل إذن المريض الأساس الوحيد لإباحة العمل الطبي. و السبب في ذلك أن رضا المريض يقتصر أثره على الجانب الفردي للحق و لا يبرر المساس بجانبه الاجتماعي الذي يمثله حق الله، و الشارع لا يأذن بهذا المساس إلا باجتماع مجموعة من الشروط، و إلا ضل الفعل خاضعا للمسائلة.⁵²

فالرأي الراجح في الفقه الإسلامي يذهب إلى أن أساس إباحة فعل الطبيب هو إذن الشرع و إذن المريض.⁵³ و قد اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا نجم عن عمل الطبيب الحاذق ضياع النفس أو العضو فلا ضمان عليه متى كان مأذونا من جهة الشارع و من جهة المريض. و مفاد ذلك أنه متى فعل الشخص ما يجوز شرعا لا يسأل عن الضرر الحادث و إن كان سببا له.⁵⁴ و عليه يرى غالبية الفقه أن سبب إباحة عمل الطبيب يكمن في إذن الشرع الذي يمنحه رخصة الممارسة. غير أن الطبيب المرخص له لا يستطيع، في الأصل، أن يتدخل طبييا على جسم المريض إلا بإذن هذا الأخير. من ثم فإن إذن الشرع هو المنشئ الحقيقي لسبب الإباحة من الناحية التجريدية، أما رضا المريض فهو العامل المباشر الذي يمكن الطبيب من المساس بجسمه بالرخصة التي خوله إياها الشرع و ذلك باختيار الطرق العلاجية المناسبة لحالة المريض.⁵⁵ و

⁴⁹ أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية و في القانون المقارن"، مجلة الأزهر، المجلد 19، 1367هـ (1946)، ص 819 محمد أبو زهرة، "العقوبة و الجريمة في الفقه الإسلامي"، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ، ص 55.

⁵⁰ راجع الفرع الأول أعلاه.

⁵¹ أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية و في القانون المقارن"، ص 819.

⁵² الكاساني، المرجع السابق، ص 236.

⁵³ محمد أبو زهرة، "فلسفة العقوبة و الجريمة في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق، ص 479. محمد سلام مذكور، "الإباحة عند الأصوليين" مجلة القانون و الاقتصاد، مارس 62، العدد الأول ص 111. ابن قيم الجوزية، "زاد المعاد في هدى خير العباد" الجزء 3، المرجع السابق، ص 65 و 66.

⁵⁴ وهبة الزحيلي، "نظرية الضمان"، دمشق 1970، ص 212.

⁵⁵ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 42.

هذا ما دفع بعضهم إلى القول بأن رضا المريض لا يعدو أن يكون سوى أحد شروط وضع مبدأ الإباحة موضع التطبيق.⁵⁶

و إذا كان إذن الشرع هو الأساس الفعلي لإباحة عمل الطبيب فإن ذلك يرجع إلى أن حق الله في الحياة و سلامة الجسد يرجح على حق الفرد فيها، و إن وجب حصول الطبيب على إذن المريض رعاية لحق هذا الأخير. لذلك تبقى الإباحة سارية في حالات الضرورة التي يتعذر فيها الحصول على إذن المريض أو إذن وليه.⁵⁷

أما عن سبب إذن الشارع للطبيب بممارسة مهنة الطب بالرغم من تضمنها مساسا بجسم المريض، يقول الفقهاء أن علة تلك الإباحة تكمن في الفائدة التي تعود على الفرد و المجتمع من خلال قيامهما بواجب العلاج.⁵⁸ فقد قدر الشرع أن العمل الطبي، و إن كان فيه مساس بجسم المريض، إلا أنه يحفظ مصلحة المريض و الشرع في آن واحد من خلال صيانة حياة و جسم المريض، و أن إباحة الشرع مقيدة بهذه الحدود.⁵⁹ و على هذا الأساس يمكن القول بأن إباحة الشارع للعمل الطبي إنما قررت لأنها تحفظ مصالح راجحة تتمثل في صيانة الصحة و الحياة، الأمر الذي يجعل من ممارسة الطب ضرورة اجتماعية. من ثم فإن الإباحة لا تنتج آثارها كاملة إلا إذا تمت ممارسة الطب في نطاق قواعد تضمن عدم انحراف الطبيب عن الهدف الذي أبيع لأجله ممارسة هذا الفن⁶⁰. و هذا ما يقودنا إلى الحديث عن قيود إباحة العمل الطبي في الشرع الإسلامي.

المطلب الثالث: قيود إباحة الممارسة الطبية في الشريعة:

تخضع ممارسة الطب لعدة شروط شرعية الغاية منها تنظيم المهنة و عدم تجاوز حدود معينة حماية لمصلحة راجحة قدر الشرع أنها تبرر إباحة هذه المهنة. و تتعلق هذه الشروط بصفة المعالج و الغرض أو الهدف من عمله، و الاحتياطات التي يجب أن يتخذها في ممارسة مهنة الطب. كما تتعلق هذه الشروط بإذن المريض و هو مقيد كذلك بوجوب صدوره من ذوي الصفة و الأهلية. و عليه يمكن تقسيم شروط إباحة عمل الطبيب إلى طائفتين:

⁵⁶ قرب بن الهمام، "فتح القدير، القاهرة، 1318هـ ص 291.
⁵⁷ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 43.
⁵⁸ أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية و في القانون المقارن" مجلد 19، المرجع السابق، ص 820. محمد عبد العزيز المراغي، "مسئولية الأطباء"، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1368هـ، ص 213.
⁵⁹ محمود نجيب حسني، "أسباب الإباحة في التشريعات العربية"، 1962، ف 89، ص 118.
⁶⁰ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 45.

- شروط الإباحة المتعلقة بإذن الله
- شروط الإباحة المتعلقة بإذن المريض.

الفرع الأول: شروط الإباحة المتعلقة بإذن الله:

لانتفاء المسؤولية عن التدخل الطبي يجب أن يصدر عن ذي صفة، و أن تستدعيه حالة المريض لغاية العلاج. كما يجب أن تتم الممارسة الطبية داخل الرسم المتبع في أمثاله.⁶¹

1- صفة المعالج:

يشترط في ممارسي مهنة الطب أن يكونوا " من ذوي حذق في صناعتهم و لهم بها بصارة و معرفة".⁶² أما من يمارس الطب و ليس له به علم فهو ضامن⁶³، كما ثبت في الحديث النبوي الشريف.⁶⁴ كما يشترط البعض أن يكون المعالج بصيرا فإن كان متعاطيا للطب لم يتعلمه فهو ضامن.⁶⁵ و المراد بالبصير عندهم من يعرف العلة و دواءها و كيفية علاجها و تلقى الإجازة بممارسة الطب من المختصين و مارس الفعل مرتين فأصاب. و عليه فلا يكفي، عندهم، الأخذ من الكتب كما في سائر العلوم. و الطبيب الحاذق يجب أن يكون له، فضلا عن معرفته لعلاج الأبدان، خبرة بأمراض القلوب و الأرواح و أدويتها.⁶⁶

و لحماية مهنة الطب من الطبيب الجاهل(ignorant) و الدخيل (intrus) أوجب الفقهاء صدور الترخيص بممارسة هذه المهنة من الجهات المختصة أو ما سمي بصاحب الرعية المختص.⁶⁷ كما أوجب الفقهاء أن يحجر على الطبيب الجاهل و يمنع من مزاوله المهنة لأنه يفسد أبدان الناس.

⁶¹ محمد عبد العزيز المراغي، "مسئولية الأطباء" المرجع السابق، ص 213.

⁶² ابن قدامة "المغني و الشرح الكبير"، الجزء السادس، طبعة 1347هـ، ص 120.

⁶³ أي مسئول عن نتائج عمله.

⁶⁴ أورده السيوطي، "الجامع الصغير و شرحه" الجزء السادس، 1356هـ، ص 106، بلفظ "من تطيب و لم يعلم منه طب فهو ضامن" رواه أبو داود و النسائي و ابن ماجة. و قال السيوطي صحيح، راجع؛ أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء، المرجع السابق، ص 817. ابن القيم الجوزية، " الطب النبوي"، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة 1377هـ، 107.

⁶⁵ شرح الأزهار في فقه الزيدية الجزء 3 ص 283 المشار إليه في محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 407.

⁶⁶ ابن القيم الجوزية، " الطب النبوي"، المرجع السابق، ص 113.

⁶⁷ أحمد فتحي بهنسي، "المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي"، 1961، ص 150. محمود ناظم السيبي، "قواعد آداب مزاوله الطب في التراث الإسلامي" أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، 1980، ص 407. محمد الخطيب بسيس، "قواعد و آداب مزاوله مهنة الطب" " أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، 1980، (طبعت بمعرفة وزارة الصحة بالكويت)، ص 421.

فإذا قام هذا الأخير بالعمل الطبي فهو متعدد غير مأذون من جهة الشرع، كما انه بادعائه الطب يكون قد غرر بالمريض و يلزمه حينئذ الضمان.⁶⁸ و كان أول من ألزم الأطباء بهذا الشرط هو الخليفة العباسي المقتدر بالله سنة 319 هجرية. إذ أسند لأحد كبار الأطباء في عهده، و هو سنان بن ثابت بن قرّة الحرّاني، صلاحية اختبار من يرغب في مزاوله الطب آنذاك و تسليمه إجازة بذلك. و للتأكد من احترام هذا الشرط من قبل الأطباء أمر الخليفة المقتدر مُحْتَسِبُهُ بعدم السماح بممارسة الطب إلا لمن يحمل إجازة سنان بن ثابت بن قرّة الحرّاني و ذلك تحاشياً لتسرب المتطفلين و الغير مؤهلين لامتهان الطب.⁶⁹

2- قصد العلاج:

يجب أن يكون تدخل الطبيب لغاية علاج المريض أو بصفة عامة رعاية لمصلحة مشروعة، لأن العلاج هو الهدف الذي من أجله رخص الشرع للطبيب مزاوله مهنة الطب. لذلك إذا كان عمل الطبيب يستهدف غرضاً آخر غير العلاج تعرض للمسائلة.⁷⁰ و مثاله أن يقوم الطبيب، بناء على طلب المريض، باقتطاع عضو سليم من أعضاء هذا الأخير لغرض إعفائه من الخدمة العسكرية.

و يثور التساؤل هنا حول مدى شرعية الجراحة التجميلية. ففي هذا الصدد يرى الفقه أن شرعية الجراحة التجميلية مرتبطة بالحالة النفسية للمريض. فلا يكون هذا النوع من الجراحة مشروعاً إلا إذا أثرت حالة المريض على صحته النفسية، فيكون الهدف من الجراحة التجميلية هدفاً علاجياً.⁷¹ كما يمكن مسائلة الطبيب عن تدخله إذا استهدف إجراء اكتشاف علمي دون قصد علاج المريض. غير أنه يجوز إجراء التجارب على المريض بالنسبة للأمراض المستعصية التي لم يكشف لها بعد أدوية معروفة، و لكن بشرط ألا يترتب على هذه التجارب إصابة المريض بضرر أعظم من الضرر الذي يشكو منه.⁷²

3- وجوب اتباع أصول مهنة الطب:

⁶⁸ محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 207.
⁶⁹ محمد عطا السيد سيد أحمد، "مسئولية الطبيب"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، جدة، 1994، ص 182.
⁷⁰ ابن إدريس البهوتي، "كشاف القناع" الجزء الثالث، 1947، ص 473. أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية و في القانون المقارن"، ص 841.
⁷¹ فتوى لإدارة الإفتاء المصرية، سجل 103، مسلسل 212، وفقاً لما ورد في د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 48. أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء"، مجلة الأزهر، المجلد 19، ص 906.
⁷² ابن القيم الجوزية، "الطب النبوي"، المرجع السابق، ص 115، حيث ورد فيه أنه إذا لم يستطع الطبيب تحديد ماهية المرض فلا يستطيع أن يجرب الدواء بما تخاف عاقبته، و لا بأس بتجربته بما لا يضر أثره. راجع الفصل الثالث من الباب الثاني من هذه الرسالة.

مفاد هذا الشرط أن يتم عمل الطبيب وفقا لأصول الطب المتفق عليها في زمان و مكان معينين.⁷³ من ثم إذا خالف الطبيب هذه الأصول أو عمل ما لا يعمله غيره في نفس الظروف و الحالات فهو ضامن.⁷⁴ و يرى البعض أنه يجوز للطبيب أن يجتهد في علاج المريض، فلا يسأل لو خالف آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم.⁷⁵ في حين يرى آخرون أنه تتعقد في هذه الحالة مسئولية الطبيب عن خطئه و إذا وقع ضرر للمريض تقع الدية على عاقلته⁷⁶ أو على بيت المال.⁷⁷ فالمطلوب من الطبيب، وفقا لرأي غالبية الفقه، أن يكون حاذقا فيعطي مهنته حقها بأن يبذل العناية المعتادة التي يبذلها أمثاله في مهنة الطب في تشخيص و علاج الأمراض.⁷⁸

الفرع الثاني: شروط الإباحة المتعلقة بإذن المريض:

يعتبر رضا المريض شرطا أساسيا آخر يجب على الطبيب الحصول عليه قبل مباشرة أي تدخل طبي على جسم المريض.

و إذا كان هذا الأخير قاصرا أو من في حكمه وجب الحصول على إذن وليه.⁷⁹ و يستند هذا الشرط من حيث الأساس الفقهي إلى حق المريض في سلامة جسمه. غير أن بعض الفقه يضيف مبررا آخر لشرط الرضا و هو دخول كل من الطبيب و المريض في العلاقة التعاقدية الناجمة عن العقد الطبي، و التي تستلزم توافق إرادة طرفيه.⁸⁰ و على هذا الأساس لا يجوز إرغام المريض على التداوي إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما لو تعلق الأمر بالأمراض المعدية، حيث وضع الشرع نظاما للحجر الصحي.⁸¹

و يستنتى من ضرورة الحصول على رضا المريض أو وليه الحالات العاجلة التي لا تقبل التأخير استنادا إلى القاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحظورات".⁸² و يضاف إلى ذلك كما

⁷³ أحمد بن محمد الطهطاوي، "حاشية الطهطاوي على الدر المختار" الجزء الرابع، المطبعة العامرة، 1283هـ، ص 275 - محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 211 - ابن قدامة، المغني، الجزء العاشر، طبعة 1367هـ، ص 349.

⁷⁴ محمد علي النجار، "حول مسئولية الأطباء"، المرجع السابق، ص 51.

⁷⁵ أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء مجلة الأزهر"، مجلد 20، المرجع السابق، ص 46.

⁷⁶ و المقصود بالعاقلة هم من يلزمون بالدية من عصابة أو أقارب أو عشيرة الطبيب الذي تسبب في الضرر؛ على الخفيف، الجزء الثاني، ص 177.

⁷⁷ عبد السلام التونجي، "الخطأ الطبي"، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسئولية الطبية، جامعة قار يونس، بنغازي الأيام من 23 إلى 1978/10/28 ص 100.

⁷⁸ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 49.

⁷⁹ أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء" مجلة الأزهر، مجلد 20، المرجع السابق، ص 48 - ابن حزم، "المحلى" الجزء العاشر، إدارة الطباعة المنيرية، 1352هـ، ص 444 - المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص 121 - أبو زهرة، الجريمة و العقوبة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 478.

⁸⁰ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 50.

⁸¹ مصطفى الطير، "بين الطب و الشريعة"، مجلة الأزهر، 1968، ص 252.

⁸² محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 416 - أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء" مجلة الأزهر، مجلد 20، المرجع السابق، ص 49.

قال بعض الفقهاء الاستثناء الذي يقتضيه العرف⁸³ أو المصلحة⁸⁴ على أنه في الحالات التي يجب الحصول فيها على إذن المريض، يجب أن يصدر هذا الإذن ممن هو أهل له، بأن يكون بالغاً، عاقلاً و أن يوافق على العلاج و هو على بينة من أمره.

و بناء على ما تقدم إذا تدخل الطبيب بدون الإذن المسبق لمريضه أو بدون ضرورة وجبت مسائلته على أساس خروج عمله من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي.⁸⁵ و تخضع مسؤولية الطبيب في هذه الحالة للأحكام العامة التي تخضع لها مسؤوليته عندما يتحقق ضرر للمريض ناتج عن عدم استيفاء عمل هذا الأخير لشروط مزاولة فن الطب.

المبحث الثاني: شروط إباحة العمل الطبي في الأنظمة الوضعية:

على ضوء أهم الأحكام الشرعية الخاصة بإباحة العمل الطبي في الشريعة الإسلامية، نتولى الآن توضيح أسس إباحة ممارسة الطب و دور رضا المريض في الأنظمة الوضعية. و خلافاً للفقهاء الإسلامي الذي أرسى قواعد ممارسة الطب في العقود الأولى للدولة الإسلامية، لم يهتم الفقه الغربي بهذا المجال إلا في العقود الحديثة التي شهدت تطوراً فكرياً و علمياً شاملاً.

و من بين أولى المسائل التي مسها التنظيم هي العلاقة بين الطبيب و المريض من خلال تحديد حقوق و التزامات كل منهما. و قد شكل المريض في بداية الأمر محور اهتمام و حماية الفقه باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، فذهب بعض الفقهاء⁸⁶ إلى أن رضا المريض هو السبب الرئيسي لإباحة العمل الطبي بحكم أن عمل الطبيب يشكل مساساً بحق المريض في سلامة جسمه.

غير أنه ثبت فيما بعد أن هذه إباحة العمل الطبي تفرضه مصالح فردية و اجتماعية حيوية مرتبطة برعاية الصحة العامة في المجتمع، و هو ما يعني وجوب تنظيم المهنة من قبل السلطة الحاكمة. و على هذا الأساس إذا كانت موافقة المريض على العلاج شرطاً أساسياً لإباحة العمل

⁸³ أبين قيم الجوزية، "إعلام الموقعين"، الجزء الثاني، القاهرة، بدون تاريخ، ص 22. و مثاله كما أورده أحدهم الطبيب الذي "يخلع ضرراً شديداً للألم بغير إذن صاحبه إذا كان هذا الداء أو الألم يقطع صاحبه على صلاته، مصالحه، فهذا تعاون على البر و التقوى"، ابن حزم، المحلى، ج 10، المرجع السابق، ص 444.

⁸⁵ ابن همام و آخرون، "الهداية و العناية"، الجزء السابع، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 206، ابن حزم، "المحلى"، ج 10، المرجع السابق، ص 444، محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 112، أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء"، المرجع السابق، ص 48.

⁸⁶ إلى جانب هذا الاتجاه ذهب البعض إلى أن أساس هذه الإباحة إنما يرجع إلى العرف و العادة، بينما ردها البعض الآخر إلى انتفاء القصد الجنائي و توافر قصد العلاج. في حين ذهبت قلة أخرى إلى اعتبار الضرورة العلاجية هي أساس الإباحة. لمزيد من المعلومات حول الجدل الفقهي حول هذه المسألة راجع، د محمد عبد الوهاب الخولي، "المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة: دراسة مقارنة" الطبعة الأولى 1997، ص 6 و ما بعدها.

الطبي إلا أنها غير كافية. من ثم يجب توافر شروط أخرى لا تقل أهمية عن شرط الموافقة و تتعلق أساسا بالمهنة ذاتها. على أنه يمكن رد اهتمام الفقه برضا المريض إلى طبيعة العمل الطبي و ما يميزه من مساس بحقوق الفرد خاصة منها الحق في السلامة البدنية و العقلية.

و بناء على ما تقدم فإن أساس إباحة العمل الطبي في الأنظمة الوضعية هو الترخيص الذي يحصل عليه الطبيب. حيث تعتبر ممارسة مهنة الطب في هذه الأنظمة استعمالاً لحق مشروع يجد سنده في القانون الذي يرخّص بمزاولةها وفقاً لشروط موضوعية حددها المشرع تتعلق أساساً بهذه المهنة و بشروط ممارستها. و عليه يمكن القول أن شروط مزاولة مهنة الطب هي أربعة⁸⁷ :

(1) الترخيص بمزاولة مهنة الطب،

(2) قصد العلاج

(3) رضا المريض،

(4) احترام المبادئ و الأصول المتبعة في ممارسة المهنة.

و يلاحظ أن شرط رضا المريض لا تفرضه متطلبات ممارسة الطب فحسب، بل تفرضه كذلك طبيعة العلاقة التي تربط بين الأطراف المعنية في العمل الطبي. إذ أن العلاقة بين الطبيب و مريضه هي تعاقدية في أساسها، مما يتطلب، من الناحية القانونية، موافقة المريض لانعقاد العقد الطبي باعتباره من العقود الرضائية.

و على هذا الأساس سوف يتم عرض شروط إباحة العمل الطبي المعمول بها في أغلب الأنظمة الوضعية، تمهيدا لدراسة أكثر شمولية لعنصر الرضا باعتباره يشكل محور هذه الدراسة. و يسجل بداية التشابه الكبير بين هذه الشروط في كل من الأنظمة الوضعية و أحكام الشريعة الإسلامية التي سبق بحثها، مع العلم أن الفقه الإسلامي كان سابقا إلى اعتبار أساس إباحة العمل الطبي هو إذن الشرع و موافقة المريض، و ليس فقط رضا هذا الأخير كما كان سائدا في الفقه الغربي حتى وقت قريب.

المطلب الأول: الترخيص بمزاولة العلاج:

يقصد به حصول الشخص على الترخيص الإداري لممارسة الطب إعمالاً بالقوانين المنظمة لهذه المهنة. و قد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في القسم الأول من الفصل الثاني المعنون "شروط مهن الصحة و نظامها" من المواد 197 إلى 227 من القانون 85/05 الصادر بتاريخ 16/02/1985، المُنمّم و المكَمَل بالقانون رقم 17/90 المؤرخ ب 31/07/90 المتعلق

⁸⁷ محمد أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 125 و ما بعدها.

بحماية الصحة و ترقيتها، ثم بالقانون رقم 09/98 الصادر بتاريخ 98/09/19. يضاف إلى ذلك المرسوم التنفيذي رقم 276/92 الصادر بتاريخ 92/07/06 و المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. و يخص هذا التنظيم، كما يدل عليه عنوانه، جميع ممارسي مهنة الطب من أطباء، صيادلة و أطباء أسنان، بالإضافة إلى المساعدين الطبيين. و في هذا الصدد تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛

"تتوقف ممارسة مهنة الطب و الصيدلي و جراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية؛ دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها،
- أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعلّة مرضية منافية لممارسة المهنة،
- أن يكون جزائري الجنسية، و يمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات و الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر و بناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة."

أما بشأن مزاولة الطب الاختصاصي، تضيف المادة 198 من نفس القانون شرطا آخر يتمثل في وجوب حصول المعني على شهادة التخصص المرغوب في مزاولته.⁸⁸ و يتعين، في الأخير، على كل من تحصل هذه رخصة مزاولة مهنة الطب سواء العام منه أو الاختصاصي أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأداب الطبية المختص إقليمياً، و كذا أداء اليمين أمام باقي زملائه أعضاء المجلس.⁸⁹

و يحدد الترخيص القانوني الأعمال الطبية التي يختص بها صاحب الترخيص وفقاً لتكوينه و تأهيله. فقد يشمل الترخيص كافة الأعمال الطبية كما هو الحال بالنسبة للأطباء و الأطباء الاختصاصيين، في حين يقتصر على أعمال دون سواها في حالات أخرى كالترخيص الخاص

⁸⁸ حيث جاء في المادة 198 "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزاً شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها....."

⁸⁹ و هو ما نصت عليه المادة 199 من القانون 85/05 معدلة بالقانون 17/90 " يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوفي للشروط المحددة في المادتين 197 و 198 أعلاه، و من أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأداب الطبية المختص إقليمياً المنصوص عليها في هذا القانون و أن يؤدي أمام زملائه، أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم "

بالتقابلات و المساعدين الطبيين⁹⁰. و بناء على ذلك إذا باشر أحدهم عملا طبيا بدون ترخيص مسبق، أو قام بعمل لا يدخل في نطاق الأعمال المرخص له بها، دخل فعلة دائرة التجريم و يسأل عما يحدثه عمله من أضرار باعتباره معتديا.⁹¹

المطلب الثاني: قصد العلاج:

إن الغاية الأساسية التي أباح القانون لأجلها العمل الطبي هي شفاء المريض و تخفيف ما يشعر به من آلام.⁹² فإذا انحرف عمل الطبيب عن هذا الهدف لم يعد تدخله مشروعا بسبب انتفاء قصد العلاج، و من أمثلة ذلك تدخل الطبيب بهدف إجراء تجربة علمية بدون إذن أو موافقة المريض، أو تعريض المريض لخطر لا مبرر له أثناء علاجه⁹³. و مثاله أيضا لجوء الطبيب إلى الغش و الخداع للحصول على رضا المريض كأن يجري عملية إجهاض حمل تسبب فيه هو شخصيا.

و يشترط قصد العلاج ليس فقط في الحالات المرضية العضوية بل أيضا في الجراحة التجميلية التي كثيرا ما يلجئ إليها للملائمة فقط. وفي هذا الصدد يقرر الفقه الإسلامي توافر قصد العلاج إذا كانت الجراحة التجميلية هي السبيل الوحيد لإزالة تأثير العيوب الجسدية على الحالة النفسية للفرد و أثر ذلك على صحته عامة. و قد يثور التساؤل حول توافر قصد العلاج في عمليات نقل و زرع الأعضاء خاصة بالنسبة للمتبرع،⁹⁴ و إن استقر الفقه على توافره عند عدم تعرض حياة المتبرع للخطر كما سوف يتم بيانه لاحقا.⁹⁵

المطلب الثالث: احترام المبادئ و الأصول المتبعة في ممارسة المهنة.

يشمل التزام الطبيب بمراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب نوعين من القواعد؛ أولهما تلك القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية ككل و التي تشمل واجب الحيطة و الحذر الملزم به كافة أفراد المجتمع. بحيث يؤدي الإخلال بهذه القواعد في حالة تحقق

⁹⁰ راجع الشروط الواجب توافرها في هذه الطائفة من ممارسي مهنة الطب و أحكامها في القسم السابع من الفصل الثاني، تحت عنوان "مهن الصحة و نظامها من المواد 217 إلى 227 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

⁹¹ راجع المادة 214 من القانون 17/90 و المادة 219 من القانون 05/85 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بشأن تحديد مفهوم الممارسة الغير شرعية لمهنة الطب، و العقوبات المقررة لها في المادة 234 و ما بعدها من نفس القانون.

⁹² تنص المادة 195 من قانون ترقية الصحة و حمايتها على ما يلي؛ "يتعين على الأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان القيام بما يلي؛ السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم...."

⁹³ راجع المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية. و تضيف المادة 18 من نفس المدونة "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة و عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

⁹⁴ د مصطفى محمد عبد المحسن، " الخطأ الطبي و الصيدلي"، التركي للكمبيوتر و طباعة الأوفست، طنطا، 2000، ص 52.

⁹⁵ راجع الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

الضرر إلى قيام المسؤولية، كتسريح الطبيب للمريض من المستشفى قبل أن يكتمل علاجه، أو قيام الجراح بإجراء عملية جراحية دون مراعاة الشروط الخاصة بنظافة المكان أو دون تعقيم الأجهزة و الوسائل المستخدمة. و قد يكون السبب شخصيا كأن يزاول الطبيب أو الجراح عمله و هو في حالة لا تساعده على ذلك، كحالة السكر، مما قد ينجم عنه أضرار للمريض. و هذا ما يعرف في لغة القانون بالخطأ المادي للطبيب أو الجراح.⁹⁶

أما النوع الثاني من القواعد فهو يشمل القواعد و الأصول الطبية المعروفة و هي ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات و يشكل الإخلال بها ما يسمى بالخطأ الفني أو المهني⁹⁷. و هذه القواعد يدركها أهل الفن المختصون و معيارها مسلك الطبيب العادي أو الوسط في زمن و مكان معينين.

المطلب الرابع: رضا المريض بالعلاج:

يمنع القانون إخضاع المريض للعلاج رغم إرادته. و بناء على ذلك، يجب الحصول على إذن المريض في كل التدخلات الطبية سواء تعلق الأمر بالتنشخيص أو العلاج أو الوقاية حسب الأحوال. فلا يجوز، كقاعدة عامة إرغام المريض على علاج معين أيا كانت نتيجته و أيا كانت درجة خطورة حالة الفرد الصحية،⁹⁸ باستثناء الحالات المرضية الخاصة، كما سيوضح لاحقا، عندما تشكل حالة المريض خطورة على الصحة العامة كالأمراض الخطيرة أو المعدية، حيث يرغم المريض على العلاج.⁹⁹

يتضح بعد هذا العرض التفصيلي لأسباب و شروط مزاولة العمل الطبي في كل من الشرع الإسلامي و الفقه الغربي، أن هناك اتفاق بين أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الغربية بشأن لزوم موافقة المريض للأعمال الطبية في كلا النظامين. غير أن هذا الاتفاق المبدئي لا يجب أن يحجب الاختلاف الجذري من حيث الأساس الذي يُفرض الحصول على هذه الموافقة.

فوفقا للفقه الإسلامي يعتبر الحق في الحياة و سلامة الجسد من الحقوق التي يجتمع فيها الله عز و جل و العبد. و بناء على ذلك يجب الحصول على إذن الإثنين معا لإمكان المساس بمحل

⁹⁶ د مصطفى محمد عبد المحسن، المرجع السابق، ص 53.

⁹⁷ طبقا للمادة 239 من قانون حماية الصحة و ترفيتها، " يتابع ، طبقا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته."

⁹⁸ Knight, B., "Legal Aspects of Medical Practice", Churchill Living-stone, London, 1992, p 39.

⁹⁹ راجع التدخلات الطبية الإجبارية ص. 163 من الرسالة.

هذين الحقين، إذ لا يغني أحدهما عن إذن الآخر. فمن يقوم بعمل يترتب عليه المساس بمحل الحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية يفترض حصوله على إذن الشرع بالإضافة إلى إذن الفرد المعني بالإجراء. و بناء على ذلك لا يمكن للفرد وفقاً لهذا المنطق أن يمتنع عن رفض العلاج لأنه ليس صاحب الحق الوحيد على جسمه، و هو ما لا ينطبق على الفرد في المجتمعات غير الإسلامية لأن أساس المطالبة بموافقة المريض مبدأ آخر وهو ما نحاول عرضه في المبحث الموالي.

المبحث الثالث: المبررات الأخلاقية لرضا المريض:

يمثل الرضا في الفقه الغربي قاعدة قانونية و أخلاقية في نفس الوقت.¹⁰⁰ بل هو مطلب أخلاقي قبل أن يكون قانوني و يرتبط بحق الفرد على جسده و الذي يندرج بدوره تحت حق أكثر شمولية هو الحق في الذاتية (Droit d'autonomie).¹⁰¹ و جدير بالتنبيه بداية إلى أن مبدأ احترام حق المريض على جسده و حقه في تقرير مصيره لم تكن معروفة في القرون القديمة و الوسطى. فكان السائد هو التعاطف مع المريض و عدم إزعاجه على أساس أنه في حالة ضعف جسدي و معنوي و ليست لديه القدرات اللازمة لتحديد مصلحته.¹⁰² فكان يتم علاج المريض بدون حاجة إلى مشاورته بشأن ما يجب فعله له أو إعلامه بمخاطر ذلك مادام الإجراء في صالحه و يتم بنية سليمة. لذلك ساد الاعتقاد بأهمية إخفاء طبيعة التدخل الطبي على المريض و ما قد يترتب عليه من مضاعفات في المستقبل.

و لهذا الاعتقاد ما يبرره، فالعلاقة بين الطبيب و المريض هي علاقة بين طرفين غير متساويين، لا من حيث الحالة الصحية و النفسية التي يدخل بها كل منهما في علاقته مع الآخر، و لا من حيث المعلومات التي يمتلكها في تفسير هذه العلاقة. فسلطة الطبيب هي الغالبة بحكم أنه يتمتع بصحة جيدة و يمتلك الحلول الطبية التي من شأنها أن تساعد المريض على استرجاع صحته و عافيته، مما يجعله أكثر قدرة على فهم و تقدير مصلحة المريض. لذلك يمكن وصف سلطة الطبيب في علاقته بمريضه آنذاك بالسلطة الأبوية.¹⁰³ يضاف إلى ذلك أنه لم ترد الإشارة

¹⁰⁰ Jones, M. A., "Medical Negligence", Sweet Maxwell, London, 1991, p 200.

Dyer, C., "Doctors, Patients and the Law", Blackwell Scientific Publications, London, 1992, p 46.

Saury, R., "L'Éthique Médicale et sa Formulation Juridique", Montpellier, Sauramps, 1991, p. 25.

¹⁰¹ Alt-Maes, F., Rapport de Synthèse présenté à la fin des travaux du Colloque "Le Consentement aux Actes Médicaux" le 28 mai 1998, Gaz. pal, numéro spécial, du 1^{er} au 05 janvier 1999, p. 46.

¹⁰² Lemaire, J.F., et Imbert, J.L., "La Responsabilité Médicale", Paris, Presses Universitaire de France, 1985, p. 32.

¹⁰³ Kennedy, I., & Grubb, A., "Medical Law; Text and Materials", London Butterworth, 1989, p. 229.

إلى مبدأ الرضا في يمين Hippocrat الذي يعتبر من المصادر الأساسية لتنظيم مهنة الطب في الدول الغربية.¹⁰⁴

و خلال النصف الأخير من القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين بدأ التفكير في أهمية إخطار المريض بحالته الصحية و طبيعة العلاج المقترح قبل الحصول على موافقته. و قد تزامن ذلك مع إعلانات حقوق الإنسان و ما صاحبها من نداءات عديدة بضرورة احترام هذه الحقوق. كما شهد هذا العصر تطور ملحوظ في وسائل العلاج و التشخيص و ازدادت نتيجة لذلك التخصصات في المجالات الطبية المختلفة و العلوم المساعدة لها.

و رغم ما حققته الأعمال الطبية الحديثة من خير للبشرية في مجال رعاية الصحة، إلا أن ذلك اقترن ببعض المخاطر العديدة. فقد كشف التقدم الطبي عن إمكان التعرف على المضاعفات المختلفة لبعض وسائل التشخيص أو العلاج و مدى جسامتها و احتمال حدوثها على المدى القريب أو البعيد. و في ظل هذه المتغيرات زاد الاهتمام بدور المريض في الموافقة المسبقة على وسائل التشخيص و العلاج.

من جهة أخرى، لم ترتبط موافقة المريض، في بداية الأمر، بممارسته لحق معين يقابله التزام من جانب الطبيب، بل كانت العملية تتم بطريقة ودية و اختيارية بحيث لم يترتب على إخلال الطبيب بالحصول على إذن مريضه أية مسؤولية. غير أنه تدريجياً بدأت الدول الغربية في تنظيم مهنة الطب مستهلة العملية بتكليف طبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض و تحديد الحقوق و الالتزامات المتبادل بينهما.¹⁰⁵ و بدأ تقنين حق الفرد في سلامة جسمه و في الذاتية و تقرير مصيره من خلال تجريم الأفعال التي تتعارض مع هذا الحق. و ارتبط بذلك وجوب توافر رضا المريض بشأن أي عمل طبي فيه مساس بسلامة جسمه سواء كان بقصد التشخيص أو العلاج أو الوقاية بوجه عام. فإذا كانت الحرية من الحقوق الأساسية للفرد فإن التعبير عن إرادة الفرد و ضمان حرته في الاختيار يعد من مقتضيات ممارسة هذا الحق.¹⁰⁶ كما اعتبر الحصول على

¹⁰⁴ Hawkins, C., "Mishap of Malpractice", London Blackwell scientific publications, 1985, p. 177.

¹⁰⁵ Kennedy and Grubb, op.cit, p. 230.

¹⁰⁶ Memeteau, G., , " Le Droit Médical ", Paris, Librairie de la cour de cassation, 1985, p 93.

رضا المريض مظهر من مظاهر احترام حق هذا الأخير في تقرير مصيره بنفسه بشأن ما يجب أن يفعل بجسمه.¹⁰⁷ فما هو مضمون هذا الحق.

المطلب الأول: مبدأ الذاتية وحق تقرير المصير: (Autonomie et Autodétermination).

يعتبر مبدأ الذاتية و تقرير المصير من المبادئ الحديثة التي ظهرت في المجتمعات الأوروبية على إثر تحرر هذه الشعوب من قيود الأنظمة الفاسدة آنذاك. و لقد كان لفلاسفة تلك المرحلة دور كبير في إرساء مبادئ الديمقراطية، و منها حق الفرد في الحرية الذاتية و في تحديد مسار حياته من منظوره الخاص. فما المقصود بهذا المبدأ ؟ و أي علاقة تربطه بالمجال الصحي ؟

الفرع الأول: تعريف الذاتية:

يعرف بعض الفقه الغربي الذاتية بأنها شكل من أشكال حرية التصرف الفردية التي تخول الفرد إمكانية تحديد مسار حياته و اتخاذ القرارات الخاصة به من دون تدخل أشخاص آخرين.¹⁰⁸ حيث يشبه هؤلاء الفرد الذي يتمتع بهذه القدرة بالحكومة المستقلة القادرة على مراقبة إقليمها و فرض سياستها.¹⁰⁹ و بالمقابل فإن الشخص الذي يشكو نقصا من هذه القدرة، لا يستطيع التحكم في أمور حياته بدون مساعدة الآخرين.

و يرى آخرون أن الذاتية هي إمكانية التصرف بدون مساعدة الآخرين و تتمثل أساسا في تمتع الشخص بالقدرة على الاختيار و القدرة على التخطيط و التنفيذ بدون مساعدة الغير. و تظهر الأهمية الأخلاقية لهذه القدرة في الاعتبار و الاحترام التي يوليه المجتمع للشخص الذي يعتمد على نفسه في حياته على أساس اختياراته الشخصية و سعيه لتحقيق أهدافه بنفسه.¹¹⁰

¹⁰⁷ Penneau , J., ‘ La Responsabilité du Médecin, Paris Dalloz, 1992, p. 19. Cabrit, A., et Dapogny, B., ‘Patients Médecins ; tout vos droits, France Editions du puits Fleuri, 1992 p. 59. Lemaire, J.F., et Imbert, J.L, op.cit, p. 60.

¹⁰⁸ Beauchamp, T and Childress, J, ‘ Principles of Biomedical Ethics’, 2nd ed, Oxford, O.U.P, 1983. Gillon, R., ‘Philosophical Medical Ethics’, London, Wiley and Sons, 1986, pp. 60-66. Applbaum, P.S, Lidz, C.W and Meisel, A , ‘Informed Consent; legal theory and clinical practice’, Oxford Uni. Press, 1987, pp 21-26. Beauchamp, T, ‘ A History and Theory of Informed Consent’, , Oxford Uni. Press, 1986, p. 235.

¹⁰⁹ **The autonomous person** is one “who deliberates about and chooses plans and is capable of acting on the basis of such deliberations, just as a truly independent government is capable of controlling its territories and policies”., Beauchamp, T and Childress, J, op.cit, p. 59.

¹¹⁰ Downie, R.C and Calman, K.C, ‘Healthy Respect; ethics in health care’, London, Faber and Faber, 1987, p. 51.

و يضيف كانط¹¹¹ (Kant) خاصية أخرى إلى مبدأ الذاتية تتمثل في قدرة الشخص على التصرف وفقا لقواعد و قيم سالحة له و لغيره، أو سالحة لأن تصبح قواعد عالمية. في حين يرى ميل¹¹² (Mill) من جهته أن فكرة الذاتية تقوم على حرية التفكير و حرية التصرف لدى الفرد. لذلك يعتبر ميل أن "الصرامة" ، "المراقبة الذاتية" و "تخطيط الفرد لمسار حياته" هي شروط ضرورية في تكوين شخصية الفرد. فهو يعير أهمية كبيرة لشخصية الفرد أو ما يسميه "فردية التصرف و التفكير"، إذ يرى أن الشخص الذي يفتقد إلى 'الشخصية' يعتمد عادة على غيره من أفراد المحيط السلطوي و خاصة الوالدين أو الأسرة.

الفرع الثاني: مبدأ احترام حق الشخص في الذاتية و في تقرير مصيره:

إن احترام حق الأفراد في الذاتية يعني الاعتراف بحق هؤلاء في تسيير أمورهم الخاصة بدون إملاء من الغير و بدون فرض حدود لذلك.¹¹³ و يجد هذا المبدأ مصدرا له في أفكار كل من كانط و ميل، حيث يرى كانط أنه في التعامل مع الفرد، وفقا لهذا المبدأ، يجب أن يأخذ بعين الاعتبار بأنه كائن له رغبات، أحاسيس و مبادئ يجب احترامها. بعبارة أخرى يجب معاملة الفرد على أساس أنه هدف و ليس وسيلة.¹¹⁴

و بناء على ذلك إن عدم احترام حق الفرد في الذاتية يعني معاملته كمجرد وسيلة، لأن هذا الأخير سيتصرف وفقا لنمط مفروض عليه و ليس من وحيه، و في ذلك إنقاص و مساس واضح بإنسانيته. فإذا امتنع الطبيب، مثلا، عن إعلام المريض بأحد الأخطار التي يحتويها العلاج المقترح و أذن هذا الأخير للطبيب بمباشرة العلاج، فإن رضا المريض لم يكن مستنيرا بسبب افتقاده إلى كل المعلومات الضرورية الخاصة بمخاطر العلاج. و بهذا التصرف يكون الطبيب قد حد من حق المريض في الاختيار و الذاتية.

¹¹¹ " act only on that maxim through which you can at the same time will that it should become a universal law", Kant E "groundwork of the metaphysics of morals", translated by; Paton H.P, N.Y. London, Harper and Row, 1964, p. 30.

¹¹² Mill, J.S, "Utilitarianism Liberty Representative Government", a selection from Acton P.H.B (ed) , August Comte and positivism, 1972 p 132.

¹¹³ Beauchamp, T and Childress, J, op.cit, p. 62.

¹¹⁴ Ibid p 62.

و بهذا الصدد يرى كانط أن التعامل بين الأفراد يجب أن يسوده الاحترام المتبادل للحق في الذاتية لكل منهم. مما يطرح التساؤل حول إمكانية خرق الطبيب لهذه القاعدة عندما يخفي بعض المعلومات عن مريضه لأسباب شرعية في نظره.¹¹⁵

أما ميل (Mill) فإنه يعترف للفرد بحرية التصرف طالما لم تصطدم مصالحه بمصالح غيره من الأفراد. بمعنى أنه يجب احترام آراء و تصرفات الفرد طالما ليس فيها خطر على مصالح الناس.

غير أن لمبدأ احترام حق الشخص في الذاتية و في تقرير مصيره استثناء يمس طائفة الأشخاص ناقصي الأهلية و عديميها. إذ أنه لا يمكن احترام آراء و تصرفات الأشخاص الذين لا يمكنهم التصرف بعقلانية بسبب صغر سنهم أو جهلهم. فيقع التدخل في الشؤون الخاصة لهذه الطائفة لغرض حماية هؤلاء من تصرفاتهم و من تصرفات الغير الضارة بهم.¹¹⁶

المطلب الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ الذاتية:

يتفرع عن مبدأ احترام حق الشخص في الذاتية و في تقرير مصيره مجموعة من المبادئ الأخلاقية الأخرى تشمل:

الفرع الأول: مبدأ عدم الإضرار بالغير:

يعتبر ميدان الطب مجال خصب لتطبيق هذا المبدأ الذي تضمنه يمين هيبوقرات¹¹⁷ و الذي يمنع الطبيب من استعمال فن الطب للإضرار بمرضاه. كما أن النص على هذا المبدأ الأخلاقي تفرضه بعض الخصائص التي يتميز بها البشر، و منها قابلية الجسم البشري للإصابة بالضرر من جراء العدوان أو الاعتداء مهما كان بسيطاً.¹¹⁸ و هو السبب الذي جعل الأنظمة القانونية تمنع استعمال العنف بين الأفراد في الحياة الاجتماعية و تجرم كل ما من شأنه أن يمس بحق الفرد في الحياة أو في سلامة جسمه.

الفرع الثاني: مبدأ مساعدة الغير:

¹¹⁵Ibid p. 62.

¹¹⁶Ibid.

¹¹⁷ Le Serment d'Hippocrate, dans Beauchamp, T et Walters, L (ed) "Contemporary Issues in Bioethics", Cal., Dickenson Pub.Com.Inc, 1978, p. 138.

¹¹⁸Hart, H.L.A., "The Concept of Law", Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 190, voir aussi, Downie, R.C and Calman, K.C, op.cit, p. 46.

يلتزم الفرد أخلاقيا، ليس فقط بالامتناع عن الإضرار بالغير، بل أيضا بالمساهمة فيما يحقق سعادتهم بالمساعدة الإيجابية و هو المقصود بمبدأ مساعدة الغير. و يمكن القول أن جميع العاملين في ميدان الطب ملزمين باحترام هذا المبدأ أكثر من غيرهم في أي قطاع آخر. كما أن هؤلاء مطالبون بتنمية قدراتهم في الإحساس بالغير و مساعدتهم بدافع الرأفة و الرحمة و ليس بدافع الشفقة.

و يرجع السبب في ذلك إلى اختلاف مفهوم كل من الشفقة و الرحمة في الفقه الغربي¹¹⁹ فالشفقة تعني عندهم إمكانية الإحساس بالغير من خلال مشاركتهم أحاسيسهم بدون إمكانية مساعدتهم، فهي بهذا المفهوم إحساس سلبي. بينما يعني مصطلح الرحمة إمكانية مشاركة الغير أحاسيسهم بالإضافة إلى إمكانية مساعدتهم إيجابيا.

و تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن الأشخاص الذين هم بحاجة لهذا النوع من المعاملة في الميدان الطبي يتمتعون بكل قدراتهم في تسيير أمورهم و إن خانتهم صحتهم مؤقتا. و هذا يعني أن احتياج المريض إلى المساعدة الناجم عن فقدانه الطرفي لصحته يبقي الالتزام باحترام حقه في الذاتية و في تقرير مصيره قائما. فلا يجوز أخلاقيا الحلول محله في اتخاذ القرارات الخاصة به بدون علمه.

الفرع الثالث: مبدأ العدالة:

تفترض العدالة بين الناس أن يعطى كل ذي حق حقه. فإذا قام أحدهم بعمل معين، و جب تسليمه أجرته على أساس أنه يستحق تلك الأجرة و يمكنه المطالبة بها مقابل ما أنجزه من عمل. غير أن بعض الفقه¹²⁰ يرى أن المطالبة بالحقوق في هذه الحالة يجب أن تستند لإحدى القاعدتين:

- قدرة الفرد على الإنتاج (être productif)
- حاجة الفرد إلى الشيء (être en besoin)

و بناء على ذلك ليس من العدل أن يستفيد الشخص من الحقوق خارج هذين المعيارين. فليس من العدل مثلا مكافئة الرئيس على عمل موظفيه إذا لم يساهم هذا الأخير في إنجاز العمل

¹¹⁹Downie, R.C and Calman, K.C, op.cit, p. 55.

¹²⁰Beauchamp, T and Childress, J, op.cit, p. 184 .

المكافئ عليه. ففكرة العدل منظور إليها في هذه الحالة من جانب وجوب معاملة الأفراد بالعدل على ضوء حاجياتهم و مستحقاتهم.

غير أن فكرة العدل لها مفهوم آخر عند تطبيقها على المجموعات و هو ما يسمى بالعدل التوزيعي، و الذي مفاده وجوب معاملة الحالات المتشابهة بنفس الطريقة. فإذا صدر قانون من السلطة يمنح مجموعة من الحقوق لفئة معينة من أفراد المجتمع ضمن شروط معينة، و جب منح هذه الحقوق لكل من تتوفر فيه هذه الشروط بدون استثناء. غير أن هذا لا يعني دائماً منع التمييز ضد أو لمصلحة فئة معينة. و إنما يعني ذلك وجوب تبرير هذا التمييز بين المجموعات أو بين الأفراد إذا كان هناك محل لذلك. فالأصل هو معاملة الحالات المتشابهة بالتساوي و على من يخالف هذا الأصل أن يبرر تفضيله أو تمييزه لحالة عن أخرى. و مثاله مرضى القصور الكلوي الذين هم بحاجة دورية لأجهزة تصفية الدم في المستشفيات، أو ربما لعملية زرع الكلى في حالة ظهور متبرع. فالأصل وجوب معاملة هؤلاء بالتساوي في الاستفادة من الإمكانيات الموجودة لدى المستشفى في حالة ندرتها. و لكن قد يكون من بين هؤلاء من يحتاجه المجتمع أكثر من غيره أو أنه حصل على وعد للتكفل به قبل غيره و هو السبب الذي قد يبرر تقديمه أو تفضيله عن غيره في تلقي العلاج.¹²¹

و لكن مهما كان مفهوم العدل فإنه يرتبط بحق الفرد في الذاتية و مبدأ احترام حق الفرد في تقرير مصيره، و يعني ذلك وجوب معاملة الأفراد بالتساوي على أساس تساويهم في التمتع بالحق في الذاتية.

الفرع الرابع: مبدأ النفعية: L'utilitarisme

و هو آخر مبدأ أخلاقي يندرج تحت مبدأ احترام ذاتية الفرد. و المقصود بهذا المبدأ هو السعي إلى تحقيق أكبر قدر من المنفعة لأكبر عدد ممكن من الأفراد، أو على الأقل النزول بنسب الضرر إلى أدنى حد ممكن في الحالات التي يتوقع فيها سوى النتائج الضارة.¹²² و مثاله، إذا كان هناك إمكانية الاختيار بين مختلف طرق العلاج الناجعة، يجب أن توضع مصلحة المريض فوق كل اعتبار مع التقليل من المخاطر و المصاريف قدر الإمكان. فإذا اتبع الطبيب نهج آخر غير هذا اعتبر سلوكه غير أخلاقي.

¹²¹ Gillon, R., op.cit, p. 57.

¹²² Beauchamp, T and Childress, J, op.cit, p. 20.

غير أن اعتماد النفعية في اتخاذ القرارات يتطلب من الناحية العملية الموازنة بين مختلف المصادر المعروضة ثم مقارنتها بالاحتياجات الخاصة بالأفراد. و بناء على ذلك يكون القرار السليم هو القرار الذي يحقق أكبر قدر من المنفعة لأكثر عدد من المحتاجين. و هذا يعني أن مبدأ النفعية لا يخص الأفراد كل على حدة و إنما يتعلق بالمجموعات. لذلك يرى البعض أن الميدان الأنسب لتطبيق هذا المبدأ هو الإدارة و المجالس التشريعية.¹²³

و قد استعملت فكرة النفعية فعلا في القرن التاسع عشر بمناسبة إصلاح القوانين العقابية في أوروبا. كما اعتمدت النفعية فيما بعد في المجال السياسي و في تحديد قواعد المعاملات بين الأفراد مما دفع البعض إلى اعتبار المبدأ بمثابة تعبير إداري عن الاحترام الواجب للأفراد الذي يوجبه مبدأ الذاتية و الحق في تقرير المصير. غير أنه ليس من السهل التوفيق بين فكرة العدالة التي توجب أن تُعامل الحالات المتشابهة بالتساوي و فكرة النفعية التي تقترح إمكانية التمييز بين الأفراد أو بعض المجموعات لأجل النفع العام.

توصلنا إلى حد الآن إلى أن الممارسة الشرعية للطب هي مرهونة بموافقة المريض على الأعمال الطبية. و أن أساس المطالبة بهذه الموافقة في الفكر الغربي المعاصر يستند إلى حقه في السلامة البدنية و العقلية الذي يرتبط بالحق في الذاتية أو ما يعرف بالحق في تقرير المصير. إلا أن اشتراط موافقة المريض تفرضه كذلك، إضافة إلى متطلبات ممارسة الطب، طبيعة العلاقة التي تربط بين الأطراف المعنية في العمل الطبي و هو ما سنحاول توضيحه في المبحث الموالي.

المبحث الرابع: المبررات القانونية لرضا المريض:

إن العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة غير متوازنة لعدة اعتبارات، و الغرض من استشارة المريض و الحصول على رضاه هو التخفيف من حدة الاختلال في هذا التوازن. كما أن اشتراط رضا المريض من الناحية القانونية مرده العقد القائم بينهما.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعلاقة بين الطبيب و المريض:

¹²³Beauchamp, T and Childress, J, op.cit, p. 20, Downie, R.C and Calman, K.C, op.cit, p. 57.

لقد ثار نقاش كبير حول طبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض¹²⁴ بشأن تنفيذ الالتزامات المتبادلة بينهما، و كذا حول طبيعة المسؤولية التي يمكن على أساسها متابعة الطرف الذي يخل بأحد التزاماته، هل يتم ذلك وفقا للمسئولية التقصيرية أم المسؤولية العقدية؟. و لمعرفة ما استقر عليه الوضع حول هذه المسألة نذكر بداية بموقف الشريعة ثم نتعرض لمفهوم كل منهما في الأنظمة الوضعية، ثم نستعرض موقف الفقه و القضاء الفرنسيين حول هذه القضية، ثم يلي ذلك توضيح موقف القضاء الجزائري.

الفرع الأول: طبيعة التزام الطبيب في الشريعة:

يرى الفقه الإسلامي أن فعل الطبيب ليس مقيدا بشرط السلامة. و هو بذلك يوافق الفقه الوضعي الذي يري في إلزام الطبيب التزام ببذل عناية و ليس التزام بتحقيق نتيجة. حيث لا يلتزم الطبيب بشفاء المريض أو بضمان سلامته من مخاطره نظرا للطبيعة الاحتمالية للتدخل الطبي. و معيار قياس التزام الطبيب لقيام المسؤولية هو عناية الطبيب المعتاد في نفس الظروف. فإذا التزم الطبيب في تدخله بالشروط السابقة الذكر و لحق المريض ضرر لم يكن بالإمكان الاحتراز منه مسبقا فلا ضمان عليه.¹²⁵

و بهذا المفهوم فإن مسؤولية الطبيب في الشريعة هي أقرب إلى المسؤولية التقصيرية. إلا أنه، إدراكا منه لطبيعة العمل الطبي و الجراحي و احتمالات الأخطار المحيطة به، حاول الفقه الإسلامي رعاية الطبيب في الحدود المعقولة التي تتفق مع استهداف عمله لتحقيق مصالح راجحة (الصحة العامة) تعلق عن المخاطر المحتملة للعمل الطبي.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية:

لقد تعددت التعاريف الخاصة بالمسئولية التقصيرية و تمحورت معظمها حول عنصري الخطأ و الضرر.¹²⁶ و بغض النظر عن الجدل الفقهي القائم بشأن وجوب الخطأ من عدمه لقيام المسؤولية التقصيرية، فإنه طبقا للقواعد العامة تكون بصدد المسؤولية التقصيرية إذا انعدمت

¹²⁴ د.محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي؛ دراسة تحليلية و تأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض"، مكتبة سيد عبد الله و هبة، القاهرة، 1986، ص 29 و ما بعدها.

¹²⁵ حاشية الدسوقي، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 25، ابن رشد، "بداية المجتهد" الجزء الثاني، المطبعة الجمالية، القاهرة، 1329هـ، ص 194، الكاساني، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 305.

¹²⁶ عرفت المسؤولية التقصيرية بأنها " (المسئولية) التي تقوم في حالة الإخلال بواجب قانوني"، مصطفى الجمال، "مصادر الالتزام"، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 390. كما عرفت بأنها " (المسئولية) التي تترتب على ما يحدثه الشخص من ضرر للغير بخطئه"، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 14، راجع كذلك، علي علي سليمان، "نظرات قانونية مختلفة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 219.

الرابطه العقدية بين طرفين وسبب أحدهما ضررا للآخر، أو وجدت الرابطة العقدية بينهما و كان الضرر نتيجة إخلال بالتزام غير عقدي.¹²⁷

و تقوم المسؤولية التقصيرية، وفقا لما أجمع عليه الفقه، من جهة أخرى، على أركان ثلاث هي الخطأ، الضرر و علاقة السببية، و هو ما يوافق أيضا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري؛ "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

و عليه فلا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب، وقوعه في الخطأ فحسب، بل يجب تحقق الضرر، و ثبوت علاقة السببية بين هذا الضرر عن خطأ الطبيب.

الفرع الثالث: المسؤولية العقدية:

و هي المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات العقدية، فعلى خلاف المسؤولية التقصيرية، يقتضي قيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين الطرفين، و إخلال أحدهما بالتزاماته العقدية.

و يعرف Savatier العقد الطبي بأنه "اتفاق بين طبيب من جهة، و مريض أو من ينوبون عنه، من جهة أخرى، يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض، عند طلبه، المشورة و العناية الصحية."¹²⁸

و عليه نكون بصدد المسؤولية العقدية للطبيب في حالة تعاقد مع مريض و كان الضرر ناتجا عن إخلاله بأحد التزاماته العقدية التي يفرضها العقد الطبي كإخلاله بالالتزام بالعناية مثلا. فإذا تعاقد الطبيب الخاص (الذي يمارس الطب في عيادته الخاصة) مع المريض لأجل تقديم علاج معين له و نتج عن ذلك ضرر، فلا شك أن مسائلة الطبيب تتم وفقا لقواعد المسؤولية العقدية في هذه الحالة. أما إذا تدخل نفس الطبيب لمعالجة المريض بدون إذن، و بالتالي بدون اتفاق مسبق، كتدخله لمعالجة أحدهم و هو في حالة إغماء على إثر حادث أليم، فإذا أخطأ الطبيب في العلاج، فالأصل أنه يُسأل وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

¹²⁷ سليمان مرقس، "الوافي في شرح القانون المدني" (الالتزامات)، المجلد الثاني في الفعل الضار و المسؤولية المدنية – القسم الأول: (الأحكام العامة)، الطبعة الخامسة، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 1998، ص. 381.

¹²⁸ "Le contrat médical est une convention entre un médecin d'une part, un patient ou ses représentants, de l'autre, par laquelle le médecin accorde au patient, sur sa demande, des conseils et des soins de santé", Savatier, R. "Traité de droit médical", Paris 1956, p. 211.

غير أن السؤال الذي يبقى مطروحا هو هل ينطبق نفس الحكم على الطبيب المعالج في المستشفى العمومي، باعتبارها الممارسة الأكثر شيوعا للطب في بلادنا. و هل يمكن توظيف نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، كالقول مثلا بوجود اتفاق بين الطبيب الموظف وإدارة المستشفى على علاج المرضى، و بالتالي الاستناد إلى هذا الاتفاق و القول بمسئولية الطبيب العقدية في حالة ارتكابه لخطأ مهني؟.

مما لا شك فيه أن أطباء المستشفى هم موظفون لدى الدولة و يخضعون في علاقتهم معها إلى تنظيم لائحي يحدد حقوقهم و التزاماتهم. و تتمثل مهامهم أساسا، طبقا لما جاء في قانون حماية الصحة و ترقيتها، في حماية صحة السكان و تقديم العلاج الملائم لهم¹²⁹ إما مجانا¹³⁰ أو بمقابل حسب التنظيم الساري و المعمول به في كل دولة.

و يبدو من أول وهلة، أنه لا يوجد أي عقد بين المريض الذي يعالج لدى مستشفى عمومي و الأطباء العاملين لديه. حيث يلتزم الجميع، أطباء كانوا أم مرضى، بالتنظيم اللائحي الذي يُسَيَّرُ به المستشفى. من ثم ذهب البعض إلى القول بوجود قيام سوى المسئولية التقصيرية في هذه الحالة، و هو ما اتبعه القضاء المصري صراحة منذ 1969، حيث جاء في أحد أحكام محكمة النقض المصرية؛

" لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسئولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى يعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام و بين أطباءها لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية و ليست تعاقدية، و بذلك لا يكون هناك محل لبحت مسئولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسئولية التعاقدية."¹³¹

و طبقا لهذا الاتجاه، لا يمكن الحديث عن مسئولية الطبيب العقدية في المستشفيات العمومية، و لا أيضا في مجال الخدمات الطبية المجانية. كما لا يعتقد أصحاب هذا الاتجاه

¹²⁹ راجع المادة 195 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه.
¹³⁰ حيث تنص المادة 20 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛ "يعد القطاع العمومي الإطار الأساسي الذي يوفر مجانية العلاج، طبقا للمادة 67 من الدستور (دستور 1976)"، مع العلم أن المادة 268 من هذا القانون قد ألغت الأمر 73 - 65 المؤرخ في 73/12/28 و المتضمن الطب المجاني في القطاعات الصحية. من جهة أخرى ألغى الطب المجاني في الجزائر بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 1996 (مرسوم رئاسي رقم 96-438 الصادر بتاريخ 1996/12/07 المتعلق بتعديل نص الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996). حيث اكتفى الدستور الجديد بالنص على حق المواطن في الرعاية الصحية فقط، و هو ما جاء في المادة 54 منه؛ "الرعاية الصحية حق للمواطنين. وتتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية بمكافحتها".
¹³¹ نقض مدني مصري بتاريخ؛ 69/07/03، راجع لمزيد من المعلومات، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 199.

بإمكانية توظيف نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، و هو ما عبرت عنه صراحة محكمة النقض المصرية في القرار المشار إليه آنفاً، على أساس أن علاقة الدولة بأطباء المستشفيات ليست تعاقدية و إنما لأئحية.

أولاً: موقف الفقه الفرنسي:

حتى وقت قريب نفي الفقه مثله مثل القضاء في فرنسا وجود أية علاقة تعاقدية بين الطبيب و المريض. فكان الطبيب يسأل في حالة الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية. و يعود السبب في ذلك إلى اعتقاد الفقه الفرنسي آنذاك إلى أن الأعمال الأدبية و الفنية لا يمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم.¹³² مما جعلهم يستبعدون علاقة الطبيب بمريضه من دائرة التعاقد. من ثم لا يمكن مسائلة الطبيب في حالة خطئه مسائلة عقدية و لا إجبار المريض قضائياً على دفع مقابل الخدمة و لو تم الاتفاق بينها على ذلك.¹³³

و يبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأنه لا يمكن وضع العمل اليدوي على قدم المساواة مع العمل العقلي. و يبدو كما لاحظته البعض¹³⁴ أن الفقه الفرنسي آنذاك كان متأثراً كثيراً بالقانون الروماني الذي كان يفرق بين الأعمال اليدوية و الأعمال العقلية أو الذهنية. إذ اعتقد الرومان قديماً أن الأعمال الذهنية لا يصح أن تزاولها إلا الطبقة الراقية. و لما كان هؤلاء الأرقاء يرتبطون بعقود إجارة مع غيرهم، فقد رفض الرومان تسمية من يزاول عملاً عقلياً أجيراً حتى لا يتساوى بالرفيق و قالوا أنه وكيلاً، إذ لم تكن الوكالة عندهم قاصرة على الأعمال القانونية كما هو الحال في القوانين الحديثة.

من ثم كان طبيعياً أن يبقى الفقه الفرنسي متمسكاً بالمسؤولية التقصيرية كأساس لمتابعة الطبيب عن أخطائه المهنية. فلم يكن هذا الفقه ليتصور وجود فكرة العقد بين الطبيب و المريض إلى درجة أن البعض¹³⁵ قرر أن العلاقة بين الطبيب و المريض تنصرف إلى حقوق متعلقة بالشخصية (الكيان المادي للإنسان) و هي حقوق لا يرد عليها التعاقد. فإن وقع بشأنها عقداً كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

¹³² د محمد لبيب شنب، "شرح أحكام المقابلة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص 37 هامش 2.

¹³³ Aubry et Rau, "Droit civil français", 5^{ème} éd Tome 6 n° 446 p. 373., Demolombe, "Les Contrats", Tome 8, n° 469., Guillouard, "Le contrat de location", Tome 2, n° 696, p. 360.

¹³⁴ شفيق شحاتة، القانون الروماني، رقم 201، ص 166، محكود سلام زناتي، "نظم القانون الروماني"، دار النهضة العربية، 1966 ص. 231، محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي .."، المرجع السابق، ص 30 و ما بعدها.

¹³⁵ Aubry et Rau, op.cit. p. 373.

غير أنه في بداية القرن الماضي تنبه الفقه الفرنسي¹³⁶ إلى عدم صلاحية هذه النظرية فنأدى بوجوب اعتبار مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه لعلاج، باعتبارها الحالة الأكثر شيوعاً، مسؤولية تعاقدية. و تطبيقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، يكون التكيف نفسه و لو كان اختيار الطبيب للمريض حاصلًا من الغير كما هو الحال في المستشفيات أو عند أرباب العمل.¹³⁷

كما تكون المسؤولية عقدية في حال معالجة الطبيب زميلاً له بصفة مجانية. غير أنه في هذه الحالة، يرى بعض الفقه، أن مجانية العلاج بين الأطباء في الحقيقة مردها عادة ثابتة بينهم يمكن تفسيرها على أنها إبراء اختياري من الدين مؤسس على فكرة التبادل ليكون العقد في حقيقته معاوضة "une remise volontaire de dette fondé sur la réciprocité".¹³⁸ و بهذه الكيفية، شاعت فكرة العقد بين الطبيب و المريض في فرنسا و في الغالبية العظمى من الدول الأوروبية.¹³⁹

ثانياً: في القضاء الفرنسي:

أما القضاء الفرنسي فقد استقر على اعتبار العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية و ذلك منذ قرار Mercier¹⁴⁰ سنة 1936. لذلك يتابع الطبيب، في حالة الخطأ، على أساس الإخلال بالالتزامات التعاقدية. إذ أنه قبل هذا التاريخ كان يسأل الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية.

و لقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية لمسئولية الأطباء لأول مرة سنة 1833 استناداً إلى المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي¹⁴¹ على أساس التزام الشخص بالتعويض عن الأضرار التي يتسبب في حدوثها ليس بفعله فحسب، بل حتى برعونته و إهماله.¹⁴² و لعله أول

¹³⁶ من بين أعلام الفقه الفرنسي الذين استحسوا هذه النظرية، Colin et Capitain , Planiol, Ripert, Josserand, Durand, Mazeaud, Lalou, Denis Savatier و Savatier ؛ راجع؛ محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي..." المرجع السابق ص 32 و ما بعدها. راجع أيضاً قول Savatier, R.

“ **Ce qui intervient entre le malade et le médecin, c’est un contrat, c’est à dire un acte fondé sur le respect de deux libertés.** Inégale en fait, en raison d’une maîtrise médicale qui doit rester exclusivement bienfaitante, ces deux libertés restent égales en droit. Le rôle du droit est, cas d’abus du plus fort, de protéger le plus faible des contractants”, Savatier, R. “Impérialisme médical sur le terrain du droit : le permis d’opérer et les pratiques américaines”, D 1952, Chr. P. 157.

¹³⁷ وديع فرج، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية"، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة الثانية عشر، ص 394. راجع كذلك؛ Savatier, “**Lorsqu’un médecin contracte avec un employeur pour fournir des soins à des tiers, le contrat contient une stipulation pour autrui au profit des malades éventuels...**”. “Traité de droit médical”, 1956 p. 382.

¹³⁸ Morel, commentaire, Cass. civ 27/07/1939, 1940 – 1 – 73.

¹³⁹ Voir par exemple, Thélin” Le doit Pénal et la médecine”, Lausanne, 1947 p 16, où il dit “ **Il y a incontestablement et effectivement un accord de volonté enter le patient et son médecin**”.

¹⁴⁰ Cass. civ. 20mai 1936, D 1936.1.

¹⁴¹ التي تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

¹⁴² Cass. civ. 18 juin 1833, (1835 - 1 - 401).

حكم يطبق على الأطباء أحكام المادتين 1382 و 1383، ثم توالى الأحكام على هذا المنوال دون أن تتعرض مباشرة إلى طبيعة مسؤولية الطبيب، وإن كان أخذها المادتين المشار إليهما يعني أنها مسؤولية تقصيرية.¹⁴³

و قد اتبعت هذا النهج الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1920 مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء حيث قضت بأن المواد 1382 و 1383 تنطبق على أي خطأ لأي شخص يسبب ضرراً للغير أيا كان مركزه أو مهنته، وأنه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء.¹⁴⁴ ثم توالى أحكام القضاء الفرنسي على هذا النهج¹⁴⁵ إلى غاية صدور قرار *Mercier* المشار إليه أعلاه.

و الغريب في الأمر أنه رغم متابعة القضاء الفرنسي للأطباء آنذاك على أساس المسؤولية التقصيرية، إلا أنه لم ينكر وجود عقد قائم بين الطبيب و المريض بدليل أن بعض الأحكام كانت تخلص إلى وجود علاقة عقدية صريحة في بعض الأحوال و تقيم مسؤولية الطبيب على هذا الأساس. من ذلك ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية سنة 1932 من أن الرابطة القانونية بين الطبيب و المريض تدخل في إطار العقد. حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم لمريضه العناية الواجبة مقابل تعهد المريض بأن يدفع أتعابه، و أنه حين يرتكب الطبيب خطأ أو إهمالاً أو رعونة أثناء تنفيذ العقد، فإن هذا الخطأ هو خطأ عقدي يتضمن الإخلال بالالتزام المتفق عليه.¹⁴⁶

و يرجع البعض سبب استمرار المحاكم الفرنسية في متابعة الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية إلى غاية 1936، رغم تسليمها بوجود علاقة عقدية، إلى طبيعة ما يلتزم به الطبيب في علاقته مع مريضه و على ما يترتب على ذلك من زوال الفرق في عبء الإثبات بين نوعي المسؤولية.

فطبقاً لأحكام الالتزام، يلتزم المدين إما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية. و بالنظر إلى طبيعة عمل الطبيب، فهو مدين ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة. فلا يطلب عادة من الطبيب إبراء المريض و إنما يطلب منه فقط بذل الجهد اللازم لشفائه، فلا يسأل إذا بذل ما في وسعه و لم يتحقق الشفاء على يديه. و يكمن الفرق الأساسي بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية في إمكانية الاتفاق على الغاية المراد تحقيقها في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة.

¹⁴³ محمود جمال الدين زكي، "مشكلات المسؤولية المدنية"، دار الطبع مجهولة، طبعة 1978، ص 219.

¹⁴⁴ Cass. civ. 29 novembre 1920 Dalloz 1924 - 1 - 103.

¹⁴⁵ Cass. civ. 11 janvier 1932 (1932 - 1 - 110).

¹⁴⁶ Cass. civ. 8 Février 1932, Gaz. Pal. 1932. 1. 733.

بينما في حالة الالتزام ببذل عناية، كما هو الحال بالنسبة للطبيب، فإن الأمر متروك لاجتهاده و ذمته و للقواعد العامة التي تحكم هذا الالتزام. من ثم إذا احتاج الدائن إلى إثبات عدم الوفاء في الحالة الأولى سهل عليه الإثبات. أما إذا أراد الدائن إثبات تقصير الملتزم بالعناية فعليه إقامة الدليل على هذا التقصير بالرجوع إلى القواعد العامة التي تبين أحكام العناية خاصة من حيث توافر شرطي التبصر و الاحتياط. و بالتالي يكون مركز الشخص في هذه الحالة من حيث عبء الإثبات شبيها بحالة المسؤولية التقصيرية و هو ما يفسر ميول محكمة النقض الفرنسية لها.¹⁴⁷

و بصور قرار *Mercier* استقر القضاء الفرنسي على أن مسؤولية الطبيب تجاه مريضه تنشأ عن إخلاله بالالتزام الناشئ عن الاتفاق المبرم بين الطرفين. إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم الشهير بأنه؛

" ... ينشأ بين الطبيب و مريضه عقد حقيقي، يلتزم فيه الطبيب ، إن لم يكن بداهة، بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه علاجاً يقطاً، حذراً و متفقا مع الأصول العلمية. و الإخلال بهذا الالتزام، و لو بغير قصد، جزاؤه مسئولية من نفس الطبيعة، أي عقدية هي الأخرى. " ¹⁴⁸

غير أنه تبقى مسؤولية الطبيب في بعض الحالات الاستثنائية مسؤولية تقصيرية و مثالها؛

- في حالة الخطأ الناجم عن التدخل العلاجي وفقا لحالة الضرورة أو الاستعجال و التي يستحيل فيها الحصول على موافقة المريض.
- تعويض أهل المريض الذين لم يتعاقدوا مباشرة مع الطبيب.

¹⁴⁷ محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي دراسة تحليلية و تأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض"، المرجع السابق، ص. 36 و ما بعدها. أنظر أيضا:

Mazeaud et Tunc "Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle" 6^{ème} édition 1965.

¹⁴⁸ "Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science ; que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle." Cass. civ. 20mai 1936, D 1936.1.

- التعويض الناشئ عن ضرر أجنبي عن التدخل الطبي الأصلي؛ كسقوط المريض من سريره أو من طاولة العمليات...إلخ
 - المسؤولية الناجمة عن استعمال المواد الضارة أو الخطيرة من قبل الأطباء.
- و جدير بالملاحظة أنه ليس هناك اختلاف من حيث أثر متابعة الطبيب وفقا للمسئولية التقصيرية أو العقدية لأنه في كلته الحالتين تؤسس المسؤولية على الخطأ، كما أن مدة تقادم الدعوى أصبحت موحدة على إثر صدور قانون 2004/03/04.¹⁴⁹

ثالثا: في القانون الجزائري:

رغم تعدد النصوص المتعلقة بالمجال الصحي و الطبي في القانون الجزائري¹⁵⁰، إلا أنه ليس فيها ما يوضح موقف المشرع الجزائري بشأن طبيعة مسؤولية الطبيب؛ هل هي ذات طبيعة تقصيرية أم عقدية؟

كما أن القضاء الجزائري، مع قلة أحكامه، لم يفصل في هذه المسألة صراحة على غرار القضاء الفرنسي الذي جعلها عقدية من حيث الأصل، أو القضاء المصري الذي جعلها تقصيرية.¹⁵¹ من جهة أخرى فإن الأحكام الجزائرية الصادرة في المنازعات الطبية¹⁵² تكتفي بالتأكد من خطأ الطبيب و تركز على الخطأ المرفقي بصفة خاصة لغرض الحكم على المستشفى العمومي بالتعويضات اللازمة للمريض المتضرر. لذلك جاءت الأحكام الجزائرية في المجال الطبي خالية من الإشارة إلى طبيعة مسؤولية الطبيب المخطأ.

و قد يتبادر إلى الأذهان، من خلال مراجعة النصوص القانونية الجزائرية المشار إليها آنفاً، و التي تشير في أكثر من موضع إلى وجوب الرجوع إلى المريض لاستشارته بشأن العلاج

¹⁴⁹ حيث وحد قانون 04 مارس 2002 الفرنسي مدة التقادم بالنسبة لكل الدعاوى المتعلقة بالتعويض ب 10 سنوات سواء تعلق الأمر بالقضاء المدني أو الإداري . و هذا على خلاف ما كان عليه الأمر سابقاً، حيث كانت مدة التقادم بالنسبة للقضاء الإداري 04 سنوات و 30 سنة بالنسبة للقضاء المدني في حالة تأسيس الدعوى على المسؤولية التعاقدية. راجع؛

Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt , “ Loi du 04 Mars 2002”, op.cit., p. 21/36.

¹⁵⁰ راجع؛ القانون 05/85 المؤرخ ب 85/02/26 المعدل و المتمم بالقانون 17/90 المؤرخ ب 90/07/31 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، و المرسوم التنفيذي 276/92 المؤرخ ب 92/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، مراجع سابقة.
¹⁵¹ تقض مصري بتاريخ 69/07/03، لمزيد من لمعلومات راجع محمد حسين منصور، "المسئولية الطبية" دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 199.

¹⁵² راجع قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 77/01/29، قضية الشاب (ب) ضد المركز الاستشفائي مصطفى باشا الجامعي. أين قررت الغرفة مسؤولية المستشفى على أساس إهمال الطاقم الطبي في علاج الشاب (ب). راجع كذلك قرارات الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا التالي؛

قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 93/10/10، قضية ن ف ضد مستشفى سكيكدة، قرار غير منشور.
قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 95/12/03 ضد مستشفى سيدي بلعباس.

المقترح، إعلامه¹⁵³ و الحصول على موافقته¹⁵⁴ و كذا حق المريض في اختيار الطبيب¹⁵⁵ الذي يعالجه، دلالة على الطابع التعاقدى للعلاقة بين الطبيب و المريض.¹⁵⁶

غير أنه لا يمكن الاستدلال بذلك للقول بوجود العقد بين الطبيب و المريض. حيث ينبغي التفرقة، كما يرى بعض الفقه،¹⁵⁷ بين الرضاء الذي ينعقد به العقد الطبي بين الطرفين، و بين ضرورة الحصول على رضاء مستتير من المريض بمباشرة الأعمال الطبية في كل مرحلة من مراحل العلاج. و يرجع السبب في ذلك إلى أن موافقة المريض أساسية لمباشرة العمل الطبي ككل باعتبارها أحد الشروط الضرورية لإباحة التدخل الطبي أصلا. فإذا تدخل الطبيب بدون رضا المريض، في غير الحالات المرخص له بها¹⁵⁸، فإنه يعرض نفسه للمتابعة القضائية حتى و لو كان قصده علاج المريض. كما لا يمكن إرغام المريض على العلاج إلا في الحالات التي يحددها القانون.

غير أن ذلك لا يمنع من توظيف رضا المريض أيضا للتعاقد مع الطبيب سواء تمت الممارسة الطبية في المستشفيات العمومية أم في العيادات الخاصة، على النحو الذي وصل إليه الفقه و القضاء الفرنسيين. على أن يبقى مجال المسؤولية التقصيرية استثنائي في الحالات التي لا يسبق العلاج فيها إي اتصال بين الطبيب و المريض، كالعلاج المقدم في حالة الاستعجال، أو الحالات التي ليس للخطأ فيها علاقة بالجانب التعاقدى كسقوط المريض من السرير أو من طاولة الجراحة.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي:

من خلال التعرض إلى التكيف القانوني لعلاقة الطبيب بالمريض توصلنا إلى أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية و هو التزام تعاقدى حسب ما أكدته محكمة النقض الفرنسية من خلال تعرضها لأركان العقد الطبي و تحديدها لالتزامات و واجبات طرفيه.¹⁵⁹ و رغم أنه لم يعد

¹⁵³ راجع المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، سبقت الإشارة إليها.

¹⁵⁴ راجع المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية. و كذا المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليها.

¹⁵⁵ راجع المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، سبقت الإشارة إليها.

¹⁵⁶ Hannouz, M.M., et Hakem., A.R., "Précis de droit médical", O.P.U., 1993, p. 27 et s.

¹⁵⁷ د.مصطفى عبد الحميد عدوى، "حق المريض في قبول أو رفض العلاج؛ دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي"، دار الطبع غير معروفة، مصر 1992. ص 8.

¹⁵⁸ و طبقا للنقض الفرنسي تشمل هذه الحالات؛

- التدخل الطبي في حالات الاستعجال،

- رفض المريض الحصول على الإعلام،

- حجب الإعلام الذي تدعو إليه مصلحة المريض، (privilège ou intérêt thérapeutique)

Cass. civ. 23 mai 2000, JCP., 2000.II. 10342.

¹⁵⁹ L'obligation du médecin envers le malade est ".... de donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science", Cass. civ. 20mai 1936, D. 1936.

الخلافا قائما حول وجود العقد بين الطبيب و المريض، إلا أن الخلافا يبقى بشأن تحديد طبيعة هذا العقد، هل هو عقد عمل أم وكالة، إذعان، فضالة أم مقاولة أو هو عقد من نوع خاص؟.

ليس الغرض من طرح هذا التساؤل مناقشة الجدل الفقهي القائم حول هذه المسألة الذي يهدف في الأصل إلى تصنيف هذا النوع من العقود ضمن العقود المسماة، إذ أن ذلك يبقى خارج مجال هذه الدراسة.¹⁶⁰ و إنما الغرض من ذلك هو تبيان خصوصيات هذا العقد الذي يكون محله تنفيذ عمل معين على جسم المريض. أضف إلى ذلك أن تطور فن الطب في العصور الحديثة أدى إلى ظهور فرع جديد من فروع القانون هو القانون الطبي.¹⁶¹ من جهة أخرى، و كما تم بيانه هناك استقرار لدى الفقه و القضاء على تسمية العقد القائم بين الطبيب و المريض بالعقد الطبي أو عقد العلاج الطبي.

و يقوم عقد العلاج الطبي، كغيره من العقود الرضائية، على توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر. و يعني ذلك أن إنشاء هذا العقد يتطلب وجود إرادتين متوافقتين، و هو ما يعبر عنه برضا الطرفين، و كذا اتجاه هذين الإرادتين إلى إنشاء التزامات معينة و هو ما يعبر عنه بموضوع العقد أو محله. و أخيرا أن يكون الغرض من وراء ذلك مشروعاً و هو ما يعرف بسبب العقد. و هو ما يشكل الأركان الثلاثة للعقود وفقاً للأحكام العامة.¹⁶² غير أن عقد العلاج الطبي يختلف عن غيره من العقود من حيث أنه؛

- يلزم الطبيب ببذل عناية فقط و ليس بتحقيق نتيجة.
- عقد يقوم على أساس اعتبارات الثقة البحتة.

الفرع الأول: التزام الطبيب بالتزام ببذل عناية:

يستقر الفقه و القضاء اليوم في أغلب الأنظمة على أن التزام الطبيب تجاه مريضه هو التزام ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة كأصل عام.¹⁶³ و قد استقر القضاء الفرنسي على هذا الموقف منذ قرار *Mercier* الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1936.

¹⁶⁰ لمزيد من المعلومات حول هذا الجدل راجع؛ محمد لبيب شنب، "شرح قانون العمل" الطبعة الرابعة، 1983، رقم 37، ص 47 و ما بعدها، محمد لبيب شنب، "عقد المقاوله"، 1962 ص 39، محمد على عمران، "الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد"، 1985، ص 49 و ما بعدها، حسن كيرة، "أصول قانون العمل" الطبعة الثالثة، 1979، رقم 76، ص 157. جلال العدوي، "قانون العمل"، 1972 رقم 71، ص 86، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 7 رقم 4 ص 16، راجع أيضاً؛ Penneau, "La responsabilité médicale", Paris. 1977., Savatier, R "Traité de droit médical" op cit., p. 7. Pothier, "Traité du contrat de mandat", Tome 6 sans date.

¹⁶¹Savatier, R "Traité de droit médical" op cit., p 7.

¹⁶² د. محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي..."؛ المرجع السابق، ص 95 و ما بعدها.

¹⁶³Penneau, J, "La responsabilité du médecin", 2^{ème} ed, Dalloz, Paris, 1996, p.9.

فالطبيب غير ملزم بشفاء المريض و إنما هو ملزم ببذل العناية اللازمة من أجل شفاؤه.¹⁶⁴ و قد سار التشريع و القضاء الجزائريين على هذا النهج، فنصت المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي؛

"يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الاستعانة عند الضرورة، بالزملاء المختصين و المؤهلين."

و بناء على ذلك لا يسأل الطبيب عن عدم شفاء المريض إلا إذا ثبت تقصيره في بذل العناية الواجبة له.¹⁶⁵ أما عن معيار العناية الواجبة للمريض فقد حددته محكمة النقض الفرنسية في قرار *Mercier* المشار إليه سابقا، حينما أشارت إلى وجوب التزام الطبيب باليقظة، الحذر و اتباع أصول المهنة أثناء علاجه للمريض.¹⁶⁶ و على هذا الأساس لا يكون الطبيب مقصرا في عنايته للمريض إلا إذا كانت هذه العناية أقل من عناية طبيب من أوسط الأطباء في نفس الاختصاص و في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب محل المسئلة.¹⁶⁷

الفرع الثاني: وجوب الثقة في العلاقة الطبية:

يتميز العقد الطبي بعدة خصوصيات، و هو ما جعله، على حد قول أحدهم¹⁶⁸، يتجاوز بسرعة حدود المجال القانوني. فطبيعة ما ينشأ بين الطبيب و مريضه يجعل من علاقتهما علاقة غير عادية. ذلك أن العلاقة بينهما لا تخضع للتنظيم القانوني فحسب، بل أيضا للعوامل النفسية، الاجتماعية، و كذا الاقتصادية. من ثم فإن للاعتبار الشخصي أهمية كبيرة في هذا النوع من العقود. فاختيار الطبيب المعالج لا يكون على أساس مهني فحسب بل أيضا على اعتبارات شخصية تدور أساسا حول عنصر الثقة بين الطرفين. ذلك أن المرض ينقص بطبيعته قدرات

¹⁶⁴ Cass. civ. 20mai 1936, D 1936.1, v., Cass. . 1^{ère} civ 09/10/85, 28/06/89, <http://www.caducée.net>, Cass. civ 08/11/2000, n° 1815, Juris – classeur, janvier 2001, Paris, p. 13.

¹⁶⁵ و في هذا الصدد قد لا تغني المتابعة المدنية، وفقا لأحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري، عن العقوبة الجزائية إذا كان تقصير أو خطأ الطبيب يثير المسؤولية الجزائية، حيث نصت المادة 239 من القانون 85/05 المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها على ما يلي؛ يتابع، طاقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته.

¹⁶⁶ **L'obligation du médecin envers le malade est "... de donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science"**, Cass. civ. 20mai 1936, D 1936.1.

¹⁶⁷ Penneau, J, "Les fautes médicales : responsabilité civile et assurances, Juris – classeur, hors - série, (Juillet – Août 1999), p 9. Aussi voir, Jourdain, p, "Nature de la responsabilité, et portée des obligations du médecin", Juris – classeur, (Juillet – Août), Paris., p. 5.

¹⁶⁸ Lachaud, Y "La responsabilité médicale pour défaut d'information ; de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative", Gaz. Pal 16-17/06/1999, p. 6.

الفرد الجسدية و الفكرية و يجعله في حاجة ملحة إلى المساعدة الطبية لاسترجاع صحته و عافيته، و بالتالي كامل قدراته الجسدية و الفكرية. و لا شك بأن يكون المريض، و هو في تلك الظروف الصحية المتدهورة، بحاجة إلى عناية خاصة، على الأقل في نظره، مما يجعله يتوجه إلى طبيب معين دون غيره. فليس هناك حالة أخرى تجعل الشخص تحت سلطة الغير أكثر من حالة المرض لأنه يمس أهم ما يمتلكه الفرد و هي صحته.

من جهة أخرى إن التزامات الأطراف في العقد الطبي ليست لها نفس القوة القانونية. فإذا كانت دائنية الطبيب بمقابل العلاج مؤكدة، إلا أن مديونية المريض بها لا تخضع لأية شروط خاصة، باستثناء ما قد تتضمنه القوانين المتعلقة بالحماية الاجتماعية أو الضمان الاجتماعي. في حين يبقى التزام الطبيب في العقد التزام ببذل عناية يتمثل في علاج المريض وفقاً للمعايير المحددة من لدن ذوي الاختصاص.

يضاف إلى ذلك اختلال آخر في هذه العلاقة يمس الجانب العلمي. إذ أن العقد الطبي يربط طرفين أحدهما يحترف فن الطب (الطبيب)، و الآخر يجهله تماماً (المريض). لذلك فالعلاقة بينها قائمة على أساس مطالبة الطبيب بتوظيف هذا العلم لأجل مساعدة المريض. و من هذا الالتزام ينشأ التزام آخر على عاتق الطبيب وهو الالتزام بإعلام المريض قبل مباشرة أي عمل طبي.

و عليه يمكن القول أن إلزام الطبيب بالإعلام، من الناحية القانونية، مرده عدم تساوي أطراف العقد من الناحية العلمية. فالغاية من فرض هذا الالتزام هي إقامة التوازن الواجب في العقد. إذ أن الإعلام يساعد على تبصير المريض و بالتالي استرجاع توازن العلاقة بين الطرفين.

من ثم يؤكد الفقه المدني الفرنسي المعاصر على التزام الطبيب بالإعلام قبل مباشرة الأعمال الطبية على جسم المريض.¹⁶⁹ على أن تنفيذ هذا الالتزام يجب أن يتم قبل الاتفاق النهائي على معالجة المريض، و هو أمر منطقي لأنه على أساس المعلومات المقدمة إليه يتمكن المريض من اتخاذ قراره النهائي بشأن قبول أو رفض العلاج أو بالأحرى قبول أو رفض التعاقد مع الطبيب بشأن العلاج المقترح.

خلاصة الفصل التمهيدي:

¹⁶⁹ Ibid.

بعد هذا العرض التفصيلي لأسباب و شروط مزاوله العمل الطبي في كل من الشرع الإسلامي و الفقه العربي، يتضح أن هناك اتفاق بين أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية بشأن الشروط الواجب توافرها في الطبيب حتى يسمح له بمزاولة مهنة الطب. و تدور هذه الشروط حول؛

- إذن الشرع أو الحاكم أو الترخيص بمزاولة مهنة الطب،
- قصد العلاج،
- احترام المبادئ و الأصول المتبعة في ممارسة المهنة،
- رضا المريض،

إلا أن الاختلاف بين الأحكام الشرعية و القوانين الوضعية يكمن في الأساس الذي يُفرض الحصول على هذه الموافقة.

فوفقا لأحكام الشريعة إن الحق في الحياة و سلامة الجسد هي من الحقوق التي يجتمع فيها الله عز وجل و العبد. و بناء على ذلك يجب الحصول على إذن كلاهما معا لإمكان المساس بمحل هذين الحقين، إذ لا يغني أحدهما عن إذن الآخر. فمن يقوم بعمل يترتب عليه المساس بمحل الحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية يفترض حصوله على إذن الشرع بالإضافة إلى إذن الفرد المعني بالإجراء. و بناء على ذلك لا يمكن للفرد وفقا لهذا المنطق أن يمتنع عن رفض العلاج لأنه ليس صاحب الحق الوحيد على جسمه، و هو ما لا ينطبق على الفرد في المجتمعات الغربية التي تؤسس حق الفرض في قبول أو رفض العلاج على مبدأ الذاتية و حقه في تقرير مصيره.

من جهة أخرى، توصلنا إلى أن الممارسة الشرعية للطب هي مرهونة بموافقة المريض على الأعمال الطبية. و أن أساس المطالبة بهذه الموافقة في الفكر الغربي المعاصر يستند إلى حقه في السلامة البدنية و العقلية الذي يرتبط بالحق في الذاتية أو ما يعرف بالحق في تقرير المصير. كما أن اشتراط موافقة المريض تفرضه كذلك، إضافة إلى متطلبات ممارسة الطب، طبيعة العلاقة التي تربط بين الأطراف المعنية في العمل الطبي. فهي علاقة غير متوازنة سواء من حيث الجانب الصحي أو الإعلامي. و الغرض من استشارة المريض و إعلامه و الحصول على رضائه هو التخفيف من حدة الاختلال في هذا التوازن. أما من الناحية القانونية فإن اشتراط رضا المريض مرده العقد القائم بين الطبيب و المريض، و ذلك بحكم أن الرضا الصحيح ركن أساسي، كما هو معلوم، في العقود الرضائية.

الباب الأول

رضا المريض عن الأعمال الطبية

العادية و جزاء الإخلال به

مقدمة:

على ضوء دراسة مختلف الأسس الدينية، الأخلاقية و القانونية التي يستند إليها حق المريض في الموافقة على التدخلات الطبية في الفصل التمهيدي، نتعرض في الباب الأول من الرسالة إلى بحث نظرية الرضا المتبصر في التدخلات الطبية العادية.

فقد توصلنا إلى أن أساس المطالبة بموافقة المريض على الأعمال الطبية يستند إلى حق الشخص على جسده و حقه في السلامة البدنية و العقلية المشتق من الحق في الذاتية و حق تقرير المصير. و يرتبط ظهور هذا الحق من الناحية التاريخية بالأفكار التحريرية التي ظهرت في القرن التاسع عشر.

و لتوضيح أثر هذه الأفكار على العلاقة بين الطبيب و المريض و كذا مضمون نظرية الرضا المتبصر في الممارسة الطبية، سنبعث بداية التطور التاريخي لهذه النظرية و بيان مضمونها، مع مناقشة المسائل التي يثيرها إعلام المريض. ثم نلي ذلك بعرض أحكام الرضا و كيفية إثباته و جزاء الإخلال به، و ذلك حسب التقسيم التالي؛

- الفصل الأول: نظرية الرضا المتبصر و الالتزام بالإعلام.

- الفصل الثاني: أحكام الرضا المتبصر

- الفصل الثالث: عبء إثبات الرضا المتبصر و جزاء الإخلال به.

الفصل الأول

نظرية الرضا المتبصر و الالتزام بالإعلام

مقدمة:

من بين الالتزامات القانونية التي أفرزها التطور القانوني في المجال الطبي التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض و ذلك بعد تبصيره و إفادته علما بمجموعة من المعلومات المتعلقة بحالته الصحية لغرض مساعدته على اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا بشأن حالته الصحية بإرادة حرة و متبصرة.

و يعتبر الالتزام بالإعلام حديث النشأة مقارنة مع الالتزام الأصلي بالحصول على رضا المريض. فإلى وقت قريب اكتفى الطبيب بالحصول على موافقة المريض دون أن يكون ملزما بإعلامه. غير أن تطور العلوم الطبية و مختلف العلوم الأخرى صاحبتة نظرة جديدة إلى العلاقة بين الطبيب و المريض. من جهة أخرى أدى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى تكريس الحريات الفردية لدى الأفراد و منها، كما هو معلوم حرية التفكير، التعبير و الاختيار.

و من الناحية التاريخية، يرتبط الالتزام القانوني بإعلام المريض في الكثير من الأنظمة القانونية بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين سنة 1949 عن جرائمهم إبان الحرب العالمية الثانية.¹ إذ دفعت المعاملات غير الإنسانية التي تعرض إليها الكثير من البشر على أيدي الأطباء النازيين إبان هذه الحرب إلى صياغة عدة مواثيق دولية² حول كيفية وجوب معاملة البشر في المجالات الطبية المختلفة و خاصة منها التجارب الطبية. و قد شكل رضا المريض أهم المبادئ الأساسية

¹ United States v. Karl Brandt et al, Trials of war criminals under control council law no 10 (Apr/Oct 1949) vol. 2 Washington D.C, Governmental printing office.

² Le Code de Nuremberg , adopté par le tribunal militaire de Nuremberg ; United States v. Karl Brandt et al, op.cit. , La Déclaration of Helsinki, adoptée par la 18^{ième} Assemblé Médicale Mondiale, Helsinki Finlande 1964, publiée dans 271 N.E.J.M (1964) (Anglais) p. 473, révisée par La 29^{ième} Assemblé Médicale Mondiale , Tokyo, Japon 1975. Aussi, La Charte des Droits du Patient, adopté par le parlement Européen à Strasbourg en date du 19/01/1984; voir Lemaire, J.F et Imbert, Jean-Luc , op.cit, p 125. La Convention Européenne de Bioéthique, qui n'est pas encore entrée en vigueur faute d'avoir été ratifiée par un nombre suffisant d'Etats, voir Garay, A 'Consentement aux Actes Médicaux et Doits des Patients', Gazette du Palais 01-05/01/1999, p 27.

التي تناولتها هذه المواثيق من خلال التأكيد على حق الفرد في الموافقة أو رفض كل أشكال التدخلات الطبية الماسة بكيانه البدني أو العقلي³.

و قد شكل هذا التطور القانوني نقطة تحول هامة في العلاقة بين الطبيب و المريض التي لم تعد قائمة على السلطة الأبوية (Paternalisme). إذ بات من الضروري على الطبيب تنوير المريض بالمعلومات اللازمة قبل الحصول على إذنه. و أصبح يعرف رضا المريض وفقا لهذا المفهوم الجديد، بالرضا المتبصر أو المستنير (consentement informé ou éclairé).

و لتوضيح مفهوم نظرية الرضا المتبصر و أثر التحولات الحديثة على العلاقة بين الطبيب و المريض، نتطرق في هذا الفصل إلى بحث نظرية الرضا المتبصر في ممارسة الطب و المسائل التي يثيرها إعلام المريض. على أن نبدأ هذه الدراسة بتتبع أهم مراحل التطور التاريخي لحق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية و دور القضاء في تطوير نظرية الرضا المتبصر. ثم نلي ذلك ببحث مفهوم الالتزام بالإعلام، نطاقه، معايير، و الأشخاص المكلفين به و ذلك حسب الخطة التالية؛

- المبحث الأول: مفهوم نظرية الرضا المتبصر
- المبحث الثاني: مفهوم الالتزام بالإعلام.
- المبحث الثالث: نطاق الالتزام بالإعلام.
- المبحث الرابع: أوصاف الإعلام الواجب للمريض.
- المبحث الخامس: المدين و الدائن في الالتزام بالإعلام.

المبحث الأول: مفهوم نظرية الرضا المتبصر:

يعتبر القضاء الأمريكي أول من اعتمد نظرية الرضا المتبصر، إذ يعود الفضل، من الناحية التاريخية، إلى المحاكم الأمريكية التي كانت الأولى في مطالبة الأطباء بضرورة الحديث إلى المريض و إعلامه بحالته الصحية و الحصول على موافقته بشأن كل تدخل طبي. ثم انتقلت النظرية إلى أوربا عبر بريطانيا مع اختلافات جوهرية بين النظامين. أما القضاء الفرنسي فقد اعترف هو الآخر منذ الخمسينات بحق المريض في الإعلام، إلا أن التطورات التي شهدتها

³ راجع؛ المشاكل التي يثيرها الرضا في مجال التجارب الطبية ص. 511 من الرسالة.

القضاء و التشريع الفرنسيين في هذا المجال في السنوات الأخيرة يوحى باتجاه القانون الفرنسي نحو التأكيد على حقوق المرضى أكثر من أي وقت مضى. و قبل التطرق إلى أهم مراحل تطور نظرية الرضا المتبصر نشير بداية إلى حق الشخص في الموافقة على التدخلات الطبية الماسة بسلامته الجسدية.

المطلب الأول: حق الشخص في الموافقة على الأعمال الطبية:

مبدئياً يرتبط حق الفرد في الموافقة على الأعمال الطبية بحقه في السلامة الجسمية و حقه في الذاتية. و يرتبط ظهور هذا الحق من الناحية التاريخية بالأفكار التحررية التي عرفها العالم في القرن التاسع عشر. و قد واكب القضاء في الغرب هذا التوجه الجديد من خلال تأكيده على وجوب احترام حق الفرد في الاختيار بخصوص كل ما فيه مساس بالسلامة الجسدية للفرد. على أنه قبل التطرق إلى دور القضاء في تأكيد و حماية هذا الحق، نستعرض بداية مضمونه.

الفرع الأول: مضمون حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية و تبريراته :

عند تحليل مبدأ ذاتية الفرد و الاحترام الواجب له ، توصلنا إلى أن الاعتراف بهذا المبدأ للفرد يقتضي عدم التدخل في اختياراته الشخصية خاصة المتعلقة منها بحالته الصحية. فحق الموافقة على التدخلات الطبية مشتق من الاحترام الواجب لذاتية الفرد و حقه في تقرير مصيره. و تتميز العلاقات الطبية في الغالب، كما هو معلوم، بعدم التوازن بين أطرافها. حيث يشكل المريض الطرف الضعيف فيها بحكم جهله لفن الطب و اعتماده على غيره لاسترجاع عافيته. و تبرز أهمية الصحة في حياة الفرد باعتبارها الأداة التي تحرره من ضعف الأمراض و الوسيلة التي تمكنه من تسيير أموره اليومية و مشاريعه المستقبلية. و نظراً لأهميتها تعتبر الصحة مجالاً لممارسة الحق في الذاتية و تقرير المصير، إذ من الضروري أن يعطى الفرد فرصة الاختيار بشأن التدخلات الطبية التي توقع على جسده.⁴

أولاً: العلاقة بين الحق في الموافقة على العمال الطبية و الحق في الذاتية:

تتطلب ممارسة الحق في الذاتية احترام اختيارات الشخص، و لا يتحقق ذلك إلا إذا كان بإمكانه الاختيار بين عدة بدائل، بدءاً بأن يكون حراً بشأن عيادة الطبيب من عدمه و الاختيار، ثانياً، بين طرق العلاج المختلفة باعتباره الوحيد الذي يقدر العلاج الذي يناسبه بالنظر إلى

⁴ McLean, S.A.M., "The Right to Consent to Medical Treatment", in Campbell, et al (eds), "Human Rights: from Rhetoric to Reality", Oxford, Blackwell, 1986, p. 149.

حاجياته و نمط عيشه. ففي هذا الإطار يرى البعض أن الاختيارات و القرارات الخاصة بالصحة هي جزء من الاختيارات الخاصة بالحياة اليومية و التي لا يمكن حرمان الفرد الراشد منها.⁵

غير أنه في بعض الأحيان قد يصعب على الفرد اتخاذ القرار اللازم بشأن الخيارات الصحية بسبب ظروف المرض و أثره على قدراته الفكرية و العقلية. و تشكل هذه الوضعية تهديدا حقيقيا لحق الشخص في الذاتية و تقرير المصير الذي له دور أساسي في العلاقات الطبية. إذ أن امتلاك الطبيب للمؤهلات العلمية التي تمكنه من مساعدة المريض على استرجاع عافيته لا يعطيه الحق بالتدخل طبيا على جسم المريض بدون دعوة من هذا الأخير. و على هذا الأساس يشكل الالتزام القانوني بالحصول على رضا المريض حماية ناجعة لحق المريض في السلامة البدنية و العقلية. و غني عن التذكير في هذا الصدد بأن موافقة المريض هي التي تعطي الشرعية القانونية لتدخل الطبيب. إذ يمكن أن يتعرض هذا الأخير، في مختلف الأنظمة، للمتابعة القضائية إذا تدخل بدون الموافقة المسبقة للمريض.⁶

و في الواقع، إن اشتراط رضا المريض في العلاقات الطبية يحمي مصالح كل الأطراف المعنية. إذ بمباشرة حقه في الموافقة أو رفض الأعمال الطبية يحمي المريض سلامته الجسدية و العقلية. أما الطبيب، فإن حصوله على رضا قانوني من المريض يحميه من كل متابعة قضائية مستقبلية مؤسسة على تدخل الطبيب غير الشرعي. لذلك يبدو أنه من مصلحة كلا الطرفين ألا يُباشِرُ العلاج إلا بعد الحصول على موافقة المريض. و بهذا المفهوم يجب النظر إلى موافقة المريض على أنها تدعيم للعلاقة بين الطبيب و المريض، و مظهر من مظاهر الثقة و الاحترام المتبادلين و الذين يشكلان عماد هذه العلاقة.⁷

و رغم أهمية عنصر الثقة في هذا المجال، إلا أن البعض يعتقد أن نجاح العلاقة الطبية مرهون بثقة المريض في طبيبه و ليس العكس. إلا أن الطبيب مطالب، كما يرى البعض،⁸ بأن يثق هو الآخر في قدرات المريض على التعامل بحكمة و تروي مع المعلومات الصحية المؤثرة بطبيعتها على نفسيته و في تفسير شؤونه الصحية بكل عقلانية.

⁵ Ibid.

⁶ Gordon, G.H., "The Criminal Law of Scotland", Green, Edinburgh, (2nd ed), 1978, p. 828.

⁷ McLean, "The Right to Consent to Medical Treatment" op. cit, p. 150.

⁸ Ibid p. 151.

غير أن الاعتراف بهذه القدرات يشكل مصدر إزعاج للكثير من الأطباء، خاصة منهم أولئك الذين يرفضون الحوار مع مرضاهم بشأن حالاتهم الصحية و طرق علاجها. من ثم يشكل الحصول على رضاء المريض مصدرا خصبا للنزاع بين الطبيب و المريض.

فتدخل الطبيب العلاجي بدون رضاء قانوني يؤثر سلبا على حالة المريض، من جهة، خاصة عند عدم تحقق النتائج المرجوة، و على أخلاقيات مهنة الطب من جهة أخرى. لذلك يرى البعض أن مطلب الرضا ليس مجرد أداة قانونية لتهديد الأطباء، و إنما هو مشتق مبدئيا من التزام فلسفي عام يتعلق بحق الفرد في الاختيار بشأن ما يجب أن يفعل بجسده.⁹ بتعبير آخر، إن اشتراط موافقة المريض في ممارسة الطب هو تطبيق للمبادئ الأخلاقية المعترف بها خاصة منها حق الشخص في تقرير مصيره و حقه في سلامته البدنية و العقلية، و أن الإخلال بهذه المبادئ يؤدي عادة إلى الإدانة. من أبرز الأمثلة على ذلك إدانة المجتمع الدولي للجرائم التي ارتكبتها الأطباء النازيين باسم العلوم الطبية أثناء الحرب العالمية الثانية و عدم احترامهم لهذه المبادئ. إذ يؤكد هذا الموقف أن شرعية المساس بجسم الفرد مرهونة بالموافقة المسبقة للمريض.

من جهة أخرى، إن عدم تكافؤ العلاقة بين الطبيب و المريض من حيث المعرفة الطبية و ضعف المريض الناتج عن تأثير المرض يجعل شرط الحصول على رضاء حقيقي للمريض مطلبا و شرطا ضروريا. على أنه يمكن اعتبار التزام الطبيب بهذا المطلب مظهرا من مظاهر احترامه لحق المريض في الذاتية و تقرير مصيره.

ثانيا: الشروط القانونية لموافقة المريض:

لكي يتخذ المريض قرارا مقبولا قانونيا بشأن الموافقة أو رفض العلاج المقترح عليه، يجب أن يتسم قراره ببعض الخصائص القانونية و الأخلاقية. و يتعلق الأمر هنا بعناصر الرضا التي سوف تكون محل تحليل في المباحث اللاحقة. غير أنه يجب التذكير في هذه المرحلة بأن قبول أو رفض المريض للعلاج، صراحة كان أو ضمنا، يجب أن يكون مبني على معلومات صحيحة و صادر عن إرادة حرة و مخيرة.

⁹ Ibid.

يرى بعض الفقه، خاصة الأنجلوساكسوني منه،¹⁰ أنه يمكن استنتاج موافقة المريض بمجرد عيادته أو زيارته للطبيب. و تبرير ذلك أن المريض قد تقدم إلى الطبيب بإرادته الحرة لغرض القيام بالكشوف اللازمة. و تستند الموافقة بهذا المفهوم إلى فكرة "الرضا الضمني" التي كثيرا ما طبقت في مجال السياسة.¹¹

ففي الممارسة السياسية يعتبر الرضا أساس الالتزام السياسي.¹² غير أن استحالة الحصول مباشرة، من الناحية العملية، على الموافقة الفردية لكل مواطن، يعتمد رجال السياسة على الرضا الضمني للأفراد المحصل عليه بطريقة سلبية من خلال عدم إشارة هؤلاء إلى الرفض صراحة.¹³ غير أن تطبيق نظرية الرضا الضمني غير مجدي في المجال الطبي كمبدأ عام.¹⁴ ذلك أن دعوة الطبيب للكشف عن جسم المريض لا تشكل موافقة نهائية من المريض لكي يباشر الأول التدخلات الطبية اللازمة بدون استشارته مجددا بشأنها. يضاف إلى ذلك أن سكوت الفرد الذي يؤخذ على أنه رضا هو السكوت الملابس كما سوف نرى لاحقا. و هو السكوت الذي يلزمه صاحبه و هو واع بوضعيته و يعرف جيدا ما يدور من حوله.

يضاف إلى ذلك أن الرضا الضمني المستخلص من زيارة المريض للطبيب هو رضا خاص بالكشف التقليدي الخارجي الذي ليس فيه مساس جسيم بالسلامة الجسدية و الذي يكون لغرض تشخيص المرض و الحصول على دواء مناسب من بين الأدوية المتداولة في الصيدليات و الذي تكون طبيعته و أعراضه الجانبية معروفة لدى غالبية الناس. ذلك أنه إذا كانت زيارة الطبيب مرادفة لموافقة المريض في كل الحالات، فإن ذلك يعني أن الطبيب قد تحصل على رضا المريض في الحالات التي يكون فيها تدخله أكثر جسامة كالجراحة و غيرها و هو ما لا يستقيم من الناحية القانونية.

¹⁰ Mason. J.K., & McCall Smith, R.A., "Law and Medical Ethics", 2nd ed. Butterworths, London, 1987, p. 141.

¹¹ McLean, S.A.M., & McKay, A.J., "Consent in medical treatment", in McLean ed. "Legal Issues in Medicine", Adershot, Gower, 1981, p. 97.

¹² Childress, J., "Who should decide ?", New York Oxford, Oxford University Press, 1982., p. 80.

¹³ Simmons, A. John, "Tacit Consent and Political Obligation", 5 *Philosophy and Public Affairs*, 274 (Spring 1976). Voir aussi pour le même auteur "Moral Principles and political Obligations", princeton Guilford, P.U.P, 1979, pp. 79.

¹⁴ تعتمد بعض التشريعات على نظرية الرضا الضمني في مجال نزع الأعضاء من الموتى، استنادا إلى فكرة أن الشخص الذي لم يرفض صراحة عملية انتزاع الأعضاء لما كان حيا يكون موافقا عليها بعد وفاته، ص. 395 و ما بعدها من الرسالة.

من ثم فإن الرضا الحقيقي للمريض لا يمكن استخلاصه من مجرد الزيارة الإرادية للطبيب، و إنما يجب أن يستند إلى إعلام مناسب يمكنه من اتخاذ قرار مستنير بشأن الموافقة أو رفض ما يقترحه عليه الطبيب من تدخل.¹⁵

يستنتج من ذلك أنه لا يكون للرضا الضمني للمريض قيمة قانونية إلا إذا كان مسبقاً بإعلام مناسب. ففي الحالات التي يتم فيها إعلام المريض بحالته المرضية و يقبل الوصفة الطبية، فإن موافقته على العلاج تكون ضمنية من خلال تسلمه لهذه الوصفة و شرائه للدواء. مما يعني أن المهم في كل العملية، ليس نوع القبول (صریح أو ضمني) و إنما كيفية تحقق هذا القبول أو الرضا الذي يجب أن يؤسس على إعلام كاف، مناسب و مفهوم. فالغرض الأساسي من اشتراط الرضا هو حماية حرية الفرد في الاختيار، و هو ما لا يمكن تحقيقه إلا إذا صدر الرضا من صاحبه عن علم و إدراك بحقيقة الوضع.¹⁶

و يعرف رضا المريض المؤسس على الإعلام في الفقه القانوني الحديث "بالرضا المتبصر أو المستنير" (consentement informé, éclairé)، و هو التزام قانوني بالنسبة للطبيب مثله مثل التزامه بالحيلة و الحذر أو التزامه باحترام المعطيات العلمية عند مباشرة العلاج بحيث يسأل قضائياً عند الإخلال به كما سوف نرى لاحقاً.¹⁷

كما أن تسمية الرضا المتبصر بهذا المفهوم هي نتاج القانون الطبي الأمريكي، الذي يجد له جذورا في الاعتراف بحق المريض في الذاتية و حقه في تقرير المصير. و المقصود بذلك إلزام الطبيب بإفادته المريض بإعلام مفهوم و مناسب يخص حالته الصحية و ما تحتاجه من علاج، مخاطر العلاج المقترح و البدائل العلاجية الممكنة و ذلك لتمكينه من إصدار قرار متبصر و مستنير بشأن الموافقة أو رفض العلاج المقترح.

نستنتج من هذا العرض أنه يشترط لشرعية التدخل الطبي على المريض حصول الطبيب على رضا متبصر و مستنير من المريض، و لكي يتصف رضا المريض بهذا الوصف، و يكون بالتالي مقبولا قانونيا و أخلاقيا، يجب أن يشتمل على مجموعة من العناصر يرتبط بعضها

¹⁵ McLean, S.A.M., & McKay, A.J, op. cit., p. 97

¹⁶ McLean, S.A.M., "The Right to Consent to Medical Treatment", op. cit., p. 156.

¹⁷ راجع ص. 197 و ما بعدها من الرسالة.

بالأعلام و البعض الآخر بشروط الرضا طبقا للقواعد العامة. أما الإعلام فيجب أن يكون كافيا، مناسباً و مفهوماً. و هي شروط بديهية لغرض تحقيق الغاية من الإعلام و هي تنوير المريض. أما العناصر الأخرى فهي تخص شروط الرضا وفقا للقواعد العامة كحرية الإرادة و أهلية التصرف، و هو ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الموالي من خلال التعرض إلى أحكام الرضاء بصفة عامة و رضاء الفئات الخاصة من صغار السن و ذوي الأمراض العقلية.

الفرع الثاني: دور القضاء الغربي في الاعتراف بحق المريض في السلامة الجسدية:

من السوابق القضائية الأولى و الهامة في الأنظمة الأنجلوساكسونية الحكم الصادر من المحكمة العليا في ولاية مينيسوتا (Minnesota) في سنة 1905 أين قررت المحكمة أنه يجب على الحكومة الحرة أن تضمن حرية الفرد و حقوقه الأساسية و التي من أهمها حقه في الحياة و في سلامة جسمه و عدم المساس بشخصه في غير الأحوال المحددة قانونا. و هو الشيء الذي يتطلب عدم المساس بجسم المريض لأي غرض كان قبل الحصول على موافقته المسبقة.¹⁸

و من السوابق القضائية المشهورة أيضا قضية، Scholoendorff v. Soc. of N.Y.H،¹⁹ التي صدر حكمها سنة 1914 و التي تتلخص وقائعها في قيام الطبيب الجراح باستئصال ورمما ليفيا أثناء إجرائه لعملية جراحية استكشافية بدون الموافقة المسبقة للمريضة. حيث أعلن القاضي كاردوزو (Cardozo) رأيه الذي كان له أكبر أثر في الفقه و القضاء الأنجلوساكسوني. حيث أكد هذا الأخير على حق الفرد في تقرير مصيره من خلال تقريره أنه؛

" لكل شخص بالغ يتمتع بالقدرة على الإدراك الحق في تقرير ما يفعل بجسده. و يمكن وصف تدخل الجراح على جسم مريضه بدون موافقته بمثابة اعتداء جسدي يترتب عنه مسائلة الطبيب عن الأضرار الناجمة عنه."²⁰

¹⁸Meyers, D. W. "The Human Body and The Law", Edinburgh University press, 1990, p. 123.

¹⁹ Scholoendorff v. Society. of New yok Hospital, 105 N.E 92, 1914 p 93. Voir aussi, Jones, M.A., "Medical Negligence", London, Sweet Maxwell, 1991, p 200., Kennedy and Grubb, op.cit, p. 240., Dyer, op.cit, p. 47.

²⁰ "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body, and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable for damages", Scholoendorff v. Society. of New Yok Hospital, 105 N.E 92, 1914 p 93, . Voir aussi, Jones, op.cit, p 200., Kennedy and Grubb, op.cit, p 240., Dyer, op.cit, p 47.

أولاً: تطور شرط الرضا بعد الحرب العالمية الثانية:

لقد ازدادت حقوق الفرد أهمية في المجال الطبي بعد الحرب العالمية الثانية بحيث أصبح الحصول على رضا المريض مطلباً أساسياً في العلاقة بين الطبيب والمريض. فلقد مضى عهد السلطة الأبوية للطبيب و بات من الضروري حصول هذا الأخير على إذن مريضه قبل مباشرة أي تدخل طبي. إذ أن مشاركة المريض في اتخاذ القرارات الخاصة بصحته أضحت ضرورة حتمية للتخفيف من حدة عدم التوازن الذي يميز العلاقة بين الطبيب و المريض.²¹

و مما زاد في بروز عنصر الرضا تطور القانون في هذا المجال الذي فرضته المتغيرات الجديدة. حيث ساهمت المحاكمة الدولية للأطباء النازيين لما سمي منذ ذلك الوقت "بالجرائم الحربية" أو "جرائم ضد الإنسانية"،²² في بلورة مفاهيم و مبادئ جديدة بشأن ممارسة الطب، خاصة في مجال التجارب الطبية، و ما يقتضيه ذلك من ضرورة حماية البشر على مستوى القانون الدولي. فتم الإعلان عن مجموعة من القواعد تضمنها تفتين دولي عرف بتفتين (Nuremberg)، اشتمل على عشرة مبادئ أساسية يجب مراعاتها بشأن إجراء التجارب الطبية على البشر أهمها وجوب مراعاة الرضا الصريح و الإرادي للفرد المعرض لهذا النوع من التجارب.²³

ثانياً: أثر التطور العلمي على علاقة الطبيب بالمريض:

لقد أدى التطور السريع الذي شهدته العلوم الطبية منذ مطلع القرن الماضي، و ما صاحبه من تنامي فرص العلاج، إلى ارتفاع نسب التعرض للأضرار الناجمة عن استعمال الطرق الحديثة سواء كانت استكشافية أو علاجية. لذلك زاد الاهتمام بموافقة المريض حماية لحقوقه المشار إليها سابقاً و ضماناً لمصلحة الطبيب من عدم التعرض للمسئولية القانونية في حالة تحقق أي خطر من تلك الأخطار، خاصة في الحالات التي لا يثبت فيها خطأ أو إهمال أو تقصير من جانبه.²⁴ و بناء على هذه المعطيات أضحت الثقة الواجب توافرها بين الطبيب و مريضه غير كافية في العلاقة بين الاثنين لكي ينفرد الطبيب باتخاذ ما يراه مناسباً من قرارات بشأن صحة مريضه، بل أصبح من الضروري مشاركة المريض من خلال موافقته لتنفيذ أي عمل طبي فيه

²¹Rougé, D Arbus, L et Costagliola, M ‘‘La Responsabilité Médicale ’’, Paris, Arnette, 1992, p. 32.

²²United States v. Karl Brandl et al, Trials of war criminals under control council law no 10 (Apr/Oct 1949) vol. 2 Washington D.C, Governmental printing office.

²³راجع ص. 511 و ما بعدها من الرسالة.

²⁴Méméteau, G., ‘‘La responsabilité civile médicale’’, Montréal, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, p 94.

مساس بسلامة جسمه أو عقله أيا كان مقدار أو طبيعة هذا المساس. فمبدأ رضا المريض في ظل هذه الاعتبارات المختلفة أصبح له صفة قانونية و أخلاقية في ذات الوقت.²⁵

على أنه عقب هذه المرحلة ازداد حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية تَحَصْنَا. حيث لم يعد القانون يتطلب الحصول على رضا المريض فحسب بل أوجب ضرورة توافره على شروط جوهرية لصحته، أهمها أن يكون رضا المريض مستنيرا. و المقصود بذلك وجوب صدور الرضا عن صاحبه بعد تزويده بقدر من المعلومات تتعلق أساسا بطبيعة التدخل الطبي المقترح، بدائله و مخاطره، و ذلك لتمكينه من اتخاذ القرار الملائم بشأن حالته الصحية بإرادة حرة و واعية. و قد عُرف رضا المريض بهذا المفهوم الجديد في فقه القانون بنظرية الرضا المتبصر أو المستنير و التي كان لها أول ظهور في الولايات المتحدة الأمريكية في منتصف القرن الماضي. و بناء على ذلك امتدت حالات مسؤولية الطبيب لتشمل، إلى جانب حالة تخلف الرضا، حالات عدم صحة أو صلاحية الرضا إن لم يكن مسبقا بإعلام كاف.

الفرع الثالث: الاتجاه الفقهي الراض لحق المريض في الموافقة على العلاج:

تجدر الإشارة إلى أنه رغم التطور الفقهي و القضائي الذي أكد على أهمية حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية الذي تمت الإشارة إليه، إلا أن بعض الفقه²⁶ يرى أن رضا المريض ليس شرطا ضروريا على أساس أنه لا يكون دائما حقيقيا خاصة في الحالات المرضية التي تتدهور فيها حالة المريض الصحية بحيث تضعف فيها قدراته الإرادية و الفكرية. أضف إلى ذلك أنه قد تحول بعض العوامل الاجتماعية و الثقافية، كالجهل و الأمية مثل، دون تحقق هذا الشرط. من جانب آخر يهدف العمل الطبي كقاعدة عامة إلى تحقيق مصلحة المريض. و يخضع الطبيب في سبيل تحقيق ذلك إلى القواعد الفنية و العلمية التي تحكم مهنة الطب من جهة و أحكام القانون من جهة أخرى. و على هذا الأساس يجب أن تغني الثقة و وِحدة الهدف بين الطبيب و المريض، وفقا لهذا الاتجاه، عن حصول الطبيب على إذن المريض.

غير أن هذه الكلام مردود على أصحابه لأنه يخلط بين الحق في الموافقة على الأعمال الطبية و بين الصعوبة التي تعترض الطبيب من الناحية العملية في الحصول على رضا حقيقي من بعض فئات المرضى. إذ لا يمكن بداية أن يحتج الطبيب بالمستوي الثقافي لمريضه أو ظروفه

²⁵Dyer, op. cit. p. 46.

²⁶Kennedy, Ian "The Doctor-Patient Relationship" in Peter Byrne, "Rights and Wrongs in Medicine" King's College Studies, 1985-6; King Edward's Hospital Fund for London, p. 8.

الاجتماعية لكي يحرمه من إبداء رأيه حول مسألة تهم كيانه الجسدي و المعنوي، فالأمر هنا يتعلق بصعوبة عملية يمكن تجاوزها كما سنبينه لاحقاً.

كما إن حصول الطبيب على رضا المريض قبل التدخل الطبي فيه حماية للطرفين معا. فمن جهة، إن مطالبة المريض بالموافقة على التدخل الطبي فيه ممارسة لحقه في الاختيار و في ذلك حماية لحقه في السلامة الجسمية و العقلية، بحكم أنه لا يُعرض جسمه إلا لما وافق عليه من أعمال طبية. من جهة أخرى، إن رضا المريض يجعل الطبيب في مأمن من المتابعة القضائية في حالة تحقق أحد الأخطار أو إحدى النتائج التي لم تكن متوقعة. و عليه، يبدو أنه من مصلحة الطرفين أن يحصل الطبيب على رضا صحيح من الناحية القانونية قبل مباشرة الأعمال الطبية. و من هذا المنطلق يجب النظر إلى التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بشأن العلاج المقترح على أنه دَعْم و تعزيز للعلاقة القائمة بينهما و مظهر من مظاهر الثقة الواجبة في هذا النوع من العلاقات.

غير أنه في أغلب الأحيان يُطلب من المريض، و المريض فقط أن يَتَّقَ في الطبيب. إلا يمكن أن يطالب الطبيب أيضاً، كما قال أحد الفقهاء²⁷، بأن يثق في المريض هو الآخر من حيث قدرة هذا الأخير على التعامل بطريقة عقلانية مع المعلومات المقلقة التي تصله بشأن حالته الصحية و جراته على اتخاذ القرارات اللازمة بشأنها؟

إن الاعتراف بمثل هذه القدرات لدى المريض يجعل حتما من شرط الرضا شرطا أساسيا في كل التدخلات الطبية. غير أن ذلك لا يحول دون إمكانية تدخل الطبيب بدون موافقة المريض في حالات الضرورة، كحالة التدخل لإنقاذ حياته إذا تعذر الحصول على موافقته أو موافقة أحد أقربائه في الوقت المناسب.

و عليه تتجه غالبية الفقه إلى ضرورة الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي لتجنب المتابعة القضائية. فإذا كان التدخل الذي رتب ضررا للمريض قد تم بموافقة هذا الأخير، فالأصل أن الطبيب معفى من المسؤولية فيما يتعلق بشرط الرضا على الأقل. في حين

²⁷ McLean, S.A.M, "The right to consent to medical treatment", op. cit., p. 149.

يمكن مسألته عن ذلك الضرر إذا كان تدخله الطبي غير شرعي؛ كأن يكون قد تم لأغراض غير علاجية أو تم خلافا لما استقرت عليه قواعد فن الطب.²⁸

المطلب الثاني: تطور نظرية الرضا المتبصر:

قبل اعتماد نظرية الرضا المتبصر لم يكن الطبيب ملزما قانونيا بالإعلام قبل حصوله على موافقة المريض. لذلك اهتم القضاء في بداية الأمر بالتأكد فقط من أن تدخل الطبيب كان بناء على موافقة مسبقة من المريض. ويعود السبب في ذلك إلى شيوع مبدأ الأبوية (paternalisme médical) في الممارسة الطبية و معاملة المريض كشخص ناقص الأهلية بحاجة إلى مساعدة. حيث ساد الاعتقاد لمدة طويلة من الزمن أن المريض غير أهل لمناقشة حالته الصحية و أن للطبيب كامل الصلاحيات لاتخاذ ما يراه مناسباً لعلاج مرضاه. لذلك يمكن القول أن التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض آنذاك كان فقط لغرض احترام شروط إباحة العمل الطبي التي حددها المشرع، و بالتالي لم يكن هناك اعتبار لإرادة أو حرية المريض في مناقشة الطبيب حول ما ينوي القيام به من أعمال طبية.

و يرجع الفضل الكبير في تطوير مفهوم الرضا بمفهومه الحديث في المجال الطبي إلى القضاء الغربي، خاصة منه الأمريكي الذي ابتكر نظرية الرضا المتبصر. ففي غياب النصوص التشريعية، تحمل القضاء حماية حقوق المرضى من خلال التأكيد على ضرورة إعلام المريض و الحصول على موافقته قبل مباشرة التدخلات الطبية على و متابعة الأطباء عند الإخلال بواجب الإعلام.

أما من الناحية القانونية فلم ينظم المشرع في مختلف الدول "الرضا المتبصر" بنصوص تشريعية إلا حديثاً رغم استقرار الفقه و القضاء على العمل به منذ أكثر من نصف قرن. ففي القانون الفرنسي يرجع ذلك إلى سنة 1994 و ذلك بمناسبة صدور القانون الخاص بالجسم البشري و تعديل التقنين المدني الفرنسي. حيث نصت الفقرة 3 من المادة 16 من التقنين المدني الفرنسي؛

²⁸ كأن يشكل تدخله جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات مثل الإجهاض غير الشرعي، و لو كان ذلك برضى الضحية. ذلك أنه من المستقر عليه فقها و قضاء في كثير من الدول عدم اعتبار رضا المجني عليه سبباً من أسباب الإباحة في شأن جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، د محمود نجيب حسني، "الحق في سلامة الجسم"، القاهرة، 1959، ص 20. راجع كذلك المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري بخصوص الإجهاض.

" لا يجوز المساس بالسلامة البدنية للشخص إلا لضرورة علاجية، و يجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة العلاج، باستثناء حالة الاستعجال التي تتطلب تدخل علاجي و لا يمكن الحصول على موافقة المريض بسبب حالته الصحية".²⁹

أما في القانون الجزائري، فيعود ذلك إلى سنة 1985 و ذلك بمناسبة صدور القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/85 المتمم و المكمل بالقانون 17/90 المؤرخ 31/07/90 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها³⁰. يضاف إلى ذلك المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06/07/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب³¹.

و الجدير بالملاحظة أن تأخر التشريع الجزائري في هذا المجال له ما يبرره. فبالإضافة إلى حداثة الاستقلال لم يكن بالإمكان وضع نصوص قانونية متخصصة في وقت تأخرت فيه الدول المتقدمة نفسها من ولوج هذا المجال رغم تطورها من الناحية العلمية في مجال الطب على غرار الولايات المتحدة و فرنسا.

و يعتبر القضاء الأمريكي، من الناحية التاريخية، أول من أرسى قواعد الرضا المتبصر في الدول الغربية منذ الخمسينات ثم لحقه القضاء الإنجليزي في السبعينات مع اختلافات جوهرية بين النظامين.³² في حين يرجع اهتمام القانون الفرنسي بهذا الجانب إلى السنوات الأخيرة، رغم اعتماد القضاء الفرنسي للنظرية منذ نصف قرن.

الفرع الأول: تطور نظرية الرضا المتبصر في القضاء الأنجلوساكسوني:

من الأنظمة القضائية التي كان لها الدور الكبير في إرساء نظرية الرضا المتبصر في المجال الطبي النظام قضائي الأمريكي في القارة الجديدة و النظام الإنجليزي في القارة العتيقة.

أولاً: تطور نظرية الرضا المتبصر في القضاء الأمريكي:

²⁹ loi du 29/07/94 relative au corps humain et, Code Civil Français , loi n° 94-653 du 26/07/94, Gaz. Pal 1994. 2., Bull. lég. p. 576. l' Art. 16-3 du dit code lit ; "Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. **Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement** hors le cas ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique, à laquelle il n'est pas à même de consentir".

³⁰ راجع المادة 154 منه التي توجب موافقة المريض للعلاج الطبي.

³¹ راجع المواد 43 و 44 من المدونة.

³² راجع ص 66 أذناه.

بدأ القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يؤكد على مبدأ الرضا المتبصر ابتداء من سنة 1957 في قضية Salgo v. Leland Stanford Jr Board of Trustees³³ حيث انتقل القضاء الأمريكي من المطالبة بالحصول على رضا المريض بمفهومه التقليدي إلى وجوب الحصول على رضاه المستنير أو المتبصر. و المقصود بالرضا المتبصر أو المستنير (Informed consent) هو الرضا الصادر من صاحبه بعد تلقيه لقدر من المعلومات الضرورية اللازمة من قبل الطبيب والمتعلقة أساسا بتشخيص المرض و العلاج المقترح و ما يكتنفه من مخاطر و ذلك لتمكين المريض من اتخاذ قراره على بينة من أمر. ففي هذه القضية لم تتساءل المحكمة عما إذا كان الطبيب قد تحصل على رضا مريضه من عدمه و إنما اهتمت بمدى توفيره للمعلومات اللازمة للمريض حتى يتمكن من اتخاذ قراره بشأن قبول أو رفض العلاج. فأكدت المحكمة في حيثيات حكمها أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتبصير المريض بحالته الصحية و أسلوب العلاج الذي يقترحه و ذلك حتى يكون اختيار المريض للعلاج أو رفضه له مبنيا على أساس سليم و متفقا مع إرادته الحقيقية.³⁴

و قد بنى القضاء الأمريكي مسؤولية الطبيب الناجمة عن إخلاله بواجب الإعلام على أحد النظريتين؛

- نظرية الإكراه البدني، كما سار عليه القضاء في قضية Salgo و قضايا أخرى³⁵،
- أو نظرية الإهمال كما وقع ابتداء من سنة 1960 في قضية Natanson³⁶ و قضايا أخرى حاسمة بشأن هذا الموضوع.

و لقيام مسؤولية الطبيب على أساس الاعتداء أو الإكراه البدني يكفي للمريض أن يثبت أمام المحكمة أن تدخل الطبيب على جسمه تم "بدون دعوة منه" أي بدون رضاه. و المريض غير مطالب، في هذه الحالة بإثبات الضرر لأن الضرر محقق فعلا و هو تدخل الطبيب بدون إذن المريض.

أما متابعة الطبيب على أساس الإهمال في الإعلام، ففي هذه الحالة لا ينفي المريض وجود الرضا و إنما ينفي تزويده بالمعلومات الأساسية التي كان بإمكانها مساعدته على اتخاذ قراره بشأن قبول أو رفض التدخل الطبي. و لا يمكنه تحقيق ذلك إلا إذا أثبت المريض علاقة السببية

³³ Salgo v. Leland Stanford Jr Board of Trustees, 154 Cal. App. 2nd 560, 317 p. 2nd 170 (1957).

³⁴ Mamoun, A "Consent to therapy and Experimentation", Thèse de Master, Université de glasgow, Ecosse, G.B 1990, p. 92.

³⁵ Voir ; Gray v. Grunngle, 423 Pa. 144, 223 A 2d 663 (1966), Berkley v. Anderson, 1 Cal App. 3d 790, 82 Cal. Rptr. 67 (1966), Cooper v. Roberts, 229 Pa. Supp. 260, 286 A. 2d 647 (1977).

³⁶ Natanson v. Kline, 186 Kans 393, 350 P. 2nd 670 (1960).

بين إخلال الطبيب بواجبه في الإعلام و الضرر الناتج عن العلاج. أي عليه أن يثبت أنه لو كان يعلم بالمخاطر المرتبطة بالعلاج المقترح أول الأمر لما كان وافق عليه.³⁷

أما فيما يتعلق بالمعيار المتبع بشأن المعلومات الواجب تقديمها للمريض، فقد انتهج القضاء الأمريكي المعيار المهني³⁸ إلى غاية سنة 1972، أين قررت المحكمة أن طبيعة و مقدار المعلومات الواجب الإعلام بها هي من صلاحيات المحكمة و ليس الأطباء و ذلك في قضية Canterbury v. Spence.³⁹

و بناء على ذلك أكدت المحكمة على الالتزام القانوني للطبيب بإعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته الصحية و كذا العلاج المقترح و ما يحتويه من مخاطر حقيقية. و استندت المحكمة في تحديد "الخطر الحقيقي" إلى معيار "المريض الحذر (prudent patient)". فيكون التدخل الطبي خطرا و بالتالي يستوجب إخطار المريض به، إذا قدر أي مريض حذر في نفس الظروف أهميته و بالتالي وجوب التنبيه إليه قبل مباشرة التدخل.⁴⁰

و قد استحسنت الفقه هذا الاتجاه على أساس أنه يحقق حماية أكثر للمريض بحكم أن معيار الإعلام هو من وضع المريض و ليس الطبيب و هو ما عمل به القضاء أيضا في قرارات لاحقة.⁴¹ غير أن هذا الاتجاه لم يدم طويلا إذ سرعان ما عاد القضاء الأمريكي إلى اعتماد المعيار المهني في قرارات لاحقة.

لذلك يمكن القول أنه تبعا لقرار Canterbury انقسم القضاء في الولايات المتحدة إلى أقلية من الولايات سار قضائها على نهج Canterbury و العمل بمعيار "المريض الحذر"، و غالبية من الولايات فضلت اعتماد المعيار المهني. و قد شهدت أمريكا في هذه المرحلة التاريخية أزمة حقيقية بين الأطباء و شركات التأمين بسبب كثرة الدعاوى ضد الأطباء المؤسسة على الإخلال بواجب الإعلام. إذ أضحت اعتماد فكرة الإخلال بواجب الإعلام السبيل الوحيد أمام المريض

³⁷ Mamoun, A, op.cit p 102., Aplbaum, P.S Lidz, C.W., and Meisel, A. "Informed consent : legal theory and clinical practice", op. cit , p 121., Plante, M. L., "An Analysis of informed consent", 36 Fordham Law Review , 1968 p. 639, Waltz, J.R and Sheuneman, T. W. "Informed consent to therapy" 64 Northwestern University Law Review, 1969 p. 646-648.

³⁸ و هو المعيار الموضوع من قبل ممارسي مهنة الطب. أي ما تعود الأطباء على الإخطار به عادة.

³⁹ Canterbury v. Spence, 464 F. 2nd 772 (D.C Ci 1972).

⁴⁰ Ibid p. 787.

⁴¹ Cobbs v. Grant, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P 2 d 1 (1972), Wilkinson v. Versey, 295 A 2d 676. (D.C Ci 1972).

للنجاح في دعواه ضد الطبيب عند عدم تمكنه من إثبات الخطأ الطبي. فكانت أولى النتائج العكسية التي حققتها هذه القضية هي لجوء الأطباء إلى الإعلام الشامل بدون مراعاة آثار ذلك على المريض و ممارسة ما عرف في أمريكا آنذاك "بالطب الدفاعي"⁴² (Defensive Medicine) تجنباً لشبح المتابعة بدعوى الإخلال بواجب الإعلام.

غير أنه ابتداء من 1975 عرف هذا الموضوع تدخل مستمر للمشرع في مختلف الولايات تم من خلاله تنظيم الرضا المتبصر بنصوص تشريعية لغرض منع المرضى غير الراضين على نتائج العلاج من متابعة أطبائهم على أساس الإخلال بواجب الإعلام بمخاطر العلاج.⁴³ و قد نصت بعض هذه التشريعات على قرينة مفادها أن توقيع المريض على وثيقة الرضا هو دليل قاطع على تلقيه المعلومات اللازمة، و هي قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها إلا عن طريق دعوى التزوير.⁴⁴

ثانياً: في القضاء البريطاني:

يعترف القانون البريطاني بحق الفرد في قبول أو رفض أي تدخل طبي على جسده. و عليه فأي تدخل طبي على جسم الفرد بدون إذن صاحبة يعرض صاحبه إلى المتابعة على أساس الضرب و الجرح العمدى. في حين أن الإخلال بواجب الإعلام تجاه المريض يعرض الطبيب إلى المتابعة على أساس الإهمال. و قد أكد القضاء البريطاني على هذا الاختلاف في سنة 1981 بمناسبة النظر في قضية Chatterton v. Gerson.⁴⁵ و يعني ذلك أن هذا الأخير لم يعتنق نظرية الرضا المتبصر على النحو الذي تم في أمريكا. بل أن بعض الفقه⁴⁶ في بريطانيا يرفض استعمال مصطلح "informed consent" و يقترح استعمال بدله مصطلح "rational consent"، (رضا عقلائي) أو "reasoned" أو "determinant consent" (رضا حقيقي). فقد قررت المحكمة أن التزام الطبيب بالإعلام يندرج ضمن التزامه الأصلي بالعناية الواجبة للمريض، و هو ما

⁴²و المقصود به عزوف الأطباء عن الممارسة في الكثير من الحالات المشبوهة التي يخشى فيها تعرضهم للمتابعة القضائية. و من مظاهر هذه الممارسة الدفاعية لجوء الطبيب إلى تحصين وضعيته تجاه المريض عن طريق إعلامه أكثر من اللازم و الحصول على رضاه كتابياً. و قد أدت هذه العملية في الكثير من الأحيان إلى عزوف الكثير من المرضى عن العلاج رغم صلاحه لهم بسبب تخوفهم من المخاطر التي عددها الطبيب أثناء عملية الإعلام. لتحليل أوسع أنظر:

Annas, J.G et al , "Medical malpractice litigation under national health insurance ; essential or expendable", 1975 Duke Law Journal 1335.

⁴³Ibid.

⁴⁴Code d' Idaho, 439-4305, voir aussi le code d' Iowa , " A consent in writing to any medical or surgical procedure or course of procedures in patient care which meets the requirement of this section shall create a presumption that informed consent was given" Mamoun, A. op. cit, p. 115.

⁴⁵ Chatterton v. Gerson, [1981] 1 All E.R 257.

⁴⁶ Mason, J.K " Consent to medical treatment", (1986) Sco. L. A. G., p. 73.

يخالف ما قامت عليه النظرية في الولايات المتحدة التي ربطت حق المريض في الإعلام بحقه في الذاتية و تقرير المصير.⁴⁷

و من أهم القضايا التي حددت اتجاه القضاء في بريطانيا قضية *Sidaway* التي عُرضت على مجلس اللوردات الذي كان له الفضل في وضع حد للجدل الذي كان قائما حول التزام الطبيب بالإعلام و معياره و هو الأمر الذي يتطلب منا عرض هذه القضية بشيء من التفصيل.

قضية *Sidaway*:⁴⁸

تتلخص وقائع هذه القضية التي وصلت إلى مجلس اللوردات ، باعتباره أعلى هيئة قضائية في بريطانيا، في إصابة المدعية بشلل عَقِبَ خضوعها لعملية جراحية لعلاج انزلاق عَضْرُوفِي بالرقبة (slipped disc) و كان احتمال تحقق الخطر لا يتجاوز 2 % بالنسبة لأصل العصب (nerve root) و أقل من 1 % بشأن العمود الفقري (spinal cord) و كان الطبيب قد أوضح للمريضة احتمال تحقق الخطر الأول دون الثاني. و قد انتهى مجلس اللوردات إلى تأييد الحكم الذي أخذت به محكمة أول درجة و التي رفضت فيه الدعوى المدنية و قضت ببراءة الطبيب.

و استند الحكم إلى أن العلاقة بين الطبيب و المريض لها طابع خاص. فالمريض من حقه التعرف على المعلومات الضرورية لكي يمارس حقه في الموافقة على الوجه السليم. على أن معيار المعلومات الضرورية له طبيعة فنية و يخضع لتقدير الطبيب وفقا لمعيار الحيطة و الحذر بالإضافة إلى العناية و الدراية و التعقل الذي يجب أن يلتزم به الطبيب تجاه المريض في كافة مراحل معالجته. إذ يفرض هذا المعيار على الطبيب أن يحدد في كل حالة على حدة ما يعد ضروريا من المعلومات لكي يشملها الالتزام بتبصير المريض.⁴⁹

لذلك يمكن القول بأنه طبقا لما استقر عليه القضاء في بريطانيا، لا يمكن متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الإعلام إلا إذا لم يتم بتنبيه المريض بأحد مخاطر العلاج الذي استقر أهل المهنة على الإعلام به. و هذا يعني أن المعيار المتبع بشأن تحديد ما يجب الإعلام به هو من

⁴⁷Mamoun, A op. cit, p. 143.

⁴⁸*Sidaway v. Bethlem Hospital Governors and Ors*, [1984] 1 All E.R 1018, (C.A), [1985] 1 All E.R 643 (H.L).

⁴⁹ voir commentaire de, Lewis, C. J., "Medical Negligence", , Frank Cass, London 1988, p. 205., Kennedy, I and Grubb, A, op. cit., p. 249., Brazier, M., "Medicine, Patients and the Law", Penguin Books, London , ed. 1992, p. 82.

وضع أهل الطب، و هو ما تؤكد بصورة واضحة في القضاء البريطاني لاحقا في قضية Gold v. Horingey Health Authority ⁵⁰.

و رغم التشابه القوي بين النظام الأمريكي و نظيره الإنجليزي إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما من حيث؛
- تحديد مصدر الالتزام بالإعلام؛ إذ يعتبر القضاء الإنجليزي أن مصدر هذا الالتزام إنما ينحدر من الالتزام العام بالعناية الواجبة للمريض، في حين يرى القضاء الأمريكي أن مصدره هو حق المريض في الإعلام الذي يرتبط بالحق في السلامة الجسمية و الحق في تقرير المصير.
- نطاق الإعلام؛ حيث يتجه القضاء الأمريكي إلى إلزام الأطباء بالإعلام الشامل بشأن مخاطر العلاج. في حين يستقر القضاء الإنجليزي على وجوب الإعلام بالمخاطر الحقيقية فحسب (real risks) ⁵¹.

الفرع الثاني: تطور النظرية في القضاء الفرنسي:

لم يتبنى القضاء الفرنسي "نظرية الرضا المتبصر" صراحة رغم أنه تعرض في الكثير من قراراته إلى هذا الموضوع. فقد أشارت غرفة الاتهام في Rouen ⁵² سنة 1949 إلى أهمية التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحقيقي للمريض قبل كل تدخل طبي على أساس أنه يمثل التزاما مهنيا على عاتق الطبيب وفقا لقواعد آداب مهنة الطب. كما أكد القضاء الفرنسي على أهمية هذا المبدأ في الكثير من الحالات الأخرى، ⁵³ أبرزها، من الناحية التاريخية قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر 1951 و الذي تعرضت فيه المحكمة صراحة لواجب الإعلام و جعلت عبء إثبات الإخلال به على عاتق المريض. ⁵⁴

⁵⁰ Gold v. Horingey Health Authority, Cité par Lindsell, C "On torts, Sweet maxwell, London 1989, p. 632, et Lewis, C. J., op. cit., p. 209.

⁵¹ "But (the doctor) **ought to warn of what may happen by misfortune** however well the operation is done, if there is **a real risk of a misfortune inherent in the procedure...**", Chatterton v. Gerson, [1981] 1 All E.R 257 p. 266 .

⁵² cité par Monzein, P., "Le Responsabilité Pénale des Médecins", Revue de sciences criminel et droit pénal comparé", 1971 p. 886. voir aussi les décisions suivantes ; Montpellier 5 Juill. 1949 D. 1950. 11, Bordeaux 8 Mars 1963 G.P 1965. 2. 121. Civ. 17 Nov. 1969 D. 1970. 85, Civ. 4 Mai 1970 D. 1970. 227.

⁵³ "Avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une intervention chirurgicale, **le médecin est tenu, hors le cas de nécessité absolue, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade**, ou dans le cas où il serait hors d'état de donner, de celui des personnes qui sont investies a son égard d'une autorité légale ou que leur liens de parenté désignent comme des protecteurs naturels .", Cass. 1^{er} Civ. 8 novembre 1955, D. 1955. 249.

⁵⁴ Cass.1^{er} civ, 29 Mai 1951, Gaz. Pal 1951.2.114, Bull n°162. " lorsqu'il (le malade) se soumet en plein lucidité à l'intervention du chirurgien, **(il lui appartient) de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à son obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération** qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération. "

و قد أسست المحكمة قرارها آنذاك على المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي التي تلزم من يدعي تنفيذ التزام معين أن يثبت ذلك.⁵⁵ و تطبيقا لذلك بقيت متابعة الطبيب مشروطة بإثبات المريض عدم حصوله على المعلومات اللازمة من طبيبه. و غني عن القول بهذا الصدد أن إلزام المريض بإثبات واقعة سلبية فيه مشقة كبيرة، إن لم تكن مستحيلة. حيث يتوقف إثبات هذه الواقعة، من الناحية العملية، على اعتراف الطبيب بإخلاله بواجب الإعلام تجاه المريض، و هو ما يفسر قلة المتابعات القضائية أو انعدامها لمدة طويلة من الزمن بشأن هذا الموضوع.

و في سنة 1961 أوضحت محكمة النقض الفرنسية طبيعة الإعلام الذي يجب أن يصدر من الطبيب، فأوجبت أن يكون بسيطا (simple) تقريبا (approximative)، مفهوما (intelligible) و صادقا (loyal)⁵⁶، مع بقاء عبء إثبات عدم قيام الطبيب بالإعلام على عاتق المريض.

و رغم ما خلفه هذا الاتجاه من مشقة للمريض، إلا أن القضاء في فرنسا ظل يعمل به إلى غاية صدور قرار جديد بتاريخ 97/02/25، أين نقلت بموجبه محكمة النقض الفرنسية عبء الإثبات بشأن تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب.⁵⁷ و بناء على ذلك إذا لم يرضى المريض بنتائج العمل الطبي يكفيه أن يدعي أن الطبيب لم يعلمه بمخاطر هذا العلاج، في حين يقع على عاتق الطبيب عبء إثبات تنفيذه لواجب الإعلام.

أما فيما يتعلق بطبيعة المعلومات الواجب تقديمها للمريض فقد أوجبت محكمة النقض في قرار جديد لها أن تكون صادقة (loyale)، واضحة (claire) و مناسبة (appropriée).⁵⁸ مع وجوب التنبيه إلى المخاطر المحتملة و هو الشيء الذي فسره البعض⁵⁹ على أنه إلزام بالإعلام الشامل باستثناء فقط المخاطر الاستثنائية (risques exceptionnels). و الخطر الاستثنائي، طبقا للمعيار التي حددته محكمة النقض في قرارات سابقة⁶⁰، هو الخطر التي تقل نسبة تحققه عن 2 %.

⁵⁵ L'art. 1315 C.C.F dispose ; "celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver".

⁵⁶ Cass. 1^{er} civ., 21 Fév 1961, Bull n° 115.

⁵⁷ Cass.1^{er} civ, 25 Février 1997, Gaz. Pal 1997. 1.

⁵⁸ Cass.1^{er} civ, 14 Octobre 1997, Gaz. Pal 1997. 2. panor . p 312/ n° 357, p 312 (23 Déc. 1997).

⁵⁹Gouesse, E., "Consentement, Aléa Thérapeutique et Responsabilité Médicale", Gazette du Palais, 16-17/06/1999, p. 56.

⁶⁰ Cass. 1^{er} civ., 5 mai 1981 et 3 jan. 1991, Gaz. Pal 1993.1. somm p 116 / n°117 p 27.

و بتاريخ 7 أكتوبر 1998 أصدرت محكمة النقض قرارا آخر أوجبت بمقتضاه أن يتم إخطار المريض بالمخاطر الاستثنائية أيضا.⁶¹ ففي هذه القضية تعرضت المريضة لفقدان النظر بأحد عينيها أثناء خضوعها لعلاج خاص بكسر في إحدى فقراتها (2^{ème} vertèbre lombair). حيث أجريت لها عملية جراحية لغرض تثبيت جهاز طبي (Un cadre de Hartchild) في مرحلة أولى على أن تتبع لاحقا بعملية زرع فقارية (Une greffe vertébrale). غير أنه في مساء اليوم الذي أجريت لها العملية فيه، شعرت المريضة باضطرابات في عينيها اليسرى. على إثر ذلك غير الطبيب الوصفة الطبية و نظم فحص خاص بطب العيون الذي أثبت فقدان المريضة لحاسة الرؤية نهائيا في عينيها اليسرى.

و قد استندت المريضة في دعواها أمام محكمة الدرجة الأولى و الثانية على عدم إعلامها قبل مباشرة العلاج بهذا الخطر (risque de thrombose) ذي الطبيعة الإستثنائية. حيث أعلنت محكمة النقض الفرنسية عن اتجاه جديد فقررت أنه في غير الحالات الاستعجالية، و الحالات التي يستحيل فيها إعلام المريض أو رفضه لذلك، يلتزم الطبيب بتوفير معلومات صادقة و واضحة و مناسبة للمريض حول كل مخاطر التشخيص و العلاج. و أضافت أن الالتزام بالإعلام يشمل كذلك الأخطار التي لا تتحقق إلا بصفة استثنائية.⁶²

و قد تبعت المحكمة هذا القرار بمجموعة من القرارات المهمة تتجه في معظمها إلى متابعة الطبيب على الإخلال بواجبه في الإعلام و ذلك إلى حين صدور قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى⁶³ الذي نظم المسألة بنصوص صريحة كما سوف نراه لاحقا.⁶⁴

و جدير بالملاحظة أيضا إلى أن لجوء القضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة إلى متابعة الأطباء على الإخلال بواجب الإعلام كان لغرض تعويض المرضى عن الحوادث الطبية و هو ما يشبه إلى حد بعيد ما وقع في الولايات المتحدة في بداية السبعينات و دفع بالمشرع هناك إلى تنظيم المسألة تشريعا مثلما فعل مؤخرا نظيره الفرنسي.

⁶¹ Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

⁶² "Hormis les cas d'urgences, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, **un médecin est tenu de lui donner une information loyale claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...]** il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement", Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

⁶³ Loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <http://www.légifrance.com>,

⁶⁴ راجع عبء إثبات الرضا ابتداء في الصفحة 181 و ما بعدها من الرسالة.

و عليه فقد أصبح حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية من الحقوق المعترف بها شرعا و قانونا سواء في القوانين و الأنظمة الداخلية أو المواثيق الدولية. و هو يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق في السلامة البدنية و الحق في الذاتية و تقرير المصير التي تعتبر من حقوق الشخصية. فلقد ساهم التطور العلمي و الفكري في مختلف الميادين في العصر الحديث في بلورة قواعد جديدة بشأن ممارسة الطب لأجل حماية السلامة البدنية و العقلية للمريض. من بين هذه القواعد ضرورة الحصول على الرضا المستنير للمريض و إشراكه في اتخاذ القرارات الخاصة بصحته من خلال إعلامه بمرضه و بطرق العلاج الممكنة.

و يثير موضوع الإعلام في المجال الطبي عدة تساؤلات من حيث نطاقه، معايير، و الأشخاص المكلفين به، و هو ما سنتناول دراسته بشيء من التفصيل في المباحث الموالية.

المبحث الثاني: مفهوم الالتزام بالإعلام:

يعتبر الالتزام بالإعلام التزاما سابقا عن التعاقد بين الأشخاص يفرضه على المتعاقد إما القانون صراحة أو العقد المراد إبرامه، أو المبادئ العامة في القانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد.⁶⁵ و يقصد به تزويد المتعاقد في العقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض التعاقد بإرادة حرة و مستنيرة.

و للإعلام أهمية خاصة بالنسبة للمريض بالنظر إلى أهمية محل التعاقد في هذا المجال و هو العمل الطبي المراد توقيعه على جسم المريض. فإن جهل المريض للمعطيات المرتبطة بحالته الصحية و ما تتطلبه من تدخل علاجي لاسترجاع عافيته يجعل واجب الإعلام بالنسبة له أكثر من ضروري.

غير أنه قبل مناقشة المسائل العملية التي يثيرها التزام الطبيب بالإعلام، نود التنكير بأهمية هذا الالتزام و علاقته بحق الفرد في الموافقة على الأعمال الطبية. ثم نلي ذلك بالتعرض لموقف الأطباء من الالتزام بالإعلام المفروض عليهم. على أن نختم هذا المبحث بالتعرض للأساس القانوني للالتزام بالإعلام.

المطلب الأول: أهمية التزام الطبيب بإعلام مريضه:

⁶⁵ د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، 1996، ص 381 و ما بعدها.

يعد رضا المريض السابق على التدخلات العلاجية أمرا ضروريا و شرطا هاما يجب مراعاته قبل المساس بجسم هذا المريض، نظرا لما لهذا الجسم من حرمة مصونة شرعا و حماية ثابتة مقررة قانونا بنصوص دستورية⁶⁶ و عقابية⁶⁷. إذ تضمنت الكثير من التشريعات العقابية حماية جنائية لجسم الإنسان و أعضائه، فلا تجيز أي مساس به إلا بعد موافقة صاحبه، و بشرط أن يتم التدخل من قبل أشخاص لهم مؤهلات خاصة بقصد العلاج على النحو الذي تم بيانه آنفا. و احتراماً لحق المريض على جسمه و حقه في تقرير مصيره يجب على الطبيب أن يحصل على رضا المريض بشأن كل طرق الفحص أو العلاج المقترحة. إذ يبقى للمريض كامل الحرية في قبول أو رفض العلاج حسبما يراه محققا لمصلحته⁶⁸.

و غني عن القول أن رضا المريض لا يمكن أن يكون حقيقيا إلا إذا سبقه تنوير و تبصير من قبل الطبيب بحالته الصحية و طبيعة مرضه و درجة خطورته و ما يقترحه له من علاج. و هو الشيء الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بإلزام الطبيب بإعلام مريضه. و مما لا شك فيه أن للإعلام دور مهم في شتى مجالات التعامل، لكن هذا الدور يتعاضد في المعاملات الطبية بسبب اتصالها بأهم ما يملك الفرد و أعز ما يسعى للمحافظة عليه و هي صحته.

كما يمكن اعتبار إعلام المريض مظهرا من مظاهر احترام آدميته. إذ أن في ذلك احترام لكرامته و شخصيته. يضاف إلى ذلك أن عملية الإعلام تساعده على ممارسة حريته في الاختيار بين قبول أو رفض العلاج⁶⁹. و إذا كان تدخل الطبيب يتم في معظمه بقصد تخليص المريض من آلامه، و هو ما يشكل أسمى معاني الرأفة و الرحمة به، إلا أن التدخلات الطبية بطبيعتها تشكل مساسا بالسلامة البدنية للفرد، و من ثم ينبغي على الطبيب، قبل أن يباشر على مريضه أي إجراء جراحي أو علاجي، أن يحصل على رضائه و يزوده بالمعلومات و البيانات الكافية التي تسمح لمريضه بالتعبير عن إرادته تعبيراً حراً و واعياً و تكفل له في نفس الوقت سلامة رضاه.

المطلب الثاني: التزام الطبيب بالإعلام بين الرضا و القبول:

⁶⁶ راجع المواد 33، 34 و 35 من الدستور الجزائري لسنة 1996.
⁶⁷ راجع في هذا الشأن الأحكام الجزائية المتعلقة بمستخدمي الصحة المنصوص عليها في المواد من 234 إلى 240 من قانون حماية الصحة و ترفيقها، سبقت الإشارة إليه.

⁶⁸ Knoppers, B.M., "Les devoirs du médecin et la conception artificielle ; une étude comparative des droit de France, du Québec et des pays common law", thèse, Paris 1, 1985, p. 159.

⁶⁹ يجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن حرية الاختيار هنا ليست مطلقة بالنسبة للشرع الإسلامي. إذ لا يمكن السماح للمريض برفض العلاج إذا كان ذلك سيؤدي إلى وفاة المريض. مما يعني إمكانية تدخل الطبيب لإنقاذ حياته إذا تبين أن المريض يريد الانتحار. راجع د. حسن زكي الأبراشي، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1950، ص 308.

حتى وقت قريب أبدى الأطباء تحفظا كبيرا بشأن إعلام مرضاهم بشأن ما يتصل بحالتهم الصحية و طرق علاجها، إلا أن التطورات العلمية، الفكرية و الاجتماعية التي شهدتها المجتمعات المعاصرة في هذا المجال عجلت بزوال هذه الممارسات. فلا يمكن للمريض في العالم المعاصر الذي تطورت فيه وسائل التشخيص و العلاج أن يبقى جاهلا لحقيقة مرضه و لطرق علاجه لا لشيء إلا لأن طبيبه "لا يكثر الكلام" سواء كان ذلك عن قصد أو عن غير قصد. فلقد مضى عهد الأبوية أو الوصاية الطبية الذي كان فيه الطبيب يتصرف في جسم المريض بدون رقيب.

و مما لا شك فيه أن ممارسة الطب بدون رقابة يشكل خطرا و آثارا سيئة على حياة الأفراد. إذ أن مباشرة التدخلات الطبية بدون رضاء فعلي من المريض، أي رضاء مبني على دراية صحيحة بما ينوي الطبيب القيام به، من شأنه أن يحول جسد الإنسان إلى حقل للتجارب بين أيدي الأطباء الذين ينقصهم الوازع الأخلاقي و لو تم ذلك تحت غطاء السعي لتحقيق مصلحة المريض. ذلك أنه من الناس من يفضل تحمل آلام المرض على أن يصاب بعاهة مستديمة من جراء مباشرة العلاج.⁷⁰ من ثم ليس للطبيب أن يحل محل المريض في اتخاذ القرارات الخاصة بصحته و إنما يجب عليه أن يحيطه علما بحالته و ما يقترحه عليه من علاج و يترك له الحرية الكاملة حتى يتمكن من إبداء رأيه في الموضوع. من ثم يتفق الفقه⁷¹ و القضاء⁷² في أغلب الدول

⁷⁰ خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 384 هامش 2.

⁷¹ انظر في الفقه العربي؛ د محمود نجيب حسني، "أسباب الإباحة في التشريعات العربية"، معهد الدراسات العالية، القاهرة ، 1962، د نزيه محمد الصادق، "الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود؛ دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، 1982، ص 217، د أحمد شوقي عمر أبو خطوة، "القانون الجنائي و الطب الحديث"، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية تفل و زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 1986، ص 106 و ما بعدها. انظر في الفقه الفرنسي؛

Savatier, R, "Impérialisme médical sur le terrain du droit ; le permis d'opérer et les pratiques américaines", D. chro. 1952, p. 157. Pelissier, J, "La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne", Thèse, Paris 1977, p. 121. Boyer, "L'obligation de renseignements dans la formation du contrat", Thèse 1977, Aix en Provence 3, p. 331. Souet, S, "L'information du malade et la responsabilité du médecin", Mémoire de D.E.A, Rennes, 1985, p. 11 et 12., Potvin, L, "L'obligation de renseignement du médecin", 1984, p. 10. Lachaud, Y., op. cit., p. 4. Gouesse, E., op. cit., p 56. McLean, S.A.M, "Disclosure of information, consent to medical treatment and the law", Thèse de Ph.d , Université de Glasgow, 1987. McLean, S.A.M, "A patient's right to know", Adershot, Dartmouth Pub.Comp., 1989. Mason, J.K, and McCall Smith, R.A, "Law and medical ethics", London, Butterworths, 2nd ed. 1987, p. 152. .

⁷²Consultez les arrêts suivant de la cours de cassation Française,

Cass.1^{er} civ, 29 Mai 1951, Gaz. Pal 1951.2.114, Bull n°162

Cass. civ . 27 octobre, 1953 D. 1953. J. 658, 659.

Cass. 1^{er} Civ. 8 novembre 1955, D. 1955. 249.

Cass. 1^{er} civ., 21 Fév 1961, Bull n° 115.

Cass. 1^{er} civ. 7 février 1990, Gaz. Pal., 1990. 2.

Cass. 1^{er} civ. 7 juin 1988, Gaz. Pal. 1988.2.

Cass. civ. 15 décembre 1993. arrêt n° 1653. inédit.

Cass.1^{er} civ, 25 Février 1997, Gaz. Pal 1997. 1.

Cass.1^{er} civ, 14 Octobre 1997, Gaz. Pal 1997. 2. panor . p 312/ n° 357, p 312 (23 Déc. 1997).

اليوم على ضرورة إزام الطبيب بإعلام المريض و تبصيره بحالته الصحية و ما يقترحه له من علاج.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لالتزام الطبيب بإعلام مريضه:

يرى بعض الفقه الفرنسي⁷³ أن التزام الطبيب بإعلام مريضه يجد أساسه القانوني في النصوص التشريعية و التنظيمية و في عقد العلاج الطبي على السواء.

الفرع الأول: النصوص التشريعية:

لقد نص القانون المدني الفرنسي⁷⁴ لسنة 1994 صراحة على وجوب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم المريض و هو ما يوجب بالضرورة إزام الطبيب بالإعلام حتى يكون رضا المريض معبرا عن إرادته الحقيقية. كما أشارت المادة 4-1111.L من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 إلى ضرورة حصول الطبيب على الرضا المستنير للمريض قبل كل تدخل طبي و ذلك بعد إفادته بالمعلومات الضرورية. أما تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي⁷⁵ فكان أكثر صراحة و وضوحا في هذا المجال.

Cass. 1^{er} civ., 5 mai 1981 et 3 jan. 1991, Gaz. Pal 1993.1. somm p 116 / n°117 p 27. et plus récemment, Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2 où la cours de cassation annonce ;

“ Hormis les cas d’urgences, d’impossibilité ou de refus du patient d’être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] il n’est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu’exceptionnellement”

voir aussi la jurisprudence anglo-saxonne suivante ;

Salgo v. Leland Stanford Jr Board of Trustees, 154 Cal. App 2nd 560, 317 p. 2nd 170 (1957).

Gray v. Grunngle, 423 Pa. 144, 223 A 2d 663 (1966).

Berkley v. Anderson, 1 Cal App. 3d 790, 82 Cal. Rptr. 67 (1966),

Cooper v. Roberts, 229 Pa. Supp. 260, 286 A. 2d 647 (1977).

Natanson v. Kline, 186 Kans 393, 350 P. 2nd 670 (1960).

Canterbury v. Spence, 464 F. 2nd 772 (D.C Ci 1972).

Cobbs v. Grant, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P 2 d 1 (1972),

Wilkinson v. Versey, 295 A 2d 676. (D.C Ci 1972).

Sidaway v. Bethlem Hospital Governors and Ors, [1984] 1 All E.R 1018, (C.A), [1985] 1 All E.R

⁷³. Souet, S, op. cit., p. 5.

⁷⁴ l’art. 16-3 du code civil Français de 1994, loi n° 94-653 du 29 Juillet 1994, Gaz .Pal. 1994.2. qui stipule ; “ **Il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement....**”.

l’art. L. 1111/4 du code la santé public (loi n° 2002-303 du 04 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé), <http://www.légifrance.com>

“Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu’il lui fournit, les décisions concernant sa santé... **Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne...**”

⁷⁵Art. 35 du Code de Déontologie médicale français, décret n° 95-1000, du 6 septembre 1995, (J.O du 8 sept. 95), dispose ; “ **Le médecin doit à la personne qu’il examine, qu’il soigne, ou qu’il conseille une information loyale, claire et appropriée**”.

إذ أوجب على الطبيب إعلاما صادقا، واضحا و مناسبا لصالح المريض، و هو التزام سابق عن الحصول عن رضا المريض بشأن قبول أو رفض العلاج.

و قد أكد المشرع الجزائري هو الآخر على وجوب الحصول على رضا المريض و على وجوب إعلامه في أكثر من موضع. فقد نص قانون حماية الصحة و ترقيتها⁷⁶ في مادته 154 على ما يلي؛

"يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...و إذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، و على الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة، بعواقب رفض العلاج..."

كما نصت المادة 162 من نفس القانون بشأن نقل و زرع الأعضاء؛

"لا يجوز انتزاع الأعضاء و الأنسجة البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر.
و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة.

Cette information est préalable au consentement éclairé que doit obtenir le médecin avant toute intervention selon l' article 35 du dit code.

و يضاف إلى ذلك في القانون الفرنسي النصوص التالية؛

- L. 152-10 du code de santé publique en matière d'assistance médicale à la procréation.,
- Art. 1112/1 du code la santé publique.,
- Loi du 31 juillet 1991 sur la protection de la confidentialité des informations médicales.,
- Loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux.,
- Loi du 20 décembre 1988 sur la recherche biomédicale.

أما على المستوى الدولي؛

- l'Art. 4 des "Principes d'éthique européenne" qui dispose ; "**Sauf urgence, le médecin doit éclairer le malade sur les effets et conséquences attendues du traitement. Il recueillera le consentement du patient, surtout lorsque les actes proposés présentent un risque sérieux.**", voir ; Hoerni, B, "L'ordre national des médecins et le droit des patient", Acte du Colloque National, "Le Droit des Patients ; Enjeux et Défit", organisé par l'Ordre des Avocats de Paris, Gaz. Pal., 20-21 février 1998, p. 7.
- Déclaration de Helsinki 1964.,
- Déclaration de Tokyo 1975.,
- Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la Médecine 1997.

⁷⁶ قانون رقم 58-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ ب 31 يوليو 1990 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة."

يضاف إلى ذلك ما جاء في المادة 168 مكرر2 من نفس القانون بشأن التجارب الطبية؛
"....يخضع التجريب للموافقة الحرة و المنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند
عدمه، لممثله الشرعي.
تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة."

من جهتها نصت مدونة أخلاقيات الطب⁷⁷ صراحة على التزام الطبيب بالحصول على
رضا مريضه بعد إعلامه بما ينوي القيام به على جسده. ففي هذا الصدد تنص المادة 43 من
المدونة؛

"يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و
صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي."
و تضيف المادة 44 من المدونة؛

"يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة
حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، و على الطبيب أو
جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على
الإدلاء بموافقته."

و عليه يمكن القول أن التزام الطبيب بالإعلام لم يعد يستند إلى القواعد العامة لتي تحكم
العقود الرضائية فحسب، بل كذلك للنصوص التشريعية المنظمة لمهنة الطب و العلاقة بين
الطبيب و المريض.

الفرع الثاني: العقد الطبي كمصدر للالتزام بالإعلام:

⁷⁷ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. سبقت الإشارة إليه.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن مصدر و أساس التزام الطبيب بإعلام مريضه هو عقد العلاج الطبي بين الطبيب و مريضه.⁷⁸ و على الرغم من تسليمهم بالطبيعة قبل التعاقدية لهذا الالتزام، إلا أنهم يعتبرونه متولداً عن هذا العقد.

فإذا كان تنفيذ التزام الطبيب بإعلام المريض واجبا قبل نشوء العقد الطبي، فإن ذلك لا يغير من طبيعته العقدية، أي أنه متولد عن العقد الطبي الأصلي.⁷⁹ و في حالة إخلال الطبيب بهذا الالتزام يسأل الطبيب على أساس إخلاله بالتزامه العقدي، في حين يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة عدم إبرام العقد.

و رغم وجاهة هذا الرأي إلا أنه انتقد⁸⁰ من جانبين؛

أولاً: إن التزام الطبيب بإعلام مريضه قبل التدخل العلاجي هو التزام سابق على إبرام عقد العلاج الطبي، و بالتالي لا يمكن وصف هذا الالتزام بأنه متولد عن العقد. إذ لا يعقل أن ينشأ الالتزام قبل نشأة مصدره. يضاف إلى ذلك أنه إذا كان هناك ارتباط بين المرحلة السابقة على إبرام العقد و مرحلة إبرامه و تنفيذه، فلا ينبغي أن يؤدي هذا الارتباط إلى الخلط بين مرحلتين مختلفتين من حيث الطبيعة القانونية و من حيث الآثار الناجمة عن الإخلال بالالتزامات الخاصة بكل من المرحلتين.

ثانياً: إن القول بقيام المسؤولية العقدية في حالة إبرام العقد مع إخلال الطبيب بواجب الإعلام و قيام المسؤولية التقصيرية عند عدم إبرام العقد قول مردود على أساس أن الإخلال بالإعلام قد تم في الحالتين في مرحلة واحدة و هي مرحلة ما قبل العقد، أي قبل مباشرة الطبيب لأي تدخل علاجي و من تم تنشأ في الحالتين المسؤولية التقصيرية سواء أبرم العقد أو لم يبرم.

غير أن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية العقدية أيضاً إذا تضمن عقد العلاج الطبي ما يفيد التزام الطبيب بإعلام مريضه بشأن مسائل معينة، و عندئذ يكون أمام المريض المتضرر أن يسلك سبيل إحدى هاتين المسؤولتين؛

⁷⁸ و هو ما أيده النقض الفرنسي أيضاً، راجع القرار؛ Cass.civ. 29 mai 1951, JCP. II, 66421, note Perrot.

⁷⁹ Boyer, op. cit., p. 331. Doll, "Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation du médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé", Gaz.Pal, 1972.2.429., Alisse, "L'obligation de renseignement dans les contrats", thèse, Paris, 1975.

⁸⁰ خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 394 و ما بعدها.

- المسؤولية التقصيرية على أساس أنه ثمة التزام قانوني سابق على إبرام العقد الطبي و مستقل عنه ينبغي على الطبيب بمقتضاه أن يخبر مريضه بمعلومات معينة متعلقة بموضوع العلاج.
- أو المسؤولية العقدية، على أساس أن الإخلال بالإعلام تعلق بأمر أوجب عقد العلاج الطبي الإعلام بها و هو الاتجاه الذي سار عليه القضاء و الفقه الفرنسيين.
- و بغض النظر عن الجدل الفقهي القائم حول هذه المسألة، يمكننا القول بأن التزام الطبيب بالإعلام مرده النصوص القانونية المتعددة في مختلف القوانين و كذا العقد الطبي على النحو المشار إليه أعلاه.

المبحث الثالث: نطاق التزام الطبيب بإعلام مريضه:

من خلال ما تم سرده أعلاه يتضح أن التزام الطبيب بالإعلام هو التزام قانوني سابق على إبرام عقد العلاج الطبي و أن إخلال الطبيب بهذا الالتزام يعرضه للمسائلة على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية وفقا للنظام القانوني السائد.

غير أنه يثور التساؤل، بهذا الصدد، حول حدود هذا الالتزام ليس فقط من حيث طبيعة المعلومات الواجب تقديمها للمريض و عناصرها فحسب، بل أيضا من حيث نطاقه و معياره، و هو ما سنحاول توضيحه في المطالب الموالية.

المطلب الأول: عناصر الإعلام الواجب للمريض:

على الرغم من التطور السريع الذي عرفه هذا المجال في السنوات الأخيرة خاصة في فرنسا⁸¹، إلا أن التزام الطبيب بالإعلام يبقى غير مطلق في نظر الفقه. ذلك أن الطبيب غير ملزم بإعلام دقيق و شامل لكل كبيرة و صغيرة بشأن ما ينوي القيام به على جسم المريض. و من بين

⁸¹ Voir , Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2 où la cour de cassation annonce ;
 “Hormis les cas d’urgences, d’impossibilité ou de refus du patient d’être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] il n’est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu’exceptionnellement.”

الذين تزعموا هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي Savatier⁸² الذي يرى في كثرة الإعلام عرقلة للفاعلية المرجوة من الطب. إذ أن الاهتمام المبالغ فيه بالأمر الشكلية المرتبطة بالإعلام سوف يصرف الطبيب عن الغرض الأساسي من تدخله و هو العلاج.

كما أن كثرة الإعلام قد تؤدي، من جهة أخرى، إلى نتائج عكسية.⁸³ فالغرض من الإعلام، كما هو معلوم، هو مساعدة المريض على اتخاذ القرار السليم بشأن ما يجب أن يفعل بجسده، و عليه فمن شأن كثرة الإعلام، المرتبط خصوصا بمخاطر العلاج، أن تدفع بالمريض إلى العزوف عن علاج قد يكون في أمس الحاجة إليه رغم ما يحتويه من مخاطر محتملة لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة.⁸⁴ مما يعني أن الطبيب قد يلجأ إلى حجب بعض المعلومات عن مريضه، كتشخيص المرض مثلا، إذا كان في الإفصاح عنها ما يسيء إلى الحالة النفسية لهذا الأخير أو فيها ما يدفعه إلى الامتناع عن هذا العلاج، و هو ما تضمنه تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي⁸⁵ و نصت عليه صراحة مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية في مادتها 51 التي جاء فيها:

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

و بناء على ذلك يمكن القول أن هناك عدة عوامل تساهم في تحديد ما يجب الإفصاح عنه من قبل الطبيب و ما يجب السكوت عنه وفقا لمتطلبات كل حالة على حدة. فبعض هذه العوامل له علاقة مباشرة بقواعد ممارسة مهنة الطب على نحو الأحكام التي تضمنتها مدونة أخلاقيات الطب المشار إليها أعلاه، أو عوامل شخصية خاصة بالمريض. و عليه فإنه لا يمكن تحديد مقدار المعلومات التي يلتزم الطبيب بإيصالها إلى المريض لمختلف التدخلات الطبية تحديدا مطلقا و حاسما بسبب اختلاف هذه المعلومات و نوعيتها بالنظر إلى طبيعة المرض من جهة و طبيعة و نوع العلاج المقترح من جهة أخرى. يضاف إلى ذلك ظروف المريض الشخصية كعمره و جنسه و مستوى تعليمه و درجة ثقافته.

⁸²Savatier, R, Auby, J et Pequignot, "Traité de droit médical", Librairies Techniques, Paris 1956, n°251, ils disaient ;

"Si, avant d'agir, le médecin devait éclairer intégralement le malade sur les raisons techniques de son diagnostic, sur la justification de chacun des détails du traitement de l'intervention, sur tous les risques, même exceptionnels, aucune médecine efficace ne demeurerait possible", p. 228.

⁸³"trop d'information tue l'information", Gouesse, E, op. cit., p. 58.

⁸⁴Ibid p 55.

⁸⁵Ibid .

غير أن ذلك لا يمنع من محاولة إيجاد معيار موضوعي يمكن من خلاله مراقبة سلوك الأطباء مع مرضاهم بشأن الالتزام بالإعلام و هو المعيار الذي يتخذ عادة في تقدير مدى تنفيذ المدين لالتزامه وفقا للقواعد العامة في الالتزامات. و بناء على ذلك يكون الطبيب قد نفذ التزامه بالإعلام إذا راعى في إعلامه لمريضه سلوك الطبيب المعتاد في نفس الظروف التي وجد فيها و في نفس درجته العلمية و كفاءته التخصصية.⁸⁶

و قبل التطرق إلى وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع، يمكن ذكر أهم الخصائص التي يجب أن يتميز بها الإعلام و هي ؛

- أن يوجه الإعلام إلى شخص المريض، قبل مباشرة العلاج، ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك، كما لو كان المريض ناقص الأهلية أو فاقدًا أو كان في حالة مرضية لا يمكن معها إعلامه.

- وجوب أن تكون المعلومات دقيقة و كافية على نحو يحقق للمريض العلم الكافي الذي يساعده على اتخاذ قرار واع و متبصر بشأن طرق العلاج و وسائله المقترحة من قبل الطبيب.

- ألا تقل هذه المعلومات عن المعلومات التي يقدمها في ظروف مماثلة طبيب مماثل بحسب المتعارف عليه في مهنة الطب و في نفس التخصص.

أما بخصوص عناصر الإعلام الواجب إفادة المريض بها، فقد تناولها الفقه⁸⁷ و القضاء في مختلف الدول. في حين بادر المشرع في بعض الدول بتحديد هذه العناصر على غرار المشرع الفرنسي في قانون 04 مارس 2002. حيث أوجب أن يشتمل الإعلام على؛

- حالة المريض الصحية و تشخيص المرض،
- طبيعة العلاج المقترح،
- مخاطر العلاج المقترح،

⁸⁶ Potvin, L, 'L'obligation de renseignement du médecin ; étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien', éd 1984, p. 11.

⁸⁷ Voir par exemple, en droit Suisse, Guillod., O., , 'Le consentement éclairé du patient', Suisse, éd., 1986, p. 141., voir aussi, en droit Canadien, Méméteau, G., 'La responsabilité civile médicale', Montréal, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, p. 107. en droit anglais Mason and McCall Smith, op. cit., 2nd ed. 1987, p. 152, and 3rd ed 1991. Mamoun, A., op. cit., 1990, p. 57.

- البدائل و الاختيارات العلاجية الأخر،
- آثار رفض العلاج أو البقاء بدونه.⁸⁸

الفرع الأول: تشخيص المرض:

تجدر الإشارة بداية إلى أن تشخيص المرض قد يتطلب في بعض الأحيان استعمال أجهزة معينة للفحص أو عملية جراحية استكشافية ، و هو ما يتعين على الطبيب شرحه للمريض لكي يفرق بين التدخل الطبي الذي يكون الغرض منه العلاج و التدخل الذي يهدف فقط إلى التشخيص.⁸⁹ كما يتطلب التشخيص أحيانا القيام بتحليل معينة قبل التأكد من المرض الذي يعاني منه المريض. و هذا يعني أن عملية التشخيص قد تشكل في حد ذاتها مساسا بحق المريض في سلامة جسمه إذا تجاوزت بطبيعتها الفحص الطبي الخارجي. لذلك يتعين على الطبيب إعلام المريض في هذه المرحلة التمهيديّة بطبيعة الفحص الطبي الذي ينوي مباشرته و كذا المخاطر المرتبطة به إن وجدت. فإذا تحصل على موافقة المريض جاز له مباشرة عملية التشخيص.

و في حالة تأكد الطبيب مما يشكو منه المريض، و جب عليه إعلامه بطبيعة المرض الذي يعاني منه و مدى تطوره المتوقع خاصة في حالة غياب أي إجراء طبي أو علاجي بصدده.

الفرع الثاني: طبيعة العلاج المقترح:

لكي تكون موافقة المريض على العلاج مقبولة قانونا يجب على الطبيب أن يوضح لمريضه طبيعة التدخل العلاجي المقترح، بحكم أن التدخل الطبي قد يأخذ عدة أشكال. فعلى الطبيب أن يوضح للمريض مثلا، ما إذا كان العلاج كيميائيا، جراحيا أو عن طريق الأشعة.

و يدخل ضمن هذا العنصر كذلك الإعلام بمدة العلاج و توضيح الغرض من التدخل الطبي؛ هل هو بقصد العلاج أم لغرض التشخيص فقط، أو بقصد القيام بتجارب طبية.

الفرع الثالث: مخاطر العلاج:

⁸⁸ L'information doit porter sur "Les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilités, leur urgence éventuelle, leur conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les **conséquences prévisibles en cas de refus...**", Art. 1111/2 loi du 04 mars 2002. précité.

⁸⁹Applbaum, P.S Lidz, C.W., & Meisel, A. op. cit., p. 50.

من خلال مراجعة المتابعات القضائية الناجمة عن إخلال الطبيب بواجب الإعلام يتضح أن معظمها يدور حول إخلال الطبيب بواجب الإعلام بمخاطر العلاج.⁹⁰ إذ أن تحقق أحد المخاطر المرتبطة بالعلاج عادة ما يدفع المريض إلى القول أنه لو أحيط علماً بهذا الخطر أو ذلك أول مرة ما كان ليوافق على العلاج المقترح. و عليه فمن الضروري على الطبيب أن ينبه المريض إلى المخاطر التي يمكن أن تتحقق من جراء تنفيذ العلاج. و يرتبط الإعلام بمخاطر العلاج، من الناحية الأخلاقية، بحق المريض في سلامة جسمه و بحقه في تقرير مصيره. و على هذا الأساس لا يمكن أن يعرض المريض إلى خطر معين بدون موافقته المسبقة و المستنيرة عليه.

من جهة أخرى، إن إحاطة المريض علماً بمخاطر العلاج المقترح و إمكانية تحققها تمكنه من فهم وضعيته الصحية و تساعده على اتخاذ القرار المناسب. إذ أنه على ضوء المعلومات الخاصة بالمخاطر و نسب تحققها يقرر المريض الموافقة على العلاج المقترح أو البقاء بدون علاج في حالة عدم وجود بدائل علاجية أخرى. و يشمل الإعلام بمخاطر العلاج؛ تحديد طبيعة الخطر، مدى جديته و نسبة تحققه.

و يبيح بعض الفقه⁹¹ عدم التنبيه إلى المخاطر التي لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة أو تلك التي و إن تحققت لا يكون لها آثاراً ضارة على المريض.⁹² على أنه يجب التفرقة في هذا المقام بين حجب المعلومات عن المريض بسبب الأثر السلبي الذي قد تحدثه عملية الإعلام على نفسيته و حجب المعلومات الذي يخشى منه عدم موافقة المريض على العلاج. فإذا كان حجبها في الحالة الأولى مقبولاً أخلاقياً و قانونياً إلا أنه ليس كذلك في الحالة الثانية لأنه، كما قيل، من حق المريض أن يخطأ في تقدير الأمور.⁹³

⁹⁰Voir , Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2 où la cours de cassation annonce ;

“ Hormis les cas d’urgences, d’impossibilité ou de refus du patient d’être informé, un médecin est tenu de lui donné une information loyale claire et appropriée **sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés** [...] il n’est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces **risques** ne se réalisent qu’exceptionnellement”, voir aussi, Sidaway v. Bethlem Hospital Governors and Ors, [1984] 1 All E.R 1018, (C.A), [1985] 1 All E.R., Mason and McCall Smith, op.cit p 152, Landsverk, W.D., “informed consent as a theory of medical liability”, Wisconsin Law Review, 879 (1970) p. 891.

⁹¹Aplbaum, P.S Lidz, C.W., & Meisel, A., op. cit, p. 152.

⁹²و هو ما يخالف الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي الذي يوجب التنبيه لكل مخاطر العلاج بما في ذلك المخاطر الاستثنائية، راجع النقض الفرنسي؛ Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

⁹³Waltz, J.R & Sheuneman, T.W, “Informed consent to therapy”, 64 Northwestern University Law Review, (1969) p 642.

الفرع الرابع: البدائل العلاجية:

يتفق الفقه الأنجلوساكسوني⁹⁴ على أن الإعلام بالبدائل العلاجية، مثله مثل الإعلام بمخاطر العلاج، أمر ضروري للمريض لاتخاذ القرار السليم و المستنير بشأن مستقبل صحته. فعادة يقترح الطبيب العلاج الذي يراه أنسب لحالة المريض، مما يعني أن البدائل الأخرى أقل فاعلية من وجهة نظر الطبيب.

غير أن القرارات الطبية لا تخضع للاعتبارات الطبية فحسب، إذ أن هناك عوامل أخرى يجب أخذها بعين الاعتبار تتعلق أساسا باختيارات المريض و احتياجاته. فيمكن للمريض أن يفضل علاجاً أقل فاعلية من العلاج المقترح لاعتبارات شخصية، كأن يفضل أحدهم العلاج الكيميائي عن الجراحة رغم أن العلاج الكيميائي أقل فاعلية و أكثر استغراقاً للوقت.⁹⁵

و عليه لكي تكون موافقة المريض على العلاج مستنيرة و معبرة عن إرادته الفعلية يتعين على الطبيب إعلامه كذلك بالبدائل العلاجية الأخرى سواء من حيث طبيعتها، منافعها و كذا المخاطر المقترنة بها. و يدخل ضمن عنصر الإعلام بالبدائل التنبيه إلى آثار و مخاطر رفض العلاج.⁹⁶ ثم يترك له المجال للمقارنة بينها و تقدير المنافع و المخاطر وفقاً لاعتباراته الشخصية و اتخاذ القرار المناسب بناء على ذلك. غير أنه إذا رفض المريض العلاج بعد إفادته بكل هذه المعلومات أوجب عليه الكثير من التشريعات أن يقدم تصريح كتابي بشأن هذا الرفض.⁹⁷

و تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي لم يتعرض لواجب الإعلام عن البدائل العلاجية. إذ لم يشر الفقهاء الفرنسيون صراحة إلا للإعلام بشأن الحالة الصحية للمريض (التشخيص) و طبيعة العلاج المقترح و مخاطره.⁹⁸ أما بخصوص التنبيه إلى البدائل العلاجية، فالملاحظ أن الفقه الفرنسي يميل إلى ترك الخيار لتقدير الطبيب عند تعدد طرق العلاج و من ثم لا يرى الفقه الفرنسي مبرراً لإلزام الطبيب بإعلام مريضه في هذا الشأن. و وفقاً لهذا الاتجاه ليس للمريض مجال لمناقشة الطرق العلاجية في حالة تعددها.

⁹⁴ Aplbaum, P.S Lidz, C.W., & Meisel, A, op. cit, p. 55.

⁹⁵ Mamoun, A, op. cit, p. 59.

⁹⁶ Guillod, , op. cit, p. 142.

⁹⁷ راجع المادة 49 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، مرجع سابق، حيث جاء فيها؛ "يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن".

⁹⁸ Penneau, "La responsabilité médicale", thèse, Paris 1977, p 55.

و يبرر بعض الفقه الفرنسي⁹⁹ هذا الموقف بأن الحالة الذهنية للمريض لا تسمح له بمناقشة الطبيب حول تفاصيل الوسيلة أو الطريقة الجراحية. و عليه فإنه من الأحرى للمريض أن يفوض أمره في هذا الشأن إلى طبيبه على أساس أنه يثق في عمله و خبرته و في سلامة حدسه و تقديره، فيترك له مسألة اختيار الحلول التي يقدر أنها الأفضل نتائجاً و الأحسن آثاراً. و في هذا السياق، يرى أحدهم أن الجهاز الطبي هو الكفيل الوحيد بتقدير العلاج الأكثر ملائمة للمريض بشرط أن يكون سعيه دائماً لغايات علاجية.¹⁰⁰

أما بخصوص موقف القضاء الفرنسي من البدائل العلاجية، فالظاهر أنه لم يسر على وتيرة واحدة. فتارة يترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي و من ثم لا يلزمه بإعلام المريض بالبدائل العلاجية، و تارة أخرى يوجب على الطبيب إعلامه بهذه البدائل من حيث مزاياها و مخاطرها لمساعدة المريض على اختيار أحدها. غير أن الغالب في أحكام القضاء الفرنسي يلزم الطبيب بالإعلام عن البدائل العلاجية. و من بين القضايا التي تعرض لها النقض الفرنسي في هذا المجال قضية سائق حافلة تعرض لعدة كسور على مستوى الذراع على إثر حادث مرور، فقام الطبيب الجراح بتجبير الذراع و تجبيسه إلا أن ذلك أدى إلى مضاعفات أدت إلى بتر جزء من الذراع. فقضت محكمة النقض بمخالفة الطبيب لواجبه بالإعلام لعدم تحذيره للمريض بشأن الطبيعة الدقيقة للعملية الجراحية و عدم تنبيهه بالأخص بخيارات علاجية أخرى.¹⁰¹

و في قضية أخرى قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يجب على الطبيب أن يخبر مريضه بكل صدق و أمانة عن مدى لزوم العملية الجراحية و أنه يمكن مثلاً الاستغناء عنها بالعلاج الطويل.¹⁰² في حين حكمت إحدى المحاكم الفرنسية أن اختيار الطريقة العلاجية هو من تقدير و صلاحية الطبيب المعالج وحده.¹⁰³

و في رأينا إن التسليم بصلاحية الطبيب المطلقة في اختيار طريقة العلاج فيه تعرض مباشر لحق المريض في الإعلام. حيث أن تمسك الطبيب بالعلاج المقترح من شأنه أن يفوت على المريض فرصة العلاج بطريقة أخرى في حالة رفض المريض للعلاج الوحيد المقترح من قبل

⁹⁹ Vienne, R. note sur la cour d'appel d'Aix, 23 Février 1949, J.C.P, II p 5025.

¹⁰⁰ Kornprobst, L., "L'étendu et les limites de la responsabilité médicale du point du vue juridique", Deuxième congrès international de morale médicale, T 1, Ordre national des médecins, Paris 1966, p. 130 et 131.

¹⁰¹ Cass.civ. 28 janvier 1942, D. 1942 - J - p 63.

¹⁰² Cass.civ., 17 novembre 1969 Gaz.Pal., 1970 - 1 - p 49.

¹⁰³ "Le choix de la méthode thérapeutique est abandonné à la prudence du médecin traitant" Paris 13 Avril 1964., D. 1964. somm. P 98.,

طبيبه. لذلك نص المشرع الفرنسي في التعديل القانوني الجديد (قانون 04 مارس 2002) على وجوب إعلام المريض بكل البدائل العلاجية الأخرى بما في ذلك رفض العلاج و آثار ذلك على المستقبل الصحي للمريض.¹⁰⁴

المطلب الثاني: دور القضاء في وضع معايير التزام الطبيب بالإعلام:

بعد توضيح عناصر الإعلام المطلوب من الطبيب تنبيه المريض إليها بوجه عام يتعين الآن عرض أهم المعايير التي اعتمدها القضاء للتأكد من مدى تنفيذ الطبيب لواجبه بالإعلام.¹⁰⁵

و يجب التنبيه بداية إلى أن القضاء في مختلف الدول لم يأخذ بمعيار واحد لمراقبة الطبيب بشأن التزامه بالإعلام. فمن الدول من جمعت بين معيار المريض المحتاط و المعيار المهني مثل الولايات المتحدة، و منها من تمسك بالمعيار المهني كما هو الحال في بريطانيا و فرنسا.

الفرع الأول: معيار المريض المحتاط:

لقد انتهج القضاء الأمريكي في المراحل الأولى المعيار المهني¹⁰⁶. غير أنه بمناسبة النظر في قضية *Canterbury*¹⁰⁷ سنة 1972 قررت المحكمة أن طبيعة و مقدار المعلومات الواجب الإعلام بها هي من صلاحيات المحكمة و ليس الأطباء. و بناء على ذلك أكدت المحكمة أن الطبيب ملزم قانونا بإعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته الصحية و كذا العلاج المقترح و ما يحتويه من مخاطر حقيقية. و استندت المحكمة في تحديد "الخطر الحقيقي" إلى معيار "المريض المحتاط (prudent patient)". فيكون التدخل الطبي خَطِراً و بالتالي يستوجب إخطار المريض به، إذا قُدِّرَ أيُّ مريض محتاط في نفس الظروف أهميته و بالتالي وجوب التنبيه إليه قبل مباشرة التدخل.¹⁰⁸

فوفقا لهذا الاتجاه، يقع على عاتق الطبيب التزام بأن يكشف للمريض عن حالته الصحية بكل دقة، و أن يوضح أساليب الفحص و العلاج و كل ما يرتبط بها من مخاطر و لو كانت بعيدة الاحتمال و ذلك حتى يتمكن المريض من اتخاذ قراره في ضوء كافة هذه المعلومات.

¹⁰⁴ Art. L. 1111/2 loi du 04 mars 2002. précité.

¹⁰⁵ Meisel, C, & Karnick, L.D., "Informed consent to medical treatment", 41 University of Pittsburgh law review (1980) p 421.

¹⁰⁶ و هو المعيار الموضوع من قبل مارسي مهنة الطب. أي ما تعود الأطباء على الإخطار به عادة.

¹⁰⁷ *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2nd 772 (D.C Ci 1972).

¹⁰⁸ Ibid p 787.

و يرتبط واجب الإعلام الشامل في هذا الاتجاه بحق المريض في الذاتية و في تقرير مصيره و كذا حقه في سلامة جسمه على النحو المشار إليه آنفاً.¹⁰⁹ كما أن التبصير الشامل الذي يفرضه هذا الاتجاه يدعم الثقة بين الطبيب و المريض و هي أساس العلاقة بينهما. إذ أن إخفاء الحقيقة أو الكذب هو من قبيل الغش الذي يتعارض مع طبيعة العقد و ما ينشأ عنه من التزامات متبادلة بين الطبيب و مريضه.

و لا يكفي وفقاً لهذا الاتجاه الاعتذار بعدم قدرة المريض على تقدير المسائل الفنية البحتة، إذ أن ذلك لا يبرر حرمانه من حق معرفتها. فعلى الطبيب أن يوضحها بأسلوب بسيط بعيد عن المصطلحات العلمية التي لا يفهما إلا أهل الاختصاص، أي بأسلوب يتفق و قدرات المريض على الفهم و الإدراك و التمييز. كما لا يجوز افتراض عدم قدرة المريض على اتخاذ القرار السليم في كل الحالات. فتلك حالات استثنائية و محدودة قد ترجع إلى الحالة المرضية التي يعاني منها الفرد أو صغر سنه أو مستواه الثقافي، و يمكن فيها الرجوع إلى ذوى الشأن من الأهل و الأقارب. و فضلاً عن ذلك يجب أن يبنى المعيار العام، كأصل عام، على الحالات التي تمثل الغالبية و ليس الحالات التي تمثل الأقلية.

من ناحية أخرى، إن تبصير المريض بهذه الكيفية تعفي الطبيب من المسؤولية في حالة تحقق أحد المخاطر إذا لم يصدر من هذا الأخير أي إهمال أو تقصير أثناء أدائه لعمله. و أولى الملاحظات التي يمكن تسجيلها على هذا المعيار أنه يحقق حماية أكثر للمريض بحكم أن معيار الإعلام هو من وضع المريض و ليس الطبيب.¹¹⁰

الفرع الثاني: المعيار المهني أو الطبي:

إن التزام الطبيب وفقاً لهذا المعيار غير مطلق. لذلك يتمتع الطبيب بسلطة تقديرية بشأن تحديد و اختيار المعلومات التي يرى ضرورة إعلام المريض بها و يحكمه في ذلك معيار الحرص و العناية الذي يميز كافة ما يباشره الطبيب من عمل تجاه المريض. و هو المعيار الذي أخذ به القضاء في إنجلترا و فرنسا¹¹¹ على الخصوص.

¹⁰⁹ راجع تطور نظرية الرضا المتبصر ص. 60 أعلاه.

¹¹⁰ لقد أخذت بعض المحاكم في كندا هي الأخرى بهذا المعيار راجع، 114 (1980) 1 (3rd) Reibl v. Hughes D.L.R.

¹¹¹ Saury, R., "L'éthique médicale et sa formulation juridique", Montpellier Sauramps, 1991, p. 22.

فطبقا لما استقر عليه القضاء في بريطانيا، لا يمكن متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الإعلام إلا إذا لم يتم بالتنبيه المريض إلى أحد مخاطر العلاج الذي استقر أهل المهنة على الإعلام به. و هذا يعني أن المعيار المتبع بشأن تحديد ما يجب الإعلام به هو من وضع أهل الطب، و هو ما تؤكد بصورة واضحة في القضاء البريطاني في قضية *Sidaway*.¹¹²

أما القضاء الفرنسي، فقد اعتمد هو الآخر هذا الاتجاه و إن شدد في السنوات الأخيرة موقفه تجاه الأطباء بشأن واجبه في الإعلام.¹¹³ فمن ناحية وسع القضاء الفرنسي من نطاق الإعلام المفروض على الطبيب، بحيث جعله يشمل بالإضافة إلى المخاطر المحتملة، المخاطر الاستثنائية. و هو ما جعل معيار الإعلام الواجب في القضاء الفرنسي، وفقا للاتجاه الحديث، أقرب إلى معيار "المريض المحتاط" منه إلى "المعيار المهني". و من ناحية أخرى، نقل القضاء الفرنسي عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب بعد أن كان عبء إثبات الإخلال بهذا الواجب ملقى على عاتق المريض.¹¹⁴

و لتوضيح هذا التحول في موقف القانون و القضاء الفرنسيين يتعين التذكير بأهم المراحل التاريخية التي شهدتها هذا الموضوع خصوصا فيما يتعلق بالتنبيه بمخاطر العلاج و البدائل العلاجية الأخرى؛

أ- المرحلة السابقة لسنة 1998:

- في سنة 1961 تعرضت محكمة النقض الفرنسية لطبيعة الإعلام الذي يجب أن يصدر من الطبيب. فأوجبت أن يكون هذا الإعلام بسيطا (simple) تقريبا (approximative)، مفهوما (intelligible) و صادقا (loyal)¹¹⁵ بدون تحديد الأخطار التي يجب التنبيه إليها.

- ابتداءً من سنة 1981 أشارت محكمة النقض في قرارين¹¹⁶ لها إلى وجوب التنبيه إلى المخاطر الحقيقية، و استثنت الحديث عن المخاطر الاستثنائية، و حددت الخطر الاستثنائي بالخطر الذي تقل نسبة تحققه عن 2 %.

¹¹² *Sidaway v. Bethlem Hospital Governors and Ors*, [1984] 1 All E.R 1018, (C.A), [1985] 1 All E.R 643 (H.L). voir page ... de cette thèse.

¹¹³ راجع تطور نظرية الرضا المتبصر ص. 60 أعلاه.

¹¹⁴ Cass. 1^{er} civ., 25 Février 1997, Gaz. Pal 1997. 1.

¹¹⁵ Cass. 1^{er} civ., 21 Fév 1961, Bull n° 115.

¹¹⁶ Cass. 1^{er} civ., 5 mai 1981 er 3 jan. 1991, Gaz. Pal 1993.1. somm p 116 / n°117 p 27.

- في 1997 أوجب محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر أن تكون المعلومات الواجب تقديمها للمريض صادقة (loyale)، واضحة (claire) و مناسبة (appropriée).¹¹⁷ كما استنتجت المحكمة هنا كذلك الإعلام بالمخاطر الاستثنائية. وقد فسر البعض¹¹⁸ قرار المحكمة بأنه يلزم بالإعلام الشامل باستثناء فقط المخاطر الاستثنائية.

ب- مرحلة ما بعد سنة 1998:

ابتداء من سنة 1998 بدأ القضاء الفرنسي يوسع من نطاق الإعلام الواجب للمريض، حيث أوجبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 1998 أن يتم تنبيه المريض إلى المخاطر الاستثنائية أيضا.¹¹⁹ ففي هذه القضية أعلنت المحكمة عن اتجاه جديد و قررت أنه؛

" في غير حالات الاستعجال، و الحالات التي يستحيل فيها إعلام المريض أو رفضه لذلك، يلتزم الطبيب بتوفير معلومات صادقة و واضحة و مناسبة للمريض حول كل مخاطر التشخيص و العلاج..... و أنه غير مُعفى من هذا الالتزام (الالتزام بالإعلام) بمجرد أن هذه الأخطار لا تتحقق إلا بصفة استثنائية."¹²⁰

و قد طُبق نفس المبدأ في مجال الجراحة التجميلية، المعروفة تقليديا بتشدها في مجال الإعلام، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بوجود التنبيه، ليس فقط إلى جميع " المخاطر الجسيمة" (risques graves) المرتبطة بالعملية، بل أيضا إلى كل أثر سلبي أو غير ملائم يمكن تحقيقه (inconvenients)¹²¹. و على العموم أكدت معظم القرارات الصادرة ابتداء من سنة 1998 عن التزام الطبيب بإعلام المريض بكل صدق و بشكل واضح و مناسب، بكل المخاطر المرتبطة

¹¹⁷ Cass.1^{er} civ., 14 Octobre 1997, Gaz. Pal 1997. 2. panor . p 312/ n° 357, p 312 (23 Déc. 1997).

¹¹⁸Gouesse, E., op . cit., p. 56.

¹¹⁹ Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2. Cass.1^{er} civ., 14 Octobre 1997, Gaz. Pal 1997. 2. panor . p 312/ n° 357, p 312 (23 Déc. 1997)., et Conseil d'Etat, 5 janvier 2000 , Dalloz, 2000, I.R., p.28. et C.E., 17 mai 2000, précité.

¹²⁰ "Hormis les cas d'urgences, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, **un médecin est tenu de lui donner une information loyale claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement**", Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2. voir, commentaire sur cet arrêt de Jourdain, P "responsabilité civile", Revue de droit civil, Dalloz 1999, éd Dalloz, Paris p. 111. Chabas, F. "L'obligation médicale d'information en danger", Revue contrats – concurrence - consommation, éd. Juris – classeur, Mai 2000, p. 10.

¹²¹ En matière d'**actes médicaux** et chirurgicaux à visée esthétique, **l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvenients pouvant en résulter.**" Cass.1^{er} civ. 17 fév. 1998 Gaz. Pal 1998. 1, panor. Cass. P. 134 / n° 148 p. (28 mai 1998).

بالتشخيص أو العلاج و لو كانت هذه المخاطر ضئيلة (Minimes) أو استثنائية (exceptionnels).¹²²

فقد ذهبت المحكمة، في أحد قراراتها، إلى أن ضرورة التدخل الطبي و انتفاء إمكانية الاختيار بالنسبة للمريض لا يعفي الطبيب من الإعلام بالخطر المرتبط بهذا التدخل.¹²³ في حين بررت المحكمة عدم إدانتها للطبيب، في قرار آخر لها، بأن الطبيب ملزم بإعلام المريض بالمخاطر المرتبطة بطريقة التشخيص و العلاج و كذا التطور المحتمل لحالته إذا بقي بدون علاج. من ثم لا يستطيع المريض المطالبة بالتعويض على أساس عدم إعلامه إذا ثبت للمحكمة أنه حتى و لم تم إعلامه بمخاطر العملية ما كان ليرفض العلاج بسبب التطور المحتمل لحالته لو بقي بدون علاج.¹²⁴

و في قرار آخر أشارت المحكمة إلى أن الطبيب غير ملزم بالنجاح في إقناع المريض بخطورة التدخل الطبي الذي يطلبه. فالمريض مسئول عن اختياره بعد إعلامه.¹²⁵ ففي هذه القضية قررت المحكمة بأنه لا يمكن مسائلة الطبيب على الضرر الناتج للمريضة التي فضلت جراحتها باستخدام التخدير الموضعي عوضا عن التخدير العام رغم تحذير الطبيب لها من ذلك.

¹²² Cass.civ. 1^{ière}, 7 oct.1998 Gaz.Pal. 1998.2,
Cass.civ. 1^{ière}, 17 fév. 1998, Gaz.Pal. 1998. 2
Cass.civ. 1^{ière}, 27 mai 1998, Gaz.Pal. 1998. 2
Cass.civ. 1^{ière}, 10 mai 2000, cité par Carlot, J.F., ‘‘Actualités du Risque Médical’’,
<http://www.jurisques.com> p 8.,

Cass.civ 1, 20 juin 2000, Dalloz 2000, I.R. 471, notr P. Jourdain.

Conseil d’Etat, 5 jan.2000, Dalloz, 2000, I.R, p.28.

‘‘Le médecin est tenu de donner dans tous les cas une information claire, loyale et appropriée à son patient, même si le risque ne se réalise qu’exceptionnellement’’, Cass.civ. 1 15 juill. 1999 ; R.C et ass. Nov. 1999, P.15., Dalloz, 1999, som. 393.

‘‘Lorsque l’acte médical envisagé , même accompli dans les règles de l’art, comporte des risques connus de décès ou d’invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé. Si cette information n’est pas requise en cas d’urgence, d’impossibilité ou de refus de patient d’être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu’exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation.’’ V. Conseil d’Etat section contentieux, 5^e ss, 10 Décembre 1999, n° 198530, Argus 2000 p. 40.

C.A. Paris (1^{ière} Ch.B.) 25 oct. 2001, Gaz.Pal., Oct. 2002, p. 38.

C.A. Paris (1^{ière} Ch.B.) 04 juil. 2002, Gaz.Pal., Oct. 2002, p. 43.

¹²³ ‘‘Le médecin n’est pas dispensé de cette information du risque par le fait que l’intervention serait médicalement nécessaire. L’absence de possibilité de choix du patient ne délie pas le médecin de son obligation d’information’’. Cass.civ. 1^{ière} 18 juill. 2000, Dalloz, I.R., p 217.

¹²⁴ ‘‘ Le médecin se doit d’informer le patient sur les risques inhérents à un mode d’examen (coloscopie) et de traitement et sur l’évolution prévisible de son état si rien n’est fait. Cependant, le patient ne peut demander réparation du fait qu’il n’a pas été informé dès lors que, quand bien même il aurait été averti des risques de l’opération , il est improbable qu’il eût refusé le traitement, eu égard à l’évolution prévisible de son état en cas d’inaction.’’ V. note Penneau M, C.A Angers, (Audience Solennelle)., 11 sept. 1998, Dalloz 1999., P. 46.

¹²⁵ ‘‘ Toutefois, un médecin n’est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l’acte médical qu’il demande’’ ‘‘ une fois bien informé, le patient est responsable de son choix’’, Cass.civ. 1^{ière}., 18 Janvier 2000 – 97 - 17.716 ; Dalloz 2000, n°5 R.C et Ass., Avril 2000, p. 17.

كما أكدت المحكمة على عدم لزوم الإعلام في الحالات التي يستحيل فيها تحقيق ذلك في قرار آخر يتعلق بقيام الجراح بتنفيذ عملية جراحية مكملة أثناء قيامه بالعملية الأصلية. حيث ثبت للمحكمة أن الضرر الناتج (Troubles fonctionels) كان سوف يحدث بتدخل الطبيب أو بدونه.¹²⁶

غير أن قضاء النقض الفرنسي يبقى معترفا بحق الطبيب في عدم إخطار المريض بحالته الصحية و خاصة بنتائج التشخيص عندما يكون للإعلام إثر سلبي على صحة أو نفسية المريض.¹²⁷

الفرع الثالث: نطاق الإعلام طبقا لقانون 04 مارس 2002 بشأن مخاطر العلاج:

لقد نصت المادة 4-1111 L من القانون المشار إليه أعلاه إلى وجوب الإعلام بالمخاطر الكثيرة الوقوع (risques fréquents) و المخاطر الجسيمة التي يمكن توقعها عادة (risques graves normalement prévisibles). في حين عبرت محكمة النقض الفرنسية عن المخاطر الواجب الإعلام بها بالمخاطر المحتملة و الاستثنائية (risques exceptionnelles)¹²⁸. و يرى البعض أنه من شأن هذا الاختلاف في المصطلحات المستعملة أن يبعث النقاش من جديد أمام المحاكم بشأن طبيعة الأخطار الواجب التنبيه إليها.¹²⁹ و من بين القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بعد دخول قانون 2002/03/04 حيز التطبيق، قرارها الصادر بتاريخ 2002/10/02 و الذي أكدت فيه أنه يجب أن تكون الأخطار معروفة لدى الطبيب عند مباشرة العمل الطبي.¹³⁰

و من الأمور الجديدة التي جاء بها قانون 04 مارس 2002 تمديده لواجب الإعلام لفترة ما بعد العلاج. إذ يبقى الطبيب ملزما بإعلام المريض فور اكتشافه لخطر جديد بعد تنفيذه للتدخل الطبي، باستثناء الحالات التي لا يمكنه فيها الاتصال أو العثور على المريض. و هذا يعني وجوب اتخاذ الطبيب للاحتياطات اللازمة من أجل تسهيل الاتصال بالمريض عند الحاجة.¹³¹

¹²⁶ Cass.civ. 1^{ière} 22 mai 2002 n° 736 F., cité par Me Durrieu-Diebolt, "Les droits des Patients", , <http://www.sos-net.eu.org>

¹²⁷ V. Cass.civ. 1, 23 mai 2000, 98 – 15. 513 ; Dalloz 2000, I.R 470.

¹²⁸ Cass.civ 07 oct. 1998, op.cit.,

¹²⁹ voir ; Me Durrieu-Diebolt, "Les droits des Patients", <http://www.sos-net.eu.org> p. 14/19

¹³⁰ " **Les risques doivent être connus**, en l'état des données acquises, à la date de l'acte médical" (Cass 1ère civ, 2 octobre 2002). Cité par Berret, "Consentement", op.cit, p.3.

¹³¹ voir ; l'Art. 1111/2 du code français de la santé publique (loi du 04 mars 2002), op.cit .

من جهة أخرى لم ينص القانون الجديد عن الامتيازات العلاجية التي تسمح للطبيب بعدم إعلام المريض بخطورة حالته الصحية إذا لاحظ أن ذلك من شأنه أن يزيد في تدهور الحالة النفسية للمريض. و هو ما يخالف نصوص التقنين الفرنسي لأخلاقيات مهنة الطب،¹³² و القرارات الحديثة لمحكمة النقض في هذا المجال.¹³³ و بناء على ذلك، يرى المتتبعون لهذا الموضوع أنه في حالة الالتزام الحرفي بالنصوص الجديدة لا يمكن للطبيب حجب المعلومات الخطيرة عن المريض للأسباب الشرعية المذكورة.¹³⁴

و على ضوء هذه الدراسة، يمكن القول بأن الطبيب ملزم في ظل القانون الفرنسي الحالي بالإعلام الشامل فيما يتعلق بمخاطر العلاج المقترح. أما بشأن حق التكتّم عن المعلومات التي من شأنها التأثير سلبيا على نفسية المريض أو على نجاح العلاج، فإن الأمور غير واضحة بشأنه بسبب سكوت المشرع الفرنسي عن تناوله في القانون الجديد، و من ثم يجب انتظار فصل محكمة النقض الفرنسية في هذا المسألة.

المطلب الثالث: موقف القانون الجزائري بخصوص نطاق الإعلام و معياره:

لم يفصل إلى حد الآن القضاء الجزائري في هذه المسألة غير أن هناك دلائل قانونية تفيد أن نطاق الإعلام و معياره في القانون الجزائري هو من وضع الهيئة الطبية. ففي هذا الإطار تنص المادة 367 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛

" يمكن للعدالة أن تلتزم المجلس الوطني و المجالس الجهوية للأدب الطبية كلما رفعت دعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بتقدير الخطأ الطبي".

فمن استقراء هذه المادة يتضح أنه يمكن للمحاكم الجزائرية استشارة المجلس الوطني أو المجالس الجهوية للأدب الطبية بخصوص تقدير الأخطاء الطبية و التي يدخل ضمنها بالضرورة إخلال الطبيب بواجب إعلام المريض. من ثم يمكن للمحكمة أن تلتزم من المجالس المذكورة الاستشارة اللازمة بخصوص ما يجب و ما لا يجب إعلام المريض به و هو ما يجعل معيار الإعلام في ظل القانون الجزائري معيارا مهنيا يتحدد فيه مقدار الإعلام من قبل أهل المهنة.

¹³² " ... Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'infection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination..."

Art. 35 du nouveau code de déontologie médicale, précité.

¹³³ Cass.civ. 1, 23 mai 2000, 98 – 15. 513 ; Dalloz 2000, I.R 470.

¹³⁴ Me Durrieu - Diebolt, "Les droits des Patients" op. cit., p16/19.

و في هذا الصدد يري الباحث أنه في ظل الظروف الاجتماعية و الثقافية لأغلبية الجزائريين، و نظرا للظروف الصعبة التي يواجهها ممارسو الطب في الجزائر فإنه من الصعب اعتماد معيار آخر في الجزائر غير المعيار المهني في مجال الإعلام رغم مساوئه. فرغم أن معيار "المريض المحتاط" يوسع من نطاق الإعلام و يعظم مصلحة المريض من خلال تزويده بكافة المعلومات، إلا أنه ثبتت صعوبة تطبيقه عمليا في المجتمعات الغربية بسبب اختلاف آراء و اتجاهات المرضى، و اختلاف رد فعل كل منهم تجاه المعلومات المقدمة لهم¹³⁵. فقد يتعذر على بعض المرضى فهم و تقدير ظروفهم الصحية، في حين قد يخشى البعض الآخر مواجهة الحقيقة بهذا الشأن.

فإذا كان هذا حال المريض في الدول الغربية، فما هو حال المريض الجزائري المنهك جسميا و معنويا بمشاكله الصحية و بالمشاكل التقنية التي يواجهها أثناء العلاج كقلة الأطباء الأخصائيين و اضطراره للتنقل إلى أماكن بعيدة و أخذ مواعيد قد تمتد إلى أسابيع في أحسن الأحوال. من جهة أخرى يواجه الطبيب الجزائري يوميا الكثير من المشاكل العملية ككثرة المواعيد مع المرضى و قلة الإمكانيات. فلا شك أن لهذه العوامل تأثير أكيد على تركيزه الفكري و على عمله ككل و منه و اجب إعلام المريض.

ففي ظل هذه الظروف قد لا يهتم المريض بحقه في الإعلام بقدر اهتمامه بالحصول على موعد مع الطبيب لإجراء الفحص الطبي اللازم أو لتحديد تاريخ التدخل الطبي. كما يصعب على الطبيب الجزائري في ظل الظروف المشار إليها أعلاه أن ينفذ واجبه القانوني في إعلام المريض حسب المعايير الغربية و ذلك بسبب اختلاف ظروف العمل لديه مقارنة بنظيره الغربي. و عليه فإن اعتماد القانون الجزائري للمعيار المهني الذي يعطي لأهل مهنة الطب صلاحية تحديد ما يجب و ما لا يجب إعلام المريض بشأنه ينسجم، في نظر الباحث، مع الاتجاه السائد في الكثير من الأنظمة و مع الظروف الحالية للممارسة الطبية في الجزائر و إن كان ذلك لا يحقق الحماية المرجوة لحق المريض في الذاتية و السلامة البدنية.

و من الاعتبارات الأخرى التي ترحح الأخذ بالمعيار المهني، و ذلك بغض النظر عن ظروف ممارسة الطب في الجزائر، كون عمل الطبيب، و إن انطوى على المساس بالسلامة

¹³⁵Brazier, M., "Medicine, Patients and the Law", Penguin books, London,. 1992, p. 86.

البدنية للمريض، يبقى هدفه الأسمى هو تحقيق مصلحة هذا الأخير باعتباره الغرض الأساسي من مزاوله مهنة الطب. و يقاس من الناحية القانونية، كما هو معلوم، نجاح الطبيب بمدى ما يبذله من جهد و عناية لتحقيق مصالح مرضاه أيا كانت ظروفه و ظروفهم. لذلك فهناك وحدة في الهدف بين الطبيب و المريض تقتضي الثقة من جهة و التعاون بين الطرفين، من جهة أخرى، لبلوغ الهدف الأساسي و هو العلاج.

يضاف إلى ذلك أنه إذا كان الغرض من الإعلام هو تبصير المريض و مساعدته على اتخاذ القرار السليم، فإن اعتماد معيار الإعلام الشامل بطريقة مطلقة قد يؤدي إلى نتائج عكسية، كعزوف المريض عن العلاج مثلا، خوفا من تحقق إحدى المخاطر التي يكون الطبيب ملزما بإعلامه بها وفقا لهذا المعيار رغم تفاهتها أو قلة نسب تحققها من الناحية العملية. و لا شك أن حرمان المريض من العلاج بهذه الكيفية يتناقض مع المبادئ السامية للطب و الأخلاق التي توجب جعل مصلحة المريض فوق كل اعتبار.

ومن الضمانات القانونية المرتبطة بالمعيار المهني خضوع الطبيب في الإعلام لمعيار العناية و الحيطة و الحذر التي يلتزم به في كافة أعماله الطبية، بحيث لا يسأل عن تقصيره في الإعلام إلا إذا سقط إعلامه دون مستوى إعلام الطبيب العادي من نفس المستوى و في نفس الظروف المهنية.

المبحث الرابع: أوصاف الإعلام الواجب للمريض:

أشرنا سابقا إلى أن هناك مواصفات أو شروط يجب أن يتسم بها الإعلام حتى تتحقق الغاية منه بالنسبة للمريض. كما أشرنا إلى أن الغاية من وراء إعلام الطبيب لمريضه تتجلى في إنارته بقدر كاف من المعلومات لأجل مساعدته على اتخاذ قرار واع و حاسم بشأن حالته الصحية.

غير أنه لكي يحقق الإعلام هذه الغاية يجب أن يتصف بمجموعة من المواصفات سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن حددت بعضها في حكم حديث لها¹³⁶ حين ألزمت الطبيب بتوفير معلومات صادقة و واضحة و مناسبة للمريض حول كل مخاطر التشخيص و العلاج. (une

¹³⁶ "Hormis les cas d'urgences, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner **une information loyale claire et appropriée** sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement", Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2
مع العلم أن قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى لم يتطرق إلى هذه المسألة. الأمر الذي يبقى القواعد القضائية المنظمة لهذه المسألة سارية المفعول طبقا لقرارات النقض الفرنسي خاصة قرار 7 أكتوبر 1998 المشار إليه سابقا.

(information loyale claire et appropriée). و سنتولى مناقشة هذه الأوصاف و الخصائص اللازمة للإعلام الصادر من الطبيب في المطالب الموالية؛

المطلب الأول: وجوب صدور الإعلام قبل التدخل العلاجي:

لا شك أن الإعلام الذي يصدر بعد التدخل الطبي عديم الفائدة و النفع بالنسبة للمريض، إذ لا جدوى من رضاءٍ يصدر من مريض بعد إجراء العمل الطبي عليه. لذلك لا بد أن يتحقق الإعلام في مرحلة سابقة على بدأ العلاج بحيث يعطى للمريض فرصة من الوقت للتفكير بشأن حالته الصحية و ما يُقترح لها من علاج، فيساعده ذلك الإعلام على اتخاذ القرار الملائم بشأن قبول أو رفض العلاج المقترح بإرادة واعية و مدركة لكل جوانب المرض و ما يتصل به ن علاج.

و لقد ركز القضاء في مختلف الأنظمة على وجوب تحقق إعلام المريض قبل الحصول على موافقته النهائية على العلاج، خصوصا الإعلام المرتبط بمخاطر العلاج المقترح كما تم بيانه سابقا. يضاف إلى ذلك أنه من الناحية القانونية لا يعتد برضا المريض إذا لم يكن مسبقا فعلا بإعلام حقيقي.

وفي هذا الصدد ركز القضاء الفرنسي في الكثير من المناسبات على هذا الوصف حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه ينبغي على الطبيب أن يحيط المريض بالمعلومات اللازمة قبل إجراء العملية خاصة منها ما يتعلق بمخاطرها و ما قد يتخلف عنها من آثار أو نتائج عرضية، حتى يكون رضاؤه حرا سليما و متبصرا بكافة هذه المعلومات.¹³⁷ كما قررت إحدى المحاكم الفرنسية قيام مسؤولية الطبيب الذي لم يعطى صورة صحيحة للمريض على مخاطر العملية الجراحية المقترحة و مخاطرها قبل إجرائها له.¹³⁸

المطلب الثاني: الإعلام البسيط و المفهوم لدى المريض:

إن الإعلام الصادر من الطبيب بلغة فنية و علمية معقدة لا يحقق الغاية المرجوة منه بسبب جهل الغالبية العظمى من المرضى بالمصطلحات الطبية. و الإعلام المقدم بهذه الكيفية يكون ضرره أكثر من نفعه، لأنه بإمكانه أن يبعث القلق و الخوف و الرهبة في نفس المريض.¹³⁹ و لتجنب ذلك فمن الواجب أن يوجه الطبيب إعلامه للمريض بلغة بسيطة يسهل على المريض استيعابها بدون اللجوء إلى المصطلحات الطبية التي يقتصر فهمها على أهل الطب. و يرى

¹³⁷ Cass.civ. 5 mai 1974. Bull. civ. 1974 - 1 - p 63.

¹³⁸ Douai 10 juillet 1946. D 1946, p 351.

¹³⁹ د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 419.

البعض¹⁴⁰ أن استعمال الطبيب للهجة الطبية من شأنه أن يُخلّ بقدرة المريض على الاستيعاب الجيد للمعلومات المقدمة إليه، و لهذا ينبغي على الطبيب، في سبيل تحقيق علاج أفضل لمريضه، أن يعالج لغته و يصلحها بما يتناسب مع مستوى فهم المريض.

و تجب الإشارة في هذا الصدد إلى المادة 41 من المرسوم الصادر سنة 1974 و الخاص بسير العمل في المستشفيات العامة في فرنسا التي تنص صراحة على ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة من الأطباء لمرضاهم سهلة المنال.¹⁴¹

و لقد أكدت محكمة النقد الفرنسية في أكثر من حكم لها على ضرورة أن يكون الإعلام الصادر من الطبيب بسيطاً، تقريبياً، مفهوماً و صادقاً. كما أشارت المحكمة في حكم لها إلى أن تخلي الطبيب عن استعمال المصطلح الطبي المعروف بـ "التهاب مخاطي أمامي" (Mucocèle frontale) ولجوءه إلى استعمال بدل ذلك مصطلحاً شائعاً و هو "التهاب الجيب الأمامي" (Sinusite Frontal) لتوصيل المعلومة إلى المريض لا يشكل خطأ في جانبه ما دام أن ذلك الإعلام قد مكّن المريضة من إدراك طبيعة ما تعاني منه، و تكونت لديها فكرة صحيحة عن العلاج المقترح.¹⁴²

بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بمراعاة الظروف الشخصية للمريض عند إعلامه مثل عمره، مستوى ثقافته، شخصيته، جنسه و درجة خطورة مرضه. فلا ينبغي أن يتعامل الطبيب مع مرضاه بطريقة آلية و إنما ينبغي عليه أن يتفاعل مع كل مريض فيراعي ظروفه الخاصة عند إعلامه. فما يقدمه الطبيب من معلومات إلى شابٍ في مقتبل العمر ينبغي أن يختلف عما يقدمه من معلومات إلى شيخ قد بلغ من العمر عتياً رغم أنهما يشكوان من نفس المرض. ذلك أن قبول المرض بالنسبة للشيخ أمر بديهي و معقول بسبب تقدمه في السن، أما بالنسبة للشباب فمن الصعب عليه تقبل المرض بسهولة. و كذلك الحال بالنسبة للرجل و المرأة من حيث تأثير الإعلام عليهما. فما يمكن للرجل تحمله من إعلام عن مرض خطير قد يكون سبباً في وفاة المرأة أو إصابتها

¹⁴⁰، "L'emploi du jargon médical risque en effet de perturber une bonne perception de l'information par le malade. Pour mieux soigner ses malades, le médecin devra soigner son langage". Souet, S., op. cit., p. 5., voir, Malicier, D et Miras, A et Fuelget, P et Faivre, F " La responsabilité médicale", Alexandre la cassagne, Lyon, 1992, p. 63.

En ce qui concerne la doctrine Anglo-saxonne sur ce point, voir ; Mason and Mc call Smith, op.cit p. 243 ; Ecamps, F., " G. Legal Medicine", Chicago, 3rd ed , A John Wright Sons Ltd. Publications, p. 424, Hawkins, op. cit, p 192.

¹⁴¹ Souet, S., op. cit., p. 5.

¹⁴² "Le chirurgien doit fournir une information simple, approximative intelligible et loyale pour permettre au malade de prendre la décision qu'il estimait s'imposait", Cass.civ. 21 février 1961 J. C.P. 1961, II- 12129 – Note R.Savatier.

بصدمة نفسية خطيرة. كما يجب أن يختلف إعلام المريض الأمي عن إعلام المثقف خاصة بشأن اختيار المصطلحات المستعملة في الحديث مع كل منهما لأسباب مرتبطة بقدراتهما في استيعاب المعلومات.¹⁴³ فقد أشار جانب من الفقه الفرنسي¹⁴⁴ و المصري¹⁴⁵ إلى ضرورة مراعاة الطبيب لدرجة التعليم التي وصل إليها مريضه، حيث أن إعلامً طبيب لطبيب آخر بشأن مرض معين يختلف عن إعلام شخص آخر ليس له أي تكوين طبي.

و يؤيد الباحث بهذا الصدد ما ذهب إليه البعض، من أن اعتماد الطبيب لأسلوب إعلام مغاير لذلك المشار إليه أعلاه من شأنه أن يضاعف على المرضى أمراضهم بدلا من أن يخفف عنهم آثار جهلهم بها.¹⁴⁶ و جدير بالذكر في هذا المقام لما توصلت إليه الباحثة الفرنسية Souet من أن التشخيص الجيد لا يكفي بمفرده لإعداد طبيب جيد و أن طبيعة العلاقة الطبية تتطلب إلى جانب ذلك أن يتوافر لدى الطبيب مؤهلات نفسية حتى يتمكن من مواجهة العديد من الحالات اليومية التي يتعرض لها، و أن انعدام مثل هذه المؤهلات لدى طالب الطب يشكل حاجزا لديه في ممارسته لهذه المهنة.¹⁴⁷

و على العموم، فإن أهم المؤهلات و الصفات التي ينبغي أن يتحلى بها الطبيب عند إعلامه لمرضاه هما الفطنة و الذكاء الذين يساعده على جعل إعلامه منسجما و متناغما مع ظروف مرضاه الشخصية. و مما يجعل مهمة الطبيب صعبة بشأن الإعلام، هو وجوب استرجاعه لكل قدراته الفكرية مع كل مريض و هو ليس بالشيء الهين إذا كان يلتقي بالعشرات من مرضاه يوميا.

المطلب الثالث: الإعلام الكافي و الكامل:

يجب التنبيه بداية إلى أن كمية المعلومات تبقى محل جدل بين الفقه و القضاء و أهل الطب. فقد أوضحنا كيف أن محكمة النقض استعملت مصطلحات مختلفة بشأن تحديد الكمية، فتارة تقول إعلاما تقريبا (Information approximative)، و تارة أخرى إعلاما مناسبا (Information appropriée)، كما استعملت كذلك مصطلح الإعلام الكافي (Inf. suffisante)، مما يوحي بصعوبة تحديد كمية المعلومات التي يجب إفادة المريض بها.

¹⁴³ د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 425.

¹⁴⁴ Savatier, Auby et pequignet, "Traité de droit médical", 1956, p 228 et suite., Memeteau, G, "la responsabilité civile médicale", op.cit p.112, Penneau, J, "La responsabilité médicale", op.cit, p. 60.

¹⁴⁵ د: عبد الرشيد مأمون، "عقد العلاج الطبي بين النظرية و التطبيق"، ص 21.

¹⁴⁶ د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 425.

¹⁴⁷Souet, S., op. cit., p. 14.

غير أنه ليس ثمة شك في أن الإعلام الناقص لا يعطي للمريض صورة حقيقية عن حالته الصحية و ما تحتاجه من علاج، و لا يحقق الغاية المرجوة منه في تنوير المريض. لذلك كان من الطبيعي أن يشترط في الإعلام أن يكون كافيا. و لا تتحقق هذه الكفاية إلا بشمول الإعلام لكل العناصر التي تساعد المريض على اتخاذ قرار واع و مستنير. لذلك جاء في مشروع توصية لجنة وزراء المجلس الأوروبي¹⁴⁸ بشأن الواجبات القانونية الملقاة على عاتق الأطباء تجاه مرضاهم أنه يجب على الطبيب أن يزود الشخص المطلوب موافقته لإجراء أي تدخل طبي عليه، بالمعلومات الكافية و بالقدر الذي يسمح له بالموافقة و هو على بينة من أمر.

و قد وصفت محكمة النقض الفرنسية الإعلام الواجب تقديمه للمريض في بعض قراراتها بالإعلام الكافي (information suffisante).¹⁴⁹ في حين استعملت مصطلح "إعلاما تقريبا في البعض الآخر (Information approximative)¹⁵⁰. غير أن يجب التنبيه إلى أن محتوى الإعلام بشأن المخاطر وفقا لموقف محكمة النقض الفرنسية يجب أن يكون شاملا و هو ما أعلنت عنه هذه الأخيرة في قرار 7 أكتوبر 1998 بطريقة ضمنية عندما قررت إلزام الطبيب بإعلام المريض بشأن المخاطر الاستثنائية.¹⁵¹

و مما لا خلاف فيه أن واجب الإعلام و التبصير يتسع في حالات الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى العلاج بالمعنى الضيق، كاستعمال أساليب و وسائل التشخيص الحديثة و ما يكتنفها من مخاطر على سلامة المريض،¹⁵² أو الجراحة التجميلية التي تتطلب الإعلام الشامل و المطلق مثلها مثل إجراء التجارب الغير علاجية.¹⁵³

¹⁴⁸Le médecin doit donner à la personne dont le consentement est requis, une **information suffisante qui lui permet de consentir en pleine connaissance de cause**”, cité par Guillod, O., op. cit., p. 128.

¹⁴⁹“...le médecin doit donner au patient une **information suffisante** sur les risques de l’acte médical envisagé afin de recueillir son consentement libre et éclairé **sans être toutefois tenu de porter à sa connaissance** les risques ayant un **caractère exceptionnel**” Cass.civ. 1^{ère} 15 déc. 1993 arrêt n°1653 inédit.

¹⁵⁰Cass. civ. 21 février 1961 J. C.P. 1961, II- 12129 – Note R.Savatier.

Cass. civ. 1^{ère} 25 février 1997 Gaz. Pal. 1997.1.

Cass. civ. 1^{ère} 14 octobre 1997 Gaz. pal. 1997. 2.

Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

¹⁵¹Voir l’arrêt, Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

”Hormis les cas d’urgences, d’impossibilité ou de refus du patient d’être informé, un médecin est tenu de lui donné une information loyale claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] **il n’est pas dispensé de cette obligation** par le seul fait que **ces risques ne se réalisent qu’exceptionnellement**”, Cass. 1^{er} civ., 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

¹⁵²Baudouin, J. L., “L’expérimentation sur les Humains ; un conflit de valeur”, Rev. Sc. Crim. Et de Droit Pén. Comp. 1971, p. 187.

¹⁵³راجع ص. 511 و ما بعدها من الرسالة.

و في مجال تنظيم الأسرة و ضبط الإنجاب يلتزم الطبيب كذلك بتوضيح الطرق المقترحة بمزاياها و مضاعفاتها و كذا البدائل الممكنة، لأن أغلب هذه الوسائل فيها مساس بسلامة الجسم. و في هذا الصدد أكد مجلس اللوردات في إنجلترا بمناسبة نظره في قضية *Gold*¹⁵⁴ بأن القاعدة التي توصل إليها في قضية *Sidaway*¹⁵⁵ و المتعلقة بمعيار الخطأ و مسئولية الطبيب تنطبق على الأعمال الطبية أيا كانت طبيعتها أو الغرض منها و أيا كان تخصص الطبيب. فوسائل ضبط الإنجاب تتضمن مساسا بسلامة الجسم مما يوجب سريان قواعد تبصير المريض للحصول على رضاء سليم و مقبول قانونيا قبل تنفيذ قبل الوسيلة المقترحة. و في هذه الحالات، يضيف المجلس، يجب على الطبيب أن يزود مريضه بالمعلومات الضرورية و غير الضرورية، وأن يكشف له عن كل المخاطر أيا كانت طبيعتها أو نسبة حدوثها.

المطلب الرابع: الإعلام الدقيق والصادق:

كقاعدة عامة إن الإعلام الذي يخلو من وصفي الدقة و الصدق يبقى إعلاما ناقصا و مبتورا و لا يساعد من الناحية القانونية على الحصول على رضاء صحيح. لذلك يتعين أن يتسم إعلام الطبيب بالدقة في وصفه للمرض الذي يشكو منه المريض و للعلاج الذي يقترحه عليه. كما ينبغي للطبيب مراعاة الدقة عند عرضه للبدائل العلاجية خاصة فيما يتعلق بالمزايا و المساوي المقترنة بها حتى يتسنى للمريض مشاركة الطبيب في اختيار إحداها عن دراية و علم لا عن جهالة و جهل.

كما ينبغي على الطبيب، بصورة عامة، أن يكون صادقا في إعلامه للمريض، حيث يقتضي ذلك تزويده بمعلومات صحيحة بخصوص مرضه أو علاجه ما لم يكن ثمة مبرر قوي تقتضي فيه مصلحة المريض أن يلجأ الطبيب إلى الكذب في الإعلام تفاديا لما قد يلحق مريضه من آثار سيئة من جراء مصارحته بخطورة المرض أو خطورة علاجه. و في هذا الصدد أشار البعض إلى الأهمية التي توليها المحاكم الفرنسية لهذين الوصفين في إعلام الطبيب لمريضه.¹⁵⁶ و لقد أعرب فعلا القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه عن اشتراط الصحة و الصدق في المعلومات المقدمة للمريض من لدن الطبيب بحيث يتعرض للمسئولية إذا خلا إعلامه من هذين

¹⁵⁴ Cité par Lindsell, C. "On torts, Sweet maxwell, London 1989, p. 632, et Lewis, C. J., op. cit., p. 209.

¹⁵⁵ *Sidaway v. Bethlem Hospital Governors and Ors*, [1984] 1 All E.R 1018, (C.A), [1985] 1 All E.R 643 (H.L).

¹⁵⁶ "Les tribunaux attachent une très grande importance à ce que les malades bénéficient d'une information exacte afin qu'ils décident en connaissance de cause s'ils se soumettent au traitement ou à l'opération qu'on leur conseille", Alisse, J, "l'obligation de renseignement dans les contrats", Thèse, Paris 2, 1975, p. 100 .

الوصفين.¹⁵⁷ فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن الطبيب ملزم بأن يخبر المريض بصدق وأمانة عن لزوم العملية الجراحية من عدمه و عن إمكانية الاستغناء عنها بالعلاج الطويل.¹⁵⁸

وفي حكم آخر لها قررت المحكمة أن الأمر الذي يتحكم في كمية المعلومات التي يجب على الطبيب تقديمها لمريضه هو الغرض المرجو من هذا الإعلام و هو إعطاء المريض فكرة صحيحة و دقيقة عن حالته الصحية حتى يتسنى له على ضوء تلك المعلومات أن يقرر قبول أو رفض التدخل العلاجي المقترح.¹⁵⁹

و جدير بالملاحظة في هذا المقام إلى أنه ثمة اتجاهها فقهيًا فرنسيًا¹⁶⁰ يفرق في مجال كذب الطبيب على مريضه في الإعلام بين نوعين من الكذب؛

- الكذب المتشائم (Le mensonge pessimiste)، و هو الكذب الذي ينطوي على إخفاء معلومات إيجابية أو نتائج حسنة عن المريض بشأن حالته الصحية و حمله على الاعتقاد بأنه تنتظره عواقب أكثر خطورة مما أظهرته الفحوص و التحاليل الطبية، و لا شك في أن هذا النوع من الكذب منبوذ و ممنوع في ميدان الطب.

- الكذب المتفائل (Le mensonge optimiste)، فهو إخفاء حقيقة المرض و عواقبه عن المريض طالما أن ذكر الحقيقة سوف يكون له أثرا سلبيا على نفسيته، و لا شك في أن ذلك لا يساعد على شفاؤه. و هذا النوع من الكذب مسموح به طبقا لهذا الرأي لأنه يستهدف مصلحة المريض و يؤدي إلى تحسين حالته الصحية.¹⁶¹

و في نظرنا يتفق الكذب المتفائل من حيث المفهوم مع إجماع أو امتناع الطبيب عمدا عن إعلام مريضه لأسباب شرعية. و يدخل ضمن الأسباب الشرعية كما هو معلوم حالات الاستعجال التي لا يمكن فيها للطبيب إعلام المريض و هي؛

- عندما تكون حالة المريض الصحية لا تساعد على إعلامه كأن يكون فاقدا للوعي.¹⁶²

¹⁵⁷ voir par exemple, Douai 10 juillet 1946. D 1946, p 351.

¹⁵⁸ Cass. civ. 17 novembre 1969, Gaz. Pal. 1970 - 1 - p. 49.

¹⁵⁹ Cass. civ. 14 février 1973. Gaz. Pal., 1973., - II - p. 341.

¹⁶⁰ د: أحمد شوقي عمر أبوخطوة، " القانون الجنائي و الطب الحديث؛ دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 1986، ص 112 و 113. راجع أيضا،

Kornprobst, L. op.cit, p. 378.

¹⁶¹ د. أحمد شوقي عمر أبوخطوة، المرجع السابق، ص. 113.

¹⁶² Alisse, J, op.cit, p 103.

- عندما يكون المريض واعيا و لكنه لا يمكنه التمييز إما لصغر سنه أو عجزه أو أن حالته تستدعي التدخل السريع من أجل إنقاذ حياته و لا يمكن تأجيل ذلك إلى حين إفاقته و مشاورته أو يتعذر الاتصال بأقاربه في الوقت المناسب.¹⁶³

و يضاف إلى حالات الإستعجال، امتناع الطبيب عن الإعلام الذي يكون أساسه الامتيازات العلاجية (privilège ou intérêt thérapeutique) التي يختص بها الطبيب عندما يقدر أنه من مصلحة المريض عدم معرفة الحقيقة بشأن حالته المرضية خشية تآزم حالته النفسية أو التأثير السلبي على مجريات علاجه.

و قد حدد الفقيه Carbonnier¹⁶⁴ في هذا الشأن معيار مشروعية الكذب بالعرض أو الهدف الذي يقصده الطبيب من وراء ذلك. فإذا كان هدفه هو تحقيق مصلحة المريض و سعى إلى تحقيق ذلك بدون اللجوء إلى الوسائل التدليسية أو الإحتيالية¹⁶⁵، فلا يعتبر الطبيب مخطئاً إذا عالج المريض عن طريق الكذب.¹⁶⁶

المبحث الخامس: المدين و الدائن في الالتزام بإعلام المريض:

بخلاف الحالات العادية التي تكون فيها العلاقة الطبية منحصرة في شخصي الطبيب و المريض، فيكون الطبيب المعالج مدينا بالإعلام في مواجهة مريضه الدائن بهذا الالتزام، قد توجد علاقات طبية تشمل، إلى جانب الطبيب و المريض، أشخاصا آخرين يشاركونهما صفة الدائنية و المديونية في الالتزام بالإعلام.

فبخصوص المدين بالالتزام بالإعلام مثلا قد يشارك الطبيب المباشر العلاج أشخاص آخرون بشأن التزامه بالإعلام كما هو الحال عند اشتراك مجموعة من الأطباء في إجراء

¹⁶³ تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية الطبيب عن عدم إعلامه للمريض الذي تم نقله إليه في حالة يستحيل معها إعلامه نظرا لإصابته بارتجاج في المخ بسبب حدوث شق في عظام الرأس، الأمر الذي استوجب على الطبيب سرعة التدخل الجراحي لإنقاذ حياة مريضه من دون أن ينتظر إفاقة المريض لإعلامه و الحصول على موافقته. أشار إلى هذا الحكم د. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 222 و 223، راجع كذلك محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي؛ دراسة تحليلية و تأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض"، مكتبة سيد عبد الله و هبة، 1986، ص. 94.

¹⁶⁴ ذكره، د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 430.

¹⁶⁵ و مثالها كتمان المعلومات عن المريض أو تزويده بمعلومات خاطئة لغرض التضليل، و مثاله ما ذهبت إليه إحدى المحاكم الأمريكية بعدم الاعتداد بموافقة المريضة على عملية انتزاع ورم من فرجها (un abcès vaginal) بسبل تضليل الطبيب لها. حيث أن الطبيب كان ينوي في الأصل إجهاضها لأنه هو الذي تسبب في حملها من خلال ربط علاقة غير شرعية معها. راجع قضية Hobbs (1916) 8th Cir 681 F. 236. v. Kizer. و قد انتهجت إحدى المحاكم الإنجليزية نفس النهج في مسائلة الطبيب الذي اعتدى جنسيا على إحدى مريضاته القاصرات (14 سنة) بدعوى أنه يعالجها من اضطراب في عاداتها الشهرية. suppressed (menstruation)، (1850) 1 Eng. L and Eq. Rep 544. Regina v. Case. أما في فرنسا فقد قضت محكمة الاستئناف بباريس بمسؤولية الطبيب الذي أخبر مريضه بنتائج مضللة لحمله على قبول علاج معين. حيث اعتبرت المحكمة أن هذا المسلك يشكل في ذاته خطأ جسيما بالنظر إلى ما ينطوي عليه من إخلال بالثقة و الأمانة الواجب توافرها في الطبيب، Paris 17 juillet 1936 D.

1936. 98.

¹⁶⁶ بالنسبة للقانون الفرنسي يجب مراعاة أحكام القانون رقم 303-2002 المؤرخ 04 مارس 2002 و الذي لم ينص على الامتيازات العلاجية.

العمليات الجراحية الكبرى فيثور التساؤل بهذا الشأن حول معرفة الشخص المسئول عن إعلام المريض، هل هو رئيسهم، أحدهم أم جميعهم؟

كما يثور التساؤل حول إمكانية تفويض الطبيب غيره للقيام بعملية الإعلام، و هل هذا التفويض يعفيه من المسؤولية في حالة إخلال و تقصير وكيله في أداء الدور الإعلامي؟

أما فيما يتعلق بالدائن بالالتزام بالإعلام يثور التساؤل حول ما إذا كان الطبيب ملزما بإعلام غير المريض أم لا؟ و هل يمكن أن يقوم إعلام الغير مقام إعلام المريض ؟ و ستشكل هذه التساؤلات موضوع المطالب الموالية.

المطلب الأول: المدين بالالتزام بإعلام المريض:

مما لا شك فيه أن الطبيب المباشر للعلاج أو الجراحة هو المسئول الوحيد عن أداء الدور الإعلامي الذي يعطي للمريض صورة واضحة عن حالته الصحية، مرضه و ما يحتاجه من علاج. غير أنه قد يحدث أن يتدخل عدد من الأطباء فيشاركون الطبيب الأصلي في مباشرة العلاج أو الجراحة و قد يكون من بين هؤلاء من شارك منذ البداية حتى النهاية فيكون بالتالي أصيلا في مباشرة العلاج، و منهم من يتدخل فقط للمساعدة أو الاستشارة. هذا فضلا عن تدخل الممرضون لمساعدة الفرقة الطبية ماديا أثناء العملية الجراحية، فمن يلتزم بالإعلام ضمن هذا الطاقم؟.

الفرع الأول: الملتمزم بالإعلام عند التدخل الجماعي في العلاج:

كثيرا ما يحدث، كما سبقت الإشارة إليه أعلاه، أن يشترك فريق من الأطباء الجراحين في سبيل إجراء عملية جراحية، و من الضروري أيضا أن يشترك معهم طبيب تخدير واحد على الأقل بالإضافة إلى الممرضين المساعدين. و هذا يعني أن إجراء عملية جراحية يتطلب على الأقل نوعين من التخصص الطبي؛ تخصص خاص بالتخدير و آخر خاص بالجراحة. الأمر الذي يتطلب إعلام المريض من كلا المختصين، فينبغي على طبيب التخدير أن يحيط المريض علما بطبيعة التخدير الذي سيتعرض له، هل هو تخدير عام أم تخدير نصفي(أي أسفل الجسم أم أعلاه)، أم تخدير محلي. هذا فضلا عن بيان آثار التخدير و مخاطره المتوقعة و مدى تأثيره على صحته بشكل عام.

كما ينبغي من جهة أخرى على الجراحين أن يقوموا بدورهم الإعلامي بخصوص الجراحة و ما يرتبط بها من آثار حسنة أو سيئة و ما إذا كانت ثمة بدائل أخرى علاجية كانت أم جراحية بالإضافة إلى آثارها و مخاطرها هي الأخرى.¹⁶⁷

و إذا تعدد الملتزمون بأداء الدور الإعلامي لا سيما إذا كانوا من تخصص واحد، فإنه يكفي أن يقوم بتنفيذه أحدهم و إن كان يتولى في الغالب رئيس الفريق الجراحي أو رئيس فريق التخدير أو غيرهما من رؤساء الأقسام مهمة إعلام المريض و تنويره بشأن حالته المرضية و علاجها و تنويره بكل ما يحتاجه من معلومات لتمكينه من اتخاذ قرار واع بشأن حالته الصحية.¹⁶⁸

أما بشأن التدخل المفاجئ لأحد الأطباء أثناء العملية الجراحية على سبيل الاستشارة فإنه لا يولد، حسب الرأي الراجح¹⁶⁹، أي التزام على عاتق الطبيب المستشار بشأن الإعلام تجاه المريض. أما إذا كان دور الطبيب المتدخل مهما كما لو اكتشف الأطباء المباشرون للجراحة حاجة المريض إلى جراحة أخرى أكثر تخصصا فاستعانوا به، فلا شك في هذه الحالة من وجوب إعلام أقارب المريض الذي يكون تحت التخدير بالعملية الجديدة هذا إذا لم يكن بالإمكان تأجيلها إلى حين استشارة المريض شخصيا بشأنها.

و في هذا الصدد يشير Olivier¹⁷⁰ إلى حكم لإحدى المحاكم الأمريكية بنيويورك قضت فيه بإلزام كل من الطبيب المعالج الذي ظل مشتركا في العملية الجراحية و الطبيب رئيس الفريق الجراحي بإعلام المريض حول العملية و استبعدت من دائرة المسؤولية كل من الجراح المساعد و طبيب قلب مختص تم استدعائه على سبيل الاستشارة.

و فيما يتعلق بالمرضىين فلا يتصور وجود أي التزام بالإعلام على عاتقهم في مواجهة المريض بشأن حالته الصحية على أساس، كما قال البعض، "فأقد الشيء لا يعطيه"¹⁷¹.

الفرع الثاني: تفويض الطبيب لغيره في إعلام مريضه:

¹⁶⁷د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص. 413.

¹⁶⁸د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 413.

¹⁶⁹د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 414.

¹⁷⁰ Guillod, O., op.cit p. 122.

¹⁷¹د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 414.

يثور التساؤل، كما أسلفنا، حول مدى إمكانية تفويض الطبيب لغيره من أجل تنفيذ واجبه القانوني بإعلام مريضه. من جهة أخرى إذا كان بإمكانه تفويض غيره، مَنْ هم الأشخاص الذين يمكنهم الحلول محله للقيام بهذا الالتزام. بمعنى آخر هل يُشترط في المفوض أن يكون طبيبا، و هل يجوز للطبيب أن يفوض لهذا الغرض مساعده كالممرض أو أمين عيادته مثلا؟.

يعتبر الفقه¹⁷² بأن التزام الطبيب بالإعلام تجاه المريض هو التزام شخصي. من ثم ليس للطبيب أن يفوض غيره سواء كان من الأطباء أو من غيرهم لأداء هذا الالتزام ما لم يوافق المريض على ذلك صراحة، أو سمح له العرف بإجراء التفويض إلى طبيب آخر أو كان مجبرا عليه إذا تعذر عليه القيام بالعملية بنفسه بحكم ظروف خاصة كحالة الاستعجال مثلا.

أما عن مسؤولية الطبيب المعالج في الحالات المرخص له بالتفويض فيها، فالأصل أنه غير مسئول عن خطأ من فوضه من الأطباء إلا ما كان مرتبطا بخطئه في اختياره أو في التعليمات التي أصدرها إليه. أما الحالات التي لا يكون فيها الطبيب مرخص له بالتفويض فيها فإنه يكون مسئولا عن جميع أخطاء من فوضه كما لو كانت صدرت منه شخصيا.

و يتجه جانب من الفقه¹⁷³ إلى أنه من حق الطبيب أن يفوض طبيبا آخر مهمة تنفيذ التزامه بالإعلام تجاه مريضه بشرط أن يكون من أهل الاختصاص الذي ينتمي إليه الطبيب المعالج. و يعفى الطبيب المعالج من المسؤولية طالما أنه باشر التفويض بطريقة تحقق وصول المعلومات إلى المريض بطريقة ملائمة.

و في رأينا تعتبر الحالات التي يجوز فيها تفويض الالتزام بالإعلام حالات استثنائية لا يجوز التوسع فيها لعدة أسباب منها؛

- إذا كان الالتزام بالإعلام التزاما شخصيا من الناحية القانونية، فإن تنفيذه من قبل الطبيب المعالج من الناحية العملية يُدعم علاقة الثقة المتبادلة بين الطبيب و المريض، و يشكل بالنسبة للمريض مظهرا من مظاهر الاعتناء به، و لا أحد ينكر الأثر الإيجابي لذلك على نفسيته.

- كما أن تنفيذ الطبيب المعالج بنفسه لواجب الإعلام فيه منفعة كبيرة للمريض. إذ أن معرفته للحالة الصحية و النفسية لمريضه تساعده على اختيار أسلوب الحديث الأنجع

¹⁷² Guillod, O., op.cit p. 122 et suite.

¹⁷³ الفقه الألماني الذي يتفق مع الفقه الأمريكي من حيث وجوب ضمان الطبيب المعالج وصول المعلومات الضرورية إلى المريض بطريقة ملائمة، انظر بهذا الصدد، Guillod, O., المرجع السابق ص، 120.

الذي يمكنه من إيصال المعلومات الضرورية للمريض من دون أن ينفره من العلاج أو يسيء إلى حالته النفسية، و هو الشيء الذي لا يمكن اجتنابه عند قيام الغير بإعلام المريض و هو يجهل شخصيته وحالته النفسية.

- من جهة أخرى يلتزم الطبيب قانونا في علاقته مع المريض بالسرية المهنية¹⁷⁴، الأمر الذي يتطلب منه كتمان أسراره المرتبطة بحالته الصحية و هو ما يتناقض مع تفويضه للالتزام بالإعلام ما دام أن العملية تتطلب إطلاع الغير على ملف المريض الصحي و هو ما يشكل إخلالا بواجب السرية.

الفرع الثالث: تفويض الطبيب أمر إعلام المريض إلى مساعده أو أمين عيادته:

يتفق الفقه على عدم جواز إنابة الطبيب للممرض أو غيره ممن يساعده من غير الأطباء بشأن إعلام المريض، و في حالة قيامه بذلك يسأل الطبيب مسئولية كاملة على تقصيره أو مخالفته كما لو كانت صادرة من الطبيب شخصيا.¹⁷⁵

و قد اتبع القضاء في مختلف الدول نفس الاتجاه. حيث أيدت المحكمة الفيدرالية في سويسرا ما ذهب إليه الفقه فحملت الطبيب المسئولية عن أخطاء مساعديه في قضية تتخلص وقائعها في تضرر أحد المرضى من جراء علاجه بواسطة الأشعة. إذ لم تفرق المحكمة في مجال المسئولية بين كون الخطأ في إعلام المريض بمخاطر العلاج بالأشعة قد صدر من الطبيب أو من أحد مساعديه.¹⁷⁶

و في ألمانيا أعلنت المحكمة العليا في أحد أحكامها أن الرضا الصادر من المريض يجب أن يكون على أساس المعلومات التي ينبغي حتما أن يتم تبليغها إليه من قبل الطبيب.¹⁷⁷

¹⁷⁴ في هذا الصدد تنص المادة 206 مكرر 1 من القانون 85/05 المعدل بالقانون 17/90 المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها على ما يلي؛ "يضمن احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكنمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة"، راجع كذلك في نفس الموضوع المواد 206 مكرر 2، 4 و مكرر 5. كما تتحدث المادة 226 من نفس القانون عن نفس الالتزام بالنسبة للمساعدين الطبيين. كما تؤكد على هذا الالتزام المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية التي تنص على ما يلي؛ "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسرية المهنية المفروض لصالح المريض و المجموعة إلا إذا نص القانون على ذلك." و تبين المادة 37 من المدونة محتوى السر المهني فأشارت إلى أنه يشمل " كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان و يسمعه و يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته. " و أوجبت المدونة كذلك على الطبيب أن يحرص على جعل مساعديه يحترمون متطلبات السر المهني(المادة 38) و كذا السهر على حماية البطاقات السريرية و وثائق المرضى الموجودة لديه من كل فضول (المادة 39).

¹⁷⁵ "Dès lors, si le médecin demande à une infirmière de renseigner le malade, il répond de ses manquements comme des siens propres puisque la substitution est en principe illicite.", Guilloid, O., op. cit., p. 121.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

أما في أمريكا فلا تجيز قوانين بعض الولايات للطبيب تفويض ممرضه أو غيره من المساعدين في إعلام المريض و تفرض على الطبيب تنفيذ هذا الالتزام بمعرفته، في حين ذهب البعض الآخر منها إلى السماح بمثل هذا التفويض في بعض الحالات. فقد قررت محكمة بنسلفانيا في أحد أحكامها أن العبرة بشأن الإعلام هي مدى ملاءمته و أهميته بالنسبة للمريض و ليس بهوية و شخصية من نقله.¹⁷⁸

و في رأي الباحث لا يمكن الاعتداد بهذا الموقف الذي يعتبر استثناء و تعبير عن رأي الأقلية، خشية أن يؤدي ذلك إلى إجازة التفويض في كل الحالات. صحيح أن النظام الأنجلوساكسوني قائم على أساس الاجتهاد القضائي، و أنه يَدْرُسُ كل قضية وفقا لظروفها و ملاسباتها الخاصة، و ما يحكم به القاضي اليوم لا يحكم به بالضرورة غدا. لكن القول بأن العبرة "بملائمة الإعلام و ليست بهوية القائم به"، كما ذهبت إليه محكمة بنسلفانيا سوف يفتح المجال لكل طبيب لكي يدعي بأن مساعده مؤهل للقيام بمهمة الإعلام الملائم.

أما في القانون الجزائري، فليس هناك ما يفيد صراحة بإمكانية تفويض الطبيب غيره من الأشخاص للقيام بمهمة الإعلام. إذ أن المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية تتحدث فقط عن وجوب اجتهاد الطبيب المعالج من أجل إفادة المريض بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي من دون أن تتعرض لإمكانية تفويضه لشخص آخر لتنفيذ هذه المهمة. غير أن المادة 73 من نفس المدونة تُحْمِلُ الطبيب مسؤوليته الشخصية بشأن واجباته المهنية التي يفرضها عليه عقد العلاج الطبي تجاه مرضاه و منها الالتزام بالإعلام المنصوص عليه في المادة 43 من المدونة، كما تُحْمِلُهُ مسؤولية الأعمال التي يقوم بها مساعديه الذي يكون قد اختارهم بنفسه، إذ تنص المادة 73 على ما يلي؛

"عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كل منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية.

أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهم و تحت مسؤوليتهم".

¹⁷⁸ و تتلخص وقائع هذه القضية في تضرر أحد الأشخاص من اقتلاع أضراس، و كان قد تلقى إعلاما بخصوص العملية من زوجة الجراح و التي كانت ممرضة من حيث التكوين و تساعد زوجها. أشار إليها، Guillod, O., المرجع السابق، ص. 121.

و قد تمت الإشارة آنفا إلى أنه في حالة ممارسة الطب في شكل فرق طبية يتولى عادة من الناحية العملية رئيس الفرقة الطبية أو الطبيب رئيس القسم بإعلام المريض، أو يكلف أحد أعضاء الفرقة، بهذه المهمة بشرط أن يكون إعلام المريض مناسباً و كافياً حسب تخصص الأطباء المشاركون في العلاج. و بالتالي تتحدد المسؤوليات الشخصية للأطباء المشاركون تجاه المريض من خلال تحديد دور كل منهم في عملية العلاج، و هو ما يتفق مع ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 73.

المطلب الثاني: الدائن أو صاحب الحق في الإعلام قبل التدخل العلاجي:

يعتبر المريض في الأصل هو صاحب الحق في الإعلام بشأن حالته الصحية و العلاج اللازم لها من قبل طبيبه قبل مباشرة أي تدخل طبي أو جراحي على جسمه.¹⁷⁹ غير أن هناك حالات يتعين فيها إعلام غيره من الأشخاص بسبب حاجته للحماية القانونية.

الفرع الأول: إعلام المريض أو أقاربه لاعتبارات خاصة:

كأصل عام، لا يُتصور أن يباشر العلاج أو الجراحة قبل إعلام المريض إعلاماً كافياً لتبصيره بشأن حالته الصحية و إعطائه فرصة التعبير عن إرادته بكل حرية بشأن قبول أو رفض العلاج أو الجراحة المقترحة بناء على تلك المعلومات المقدمة إليه. غير أن ذلك لا يمنع من تقديم تلك المعلومات إلى أشخاص آخرين تربطهم بالمريض روابط القرابة أو الزواج أو النسب. فقد جرت العادة أن يعلم الطبيب أهل المريض و أقاربه بحالته الصحية و ما يلزمه من علاج نظراً لما قد يترتب على العلاج أو الجراحة من آثار و انعكاسات خطيرة لا تنحصر آثارها على المريض وحده فحسب، بل تمتد إلى أفراد عائلته كالزوجة أو الزوج أو الوالدين والأولاد. فلا يمكن لهؤلاء أن يبقوا جاهلين بالحالة الصحية لمريضهم على أساس أن كل واحد منهم يُعد صاحب مصلحة في العلم بكل ما يهدد صحة و حياة قريبهم من أمراض و ما يلزمها من علاج.¹⁸⁰

من جهة أخرى إذا كان للزوج حق معرفة كل ما يتصل بصحة زوجه الآخر لأسباب بديهية، فإن هذا الحق يتأكد و يصبح ذا أهمية خاصة في المسائل العلاجية التي لها أثر كبير على حياتهم الزوجية مثل التلقيح الصناعي، التعقيم و الإجهاض. إذ أن هذا النوع من التدخل الطبي

¹⁷⁹ يستثنى من هذا المبدأ القصر و عديمي الأهلية الذين يتعين توجيه الإعلام بشأن حالاتهم الصحية إلى ذويهم أو ممثليهم و الحصول على موافقتهم قبل علاجهم، راجع الفصل الموالي من هذه الرسالة، ص. 130.
¹⁸⁰ د. خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 419.

يهم الزوجين معا من حيث آثاره و إن كان يخضع له في الغالب، من الناحية الطبية، أحدهما فقط. و هو الشيء الذي يتطلب مبدئيا موافقة الزوجين معا و بالتالي وجوب امتداد واجب الإعلام إلى الزوجين معا.

و إذا كان السبب الداعي إلى التعقيم أو الإجهاض طبيا محضا أو علاجيا¹⁸¹ كأن يشكل المرض الذي يصيب الجهاز التناسلي أو الحمل تهديدا حقيقيا لحياة الزوجة، فلا أهمية لموافقة الزوج على ذلك إذا كانت الزوجة واعية و مدركة لحالتها الصحية و يمكنها الموافقة على العملية بنفسها. غير أن إعلام الزوج بالحالة الصحية لزوجته يبقى مهما للأسباب المذكورة أعلاه. و يبدو الاختلاف واضح بين هذه الحالات الاستثنائية و حالات التعقيم لأحد الزوجين أو الإجهاض الذي يكون لأسباب الملائمة (convenance)، و الذي يتطلب إباحة القانون من جهة و موافقة الزوجين من الجهة الأخرى.

أما إعلام الزوج بشأن تلقيح زوجته اصطناعيا فهو مطلب قانوني بسبب آثار و نتائج عملية التلقيح على حياة الزوجين و سواء تم التلقيح بمني الزوج أو بمني غيره.¹⁸² حيث يرى بعض الفقه أن الطبيب الذي يباشر التلقيح الاصطناعي على الزوجة بدون موافقة زوجها يعرض نفسه للمسائلة نظرا لما يترتب على هذا التلقيح من آثار و نتائج أهمها الالتزام برعاية الطفل و الإنفاق عليه.¹⁸³ و في هذا الصدد أشار الفقيه السويسري Guilloid إلى التوصيات الأخلاقية الطبية الصادرة عن الأكاديمية السويسرية للعلوم الطبية (Acad. Sui. Sc. Méd.) التي تستلزم من الطبيب ضرورة الحصول على رضا الزوجين معا، و التي تحظى بقدر كبير من الاحترام و بدرجة عالية من التأثير الفعال لدى المحاكم السويسرية على حد قوله.¹⁸⁴

أما في الجزائر، فثمة عدة اعتبارات اجتماعية و دينية تفرض على الطبيب، قبل مباشرة عملية التلقيح الاصطناعي، التأكد من قيام الرابطة الزوجية كشرط أساسي¹⁸⁵ و التأكد من عدم

¹⁸¹ لقد جاء في المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية مل يلي؛ " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون". و في هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 72 من القانون رقم 05/85 المؤرخ ب 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 8 لسنة 1985 على يلي؛ "بعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدهد بخطر بالغ".
¹⁸² غني عن التنبيه أن تلقيح الزوجة عن طريق الغير محرم طبقا لأحكام الشريعة، حيث اعتبره الكثير من الفقهاء ضرب من ضرب الزنا المحرمة بقوله عز و جل في سورة الإسراء، "و لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و ساء سيلا"، الآية 32.

¹⁸³ Guilloid, O., op. cit., p 125.

¹⁸⁴ Guilloid, O., op.cit., p 125. v. en droit français, L. 152-10 du code de santé publique en matière d'assistance médicale à la procréation.,

¹⁸⁵ و هو شرط مرتبط بالنظام العام، إذ لا يمكن الإنجاب في القانون الجزائري خارج العلاقة الزوجية. أما من الناحية الشرعية فثمة إجماع بين فقهاء الشريعة على إباحة التلقيح الاصطناعي بشرط قيام الرابطة الزوجية و أن يكون الوسيلة الوحيدة أمام الزوجين، و أن

إمكانية إنجاب الزوجين بطريقة طبيعية على اعتبار أن التلقيح الاصطناعي طريق استثنائي. و هو ما يفترض بالضرورة لقاء الطبيب بالزوجين المعنيين و محاورتهما حول المسألة و أخذ موافقتهما.

الفرع الثاني: حالات إعلام الغير الذي يقوم مقام إعلام المريض:

سبقت الإشارة أعلاه إلى أن إعلام الغير إلى جانب المريض أساسه روابط مقدسة كالزواج أو القرابة. غير أنه هناك حالات يتم فيها إعلام الغير فقط بحيث يقوم إعلامه من الناحية القانونية مقام إعلام المريض، و تخص هذه الحالات ناقص أو عديم الأهلية و من هم في حكمه من جهة، و المريض الذي يستحيل إعلامه بسبب حالته الصحية التي لا تسمح بتحقيق ذلك من جهة أخرى.

أولاً - إعلام ولي القاصر و عديم الأهلية:

كقاعدة عامة إذا كان المريض ناقص الأهلية أو فاقدها فإنه لا يعتد برأيه بشأن ما يلزمه من علاج أو جراحة، لذلك ليس هناك ما يوجب إعلامه شخصياً بشأن حالته المرضية و إنما يُعلم عادة ولي أمره أو من ينوب عنه قانوناً.

غير أنه إذا كان الأمر جلياً بالنسبة لعديم الأهلية من حيث وجوب الحصول على رضا ولي أمره و من ثم وجوب توجيه الإعلام إلى هذا الأخير، فإن بعض الفقه¹⁸⁶ يرى بالنسبة للقاصر ضرورة التمييز بين القاصر المأذون بالإدارة و القاصر غير المأذون بها.

فالقاصر المأذون، و هو القاصر الذي بلغ سن التمييز، يمكنه التعبير عن إرادته بخصوص عقد العلاج و من ثم له الحق في الإعلام بشأن حالته الصحية و العلاج المقترح، أما دور وليه فيقتصر على النصيحة و الموافقة على العقد من حيث جوانبه المالية. أما القاصر غير المأذون فلا يمكنه الموافقة على العلاج و يبقى ذلك من اختصاص وليه الشرعي، و يأخذ السفية و ذو الغفلة، وفقاً لهذا الرأي، حكم القاصر المأذون بالإدارة.

يتم بمنى الزوج. بالإضافة إلى ذلك يحث الفقهاء على ضرورة توخي الحذر أثناء إجراء العملية تجنباً لاختلاط الأنساب باعتبار أن الحفاظ على النسب هو من إحدى الضرورات الخمس التي تحميها القواعد الشرعية، لمزيد من المعلومات راجع رضا عبد الحليم عبد المجيد، "النظام القانوني للإنجاب الصناعي"، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 1996، ص 251 و ما بعدها. انظر كذلك المقال الصحفي لمحمد خليل، "شيخ الأزهر يحذر؛ عدم الالتزام بضوابط الإخصاب الطبي يؤدي إلى اختلاط الأنساب"، يومية الرأي، عدد 1161 بتاريخ 2002/02/17، ص 12.

¹⁸⁶ د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص. 42 و ما بعدها.

أما في القانون الجزائري فالظاهر من النصوص القانونية أنها توجب أخذ موافقة ولي القاصر بشأن كل التدخلات الطبية التي يتعرض إليها ولده القاصر، و ذلك بدون تمييز بين القاصر المميز و الغير مميز، كما سنوضح ذلك بالتفصيل لاحقاً.¹⁸⁷

و عليه يلتزم الطبيب بإعلام الولي بشأن الحالة الصحية للقاصر أو من هو في حكمه، و كذا العلاج المقترح و غير ذلك من المعلومات الضرورية حتى يتسنى له اتخاذ القرار اللازم بشأن المستقبل الصحي لولده القاصر. أما إذا كان القاصر مأذون له بالموافقة على القرارات الصحية بنفسه، كما هو الحال في بعض الأنظمة، فإنه يتعين على الطبيب إفادته بالمعلومات اللازمة قبل أن يحصل على موافقته على العلاج، بحيث لا يكون هناك اختلاف في الإعلام بينه و بين المريض كامل الأهلية إلا ما تعلق بالأمر الفنية.

ثانياً - استحالة إعلام المريض بسبب حالته الصحية:

إذا كانت حالة المريض الصحية لا تسمح بإعلامه كما لو كان مغشياً عليه على إثر حادث تعرض له، و يقتضي الأمر معالجته بسرعة و لم يكن بالإمكان الاتصال بدويه جاز للطبيب معالجته في حدود ما يسمح بإنقاذ حياته و ذلك طبقاً لكما جاء في المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها السالفة الذكر أعلاه.

أما إذا كان إلى جانب المريض فاقد الوعي أحد أقاربه و جب على الطبيب إعلام هذا الأخير بالحالة الصحية لقريبه المريض و ما يلزمها من علاج. من جهة أخرى يمكن للطبيب بصفة استثنائية الاكتفاء بإعلام القريب إذا كان في إعلام المريض خطورة على حالته النفسية.¹⁸⁸

و لقد أشارت إحدى المحاكم الأمريكية¹⁸⁹ إلى إمكانية إعلام الغير بدل المريض في حالتين

هما؛

- عندما يكون المريض مصاباً بمرض غير قابل للشفاء.
- عندما يكون المريض محروماً من نعمة الإدراك بصفة مؤقتة، و من باب أولى إذا كان محروماً من هذه النعمة بصفة دائمة.

¹⁸⁷ راجع رضا القاصر في الفصل الموالي من هذه الرسالة، ص. 130.

¹⁸⁸ راجع المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية. و لقد عالج المشرع الفرنسي هذه الحالة بتمكين المريض من تعيين "شخص أمين" عند دخوله المصالح الاستشفائية، يمكنه اتخاذ القرار المناسب في الحالات التي يعجز فيها المريض عن القيام بذلك بنفسه. راجع المادة 6-1111 L. من قانون الصحة العامة الفرنسي قانون 04 مارس 2002، سبقت الإشارة إليه.

¹⁸⁹ محكمة New york، حسب ما أشار إليه، Guillod, O., المرجع المشار إليه سابقاً، ص 125 و ما بعدها.

غير أنه يجب ألا يؤخذ بهذا الرأي على إطلاقه ، إذ يجب أن تبقى قضية إعلام المريض المصاب بمرض غير قابل للشفاء مسألة تقديرية بالنسبة للطبيب لأن ذلك يتوقف على شخصية المريض بالدرجة الأولى. فإذا كان البعض من المرضى يخشى أو لا يريد سماع المعلومات غير السارة بشأن حالتهم الصحية، فهناك آخرون يهتم معرفة كل صغيرة و كبيرة بشأنها لغرض ترتيب أمورهم قبل أن تُبَاعِثُهم الوفاة، بل منهم من يلح على الطبيب بأن يكون صادقا معه في إعلامه إذا أحس بأن هذا الأخير يخفي عنه بعض الأمور. لذلك ليس من حق الطبيب، في مثل هذه الحالات، حرمان المريض من المعلومات الخاصة بحالته الصحية خاصة إذا كان هذا الأخير كثير السؤال و ألحَّ على معرفة الحقيقة.

و في الواقع يمكن للطبيب المعالج، خصوصا في الحالات التي تطول فيها علاقته بالمريض بسبب طول مدة العلاج، أن يعرف نفسية هذا الأخير و شخصيته و من ثم تحديد ما إذا كان بالإمكان إعلامه بالجوانب السلبية لحالته الصحية.

و هناك حالة أخرى يلتزم فيها الطبيب بإعلام، ليس فقط المريض بل كل من له اتصال به، فضلا عن السلطات المعنية¹⁹⁰ و هي الحالة التي يكون فيها المريض مصابا بمرض مُعَدِّ خشيّة تنقله إلى الغير بالعدوى. و تدخل هذه الحالة ضمن حالات الوقاية من الأمراض المعدية¹⁹¹. و تطبيقا لهذا المبدأ قضت إحدى المحاكم الفرنسية بمسئولية الطبيب تجاه مُرْضِعَة أحد الأطفال التي تعرضت لتنقل مرض الزهري إليها من الطفل الذي كانت تُرْضِعُهُ عن طريق العدوى. حيث تَبَتَّ أن الطبيب المعالج لم يُعْلِمِ المُرْضِعَة بطبيعة مرض الطفل و لم يحذرهما من إمكانية انتقال المرض إليها، بالإضافة إلى عدم إفادتها بكيفية معالجته.¹⁹²

المطلب الثالث: الإعلام و تعدد مراحل العلاج:

قد تتعدد مراحل الفحص أو العلاج و يتعدد معها الأشخاص المكلفين به. فهل يكتفي الطبيب المعالج بإعلام المريض و الحصول على رضاه مرة واحدة، أم أن إعلامه و رضائه مطلوبين في كل مرحلة من مراحل التشخيص و العلاج ؟.

¹⁹⁰ و ليس في هذا النوع من إعلام الطبيب للغير بحال المريض إخلال بواجب السرية. بل هي حالة من حالات ما يأمر به القانون، بحيث يترتب على عدم التبليغ متابعة إدارية و جزائية، راجع المادة 54 من قانون حماية الصحة و ترقيتها في الهامش المولي.
¹⁹¹ حيث تنص المادة 54 من القانون 85/05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛ "يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه، و إلا سلطت عليه عقوبات إدارية و جزائية،"

¹⁹² Cass.civ. 19 mai 1968, 198 D I – 195.

الفرع الأول: ضرورة الترخيص لكل مرحلة من مراحل الفحص و العلاج:

الأصل أن كل مرحلة من مراحل التشخيص أو العلاج تتطلب ترخيصا مسبقا من جانب المريض. بل إن عقد العلاج الطبي بين الطبيب و المريض يتطلب في ذاته، كما يرى البعض،¹⁹³ أن يكون لكل عمل طبي يتضمنه العقد ترخيص مسبق من جانب المريض. و الغرض من ذلك هو ضمان حرية المريض في رفض العلاج في أية مرحلة من مراحلها. فلا يمكن للطبيب أن يفترض رضاً عاماً من المريض يشمل جميع مراحل الفحص و العلاج المختلفة، و إن كان مثل هذا الرضاء العام المفترض ممكن تصوره عندما يقبل المريض نظاما معيناً لغرض تشخيص المرض أو عندما يقبل اختبارات نوعية كإجراء تحاليل الدم أو إجراء فحوص طبية خاصة تدخل في إطار عملية تشخيص المرض.¹⁹⁴ فهل يمكن، على سبيل المثال، تفسير دخول المريض إلى عيادة الطبيب لغرض فحص طبي عادي بمثابة رضاء عام لكل ما يتطلبه الفحص أو العلاج من تدخلات طبية؟.

من الأكيد أن دخول الشخص إلى العيادة هو بمثابة رضاء ضمني من المريض للقيام بالفحص الطبي بمفهومه التقليدي، أي الفحص الخارجي الذي لا يتطلب المساس بجسم المريض إلا في نطاق محدود. غير أنه إذا تطلب تشخيص المرض تدخلات طبية فيها مساس مباشر بجسم المريض كإدخال أجهزة طبية إلى جسمه أو استعمال الأشعة و التي قد ينطوي استعمالها على مخاطر معينة، فلا يمكن للطبيب مباشرة هذه الأعمال إلا بعد إعلام المريض بطبيعة هذه الأعمال و الغرض منها و الحصول بعدئذ على رضاه المستنير. مما يعني أن واجب الإعلام مرتبط بكل مرحلة من مراحل العلاج الطبي بحكم أن كل مرحلة من هذه المراحل مستقلة عن غيرها. و قد لا يرغب المريض في متابعة العلاج بعد تشخيص الداء و مع ذلك يلتزم الطبيب في هذه الحالة بإخطاره بعواقب ذلك.

الفرع الثاني: الأشخاص المكلفون بالإعلام في حالة تعدد مراحل العلاج:

تطرح هذه الإشكالية عندما يقرر الطبيب المعالج، و هو عادة طبيبا عاما، ضرورة عرض مريضه على طبيب أخصائي. فهل يلتزم كل منهما بإعلام هذا الأخير بمراحل العلاج أو يكفي أن يقوم به أحدهما فيسقط عن الآخر أم أنه يلتزم به أحدهما على وجه التحديد دون الآخر؟.

¹⁹³ Knoppers, B M., op. cit, p. 162

¹⁹⁴ "En aucun moment, le médecin ne peut présumer un consentement général couvrant diverses formes d'examen ou de traitement. Un tel consentement pourra être présumé, si le patient accepte une certaine marche à suivre pour le diagnostic et que certains tests spécifiques, tels que l'analyse de sang ou des radiographies ou encore des examens médicaux sont inclus dans le diagnostic." Ibid p. 162.

يتجه الفقه¹⁹⁵ في هذا الصدد إلى إلزام كل من الطبيب العام و الطبيب الأخصائي بالإعلام تجاه المريض، لأن لكل منهما دور مهم في التأثير على المريض، ليس من حيث قبول العلاج المقترح، و إنما من حيث توضيح الحالة الصحية لهذا الأخير من جانب طبيبه العام و ضرورة الاستعانة بزميل مختص في المرض الذي يشكو منه المريض. غير أن هذا لا يغني الطبيب الأخصائي عن مواصلة الإعلام بوصفه الأكثر خبرة و الأفضل قدرة على فهم حالة المريض التي تعذر على الطبيب العام علاجها.

أما بالنسبة لموقف القضاء فإنه غير مستقر على رأي واحد سواء داخل البلد الواحد أو عند مقارنة موقف القضاء في مختلف الأنظمة حول هذه المسألة. فقد جعلت بعض المحاكم الأمريكية مسؤولية الإعلام على عاتق الأخصائي و ليس على الطبيب المعالج فحسب. في حين ذهبت محاكم أخرى إلى أن الطبيب المعالج لا يكون مسئولاً تجاه المريض عن إعلامه إلا إذا ظل مشاركاً في علاج هذا الأخير. و ذهبت طائفة ثالثة إلى إعفاء الأخصائي من المسؤولية بشأن الإعلام ما دام أن الطبيب المعالج يكون قد أبلغ المريض على نحو كاف، و ذلك على أساس أن الإعلام الفعال هو ذلك الذي يصدر عن الطبيب المعالج.¹⁹⁶ أما موقف القضاء الفرنسي فهو غير واضح بشأن هذه المسألة.¹⁹⁷

و يمكن القول أن مصلحة المريض تتطلب انتقال واجب الإعلام إلى كل من يتولى علاجه بدءاً من الطبيب العام إلى الأخصائي إلى الفريق الطبي. فإذا أرسل الطبيب العام أحد المرضى إلى زميل أخصائي أو فريق طبي متخصص، فإن الأمر لا يخلو من أحد الفرضيين؛

أ - يبقى الطبيب العام على اتصال بالمريض و يشاركه في اتخاذ القرارات الضرورية حسب المعلومات الجديدة التي يتوصل إليها الأخصائي بحكم أنه أكثر دراية و خبرة في علاج المرض المشكو منه. و مثال هذه الحالة طبيب الأسرة الذي يساند و يتابع مرضاه عبر كل مراحل العلاج. و بحكم العلاقة الخاصة التي تربطه بمرضاه، يساهم الطبيب في إعلامهم من خلال مناقشة حالاتهم مع الزميل الأخصائي و يساعدهم في اتخاذ القرارات الصحية، و هو ما يشكل أبرز مثال عن الثقة بين الطبيب و مرضاه.

¹⁹⁵ Guillod, O., op. cit., p. 122 et 123.

¹⁹⁶ Ibid p. 122.

¹⁹⁷ Ibid .

ب - قد تنتهي العلاقة الطبية بين الطبيب العام و المريض بمجرد إرساله إلى زميل أخصائي. ففي هذه الحالة ينتقل واجب الإعلام إلى الطبيب الأخصائي و لا مجال لمسائلة الطبيب العام لأنه عاجز مبدئياً عن تشخيص المرض و عن علاج المريض بسبب تكوينه المحدود. من ثم لا يمكن مطالبة الطبيب العام بمعلومات قد يجهلها أصلاً. فقد يتطلب الكشف عن بعض الأمراض وسائل خاصة لا يمتلكها إلا الطبيب الأخصائي و هو ما يجعله مسئولاً عما يقوم به من أعمال الكشف أو العلاج تجاه المريض و كذا عن واجب الإعلام بشأنهما.

خلاصة الفصل الأول

لقد تعرضنا في هذا الفصل إلى مفهوم الرضا المتبصر، فنتبعنا أهم مراحل تطور حق الشخص في الموافقة على الأعمال الطبية و تحليل مضمونه، إضافة إلى دراسة نظرية الرضا المتبصر التي ارتبطت به في المجال الطبي. حيث توصلنا إلى أن حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية يستند إلى حقه في السلامة البدنية و العقلية الذي يرتبط بدوره بحق الشخص في الذاتية و تقرير المصير، و كذا ارتباط ظهور هذا الحق، من الناحية التاريخية بالأفكار التحررية التي عرفها العالم الغربي بداية من القرن التاسع عشر.

و يتعلق الأمر بشأن ممارسة الحق في الذاتية في المجال الطبي بتمكين الفرد من مباشرة حق الاختيار بين قبول أو رفض العلاج و احترام ذلك الاختيار. فإذا كان الفرد يمتلك من القدرات الإدراكية ما يؤهله للاختيار بنفسه فالأصل أنه الوحيد الذي يجيز التدخل الطبي على جسده. و تشكل موافقته بهذا المفهوم حماية قانونية لسلامته البدنية و العقلية.

و تتحدد القيمة القانونية و الأخلاقية لقرار المريض بقبول أو رفض العلاج بمدى استفادته من الإعلام اللازم الذي يمكنه من الوصول إلى قرار سليم و عقلائي بشأن مستقبله الصحي. و يعرف رضا المريض المؤسس على الإعلام في الفقه القانوني الحديث "بالرضا المتبصر أو المستنير"، و هو التزام قانوني بالنسبة للطبيب مثله مثل التزامه بالحيطه و الحذر و الالتزام باحترام المعطيات العلمية عند مباشرة العلاج بحيث يسأل قضائياً عند الإخلال به كما سوف نرى لاحقاً.

و تعود تسمية الرضا المتبصر بهذا المفهوم إلى القانون الطبي الأمريكي، الذي كان له الفضل الكبير في إرساء نظرية الرضا المتبصر في أمريكا قبل انتقالها إلى أوروبا. و قد بينا ما لهذه النظرية من ارتباط وثيق بحق المريض في الذاتية و حقه في تقرير المصير. و محتوى ذلك إلزام الطبيب بإفاداة المريض بإعلام مناسب يمكنه من إصدار قرار متبصر و مستنير بشأن الموافقة أو رفض العلاج المقترح. و عليه يشترط لصحة رضاء المريض بهذا المفهوم أن يكون مسبقا بإعلام مناسب و مفهوم و صادر عن ذي أهلية قانونية.

كما يرجع الفضل الكبير في تطوير مفهوم الرضا بمفهومه الحديث في المجال الطبي إلى القضاء. ففي غياب النصوص التشريعية، تحمل القضاء في مختلف الأنظمة الغربية حماية حقوق المرضى من خلال التأكيد على ضرورة الحصول على الرضا المتبصر للمريض قبل كل تدخل طبي و متابعة الأطباء عند الإخلال بواجب الإعلام.

و جدير بالملاحظة في هذا المقام أن انتقال فكرة الرضا المتبصر إلى أوروبا لا يعني بالضرورة تبني النظرية في الأنظمة الأوروبية بنفس الطريقة التي تبنتها الولايات المتحدة. فلقد ارتبط مفهوم نظرية الرضا المتبصر في الولايات المتحدة بفكرة الإعلام الشامل بسبب ارتباط واجب الإعلام هناك بحق الفرد في الذاتية. في حين استبعد القضاء الإنجليزي اعتماد النظرية بهذا المفهوم. حيث يعتبر القضاء الإنجليزي التزام الطبيب بالإعلام جزء من التزامه العام بالعناية تجاه المريض.

كما ناقشنا في هذا الفصل المسائل التي يثيرها إعلام المريض، و توصلنا إلى أن التزام الطبيب بإعلام المريض يجد مصدرا له في النصوص التشريعية و التنظيمية و في عقد العلاج الطبي على السواء بالإضافة إلى المبادئ العامة في التعاقد كمبدأ حسن النية عند التعاقد.

و قد حددت القرارات القضائية خاصة في فرنسا و كذا النصوص التشريعية الحديثة ماهية و مقدار المعلومات التي يتعين على الطبيب إفاداة المريض بها. و يشمل ذلك؛ طبيعة المرض، العلاج المقترح و مخاطره المحتملة مهما كانت نسب تحققها، البدايل العلاجية بما في ذلك مخاطر البقاء بدون علاج.

أما عن مقدار هذه المعلومات، فالأصل أن هناك عدة عوامل تساهم في تحديد ما يجب الإفصاح عنه من قبل الطبيب و ما يجب السكوت عنه وفقا لمتطلبات كل حالة على حدة. فبعض هذه العوامل له علاقة مباشرة بقواعد ممارسة مهنة الطب على نحو الأحكام التي تضمنتها مدونة أخلاقيات الطب ، أو عوامل شخصية خاصة بالمريض. و عليه فإنه لا يمكن تحديد مقدار المعلومات التي يلتزم الطبيب بإيصالها إلى المريض لمختلف التدخلات الطبية تحديدا مطلقا و حاسما بسبب اختلاف هذه المعلومات و نوعيتها بالنظر إلى طبيعة المرض و نوع العلاج المقترح من جهة أخرى، و كذا بالنظر، من جهة أخرى، إلى ظروف المريض الشخصية كعمره و جنسه و مستوى تعليمه و درجة ثقافته.

و بخصوص مراقبة سلوك الطبيب مع مرضاه بشأن الالتزام بالإعلام، فإنه يخضع لمعيار العناية و الحيطة و الحذر الذي يلتزم به في كافة أعماله الطبية، بحيث لا يسأل عن تقصيره في الإعلام إلا إذا سقط إعلامه دون مستوى إعلام الطبيب العادي من نفس المستوى و في نفس الظروف المهنية.

و تأكيدا على حق المريض في السلامة البدنية و العقلية و على حقه في الموافقة المسبقة على التدخلات الطبية، نص المشرع الفرنسي في قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى على إمكانية تعيين المريض عند دخوله المستشفى " لشخص أمين" يتولى رعاية مصالحه الصحية إذا دعت الضرورة إلى ذلك. و يهدف النص إلى تضيق حالات الضرورة بحيث لا يتصرف الطبيب في جسم المريض بدون موافقته أو موافقة أحد أقربائه إلا في حالات الضرورة القصوى لإنقاذ حياة أو صحة المريض و تعذر عليه الاتصال بأحد أقربائه في الوقت المناسب.

و في نفس الاتجاه لم يتضمن هذا القانون إشارة إلى إمكانية حجب المعلومات الخطيرة المتعلقة بالحالة الصحية للمريض التي يخشى أن تؤثر على حالته النفسية. و سكوت المشرع الفرنسي بهذا الشأن يتعارض مع النصوص الصريحة التي تجيز ذلك في تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي. من ثم يجب انتظار فصل السلطات القضائية العليا في البلاد لهذا الإشكال.

و من القواعد الجديدة أيضا التي جاء بها القانون المشار إليه في هذا المجال، بقاء التزام الطبيب بالإعلام قائما إلى فترة ما بعد العلاج. إذ يلتزم الطبيب بإخطار مريضه بأية مستجدات بخصوص علاجه أو مخاطره اللاحقة و هو ما يفرض عليه اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان الاتصال

بالمريض عند الضرورة. مما يفيد أن المعطيات القانونية الحالية تتجه نحو التأكيد على حق المريض في السلامة البدنية و العقلية.

أما القانون الجزائري فلم يصل بعد إلى هذه المرحلة من التطور، إلا أنه يلزم الطبيب بالإعلام الكافي لتمكين المريض من التعبير الحر عن إرادته بشأن قبول أو رفض العلاج. إذ يعترف التشريع الجزائري صراحة بحق المريض في رفض العلاج. غير أنه إعفاءً للطبيب من المسؤولية يلتزم المريض في هذه الحالة بالدليل الكتابي عن الرفض.

أما عن نطاق الإعلام، فلم يحدده القضاء الجزائري بعد. إلا أن اعتماد المعيار المهني في هذا الشأن هو الأرجح طبقاً لنص المادة 367 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و هو ما ينسجم مع ظروف ممارسة الطب في الجزائر. و على هذا الأساس يتحدد نطاق الإعلام الواجب للمريض بالمعلومات التي يرى أهل الطب وجوب الإفصاح بها للمريض. مع العلم أن القانون الجزائري، يعترف صراحة بحق الطبيب في حجب المعلومات التي يراها هذا الأخير ضارة للحالة النفسية للمريض أو تسبب التأخير في علاجه.

و في كل الأحوال يجب أن يكون عنصر الإعلام مدعماً للثقة الواجبة بين الطرفين و ليس مجرد تنفيذ لالتزامات يفرضها القانون. و على هذا الأساس يجب أن يكون الإعلام دقيقاً، بسيطاً و مفهوماً طبقاً لحاجيات المريض و ظروفه الشخصية حتى يتمكن من ممارسة حقه في الاختيار فعلياً. و يرى الباحث بوجوب التركيز على هذا المواصفات مع تبسيط أسلوب الحوار حسب المستوى الثقافي للمريض لكي يتحقق الهدف من الإعلام و هو حماية حق هذا الأخير في الذاتية و في السلامة البدنية و العقلية.

الفصل الثاني

أحكام الرضا المتبصر

مقدمة:

سبقت الإشارة إلى أن العلاقة بين الطبيب و المريض هي ذات طبيعة تعاقدية من حيث الأصل.¹ و يشترط، لكي ينعقد العقد من الناحية القانونية، كما هو معلوم، رضا الطرفين باعتبار أن الرضا هو ركن أساسي في التعاقد. و هذا يعني أن لكل من الطبيب و المريض الحرية التامة في اختيار الطرف الذي يتعاقد معه تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد. و على هذا الأساس فالمريض حر في اختيار طبيبه،² و من حق الطبيب أيضاً أن يختار مرضاه. غير أنه إذا كان من حق المريض اختيار طبيبه لاعتبارات بديهية،³ فإنه من الصعب أخلاقياً قبول رفض الطبيب علاج أحد المرضى. لذلك يثور التساؤل عن مدى و نطاق حرية الطبيب في اختيار مرضاه و هل هو حق مطلق بالنسبة له ؟ و في حالة الاتفاق بين الطبيب و المريض على العلاج، ما هو شكل الرضا الذي يعتد به ؟ و يثير رضا الصغير و القاصر و المريض عقلياً، من جهة أخرى، مشاكل عملية متعددة. فهل يمكن الاعتداد برضا الصغير أو القاصر في المجال الطبي في غياب الولي ؟. و هل يعتبر إرسال الولي لولده القاصر إلى طبيب أسنان للعلاج مثلاً بمثابة موافقة على العمل الطبي في غياب اتفاق مباشر مع الطبيب المعالج ؟

و عليه سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة و غيرها من خلال التعرض لمختلف الجوانب التي يثيرها الرضا في المجال الطبي في المباحث التالية؛

- المبحث الأول: رضا الطبيب المعالج.
- المبحث الثاني: رضا المريض.
- المبحث الثالث: رضا الصغير و القاصر
- المبحث الرابع: رضا المريض عقلياً.
- المبحث الخامس: التدخل الطبي في حالة الضرورة.
- المبحث السادس: التدخلات الطبية الإلزامية و تجاوز حدود الرضا.

المبحث الأول: رضا الطبيب المعالج:

¹ راجع المبحث الرابع من الفصل التمهيدي من الرسالة، ص. 32 و ما بعدها.
² Voir en particulier, Bolot, F., "Feu le libre choix du médecin par le patient", Gaz.Pal., 16-17 juin 1999. p. 22.

³ قد يكون ذلك مرتبطاً بعنصر الثقة، الخبرة المهنية، الأقدمية أو الشهرة أو ما شابه ذلك من معايير الاختيار.

من البديهي أن تشترط موافقة الطبيب لعلاج المريض على اعتبار أن العقد الطبي من العقود الرضائية. غير أنه خلافا لهذا الأصل قد يجد الطبيب نفسه ملزما بعلاج المريض لاعتبارات مختلفة، و هو ما سنحاول توضيحه في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: التدخل الاختياري للطبيب:

تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد يمكن للطبيب الاتفاق على العلاج و تقديم خدماته مع من يشاء من الأفراد، و يلتزم بضمان تقديم العلاج للمريض "بمجرد موافقته على أي طلب معالجة..."⁴ كما يجوز للطبيب، تطبيقا لنفس المبدأ رفض علاج أحد المرضى و هو ما نصت عليه صراحة مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية بنصها، ".....و يمكن للطبيب أو جراح الأسنان، مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج." و تتلخص أحكام المادة 9 في وجوب إسعاف الطبيب للمريض الذي يواجه خطرا وشيكا. و في نفس الاتجاه، تنص المادة 50 من نفس المدونة؛ "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض."

مما يعني أن الطبيب حر في مباشرة العلاج من عدمه أول مرة و كذا التوقف عنه في أية مرحلة من مراحل بشرط ألا يتعلق الأمر بحالة ضرورة تفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض.⁵

أما إذا كان قد بدأ العلاج و لم يرغب في مواصلته، جاز له ذلك و لكن بشرط ضمان مواصلة العلاج عند الغير، كتوجيه المريض إلى زميل آخر أو إلى طبيب أخصائي.

المطلب الثاني: التدخل الإجباري للطبيب:

⁴ راجع المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، يبق الإشارة إليه.
⁵ و هو ما تسمح به أيضا المادة 47 من تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي التي جاء فيها؛

“Hors le cas d’urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d’humanité, un médecin à le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles”, Art. 47 du code de déontologie Français, précité. , dans le même contexte Me Garay constate que “le principe du consentement consacre le caractère bilatéral de l’acte médical en offrant tant au médecin qu’au patient le pouvoir de décider”, Garay, A, ‘Consentement aux actes médicaux et droits des patients’, Actes du Colloque “Le consentement aux actes médicaux”, op .cit., p 31. on a aussi constaté que “A la liberté du choix du malade correspond cette liberté du médecin bien que conditionnelle”, Commentaires du Code de déontologie médicale, Ordre national des médecins, éd. 1996 P. 169., voir . Mémeteau, note sur le principe de proportionnalité en droit médical, Médecine et Droit , n° 5, Avril 1994 pp. 40-42.

راجع أيضا في الفقه العربي، د. محمد حسين منصور، "المسئولية الطبية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 34 و ما بعدها.

هناك حالات يكون فيها الطبيب مجبرا على التعامل مع مريض معين بدون أن يكون مخييرا في ذلك.⁶ من هذه الحالات؛

- حالة الإيجار التعاقدى،
- حالة الإيجار اللائحي،
- حالة الإيجار المهني و القانوني،
- حالة الإيجار الناجمة عن وجود الطبيب ضمن فريق طبي.

الفرع الأول: حالة الإيجار التعاقدى:

و مثاله أن يتعاقد الطبيب مع مؤسسة صناعية أو تجارية بغية علاج العاملين بها. إذ يكون الطبيب ملزما قانونا بعلاج هؤلاء العاملين على أساس الاشتراط لمصلحة الغير. ذلك أن العقد المبرم بين الطبيب و إدارة المؤسسة، و إن تم بدون إشراك العمال، إلا أنه تم لمصلحتهم. لذلك ينشئ العقد للعمال حقا مباشرا يمكنهم من مطالبة الطبيب بالعناية الطبية اللازمة كأثر مباشر للعقد.⁷

الفرع الثاني: حالة الإيجار اللائحي:

تجد حالة الإيجار اللائحي مجالا للتطبيق إطارها في المستشفيات العمومية حيث يتم توظيف الأطباء وفقا للتنظيم اللائحي الساري المفعول، و الذي يخضع له الجميع بدون تمييز. فهذا الطبيب لا يمكنه اختيار مرضاه و هو ملزم بعلاج كل من يتقدم إليه في المستشفى العام. إن عمل الطبيب لجهة حكومية يخرج من نطاق القانون الخاص ليدخله ضمن نطاق القانون العام. و عليه فإنه في حالة وقوع الطبيب في خطأ مهني يختص القضاء الإداري بهذه الدعوى نظرا لاتصالها بمرفق عام.⁸

الفرع الثالث: حالة الإيجار المهني و القانوني:

⁶ د. محمد عادل عبد الرحمان، "المسئولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985، ص 56.
⁷ Rodière, note sur Civ. 17 déc. 1954, Dalloz 1955, p 269.

⁸ و هو النهج الذي سار عليه القضاء الجزائري، راجع الأحكام القضائية التالية؛
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 77/01/29، قضية الشاب (ب) ضد المركز الاستشفائي مصطفى باشا الجامعي. أين قررت الغرفة مسئولية المستشفى على أساس إهمال الطاقم الطبي في علاج الشاب (ب). راجع كذلك قرارات الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا التالي؛
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 93/10/10، قضية ن ف ضد مستشفى سكيكدة، قرار غير منشور.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 95/12/03 ضد مستشفى سيدي بلعباس.
لمزيد من المعلومات راجع طاهري حسين، "الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة؛ دراسة مقارنة"، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 31 و ما بعدها. راجع أيضا،

Ossoukine., A., 'Traité de droit médical', Publications du laboratoire de droit et des nouvelles technologies, Univ. Oran, Imprimé à Dar El Gharb, Oran, 2003, p. 263 et s.

تبدأ العلاقة الطبية من الناحية العملية بتقديم المريض أمام الطبيب لغرض الفحص و العلاج. و تعتبر هذه المرحلة سابقة عن تكوين العقد، فهل هناك ما يلزم الطبيب بتلبية الدعوة و مباشرة العلاج ؟ و هل يترتب على رفضه أية مسؤولية في جانبه ؟.

إلى عهد قريب، ساد الاعتقاد لدى الفقه الفرنسي⁹ إلى أن للطبيب كامل الحرية في قبول أو رفض الدعوة للعلاج، بحجة أنه لا يوجد التزام قانوني أو عقدي يجبره على تلبية نداء كل مريض. من جهة أخرى إذا كان الطبيب ملزماً بذلك لأصبح في حالة عبودية لا تطاق.

و قد أرجع البعض¹⁰ موقف الفقه الفرنسي آنذاك إلى تأثيره بمبدأ الشرعية في القانون الجنائي حيث لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص قانوني. غير أنه لم يمر وقتاً طويلاً حتى غير الفقه الفرنسي موقفه و أقر بمسئولية الطبيب الممتنع عن العلاج، متى كان سبب ذلك الامتناع نية الإضرار بالغير (Intention de nuire à autrui) عن طريق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق. و يمكن استنتاج نية الإساءة إلى الغير، وفقاً لهذا الرأي، من الظروف المحيطة بالواقعة، كما لو كان إنسان في خطر لا يحتمل تأجيل العلاج، و كان الطبيب على علم بذلك و لكنه امتنع عن إسعافه.¹¹

و قد ذهب محكمة النقض الفرنسية أبعد من ذلك حينما قررت، في حكم لها، بأن المساعدة مطلوبة من الطبيب "حتى و لو تبين أن حالة المريض ميئوس منها، و أنه لا فائدة من العلاج."¹² و هو ما اتبعته كذلك محكمة Montpellier التي قررت بأن الطبيب ملزم بمحاولة إنقاذ المريض المعرض للهلك، حتى و لو بلغت حالته حداً من التدهور لا يجدي معه أي تدخل طبي.¹³ و معنى ذلك أن المساعدة الطبية ليست لازمة في الحالات التي تكون فيها فعالة فحسب، بل هي أيضاً لازمة في محاولات الإنقاذ حتى لحظة الوفاة. و قد فسر بعض الفقه الفرنسي ذلك بعدم تصرف الطبيب من منطلق اليأس و فقدان الأمل، و أن من واجبه، في حدود الممكن من الناحية العملية، أن يخفف آلام المريض إلى آخر لحظة.¹⁴

⁹Savatier, R , "La responsabilité médicale" , op.cit, p. 401., Mazeaud, H, "La responsabilité civile", 2éd n° 529, p. 507.

¹⁰ محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي"، مرجع سابق، ص 98.

¹¹ Savatier, R , "La responsabilité médicale" , op.cit, p. 401, note de bas de page n°1.

¹² ".....même si la situation était désespérée et que les soins eussent été inefficaces.", Cass.pén., 23 Mars 1953. Dalloz 1953, p. 371.

¹³ Montpellier, 17 Jan. 1953, Dalloz 1953, p. 29, Gaz.Pal. 1953 - 1 - p. 383, J.C.P, 1953 - 2 - 7499.

¹⁴ Kornprobst, L, "Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française", op. cit., p 525., Penneau, "La responsabilité Médicale", op.cit., p.174.

غير أن الفقه الحديث يرى أن خطأ الطبيب في حالة امتناعه عن العلاج يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية، بسبب عدم وجود العقد. و لهذا تقوم المسؤولية التقصيرية على الطبيب الذي يرفض إسعاف مريض في منطقة منعزلة يحتاج إلى تدخل فوري و هو يعلم أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بهذا التدخل و يمتنع. و على عكس ذلك إذا رفض الطبيب استقبال أحد المرضى في عيادته في منطقة متوفرة على غيره من الأطباء أو مراكز الاستشفاء، و ليس هناك ما يدل على خطورة حالة المريض، فلا يشكل هذا الرفض أي خطأ، في حين أنه لو امتنع نفس الطبيب، كما يقول Mazeaud، عن ربط شريان نازف لجريح لارتكب خطأ يسأل عنه مدنيا¹⁵. مما يعني أن معيار متابعة الطبيب على الخطأ في حالة الامتناع عن العلاج هو الضرر الناجم عن امتناع الطبيب عن التدخل من جهة، و إثبات علاقة السببية، من جهة أخرى، بين هذا الضرر و امتناع الطبيب، من قبل المريض طبقا للقواعد العامة¹⁶. كما أن الضابط الذي يحكم تدخل الطبيب من عدمه هو ضرورة توافر خطر جسيم و حال. و الجسامة لا تعني بالضرورة، كما جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية ، أن يكون المريض معرضا لخطر الموت، بل يكفي فقط أن يهدد الخطر السلامة البدنية للشخص بإصابة بالغة¹⁷.

و لقد أكد قانون حقوق المرضى الفرنسي الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 على حق كل مريض في الحصول على العلاج المناسب الذي تتطلبه حالته الصحية وعلى الاستفادة من الطرق العلاجية التي ثبتت فاعليتها و التي تضمن أحسن رعاية صحية¹⁸. كما تلزم المادة 5 من تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي الطبيب بإعطاء المرضى نفس الرعاية الطبية مهما كانت وضعية هؤلاء أو جنسيتهم و بغض النظر عما يكنه من أحاسيس تجاههم¹⁹. بمعنى لا يجوز للطبيب رفض العلاج المؤسس على التمييز العنصري أو الديني.

¹⁵ Mazeaud, H, "La responsabilité civile", n° 542, p. 537.

¹⁶ لمزيد من المعلومات راجع، د. وديع فرج، "مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية"، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة الثانية عشر التاريخ و مكان الطبع غير معروفين، ص 423.

¹⁷ Cass. pén. 31 mai 1949, Dalloz 1949, p 347.

¹⁸ " **Toute personne a , compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire** au regard des connaissances médicales avérées." Art. L.1110/5, loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <http://www.légifrance.com>

¹⁹ " **Le médecin doit soigner avec la même conscience tous les malades, quelque soit leur condition, leur nationalité, leur représentation et les sentiments qu'ils lui inspirent** ", Art. 5 du code de déontologie médicale français, , décret n° 95-1000, du 6 septembre 1995, (J.O du 8 sept. 95),

و عليه يمكن القول بأنه طبقا لما استقر عليه الوضع في فرنسا، فمن حق الطبيب أن يرفض علاج المريض لأسباب شخصية،²⁰ غير أنه لا يمكنه التخلي عن المريض في حالة الضرورة حينما يكون تدخله ضروريا لإنقاذ صحة أو حياة المريض. كما أنه يجوز للطبيب، في ظل القانون الجزائري، التخلي عن متابعة علاج المريض في غير حالة الضرورة، و لكن بشرط أن يضمن مواصلة العلاج لهذا المريض من قبل الغير²¹.

الفرع الرابع: حالة الإجماع بسبب عضوية الطبيب في فريق طبي:

لقد أدى التطور العلمي الهائل في مجال الطب و ما استتبعه من استخدام واسع للأجهزة الطبية الحديثة إلى ظهور ما يسمى بالفريق الطبي، مما ساعد على تنوع الأساليب الفنية في مجالات الطب و كذا أساليب العلاج. و المقصود بالفريق الطبي هو تعدد المتدخلين في عملية العلاج كل حسب تخصصه، كتعدد الأطباء في العملية الجراحية الواحدة؛ كالطبيب الجراح، الطبيب المخدر، الطبيب المختص في أمراض القلب إلى غير ذلك من الفرق الطبية.

و قد أثار هذا النوع من الممارسة الطبية العديد من المشاكل القانونية، خاصة منها ما يتعلق بتحديد المسؤولية في حالة وقوع الأخطاء الطبية سواء كانت مدنية أو جنائية و التي خطى الفقه و القضاء خطوات كبيرة بصددها رسم حدودها و تحديد ضوابطها²².

من ناحية أخرى، يثير الفريق الطبي مشكلة ثانية تتعلق برضا الطبيب العضو في الفريق الذي لم يتعاقد معه المريض مباشرة. فهل يعد الطبيب الجراح نائبا عن زملائه في التعاقد مثلا مع المريض أم أنه المسئول الأول و الوحيد أمام المريض بشأن العلاج؟.

أجابت المادة 73 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية على هذا التساؤل بما يلي؛ "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية". مما يعني أن هناك تحديد للصلاحيات داخل الفريق الطبي و كل طبيب مسئول عما يقوم به من عمل داخل الفريق.

²⁰ قد يكون ذلك بسبب عدم التفاهم مع المريض أو أن المرض يحتاج إلى طبيب أخصائي.

²¹ راجع المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب. سبق الإشارة إليها.

²² راجع د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 97 و ما بعدها.

و جدير بالملاحظة أن التشريع الفرنسي²³ كان سابقا في النص على مبدأ مماثل بشأن تحديد مسؤولية أعضاء الفرق الطبية. في حين اعتبر القضاء الفرنسي مسؤولية الأطباء في هذه الفرق مسئولية عقدية واعتبر رضا الأطباء بالنسبة للمريض رضاء ضمنيا.²⁴ حيث يرى القضاء الفرنسي أن تحديد المسؤوليات بهذه الكيفية يتناسب و الاستقلالية التي يتمتع بها كل طبيب في الفرق الطبية من حيث تخصصه و عدم تلقيه لأوامر من غيره مما يجعله مسئولا مباشرا عما يقوم به من عمل، و يدفع بالموضوع في نطاق المسؤولية العقدية.²⁵

و لقد استقر القضاء الفرنسي الحديث على استقلالية كل عضو في الفريق بمسئوليته مع تقرير وجود التزام متبادل بينهم بالمشورة داخل الفريق الطبي. و هذا يعني أن إقرار المسؤولية الفردية لا يغني عن قيام المسؤولية الجماعية للفريق الطبي أو ما يسمى بالمسؤولية التضامنية، إذا ثبت أن الخطأ المرتكب كان سببه قلة أو انعدام المشورة و الإعلام بين أعضائه.

فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في 16/09/94²⁶ إلى القول بوجود مسؤولية تضامنية بين أعضاء الفريق الطبي من جهة و العيادة التي تم فيها التدخل الطبي. و تتلخص وقائع هذه القضية في إصابة سيدة بعجز كلي إثر إجراء جراحة قيصرية لها. حيث وجد طبيب التخدير نفسه مضطرا لتخديرها تخديرا كليا على إثر انفصال المشيمة²⁷ و ارتفاع الضغط بصورة مفاجئة لديها. و في اليوم التالي للعملية وُجدت هذه السيدة في حالة إغماء و مصابة بالتهاب مخي أدى إلى إصابتها بعجز كلي.

و قد أسست محكمة باريس المسؤولية التضامنية على العناصر التالية ؛

- تقصير الطبيب الجراح (طبيب الولادة) في بدل العناية اللاحقة على العملية الجراحية، و ذلك بسبب اعتقاده بأن حالة المريضة حالة عادية.
- اشتراك طبيب التخدير مع الجراح في التقصير من خلال عدم إعلامه للجراح بالحالة الاستثنائية لهذه المريضة. ذلك أن طبيب التخدير ليس ملتزما فقط بتخدير المريض فحسب، و إنما هو ملزم أيضا بمتابعة آثار التدخل العلاجي.

²³ أشار إلى ذلك د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 103.

²⁴ Cass. civ. 27 mai 1970 Dalloz 1970 Résumé, p 186.,

Cass. civ., 17 mars 1979 Dalloz 1979. p 176.

²⁵ Cour App. Paris, 01/07/71, Gaz. Pal. 1972, Cass. civ. 22 Juil 1972, J.C.P., 1972 – 6 – 17266 . note Savatier.

راجع كذلك محمد عادل عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 69، محمد أبو العلاء عقيدة، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، رسالة دكتوراه، جامعة ليون 1981، ص 245.

²⁶ أشار إليه، د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 109. راجع كذلك جوزيف داود، "المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية و تأمين

الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم"، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987، ص 68 و ما بعدها.

²⁷ و هي الجزء المخصص لنمو الجنين داخل الرحم.

- تقصير ممرضة العيادة في تنبيهها للفريق الطبي إلى ارتفاع الضغط لدى المريضة.
- و في ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 97/10/28 بمناسبة النظر في الطعن المقدم ضد حكم صادر عن محكمة استئناف Lyon بتاريخ 95/05/03، بأن هناك التزاما على الجراح بإحاطة طبيب التخدير بالمعلومات اللازمة عن التخدير. ففي هذه القضية تعرض المريض إلى فقدان الرؤية على إثر قيام طبيب التخدير بتخديره موضعيا باستخدام حقنة غير مناسبة لحالته أحدثت ثوبا في مقلة العين. حيث خلصت محكمة استئناف Lyon إلى أن المسؤولية تضامنية بين الجراح و طبيب التخدير على أساس؛
- لجوء طبيب التخدير إلى التخدير الموضعي (Anesthésie locale) الذي لا يتناسب و حالة المريض.
- تقصير الجراح الذي ثبت أنه يعالج المريض منذ مدة و لم ينبه طبيب التخدير إلى عدم صلاحية التخدير الموضعي لحالة المريض. ذلك أن الجراح ملزم، باعتباره رئيس الفريق الجراحي، بإعلام طبيب التخدير بحالة المريض لإمكان تخديره على نحو يناسب تلك الحالة.

و لقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم و قررت أن التزامات الجراح لا تقتصر على إدارة العمل الجراحي فحسب، و إنما يجب أن تمتد إلى تبصير طبيب التخدير بمخاطر التخدير الموضعي الذي لا يتناسب مع حالة المريض.²⁸ و بناء على ما تقدم يمكن القول أن مسؤولية الطبيب داخل الفريق الطبي تخضع لأحكام المسؤولية العقدية، وقد تكون فردية أو تضامنية بحسب الأحوال رغم انعدام التعاقد المباشر بين الطبيب العضو في الفريق الطبي و المريض.

المبحث الثاني: رضا المريض:

لا يشترط كقاعدة عامة أي شكل معين في موافقة المريض للأعمال الطبية، فقد يكون شفويا أو كتابيا. غير أنه جرت العادة، في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسمية للمريض أو تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله عن رضا كتابيا. بل من المؤسسات الاستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، من أعدت نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو مثله القانوني من خلال بيانات محددة. و يسري هذا الاتجاه

²⁸ Cass. 1^{er} civ. 28 oct. 1997, R.C.A., 1998, n°1, jan. 1998, p 16.

راجع كذلك قرار محكمة النقض الفرنسية بشأن قضية Perruche أين قضت بمسئولية الطبيب و مخبر التحاليل؛
Cass. civ. 17 nov. 2000, Dalloz 2000.

بشكل ملحوظ في الأنظمة الأنجلوساكسونية، خاصة منها النظام الأمريكي و النظام الإنجليزي أين لا يكون رضا المريض سليما إلا إذا توافر الشرط الشكلي، باستثناء حالة الضرورة.²⁹ و قد يكون الرضا صريحا أو ضمنيا، غير أنه يجب، في كافة الأحوال، أن يسبق التدخل الطبي. و يثور التساؤل، من جهة أخرى، عن حكم سكوت المريض و عدم اعتراضه على التدخل الطبي، فهل يمكن اعتبار ذلك موافقة منه ؟

المطلب الأول: الرضا الصريح:

في أغلب الحالات، يحصل الطبيب على الموافقة الصريحة للمريض. و يكون الرضا الصادر عن المريض أو عمن يمثله صريحا إذا كانت العبارات الصادرة بهذا الشأن تدل صراحة و بصفة مباشرة بما لا يدع مجالا للشك على قبوله للعلاج المقترح من قبل الطبيب. و يعتبر الرضا الصريح، كما قيل، أصدق الصور في التعبير عن الإرادة الحقيقية.³⁰

و لا يؤثر في سلامة الرضا الأسلوب الذي يستعمله المريض أو من ينوب عليه في التعبير عن رأيه. فقد يعبر عن القبول بأسلوب التوسل أو الرجاء أو حتى الأمر بتنفيذ العلاج المقترح. و قد يعبر عن الموافقة أيضا من خلال إبداء الرأي بشأن العلاج. ففي كافة الحالات يجب أن تكون العبارات واضحة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض في الموافقة بحيث لا تحتمل الشك أو التفسيرات المختلفة. و على العكس من ذلك فالعبارات التي يقصد بها المزاح و عدم الجدية لا يتوافر بها الرضا الصريح.³¹ كما أن العبارات الغامضة التي لا توضح القصد الحقيقي لصاحبها أو تلك التي تحتمل أكثر من معنى، كلها غير صالحة للتعبير عن موقف صاحبها من العلاج المقترح.

و في حالة الرضاء الكتابي، لا يشترط عادة شكل معين، فقد تكون الكتابة بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى معروفة بشرط إمكانية نسبة الكتابة إلى صاحبها. كما يمكن أن تكون الكتابة عرفية أو رسمية حسب الأحوال. غير أن القواعد المنظمة لهذه المسألة في بعض المؤسسات الصحية تشترط أن يتم الرضاء الكتابي باستعمال عبارات محددة أو إجراءات خاصة كما هو الحال في مجال التجارب الطبية أو نزع الأعضاء، و بصفة عامة في التدخلات الطبية الغير علاجية. ففي هذا المجال، لا يجوز، طبقا للمادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري، انتزاع

²⁹ Mamoun, A , op. cit, p. 49 et suite.

³⁰ Brazier, M, op.cit, p. 75.

³¹ Kennedy and Grubb, op. cit, p. 176.

راجع كذلك، د. حسني محمد السيد الجدع، "رضا المجني عليه و آثاره القانونية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983 ص 91.

الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص إلا بشروط معينة، منها "الموافقة الكتابية (من) المتبرع بأحد أعضائه، و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة...."³²

و قد جرى العمل في بعض الدول على ضرورة توافر شرط الكتابة بالنسبة لموافقة المريض في حالة العمليات الجراحية و الأعمال الطبية التي تنطوي على قدر من الخطورة و كذلك في حالات التخدير.³³ و قد سبقت الإشارة آنفا إلى أن القوانين في بعض الولايات المتحدة قد اعتبرت إمضاء المريض على وثيقة الرضا بمثابة قرينة على موافقته الصريحة على التدخل الطبي و أنه قد تلقى كل المعلومات الضرورية المرتبطة بالعملية الجراحية خاصة فيما يتعلق بمخاطرها.³⁴

أما في إنجلترا، فقد وضعت وزارة الصحة نموذجا كتابيا لرضا المريض يعرف بـ "وثيقة الرضا" (Consent form) لقي استحسان و موافقة جميع الأطراف المعنية في ميدان الصحة.³⁵ حيث يتعين على المريض، أو من يمثله، الراغب في الفحص أو العلاج ملء هذا النموذج وتوقيعه أو ترك ذلك لمعية الطبيب حسب الأحوال.

و خلافا لما سار عليه الأمر في بعض الولايات المتحدة الأمريكية، فإن إمضاء المريض لوثيقة الرضا ليس قرينة على تلقيه المعلومات الضرورية قبل الموافقة. و عليه فإن إمضاء وثيقة الرضا قد لا يشكل رضا حقيقيا و قانونيا إذا لم يسبق بإعلام مناسب على النحو الذي تم بيانه سابقا. من ثم يبقى الطبيب ملزما بإعلام المريض في جميع الحالات التي يتطلب القانون موافقته فيها سواء كانت موافقته شفوية أم كتابية. و يلتزم الطبيب عادة بتنفيذ ما ورد في الوثيقة من حيث العمل الطبي الموافق عليه، فإذا تجاوزه بدون سبب مشروع قامت مسؤوليته إزاء النتائج المترتبة على هذا التجاوز.³⁶

من جهة أخرى، قد يتم الرضا الصريح من خلال إشارات متعارف عليها أو شائعة الاستعمال، إذ تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري؛ "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على

³² المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترفيتها الجزائري سبقت الإشارة إليه. راجع ص. 387 و ما بعدها من الرسالة.

³³ Knight, op.cit, p. 40.

³⁴ راجع تطور نظرية الرضا المتبصر ص. 60 أعلاه.

³⁵ و هي قسم الصحة و التأمينات الاجتماعية التابع لوزير الصحة و جمعية الحماية الطبية (Medical Protection Society) و اتحاد الدفاع الطبي (Medical Defence Union)، راجع Brazier, M, op.cit, p 77.

³⁶ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 99.

مقصود صاحبه... " و معلوم أن هذه الإشارات تختلف من مجتمع لآخر مما يتطلب الوقوف على دلالتها لدى المجتمع المحلي الذي ينتمي إليه المريض أو من يمثله.³⁷ نخلص إلى أنه في كافة الأحوال يجب أن تكون العبارات الشفوية أو المكتوبة أو الإشارة محددة المعنى و يستفاد منها موافقة المريض أو من يمثله لإجراء طبي معين.

المطلب الثاني: الرضا الضمني:

قد يكون الرضا الصادر من المريض أو ممن يمثله ضمنيا بحيث يستفاد من فعل أو تصرف المريض أو من اتخاذه موقف معين، و هو ما أشارت إليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري "....كما يكون (التعبير عن الإرادة) باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه." و تضيف الفقرة الثانية من نفس المادة؛ " و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

و من صور الرضا الضمني توجه المريض إلى عيادة الطبيب لغرض القيام بفحص طبي، مع العلم أن الرضا هنا خاص بالفحص الخارجي الذي لا ينطوي على أي مساس بالسلامة الجسدية للطبيب و إن تطلب ذلك استعمال بعض المعدات للتأكد من الحالة المرضية كما هو الأمر في حالة الكشف عن الأمراض المرتبطة بالأنف، الأذن أو الحنجرة. أما إذا تعلق الأمر بإدخال جهاز معين إلى جسم المريض أو أي عمل آخر فيه مساس مباشر بالسلامة الجسدية للمريض، فعلى الطبيب أن يستشير المريض من جديد و يعلمه بطبيعة العمل الذي ينوي القيام به و يحصل على موافقته، و لو أن التدخل يتعلق دائما بالفحص الذي جاء المريض لأجله.³⁸ و من صور الرضا الضمني كذلك مد المريض ذراعه للطبيب لغرض حقنه³⁹ أو اتجاه المجروح إلى قسم الاستعجالات لغرض تلقي العلاج الضروري، مما يفيد قبول هذا الأخير بقيام أي طبيب في المصلحة المذكورة بمباشرة الإسعافات الأولية لإيقاف النزيف و تضميد الجرح.⁴⁰ فالفعل في هذه

³⁷ بلحاج العربي، "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، د.إسماعيل غانم، "النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، طبع عبد الله وهبة، القاهرة، 1968 ص 81، د.عبد المنعم فرج الصدة، "مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، تاريخ النشر غير معروف، القاهرة، ص 83، د. عبد المنعم البدر اوي، "النظرية العامة للالتزام"، القاهرة، 1975، ص 173.

³⁸ Skegg, P.D.G., "Law Ethics and Medicine", Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 80. Hawkins, op.cit, p. 180, Dyer, op.cit., p. 50.

³⁹ Kennedy and Grubb, op.cit., p.176. Brazier, M, op.cit., p. 75.

⁴⁰ Finch, J, "Health services Law", Sweet and Maxwell, London, 1981, p 243.

الحالات و غيرها كثيرا ما يكون أقوى دلالة في التعبير عن الإرادة الحقيقية لصاحبها من مجرد الكلمات أو العبارات التي ينطق بها أو يكتبها.⁴¹

من جهة أخرى، يجب أن يتعلق مضمون الرضا الضمني بما يتوقعه المريض وفقا للسير العادي للأمر، و طبيعة الأشياء و المنطق السليم. فمن يعاني من آلام في الأذن لا يتوقع أن يخضع لفحوص تتناول الجهاز الهضمي، و إن كان بعض الأطباء يفضلون الفحص الشامل قبل إعلام المريض بنتائج الفحص. إلا أن ذلك لا يكون إلا في الحالات التي يلاحظ الطبيب فيها أعراضا معينة و يُحتمل أن تكون مؤشرات لحالات مرضية خطيرة.⁴² يضاف إلى ذلك أنه في مثل الحالات التي تتطلب كشفا عاما يجب استشارة المريض بذلك و الحصول على موافقته مسبقا.

و لما كان لرضا المريض أهمية خاصة بالنسبة للتدخلات الطبية، فإنه لا يعتد بهذا الرضا إلا إذا كان معبرا عن الإرادة الباطنية لصاحبها. فلا يكفي في مجال إباحة الأعمال الطبية رضاء المريض الذي يستنتج من أفعال أو تصرفات لا تتفق مع الإرادة الحقيقية أو الباطنية لصاحبها، و لو أن المشرع قد يعترف بالإرادة الظاهرة في بعض الحالات الأخرى⁴³. ذلك أن الأعمال الطبية تنطوي على مساس بسلامة الجسم و قد تمتد إلى الحرية الشخصية و غير ذلك من الحقوق الأساسية للفرد. فضلا عما تتميز به من مخاطر و مضاعفات قد تؤثر في الحالة الاقتصادية و الاجتماعية للفرد. لذلك يجب على الطبيب التأكد من أن الرضا الضمني للمريض إنما يعبر فعلا عن إرادته الحقيقية، كما يجب عليه الالتزام بحدود هذه الإرادة من حيث تنفيذ العمل الطبي، فلا يتجاوزها إلى ما لم يوافق عليه المريض و إلا قامت مسؤوليته القانونية حسب الأحوال. و هذا يعني أن الرضا الضمني للمريض تسري عليه قواعد الرضا الصحيح من جهة،⁴⁴ و أن الرضا الضمني لا يختلف عن الرضا الصريح من حيث قوته في التعبير عن الإرادة من جهة أخرى.⁴⁵ غير أن القانون قد يتطلب في بعض التدخلات الطبية الخطيرة أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا و كتابيا.⁴⁶

المطلب الثالث: حكم سكوت المريض و عدم اعتراضه على التدخل الطبي:

⁴¹ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 101. راجع كذلك؛

Kennedy and Grubb, op. cit p. 176, Fleming, op. cit, p. 72.

⁴² Mason and McCall Smith, op. cit, p. 329.

⁴³ راجع د. عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 186، د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 88.

⁴⁴ Dyer, op. cit. p. 50.

⁴⁵ راجع د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 81، د. عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 174، د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 83.

⁴⁶ راجع المادة 162 من قانون حماية الصحة ترقيتها التي تشترط الموافقة الكتابية لرضا المريض بشأن نزع الأعضاء.

ثار التساؤل عن حكم سكوت و عدم اعتراض المريض على التدخل الطبي. بمعنى هل يجوز تفسير سكوت المريض و عدم اعتراضه على أنه موافقة على الأعمال الطبية المقترحة ؟

وفقا للقواعد العامة في الشرع الإسلامي؛ "لا ينسب إلى ساكت قول". فاستخلاص القبول من مجرد السكوت فيه اعتداء على الحرية الشخصية. لذلك يجب توافر الظروف و الأدلة التي تؤكد أن هذا السكوت يكشف عن إرادة حقيقية نحو الموافقة على التدخل الطبي المقترح.⁴⁷

و يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى عدم الأخذ بسكوت المريض و عدم اعتراضه على العمل الطبي كأساس لإباحة التدخل الطبي. فلا يمكن أن يستفاد من السكوت الرضا أساسا، كما لا يمكن أخذه على أنه موافقة إلا إذا ثبت ذلك من خلال الظروف المصاحبة.⁴⁸ فقد يكون السكوت نابعا، في بعض الحالات، عن الخوف من الرفض و ما قد يترتب عليه من نتائج.⁴⁹ و قد يكون مصدره جهل المريض بحالته الصحية أو عدم استيعابه للمعلومات المقدمة له بشأنها، مما يجعله في حيرة من أمره.⁵⁰

أما السكوت و عدم الاعتراض الذي يمكن أن يفسر على أنه موافقة، فهو السكوت الذي ينسب إلى الشخص الذي توافرت لديه القدرة على الاعتراض و لم يفعل.⁵¹ فالسكوت الذي يفيد الرضا يشترط أن تصاحبه ظروف و أدلة على توافر الإرادة الحقيقية لأصحابها نحو قبول الإجراء المقترح، و كان هذا الإجراء أو التدخل الطبي يحقق أفضل مصلحة للمريض. و يسمى السكوت بهذا المفهوم في فقه القانون المدني "بالسكوت الملابس".⁵² و يقال أيضا "السكوت في معرض الحاجة بيان"، أي أن السكوت الذي تصاحبه ظروف أو ملبسات فيها دلائل على الرضا يعتبر قبولا.⁵³

⁴⁷ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 102

⁴⁸ Kennedy and Grubb, op.cit p 177.

⁴⁹ Skegg, op.cit, p. 196.

⁵⁰ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 102.

⁵¹ Fleming, op.cit, p 72.

⁵² تنص المادة 68 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري؛ "و يعتبر السكوت قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

⁵³ د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 85.

و يشترط أن يصدر الرضا من صاحبه قبل مباشرة العمل الطبي، و أن يستمر حتى بدأ التنفيذ و أثنائه.⁵⁴ ذلك أنه من حق المريض أو من يمثله أن يغير رأيه قبل بدأ التنفيذ أو أثنائه حسب الأحوال. كما يشترط الحصول على موافقة المريض قبل مباشرة التنفيذ باعتبار أن الرضا شرط لإباحة العمل الطبي أصلاً. و تبعاً لذلك لا يكون للرضا اللاحق أي أثر من الناحية القانونية.⁵⁵

و يثور التساؤل أيضاً حول حكم العمل الطبي الذي يبدأه الطبيب بدون موافقة المريض ثم يحصل على إذنه قبل انتهائه من التنفيذ. فهل يمتد أثر الموافقة اللاحقة للأعمال السابقة؟.

يرى الفقه أن أثر الموافقة اللاحقة يمتد إلى الأعمال الطبية السابقة لأنها تشكل في مجال العمل الطبي وحدة متكاملة يصعب الفصل بينها و لا تقبل التجزئة. و يفترض أن يمتد رضا المريض في مثل هذه الحالات ليشمل مجمل ما قام به الطبيب من أعمال، إلا إذا ثبت أن من إرادة صاحب الشأن أنه كان يقصد عملاً دون غيره. ففي هذه الحالة يقتصر أثر الرضا على الحالات المقصودة دون غيرها و بشرط، بطبيعة الحال، أن تكون الأعمال المنفذة قابلة للتجزئة، أما إذا لم تكن كذلك فليس هناك مجال لإثارة هذا الإشكال.⁵⁶

المبحث الثالث: رضا الصغير و القاصر:

سبق الإشارة إلى أن رضا المريض ضروري للطبيب لمباشرة الأعمال الطبية التي تنطوي على مساس بالجسم و غيرها. و يجب أن تصدر الموافقة من صاحب الشأن، أي المريض المعني بالتدخل الطبي كقاعدة عامة. و يشترط في المريض، لكي تكون لموافقته فاعلية من الناحية القانونية، قدر من الإدراك و الوعي و حرية الاختيار، على أساس أن التهديد و الإكراه يفسدان الرضا كما هو معلوم طبقاً للأحكام العامة. أما إذا كان المريض صغير السن أو مصاب بأمراض عقلية أو غيرها من الأمراض و الاضطرابات التي تؤثر في القدرة على الإدراك و الاختيار، ينتقل حق الموافقة على الأعمال الطبية إلى الممثلين الشرعيين لهذه الطائفة من المرضى. و سنتناول في المطالب الموالية رضا الصغير على أن نخصص مبحثاً رابعاً لرضا أصحاب الأمراض العقلية و النفسية.

⁵⁴ د. محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 255. د. مأمون محمد سلامة، "قانون العقوبات القسم العام"، دار الفكر العربي، ص 257.

⁵⁵ د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 196. د. أحمد محمود إبراهيم سعيد، المرجع السابق، ص 280.

⁵⁶ د. حسني محمد السعيد الجدع، المرجع السابق، ص 176.

المطلب الأول: رضاء المريض صغير السن:

إذا كان شرط الرضا وسيلة قانونية لحماية حق المريض الراشد في سلامته البدنية، فإن المريض القاصر أو صغير السن يفتقد لهذه الحماية و هو ما يجعله تحت سلطة الغير بشأن القرارات المرتبطة بحالته الصحية. و يتولى عادة، الولي أو الحاضن أو القيم أو الممثل القانوني كقاعدة عامة، الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة بالقصر و من في حكمهم.

و قد نظم المشرع في مختلف الدول رضا القاصر و من في حكمه على الأعمال الطبية بشكل مختلف، كما سنوضحه، بسبب الاختلافات الاجتماعية و الثقافية و الظروف المختلفة الخاصة بهذه الفئات من مجتمع لآخر. يضاف إلى ذلك أن الاعتقاد الديني في بعض المجتمعات أو الظروف الاقتصادية الصعبة قد تدفع بعض الأولياء إلى رفض علاج أبنائهم و هو ما يدفعنا إلى إبراز دور القانون في حماية هذه الطائفة من المرضى. و قبل الحديث عن مركز القاصر في القانون الجزائري في هذا المجال، سنستعرض بعض الأمثلة من القانون المقارن للوقوف على تجربة المجتمعات الغربية القانونية بشأن هذه المسألة.

الفرع الأول: رضا الصغير في بعض التشريعات الغربية:

تختلف التشريعات الأنجلوساكسونية عن نظيراتها اللاتينية بهذا الشأن و هو ما يتطلب قدر من التوضيح من خلال دراسة عينة من كلاهما.

أولا- في بريطانيا:

وفقا للمادة الثامنة (8) من قانون الأسرة الإنجليزي،⁵⁷ تشترط موافقة الوالدين أو الممثل القانوني للصغير قبل بلوغه 16 سنة بمناسبة أي تدخل طبي. و يستثنى من ذلك حالة الضرورة أو الاستعجال و غيرها من الحالات التي يثبت فيها بأن الصغير وصل في نموه إلى درجة من الذكاء، و أنه يتمتع بقدر من الإدراك و القدرة على الاختيار السليم لما يتفق مع مصالحه المختلفة.⁵⁸

فقد حدد القانون الإنجليزي السن القانوني للموافقة على الأعمال الطبية على اختلاف أنواعها ب16 سنة كاملة، حيث جاء في المادة 1/8 من هذا القانون؛

⁵⁷ Family Law Reform Act.1969, précité.

⁵⁸ Fleming, op.cit. p. 74, Knight, op. cit, p.42.

"يعتبر رضاء القاصر الذي يبلغ من العمر 16 لأي علاج طبي كيفما كانت طبيعته، و الذي يشكل بدون هذا الرضا اعتداء على السلامة الجسمية لشخصه، بمثابة رضاء فعال و مقبول كأنه صادر عن شخص كامل الأهلية؛ و في حالة صدور رضاء مقبول عن القاصر، بمقتضى متطلبات هذه الفقرة، ليس هناك حاجة للحصول على موافقة والديه أو وليه.⁵⁹

و بناء على ذلك يمكن للطبيب في إنجلترا أن يباشر الأعمال الطبية على القاصر البالغ 16 معتمدا فقط على موافقته حتى ولو رفض والداه هذا التدخل الطبي. أما دون 16 من العمر فالأمر يبقى للسلطة التقديرية للطبيب لمعرفة ما إذا كان الصغير أهلا لفهم و إدراك طبيعة العمل الطبي و نتائجه و مدى إمكانيةه على إعطاء رضاء صحيح من الجانب القانون⁶⁰ و هو ما تناوله القضاء الإنجليزي.

فمن السوابق القضائية الهامة التي ساهمت في إرساء المعايير القضائية الواجب مراعاتها في هذا المجال، قضية السيدة (جيليك) Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area H. A⁶¹، التي فصل فيها مجلس اللوردات سنة 1986. و التي تتلخص وقائعها في اعتراض الأم السيدة جيليك، كما أعلنته صراحة إلى الجهات الصحية المعنية، عن علاج بناتها اللواتي لم يبلغن بعد 16 من عمرهن بدون موافقتها خاصة فيما يتعلق بتزويدهن بحبوب منع الحمل أو إجراء عملة إجهاض.

غير أن المجلس أكد على حق إحدى البنات التي كانت تبلغ آنذاك 15 سنة من عمرها في الموافقة على إجراء عملية إجهاض رغم عدم موافقة والديها و رفضهما لها. حيث ثبت للمحكمة أن الطفلة المعنية تتمتع بقدرة كافية على إدراك طبيعة العملية و آثارها. من جهة أخرى توصل المجلس إلى أن لجوء الطبيب المعالج لعملية الإجهاض كان صائبا و محققا لمصالح متعددة للطفلة سواء منها الصحية أو الاجتماعية.⁶² كما ثبت للمحكمة أيضا أن سلوك الطبيب في هذه الحالة يتفق و رأي بعض الأطباء في نفس الظروف وفقا للقاعدة التي تتطلب

⁵⁹ "The consent of a minor who has attained the age of 16 years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person shall be as affective as it would be if he were of full age: and where a minor has by the virtue of this section given an effective consent it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian." , Art. 8 sec.1 Family Law Reform Act.1969, précité.

⁶⁰ Art .8 sec. 3 Family Law Reform Act.1969, précité.

⁶¹ Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, [1984] Q.B 581, , [1984] 1 All E.R. 365, , [1986] A.C 122, , [1985] 1 All E.R. 533, CA Revsd , [1986]AC 112, , [1985] 3 All E.R. 402, H.L.

⁶² Skegg., op.cit. p. 53.,Lewis, op.cit. p 197.

القدر المتوسط من الحيطة و الحذر و العناية و التعقل و الدراية.⁶³ و على هذا الأساس لم يُدِن مجلس اللوردات الطبيب لا مدنيا و لا جنائيا.

و في نفس السياق أكد المجلس على حق الطبيب في التدخل بالنسبة للأعمال الطبية التي يوافق عليها الصغير متى كان هذا الأخير يتمتع بالقدرة الكافية على الإدراك و الاختيار بشأن العمل الطبي المقترح، من حيث طبيعته و نتائجه، و ذلك في حالات الإجراءات الطبية قليلة الجسامة في تأثيرها على صحته و سلامة جسمه. أما الإجراءات الأخرى التي تنطوي على قدر جسيم من الخطورة فإن موافقة الوالدين أو من يحل محلها ضرورية كقاعدة عامة إلى حين بلوغه السن القانوني(16 سنة) للموافقة عليها بنفسه.⁶⁴

من جهة أخرى، أشارت بعض المحاكم في إنجلترا إلى وجوب الرجوع إلي المحكمة المختصة بشؤون الأسرة في الحالات التي يكون فيها أسلوب العلاج غير واضح من حيث خطورته أو مدى تأثيره على صحة الصغير الذي لم يبلغ بعد 16، و كذا الحال عندما يتعلق الأمر بعمليات خطيرة تؤثر على حياة الطفل أو مستقبله الصحي بشكل ملحوظ. حيث تختص محكمة الشؤون الأسرية بالنظر في مثل هذه الحالات و تقرير ما يمكن اتخاذه من إجراءات لمصلحة الصغير مستعينة في ذلك برأي الخبراء.⁶⁵

ثانيا - في الولايات المتحدة الأمريكية:

يسود في أغلب الولايات مبدأ عدم الاعتداد برضاء الصغير الذي لم يبلغ بعد عمره 18 سنة. إلا أن بعض الولايات تجيز للصبي المميز الذي لم يبلغ بعد السن القانوني و الذي يتميز بالقدرة على الإدراك و الاختيار أن يوافق على الأعمال الطبية متى كانت تحقق مصلحة مؤكدة و ثابتة للقاصر و لو أمام رفض الوالدين. و يتجه القضاء هناك أيضا، وعلى غرار نظيره الإنجليزي، إلى الأخذ بعين الاعتبار وضعية الصبي و قدراته العقلية للتأكد من مدى قدرته على اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته.

⁶³ Dyer, op.cit, p. 16.

⁶⁴ Skegg., op.cit. p. 54.

⁶⁵ Voir en particulier, Brazier, M., op.cit, p. 222 et suite.

و بوجه عام فالغالب في الولايات المتحدة يتفق مع الاتجاه السائد في بريطانيا و الذي يستند إلى إباحة عمل الطبيب إذا صدرت الموافقة من الصغير الذي لم يتجاوز سنه الثماني عشر سنة إذا كان قادرا على فهم و تقدير الإجراء الطبي من حيث طبيعته و آثاره و كان يحقق مصالحه الصحية و الاجتماعية و لا يتضمن مساسا جسيما بسلامة بدنه أو يحتمل مخاطر معتبرة.⁶⁶

ثالثا - رضا الصغير و من في حكمه في التشريع الفرنسي:

يقصد بالصغير في القانون الفرنسي من لم يبلغ الثامنة عشر من عمره طبقا للتقنين المدني الفرنسي⁶⁷ و هو ما يوافق أيضا سن الأهلية الجنائية في فرنسا.⁶⁸ و وفقا لما جاء في التقنين الفرنسي لأخلاقيات مهنة الطب⁶⁹، يلتزم الطبيب بالحصول على موافقة الوالدين أو الولي الشرعي كلما دُعِيَ لمعالجة صغير السن أو المتخلف ذهنيا. و يستثنى من ذلك حالات الضرورة و الحالات الأخرى التي يتوافر فيها لدى الصبي القدرة على الإدراك و الاختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح إذا كان بالإمكان الحصول على موافقته شخصيا. إذ تلزم المادة L.1111-4 من قانون الصحة العمومية الفرنسي الطبيب بإعلام القاصر بحالته الصحية و مراعاة رأيه بخصوص العلاج المقترح.⁷⁰

و طبقا لنفس المادة يتعين على الطبيب الحصول على موافقة القاصر و من في حكمه، إذا كان هؤلاء قادرين على التعبير عن إرادتهم و المشاركة في اتخاذ القرار المتعلق بمستقبل صحتهم. كما يجوز للطبيب، وفقا لنفس المادة، مباشرة العلاج اللازم على القاصر في حالة اعتراض الولي الشرعي أو الممثل القانوني على ذلك.

⁶⁶ Voir en particulier, Camps, op.cit, p 425 et Meyers, op.cit p. 165.

⁶⁷ Code Civil Français de 1994, loi n° 94-653 du 29 Juillet 1994, Gaz. Pal. 1994.2.

⁶⁸ Pradel, Jean, "Droit pénal général", Cujas, Paris, 1987, p. 452.

⁶⁹ Code de Déontologie médicale français, décret n° 95-1000, du 6 septembre 1995, (J.O du 8 sept. 95).

⁷⁰ "Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article,Les intéressés ont le droit de recevoir eux mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle"

Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas ou le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables." , L'art. L.1111-4 du code Français de la santé publique, loi du 04 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé", <http://www.légifrance.com>

و يجب التذكير أيضا أنه من حق القاصر في القانون الفرنسي اليوم أن يعترض على أي اطلاع على ملفه الطبي من قبل أوليائه. و في هذه الحالة يتعين على الطبيب التأشير على الملف بما يفيد ذلك.⁷¹ كما يستطيع القاصر أن يشترط أن يتم الاطلاع على هذا الملف بواسطة طبيب من اختياره.⁷²

و على العموم يتجه الرأي الغالب في الفقه و القضاء الفرنسيين إلى أن العبرة دائما بقدرة الصغير على الإدراك و الاختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح سواء تعلق الأمر بطبيعة هذا العمل أو نتائجه ما دام المقصود هو العلاج و تحقيق مصلحة الصبي. يضاف إلى ذلك أن رسالة الطبيب و مدى نجاحه في عمله يتوقف إلى حد كبير على مدى العناية التي يبذلها لضمان صحة المريض بوجه عام و صغير السن على وجه الخصوص. لذلك يرى بعض الفقه الفرنسي⁷³ أن الاستناد إلى معيار تشريعي جامد لتحديد أهلية الصغير و ما يرتبط بها بسلامة الرضا الذي يصدر عنه قد يشكل عائقا أمام تحقيق مصلحته. من ثم يذهب هذا الاتجاه إلى ترك تقدير هذه المسألة إلى الطبيب تحت رقابة محكمة الموضوع التي لها أن تستعين بالخبراء و غير ذلك من الأدلة للتأكد من مدى توافر القدرة على الإدراك و الاختيار لدى الصغير في الوقت الذي صدرت منه موافقته على التدخل الطبي سواء في مجال التشخيص أو العلاج أو الوقاية فحسب. أما غيرها من الإجراءات الأخرى الأكثر جراءة من حيث الغرض المرجو من إجرائها (كنقل الأعضاء أو التجارب الطبية) و المخاطر المرتبطة بها فيجب استشارة الأولياء بشأنها كقاعدة عامة.⁷⁴

الفرع الثاني: رضا الصغير في القانون الجزائري:

تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على ما يلي؛ "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون." و قد حددت المادة 40 من القانون المدني سن الرشد بتسعة عشر (19 سنة) كاملة، في حين حددت المادة 42 منه سن التمييز بستة عشر (16 سنة).

و طبقا للمادة 44 من القانون المدني يخضع فاقد الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون.

⁷¹ Art. 6 du Décret n° 2002-637 du 29 Avril 2002, cité par Berret, Consentement, op.cit. p. 6.

⁷² Art. L.1111-7 C.S.P, loi du 04/03/2002, précité.

⁷³ Penneau, "La responsabilité médicale", op.cit. p 60.

⁷⁴ و جدير بالملاحظة في هذا الصدد أن التشريع الفرنسي لا يسمح باقتطاع الأعضاء من جسم القاصر إلا في حدود ضيقة و بشروط متشددة كما سوف نوضحه لاحقا، راجع ص. 367 و ما بعدها من الرسالة.

و تنص المادة 82 من قانون الأسرة⁷⁵ على أنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

أما المادة 83 من نفس القانون تنص؛ "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

و بناء على هذه الأحكام، يكون الشخص كامل الأهلية (البالغ لسن الرشد و المتمتع بكل قواه العقلية و الغير محجور عليه) أهلا لاستعمال حقوقه و مباشرة مختلف العقود و التصرفات أي كان نوعها بما في ذلك عقود الإدارة و التصرف و كذا العقود الطبية التي لها علاقة مباشرة بكيانه الجسدي و العقلي.

أما الشخص الذي لم يبلغ بعد هذا السن أو بلغه و لكنه معاق ذهنيا فالأصل أنه ناقص الأهلية في نظر القانون. و إذا كان مصير السفيه و المعتوه و المعاق ذهنيا بصفة عامة مفصول فيه من الجانب القانوني من حيث وجوب موافقة الولي على التدخلات الطبية التي يكون محلها أفراد هذه الطائفة، إلا أن نقص الأهلية لصغر السن يطرح إشكالا عند التمييز بين القاصر المميز و القاصر غير المميز. إذ بالنظر إلى أحكام القانون المدني و قانون الأسرة المشار إليها أعلاه تكون تصرفات القاصر المميز نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة له. فهل تنطبق هذه الأحكام على العقود التي يتخذها القاصر المميز بشأن التدخلات الطبية؟.

الأصل أنه لا يمكنه الموافقة على الأعمال الطبية لأنه لا يزال قاصرا في نظر القانون و يجب استشارة ممثله القانوني، و هو ما أشارت إليه المادة 2/154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بقولها؛

"يقدم الطبيب العلاج الطبي... لإنقاذ حياة أحد القصر أو الأشخاص العاجزين عن

التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، و يستحيل الحصول على رضا

الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب."⁷⁶

⁷⁵قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 84/07/9 يتضمن قانون الأسرة.

كما احتوت مدونة أخلاقيات الطب على أحكام مشابهة، إذ نصت المادة 52 منها على ما

يلي؛

"يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي و يحصل على موافقتهم..."⁷⁷

حيث يتضح من النصين عدم وجود أي استثناء يعطى للقاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الطبية بدون الرجوع إلى وليه بهذا الشأن، و هو الشيء الذي يمكن وصفه بأنه إفراط في حماية القاصر المميز بدون مبرر. يضاف إلى ذلك، نوع آخر من الحماية لهذه الطائفة من المرضى، و هي حماية أكثر موضوعية، تتمثل في إلزام الطبيب المعالج بجعل مصلحة القاصر الصحية فوق كل اعتبار إذا لاحظ أثناء علاجه للقاصر أن محيطه الأسري لا يوليها العناية الواجبة.⁷⁸ كما أن الطبيب ملزم من جهة أخرى بإخطار السلطات المعنية إذا لاحظ أثناء علاجه لأحدهم، بأنه "ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية، أو حرمان..."⁷⁹ و هو ما تؤكدته المادة 3/206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها؛

"يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم."

من جهة أخرى تمنع المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها⁸⁰ انتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز سواء تقدم المعني بنفسه لذلك الغرض أو بموافقة وليه كما سوف يتم بيانه لاحقا.

أما بالرجوع إلى الواقع العملي، فقد جرت العادة في الممارسات الطبية اليومية على معالجة القصر بناء على موافقتهم فقط (كعلاج الأسنان أو علاج الأمراض التي لا تحتوي على مساس معتبر بالسلامة البدنية للشخص كالجروح البسيطة و ما شابهها) و هو ما يخالف التشريع

⁷⁶ قانون رقم 05/85 مؤرخ في 16/02/85 متمم و مكمل بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/90 سبقت الإشارة إليه.

⁷⁷ مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06/07/92 سبقت الإشارة إليه.

⁷⁸ راجع المادة 53 من المدونة.

⁷⁹ راجع المادة 54 من المدونة.

⁸⁰ قانون رقم 85/05 سبقت الإشارة إليه..

الجزائري في هذا الشأن الذي يشترط موافقة الوالدين أو الولي قبل مباشرة العلاج باستثناء ما ارتبط منه بحالة الاستعجال.

في حين بالرجوع إلى القانون المقارن يلاحظ أنه في بعض القوانين يعتبر القاصر طبقاً لأحكام القانون المدني كامل الأهلية بالنسبة للأعمال الطبية من يوم بلوغه سن 16، كما هو الحال في القانون الإنجليزي. من جهة أخرى، تسمح الكثير من الأنظمة⁸¹ للقاصر المميز حسب السن المحدد في كل دولة، و الذي يتمتع بالقدرة على الإدراك و الاختيار، أن يوافق على الأعمال الطبية سواء منها ما تعلق بالتشخيص أو العلاج بكافة وسائله، ما دام أن العلاج يحقق مصلحة الصبي المميز و مخاطره نادرة أو قليلة الجسامه.⁸² غير أنها لا تعند بموافقة القاصر على التدخلات الطبية الأكثر خطورة أو الغير علاجية كنزع الأعضاء أو عمليات التجميل و كذلك الوسائل التجريبية الحديثة و غيرها من الوسائل التي تحتوي على مساس ملحوظ بسلامة الجسم و يخشى أن يترتب عنها مخاطر جسيمة. ففي هذه الحالات الأخيرة لا تغني موافقة القاصر عن موافقة وليه أو مرافقه له عند الطبيب. و في كافة الأحوال يبقى من واجب الطبيب التدخل لإنقاذ حياة أو صحة القاصر و لو لم تحصل الموافقة من القاصر أو ممن يمثله بشرط توافر حالة الاستعجال.⁸³

و عليه يتضح التأخر و الفراغ الكبيرين الذين يعاني منهما التشريع الجزائري في هذا المجال. و نقول بأنه فراغ و ليس سكوت لأن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب الحصول على موافقة الوالدين أو الولي قبل مباشرة أي عمل طبي على القاصر و لم يستثنى القاصر المميز في الموافقة على أي تدخل طبي، باستثناء النص العام الذي جاء في القانون المدني (المادة 42) و المادتين 82 و 83 من قانون الأسرة. غير أنه عملاً بمبدأ "النص الخاص يقيد النص العام"، لا يمكن، في اعتقادنا، الاستناد إلى هذه النصوص للقول بشرعية موافقة القاصر المميز على الأعمال الطبية في القانون الجزائري بسبب وجود النص الخاص الموجود في قانون حماية الصحة و ترقيتها و مدونة أخلاقيات الطب⁸⁴ بشأن وجوب حصول الطبيب على موافقة الوالدين أو الولي بشأن التدخلات الطبية على القاصر و الأشخاص الغير قادرين على التمييز

⁸¹ حيث قدرت بعض الأنظمة أن الصبي المميز يمتلك من الإدراك و الوعي ما يسمح له بتقدير مصلحته بشأن الأمور المرتبطة بصحته، بحكم أن التدخلات الطبية تمس السلامة البدنية، و قد وصلت هذه الأنظمة إلى هذا الاستنتاج قياساً على الأهلية الجنائية التي يقارب سنها عادة سن التمييز المدني. راجع، د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 76.

⁸² راجع، Skegg., op.cit. p. 51. و عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 42.

⁸³ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 76.

⁸⁴ راجع المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، سبق الإشارة إليهما.

(البالغ العاجز، المعاق عقليا و من في حكمهم) و ذلك قبل مباشرة التدخل،⁸⁵ دون الإشارة إلى إمكانية الاكتفاء بموافقة القاصر المميز الذي بلغ سن 16.

أضف إلى ذلك أن التدخل الطبي النافع لا يطرح أي إشكال بالنسبة للقاصر ما دام أنه وافق على تصرف نافع له نفع محضا و تحققت مصلحته. لكن ما الفائدة من إبطال رضا القاصر، إذا طبقنا افتراضيا حكم المادة 83 من قانون الأسرة و الذي مجاله الحقوق المالية، بعد أن يتحقق الضرر فعلا من جراء تنفيذ التدخل الطبي الذي اعتبره الطبيب في مصلحة القاصر؟. بمعنى آخر إذا كان بالإمكان إبطال العقد و إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بشأن التصرفات المالية الضارة ضرا محضا أو الدائرة بين النفع و الضرر، فإن الأمر ليس ممكنا في المجال الطبي بعد تحقق الضرر على جسم القاصر.

من جهة أخرى، بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجده يحدد سن 13 سنة كاملة كحد أدنى لإمكانية متابعة القاصر على إجرامه (تدابير وقائية أو عقوبات مخففة)⁸⁶. و هذا بخلاف الكثير من التشريعات التي رفعت هذا السن إلى 15 أو 16 سنة.⁸⁷ مما يعني أن الصبي الجزائري البالغ من العمر 13 سنة يتمتع، في نظر المشرع الجنائي الجزائري، بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز الذي يجعله مسؤولا و لو مسئولية مخففة عن أفعاله، في حين لا يعترف له بهذه القدرات في مجال القرارات الطبية رغم أن أحكام الأهلية الجنائية هي الأقرب إلى مجال الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان.

و عليه ليس هناك ما يمنع، في نظرنا، طبقا للواقع القانوني الجزائري الحالي، أي والد أو ولي غير راض على نتائج العلاج الذي خضع له ولده القاصر و الذي لم يستشار بشأن علاجه أن يتابع الطبيب على أساس الإخلال بهذا الشرط القانوني بدون حاجة إلى إثارة الخطأ الطبي من جانبه الفني. لذلك نعتقد بأنه من واجب المشرع الجزائري أن يراجع موقفه تجاه هذه الطائفة من المرضى، حماية لهم و للأطباء، من خلال وضع نصوص قانونية أكثر مرونة تعطي للطبيب الجزائري السلطة التقديرية بشأن اللجوء إلى استشارة الولي أو الاكتفاء بموافقة القاصر المميز و

⁸⁵ باستثناء حالة الضرورة التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض سواء كان راشدا أم قاصرا و تعذر الحصول على موافقة الأهل أو ولي القاصر، راجع المادة 154 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

⁸⁶ حيث تنص المادة 49 منه على ما يلي؛ "لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية. و مع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ، و يخضع القاصر الذي يبلغ سنه 13 - 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة".

⁸⁷ كالتقانون السويدي مثلا، راجع د. عبد السلام التونسي، "موانع المسؤولية الجنائية"، معهد البحوث و الدراسات العربية، 1971، ص 166.

ذلك بناء على تقدير الطبيب للإمكانيات العقلية التي يتمتع بها القاصر مستعينا في ذلك بالخبرة من جهة أو استشارة المحكمة حول المسألة و ذلك قبل مباشرة التدخل الطبي على القاصر. و يمكن للمشرع في هذا المجال، و على غرار غيره من المشرعين، أن يحدد التدخلات التي يمنع مباشرتها على القاصر لارتباطها بالنظام العام⁸⁸ أو تلك التي تتطلب موافقة الوالدين أو الولي بسبب خطورتها.

و يرى الباحث أن إشراك القاصر المميز في أخذ القرارات المرتبطة بأمره الصحية يعود عليه بأكثر من فائدة. فهو تدريب على أخذ القرارات المهمة في حياته، باعتبار أن القرارات الخاصة بالجانب الصحي ترتبط بأهم ما يمتلكه الفرد و هي سلامته الجسمية و العقلية. كما يمكن اعتبار ذلك بمثابة ترويض على الاعتماد على النفس و هي خاصية محمودة في الفرد سواء من الناحية الأخلاقية أو الاجتماعية.

المطلب الثاني: سلطة الوالدين في رفض التدخل الطبي لصالح الأبناء:

ثار التساؤل عن مدى سلطة الوالدين في رفض إخضاع الصغير لأعمال طبية تهدف إلى التشخيص أو العلاج أو الوقاية دون توافر سبب مشروع لذلك.

غني عن البيان أن مثل هذا التصرف يخالف تعاليم الدين الإسلامي الذي يحث الوالدين على حسن تربية الأبناء و العمل على نموهم نموا سليما، ليس فقط من الناحية البدنية و النفسية فحسب، بل أيضا من النواحي الخلقية و العقلية و العقائدية لكي تكون نافعة للدين و الأمة. فقد ثبت عن الرسول الكريم (ص) قوله؛ "كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت"⁸⁹. لذلك أوجب الإسلام على الولدين النفقة التي تشمل الغذاء و اللباس و المسكن و التعليم والعلاج و غيره مما يحتاجه الولد في تربيته. من ثم لا يجوز للوالدين بأي حال من الأحوال رفض العلاج الذي من شأنه الإضرار بأبنائهم.⁹⁰

الفرع الأول: موقف التشريع الجزائري:

⁸⁸ على غرار ما جاء في المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري التي جاء فيها؛ "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين و المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل...". أو كالمطلب المقدم من قبل القاصرة إلى الطبيب بشأن تزويدها بحبوب منع الحمل أو إجهاضها.

⁸⁹ ذكره، إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 79.

⁹⁰ محمود عمر فارح، "الأسرة القوية في مفهوم الإسلام"، المؤتمر القومي عن الإسلام و تباعد فترات الحمل، المركز الدولي الإسلامي للدراسات و البحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1990، ص 10.

لقد اتبع المشرع الجزائري النهج الإسلامي من خلال إلزام كل من يوكل إليه رعاية طفل سواء كان حاضنا، وليا، وصيا، مقدما أو كفيلا حسب الحالة، بحسن رعايته و تربيته طالما هو تحت رعايته و مسؤوليته، و السهر على حمايته⁹¹، و ذلك إلى حين بلوغ المحضون السن القانوني لسقوط الحضانة عليه⁹² أو سن الرشد القانوني بالنسبة للحالات الأخرى، و هو ما يمكن استنتاجه من الأحكام العامة التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري في مجال شروط و أحكام الحضانة، الولاية و الوصاية على الأطفال و القصر.⁹³ فقد اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة أن يكون الوصي مسلما، عاقلا، بالغاً، قادراً، أميناً و حسن التصرف و للقاضي إمكانية عزله إذا لم تتوافر فيه هذه الشروط. كما يمكن للقاضي عزل الوصي، وفقاً للمادة 96 من نفس القانون، بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

من جهة أخرى تضمنت مدونة أخلاقيات الطب أحكاماً عامة تفيد بمفهوم المخالفة أن الولي أو الوصي مطالب بتوفير أحسن عناية صحية، بدنية كانت أم عقلية، لمن هم تحت مسؤوليته من الأطفال أو القصر. إذ نصت المادة 53 من المدونة؛

"يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان حامي الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها."

في حين تلزم المادة 54 من نفس المدونة الطبيب بإبلاغ السلطات المعنية أو المختصة، عند اكتشافه، أثناء قيامه بوظيفته، للحالات التي يكون فيها القاصر أو الشخص المعوق ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان. مما يفيد أن حق الطفل أو القاصر في الصحة و العناية الطبية اللائقة مضمون في النصوص التشريعية الجزائرية و هو ما يجعل مسؤولية الوالدين أو الوصي قائمة في حالة الإهمال بالإضافة إلى كل النتائج التي يمكن أن تنجر عن ذلك⁹⁴.

و عليه، فإذا رفض الوالدان دون مبرر شرعي التدخل الطبي في حالة الضرورة التي تستوجب السرعة في التنفيذ لإنقاذ صحة أو حياة الصغير، فالأصل أنه لا يعتد برفض الوالدين تطبيقاً لمادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب التي أسندت مهمة حماية الطفل إلى الطبيب في مثل

⁹¹ حيث تنص المادة 62 من قانون الأسرة " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك."

⁹² تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري؛ "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية."

⁹³ راجع المواد من 87 إلى 100 من قانون الأسرة.

⁹⁴ أهمها سقوط الولاية أو الوصاية إلى الغير إذا ثبت عدم صلاحية المعني إلى توليها على الأطفال أو القصر، راجع المادتين 92 و 96 من قانون الأسرة. سبقت الإشارة إليه. راجع أيضاً المواد من 269 إلى 272 من قانون العقوبات الجزائري.

هذه الحالات. يضاف إلى ذلك أن تدخل الطبيب في هذه الظروف يعد مشروعاً طبقاً للأحكام العامة ما دام غرضه هو حماية حياة أو صحة الصغير.

و يبرر البعض⁹⁵ إباحة تدخل الطبيب رغم اعتراض الوالدين على ذلك، بأن حياة و صحة الأبناء ليست حقاً خالصاً للأولياء، بل هو حق للمجتمع ككل الأمر الذي يقتضي الحفاظ على حياة الأفراد و سلامتهم⁹⁶.

و في الحالات التي يكون فيها التدخل العلاجي إجبارياً، مثل إجراءات الوقاية من الأمراض المعدية و مكافحتها، كالتطعيم الإجباري أو عزل الصغير المصاب بمرض معد، فإن تدخل الطبيب بشأنها يكون مشروعاً و لو اعترض الوالدان عن ذلك ما دام الطبيب قد التزم بالضوابط الإدارية و القواعد الفنية و القدر اللازم من الحيطة و الحذر.

غير أنه يجب التنبيه إلى أن اعتراض الوالدان على الأعمال الطبية يجب أن يؤخذ مأخذ الجد في غير حالة الاستعجال، أو عندما ينطوي التدخل الطبي على قدر جسيم من المخاطر أو عندما يكون الغرض منه غير علاجي أساساً، لأنه في هذه الحالات يحدث الاعتراض أثره القانوني كاملاً بحيث يجعل تدخل الطبيب غير مشروع و تترتب عليه المسؤولية القانونية حسب الأحوال.

الفرع الثاني: رفض أحد الوالدين علاج الصغير:

قد يحدث خلاف بين الوالدين بشأن علاج طفلهما بحيث يوافق عليه أحدهما في حين يرفضه الآخر.

يرى بعض الفقه⁹⁷ أنه لا خلاف في إباحة عمل الطبيب في الحالات التي لا ينطوي التدخل الطبي على مساس جسيم بسلامة الصغير و ما دام التدخل في مصلحته. غير أنه في غيرها من الحالات، فقد ذهب رأي إلى وجوب مراعاة إرادة الوالدين معاً، و من ثم وجوب محاولة إقناعهما معاً.⁹⁸

⁹⁵ Meyers, op.cit, p. 165, Mason and McCall Smith, op.cit, p. 234.

⁹⁶ يرى البعض أن رفض الوالدين للعلاج يعد من قبيل الإساءة في استعمال السلطة، راجع في عرض هذا الاتجاه، د. شعبان نبيه متولي دعبس، مرجع سابق، ص 527.

⁹⁷ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 81، راجع أيضاً؛

Cabrit, A et Dapongny, B, 'Patients-Médecins ; tous vos droits', France éditions du puits fleuri, 1992, p. 68.

⁹⁸ د. أحمد محمود إبراهيم سعيد، "مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983، ص 283، راجع كذلك. Rougé, Arbus et Costagliola, op.cit p. 33.

و اتجه رأي آخر إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كان الرفض من الأب أو من الأم. ففي حالة موافقة الأب يكون التدخل مشروعاً بالنسبة للطبيب باعتبار أن الأب هو الولي الشرعي للصغير و هو المسئول الأول عن كل أفراد العائلة. أما إذا رفض الأب و وافقت الأم فلا يكون تدخل الطبيب مشروعاً إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط أهمها؛ أن تكون احتمالات النجاح مؤكدة و أن يتخذ الطبيب المعالج جميع الاحتياطات اللازمة لتحقيق مصلحة الصغير، كأن يسترشد برأي أطباء آخرين أكثر خبرة للتأكد من ضرورة التدخل، و ألا يكون من شأن هذا التدخل الإضرار بصحة الصغير أو تعرضه لمضاعفات مستقبلية.

غير أنه ليس ثمة إشكال إذا تدخل الطبيب في حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل السريع على النحو الذي سبق بيانه لأن الطبيب ملزم بإنقاذ حياة الصغير و لو رفض الوالدان. فمن باب أولى أن يكون للطبيب المعالج ذلك أمام رفض أحدهما، بشرط توافر عناصر الضرورة و بشرط أن يكون العمل الطبي هو السبيل الوحيد لتحقيق أفضل مصلحة للصغير.⁹⁹

و في رأينا يجب أن تكون العبرة بموافقة الأب باعتباره الولي الشرعي،¹⁰⁰ و في حالة غيابه تحل محله الأم. فإذا رفض الأب التدخل الطبي، يجب البحث في أسباب هذا الرفض. فإذا كانت أسباب الرفض جدية كما هو الحال عندما تكون نتائج التدخل غير مضمونة أو فيها من الجسامة أو الخطورة ما يسيء إلى مصلحة الصغير، فلا شك من وجوب الانصياع لرفض الوالد. أما إذا كانت أسباب الرفض غير جدية، كأن يبني رفضه على اعتبارات مالية أو معتقدات اجتماعية أو دينية¹⁰¹ فيكفي في هذه الحالة موافقة الأم إذا كان التدخل الطبي يخدم مصلحة

⁹⁹ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 81.

¹⁰⁰ حيث تنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري؛ " يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً." ليس في الشريعة الإسلامية ما يجيز للفرد المسلم رفض العلاج. حيث وضحتنا أن السعي إلى العلاج واجب ديني للمحافظة على صحة المسلم، إلا في الحالات التي يخشى أن يؤدي العلاج إلى ضرر أكبر، راجع د. أحمد محمد بدوي؛ "نقل و زرع الأعضاء البشرية"، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، 1999 ص 149. غير أنه في بعض البيانات الأخرى، كما هو الحال بالنسبة لبعض المذاهب (sectes) مثل المذاهب العبرانية، "Les témoins de Jehovah"، أو فئة المورمون (Mormon) فإنهم يرفضون العلاج عن طريق نقل الدم و لو في حالة الضرورة سواء لهم أم لأبنائهم. مع العلم أن أغلب القوانين الغربية تجيز للطبيب علاج الأطفال المنتمين إلى هذه الطوائف رغم اعتراض الأولياء عن ذلك إذا كان نقل الدم ضروري لحماية صحة أو حياة الطفل، على أساس أنه من حق الوالد الملتزم بشعائره دينه أن يمنع ذلك عندما يتعلق الأمر بحياته أو سلامة جسمه هو، أما عندما يتعلق الأمر بالأطفال فيجب أن يخضعوا للعلاج في هذه المرحلة من عمرهم و عند بلوغهم سن الرشد يمكنهم أن يقرروا بأنفسهم قبول أو رفض هذا النوع من العلاج. من جهته استند القضاء الغربي في إباحته للعمل الطبي على الطفل المنتمي لهذه الطوائف، إلى أن حرية الاعتقاد و حرية ممارسة الشعائر الدينية في هذه الأنظمة يجب ألا تتعارض مع حق الدولة في الحفاظ على صحة و أمن و حياة و رفاهية المواطنين. ففي هذا الإطار لقد أقرت المحاكم الأمريكية بحق الشخص في رفض العلاج استناداً إلى معتقداته الدينية، ما لم يرتبط ذلك بحياة الغير كما في حالات الحمل، أو عندما يكون الشخص مسؤولاً مادياً أو معنوياً عن آخرين، كوجود أطفال قصر، إذ أنه في هذه الحالة يحقق العلاج مصلحة مؤكدة للمجتمع. راجع في ذلك الأحكام القضائية الأمريكية التالية:

Reynolds v. United States, 98 U.S 145, 25 L.ed 2d 244 (1879)

Prince v. Massachusetts, 321 U.S 158, 645.Ct.438, (1944).

Hill v. State, 38 Ala. App. 404, 88, So 2d 880, 1956.

Erickson v. Dilgard, 44 Misc. 2d 27, 252, N.Y.S. 2d, 705 (1962).

Jeferson v. Griffin spalding county Hospital, 277 S.E. 2d – 457 – GA (1981).

و لمزيد من التوضيح في هذا الموضوع راجع؛ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 84 و ما بعدها.

الصغير سواء في مجال الوقاية أو العلاج. و في كافة الأحوال الأخرى التي تنطوي فيها التدخلات الطبية على خطورة جسيمة (نزع الأعضاء أو عمليات التجميل) يتعين على الطبيب التريث حتى الحصول على موافقة الوالدين.

أما في حالة الطلاق، فإن واجب الرعاية الصحية يقع على الشخص الذي أسندت إليه حضانة الطفل، غير أنه إذا تعلق الأمر بتدخلات طبية فيها مساس جسيم بالسلامة البدنية للطفل المحضون، و كان الصغير في حضانة الأم، فالأصل، كما قال به بعض الفقه،¹⁰² هو وجوب الحصول على موافقة الوالدين معاً، إلا إذا كان أحدهما غائبا.

المبحث الرابع: رضا المريض عقليا و نفسيا:

لكي يحدث رضا المريض أثره القانوني يجب أن يصدر عن صاحبه بإرادة حرة و واعية. أي يجب أن يتوافر لدى المريض، حتى يتمكن من ممارسة حقه في الذاتية و تقرير مصيره إزاء بدنه، القدرة على إدراك حالته الصحية و طبيعة الإجراء الطبي المقترح سواء في مجال التشخيص أو العلاج، و كذا القدرة على اختيار الحل أو البديل الذي يراه مناسب لحالته. و كقاعدة عامة تتوافر هذه المواصفات في الشخص البالغ المتمتع بكامل قواه العقلية و الغير محجور عليه، الأمر الذي يجعله قادرا على اتخاذ القرارات المناسبة بشأن حالته الصحية بنفسه.

غير أنه قد يكون المريض بالغا راشدا و لكنه مصاب بمرض عقلي أو نفسي، مما يؤدي إلى الإنقاص من تلك القدرات. فهل يؤدي ذلك بالضرورة إلى عدم الأخذ بما يصدر عنه من قرارات في مجال الرعاية الصحية؟

تتطلب دراسة هذه المسألة بحث أثر المرض العقلي على القدرة الإدراكية للفرد من جهة، و موقف التشريع الجزائري منها، من جهة أخرى. و يشكل ذلك موضوع المطالبين الوالدين.

المطلب الأول: أثر المرض العقلي على القدرة الإدراكية للمريض:

يرى بعض الفقه أنه يجب التأكد من تأثير الحالة المرضية على القدرات المشار إليها، بحيث لا يجوز الأخذ بمعيار موحد يسري على كافة الحالات المرضية النفسية أو العقلية.¹⁰³ و يعني ذلك وجوب دراسة كل حالة على حدة لمعرفة مدى قدرة المريض على اتخاذ القرار السليم

¹⁰² د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 123.

¹⁰³ Kennedy and Grubb, op.cit., p. 185.

الذي يحقق أفضل مصلحة له.¹⁰⁴ و بناء على ذلك إذا لم يضعف المرض العقلي أو النفسي قدرات المريض على الإدراك و الاختيار وقت اتخاذ القرار، وجب احترام إرادة هذا الأخير بشأن العلاج سواء تعلق بعلاج المرض العقلي أو النفسي أو غيره من الأمراض الأخرى.¹⁰⁵

و قد يشكو المريض من اضطرابات عقلية أو نفسية مؤقتة بحيث يفصل بينها فترات إفاقة يتمتع فيها المريض بالقدرة الكافية على الإدراك و الاختيار مما يمكنه من فهم و تقدير طبيعة المرض الذي يعاني منه و طبيعة التدخل الطبي المقترح و نتائجه. و عليه فإذا صدر قرار المريض، سواء بالقبول أو الرفض في تلك الفترات فإنه يجب أخذ قراره مأخذ الجد بشرط أن يتأكد الطبيب من أن المرض لو يؤثر على فترات الإفاقة. أما إذا ثبت أن المريض عقليا لا يتمتع بالقدرة الكافية من نعمة الإدراك و الاختيار السليم بما يتفق و مصلحته الصحية، فإنه ينبغي الحصول على موافقة من يمثله قانونا مثله مثل القاصر على النحو الذي تم بيانه آنفا و وفقا لنفس الأحكام.

من جهة يثور التساؤل حول السند القانوني الذي يمكن اعتماده لعلاج المريض عقليا أو نفسيا، في غير حالة الاستعجال، و يتعذر فيها على الطبيب الوصول إلى الممثل القانوني أو الفعلي للمريض نفسيا أو عقليا و يرفض هذا الأخير تدخل الطبيب بدون مبرر مشروع في الوقت الذي يرى الطبيب ضرورة إخضاعه للعمل الطبي المقترح سواء في مرحلة التشخيص أو العلاج حماية لمصلحة المريض نفسه أو مصلحة الغير.

ذهب البعض إلى أن تدخل الطبيب في مثل هذه الحالات يؤسس على فكرة الرضا الضمني المفترض من قبل المريض. إذ أن هناك احتمال كبير و راجح في قبول المريض للعلاج لو كان متمتعا بقواه العقلية و النفسية على الوجه الأكمل، ما دام أن التدخل العلاجي يتفق مع مصلحته و لا يعرضه لأي أخطار جسيمة.¹⁰⁶

إلا أن بعض الفقه رفض مثل هذا الافتراض و قال بعدم كفايته لإباحة تدخل الطبيب. إذ أن تدخل الطبيب فيه مساس بسلامة جسم المريض و ينطوي ذلك على مخاطر أو مضاعفات يصعب التنبؤ بها. من جهة أخرى لا يمكن الاستناد على نفعية العلاج بالنسبة للمريض لافتراض موافقته

¹⁰⁴ Kennedy and Grubb, op.cit., p. 190, Jones, op.cit, p 219.

¹⁰⁵ Jones, op.cit, p 220., Lewis, op.cit, p 198., Meyers, op.cit, 133.

¹⁰⁶ Mason and McCall Smith, op.cit, p 229.

عليه، لأن ذلك يتعارض مع الأسس و المبررات التي يقوم عليها مبدأ رضا المريض في المجال الطبي.¹⁰⁷ و على أساس هذه الانتقادات ذهب رأي آخر إلى أن التدخل الطبي في حالة الأمراض العقلية و النفسية التي تؤثر على القدرات العقلية للفرد يستند إلى حالة الضرورة.¹⁰⁸

فمن المبادئ المستقرة قانونا أن حالة الضرورة تبيح التدخلات الطبية بدون رضا صاحبها و لا يترتب عنها أية مسئولية عن النتائج المترتبة عن الفعل سواء كانت ضارة أو خطرة طالما التزم الطبيب المتدخل بالعناية اللازمة و القدر اللازم من الحيطة و الحذر في علاجه للمريض، و توافرت لديه شروط التدخل الضروري. و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التدخلات الطبية التي تهدف إلى مواجهة المرض لغرض تخليص المريض من آلامه أو تفاقم حالته الصحية، تفوق من حيث الأهمية و القيمة، خاصة في حالة الأمراض العقلية و النفسية، تلك المصالح المرتبطة بأحكام القانون و تعليق التدخل الطبي على الموافقة الصريحة من قبل صاحب الشأن.¹⁰⁹

و يرى الباحث، أن الاستناد إلى فكرة الضرورة أكثر قبولا من الرأي الأول الذي يستند إلى فكرة الرضا المفترض. إلا أنه لا يجب تعميمها على كل الحالات لأن عناصر الضرورة لا تتوفر في كافة حالات الأمراض العقلية أو النفسية، و إنما يقتصر ذلك على الحالات التي يصبح فيها المريض عقليا أو نفسيا خطرا على نفسه أو على الغير. فأوجب المشرع في مثل هذه الحالات التدخل الطبي السريع حتى و لو كان ذلك مخالفا لرأي المريض أو المسئول عنه أو ذويه.

المطلب الثاني: رضا المريض عقليا في القانون الجزائري:

و لقد نظم المشرع الجزائري إجراءات التدخل في الحالات المرتبطة بالأمراض العقلية ، في الباب الثالث من قانون حماية الصحة و ترقيتها تحت عنوان "الصحة العقلية" و ذلك في ثلاث فصول؛

- الفصل الأول: معالجة المصابين بالأمراض العقلية.(المواد من 103 إلى 138)
- الفصل الثاني: تدابير الرقابة خلال الاستشفاء. (المواد من 139 إلى 144)
- الفصل الثالث: الوضع تحت المتابعة الطبية. (المواد من 145 إلى 148)

فقد نظم المشرع الجزائري استشفاء أو علاج ذوي الأمراض العقلية وفقا لحددة المرض العقلي المشكو منه وأثره على شخص المريض نفسه أو على الغير. و حدد الجهات المختصة التي

¹⁰⁷ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق ، ص 86.

¹⁰⁸ Lewis, op.cit, p 198.

¹⁰⁹ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق ، ص 86.

يمكنها المبادرة بعلاجه أو الموافقة على ذلك، مع السماح للمريض بالتعبير عن إرادته عندما يكون راشدا و متمتعا بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز. و يخضع علاج الأمراض العقلية في التنظيم الجزائري لنظامين؛

1- الاستشفاء الخارجي أو ما يسمى بالاستشفاء في مصلحة مفتوحة.

2- الاستشفاء الداخلي أو ما يسمى بالاستشفاء في مصلحة مغلقة.

(1) الاستشفاء في مصلحة مفتوحة:

وفقا لما جاء في نص المادة 105 من قانون حماية الصحة و ترقيتها "لا يخضع استشفاء مريض في مصلحة للأمراض العقلية مفتوحة و لا خروجه منها لأي تنظيم خاص..." حيث يكفي لطبيب الأمراض العقلية في المصلحة المذكورة أن يقوم بتحرير ورقة الدخول وفقا لقواعد القبول المعمول بها(المادة 2/105). و لا يشكل هذا النوع من الاستشفاء أي خطر على المريض على أساس أنه ليس فيه مساس بحريته الفردية.

(2) الاستشفاء في مصلحة مغلقة:

لقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من الاستشفاء بطريقة صارمة تجنباً للتجاوزات التي قد يتعرض إليها المرضى المصابون بالأمراض العقلية داخل هذه المؤسسات من جهة، و للتأكد من جهة أخرى، من عدم إدخال من لا تتوفر فيه شروط الإقامة في هذا النوع من المصالح الاستشفائية بسبب ارتباط ذلك بحريات الأفراد.

و يرتبط إيداع المريض عقليا في مصلحة الأمراض العقلية أساسا بشهادة طبية تثبت الخلل العقلي الذي يشكو منه المصاب، إضافة إلى قرار إداري من السلطات المختصة بعد التأكد الفعلي عن طريق الخبرة من وجود الخلل العقلي لدى المريض.

على هذا الأساس قد يخضع المريض عقليا لواحد أو أكثر من أنظمة ثلاثة داخل المصلحة الاستشفائية و ذلك وفقا لحدّة مرضه؛

(1) الوضع رهن الملاحظة.

(2) الوضع تحت نظام الترتيب الإداري.

(3) الوضع تحت نظام الاستشفاء الإجباري

يضاف إلى هذه الأنظمة الداخلية نظام خارجي، أي مع بقاء المريض خارج المؤسسة العلاجية، يعرف بالوضع تحت المتابعة الطبية(4).

الفرع الأول: الوضع رهن الملاحظة:

وفقا لما جاء في المادة 109 من قانون حماية الصحة؛
"يتوقف وضع المريض رهن الملاحظة في جميع الأحوال على قرار طبيب الأمراض العقلية في المؤسسات التي يقدم إليها...
و لا يمكن وضع المريض رهن الملاحظة فعليا إلا بعد أن يحرر طبيب الأمراض العقلية في المصلحة باسم المريض ورقة الدخول قصد وضعه رهن الملاحظة."

و الغرض من هذا الإجراء هو التأكد من وجود الخلل العقلي لدى المريض في هذه المرحلة. مع العلم أن القانون الجزائري لم يحدد مدة الوضع رهن الملاحظة على خلاف غيره من التشريعات التي حددتها بأسبوع أو أسبوعين.¹¹⁰

و طبقا للمادة 107 من قانون حماية الصحة يمكن أن يحال المريض على المصلحة الطبية المتخصصة لغرض الوضع رهن الملاحظة على النحو التالي؛

- إما بحضور المريض نفسه،
- و إما بمبادرة من أسرته أو ممثله الشرعي لدى السلطة الطبية في إحدى المصالح المتخصصة.
- أو بمبادرة لأي شخص عمومي يراعي مصلحة المريض فيقدمه إلى السلطة الطبية في مصلحة للأمراض العقلية (الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، محافظ الشرطة، مسئول الدرك أو أحد ممثليهم المفوض قانونا).

و يتوقف قرار الوضع تحت الملاحظة على قرار من الوالي أو النائب العام لدى المجلس القضائي، دون سواهم، يقضي بإجراء فحص إجباري في الأمراض العقلية¹¹¹ على أن يتضمن

¹¹⁰ في القانون المصري، طبقا للمادة 5 من القانون 141- 44 لا يجوز أن تتجاوز مدة الوضع تحت الملاحظة ثمانية أيام . راجع، إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق ، ص 87.
¹¹¹ المادة 111 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه.

الطلب المقدم إليهم في هذا الشأن شهادة طبية من تحرير أي طبيب يبين فيها الاضطرابات العقلية التي يعانيتها المريض و الخطر الذي يمثله.¹¹²

غير أنه تفاديا للتجاوزات أشارت المادة 110 من نفس القانون إلى إمكانية المتابعة الجنائية لكل شخص طبيعى عمومي أو خاص، وضع شخصا رهن الملاحظة لغرض يتنافى مع المصلحة الطبية لهذا الأخير.

و إذا خلص الطبيب، بعد الفحص الإلجباري، في مرحلة الوضع تحت الملاحظة إلى أن المريض لا يشكوا من أي مرض عقلي وجب تسريحه من المصلحة الإستشفائية. أما إذا تأكد لديه الخلل العقلي لدى المريض يكون أمامه، اقترح أحد الأمرين بناء على حدة المرض؛

- إما وضعه تحت نظام الترتيب الإداري.
- أو تحت نظام الاستشفاء الإلجباري

الفرع الثاني: الوضع تحت نظام الترتيب الإداري:

الترتيب الإداري هو نظام استشفائي داخلي يتكفل بالمرضى المصابين بأمراض عقلية و الذين يحتاجون إلى متابعة طبية متواصلة و عن قرب و لا يمكن لأهل هؤلاء المرضى أو ممثليهم توفيرها لهم خارج المؤسسات العلاجية.

تنص المادة 116 من قانون حماية الصحة و ترقيتها "يمكن أن يوضع المريض تحت نظام الترتيب الإداري في نهاية فترة الوضع رهن الملاحظة أو خلالها، بناء على اقتراح طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة.

و تعد موافقة أسرة المريض أو ممثلها المخول قانونا مطلوبة و ضرورية و كافية لتحويله من الوضع رهن الملاحظة إلى الترتيب الإداري..."

مما يتضح أن الوضع تحت الترتيب الإداري يتطلب موافقة أهل المريض أو من يمثله قانونا، و هذا بخلاف الوضع تحت الملاحظة الذي لا يتطلب هذه الموافقة لأنه يتم بقرار إجباري من السلطات العمومية.

¹¹² المادة 111 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه.

و يصدر الأمر بالترتيب الإداري لمدة زمنية غير محددة¹¹³ من النائب العام بعد تسلمه للطلب المقدم من الطبيب المعالج في المؤسسة مرفوقا بموافقة أهل المريض. و طبقا للمادة 117 من قانون الصحة يجوز للمريض أن يحرر بنفسه طلب الترتيب الإداري الذي يعنيه إذا كان راشدا و متمتعا بالأهلية المدنية، أما في الحالات التي لا يكون للمريض أسرة و كان قاصرا، يمكن لوكيل الجمهورية، القيم أو الوصي على هذا المريض أن يعين أي شخص يسهر على مصلحته، ما عدا طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أو أحد المأمورين الذين يعملون فيها.

أما عن كيفية خروج المريض الموجود في الترتيب الإداري، فقد حددت المادة 121 من قانون حماية لصحة و ترقيتها على النحو التالي؛

- إما بمبادرة طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة.
- إما بطلب المريض نفسه إذا كان راشدا و مسؤولا مدنيا.
- و إما أن يكون الخروج محتما بمجرد أن يقدم الشخص الذي طلب الترتيب الإداري أول مرة التماسا بالخروج يكتبه و يوقعه و يسلمه أو يرسله إلى طبيب المؤسسة.
- كما يمكن لأحد الأشخاص المذكورين أدناه، أن يطلب خروج المريض الموجود في الترتيب الإداري و يحصل على ذلك تلقائيا، ما لم يعارض المريض الراشد المتمتع بالأهلية المدنية ذلك، و هؤلاء الأشخاص هم؛
- أحد أصول المريض المباشرين،
- أحد فروع المريض الراشدين المباشرين،
- زوجة المريض أو زوج المريضة،
- أحد أقرباء المريض الراشدين من الحواشي، أبا كان أو أختا،
- عم المريض أم عمته، و خاله أو خالته المباشرين،
- القيم أو الوصي على المريض.

يتضح من ذلك أن الوضع تحت الترتيب الإداري إجراء يهدف إلى توفير العناية الصحية لذوي الأمراض العقلية الذين لا يوجد من يضمن لهم هذه العناية المستمرة. و تطبيقا للمادة المشار إليها أعلاه يجوز لأي من الأشخاص الذين عدتهم المادة، المبادرة بطلب خروج المريض من هذا الترتيب إما بسبب تحسن الحالة الصحية للمريض أو لإمكانية توفير هذا الأخير للعناية اللازمة و المتابعة المستمرة للمريض خارج مصلحة الأمراض العقلية.

¹¹³ المادة 119 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الفرع الثالث: الوضع تحت نظام الاستشفاء الإجباري:

يعتبر الاستشفاء الإجباري نظاما استشفائيا داخليا إجباريا يتكفل بالمرضى المصابين بالأمراض العقلية الحادة التي تجعلهم بحاجة إلى متابعة طبية متواصلة، و الذين يشكلون في حالة خروجهم خطرا على أنفسهم و على النظام العام أو على أمن الأشخاص.

و يجوز للطبيب المعالج في مصلحة الأمراض العقلية التماس وضع المريض تحت نظام الاستشفاء الإجباري أثناء فترة الوضع رهن الملاحظة أو يقترح تحويله من نظام الترتيب الإداري إلى الاستشفاء الإجباري.¹¹⁴

و يتولى الوالي، طبقا للمادة 125 من ق ح ص، النظر في هذا الطلب الذي يجب أن يتضمن تفصيلا لأسباب التي جعلت الطبيب يعتقد بضرورة هذا الإجراء مشيرا إلى ردود الفعل الخطيرة، الماضية أو الحالية، للمريض و الأخطار التي قد يتسبب فيها خروجه. و إذا اتضح للوالي، بعد إجراء الخبرة الطبية على المريض، بأنه لا داعي لوضع المريض تحت الاستشفاء الإجباري، أخبر طبيب الأمراض العقلية بذلك و أحال ملفه وجوبا على لجنة الصحة العقلية¹¹⁵ للبت فيه نهائيا. مع العلم أن قرار الاستشفاء الإجباري يتخذ لمدة لا تتجاوز 6 أشهر قابلة للتجديد من قبل الولي.

و بسبب خطورة الإجراء على حرية الأشخاص لا يجوز لطبيب الأمراض العقلية أن يلتمس الاستشفاء الإجباري لمريض عضو في أسرته أو أحد أقربائه.¹¹⁶ كما لا يجوز لأحد اتخاذ قرار بذلك يتعلق بقريب من الأصول أو الفروع أو زوج، أو زوجة، أو واحد من الحواشي، أختا، أو أختا، عما أو عمه، خال أو خالة، أو زوجات هؤلاء أو أزواجهن تباعا.¹¹⁷ و المقصود هنا، بطبيعة الحال، هو الوالي و أعضاء لجنة الصحة العقلية.

أما عن خروج المريض الموجود في نظام الاستشفاء الإجباري، فقد حددت شروطه المادة 130 من قانون حماية الصحة وترقيتها كالتالي؛

¹¹⁴ راجع المادتين 122 و 123 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبق الإشارة إليه.
¹¹⁵ طبقا للمادة 126 من قانون حماية الصحة و ترقيتها تتكون لجنة الصحة العقلية من ممثل الوالي - قاضي بدرجة رئيس غرفة في المجلس القضائي، رئيسا للجنة - طبيبين اختصاصيين في الأمراض العقلية.
¹¹⁶ راجع المادة 128 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبق الإشارة إليه.
¹¹⁷ راجع المادة 129 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبق الإشارة إليه.

- تقديم طلب معمل إلى الوالي من قبل طبيب الأمراض العقلية إذا لاحظ تحسنا لدى المريض يسمح له بالخروج أو بالتحويل إلى نظام الترتيب الإداري.¹¹⁸
- و يجب أن يصل طلب تحرير المريض من الاستشفاء الإجباري إلى الوالي قبل انتهاء الأجل المحدد في آخر قرار الاستشفاء الإجباري الذي يعني هذا المريض.
- تحرير الطبيب لورقة خروج المريض حسب القواعد المعتادة في حالة موافقة الوالي على الطلب مع إقرار لجنة الصحة العقلية بذلك.¹¹⁹

في حالة رفض الوالي لطلب خروج المريض من الاستشفاء الإجباري، يجوز لطبيب الأمراض العقلية في المؤسسة و كذا للوالي أن يقدم كل منهما على حدة طعنا إلى لجنة الصحة العقلية،¹²⁰ مع ثبوت هذا الحق أيضا لأسرة المريض. و يتعين على اللجنة أن تفصل في الأمر، بعد إجراء خبرتين طبييتين على المريض في ظرف لا يتجاوز شهرين من تاريخ تقديم الطعن.

الفرع الرابع: التماس وضع المريض تحت المتابعة الطبية:

طبقا للمادة 145 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، يعتبر وضع المريض تحت المتابعة الطبية إجراء تحفظي يطبق على المريض عقليا الذي يحتاج إلى متابعة طبية خارجية متواصلة و منتظمة درأ لخطورته الناجمة عن التوقف عن العلاج. و طبقا للمادة 147 من قانون حماية الصحة و ترقيتها يقوم الطبيب المعالج بإرسال طلب الوضع تحت المتابعة الطبية إلى الوالي. فإذا قرر هذا الأخير وضع المريض تحت المتابعة الطبية يقوم بإشعاره به و كذا إشعار الطبيب المعالج. مع العلم أم القرار يتخذ لمدة أقصاها 6 أشهر.¹²¹ و حماية لهذه الطائفة من مرضى الأمراض العقلية، خاصة منهم الخاضعين للأنظمة الاستشفائية الداخلية، خصهم المشرع بتدابير رقابية خلال فترة وجودهم بهذه المصالح الاستشفائية المتخصصة. و تشمل هذه التدابير منع تشغيل المرضى إلا في الحالات التي يأمر بها الطبيب المعالج، تحت مسؤوليته، بأداء أشغال ذات طابع علاجي.¹²²

¹¹⁸ تنص المادة 135 من قانون حماية الصحة و ترقيتها "يمكن أن يحول، بقرار من الوالي، الاستشفاء الإجباري في أي وقت كان إلى ترتيب إداري، بناء على التماس معمل يقدمه طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة".

¹¹⁹ راجع المادة 134 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

¹²⁰ راجع المادة 132 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

¹²¹ المادة 148 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

¹²² راجع المادة 141 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبق الإشارة إليه.

من جهة أخرى، يمكن للوالي و للنائب العام لدى المجلس القضائي "أن يطلبها، في أي وقت كان، من طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة، شهادة عن وضعية المريض الخاضع للاستشفاء الإجباري".¹²³ كما يجوز للوالي أن ينتدب أي شخص لزيارة هذا النوع من المؤسسات الاستشفائية و الوقوف على وضعية مرضى الأمراض العقلية بداخلها. و إضافة إلى الوالي، أسندت المادة 144 من قانون حماية الصحة وترقيتها هذه الصلاحية أيضا إلى كل من النائب العام لدى المجلس القضائي الذي تكون بلدية مقر المؤسسة تابعة له، و رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يوجد فيها مقر المؤسسة، و كذا مدير الصحة في الولاية التي يتبعها مقر المؤسسة، و أي شخص ينتدبه قانونا لهذا الغرض الوزير المكلف بالصحة.

علاوة عن ذلك، لا تجيز المادتين 136 و 137 من قانون حماية الصحة و ترقيتها إخضاع الأطفال و المراهقين غير المنحرفين البالغين أقل من 16 سنة و كذا المسنين الذين يعانون ضعفا في قدراتهم العقلية، بحيث يشكل هذا الضعف مرضهم الأصلي، للأنظمة العلاجية السالفة الذكر.

و من خلال هذا العرض التفصيلي لأحكام قانون حماية الصحة و ترقيتها بشأن العناية الصحية بمرضى الأمراض العقلية، يتضح جليا أن سلطة القرار بشأن وضعية هؤلاء المرضى يتقاسمها أطباء الأمراض العقلية من جهة، و السلطات العمومية من جهة أخرى و إن أسند المشرع الجزائري سلطة الفصل، بشأن حالات النزاع بين طبيب الأمراض العقلية و السلطات العمومية، إلى لجنة الأمراض العقلية التي يترأسها قاضي بدرجة رئيس غرفة من المجلس القضائي.¹²⁴

و مما لا شك فيه أن اعتماد هذا النظام فيه حماية للمرضى، خاصة منهم الذين ليس لهم من يتكفل بهم. كما أن اللجوء إلى الاستشفاء الإجباري، على النحو الذي بيناه، إجراء ضروري لحماية هؤلاء من أنفسهم و حماية عامة الناس من خطورتهم الناتجة عن حدة مرضهم.

لذلك ليس هناك مجال للحديث عن إرادة المريض بشأن العلاج من الأمراض العقلية، إلا في الحالات التي لا يؤثر المرض على القوى العقلية للمريض الراشد و الذي خوله القانون اختيار طريق العلاج الذي يلائمه. فقد بينا أنه بإمكان المريض أن يحرر طلب الترتيب الإداري بنفسه إذا رأى في ذلك السبيل الأنجع للعلاج، و قد يفضل المريض العلاج الخارجي إذا وجد من يعتني به

¹²³ المادة 143 من قانون حماية لصحة وترقيتها، سبق الإشارة إليه،
¹²⁴ راجع المادة 126 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه.

فخوله القانون، و لكل من يود ذلك من الأهل و الأقرباء، حق طلب الخروج من هذا الترتيب.¹²⁵ و في كل الحالات يبقى دور طبيب الأمراض العقلية دورا أساسيا في علاج هذا النوع من الأمراض، لأنه هو الوحيد الذي يمكنه ملاحظة تطور حالة المريض و ما يحتاجه من عناية قد تتعدى تزويد المريض بأدوية معينة أو إخضاعه لنظام استشفائي معين.

لذلك اتجه رأي إلى تبرير تدخل الطبيب، و لو لم تتوافر عناصر و شروط الضرورة في حالات الأمراض العقلية و النفسية، بالنسبة للمريض الذي لا يتوافر على القدرة على الإدراك و التمييز، بناء على ما يطلق عليه "سلطة الطبيب الأبوية".¹²⁶ بمعنى أن الطبيب أكثر قدرة و دراية على اختيار ما يعد ضروريا و ملائما لمصلحة المريض. لذلك فإن الإجراءات الطبية في هذه الحالات لا ترجع في مشروعيتها، وفقا لهذا الاتجاه، إلى موافقة صاحب الشأن أو من يمثله قانونا، بل إلى طبيعة هذه الإجراءات و الغرض منها و ما تحققه للمريض من مصالح مختلفة. من جهة أخرى، حاول بعض الفقه تبرير التدخل الطبي في الأمراض العقلية بدون رضا صاحبها بالاستناد إلى "قاعدة المصلحة الأفضل" للمريض، و التي مفادها أن حالة المريض و الظروف المختلفة المحيطة به هي التي تحدد نوع التدخل أو الإجراء الطبي اللازم خدمة للمصلحة العليا للمريض.¹²⁷ غير أنه يجب ترجيح فكرة الضرورة كسند قانوني للتدخل الطبي في مجال الأمراض العقلية، بشرط توافر عناصرها و احترام إرادة المريض إذا كان هذا الأخير يتمتع بالقدر الكافي من الإدراك الذي يسمح له بالاختيار بنفسه.

المبحث الخامس: التدخل الطبي في حالة الضرورة:

تعتبر موافقة المريض أو من يمثله شرطا أساسيا لإباحة العمل الطبي. غير أنه في بعض الحالات يتعذر الحصول على موافقة المريض أو ممثله لأسباب مختلفة مرتبطة أساسا بالحالة الصحية للمريض الذي تتطلب تدخلا سريعا لإنقاذ حياته، أو عدم قدرته على إصدار رضاء مقبول من الناحية القانونية. و في حالات أخرى قد يتجاوز الطبيب في تدخله حدود ما وافق عليه المريض مما يعرض المريض إلى مضاعفات أو مخاطر محتملة. و عليه، سنتناول في المطالب الموالية بحث الأسانيد القانونية التي تسمح للطبيب بالتدخل في هذه الحالات و تحديد نطاق مسؤولية الطبيب فيها.

¹²⁵ راجع، الوضع تحت نظام الترتيب الإداري أعلاه.

¹²⁶ Mason and McCall Smith, op.cit , p 239.

¹²⁷ Dyer, op.cit. ; p 83., Lewis, op.cit, p 199.

المطلب الأول : مفهوم حالة الضرورة

حالة الضرورة هي الحالة التي لا يستطيع فيها الشخص "أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شراً محدقاً به أو بغيره إلا بارتكابه جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء".¹²⁸ كما تعرف بأنها " تلك الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع به أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر".¹²⁹ و مثال ذلك إقدام الطبيب على إجهاض امرأة لإنقاذ حياتها.

الفرع الأول: حالة الضرورة و المسؤولية الجنائية:

تجدر الإشارة إلى أنه، على خلاف التشريع الجنائي المصري¹³⁰، لم يتعرض التشريع الجنائي الجزائري إلى حالة الضرورة، باستثناء الرأي القائل بأنه اعتبرها من أسباب الإباحة.¹³¹ غير أن مجال الحديث عن حالة الضرورة في المجال الجنائي هو موانع المسؤولية¹³² و ليس أسباب الإباحة و ذلك لاعتبارات كثيرة أهمها؛

- أن أسباب الإباحة تنزع من الفعل صفة التجريم فيصير الفعل مباحاً، و تنتفي تباعاً المسؤولية الجنائية والمدنية. في حين أن حالة الضرورة لا تبيح الفعل، و إنما يبقى الفعل مجرماً مع قيام المسؤولية المدنية فقط.
- قد يوجه الفعل الإجرامي في أسباب الإباحة إلى شخص معتد كما هو الحال في الدفاع الشرعي، بينما في حالة الضرورة يوجه الفعل ضد أشخاص أبرياء (المرأة الحامل).
- يتم الاعتداء في مجال أسباب الإباحة على الأشخاص، في حين قد يكون محل الاعتداء في حالة الضرورة شخص بريء، حيوان أو شيء مادي.¹³³

¹²⁸ د. عبد الله سليمان، "شرح قانون العقوبات القسم العام"، الجزء الأول؛ الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة الطبع غير

معروفة، ص 279. 279. Bouzat et Pinatel, Traité de Droit Pénal et de Criminologie, 1970, p 367.

¹²⁹ شعلان سليمان محمد السيد حمده، " نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص. 275.

¹³⁰ حيث تنص المادة 61 من قانون العقوبات المصري، "لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة و قاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، و لم يكن لإرادته دخل في حوله و لا في قدرته على منعه بطريقة أخرى."

¹³¹ على أساس أن هناك رأي فقهي يميز بين حالة الضرورة التي تعود إلى خطر محدق بالشخص نفسه و اعتبرها من قبيل موانع المسؤولية، و حالة الضرورة التي ترجع إلى خطر محدق بالغير و يتدخل الفاعل لإنقاذه فاعتبرها من قبيل أسباب الإباحة، راجع في هذا النقطة د. عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 280.

¹³² و هو الاتجاه الذي يأخذ به غالبية الفقه المصري، راجع في هذا الشأن؛ شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 276. راجع أيضاً، د. عوض محمد عوض، " شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1992، ص. 499.

¹³³ و مثاله في حالة الحيوان توجيه الفعل الإجرامي، باعتباره آخر حل، إلى الحيوان بغية تجنب الخطر الذي يشكله على سلامة أو حياة الشخص. أما في حالة الشيء المادي، فقد يلجأ الشخص إلى كسر نافذة الجار أو بابه لغرض النجاة بجلدته على إثر نشوب حريق في منزله.

غير أنه لما كان الطبيب يحتاج إلى حرية كاملة لكي يؤدي عمله على أكمل وجه، فإنه من الصعب تأسيس شرعية تدخله على نظرية الضرورة باعتبارها مانع من موانع المسؤولية لأن القول بذلك يعنى أن تدخل الطبيب يبقى مجرماً و لكن لا يسأل جنائياً، و هو ما لا يمكن تقبله لا شرعاً و لا قانوناً. من ثم نؤيد الاتجاه الفقهي¹³⁴ الذي يرى أن تدخل الطبيب في حالة الضرورة يجعل فعله مباحاً استناداً إلى الضرورة باعتبارها سبباً من أسباب الإباحة.

أما بخصوص القانون الجزائري، ففي غياب النص الخاص بحالة الضرورة يمكن التوسع كما ذهب إليه البعض،¹³⁵ في تفسير النص الخاص بالإكراه و اعتبار حالة الضرورة نوع من القوة التي لا قبل للشخص بدفعها. حيث تنص المادة 48 من قانون العقوبات "لا عقوبة على من اضطرت به إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

و لقيام حالة الضرورة يتطلب توافر شروط متعلقة بالخطر و أخرى متعلقة بجريمة الضرورة (الإجهاض مثلاً).

فيشترط في الخطر أن يهدد الحياة أو سلامة الجسم، أو يهدد الإنسان في حريته أو عرضه أو سمعته و اعتباره.¹³⁶ كما يشترط أن يكون الخطر حالاً و جسيماً و بدون أن يكون لإرادة الفاعل دخل في حله. أما بالنسبة لفعل الضرورة، فيجب أن يكون لازماً لدفع الخطر بحيث لا يمتلك الفاعل وسيلة أخرى لمنع الضرر.

وتتوافر حالة الضرورة في المجال الطبي بشكل ملحوظ في عمليات الإجهاض عندما يلجأ الطبيب إلى التضحية بالجنين لغرض إنقاذ حياة الأم، أو لجوء الجراح إلى بتر العضو المتعفن لغرض إنقاذ حياة المريض.¹³⁷

الفرع الثاني: حالة الضرورة و المسؤولية المدنية:

تنص المادة 130 من القانون المدني الجزائري على ما يلي؛

"من سبب ضرراً للغير لتفادي ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

¹³⁴ د. طارق سرور، "نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء؛ دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001، ص. 148.

¹³⁵ د. عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 281.

¹³⁶ د. محمود محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات"، المرجع السابق، ص 498، د. مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص. 136. د. فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات؛ القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة 1988، ص 548.

¹³⁷ د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 491.

فوفقا لهذا النص لقيام حالة الضرورة يجب توافر الخطر الذي يهدد النفس أو المال.
و تختلف شروط الضرورة في مجال المسؤولية المدنية عنه في مجال المسؤولية الجنائية في هذا الشأن، إذ أن الخطر في مجال المسؤولية الجنائية يجب أن يكون مهددا للنفس فحسب.¹³⁸
و من شروط الضرورة طبقا للمادة 130 من القانون المدني الجزائري المشار إليها؛
- أن يكون الخطر الحالي مصدره أجنبي، بمعنى ألا يكون لمن سبب الضرر يد في إحدائه.
- و أن يكون الضرر المراد تجنبه أكبر جسامة من الضرر الذي تحقق.

غير أن الفقه يتجه، في هذا المجال، إلى التمييز بين فروض أربعة؛
الفرض الأول: أن يكون الضرر الذي وقع أخف بكثير من الضرر المراد تجنبه، أي أن يكون على قدر من التفاهة أمام الخطر الجسيم الذي يعد قوة قاهرة تنفي المسؤولية. فلا يجوز للمضرور أن يرجع على محدث هذا الضرر الخفيف الذي تحقق بسبب حالة الضرورة.

الفرض الثاني: و يكون الخطر أشد بكثير من الضرر الذي تحقق. فالخطر لا يصل إلى منزلة القوة القاهرة، غير أن الضرورة الملحة التي دفعت محدث الضرر إلى هذا الفعل تعفيه من المسؤولية في هذه الحالة أيضا.

الفرض الثالث: و يكون فيه الخطر المراد تجنبه أشد من الضرر الذي وقع و لكنه لا يصل إلى حد القوة القاهرة أو حالة الضرورة. و في هذه الحالة لا يعفى محدث الضرر كلية من المسؤولية، فيتحصل المضرور على التعويض المناسب، و هو ما أشار إليه المشرع في نص المادة 130 المشار إليها.

الفرض الرابع: يكون الخطر المراد تجنبه مساويا للضرر الذي تحقق أو أقل جسامة، و حينئذ تتحقق المسؤولية التقصيرية.¹³⁹

المطلب الثاني: الأعمال الطبية و حالة الضرورة:

¹³⁸ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 105.
¹³⁹ راجع د. عبد الرزاق السنهوري، "شرح القانون المدني" الجزء الثاني، ص. 1108، راجع كذلك، د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 472.

يعتبر رضا المريض من الشروط الأساسية لإباحة الأعمال الطبية، و هو شرط جوهري أيا كانت الأعمال الطبية. بمعنى آخر يتمتع على الطبيب مباشرة أي عمل طبي مهما كان تافها بدون الموافقة السابقة للمريض. غير أنه إذا كان هناك خطر جسيم يهدد صحة المريض أو حياته، فإن ذلك من قبيل حالة الضرورة التي تجيز تدخل الطبيب و مباشرته إجراءات الإسعاف و العلاج لدرء ذلك الخطر و لو تم ذلك بدون موافقة المريض المعني بذلك التدخل.¹⁴⁰ و يطبق نفس الحكم إذا كان رضاء المريض غير سليم من الناحية القانونية كما هو الشأن بالنسبة للمريض صغير السن، أو الذي لا يتمتع بالقدرة الكافية على الإدراك و الاختيار بسبب حالته المرضية أو غيرها من الأسباب مثل الحوادث المختلفة، و تعذر الحصول على موافقة ممثله القانوني في الوقت المناسب.¹⁴¹

الفرع الأول: أسانيد التدخل الطبي بدون رضاء في حالة الضرورة:

يستند التدخل الطبي بدون موافقة المريض في حالة الضرورة إلى النصوص القانونية من جهة و اعتبارات اجتماعية أخلاقية من جهة أخرى. أما النصوص القانونية فتجد لها مكانا في قانون حماية الصحة و ترقيتها، و مدونة أخلاقيات الطب. إذ تنص المادة 154 فقرة 2 من قانون حماية لصحة و ترقيتها على ما يلي؛

"...يقدم الطبيب العلاج الطبي، تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، و يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب".

كما تنص المادة 52 فقرة 2 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية؛ "...و يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال... أن يقدم العلاج الضروري للمريض..."

أما عن الاعتبارات الاجتماعية و الأخلاقية فإنها تدور حول مهنة الطبيب و رسالته التي هي إنسانية بالدرجة الأولى، مما يفرض عليه العمل دائما على تحقيق مصلحة المريض. مع العلم أنه يقاس نجاح الطبيب عادة بالعناية و الرعاية التي يقدمها لمرضاه.

¹⁴⁰ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 34، د. أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 169.

¹⁴¹ Penneau, J, "La responsabilité médicale", op.cit, p. 68, Penneau, J., "La responsabilité du médecin", op.cit, p. 20.

و تتجسد الرسالة الإنسانية لدى مهنة الطب في حالات الاستعجال التي تسببها الأمراض العقلية أو النفسية أو الحالات الانتحارية، أين يتدخل الطبيب لإنقاذ صحة أو حياة المريض رغم الاعتراض الشديد على تلقي العلاج من قبل المصاب. فهل كان المريض ليعترض على هذا العلاج لو كان في كامل قواه العقلية؟

و عليه فإن تدخل الطبيب في حالة الضرورة لإنقاذ صحة أو حياة المريض من خطر جسيم يهدده مسألة يتقبلها العقل السليم و لا شك أن المريض كان سيوافق على التدخل الطبي لو كان في حالة صحية تسمح له بذلك.¹⁴²

يضاف إلى ذلك أنه في مجال الموازنة بين الحفاظ على حياة المريض و سلامة جسمه من جهة، و حقه في الموافقة على الأعمال الطبية المرتبط بالحق في تقرير المصير من جهة أخرى، فلا شك أن تكون الغلبة للحق الأول بما أن المنطق السليم و واجب الرعاية يلزم الطبيب بالتدخل السريع لإنقاذ حياة الأشخاص في حالة توافر شروط الضرورة.

الفرع الثاني: شروط قيام حالة الضرورة:

طبقاً للقواعد العامة يشترط لقيام حالة الضرورة شرطان أساسيان؛

- أن يكون الخطر جسيماً، أي الخطر أن يهدد صحة أو حياة المريض بشكل ملحوظ.
- أن يكون الخطر حالاً، أي توافر حالة الاستعجال التي تقبل التأخير.

بحيث أن التأخير في العلاج أو التدخل الطبي يهدد حياة المريض أو ينذر بتدهور شديد في حالته الصحية مما يصعب معه شفاؤه أو تجنب مخاطر أخرى أكثر جساماً.¹⁴³ فإذا لم تتوافر حالة الاستعجال، بحيث كان بالإمكان تأخير التدخل الطبي إلى حين استشارة أهل المريض، و بدون أن يسبب ذلك التأخير أي ضرر للمريض، فلا يجوز للطبيب أن يتدخل من تلقاء نفسه، فإن فعل جاز مسانلته إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك.¹⁴⁴

و من أمثلة حالة الضرورة الأكثر شيوعاً من الناحية العملية، إصابة شخص في حادث و نقله إلى طبيب أو عيادة أو مستشفى و هو في حالة غيبوبة، و كانت الإصابة بقدر من الجسامية بحيث لا تحتمل أي تأخير لإنقاذ حياته لحياته أو لتجنب أي مضاعفات مستقبلية من شأنها أن تهدد

¹⁴² Lewis, op.cit., p. 196, Brazier, M., op.cit., p 91.

¹⁴³ Cabry et Dapogny, op.cit., p 73.

¹⁴⁴ و تكون المتابعة في هذه الحالة طبقاً لقواعد المسؤولية الجنائية لأن التدخل الطبي غير شرعي من حيث الأساس؛ راجع؛ Kennedy and Grubb, op.cit, p 178, Hawkins, op.cit, p. 179, Knight, op.cit., p 45.

صحته، كما هو الحال في الكسور و النزيف و الجروح الخطيرة. ذلك أن الانتظار في مثل هذه الحالات، إلى حين الاتصال بزوي المريض من شأنه أن يؤدي إلى أضرار تهدد صحة المريض مستقبلياً.

و لا عبرة، بوجه عام، بمصدر أو سبب الخطر الذي يهدد المريض، فقد يكون ناتجاً عن تدهور في الصحة بسبب حالة مرضية سابقة، أو عن إصابة نتيجة لحادث أو لاعتداء من قبيل الغير، أو إصابة أثناء العمل. كما يمكن أن يكون الخطر بسبب مرض مفاجئ لم يكثر له المريض، أو خطأ طبي سابق من قبل الطبيب المعالج نفسه أو طبيب آخر. و يستوي في هذه الحالة أن يكون التدخل الطبي السابق قد تم وفقاً للأصول و القواعد الفنية المتعارف عليها، أو يكون الطبيب قد خرج عن هذا الإطار.¹⁴⁵ ذلك أن توافر شروط قيام المسؤولية عن الإجراء الطبي الأول لا تحول دون توافر حالة الضرورة التي تجيز تدخل الطبيب نفسه أو غيره لتجنب ضرر أكثر جسامة.

أما عن معيار تقدير مدى خطورة الحالة و توافر دواعي الاستعجال، فهو يخضع للقواعد الفنية الطبية. و على هذا الأساس تحدد حالة الاستعجال وفقاً لما يراه الطبيب العادي الذي يتمتع بالقدر المقبول و المعقول من الخبرة و الدراية و العناية، و الذي ينتمي إلى ذات تخصص الطبيب و في نفس الظروف و الملابس التي أحاطت بالمريض.¹⁴⁶

و يثور التساؤل في هذا الشأن عن طبيعة الإجراءات التي يحق للطبيب اتخاذها في حالة الضرورة. فهل له مطلق الحرية في اختيار الإجراء الذي يراه مناسباً بغض النظر عن جسامة خطورته أم أنه ملزم هنا كذلك باختيار الإجراء الأقل خطورة؟.

الفرع الثالث: طبيعة التدخل الطبي في حالة الضرورة:

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يجوز للطبيب مباشرة أي عمل طبي شديد الجسامة كاستئصال أو بتر عضو معين على أساس أنه من حق الفرد أن يفضل الوفاة عن الحياة بعامة مستديمة.¹⁴⁷ غير أن غالبية الفقه ترى أن تدخل الطبيب يتحدد بالنظر إلى حالة المريض أيأ كانت

¹⁴⁵ د. أحمد محمود إبراهيم سعيد، المرجع السابق، ص 316.

¹⁴⁶ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 108.

¹⁴⁷ د. أحمد محمود إبراهيم سعيد، المرجع السابق، ص 316.

طبيعته و ذلك وفقا للرأي الغالب في الطب في مجال التخصص ذاته و في نفس الظروف التي أحاطت بالمريض و الوقت الذي حدثت فيه الإصابة أو الحالة المرضية.

و الواقع أن طبيعة الإجراء الذي يلجأ إليه الطبيب و مدى ضرورته، هي أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي، و هي في ذات الوقت مسائل فنية يمكن الاستعانة بشأنها بأهل الخبرة حتى يكون حكم القاضي سليما من الوجهة الفنية، القانونية و الواقعية. و من المتعارف عليه لدى أهل الطب أيضا أنه في حالة الضرورة يلتزم الطبيب بتقديم العلاج و مواجهة الحالة الصحية، و ما يشوبها من خطورة، بما يراه مناسبا وفقا للقواعد الفنية المتعارف عليها في المهنة. و من ثم فإن حالة الضرورة لا تكفي لتبرير التدخلات الطبية غير العلاجية مثل الأبحاث الطبية.¹⁴⁸

أما فيما يتعلق بالمسئولية المدنية للطبيب، فالأصل أنه لا يجوز مطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يحدث في حالة تدخله استنادا إلى حالة الضرورة، إلا إذا نتج عن الإجراء الذي اتخذته ضررا أكبر من الضرر الذي أراد تجنب وقوعه وفقا للفرض الرابع المشار إليه سابقا.¹⁴⁹

نخلص من ذلك إلى أن تدخل الطبيب لغرض العلاج يبقى مشروطا بموافقة المريض ما لم يكن هناك ما يحول دون حصوله على هذه الموافقة مثل حالة الضرورة. غير أن هناك حالات خاصة تجيز للطبيب التدخل للعلاج أو اتخاذ الإجراءات الوقائية الصحية اللازمة للأفراد دون حاجة إلى الحصول على موافقتهم، بل قد يعرضون إليها إجباريا تحقيقا لمصلحتهم و المصلحة العامة. و يدخل بعضها ضمن إجراءات الوقاية من الأمراض المعدية التي تتطلبها المصلحة العامة، و هو ما يشكل موضوع المبحث الخامس.

المبحث السادس: التدخلات الطبية الإلزامية و تجاوز حدود الرضا:

من الحالات التي لا يعتد فيها بموافقة المريض للعلاج الحالة التي يكون فيها التدخل الطبي ضروريا لحماية الصحة العامة لباقي الأفراد كما في حالات تفشي الأوبئة.¹⁵⁰ فالأمر يتعلق بمصلحة عامة تقتضي الحفاظ على صحة المواطنين و حقهم في الرعاية الصحية، و هو ما يعد

¹⁴⁸ Boudouin, op.cit, p. 182.

¹⁴⁹ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 109.
¹⁵⁰ إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 39.

من واجبات الدولة التي تفرضها أغلب الدساتير.¹⁵¹ غير أنه يشترط في هذه الحالة أن تتم العملية وفقا للأسس و القواعد الإدارية التي حددتها الجهة المختصة و تكون عادة وزارة الصحة. من جهة أخرى، قد يحدث أن يتفق المريض مع الطبيب على عمل طبي معين، إلا أن هذا الأخير يتجاوز حدود ذلك الاتفاق، و هو ما يثير التساؤل حول شرعية هذا النوع من التدخلات. لذلك سنبحث بداية التدخلات الطبية الإلزامية في القانون الجزائري في مطلب أول، ثم نلي ذلك بمناقشة حكم تجاوز الرضا.

المطلب الأول: التدخلات الطبية الإلزامية في القانون الجزائري:

لقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون حماية الصحة و ترقيتها في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان "الوقاية من الأمراض المعدية و مكافحتها" و ذلك في المواد من 52 إلى 60.¹⁵² إذ تنص المادة 55 منه على ما يلي؛ "يخضع السكان للتطعيم الإلزامي المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية...". و التطعيم الإلزامي لا يتطلب موافقة المريض أو رفضه له، لأنه يدخل ضمن الإجراءات الضرورية المعممة على كافة السكان في حالة الخوف من تفشي الأمراض. غير أنه إذا لم يكن للفرد حَص في الاستشارة بشأن التطعيم أو أي إجراء آخر يدخل ضمن التدابير الإلزامية، فإن بعض الأنظمة، تسمح للفرد في مثل هذه الحالة باختيار الطبيب أو الجهة التي تقوم بتطعيمه أو معالجته.¹⁵³

بالإضافة إلى ذلك فقد نص قانون حماية الصحة و ترقيتها على الاحتياطات اللازم اتخاذها في الحدود الوطنية، سواء البرية منها، البحرية أو الجوية، و التي تستهدف الرقابة الصحية لكل داخل للتراب الوطني لتجنب دخول أو انتقال الأوبئة المعدية إلى الوطن.

و تجيز الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المشار إليه للمصالح الصحية المعنية في مختلف الموانئ الوطنية أن تفرض العزل الصحي على الشخص المصاب بمرض معد أو المشكوك في إصابته به. و في نفس السياق تشير المادة 59 من نفس القانون إلى الاحتياطات

¹⁵¹ راجع المادة 54 من الدستور الجزائري لسنة 1996، سبقت الإشارة إليه.

¹⁵² حيث تنص المادة 52 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛ "يتعين على الولاة و مسؤلي الهيئات العمومية و المصالح الصحية و رؤساء المجالس الشعبية أن يطبقوا في الوقت المناسب، التدابير الملائمة للوقاية من ظهور الوباء و القضاء على أسباب الأمراض من أصلها"، و تضيف المادة 53 من نفس القانون؛ "يتلقى الأشخاص المصابون بأمراد معدية و الذين يشكلون مصدر العدوى علاجاً استشفائياً أو حراً. و يخضع الأشخاص المتصلون بالمرضى لمراقبة طبية و صحية كما يمكن أن يتلقوا علاجاً وقائياً".
¹⁵³ "Le système Anglais, entre autres., voir, Polson , c.j, "The Essentials of Forensic Medicine", Pergamon Press, Oxford, (2nd ed rev.), 1965, p. 533

الطبية اللازم أخذها من قبل المواطنين الجزائريين المتوجهون إلى بلد يخضع للنظام الصحي الدولي، و تتمثل عادة في تلقي التلقيح المناسب لتلك الأمراض لتجنب نقلها إلى الوطن .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن قانون الصحة الإنجليزي¹⁵⁴ لم يدرج مرض السيدا ضمن الأمراض المعدية التي يجب الإعلان عنها فور اكتشافها من قبل الطبيب المعالج تجنباً للانعكاسات السلبية التي قد تنجم عن ذلك. حيث قدر المشرع الإنجليزي أنه من شأن ذلك أن يعرض المصابين بهذا الداء لمعاملات غير مقبولة، كالمنع من استعمال وسائل النقل العمومية في حين أن ذلك لا يشكل أي خطر على صحة الناس بحكم أن مرض السيدا لا ينتقل إلا بطرق محددة.

غير أنه يجوز للسلطات المحلية بناء على أمر من القضاء إيداع أي مريض مصاب بالسيدا في المستشفى إذا تبين أن المعني لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع انتقال المرض إلى الغير.¹⁵⁵ من جهة أخرى أوجب قانون خاص بمراقبة السيدا صدر سنة 1987 جميع السلطات بإعداد تقارير دورية حول المرضى المصابين بهذا المرض.¹⁵⁶ و الغرض من هذا الإجراء هو مراقبة تطور هذا المرض في البلاد و اتخاذ التدابير اللازمة بناء على المعطيات المتوصل إليها في تلك التقارير.

المطلب الثاني: تجاوز حدود الرضا:

قد ينصرف رضاء المريض إلى إجراء طبي معين في مجال التشخيص أو العلاج غير أن الطبيب يتعدى ذلك إلى إجراءات أخرى. و قد يتفق المريض مع طبيب معين على العلاج المقترح في حين يتولى طبيب آخر تنفيذ التدخل.

كما قد تنصرف إرادة المريض إلى أن تنفيذ الأعمال الطبية سيستغرق فترة زمنية معينة، في حين تمتد فترة العلاج مدة أطول من ذلك. لذلك يتطلب الأمر تحديد مسؤولية الطبيب في هذه الحالات التي يتجاوز فيها حدود الرضا الصادر من المريض أو من ممثله القانوني.

الفرع الأول: امتداد عمل الطبيب أثناء تخدير المريض:

¹⁵⁴ Public Health (Infectious Diseases) Regulations 1985, (85/434). Mamoun, A op.cit, p. 48.

¹⁵⁵ Ibid , Section 38.

¹⁵⁶ The Aids (control) Act. 1987., Mamoun, A op.cit, p. 48 et 49.

فقد يباشر الطبيب التدخل الطبي بموافقة المريض، غير أنه أثناء ذلك، و حينما يكون المريض تحت التخدير، يكتشف الطبيب حالة غير متوقعة تتطلب تدخلا استعجاليا، في ظروف لا يمكن فيها استشارة المريض أو ممثله القانوني بشأن ذلك.

و من السوابق القضائية الهامة في هذا المجال قضية Marshall v. Curry¹⁵⁷ التي فصلت فيها المحكمة العليا الكندية سنة 1933. و تتلخص وقائعها في اتفاق المريض مع الطبيب على إجراء عملية فتق (Une hernie)، غير أنه أثناء العملية استأصل الطبيب إحدى الخصيتين (testicule). و لقد أوضح الطبيب في دفاعه أنه أثناء إجراء العملية المتفق عليها تبين له أن الخصية المنزوعة كانت في حالة مرضية سيئة و كانت تهدد حياة المريض. حيث كانت مصابة بالغرغرينا أو ما يعرف ب (La Gangrène) الذي يؤدي إلى التسهم في أغلب الأحيان، لذلك بادر باستئصالها لحماية للمريض من هذه المخاطر المتوقعة. كما أوضح الطبيب بأن الآلام التي كان يعاني منها المريض ترجع إلى حد كبير إلى مرض الخصية و ليس إلى مرض الفتق. و لقد استندت المحكمة إلى حالة الضرورة في تبرئة الطبيب، و قالت بتوافر شروطها. إذ ليس من المنطق أن يعرض الطبيب المريض لتخدير ثاني من أجل استشارته بشأن استئصال العضو المريض في حين أنه قد يتحقق الخطر الذي يهدده في تلك الأثناء.¹⁵⁸

أما في القضاء الأمريكي فقد أدانت المحكمة العليا في British Columbia الطبيب في قضية Murray v. McMurchy. و تتلخص الوقائع في قيام الطبيب الجراح باستئصال رحم المريضة أثناء قيامه بعملية قيصرية لها. حيث اكتشف أثناء العملية المذكورة أن حالة الرحم غير سليمة مما يعرضها إلى خطر كبير في حالة حمل آخر.

فقد جاء في حيثيات الحكم أنه كان ينبغي على الطبيب التريث إلى حين استشارة المعنية بشأن عملية مصيرية كاستئصال الرحم و الحصول على موافقتها أو موافقة ذويها. ذلك أنه و إن كانت العملية ملائمة إلا أنها لم تكن ضرورية. بمعنى أنه كان بإمكان الطبيب أن يؤجل العملية دون أن يشكل ذلك أي خطر على صحة أو حياة المريضة، فضلا عن توافر وسائل أخرى لمنع الحمل. لذلك أكدت المحكمة أن مصلحة المريضة تقتضي في مثل هذه الحالة تأجيل عملية الاستئصال إلى حين الحصول على موافقتها.¹⁵⁹

¹⁵⁷Marshall v. Curry, [1933] 3 D.L.R. 260.

¹⁵⁸ Mason and McCall Smith, op.cit., 230., Skegg, op.cit, 102., Lewis, p. 198.

¹⁵⁹Fleming, op.cit., p. 76., Mason and McCall Smith, op.cit., 230., Skegg, op.cit, 103., Lewis, p. 197.

و قد تأثرت المحكمة في حكمها بما أقرته المحكمة العليا في كندا في قضية *Marshall* المشار إليها أعلاه، من أن سلطة الطبيب يمكن أن تمتد إلى أي إجراء أو تدخل طبي يتجاوز حدود رضا المريض أو من يمثله إذا توافرت فيه شروط الضرورة. و عليه فلا يكفي، بالنسبة لشرعية التدخل، أن يكون الإجراء الذي يلجأ إليه الطبيب إجراء ملائماً أو محققاً لمصلحة المريض، بل يجب أن يكون ضروريا بحيث تتوافر بشأنه شروط حالة الضرورة.

أما في فرنسا فقد اتجه بعض الفقه إلى ضرورة الرجوع إلى المريض أو ممثله القانوني حسب الأحوال و لو تعلق الأمر بحالة استثنائية تحتوي على قدر من الخطورة و ذلك تغليباً لإرادة المريض و حقوقه الشخصية المرتبطة بذلك.¹⁶⁰

في حين اتجه رأي آخر في الفقه و أيده بعض المحاكم حديثاً إلى عدم مسؤولية الطبيب إذا قام بأعمال لم تشملها إرادة المريض و كانت تلك الأعمال ضرورية لإنقاذ حياته أو صحته من تدهور ملحوظ و تعذر الحصول على موافقة المريض أو ذويه في الوقت المناسب، كما لو كان الغرض من التدخل الطبي استئصال ورم معين فتبين للطبيب أثناء العملية أن المرض قد امتد إلى أحد الأعضاء مما يستوجب استئصال هذا العضو لحماية المريض من انتشار الداء.¹⁶¹ أما إذا كان بالإمكان تأخير العملية إلى حين استشارة المريض، دون أن يشكل ذلك التأخير أي خطر على صحة أو حياة المريض و جب على الجراح التريث. فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية أحد الجراحين الذي نفذ عملية غير إستعجالية بدون موافقة المريض إثناء تدخله الجراحي الأصلي.¹⁶² إلا أنها قررت خلاف ذلك مؤخراً في هذه المسألة و أجازت للطبيب مباشرة التدخل العلاجي الذي يراه مناسباً حتى لو لم يكن ضروريا لحالة المريض.¹⁶³

و يجب التنبيه إلى أن ممارسة الطب الحديث تعتمد اليوم على وسائل جد متطورة تمكن من الحصول على نتائج دقيقة سواء في مجال الكشف أو العلاج و هو ما يساعد الطبيب على العلاج السريع و الفعال مع تضائل نسب الحوادث غير المتوقعة. أما بالنسبة للحوادث المتوقعة، فإنه من واجب الطبيب أن ينبه المريض إليها في كل الحالات المرضية التي يحتمل حدوثها فيها و استشارته بشأنها قبل مباشرة العمل الطبي، و ذلك على النحو الذي أوضحناه عند تعرضنا لواجب

¹⁶⁰ Voir en particulier, Rougé, Arbus et costagliola, op.cit., p 35.

¹⁶¹ Ibid p 34.

¹⁶² Cass. Civ. 1^{ière} 11 octobre 1988. cité par Alt-Maes, Françoise, Rapport de Synthèse présenté à la fin des travaux du Colloque "Le Consentement aux Actes Médicaux", op.cit, note 28, p 51.

¹⁶³ Parmi les cas d'impossibilité d'informer le malade est " **la survenue d'un événement imprévu en cours d'intervention et imposant la réalisation d'un geste pour lequel aucune information n'avait été préalablement délivré au patient, geste rendu urgent ou non**" (Cass 1^{ère} civ, 22 mai 2002). Cité par Berret, op.cit. p. 3.

الإعلام.¹⁶⁴ و مع ذلك يبقى تدخل الطبيب مشروعاً عند تجاوزه حدود رضا المريض الذي يكون تحت تأثير المخدر إذا توافرت شروط حالة الضرورة و تم تدخل الطبيب وفقاً للقواعد المتعارف عليها لدى أهل الطب.

الفرع الثاني: صور تجاوز الطبيب لرضا المريض:

من صور امتداد عمل الطبيب أثناء تخدير المريض تنفيذه للإجراء الطبي في غير المكان المتفق عليه من جسم المريض. كأن يتفق المريض مع الطبيب لإجراء عملية على الإذن اليميني، في حين يقوم الطبيب بجراحة الإذن اليسرى، و هو ما وقع فعلاً في إحدى القضايا الأمريكية *Mohr v. Williams*¹⁶⁵ من ولاية Minnesota و التي تتلخص وقائعها في توجه المريضة إلى طبيب O.R.L من أجل علاج إذنها اليميني التي كانت تشكو من آلام حادة فيها.

غير أنه حينما كانت المريضة تحت تأثير المخدر لاحظ الطبيب بأن الأذن اليسرى كانت في حالة مرضية أخطر من الأذن اليميني و قرر على إثر ذلك إجراء العملية عليها بدل الأذن اليميني. و قد نجحت العملية نسبياً مع تعرض المريضة لنقص في السمع مما دفعها إلى رفع دعوى ضد الطبيب على أساس تنفيذه للعملية دون رضاها.

و جاء في حيثيات الحكم الذي كان لمصلحة المريضة بأن تدخل الطبيب لم يكن مشروعاً بسبب عدم توافر رضا المريضة بشأنه. ذلك أن الموافقة التي تحصل عليها الطبيب من المريضة إنما تخص الأذن اليميني و لم تتوافر شروط الضرورة لجراحة الأذن اليسرى.¹⁶⁶

أما في فرنسا فقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع، فاتجهت بعض أحكام القضاء التي أيدها بعض الفقه إلى وجوب التزام الطبيب بحدود الرضا بحيث لا يجوز له تعديلها إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة ملحة.¹⁶⁷ في حين يرى اتجاه آخر أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للطبيب بشأن تحديد مدى أهمية التدخل الطبي لمواجهة الواقعة الجديدة. إذ تبقى الأعمال الطبية مشروعة و لو تجاوز الطبيب حدود الرضا ما دام أنها في صالح المريض. فقد يكون تأخير العلاج في غير مصلحة المريض بحكم أن مجرد الخضوع مرة ثانية إلى التخدير قد يعرضه إلى مخاطر و مضاعفات قد تهدد مستقبله الصحي. كما يستحسن من الناحية الفنية مباشرة التدخل الطبي و لو

¹⁶⁴ راجع نطاق التزام الطبيب بالإعلام ص. 76 أعلاه.

¹⁶⁵ *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12 (1905).

¹⁶⁶ Kennedy and Grubb, op.cit., p 138.

¹⁶⁷ Penneau, "Le responsabilité médicale", op.cit, p 68.

كان في ذلك تجاوز لرضا المريض بسبب صعوبة إعادة الإجراء الطبي في نفس المكان و بعد فترة زمنية قصيرة، و قد يكون الجرح قد التأم، كما هو الحال في العمليات الجراحية. و قد يحدث أن تطول آثار الالتهاب الناجمة عن العملية الأولى و غير ذلك من الآثار المرتبطة بالتدخل الطبي الأول. من ثم فقد تقل هذه المخاطر إذا نفذ الطبيب التدخل الطبي الضروري لمواجهة الواقعة الجديدة إثناء التدخل الأول.¹⁶⁸ غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من محاولة الحصول على موافقة الأهل في الوقت المناسب و ذلك حسب الأحوال و الإمكان.

ففي هذا المجال، نص القانون الفرنسي الجديد المتعلق بحقوق المرضى على إجراء جديد يتمثل في إمكانية تعيين المريض "لشخص أمين" (Une personne de confiance) يتولى مهمة الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به في حالة عجزه على الموافقة عليها بنفسه.¹⁶⁹ و يمكن أن يكون هذا الشخص الطبيب المعالج نفسه أو أي شخص آخر. بحيث يتعين على الطبيب إعلامه بكل المعلومات الضرورية لتمكينه من اتخاذ القرار المناسب بشأن صحة المريض. و يعتبر هذا الإجراء وسيلة جديدة لضمان استشارة المريض على الأعمال الطبية و لو بطريقة غير مباشرة.¹⁷⁰

و بناء على ذلك لا يجوز للطبيب مباشرة الأعمال الطبية على المريض، في حالة عجزه عن إبداء رأيه، بدون استشارة الشخص الأمين الذي عينه المريض خصيصا لهذا الغرض، باستثناء التدخل الذي تستدعيه حالة الاستعجال و الذي لا يقبل التأخير.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ibid, p. 69.

¹⁶⁹ "Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révoquée à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement...." Art. L. 1111-6, loi du 04 mars 2002. précité.

¹⁷⁰ Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt, "La loi de 04 Mars 2002" op.cit. p 34/36, voir, pour discussion, Fossier, T., et al., "Consentement à l'acte médical ; personne de confiance et refus de soins, quelles conséquences pour les établissements de soins", matinée-débats, 21/10/2002, Gaz. Pal. nov.2002.

¹⁷¹ " Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisé, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L.1111/6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté..." art. L.1111- 7 loi du 04 mars 2002., précité..

من جهة أخرى، قد يحدث أن يوافق المريض على كل ما يراه الطبيب لازماً من تدخلات طبية. فهل تجوز مثل هذه الموافقة غير المحددة، أو ما يسمى بالصك على بياض، في المجال الطبي؟

الفرع الثالث: القيمة القانونية لموافقة المريض الغير محددة (chèque à blanc):

كقاعدة عامة، يجب أن يكون رضا المريض محدداً و خاصاً بعمل طبي معين و محدد. حيث يجب استشارة المريض في كل مرحلة من مراحل العلاج حسب الأحوال. و على هذا الأساس لا يمكن أن يشمل رضا المريض كل الأعمال الطبية بمجرد أنه وافق أول مرة على الفحص الطبي أو على إجراء بعض التحاليل.

و ترتبط المسألة من ناحية أخرى بقضية الإعلام الذي يجب أن يشمل الحالة المرضية و العلاج المقترح، مراحل، مخاطره و بدائله، و هو ما يفرض على الطبيب الاستشارة المستمرة للمريض و الحصول على رضائه كلما أمكن ذلك. و يستثنى من ذلك حالة الضرورة التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ صحة أو حياة المريض على النحو الذي أوضحناه.

و بناء على ذلك فإن الموافقة غير المحددة لا تجيز إلا التدخلات الطبية التي لا تنطوي على مساس بسلامة الجسم، أو الإجراءات الواضحة و المتفق عليها وفقاً للاتجاه الغالب في المجال الطبي، و التي ليس من شأنها إحداث مضاعفات أو مخاطر أياً كانت طبيعتها و مثالها الفحوص الطبية العادية و تسليم وصفة طبية بأدوية معينة.

غير أنه طبقاً للمادة L.1111-6 من قانون الصحة الفرنسي¹⁷²، يجوز للمريض أن يعين الطبيب المعالج كشخص أمين (personne de confiance) يتولى اتخاذ القرارات الصحية في مثل هذه الحالات. من ثم يمكن للطبيب أن يتخذ كل الأعمال التي يراها ضرورية لمصلحة مريضه.

الفرع الرابع: تنفيذ التدخل الطبي من غير الطبيب المتفق معه:

من حالات تجاوز حدود الرضا كذلك تنفيذ العمل الطبي من قبل طبيب غير الطبيب المتفق معه على العلاج. فإذا انصرفت إرادة المريض إلى تنفيذ العلاج من قبل طبيب معين بالذات، فإن إسناد التنفيذ إلى غيره من الأطباء يعد من قبيل التجاوز عن حدود الرضا. ذلك أن العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية و أساسها الثقة المتبادلة بينهما، و التي لها دور في العلاج. فالشعور بالاطمئنان و الثقة هو من عوامل تجاوب المريض مع العلاج. لذلك فمن حق المريض

¹⁷² Loi n° 2002-303 du 04/03/2002 relative aux droits des patients, précité.

أن يختار الطبيب المعالج باعتبار أن ذلك من حقوقه الأساسية و له أن يستشير من يشاء من الأطباء قبل أن يستقر رأيه على العلاج عند أحدهم.¹⁷³

غير أنه إذا لم يتفق المريض أو من يمثله مع طبيب معين كما هو حال ممارسة الطب في المستشفيات العمومية أو في العيادات الخاصة التي يتولى فيها العلاج فريق من الأطباء، فلا يحق له الاعتراض على الطبيب الذي يتقدم لعلاجه، باستثناء الحالات التي تتطلب خبرة معينة أو تخصص معين و كان يعلم أن الطبيب المعالج غير متخصص في ذلك أو أن خبرته غير كافية بالنظر إلى خطورة العملية. ففي هذه الحالة يجوز للمريض متابعة الطبيب الذي نفذ العملية إذا تعرض لأضرار من جراء ذلك و كذا متابعة إدارة المستشفى أو العيادة على دورها الرقابي.¹⁷⁴

نخلص من ذلك إلى أن الرأي الغالب في الفقه و القضاء يُلزم الطبيب بحدود الرضا من حيث طبيعة الإجراء المتفق عليه، مداه و مكانه و الطبيب المعني بتنفيذه و غير ذلك من المواصفات العامة¹⁷⁵. و نعتقد بأن هذا الاتجاه يحقق الغرض من اشتراط رضا المريض خاصة منه ما يتصل بمشروعية العمل الطبي و ضمان الحقوق الفردية و الأساسية للأفراد على النحو الذي تم بيانه.

من ثم لا يجوز الخروج عن حدود الرضا إلا في الحالات الاستثنائية كحالة الضرورة، عندما لا يمكن تأجيل التدخل إلى حين استشارة المريض أو ممثله القانوني. أما في الحالات التي لا يشكل فيها تأجيل التدخل الطبي أي مخاطر محتملة على صحة المريض أو حياته، فإن حق المريض في السلامة البدنية و حقه في تقرير مصيره يفرض على الطبيب عدم مباشرة أي تدخل على جسمه بدون استشارته و الحصول على موافقته المسبقة.

المطلب الثالث: حق المريض في رفض العلاج:

قد يرفض المريض العلاج أو التدخل الطبي لأي سبب كان رغم ما قد يترتب على ذلك من أضرار بصحته¹⁷⁶. و في هذه الحالة يوجب القضاء الفرنسي على المريض أن يعلن عن رفضه

¹⁷³ Cabrit and Dapogny, op.cit, p. 27.

¹⁷⁴ Brazier, M, op.cit, p 89. Skegg, op.cit, p 76., Cabrit and Dapogny, op.cit, p 30.

¹⁷⁵ باستثناء الاتجاه الحديث للقانون الفرنسي الذي يجيز للمريض أن يفوض أمره إلى الطبيب في اتخاذ القرارات الضرورية عملاً بالمادة 6-1111 L. من قانون 04 مارس 2002 السالف الذكر.

¹⁷⁶ و يشترط في القانون الجزائري في حالة رفض العلاج أن يعبر عن ذلك كتابياً، راجع المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية. و التي تقابلها في القانون الفرنسي المادة 1111 L. من قانون الصحة العامة الفرنسي(قانون 04 مارس 2002).

العلاج كتابة¹⁷⁷ و بناء على ما تم بيانه، لا يجوز للطبيب في هذه الحالة أن يفرض على المريض علاجاً معيناً. و قال بعض الفقه أن هذه القاعدة صالحة للتطبيق و لو في حالة الضرورة إذا كان الرفض صريحاً و قاطعاً و صادراً من المريض و هو متمتع بكامل قواه العقلية.¹⁷⁸

الفرع الأول: التزامات الطبيب في حالة رفض المريض للعلاج:

يلتزم الطبيب طبقاً للمادة L. 1111-7 من قانون الصحة الفرنسي في هذه الحالة ببذل كل ما في وسعه من أجل إقناع المريض بضرورة العلاج، على أساس أنه لا يمكن التدخل بدون موافقة المريض.¹⁷⁹ مما يعني أنه ليس هناك مجال لمتابعة الطبيب على عدم مساعدة المريض، إذا لم ينجح في إقناعه بضرورة العلاج. و قد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن حكمت بذلك منذ مدة.¹⁸⁰

فطبقاً للنص المشار إليه لا يجوز كقاعدة عامة إرغام المريض على العلاج إذا عبر صراحة عن رفضه للعلاج. و لم يستثنى النص الجديد أية حالة من هذه القاعدة. مما يعني أن الطبيب مرغم باحترام إرادة المريض و عدم التدخل حتى و لو تعلق الأمر بإجراء لإنقاذ حياته. مع العلم بأن القرارات القضائية الصادرة بهذا الشأن، قبل صدور قانون 04 مارس 2002 كانت تجيز تدخل الطبيب رغم رفض المريض إذا كان التدخل لغرض إنقاذ حياة المريض.¹⁸¹

في حين لم يصدر بعد أي قرار من القضاء الفرنسي، في هذا الموضوع، بعد صدور قانون 04 مارس 2002، باستثناء حكمين في مجال القضاء الاستعجالي أين قررت الجهات القضائية بأن تدخل الطبيب لإنقاذ حياة المريض لا يشكل أي مساس بحقوقه.¹⁸² غير أن هذه الأحكام لا

¹⁷⁷ Cass. civ., 07 novembre 1961, cité par Berret, au site suivant ;

<http://www-santé.ujf-grenoble.fr/SANTE/medilega/pages/serveurb.html> p.8.

¹⁷⁸ د شعبان نبيه متولي دعبس، "الحماية الجنائية لحق الإنسان في الحياة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، 522.

¹⁷⁹ " Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne....." Art L. 1111-7, loi du 04 mars 2002, précité.

¹⁸⁰ Cass. crim. 3 janvier 1973, Dalloz 1973 p.220.

¹⁸¹ Cour D'App. Paris 09 juin 1998,

Conseil d'Etat 26 juin 2001 req. N° 198546., cité par, Me Durrieu-Diebolt, "Les droits des patients", <http://www.sos-net.eu.org>, p.7/19.

¹⁸² T.A Lille, 25 Aout 2002, réf.n° 02-3138,

C.E, 16 Aout 2002, réf. N° 249522, cité par, Me Durrieu-Diebolt, op.cit, 7/19.

تعبّر عن الاتجاه القضائي الفرنسي، مما يعني وجوب انتظار فصل الهيئات القضائية الفرنسية العليا في هذا الموضوع.

و بناء على ذلك يمكن القول أن تدخل الطبيب يبقى مشروطاً، في القانون الفرنسي، بالموافقة المسبقة للمريض فإذا صدر منه ما يدل على عدم موافقته على العلاج و تأكد الطبيب من سلامة قدرات هذا الأخير العقلية، وجب على الطبيب بذل كل ما في وسعه لإقناعه بضرورة العلاج. أما إذا لم يفلح في ذلك وجب عليه الانصياع لرغبة مريضه و عدم المجازفة بالتدخل سوى في الحالات التي يجيز له فيها القانون ذلك.¹⁸³

غير أن هناك حالات يلتزم فيها الطبيب بمعالجة المريض رغم الاعتراض على العلاج إذا كان التدخل لمصلحة شخص ثالث كإرغام المرأة الحامل على عملية نقل دم إليها حماية لصحة الجنين رغم رفضها المبني على أسباب دينية.¹⁸⁴

كما يمكن للطبيب مباشرة نفس العملية على القاصر إذا كان الرفض صادراً من وليه لنفس الأسباب الدينية. إذ أنه ليس من حق الولي في هذه الحالة الاعتراض على علاج ولده لأسباب دينية بل يجب معالجته في هذه المرحلة من العمر إلى حين بلوغه سن التمييز و حينئذ يمكنه أن يقرر بنفسه قبول أو رفض العلاج.¹⁸⁵

و تبدو أهمية الالتزام بإرادة المريض بشأن رفض علاج معين في حالات العمليات الجراحية سواء كانت علاجية كما هو الحال في عمليات نقل أو زرع الأعضاء أو تجميلية كما هو الحال في تصحيح التشوه الخَلّقي أو الناجمة عن مختلف الحوادث، إذ تزداد المخاطر العامة و

¹⁸³ من الأمثلة التي تعرض فيها الطبيب للمسئولية بسبب عدم احترام اعتراض المريض على العلاج، الحكم الصادر من محكمة إنجليزية في قضية *Malette V. Shulman*، سنة 1987 حيث تم نقل المجني عليها على المستشفى على إثر حادث مرور و هي فاقدة لوعيها أين أجرى لها الطبيب عملية نقل دم رغم احتفاظها ببطاقة سجلت فيها رفضها لأي عملية نقل دم مهما كانت الظروف لأسباب دينية. إذ قضت المحكمة مسؤلية الطبيب لأن رفض المريضة صدر منها و هي كاملة الأهلية و هي متمتعة بإرادة سليمة، Jones، المرجع السابق ص 233. راجع في الفقه الفرنسي؛

Penneau, M, "Le consentement face au droit de la responsabilité médicale", présenté aux travaux du Colloque national sur "Le Consentement Aux Actes Médicaux" Gaz.Pal. du 1^{er} au 05 Janvier 1999, P 8.

¹⁸⁴ L'exemple le plus frappant est celui des témoins de Jéhovah ; Jones, op.cit p 233.

¹⁸⁵ حيث يسمح قانون الأسرة في بريطانيا (سكتلندا) على سبيل المثال للطفل البالغ 16 كاملة أن يوافق على العلاج رغم معارضة أوليائه له لأسباب دينية. أنظر:

Family Law Reform Act 1969, section 8(1), cité par , Brazier, M " Medicine, patients and the law", Penguin books, London 1987 p 222., voir aussi, Mason and McCall Smith, "Law and Medical Ethics", London Butterworths, 2nd ed. 1987, p 143, and 3rd ed 1992. v. en droit Français ,

الخاصة التي قد يتعرض إليها المريض في الجراحة و التي قد تصل إلى حد تهديد حياته. يضاف إلى ذلك أن عملية التخدير في حد ذاتها تمثل خطرا في الكثير من الحالات.¹⁸⁶

و غني عن التنبيه إلى أنه لا يمكن تصور مثل الحالات المشار إليها أعلاه و الخاصة برفض العلاج لأسباب دينية في الشرع الإسلامي لأن هذا الأخير يحث، كما تم توضيحه آنفاً، على وجوب علاج الجسد و النفس كل ما أمكن ذلك.¹⁸⁷ غير أن ذلك لا يتنافى مع إمكانية رفض العلاج إذا كان يُخشى من مباشرته و وقوع ضرر يفوق ضرر المرض نفسه. إذ يجب على الطبيب المسلم في هذه الحالة أن يمتنع عن التدخل و لو كان ذلك برضا المريض.¹⁸⁸

غير أنه إذا كان من حق المريض رفض العلاج، فما هي حدود مسؤوليته بالنسبة للنتائج المترتبة على ذلك الرفض، خاصة في حالة انصراف هذه النتائج و الآثار إلى الغير؟.

الفرع الثاني: الآثار القانونية لرفض العلاج بالنسبة للمريض؛

إذا كانت موافقة المريض ضرورية للتدخل الطبي، فإنه من الطبيعي أن يكون لرفض المريض أثره القانوني في تحديد المسؤولية. و لا ينعكس أثر الرفض على الطبيب المعالج فحسب، بل قد ينصرف أثره إلى أشخاص آخرين خارج مجال الطب. فمن المقرر أن الطبيب يعفى من المسؤولية إذا رفض المريض المتمتع بكامل قواه العقلية و الإدراكية التدخل الطبي. غير أنه عندما يكون تدخل الطبيب ضروريا يتعين عليه الحصول على رفض المريض للعلاج كتابيا.¹⁸⁹ إذ يسأل الطبيب مثلا عن الرحيل المبكر للمريض من المستشفى بعد إجراء العملية الجراحية و عن كل ما قد ينتج عن ذلك من أضرار. مما يوجب عليه الحصول من المريض على ما يثبت رفضه البقاء كتابة.¹⁹⁰

من جهة أخرى قد ينتج عن رفض المريض للعلاج في حالات معينة أضرارا مالية لشخص آخر كرب العمل مثلا. فقد يؤدي رفض العلاج إلى تفاقم الحالة الصحية للفرد أو إلى إصابته بنسبة عجز معينة. و طبقا للتشريع المنظم لعلاقات العمل فإن أغلب الدول تلزم صاحب العمل بالتعويض عن الإصابة أو عن المرض، بالإضافة إلى الخسائر التي قد تصيب هذا الأخير من

¹⁸⁶ د حمدي عبد الرحمان، "معصومية الجسد"- القاهرة 1987، ص 52..

¹⁸⁷ راجع المبحث الأول من الفصل التمهيدي. ص 8 من الرسالة.

¹⁸⁸ د. أحمد محمد بدوي، "نقل و زرع الأعضاء البشرية"، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 149.

¹⁸⁹ Civ. 7 nov. 1961 D 1962. 62.

¹⁹⁰ Civ. 22 Jan. 1967 B. C. I. 49.

جراء تناقص القدرة الإنتاجية لدى العامل بسبب عدم لياقته الصحية. فهل يمكن الاستناد إلى خطأ المريض برفض العلاج في هذه الحالة للحد من مسؤوليات صاحب العمل؟.

لا يمكن اعتماد فكرة خطأ المريض في هذا الفرضية نظرا للظروف الخاصة التي تحيط به. ذلك أن المريض يقارن عادة بين عدة احتمالات قبل أن يبدي رأيه بشأن قبول أو رفض العلاج. و يقارن المريض، على وجه أخص، بين الآثار التي يتعرض لها إذا استمرت حالته الصحية دون تدخل طبي، و بين المخاطر التي قد تحدث نتيجة للعلاج خاصة إذا تعلق الأمر بعملية جراحية غير مضمونة العواقب كاستئصال عضو أو جزء منه. و عليه فإن سلوك المريض في هذه الحالة لا يقصد من ورائه في أغلب الحالات الإضرار بالغير، بل إن هدفه الأساسي يتعلق بمصيره الشخصي. و هذا الاعتبار الأخير يغلب الاعتبار الأول الذي يرتكز على الإضرار بصاحب العمل و ما قد يترتب على ذلك من التزامه بدفع تعويضات أو نفقات معينة.¹⁹¹

يضاف إلى ذلك أن صاحب العمل ملزم قانونا بالتأمين الصحي لمواجهة الحالات المرضية للعمال. و غني عن القول في هذا الصدد أن الأضرار المالية الناجمة عن تدهور الحالة الصحية للعامل تأتي في المرتبة الثانية من حيث أهميتها في حال الموازنة بين حق الفرد في التصرف فيما يتعلق بجسده و حقه في تقرير مصيره، و بين حق صاحب العمل أو شركة التأمين في الحفاظ على حقوقهم المالية. و يعني ذلك أنه ليس من حق صاحب العمل و أو غيره أن يفرض على العامل أن يعيش وفقا للنمط الذي يخدم مصالحه المالية.¹⁹² مما يفيد أن حق المريض إزاء بدنه هو أولى بالرعاية و أن الأعمال الطبية في كافة الأحوال ليست بعيدة عن المخاطر أو الآثار الجانبية المتوقعة أو غير المتوقعة. و يعني ذلك أن رفض العلاج لا يؤدي دائما و بالضرورة إلى نتائج ضارة.

و من جهة أخرى، قد تؤثر الحالة المرضية و الظروف المختلفة المحيطة بالمريض على قدرته على التمييز و الاختيار خاصة إذا واجه حالة يستعصي عليه فيها الاختيار و مثالها الموازنة بين تقبل الوفاة أو إجراء عملية خطيرة قد تؤدي إلى فقدانه عضو من أعضاء جسمه أو تعطيل وظائفه. لذلك لا يمكن القول بأية حال من الأحوال بتوافر عنصر الخطأ أيا كانت صورته

¹⁹¹ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 40.
¹⁹² د حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 61.

أو درجته في سلوك المريض الذي يرفض العلاج.¹⁹³ و التفسير الوحيد لرفضه العلاج هو ممارسته لحق شخصي يرتبط بحقه الأصيل في الذاتية و في تقرير مصيره في نطاق ما لا يتعارض مع وظائفه الاجتماعية.¹⁹⁴

و خلاصة القول أنه يحق للمريض قبول أو رفض العلاج حسب ما يراه محققا لمصلحته و وفقا لتقديره الشخصي. و إذا كانت موافقة المريض شرطا لمباشرة العمل الطبي فإن الرفض الصريح للعلاج يحول دون مباشرته من قبل الطبيب ما لم يتعارض هذا الرفض مع حالات التدخل التي يجيزها القانون رغم إرادة المريض كذلك المتعلقة بحماية الصحة العامة، و التي سبقت الإشارة إليها.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد تطرقنا في هذا الفصل إلى الأحكام العامة للرضا في الممارسة الطبية. و تصلنا بداية إلى أن العقد الطبي هو من العقود الرضائية، و كم ثم يشترط لقيامه رضا الطرفين باعتبار أن الرضا هو ركن أساسي في التعاقد. كما توصلنا إلى أنه لكل من الطبيب و المريض الحرية التامة في اختيار الطرف الذي يتعاقد معه تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد. و على هذا الأساس فالمريض حر في اختيار طبيبه، و من حق الطبيب أيضا أن يختار مرضاه. و تعترف معظم الأنظمة بحق الطبيب في إنهاء علاقته الطبية مع أحد المرضى لأسباب شخصية، أو مهنية محضة بشرط أن يضمن مواصلة العلاج عند غيره من الأطباء.

أما بالنسبة للمريض فلا يشترط كقاعدة عامة أي شكل معين لموافقة على الأعمال الطبية، فقد تكون شفوية أو كتابية. غير أنه جرت العادة، في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسمية للمريض أو تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله عن موافقته كتابيا. و تلجأ عادة المؤسسات الاستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، إلى إعداد نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو ممثله القانوني من خلال بيانات محددة.

¹⁹³ هناك من الفقهاء من نفي فكرة الخطأ عن المريض الراض للعلاج استنادا إلى فكرة الدفاع الشرعي؛ راجع في عرض هذا الإتجاه، د حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق ص 63 و ما بعدها. في حين نفي جانب آخر من الفقه اعتبار التعسف في استعمال الحق أساسا قانونيا لقيام خطأ المريض؛ راجع إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 41.

¹⁹⁴ من الحالات التي يتعارض فيها رفض العلاج مع الوظائف الاجتماعية، رفض الزوج أو الزوجة علاج حالة العم. إذ أن عدم العلاج يؤثر على الزوج الآخر؛ راجع في هذا الصدد، "Les droits des patients", Me Durrieu-Diebolt, .op.cit., p.7/19.

و إذا كان المريض قاصرا أو صغيرا في السن يتولى، في القانون الجزائري، وليه أو ممثله القانوني كقاعدة عامة الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به.
و قد سجلنا في هذا المجال تأخرا نسبيا للتشريع الجزائري. ففي الوقت الذي تعترف مختلف القوانين الأجنبية، خاصة الغربية منها، بحق القاصر المميز في الموافقة الشخصية على الأعمال الطبية، لا يزال التشريع الجزائري ينص على وجوب الحصول على موافقة الوالدين أو الولي قبل مباشرة أي عمل طبي على القاصر و لم يستثنى القاصر المميز البالغ من العمر 16 سنة.

و الغريب في الأمر أن سن الأهلية الجنائية في قانون العقوبات الجزائري هو 13 سنة كاملة كحد أدنى. و هو السن المحدد لإمكانية متابعة القاصر على إجرامه(تدابير وقائية أو عقوبات مخففة). مما يعني أن الصبي الجزائري البالغ من العمر 13 سنة يتمتع، في نظر المشرع الجنائي الجزائري، بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز الذي يجعله مسئولا و لو مسئولية مخففة عن أفعاله، في حين لا يعترف له بهذه القدرات في مجال القرارات الطبية رغم أن أحكام الأهلية الجنائية هي الأقرب إلى مجال الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان.

و عليه ليس هناك ما يمنع، في نظرنا، طبقا للواقع القانوني الجزائري الحالي، أي والد أو ولي غير راض على نتائج العلاج الذي خضع له ولده القاصر، مهما كانت تفاهته، و الذي لم يستشار بشأنه أن يتابع الطبيب على أساس الإخلال بهذا الشرط القانوني بدون حاجة إلى إثارة الخطأ الطبي من جانبه الفني. لذلك نعتقد بأنه من واجب المشرع الجزائري أن يراجع موقفه تجاه هذه الطائفة من المرضى، حماية لهم و للأطباء، من خلال وضع نصوص قانونية أكثر مرونة تعطي للطبيب الجزائري السلطة التقديرية بشأن اللجوء إلى استشارة الولي أو الاكتفاء بموافقة القاصر المميز و ذلك بناء على تقدير الطبيب للإمكانات العقلية التي يتمتع بها القاصر مستعينا في ذلك بالخبرة من جهة أو استشارة المحكمة حول المسألة إذا دعت الحاجة إلى ذلك قبل مباشرة التدخل الطبي على القاصر. و يمكن للمشرع الجزائري في هذا المجال، و على غرار غيره من المشرعين، أن يحدد التدخلات التي يمنع إجرائها على القاصر لارتباطها بالنظام العام أو تلك التي تتطلب موافقة الوالدين أو الولي بسبب خطورتها.

و يرى الباحث، في هذا الصدد، بأن إشراك القاصر المميز في أخذ القرارات المرتبطة بأموره الصحية يعود عليه بأكثر من فائدة. فهو تدريب على أخذ القرارات المهمة في حياته، باعتبار أن القرارات الخاصة بالجانب الصحي ترتبط بأهم ما يمتلكه الفرد و هي سلامته الجسمية

و العقلية. كما يمكن اعتبار ذلك بمثابة ترويض على الاعتماد على النفس و هي خاصية محمودة في الفرد سواء من الناحية الأخلاقية أو الاجتماعية.

من جهة أخرى نعتقد أن النصوص الجزائية كافية بما فيه الكفاية بشأن ضمان الحماية الصحية لصغار السن. إذ أن الطبيب مكلف في ظل القانون الجزائري برعاية مصلحة الصغير إذا اكتشف أن هذا الأخير لا يلقى العناية اللازمة من وسطه الأسري. و هو ما يعطي للطبيب شرعية التدخل في حالة الضرورة التي تستوجب السرعة في التنفيذ لإنقاذ صحة أو حياة الصغير.

و لقد نظم المشرع الجزائري استشفاء أو علاج ذوي الأمراض العقلية وفقا لحددة المرض العقلي المشكو منه وأثره على شخص المريض نفسه أو على الغير. و حدد الجهات المختصة التي يمكنها المبادرة بعلاجه أو الموافقة على ذلك، مع السماح للمريض بالتعبير عن إرادته عندما يكون راشدا و متمتعا بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز. و يخضع علاج الأمراض العقلية في التنظيم الجزائري لنظامين أساسيين هما؛

1- الاستشفاء الخارجي أو ما يسمى بالاستشفاء في مصلحة مفتوحة.

2- الاستشفاء الداخلي أو ما يسمى بالاستشفاء في مصلحة مغلقة.

و حماية لمرضى الأمراض العقلية من التجاوزات و سوء المعاملة التي قد يتعرضون لها من الأهل أو من الغير، جعل المشرع الجزائري سلطة القرار بشأن وضعية هؤلاء بيد أطباء الأمراض العقلية من جهة، و السلطات العمومية من جهة أخرى. كما أسند سلطة الفصل، بشأن حالات النزاع بين طبيب الأمراض العقلية و السلطات العمومية، إلى لجنة الأمراض العقلية التي يترأسها قاضي بدرجة رئيس غرفة من المجلس القضائي.

و إذا كان الحديث عن إرادة المريض عقليا لا أثر له في حالات الاستشفاء الإجباري، بحكم حدة المرض و أثره على القوى العقلية للمريض، فإن استشارته في الحالات الأخرى يبقى مرتبطا بالقدرات العقلية لهذا الأخير. إذ أنه بإمكان المريض أن يحرر طلب الترتيب الإداري بنفسه إذا رأى في ذلك السبيل الأنجع للعلاج، و قد يفضل المريض العلاج الخارجي إذا وجد من يعتني به فحوله القانون، و لكل من يود ذلك من الأهل و الأقرباء، حق طلب الخروج من هذا الترتيب.

و في كل الحالات يبقى دور طبيب الأمراض العقلية دورا أساسيا في علاج هذا النوع من الأمراض، لأنه هو الوحيد الذي يمكنه ملاحظة تطور حالة المريض و ما يحتاجه من عناية قد تتعدى تزويد المريض بأدوية معينة أو إخضاعه لنظام استشفائي معين.

من بين الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها القانون للطبيب مباشرة العمل الطبي بدون الموافقة المسبقة للمريض ما يعرف بحالة الضرورة. فإذا كان هناك خطر جسيم يهدد صحة المريض أو حياته، فإن ذلك من قبيل الأسباب الشرعية التي تجيز تدخل الطبيب و مباشرته إجراءات الإسعاف و العلاج لدرء ذلك الخطر و لو تم ذلك بدون موافقة المريض المعني بذلك التدخل.

و يطبق نفس الحكم إذا كان رضاء المريض غير سليم من الناحية القانونية كما هو الشأن بالنسبة للمريض صغير السن، أو الذي لا يتمتع بالقدرة الكافية على الإدراك و الاختيار بسبب حالته المرضية أو غيرها من الأسباب مثل الحوادث المختلفة، و تعذر الحصول على موافقة ممثله القانوني في الوقت المناسب.

و يشترط لقيام حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيما، أي أن الخطر يهدد صحة أو حياة المريض بشكل ملحوظ. و أن يكون حالا بتوافر حالة الاستعجال بحيث أن التأخير في العلاج أو التدخل الطبي يهدد حياة المريض أو ينذر بتدهور شديد في حالته الصحية مما يصعب معه شفاؤه أو تجنب مخاطر أخرى أكثر جسامة. و كقاعدة عامة، لا تجيز حالة الضرورة سوى التدخلات اللازمة لإنقاذ حياة أو حماية صحة المريض من خطر جسيم. مما يعني أن التدخلات التي يمكن إرجائها إلى حين استشارة المريض بشأنها تبقى غير شرعية.

و من حالات التدخل الأخرى التي لا تتطلب موافقة المريض للعلاج الحالة التي يكون فيها التدخل الطبي ضروريا لحماية الصحة العامة لباقي الأفراد كما في حالات تفشي الأوبئة. فالأمر يتعلق بمصلحة عامة تقتضي الحفاظ على صحة المواطنين و حقهم في الرعاية الصحية، و هو ما يعد من واجبات الدولة التي تفرضها أغلب الدساتير. غير أنه يشترط في هذه الحالة أن تتم العملية وفقا للأسس و القواعد الإدارية التي حددتها الجهة الإدارية المختصة.

و من المتفق عليه أيضا فقها و قضاء و جوب احترام الطبيب لإرادة المريض سواء من حيث قبوله أو رفضه للعلاج، أو من حيث طبيعة الإجراء المتفق عليه، مدها و مكانه و الطبيب

المعني بتنفيذه و غير ذلك من المواصفات العامة. و نعتقد بأن هذا الاتجاه يحقق الغرض من اشتراط رضا المريض خاصة منه ما يتصل بمشروعية العمل الطبي و ضمان الحقوق الفردية و الأساسية للأفراد على النحو الذي تم بيانه. من ثم لا يجوز الخروج عن حدود الرضا إلا في الحالات الاستثنائية كحالة الضرورة، عندما لا يمكن تأجيل التدخل إلى حين استشارة المريض أو ممثله القانوني. أما في الحالات التي لا يشكل فيها تأجيل التدخل الطبي أي مخاطر محتملة على صحة المريض أو حياته، فإن حق المريض في السلامة البدنية و حقه في تقرير مصيره يفرض على الطبيب عدم مباشرة أي تدخل على جسمه بدون استشارته و الحصول على موافقته المسبقة. و نقول أخيرا أنه يحق للمريض قبول أو رفض العلاج طالما أنه يتخذ قراره بإرادة حرة و مستنيرة و واعية. و إذا كان الرضا شرطا لمباشرة العمل الطبي فإن الرفض الصريح للعلاج يمنع الطبيب من مباشرة العلاج إلا ما تم منه تحت سلطة القانون رغم رفض المريض كالأجراءات المتعلقة بحماية الصحة العامة.

الفصل الثالث

عبء إثبات الرضا و جزاء الإخلال به

مقدمة:

بعد دراسة أهم القواعد المنظمة لرضاء المريض في الفصل السابق سنتناول في هذا الفصل عبء إثبات الرضا و جزاء الإخلال به.

فلقد توصلنا في الفقرات السابقة إلى أن إخلال الطبيب بواجب الإعلام يعرضه، في مختلف الأنظمة، للمتابعة على أساس المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية. و في كلتا الحالتين يتعين على الخصوم إثبات وقائع معينة أمام القضاء؛ كإثبات موافقة أو رفض العلاج من قبل المريض، خطأ الطبيب بعدم إعلام المريض، و كذا إثبات الضرر الناشئ عن ذلك و علاقة السببية بينهما. و يتطلب إثبات هذه الوقائع تحديد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات و طرقه و تحديد الوسائل المتاحة للقاضي للتأكد مما يدعيه الأطراف و بعدئذ يمكن تحديد جزاء الإخلال بالرضا المتبصر للمريض. و سنركز في هذا المجال على القانون الفرنسي باعتباره الأقرب إلى القانون الجزائري و ذلك طبقا للخطة التالية؛

- المبحث الأول: عبء إثبات الرضا في القانون الفرنسي.
- المبحث الثاني: عبء إثبات الرضا في القانون الجزائري.
- المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالرضا في القانون المقارن.
- المبحث الرابع: جزاء الإخلال بالرضا في القانون الجزائري.

المبحث الأول: عبء إثبات الرضا في القانون الفرنسي:

إن أهم ما ميز القانون الفرنسي في السنوات الأخيرة بخصوص إثبات الرضا في المجال الطبي، هو التغيير المفاجئ لموقف محكمة النقض الفرنسية بنقل عبء إثباته من المريض إلى الطبيب في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997. و على هذا الأساس سنتطرق في المطالب الموالية إلى بحث وضعية المريض القانونية قبل صدور هذا القرار، ثم نلي ذلك بتوضيح أثر القرار المشار إليه على العلاقة بين الطبيب و المريض و موقف الفقه منه. على أن نختم هذا المبحث بأحكام قانون 2002/03/04 في هذا المجال.

المطلب الأول: موقف النقض الفرنسي من عبء إثبات الرضا:

لقد استقر قضاء النقض الفرنسي¹ حتى وقت قريب على جعل عبء الإثبات على عاتق المريض تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات و التي تقضي بمطالبة المدعي بإثبات ما يدعيه في دعواه أمام القضاء²، و ذلك منذ حكم 29 مايو 1951 الذي صدر بخصوص الطعن في حكم محكمة استئناف (Angers) الصادر في 4 مارس 1948 حيث قررت محكمة النقض في هذا الحكم و على عكس ما ذهبت إليه محكمة الموضوع أن عبء الإثبات يقع على المريض.³ و معنى ذلك أنه في حالة النزاع يلتزم المريض بإثبات واقعة سلبية و هي عدم صدور رضا متبصر من جانبه يجيز للطبيب المساس بجسده.

و الحقيقة أن اتجاه القضاء الفرنسي آنذاك، حسب ما يراه الكثير من الفقهاء⁴، كان قاسياً على المريض بحكم أنه الطرف الضعيف في العلاقة، ليس فقط بسبب المرض الذي يعاني منه، و إنما أيضاً بسبب جهله لفن الطب. و مما يزيد من صعوبة مهمته تهرب الجهات الطبية المعنية من مساعدته لأسباب مختلفة منها؛

- قد يواجه المريض أثناء بحثه عن الأدلة صمت و تهرب الطبيب و معاونيه من تزويده بالمعلومات اللازمة استناداً إلى التزامهم بالسرية المهنية الذي يمنعهم من الكشف عن أي معلومة عن المرض أو العلاج تكون قد وصلت إلى علمهم بمناسبة علاجهم له.
- يضاف إلى ذلك عدم إمكانية الاستعانة بالخبراء الذين هم ملزمون أيضاً بالسرية المهنية، و مع ذلك يبقى لدور الخبير أهمية كبيرة في البحث عن الحقيقة من خلال تركيزه على الاعتبارات التي أوجب التدخل الطبي، قبوله من عدمه من قبل المريض و كيفية تنفيذه.⁵

¹ Cass.civ., 7 Juill, 1964, D 1964, p 625 ; Cass.civ., 11 Mai 1966, D 1966 p 266 ; Cass.civ., 8 Oct. 1974, Gaz. Pal., 1974, I, P 273, note Doll..

² جدير بالتنكير في هذا الصدد أن الأنظمة الأنجلوساكسونية تحمل المريض عبء إثبات تخلف الرضا المتبصر.

³ Cass.civ., 29 Mai 1951, II, 6421, note Perrot.

⁴ Savatier, R., "Traité de responsabilité civile", T. 2, 2^{ème} éd, 1951, p. 388, Mazeaud et Tunc, "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle", T 1, 1965, sec. 194.

انظر في الفقه العربي؛ د: عبد الرشيد مأمون، ص 176. و كذلك د.محسن عبد الحميد إبراهيم البني، " نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 190 و ما بعدها.

⁵ Gromb, S., op.cit., p. 16.

و كان المريض يستفيد من كافة طرق الإثبات للتدليل على إخلال الطبيب بواجب الإعلام مع بقاء سلطة تقدير الأدلة المقدمة لفاضي الموضوع. غير أنه ثار التساؤل آنذاك عن مدى صحة اعتماد القضاء الفرنسي على القواعد العامة بشأن توزيع عبء الإثبات؟

فلقد اعتبر البعض⁶ أن توزيع عبء الإثبات تطبيقاً للقواعد العامة في هذا النوع من النزاعات، غير ذي محل لأن مجال تطبيقها هو عادة إثبات الالتزامات التعاقدية. في حين عندما يتعلق الأمر بإثبات وجود الرضا من عدمه فإن الأمر يتعلق بإثبات قيام العقد ذاته، و ليس إثبات الالتزامات المترتبة عليه. بمعنى آخر يكون تطبيق القواعد العامة في الإثبات منطقياً لو تعلق الأمر بإثبات خطأ الطبيب بشأن تنفيذ أحد بنود العقد القائم بينه و بين المريض. أما بشأن إثبات الرضا فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الطبيب يتصرف بناء على عقد موجود أو بدون عقد، أي أن الإثبات يتعلق بوجود العقد الطبي من عدمه⁷. و لعل التفسير الوحيد لاعتماد القضاء الفرنسي القواعد العامة في الإثبات بشأن الرضا هو ترجيح مصلحة الأطباء و حمايتهم حتى لا يكونوا محلاً لادعاءات زائفة من قبل المرضى الغير راضين على نتائج العلاج⁸.

الفرع الأول: نقل عبء الإثبات إلى الطبيب (نقض فرنسي بتاريخ 97/02/25):

لقد عدلت محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها صدر في 1997 عن فكرة إسناد عبء الإثبات إلى المريض و حولته إلى الطبيب، بحيث أصبح هذا الأخير هو المكلف قانوناً بإثبات حصوله على الرضا المتبصر من المريض.

و تتلخص وقائع الدعوى في لجوء السيد Hédreul إلى طبيبه بسبب أوجاع حادة في المعدة كان يعاني منها، فأعلمه هذا الأخير بأن حالته تتطلب تدخل جراحي لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدته. غير أنه أثناء العملية أصيب المريض بثقب في أمعائه فرفع دعوى تعويض ضد طبيبه مستنداً إلى أنه لم يبصر بالمخاطر المحتملة لهذه العملية الجراحية.

و لقد عُرض النزاع أول الأمر على محكمة Rennes التي فرضت على المريض إثبات ما يدعيه طبقاً لما استقر عليه القضاء آنذاك في فرنسا. غير أنه عندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم و قررت مبدأً جديداً مفاده أن عبء الإثبات يقع على عاتق

⁶ د: أشرف جابر، المرجع السابق، ص 87.

⁷ د: عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 50 و ما بعدها.

⁸ د: أشرف جابر نفس المرجع ص 88.

الطبيب و ليس المريض. إذ استندت المحكمة في هذا الحكم على نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي حيث جاء في قرار المحكمة؛

"...لما كان على عاتق الطبيب التزام خاص بالتبصير في مواجهة مريضه، و أنه ملزم

بإثبات تنفيذه لهذا الالتزام، فإنه يتعين معه القول أن محكمة الاستثناء قد خالفت النص

المشار إليه"⁹

و المقصود هنا هي المادة 1315 مدني فرنسي التي توجب على من يطالب بتنفيذ التزام معين إثبات وجوده، و على من يدعى تحرره من هذا الالتزام أن يثبت انقضاؤه بكافة طرق الإثبات.¹⁰ و يلاحظ من النص أنه يلزم طرفي الالتزام بإثبات ما يدعيه كل منهما، إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت تطبق فقط الشرط الأول منه قبل صدور قرارها بتاريخ 25 فبراير 1997، حيث كانت تضع عبء الإثبات على الدائن بالإعلام و هو المريض. أما طبقا للقرار المشار إليه فقد تم نقل عبء الإثبات إلى المدين بهذا الإعلام و هو الطبيب. و عليه لتجنب إدانته من قبل القضاء يتعين على الطبيب إثبات تنفيذه للالتزام بالتبصير.¹¹

و مما لا شك فيه أن الاتجاه الجديد فيه ترجيح لمصلحة المريض و لسلامته الجسدية. إذ يكفي أن يثبت أمام القضاء الإخلال بسلامته الجسدية(ضرر)، في حين يكون الطبيب ملزم بإثبات أنه أحاط مريضه علما بكل المعلومات الضرورية و تحصل على رضائه المستتير قبل مباشرة عمله الطبي.

الفرع الثاني: تحديد قيمة الدليل الكتابي كوسيلة لإثبات رضا المريض:

أولى النتائج المنطقية الناجمة عن نقل عبء الإثبات إلى الطبيب طبقا للاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية هي لجوء الأطباء إلى تدوين إقرار المدين بحصوله على الإعلام اللازم قبل مباشرة التدخل الطبي.¹² و هو ما شكل محور الانتقادات لدى الكثير.

إذ قيل أنه من شأن ذلك أن يجعل الطبيب يتصرف بنوع من البيروقراطية من خلال إعداده المسبق لوثيقة الرضا خوفا من شبح المسؤولية الذي يهدده. في حين قالت الفيدرالية الفرنسية

⁹ "....alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis son patient et qui lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte survisé", Cass.civ. , Ire, 25 Fév. 1997, Bull. civ. No 75.

¹⁰ " celui qui réclame l'exécution de l'obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui s'en prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation", Art. 1315 du code civil Français éd. Dalloz 95 – 96 p 925.

¹¹ Deschamps, C. Lapoyade ; " Les médecin à l'épreuve ; à propos de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 25 Fév. 1997. p 4. Cf, Chabas, F., "L'obligation médicale d'information en danger", La Semaine Juridique, édition générale, n°15, du 11-15 mars 2000, p. 460.

¹² Nicolis, C., "La chirurgie et ses risques : ce qu'il faut penser d'un arrêt de la cour de cassation ", Quo. Méd., 11 Mars 1997, p. 42 ; Assur. Hebdo, no 35, 10 Mars 1997.

لشركات التأمين، في تعليقها على هذا الاتجاه الجديد، أنه سيكون مصدرا للكثير من المنازعات.¹³ يضاف إلى ذلك أن مطالبة المريض بالدليل الكتابي على رضائه من جانب الطبيب يتنافى و مبدأ الثقة الذي يجب أن يسود علاقة الطبيب بمريضه.¹⁴

من جهة أخرى إذا كان الدليل الكتابي هو الوسيلة الوحيدة في يد الطبيب لإثبات وفائه بواجبه في تبصير المريض، ما هي القيمة القانونية لهذه الوثيقة و هل تشكل فعلا دليلا عن حصول المريض على المعلومات الضرورية لإصدار رضاء متبصر؟.

يرى بعض الفقهاء¹⁵ أن مشكلة إثبات الرضا لا تحسم بالدليل الكتابي رغم ما للكتابة من أهمية في مجال الإثبات و ذلك للأسباب التالية؛

1 – لا يضمن الإقرار الكتابي للمريض إماما حقيقيا بالنتائج المتوقعة للتدخل الطبي بصفة عامة و التدخل الجراحي بصفة خاصة. ذلك أن صياغة الإقرار قد تتم و بطريقة عمدية، بصيغة عامة. و ما دام الأمر كذلك لا يمكن تحديد النتائج المتوقعة بطريقة دقيقة و قاطعة.¹⁶ كما أن مضمون الإقرار يتوقف من جهة على مدى حسن نية الطبيب و كذا على مدى ثقافة المريض من جهة أخرى. على أنه من الناحية العملية قد تشرف إحدى الممرضات على عملية إمضاء المريض لوثيقة رضاء نموذجية معدة مسبقا دون أن يكون بإمكانها تزويده بالمعلومات الضرورية لتبصيره. مع العلم أن هذه الطريقة انتقدت كذلك في الأنظمة الأنجلوساكسونية.¹⁷

2 – كما لا يضمن الإقرار من ناحية أخرى حماية كافية للطبيب،¹⁸ إذ ليس هناك ما يمنع المريض من النزاع لاحقا في نطاق رضائه، كالإدعاء بأن رضائه لم يكن مبني على دراية حقيقية بشأن حالته الصحية، أو أنه صدر عنه و هو تحت ضغط نفسي معين.

¹³ Assur. Hebdo, no 35, 10 Mars 1997, commentaire de la fédération française des sociétés d'assurances. ¹⁴ د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق، ص. 52، أنظر كذلك ، د. على نجيدة “التزامات الطبيب في العمل الطبي”، دار النهضة العربية، 1992 ، ص 132 .

Finon, O 'Faute et Assurance dans la Responsabilité civile médicale' , thèse, Paris 1972, p. 118.

¹⁵ د: أشرف جابر ، المرجع السابق، ص. 93.

¹⁶ د(ة)، سهير منتصر “الالتزام بالتبصير”، دار لنهضة العربية، 1990، ص 56 .

¹⁷ Mamoun , A., op. cit. p 52.

¹⁸ “...la matérialisation du consentement par écrit n'est qu'un moyen de preuve, qui ne saurait , en aucun cas, constituer une décharge de responsabilité”, Gromb, S., op. cit., p. 17. Gary, A, “Consentement aux actes médicaux et droits des patients”, Colloque “ Le Consentement aux Actes Médicaux ” , op.cit., p. 34

و من صور هذا النزاع أن تطرأ أثناء التدخل الجراحي ظروف تستدعي من الطبيب الجراح أن يتجاوز حدود الرضا الذي منحه إياه المريض في الإقرار الكتابي.¹⁹ ففي مثل هذه الحالة، لا يعفى الجراح من المسؤولية إلا إذا أثبت أن تدخله استدعته حالة الضرورة و أن تدخله كان لغرض حماية حياة و سلامة المريض و دون أن يجاوز ذلك إلى ما يمكن تأجيله إلى حين استشارة المريض بشأنه.

3 - إن إفراغ الإقرار الكتابي في نموذج مطبوع لا يعكس حقيقة الوضع الفعلي في التبصير المطلوب. لأنه في أغلب الأحيان يوقع المريض هذا الإقرار دون قراءته بسبب الحالة التي يكون فيها، مما يدفعه في حالة عدم تحقق النتائج المرجوة إلى إثبات عكس ما تضمنه الإقرار الكتابي. فضلا عن ذلك، إن النزاع بشأن قيمة الإقرار المكتوب تضع مشكلة إثبات خطأ الطبيب في إخلاله بواجب التبصير في دائرة مغلقة.²⁰ لهذه الأسباب، وبغض النظر عن الحالات التي يتطلب فيها القانون إثبات الرضا كتابة²¹ فإن إصدار رضا المريض في شكل مكتوب، و إن كان يحقق قدرا من التوازن في العلاقة بين الطبيب و المريض، ليس ضروريا. ذلك أن اعتبارات الثقة بين الطبيب و مريضه يجب أن تكون لها الأولوية دائما.²²

المطلب الثاني: الوضع القانوني في فرنسا بعد قرار 25 فبراير 1997:

لقد أحدث قرار محكمة النقض الفرنسية لسنة 1997 ثورة في القضاء بنقل عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب. و يرى الفقه أن نقل عبء الإثبات لا يخص الطبيب فحسب، بل كل من هو ملزم قانونا بالإعلام.²³ و قد تبعته المحكمة بمجموعة من القرارات الحاسمة مؤكدة على إمكانية استعمال كل طرق الإثبات للتدليل على تنفيذ الأطباء لواجب الإعلام. حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 أكتوبر 1997 قرارا مهما أوضحت فيه أن الطبيب غير ملزم بالدليل الكتابي للتدليل على تنفيذه لواجبه بالإعلام تجاه المريض و إنما يمكنه استعمال

¹⁹ راجع حالة الضرورة و التدخلات الطبية في ص. 156 و ما بعدها من الرسالة.

²⁰ د: أشرف جابر ، المرجع السابق، ص 95.

²¹ يتعلق الأمر هنا بالعمليات الجراحية بصفة عامة و نزع و زراعة الأعضاء بصفة خاصة. راجع الصفحة 387 و ما بعدها من الرسالة.

²² د: أشرف جابر ، المرجع السابق، ص 96 ، دة)، سهير منتصر، المرجع السابق، ص 56 .

²³ "celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation", Cass.civ. , 1^{ière} , 25 Fév. 1997, Bull. civ. No 75. voir ; Penneau, J., "Les patients face à la responsabilité médicale", actes du Colloque National sur " Le Droit des Patients ; Enjeux et Défis", Gaz.Pal., 20-21 Février 1998, p. 8. Chabas, F., op.cit, p. 460.

كافة طرق الإثبات.²⁴ و تتمثل وقائع هذه القضية في وفاة الضحية على إثر عملية جراحية استكشافية (coelioscopie) لجأ إليها طبيب أمراض النساء للتأكد من عدم إصابتها بخلل في الرحم (étiologie ovarienne) و الكشف عن أسباب عقم الضحية. و أثناء العملية تعرضت الضحية إلى انسداد غازي للأوعية و انتقال الغاز المستعمل إلى أوعية المخ مما أدى إلى وفاتها. و لقد استند ورثة الضحية في دعواهم أمام محكمة الدرجة الأولى و الثانية على عدم إعلامها قبل مباشرة العلاج بخطر الانسداد الغازي للأوعية (risque d' embolie gazeuse) ذي الطبيعة الإستثنائية. و كان ذلك مناسبة لمحكمة النقض الفرنسية للإعلان بأن الطبيب ملزم بإثبات تنفيذه لواجب الإعلام الذي يجب أن يكون صادقاً، واضحاً و مناسباً حول مخاطر الكشف و العلاج و ذلك لتمكين المريضة من اتخاذ قرار متبصر بالموافقة أو رفض التدخل الطبي المقترح.

أما عن كيفية إثبات تنفيذ الطبيب لواجبه في الإعلام، فقد ذهبت المحكمة إلى أن المسألة موضوعية و تبقى للسلطة التقديرية للقاضي. غير أنه يمكن للطبيب، في حالة غياب الدليل الكتابي، الاستدلال بالقرائن لإثبات حصول المريض على الإعلام اللازم قبل مباشرة التدخل. ففي القضية المعروضة توصل قضاة محكمة الدرجة الثانية، وفقاً لسلطتهم التقديرية، إلى أن المريضة قد حصلت على الإعلام اللازم بشأن مخاطر التدخل الطبي بناء على الاعتبارات التالية؛

- عمل المريضة في مخبر التحاليل التابع للمصلحة التي تمت جراحتها فيها.
- ثبوت حصولها على معلومات معتبرة من خلال مشاورتها للطبيب المعالج.
- صدور قرارها بإجراء العملية بعد مدة طويلة من التفكير.
- و إظهارها لنوع من الخوف و التردد قبل العملية.²⁵

و مع أن هذا القرار خفف من مخاوف الأطباء، إلا أن أغلبية الملاحظين لا يستبعد لجوء الأطباء إلى الدليل الكتابي، في شكل استمارة يمضيها المريض، لإثبات تنفيذهم لواجب الإعلام، مع كل السلبات المرتبطة بهذا الإجراء و التي سبق إيضاحها أعلاه.²⁶

²⁴ "La preuve de cette information peut être faite par tout moyen", Cass. 1^{er} civ., 14 octobre 1997, Gaz. Pal 1997.2.

²⁵ " elle exerçait la profession de laborantine titulaire dans le centre hospitalier ou avait eu lieu la coelioscopie, avait eu divers entretiens avec son médecin,..... pris sa décision après un temps de réflexion très long ;.... et manifesté de l'hésitation et de l'anxiété avant l'opération". Cass. 1^{er} civ., 14 octobre 1997, Gaz. Pal 1997.2. pour plus d'information v. Lachaud, Yves, "La responsabilité médicale pour défaut d'information ; de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative", Gaz. Pal. 16 – 17/06/99, p 5. Chabas, F., op.cit, p. 460.

المطلب الثالث: موقف الفقه من الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية:

لقد انقسم الفقه الفرنسي بشأن التحول الجدري في موقف قضاء النقض الفرنسي بشأن إثبات الالتزام بإعلام المريض بين مؤيد و رافض له.

- أما الجانب المؤيد²⁷، فقد اعتبر بأن الاتجاه الجديد يؤكد على مبدئين مهمين هما؛
- حماية حق المريض في تقرير مصيره باعتباره من أهم حقوق الشخص.
- ارتباط هذا الحق بواجب الإعلام الذي يجب أن يكون شاملا و صادقا.

و يعني ذلك، في نظر هؤلاء، اتجاه القانون الفرنسي نحو الاعتراف بحقوق المرضى من خلال الإقرار بأهمية موافقة المريض المستنيرة في العلاقة بين الطبيب و المريض و تأسيس مسؤولية الطبيب على الإخلال بواجب الإعلام.

أما الجانب الرافض لهذا الاتجاه فقد استند إلى الآثار المباشرة لهذا التحول الذي من شأنه أن يصعب مهمة الإعلام بالنسبة لأهل الطب.²⁸ ذلك أن التخوف من المتابعة القضائية سيدفع بالأطباء إلى تزويد المريض بقدر كبير من المعلومات المعقدة و الغير مفهومة بالضرورة، و هو ما سينعكس سلبا على المريض بحكم أنه سيجد نفسه غارقا في معلومات مكتوبة لكن غير مشروحة له.²⁹ و لا شك أن ذلك ليس من مصلحة المريض.

من ثم يرى البعض أنه تحت غطاء ضمان إعلام أحسن للمريض وجدت محكمة النقض الفرنسية وسيلة غير مباشرة لتعويض ضحايا الحوادث الطبية.³⁰ إذ يمكن للقاضي أن يستند إلى واجب الإعلام، و خاصة إلى عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام و مضمونه، للحكم بالتعويض لصالح المرضى المتضررين، على أساس إخلال الطبيب بواجبه في الإعلام و تقويته الفرصة على

²⁶ Chabas, F., op.cit, p 460., Penneau, J "Les fautes médicales", éd. Juris-classeur, hors – série Juill-Aout 99, p. 9 et suite.

²⁷ Voir en particulier, Daubech, L "Les formes légales du consentement", Actes du Colloque "Le consentement aux actes médicaux" op.cit. p. 19.

²⁸ Chabas, F., op.cit., p. 459. Alt-Maes, Françoise , Rapport de Synthèse présenté à la fin des travaux du Colloque "Le Consentement aux Actes Médicaux", op.cit, p. 47.

²⁹ Gouesse, E, op. cit , p. 58. Lachaud, Y., op. cit., p 5.

³⁰ Pour une étude approfondit de ce problème en France, voir Ewald, F., " Philosophies de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique." in Alfandar, E., éd. "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", Dalloz. 1995, p. 35., et a propos de l'Algérie, voir Benmerzouk A., L'accident thérapeutique et son indemnisation", présenté durant " la Journée d'étude sur le droit médical" à la Faculté de Droit, Université de Tlemcen en date du 09/04/2002, non publiée.

المريض.³¹ و يسمح هذا الحل لمحكمة النقض الفرنسية، من جهة أخرى، بعدم التراجع عن المبدأ الأساسي الذي نصت عليه في قرار *Mercier* التاريخي سنة 1936 و الذي يقضي بأن التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام ببذل عناية.³² و مع ذلك هناك من يرى بأن توسيع نطاق الالتزام بالإعلام بالنسبة للأطباء ينذر باتجاه المحكمة نحو جعل التزام الطبيب تجاه المريض التزاما بتحقيق بنتيجة.³³ فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في السنوات الأخيرة إلى مبادئ موضوعية³⁴ توحى بهذا التوجه الغير معلن و ذلك في سبيل تعويض ضحايا الحوادث الطبية الذين عجزوا عن إثبات خطأ الطبيب من الناحية الفنية منها؛

- الاستناد إلى الإخلال بواجب الطبيب في الإعلام على النحو الذي تم توضيحه. بحيث يثبت خطأ الطبيب بمجرد عجزه عن إثبات تنفيذه لواجب الإعلام.³⁵
- الاستناد إلى فكرة المسؤولية بدون خطأ (responsabilité sans faute)،³⁶ و الإعلان عن التزام الطبيب بسلامة النتيجة (Une obligation de sécurité de résultat).³⁷

³¹ « ...sous couvert d'une meilleure information du patient, la cour de cassation semble avoir trouver un moyen détourné d'indemniser les victimes de l'aléa thérapeutique. En effet le juge judiciaire.....peut, par le biais de l'obligation d'information, et plus précisément grâce à la charge de la preuve de celle-ci et à son contenu, procéder à l'indemnisation des victimes de l'aléa thérapeutique en retenant la responsabilité des praticiens pour un manquement à leur obligation d'information et la perte de chance qui en résulte pour le patient. » , Gouesse, op.cit, p. 59., voir aussi, Groutel, H. "La Responsabilité des Cliniques", ed. Juris-classeur, Hors-serie, Juill-Aout 1999., p 29, Penneau, M, note, ss C.A Angers, (Audience Solennelle), 11 sept. 1998, Dalloz 1999., P. 46. Aussi voir ; Me Durrieu – Diebolt, "responsabilité Médicale", <http://www.sos-net.eu.org>, p. 6.

³² Voir, Cass. civ. 20mai 1936, D 1936.1.

³³ .Deguerge, Maryse, "La Responsabilité des Hôpitaux Publics", ed. Juris-classeur, Hors-serie, Juill-Aout 1999., p. 22.

³⁴ حيث هناك حديث عن توجه النقض الفرنسي نحو اعتناق مسؤولية موضوعية في المجال الطبي، راجع د. أشرف جابر المرجع السابق، ص. 123 و ما بعدها.

³⁵ Cass.civ. 25 Février 1997. précité.

³⁶ Cass.civ., 29 juin 1999, JCP. G. 1999 II, 10138, Rapp. P. Sargos ; Dalloz 1999, p. 559.

Cass.civ., 1^{ière} 8 novembre 2000, 99-11. 735 ; Dalloz 2000, I.R p. 292.

Conseil d'état 27 octobre 2000- 208640 ; Dalloz, I.R., p. 288., note. Arrêt concernant responsabilité sans faute de l'Hopital.

³⁷ Voir , Dupont, O. "D'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale", jurifutur dossier, <http://www.jurifutur>, Pansier, Frédéric-Jérôme "Etude de l' évolution de la responsabilité médicale au travers de l'énoncé jurisprudentiel d'une obligation de sécurité à la charge du médecin", Chronique, Gaz. Pal. 16-17 Juin 1999., p 66. Viney, G. et Jourdain P. "L'indemnisation des accidents médicaux ; que peut faire la cour de cassation.." JCP. G. 1997,1 4016., Memeteau, G., "Les évolutions redoutées de la responsabilité médicale", Gaz. Pal. 1997, 2 doctrine, p. 1353. Lamber-t –Faivre, Y., "L'exigence de sécurité et la prospective juridique en matière médicale : RF dommage corporel, 1997, 1., p 7.,Larroumet, Ch., "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", Dalloz, Chronique, p. 33., Sargos, P., "Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation ?" Dalloz, 1996 chron. P. 365., Pansier, F-J, "étude de l'évolution de la responsabilité médicale au travers de l'énoncé jurisprudentiel d'une obligation de sécurité à la charge du médecin" Gaz. Pal. 16-17 juin 1999, Chronique, p. 66., Hocquet-Berg, S., "Obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin", Thèse Paris XII, 1995., 2^{ème} partie., Savatier, E., "Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX ième siècle, Thèse Lyon III, 1998, 2^{ème} partie., Mansat, B., "La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient", Thèse Paris I, 1999, N) 66 s. Jacotot, D., "La notion de la sécurité sanitaire", Thèse, Dijon, 1999, 2^{ème} partie.

- الاستناد إلى نظرية الخطأ الافتراضي³⁸ أو المُقدَّر (Faute virtuelle).³⁹ و مفادها قيام مسؤولية الطبيب بمجرد ثبوت الضرر و بدون حاجة إلى إثبات خطأ الطبيب. و معنى ذلك أن الخطأ يُستمد من الضرر. غير أن هذه القرينة بسيطة يمكن للطبيب إثبات عكسها من خلال إقامته الدليل على أن الضرر يرجع إلى خلل في العضو المصاب أصلاً.

و جدير بالملاحظة أن متابعة الطبيب بالاستناد إلى أحد المبادئ المشار إليها أعلاه لا يمنع من قيام مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الفني الواجب الإثبات طبقاً للقواعد العامة. فقد رفضت المحكمة في قرار لها بتاريخ 27 مايو 1999 فكرة "الخطأ المحتوى" (Faute incluse) حيث قررت بأنه لا يمكن استنتاج الخطأ من الضرر غير العادي أو الخطير.⁴⁰ مما يفيد وجوب إثبات خطأ الطبيب. كما قررت في حكم آخر لها بأن "التعويض عن الحوادث الطبية لا يدخل في نطاق التزامات الطبيب تجاه المريض"،⁴¹ و هو ما يعنى، بمفهوم المخالفة، أن التعويض الذي يستند إلى الإخلال بواجب من واجبات الطبيب تجاه المريض يكون واجب الإثبات، و هو ما أكدته المحكمة في قرارات لاحقة.⁴²

نخلص مما تقدم إلى أن التطورات التي عرفها قضاء النقض الفرنسي في مجال نقل عبء الإثبات و اعتماد مسؤولية الطبيب بدون خطأ مردها سعي القضاء الفرنسي لإيجاد حل مناسب لتعويض ضحايا الحوادث الطبية. غير أن قيام مسؤولية الطبيب على هذا الأساس لن يدوم طويلاً لأنه بمجرد اللجوء إلى الكتابة في العقود الطبية و تعميمه سيضع حداً لمشكلة الإعلام، و هو ما سيعيد الموضوع إلى ما كان عليه من قبل خاصة بالنسبة لضحايا الحوادث الطبية الذين لم يتمكنوا من إثبات خطأ الطبيب من الناحية الفنية.⁴³

³⁸ يعتقد البعض بأن الترجمة الأقرب إلى الصواب لما سمي "faute virtuelle" هي الخطأ الافتراضي رغم أن البعض ترجمها بمصطلح "الخطأ المقدر" أو "المضمر"، راجع د. محمد حسين منصور، "المسؤولية الطبية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999 ص. 134. راجع بخصوص فكرة الخطأ "المضمر" أو الافتراضي، د. سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء"، دار النهضة العربية، 1990، ص. 99 و ما بعدها.

³⁹ Cass.civ. 1^{ère} 23 mai 2000, 98 – 15. 513 ; Dalloz 2000, I.R 470.

Cass.civ. 1^{ère} 18 juill. 2000, Dalloz, I.R., p 217.

⁴⁰ " l'existence d'une faute ne peut se déduire de la seule anormalité du dommage et de sa gravité", Cass.civ., 29 juin 1999, JCP. G. 1999 II, 10138, Rapp. P. Sargos ; Dalloz 1999, p. 559.

⁴¹ " La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient.", Cass.civ., 1^{ère} 8 novembre 2000, 99-11. 735 ; Dalloz 2000, I.R p. 292.

⁴² Cass.civ. 1^{ère} 09 mai 2001 N° 99-16- 427 cité par Me Durrieu – Diebolt, " Le risque médical, ou l'aléa thérapeutique", <http://www.sos-net.eu.org>, p. 4.

⁴³ Gouesse, E, op.cit, p.59. Lachaud, Yves, op.cit, p. 5.

من ثم يرى البعض أن اعتماد القضاء الفرنسي لفكرة المسؤولية بدون خطأ في هذا المجال ليس بالحل السليم سواء بالنسبة للأطباء أو المرضى. فبالنسبة للطبيب، لا تؤثر المتابعة القضائية على حالته النفسية فحسب، بل أيضا على مستقبله المهني بشكل ملحوظ و هو ما يجعل الأطباء يتخوفون كثيرا من شبح المسؤولية الطبية.

في حين تعتبر المتابعة القضائية بالنسبة للمريض مكلفة ماليا من جهة و مصدر إزعاج و قلق مستمر بسبب طول الإجراءات و نسبية القرارات القضائية، من جهة أخرى. فقد تتشابه الوقائع بين قضايا مختلفة في هذا المجال في حين تختلف القرارات الصادرة بشأنها من الجهات القضائية.⁴⁴ و في ذلك احتمال خروج المريض فارغ اليدين من الخصومة القضائية.⁴⁵ و لقد نادى الكثير⁴⁶ أنذاك بضرورة تدخل المشرع الفرنسي لحسم النزاع بنصوص تشريعية في هذا المجال و هو ما تحقق فعلا في شهر مارس من سنة 2002.

المطلب الرابع: قانون 04 مارس 2002 و حقوق المرضى:

لقد جاء هذا القانون المنتظر منذ مدة في فرنسا بالجديد في ميادين مختلفة مرتبطة بمجال الطب. و لعل من بين الأسباب المباشرة التي عجلت بصدور هذا القانون مخلفات قرار "بيروش" (Arrêt Perruche)⁴⁷ التاريخي الذي أحدث انقلابا كبيرا في المفاهيم القانونية والأخلاقية السائدة في المجال الطبي، مما تطلب تدخل المشرع لتصحيح الوضع.⁴⁸

⁴⁴ Me Durrieu – Diebolt, ‘‘ Le risque médical, ou l’aléa thérapeutique’’, op.cit, p. 4 et suite.

⁴⁵ و قد عبر البعض عن خشيتهم من انتقال عدوى متابعة الأطباء إلى فرنسا على غرار ما يقع في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نسبة متابعة الأطباء مرتفعة جدا (52 % من الجراحين و 68 % من أطباء التوليد يتابعون مرة على الأقل في حياتهم المهنية) و هو ما جعل التأمين يصل الولايات المتحدة إلى مبالغ خيالية. و قد أدى ذلك إلى عزوف الكثير من طلبة الطب عن بعض الاختصاصات. و قيل أن بعض المستشفيات وصلت إلى حد رفض المرضى في مصلحة الاستعجال.

إلا أن ذلك يبقى مجرد احتمال في نظر البعض لأنه على خلاف الولايات المتحدة التي يختص فيها القضاء فقط بالتعويض عن الحوادث الطبية، فإن الضمان الاجتماعي في فرنسا يساهم بقدر معتبر في هذه التعويضات. راجع؛ ‘‘ Me Durrieu – Diebolt, ‘‘ Le risque médical, ou l’aléa thérapeutique’’, المرجع السابق ص. 5.

⁴⁶ Gouesse, E, op.cit, p.59. Lachaud, Y., op.cit, p. 5. Bonneau, J., ‘‘Paradoxe sur le droit médical’’, Gaz.Pal. 16-17 juin 1999, p. 11.

⁴⁷ و تتمثل وقائع هذه القضية في حصول الطفل Nicolas Perruche و والديه على تعويض بسبب ازدياد هذا الأخير و هو مصاب بمرض (Syndrome de Gregg) سببه داء الحميراء الذي كانت مصابة به الأم و هي حامل. و قد استندت السيدة Perruche في دعواها على خطأ الطبيب و مخبر التحاليل اللذين عجزا عن اكتشاف داء الحميراء (La rubéole) في الوقت المناسب لتمكينها من إجهاض الجنين. و الشيء الغريب في هذا الحكم هو قرار محكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفل من جهة و كذا الضرر الذي أصاب الوالدين من جهة أخرى. Cass.civ. 17 nov. 2000 Dalloz 2000. و هو ما يخالف اتجاه مجلس الدولة الفرنسي الذي رفض في قضية أخرى أن يكون " الميلاد أو الوفاة فرصة أو نكسة للاستفادة من آثارها القانونية"

"La naissance ou la suppression de la vie ne peut être considérée comme un chance ou une malchance dont on peut tirer des conséquences juridiques." cité par Me Durrieu – Diebolt, ‘‘L’arrêt Perruche et ses suites’’ <http://www.sos-net.eu.org> p. 2/4.

v. Cayla, O. et Thomas Y., ‘‘Du droit de ne pas naître ; A propos de l’affaire Perruche’’, Le Débat, éd. Gallimard, 2002.

⁴⁸ حيث نصت المادة الأولى من قانون 04 مارس 2002 " لا يمكن لأي أحد الاستفادة من الضرر الناتج عن ولادته." Art. 1/1 de loi du 04 mars 2002, ‘‘Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance’’

الفرع الأول: التعويض عن الحوادث الطبية طبقا لقانون 04 مارس 2002:

إذ وضع هذا القانون نظاما خاصا بالتعويض عن الحوادث الطبية التي شكلت محور نقاش المختصين من رجال القانون و أهل الطب لسنوات عديدة. فقد أصبح التعويض عن الحوادث الطبية بدون خطأ، كما أشرنا إليه أعلاه، مشكلة متفاقمة منذ أكثر من ثلاثين سنة. حيث لم تنجح الكثير من المشاريع القانونية المقترحة بخصوص هذا الموضوع طيلة المدة الممتدة بين 1973 و 1998.

ففي بداية الثمانينات تم استحداث منصب "مصلح طبي" (Conciliateur médical) بمرسوم صدر بتاريخ 15 مايو 1981 لغرض تسهيل التسوية الودية للنزاعات القائمة بين الأطراف المعنية. غير أن هذا المرسوم تم إبطاله من قبل مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 31 مايو 1989 بحجة أن القانون فقط، و ليس المرسوم، هو الذي يسمح "للمصلح" بأن يضطلع على الملفات الطبية المحمية بالسر المهني.⁴⁹

من ثم لم يكن من العدل أن يبقى ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض من جهة. و من جهة أخرى لم يكن من العدل أيضا أن يتحمل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث بدون خطأ. و هو ما يفسر تردد القضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة بين حماية الطبيب أو المريض. و قد تضمن القانون الجديد، إضافة إلى موضوع المسؤولية الطبية، إصلاحا شاملا لحقوق المريض.⁵⁰

ففي مجال التعويض عن الحوادث الطبية وضع القانون الجديد نظاما للتسوية الودية يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني.⁵¹ ففي حالة وقوع ضرر للمريض من جراء حادث طبي يتحصل هذا الأخير على التعويض المناسب في إطار التضامن الوطني.⁵² و بناء

و طبقا لنفس المادة (فقرة 3) يجوز فقط للوالدين طلب التعويض في حالة ثبوت خطأ الطبيب في عدم الكشف عن الأمراض التي يمكن أن تهدد صحة الجنين أثناء الحمل كما هو الحال في قضية Perruche. و قد تحصلت فعلا عائلة الطفل Nikolas على تعويض بمقتضى قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 29 مارس 2002 ، 97/20502، 97/19777 R.G 29/03/02 CA Paris, 1 ch, sect. B, 00/23504.

⁴⁹ Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt, "La loi de 04 Mars 2002", <http://www.sos-net.eu.org> p. 1 /36. و شمل ذلك الملفات الطبية (Dossier médical)، إعلام المريض (Information de patient)، رضـاء المريض (Consentement du patient)، رفض العلاج (Refus de soins)، السر الطبي (Le secret médical)، الحوادث الطبية (Aléas thérapeutiques)، الخبرة (Expertise)، و "الشخص الأمين" (La personne de confiance) Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt، المرجع السابق. ص 1.

⁵¹ Il s'agit de l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, v. Me Durrieu – Diebolt, "Le risque médical, ou l'aléa thérapeutique", op.cit. p. 6/8.

⁵² للحصول على التعويض يجب على المريض الاتصال أولا باللجنة الجهوية للمصلح التي يجب أن تتخذ قرارها في مدة لا تتجاوز 6 أشهر. في حالة قبول الملف من اللجنة الجهوية، يتكفل ديوان التعويضات عن الحوادث الطبية بالملف في مدة لا تتجاوز 4 أشهر. و في حالة القبول يجب الدفع خلال شهر واحد. راجع؛ Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt، المرجع السابق. ص 1.

على ذلك لم يعد بالإمكان للجهات القضائية مطالبة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية بحكم أن هذا المجال أصبح من اختصاص الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية. و هذا ما يعني من جهة أخرى عودة القضاء إلى نظام المسؤولية على أساس الخطأ. فعلى الراغب في الحصول على تعويض من الطبيب إثبات خطأ هذا الأخير بالاستناد إلى إهماله أو تقصيره في العلاج.

و لتمكين المضرور من الحصول على التعويض المناسب في مثل هذه الحالات، و كذا حماية ممارسي المهن الطبية ألزم قانون 2002/03/04 الأطباء و جميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية و الإدارية.⁵³ مع العلم أن القانون المشار إليه رصد عقوبة الغرامة بمبلغ 45000 أورو و المنع من الممارسة في حالة عدم الالتزام بالتأمين.⁵⁴ و لقد دخلت هذه القاعدة مجال التطبيق بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2002 و المتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية،⁵⁵ الذي حدد الفاتح من جانفي 2004 كتاريخ لبدأ للمتابعات القضائية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين.⁵⁶ و على هذا الأساس يستفيد المريض حالياً في فرنسا من نظام مزدوج للتعويض عن الأخطاء الطبية؛

- التعويض عن طريق المسؤولية المدنية بالنسبة للأضرار الطبية التي يمكن إسنادها إلى خطأ الطبيب.
- التعويض عن الحوادث الطبية من الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية في إطار التضامن الوطني.

⁵³ "Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements et services de santé et toute personne morale (autre que l'Etat) exerçant des activités de prévention, diagnostic ou soins, ainsi que les producteurs et fournisseurs de produits de santé **sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative** susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'une atteinte à la personne, survenant dans le cadre d'une activité de prévention, diagnostic ou soins". L'art. 1142-2 du C.S.P. Fr. (loi n°303-2002 du 04/03/2002) précité.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Loi n°2002-1577 datée du 30 décembre 2002, relative à l'assurance responsabilité civile médicale publiée au JO⁺ Fr. du 31 décembre 2002.

⁵⁶ "Après l'article 98 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, il est inséré un article 98-1 ainsi rédigé :
« Art. 98-1. - Les dispositions des articles L. 1142-25 et L. 1142-26 du code de la santé publique **entrent en vigueur à une date prévue par le décret mentionné à l'article L. 252-1 du code des assurances et au plus tard le 1er janvier 2004.** ” Art. 2 Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002

أما بشأن رضا المريض، فقد نص القانون الجديد على إجراء جديد يتمثل في إمكانية تعيين المريض "لشخص أمين" (Une personne de confiance) يتولى مهمة الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به في حالة عجزه على الموافقة عليها بنفسه.⁵⁷ و يمكن أن يكون هذا الشخص الطبيب المعالج نفسه أو أي شخص آخر. و يتعين على الطبيب إعلامه بكل المعلومات الضرورية لتمكينه من اتخاذ القرار المناسب بشأن صحة المريض. و يعتبر هذا الإجراء وسيلة جديدة لضمان استشارة المريض على الأعمال الطبية و لو بطريقة غير مباشرة.⁵⁸ و بناء على ذلك لا يجوز للطبيب مباشرة الأعمال الطبية على المريض، في حالة عجزه عن إبداء رأيه، بدون استشارة الشخص الأمين الذي عينه المريض خصيصا لهذا الغرض، باستثناء التدخل الذي تستدعيه حالة الاستعجال و الذي لا يقبل التأخير.⁵⁹

الفرع الثاني: عبء إثبات الرضا وفقا للقانون الجديد (قانون 04 مارس 2002):

لم يغير القانون المشار إليه أعلاه كثيرا في نطاق الإعلام⁶⁰ مما يبقي القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي و المرتبطة بهذا المجال سارية المفعول.⁶¹ في حين أوجب القانون الجديد أن يكون الإعلام شفويا.⁶² مما يلزم الطبيب بالتحدث إلى المريض و عدم الاكتفاء بالإعلام المكتوب الذي قد لا يستوعبه المريض. غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من اللجوء إلى الكتابة لإثبات موافقة المريض على العلاج.

أما بخصوص عبء الإثبات، فلم يحدث بشأنه أي تغيير في القانون الجديد مما يعني بقاؤه على عاتق الطبيب أو المؤسسة الاستشفائية وفقا للقرار التاريخي لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فبراير 1997⁶³ و باستعمال كل طرق الإثبات طبقا لقرار 14 أكتوبر من نفس السنة.⁶⁴

⁵⁷ "Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors g'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement...." Art. 1111/6, loi du 04 mars 2002. op.cit.

⁵⁸ Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt, "La loi de 04 Mars 2002" op.cit. p 34/36

⁵⁹ "Lorsque la personne est hors g'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisé, sauf urgence ou impossibilité, **sans que la personne de confiance** prévue à l'article 1111/6, ou **la famille**, ou à défaut, **un de ses proche ait été consulté**. 1111/7 loi du 04 mars 2002., op.cit.

⁶⁰ راجع نطاق الإعلام طبقا للقانون الفرنسي الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 في ص. 89 من الرسالة.

⁶¹ Cass. 1^{er} civ., 14 octobre 1997, Gaz. Pal 1997.2.

⁶² Art. 1111/2 du code Français de la Santé Public (loi du 04 mars 2002).

⁶³ Cass.civ. 25 février 1997, op.cit.

المبحث الثاني: عبء إثبات الرضا في القانون الجزائري:

مبدئياً ليس لدينا في القانون الجزائري سوابق قضائية حول هذا الموضوع، غير أن اعتراف النظام القانوني الجزائري ككل بأهمية الموافقة المتبصرة للمريض، بدليل تأكيده على ذلك في مدونة أخلاقيات الطب،⁶⁵ يفرض على القاضي الجزائري، في حالة النزاع، التأكد من مدى حصول الطبيب على رضا المريض بغض النظر عن الأساس الذي اعتمد في متابعته.

و في الواقع هناك الكثير من الدلائل على أن ممارسة الطب في الجزائر تتم بصفة عامة باحترام رضا المريض. فالنصوص القانونية صريحة في هذا المجال، خاصة فيما يتعلق بالتدخلات الطبية المصيرية، كالعلاجات الجراحية الخطيرة أين يتطلب القانون أن تكون الموافقة صريحة و كتابية.⁶⁶

المطلب الأول: عبء الإثبات طبقاً للمادة 323 من القانون المدني:

تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري؛ "على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه".

ففي العلاقة الطبية يعتبر المريض هو الدائن بالإعلام، في حين يكون الطبيب هم المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام. و المريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام لأن مصدر ذلك الالتزام هو القانون، و من ثم يكفي إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الإعلام.

و تطبيقاً للشطر الثاني من المادة 323 من القانون المدني الجزائري، يلتزم الطبيب بإثبات تخلصه من واجب الإعلام تجاه المريض، و هو ما يتفق مع التفسير الحديث لمحكمة النقض الفرنسية المشار إليه أعلاه.

المطلب الثاني: طرق إثبات رضا المريض في القانون الجزائري:

⁶⁴ Cass. 1^{er} civ., 14 octobre 1997, Gaz. Pal 1997.2.

⁶⁵ راجع المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، سبقت الإشارة إليه.
⁶⁶ راجع حكم المادة 2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بشأن الموافقة على نزع و زرع الأعضاء.

أما بشأن طرق الإثبات، فلا شك أن القاضي الجزائري سيطلب الطبيب بالدليل الكتابي في الحالات التي نص فيها المشرع الجزائري صراحة على وجوب تقديمه كتابيا كما هو الحال في عمليات نقل و زرع الأعضاء.⁶⁷

أما في غير ذلك من الحالات، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، مما يسمح للطبيب الجزائري، على غرار زميله الفرنسي، باللجوء إلى كافة طرق الإثبات (الكتابة، الإقرار، القرائن و غيرها) لإثبات حصوله على رضا المريض.

المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في القانون المقارن:

سبقت الإشارة إلى أن موافقة المريض على العلاج ترتبط بحق من الحقوق الجوهرية للإنسان هو الحق في سلامة الجسد المتفرع عن الحق في الذاتية و حق الشخص في تقرير مصيره.

و حتى تكون موافقة المريض مقبولة من الناحية القانونية يلتزم الطبيب قانونا بتوفير قدر من المعلومات الأساسية لتمكين المريض من إصدار رضا مستنير أو متبصر أو ما يسمى بالفرنسية؛ (Un consentement éclairé ou informé). و يشمل تبصير المريض عادة إعلامه بطبيعة المرض الذي يشكو منه و طرق العلاج الممكنة لحالته، و كذا المخاطر المعروفة للعلاج المقترح دون نسيان البدائل الأخرى بما فيها عدم العلاج و آثار ذلك على صحة المريض. و يعتبر الالتزام بإعلام المريض التزاما قانونيا⁶⁸ يعرض الطبيب في حالة الإخلال به إلى المسائلة القضائية على النحو الذي سوف نبينه أدناه.

غير أنه بسبب قلة، إن لم نقل انعدام، الأحكام القضائية في الجزائر بشأن المنازعات المرتبطة بإخلال الطبيب بحق المريض في الرضا المتبصر، سوف نتعرض لموقف الشريعة الإسلامية من ذلك، ثم نركز على القانون المقارن، خاصة منه، القانون و القضاء الفرنسيين بشأن هذه المسألة لمعرفة الحل الذي من شأن القاضي الجزائري أن يأخذ به بسبب تقارب النظامين الجزائري و الفرنسي.

المطلب الأول: أحكام مسؤولية الطبيب في الشريعة:

الأصل أنه لا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا تخلف شرط من شروط الإباحة في عمله و نجم عن ذلك ضررا للمريض. و يسمى الضرر في الفقه الإسلامي **بالسريرة**. أي ما ينتج عن العمل

⁶⁷ راجع ص. 387 و ما يليها من الرسالة.
⁶⁸ راجع المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترفيتها، و المادة 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، مراجع سابقة.

من ضرر.⁶⁹ و يضمن المعالج الضرر المترتب على فعله إذا كان جاهلاً أو كان تدخله بدون رضا المريض أو أخطأ في العلاج.⁷⁰ و رغم ذلك نجد أن الفقه الإسلامي قد حصن مهنة الطب و خص الطبيب برعاية خاصة.

و من مظاهر هذه الرعاية وضعه لقيود تحد من قيام مسؤولية الطبيب و هذا ما يظهر من خلال تحديد طبيعة عمل الطبيب و طبيعة الخطأ الموجب لضمان السراية من جهة و تبيان علاقة السببية بين خطأ الطبيب و السرية من جهة أخرى.

الفرع الأول : طبيعة خطأ الطبيب الموجب لضمان السراية:

يتفق جانب من الفقه الإسلامي على أن خطأ الطبيب الموجب لقيام مسؤوليته هو الخطأ الفاحش.⁷¹ و الخطأ الفاحش عندهم هو الخطأ الذي لا يقع فيه طبيب آخر في نفس الظروف.⁷² فإذا تدخل الطبيب بما هو غير متعارف عليه لدى أصحاب المهنة، فهو ضامن لهذه التجاوزات. أما إذا تصرف الطبيب وفقاً لما يفعله طبيب وسط من نفس مستواه و في نفس الظروف، فلا ضمان عليه و إن ارتكب خطأ يسيراً. و يرى بعضهم أن خطأ الطبيب ينتفي كلية إذا كان في تدخله نفع للمريض و أدى عمله بحسن نية.⁷³

لقد اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بضمان السراية المترتبة على عمل الطبيب الغير مستوفي لشروط إباحتها و بصفة خاصة عن عدم احترام شرط إذن المريض في العمليات الجراحية. فذهب البعض إلى اعتبار الضمان في هذه الحالة هو القصاص.⁷⁴ في حين يرى البعض الآخر أنه يتجسد في الدية⁷⁵ وهذا بطبيعة الحال إذا لم يقصد الطبيب الإضرار بالمريض. أما إذا قصد ذلك فلا خلاف بين الفقهاء في استحقاقه للقصاص.⁷⁶

غير أن هناك اتجاه فقهي يرى أنصاره أن خطأ الطبيب في العلاج يدخل بصفة عامة ضمن خانة "جناية الخطأ" التي يقتصر فيها الضمان على الدية.⁷⁷ إذ يرى هذا الاتجاه أن الطبيب و إن

⁶⁹ علي الخفيف، "الضمان" المرجع السابق، ص 47، 54، 160.

⁷⁰ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص 52.

⁷¹ الطهطاوي، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 176.

⁷² عبد السلام التونسي، "الخطأ الطبي"، المرجع السابق، ص 10.

⁷³ عبد السلام التونسي، "الخطأ الطبي"، المرجع السابق، ص 11.

⁷⁴ فذهب البعض إلى اعتبار الضمان في هذه الحالة هو القصاص؛ أحمد إبراهيم، مجلة الأزهر، مجلد 20 ص 48.

⁷⁵ ابن رشد، "بداية المجتهد"، الجزء الثاني، 1329هـ، ص 194.

⁷⁶ محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 415.

⁷⁷ محمد علي النجار، المرجع السابق، ص 51.

أخطأ في عمله إلا أنه لا يقصد عادة الإضرار بمريضه. و نسبة إلى رواية عن مالك ذهب آخرون إلى نفي مسئولية الطبيب المخطأ كلية لأنه ناجم عن فعل مباح.⁷⁸

الفرع الثاني: علاقة السببية بين خطأ الطبيب و السراية (الضرر):

حرصا من فقهاء الشرع الإسلامي على عدم تشديد المسئولية على الأطباء لما قد يسببه ذلك من عزوف الأفراد عن ممارسة هذه المهنة، ذهب بعضهم إلى أن الطبيب الحاذق المباشر لعمله وفقا لأصول المهنة و ضمن الشروط التي وضعها الشرع لا يضمن السراية إذا اقتصر عمله على التسبب فيها دون أن يباشرها. و مثال التسبب في السراية اقتصر عمل الطبيب على وصف الدواء للمريض. أما مباشرة الطبيب للسراية أو الضرر بنفسه، فمثاله الضرر الناجم عن التدخل الجراحي. ففي هذا المثال و وفقا لهذا الاتجاه، لا يكون الطبيب مسئولا عن الضرر الناجم عن الجراحة إلا إذا تعمد الإضرار بالمريض. و معنى ذلك أن الطبيب لا يسأل عن الضرر الناجم عن الخطأ غير العمد وفي ذلك تخفيف كبير من المسئولية عن العمل الطبي أو الجراحي.

غير أن ما يذهب إليه الفقه الإسلامي فعلا فهو انعقاد مسئولية الجراح عن السراية في حالة المباشرة و لو لم يتعد حقه. و المقصود بالتعدي هو تجاوز حدود الحق المسموح به شرعا أو عادة.⁷⁹ و بناء على ذلك فالطبيب الحاذق الذي يعطي للمهنة حقها و لا يتعدى الحدود المرسومة له، يبقى مسئولا عن السراية (الضرر) إذا أخطأت يده لأن ما قام به يدخل ضمن "جناية الخطأ".⁸⁰

من جهة أخرى، و دائما في إطار التخفيف من مسئولية الطبيب، ذهب جانب من الفقه⁸¹ إلى أن الطبيب المباشر للسراية (الضرر الناجم عن عملية جراحية) لا يضمن إلا ثلث الدية. بينما لا يسأل شخصا عن الضرر الذي يتسبب فيه عن طريق وصف الدواء فقط كما سبقت إليه الإشارة آنفا. على أن التخفيف في مسئولية الطبيب لا يؤدي إلى إهدار حق المريض في الضمان، و إنما يؤدي إلى نقل الضمان عن الضرر كله أو بعضه إلى جهات أخرى كما سوف يوضح في النقطة الموالية.

الفرع الثالث: المسئول عن ضمان سراية الطبيب أو الجراح:

⁷⁸ أحمد فتحي بهنسي، "المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي"، 1961، ص 150. و في رواية ثانية عن مالك، يضمن الطبيب سرايته لأن فعله يدخل ضمن "جناية الخطأ"؛ ابن رشد، "بداية المجتهد"، ص 346.

⁷⁹ وهبة الزحيلي، "نظرية الضمان"، دمشق 1970، ص 199.

⁸⁰ مخلوف محمد حسنين، "فتاوى شرعية و بحوث إسلامية"، ج 1، القاهرة 1965، ص 109.

⁸¹ ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، ص 111.

يتفق الفقه الإسلامي على أن الدية هي الجزاء الذي يترتب على الخطأ الطبي أو الجراحي. لذلك وضع بعض الفقه نظاماً لتوزيع هذا العبء بغية تحرير الطبيب من شبح المسؤولية. فقيل أن الطبيب المباشر للضرر لا يتحمل في ماله سوى ثلث الدية، أما ما تعدى ذلك فإنه يقع على عاتق عاقلته⁸²، فإن لم توجد فعلى بيت المال.⁸³ مما يوحي أن الدولة مسئولة عن خطأ الطبيب إما بحكم أنها هي التي عينته و بالتالي فهو تابع لها، و إما لأنها هي التي سمحت له بمزاولة مهنة الطب.⁸⁴

لذلك يمكن القول أن الأخذ بهذا الاتجاه و ما فيه من تخفيف على الطبيب إنما أملت طبيعة العمل الطبي الاحتمالية من جهة، و حاجة الناس إلى هذه المهنة من جهة أخرى، بحيث تتحمل الدولة من خلال بيت المال الدية كلية إذا كان فعل الطبيب من قبيل التسبب أو ما زاد عن الثلث إذا كان عمله من قبيل المباشرة.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في الأنظمة الأنجلوساكسونية:

من المتفق عليه فقها و قضاءً في مختلف الأنظمة أن تدخل الطبيب بدون موافقة المريض أو بدون إعلامه، يشكل خطأ في ذاته و يحرك مسؤولية الطبيب حتى و إن لم يرتكب هذا الأخير أي خطأ بمعناه الفني.⁸⁵ فالحق في السلامة الجسمية يستوجب الحصول على موافقة المريض بشأن أي تدخل طبي مهما كانت تفاهته، باستثناء حالة الضرورة التي تجيز تدخل الطبيب بدون موافقة المريض لغرض إنقاذ صحته أو حياته من خطر جسيم، على النحو الذي تم بيانه سابقاً. و رغم اتفاق مختلف الأنظمة الغربية على هذا المبدأ إلا أن معالجتها للمسئولية الناجمة عن الإخلال بواجب الإعلام قد اختلفت من نظام إلى آخر و هو ما سنحاول توضيحه في الفقرات الموالية.

الفرع الأول: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الأمريكي:

تعتمد المسؤولية المدنية في الأنظمة الأنجلوساكسونية، خاصة منها في الولايات المتحدة الأمريكية على السوابق القضائية (case law)، و من ثم يظهر التباين، أحياناً، بين أحكام المحاكم،

⁸² على الخفيف، الجزء الثاني، ص 177.

⁸³ ابن رشد، "بداية المجتهد"، ص 194 - مخلوف محمد حسنين، المرجع السابق ص 110. محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص 211.

⁸⁴ التونجي، المرجع السابق ص 7 و 8.

⁸⁵ مع الإشارة إلى أن هناك من يشكك في أهمية شرط الرضا في مجال العلاج، على أساس أنه لا يمكن تصور ثمة علاقة بين انتفاء رضا المريض و الضرر الحادث، باعتبار أن الضرر لا ينجم إلا عن الخطأ الفني. لمزيد من المعلومات راجع؛ د. مصطفى عبد الحميد عدوي، "حق المريض في قبول أو رفض العلاج: دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي"، مكان الطبع غير معروف، 1992، ص. 50 و ما بعدها.

إضافة إلى الاختلاف الظاهر بين الفقهاء بشأن تحديد مفهوم جامع مانع لنظم هذه المسؤولية.⁸⁶ و يفرق القضاء الأمريكي عادة بين المفاهيم التالية؛

- الخطأ العقدي و هو مخالفة أحد المتعاقدين لالتزام ناشئ من العقد. و تقابله المسؤولية العقدية في الأنظمة اللاتينية.
- الخطأ المدني و يخضع لقانون الخطأ (law of torts) و مجاله الأضرار الناتجة عن المساس بحقوق الفرد(التعدي المباشر على حق الغير أو الضرر الحاصل للغير بسبب التقصير)، و هو ما يقابله في الأنظمة اللاتينية الخطأ الموجب للتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.
- الجريمة، و يقصد بها خرق حقوق المجتمع، و يمكن لكل من أصابه ضرر منها مطالبة الفاعل بالتعويض.⁸⁷

و تستند المحاكم الأمريكية في تقرير مسؤولية الطبيب عن الإخلال بواجب التبصير إلى إحدى النظريتين:

- نظرية الإكراه أو العنف البدني (Assault and Battery)⁸⁸
- نظرية الإهمال (Negligence)

أولاً: نظرية الإكراه البدني (Assault and Battery):

لقد اعتمد القضاء الأمريكي نظرية الإكراه البدني و بشكل ملحوظ في القضايا الأولى التي عرضت عليه بشأن إخلال الطبيب بواجب الحصول على رضا المريض. حيث اعتبر القضاء آنذاك أن تدخل الطبيب بدون الموافقة الصريحة للمريض يشكل عملاً من أعمال العنف البدني. و الحق المعني بالحماية القانونية في هذه الجريمة هو الحق في سلامة الجسم. من ثم تتعدّد مسؤولية الطبيب بمجرد المساس بجسم المريض بغير موافقته.⁸⁹

⁸⁶ د. مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 51.

⁸⁷ Burt A. Leete, Business Law, Third Edition, 1989, p. 11.

⁸⁸ يجب التنبيه إلى أن مصطلح "الإكراه البدني" له مفهوم مغاير في الأنظمة اللاتينية و الأنظمة التي سارت على نهجها. فالإكراه البدني في التشريع الجزائري، على سبيل المثال، يقصد به طلب حبس المدين لمدة معينة لإلزامه بتنفيذ التزاماته المالية عندما يمتنع عن التنفيذ الاختياري، و يستنفذ طالب التنفيذ جميع طرق التنفيذ الأخرى. راجع المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و المادة 600 و ما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. بينما يعبر به في النظام الأمريكي على الاعتداء الجسماني على الغير. و يفرق القضاء الأمريكي بين الاعتداء البسيط (simple assault) و هو مجرد التهديد، كمحاولة الضرب فحسب. و الاعتداء بالضرب و هو قهر الغير بالضرب و هو المقصود بالمصطلح الإنجليزي (Assault and Battery). لمزيد من المعلومات راجع؛ Blaks Law Dictionnery, 1991 edition, p. 104

⁸⁹ " Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body, and a surgeon who performs an operation without his patient's consent **commits an assault for which he is liable for damages**", , *Scholoendorff v. Society. of New yok Hospital*, 105 N.E 92, 1914 p 93. v. e.g Pugsley v. Priette, 220 Va. 892, 263 S/E 2nd 69 (1980).

و من الأحكام الأمريكية الهامة في هذا المجال حكم محكمة استئناف كاليفورنيا الصادر سنة 1932 بشأن قضية Inderbitzen v. Lane Hospital، و التي تتلخص وقائعها في قيام طالب بكلية الطب بالكشف عن إحدى السيدات التي رفضت الإجراء بشدة و طلبت أن يكون الكشف من قبل طبيب أخصائي. إذ عاد الطالب من جديد بصحبة الطبيب الأخصائي الذي قام بفحصها فحصا داخليا ثم عرضها على الطلبة المتربصين رغم اعتراضها الصريح على ذلك. فقد جاء في حيثيات الحكم الذي أدان الطبيب، أن هذا الأخير قد تجاهل القواعد الطبية المعمول بها عندما استمر في الكشف عن السيدة رغم اعتراضها على ذلك، وأن الكشف بغير رضاء المريض يشكل في ذاته إكراهها ماديا يستوجب المسؤولية حتى و لو لم يقم المريض بإثبات الضرر الذي لحق به.⁹⁰

و قد استمرت المحاكم الأمريكية في الاستناد على هذه النظرية في الكثير من الأحكام المتعلقة بانتفاء الرضا بصفة عامة أو حالات إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام، و ذلك إلى غاية 1960⁹¹ حيث اتجهت المحاكم إلى تأسيس مسؤولية الطبيب في حالة الإخلال بهذا الالتزام على أساس نظرية الإهمال باعتبار أنها أكثر ملائمة من النظرية الأولى.⁹²

ثانيا: نظرية الإهمال (Negligence):

و هي السائد الآن في النظام الأمريكي إذ تؤسس مسؤولية الطبيب، وفقا لهذه النظرية، على مجرد الإهمال المنسوب للطبيب في عدم الحصول على الرضا المتبصر للمريض. و يحدد معيار الإهمال تبعا لما هو مطلوب من الطبيب العادي في نفس الظروف و هو ما يعرف بالمعيار المهني. و بناء على ذلك يتحدد مركز الطبيب محل المتابعة بسلوك الطبيب العادي من حيث مضمون و نطاق الإعلام في نفس الظروف.

مع العلم أنه في حالة متابعة الطبيب على أساس الإهمال، لا ينفي المريض وجود الرضا و إنما ينفي تزويده بالمعلومات الأساسية التي كان بإمكانها مساعدته على اتخاذ قرار متبصر بشأن قبول أو رفض التدخل الطبي. و لا يمكنه تحقيق ذلك إلا إذا أثبت المريض علاقة سببية بين

⁹⁰ Inderbitzen v. Lane Hospital 124 Cal. App. 262, 12 P. 2 nd 744 (1932).

⁹¹ غير أن ذلك لم يمنع الكثير من المحاكم الأمريكية من مواصلة تأسيس مسؤولية الطبيب المخل بواجب الإعلام على أساس نظرية الإكراه البدني، راجع في هذا الصدد القرارات التالية؛

- Gray v. Grunnagle 423 Pa. 144, 223 A 2nd 663 (1966)

- Berkley v. Anderson 1 Cal. App. 3rd 790, 82 Cal/ Rptr. 67 (1966)

- Cooper v. Roberts 229 Pa. Supp. 260, 286 A. 2nd 647 (1977).

⁹² و قد كان للفقهاء الدور البارز في توجيه المحاكم الأمريكية إلى اعتماد نظرية الإهمال خاصة منهم الفقيه McCoid، راجع في هذا الصدد؛

McCoid, A 'A reappraisal of Liability for unauthorized Medical Treatment', 41 Minnesota Law Review 381 (1957).

إخلال الطبيب بواجبه في الإعلام و الضرر الناتج عن العلاج. أي عليه أن يثبت أنه لو كان يعلم بالمخاطر المرتبطة بالعلاج المقترح أول الأمر لما كان وافق عليه.⁹³ و هو ما يشبه إلى حد بعيد متابعة الطبيب في الأنظمة اللاتينية التي تؤسس على المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الإنجليزي:

استقر الوضع في إنجلترا على أن موافقة المريض على التدخل الطبي تعفي الطبيب من المتابعة على أساس نظرية الإكراه البدني (Battery)، في حين يسأل عن إخلاله بواجب الإعلام تجاه المريض وفقا لنظرية الإهمال (Negligence).⁹⁴ و عليه فإن إخلال الطبيب بواجب الإعلام في إنجلترا يعرضه للمتابعة على أساس المسؤولية التقصيرية، مما يتعين معه وجوب إثبات المريض لخطئ الطبيب بعدم إعلامه من جهة، و كذا إثبات الضرر الناشئ عن ذلك و علاقة السببية بينهما. أما بشأن معيار العناية اللازمة و معيار الإعلام في النظام الإنجليزي فقد استقر القضاء هناك أيضا على اعتماد المعيار المهني، و هو معيار سلوك الطبيب العادي من نفس الاختصاص و في نفس الظروف التي يكون فيها الطبيب محل المتابعة.

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الفرنسي:

من المستقر عليه في القانون الفرنسي أن رضا المجني عليه لا يبيح المساس بالكيان الجسدي للشخص و لا يعفي الطبيب من المتابعة القضائية إلا إذا كان تدخله على جسم المريض لغرض علاجي. و يتبع ذلك أن الإخلال برضا المريض لا يؤدي دائما إلى متابعة الطبيب جنائيا.⁹⁵ من جهة أخرى، يتجه القضاء الفرنسي إلى عدم اعتبار الإخلال بالرضا في الممارسة العادية للطب خطأ جنائيا، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 1969 التي قررت فيه أن "التدخل الطبي الغير مطابق لأصول المهنة هو الذي من شأنه فقط أن يؤدي إلى المتابعات الجزائية".⁹⁶

⁹³ Mamoun, A, op.cit p 102., Aplbaum, P.S Lidz, C.W., and Meisel, A.op. cit., p 121., Plante, M.L. "An Analysis of informed consent", 36 Fordham Law Review, 1968 p 639, Waltz, J.R and Sheuneman, T. W. "Informed consent to therapy" 64 Northwestern University Law Review, 1969 p 646-648.

⁹⁴ Chatterton v. Gerson, [1981] 1 All E.R. 257.

⁹⁵ حيث اعتبرت إحدى المحاكم الفرنسية أنه لمتابعة الطبيب جنائيا على الإخلال بالرضا يجب أن يكون قد خالف الأنظمة المعمول بها (règlement) مثل تقنين أخلاقيات الطب التي توجب عليه الحصول على رضا المريض. ففي هذه الحالة يمكن تأسيس جريمة الضرب و الجرح الغير عمدي على إخلال الطبيب بقاعدة قانونية. راجع؛ قرار غرف الاتهام لمحكمة (Rouen) بتاريخ 1949/02/26 سبقت الإشارة إليها. غير أن القضاء الفرنسي لم يتبع هذا النهج في قرارات لاحقة. راجع Berret المرجع السابق، ص. 14.

⁹⁶ "Le défaut de consentement n'est pas une faute pénale constitutive du délit d'homicide ou de coups et blessures involontaires, (dans le cadre de l'exercice habituel de la médecine) seule l'exécution défectueuse de l'acte est susceptible d'être ainsi poursuivie" Cass.civ.17 novembre 1969, cité par Berret, op.cit, p. 14.

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة عمليات نزع الأعضاء و الأنسجة و التجارب الطبية، التي يؤدي تنفيذها بدون الحصول على موافقة الشخص حسب الطرق المحددة قانونا مباشرة إلى المتابعة الجزائية.⁹⁷

و بناء على ما تقدم فإن الإخلال برضا المريض يشكل خطأ مدنيا أساسه إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية و القانونية.⁹⁸ و تتم متابعة الطبيب بهذا الشأن في نطاق المسؤولية المدنية، وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية مبدئيا و وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية استثنائيا.

الفرع الأول: قواعد المسؤولية المدنية:

تستند المسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي، منذ قرار *Mercier*⁹⁹ الشهير، إلى المادة 1147 من التقنين المدني الفرنسي التي تلزم المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام، إلا إذا أثبت المدين أن عدم التنفيذ مرده سبب أجنبي بالإضافة إلى انتفاء سوء النية لديه.¹⁰⁰ أما مجال تطبيقها فهو الإخلال بالالتزامات التي يكون مصدرها العقد الطبي.

في حين تستند المسؤولية التقصيرية إلى المواد 1382، 1383 و 1384 من التقنين المدني الفرنسي التي تتضمن أحكام المسؤولية عن أعمال الفرد و أعمال من هم تحت مسؤوليته و كذا مسؤوليته عن الأشياء التي هي تحت حراسته.¹⁰¹ أما مجال تطبيق المسؤولية التقصيرية فيشمل؛

- الأعمال الطبية التي تتم بدون اتفاق مسبق بين الطبيب و المريض أي بدون عقد طبي كالإسعاف المقدم إلى شخص مغمى عليه على إثر حادث،
- العلاج المقدم إلى قاصر أو إلى من في حكمه بدون موافقة مثله القانوني.
- الأخطاء المتولدة عن التدخلات الطبية التي ينفذها الطبيب الممارس في القطاع العام.¹⁰²

⁹⁷ راجع الفصل الثاني و الثالث من الباب الثاني من هذه الرسالة.

⁹⁸ Berret, op.cit. p. 14.

⁹⁹ حيث قرر النقض الفرنسي أن العلاقة بين المريض و الطبيب علاقة تعاقدية، راجع Cass. civ. 20mai 1936, D 1936.1 كذلك التكييف القانوني للعلاقة بين الطبيب و المريض في ص. 32 من الرسالة.

¹⁰⁰ Art. 1147. du code civil Français ; “ Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit en raison de l’inexécution de l’obligation, soit en raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part.”

¹⁰¹ Art. 1382 CCF, “**Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer**”

Art. 1383 CCF, “**Chacun est responsable du dommage qu’il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence .**”

Art. 1384 CCF, “**On est responsable non seulement du dommage que l’on, cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde...les maîtres et les commettants du dommage causé par leur domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés..**”

- دعاوى المطالبة بالتعويض المقدمة من قبل ورثة الضحية بسبب انتفاء أي نوع من التعاقد بين هؤلاء و الطبيب الذي كان يعالج مورثه(victimes par ricoche).¹⁰³

و يضاف إلى ذلك الحالات التي يحدث فيها الضرر بغير العمل الطبي، كسقوط المريض من طاولة العمليات أو الفراش حيث تكون المسؤولية تقصيرية أحيانا¹⁰⁴ و تعاقدية أحيانا أخرى.¹⁰⁵ حيث يصعب على القضاء في هذا النوع من الحوادث التفرقة بين الضرر الذي يكون مصدره العمل الطبي و الضرر الذي يكون مصدره سبب أجنبي.¹⁰⁶

غير أن التمييز بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة التقصيرية يبقى بدون أثر في القانون الطبي لأن المسؤولية المدنية تؤسس في كلتا الحالتين على خطأ الطبيب. إذ وحد المشرع الفرنسي مؤخرا مدة التقادم المقررة لسقوط دعاوى المطالبة بالتعويض سواء في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية و جعلها 10 سنوات،¹⁰⁷ تبدأ من تاريخ اكتشاف الضرر.¹⁰⁸

غير أنه لما كان الالتزام بالإعلام بمصدره القانون و العقد في القانون الفرنسي¹⁰⁹ فإن الإخلال بهذا الواجب في حالات ثبوت العقد بين الطبيب و المريض يلزم هذا الأخير بتأسيس دعواه وفقا لأحكام المسؤولية التعاقدية.¹¹⁰ أما في غياب التعاقد يحق للمريض أو ممثله انتهاج سبيل المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا في القانون الفرنسي:

¹⁰² Jourdain, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin" éd. Juris-classeur, hors-série, Juill-Août 1999, p. 4 et suite.

¹⁰³ Cass. civ. 1^{ière} 1^{er} Avril 1968 ; JCP G 1968, II, 15547, note Rabut. ,
Cass. civ. 1^{ière} 28 Avril 1981 Gaz.Pal. 1981, I, p. 367.

¹⁰⁴ Cour App. Paris 22 Déc. 1953 Dalloz 1954 jurtspr. p. 175.
Cour App. Paris 11 Fév. 1987, Périer c/ Pasteur inédit.

¹⁰⁵ Cass. civ. 30 oct. 1962 Dalloz 1963 jurtspr. 57 note Esmein, P. , Gaz. Pal. 1963, I, p. 95 note Trunc.

¹⁰⁶ Jourdain, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin", op. cit., p. 5.

¹⁰⁷ حيث وحد قانون 04 مارس 2002 الفرنسي مدة التقادم بالنسبة لكل الدعاوى المتعلقة بالتعويض ب 10 سنوات سواء تعلق الأمر بالقضاء المدني أو الإداري . و هذا على خلاف ما كان عليه الأمر سابقا، حيث كانت مدة التقادم بالنسبة للقضاء الإداري 04 سنوات و 30 سنة بالنسبة للقضاء المدني في حالة تأسيس الدعوى على المسؤولية التعاقدية. راجع؛

Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt , " Loi du 04 Mars 2002" précité, p. 21/36.

و تنص المادة 2270 مكرر واحد من القانون المدني الفرنسي على ما يلي؛ " تتقادم دعاوى المسؤولية خارج النطاق العقدي بمضي 10 سنوات تحسب من وقت ظهور الضرر و تفاقمه"، تقابلها المادة 133 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها؛ " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل الضار."

¹⁰⁸ Art. L 1142-28 du code de la santé publique, loi du 04 mars 2002., précité.

¹⁰⁹ راجع الأساس القانوني للالتزام بالطبيب بالإعلام في ص. 72 و ما بعدها من الرسالة.

¹¹⁰ Le Gueut-Develay "La responsabilité civile, pénale, administrative et disciplinaire du médecin",
www.droitmedical.org, p.5/9.

طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض إلا بنبوت الخطأ من جانب الطبيب و ثبوت الضرر بالنسبة للمريض و أمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب. و هو ما يجب توافره أيضاً بالنسبة لقيام مسؤولية الطبيب عند إخلاله بواجب الإعلام. من ثم لا يسأل الطبيب عن الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا توافرت الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية و هي؛

- أولاً - خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب الإعلام.
 - ثانياً - الضرر المادي أو المعنوي الناتج عن هذا الإخلال.
 - ثالثاً - علاقة السببية بين إخلال الطبيب بالإعلام و الضرر الناتج.
- و تثير هذه الأركان الثلاث مشاكل عملية جمة من حيث الإثبات، خاصة منها علاقة السببية. إذ من الصعب إثبات العلاقة بين الضرر الحاصل، بمفهومه التقليدي، و إخلال الطبيب بواجب الإعلام.

أولاً: خطأ الطبيب (الإخلال بواجب الإعلام):

يلتزم الطبيب بإفادة المريض بقدر من المعلومات الضرورية لتمكينه من اتخاذ قرار مستنير بشأن مستقبل صحته. و تتعلق هذه المعلومات بحالة المريض الصحية، العلاج المقترح لها، مخاطره، البدائل العلاجية بما فيها أخطار البقاء بدون علاج. و يجب أن تكون المعلومات، طبقاً لقرارات النقض الفرنسي؛ "صادقة، واضحة و مناسبة"¹¹¹ و طبقاً للموقف الحديث لمحكمة النقض الفرنسية المعلن عنه بتاريخ 25 فبراير 1997 يقع عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام على عاتق الطبيب، الذي يمكنه استعمال، في سبيل تحقيق ذلك، كافة طرق الإثبات، كالكتابة، القرائن و غيرها.¹¹²

و لما كان الالتزام بالإعلام مصدره القانون و العقد فإن ذلك يعفي المريض من إثبات وجود هذا الالتزام، و يبقى له فقط إثبات الضرر و علاقة السببية. في حين، يتعين على الطبيب، إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه، أن يثبت حصول المريض على الإعلام اللازم وفقاً للمعايير المعمول بها في مجال تخصصه. فإذا فشل في ذلك ثبت خطؤه تجاه المريض.

¹¹¹ Cass.civ. 1^{ière} 14 oct. 1997., précité.

¹¹², "la preuve peut-être rapportée par tous moyens, notamment un échange de lettres entre le médecin généraliste et les spécialistes", Glorion, B., "La responsabilité médicale" intervention au colloque du S.I.R.I.F, sur la responsabilité médicale, 23 sept. 1998., Gaz. Pal., Droit de la santé, 23-24 oct., 1998 p. 93.

أما بالنسبة للقاضي، فإن الطبيعة الفنية للخطأ الطبي تفرض عليه الاستعانة بالخبرة الطبية كوسيلة للإثبات القضائي. و رغم أن رأي الخبير غير ملزم للقاضي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹¹³ أو الجزائري¹¹⁴ إلا أنه وسيلة قانونية فعالة لتوجيه القضاة، و هو ما يجعل مهمة الخبير بالغة الأهمية.

و تعترض مهمة الخبير بشأن تقدير خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب الإعلام صعوبات كثيرة و مختلفة. إذ أنه يجب التمييز عادة، في المجال الطبي، بين ثلاث أنواع من الأخطاء ؛

- الأخطاء الناتجة عن الإخلال بواجب الحيطة و الحذر (les fautes d' imprudence)،

- الأخطاء الفنية (Les fautes techniques)،

- و الأخطاء ضد الإنسانية (les fautes contre l'humanisme)¹¹⁵.

بالنسبة للأخطاء الناتجة عن الإخلال بواجب الحيطة و الحذر فهي تلك الأخطاء التي يتعرض لها أي شخص، و التي تكون سهلة الإثبات بالنسبة للخبير أو لغيره بسبب الإخلال الواضح في الواجبات المفروضة على الفرد، و مثالها خطأ الطبيب في مكان إجراء العملية أو الخطأ في شخص المريض. في حين يتم اكتشاف الأخطاء الفنية من خلال الاضطلاع الدقيق على ملف المريض في كل مرحلة من المراحل الأربعة التي تشكل العمل الطبي و هي؛

- مرحلة الكشف و التشخيص،(la pose du diagnostic)

- مرحلة اقتراح العلاج،(l'indication thérapeutique)

- مرحلة مباشرة العلاج،(La conduite du traitement)

- مرحلة متابعة المريض،(Le suivi du patient)¹¹⁶

أما الأخطاء ضد الإنسانية فليست ذات طبيعة فنية و إنما تنتج عن الإخلال بالواجبات المفروضة على العاملين في ميدان الصحة لصالح المرضى، كواجب احترام شخص المريض أو واجب الإعلام السابق عن التدخل الطبي.

¹¹³Gromb, S., op.cit, p 16.

¹¹⁴ حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري؛ "و القاضي غير ملزم برأي الخبير."

¹¹⁵ Gromb, S., op.cit, p.16.

¹¹⁶ Ibid.

لذلك مهما كان النظام القانوني المعتمد في هذا المجال، يشكل رضا المريض، كما تم بيانه سابقا، حاجزا منيعا لحماية حق المريض في الذاتية و تقرير المصير. من ثم فإن عدم احترام هذا المبدأ من قبل الطبيب يعرضه للمسائلة القضائية.

و بناء على ذلك فإن الدعوى القضائية المؤسسة على الإخلال بواجب الإعلام مرتبطة أساسا باحترام المريض، و احترام كيانه الجسدي و إرادته.

و لكي تتأكد المحكمة من إعلام الطبيب للمريض بطريقة مقبولة قانونا، يُطلب من الخبير إعداد تقرير فني حول محتوى و قيمة المعلومات التي تحصل عليها المريض.

و يجب أن يشمل تقرير الخبير كذلك إشارة إلى شخصية المريض، المخاطر التي تعرض إليها، و منافع العلاج و كذا ضرورة التدخل الطبي الذي تم تنفيذه.¹¹⁷

غير أنه من الناحية العملية، و في غير الحالات التي يتطلب فيها القانون الحصول على الرضا الكتابي للمريض، يتم الاتفاق بين الطبيب و المريض على العلاج شفويا. و هو ما يصعب على الخبير مهمة التأكد من بنود الاتفاق و مدى حصول المريض على الإعلام اللازم عند قيام الخصومة.

من جهة أخرى إذا قدم الطبيب الدليل الكتابي على تنفيذه لواجب الإعلام، فإن ذلك يجعل المريض ملزم بإثبات عكس هذا الدليل. و هو ما ينقل عبء الإثبات على عاتق المريض بحكم امتلاك الطبيب لوثيقة الرضا و هو ما يشكل "بداية إثبات" (un début de preuve).¹¹⁸ و قد سبقت الإشارة أنفا إلى مساوئ الدليل الكتابي و أنه ليس دليلا على تنفيذ الطبيب لواجب الإعلام.¹¹⁹

من ثم فإن مهمة الخبير في مجال التأكد من الأخطاء ضد الإنسانية قد تتعدى حدود العمل الفني البحث. و هو ما يجعلها أصعب بالنسبة للقاضي الذي يجهل طبيعة المعلومات التي كان يجب تزويد المريض بها، و التي يجب أن تكون، كما سبق توضيحه، مناسبة للمريض بالنظر إلى ظروفه الشخصية، من حيث سنه، مستواه الثقافي، و قدرته على استيعاب هذه المعلومات و اتخاذ القرارات المناسبة بشأن حالته الصحية. فليس هناك شك من أن هذه المعطيات تجعل الإعلام يختلف من مريض لآخر.

¹¹⁷ Gromb, S., op.cit, p. 16.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ راجع عبء إثبات الرضا المتبصر في ص. 181 أعلاه.

لذلك يصعب على أي كان، في ظل هذه الظروف، التأكد من محتوى و فعالية الإعلام المقدم إلى المريض بعد مباشرة العلاج بسبب الاختلاف في الحالة النفسية التي يكون فيها هذا الأخير.

إلا أن هذه الصعوبات لا تنفي كل قيمة عن الخبرة الطبية التي تبقى ضرورية لدى القاضي لمساعدته في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية قدر الإمكان. و وفقا لتوجهات النقض الفرنسي في السنوات الأخير لا يثبت خطأ الطبيب إلا إذا ثبت أن إخلاله بالإعلام كان سيغير قرار المريض بالموافقة أول مرة.¹²⁰

ثانياً: الضرر:

تقوم المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر.

و الضرر بوجه عام هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لا.¹²¹ إذ يعد الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به.¹²² و يعتبر الضرر ركنا أساسيا لقيام مسؤولية الطبيب. فلا محل لتعويض المريض ما لم يثبت أن هذا الخطأ قد ألحق به ضرراً ما.¹²³

و للضرر صورتان، فقد يكون ماديا و قد يكون معنوياً.¹²⁴

أما الأول فهو الذي يصيب المريض في جسده أو في مصلحة مالية له.¹²⁵ و مثاله في نطاق المسؤولية الطبية عدم قدرة المريض على مزاولة عمله الذي يقتات منه سواء بصورة مؤقتة أو دائمة و ما يترتب على ذلك من خسائر مالية له.¹²⁶

¹²⁰ » **le défaut d'information doit**, pour engager la responsabilité du médecin, **avoir eu une incidence sur le consentement**», Cass. 1ère civ. 20 juin 2000 , Dalloz 2000, I.R, p. 198, note Argus., voir Berret, op.cit. p.15.

¹²¹ د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 133. راجع كذلك. د. سليمان مرقس، " الوافي في شرح القانون المدني الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة"، الطبعة الرابعة، 1987 ص. 552.

¹²² عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981، ص. 932.

¹²³ Seugy, M.H., "L'assurance responsabilité civile des chirurgiens", 1989, p.46.

¹²⁴ Le Gueut-Develay, "La responsabilité civile, pénale, administrative et disciplinaire du médecin", op.cit., p. 6/9.

¹²⁵ حسين عامر و عبد الرحيم عامر، " المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية"، دار المعارف، الطبعة 2، 1979. ص. 333.

¹²⁶ Finon, O.P., "Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale", Paris 1972. p. 26.

أما الضرر المعنوي فهو كل ما يمس بمصلحة مشروعة للمريض دون أن يرتبط بخسارة مالية.¹²⁷ و مثال ذلك الإضرار بسمعة أو شرف المريض أو الأضرار التي يخلفها خطأ الطبيب كالآلام الجسمانية أو النفسية.¹²⁸

و يجب أن ينطوي الضرر، في أي من صورتيه، على إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمريض،¹²⁹ كحرمانه من العيش بصورة طبيعية من جراء المساس بسلامته الجسدية و ما ترتب عنه من حرمانه من العمل و الكسب.

1- شروط الضرر:

و يشترط في الضرر، أيًا كانت صورته ماديا أو أدبيا، شرطان؛

- أن يكون محققا،
- و أن يكون مباشرا.¹³⁰

و يكون الضرر محققا إذا وقع بالفعل أو كان وقوعه مؤكدا مستقبلا. و مثال الضرر الذي وقع فعلا وفاة المريض أو إصابته بعاهة أو تشوه إثر مباشرة التدخل الطبي عل جسده. أما الضرر المستقبلي المؤكد الوقوع فمثاله إصابة المريض مستقبلا بعاهة مستديمة كنتيجة منطقية لتطور الضرر الناتج عن التدخل الطبي كفقده السمع أو البصر أو الإصابة بالشلل.

و قد يكون الضرر الناتج ضرورة خضوع المريض إلى تدخل علاجي مستقبلي، كأن تثبت التقارير الطبية أن المريض بحاجة إلى عملية جراحية خلال بضع سنوات لمنع وقوع مضاعفات العاهة.¹³¹ من ثم من حق المريض في هذه الحالات المطالبة بالتعويض عما سينفقه مستقبلا.

بهذا المفهوم يختلف الضرر المؤكد الوقوع عن الضرر الاحتمالي الذي لا يمكن التحقق من وقوعه مستقبلا، و الذي لا يمكن التعويض عنه، و مثاله الضرر الذي يصيب الوالدين من جراء وفاة ابنتهما القاصر على إثر خطئ طبي. إذ لا يمكن الجزم بأن هذا الإبن كان سيعول والديه

¹²⁷ د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 553.

¹²⁸ د. أحمد شرف الدين، " التعويضات عن الأضرار الجسدية"، بكون مكان و سنة الطبع، ص. 15.

¹²⁹ د. حسن زكي الأبراشي، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية" جامعة القاهرة، 1951، ص. 186.

¹³⁰ Le Gueut -Develay, "La responsabilité civile, pénale, administrative et disciplinaire du médecin", op.cit., p. 6/9.

راجع كذلك في الفقه العربي؛ د. أشرف جابر، المرجع السابق ص. 134 .

¹³¹ د. أشرف جابر، المرجع السابق ص. 134.

مستقبلا لو بقي على قيد الحياة، و بالتالي ما أصاب الوالدين من ضرر لا يكون محلا للتعويض.¹³²

أما الضرر المباشر فهو الضرر الناتج مباشرة عن خطأ الطبيب. من ثم لا يمكن مسائلة الطبيب إلا عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض.¹³³ أما الأضرار السابقة عن التدخل الطبي فلا مسئولية بشأنها بالنسبة للطبيب، و مثالها تكليف الطبيب بعلاج عين المريض بعد فقده للرؤية بها.¹³⁴

2- نظرية تفويت فرصة الشفاء أو البقاء (perte de chance de guérison ou de survie)

رغم أن التعويض عن الضرر مرتبط بمبدئيا بتوافر الشرطين المشار إليهما أعلاه، إلا أنه خروجا عن هذا الأصل ظهر اتجاه في الفقه و القضاء الفرنسيين يرى جواز التعويض عن "الفرصة الفائتة أو الضائعة" (perte de chance).¹³⁵

و مفاد هذه الفكرة تعويض الشخص عن تفويت فرصة تحقيق كسب معين عليه أو تجنب خسارة معينة. فإذا كانت هذه الفرصة ذات الطبيعة الاحتمالية مجرد أمل يرجو الشخص تحقيقه، فإن الحيلولة بين هذا الأخير و محاولة تحقيق فرصته، تقضي على هذا الاحتمال، و تقلب الفرصة التي كانت أمرا محتملا إلى أمر مستحيل.¹³⁶ فإذا كان الضرر الذي سيترتب على عدم تحقق الفرصة ضررا محتملا لا يقبل التعويض، فإن الضرر الذي ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه الفرصة، ضرر محقق يقبل التعويض.

و تجدر الإشارة إلى أن نظرية تفويت الفرصة غريبة عن القانون الطبي. إذ يرجعها البعض إلى حادث وقع لأحد الأحصنة بسبب سوء قيادته من قبل المتسابق. حيث تم تعويض مالك الحصان على أساس تفويت فرصة كسب السباق عليه بحكم أن الكل كان يتوقع فوز جواده بهذا السباق.¹³⁷

¹³² في هذه الحالة يتحصل الوالدين على التعويض الخاص بالضرر المعنوي (فقدان الإبن) فحسب. أمالا التعويض عن فقدان مصدر الإعالة مستقبلا فلا محل له.

¹³³ Lambert-Faivre, Y., "Vers le principe d'une responsabilité médicale objective pour risque", R.Mar.Dr.Ec.Dev., n° 32, 12-13 nov. 1994, p.105.

¹³⁴ الأبراشي، المرجع السابق، ص. 185.

¹³⁵ Le Gueut -Develay, "La responsabilité civile, pénale, administrative et disciplinaire du médecin", op.cit., p. 6/9.

¹³⁶ د. أشرف جابر، المرجع السابق ص. 140.

¹³⁷ Cité par Bonneau, J., "Paradoxe sur le droit médical", Gaz. Pal. 16-17 juin 1999, p. 10.

أما في المجال الطبي فقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية نظرية تفويت الفرصة لأول مرة في حكمها الصادر في سنة 1965¹³⁸، و التي أعلنت فيه "عن وجود قرائن خطيرة بما فيه الكفاية، دقيقة، و منسجمة للدلالة على أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب"¹³⁹ و لو لم تثبت علاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر الناتج بصفة مؤكدة. و ألزمت القاضي بتقدير التعويض الجزئي المناسب، على أساس أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الشفاء(perte de chance de guérison).¹⁴⁰

و في الواقع تنطبق نظرية تفويت الفرصة بشكل واضح على فرصة المريض في الشفاء، فهي مجرد أمل احتمالي. إذ لا يمكن الجزم بأن العلاج المقدم من الطبيب سيؤدي إلى شفاء المريض، وإن كانت فرصة الشفاء قائمة. كما أن الضرر الذي يترتب على عدم تحققها ضرر احتمالي. و الضرر الاحتمالي لا تعويض عليه كما سبق توضيحه.

غير أن خطأ الطبيب في العلاج قد فوت على المريض فرصة الشفاء التي كانت محتملة. و الضرر الناشئ عن تفويت هذه الفرصة ضرر محقق لأنه قضى على كل احتمالات الشفاء.¹⁴¹ و من بين الحالات التي يكون فيها تفويت الفرصة واضحا الحوادث و الأخطاء المرتبطة بنقل الدم. و مثاله ضياع الفرصة على المصاب بفيروس السيدا نتيجة عملية نقل الدم في تحقيق مستوى اجتماعي و وظيفي أحسن، كتفويت فرصة الزواج عنه و فرصة الإنجاب، أو تفويت الفرصة على زوجته في الإنجاب من زوجها المريض.¹⁴² و من الأمثلة أيضا حالة وفاة الخطيبة أو الزوج الذي عقد على زوجته و لم يدخل بها بعد، أو إعطاء طبيب التخدير جرعة مخدر زائدة ترتب عليها شلل الابن الذي كان يأمل الوالدان أن يرعاها في شيخوختها.¹⁴³

¹³⁸ Cass.civ., 14 déc . 1965, JCP., II, 14753 ; Bull civ. 1, 541.

¹³⁹ "il existait des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que l'invalidité était la conséquence directe de la faute du docteur.", Cass.civ., 14 déc . 1965 Bull civ. 1, 541.

¹⁴⁰ راجع كذلك الأحكام التالية التي أكد فيها النقض الفرنسي نظرية التعويض عن تفويت الفرصة؛

Cass.civ., 1^{ière} 18 mars 1969, Bull.civ. no 117, p. 92.

Cass.civ., 1^{ière} 20 mai 1971 Bull.civ. no 171, p. 144.

Cass.civ., 1^{ière} 18 jan 1989 Bull.civ. no 19, p. 12.

Cass.civ., 1^{ière} 16 juill 1991 Bull.civ. no 248, p. 162.

Cour App. Lyon 31 mars 1994, Gaz.Pal. 29-30 juin 1994.

¹⁴¹ د. أشرف جابر، المرجع السابق ص. 140.

¹⁴² محمد عبد الظاهر، "مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، سنة 10، ع 2، يوليو 1995، ص. 125 و ما بعدها.

¹⁴³ حيث قررت المحكمة أنه " إذا كان الابن قد قارب الانتهاء من تخصصه لما وقع الحادث له فإن تعويل والده و والدته عليه مستقبلا ليس مجرد احتمال غير قابل للتحقيق، فيكون للوالدين الحق في تعويض عن ضياع فرصة تحقيق ما عولا عليه، و يكون هذا التعويض مقابل إضاعة فرصة مشروعة للاستعانة بابن كان من المفروض أن يعمل فيما كان يتخصص فيه"،

أما في مجال الإخلال بواجب الإعلام، فإن الفرصة الضائعة بالنسبة للمريض، فقد تكون تقويت فرصة الشفاء (perte de chance de guérison) إذا كانت هناك طرق علاجية أخرى أكثر نجاعة و لم يستشره الطبيب بشأنها. في حين إذا تعلق الأمر بتخلف الإعلام المرتبط بالمخاطر، يكون الضرر تقويت فرصة تجنب الخطر (perte de chance d'éviter le risque) الذي عرضه إليه الطبيب بدون إرادته.

و يرى البعض أن أخذ الفقه و القضاء الفرنسيين بفكرة تقويت الفرصة مرده البحث عن حماية أكبر للمريض بتخفيف عبء الإثبات عنه، خاصة في حالات التدخلات الجراحية التي يتعذر عليه فيها إثبات السببية. لذلك يعتبر التعويض عن تقويت الفرصة إحدى وسائل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب و المريض.¹⁴⁴

3 - عبء إثبات الضرر:

طبقا للمادة 1/1315 من القانون المدني الفرنسي و المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، يقع عبء إثبات الضرر و علاقته بخطأ الطبيب على عاتق المريض. ففي الحالات الاستثنائية التي يكون فيها الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة، فإن غياب النتيجة يشكل في حد ذاته ضررا و هو ما يكفي لقيام مسؤولية الطبيب.¹⁴⁵ أما في الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزم ببذل عناية، و هي الأصل في عمل الطبيب، فيتعين على المريض إثبات الضرر الذي أصابه، لأن غياب الضرر ينفي المسؤولية المدنية نهائيا.¹⁴⁶

ثالثا: علاقة السببية بين إخلال الطبيب بالإعلام و الضرر الناتج عن ذلك:

Cass.civ., 24 fév. 1970, JCP., II, 16456

¹⁴⁴ د. أشرف جابر، المرجع السابق ص.141. راجع كذلك، سهير منتصر، "المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية" مرجع سابق، ص. 108.

¹⁴⁵ كما هو الحال بالنسبة لجراحة الأسنان أين يفرق القضاء الفرنسي بين التزام الطبيب بالعناية فقط بشأن وضع طاقم الأسنان، في حين يلتزم بتحقيق نتيجة بشأن صلاحية الجهاز (طاقم السنان) و خلوه من العيوب. راجع في هذا الشأن القرارات التالية؛

Cass.civ. 1^{ière} 15 Aout 1988,

Cass.civ. 1^{ière} 16 juin 1990,

Cass.civ. 1^{ière} 22 nov. 1994, cités par, Me Durrieu –Diebolt, "responsabilité médicale", op.cit., p. 5/15.

¹⁴⁶ M. Le Gueut – Develay, "La responsabilité civile, pénale, administrative et disciplinaire du médecin", op.cit., p. 6/9.

تحتل علاقة السببية في نطاق المسؤولية المدنية عموماً و في نطاق المسؤولية الطبية خاصة أهمية كبيرة. إذ بدون توافرها بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب و الضرر الذي لحق المريض، تنتفي كل مسؤولية عن الأول.

وإذا كان إثبات علاقة السببية بين الخطأ الفني للطبيب و الضرر الناتج يخلف مصاعب شتى بالنسبة للمريض فإن إثباتها بشأن إخلال الطبيب بالإعلام و الضرر الناتج عنه أكثر صعوبة. حيث يتمثل الإشكال في معرفة ما إذا كان الضرر الحاصل هو نتيجة لإخلال الطبيب بالإعلام في غياب أي خطأ فني من جانب هذا الأخير؟.

يُعتدُّ عامة أن الضرر الذي يخلفه الإخلال بواجب الإعلام للمريض يقتصر فقط على تفويت فرصة تجنب الخطر الذي عُرض له و الضرر الناتج عن تحقق هذا الخطر. و هو ما يعني انتفاء السببية بين الإخلال بالإعلام و الضرر الجسدي الذي سببه التدخل الطبي.¹⁴⁷ و يتبع ذلك وجوب اقتصار التعويض على الضرر المعنوي¹⁴⁸. فما هو موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة؟.

1- بين رفض و قبول نظرية تفويت الفرصة في المجال الطبي:

لم يستقر القضاء الفرنسي على موقف واضح بهذا الشأن. فقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية نظرية تفويت الفرصة في الكثير من قراراتها¹⁴⁹، و قررت التعويض الكامل (réparation intégrale) في الكثير منها¹⁵⁰. و التعويض الكامل هو التعويض الذي يشمل الضرر الجسدي الذي سببه التدخل الطبي بدون موافقة رغم انتفاء خطأ الطبيب بمفهومه الفني. في حين اكتفت بالتعويض الجزئي في حالات مماثلة، و يشمل التعويض في هذه الحالة سوى الضرر المعنوي.¹⁵¹

¹⁴⁷ Jourdain, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin", op.cit., p 12. voir aussi ; Porchy, S., "Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient", Dalloz, 1998, Chronique p. 379.

¹⁴⁸ مع العلم أن الضرر الذي يصيب المريض قد يتجاوز بكثير هذا النوع من الأضرار، راجع؛

Lamacrche, M., "Heurs et malheurs de l'obligation d'information en matière médicale", R.R.J. 1998-4 p. 1237.

¹⁴⁹ Cass. civ., 1^{ière}, 5 nov. 1974 ; JCP G. 1974, IV, p.417 ; Bull, civ. I, no 292.

Cass. civ., 1^{ière}, 7 fév. 1990, Dalloz, 1991, somm.comm., p. 183, obs. Penneau.

¹⁵⁰ Cass. civ., 1^{ière}, 27 oct. 1953, JCP G 1953, II, 7891, Dalloz, 1953, p. 658

Cass. civ., 1^{ière}, 11 fév. 1986 Gaz.Pal 1986, 1, p. 296.

Cass. civ., 1^{ière}, 19 mai 1992 ; Bull, civ. I, no 147; RTD civ. 1993. obs. Jourdain. p. 134

Cass. civ., 1^{ière}, 17 fév. 1998 ; Dr. Et patrimoine mai 1998, no 1939, obs. Chabas, F., p. 101

¹⁵¹ Cass. civ., 1^{ière}, 14 fév. 1973, Gaz.Pal. 1973, I, p. 34., Cass.civ., 1^{ière}, 7 fév. 1990, Gaz.pal., 1990, 2.

من جهته انقسم الفقه الفرنسي إلى مؤيد للنظرية¹⁵² و منكر لها¹⁵³. و من المؤيدين من اشترط أن يكون الضرر مؤكد الوقوع للإعمال بالنظرية¹⁵⁴، و منهم من قال بوجوب التعويض على الضرر المعنوي فقط،¹⁵⁵ في حين قال آخرون بوجوب التعويض الكامل.¹⁵⁶ و عليه فليس هناك إجماع بين الفقه و القضاء على تبني نظرية تقويت الفرصة رغم اعتمادها منذ سنين طويلة في مختلف المجالات من قبل القضاء الفرنسي. و قد برر الرافضون للنظرية موقفهم بصعوبة التكهن بسلوك المريض لو تم إعلامه قبل مباشرة التدخل الطبي من جهة، و صعوبة تقدير التعويض المناسب الذي يرتبط باحتمال رفض المريض للعلاج، من جهة أخرى.¹⁵⁷ و في الغالب، يؤدي تطبيق النظرية، حسب البعض، إلى حرمان المريض من التعويض عن الضرر الجسدي.¹⁵⁸

في حين استند مؤيدو فكرة التعويض الكامل عن الضرر الجسدي، إلى تعليل يتمحور أساسا حول احترام إرادة المريض و إشراكه في عملية اتخاذ القرارات الخطيرة المتعلقة بمستقبله الصحي. إذ يري هؤلاء¹⁵⁹ و على رأسهم Rajbaut أن إثبات علاقة السببية بشأن الإخلال بواجب الإعلام يجب بحثها في مجال تحمل الأخطار المرتبطة بالتدخل الطبي المقترح. فالالتزام باحترام إرادة المريض لا تتعلق باحترام حق مجرد لدى هذا الأخير (الحق في الذاتية)، يقول Rajbaut، بقدر ما يتعلق بتمكين المريض من الاختيار بين التدخل الطبي المقترح و ما يتضمنه من مخاطر و بين التطور الطبيعي لمرضه. فعندما يوافق المريض على التدخل الطبي فهو يوافق أيضا على تحمل مخاطره. و عليه فإن تدخل الطبيب بدون موافقة المريض، يكون قد حرم

¹⁵² M. Durry, obs. RTD. Civ. 1970, p. 580., Jourdain, P., obs. RTD. civ. 1993, p. 135., Barbiéri, "Défaut d'information et responsabilité médicale : les principes du droit privé", Petites affiches 4 jan. 1995, no 2 p. 16 et s.

¹⁵³ Rajbaut, B., "Le rôle de la volonté en matière médicale", Thèse Paris XII, 1981, p. 294 et s., Fabre-Magnan, M., "De l'obligation d'information dans les contrats", LGDJ, 1992, préface, Ghestin, p. 628., Guigue, note Gaz. Pal., 1994, p. 154., Dorsnet-Dolivet, A., note JCP G. 1987, II, 20755., Vacarie, I., "La perte d'une chance", RRJ 1987 p. 917 et s.

¹⁵⁴ Hocquet-berg, S., "La sanction du défaut d'information en matière médicale", Gaz. Pal. 1998, D.I., p. 12., Hermite, M.A., et Noiville, Ch., "L'obligation d'information en matière médicale", Gaz. Pal. 1998, p. 42. Chabas, F., op. cit., p. 324.

¹⁵⁵ Kornprobst, "Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises", Paris 1957, p. 443 et 447.

¹⁵⁶ Penneau, obs. Dalloz 1991, somm. Comm. P. 183., Chabas, F., "L'obligation médicale d'information en danger", op.cit., p 462.

¹⁵⁷ En effet, la méthode indiquée par le conseil d'état pour calculer le préjudice consiste à évaluer en premier lieu le montant total du dommage subi ; puis **fixer le montant total de l'indemnité due au patient à une fraction de ce dommage déterminée en fonction de la probabilité que le patient aurait eue de refuser l'intervention s'il avait été informé du risque.** Voir CE, 5 jan. 2000 (2 arrêts), Assistance publique-Hôpitaux de paris et Cts Telle ; JCP. G. 2000 Actu. No 4 p. 130. Calais-Auloy, J., et Steinmetz, F., "Droit de la consommation", 5^{ième} éd. Dalloz. 2000, p. 324.

¹⁵⁸ Chabas, F. "L'obligation médicale d'information en danger", op.cit., p. 462.

¹⁵⁹ Abel, B., "La responsabilité civile des médecins", Thèse, Nancy, 1936 p. 111 et s., Savatier, R., "Traité de la responsabilité civile", T. II, 2^{ième} éd., 1951, p. 380., Savatier, R., Auby, J.-M., Savatier, J. et Pequignot, H., "Traité de droit médical", Paris 1956, p. 302., Joubrel, "La responsabilité civile des médecins", Thèse, Rennes, 1939, p. 131 et s.

هذا الأخير من هذا الاختيار، مما ينتج عنه تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة الناتجة عن تدخله. بتعبير آخر، إن حرمان المريض من أخذ مسؤوليته بشأن التدخل الطبي و مخاطره يجعل الطبيب مسؤولاً عن تدخله و عن كل المخاطر المرتبطة به. كما أن عدم احترام إرادة المريض يُنقل عبء تحمل مخاطر التدخل إلى الطبيب، و هو ما يجعله مسؤولاً عن شبه التزام بتحقيق نتيجة بخصوص نتائج التدخل. و تبرير ذلك أن الطبيب الذي يقرر مباشرة التدخل بدون استشارة المريض يكون متأكداً من نتائج تدخله، و هو ما يُحوّل التزامه من التزام بالعلاج إلى التزام بالشفاء.¹⁶⁰

و من القرارات القضائية الحديثة التي تناولت هذا الموضوع قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جوان 2000 الذي أعلنت فيه أنه يتعين على المريض الذي يطالب بالتعويض عن الإخلال بالإعلام أن يثبت أنه كان سيتخذ قراراً مغايراً لو تم فعلاً إعلامه قبل مباشرة العلاج. و للتأكد من ذلك، أضافت المحكمة أنه يتعين على القضاة الأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض قبل التدخل الطبي، تطوراتها المحتملة، شخصية المريض، دواعي اللجوء إلى الكشف أو العلاج ذي الخطورة و كذا طبيعة هذه الكشوف، العلاج و المخاطر.¹⁶¹ و بناء على هذا القرار يرى البعض¹⁶² بأن القضاء الفرنسي يفرق، في مجال التعويض عن الأضرار المرتبطة بإخلال الطبيب بالإعلام، بين التدخلات الطبية التي لا غنى عنها بالنسبة لصحة المريض و تلك التي لا تتميز بهذه الخاصية.

¹⁶⁰ "Le lien de causalité doit être recherché sur le terrain de la charge des risques. Quelle est en effet la finalité pratique de l'obligation au respect de la volonté du patient ? Il ne s'agit pas de satisfaire un droit purement abstrait, mais de permettre au patient de choisir entre une intervention, avec les aléas qu'elle comporte, et l'évolution naturelle de sa maladie. Par conséquent, on acceptant en connaissance de cause l'intervention, le patient en accepte aussi les risques.

Dés lors, le médecin qui a pratiqué une intervention sans le consentement de son patient, n'a pas permis à celui-ci d'exercer ce choix ; par conséquent, ce sera au médecin d'assumer toutes les conséquences néfastes du traitement ainsi pratiqué. N'ayant pas permis au malade de prendre la responsabilité de l'intervention et de ses risques, c'est sur lui que pèseront cette responsabilité de l'intervention et tous les risques. Le non – respect de la volonté du patient va transférer les risques de l'intervention sur le praticien, qui va donc assumer une quasi-obligation de résultat quant aux conséquences de l'intervention. Cela est justifié ; en décidant de pratiquer une thérapeutique contre la volonté de son patient, le praticien s'est estimé sûr de son résultat ; il n'a plus contracté la simple obligation de soigner son malade, mais bien de promettre une guérison certaine", Rajbaut, B., "Le rôle de la volonté en matière médicale" op.cit., p. 297.

¹⁶¹ Les juges doivent prendre en considération "l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles les investigations ou les soins à risque lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques", Cass.civ. 1^{ière} 20 juin 2000, Dalloz 2000, I.R, p. 198, note Argus. Voir aussi ; Cass.civ. 1^{ière} 11 août 2000, Dalloz 2000, I.R, p. 22, note Jourdain, P. voir aussi, C.A. Paris (1^{ière} Ch.B.) 25 oct. 2001, Gaz.Pal., Oct. 2002, p. 38. C.A. Paris (1^{ière} Ch.B.) 04 juil. 2002, Gaz.Pal., Oct. 2002, p. 43.

¹⁶² Jourdain, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin", op. cit., p. 12.

فعندما يكون التدخل الطبي ضروريا و لا يمكن الاستغناء عنه (inélucltable)، يُعتَقَد بحتمية موافقة المريض على هذا التدخل و لو تم إعلامه بكل مخاطره، و بالتالي لا وُجود لأي ضرر، باستثناء الضرر المعنوي الناجم عن عدم الإعلام (تفويت فرصة تجنب الخطر) الذي يستحق تعويضاً جزئياً. فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بالتعويض الجزئي في قرار لها بتاريخ 07 فبراير 1990 و بررت ذلك بأن إخلال الطبيب بإعلام المريض بمخاطر العلاج قد فوت عليه فقط فرصة تجنب الخطر الذي تحقق في الأخير و هو ما يشكل ضررا مستقلا عن الأضرار الجسدية.¹⁶³

كما اتبعت المحكمة نفس السبيل في قرارها الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1998¹⁶⁴ حيث نفت وجود أي ضرر للمريض و بررت ذلك بقولها أن التدخل الطبي كان ضروريا لتحسين حالته الصحية. إذ ثبت للمحكمة أن التدخل الطبي قد خفف كثيرا من الاضطرابات التي كان يعاني منها المريض عما لو بقي بدون علاج بالرغم من تحقق الخطر الذي لم يُعلم بشأنه المريض. بمعنى آخر إذا كان التدخل الطبي يحقق منفعة أكبر من الضرر الناتج عن الخطر الذي لم يعلم بشأنه المريض، لا يمكنه المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر.¹⁶⁵

أما في الحالات التي لا يكون فيها التدخل الطبي ضروريا، بحيث يُحْرَمُ المريض من كل اختيار نتيجة إخلال الطبيب بواجب الإعلام، فإن ذلك يوجب تعويضاً كاملاً عن الضرر الذي أصاب المريض (الضرر المادي الذي خلفه التدخل).¹⁶⁶ و هو ما أكدته المحكمة أيضا في قرار آخر لها بتاريخ 29 جوان 1999، حيث قررت أن إخلال الطبيب بإعلام المريض بخطر الإصابة بعدوى داخل المستشفى (Infections nosocomiales)، قد فوت على المريض فرصة تجنب الأضرار الناتجة عن هذه العدوى و من ثم فرصة تجنب المساس بسلامته الجسدية ، و أن التعويض لا يجب أن يقتصر على الضرر المعنوي فحسب، بل يجب أن يشمل كل ما لحق المريض من أضرار (تعويض كامل).¹⁶⁷

¹⁶³ On omettant d'informer son malade des risques d'un traitement, le médecin l'avait seulement privé 'd'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles.'', Cass.civ., 7 fév. 1990 Gaz. pal., 1990, 2.

¹⁶⁴ Cass.civ. 1^{ière}, 7 oct.1998 Gaz.Pal. 1998.2.

¹⁶⁵ و مع ذلك انتقد البعض هذا الاتجاه القضائي على أساس أنه لا يحمي الحقوق الخاصة للمريض خاصة الحق في السلامة الجسدية، وأن الإخلال بواجب الإعلام يحقق على الأقل ضرر معنوي، راجع في هذا الصدد؛

Chabas, F., "L'obligation d'information en danger", op.cit., p. 461.

¹⁶⁶Jourdain, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin", op.cit., p 12.

¹⁶⁷ Cass.civ. 29 juin 1999, JCP, G 1999, II, 10138, rapp. Sargos, P. ; Dalloz 1999, p . 599, note Thouvnin.

و من جهته قرر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 15 يناير 2001 أنه لا تعويض على الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا كان أمام المريض إمكانية الاختيار.¹⁶⁸ و لا يكون ذلك ممكنا إلا في الحالات المرضية التي يوجد بشأنها عدة خيارات علاجية و لم يبادر الطبيب بإعلام المريض بشأنها¹⁶⁹. غير أن هذا التمييز قد انتقد كثيرا على أساس أنه من الصعب التأكد من رفض المريض للعلاج لو تم إعلامه مسبقا بمخاطر التدخل الطبي المقترح، و أن الخوض في هذه المسألة بعد مباشرة العلاج يبقى في الصميم من أعمال التكهّن. لذلك اقترح البعض أن يبنى التعويض(التعويض الكامل) عن عدم الإعلام على أساس الإخلال بحكم المادة 3/16 من القانون المدني الفرنسي التي توجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة العلاج،¹⁷⁰ و هو ما يتفق مع رأي Rajbaut المشار إليه أعلاه.

يستخلص من ذلك، أنه تطبيقا لنظرية تفويت الفرصة، و وفقا لما استقر عليه الوضع حاليا في فرنسا، يتم تعويض المريض الذي لم يحصل على الإعلام اللازم بشأن مخاطر التدخل الطبي إما تعويضا كاملا(التعويض عن الضرر الجسدي) و إما تعويضا جزئيا(التعويض عن الضرر المعنوي) و سبب هذا التباين هي المشاكل التي يثيرها تطبيق هذا النظرية من الناحية العملية على النحو المشار إليها أعلاه.

2- تقدير التعويض:

إن تقدير التعويض هو من صلاحيات قاضي الموضوع الذي يتمتع بشأنه بسلطة تقديرية واسعة، و يتحدد عادة بالنظر إلى الضرر الحاصل. و للتأكد من وقوع الضرر ينظر القاضي في الآثار التي يمكن أن تخلفها المعلومات الناقصة بشأن قبول أو رفض المريض لهذا العلاج،¹⁷¹ و له أن يستعين في ذلك بالعناصر التي حددتها محكمة النقض الفرنسية في قرار 20 جوان 2000¹⁷² كالحالة الصحية للمريض قبل التدخل، تطوراتها المحتملة، دواعي العلاج، البدائل، و بصفة عامة فرص قبول أو رفض المريض للعلاج المقترح.¹⁷³

المبحث الرابع: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في القانون الجزائري:

¹⁶⁸ Cité par Me Durrieu – Diebolt, “Les droits des patients”, op.cit., p 18/19. voir aussi ; T.G.I Lyon 4^{ème} Chb., 26 juin 2000, no R.G 1998/14942.

¹⁶⁹ قد تطرح هذه الوضعية إشكالا آخر بالنسبة للطبيب في حالة إعلام المريض بكل الخيارات العلاجية. لأن المريض ليس حرا في اختيار العلاج الذي يناسبه و الكلمة الأخيرة تبقى للطبيب في هذا الشأن. و مع ذلك يجوز للطبيب أن يأخذ بعين الاعتبار خيارات المريض و لكنه غير ملزم باتباعها. راجع؛ Me Durrieu – Diebolt, “Les droits des patients”, op.cit., p 19/19.

¹⁷⁰ Me Durrieu – Diebolt, “Les droits des patients”, op.cit., p 18/19.

¹⁷¹

¹⁷² Cass.civ. 1^{ière} 20 juin 2000, Dalloz 2000, I.R, p. 198, note Argus.

¹⁷³ Carlot, J.F., “Evolution de la responsabilité médicale; actualités du risque médical”, www.jurisques.com, p. 10-11/12.

سبقت الإشارة آنفا إلى الطابع التعاقدى للعلاقة بين الطبيب و المريض في القانون الجزائري،¹⁷⁴ و هو ما يجعل رضا المريض شرطا أساسيا في العقد الطبي. و على غرار القانون الفرنسي¹⁷⁵، يعتبر عنصر الرضا، في القانون الجزائري، شرطا هاما من شروط صحة العقد الطبي. حيث جاء في المادة 59 من القانون المدني الجزائري؛

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

كما يشترط في الرضا أن يكون خاليا من العيوب مثل الغلط، التدليس و الإكراه¹⁷⁶. و السؤال الذي يطرح في هذا المقام يدور حول ما إذا كان إخلال الطبيب بالتزامه بإعلام المريض بإمكانه أن يعيب رضا هذا الأخير، بحيث يترتب على ذلك إمكانية المطالبة بإبطال العقد للغلط أو التدليس و المطالبة بالتعويض؟

المطلب الأول: جزاء الإخلال بالرضا المستتير وفقا لنظرية عيوب الرضا:

من المعروف أن الغلط هو أحد العيوب المفسدة لرضا العاقد و لقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 82 إلى 85 من القانون المدني. و يعتبر الالتزام بالإعلام، كما هو معلوم، حاجز وقائي يحول دون وقوع المتعاقد في الغلط. فإذا وفى المدين هذا الالتزام بطريقة سليمة، من خلال تزويد الطرف الآخر بالمعلومات الجوهرية في العقد المزمع إبرامه، فإن ذلك يدرأ على المتعاقدين الوقوع في الغلط. في حين كلما إنعدم وجود هذا الالتزام أو قصر المدين في أدائه له زادت إمكانية و احتمالية وقوع المتعاقد في الغلط التلقائي.

و طبقا لما جاء في المادة 82 من القانون المدني الجزائري يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. و تجيز المادة 81 مدني جزائري للذي يقع في غلط جوهرى أن يبطل العقد.

فضلا عن ذلك، يرى البعض أن إبطال العقد للغلط يمثل في ذات الوقت جزاء على مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، و ذلك عندما يخل الملتزم بالإعلام في إفادة الطرف الآخر

¹⁷⁴ راجع التكييف القانوني للعلاقة بين الطبيب و المريض ص. 32 من الرسالة.

¹⁷⁵ V. Art. 1108 du code civil français, Dalloz, 94 -95 .

¹⁷⁶ راجع المادة 81 من القانون المدني الجزائري و ما بعدها.

بالمعلومات الضرورية بسبب جهله لها الناتج عن تقصيره في البحث عنها و أداء واجب الاستعلام بشأنها. و يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل إذا استحال رد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.¹⁷⁷ و مؤدى ذلك أن الضرر الواقع هو نتيجة مباشرة لخطأ المتعاقد الذي أخل بواجب الإعلام و الذي تسبب في إيقاع المتعاقد الثاني في الغلط. و ترفع دعوى التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.¹⁷⁸

من جهة أخرى يعد التدليس كذلك أحد عيوب الإرادة المفسدة للرضا في القانون الجزائري طبقا لأحكام المواد 86 و 87 مدني جزائري. و التدليس هو "الجوء العاقد إلى وسيلة غير مشروعة، بقصد إيقاع العاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد"¹⁷⁹. من ثم فهو شكل من أشكال المخالفة الإيجابية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

و التدليس وفقا لهذا المدلول فيه استعمال للحيلة بقصد دفع الطرف الآخر إلى التعاقد سواء كان عن طريق الغش أو الكذب أو الكتمان. و اللجوء إلى التدليس للحصول على رضا المريض أكثر شيوعا من الغلط في المجال الطبي. فقد يلجأ الطبيب إلي التدليس للحصول على موافقة المريض في التدخلات الطبية الغير مشروعة كالأجهاض أو التجارب الطبية الغير مسموح بها.¹⁸⁰

و يخول القانون لمن يقع في التدليس ليس فقط إبطال العقد فحسب، بل كذلك المطالبة بالتعويض على أساس أن ممارسة الطرق الإحتيالية يشكل عملا غير مشروع و خطأ يستوجب المسؤولية.¹⁸¹ على أنه ما قيل بشأن دور الالتزام بالإعلام في تجنب الوقوع في الغلط يبقى صحيحا بالنسبة لنظرية التدليس أيضا.

بيد أنه إذا كان تطبيق نظرية عيوب الرضا(الغلط و التدليس) لإبطال التعاقد صالحا عمليا في المعاملات المالية على الخصوص فإنه غير صالح في المعاملات التي تنطوي على مساس بالسلامة الجسدية للفرد كما هو الحال في المجال الطبي و ذلك للاعتبارات التالية؛

¹⁷⁷ المادة 103 من القانون المدني الجزائري.

¹⁷⁸ د: خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 454.

¹⁷⁹ د: خالد جمال أحمد حسن، نفس المرجع، ص 456.

¹⁸⁰ راجع أوصاف الإعلام الواجب للمريض في ص. 92 و ما بعدها من الرسالة.

¹⁸¹ د: خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 464.

- إن الغرض من تطبيق نظرية عيوب الرضا هو إبطال العقد و رد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد¹⁸² و اعتبار العقد كأن لم يكن. فإذا كان ذلك ممكنا في المعاملات المالية كعقود البيع و غيرها، فإنه غير ممكن في العقد الطبي بالنظر إلى استحالة إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد خاصة بالنسبة للضرر الجسدي الذي لحق المريض من جراء تنفيذ العقد الطبي و الذي يعتبر السبب الأساسي في متابعة الطبيب.

- إن الضرر الذي لحق المريض من جراء التدخل الطبي لا يجبر¹⁸³ بإبطال العقد الطبي. أي أن إبطال العقد بسبب عيوب الرضا لا يعيد للمريض عاقبته، مما يجعل الإبطال غير كاف بالنسبة للمريض الذي يريد الحصول على التعويض. و يستند الحكم بالتعويض في هذه الحالة إلى خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب الإعلام.¹⁸⁴

و عليه فإن الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا للمطالبة بالتعويض يتطلب من المريض إثبات خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب الإعلام لغرض إبطال العقد أولاً، ثم إثبات استمرار الضرر الجسدي رغم إبطال العقد للحصول على التعويض. أي أن تعويض المريض يبقى مرتبنا بإبطال العقد من جهة و استمرار الضرر بعد الإبطال من جهة أخرى.

و بناء على ما تقدم، يرى الباحث أنه من الأحسن و المفيد للمريض أن يؤسس دعواه مباشرة طبقاً للقواعد العامة للمسئولية المدنية لأنه غير ملزم في هذه الحالة بإبطال العقد للمطالبة بالتعويض، و إنما يكفي بإثبات الضرر الناتج عن التدخل الطبي.

و نخلص من ذلك إلى أنه رغم صلاحية نظرية عيوب الرضا لحماية إرادة المتعاقد في مختلف مجالات التعامل إلا أنها لا تصلح في المجال الطبي، بسبب خصوصيات العقد الطبي و آثاره على المريض. و هذا ما يوجهنا إلى بحث المسألة وفقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالرضا وفقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية:

¹⁸² و مثاله في عقد البيع، استرجاع المشتري لثمن البيع مقابل رده للشيء المبيع. و إبطال العقد لعيوب الرضا يمثل في نفس الوقت جزاءً و عقاباً على مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد. راجع د: خالد جمال أحمد حسن، نفس المرجع ص 455.

¹⁸³ يزول.

¹⁸⁴ حيث ذهب رأي في الفقه إلى أن القضاء بإبطال العقد تأسيساً على الغلط الناتج عن الإخلال بالإعلام قبل التعاقد، لا يمنع القاضي من الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج إذا كان إبطال العقد غير كاف لرفع ذلك الضرر عنه. غير أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية و لنظرية الخطأ عند تكوين العقد. راجع؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، "موسوعة القانون المدني المصري؛ نظرية العقد و الإرادة المنفردة"، دراسة معمقة مقارنة بالفقه الإسلامي، مصر، 1984، ص. 322.

أمام عجز نظرية عيوب الرضا في حماية المريض عند إخلال الطبيب بواجب الإعلام، يتجه الفقه و القضاء سواء في فرنسا¹⁸⁵ أو في بعض الدول العربية¹⁸⁶ إلى متابعة الطبيب وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية متى توافرت شروطها و عناصرها. و حتى نتجنب الدخول في الجدل الفقهي و القضائي حول طبيعة هذه المسؤولية في اعتبارها عقديّة أو تقصيرية، نقول بأن هناك اتجاهين فقهيّين بخصوص مصدر الالتزام بالإعلام.

الاتجاه الأول يرجعه إلى العقد الطبي و نصوص القانون، كما هو الحال بالنسبة للفقه و القضاء الفرنسيين، و هو ما يترتب عنه اعتبار مسؤولية الطبيب عند الإخلال به مسؤولية تعاقدية. أما الاتجاه الفقهي الثاني، الذي يؤيده بعض الفقه العربي،¹⁸⁷ فهو يرى بأنه التزام سابق على إبرام العقد أو "تطابق الإرادتين".¹⁸⁸ فهو لا يتولد عن العقد و لا ينشأ عنه لأنه "من المستحيل عقلا أن ينشأ التزام قبل نشوء سببه"¹⁸⁹. و بالتالي فإن الالتزام بالإعلام، وفقا لهذا الاتجاه، هو التزام غير عقدي يجد مصدره في نصوص القانون¹⁹⁰ و في المبادئ العامة في القانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد.

لذلك فمن الطبيعي أن تكون المسؤولية الناجمة عن مخالفة الالتزام بالإعلام هي المسؤولية التقصيرية و بالتالي تطبيق أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على؛ "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". و بناء على ذلك ينحصر نطاق المسؤولية العقدية على الأخطاء التي تشكل مخالفات للالتزامات المتولدة عن العقد.¹⁹¹

و رغم أن النصوص القانونية الجزائرية في المجال الطبي توحى بالطبيعة التعاقدية للعلاقة بين الطبيب و المريض،¹⁹² إلا أن موقف القضاء الجزائري غير واضح بشأن مصدر الالتزام بالإعلام. فهل سيتبع القاضي الجزائري نظيره الفرنسي في اعتباره متولدا عن العقد و بالتالي تكون المسؤولية المتولدة عن الإخلال به مسؤولية عقدية، أم يتبع نظيره المصري الذي يعتبره سابقا عن إبرام العقد فتكون المسؤولية المترتبة على الإخلال به تقصيرية؟.

¹⁸⁵ راجع جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الفرنسي في ص. 203 من الرسالة.
¹⁸⁶ حيث يتابع الطبيب في النظام القضائي المصري وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية على أساس أن الإخلال بالإعلام يتعلق بمرحلة سابقة على تكوين العقد الطبي،(نقض مدني مصري 1967/02/09 مجموعة أحكام النقض س 18. ق 51 ص. 334)، راجع في هذا الصدد، د: خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص. 394 و ما بعدها.

¹⁸⁷ د: خالد جمال أحمد حسن، نفس المرجع ص 475.

¹⁸⁸ المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

¹⁸⁹ د: خالد جمال أحمد حسن، نفس المرجع ص 475.

¹⁹⁰ و مثال نص المادة 352 من القانون المدني التي توجب على البائع أعلام المشتري بالمواصفات الأساسية للمبيع.

¹⁹¹ د: خالد جمال أحمد حسن، نفس المرجع ص 475.

¹⁹² راجع الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في ص. 72 من الرسالة.

إن قضاء النقض الجزائري لم يفصل بعد في هذه المسألة بسبب انعدام المنازعات المتعلقة بإخلال الطبيب بالإعلام، و هو ما يترك المجال مفتوحا لكل الاحتمالات. من جهة أخرى، سبقت الإشارة إلى أن التمييز بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة التصيرية لمسئولية الطبيب يبقى بدون أثر في القانون الطبي لأن المسئولية المدنية تؤسس في كلتا الحالتين على خطأ الطبيب. و يبقى الاختلاف الوحيد بينهما في مدة التقادم المقررة لكل منهما. غير أن مدة التقادم المسقط لدعوى المتابعة المدنية في التشريع الجزائري محددة بخمسة عشرة (15) سنة سواء كانت ذات طابع تعاقدى أم تصيرى.¹⁹³

و على هذا الأساس يمكن القول بأنه ليس هناك فرق، في إطار القانون الجزائري، بين الطابع التعاقدى أو التصيرى لمسئولية الطبيب. و ما دام الحال كذلك يستوي أن يتابع الطبيب وفقا لأحكام المسئولية التعاقدية أو التصيرية لأنها تخضع لنفس الأحكام العامة في المسئولية المدنية من حيث وجوب إثبات خطأ الطبيب، الضرر الناتج عن هذا الخطأ و علاقة السببية بينهما.

و ما قيل بهذا الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي ينطبق على القانون الجزائري. و عليه يتعين على المريض الذي يريد الرجوع على طبيبه بالتعويض بسبب الإخلال بواجب الإعلام أن يقيم الدليل على توافر عناصر مسئولية الطبيب وفقا لقواعد العامة و هي؛

- خطأ الطبيب في إخلاله بواجب الإعلام.
- الضرر الناجم عن إخلال الطبيب بواجب الإعلام.
- علاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر.

و طبقا للاتجاه الحديث لقضاء النقض الفرنسي لقد تم نقل عبء إثبات الحصول على الرضا المتبصر للمريض إلى عاتق الطبيب، الأمر الذي نستحسنه لما فيه من حماية للمريض و لسلامته الجسدية و احترام لإرادته.

و يرى الباحث بوجوب اتباع القضاء الجزائري لهذا النهج، ليس من باب اتباع القضاء الفرنسي، و إنما من باب تطبيق نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري تطبيقا منطقيًا و صحيحًا. حيث تنص المادة المشار إليها؛ "على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات

¹⁹³ راجع المادتين 133 و 308 من القانون المدني الجزائري.

التخلص منه". إذ أن المدين بالإعلام هو الطبيب و من المنطقي أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الالتزام في حالة النزاع حول القيمة القانونية لرضا المريض. لذلك يكفي المريض الذي يريد الرجوع على الطبيب أن يثبت تعرض سلامة جسده للضرر من جراء تدخل الطبيب بدون رضاه المتبصر. و على الطبيب في هذه الحالة إثبات أن تدخله تم بناء على إعلام مستوفي للمعلومات الأساسية المطلوبة قانونا و إلا قامت مسؤليته.

و جدير بالتنكير في هذا المقام أنه بإمكان المريض الرجوع على الطبيب حتى و إن لم يخطأ في العلاج، لأن سبب الدعوى الأصلي هو الضرر الذي أصاب المريض و الذي نتج عن تحقق المخاطر التي لم يعلمه الطبيب بشأنها قبل مباشرة العلاج. ذلك أن حجة المريض في هذه الحالة هي أنه لو علم بهذه المخاطر مسبقا لما أقدم على العلاج المقترح.

من جهة أخرى، ليس هناك ما يمنع القاضي الجزائري من الاستناد إلى نظرية تفويت الفرصة لتعويض المريض عن الضرر الجسدي الناتج عن إخلال الطبيب بالإعلام.¹⁹⁴ و سبب ذلك أن علاقة السببية بين إخلال الطبيب بالإعلام و الضرر الناتج غير مؤكدة كما تم توضيحه أعلاه.

غير أنه تجنبنا للمشاكل العملية التي يثيرها تطبيق هذه النظرية يستحسن تأسيس مسؤولية الطبيب في هذا المجال على أساس التعرض للسلامة الجسدية للمريض و عدم احترام إرادته و حقه في تقرير مصيره بنفسه، و هي حقوق مكرسة في الكثير من النصوص الجزائرية.¹⁹⁵

و لدرأ الأخطار المترتبة على المتابعات القضائية، خاصة في جانبها المالي و المعنوي، يتعين على الطبيب الجزائري تحصين مركزه المالي و القانوني بالتأمين من المسؤولية، خاصة أن المشرع الجزائري قد أدرج هذا النوع من التأمين ضمن التأمينات الإجبارية في المادة 167 من الأمر رقم 07-95 الصادر بتاريخ 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات.¹⁹⁶

و يمكن القول في الأخير بأن حق المريض في الرضا المتبصر هو أحد وسائل حماية الحرية الشخصية بما في ذلك حق الشخص في تقرير مصيره بنفسه فيما يتعلق بسلامته الصحية و الجسدية. و هو بذلك مهم بالنسبة للمريض لأكثر من سبب. فالشخص المريض يفقد الكثير من

¹⁹⁴ حيث تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي؛ "..... و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب..."

¹⁹⁵ راجع الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في ص. 72 من الرسالة.

¹⁹⁶ حيث نصت المادة 167 من قانون التأمينات الجزائري على ما يلي؛ " يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل أعضاء السلك الطبي و شبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تامينا لتغطية مسؤليتهم المدنية المهنية تجاه المستهلكين و المستعملين و تجاه مرضاهم و تجاه الغير"،

قدراته الفكرية بسبب الضغط النفسي الذي يسببه المرض. كما أن جهله لفن الطب يجعله في مركز ضعيف في العلاقة الطبية.

على أن عنصر الرضا، لا يجب أن يطغى على عنصر الثقة التي يجب أن تسود علاقة لطبيب بمريضه. من ثم فإن حصول الطبيب على الرضا المتبصر لمريضه يجب أن يكون عاملا مدعما لعنصر الثقة الموجود بينهما وليس العكس.

غير أن هناك اتفاق فقهي و قضائي على أن الرضا المتبصر للمريض هو أحسن وسيلة قانونية لحماية المريض باعتباره كما قلنا الطرف الضعيف في العلاقة. و لهذا السبب نجد الاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي يجعل عبء إثبات الرضا المتبصر على عاتق الطبيب. و في ذلك تأكيد على التزام الطبيب بالإعلام و حث على وجوب تنفيذه بأكثر دقة من ذي قبل. أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري، و في غياب الأحكام ، نأمل أن يستفيد القضاء الجزائري من التجربة الفرنسية في هذا المجال من خلال توفير الحماية الضرورية للمريض.

خلاصة الفصل:

تعرضنا في هذا الفصل إلى إثبات الرضا و الجزاء الذي يترتب على إخلال الطبيب بواجب الإعلام في مختلف الأنظمة. و بينا أنه سواء تمت متابعة الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية يتعين على الخصوم إثبات وقائع معينة أمام القضاء؛ كإثبات موافقة أو رفض العلاج من قبل المريض، خطأ الطبيب بعدم إعلام المريض، و كذا إثبات الضرر الناشئ عن ذلك و علاقة السببية بينهما. و حاولنا التركيز هنا أيضا على تجربة القانون الفرنسي باعتباره الأقرب إلى النظام الجزائري.

ففي مجال الإثبات توصلنا إلى أن القضاء الفرنسي قد نقل عبء إثبات الرضا المتبصر إلى الطبيب المعالج و ذلك في قرار شهير صدر بتاريخ 25 فبراير 1997. و قد كان لهذا التحول الأثر الكبير على ممارسي الطب و رجال القانون على السواء. فقد غير هذا القرار الاجتهاد القضائي الذي كان ساري المفعول منذ 1951، و الذي كان المريض هو المكلف بمقتضاه بإثبات إخلال الطبيب بواجب الإعلام. و جدير بالتنكير أن هذا التحول لا يخص الأطباء فحسب بل كل الملزمين قانونا أو عقديا بالإعلام.

و كانت أولى نتائج هذا التحول في المجال الطبي لجوء الأطباء إلى التحصن ضد المتابعات القضائية من خلال إعداد نماذج مكتوبة لموافقة المريض. و قد بينا أن هذه الوسائل غير ناجعة من الناحية القانونية لأنها ليست دليلاً كافياً على تلقي المريض للمعلومات اللازمة التي يسمح له بالموافقة المستنيرة.

و في ظل التطورات التي عرفها قضاء النقص الفرنسي في هذا المجال، فإن الطبيب ملزم بإثبات تزويد المريض بالمعلومات اللازمة. و طبقاً لقرارات القضاء و التشريع الساري المفعول يمكن للطبيب استعمال كل وسائل الإثبات و ليس الكتابة فقط.

و قد توصلنا أيضاً إلى أن مرد هذه التحول سعي القضاء الفرنسي لإيجاد حل مناسب لتعويض ضحايا الحوادث الطبية. فقد ضلت محكمة النقد الفرنسية مترددة لمدة طويلة من الزمن بين حماية المرضى من جهة أو حماية أهل المهنة من جهة أخرى. ثم اهتدت في السنوات الأخيرة إلى تعويض المرضى ضحايا الحوادث الطبية، في غياب الخطأ الفني للأطباء، على أساس؛

- إما الإخلال بواجب الإعلام (Défaut d' information)

- أو الخطأ المقدر (Faute virtuelle)،

- أو المسؤولية بدون خطأ. (Responsabilité sans faute).

غير أن هذه الحلول لم تكن مناسبة، لأنها و إن كانت قد ساعدت المرضى في الحصول على التعويضات اللازمة إلا أنها لم تكن عادلة في جانب الأطباء. فإذا كان ليس من العدل ترك ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض، فإنه كذلك من غير العدل تعويض هؤلاء على حساب الأطباء بدون ارتكابهم لأي خطأ فني.

و على هذا الأساس، و تداركاً للأمر، تدخل المشرع الفرنسي بالقانون المتعلق بحقوق المرضى بتاريخ 04 مارس 2002 لأجل تنظيم الكثير من المسائل العالقة و منها تعويض ضحايا الحوادث الطبية.

في هذا المجال وضع القانون الجديد نظاماً للتسوية الودية يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني. ففي حالة وقوع ضرر للمريض من جراء حادث طبي يتحصل هذا الأخير على التعويض المناسب في إطار التضامن الوطني. و بناء على ذلك لم يعد بالإمكان

للجهات القضائية متابعة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية بحكم أن هذا المجال أصبح من اختصاص الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية.

و يعني هذا من جهة أخرى عودة القضاء الفرنسي إلى نظام المسؤولية على أساس الخطأ. فعلى الراغب في الحصول على تعويض من الطبيب إثبات خطأ هذا الأخير، إهماله أو تقصيره في العلاج. و نعتقد في هذا المجال أن الدعاوى المتعلقة بالإخلال بالإعلام سوف يتقلص عددها في فرنسا بسبب وجود مصدر جديد للتعويض عن الحوادث الطبية.

و جدير بالملاحظة أن الحل الذي جاء به المشرع الفرنسي في مجال تحمل الدولة لعبء التعويض يتفق مع الفقه الإسلامي الذي وضع نظاماً لتوزيع هذا العبء بغية تحرير الطبيب من شبح المسؤولية. إذ تبقى بيت المال مصدراً رئيسياً للتعويض عن الأخطاء الطبية. مما يوحي أن الدولة مسئولة عن خطأ الطبيب إما بحكم أنها هي التي عينته و بالتالي فهو تابع لها، و إما لأنها هي التي سمحت له بمزاولة مهنة الطب.

كما أن اتجاه الفقهاء المسلمون إلى تخفيف مسؤولية الطبيب إنما أملت به طبيعة العمل الطبي الاحتمالية من جهة، و حاجة الناس إلى هذه المهنة من جهة أخرى، بحيث تتحمل الدولة من خلال بيت المال التعويض عن الأخطاء أو الحوادث التي تقع بغير قصد من الطبيب.

أما بشأن القانون الجزائري، فإن غياب المنازعات بشأن الإخلال بواجب الإعلام يوحي بالاختلافات الجوهرية في ظروف و كيفية ممارسة الطب بين ضفتي البحر الأبيض المتوسط. إذ لا يتعلق الاختلاف بالتطور الطبي فحسب، بل أيضاً بثقافة المرضى في هذا الشأن. إلا أننا نعتقد رغم ذلك بوجود اتباع القضاء الجزائري لما سار عليه نظيره الفرنسي في مجال الإثبات، ليس من باب اتباع الغير، و إنما من باب تطبيق نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري تطبيقاً منطقياً و صحيحاً. حيث تنص المادة المشار إليها؛ "على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه". إذ أن المدين بالإعلام هو الطبيب، كما سبق بيانه و من المنطقي أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الالتزام في حالة النزاع حول القيمة القانونية لرضا المريض.

أما بخصوص طرق الإثبات، فلا شك أن القاضي الجزائري سيطلب الطبيب بالدليل الكتابي في الحالات التي نص فيها المشرع الجزائري صراحة على وجوب تقديمه كتابياً كما هو الحال في عمليات نقل و زرع الأعضاء. أما في غير ذلك من الحالات، فالأمر متروك للسلطة

التقديرية للقاضي، مما يُمكن، في اعتقادنا، الطبيب الجزائري، على غرار زميله الفرنسي، من اللجوء إلى كافة طرق الإثبات (الكتابة، الإقرار، القرائن و غيرها).

من جهة أخرى، و طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، لا يمكن مسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض إلا بثبوت الخطأ من جانب الطبيب و ثبوت الضرر بالنسبة للمريض و أمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب. و هو ما يجب توافره أيضا بالنسبة لقيام مسؤولية الطبيب عند إخلاله بواجب الإعلام. من ثم لا يسأل الطبيب عن الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا توافرت الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية و هي؛

- أولا - خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب الإعلام.
 - ثانيا - الضرر المادي أو المعنوي الناتج عن هذا الإخلال.
 - ثالثا - علاقة السببية بين إخلال الطبيب بالإعلام و الضرر الناتج.
- و قد تعرضنا للمشاكل العملية التي يثيرها إثبات هذه العناصر خاصة منها علاقة السببية. إذ من الصعب إثبات العلاقة بين الضرر الحاصل، بمفهومه التقليدي، و إخلال الطبيب بواجب الإعلام. يضاف إلى ذلك مشاكل توظيف نظرية تفويت الفرصة.

فرغم أن الإخلال بواجب الإعلام ميدان خصب لتوظيف هذه النظرية إلا أنه ليس هناك إجماع بين الفقه و القضاء الفرنسيين على تبني نظرية تفويت الفرصة رغم اعتمادها منذ سنين طويلة في مختلف المجالات من قبل القضاء الفرنسي. و قد برر الرافضون للنظرية موقفهم بصعوبة التكهن بسلوك المريض لو تم إعلامه قبل مباشرة التدخل الطبي من جهة، و صعوبة تقدير التعويض المناسب الذي يرتبط باحتمال رفض المريض للعلاج.

و وفقا لما استقر عليه الوضع حاليا في فرنسا، و تطبيقا لنظرية تفويت الفرصة، يتم تعويض المريض الذي لم يحصل على الإعلام اللازم بشأن مخاطر التدخل الطبي إما تعويضا كاملا(التعويض عن الضرر الجسدي) و إما تعويضا جزئيا(التعويض عن الضرر المعنوي) و سبب هذا التباين هي المشاكل التي يثيرها تطبيق هذا النظرية من الناحية العملية.

و إذا كانت النصوص الجزائرية تسمح للقاضي الجزائري باعتماد نظرية تفويت الفرصة للتعويض عن الضرر الجسدي الناتج عن إخلال الطبيب بالإعلام، إلا أنه تجنبنا للمشاكل العملية التي يثيرها تطبيق هذه النظرية يستحسن تأسيس مسؤولية الطبيب في هذا المجال مباشرة على

المساس بالسلامة الجسدية للمريض و عدم احترام إرادته و حقه في تقرير مصيره بنفسه، و هي حقوق مكرسة في الكثير من النصوص الجزائية.

و يمكن القول في الأخير بأن حق المريض في الرضا المتبصر هو أحد وسائل حماية الحرية الشخصية بما في ذلك حق الشخص في تقرير مصيره بنفسه فيما يتعلق بسلامته الصحية و الجسدية. على أن عنصر الرضا، لا يجب أن يطغى على عنصر الثقة التي يجب أن تسود علاقة الطبيب بمريضه. من ثم فإن حصول الطبيب على الرضا المتبصر من مريضه يجب أن يكون عاملاً مدعماً لعنصر الثقة الموجود بينهما و ليس العكس. و مع ذلك يبقى الرضا المتبصر أحسن أداة قانونية لحماية حق الشخص في سلامة كيانه البدني و العقلي.

غير أن بعض التدخلات الطبية الحديثة كعمليات نقل الأعضاء و التجارب الطبية تشكل بطبيعتها مساساً جسيماً بسلامة الفرد الجسدية. و يثور التساؤل حول مدى كفاية رضا الشخص لتحقيق الحماية القانونية المنشودة عند الخضوع لمثل هذه التدخلات الطبية، و هو ما يشكل موضوع الباب الثاني من الرسالة.

الباب الثاني

الرضا المتبصر في مجال نقل الأعضاء و التجارب الطبية

" من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل "

حديث شريف

مقدمة:

تبعاً للدراسة التحليلية لرضا المريض عن الأعمال الطبية التقليدية وجزاء الإخلال به، التي تناولناها في الباب الأول من هذه الرسالة، نتعرض في الباب الثاني إلى أهم المشاكل التي تثيرها موافقة المريض أو غيره من الأطراف المعنية في بعض التدخلات الطبية الحديثة.

فمن بين مكتسبات العلم الحديث طرقاً طبية أثارت جدلاً كبيراً على الصعيد الديني، الأخلاقي والقانوني إما بسبب انتفاء الغرض العلاجي منها أو عدم وضوحه، كالقتل بدافع الشفقة، التعقيم، الهندسة الوراثية، التلقيح الصناعي، الاستنساخ، وإما بسبب مساسها بالسلامة الجسدية للأشخاص و تعريضها لأخطار جسيمة أو بسبب المساس بحرمة الجثث كما هو الأمر في عمليات نقل و زرع الأعضاء و التجارب الطبية.

و ما يهمننا من بين هذه الطرق الحديثة سوى ما يتفق منها مع أحكام الشريعة الإسلامية. من ثم، سنركز في هذه الدراسة على نموذجين من هذه الأساليب و هما استقطاع الأعضاء البشرية لغرض الزرع و التجارب الطبية و ذلك بسبب بروز الدور الأساسي فيهما لرضا الفرد. و سنتناول بداية الأساس الشرعي و القانوني لعمليات نقل الأعضاء ثم نلي ذلك بدراسة أهم النقاط التي يثيرها الحصول على موافقة الأطراف المعنية بهذه العمليات. و على نفس النهج نتناول بعد ذلك الأساس الشرعي و القانوني للتجارب الطبية ثم نتعرض لأحكام الرضا في هذا المجال. و لقد اعتمدنا تقسيم هذا الباب إلى فصول ثلاث كالتالي؛

- الفصل الأول: الإطار الشرعي و القانوني لعمليات نقل الأعضاء.
- الفصل الثاني: أحكام الرضا في مجال عمليات نقل الأعضاء.
- الفصل الثالث: مشكلة للتجارب الطبية.

الفصل الأول

الإطار الشرعي و القانوني لعمليات

نقل و زرع الأعضاء

مقدمة:

من بين الأساليب الطبية الحديثة التي تطورت بشكل ملحوظ في الربع الأخير من القرن الماضي نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية. إذ أصبح من الممكن نقل الأعضاء أو أجزاء منها من شخص لآخر سواء كان الأول حيا أو ميتا.

و تتجلى أهمية هذه الوسائل في كونها كثيرا ما تساعد على استمرار حياة الإنسان بعد إصابته بأمراض، ظلت إلى وقت قريب، قاتلة. كما تساعد الإنسان على التخلص من الآلام و المعاناة الناتجة عن بعض الأمراض، أو استرجاع عافيته على إثر توقف بعض الأعضاء عن أداء وظائفها لأسباب مختلفة. فمن المعلوم أن الاضطرابات الصحية الناتجة عن الحوادث أو التلوث تسبب للإنسان عجز كلي أو جزئي يمنعه من أداء وظائفه الاجتماعية المختلفة بالشكل المطلوب.¹

و رغم ما حققته عمليات نقل و زرع الأعضاء من منافع اجتماعية و فردية إلا أنها تثير الكثير من الاختلافات في الآراء بين رجال القانون و الطب و علماء الدين و غيرهم من المهتمين بهذا المجال . و على هذا الأساس سنتناول في هذا الفصل مختلف الجوانب التي تثيرها هذه العمليات من الناحية الدينية و القانونية أو ما يشكل بصفة عامة الإطار الشرعي و القانوني لعمليات نقل الأعضاء، و ذلك في المباحث التالية؛

- المبحث الأول: حكم الشريعة الإسلامية بشأن نزع الأعضاء،
- المبحث الثاني: ضوابط نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي و التشريعات العربية،
- المبحث الثالث: الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء،
- المبحث الرابع: الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء،

المبحث الأول: حكم الشريعة الإسلامية بشأن نزع الأعضاء:

لقد تعرضنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى حرمة الجسم البشري في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.² و توصلنا إلى أن هذه الحرمة كاملة و ثابتة للكائن

¹ د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 450.
² راجع الفصل التمهيدي من هذه الرسالة.

البشري سواء كان حيا أو ميتا. و منه تعرضنا للشروط الشرعية و القانونية التي يجب مراعاتها بشأن المساس بهذا الجسم بخصوص التدخلات الطبية العلاجية المحضة.
غير أن عمليات نقل الأعضاء تختلف عن التدخلات الطبية المحضة من حيث أنها تتطلب المساس بجسم شخص سليم يعرض سلامته البدنية للخطر من جراء عملية اقتطاع العضو. فهل يحق للشخص من الناحية الشرعية أن يعرض نفسه للأذى من خلال السماح للطبيب بأن يقطع عضوا من جسمه لأجل إنقاذ حياة الغير؟

من جهة أخرى إن المساس بجثث الموتى يواجه هو الآخر الكثير من العقبات، باعتبار أن جثة الإنسان لها هي الأخرى حرمة مؤكدة في مختلف الشرائع و القوانين. من ثم هل يجوز أيضا، من الناحية الشرعية، المساس بالجثث و اقتطاع الأعضاء منها لغرض العلاج؟

ترتبط شرعية التدخل الطبي بالغرض من التدخل. فإذا كان الغرض شرعيا جاز للطبيب مباشر العمل الطبي المناسب و لو شمل ذلك قطع جزء من جسم المريض إنقاذا لحياته.³ غير أنه يطرح التساؤل حول شرعية اقتطاع الطبيب لجزء من إنسان حي أو ميت لغرض زرعه في جسم إنسان آخر مريض؟.

فإذا كان الشطر الثاني من هذا العمل لا يثير إشكالا من الناحية الشرعية بالنسبة للمريض المتلقي للعضو بحكم أنه يدخل ضمن الأعمال الطبية العلاجية، فإن الإشكالية التي يثيرها الشطر الأول من هذا العمل هي مدى شرعية اقتطاع جزء من إنسان سليم لا يشكو من أي مرض لغرض نقله لإنسان آخر مريض. و وجه الصعوبة في هذه المسألة كما يرى الفقهاء هي انتفاء حالة الضرورة الصحية لدى المتبرع، لأن الغرض هو تحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر.⁴ و الحال كذلك يتعين بحث شرعية العمل الطبي الذي يشمل المساس بجسم إنسان سليم أو جثة إنسان ميت لمصلحة شخص آخر، و هو ما سيشكل موضوع المطلبين المواليين.

المطلب الأول: حكم الشريعة بشأن نقل الأعضاء بين الأحياء:

³ فخر الدين عثمان الزيلعي، " تبيين الحقائق و شرح كنز الدقائق"، الجزء الخامس، القاهرة، 1311 هـ، ص. 190، راجع كذلك، أبو بكر بن سعود الكاساني، " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السابع، القاهرة، 1910، ص. 190.
⁴ د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص. 79.

يشير بعض الفقه⁵ إلى أنه لا وجود لنص صريح في الكتاب أو السنة يعالج مسألة استقطاع الأعضاء البشرية لغرض زرعها في جسم إنسان آخر، باستثناء بعض النصوص القرآنية التي تجيز الانتفاع بلبن المرضعات كقوله عز و جل؛ " و المرضعات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"⁶، و قوله عز و جل؛ "...فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"⁷.
فقد اتفق الفقهاء على إمكانية الانتفاع بلبن الأمهات في الشرع الإسلامي باعتباره منفصلا عن جسمها و ذلك لوجود آيات بينات في هذا المعنى و تعود و تعارف الناس على ذلك. إذ أن لبن الأم مخصص بطبيعته للخروج من جسم المرأة لينتفع به غيرها.⁸
أما الأعضاء و الأنسجة الأخرى التي يتطلب استقطاعها المساس بسلامة الجسم فقد اختلف الفقهاء حول مشروعيتها، إذ يندرج ذلك ضمن المسائل الاجتهادية نظرا لعدم وجود نصوص صريحة بشأنها في القرآن أو السنة. و عليه فقد اعترض بعض الفقه على هذه الوسيلة، في حين اتجه آخرون إلى تأييدها و لكل فريق منهما حججه.

الفرع الأول: الاتجاه القائل بعدم مشروعية التبرع بالأعضاء:

يرى بعض الفقهاء⁹ بعدم جواز قطع جزء من الأدمي لأدمي آخر و لو في حالة الضرورة، و سواء كان ذلك لغرض الأكل أو التداوي به. إذ لا يباح أي شيء، وفقا لهذا الاتجاه، من الأدمي المعصوم الحي و لو كان مضطرا، و سواء كان مسلما أو كافرا لأن علة المنع هي صيانة كرامة

⁵ د. علي داود الجفال، "المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي منها"، رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، 1985، ص. 123.

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ سورة الطلاق، الآية 6.

⁸ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 533.

⁹ لعرض تفصيلي لهذا الاتجاه راجع، د. عبد السلام عبد الرحيم السكري، "نقل و زرع الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي"، القاهرة، دار المنار، 1988، ص. 104 و ما بعدها. من أنصار هذا الاتجاه أيضا، الشيخ محمد متولي الشعراوي، "الشيخ الشعراوي و قضايا حائرة تبحث عن حلول"، دار النشر هاتيه، 1996، ص. 45 و ما بعدها. انظر كذلك مقالته في جريدة عقيدتي عن نقل الأعضاء، عدد 194، بتاريخ 1996/08/13. د. عقيل بن أحمد العقيلي، "حكم نقل الأعضاء"، مكتبة الصحابة، جدة، 1992، ص. 60 و 81. د. حسن علي الشاذلي، "حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي"، كتاب الجمهورية، 1989، ص. 303. د. أحمد عبد الكريم سلامة "حكم نقل الأعضاء البشرية"، بحث غير منشور، ص. 12. د. يوسف قاسم، رأيه في مجلة الوعي الإسلامي، العدد السادس، السنة 48، يوليو 1994. د. محمد عبد الغفار الشريف، رأيه في مجلة الوعي الإسلامي، العدد 54، يوليو 1995. د. صفوت حسن لطفي، "أسباب تحريم نقل و زراعة الأعضاء الأدمية"، القاهرة، 1992، ص. 15. راجع أيضا، أحمد محمد العمر، "نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم"؛ دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997، ص. 37. د. عبد الفتاح محمود إدريس، "حكم التداوي بالمحرمات"، الطبعة الأولى، 1993، ص. 303.

أما الفقه الإسلامي القديم فقد حرم اقتطاع الأعضاء قياسا على عدم جواز اقتطاع الإنسان لجزء من جسده ليأكله في حالة الضرورة و قد سار على هذا الاتجاه الفقه الحنفي. راجع مثلا، ابن نجيم "الأشباه و النظائر" مؤسسة الحلبي، 1968، حيث جاء في الصفحة 87، " و لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر و لا شيء من بدنه". انظر كذلك الكاساني، "بدائع الصنائع"، الجزء السابع، ص. 177. راجع في الفقه المالكي، أحمد بن محمد بن أبي حامد العدوي الشهير بالدردير "الشرح الكبير على مختصر خليل"، دار إحياء الكتب العربية، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، بدون تاريخ، ص. 103. راجع في الفقه الشافعي، محمد الشريبي الخطيب، "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، مؤسسة الحلبي، الجزء الرابع، 1958، ص. 310.

الأدمي بشكل عام. حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن لا يجوز للمضطر إبقاء نفسه بإتلاف غيره¹⁰. و قد استدلت هؤلاء بأدلة من القرآن و السنة.

الأدلة الشرعية المستمدة من القرآن:

1- قوله عز و علا، "...و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة و احسنوا إن الله يحب المحسنين".¹¹ و وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه و تعالى قد نهى الناس على ارتكاب الأفعال التي تؤدي إلى هلاكهم، و أن سماح الفرد باقتطاع جزء من جسده هو بمثابة سعي منه لإهلاك نفسه في سبيل إحياء غيره. و الإنسان، كقاعدة عامة، أولى بنفسه من غيره. كما من بين شروط التبرع أن يكون المتبرع مالكا للشئ المتبرع به أو مفوضا في ذلك من المالك. إلا أن الإنسان غير مالك لجسده لأن مالك الرقبة هو الله عز و جل، و لا هو مفوض أيضا لأن التفويض يستدعي الإذن و لا إذن له من الله.

2- و يقول الله عز و علا، أيضا؛ "و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا"¹². حيث نهى الله سبحانه و تعالى الإنسان عن قتل نفسه أو غيره. و النهي الذي جاءت به الآية نهى عام يشمل كافة الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى الوفاة و منها التبرع بجزء من الجسد إلى شخص آخر. من ثم لا يجوز الاتفاق على استقطاع عضو لغرض الزرع لمخالفته منهج التشريع الإسلامي، من حيث عدم امتلاك الفرد لأي جزء من جسده. ذلك أن إزالة منفعة العضو المقطوع فيه ضرر محقق. كما أن موافقة الشخص على الاقتطاع فيها عدوان على الجسد و إبطال لمنافعه و ظلم للنفس بما يؤدي إلى الإتلاف و التقاعس عن أداء العبادات و الواجبات.¹³

3- قوله تعالى أيضا؛ " و كتبنا عليهم فيها أن النفسَ بالنفسِ و العينَ بالعينِ و الأنفَ بالأنفِ و الأذنَ بالأذنِ و السنَّ بالسن و الجروحَ قصاصاً".¹⁴ و قوله تعالى " من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا و من أحيها فكأنما أحيأ الناس جميعا".¹⁵

¹⁰ الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، " مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر"، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1316 هجري، ص. 524، راجع أيضا؛ بجبرمي على الخطيب، (حاشية للشيخ سليمان البجيرمي)، الجزء الرابع، دار المعارف، بيروت، بدون تاريخ، ص. 293.

¹¹ سورة البقرة، الآية 195.

¹² سورة النساء، الآية 29.

¹³ يقول السكري في هذا الصدد أن الشخص الذي أفسد عضوا من أعضائه لغرض التبرع، يكون قد اعتدى و ظلم و أن الله عز و جل لن يصلحه له يوم القيامة و يبقيه على الصفة التي يكون عليها عقابا له عما فعل...!؛ د. عبد السلام عبد الرحيم السكري، المرجع السابق، ص. 111.

¹⁴ سورة المائدة، الآية 45.

و تفيد هاتان الآيتان، في نظر هؤلاء، حرمة النفس و الأعضاء، إذ أعطت الآية الأولى للجوارح حرمة مشابهة لحرمة النفس. فكما لا يجوز المساس بحرمة النفس بدون وجه حق لا يجوز المساس بأي عضو من أعضائها.¹⁶

4- قوله تعالى؛ " و لقد كرّمنا بني آدم "17، و هو ما يدل على تكريم الله عز و جل للإنسان و يفرض على الأدمي المحافظة على جسمه على النحو الذي أمر به الشرع.¹⁸ و عليه فإن نقل الأعضاء يتنافى مع هذا التكريم، إذ لا يجوز تحويل أعضاء الإنسان الذي كرمه الله عز و جل إلى سلعة تباع و تشتري كما يقع في الكثير من البقاع.

5- قوله عز و جل؛ " و لأمرنهم فليُغَيِّرَنَّ خلق الله "19، إذ تحرم الآية صراحة تغيير خلق الله. و معلوم أن الآية قد نزلت بشأن الأنعام إلا أن ذلك لا يجعلها خاصة بالأنعام فقط لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. من ثم فإنها تشمل أيضا نقل الأعضاء من شخص لآخر باعتبار أن في ذلك تغيير لخلق الله كما يرى هذا الجانب من الفقه.²⁰

6- قوله تعالى عز و جل؛ " و من يبديل نعمة الله من بعد ما جاءته فإن الله شديد العقاب "21. إذ يعتقد أصحاب هذا الاتجاه أن نقل الأعضاء بتبديل لنعمة الله لأن المتبرع بالعضو يتنازل عن نعمة التمتع بالعضو الذي منحه الله إياه²². و لا عبرة بكون هذه الآية قد نزلت في حق بني إسرائيل، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما سبقت الإشارة إلى ذلك.²³ و قد توعد الله من يبديل نعمته بالعقاب الشديد و لا يكون ذلك إلا إذا كان الفعل محرما.

7- قوله تعالى أيضا؛ " أنستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير "24. حيث أن التبرع بالأعضاء هو استبدال للذي هو أدنى بالذي هو خير. و هو أيضا اختيار لما هو دون الأكمل و الأنفع. و إذا كان الله عز و جل قد عاتب بني إسرائيل على تبديل وقع منهم في أمور مباحة

¹⁵ سورة المائدة، الآية 32.

¹⁶ د.محمد مصطفى الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب و الدين"، دار الحديث، مصر، 1993، ص.55.

¹⁷ سورة الإسراء، الآية 70.

¹⁸ شمس الدين أحمد بن قوادر المعروف باسم " قاضي زادة"، "نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار"، مطبوع بهامش فتح القدير، الجزء العاشر، ص. 279.

¹⁹ سورة النساء، الآية 119.

²⁰ د.محمد مصطفى الذهبي، المرجع السابق، ص. 56.

²¹ سورة البقرة، الآية 211.

²² د. محمد مصطفى الذهبي، مرجع سابق، ص. 52.

²³ راجع بهذا الشأن محمد بن أحمد عبد الله القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"، الجزء الثالث، دار الكتب المصرية، 1935 ص.8.

²⁴ سورة البقرة، الآية 61.

(الطعام) فمن باب أولى عدم إجازة التبديل بنزع الأعضاء الذي ينقل صاحبه من الكمال إلى النقص.²⁵

8- قوله تعالى؛ " ثم لتسألن يومئذ عن النعيم"²⁶، حيث أن صحة الإنسان و عافيته في بدنه هي من النعم التي سيسأل عنها يوم القيامة²⁷. إذ يفسر بعض العلماء كلمة النعيم الواردة في الآية بأنها الأمن و الصحة.²⁸ في حين يرى البعض الآخر أن المراد بالنعيم هي العافية،²⁹ و هو ما يتفق مع ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال؛ " إن أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم، فيقول ألم نصح لك جسديك".³⁰

ثانياً: مناقشة الأدلة المستمدة من القرآن :

يرى الكثير من الفقهاء أن الأدلة المقدمة أعلاه، و إن كانت صحيحة، تبقى محل نظر لأنها غير كافية لتحريم الاستفادة من الأعضاء البشرية و ذلك للأسباب التالية؛

1- إن التبرع بالأعضاء البشرية لا يؤدي إلى إتلاف النفس كمبدأ عام، و إن كان بالإمكان إحداث ذلك الأثر عند انتزاع بعض الأعضاء الحيوية كالقلب و الكبد. يضاف إلى ذلك أنه يشترط لنقل الأعضاء ألا يترتب على نقل العضو تعريض حياة المتبرع للموت أو الضرر. من ثم فإن إباحة نقل الأعضاء، متى كان ذلك ممكناً، تخضع لضوابط كثيرة سنتعرض لها لاحقاً.

2- و بخصوص الآيتين 32 و 45 من سورة المائدة فإنهما غير مرتبطتين بموضوع الجدل. إذ أنهما تخصان تجريم المساس بالنفس و الأعضاء عن طريق الظلم و العدوان. في حين أن نقل الأعضاء يتم برضا الطرف المتبرع بنية مساعدة الطرف المريض و هو عمل مستحسن. إذ أباح الشرع الإسلامي الكثير من الأفعال التي يقوم بها الإنسان لمصلحة غيره على الرغم من تعرضه فيها للهلاك؛ كإنقاذ الغرقى و الحرقى و غيرهم، و هي من الأفعال المفضلة عند الله.³¹ و يراعى في هذا الجانب التكريم الذي خص الله به عباده من حيث اشتراط التبرع بدون مقابل، و تقدير الضرورة بقدرها بحيث لا يلجأ إلى نقل العضو إلا كحلٍ أخير و دفن ما بقي من العضو المستقطع بمناسبة عملية النقل.

²⁵ د.محمد مصطفى الذهبي، مرجع سابق، ص. 53.

²⁶ سورة التكاثر، الآية 8.

²⁷ د.محمد مصطفى الذهبي، مرجع سابق، ص. 54.

²⁸ راجع مثلاً تفسير ابن كثير، الجزء الرابع، ص. 547.

²⁹ القرطبي، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص. 257.

³⁰ شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، "فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء الأول، بدون سنة، ص. 247.

³¹ د.محمد باقر الصدر، "دروس في علم الأصول"، دار الكتاب اللبناني، بيروت، الجزء الأول، 1986، ص. 314.

3- أما بشأن الدفع المتعلق بتغيير خلق الله، فإن المقصود به التغيير الضار و الذي يكون بلا سبب. أما إذا كان لسبب مشروع فلا مانع منه، و مثاله بتر العضو المريض لإنقاذ حياة الشخص أو التبرع به لإنقاذ مريض آخر من الهلاك.³²

4- أما القول بأن نقل الأعضاء فيه تبديل لنعمة الله المتمثلة في الصحة و العافية، فإنه يكون صحيحا إذا تسبب العبد في أتلاف صحته و عافيته بالطرق غير الشرعية. بيد أن تبرع الإنسان بأحد أعضائه تحكمه ضوابط كثيرة كما سبقت الإشارة إليه، أهمها التأكد من أن انتزاع العضو لا يعرض المتبرع لخطر أكبر.

ثالثا: الأدلة الشرعية المستمدة من السنة:

من الأحاديث النبوية التي استند عليها هذا الاتجاه في تحريم استقطاع الأعضاء لغرض الزرع؛

1- ما رواه البخاري في صحيحه بسند عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ص) " يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار و تقوم الليل؟، قلت بلى يا رسول الله. قال فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينك و نفهت نفسك و إن لنفسك حقا و لأهلك حقا فصم و افطر و قم و نم ".³³ و هو ما يفيد وجوب الاعتناء بالجسد و العمل على راحته و إعطائه ما يحتاجه من ضرورات الحياة ليكون صاحبه أقدر على عبادة ربه. فإذا أهمله صاحبه و اعتدى عليه كما في حالة التبرع بالأعضاء فإن من شأن ذلك أن يضعفه عن أداء واجباته نحو نفسه و أسرته. لذلك شدد العلماء على حرمة الجسم البشري بمنع التدخلات الماسة بسلامته إلا ما كان منها لغرض علاجي.

2- ما رواه أبو داود بسنده إلى عمرة بنت عبد الرحمان عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله (ص) قال: "كسر عظم الميت ككسره حيا".³⁴

³² شعلان سليمان محمد السيد حمده، " نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص. 244.

³³ بن بردية البخاري، " صحيح البخاري" الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، 852 هـ، ص. 51. أو " صحيح البخاري" الجزء الثالث، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1970، ص. 178.

³⁴ الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، " سنن أبو داود " الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1403 هـ الموافق ل 1983 م ص. 212، راجع كذلك، السيوطي، " الجامع الصغير"، الجزء الرابع، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1935، ص. 550، حيث ورد الحديث بلفظ آخر "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم" و قال أخرجه الإمام أحمد و أبو داود و ابن ماجه.

و وجه الدلالة من هذا الحديث أن حرمة الإنسان قائمة سواء كان حيا أو ميتا. من ثم فإن سماح الشخص لنفسه بأن يقتطع الطبيب جزءاً منه لغيره فيه اعتداء من كل منهما على هذه الحرمة و انتهاك للكرامة التي خص الله بها بني آدم.

من جهة أخرى، لا يمكن للإنسان، حيا كان أو ميتا، أن يكون محلا للمعاملات. فالإنسان ليس مالا³⁵، " لا في الشرع و لا في الطبع و لا في العقل." ³⁶

3- كما يستند أنصار هذا الاتجاه إلى ما رواه بن العباس رضي الله عنه أن الرسول (ص) قال؛ "لا ضرر و لا ضرار". ³⁷ و قد فسر الفقهاء هذا الحديث بأنه لا يجوز الإضرار بالغير ابتداء و لا جزاء. و عليه فإن قطع العضو من شخص للتبرع به للغير فيه ضرر محقق للمتبرع. من جهة أخرى، يشترط لإصلاح الضرر في الشريعة الإسلامية إلا يؤدي ذلك إلى أضرار أخرى. و الضرر محرم شرعا كأصل عام.

4- يضيف هؤلاء أن الشريعة الإسلامية قد صانت "كرائم أموال الناس" ³⁸ في التشريع الخاص بالزكاة. فقد ثبت عن رسول الله (ص) أنه أوصى معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما بعثه إلى اليمن فقال؛ "إنك تقوم على قوم من أهل الكتاب فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله، فإذا عرفوا الله فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في يومهم و ليلتهم، فإذا فعلوا الصلاة فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاة في أموالهم و ترد على فقرائهم فإذا أطاعوا فخذ منهم و توق كرائم أموال الناس". ³⁹

و وجه الدلالة من هذا الحديث أن الشريعة الإسلامية تراعي تعلق النفس البشرية بالأشياء الثمينة في تشريع الزكاة، و من باب أولى أن تحظى صحة الفرد بحرمة أشد على اعتبار أن حرمة المال أقل بكثير من حرمة النفس.

³⁵ د. عثمان سعيد عثمان، "استعمال الحق كسبب للإباحة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968، ص. 172، الكاساني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص. 140. قاضيخان، "الفتاوى الهندية"، الجزء الرابع، المطبعة الميمنية، مصر بدون تاريخ، ص. 295.

³⁶ د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية... المرجع السابق، ص. 95، الكاساني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص. 140، الزيلعي،

الجزء السادس، مرجع سابق، ص. 138، الحطاب، "مواهب الجليل"، الجزء الرابع، القاهرة، 1316 هـ، ص. 263 و 264.

³⁷ محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعابى، "سبل السلام، شرح بلوغ المرامح من أدلة الأحكام للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني"، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بدون تاريخ، ص. 84.

³⁸ يقصد بكرائم أموال الناس، ما يملكه الفرد من حلى ذهبية أو أحجار كريمة و تكون لها مكانة خاصة في قلب صاحبها كالقلائد أو الأقراط النسوية و ما شابهها. راجع، د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 533.

³⁹ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المرجع السابق، ص. 85.

5- و في حديث آخر ثبت عن الرسول (ص) أنه قال لرجل؛ " ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل شيء عن ذي قرابتك شيء فهكذا و هكذا "40.

و وجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول (ص) قد وضع ترتيباً بشأن الاعتناء بالنفس و الغير، على أن يبدأ الإنسان بنفسه، و من باب أولى ألا يتلف الإنسان نفسه لإحياء غيره.

6- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال؛ قال رسول الله (ص) " من قتل نفسه بحديدة فحديته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلداً فيها أبداً، و من شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالدا مخلداً فيها أبداً، و من تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلداً فيها أبداً".41

و عن ابن عمر رضي الله عنه قال: رأيت رسول الله (ص) يطوف بالكعبة و يقول " ما أطيب ريحك، و ما أعظمك و أعظم حرمتك، و الذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله من حرمتك، ماله و دمه و أن لا نظن به إلا خيراً".42

و وجه الدلالة من هذين الحديثين أن الرسول (ص) يؤكد على حرمة النفس البشرية و من ثم تحريم قتل الإنسان نفسه أو بالاعتداء عليه من قبل الغير و كذا حرمة المساس بأطرافه سواء من نفسه أو غيره.

من جهة أخرى، أشار أصحاب هذا الاتجاه إلى ما كتبه علماء الشريعة في مجال حماية كرامة الإنسان و لو كان كافراً، و أن التداوي مشروع عن طريق استخدام عظم الحيوان باستثناء عظم الخنزير و الأدمي و ذلك على أساس عدم الطهارة بالنسبة للأول في اعتقاد البعض، أو لتعارض ذلك مع كرامة الإنسان بالنسبة للثاني في اعتقاد آخر.43

فقد نهى الرسول(ص) عن التداوي بالمحرمات و من بينها أن يتلف الإنسان نفسه بغية إحياء غيره. و يؤكد بعض علماء المالكية عدم جواز انتهاك حرمة آدمي لآخر سواء كان حياً أو ميتاً. و ذهب بعض علماء الشافعية إلى أنه لا يجوز للإنسان إتلاف نفسه لإبقاء غيره و لو كان

40 رواه أحمد و مسلم و أبو داود و النسائي، راجع؛ محمد بن علي محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص. 128، راجع أيضاً؛ د. عبد السلام عبد الرحيم السكري، المرجع السابق ص. 118.

41 صحيح مسلم، الجزء الأول، ص 103 و 104.

42 رواه ابن ماجة في سننه، الجزء الثاني، ص. 1297 و 1298.

43 د. أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية" المرجع السابق، ص. 100 و ما بعدها.

مضطرا ما لم يكن ذلك نبيا⁴⁴. في حين يرى بعض الحنابلة أنه إذا لم يجد المضطر شيئا مباحا و لا محرما فلا يبيح له ذلك "أكل بعض أعضائه لأنه يتلفه لتحصيل ما هو موهوم"⁴⁵.

و قال آخرون " إذا لم يجد المضطر شيئا لم يبيح له أكل بعض أعضائه لأنه ربما قتله، فيكون قاتلا لنفسه، و لا يتيقن حصوله البقاء بأكله، و إن لم يجد إلا آدميا محقون الدم لم يبيح له قتله إجماعا و لا إتلاف عضو منه مسلما كان أو كافرا لأنه مثله، فلا يجوز له أن يبيح نفسه بإتلافه و هذا لا خلاف عليه"⁴⁶.

و ينتهي هذا الاتجاه إلى أن جسد الإنسان ليس مملوكا له، و إنما هو ملك خالص لله عز و جل و لا يحق له التصرف فيه بالبيع و الشراء أو الهبة و التبرع، لأن جسم الإنسان مكرم حيا كان أو ميتا. و المسلم مسئول عن إتلافه العمدي لأي عضو من أعضائه و عن اقترا به من مواطن التهلكة. فيجب عليه أن يبتعد عن كل أمر يلحق به الأذى أو الضرر بحكم أن الله عز و علا خلقه في أحسن تقويم ؛ " لقد خلقنا الإنسان في احسن تقويم"⁴⁷ من ثم فإن قطع أي جزء من جسم الإنسان أو إزالته يتعارض مع هذه الآية بحكم أن جسم الإنسان لا يحتوي على أعضاء زائدة.

و جدير بالتنكير في هذا المقام أن التحريم، طبقا لهذا الاتجاه، يمتد إلى نقل الأعضاء من جثث الموتى، لأن الجسد ملك لله و هو أيضا محل تكريم و حرمة. و هو ما ينتج عنه بطلان الوصية بالتصرف في أعضاء الموصي أيا كان الغرض من ذلك، لأنه من شروط الوصية، كما هو معلوم، أن يكون الموصي مالكا للشيء الموصي به و الموصي في هذه الحالة غير مالك لجسده.

يضاف إلى ذلك أنه من شروط الوصية ألا تكون بمعصية. إلا أن استقطاع الأعضاء من الجثة قد يشكل تمثيلا بها و هو ما يخالف ما أمر به الرسول(ص) حيث قال؛ " و لا تمثلوا"⁴⁸ إشارة إلى تحريم التمثيل بجثث الإغلاء أثناء الغزوات.

⁴⁴ الشريبي الخطيب، " مغنى المحتاج"، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1347 هـ، ص. 310.
⁴⁵ منصور بن إدريس البهوتي، "كشاف القناع"، الجزء السادس، مكتبة النصر، الرياض، 1947، ص. 198، انظر كذلك، د. شوقي عبده الساهي، " الفكر الإسلامي و القضايا الطبية المعاصرة"، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1990، ص. 195.
⁴⁶ محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، " المغني على مختصر الخراقي"، عالم الكتاب، بيروت، 1347 هـ. ص. 601.
⁴⁷ سورة التين، الآية 4.
⁴⁸ الأمام مسلم بن الحجاج، " صحيح مسلم"، المجلد الرابع، كتاب الشعب، القاهرة، بدون سنة، ص. 331.

أما بشأن القاعدة الشرعية " الضرورات تبيح المحظورات "، يرى بعض الحنفية و جانب من المالكية و الحنابلة أن الضرورة لا تبرر انتفاع الإنسان بأجزاء إنسان آخر و لو كان ميتا أو غير معصوم الدم⁴⁹ و ذلك حفاظا على كرامة الإنسان و تجنبنا لهلاكه. كما لا يجيز الظاهرية الانتفاع بأجزاء الأدمي إلا ما وجد نص صريح بإباحته كاللبن.⁵⁰

رابعاً: مناقشة الأدلة المستمدة من السنة:

ما قيل بشأن الأدلة المستمدة من القرآن يبقى صحيحا بالنسبة للأدلة التي اعتمدها هذا الفريق و المستمدة من السنة. فكل أحاديث الرسول (ص) تحرم الاعتداء على حرمة الأدمي سواء من حيث النفس أو الأعضاء متى تم ذلك بطريق العدوان أو لغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة. من ثم فإن المساس المحرم في الأحاديث المذكورة هو المساس الذي لا يحقق مصلحة، أما إذا كان يحقق مصلحة مشروعة فلا بأس به. لهذا السبب أجاز بعض الفقهاء شق بطن المرأة و إخراج الجنين منها إذا تأكد الطبيب من حياته.⁵¹ كما أن المساس بجسم الحي لا يعتبر اعتداء عليه لأنه يتم عادة برضا صاحبه و لغرض تحقيق مصلحة إنسانية و هي المحافظة على حياة إنسان آخر حتى و لو اقترنت هذه المساعدة ببعض المخاطر و ذلك قياسا على إنقاذ الغرقى و الحرقى.

من جهة أخرى إن التبرع بأحد الأعضاء لا يؤدي في كل الأحوال إلى إتلاف النفس. بل إن التبرع ببعض الأعضاء لا يضر نقلها أصلا كنقل الأعضاء المتجددة في الإنسان مثل الدم و غيره.⁵²

الفرع الثاني: الرأي القائل بمشروعية التبرع بالأعضاء البشرية:

على خلاف الرأي السابق، يتجه جمع كبير من الفقه الحديث إلى أن اقتطاع الأعضاء البشرية من الإنسان سواء كان حيا أو ميتا، لغرض زرعها في جسم إنسان آخر ليس فيه ما يخالف الشرع الإسلامي متى تم ذلك وفقا لقيود و ضوابط معينة. و قد وافقهم في ذلك العديد من المؤتمرات و الفتاوى الصادرة من لجان الفتوى في مختلف الدول العربية و الإسلامية.⁵³

⁴⁹ كالكاقر أو المرتد عن دينه أو من و كل من يحق قتله كالزاني المحصن (المزوج).

⁵⁰ أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، " المصلى "، الجزء الأول، دار الطباعة المنيرية، القاهرة، 1352 هـ، ص. 34.

⁵¹ شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص. 250. راجع أيضا، د. عبد السلام السكري، مرجع سابق، ص. 115 و 116.

⁵² شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص. 249.

⁵³ راجع على سبيل المثال، د. محمد نعيم ياسين، " حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 12، مارس 1978، ص. 41 و ما بعدها؛ د. محمود على السرتاوي، " زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية"، دراسات في الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، مجلد 11، العدد الثالث، 1984، ص. 140؛ الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، " الفتاوى الإسلامية"، من إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، المجلد 10، 1993، ص. 3711 و 3712. د. عبد الرحمن النجار، " مشروعية نقل الكلى و موقف الإسلام منها"، تقرري مقدم في ندوة نقل الكلى التي نظمتها المركز القومي للبحوث الاجتماعية و الجنائية بالقاهرة، منشورة بالمجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مصر، مارس 1978، ص. 21، ص. 102 م 103. د. يوسف القرضاوي، " فتاوى معاصرة "، دار الوفاء للطبع و النشر، الجزء الثاني، المنصورة، مصر، 1994، ص. 532 و ما بعدها؛ و له

و لقد استدلل هذا الفريق بعدة آيات قرآنية و أحاديث نبوية منها؛

- قوله عز و جل: " فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه"⁵⁴

- و قوله عز و جل كذلك؛ " فمن اضطر غير باغ و لا عاد فإن الله غفور رحيم".⁵⁵

- و قوله تعالى أيضا؛ " و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"⁵⁶

و تشير هذه الآيات إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات. فإذا كان الشارع قد أباح أكل المحرمات في حالات الاضطرار، فإنه يكون بذلك قد أباح التداوي بها، فضرورة العلاج تبيح المحظورات مثلها مثل ضرورة الغذاء.⁵⁷

أما أدلتهم من السنة فقد ثبت عنه (ص) أنه قال؛ "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا".⁵⁸ و قوله (ص) أيضا؛ " المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لا يسلمه، و من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، و من فرج على مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كربات يوم القيامة، و من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة".⁵⁹ كما ثبت عن الرسول (ص) أنه قال "خير الناس أنفعهم للناس".⁶⁰ و طُلبَ منه (ص) يوما أن يرقى أحد الصحابة على إثر لدغة عقرب فقال (ص) " من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل".⁶¹

أيضا "زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية" ندوة عقدت بتاريخ 1989/10/23 في الكويت بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية و مجمع الفقه الإسلامي بجدد. د. محمود محمد حسن، " بيع الأعضاء الأدمية في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد الخامس، مصر، يناير 1989، ص. 106؛ راجع أيضا في هذا المجال، فتوى الشيخ أحمد هديري، منشورة بالمجلد رقم 6 ص. 2278 من الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية عام 1979، و أيضا الفتوى رقم 32 لسنة 1979 الصادرة عن اللجنة العامة للموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، دولة الكويت. راجع أيضا، فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف 1981 و كذا قرار هيئة كبار العلماء في الملكة العربية السعودية بشأن زرع الأعضاء رقم 9 الصادرة سنة 1982 و قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بشأن زراعة الأعضاء في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي، في مكة المكرمة، سنة 1985؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن زرع الأعضاء، رقم 1 الصادر بتاريخ 1988/08/04 المنعقد في مكة المكرمة؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 بشأن زراعة خلايا المخ و الجهاز العصبي، المنعقد في جدة سنة 1990، هذه القرارات منشورة في د. محمد على البار، " الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء"، دار القلم، بيروت، 1994، ص. 261 و ما بعدها. فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بشأن زرع الأعضاء، الجزائر، جريدة الوطن بتاريخ 26 مارس 1998، ص. 13.

⁵⁴ سورة البقرة، الآية 173.

⁵⁵ سورة الأنعام، الآية 145.

⁵⁶ سورة الأنعام، الآية 119.

⁵⁷ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 119. و د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 135.

⁵⁸ رواه الترمذي في سننه، الجزء الرابع، ص. 325. ذكره أيضا، محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، "رياض الصالحين"، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص. 104.

⁵⁹ صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص. 1996، كذلك في فتح الباري، الجزء الخامس، ص. 294. الإمام البخاري، " صحيح البخاري"،

مرجع سابق، ص. 168. راجع كذلك الشافعي، مرجع سابق، ص. 106.

⁶⁰ الإمام السيوطي، " جامع الأحاديث"، مطبعة خطاب، القاهرة، 1984، ص. 87.

⁶¹ صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص. 1726.

و طبقاً للأحكام العامة في الشريعة الإسلامية لا يجوز التصرف في الشيء إلا إذا كان مالا، و لا يمكن الانتفاع به إلا إذا كان طاهراً.⁶² غير أن انتفاء الطبيعة المالية عن جسم الإنسان لا تمنع، حسب هذا الاتجاه، من الانتفاع بالأعضاء البشرية وفقاً لاعتبارات أخرى. و مع ذلك ترى أقلية من الفقه الحنفي بالطبيعة المالية للأعضاء البشرية و هو ما يقودنا إلى تحليل هذه الأدلة في الفروع الموالية.

أولاً: التقويم المالي للأعضاء عند الحنفية:

سبقت الإشارة إلى أن الأصل في الإنسان أنه ليس مالا و لا يمكن أن يكون محلاً للمعاملات المالية. غير أنه يسود الاعتقاد لدى بعض الحنفية أن هذا المبدأ يصدق في حق الإنسان بمجموعه، أما الأطراف فيعتبرونها من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها.⁶³ و ينسحب معنى الأطراف طبقاً لهذا الاتجاه إلى أي عضو أو جزء من الإنسان بصفته المنفردة، أي منعزلاً عن باقي الأعضاء التي تشكل جسم الأدمي. و بناء على ذلك، إذا كان لا يجوز للأدمي أن يتصرف في جميع جسمه لعدم اكتسابه لصفة المال، إلا أنه على العكس يمكنه التصرف في كل جزء من أجزاء جسمه المعتبرة مالا إذا كانت الغاية مشروعة.⁶⁴ و يستدل أصحاب هذا الرأي على ذلك بأنه يمكن للإنسان أن يضحى بجزء من أجزاء جسمه لإنقاذ حياته⁶⁵، فهي مثل المال خلقت و قاية للنفس⁶⁶. كما يستطيع الإنسان أن يأذن لغيره بجرحه في حين ليس له أن يأذن لغيره بقتله.⁶⁷

نخلص مما تقدم إلى أن جسم الإنسان أو جثته لا يعد مالا عند جمهور الفقهاء، في حين اعتبر الحنفية ما ينفصل عن الجسم أو الجثة من قبيل الأموال و يبيحون للإنسان الإذن بجرحه أو انتزاع عضو من أعضائه إذا كان ذلك لغرض مشروع كالعلاج مثلاً. غير أنه إذا كانت طبيعة جسم الأدمي تحول دون اعتباره من الأموال، و هو ما يسري أيضاً على أجزائه المنفصلة عند

⁶² د. أحمد شرف الدين، المرجع لسابق، ص. 94. عبد الرحمان الحريري، " كتاب الفقه على المذاهب الأربعة"، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، 1933، ص. 214، يحيى بن شرف النووي، " المجموع في شرح المهذب"، الجزء التاسع، الطباعة المنيرية، القاهرة، بدون تاريخ، ص. 225 و ما بعدها.

⁶³ الكاساني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 202 و ما بعدها، انظر كذلك محمد أمين ابن عابدين، "رد المحتار على الدر المختار"، الجزء الخامس، القاهرة 1323هـ. ص. 377، راجع كذلك، ابن الهمام، " فتح القدير"، الجزء الخامس، المكتبة التجارية، القاهرة، 1318هـ، ص. 263. قاضيخان، الفتاوى الهندية، الجزء السادس، مرجع سابق، ص. 32، البخاري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 197. في الفقه المالكي؛ محمود عليش، " فتح العلي، المالك في الفتوى على مذهب مالك"، الطبعة الأولى، القاهرة، 1319هـ، ص. 271.

⁶⁴ د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية... المرجع لسابق، ص. 98.

⁶⁵ محمد بن حسين الطوري، " تكملة البحر الرائق"، الجزء السابع، القاهرة، 1334هـ، ص. 71.

⁶⁶ الكاساني، الجزء السابع، مرجع سابق، ص. 257 و 297.

⁶⁷ الكاساني، نفس المرجع، ص. 636، البخاري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 200.

جمهور الفقهاء، فإن ذلك لا يمنع، كما يري بعض الفقه، من الانتفاع بهذه الأجزاء رعاية لمصلحة راجحة خاصة في حالات الضرورة.⁶⁸

ثانياً: أعضاء الإنسان طاهرة:

يتفق الفقه الإسلامي في غالبية على أن جسد الإنسان المسلم طاهر حيا كان أو ميتا. فقد كرمه المولى عز و جل حيث قال؛ " ولقد كرمنا بني آدم. "⁶⁹ كما أن أجزاء الأدمي المنفصلة هي الأخرى طاهرة كجملته.⁷⁰ و أساس ذلك أن أصل الجزء المنفصل هو الجسم الطاهر بمقتضى الكرامة التي خصها الشرع للإنسان.⁷¹

أما بخصوص جثة الأدمي، فالراجح لدى الفقه أنها طاهرة خلافا لسائر الميتات.⁷² فقد ثبت عن الرسول (ص) قوله؛ " لا تنجسوا أمواتكم فإن المؤمن لا ينجس حيا أو ميتا. "⁷³ و رغم طهارته إلا أنه لا يجوز، كأصل عام، الانتفاع بأي جزء من أجزاء الأدمي بعد الموت لحرمة و كرامته، و يوجب الشرع دفنه.⁷⁴ غير أن هذا الأصل لا يمنع الإنسان الذي انفصل جزء من جسده أن ينتفع به كدواء إذا لم يوجد شيء آخر يحل محله في التداوي.⁷⁵

ثالثاً: إباحة التداوي بالمحرمات:

يذهب أنصار الرأي محل البحث إلى أنه إذا كان الأصل الذي يقضي بعدم جواز الانتفاع بأجزاء الأدمي راجع إلى أنها من المحرمات، فإن هذا الأصل لا يمنع الإنسان الذي انفصلت من جسمه أن ينتفع بها كدواء إذا لم يعثر على دواء آخر مناسب. ذلك أن هناك أصلا آخر في الشريعة يقضي بإباحة التداوي بالمحرمات، إذا كان لا يوجد في الأشياء المباحة ما يقوم مقامها مع توافر شروط الضرورة.

⁶⁸ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 99.

⁶⁹ سورة الإسراء، الآية، 7.

⁷⁰ عبد الرحمان بن رجب، " القواعد "، الجزء الرابع، القاهرة، 1933، قاعدة رقم 2/5، الخطاب، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 80، ابن حزم، " المحلى "، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 133. الحريري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 298، الشربيني الخطيب، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 80. النووي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 131.

⁷¹ النووي، الجزء الأول، ص. 231، و في الجزء الثاني، ص. 563.

⁷² أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، " قواعد الأحكام في مصالح الأنام "، الجزء الثاني، المكتبة الحسينية، القاهرة، 1934، ص. 157. و يرى الإمام أبو حنيفة أن الإنسان ينجس بالموت و لكنه يطهر بالغسل؛ النووي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 560، الحريري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 15. راجع كذلك، د. شوقي عبده الساهي، المرجع السابق، ص. 180.

⁷³ النووي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 560،

⁷⁴ النووي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 139.

⁷⁵ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 114، الكاساني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص. 142.

و يتمثل هذا الأصل في قاعدة "أعلى المصلحتين".⁷⁶ و مفاد القاعدة أن مصلحة السلامة و العافية أكمل وأعلى من مصلحة اجتناب المحرمات.⁷⁷ فإذا كان الشيء المحرم هو الدواء الوحيد الموجود و المعروف لعلاج المريض، فإنه يحل الانتفاع به بشرط التيقن من إمكانية الشفاء به.⁷⁸ كما يجوز في حالة الضرورة، أن ينتفع بجزء من أجزاء الأدمي بشرط أن تكون المصلحة في ذلك أعظم من عدم استعمال ذلك الجزء.⁷⁹ من ثم فقد أباح فقهاء الشريعة المداواة بعظام الميتة و بأبوال (urine) الإبل و ألبانها.⁸⁰ و قد استند هؤلاء إلى ما ثبت عن الرسول (ص) أنه أمر قوما مرضوا من أهل المدينة بأن يشربوا من أبوال و ألبان الإبل.⁸¹ فلو كان التداوي بذلك حراما لما أمر به الرسول (ص).

من جهة أخرى، إذا كان قد ثبت بالحديث النبوي الشريف عدم جواز الانتفاع بالمحرم شرعا⁸²، فإن هذا الحكم ليس مطلقا في نظر البعض، لأنه مقيد بوجود دواء آخر يحل الانتفاع به.⁸³

رابعا: التبرع بالأعضاء نوع من الإيثار:

يرى بعض الفقه أن التبرع بالأعضاء هو نوع من إيثار الغير على النفس، و هي صفة امتدح الله بها المؤمنين في القرآن بقوله؛⁸⁴ و يؤثرون على أنفسهم و لو كان بهم خصاصة⁸⁵. فمن شيم المؤمن أن يفضل أخاه على نفسه و لو أنه في أمس الحاجة إلى الشيء، فقد ثبت عن الرسول (ص) قوله؛ " خير الناس أنفعهم للناس ".⁸⁶

و من أبرز الأمثلة التي سجلها التاريخ الإسلامي في مجال إيثار الغير عن النفس ما وقع في إحدى الغزوات الإسلامية. حيث طلب أحد الجرحى من إخوانه جرعة ماء فلما جيء له به سمع صوت جريح آخر يطلب الماء فقال للساقى اذهب به إليه لعله أحوج إليه مني، و بينما يحاول هذا الأخير تناول قدح الماء، و هو يعاني سكرات الموت، إذا به يسمع صوت جريح ثالث فيقول

⁷⁶ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 539.
⁷⁷ أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، " قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 90.
⁷⁸ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 539.
⁷⁹ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 103.
⁸⁰ د. محمد سامي السيد الشوا، " الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1986، ص. 627.
⁸¹ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 540.
⁸² حيث لم يجز الرسول (ص) التداوي بالمحرمات كالخمر حيث قال؛ " إنه ليس بدواء و لكنه داء"، الإمام مسلم بن حجاج، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص. 87.
⁸³ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 103.
⁸⁴ سورة الحشر، الآية 9.
⁸⁵ سورة الحشر، الآية 9.
⁸⁶ الإمام السيوطي، " جامع الأحاديث"، مطبعة خطاب، القاهرة، 1984، ص. 87.

للساقي اذهب به إلى صاحبي. فلما ذهب الساقي إلى الثالث وجده قد توفى شهيدا، ثم عاد إلى الثاني و الأول على التوالي، فإذا بهما قد لقيا ربهما.⁸⁷

و قد ثبت عن الرسول (ص) أيضا قوله؛ " المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا"⁸⁸ و قوله كذلك؛ " من كان في حاجة إلى أخيه كان الله في حاجته، و من فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة "⁸⁹.

و قد قاس أنصار هذا الاتجاه التبرع بالأعضاء على بعض الأمور المشروعة مثل الجهاد بالنفس و تعريضها للقتل، و ما أمر به الشرع بشأن مساعدة الغير كإنقاذ الغريق و المحروق مع ما قد يترتب على ذلك من احتمال هلاك المجاهد أو المنقذ.⁹⁰

خامسا: تحصيل أعظم المصلحتين أو درأ أعظم المفسدتين:

لقد أباحت الشريعة الإسلامية للمضطر أكل المحرمات بنصوص قرآنية صريحة. حيث يقول الله عز و جل في القرآن الكريم؛ " إنما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم".⁹¹ و يقول الله كذلك؛ " و ما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه و إن كثيرا ليضلون بأهوائهم بغير علم إن ربك هو أعلم بالمعتدين".⁹²

و لقد استمد علماء الشريعة من هذه الآيات القاعدة الكلية التي مفادها " الضرورات تبيح المحظورات" و أن الضرورة تقدر بقدرها. من ثم فإن كان أكل المحرم جائزا في حالة الضرورة، فإنه يكون كذلك في حالة العلاج، لأن الهلاك الذي يمكن أن يصيب الإنسان من عدم الإطعام يمكن أن يصيبه من عدم التداوي. كما أن الغذاء قد يستعمل أحيانا كدواء لبعض الأمراض.⁹³

⁸⁷ الشيخ عبد الرحمان النجار، " مشروعية نقل الكلى و موقف الإسلام منها"، المجلة الجنائية القومية"، العدد الأول، القاهرة، 1978، ص. 103.

⁸⁸ محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، " رياض الصالحين"، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص. 104.

⁸⁹ الإمام البخاري، " صحيح البخاري"، مرجع سابق، ص. 168. راجع كذلك الشافعي، مرجع سابق، ص. 106.

⁹⁰ د. سعيد عبد السلام، " مشروعية التصرف في جسم الأدمي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي"، مجلة المحاماة، العددان التاسع و العاشر، نوفمبر و ديسمبر، القاهرة 1990، ص. 149.

⁹¹ سورة البقرة، الآية 173.

⁹² سورة الأنعام، الآية 119.

⁹³ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 121، د. محمد سامي السيد الشواء، المرجع السابق/ ص. 626.

و إذا كان بعض الفقهاء في المذاهب المختلفة⁹⁴ قد حرموا الانتفاع، و لو في حالة الضرورة، بأجزاء الأدمي حيا كان أو ميتا خوفا من هلاكه في الحالة الأولى و حفظا لكرامته في الثانية، إلا أن بعض الشافعية يجيز للمضطر أن ينتفع بأجزاء الأدمي المهدّر أو المعصوم الدم⁹⁵. إذ يجوز عندهم أن يُستعمل جسم إنسان مهدور الدم أو جثته في الغذاء. أما بالنسبة للمعصوم فيجوز للمضطر أن ينتفع بجثته كغذاء إن لم يجد غيره لأن حرمة الحي أكثر من حرمة الميت و لأن المفسدة في أكل ميتة الإنسان أقل من المفسدة في فوات حياة إنسان⁹⁶.

أما إذا كان المعصوم حيا فلا يجوز للمضطر عند الشافعية أن يقطع جزءا منه كغذاء. و لا يجوز لمعصوم الدم نفسه أن يقطع جزءا من نفسه ليقدمه للمضطر لأن الضرر لا يزول بمثله. غير أنه يجوز للمضطر عندهم أن يقطع جزءا من جسمه ليأكله إن لم يجد غيره لأن في ذلك إحياء للنفس⁹⁷، و ذلك من باب استبقاء الكل بزوال الجزء. إذ يجوز استقطاع جزء من جسم إنسان حي لتحقيق مصلحته العلاجية، كما لو تعلق الأمر باستقطاع جزء من جلده لترقيع جرح من جسمه⁹⁸.

سادسا: إباحة التبرع بالدم:

يتفق الفقه كأصل عام على جواز التبرع بالدم لأنه من آثار الذات و ليس عضوا من أعضائها و لكونه متجدد أيضا. يضاف إلى ذلك أن الدم من المواد التي لا يمكن أن يقوم مقامه دواء آخر في مجال العلاج و حماية الصحة و الحياة. و قد استدلت الفقهاء على ذلك بالآيات التالية؛

- 1 - قوله عز و جل؛ " إنما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل به لغير الله، فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم."⁹⁹
- 2 - و قوله تعالى أيضا؛ " حرمت عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل لغير الله به و المنخقة و الموقوذة و المتردية و النطيحة و ما أكل السبع إلا ما ذكيتم و ما ذبح على النصب و أن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق اليوم يؤس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم و اخشون اليوم

⁹⁴ يتعلق الأمر بالحنفية و جانب من المالكية، راجع د. احمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 122.

⁹⁵ حيث يفرق العلماء و فقهاء الشريعة بين المعصوم و الغير معصوم (مهدور الدم)، أما معصوم الدم فهو يشمل المسلم و المسالم بصفة عامة، أما الغير معصوم الدم أو المهدور الدم فيشمل المرتد، الحربي (الذي يحارب المسلمين) الزاني المحصن و كل من جاز دمه سواء كان مسلما أو كافرا.

⁹⁶ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 542.

⁹⁷ و هو مبدأ الزيدية أيضا، راجع، د. عبد السلام عبد الرحيم السكري، المرجع السابق، ص. 95.

⁹⁸ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص، 122، د. علي داود الجفال، المرجع السابق، ص. 141.

⁹⁹ سورة البقرة، الآية 173.

أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الإسلام دينا فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم." 100

3 - و قوله تعالى؛ " و ما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه و أن كثيرا ليضلون بأهوائهم بغير علم أن ربك هو أعلم بالمعتدين." 101

فإذا كان الدم محرما شرعا إلا أن نقله إلى المريض جائز شرعا بحكم الضرورة و الاضطرار لغرض إنقاذ حياة المريض أو علاجه و لم يوجد ما يقوم مقامه في هذا الشأن حتى و لو كان هذا الدم من غير مسلم كما قال البعض.¹⁰²

- و من شروط التي يجب توافرها شرعا لإجازة التبرع بالدم؛
- ألا يتقاضى المتبرع ثمنا لما ورد من آيات صريحة بشأن تحريم الدم.¹⁰³ فمن القواعد الشرعية أن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه.
 - أن تكون هناك ضرورة لنقل الدم، أي انتفاء البديل العلاجي.
 - ألا يتأثر الشخص من جراء التبرع بالدم، إذ لا يصح ذلك عادة من شخص هزيل أو ضعيف البنية. و كقاعدة عامة يترك تقدير هذا الأمر للطبيب المعالج و المشرف على عملية نقل الدم.
 - و أن يكون المتبرع بالدم سليما من الأمراض الوبائية.

المطلب الثاني: حكم الشريعة بشأن الاستقطاع من جثث الموتى:

تعرضنا في المطلب الأول إلى مدى شرعية نقل الأعضاء بين الأحياء. و امتدادا لنفس الموضوع، نتناول في المطلب الحالي مدى شرعية نزع الأعضاء من جثث الموتى لغرض زرعها لدى الأحياء. ذلك أنه من الثابت علميا أنه يجوز الاستفادة ببعض الأعضاء البشرية عقب الوفاة مباشرة لمصلحة المرضى الذين يعانون من مشاكل صحية مرتبطة بهذه الأعضاء.

¹⁰⁰ سورة المائدة، الآية 3.

¹⁰¹ سورة الأنعام، الآية 119.

¹⁰² فتوى في نقل الدم لفضيلة الشيخ حسن مأمون، مفتي جمهورية مصر العربية، بتاريخ 9 يوليو 1959، ذكرها د. إيهاب يسر أنور

على، المرجع السابق، هامش رقم 5، ص 547.

¹⁰³ راجع الآيات المذكورة في الهوامش، 77، 78 و 79 أعلاه.

و من البديهي ألا يواجه الباحث في هذا الموضوع نفس العقبات التي يواجهها عند بحث شرعية استقطاع الأعضاء من جسم إنسان حي، و ذلك بسبب انتفاء العقبة المتمثلة في الخطر الذي يهدد حياة المتبرع من جراء الاستقطاع، ذلك أن مثل هذا الخطر لا يوجد عند المساس بالجثة.¹⁰⁴

غير أن الأمر لا يخلو من عقبات ذات طابع آخر، إذ تثير عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى العديد من الصعوبات المتعلقة بمدى جواز المساس بالجثث بهدف نقل الأعضاء منها و كذا بتحديد لحظة الوفاة من الوجهة الشرعية و القانونية.

الفرع الأول: موقف الشريعة من المساس بجثث الموتى:

لا تقتصر حماية الشريعة الإسلامية للإنسان و تكريمه في حياته، و إنما تمتد إلى ما بعد خروج الروح من جسده.¹⁰⁵ و من مظاهر هذا التكريم وجوب الغسل و التكفين و الصلاة على الميت ثم دفنه.¹⁰⁶ فقد بين الفقهاء أن هذه الطقوس الدينية هي من الواجبات الشرعية التي أوصى بها الدين الإسلامي. فقد أمر الله عز و جل بدفن الميت حينما قال " ثم أماته فأقبره"¹⁰⁷.

كما أوصى الرسول (ص) بوجود تكفين الميت لستره و استحباب تحسين الكفن. فقد ثبت عنه (ص) قوله؛ " إذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه"¹⁰⁸، و عن ابن العباس قال، قال رسول الله (ص)؛ " ألبسوا من ثيابكم البيض و كفنوا فيها موتاكم."¹⁰⁹

من جهة أخرى تناول الفقهاء وجوب الصلاة على الميت و اعتبروها فرض كفاية، و إن كان الرسول (ص) قد رغب فيها، حيث ثبت عنه قوله؛ "من شهد الجنابة حتى يصل على عليها فله قيراط، و من شهدها حتى تدفن فله قيراطان، قيل و ما القيراطان؟ قال مثل الجبلين العظيمين."¹¹⁰

و من مظاهر الحماية التي خصت بها الشريعة الإسلامية جثة الإنسان بعد وفاته يمكن ذكر ما يلي؛

¹⁰⁴ د. شعلان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 356، راجع أيضا د. أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية.."، المرجع السابق، ص. 147. د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 99.

¹⁰⁵ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 163.

¹⁰⁶ راجع في ذلك، المغني و المحلى، سبقت الإشارة إليهما، في باب صلاة الجنابة.

¹⁰⁷ سورة عبس، الآية 21.

¹⁰⁸ رواه مسلم في صحيحه، الجزء الثاني، ص. 651.

¹⁰⁹ نيل الأوطار، الجزء الرابع، ص. 38.

¹¹⁰ نيل الأوطار، المرجع السابق، ص. 38.

- تحريم التعدي على القبر، أو الجلوس عليه. فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال؛ قال رسول الله (ص): "لأن يجلس أحدكم عن جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير له من أن يجلس على قبر."¹¹¹
- تجريم التعدي على جسد الميت أو تشويهه، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ص)؛ "كسر عظم الميت ككسره حيا"¹¹²، و في حديث آخر عن أبي شيبة قال الرسول (ص)؛ أذى المؤمن في موته كأذاه في حياته.¹¹³
- تحريم نبش القبر، فقد روى مالك أن رسول الله (ص) قد لعن المختفي.¹¹⁴ وكذلك لما روت عائشة رضي الله عنها؛ "سارق أمواتنا كسارق أحيائنا".¹¹⁵

أما بشأن المساس بجثة الميت لأغراض علمية كالتشريح و غيره فلم يتعرض له الفقهاء القدامى و إن كان هناك ما يفيد إباحته عن طريق القياس على حكم شق بطن الميت لاستخراج الجنين إذا كان لا يزال حيا، أو استخراج ما ابتلعه من مال.¹¹⁶ فقد استند هؤلاء الفقهاء إلى قواعد الترجيح بين المصالح و المفساد لتبرير المساس بجثث الموتى. حيث أجازوا شق بطن الحامل إذا ماتت و جنينها لا يزال حيا، و كذا شق بطن الميت لاستخراج ما يكون قد ابتلعه من مال قبل وفاته. ذلك أن صيانة حياة الجنين أولى من صيانة حرمة الأم الميتة. كما أنه يجوز إسقاط الجنين الميت من بطن الأم بكل الوسائل حفظا لحياتها. أما في حالة المال، فقد أجاز الفقهاء شق بطن الميت لاستخراجه إذا كان ملكا للغير و لم يكن في تركه في بطن الميت ما يفي بقيمته، على أساس أن حق الأدمي في المال مقدم على حق الله إزاء جثة الميت، خاصة إذا كان هذا الأخير متعديا طالما بابتلاعه مال للغير.¹¹⁷

و على هذا الأساس أجاز غالبية الفقهاء المحدثون انتزاع الأعضاء من جثة إنسان متوفى لغرض الزرع في جسم إنسان مريض حفاظا على حياته أو صحته.¹¹⁸ إذ أن مصلحة المحافظة

¹¹¹ مسلم في صحيحه، الجزء الثاني، ص. 667.

¹¹² و في رواية أخرى روى جابر أنهم خرجوا في جنازة، فأخرج الحفار عظما و أراد كسرها فقال له الرسول (ص) " لا تكسرها فإن كسرك إياه ككسرك إياه حيا، لكن دسه في القبر." و قد فسر البعض هذا الحديث بأنه نهي عن العبث بالعظام البشرية بدون هدف. لمزيد من المعلومات راجع، د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، "ضوابط نقل الأعضاء البشرية في الشريعة و لتشريعات العربية؛ دراسة مقارنة" دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000، ص. 40.

¹¹³ المصنف، الجزء الثالث، ص. 368.

¹¹⁴ و المختفي هو نباش القبور. راجع تنوير الحوالك لمالك، الجزء الثاني، ص 82.

¹¹⁵ المغني، الجزء الثامن، ص. 272.

¹¹⁶ د. شعلان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 362.

¹¹⁷ د. محمود سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 630.

¹¹⁸ راجع على سبيل المثال، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 168 و ما بعدها، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 125 و ما بعدها. د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 148 و ما بعدها. د. شعلان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 362. ص. 364 و ما بعدها.

على حياة الإنسان أو صحته أعظم من الناحية الاجتماعية من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الميت. أما عن حديث رسول الله (ص) بشأن كسر عظم الميت،¹¹⁹ فإن ذلك يتعلق بالإثم الناتج عن المساس بجثة الميت لغرض التمثيل و العبث و هو ما قصده الرسول (ص) و اقتضى تحريم نبش القبور و هشم عظام الموتى لما في ذلك من إهانة و عدم احترام لهم. أما إذا كان الغرض من المساس بالجثة هو الانتفاع ببعض أجزاء الميت، فليس في ذلك إهانة للميت، بل قد يكون فيه تكريم له باستمرار الانتفاع بعضو من أعضائه من الغير.¹²⁰ من ثم، فإن التصرف في جثث الموتى لغرض العلاج يعتبر أمراً مشروعاً خاصة أن التدخل الطبي في هذه الحالة لن يؤخر أو يقدم أجل المريض لارتباط ذلك بقضاء الله و قدره، و إلا كان العلاج و التداوي بمثابة تقديم و تأخير لأجل الإنسان.¹²¹

و يشترط الفقهاء لإباحة الانتفاع بأعضاء الميت توافر عدة شروط، أهمها؛

- أن لا يجد المضطر غيره، فإن وجده حرمت عليه أجزاء الأدمي الميت، أي وجوب توافر حالة الضرورة.¹²²
- و أن يكون الضرر المترتب على عدم الانتفاع أعظم من الضرر المترتب على عدم اجتناب المحرم، أي أن تكون المصلحة من استقطاع العضو أعظم من المفسدة التي اقتضت تحريمه.¹²³
- أن يكون المضطر معصوماً، فإذا كان مهذور الدم (كالمرتد أو الزاني المحصن) لا يجوز له الانتفاع بلحم الأدمي الميت.¹²⁴
- ألا يكون المضطر ذمياً أو معاهداً أو مستأمناً إذا كانت أجزاء الميتة لمسلم.

من خلال هذه الشروط يتضح جلياً تكريم الشرع الإسلامي للأدمي بصفة عامة و للمسلم بصفة خاصة. حيث خصه الشرع بالحرمة و التكريم سواء كان حياً أو ميتاً.

الفرع الثاني: التحقق من الموت:

¹¹⁹ حيث قال صلى الله عليه و سلم، " إن كسر عظم الميت ككسره حياً"، الإمام بن داود سليمان بن الأشعث، "سنن أبو داود"، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 212.

¹²⁰ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 545.

¹²¹ د. شوقي عبده الساهي، المرجع السابق، ص. 184.

¹²² د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 171.

¹²³ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 543.

¹²⁴ د. أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية...". المرجع السابق، ص. 124.

من المتفق عليه أنه لا استقطاع من جثة الميت إلا إذا تحققت وفاته. و يعرف الموت لدى الفقهاء بأنه " زوال الحياة و علاماته إشخاص البصر، استرخاء القدمين، انعواج الأنف، انخساف الصدغان، تمدد جلدة الوجه و خلوها من الإنكماش."¹²⁵ من ثم يجوز اعتبار الإنسان ميتا متى زالت عنه مظاهر الحياة و ظهرت عليه العلامات المشار إليها أعلاه.

غير أنه ليس هناك ما يمنع من استعمال الأدوات الطبية التي سخرتها التكنولوجيا الحديثة في هذا المجال سواء في ميدان الكشف عن الأمراض أو العلاج أو في ميدان إثبات الوفاة و غيره. من ثم لم تعد العلامات المشار إليها أعلاه هي الوحيدة الدالة على الوفاة، بل قد تتحقق تلك العلامات و يبقى الإنسان حيا إذا استمرت عملية التنفس و استمر نبض القلب بوسائل آلية. فإن ذلك دليل على استمرار الحياة و إن دلت الأجهزة الطبية على فقدان الجهاز العصبي لوظائفه. و سبب ذلك عدم اعتبار الإنسان ميتا بتوقف الحياة في بعض أعضائه أو أجزائه بل يعتبر كذلك من الوجهة الشرعية بتحقق موته كلية، فلا تبقى فيه حياة باعتبار أن الموت هي زوال الحياة.¹²⁶ من ثم يتضح جليا وجوب إعادة النظر في معايير الموت لأن استعمال الوسائل الحديثة أثبت أن الموت لم يعد نهاية الحياة، و هو ما خلف الكثير من المشاكل القانونية بشأن الحدود القانونية للإعاش الصناعي و ضمانات إيقافه و كذا تحديد زمن الوفاة.¹²⁷

يستخلص مما تم عرضه في هذا المبحث أنه لا يجوز ، كأصل عام، الانتفاع بأعضاء الأدمي إذا كان حيا، لارتباط ذلك بشرفه و كرامته أو احتمال هلاك الشخص نتيجة لاستقطاع عضو من أعضائه، و الضرر لا يزول بالضرر. غير أنه استنادا إلى المبدأ العام الذي يقضي "بتحصيل أعظم المصلحتين أو درأ أعظم المفسدتين" و الذي اعتمد للانتفاع بلبن الأدميات، فإن الفقه الإسلامي الحديث يجيز الانتفاع بأجزاء الأدمي حيا أو ميتا لعلاج أدمي آخر إذا كان استعمالها لضرورة شرعية.¹²⁸ أي في الحالات التي تكون فيها مصلحة المريض أعظم من المحافظة على حق الله تعالى على جسم المتبرع أو جثته. ففي مجال الموازنة بين حق الله تعالى في كرامة الجسم و حق المتبرع في سلامة جسمه، يقول الفقهاء، أن حقوق الله تبنى على التسهيل

¹²⁵ د. أحمد محمد بدوي، المرجع لسابق، ص. 172، بتصريف من الباحث.

¹²⁶ المرجع السابق، نفس المكان.

¹²⁷ و هو ما سنتناوله بالتفصيل ضمن الشروط القانونية لنقل الأعضاء من جثث الموتى. راجع ص. 332 أدناه.

¹²⁸ د. أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية..." المرجع السابق، ص. 126 و ما بعدها.

في حين أن حقوق العبد تبني على التشديد.¹²⁹ من ثم إذا كان استقطاع عضو أو جزء من آدمي علاجاً وحيداً لأدمي آخر، فإن الضرورة و هي استقطاع هذا العضو لا يكون مباحاً إلا بإذن الشرع و إذن المتبرع.

و من مظاهر احترام حق الله في جسد المتبرع ألا يصاب هذا الأخير في حياته من جراء التبرع، أو الإضرار بصحته بما يعوقه عن أداء واجباته الدينية أو الاجتماعية.¹³⁰ بالإضافة إلى ذلك، يعد التبرع بالعضو، الغير مضر بصاحبه، لغرض إنقاذ حياة إنسان آخر مظهراً من مظاهر التضامن الإنساني و تعبيراً عن معاني الرحمة و المودة التي يجب أن تسود أو تميز علاقات البشر فيما بينهم. من ثم يجوز للإنسان التضحية بعضو من أعضائه لإنقاذ شخص آخر مضطرب بشرط ألا يعود عليه ذلك بضرر أكبر من الضرر العائد على المضطرب. فقد جاء في القرآن الكريم قول الله عز و جل؛ " من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً و من أحيها فكأنما أحيها جميعاً".¹³¹

و لكي تحقق تضحية الإنسان بعضوه في سبيل الغير معناها التضامني و الاجتماعي، يجب ألا تصل تضحية الفرد إلى حد إهلاك نفسه، و ذلك مصداقاً لقوله عز و جل؛ " و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة".¹³²

أما موافقة المتبرع فهي من الشروط الأساسية لإباحة التبرع من الناحية الشرعية. فلا يجوز إجبار أي إنسان على التبرع، سواء أثناء حياته أو لما بعد وفاته، حتى و لو كان ذلك واجباً دينياً يلتزم به أفراد الأمة جميعاً. فالواجب العام لا يقع على إنسان معين إلا بموافقه.¹³³ و عليه فإذا كانت أعضاء الإنسان من المحرمات، إلا أنه يجوز في حالة الضرورة استعمالها في العلاج بشرط مراعاة إذن الشرع و إذن المتبرع على النحو الذي بيناه أعلاه. كما يجوز التغذي بالمحرمات في حالات الاضطرار، إذ أجاز الشرع ترك الواجب و فعل المحرم لوجود حالة الاضطرار التي يسببها المرض.¹³⁴

¹²⁹ د. شوقي عبده الساهي، المرجع السابق، ص. 201، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 128.

¹³⁰ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 543.

¹³¹ سورة المائدة، الآية 32.

¹³² سورة البقرة، الآية 195.

¹³³ د. أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية...". المرجع السابق، ص. 132.

¹³⁴ د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 544.

- و بناء على ما تقدم يساير الباحث الرأي القائل بإباحة نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى بالشروط و الضوابط التي حددها الشرع و ذلك لسببين رئيسين؛
- قوة ما استدل به أصحاب الاتجاه القائل بإباحة عمليات زرع الأعضاء على النحو الذي تم بيانه أعلاه.
 - ضعف أدلة الاتجاه القائل بتحريم عمليات زرع الأعضاء

فلقد أجازت الشريعة الإسلامية للإنسان أن يجازف بحياته من أجل إنقاذ الغير كما هو الحال في عمليات إنقاذ الحرقى و الغرقى مع أن مظنة الهلاك في هذه الحالات محتملة، فيقاس عليها نقل الأعضاء خاصة و أن مظنة الهلاك فيها أقل بكثير من سابقتها. ذلك أن المنقذ في حالات الحرقى و الغرقى لا يأمن عواقب ما قد يحدث له من جراء إقدامه على الإنقاذ. فقد يموت غرقاً رغم قدرته على السباحة أو حرقاً رغم ما لديه من أدوات الوقاية، و مع ذلك يباح فعله بدليل أن كل الدول الإسلامية و غيرها لها جهاز للحماية المدنية يتكفل بعمليات الإنقاذ و التي يفقد من جرائها الكثير من أعضائه سنوياً. من ثم فإن عواقب التبرع بعضو من الأعضاء مأمونة إلى حد كبير مقارنة بعمليات الإنقاذ و ذلك بسبب خضوع المتبرع لفحوص طبية متعددة تحدد على وجه قريب من الدقة الأخطار و الأضرار التي يمكن أن تلحقه بعد التبرع.

المبحث الثاني: ضوابط نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي و بعض القوانين العربية:

توصلنا في المبحث السابق أن أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً للرأي الغالب، لا تمنع استقطاع الأعضاء البشرية سواء من إنسان حي أو من جثة ميت إذا كان الغرض علاج مريض يشكو من تدهور حاد في حالته الصحية، و يحتاج علاجه نقل عضو سواء من إنسان حي أو إنسان ميت. غير أن إباحة الشرع لعمليات نقل الأعضاء تخضع لمجموعة من الضوابط تتولى تحليلها في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: ضوابط نقل الأعضاء بين الأحياء:

لقد اتفقت الفتاوى الصادرة من المجامع¹³⁵ و الهيئات في هذا الشأن على جملة من الشروط و الضوابط¹³⁶ التي ينبغي توافرها في الشخص المتبرع و في عملية التبرع عامة نذكر منها؛

¹³⁵ راجع مثلاً، فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ، 1988/01/28، واردة في د. محمد علي البار، مرجع سابق، ص. 137.

الفرع الأول: لا يجوز للشخص أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر:

كأن يتبرع بعضو وحيد في الجسم، كالقلب أو الكبد، أو ظاهر كاليد أو الرجل أو العين. و مثاله أيضا إذا كان العضو من الأعضاء الباطنية المزروجة و لكن أحدهما لا يعمل أو أنه سيتأثر من جراء التبرع كالكليتين مثلا.¹³⁷ كما يمنع التبرع إذا نتج عنه ضرر لأحد المحيطين بالتبرع كالزوجة أو الأولاد، لأن القاعدة الشرعية تقول "الضرر لا يزول بالضرر" ¹³⁸ و لا يصح تطبيق مبدأ الإيثار في هذه الحالة.¹³⁹

غير أنه تبقى الجثث مصدرا هاما للأعضاء في مثل هذه الحالات.¹⁴⁰

و قد أجمعت الفتاوى على هذا الشرط، فنصت فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي على " أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضررا يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله و لا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة و هو أمر غير جائز شرعا".¹⁴¹ و جاء في نص آخر، " يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر"، " و يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته..." ¹⁴²

و يعتبر هذا الشرط محل اتفاق التشريعات الخاصة أيضا في الدول العربية التي اشترطت معظمها لإجازة عمليات نقل الأعضاء عدم تعرض المتبرع للهلاك.¹⁴³ و هو ما سار عليه التشريع الجزائري أيضا حيث نصت المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها¹⁴⁴ على أنه

¹³⁶ د. هيثم حامد المصاروة، "نقل الأعضاء البشرية بين الحضرة و الإباحة؛ دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، 154 و ما بعدها. راجع أيضا، د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية"، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص. 23 و ما بعدها.

¹³⁷ د. أحمد شرف الدين، " الأحكام الشرعية... المرجع السابق، ص. 144.

¹³⁸ د. يوسف القرضاوي، " الفتاوى المعاصرة" دار الوفاء، القاهرة، 1993، 532/2.

¹³⁹ د. محمد نعيم ياسين، " أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة: بحث حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية"، دار النفائس، الأردن 1996، ص. 169.

¹⁴⁰ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.

¹⁴¹ القرار رقم 1 من فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بتاريخ 88/01/28 بمكة المكرمة، ذكرها د. محمد على البار، "الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء"، دار العلم، دمشق، 1994، ص. 137.

¹⁴² القرار رقم 1 من فتوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بتاريخ 88/02/11 بجدة، وورد أيضا في د. محمد على البار، المرجع السابق، ص. 138.

¹⁴³ راجع المادة 3 من التشريع الكويتي، و المادة 5 من التشريع القطري، المادة 3 من القانون الاتحادي الإماراتي، و المادة الأولى من مشروع القانون المصري، واردة في د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري " ضوابط نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص. 24.

¹⁴⁴ قانون رقم 85-05 المؤرخ في 85/02/16 المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 90/07/31 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر..."

الفرع الثاني: لا يجوز التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة لصفات وراثية:

و يقصد بالأعضاء التناسلية الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب و هي المبايض و الرحم لدى المرأة و الخصيتان و القضيب لدى الرجل و يلحق بذلك مني الرجل و بويضات المرأة.¹⁴⁵

ففي هذا الشأن أكد البيان الختامي و التوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23 و 26 أكتوبر 1989 بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية و مجمع الفقه الإسلامي التي تناولت موضوع زراعة الأعضاء على أنه؛
"بحكم أن الخصية و المبيض يستمران في حمل و إفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقي جديد فإن زرعهما محرم مطلقاً نظراً لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب و تكون ثمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد زواج."

كما قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة بتاريخ 20 مارس 1990 ما يلي؛

"1- زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية و المبيض يستمران في حمل و إفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعاً.

2- زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة..."¹⁴⁶

غير أن هناك جانب من الفقه يرى بخلاف ذلك و هو ما يدعونا إلى توضيح هذه الآراء، و التي يمكن جمعها في ثلاث اتجاهات فقهية مختلفة؛

الاتجاه الأول:

¹⁴⁵ د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 174.
¹⁴⁶ ذكره د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 299.

يحرم هذا الاتجاه نقل الأعضاء التناسلية تحريماً مطلقاً؛ وقد استدلت أنصاره بالحجج التالية؛

- اتفاق علماء الطب على أن نقل الخصيتين يؤدي إلى اختلاط الأنساب.¹⁴⁷
- يعتبر هؤلاء نقل الأعضاء التناسلية بمثابة تشويه لخلق الله المحرم شرعاً.¹⁴⁸
- يؤدي نقل الخصيتين من المتبرع الحي إلى حرمانه من النسل و هو أمر محرم أيضاً.¹⁴⁹ و قد ينتج عن عملية النقل مشاكل كثيرة لعائلة المستقبل بخصوص النسب و الميراث.¹⁵⁰
- إن إجازة نقل الخصيتين ستؤدي بالضرورة إلى إجازة نقل المبيضين لأنهما في حكم الخصيتين. و لما كان من الثابت حمل المبيض للبويضات فإن زرعه سيؤدي إلى اختلاط الأنساب. من ثم عملاً بسد الذرائع حرم هؤلاء نقل كل الأعضاء التناسلية.
- انتفاء شرط الضرورة في هذا النوع من العمليات بحكم وجود طرق بديلة للإنجاب.¹⁵¹

الاتجاه الثاني:

يجيز نقل الأعضاء التناسلية إجازة مطلقة و استدلت أصحابه بالحجج التالية؛

- يعتقد أصحاب هذا الاتجاه¹⁵² أن الخصية مجرد وعاء لاحتواء و تنظيم الحيوانات المنوية لدى الرجل، و من ثم لا خوف من اختلاط الأنساب في حالة نقلها إلى الغير.
- كما يعتقد هؤلاء أنه ينتج عن زرع الخصية انتقال ملكيتها إلى الشخص المستقبل، و من ثم لا يليق النظر إلى الأصل الذي أخذت منه و اعتبارها جزء لا يتجزأ من المستقبل و هو ما يجعلها تأخذ حكمه في كل شيء.
- كما يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا تأثير للجينات الوراثية و لا خوف من تطابقها لدى الشخصين عند عملية نقل الأعضاء التناسلية، و دليلهم في ذلك أن للأخوين نسل مختلف، بحيث ينجب أحدهما ذكورا في حين ينجب الثاني إناثاً. من جهة أخرى رغم أن الأخوين من أصل واحد و انتقلت إليهما صفات وراثية واحدة إلا أنه يجوز الزواج

¹⁴⁷ د. خالد رشيد الجميلي، " أحكام نقل الخصيتين و المبيضين و أحكام نقل أعضاء الجنين الناقص خلقة في الشريعة الإسلامية" بحث منشور بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة نقل الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989. ص. 559.

¹⁴⁸ د. حمداني شبيها ماء العينين، بحث حول الغدد التناسلية، بحث منشور بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة نقل الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989. ص. 119.

¹⁴⁹ د. أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 137، د. أحمد محمد العمر، "نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم، المرجع السابق، ص. 194. راجع أيضاً في هذا الاتجاه، القاضي سمر ندا نصار " دراسة حول نقل و زرع الأعضاء و استئجار الأرحام و الاستنساخ و مدى قانونيتها"، معهد الدروس القضائية، بيروت، 2000، ص. 16.

¹⁵⁰ د. محمد سليمان الأشقر، " نقل و زراعة الأعضاء التناسلية" بحث منشور بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989، ص. 543.

¹⁵¹ د. مروك نصر الدين، " نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة"، سلسلة القانون الجنائي و الطب الحديث، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للنشر، الجزائر 2003، ص. 206. راجع أيضاً د. محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 543.

¹⁵² د. أحمد محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص. 368 و ما يليها.

بين فروعهما(زواج أبناء العمومة)، و هو دليل على عدم تأثير تطابق الصفات الوراثية.¹⁵³

الاتجاه الثالث:

يجيز نقل الأعضاء التناسلية إجازة نسبية، حيث يرى أنصاره بأنه لا مانع من نقل الخصية إلى شخص آخر، و لكن ما لا يجوز هو نقل الخصيتين معا لأن ذلك يؤدي إلى قطع نسل المتبرع.¹⁵⁴ و قد أجاز هؤلاء نقل الخصية قياسا على إجازة إحدى الكليتين أو إحدى الرئتين بحكم أن الفرد يمكنه الحياة بوحدة من كل منهما.

تقدير هذه الآراء:

إن الراجح بشأن هذه المسألة هو أن استقطاع الخصية أو المبيض لغرض زرعه لدى شخص آخر يؤدي إلى اختلاط الأنساب و ذلك بسبب تعلق هذه الأعضاء بالخصائص الوراثية لصاحبها.¹⁵⁵ فإذا كان بالإمكان انساب العضو إلى حامله الجديد إلا أن صلته بجسم صاحبه الأصلي تبقى قائمة، و هو ما يشكل مصدرا للقلق و التأثير النفسي لكل كم المتبرع بذلك العضو و المستقبل له بسبب حمل المولود للصفات الوراثية لصاحب العضو المنقول، فضلا عن النزاعات الأسرية التي قد تثيرها هذه المسألة بخصوص النسب و الميراث.

و التفسير العلمي لهذه المسألة أن المبيض يحتوي على عدد معين من البويضات تحمل الخصائص الوراثية للأم و الأب. فإذا تم استقطاع هذا العضو و تم نقله إلى امرأة أخرى، فلا شك أنه سيترتب على ذلك اختلاط الأنساب لأن أولاد المرأة المستقبلة لهذا المبيض هم من الناحية الوراثية أولاد المرأة المتبرعة بالمبيض.¹⁵⁶

كما أن الخصية بالنسبة للرجل تقوم بدور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية بفضل المواد الأولية التي تحتويها. فنقل الخصية أو الخصيتين من شخص إلى آخر يعني نقل المصنع

¹⁵³ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 206.

¹⁵⁴ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 207.

¹⁵⁵ د. خالد رشيد الجميلي، " أحكام نقل الخصيتين و المبيضين و أحكام نقل أعضاء الجنين الناقص خلفه في الشريعة الإسلامية"، المرجع السابق، ص. 559.

¹⁵⁶ د. صديقة على العوضي و د. كمال محمد نجيب، "زراعة الأعضاء التناسلية و الغدد التناسلية للمرأة و الرجل"، بحث مقدم بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة نقل الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989. ص 441.

بآلياته و معداته مواد الأولية.¹⁵⁷ و بناء على ذلك فإن دور المستقبل لهذا العضو سيقصر على استعماله و هو ما يؤدي بالضرورة إلى ظهور نسل حامل للصفات الوراثية الخاصة بالمصدر الأصلي للخصيتين و هو شخص المتبرع.

و لقد انتهت الندوة العلمية حول نقل و زرع الأعضاء و استئجار الأرحام و الاستنساخ و مدى شرعيتها التي نظمها مجلس وزراء العدل العرب في إطار جامعة الدول العربية في بيروت في الفترة ما بين 12 و 14 سبتمبر 2000 إلى منع استخدام غير رحم الزوجة في عملية الإنجاب بغض النظر عن فكرة استئجار أو التبرع بالرحم.

كما أكدت الندوة على أن عمليات نقل الأعضاء التناسلية مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب، الذي منعه الشريعة الإسلامية من خلال تحريم الزنا و التبني. و في هذا الصدد ينفي الشيخ القرضاوي ما قيل بشأن زرع الخصية كونها تصبح جزءا من جسم المتلقي و تأخذ حكمه في كل شيء¹⁵⁸.

و من التشريعات الخاصة التي أشارت إلى هذا المنع القانون القطري¹⁵⁹ في حين لم تتعرض القوانين العربية الأخرى إلى هذه المسألة، و منها القانون الجزائري.¹⁶⁰

الفرع الثالث: أن يكون المتبرع كامل الأهلية:

كأصل عام تكون الأهلية بالبلوغ عند الفقهاء أما في التشريعات الوضعية فهي تختلف من دولة إلى أخرى. فمنها من حددها ب 18 سنة و منها ما حددها ب 19 سنة كما هو الحال في التشريع الجزائري.¹⁶¹

و يجب أن يكون المتبرع كامل الأهلية عند عملية التبرع أي عند البدء بتنفيذه. و علة ذلك أن التصرفات القولية لناقص الأهلية تعتبر باطلة. كما أن التبرع لا يكون لازما إلا بالتنفيذ و قبله يجوز للمتبرع، كما سوف نرى لاحقا، إمكانية الرجوع. و بناء على ذلك لا يقبل تبرع الصغير أو

¹⁵⁷ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 198.

¹⁵⁸ د. يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 539/2.

¹⁵⁹ حيث نصت المادة 8 منه على ما يلي؛ " يحضر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة متوفى و زرعها في جسم شخص آخر"، واردة في د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 25.

¹⁶⁰ راجع موقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة ضمن الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء، ص. 309 أدناه.

¹⁶¹ المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

المجنون أو المعتوه، و لو صدر ذلك عن الوصي أو الولي، لأن النيابة الشرعية مقيدة بتحقيق الأصلح للصغير أو المجنون.¹⁶²

الفرع الرابع: أن يكون التبرع صادرا عن موافقة مستنيرة و مكتوبة :

يتفق الفقه الإسلامي على عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا بموافقة صاحبه. و يجب أن تكون هذه الموافقة حرة، مستنيرة و مستمرة إلى حين الاستقطاع. من ثم لا يعتد برضا السجين أو أسرى الحرب لانتفاء الحرية لديهم.¹⁶³ و قد أكدت جميع الفتاوى الصادرة في هذا الشأن على هذا الشرط¹⁶⁴ و منها لجنة الإفتاء الجزائرية بتاريخ 82/04/20 التي نصت على وجوب التأكد من الرضا الصريح للمتبرع.¹⁶⁵

و من بين الالتزامات القانونية الهامة التي تلقى على عاتق الأطباء في مجال استقطاع الأعضاء البشرية، كما سنوضحه لاحقا، إحاطة المتبرع بكافة المعلومات اللازمة حتى تكون موافقته على بيعة من أمر. و يدخل ضمن ذلك أن يشرح الطبيب للمتبرع كل ملبسات العملية و احتمالات مضاعفاتها و كل النتائج السلبية المحتملة.

و تتفق التشريعات الخاصة في مختلف الدول العربية أيضا في هذا الأمر مع الفتاوى و تشترط علاوة على ذلك أن يكون الرضا كتابيا.¹⁶⁶ و إذا كان القانون الفرنسي يشترط أن تتم الموافقة أمام القاضي¹⁶⁷ فإن بعض الدول العربية اكتفت بوجوب أن يشهد على الإقرار الكتابي للمتبرع شاهدان اثنان.¹⁶⁸

الفرع الخامس: أن يكون للمتبرع حق الرجوع في تبرعه:

¹⁶² راجع مضمون هذا الشرط ضمن الشروط الموضوعية الرضا، ص 366 و ما بعدها من الرسالة.
¹⁶³ د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 151.
¹⁶⁴ راجع فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، القرار رقم 1، بتاريخ 88/01/28 بمكة المكرمة، ذكرها د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 137.
¹⁶⁵ حيث جاء في الفتوى؛ " في حالة نقل الدم أو العضو من الحي، لا بد من التأكد على أن ذلك تم برضا تام من المنقول منه... "، ذكرها، د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 139.
¹⁶⁶ كالقانون المصري، الكويتي و اللبناني؛ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 28.
¹⁶⁷ Voir, l'Art. R. 671-3-3 du code de la santé publique, loi n° 96-375 du 29/04/1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur.
¹⁶⁸ راجع المادة 4 من القانون القطري و المادة 2 من القانون الإماراتي، المادة 2 من القانون الكويتي في د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 28. و قد اشترط المشرع الجزائري هو الآخر الموافقة الكتابية بحضور شاهدين اثنين؛ راجع المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترفيتها، مشار إليه سابقا.

و مفاده أن يُسَمَّح للمتبرع بأن يتراجع عن قراره بالتبرع بأحد أعضائه في أي وقت يشاء دون أي قيد أو شرط و ذلك في الفترة التي تسبق عملية الاستئصال. و قد نصت على هذا الشرط مختلف القوانين العربية¹⁶⁹ بما فيها القانون الجزائري.¹⁷⁰

غير أن هذا الشرط محل خلاف في الفقه الإسلامي و هو منقسم بشأنه إلى ثلاث مذاهب أرجحها مذهب جمهور الفقهاء الذي يرى أن المتبرع غير ملزم بالوفاء بوعده قضاء و إن كان ملزماً بديانة.¹⁷¹

أما المذهبين الآخرين، فيرى أنصار أولهما أن المتعهد بالتبرع ملزم قضاء و ديانة عملاً بالنصوص الأمرة بالوفاء بالعهد و من ثم لا يجوز له الرجوع فيما تعهد به. أما أنصار المذهب الثاني فلا يلزمون المتبرع بما تعهد به إلا كان ما وعد به معلقاً على تنفيذ أمر آخر.¹⁷²

و مع ذلك يرى جانب من الفقه أن هذا الخلاف الفقهي لا ينفى إمكانية الرجوع في قرار التبرع نظراً لخصوصية موضوع نزع الأعضاء و اختلافه من عدة وجوه عن الوعد في الأمور المالية و ما شابهها، و هو ما يتطلب أن يكون له وضعية خاصة.¹⁷³

الفرع السادس: أن يكون التبرع بالعضو بدون مقابل مادي:

تتفق الفتاوى الصادرة من هيئات الإفتاء و كبار العلماء و المجامع الفقهية الإسلامية على تحريم بيع الأعضاء البشرية على اعتبار أن ذلك يتعارض مع الكرامة التي خص الله بها الإنسان.¹⁷⁴ من ثم يجب أن يكون الدافع إلى التبرع بالأعضاء البشرية هو التقرب من الله و قيم التضامن الإنساني و التراحم و التضحية من أجل الغير و الإيثار و ليس المقابل المادي.¹⁷⁵ غير أن ذلك لا يمنع المتبرع، وفقاً لبعض الفقه، من قبول مبلغاً غير مشروط مسبقاً على أساس الهبة أو المكافئة أو الهدية.¹⁷⁶ أما من الناحية القانونية¹⁷⁷ فقد سمحت بعض التشريعات بأن يستفيد

¹⁶⁹ راجع المادة 4 من لقانون الكويتي، المادة 5 من القانون الإماراتي، المادة 6 من القانون القطري و المادة 11 من القانون المصري.

واردة عند د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 29.

¹⁷⁰ حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترفيتها ما يلي؛ "..... و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة".

¹⁷¹ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 29.

¹⁷² د. جاسم علي سالم، المرجع السابق، ص. 270.

¹⁷³ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 30.

¹⁷⁴ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 140.

¹⁷⁵ د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 186.

¹⁷⁶ راجع فتوى فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي في هذا الموضوع في د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 33. راجع أيضاً فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في هذا الشأن الذي انعقد بمكة المكرمة في شهر فبراير من سنة 1989، مشار إليها في د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 136. و مع ذلك يعارض جانب من الفقه مكافئة المتبرع سداً للذريعة، إذ يرى

المتبرع، تشجيعاً له، ببعض المزايا كتسليمه "ميدالية" أو وثيقة تأمين ضد الأخطار المرتبطة بعملية استقطاع العضو، وكذا تعويضه تعويضاً عادلاً مقابل تعطله عن عمله.¹⁷⁸ و عليه فإن تحريم بيع الأعضاء لا يقتصر على الدول العربية¹⁷⁹ أو الإسلامية فحسب، بل إنه يمتد إلى الكثير من التشريعات على المستوى الدولي.¹⁸⁰

المطلب الثاني: ضوابط نقل الأعضاء من جثث الموتى:

يرى بعض الفقه أنه لما كان التبرع بالعضو جائز من الناحية الشرعية رغم ما يكتنفه من احتمال الإضرار اليسير بالمتبرع، فإن الإيصال بالعضو إلى ما بعد وفاة صاحبه يكون جائزاً و مشروعاً من باب أولى و ذلك للأسباب التالية؛¹⁸¹

- الوصية بالأعضاء لما بعد الوفاة لا تضر بصاحبها، لأن الاستقطاع يتم من جثته.
- كما أن وصية الفرد بأعضائه فيها نفع كبير لإخوانه من البشر، مادام أن مصيرها إلى التراب في حال عدم الانتفاع بها.
- و في كل الأحوال يثاب المتبرع أو الموصي بالأعضاء إذا قصد بذلك وجه الله تعالى.¹⁸²

لهذه الأسباب أبحاث المجامع الفقهية في العصر الحديث الانتفاع بأعضاء الميت و نقلها إلى الأحياء المضطرين و المحتاجين لها مستدلين على ذلك بالقواعد الفقهية التي ذكرناها آنفاً.¹⁸³ كما أبحاث معظم التشريعات العربية الخاصة هذا النوع من العمليات. ضمن شروط و ضوابط معينة نوردتها فيما يلي.

الفرع الأول: التحقق من حصول الوفاة:

فقد سبقت الإشارة إلى أن تحديد مفهوم الموت لا يزال يثير الكثير من الجدل سواء في الأوساط الشرعية، الطبية أم القانونية. فهل تتحقق الموت بموت خلايا الموت و تعطل وظائفه

هؤلاء أن إحلال المكافئة من شأنه أن يحول الأمر إلى وسيلة للتحايل على تحريم أخذ مقابل للتبرع. راجع في بشأن هذا الرأي، د. جاسم علي سالم، المرجع السابق، ص. 266.

¹⁷⁷ لم تنص التشريعات العربية على منع مكافئة المتبرع مالياً مما يعني جواز ذلك طالما أن ذلك غير مشروط و لا مسمى من قبل، راجع د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 34.

¹⁷⁸ كالقانون الفرنسي و الإيطالي مثلاً، راجع د. أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 187.

¹⁷⁹ راجع المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه و كذا مضمون بعض القوانين العربية المشار إليها في هذا الشأن في د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 31.

¹⁸⁰ من بينها القوانين الأوربية و الأمريكية، د. أحمد أبو خطوة، "القانون الجنائي و الطب الحديث"، مرجع سابق، ص. 82. و مع ذلك يبقى الخلاف قائماً بين فقهاء القانون الوضعي و كذا بين التشريعات المختلفة حول مدى شرعية الاتجار بالأعضاء. راجع ص. 320 و ما بعدها من الرسالة.

¹⁸¹ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 39.

¹⁸² د. الشيخ القرضاوي، "الفتاوى المعاصرة"، الجزء الثاني، دار الوفاء للطباعة و النشر، القاهرة، 1993. ص. 535.

¹⁸³ راجع حكم الشريعة بشأن المساس بجثث الموتى في ص. 251 من الرسالة.

تعطيلا كاملا، و هو ما يسمى بالموت الدماغي (mort cérébrale) أم لا بد أن يتوقف القلب و التنفس توقفا نهائيا وفقا للمفهوم التقليدي للموت ؟ ذلك أن تحديد لحظة الموت أمر ضروري لارتباطها بأمرين مهمين مهمين؛

- حيث يترتب على تحديد هذه اللحظة تحديد وقت البدء في عملية اقتطاع العضو الموصى به، و ذلك على اعتبار أن الاقتطاع لا يتم إلى بعد إعلان وفاة الشخص.
- صلاحية الأعضاء الأساسية القابلة للزرع. حيث أن الأخذ بمفهوم الموت الدماغي يساعد على الاستفادة بالأعضاء لأنه يمكن تمديد حياة هذه الأعضاء اصطناعيا.¹⁸⁴ و هو ما يتعذر عند الأخذ بالمفهوم التقليدي للوفاة (توقف القلب و التنفس) لأن توقف القلب و الرئتين عن توصيل الأكسجين للأعضاء الأساسية يؤدي، بعد وقت وجيز، إلى فسادها و انحلالها، و هو ما لا يترك الفرصة للاستفادة منها. و بناء على هذا المفهوم لا فائدة من الإيصال بالأعضاء إذا لم تكن هناك إمكانية الاستفادة منها.¹⁸⁵

و على هذا الأساس اعتمد مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بعمان سنة 1986 مفهوم الموت الدماغي و نص على ما يلي؛

" يعتبر شرعا أن الشخص قد مات، و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك، إذا تبينت إحدى العلامتين التاليتين؛

- إذا توقف قلبه و تنفسه توقفا تاما و حكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه، و أخذ دماغه في التحلل، ففي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، و إن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة.¹⁸⁶

و عقب الإعلان عن هذه الفتوى اعتمدت الكثير من الدول العربية و الإسلامية¹⁸⁷ مفهوم الموت الدماغي، و كان ذلك سببا في استفادة الكثير من المرضى من عمليات زرع الأعضاء التي تم اقتطاعها من أشخاص متوفين وفقا لمفهوم الموت الدماغي.

¹⁸⁴ د. محمد على البار، المرجع السابق، ص. 170.

¹⁸⁵ د. محمد نعيم ياسين. المرجع السابق، ص. 177.

¹⁸⁶ القرار رقم 05 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن أجهزة الإنعاش و موت الدماغ، عمان، أكتوبر 1986. أشار إليه، د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 42.

¹⁸⁷ من بينها المملكة العربية السعودية و الكويت. راجع، المرجع السابق، ص. 42.

غير أنه بعد سنة من صدور هذه الفتوى صدرت فتوى مغايرة من المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، حيث جاء فيها؛ " لا يحكم بموت الشخص شرعا إلا إذا توقف التنفس و القلب توقفا تاما".¹⁸⁸ مع العلم أن هذه الفتوى أجازت رفع أجهزة الإنعاش الصناعي لكن لا يحكم بموت الشخص شرعا إلا بتوقف التنفس و القلب توقفا تاما بعد رفع هذه الأجهزة.¹⁸⁹

و مع ذلك بقيت الفتوى الأولى هي السائدة و معمول بها إلى حد الآن، حيث قبلت معظم الدول العربية¹⁹⁰ و منها الجزائر¹⁹¹ بمفهوم موت الدماغ، و تم تعميمه إلى معظم دول العالم باستثناء بعض الدول الإسلامية.¹⁹²

الفرع الثاني: التحقق من صدور الوصية من المتبرع قبل وفاته:

و يشترط في الوصية الشروط القانونية العامة بأن تكون صادرة عن صاحبها عن إرادة حرة و واعية دون ضغط أو إكراه، و أن تكون مكتوبة و مشهود عليها.¹⁹³ و شروط أخرى تفرضها طبيعة الأحكام الشرعية في هذا النوع من الوصايا منها، عدم استفادة المتبرع أو ورثته من المقابل المادي، و أنه لم يتراجع عن تلك الوصية قبل وفاته.¹⁹⁴

أما عن نطاق الوصية، فإنه يشمل جميع الأعضاء بما فيها الأعضاء الأساسية فيما عدا ما تم تحريم نقله لارتباطه باختلاط الأنساب كالخصيتين أو المبيضين.¹⁹⁵ و يعتبر شرط التحقق من إرادة الموصي بالأعضاء قبل وفاته محل اتفاق الفتاوى الشرعية¹⁹⁶ و مختلف التشريعات.¹⁹⁷ حيث جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة أنه؛

¹⁸⁸ دورة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في شهر أكتوبر سنة 1987. أشار إليه د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 42.

¹⁸⁹ د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 171.

¹⁹⁰ من التشريعات العربية التي قبلت بمفهوم الموت الدماغي، التشريع اللبناني، حيث جاء في المادة لأولى من المرسوم 1442 لسنة 1984؛ " يعتبر ميتا الإنسان الذي توقفت فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ بما فيها جسر المخيخ و النخاع المستطيل."، و حددت المادة الثانية من نفس المرسوم كيفية إثبات الوفاة، حيث جاء فيها؛ " يثبت الموت الدماغى طبيبان على أن يكون أحدهما اختصاصيا بالأمراض العصبية." كما اخذ بالموت الدماغى، التشريع القطري، التشريع الإماراتي، و مشروع القانون المصري المتعلق بنقل الأعضاء في مادته الثامنة. راجع د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، لمرجع السابق، ص. 44 ز ما بعدها.

¹⁹¹ و هو ما يظهر جليا من القرارات الصادرة عن الوزير المكلف بالصحة بشأن تحديد المعايير الواجب اعتمادها في معاينة الوفاة لغرض مباشرة عمليات نقل الأعضاء، راجع في هذا الشأن القرار رقم 39- 89 الصادر بتاريخ 1989/03/26 و القرار رقم 34 الصادر بتاريخ 2002/11/19.

¹⁹² د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 171.

¹⁹³ راجع التفاصيل الخاصة بكيفية الحصول على موافقة المتبرع في الفصل الثاني من الباب الثاني من الرسالة، ص. 387 و ما يليها.

¹⁹⁴ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 46.

¹⁹⁵ د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 177.

¹⁹⁶ منها الفتاوى الكويتية و الأردنية، راجع د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 175.

"يجوز نقل عضو من ميت إلى حي بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين، إن كان المتوفى مجهول الهوية و لا ورثة له."¹⁹⁸

و إذا كانت معظم الفتاوى و التشريعات العربية تكتفي بضرورة موافقة الموصي قبل وفاته إلا أن بعضها¹⁹⁹ اشترط من الناحية العملية موافقة جميع أهل الموصي بعد وفاته، بحيث لو اعترض واحد منهم فقط لا يتم النقل. و قد سارت على هذا النهج أيضا بعض الدول الغربية،²⁰⁰ إلا أن هناك اتفاق بين الفقهاء على عدم لزوم هذا الشرط لأن الموصي هو صاحب الشأن و موافقته كافية من الناحية الشرعية و القانونية، و هو ما يجعلها واجبة الاحترام و التنفيذ و لو عارضها أهله بعد وفاته.²⁰¹

الفرع الثالث: التحقق من موافقة الورثة عند عدم معرفة إرادة المتوفى:

و هو أيضا أمر محل اتفاق الفتاوى المتعلقة بهذا الشأن.²⁰² فالتحقق من موافقة الورثة يصبح لازما في غياب الوصية من الميت قبل موته أو عدم اعتراضه على الاقتطاع من جثته.²⁰³ ذلك أن موافقة الورثة لا يكون لها أي أثر إذا عبر المتوفى أثناء حياته عن رفضه الصريح بشأن الاقتطاع من جثته.²⁰⁴

الفرع الرابع : التحقق من توافر الشروط الخاصة بالمستقبل للعضو:

يشترط بعض الفقه²⁰⁵ لجواز الاقتطاع من جثث الموتى شروطا معينة في المستقبل للعضو منها؛

¹⁹⁷ راجع المادة 02 من القانون الكويتي، المادة 04 من القانون القطري، و المادة 02 من القانون الإماراتي، المادة 02 من القانون اللبناني، المادة 06 من مشروع القانون المصري، و المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها في القانون الجزائري. سبقت الإشارة إليهم.

¹⁹⁸ فتوى مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بتاريخ 22 فبراير 1988 بجدة. أشار إليها د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 46.

¹⁹⁹ التشريع السعودي، د. عبد الحميد الأنصاري، المرجع السابق، ص. 47.

²⁰⁰ كالقوانين الخاصة بالولايات المتحدة، راجع د. أحمد شوقي أبو خضرة، القانون الجنائي و الطب الحديث، مرجع سابق، ص. 206.

راجع أيضا، د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 176.

²⁰¹ راجع، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 196.

²⁰² فتوى مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بتاريخ 22 فبراير 1988 بجدة. سبقت الإشارة إليها.

²⁰³ مع العلم أن هناك جانب من الفقه يرى بعدم لزوم استئذان ذوي الشأن بخصوص اقتطاع الأعضاء من الجثث على أساس أن الرضا سبب ثانوي لشريعة الاقتطاع مقارنة بشرعية الانتفاع بالجثة التي تبقى السبب الرئيسي، راجع بشأن هذا الاتجاه، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 127.

²⁰⁴ و قد خرجت بعض الفتاوى عن هذه القاعدة حيث أجازت نقل الأعضاء و لو بدون موافقة الميت أثناء حياته أو ورثته، إذا كانت هناك ضرورة ملحة لهذا النقل بشرط موافقة ولي الأمر. و مثالها الفتوى الكويتية بشأن زرع الأعضاء رقم 132 الصادرة سنة 1989، راجع بشأنها، د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 177.

²⁰⁵ راجع بشأن هذه الشروط، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 176 و 177. و د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 154 و ما بعدها.

- أن يكون المستقبل معصوم الدم، أي غير محكوم عليه بالإعدام من وجهة نظر الشريعة الإسلامية. من ثم إذا كان هذا الأخير غير معصوم الدم كالمرتد أو الزاني المحصن، فإن هؤلاء لا يستفيدون من رخصة نقل الأعضاء إليهم لأنه محكوم عليهم بالإعلام من الوجهة الشرعية.
- وجوب توافر حالة الضرورة؛ و يقتضي ذلك توافر شروط الضرورة و منها لزوم الفعل الضروري (نقل العضو من الجثة لغرض إنقاذ صحة أو حياة المستقبل)، و التأكد من عدم وجود بديل عنه.
- كما يشترط أن تكون مصلحة المستقبل أرجح من مصلحة الحفاظ على الجثة، و يعني ذلك وجوب التأكد من صلاحية العضو للنقل من الجثة و كذا التأكد من إمكانية انتفاع المستقبل بهذا العضو.²⁰⁶

المبحث الثالث: الأساس القانوني لإباحة عمليات زرع الأعضاء:

لقد توصلنا في المبحثين السابقين إلى أن الفقه الإسلامي منقسم بشأن إجازة عمليات نقل الأعضاء بين مؤيد و معارض و إن كانت الغلبة للفريق المؤيد للاعتبارات التي تم بيانها. و لقد رجح الباحث الفريق المبيح لهذه العمليات بالقيود و الضوابط التي حددها الفقهاء لهذا الغرض.

و يختلف الفقه المبيح لهذه العمليات أيضا حول الأساس الذي تبنى عليه هذه الإباحة و ذلك قبل تدخل المشرع في مختلف الدول لتنظيم هذا المجال بنصوص قانونية خاصة²⁰⁷. حيث كان لازما على الفقه إيجاد نظرية قانونية تسمح بالاستفادة من التطور العلمي في مجال نقل و زرع الأعضاء، و هو ما أدى إلى ظهور مفاهيم قانونية جديدة لمواكبة هذا التطور بما يحقق مصالح المجتمع في غياب التشريع. و لقد كان للفقه الفرنسي²⁰⁸ على الخصوص الدور الفعال في وضع عدة نظريات كأساس لإباحة عمليات نقل الأعضاء، منها؛ نظرية السبب المشروع، نظرية الضرورة، نظرية المنفعة الاجتماعية، في حين ساهم بعض الفقه الإيطالي و الألماني بنظرية رضا المتبرع.

²⁰⁶ راجع تقرير د. أنور دبور، " الندوة العلمية الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي" مركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين" جامعة القاهرة، نوفمبر، 1993، ص. 106 و ما بعدها، أشار إليها، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 177.

²⁰⁷ مع العلم أن هناك دول لم تشهد إلى حد الآن تنظيم عمليات نقل الأعضاء بنصوص قانونية خاصة كجمهورية مصر العربية. راجع في هذا الصدد د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 97. راجع أيضا إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص 469.

²⁰⁸ لمزيد من التوضيح راجع د. أحمد محمود سعد، " زرع الأعضاء بين الحضر و الإباحة"، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 21 و ما بعدها.

و عليه، سنتعرض في المطالب الموالية إلى تحليل مختلف هذه النظريات ثم نتناول نقل و زرع الأعضاء وفقا للنصوص التشريعية في مختلف الأنظمة.

المطلب الأول: نظرية السبب المشروع:

يعتبر Décocq²⁰⁹ من الفقهاء الفرنسيين²¹⁰ الأوائل الذين استندوا إلى فكرة السبب المشروع للقول بشرعية عمليات نقل الأعضاء البشرية. فقد استفاد هذا الأخير من جهود من سبقه من رجال الفقه الفرنسي في التضييق من نطاق "مبدأ حرمة المطلقة لجسم الإنسان" الذي ظل يميز قواعد القانون المدني الفرنسي آنذاك و ما تبعه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي اتفاق قانوني.²¹¹ إلا أن التطور السريع في الحياة الاجتماعية أدى إلى تراجع هذا المبدأ تدريجيا خاصة بعد شيوع الاتفاقات المتعلقة بعقود العمل أو تلك المتعلقة بحضانة الطفل أو تعليمه. ففي هذا الصدد يرى بعض الفقه²¹² أنه لا يمكن مثلا نفي مشروعية الاتفاقات المتعلقة بقص الشعر أو تلك المتعلقة بممارسة الرياضة بسبب ما تحققه هذه الاتفاقات من نفع لأصحابها.

الفرع الأول: مضمون نظرية السبب المشروع:

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن مشروعية التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تتحدد بالهدف المراد بلوغه من هذه التصرفات. فإذا كان الغرض مشروعاً كان التصرف مشروعاً و بالتالي مباحاً.²¹³ و لما كانت عمليات نقل الأعضاء تهدف، كأصل عام، إلى إنقاذ صحة أو حياة المريض الذي يكون في حاجة إلى العضو المنقول، فإن شرعيتها مرتبطة بمدى تحقيقها لهذا الغرض. فقد تنطوي هذه العمليات على مساس بيسير بجسم المتبرع كما هو الحال في نقل الدم أو استئصال جزء من جلده لترقيعه لآخر و بالتالي لا تخلف سوى ضرر يسير لهذا الأخير.²¹⁴ في حين قد تنطوي على ضرر أكثر جسامة في حالات أخرى كما هو الأمر في نزع الكلى. إلا أنه

²⁰⁹ Décocq, A., "Essai d'une thérapie générale des droits sur la personne", Thèse, Paris 1960. p. 91 et s.

²¹⁰ Kornprobst, L. "La responsabilité du médecin", Paris, 1957. p. 863.

²¹¹ د. محمد سامي الشوا، "مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات؛ التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استئطاع الأعضاء و زرعها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.302.

²¹² André, J., "Les conventions relatives à la personne physique", Revue critique de législation et de jurisprudence, 1933. p. 364.

راجع في الفقه العربي، د. محمد سامي الشوا، "مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات؛ التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استئطاع الأعضاء و زرعها"، المرجع السابق، ص.302. راجع أيضا، د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص.79.

²¹³ راجع في الفقه العربي، شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص.273. د. محمد سعد خليفة، "الحق في الحياة و سلامة الجسد"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر، أسبوط، و طبعة أخرى لدى دار النهضة، 1996، ص.115، د. حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية؛ دراسة مقارنة"، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص.42.

²¹⁴ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص.43.

في كلتا الحالتين يبقى الفعل مشروعاً حسب Décocq طالما أن المتبرع يتصرف بدافع المساعدة الإنسانية، و بشرط الالتزام بالضوابط التي سبق الإشارة إليها ككون التصرف تبرعاً و عدم تضرر المتبرع من استئصال ذلك العضو من جسده.²¹⁵ و هي أمور علمية يمكن التأكد منها من خلال التجارب و الإحصاءات، حيث ثبت أن المتبرع بالكلية مثلاً يستطيع أن يحيا حياة عادية لا تختلف عن غيره من الأشخاص.²¹⁶

و يصل Décocq إلى أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو لغيره. و بناء على ذلك لا يجوز المساس بالجسم إلا إذا تترتب عن ذلك مصلحة مشروعة تفوق الأضرار الناشئة عن ذلك المساس و إلا كان التدخل غير مشروع و مخالف للأخلاق.²¹⁷

الفرع الثاني: تقدير نظرية السبب المشروع:

رغم صلاحية هذه النظرية لإبراز الحكمة من إباحة نقل الأعضاء إلا أنها لا تصلح كأساس لإباحة هذه العمليات. فمن بين الانتقادات التي وجهت لها افتقارها إلى معيار دقيق للترقية بين العمليات الجائزة و العمليات الغير جائزة في إطار الموازنة بين المصالح المختلفة، و هو ما اضطر أنصار النظرية إلى إضافة شرط آخر مفاده أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض (الضرورة).²¹⁸

المطلب الثاني: حالة الضرورة و نقل الأعضاء:

يرى البعض أن نقل و زرع الأعضاء مشكلة تتعلق بالموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض و المتبرع من جانب، و احتمالات الشفاء أو إنقاذ حياة المريض من جانب آخر.²¹⁹

²¹⁵ و هذا بخلاف ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي على رأسهم Savatier و Auby و Pequignot الذين قالوا بشرعية عمليات نقل الأعضاء التي لا تخلف سوى ضرراً يسيراً، راجع مؤلفهم، "Traité de droit médical"، Paris، 1956، ص. 247. فقد رفض Décocq هذه التفرقة على أساس أن قانون العقوبات الفرنسي يجرم كل مساس بسلامة الجسم سواء كان يسيراً أو جسيماً. من ثم فلا وجه للاحتجاج بمدى جسامته النتيجة المترتبة على عمليات نقل الأعضاء لتحديد مشروعيتها. راجع Décocq المرجع السابق، ص. 95.

²¹⁶ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 45.

²¹⁷ Décocq, thèse préc., p. 97.

²¹⁸ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 60. راجع أيضاً د. حمدي عبد الرحمان، "معصومية الجسد"، دار النشر غير معروفة، القاهرة، 1987، ص. 104. د. حمدي عبد الرحمان، "الحقوق و المراكز القانونية"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص. 49.

²¹⁹ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 460 أخذاً عن د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 48. راجع في الفقه الفرنسي؛

Savatier, R., "Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines", J.C.P 1969-1-2247.

و يقوم العمل الطبي بوجه عام على أساس الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض إذا بقي بدون علاج و المخاطر الأخرى المرتبطة بالتدخل الطبي و احتمالات الشفاء التي لا تتحدد بصفة مؤكدة. إذ أن الأمر يتعلق بعوامل مختلفة داخلية و خارجية يمكن أن تؤثر بطريقة أو بأخرى في تحقيق النتيجة المتوقعة. فاحتمالات الشفاء تتحدد وفقا للمجرى العادي للأمور.²²⁰

الفرع الأول: مضمون نظرية الضرورة في مجال نقل الأعضاء:

إذا كان للمريض الذي ينتظر زراعة العضو في جسمه مصلحة مؤكدة و مباشرة من العملية، فإن هذه المصلحة منتفية بالنسبة للمتبرع بالعضو الذي يعرض سلامته البدنية لأخطار محتملة بدون فائدة. ففي هذه الحالة ليس من السهل تغليب مصلحة على أخرى، إذ لا يمكن تغليب مصلحة المريض في الشفاء على مصلحة المتبرع في السلامة البدنية. من ثم فإن اللجوء إلى عملية اقتطاع العضو من المتبرع إنما تملئها حالة الضرورة لأن الهدف من العملية هو إنقاذ حياة المريض أو صحته من خطر جسيم و حال²²¹، و إن كان في ذلك تعريض السلامة الجسمية للمتبرع لخطر يسير.²²²

و من الشروط التي يجب توافرها للقول بوجود حالة الضرورة،²²³ حسب أنصار هذه النظرية، ما يلي؛

1- أن يكون الضرر المراد تلافيه أكثر جسامة من الخطر الذي قد يتعرض له المتبرع.²²⁴ فقد تنطوي عمليات نقل الكلى على قدر من الخطر، إلا أن هذا الخطر أقل بكثير من الخطر الذي يتعرض له المريض إذا لم يستفيد من عملية الزرع. فقد أثبت التجارب في مختلف الدول الآن بقاء المتبرع بالكلية على قيد الحياة مع استمرار جسمه في أداء وظائفه بطريقة طبيعية.²²⁵

²²⁰ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 460.

²²¹ راجع التدخل الطبي في حالة الضرورة في ص. 156 من الرسالة.

²²² Monzein, P., "La responsabilité pénale du médecin", Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé. 1971 p. 877 et 878.

²²³ Voir en particulier, Foriers, P. "De l'état de nécessité en droit pénal", thèse, Paris 1951, p.181.

راجع في الفقه العربي، د. هيثم حامد المصاروة، "نقل الأعضاء البشرية بين الحضرة و الإباحة؛ دراسة مقارنة"، جار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص. 149 و ما بعدها.

²²⁴ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 460. راجع أيضا في الفقه الغربي؛

Raimo Laht, "General Report ; Criminal Law and Modern Bio-Medical Technics " Revue Internationale de Droit Pénal, nouvelle série, 3ième et 4ième trimestres, 1988, p. 1341.

Ponchon, F., "Les prélèvements d'organes et de tissus humain", Berger-Levrault, Paris, 1997. p. 37.

Doudera, E. and Petre, " Legal and Ethical Aspects of Treating Critically and Terminally Ill Patients", Eupha Press, Ann Arbor, Michigan, 1982, p. 77.

²²⁵ د.حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 50.

2- من جهة أخرى، و كأصل عام، لا يتم اقتطاع العضو من المتبرع إلا بعد التأكد من حالته الصحية، و كذا التأكد من أن العملية لا تشكل وفقا للمجرى العادي للأمر أي خطر على حياته أو صحته.

3- كما يجب التأكد من أن زرع العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة أو صحة المريض و أن نسبة نجاح هذه العملية عالية بالنسبة له. ذلك أن حالة الضرورة التي ترتب مشروعية اقتطاع العضو من المتبرع مرتبطة بمدى استفادة المريض من هذا العضو و مدى نجاح العملية. و عليه فلا تتحقق حالة الضرورة إذا كان هناك شك من أن زرع العضو سيعيد للمريض عافيته و صحته. فحالة الضرورة طبقا لهذا الاتجاه تتطلب أن تكون احتمالات نجاح العملية بالنسبة للمريض قوية و هو ما يضيفي الشرعية على المساس بسلامة جسم المتبرع.²²⁶

و إذا كانت غالبية الفقه الفرنسي²²⁷ قد استحسنت نظرية الضرورة²²⁸، إلا أن البعض منه يرى بعدم كفايتها للقول بمشروعية نقل الأعضاء. إذ يرى هؤلاء أن مسابرة منطق النظرية من شأنه أن يؤدي إلى تحكم الأطباء و إجبارهم، مثلا، على إخضاع إي إنسان لعملية استقطاع إحدى كليتيه لمجرد تطابق أنسجته مع أنسجة شخص مريض يحتاج إلى نقل هذه الكلية. من ثم يرى هذا الجانب من الفقه بضرورة اشتراط رضا المتبرع أيضا.²²⁹

و لقد اختلف فقهاء القانون حول ما إذا كانت حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة أم مانعا من موانع المسؤولية.²³⁰ غير أن هذا الجدل الفقهي لا يهتما في هذا المقام، و من ثم يمكن

²²⁶د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، " القانون الجنائي و الطب الحديث"، بدون دار النشر، القاهرة، 1986، ص. 41. راجع أيضا حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 60.

²²⁷ Chavanne, A., "Point de vue juridique dans une réunion de l'association de médecine légale", Bull. Méd., Lég. Lyon 1967 p.31 et s. voir aussi Penneau, J. " La responsabilité médicale", Sirey, Paris. 1977., p. 155. Monzein, P. " La responsabilité pénale du médecin". op.cit p . 878. Malherbe, " Médecine et droit moderne", Masson 1970. p. 37.

²²⁸ من بين القضايا التي طبق فيها القضاء الفرنسي نظرية الضرورة قضية الطبيب الذي قام بنقل إحدى كليتي شاب سليم إلى أخاه التوأم الذي كان يعاني من فشل كلوي. حيث أمرت النيابة العامة بحفظ الدعوى على أساس أن الطبيب الذي أجرى العملية كان تحت ضغط أدبي دفعه إلى ارتكاب فعل يعاقب عليه القانون في الأحوال العادية. مشار إليها في؛

Charaf-Eldine, A., "Droit de la transplantation d'organes; étude comparative", Thèse, Paris II, 1975., p. 46.

²²⁹د. محمد سامي الشوا، " مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات؛ التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استقطاع الأعضاء و زرعها" المرجع لسابق، ص. 309.

²³⁰ لمزيد من المعلومات حول هذا الخلاف، راجع، د. طارق سرور، "نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء"، مرجع سابقين ص. 144 و ما بعدها. راجع أيضا في الفقه الغربي؛

Habchy, M. "Essai sur la notion de justification", Saint Maur, 1991, p. 70 et s.

Levasseur, G., Chavanne, A., Montreuil, J., et Bouloc, B., "Droit pénal général et procédure pénale", Sirey, 1999. p. 84.

القول بأنه متى توافرت شروط حالة الضرورة في مجال زرع الأعضاء لا يسأل الطبيب عن عملية نقل العضو من المتبرع طالما لم يصدر منه خطأ بغض النظر عما إذا كان تدخله عملاً غير مشروع وفقاً للاتجاه الذي يكيف حالة الضرورة ضمن موانع المسؤولية، أو ارتفعت عنه الصفة الإجرامية وفقاً للاتجاه الذي يدرج حالة الضرورة ضمن أسباب الإباحة.²³¹

الفرع الثاني : تقدير نظرية الضرورة:

لقد انتقد جانب من الفقه تأسيس عمل الطبيب في حالة نقل الأعضاء على حالة الضرورة سواء كانت سبب إباحة أو مانع مسؤولية.²³² حيث يرى بعضهم أن حالة الضرورة لا تعدو أن تكون شرطاً من الشروط التي يجب توافرها لمباشرة عمليات نقل الأعضاء فقط.

فقد سبقت الإشارة في موضع سابق،²³³ أنه يجوز للطبيب التدخل في حالات الضرورة المرتبطة بتوافر خطر جسيم يهدد حياة أو صحة المريض و لو بدون موافقة المريض أو من يمثله قانوناً بسبب حالة الاستعجال.

غير أنه في حالات نقل الأعضاء من المتبرعين لا يتوافر بشأنها عنصر الاستعجال بنفس المفهوم، فقد يستوجب بعضها التدخل السريع في حين قد لا يصل البعض الآخر إلى هذا الحد. بمعنى آخر إن ضرورة التدخل الطبي تكون بعد مدة من الزمن قد تطول أو تقصر وفقاً لظروف المريض و حالته الصحية من جهة، و وجود متبرع بالعضو المطلوب من جهة أخرى.

ففي حالة الفشل الكلوي على سبيل المثال يمكن استمرار علاج المريض بالوسائل الطبية المتاحة إلى حين العثور على متبرع.²³⁴ و عليه فإن حالات و ظروف المريض الذي يحتاج إلى

Merle, R. et Vitu, A., "Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général", 7^{ème} éd. Cujas 1997, p. 339.

²³¹ و مع ذلك نرجح الاتجاه الذي يرى أن حالة الضرورة هي أقرب إلى أسباب الإباحة منه إلى موانع المسؤولية في المجال الطبي، لأن عمل الطبيب يحتاج إلى حرية كاملة لأداء عمله و القول بأنه معرض للمسئولية يحد من هذه الحرية. راجع د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 148.

²³² شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 277.

²³³ راجع ص. 156 من الرسالة.

²³⁴ كاستعمال أجهزة الكلى الصناعية باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لعملية نقل العضو. راجع في هذا الصدد؛

Grenouilleau, J.B., "commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976 relative au prélèvements d'organes, Dalloz, 1977 chronique, p. 214.

عضو للزراعة تختلف من حالة لأخرى من حيث درجة الخطورة و من حيث الحاجة إلى العضو و كذا من حيث عنصر الاستعجال في تنفيذ العملية.²³⁵

من جهة أخرى إن نجاح عمليات نقل الأعضاء ليس مؤكدا دائما، و بالتالي لا يمكن قبول تدخل الطبيب تحت غطاء تجنيب المريض خطرا حالا خاصة و أن ظاهرة لفظ العضو الغريب ما زالت مهيمنة، في نظر البعض، على هذه العمليات.²³⁶

يضاف إلى ذلك أن هناك حالات يتم فيها نزع العضو من المتبرع دون وجود لحالة الضرورة. و أبرز مثال على ذلك استئصال عضو أو نسيج أو خلايا معينة و حفظها لدى البنوك المتخصصة في حفظ الأعضاء البشرية إلى حين توافر مقتضيات زرعها.²³⁷ من ثم فإن منطق هذه النظرية يؤدي حتما إلى رفض مثل هذه العمليات.²³⁸

و بناء على ما تقدم فإن حالة الضرورة لا تتوافر في كافة حالات نقل الأعضاء، و هو ما يجعلها غير صالحة كأساس لمشروعية التدخل الطبي في هذا المجال. إذ يجب أن يكون لهذا الأساس صفة العمومية بحيث يصلح ليواجه مختلف الحالات و عدم الاقتصار على بعضها فقط.²³⁹

المطلب الثالث: نظرية المنفعة الاجتماعية:

أن حق الفرد في الحياة و في السلامة البدنية ليس حقا فرديا و إنما له جوانب دينية و أخرى اجتماعية.²⁴⁰ فهو يتقاسمه مع الله عز وجل من الوجهة الدينية، و مع المجتمع من الوجهة القانونية.²⁴¹ و بغض النظر عن مصدر هذا الحق فإنه يفرض على الكافة واجب الصيانة و الحماية تحقيقا لمصلحة الجميع.

²³⁵ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 462.

²³⁶ Fahmy, A. "Le consentement de la victime" Thèse, Paris 1969. p. 440-441, et pour le même auteur "Le consentement de la victime", Bibliothèque de sciences criminelles, Paris 1971.

²³⁷ يلجأ إلى هذه التقنية بشأن الأعضاء المتجددة في الجسم البشري كالدماغ أو الأنسجة، أو بشأن الأعضاء غير المتجددة في حالة الإيصال بها من قبل المتبرع قبل وفاته.

²³⁸ د. أحمد شرف الدين، "زراعة الأعضاء و القانون" مقال منشور في مجلة الأمن العام المصرية، العدد 74، بدون تاريخ، ص. 35.

²³⁹ نفس المرجع و في نفس المكان. راجع أيضا النقد الموجه لهذه النظرية عند د. أحمد شوقي أبو خطوة، "القانون الجنائي و الطب الحديث"، مرجع سابق، ص. 42. محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص. 657. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 277.

²⁴⁰ و لهذه الجوانب قدر كبير من الأهمية في نظر المجتمع، راجع د. محمود نجيب حسني، "الحق في سلامة الجسم"، القاهرة، 1959، ص. 19.

²⁴¹ راجع الفصل التمهيدي من هذه الرسالة.

و من مظاهر هذه الحماية منع الاعتداء على جسم الغير بدون مبرر شرعي، و وجوب علاجه من الأمراض التي يمكن أن تعطله عن أداء مختلف الوظائف الاجتماعية.²⁴² و عليه فإن شرعية التصرفات التي يقوم بها الفرد ترتبط بمدى احترامها للحق في الحياة و في السلامة البدنية.²⁴³

الفرع الأول: مضمون نظرية المنفعة الاجتماعية:

يمكن لنظرية المنفعة الاجتماعية أن تجد لها مجالاً للتطبيق في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية. إذ أن تصرف المتبرع في أحد أعضائه بإرادته الحرة و المدركة بما لا يضر حياته أو سلامته الجسدية فيه دعم للمنفعة الاجتماعية من خلال تحسين الحالة الصحية للمريض. إذ حين يتبرع أحدهم بكلية لمصلحة مريض يعاني من فشل كلوي مهدد بالوفاة، فإن ذلك يزيد في المنفعة الاجتماعية الكلية مقارنة بوضعية المتبرع و المريض قبل إجراء العملية، و هو ما يمكن إدراكه بلغة الأرقام. فإذا كانت المنفعة التي يجنيها المجتمع من الشخص المتبرع باعتباره سليم البدن 100 % يضاف إليها منفعة هزيلة مقدرة ب 10 % من المريض، فإنه يجب النظر إلى مجموع هذه المنفعة بعد إجراء عملية زرع العضو. فبافتراض أن عملية اقتطاع العضو لا يترتب عليها سوى ضرر يسير بالنسبة للمتبرع فإن ذلك سيخفض انتفاع المجتمع به إلى حد 80 % في حين سترتفع منفعة المريض إلى 60 % بعد عملية زرع العضو، و الفرق واضح بين الحالتين.²⁴⁴ و عليه، فرغم تعرض جسم المتبرع لعاهة مستديمة من جراء استئصال إحدى الكليتين، إلا أن ذلك يبقى مقبولاً مقارنة بالنفع الكبير الذي استفاد منه المريض المستقبل للعضو و هو النجاة من الموت.

من جهة أخرى يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يمكن تبرير شرعية عمليات زرع الأعضاء استناداً لمبدأ التكامل و التضامن الاجتماعي الذي يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم. و المقصود بالتكافل الاجتماعي مساعدة أفراد المجتمع لبعضهم البعض، كل على قدر إمكانياته و استطاعته.²⁴⁵ و من أمثلة ذلك تكافل الأغنياء مع الفقراء، و الأقوياء مع الضعفاء و الكبار مع

²⁴² التي يرى البعض أنها على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للفرد و المجتمع، راجع في هذا الصدد د. محمود نجيب حسني، " الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات"، مجلة القانون و الاقتصاد، القاهرة، 1959. ص. 19.

²⁴³ شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 288.

²⁴⁴ مثال وارد عند شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 288 أخذاً عن د. إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق،

ص. 466. راجع أيضاً د. حسان الدين الأهواني، مرجع سابق ص. 57.

²⁴⁵ Charaf ed dine, Ahmed, " Le droit de la transplantation d'organes ; étude comparative", thèse, paris 1975. p. 44.

الصغار إلى جانب تكافل الأصحاء مع المرضى. فكلما قويت روابط التضامن بين الأفراد كلما زادت قوة ذلك المجتمع في التصدي لكل ما يهدد أمنه و استقراره.²⁴⁶

و عليه فإذا تم استئصال عضو من شخص سليم لغرض زرعه لدى شخص آخر مريض و لم يرتب ذلك إلا ضررا بسيطا للمتبرع بحيث لا يؤثر على وظائف جسمه الأساسية و لا يمنعه من مباشرة وظائفه الاجتماعية، و كانت عملية زرع العضو السبيل الوحيد لإنقاذ صحة أو حياة المريض، و كانت نسبة نجاح العملية عالية، فإن عملية الاستئصال تكون مشروعة إذا تمت بالموافقة الحرة للمتبرع استنادا إلى هذه المصلحة الاجتماعية الجوهرية.²⁴⁷

الفرع الثاني: تقدير نظرية المنفعة الاجتماعية:

1- تقوم فكرة المنفعة الاجتماعية التي يستند إليها أصحاب هذه النظرية كأساس لإباحة نقل الأعضاء البشرية على الموازنة بين المصالح و المخاطر، خاصة فيما يتعلق بالمصلحة الاجتماعية و غيرها من المصالح الفردية.²⁴⁸ فإذا كان التبرع لا يعيق المتبرع عن أداء وظائفه الاجتماعية (مصلحة اجتماعية)، فإنه من حق هذا الفرد أن يمارس حقه على جسده و أن يوافق على عملية الاستقطاع (حق فردي). أما إذا كان التبرع بالعضو فيه تأثير على قدرة الفرد في تنفيذ التزاماته الاجتماعية فإن ذلك يخرج العملية من نطاق حقوق الفرد إلى نطاق حقوق المجتمع، و التي منها حق المجتمع على جسم الإنسان. فطبقا لهذا الاتجاه، تبقى شرعية التبرع بالأعضاء قائمة مهما كانت جسامة المساس بالسلامة البدنية للمتبرع طالما أن ذلك لا يمنعه من أداء وظائفه الاجتماعية و طالما تم ذلك بموافقتة. و بهذا المفهوم، يرى جانب من الفقه أن هذه النظرية تركز أساسا على رضا المتبرع، و هو ما يفسح المجال لأن تمارس من أي شخص و لو لم يكن طبييا باعتبار أن الرضا هو أساس هذه الإباحة. من جهة أخرى يجوز لصاحب الشأن أن يوافق على تدخلات أخرى على جسمه ما دامت شرعيتها مرتبطة بالرضا فقط.²⁴⁹

²⁴⁶ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 466.

²⁴⁷ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، نفس المكان.

²⁴⁸ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 58.

²⁴⁹ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 467.

2- و من بين الانتقادات الأخرى، يرى بعض الفقه أن فكرة المنفعة الاجتماعية فكرة غامضة و خطيرة و قد تؤدي إلى هدر الحقوق الفردية خاصة في الأنظمة الاستبدادية، و مثاله أن يجبر عامل يدوي بسيط على التنازل عن إحدى كليتيه لمصلحة عالم يعاني من فشل كلوي.²⁵⁰ كما أن فكرة الوظيفة الاجتماعية و ما يرتبط بها من واجبات و التزامات فكرة واسعة و متغيرة. إذ يزداد مجال هذه الواجبات بالنسبة للأفراد في مرحلة النضج و الشباب و يقل تدريجياً مع الشيخوخة. من جهة أخرى تختلف القدرات المطلوبة في مختلف مجالات العمل، فبعضها يتطلب قدرات بدنية و عقلية كبيرة في حين هناك أعمال أخرى تتطلب قدرات بدنية محدودة و يمكن أن تتم بالوجه الذي يتفق و مصلحة المجتمع.

و بناء على ذلك قد يكفي لإباحة بعض العمليات إرادة المتبرع فقط أياً كانت درجة المساس بسلامته الجسدية ما دامت لا تؤثر على وظائفه الاجتماعية كما في حالة المتبرع كبير السن أو المعاق. بينما قد لا تكفي موافقة المتبرع لوحدها بسبب تعارض ذلك مع وظائفه الاجتماعية في الحالات الأخرى و هو ما يفسح المجال للتجاوزات و سوء الاستعمال، كأن يزداد مجال الأعمال المشار إليها في حالات أو لدى فئات معينة دون غيرها.²⁵¹

3- إن فكرة المنفعة الاجتماعية الكلية هي الأخرى فكرة واسعة يصعب تحديدها لأن الأمر يختلف من حالة لأخرى.²⁵² فلا يمكن الجزم بتحسين حالة المريض بعد عملية الزرع لأن صحة الإنسان النفسية و العقلية تتأثر بظروف و عوامل مختلفة يمكن التنبؤ ببعضها بخلاف البعض الآخر، و هو ما لا يسمح بتحديد النسب الحسابية بدقة في هذا المجال، إذ يمكن أن تنجح عملية الزرع في بداية الأمر ثم تتدهور حالة المستقبل فيما بعد. كما أنه قد لا تتأثر الوظيفة الاجتماعية للمتبرع عقب العملية مباشرة و لكن يتعرض لأمراض تضاعف من مخاطر العملية مستقبلاً.²⁵³ و عليه فإن حساب نسبة المنفعة الاجتماعية لكل فرد يختلف من فرد لآخر وفقاً للسن و طبيعة التخصص، و عوامل أخرى كثيرة تجعل من الصعب التوصل إلى معيار سليم لحساب مجموع المنفعة الاجتماعية.²⁵⁴

²⁵⁰ د. محمد سامي الشوا، " الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1986ص. 653.

²⁵¹ شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 290، أخذاً عن إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 468.

²⁵² د. حمدي عبد الرحمان، " معصومية الجسد"، ص. 77.

²⁵³ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 59.

²⁵⁴ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 468.

4- قد تتلاقى المصلحة الاجتماعية في كثير من الأحيان بالمصلحة الفردية، غير أن ذلك لا يقع دائماً. و مثاله تنازل عالم جليل بإحدى كليتيه لعامل يدوي بسيط. فالضرر الذي يتعرض له المجتمع من جراء تقلص النفع الاجتماعي في هذا المثال أكبر بكثير من النفع الذي يجنيه من زرع الكلية لدى العامل. من ثم، يعتبر هذا التنازل غير مشروع طبقاً للاتجاه القائم على فكرة النفع الاجتماعي.²⁵⁵

و عليه فرغم أهمية مبدأ التكافل أو التضامن الاجتماعي إلا أنه لا يكفي لاعتباره سبباً مباشراً لمشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، لأن هذه العمليات تنطوي على خطورة تختلف من حالة إلى أخرى و فيها مساس بالسلامة البدنية للفرد. و الأصل العام، كما هو معلوم في أغلبية الأنظمة القانونية، هو تحريم المساس بسلام الجسد لأن في ذلك اعتداء على مصالح فردية و اجتماعية جديرة بالرعاية.²⁵⁶

المطلب الرابع: نظرية رضا المتبرع:

مفاد هذه النظرية أن رضا المتبرع هو أساس إباحة استقطاع العضو من جسده. و بهذا المفهوم فإن النظرية مرتبطة ببحث مدى جواز اعتبار رضا المجني عليه سبباً من أسباب الإباحة.²⁵⁷ من ثم يتعين بداية التطرق إلى الطبيعة القانونية لرضا المجني عليه ثم نتعرض للتكييف القانوني السليم لرضا المتبرع.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لرضا المجني عليه:

لقد ظهرت ثلاث نظريات في تأسيس الإباحة على رضا المجني عليه، و هو ما ينطبق أيضاً على رضا المتبرع بأحد أعضائه للغير. أولى هذه النظريات تعتبر الموافقة تنازلاً عن حقه في سلامته الجسدية المقرر قانوناً. في حين تعتبر النظرية الثانية الرضاء بمثابة توقف عن استعمال هذا الحق، بينما تذهب النظرية الثالثة إلى اعتبار الرضاء بمثابة رخصة قانونية لصاحب الحق.

أولاً: نظرية التنازل عن الحق (renonciation à un droit):

²⁵⁵ د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 653؛ د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص. 59.

²⁵⁶ إيهاب يسر أنور على، المرجع السابق، ص. 468.

²⁵⁷ د. طارق سرور، "نقل الأعضاء بين الأحياء"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001، ص. 105.

يتزعم هذا الاتجاه جانب من الفقه الإيطالي الذي يرى أن رضا المجني عليه هو بمثابة تنازل عن حقه في السلامة البدنية. و من التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه قضية الشاب الذي اقتطع الطبيب من جسمه و بموافقة إحدى الخصيتين لغرض زرعها لدى آخر، حيث قضت محكمة نابولي الجزائية ببراءة الطبيب استنادا إلى أن رضا المتبرع يبرر الاعتداء على سلامة جسمه، طالما أن ذلك لم يؤدي إلى عجز الشاب المتبرع عن القيام بوظائفه الاجتماعية.²⁵⁸ غير أن هذا الحكم تعرض لانتقادات عديدة بسبب طبيعة العملية و مخالفتها للنظام العام و الآداب العامة.²⁵⁹

و قد أضاف بعض الفقه الألماني المؤيد لهذه النظرية إمكانية رجوع المجني عليه في موافقته و هو ما يعني، وفقا لهؤلاء، عدم جواز تقديم الموافقة بطريقة مطلقة.²⁶⁰

من الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية عدم واقعيته بالنظر إلى محل الحق موضوع البحث. ذلك أن فكرة التنازل عن الحق تؤدي إلى حوالة أو انقضائه، و هو ما يتعارض مع فكرة الرجوع عن الرضا من جهة، و لا يمكن قبول الفكرة أصلا في مجال سلامة الجسم من جهة أخرى.²⁶¹ يضاف إلى ذلك أن النظرية تعامل الجسم كالأشياء التي تكون محلا للحقوق المالية و هو ما لا يتفق مع طبيعة جسم الإنسان و كرامته. فأعضاء الجسم البشري ليست مالا لإمكان التصرف فيها بالتنازل أو بغيره.²⁶² من جهة أخرى سبقت الإشارة إلى أن المتبرع ليس صاحب حق على جسمه لا شرعا و لا قانونا.

ثانيا: نظرية التوقف عن استعمال الحق (cessation d'exercer un droit):

نادى بهذه النظرية جانب من الفقه الألماني و مفادها أن رضا المجني عليه يوقف حقه في مواجهة من يقدم على المساس بحقه في السلامة البدنية.²⁶³

²⁵⁸ أشار إلى هذا الحكم د. أحمد محمد العمر، " نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم؛ دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997. ص. 61.

²⁵⁹ د. أحمد محمد العمر، المرجع السابق، ص. 194.

²⁶⁰ Fahmy, A., " Le consentement de la victime", Bib. Sciences Crim. Paris., 1971. p. 57.

²⁶¹ Thouvenin, D., "La personne et son corps : un sujet humain pas un individu biologique", Les Petites Affiches, 14 Déc. 1994. p. 26.

²⁶² Fahmy, A, op.cit. p. 57.

²⁶³ Fahmy, A, op.cit. p. 59.

و قد تعرضت هذه النظرية هي الأخرى إلى انتقادات كثيرة مما أدى إلى عدم قبول تطبيقها في مجال نقل الأعضاء. ذلك أن موافقة المتبرع على استقطاع عضو من جسده لا تعني أبدا حرمانه من حق مواجهة من يقدم على المساس بسلامته الجسدية، و إنما له الحق، كما تضمنت له ذلك مختلف التشريعات، في الرجوع عن موافقته في أية مرحلة سابقة عن عملية الاستقطاع.²⁶⁴

ثالثا: نظرية استخدام رخصة قانونية لمصاحب الحق:

يرى بعض أصحاب هذا الاتجاه أن صدور الرضا من المجني عليه يسقط الواجب القانوني الملقى على عاتق الغير باحترام حقوقه و مصالحه. في حين يرى البعض الآخر أن رضا المجني عليه هو عمل قانوني صادر منه للترخيص للغير بأن يمس بسلامته الجسدية.²⁶⁵

و غني عن البيان أن هذه النظرية هي الأخرى غير صالحة، على اختلاف الأسس التي تقوم عليها، كأساس لتبرير نقل الأعضاء بين الأحياء على اعتبار أنه ليس للفرد حق ملكية على جسمه حتى يمكنه الترخيص للغير لكي يباشر عليه عملا غير مشروع في نظر التشريع الساري المفعول.

الفرع الثاني: التكيف القانوني لرضا المتبرع:

يتطلب بحث التكيف القانوني لرضا المتبرع مدى صلاحية رضا هذا الأخير في إباحة استقطاع عضو من أعضائه. فقد سبقت الإشارة أعلاه إلى مختلف النظريات التي اعتبرت بأن رضا المتبرع يبيح عملية استقطاع العضو لغرض الزرع. و قد بينا عدم صلاحية تلك النظريات بسبب عدم واقعية الأساس الذي بنيت عليه و ارتباط ذلك بنظرية رضا المجني عليه في المجال الجنائي.

حيث يستقر الفقه و القضاء في كثير من الأنظمة العربية على أن رضا المجني عليه لا يحول دون قيام الجريمة إلا إذا كان الرضاء عنصرا أساسيا في تكوينها. و مثال ذلك جريمة الاغتصاب التي توجب أن يتم الفعل من قبل رجل لا تربطه علاقة زوجية بالمرأة و بدون رضاها²⁶⁶، أو جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد، أو جريمة الخطف.²⁶⁷ ذلك أن رضا المجني عليها السابق عن فعل الاعتداء في مثل هذه الجرائم يحول دون قيام الجريمة أصلا. كما

²⁶⁴ راجع الشروط القانونية لعمليات نزع الأعضاء ص. 302 و ما يليها من الرسالة.

²⁶⁵ Fahmy, A, op.cit. p. 69.

²⁶⁶ طعن النقض المصري رقم 6430، لجلسة 1994/11/8، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، رقم 148، ص. 949.

²⁶⁷ راجع المادة 293 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

أن رضاء الشخص بالتنازل عن أمواله أو الموافقة على إتلاف منقولاته ينفي جريمة السرقة أو الإتلاف. إذ لا يتصور وقوع الجريمة إلا إذا كان المجني عليه غير موافق عن هذا التصرف.²⁶⁸ بل أن اعتقاد الجاني بأنه يأخذ مال المجني عليه برضائه ينفي القصد الجنائي، كما يقول البعض،²⁶⁹ لتوافر الغلط في واقعة جوهريّة و هي واقعة عدم الموافقة على خروج المال من حيازته.

أما عدم رضاء المجني عليه في الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات كجريمة الضرب أو الجرح، فإنه لا يمثل عنصرا من العناصر التي تدخل في تكوين الركن المادي لهذه الجريمة، مما يعني أن تخلف الرضا لا يؤثر على قيام الجريمة.²⁷⁰

بناء على ما تقدم لا يمكن اعتبار موافقة المتبرع على المساس بسلامته الجسدية سببا لإباحة الاستقطاع لأن رضائه مجرد عنصر من العناصر التي يجب توافرها لإباحة تدخل الطبيب ككل. و هو ما يعني وجوب توافر شروط أخرى تساهم في بيان سبب الإباحة كأن تكون الأعمال قد تمت بقصد العلاج وأن يكون العمل داخل في اختصاص الطبيب الممارس، و بصفة عامة الشروط التي يجب توافرها لممارسة العمل الطبي و التي سبقت الإشارة إليها في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة مع بعض التوسع في بعضها كما سوف نبينه.

غير أن افتقار عملية الاستقطاع إلى قصد العلاج بالنسبة للمتبرع تحول دون تطبيق هذا المبدأ في مجال نزع الأعضاء. من ثم فلا محل لإعطاء رضا المتبرع قيمة قانونية في هذا المجال إلا في حالة تدخل المشرع و تنظيمه لمسألة نقل الأعضاء و إعطائها السند الشرعي الذي طالما بحث عنه الفقه.²⁷¹

و قد نصت بالفعل مختلف التشريعات التي أجازت نقل الأعضاء، كما سوف نبينه لاحقا، على وجوب الحصول على الرضا المستنير من المتبرع،²⁷² و ذلك باعتباره شرطا أساسيا من

²⁶⁸ د. محمود نجيب حسني، " شرح قانون العقوبات القسم العام"، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1988. ص. 251.

²⁶⁹ د. طارق سرور، " نقل الأعضاء بين الأحياء"، المرجع السابق، ص. 159.

²⁷⁰ د. طارق سرور، " نقل الأعضاء بين الأحياء"، المرجع السابق، ص. 159.

²⁷¹ د. طارق سرور، " نقل الأعضاء بين الأحياء"، المرجع السابق، ص. 160.

²⁷² راجع على سبيل المثال، المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سابق الإشارة إليه و القانون الفرنسي رقم 94-654 الصادر في 92/07/1994.

شروط إباحة استئطاع الأعضاء البشرية.²⁷³ و هو ما يفرض على الطبيب التحقق من توافره مثله مثل بقية الشروط الأخرى قبل الإقدام على إجراء أية عملية استئطاع.²⁷⁴

و بهذا المفهوم فإن رضاء المتبرع لا يبيح التصرف لوحده و إنما يجب أن يسبقه أذن القانون باستئطاع العضو. و مع ذلك يبقى شرط الرضا لازماً باعتباره شرطاً قانونياً يترتب على تخلفه عدم شرعية التدخل و هو ما يجعل منه وسيلة قانونية لحفظ كرامة الإنسان من جانب و إعطاء الشرعية لعمل الطبيب من جانب آخر.²⁷⁵

المطلب الخامس: نقل الأعضاء استناداً للقانون:

توصلنا في المطلب السابق إلى أن الأساس القانوني الصحيح لعمليات نقل الأعضاء يكمن في النص القانوني المبيح لهذا النوع من التدخلات الطبية. و مع ذلك لا يمكن نفي الدور الفعال الذي لعبه الفقه من خلال وضعه للنظريات المشار إليها رغم عدم كفايتها، لتبرير عمليات الاستئطاع قبل تدخل المشرع في مختلف البقاع لتنظيم المسألة عن طريق التشريع.

فقد بينا قصور هذه النظريات في وضع معيار شامل و صالح للتطبيق على كل حالات الاستئطاع و الزرع. فنظرية الضرورة مثلاً تحمل معنى التضحية بحق (حق المتبرع في السلامة الجسدية) من أجل حماية حق شخص آخر (المستقبل للعضو). غير أنه في مجال نقل الأعضاء لا مجال للأخذ بهذا المفهوم لأن الطبيب المعالج ملزم بحماية مصالح كل الأطراف المعنية بتدخله (المتبرع و المستقبل للعضو) و ذلك وفقاً لالتزامه المهني بالمحافظة على صحة الجميع بالتساوي و بدون تفضيل بين الأشخاص، و هو ما تطلب تحديد مفهوم جديد لحالة الضرورة بما يصون و يحمي مصالح الجميع. و ينطبق ذلك أيضاً على النظريات الأخرى التي تعتبر من الشروط التي يجب توافرها لعمليات الاستئطاع، و ليس أساساً لأبحاثها سواء مجتمعة أو منفصلة. فقد بينا بأن رضا المتبرع في إطار نظرية رضا المجني عليه لا يكفي لشرعية تدخل الطبيب إذا كان الفعل غير شرعي أو غير مقبول من الناحية القانونية، و أنه لا بد من بحث هذه المسألة قبل الحصول على موافقة المتبرع باقتطاع العضو من جسده.

²⁷³ Arnoux, Irma, "Les droits de l'être humain sur son corps", Presses Universitaires de Bordeaux, 1994. p. 194. v. aussi Prieur, S., "La disposition de l'individu de son corps, les études hospitalières" Editions Bordeaux, 1999. p. 278.

²⁷⁴ Thouvenin, D., op.cit. p. 149.

²⁷⁵ د. طارق سرور، "نقل الأعضاء بين الأحياء"، المرجع السابق، ص. 161 و 162.

و سعياً منه للقضاء على الجدل الفقهي و الفراغ القانوني الذي ميز الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء، إضافة إلى التطور السريع الذي عرفه هذا الميدان في منتصف القرن الماضي و استحسان المجتمع لنتائج التي فاقت كل التوقعات، تدخل المشرع في مختلف الدول و نص صراحة على إجازة عمليات نقل الأعضاء، و وضع الضوابط الواجب احترامها لحماية جميع الأطراف المعنية بهذا النوع من التدخلات الطبية.

الفرع الأول: نزع الأعضاء في التشريعات الأنجلوساكسونية:

لقد كانت التشريعات الغربية²⁷⁶ سباقة إلى تنظيم عمليات نقل الأعضاء البشرية بسبب شيوع هذه العمليات في هذه البلدان الناتج عن تطورها العلمي مقارنة بالدول العربية و الإسلامية.²⁷⁷

أولاً: نقل الأعضاء في التشريع الإنجليزي:

لقد اهتمت الشريعة العامة (Common Law) في بداية الأمر بنقل الأعضاء من جثث الموتى، و على هذا الأساس ظهرت المبادئ القانونية المرتبطة بهذا المجال، فكانت نقطة البداية

²⁷⁶ منها؛

- 1- منها التشريع الأمريكي الصادر سنة 1961. ثم قانون 1984 (National Organ Transplant Act).
- 2- التشريع الإنجليزي، قانون 1952 خاص بنقل القرنية، قانون 1961 (Human Tissue Act)، ثم صدر قانون آخر في سنة 1986 (Corneal Tissue Act). ثم قانون 1989 التعلق بتنظيم عمليات نقل و زرع نزع الأعضاء بين الأحياء (Human Organ and Transplant Act).
- 3- التشريع التشيكوسلوفاكي الصادر سنة 1966.
- 4- التشريع الدانماركي الصادر سنة 1968
- 5- التشريع الإيطالي رقم 458 الصادر بتاريخ 1967/06/26 المتعلق بنقل الكلى و القانون رقم 644 لسنة 1975 المتعلق بتنظيم نقل الأعضاء.
- 6- القانون البرازيلي الصادر سنة 1968.
- 7- التشريع الجنوب الإفريقي، قانون رقم 24 الصادر سنة 1970.
- 8- النصوص الفرنسية الصادر ابتداء من سنة 1949. (سيتم بيان هذه النصوص لاحقاً)
- 9- التشريع الإسباني، قانون رقم 426 لسنة 1983.
- 10- التشريع الفنلندي، قانون رقم 355 الصادر سنة 1985.

لمزيد من المعلومات راجع د. مروك نصر الدين المرجع السابق، ص. 75.

²⁷⁷ منها،

- 1- التشريع المصري ؛ لم تشهد مصر إلى حد الساعة نصوص تشريعية خاصة بنزع الأعضاء وإنما نصوص جزئية خاصة ببعض العمليات مثل القانون المصري رقم 274 لسنة 1957 الخاص بالاحتفاظ بالعيون و القانون رقم 176 لسنة 1962 المتعلق بتنظيم، جمع و توزيع الدم و مركباته، و القانون رقم 103 لسنة 1963 المتعلق بتنظيم بنك العيون. إلا أن هناك مشروع قانون استقطاع و زرع الأعضاء تم وضعه بتاريخ يوليو 2001، راجع بهذا الشأن د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 36 و ما بعدها.
- 2- التشريع الأردني الصادر سنة 1977.
- 3- التشريع الكويتي، قانون رقم 30 لسنة 1970 و القانون رقم 7 لسنة 1983.
- 4- التشريع اللبناني الصادر سنة 1983.
- 5- التشريع العراقي، قانون رقم 85 لسنة 1986.
- 6- التشريع الجزائري، قانون 85-05 الصادر بتاريخ 1985/04/16، جريدة رسمية عدد 8 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 88-15 الصادر بتاريخ 88/05/03 و بالقانون رقم 90-17 الصادر بتاريخ 91/07/31، جريدة رسمية عدد 35.
- 7- التشريع التونسي الصادر في 1991/03/25 المتضمن أخذ و زرع الأعضاء البشرية.
- 8- التشريع الإماراتي، قانون رقم 15 لسنة 1993 المتضمن نقل و زراعة الأعضاء البشرية.
- 9- التشريع المغربي، قانون رقم 99-16 الصادر بتاريخ 99/08/25 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة و أخذها و زرعها.

هي بحث الطبيعة القانونية للجنة.²⁷⁸ و لم يسمح القانون الإنجليزي بنقل الأعضاء بين الأحياء صراحة إلا ابتداء من سنة 1989²⁷⁹ و واجه الإنجليز بعض المشاكل بخصوص تطبيق أحكامه بسبب تقليصه لنطاق هذه العمليات. فطبقاً للمادة الثانية منه يشترط لنقل الأعضاء بين الأحياء ؛

الشرط الأول:

أن يكون المتبرع قريباً إلى الدرجة الرابعة من المستقبل للعضو. أما في الأحوال التي لا يمكن فيها نقل العضو من الأقارب، فيجوز الحصول على العضو المطلوب من غير الأقارب بعد الحصول على إذن من هيئة قومية خاصة تتكلف بدراسة الملف. و يشكل هذا الشرط حاجزاً ضد الاتجار في الأعضاء الذي كثيراً ما قدم من قبل الراضين لعمليات زرع الأعضاء و كرد فعل للفضيحة التي أثارت سخط الرأي العام هناك و المتمثلة في قيام مجموعة من الأطباء من شراء أعضاء بشرية (كلية) من مواطنين أتراك.²⁸⁰ على أنه يشترط في هذه الحالة إعلام المتبرع بكل المخاطر المرتبطة بعملية الاستقطاع و التأكد من انتفاء المشاكل التي يمكن أن تنتج من جراء العملية بين المتبرع و المستقبل.²⁸¹ أما إذا كان المتبرع طفلاً فلا يكفي أخذ رضا الولي أو الممثل القانوني، بل يجب استشارة الطفل في هذا الشأن و التأكد من عدم إصابة الطفل بأي مكروه من جراء العملية، و يجب أن يتم ذلك بمعرفة الهيئة المشار إليها.²⁸² و في حالة عدم احترام الطبيب لهذه الضوابط يتعرض للمسئولية الجنائية إذا توافرت شروطها.²⁸³

الشرط الثاني؛

موافقة المتبرع، و هي مشابهة لجميع الأنظمة من حيث الحرص على ضرورة إعلام المتبرع بكل مخاطر العملية و سيتم بيان ذلك بالتفصيل لاحقاً.

الشرط الثالث:

²⁷⁸ راجع نقل الأعضاء من جثث الموتى في التشريعات الأنجلوساكسونية ، ص. 294 و ما يليها من الرسالة.
²⁷⁹ حيث صدر قانون زرع الأعضاء The Human Organ and Transplant Act، أشار إليه، د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 489.
²⁸⁰ حيث أدين أربعة أطباء من قبل المجلس الطبي العام (General Medical Council) لارتكابهم أفعالاً تشكل خطأ جسيماً و خرجوا عن ممارسة مهنة الطب. حيث ثبت أن المعنيين كانوا يدفعون أموالاً لبعض المواطنين الأتراك الفقراء و تشجيعهم على الذهاب إلى إنجلترا من أجل استئصال الكلية من أجسادهم لمصلحة فئة من المرضى الأثرياء. راجع في هذا الصدد؛

Dyer, C., "Doctors patients and the law", Blackwell scientific publications, London, 1992, p. 122.
voir aussi, Brazier, M., "Medicine, patients and the law", Pelican Book, London ed. 1992., p. 400.

²⁸¹ Dyer, C., "op.cit, p. 127.

²⁸² V. Mason and McCall Smith , " Law and medical ethics", ed. 1991, p. 304.

²⁸³ Dyer, C., op.cit p. 122. Knight, B., " Legal aspects of medical practice", Churchill Living-stone, London 1992, p. 50.

يشترط القانون الإنجليزي في الفريق المباشر لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أن يكون له تكويننا خاصا و خبرة معتبرة في هذا المجال، مع تسجيل عدد الحالات التي أجراها و نتائجها و ذلك لتجنب القول بأن الفريق في طور التجريب.²⁸⁴

الشرط الرابع:

أن يتم النقل بدون مقابل مادي، و هو ما أشارت إليه المادة الأولى من هذا القانون. و مما يعزز احترام هذا الشرط قصور التبرع بالأعضاء بين الأقرباء طبقا للشرط الأول المشار إليه أعلاه

ثانيا: نزع الأعضاء في التشريع الأمريكي:

على غرار غيرها من الحكومات قامت الحكومة الفدرالية الأمريكية بوضع نصوص قانونية لتنظيم عمليات نقل الأعضاء البشرية. و تجدر الإشارة إلى أن تأثير مبادئ الشريعة العامة في هذا المجال أخف بكثير مما هو عليه الأمر في إنجلترا، مع العلم أن هناك استقلالية للولايات الداخلية في تنظيم هذا المجال. و مع ذلك بادرت الحكومة الفدرالية بوضع عدة قوانين لتوحيد الأحكام العامة التي يجب أن تحكم عمليات نقل الأعضاء. فكان قانون 1961 ثم وضع مشروع قانون موحد سنة 1968 يستهدف إباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى.²⁸⁵ و أهم ما يميز هذا القانون هو السماح للشخص البالغ من العمر 18 فأكثر أن يهب كل جثته أو جزء منها بعد وفاته لغرض من الأغراض التي يجيزها القانون.

ثم كان القانون الفدرالي لسنة 1984 (National Organ Transplant Act) و تَضَمَن هو الآخر الضوابط التي يجب احترامها في عمليات نقل الأعضاء، خاصة منها ما يتعلق بمنع الاتجار في الأعضاء البشرية. حيث عاقب على ذلك بعقوبة الحبس في حدود الخمس سنوات و الغرامة المالية التي لا تزيد عن خمسين ألف دولار أمريكي، أو كلتا العقوبتين في حالة ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء داخل الولاية الواحدة أو بين الولايات. و يسري التجريم حتى في حالة بيع أعضاء الموتى سواء تم الاتفاق قبل وفاة المتبرع أو بعده مع أقاربه أو ممثله القانوني.²⁸⁶ مع

²⁸⁴ لمزيد من المعلومات راجع د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 25.

²⁸⁵ Uniform Anatomical Gift Act، مشار إليه عند، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 26.

²⁸⁶ Koenig, Dorean, M. 'United States of America national report', Revue Internationale de Droit Pénal, 1988. p. 125.

العلم أنه كانت التشريعات في بعض الولايات تجيز هذا الاتجار كما في ولاية Ontario ثم تجريم ذلك.²⁸⁷

و الوضع الحالي في قوانين الولايات منقسم بين بعض الولايات التي تسمح للشخص البالغ فقط بالتصرف في جثته عن طريق الوصية، في حين هناك ولايات لا تسمح قوانينها بالتصرف سوى في العين، و هناك أغلبية من الولايات تسمح قوانينها بالتصرف في جثة المتوفى.²⁸⁸

الفرع الثاني: نزع الأعضاء في التشريع الفرنسي:

لقد كان للقانون الفرنسي من الناحية التاريخية السابق في تنظيم المسائل المرتبطة بجسم الإنسان، و يرجع السبب في ذلك إلى عدة عوامل مختلفة. فقد استفاد الأطباء الفرنسيون من الظروف الدينية و الاجتماعية المتمثلة أساسا في عدم اعتراض الكنيسة للقيام بالتجارب العلمية على جسم الإنسان، و هو ما ساعد على التطور العلمي في المجال الطبي بصفة عامة و استقطاع و زرع الأعضاء البشرية بصفة خاصة. و قد واكب هذا التطور العلمي تطور قانوني لتنظيم كل ما يمس بجسم الإنسان.²⁸⁹

و لم يتضمن التشريع الفرنسي تنظيما عاما لمسألة نقل الأعضاء إلا حديثا. فلقد صدرت عن المشرع الفرنسي عدة نصوص قانونية متعلقة بهذا المجال ابتداء من سنة 1949،²⁹⁰ أهمها القانون رقم 1181-76 المعروف بقانون Caillavet الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء،²⁹¹ و الذي دخل حيز التطبيق بالمرسوم التنفيذي²⁹² رقم 501-78 الصادر بتاريخ 1978/03/31، و كذا القانون رقم 654-94 الصادر بتاريخ 1994/07/29 المتعلق بشروط (التبرع و استعمال منتوجات جسم الإنسان و المساعدة الطبية للإنجاب و التشخيص قبل الولادي).²⁹³ ثم أعقبت الجهات المختصة في فرنسا هذين²⁹⁴ القانونين بمجموعة من النصوص

²⁸⁷ Kennedy and Grubb, op. cit., p. 104.

²⁸⁸ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 163.

²⁸⁹ ترجع النصوص الفرنسية المتعلقة بإباحة المساس بجسم الإنسان إلى سنة 1858، حيث كان يسمح القانون الفرنسي بتشريح جثة المتوفى و استقطاع أجزاء منه سواء كان ذلك لبيان أسباب الوفاة (autopsie) أو في نطاق البحث الجنائي أو البحث العلمي. و قد استندت هذه الإباحة إلى مبدأ هام آنذاك و هو أن الشخص لا يملك جسده بعد وفاته. راجع الموقع الإلكتروني؛

<http://www.users.imagine.fr/~bluercirc/explfinale.html>.

²⁹⁰ Loi n° 49-890 du 07/07/1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs volontaires, J.O 08/07/1949.

²⁹¹ Loi n° 76-1181 du 22/12/76 relatives aux prélèvements d'organes, J.O du 23/12/1976.

²⁹² Décret exécutif de la loi précité, n° 78-501 du 31/03/1978, J.O, 04/04/78.

²⁹³ Loi n° 94- 653 du 29/12/1994 relative au respect du corps humain, J. O 30/07/94.

Loi n° 94-654 du 29/12/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O, 30/07/1994.

التنظيمية المرتبطة بهذا المجال في شكل قوانين،²⁹⁵ مراسيم،²⁹⁶ بالإضافة إلى مجموعة معتبرة من المنشورات و المقررات.²⁹⁷ و لقد أجازت هذه القوانين اقتطاع الأعضاء سواء من الأحياء أو من جثث الموتى بشرط مراعاة الضوابط العديدة و المختلفة التي نصت عليها سواء كانت تقنية، طبية أو قانونية.²⁹⁸

و لقد حاول المشرع الفرنسي من خلال هذه القواعد تسهيل عمليات نقل الأعضاء بما يحقق احترام حرية و كرامة الإنسان،²⁹⁹ فاشتراط أن تتم عمليات نقل الأعضاء بدون مقابل³⁰⁰ و أن تكون لأغراض علاجية محضة بعد الحصول على الموافقة الحرة و المستنيرة للمتبرع.³⁰¹ و أضاف قانون 1994 شرطا آخر يتمثل في السرية، و مفاده أنه لا يمكن للمتبرع معرفة شخصية المستفيد و كذلك المستفيد بالنسبة للمتبرع. من ثم لا يجوز أن تعطى أية معلومات خاصة بكل منهما للأخر. و يستثنى من هذه القاعدة الطبيب الذي يجوز له الحصول على هذه المعلومات إذا

²⁹⁴ مع العلم أن التشريع الفرنسي قد اهتم بجسم الإنسان، في حياته أو بعد مماته، منذ القرن التاسع عشر، راجع في هذا الصدد،

La loi du 15/11/1887 sur la liberté funéraire. D.P 1887.4. 101.

²⁹⁵ -1- Loi n° 88-1138 du 20/12/1988 relative à la protection des personnes sujets des recherches biomédicales.

-2- Loi n° 94-653 du 29/07/1994 relative au respect du corps humain, J.O, 30/07/1994.

²⁹⁶ -1- Décret du 14/01/1974, J.O, 16/01/1974.

-2- Décret n° 90-845 du 24/09/1990 modifiant le Décret exécutif n° 78- 501 du 31/03/1978 précité. J.O, 25/09/1990.

-3- Décret n° 94-870 du 10/10/1994 relatif à l'Etablissement Français des Greffes, J.O, 11/10/1994.

-4- Décret n° 95-467 du 27/04/1995 complétant le code de la santé publique et relatif aux organes visés par l'Art. 671/15 du dit code.

²⁹⁷ - Circulaire n° 67 du 24/04/1968 pour l'application du Décret n° 47-2057 du 20/10/1947 relatif aux autopsies et prélèvements, B.O.M.A.S., n° 18, 1968.

- Circulaire du 03/04/1978 concernant le Décret exécutif n° 78-501 du 31/03/78 précité.

- Circulaire n° 03 du 21/01/1991 relative à l'application de du Décret n° 90-844 du 24/09/1990 modifiant le Décret exécutif n° 78- 501 du 31/03/1978 précité.

- Circulaire DGS/DH/ n° 31 du 31/07/1992 relative aux prélèvements et aux greffes de cornée.

- Arrêté du 21/09/1992 relatif aux greffes de cornée.

- Arrêté du 23/10/1992 relatif au comité de transparence compétent en matière de prélèvement et d'utilisation thérapeutique des organes, des tissus et des cellules d'origines humaine. J.O du 31 octobre 1992.

- Arrêté du 18/08/1994 fixant les modalités de prise en charge des transplantations d'organes, J.O du 27/08/1994.

- Arrêté du 24/11/1994 précisant les règles d'inscription dans une liste d'attente des patients en attente de transplantation. J.O, 25/11/94.

²⁹⁸ Concernant la loi du 22 déc. 1976, voir Burin des Rozières, E., "La loi du 22 décembre 1976 dite « loi Caillavet », étude critique In "Le prélèvements d'organes ; aspects légaux et médicaux", MEDSI, 1982, p. 13.

²⁹⁹ أحمد عبد الدائم، " أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص. 176.

³⁰⁰ L'art. 3 de la loi 76-1181 lit " ... les prélèvements ... ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire".

³⁰¹ L'art. 1 de la loi 76-1181، " En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son, intégrité mentale, ayant librement et expressément consenti".

تطلبت ذلك الضرورة العلاجية.³⁰² و الغرض من شرط السرية الذي فرضه التشريع الفرنسي هو منع الاتجار في الأعضاء من جهة و عدم إعطاء المتبرع من جهة أخرى، فرصة ابتزاز المريض أو أهله مالياً أو مادياً بحكم حاجة المريض الماسة إلى العضو.³⁰³

و تشكل النصوص التي أدرجت ضمن القانون المدني الفرنسي و قانون الصحة العامة الفرنسيين مجموعة من المبادئ الجوهرية التي تحكم الاتفاقيات الخاصة بالجسم البشري و كل ما يرتبط به من عناصر بما يخدم المصلحة الفردية و المصلحة الجماعية. و يرى البعض³⁰⁴ أن القانون الفرنسي في مجال نقل الأعضاء، خاصة منه قانون 94/07/29، يهدف إلى تحقيق خمسة أهداف رئيسية هي؛

- وضع عمليات استقطاع و زرع الأعضاء في إطار قانوني متكامل يخلق جو من الثقة اللازمة لتطورها و ازدهارها.
- إبعاد عمليات استقطاع الأعضاء عن الصفات التجارية الغير أخلاقية.³⁰⁵
- تسهيل التعبير عن الرضا الحر و المتبصر الصادر من المنقول منه.³⁰⁶
- ضمان الأمن الصحي لهذه الممارسات في مواجهة العدوى و انتقال الأمراض.³⁰⁷ تنظيم ممارسات الزرع على أسس موضوعية تضمن بقدر الإمكان المساواة بين المتلقين.³⁰⁸

الفرع الثالث: نزع الأعضاء في التشريعات العربية:

³⁰² Art. 14-665 code de la santé publique (loi n° 94-654 du 29/12/1994).

³⁰³ أحمد عبد الدائم، ص. 112 و ما بعدها.

³⁰⁴ Voir le site, <http://www.assemblé-nat.fr/2/oecst/bioethique/r1407.01.htm>

³⁰⁵ حيث اشترط القانون الفرنسي لنقل الأعضاء بين الأحياء أن تكون هناك قرابة بين الطرفين، و يستثنى من ذلك حالة نقل نخاع الشوكي (la moelle osseuse) حيث تنص المادة 1231 - 1 من قانون الصحة العامة (قانون رقم 94-653 الصادر بتاريخ 94/07/29 على ما يلي؛

“... Le receveur (de l'organe) doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.

كما خص القانون الفرنسي عمليات نقل الأعضاء بحماية جنائية. حيث قدر عقوبة الحبس لمدة سبع سنوات و الغرامة المالية في حدود 10 000 أورو للمتاجرين بالأعضاء البشرية، راجع المادة 511 - 2 من قانون العقوبات الفرنسي (قانون رقم 94-653 الصادر بتاريخ 94/07/29).

³⁰⁶ Décret n° 96-375 du 29/04/96 relatifs aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur. J.O du 05 mai 1996.

³⁰⁷ voir les dispositions du Décret n° 92-174 du 25/02/1992 et Décret n° 94-413 du 24/05/1994 relatifs à la prévention de la transmission de certaines maladies infectieuses.

³⁰⁸ Voir en particulier ;

- Arrêté du 18/08/1994 fixant les modalités de prise en charge des transplantations d'organes, J.O du 27/08/1994.

- Arrêté du 24/11/1994 précisant les règles d'inscription dans une liste d'attente des patients en attente de transplantation. J.O, 25/11/94.

لقد أباحت التشريعات العربية³⁰⁹ عمليات نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى و ذلك وفقا للضوابط الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية. و تشترك التشريعات العربية بصفة عامة في الكثير من الأحكام على النحو التالي؛

- إجازة عمليات نقل الأعضاء البشرية من جسم شخص حي أو من جثة متوفى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة.
- أن يكون للشخص كامل الأهلية الحق في التبرع أو الإيصال بأحد أعضائه بشروط معينة.
- أن تجري جميع العمليات بالمراكز الطبية المحددة طبقا للقانون بعد التحقق من اكتمال كافة الإجراءات،
- حضر نقل الأعضاء التي يؤدي نقلها إلى وفاة المتبرع أو يؤدي إلى تعطيل له من واجب اجتماعي و لو بموافقة المتبرع.
- التأكد من الرضا الصريح و المستنير للمتبرع مع اشتراط الشكلية في الحصول على موافقته، سواء كان التبرع أثناء حياته أو أوصى به إلى ما بعد الوفاة.
- التأكد من وفاة الشخص بالنسبة للاقتطاع من جثث الموتى.
- حضر الاتجار في الأعضاء البشرية.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى صدور مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية بناء على محضر اجتماع و توصيات مجلس وزراء الصحة العرب بتونس في الفترة من 16 إلى 18/12/1986.³¹⁰ مع العلم أن جميع أحكامه جاءت مطابقة للشروط المشار إليها أعلاه.

الفرع الرابع: نزع الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري:

بصدور القانون 85-05 بتاريخ 85/04/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها أجاز المشرع الجزائري عمليات نزع الأعضاء في الفصل الثالث من الباب الرابع منه تحت عنوان

³⁰⁹ سيقت الإشارة إليها، راجع هامش 277.
³¹⁰ وارد في د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ملحق رقم 08، ص. 237.

"انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها" من المادة 161 إلى 168. و قد عدلت بعض هذه المواد بالقانون 90-17 الصادر بتاريخ 90/0/31.³¹¹

و قبل صدور هذا القانون استند الأطباء المختصون في هذا المجال في الجزائر على فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي أجازت نقل و زرع الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى.³¹² و قد جدد نفس المجلس إجازته لهذه الطريقة العلاجية مرة ثانية بمناسبة صدور القانون المشار إليه أعلاه.³¹³

و عليه، تستند شرعية عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري إلى نص المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها³¹⁴ التي جاء فيها،
"لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر. و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة".

و الملاحظ أن نص المادة لم يكتفي بإجازة هذه العمليات فحسب، بل نص كذلك على الشروط الواجب توافرها لإباحة التبرع بالعضو خاصة فيما يتعلق بكيفية التعبير عن موافقة

³¹¹ و لتنفيذ هذه القوانين أصدر المشرع الجزائري مجموعة من المراسيم التنفيذية و القرارات كالتالي؛
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 صادر بتاريخ 1992/07/06 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-122 صادر بتاريخ 1996/04/06 يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، تنظيمه و عمله. و ذلك تطبيقاً للمادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
- القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2002/10/02 المتضمن الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع و زرع الأنسجة و الأعضاء البشرية.

- Arrêté n° 39-89 du 26/03/1989 relative aux prélèvement de tissus et d'organes en vue de greffes, (critères de la constatation médicale et légale de la mort).
- Arrêté n° 19 du 23/03/1991 portant création de deux commissions médicales de prélèvement et transplantation de tissu et d'organes humains. Annexe comportant liste des établissements autorisés à pratiquer des prélèvements et de transplantation de tissus et d'organes.
- Arrêté n° 34 du 19/11/2002 fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organes et de tissus.

³¹² فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 72/04/20، أشار إليها، د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 125. منشورة لنفس الكاتب في نفس المرجع، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص. 169. منشورة أيضاً في مجلة العصر، العدد الأول الصادر بتاريخ 90/09/04 ص. 4. راجع أيضاً الفتاوى الخاصة بتسريح الجثث و التبرع بالأعضاء للشيخ أحمد حماني، استشارة شرعية و مباحث فقهية، الجزء الثاني، وزارة الشؤون الدينية، 1993، منشورة في د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص. 175.

³¹³ El Watan, du jeudi 26/03/1998, p. 13.

³¹⁴ قانون 85-05 الصادر بتاريخ 1985/04/16، جريدة رسمية عدد 8، المعدل و المتمم بالقانون رقم 88-15 الصادر بتاريخ 88/05/03 و بالقانون رقم 90-17 الصادر بتاريخ 91/07/31، جريدة رسمية عدد 35.

المتبرع.³¹⁵ كما تفيد المصطلحات المستعملة في المادة، أن المشرع الجزائري قد اعتبر التنازل عن العضو بمثابة تبرع به. و بذلك يكون التشريع الجزائري قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجة و الأعضاء من الأحياء.

كما يلاحظ أيضا أن التشريع الجزائري لم يحدد الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا للتنازل سواء بخصوص نقل الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى، حيث جاء في نص المادة 164 من القانون المشار إليه؛

" لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها ..."
و هذا على خلاف فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي ارتبطت بنقل و زرع الكلى آنذاك.³¹⁶

نخلص في الأخير إلى أن الفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى شكلت في الفترة السابقة عن صدور التشريع المنظم لهذا المجال، الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية، و بصدر قانون حماية الصحة و ترقيتها اكتمل الأساس القانوني لهذه العمليات.

المطلب السادس: أساس إباحة الاستقطاع من جثث الموتى:

من الناحية الشرعية، سبقت الإشارة في موضع سابق، إلى أن قواعد الترجيح بين المصالح و المفساد تبرر استقطاع أجزاء من جثة ميت بغرض زرعها في جسم مريض تقتضي حالته الصحية مثل هذا العمل.³¹⁷

أما من الناحية القانونية فإن أساس إباحة الاستقطاع من الجثث هو إذن القانون في الدول و الأنظمة التي تولت تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية صريحة. من ثم فإن هذه الإشكالية تطرح فقط في الأنظمة التي تتعدم فيها مثل هذه النصوص³¹⁸، و هو ما يتطلب التفكير في نظرية فقهية لتبرير الاستقطاع من جثث الموتى.

³¹⁵ راجع رضا المتبرع و شروطه في الصفحة 353 و ما يليها من الرسالة.

³¹⁶ د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 129.

³¹⁷ راجع حكم الشريعة بشأن الاستقطاع من جثث الموتى، ص. 251 أعلاه.

³¹⁸ كدولة مصر مثلا، راجع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 376.

و قد اتجه الفقه في هذا المجال إلى اعتماد نظرية الضرورة³¹⁹ كأساس لإباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى، و ذلك على أساس أن حالة الضرورة تجيز تناول المحرم و قياساً على ذلك أجازوا التداوي. ذلك أن حاجة الدواء كحاجة الغذاء، فكلاهما مطلوب للمحافظة على النفس أو العضو من الهلاك. و يرى هؤلاء أن شروط الضرورة متوافرة على نقل الأعضاء من الميت إلى الحي و هي كالتالي؛

- وجود حالة الاستعجال، و هو ما يتحقق بحاجة المريض الملحة إلى نقل العضو إليه لإنقاذ حالته الصحية أو حياته المشرفة على الهلاك.
- أن يكون الاقتطاع من الجثة هو الحل الوحيد لدفع الخطر الذي يهدد حياة أو صحة المريض.
- أن تكون المصلحة في فعل الضرورة أعظم من المفسدة المترتبة على فعل المحظور، و يعني ذلك حاجة المريض إلى العضو و التأكد من انتفاعه به في حالة زرعه في جسمه، و ذلك حتى لا يشكل الاقتطاع بدون هدف واضح ما يعرف بالتمثيل أو العبث بجثث الموتى الذي نهى عنه الرسول (ص).
- أن يكون الخطر حالاً، م هو ما يعنى عدم جواز الاستقطاع من جثث الموتى للتخزين و الحفظ في البنوك المتخصصة في هذا المجال.

ففي غياب النصوص التشريعية، فقد اعتمد الفقه المصري هذه النظرية كأساس لإباحة الاستقطاع من جثث الموتى، و أيدته في ذلك الكثير من الفتاوى في هذا المجال.³²⁰

أما في الجزائر، فقبل صدور قانون حماية الصحة و ترقيتها اعتمد الأطباء على فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى الصادرة بتاريخ 20 أبريل 1972.³²¹

الفرع الأول: استقطاع الأعضاء من جثث الموتى في القانون المقارن:

³¹⁹ راجع في هذا الموضوع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 376 و ما بعدها. د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 148 و ما بعدها. في الفقه الغربي، راجع J. Savatier الذي يرى أن شرعية اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى لأجل زرعها لدى أشخاص آخر تبقى قائمة و لو تمت بدون موافقة أصحابها. حيث يرى أن حالة الضرورة تبرر هذا التصرف الذي يمكن اعتباره غير مشروع إذا لم يتم لضرورة المحافظة على الحياة الإنسانية.

Savatier, J. " Les greffes d'organes devant la loi", Cahiers Lænnec, mars 1966, p. 37.

³²⁰ راجع فتوى دار الإفتاء المصرية، سجل رقم 88 مسلسل 212 ص. 313، و فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف، المجلد 2 لسنة 1988، أشار إليهما، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 149 و 150.

³²¹ حيث جاء فيها؛ " ... في حالة زرع القلب أو عملية القرنية إنما يستعمل أعضاء إنسان قد مات..."، أشار إلى هذه الفتوى، د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 390.

من المتفق عليه في الفقه الوضعي عدم اعتبار جثة المتوفى من قبيل الأموال التي ترد عليها الملكية و غير ذلك من التصرفات مثل الإدارة و الإرث و البيع و خلافه. من ثم ليس هناك حق ملكية على الجثة و يقتصر حق الأقارب على اتخاذ الإجراءات اللازمة لدفن قريبهم.³²² و قد تضمنت مختلف التشريعات العقابية عقوبات ردعية ضد كل من يمارس عملا يتعارض مع حرمة الجثة، أو تشويهها بطريقة غير مشروعة.³²³ غير أن حرمة الجثث لم تمنع المشرع في مختلف الأنظمة من إباحة المساس بها لأغراض علمية أو طبية، خاصة و أن العملية لم تلقى أي اعتراض من رجال الدين.³²⁴

أولاً: نزع الأعضاء من الجثث في التشريعات الأنجلوساكسونية:

في بداية الأمر تولت الشريعة العامة في الدول الأنجلوساكسونية تنظيم هذه المسألة. غير أن التطور السريع في هذا المجال ألزم المشرع بالتدخل السريع لأجل إفادة الآلاف من المرضى من مزايا نقل الأعضاء كوسيلة علاجية حديثة.

1: في إنجلترا:

سبقت الإشارة إلى أن الشريعة العامة في إنجلترا اهتمت في بداية الأمر بنقل الأعضاء من جثث الموتى، و هو ما دفع بالفقه الأنجلوساكسوني إلى التفكير في الطبيعة القانونية للجثة. فمن المبادئ المستقر عليها في الشريعة العامة عدم جواز التصرف في جثة الميت بسبب انتفاء حق الملكية عليها و ذلك باعتبار أن الشخص لا يملك هذا الحق على جسمه في حياته، و بالتالي لا يملك الإذن بالتصرف فيه بعد وفاته. و من الآثار القانونية التي تتبع ذلك عدم اعتبار الجثة من التركة. و لقد استنتجت الشريعة العامة من ذلك، في مرحلة أولى، إمكانية الإيصال بطريقة الدفن،

³²² Meyers, D.W., "The human body and the law", Edinburgh, University Press, 2nd ed 1990, p. 183. Aussi voir, Abduldayem, A., "Les organes du corps humain dans le commerce juridique", Thèse, Strasbourg, 1995, 2^{ème} partie.

³²³ ففي الدول الانجلوساكسونية، تجرم الشريعة العامة common law بيع الجثث أو أي تصرف آخر يتعارض مع القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع و التي تتطلب احترام ذكرى الموتى. و يستنتج من ذلك الإجراءات الخاصة بتشريح الجثة الذي يتم بناء على قرار من السلطة القضائية المختصة. راجع بهذا الشأن، Meyers، المرجع السابق، ص. 184 و ما بعدها. كما جرم المشرع الجنائي المصري انتهاك حرمان المقابر و تدنيسها في مادته 160، حيث يؤكد المشرع في هذا النص على القيم الدينية التي تلزم باحترام الموتى و عدم المساس بجثثهم. و المقصود بذلك الأفعال غير المشروعة التي تهدف إلى تخريب القبور و إتلاف الجثث. راجع د. حسام الدين كامل الأهواني، ص. 153. أما المشرع الجزائري فقد تعرض للجرائم المتعلقة بالمدافن، في المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري. حيث جرم هو الآخر انتهاك حرمة المقابر سواء تعلق الفعل بالتدنيس أو التخريب. و تقابل هذه المواد المادة 360 من قانون العقوبات الفرنسي، لمزيد من المعلومات بشأن القانون الجزائري في هذا الشأن راجع، د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 369.

³²⁴ راجع موقف البيانات غير الإسلامية من عمليات نقل الأعضاء عند، د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 559. راجع أيضا أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 92 و ما بعدها، راجع أيضا، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 179. راجع أيضا، د. محمد سامي الشوا، "مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص. 292 و ما بعدها.

ثم سمحت بالإذن بتشريح الجثة، و ما عدا هذين الأمرين لم يكن للشخص أية سلطة على جثته.³²⁵

غير أنه نظرا للتطور العلمي و الاجتماعي ظهرت الحاجة إلى تغيير مبادئ الشريعة العامة بسبب ما حققته عمليات نقل الأعضاء من نجاح في مختلف البقاع فصدر أول نص في إنجلترا سنة 1952 لتنظيم نقل القرنية، و هو القانون الأول الذي سمح بنقل الأعضاء من جثث الموتى.³²⁶

و في سنة 1961 صدر قانون آخر (Human Tissue Act)³²⁷ ينظم عمليات نقل الأعضاء و حل محل قانون 1952. و قد استهدف هذا القانون إباحة زرع الأعضاء عن طريق نقلها من جثث الموتى بشرط عدم اعتراض الشخص على ذلك أثناء حياته أو اعتراض أحد أقاربه بعد وفاته.³²⁸ أما بشأن شكل موافقة الشخص على التصرف في جثته، فقد نصت المادة الأولى من القانون المشار إليه إلى إمكانية التعبير الشفوي على ذلك بحضور شاهدين أثناء مرض الموت. و في هذه الحالة يجوز لمن له حق حيازة الجثة أن يأمر بتنفيذ رغبة المتوفى بعد التأكد من أنه لم يسحب هذه الموافقة قبل الوفاة، مع العلم أنه لا يعتد برأي الأقارب في حالة تعارضها مع رغبة المتوفى.³²⁹

من جهة أخرى اختلفت الآراء حول تحديد من تؤول إليه الحيازة المشروعة للجثة. غير أن هناك إجماع في الفقه على أنها من نصيب من يحدده المتوفى في وصيته قبل الوفاة، أو للأزواج أو الوالدين أو الأولاد البالغين و غيرهم من الأقارب إذا توافرت شروط الأهلية.³³⁰ أما إذا وقعت الوفاة على إثر جريمة فالرأي الغالب أن الحيازة للمحقق الذي وقعت في دائرة اختصاصه الجريمة بشرط عدم اعتراض المتوفى أثناء حياته أو أقاربه على عملية الاقتطاع و

³²⁵ ‘... a person has no legal right at common law to determine what shall happen to his body after his death. A body, or part of it, cannot ordinarily be the subject matter of ownship...’ , Brazier, M., op.cit., 1987 ed. p. 276.

‘The deceased has very limited rights as to the disposal of his body in common law ...’ , Mason and McCall Smith, op.cit., 1987 ed., p. 224.

³²⁶ لمزيد من المعلومات راجع، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 162، راجع أيضا أحمد محمد بدوي، سعد سمك للطباعة، القاهرة، 1999، ص. 24.

³²⁷ Human Tissue Act, cite par Brazier, M, op.cit., ed 1987. p. 276.

³²⁸ Art. 2 et 3 du Human Tissue Act, voir, le site, <http://www.argonet.co.uk./body/uklaw.html>

³²⁹ Knight, op.cit., p. 51, Dyer, op.cit., p. 127. Jones and Morris, op.cit., p. 71.

³³⁰ Skegg. op.cit., p. 234., Brazier, op.cit., ed. 1987, p. 405.

بشرط ألا يتعارض العضو المراد اقتطاعه مع الفحص المطلوب لاكتشاف سبب الوفاة.³³¹ و قد تثبت الحيابة لصاحب العمل إذا حدثت الوفاة أثناء العمل و تعذر الوصول إلى الأسرة أو التعرف عليها.³³²

أما إذا حدثت الوفاة في المستشفى، عيادة أو مكان للعلاج، فإن الحيابة تثبت لهم مؤقتا إلى حين الاتصال بالأسرة و تسليمها الجثة إذا طلبت ذلك. إذ ليس للمؤسسات العلاجية حق التصرف في جثة المتوفى إلا في الحالات التي يتعذر فيها الاتصال بأهله أو استحال الوصول إليهم و استحال في نفس الوقت معرفة إرادة المعني قبل وفاته بشأن موقفه من اقتطاع الأعضاء من جثته. أما في الأحوال الأخرى يجب التأكد، كأصل عام، من عدم رفض المتوفى أثناء حياته لعملية الاقتطاع، أو عدم اعتراض أقاربه بعد الوفاة، مع العلم أنه لا يشترط لهذا الاعتراض أي شكل معين.

2: في الولايات المتحدة الأمريكية:

في سنة 1968 صدر في الولايات المتحدة الأمريكية، قانون موحد لتنظيم نزع الأعضاء³³³ و أجاز لأي شخص تجاوز سن الثامنة عشر أن يتبرع بكامل جسمه أو بجزء منه بعد مماته لأي غرض يحدده.³³⁴ و ليس هناك شكل محدد للتعبير عن موافقة الشخص بشأن الاقتطاع من جثته³³⁵، إذ يجوز أن يتم في شكل وصية، أو في شكل وثيقة عادية موقع عليها من قبل المتبرع و شاهدين و يسلمها لمن يعينه من أقاربه. و يجوز للمتبرع سحب تلك الموافقة أو تعديلها في أي مرحلة قبل وفاته. و في حالات معينة، يجوز للمريض أن يبدي موافقته شفاهة بحضور شاهدين، أو مباشرة للطبيب المعالج خاصة بالنسبة لنزلاء غرف الإنعاش.³³⁶ و في حالة عدم معرفة موقف الشخص من الاقتطاع من جثته بعد وفاته، رتب القانون الأمريكي الموحد من لهم الحق في إبداء القبول أو الرفض³³⁷ على النحو التالي؛ الزوجان، الابن البالغ أو البنت

³³¹ Kennedy and Grubb., op.cit., p.1028.

³³² Ibid, p. 1025.

³³³ Uniform Anatomical Gift Act، و وصف هذا القانون بأنه مجرد نموذج يتضمن مبادئ عامة تستهدي بها تشريعات الولايات. مشار إليه عند، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 26 و 122.

³³⁴ مع العلم أن تشريعات بعض الولايات الأمريكية نزلت إلى سن الرابعة عشر، مثل الأركانزاس و الميسيسيبي راجع؛

Ark. Statut Ann. 82-411-14, 1977. Miss.Cade.Amm.41-39-58, 1974.

³³⁵ وفقا لتشريعات مينوسوتا (Minnesota) و فيرجينيا، (Virginie) يمكن التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بكامل أو أجزاء معينة في حالة الوفاة المفاجئة نتيجة لحوادث المرور.

³³⁶ القسم السادس، A من القانون الأمريكي الموحد، Uniform Anatomical Gift، سبقت الإشارة إليه، لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع، د. مصطفى عبد الحميد عدوي، " حق المريض في قبول أو رفض العلاج؛ دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي"، 1992، ص. 135.

³³⁷ راجع بشأن التعليق على هذا الترتيب، Mayers، المرجع السابق، 194.

البالغة، الوالدان، الأخ البالغ أو الأخت البالغة، الولي أو الوصي وقت الوفاة، الممثل القانوني للشخص وقت الوفاة.

من جهة أخرى توصل رجال القانون في أمريكا إلى تمكين الأقارب من حق التصرف في جثة قريبهم تأسيساً على حقهم الأصلي في دفنه. فمن المستقر عليه طبقاً للقواعد العامة في الشريعة العامة (common law) أن للأقارب حق دفن قريبهم المتوفى و هو ما يشمل بالضرورة حق حيازة الجثة لذلك الغرض. كما يمكن للأقارب الحصول على التعويض المناسب في حالة التعرض لجثة قريبهم بما يمس مشاعرهم و عواطفهم، باستثناء تشريح الجثة إذا دعت إليه ضرورة البحث أو التحري عن الجرائم. و يرى البعض أن حق الأقارب في التصرف في جثة قريبهم في النظام الأمريكي نابع من التزامهم أو حقهم في ذمته.³³⁸

و على هذا الأساس توسع الفقهاء في نطاق الحق في الدفن ليشمل الحق في التصرف في الجثة بالطرق الملائمة، بما في ذلك التصرف فيها أو في جزء منها لأغراض علمية.³³⁹ و قد أكد على هذه المبادئ القانون الفدرالي لسنة 1984 (National Organ Transplant Act) الذي تضمن هو الآخر الضوابط التي يجب احترامها في عمليات نقل الأعضاء، خاصة منها ما يتعلق بمنع الاتجار في الأعضاء البشرية. حيث جرم بيع أعضاء الموتى سواء تم الاتفاق قبل وفاة المتبرع أو بعده مع أقاربه أو ممثله القانوني.³⁴⁰

و يمكن القول أن الرأي الغالب اليوم بشأن هذا الموضوع في أغلب الولايات يشير إلى اتفاق الجميع (رجال القانون، الأطباء و هيئات التمريض و الجمعيات) حول مبدأ مهم و هو إلى أن التصرف في الجثة بعد الوفاة هو مسألة أسرية قبل كل شيء، و ذلك لما للأقارب من حقوق إزاء هذه الجثة.³⁴¹ و الحل الأكثر قبولاً هو الذي يوفق بين الاعتبارات المختلفة من خلال تسهيل

³³⁸ د. سعيد عبد السلام، " مشروعية التصرف في جسم الأدمي في القانون الوضعي، و الشريعة الإسلامية"، مجلة المحاماة، العدد التاسع و العاشر، شهري نوفمبر و ديسمبر 1990، ص. 114.

³³⁹ د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 115.

³⁴⁰ Koenig, Dorean, M. " United States of America national report", Revue Internationale de Droit Pénal, 1988. p. 125.

³⁴¹ فقد اتجه المشرع في قانون الصحة العامة في ولاية نيويورك (New York) بعد تعديله سنة 1985 إلى النص في مادته 48 على أن المسنول في المستشفى الذي تحدث فيه الوفاة هو المكلف بالاتصال بأهل المتوفى في حالة عدم معرفة اتجاه المتوفى أثناء حياته بشأن التصرف في جثته، و ذلك حسب الترتيب المشار إليه في القانون الأمريكي الموحد لاستعلامهم بشأن مسألة استقطاع الأعضاء. و في حالة رفض هؤلاء لعملية الاستقطاع من جثة مورثهم يتعين على الطبيب الامتثال لتلك الرغبة. كما يتمتع على الطبيب القيام بالاستقطاع من الجثة إذا ثبت أن ذلك يتعارض مع المعتقدات الدينية للمتوفى. من التشريعات الأخرى التي سارت على هذا النهج التشريعات الخاصة بالولايات الأمريكية التالية: Alabama، Arizona، Florida، Georgia، Maryland، Missouri، New Hampshire، Louisiana، Illinois، Ohio، Pennsylvania، Wisconsin، Minnesota، و لمزيد من المعلومات راجع، إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 526.

الاتصال بالأقارب و استطلاع رأيهم بشأن موقف المتوفى من موضوع نزع الأعضاء من جثته أثناء حياته، أو استئذانهم لمباشرة عملية الاقتراع إذا لم يتخذ المتوفى أي قرار في هذا الشأن أثناء حياته.³⁴² و تجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات الأمريكية قد ركزت على وجوب مراعاة الاتجاهات الدينية للمتوفى و كذا أسرته عند استئذانهم بخصوص الاقتراع من الجثة. كما تشير هذه التشريعات إلى وجوب مراعاة الظروف المحيطة بالأسرة خاصة عقب حدوث الوفاة و هو ما يحول في بعض الأحيان دون الرجوع إلى الأسرة احتراماً لمشاعرهم.³⁴³

ثانياً: الاقتراع من جثث الموتى وفقاً للتشريع الفرنسي:

تميل غالبية الفقه الفرنسي الحديث إلى الاعتراف بحرية الإنسان في التصرف في جثته. فوفقاً لهذا الاتجاه يبقى الإنسان سيد جسده حتى فيما بعد الحياة، و من حقه أن يرتب أمور ما بعد مماته وفقاً لرغباته و وفقاً لما تقتضيه مصالحه أيضاً. و يجد هذا الفكر تأييداً له في حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 مارس 1886 قررت فيه أن لكل شخص أن يتصرف في جثته بنفس الطريقة التي يتصرف فيها في ماله و لو أن الجثة لا تدخل في إطار التعامل.³⁴⁴

و بتاريخ 15 نوفمبر 1887 صدر القانون المتعلق بحرية الدفن³⁴⁵ و نصت المادة الثالثة منه على حق الشخص بأن يوصي بكيفية دفنه. و تعتبر هذه الوصية ملزمة للجميع و يجب على أقاربه احترامها و تنفيذها ما دامت غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.³⁴⁶ و يعتبر التصرف مخالفاً للنظام العام إذا أوصى المتوفى بما يتعارض مع كرامة الإنسان، كأن يوصي بتقديم جثته كطعام للحيوانات أو كأن يبرم عقداً ببيع بقايا جسده بعد وفاته.³⁴⁷

من ثم يمكن القول أنه وفقاً لهذا النص يمكن للشخص أن يختار طريقة التخلص من جثته سواء عن طريق الدفن أو الحرق. كما يمكنه التنازل عن جثته لمصلحة هيئة علمية أو مؤسسة تشريرية، و من باب أولى يمكنه التبرع بأجزاء من جثته لغرض الزرع.³⁴⁸ و عليه فإن حق

³⁴² Kennedy and Grubb, op.cit., p. 1048.

³⁴³ Kennedy and Grubb, op.cit., p. 1051.

³⁴⁴ Dalloz 1886-1-451.

³⁴⁵ Loi du 15/11/1887 sur la liberté funéraire. D.P 1887.4. 101

³⁴⁶ Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, 1994, p. 1317. voir aussi Dubo, B., "La transplantation d'organes" Thèse, Lille, 1978. p. 187.

³⁴⁷ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 191.

³⁴⁸ Dierkens, J. " Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme", Masson et Scie, 1966. p. 133.

التصرف في الجثة مرتبط إلى حد كبير بعدم مخالفة النظام العام، سواء من حيث احترام كرامة الإنسان أو من حيث خروج الجثة عن نطاق التعامل المالي.

و في تطور لاحق³⁴⁹، صدر القانون الفرنسي المتعلق بترقيع القرنية سنة 1949 و نص صراحة على اقتطاع القرنية من جثث الموتى بدون مهلة و في نفس مكان الوفاة إذا كانت هناك دلائل على ايصاء المتوفى بعيونه أثناء حياته.³⁵⁰

و هكذا تقلص تدريجيا مبدأ عدم المساس المطلق بالجثة مع الزمن، و صارت عملية إنقاذ حياة الأشخاص أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية مقارنة بالمساس بجثث الموتى و هو ما جعل الاتفاقيات بشأن الجثة لما بعد الوفاة مشروعة في القانون الفرنسي إذا كان هدفها مفيدا اجتماعيا.³⁵¹

و سيرا في نفس الاتجاه وسع المنشور الوزاري المؤرخ في 1955/01/27 إمكانية تشريح الجثة و اقتطاع الأعضاء منها على إثر حوادث السير باعتبارها المصدر الأفضل لاقتطاع الأعضاء بشرط أن يتخذ الأطباء الاحتياطات اللازمة حتى لا تعيق عملية الاقتطاع متطلبات الطب الشرعي اللاحق.

على أن أهم النصوص الفرنسية المتعلقة بتنظيم نزع الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى هي؛

- قانون Caillavet الصادر بتاريخ 1976/12/22،
- و قانون نزع الأعضاء الصادر بتاريخ 1994 /07/29 المشار إليهما سابقا.

فقد أحدث قانون Caillavet و كذا قانون 1994 ما سمي بقريضة الموافقة³⁵² في مجال اقتطاع الأعضاء بعد الوفاة، و مفادها، كما سوف نرى لاحقا، أن الشخص الذي لم يرفض

³⁴⁹ لقد نظم التشريع الفرنسي على الخصوص عملية التشريح الطبي للجثث و هو ما ساعد على استئناس الأفراد بفكرة التصرف في الجثة ثم فكرة الانتفاع بأعضاء المتوفى أو جثته في المجالين العلمي و الطبي على السواء. راجع بشأن التطور القانوني في هذا المجال د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 194 و ما بعدها.

³⁵⁰ Loi n° 49-890 du 07/07/1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs volontaires, J.O 08/07/1949.

³⁵¹ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 193.

³⁵² L'art. 2 de la loi 76-1181 dispose ; "Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement...".
Art. L 1232-1 code de la santé publique, (loi n°94-653 du 29/07/94), "Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement".

صراحة أثناء حياته اقتطاع الأعضاء من جثته يكون قد وافق من الناحية القانونية على ذلك بعد مماته.³⁵³ و تسمح قرينة الموافقة في القانون الفرنسي من الناحية العملية بزيادة الاستفادة من الأعضاء البشرية و تأمين العلاج للمرضى بنسب أعلى.

و احتراماً لحق الإنسان في التصرف في جثته، فإن للفرد، في ظل القانون الفرنسي، الحق في الاعتراض على اقتطاع أي عضو من جثته بعد وفاته و لكن بشرط أن يفصح عن ذلك صراحة أثناء حياته.

من جهة أخرى، استناداً إلى قانون Caillavet و قانون 1994 فإن الاقتطاع من جثث الموتى لا يخضع إلى عدم اعتراض المتوفى عن الاقتطاع أثناء حياته فحسب، بل أيضاً إلى التأكد من حدوث الوفاة بالطرق المحددة قانوناً طبقاً للمرسوم رقم 96-1041 الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1996، المتعلق بمعاينة الوفاة قبل اقتطاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لأغراض علاجية أو علمية.³⁵⁴ يضاف إلى ذلك الشروط العامة التي تعرضنا إليها عند الحديث عن نزع الأعضاء بين الأحياء خاصة فيما يتعلق بوجود التبرع بدون مقابل.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنزع الأعضاء من الجثث في التشريع الجزائري:

تجد عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى أساسها القانوني في المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها³⁵⁵ التي جاء فيها؛

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

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

³⁵³ voir, Grenouilleau, J.B., commentaire sur la loi n° 76-1181 du 22/12/1976, relative au prélèvements d'organes, Recueil Dalloz, Sirey, 1977., p. 217, Jestaz, Ph. "prélèvements d'organes", Revue Trimestrielle de Droit Civil, Sirey, 1977, p.199.

³⁵⁴ Décret n° 96-1041 du 02 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvements d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques, J.O fr. du 04/12/96.

³⁵⁵ القانون 85-05 الصادر سنة 1985 المعدل و المتمم بالقانون 90-17 الصادر سنة 1990، سبقت الإشارة إليه.

إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة. غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، موضوع الانتزاع."

فلقد أجازت هذه المادة صراحة الانتفاع بأعضاء الشخص المتوفى شريطة مراعاة الشروط القانونية خاصة ما تعلق منها بموافقة المتوفى أثناء حياته، أو أسرته بعد مماته على الاقتطاع من الجثة. و قد استثنى المشرع الجزائري ضرورة الحصول على موافقة الميت أو أهله، فيما يتعلق بانتزاع القرنية و الكلية، و ذلك في الحالات التي لا يمكن فيها الاتصال بهؤلاء في الوقت المناسب و يُخشى أن يؤدي التأخير في الاقتطاع إلى حين الحصول على هذه الموافقة إلى فساد العضو أو عدم صلاحيته للزرع.

و يلاحظ أن التشريع الجزائري قد أجاز الاقتطاع من جثث الموتى لغرض العلاج فقط، و هو ما يستفاد من المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء نصها كالتالي؛ " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان.....إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية..." و هو ما يخالف الاتجاه الذي سارت عليه الكثير من التشريعات العربية³⁵⁶ أو الغربية،³⁵⁷ و التي أجازت أن يكون الاقتطاع من الجثث لأغراض علاجية أو علمية. مما يعني أن الاقتطاع من الجثث في القانون الجزائري مرهون بعدم وجود بدائل علاجية أخرى، فإن وجدت هذه البدائل حاضرا أو مستقبلا، كاختراع أعضاء صناعية مثلا، تبقى للجثة حرمتها و لا يجوز المساس بها.³⁵⁸

المبحث الرابع: الشروط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية:

لقد توصلنا في المبحث السابق إلى أن الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء بين الأحياء يتمثل في إذن القانون. غير أن إجازة مختلف القوانين لاقتطاع الأعضاء، سواء من الأحياء أو

³⁵⁶ راجع المادة الثانية من القانون اللبناني ، سبقت الإشارة إليه.

³⁵⁷ Ex, en droit français, Art. L 1232-1 du code de la santé publique, loi n° 94-653 du 29/07/1994, "Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques..."

³⁵⁸ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 399.

من جثث الموتى، مرتبطة بمراعاة الضوابط العديدة التي حددتها هذه القوانين، سواء كانت ذات طبيعة طبية أم إدارية.

و تتمثل الشروط و الضوابط التي يجب احترامها في الشروط العامة لممارسة العمل الطبي ككل بما فيها موافقة المريض و موافقة المتبرع بالعضو، إضافة إلى شروط خاصة يجب توافرها في الجراح المكلف بعمليات نقل الأعضاء(1). عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة(2)، توافر حالة الضرورة(3)، أن يكون التبرع بدون مقابل(4). أما الشروط ذات الطبيعة الطبية (5) فهي تدور حول الحالة الصحية للمتبرع و المتلقي و مدى توافق أنسجة المتبرع و المتلقي. في حين تتعلق الشروط ذات الصبغة الإدارية (6) في مجال نقل الأعضاء بمكان إجراء هذه العمليات و قيود خاصة بالأطباء المسموح لهم بتنفيذها. و يضاف إلى هذه الشروط وجوب التحقق من الوفاة عندما يتعلق الأمر بالاقطاع من جثة ميت(7)، و هو ما سنتناوله بالتفصيل في المطالب المالية مبرزين موقف المشرع الجزائري كلما أمكن.

المطلب الأول: الشروط العامة لإجازة العمل الطبي في مجال نقل الأعضاء:

من بينها الشروط العامة لمزاولة العمل الطبي، و التي سبق تحليلها في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة.³⁵⁹ و يضاف إلى ذلك شروطا أخرى تتعلق بأطراف التدخل الطبي في مجال نقل الأعضاء. فقد توصلنا آنفا إلى أن إباحة العمل الطبي مشروطة بتوافر مجموعة من الشروط الضرورية المحددة قانونا و تشمل؛ الترخيص بمزاولة العلاج، قصد العلاج احترام المبادئ و الأصول المتبعة في ممارسة المهنة، رضا المريض.

غير أنه في مجال نزع الأعضاء تضاف بعض الشروط بخصوص شرطي ترخيص القانون (و هو ما نعبر عنه بالمأذون له بالجراحة في عمليات نقل الأعضاء)، و رضا المريض و رضا المتبرع بالعضو.

الفرع الأول: المأذون له بالجراحة في عمليات نقل الأعضاء:

لا يكفي للطبيب الجراح في هذا المجال أن يكون مرخصا له بممارسة العمل الطبي فحسب(طبيب جراح)، بل يجب فوق ذلك أن تكون له مهارات خاصة في هذا النوع من

³⁵⁹ راجع الفصل التمهيدي من هذه الرسالة.

الجراحة.³⁶⁰ فطبقا للنظام الفرنسي الحالي لنقل الأعضاء يختص مثلا بقطع الكلى الأطباء المختصين بالمسالك البولية.³⁶¹ كما يشترط القانون الإنجليزي في الفريق المباشر لهذه العمليات تكويننا خاصا و خبرة معتبرة في هذا المجال و ذلك لضمان نسب عالية لنجاح التدخلات من جهة، و حتى لا يبدو الفريق المعالج بأنه في طور التجريب.³⁶²

و في هذا الصدد تتفق أحكام الشريعة مع ما قرره التشريع و الفقه الوضعيين من ضرورة توافر إمكانات و قدرات خاصة لدى الطبيب المعالج في هذا المجال. ذلك أن إباحة النقل بواسطة أطباء غير أكفاء يؤدي في كثير من الأحيان إلى نتائج سلبية.³⁶³ كما أنه طبقا للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية "لا ضرر و لا ضرار" و من قواعدها أيضا، "الأصل في المنافع الإباحة و في المضار التحريم". من ثم فكل شرط يحقق منفعة راجحة أو يرفع ضررا تقره الشريعة.³⁶⁴

من جهة أخرى، و حتى يضمن المشرع الاستقلالية في تشخيص الموت و حماية المتبرع المحتمل فقد نص القانون الفرنسي على منع الأطباء الذين سيباشرون اقتطاع العضو أو الزرع من الاشتراك في التأكد من الموت.³⁶⁵ و هو ما سار عليه كذلك المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث تنص المادة 3/165 منه على ما يلي، " و لا يمكن للطبيب الذي عاين و أثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع."

الفرع الثاني: رضا المريض و رضا المتبرع:

يعتبر رضا المريض، كما هو معلوم، شرطا أساسيا لإباحة تدخل الطبيب على جسمه. و قد بينا أنفا بأن هذا الشرط هو مظهر من مظاهر الاعتراف بحق المريض في المحافظة على سلامته البدنية. و قد تعرضنا أيضا في الباب الأول من هذه الرسالة إلى الأحكام الخاصة بموافقة المريض من كل جوانبها. و بما أن المركز القانوني للمريض لا يختلف باختلاف طبيعة العلاج

³⁶⁰ د. مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص. 34.

³⁶¹ حسب التقرير المعروف ب (Rapport, I.G.A.S, mai 1992)، مشار إليه في أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 104.

³⁶² لمزيد من المعلومات راجع د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 25.

³⁶³ د. محمد عبد الفتاح إدريس، "حكم التداوي بالمحرمات" الطبعة الأولى، القاهرة، 1993، ص. 288. و تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الدول العربية عرفت نسبة عالية في الوفيات من جراء عمليات زرع أعضاء بشرية تمت على أيد أطباء أجانب. حيث أشار أحد الأطباء المتدخلين في ملتقى وطني حول نزع الأعضاء نظمه كلية الطب بجامعة تلمسان بالتعاون مع الجمعيات الطلابية بتاريخ 29 و 30 أبريل 2003، أن بعض الدول المتقدمة في ميدان نقل و زرع الأعضاء تعتمد إلى إرسال أطباؤها الأقل خبرة إلى بعض الدول العربية و دول العالم الثالث بصفة عامة، و ذلك للتدريب على هذه العمليات و الحصول على التجربة اللازمة. و ضرب مثلا بتونس التي عرفت في مرحلة سابقة نتائج سلبية من خلال وفاة الكثير من المرضى الذين كانوا محلا لهذه العمليات.

³⁶⁴ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 303.

³⁶⁵ Voir l'Art. L10 – 671 du code de la santé publique, précité.

الذي يحتاج إليه إلا فيما يتعلق بطريقة الحصول على موافقته و التي تكون مرتبطة عادة بحالته الصحية، فإن أحكام الرضا المشار إليها في الباب الأول تنطبق على المريض الذي يحتاج إلى زرع عضو في جسمه. و على هذا الأساس يجب تبصير المريض المستقبل للعضو بكل ما يحتاج إليه من معلومات قبل الحصول على موافقته.

غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء تتعدد الأطراف المعنية بعملية الزرع، إذ يوجد إلى جانب المريض شخص المتبرع الذي لا يحتاج من الناحية الطبية إلى هذا التدخل و ليس في صالحه. و مع ذلك يعرض سلامته الجسدية إلى أخطار معينة توجب أن تكون موافقته قد أعطيت عن إرادة حرة و مبصرة، و هو ما يجعل شرط الرضا ذات أهمية بالغة في هذا المجال و سنتناول ذلك بدراسة معمقة لاحقاً باعتباره يشكل محور هذه الدراسة.³⁶⁶

المطلب الثاني: عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة:

إن موافقة المتبرع و المريض المستقبل لا تبيح عملية اقتطاع العضو و زرعه إلا إذا تمت في إطار احترام قواعد النظام العام و الآداب العامة. من ثم إذا كانت العملية مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، فإن موافقة الطرفين تفقد كل ما ترتب عليها من آثار.

ذلك أن الحق في سلامة الجسم هو من الحقوق المشتركة بين الفرد و المجتمع و يترتب على ذلك تجريم كل اعتداء يشكل مساساً بهذا الحق و لو تم بموافقة الضحية. حيث أن رضا المجني عليه لا يعد سبباً من أسباب الإباحة بالنسبة للأفعال التي تؤدي إلى وفاته أو تخلف أضراراً على جسمه يترتب عليها مساس بمصلحة المجتمع. و بناء على ذلك، فإن تنازل الفرد عن حقه بشأن سلامته الجسدية لا يتبعه بالضرورة تنازل مماثل لهذا الحق من قبل المجتمع إلا إذا لم يضر ذلك التنازل بمصلحة المجتمع.³⁶⁷

بل إن مصلحة المجتمع قد تقتضي أحياناً حرمان الفرد من حقه في تحقيق أية غاية تتعارض مع هذه المصلحة.³⁶⁸ و عليه، فلكي لا يتعارض تنازل الفرد عن أحد أعضائه مصلحة المجتمع و بالتالي فكرة النظام العام و الآداب، يجب أن يكون هذا التنازل لغرض علاج المريض المراد إنقاذ حياته، و ألا يترتب عليه ضرر جسيم للمتبرع يمنعه من أداء واجباته الاجتماعية. من جهة أخرى يجب ألا تؤدي عمليات نقل الأعضاء من جهة أخرى إلى اختلاط الأنساب.

³⁶⁶ راجع الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة، ص. 352.
³⁶⁷ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 345. راجع أيضاً، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 58.
³⁶⁸ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 58.

الفرع الأول: الغرض العلاجي لعمليات الاستقطاع و الزرع:

بمعنى أن يكون الغرض من استئصال العضو و إعادة زرعه في جسم المريض المستقبل هو علاج هذا المريض و إنقاذه من الهلاك. أما إذا كان الاستقطاع لغرض التهرب من بعض الواجبات، كالبتير الذي يكون لغرض التهرب من الخدمة الوطنية، فإنه مخالف للنظام العام لأنه لا يستهدف العلاج³⁶⁹ من جهة، و غير مشروع من جهة أخرى لأن فيه تحايل على القانون.

كما يجب ألا تتعارض الاتفاقيات الواقعة على الجسم مع النظام العام و مصلحة المجتمع اللذين لا يعارضان، كما سبق وأشرنا، إبرام مثل هذه الاتفاقيات إلا إذا كانت ترغب الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق هدف غير مشروع. فكما يرى Carbonnier يأخذ القانون بعين الاعتبار و بشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين.³⁷⁰ ذلك أن حرية الشخص في التصرف بجسمه مشروطة بالسبب الذي يجب أن يكون مشروعاً.³⁷¹

من ثم لا يكون نقل الأعضاء مشروعاً إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تحقيق الربح المادي فقط و ليس إنقاذ المريض من الموت.³⁷² و يثور التساؤل في هذا الصدد حول الأثر القانوني لموافقة المتبرع بالعضو ليس لغرض نقله إلى شخص مريض و إنما لغرض إجراء التجارب العلمية.

لقد فرق بعض الفقه بين التجارب العلمية و التجارب العلاجية. أما التجارب العلمية فلا يرجى منها أية فائدة علاجية و إنما تهدف إلى اكتساب المعارف العلمية في مجال معين. في حين تهدف التجارب العلاجية إلى شفاء المريض الذي يكون محلاً لها، و على هذا الأساس أجاز بعض الفقه³⁷³ هذا النوع من التجارب العلاجية، في حين اعتبر النوع الأول غير مشروع لأن المريض لا يحصل على أية فائدة علاجية منه.³⁷⁴

من جهة أخرى يرى جانب من الفقه³⁷⁵ بعدم شرعية كلا النوعين من التجارب المرتبطة باستقطاع عضو من إنسان حي و لو كان في ذلك استفادة للمجتمع على المدى البعيد لأن ذلك

³⁶⁹ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 59.

³⁷⁰ Carbonnier, J., "Droit civil, introduction, les personnes", 16^{ième} ed. P.U.F, 1987, p. 253.

³⁷¹ Mazeaud et Trunc, "Traité de responsabilité civile", T 1, 1965, al. 2529.

³⁷² د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 59.

³⁷³ Auby, J.M., "La responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme", Cahiers laënnec, 1952, n° 2, p. 26.

³⁷⁴ راجع أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 303.

³⁷⁵ Savatier, Auby et Pequignot, op.cit., al. 274. aussi voir, Py, J.- Fourgroux, Ch., "A propos des greffes du cœur. Garanties juridiques indispensables pour les greffes d'organes.", Gaz. Pal. 20/09/1968, 2, Doctrine, p. 84. 59. د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.

يعرض المتبرع إلى التضحية بدون داع ، و يوجد، وفقا لهؤلاء، بدائل أخرى كالقيام بهذه التجارب على الحيوانات. من ثم تصطدم التجارب العلمية المرتبطة باستقطاع الأعضاء بكلا نوعيها، وفقا لهذا الاتجاه ، بفكرة النظام العام و بالتالي فهي غير جائزة.³⁷⁶

موقف التشريع الجزائري:

طبقا للمادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها³⁷⁷، لا يجوز نزع الأعضاء أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، و هو ما يتفق مع الاتجاه السائد لدى مختلف الأنظمة في هذا المجال. فقد استندت مختلف التشريعات إلى الغرض العلاجي لإباحة عمليات الاستقطاع.³⁷⁸

أما فيما يتعلق بالاستقطاع لغرض التجريب، فالظاهر أن المشرع الجزائري يفرق بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية أو الغير علاجية. حيث نص في المادة 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها؛

" تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني

لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 مكرر 1 أعلاه."

و تنص المادة 168 مكرر 1 على ما يلي؛

" ينشأ مجلس وطبي لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة و الأعضاء و زرعها و التجريب و كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية و كرامته، والأخذ بعين الاعتبار لوقت الموائم للعمل الطبي و القيمة العلمية لمشروع الاختبار و التجريب..."

يتضح من استقراء المادتين أن المشرع الجزائري قد أجاز مبدئيا التجارب العلاجية و هو ما يمكن إدراكه بمفهوم المخالفة من نص المادة 168 مكرر 3 التي ترك فيها أمر الفصل في التجارب الغير علاجية لرأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية. كما يفهم من عموم النص

³⁷⁶ لمزيد من المعلومات راجع الإطار الشرعي للتجارب الطبية في الفصل الثالث من هذا الباب. ص. 454.

³⁷⁷ قانون 85-05 المعدل، سبقت الإشارة إليه.

³⁷⁸ حيث تنص المادة الأولى من القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية على ما يلي؛ " للأطباء الاختصاصيين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من شخص حي أو جثة متوفى و زرعها في جسم شخص آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته و ذلك وفق الشروط و الإجراءات المنصوص عليها في القانون." و هو القانون الذي جاء تنفيذا لقرار المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الصحة العرب رقم 19 الصادر عن الدورة 49. حيث عقدت اللجنة الفنية لنقل و زراعة الأعضاء البشرية اجتماعا بمقر جامعة الدول العربية خلال الفترة من 16 إلى 18 ديسمبر 1986 و أصدرت مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية. منشور لدى د. أحمد محمد بدوي، نقل و زراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ملحق رقم 8 ص. 237.

أيضا أن المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية مختص بمراقبة كل ما يتعلق بالمناهج العلاجية و التقنيات الطبية الحديثة و التي يدخل ضمنها زراعة الأعضاء و التجارب الطبية بنوعها.³⁷⁹

الفرع الثاني: وجوب عدم تضرر المتبرع من عملية الاستقطاع:

تمس عمليات استئصال الأعضاء من الأحياء، كأصل عام، الأعضاء المزدوجة بالجسم البشري، كالعينين أو الكليتين.³⁸⁰ و على هذا الأساس فلا يجوز انتزاع الأعضاء الفريدة مثل القلب أو الكبد ما دام أن ذلك يؤدي بحياة المتبرع و غني عن البيان أن مثل هذا التصرف مخالف للنظام العام.³⁸¹

كما يعتبر استئصال العضو مخالفا للنظام العام إذا كان يسبب ضررا جسيما بالمتبرع كأن يعوقه عن أداء وظائفه الاجتماعية مثل العمل أو الاعتناء بأسرته. و مثاله أن يقوم الطبيب بنقل كلية من شخص حي و هو يعلم أن الكلية الأخرى تالفة و لا يستطيع ذلك المتبرع أن يعيش بها سوى لأشهر أو سنوات معدودة. و مثاله أيضا قيام الطبيب بنقل العين السليمة الوحيدة من شخص أحول أو أعور إلى شخص مريض، فلا شك أن في ذلك ضرر جسيم للمتبرع الذي سوف يعيش بقية حياته كفيفا، و هو ما يترتب عنه إعاقة دائمة تحرمه من أداء واجباته الاجتماعية.³⁸²

موقف المشرع الجزائري:

لم يحدد المشرع الجزائري في المادة 168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الأعضاء التي يمكن استئصالها من المتبرع الحي، حيث جاء في المادة؛
"لا يجوز انتزاع الأعضاء و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية..".

و يعني ذلك أن شرعية استقطاع العضو متوقفة على احترام شرطين أساسيين هما؛

- الغرض العلاجي الذي سبق توضيحه أعلاه.
- عدم تضرر المتبرع و هو ما نصت عليه المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها صراحة بقولها؛ " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر."

³⁷⁹ راجع بخصوص التجارب الطبية الفصل الثالث من الباب الثاني من هذه الرسالة، ص. 449.
³⁸⁰ مع العلم أن هناك خلاف بين التشريعات حول هذه المسألة فمنها من تناول صراحة العضو الذي يمكن أن يكون محلا لاستئصال، في حين اكتفت تشريعات أخرى بإجازة عمليات زرع الأعضاء بدون أن تحدد الأعضاء التي يمكن أن تستقطع من الإنسان الحي.
³⁸¹ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 59.
³⁸² د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 60.

و عليه فإنه طبقاً للقانون الجزائري الحالي يجوز استقطاع عضو من الأعضاء المزدوجة و جزء من الأعضاء الفريدة، كالكبد³⁸³ مثل، بشرط ألا يعرض ذلك حياة المتبرع للخطر. و أساس شرعية الاستئصال هنا هي الحدود التي رسمها المشرع الجزائري للأطباء و هي كما سبق توضيحه الغرض العلاجي و عدم المخاطرة بحياة المتبرع و التي يدخل ضمنها عدم تعريض السلامة البدنية للمتبرع لأضرار جسيمة³⁸⁴. و هي من الأمور الطبية التي يختص بتقديرها الأطباء دون غيرهم. من ثم نخالف الرأي الذي ذهب إليه البعض³⁸⁵ من أن التشريع الجزائري ناقص في هذا المجال من خلال عدم تحديده للأعضاء التي يمكن استئصالها من جسم المتبرع الحي.

الفرع الثالث: زرع الأعضاء و فكرة اختلاط الأنساب:

من الضروريات الأساسية التي يجب تجنبها في عمليات نقل الأعضاء اختلاط الأنساب بين المتبرع و المستفيد من العضو المنقول. و يبقى المبدأ قائماً حتى و لو كان الهدف علاجياً و لم يخلف أي ضرر للمتبرع، لأن ذلك يصطدم بفكرة النظام العام و الآداب العامة من الوجهة الدينية و الأخلاقية. لقد نصت بعض القوانين العربية³⁸⁶ صراحة على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجال أو للنساء على أن الأعضاء التناسلية تستمر في حمل الشفرات الوراثية حتى بعد نقلها إلى شخص آخر و هو ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.³⁸⁷

موقف المشرع الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة إلى هذا النوع من العمليات، إذ لا يوجد ضمن نصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يفيد إجازة أو منع مثل هذا النقل سواء بالنسبة للرجال أو النساء.

³⁸³ حيث ثبت علمياً أنه يجوز للإنسان أن يتخلى عن نصف كبده أو أكثر بحكم أنه باستطاعة الكبد أن يكبر بعد مدة 6 أشهر لتعويض ما فقده. و الفضل في ذلك يعود إلى الهرمونات التي تؤثر في نمو الأنسجة و الأعضاء لتقوم بأداء الوظائف. لمزيد من المعلومات، راجع د. نصر الدين مروك، الرجوع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 202 و ما بعدها.

³⁸⁴ و قد أسند المشرع الجزائري مهمة الرقابة على هذه الأمور إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية. راجع المادة 168 مكرر 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها. راجع أيضاً، المادة 35 من مدونة أخلاقيات الطب (سبقت الإشارة إليه) و التي جاء فيها " لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات و الشروط المنصوص عليها في القانون.

³⁸⁵ د. نصر الدين مروك، الرجوع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 202.

³⁸⁶ كالقانون الأردني رقم 203 الصادر سنة 1977 في مادته الثامنة. و القانون التونسي الصادر سنة 1991، أشار إليهما د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 205.

³⁸⁷ راجع مضمون هذا الشرط ضمن ضوابط نقل الأعضاء في ص. 259 أعلاه.

غير أن قانون العقوبات الجزائري يعاقب على جريمة الخصاء حيث جاء في المادة 273 منه ما يلي؛ " كل من ارتكب جناية الخصاء (castration) يعاقب بالسجن المؤبد. و يعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة ". و هو ما يعني تجريم اقتطاع الخصيتين أو المبيضين لأنه يؤدي إلى قطع النسل لدى الضحية و هو الغرض الأساسي من تجريم الفعل. و قد تؤدي جناية الخصاء إلى الوفاة إذا تمت في شكل عدوان بغرض الإضرار بالضحية.

و لم يحدد المشرع الجزائري مرتكب هذا النوع من الجرائم، مما يعني أنها ليست خاصة بالأطباء، إذ يمكن أن تقع من أي شخص على الضحية على إثر عدوان أو اعتداء غير مشروع. و عليه، يمكن الاستناد إلى هذا النص لمنع اقتطاع الخصيتين أو المبيضين و لو تم ذلك برضا المجني عليه طالما لم تدعو إلى ذلك ضرورة علاجية لبتتر هذه الأعضاء من جسم المريض. أما الفرد السليم فلا مجال للمساس بأعضائه التناسلية سواء كان رجلا أو امرأة إذا كان ذلك سيؤدي إلى قطع النسل بالنسبة له.³⁸⁸ و مع ذلك يبقى المشكل مطروحا في حالة اقتطاع هذه الأعضاء من جنث الموتى أو اقتطاع جزء منها فقط من إنسان حي بحيث لا يؤدي إلى قطع النسل لديه؟.

غير أنه بحكم اتجاه الفقه الإسلامي إلى تحريم نقل الأعضاء التناسلية المؤسس على معطيات علمية،³⁸⁹ ينضم الباحث إلى الاتجاه الرفض لهذا النوع من العمليات. و ما دامت هذه العمليات غير مباحة شرعا، فإنها مخالفة للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني للقانون الجزائري بعد التشريع.³⁹⁰ و احتراما لمبدأ الشرعية يأمل الباحث أن يتدارك المشرع الجزائري هذا النقص و يضيف مادة جديدة في قانون حماية الصحة و ترقيتها يمنع بموجبها صراحة هذا النوع من العمليات

المطلب الثالث: ماهية الضرورة المتطلبية لإجازة نقل الأعضاء:

تنص المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛

" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة

للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية...".

³⁸⁸ مع العلم أن يجوز اللجوء للجراحة كوسيلة لمنع الحمل و تسمى بالنسبة للرجال Une Vasectomie، و بالنسبة للنساء Ovariectomy، غير أنها لا تنطوي على اقتطاع الأعضاء التناسلية.
³⁸⁹ ذلك أن إباحة الشرع الإسلامي لعمليات نقل الأعضاء مشروط بعدم تحريم المباح أو إباحة المحرم. راجع في هذا الصدد، عقيل بن أحمد العقيلي، "حكم نقل الأعضاء" مكتبة الصحابة، جدة، 1992، ص 70.
³⁹⁰ راجع المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

و تشترط المادة 162 من نفس القانون ألا تعرض عملية استقطاع العضو حياة المتبرع للخطر.

يتضح من نص المادتين أن عملية زرع الأعضاء لا تكون إلا لضرورة المحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية و ألا تعرض في نفس الوقت صحة و سلامة المتبرع لأخطار جسيمة. من ثم يتعين علينا توضيح مفهوم الضرورة في مجال نقل الأعضاء، و الشروط التي يجب توافرها لقيامها و المتعلقة أساسا بشروط الخطر و شروط الفعل الضروري الذي يجب إتيانه للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، و هو ما سنحاول توضيحه في الفرعين المواليين.

الفرع الأول: مفهوم الضرورة في مجال نقل الأعضاء:

لقد سبق و أن عرّفنا حالة الضرورة في القانون الجنائي بأنها الحالة التي لا يستطيع فيها الشخص أن يدرأ عن نفسه أو عن غيره خطرا حالا إلا بارتكابه جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء.³⁹¹ و للضرورة في هذا المجال فروضا عديدة لا يسعنا موضوع البحث لتحليلها هنا.³⁹² من جهة أخرى يتضح من التعريف أن حالة الضرورة تحمل معنى التضحية بحق أو بمصلحة في سبيل صيانة حق أو مصلحة أخرى.³⁹³

غير أنه لا يمكن الأخذ بهذا المفهوم في مجال عمليات نقل الأعضاء لأن الفريق المعالج ملزم بحماية مصالح كلا الطرفين المعنيين بالعملية و هما المتبرع بالعضو و المريض المستقبل له، و ذلك في إطار التزاماتهم المهنية بالمحافظة على صحة كل الناس ، و ذلك على أساس أن الحق في الصحة و السلامة البدنية مقرر لكل الأفراد و بدون تفضيل بينهم.³⁹⁴ و بناء على ذلك لا يجوز التضحية بحياة المتبرع أو تعريض سلامته الجسدية إلى خطر جسيم من أجل حفظ حياة أو صحة المريض المستقبل للعضو.

يتضح مما تقدم أنه يتعين على الفريق المعالج أن يأخذ بعين الاعتبار حق المتبرع في السلامة البدنية و ذلك من خلال عدم تعريض حياته أو سلامته الجسدية إلى أخطار جسيمة بسبب استقطاع العضو و لو كان ذلك من أجل إنقاذ حياة أو صحة المريض المستقبل لهذا العضو. ذلك

³⁹¹ راجع د. عبد الله سليمان، "شرح قانون العقوبات القسم العام"، الجزء الأول؛ الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة الطبع

غير معروفة، ص 279. Bouzat et Pinatel, Traité de Droit Pénal et de Criminologie, 1970, p 367.

³⁹² لتحليل أوسع لمفهوم الضرورة في القانون الجنائي راجع، د. إبراهيم زكي أخوخ، "حالة الضرورة في القانون الجنائي" رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1969، ص، 114 و ما بعدها.

³⁹³ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 169.

³⁹⁴ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 170.

أن مثل هذه التضحية تتعارض مع الالتزام العام لدى الأطباء و الجراحين بحماية صحة و مصالح الجميع.

الفرع الثاني: شروط حالة الضرورة في مجال نقل الأعضاء:³⁹⁵

لكي تتحقق حالة الضرورة في مجال نقل الأعضاء يجب توافر بعض الشروط في الخطر الذي يهدد المريض و شروط أخرى في الفعل الضروري لمواجهة الحالة أي الشروط التي يجب توافرها لفعل الاستقطاع من المتبرع الحي.

(1)- شروط الخطر المحدق بالمريض المستقبل:

يشترط في الخطر الذي تتحقق به حالة الضرورة أن يكون جسيما و حالا و يشترط بعض الفقه، إضافة إلى ذلك، ألا يتسبب المريض شخصا في إحداث أو إحلال الخطر.

الشرط الأول: أن يكون الخطر جسيما:

و يكون الخطر جسيما بالنسبة للمريض إذا كانت حالته الصحية على درجة كبيرة من الخطورة بحيث لا تستقيم إلا إذا استفاد هذا الأخير من عملية زرع العضو الذي يشكو منه. و وفقا لنص المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها تتوافر حالة الضرورة في حالة الخطر الذي يهدد حياة المريض أو سلامته البدنية. و الأخطار الجسيمة بصفة عامة هي الأخطار التي تؤدي في حالة تحققها إلى وفاة الشخص أو تعطيله عن تأدية واجباته الاجتماعية.³⁹⁶ و غني عن البيان أنه لا يكون الخطر جسيما إذا كان لا يترتب على عدم نقل العضو أي ضرر للمريض. و نفس الحكم إذا كان الغرض من الزرع التجميل فقط.³⁹⁷

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا:

و المقصود بالخطر الحال وفقا للأحكام العامة هو الخطر الوشيك الوقوع أو الذي بدأ و لم ينتهي بعد. و يعبر الخطر الحال في مجال نقل الأعضاء عن حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياة أو صحة المريض.³⁹⁸ و وفقا للقواعد العامة،³⁹⁹ يعتبر حلول الخطر جوهر

³⁹⁵ راجع بشأن هذه الشروط، د. شعلان سليمان محمد السيد حمده. مرجع سابق، ص. 275 و ما بعدها.

³⁹⁶ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 173.

³⁹⁷ نفس المرجع و نفس المكان.

³⁹⁸ د. عبد السلام السكري، مرجع سابق، ص. 184، محمد سيد طنطاوي، مقال حول نقل الأعضاء، جريدة الأخبار، بتاريخ، 30 أفريل 1997، العدد 14038.

توافر حالة الضرورة و يعني تعرض المصلحة المحمية للخطر بصفة مباشرة و بطريقة حالة. و المصلحة المحمية في مجال نقل الأعضاء هي حياة أو صحة المريض المطلوب نقل العضو إليه.⁴⁰⁰

و بناء على ما تقدم يثور التساؤل حول مدى توافر عنصر الاستعجال في الحالات التي يتم فيها اقتطاع الأعضاء و حفظها في البنوك المتخصصة إلى حين ظهور من يحتاج إليها ، أو في الحالات التي يسمح العلاج المنظم باستقرار حالة المريض ؟

من المتفق عليه أن اقتطاع الأعضاء من الأحياء لغرض حفظها في البنوك ليس فيه عنصر الاستعجال⁴⁰¹ سواء بالنسبة للمتبرع أو بالنسبة للمريض، بدليل أن الغرض من الاستقطاع هو الحفظ لا الزرع. و القول بخلاف ذلك، كما يرى البعض، يخرج عمليات نقل الأعضاء من نطاق الإباحة الاستثنائية إلى نطاق الإباحة المطلقة، و قد يصبح التعامل بالأعضاء البشرية نتيجة لذلك مثله مثل التعامل بقطع غيار السيارات و هو ما لا يليق بمقام و كرامة الإنسان.⁴⁰²

على أنه يستثنى من هذه القاعدة بنوك حفظ الدم، إذ يجوز إنشاء مثل هذه البنوك بسبب اختلاف عنصر الدم عن غيره من الأعضاء في عدة نواحي؛

- فالدّم، كما هو معلوم، من الأعضاء المتجددة، و التبرع بكمية منه بين الحين و الآخر لا يضر صاحبه.
 - كما ان الدم أكثر العناصر المطلوبة من الناحية الطبية، و بصفة خاصة، عند وقوع الحوادث، حيث لا يمكن للمريض انتظار متبرع من نفس الفصيلة. فوجود بنك للدم يقضي على مثل هذه المتاعب سواء بالنسبة للمرضى أو الأطباء.
- أما بشأن الحالات التي يمكن فيها استقرار حالة المريض عن طريق العلاج المتواصل و المنظم، فقد ذهب جانب من الفقه إلى انتفاء حالة الضرورة فيها لأنه يمكن تجنب الخطر فيها،

³⁹⁹ راجع د. محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات؛ القسم العام"، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1988، ص. 568، راجع أيضاً، د. أحمد فتحي سرور، "الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، 1996، ص. 249، د. فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، 1992، ص. 549. راجع في الفقه الغربي، Bouzat et Pinatel, op.cit, p. 367.

⁴⁰⁰ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 173.

⁴⁰¹ ذلك أن الاقتطاع من إنسان حي بدون توافر عنصر الاستعجال ينتفي فيه السبب الجوهري الذي يسمح بتعريض السلامة البدنية للمتبرع الحي لأخطار جسيمة، راجع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 352.

⁴⁰² د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 353.

حسب هؤلاء،⁴⁰³ عن طريق العلاج بدون حاجة إلى استقطاع العضو من إنسان حي، و مثاله الغسيل الكلوي بالنسبة لمرضى الفشل الكلوي.

و إذا كان هذا الاتجاه أقرب إلى الصواب إلا أنه يجب التأكد من مدى توافر حالة الاستعجال من خلال دراسة كل حالة على حدة. فما يعد ضروريا لأحد المرضى قد لا يكون كذلك بالنسبة لمريض آخر، كما هو الحال بالنسبة لبعض مرضى الفشل الكلوي، الذين لا تتحمل صحتهم وسائل العلاج المتاحة. و يجب أن تسند هذه المهمة إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 168م1 و ذلك بالتعاون مع الفريق الطبي المكلف بهذا النوع من العلاج.

من جهة أخرى نعتقد أنه في حالة المرض المزمن و الخطير يجوز، في ظل القانون الجزائري، اللجوء إلى عملية نقل العضو من إنسان حي إذا لم يتيسر النقل من جثة إنسان ميت، لأن ذلك يتفق مع نص المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المشار إليها أعلاه و التي تشترط أن يكون النقل لغرض حفظ الحياة أو السلامة البدنية للمريض. و مثال ذلك المريض المصاب بالفشل الكلوي الذي تتطلب حالته تكرار عملية الغسيل الكلوية مرتين أو أكثر في الأسبوع لتفادي الموت، مع كل ما يسببه ذلك له من مشقة و تكاليف باهضة سواء له أم للدولة⁴⁰⁴، و تعرضه من جهة أخرى للإصابة بأمراض أخرى.

الشرط الثالث: ألا يتسبب المريض في وقوع الخطر بخطئه الشخصي:

و مفاد هذا الشرط ألا يكون للمريض دخل في حلول الخطر الجسيم الذي يهدد حياته أو صحته. و يجد هذا الشرط مجالا له في القانون الجنائي، إذ أخذت به بعض القوانين العقابية،⁴⁰⁵ التي ترى بأنه لا يعقل أن يتسبب الجاني في عمل غير مشروع ثم يقترف فعلا إجراميا آخر لغرض النجاة من أثر الفعل الأول. و مثاله الشخص الذي يضرم النار عمدا في أحد البيوت ثم يكسر نافذة البيت المجاور لكي ينجو بنفسه.

⁴⁰³ د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 432. د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 174.

⁴⁰⁴ طبقا لإحصائيات 1998 يوجد في الجزائر أكثر كم 3600 مريض يعاني من الفشل الكلوي، منهم 3000 يعالجون عن طريق الغسيل الكلوي (Hémodialyse)، و ترجع تكاليف الحصة الواحدة للغسيل الكلوي إلى 8000 دج، و هو ما يوصل تكاليف العلاج للمريض الواحد سنويا إلى 1 200 000 دج (مليون و مئتين ألف دج)، راجع جريدة الوطن، بتاريخ 26 مارس 1998، ص. 12

⁴⁰⁵ مثل القانون المصري في مادته 61 التي اشترطت ألا يكون للمضطر إلى ارتكاب الجريمة دخل في حدوث الخطر. راجع د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 175 و ما بعدها.

- غير أنه لا مجال لمثل هذا الشرط في عمليات نقل الأعضاء⁴⁰⁶ لأسباب ثلاثة هي؛
- إن أساس نقل الأعضاء هو النص القانوني و ليس حالة الضرورة، و إن كانت حالة الضرورة شرطا من الشروط التي يجب توافرها لاستقطاع العضو و زرعه كما هو واضح من النصوص المشار إليها
 - صعوبة إثبات تعمد المريض إصابة نفسه بمرض خطير يتطلب التدخل الجراحي بنقل عضو إليه.⁴⁰⁷
 - إن تدخل الطبيب يكون كأصل عام لغرض العلاج، من ثم فهو لا يبحث في سبب الإصابة، و إن فعل، يكون ذلك لغرض تقديم العلاج اللازم. فإذا اشترطنا على المريض ألا يكون هو المتسبب فيما وقع له، فإن ذلك سيمنع الطبيب من إسعاف المتضرر من جراء محاولة انتحار، و هو ما يخالف التزامه القانوني بتوفير العلاج اللازم لكل الأفراد.

(2) - شروط فعل الاستقطاع من الإنسان الحي:

يشترط في فعل الاستقطاع أن يكون هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياة أو صحة المريض و ألا يترتب على استقطاع العضو أي ضرر جسيم للمتبرع.

الشرط الأول: أن يكون استقطاع العضو هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض:

و المقصود بذلك عدم وجود دواء أو علاج آخر يقوم مقام نقل الأعضاء، فإذا أمكن علاج المريض بوسائل أو طرق أخرى وجب اللجوء إليها و ترك استقطاع العضو من الإنسان الحي. و مثال ذلك استخدام دم صناعي محل دم الإنسان، نقل العضو المطلوب زرعه من الحيوان أو من جثة إنسان ميت⁴⁰⁸، متى كان ذلك ممكنا، بدلا من إنسان حي.

و يعبر عن هذا الشرط بشرط اللزوم في حالة الضرورة، و يعني في مجال نقل الأعضاء أن يكون الاستقطاع من إنسان حي هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الذي يهدد المريض المستقبل

⁴⁰⁶ و هو ما ينطبق أيضا على القانون الجزائري، حيث لا يوجد ما يفيد هذا الشرط في قانون حماية الصحة و ترقينها.

⁴⁰⁷ هناك حالات يتسبب فيها المريض فعلا في إحلال الخطر بصحته و حياته مثل المدخن المصاب بسرطان الرئة، إلا أن الفقه متفق على أن حالة الضرورة لا تزول إذا وقع الخطر نتيجة إهمال الفرد أو عدم احتياظه. رادع في هذا الصدد، د. فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات؛ القسم العام"، المرجع لسابق، ص. 550.

⁴⁰⁸ ذلك أنه إذا أمكن دفع الضرر بأخذ عضو من جثة ميت فلا يجوز أخذه من إنسان حي لأن المفسدة المترتبة على الأخذ من الميت أقل بكثير من المفسدة المترتبة على الأخذ من الحي. راجع، د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 351.

للعضو. فإذا كانت هناك وسيلة أخرى بأقل ضرر⁴⁰⁹، على النحو الذي بيناه أعلاه، فوفقاً للقواعد العامة⁴¹⁰ تنعدم ضرورة استقطاع العضو من الحي.

يضاف إلى ذلك أن اشتراط اللزوم في مجال نقل و زرع الأعضاء ليس مطلوباً لتوافر حالة الضرورة فحسب، بل تتطلبه أيضاً مقتضيات حماية كرامة الإنسان. فإذا كانت عملية الاستقطاع لا تتنافى مع الكرامة الإنسانية، كأصل عام، بالنسبة للمتبرع⁴¹¹، إلا أن اللجوء إليها يجب أن يبقى كآخر حل. من ثم يجب أن يسخر إذن القانون باستقطاع العضو لخدمة المريض بطريقة تحمي الكرامة الإنسانية. كما أنه يجب أن تتأكد هذه الحماية في مواجهة ليس فقط المستقبل للعضو، بل أيضاً في مواجهة المتبرع الذي يقبل بالتنازل عن جزء من جسده.

و عليه يتعين على الطبيب المعالج أن يمتنع عن إجراء أي تدخل جراحي بغرض استقطاع عضو من إنسان حي إلا إذا كان هذا التدخل الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض المستقبل.⁴¹² و قد أكدت على هذا الشرط صراحة بعض القوانين⁴¹³ و الاتفاقيات الجماعية⁴¹⁴ الخاصة بهذا المجال.

موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها يتضح أن التشريع الجزائري أجاز نقل الأعضاء بين الأحياء⁴¹⁵ أو من جثث الموتى⁴¹⁶، واشترط أن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو صحته⁴¹⁷. فهل يمكن، في ضل النصوص الحالية، أن تباشر عملية انتزاع عضو من إنسان حي مع إمكانية نقل العضو من جثة؟. حيث أنه على

⁴⁰⁹ راجع د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص. 535.

⁴¹⁰ راجع في هذا الشأن، د. محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات؛ القسم العام" مرجع سابق، ص. 572.

⁴¹¹ قرار مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس المنعقد في جدة بتاريخ 20 مارس 1990، أشار إليه د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 178.

⁴¹² د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 178.

⁴¹³ حيث اشترطت المادة السادسة من القانون البلجيكي المتعلق بنقل الأعضاء لإمكانية الاستقطاع من إنسان حي، ألا يؤدي الحصول على العضو من إنسان متوفى إلى نتائج مرضية، حيث جاء فيها؛

"... que la transplantation d'organes ou de tissus provenant d'une personne décédée ne puisse produire un résultat aussi satisfaisant."

⁴¹⁴ راجع مثلاً اتفاقية Oviedo الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي. حيث نصت مادتها 19 على أنه لا يجوز استقطاع أعضاء أو أنسجة من متبرع حي إلا إذا لم يتمكن الفريق الطبي من الحصول عليها من إنسان متوفى. أشار إلى هذه الاتفاقية، د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 178.

⁴¹⁵ المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها؛ "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر..."

⁴¹⁶ المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها؛ "لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة..."

⁴¹⁷ المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها؛ "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية...."

خلاف بعض التشريعات⁴¹⁸، لم يشترط المشرع الجزائري عدم إمكانية الحصول على العضو من إنسان ميت لإمكان الاستقطاع من إنسان حي و إنما اكتفى، كما أشرنا أعلاه، بأن تكون عملية الزرع الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة أو صحة المريض المستقبل لعضو.

ففي غياب النص الصريح، يعتقد الباحث أنه ما دام الاقتطاع من إنسان حي يبقى استثنائياً، فالأصل أنه لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد استنفاد كل الوسائل الأخرى بما فيها إمكانية الاستقطاع من جنث الموتى، و ذلك على أساس أن المفسدة المترتبة على الاستقطاع من جنثة أقل بكثير من تلك المترتبة على الاستقطاع من جسم إنسان حي من جهة، و تجنب، من جهة أخرى، تعريض إنسان سليم لمخاطر جسيمة.⁴¹⁹

و يثور التساؤل أيضاً حول ضرورة الاستقطاع من إنسان حي لغرض الزرع ولكن لا يؤدي إلى شفاء المريض و إنما فقط إلى تعطيل تطور المرض لديه ؟

يرى البعض أن تدخل الطبيب لا يهدف دائماً إلى شفاء المريض في الحالات المرضية الجسيمة ولكن للتخفيف فقط من آلامه أو تعطيل تطور مرضه. و من المستقر عليه فقها و قضاء أن الطبيب غير ملزم بتحقيق نتيجة و هي شفاء المريض، و إنما هو ملزم فقط باتباع الأنماط العلاجية المناسبة التي قد تؤدي إلى الشفاء أو إلى تخفيف الآلام. و مع ذلك فإنه لا يجوز للطبيب أن يباشر عملية الاستقطاع من إنسان سليم إذا كان يعلم بعدم وجود أي فائدة علاجية من زرع العضو لأن عمليات نقل الأعضاء مشروطة بأن تحقق منفعة مباشرة للمستقبل.⁴²⁰

من جهته يرى الباحث، أن المحافظة على حياة المريض تفرض على الطبيب المعالج القيام بكل ما يراه مناسباً لتحقيق هذا الغرض. غير أنه من الصعب تقبل فكرة التضحية بعضو سليم من أجل إنقاذ حياة إنسان محكوم عليه بالوفاة بعد مدة وجيزة أو أن عملية النقل ستعطل فقط تطور المرض عنده. و مع ذلك يرى الباحث، و بكل تحفظ، أنه لا يجب التعميم، بل يجب دراسة كل

⁴¹⁸ لم تشترط بعض القوانين هذا الشرط و لكن أشارت إلى أن النقل بين الأحياء يجب أن يكون كآخر وسيلة؛ ففي هذا الصدد تنص المادة (loi n° 94-653 du 29/07/1994) على ما يلي،

“ Le prélèvements d’organes sur une **personne vivante**, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l’intérêt thérapeutique direct du receveur.....”

راجع أيضاً المادة الأولى من مشروع القانون المصري المتعلق باستقطاع و زرع الأعضاء البشرية؛ " لا يجوز نقل أعضاء أو أجزاء منها أو أنسجة من جسم إنسان حي إلى آخر ، إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المنقول إليه أو علاجه من مرض جسيم."، مشار إليه من قبل د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 172.

⁴¹⁹ حيث أشار أحد الأطباء في أحد المؤتمرات الطبية حول زرع الأعضاء (Liege, Belgique) إلى وفاة أحد المتبرعين بالكلية في مدينة Lyon و ذلك أثناء عملية الاقتطاع. أشار إليه، د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 301.

⁴²⁰ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 179.

حالة على حدة لمعرفة حظوظ كل مريض في الاستفادة من عملية الزرع. فإيقاف تطور المرض لدى شاب في مقتبل العمر يستحق النظر بالمقارنة مع شخص هرم في نفس الوضعية⁴²¹. و بدون التدخل في قضاء الله و قدره يمكن للشباب الذي توقف مرضه عن التطور من جراء عملية الزرع أن يستفيد من اكتشافات طبية مستقبلية تساعد على التخلص من المرض نهائيا. و على كل حال تبقى هذه المسائل من الأمور الطبية التي تختص بدراستها اللجان الطبية التي أوكل إليها المشرع صلاحية النظر فيها.

الشرط الثاني: ألا يهدد فعل الاستقطاع المتبرع في حياته أو سلامته البدنية:

و قد عبرت عن هذا الشرط المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث جاء فيها؛ " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر."

و المقصود بهذا الشرط ألا يؤدي فعل الضرورة المتمثل في نقل العضو من المتبرع إلى هلاكه أو إصابته بضرر أشد من الضرر الذي ينبغي إزالته لدى المريض. بمعنى أن تكون المصلحة من زرع العضو أعظم من المفسدة المترتبة على اقتطاعه من إنسان سليم.⁴²² و ينبغي أيضا أن يكون فعل الضرورة بالقدر اللازم لدفع الضرر الذي يشكو منه المريض، و هو ما يعني عدم جواز اقتطاع أكثر مما يحتاج إليه هذا الأخير.⁴²³

حيث أن الهدف العلاجي الذي يسعى إليه الطبيب من خلال عملية الزرع لدى المريض يحول دون الإقدام على تهديد حياة المتبرع أو تعريض سلامته الجسدية لخطر جسيم، لأن التزام الطبيب المهني يفرض حماية حياة و صحة جميع الأفراد بدون تفضيل لأحد على آخر بسبب تساوي الجميع في الحقوق و التي منها الحق في الحياة و الحق في السلامة الجسدية. و يتبع ذلك أيضا أنه لا يجوز للطبيب أن يباشر عملية الاستقطاع و لو برضا المتبرع إذا كان غير قادر على السيطرة على آثار هذا الاستقطاع. فإذا كان من شأن ذلك تهديد حياة المتبرع أو صحته، يجب على الطبيب الامتناع عن مباشرة عملية الاستقطاع. فلا يكفي التأكد فقط من أن

⁴²¹ فقد يؤدي تعطيل تطور المرض لدى الشاب إلى استقرار في حالته الصحية إلى حين ظهور دواء جديد لذلك المرض. من جهة أخرى يختلف أثر المرض على الشاب منه على الشيخ الهرم. و عليه، فقد يستفيد الشاب من حياة أطول بعد عملية الزرع مقارنة بالشيخ و هو ما يجعل المسألة قابلة للنقاش.

⁴²² د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 351.

⁴²³ د. عبد السلام السكري، المرجع السابق، ص. 184، د. نصر فريد واصل، جريدة الأهرام المصرية، بتاريخ 1997/01/14، العدد 40226، راجع أيضا، فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف، مشار إليها في د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 146، و الندوة الفقهية الطبية، مشار إليها، في د. إيهاب يسر أنور علي، مرجع سابق، ص. 551.

عملية الزرع هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، بل يجب التأكد أيضا من أن عملية الاستقطاع من المتبرع لا تهدد حياته.

من ثم يدخل ضمن الغاية العلاجية، المحافظة على صحة المتبرع سواء قبل عملية الاقتطاع أو بعدها.⁴²⁴ فيتعين على الطبيب القيام بفحص كامل لحالته الصحية لأجل التأكد من عدم تدهورها بعد عملية استقطاع العضو. فإذا توصل الطبيب من خلال هذا الفحص إلى أن عملية الاستقطاع سوف تؤدي إلى تعريض صحة المتبرع لخطر جسيم قياسا على ما سوف يجنيه المريض المستقبل من منفعة، فإن التزامه بالحفاظ على صحة الأفراد يفرض عليه الامتناع عن مباشرة العملية.

و من التشريعات التي أكدت صراحة على هذا الشرط القانون الفرنسي⁴²⁵ حيث ألزم اللجنة الطبية القائمة بعملية النقل و الزرع أن تقدر المبرر الطبي للعملية و الأخطار التي يمكن أن تترتب عنها، إضافة إلى الآثار المتوقعة على المستويين العضوي و النفسي بالنسبة للمتبرع. كما أشار المشرع الفرنسي إلى هذا الشرط في موضع آخر⁴²⁶ و بطريقة ضمنية عندما أوجب إعلام المتبرع بكل الأخطار المرتبطة بعملية الاستقطاع، و هو ما يفرض بالضرورة على اللجنة الطبية التأكد من نسبة تأثير هذه المخاطر على صحة المتبرع سواء من الناحية الجسدية أو النفسية.

و على غرار غيره من التشريعات⁴²⁷، لقد ساير التشريع الجزائري هذا التوجه، حيث نصت المادة 2/167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها؛ " تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية." كما نصت المادة 162فقرة 2 من نفس القانون؛ "و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع..." و هو ما يفيد وجوب تأكد اللجنة المختصة من ضرورة عملية الزرع من جهة و التأكد، من جهة أخرى، من أن المخاطر التي

⁴²⁴ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 186.

⁴²⁵ Art. 671-6 du code de la santé publique, (loi n° 654 du 29/07/1994), "Il (le comité) apprécie la justification médicale de l'opération, les risques que celle-ci est susceptible d'entraîner ainsi que ses conséquences prévisibles sur les plans physique et psychologique."

⁴²⁶ Art. 671-3 du dit code, " Cette information porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle familiale et professionnelle du donneur."

⁴²⁷ راجع في هذا الشأن موقف التشريعات العربية لدى د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 183 و ما بعدها.

يتعرض إليها المتبرع تبقى في حدود المعقول و لا تعرض حياته أو سلامته البدنية لأخطار جسيمة.

المطلب الرابع: أن يكون التبرع بدون مقابل:

و قد أكدت على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث جاء فيها؛ "و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية."

و إذا كان التشريع الجزائري قد حسم الموضوع بالنص صراحة على عدم جواز الاتجار بالأعضاء و الأنسجة البشرية، إلا أن هناك خلاف بين الفقهاء و الأطباء، بل حتى بين مختلف التشريعات، حول مدى شرعية هذا النوع من التجارة.

و تنور هذه المسألة على وجه الخصوص في حالات النقل بين الأحياء، إذ يمكن أن يكون الحافز المالي هو أساس موافقة المتبرع على الاقتطاع، الأمر الذي يؤثر على إرادته و بالتالي صحة موافقته. و على هذا الأساس اختلفت الآراء حول بيان مدى تأثير بيع الأعضاء على صحة صاحبه و مدى تعارضه مع المبادئ الأخرى و المصالح المرتبطة بهذا الموضوع إلى اتجاهين رئيسيين؛ اتجاه فقي يرى بجواز نقل الأعضاء بمقابل و اتجاه آخر يعترض على ذلك.

الفرع الأول: الاتجاه القائل بجواز الاتجار في الأعضاء:

يتجه بعض الفقه إلى تأييد مبدأ بيع الأعضاء البشرية على أساس أن التبرع بالأعضاء الغير متجددة يخلف بعض الأضرار المختلفة من حيث الجسامة. من ثم يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المقابل المادي هو بمثابة تعويض عما يتعرض إليه المتبرع من أضرار نتيجة لعملية الاستقطاع التي لا تحقق له أية فائدة مباشرة و إنما تحقق مصلحة اجتماعية تعلق بالمحافظة على صحة الأفراد.⁴²⁸

من جهة أخرى يرى أصحاب هذا الاتجاه أن إباحة بيع الأعضاء و الأنسجة البشرية قد تساهم في مواجهة الفقر في بعض المجتمعات. حيث يمكن لمن يعاني من انخفاض الدخل أن يلجأ إلى بيع أعضاء أو أنسجة من بدنه في حدود ما لا يعرض سلامته البدنية للأخطار الجسيمة أو ما يمنعه عن أداء وظائفه الاجتماعية. و هو ما يخفف، في نظر هؤلاء، من التزامات الدولة إزاء هذه

⁴²⁸د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص، 140.

الفئة، فضلا عن حماية أفرادها من التعرض للانحراف أو المشاكل الاجتماعية و الصحية المرتبطة بالفقر و انخفاض الدخل.⁴²⁹

فهناك عدة أنواع من العمل تعرض الإنسان للأمراض و المخاطر المختلفة مثل العمل في المناجم و المحاجر و غيرها، و مع ذلك تبقى أعمال مشروعة. بينما يتعرض المتبرع بالأعضاء المتجددة أو المزوجة لأخطار كثيرا ما تقل في جسامتها عن المخاطر التي يتعرض لها بعض الأفراد بسبب مزاولتهم لأعمال معينة.

و ردا على الذين قالوا بأن الاتجار بالأعضاء يحط من قيمة الإنسان و كرامته في المجتمع، يقول هؤلاء بأن شخصية الإنسان لا تتعلق ببذنه فحسب و إنما تمتد إلى قدراته الفكرية و الإرادية و هذه العناصر من شخصيته لا تتأثر في حالة اقتطاع الأعضاء من جسده، و لا تدخل في دائرة التعامل. إضافة إلى ذلك يمكن الحد من التجاوزات الممكنة من خلال وضع الضوابط و الضمانات للتأكد من تجنب الضرر قدر الإمكان. فهناك إجماع، كما هو معلوم، على جواز التبرع سوى بالأعضاء المتجددة أو المزوجة، و هناك ضمانات خاصة بتنفيذ العملية و رعاية صحة من ينقل إليه أو منه العضو. كما يضيف هؤلاء أن التصرف في أعضاء الجسم يختلف بطبيعته و من حيث آثاره عن التصرف في ممتلكات الفرد، من ثم ليس هناك وجه للقياس بين الحالتين لاختلاف المحل و الآثار القانونية بينهما.⁴³⁰

و يضيف البعض أن مبدأ الحصول على مقابل أو تعويض في حالة الإضرار بسلامة الجسم مقرر قانونا، و عليه فلا مانع من أن يمتد ذلك إلى حالات نقل و زرع الأعضاء.⁴³¹

و من الانتقادات التي وجهها أنصار هذا الاتجاه للتشريعات التي اشترطت القرابة بين الأشخاص لإجازة عمليات نقل الأعضاء، أنه قد لا تتوافر ضمانات نجاح العملية داخل نطاق الأسرة الواحدة لعدم توافر الشروط المتعلقة بفصيلة الدم أو بتوافق الأنسجة و غيرها من الشروط التقنية، و قد تتوافر هذه الشروط لدى شخص آخر أجنبي على تلك الأسرة مما يحد من نطاق الاستفادة من أعضائه.⁴³²

⁴²⁹ د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 494. و يرى البعض أن قلة مصادر الأعضاء البشرية أدى إلى ارتفاع في تكاليف عمليات الزرع و هو ما أدى إلى عدم المساواة بين المرضى، إذ يمكن فقط للأغنياء الاستفادة من تلك العمليات دون غيرهم ممن ليست لديهم الإمكانيات المالية. راجع بشأن هذا الاتجاه؛ Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1004.

⁴³⁰ Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1012.

⁴³¹ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 135.

⁴³² Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1017.

و يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن بيع الأعضاء لا يؤثر دائما على حرية الاختيار لدى الفرد، إذ يمكن وضع الضمانات لحرية الإرادة و حماية الشخص من أي مؤثرات خارجية، و التأكد من أن الموافقة على إجراء العملية قد صدرت بعد الفهم الدقيق و الاختيار السليم لما يراه متفقاً مع مصلحته. ذلك أن الدافع إلى التعاقد ببيع العضو لا يختلف عن الدافع إلى التعاقد لمزاولة أي عمل آخر يتسم بالخطورة، لأن الهدف في كلتا الحالتين هو توفير الدخل من مصادر مشروعة. و قد يبيع أحدهم عضوا لا يخلف له اقتطاعه أضرارا جسيمة، لغرض مساعدة أحد أفراد الأسرة يعاني مرضا أو عجزا يتطلب علاجه مصدرا ماليا لإنقاذ حياته أو صحته من الهلاك.⁴³³ من جهة أخرى ليس شرطا أن يكون المقابل نقديا، فقد يكون من طبيعة عينية كالرعاية الطبية المجانية لأفراد الأسرة أو التأمين على الحياة، أو إعطاء الأولوية لأفراد الأسرة في حالة احتياج أحدهم مستقبلا لعملية نقل عضو بشري.⁴³⁴

و من بين الدول التي تجيز بيع الأعضاء البشرية، القانون الكندي في مقاطعة Quebec حيث تجيز المادة 19 منه بيع الأعضاء و الأنسجة البشرية المتجددة مثل الدم و النخاع الشوكي و الجلد و الخلايا التناسلية و خلافة. و ذلك على أساس أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام و لا يخلف أي أضرار أو مضاعفات حالية أو مستقبلية للمستقطع منه. على أنه يشترط أن يكون رضاء صاحب الشأن كتابيا للتأكد من جدية إرادته.⁴³⁵

و يسود هذا الاتجاه أيضا في هولندا،⁴³⁶ و الجمهورية التشيكوسلوفاكية سابقا طبقا للقانون الصادر سنة 1966 المنظم لعمليات نقل الأعضاء. حيث يمنع القانون بيع الأعضاء من جثث الموتى في حين يجيز ذلك إذا كان النقل بين الأحياء. مع العلم أن البائع للعضو يتلقى المقابل من المصادر التي تحددها الدولة وفقا للنسب التي يحددها القانون في هذا الشأن.⁴³⁷

⁴³³ Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1005.

⁴³⁴ Voir, Thomson, Colin, J.H., "Australian national report" Revue Internationale de Droit Pénal 1989., p. 642.

⁴³⁵ Baudouin, J.L., op.cit. p. 756.

⁴³⁶ Jörg, N., "Netherlands national report", Revue International de Droit Pénal, 1988., p.1064.

و مع ذلك هناك مشروع قانون ينظم هبة الأعضاء البشرية في هولندا، راجع بهذا الشأن، د. إبراهيم علي حسن، "نحو قانون لزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة مصر المعاصرة، العدد 447، 1997، ص، 168.

⁴³⁷ Kuchta, J., "Czech-Slovakian national report", Revue International de Droit Pénal, 1988, p. 807.

في حين لجأت بعض الدول مثل المجر إلى التعويض عن عمليات الاستقطاع فقط في الحالات التي يتعرض فيها المتبرع إلى ضرر جسيم يهدد سلامته البدنية و يصبح عاجزا أو يتوفى من جراء العملية. مع العلم أن الدولة هي التي تتكفل بتعويض ذوي الحقوق في هذه الحالات.⁴³⁸

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بعدم جواز الاتجار في الأعضاء:

يتجه هذا الرأي، و هو الغالب، إلى أن الاتجار في الأعضاء البشرية يخالف القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع. إذ ليس من المعقول أن تعامل الأعضاء البشرية كسلعة تدخل في دائرة التعامل و تخضع للمعاملات المالية.⁴³⁹ فمن الناحية القانونية، و ردا على أصحاب الاتجاه الأول يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يكفي القول بأن القدرات الفكرية و الإرادية لدى الفرد تخرج عن دائرة التعامل. فالإنسان كل متكامل لا يقبل التجزأة سواء من حيث بدنه أو شخصيته. إذ قد يمتد أثر المشاكل البدنية إلى الجوانب النفسية و العقلية و العكس صحيح.⁴⁴⁰

أما من الوجهة الطبية المحضة فإن إباحة الاتجار بالأعضاء البشرية سيثجع ذوي الدخل المحدود إلى التصرف في أعضائهم في حين سيتراجع الآخرون من الفئات الميسورة الحال أو الذين يتمتعون بقدر من الثقافة و التوافق الاجتماعي عن المشاركة في أعمال التبرع بالأعضاء. و قد يكون الأفراد المنتمون للفئة الأولى، أي ذوي الدخل المحدود، يعانون من أمراض مختلفة بسبب ظروفهم الاجتماعية و الاقتصادية و الصحية مما قد ينعكس على حالاتهم الصحية العامة. و بالتالي فقد يؤدي زرع العضو المستأصل من أجسام هؤلاء الأفراد في هذه الظروف إلى نتائج سلبية بالنسبة للمريض المستقبل للعضو، و بالتالي حرمان المرضى من احتمال إنقاذ حياتهم أو شفائهم بسبب عدم مشاركة العديد من أفراد الفئات الميسورة الحال الذين تتوفر لديهم الشروط الصحية اللازمة لمثل هذه العمليات.⁴⁴¹

كما أن التبرع بالأعضاء أو الأنسجة يحقق مزايا طبية على قدر كبير من الأهمية، إذ يسهل الفحص اللازم للتأكد من مدى ملائمة العضو أو النسيج. فلا يوجد هناك أي أعراض مالية للتأثير

⁴³⁸ Horváth, T., "Hungarian national report", Revue International de Droit Pénal, 1988, p. 975.

⁴³⁹ د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 496.

⁴⁴⁰ نفس المرجع في نفس المكان.

⁴⁴¹ Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1004.

على إرادة المتبرع أو تدفعه إلى إخفاء المشاكل الصحية التي يعاني منها مما تكون له أهمية في مجال التأكد من مدى ملائمة العضو المقترح نقله.⁴⁴²

أما من الناحية الاقتصادية، فإن الأخذ بمبدأ الاتجار بالأعضاء البشرية يفتح المجال لاستغلال الغني للفقير. كما يمتد إلى خارج المجتمع الواحد، فيلجأ المواطنون في المجتمعات المتخلفة، حيث تزداد المشاكل الاجتماعية والاقتصادية كثرة و جسامه، إلى الدول الأكثر تقدماً للحصول على المكاسب المالية عن طريق الاتجار في أعضائهم و أنسجتهم البشرية.⁴⁴³

و قد يؤدي انتقال الأفراد من الدول التي يرتفع فيها متوسط الدخل الفردي و التي ليس فيها مراكز متخصصة في نقل الأعضاء إلى منافسة المرضى المحليين في الدول المتقدمة في الاستفادة من الأعضاء و الأنسجة البشرية، و ذلك من خلال عرض مبالغ محفزة قد تحرم المواطنين من الحق في العلاج، خاصة أن هناك نقص كبير في المتاح من الأعضاء البشرية المختلفة مقارنة بالطلب المتزايد على الأعضاء لمواجهة احتياجات المرضى الذين تستوجب حالاتهم عمليات زرع أعضاء أو أنسجة لديهم.

فغني عن القول أن مثل هذه المعاملات تتعارض مع حق الفرد في المساواة في مجال الاستفادة من الرعاية الصحية. إذ أن الأساليب الطبية و من بينها زرع الأعضاء التي تهدف أساساً إلى إنقاذ حياة فرد في العديد من الحالات لا يجب أن تحدد بناء على قدرة المريض على الدفع.⁴⁴⁴

كما أن الاتجار بالأعضاء البشرية يؤدي إلى تدخل أطراف غير متخصصة في هذا المجال كالوسطاء و غيرهم ممن يبحثون عن الربح السهل و هو ما يفسح المجال لاستعمال الأساليب الغير مشروعة في سبيل الترويج لبيع الأعضاء. و مثال ذلك أن يلجأ أحدهم إلى إخفاء الأمراض و الاضطرابات الصحية الذي يكون المتبرع قد تعرض لها، أو يشككون في المعلومات الصادرة عن الطبيب حول المضاعفات و المخاطر المتوقعة لغرض إقناع المتبرع بقبول العملية.⁴⁴⁵ و من شأن مثل هذه التصرفات الاحتمالية أن تثير الكثير من المنازعات بين الأطراف المعنية. و

⁴⁴² Memeteau, "Rapport national.", Revue International de Droit Pénal, 1988. p. 896.

⁴⁴³ د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 497. قد أشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى قضية الأتراك الذين انتقلوا إلى إنجلترا من أجل بيع أعضائهم للمرضى الأغنياء، راجع نقل الأعضاء في التشريع الإنجليزي في المبحث الثالث أعلاه، ص. 286.

⁴⁴⁴ Meyers, D.W., "The human body and the law", Edin. University Press, 2nd ed 1990., p. 207.

⁴⁴⁵ Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1004.

عليه يؤكد البعض أن العلاقة بين المتبرع و المريض يجب أن تقوم على أساس التعاون و التكافل الاجتماعي و هو ما يستوجب أن يكون التنازل عن العضو المراد زرعه بلا مقابل تأكيدا لمشاعر الأخوة التي يجب أن تسود علاقات الأفراد فيما بينهم داخل المجتمع.⁴⁴⁶

و في هذا الإطار تم تنظيم عدة مؤتمرات دولية تتعلق بموضوع الاتجار بالأعضاء من أجل محاربة هذا النوع من التجارة. ففي هذا الصدد صرحت لجنة تعليمات جمعية نقل الأعضاء⁴⁴⁷ أن بيع أعضاء المتبرع الحي أو الميت غير مقبول مهما كانت الظروف. كما تبنى المجلس الأوروبي هذا المبدأ بالقرار رقم 29-1978 بتاريخ 11 مايو 1978 و المتعلق بتنسيق تشريعات الدول الأعضاء فيما يتعلق باقتطاع و زرع مواد حيوية ذات أصل إنساني.⁴⁴⁸ حيث نصت المادة التاسعة منه بوضوح على مجانية التبرع بالأعضاء إذ جاء فيها؛ " يجب أن يكون التنازل عن كل ما يتعلق بجوهر الإنسان مجانياً".

ثم نظم المجلس الأوروبي في 16 و 17 من شهر نوفمبر 1988 مؤتمرا لوزراء الصحة الأوروبيين بخصوص نقل الأعضاء و ذكر مجددا بوجوب أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية بدون مقابل.⁴⁴⁹ من جهة أخرى تبنت الجمعية الطبية العالمية سنة 1985 تصريحا⁴⁵⁰ حول الاتجار بالأعضاء أدانت به شراء و بيع الأعضاء القابلة للزرع، خاصة الكلى. حيث أشار التصريح إلى العديد من الحالات التي تم فيها نقل هذه الأعضاء من الدول النامية إلى أوربا و الولايات المتحدة. ثم تبنت هذه الجمعية تصريحا آخر حول نفس الموضوع⁴⁵¹ في مدريد في شهر أكتوبر سنة 1987، منعت فيه ضمن فقرتها الثامنة شراء و بيع الأعضاء البشرية لغرض الزرع.

كما تبنت الجمعية الطبية العالمية للصحة في اجتماعها الثاني و الأربعين المنعقد بتاريخ 15 مايو 1989 القرار رقم 42-5 WHA و الذي منعت بموجبه كل بيع أو شراء للأعضاء البشرية. حيث تضمن النص الرئيسي؛ "منع استغلال البؤس و الشقاء الإنساني خاصة لدى الأطفال و الأقليات الأخرى الضعيفة و تشجيع تطبيق المبادئ الأخلاقية التي تستنكر شراء و بيع الأعضاء

⁴⁴⁶ Junior, op.cit, p. 743.

⁴⁴⁷ تقرير عن النشاطات التي تمت تحت رعاية منظمة الصحة العالمية (O.M.C) راجع؛

Recueil International de Législation Sanitaire., 1991, vol. 42, p. 420-445, Rapport p. 428.

⁴⁴⁸ Résolution n° 78-29 du 11 Mai 1978 ; résolution du comité des ministres du conseil d'Europe sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine. p. 1 et s.

⁴⁴⁹ Conseil de l'Europe ; 3^{ème} conférence des ministres européens de la santé. Paris 16 et 17 Nov. 1987, Recueil International de Législation Sanitaire, 1988. vol. 39 p. 294 et s.

⁴⁵⁰ معلومات عامة حول الجوانب التشريعية و السياسية لنقل الأعضاء، منظمة الصحة العالمية، أشار إليه د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 109.

⁴⁵¹ Prélèvements d'organes, Bulletin de l'ordre des médecins, Avril 1988, n° 4, p. 2-4.

البشرية من أجل الزرع".⁴⁵² و هو نفس المبدأ الذي اعتمده الجمعية العالمية للصحة في اجتماعها رقم 42 سنة 1991،⁴⁵³ و المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي أوصى بتدخل المشرع في مختلف الدول لأجل تجريم كافة صور الاتجار بالأعضاء و الأنسجة البشرية مع وجوب اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة على المستوى المحلي أو الدولي لمنع نقل الأعضاء أو الأنسجة التي تم استئصالها من فئات محدودة الدخل.⁴⁵⁴

و تطبيقا لهذا المبدأ تتجه أغلبية التشريعات في العالم إلى منع الاتجار بالأعضاء البشرية⁴⁵⁵، غير أن ذلك لا يمنع، كما تمت الإشارة إليه آنفا، من تعويض المتبرع عما يكون قد تحمله من مصاريف بسبب تنفيذ عملية الاستقطاع⁴⁵⁶، أو التعويض عن تعطله عن عمله، و قد أشارت إلى ذلك الكثير من التشريعات.⁴⁵⁷

المطلب الخامس: الشروط الطبية لعمليات نقل الأعضاء:

إلى جانب الشروط القانونية السالفة الذكر، يجب توافر شروط أخرى ذات طبيعة طبية تدور أساسا حول الحالة الصحية للمتبرع و المستقبل للعضو و كذا وجوب توافق الأنسجة لديهما لتجنب ظاهرة رفض العضو.

من البديهي أن تتعلق هذه الشروط بأمور طبية بحتة بعيدة عن مجال تكوين رجل القانون. غير أن تطرق هذا الأخير للجانب العلمي لعمليات نقل الأعضاء لا يعني أنه يتناولها من جوانبها الطبية البحتة، و إنما دراسة فقط الجوانب التي لها علاقة بالناحية القانونية. فقد بينا آنفا أن إجازة استقطاع العضو من الإنسان الحي لا تكون إلا لضرورة، و أنه يجب أن تحقق عملية النقل و الزرع منفعة مباشرة للمستقبل و ألا تخلف في نفس الوقت ضررا جسيما للمتبرع. من ثم

⁴⁵² Rapport de l'Organisation Mondiale de Santé, Recueil Int. Légis. San. 1991, vol. 42, p.420-445.

⁴⁵³ Byk, C., "Bioéthique ; loi jurisprudence et avis des instances d'éthique", J.C.P., 1992, Doct. 1, n° 3597, p. 305-308.

⁴⁵⁴ Revue Internationale de Droit Pénal, 1990, p. 90.

⁴⁵⁵ Ex le droit français, voir l'Art. L 666-13 de la loi 94-654 du 29/07/94.

راجع أيضا ضمن التشريعات العربية، القانون العربي الموحد لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية حيث جاء في مادته السابعة ما يلي؛ " يحضر بيع و شراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي منها. و يحضر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك".

⁴⁵⁶ حيث أكدت توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي الذي نظمها مركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين التي عقدت في 23 و 24 من شهر نوفمبر 1993، بجامعة القاهرة، على وجوب حصول المتبرع على التعويضات المناسبة من جراء عملية الاقتطاع يلتزم بدفعها المستقبل للعضو، في حين يجب أن تتكفل الدولة بالنفقات اللازمة لعلاج المتبرع من جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل. أشار إليها د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 504.

⁴⁵⁷ Notamment en droit français, voir, Arrêté du 18/08/1994 fixant les modalités de prise en charge des transplantations d'organes, (J.O du 27/08/1994), pour la mise en application de l'art. 714-3-21 du code de la santé publique, et en droit anglais, voir l'art. 1 du "Human Organ Transplants 1989", Clare, op.cit. p. 125.

فالشروط الطبية محل البحث تدور أساسا حول التأكد من مدى إمكانية تحقيق هذا الهدف من خلال الفحص الدقيق للحالة الصحية لكل من المتبرع و المستقبل للعضو من جهة و مدى توافر شروط طبية أخرى لنجاح العملية، كالسن و توافق الأنسجة و غيرها.

الفرع الأول: الحالة الصحية للأطراف المعنية بعملية نقل و زرع العضو:

لقد أثبتت الإحصاءات في مجال نقل الأعضاء أن نسبة نجاح هذه العمليات تزداد و تنقص بالنظر إلى سن الأطراف المعنية بالعملية. و على هذا الأساس يشترط الأطباء المتخصصون ألا يتجاوز سنهما الخمسين سنة و إلا يقل عن العشر سنوات.⁴⁵⁸ غير أن ذلك لا يجب أن يكون حاجزا دون إمكانية مباشرة هذه العمليات لدى المرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن هذا الحد،⁴⁵⁹ و إنما كل ما في الأمر أن نسب النجاح تزداد أو تنقص بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف المعنية.

و يشترط في نقل بعض الأعضاء، أن يكون المتنازل خاليا من الالتهابات البكتيرية و الفيروسية و الفطرية.⁴⁶⁰ و في مجال نقل الكلى، يجب تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية لدى المتنازل قبل مباشرة عملية الاستقطاع لديه.⁴⁶¹

من جهة أخرى، يجب استبعاد من عملية نقل الأعضاء الأشخاص الذين يعانون من بعض الأمراض الخاصة بالجهاز الهضمي، بسبب المضاعفات التي يمكن أن تحدث لهم من جراء تناول الأدوية المثبطة لجهاز المناعة. كما و يشترط في المتلقي استقرار حالته النفسية عند عملية الزرع.⁴⁶² و قد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط بصفة عامة في الفقرة الثانية من المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث جاء فيها؛ " كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل".

⁴⁵⁸ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 1387.

⁴⁵⁹ حيث نجح الأطباء الأمريكيون حديثا في زرع ثماني أعضاء لطفلة إيطالية تبلغ من العمر 6 أشهر، حيث شملت العملية زرع كبد، معدة، بنكرياس، أمعاء دقيقة و غليظة، طحال و كليتين. انظر، جريدة الخبر اليومية، ليوم الاثنين 22 مارس 2004، ص. 12. و في حالة أخرى تبرع الأب ب 25 % من كبده لطفله البالغ من العمر 10 أشهر، انظر جريدة الخبر اليومية ليوم 20 مارس 2004، ص. 12.

⁴⁶⁰ حيث يتعين على الطبيب إجراء تحاليل طبية حيوية مختلفة للوقاية من العدوى بفيروس 1 و فيروس 2 من نقص المناعة البشرية، و من العدوى بفيروس 2 و 1 HTLV، (فيروس السيدا)، و قد أشارت إلى هذه التحاليل المادة 665-15 من قانون الصحة العامة الفرنسي، سابق الإشارة إليه.

⁴⁶¹ نفس المرجع و نفس المكان.

⁴⁶² Rayer et Bittard, "Transplantation d'organes ; rapport médicales", Revue du Droit de l'Homme", sans date, p. 413 et s.

و على هذا الأساس يلتزم الطبيب قبل مباشرة عملية نقل العضو بإجراء كافة الفحوص الطبية بمدة زمنية كافية للتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله، و كذا خلو المتبرع من كافة الأمراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة المستقبل بعض النقل. من ثم لا يجوز نقل الدم من مصاب بالسيدا مثلا أو من الشخص الذي لا يتحمل جسمه الاستغناء عن الكمية من الدم المراد أخذها منه و هي أمور طبية يمكن التأكد مكنها بالرجوع إلى أهل الاختصاص.⁴⁶³

الفرع الثاني: توافق أنسجة المتبرع و المستقبل للعضو:

من بين الشروط الطبية التي يجب التحقق منها قبل مباشرة عملية نقل العضو التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو و المستقبل له.⁴⁶⁴ ذلك أنه من أهم المخاطر التي ترهن نجاح عملية النقل هي "ظاهرة لفظ الجسام الغريبة le phénomène de rejet".⁴⁶⁵ فمن العبث اقتطاع عضو سليم من إنسان حي، إذا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة بسبب لفظ العضو من قبل جسم المريض المستقبل، و هو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي أبحاث لأجلها هذه العمليات.

غير أنه ابتداء من سنة 1981، عرفت عمليات نقل الأعضاء نجاحا باهرا، خاصة منها نقل الكلى، على إثر اكتشاف عقاقير جديدة تساعد الجسم على التفاعل مع الأنسجة و الخلايا الغريبة التي تم زرعها، فتؤثر على جهاز المناعة مما يساعد الجسم على تقبل العضو الجديد.⁴⁶⁶ و لقد أدى ظهور هذه العقاقير، خاصة منها عقار "Ciclosporine"، إلى توسيع مجال هذه العمليات لكي يشمل زراعة القلب و الكبد و غيرهما من الأعضاء و ارتبط نجاحها إلى حد كبير بتطور أساليب تثبيط المناعة.⁴⁶⁷ إلا أنه رغم هذا التطور لا يزال الكثير من الأطباء⁴⁶⁸ و بعض التشريعات⁴⁶⁹ يشترطون ضرورة التوافق النسيجي كشرط طبي أساسي لمباشرة عملية نقل العضو.

⁴⁶³ لمزيد من المعلومات راجع، شعلان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 348.

⁴⁶⁴ د. شعلان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 348.

⁴⁶⁵ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 141.

⁴⁶⁶ Machino, S., "Japan national report", Revue Internationale de Droit Pénal, 1988, p. 1046.

⁴⁶⁷ لمزيد من المعلومات حول هذه المسألة راجع د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 456، و د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 141 و ما بعدها.

⁴⁶⁸ الفرنسيون مثلا، راجع د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 119 و ما بعدها.

⁴⁶⁹ كالتقانون الإيطالي الصادر بتاريخ 76/06/26، راجع ؛ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 143.

أما بخصوص القانون الجزائري، فقد ترك الشروط الطبية للسلطة التقديرية للهيئات الطبية المختصة، و منها اللجنة الطبية المختصة بتنفيذ عملية استقطاع العضو و زرعه المشار إليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

و إذا كانت هذه اللجنة غير ملزمة بتحقيق النجاح للعملية إلا أنها مطالبة باحترام الأصول العلمية و الطبية الثابتة في هذا المجال، والتي منها وجوب التأكد من ضرورة الزرع و مدى صلاحها للمريض و هي أمور مرتبطة أساسا بقضية التوافق النسيجي بين طرفي النقل و عدم لفظ العضو المزروع. يضاف إلى ذلك أن الطبيب ملزم، ضمن التزامه المهني، بمواكبة التطور العلمي و العمل على إفادة مرضاه بكل ما يتوصل إليه العلم الحديث و التكنولوجيا الحديثة في مجال تخصصه، و هي أمور نسبية تختلف من دولة لأخرى.⁴⁷⁰ غير أن ذلك لا يمنع من الالتزام بالحد الأدنى من الأصول العلمية الثابتة بغض النظر عن المكان الذي يمارس فيه الطبيب نشاطه.

المطلب السادس: الشروط الإدارية لنقل الأعضاء:

لقد خصت التشريعات المختلفة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بتنظيم خاص، من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات، و من خلال الضوابط الخاصة بالأطباء المأذون لهم تنفيذ هذه العمليات، و ذلك لضمان احترام القوانين المتعلقة بحماية المتبرعين، و منع التصرفات الغير شرعية مثل الاتجار في الأعضاء البشرية و غيرها.⁴⁷¹

الفرع الأول: المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء:

تنص المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه؛
"لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة."

و بناء على هذا النص لا يجوز، في القانون الجزائري، مباشرة عمليات نقل الأعضاء إلا في المؤسسات الصحية التي لها ترخيص بذلك من وزير الصحة. و تطبيقا لهذه المادة، صدر عن وزير الصحة بتاريخ 23 مارس 1991 قرارا وزاريا تضمن أسماء المؤسسات الصحية

⁴⁷⁰ حيث تختلف الإمكانيات البشرية و المادية بين مستشفيات دول العالم الثالث مع نظيراتها في العالم الغربي، غير أن ذلك لم يمنع من نجاح الكثير من عمليات النقل التي تم تنفيذها في الدول الأولى و منها الجزائر.

⁴⁷¹ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 144. راجع أيضا، د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 101 و ما بعدها، د. شعلان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 348.

الجزائرية المرخص لها بالنشاط في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.⁴⁷² إلا أنه بتاريخ 02 أكتوبر 2002 صدر عن وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرارا جديدا⁴⁷³ ألغى بموجبه القرار الأول و تضمن في مادته الثانية قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء على النحو التالي؛

1- عمليات زرع القرنية:

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا. (الجزائر العاصمة).
- المؤسسة الإستشفائية المختصة في طب العيون. (وهران).
- المركز الإستشفائي الجامعي ببني مسوس. (الجزائر العاصمة).
- المركز الإستشفائي الجامعي بباب الوادي. (الجزائر العاصمة).
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.

2- عمليات زرع الكلى:

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا. (الجزائر العاصمة).
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقسي. (قسنطينة)

3- عمليات زرع الكبد:

- مركز بيار ماري كوري.

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه السائد لدى أغلبية الدول⁴⁷⁴ من خلال تحديد المؤسسات التي يمكنها مباشرة هذا النوع من التدخلات الطبية و التي تكون عادة خاضعة لرقابة الدولة.⁴⁷⁵ و جدير بالملاحظة في هذا الصدد أن القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء⁴⁷⁶ قد أكد على هذا الشرط حيث جاء في مادته الثامنة ما يلي؛ يتم إجراء عمليات استئصال و زراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض وفق الإجراءات و الشروط التي يصدرها قرار من وزير الصحة."

⁴⁷² قرار رقم 19 بتاريخ 91/03/23 أشار إليه، د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 145.

⁴⁷³ أشار إليه، د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 145.

⁴⁷⁴ Ex. en droit français, voir l'art. L 671-12 du code de la santé publique, loi n° 94-654 du 29/07/1994.

⁴⁷⁵ د. شعلان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 348.

⁴⁷⁶ راجع الملحق رقم 8، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 240.

الفرع الثاني: الضوابط الخاصة بالأطباء المأذون لهم تنفيذ عمليات نقل الأعضاء:

تشتراط الكثير من القوانين، إضافة إلى وجوب تمتع الطبيب الجراح بخبرة و مهارة عالية في مجال عمليات نقل الأعضاء⁴⁷⁷، ألا يكون الفريق الطبي الذي قام باستئطاع العضو هو نفسه الفريق الذي يتولى عملية الزرع و ذلك لغرض منع تفضيل الأطباء المتدخلون مصلحة المريض على مصلحة المتبرع، كأن يتم استئطاع العضو دون مبرر طبي مشروع أو على الرغم من تضرر المتبرع من جراء ذلك.⁴⁷⁸

و تظهر أهمية هذا الشرط بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى حيث أوجبت التشريعات أن يكون الفريق الذي عاين الوفاة مختلف عن الفريق الذي يتولى عملية استئطاع العضو و زرعه. ففي هذا الإطار نصت المادة L.671-12 من قانون الصحة العامة الفرنسي؛ "يجب أن ينتمي الأطباء الذين أثبتوا الوفاة من ناحية، و أولئك الذين سيقومون بالاقتطاع أو الزرع من ناحية أخرى، إلى وحدات وظيفية مختلفة."⁴⁷⁹ و تقابلها المادة 165 فقرة 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها؛ "لا يمكن للطبيب الذي عاين و أثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع."

من جهة أخرى، تلزم المادة الثالثة من قرار وزير الصحة و السكان الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2002 المؤسسات الصحية المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء بإنشاء اللجان الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المكلفة بإثبات حالة الوفاة و الترخيص بالاستئطاع أو الزرع. كما تلزمها بفتح سجل خاص لتدوين النتائج التي تتوصل إليها هذه اللجان بشأن الصلاحيات التي حولها إياها القانون.

و غني عن البيان أن مثل هذه الضوابط الإدارية تهدف إلى تمكين السلطات العمومية من مراقبة هذه المؤسسات الصحية بشأن عمليات زرع الأعضاء، و لغرض منع كل أشكال الاستغلال الغير شرعي للأطراف المعنية بهذا النوع من الأعمال الطبية.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ راجع ص. 304 من الرسالة.

⁴⁷⁸ د. شعلان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 348.

⁴⁷⁹ Art. L. 671-10 du code de la santé publique, loi n° 654 du 29/07/94, précité.

⁴⁸⁰ في هذا الإطار أوجب القانون الفرنسي على الفريق الطبي تحرير محضر عن العملية و تدوين ملاحظاتهم بشأن الأعضاء المقطعة. راجع المادة 22 من مرسوم 1978/03/31 الخاص بتطبيق قانون 1976 المتعلق بزرع الأعضاء.

المطلب السابع: التحقق من الوفاة قبل الإقتطاع من جثث الموتى:

توصلنا في مبحث سابق⁴⁸¹ إلى أن للجثث البشرية حرمة أكدت عليها مختلف الشرائع الدينية و ذلك من خلال طقوس الدفن المتبعة لدى مختلف الأمم و النصوص العقابية التي سخرتها التشريعات المختلفة لحماية المقابر من الأعمال الماسة بحرمة هذه الأماكن. و قد توصلنا أيضا إلى أن هذه الحرمة غير مطلقة، و هو ما يجيز المساس بالجثة إذا تعلق الأمر بتحقيق أغراض علمية، كالتشريح الطبي، أو علاجية كزرع الأعضاء. و قد أقرت معظم الديانات بشرعية هذا المساس، و أيدها في ذلك الفقه الإسلامي و الغربي على السواء.

من جهة أخرى تضمنت معظم التشريعات في العالم إجازة نقل الأعضاء من جثث الموتى لما يترتب عن ذلك من مصلحة إنسانية تفوق بكثير الضرر الناجم عن المساس بهذه الجثث. غير أنه لتحقيق التوازن بين الحرمة الواجبة للجثث و مصلحة الإنسانية في الاستفادة منها حدد الفقه الإسلامي الضوابط التي يمكن في حال مراعاتها أن تحقق هذا الغرض. و قد ترجمت هذه الضوابط في الشروط القانونية التي أوجبت مختلف القوانين توافرها لمباشرة الإقتطاع من جثث الموتى و هي؛ التحقق من الوفاة، الإذن بالإقتطاع، بالإضافة إلى الشروط العامة الواجبة في مثل هذه العمليات⁴⁸² إلا أنه سنركز في هذا المطلب على شرط التحقق من الوفاة باعتبار أنه يثير الكثير من التساؤلات في هذا المجال. أما شرط الإذن بالإقتطاع، فلاعتبرات منهجية، سنعالجه ضمن الموافقة على عمليات نقل و زرع الأعضاء في الفصل الموالي من هذا الباب.

يعد تحديد لحظة الوفاة كأصل عام من المسائل الهامة، ذلك أنه يوضح الحدود الفاصلة بين الحياة و الموت، و ما إذا كان التعامل يتعلق بجسم إنسان حي أو جثة ميت. و الموت ليست ظاهرة بيولوجية فحسب و إنما واقعة قانونية يترتب عليها مجموعة من الآثار بالنسبة للمتوفى أو الغير⁴⁸³ و قد ازدادت أهمية تحديد لحظة الوفاة بعد تمكن الطب الحديث من نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء، خاصة تلك التي لا يمكن الحصول عليها قبل وفاة الشخص مثل القلب أو الكبد. إذ لا يمكن كما هو معلوم أن يباشر الطبيب عملية اقتطاع القلب إلا بعد ثبوت الوفاة. من

⁴⁸¹ راجع المبحث الأول أعلاه ص. 234.

⁴⁸² يتعلق الأمر بالشروط الطبية و الإدارية التي تمت الإشارة إليها أعلاه.

⁴⁸³ ففي مجال القانون الجنائي يشترط لتوافر أركان جريمة القتل أن يكون محلها إنسانا على قيد الحياة، و من ثم فإن تحديد لحظة الوفاة هو الفاصل في تحديد أركان الجريمة من عدمه. و نفس الأمر بالنسبة للميراث، حيث لا ميراث إلا بثبوت وفاة المورث و بقاء الوارث على قيد الحياة، راجع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 379. راجع أيضا د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 561. د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 310.

ثم إذا انتزع هذا الأخير هذا العضو من شخص لم تثبت بعد وفاته و نتج عن ذلك إنهاء حياته، فإنه يكون قد ارتكب جريمة القتل العمد إذا كان يعلم بذلك.⁴⁸⁴

غير أنه على إثر ظهور أجهزة الإنعاش الصناعي، أضحى من الممكن الحافظة على أعضاء الجسم و الاستفادة منها حتى بعد موت صاحبها. بل إن نجاح عملية الاقتطاع و الزرع مرتبطة إلى حد كبير ببقاء العضو حيا بوسائل اصطناعية بعد وفاة صاحبها، و هو ما استدعى التفكير في معيار جديد لإثبات الوفاة. و لتوضيح هذه الأمور سنتناول في الفروع الموالية تعريف الموت، معايير إثبات الوفاة ثم دور و حدود الإنعاش الصناعي في هذا المجال.

الفرع الأول: تعريف الموت:

تجدد الإشارة بداية إلى أن هناك جدل فقهي حول ضرورة تعريف الموت من عدمه.⁴⁸⁵ حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الموت مسألة قانونية توجب تدخل المشرع بنص صريح حول تعريفها و كذا تحديد معايير إثباتها. و حجة هذا الفريق في إلحاحه على وضع تعريف قانوني للموت هي كبح اندفاع الكثير من الأطباء نحو تحقيق الانتصارات العلمية على حساب أرواح الناس، حيث ثبت فعلا استئصال أحد الأطباء قلب إنسان لم تنتهي حياته بعد.⁴⁸⁶ فأمثال هؤلاء الأطباء يحتاجون إلى قانون ليحد من هوسهم و اندفاعهم نحو تحقيق الشهرة بطرق غير شرعية. من جهة أخرى يرى أصحاب هذا الاتجاه أن اختلاف الطبيب القائم بالاقتطاع عن الطبيب القائم بالزرع لا يكفي لطمأنة الرأي العام و الأطباء على السواء. إذ أن وضع تعريف قانوني للموت و تحديد معايير يجعل الطبيب هو الآخر في مأمن من المتابعات القضائية المحتملة. من ثم فمن حق الطبيب أيضا أن يعرف نطاق إباحة الفعل بالنسبة له و هي مسألة قانونية محضة.⁴⁸⁷

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن الموت مسألة طبية و فنية و يجب أن تبقى من اختصاص أهل الطب. و يستدل أنصار هذا الاتجاه بأن توقف القلب عن النبض كان قديما هو

⁴⁸⁴ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 379.

⁴⁸⁵ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 382.

⁴⁸⁶ أثيرت هذه المشكلة فعلا في جنوب إفريقيا عندما قام أحدهم بانتزاع قلب من إنسان و قام بزرعه لإنسان آخر. أشار إليها د. شعلان

سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 381.

⁴⁸⁷ Doll, P.J., "Le droit de disposer de son cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques", Revue de science criminelle, n° 1, 1971. p. 76.

راجع في الفقه العربي، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 182، و د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 598.

الحد الفاصل بين الحياة و الممات. ثم اتجه الطب الحديث إلى معيار وفاة المخ، و ربما يكشف العلم مستقبلا أساليب جديدة لتنشيط المخ مثلما وقع للقلب، و يتغير حينئذ مفهوم الموت من جديد.⁴⁸⁸

من ثم فإن وضع أي تعريف قانوني للموت سوف يكون محلا لتعديلات متلاحقة. و إذا كان ذلك يتفق مع سنة التطور العلمي، إلا أنه يحول دون تحقيق الاستقرار النسبي الذي يجب أن يميز القاعدة القانونية.⁴⁸⁹ لذلك لا يمكن في نظر هؤلاء استخلاص أي معيار حقيقي للوفاة سواء من الناحية الدينية أو الأخلاقية و إنما يجب أن يقتصر عمل المشرع على صياغة بعض القواعد السلوكية لتسهيل مهام الأطباء عند إثبات الوفاة.⁴⁹⁰

من جهة أخرى يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحياة و الموت هما من الظواهر البيولوجية و يجب أن يترك أمر تعريفهما إلى رجال الطب. و ينتهي هؤلاء إلى أن تدخل المشرع في المسألة يجب أن يقتصر على إصدار لوائح من الجهات الطبية المختصة تتضمن المعايير المتفق عليها من قبل أهل الطب للتأكد من الوفاة حتى يتسنى لجميع الأطباء الاسترشاد بها بشأن إثبات الوفاة. و لقد أوصى مؤتمر "بيروجيا" (إيطاليا) المنعقد عام 1968 بأن يبقى تحديد الوفاة و معاييرها من اختصاص أهل الطب وفقا لما يفرضه عليهم شرف المهنة. كما أوصى المؤتمر أيضا بوجوب مواكبة التطور العلمي الذي يحدث في عالم الطب في جميع ميادين.⁴⁹¹ و في هذا الصدد يرى الباحث أنه لما كانت الوفاة ظاهرة بيولوجية و قانونية في نفس الوقت، يتعين على المشرع ترك الجانب الطبي لأهل الطب و استشارتهم فقط بشأن المعايير الطبية التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة في زمان و مكان معينين. و على هذا الأساس يمكن لرجل القانون أن يترجم تلك المعلومات (في شكل معايير) في لوائح تنظيمية يلتزم بها الكل من أجل تحقيق الحماية القانونية اللازمة للجميع. و من شأن ذلك طمأنة الرأي العام بشأن عدم تسرع الأطباء في إعلان وفاة الشخص إذا كان يرجى اقتطاع عضو من جثته، لأن هذه اللوائح سوف تمنع الطبيب من الإقدام على اقتطاع العضو من الشخص إلا بعد التأكد من وفاته وفقا للمعايير المحددة قانونا. كما أن التشاور بين أهل الطب و رجال القانون بهذه الكيفية يجعل الأطباء في مأمن من المتابعات القضائية مقارنة بالحالات التي يتصرف فيها هؤلاء وفقا لسلطتهم التقديرية، المحركة أساسا بانسياقهم نحو تحقيق النجاح العلمي الذي يبقى شرعا في نظر الكثير منهم.

⁴⁸⁸ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 324. راجع أيضا د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 382، و د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 599.

⁴⁸⁹ نفس المرجع و في نفس المكان.

⁴⁹⁰ Savatier, J., " La greffe, la loi et la déontologie", op.cit. p. 116.

⁴⁹¹ Cité par Doll, op.cit., p. 76 .

كما أن وضع مثل هذه اللوائح لا يتنافى مع مبدأ الاستقرار النسبي الذي يجب أن يميز القاعدة القانونية، لأن اللوائح التنظيمية متغيرة بطبيعتها. و على كل حال فإن الموضوع محل التنظيم يتسم بقدر من الاستقرار و يصلح لأن يخضع للتنظيم عن طريق اللوائح.

من جهة أخرى إن تعريف الموت مفيد فقط من حيث توضيح المقصود به. و على هذا الأساس عرفه بعض الفقه بأنه " انتهاء الحياة و انقطاع تعلق الروح بالجسد".⁴⁹² و يمكن أن يعرف أيضا بأنه " انفصال الروح عن الجسد".⁴⁹³

و يؤيد الباحث مثل هذه التعاريف الفقهية العامة⁴⁹⁴ لأنها لا تأخذ بعين الاعتبار النظرة الطبية أو القانونية للمسألة و هو ما يجعلها صالحة لكل الأوقات. فالموت حق على البشر و مهما تطورت العلوم الطبية لا يمكنها إرجاع الروح إلى صاحبها بعد خروجها.⁴⁹⁵ بمعنى آخر، قد يتغير مفهوم الوفاة وفقا للاكتشافات العلمية المستقبلية و لكن تبقى ظاهرة الوفاة مرتبطة أساسا بانفصال الروح عن المادة، مثلما هي الحياة ناتج الجمع بين الروح و المادة.

و لقد تعرض الفقه الإسلامي أيضا إلى تعريف الموت بالنظر إلى علاماته و هو دليل آخر على صعوبة المهمة خاصة أن فكرة الموت في الفقه الإسلامي لها معان مختلفة.⁴⁹⁶ و على هذا الأساس لم يهتم سوى القليل من التشريعات بتعريف الموت،⁴⁹⁷ في حين تولى معظمها النص على الإجراءات التي يجب مراعاتها للتحقق من وقوعه.⁴⁹⁸

الفرع الثاني: معايير إثبات الوفاة:

إن تحديد لحظة الوفاة هي من الأمور الغيبية التي لا يعرفها إلا الله عز و جل، غير أن للموت إمارات معينة اجتهد أهل الطب في إدراكها للتحقق من وفاة الشخص.

⁴⁹² د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 383.

⁴⁹³ Batigne, M., 'Les greffes d'organes en droit pénal', Thèse, Montpellier, 1980., p. 414.

⁴⁹⁴ رغم عدم صلاحيتها من الناحية القانونية أو الطبية لأن الروح غير منظورة و لا يمكن الشعور بها أو لمسها.

⁴⁹⁵ راجع قوله عز و جل في سورة الواقعة؛ " فلولا إذا بلغت الحلقوم، و أنتم حينئذ تنظرون، و نحن أقرب إليه منكم و لكن لا تبصرون، فلولا إن كنتم غير مدينين، ترجعونها إن كنتم صادقين." الآيات من 83 إلى 87.

⁴⁹⁶ حيث عرفه البعض بأنه " زوال الحياة و علاماته إشخاص البصر، استرخاء القدمين، إنعواج الأنف، انخساف الصدغان، تمدد جلد الوجه و خلوها من الانكماش." د. أحمد محمد بدوي، المرجع لسابق، ص. 172، بنصرف من الباحث. و عرفه الأشعري بأنه " صفة تضاد الحياة، و هو انقطاع تعلق الروح بالجسد و الانتقال من دار إلى دار، فالموت ليس عنما و لا فناء"، شرح البيهقوري على جوهره التوحيد، الجزء الرابع، ص. 191 و 192.

⁴⁹⁷ راجع بخصوص التشريعات التي نظمت تعريف الموت د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 352 و ما بعدها.

⁴⁹⁸ Lebreton, G., 'Le droit, la médecine et la mort ; à propos de l'arrêt du conseil d'état du 02 Juillet 1993.', Milhaud, Dalloz, 1994, Chronique, p. 553.

و قد تعددت المعايير التي يمكن الأخذ بها لتحديد لحظة الوفاة و انتقال الإنسان من عالم الدنيا إلى عالم الآخرة. فقد ظهر في بداية الأمر المعيار التقليدي الذي يأخذ بتوقف القلب و الرئتان عن العمل توقفا نهائيا للقول بوفاة الشخص و يسمى الموت وفقا لهذا المعيار بالموت الإكلينيكي.

غير أن اكتشاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، و ما صاحبها من تطور في عمليات زرع الأعضاء، أدى إلى ظهور المعيار الحديث أو معيار الموت الدماغي. Mort cérébrale.

أولاً: المعيار التقليدي:

حتى وقت ليس ببعيد لم يكن تحديد لحظة الوفاة يثير أي مشاكل أو صعوبات، إذ ساد المعيار التقليدي الذي يستند إلى توقف التنفس و توقف القلب و بالتالي توقف الدورة الدموية.⁴⁹⁹ من ثم لا تثبت وفاة الشخص إلا إذا توقف قلبه و ماتت خلاياه و توقف جهاز التنفس لديه. فالموت الحقيقي لا يتحقق إلا بتوقيف جميع الأعضاء الحيوية عن أداء وظائفها بما في ذلك القلب.⁵⁰⁰

و لا يزال البعض يؤيد الأخذ بهذا المعيار الذي يربط بين توقف التنفس و القلب و وظائف المخ بصفة عامة و حدوث الوفاة. و حجة هؤلاء أن حالات الغيبوبة العميقة أو توقف المخ عن العمل لا يتحقق بهم الموت الحقيقي الذي يتطلب في رأيهم مفارقة الروح للجسد و توقف جميع الأعضاء الحيوية عن أداء وظائفها بما في ذلك القلب. فالإنسان الذي يتنفس اصطناعيا و شخص الأطباء حالته بأنه مصاب بتوقف المخ عن العمل هو إنسان حي بدليل وجود الروح التي تبعث الدفء و الحرارة في جسمه الذي يحتفظ بدرجة حرارة طبيعية. كما أن وجود الروح هو الذي يحفظ الجسد من الفساد و التحلل و التعفن إذا طالت مدة وجوده على جهاز التنفس الصناعي. يضاف إلى ذلك استمرار وظائف الأعضاء الأخرى كالتمثيل الغذائي للكبد و إفراز الكليتين و

⁴⁹⁹ Brazier, M, op.cit. ed 1987 p. 434. Simpson, K., "Forensic Medicine", The English Language Book Society, London 1988., p. 3. Mamoun, A, op.cit., p. 17.
Raymondis, L.M., "Problèmes juridiques d'une définition de la mort" Revue Trim. Droit Civ. 1969. p. 29 et s.

راجع في الفقه العربي؛ أحمد شوقي أبو خطوة، " القانون الجنائي و الطب الحديث"، المرجع السابق، ص. 171. و د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 563. د. نصر الدين مروي، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 314. راجع أيضا د. سعيد سعد عبد السلام، "مشروعية التصرف في جسم الأدمي"، دار النشر غير معروفة، مصر، 1996. ص. 84.
⁵⁰⁰ حيث يرى البعض أنه إذا كان يوجد تدرج لموت الأعضاء فإن توقف القلب يشكل الظاهرة الجوهرية في موت الإنسان، راجع، Boniface, C.T., "Datation de la mort, méthodes actuelles", Thèse, médecine, Strasbourg, 1985., p. 1.

الهضم و الامتصاص من الأمعاء. كما تستمر إفرازات جميع الغدد في الجسم و تنمو الأظافر و الشعر. من ثم يستحيل تسليم شهادة وفاة هذا الشخص في مثل هذه الحالة.⁵⁰¹ من جهة أخرى، يستشهد أنصار هذا الرأي بحالات الغيبوبة العميقة و توقف عمل المخ التي استعاد أصحابها و عيهم بعد فترات تراوحت بين ساعات أو أيام أو أسابيع.⁵⁰² بل إن من بين هذه الحالات نساء حاملات قضيض في هذه الغيبوبة شهورا طويلة و وضعن أولادهن بأوزان طبيعية. فلا بد أن يكون هذا الجنين قد استمد وجوده من جسد أمه الحي الذي ينبض بالحياة و يمد بها.⁵⁰³

و بالرغم من أهمية هذا المعيار في إثبات الوفاة إلا أنه يفتقر إلى الدقة. إذ أن توقف القلب و التنفس قد يدلان فقط على الموت الظاهري، و ليس الموت الحقيقي.⁵⁰⁴ فقد يؤدي استعمال وسائل الإنعاش الاصطناعية أو الصدمة الكهربائية إلى عودة القلب و التنفس إلى العمل و بالتالي تزويد خلايا المخ بالأكسجين اللازم و هو ما يبقى ذلك الإنسان حيا.⁵⁰⁵

كما أن هذا المعيار غير مجدي لتحديد لحظة الوفاة في الحالات التي تموت فيها خلايا المخ و يظل القلب و الجهاز التنفسي يؤديان وظائفهما بالوسائل الاصطناعية. و بناء على ذلك فإن توقف القلب عن النبض و توقف الجهاز التنفسي عن العمل ليس معيارا حاسما لإثبات وفاة الشخص.

كما أن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى استحالة الاستفادة من الأعضاء المنفردة، كالقلب مثلا، التي لا يمكن نقلها إلا بعد وفاة الشخص. ذلك أن اقتطاع مثل هذه الأعضاء لغرض الزرع يجب أن يتم مباشرة بعد وفاة الشخص و قبل أن تموت خلاياها.⁵⁰⁶ ولا يتحقق ذلك إلا إذا بقيت هذه

⁵⁰¹ راجع "الحقائق الخطيرة المخفية في قضية نقل و زراعة الأعضاء"، بحث مقدم من مجموعة من الأطباء بكليات طب القاهرة و عين الشمس، و الأزهر و بعض المستشفيات العامة إلى النائب العام بتاريخ 1993/03/30، أشار إليه د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 563.

⁵⁰² د. ايهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 563.

⁵⁰³ د. صفوت حسن لطفي، "أسباب تحريم نقل و زرع الأعضاء الأدمية"، بحث غير منشور، القاهرة 1992. ص. 20.

⁵⁰⁴ Vigouroux "Les limites du respect de la vie", Le Concours Médical, n° 1 du 04/01/1969, p. 90.

Cabrol, C., "Passé, présent et futur des transplantations d'organes", La presse médicale, Oct. 1993, 22, n° 32 p. 1504.

⁵⁰⁵ د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص. 172. راجع أيضا، د. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 58.

⁵⁰⁶ د. حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 89. د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 172.

الأعضاء تؤدي وظائفها اصطناعيا بعد وفاة صاحبها طبقا للمفهوم الحديث. من ثم فالأخذ بتوقف القلب كمعيار للوفاة يحول دون إمكان نقل و زرع هذا العضو.⁵⁰⁷

ثانيا: المعيار الحديث في تعريف الوفاة:

يعتبر الإنسان ميتا وفقا لهذا المعيار إذا ماتت خلايا المخ لديه، حتى و لو ظلت خلايا قلبه أو غيره من الأعضاء حية و ذلك على أساس أنه بموت خلايا المخ بما في ذلك خلايا جذع المخ يستحيل إعادة الحياة إلى الإنسان بوسائل الإنعاش الصناعي. ذلك أن توقف وظائف المخ أمر نهائي و لا يمكن الرجوع فيه أو مواجهته بأي أسلوب حتى الآن. و يقع إتلاف خلايا المخ نتيجة عدم تدفق الدم بالأوكسجين. و بموت خلايا المخ يدخل الإنسان في غيبوبة كبرى⁵⁰⁸ أو نهائية، Coma dépassé، و يتبعه توقف نهائي لعمل المراكز العصبية التي تتحكم في الوعي، الكلام، الحركة، الذاكرة، التنفس، السمع، البصر، الدورة الدموية، السيطرة على الغدد و على درجة الحرارة و كذا تنظيم وظائف الأعضاء الهامة في الجسم.⁵⁰⁹

و من المبررات التي استند إليها أنصار هذا المعيار أن الوفاة لا تقع مرة واحدة و إنما تتم على مراحل متعددة.⁵¹⁰ فتوقف القلب أو الرئتين يحدث في فترة زمنية محددة و يشكل ما يسمى بالموت الإكلينيكي. أما موت الدماغ فيتم بالتدرج، و هو ما قد يستغرق دقائق أو ساعات حسب الأحوال.⁵¹¹ فقد يبدأ التوقف في الجزء الأمامي ثم ينتقل إلى الجزء الخلفي أو ما يسمى بجذع المخ، و عندئذ يتحقق الموت النهائي للمخ. و بعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو لآخر حتى تتلف نهائيا فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي و هو ما يمثل المرحلة الثالثة للموت.

⁵⁰⁷ Veatch, R.M., "A theory of medical ethics", New York, Basic books, 1985, p. 242. Gert, B., et Culver, G., "Philosophy in medicine", Oxford University Press, 1982., p. 181. Mamoun, A., op.cit, p. 17 et s. راجع أيضا في الفقه العربي، د. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 85

⁵⁰⁸ Meyers, op.cit. p. 195.

⁵⁰⁹ د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 155. راجع في الفقه الغربي؛

Voir Froge, E, "A propos de la mort ; quelques aspects médico-légaux", sans date, p. 16. aussi voir, Dict . Perm. Bioéth. Biotechnologies, op.cit. p. 1315. Kennedy, I., "Treat me right", Oxford, London, 1986., p. 158.

⁵¹⁰ "La mort n'est pas un phénomène instantané main un continuum..." , Callu, M-F., "Autour de la mort : variations sur « madame se meurt, madame est morte », Revue Trim. de Droit civil , Avr. Jan. 1999. p 214.

راجع في الفقه العربي، د. محمد سليمان، "الطب الشرعي"، القاهرة، 1959، ص. 528، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 158.

⁵¹¹ Kennedy and Grubb., op.cit. p. 1158., Skegg., op.cit., p. 183.

و أحيانا قد يفقد الإنسان كل إدراك و قدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، رغم أن خلايا المخ لا تزال حية، نتيجة دخول المريض في غيبوبة عميقة، coma prolongé.⁵¹² ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار الإنسان ميتا لأنه يمكنه استرجاع وعيه بعد مدة زمنية باستخدام وسائل الإنعاش.⁵¹³

و يمكن التأكد من موت خلايا المخ باستخدام الوسائل المعدة لهذا الغرض و بالخصوص ما يعرف بجهاز رسم المخ الكهربائي، electroencéphalogramme.⁵¹⁴ فإذا توقف الجهاز عن إعطاء أية إشارات لفترة معينة دل ذلك على موت خلايا المخ و أصبح الشخص ميتا و لو ظل القلب و أجهزة التنفس تعمل بانتظام بالوسائل الصناعية. حينئذ يمكن إعلان وفاة الشخص عن طريق الإجراءات الرسمية المنصوص عليها في القانون و القيام بانتزاع الأعضاء التي لا تزال حية من الناحية البيولوجية. فاستخدام الأجهزة الصناعية في هذه الحالة لا يكون بقصد حفظ حياة المريض لأنه أضحي ميتا و إنما بقصد حفظ الأعضاء حتى يمكن استئصالها و زراعتها.⁵¹⁵

و يعتبر الإعلان عن الوفاة في هذه الحالة من الأهمية بمكان، لأنه طالما لم يعلن الطبيب عنها يظل الإنسان حيا من وجهة القانونية. فالقانون لا يعترف إلا بطائفتين من الأشخاص؛ الأحياء و الأموات. غير أن الوسائل الطبية الحديثة قد كشفت طائفة ثالثة و هم الأشخاص الذين يقعون في حالة غيبوبة عميقة، و هو ما أثار إشكالية تحديد المركز القانوني لهؤلاء الأشخاص الذين هم ليسوا بأموات و لكنهم يحاورون الموت.⁵¹⁶

و مع ذلك فقد استقر الرأي من الناحية الطبية على أن موت خلايا المخ و خلايا جذع المخ يؤدي إلى توقف المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم، و هو الحد الفاصل بين الحياة و الموت.

⁵¹² و لعل هذه الحالات هي التي أشار إليها المؤيدون للمعيار التقليدي. حيث يدخل المريض في غيبوبة عميقة مع بقاء خلايا المخ لديه سليمة من الناحية الطبية.

⁵¹³ راجع في هذا الشأن، د. أحمد جلال الجوهري، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية"، مجلة الحقوق و الشريعة، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو 1981، ص. 126 و ما بعدها.

⁵¹⁴ Kalfat, C., "La Mort en Droit Pénal Spécial Algérien", non publié, 1994. p.3.

⁵¹⁵ راجع بحث د. أحمد شرف الدين حول هذا الموضوع، في مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو 1981، ص. 166 و ما بعدها.

⁵¹⁶ Voir en particulier, Callu, M-F op.cit.. p. 311 et s..

و لإثبات الموت وفقا لهذا المعيار يرى الأطباء بوجود التأكيد من أمرين أساسيين⁵¹⁷؛

1- معاينة الإشارات أو العلامات الأساسية المتمثلة فيما يلي؛

- الانعدام التام للوعي.
- انعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس.
- انعدام أي نشاط للمخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.

2- استمرار هذه الإشارات أو العلامات خلال فترة زمنية كافية قبل الإعلان عن الوفاة.⁵¹⁸

حيث يرى بعض الأطباء أنه لا يجب الاعتماد على جهاز الرسم الكهربائي للمخ كمعيار حاسم لأن هناك الكثير من الحالات التي استرجع فيها أصحابها وعيهم بعد أن ظلوا في غيبوبة طويلة و ذلك بالرغم من أن الجهاز المعني لم يعطي أي إشارات عن نشاط المخ.⁵¹⁹ لذلك اقترح الأطباء ضرورة الانتظار فترة تتراوح ما بين الثماني ساعات كحد أدنى و اثنين و سبعين ساعة كحد أقصى من توقف جهاز الرسم الكهربائي للمخ عن إعطاء الإشارات، و إعلان حالة الوفاة. و خلاصة القول أنه في الوقت الحاضر يعتبر موت الدماغ⁵²⁰ هو المعيار المقبول و الشائع سواء من الوجهة الطبية أو القانونية و قد أخذت به معظم الدول.⁵²¹

الفرع الثالث: حدود الإنعاش الاصطناعي:

يعرف الإنعاش الاصطناعي بأنه؛ " مجموعة من الوسائل و الإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، و ذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل له هذه الوسائل".⁵²² و كثيرا ما تستعمل أجهزة الإنعاش الصناعي في علاج الإصابات الناتجة عن حوادث المرور، خاصة منها ما يتعلق بإصابات الرأس و كسور

⁵¹⁷ Hansmann, J., "Mort cérébrale et réanimation", Thèse, médecine, Strasbourg, 1990, p. 21. voir aussi, Le Dictionnaire Permanent de Bioéthiques et Biotechnologies, op.cit. p. 1316.

⁵¹⁸ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الثاني، ص. 318.
⁵¹⁹ حيث أشار أحد الأطباء إلى حالة طفل أصيب في حادث مرور و ظل في حالة غيبوبة لمدة خمسة عشر يوما و كان يمكن اعتباره ميتا طبقا للمعيار السابق. غير أن متابعة إعطائه بعض العقاقير و الإبقاء على التنفس الاصطناعي مكنه من استرجاع عافيته. لذلك اقترح الأطباء الاعتداد بما يستهلكه المخ من الأكسجين للتأكد من موت خلايا المخ من عدمه. أشار إليها د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص. 177. راجع بشأن العلامات التنفسية للموت؛

Battelier, J., "Les prélèvements multi-organes", Thèse, médecine, Strasbourg, 1986., p. 20.

⁵²⁰ مع العلم أن الطب التكنولوجيا الحديثة قد زودت الأطباء بأجهزة جديدة للقيام بفحوصات أخرى يرى البعض أنها كثيرة الكلفة و التقنية، مثل تصوير الدماغ، l'écographie و تصوير شرايين الدماغ السباتية، دراسة دوران شكية العين بواسطة الفلور و غيرها من الفحوصات. راجع بشأن هذه المعايير، Battelier, J، المرجع السابق، ص. 21 و ما بعدها.

⁵²¹ راجع ضوابط نقل الأعضاء من جثث الموتى، ص. 265 من الرسالة.
⁵²² د. أحمد جلال الجوهري، المرجع السابق، ص. 126.⁵²² راجع ضوابط نقل الأعضاء من جثث الموتى، ص. 265.

القصص الصدري. ففي هذه الحالة إذا لم يساعد المريض على التنفس بالوسائل الصناعية يتعرض لفشل الجهاز التنفسي، و هو ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى مضاعفات خطيرة قد تنتهي بوفاة المصاب.⁵²³

و من الأمراض التي يستعمل في علاجها أيضا الأجهزة الصناعية؛ حالات الفشل الكلوي و عدم انتظام ضربات القلب. ففي الحالة الأخيرة يستعمل جهاز إلكتروني صغير يسمى " منظم ضربات القلب الصناعي " يوضع لدى المريض تحت الجلد و يقوم بتنظيم ضربات القلب لديه، مع العلم أم هذا الجهاز قد أنقذ حياة الكثير من المرضى و لسنوات طويلة. على أن أبرز مثال عن استعمال الوسائل الصناعية لحفظ الحياة مؤقتا هي العمليات الجراحية الخاصة بالقلب، سواء تعلق الأمر بتغيير صمامات القلب التالفة أو في عمليات نقل القلب ككل، حيث يستعان بهذه الأجهزة للقيام بوظائف الرئة و القلب بسبب توقيفه الإرادي عن العمل لمقتضيات العملية.⁵²⁴

غير أن استعمال هذه الوسائل الصناعية قد أثار بعض المشاكل القانونية من حيث أنه أدى إلى ظهور الطائفة الثالثة من الأشخاص الذين لا هم بالأحياء و لا بالأموات. و المقصود بذلك المرضى الفاقدون للشعور أو الذين هم في غيبوبة غير محددة، و الخاضعون لهذه الأجهزة في تنفسهم. فمتى يجوز للطبيب في مثل هذه الحالات أن يوقف جهاز التنفس من دون أن يرتكب المحذور؟. و من جهة هل يجوز مواصلة الإنعاش الصناعي ليس لغرض علاج المريض و إنما لأجل المحافظة على أعضائه المراد زرعها لدى مريض آخر؟.

أولا: وقف الإنعاش الصناعي:

نشير بداية إلى أن هناك اتفاق بين الأطباء على أن موت الدماغ و ما يتبعه من توقف للجهاز العصبي هو المعيار الحاسم لإثبات وفاة الشخص. و كما قال أحدهم، لا يمكن اعتبار الجسم الذي تلف جهازه العصبي حيا و إن تمت المحافظة على وظائفه الأخرى اصطناعيا.⁵²⁵ فعند ثبوت وفات خلايا المخ، يستطيع الطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش لأنه يستحيل على المريض استخلاص خلايا المخ التي تم إتلافها بطريقة غير رجعية، و أن أي محاولة بإعادة الحياة إلى المريض تبقى بدون جدوى.

⁵²³ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 331.

⁵²⁴ و تعتبر هذا المثال من أبرز الأمثلة التي انتقد بها المعيار التقليدي للوفاة. حيث يتوقف القلب عن العمل و تحل محله الوسائل الصناعية. راجع في هذا الشأن؛ Mamoun، المرجع السابق، ص. 17

⁵²⁵ Bubo, B., "La transplantation d'organes" étude de droit privé, Thèse, Lille 1978., p. 224.

و مع ذلك يلزم القضاء الفرنسي أطباء الإنعاش بوجوب التأكد من وفاة الشخص، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه يجب على الطبيب أن يتابع محاولاته⁵²⁶ و يتأكد من عدم بقاء أية فرصة لذلك الشخص لكي يستعيد عافيته.⁵²⁷ و بناء على ما تقدم فإن الطبيب غير ملزم بإطالة حياة المريض اصطناعيا إذا ثبت تلف جهازه العصبي ككل لأن هناك دلائل علمية على استحالة عودة الجهاز للعمل مرة ثانية.

ثانيا: استمرار وسائل الإنعاش الصناعي:

إذا ثبتت الوفاة طبقا للمعيار المشار إليه أعلاه يجب الإعلان عن وفاة ذلك الشخص، و ذلك لترتيب الآثار القانونية الناجمة عن ذلك، و منها إمكانية اقتطاع الأعضاء من جثة ذلك الشخص الذي أصبح ميتا سواء في نظر القانون أو في نظر الطب. و يمكن بعد ذلك المحافظة اصطناعيا على التنفس و دوران الدم لدى الشخص الميت لغرض اقتطاع العضو المراد نقله في أحسن الظروف. من ثم اعتمادا على معيار الموت الدماغي يمكن تمديد الإنعاش الصناعي بما يساعد على نقل الأعضاء.⁵²⁸ و قد أجاز المنشور الوزاري الفرنسي هذا الإجراء صراحة بتاريخ 1968/04/24 حيث جاء فيه أنه يمكن، بعد معاينة الوفاة، في الحالات التي يتوقع فيها اقتطاع الأعضاء لأهداف علاجية، السماح باستمرار أجهزة الإنعاش الصناعي للمحافظة على صلاحية العضو للزرع.⁵²⁹

و لا يطرح استمرار عمل أجهزة الإنعاش الصناعي على الجثة لغرض اقتطاع الأعضاء أي مشاكل طبية كانت أو أخلاقية. ذلك أنه متى تم الإعلان الرسمي عن وفاة الشخص يمكن للطبيب متابعة إنعاش القلب و التنفس من أجل الحفاظ على القيمة الحيوية للعضو الذي يرجى زرعه لشخص آخر.

⁵²⁶ Cass. Crim. 1^{ière} ch. du 27/03/1973, D.S., 1973. 595.

⁵²⁷ ففي حكم قديم لمحكمة استئناف مونتوليبي (Montpellier) جاء فيه أنه يجب على طبيب الإنعاش بدل كل ما في وسعه لإنقاذ المريض الذي يكون مهدد بالموت وذلك حتى لحظة وفاته. راجع؛ C.A Montpellier 18/02/1953, Gaz.Pal. 1953.1. 383.

⁵²⁸ Savatier, J. "Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui", les petits affiches, n° 149, 14, Déc. 1994. p. 10.

⁵²⁹ " Dans le cas où, après constat du décès, un prélèvement d'organes est envisagé à des fins thérapeutiques, la poursuite des manœuvres de réanimation peut être autorisée afin de ne pas interrompre prématurément l'irrigation de l'organe à prélever." Circulaire n° 67 du 24/04/1968.

أما من الناحية الأخلاقية، فيرى بعض الفقه أنه بعد موت الدماغ يصبح الإنسان جثة هادمة حتى وإن استمر دوران الدم واستمرت معه حالة الحياة النباتية لتلك الجثة (état végétal). من ثم فإن قضية تشغيل أو إيقاف أجهزة الإنعاش تحكمها مقتضيات زرع الأعضاء.⁵³⁰ و في نفس الاتجاه، اعتبر فقهاء آخرون أن بعد ثبوت الموت الدماغى لا تبقى أية أهمية طبية لأجهزة الإنعاش الصناعى بالنسبة للمتوفى لأن عملها سيقصر على " نفخ الجثة بالهواء".⁵³¹ من ثم ليس في إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعى، بالنسبة لمن ثبت وفاة مخه، ما يعتبر جريمة في حق الإنسانية.⁵³²

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تحديد لحظة الوفاة غير ممكن رغم التأكد من حدوثها، وذلك على أساس أو الوفاة تتم عبر مراحل و تنتقل من عضو إلى عضو إلى حين وفاة جميع الخلايا المكونة للجسم. و عليه فلا يمكن اعتبار اللحظة التي يوقف فيها الطبيب أجهزة الإنعاش الصناعى باللحظة القانونية للوفاة، و إنما إيقاف الأجهزة يلي التأكد من وقوع الوفاة،⁵³³ و هو ما يعني بالضرورة أن يسبق اللحظة القانونية للوفاة وقف أجهزة الإنعاش.

أما بخصوص موقف الشريعة الإسلامية من قضية إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعى، فقد تعرض لها مجمع الفقه الإسلامى في مؤتمره الثالث بعمان و توصل إلى ما يلى؛

".... يعتبر شرعا أن الشخص قد مات و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك إذا تبين فيه إحدى العلامتين التاليتين؛

- إذا توقف قلبه و تنفسه توقفا تاما و حكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا و حكم الأطباء الأخصائيون الخبراء، بأن هذا التعطل لا رجعة فيه و أخذ دماغه في التحلل.

و في هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كانت بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة."⁵³⁴

⁵³⁰ Bouchaud, R-P., "Réflexion morale", Cahier Laënnec, mars 1966, p. 14 et 15.

⁵³¹ "the ventilator is merely filling the corpse with air", Kennedy, I., "The Unmasking of medicine", Allen and Unwin, London, 1981., p. 157.

راجع في الفقه العربى، د. سامى السيد الشول، المرجع السابق، ص. 585، و د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 185.
⁵³² د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 186.

⁵³³ Charafeldine, A., "le droit de la transplantation d'organes", Thèse précitée, p. 589.

⁵³⁴ فتوى لمجمع الفقه الإسلامى في دورة مؤتمره الثالث بعمان، في الفترة الممتدة بين الثامن و الثالث عشر من شهر أكتوبر سنة 1986. أشار إليها، د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 385.

و من جهته قرر شيخ الأزهر آنذاك، بأنه لا يجوز تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات متى تبين للطبيب أنه لا جدوى من اللجوء إلى مثل تلك الأجهزة و أن الحياة في بدن المريض متجهة نحو التوقف. من ثم لا إثم على الطبيب إذا أوقف الأجهزة التي تساعد على التنفس و على النبض متى تبين له أن حالة المحتضر ذاهبة للموت.⁵³⁵

موقف المشرع الجزائري:

على غرار التشريعات العربية و الأجنبية بصفة عامة، لم يهتم التشريع الجزائري بتحديد لحظة الوفاة إلا في السنوات الأخيرة التي عرفت تطورا و ازدهارا لعمليات نقل الأعضاء. فلقد تعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها لمسألة إثبات الوفاة في المادة 164 التي جاء فيها؛
" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، حسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية..."
و يتضح جليا من نص المادة 164 من القانون المشار إليه أن التشريع الجزائري لم يعرف الوفاة و لم يحدد لحظة وقوعها. و إنما أحال هذا الموضوع إلى الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة، و هي إشارة من المشرع الجزائري إلى إسناد هذه المهمة إلى المختصين من أهل الطب.

ففي هذا الإطار أصدر وزير الصحة قرارا بتاريخ 89/03/26 حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء.⁵³⁶ و طبقا للمادة الأولى⁵³⁷ من هذا القرار تثبت الوفاة (الموت الدماغي) بالمعايير التالية هي؛

- المعايير الإكلينيكية،
- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي،
- المعايير الكهربائية (التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي)،
- فحوصات أخرى خاصة.

⁵³⁵ فتوى مشار إليها في المرجع السابق و في نفس المكان.

⁵³⁶ منشور عند د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص. 428 و ما بعدها.

⁵³⁷ Art. 1- du dit arrêté, " la constatation médicale et légale d'un décès (mort cérébrale) en vue d'un prélèvement de tissus ou d'organes et établi selon les éléments ci-après ;

- Critères cliniques,
- Critères amnésiques,
- Critères électrique,
- Autres investigation spéciales".

غير أن هذا القرار تعرض للنقد من قبل الأطباء الجزائريين على أساس أن وزير الصحة قد اعتمد في وضعه لهذه المعايير على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر نظرا لقلّة أو انعدام الأجهزة الطبية المتطورة في مناطق كثيرة من الوطن. و على هذا الأساس كان هناك اقتراح بضرورة توكيل مهمة تحديد المقاييس الخاصة بالوفاة إلى خبراء جزائريين حسب الإمكانيات التي يتوفر عليها الطبيب الجزائري.⁵³⁸ و على هذا الأساس لجأ المشرع الجزائري، في تعديله لقانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1990، إلى إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب المادة 168 مكرر 1 منه.⁵³⁹

و الهدف من تشكيل هذا المجلس، الذي تم تأسيسه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-122 الصادر في 06 أبريل 1996،⁵⁴⁰ هو السهر على حماية حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية من خلال تكليف المجلس الوطني بتوجيه و مراقبة الأعمال الطبية الحديثة على اختلاف أنواعها، بما فيها عمليات نزع و نقل الأعضاء البشرية، و التي يدخل بالضرورة ضمنها مسألة تحديد لحظة الوفاة باعتبارها مسألة طبية محضة، وكذا باعتبارها من الشروط القانونية الأساسية لمباشرة عمليات اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى.⁵⁴¹

غير أن ذلك لم يمنع التشريع الجزائري من إضفاء الصفة القانونية على المعايير التي يجب اعتمادها للتأكد من الوفاة في مجال نقل الأعضاء. ففي هذا الصدد صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 عن وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرار وزاري جديد نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى. و طبقا للمادة الثانية من هذا القرار تتمثل هذه المعايير فيما يلي؛

- الانعدام التام للوعي،
- غياب النشاط العفوي الدماغى،

⁵³⁸ راجع التقرير التمهيدي حول اقتراح القانون المعدل و المتمم للقانون 85-05 التي تم إيداعه للمجلس الشعبي الوطني بتاريخ، 26 جوان 1990، منشور عند د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص، 434 و ما بعدها.

⁵³⁹ حيث جاء فيها؛ " ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عمليات انتزاع الأنسجة و الأعضاء و زرعها و التجريب و كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية و كرامته، و الأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي و القيمة العلمية لمشروع الاختبار و التجريب." و نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن تشكيل هذا المجلس و تنظيمه يتم بمقتضى مرسوم . قانون رقم 90-17 المؤرخ 31/07/90 المعدل و المتمم للقانون 85-05 الصادر بتاريخ 16/02/85 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها. الجريدة الرسمية، عدد 35 لسنة 1990.

⁵⁴⁰ الجريدة الرسمية، عدد 22 لسنة 1996.

⁵⁴¹ راجع المادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

- التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار 'Hypercapnie'
- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين و من إنجاز طبيبين مختلفين.⁵⁴²

و بناء على ما تقدم، يُفترض أن تتفق هذه المعايير مع الواقع الطبي الجزائري، و أن وزير الصحة و السكان يكون قد حددها بالتشاور مع خبراء جزائريين مختصين في المجال موضوع البحث (المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية). و على كل حال فالمستقبل القريب كفيل بتبيان مدى صلاحية و نجاعة هذه المعايير من خلال ردود فعل الأطباء الممارسين في هذا المجال.

نخلص من ذلك إلى أن المشرع الجزائري لم يهتم بتعريف الوفاة و اعتبر ذلك مسألة طبية محضة، بينما يأخذ بالموت الدماغي كمعيار أساسي للتأكد من الوفاة، و حدد الإجراءات الطبية التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء في مجال إثبات الموت في الحالات التي يرجى انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى. و تبعا لذلك فإن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي بعد التأكد من وفاة الشخص وفقا لمعيار الموت الدماغي، تبقى مرتبطة بمقتضيات عملية اقتطاع الأعضاء على النحو الذي تم بيانه أعلاه.

خلاصة الفصل الأول:

لقد تعرضنا في هذا الفصل إلى بحث الإطار الشرعي و القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى. و توصلنا إلى أنه لا يجوز ، كأصل عام، الانتفاع بأعضاء الإنسان الحي، لارتباط ذلك بشرفه و كرامته و احتمال هلاك الشخص نتيجة لاستقطاع عضو من أعضائه. غير أنه استنادا إلى المبدأ العام الذي يقضي "بتحصيل أعظم المصلحتين أو درأ أعظم المفسدتين" فإن الفقه الإسلامي الحديث يجيز الانتفاع بأجزاء الأدمي حيا أو ميتا لعلاج أدمي آخر إذا كان استعمالها لضرورة شرعية. أي في الحالات التي تكون فيها مصلحة المريض أعظم من المحافظة على حق الله تعالى على جسم المتبرع أو جثته. ففي مجال

⁵⁴² Art. 2 de l'arrêté du 19/11/2002 fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organes et de tissus.

"Les critères scientifiques prévus à l'article 1^{er} ci-dessus sont fixés comme suit ,

- absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée
- abolition de tous les réflexes du tronc cérébral,
- absence totale de ventilation spontanée vérifiée par une épreuve d'hypercapnie,
- Deux électroencéphalogrammes interprétés par deux médecins différents."

الموازنة بين حق الله تعالى في كرامة الجسم و حق المتبرع في سلامة جسمه، يقول الفقهاء، أن حقوق الله تبنى على التسهيل في حين أن حقوق العبد تبنى على التشديد. من ثم إذا كان استقطاع عضو أو جزء من آدمي علاجاً وحيداً لآدمي آخر، فإن الضرورة و هي استقطاع هذا العضو لا يكون مباحاً إلا بإذن الشرع و إذن المتبرع على اعتبار أنهما يشتركان في الحق على الجسد.

و يتجلى احترام حق الله في جسد المتبرع في عدم تعرض الغير للسلامة البدنية للشخص و لو كان ذلك برضاه. حيث لا يجوز للشخص أن يعرض حياته للهلاك من جراء التبرع و لو كان ذلك لغرض إنقاذ الغير. كما لا يجوز له الإضرار بصحته بما يعوقه عن أداء واجباته الدينية أو الاجتماعية بدعوى مساعدة الغير. أما موافقة المتبرع فهي من الشروط الأساسية لإباحة التبرع من الناحية الشرعية. فلا يجوز إجبار أي إنسان على التبرع، سواء أثناء حياته أو لما بعد وفاته، حتى و لو كان ذلك واجبا دينياً يلتزم به أفراد الأمة جميعاً.

فلقد أجازت الشريعة الإسلامية للإنسان أن يجازف بحياته من أجل إنقاذ الغير كما هو الحال في عمليات الإنقاذ المختلفة الناتجة عن الحوادث أو الكوارث الطبيعية رغم أن مظنة الهلاك في هذه الحالات محتملة، فيقاس عليها نقل الأعضاء. ذلك أن المنقذ في جميع الأحوال لا يأمن عواقب ما قد يحدث له من جراء إقدامه على الإنقاذ و هو ما يشترك فيه أيضاً المتبرع بأحد أعضائه. مع العلم أن احتمال الهلاك في عمليات نقل الأعضاء أقل بكثير من عمليات الإنقاذ لأنها تخضع لضوابط شرعية، قانونية و طبية تجعل الطبيب لا يقدم على مباشرتها إلا إذا تأكد من عدم تضرر المتبرع من اقتطاع العضو من جهة و انتفاع المريض بالعضو المنقول له من جهة أخرى، و هي من الشروط الأساسية التي تحكم عمليات نقل الأعضاء.

يضاف إلى ذلك مجموعة أخرى من الضوابط حددها الفقه الإسلامي تدور أساساً حول الغرض من الاقتطاع، محله و كيفية الحصول على العضو.

أما بالنسبة للغرض من اقتطاع الأعضاء فإن الفقه الإسلامي متفق على أنه لا مساس بالسلامة البدنية للفرد إلا إذا كانت لأغراض علاجية، خاصة بالنسبة للمتبرع السليم. في حين أجاز الفقه أن يكون الاقتطاع من الجثث لأغراض علاجية أو علمية. و عليه، لا يمكن اقتطاع عضو سليم من إنسان حي، مع كل ما يتبع ذلك من أخطار للمتبرع، إلا إذا كان ذلك السبيل الوحيد لإنقاذ حياة أو صحة شخص مريض، بحيث يخشى هلاكه إذا لم يستفيد من عملية الزرع.

من جهة أخرى تتوقف إجازة الشرع الإسلامي لعمليات زرع الأعضاء على عدم مخالفتها للأحكام العامة في الشريعة الإسلامية خاصة منها ما يتعلق بحفظ الضرورات الخمس. من ثم لا يجوز الاقتطاع و الزرع إذا كان في ذلك مساس بحق الفرد في الحياة كما لو تعلق الأمر باقتطاع الأعضاء المنفردة مثل القلب أو الكبد أو غيره من الأعضاء التي لا يمكن للفرد أن يحيا بدونها. كما لا يجوز نقل الأعضاء التي يخشى من نقلها اختلاط الأنساب، كأعضاء الجهاز التناسلي و غيره. و يضاف إلى ذلك وجوب أن يكون التبرع بدون مقابل لاعتبارات مرتبطة بكرامة الإنسان و منعا للاتجار في الأعضاء البشرية.

أما بشأن الأساس القانوني لإباحة عمليات نقل الأعضاء، فقد توصلنا إلى أنه في الوقت الحالي تشكل النصوص التشريعية المنظمة لهذا المجال الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى. أما في المرحلة التي سبقت ظهور التشريعات الخاصة، فإن مصلحة المجتمعات في الاستفادة من عمليات نقل الأعضاء دفعت بالفقه إلى اعتماد الكثير من النظريات و لو أنها أثبتت عدم صلاحيتها، سواء منفردة أو مجتمعة، كأساس لإجازة هذه العمليات بسبب قصورها. و مع ذلك لقد كان للفقه الدور الفعال في إيجاد السند القانوني لعمليات نقل الأعضاء باعتماد نظرية السبب المشروع، نظرية المصلحة الاجتماعية، نظرية الضرورة أو نظرية الرضا. بل لا تزال الأنظمة التي لم تنظم بعد هذا المجال بتشريع خاص تعتمد على تلك النظريات الفقهية كأساس لإباحة هذا النوع من العمليات.

و في الحقيقة تصلح المبادئ التي تضمنتها تلك النظريات لأن تشكل الشروط القانونية التي يجب توافرها لمباشرة عمليات نقل الأعضاء و ليس كأساس قانوني لأبحاثها، لأن أساس الإباحة هو النص التشريعي الذي أجازها. و على هذا الأساس حددنا في المبحث الرابع من هذا الفصل مجمل الشروط القانونية التي نصت عليها مختلف التشريعات و التي يجب مراعاتها قبل الإقدام على عملية الاقتطاع و الزرع سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى.

و تتلخص مبدئيا في الشروط و الضوابط التي يجب احترامها لممارسة العمل الطبي ككل و يضاف إليها؛

- شروط خاصة يجب توافرها في الجراح المكلف بعمليات نقل الأعضاء، كالتخصص و الخبرة اللازمة لضمان نجاح العملية،

- عدم مخالفة محل العملية للنظام العام و الآداب العامة، و لو وافق على ذلك المتبرع أو المستقبل للعضو،
- وجوب توافر حالة الضرورة للاقتطاع و الزرع، من خلال التأكد من توافر عناصرها المتمثلة في عناصر الخطر (المريض مهدد بالموت إن لم يستفيد من الزرع في الحال) و عناصر فعل الضرورة (التأكد من عدم تعرض السلامة البدنية للمتبرع لمخاطر جسيمة، و كذا التأكد من استفادة المريض من العضو في حالة زرعه له)،
- عدم استفادة المتبرع أو ورثته من مقابل مادي من جراء تنازله على العضو،
- شروط ذات طبيعة طبية خاصة بالحالة الصحية للمتبرع و المتلقي و مدى توافق الأنسجة لديهم. بحيث لا يتم الاقتطاع من جسم المتبرع إلا بعد تأكد الطبيب من أن صحة هذا الأخير تسمح بمباشرة العملية، و لا تشكل أي خطر على صحته سواء حالياً أو مستقبلاً.
- شروط ذات صبغة إدارية تتعلق بمكان إجراء هذه العمليات و قيود خاصة بالأطباء المسموح لهم بتنفيذها. بحيث لا تنفذ العمليات إلا في الأماكن المرخص لها بذلك، و بشرط ألا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة ضمن الفريق المكلف بزرع العضو لدى المريض.
- وجوب التحقق من الوفاة عندما يتعلق الأمر بالاقتطاع من جثة ميت، من خلال احترام المعايير الحديثة للوفاة و التي تأخذ بالموت الدماغي.
- الحصول على الموافقة المستنيرة لكل من المريض و المتبرع الحي أو ورثته إذا كان الاقتطاع من جثته.

أما بشأن موقف التشريع الجزائري من عمليات نقل الأعضاء، فتوصلنا إلى أنه رغم التأخر النسبي لهذا الأخير في تنظيم عمليات نقل الأعضاء، و التي تعود إلى سنة 1985، إلا أن ذلك لم يمنع المرضى الجزائريين من الاستفادة من هذه التقنيات قبل هذه المرحلة. فلقد اعتمدت الجهات الإدارية و الطبية المعنية بعمليات نقل الأعضاء في الجزائر على فتوى صدرت سنة 1972 من المجلس الإسلامي الأعلى آنذاك، أجازت هذا النوع من العمليات ضمن الضوابط الشرعية و الطبية المشار إليها أعلاه.

و لقد اكتمل الأساس الشرعي و القانوني لعمليات نقل الأعضاء في الجزائر بصدور القانون 05-85 سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون 17-90 الصادر

سنة 1990. و قد ساير هذا القانون التوجهات السائدة في العالم بصفة عامة و العالم الإسلامي بصفة خاصة بشأن إباحة عمليات نقل الأعضاء و بشأن الضوابط و الشروط القانونية التي يجب توافرها لمباشرة هذا النوع من العمليات.

و على ضوء هذه الدراسة التحليلية للإطار الشرعي و القانوني لعمليات نقل الأعضاء، نتناول فيما يلي دراسة أهم المشاكل التي يثيرها الحصول على الرضا المتبصر للمريض بصفة عامة و رضا المتبرع بصفة خاصة، و هو موضوع الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الرضا المتبصر في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية

مقدمة:

توصلنا في الفصل الأول من هذا الباب إلى أن استقطاع الأعضاء البشرية سواء من إنسان حي أو من جثة ميت أمر جائز بشرط مراعاة و احترام الشروط القانونية التي حددها التشريع المنظم لهذا المجال. و من بين الشروط الأساسية التي يتوقف عليها تنفيذ عمليات نقل و زرع الأعضاء الحصول على الموافقة الحرة و المستنيرة لكل من المريض المستقبل للعضو و الشخص المتبرع به. أما إذا كان الاستقطاع من جثة ميت، فيجب التأكد من موافقة المتوفى على هذا الاقتطاع أو موافقة أقاربه إن لم يعبر عن موقفه بشأن ذلك أثناء حياته.

و يرتبط حق الموافقة بشأن المساس بالسلامة البدنية للفرد بالحق في الذاتية أو ما يعرف بالحق في تقرير المصير.¹ غير أن الشريعة الإسلامية تشترط، إضافة إلى موافقة الشخص، موافقة الشرع لأن الحق في سلامة الجسد يجتمع فيه الله عز وجل و العبد.

و بناء على ذلك يجب الحصول على إذن كلاهما معا لإمكان المساس بمحل هذا الحق. فمن يقوم بعمل يترتب عليه المساس بمحل الحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية يفترض حصوله على إذن الشرع بالإضافة إلى إذن الفرد المعني بالإجراء. من جهة أخرى، أن الممارسة الشرعية للطب مرهونة بموافقة المريض على الأعمال الطبية لنفس الأسباب المذكورة أعلاه. و في كل الأحوال، يعتبر شرط الرضا مظهرا من مظاهر الحصانة المقررة للجسم الإنساني، حيث أن مبدأ حرمة الجسم البشري يمنع أي مساس بالسلامة البدنية للفرد، سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير، إلا بالموافقة الصريحة للمعني، و في حدود ما يتفق مع النظام العام و الآداب العامة.

غير أنه لكي يحقق رضا الشخص على التدخلات الطبية الماسة بسلامته الجسدية هذه الحماية أو الحصانة يجب أن يتسم بمجموعة من المواصفات القانونية، كأن يكون هذا الرضا

¹ راجع الفصل التمهيدي من الرسالة.

صادرا عن إرادة حرة و مستنيرة و بعد حصول المتبرع بصفة خاصة على المعلومات اللازمة التي تساعده على اتخاذ قراره بالموافقة على الاقتطاع بعيدا عن أي ضغط أو إكراه. كما تتوقف شرعية الرضا في مجال عمليات نقل الأعضاء على تقديمه و إصداره وفقا للشكل الذي حدده التشريع الساري المفعول. مما يعني أن للرضا في هذا المجال شروط موضوعية و أخرى شكلية. و على هذا الأساس سنتناول بالتحليل في هذا الفصل مختلف الشروط التي يجب توافرها في الموافقة في مجال نقل الأعضاء وفقا للخطة التالية؛

- المبحث الأول: الأحكام العامة لرضا المستقبل للعضو في عمليات نقل الأعضاء.
- المبحث الثاني: الأحكام العامة لرضا المتبرع بالعضو في عمليات نقل الأعضاء
- المبحث الثالث: إثبات الموافقة في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء.
- المبحث الرابع: إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى.
- المبحث الخامس: جزاء الإخلال بالرضا في عمليات نقل الأعضاء.

المبحث الأول: الأحكام العامة لرضا المتلقي للعضو في عمليات نقل الأعضاء:

يعتبر الحصول على موافقة المريض على الأعمال الطبية من المبادئ الثابتة في ممارسة الطب.

و لقد تعرضنا في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة إلى مختلف الأسس الدينية، الأخلاقية و القانونية التي توجب احترام الكائن البشري و سلامته البدنية و العقلية، و تلزم أهل الطب بالحصول على موافقة المرضى قبل مباشرة أي تدخل على أجسامهم.

و ليس هناك أي استثناء بشأن الحصول على رضا المريض في مجال عمليات نقل الأعضاء. فرغم حاجة المريض إلى العضو و بالتالي ضرورة التدخل الجراحي على جسده من أجل إنقاذ حياته أو صحته إلا أن ذلك لا يعفي الفريق المعالج من الحصول على الموافقة الحرة و المستنيرة لهذا الأخير، و هو ما سنحاول توضيحه أدناه من خلال بحث أهم الإشكالات التي يثيرها رضا المستقبل للعضو بشأن شروطه الشكلية و الموضوعية و ذلك في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لرضا المتلقي:

لقد تناول المشرع الجزائري موافقة المستقبل للعضو في مجال نقل الأعضاء في المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها² التي جاء فيها؛

² قانون 05-85 سبقت الإشارة إليه.

" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين..."

كما تعرضت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب³ إلى رضا المريض بصفة عامة فأوجبت هي الأخرى وجوب الحصول على الموافقة الحرة و المتبصرة عندما يتعلق الأمر بالتدخلات الطبية الخطير كما هو الحال في عمليات نقل الأعضاء، حيث جاء فيها؛

" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته."

و قد اشترط المشرع الجزائري لصحة رضا المتبرع، كما سوف نرى لاحقا، الشكلية بحضور شاهدين⁴، مما يعني أن التشريع الجزائري قد اشترط الشكلية في الرضا سواء بالنسبة للمستقبل أو المتبرع بالعضو. و عليه فإن موافقة المستقبل يجب أن تتم وفقا للمادة 166 بطريقة كتابية و أمام رئيس المصلحة الصحية الموجود بها المريض و بحضور شاهدين اثنين.

و يعتبر اشتراط الشكلية و الشهود في الحصول على رضا المستقبل للعضو في القانون الجزائري خروجاً عن المؤلف، لأنه وفقاً للأحكام العامة لا يشترط لرضا المريض المستقبل للعضو أي شكل خاص ما دام هو المستفيد من عملية النقل مقارنة بوضعية المتبرع. و على هذا الأساس يرى البعض أنه بالإمكان الحصول على رضا المريض بأية وسيلة تعبر عن إرادته الفعلية⁵ و مع ذلك يمكن القول أن اشتراط التشريع الجزائري للشكلية بشأن الرضا في هذا المجال مرده خطورة هذا النوع من العمليات من جهة و رغبة المشرع في إشراك المستقبل للعضو في عملية اتخاذ القرار بشأن صحته من جهة أخرى. فيرى المشرع أن الصورة المثلى لهذه المشاركة هي صدور رضا المريض في شكل كتابي و بحضور شاهدين⁶ كما أن الحصول على رضا المريض بهذه الكيفية يقضي على الكثير من المشاكل التي يمكن أن تثور مستقبلاً في حالة عدم نجاح العملية.

³ مرسوم تنفيذي رقم 92- 276 صادر بتاريخ 06/07/92، سبقت الإشارة إليه.

⁴ راجع المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

⁵ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 241.

⁶ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 242.

و يلاحظ أن التشريع الجزائري لم يحدد في هذا الصدد الأشخاص الذين يمكنهم أن يشهدوا على موافقة المريض المستقبلي، مما يعني أن الشاهدين يمكن أن يكونا من أهل المريض أو من غيرهم من الأشخاص الموجودين في المصلحة الطبية ممن تعاملوا مع المريض.

من جهة أخرى تنص الفقرة الثانية من المادة 166 على ما يلي؛ " و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضائه، أمكن أحد أعضاء أسرته، حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه، أن يوافق على ذلك كتابة." و يعني ذلك أنه إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته يجوز الحصول على الموافقة الكتابية بشأن العملية من أحد أقربائه حسب الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 164 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و الذي جاء كالتالي؛ الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لرضا المستقبل للعضو:

بينما أعلاه أن المشرع الجزائري قد اشترط لصحة موافقة المريض أن تصدر تلك الموافقة في شكل كتابي. غير أنه يشترط لصحة موافقة المريض من الناحية الموضوعية أن يسبقه إعلام كافي بكل المخاطر المرتبطة بإجراء عملية زرع العضو و وجوب صدور هذه الموافقة بإرادة حرة و عن ذي أهلية.

الفرع الأول: وجوب تبصير المريض المستقبل للعضو:

لقد تعرضنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى بحث التزام الطبيب بالإعلام،⁷ و بينا أهميته العملية، و كيف صار التزاما قانونيا مفروضا على الأطباء. كما توصلنا إلى أن موافقة المريض لا تمنع هذا الأخير من متابعة الطبيب على عدم إعلامه بمخاطر التدخل الطبي في حال تحقق بعضها بع مباشرة العلاج. و عليه فالرأي مستقر اليوم بين رجال القانون و أهل الطب على أن الطبيب ملزم قانونا بإعلام المريض إعلاما كافيا بحالته الصحية و ما يقترحه عليه من تدخلات طبية لغرض علاجه و ما يقترن بها من مخاطر.⁸ فلا يحدث رضا المريض أثره القانوني إلا إذا سبقه إعلاما كافيا.

⁷ راجع الفصل الأول من الباب الأول، ص. 49 من هذه الرسالة.
⁸ راجع التطور القانوني لهذا الالتزام ص. 60 من الرسالة. راجع أيضا د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 243 و ما بعدها.

و ليس هناك استثناء عن هذه القاعدة في مجال نقل الأعضاء، حيث يجب على الطبيب الجراح أن يشرح لمريضه النقل المقترح للعضو و الأخطار التي تتضمنها العملية و المنافع التي يمكن أن تعود عليه، و يترك له المجال للتعبير عن إرادته بشأن الموافقة أو رفض العملية المقترحة. و لمساعدة المريض على التقدير العقلاني لحالته الصحية يتعين على الطبيب الجراح إعلام المريض بخطورة حالته الصحية و التأكيد له على أن عملية نقل العضو هي الحل الوحيد و الأخير لإنقاذ صحته من الهلاك. كما يمكن أن يفيد بنسب تحقق المخاطر المقترنة بعملية الزرع مقارنة بنسب تحقق المخاطر المرتبطة بالتطور الطبيعي للمرض على المدى القصير إذا بقي بدون نقل العضو.⁹ من جهة أخرى يجب أن يشتمل الإعلام في مجال نقل الأعضاء على احتمال رفض الجسم للأعضاء الجديدة و طريقة حياة المريض بعد عملية الزرع لكي يتفادى مثل هذه الاحتمالات مستقبلا. كما يمكن للطبيب أن يوضح للمريض مدى إمكانية اللجوء إلى عملية ثانية في حالة فشل العملية الأولى، و هي أمور حدثت في الكثير من المرات في مجال زرع الكلى و زرع القلب.¹⁰

و لا يلتزم الطبيب بإعطاء معلومات تقنية تفصيلية و لكنه ملزم عمليا بجعل المريض مدركا لخطورة حالته الصحية ضمن خطوطها الرئيسية بطريقة عقلانية مع ضرورة اشتغال الإعلام على العناصر التي حددتها التشريعات في الدول التي نظمت هذه المسألة بنصوص صريحة مثل التشريع الفرنسي (قانون 04 مارس 2002)¹¹ الذي أوجب أن يشتمل الإعلام على العناصر التالية؛

- حالة المريض الصحية و تشخيص المرض،
- طبيعة العلاج المقترح،
- مخاطر العلاج المقترح،
- البدائل و الاختيارات العلاجية الأخر
- آثار رفض العلاج أو البقاء بدون.¹²

⁹ Dubo, B., "La transplantation d'organes", thèse, op.cit., p. 137.

¹⁰ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 253.

¹¹ Loi n° 2004-303 du 04/30/2004 relative aux droits des patients, précité.

¹² L'information doit porter sur "Les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilités, leur urgence éventuelle, leur conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus...", Art. 1111/2 loi du 04 mars 2002. précité.

و من القواعد الجديدة أيضا التي جاء بها القانون المشار إليه في مجال الإعلام، بقاء التزام الطبيب بالإعلام قائما إلى فترة ما بعد العلاج. إذ يلتزم الطبيب بإخطار مريضه بأية مستجدات بخصوص علاجه أو مخاطره اللاحقة و هو ما يفرض عليه اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان الاتصال بالمريض عند الضرورة. مما يفيد أن المعطيات القانونية الحالية تتجه نحو التأكيد على حق المريض في السلامة البدنية و العقلية.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نص صراحة على وجوب إعلام المريض المستقبل للعضو حيث جاء في المادة 166 فقرة 5 ما يلي؛

" لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل للعضو أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك."

و لم يحدد التشريع الجزائري، كما هو واضح من المادة، عناصر الإعلام التي يجب تزويد المريض بها قبل الحصول على موافقته، و هو ما يعني أن تحديد هذه الأمور تبقى من اختصاص أهل الطب.

و تثير هذه المادة بعض التساؤلات بشأن من يلتزم بإعلام المريض المستقبل للعضو. فهل يمكن للطبيب المعالج أن يفوض هذا الأمر إلى غيره من أعضاء الفرقة الطبية لأجل إعلام المريض و الحصول على موافقته الكتابية؟

يتفق الفقه و القضاء اليوم على وجوب صدور الإعلام من الطبيب المعالج شخصيا، و هو ما تتجه إليه كذلك النصوص الجزائرية أيضا فهذا المجال¹³ إذ لا يوجد في القانون الجزائري ما يفيد صراحة إمكانية تفويض الطبيب غيره من الأشخاص للقيام بمهمة الإعلام. فالمادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية تتحدث فقط عن وجوب اجتهاد الطبيب المعالج من أجل إفادة المريض بمعلومات واضحة و صادقة حول العمل الطبي المقترح من دون أن تتعرض لإمكانية تفويضه لشخص آخر لتنفيذ هذه المهمة. غير أن المادة 73 من نفس المدونة تُحْمِلُ الطبيب مسؤوليته الشخصية بشأن واجباته المهنية التي يفرضها عليه عقد العلاج الطبي تجاه مرضاه و

¹³ راجع المدين بالالتزام بالإعلام ص. 99 من هذه الرسالة.

منها الالتزام بالإعلام المنصوص عليه في المادة 43 من المدونة، كما تُحمّله مسؤولية الأعمال التي يقوم بها مساعديه الذي يكون قد اختارهم بنفسه.

فمن المعلوم أنه في حالة ممارسة الطب في شكل فرق طبية يتولى عادة من الناحية العملية رئيس الفرقة الطبية أو الطبيب رئيس القسم أو المصلحة بإعلام المريض، أو يكلف أحد أعضاء الفرقة، بهذه المهمة بشرط أن يكون إعلام المريض مناسباً و كافياً حسب تخصص الأطباء المشاركين في العلاج.

غير أن طبيعة التدخل الطبي في مجال نقل الأعضاء و خصوصياته جعلت المشرع الجزائري يوجب صراحة إعلام المريض من قبل الطبيب المعالج طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، في حين يتم الحصول على موافقة المريض أمام رئيس المصلحة الصحية طبقاً للفقرة الأولى من المادة المشار إليها. فإذا كان الطبيب المعالج هو نفسه رئيس المصلحة، و هو المعمول به عادة، يتولى بنفسه إعلام المريض و الحصول على موافقته، إما إذا كان طبيباً آخر فيتولى الطبيب المعالج إعلام المريض بينما يتولى الطبيب رئيس المصلحة الحصول على الموافقة.

و يثور التساؤل في هذا المجال حول إمكانية حجب الطبيب المعالج لبعض المعلومات التي يخشى أن تؤثر على الحالة النفسية للمريض أو تدفعه إلى رفض عملية زرع العضو التي قد تكون نافعة لحالته؟

أولاً: في القانون الفرنسي:

لم يتضمن قانون 2002/03/04 الفرنسي المتعلق بحقوق المرضى¹⁴ أي إشارة إلى إمكانية حجب المعلومات الخطيرة المتعلقة بالحالة الصحية للمريض التي يخشى أن تؤثر على حالته النفسية. و سكوت المشرع الفرنسي بهذا الشأن يتعارض، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً، مع النصوص الصريحة التي تجيز ذلك في تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي.¹⁵

¹⁴ Loi du 04 mars 2002 relative aux droits des patients. précité.

¹⁵ Code de déontologie médicale fr. précité.

من جهة أخرى، يتجه قضاء النقض الفرنسي الحديث إلى إلزام الطبيب بإعلام المريض بكل المخاطر المتعلقة بالتدخل الطبي المقترح بما في ذلك المخاطر الاستثنائية.¹⁶ ففي ظل هذه المعطيات من الصعب الحديث عن إمكانية حجب الطبيب الفرنسي للمعلومات التي يرى فيها تهديدا للاستقرار النفسي لمريضه لأنه ملزم قانونا و قضاء بالإعلام الكامل رغم مساوئه.

ثانيا: في القانون الجزائري:

نشير بداية إلى أنه إذا كان الغرض من الإعلام هو تبصير المريض و مساعدته على اتخاذ القرار السليم بشأن حالته الصحية، فإن اعتماد مبدأ الإعلام الشامل بدون مراعاة الحالة النفسية للمريض من شأنه أن يؤدي إلى نتائج عكسية، كعزوف المريض عن العلاج مثلا أو عدم نجاح العملية بسبب الاضطراب النفسي الذي انتابه من جراء إعلامه بخطورة حالته الصحية أو بمخاطر العلاج المقترح. ففي هذا الإطار أشارت المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية¹⁷ إلى أنه؛

" يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق و إخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف يجب إبلاغها بالأمر. و لا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر و الاحتراز."

يتضح جليا من نص المادة أن الطبيب ملزم بتوخي الحذر الشديد في إعلام المريض عندما يتعلق الأمر بتشخيص مرض خطير،¹⁸ و هو ما ينطبق أيضا على العلاج المقترح الذي يتميز بنوع من الخطورة كالعلاجات الجراحية المتعلقة بزرع عضو أساسي كالكلية أو القلب. فهل يجوز الاستناد إلى نص المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب لحجب بعض المعلومات الخطيرة عن المريض المستقبل للعضو لأجل الحصول على موافقته بشأن الزرع و الحفاظ على استقراره النفسي المهم في هذا النوع من العمليات التي قد تكون مصيرية؟.

¹⁶ راجع تطور نظرية الرضا المتبصر في القضاء الفرنسي، ص. 66 من الرسالة.

¹⁷ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 صادر بتاريخ 06/07/92، سبقت الإشارة إليه.

¹⁸ يستثنى من ذلك ما أشارت إليه المادة 34 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية التي جاء فيها؛ " لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي و موافقته".

مبدئياً ليس في القانون الجزائري ما يمنع الطبيب من حجب المعلومات التي يقدر أنها ستؤثر سلباً على نفسية المريض.

غير أن طبيعة عمليات نقل الأعضاء و خصوصياتها تجعل الطبيب ملزماً بإعلام المريض الراشد بحقيقة ما يعاني منه من مرض و حاجته إلى زرع العضو المناسب لإنقاذ حياته. فهذه العناصر تشكل، رغم خطورتها، جوهر الإعلام الواجب للمريض المستقبل للعضو لكي تكون موافقته على العملية ذات قيمة قانونية. من ثم لا يمكن للطبيب أن يتستر على هذه العناصر تحت غطاء المصلحة العلاجية للمريض. من جهة أخرى، لا يتم عادة تنفيذ هذه النوع من العمليات، إلا بعد مدة معينة، قد تطول أو تقصر، لارتباطها بالحالة الصحية للمريض من جهة، و مدى توافر المتبرع بالعضو المراد زرعه من جهة أخرى، و هو ما يترك متسعاً من الوقت للطبيب لكي يحضر مريضه طبيياً و نفسانياً لقبول العملية.

لذلك يمكن القول، بكل تحفظ، أن التزام الطبيب في هذا المجال يتعدى حدود الإعلام. فالالتزام الطبيب بالعبارة الواجبة تجاه مريضه تفرض عليه معاملة المريض بالطريقة التي يراها مناسبة لتحقيق العلاج، و هو ما يتطلب بالضرورة الأخذ بعين الاعتبار شخصية المريض و ظروفه الخاصة أثناء علاجه. و بناء على ذلك يمكن إعلام المريض الذي يخشى تأثره بالمعلومات اللازمة عبر مراحل و أخذ الوقت اللازم من أجل إعدادة لتقبل عملية نقل العضو. و قد يكون لهذا الدور أهمية قصوى إذا كانت عملية الزرع هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة أو صحة المريض من الهلاك.

من هذا المنطلق قد لا يحتاج الطبيب إلى التستر على طبيعة العمل الذي يقترحه على المريض في مجال نقل الأعضاء و لا على الأخطار المقترنة بمثل هذه العمليات و هو ما يحقق الغرض الأساسي من اشتراط الرضا، ألا و هو الحصول على الموافقة الحرة و المتبصرة للمريض.

الفرع الثاني: صدور رضا المستقبل للعضو عن إرادة حرة:

لكي يكون رضا المستقبل للعضو مقبولاً قانوناً يجب أن يصدر عن إرادة حرة و مدركة. و قد سبق و أن تعرضنا لهذا الشرط بالتفصيل ضمن الأحكام العامة للرضا في الفصل الثالث من هذه الرسالة. و عليه سنتناول في هذا الفرع الإشكالات التي يثيرها هذا الشرط في الرضا المطلوب لزرع الأعضاء.

و المقصود بهذا الشرط أن يصل المريض إلى قرار بشأن الموافقة أو رفض عملية زرع العضو بإرادته الحرة و إدراك تام لعواقب ذلك. فلا يمكن الحلول محل المريض الراشد المتمتع بالقدرة على الإدراك بخصوص إعطاء هذه الموافقة.¹⁹ و يمنع على الخصوص اللجوء إلى التدليس أو الغش لحمل المريض على الموافقة، و مثاله إيهام المريض بضرورة خضوعه لعملية نقل عضو من الأعضاء لأغراض مالية بحتة، أو كأن يكون المريض فعلا بحاجة إلى العضو، إلا أن الطبيب يحجب عنه المعلومات الضرورية، خاصة ما يتعلق منها بالمخاطر، أو كأن يؤكد له خلو العملية من هذه المخاطر لغرض انتزاع منه موافقته عليها. و هذه الحالة الأخيرة كثيرة الوقوع بسبب الاعتقاد الخاطئ لدى الأطباء و الجراحين بأن المريض غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما و ينسى أو يتناسى بالأحرى هؤلاء أن المريض هو الوحيد الذي يملك، من الناحية القانونية، سلطة الموافقة أو رفض ما يقترحه عليه الطبيب، طالما أنه كامل الأهلية و يتمتع بنعمة الإدراك. كما أن هناك اتفاق فقهي و قانوني على رفض إجبار المريض، في غير الحالات المنصوص عليها قانونا، على قبول أي علاج طبي و لو كان في مصلحته.²⁰ و هو ما يشكل تأكيدا على حق الفرد في سلامته البدنية و العقلية و وجوب الحصول على موافقته المسبقة بشأن أي مساس بجسمه، فعهد الوصاية الطبية قد ولى كما أشرنا إليه في موضع سابق.²¹

و تتطلب الموافقة الحرة للمريض من جهة أخرى إن تصدر عن المريض بعيدا عن الضغوط العائلية التي كثيرا ما تشكل مصدر إكراه على إرادة المريض. فإذا كانت هذه الضغوط مقبولة، كما قيل، في الجراحة العادية إلا أنها لا تعد كذلك في عمليات نقل و زرع الأعضاء بسبب المخاطر الكثيرة التي تميزها و التي لا يمكن أن يسند أمر تقديرها إلى غير المريض.²² من ثم يجب أن يؤسس قرار المريض بالموافقة أو الرفض على تقديره الشخصي لهذه الأمر بناء على المعلومات التي تكون بحوزته و من خلال المقارنة بين منافع و أضرار العملية، و بتعبير آخر يجب أن تكون الموافقة شخصية.²³

و مع ذلك يبقى للعائلة و الطبيب المعالج الدور الفعال في مساعدة المريض و إعداده لقبول عملية الزرع باعتبارها الحل الوحيد لإنقاذ صحته أو حياته، و غني عن البيان أن التكفل

¹⁹ Savatier, R. note sous Rouen 17 déc. 1970 Dalloz 1971. p. 152.

²⁰ Charaf-eddine, "Droit de la transplantation d'organes", thèse, op.cit. p. 271.

²¹ راجع تطور نظرية الرضا المتبصر، ص. 60 من الرسالة، راجع أيضا، د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 120.

²² Charaf-eddine, op.cit. p. 213.

²³ د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 120.

بالمريض بهذه الكيفية لا يعني بالضرورة فرض العلاج عليه، و إنما مساعدته على إدراك ضرورة قبول العلاج المقترح و المتمثل في عملية زرع العضو.

الفرع الثالث: أهلية المريض المستقبل للعضو:

يعتبر بلوغ سن الرشد من الشروط الأساسية للكثير من التصرفات القانونية خاصة بالنسبة لتلك التصرفات أو القرارات التي تخلف آثار قانونية هامة. و لم يستثنى المشرع الجزائري الموافقة على الأعمال الطبية من هذه القاعدة. حيث تقتصر الموافقة في هذا المجال على كامل الأهلية الذي يتمتع بكامل قواه العقلية و من دون أن يحجر عليه.²⁴

و لهذا الشرط أهمية كبرى في عمليات نقل الأعضاء لأن موافقة المريض لا تكون مقبولة من الناحية القانونية إلا إذا صدرت عن شخص واع و مدرك و قادر على التعبير عن إرادته. و السبب في ذلك أن عمليات زرع الأعضاء تتميز بمخاطر استثنائية و الموافقة عليها يعنى الموافقة على تحمل المخاطر المقترنة بها، و لا يترتب هذا الأثر إلا صدرت الموافقة عن ذي أهلية قانونية كاملة.

و بناء على ما تقدم تقتصر الموافقة على عمليات زرع الأعضاء في القانون الجزائري على المريض كامل الأهلية و هو البالغ لسن الرشد المحدد بتسعة عشر (19) سنة كاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني، و المتمتع في نفس الوقت بكامل قواه العقلية.

أما المريض الذي لم يبلغ سن الرشد بعد أو بلغه و لكنه يعاني من سفه أو عته أو لا يمتلك القدرة على فهم و تقدير عملية زرع العضو بسبب حالته الصحية المتدهورة، فإنه يخضع في هذه الحالة لحماية القانون الذي حدد الأشخاص الذين يتولون الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به و منها الموافقة على عمليات الزرع الأعضاء.²⁵ و عليه، فإن عدم القدرة على الموافقة في هذه الحالات مرده عدم اكتمال الأهلية القانونية (القاصر و من في حكمه) أو افتقار المريض إلى الأهلية الفعلية (الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته).

²⁴ راجع رضا الصغير في القانون الجزائري ، ص. 136 من الرسالة.

²⁵ و قد أشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى أن المشرع الجزائري لم يميز بين القاصر المميز و القاصر غير المميز بشأن التدخلات الطبية و هذا على خلاف الكثير من التشريعات الغربية التي تميز بينهما و تجيز للقاصر المميز الموافقة على الأعمال الطبية التي تخدم مصلحته بما في ذلك عمليات زرع الأعضاء لأنه المستفيد منها . راجع، رضا القاصر في بعض التشريعات الغربية، ص. 131 من الرسالة.

و في هذا الإطار حددت المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الأشخاص المخول لهم صلاحية الموافقة على عمليات الزرع في هذه الحالات كالتالي؛

أولاً: حالات عدم اكتمال الأهلية القانونية:

و تناولتها المادة 166 فقرة 3 حيث جاء فيها؛ "و إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي، حسب الحالة." فطبقاً لهذا النص إذا كان المريض عديم الأهلية انتقل حق الموافقة على عملية الزرع إلى صاحب السلطة القانونية عليه و هو الأب. و في حالة عدم وجود الأب تنتقل هذه السلطة إلى الأم. أما في حالة فقدان الأب و الأم معا ينتقل هذا الحق للولي الشرعي. كما تناولت الفقرة الرابعة من نفس المادة نفس الموضوع حيث جاء فيها؛ "أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب، و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي." مما يعني أن التدخل الطبي على القاصر مشروط بموافقة الأب أو الولي الشرعي، و هو تكرار لحكم عديم الأهلية.

من ثم لا يرى الباحث لزوماً لهذه الفقرة لأنها لم تأتي بالجديد. فسواء كان المريض ناقص أهلية أو عديمها تنتقل سلطة الموافقة على الأعمال الطبية الماسة بسلامته الجسدية إلى ممثليه الشرعيين و هم الأب أو الأم أو الولي الشرعي، و سبب ذلك أن المشرع الجزائري لم يميز، كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفاً، بين القاصر المميز و القاصر الغير مميز في مجال الموافقة على الأعمال الطبية. مما يعني أن موافقة الولي في القانون الجزائري تبقى ضرورية في كل الأحوال و هذا بخلاف ما ذهب إليه البعض من أنه يجوز للطبيب الاعتماد بموافقة القاصر إذا كان هذا الأخير يتميز بقدر كافي من الفهم و الإدراك.²⁶

ثانياً: حالات افتقار المريض للأهلية الفعلية:

1- قد يكون المريض المستقبل للعضو كامل الأهلية و متمتعاً بكامل قواه العقلية، غير أن حالته الصحية تمنعه من التعبير عن إرادته الفعلية بشأن عملية الزرع، كأن تكون صحته متدهورة إلى حد كبير أو يكون فاقداً للوعي. ففي هذه الحالة حددت المادة 166 فقرة 2 الأشخاص الذين يمكنهم النيابة عنه في إعطاء هذه الموافقة حيث جاء فيها؛

" و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته،

حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه، أن يوافق على ذلك كتابياً."

²⁶ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 259.

و قد رتبت المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أعضاء الأسرة الذين يجوز لهم الموافقة مكان المريض كالتالي؛ الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. و من الطبيعي أن يخص المشرع الجزائري أقرباء المريض بحق الموافقة على العمليات الخطيرة التي يحتاج إليها قريبتهم باعتبارهم المعنيين الأوائل بصحة هذا الأخير، و هو نوع من الحماية المقررة للشخص عندما تمنعه ظروفه الصحية من اتخاذ القرارات الخاصة به بنفسه.

2- قد تتطلب حالة المريض تدخلا طبيا سريعا بسبب تدهور حالته الصحية أو بسبب الحصول على العضو الذي يجب مباشرة عملية زرعه لدى المريض بدون تأخير و لا يمكن الانتظار إلى حين الاتصال بأهل المريض لغرض الحصول على موافقتهم، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الأخيرة من المادة 166 للطبيب مباشرة عملية الزرع بدون الحصول على موافقة المريض أو موافقة أهله و لكن بشرط إثبات هذه الحالة من قبل رئيس المصلحة و بحضور شاهدين. فقد نصت الفقرة المشار على أنه؛

" يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى و الثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته، في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل. و يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين."

و تدخل هذه الحالة في نطاق حالة الضرورة التي سبقت مناقشتها في موضع سابق ضمن هذه الدراسة.²⁷ فطبقا للأحكام العامة التي تحكم حالة الضرورة، يجوز للطبيب مباشرة التدخل الطبي الضروري لحماية صحة أو حياة المريض متى توافرت شروط الضرورة في الخطر الذي يهدد صحة أو حياة المريض و المتمثلة في؛

- جسامة الخطر،
- و أن يكون الخطر حالا، بمعنى وجوب التدخل السريع لإنقاذ حياة أو صحة المريض.

²⁷ راجع التدخل الطبي في حالة الضرورة، ص. 156 و ما يليها من الرسالة.

و تزداد هذه الفرضية لدى المرضى الذين ينتظرون زرع الأعضاء لأن إجراء عملية الزرع مرتبط إلى حد كبير بالحالة الصحية للمريض من جهة و جاهزية العضو (disponibilité) المراد زرع من جهة أخرى. فقد تطرأ ظروف استثنائية على الحالة الصحية للمريض توجب التدخل السريع في وقت لا يمكن فيه الحصول على موافقة المريض و لا على موافقة أهله.²⁸

و قد اشترط المشرع الجزائري، لمباشرة عملية زرع العضو بدون الموافقة المسبقة للمريض المعني أو أهله، أن يتم إثبات حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل السريع، و أسند هذه المهمة إلى الطبيب رئيس المصلحة التي يوجد بها المريض و بحضور شاهدين اثنين. و لم يحدد المشرع صفة هؤلاء الشهود، غير أن طبيعة الشهادة المطلوبة توجب أن يكون هؤلاء من أهل الطب.

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية لرضا المتبرع:

تطرقنا في المبحث السابق إلى أهمية موافقة المريض المستقبل للعضو، و تناولنا بالتحليل الشروط الشكلية و الموضوعية التي يجب توافرها في رضا المريض حتى يمكن الاعتماد به قانونا في مجال عمليات نقل الأعضاء. و قد توصلنا إلى أن الغرض من تلك الشروط هو التحقق من صدور رضا المريض عن وعي و دراية كاملة بالعواقب التي تنجر عن تنفيذ عملية نقل العضو خاصة فيما يتعلق بالمخاطر المرتبطة بها. كما بينا أحكام القانون بخصوص شرط الموافقة على هذه العمليات عندما يكون محلا لها مريض عديم أو ناقص الأهلية، و توصلنا إلى أن الغرض من تحديد المشرع للأشخاص الذين يمكنهم الإنابة عن المريض القاصر أو من في حكمه، بشأن الموافقة على هذه العمليات، هو حماية السلامة البدنية لهذه الطائفة من المرضى.

و لقد قرر القانون هذه الحماية للمريض رغم أنه هو المستفيد المباشر من عمليات نقل الأعضاء. بمعنى أن موافقة المريض تبقى ضرورية رغم أن المساس بسلامته الجسدية أمر لا مفر منه بحكم حاجته إلى العضو الذي قد ينقذ حياته من الهلاك.

²⁸ لتجنب المشاكل التي تثيرها هذه الوضعية نص التشريع الفرنسي في قانون 2002/03/04 على وجوب تعيين المريض لما سماه بالشخص الأمين "Une personne de confiance" عند الدخول إلى المستشفى مهمته اتخاذ القرارات الصحية الخاصة بالمريض في الحالات التي يعجز فيها المريض عن إبداء رأيه بشأنها شخصيا. راجع ص. 168 و ما بعدها من الرسالة.

فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمريض فإن المتبرع بالعضو، خاصة المتبرع الحي، يستحق حماية أكبر في هذا المجال لأنه يعرض حياته أو صحته للخطر من أجل مصلحة الغير، و هو ما يجعل موافقته على قدر كبير من الأهمية من الناحية القانونية.

و لتوضيح ذلك سنتناول بالتحليل في المطالب الموالية الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في رضا المتبرع و تشمل شرعية محل الرضا، أهليته و خصائصه.

المطلب الأول: شرعية محل الرضا:

لكي يعتد برضا المتبرع في مجال نقل الأعضاء من الناحية القانونية يجب أن ينصب على أمر جائز شرعا و قانونا. إذ لا يجوز نقل الأعضاء البشرية و زرعها في جسم إنسان آخر إلا وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون. و قد تصطدم عملية الاستقطاع بفكرة النظام العام و الآداب العامة، و هو ما يعني عدم جواز اقتطاع الأعضاء التي يعد نزعها مخالفا للنظام العام و لو تم ذلك بموافقة المتبرع.

و يدخل ضمن ذلك اقتطاع الأعضاء الذي يؤدي إلى الوفاة أو إلى أضرار جسيمة و كذا نقل الأعضاء التناسلية.²⁹ و بناء على ما تقدم إذا وافق شخص على اقتطاع عضو أساسي يترتب عليه وفاته، فإن ذلك يعد انتحارا بالنسبة له³⁰. أما بالنسبة للطبيب الذي يباشر عملية الاقتطاع من أجل زراعته لدى شخص آخر فإنه يرتكب جريمة القتل العمد.³¹

المطلب الثاني: الأهلية اللازمة للموافقة على التبرع بالأعضاء:

لا يثير شرط الأهلية القانونية أي إشكال عندما يتعلق الأمر بالمتبرع الذي اكتمل سن الرشد و يتمتع بالقدرة على الإدراك و التمييز، و إنما تثار هذه المسألة عندما يكون يتعلق الأمر بالمتبرع القاصر. فهل يجوز نقل الأعضاء من أجسام القصر و هل يمكن الاعتراف برضا القاصر بشأن هذه العمليات في مواجهة الغير؟

و عليه سنتناول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال التعرض لموقف التشريعات من هذه المسألة مبرزين موقف الشريعة الإسلامية منها و كذا موقف المشرع الجزائري.

²⁹ راجع شروط إباحة عمليات نقل الأعضاء، ص. 302 و ما يليها من الرسالة.

³⁰ فتوى رقم 79/122 صادرة من وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية في الكويت. و قال بنفس الحكم بيان الأزهر الشريف الصادر سنة 1998 في هذا الشأن. أشار إليهما د. طارق سرور، المرجع السابق، هامش رقم 1 ص. 194.

³¹ د. طارق سرور، المرجع السابق، و في نفس المكان.

الفرع الأول: موقف التشريعات من الاقتطاع من أجسام القصر:

لم تفق التشريعات بشأن هذه المسألة المهمة، فمنها من يرفض أصلاً إباحة استقطاع الأعضاء من القصر و منها من يقصره على بعض الأعضاء أو الأنسجة و بشروط مشددة.

أولاً: الاتجاه الرافض لاستقطاع الأعضاء من القصر:

لا يجوز للقاصر وفقاً لهذا الاتجاه³² أن يوافق على اقتطاع الأعضاء من جسده، و لا يخضع للنيابة القانونية لأن المسألة لا تتعلق بحماية حقوقه المالية. من ثم يعتبر الرضاء الصادر من القاصر في مجال نقل الأعضاء رضاء معيباً و لا يعتد به.³³ و عليه، لا يجوز الاقتطاع، وفقاً لهذا الاتجاه، إلا من الأشخاص المتمتعين بالأهلية القانونية الكاملة.

و لقد اختلفت التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه بشأن تحديد السن الذي يؤخذ بعين الاعتبار في مجال اقتطاع الأعضاء البشرية. فقد حدد القانون الإسباني هذا السن بثمانية عشرة (18) سنة و بشرط تمتع المعني بكامل قواه العقلية.³⁴ في حين حدد القانون الدانمركي هذا السن بواحد و عشرين (21) سنة، و لم يجز هذا القانون موافقة الأسرة أو الممثل القانوني.³⁵

أما الدول العربية فقد حدد التشريع الكويتي السن القانوني للموافقة على عمليات نقل الكلى بثمانية عشرة (18) سنة.³⁶ في حين اشترطت المادة الرابعة من القانون الأردني المتعلق بزراعة الأعضاء أن يكون المتبرع كامل الأهلية.³⁷ و هو ما ذهب إليه أيضاً القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة في مادته الثانية،³⁸ و القانون اللبناني بشأن نقل الأعضاء في مادته الأولى.³⁹ أما القانون المغربي فقد نص صراحة على عدم جواز الاقتطاع من جسم شخص قاصر أو خاضع للحماية القانونية.⁴⁰

ثانياً: الاتجاه المبيح لاقتطاع الأعضاء و الأنسجة من أجسام القصر بشروط:

³² Penneau, "La responsabilité médicale" op.cit., p. 15.

³³ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 201.

³⁴ القانون الإسباني رقم 2070 الصادر بتاريخ 1999/12/30، أشار إليه د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 202.

³⁵ La question du droit comparé, dans le site, <http://www.users.skynet.be/web/drt/droitcomp.htm>

³⁶ القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983 بشأن عمليات زراعة الكلى، الجريدة الرسمية الكويتية، العدد 1459، السنة الثامنة و العشرون،

الصادرة بتاريخ 20 فبراير 1983.

³⁷ القانون الأردني رقم 23 الصادر سنة 1977، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، العدد 2703 الصادر بتاريخ 1 جوان 1997

³⁸ القانون الاتحادي الإماراتي المتعلق بنقل الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

³⁹ راجع ورقة العمل المقدمة من المركز العربي للبحوث القضائية و القانونية حول نقل و زرع الأعضاء البشرية و الاستنساخ و إيجار الرحم، المقدمة إلى الندوة العلمية المنعقدة في بيروت سبتمبر 2000، سبقت الإشارة إليها.

⁴⁰ حيث نصت المادة 11 منه على أنه؛ " لا يجوز أخذ عضو لأجل زرعه من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية." القانون المغربي المتعلق بنقل و زراعة الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية عدد 4726 الصادرة بتاريخ 16 سبتمبر 1999.

على خلاف الاتجاه الأول اتجهت بعض التشريعات إلا إجازة الاقتراع من الأشخاص القصر.⁴¹ و لما كان القاصر لا يستطيع توجيه رضاه بشأن هذا الاقتراع أسند هذا الأمر إلى ممثله القانوني على أساس أن هذا الأخير هو أحرص الناس على صحة و حياة من يقع على عاتقه واجب رعايته.⁴² غير أن هذه الإجازة مقتصرة في الكثير من التشريعات على الأنسجة المتجددة و ضمن شروط محددة. فلقد حددت التشريعات التي أجازت الاقتراع من القصر الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا لهذا الاقتراع. و كقاعدة عامة لا يجوز اقتراع سوى الأنسجة المتجددة في جسم القاصر مثل النخاع العظمي (moelle osseuse) و غيره من المواد المتجددة.

و من التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، التشريع الفرنسي الذي منع مبدئيا الاقتراع من جسم القاصر⁴³ ثم استثنى عن ذلك اقتراع النخاع الشوكي لفائدة أخ أو أخت ضمن شروط قانونية محددة نصت عليها المادة 3-1231 L من قانون الصحة العامة.⁴⁴

فوفقا لما جاء في المادة المشار إليها أعلاه يجوز الاقتراع من جسم القاصر إذا تعلق الأمر بنقل النخاع الشوكي و يشترط لذلك؛

- أن يكون التنازل لفائدة أخ أو أخت،
- موافقة من له السلطة الأبوية على القاصر المتبرع أو ممثله القانوني،
- كما يشترط أن يعبر عن الرضا أمام رئيس المحكمة أو أمام قاضي يعينه هذا الأخير خصيصا لهذا الغرض. و في حالة الضرورة يمكن التعبير على الرضا، بكل الطرق، أمام وكيل الجمهورية.

⁴¹ حيث يجيز القانون الكندي منذ 1990 اقتراع الأعضاء من الشخص البالغ من العمر ستة عشر سنة (16) كاملة فما فوق، أما القاصر الذي لم يبلغ بعد هذا السن فيمكنه الموافقة فقط على اقتراع الأنسجة المتجددة. مشار إليه لدى د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 206 و 207. و هو ما سار عليه أيضا القانون الإنجليزي (The Human Organ Transplants Act 1989) المتعلق بزرع الأعضاء و الأنسجة البشرية. سبقت الإشارة إليه. حيث يجيز نقل الأعضاء بين الأحياء بشرط وجود قرابة بين المستفيد و المتبرع بالعضو و بدون تمييز بين الراشد و القاصر، و ذلك على أساس أن القانون الإنجليزي يعتبر الشخص البالغ من العمر 16 سنة و المتمتع بقواه العقلية أهلا للموافقة بنفسه على كل الأعمال الطبية مهما كانت جسامتها. و في حالة اعتراض الأهل يحال النزاع إلى المحكمة. راجع رضا القاصر، ص. 131.

⁴² د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 203.

⁴³ حيث نصت المادة 2-1231 L من قانون الصحة العامة الفرنسي كالتالي؛

“ **Aucun prélèvement d’organes, en vue d’un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l’objet d’une mesure de protection légale**”, Art .L 1231-2 , du code de la santé français, Loi n° 94-653 du 29/07/1994 .

⁴⁴ “ **Par dérogation aux dispositions de l’article L. 1231-2, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.**

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l’autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui. En cas d’urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la république.

L’autorisation d’effectuer le prélèvement est accordée par un comité d’experts qui s’assure que le mineur à été informé du prélèvement envisagé en vue d’exprimer sa volonté, s’il est apte. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.” Art. 1231-3 du code de la santé publique fr. précité.

- الحصول على الترخيص بالاقتطاع من لجنة من الخبراء بعد تأكد هذه الأخيرة من علم المتبرع القاصر بعملية الاقتطاع و عدم اعتراضه على ذلك. و معنى ذلك أن رفض القاصر يوقف عملية الاقتطاع بغض النظر عن موافقة أبواه أو ممثله القانوني.⁴⁵

و قد ثار التساؤل حول المقصود بالأخ أو الأخت عند تطبيق هذا النص. فهل المقصود بهم الاخوة الأشقاء، الأخوة لأب أم الاخوة لأم ؟

فلقد طرح هذا الموضوع للنقاش على الجمعية الوطنية الفرنسية أول مرة و لكنها لم تصل بشأنه إلى حل.⁴⁶ غير أنه لما كان نجاح عمليات نقل الأعضاء متوقفا على التوافق النسيجي بين المتبرع و المستفيد من العضو، يرى البعض وجوب أن يشمل النص الاخوة لأب و الاخوة لأم أيضا.⁴⁷

و في هذا الصدد تمنع اتفاقية نيويورك المتعلقة بحقوق الطفل⁴⁸، التي وقعت و صادقت عليها فرنسا، أي تمييز بسبب النسب، و تؤكد حق كل طفل في التمتع بأفضل حالة صحية ممكنة، و هو ما يقتضي إدراج الاخوة لأب و الاخوة لأم ضمن المستفيدين من عملية نقل الأعضاء المتجددة.⁴⁹

و يمكن تعليل إباحة التشريع الفرنسي لاقتطاع النخاع الشوكي من القاصر بهذا التشدد برغبة هذا الأخير في إباحة الانتفاع الطبي بهذه الأنسجة بين الاخوة، خاصة إذا كانت هي السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الأخ أو الأخت، و في نفس الوقت إحاطة القاصر المتبرع بالحماية القانونية اللازمة حتى لا يتعرض للضغط العائلي من جهة و لمنع تجارة الأعضاء من جهة أخرى.⁵⁰ كما أن النخاع العظمي مادة متجددة في جسم الإنسان و لا تشكل عملية نقله أي خطورة على حياة أو صحة المتبرع القاصر. يضاف إلى ذلك أنه من شروط نجاح عملية النخاع العظمي وجوب

⁴⁵ V. Granet-Lambrechts, F., "Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthique, Revue. de Droit Sanitaire et Social, 1995. p. 8., aussi voir, Nefussy-Leroy, N., "Organes Humains", Editions Eska, Paris 1999. p. 141.

⁴⁶ Mattei, J.F., Rapport fait au nom de la commission mixte péritaire sur les projets de loi sur la bioéthique, Doc. Sénat, 1993, N° 497. p. 13.

⁴⁷ Granet, F. "Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain ; de la loi caillavet aux lois de bioéthiques, Rev. Trim. Drt. Sani. Soc., Jan-Mar. 1995. p. 4.

⁴⁸ المادة الثانية و المادة الرابعة و العشرين من اتفاقية نيويورك المتعلقة بحقوق الطفل، أشار إليها د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 321.

⁴⁹ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، نفس المكان.

⁵⁰ Nefussy-Leroy, N., op.cit. p. 141.

التوافق النسيجي بين المتبرع و المستقبل و هو ما يتحقق بنسب أعلى عندما تتم العملية بين الاخوة. و قد سارت على هذا النهج دول أوربية أخرى كاليونان و إسبانيا.⁵¹

و يلاحظ بخصوص هذه المسألة أن القانون الفرنسي قد أجاز استقطاع مادة النخاع العظمي من جسم القاصر فحسب، و هذا بخلاف ما نصت عليه الاتفاقية الأوربية المعروفة باتفاقية Oveido⁵² من جواز الاقتطاع من القاصر ليس فقط النخاع العظمي و إنما باقي الأنسجة و الأعضاء المتجددة لديه (Tissus régénérables).⁵³ لذلك أجازت بعض التشريعات الأوربية استقطاع أعضاء أخرى من القاصر عدا النخاع العظمي، و لكن بشرط أن تكون متجددة، و مثالها القانون النرويجي الصادر سنة 1983 و القانون الهولندي الصادر سنة 1990 و نظيرهما البرتغالي الصادر سنة 1993.⁵⁴ كما حدد القانون البلجيكي السن القانوني لإمكان الموافقة على التبرع بالأعضاء بثمانية عشر (18) سنة كاملة.⁵⁵ في حين أجازت مادته السابعة استقطاع الأعضاء ممن لم يبلغ هذا السن (سنة 18) إذا كانت عملية الاستقطاع لا تشكل أية خطورة عليه أو إذا كان العضو أو النسيج محل الاقتطاع من الأنسجة المتجددة. غير أنها اشترطت لتنفيذ مثل هذا الاقتطاع على القاصر الشروط التالية؛

- علاقة الأخوة بين المتبرع و المستقبل للعضو أو النسيج.
- رضا المتبرع بالعضو و الذي لا يجب أن يقل عمره عن خمسة عشرة (15) سنة.
- رضا الزوج أو الزوجة إذا كان المتبرع متزوج.
- رضا الشخص أو الأشخاص الذين، وفقا للقانون المدني، يتوقف زواج القاصر على موافقتهم.

و بهذا الموقف يعتبر القانون البلجيكي أقرب إلى القوانين التي أجازت الاقتطاع من القصر كالقانون الإنجليزي و الكندي منه إلى تلك التي منعت الاقتطاع أصلا أو تلك التي قصرت الإجازة على نقل النخاع الشوكي مثل القانون الفرنسي و الإسباني.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاقتطاع من جسم القاصر:

⁵¹ La question du droit comparé, site Internet précité.

⁵² اتفاقية أوربية خاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي، أدها مجلس أوربا و اللجنة الأوربية بتاريخ 04 أبريل 1997. أشار إليها د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 188 و 206.

⁵³ Prieur, S., "La disposition par l'individu de son corps", op.cit., p. 307.

⁵⁴ V. Nefussy-Leroy, op.cit., p. 141 et Prieur, S., op.cit., p. 307.

⁵⁵ حيث تنص المادة الخامسة منه على أنه؛ " مع عدم الإخلال بأحكام المادة السابعة لا يجوز استقطاع أعضاء أنسجة من إنسان حي إلا إذا بلغ المنقول منه ثمانية عشرة سنة، و بعد صدور رضا منه"، القانون البلجيكي بشأن استقطاع و زرع الأعضاء الصادر بتاريخ 14 أبريل 1987. مشار إليه لدى د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 207.

لا يثير التبرع بالأعضاء من الناحية القانونية أية مشاكل عندما يكون المتبرع كامل الأهلية، و هو موقف الشريعة الإسلامية أيضا، حيث يتفق الفقه الإسلامي على أنه يعتد برضا الإنسان البالغ و الكامل الأهلية في حدود ما يقتضيه الشرع و يبيحه.⁵⁶

أما رضا ناقص الأهلية أو فاقدها (كالصبي أو المجنون أو المعتوه) فلا يعتد به، لأن التصرفات القولية لناقص الأهلية لا يعتد بها.⁵⁷ و مفاد ذلك أنه إذا كان لا يعتد بتصرفات ناقص الأهلية أو فاقدها في أمواله، فمن باب أولى لا يعتد بها في مجال التبرع بالأعضاء لأن فقدان الأموال من جراء تصرفاته الغير سليمة يمكن تعويضه بخلاف اقتطاع العضو.⁵⁸ و بناء على ذلك لا يقبل رضا المتبرع القاصر بعضو من أعضائه.

مع العلم أنه يشترط أن يبقى المتبرع بالعضو متمتعا بالأهلية اللازمة حتى حين مباشرة التنفيذ باقتطاع العضو من جسده. من ثم إذا طرأ على أهلية المتبرع الموافق على الاقتطاع ما ينقص من أهليته كالمجنون أو غيره فإن ذلك يمنع الاستئصال إذ ربما لو بقي عاقلا لرجع عن موافقته.⁵⁹ و يطبق نفس الحكم في كل الحالات التي يترتب عليها فقدان أو نقص في الأهلية، و بناء على ذلك لا يعتد برضا المجنون أو المعتوه أو السفیه و ذي الغفلة لعدم توافر الملكات العقلية لديهم و التي تمكنهم من التصرف وفق ما يحقق مصالحهم.⁶⁰

غير أنه إذا كان لا يمكن الاعتداد بموافقة القاصر للأسباب المذكورة أعلاه، هل يجوز للولي الحلول محله في الموافقة على عملية الاقتطاع من جسمه ؟

يجب التنبيه بداية إلى أن الشريعة الإسلامية قد أوجدت نظام الولاية على النفس لغرض حماية الشخص الضعيف. و قد يكون الضعف إما لصغر في السن أو لعته أو جنون، و في كل الأحوال الحماية واجبة للأشخاص الذين لا يستطيعون مواجهة الحياة. و قد أسندت هذه المهمة للولي على النفس لكي يحافظ على صحة و سلامة من هم تحت رعايته، و يدخل ضمن ذلك عدم تعريض القاصر أو من في حكمه إلى الأخطار أو الهلاك.⁶¹

⁵⁶ لمزيد من المعلومات حول موقف الشريعة الإسلامية من شروط الرضا المرتبطة بالأهلية، راجع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 168.

⁵⁷ د. محمد نعيم ياسين، "حكم نقل الأعضاء"، المرجع السابق، ص. 39.

⁵⁸ راجع في هذا الصدد، عقيل بن أحمد العقيلي، المرجع السابق، ص. 279، و د. مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص. 234، و د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مرجع سابق، ص. 533.

⁵⁹ د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 39.

⁶⁰ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 309.

⁶¹ قريب من هذا المعنى راجع د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 279.

و لما كانت موافقة الولي على استئصال عضو من جسم القاصر تؤدي لا محالة إلى ضرر جسماني لهذا الأخير فإن أحكام الشريعة لا تعطي للولي على النفس سلطة التصرف في جسم القاصر إلا إذا كان المساس بجسم القاصر لأغراض مشروع كالعلاج.⁶²

و ذهب بعض الفقه إلى أن إجازة الاستقطاع حق شخصي محض للمتبرع لا يجوز أن يشاركه فيه أحد أو أن ينوب عنه فيه، و لا محل للقياس على التصرفات المالية و التصرفات الشخصية الأخرى كالزواج مثلاً.⁶³

و قد جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي، " و يراعى في ذلك اشتراط كون الباذل (المتبرع) كامل الأهلية "⁶⁴ و هو ما تضمنته أيضا الكثير من التشريعات العربية⁶⁵ و رغم صراحة هذه الفتاوى و النصوص القانونية بشأن منع استقطاع الأعضاء من القصر، إلا أن بعض الفقهاء يقولون بضرورة استثناء بعض الحالات الخاصة بشأن هذا الشرط كما هو الحال في استقطاع عضو من أحد الأشقاء القاصرين لزراعة في جسم أحد أشقائه، أو في الحالات التي لا يصلح فيها النقل إلا من الأشقاء كما هو الأمر بشأن نقل نقي العظام (النخاع) لمعالجة بعض أنواع سلطان الدم. ففي هذه الحالة الأخيرة (زرع النخاع) يرى بعض الفقهاء⁶⁶ بضرورة الاكتفاء بموافقة الولي.⁶⁷

نستخلص مما تقدم أن أحكام الشريعة لا تسمح بالموافقة على الاقتطاع إلا للأشخاص البالغين. أما قبل بلوغ سن الرشد فلا يجوز بأي حال من الأحوال الاقتطاع من جسم القاصر و لو برضاه.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من اقتطاع الأعضاء من القصر:

⁶² قريب من هذا المعنى راجع د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 37.
⁶³ د. جاسم على سالم، " نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون تاريخ، ص. 277.
⁶⁴ فتوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بتاريخ 88/02/11 بجدة، ذكره د. محمد على البار، المرجع السابق، ص. 140.
⁶⁵ راجع على سبيل المثال، المادة 4 من التشريع القطري، المادة 2 من القانون الإماراتي، المادة 2 من القانون الكويتي، المادة الأولى من القانون اللبناني، و المادة 11 من القانون المصري، أشار إليهم الدكتور عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، هامش 37، ص. 26.
⁶⁶ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 27.
⁶⁷ من بين التشريعات التي سارت على هذا النهج التشريع الفرنسي الذي يسمح بقبول تبرع الأشقاء القصر بموافقة الولي، و من التشريعات العربية التشريع العراقي سابقا في مادته الثالثة؛ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، هامش 38 ص. 26. راجع في هذا الصدد دراسة د. أحمد شوقي أبوخطوة، " القانون الجنائي و الطب الحديث " دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 54، د. محمد على البار، المرجع السابق، ص. 146، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 86.

لقد تطرقت إلى هذه المسألة المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها؛
" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز".
و من استقراء هذه المادة يتضح أن موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة جاء متفقا مع أحكام
الشريعة الإسلامية و مع الاتجاه الذي سارت عليه الكثير من التشريعات و القاضي بمنع الاقتراع
من أجسام القصر.⁶⁸

و طبقا للمادة 163 المشار إليها أعلاه، يمنع الاقتراع ليس فقط من القصر و إنما كذلك من
الأشخاص الراشدين المحرومين من نعمة الإدراك، و هم الأشخاص الذين يفتقدون إلى القدرة
على تقدير الأمور تقديرا سليما كالمجنون أو السفیه أو المعتوه طبقا للمادة 42 من القانون المدني
الجزائري التي جاء فيها؛ " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في
السن أو عته أو جنون..." و قد اعتبرت المادة 43 من نفس القانون كل من السفیه و المعتوه
ناقصي الأهلية.⁶⁹ من ثم يخضع هؤلاء في تصرفاتهم لنظام الولاية أو الوصاية المنصوص عليها
في المادة 44 من القانون المدني. فلا يمكنهم الخضوع للأعمال الطبية العلاجية إلا بموافقة الولي
أو الوصي المسؤول عن رعايتهم. أما اقتطاع الأعضاء من أجسام هؤلاء فهو محظور أصلا، و لا
يجوز توقيعه على هذه الطائفة سواء بموافقة الولي أم لا.
و على هذا الأساس يستبعد في القانون الجزائري القاصر أو من في حكمه من مجال عمليات نقل
الأعضاء.

و يرى الباحث أن هذا الموقف يحقق الحماية القانونية اللازمة للقاصر أو من في حكمه لأن
الموافقة على نقل الأعضاء تصرف خطير يحتاج إلى تخمين طويل و إلى استعداد نفسي لدى
المتبرع و هو ما يفتقر إليه القاصر. فليس من العدل أن يعرض الولي أو الوصي إنسان قاصر
إلى هذه التجربة و لو برضاه لأنه لا يدرك في الحقيقة عواقب ما هو مقبل عليه على المدى البعيد
و عليه فإن قرار حضر الاقتراع من أجسام القصر قرار صائب.

غير أنه يعاب على التشريع الجزائري عدم إجازته الاستثنائية لعمليات نقل النخاع الشوكي
من القصر رغم أنها مادة متجددة في الجسم البشري كالدّم و غيره، و لا يشكل اقتطاعها أي
مشاكل صحية بالنسبة للمتبرع و لو كان قاصرا. مع العلم أنه يشترط من الناحية الطبية التوافق
النسيجي بين المتبرع و المستقبل في هذا النوع من النقل و هو أمر ممكن بين الأخوة. فبإمكان

⁶⁸ و تطبيقا لهذه المادة لا يجوز للزوجة القاصرة أن توافق على الاقتراع من جسدها و لو كان ذلك لفائدة أحد أبنائها لأن الزواج في
القانون الجزائري، و على خلاف القانون الفرنسي، لا يرشد القاصر.

⁶⁹ حيث تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري 43 " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان
سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون."

القاصر أن ينفذ أخاه أو أخته من الهلاك عن طريق نقل هذه المادة المتجددة لديه. إذ كثيرا ما نسمع أو نشاهد في وسائل الإعلام أطفالا أنقذوا إخوانهم من الموت عن طريق عمليات نقل من هذا القبيل. و قد تزداد أهمية هذه العملية بالنسبة للقاصر الذي تربطه علاقة خاصة بأخيه أو أخته كالتوأم مثلا. فلا شك أن الضرر الذي قد يصيب التوأم من فقدان أخيه أعظم بكثير من الخطر الذي قد يتعرض إليه من جراء عملية نقل النخاع.

و عليه بإمكان المشرع الجزائري، و على غرار نظيره الفرنسي، أن يجيز مثل هذه العمليات، اللهم إلا إذا كانت غير ممكنة من الناحية العملية في الجزائر، و يحدد الضوابط القانونية اللازمة لها كاشتراط أن تقتصر عملية النقل من القاصر على النخاع الشوكي، و اشتراط رابطة الأخوة بين المتبرع و المستفيد لمنع الاتجار بهذه المادة، تحديد سن معين للمتبرع، و كذا الحصول على الموافقة الكتابية أمام جهة مختصة.

المطلب الثالث: خصائص رضا المتبرع:

من المبادئ المستقرة في القانون الطبي ضرورة الحصول على الرضا المستنير أو المتبصر للشخص قبل مباشرة التدخل الطبي على جسمه. و تزداد أهمية هذا الشرط في مجال عمليات نقل الأعضاء لأن المتبرع بالعضو يعرض سلامته الجسدية للأخطار لفائدة الغير، و يقتضي ذلك أن يوافق على عملية الاقتطاع و هو على بصيرة من أمره. من ثم فإن لواجب الطبيب بالإعلام في عمليات نقل الأعضاء أهمية خاصة. كما يجب أن يصدر رضا المتبرع عن إرادة حرة. و المقصود بذلك أن يصدر الرضا عن المتبرع دون إكراه و بعيدا عن كل ضغط نفسي أو عاطفي تجاه المستقبل.

من جهة أخرى، لما كان الاقتطاع من المتبرع لا يحقق له أي مصلحة مباشرة يجب أن يحتفظ هذا الأخير بحق الرجوع في موافقته قبل تنفيذ العملية. و عليه ستكون هذه الخصائص موضوع دراستنا في الفروع الموالية.

الفرع الأول: يجب أن يكون رضا المتبرع رضاء حرا:

من الشروط الأساسية للاعتداد بموافقة المتبرع أن تكون صادرة عن إرادة حرة. و تكون كذلك إذا توافر فيها شرطان:

- كمال أهلية الشخص الملتزم بالموافقة،

فيجب أن يتحقق الطبيب أو القاضي الذي يكلف بالحصول على الرضا، في الأنظمة التي اشترطت صدور الرضا أمام جهة رسمية، من سلامة إرادة المتبرع. و يعني ذلك التأكد من قدرة الشخص على إصدار موافقة يعتد بها قانونا من حيث توافر شرطي الإدراك و الحرية.⁷¹ فإذا لاحظ الطبيب أو القاضي أن الشخص المائل أمامه مكره على الموافقة، مخدر أو خاضع للتتويم المغناطيسي، معنوه أو مجنون وجب عليه الامتناع عن إثبات ذلك الرضا.⁷²

و للإكراه مصادر متعددة. فقد يكون مصدره أفراد العائلة كما يمكن أن يكون مصدره هوى جامع تجاه الشخص المريض. و في كلا الحالتين يجب تنبيه المتبرع إلى ما هو مقدم عليه للتأكد من مدى استيعابه للمخاطر المحتملة في عملية الاقتطاع و مدى قبوله تحملها.

كما تنتفي الحرية عن الرضا إذا تم الحصول عليه عن طريق الغش أو التدليس كأن يتحصل الطبيب على رضا المتبرع بشأن اقتطاع أنسجة معينة في حين يباشر الطبيب عملية اقتطاع عضو مهم من جسم المتبرع كالكلية أو غيرها. و هو ما ينطبق أيضا على الغلط كأن يعتقد المتبرع بأن العضو أو النسيج المراد اقتطاعه هو متجدد في جسمه بينما الواقع خلاف ذلك. و غني عن التوضيح في هذا المجال دور الطبيب في تنوير المتبرع بالعضو من خلال شرح طبيعة عملية الاستئصال، محلها و مخاطرها حتى لا يقع المتبرع في الغلط. و لقد نصت بعض القوانين صراحة على عدم جواز الاقتطاع من الأشخاص الراشدين الذين يخضعون لإجراء من إجراءات الحماية القانونية، كالقانون الفرنسي⁷³ و القانون المغربي.⁷⁴

و يثور التساؤل حول إمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من المحكوم عليهم بالإعدام، و مدى شرعية موافقة السجين أو المحكوم عليه بالإعدام بشأن التبرع بالأعضاء ؟

⁷⁰ د. مجدي حسن خليل، " مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي " دار النهضة العربية، 2000، ص. 38.

⁷¹ يرى البعض أنه لا يكفي لصحة موافقة المتبرع التأكد فقط من تمتع المتبرع بقواه العقلية و خلو إرادته من العيوب، بل يجب إخضاعه للكشف الطبي النفساني للتأكد من عدم لجوء هذا الأخير إلى التبرع بالعضو كوسيلة للانتحار أو كوسيلة لجلب اهتمام الناس به و احترامه. راجع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 309.

⁷² د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 209.

⁷³ " **Aucun prélèvement d'organes , en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale** ", L'art. L 1231-2 du code de la santé publique français, précité.

⁷⁴ " لا يجوز أخذ عضو لأجل زرعه من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية"، المادة 11 من القانون المغربي المتعلق بنقل و زراعة الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

يوجد بشأن الشطر الأول من السؤال اتجاهين؛

- اتجاه أول يقول بإمكانية الاستفادة من أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام.
- اتجاه ثاني معارض لفكرة الاستفادة من أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام.

الاتجاه الأول:

و يرى أنصاره أنه بالإمكان الاستفادة من الأعضاء البشرية للمحكوم عليهم بالإعدام، على أساس أنه لا يتضرر هؤلاء من عملية الإعدام سواء تمت في أسيرة المستشفيات أو عن طريق المقصلة أو المشنقة أو غيرها من طرق الإعدام المعتمدة في أماكن معزولة.⁷⁵ و يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاستفادة من أعضاء هذه الطائفة يحقق مصلحة للإنسانية من خلال إنقاذ حياة الكثير من المرضى. لذلك لا يرى هؤلاء ضررا في إكراه المحكوم عليه على المساهمة بأعضائه لإنقاذ حياة الآخرين و تعويض الإنسانية بإنسان سليم بدلا من الإنسان الذي أزهقت روحه.⁷⁶

الاتجاه الثاني:

يعارض أنصار هذا الاتجاه فكرة انتزاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام حماية للكرامة الإنسانية. إذ يجب أن تبقى كرامة الإنسان مصونة، وفقا لهذا الاتجاه، سواء كان إنسانا حرا أو محكوما عليه بالإعدام. فمن حق المحكوم عليه أن يمارس حقه في السلامة البدنية و العقلية من أي مساس بجسمه إلا في الحدود و بالطريقة التي يحددها القانون.⁷⁷

يضاف إلى ذلك أنه من الناحية العملية يتوقف نجاح عملية الزرع على الحصول المبكر للعضو المراد زرعه من جثة حديثة الوفاة أو بعد إعلان وفاة الشخص طبقا للمعيار الحديث (الموت الدماغى) و هو ما يتطلب ضرورة استعمال وسائل الإنعاش الصناعي للحفاظ على صلاحية العضو للنقل كما تم بيانه آنفا. و هذه الظروف لا تتحقق إلا إذا تم إعدام المحكوم عليه في المستشفى.⁷⁸ في حين يتم تنفيذ حكم الإعدام في أماكن سرية بعيدة عادة عن المستشفيات و وفقا لطرق و إجراءات خاصة بكل دولة. فمنها من اعتمد الرمي بالرصاص كما هو الحال في

⁷⁵ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 38.

⁷⁶ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 220.

⁷⁷ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 38.

⁷⁸ راجع بخصوص الحالات التطبيقية لعمليات الاقتطاع من جثث المحكوم عليهم بالإعدام و المشاكل القانونية التي واجهها الأطباء بشأن هذه العمليات في القانون المصري، د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 591 و ما بعدها.

القانون الجزائري⁷⁹، و منها من اعتمد الخنق (chambre a gaz) أو الكرسي الكهربائي (chaise électrique) كالأنظمة الأمريكية، و منها من اعتمد الشنق كالقانون المصري.⁸⁰ بالتالي لا يجوز القياس في وسائل الإعدام و لا يمكن للطبيب أن يحل محل منفذ عقوبة الإعدام. كما تواجه المسألة عقبة قانونية أخرى مفادها أنه لا يجوز للمحكوم عليه بالإعدام الإيضاء بجثته لأن المحكوم عليه ممنوع من إدارة أشغاله.

أما بشأن القيمة القانونية لرضا المحكوم عليه أو المسجون⁸¹ بشأن الاقتطاع من جسمه، فإنه لا يمكن الاعتداد به لأن صاحبه يفتقد إلى الحرية، إذ في أغلب الأحيان يرغم المسجون على الموافقة باستعمال وسائل الترهيب و الترغيب.⁸² و قد يتحقق الغرض باللجوء إلى طرق أكثر ليونة كالسماح للسجين بالاستفادة من بعض المزايا.⁸³

و في هذا الإطار لا تزال التجارب الطبية التي نفذها الأطباء النازيون في مراكز التعذيب في الذاكرة الإنسانية، إذ يرى البعض أن إباحة الاقتطاع من أجسام المساجين أو المعتقلين من شأنه أن يروج تجارة الأعضاء البشرية و بإمكانه أن يؤدي، في حالة نشوب نزاع مسلح ببعض القوي التي يحتجز الجرحى و الأسرى، إلى إنشاء بنوك ضخمة للأعضاء البشرية.⁸⁴

أما بخصوص موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، فإنه طبقاً لأحكامها العامة لا يجوز الاعتداد برضا المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام لأنه يفتقد إلى الحرية. كما أن الحالة النفسية للمسجون من شأنها أن تعيب إرادته. فقد تكون موافقة هذا الأخير بالتبرع بدافع الحصول على بعض المزايا أو الفوائد المادية، أو وقعت تحت تأثير ضغط مادي أو معنوي داخل السجن. و قد بين الرسول (ص) أنه لا يعتد بتصرف المكره. فعن ابن عباس أن الرسول (ص) قال؛ "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه".⁸⁵

⁷⁹ راجع المادة 198 من قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين، الأمر رقم 72-2 الصادر بتاريخ 10/02/1972، منشورات وزارة العدل سنة 1990.

⁸⁰ د. محمود محمود مصطفى، "قانون العقوبات القسم العام، عقوبة الإعدام، القاهرة، 1983، ص. 565 و ما بعدها. راجع أيضاً، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص. 221.

⁸¹ لم يعالج القانون الفرنسي (قانون رقم 94 - 653) هذه المسألة غير أن المبادئ العامة في القانون الفرنسي لا تسمح للمعتقل أو السجين بالموافقة على الاقتطاع من أجسامهم لانتفاء الحرية لدى هؤلاء.

⁸² د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 39.

⁸³ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 322. راجع أيضاً، د. محمد عبد الغريب، "التجارب الطبية و العلمية"، مطبعة أولاد و هبة حسان، 1989، ص. 79. راجع أيضاً د. عارف علي عارف، "مدى الاعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي حول عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب المنظم من قبل المجلس الأعلى بالجزائر، 6-7/10/1998.

⁸⁴ Doll, P.-J., "La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain. 1970. p. 74.

⁸⁵ أورده زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، "جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم"، دار نهر النيل، بدون سنة، ص. 325.

موقف المشرع الجزائري:

لقد اكتفى التشريع الجزائري بتنظيم تنفيذ عقوبة الإعدام و لم يشر إلى مصير الجثة بعد وفاة المحكوم عليه.⁸⁶ و يتسم تنفيذ عقوبة الإعدام في القانون الجزائري بالسرية التامة من حيث تاريخ و مكان التنفيذ و كذا الأشخاص الذي يخولهم القانون حضور عملية التنفيذ و التي تتم دون جمهور. كما تتميز عملية دفن جثة المعدم بالسرية أيضا، حيث يتولى كاتب الضبط لدى لمجلس القضاة المختص بتنفيذ العقوبة في اليوم المحدد لتنفيذها إخطار رئيس بلدية المقر لتحضير قبر دون ذكر أية تفاصيل أخرى.⁸⁷

و على هذا الأساس فإن اقتطاع الأعضاء من جثة المعاقب بالإعدام غير ممكن من الناحية العملية في القانون الجزائري للأسباب التالية؛

- سرعة و سرية تنفيذ عقوبة الإعدام و دفن الجثة.
- عدم صلاحية الأعضاء للنقل بسبب تهشيمها لأن تنفيذ العقوبة يتم رميا بالرصاص.
- بُعد أماكن التنفيذ عن المستشفيات و هو ما يستحيل معه الحفاظ على صلاحية الأعضاء للزرع حتى و لو كان ذلك جائزا و لم تتضرر من عملية التنفيذ.⁸⁸

و عليه، يتضح مما تقدم أن التشريع الجزائري أغفل الحديث عن الاقتطاع من جثث المحكوم عليهم بالإعدام.⁸⁹ إلا أنه من الناحية العملية يستحيل الاستفادة من هذه الأعضاء حتى لو كان ذلك جائزا بسبب سرعة و سرية عملية تنفيذ العقوبة كما تم بيانه أعلاه.

الفرع الثاني: التزام الطبيب بإعلام المتبرع و نطاقه:

⁸⁶ راجع في هذا الشأن المواد من 196 إلى 199 من قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين، الأمر 72- 2 سبقت الإشارة إليه، و كذا المرسوم رقم 72-38 الصادر بتاريخ 10/02/1972 المتعلق بتنفيذ عقوبة الإعدام. و لمزيد من المعلومات راجع د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 424 ما بعدها.

⁸⁷ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، هامش 1 ص. 426.

⁸⁸ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، نفس المكان، راجع أيضا لنفس الكاتب، " زراعة الأعضاء البشرية"، مرجع سابق، ص. 268 و ما بعدها.

⁸⁹ مع العلم أنه لا تتور هذه المسألة بالنسبة للقانون الفرنسي حاليا بعد أن ألغيت عقوبة الإعدام في فرنسا بموجب القانون رقم 81- 908 الصادر بتاريخ 09/10/1981. فعلى إثر صدور هذا القانون ألغيت المادة 14 من قانون العقوبات الفرنسي الخاصة بتسليم جثة المنفذ عليه حكم الإعدام إلى أقاربه لمباشرة إجراءات الدفن. راجع في هذا الصدد قرار محكمة النقض الفرنسية؛

Cass.Crim. 26 mai 1982. Bull. Crim. N° 137.

يكتسي التزام الطبيب بإعلام المتبرع أهمية خاصة من الناحية القانونية⁹⁰، إذ لا يمكن أن يوصف رضائه بالقانوني إلا إذا صدر عن صاحبه و هو ملم بجميع عناصر الإعلام التي تمكنه من اتخاذ هذا القرار عن بصيرة كاملة.⁹¹ فليس هناك أي سبب شرعي يسمح للطبيب بالتستر على المعلومات الخطيرة خشية أحجام المتبرع عن الموافقة لأنه ليس مريضاً ولا يخشى على صحته إذا رفض التدخل الطبي.⁹² فمن حق المتبرع أن يعلم بكل المخاطر المرتبطة بعملية الاقتطاع و له أن يوازن بين الأمور بطريقة شخصية و يقرر بنفسه إن كان سيتحمل تلك المخاطر أم لا.

و يدخل ضمن الإعلام الواجب في هذا المجال ليس فقط الأخطار المترتبة على عملية الاقتطاع فحسب بل أيضا طبيعة حياة المتبرع بعد العملية من خلال تنبيهه إلى أنه قد لا يستطيع ممارسة عملاً شاقاً أو القيام بواجبات معينة سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية.⁹³

لذلك أجمعت التشريعات القانونية المقارنة و المنظمات و الهيئات الدولية⁹⁴ على أهمية تبصير المتبرع تبصيراً كاملاً و شاملاً لجميع المخاطر الجراحية المترتبة على عملية الاستقطاع سواء الحالة منها أو المستقبلية. فقد نصت المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد على ما يلي؛ يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج المحتملة و المؤكدة المترتبة على استئصال العضو المتبرع به و تتم الإحاطة من قبل فريق طبي مختص و ذلك بعد إجراء فحص طبي شامل للمتبرع.⁹⁵

و قد سارت التشريعات العربية على نفس النهج حيث نصت المادة العاشرة من القانون المغربي لسنة 1999 علة وجوب إصدار الرضا أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام قاض من المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصاً لهذا الغرض. و يساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة بناء على اقتراح المجلس الوطني لهيئة الأطباء يعهد إليهما

⁹⁰ و هم ما أكدت عليه توصيات المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات، حيث أكدت أشارت إلى ضرورة توافر الرضا الصريح و المتبصر من قبل صاحب الشأن. راجع، Rev. Int. Droit Pénal 1990، ص. 96. كما أكدت عليه أيضا الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت بالقاهرة سنة 1993. سبقت الإشارة إليها.

⁹¹ راجع د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 131.

⁹² د. حسان الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 113.

⁹³ د. أحمد محمد عدوي، المرجع السابق، ص. 42.

⁹⁴ المادة الثانية و الثالثة من التوصية (78) 29 للجنة وزراء المجلس الأوروبي حول تنسيق تشريعات الدول الأعضاء المتعلقة باقتطاع و زرع الأعضاء البشرية، أشار إليها د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 309. كذلك، الفقرة الثانية من المبدأ الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13 مايو 1991 و التي جاء فيها؛ " يجب إعلام المتبرع بشكل كاف حتى يستطيع فهم و تقدير الأخطار و المنافع... نقل الأعضاء البشرية، تقرير عن النشاطات الجارية تحت رعاية منظمة الصحة العالمية (1987-1991)، ص. 7 - 9.

⁹⁵ المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

بأن يشرحا للمتبرع بالعضو أبعاد العملية و للقاضي الفائدة العلاجية المنتظرة من عملة الزرع بالنسبة للمستقبل.⁹⁶

كما تناولت الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة خلال شهر نوفمبر 1993 هذا الشرط حيث أكدت على ضرورة إخطار المتبرع بشأن الأضرار الحالية و المستقبلية التي تترتب على نقل العضو، و ذلك بأسلوب واضح بعيدا عن المصطلحات الطبية التي لا يفقهها إلا أهل الطب.⁹⁷ و قد اقترح البعض إنشاء لجنة علمية مسئولة عن توضيح الأضرار التي تلحق المتبرع في كل نوع من هذه العمليات.⁹⁸

ففي هذا الإطار نص القانون الدانمركي على وجوب إعلام المتبرع بواسطة الطبيب عن طبيعة العملية الجراحية و نتائجها و المخاطر المرتبطة بها و ألزمه بأن يتأكد بنفسه من أن المتبرع قد أدرك جيدا فحوى المعلومات المقدمة له.⁹⁹ و هو ما ذهب إليه أيضا القانون الإيطالي¹⁰⁰ و القانون اليوغسلافي.¹⁰¹ كما تتميز قوانين الولايات المتحدة الأمريكية بتشدد ملحوظ بخصوص القبول المطلوب لعمليات نزع الأعضاء. فوفقا لتشريعاتها الخاصة في لا يعتد بالرضا الصادر عن المتبرع إلا تم تبصيره بالعناصر التالية؛

- المخاطر التي يحتمل لأن يتعرض لها المتبرع نتيجة الاقتطاع.
- الفائدة التي تعود عليه سواء من الناحية النفسية أو المالية (بالنسبة للتشريعات التي كانت تجيز الحصول على المقابل المادي).
- طبيعة العملية الجراحية و الإجراءات أو الاحتياطات المتخذة لتجنب الإضرار بالمتبرع.
- أهمية عملية النقل بالنسبة للمستقبل للعضو.

⁹⁶ المادة العاشرة من القانون المغربي المتعلق بعمليات نقل الأعضاء الصادر سنة 1999، سبقت الإشارة إليه. و هو ما ذهب إليه أيضا مشروع القانون المصري المتعلق بعمليات نقل الأعضاء حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه لا يجوز إجراء عملية الاقتطاع إلا بعد إحاطة المتبرع بواسطة اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة السادسة من هذا القانون علما بطبيعة العملية و الزرع و مخاطرها المؤكدة و المحتملة سواء على المدى القريب أو البعيد. إضافة إلى ذلك أوجب المشروع أن يتم إثبات الإعلام كتابية من خلال توقيع رئيس اللجنة و المتبرع على الوثيقة. راجع د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 213.

⁹⁷ قريب من هذا المعنى راجع د. نجيب محمود حسني، بحثه في الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة شهر نوفمبر 1993، سبقت الإشارة إليها، ص. 187.

⁹⁸ د. علاء زيدان، تدخله في الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة شهر نوفمبر 1993، سبقت الإشارة إليها، ص. 187.

⁹⁹ المادة الأولى من القانون الدانمركي، القانون رقم 246 الصادر بتاريخ 1967/06/09، أشار إليه، Doll، المرجع السابق، ص. 291.

¹⁰⁰ المادة الأولى من القانون اليوغسلافي، قانون رقم 457 الصادر بتاريخ 1967/07/26 المتعلق بنقل الكلى. أشار إليه، Doll، المرجع السابق، ص. 299.

¹⁰¹ مرسوم 15 يوليو 1982 الخاص باستقطاع الأعضاء و نقلها، راجع بشأنه؛ Rev. Int. Lég. San. 1983. p. 700 et s.

- مدى تأثير عملة الاقتراع على قدرة المتبرع على أداء وظائفه الاجتماعية خاصة العمل و قدراته الجنسية.
- المدة اللازمة للشفاء الكامل من آثار الجراحة.
- المتابعة الصحية المطلوبة في هذا النوع من الجراحة.¹⁰²
- احتمالات رفض الجسم للعضو المنقول و أثر ذلك على حياة المتلقي.

ففي حالة عدم تبصير الطبيب للمتبرع بالعناصر المشار إليها أعلاه يتعرض إلى المسائلة الجنائية و المدنية.¹⁰³ مع العلم أنه لا يجوز للطبيب في ظل القوانين الأمريكية المبالغة في التخفيف من آثار العملية لحمل المتبرع على الموافقة.¹⁰⁴

أما القانون الفرنسي فقد تعرض إلى هذا الشرط في المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 29 أبريل 1996 المتعلق بكيفية الحصول على رضا المتبرع الحي بالأعضاء البشرية. حيث أوجب إخطار المتبرع بكل الأخطار التي يتعرض لها و بجميع النتائج المتوقعة ذات الطبيعة العضوية و النفسية المترتبة على نقل الأعضاء. كما أوجب أن يشتمل الإعلام على الآثار المحتملة لهذا النقل على حياته الشخصية و العائلية و المهنية، و أيضا على بالنتائج المنتظرة من عملية الزرع بالنسبة للمستقبل.¹⁰⁵ و قد أكد على هذه العناصر أيضا القانون البلجيكي في مادته التاسعة حيث نص على ضرورة إعلام المتبرع بطريقة واضحة و كاملة بالنتائج العضوية و النفسية و العائلية التي تترتب على الاستقطاع، و أن يتأكد الطبيب من أن المتبرع قد وافق على العملية عن بصيرة و روية (discernement).¹⁰⁶

و لا شك أن النتائج المترتبة على عمليات نقل الأعضاء تختلف باختلاف الأعضاء المنقولة.¹⁰⁷ ففي هذا الصدد يرى أهل الطب أنه بالإمكان الوقوف على النتائج الحقيقية المترتبة

¹⁰² د. مصطفى عبد الحميد عدوي، " حق المريض في قبول أو رفض العلاج"، مرجع سابق، ص. 125 و ما بعدها.

¹⁰³ C.f Fleming v.Michigan, Mut Liab co. 363 F. 2nd 186 "5th cir. 1966.

¹⁰⁴ د. مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 126.

¹⁰⁵ "Cette information porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur." L'art. R. 671-3-1 du Décret n° 96-375 du 29 Avr. 1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur. J.O Fr. du 05/05/1996.

¹⁰⁶ المادة التاسعة من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 1987/02/14، سبقت الإشارة إليه.

¹⁰⁷ Nefussy-Leroy, N., op.cit. p. 129.

على انتزاع الأعضاء، على اختلاف أنواعها، من خلال ضبط سجل خاص للأشخاص الذين سبق لهم و أن تبرعوا بالأعضاء و متابعة حالتهم الصحية عبر السنين.
كما يرى هؤلاء أنه لا يجب النظر إلى المتبرع الحي بأنه الخيار الوحيد الممكن، و إنما يجب النظر إليه على أساس أنه أحد البدائل العلاجية في حالة عدم الحصول على العضو من جثة متوفى و دعت الضرورة إلى الاقتطاع من جسم إنسان حي،¹⁰⁸ رغم أن النقل في الحالة الأخيرة يحقق نتائج أحسن من النقل الذي يتم من جثث الموتى.¹⁰⁹
لذلك اشترط المرسوم الفرنسي لسنة 1996 ضرورة إخطار المتبرع بالنتائج المتوقعة من زرع العضو لدى المستقبل لأن المتبرع الحي يكون عادة قريب الصلة بالمستفيد و من حقه أن يعرف فرص نجاح عملية النقل قبل إبداء موافقته.¹¹⁰

من جهة أخرى أوكل المرسوم الفرنسي المشار إليه أعلاه مهمة الإعلام إلى الطبيب المسئول في القسم أو الوحدة التابعة للمؤسسة الصحية الذي يتم فيه نقل العضو أو بواسطة طبيب ممارس في ذات المؤسسة يعينه ذات المسئول.¹¹¹ و يشترط في الإعلام الصدق و الوضوح و هي الخصائص التي سبق توضيحها في موضع سابق في هذه الدراسة،¹¹² و يضاف إليه الشمولية بحيث لا يجوز التستر على أي معلومة مهما كانت بسيطة لأنه، لأن تقدير الأمور مسألة شخصية، من شأن هذه المعلومة أن تغير قرار الشخص بشأن الموافقة على عملية الاقتطاع من جسده.

و بناء على ما تقدم فإنه يشترط في الإعلام الواجب للمقبل على التبرع بعضو من أعضائه أن يكون صادقا و واضحا و شاملا للعناصر التالية؛

¹⁰⁸ Boyer, cité par Nefussy-Leroy, N. op.cit., p. 130., à citer dans ce contexte le cas d'une maman qui avait fait don d'un de ses reins pour sauver la vie de sa petite fille qui souffrait d'une insuffisance rénale et dont le corps ne supportait plus les séances d'hémodialyse. "Confessions Intimes" de la Chaîne T.V. M6 diffusé dans la soirée du 26/04/2004.

¹⁰⁹ ففي هذا الصدد أوضحت التقارير الطبية لسنة 1995 على أنه في ضوء متابعة حالات نقل الأعضاء و زراعتها لمدة 10 أعوام تبين أن نسبة استمرار المستفيد في الحياة، في زراعة الكلى، تصل إلى 93% إذا كان النقل من إنسان حي، بينما تبلغ النسبة 76,7% في حالة النقل من إنسان ميت. أشارت إليها Nefussy-Leroy, N., op.cit. p. 131.

¹¹⁰ راجع المادة 1-3-671 R. من المرسوم رقم 96-375 المشار إليها أعلاه.

¹¹¹ "Le donneur majeur,est informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement par le médecin responsable du service, du département ou de la structure de soins de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé, ou par un praticien du même établissement dûment désigné par ce responsable." L'art. R. 671-3-1 du Décret n° 96-375 du 29 Avr. 1996, précité.

¹¹² راجع الفصل الثاني من الباب الأول من الرسالة، ص. 92، راجع أيضا بشأن هذه الخصائص في مجال نقل الأعضاء، د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 308 و ما بعدها. راجع أيضا؛

Batigne, M. "Les greffes d'organes en droit pénal", Thèse, Montpellier, 1980. p. 288. Dubouis, L., "Le nouveau code de déontologie médicale" In Revue de Droit Sanitaire et Social, 1995. p. 725.

- طبيعة العمل الجراحي و الأخطار المرتبطة به و المضاعفات التي يمكن أن تنتج عن عملية الاقتطاع على المدى القريب و البعيد.
- النتائج المؤكدة و المحتملة لفقدان العضو سواء كانت ذات طابع جسدي أو نفسي.
- الانعكاسات المحتملة للاقتطاع على الحياة الشخصية و العائلية و المهنية للشخص.
- النتائج المرجوة من زرع العضو لدى المستقبل.

موقف المشرع الجزائري:

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الخاصية المتعلقة بالرضا في الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها؛ " و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع...".

و رغم حرص التشريع الجزائري على ضرورة إفادة المتبرع بالإعلام اللازم في مجال نقل الأعضاء إلا أنه لم يوفق في صياغة النص الخاص بهذا الالتزام. إذ يقتصر التزام الطبيب بالإعلام، كما هو واضح من نص المادة، على المخاطر الطبية المحتملة.¹¹³

و بهذا المفهوم تخرج المخاطر الاستثنائية عن نطاق الإعلام لأن نسبة تحققها من الناحية العملية ضعيفة، و هو ما يخالف الاتجاه العام لدى التشريعات المختلفة و الذي يقضي بوجود الإعلام الشامل في مجال نقل الأعضاء و الذي يتطلب الإشارة لكل المخاطر مهما كانت طبيعتها و درجات خطورتها بحكم أن المتبرع ليس مريضاً، كما سبق إيضاحه، حتى يخشى رفضه للعملية.

كما أهمل النص الجزائري من جهة أخرى إلزام الطبيب بإعلام المتبرع بآثار العملية على الصعيد الاجتماعي و المهني على الخصوص و كذا النتائج المتوقعة من عملية الزرع بالنسبة للمستقبل للعضو، و هي عناصر مهمة لاتخاذ قرار عقلائي (décision rationnelle) بشأن موضوع الاقتطاع.

الفرع الثالث: حق الرجوع في الموافقة على التبرع:

¹¹³ قارن نص المادة 162 من قانون حماية الصحة مع نص المادة 1-3-671 R. من المرسوم الفرنسي لسنة 1996، و التي جاء فيها وجوب الإعلام بالمخاطر من دون أن يحدد طبيعتها أو نسب تحققها.

إن الإقرار بحق المتبرع في الموافقة المسبقة و المتبصرة على عملية الاقتطاع من جسده لا يكون له معنى إلا إذا كان من حق هذا الأخير العدول عن تلك الموافقة في أي مرحلة تسبق عملية التنفيذ. ذلك أنه إذا كان الطبيب ملزماً باحترام إرادة المريض بصفة عامة عندما يرفض هذا الأخير الخضوع إلى العلاج المقترح أو التوقف عن العلاج رغم ضرورته لحالته الصحية، فمن باب أولى أن يُسمح للمتبرع الذي وافق في بداية الأمر على الاقتطاع أن يتراجع عن تلك الموافقة لأن ذلك لا يلحق به أي ضرر ما دام لا يشكو من أي المرض.¹¹⁴

فقد يوافق المتبرع أول مرة تحت تأثير عوامل خارجية أو بناء على معطيات معينة ثم يتضح له أن قراره بالتبرع لم يكن عقلانياً، و ما دامت الموافقة شخصية فإن الرجوع عنها كذلك أمر شخصي و لا يسوغ البحث في أسبابه.

غير أنه يشترط الإفصاح عن هذا التراجع قبل التنفيذ إذ لا يجوز طلب استرجاع العضو بعد زرعه لدى المستقبل لأنه صار جزء منه. و لا يمكن الاعتداد برضا المستقبل في التنازل عن العضو لصاحبه الأصلي بسبب خطورة العملية. حيث أن الدافع إلى نقل العضو للمستقبل أول مرة كان سببه حالة الضرورة التي اقتضت النقل للمحافظة على حياته، و هو ما يعني أن انتزاع العضو سيهدد حياته أو يعرض صحته لخطر جسيم. و هذا أمر لا يقبله القانون وفقاً لشروط الضرورة.¹¹⁵

و يعد العدول عن الموافقة عملاً إرادياً و شخصياً يزيل الأثر القانوني للرضا الذي صدر من المتبرع، بحيث لا يمكن للطبيب أن يستند إلى الموافقة السابقة لمباشرة العملية أو إرغام المتبرع على الخضوع لها. و ينصرف العدول عن الرضا إلى جميع أعضاء و أنسجة المتبرع. و يعتبر الحق في العدول من جهة أخرى حقاً عاماً مقرر للجميع و هو ما يجعله ينصرف إلى الممثل القانوني للقاصر بالنسبة للتشريعات التي تجيز استقطاع الأعضاء من هذه الطائفة من الأفراد بشرط موافقة ممثله القانوني.¹¹⁶

¹¹⁴ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 328. راجع أيضاً، د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 220.

¹¹⁵ د. طارق سرور، لمرجع السابق، ص. 220.

¹¹⁶ راجع شرط الأهلية لعمليات نقل الأعضاء، ص. 367 من الرسالة.

و لا يرتبط العدول عن الموافقة بعمليات نقل الأعضاء فحسب، بل يجد له تطبيقات كثيرة في فروع القانون الأخرى كالعدول عن الوصية¹¹⁷، أو الرجوع عن الهبة¹¹⁸ أو التنازل عن الشكوى¹¹⁹ كقيد إجرائي في بعض الدعاوى العمومية التي توقف الأثر القانوني للشكوى. و لقد نصت معظم التشريعات المتعلقة بعمليات نقل الأعضاء على حق المتبرع في الرجوع عن موافقته، حيث جاء في المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد ما يلي؛ "...و يجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط."¹²⁰ كما نصت اتفاقية Oveido الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي على حق الشخص في سحب رضائه بحرية في أي وقت.¹²¹ أما القانون الفرنسي فقد تناولته في المادة L 1231-1 من قانون الصحة العامة حيث أنه يجوز العدول عن الرضا في أي وقت.¹²² في حين أكد عليه القانون الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها؛ "...و يستطيع المتبرع في أي وقت أن يتراجع عن موافقته السابقة."

و جدير بالملاحظة أن الحق في العدول عن الرضا هو من الحقوق المتعلقة بالنظام العام لتعلقه بالكرامة الإنسانية.¹²³ فكرامة الإنسان تقتضي عدم جواز إرغام الشخص على الموافقة على استقطاع جزء من جسمه. و لصاحب هذا الحق أن يمارسه في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية التي تستهدف المساس ببذنه. و إدراكا لأهمية الرضا في عمليات نقل الأعضاء اشترطت بعض القوانين مرور مدة 24 ساعة على تمام إجراءات الحصول على الموافقة قبل البدء في عملية الاقتطاع.¹²⁴ و قد قصد المشرع من ذلك إتاحة الفرصة للمتبرع للعدول عن موافقته إذا قدر ذلك.

¹¹⁷ حيث تنص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري؛ " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها."

¹¹⁸ راجع المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري. راجع أيضا د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 1987، ص. 231، رقم 131.

¹¹⁹ حيث تنص المادة 340 من قانون العقوبات الجزائري على أن صفح الزوج المضروب في جريمة الزنا يضع حدا للمتابعة المتخذة ضد زوجته. و كذلك المادة 369 من قانون العقوبات التي لا تجيز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب و الحواشي و الأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضروب و أن التنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات.

¹²⁰ المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

¹²¹ المادة 3-5 من اتفاقية oveido التي أعدها مجلس أوروبا و اللجنة الأوروبية، بتاريخ 1997/01/04 سبقت الإشارة إليها. حيث جاء في

نصها الأصلي؛ "La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement".¹²² "Ce consentement est révoquant à tout moment". Art. L 1231-1 du code de la santé publique, loi n° 94-653 du 29/07/1994 précité.

¹²³ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 221.

¹²⁴ راجع القانون الإسباني رقم 2070 الصادر بتاريخ 1999/12/30، سبقت الإشارة إليه.

و يثور التساؤل لدى الفقهاء حول إمكانية متابعة المتبرع الذي يتراجع عن موافقته بالتبرع بأحد أعضائه، خاصة إذا تسبب ذلك في تدهور الحالة الصحية للمريض الجسدية أو النفسية ؟

يرى الفقه بشأن هذه المسألة أنه لا يترتب على العدول أية مسؤولية عقدية أو تقصيرية.¹²⁵ إذ لا يوجد في القانون ما يلزم الشخص بالإبقاء على موافقته على عمل تبرعي يمس بسلامته الجسدية. كما أن العدول عن الموافقة بشأن عمليات نقل الأعضاء هو ممارسة لحق أقره القانون، من ثم فهو فعل مباح و الفعل المباح لا مسؤولية عليه.

المبحث الثالث: إثبات الرضا في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء:

نظرا لأهمية موافقة المتبرع في إضفاء الشرعية على العمل الطبي في مجال نقل الأعضاء، و نظرا لخطورة هذا النوع من العمليات فقد اشترطت معظم التشريعات أن تكون موافقة المعني موافقة صريحة و أن يتم إثباتها بطرق رسمية كالكتابة أو إصداره أمام جهة مختصة.¹²⁶

و لم تأخذ التشريعات بالوسيلتين معا، و إنما اعتمدت إحداها فقط. فاشترطت بعضها أن يكون الرضا كتابيا بينما اشترطت الأخرى حصوله أمام جهة رسمية.

المطلب الأول: إثبات الرضا عن طريق الكتابة:

لقد اختارت الكثير من التشريعات الكتابة كوسيلة لإثبات رضا المتبرع. و المقصود بذلك أن يعبر الشخص المعني عن رضائه بالاقتطاع من جسده كتابيا. و لتحقيق هذا الشرط يكفي أن تحتوي الوثيقة الخاصة بالرضا توقيع المتبرع أو توقيع من يمثله في القوانين التي تجيز فيها ذلك.¹²⁷ غير أنه يجب أن تكون الكتابة دالة دلالة واضحة على موافقة المتبرع.¹²⁸

الفرع الأول: أهمية الكتابة:

¹²⁵Prieur, S., "La disposition par l'individu de son, corps", op.cit., p. 289 .

¹²⁶ و هو ما اشترطته اتفاقية oveido في المادة 19 فقرة 2، سبقت الإشارة إليها.
¹²⁷ و قد يكون التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الإصبع بالنسبة للأميين. غير أن التشريع الجزائري في هذا المجال لا يعتد إلا بالإمضاء وفقا لنص المادة 327 من القانون المدني. و قد عيب على هذا النص عدم اعتماده التوقيع بالوسائل الأخرى خاصة البصمة، في بلد لا يزال يشكو من نسبة معتبرة من الأميين، مع العلم أن التشريع الجزائري يعتد بالتوقيع بالبصمة في قانون العقوبات. لمزيد من المعلومات راجع د. محمد زهدور، " الوجيز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات " طبعة 1991، ص. 34.

¹²⁸ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 224.

تشكل الكتابة دليلاً مهماً على حصول الطبيب على موافقة المتبرع. من ثم فإنها تشكل أداة إثبات للرضا و وسيلة قانونية كاشفة عنه.¹²⁹ و على هذا الأساس لا يجوز للطبيب مباشرة عملية الاقتطاع إلا بعد حصوله على وثيقة الرضا، و هو ما عبر عنه التشريع البلجيكي صراحة حينما قرر أنه يجب تسليم المستند الدال على الرضا إلى الطبيب المختص بإجراء العملية.¹³⁰ و للكتابة عدة فوائد من الناحية العملية و على عدة أصعدة. فهي تنبيه إلى خطورة العملية بالنسبة للمتبرع، إذ أن مطالبته بالتوقيع على الوثيقة تجعله يدرك أهمية و خطورة ما هو مقبل عليه مما قد يدفعه إلى التفكير مجدداً قبل التوقيع. من جهة أخرى تتضمن الكتابة عناصر الإعلام التي تحصل عليها المتبرع خاصة ما تعلق منها بمخاطر العملية و آثارها الوقائية و البعيدة، و هو ما يجعل الطبيب في مأمن من المتابعات اللاحقة.

و تعتمد بعض الأنظمة، من الناحية العملية، إعداد نماذج مسبقة لوثيقة الرضا تحتوي على عناصر الإعلام المرتبطة بنوع العملية، مخاطرها و كل ما يوجب القانون إعلام المتبرع به، من بينها التشريعات الخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث أعدت الكثير منها نموذجاً لموافقة المتبرع بالكلية على النحو التالي؛

" لقد شرح لي الطبيب أن حياة فلان..... في خطر بسبب إصابته بقصور كلوي و هو مهدد بخطر الوفاة. و قد أعلمني بأن شفاؤه مرتبط بزرع كلية له بعد اقتطاعها من شخص آخر عن طريق عملية جراحية. و قد حصلت على معلومات كاملة عن الخطر الفوري الذي يمثله استئصال كلية بالنسبة لي و كذلك عن الضرر الدائم الذي يمكن أن ينتج عن هذا الاقتطاع على صحتي. كما أنني أعلم أن هذه العملية قد لا تكلل بالنجاح و لا تحقق الفائدة المرجوة منها للمستفيد. و حتى يستفيد السيد من العملية، أوافق على قيام الطبيب..... باقتطاع إحدى كليتي بعملة جراحية."¹³¹

و على هذا الأساس فإن الكتابة لا تكشف فقط عن الرضا و إنما تشهد كذلك على أن الرضا كان صادراً عن وعي و إدراك كاملين لعواقب العملية الجراحية. كما أن اشتراط الكتابة لمثل هذه العمليات ضمان للإنسان من التجاوزات الممكنة في مجال نقل الأعضاء و هو أمر يتطلب التشدد في الحصول على الرضا و التأكد من أن المتبرع واع و مدرك لعواقب ما وافق

¹²⁹ Prieur, S., 'La disposition par l'individu de son, corps', op.cit., p. 279.

¹³⁰ الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من القانون البلجيكي المتعلق بنقل و زرع عمليات نقل الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

¹³¹ Cité par Charaf-Eldine, thèse, op.cit. p.139 et 140.

عليه. و من التشريعات التي أخذت بالكتابة القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء في مادته الثانية و التي جاء فيها؛

" يجوز للشخص أن يتبرع أو أن يوصي بأحد أعضاء جسمه و يشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا و يكون التبرع أو الوصية صادر بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك."¹³²

و من بين التشريعات العربية التي اشترطت الموافقة الكتابية لعمليات نقل الأعضاء القانون الكويتي بشأن نقل الكلى،¹³³ و كذا التشريع الأردني حيث أوجب أن يوافق المتبرع خطيا قبل إجراء عملية الاقتراع.¹³⁴ كما اشترطت المادة الثالثة من مشروع القانون المصري الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه أو بجزء منه فأوجب أن تكون الموافقة ثابتة بالكتابة على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.¹³⁵

الفرع الثاني: اشتراط شهادة شخص أو أكثر بجانب الكتابة:

لجأت بعض التشريعات إلى اشتراط الموافقة الكتابية و شهادة شخص أو أكثر يوقعون على وثيقة الرضاء. و قد أخذ بهذا الاتجاه القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 1987/02/14 المتعلق باستقطاع و زرع الأعضاء حيث نصت مادته الثامنة، فقرة ثانية، على وجوب تقديم الرضا في شكل كتابي و بحضور شاهد راشد يوقع هو الآخر وثيقة الموافقة إلى جانب المتبرع.¹³⁶

المطلب الثاني: إثبات الموافقة أمام جهة رسمية:

نظرا لخطورة عملية الاقتراع ارتأت بعض التشريعات إسناد مهمة إثبات موافقة المتبرع إلى جهة رسمية. و تعتبر هذه الطريقة من أقوى طرق الإثبات لأن الوثيقة المتعلقة بالرضا يتم تحريرها بمعرفة جهة رسمية.¹³⁷

الفرع الأول: الجهات الرسمية المختصة بالحصول على الرضا:

¹³² المادة الثانية من القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.
¹³³ حيث نصت مادته الثالثة على ضرورة " الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي " القانون رقم 7 لسنة 1983، سبقت الإشارة إليه.
¹³⁴ المادة الثانية فقرة 2 من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1980، سبقت الإشارة إليه.
¹³⁵ مشروع القانون المصري لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.
¹³⁶ " Le consentement doit être donné par écrit devant un témoin majeur. Il sera daté et signé par la personne ou les personnes tenues d'accorder leur consentement et par le témoin majeur."
¹³⁷ د. طارق سرور، المرجع السابق، ص. 228.

من التشريعات التي اتبعت هذا النهج القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1994/07/29. حيث تفرض المادة L 1231-1 منه ضرورة التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة أو أمام قاض معين من قبله،¹³⁸ و هو ما أكدت عليه أيضا المادة R. 671-3-2 من المرسوم التنفيذي المتعلق بكيفية الحصول على الرضا في مجال نقل الأعضاء سواء تم ذلك في فرنسا أو في الأقاليم التابعة لها فيما وراء البحار.¹³⁹

و الملاحظ أن المرسوم التنفيذي لسنة 1996 لم يفرق بشأن إجراءات إثبات الرضا بين التبرع بالأعضاء المتجددة و الأعضاء غير المتجددة. حيث تضمن إجراءات موحدة و هذا على خلاف المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 1978/03/31 و الذي كان يشترط الموافقة الكتابية بحضور شاهد واحد فقط عندما يتعلق الأمر بالتبرع بالأعضاء المتجددة كالجلد أو النخاع أو غيره. في حين كان يشترط تدخل القاضي للحصول على الموافقة عندما يتعلق الأمر بالتبرع بالأعضاء الغير متجددة.¹⁴⁰

و يجوز في حالات الاستعجال طبقا للمادة L 1231-1 من قانون 1994/07/29 إثبات الرضا من قبل وكيل الجمهورية، و ذلك ضمانا للحصول على الموافقة الرسمية من الجهات المختصة في الوقت المناسب إذا دعت إلى ذلك ضرورة خلال عطل نهاية الأسبوع أو العطل الرسمية.¹⁴¹

¹³⁸ " Le donneur,doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la république...". L'art. L 1231-1 du code de la santé publique français, loi n° 94-653 du 29/07/1994. précité.

¹³⁹ "Sous réserve des dispositions.....le donneur exprime son consentement devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel il demeure, ou devant le magistrat désigné par le président de ce tribunal.

Lorsque le donneur demeure dans un département d'outre mer, il peut exprimer son consentement soit conformément à la règle énoncé au premier aliéna, soit devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est situé l'établissement de santé où le prélèvement est envisagé ou devant le magistrat désigné par le président de ce tribunal.

Lorsque le donneur demeure dans un territoire d'outre mer ou à l'étranger, son consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est situé l'établissement de santé où le prélèvement est envisagé ou devant le magistrat désigné par le président de ce tribunal" L'art. 671-3-2 du décret n° 96-375 du 29/04/1996 précité.

¹⁴⁰ لمزيد من المعلومات راجع، د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 326 و ما بعدها. راجع أيضا د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 323.

¹⁴¹ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 327. راجع أيضا: Nefussy-Leroy, N., op.cit. p. 133.

و يتمثل دور القاضي المكلف بالحصول على رضا المتبرع وفقا لهذا الاتجاه في التأكد من توافر الشروط القانونية المطلوبة للرضا في مجال نقل الأعضاء، و من تمتع المتبرع بكامل قواه العقلية و صدور الموافقة من صاحبها بإرادة حرة و مدركة و وفقا للشروط التي حددها القانون. كما يتأكد القاضي من حصول المتبرع على المعلومات التي حددتها المادة R 671-3-1 خاصة ما يتعلق منها بالمخاطر و النتائج المحتملة لعملية الاقتطاع. و على إثر ذلك يتم إفراغ موافقة المتبرع كتابيا في وثيقة يوقع عليها القاضي و المتبرع.

تحفظ نسخة من وثيقة الموافقة لدى قلم كتاب المحكمة و ترسل نسخة منها إلى مدير المستشفى الذي سيتم فيه اقتطاع العضو. يقوم هذا الأخير بدوره بإعلان الأمر إلى الطبيب رئيس المصلحة أو الهيئة الطبية المختصة.¹⁴²

و بناء على ما تقدم يمكن للقاضي الامتناع عن إثبات رضا المتبرع إذا لاحظ أثناء قيامه بهذا الإجراء أن الشروط المطلوبة قانونا لمثل هذا التصرف غير متوافرة لدى المتبرع أو أن موافقته ليست مشروعة لعيب من العيوب أو أنه لم يتحصل على الإعلام اللازم أو تحصل فقط على بعض المعلومات.¹⁴³

الفرع الثاني: التشريعات التي تشترط الحصول على الرضا أمام جهة رسمية:

و من التشريعات الأوروبية الأخرى التي اشترطت صدور الموافقة على التبرع أمام القضاء التشريع الإسباني رقم 2070 الصادر بتاريخ 1999/12/30. حيث يشترط أن يعبر المتبرع عن رضائه أمام القاضي المختص بالسجل المدني الواقع في دائرة اختصاصه موطن المتبرع. و يتم التوقيع على الوثيقة من قبل القاضي و المتبرع بالإضافة إلى الطبيب المسئول عن العملية و مساعديه. و يشترط التشريع الإسباني، كما أشرنا آنفا، مرور 24 ساعة على تمام هذا الإجراء لمباشرة عملية الاقتطاع حتى يتسنى للمتبرع التأكد من تحمل مخاطر ما هو مقبل عليه.

¹⁴² "Le magistrat qui recueille le consentement du donneur s'assure au préalable que celui-ci est exprimé dans les conditions prévues par la loi et que le donneur a été informé, conformément aux prescriptions de l'art R. 671-3-1, des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement.

L'acte par lequel est recueilli le consentement est dressé par écrit et signé par ce magistrat ainsi que par le donneur.

La minute de cet acte est conservé au greffe du tribunal. Une expédition en est transmise au directeur de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement est envisagé ; le directeur communique cette information au médecin responsable du service, du département ou de la structure de soins concerné." L'art. 671-3-3 du décret n° 96-375 du 29/04/1996 , précité.

¹⁴³ Dubo, B., op.cit. p. 89.

و من التشريعات العربية التي اتبعت النهج الفرنسي، التشريع المغربي الصادر سنة 1999. حيث نصت المادة العاشرة منه على وجوب إصدار الرضا أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام قاض من المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصا لهذا الغرض. و يساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة بناء على اقتراح المجلس الوطني لهيئة الأطباء يعهد إليهما بأن يشرحا للمتبرع بالعضو أبعاد العملية و للقاضي الفائدة العلاجية المنتظرة من عملة الزرع بالنسبة للمستقبل.¹⁴⁴

و رغم التشدد الملاحظ في الحصول على رضا المتبرع وفقا لهذه الطريقة إلا أنها تحقق الحماية القانونية المرجوة في هذا النوع من العمليات، خاصة بالنسبة للتشريعين الإسباني و المغربي أين يجتمع كل من المتبرع و الطبيب المسئول عن العملية بالقاضي و هو ما يعطي لهذا الأخير فرصة التأكد من صحة موافقة المتبرع من جميع النواحي.

و تزداد أهمية هذه الطريقة في الحصول على موافقة المتبرع عندما يتعلق الأمر بالمتبرع القاصر بالنسبة للتشريعات التي تجيز هذا النوع من العمليات على القصر كالقانون الفرنسي الذي أجاز اقتطاع النخاع الشوكي لفائدة أخ أو أخت ضمن شروط قانونية محددة نصت عليها المادة L 1231-3 من قانون الصحة العامة.¹⁴⁵

فوفقا لما جاء في المادة المشار إليها أعلاه يجوز الاقتطاع من جسم القاصر إذا تعلق الأمر بنقل النخاع الشوكي شريطة الحصول على موافقة أولياء القاصر أو الولي الشرعي بنف الطريقة المعتمدة عندما يتعلق الأمر بالمتبرع الراشد، أي أمام رئيس المحكمة أو أمام القاضي المعين من قبله لهذا الغرض و بعد إعلام هؤلاء بطبيعة العملية و مخاطرها على القاصر.¹⁴⁶

¹⁴⁴ المادة العاشرة من القانون المغربي المتعلق بعمليات نقل الأعضاء الصادر سنة 1999، سبقت الإشارة إليه. راجع أيضا، ورقة العمل المقدمة من المركز العربي للبحوث القضائية و القانونية حول " نقل و زرع الأعضاء البشرية و الاستنساخ و إيجار الرحم" المقدمة إلى الندوة العلمية المنعقدة في بيروت بتاريخ 12-14 سبتمبر 2000. سبقت الإشارة إليها.

¹⁴⁵ « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1231-2, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la république.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par un comité d'experts qui s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il est apte. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement." Art. L 1231-3 du code de la santé publique fr. précité.

¹⁴⁶ «Le consentement au prélèvement de moelle osseuse de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur est recueilli dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article R. 671-3-3." L'art. R 671-3-7 du décret n° 96-375 précité.

و يشترط لاقتطاع النخاع الشوكي من القاصر بالإضافة إلى ذلك الحصول على ترخيص لجنة الخبراء المنصوص عليها في المادة L 1231-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي.¹⁴⁷ و طبقا لما جاء في المادة L 1231-4 من نفس القانون تتشكل هذه اللجنة من ثلاث أعضاء يعينهم الوزير المكلف بالصحة لمدة ثلاث سنوات. و تتكون من طبيبان، أحدهما مختص في طب الأطفال، أما العضو الثالث فيجب ألا ينتمي إلى المهن الطبية.¹⁴⁸ و طبقا للمادة R 671-9 من المرسوم التنفيذي الصادر سنة 1996 يجب أن يكون العضو الثالث ممن لهم كفاءات و تجربة في علم النفس أو في مجال الدفاع عن حقوق الأطفال.¹⁴⁹

فبعد الحصول على موافقة أولياء القاصر أو وليه الشرعي على عملية الاقتطاع يتصل مدير المؤسسة الصحية التي سيتم اقتطاع النخاع الشوكي فيها باللجنة المشار إليها لأجل إبداء رأيها في الموضوع.¹⁵⁰

و تتلخص مهام لجنة الخبراء في التأكد من ضرورة المساس بجسم القاصر و النتائج المحتملة من عملية الاقتطاع خاصة مخاطرها. و يمكن للجنة سماع القاصر إذا كان يتمتع بقدر من التمييز لأجل التأكد من حصوله على المعلومات الخاصة بالعملية و نتائجها، و من عدم رفضه لها.¹⁵¹ و قبل أن تعلن اللجنة عن قرارها بشأن الاقتطاع من القاصر تتلقى الشروحات اللازمة من الطبيب المكلف بإجراء العملية أو الطبيب رئيس المصلحة التي سيتم فيها الاقتطاع. هذا و يجوز للجنة القيام بالمشاورات و التحقيقات التي تراها ضرورية قبل الإعلان عن قرارها.¹⁵²

¹⁴⁷ راجع بخصوص صلاحيات لجنة الخبراء المواد R 671-3-7 و R 371-3-1 من المرسوم التنفيذي رقم 96-375 الصادر بتاريخ 1996/04/29 و المتعلق بإجراءات الحصول على رضا المتبرع. سيقت الإشارة إليه.

¹⁴⁸ "Le comité d'experts mentionné à l'article L 1231-3 est composé de trois membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Il comporte deux médecins, dont un pédiatre, et une personnalité n'appartenant pas aux professions médicales..." L'art. L1231-4 du code de la santé publique, loi n° 94-653 du 29/07/1994. précité.

¹⁴⁹ "chaque comité d'experts comprend ;

a)...b)... c) Une personnalité ...en raison de sa compétence et de son expérience dans le domaine de la psychologie ou de la défense des droits de l'enfant."

L'art. 671-3-9. du décret n°96-375 du 29/04/96 précité.

¹⁵⁰ " Lorsque le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légale du donneur mineur a été recueilli, le comité d'experts compétent est saisi du directeur de l'établissement de santé dans lequel le prélèvement doit être effectué..." Art. R 671-3-8 du décret n° 96-375 précité.

¹⁵¹ "...Si le mineur est capable de discernement, le comité procède a son audition, en ayant soin de ménager sa sensibilité, afin de s'assurer qu'il été informé du prélèvement envisagé et de ses conséquences. Il s'assure, notamment au cours de cette audition, qu'il n'existe de la part du mineur aucun refus de cette intervention..." Art. R 671-3-8 du décret n° 96-375 précité.

¹⁵² "...Le comité reçoit les explications écrites ou orales du praticien ...

Le comité procède a toutes les investigations et à toutes les consultations qu'il estime nécessaire pour éclairer sa décision." Art. R 671-3-8 du décret n° 96-375 précité.

موقف التشريع الجزائري:

لقد ساير التشريع الجزائري الاتجاه الأول الذي يقضي باشتراط الموافقة الكتابية بحضور الشهود، فأوجب أن تحرر وثيقة الرضا بحضور شاهدين اثنين إذ تنص المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي؛

"... و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة."

يتضح من نص المادة أن التشريع الجزائري قد اشترط إلى جانب الشكلية في تقديم الرضا حضور شاهدين اثنين، و لم يحدد هنا أيضا الشروط التي يجب توافرها في هذين الشاهدين.

غير أنه بالرجوع إلى الأحكام العامة التي تحكم هذه المسألة يتضح أنه يجب أن يكونا شاهدا عدل، و هو ما يقتضي توافر الأهلية الكاملة و القدرات العقلية لديهما. و يمكن أن يكون الشهود من أقرباء المتبرع أو المستقبل لأن التبرع بالأعضاء بين الأحياء لا يتم عادة إلا لمصلحة شخص قريب. مع العلم أن اشتراط حضور الشاهدين يعني توقيعهما على وثيقة الرضاء إلى جانب توقيع المتبرع.

و لا يشترط تحرير وثيقة الرضا بمعرفة المتبرع بل يمكن لهذا الأخير أن يوقع على النموذج المقدم إليه من المؤسسة الصحية، و لكن بشرط أن يكون قد تحصل فعلا على الإعلام اللازم و قراءة مضمون الوثيقة قبل توقيعها عليها. و هو الغرض الأساسي من حضور الشاهدين، أي التأكد من أن المتبرع قد وافق بإرادته الحرة و الواعية على العملية بعد أن تم إعلامه بالمخاطر و النتائج المترتبة على العملية بقدر كافي.

كما أن الغرض الأساسي من اشتراط التشريع الجزائري لتوقيع الشهود على وثيقة الموافقة هو إضفاء الرسمية على الموافقة المتعلقة باقتطاع الأعضاء و ليس تبصير المتبرع كما ذهب إلى

ذلك البعض.¹⁵³ لأن تبصير المتبرع بمخاطر الاقتراع مسألة فنية مسندة قانونا إلى الطبيب المكلف بالعملية طبقا لنص المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

فعوض أن يكلف المشرع الجزائري جهة رسمية بإثبات موافقة المتبرع على الاقتراع، على غرار التشريع الفرنسي و المغربي، اشترط فقط حضور الشاهدين للحلول محل الجهة الرسمية. غير أنه يجب التنبيه إلى أن اشتراط شهادة الشهود مسألة متعلقة بالنظام العام، و بالتالي لا تكون لموافقة المتبرع الكتابية أي معنى إذا لم تحتوي الوثيقة على توقيع الشهود.

من ثم إن اكتفاء التشريع الجزائري بالموافقة الكتابية و بشهادة الشهود يحقق قدر من الحماية القانونية للمتبرع حتى و إن لم تصل إلى مستوى الموافقة التي تصدر أمام جهة رسمية (القاضي) كما هو الحال في القانون الفرنسي، الإسباني أو المغربي.

المبحث الرابع: إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى:

إذا كانت الموافقة الصريحة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع و هو على قيد الحياة فإنها ضرورية كذلك للاقتراع من جثته بعد مماته. ففي كل الأحوال يجب احترام إرادة المتبرع سواء كان حيا أو ميتا. فإذا عبر الشخص أثناء حياته و هو كامل الأهلية و متمتع بكامل قواه العقلية عن رغبته في الاستفادة من أعضائه بعد وفاته فلا مانع من التصرف في جثته بما يتفق و إرادته و في حدود ما يسمح به القانون. أما إذا عبر عن رفضه لأي مساس بجثته فلا يجوز كأصل عام المساس بهذه الجثة و لو تم ذلك بموافقة أقاربه.

و تقتضي دراسة موضوع الموافقة في هذا المجال بحث صور التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته من جهة و مدى الالتزام بشكلية معينة لإثبات هذه الموافقة على غرار الموافقة الصادرة من المتبرع الحي التي تطرقنا إليها أعلاه.

غير أنه قد يحدث و أن يتوفى الشخص و لم يعرف له موقف من قضية الاقتراع أو المساس بجثته. ففي هذه الحالة يثور التساؤل بشأن الأشخاص أو الجهة التي ينتقل إليها الحق في الموافقة على التصرف في هذه الجثة؟ لتوضيح ذلك سنتولى بداية النظر في صور و أشكال التعبير عن إرادة المتوفى، ثم نعرض التجربة الفرنسية بشأن هذه المسألة و موقف التشريع الجزائري منها، لنتناول في الأخير انتقال الحق في التصرف في الجثة إلى الغير.

¹⁵³ د. نصر الدين مروك، الرجوع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 194.

المطلب الأول: صور و شكل التعبير عن إرادة المتوفى:

لم تعتمد التشريعات المقارنة نموذجا محددًا للتعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته. فذهب البعض منها إلى اشتراط الشكلية لإثبات موافقة المتوفى على التصرف في جثته كأن يتم ذلك عن طريق الوصية، و منها من اشترط أيضا الوصية أو الشكل الكتابي للتعبير عن رفضه المساس بجثته بعد وفاته.

في حين لم يشترط تشريعات أخرى أي شكل للتعبير عن موقف هذا الأخير من المسألة سواء في حالة قبول الاقتطاع أو رفضه. و هناك اتجاه ثالث يرى وجوب اعتماد بطاقات خاصة بالتبرع. و سنبداً بدراسة هذه الأشكال الثلاثة، ثم نلي ذلك بدراسة موقف التشريع الفرنسي و التشريع الجزائري من المسألة و ذلك في الفروع الموالية.

الفرع الأول: التصرف في الجثة بمقتضى وصية أو إقرار كتابي:

يجوز للشخص، طبقاً للأحكام العامة أن يوصي بجثته لأغراض علمية أو علاجية. و يعتبر هذا النوع من الوصايا مشروعاً من الناحية القانونية في الكثير من الأنظمة.¹⁵⁴ و يشترط لصحة الوصية أن يكون رضا الموصي صريحاً قبل الوفاة، و أن يكون سليماً منتجاً لأثره. و لا يكون كذلك إلا إذا صدر من شخص يتوافر على الأهلية اللازمة لإبرام هذا النوع من التصرفات و عن إرادة حرة و خالية من العيوب التي تشوب الإرادة .

و الرضا الصريح هو الرضا الذي لا يحتمل الشك أو التأويل و يبقى ثابتاً و مستقراً حتى لحظة الوفاة.¹⁵⁵ فإذا صدر الرضا من الموصي تحت ضغط أو إكراه فلا يعتد به. و تشترط معظم التشريعات لصحة الوصية الأهلية الكاملة. فطبق للقانون الجزائري يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل و بالغاً من العمر تسعة عشر (19) سنة على الأقل.¹⁵⁶

غير أنه في مجال نقل الأعضاء أجازت بعض التشريعات الإيحاء بجثة القاصر كالقانون المصري رقم 103 لسنة 1962 و الخاص بتنظيم بنك العيون. فلقد أجازت المادة الثالثة منه

¹⁵⁴ حيث جاء في المادة الثانية من القانون المصري رقم 103 الصادر سنة 1962 أنه؛ " يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها." أشار إليه د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 127. راجع أيضاً، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 184، و د. عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 211، د. سامي السيد الشول، المرجع السابق، ص. 690.

¹⁵⁵ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 127 و 128.
¹⁵⁶ المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري، سبقت الإشارة إليه.

الإيضاء بعيون القاصر من خلال الحصول على إقرار كتابي بما يفيد ذلك من الولي أو ممثله القانوني. و لا خوف هنا من النيابة على القاصر في الإيضاء بجثته لأن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت، من ثم فهي لا تشكل أي خطورة على حياة القاصر.¹⁵⁷ كما أنه يجوز للقاصر الرجوع عن هذه الوصية إذا ارتأى ذلك عند اكتماله سن الرشد.¹⁵⁸

(1)- الوصية المتعلقة بنقل الأعضاء من الجثة و طرق إثباتها:

تعقد الوصية في القانون المصري بالعبارة أو الكتابة، أو بالإشارة المفهومة إذا كان الموصي عاجزاً.¹⁵⁹ ويشترط التشريع المصري لجواز سماع دعوى الوصية عند الإنكار أن تكون محررة في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية مصادق فيها على توقيع الموصي أو ختمه، أو محررة كلها بخط الموصي و موقع عليها بإمضائه. من ثم فإن الكتابة ليست شرطاً لانعقاد الوصية في القانون المصري و إنما ضرورية فقط لسماع الدعوى. أما القانون الجزائري فهو يشترط الكتابة الرسمية لإثباتها. إذ تنص المادة 191 من قانون الأسرة؛ " تثبت الوصية؛

- إما بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.
- و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على هامش أصل الملكية."

و في مجال نقل الأعضاء تتجه التشريعات التي تأخذ بالوصية إلى ضرورة إفراغها في شكل كتابي، إلى جانب شرط اكتمال الأهلية. و من التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية في مجال نقل الأعضاء القانون المصري المشار إليه أعلاه و القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987¹⁶⁰، إذ حددت مادته الثانية مصادر الأعضاء (الكلية) لغرض الزرع بما يلي؛

- الكلية التي يتبرع بها أصحابها حال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم،
- كلية الموتى في الحوادث.(بشرط موافقة الأقارب إذا لم يوصي المتوفى بأعضائه).

و لصحة الوصية الخاصة بالتصرف في الجثة تشترط المادة الثالثة من نفس القانون ما يلي؛

- أن تصدر الوصية من الشخص و هو كامل الأهلية (18 سنة كاملة)،

¹⁵⁷ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 187. د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 511، و في الفقه الغربي، Saury op.cit. p. 117.

¹⁵⁸ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 128.

¹⁵⁹ المادة من قانون الوصية المصري، قانون رقم 71 لسنة 1946. أشار إليه، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 128.

¹⁶⁰ القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983، سبقت الإشارة إليه.

- أن تتم في شكل كتابي،
- و بحضور شاهدين اثنين راشدين.

كما حدد القانون السعودي أيضا إجراءات نقل الأعضاء من الموتى فأوجب الحصول على موافقة ورثتهم الشرعيين سواء كانوا داخل المملكة أو خارجها، من خلال ملء استمارة الإقرار الخاص بذلك، إلا إذا كان المتوفى قد أوصى في حياته وصية شرعية بالتبرع بأعضائه.¹⁶¹ كما حددت المادة الخامسة من القانون الأردني، الحالات التي يجوز فيها نقل العضو من الجثة منها الإيصال بالأعضاء قبل الوفاة بإقرار خطي ثابت التوقيع و التاريخ بصورة قانونية.¹⁶² و قد سار على هذا النهج أيضا التشريع التونسي الصادر سنة 1991¹⁶³ في الفصل الثالث منه و التشريع المغربي لعام 1999¹⁶⁴ في مادته الرابعة عشر (14).

و من التشريعات الأوروبية التي أخذت بنظام الوصية، التشريع الفرنسي الصادر سنة 1949 الذي أجاز الإيصال بالقرنية قبل الوفاة، و القانون الدانمركي في مادته الثانية.¹⁶⁵ و هو ما أجازة أيضا القانون الإنجليزي.¹⁶⁶ و في هذا الصدد نصت المادة الأولى منه إلى إمكانية التعبير الشفوي على ذلك بحضور شاهدين أثناء مرض الموت. و في هذه الحالة يجوز لمن له حق حيازة الجثة أن يأمر بتنفيذ رغبة المتوفى بعد التأكد من أنه لم يسحب هذه الموافقة قبل الوفاة، مع العلم أنه لا يعتد برأي الأقارب في حالة تعارضها مع رغبة المتوفى.¹⁶⁷

أما في القارة الأمريكية فمن بين التشريعات التي اتبعت هذه الطريقة القانون الكندي و القانون الأرجنتيني الصادر سنة 1977 الذي أوجب أن يتم التعبير عن إرادة الموصي كتابيا. أما التشريعات الأمريكية الخاصة فقد اعتمدت نظام الوصية و نظام بطاقة التبرع بالأعضاء. و هي بطاقة يحملها صاحبها بصفة دائمة يتم الحصول عليها من الجهات المختصة بوقع عليها حاملها و شاهدان.¹⁶⁸

¹⁶¹ أشار إليه، د. يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 512.

¹⁶² القانون الأردني المتعلق بنزع و نقل الأعضاء، سبقت الإشارة إليه.

¹⁶³ القانون التونسي المتعلق بنقل و زرع الأعضاء سبقت الإشارة إليه.

¹⁶⁴ القانون المغربي الصادر سنة 1999 و المتعلق بنقل الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

¹⁶⁵ القانون الدانمركي، القانون رقم 246 الصادر بتاريخ 1967/06/09 سبقت الإشارة إليه. و القانون التشيكوسلوفاكي رقم 47 الصادر سنة 1966 في مادته الثالثة.

¹⁶⁶ Human Tissue Act, cite par Brazier, M, op.cit., p. 276.

¹⁶⁷ Knight, op.cit., p. 51, Dyer, op.cit., p. 127. Jones and Morris, op.cit., p. 71.

¹⁶⁸ و هو ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة الرابعة من مشروع القانون الموحد الأمريكي المتعلق بنقل الأعضاء الصادر بتاريخ 30 يوليو 1968، Uniform Anatomical Gift Act، سبقت الإشارة إليه.

غير أنه منذ صدور القانون الموحد الأمريكي المتعلق بنزع الأعضاء¹⁶⁹ يجوز لأي شخص تجاوز سن الثامنة عشر أن يتبرع بكامل جسمه أو بجزء منه بعد مماته لأي غرض يحدده.¹⁷⁰

و ليس هناك شكل محدد للتعبير عن موافقة الشخص بشأن الاقتطاع من جثته¹⁷¹، إذ يجوز أن يتم في شكل وصية، أو في شكل وثيقة عادية موقع عليها من قبل المتبرع و شاهدين و يسلمها لمن يعينه من أقاربه. و يجوز للمتبرع سحب تلك الموافقة أو تعديلها في أي مرحلة قبل وفاته. و في حالات معينة، يجوز للمريض أن يبدي موافقته شفهيًا بحضور شاهدين، أو مباشرة للطبيب المعالج خاصة بالنسبة لنزلاء غرف الإنعاش.¹⁷²

(2)- التصريح الكتابي برفض الاقتطاع من الجثة:

أجازت بعض التشريعات للشخص الذي يرفض المساس بجثته أن يعبر أثناء حياته عن ذلك صراحة في شكل كتابي. و في هذه الحالة لا يجوز الاقتطاع من الجثة و لو بإرادة الأقارب لأن المتوفى قد اعترض على ذلك و يجب احترام إرادته كما لو كان حيا.

و من الدول العربية التي أجازت ذلك القانون التونسي المشار إليه أعلاه في الفصل العاشر منه و كذا القانون المغربي في مادته 15، حيث جاء فيها؛

" يعبر كل شخص يريد و هو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين لهذا الغرض و يتم تسجيل التصريح دون عوائق لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات، و يشار إلى هذا التصريح في السجل الخاص الذي يمسك لهذا الغرض و المنصوص عليه في المادة 17 من هذا القانون." ¹⁷³

¹⁶⁹ Uniform Anatomical Gift Act، و وصف هذا القانون بأنه مجرد نموذج يتضمن مبادئ عامة تستهدي بها تشريعات الولايات.

مشار إليه عند، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 26 و 122.

¹⁷⁰ مع العلم أن تشريعات بعض الولايات الأمريكية نزلت إلى سن الرابعة عشر، مثل الأركانزاس و الميسيسيبي راجع؛

Ark. Statut Ann. 82-411-14, 1977. Miss.Cade.Amm.41-39-58, 1974.

¹⁷¹ وفقا لتشريعات مينوسوتا (Minnesota) و فيرجينيا، (Virginie) يمكن التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بكامل أو أجزاء معينة في حالة الوفاة المفاجئة نتيجة لحادث المرور.

¹⁷² القسم السادس، A من القانون الأمريكي الموحد، Uniform Anatomical Gift، سبقت الإشارة إليه، لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع، د. مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 135.

¹⁷³ القانون المغربي المتعلق بنقل الأعضاء الصادر سنة 1999، سبقت الإشارة إليه.

و يلاحظ بهذا الصدد أن القانون المغربي يشترط تعبير الشخص أثناء حياته عن رفضه المساس بجثته أمام القاضي. مما يعني أن الكتابة غير كافية لوحدها و إنما يجب أن يصادق عليها القاضي. و بذلك يكون التشريع المغربي قد اشترط الرسمية سواء تعلق الأمر بالموافقة على التبرع¹⁷⁴ أو بمنع التعرض للجثة بعد الممات.

و لقد تعرضت التشريعات التي اشترطت الشكلية في التعبير عن الإرادة بخصوص التصرف في الجثة إلى عدة انتقادات يمكن تلخيصها فيما يلي؛

- إنه من النادر أن يفكر شخص معافى بأن يوصي بأعضائه لما بعد وفاته إلا إذا كان لهذا الأخير رغبة حقيقية في مساعدة الآخرين. لأن ذلك يتطلب القيام بإجراءات معينة قد يرى فيها الكثير مشقة زائدة.¹⁷⁵ كما يؤدي اشتراط الشكلية من جهة أخرى، إلى قلة عدد المتبرعين بأعضائهم بسبب خوف هؤلاء من الرسمية و ما تنطوي عليه من إجراءات و آثار قانونية.

- كما أنه من الصعب مطالبة المريض، و هو على سرير المستشفى، بأن يوصي بأعضائه، خاصة إذا كان يطمح إلى الشفاء و العودة إلى حيويته التي ألفها. فمن شأن مطالبته بذلك أن يؤثر على نفسيته و يؤخر شفائه.¹⁷⁶

- كما أن المطالبة بالشكلية يتعارض مع السرعة اللازمة لاستئصال العضو من جسم الميت و نقله إلى المريض، فقد يتطلب الحصول على نسخة الوصية مدة من الزمن، تضيع معها فرصة نقل العضو بسبب التأخير في تنفيذ العملية.¹⁷⁷

- و يعتبر البعض، من جهة أخرى، أن المطالبة بضرورة تجسيد رفض المساس بالجثة في شكل كتابي هو نوع من التزويد من قبل المشرع، لأن حرمة الجثة و الحماية القانونية المقررة لها تعني في الأصل عن ذلك.¹⁷⁸ كما أن اشتراط التعبير الصريح عن رفض المساس لا يكون له معنى إلا إذا كان التشريع المعمول به يأخذ بقرينة الموافقة كما هو الحال في القانون الفرنسي.

الفرع الثاني: الإذن بالتصرف في الجثة بدون شكلية:

¹⁷⁴ راجع إثبات الرضا في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء، ص. 387 من الرسالة.

¹⁷⁵ د. أحمد شوقي أبو خطوة، " القانون الجنائي و الطب الحديث"، مرجع سابق، ص. 212.

¹⁷⁶ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 420.

¹⁷⁷ راجع د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 188. راجع في الفقه الغربي؛

Brazier, M., "Medicine, patients and the law" ed. 1987. p. 278.

¹⁷⁸ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 414.

على عكس التشريعات التي اشترطت الشكلية في التعبير عن إرادة المتوفى بشأن الإذن أو رفض المساس بالجثة، تعدد الكثير من التشريعات بإذن أو رفض هذا الأخير كيفما كان شكله. و على هذا الأساس يجوز للفرد أن يوصي بذلك شفوية أو كتابة و بدون حاجة إلى إفراغ موافقته في شكل رسمي معين. كما يجوز له منع المساس بجثته بعد وفاته بالطريقة التي يراها مناسبة. و لقد اعتمد هذه الطريقة القانون الإنجليزي الصادر سنة 1961، حيث تجيز الفقرة الأولى من المادة الأولى منه للمريض مرض الموت أن يوصي بأعضائه سواء لأغراض علاجية أو علمية، إما عن طريق الكتابة أو بطريقة شفوية بحضور شاهدين أو أكثر.¹⁷⁹

و من بين التشريعات الأخرى التي تزعمت هذا الاتجاه المرسوم الملكي الإسباني الصادر سنة 1980 الذي أجازت مادته الثامنة الاعتراف بموافقة الشخص على الاقتطاع من جثته سواء صدرت منه بالإشارة أو بالكلام أو بالكتابة.¹⁸⁰ و هو ما أجازته أيضا القانون الصادر في ألمانيا الديمقراطية سنة 1975.¹⁸¹ و لم تشترط هذه التشريعات طريقة معينة للتعبير أيضا عن رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، إذ يمكنه الإفصاح عن ذلك بطريق الوصية الكتابية أو الشفهية أو بأية طريقة يراها مناسبة. فقد جاء في المادة الثالثة من المرسوم الملكي الإسباني المشار إليه ما يلي؛

" لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لأي عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات ذلك في بطلاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص التي تلزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العملية أو في الوثيقة التي تجيز إجراء العملية الجراحية... أو بأية وسيلة أخرى بدون التقيد باتباع شكلية معينة." ¹⁸²

و رغم تساهل هذا الاتجاه في الحصول على إذن الشخص بشأن التصرف في جثته، إلا إنه يطرح عدة إشكاليات عند التنفيذ. فقد لا يعترض المتوفى أثناء حياته على الاقتطاع من جثته، بل قد يعبر صراحة لمقربيه عن رغبته في الاستفادة من أعضائه بدون، غير أن انعدام الدليل المادي الكاشف عن الإرادة الحقيقية لهذا الأخير قد يحول دون الاستفادة من أعضائه، خاصة إذا حدثت الوفاة بطريقة فجائية و لم يتمكن الفريق الطبي من الاتصال بأقاربه في الوقت المناسب.

¹⁷⁹ "...any person may in writing , or by word of mouth in the presence of two or more witnesses during his last illness , express a request that his body be used after his death for therapeutic purposes (or for purposes of medical education or research)." Brazier, M., "Medicine, patients and the law" ed. 1987 op.cit. p. 277. Skegg., op.cit. p. 242.

¹⁸⁰ Revue Int. Lég. Sanit. 1981. p. 766.

¹⁸¹ Revue Int. Lég. Sanit. 1977. p. 701.

¹⁸² Revue Int. Lég. Sanit. 1981. p. 767.

الفرع الثالث: بطاقة التبرع بالأعضاء:

نظرا لعدم ملائمة الإقرار الكتابي أو الوصية من جهة و عدم صلاحية الإذن بالاقتطاع الذي يستند إلى حرية الإثبات في مجال نقل الأعضاء من الجثث، من جهة أخرى، اعتمدت بعض الدول نظام البطاقات الخاصة بنقل الأعضاء، أو التأشير على بطاقة الهوية بما يفيد موافقة حاملها على التبرع بأعضائه أو رفضه له.¹⁸³

و رغم الشكلية المطلوبة في هذه الطريقة إلا أنها تجنب البحث، عند الحاجة، عن موقف الشخص من المساس بجثته. إذ أن حمله لبطاقة التبرع بالأعضاء دليل على موافقته المسبقة للاقتطاع من جثته.¹⁸⁴

و قد سبقت الإشارة آنفا إلى أن بعض التشريعات في الولايات الأمريكية تجيز التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بالأعضاء في حالة الوفاة نتيجة حوادث المرور.¹⁸⁵ مع العلم أن هذا التنظيم لا يتعارض مع حق الرجوع عن التبرع. إذ يكفي أن يخطر المتراجع عن التبرع بجثته أو بأحد أعضائه الجهة المختصة لكي يتم شطب اسمه من سجلات المتبرعين سواء تعلق الأمر بحامل بطاقة التبرع أو بالموشر على رخصة سياقته بجواز الاقتطاع من جثته.¹⁸⁶

و قد انتهج التشريع البلجيكي الصادر سنة 1969 و التشريع الألماني الصادر سنة 1977 طريقة مشابهة حيث أجازا للشخص الذي يرغب في الإيصال بأعضائه بعد وفاته أن يدون ذلك في بطاقته الشخصية. ففي هذا الصدد أجاز القانون الألماني أن يعبر الشخص صراحة في خانة خاصة من بطاقة الهوية عن رفضه أي مساس بجثته.¹⁸⁷

كما أخذ بهذا النظام أيضا مشروع القانون الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية حيث أجاز للشخص أن يعبر عن إرادته في بطاقات مخصصة لهذا الغرض، و اشترط لصحة الإجراء

¹⁸³ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 421. و في الفقه الغربي؛

Doll, P-J, " Le droit de disposer du cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques", Rev. Sci.

Crim. Et Drt. Pén. Comp. 1971. p. 75.

¹⁸⁴ قريب من هذا المعنى راجع، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 129 و د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 118 و د. أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 217،

¹⁸⁵ راجع مصطفى عدوي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 135.. راجع د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 418.

¹⁸⁶ أحمد محمد عدوي، المرجع السابق، ص. 129.

¹⁸⁷ راجع د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 418 أخذنا عن د. محمد سامي الشوا، "مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات"، مرجع سابق، ص. 346.

أن يتم بحضور شاهدين يوقعان على البطاقة.¹⁸⁸ و في هذه الحالة يجوز للأطباء نقل الأعضاء أو الأنسجة المطلوبة دون الرجوع إلى الأسرة.¹⁸⁹ كما أكدت الجمعية البريطانية لنقل الأعضاء أن إثبات موافقة المتبرع على بطاقة تحمل توقيعه يحل المشاكل المتعلقة بإثبات الرضا في عمليات نقل الأعضاء من الجثث.¹⁹⁰ و لقد تم اعتماد هذا النظام أيضا في إنجلترا منذ 1981، حيث يتعين على حامل البطاقة أن يوقع عليها و يحدد العضو أو الأعضاء الذي يرغب في التبرع به بعد وفاته عن طريق التأشير على أسماء الأعضاء المدونة على البطاقة، و كذا تدوين أسم أحد الأقرباء و عنوان هاتفه.¹⁹¹

و إلى جانب بطاقة التبرع اقترح البعض¹⁹² طرقا لأخرى لإثبات موقف المتوفى من المساس بجثته نوردها فيما يلي؛

- **مسك سجل وطني** بأسماء الذين يرفضون نقل الأعضاء من جثثهم بعد الوفاة، بحيث إذا لم يسجل الفرد أسمه في هذا السجل يعتبر قد وافق على عملية الاقتطاع من جثته، و هذا ما يعرف بقرينة الموافقة. و قد عرض هذا الاقتراح على مجلس اللوردات في إنجلترا سنة 1968 إلا أنه قابل اعتراضا شديدا من قبل أعضاء المجلس و من عامة الناس.¹⁹³ فقد رأى البريطانيون في العملية مساسا بحقوقهم الشخصية، لأن تسجيل الرفض، إن وقع، سيقصر على الأشخاص الذين يعرفون هذا القانون و قد يتعذر ذلك على البعض الآخر لأسباب أخرى عديدة.¹⁹⁴ مع العلم أن هي الطريقة معتمدة في النمسا و الدانمارك.¹⁹⁵ و كذا في فرنسا منذ صدور قانون 1994.¹⁹⁶

- كما تم اقتراح إنشاء **ناد للمتبرعين** تثبت العضوية فيه لكل فرد يوافق على التبرع بجثته أو بأجزاء منها بعد وفاته. و وفقا لهذا الرأي، يمكن للعضو أن يبدي تحفظاته بشأن الاقتطاع، و أن

¹⁸⁸ راجع الفقرة السادسة من المادة الرابعة من مشروع القانون الموحد الأمريكي المتعلق بنقل الأعضاء الصادر بتاريخ 30 يوليو 1968، Uniform Anatomical Gift Act، سبقت الإشارة إليه. و لمزيد من المعلومات راجع د. أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 216. راجع د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 513، و في الفقه الغربي؛

Knight, op.cit. p. 50 et Skegg., op.cit. p. 242.

¹⁸⁹ Kennedy and Grubb., op.cit. p. 1048.

¹⁹⁰ د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 513، راجع في الفقه الغربي؛ Kennedy and Grubb, op.cit. p. 1025. راجع Brazier, M., op.cit p. 282، ولقد بينت عملية صبر آراء أجريت في نهاية الثمانينات أن 66% البريطانيون لا يعترضون على التبرع بأعضائهم، غير أن الحاملين فعلا لبطاقات التبرع لا يتعدى 20% منهم. Brazier, M، نفس المرجع هامش 20 ص. 362.

¹⁹² Voir en particulier Doll, P.J., ‘Le droit de disposer du cadavre..’, op.cit., p. 75.

¹⁹³ مشروع قانون خاص بنقل الكلى قدمه اللورد دونبوردي بتاريخ 1968/03/13، راجع بشأنه؛

Charaf-Eldine, op.cit., p. 690.

¹⁹⁴ Brazier, M., op.cit p. 282. Kennedy and Grubb, p. 1044.

¹⁹⁵ Brazier, M., op.cit p. 282.

¹⁹⁶ راجع التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي في المطلب الموالي.

يحدد الأعضاء التي يجيز اقتطاعها. أما بشأن إثبات العضوية في نادي المتبرعين بالأعضاء فقد اقترح أصحاب هذه الفكرة وشم الذراع الأيسر بشعار النادي حتى يسهل التعرف على إرادته.¹⁹⁷

غير أن هذا الأسلوب قد تعرض للنقد هو الآخر على أساس صعوبة تطبيقه من جهة، إذ ليس من السهل أن يتقبل كل الناس عملية الوشم، و صعوبة إزالة العلامة في حالة تراجع الفرد عن التبرع من جهة أخرى.¹⁹⁸ فضلا عن ذلك يعبر الوشم عن سذاجة صاحبه لدى الكثير من المجتمعات و يخالف المعتقدات الدينية لدى المسلمين.¹⁹⁹

و من بين الوسائل القانونية المعتمدة للتعبير عن إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته قرينة الموافقة التي اعتمدها القانون الفرنسي. و لأهمية هذه الطريقة ارتأينا أن نتناول التجربة الفرنسية في هذا المجال بشيء من التفصيل.

المطلب الثاني: التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي:

قبل صدور قانون Caillavet²⁰⁰ سنة 1976 كان القانون الفرنسي يتطلب الموافقة الصريحة بشأن الاقتطاع من الجثة سواء من المتوفى أثناء حياته أو بواسطة عائلته بعد مماته. و لا يمكن أن تباشر عملية الاقتطاع بدون الموافقة السابقة. غير أن قانون Caillavet عكس هذا المبدأ بنصه على قرينة الموافقة، و بالتالي لم تعد هناك حاجة إلى الموافقة الصريحة للمتبرع لكي يتم الاقتطاع من جثته إلا في حالات خاصة كالإقتطاع من جثة المتوفى القاصر أو عديم الأهلية.

أما القانون الصادر سنة 1994 المتعلق بنقل الأعضاء فقد أبقى على قرينة الموافقة و وسع من نطاق الموافقة الصريحة لكي تشمل الاقتطاع من جثة القاصر أو عديم الأهلية عندما يكون الاقتطاع لإغراض علمية بحتة. و على هذا الأساس سنوضح المقصود بقرينة الموافقة و موقف الفقه الفرنسي منها ثم نحدد الحالات التي يتطلب فيها القانون الفرنسي الموافقة الصريحة للاقتطاع من الجثث ثم نختم ذلك بكيفية التعبير عن رفض الاقتطاع من الجثة في ظل القانون الفرنسي الحالي.

¹⁹⁷ د. إهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 514.

¹⁹⁸ د. إيهاب يسر أنور علي، نفس المرجع و المكان، راجع أيضا، Doll, op.cit., p. 75.

¹⁹⁹ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 423.

²⁰⁰ Loi n° 76-1181 du 22/12/76 relatives aux prélèvements d'organes, J.O du 23/12/1976

الفرع الأول: مفهوم قرينة الموافقة في القانون الفرنسي:

لما كانت قضية إثبات موافقة المتوفى على الاقتطاع من جثته من أهم المشاكل القانونية التي تعترض الأطباء الجراحون من الناحية العملية، اعتمد القانون الفرنسي حيلة قانونية نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الجراح إلى المتبرع بالعضو. و مفاد ذلك أن الاقتطاع من الجثث جائز إلا إذا عارضه المتوفى صراحة أثناء حياته.²⁰¹ بمعنى آخر تستخلص موافقة الشخص على الاقتطاع بطريقة ضمنية على أساس أن الذي لم يعترض على الاقتطاع يعتبر قد وافق عليه. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون Caillavet على ما يلي؛

" يمكن اقتطاع الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعترض أثناء حياته على مثل هذا الاقتطاع."²⁰² و هو ما أكدته أيضا الفقرة الثانية من المادة L1232 مكررا 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي و التي جاء فيها؛ " يجوز مباشرة الاقتطاع من (جثة) الشخص طالما لم يعترض أثناء حياته على مثل هذا الاقتطاع."²⁰³

يتضح من النصين إذا أنه يجوز للطبيب مباشرة الاقتطاع من جثة المتوفى طالما لم يرفض أثناء حياته أي مساس بجثته و الذي يجب أن يتم صراحة بالطرق التي حددها القانون.

و من المشاكل التي واجهها الأطباء بشأن قرينة الموافقة ضمن قانون 1976 هي عدد الأعضاء التي يجوز اقتطاعها من الجثة. فقد اعتمدت المادة الثانية المشار إليها أعلاه صيغة الجمع، مما دفع الكثير إلى الاعتقاد بشرعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء. فقد جاء في تعليق Grenouilleau على هذا القانون أنه يجوز نظريا اقتطاع كل الأعضاء من الجثة.²⁰⁴

و لم يتعرض قانون Caillavet إلى رأي أقارب المتوفى بشأن موضوع الاقتطاع، و ذلك على أساس أنه بثبوت الموافقة الضمنية للمتوفى كامل الأهلية يمنع تدخل الأقارب سواء لغرض الموافقة أو منع الاقتطاع.²⁰⁵ ففي قرار لمجلس الدولة الفرنسي صدر سنة 1983 منع هذا الأخير

²⁰¹ Charaf-Eldine, A., op.cit. 685.

²⁰² "Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement..."

L'art. 2 de la Loi n° 76-1181 du 22/12/76. précité.

²⁰³ "...Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne n'a pas fait connaître de son vivant, son refus d'un tel prélèvement." L'art. 1232-1 du code de la santé publique, Loi n° 94- 653 du 29/12/1994 relative au respect du corps humain, J. O 30/07/94.

²⁰⁴ Grenouilleau, J-P., " Commentaire sur la loi n° 76-1181 du 22/12/76 relatives aux prélèvements d'organes", op.cit., p. 217.

²⁰⁵ و مع ذلك يرى البعض، أنه يجوز التقرب من عائلة المتوفى لغرض الوقوف على رغبة فقيدهم. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 255.

اعتراض الأقارب على الاقتطاع من جثة قريبهم الذي لم يظهر أية معارضة على ذلك أثناء حياته.²⁰⁶

غير أنه قد يكون الرجوع إلى أقارب المتوفى ضروريا، إذا عبر لهم هذا الأخير عن رفضه للاقتطاع من جثته و لم يتم بالإجراء اللازم لتأكيد ذلك. و مع ذلك لم يهتم القانون الفرنسي إلا بالرفض الصريح الذي يعبر عنه صاحبه أثناء حياته. أما الأقارب فليس لهم سوى التعبير عن إرادة قريبهم، و من ثم ليس لهم أن يبدو بأرائهم الخاصة حول المسألة.²⁰⁷ فإذا كان المتوفى يجهل القانون و لم يعرف له موقف من هذه المسألة يجب تطبيق قرينة الموافقة المنصوص عليها في قانون Caillavet. من هذا المنطلق تركزت المناقشات بخصوص قانون سنة 1994 على وجوب توعية المواطنين بضرورة الاطلاع على النصوص التنظيمية لهذه المسألة و القيام بالإجراءات اللازمة التي يرونها مناسبة لحماية حقوق الجميع.²⁰⁸

الفرع الثاني: موقف الفقه من قرينة الموافقة:

لقد أبدى بعض الفقه معارضة شديدة لقرينة الموافقة التي جاء بها قانون Caillavet فقد اعتبرها البعض فجا من المشرع لغرض اقتطاع الأعضاء من الأشخاص الذين يتوفون فجأة خاصة الوفيات الواقعة على إثر الحوادث و غيرها. كما أن هذه القرينة تسهل في نظر هؤلاء الوصول إلى أعضاء الأفراد الأكثر حرمانا في المجتمع كالمتردين و الشيوخ المحتضرين و غيرهم ممن لا يفقهون القانون.²⁰⁹ في حين اعتبر آخرون المساس بالجثث بهذه الطريقة إنكار لقواعد الديمقراطية.²¹⁰

و من جهة أخرى أثنى بعض الفقه على قانون Caillavet الذي اعتمد قرينة الموافقة و اعتبر ذلك بمثابة الحل الأنسب لمشكلة الموافقة على الاقتطاع من الجثث.²¹¹ فمن أهم الأهداف المباشرة التي قصدها المشرع الفرنسي من خلال اعتماده قرينة الموافقة هو توفير الظروف القانونية الملائمة لاقتطاع أكبر عدد ممكن من الأعضاء البشرية من الجثث.

²⁰⁶ Cons. d'Etat du 18 mars 1983. J.C.P. 1983, 1, n°20111, obs, J-M Auby.

²⁰⁷ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 256.

²⁰⁸ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 256.

²⁰⁹ Fensh, F., "Le corps des mourants, objets de convoitises et d'oppressions", 1980. p. 107 et 108.

²¹⁰ Prélèvement d'organes et acharnement thérapeutique, Le Monde du 17 mars 1978. p. 22.

²¹¹ Cabrol, C., "Don et greffes d'organes et les expérimentations". Table ronde du 04/06/1991, In rapport d'information sur la bioéthique, Rapporteur ; Bioulac, B., Assemblée Nationale, n° 2565, enregistrée le 18/02/1992, p. 345-370.

و حسب Cabrol فإن قرينة الموافقة تحقق هذا الهدف بنسبة عالية لأنها تجنب الفرنسيين التفكير في الأمور المرتبطة بالموت و منها التعبير عن القبول أو الرفض الصريح لعملية الاقتطاع من الجثة. فهو يرى أن القانون الفرنسي في هذا المجال ينسجم مع مزاج الفرنسيين الذين، على خلاف الأنجلوساكسونيون، لا يرغبون كثيرا في التفكير في الموت و الترتيب له. و على هذا الأساس جاء قانون Caillavet لمساعدة الفرنسيين و تجنبهم التفكير في الأمور التي تعكر مزاجهم.²¹²

من ثم فالهدف الأساسي لهذه القرينة هو بالتأكيد توفير الأعضاء البشرية اللازمة لتغطية العدد المتزايد من طلبات الزرع. فمبدأ الموافقة الضمنية يحقق التزود بالأعضاء البشرية بطريقة مستمرة و فعالة على خلاف مبدأ الموافقة الصريحة الذي يعرقل كثيرا عمليات الاقتطاع للأسباب التي تم بيانها. و لقد ثار التساؤل في هذا الصدد حول إمكانية استفادة الأجانب من عمليات زرع الأعضاء في فرنسا، و كذا إمكانية تطبيق قرينة الموافقة على الأجانب الذين يتوفون في فرنسا ؟

يرى البعض بخصوص هذه المسألة أنه يجوز للأجانب الاستفادة من أعضاء الفرنسيين على أساس أن الكثير من الفرنسيين قد استفادوا من أعضاء الأجانب بفضل المؤسسة الأوروبية للزرع.²¹³ و قد تم عقد عدة اتفاقيات بين فرنسا و بعض الدول الأجنبية الأخرى لغرض استفادة رعاياها من زرع الأعضاء في فرنسا. و على هذا الأساس يمكن أن يستفيد الأجنبي الغير مقيم في فرنسا من عملية زرع الأعضاء لكن بشرط أن يكون ممثلا من جهة قد وقعت اتفاقية صحية مع فرنسا.²¹⁴ أما بشأن الأجانب الذين يتوفون بفرنسا، فيرى البعض أنه يمكن تطبيق نصوص القانون الفرنسي عليهم، خاصة فيما يتعلق بقرينة الموافقة، على أساس أنه بعد الوفاة لم يعد للأجنبي مركزه القانوني كأجنبي.²¹⁵

الفرع الثالث: حالات اشتراط الموافقة الصريحة في القانون الفرنسي:

²¹² Rapport sur la bioéthique, Rapporteur ; Bioulac, B., Assemblée Nationale, n° 2565, enregistré le 18/02/1992 p. 82.

²¹³ Lenoir, N., "Limites de la vie", Rapport présenté au président du conseil des ministres, rapporteur, Sturlese, B., La documentation française, 1^{ère} partie, 1991, p. 25 et 26.

²¹⁴ Delorme, J., "La réforme de la transplantation d'organes", Le concours médical, n° 114, 1992, p. 3491 -3493

²¹⁵ Burin des Rosiers, conseiller d'état, "Les aspects juridiques et médicaux du prélèvement d'organes", groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F) 1992.

استثناء عن قاعدة الموافقة الضمنية اشترط التشريع الفرنسي، سواء في قانون Caillavet لسنة 1976 أو قانون 1994/07/29 المتعلقين بنزع الأعضاء، الموافقة الصريحة للاقتطاع من جثث الموتى في حالات محددة كالتالي؛

أولا- الاقتطاع لأهداف علمية:

ابتداء من سنة 1994 لم يعد يعتد القانون الفرنسي بقرينة الموافقة بشأن اقتطاع الأعضاء الذي يكون لأغراض علمية، حيث أوجب قانون 94/07/29 الموافقة الصريحة من المتبرع أثناء حياته أو عن طريق أقربيه بعد الوفاة و ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 3-1232 L من قانون الصحة العامة.²¹⁶ و يستبعد هذا النص من مجال تطبيقه الاقتطاع الذي يكون لغرض البحث عن أسباب الوفاة، أي عندما يكون الاقتطاع لغرض تشريحي.

ثانيا- الاقتطاع من جثث القصر أو عديمي الأهلية؛

جاء في الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون Caillavet ما يلي؛ " ...غير أنه إذا تعلق الأمر بالاقتطاع من جثة قاصر أو عديم الأهلية لغرض الزرع فلا يمكن إجراؤه إلا بعد الحصول على موافقة ممثله الشرعي."²¹⁷

و قد أوجب مرسوم تطبيق هذا القانون المؤرخ في 1978/03/31 الحصول على هذه الموافقة في شكل كتابي و يتم تسجيلها في سجل خاص لدى المؤسسات الصحية المرخص لها باقتطاع الأعضاء.²¹⁸ و تقابل هذه المادة في قانون 94/07/29 المادة 2-1232 L التي نصت على ما يلي؛ " إذا كان الشخص المتوفى قاصرا أو راشدا خاضعا للحماية القانونية فلا يمكن اقتطاع أعضائه من أجل التبرع إلا إذا وافق على ذلك صراحة أولياؤه أو ممثله الشرعي و بشكل كتابي."²¹⁹

²¹⁶ " **Aucun prélèvement à des fins scientifiques** autre que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès **ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille.**" L'art. 1232-3 du code de la santé publique précité.

²¹⁷ "Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué **qu'après autorisation de son représentant légal**".
L'art. 2.2 de la Loi n° 76-1181 du 22/12/76, précité.

²¹⁸ " **Si le défunt est un mineur ou un incapable , tout prélèvement sur son cadavre en vue d'une greffe** est subordonné à l'**autorisation écrite de son représentant légal**. Cette autorisation est consignée dans le registre mentionné à l'article 9." Art. 11 du Décret n° 78-501 du 31/03/1978 pour l'application de la loi du 22/12/1976 relative aux prélèvement d'organes.

²¹⁹ " **Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'a la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal y consente expressément par écrit.**"
L'art. 1232-2 du code de la santé publique, précité.

و الاستثناء الوحيد على قاعدة الموافقة الصريحة للاقتطاع من جثة القاصر هو الاقتطاع الذي يكون لغرض التأكد من سبب وفاة القاصر إلا إذا اعترض الأهل على الاقتطاع و سجلوا ذلك في سجل المؤسسة الصحية أو أعلنوا ذلك إلى المستشفى الموجود فيه جثة ابنهم القاصر. و قد أكد على هذا الاستثناء مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر بتاريخ 17 فبراير 1988.²²⁰

و من القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي بشأن الإخلال بالحصول على موافقة الأولياء لغرض الاقتطاع من جثة القاصر، قضية الفتاة القاصرة المسلمة التي اقتطع الأطباء، على إثر وفاتها، القلب و الرئتين لتحديد سبب الوفاة دون علم أو موافقة والديها.

ففي هذه القضية فصل القضاء لصالح الأطباء على أساس أن الاقتطاع من جثة قاصر لا يخضع للموافقة الصريحة إلا إذا تعلق بالاقتطاع لغرض الزرع أما إذا كان لغرض التحقق من الوفاة، أو لأي غرض آخر غير الزرع، فيمكن للطبيب إجراؤه بدون الحصول على موافقة الممثل الشرعي إلا إذا اعترض هذا الأخير صراحة على هذا الاقتطاع.²²¹

و قد تعرضت هذه المسألة لتعديل جزئي بموجب قانون 94/07/29 الذي أصبح يشترط الموافقة الصريحة لأحد أولياء المتوفى القاصر إذا كان الاقتطاع لأغراض علمية بحتة. و يستثنى من ذلك الاقتطاع الذي يكون لغرض الوقوف على أسباب الوفاة.²²² و في هذه الحالة يجب دائماً، طبقاً للفقرة الأخير من المادة 3-1232 L من قانون الصحة العامة، إعلام أهل المتوفى القاصر بالاقتطاع الذي يكون لغرض تشريحي.²²³

ثالثاً- منع الاقتطاع لأسباب قضائية أو اجتماعية:

لا يجوز للأطباء مباشرة الاقتطاع من جثث ضحايا الجرائم و الانتحار و كذا ضحايا حوادث العمل، و ذلك لاعتبارات خاصة بالنظام القضائي و الاجتماعي. فالوفيات الناتجة عن أعمال العنف أو المشتبه في حدوثها بهذه الطريقة تمنع الاقتطاع من تلك الجثة لاحتمال تدخل السلطة القضائية لغرض التحقيق الذي قد تتطلب تشريح تلك الجثة للتأكد من سبب الوفاة. و هو ما

²²⁰ Cons. d'Etat du 18/02/1988 J.C.P., 1990 2^{ème} partie n° 21421, Commentaire. E. Fort-Cardon.

²²¹ أشار إليها أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 261 و 262.

²²² Toutefois, lorsque le défunt est un mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale....” L'art. 1232-3 du code de la santé publique précité.

²²³ "... La famille est informé des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès.” L'art. 1232-3 du code de la santé publique précité.

يقتضي المحافظة على جثث ضحايا الجرائم و عدم اقتطاع أي جزء منها بدون موافقة النائب العام.²²⁴ فالعلة إذا من منع الاقتطاع من جثة المتوفى في جريمة هي المحافظة على الأدلة التي تحتويها هذه الجثة. أما بشأن ضحايا حوادث العمل، فلم يستبعد منشور 78/04/03 إمكانية اقتطاع الأعضاء من تلك الجثث و لكنه اشترط اتخاذ احتياطات خاصة للحفاظ على حقوق الورثة و هيئات التأمين الاجتماعي، التي يجوز لها، إذا رأت ضرورة ذلك، تقديم طلب إجراء تشريح طبي لجثة المتوفى إلى رئيس المحكمة التي وقع الحادث في دائرة اختصاصها.²²⁵ إذ أن من حق الورثة أو مؤسسة التأمين أن يقدموا الدليل على أن الوفاة ترجع إلى حادث أثناء العمل أو إلى مرض مهني.²²⁶

من جهة أخرى تستفيد جثث قدامى المحاربين و ضحايا الحرب من نفس القيود، على أساس الاحترام الواجب لهؤلاء الذين ضحوا بأجسامهم في سبيل الوطن. من ثم يشترط المساس بجثث هؤلاء إلى الموافقة المسبقة لأقاربهم إلا إذا وافق المتوفى صراحة على ذلك أثناء حياته.²²⁷

الفرع الرابع: طرق التعبير عن إرادة المتوفى في ظل القانون الفرنسي:

توصلنا في الفقرات السابقة إلى أن القانون الفرنسي يأخذ كأصل عام بالموافقة الضمنية، أو ما يعرف بقرينة الموافقة، بشأن الاقتطاع من جثث الموتى لأغراض علاجية. و لا يشترط الموافقة الصريحة إلا عند اقتطاع الأعضاء من الجثة لأغراض علمية أو عند الاقتطاع من جثة قاصر سواء لأغراض علاجية أو علمية.

و جدير بالملاحظة في هذا الصدد أن قرينة الموافقة لا تمنع الشخص من التعبير عن إرادته أثناء حياته و الإعلان عن موقفه من عمليات نقل الأعضاء. من ثم يجوز للشخص التعبير عن قبوله التبرع بأعضائه بعد وفاته عن طريق الإيصاء أو في سجل المستشفى، كما يجوز له أن يعترض على اقتطاع أي عضو من جثته و التسجيل أثناء وجوده في المستشفى بما يفيد ذلك في السجل المعد لهذا الغرض.²²⁸ من جهة أخرى يمكن للشخص طبقا للمادة 8 من المرسوم التنفيذي لسنة 1978 أن يعبر عن رفضه الاقتطاع من جثته بكل الوسائل.²²⁹

²²⁴ Circulaire du 03/04/1978 concernant le Décret exécutif n° 78-501 du 31/03/78 précité.

²²⁵ المادة 477 L من قانون التأمين الفرنسي. لمزيد من المعلومات راجع، أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 265. راجع أيضا؛

‘Dubo.B, op.cit. p. 276.

²²⁶ Cass.Civ. chambre social. 20 jan. 1994. Bull. Civ. 1994, n° 18 p. 13.

²²⁷ Circulaire du 28/10/30, voir Vitani, C., ‘La législation de la mort’, Masson, 1966. p. 118.

²²⁸ Toute personne admise dans un établissement hospitalier autorisé à effectué des prélèvements après décès, **qui entend s’opposer à un prélèvement sur son cadavre, peut à tout moment consigner**

و بناء على ذلك يمكن التعبير عن الرفض بكل الطرق المتاحة؛ كالتصريح بذلك أثناء العلاج في المستشفى أو تقديمه في شكل كتابي. أما إذا كان الشخص غير قادر على التعبير عن إرادته، فإن المادة 9 من المرسوم المشار إليه توجب تسجيل كل ما يصدر عن هذا الأخير مما يمكن اعتقاده إشارة عن الرفض. كما يجوز في هذه الحالة للأقارب إفادة المستشفى برفض المريض إذا كان قد عبر لهم مسبقاً عن رفضه المساس بجثته.²³⁰ و على هذا الأساس يجب على الطبيب الذي لم يتحصل على أي دليل على اعتراض المتوفى أثناء حياته على عملية الاقتراع التأكد من أن هذا الأخير لم يسجل رفضه في سجل المستشفى على النحو المشار إليه أعلاه.

- أما بشأن الشكليات المتعلقة بضبط السجل لدى المستشفيات فيمكن إيجازها فيما يلي؛
- يودع السجل في مكتب الاستقبال أثناء أيام و ساعات العمل الرسمي، أما خارجه، فيعهد به إلى الوكيل الإداري المكلف بالمناوبة أو إلى الموظف المكلف بتسجيل دخول المرضى إلى المؤسسة الصحية.
 - يحتوي السجل على أوراق مرقمة و مؤشر عليها من قبل مدير المؤسسة و قابلة للانفصال لتجنب نقل كل السجل عند أخذ التصريحات داخل الأقسام أو المصالح.
 - يجوز نقل السجل أو جزء منه إلى أي قسم من أقسام المؤسسة لغرض تسجيل تصريحات أحد المرضى إذا كان عاجزاً عن الانتقال إلى مكتب الاستقبال.²³¹
 - و تشمل المعلومات التي يجب التصريح بها؛ الإسم و لقب و عنوان المريض، المعلومات الخاصة بقبول أو رفض الاقتراع و حدوده، و الظروف التي تم فيها التعبير عن الإرادة إلى جانب توقيع المريض.

l'expression de son refus dans un registre.... L'art. 9 du Décret n° 78-501 du 31/03/1978 pour l'application de la loi du 22/12/1976 relative aux prélèvement d'organes

²²⁹ "La personne qui entend s'opposer à un prélèvement sur son cadavre peut exprimer son refus par tout moyen". L'art. 8 du Décret n° 78-501 du 31/03/1978 pour l'application de la loi du 22/12/1976 relative aux prélèvement d'organes

²³⁰ "...Si cette personne n'est pas en état de s'exprimer, est consigné dans ce registre toute indication recueillie par sa personne, dans ses effets ou de toute autre provenance qui donne à penser qu'il entend s'opposer à un prélèvement sur son cadavre. Toutes les personnes pouvant témoigner qu'une personne hospitalisée a fait connaître qu'elle s'opposait à un prélèvement sur un cadavre, en particulier les membres de sa familles et des proches, consignent leur témoignages assortis des justifications nécessaires dans le registre mentionné à l'aliéna précédent...." L'art. 9 du Décret n° 78-501 du 31/03/1978 pour l'application de la loi du 22/12/1976 relative aux prélèvement d'organes.

²³¹ Batellier, J., "Les prélèvements multi-organes", thèse, Strasbourg, 1986. p. 28.

- و في حالة العجز يجوز للولي أو الممثل الشرعي للعاجز القيام بإجراء التسجيل، أو أي شخص آخر ممن لهم علاقة بالمريض كالممرض، أو مريض آخر.

أما الأمر الجديد الذي جاء به قانون 1994/07/29 بشأن التعبير عن الإرادة في مجال الاقتطاع من الجثث فهو يتعلق بإنشاء سجل وطني آلي يتضمن قائمة بأسماء الراضين أو القابلين لعملية الاقتطاع من جثثهم،²³² و الذي بدأ العمل به بموجب المرسوم التنفيذي رقم 704-97 الصادر بتاريخ 97/05/30 المتعلق بالسجل الوطني الآلي لرفض انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا من جثة شخص متوفى. و لقد تم إدراج مواد هذا المرسوم ضمن قانون الصحة العامة الفرنسي.

فلقد تبنى القانون الجديد نفس المبادئ التي جاء بها قانون Caillavet لسنة 1976، فأكد أيضا على قرينة الموافقة،²³³ و لكنه حاول من خلال القانون الجديد تحسين طرق التعبير عن الإرادة بشأن رفض الاقتطاع. فقد تبين أثناء مناقشة هذا الموضوع في الجمعية الوطنية الفرنسية أن التسجيل لدى المستشفيات لم تكن تجربة ناجحة، و لم يستخدم إلا نادرا، مما جعل الأطباء يلجئون في أغلب الأحيان إلى شهادة العائلة أو الأقارب بشأن موقف المتوفى من عملية نقل الأعضاء من جثته.²³⁴ فعلى هذا الأساس اقترح Kouchner وزير الصحة آنذاك مسك سجل وطني آلي يمكن من التعبير عن الرفض الصريح للتبرع بالأعضاء.²³⁵

و لقد أسندت المادة R 671-7-5 من المرسوم المشار إليه صلاحية تسيير هذا السجل إلى المؤسسة الفرنسية لزراعة الأعضاء.²³⁶ و وفقا لما جاء في هذا المرسوم يجوز لكل شخص كامل الأهلية أو ناقصها يبلغ على الأقل ثلاثة عشرة سنة (13) من العمر أن يسجل نفسه في السجل الوطني الآلي للتعبير عن رفضه اقتطاع أي عضو من أعضائه بعد وفاته سواء كان ذلك

²³² "Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révoquant à tout moment..."

Si Le médecin n a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille.'' L'art. 1232-1 du code de la santé publique .précité.

²³³ L'art. 1232-1 du code de la santé publique .précité

²³⁴ Bioulac, C., Rapport sur la bioéthique, op.cit. p. 37.

²³⁵ Nau, J-Y ., "80% des français ignorent les conditions légales pour le prélèvement d'organes", Le Monde du 11/03/1993 p. 16.

²³⁶ "Le fonctionnement et la gestion du registre national automatisé institué par l'art. L.671-7 (1232-1) sont assurés par l'établissement français des greffes dans les conditions fixées par la présente sous-section." L'art. R 671-7-5 du code de la santé publique, Décret n° 97-704 du 30/05/1997 relatif qu registre national automatisé des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes , de tissus et des cellules. J.O 03/06/97.

لأغراض علاجية أو لغرض البحث عن سبب الوفاة أو لأغراض علمية أخرى أو في أكثر من هذه الحالات الثلاثة. إلا أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تشير إلى أن رفض الاقتران لا يمنع من مباشرة الخبرة اللازمة أو المعاينات و الفحوص التقنية أو العلمية المطلوبة في إطار تحقيق قضائي أو إجراء من إجراءات التحقيق.²³⁷

أما التسجيل في السجل الوطني الآلي للتعبير عن رفض الاقتران من جثة الشخص بعد وفاته فيتم عن طريق إرسال طلب بهذا الشأن مؤرخ و موقع عليه إلى المؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء عن طريق البريد مرفوقا بصورة لأي وثيقة تثبت هوية طالب التسجيل، كبطاقة الهوية الوطنية، جواز السفر أو رخصة السياقة أو رخصة الإقامة في فرنسا.²³⁸

و بمجرد إتمام إجراءات التسجيل يتحصل الشخص على شهادة التسجيل في السجل الوطني الآلي ما لم يكن قد أعلن صراحة عن رغبته في عدم تسلم هذه الشهادة.²³⁹ مع العلم أنه يجوز للشخص الرجوع في الرفض باتباع نفس الإجراءات المنصوص عليها بشأن التسجيل. و في هذه الحالة يحصل المعني على شهادة الشطب من السجل الوطني الآلي ما لم يعلن كذلك عن رغبته في عدم تسلم هذه الشهادة.²⁴⁰

و على هذا الأساس يمكن للطبيب في المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نقل الأعضاء أن يتصل كتابيا بالمؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء للتأكد من عدم تسجيل أي رفض صريح من صاحب الجثة الذي يريد أن يقتطع منها. مع العلم أن هذا الإجراء وجوبي عندما يتعلق الأمر بالاقتران من جثة قاصر أو شخص راشد كان خاضعا للحماية القانونية، و ليس في ذلك

²³⁷ « Toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas.

Le refus prévu à l'aliéna précédent ne peut faire obstacle aux expertises, constatations et examens techniques ou scientifiques éventuellement diligentés dans le cadre d'une enquête judiciaire ou d'une mesure d'instruction.” L'art. R 671-7-6 du code de la santé publique, précité.

²³⁸ « La demande d'inscription sur le registre est adressée par voie postale à l'établissement français des greffes ; elle doit être datée et signée, et accompagnée de la photocopie de tout document susceptible de justifier de l'identité de son auteur, notamment de la carte nationale d'identité en cour de validité, du passeport même périmé, du permis de conduire ou d'un titre de séjour.” L'art R. 671-7-7 du code de la santé publique, précité.

²³⁹ L'article R. 671-7-9 du code de la santé publique, précité.

²⁴⁰ « **Le refus de prélèvement peut à tout moment être révoquer par l'intéressé, selon les mêmes modalités que celles qui sont fixées pour la demande d'inscription** par l'art. R. 671-7-7. Une attestation de radiation du registre est adressée à l'intéressé, sauf s'il a expressément mentionné qu'il ne souhaitait pas recevoir d'attestation.” L. 671-7-9. du code de la santé publique.

تعارض مع المادة L 1232-2 من قانون الصحة التي تشترط موافقة الولي أو الممثل الشرعي لهذا الاقتطاع.²⁴¹ و يعني ذلك أن الطبيب ملزم باحترام إرادة القاصر أو من في حكمه إذا عبر صراحة على رفضه الاقتطاع من جثته و لو وافق على ذلك مليه أو ممثله الشرعي.

و جدير بالتنكير هنا أن التسجيل ليس إجباريا إذ يمكن للشخص أن يعبر عن رفضه أو قبوله اقتطاع الأعضاء بكل الوسائل. فقد أشار المشرع الفرنسي إلى كيفية التعبير عن الرفض في المادة L.1232-1 من قانون الصحة العامة بعبارة " يمكن أن يتم التعبير عن الرفض بالتسجيل...."²⁴² و هو ما يعني أن التسجيل أمر جوازي و ليس وجوبي. من ثم فهو لا يستبعد أي طريقة أخرى للتعبير عن هذا الرفض.²⁴³

من جهة أخرى، إذا لم يتوصل الطبيب إلى معرفة موقف المتوفى من الاقتطاع من جثته، فإنه ملزم طبقا لأحكام هذا القانون ببذل كل ما في وسعه من أجل الحصول على شهادة أهله أو أقاربه بخصوص هذه المسألة.²⁴⁴

نخلص من ذلك أن قرينة الموافقة التي اعتمدها القانون الفرنسي منذ 1976 لا تزال مطبقة إلى حد اليوم و إن حاول المشرع الفرنسي التخفيف من حدتها في تعديله لهذا القانون سنة 1994. فباستثناء الاقتطاع الذي يكون لأغراض علمية محضة أو الاقتطاع الذي يتم من جثث القصر لا يشترط القانون الفرنسي الموافقة الصريحة للمساس بالجثث. من ثم يجوز للطبيب مباشرة الاقتطاع من الجثة ما لم يكن الشخص قد عبر صراحة عن رفضه لذلك قبل وفاته. و في هذا الإطار يجيز القانون الفرنسي للفرد التعبير عن إرادته سواء بشأن الموافقة أو رفض الاقتطاع من جثته بكل الوسائل المتاحة و من بينها التسجيل في السجل الوطني الآلي الذي تم تنظيمه بالمرسوم 704-97 الصادر بتاريخ 97/05/30. مع العلم أن الطبيب ملزم طبقا لهذا القانون بالتأكد من إرادة المتوفى في كل الأحوال، و لو من خلال الحصول على شهادة الأقارب. على أن

²⁴¹ "Sans préjudices des dispositions de L. 671-8 (L. 1232-2) concernant les mineurs et les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection légale, aucun prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques, ou aux fins de recherche des causes du décès, ou à d'autres fins scientifiques, ne peut être opéré sur une personne décédée âgée de plus de treize ans sans interrogation obligatoire et préalable du registre sur l'existence éventuelle d'un refus de prélèvement formulé par la personne décédée." L'art. 671-7-10 du code de la santé. Précité.

²⁴² "Ce refus **peut être** exprimé..." L'art. L.1232-1 du code de la santé publique.

²⁴³ Dict. Perm. Bioéth. Et Biotechnologies, Bull. 10, du 01/09/1994. p. 9743.

²⁴⁴ "Si Le médecin n a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille." L'art. 1232-1 du code de la santé publique. précité.

تدخل الأقارب يجب أن يبقى في حدود إبداء شهادتهم بشأن موقف المتوفى من الاقتطاع و ليس موقفهم. من ثم إذا لم يُعرف للمتوفى موقفا من المسألة يطبق الطبيب قرينة الموافقة.

و مع ذلك يرى أغلبية الفقهاء أن المشكلة الأساسية التي تعرقل عمليات نقل الأعضاء من الجثث في فرنسا تتمثل في نقص التوعية لدى الجمهور بخصوص معرفة النظام و المبادئ القانونية التي تحكمها. فلا يمكن تطبيق قرينة الموافقة إلا إذا تحققت توعية فعلية للجمهور بمضمون هذه القرينة و تمكين الرافضين من التعبير عن رفضهم بالطرق المتاحة. لذلك تتجه جل الآراء اليوم إلى ضرورة التركيز عل هذا الجانب و تأمين التوعية اللازمة بكافة الوسائل.²⁴⁵

و تطبيقا لذلك جعلت وزارة الصحة الفرنسية من يوم 22 جوان يوم وطني للتبرع بالأعضاء البشرية و تنظم خلاله حملة إعلامية بخصوص أهمية التبرع بالأعضاء بعد الوفاة. فقد تم هذه السنة توزيع أكثر من 8000 دليل (Guides) في فرنسا يتضمن توعية الجمهور بأهمية التبرع بالأعضاء و بالقانون الساري المفعول في هذا الشأن. و يشير الدليل إلى ضرورة إعلان الشخص عن موقفه من عمليات نقل الأعضاء سواء بقبول أو رفض الاقتطاع من خلال التسجيل في السجل الوطني عبر البطاقة التي تضمنها الدليل، أو على الأقل مناقشة الشخص لهذا الموضوع مع أهله و أقاربه بحيث يمكن لهؤلاء إيصال موقفه من عمليات نقل الأعضاء إلى الجهات المعنية عند الحاجة.²⁴⁶

المطلب الثالث: التصرف في الجثة بإرادة المتوفى في القانون الجزائري:

تنص المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها (القانون 90-17) على أنه؛
" لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، و في هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك".

من جهة أخرى نصت المادة 165 من قانون حماية الصحة على ما يلي؛

²⁴⁵ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 279 و ما بعدها.
²⁴⁶ فقد أشار الدليل هذه السنة إلى وجود 10000 مريض في فرنسا ينتظرون عملية زرع أحد الأعضاء، و يتوفى سنويا أكثر من 300 مريض بسبب نقص المتبرعين بالأعضاء، نشرة أخبار الثامنة للفتاة الفرنسية TFI ليوم 22 جوان 2004.

" يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها، إذا كان الشخص المعنى قد رفض ذلك كتابيا، و هو على قيد الحياة، أو إذا كان الانتزاع يعوق التشريح الطبي الشرعي".

فقد حدد التشريع الجزائري في هذين النصين طرق التعبير عن إرادة صاحب الجثة بخصوص اقتطاع الأعضاء منها و هو ما سنحاول توضيحه في الفقرات الموالية:

الفرع الأول: عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى:

يتضح من استقراء هذه المادة 164 أن التشريع الجزائري قد سائر الاتجاه الذي لم يشترط الرسمية في الحصول على الموافقة للاقتطاع من الجثث.

و عليه، يمكن للمتبرع بأعضائه بعد الوفاة أن يعرب عن موافقته كتابيا أو شفويا أو بأي إشارة تدل عرفا على القبول. كما يجوز لهذا الأخير أن يعرب عن رغبته بالتبرع بأعضائه لأهله و إيصائهم بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع بعد وفاته. كما يمكنه أيضا تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها و كذا الغرض من هذا الاقتطاع، كأن يشترط أن يكون الاقتطاع لأغراض علاجية أو علمية أو للاثنين معا.

الفرع الثاني: اشتراط الشكلية للتعبير عن رفض المتوفى:

غير أن التشريع الجزائري اشترط الرسمية للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من جثته بعد وفاته. حيث نصت المادة 165 من قانون حماية الصحة على ما يلي؛

" يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها، إذا كان الشخص المعنى قد رفض ذلك كتابيا، و هو على قيد الحياة، أو إذا كان الانتزاع يعوق التشريح الطبي الشرعي".

و قد يبدو من أول وهلة أن هذا النص لا فائدة منه ما دام أن المشرع قد اشترط الموافقة لعملية الاقتطاع، فالموافقة تعني عدم الاعتراض. و المشرع الجزائري لم يأخذ بقرينة الموافقة حتى يشترط الرفض الصريح للاقتطاع. فلماذا إذا نصت المادة 165 على شرط الرفض الكتابي

؟

لقد حاول المشرع الجزائري من خلال هذا الشرط احترام إرادة المتوفى الذي لا يريد المساس بجثته بعد وفاته، فبين له السبيل الذي يمكنه من تحقيق ذلك و هو التعبير عن رفضه صراحة الاقتراع من جثته بطريقة كتابية. و في هذه الحالة لا يجوز لأي كان الحلول محل المتوفى للموافقة على الاقتراع من جثته، و ذلك بخلاف الحالات التي لا يعرف فيها موقف المتوفى من المسألة فيلجأ الطبيب إلى استشارة أهله و الحصول على موافقتهم كما سوف نرى لاحقاً.

من ثم يتضح من نص المادة أن الاقتراع من الجثة مشروط بعدم رفض المتوفى كتابيا لمثل هذا العمل الطبي، أو عندما يحتمل أن يؤدي الاقتراع من الجثة إلى إعاقة التشريح الذي قد يقوم به الطبيب الشرعي خاصة على جثث ضحايا جرائم العنف أو ضحايا حوادث العمل أو غيرها من الحالات التي قد تتطلب بحث الأسباب الحقيقية للوفاة فيها.

غير أن الرفض الصريح الذي تشير إليه المادة هو خاص بالاقتراع لغرض الزرع، و هو ما يعني إجازة الاقتراع إذا كان لأي غرض آخر غير الزرع، كالاقتراع لأغراض علمية. بمعنى آخر يجوز للطبيب طبقاً لنص المادة المشار إليها مباشرة الاقتراع من الجثة حتى ولو رفض صاحبها صراحة (كتابياً) أثناء حياته المساس بجثته بشرط ألا يكون ذلك الاقتراع لغرض الزرع، و إنما لغرض علمي، و هو ما أكدت عليه المادة 168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي جاء فيها؛

"يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية، بناء على ما يأتي؛

- طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي،

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

و يتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في

الفقرتين 2 و 3 من المادة 164 من هذا القانون."

ففي ما يتعلق بالتشريح الذي يتم في إطار الطب الشرعي، فلا فائدة من الاعتراض عليه لأنه يكون بأمر من السلطة العامة و الغرض منه الوصول إلى الحقيقة كالتشريح الذي يتم على

جثث ضحايا الجرائم و الحوادث بغرض الوقوف على الأسباب الحقيقية للوفاة. فهو يتم بقوة القانون و لو اعترض عليه صاحبه أثناء حياته، و لا يحتاج إلى موافقة الأقارب.

غير أن التشريح لأغراض علمية يتطلب موافقة صاحبه أثناء حياته أو موافقة أهله بعد وفاته و هو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 168 حينما نصت إلى وجوب مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و لم تشر إلى إمكانية الرضا الكتابي للمتوفى.

فطبقاً لهذه النصوص قد يرفض الشخص المساس بجثته أثناء حياته و مع ذلك يباشر الطبيب عملية الاقتطاع لهدف علمي من خلال الحصول على هذه الموافقة من الأهل و ذلك على أساس أن اعتراض المتوفى كان على الاقتطاع لغرض الزرع لا لغرض البحث العلمي !

فنص المادة 165 الحالي يمنع فقط الاقتطاع لغرض الزرع أما الاقتطاع لأغراض أخرى فيمكن تحقيقه باللجوء إلى النصوص الأخرى خصوصاً المادة 168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها. من ثم يتساءل الباحث عن الفائدة من اشتراط الاعتراض الصريح عن الاقتطاع إذا كانت إرادة المتوفى لا تحترم إلا جزئياً أو لا تحترم أصلاً. و ما الفائدة أيضاً من إجازة الاقتطاع لغرض علمي و منعه لغرض علاجي مع أن الأولوية للعلاج.

و بناء على ما تقدم يقترح الباحث تعديل المادة 165 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بشكل يحقق الاحترام اللازم لإرادة المتوفى و ذلك بصياغتها صياغة عامة كالقول مثلاً؛

" يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء من جثة المتوفى إذا عبر هذا الأخير قبل وفاته، كتابياً، عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي."

ففي هذه الحالة لا يجوز المساس بالجثة و لا يجوز البحث عن موافقة الأقارب لأن المتوفى يكون قد أعرب عن رفضه المساس بجثته سواء لأغراض علمية أو علاجية.

أما إذا أراد هذا الأخير أن يوصي بأعضائه فمن حقه ذلك و له أن يحدد الأعضاء التي يرغب في التبرع بها و الغرض من ذلك كما سبقت الإشارة إليه أعلاه. فالهدف النهائي يجب أن يكون الانتفاع بالأعضاء البشرية مع احترام إرادة المتبرع و حرمة جثته.

و يثور التساؤل أيضا حول شكل الكتابة المطلوبة قانونا للتعبير عن الرفض المنصوص عليها في المادة 165 المشار إليها أعلاه، فهل تكفي الكتابة المحررة من قبل المعني أم يجب أن تكون كتابة رسمية محررة بمعرفة جهة مختصة أم تكفي المصادقة على التصريح المدون بخط المعني و توقيعها ؟ من جهة أخرى يثور التساؤل بشأن الجهة التي يجب إيداع هذه الوثيقة لديها أو إرسالها لها ؟

لم يتعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها لهذه المسائل، مما يفهم منه أن الأمر يتعلق فقط بالمرضى نزلاء المستشفيات الذين يحتاجون إلى الرعاية الطبية المستمرة. حيث يجوز لهم التعبير عن إرادتهم بكل الوسائل إذا تعلق الأمر بالموافقة على الاقتطاع من جثتهم، و كتابيا فقط للتعبير عن رفض هذا الاقتطاع.

و يجب التنبيه، من جهة أخرى، إلى أنه لا تثار هذه المسألة من الناحية العملية إلا بالنسبة للمرضى المتواجدين في المستشفيات المرخص لها بمباشرة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مما يعني أن الوثيقة المكتوبة المعبر فيها عن قبول الاقتطاع أو رفضه يجب أن توجه إلى مدير المؤسسة أو رئيس المصلحة الذي يعالج فيها المعني.

أما عامة الناس، فيمكن القول بكل تحفظ أنه لا يمكنهم، طبقا للتنظيم الحالي، التعبير عن إرادتهم بخصوص هذه المسألة حتى و لو كانت لدى الكثير منهم الرغبة في التبرع بأعضائهم بعد الوفاة. و لا شك أن ذلك يعرقل كثيرا عمليات نقل الأعضاء في الكثير من الحالات بسبب عدم وجود جهة رسمية تتولى تنظيم هذه المسألة خارج المستشفيات المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء. و أبرز مثال على ذلك ضياع فرص نقل الأعضاء من ضحايا الحوادث لأنه لا يمكن للطبيب في هذه الحالة معرفة موقف المتوفى من مسألة الاقتطاع، في حين قد يتطلب الاتصال بدويه لاستشارتهم في المسألة مدة زمنية يفقد فيها العضو صلاحيته للنقل.

و قد تعرضنا في الفروع السابقة إلى تجارب التشريعات الأجنبية في هذا المجال كاعتماد بطاقات التبرع، التأشير بما يفيد القبول على الوثائق الشخصية،²⁴⁷ و غيرها من طرق التعبير عن الإرادة. في حين لا يزال المشرع الفرنسي إلى حد اليوم يبحث عن أنجع السبل لضمان استمرارية تزويد المستشفيات بالأعضاء البشرية من خلال تسهيل طرق التعبير عن إرادة الأفراد بخصوص التصرف في جثثهم، و آخرها نظام السجل الوطني الآلي.²⁴⁸ مع العلم أن عدد المؤسسات الصحية المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء في فرنسا يتجاوز المائة و الثلاثون (130).²⁴⁹ أما في الجزائر فإن عدد المؤسسات المسموح لها بمزاولة هذا النوع من العمليات فلا يتعدى أصابع الأيدي²⁵⁰ و مع ذلك يشكو الأطباء فيها من نقص كبير في الأعضاء البشرية.

و مساهمة من الباحث في إثراء هذا الموضوع يقترح كمرحلة أولى التأشير على إحدى الوثائق الشخصية بما يفيد قبول أو رفض الاقتطاع من جثة حامل الوثيقة، مثلما تم مؤخرا في الجزائر تسجيل فصيلة الدم على رخصة السياقة.²⁵¹ و بهذه الطريقة يكون للشخص متسعا من الوقت للتفكير في هذا الموضوع و الإفصاح عن إرادته عندما يطلب أو يجدد مثل هذه الوثائق، مع النص على إمكانية الرجوع عن قراره في أية مرحلة من المراحل قبل وفاته.

و تحتاج هذه العملية قبل كل شيء إلى توعية كبيرة للجمهور بالمنفعة المنتظرة من التبرع بالأعضاء و دورها في إنقاذ الكثير من الأرواح، و كذا التنبيه إلى أن كل فرد من هذا المجتمع معرض لاحتياج عملية من هذا النوع في أي مرحلة من مراحل حياته. من ثم فمن الأحسن أن ترتب الأمور بطريقة مسبقة لإمكانية الاستفادة من الأعضاء البشرية عند الحاجة و بطريقة فعالة.

و إذا كان الفرنسيون يكرهون التفكير في الموت و عواقبه كما قال Cabrol²⁵²، فإن الجزائريين كمسلمين ليست لهم هذه المشكلة و هو ما يجعلهم أكثر قابلية لترتيب مثل هذه الأمور قبل إصابة الفرد بالمرض أو اقتراب أجله. كما أن الدين الإسلامي يشجع على مساعدة الغير و هي من الخصوصيات التي يجب توظيفها لتوعية الأفراد بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة

²⁴⁷ و هي من بين الطرق المحبذة لدى الكثير، راجع، د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 425.

²⁴⁸ راجع طرق التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي، ص. 411 من الرسالة.

²⁴⁹ د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 101 و ما بعدها.

²⁵⁰ راجع الشروط الإدارية لعمليات نقل الأعضاء ص. 330 من الرسالة.

²⁵¹ حيث كان ذلك تطبيقا لنص المادة 159 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تنص على ما يلي؛ " تسجل فصيلة الدم وجوبا على

بطاقة التعريف الوطنية و/أو رخصة السياقة"

²⁵² راجع ص. 405 و ما بعدها من الرسالة.

لضمان استفادة الغير من الأعضاء البشرية في حالة الموت المفاجئ. و على المشرع من جانب أجر أن يسهل إجراءات التعبير عن إرادة الأشخاص بخصوص مسألة الاقتراع من الجثث باعتماد وثيقة من الوثائق التي يفترض حملها في كل الأوقات يعرب الفرد فيها عن موقفه من عملية الاقتراع.

و يقترح الباحث في هذا المجال استعمال إحدى الوثائق الشخصية (بطاقة التعريف الوطنية) لأنها تجنب الأطباء عند الحاجة مشقة البحث عن إرادة المتوفى بحيث يكفي الاطلاع على الوثيقة المعنية للتعرف على موقفه. و في ذلك ربح كبير للوقت و تسهيل لعمليات نقل الأعضاء، مما يزيد بالضرورة في عدد المتبرعين و في نسب نجاح هذه العمليات.

المطلب الرابع: انتقال الحق في التصرف في الجثة إلى الغير:

توصلنا في المطلب الأول أعلاه إلى أنه إذا عبر المتوفى عن موقفه بشأن الاقتراع من جثته، يجب احترام إرادة هذا الأخير سواء أجاز الاقتراع من جثته أو رفضه، و لا يجوز لأقاربه التصرف بما يخالف تلك الإرادة. غير أنه إذا توفى الشخص دون أن يعلن عن موقفه من هذه المسألة، فإن ذلك الحق ينتقل إلى أقاربه. و في حالات استثنائية أجازت التشريعات الاقتراع من الجثث بدون موافقة أحد.

الفرع الأول: انتقال الحق إلى الأقارب:

إذا لم يعلن المتوفى عن موقفه من عملية الاقتراع من جثته قبل وفاته تصبح موافقة الأقارب شرطا لازما لمباشرة هذه العملية على الجثة. و لا يجوز للأطباء في هذا الحالة الاحتجاج بالحالة النفسية لأقارب المتوفى لمباشرة الاقتراع بدون موافقتهم.²⁵³ و لقد اشترطت بعض التشريعات أن تكون موافقة الأقرباء صريحة لإجازة المساس بالجثة، في حين اكتفى البعض الآخر بالموافقة الضمنية.

أولا: الموافقة الصريحة:

من بين التشريعات التي اشترطت الموافقة الصريحة لأهل المتوفى التشريع الجزائري. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛ " إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي

²⁵³ Doll., "La discipline des greffes", op.cit. p. 129.

التالي؛ الأب أو الأيمن الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة."

و لم يحدد التشريع الجزائري هنا أيضا الشكل الذي يجب تقديم الموافقة المطلوبة فيه. من ثم يجوز لعضو الأسرة الذي تكون له الأولوية في تقديم هذه الموافقة أن يعبر عنها كتابيا أو شفها، أو التوقيع على الوثيقة المعدة مسبقا من المؤسسة الصحية لهذا الغرض. كما أن التشريع الجزائري أغفل الحديث عن الشروط التي يجب توافرها في القريب الذي يمكنه الحل محل المتوفى في الموافقة. غير أنه طبقا للقواعد العامة في هذا الأخير أهلية التصرف و بالتالي يجب أن يكون كامل الأهلية و متمتعا بكامل قواه العقلية.

و يستند حق الأسرة أو الأقارب في الموافقة على الأعمال التي تمس جثة قريبهم إلى الحصانة القانونية و الدينية المقررة للجسم البشري و جثته و التي تقضي بعدم جواز المساس به إلا بعد الحصول على الموافقة الصريحة من الشخص ذاته أو أقاربه. كما يستند من جهة أخرى إلى حق الأسرة على الجثة و الحل محل المتوفى في المحافظة على كرامة الجثة و صيانة حرمتها.²⁵⁴ من ثم فإن التعاضى عن موافقة الأقرباء عند المساس بالجثة ينطوي على اعتداء صارخ على حقوقهم المعنوية و للاحترام الواجب للأموال.²⁵⁵ و قد اعتبر البعض ذلك بمثابة اعتداء على حرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام.²⁵⁶

و جدير بالملاحظة بهذا الخصوص أن حق الأقارب على الجثة ليس حق ملكية، و إنما هو من الحقوق المعنوية²⁵⁷ التي يفرضها واجب خدمة الميت و تكريمه و باعتبار الأقارب الممثل الطبيعي لهذا الميت.²⁵⁸ و من التشريعات العربية التي اشترطت موافقة الأقارب للاقتطاع من جثة المتوفى مشروع التشريع العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية في مادته الخامسة حيث جاء فيها؛ " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بشرط الحصول على موافقة أقرب الأقارب حتى الدرجة الثانية ..."²⁵⁹ و كذا التشريع الكويتي الذي أجاز موافقة أحد الأقارب

²⁵⁴ و تمتد جذور هذا الحق المعنوي إلى ما يعرف بصللة الدم و القرابة التي تربط بين أفراد الأسرة. راجع د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 427. راجع أيضا؛ د. أحمد شوقي أبو خطوة، " القانون الجنائي و الطب الحديث"، المرجع السابق، ص. 221 و 222.

²⁵⁵ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 134.

²⁵⁶ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، هامش 285، ص. 197.

²⁵⁷ فلو كان حق ملكية لانتقل إلى الورثة الشرعيين فقط، من ثم يفضل البعض استعمال أقارب المتوفى بدلا من أسرة المتوفى، راجع د.

أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 131 و ما بعدها.

²⁵⁸ د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 49.

²⁵⁹ مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.

للاقتطاع من جثة المتوفى بشرط التحقق من الوفاة و التحقق من عدم اعتراض المتوفى أثناء حياته على مثل هذا الاستئصال و حدد الشكل الذي يجب أن يتم به التعبير عن ذلك الرفض.²⁶⁰ كما اشترط التشريع القطري²⁶¹ موافقة الأقارب و قيد موافقة الورثة بعدة قيود. ففي هذا الصدد نصت المادة السابعة منه على ما يلي؛

" يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى، بموافقة من وجد، حال وفاته، من أقرب أقربائه، كاملي الأهلية، حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة، وجب موافقتهم جميعاً، و في جميع الأحوال يتكون الموافقة بموجب إقرار كتابي، يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية، بعد مراعاة ما يلي؛

- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بموجب تقرير كتابي يصدر بالإجماع عن لجنة من ثلاث أطباء اختصاصيين... إلخ
- ألا يكون الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه، و ذلك بموجب إقرار كتابي، أو بشهادة شاهدين كاملي الأهلية."

أما القانون التونسي فقد نص في فصله الثالث على ما يلي؛ " يجوز أخذ عضو من جثة لشخص ميت لغاية علاجية أو علمية ما لم تحصل ممانعة من المالك في قائم حياته أو بعد وفاته من الأشخاص كاملي الأهلية الآتي ذكرهم حسب الترتيب التالي؛ الأبناء، الأب، الأم، الزوج، الأخوات، الولي الشرعي. و لا يجوز أخذ الأعضاء و لو برضاء أحد هؤلاء إذا عارض في ذلك شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب أو يكون الأكبر سناً بالنسبة للأبناء أو الاخوة أو الأخوات...."²⁶²

و بصفة عامة لقد أسندت التشريعات العربية أمر الموافقة على الاقتطاع من الجثة إلى أقارب المتوفى حتى الدرجة الثانية بشرط عدم اعتراض المتوفى على ذلك قبل وفاته.²⁶³ أما التشريعات الأوروبية فقد اشترطت هي الأخرى موافقة الأقارب و حدد الكثير منها الأشخاص الذين يمكنهم الموافقة على الاقتطاع من جثة المتوفى في حال عدم تعبير هذا الأخير

²⁶⁰ حيث نصت المادة الخامسة من القانون الكويتي السابق الإشارة إليه ما يلي؛ " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في المرتبة الواحدة وجب موافقة غالبيتهم، و في جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي و يكون ذلك بمراعاة ما يلي:

- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية.
- ألا يكون الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه و ذلك بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية."

²⁶¹ التشريع القطري المتعلق بعمليات نقل الأعضاء سبقت الإشارة إليه.

²⁶² الفصل الثالث من القانون التونسي لزراعة الأعضاء سبقت الإشارة إليه.

²⁶³ راجع بهذا الخصوص المادة السادسة من القانون الإماراتي، و المادة السادسة من مشروع القانون المصري، المادة الثانية من القانون اللبناني. سبقت الإشارة إليهم.

أثناء حياته عن موقفه من المسألة. فقد اشترطت المادة الثانية من تشريع الوكسمبورغ المتعلق باستئصال الأعضاء من جثث المتوفى، موافقة أقارب المتوفى بحسب ترتيبهم في استحقاق التركة حتى الدرجة الثانية، و كذلك موافقة الزوج. و أشار هذا القانون إلى أن وصية المتوفى تغني عن الحصول عن موافقة الأقارب، و أن رفضه الصريح يوجب احترام إرادته و عدم مباشرة أي عملية اقتطاع من جثته.²⁶⁴ و هو ما ذهب إليه أيضا التشريع الإيطالي الذي اشترط موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية و لكنه استبعد موافقة الزوج.²⁶⁵ و يشترط القانون الإنجليزي لسنة 1961 (Human Tissue Act)²⁶⁶ المنظم لعمليات نقل الأعضاء للاقتطاع من جثة المتوفى موافقة الأقرباء و عدم اعتراض الشخص على ذلك أثناء حياته.²⁶⁷

من جهة أخرى، حدد القانون الأمريكي الموحد لتنظيم نزع الأعضاء²⁶⁸ الأشخاص الذين يجوز لهم التصرف في الجثة إذا لم يعبر المتوفى عن موقفه من ذلك أثناء حياته. و قد رتب هذا القانون من لهم الحق في إبداء القبول أو الرفض²⁶⁹ على النحو التالي؛ الزوجان، الابن البالغ أو البنت البالغة، الوالدان، الأخ البالغ أو الأخت البالغة، الولي أو الوصي وقت الوفاة، الممثل القانوني للشخص وقت الوفاة.

أما القانون الكندي، في مقاطعة Québec فيشترط للاقتطاع من الجثة طبقا لمادته 22 موافقة الزوج أو الأقارب المقربين إلا إذا دعت إلى ذلك الاقتطاع حالة الاستعجال و لا يمكن الانتظار إلى حين الحصول على موافقة هؤلاء.²⁷⁰

و رغم شيوع شرط الموافقة الصريحة للأقرباء في الكثير من التشريعات إلا أن هذا الشرط يلقى اعتراض الكثير من الفقهاء. فقبل أنه وإن كان يراعي مشاعر الأسرة و ما لها من حقوق معنوية على الجثة إلا أنه يعوق إلى حد كبير عمليات نقل الأعضاء التي تحتاج، كما هو معلوم،

²⁶⁴ Cité par Neu, G., "Le corps humain et la liberté individuelle en droit Luxembourgeois" Travaux de l'Association Henri Captant, 1975. p. 509.

²⁶⁵ Vignocchi., G., "Le corps humain et les actes juridiques en droit Italien", Travaux de l'Association H. Captant, op.cit. p. 255.

²⁶⁶ Human Tissue Act, cite par Brazier, M, op.cit., p. 276.

²⁶⁷ Art. 2 et 3 du "Human Tissue Act", voir, le site, <http://www.argonet.co.uk/body/uklaw.html>.

²⁶⁸ Uniform Anatomical Gift Act. و وصف هذا القانون بأنه مجرد نموذج يتضمن مبادئ عامة تستهدي بها تشريعات الولايات. مشار إليه عند، د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 26 و 122.

²⁶⁹ راجع بشأن التعليق على هذا الترتيب، Mayers، المرجع السابق، 194.

²⁷⁰ Cité par Doll, "La Discipline des greffes", op.cit., 290.

إلى السرعة في التنفيذ.²⁷¹ فالانتظار إلى حين الحصول على موافقة الأقارب من شأنه إلى يؤدي إلى عدم صلاحية العضو للزرع.²⁷² و يرى البعض أنه ليس من اللائق أخلاقيا استشارة الأقارب مباشرة بعض لحظة الوفاة بشأن إمكانية الاقتطاع من جثة قريبهم لأن في ذلك إثارة لمشاعرهم في وقت يحتاج فيه هؤلاء إلى السكينة و عدم إثارة الأحران.²⁷³

ثانيا: الموافقة الضمنية للأقارب:

مفادها افتراض رضا أقارب المتوفى تفاديا للعراقيل العملية التي قد يواجهها الطبيب للحصول على الموافقة الصريحة لهؤلاء. و تستند الموافقة الضمنية إلى الاعتبارات الاجتماعية. فالرعاية الصحية للأفراد و ما تتطلبه من توفير سبل العلاج لها من الأهمية ما يجعلها تفوق الاعتبارات الأدبية المتعلقة بكرامة الجثة و حماية ذكرى الموتى. و لما كان التصرف في الجثة لا يخلف أي ضرر للمتوفى و يحقق مصالح مؤكدة للمرضى، فإنه يجوز التصرف في الجثث استنادا إلى فكرة تحقيق المصلحة العامة. و من هذا المنطلق لا يحتاج الطبيب إلى موافقة المتوفى الصريحة قبل وفاته أو موافقة أقربائه، و إنما تكون الموافقة في هذه الحالة مفترضة ما لم يصله اعتراض صريح من الأقارب في الوقت المناسب.²⁷⁴

فمن الناحية العملية يتعين على الأطباء في مثل هذه الظروف إخطار الأقارب بعزمهم على اقتطاع عضو من جثة قريبهم المتوفى لنقله إلى مريض آخر. فإذا لم يحصل الأطباء على رد في وقت مناسب، يجوز لهم مباشرة العملية لأن عدم الرد دليل على عدم اعتراض الأقارب على ذلك الاقتطاع.²⁷⁵ و بهذه الطريقة يتحقق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في إنقاذ حياة المرضى من جهة و مصلحة الأقارب في الاعتراض على عمليات الاقتطاع من جهة أخرى.²⁷⁶

و بناء على ما تقدم فإن اعتماد فكرة الموافقة المفترضة تعني حرية الاقتطاع ما لم يصدر اعتراض من أقارب المتوفى. و من المؤتمرات التي وافقت على مثل هذا الإجراء في مجال نقل

²⁷¹ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 134.

²⁷² Savatier, J. " Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre", Dalloz, 1968, Chro. p. 94.

²⁷³ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 134. راجع أيضا، د. نصر الدين مروك، الكتاب الأول من الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 432. و راجع في الفقه الغربي؛

Hambruger, J et Dubost, "Réflexions sur les greffes d'organes", Le Monde du 17/01/68.

²⁷⁴ د. إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص. 520، راجع أيضا في الفقه الغربي، Junior, op.cit., p. 743.

²⁷⁵ Savatier, J. " Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre", op.cit., p. 94.

²⁷⁶ ذ. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 429.

الأعضاء، مؤتمر بروجيا²⁷⁷ الذي أجاز نقل الأعضاء من الجثة ما لم يكن صاحبها قد اعترض على ذلك كتابيا حيال حياته أو أحد أقاربه بعده.

كما أعلنت اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوربي في قرارها الصادر بتاريخ 11 مايو 1978 و الخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول أعضاء المجلس في مجال استقطاع الأعضاء، أن الضرورة العملية تتطلب استقطاع الأعضاء من الجثة عندما لا يوجد ما يؤكد أن صاحبها كان سيعترض على ذلك.²⁷⁸

و من التشريعات التي أخذت بالموافقة المفترضة التشريع الإيطالي بخصوص الاقتطاع من الجثث للتأكد من أسباب الوفاة،²⁷⁹ و كذا القانون السويسري و هو ما يؤكد القرار الصادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 1975/06/04 في الطعن المقدم إليها بخصوص عدم دستورية قانون مقاطعة زيوريخ الذي يعتد بقرينة الرضا للاقتطاع من جثث الموتى.

فقد صرحت المحكمة الفيدرالية السويسرية بدستورية ذلك القانون معلنة أن الاعتداد بقرينة الرضا تفرضه سرعة التنفيذ التي تطلبها عمليات نقل الأعضاء.²⁸⁰ و عللت المحكمة قرارها، من جهة أخرى، بالاستناد إلى فكرة المصلحة العامة من خلال الموازنة بين مصلحة الفرد في التصرف في جثته و مصلحة المريض الذي ينتظر زراعة العضو لإنقاذ حياته، و انتهت إلى وجوب تغليب مصلحة المريض على مصلحة المتوفى.²⁸¹

كما أخذ التشريع الفرنسي بالموافقة المفترضة للأقارب. حيث أجاز قانون Caillavet لسنة 1976 الاقتطاع من الجثة بشرط عدم اعتراض المتوفى أثناء حياته أو اعتراض أقاربه بعد وفاته. و في هذا الإطار نصت المادة التاسعة فقرة 2 من المرسوم التنفيذي لسنة 1978 بأنه يجوز لأي شخص، خاصة أقارب المتوفى، أن يدلوا بشهادتهم بخصوص اعتراض المتوفى على الاقتطاع من جثته، في السجل المخصص لهذا الغرض في المؤسسات الصحية المرخص لها بنقل

²⁷⁷ المؤتمر الدولي لرجال القضاء الذي انعقد ببروجيا، سبقت الإشارة إليه. لمزيد من المعلومات راجع في الفقه الغربي؛

Doll., "Le droit de disposer de son corps", op.cit., p. 77.

²⁷⁸ أشار إليها د. محمد سامي الشواء، رسالة سبقت الإشارة إليها. ص. 697.

²⁷⁹ Vignocchi, op.cit., p. 255.

²⁸⁰ Doll., "Le droit de disposer de son corps", op.cit., p. 94.

²⁸¹ Ibid.

الأعضاء. و على الأقارب في هذه الحالة توضيح كيفية صدور الرفض من المتوفى و الظروف التي تم فيها و كذا نطاقه.²⁸²

و لقد تعرضت فكرة الموافقة المفترضة إلى عدة انتقادات أهمها؛

- إن الأخذ بفكرة الموافقة المفترضة ينطوي على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب. فهو غير ملزم بالحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لمباشرة عملية الاقتطاع من الجثة، و لكنه ملزم بعدم المساس بها في حالة اعتراضهم على ذلك. من ثم فقد يدعي الأقارب بأنهم اعترضوا على الاقتطاع في حين يدعى الطبيب بأنه لم يتلقى هذا الاعتراض في الوقت المناسب.²⁸³
- كما أن الأخذ بالموافقة المفترضة لا يحمي حقوق الأقارب بخصوص جثة قريبهم المتوفى. فالطبيب غير ملزم باستشارتهم بشأن الاقتطاع، و إنما يتعين عليهم أن يعترضوا بوسائلهم الخاصة في الوقت المناسب لتجنب المساس بالجثة.²⁸⁴
- الأخذ بالموافقة المفترضة فيه تهديد لمصلحة المستشفى، فقد تؤدي خشية المساس بجث الموتى بدون موافقة الأقارب إلى إحجام الناس عن دخول المستشفيات و في ذلك خسارة مادية من جهة و تقليص فرص البحث العلمي الذي يتم على الجث من جهة أخرى.²⁸⁵

و تفاديا لهذه الانتقادات ضيق المشرع الفرنسي من نطاق الموافقة المفترضة للمتوفى أو أقربائه في قانون 1994، فألزم الطبيب ببذل كل ما في وسعه لمعرفة موقف المتوفى من الاقتطاع من خلال الاتصال بالأقارب و الحصول على شهادتهم²⁸⁶ و ليس موافقتهم.²⁸⁷

²⁸² "Toutes les personnes pouvant témoigner q'une personne hospitalisée a fait connaître qu'elle s'opposait à un prélèvement sur un cadavre, en particulier les membres de sa familles et des proches, consignent leur témoignages assortis des justifications nécessaires dans le registre mentionné à l'aliéna précédent. Ils doivent notamment préciser le mode d'expression du refus, les circonstances dans lesquelles il a été exprimé et, le cas échéant, sa porté. " L'art. 9 du Décret n° 78-501 du 31/03/1978 pour l'application de la loi du 22/12/1976 relative aux prélèvement d'organes.

²⁸³ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع لسابق، ص. 309.

²⁸⁴ د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 135، راجع أيضا د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 431.

²⁸⁵ د. أحمد محمد بدوي، نفس المرجع و في نفس المكان. و كذا د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، نفس المرجع و في نفس المكان. و قد ينكبد المستشفى خسائر أكبر إذا ثبتت مسؤولية الطبيب الذي يعمل لديها من خلال الرجوع عليه بالتعويض. راجع د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 125.

²⁸⁶ " Si Le médecin n à pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille." L'art. 1232-1 du code de la santé publique. précité.

²⁸⁷ راجع التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي، ص. 405 و ما بعدها من الرسالة.

الفرع الثاني: الاقتطاع من الجثث بدون موافقة أحد:

لا يجوز كقاعدة عامة المساس بجثث المتوفى إلا بموافقة المتوفى قبل وفاته أو موافقة أقاربه حسب الطرق التي حددتها التشريعات في مختلف الدول كاعتماد مبدأ الموافقة الصريحة في التشريع الجزائري أو مبدأ الموافقة المفترضة في التشريع الفرنسي.

غير أن بعض التشريعات أجازت الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه و ذلك استنادا إلى فكرة تأمين الجثث، في حين استندت تشريعات أخرى إلى حالة الاستعجال لتبرير مثل هذا الاقتطاع.

1- تأمين الجثث:

يعتبر هذا الاتجاه أن الجثة ملك للدولة و يمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما نشاء فيما يحقق المصلحة العامة. و يرى الفقه الإيطالي Giovanni²⁸⁸ الذي نادى بهذا الاتجاه ضرورة تغليب حقوق المجتمع عن الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة.

كما يرى هذا الفقيه بوجوب مواكبة القواعد القانونية للتقدم الطبي، فالموافقة كانت مطلوبة في ظل وضع طبي لا تستخدم فيه الجثة إلا لأغراض علمية أو تشريحية لغرض الوقوف على أسباب الوفاة و من ثم لم يكن هناك استعجال لمباشرة المساس بالجثة قبل الحصول على موافقة الأقارب. أما بظهور و تطور تقنيات نقل و زرع الأعضاء البشرية فقد أصبح التدخل الطبي في هذا المجال يحتاج إلى سرعة التنفيذ عقب الإعلان عن وفاة الشخص و هو ما يوجب الاستغناء عن موافقة الأقارب على أساس تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الأسرة في تكريم و صيانة جثة المتوفى.²⁸⁹

من هذا المنطلق يستطيع الطبيب بمفرده و من دون الحصول على موافقة أحد أن يباشر عملية نقل العضو من جثة لزرعها في جسم إنسان مريض متى قدر أن عملية الزرع هي السبيل الوحيد لإنقاذ حياة ذلك المريض، و يستند تصرف الطبيب في مثل هذه الحالات إلى فكرة المصلحة العامة أو مصلحة الجماعة.²⁹⁰ و لا مجال هنا للموازنة بين حرمة الجثة و ضرورة

²⁸⁸ أشار إليه د. رياض الحناني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل و زرع الأعضاء و التصرف بأعضاء الجسم البشري"، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، مارس 1981، ص. 22.

²⁸⁹ د. محمد أحمد بدوي، المرجع السابق، ص. 139، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 211. راج أيضا Décocq، المرجع السابق، ص. 207 و ما بعدها.

²⁹⁰ د حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 214، و د. محمد أحمد بدوي، المرجع السابق، ص. 139.

إنقاذ حياة المريض، لأنه من البديهي تغليب مصلحة المريض باعتبارها الأرجح. من جهة أخرى، يجب أن تستخدم الجثة لخير المجتمع و لا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا إذا اعترض الشخص كتابيا أثناء حياته على المساس بجثته.

و من التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، التشريع البولندي الذي لا يشترط موافقة الأقارب للاقتطاع من الجثث²⁹¹، و التشريع اليوغسلافي الذي لم يشر مرسومه التنفيذي الصادر سنة 1982 إلى ضرورة الحصول على موافقة المتوفى أو أقاربه للاقتطاع من الجثة.²⁹²

2- الاقتطاع في حالات الاستعجال:

أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمستقبل التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته.

و من بين التشريعات التي استندت إلى فكرة الضرورة أو الاستعجال لتبرير الاقتطاع بدون موافقة الأقارب التشريع الجزائري، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي؛

" غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع. إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون."

يتضح من نص المادة المشار إليها أن التشريع الجزائري يجيز اقتطاع القرنية و الكلية من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه بسبب حالات الاستعجال.

²⁹¹ Doll, ' Les problèmes juridiques...', op.cit. p. 170.

²⁹² Revue Internationale de Législation Sanitaire, 1983, p. 814 et s.

و رغم صراحة هذا النص في إجازة الاقتطاع بدون انتظار عندما يتعلق الأمر باقتطاع القرنية أو الكلية إلا أن بعض الأطباء الجزائريين المختصين في مجال نقل الأعضاء لا يزالوا يلاقون مشاكل عملية في هذا المجال. و قد رد بعضهم نقص عمليات نقل الأعضاء في الجزائر إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي يعرقل كثيرا، في نظرهم، إجراء عمليات نقل الأعضاء بسبب الشروط القانونية المطلوب خاصة فيما يتعلق بالحصول على الموافقة. ففي هذا الإطار يرى الأستاذ "أيلام" و هو رئيس الجمعية الجزائرية لطب العيون، بضرورة تغيير قانون زرع الأعضاء الجزائري لأن القانون الحالي غير منسجم مع الواقع الطبي الذي يفرض إجراء عملية الاقتطاع لغرض الزرع في أقل وقت ممكن بعد وفاة الشخص، فزرع القرنية مثلا يجب أن يتم في غضون ستة (6) ساعات بعد وفاة صاحبها و إلا تعرضت للتلف. من ثم لا تكفي هذه المدة القصيرة من الوقت للحصول على موافقة أهل المتوفى بشأن الاقتطاع من الجثة.

لذلك يقترح الأستاذ "أيلام" اعتماد قرينة الموافقة التي أخذ بها المشرع الفرنسي بحيث لا يمنع الطبيب من مباشرة الاقتطاع إلا إذا عبر المتوفى صراحة أثناء حياته على رفضه المساس بجثته.²⁹³ و قد تعرضنا أعلاه لمضمون قرينة الموافقة، محاسنها و مساوئها.

غير أن الإجازة الصريحة تخص فقط القرنية و الكلية و هو ما يثير التساؤل حول إمكانية الاقتطاع بدون موافقة و في نفس الظروف إذا تعلق الأمر بأعضاء أخرى غير القرنية أو الكلية ؟ يجب التنبيه بداية إلى أن إجازة اقتطاع القرنية و الكلية بدون موافقة الأقارب في القانون الجزائري جاءت على إثر التعديل الذي مس قانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1990، حيث تبين من المناقشات أن المادة 164 الأصلية من القانون المشار إليه لم تكن تسمح باقتطاع القرنية و الكلية على أساس أنها لم تأخذ بعين الاعتبار مدة صلاحية هذه الأعضاء بعد وفاة الشخص.²⁹⁴ من ثم يمكن القول أن إجازة الاقتطاع من الجثة بدون موافقة الأقارب فرضتها أسباب عملية خاصة بعمليات نقل القرنية و الكلية من جهة و تحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى، خاصة عندما يتعلق الأمر بإنقاذ حياة المريض المصاب بالقصور الكلوي.

²⁹³ الأستاذ أيلام ، رئيس الجمعية الجزائرية لطب العيون، الندوة الصحفية التي عقدها على هامش الملتقى الرابع عشر لطب العيون الذي انعقد بقسنطينة يومي 03 و 04 جوان 2004، يومية الخبر بتاريخ 2004/06/06، ص. 12.
²⁹⁴ راجع بهذا الخصوص د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 442 و ما بعدها.

و بناء على ما تقدم لا يجوز اقتطاع أعضاء أخرى غير القرنية و الكلى بدون موافقة المتوفى أو موافقة أقاربه، لأن الاقتطاع من الجثة بدون موافقة الأقارب استثناء، و الاستثناء لا يقاس عليه.²⁹⁵

كما يجب التنبيه أيضا إلى أن إجازة اقتطاع القرنية و الكلية بدون موافقة الأقارب مشروطة بحالة الاستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها. و الغرض من اشتراط إثبات حالة الاستعجال من قبل اللجان الطبية هو تجنب التجاوزات كالاقتطاع من الجثث بدون موافقة مسبقة لأسباب غير مشروعة.²⁹⁶

و خلاصة القول أن إجازة القانون الجزائري للاقتطاع من الجثة بدون موافقة أحد يستند إلى إذن القانون الذي راعى في هذا الشأن تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في قصد العلاج و إنقاذ حياة المريض من خلال عملية زرع العضو. غير أن هذا الاستثناء يخص فقط عمليات الزرع المتعلقة بالقرنية و الكلية، و يجب أن يتم بترخيص من اللجنة الطبية المختصة. و بذلك يكون التشريع الجزائري قد خالف الاتجاه الذي أخذ بمبدأ تأميم الجثث.²⁹⁷

المبحث الخامس: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في عمليات نقل و زرع الأعضاء:

تعرضنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى الجزاء الذي يترتب على إخلال الطبيب بالحصول على رضا المريض بشأن التدخلات الطبية التي تقع على جسم المريض، و أشرنا إلى أنه، طبقا للاتجاه السائد في الكثير من الأنظمة، و نظرا لطبيعة التدخل الطبي، لا يعتبر الإخلال بالرضا سببا للمتابعة الجزائية، و إنما يبقى مجاله القانون المدني حيث يتابع الطبيب وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية.²⁹⁸

من ثم تقتصر متابعة الطبيب جنائيا على أساس "الضرب و الجرح غير العمدي"²⁹⁹ على الحالات التي يرتكب فيها الطبيب خطأ طبيًا يتسبب في أضرار جسيمة للمريض، كإحداث عاهة مستديمة أو وفاة.

²⁹⁵ قريب من هذا المعنى ما ذهب إليه د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص. 443.

²⁹⁶ راجع الشروط الإدارية لنقل الأعضاء ص. 330 من الرسالة.

²⁹⁷ د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص. 445.

²⁹⁸ راجع الفصل الثالث من الباب الأول من الرسالة، ص. 197.

²⁹⁹ راجع المادة 289 من قانون العقوبات الجزائري.

من جهة أخرى، سواء تمت متابعة الطبيب، في إطار المسؤولية المدنية، على أساس المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية يتعين على المريض إثبات الضرر الذي لحقه من جراء إخلال الطبيب بالإعلام و علاقة السببية بين هذا الضرر و خطأ الطبيب. و على الطبيب أن يثبت حصوله على رضاء المريض المتبصر إذا أراد التخلص من هذه المسؤولية.

غير أنه نظرا لخطورة التدخل الطبي في مجال نقل الأعضاء و ما تنطوي عليه من بتر أو اقتطاع أعضاء معينة بطريقة غير رجعية، فإن إخلال الطبيب بالحصول على الرضاء المتبصر للمريض المستقبل أو المتبرع بالعضو يعرضه للمسائلة الجنائية و المدنية على السواء.

المطلب الأول: الإخلال بالرضا في مجال نقل الأعضاء و المسؤولية الجنائية:

لقد استنتجت مختلف التشريعات الأعمال الطبية بصفة عامة و عمليات نقل الأعضاء بصفة خاصة من نطاق التجريم فأجازت المساس بالسلامة البدنية للفرد لاعتبارات مرتبطة بالمصلحة العامة متمثلة أساسا في الحفاظ على صحة الأفراد و علاجها من الأسقام، و لكن بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية و القانونية التي حددتها التشريعات في مختلف الدول، و منها الالتزام بالحصول على الموافقة المتبصرة للشخص قبل مباشرة أي تدخل على جسده.

و بسبب أهمية الموافقة في مجال نقل الأعضاء حرصت التشريعات، كما تم بيانه أعلاه، على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة و المكتوبة للمريض المستقبل أو المتبرع بالعضو. بل لجأت بعض التشريعات إلى اشتراط الحصول على الرضاء أمام جهة رسمية كما هو الحال في التشريع الفرنسي و المغربي.³⁰⁰

و لم تكتفي الكثير من التشريعات بهذا الحد فلجأت إلى حماية حق الفرد في سلامته البدنية جنائيا من خلال تجريم اقتطاع الأعضاء و الأنسجة البشرية الذي لا يتم وفقا للشروط القانونية الخاصة بعمليات نقل الأعضاء و منها الحصول على الموافقة المسبقة للمتبرع بالعضو. ففي حالة انتفاء الرضاء تتحقق جريمة نقل عضو بدون رضا المنقول منه.

الفرع الأول: جزاء الإخلال بالرضا و المسؤولية الجزائية في التشريعات العربية:

³⁰⁰ راجع ص. 389 من الرسالة.

لقد نصت بعض التشريعات العربية المتعلقة بنقل الأعضاء على جريمة نقل الأعضاء بدون موافقة المنقول منه. حيث جاء في المادة 12 من القانون القطري ما يلي؛ " مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين و لا تزيد عن عشر سنوات و بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال و لا تزيد عن أربعين ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام هذا القانون و القرارات المنفذة له، و يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سبع سنوات و لا تتجاوز أربعة عشر سنة، كل من استأصل أحد أعضاء جسم إنسان حي دون علم صاحبه، و تضاعف العقوبة في حالة العود، و يعتبر عائداً من يرتكب جريمة مماثلة قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة لمحكوم بها، و في جميع الأحوال يجوز للمحكمة، عند الحكم بالإدانة أن تقضي بسحب ترخيص مزاوله المهنة".³⁰¹

يتضح من نص المادة أن الطبيب الذي يباشر عملية استئصال عضو من إنسان حي بدون موافقته يتعرض لعقوبة الحبس بين 07 و 14 سنة. من ثم فإن الرضا الذي يعفى الطبيب من المسؤولية هو الرضا المتبصر و الصادر من صاحبه بإرادة حرة و مستنيرة. و هو ما يعني قيام مسؤولية الطبيب الجنائية حتى و لو وافق المريض أو المتبرع على عملية الزرع أو الاقتطاع إذا ثبت أن تلك الموافقة قد تم الحصول عليها عن طريق الغش أو التدليس أو من دون إعلام كاف من قبل الطبيب بشأن خطورة العملية.

و من التشريعات العربية الأخرى التي رصدت عقوبات جزائية للإخلال بالشروط القانونية لاقتطاع و زرع الأعضاء البشرية القانون الكويتي³⁰²، و التشريع الإماراتي.³⁰³ ولم يحدد هذين التشريعين عقوبة خاصة لتخلف الرضا في مجال نقل الأعضاء، على غرار التشريع القطري، و إنما حددا عقوبة واحدة لكل المخالفات المتعلقة بالشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء و منها تخلف شرط الرضا.

أما في القانون المصري فقد تضمن مشروع القانون المتعلق بنقل و زراعة أعضاء الجسم البشري³⁰⁴ العقوبات المقررة للجرائم الناتجة عن مخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل و زرع

³⁰¹ المادة 12 من التشريع القطري المتعلق بنقل و زراعة الأعضاء البشرية، سبقت الإشارة إليه.
³⁰² حيث تنص المادة 10 من القانون الكويتي لنقل الأعضاء الذي سبقت الإشارة إليه على ما يلي؛ " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون و القرارات المنفذة له بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات و بغرامة لا تزيد على ثلاث آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، و تضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم في الجريمة الأولى".
³⁰³ حيث تنص المادة 10 من القانون الإماراتي أيضا على ما يلي؛ " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس لمدة 3 سنوات و بغرامة لا تزيد على ثلاثين ألف درهم (30000) أو بإحدى هاتين العقوبتين، و تضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ تنفيذ الحكم النهائي الصادر في الجريمة الأولى".

الأعضاء البشرية. فبخصوص العقوبة المقررة لجريمة الاقتراع بدون موافقة الشخص، نصت المادة 20 من مشروع القانون المصري على ما يلي؛

" يعاقب بالأشغال الشاقة مدة لا تقل عن خمس سنين و بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه و لا تجاوز خمسين ألف جنيه كل من استأصل خلسة أو بدون رضاء أو بالتحايل عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً من إنسان حي. فإذا وقع الفعل بطريق الإكراه يكون الحد الأدنى الأشغال الشاقة عشر سنوات.

و في جميع الأحوال إذا ترتب على الاستئصال وفاة الشخص المستأصل منه تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة و الغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه و لا تتجاوز مائة ألف جنيه.

يعاقب بالسجن و بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه و لا تتجاوز عشرين ألف جنيه كل من زرع في جسم إنسان عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً مستأصلاً من إنسان حي، في أي من الأحوال المبينة بالفقرات السابقة مع علمه بذلك."

و جدير بالملاحظة هنا أن قانون العقوبات المصري يجرم أيضاً استئصال الأعضاء البشرية أو جزء منها إذا باشره الطبيب خلسة، أي بدون موافقة المعني.³⁰⁵ و يتضح من النصوص المشار إليها أعلاه أن المشرع المصري لم يجرم فقط اقتطاع الأعضاء البشرية بدون موافقة أصحابها و إنما جرم أيضاً عملية الزرع إذا كان الطبيب يعلم بأن العضو المراد زرعه لم يتم الحصول عليه بموافقة صاحبه.

كما جرم مشروع القانون المصري المتعلق بنقل و زراعة الأعضاء البشرية الاقتراع من الجثة بدون موافقة صاحبها أثناء حياته أو بدون احترام الشروط القانونية في هذا المجال حيث تنص المادة 21 منه على ما يلي؛

" يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن سنة و بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه و لا تجاوز عشرين ألف جنيه كل من استأصل عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً من جثة ميت دون موافقته حال حياته أو بغير توافر الشروط و القواعد المقررة في هذا القانون."

³⁰⁴ مشروع القانون المصري لنقل و زراعة أعضاء الجسم البشري، مارس 1999، أشار إليه د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص. 89 و ما بعدها.
³⁰⁵ المادة 240 فقرة 2 من قانون العقوبات المصري.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا و المسؤولية الجزائية في التشريع الفرنسي:

ميز قانون العقوبات الفرنسي في هذا الشأن بين نقل الأعضاء و نقل الأنسجة الذي يتم بدون رضا صاحب الشأن، فشدد العقوبة في الحالة الأولى مقارنة بالثانية.

فبالنسبة لاقتطاع الأعضاء بدون رضا المنقول منه أو مباشرته على قاصر نصت المادة 511 مكرر 3 من قانون العقوبات الفرنسي (قانون رقم 94-653 الصادر بتاريخ 94/07/29) على ما يلي؛ " يعاقب على استقطاع عضو من إنسان حي راشد بدون الحصول على موافقته ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة L 671-3 (L1231-1) من قانون الصحة العامة بالحبس لمدة سبع سنوات و غرامة قدرها 100000 أورو (700000 فرنك فرنسي) ... " و هي ذات العقوبة المقررة في حالة نقل عضو من إنسان حي قاصر أو من إنسان حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية.³⁰⁶

أما بالنسبة لجريمة استقطاع الأنسجة بدون رضا صاحب الشأن فقد رصدت لها المادة 511 مكرر 5 من قانون العقوبات الفرنسي عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات و غرامة قدرها 70000 (ما يعادل 500000 فرنك فرنسي).³⁰⁷

و من استقراء النصوص العقابية المشار إليها يتبين أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية المتعلقة بالحصول على موافقة المنقول منه العضو و التي نصت عليها المادة 1231 مكرر واحد. و يدخل ضمن ذلك ضرورة أن يكون الاقتطاع لمصلحة مستقبل تربطه علاقة قرابة بالمتبرع، و كذا تبصير الشخص المراد اقتطاع العضو من جسده بالأخطار المرتبطة بالعملية و الحصول على موافقته أمام جهة رسمية على النحو الذي تم توضيحه آنفا. من ثم فإذا باشر الطبيب عملية الاقتطاع بدون احترام الضوابط القانونية المشار إليها بشأن الحصول على رضا المتبرع يعتبر مرتكبا لجريمة اقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه. و على هذا الأساس يمكن متابعة الطبيب جنائيا في ظل القانون الفرنسي على الاقتطاع الذي

³⁰⁶ "Le fait de prélever un organe sur une personne majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions de l'article L. 673-3 (1231-1) du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant faisant l'objet d'une protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 (L1231-2) et 671-5 (1231-3) du code de la santé publique. " L'article 511-3 du code pénal français (loi n° 94-653 du 29/07/94.

³⁰⁷ L'art. 511-5 du code pénal français (loi n° 94-653 du 29/07/94.

يباشره بدون احترام الإجراءات القانونية المشار إليها في الحصول على موافقة المنقول منه العضو. و لم يحدد المشرع الفرنسي الغرض من استئصال العضو بدون موافقة صاحبه، من ثم تقوم الجريمة سواء كان الاقتطاع لغرض الزرع لدى مريض آخر أو لأي غرض آخر غير علمي.

و ينتفي رضا الشخص، من جهة أخرى، إذا لجأ الطبيب إلى الغش أو التحايل للحصول على رضا المنقول منه. كما تنتفي الموافقة إذا رجع المتبرع عن موافقته. ففي هذه الحالة إذا باشر الطبيب عملية الاقتطاع يعتبر مرتكبا لجريمة اقتطاع عضو بدون رضا المنقول منه. و بذلك لم يكتفي المشرع الفرنسي بالنصوص العقابية التقليدية المتعلقة بالاعتداء على السلامة البدنية للأشخاص فضمن قانون العقوبات نصوص جديدة تتعلق بالجرائم المرتبطة بعمليات نقل و زرع الأعضاء و منها جريمة اقتطاع الأعضاء بدون موافقة المنقول منه و كذا جريمة الاتجار في الأعضاء البشرية.³⁰⁸

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالرضا و المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري:

على خلاف التشريعات المذكورة أعلاه لم يتعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها إلى تجريم اقتطاع الأعضاء بدون موافقة المنقول منه، و اكتفى بالنص على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع و بين شكل هذه الموافقة، و التي يجب أن تتم كتابة و بحضور شاهدين طبقا لنص المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.³⁰⁹

غير أن المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها تحيل إلى المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال الصحة و التي تخلف ضررا بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم. فلقد جاء في المادة المذكورة أعلاه ما يلي؛ " يتابع، طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد

³⁰⁸ "Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, qu'elle qu'en soit la forme est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

Les mêmes peines sont applicable dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier aliéna provient d'un pays étranger. " L'art. 511-5 du code pénal français (loi n° 94-653 du 29/07/94.

³⁰⁹ راجع بخصوص هذه المسألة المبحث الثالث أعلاه، ص. 387 و ما بعدها.

الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته."

و تنص المادة 288 من قانون العقوبات على ما يلي؛
" كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 1000 إلى 20000 دينار."

في حين جاء في المادة 289 من قانون العقوبات؛
" إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين."

و طبقا للأحكام العامة يعتبر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض خطأ مهني يعرض صاحبه للمسئولية الجنائية و المدنية على السواء.³¹⁰ و إذا كان إثبات خطأ الطبيب و الضرر الناتج عنه في الممارسات الطبية العادية يطرح صعوبات بالنسبة للمريض، فإن إثباتهما في عمليات نقل الأعضاء أكثر يسرا بحكم أن الحصول على موافقة المريض المستقبل أو المتبرع بالعضو تتم وفقا لشكلية محددة أو أمام جهة رسمية و من السهل التأكد من مدى احترام الطبيب لهذه الضوابط بشأن الحصول على هذه الموافقة. كما أن الضرر الذي يلحق المنقول منه من جراء اقتطاع العضو بدون موافقته ضرر محقق يفرضي إلى عاهة مستديمة إن لم يؤدي إلى الوفاة.³¹¹

و صورة الخطأ في هذه الحالة عدم مراعاة الطبيب للأنظمة المعمول بها و المتمثلة في وجوب حصوله على الرضا المتبصر وفقا للضوابط المحددة قانونا سواء بالنسبة للمريض للمستقبل للعضو أو الشخص المنقول منه هذا العضو.

فإذا حدثت الوفاة على إثر اقتطاع الطبيب لعضو من الأعضاء المزدوجة لدى الشخص بدون موافقته الصريحة و ضمن الشروط التي حددها القانون، يتابع الطبيب على أساس القتل الخطأ طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات المشار إليها أعلاه. في حين إذا قام الطبيب

³¹⁰ قريب من هذا المعنى، راجع د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الثاني من الجزء الأول، ص. 168.
³¹¹ راجع د. طارق سرور المرجع السابق، ص. 245.

باستئطاع عضو يترتب عليه وفاة المنقول منه، مع علمه بذلك، كاقططاع عضو حيوي في الجسم (القلب) لأجل زرعه لآخر، ففي هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة قتل عمدية سواء تم الاقططاع بموافقة أو بدون موافقة المنقول منه و لا يمكن الاحتجاج بالعرض العلاجي من هذا الاقططاع بالنسبة للمستقبل.³¹²

أما إذا حدث للشخص عجزا مستديما من جراء اقططاع العضو بدون موافقته فمن الصعب تطبيق المادة 289 من قانون العقوبات لأن اقططاع العضو يؤدي بطبيعته إلى ضرر جسيم مهما كانت الاحتياطات التي يتخذها الطبيب أثناء تدخله. في حين حددت المادة 289 من قانون العقوبات صورتين فقط للجرح الخطأ و هما الرعونة³¹³ و عدم الاحتياط. من ثم لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الضرر يتحقق بمجرد استئصال العضو و لا يرجى من ذلك الاقططاع أي عرض علاجي من بالنسبة للمنقول منه. و لا يمكن إثبات الخطأ في هذه الحالة بالاستناد إلى الرعونة أو عدم الاحتياط إذا كان القائم بعملية الاقططاع جراح مختص و نفذ العملية حسب الطرق المعمول بها. فالخطأ في إطار المسؤولية الجنائية ليس مفترضا، كما هو معلوم، و يجب إثباته لقيام مسؤولية الطبيب.

من ثم يتضح قصور نص المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها في تحقيق الحماية الجنائية اللازمة للسلامة البدنية للأشخاص في مجال عمليات نقل الأعضاء و هو ما يتطلب تدخل المشرع لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات و منها جريمة اقططاع العضو بدون موافقة صاحب الشأن.

المطلب الثاني: الإخلال بالرضا في مجال نقل الأعضاء و المسؤولية المدنية:

من المعلوم أنه لقيام مسؤولية الطبيب المدنية يتعين على المجني عليه أو المدعي المدني إثبات عناصر المسؤولية الثلاث و هي؛ خطأ الطبيب، الضرر و علاقة السببية.³¹⁴ و في مجال نقل الأعضاء يكفي أن يدعي الشخص المنقول منه العضو عدم موافقته على عملية الاقططاع و على الطبيب أن يثبت حصوله على هذه الموافقة إذا أراد درأ المسؤولية عنه. ذلك أن

³¹² د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 612. راجع أيضا د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، طبعة 1999، مرجع سابق، ص. 142.

³¹³ الرعونة (maladresse) و هي سوء تقدير الأمور أو نقص في التدريب لإنجاز عمل يشترط في صاحبه أن يكون على علم و دراية كاملة به. و مثالها الطبيب العام الذي يحاول إجراء عملية جراحية رغم أنه لا يمتلك الكفاءات الجراحية اللازمة. أما عدم الاحتياط (imprudence) فهي مباشرة عمل معين يترتب عليه نتائج ضارة من دون أن يتخذ الفاعل الاحتياطات اللازمة لأجل تفادي هذه الأضرار. و مثالها مباشرة الجراح للعملية الجراحية بدون إجراء التحاليل اللازمة على المريض للتأكد من عدم تعرضه لمخاطر الجراحة أو التخدير. لمزيد من المعلومات راجع د. عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص. 231.

³¹⁴ راجع الصفة 222 من هذه الرسالة.

للرضا في مجال نقل الأعضاء ضوابط محددة يتعين على الطبيب الجراح احترامها قبل مباشرة العملية..

الفرع الأول: الدعوى المدنية بالتبعية:

إذا ثبتت مسؤولية الطبيب الجنائية بخصوص جريمة اقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه، بالنسبة للتشريعات التي تضمنت هذا النوع من الجرائم، أو طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات الجزائي بخصوص القتل الخطأ، فإن ذلك يساعد كثيرا الضحية أو المدعي المدني في الحصول على التعويض المناسب من جراء العاهة المستديمة التي خلفتها عملية الاقتطاع، أو وفاة المنقول منه.

حيث أن إثبات الضرر في هذا النوع من الجرائم لا يطرح أية مشاكل بحكم أن الضرر يتحقق بمجرد تمام عملية اقتطاع العضو السليم من جسم المنقول منه. غير أن المشكل يطرح بالنسبة للمريض المستقبل للعضو إذا تم استئطاع عضوه لغرض إنقاذ حياته أو لغرض زرع العضو السليم في جسمه بدون الحصول على موافقته. ففي هذه الحالة يتعين على الطبيب، لدرأ المسؤولية عنه، إثبات حالة الاستعجال بالنسبة للمريض سواء تعلق الأمر باقتطاع العضو المريض من جسده أو زرع العضو السليم لديه. و في ظل القانون الجزائي يتم معاينة الحالة الصحية الاستعجالية للمريض اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.³¹⁵

و باستثناء هذه الحالة، فإن القاضي الجزائي سيطالب الطبيب بالدليل الكتابي المحصل عليه بحضور شاهدين بشأن الموافقة على عملية الاقتطاع أو عملية الزرع.

الفرع الثاني: الدعوى المدنية الأصلية:

إذا لم تثبت مسؤولية الطبيب الجنائية في التشريعات التي لم تجرم اقتطاع الأعضاء بدون موافقة المنقول منه بنصوص عقابية إضافية، و لم يتمكن المجني عليه من إثبات خطأ الطبيب الجنائي وفقا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات في ظل القانون الجزائي، يبقى أمام المريض أو الشخص المنقول منه العضو الاستناد إلى إخلال الطبيب بواجب الإعلام بشأن

³¹⁵ راجع الفقرة الأخيرة من المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الأخطار المترتبة على عملية الاقتطاع أو الزرع للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العملية.

فقد سبق و أشرنا إلى أن توقيع المريض أو المتبرع على وثيقة الموافقة لا تمنع هذا الأخير من الادعاء بعدم تلقيه المعلومات اللازمة لإصدار موافقة حرة و مستنيرة بشأن عملية الاقتطاع أو الزرع، خاصة و أن التشريع الجزائري لم يحدد جهة رسمية يناط بها التأكد من حصول المعني بالأمر على المعلومات الضرورية بل اكتفى باشتراط الموافقة الكتابية و حضور الشاهدين سواء تعلق الأمر المتبرع بالعضو أو المستفيد منه.³¹⁶

و عليه فإنه طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، لا يمكن مسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض أو المنقول منه العضو إلا بثبوت الخطأ من جانب الطبيب و ثبوت الضرر بالنسبة للمريض أو المتبرع و أمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب. و هو ما يجب توافره أيضا بالنسبة لقيام مسؤولية الطبيب عند إخلاله بواجب الإعلام. من ثم لا يسأل الطبيب عن الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا توافرت الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية و هي الخطأ (إخلال الطبيب بالإعلام) الضرر (الناتج عن الإخلال بالإعلام) و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، و قد سبق و أن تعرضنا للمشاكل العملية التي يثيرها إثبات هذه العناصر.³¹⁷

من ثم يمكن القول أن النظام القانوني الجزائري الحالي في إطار المسؤولية الطبية لا يحمي حق الفرد في السلامة البدنية خاصة في مجال عمليات نقل الأعضاء. فبخلاف الكثير من التشريعات لم يتولى التشريع الجزائري تجريم مخالفة الأحكام الخاصة بعمليات نقل الأعضاء و منها الاقتطاع أو الزرع الذي يتم بدون موافقة صريحة من صاحب الشأن. و قد وضح الباحث أن النصوص العقابية التي رصدها القانون الجزائري (المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات) لحماية حقوق الأفراد في السلامة البدنية و الصحية غير كافية لتحقيق هذا الغرض و هو ما يتطلب تدخل المشرع العقابي لملا هذه الثغرات.

خلاصة الفصل:

لقد تضمن هذا الفصل الأحكام الخاصة بكيفية الحصول على موافقة المنقول منه أو المستفيد من عملية الزرع من جهة و كيفية التصرف في جنث الموتى لغرض الاستفادة من الأعضاء

³¹⁶ راجع المادتين 162 و 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
³¹⁷ راجع الصفحة 222 و ما بعدها من هذه الرسالة.

البشرية. حيث أن الموافقة الحرة و المستنيرة لكل من المريض المستقبل للعضو و المتبرع به هي من الشروط الأساسية التي تتوقف عليها شرعية عمليات نقل و زرع الأعضاء. أما إذا كان الاستقطاع من جثة ميت، فيجب التأكد من موافقة المتوفى على هذا الاقتطاع أو موافقة أقاربه إن لم يعبر عن موقفه بشأن ذلك أثناء حياته.

و بهذا المفهوم يعتبر شرط الرضا مظهرا من مظاهر الحصانة المقررة للجسم الإنساني، حيث أن مبدأ حرمة الجسم البشري يمنع كل مساس بالسلامة البدنية للفرد، سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير، إلا بالموافقة الصريحة للمعني، و في حدود ما يتفق مع النظام العام و الآداب العامة في المجتمع.

و لكي تحقق موافقة الشخص على التدخلات الطبية الماسة بسلامته الجسدية هذه الحماية أو الحصانة يجب أن تتسم موافقته بمجموعة من المواصفات القانونية، كأن يكون هذا الرضا صادرا عن ذي أهلية، و هو ما يتطلب بلوغ سن قانوني محدد بالإضافة إلى إرادة حرة و بعد حصول المتبرع، بصفة خاصة، على المعلومات اللازمة التي تساعد على اتخاذ قراره بالموافقة على الاقتطاع بعيدا عن أي ضغط أو إكراه.

كما تتوقف شرعية الرضا في مجال عمليات نقل الأعضاء على تقديمه و إصداره وفقا للشكل الذي حدده التشريع الساري المفعول.

فبخصوص الأهلية القانونية لقد حددت مختلف الدول السن القانوني الذي يجوز فيه للشخص أن يتخذ القرارات المهمة المتعلقة بحالته الصحية و منها عمليات نقل الأعضاء. و يختلف هذا السن من دولة لأخرى، فهو 16 سنة كاملة في بريطانيا، 18 سنة في بعض الدول العربية، و 19 سنة في القانون الجزائري طبقا للمادة 40 من القانون المدني.

أما الاقتطاع من القصر فقد منعه الكثير من التشريعات، و منها التشريعات العربية. في حين اتجهت تشريعات أخرى إلا إجازة الاقتطاع من الأشخاص القصر بشرط أن يتعلق الأمر بالأنسجة المتجددة في جسم القاصر مثل النخاع العظمي (moelle osseuse) و غيره من المواد المتجددة و هو ما ذهب إليه التشريع الفرنسي الذي منع مبدئيا الاقتطاع من جسم القاصر و لكنه استثنى اقتطاع النخاع الشوكي لفائدة أخ أو أخت ضمن شروط قانونية مشددة نصت عليها المادة L 1231-3 من قانون الصحة العامة.

و نعيب بهذا الشأن على التشريعات العربية، و منها التشريع الجزائري، عدم إجازتها مثل هذا النوع من العمليات بين الإخوة القصر رغم أنها لا تشكل خطورة على هؤلاء و قد تحقق لهم فائدة طبية كبيرة.

أما بخصوص كيفية الحصول على موافقة الشخص لعمليات نقل الأعضاء، فمن التشريعات من اشترط الموافقة الكتابية كالتشريع الجزائري و أغلبية الدول العربية و منها من اشترط صدوره أمام جهة رسمية كالقانون الفرنسي و المغربي اللذان يشترطان صدوره أمام قاض. و في هذا الشأن يسجل الباحث أن تشدد التشريع الفرنسي و التشريعات التي حذوه بخصوص الحصول على موافقة المنقول منه و المريض المستقبل للعضو يحقق حماية كبيرة لحق الفرد في السلامة البدنية بحكم أن القاضي المختص بذلك له فرصة التأكد من مدى إدراك المعني بالأمر لخطورة العملية المقترحة عليه و أنه قد وافق على ذلك بعد أن تم إعلامه إعلاما كاملا بهذه المخاطر. من ثم يمكن للقاضي أن يراقب احترام الطبيب للقواعد القانونية المتعلقة بكيفية الحصول على الموافقة بحيث يمكنه عدم المصادقة على تلك الموافقة إذا لاحظ أن رضا المعني بالأمر لا يرقى إلى الرضا القانوني المطلوب في هذا النوع من التدخلات الطبية. كما أن هذا النوع من الرقابة يحقق أيضا حماية قانونية للطبيب أو الفريق الطبي الذي باشر عملية لاقتطاع أو الزرع في حالة عدم نجاح العملية أو ضد أي ادعاء بعدم الموافقة على العملية و هو ما يفسر قلة النزاعات أمام القضاء بهذا الخصوص.

أما في التشريعات التي تشترط الرضا الكتابي، يمكن القول أنه رغم ما للكتابة من أهمية في إثبات الموافقة إلا أنها ليست دائما دليلا على حصول المعني بالأمر على الإعلام اللازم الذي يساعده على الموافقة المستنيرة. كما أن حضور الشاهدين لا يغير في الأمر من شيء لأن شهادتهما تقتصر فقط على قبول المريض أو المتبرع، حسب الحالة، للعملية المقترحة، و لا يمكن أن تكون دليلا على حصول المعني على الإعلام اللازم لأن الشاهد لا يعرف طبيعة المعلومات التي يجب إيصالها و لا نطاقها حتى يمكنه القول بأن الطبيب قد نفذ التزامه بالإعلام !

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن التشريع الجزائري لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم أن يشهدوا مع المتبرع أو المستقبل للعضو على الموافقة و يتعين على المشرع الجزائري توضيح هذه المسألة.

و بخصوص التصرف في جثث الموتى فقد انتهجت مختلف التشريعات تنظيمات مختلفة أيضا. فمنها من اشترط الكتابة الرسمية حال حياة المتبرع سواء بقبول التبرع أو برفضه و منها من اعتمد بطاقات التبرع. أما التشريع الفرنسي فقد اعتمد قرينة الموافقة التي توجب على الشخص أن يسجل نفسه في السجل الوطني الفرنسي الآلي إذا كان يرفض المساس بجثته. أما إذا لم يعبر الشخص حال حياته عن هذا الرفض يعتبر موافقا على عملية الاقتطاع بعد وفاته و يمكن للأطباء مباشرة عملية الاقتطاع من جثته بعد التأكد من عدم التسجيل في السجل المشار إليه أعلاه. و قد بينا كيف خفف المشرع الفرنسي من هذه القرينة فألزم الطبيب بوجوب الحصول على شهادة أهل المتوفى قبل مباشرة عملية الاقتطاع من الجثة.

و لقد اعتمدت تشريعات أخرى حرية الإثبات. فيجوز بناء على ذلك مباشرة الاقتطاع من جثة الشخص إذا عبر الشخص أثناء حياته على قبوله الاقتطاع من جثته سواء تم ذلك كتابة أو شفاهة، و هو ما سار عليه التشريع الجزائري. مع العلم أنه لا يجوز في ظل القانون الجزائري مباشرة الاقتطاع إذا عبر الشخص صراحة عن رفضه الاقتطاع من جثته.

و قد رصدت مختلف التشريعات، من جهة أخرى، عقوبات جزائية على مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بنقل الأعضاء و منها الإخلال بالحصول على موافقة المريض و المتبرع بالعضو قبل مباشرة عملية الاقتطاع و الزرع. و بناء على ذلك تضمنت مختلف التشريعات المتعلقة بنقل الأعضاء جرائم متصلة بنقل الأعضاء، كجريمة الاتجار في الأعضاء البشرية و جريمة اقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه.

كما أن قيام مسؤولية الطبيب الجنائية لا يغني عن متابعتة مدنيا للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن فقدان العضو و حدوث العاهة المستديمة، و ذلك من خلال إثبات قيام الأركان الثلاث لمسئولية الطبيب و هي الخطأ، الضرر و علاقة السببية.

و بخصوص القانون الجزائري يسجل الباحث الملاحظات التالية؛

- لقد اكتفى التشريع الجزائري بالنص في المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على وجوب صدور موافقة المتبرع بحضور شاهدين اثنين و لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم إبداء هذه الشهادة، و هو فراغ قانوني يتعين على المشرع تداركه في أفرا الآجال.

- يرى الباحث، من جهة أخرى، ضرورة إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 165 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي جاء فيها؛ " يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي... " و يقترح الباحث النص التالي؛ "يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء من جثة المتوفى إذا عبر هذا الأخير قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي..."

و السبب في ذلك أن النص الأصلي للمادة 165 يجيز فقط رفض الاقتطاع لغرض الزرع. مما يعني إمكانية الحصول على موافقة الأقارب بشأن الاقتطاع لأغراض علمية أو تشريحية. أما طبقا للنص المقترح فإن الرفض الكتابي يمنع المساس بالجثة سواء كان ذلك لغرض الزرع أو لغرض علمي تشريحي و هو ما يحقق الحماية اللازمة لإرادة المتوفى.

- كما لم يحدد التشريع الجزائري شكل الكتابة المطلوبة قانونا للتعبير عن الرفض المنصوص عليه في المادة 165 المشار إليها أعلاه، فهل تكفي الكتابة المحررة من قبل المعني أم يجب أن تكون كتابة رسمية محررة بمعرفة جهة مختصة أم تكفي المصادقة في البلدية على التصريح المدون بخط المعني و توقيعه ؟ من جهة أخرى يثور التساؤل بشأن الجهة التي يجب إيداع هذه الوثيقة لديها أو إرسالها لها ؟

لم يتعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها لهذه المسائل، مما يفهم منه أن الأمر يتعلق فقط بالمرضى الذين يكونون تحت الرعاية الطبية داخل المستشفيات فيجوز لهم التعبير عن إرادتهم بكل الوسائل إذا تعلق الأمر بالموافقة على الاقتطاع من جثثهم، و كتابيا فقط للتعبير عن رفض هذا الاقتطاع.

و قد بينا أن هذه المسألة لا تثار من الناحية العملية إلا بالنسبة للمرضى المتواجدين في المستشفيات المرخص لها بمباشرة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مما يعني أن الوثيقة المكتوبة المعبر فيها عن قبول الاقتطاع أو رفضه يجب أن توجه إلى مدير المؤسسة أو رئيس المصلحة الذي يعالج فيها المعني. أما باقي أفراد المجتمع من الأصحاء أو غيرهم فلا يمكنهم، طبقا للتنظيم الحالي، التعبير عن إرادتهم بخصوص هذه المسألة حتى و لو كانت لدى الكثير منهم الرغبة في التبرع بأعضائهم بعد الوفاة. و لا شك أن ذلك يعرقل كثيرا عمليات نقل الأعضاء في الكثير من الحالات بسبب عدم وجود جهة رسمية تتولى تنظيم هذه المسألة خارج المستشفيات

المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء. و أبرز مثال على ذلك ضياع فرص نقل الأعضاء من ضحايا الحوادث لأنه لا يمكن للطبيب في هذه الحالة معرفة موقف المتوفى من مسألة الاقتطاع، في حين قد يتطلب الاتصال بدويه لاستشارتهم في المسألة مدة زمنية يفقد فيها العضو صلاحيته للنقل.

لذلك يقترح الباحث، بخصوص هذه النقطة، التأشير على إحدى الوثائق الشخصية بما يفيد قبول أو رفض الاقتطاع من جثة حامل الوثيقة، مثلما تم مؤخرا تسجيل فصيلة الدم على رخصة السياقة لكل الجزائريين . و بهذه الطريقة يكون للشخص متسعا من الوقت للتفكير في هذا الموضوع و الإفصاح عن إرادته عند تجديد الوثيقة، مع النص على إمكانية الرجوع عن قراره في أية مرحلة من المراحل قبل وفاته.

و يقترح الباحث في هذا المجال التأشير على بطاقة التعريف الوطنية لأنها من الوثائق التي يفترض حملها دائما من قبل الشخص مقارنة برخصة السياقة التي يقتصر حملها على السائقين فقط. فاللجوء إلى مثل هذا الحل يجنب الأطباء عند الحاجة مشقة البحث عن إرادة المتوفى بحيث يكفي الاطلاع على الوثيقة المعنية للتعرف على موقفه من عمليات نقل الأعضاء. و في ذلك ربح كبير للوقت و تسهيل لعمليات نقل الأعضاء.

و تحتاج هذه العملية قبل كل شيء إلى توعية كبيرة للجمهور بالمنفعة المنتظرة من التبرع بالأعضاء و دورها في إنقاذ الكثير من الأرواح، و كذا التنبيه إلى أن كل فرد من هذا المجتمع معرض لاحتياج عملية من هذا النوع في أي مرحلة من مراحل حياته. من ثم فمن الأحسن ترتيب الأمور بطريقة مسبقة لإمكانية الاستفادة من الأعضاء البشرية عند الحاجة و بطريقة فعالة. و يمكن في هذا الإطار الاستفادة من المبادئ الكثيرة في الدين الإسلامي التي تشجع على مساعدة الغير و هي من الخصوصيات التي يجب توظيفها لتوعية الأفراد بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استفادة الغير من الأعضاء البشرية في حالة الموت المفاجئ.

و على غرار وزارة الصحة الفرنسية يمكن للسلطات أو الجهات المعنية في الجزائر تنظيم حملات إعلامية دورية بخصوص التبرع بالأعضاء عبر وسائل الإعلام المختلفة و كذا المساجد من أجل استقطاب اهتمام الجمهور بهذا الموضوع.

- على خلاف الكثير من التشريعات الأجنبية لم يتعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها إلى تجريم اقتطاع الأعضاء بدون موافقة المنقول منه، و اكتفى بالنص على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع.

كما أن الإحالة إلى المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات بشأن الجرائم المرتكبة من قبل الأطباء و غيرهم في مجال الصحة و التي تخلف ضررا للأشخاص أو بصحتهم لا تحقق الحماية القانونية اللازمة للحق في السلامة البدنية للفرد. فقد وضح الباحث عدم نجاعة المادة 289 من قانون العقوبات في متابعة الطبيب عن مخالفته للقواعد القانونية في مجال نقل الأعضاء، و هو ما يتطلب تدخل المشرع لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات و منها جريمة اقتطاع العضو بدون موافقة صاحبه.

الفصل الثالث

مشكلة التجارب الطبية

مقدمة:

تعتبر التجارب الطبية على الإنسان من التدخلات الطبية التي لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية و الجراحية. فبفضل هذه التجارب استطاع العلماء الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن كأعراض الزهري و السل و الجدري و غيرهم من الأمراض القاتلة. إذ أصبحت الكثير منها في طي النسيان و ما بقي منها لا يشكل خطورة على مستقبل البشر بحكم أن علاجها أصبح الآن ميسورا.

كما يرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية في اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية و تزرع الأمل في نفوس الكثير من مرضى الأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث و تنقيب لأجل الوصول إلى علاج لها.

و تمر التجارب الطبية عادة بعدة مراحل قبل أن تجرى على الإنسان. إذ تسبقها تجارب معملية، ثم تجارب على الحيوان لفترة طويلة، ثم على الإنسان للتأكد من صلاحية الدواء للكائن البشري قبل تسويقه.¹

غير أنه مهما كانت دقة التجارب الواقعة على الحيوانات الأكثر قربا من الإنسان من الناحية البيولوجية (كالقرد مثلا) إلا أنه لا يمكن تطبيق النتائج التي يتم الحصول عليها من التجربة مباشرة على الإنسان، بسبب انفراد هذا الأخير بخصوصيات فيزيولوجية و تكوينية تجعل من الضروري إجراء التجارب عليه لمعرفة الأثر الحقيقي للدواء على جسمه. فقد أثبتت التجارب أن بعض الأدوية تتحملها الحيوانات و لا يتحملها الإنسان.² من ثم لا يمكن إطلاقا معرفة أثر و

¹ د. محمد عبد الغريب، "التجارب الطبية و العلمية و حرمة الكيان الجسدي للإنسان؛ دراسة مقارنة" طبعة أولى، مطبعة أبناء و هبة حسان، القاهرة، 1989، ص. 8. راجع في الفقه الغربي؛

Hennau-Hublet, C. " Les projets de réglementation de l'expérimentation sur les humains" Xième Journées d'études Juridiques Jean Dabin, organisées par l'unité de droit pénal Bruylant, Bruxelles 1982, p. 316 et s.

² من الأمثلة التقليدية على ذلك دواء (Lysergamide) الذي لا يؤثر على القرد مقدار (1mg) في حين يكفي قدر أضعف منه لإحداث مفعول هلوسى لدى الإنسان. أشار إليه د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 9.

انعكاسات الأدوية و العقاقير الطبية على الإنسان و مدى مقاومتها لعوامل و أسباب المرض إلا إذا تم تجريب تلك العقاقير على الجسم البشري و التأكد من سلامة استعمالها في العلاج.³

و لقد حظيت التجارب الطبية و العلمية على الإنسان باهتمام خاص في الكثير من الدول حاليا بسبب انتشارها المستمر، خاصة في المجتمعات المتقدمة، و بسبب المشاكل القانونية التي يثيرها و التي تدور أساسا حول حماية السلامة البدنية و العقلية للإنسان من الاعتداءات و المخاطر المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب.

على أنه من الناحية التاريخية كان السبق للقانون الدولي في وضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال المبادئ و القواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم الحربية التي ارتكبوها أثناء الحرب العالمية الثانية باسم التجارب العلمية. إذ دفعت المعاملات الغير إنسانية التي تعرض إليها الكثير من البشر على أيدي الأطباء النازيين إبان هذه الحرب إلى صياغة عدة مواثيق دولية⁴ حول معاملة البشر في المجالات الطبية المختلفة و خاصة منها التجارب الطبية. و قد شكل رضا الشخص أهم المبادئ الأساسية التي تناولتها هذه المواثيق من خلال التأكيد على حق الفرد في الموافقة أو رفض كل أشكال التدخلات الطبية الماسة بكيانه البدني أو العقلي.

و قبل مناقشة المبادئ و القواعد الأساسية التي تحكم التجارب الطبية على الإنسان و الأثر القانوني لموافقة الشخص في هذا النوع من التدخلات الطبية، يتعين بداية تعريف التجارب الطبية و بيان أنواعها. ثم نلي ذلك ببحث الإطار الشرعي للتجارب الطبية و عرض موقف الشريعة الإسلامية منها. نتبع ذلك بالإشارة إلى أهم الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية ثم نناقش بعدها أساسها القانوني و أهم المشاكل العملية التي

³Résolutions du Colloque , “ droit pénal et techniques Biomédicales modernes”, 21-25 ; Sept 1987, Freiburg, I. Br./ R.F.A/ n° 1-1.

⁴Le Code de Nuremberg, adopté par le tribunal militaire de Nuremberg ; United States v. Karl Brandl et al., précité , La Déclaration de Helsinki, adoptée par la 18^{ème} Assemblé Médicale Mondiale, Finlande 1964, publiée dans 271 N.E.J.M (1964) p 473, révisée par la 29^{ème} Assemblé Médicale Mondiale, Tokyo, Japon 1975. En Europe, La Charte des Droits du Patient, adopté par le parlement Européen à Strasbourg en date du 19/01/1984; Lemaire, J.F et Imbert, Jean-Luc , “La responsabilité Médicale”, Paris Presses universitaires de France, 1985 p 125. La Convention Européenne de Bioéthique, qui n’est pas encore entrée en vigueur faute d’avoir été ratifiée par un nombre suffisant d’Etats, voir Garay, A “Consentement aux Actes Médicaux et Doits des Patients”, Gazette du Palais 01-05/01/1999, p 27.

يثيرها الرضا المتبصر في هذا النوع من التدخلات الطبية و جزاء الإخلال به و ذلك حسب
الخطة التالية؛

- المبحث الأول: تعريف التجارب الطبية و أنواعها.
- المبحث الثاني: مشروعية التجارب الطبية.
- المبحث الثالث: الاتفاقيات الدولية و التجارب الطبية على الإنسان.
- المبحث الرابع: الأساس القانوني للتجارب الطبية و شروط إباحتها.
- المبحث الخامس: الرضا في التجارب الطبية و جزاء الإخلال به.

المبحث الأول: تعريف التجارب الطبية و أنواعها:

يرى بعض الفقه أنه ليس من السهل التفرقة بين العمل الطبي العلاجي و العمل الطبي
التجريبي. من ثم يتعين قبل تحديد المقصود بالتدخلات الطبية التجريبية توضيح المقصود
بالتدخلات الطبية العلاجية، ثم نتبع ذلك ببيان أنواع التجارب الطبية.

المطلب الأول: تعريف التجارب الطبية:

لتوضيح المقصود بالتجارب الطبية يحتاج المرء إلى إيضاح مفهوم "العلاج" و مفهوم
"التجربة أو البحث". ذلك أن التمييز بين المصطلحين ضروري لتحديد القواعد القانونية الواجبة
التطبيق على كل حالة.

فقد قيل بأنه من الصعب التمييز بين التجارب الطبية و الممارسة اليومية للطب لأن
الأمراض و خطورتها تختلف من شخص لآخر و هو ما يجعل الطبيب يباشر عملاً تجريبياً في
كل مرة يقوم بفحص و علاج أحد مرضاه. ففي هذا الإطار يقول Blumgart أنه كل مرة يقدم
الطبيب أحد العقاقير للمريض إلا ويقوم بالتجريب معه.⁵
كما يرى جانب من الفقه أن أي عملية جراحية، مهما كانت طبيعتها تحتوي على قدر من العمل
التجريبي.⁶

⁵ "Every time a physician administers a drug to a patient, he is in a sense performing an experiment". Blumgart, H.L., "The legal framework for viewing the problem of human experimentation", in Freund, P.A (ed) "Experimentation with Human Subjects", London, George Allen and Unwin, 1972, p. 44.

⁶ "Every (surgical) operation of any type contains certain aspects of experimental work.", Moore, F.D, "Therapeutic Innovation: Ethical Boundaries in the Initial Clinical Trials of New Drugs and Surgical Procedures", in Freund, P.A (ed), op. cit, p. 358. Boudouin, J.L., "L'expérimentation sur les humains, un conflit de valeurs" in Journée Jean Dabin, précité, p. 172.

راجع في الفكر العربي، د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 11.

و لهذه الآراء قدر من الصحة على أساس أن رد فعل الأفراد تجاه العلاج المقدم يختلف من شخص لآخر، و على الطبيب في هذه الحالات أن يزيد أو ينقص في عدد الجرعات أو أن يغير الدواء بما يناسب حالة المريض بشرط مراعاة الأصول الطبية المتفق عليها بين أهل الطب. غير أنه في كل الأحوال يجب ألا ننسى أن العلاج المقترح أو المقدم للمريض يمكن أن يحقق العلاج المنتظر بحكم أنه قد تم تجريبه على الإنسان في مرحلة من المراحل السابقة. بمعنى آخر إن العلاج المقدم للمريض يدخل ضمن ما يسمى بالأصول الطبية المتعارف عليها و منها الطرق العلاجية و الأدوية التي سبق تجريبها و ثبتت منفعتها في العلاج. و هذا بخلاف الطرق العلاجية و الأدوية التي لم تصل بعد إلى هذه المرحلة و التي لا تزال تحت التجريب.

من جهة أخرى يختلف الغرض من التدخل الطبي العلاجي عنه في التدخل التجريبي خاصة في التجارب الغير علاجية. إذ أن الغرض في النوع الأول يكون دائما علاج المريض بينما في التجارب الغير علاجية فالغرض هو توسيع المعارف العلمية فحسب.

و بناء على ما تقدم يمكن تعريف التدخل العلاجي بأنه مجموع الأعمال الفنية و الطبية التي يباشرها الطبيب لمصلحة المريض و التي تكون لغرض تحسين حالته الصحية و تحسين صحة الأفراد عموما. مع العلم أن التدخلات الطبية المشار إليها سبق و أن كانت محل تجريب لتحديد مدى نجاعتها في العلاج و بعدئذ أصبحت تشكل الأصول الطبية المعترف بها.

و لجوء الطبيب إلى إحدى هذه الطرق العلاجية المعروفة يؤدي بالضرورة إلى الشفاء و تحسين حالة المريض الصحية. من ثم فإن افتقار بعض التدخلات الطبية إلى الدقة أو عدم نجاعة بعض الأدوية في بلوغ النتائج المتوقعة ليس كافيا لاعتبار تدخل الطبيب في هذه الحالات تدخلًا تجريبيًا. فالعلوم الطبية ليست علوم دقيقة، و عليه يجب تقبل نسبة معينة من الفشل في تحقيق العلاج لدى بعض الأدوية و الذي مرده المتغيرات الفيزيولوجية الخاصة بالأفراد.⁷

و بخلاف التدخل العلاجي فإن التدخل التجريبي هو مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج و إنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث أو علاجه.

⁷ Levine, R.J., "Commentaries", in Gallants, D.M, and Force, P. (eds) "Legal and Ethical Issues in Human Research and Treatment", S.P Halsted Press, 1978, p. 90.

بهذا المفهوم يمكن للمريض محل التجربة أن يستفيد مباشرة من المعلومات التي توصل إليها الطبيب من هذه التجربة، أما إذا كان بصدد تجربة غير علاجية فلا يستفيد منها سوى المرضى المستقبليين.

و يمكن تعريف التجارب الطبية على الإنسان بالتجارب التي يكون محلها البشر.⁸ كما عرفها آخرون بأنها "انحراف عن الأصول الطبية لغرض اكتساب معارف جديدة."⁹

المطلب الثاني: أنواع التجارب الطبية:

تختلف التجارب الطبية باختلاف القصد العام منها. فإذا كان القصد منها علاج المريض و تخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان القصد منها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجري عليه التجربة تكون التجربة علمية أو غير علاجية. من ثم فإن التجارب الطبية نوعان؛ تجارب علاجية و أخرى غير علاجية (علمية).

الفرع الأول: التجارب العلاجية:

يراد بالتجربة العلاجية التجربة التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء.¹⁰ فالغرض الأساسي من هذا النوع من التجارب هو محاولة إيجاد علاج المريض من خلال تجريب طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة. و يشبه هذا النوع من التجارب التدخلات العلاجية المحضة من حيث الغرض و هو علاج المريض. غير أن لهذا النوع من التجارب ميزة أخرى و هي إمكانية استفادة المرضى الآخرين من المعارف المكتسبة منها.

الفرع الثاني: التجارب الغير علاجية:

يمكن تعريف التجارب الغير علاجية بأنها أعمال فنية و علمية يباشرها الطبيب على جسم المريض بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج.¹¹

⁸ Walters, L. "General Issues in Experimentation", in Beauchamp, T.L & Walters LeRoy (eds) "Contemporary Issues in Bioethics, California, Dickenson Publishing Company. Inc., 1978, p. 399.

⁹ Annas, G.J., Grants, L.H. and Katz, B.F., "Informed Consent to Human Experimentation: The Subject's Dilemma", Cambridge, Balliger publishing Company, 1977. p. 11.

¹⁰ د. أسامة عبد الله قايد، "المسئولية الجنائية لأطباء" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003، ص. 318.

¹¹ راجع بخصوص تعاريف أخرى لهذا النوع من التجارب، د. حسن زكي الأبراشي، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية"، بدون تاريخ النشر، ص. 286. راجع أيضا شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 606.

كما يعرف هذا النوع من التجارب بأنه " كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم، أو المساهمة فيها بطريق مباشر."¹²

فمن خلال هذه التعاريف يتضح أن ما يميز بين التجارب الطبية هو الهدف أو الغرض الذي يسعى الطبيب إلى تحقيقه من وراء كل منها. فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل طرق العلاج الممكنة لصالح المريض مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى ممن يشتكون من نفس المرض حالياً أو مستقبلياً.

أما التجربة العلمية المحضة أو الغير علاجية، فالهدف منها هو كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج كأن يجرب الطبيب مفعول مستحضر طبي جديد أو طرق علاجية لم يسبق تجربتها فيما مضى. و يجرى هذا النوع من التجارب عادة على متطوعين أصحاء أو مرضى بدون أن تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة.¹³

و إذا كانت التجارب العلاجية لا تثير إشكالا من الناحية القانونية و الأخلاقية من حيث أساس مشروعيتها، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتجارب العلمية التي ينتفي فيها قصد العلاج، و هو ما سنحاول توضيحه من خلال عرض الإطار الشرعي و القانوني للتجارب الطبية.

المبحث الثاني: مشروعية التجارب الطبية:

توصلنا أعلاه إلى أن التجارب الطبية نوعان؛ تجارب علاجية تهدف إلى إيجاد علاج جديد لمرض أخفقت الوسائل الموجودة في علاجه، و تجارب علمية تباشر على الإنسان بهدف كسب معارف جديدة.

و نظرا لاختلاف الغرض في كلا النوعين من التجارب فإن حكم إجراء كل منها يختلف عن الآخر و هو ما يتطلب منا بحث مشروعية كل منهما على حدة.

المطلب الأول: التجارب العلاجية: (Expérimentation thérapeutique)

يتطلب بحث مشروعية التجارب العلاجية مناقشة رأي الفقه الوضعي بشأنها من جهة، ثم حكم الشريعة الإسلامية و هو ما سيشكل موضوع الفرعين المولين.

الفرع الأول: تبريرات التجارب العلاجية في الفقه الغربي:

¹² و هو التعريف الذي خصتها به إدارة الصحة الأمريكية، مشار إليه في د. محمد سامي الشواء، المرجع السابق، ص. 489.
¹³ د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 10 و ما بعدها.

لقد استند الفقه إلى الغرض العلاجي كأساس لتبرير التجارب العلاجية. إذ اعتبر أن قصد الشفاء هو أساس مشروعية هذا النوع من التجارب.¹⁴ و لا يجوز للطبيب، كأصل عام، أن يختبر أسلوباً جديداً في العلاج عند وجود طرق علاجية متفق عليها بين أهل الطب خصوصاً إذا ثبتت نجاعة هذه الطرق في العلاج. إذ يلتزم الطبيب في هذه الحالة باحترام المعطيات العلمية الثابتة و يمنع عليه مباشرة التجريب مهما كان الغرض الذي يبتغيه من ذلك لأن الإنسان ليس حقلاً للتجارب العلمية أو الطبية.¹⁵ من ثم فإذا خالف الطبيب الطرق العلاجية المتفق عليها و جرب طرقاً علاجية أخرى، و كانت نتائجها غير مؤكدة أو ترتب عنها مخاطر للمريض، يسأل الطبيب عن خطأ مهني مؤكد. ففي هذا الإطار قررت محكمة السين في حكم لها سنة 1935 "أن الطبيب الذي يمارس تجربة طبية بغير ضرورة بالنسبة للمريض يرتكب خطأ مهنياً مؤكداً."¹⁶

ذلك أن إباحة الشرع للأطباء بمزاولة الأعمال الطبية مرتبطة بقصد العلاج و باحترام الأصول العلمية. من ثم يجب على الطبيب أن يلتزم أثناء تدخله العلاجي بالأفعال الطبية الضرورية و الملائمة للعلاج حسب المعايير التي يحددها أهل الطب و هي بطبيعتها متطورة.¹⁷ و يستفيد الطبيب في هذه الحالة بقدر من الاستقلال في تقدير العمل الطبي المناسب وفقاً لما يمليه عليه ضميره و فنه. فحرية اختيار الطبيب للوسائل العلاجية المختلفة هي إحدى المبادئ الأساسية التي تركز عليها ممارسة مهنة الطب.¹⁸ و تأكيداً على هذا المبدأ قررت محكمة باريس في أحد أحكامها أن " حرية الطبيب في اختيار وسيلة علاجية معينة هي إحدى الحريات الأساسية التي ينبغي أن يكفلها له القانون."¹⁹

و المقصود بذلك أن الطبيب حر في الاختيار بين الطرق العلاجية المعروفة بما يناسب حالة المريض، بشرط أن تكون الوسيلة المستعملة مما هو متعارف عليه بين أهل المهنة.

¹⁴ د. محمد سامي الشوا، "مسئولية الأطباء"، طبعة 2003، ص. 125، راجع أيضاً، د. حسن زكي الأبراشي، رسالة سابقة، ص. 286. د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء و الجراحين الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد، السنة 18، ص. 115. أما في الفقه الغربي؛

Auby, M., "La responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme", Cahiers Laennec, 1952. p. 26. Dommages, R., "Le corps humain dans le commerce juridique" thèse, op. cit. p. 91. Malherbe, "Médecine et droit moderne", op. cit., p. 13 et s. Dierkens, "Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme", op. cit. p. 122.

¹⁵ Voir en particulier, Trib. Civ. Seine, 1935, D.P. 1936, 11. 9. Aix-en Provence 22 Oct. 1906, D.P. 1907, 11.41.

¹⁶ Trib. Civ. Seine, 1935, D.P. 1936, 11. 9. Kornprobst, "La responsabilité du médecin", thèse, précité., p. 508.

¹⁷ د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 125 و ما بعدها.

¹⁸ Memeteau, "Essai sur la liberté thérapeutique du médecin" thèse, Poitiers 1973. p. 24 et s.

¹⁹ Paris 13 avril 1964, D. 1964, som. P. 98, Besançon 18/12/1844, S. 1845-2-602.

غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من تجريب الأساليب العلاجية الجديدة عندما تعترضه حالة مرضية لا يوجد بشأنها علاج معروف.²⁰ فإذا كان من حق المريض الاستفادة من مزايا العلم و الانتفاع من أوجه التقدم التي تحققت عن طريق أسلافه، فله أيضا أن يساهم من أجل مصلحة غيره بأن يكون محلا للتجارب الطبية.²¹

و تتجه جل الآراء في الفقه و القضاء إلى القول بمشروعية التجارب العلاجية بشرط احترام المبادئ الأخلاقية و القانونية التي تحكمها. و لا يمكن الاستغناء عن هذا النوع من التجارب للاعتبارات التالية؛

أولا- الأهمية العملية للتجارب العلاجية:

يرتبط تقدم العلوم على اختلاف أنواعها بالبحث و التنقيب المتواصل. و قد يحتاج الباحث في الكثير من العلوم إلى الملاحظة و التجربة و هو حال العلوم الطبية. فلقد سمحت التجارب الطبية باكتشاف طرق علاجية كثيرة ساهمت في القضاء على الكثير من الأوبئة و الأمراض المزمنة.

و إذا كانت التجارب الطبية قد عرفت في فترة تاريخية معينة نوعا من النفور بسبب جرائم الأطباء النازيين أثناء الحرب العالمية الثانية، إلا أنها سرعان ما استرجعت أهميتها العلمية في الحياة الاجتماعية بسبب التطور العلمي الهائل الذي عرفه المجتمع البشري و الذي انتهى إلى الاعتراف بمشروعيتها و تنظيمها داخليا و دوليا.²²

من جهة أخرى، تعتبر التجارب الطبية على الإنسان ضرورة عملية لا مفر منها. إذ حتى لو كانت الأصول العلمية تحتم ضرورة إجراء التجربة على الحيوان إلا أنه لا بد من التجريب على الإنسان في مرحلة من المراحل بسبب محدودية التجارب على الحيوان. و السبب في ذلك أن الاختلافات الفيزيولوجية بين الإنسان و الحيوان توجب التجريب على الإنسان لمعرفة الأثر

²⁰ من بين الذين اعترفوا للطبيب بحق التجريب في هذه الحالات؛

Manche, "La responsabilité médicale du point de vue pénale", Thèse, Paris 1913 p. 221 et s.

أشار إليه د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 620، نقلا عن د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 126.

²¹ د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 127. راجع في الفقه الغربي؛

Tesson, "Expérimentation Humaine ; Réflexions morales", Cahiers Laennec 1952. p. 163.

²² د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 129.

الفعلي للأدوية على جسمه و مدى صلاحيتها في العلاج.²³ و قد دفعت هذه الحقيقة العلمية
بالبعض إلى القول بأن التجارب الطبية على الإنسان ليست فقط مشروعاً أخلاقياً و إنما
مطلوبة.²⁴

و بالرجوع إلى تاريخ الطب يتضح أنه عبارة عن سلسلة متصلة من التجارب المتعلقة
بطرق علاجية شكلت في بداية الأمر خلافا عميقا بين الأطباء قبل أن تستقر و تصبح اليوم طرق
علاجية مألوفة. و من أمثلة ذلك عمليات نقل الدم الذي اعتبرت في بداية الأمر عملاً غير مشروع
بسبب الوفيات التي نجمت عنها، فصدر في فرنسا قانون يجرم هذه العمليات سنة 1698.²⁵ غير
أن تطور التقنيات الطبية و استمرار التجارب في هذا المجال أدى إلى الاعتراف بهذه التقنية و
هو ما دفع بالمشروع الفرنسي إلى إباحتها من جديد ابتداء من سنة 1818.²⁶

و كذلك الأمر بالنسبة للأمراض الوبائية، حيث هناك العديد من الأمثلة أبرزها ما توصل
إليه العالم الفرنسي Pasteur حين استخدم المصل الواقي من مرض الكلب (La rage) و لقح به
الكثير من الأشخاص لتجنيبهم الإصابة به أيضاً. كما توصل أيضاً بعد سلسلة من التجارب إلى
اكتشاف المصل الواقي من مرض شلل الأطفال المستعمل اليوم على نطاق واسع.²⁷

أما في مجال الجراحة فقد أجريت أول عملية لاستئصال بنكرياس مصاب بمرض
السرطان، و كان ذلك على سبيل التجربة إلا أنها كالت بالنجاح. و في جراحة القلب نجح Bailly
بعد عدة محاولات في توسيع صمامات القلب، و ذلك بعد أن فشل الكثير ممن سبقوه في هذه
العملية.²⁸

و بنفس الطرق التجريبية توصل الأطباء عبر التاريخ إلى استئصال و إعادة زرع
الأعضاء البشرية من أجل المحافظة على حياة الإنسان و إطالتها. فصار من المؤلف نقل كلية من

²³ Martson, R.Q., "Medical Science, The Clinical Trial and Society", in Beauchamp, T. & Walters, L.,
(eds), "Contemporary Issues in Bioethics", California, Dickenson Pub. Comp. Inc. 1978. p.409.

²⁴ Dyck, A.J., & Richardson, R., "The moral justification for research using human subjects" in
Humber, J.M., & Almeder, R.E., (eds) "Biomedical Ethics and the Law", N.Y. and London, Plenum
Press. 1976. p. 243.

²⁵ أشار إليه د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 130.

²⁶ أشار إليه د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 130. راجع أيضاً؛ أحمد إبراهيم محمود سعد "مسئولية المستشفى الخاص عن
أخطاء الطبيب و مساعديه"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983، ص. 438 و 439.

²⁷ André, J. "L'expérimentation humaine en pathologie infectieuse", Cahiers Laennec, 1952. n° 1 p. 37
et s.

²⁸ Charles, D., "Expérimentation Humaine et Chirurgie", Cahiers Laennec, 1952. p. 26.

شخص سليم لآخر مريض، أو زرع القلب و الرئة و غيرها من الأعضاء البشرية الحيوية في الجسم البشري. و كانت التجربة مرة أخرى هي المحرك الأساسي في نجاح هذا النوع من العمليات إلى أن أصبحت طرقا علاجية مألوفة في حياة البشر. و الأمثلة في هذا المقام كثيرة لا يمكن حصرها، إلا أن دلالتها الأساسية هي حتمية التجربة العلاجية لتقدم العلوم الطبية.²⁹

ثانيا- شرعية الغاية في التجارب العلاجية:

من خصائص التجارب الطبية على الإنسان التي ساعدت على إضفاء الشرعية على هذا النوع من التجارب، سببها المشروع و المتمثل في قصد العلاج. حيث لا تتعارض التجارب الطبية مع القواعد القانونية العامة المنظمة للأعمال الطبية لأن الغرض واحد في كلتا الحالتين و هو قصد علاج المريض.

فمن خلال سعيه إلى تجريب الأدوية الجديدة يهدف الطبيب إلى علاج المريض محل تلك التجارب و هي الغاية الأساسية من إباحة العمل الطبي، و في نفس الوقت يقف على الآثار الجانبية المترتبة على استعمال هذا الدواء و مدى صلاحيته لحالة المريض، و كذا النظر في إمكانية تعميم استعماله على الحالات المرضية المماثلة.³⁰ فلا شك أن الأهداف التي يبتغيها الطبيب بلوغها في هذا النوع من التجارب هي أهداف نبيلة و مشروعة الغرض منها علاج المريض الحالي مع إمكانية تعميم الفائدة إلى المرضى المستقبليين.

ثالثا- التجارب العلاجية و فكرة العدالة:

يستند بعض الفقه من جهة أخرى في تبرير التجارب الطبية إلى فكرة العدالة. حيث يرى هؤلاء أن كل إنسان حي في الوقت الحاضر استفاد بطريقة أو بأخرى من تجارب الأمم السابقة و من خلال التجارب الطبية التي أجريت على من سبقوه. فالتجارب التي خضع لها البشر بشأن التأكد، مثلا، من فعالية المضادات الحيوية (Antibiotic) ساهمت كثيرا في تحسين صحة البشرية جمعاء. و عليه، فإن مبدأ العدالة يقتضي أن يساهم إنسان اليوم كذلك في التجارب الطبية للتخفيف من آلام البشرية سواء بالنسبة للمرضى الحاليين أو المستقبليين.

²⁹ د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 131.
³⁰ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 6320.

من ثم يرى البعض بوجوب الاستناد إلى أهمية التجارب الطبية، ليس فقط على منافعها الفورية بالنسبة للحالة المرضية موضوع البحث بل بالنظر إلى منافعها التي ستعود على الإنسانية ككل، لتحفيز المرضى على الاشتراك فيها.³¹

و جدير بالملاحظة أنه ليس هناك إجماع بخصوص هذا المبدأ بين رجال الفقه. فقد رفض البعض تبرير التجارب الطبية الحالية استناداً إلى مبدأ العدالة. إذ يعتبر هؤلاء أن مشاركة الأطباء و المرضى في التجارب الطبية السابقة تمت بإرادتهم الحرة، و في إطار أعمال التبرع (Altruisme) أو الأعمال الخيرية.³²

و إذا كان إنسان اليوم مدينا بشيء للأمم السابقة، فيجب أن يكون ذلك الشكر و العرفان لتلك الأجيال التي ساهمت في تخفيف آلام البشرية و ليس أي التزام آخر استناداً إلى مبدأ العدالة. و يستدل الفقهاء عن ذلك بأن التجارب الطبية ووظيفة ثانوية في حياة الأمم و ليست أساسية حتى يكون الجميع مطالب بالمشاركة فيها.³³

على أن الحقيقة التي لا مفر منها هي أن التطور العلمي و الطبي الذي وصلت إليه البشرية اليوم هي نتاج تطور تاريخي ساهمت فيه جميع الأمم و ليس هناك فضل لجيل على آخر. و الحقيقة الثانية التي لا مفر منها أيضاً هي حاجة الإنسان إلى التجارب الطبية كمحرك أساسي للبحث عن الطرق العلاجية الأكثر نجاعة و الأكثر تحقيقاً لسلامته البدنية.

الفرع الثاني: حكم الشريعة بشأن التجارب العلاجية:

لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى حكم الشريعة بشأن التجارب الطبية سواء العلاجية منها أو العلمية. إلا أن بعض الفقهاء المحدثين استخلصوا مشروعية التجارب العلاجية من بعض الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة و كذا من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.³⁴ فمن بين الآيات التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية ما يلي؛
- قوله تعالى؛ " فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه".³⁵

³¹ Mc Cance, R.A., "The practice of Experimental medicine", 44 Proc.Roy. Soc. Med. (1951) pp. 189-194.

³² Jonas, H., "Philosophical Reflections on Experimenting with human Subjects" in Freund, P.A., (ed) "Experimentation with Human Subjects", London, George Allen & Unwin, 1972. p. 14.

³³ Ibid.

³⁴ راجع في هذا الشأن، د.شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 621.
³⁵ سورة البقرة، الآية 173.

- و قوله تعالى؛ " فمن اضطر غير باغ و لا عاد فإن ربك غفور رحيم."³⁶
- و قوله عز و جل؛ " و قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه."³⁷
- و قوله أيضا؛ " فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم."³⁸

حيث تفيد الآيات المشار إليها قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات، و أن الضرورة تقدر بقدرها.³⁹ و لقد استند الفقهاء إلى هذه القاعدة للقول بأن الإنسان المريض الذي لم تفلح الطرق المعروفة في علاجه يكون مضطرا لتجريب أدوية و طرق علاجية جديدة.

من جهة أخرى ثبت أن الرسول (ص) حث على التداوي في أكثر من موضع. حيث ثبت عنه (ص) قوله؛ "لكل داء دواء فإذا أصاب دواء بريء بإذن الله عز و جل."⁴⁰ و في رواية أخرى " سأل أعرابي الرسول (ص) فقال: يا رسول الله أنتداوي؟ قال: نعم فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه و جهله من جهله."⁴¹

و من الأدلة الأخرى ما ورد في الصحيحين عن أبي حازم أنه سمع سهل بن سعد يسأل عما عولج به جرح رسول الله (ص) يوم أحد. فقال؛ "جرح وجهه و كسرت ربايعيته و هشمت البيضة على رأسه و كانت فاطمة بنت رسول الله تغسل الدم، و كان علي بن أبي طالب يسكب عليها بالمجن، فلما رأت فاطمة الدم لا يزيد إلا كثرة، أخذت قطعة حصير فأحرقتها حتى صارت رمادا ثم ألصقته بالجرح، فاستمسك الدم."⁴² فقد استدل الفقهاء بهذه الواقعة للقول بأن علاج فاطمة للرسول (ص) بالرماد بعد عجز الوسيلة المتبعة في إيقاف نزيف الدم كانت تجربة. و لم ينكر عليها الرسول الله (ص) تلك التجربة و هو ما يدل على جواز إباحة تجريب الأدوية الجديدة في حالة عدم نجاح الطرق المعروفة.⁴³

و من القواعد العامة في الشريعة التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعي التجارب العلاجية إباحة الله عز و جل للتداوي من الأمراض. و القاعدة العامة أن الله إذا أباح شيئا أباح الوسائل

³⁶ سورة الأنعام، الآية 145.

³⁷ سورة الأنعام، الآية 119.

³⁸ سورة المائدة، الآية 3.

³⁹ د. عبد المجيد محمود مطلوب، " أصول الفقه الإسلامي"، مكتبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص. 75. أشار إليه د. شعلان

سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 621.

⁴⁰ صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص. 1729.

⁴¹ مسند الإمام أحمد، الجزء الأول، ص. 3578.

⁴² صحيح مسلم، الجزء الثالث، ص. 1416.

⁴³ إليه د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 622.

المؤدية إليه. فإباحة التداوي تبيح بالضرورة استخدام الوسائل المسخرة للتداوي. و قد لا يتم معرفة هذه الوسائل و الطرق إلا عن طريق التجريب كما فعلت فاطمة مع جرح الرسول (ص). و عليه، فلا مفر من التجارب العلاجية لأن للوسائل حكم المقاصد.⁴⁴

من جانب آخر جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد. و طبقا للقاعدة الشرعية "حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله"، فإن كل ما يحقق مصالح الناس يعتبر مباحا، و لما كانت التجارب العلاجية تفيد هذا المعنى فهي تدخل في نطاق الإباحة.⁴⁵

المطلب الثاني: التجارب الغير علاجية أو العلمية: (Exp. non-thérapeutique)

تباعا لنفس النهج سنتناول بحث مشروعية التجارب الغير علاجية بمناقشة رأي الفقه الوضعي بشأنها بداية، ثم موقف الشريعة الإسلامية منها في الفرعين المواليين.

الفرع الأول: موقف الفقه الغربي من التجارب الغير علاجية:

على خلاف التجارب العلاجية التي لا تثير مشاكل تذكر بشأن مشروعيتها، فإن التجارب العلمية أو ما يسمى بالتجارب الغير علاجية تثير الكثير من التساؤلات بهذا الخصوص. و السبب في ذلك أن هذا النوع من التجارب لا يراد به علاج الشخص الخاضع لها و إنما فقط اكتساب معارف جديدة بخصوص مرض أو دواء جديد. مع العلم أن الشخص الخاضع لهذا النوع من التجارب قد يكون مريضا كما يمكن أن يكون سليما.

و بخصوص مشروعية هذا النوع من التجارب انقسم الفقه إلى قسمين رئيسيين؛

- اتجاه أول يؤيد التجارب العلمية و يعترف بمشروعيتها،
- اتجاه ثاني ينتقد هذا النوع من التجارب و ينفي أي مشروعية لها.

أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد للتجارب العلمية:

و يتزعم هذا الاتجاه الفقه الأنجلوساكسوني، و جانب من الفقه الإيطالي و الفرنسي. حيث يميل الفقه الأنجلوساكسوني إلى الاعتراف بمشروعية التجارب و الأبحاث العلمية التي يكون هدفها الأساسي تحقيق تقدم البشرية. و يستند هذا الاتجاه إلى قاعدة أساسية في الشريعة العامة (common law) مفادها أن رضا المجني عليه بوقوع أي اعتداء على جسمه أو ماله يحول

⁴⁴ د.شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 623.

⁴⁵ المرجع السابق، نفس المكان.

دون قيام الجريمة متى لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم و اقترن ذلك بموافقة المجني عليه المستنيرة.⁴⁶

و قد نصت صراحة بعض التشريعات الأمريكية على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم بالإعدام.⁴⁷ و تحفيزا للمحكوم عليهم للمشاركة في هذا النوع من التجارب، تشير هذه القوانين إلى أنه إذا لم يتوفى المحكوم عليه في التجربة تستبدل عقوبة الإعدام لديه بعقوبة مقيدة للحرية فقط.⁴⁸

و يعتقد واضعو هذا القانون بأن هذه القواعد كفيلة بتحقيق التوفيق بين مقتضيات التقدم العلمي من جهة، و تكفير المحكوم عليهم عن أخطائهم تجاه المجتمع من جهة أخرى.⁴⁹

و لقد حاولت السلطات الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية تنظيم هذا النوع من التجارب فأصدرت كتابة الدولة الأمريكية للصحة و المصالح البشرية لائحة فيدرالية بتاريخ 26 يناير 1984 تضمنت القواعد و الشروط التي يجب احترامها عند مباشرة التجارب العلمية. و عرفت هذه اللائحة بالتقنين الفيدرالي لتنظيم التجارب و حماية الأشخاص الخاضعين لها.⁵⁰

و قد عرفت المادة 102-46 من هذا التقنين المقصود بالتجربة كالتالي؛

" كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم أو المساهمة فيها بطريق مباشر."

و من القواعد التي يجب مراعاتها عند مباشرة التجارب العلمية طبقا لهذا التقنين ما يلي؛

- العمل على تقليل المخاطر المرتبطة بالتجارب العلمية.
- مراعاة التناسب بين الأخطار المقترنة بالتجارب و الفوائد المرجوة بالنظر إلى أهمية المعرفة التي يأمل الباحث في اكتسابها من إجراء التجربة.

⁴⁶ Voir en particulier, Bishop, "On Criminal Law", 9th ed Chicago. 1923. p. 183., et Donnely & Goldstern, "Criminam Law", New York. 1962, p. 69 et s.

⁴⁷ تشريع ولاية Ohio ، أشار إليه د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 134.

⁴⁸ cité par Dierkens, thèse, précité, p. 126.

⁴⁹ و بغض النظر عن مدى مشروعية التجارب العلمية يعتقد الباحث أن إخضاع المحكوم عليه للإعدام للتجارب العلمية لا يختلف كثيرا عن ممارسات الأطباء النازيين خلال الحرب العالمية الثانية مع أسرى الحرب. إذ أن إخضاع المحكوم عليهم بالإعدام للتجارب العلمية قريبة على خطورة هذه التجارب، و هو في الحقيقة تنفيذ لعقوبة الإعدام بطريقة غير شرعية سواء توفى المحكوم عليه من خلال إخضاعه للتجربة أم لا.

⁵⁰ The U.S.A's Dept. of Health and Human and Human Services (D.H.H.S), 45 Code of Federal Regulation, Protection of Humans Subjects, 1984.

- الحصول على الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع لهذا النوع من التجارب.
- حماية الحياة الخاصة للأشخاص الخاضعين للتجارب العلمية.

و لقد خص التقنين المشار إليه رضا الشخص الخاضع لهذه التجارب باهتمام خاص فحدد الشروط التي يجب توافرها في الرضا للاعتداد به من الوجهة القانونية.⁵¹ و على العموم تتفق أحكام هذا التقنين مع المبادئ المستقرة في مختلف الأنظمة التي تناولت تنظيم التجارب الطبية و كذا مع المواثيق الدولية⁵² التي حددت ضوابط هذا النوع من التجارب.

أما الفقه الإيطالي⁵³ فيميل جانب منه إلى الاعتراف هو الآخر بمشروعية التجارب العلمية سواء كان الغرض منها البحث عن علاج لمرض مستعص أو فقط اكتساب معارف جديدة في العلوم الطبية.⁵⁴ و هو ما سار عليه أيضا بعض الفقه الفرنسي الذي أقر بمشروعية التجربة العلمية التي لا تستهدف تحقيق مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها و إنما من أجل توسيع المعارف في المجال موضوع البحث.⁵⁵

و يستند الفقه الفرنسي في إجازة هذا النوع من التجارب إلى "مشروعية السبب" في الاتفاق القائم بين صاحب التجربة و الشخص الخاضع لها، حيث أن الغرض من إجراء التجربة العلمية هو اكتساب المعارف و هي مصلحة مشروعة في حياة الأمم، يقرها القانون و ليست مخالفة للنظام العام.

و يرى Décocq أن الاتجاه الرافض للتجارب العلمية قد يكون متأثرا بما وقع في معسكرات النازية إبان الحرب العالمية الثانية رغم أن الفرق بين التجارب التي نفذها هؤلاء و تجارب Pasteur و غيره من العلماء لا يدعو للشك في صلاحية و نفعية الكثير من هذه التجارب بالنسبة للبشرية.⁵⁶

و بخصوص الزعم أن المصلحة غير واضحة في التجارب العلمية، يرد Décocq أنه لا يشترط إصابة جماعة من الأشخاص بمرض معين لمباشرة البحث عن دواء لذلك المرض، بل

⁵¹ المادة 116 - 46 من التقنين الفيدرالي الصادر عن كتابة الدولة الأمريكية للصحة و المصالح البشرية، سبقت الإشارة إليه. لمزيد من المعلومات راجع ص. 484 ما يليها.

⁵² راجع ص. 470 و ما يليها من الرسالة.

⁵³ Vignocchi, G., "Le corps humain et les actes juridiques en droit Italien", Travaux de l'association Henri Capitan, Dalloz, 1975, p. 250

⁵⁴ لمزيد من المعلومات راجع د. محمد سامي الشواء، المرجع السابق، ص. 137 و مالا بعدها.

⁵⁵ Décocq, thèse précité p. 76-82., Dierkens, thèse, précité p. 124 et 125.

⁵⁶ Décocq, op. cit. p. 76.

يكفي إصابة أحدهم بهذا الداء أو أن يكون مهددا بالإصابة به لثبوت مشروعية تجربة المصل (vaccin) الواقي منه على أي شخص من هذه المجموعة. من ثم فإن الخطر المراد تجنبه باللجوء إلى التجارب الطبية ليس خطرا احتماليا و إنما حقيقي، كما أن المصلحة المراد بلوغها من التجربة في هذه الحالة مصلحة مؤكدة.⁵⁷

من جهة أخرى، يرى Décocq أن الاستناد إلى الأحكام القضائية التي أدانت بعض التجارب العلمية للقول بعدم مشروعية هذا النوع من التجارب يفتقد إلى الصواب لأن الأحكام القضائية المشار إليها لم تدن التجارب العلمية في حد ذاتها و إنما أدانت القائمين عليها على عدم احترام القواعد الأساسية اللازمة لمباشرتها، و الفرق بين الحالتين واضح.⁵⁸ و على العموم يستند الاتجاه الفقهي الذي يؤيد التجارب العلمية إلى الاعتبارات التالية للقول بمشروعية هذا النوع من التجارب؛

- دور التجارب العلمية في تحقيق الكثير من المنافع للبشرية، حيث ساهمت و لا تزال في علاج الكثير من الأمراض المستعصية.
- حتمية اللجوء إلى التجارب العلمية على الإنسان في الحالات التي لا ينفع فيها استعمال غيره. فقد ثبت أن هناك أمراضا تصيب الحيوان و لا تصيب الإنسان. كما أن هناك أمراضا تقتصر على الإنسان دون الحيوان.⁵⁹
- استناد الفقه الأنجلوساكسوني إلى رضا الشخص الخاضع للتجربة للقول بمشروعية التجارب العلمية. فالرضا عندهم يحول دون قيام الجريمة ما لم يترتب على التجربة ضرر جسيم للشخص.
- استناد الفقه الفرنسي إلى فكرة السبب المشروع في الاتفاقات الخاصة بالتجارب العلمية و عدم مخالفتها للنظام العام للإقرار بمشروعية التجارب الطبية.
- قياس التجارب العلمية على التجارب التي تبأشر في مجال نقل الأعضاء.⁶⁰ مع العلم أن هذا القياس مرفوض عند البعض لأن التجارب التي تقام في مجال نقل الأعضاء تتم بقصد العلاج، بخلاف التجارب العلمية التي تتم بغرض تنمية المعرفة.⁶¹

ثانيا: الاتجاه الفقهي الرافض للتجارب العلمية:

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid p. 77.

⁵⁹ د. منذر الفضل، " التجربة الطبية على الجسم البشري"، مجلة العلوم القانونية، مجلد 8، العدد 1، 1989. ص. 94.

⁶⁰ د. محمد سامي الشوا، رسالة الدكتوراه، سبقت الإشارة إليها، ص. 493.

⁶¹ د. شعلان سليمان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 613.

و يتزعم هذا الاتجاه الفقه الألماني⁶² و جانب من الفقه الفرنسي⁶³. و يستند أنصار هذا الاتجاه في رفض التجارب العلمية إلى انتفاء قصد العلاج فيها، الذي يعتبر في نظرهم شرط أساسي لإباحة المساس بالجسم البشري. فعلى خلاف الفكر الأنجلوساكسوني، لا يجيز الفكر اللاتيني تأسيس مشروعية التجارب العلمية على رضا الشخص لأن رضا المجني عليه لا يعد سببا لإباحة المساس بسلامة الجسم.

و لا يجوز التذرع بالتجارب التي تجرى في مجال عمليات نقل الأعضاء للقول بمشروعية هذا النوع من التجارب لأن هذا القياس غير صحيح. فقد أشرنا أعلاه إلى أن التجارب التي تباشر في مجال نقل الأعضاء إنما تباشر لمصلحة مريض معين بالذات، بينما التجارب العلمية تنتفي فيها هذه الميزة، كما هو معلوم، و هو ما يفقدها الأساس الذي يبرر المساس بسلامة الجسم⁶⁴. و من الاعتبارات الأخرى التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية ما يلي؛

- انتفاء الضرورة في الكثير من التجارب التي تعرض السلامة البدنية لأشخاص أصحاء للخطر من جراء تجريب طرق علاجية أو عقاقير جديدة مع العلم أن هناك إمكانية تجربته على المرضى المصابين بالمرض المعني بالتجربة⁶⁵.
- عدم جواز المساس بسلامة البدنية للفرد إلا لضرورة مشروعة و لفائدة الإنسان ذاته⁶⁶.
- تجاوز الطبيب الذي يباشر التجارب العلمية الحدود المشروعة لممارسة الطب و هي علاج المريض أو التخفيف من آلامه، و مباشرة التجربة العلمية على الإنسان تعرضه للمخاطر من جهة و تفقد العمل الطبي مبرره الشرعي. فالكثير من التجارب العلمية تضر الإنسان دون فائدة تعود عليه. يضاف إلى ذلك أن سلامة الجسد من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁶⁷.

خلاصة القول أن الفقه الغربي غير متفق بخصوص مشروعية التجارب العلمية، فهناك اتجاه يرى ضرورة إباحة التجارب العلمية بسبب ما تحققه من تطور علمي للبشرية و لو على

⁶² Fahmy-Abdou, A. "Le consentement de la victime", thèse, précité. P. 20 et s.

⁶³ voir en particulier, Manche, thèse précité. P. 220 et 221., Malherbe, op. cit. p. 13. Auby. "La responsabilité civile et pénale" op. cit. p. 26.

⁶⁴ Savatier, Auby et Péquignot, "Traité de droit médical", op. cit. p. 274.

⁶⁵ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 615.

⁶⁶ د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص. 63.

⁶⁷ د. رمسيس بهنام، "النظرية العامة للقانون الجنائي"، القاهرة، 1968، ص. 345. راجع أيضا؛

Fahmi-Abdou, op.cit. p. 396.

المدى البعيد، في حين يرى الاتجاه الثاني انتفاء المبررات الشرعية خاصة قصد العلاج و ضرورة التدخل الطبي لإباحة المساس بالسلامة البدنية للإنسان التي يجب أن تبقى فوق كل اعتبار.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من التجارب العلمية:

سبقت الإشارة إلى عدم تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى التجارب الغير علاجية. غير أن بعض الفقهاء المحدثين يقولون بعدم مشروعية هذا النوع من التجارب مستنديين في ذلك إلى بعض الآيات القرآنية منها؛

- قول الله عز و جل؛ " و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة "68

- و قوله عز و جل؛ " و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا "69

حيث تدل الآيتان على تحريم تعريض النفس للخطر من غير مصلحة مقصودة شرعا.70 و لما كانت المصلحة في التجارب العلمية غير مؤكدة و تغلب فيها مظنة الخطر على حياة أو صحة الخاضع لها فإنه لا يمكن تبريرها من الناحية الشرعية، و هذا بخلاف الحالات التي أشرنا إليها آنفا و التي يجوز للإنسان فيها أن يعرض نفسه للخطر إذا دعت إلى ذلك الضرورة الحالة لإنقاذ الغير كما هو الأمر في حالات إنقاذ الغرقى و الحرقى.71 من ثم فإن عنصر الضرورة المشروعة الذي يمكن الاستناد إليه لإباحة تعرض الشخص للخطر مثل حالات إنقاذ الغير ينتفي في التجارب العلمية و هو ما يجعلها غير مشروعة.

و من الآيات الأخرى التي استدلت بها الفقهاء أيضا للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية قوله عز و جل؛ " و لقد كرّمنا بني آدم "72، حيث يرى هؤلاء أن إخضاع الإنسان للتجارب العلمية الغير مضمونة العواقب يتنافى مع التكريم الذي خص به الله عز و جل الإنسان، و من ثم لا يجوز للإنسان أن يمتحن ما كرمه الله و فضله.73

كما استدلت الفقهاء من جهة أخرى بقوله عز و جل؛ "ثم لتسألن يومئذ عن النعيم"74 على أساس أن صحة الإنسان و عاقبته في بدنه من نعم الله تعالى عليه، و أن الله عز و جل سيحاسب

68 سورة البقرة، الآية 195.

69 سورة النساء، الآية 29.

70 راجع تفسير ابن كثير، الجزء الأول، ص. 234.

71 راجع حكم الشريعة بخصوص عمليات نقل الأعضاء، ص. 234 من الرسالة.

72 سورة الإسراء، الآية 70.

73 د. شعلان سليمان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 617.

74 سورة التكاثر، الآية 8.

يوم القيامة كل من فرط في نعم الله.⁷⁵ و تعريض الإنسان نفسه لمخاطر التجارب العلمية نوع من التفريط في النعيم (الصحة و العافية)⁷⁶ المنهي عنه شرعا.

و من الأحاديث النبوية التي استدلت بها الفقه للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية يمكن ذكر ما يلي؛

1- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه و أرضاه قال:

" قال لي الرسول (ص) "ألم أخبر أنك تقوم الليل و تصوم النهار، فقلت إني أفعل ذلك، قال: فإنك إن فعلت هجمت عينك و نقهت نفسك، لعينك حق و لنفسك حق و لأهلك حق، قم و نم و صم و افطر".⁷⁷

فغني عن البيان أن الحديث المشار إليه ينهي عن الإفراط في العبادات التي تؤدي إلى إنهاك الجسم البشري و يأمر بوجود إعطائه نصيبه من الراحة لكي يسلم صاحبه. وإذا كان النهي في الحديث قد ورد بشأن العبادات فإنه لا يجوز من باب أولى تعريض هذا الجسم للأضرار المحتملة و المخاطر المقترنة بالتجارب العلمية التي لا تعود عليه بأية منفعة.⁷⁸

2- عن ابن عباس قال:

" قال رسول (ص)؛ لا ضرر و لا ضرار".⁷⁹ حيث يفيد الحديث أنه لا يجوز للإنسان أن يضر نفسه كما لا يجوز له أن يضر غيره. و التجارب العلمية على الإنسان فيها تعريض الإنسان للخطر المنهي عنه شرعا.⁸⁰

و من الأدلة الأخرى التي استند إليها الفقهاء لعدم إباحة التجارب العلمية؛

1- انتفاء الضرورة في إخضاع إنسان سليم أو إنسان مريض لتجربة علمية لا تعود عليه بالفائدة. ذلك أن مشروعية التجربة مرتبطة بالفائدة الممكن أن تعود على الشخص الخاضع لها. و

⁷⁵ د. محمد مصطفى الذهبي، المرجع السابق، ص. 54.
⁷⁶ حيث أن المقصود بالنعيم الوارد في الآية الكريمة هو الأمن و الصحة بالنسبة للبعوض، راجع مثلا ابن كثير، الجزء الرابع، ص. 547، و من الفقهاء من فسر النعيم بالعافية كالفارابي، الجزء الرابع ص. 176. و يتفق هذا الاتجاه مع ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن الرسول (ص) أنه قال؛ " إن أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم فيقول- أي الله عز و جل- ألم نصح لك جسديك؟" رواه الترمذي تحت رقم 3358 و ابن حبان برقم 7464.
⁷⁷ صحيح البخاري، الجزء الثالث ص. 38 و كذلك صحيح مسلم الجزء الثاني، ص. 816.
⁷⁸ د. شعلان سليمان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 618.
⁷⁹ رواه ابن ماجه، الجزء الثاني، ص. 784.
⁸⁰ قريب من هذا المعنى راجع السيوطي، "الأشباه و النظائر"، مرجع سابق، ص. 85.

لا تكون للتجربة هذه الميزة إلا إذا تعلقت بالبحث عن دواء أو طرق علاجية لمرض أخفقت الوسائل الموجودة في علاجه. من ثم يجب أن يكون هناك مرضى مصابين بمرض معين لتجربة العلاج عليهم بسبب حاجتهم إليه، و بعدئذ يمكن استخلاص النتائج المترتبة على استخدامه عليهم بدلا من تجربته على إنسان سليم البدن. و علة ذلك أنه ليس هناك ضرورة للقيام بالتجربة على الإنسان إذا لم يرجى منها فائدة مباشرة له أو كانت غير مضمونة العواقب. كما أنه من شأن تعريض إنسان سليم إلى مخاطر التجارب العلمية أن يدخل صاحبها تحت مفهوم حديث الرسول (ص) الذي جاء فيه؛ " ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به".⁸¹

2- طبقا للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية إن درأ المفسد مقدم على جلب المصالح.⁸² و إجراء التجارب على الإنسان السليم أو الإنسان المريض الذي لا تعود عليه بالفائدة فيه مضرة و إن كان يحقق مصلحة للمجتمع. و في مثل هذه الحالات يجب التضحية بالمصلحة الاجتماعية من أجل حماية مصلحة الفرد في السلامة البدنية.

و يرى الباحث أن عدم وجود إجماع بين الفقهاء بخصوص مشروعية التجارب العلمية دليل على المشاكل الكثيرة التي يثيرها هذا النوع من الأعمال الطبية. و قد يرجع الخلاف بخصوص الاعتراف بالتجارب العلمية إلى أسباب أخلاقية و قانونية محضة كانتفاء المصلحة بالنسبة للشخص الخاضع لهذه التجارب باعتبار أن إباحة تدخل الطبيب مرهون بغرض أساسي و هو العلاج، و هذا القصد غير موجود في التجارب العلمية التي تهدف إلى توسيع المعارف. غير أن حق المجتمع في التطور العلمي هو كذلك حق مشروع. فلقد أثبت التاريخ أن ما تزخر به البشرية اليوم من تطور شامل في مختلف العلوم بصفة عامة، و العلوم الطبية بصفة خاصة، إنما يعود إلى جرأة الكثير من العلماء في تجريب مختلف الطرق العلاجية و غيرها مما ساهم في القضاء على الكثير من الأوبئة و الأمراض التي حصدت حتى وقت قريب الآلاف من الضحايا. و كما قال الأستاذ Auby لدى انتقاده القضاء الفرنسي⁸³ بخصوص موقفه من التجارب العلمية، فإن التجارب العلمية على الإنسان حتمية علمية تمارس في فرنسا كما تمارس في أي

⁸¹ السيوطي، " الجامع الصغير"، الجزء الثاني، ص. 539.

⁸² د. شعلان سليمان محمد السيد عبده، المرجع السابق، ص. 619.

⁸³ حيث اتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار كل تجربة غير علاجية على الإنسان غير شرعية في ذاتها و صدت الكثير من الأحكام في هذا الاتجاه. راجع مثلا؛

- Aix 22 oct. 1906, D 1907, 11, 14 .
- Lyon 27 juin 1913, D. 1914, 11, 73.
- Trib. Seine 16 mai 1935, D. 1936, 11, 9.
- Paris 11 mai 1937, S. 1938, 11, 71 note Desbois.
- Cass.crim. 1^{er} juill. 1937, S. 1938, 11, 94, note Tortat.
- Paris, 18 jan. 1974 D. 1974, 196.

مكان آخر و لا يمكن تفاديها.⁸⁴ و يعد إجراء التجارب على الإنسان، من جهة أخرى، عملا اجتماعيا و سيظل قائما في كثير من المجتمعات طالما لم يقرر الإنسان في مرحلة من مراحل تطوره أن يتخلى عن متابعة المعرفة.

أما بخصوص الأدلة الشرعية التي استند إليها الفقه الإسلامي لنفي المشروعية على التجارب العلمية، يرى الباحث و بكل تحفظ، أنه رغم صحتها إلا أنه لا يمكن الاستناد إليها لتحريم كل أشكال التجريب على الإنسان و ذلك للاعتبارات التالية؛

- لا يمكن إباحة كل أشكال التجريب على الإنسان كما لا يمكن منعها أيضا بطريقة مطلقة. بمعنى آخر لا يمكن أن تكون كل صور التجارب الطبية مشروعة سواء كانت علاجية أو علمية، و إنما يتعين أن يكون البعض منها محظورا و البعض الآخر مباحا بالنظر إلى الغاية المراد تحقيقها من التجربة و بالنظر كذلك إلى طبيعة التجربة و ما تنطوي عليه من مخاطر بالنسبة للخاضع لها، و بالنظر كذلك إلى الفوائد المرجوة منها.

فقصد العلاج ليس كافيا لوحده لمشروعية التجربة العلاجية، إذ يمكن للطبيب المجرب أن يعرض سلامة المريض لمخاطر جسيمة من جراء تجريب دواء قد يجهل هو شخصا طبيعته و أثره على صحة المريض . من ثم فإن عنصر المخاطر ليس خاصا بالتجارب العلمية بل يميز أيضا التجارب العلاجية، و كلما في الأمر أن المرض هو الذي يبرر إخضاع المريض لهذه المخاطر في التجارب العلاجية. و هو الأساس الذي يستند إليه القضاء أيضا في تخفيف مسؤولية الطبيب في حالة تحقق أضرار جسيمة للمريض من جراء التجريب عليه. من ثم ألا يمكن إباحة التجارب العلمية التي لا تشكل بطبيعتها أي مخاطر على السلامة البدنية للشخص الخاضع لها ؟.

يعتقد الباحث أنه ليس هناك ما يمنع في الشريعة الإسلامية أو في القواعد العامة للقانون ما يمنع إجراء التجارب التي لا تخلف أي ضرر للشخص الخاضع لها و التي يمكن أن تزود الباحث بمعلومات جديدة تفيد البشرية أنيا أو أجلا. غير أنه يشترط في هذه الحالة سبق التجريب على الحيوان،⁸⁵ متى أمكن ذلك، ثم الانتقال إلى الإنسان.

⁸⁴ Auby, J.M., " Les Essais de médicaments sur l'homme ; problèmes juridiques", Paris. Droit et Pharmacie. 1977. p. 25 et s.

⁸⁵ مع العلم أنه من الثابت طبقا للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية وجوب الرأفة بالحيوان أثناء التجريب عليه و عدم التمثيل به.

أما إذا كانت التجربة تخلف بطبيعتها ضررا محققا أو تكتنفها مخاطر جسيمة للشخص الخاضع لها فلا شك من وجوب تحريم هذا النوع من التجارب حماية للسلامة البدنية و العقلية للأفراد. و بهذا المفهوم يتحول النقاش من مشروعية التجارب الطبية على الإنسان إلى الضوابط التي يجب مراعاتها عند مباشرتها ما دامت التجربة ظاهرة حتمية في حياة الإنسان.

من ثم فإن أهم المشاكل التي تثيرها اليوم التجارب الطبية على الإنسان مشكلة الموازنة بين حق المجتمع في تحقيق التقدم العلمي عن طريق التجارب العلمية و حق الفرد في السلامة البدنية، و هو ما سنحاول توضيحه أدناه من خلال عرض الاهتمام الدولي بالإطار القانوني للتجارب الطبية على الإنسان.

المبحث الثالث: الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية و التجارب الطبية على الإنسان:

تشكل التجارب الطبية على الإنسان اهتمام الهيئات و المؤتمرات الدولية منذ منتصف القرن الماضي نظرا لما لهذه التجارب من ارتباط وثيق بحقوق الإنسان، خاصة منها حق الإنسان على كيانه الجسدي و حقه في السلامة البدنية. فنظرا لأهمية التجارب الطبية و العلمية على الإنسان و نظرا لرغبة المجتمع الدولي و الهيئات الدولية المختلفة في حماية حقوق الإنسان تعددت الاتفاقيات الدولية التي تناولت الاهتمام بالإنسان و بحماية حقوقه الأساسية.

فقد نتج عن التطور الطبي السريع و استخدام الأساليب الطبية الحديثة أن أصبح حق الإنسان في السلامة البدنية مهددا بالخطر، و هو ما دفع ببعض المنظمات الدولية و الإقليمية إلى عقد اتفاقيات على جانب كبير من الأهمية تهدف إلى كفالة حق الإنسان في الحياة و الحق في السلامة البدنية. و قد عالج البعض منها التجارب الطبية بطريقة مباشرة من خلال وضع الضوابط التي يجب مراعاتها عند مباشرة هذا النوع من التدخلات على الجسم البشري. في حين تضمن البعض الآخر منها نصوصا تحمي حقوق الإنسان التي يمكن أن تتعرض للخطر من جراء مباشرة تلك التجارب كالحق في الحياة و الحرية و سلامة الكيان الجسدي للإنسان.⁸⁶

و على هذا الأساس سنعالج التنظيم الدولي للتجارب الطبية ضمن الاتفاقيات الدولية أولا ثم من خلال المؤتمرات الدولية ثانية، و ذلك في المطلبين المواليين.

⁸⁶ Auby, J.M., "La formation d'une règle internationale en matière médicale ; les conditions de validité de l'expérimentation médicale sur l'homme," Annales de droit médical international, 1959, n°9

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية و التجارب الدولية:

لقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها على أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية. حيث أصدرت محكمة Nuremberg في أعقاب هذه المحاكمة مجموعة من المبادئ و القواعد التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان عرفت باسم تقنين نيورمبورج – Le code de Nuremberg.⁸⁷

و رغم أن هذه المحاكمة تمت باتفاق دولي آنذاك⁸⁸ إلا أنها تمت بمعرفة المحكمة العسكرية الأمريكية المشكلة من قضاة أمريكيين و وفقا للقواعد الإجرائية الأمريكية، و هو ما دفع بالكثير إلى نفي الطابع الدولي لهذه المحاكمة.⁸⁹ غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت النظر في الطعون المقدمة لها بخصوص أحكام Nuremberg على أساس أنها لا تملك صلاحية النظر في الأحكام الصادرة من محاكم دولية. من جهة أخرى، إن اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 11 ديسمبر 1946 لتقنين Nuremberg و تبنيه من قبل المجتمع الدولي كأساس لاتفاقيات دولية لاحقة مثل إعلان هلسنكي الصادر سنة 1975 (Déclaration de Helsinki) جعل الكثير يعترف بالطابع الدولي للقواعد التي أفرزتها محاكمة الأطباء النازيين بخصوص كيفية مباشرة التجارب الطبية على الإنسان.⁹⁰

و تجدر الإشارة إلى أن تقنين Nuremberg و غيره من الاتفاقيات الدولية اللاحقة بخصوص القواعد المتعلقة بإجراء التجارب الطبية غير ملزمة للدول و مع ذلك يعترف لها الكثير بأهميتها بالغة في تذكير الباحثين بطبيعة الكائن البشري و الحماية الواجبة له عند مباشرة أي نوع من التجارب على كيانه الجسدي.

الفرع الأول: تقنين نيورمبورج (Le code de Nuremberg):

مباشرة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية أنشأت الدول المنتصرة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية محكمة عسكرية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب من النازيين. حيث أحيل على

⁸⁷ Le Code de Nuremberg , adopté par le tribunal militaire de Nuremberg ; United States v. Karl Brandt et al., Trials of War Criminals under Control Council Law n° 10 (Oct. 1949-April 1949), vol. 2 Washington D.C, Us. Government Printing Office.

⁸⁸Control Council Law n° 10.

⁸⁹ Woetzel, R.K., "The Nuremberg Trials in International Law", London, Stevens & Sons Ltd. (2nd ed) 1962. p. 222.

⁹⁰ Annas, G., Glantz, L., & Katz, B., , "Informed consent to human experimentation; the subject's dilemma", Ballinger Publishing Comp., 1977. p. 8.

المحكمة 23 متهما من بينهم مسئولون عن المؤسسات الصحية في الإدارة و الجيش و أطباء في المعسكرات النازية. و قد اتهم هؤلاء بإجراء تجارب طبية على أسرى الحرب دون مراعاة القواعد القانونية و الأخلاقية المنظمة لهذه الأعمال. حيث أشارت المحكمة في حكمها إلى أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية و إنما جرائم فضيعة في حق البشرية.⁹¹

و قد توصلت المحكمة إلى أن قلة قليلة فقط من التجارب الطبية التي أجراها الأطباء الألمان احترمت فيها القواعد القانونية و الأخلاقية المرتبطة بمباشرة هذا النوع من التجارب.⁹² من هذا المنطلق نصت المحكمة على مجموعة من المبادئ التي يجب مراعاتها حتى تكون التجارب الطبية على الإنسان مقبولة أخلاقيا و قانونيا. بعبارة أخرى اعتبرت المحكمة هذه المبادئ الأساس الذي تبنى عليه شرعية التجارب على الإنسان.⁹³ و لقد شكلت هذه المبادئ ما يعرف بتقنين نيورمبورج.

و يستخلص من القواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg أنها تعترف بالتجارب الغير علاجية أو التجارب العلمية التي تجرى على الإنسان إلا أنها وضعت عدة شروط لمثل هذا النوع من التجارب منها؛

- أن يكون للتجارب العلمية فائدة عملية للإنسانية يستحيل الحصول عليها بدون التجريب على الإنسان.
- أن تكون طريقة ممارسة التجربة محددة.
- أن تكون التجربة ضرورية (المادة 2 من التقنين).
- و طبقا للمادة 6 من التقنين يجب أن تفوق فوائد التجربة بالنسبة للإنسانية مخاطرها بالنسبة للشخص الخاضع لها.

و من بين المبادئ الأساسية التي تضمنها تقنين Nuremberg بخصوص التجارب على الإنسان بصفة عامة و التجارب العلمية على الخصوص ما يلي؛

⁹¹ حيث عمد الأطباء الألمان آنذاك إلى حقن الأسرى بفيروس التيفوس Typhus، تعريض الأسرى إلى الماء البارد و إلى انخفاض الضغط الهوائي لمعرفة آثار المرتفعات العالية و التجميد بالبرودة. كما جرب الأطباء الألمان على الأسرى الهرمونات الاصطناعية و العمليات الجراحية في الأعصاب و العظام و كذا التعقيم. راجع د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 17 و ما بعدها.

⁹² United States v. Karl Brandl et al., vol. 11. p. 181.

⁹³ Hennau et Hublet, op.cit. p. 319.

- لقد نصت المادة الأولى من التقنين المشار إليه على ضرورة الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة. و يجب أن تكون هذه الموافقة حرة و خالية من عيوب الإرادة مع وجوب إعلام الشخص الذي تجري عليه التجربة بطبيعة هذه التجربة، مدتها و الهدف المراد بلوغه من إجراءاتها. إضافة إلى ذلك يجب إعلام الشخص بالمخاطر المحتملة و الأضرار التي قد يتعرض إليها في تلك التجربة. و طبقاً لنفس المادة يلتزم القائم بالتجربة، تحت مسؤوليته، بتقدير الظروف التي تم الحصول فيها على موافقة الشخص.
- كما أوجبت المادة الثالثة ألا يتم التجريب على الإنسان إلا بعد التجريب على الحيوان و بعد التأكد من عناصر المشكلة محل البحث و الدراسة بصورة تبرر النتائج و الأهداف المراد بلوغها.
- في حين أوجبت المادة الرابعة من التقنين تجنب الآلام و الأضرار الجسمانية و العقلية الغير ضرورية أثناء مباشرة التجارب على الإنسان. و لا يجوز بأي حال من الأحوال إجراء التجارب التي يتوافر بشأنها ما يدعو إلى الاعتقاد بأنها ستخلف أضراراً جسيمة للشخص الخاضع لها. مع العلم أنه يجوز في هذه الحالة للطبيب الباحث أن يستعمل نفسه للتجربة (المادة الخامسة).
- كما يجب أن يُجنب الشخص الخاضع للتجربة من كل خطر محتمل، مهما كان قليلاً، يؤدي إلى إحداث جروح بجسمه أو عجز أو وفاة (المادة السابعة). و للشخص الخاضع للتجربة الحق في طلب إيقافها في أي مرحلة من المراحل (المادة التاسعة). كما يجب على المسئول عن التجربة إيقافها إذا لاحظ أن الاستمرار فيها سيؤدي إلى الإضرار بالشخص الخاضع لها (المادة العاشرة).
- يجب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أطباء أو باحثين أكفاء، و يتعين على كل مشارك في هذا النوع من التجارب توكي الحيطة و الحذر طوال فترة التجربة (المادة ثامنة).

و من بين الانتقادات التي وجهت لتقنين Nuremberg؛

- اقتصره على تحديد المبادئ العامة الواجب مراعاتها عند مباشرة التجارب الطبية، و الظروف التي يمكن للشخص في إطارها التطوع للتجارب الطبية، و إهماله الربط بين

موافقة المتطوع من جهة و الموازنة اللازمة بين مخاطر و منافع التجربة من جهة أخرى.⁹⁴

- عدم تحديده بطريقة واضحة للأخطار التي يمكن أن تمنع إجراء التجارب على الإنسان و عدم تحديده لكيفية الحصول على موافقة الشخص لمثل هذه التجارب، حيث اعتبرت محكمة Nuremberg أن هذه الأمور خارجة عن اختصاصاتها.⁹⁵
- كما أن اشتراط الموافقة بطريقة مطلقة يمنع إجراء التجارب على بعض الطوائف من الأشخاص كمرضى الأمراض العقلية. كما يرى البعض أن شرط الإعلام يصعب تحقيقه في مجال التجارب العلمية بسبب عدم قدرة الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب على فهم تقنيات البحث العلمي.⁹⁶

و رغم هذه الانتقادات إلا أن تقنين Nuremberg أثبت تأثيره على مجريات الأحداث في السنوات التي تبعت صدورهم، حيث ساهم إلى حد كبير في إثارة النقاش بشأن التجارب الطبية على الإنسان على المستوى العالمي و هو ما دفع بالكثير من الدول إلى تنظيم المسألة في قوانينها الداخلية، مستعملة تقنين Nuremberg كنموذج لها.⁹⁷ غير التطور السريع للعلوم الطبية و ما صاحبه من تزايد الحاجة إلى التجارب الطبية على الإنسان أثبت قصور التقنين المشار إليه و كذا الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تم إبرامها في هذه الفترة،⁹⁸ في تنظيم هذا المجال الحيوي.

⁹⁴ Faden, R., & Beauchamp, T., "A History and Theory of Informed Consent", Oxford, O.U.P., 1986. p. 155.

⁹⁵ United States v. Karl Brandl et al., vol. 11. p. 185.

⁹⁶ Beecher, H.K., "Some Fallacies and Errors in the Application of the Principle of Consent in Human Experimentation", 3 Clin. Pharmacol. Ther. (1962) p. 141.

⁹⁷ Frenkel, D.A., "Human experimentation: Code of Ethics", Leg. Med. Quarterly (1977) p. 7-14. aussi voir, Bassiouni, M.C., Baffes, T.J., & Evrard, T.J., "An Appraisal of Human Experimentation in International Law and Practice; The need for international Regulation on Human experimentation", 27 Jour. Criminal Law and Criminology (1981) p. 1597-1666.

⁹⁸ من أهمها؛

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر 1948 و الذي تضمن مجموعة من المبادئ الدولية التي تنادي باحترام الحقوق الأساسية للإنسان. و قد أكد الإعلان على حماية الحقوق التي يمكن أن تتعرض للخطر من جراء التجارب الطبية و العلمية التي لا تحترم بشأنها قواعد إجراء هذه التجارب. حيث نصت المادة الثالثة منه على ما يلي؛ " لكل فرد الحق في الحرية و الحياة و سلامة شخصه." كما نصت المادة الخامسة منه على أنه " لا يعرض أي إنسان للتعذيب و لا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة". و قد اعتبر البعض أن المادة الخامسة المشار إليها تنطبق على حالات إجراء التجارب الطبية على الإنسان. راجع في بهذا الخصوص، د. عبد الحي حجازي، " المدخل لدراسة العلوم القانونية"، الجزء الثاني، الحق، 1970، فقرة رقم 198، ص. 191.

و يرى البعض أن الفكرة القانونية لكرامة الإنسان قد تطورت على إثر التطور الذي لحق بفكرة الإنسان، فقد أعطى Kant للإنسان أساساً فلسفياً، في حين أعطته مدرسة الحرية الاقتصادية أساساً اقتصادياً، بينما أعطاه جان جاك روسو بعداً سياسياً. أما اليوم فإن كرامة الإنسان أصبحت تأخذ بعداً قانونياً و تستند إلى ما يملكه من أهلية و إرادة حرة ترتبط مباشرة بحقوق الإنسان، راجع، لمزيد من المعلومات؛

Edelman, Bernard, "La Dignité de la Personne Humaine ; un concept nouveau", Etudes Juridiques, Economica, 1999. p. 25.

2- اتفاقيات جنيف (Genève) الأربعة و بروتوكولاتها التي عقدت بتاريخ 12 أوت 1949 و المتعلقة بضمان حقوق الإنسان أثناء الحرب. حيث تضمنت هذه الاتفاقيات حظر إجراء التجارب البيولوجية على أسرى الحروب و نصت على وجوب تجريم الدول الموقعة على هذه الاتفاقيات لهذا النوع من التجارب في قوانينها الداخلية. ففي هذا الإطار نصت المادة 49 من الاتفاقية الأولى و المادة

كما أدى سعي الكثير من الدول إلى تنظيم التجارب الطبية في قوانينها الداخلية إلى بروز الحاجة إلى توحيد المبادئ العامة على المستوى الدولي و هو ما وقع فعلا من خلال إعلان هلسنكي 1964 (La Déclaration de Helsenki) ثم طوكيو (Tokyo) 1975 المعتمدين من قبل الجمعية الطبية العالمية.

الفرع الثاني: إعلان هلسنكي و طوكيو :

من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية ما أصدرته الجمعية الطبية العالمية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964 و أكدته في اجتماعها التاسع و العشرين في طوكيو (Tokyo) 1975 من مبادئ و قواعد متعلقة بإجراء التجارب الطبية و العلمية على الإنسان.⁹⁹

و تعتبر المبادئ و القواعد التي أصدرتها الجمعية الطبية العالمية بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان. فقد ميز إعلان هلسنكي، ثم بعده إعلان طوكيو، بين التجارب العلاجية¹⁰⁰ و التجارب العلمية¹⁰¹ و أكد على

50 من الاتفاقية الثانية و المادة 129 من الاتفاقية الثالثة و كذا المادة 146 من الاتفاقية الرابعة على أن تتعهد الأطراف المتعاقدة بسن تشريع ملزم لفرض عقوبات فعالة على الأشخاص الذين يخالفون أحكام الاتفاقيات المشار إليها. راجع د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص. 22.

و لقد تأكد حضر إجراء التجارب الطبية البيولوجية في البروتوكولات المضافة إلى اتفاقيات Genève الأربعة سنة 1977، حيث نصت المادة 2/11 من البروتوكول الأول على حضر إجراء التجارب الطبية و العلمية على الأشخاص المذكورين في الاتفاقيات الأربعة (أسرى الحرب) و لو برضائهم. كما نصت المادة 2/16 من نفس البروتوكول و المادة 2/10 من البروتوكول الثاني على عدم جواز إجبار الأطباء أو الباحثين في المجال الطبي على مباشرة الأعمال المخالفة لقواعد المهنة أو القواعد الطبية الأخرى.

3- الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966 و التي نصت في مادتها السابعة على ما يلي؛ " لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية." و كانت هذه الاتفاقية أول تقنين عالمي يؤكد على حماية الجسم البشري من التجارب الطبية و العلمية. مع العلم أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ إلا بتاريخ 3 مارس 1976 بعد أن تم التوقيع عليها من قبل الأغلبية المطلوبة من الدول. راجع بهذا الخصوص، الوثيقة الدولية لحقوق الإنسان، منشورات إدارة الإعلام العام، الأمم المتحدة، 1981، ص. 5.

4- إعلانات الأمم المتحدة، حيث عملت هيئة الأمم المتحدة منذ تأسيسها على ضمان الحماية الكافية لجميع الأشخاص من أعمال التعذيب و غيره من المعاملات القاسية و اللا إنسانية. ففي هذا الإطار أعلنت الأمم المتحدة في الكثير من المرات عن عدم شرعية بعض أشكال المعاملات التي يتعرض إليها الإنسان في الكثير من المناطق في العالم. من جهة أخرى لقد أفضت الدراسات التي باشرتتها الأمم المتحدة إلى صياغة مشروع قانون خاص بأداب مهنة الطب. كما أكدت القواعد النموذجية لمعاملة السجناء على حماية الأشخاص المحتجزين منذ صياغتها لأول مرة سنة 1955 في المؤتمر الأول للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة و معاملة المجرمين. راجع بهذا الخصوص، Hennau et Hublet، المرجع السابق، ص. 321 و ما بعدها.

⁹⁹La Déclaration de Helsinki, précité.

لقد تضمن إعلان هلسنكي أربعة فصول؛

- المقدمة أو الديباجة (Introduction)

- I - المبادئ الأساسية (Principes de Base)

- II - التجارب العلاجية (Expérimentation thérapeutique)

- III - التجارب الغير علاجية (Expérimentation non-thérapeutique).

¹⁰⁰ Titre II de la Déclaration de Helsinki., voir, Beauchamp and Walters (eds), "Contemporary Issues in Bioethics" précité.

¹⁰¹ Titre III de la Déclaration de Helsinki.

وجوب احترام حقوق الإنسان خاصة حق الإنسان في السلامة البدنية و العقلية الذي يجب أن يبقى فوق كل اعتبار.

و قد اشترط هذا القانون لشرعية التجربة وجوب التناسب بين الغرض المراد بلوغه من إجراء التجربة و الأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الخاضع لها. كما أولى، من جهة أخرى اهتماما خاصا بموافقة الشخص على التجارب الطبية، و اعتبره شرط أساسي لشرعية التجربة من الناحية الأخلاقية و القانونية في التجارب العلمية.

أولاً: المبادئ العامة لإعلان هلسنكي و طوكيو:

من المبادئ العامة المتعلقة بالتجارب الطبية على الإنسان التي حرصت عليها الجمعية الطبية العالمية في الإعلانين المشار إليهما أعلاه ما يلي؛

- 1- يجب أن يتم إجراء التجارب الطبية على الإنسان وفقا لمبادئ الأخلاق و العلم التي تبرر البحث في الطب الإنساني. و لا يمكن مباشرة التجربة على الإنسان إلا بعد إجراء الفحوص المعملية و التجارب على الحيوان، أو على أي معطيات أخرى مستقر عليها علميا.
- 2- يجب أن يكون مشروع التجربة الطبية على الإنسان و مراحل تنفيذها محددًا في بروتوكول تجريبي (Protocole expérimental) يخضع لإشراف لجنة مستقلة تعين، بصفة خاصة، لهذا الغرض، للرأي و المشورة.
- 3- يجب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أشخاص مؤهلين علميا و تحت إشراف طبي متخصص في المجال المراد التجريب فيه. و يتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن التجربة الطبيب أو المسئول الأول عنها و لا يجوز إطلاقا أن تقع على الشخص الخاضع للتجربة و لو وافق على ذلك.
- 4- لا تكون التجربة مشروعة من الناحية القانونية و الأخلاقية إلا إذا كانت فوائدها تفوق الأخطار التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة. لذلك يتعين قبل مباشرة التجريب على الإنسان تقدير الفوائد و الأخطار المتوقعة سواء لصالح الشخص أو لغيره مع وجوب ترجيح دائما مصالح الإنسان الخاضع للتجربة عن الفوائد العلمية و مصالح المجتمع ككل.

- 5- يتعين احترام حق الإنسان الخاضع للتجربة في حماية تكامله الجسدي و العقلي، و على هذا الأساس يجب اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للتقليل من الأخطار أو الأضرار التي يمكن أن تمس بالسلامة البدنية للشخص الخاضع للتجربة.
- 6- لا يجوز للطبيب أو الباحث إجراء التجربة على الإنسان إذا لم يكن بمقدرته توقع الأخطار المحتملة. و يتعين عليه أيضا أن يوقف التجربة إذا اكتشف أن مخاطرها تفوق الفوائد المرجوة منها. كما يجب نشر نتائج البحث أو التجربة بأمانة.
- 7- يجب الحصول على الموافقة الكتابية للشخص الخاضع للتجربة بعد إعلامه بطبيعة التجربة، مراحلها، الفوائد المرجوة منها إلى جانب الأخطار المحتملة لهذه التجربة و آثارها عليه. و يجب أن يحاط علما بأنه يمكنه الرجوع في موافقته في أي مرحلة من مراحل التجربة.
- 8- و حرصا على وجوب صدور الموافقة بعيدا عن كل تأثير في الحالات التي يكون فيها المريض في حالة تبعية للطبيب الباحث أو أن يكون مضطرا للموافقة، من الأفضل أن يتم الحصول على رضا الشخص من قبل طبيب آخر غير الطبيب المعالج أو الطبيب الذي يباشر التجربة. و إذا تعلق الأمر بالتجريب على القصر و من في حكمهم، فإنه يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني مع مراعاة التشريعات الوطنية بهذا الخصوص.¹⁰²

ثانيا: قواعد إجراء التجارب على الإنسان في إعلاني هلسنكي و طوكيو:

لقد ميزت الجمعية الطبية العالمية بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية في إعلاني هلسنكي و طوكيو. و على هذا الأساس وضعت قواعد خاصة بكل نوع من هذه التجارب على النحو التالي؛

أ- التجارب العلاجية:

أكدت الجمعية الطبية العالمية أن الطبيب حر في اختيار أفضل الوسائل و الطرق العلاجية التي يعتقد أنها الأفضل لصالح مريضه. و على هذا الأساس يجوز له أن يجرب طريقة تشخيصية أو علاجية جديدة غير أن ذلك مقيد بالشروط التالية؛

¹⁰² Para I. 11 de la Déclaration de Helsinki.

- يتعين على الطبيب، تحت مسؤوليته، أن يوازن بين الفوائد و الأخطار أو الأضرار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق التشخيصية و العلاجية التي استقر عليها العمل لدى أهل المهنة، و اختيار أفضلها. فمن حق المريض أن يستفيد من أفضل الوسائل المتاحة في التشخيص و العلاج.
- من حق المريض رفض الاشتراك في التجربة الطبية دون أن يؤثر ذلك على علاقته مع الطبيب الباحث.
- إذا رأى الطبيب أنه ليس من الضروري الحصول على الموافقة المستنيرة للمريض الذي يراد إشراكه في التجربة العلاجية، يتعين أن يتضمن بروتوكول التجربة أسباب ذلك و يبلغ إلى اللجنة المستقلة وفقا للمبادئ الأساسية المشار إليها أعلاه.¹⁰³
- لا يجوز المزج بين علاج المريض و البحث العلمي لغرض اكتشاف معارف طبية جديدة، إلا إذا كان الغرض من هذا البحث إجراء التشخيص أو العلاج المحتمل للمريض الخاضع للتجربة.

و يلاحظ من خلال مراجعة هذه القواعد أن الطبيب المباشر للتجارب العلاجية يستفيد، طبقا للقواعد التي حددتها الجمعية الطبية العالمية بشأن التجارب الطبية، من نفس المزايا التي تخوله إياها بعض القوانين في مجال التدخل العلاجي المحض. حيث يمكنه مباشرة التجارب العلاجية كبديل للطرق العلاجية المعروفة بالشروط التي حددتها له، و يمكنه الاستغناء عن موافقة المريض في بعض التجارب لنفس العلة المعترف له بها في التدخلات العلاجية و هي التأثير السلبي على نفسية المريض في حالة إعلامه بحالته الصحية أو ما تتطلبه من تدخل طبي.¹⁰⁴

و قد اعتبر بعض الفقه هذا الاستثناء بمثابة ثغرة قانونية في التجارب العلاجية خاصة إذا لم تباشر اللجان المستقلة المعنية لهذا الغرض عملها الرقابي.¹⁰⁵

ب- التجارب العلمية (التجارب الغير علاجية):

- لقد أجاز إعلان هلسنكي و إعلان طوكيو التجارب الغير علاجية على الإنسان و لكن بشروط معينة وردت كالتالي؛
- وجوب أن يكفل الطبيب حماية و صحة الخاضع للتجربة.

¹⁰³ Para II.5 de la Déclaration de Helsinki.

¹⁰⁴ Para II.1 de la Déclaration de Helsinki.

¹⁰⁵ Swasey, J.P., "Protecting the Animal of Necessity: Limits to Inquiry in Clinical Investigation", 107 Deadalus 129(1978) p. 133.

- وجوب أن يكون الخاضع للتجارب العلمية متطوعا و متمتعا بصحة جيدة أم مريضا بمرض أجنبي عن الدراسة.
- وجوب إيقاف التجربة إذا اكتشف القائم بالتجربة أن الاستمرار فيها يشكل خطرا على الفرد الخاضع لها.
- وجوب ترجيح مصلحة الفرد الخاضع للتجربة في الصحة و العافية عن كل مصلحة أخرى علمية كانت أو اجتماعية.
- وجوب الحصول على الرضا المستنير للشخص الخاضع للتجربة بعد إخطاره بكل المخاطر المتوقعة و المحتملة في هذا النوع من التجارب.

من ثم يمكن القول أنه من خلال تنظيمها للتجارب العلمية، اعترفت الجمعية الطبية العالمية بشرعية هذا النوع من التجارب على الإنسان باعتبارها حتمية اجتماعية تتطلبها رغبة الإنسان في التطور.

هذا و لقد شكلت القواعد العامة التي جاءت بها الجمعية الطبية العالمية في إعلاني هلسنكي و طوكيو و غيرها من الاتفاقيات الإقليمية الأخرى¹⁰⁶ الإطار التنظيمي للتجارب الطبية بهدف

¹⁰⁶ من الاتفاقيات الإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان في التجارب الطبية و العلمية يمكن ذكر؛

- 1- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان: التي وقعتها بعض الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوربي بروما بتاريخ 04 نوفمبر 1950. و قد أكدت هذه الاتفاقية على وجوب احترام الحقوق التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 (المواد 3 و 4 من الاتفاقية) و طبقا للمادة السابعة منها استهدفت الاتفاقية الأوروبية تدويل الحقوق الأساسية للإنسان من خلال تشجيع الأفراد على تقديم شكاوي ضد حكوماتهم أمام الهيئات الدولية للمطالبة بإنصافهم و استرجاعهم لحقوقهم الأساسية. راجع في هذا الشأن Hennau et Hublet، المرجع السابق، ص. 320.
- 2- توجيهات المجلس الأوربي، أهمها توجيهاته الصادرة بتاريخ 20 مايو 1975 بخصوص التجارب التي يجريها الصيدال على الإنسان. حيث اعتنت هذه التوجيهات بحماية حقوق الإنسان من خلال تنظيمها لما يعرف بالتجارب المراقبة و هي التجارب الخاصة بالعقاقير الجديدة التي تتم عن طريق تقنية الجهل المزدوج (Double Aveugle) حيث يتم تقسيم المرضى محل التجربة إلى فريقين؛ فريق يتم علاجه بالدواء الجديد و فريق آخر بالدواء التقليدي دون أن يعلم الطبيب أو المريض نوعية الدواء المستعمل لتجنب التأثير النفسي في عملية العلاج. من بين القواعد التي نصت عليها توجيهات المجلس الأوربي في هذا المجال؛
 - قبل أن يتم إجراء التجارب الطبية على الإنسان و العلاج التجريبي يجب إجراء تجارب عقاقيرية (Pharmacologique) و سمومية (Toxicologiques) بطريقة كافية على الحيوانات.
 - من الضروري أن يتم إجراء التجارب الطبية في صورة تجارب مراقبة، و أن تختلف طريقة إجرائها تبعا لكل حالة بشرط مراعاة القواعد الأخلاقية. و يجوز إجراء مقارنة بين الأثر العلاجي لدواء جديد و الأثر المترتب لدواء سبق تطبيقه و تكون قيمته العلاجية مؤكدة و معلومة. و الغرض من هذه التجارب مقارنة أثر الدواء الجديد بنظيره المعروف.
 - يتعين اللجوء إلى التجارب المقارنة التي تستعمل الجهل المزدوج خاصة بالنسبة للتجارب التي لا يمكن فيها معرفة انعكاسات العقاقير الطبية من الناحية الموضوعية.
 - يتعين استعمال الطرق الإحصائية لمعرفة الأثر العلاجي مع عدم اللجوء إلى أعداد كبيرة من المرضى خلال التجربة. راجع بخصوص هذه القواعد الملحق رقم خمسة، Hennau et Hublet، المرجع السابق، ص. 338 و ما بعدها.
- 3- ميثاق حقوق المرضى (La charte des Droits des patients)، التي اعتمده البرلمان الأوربي بتاريخ 19 يناير 1984 في ستراسبورغ (Strasbourg). و الذي تضمن بعض القواعد المتعلقة بحماية المرضى من التجارب الطبية، راجع؛ Lemaire, J.F et Imbert, Jean-Luc, “La responsabilité Médicale”, op.cit, p 125.
- 4- الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي المنعقدة بتاريخ 04 أبريل 1997 بمدينة Oveido الإسبانية، و التي نصت على حماية حقوق الإنسان و كرامته في مواجهة العلوم الطبية. فقد نصت المادة الأولى منها على أن أطراف الاتفاقية تحمي كرامة الإنسان. كما نصت المادة الثانية منها على وجوب ترجيح مصلحة الإنسان و منفعة على مصلحة المجتمع أو العلم؛

“L’ intérêt et le bien de l’ être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science”., voir Garay, A “Consentement aux Actes Médicaux et Doits des Patients”, Gazette du Palais 01-05/01/1999, p 27. Fraisseix, P., “La protection de la dignité de la personne et de l’ espèce humaines dans le domaine de la bio-médecine ; l’ exemple de la convention d’ Oveido”, In

تحقيق التوازن الضروري بين حماية حقوق الإنسان من جهة و حق المجتمع في التطور العلمي من جهة أخرى.

المطلب الثاني: المؤتمرات الدولية و التجارب الطبية على الإنسان:

لقد انعقدت عدة مؤتمرات دولية هامة بخصوص حماية حقوق الإنسان، خاصة ما يتعلق منها بحماية الإنسان من مخاطر التقدم العلمي و التكنولوجيا في العلوم الطبية، علم الأحياء و الكيمياء الحيوية منها؛

الفرع الأول: المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان(طهران أفريل/ماي 1968):¹⁰⁷

انعقد المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان تطبيقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2081 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1965 و القاضي بعقد مؤتمر دولي خاص بحقوق الإنسان.

و لقد اتخذ المؤتمر مجموعة من القرارات الرئيسية تناولت مختلف نواحي حقوق الإنسان من بينها القرار الحادي عشر الذي اتخذته المؤتمر بالإجماع بتاريخ 12/05/1968 و الذي يهدف إلى حماية حق الإنسان في حياته الخاصة خاصة بعد زيادة تعرض الإنسان للأخطار الناجمة عن التقدم العلمي في المجال الطبي. و من بين ما أوصى به المؤتمر في هذا القرار احترام الشخصية الإنسانية و تكاملها المادي و العقلي و كذا حق الإنسان في السلامة البدنية و العقلية إزاء التطور و التقدم السريع الذي يعرفه علم الأحياء، الطب و الكيمياء الحيوية. كما طلب المؤتمر من المنظمات المختلفة دراسة المشاكل المتصلة بحماية الشخص و سلامته البدنية و العقلية في ضوء الإنجازات المتحققة في العلوم المشار إليها.¹⁰⁸

الفرع الثاني: المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات:

¹⁰⁷ L' 'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998, L'Harmattan, 2000, p. 121.

¹⁰⁸ حيث انعقدت في الفترة بين 22/04 إلى 13/05 من سنة 1968. راجع بخصوص هذه القرارات الوثيقة النهائية للمؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران من 22 أفريل إلى 13 مايو 1968. منشورات الأمم المتحدة، نيو يورك.

حيث انعقد هذا المؤتمر في فيينا في الأسبوع الأول من شهر أكتوبر 1989، و تضمنت أعمال القسم الثاني منه دراسة تحت عنوان؛ "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الحديثة".¹⁰⁹

و لقد عالج المؤتمر في هذا الإطار المشاكل التي تثيرها التجارب الطبية على الإنسان سواء العلاجية منها أو الغير علاجية، و أوصى بضرورة حماية السلامة البدنية و العقلية للإنسان الذي يكون محلا لهذه التجارب و ذلك من خلال منع التجارب التي لا يحترم فيها القواعد المنصوص عليها لإجراء التجارب على الإنسان و رصد عقوبات ردعية لذلك.

الفرع الثالث: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية و حقوق الإنسان:¹¹⁰

حيث صدر عن المؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر من سنة 1997 الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية و حقوق الإنسان. و قد جاء في مادته الثانية أن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته و حقوقه أيا كانت سمته الوراثية.¹¹¹

و رغم أن الإعلان المشار إليه لم يتطرق بصفة خاصة إلى التجارب الطبية على الإنسان، إلا أن المبادئ التي تضمنها تنطبق على المجال المذكور لأن الغرض من الإعلان هو حماية الكرامة الإنسانية و هو الغرض المشترك لكل الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية و الإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان.

و يمكن القول أن مسألة حماية حقوق الإنسان، خاصة منها حقه في السلامة البدنية و العقلية في مواجهة التجارب الطبية قد أصبحت تثير اهتمام الهيئات و المؤتمرات الدولية، باعتبار أن

¹⁰⁹ و قد عالجت بعض المؤتمرات الإقليمية نفس الموضوع مثل الجمعية المصرية لقانون الجنائي التي عقدت مؤتمرها الأول في الإسكندرية في الفترة بين 14 و 17 مارس 1987، حيث تناول المؤتمر في أحد موضوعاته " قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الفنية الحديثة."، أشار إليه، د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص. 32. و كذا الندوة العلمية الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي، الذي أعدها مركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين، القاهرة، نوفمبر 1993، أشار إليها د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 177 هامش رقم 1.

¹¹⁰ Déclaration Universelle sur le Génome Humain et les Droits de L'homme., UNESCO, 1997.

¹¹¹ "Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques" L'Art. 2 de la Déclaration Universelle sur le Génome Humain et les Droits de L'homme. Précité.

الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، و من ثم يجب توفير الحماية الضرورية لوجوده و استمرار تقدمه في المجتمع.¹¹²

و لا شك أن الجهود الدولية قد لعبت دورا فعالا في توفير الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامته الجسمية و العقلية تجاه التجارب الطبية و العلمية. إلا أن هذه المساعي قد تبقى بدون معنى إذا لم تقم الدول منفردة بتتقية قوانينها الداخلية من كل ما يتعارض مع قرارات الاتفاقيات الدولية بخصوص قواعد إجراء التجارب الطبية و العلمية على الإنسان،¹¹³ و هو ما سنحاول توضيحه في المبحث الموالي من خلال التعرض للأساس القانوني لهذه التجارب و شروط إباحتها في القوانين الداخلية.

المبحث الرابع: الأساس القانوني للتجارب الطبية و شروط إباحتها:

تتفق التشريعات المقارنة على شرعية التجارب العلاجية و هي التجارب التي تهدف إلى تحقيق مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها بشرط احترام الضوابط القانونية التي تنظم التجريب على الإنسان و منها ضرورة الحصول على الرضا المستنير للمعني بالأمر.

أما بالنسبة للتجارب العلمية التي تجرى بقصد البحث العلمي و التي لا تحقق أي فائدة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها فقد اختلفت التشريعات في الاعتراف بشرعيتها؛

فبعض التشريعات أباحت هذا النوع من التجارب و اختلفت في الأساس القانوني الذي استندت إليه في تقرير هذه الإباحة. فقد استند البعض منها إلى رضا الشخص الخاضع للتجربة مع مراعاة متطلبات حسن الآداب كما هو حال القانون الألماني و النمساوي. و منها من استند إلى المصلحة الاجتماعية المقترنة برضا الشخص كما هو الأمر في القوانين الأنجلوساكسونية.

¹¹² د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 33.

¹¹³ Résolutions du Colloque ; "Droit Pénal et Techniques Biomédicales Modernes", 21-25 Sept. 1987, Freiburg. R.F.A.. N°2-1.

في حين لم تعترف تشريعات أخرى بشرعية التجارب العلمية و هو ما يعني حظر إجراء هذا النوع من التجارب على الإنسان في ظل هذه التشريعات، و مثالها القانون الفرنسي قبل صدور القانون رقم 88 - 1138 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في التجارب الطبية، القانون البلجيكي و القانون الإيطالي.¹¹⁴

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تضمن بعضها قواعد عامة دون تفرقة بين التجارب العلاجية و غير العلاجية مثل التشريع المصري.¹¹⁵ في حين اعترفت تشريعات أخرى بنوعي التجارب الطبية على الإنسان مثل التشريع الجزائري.¹¹⁶

و قد تضمنت أغلبية التشريعات الشروط أو الضوابط التي يجب احترامها بخصوص التجريب على الإنسان و كذا الجهات المنوط بها مراقبة هذا النوع من التدخلات الطبية، خاصة منها التجارب الغير علاجية.

و بناء على ما تقدم سنتولى في المطلبين الموالين دراسة الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري، ثم الشروط القانونية التي يجب مراعاتها عند إجراء هذه التجارب و موقف التشريع الجزائري منها.

المطلب الأول: الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات المختلفة:

يرى بعض الفقه أن الأساس الأول لمشروعية التجارب الطبية ما تضمنه إعلان هلسنكي سنة 1964 و أكده إعلان طوكيو سنة 1975¹¹⁷ من مبادئ و قواعد توجب على القائم بالتجريب على الإنسان الالتزام بها.¹¹⁸

غير أنه إذا كان الإعلانين المشار إليهما يشكلان اعترافاً دولياً بشرعية التجريب على الإنسان، إلا أنهما لا يكفيان كأساس قانوني لمباشرة التجارب الطبية على الإنسان في الدول منفردة، و هو ما يتطلب ضرورة تدخل المشرع في مختلف الدول و تحديد موقفه من هذه التجارب.

¹¹⁴ لمزيد من المعلومات بخصوص هذه التشريعات راجع د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 38 و ما بعدها..

¹¹⁵ د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 39.

¹¹⁶ راجع المادة 361 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترفيتها. سبقت الإشارة إليه.

¹¹⁷ سبقت الإشارة إليهما، ص. 470 و ما يليها من الرسالة.

¹¹⁸ د. أسامة عبد الله قايد، "المسئولية الجنائية للأطباء"، طبعة 2003، ص. 320.

و قد أشرنا أعلاه إلى اختلاف التشريعات بخصوص الاعتراف بهذه التجارب. و لتوضيح أكثر نتناول في الفروع الموالية الأساس القانوني للتجارب الطبية في عينة من التشريعات الغربية، ثم في نظيراتها العربية و بالتحديد في التشريع المصري و الجزائري.

الفرع الأول: الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الغربية:

سبقت الإشارة أعلاه إلى أن التشريعات الغربية لم تتخذ موقفاً موحداً بخصوص التجارب الطبية. كما أنها تستند إلى أسس مختلفة لإباحة هذا النوع من التدخلات الطبية، و هو ما سنحاول توضيحه من خلال دراسة موقف البعض من هذه المسألة.

أولاً: الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الأنجلوساكسونية:

تجد التجارب الطبية في البلاد الأنجلوساكسونية أساسها القانوني في مبادئ الشريعة العامة من جهة (common law)، و في التشريعات الخاصة التي أصدرتها مختلف الدول لتنظيم هذا المجال.

فالمبدأ السائد في الأنظمة الأنجلوساكسونية هو حق الشخص في الذاتية و حقه في تقرير مصيره (Autonomie et Autodétermination) الذي يفترض تمتع الإنسان بسيطرة كاملة على جسمه. و يترتب على هذا المبدأ حق مطلق للشخص في استعمال جسمه و التصرف فيه في حدود ما يتفق مع متطلبات النظام العام و الآداب العام.¹¹⁹

من ثم يجوز لكل فرد حر و مدرك أن يخضع نفسه اختياريًا للتجارب الطبية، بما في ذلك التجارب الغير علاجية، إذا كانت تحقق مصلحة للجماعة. و يستند هذا المبدأ إلى قاعدة أساسية في الشريعة العامة (common law) مفادها أن رضا المجني عليه بوقوع أي اعتداء على جسمه أو ماله يحول دون قيام الجريمة متى لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم و اقترن ذلك بموافقة المجني عليه المستتيرة.¹²⁰

أ- في الولايات المتحدة الأمريكية:

¹¹⁹ Meulders-Klein, M.T., et Maingain, B., "Le droit de disposer de soi-même ; étendue et limites en droit comparé", in Xième Journées Jean Dabin, précité, note 59 p. 231.

¹²⁰ Bishop, op.cit, p. 69 et s.

على صعيد التشريعات الخاصة، كانت الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي باشرت تنظيم التجارب الطبية عن طريق التشريع. إذ تمتد الحركة التشريعية في هذا البلد إلى سنة 1966،¹²¹ خاصة على المستوى الفيدرالي الذي عرف إصدار عدة تنظيمات نموذجية¹²² تبعتها فيما بعد تشريعات خاصة على مستوى الولايات.

و قد اهتمت أغلبية التنظيمات الفيدرالية بشرط الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجارب الطبية. ففي هذا الإطار يعرف التقنين الفيدرالي الصادر عن كتابة الدولة الأمريكية للصحة و المصالح البشرية سنة 1984 الرضا المستنير للشخص " ...بالرضا المدرك الصادر عن الشخص أو عن ممثله القانوني في ظروف تسمح له بالاختيار الحر بدون غلط أو تدليس أو أي شكل من أشكال الإكراه."¹²³

أما بخصوص الإعلام الواجب للشخص الخاضع للتجارب الطبية فقد تطرقت أغلبية التنظيمات إلى عناصر الإعلام التي يجب إفادة الشخص بها. فقد عدد التقنين المشار إليه أعلاه بهذا الخصوص ثمانى عناصر أساسية يجب إخطار المرشحين للتجارب الطبية بشأنها¹²⁴ و هي؛

- (1) إقرار بأن الدراسة المعنية تدخل في إطار البحث العلمي، إضافة إلى الأغراض المرجوة منها، المدة التي ستستغرقها و شرح كيفية تنفيذها.
- (2) بيان طبيعة المخاطر أو الأضرار المتوقع و المحتمل إصابته بها.
- (3) إيضاح المزايا المترتبة على التجربة، إن وجدت، سواء بالنسبة للشخص الخاضع لها أو لغيره.

¹²¹ Faden and Beauchamp, op.cit., Ch.5 et 6., Applbaum, P.S., Lidz, C.W., and Meisel,A., op.cit., p. 211.

¹²² أهمها اللائحة الفيدرالية الصادرة عن كتابة الدولة الأمريكية للصحة الصادرة بتاريخ 1984/01/26 المتضمنة الشروط التي يجب احترامها عند إجراء التجارب على الإنسان، سبقت الإشارة إليها.

¹²³ "...the knowing consent of an individual or his legally authorized representative, so situated as to be able to exercise free power of choice, without undue inducement or any element of force, fraud, deceit, duress, or other form of constraint or coercion." Sec. 46. 103 (c) of the U.S.A's Dept. of Health and Human and Human Services (D.H.H.S), 45 Code of Federal Regulation, Protection of Humans Subjects, 1984.

¹²⁴Sec. 46-116 (a) 45 Code of Federal Regulation, Protection of Humans Subjects, 1984,

- (1) A statement that the study constitutes research, an explanation of its purposes and the expected duration of subject involvement, and a description of the procedures involved, with experimental procedures identified as such.
- (2) A description of risks and discomforts that are "reasonably foreseeable".
- (3) A description of possible benefits to subjects and others.
- (4) Disclosure of appropriate alternative treatments, if any.
- (5) A statement describing the extent of confidentiality of records generated.
- (6) An explanation of whether compensation or treatment will be available if injuries occur.
- (7) A note as to who can be contacted with questions or reports of injuries.
- (8) A statement as to the voluntary nature of participation and the subject's right to withdrawal at any time.

- (4) ضرورة إعلام المريض الخاضع للتجربة العلاجية بالبدائل العلاجية الأخرى إن وجدت.
- (5) إقرار من المسؤول عن التجربة يحدد نطاق سرية ملف التجربة.
- (6) توضيح إمكانية التعويض أو تقديم العلاج اللازم من عدمه في حالة حدوث أضرار للشخص الخاضع للتجربة.
- (7) بيان الأشخاص الذين يمكن الاتصال بهم في حالة تحقق الأضرار.
- (8) التأكيد على حرية الأفراد في الخضوع لهذا النوع من التجارب و على حق الشخص في الخروج من التجربة في أي لحظة.

كما أصدرت كتابة الدولة الأمريكية للصحة عدة لوائح تنظيمية لحماية القصر و المعوقين ذهنياً بحكم أنهم معرضون أكثر من غيرهم للاستغلال في مجال التجريب على الإنسان.¹²⁵

و يرى بعض الفقه¹²⁶ أن التنظيم الذي احتوته هذه اللوائح يسمح بمراقبة أكثر صرامة بخصوص ركن الرضا مقارنة بالمبادئ القانونية التي تفرزها القرارات القضائية (Case Law). و أهم ما جاءت به هذه اللوائح نصها على تشكيل لجان مختلطة (Institutional Review Bord) أسندت إليها صلاحية مراقبة كيفية إجراء التجارب الطبية.¹²⁷ في حين عاب هؤلاء على هذه اللوائح عدم تحديدها لعناصر الإعلام الواجبة عند التجريب على الأشخاص الذين ينتمون إلى هذه الطائفة من أجل الحصول على رضاه مقبول.¹²⁸

كما لاحظ هؤلاء أن لجان المراقبة يهتمون بالصياغة المستعملة في "وثيقة الموافقة" أكثر من المواضيع الأكثر أهمية مثل كيفية إجراء التجربة، أهدافها و آثارها على الشخص الخاضع لها.

غير أن الجميع متفق على أنه مهما كانت نقائص التنظيم الفيدرالي إلا أنه نجح في إشراك الرأي العام بخصوص مراقبة التجارب الطبية على الإنسان و ساعد الكثير من الولايات على إصدار قوانينها الخاصة.¹²⁹

¹²⁵ راجع بشأنها؛ Applbaum, P.S., Lidz, C.W., and Meisel, A., المرجع السابق، ص. 211 و ما بعدها.

¹²⁶ Applbaum, P.S., Lidz, C.W., and Meisel, A., loc. cit.

¹²⁷ Ibid., p 232.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

ب- في بريطانيا:

لم يرقى اهتمام السلطات المعنية في بريطانيا بتنظيم التجارب الطبية على الإنسان عن طريق التشريع إلى المستوى المطلوب مقارنة بنظيره الأمريكي. وقد علق البعض¹³⁰ على هذه الظاهرة بأن التشريع في بريطانيا لا يتدخل في مراقبة التجارب الطبية إلا عند وقوع الكوارث.¹³¹ فبعض النظر عن التشريع الخاص بتجريب العقاقير الجديدة¹³²، لا يزال القانون الإنجليزي يشكو من نقص كبير في مجال تنظيم و مراقبة التجارب الطبية على الإنسان بما في ذلك القواعد المنظمة لشرط الرضا بخصوص المشاركة في هذا النوع من التدخلات الطبية. و في غياب التشريعات الخاصة فإن التجارب الطبية في بريطانيا تستمد مشروعيتها من مبادئ الشريعة العامة (common law) على النحو الذي بيناه آنفاً. أما بخصوص تنظيم هذه التجارب فقد اعتمد الإنجليز إلى حد كبير على الضوابط التي حددتها المواثيق الدولية خاصة منها إعلان هلسنكي و إعلان طوكيو، و كذا المبادئ العامة التي اتفقت عليه الدول الأوربية في إطار الاتفاقيات الإقليمية حول التجارب الطبية.¹³³

و يرى البعض أنه بالرغم من افتقار هذه الاتفاقيات إلى الجانب الإلزامي إلا أنها تشكل في بريطانيا الإطار النظري الذي يمكن أن تجرى فيه هذه التجارب بطريقة شرعية.¹³⁴ أما الشريعة العامة، فإن معظم مبادئها التي تنظم الرضا في الممارسة الطبية العادية تنطبق على التجارب الطبية. غير أن تنوع التجارب الطبية يفرض حلولاً قانونية مختلفة بحكم ما إذا كانت التجربة علاجية أو غير علاجية؛

- التجارب العلاجية:

يستقر القانون البريطاني على شرعية التجارب العلاجية و على مسؤولية الطبيب الناشئة عن الأضرار التي تتسبب فيها التجربة للشخص الخاضع لها، و ذلك منذ القرار الصادر في قضية

¹³⁰ (In Britain) the law's role in the control of medical research is limited to intervention when disaster has struck.", Brazier, M., "Medicine, Patients and the Law" 1987 ed. p. 294.

¹³¹ و المقصود هنا الكارثة الطبية التي وقعت في الستينات و التي أدت إلى إعاقة أو وفاة الكثير من الأجنة في أوروبا من جراء تناول الأمهات الحوامل لدواء عرف باسم "Thalidomide" تم إنتاجه في بريطانيا من قبل شركة بريطانية كانت قد حصلت على رخصة استغلال هذا المنتج من الشركة الألمانية التي طورته دون أن تقوم بتجريبه. راجع في هذا الشأن؛

Teff, H., and Munro, C., "Thalidomide: The legal aftermath", Saxon House, London, 1976. p. 101-4.

Brazier, M. op.cit , p. Chapter 7, p. 105.

¹³² Medicines Act 1968, cité par Brazier, op.cit., p. 294.

¹³³ راجع بخصوص هذه الاتفاقيات المبحث الثاني أعلاه ص. 470 و ما يليها.

¹³⁴ McLean, S.A.M., "Disclosure of Information, Consent to Medical Treatment and the Law", Thèse de PhD, Université de Glasgow. 1987. p. 354.

Hunter v. Hanley¹³⁵ سنة 1955. فقد قررت المحكمة في هذه القضية أنه لقيام مسئولية الطبيب الذي لجأ إلى التجريب العلاجي على المريض يجب إثبات ثلاث وقائع (facts) أساسية؛

- ضرورة إثبات وجود طريقة علاجية معتمدة لدى الهيئة الطبية.
- عدم اتباع الطبيب لهذه الطريقة العلاجية المعروفة.
- ضرورة إثبات أنه لا يمكن لأي طبيب عادي محتاط أن ينتهج سلوك الطبيب محل المتابعة.¹³⁶

و هو ما يعني بمفهوم المخالفة شرعية الطرق العلاجية التجريبية إذا لجأ إليها الطبيب، و كان سلوكه مقبولاً لدى أهل المهنة و لو كانوا قلة قليلة. بينما التجربة الغير مقبولة هي التجربة التي لا يجرأ على تنفيذها الطبيب العادي المحتاط.

- التجارب الغير علاجية:

تستند شرعية التجارب الغير علاجية في الشريعة العامة إلى رضا الشخص. و على هذا الأساس تكتسي موافقة الشخص الخاضع للتجارب العلمية أهمية خاصة. فهي تعطي الشرعية للتدخل الطبي الغير علاجي على جسم الشخص من جهة و تحمي حقه في السلامة البدنية و العقلية من جهة أخرى. من ثم يتعين على المسئول عن التجربة إعلام الشخص الخاضع لها إعلاماً شاملاً بحكم أنه لا يملك أي مبرر لحجب بعض المعلومات عن هذا الأخير. فلا مجال للحديث في هذا النوع من التجارب عن "الامتيازات العلاجية" (privilèges thérapeutiques) لأنه لا ينتظر منها أية فائدة طبية أو علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها حتى يُخشى رفضه الخضوع للتجربة من جراء الإعلام الشامل.¹³⁷

ثانياً: الأساس القانوني للتجارب الطبية في القانون الفرنسي:

¹³⁵ Hunter v. Hanley, S.C 200 (1955).

¹³⁶ "To establish liability by a doctor where deviation from normal practice is alleged, three facts require to be established. First of all it must be proved that there is a usual and normal practice, second; it must be proved that a defender has not adopted that practice; and thirdly (and this is of crucial importance) it must be established that the course the doctor adopted is one which no professional man of ordinarily skill would have taken if he had been acting with ordinary care." Ibid at p. 206.

¹³⁷ و تقرر هذا المبدأ في القضية الكندية المشهورة ؛ Halushka v. University of Saskatchewan ، سبقت الإشارة إليها.

تستمد التجارب الطبية أساسها القانوني في القانون الفرنسي من المادة 1-1121 L من قانون الصحة العامة.¹³⁸

و لقد انتظر الكثير من الفرنسيين من أهل الاختصاص صدور هذا القانون لأن النصوص القانونية القليلة التي كانت تنظم هذا المجال لم تنطبق إلى الشروط و الضوابط الموضوعية التي يمكن في ضوءها إجراء التجارب الطبية على الإنسان أو تلك التي تحدد طبيعة المسؤولية أو الجزاء المترتب على مخالفة تلك الشروط و الضوابط.¹³⁹ فالنص القانوني الوحيد الذي كان يحمي آنذاك الكيان البدني للأشخاص من الخضوع لهذه التجارب هي المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي، في الوقت التي وجدت تنظيمات جزئية تجيز إجراء التجارب الطبية الماسة بالسلامة البدنية.¹⁴⁰

و لقد أعطت تلك النصوص الشرعية القانونية للتجارب الطبية التي كانت تتم بهدف تحقيق غاية علاجية دون الخوض في تنظيم كيفية إجراءها، إلا أن ذلك لم يكن كافيا لحماية التكامل الجسدي للأشخاص الذين يخضعون لتلك التجارب،¹⁴¹ خاصة أن القانون الفرنسي يولي اهتماما خاصا بالتكامل الجسدي و العقلي للشخص¹⁴² و هو ما أكدته المادة 16 مكرر 3 من القانون

¹³⁸ Les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du **développement des connaissances biologiques ou médicales** sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes "recherche biomédicale".

Les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête sont dénommées recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont dénommées sans bénéfice individuel direct...» l'art. 1121-1 du code de la santé publique, (Loi n° 88 - 1138 du 20 Déc. 1988 modifiée par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, ainsi que par la loi n° 94-548 du 01/07/94 relative aux fichiers sanitaires automatisés, et la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, dite « Loi Kouchner » (JO du 05/03/2002).

¹³⁹ د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 414.

¹⁴⁰ Parmi ces réglementations ;

- l'arrêté de 1937 pris en application de la loi du 14/06/1934 qui précisait dans quelles conditions un praticien était autorisé à procéder à l'expérimentation de vaccins et de sérums.
- La procédure d'A.M.M. (Art.601-605 de ordonnance du 23/09/67 relative à l'expertise médicales et aux essais de médicaments, qui imposait différentes phases expérimentales ; l'une d'entre elles s'effectuant sur un sujet sain.
- Décret n° 72-1062 du 20/11/1972 portant les conditions de l'application de l'art. 601 du code de la santé publique.
- Décision ministériel en date du 16/12/75 relative à la réglementation des essais de produits pharmaceutiques, tenant en compte les recommandations du conseil européen prisent en date du 20/05/75, précité.
- Code Fr. de la déontologie médicale de 1979. Voir. Hennau – Hublet, op.cit., p 322., et Barret, sur le site; <http://www-santé.ujf-grenoble.fr/SANTE/medilega/pages/serveurb.html>, mise à jour le 15 mars 2004.

¹⁴¹ د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 415.

¹⁴² راجع مشروعية التجارب الطبية، ص. 454 من الرسالة.

المدني الفرنسي لسنة 1994 و التي جاء فيها؛ " لا يجوز المساس بالتكامل الجسدي للإنسان إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة علاجية...".¹⁴³

أما قانون الصحة العامة الفرنسي فقد وضع الإطار القانوني لهذه التجارب و حدد الضوابط التي يجب على الأطباء أو الصيادلة المختصين مراعاتها بخصوص التجريب على الإنسان. و طبقا للقواعد العامة التي تضمنها هذا القانون تستمد التجربة الطبية على الإنسان شرعيتها القانونية و الأخلاقية في القانون الفرنسي من ثلاث عناصر أساسية هي؛

- جدوى البحث أو التجربة.
- وجوب توافر الأصول العلمية اللازمة لإجراء التجربة.
- وجوب توفير أسباب الأمن و السلامة في المكان الذي تجرى فيه التجربة.

و لقد نصت على هذه العناصر صراحة المادة 2-L.1121¹⁴⁴ من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث جاء فيها؛ " لا يجوز إجراء أية تجربة على الكائن البشري؛

- إذا لم تكن قائمة على آخر المعطيات العلمية و بشرط أن تسبقها تجارب معملية كافية.
- إذا كان الخطر المتوقع حدوثه للشخص الخاضع للتجربة لا يتناسب مع الفائدة المرجوة من إجراء هذه التجربة.
- إذا لم يكن من شأنها أن تؤدي إلى تحديث المعطيات العلمية المطبقة على الكائن البشري".

و يدخل في مفهوم التجربة الطبية، طبقا للتعريف التي جاءت به المادة 1-L.1121 من نفس القانون كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري بهدف تطوير المعطيات البيولوجية أو الطبية (développement des connaissances biologiques ou médicales).

¹⁴³ « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de **nécessité thérapeutique pour la personne...** » l'art. 16-3 du code civile Français de 1994, introduite par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et modifié par l'article 70 de la loi 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

¹⁴⁴ « **Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :**

- **si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation pré-clinique suffisante ;**
- **si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;**
- **si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition** », l'art. 1121-2 du Code de la santé publique, précité..

و يرى البعض¹⁴⁵، أنه طبقاً لهذا التعريف فإن نطاق التجريب على الإنسان لا يقتصر على تجريب العقاقير الجديدة فحسب بل يمتد إلى الأبحاث التطبيقية أو البيولوجية، و هي الأبحاث المتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية و دراسة الأمراض سواء كانت وراثية أو مكتسبة أو جراحية. و يدخل في مفهوم التجربة أيضا كل بحث من شأنه أن يحقق تقدماً أو يوصل إلى ابتكار يمكن للإنسان الاستفادة منه سواء في حالة الصحة أو المرض. كما يفيد التعريف، من جهة أخرى، بأن محل هذه التجارب هو الإنسان الحي لأن التشريع الفرنسي تولى تنظيم التجارب على الإنسان في حالة الموت الدماغي استثنائياً في المادة 5-1124 L من قانون الصحة (قانون رقم 94-548 الصادر بتاريخ 1994/07/01)¹⁴⁶ المتعلق بمعالجة المعطيات المعلوماتية¹⁴⁷ في إطار البحث العلمي في مختلف مجالات الصحة، و الذي أدرج هذه الحالة ضمن التجارب العلمية. كما يرى هؤلاء¹⁴⁸ أن تعريف التجربة طبقاً لهذا القانون يمنع التجريب على الجنين و إن كان ذلك جائزاً طبقاً لمادة 152 مكرر 8 من القانون رقم 94-654 الصادر بتاريخ 1994/07/29 و المتعلق بالتبرع و استعمال منتوجات الجسم البشري.¹⁴⁹

و على العموم يمكن إجمال أهم القواعد الأساسية التي يجب مراعاتها عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان طبقاً لقانون الصحة العامة الفرنسي فيما يلي؛

أ: الشروط المشتركة (لكل أنواع التجارب) ؛

- التزام الشخص أو الأشخاص القائمين بالتجربة الطبية بالتأمين من المسؤولية¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Beaudoire, C., "La responsabilité civile et l'assurance en matière d'expérimentation médicale", 1992. p. 8. Pourrat, E., "L'expérimentation médicale sur le corps de la personne vivante". 1995. p. 16. ¹⁴⁶ و يشكل هذا القانون مع القانونين الآخرين (القانون رقم 653 - 94 المتعلق باحترام جسم الإنسان و القانون رقم 654 - 94 المتعلق بالتبرع و استخدام عناصر و منتوجات جسم الإنسان و المساعدة الطبية على الإنجاب و التشخيص قبل الولادي الصادرين بتاريخ 1994/07/29) الثلاثية المعروفة في فرنسا بقوانين الأخلاق الحيوية (Lois Bioéthiques). لمزيد من المعلومات حول هذه القوانين راجع؛

Michaud, J., "Les Lois Bioéthiques ; présentation", Médecine & Droit, n° 8 Sept./Oct. 1994. éd. technique . p. 108.

¹⁴⁷ و المقصود بها دراسة و تحليل المعلومات الخاصة بالأمراض و المرضى من خلال البطاقات الصحية . راجع في هذا الشأن؛

Granet, F., "Les Fiches Sanitaires Automatisés (Loi n° 94-548 du 01/07/1994) Dalloz, 1995, chron. p. 10-12.

¹⁴⁸ Beaudoire, C, op.cit. p. 8, Pourrat, E., op.cit. p. 16.

¹⁴⁹ Loi n° 94-654 du 29/07/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain . précité.

¹⁵⁰ " **La recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile** telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public. L'art. 1121-7-3 du code de santé publique, précité. Voir aussi le Décret n° 91- 440 du 14/05/1991 relatif à l'assurance obligatoire dans la recherche biomédicale.

- لا يجوز مباشرة التجارب الطبية إلا تحت إشراف أطباء ذوي كفاءات و مؤهلات علمية عالية، يتولون الإشراف على إجراء التجارب و التحقق من إجرائها وفقا للأصول العلمية.¹⁵¹
- الحصول على الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة (وفقا للشروط التي حددتها المادتين L.1122-1 و L.1122-2 من قانون الصحة العامة).
- لا يجوز مباشرة التجارب الطبية إلا بعد الحصول على موافقة اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص¹⁵² و كذا موافقة الجهة الإدارية المختصة (Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de santé).¹⁵³

¹⁵¹ Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que :

- sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée;
- dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches. L'art. 1121-3 du C.S.P, précité.

حيث يشترط في المشرف أن يكون حاصلًا على شهادة الدكتوراه في الطب. راجع بهذا الخصوص؛ Assistance publique – Hôpitaux de Paris : “Guide Pratique – loi du 20 déc. 1988 modifiée par la loi 90- 86 du 23 Jan. 1991 sur la protection des personnes qui se prêtent aux recherches biomédicales” 1995, p. 23.

أما بخصوص التزامات المشرف على التجربة فهي تشمل؛ أولاً: التزاماته السابقة على إجراء التجربة و يدخل ضمنها:

- 1- تقديم مشروع التجربة إلى اللجنة الاستشارية المختصة لممارسة دورها الرقابي، و يجب أن يتضمن المشروع بيانًا بطبيعة التجربة، تحديد الشخص القائم بها و الهدف من إجرائها، طريقة إجرائها، مكانها و كذا تحديد الأشخاص المساهمين فيها. كما يجب أن يتضمن المشروع بيانًا يتعلق بضمان سلامة و حماية الشخص الخاضع للتجربة، و هي المعلومات التي ينبغي إحاطة هذا الأخير بها كالهدف من إجراء التجربة، مدتها، النتائج المتوقعة، سلبية كانت أو إيجابية، و كذلك ضرورة إخطاره بحقه في العدول عن موافقته بشأن المساهمة في الدراسة في أي مرحلة. (المادة L.1123-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي).
- 2- الإشراف على التفاوض بين الشخص القائم بالتجربة و بين المؤسسة التي يتم فيها إجراء التجربة.

ثانياً: التزاماته أثناء إجراء التجربة:

- 1- التحقق من توافر رضا الشخص الخاضع للتجربة.
- 2- الالتزام بالسرية الطبي و عدم إفشاء ما يتعلق بالتجربة.
- 3- أخذ رأي اللجنة الاستشارية في حالة حدوث أي تعديل على التجربة بطراً أثناء إجرائها. كما يلتزم بإخطار الجهة الإدارية المختصة عند وقوع أي حادث خطير من جراء تنفيذ التجربة (وفاة، أضرار جسيمة تطلبت دخول الشخص إلى المستشفى) أو عن أي واقعة من شأنها تهديد سلامة الأشخاص. حيث يجوز في هذه الحالة، للجهة المعنية، الأمر بإيقاف التجربة. (المادة L.1123-8 من قانون الصحة العامة الفرنسي).
- 4- توجيه الشخص القائم بالتجربة إلى أي مخالفة تقع منه أثناء إجراء التجربة و هو من أهم صلاحيات المشرف في هذه المرحلة.

ثالثاً: التزاماته اللاحقة على إجراء التجربة:

- 1- مراقبة نتائج التجربة خلال العشر سنوات التالية على إجرائها.
- 2- تقديم تقرير نهائي إلى اللجنة الاستشارية عن التجربة يقر فيه بمسؤوليته عن نتائجها و أنها تمت وفقاً للأصول الفنية و العلمية للبحث. لمزيد من المعلومات بخصوص هذه التزامات المشرف على التجارب راجع؛

Villani, D., “La protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales”, Thèse, Lyon, 1992, p. 101. Guide pratique, op.cit. p. 24 et s.

و جدير بالملاحظة أنه يمكن للطبيب المشرف أن يقوم بهذا الدور الرقابي من خلال إحدى الصورتين؛

- أن يكون طبيباً حراً و يدعى بصفة شخصية من قبل الشخص القائم بالتجربة.
- أن يكون تابعاً لمؤسسة طبية و في هذه الحالة يجب أن يخطر رئيسه بإشرافه على التجربة أو أن يباشرها بنفسه لمصلحة المؤسسة التي يمارس فيها. و في هذه الحالة تقع عليه التزامات القائم بالتجربة، و أهما التامين من المسؤولية. راجع؛ Villani المرجع السابق، ص. 101.

¹⁵² Le comité consultatif de protection des personnes.

¹⁵³ راجع المادة L.1123-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي. و لقد حدد هذا القانون الإجراءات التي يجب اتباعها على النحو التالي؛

ب: الشروط الخاصة بإجراء التجارب العلمية؛

نظرا لخطورة هذا النوع من التجارب يشترط القانون الفرنسي لإجرائها شروطا إضافية

أخرى على النحو التالي؛

- لا يجوز مباشرة التجارب العلمية إلى في الأماكن التي تتوافر على الإمكانيات المادية و التقنية اللازمة و على الشروط الأمنية الضرورية لسلامة الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب.¹⁵⁴

- لا يجوز إخضاع الأشخاص إلى تجارب متعددة في نفس الوقت.¹⁵⁵

- التأكد من خلو التجربة العلمية من أي أخطار جسيمة على صحة الأشخاص الخاضعين لها. و يجب إخضاع المرشحات لهذه التجارب لفحوص طبية، و إعلامهم بنتائج هذه الفحوص من قبل أطباء من اختيارهم، قبل موافقتهم على الخضوع للتجربة العلمية.¹⁵⁶

و من خلال هذه القواعد يتضح أن المشرع الفرنسي قد استلهم تنظيمه لهذا المجال من الضوابط و المبادئ العامة المتفق عليها دوليا و إقليميا بشأن إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

-
- يلتزم أولا القائم بالتجربة بسداد الرسوم المقررة إلى وزارة الصحة لقاء أخذ رأي اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص. (المادة R. 1123-21 من قانون الصحة العامة).
 - استشارة اللجنة المشار إليها أعلاه من خلال إيداعه بروتوكول التجربة لديها. و يجب على اللجنة الفصل في الطلب في خلال خمس أسابيع من تاريخ إيداعه، (المادة R. 1123-16 من قانون الصحة العامة).
 - توجيه " خطاب النوايا" (la lettre d' intention) لإجراء التجربة إلى الجهة الإدارية المختصة مرفوقا برأي اللجنة في حالة قبولها لمشروع التجربة.
- لمزيد من المعلومات راجع؛ Guide Pratique, op.cit. p. 23.

L'art. L.1123-6 du code de la santé publique, précité

¹⁵⁴ Les recherches biomédicales **sans bénéfice individuel direct ne peuvent être réalisées que dans un lieu équipé des moyens matériels et techniques adaptés à la recherche et compatibles avec les impératifs de sécurité des personnes qui s'y prêtent et autorisé**, à ce titre, par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé pour les produits mentionnés à l'article L. 5311-1 ou par le ministre chargé de la santé dans les autres cas.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les recherches sans bénéfice individuel direct en épidémiologie, génétique, physiologie, physio-pathologie peuvent être réalisées par des professionnels de santé, dans leurs lieux d'exercice habituel lorsque ces recherches ne nécessitent pas d'actes autres que ceux qu'ils pratiquent usuellement dans le cadre de leur activité médicale. Le comité consultatif de protection des personnes dans la recherche biomédicale s'assure alors, avant de rendre son avis, que les conditions du présent article sont satisfaites. L'art. 1124-6 C.S.P. (loi du 04/03/2002).

¹⁵⁵ "Nul ne peut se prêter simultanément à plusieurs recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct....", L'art. L.1124-4-1, C.S.P. Fr. Précité

¹⁵⁶ "Les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct ne doivent comporter aucun risque prévisible sérieux pour la santé des personnes qui s'y prêtent.

Elles doivent être précédées d'un examen médical des personnes concernées.

Les résultats de cet examen leur sont communiqués préalablement à l'expression de leur consentement par l'intermédiaire du médecin de leur choix. ", L'art. L.1124-1 C.S.P fr. Précité.

بل إن التشريع الفرنسي قد سبق الكثير من التشريعات بشأن حماية الأشخاص المشاركين في التجارب الطبية من خلال اشتراط التأمين من المسؤولية على القائم بالتجربة. و إذا كان هذا الشرط يخدم بالدرجة الأولى مصلحة المسئول عن التجربة إلا أنه يشكل ضمانا مهما للشخص الخاضع للتجربة في حالة تضرره منها.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للتجارب الطبية في الدول العربية:

إن موقف التشريعات العربية غير واضح بخصوص التجارب الطبية على الإنسان بسبب قلة النصوص القانونية المنظمة لهذا المجال في الكثير منها، و هو ما سنحاول توضيحه من خلال دراسة الأساس القانوني لهذه التجارب في عينة من القوانين العربية منها القانون المصري و نظيره الجزائري.

أولاً: موقف القانون المصري من التجارب الطبية:

من المتفق عليه في القانون المصري، وفقا لقواعده العامة و ما استقر عليه الفقه و القضاء، أن الطبيب حر في اختيار طريقة العلاج التي يراها الأنسب لصالح مريضه. فمن حقه أن يطبق أسلوبا غير شائع بين الأطباء أو جديد لم يسبق تجربته من قبل، بشرط تأكده من أنه سيحقق مصلحة مباشرة للمريض، و هي الشفاء. غير أن الطبيب في هذه الحالة مقيد بعدم تجاوز الحدود التي يرسمها له القانون لإباحة العمل الطبي.¹⁵⁷ و عليه، يجوز في القانون المصري مباشرة التجارب الطبية التي تهدف إلى علاج المريض بموجب القواعد العامة في القانون المصري.

أما بخصوص التجارب الغير علاجية، فباستثناء المادة 43 من الدستور المصري، لم يرد في القانون المصري أي نص صريح يبيح أو يمنع هذا النوع من التجارب، إلا أن الفقه المصري متفق على عدم شرعية هذا النوع من التجارب.¹⁵⁸ حيث يرى البعض أن لجوء الطبيب إلى التجارب الغير علاجية يشكل خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب عن جريمة عمدية،¹⁵⁹ أو متجاوزة

¹⁵⁷ و من أقطاب الفقه الجنائي المصري الذين يؤيدون هذا الاتجاه؛ د. محمود نجيب حسني، د. محمود مصطفى، د. مأمون سلامة، د. رمسيس بهنام، د. عبد الرؤوف مهدي، د. السعيد مصطفى السعيد. راجع بهذا الخصوص د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 62، هامش 54.

¹⁵⁸ د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 63.

¹⁵⁹ منهم على سبيل المثال، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ط. 1982 ص. 177؛ و د. محمود مصطفى، " شرح قانون العقوبات، القسم العام" القاهرة، 1974، ص. 181.

القصد حسب الأحوال.¹⁶⁰ هذا فضلا عن قيام مسؤوليته المدنية متى نتج عن التجربة الغير علاجية ضررا بجسم الإنسان الذي خضع لها و ذلك طبقا للقواعد العامة في القانون.¹⁶¹

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسؤولية الطبيب تبقى قائمة و لو تمت التجربة الغير علاجية بموافقة الشخص، لأن حق الإنسان في الكيان الجسدي يمنع المساس بجسده إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة علاجية لفائدة الشخص ذاته و بقدر يتناسب مع تلك الفائدة.

كما أن مسؤولية الطبيب تبقى قائمة حتى و لو دفع القائم بالتجربة مبلغا ماليا للشخص الذي خضع لها لأن الاتفاق القائم بين الطرفين باطل أساسا لمخالفته للنظام العام.¹⁶² و يقيم غالبية الفقه المصري عدم شرعية التجارب الغير علاجية على أساس تجاوز الطبيب للغاية من مزاوله مهنة الطب و الجراحة و هي العلاج. فمن بين شروط مزاوله مهنة الطب، أن يكون الهدف من التدخل الطبي هو العلاج. غير أن هذا الشرط تفتقد إليه التجارب غير العلاجية و هو ما يجعل سلوك الطبيب يفتقد بدوره إلى مبرره الشرعي و القانوني.¹⁶³ و إذا كان هذا هو المبدأ العام في القانون المصري وفقا لما استقر عليه الفقه و القضاء إلا أن الدستور المصري الصادر سنة 1971 ينص في المادة 43 منه على ما يلي؛ " لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر".

فإذا كان ظاهر هذا النص الدستوري يؤكد على حماية الكيان الجسدي للإنسان في مجال التجارب الطبية من خلال تأكيده على شرط الرضا إلا أنه أثار الكثير من التساؤل بخصوص شرعية التجارب الغير علاجية من عدمه. حيث انقسم الفقه بهذا الخصوص إلى اتجاهين؛

- اتجاه أول يقول بشرعية هذا النوع من التجارب استنادا للمادة المذكورة.¹⁶⁴
- اتجاه ثاني يرى أن النص الدستوري المشار إليه مجرد شرط مبدئي لإجراء التجارب العلاجية، و هو موافقة الشخص الخاضع للتجربة، مع استمرار حظر التجارب الغير علاجية على الإنسان وفقا للأسانيد المشار إليها سابقا.¹⁶⁵

¹⁶⁰ د. مأمون سلامة، "قانون العقوبات القسم العام"، 1976، ص. 174.

¹⁶¹ راجع مثلا، د. محمد حسين منصور "المسؤولية الطبية"، المرجع السابق، ط. 1999، ص. 12.

¹⁶² د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 64.

¹⁶³ د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، في نفس المكان.

¹⁶⁴ منهم د. محمد سامي الشوا، "مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات"، طبعة 2003، ص. 143 و ما بعدها.

¹⁶⁵ منهم د. يسر أنور علي، "شرح الأصول العامة في قانون العقوبات" ص. 72. د. حمدي عبد الرحمان، معصومية الجسد، مرجع سابق، ص. 62،

و أمام هذا الوضعية يرى الكثير ضرورة تدخل المشرع المصري لوضع حد لهذا الخلاف الفقهي و تنظيم التجارب الطبية على الإنسان بما يحقق الحماية التي ابتغاها الدستور للكيان الجسدي للإنسان.¹⁶⁶

ثانيا: موقف القانون الجزائري من التجارب الطبية:

تجد التجارب الطبية أساسها القانوني في القانون الجزائري في المادتين 168 مكرر 2 و 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها،¹⁶⁷ و كذا في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.¹⁶⁸ حيث جاء في المادة 2/168 فقرة أولى ما يلي؛

" يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي..."

في حين نصت المادة 3/168 على ما يلي؛
"تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه."

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على ما يلي؛

"لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقاب صارمة و عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض."

و من استقراء هذه المواد يتضح أن التشريع الجزائري يبيح صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية.

أما بخصوص القواعد الأساسية المنظمة لكيفية إجراء هذه التجارب فقد اقتصر تدخل المشرع الجزائري على البعض منها فقط، كشرط الموافقة،¹⁶⁹ و طبيعة المسؤولية الناتجة عن

¹⁶⁶ ذ. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 65.

¹⁶⁷ قانون رقم 85-05 المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17، سبقت الإشارة إليه.

¹⁶⁸ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 الصادر بتاريخ 06/07/1992، سبقت الإشارة إليه.

تضرر الخاضع للتجربة.¹⁷⁰ في حين أسند مهمة التوجيه و الرقابة بخصوص التجارب الطبية على الإنسان إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، و هو ما يعني أن إجازة التجارب الطبية، خاصة منها الغير علاجية، مرتبطة بالرأي المسبق لهذا المجلس وفقا للمضوابط العلمية المعمول بها. ففي هذا الصدد تنص المادة 1/168 على ما يلي؛

" ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة و الأعضاء و زرعها و التجريب و كل المناهج العلاجية (1) التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي (2) مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية و كرامته، (3) و الأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي و القيمة العلمية لمشروع الاختبار و التجريب (4)".

و من خلال النصوص التشريعية التي تضمنها قانون حماية الصحة و ترقيتها و كذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية¹⁷¹ يمكن استخلاص أهم الشروط التي يجب مراعاتها للتجريب على الإنسان في ظل القانون الجزائري على النحو التالي؛

- (1) وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان. غير أن إجراء التجارب الغير علاجية متوقف على إجازة المجلس المشار إليه بحكم دوره الرقابي عليها.¹⁷² ففي حالة رفض المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية لمشروع التجربة المقترح يمتنع على صاحبه مباشرة هذه التجربة.

- (2) يشترط لإجازة التجربة تحقيقها لمصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها أو لتقدم البحث العلمي.

- (3) احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة و كذا كرامته، و هو ما يعني التأكد من موافقته من جهة و توافر الشروط الأمنية اللازمة لسلامته البدنية في مكان

¹⁶⁹ راجع الفقرتين الثانية و الأخيرة من المادة 2/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه.

¹⁷⁰ حيث جاء في المادة 4/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي؛ " لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب و رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

¹⁷¹ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06/07/1992 سبقت الإشارة إليه.

¹⁷² و هو ما أكدت عليه صراحة المادة 3/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي جاء فيها؛ " تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية..."

إجراء التجربة.¹⁷³ من جهة أخرى، لا يجوز إجراء التجارب الطبية على الشخص إلا بعد الحصول على موافقته الحرة و المستنيرة.¹⁷⁴

- (4) التأكد من القيمة العلمية لمشروع التجربة بالنظر إلى زمن تنفيذها، بحث لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية للظفر بالنتائج المرجوة، و في إطار احترام السلامة البدنية للشخص.¹⁷⁵

و من خلال هذه النصوص يتضح أن التشريع الجزائري قد اتبع الاتجاه الذي سارت عليه الكثير من التشريعات من خلال تأكيده على وجوب مراعاة الشروط المتعلقة بحماية السلامة البدنية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية و غيرها من الشروط ذات الطبيعة العلمية. غير أنه يعاب على التشريع الجزائري إسناده الدور الرقابي على هذه التجارب لهيئة طبية محضة (المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب)¹⁷⁶ و هو ما يخالف الاتجاه السائد حاليا على المستوى الدولي.¹⁷⁷

المطلب الثاني: شروط تنفيذ التجارب الطبية على الإنسان:

عالجنا في المطلب السابق الأساس القانوني للتجارب الطبية على الإنسان، و ذلك من خلال عرض النصوص القانونية التي تبيح صراحة هذا النوع من التدخلات الطبية على جسم الإنسان في عينة من التشريعات المختلفة. كما بينا الأسانيد القانونية التي اعتمدها الفقه لإباحة أو منع التجارب الطبية، خاصة منها التجارب العلمية، في الدول التي لم يتدخل فيها المشرع لتنظيم هذا المجال بنصوص صريحة.

غير أنه في كلتا الحالتين يشترط لإباحة التجارب الطبية على الإنسان وجوب مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية التي تضمنتها المواثيق الدولية و التشريعات الداخلية على النحو الذي سبق بيانه، من بينها الشروط العامة اللازم توافرها للأعمال الطبية، و يضاف إليها شروط

¹⁷³ حيث تنص المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية على ما يلي؛ " يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا يمرر له خلال فحوصه أو علاجه". 'و تضيف المادة 18 من نفس المدونة ما يلي؛ ' لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعض إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة و عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض."

¹⁷⁴ المادة 2/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليها.

¹⁷⁵ و هي من المبادئ الأخلاقية التي نص قانون حماية الصحة و ترقيتها صراحة على وجوب احترامها ، راجع المادة 2/168.

¹⁷⁶ راجع المادة 1/168 من قانون حكاية الصحة و ترقيتها.

¹⁷⁷ راجع ص. 501 و ما يليها من الرسالة..

أخرى تفرضها طبيعة التجارب الطبية تتمثل في الضمانات الطبية و الضمانات القانونية الخاصة بحماية الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب، و هو ما سنحاول توضيحه في الفرعين المواليين.

الفرع الأول: الشروط العامة لمزاولة الأعمال الطبية:

من خلال عرض أنواع التجارب الطبية توصلنا إلى أن التجارب العلاجية هي التجارب التي يكون الهدف منها علاج المريض الخاضع لها. من ثم يشترط في القائم بهذا النوع من التجارب الشروط العامة لإباحة الأعمال الطبية التي تم التعرض لها بالتفصيل في بداية هذه الرسالة و هي؛¹⁷⁸

- ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب.
- اتباع الأصول العلمية.
- قصد العلاج.
- رضا المريض.

و لا يختلف مضمون هذه الشروط في التجارب العلاجية عنه في الأعمال الطبية العامة. حيث يكفي توافر هذه الشروط وفقا لخصائصها العامة للقول بتوافرها في مجال التجارب العلاجية.¹⁷⁹

و لا تختلف هذه الشروط بالنسبة للتجارب الغير علاجية أيضا، حيث لا يمكن مبدئيا المساس بالسلامة البدنية للإنسان بدون ترخيص قانوني من الجهات المعنية. من ثم يشترط أيضا في القائم بالتجربة الغير علاجية الشروط المشار إليها أعلاه إذا كان هذا الأخير ينتمي إلى المهن الطبية، و هي عادة القاعدة العامة.

و إذا كان شرط الرضا من الشروط الأساسية التي يجب توافرها للمساس بالسلامة البدنية للشخص في التدخلات الطبية العادية فإن لهذا الشرط أهمية خاصة في مجال التجارب الطبية، لنفس الاعتبارات، بحكم خطورة هذا النوع من التدخلات الطبية على الكيان الجسدي للإنسان. من ثم كان هذا الشرط موضوع اهتمام كل الاتفاقيات الدولية و التشريعات الخاصة التي نظمت هذا

¹⁷⁸ راجع الفصل التمهيدي من هذه الرسالة.

¹⁷⁹ د. شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص. 625.

المجال، و هو ما دفعنا أيضا إلى دراسة جميع المسائل التي يثيرها هذا الشرط في مبحث مستقل.¹⁸⁰

و على العموم إن خطورة التجارب الطبية تتطلب عناية خاصة بالشخص الخاضع لها، ليس فقط من الناحية الطبية فحسب، بل أيضا من الناحية القانونية، و هو ما سنوضحه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: وجوب توافر الضمانات الطبية و القانونية:

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للتجارب الطبية سواء على المستوى الدولي¹⁸¹ أو الداخلي¹⁸² يمكن استخلاص أهم الضمانات الطبية التي يجب توافرها لشرعية التجربة الطبية سواء من الناحية القانونية أو الأخلاقية. أما الضمانات القانونية فهي تشمل الرقابة الإدارية و/أو الاجتماعية على هذه التجارب و كذلك ضرورة تحديد طرق جبر الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها الشخص من جراء الخضوع لتلك التجارب.

أولا: الضمانات الطبية:

لما كانت التجارب الطبية من اختصاص أهل الطب بالدرجة الأولى و يتم تنفيذها في المؤسسات الطبية، فإن جل هذه الضمانات مرتبطة بالشروط التي يجب توافرها في الطبيب المجرّب و في المؤسسة التي تجري فيها التجربة و كذا الطرق العلمية المعتمدة في البحث العلمي الذي يكون محله الإنسان و تشمل القواعد التالية؛

- وجوب إسناد مهمة القيام بهذه التجارب إلى أطباء أكفاء تتوافر لديهم الخبرة الكافية للقيام بها للتقليل من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة، أو على الأقل اشتراط هذه الدرجة العلمية في الشخص المشرف عليها.¹⁸³

¹⁸⁰ راجع المبحث الموالي أدناه. ص. 511 و ما يليها.

¹⁸¹ راجع المبحث الثالث، أعلاه. ص. 470. من الرسالة.

¹⁸² راجع ص. 483 و ما يليها من الرسالة.

¹⁸³ Voir par ex L'art. 1121-3 du C fr .S.P, précité.

راجع أيضا المادة الثامنة من تفتين Nuremberg. و المبادئ العامة التي جاءت بها إعلان هلسنكي. سبقت الإشارة إليهما.

- وجوب إجراء التجارب الطبية في أماكن محددة تخضع لرقابة و إشراف الجهات الإدارية المعنية كالمستشفيات الجامعية أو مراكز الأبحاث المعترف بها و بعد الحصول على رخصة من الجهات الإدارية المعنية بعد التأكد من توافر هذه المؤسسات على الإمكانيات المادية و الفنية المناسبة لإجراء مثل هذه التجارب.¹⁸⁴
- وجوب التجريب على الحيوان قبل الانتقال للتجريب على الإنسان، إذ لا يجوز اتخاذ الإنسان حقلا ابتدائيا لتجربة العقاقير و الطرق العلاجية الجديدة.¹⁸⁵
- وجوب الموازنة بين المزايا المنتظرة من التجربة و الأخطار المقترنة بها، بحث لا يجوز إجازة التجارب التي تفوق مخاطرها المنافع المنتظرة منها سواء بالنسبة للشخص الخاضع لها أو بالنسبة للبشرية.¹⁸⁶
- الالتزام بتوقيف التجربة إذا ثبت عدم جدواها أو أن الأضرار المترتبة عنها أكبر من المنافع المتوقع تحقيقها.¹⁸⁷

ثانيا: الضمانات القانونية:

كقاعدة عامة، لا يكفي لإجازة التجارب الطبية توافر الضمانات الطبية المشار إليها أعلاه. إذ أن إباحة التجارب بدون رقابة على الأطباء فيه خطر كبير على سلامة الأفراد الخاضعين لهذا النوع من التدخلات الطبية، خاصة منها التجارب العلمية.

و على هذا الأساس لجأت الكثير من الأنظمة إلى فرض رقابة صارمة على إجراء هذه التجارب من خلال تعيين جهات رقابية أسندت إليها مهمة دراسة مشاريع التجارب الطبية، بحيث لا تجيز إلا التجارب التي احترم أصحابها الضوابط العلمية و القانونية المعمول بها في هذا المجال. من جهة أخرى تؤكد الكثير من التشريعات على قيام مسؤولية الطبيب المدنية لضمان تعويض الأشخاص المحتمل تضررهم من هذه التجارب.¹⁸⁸

¹⁸⁴ و هو ما تشترطه المادة 6-1123.L من قانون الصحة الفرنسي صراحة. و هو ما اشترطه أيضا المشرع الجزائري بطريقة غير مباشرة من خلال إسناد دور الرقابة للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية للتأكد من مدى توافر الإمكانيات اللازمة لإجراء التجارب الطبية. راجع المادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

¹⁸⁵ حيث أكدت على هذا الشرط مختلف الاتفاقيات الدولية، راجع مثلا المادة الثالثة من تقنين Nuremberg، و المبادئ الأساسية للإعلان هلسنكي، سبقت الإشارة إليهما.

¹⁸⁶ Ex. l'art. L.1121-2 du code français de la santé publique, précité. Voir Sec. 46-116 (a) 45 Code of Federal Regulation, Protection of Humans Subjects, 1984, U.S.A.-2

بخصوص القانون الجزائري راجع المادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها. أما على مستوى الاتفاقيات الدولية راجع المبادئ التي أقرها إعلان هلسنكي ثم إعلان طوكيو في المبحث الثالث أعلاه.

¹⁸⁷ راجع المواد 4، 5، 7، 8، 9 و 10 من تقنين Nuremberg، سبقت الإشارة إليه. راجع أيضا، المادة 8-1123.L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

¹⁸⁸ في هذا الصدد تنص المادة 4/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛ " لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب و رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية". من جهة أخرى لجأت بعد التشريعات إلى

أ- الرقابة على التجارب الطبية؛

من المبادئ المستقرة اليوم في مجال التجريب ضرورة إخضاع التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان إلى رقابة جهات مستقلة للتأكد من مطابقة بروتوكول التجربة للقواعد القانونية و الأخلاقية المنظمة لهذا المجال. و تبدو أهمية هذا الرقابة من عدة أوجه؛

(1)- إن السعي إلى تحقيق التقدم العلمي من شأنه أن ينسي الطبيب الباحث الرعاية اللازمة للشخص الخاضع للتجربة و يعرضه لمخاطر قد لا تناسب الفائدة المنتظرة من التجربة. و تزداد أهمية هذه الرقابة إذا أخذ الواحد بعين الاعتبار أن الاتفاقيات الدولية التي تم التوصل إليها في هذا المجال كانت كرد فعل للتنديد العالمي بالجرائم التي تعرضت لها البشرية من قبل الأطباء النازيين باسم البحث العلمي. كما أن للرقابة على التجارب الطبية أهمية بالغة في حماية الطوائف الضعيفة من الاستغلال الذي يمكن أن يتعرضوا له.¹⁸⁹

(2)- إن فرض الرقابة على التجارب الطبية يحقق منفعة عملية تتمثل في تذكير الباحثين بضرورة تمحيص الجوانب القانونية و الأخلاقية قبل الإقبال على التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان.

أما بخصوص نوعية هذه الرقابة و الجهات المنوطة بها تأخذ الأنظمة بإحدى الطريقتين؛

- إسناد هذه الرقابة إلى أجهزة مختلطة تتضمن أعضاء ينتمون إلى المهن الطبية و غير الطبية بغرض تحقيق رقابة اجتماعية على هذه التجارب.¹⁹⁰

اشترط التأمين من المسؤولية بالنسبة للمسئول عن التجربة، بحيث لا يقبل مشروع التجربة إذا كان ينقصه عقد التأمين، و مثاله القانون الفرنسي. راجع الفرع الأول من المطلب الأول أعلاه.

¹⁸⁹ و يدخل ضمن هؤلاء القصر و من في حكمهم، المساجين و كذا مرضى الأمراض المزمنة أو أمراض الموت. ففي هذا الصدد تم في إحدى المستشفيات عرفت باسم (Jewish Chronic Disease Hospital) تم حقن بعض المرضى المصابين بالأمراض المزمنة بخلايا سرطانية حية لغرض معرفة الوقت الذي يستغرقه أجسام هؤلاء لفظ هذه الخلايا. راجع بخصوص هذه القضية؛

Katz, J., "Experimentation with Human Being", N.Y. Sage Foundation 1972. chap. 1.

¹⁹⁰ و قد تم اعتماد هذه الطريقة في الولايات المتحدة الأمريكية منذ 1966 ، حيث تم إسناد الرقابة إلى لجان تضم أطباء مختصين و ممثلين عن المجتمع عرفت باسم، "Institutional Review Bord"، راجع؛ Applbaum, P., Lidz., C., & Meisel, A., المرجع السابق، ص. 221 و ما بعدها . كما تم اعتماد نفس الطريقة في بريطانيا من خلال تأسيس لجان رقابة مختلطة تعرف باسم " Research Ethical Committee ". راجع مثلاً؛

Thompson, I.E., et al. "Research Ethical Committees in Scotland", 282 British Medical Journal (1981) p. 719.

و رغم العضوية المختلطة في هذه اللجان إلا أن سيطرة الجانب الطبي بدت واضحة في عمل هذه اللجان و هو ما اتضح فيما بعد من خلال تمرير الكثير من المشاريع الضارة صحياً بالأشخاص الذين خضعوا لها. راجع بهذا الخصوص؛

- أو بإسنادها إلى لجان استشارية طبية بالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها وزارة الصحة
كما هو الحال في فرنسا.¹⁹¹

موقف المشرع الجزائري:

طبقا للمادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها يختص المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بتوجيه و مراقبة مختلف الأعمال الطبية و من بينها التجارب الطبية. و قد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 3/168 من نفس القانون على وجوب أخذ رأي المجلس المشار إليه بخصوص التجارب العلمية، بحيث لا يجوز إجراء هذا النوع من التجارب إلا إذا وافق عليها المجلس المشار إليه.

و يفرض الدور الرقابي للمجلس التأكد من مدى احترام مشروع التجربة للمبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء التجريب على الإنسان خاصة في التجارب العلمية.¹⁹²

غير أن قانون حماية الصحة و ترقيتها لم ينص على أي إجراء إداري¹⁹³ بخصوص الحصول على الترخيص اللازم لأجراء التجارب الطبية. و هو ما يعني انفراد أهل المهن الطبية بالرقابة المطلقة على هذا النوع من التدخلات الطبية.¹⁹⁴

و يخالف هذا النوع من الرقابة الاتجاه السائد في الكثير من الأنظمة و الذي يقضي بإسناد هذه الرقابة إلى لجان مختلطة لتمكين الرأي العام من الإطلاع على ما يجري في مؤسسات

Brazier, M. op.cit. ed. 87. p. 285. Faulder, C., "Whose Body is it ? , London, Virago., 1985. p. 95 et suite.

¹⁹¹ حيث لا يجوز في إطار القانون الفرنسي إجراء التجارب الطبية إلا بعد الحصول على موافقة اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص (Le comité consultatif de protection des personnes)، و الجهة الإدارية المختصة (وزارة الصحة). و ذلك حسب الإجراءات التالية؛

- حيث يلتزم أولا القائم بالتجربة بسداد الرسوم المقررة إلى وزارة الصحة لقاء أخذ رأي اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص. (المادة 21-1123 R. من قانون الصحة العامة).

- استشارة اللجنة المشار إليها أعلاه من خلال إيداعه بروتوكول التجربة لديها. و يجب على اللجنة الفصل في الطلب في خلال خمس أسابيع من تاريخ إيداعه، (المادة 16-1123 R. من قانون الصحة العامة).

- توجيه " خطاب النوايا" (la lettre d' intention) لإجراء التجربة إلى الجهة الإدارية المختصة مرفوقا برأي اللجنة في حالة قبولها لمشروع التجربة.

لمزيد من المعلومات راجع؛ Guide Pratique, op.cit. p. 23.

¹⁹² و هو ما نصت عليه المادة 2/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها؛ " يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي."

¹⁹³ و هذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط الحصول على رخصة إجراء التجربة من وزارة الصحة و هو نوع من الرقابة الإدارية على هذا النوع من التدخلات الطبية. راجع هامش 184 أعلاه.

¹⁹⁴ و هو ما يتضح بالنظر إلى عضوية المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية التي يتشكل من الأطباء فقط. إذ تنص المادة 164 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي؛ " أجهزة المجلس الوطني لأخلاقيات الطب هي؛

- الجمعية العامة التي تتكون من كافة أعضاء الفروع النظامية الوطنية لأطباء و جراحي الأسنان و الصيدالدة.
- المجلس الوطني الذي يتكون من أعضاء مكاتب الفروع النظامية الوطنية للأطباء و جراحي الأسنان و الصيدالدة.
- المكتب الذي يتكون من رؤساء كل الفروع النظامية و من عضو منتخب عن كل فرع. يكون العضو المنتخب من القطاع العام عندما يكون الرئيس من القطاع الخاص و العكس بالعكس."

البحث العلمي من جهة و إشراكه، من جهة أخرى، في الرقابة على التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان. حيث تبقى هذه اللجان من أهم طرق الرقابة حتى و إن كانت سيطرة الجانب الطبي فيها مسألة حتمية بحكم حاجتها إلى أهل الاختصاص لدراسة الجوانب الفنية.¹⁹⁵

ب- طرق جبر الأضرار الناتجة عن التجارب الطبية:

تتفق مختلف الأنظمة القانونية على وجوب حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية. و من مظاهر هذه الحماية القانونية تأكيد بعض القوانين على قيام مسؤولية الطبيب القائم بالتجربة و ذلك لضمان تعويض الشخص المتضرر من خضوعه للتجربة.

في الفقه الإسلامي:

سبقت الإشارة آنفا¹⁹⁶، إلى أنه لا تقوم مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي إلا إذا تخلف شرط من شروط الإباحة في عمله و نجم عن ذلك ضررا للمريض.¹⁹⁷ و يسأل الطبيب عادة عن الضرر المترتب على فعله إذا كان جاهلا أو أخطأ في العلاج.¹⁹⁸

و الخطأ الموجب لقيام مسؤولية الطبيب هو الخطأ الفاحش.¹⁹⁹ و الخطأ الفاحش عندهم هو الخطأ الذي لا يقع فيه طبيب آخر في نفس الظروف.²⁰⁰ فإذا تدخل الطبيب بما هو غير متعارف عليه لدى أصحاب المهنة، فهو ضامن لهذه التجاوزات. أما إذا تصرف الطبيب وفقا لما يفعله طبيب وسط من نفس مستواه و في نفس الظروف، فلا ضمان عليه و إن ارتكب خطأ يسيرا.

و يرى بعضهم أن خطأ الطبيب ينتفي كلية إذا كان في تدخله نفع للمريض و أدى عمله بحسن نية،²⁰¹ و هو ما ينطبق، كما هو واضح، على التجارب الطبية العلاجية. فإذا جرب الطبيب طريقة علاجية جديدة و نجح في علاج المريض لا يسأل عن عدم احترامه أصول المهنة الطبية. أما إذا خالف هذه الأصول و نتج عن ذلك ضررا للمريض فهو مسئول عن تلك الأضرار.

¹⁹⁵ و مع ذلك يحقق توسيع العضوية في لجان الرقابة إلى غير المنتمين إلى المهن الطبية مصلحة عملية تتمثل في التأكيد على التعاون الذي يجب أن يميز علاقة المؤسسات الطبية و المجتمع. راجع في هذا الشأن؛

Brazier, M. op.cit. ed. 87. p. 285. Faulder, C., op.cit. p. 95 et suite.

¹⁹⁶ راجع ص. 197 و ما بعدها من الرسالة.

¹⁹⁷ و هو ما ينطبق على التجارب العلمية بحكم انقضاء قصد العلاج فيها، راجع حكم الشريعة بشأن التجارب العلمية. ص. 466 من الرسالة.

¹⁹⁸ د: أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، المرجع السابق، ص. 52.

¹⁹⁹ الطهطاوي، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 176.

²⁰⁰ عبد السلام التونسي، "الخطأ الطبي"، المرجع السابق، ص. 10.

²⁰¹ عبد السلام التونسي، "الخطأ الطبي"، المرجع السابق، ص. 11.

و الغرض من هذه التفرقة بشأن قيام المسؤولية هو حث الأطباء على احترام المبادئ الطبية المتعارف عليها و الالتزام بالحيطة و الحذر في علاج المرضى، بحيث لا يخالف الطبيب الأصول المتفق عليها إلا إذا كان متأكدا من نجاعة الطريقة العلاجية الجديدة التي يريد استعمالها. و لا شك أن هذا الحكم يحقق الحماية اللازمة للمريض من جهة و يشجع الطبيب من جهة أخرى، على تطوير أساليب العلاج.

في الأنظمة الأنجلوساكسونية:

يسأل الطبيب في الأنظمة الأنجلوساكسونية عن الأضرار الناجمة عن التجارب الطبية على أساس المسؤولية التقصيرية (Negligence). و هو ما يفرض على المضرور الذي يريد الحصول على التعويض إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية الثلاث و هي الخطأ، الضرر و علاقة السببية.²⁰²

و قد انتقد الفقه الأنجلوساكسوني هذا المبدأ على أساس أنه لا يوفر الحماية القانونية اللازمة للشخص الخاضع للتجربة. فإذا كان إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية ليس بالأمر الهين في الممارسات الطبية العادية، فإن هذه الصعوبات تزداد حدة في مجال التجارب الطبية.²⁰³ حيث يكون الطبيب المجرب قد اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لأجراء التجربة بما فيها موافقة لجنة مراقبة التجارب (Research Ethical Committee). ففي مثل هذه الحالات من الصعب إثبات خطأ الطبيب إذا نفذ التجربة طبقا للمعايير العلمية و الأخلاقية المعمول بها.²⁰⁴

من ثم، ينادي الفقه الأنجلوساكسوني، خاصة في بريطانيا، و منذ مدة، بضرورة اعتماد نظام للمسؤولية بدون خطأ (no-fault liability).²⁰⁵ و هو ما نادى به أيضا اللجنة الملكية المعروفة باسم (Pearson Commission)²⁰⁶ على أساس أن الشخص الذي يعرض حياته و سلامته الجسدية لمصلحة المجتمع يستحق أن يضمن له هذا الأخير التعويض المناسب عن الأضرار التي يمكن أن تصيبه من جراء الخضوع لهذه التجارب.²⁰⁷

²⁰² Mason & McCall Smith, ed 87, op.cit p. 265 et s. Brazier, op.cit., ed. 87. p. 292.

²⁰³ Brazier, op.cit., ed. 87. p. 292.

²⁰⁴ Mason & McCall Smith, op.cit p. 265

²⁰⁵ Mason & McCall Smith, op.cit p. 266, Brazier, op.cit., ed. 87. p. 293. McLean., these op.cit. p. 363

²⁰⁶ The Royale Commision on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Pearson Commission), Report (Cmnd 7054/1978).

²⁰⁷ Ibid para 1341.

في القانون الفرنسي:

يختلف أساس مسؤولية القائم بالتجربة في القانون الفرنسي بالنظر إلى نوع التجارب الطبية. فبالنسبة للتجارب العلمية اعتمد المشرع الفرنسي نظام المسؤولية بدون خطأ (responsabilité sans faut)، في حين أسس المسؤولية في التجارب العلاجية على الخطأ المفترض (faute présumé).

فبالنسبة للتجربة العلمية، نصت المادة L.1121-7 من قانون الصحة الفرنسي²⁰⁸ على أنه؛ "في حالة إجراء التجارب الطبية التي لا تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، يلتزم القائم بها، و لو بدون خطأ، بتعويض الشخص الخاضع لها عن الأضرار الناتجة عن إجراء التجربة، و لا يجوز له أن يدفع هذا الالتزام سواء بالاستناد إلى فعل الغير، أو إلى عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه."

و الشيء الملاحظ عن هذا النص هو تحديده لحالتين يتمتع فيهما على القائم بالتجربة دفع المسؤولية عنه و هما؛

- التذرع بفعل الغير للتهرب من المسؤولية. و المقصود بالغير في هذا الصدد هو الطبيب المشرف على التجربة أو أي شخص آخر ساهم في إجرائها.
- الاستناد إلى عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه و رفضه الاستمرار في إجراء التجربة.²⁰⁹

و لقد استند المشرع الفرنسي في إقرار مسؤولية القائم بالتجربة في الحالة الأخيرة إلى حق الشخص في العدول عن موافقته. حيث لا يعتبر رفضه الاستمرار في التجربة إخلالاً بالتزامه

²⁰⁸ "Pour les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche." l'art. 1121-7-1, du C.S.P. précité.

مع العلم أن قانون 1988 الأصلي كان ينص على تعويض الشخص المتضرر من التجربة عن كافة الأضرار التي يتعرض لها، أي الأضرار الجسدية و المادية (indemnisation intégrale)؛ راجع؛

Groutel, H., "L'assurance obligatoire du promoteur de recherches biomédicales" Responsabilité Civile et Assurance, (éd. Jur. Classeur), Juillet 1991. p. 2.

غير أن هذه العبارة (indemnisation intégrale) حذفت من النص الجديد (المادة L.1121-7 ، قانون 94/07/01). راجع بهذا الخصوص؛ Barret, op.cit. p. 7.

²⁰⁹ Beaudoire, C., op.cit., p. 14.

الأول ما دام القانون يجيز له الرجوع عن موافقته في أي مرحلة من مراحل إجراء التجربة.²¹⁰ وتتحقق هذه الحالة عندما يتضرر الشخص من التجربة فيرفض إتمام مراحلها المتبقية. و يترتب على هذا العدول وجوب إيقاف التجربة. فإذا استمر القائم بالتجربة في تنفيذها رغم رفض الشخص الاستمرار فيها اعتبرت أفعاله خطأ شخصيا منشئا للمسئولية الجنائية²¹¹ و المدنية.²¹² كما يترتب على تقرير حق الشخص الخاضع للتجربة في الرجوع عن موافقته، من جهة أخرى، أن جميع الأضرار التي تصيبه قبل خروجه من التجربة تبقى خاضعة للتأمين الإجباري الذي يفترض أن يكون المسؤول عن التجربة قد تحصل عليه قبل تنفيذها.²¹³

و يفسر لجوء المشرع الفرنسي إلى الأخذ بنظام المسئولية بدون خطأ في هذا المجال إلى طابع التبرع الذي يميز مشاركة الشخص في هذا النوع من التجارب، حيث يضع نفسه تحت تصرف القائم بالتجربة دون أن تحقق له هذه التجربة أي منفعة علاجية مباشرة.²¹⁴ من ثم فإن طابع التبرع هو الذي يفرض تعويض المضرور من التجارب بدون إلزامه بإثبات الخطأ و علاقة السببية بينه و بين الأضرار التي أصابته. و يتبع ذلك أن التزام القائم بالتجربة هو التزم بتحقيق نتيجة، و هي في هذه الحالة " سلامة الشخص الخاضع للتجربة"، بحيث تتحقق مسئوليته بمجرد تخلف هذه النتيجة.²¹⁵

أما بالنسبة للتجارب العلاجية، فقد استند المشرع الفرنسي في تقرير مسئولية القائم بالتجربة عن الأضرار الناتجة عنها إلى الخطأ المفترض (La faute présumée)، حيث جاء في المادة L.1121-7، فقرة ثانية من قانون الصحة الفرنسي²¹⁶ ما يلي؛

²¹⁰ و هو ما أكدت عليه المادة L.1121-9 في فقرتها الأولى من قانون الصحة العامة، حيث للشخص حق " ...رفض الخضوع للتجربة، أو الاستمرار فيها، و يكون له هذا الحق في أي وقت دون أي أدنى مسئولية عليه."
²¹¹ حيث رصدت المادة 8-223 عقوبات فرنسي عقوبة الحبس من 06 أشهر إلى ثلاث سنوات و غرامة مالية ب45000 أورو.
²¹² راجع جزاء الإخلال بالرضا في التجارب الطبية، ص. 536 من الرسالة.

²¹³ Beaudoire, C., op.cit., p. 14.

²¹⁴ و قد استند المشرع الفرنسي إلى نفس المبدأ بخصوص مسئولية مراكز نقل الدم، حيث قرر مسئولية هذه المراكز بدون خطأ عن الأضرار التي تصيب المتبرع بالدم ما دام أن هذا الأخير لا يحصل على أي مقابل، (المادة 5/667 من قانون الصحة العامة الفرنسي، لمزيد من المعلومات راجع، Villani, D. op.cit. p. 144.

²¹⁵ د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 438.

²¹⁶ "Pour les recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct, le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant, sans qui puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche." " l'art. 1121-7-1, du C.S.P. Loi n° 88-1138 du 20/12/1988. précité.

" في حالة إجراء التجارب الطبية التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، يلتزم القائم بها بتعويض الخاضع لها ، أو ذوي حقوقه، عن الأضرار الناتجة عنها، ما لم يثبت أن تلك الأضرار لا ترجع إلى خطئه أو خطأ أي من المتدخلين، و لا يجوز له أن يدفع هذا الالتزام سواء استند في ذلك إلى فعل الغير أو إلى عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه."

من استقراء المادة يتضح أن قرينة الخطأ هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، كأن يثبت القائم بالتجربة أن الضرر المتحقق لا يرجع إلى خطئه الشخصي أو إلى خطأ أحد المتدخلين معه في تنفيذ تلك التجربة.²¹⁷ كما يلاحظ من جهة أخرى، أن الفقرة الثانية من المادة L.1121-7، و على غرار الفقرة الأولى منها، تؤكد هي الأخرى على عدم جواز دفع الالتزام بالتعويض استنادا إلى فعل الغير أو إلى عدول الخاضع للتجربة عن رضائه.

و تجدر الإشارة، من جهة أخرى، إلى أنه طبقا لنص المادة L.1142-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي، يجوز لضحايا التجارب العلاجية، في حالة عدم ثبوت مسؤولية القائم بالتجربة، الحصول على التعويض المناسب أيضا من اللجان الجهوية المختصة، و كذا من الديوان الوطني لتعويض ضحايا الحوادث الطبية المستحدث بموجب القانون رقم 303-2002 الصادر بتاريخ 2002/03/04.²¹⁸

موقف المشرع الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري على قيام المسؤولية المدنية في حق القائم بالتجربة الطبية عن الأضرار الناتجة عنها بدون أن يفرق بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية. حيث جاء في المادة 4/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي؛

²¹⁷ Penneau, J., "Le cas particulier de la recherche médicale" in Alfandar, E., éd. "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", Dalloz. 1995. p. 46. Beaudoire, C., op.cit., p. 16.

²¹⁸ "... Les personnes qui subissent des dommages dans le cadre de la recherche biomédicale peuvent, pour faire valoir leurs droits en application des deux premiers alinéas de l'article L. 1121-7, avoir accès aux commissions régionales mentionnées aux sections 2, 3 et 4 du présent chapitre. Dans le cas des recherches biomédicales avec bénéfice direct mentionnées au deuxième alinéa du même article, lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées par l'office institué à l'article L. 1142-22, conformément aux dispositions du II de l'article L. 1142-1." L'art. L.1142, (inséré par la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 98 Journal Officiel du 5 mars 2002). Aussi voir Berret, op.cit., p. 8.

"لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب و رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية."

و أهم ملاحظة يمكن إبدائها بخصوص هذا النص هي عموميته، حيث أشار فقط إلى ثبوت المسؤولية المدنية للمبادر بالتجربة بدون أن يشير إلى الأساس الذي بنيت عليه هذه المسؤولية (خطأ واجب الإثبات، خطأ مفترض أو مسؤولية بدون خطأ) و كذا نطاق هذه المسؤولية (طبيعة و نوع الأضرار الواجب التعويض عنها). من ثم، فمن الصعب تحديد موقف القانون الجزائري من هذه المسألة خاصة في غياب القرارات القضائية في هذا المجال.

غير أنه يجب ربط النص المشار إليه أعلاه بالتجارب العلمية بحكم أنه يشير إلى رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي يجب الحصول على موافقته قبل مباشرة هذا النوع من التجارب.²¹⁹

و طبقا للاتجاه السائد اليوم في الفقه المقارن²²⁰ و الأنظمة المختلفة²²¹ يلتزم القائم بالتجربة في هذا النوع من التجارب بتحمل الأضرار التي تصيب الشخص الخاضع لها بدون أن يلتزم هذا الأخير بإثبات خطأ الطبيب المجرب (responsabilité sans faute)، و إنما يكفي فقط أن يثبت علاقة سببية بين الأضرار التي أصابته و خضوعه للتجربة العلمية.

و يستند هذا الاتجاه إلى فكرة أساسية مفادها أنه ليس من العدل أن يحرم الشخص المضروب من التعويض، و هو الذي جازف بسلامته الجسدية، و ربما بحياته، من أجل تقدم و ازدهار مجتمعه علميا. من ثم أقل ما يمكن أن يفعله المجتمع في هذه الحالة هو ضمان تعويض المضروب من هذه التجارب. و هناك تطابق، في نظر الباحث، بين هذا الاتجاه و موقف التشريع الجزائري المعلن عنه في نص المادة 4/168 و الذي يتجه إلى منع القائم بالتجربة من التملص من المسؤولية بإثبات خطأ الغير (و هو هنا إجازة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية لمشروع التجربة رغم خطورتها أو قبول الشخص الخاضع لها).

²¹⁹ راجع المادة 3/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها سبققت الإشارة إليه.

²²⁰ راجع الفقه الأنجلوساكسوني، في المراجع التالية؛

Mason & McCall Smith, op.cit p. 266, Brazier, op.cit., ed. 87. p. 293. McLean., these op.cit. p. 363

و راجع بخصوص الفقه العربي، د. سهير المنتصر، " المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء"، دار النهضة العربية، 1990، الفصل الثاني، ص. 59.

²²¹ راجع على سبيل المثال التشريع الفرنسي المشار إليه أعلاه.

أما بشأن التجارب العلاجية، فإن الطابع العلاجي لها يجعل المسؤولية الناشئة عنها أقرب، من حيث المفهوم، إلى المسؤولية الطبية في الظروف العادية. إلا أن الطبيعة الخاصة للتجارب الطبية تفرض كذلك حماية خاصة للشخص الخاضع لها. و عليه، يمكن تأسيس المسؤولية المدنية في هذا النوع من التجارب على الخطأ المفترض للطبيب إلا إذا أثبت هذا الأخير أن الأضرار الناتجة عن هذه التجربة لا ترجع إلى خطأه أو خطأ المساهمين معه في تنفيذها.

و في كل الأحوال يمكن للطبيب المسؤول عن التجربة أو غيره من ممارسي المهن الطبية في الجزائر تجنب الأخطار المترتبة على قيام المسؤولية المدنية بالتأمين من هذه المسؤولية²²² طبقاً للمادة 167 من قانون التأمينات.²²³

المبحث الخامس: الرضا في التجارب الطبية و جزاء الإخلال به:

باستقراء ما ورد في الاتفاقيات الدولية و دراسة التشريعات المقارنة يمكن ملاحظة الأهمية الخاصة التي أولتها هذه التنظيمات للرضا في نطاق التجارب الطبية. و علة ذلك أن إجراء التجارب الطبية على الإنسان ينطوي على مساس بالسلامة البدنية قد تكون عواقبه وخيمة على الشخص الخاضع لها دون أن تحقق له أي مصلحة مباشرة كما هو الأمر في التجارب غير العلاجية.

من ثم، اشترطت مختلف التنظيمات الحصول على الموافقة المسبقة و المستنيرة للشخص قبل تنفيذ التجربة عليه. و لا تكون لهذه الموافقة أية قيمة قانونية إلا إذا سبقها إعلام كاف بكل العناصر التي يحتاج إليها المرء، خاصة منها الأخطار المقترنة بتنفيذ التجربة. كما يجب التحقق، من جهة أخرى، من الدوافع الحقيقية التي جعلت الشخص يوافق على الخضوع لهذه التجارب، إذ أنه من الممكن، و في الكثير من الأحيان، أن يقبل بعض الأشخاص الخضوع للتجارب الطبية تحت تأثير ضغوط اقتصادية، أو تحت تأثير عوامل أخرى كنقص الأهلية.

و عليه، سنتناول في هذا المبحث دراسة أهم الشروط الموضوعية و الشكلية التي يجب توافرها في الرضا المطلوب للتجارب الطبية و كذا الجزاء المترتب على الإخلال به و ذلك في مطلبين الموالين.

²²² باعتباره من الالتزامات المهنية للأطباء. فقد أدرج التشريع الجزائري التأمين الطبي ضمن التأمينات الإلزامية، راجع الفصل الثاني من قانون التأمينات، قانون رقم 07-95 الصادر بتاريخ 25 يناير 1995.

²²³ حيث تنصت المادة 167 على ما يلي؛ " يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل أعضاء السلك الطبي و شبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسنوليتهم المدنية المهنية تجاه المستهلكين و المستعملين و تجاه مرضاهم و تجاه الغير"، الأمر رقم 07-95 الصادر بتاريخ 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، سبقت الإشارة إليه.

المطلب الأول: شروط الرضا في التجارب الطبية:

سبقت الإشارة إلى أن الحصول على الموافقة المسبقة للشخص شرط أساسي لشرعية التجربة الطبية. من ثم، فإن تنفيذ التجربة بدون رضا صاحب الشأن يشكل خطأ قانونياً موجباً للمسئولية،²²⁴ يستوي في ذلك أن تكون التجربة علاجية أو علمية. و يستند حق الشخص في الموافقة على الأعمال الطبية، و التي تدخل ضمنها التجارب الطبية، إلى حق الشخص في سلامته البدنية الذي يفرض على الجميع عدم المساس بجسمه بدون إذنه المسبق.

و على هذا الأساس لا بد من استشارة المريض و تخبيره بين إجراء التجربة، علاجية كانت أم علمية، أو الامتناع عن ذلك. و تشترط الاتفاقيات الدولية²²⁵ و التشريعات المقارنة²²⁶، أن يكون الرضاء حراً، متبصراً و صادراً عن ذي أهلية. من جهة أخرى، تشترط بعض التشريعات أن يصدر الرضا في شكل كتابي.²²⁷

الفرع الأول: عناصر الرضا الحر:

و يقصد بالرضا الحر، طبقاً للقواعد العامة، الرضا الصادر بدون إكراه أو ضغط. من ثم لا يعتد برضا الشخص إذا كان ضحية تدليس أو غش أو خداع أو غلط، أو صدر منه تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب حرية الاختيار. و تبدو أهمية هذه المتطلبات، بصفة خاصة، في مجال التجارب الطبية، حيث تأخذ بعداً خاصاً في التجارب الغير علاجية.²²⁸

غير أنه في مجال التجارب الطبية، لا نعني بالإكراه الذي يعيب الإرادة وفقاً لنظرية الالتزام فحسب، بل الإكراه بمفهومه الواسع و هو خلو إرادة الشخص من أي ضغط مهما كان مصدره؛ اقتصادي²²⁹ أو طبي.²³⁰

²²⁴ راجع المطلب الثاني أدناه، ص. 536 و ما يليها.

²²⁵ Ex. para. 10, Principes de Base, Déclaration de Helsenki. Rév. 1975. précité .

²²⁶ Ex. les art. 1122-1 et 1122-2 du code français de la santé publique, précité.

²²⁷ " ... **The doctor should ..obtain the subject's freely-given informed consent, preferably in writing.** ", para. 9 , Basic Principles, Declaration of Helsenki, supra.cit. " **Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur....** "L'art. L.1122-1-6 C.S.P. Fr., précité

²²⁸ Baudouin, J.L., op.cit. p. 183.

²²⁹ كأن يكون الدافع الحقيقي للموافقة على الخضوع للتجربة الحاجة إلى المال، و هو ما يجرد التجربة من مغزاها الأخلاقي الذي يبرر قبول المساس بعصمة الجسد. راجع ؛ Dierkens, les droits sur le corps, op.cit. p. 57.

من ثم يثور التساؤل حول القيمة القانونية للموافقة التي تقترن بحصول صاحبها على المقابل المالي، من جهة، و حكم التجربة التي يتوقف نجاحها على الخداع العمدي للشخص الخاضع لها من جهة أخرى. و ما هي القيمة القانونية لرضا الشخص الذي يكون في حالة تبعية كالسجين مثلا ؟

أولاً: الخضوع للتجارب بمقابل مالي:

مما شك أن للمقابل المالي أثر مكره على الشخص المراد إخضاعه للتجربة خاصة إذا كان في حاجة ماسة إلى المال. و قد تلجأ الكثير من المؤسسات الطبية المختصة بالبحث العلمي إلى إغراء الأشخاص المنتمين لبعض الطبقات الاجتماعية بمبالغ مالية من أجل إخضاعهم لتجاربها.²³¹ و مما لا شك فيه أيضا أن مثل هذه الصفقات تعيب الموافقة من الناحية القانونية. كما أنه لا يجوز من الناحية الأخلاقية أن يعرض الشخص سلامته الجسدية للأضرار المحتملة في التجارب الطبية مقابل مبلغ مالي، لأن جسم الإنسان لا يعتبر أساسا من قبيل الأشياء التي يمكن التصرف فيها²³² ، و يتمتع بحصانة و عصمة معترف بها دينا و قانونا.²³³ غير أن بعض التشريعات تجيز تعويض الشخص الخاضع للتجارب العلمية عما يتحمله من أعباء و مناعب (contraintes subies) من جراء الخضوع لهذه التجارب.²³⁴

ثانياً: الخضوع للتجارب بمقتضى الخداع:

قد يتوقف فعلا نجاح بعض التجارب على الخداع العمدي للشخص الخاضع للتجربة و ذلك بإخفاء حقيقة التجربة عليه، أو إغفال إعلامه بواقعة مهمة منها.

²³⁰ كان يوافق المريض على الخضوع للتجربة تحت ضغط علاقته مع الطبيب المعالج . و قد أشارت إلى هذه الحالة اتفاقية هلسنكي المعروفة بإعلان هلسنكي الذي تم مراجعته في طوكيو 1975. حيث أوجبت التأكد من عدم وجود أية علاقة رسمية بين الطبيب المجرب و المريض المراد إخضاعه للتجربة لتجنب الضغط النفسي الذي يمكن أن يدفع المريض إلى الموافقة تلبية لرغبة طبيبه.

راجع؛ para. 10, Principes de Base, Déclaration de Helsenki. Rév. 1975. précité. ²³¹ و هو ما وقع لأحد الطلاب في إحدى الجامعات الكندية (Saskatchewan) حيث تطوع لإحدى التجارب العلمية مقابل الحصول على مبلغ 50 دولار عن كل حصة، إلا أنه تعرض لأضرار كادت أن تقضي على حياته. راجع؛ Halushka v. University of Saskatchewan, 52 W.W.R. 608. (Saska 1968), 53 D.L.R 2nd 436 (1966).

²³² د. عبد الحي حجازي، "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، الجزء الثاني، الحق، 1970، ص. 198. راجع أيضا بخصوص هذا المبدأ، د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، الفصل الأول تحت عنوان احترام الجسم الإنساني، ص. 23 و ما بعدها.

²³³ Dierkens, les droits sur le corps, op.cit. p. 57.

²³⁴ Dans le cas d'une recherche sans bénéfice individuel direct, le promoteur peut verser aux personnes qui s'y prêtent **une indemnité en compensation des contraintes subies**. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé.

Les recherches effectuées sur des mineurs, des majeurs protégés par la loi ou des personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celle de la recherche ne peuvent en aucun cas donner lieu au versement de l'indemnité prévue au premier alinéa du présent article. L'art. 1124-2 C.S.P., précité.

و لقد ثار التساؤل بخصوص شرعية هذا النوع من التجارب لأول مرة في الولايات المتحدة حينما أجريت بعض التجارب على مجموعة من المتطوعين من مدرسين و طلاب. حيث تم إعلام المدرسين فقط بالغرض من التجربة و المتمثل في إثبات أثر العقاب الجسماني على التعليم.²³⁵ فكان الطلاب يعاقبون بالصدمات الكهربائية أو الحروق على الأيدي كلما أخطأ هؤلاء في الإجابة على أسئلة المدرس. و تزداد هذه العقوبات شدة كلما أظهر الطلاب صعوبات في التعليم. غير أن الغرض الأساسي من هذه التجربة هو قياس الميل الفطري لدى الطلاب نحو العقاب و هو ما لم يعلم به أي أحد ممن خضعوا لهذه التجربة.

و من الأمثلة الأخرى التي يعمد فيها المجرى إلى خداع الشخص الخاضع للتجربة، تجريب العقاقير الجديدة باستعمال طريقة الجهل المزدوج. حيث يقسم المرضى إلى فوجين؛ يعطى الفوج الأول العقار الجديد المراد تجريبه، بينما يستفيد الفوج الثاني من العقار القديم أو من عقار بديل (un placebo). و يثور التساؤل هنا أيضا حول شرعية هذا النوع من التجارب التي تتم بدون الحصول على رضا الأشخاص المشاركين فيها ؟

في الواقع ليس هناك اتفاق بين الفقهاء بخصوص شرعية أو عدم شرعية هذا النوع من التجارب. فالبعض يرى بوجوب إعلام كل المشاركين و الحصول على موافقتهم المسبقة قبل إخضاعهم للتجربة. في حين يرى آخرون أن المنفعة التي تحققها هذه التجارب تبرر الطريقة التي يجب أن تتم فيها و هي وجوب عدم إعلام الأشخاص المشاركين فيها بطبيعة و هدف التجربة. و على هذا الأساس يقر هؤلاء بشرعية هذا النوع من التجارب حتى و لو اتسمت بنوع من الخداع بشرط إعلام الشخص بالأخطار الجسيمة إذا وجدت. أما غيرها من الأخطار التي لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة (risques négligeables) فلا بأس إن لم يخطر بشأنها الخاضع للتجربة.²³⁶

و الراجع أنه إذا كانت التجربة تقتضي عدم إعلام الأشخاص الخاضعين لها (كما لو كان الغرض من التجربة الوقوف على حقيقة الاضطرابات التي تصيب الشخص) فإنه يتعين على المسئول عن هذه التجربة الإشارة في مشروع بحثه إلى استحالة الوصول إلى نتائج حقيقية و بشكل ملائم إذا تم إخطار المشاركين بحقيقة التجربة ، و في هذه الحالة يبقى لجهات الرقابة

²³⁵ أشار إليها، د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 77.

²³⁶ راجع بشأن هذه الآراء، Baudouin، المرجع السابق، ص. 184.

صلاحية إجازة أو منع مشروع التجربة، و هو ما يستفاد من الفقرة الخامسة من إعلان هلسنكي.²³⁷

ثالثاً: القيمة القانونية لرضا الشخص الذي يكون في حالة تبعية:

لكي تكون موافقة الشخص صادرة عن إرادة حرة، يقتضي الأمر أن يكون هذا الأخير متمتعاً بقدر كاف من الحرية، و هو ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى تحقق هذا الشرط في الرضا الصادر من الأشخاص التابعين لبعض الطوائف كالمساجين الذين غالباً ما يدفعون للمشاركة كمتطوعين في التجارب الطبية و العلمية، خاصة منهم، المحكوم عليهم بالإعلام.

و من بين هؤلاء أيضاً المرضى المترددين على المستشفيات الجامعية الذين كثيراً ما يوافقون على الخضوع للتجارب خشية إهمالهم في الرعاية من قبل الطاقم الطبي. و يضاف إليهم طلبة الطب الذين كثيراً ما يستعملون هم الآخرون في التجارب نظراً لعلاقتهم بالباحثين من جهة، و للإغراء المالي من جهة أخرى.

1- بالنسبة للمساجين:

يجب التذكير بداية إلى أن الاتفاقات و الإعلانات الدولية التي اهتمت بحقوق الإنسان و سلامته كانت كرد فعل لما عاناه المساجين على أيدي الأطباء النازيين أثناء الحرب العالمية الثانية. فقد استنكر الرأي العام العالمي آنذاك تلك الممارسات و تبني الاتفاقيات و الإعلانات المشار إليها آنفاً²³⁸ من أجل حماية و صيانة كرامة الإنسان و كذا حقه في السلامة البدنية و العقلية.

و لقد ثارت هذه المشكلة من جديد حينما علم الرأي العام في الولايات المتحدة الأمريكية أن تجارب طبية تم تنفيذها على السجناء هناك،²³⁹ مما أثار التساؤل حول شرعية إجراء التجارب الطبية على المساجين من عدمه؟

²³⁷ "If the doctor considers it essential not to obtain informed consent, the specific reasons for this proposal should be stated in the experimental protocol for transmission to the independent committee". para. 5, Declaration of Helsinki, précité.

²³⁸ راجع، تقنين Nuremberg، إعلان Helsinki، و كذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ص. 470 و ما يليها من الرسالة.

²³⁹ Cité par Hennau-Hulbert, op.cit. p. 327.

نشير بداية إلى أن الشريعة الإسلامية تمنع مثل هذا الممارسات على المساجين لنفس الأسباب التي منعت بها تبرع هؤلاء بأعضائهم، و هي عدم إمكانية الحصول على موافقة حرة و مدركة من لدن هذه الطائفة.

من ثم، فإنه طبقاً للأحكام العامة للشريعة الإسلامية لا يجوز الاعتداد برضا المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام لأنه يفتقد إلى الحرية. كما أن الحالة النفسية للمسجون من شأنها أن تعيب إرادته. فقد تكون موافقة هذا الأخير بالتبرع بدافع الحصول على بعض المزايا أو الفوائد المادية، أو وقعت تحت تأثير ضغط مادي أو معنوي داخل السجن. و قد بين الرسول (ص) أنه لا يعتد بتصرف المكره. فعن ابن عباس أن الرسول (ص) قال؛ " إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه".²⁴⁰

أما في الفقه الوضعي فيرى جانب منه أنه لا يمكن إجراء التجارب الطبية على المساجين و لو بموافقتهم على أساس أن هذه الطائفة توجد في حالة تبعية تحول دون إصدارهم لموافقة حرة و مقبولة قانونياً.²⁴¹ في حين يرى جانب آخر من الفقه أن إجراء التجارب الطبية على المساجين يحقق منفعة مباشرة لهم تتمثل في تحسين صورتهم في المجتمع، حيث يمكن اعتبار ذلك بمثابة صفح معنوي (un rachat moral) عن السجين في مواجهة مجتمعه.²⁴² كما أن إسهامهم في التجارب الأولية للعقاقير الجديدة يساهم في حفظ الصحة العامة و هو ما يحقق مصلحة اجتماعية مؤكدة.²⁴³ يضاف إلى ذلك أن ظروف السجن تساعد كثيراً على تنفيذ التجارب الطبية بحكم الحياة الروتينية التي تميز حياة المساجين و استقرارهم النسبي الذي يساعد على الدراسات الطويلة. و غني عن البيان في هذا المقام أن التجارب التي تجرى في المؤسسات العقابية لا تكلف الجهة القائمة بالبحث من الناحية المالية مقارنة بإجرائها في أماكن أخرى.²⁴⁴

غير أن المشكل الحقيقي الذي يثيره موضوع التجارب على المساجين هو مدى إصدار هذه الطائفة لموافقة متبصرة بخصوص المشاركة في هذه التجارب. إذ يرى الرافضون أن المساجين

²⁴⁰ أورده زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، " جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم"، دار نهر النيل، بدون سنة، ص. 325.

²⁴¹ Ayd, F., "Drug Studies in Prisoner Volunteers", in Beauchamp, T., & Walters, L., eds. op.cit. p. 492.

²⁴² Achslogh, J., "Problèmes de l'expérimentation humaine ; le point de vue du médecin", Xième journée d'études juridiques Jean Dabin, op.cit. p. 311.

²⁴³ Walters, L., "Experimentation with Specific Subjects Groups", in Beauchamp, T., & Walters, L., eds. Op.cit. p. 451-452.

²⁴⁴ Mamoun, A., op.cit, p. 173.

لا يمتلكون الحرية اللازمة للتعبير عن إرادتهم الحقيقية. فالحافز الشخصي لديهم يكون دائما مشبوها لأنه عادة ما يتوقع المسجون من خلال الموافقة على الخضوع للتجربة، الحصول على فوائد مادية (الحصول على مبلغ مالي مهما كان زهيدا) أو امتيازات معينة (كتخفيف العقوبة أو قضاء بعض الأيام في المستشفى) للتغلب على روتينية حياتهم.²⁴⁵

و في الحقيقة إن المنافع الشخصية ليست هي السبب الوحيد الذي من شأنه أن يعيب موافقة السجين، لأن المشاركة التطوعية في التجربة لا بد أن يكون ورائها دافع شخصي. و عليه فإن ما يعيب موافقة المساجين هو السعي لتحقيق المنافع الشخصية في وضعية هم معرضون فيها للاستغلال و هو السبب الحقيقي الذي يجعل هؤلاء غير مؤهلين للموافقة على هذه التجارب.²⁴⁶

و لقد دفعت هذه الحجج الكثير من الأنظمة إلى استبعاد المساجين من التجارب الطبية، حيث أخذت الكثير من الولايات الأمريكية بهذا الاتجاه.²⁴⁷ كما استبعد القانون البلجيكي هو الآخر المساجين من التجارب الطبية، و هو ما أكدته المادة 90 من قانون آداب مهنة الطب البلجيكي التي جاء فيها أن المسجون لا يتمتع بالحرية اللازمة التي تسمح له بالتعبير عن رضائه الحر.²⁴⁸

من جهة أخرى، ميزت بعض القوانين بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية، فأجازت النوع الأول فقط على المساجين، منها القانون الكندي في المادة 24 من التوجيهات الاتحادية بشأن السلوك المهني في المؤسسات العقابية التي تمنع كل تجربة غير علاجية على المساجين.²⁴⁹ كما سار على هذا النهج أيضا المشرع الفرنسي²⁵⁰ الذي قدر أنه ليس من الأخلاق حرمان هذه الطائفة من التجارب العلاجية، خاصة منها التجارب المتعلقة بمرض السيدا.²⁵¹

²⁴⁵ د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 79.

²⁴⁶ McLean, S.A.M., & Maher, G., op.cit. p. 118.

²⁴⁷ ولاية New York مثلا، راجع د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 79.

²⁴⁸ Cité par Achslogh, J., op.cit. p. 311.

²⁴⁹ أشار إليه، د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 79.

²⁵⁰ Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les malades en situation d'urgence et les personnes hospitalisées sans consentement en vertu des articles L. 3212-1 et L. 3213-1 **qui ne sont pas protégées par la loi ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé.** L'art. 1121-5 C.S.P. précité.

²⁵¹ Berret, op.cit. p. 3.

أما بخصوص التشريعات العربية، فقد حظر الدستور المصري²⁵²، صراحة إجراء التجارب الطبية على المسجونين المعتقلين، و هو ما يستفاد من المادة 42 منه التي جاء فيها؛ " تحظر إساءة معاملة المسجونين المعتقلين بدنيا أو معنويا".

في حين أغفل القانون الجزائري الحديث عن هذا الموضوع، و ليس فيه ما يمنع صراحة التجارب الطبية على المساجين. غير أن الدستور الجزائري²⁵³، و على خلاف الدستور المصري، لم يخص المساجين بحماية خاصة و إنما تحدث عن حظر انتهاك حرمة الإنسان بصفة عامة و على معاقبة المساس بسلامته البدنية و المعنوية. فقد جاء في المادة 34 منه ما يلي؛ " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

كما جاء في المادة 35 من الدستور الجزائري؛ " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات، و على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية".

و بناء على ذلك يمكن القول أن الدستور الجزائري يمنع الممارسات التي تهدف إلى استغلال الإنسان أو التعرض إلى حقوقه و حرياته، و هو ما يحول دون إمكانية إجراء التجارب الغير علاجية على المساجين بسبب تعرض هذه الطائفة للاستغلال و سوء المعاملة. أما بخصوص التجارب العلاجية، فلا شك أن حق المواطنين في الرعاية الصحية المنصوص عليه في الدستور الجزائري²⁵⁴ يفرض على الطبيب الاعتناء بصحة السجين و علاجه وفقا للأصول الطبية المعمول بها، و قد يطلب ذلك تجريب أدوية أو طرق علاجية جديدة بالنسبة للأمراض التي لم يعثر لها بعد على علاج شاف.

2- بالنسبة للتجارب التي تجرى على المرضى:

يرى البعض أنه من الأحسن عدم إجراء التجارب الغير علاجية على المريض الذي يكون في حالة تبعية للطبيب المجرب. و علة ذلك تجنب إحساس المريض بوجوب الموافقة على مثل هذه التجارب تلبية لرغبة طبيبه المعالج. غير أنه يستثنى من هذه القاعدة التجارب الخاصة بعلم

²⁵² الدستور المصري لسنة 1971، سبقت الإشارة إليه.

²⁵³ مرسوم رئاسي رقم 96-438 الصادر بتاريخ 1996/12/07 المتعلق بتعديل نص الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996.

²⁵⁴ راجع المادة 54 من الدستور الجزائري لسنة 1996، التي جاء فيها؛ "الرعاية الصحية حق للمواطنين".

الأدوية (Essais pharmacologique)، حيث يمكن إجرائها على المريض بحكم أن الطبيب حر في تجربة الأدوية الحديثة على مريضه، بشرط التزامه الحيطة و الحذر أثناء استخدام هذه الأدوية.²⁵⁵

3- بالنسبة للتجارب التي تجرى على الطلاب:

كثيرا ما يلجأ الباحث إلى إخضاع أحد طلابه لتجاربه العلمية مستغلا في ذلك تبعية الطالب له. و رغم الشكوك التي تحوم حول مصداقية الرضا في مثل هذه الحالات إلا أن الاتفاقيات الدولية و غيرها من التشريعات الخاصة لم تتناول هذه الحالة. فإعلان طوكيو مثلا لم يستبعد هذا النموذج من الأشخاص من الخضوع للتجارب الطبية²⁵⁶ و لكنه يلزم القائم بالتجربة باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة الأشخاص.²⁵⁷

الفرع الثاني: عناصر الرضا المتبصر:

لا يكفي أن يكون الرضا حرا في مجال التجريب، بل يتعين أن يكون مستنيرا أي صادرا عن صاحبه عن بصيرة تامة بعواقب التجربة، خاصة مخاطرها.

و لكي يتسم رضاء المريض أو الشخص الخاضع للتجربة بهذه الميزة يتعين على الطبيب المجرّب أن يقوم بإعلامه بطبيعة و أهداف التجربة، و كذا بمخاطرها المتوقعة.²⁵⁸ غير أنه يثور التساؤل حول نطاق الإعلام الواجب في مجال التجارب الطبية و مدى إمكانية إغفال إعلام المريض عندما يخشى تأثره بالمعلومات المقدمة إليه أو يخشى امتناعه الموافقة على إجراء التجربة.²⁵⁹

²⁵⁵ و هو ما نصت عليه صراحة المادة 5-1121 L. من قانون الصحة العامة الفرنسي، راجع نص المادة المشار إليها في هامش رقم 245، راجع أيضا، Achslough, J., op.cit. p. 311.
²⁵⁶ إلا أن البعض يرى أن اختيار الطالب موضوعا للتجربة يتنافى مع المبادئ الأخلاقية، راجع Achslough, J., op.cit. p. 311.
²⁵⁷ المادة العاشرة من إعلان طوكيو، سبقت الإشارة إليه.

²⁵⁸ « Préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli après que l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui a fait connaître :

- l'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ;
- les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ;
- l'avis de comité mentionné à l'article L.1123-6 ;
- le cas échéant, son inscription dans le fichier national prévu à l'article L. 1124-4... » L'.art. 1122-1-1 C.S.P. (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 15 I Journal Officiel du 5 mars 2002).

راجع أيضا قرارات النقض الفرنسي التالية؛

Paris 17 nov. 1983 Semaine Juridique 1985-2-20406. Paris 25 sept. 1987 Dalloz 1988, rés. 61.

Cass.civ. 09 mai 1984, Semaine Juridique 1984 – 20262.

Cass.civ. 25 sept. 1987, Dalloz 1987, 132.

Cass.civ. 19 avr. 1988, Dalloz 1988, 127.

أولاً: عناصر الإعلام الواجبة للمريض في التجارب الطبية:

تجدر الإشارة بداية إلى أن واجب الإعلام يقع على عاتق المسئول عن التجربة، حيث يلتزم شخصياً بإخطار الشخص المراد إخضاعه للتجربة بعناصر الإعلام التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية²⁶⁰ و التشريعات المختلفة²⁶¹ و التي تشمل؛

- طبيعة و موضوع التجربة، و الهدف المرجو من إجراءاتها.
- المنهج العلمي المتبع في إجراءاتها و المدة الزمنية التي تستغرقها.
- الفوائد المرجوة.
- الأخطار المحتملة و الآثار الجانبية التي يخلفها الخضوع للتجربة.

غير أنه إذا كان هناك اتفاق على أن هذه العناصر تشكل مبدئياً محور الإعلام الواجب للمريض أو الشخص الخاضع للتجربة، إلا إنها أثارت جدلاً فقهيًا حول مدى إلمام المجرب بكل هذه العناصر، خاصة منها المخاطر، حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بالتبصير.²⁶²

ثانياً: نطاق الإعلام الواجب في التجارب الطبية:

تثير بعض عناصر الإعلام المشار إليها أعلاه بعض المشاكل العملية من حيث أن القائم بالتجربة قد يجهل بعض جوانبها. فإذا كان من السهل إعلام المريض بطبيعة و موضوع التجربة و الأهداف المرجوة من إجراءاتها، إلا إن الإحاطة بكل مخاطرها ليس بالأمر السهل. فقد لا يتيسر للطبيب شخصياً أن يقيم على نحو دقيق المخاطر المحتملة في التجربة، و هو ما يثير التساؤل، في هذه الحالة، حول كيفية وفائه بواجب الإعلام نحو المريض أو الشخص الخاضع للتجربة.

في هذا الصدد يرى البعض أنه لا يجوز للطبيب أن يقتصر في التبصير على مجرد الآثار العادية المتوقعة وفقاً للمجرى العادي للأمور. فإذا كان هذا الاكتفاء جائزاً في العلاج التقليدي، فإنه ليس كذلك في التجارب الطبية بسبب الطبيعة الخاصة لهذه التجارب و استحالة توقع كل مخاطرها.²⁶³ و على هذا الأساس يختلف نطاق الإعلام في التجارب الطبية وفقاً لمتطلبات كل

²⁵⁹ قارن مع "إغفال الإعلام الذي تقتضيه التجربة العلمية للحصول على نتائج موضوعية"، راجع الفرع الأول أعلاه. ص. 512.

²⁶⁰ > **In any research on human being , each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, anticipated benefits and potential hazards of the study and the discomfort it may entail...** Para. 9 , Basic Principles, Declaration of Helsinki, 1975, précité.

²⁶¹ Voir par ex. l'art 1122-1-1 C.S.P précité .

²⁶² د. سهير منتصر، المرجع السابق، ص. 42 و ما بعدها.

²⁶³ د. سهير منتصر، المرجع السابق، نفس المكان.

تجربة على حدة، أخذاً بعين الاعتبار الحالة النفسية و الجسمانية للشخص المريض و مدى ردود الفعل المنتظرة على جسمه. و لتوضيح ذلك نورد النماذج التجريبية التالية؛

أ- تجريب دواء جديد:

عند تجريب الأدوية الجديدة على الإنسان يبدأ الطبيب الباحث عادة بإعطاء المريض جرعات قليلة من هذا الدواء. و في هذه الحالة لا شك أن يكون التبصير محدوداً بالإشارة إلى الآثار الجانبية المعروفة التي يمكنك أن تصيب المريض من جراء استهلاكه لهذه الدواء. و المهم في هذه الحالة هو أن يدرك المريض أنه موضوع تجربة طبية، فإذا أغفل الطبيب هذا العنصر يكون قد أخل بواجب الإعلام تجاه المريض و يعرض نفسه للمساءلة.

غير أنه كلما زاد الطبيب المجرّب في الجرعات، ازدادت معها احتمالات إصابة المريض الخاضع للتجربة بالأضرار أو بالآثار الجانبية و هو ما يتعين معه وجوب تبصيره بهذه المعطيات الجديدة. و عليه يمكن أن يكون الإعلام مرحلياً بحسب تقدم الباحث في التجربة و حسب ردود الفعل التي يسجلها على جسم الشخص الخاضع لها.²⁶⁴

ب- التجارب العلاجية و حالة الضرورة:

يفرق البعض في مجال التجارب العلاجية بين التجربة العلاجية التي تدعو إليها حالة الاستعجال، و بين التجربة العلاجية غير الضرورية لعلاج المريض.²⁶⁵ ففي الحالة الأولى، لا شك أن نطاق الإعلام يتحدد بالقدر الذي يمكن المريض من إدراك حالته الصحية و ضرورة خضوعه للعلاج و آثار ذلك عليه بصفة عامة.²⁶⁶ و يلتزم الطبيب في هذه الحالة بإعلام المريض بعواقب البقاء بدون علاج. بل إن التزام الطبيب بالعناية يفرض عليه في هذه الحالة بذل كل ما في وسعه من أجل إقناع المريض بضرورة الخضوع للعلاج الذي يقترحه، و لو كان في طور التجريب. كما يجوز للطبيب في مثل هذه الحالات إخفاء المعلومات التي يقدر أنها ستؤثر سلباً على المريض أو تدفعه إلى عدم قبول العلاج، و هو ما أجازته صراحة التشريع الفرنسي.²⁶⁷ فإهمال الإعلام في هذه الحالة لا يكون لغرض توفير الظروف المواتية لنجاح التجربة و إنما لغرض علاج المريض و إنقاذ حياته.²⁶⁸

²⁶⁴ Villani, op.cit., p. 319.

²⁶⁵ د. سهير منتصر، المرجع السابق، ص. 44.

²⁶⁶ د. سهير منتصر، المرجع السابق، ص. 44 و ما بعدها.

²⁶⁷ ... A titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver

أما إذا كانت التجربة غير ضرورية لإنقاذ حياة أو صحة المريض، فإن نطاق التبصير يتسع ليشمل كل عناصر الإعلام. و في الحقيقة تأخذ التجربة في هذه الحالة حكم التدخل العلاجي. من ثم، تطبق عليها أحكام الرضا المتبصر المشار إليها في الباب الأول من هذه الرسالة.

و وفقا لما توصلنا إليه آنفا، فهناك اختلاف بين الأنظمة بخصوص المعيار المعتمد في إعلام المريض. ففي الأنظمة الأنجلوساكسونية يسود المعيار المهني الذي يحدد فيه أهل المهنة ما يجب إعلام المريض بشأنه من عدمه، و هو نفسه المطبق في مجال التجارب العلاجية.²⁶⁹ من ثم يوفي الطبيب التزامه الإعلامي تجاه مريضه عندما يزوده بالمعلومات التي يقدمها عادة أي طبيب من الأطباء من نفس الاختصاص لمريضه في نفس الظروف.

أما بخصوص القانون الفرنسي، فقد نصت المادة 4-1111 L من قانون 2002/03/04 المتعلقة بحقوق المرضى²⁷⁰ على وجوب الإعلام بالمخاطر الكثيرة الوقوع (risques fréquents) و المخاطر الجسيمة التي يمكن توقعها عادة (risques graves normalement prévisibles). مع العلم أن هذا القانون لم يتحدث عن إمكانية حجب المعلومات عن المريض لأغراض علاجية.²⁷¹ في حين توجب محكمة النقض الفرنسية الإعلام بالمخاطر المحتملة و الاستثنائية (risques exceptionnelles)²⁷². و قد أدى الاختلاف في الاصطلاحات المستعملة إلى جدال فقهي بخصوص الأخطار التي يجب التنبيه إليها و تلك التي يمكن إهمالها.²⁷³

ج- التجارب الغير علاجية:

تقتضي طبيعة هذا النوع من التجارب عناية خاصة بالأشخاص الخاضعين لها على أساس أنها لا تحقق أية مصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها. و طبقا للفقرة الثانية من إعلان

certaines informations liées à ce diagnostic. Dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité.” L’art. L.1122-1-5 C.S.P, précité.

²⁶⁸ راجع الفرع الأول أعلاه. ص. 512.

²⁶⁹ Mason & McCall Smith, op.cit., p. 265.

²⁷⁰ Code français de la santé publique (loi du 04 mars 2002 relative au droits des patients), supra.cit.

²⁷¹ و هو ما يتناقض مع أحكام قانون أخلاقيات الطب الفرنسي التي تجيزه في التدخلات الطبية المحضة، و المادة 5-1-1122 L من قانون الصحة العامة التي تجيز ذلك في التجارب العلاجية. راجع نص المادة في الهامش رقم 264 أعلاه.

²⁷² Cass.civ 07 oct. 1998, op.cit.,

²⁷³ راجع نطاق الإعلام في الفصل الأول من الباب الأول من الرسالة. ص. 76 و ما بعدها.

هلسنكي يجب أن يكون الشخص المتطوع لهذا النوع من التجارب شخصاً سليماً أو مريضاً بشرط ألا يتعلق البحث بمرضه.²⁷⁴

أما بخصوص نطاق الإعلام الواجب في هذا النوع من التجارب، فإنه من المستقر عليه فقهاً²⁷⁵ وقضاءً²⁷⁶ أن الطبيب ملزم بالإعلام الشامل. و المقصود بالإعلام الشامل في هذا الإطار ينصرف على الأخص إلى الأخطار المقترنة بإجراء التجربة. حيث يلتزم المجرى بإعلام الشخص الخاضع للتجربة بكل المخاطر المتوقعة و المحتملة مهما كانت نسب تحققها ضئيلة. و علة ذلك أنه لا مجال للخوف من رفض المريض أو الشخص السليم المراد إخضاعه لهذا لنوع من التجارب لأنها لا تحقق له أية فائدة علاجية مباشرة، و من ثم فهو حر في قبول إجراء التجربة أو رفضه.

و لقد بدأ القضاء الأنجلوساكسوني في اعتماد هذا المبدأ منذ الفصل في القضية الكندية المشهورة المعروفة بقضية Halushka.²⁷⁷ و تلخص وقائعها في خضوع المدعي، المدعو Halushka لتجربة علمية خاصة بمخدر جديد (new anaesthetic) بعد أن طمأنه أحد القائمين بها بأنها لا تحتوي على أية مخاطر، و أنه سيحصل على مبلغ 50 دولار عند انتهاء التجربة. غير أنه لم يخطر ببطبيعة التجربة أو بالعقار الجديد المراد تجريبه عليه و لا بمدة تنفيذها. يضاف إلى ذلك أن المجرى لم يسبق له و أن جرب مواد التخدير و كان يجهل خطورة استعمال هذه المواد. و قبل أن يمضي Halushka وثيقة الموافقة الخاصة بالتجربة سأل المسئول عنها عن المقصود بكلمة "حوادث" (accidents) الواردة في وثيقة الرضا، فأجابته بأنها تشير إلى الحوادث التي يمكن أن تحدث له في البيت أو في أي مكان آخر خارج المستشفى. غير أنه أثناء تنفيذ التجربة توقف نبض Halushka و تطلب الأمر شق صدره و تدليك قلبه لإعادته إلى العمل، و ضل هذا الأخير فاقدًا للوعي لمدة أربعة أيام، و تطلبت حالته فوق ذلك استشفاءً لمدة إحدى عشر (11) يوماً كاملة.

²⁷⁴ "the subjects should be volunteers – either healthy persons or patients – for whom the experimentation design is not related to the patient's illness." Para. 2, Title III, Declaration of Helsinki. Supra.cit.

²⁷⁵ و يرى بعض الفقهاء الأنجلوساكسوني أن نطاق الإعلام يجب أن يتحدد بمعيار "الشخص المحتاط" إن لم يكن وفقاً لتطلعات الشخص الخاضع للتجربة نفسه، بدلاً من معيار "الطبيب المحتاط". راجع؛

Mason and McCall Smith, op.cit, ed. 87. p. 262.

²⁷⁶ راجع قضية Halushka أنناه.

²⁷⁷ Halushka v. University of Saskatchewan, 52 W.W.R. 608. (Saska 1968), 53 D.L.R 2nd 436 (1966).

على إثر ذلك رفع Halushka دعوى أما القضاء ادعى فيها إهمال الطاقم الطبي في تنفيذ التجربة، و عدم حصوله على الإعلام الكافي بمخاطرها الحقيقية. و قد سمح له ذلك بالحصول على تعويض بمبلغ 22500 دولارا كنديا، و هو ما تؤكد على مستوى الاستئناف رغم دفع المدعى عليه بحصولهم على الرضا المتبصر من المدعي من خلال إمضائه على وثيقة الموافقة.

ففي هذا الصدد أكدت المحكمة أن طبيعة العمل التجريبي تفرض على الطبيب المجرّب رعاية مماثلة، أو تفوق، رعاية الطبيب العادي تجاه المريض.²⁷⁸ كما أشارت المحكمة، من جهة أخرى، بأنه على خلاف التدخلات العلاجية، ليس هناك أي استثناء بخصوص نطاق الإعلام في مجال التجارب الطبية. إذ ليس هناك مجال للموازنة بين الأضرار المحتملة من الخضوع للتجربة و الأضرار المحتملة من البقاء بدون علاج. و عليه فإنه من حق المرشح للتجارب الطبية الحصول على إعلام شامل و صادق بخصوص طبيعة و مخاطر التجربة لتمكينه من إصدار موافقة حرة و متبصرة.²⁷⁹

أما بخصوص القضاء الفرنسي فليس فيه ما يفيد الخروج عن هذه القاعدة، خاصة و أنه يتجه نحو الإعلام الشامل في التدخلات العلاجية المحضة.²⁸⁰ من ثم يفترض أن يكون نطاق الإعلام المطلوب في مجال التجارب العلمية هو نفسه المطبق على الأقل في التدخلات العلاجية إن لم يكن أكثر اتساعا.

الفرع الثالث: أهلية الموافقة على التجارب الطبية:

يشترط لصحة الرضا في مجال التجارب الطبية كمال الأهلية. و هي، طبقا للقواعد العامة، بلوغ السن القانون ووفقا لما حددته مختلف التشريعات مع تمتع الشخص بكل قواه العقلية.²⁸¹ و هو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي الموافقة عليها أن يكون للشخص قدر كاف من الوعي و الإدراك.

²⁷⁸ (The duty) imposed upon those engaged in medical research ... (was) as greater as, if not greater than, the duty owed by the ordinarily physician...to his patient", Halushka v. University of Saskatchewan, op.cit. p. 444.

²⁷⁹ "There can be no exceptions to the ordinary requirements of disclosure in the case of research as there may well be in ordinary medical practice. **The researcher does not have to balance the probable effect of lack of treatment against the risks involved in the treatment itself....The Subject of medical experimentation is entitled to a full and frank disclosure of all the facts, probabilities and opinions...**(to render an informed consent).", Ibid, p. 444.

²⁸⁰ Cass.civ 07 oct. 1998, op.cit.,

²⁸¹ راجع الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الرسالة. ص. 117.

من ثم تثار مشكلة الأهلية في مجال التجارب الطبية بالنسبة لبعض الطوائف الخاصة من الأشخاص التي تحتاج إلى الحماية القانونية، إما لصغر في السن (القصر و من في حكمهم)، أو بسبب وضعية المريض أو المرشح للتجربة (المرأة الحامل) أو حالته الصحية (الاستعجال).

أولاً: رضا القصر و من في حكمهم:

تجب الإشارة بداية إلى أن معظم التشريعات تجيز التجارب الطبية على القصر و إن اختلفت في القواعد المنظمة لها. حيث تعتبر التجارب الطبية على الأطفال ضرورة علمية مثلما هي بالنسبة للشخص الراشد. و علة ذلك اختلاف رد فعل جسم الصبي تجاه الدواء مقارنة برد فعل جسم الشخص الراشد، و هو ما يتطلب التجريب على هذه الطائفة بالذات للتأكد من صلاحية الأدوية و الطرق العلاجية الجديدة.²⁸² و على غرار التجارب على الإنسان الراشد، قد تكون التجارب على الأطفال لأغراض علاجية، كما يمكن أن تكون لأغراض علمية.

و إذا كان النوع الأول لا يثير أي مشاكل تذكر، فإن النوع الأخير يطرح عدة تساؤلات ذات طابع أخلاقي و قانوني. حيث يتساءل البعض عما إذا كان الطفل قادراً على إصدار رضاء صحيح بشأن المشاركة في التجارب الطبية ؟

لم يعالج تقنين Nuremberg هذه الحالة و إن كان أحد واضعيه قد أشار بعض صدوره إلى إمكانية الاعتداد برضا الممثل القانوني في حالة التجريب على الطفل أو على المعوق ذهنياً.²⁸³ أما إعلان هلسنكي فقد أجاز صراحة موافقة الممثل القانوني.²⁸⁴ و قد سارت على هذا النهج تعليمات الجمعية الطبية الأمريكية التي أوصت بأنه في حالة التجريب على الأطفال أو القصر عديمي التمييز يجب الحصول على موافقة الولي الشرعي.²⁸⁵

و تستند إباحة التجريب على الأطفال بناء على موافقة الأولياء إلى فكرة فلسفية مفادها أن حرص الأولياء على مصالح أولادهم يمنعهم من تعريض هؤلاء إلى مخاطر جسيمة أو مضرة

²⁸² Mason & McCall Smith, op.cit. 1987 ed. p. 268.

²⁸³ Ivy, A.C., "The History and Ethics of the Use of Human Subjects in Medical Experiments" (1948), 108 Science, 1.

²⁸⁴ Para. 11, Principes de Base, Déclaration de Helsinki., précité.

²⁸⁵ Cité par Mason and McCall Smith, op.cit., p. 268.

بصحتهم. و على هذا الأساس يمكن ائتمان الأولياء على صحة الأولاد و حسن الظن بهم من حيث عدم اتخاذهم لقرارات صحية تتنافى مع مصلحة الطفل.²⁸⁶

غير أن إخضاع الطفل للتجارب الغير علاجية يتنافى في الواقع مع مصلحة هذا الأخير بحكم انتفاء أي مصلحة علاجية من تنفيذها عليه. بل إن إخضاع الطفل لمثل هذه التجارب يعرض سلامته البدنية لمخاطر مختلفة حتى وإن كانت يسيرة، و هو ما يجعل رضا الولي محل شك.

و رغم منطقية هذه الحجة إلا أن البعض يرى في التجريب عل الأطفال و القصر خدمة لمصالحهم، حيث أن إدراج هؤلاء في مشاريع البحث الطبي عمل تبرعي ينمي إحساسهم بواجباتهم تجاه المجتمع، و يساعد، من جهة أخرى، على تخفيف آلام غيرهم من الأطفال من خلال الحصول على معلومات جديدة عن الأمراض الطفولية.²⁸⁷

أ: رضا القاصر في القوانين الأنجلوساكسونية:

سبقت الإشارة أنفا إلى أن الأخذ بموافقة القاصر على الأعمال الطبية مرهون بقدرته على الإدراك.²⁸⁸ و هو ما تأكد في بريطانيا على إثر القرار الصادر في قضية Gillick،²⁸⁹ التي قررت فيها المحكمة أن " تدخل الأولياء في (شؤون القاصر) مشروط بحاجة القاصر إلى حماية شخصه أو ممتلكاته".²⁹⁰ غير أنه يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق هذا المبدأ في مجال التجارب الغير علاجية؟

يرى الفقه الإنجليزي أن كل المعطيات تفيد بتطبيق هذا المبدأ أيضا بخصوص رضا القاصر في التجارب العلمية.²⁹¹ حيث أن السن القانوني (16 سنة) المحدد في الفقرة الثامنة من قانون الأسرة الإنجليزي²⁹² يخص فقط التدخلات الطبية العلاجية، و هو ما يعني استبعاد التجارب العلمية من نطاق تطبيقه.²⁹³ و بناء على ذلك فإن اشتراط الأهلية الكاملة²⁹⁴ لهذا النوع من

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Ibid. p. 269.

²⁸⁸ راجع رضا الصغير في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الرسالة. ص. 130.

²⁸⁹ Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, [1984] Q.B 581, , [1984] 1 All E.R. 365, , [1986] A.C 122, , [1985] 1 All E.R. 533, CA Revised , [1986]AC 112, , [1985] 3 All E.R. 402, H.L.

²⁹⁰ "Parental rights exist only so long as they are needed for the protection of the person and property of the child." [1986]AC 112, , [1985] 3 All E.R. 402, H.L.

²⁹¹ Mason and McCall Smith, op.cit., p. 272, Brazier, M. op.cit. 1987 ed. P. 289.

²⁹² Family Law Reform Act, 1969, supra.cit.

²⁹³ Mason and McCall Smith, op.cit., p. 272.

التجارب يعنى التوقف النهائي عن إجرائها على الأطفال، مع كل ما ينجر عن ذلك من أضرار للطفولة من خلال حرمان هذه الطائفة من المجتمع من التقدم الطبي و العلمي.²⁹⁵

و في غياب التنظيم التشريعي²⁹⁶ لهذه المسألة يرى بعض الفقه الإنجليزي بوجود الاعتداد برضا القاصر متى ثبت أن هذا الأخير يتمتع بالقدر الكافي من الوعي و الإدراك الذي يسمح له بإصدار موافقة صحيحة من الناحية القانونية.²⁹⁷ فقد ثبت في دراسة قام بها باحثين على مجموعة من الأطفال يتراوح سنهم بين (09 و 14) بخصوص قدرتهم على الموافقة على الأعمال الطبية أن الأطفال البالغين 14 سنة من العمر يمتلكون قدرات مشابهة لنظرائهم من الراشدين. كما أظهر الأطفال ذوو التسع سنوات من العمر قدرات لا بأس بها في هذا المجال.²⁹⁸ و الملفت للانتباه في هذا الصدد أن بعض التشريعات قد حددت فعلا سن الرابعة عشر كحد أدنى للقاصر لكي يتخذ بمفرده القرارات المتعلقة بصحته. حيث تنص المادة 42 من قانون الصحة العامة لمقاطعة Québec على أنه؛

" يجوز للقاصر الذي يبلغ من العمر 14 سنة أن يوافق بمفرده على الرعاية و العلاج، فإذا ما طالت هذه الأعمال أو استلزمت لإيواء يزيد عن 12 ساعة يجب على الطبيب أن يبلغ والديه.
أما بالنسبة للقاصر الأقل من 14 سنة فإنه يحتاج إلى موافقة صاحب السلطة الأبوية."²⁹⁹

و على العموم لم تهتم أغلبية القوانين الأنجلوساكسونية بتحديد السن اللازم للاعتداد برضا القاصر، مؤكدة على وجوب الأخذ بعين الاعتبار قدرات القاصر على إدراك المطلوب منه، فإذا كان يستطيع ذلك اعتد بموافقة بدون التقيد بسن معينة. فسن التمييز لا يتحدد في هذا المجال، في

²⁹⁴ 18 ans selon,, the Family Law Reform Act, 1969.

²⁹⁵ Ibid , p. 273.

²⁹⁶ يرى البعض أن هناك ضرورة ملحة لتدخل المشرع و تنظيم هذه المسألة. حيث أن طبيعة هذه التجارب تفرض حماية خاصة للأطفال بمقتضى تشريع خاص، و ذلك على أساس أن أحكام الشريعة العامة لم تعد قادرة حسب هؤلاء على توفير الحماية اللازمة لهذه الطائفة. راجع Brazier, ed 87, op.cit. p. 290.

²⁹⁷ Mason and McCall Smith, op. cit., p. 271.

²⁹⁸ Weithorn, L.A., and Campbell, S.B., "The Competency of Children and Adolescents to make Informed Treatments Decisions", (1982) Child Develop 285. voir pour discussion, Nickolson , R.H., "Medical Research with Children; Ethics, Law and Practice" (1986) p. 146., Skegg., P.D.G., "English Law relating to Experimentation on Children" (1977) Lancet, vol. 2. pp. 754-5., Dworkin, "Legality of consent to non-therapeutic medical research on infants and young children" (1978) vol. 53. Archives of Disease in Childhood, pp.443-6.

²⁹⁹ Cité par Boudouin , op.cit., p. 189.

ظل هذه الأنظمة، بالرجوع إلى أحكام القانون المدني أو السن التي يحددها المشرع الجنائي لبلوغ الأهلية الجنائية. من ثم يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي عندما يتعلق الأمر بالموافقة على الأعمال الطبية، بما فيها المشاركة في التجارب الطبية.³⁰⁰

و بناء عل ما تقدم، لا تشترط موافقة الولي، في القوانين التي تجيز هذا النوع من التجارب على الأطفال، سوى بالنسبة للصبي الغير مميز الذي لا يمكنه إدراك طبيعة العمل التجريبي المراد إخضاعه له.³⁰¹ مع العلم أنه يشترط لشرعية هذه التجارب، إلى جانب موافقة الولي، وجوب توافر الشروط الأخرى المرتبطة بضمان سلامة الكيان البدني للأطفال المشاركين في هذه التجارب.

أما المجنون فيأخذ حكم الصغير غير المميز، و من ثم لا يكون لرضائه أية قيمة قانونية لأنه لا يملك القدرة على كشف و تمييز طبيعة الأفعال المقترحة عليه لكي يوافق عليها موافقة يعتد بها قانونا. و على هذا الأساس فلا بد من الحصول على موافقة ممثله الشرعي بالنسبة للتجارب العلاجية. أما التجارب غير العلاجية فلا يجوز إجرائها على هذه الطائفة من الأشخاص.³⁰²

ب- رضا القاصر في القانون الفرنسي:

يجيز القانون الفرنسي إجراء التجارب الطبية على القصر و من في حكمهم بشرط الالتزام بالضوابط المنصوص عليها في قانون الصحة العامة.³⁰³ و طبقا للمادة 1122 مكرر 2 من قانون الصحة العامة يمكن مباشرة التجارب الطبية على القصر و من في حكمهم؛
- بالنسبة للقاصر غير المميز، بعد الحصول على موافقة من لهم السلطة الأبوية.

³⁰⁰ لمزيد من المعلومات راجع د. محمد عبد الغريب، المرجع لسابق، ص. 89.

³⁰¹ و هي أقلية مقارنة بالتجارب العلمية على الصبية. راجع Boudouin , op.cit., p. 190.

³⁰² حيث نتج غالبية التشريعات إلى حظر هذه التجارب على مرضى الأمراض العقلية، في حين تشترط التشريعات التي تجيزها (كالتشريعات الأمريكية) أن يرد البحث أو الدراسة على مرض عقلي بحكم أن الشخص السليم لا يمكنه أن يكون محلا لهذه التجارب. أشار إليها د. محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص. 92.

³⁰³ 'Les mineurs, les majeurs protégés par la loi ne peuvent être sollicités pour une recherche biomédicale que si l'on peut en attendre un bénéfice direct pour leur santé.

Toutefois, les recherches sans bénéfice individuel direct sont admises si les trois conditions suivantes sont remplies :

- ne présenter aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ;
- être utiles à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap ;
- ne pouvoir être réalisées autrement'. L.1121-6 C.S.P, précité.

- بالنسبة للقاصر و الراشد المحمي قانوناً، يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني بالنسبة للتجارب العلاجية التي لا تحتوي على أي مخاطر جدية محتملة. أما التجارب غير العلاجية فلا بد من الحصول على موافقة الممثل القانوني بعد ترخيص مجلس العائلة أو قاضي الأحداث.
- و يجب على الطبيب محاولة الحصول على موافقة القاصر أو الراشد المحمي قانوناً عندما يكون هذا الأخير قادراً على التعبير عن إرادته. كما يجب احترام رفضه الخضوع للتجربة أو رجوعه في الموافقة.³⁰⁴

يتضح من هذه المادة أن المشرع الفرنسي يميز، بخصوص التجريب على القصر، بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية. حيث يجيز التجارب العلاجية على القاصر بدون تفرقة بين المميز و الغير مميز (émancipé ou pas). فبالنسبة للطفل غير المميز (mineurs non-émancipés) يشترط القانون موافقة من لهم السلطة الأبوية على الطفل. أما بالنسبة للقاصر و الراشد المحمي قانوناً فيوجب موافقة الممثل القانوني.

أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية فهي مباحة فقط على القاصر المميز و الراشد المحمي قانوناً، بشرط الحصول على موافقة ممثله القانوني بعد إجازة مجلس العائلة، أو قاضي الأحداث.

ثانياً: المرأة الحامل و الجنين:

تثير التجارب الطبية و العلمية على النساء الحوامل و على الأجنة خاصة مشاكل دينية، أخلاقية و قانونية فائقة التعقيد. فإذا كانت التجارب على النساء الحوامل مقبولة للتطور الطبي في مجال الإنجاب و التوليد، إلا أن التجارب على الأجنة أثارت الكثير من الجدل في الدول الغربية بين أهل الطب و رجال الدين و القانون بسبب ارتباط هذه التجارب بالإجهاض، و بالتالي حقوق الجنين.³⁰⁵

³⁰⁴ "Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur des mineurs ou des majeurs protégés par la loi ;

- **Le consentement doit être donné, selon les règles prévues à l'article L.1122-1, par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale pour les mineurs non émancipés.**
- **Pour les mineurs ou les majeurs protégés par la loi, le consentement est donné par le représentant légal pour les recherches avec bénéfice individuel direct ne présentant pas un risque prévisible sérieux et, dans les autres cas, par le représentant légal autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles ;**
- **le consentement du mineur ou du majeur protégé par la loi doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement."** L'art. 1122-2 C.S.P. précité.

³⁰⁵ Mason and McCall Smith, op.cit., p.70 et s.

فمن جهة، يرى الأطباء أن التجارب على الأجنة ضرورية من الناحية الطبية للوقوف على الكثير من الأمراض التي تصيب الصبية بعد الولادة، على اعتبار أن نصف الوفيات الطفولية مرتبطة بهذه المرحلة من عمر الكائن. و للوقوف على أسباب هذه الأمراض يتطلب الأمر دراسة الموضوع في مراحله الأولى و هو التجريب على الجنين.³⁰⁶ كما يشير هؤلاء إلى أنه لا يمكن فهم طبيعة الكثير من الأمراض بدون الدراسات المعمقة على الأجنة.³⁰⁷

و من جهة أخرى، يرى رجال الدين أن التجريب على الجنين فيه اعتداء صارخ على حقوق هذا الأخير، على اعتبار أن الكنيسة الكاثوليكية تعترف بشخصية الجنين منذ لحظة التلقيح.³⁰⁸ يضاف إلى ذلك المشاكل المرتبطة بكيفية الحصول على الأجنة و كيفية التخلص منهم و غيرها من المشاكل الأخلاقية و الدينية المرتبطة بهذا الموضوع.

أما من الناحية القانونية فقد حددت بعض التشريعات السن القانوني للجنين الذي تمنع بعده عمليات الإجهاض الإرادي بثمانية و عشرين (28) أسبوع.³⁰⁹ إذ يفترض أن الجنين الذي بلغ هذا السن يمكنه العيش منفصلا عن أمه، و هو ما يجعل إسقاطه بعد هذه المدة جريمة في ظل هذه الأنظمة.³¹⁰

و غني عن البيان أن مثل هذه التجارب مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية إذا تمت بعد الإسقاط الإرادي للجنين من بطن أمه بدون سبب شرعي.³¹¹ أما الدراسات التي تتم على الجنين بعد سقوطه من بطن أمه فيأخذ حكم الجثة، و ينطبق عليه ما ينطبق على جثة الكائن البشري من حيث الحرمة و التكريم، و كذا من حيث إجازة تشريحه (التشريح العلمي و التشريح المرضي).³¹²

³⁰⁶ Ibid. p. 274.

³⁰⁷ Ibid. p. 275.

³⁰⁸ Ibid. p. 75.

³⁰⁹ مثاله التشريع الإنجليزي الذي حدده ب28 أسبوعا (ما يقارب 6 أشهر)؛

S.5(1) Abortion Act. 1967. cite par , Mason and McCall Smith, op.cit. 78.

في حين جعلته المحكمة العليا الأمريكية بين 24 و 28 أسبوعا. راجع نفس المرجع و في نفس المكان. أما القانون الفرنسي فقد نظم هذا الموضوع في القانون رقم 94-654 الصادر بتاريخ 1994/07/29 و المتعلق بالترع و استعمال منتوجات الجسم البشري. سبقت الإشارة إليه. مع العلم أن استعمال الأجنة في التجارب يتم بإباحته طبقا لقانون 94 إلا أنه أشار إلى إمكانية مراجعة المسألة لاحقا. راجع في هذا الشأن؛

Jacquinet, C. ? "Révision de la loi sur la bioéthique", Gaz. PaL., Juin 1999, p. 33.

³¹⁰ Ibid , p. 78.

³¹¹ " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون. "، المادة 33 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات الطب، سبقت الإشارة إليها. و تنص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي؛ " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية. "

³¹² لمزيد من المعلومات راجع د. أحمد شرف الدين، "الأحكام الشرعية للأعمال الطبية"، مرجع سابق، ص، 71 و ما بعدها.

أما بالنسبة للتجارب على النساء الحوامل فقد أجازتها مختلف التشريعات بشرط ضمان سلامة الكيان الجسدي للمرأة و لطفلها. ففي هذا الصدد أشارت المادة 4-1121 L من قانون الصحة الفرنسي³¹³ إلى شرعية التجارب غير العلاجية على المرأة الحامل، النفساء أو المرضعة ضمن الشروط التالية؛

- عدم اشتغالها على أي مخاطر جدية محتملة للأم أو لطفلها،
- إذا كانت ضرورية لفهم ظاهرة الحمل، الولادة أو الإرضاع،
- لا يمكن إجراء هذه التجارب بطرق أخرى.

أما بخصوص التجارب العلاجية على الحوامل، فلم ينص عليها التشريع الفرنسي، إلا أنها مباحة من باب أولى على هذه الطائفة و تخضع في تنفيذها للشروط العامة لأجراء التجارب، حيث يلتزم الطبيب بتوفير الرعاية اللازمة و ضمان السلامة البدنية للأم و الطفل معا.

ثالثاً: حالات الاستعجال و المرضى نزلاء المستشفيات (malades hospitalisés):

من المتفق عليه فقها و قضاء إن حالة الاستعجال تسمح للطبيب بالتدخل الطبي بدون موافقة المريض.³¹⁴ غير أنه يتعين على الطبيب الحصول على موافقة الأهل أو الأقارب كلما كان ذلك ممكناً. و لتجنب المشاكل التي تثيرها حالات الاستعجال بخصوص الحصول على رضا المريض يسمح القانون الفرنسي للمريض حالياً أن يعين "شخصاً أميناً" (une personne de confiance) يتولى مهمة الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به في حالة عجزه على الموافقة عليها بنفسه.³¹⁵ و يمكن أن يكون هذا الشخص الطبيب المعالج نفسه أو أي شخص آخر. بحيث يتعين على الطبيب إعلامه بكل المعلومات الضرورية لتمكينه من اتخاذ القرار المناسب بشأن صحة المريض. و يعتبر هذا الإجراء وسيلة جديدة لضمان استشارة المريض على الأعمال الطبية و لو بطريقة غير مباشرة.³¹⁶

و في كل الأحوال لا يجوز إجراء التجارب الطبية على الأشخاص الموجودين في الحالات الاستعجالية أو الذين يعالجون في المستشفيات بدون موافقتهم (مرضى الأمراض الذهنية)، إلا إذا

³¹³ "Les recherches sans bénéfice individuel direct sur les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ou celle de leur enfant, si elles sont utiles à la connaissance des phénomènes de la grossesse, de l'accouchement ou de l'allaitement et si elles ne peuvent être réalisées autrement."
L'art. 1121-4 C.S.P Fr. Précité.

³¹⁴ راجع ص. 156 و ما يليها من الرسالة.

³¹⁵ Voir, L. 1111/6 C.S.P. Fr., loi du 04 mars 2002, précité.

³¹⁶ Bourgeois, N. et Durrieu – Diebolt, "La loi de 04 Mars 2002" op.cit. p 34/36

كانت هذه التجارب تحقق لهم فائدة علاجية مباشرة (تجارب علاجية)³¹⁷. و في هذه الحالات يمكن أن يتضمن بروتوكول التجربة إشارة إلى طابعها الاستعجالي أو إلى عدم إمكانية الحصول على موافقة المريض و الاكتفاء برضا الأقارب إن وجدوا، أو رضا "الشخص الأمين" المعين لهذا الغرض من قبل المريض طبقا للمادة L.1111-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي. مع العلم أن أنه يجب الحصول على موافقة المريض شخصيا متى أمكن ذلك لمتابعة التجربة.³¹⁸

الفرع الرابع: الشروط الشكلية للرضا في مجال التجارب الطبية:

تشتت بعض التشريعات أن تصدر موافقة الشخص على الخضوع للتجارب الطبية في شكل مكتوب،³¹⁹ و ذلك تطبيقا لتوصيات إعلان هلسنكي في هذا المجال.³²⁰ من هذه التشريعات، قانون الصحة العامة الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة في مادته L.1122-1-6 التي أوجبت أن يصدر الرضا في شكل كتابي، و في حالة تعذر ذلك يكون الرضا بإقرار من الغير بشرط ألا يكون هذا الأخير ذو صلة بالقائم بالتجربة أو بالمشرف عليها.³²¹

و لا شك أن اشتراط إفراغ الرضا في سند كتابي يضمن للشخص الخاضع للتجربة الحد الأدنى اللازم لحمايته، و هو إخطاره بطبيعة العمل المراد إجرائه عليه. كما أن اشتراط الكتابة في الرضا فيها تذكير للقائم بالتجربة على أهمية التدخل الطبي في هذا المجال وخطورته على سلامة الأشخاص، و هو ما يحول دون قيام هذا الأخير بإجراء التجارب إلا بعد التأكد من موافقة الشخص الخاضع لها.

و يجب التنبيه إلى أن حق الشخص الخاضع للتجربة في الموافقة لا يقتصر على منحه قبل إجراء التجربة، بل يجب أن يبقى هذا الأخير موافقا على إجراء التجربة إلى آخر مرحلة من

³¹⁷ «..... les malades en situation d'urgence et les personnes hospitalisées sans consentement en vertu des articles L. 3212-1 et L. 3213-1 qui ne sont pas protégées par la loi ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé.» L'art. 1121-5 C.S.P. Fr. précité.

³¹⁸ «... Toutefois, en cas de recherches biomédicales à mettre en oeuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole..... peut prévoir que le consentement de cette personne ne sera pas recherché et que seul sera sollicité celui des membres de sa famille s'ils sont présents, et à défaut, l'avis de la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, dans les conditions prévues ci-dessus. L'intéressé est informé dès que possible et son consentement lui est demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche.» L.1122-1-7, C.S.P. Fr., précité.

³¹⁹ كالقانون الفرنسي، راجع المادة L.1122-1-6 من قانون الصحة العامة، سبقنا الإشارة إليه.

³²⁰ Voir. Para. 9, Basic Principles, Declaration of Helsinki., 1975, supra.cit.

³²¹ "Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur" L'art. L.1122-1-6 C.S.P. Fr., précité

مراحلها. و يعني ذلك أنه من حقه العدول عن رضائه في أية مرحلة من هذه المراحل دون أن يترتب عليه أية مسؤولية.³²² و إذا كان الحصول على الرضا المكتوب في هذا المجال دليلا على موافقة الشخص إلا أنه ليس دليلا كافيا على حصول الخاضع للتجربة على الإعلام اللازم قبل موافقته.

ففي قضية Halushka المشار إليها آنفا³²³، لم يمنع حصول القائمين بالتجربة على الموافقة المكتوبة من الشخص الذي خضع لها من المتابعة القضائية على إثر نفي ذلك الشخص تلقيه المعلومات الكافية بخصوص المخدر الذي تم تجريبه عليه. من ثم، فإذا كان شرط الكتابة شرطا ضروريا لصحة الرضا في التشريعات التي اشترطت الشكلية في الحصول عليه، فإنه يجب أن يسبقه إعلاما كافيا لكي يكون فعلا رضاء متبصرا، و على القائم بالتجربة إثبات ذلك طبقا للاتجاه الحديث لقضاء النقض الفرنسي.³²⁴

موقف التشريع الجزائري من شروط الرضا:

تنص المادة 2/168 فقرة 2 و 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي؛
" ... يخضع التجريب للموافقة الحرة و المستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي.
تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة."

و باستثناء هذه المادة لم يتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها نصوص أخرى متعلقة بالموافقة على التجارب الطبية. من ثم، يخضع الرضا في هذا المجال للقواعد العامة المنظمة للرضا على الأعمال الطبية. و على هذا الأساس يجب أن يكون رضا الشخص الخاضع للتجربة مسبقا بإعلام كاف على النحو الذي تم بيانه، و صادرا عن صاحبه بدون إكراه، غش أو تدليس. كما أن المشرع الجزائري لم يشترط أية شكلية في الموافقة على التجارب الطبية، مما يعني جواز إصداره شفويا أو كتابيا.

و تطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 2/168 يجب أن تستمر موافقة الشخص الخاضع للتجربة إلى آخر مرحلة منها، و هو ما يعني جواز العدول عن الرضا في أية لحظة.

³²² "Il informe la personne dont le consentement est sollicité de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité." L'art. 1122-1-2, C.S.P. Fr. précité.

³²³ راجع عناصر الرضا المتبصر، في الفرع الثاني أعلاه. ص. 519

³²⁴ Cass.civ. 1^{ière} du 25 février 1997, précité.

غير أن هناك نقص كبير في التشريع الجزائري بخصوص معالجة المسائل الخاصة التي يثيرها الرضا في مجال التجارب الطبية. فعلى خلاف نظيره الفرنسي، لم يعالج التشريع الجزائري مسائل مهمة مرتبطة بالرضا، كطبيعة الإعلام الواجب للمرشح لهذه التجارب، و كذا نطاق هذا الإعلام. كما لم يحدد التشريع الجزائري موقفه من التجارب على الفئات الخاصة، كالأطفال و القصر و غيرهم ممن هم في حكمهم.

و يجب التنبيه، في هذا المقام، إلى الغموض الذي يكتنف نص المادة 2/168 فقرة 2 بخصوص رضا الممثل الشرعي. فهل تفيد هذه العبارة إجازة التجريب على القصر و من في حكمهم ؟ و إذا كان الجواب بالإيجاب، فأى نوع من هذه التجارب يجيزه التشريع الجزائري على هذه الفئات ؟

في نظر الباحث، يمكن إرجاع سكوت التشريع الجزائري عن معالجة هذه المسائل إلى إحدى الفرضيتين أو لكلاهما؛

- النمو البطيء للتجارب الطبية في الجزائر، و الاقتصار على التنفيذ المحتشم لبعض منها في ميادين محددة، كالتجارب الصيدلانية. بمعنى آخر ضعف، أو عدم وجود ضرورة عملية لتنظيم هذا المجال. و على أهل الاختصاص في هذا الميدان توضيح النقائص التشريعية.³²⁵

- الاكتفاء بوضع النصوص الضرورية لتنظيم التجارب الطبية، و ترك المجال لأهل المهنة في تسيير، توجيه و مراقبة هذه التجارب، و هو النهج الذي يبدو أن المشرع الجزائري قد سار عليه من خلال إسناد هذه السلطات للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المتكون أصلا من الأطباء.³²⁶

و مهما كانت أسباب هذا الفراغ التشريعي إلا أن طبيعة التدخلات الطبية في مجال التجارب الطبية تتطلب حماية قصوى للأشخاص الخاضعين لها و هو واجب منوط بالمشرع قبل غيره. إلا أن أهل الاختصاص دور مهم في تذليل العقبات القانونية المرتبطة بمجال تخصصهم من خلال إرشاد المشرع إلى المشاكل القانونية التي يواجهونها أثناء مباشرة دراساتهم.

³²⁵ بدليل أن الممارسين في مجال عمليات نقل الأعضاء ينادون اليوم في مؤتمراتهم بضرورة إعادة النظر في القواعد المنظمة لهذا المجال بسبب ازدهاره في الجزائر في السنوات الأخيرة. راجع يومية الخبر، بتاريخ 2004/05/29، ص. 12. راجع أيضا يومية الخبر بتاريخ 06 جوان 2004 ص. 13.

³²⁶ راجع المادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، سبقت الإشارة إليه. و كذا الباب الثاني من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية بخصوص عضوية المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالرضا في التجارب الطبية:

على غرار التدخلات الطبية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية، يترتب على الإخلال بالرضا في مجال التجارب الطبية، إلى جانب المسؤولية المدنية، مسؤولية جنائية. و لقد اختلفت هنا أيضا التشريعات و الأنظمة في كيفية معالجة هذه المسألة، فمنها من لجأ إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكم الإخلال بالرضا في المجال الطبي مثل الأنظمة الأنجلوساكسونية، و منها من لجأ إلى تجريم الإخلال بالرضا في مجال التجارب الطبية بنصوص عقابية مثلما فعل المشرع الفرنسي، و هو ما سنحاول توضيحه في الفروع الموالية مبرزين موقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: جزاء الإخلال بالرضا في التجارب الطبية في الأنظمة الأنجلوساكسونية:

لم تلجأ الأنظمة الأنجلوساكسونية إلى تجريم الإخلال بالرضا في مجال التجارب الطبية، مكتفية بمسائلة الطبيب عن الأضرار الناجمة عن خطأه على أساس نظرية الإهمال (Negligence) التي تقابلها نظرية المسؤولية التقصيرية في الأنظمة اللاتينية. و يتعين على المضرور الذي يريد الحصول على التعويض في هذه الحالات إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية الثلاث و هي الخطأ (الإخلال بالحصول على الرضا)، الضرر (الضرر الناتج عن هذا الإخلال) و علاقة السببية، مع كل الصعوبات التي تميز الإثبات في هذا المجال.³²⁷ و قد انتقد الفقه الأنجلوساكسوني هذا المبدأ على أساس أنه لا يوفر الحماية القانونية اللازمة للشخص الخاضع للتجربة، و طالب بضرورة تدخل التشريع على اعتبار أن أحكام الشريعة العامة (commun law) لم تعد كافية لتنظيم هذا المجال.³²⁸ ففي مثل هذه الحالات من الصعب إثبات خطأ الطبيب إذا نفذ التجربة طبقا للمعايير العلمية و الأخلاقية المعمول بها.³²⁹

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا في التجارب الطبية في التشريع الفرنسي:

تجدر الإشارة بداية إلا أن الحماية الجنائية التي خص بها المشرع الجنائي الفرنسي الشخص الخاضع للتجربة لا تقتصر على شرط الرضا فحسب، بل تمتد إلى كل الشروط الأساسية

³²⁷ Mason & McCall Smith, op.cit p. 265 ets. Brazier, op.cit., ed. 87. p. 292.

³²⁸ Brazier, op.cit., ed. 87. p. 292.

³²⁹ Mason & McCall Smith, op.cit p. 265

الواجب مراعاتها لإجراء التجارب الطبية. حيث نص قانون الصحة العامة و قانون العقوبات الفرنسيين على عدة مخالفات على النحو التالي؛

- إجراء التجربة بدون الحصول على موافقة لجنة المراقبة و حماية الأشخاص أو مباشرة التجربة رغم منع إجرائها من قبل السلطة المختصة، و عقوبتها سنة حبس و غرامة ب15000 أورو.³³⁰ و هي نفس العقوبة المقررة لإجراء التجربة بدون اكتتاب عقد تأمين من المسؤولية المدنية.³³¹
- إجراء التجربة بدون احترام القواعد الخاصة (النساء الحوامل أو المرضعات)، و عقوبتها ثلاث (3) سنوات حبس و غرامة مالية قدرها 45000 أورو، إضافة إلى عقوبات ثانوية متعلقة بالمنع من المزاولة لمدة 5 سنوات.³³²

أما بخصوص الإخلال بالرضا فقد رصدت له المادة 223-8 من قانون العقوبات الفرنسي عقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات و غرامة مالية قدرها 45000 أورو.³³³ و تطبق نفس العقوبة في حالة الاستمرار في التجربة رغم عدول الشخص عن رضائه.

و تجدر الإشارة إلى أنه في حالة عدم ثبوت الخطأ الجنائي للطبيب في حالة المتابعة على أساس الإخلال بالرضا، فإن ذلك لا يمكن للمتضرر من التجربة الحصول على التعويض المناسب

³³⁰ **“Est puni d'un an d'emprisonnement et de (100 000 F) 15 000 euros d'amende le fait de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche biomédicale :**

1° Sans avoir obtenu l'avis préalable prévu par l'article L. 1123-6 ;

2° Dans des conditions contraires aux dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 1124-4 ;

3° Dont la réalisation a été interdite ou suspendue par le ministre chargé de la santé ou par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé pour les produits mentionnés à l'article L. 5311-1.

L'investigateur qui réalise une telle recherche en infraction aux dispositions de l'article L. 1124-6 est puni des mêmes peines.” L.1126-5 C.S.P. Fr. Précité.

³³¹ **“Le promoteur dont la responsabilité civile n'est pas garantie par l'assurance prévue à l'article L. 1121-7 est puni d'un an d'emprisonnement et de (100 000 F) 15 000 euros d'amende.”** L.1126-6 C.S.P.Fr., précité.

³³² **“Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche biomédicale en infraction aux dispositions des articles L. 1121-4 à L. 1121-6 et du dernier alinéa de l'article L.1122-1 est puni de trois ans d'emprisonnement et de (300 000 F) 45000 euros d'amende.**

Les personnes physiques coupables de l'infraction prévue à l'alinéa précédent encourent également les peines suivantes :

1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal ;

2° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ...” L.1126-3, C.S.P.Fr., précité.

³³³ **“Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur dans les cas prévus par les dispositions du Code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.**

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré”, L.223-8 code pénal Fr.

من المسئول عنها على أساس المسؤولية المدنية، و ذلك بموجب أحكام المادة L.1121-7 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

و بناء على ما تم بيانه يتضح أن التشريع الفرنسي قد خص الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية برعاية خاصة تكفل لهم الحماية اللازمة من الأشخاص القائمين بها، و كذا من أنفسهم³³⁴. و يتمثل ذلك في الحماية الجنائية التي خص بها حق الشخص في السلامة البدنية، حيث رصد عدة عقوبات جزائية لكل مخالفة للقواعد الأساسية التي تنظم التجارب الطبية.

من جهة أخرى، و حماية لحق الشخص في التعويض المناسب عن الأضرار الناتجة عن الخضوع لهذه التجارب اعتمد المشرع الفرنسي نظام المسؤولية بدون خطأ (responsabilité sans faut) في التجارب غير العلاجية، في حين أسس المسؤولية في التجارب العلاجية على الخطأ المفترض (faute présumé).

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالرضا في التجارب الطبية في التشريع الجزائري:

إن ما قيل بشأن نقل الأعضاء ينطبق أيضا على التجارب الطبية، حيث لا يتضمن قانون العقوبات الجزائري و لا قانون الصحة و ترقيتها أي نص يجرم التجارب التي يتم إجرائها بدون موافقة الشخص الخاضع لها.

من جهة أخرى سبقت الإشارة إلى أن المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات اللتان تحيل إليهما المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها غير كافيتين لتوفير الحماية الجنائية اللازمة للشخص سواء في مجال عمليات نقل الأعضاء أو التجارب.³³⁵

غير أن المشرع الجزائري، و على خلاف الوضع في مجال نزع الأعضاء، أكد على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة، و هو ما يضمن بذلك على الأقل حصول المتضرر من التجارب الطبية على التعويض المناسب. ففي هذا الإطار تنص المادة 168 مكرر 4 على ما يلي؛
" لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب و رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية."

³³⁴ و المقصود بذلك منع خضوع الشخص إلى التجارب الطبية بطريقة مستمرة، بهدف الحصول على التعويضات المناسبة من جراء المشاركة في التجارب. حيث يتكلف الوزير المكلف بالصحة بمسك سجل وطني خاص بالأشخاص المشاركين في التجارب الطبية. راجع نص المادة L. 1124-2 C.S.P.
³³⁵ راجع جزاء الإخلال بالرضا في عمليات نقل الأعضاء، ص. 432 من الرسالة.

حيث يمكن لهذا النص أن يسهل حصول المتضرر من التجارب الطبية على التعويض المناسب إذا اعتمد القضاء الجزائري نظرية المسؤولية بدون خطأ و المسؤولية على أساس الخطأ المفترض في مجال التجارب الطبية، و هو ما نرجحه و ندعمه لكونه يضمن على الأقل التعويض المادي عن الأضرار التي يمكن أن تصيب الشخص من جراء المشاركة في هذه التجارب.

من جهة أخرى إن اعتماد نظرية المسؤولية بدون خطأ في مجال التجارب الطبية في القضاء الجزائري هي أكثر من ضرورية في ظل النصوص القانونية الجزائرية الحالية. حيث انعدام الحماية الجنائية لحق الشخص في سلامته البدنية و انعدام جهات أخرى لتعويض الأشخاص في حالة عدم ثبوت مسؤولية القائم بالتجربة.

خلاصة الفصل:

عالجنا في هذا الفصل أهم التساؤلات التي يثيرها موضوع التجارب الطبية على الإنسان، سواء من حيث شرعيتها الأخلاقية و القانونية، أو من حيث كيفية إجرائها و مدى توافرها على الحماية اللازمة لسلامة البشر المشاركين فيها. فتوصلنا إلى أن هذا النوع من التدخلات الطبية ضرورة اجتماعية مارسها البشر من القدم بطرق مختلفة و في جميع الميادين. غير أن التجارب الطبية بمفهومها الحديث لم تزدهر سوى في العصر الحديث ضمن الحركة العلمية الشاملة التي عرفها المجتمع البشري.

و تعتبر التجارب الطبية من النشاطات الطبية التي لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية و الجراحية. فبفضل هذه التجارب استطاع الأطباء و العلماء عبر العصور الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن كأعراض الزهري، السل، الجدري و غيرهم من الأمراض التي اندثرت. فبفضل جهود أولئك العلماء و الأطباء و كذا الأشخاص الذين خضعوا لتلك التجارب أصبحت الكثير من هذه الأمراض في طي النسيان.

كما يرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية في اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية و تزرع الأمل في نفوس الكثير من مرضى الأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث و تنقيب لأجل الوصول إلى علاج لها.

و تكمن أهمية التجارب الطبية على الإنسان من الناحية العملية بالنظر إلى الاختلافات الجوهرية من الناحية التكوينية بين الإنسان و غيره من الكائنات الحية، و هو ما يعني حاجة الإنسان إلى التجريب على نفسه للحصول على النتائج الحقيقية للمادة أو الطريقة العلاجية المراد تجربتها. بل ثبت أن حاجة الإنسان إلى التجريب لا تقتصر على عنصر الرجال أو النساء فقط، بل يشمل الجنسين معا بحكم الاختلافات البيولوجية الموجودة بينها أيضا، و بسبب وجود أمراض خاصة بالنساء و أخرى بالرجال فقط.

كما ثبت أن أثر الأدوية أو الطرق العلاجية بصفة عامة، يختلف من مرحلة إلى أخرى من عمر الإنسان. بل لقد ثبت أن الكثير من الأمراض الفتالة للأطفال مصدرها التشوهات التي تصيب الجنين في بطن أمه، من ثم الحاجة إلى التجريب الطبي على هذا الكائن سواء قبل أو بعد خروجه من بطن أمه لمعرفة أسباب المرض و تجريب الدواء عليه. و قد تمكن العلماء في المجتمعات الغربية من إيجاد الحلول للكثير من الأمراض الطفولية من خلال الدراسات التي تمت على الأجنة.

منة ثم تبدو حاجة الإنسان إلى التجريب لا متناهية و تمس كل فئات المجتمع و في كل الأعمار. و ذلك على أساس أنه لا يمكن إطلاقا معرفة أثر و انعكاسات الأدوية و العقاقير الطبية على الإنسان و مدى مقاومتها لعوامل و أسباب المرض إلا إذا تم تجريب تلك العقاقير على الطائفة المستهدفة للتأكد من سلامة استعماله في العلاج.

و لقد حظيت التجارب الطبية و العلمية على الإنسان باهتمام خاص خلال الربع الأخير من القرن الماضي في الكثير من الدول، بما فيها الدول الإسلامية، بسبب ما أثارته هذه التجارب من تساؤلات قانونية و أخلاقية حول شرعيتها و مدى توافر الضمانات الخاصة بحماية الكيان الجسدي و العقلي للكائن البشري الخاضع لهذه التجارب.

و في هذا الإطار يتفق الفقه الإسلامي على شرعية التجارب العلاجية باعتبارها وسيلة علاجية شرعية في حال تخلف علاج معروف للداء محل الدراسة. أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية، فينتج بعض الفقه الإسلامي إلى عدم إجازتها على أساس انتفاء قصد العلاج فيها، باعتبارها شرط أساسي للمساس بالسلامة البدنية للأشخاص طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

و إذا كان تدخل المشرع الوطني في تنظيم هذا المجال حديث العهد، فإن السبق، من الناحية التاريخية، يعود للقانون الدولي الذي وضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال المبادئ و القواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم الحربية المرتكبة أثناء الحرب العالمية. و كذا من خلال إعلان هلسنكي و طوكيو 1975 اللذان تضمنتا عدة توصيات بخصوص القواعد القانونية و الأخلاقية التي يجب مراعاتها عند التجريب على الإنسان. و قد أوصت الجمعية الطبية العالمية في إعلان طوكيو آنذاك بإدراج هذه القواعد ضمن القوانين الداخلية لضمان الالتزام بها.

و قد ارتبط انعقاد هذه الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية حول التجارب الطبية بمرحلة عرف فيها العالم اهتماما بليغا و متناميا بحقوق الإنسان و هو ما عجل بصدور الكثير من القوانين الخاصة لتنظيم هذا المجال. حيث استندت الدول في تشريعاتها إلى المبادئ المعلن عنها في الاتفاقيات الدولية فتضمنت تشريعاتها أنواع التجارب الطبية، و الشروط التي يجب مراعاتها بخصوص إجرائها. مع العلم أن الأنظمة الأنجلوساكسونية كانت السباقة في هذا المجال، على غرار كندا و الولايات المتحدة الأمريكية، مقارنة بالدول اللاتينية. أما التشريعات الأكثر حداثة مثل التشريع الفرنسي الذي تعود آخر نصوصه إلى سنة 2002، فيمكن اعتباره نموذجا عن التنظيم المستمر و المتكامل لمجال يثير الكثير من التساؤلات الأخلاقية و القانونية.

و بناء على ما تضمنته مختلف التنظيمات و التشريعات في هذا المجال يمكن جمع الشروط الأساسية التي يجب توافرها لشرعية التجارب الطبية على الإنسان، ضمن الأصناف الثلاثة التالية؛

- الشروط العلمية الخاصة بإجراء التجارب،
- الشروط القانونية الخاصة بإجراء التجارب، خاصة منها ما يتعلق بكيفية الحصول على الموافقة،
- الشروط الإدارية لإجراء التجارب الطبية.

و يتمحور الصنف الأول من هذه الشروط حول ضرورة التجربة من جهة، و المنافع المرجو تحقيقها، سواء بالنسب للخاضع لها(تجارب علاجية) أو بالنسبة للتقدم العلمي(التجارب غير العلاجية). فتوجب أن يكون هناك توازن بين المصالح المراد بلوغها و المخاطر المقترنة

بهذه التجارب، فلا يمكن أن تكون التجربة شرعية من الناحية الأخلاقية و القانونية إلا إذا كانت تحقق منافع تفوق أو تساوي على الأقل المخاطر التي يتعرض لها الإنسان من جراء الخضوع لها.

أما الشروط القانونية للتجارب الطبية، فتشمل الأشخاص القائمين بهذه التجارب و ما يجب أن يتوافر عليه هؤلاء من كفاءات علمية لإمكان إجراء هذه التجارب. كما يدخل ضمن هذا الصنف من الشروط ضرورة توفير الحماية اللازمة في أماكن إجراء التجارب الطبية و التي يجب أن تسبقها دائما دراسات مخبرية و تجريب على الحيوان قبل مباشرة الدراسة على الإنسان. و يدخل ضمن هذه الشروط الموافقة.

و في الحقيقية يعتبر الحصول على موافقة الشخص من أهم الشروط التي نصت عليها التشريعات المختلفة بسبب توقف شرعية التجربة، إلى حد كبير، على هذا الشرط. حيث أوجبت هذه التشريعات الحصول على الرضا لكل التجارب الطبية مهما كانت طائفة الأشخاص المشاركون فيها. و يعني ذلك موافقة الشخص أو موافقة وليه أو ممثله الشرعي حسب الأحوال في الحالات التي يجيز فيها القانون التجريب على غير الراشد.

و نسجل هنا العناية الخاصة التي خصت بها بعض القوانين الفئات الضعيفة في المجتمع، كالقصر و المتخلفين عقليا و غير هم ممن يحتاجون إلى حماية القانون، حيث لا يمكن إخضاعهم للتجارب الطبية إلا ضمن شروط معينة.

و يجب أن يكون الرضاء حرا و متبصرا بعيدا عن كل وسائل الإكراه أو الغش أو التدليس. و لقد اهتمت التشريعات على الخصوص بعنصر الإعلام الذي يجب أن يسبق الحصول على الموافقة. إذ لا يمكن الاعتداد برضا الشخص في هذا المجال إلا إذا وافق على بصيرة و إدراك حقيقي بما هو مقبل عليه. و يفترض ذلك علم الخاضع للتجربة بالعناية من إجراءاتها، طبيعتها، المدة التي تستغرقها، و المخاطر المحتملة التي يمكن أن تصيبه من جراء مشاركته فيها. مع العلم أنه يجوز لهذا الأخير العدول عن الموافقة في أي مرحلة من مراحلها دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية في جانبه.

أما الصنف الأخير من الشروط الخاصة بالتجارب الطبية، فيشمل الترتيبات الإدارية، إذ لا يمكن مباشرة التجارب إلا في الأماكن المرخص لها و بعد الحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة، و الهيئات الرقابية المعتمدة خصيصا لهذا الغرض.

و لقد اعتمدت الأنظمة، و في هذا الإطار، نموذجين للرقابة على التجارب الطبية، رقابه طبية محضة، و رقابة مختلطة؛

أما النوع الأول فتختص به لجان رقابية مكونة أصلا من الأطباء. في حين تتكون اللجان المختلطة في النوع الثاني من الأطباء و غير الأطباء. و غني عن البيان أن النوع الثاني يحقق حماية أوفر للأشخاص الخاضعين للتجارب من خلال اطلاع المجتمع على التجارب التي تجرى في المخابر.

و سعيا منها لتوفير الحماية اللازمة للأشخاص، رصدت بعض التشريعات عقوبات جزائية على مخالفة القواعد الأساسية المنظمة لهذه التجارب خاصة منها شرط الحصول على الموافقة. كما تعرض البعض منها إلى طرق جبر الأضرار التي يمكن أن تصيب الأشخاص المشاركين فيها، و ذلك من خلال اعتماد نظام المسؤولية بدون خطأ كما هو الحال في القانون الفرنسي، و الذي نأمل أي يجد له مكانا في القانون الجزائري.

أما بخصوص تنظيم التجارب الطبية في القانون الجزائري، فيمكن القول أنه لا يزال في مراحل الأولى. حيث اكتفى التشريع الجزائري، من خلال قانون حماية الصحة و ترقيتها، على وضع الأساس القانوني للتجارب الطبية، و النص على القواعد الأساسية التي تنظم هذه التجارب و إسناد مهمة الرقابة عليها إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

و يظهر قصور التشريع الجزائري في تنظيم التجارب الطبية على الخصوص، في عدم توفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين لهذا النوع من التدخلات الطبية. ففي الوقت الذي خصصت التشريعات المقارنة، و على رأسها القانون الفرنسي، ترسانة من النصوص الجنائية و المدنية لحماية حق الشخص في سلامة كيانه البدني و العقلي، اقتصر تدخل التشريع الجزائري في هذا الميدان على نص واحد يؤكد من خلاله على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة على الأضرار التي تمس الشخص المشارك في التجربة.

و مهما كانت أسباب هذا القصور نأمل أن يتدخل المشرع الجزائري في أقرب الآجال لتوضيح الغموض الذي يكتنف بعض النصوص، و ملأ الثغرات القانونية التي أشرنا إليها في هذا الدراسة المتواضعة.

خاتمة الرسالة

لقد تناولنا في هذه الرسالة مناقشة حق الموافقة على الأعمال الطبية، بصفة عامة، و في عمليات نقل الأعضاء و التجارب الطبية، بصفة خاصة، و الحماية القانونية المقررة له. غير أنه بسبب حداثة التنظيم القانوني لهذا الموضوع في بلادنا، و قلة القرارات القضائية فيه اعتمدنا أسلوب الدراسة المقارنة لمعرفة موقف الشريعة الإسلامية من بعض الأساليب العلاجية الحديثة من جهة، و الوقوف على تجارب الأنظمة الأخرى، من جهة أخرى، في حل المسائل القانونية التي يثيرها هذا الموضوع، مع تركيز ملحوظ على القانون الفرنسي لاعتبارات تاريخية و عملية.

و لقد خصصنا الباب الأول من هذه الدراسة إلى الموافقة على الأعمال الطبية العادية أو التقليدية، في حين عالجنا في الباب الثاني المشاكل التي يثيرها هذا الموضوع في مجال نقل الأعضاء و التجارب الطبية. و يمكن إجمال النتائج التي توصلنا إليها فيما يلي؛

رغم انطواء الأعمال الطبية على المساس بالسلامة البدنية، إلا أنها من الأعمال المباحة في جميع الأنظمة مع اتفاقها على الشروط التي يجب توافرها لإباحة العمل الطبي و التي يمكن إجمالها في التالي؛

- إذن الشرع أو الحاكم أو الترخيص بمزاولة مهنة الطب،
- قصد العلاج،
- احترام المبادئ و الأصول المتبعة في ممارسة المهنة،
- رضا المريض،

فلا يمكن أن يكون تدخل الطبيب شرعياً و قانونياً إلا إذا تم وفقاً لهذه الشروط. و تتجه غالبية الأنظمة إلى عدم اعتبار رضا المريض سبباً للإضرار به. إذ لا يعتبر رضا المجني عليه سبباً من أسباب الإباحة، و هو ما يفرض على الطبيب ألا يتدخل إلا لغرض علاج المريض وفقاً للأصول المتفق عليها بين أهل المهنة.

من ثم فإن موافقة المريض ليست الشرط الوحيد لإباحة العمل الطبي و إن كان شرطا أساسيا للمساس بحرمة و سلامة جسد المريض. و يرتبط حق الشخص في الموافقة على الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي بحقه على جسده الذي يشترك فيه مع الله عز و جل. من ثم يلتزم الفرد في إطار الشريعة الإسلامية بصيانة جسمه و معالجته من الأسقام و تجنب التصرف فيه بما يضره به لأنه ليس "صاحب الحق الوحيد" على هذا الجسم. و بناء على ذلك لا يمكن للفرد وفقا لهذا المنطق أن يمتنع عن العلاج.

أما الفقه الغربي فيؤسس حق الفرد في قبول أو رفض العلاج على مبدأ الذاتية و حقه في تقرير مصيره، الذي ازدهر بصفة خاصة على إثر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و ما صاحبه من اهتمام بحقوق البشر في كل الميادين.

من جهة أخرى توصلنا إلى أن اشتراط موافقة المريض تفرضه كذلك طبيعة العلاقة غير المتوازنة بين الطبيب و المريض بسبب تحكم الأول في فن العلاج و استقلاله صحيا عن الغير، و معاناة الثاني من السقم و جهله كيفية التخلص منه لاسترجاع عافيته. من ثم فإن الغرض من استشارة المريض و إعلامه و الحصول على رضائه هو التخفيف من حدة الاختلال في هذا التوازن. كما أن اشتراط رضا المريض من الناحية القانونية مرده العقد القائم بين الطبيب و المريض، و ذلك بحكم أن الرضا الصحيح ركن أساسي، كما هو معلوم، في العقود الرضائية. و يتبع ذلك أن لكل من الطبيب و المريض الحرية التامة في اختيار الطرف الذي يتعاقد معه تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد.

و يعرف رضا المريض المؤسس على الإعلام في الفقه القانوني الحديث "بالرضا المتبصر أو المستنير" (consentement éclairé ou informé)، و هو التزام قانوني بالنسبة للطبيب مثله مثل التزامه بالحيلة و الحذر و الالتزام باحترام أو الالتزام بتوفير العناية اللازمة أو المعطيات العلمية عند مباشرة العلاج بحيث يسأل قضائيا عند الإخلال به.

و تعود تسمية الرضا المتبصر بهذا المفهوم إلى القانون الطبي الأمريكي، الذي كان له الفضل الكبير في إرساء نظرية الرضا المتبصر في أمريكا قبل انتقالها إلى أوروبا. كما يرجع الفضل الكبير في تطوير مفهوم الرضا بمفهومه الحديث إلى القضاء.

ففي غياب النصوص التشريعية، تحمل القضاء في مختلف الأنظمة الغربية حماية حقوق المرضى من خلال التأكيد على ضرورة الحصول على الرضا المتبصر للمريض قبل كل تدخل طبي و متابعة الأطباء عند الإخلال بواجب الإعلام.

غير أن انتقال نظرية الرضا المتبصر إلى أوروبا لا يعني بالضرورة تبني النظرية في الأنظمة الأوروبية بنفس الطريقة التي تبنتها الولايات المتحدة. فقد ارتبط مفهوم نظرية الرضا المتبصر في الولايات المتحدة بفكرة الإعلام الشامل بسبب ارتباط واجب الإعلام هناك بحق الفرد في الذاتية. في حين استبعد القضاء الإنجليزي اعتماد النظرية بهذا المفهوم، و ذلك على أساس أن التزام الطبيب بالإعلام في القضاء الإنجليزي جزء من التزامه العام بالعناية تجاه المريض، و يتحدد معيار الإعلام في هذا النظام بما يقرره أهل الطب.

بينما يشكل العقد و النصوص القانونية، في ظل القانون الفرنسي و الجزائري و القوانين اللاتينية، مصدر التزام الطبيب بالإعلام، رغم حداثة التنظيم التشريعي لموضوع "الرضا المتبصر" في هذه الدول. مع الإشارة إلى اعتراف الفقه بمبدأ الرضا المستنير و استقرار القضاء على العمل به منذ أكثر من نصف قرن.

و قد حددت القرارات القضائية و النصوص التشريعية الحديثة في الأنظمة المختلفة، عناصر و مقدار الإعلام الذي يتعين على الطبيب إفادة المريض به. و يشمل ذلك طبيعة المرض، العلاج المقترح و مخاطره المحتملة مهما كانت نسب تحققها، البدائل العلاجية، بما في ذلك مخاطر البقاء بدون علاج.

أما عن مقدار هذه المعلومات، فالأصل أن هناك عدة عوامل تساهم في تحديد ما يجب الإفصاح عنه من قبل الطبيب و ما يجب السكوت عنه وفقا لمتطلبات كل حالة على حدة. و عليه فإنه لا يمكن تحديد مقدار المعلومات التي يلتزم الطبيب بإيصالها إلى المريض لمختلف التدخلات الطبية تحديدا مطلقا و حاسما بسبب اختلاف هذه المعلومات و نوعيتها بالنظر إلى طبيعة المرض من جهة و طبيعة و نوع العلاج المقترح من جهة أخرى. يضاف إلى ذلك ظروف المريض الشخصية كعمره و جنسه و مستوى تعليمه و درجة ثقافته.

من جهة أخرى لكي ينتفع المريض بالإعلام يجب أن يتصف بمواصفات معينة، كأن يوجه الإعلام إلى شخص المريض و قبل مباشرة العلاج، ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك، كما لو كان المريض ناقص الأهلية أو عديمها أو كان في حالة مرضية لا يمكن معها إعلامه. و يجب أن تكون المعلومات دقيقة و كافية على نحو يحقق للمريض العلم الكافي الذي يساعده على اتخاذ قرار واع و متبصر بشأن طرق العلاج و وسائله المقترحة من قبل الطبيب. كما يشترط أن يكون الإعلام بسيطاً، تقريبياً، مفهوماً و صادقا.

أما عن معيار مراقبة سلوك الطبيب مع مرضاه بشأن الالتزام بالإعلام، فإنه يخضع لمعيار العناية و الحيطة و الحذر الذي يلتزم به في كافة أعماله الطبية، بحيث لا يسأل عن تقصيره في الإعلام إلا إذا سقط إعلامه دون مستوى إعلام الطبيب العادي من نفس المستوى و في نفس الظروف المهنية.

و تأكيدا على حق المريض في السلامة البدنية و العقلية و على حقه في الموافقة المسبقة على التدخلات الطبية، نص المشرع الفرنسي في قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى على إمكانية تعيين المريض عند دخوله المستشفى " لشخص أمين" يتولى رعاية مصالحه الصحية إذا دعت الضرورة إلى ذلك. و يهدف النص إلى تضيق حالات الضرورة بحيث لا يتصرف الطبيب في جسم المريض بدون موافقته أو موافقة أحد أقربائه إلا في حالات الضرورة القصوى لإنقاذ حياة أو صحة المريض و تعذر عليه الاتصال بأحد أقربائه في الوقت المناسب.

و من القواعد الجديدة أيضا التي جاء بها القانون المشار إليه في هذا المجال، بقاء التزام الطبيب بالإعلام قائما إلى فترة ما بعد العلاج. إذ يلتزم الطبيب بإخطار مريضه بأية مستجدات بخصوص علاجه أو مخاطره اللاحقة و هو ما يفرض عليه اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان الاتصال بالمريض عند الضرورة. مما يفيد أن المعطيات القانونية الحالية تتجه نحو التأكيد على حق المريض في السلامة البدنية و العقلية، و هي صورة حقيقية عن مستوى الحماية التي تكفلها الدولة للمرضى.

أما القانون الجزائري فلم يصل بعد إلى هذه المرحلة من التطور، إلا أنه يلزم الطبيب بالإعلام الكافي لتمكين المريض من التعبير الحر عن إرادته بشأن قبول أو رفض العلاج. إذ

يعترف التشريع الجزائري صراحة بحق المريض في رفض العلاج. غير أنه إعفاءً للطبيب من المسؤولية يلتزم المريض في هذه الحالة بالدليل الكتابي عن الرفض.

أما عن نطاق الإعلام، فلم يحدده القضاء الجزائري بعد، إلا أن اعتماد معيار موضوعي في هذا الشأن يبدو الأنسب في الظروف التي يمارس فيها الطبيب الجزائري مهنته. و على هذا الأساس يجب أن يتحدد نطاق الإعلام الواجب للمريض بالمعلومات التي يرى أهل الطب وجوب الإفصاح بها للمريض. مع العلم أن القانون الجزائري، يعترف صراحة بحق الطبيب في حجب المعلومات التي يراها هذا الأخير ضارة للحالة النفسية للمريض أو تسبب التأخير في علاجه.

و بخصوص شكل الموافقة على الأعمال الطبية، فلا يشترط كقاعدة عامة أي شكل معين لإصدارها، فقد تكون شفوية أو كتابية. غير أنه جرت العادة، في التدخلات الطبية التي تتضمن مساساً معتبراً بالسلامة الجسمية للمريض أو تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله عن موافقته كتابياً. و تلجأ عادة المؤسسات الاستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، إلى إعداد نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو ممثله القانوني من خلال بيانات محددة.

و المهم من هذه العملية هو تمكين المريض من حقه في قبول أو رفض العلاج طالما أنه يتخذ قراره بإرادة حرة و مستنيرة و واعية. من ثم إذا كان الرضا شرطاً لمباشرة العمل الطبي فإن الرفض الصريح للعلاج يمنع الطبيب من مباشرة العلاج إلا ما تم منه تحت سلطة القانون رغم رفض المريض كالتدخلات الطبية الإلزامية المتعلقة بحماية الصحة العامة.

و إذا كان المريض قاصراً أو صغيراً في السن يتولى، في القانون الجزائري، وليه أو ممثله القانوني كقاعدة عامة الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به.

و لقد سجل الباحث في هذا المجال تأخراً نسبياً للتشريع الجزائري. ففي الوقت الذي تعترف مختلف القوانين الأجنبية، خاصة الغربية منها، بحق القاصر المميز في الموافقة الشخصية على الأعمال الطبية، لا يزال التشريع الجزائري ينص على وجوب الحصول على موافقة الوالدين أو الولي قبل مباشرة أي عمل طبي على القاصر (دون التاسعة عشر من العمر) و لم يستثنى القاصر المميز البالغ من العمر 16 سنة.

و تشكل هذه الوضعية نوع من الخطورة على ممارسي مهنة الطب في الجزائر بحكم أن الكثير من القصر يتولون الموافقة على الأعمال الطبية بأنفسهم. من ثم ليس هناك ما يمنع أي والد أو ولي غير راض على نتائج العلاج الذي خضع له ولده القاصر، مهما كان تافها (علاج الأسنان مثلا)، و الذي لم يستشار بشأنه، أن يتابع الطبيب على أساس الإخلال بهذا الشرط القانوني بدون حاجة إلى إثارة الخطأ الطبي من جانبه الفني.

لذلك من واجب المشرع الجزائري أن يراجع موقفه تجاه هذه الطائفة من المرضى، حماية لهم و للأطباء، من خلال وضع نصوص قانونية أكثر مرونة تعطي للطبيب الجزائري السلطة التقديرية بشأن اللجوء إلى استشارة الولي أو الاكتفاء بموافقة القاصر المميز و ذلك بناء على تقدير الطبيب للإمكانيات العقلية التي يتمتع بها القاصر مستعينا في ذلك بالخبرة من جهة أو استشارة المحكمة حول المسألة إذا دعت الحاجة إلى ذلك قبل مباشرة التدخل الطبي على القاصر. و يمكن للمشرع الجزائري في هذا المجال، و على غرار غيره من المشرعين، أن يحدد التدخلات التي يمنع إجرائها على القاصر لارتباطها بالنظام العام أو تلك التي تتطلب موافقة الوالدين أو الولي بسبب خطورتها.

و يرى الباحث، في هذا الصدد، بأن إشراك القاصر المميز في أخذ القرارات المرتبطة بأموره الصحية يعود عليه بأكثر من فائدة. فهو تدريب على أخذ القرارات المهمة في حياته، باعتبار أن القرارات الخاصة بالجانب الصحي ترتبط بأهم ما يمتلكه الفرد و هي سلامته الجسمية و العقلية. كما يمكن اعتبار ذلك بمثابة ترويض على الاعتماد على النفس و هي خاصية محمودة في الفرد سواء من الناحية الأخلاقية أو الاجتماعية.

من جهة أخرى نعتقد أن النصوص الجزائرية كافية بما فيه الكفاية بشأن ضمان الحماية الصحية لصغار السن. إذ أن الطبيب مكلف في ظل القانون الجزائري برعاية مصلحة الصغير إذا اكتشف أن هذا الأخير لا يلقى العناية اللازمة من وسطه الأسري. و هو ما يعطي للطبيب شرعية التدخل في حالة الضرورة التي تستوجب السرعة في التنفيذ لإنقاذ صحة أو حياة الصغير.

و لقد نظم المشرع الجزائري استشفاء أو علاج ذوي الأمراض العقلية وفقا لحدّة المرض العقلي المشكو منه وأثره على شخص المريض نفسه أو على الغير. و حدد الجهات المختصة التي يمكنها المبادرة بعلاجه أو الموافقة على ذلك، مع السماح للمريض بالتعبير عن إرادته عندما

يكون راشدا و متمتعا بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز. و يخضع علاج الأمراض العقلية في التنظيم الجزائري لنظامين أساسيين هما؛

1- الاستشفاء الخارجي أو ما يسمى بالاستشفاء في مصلحة مفتوحة.

2- الاستشفاء الداخلي أو ما يسمى بالاستشفاء في مصلحة مغلقة.

و حماية لمرضى الأمراض العقلية من التجاوزات و سوء المعاملة التي قد يتعرضون لها من الأهل أو من الغير، جعل المشرع الجزائري سلطة القرار بشأن وضعية هؤلاء بيد أطباء الأمراض العقلية من جهة، و السلطات العمومية من جهة أخرى. كما أسند سلطة الفصل، بشأن حالات النزاع بين طبيب الأمراض العقلية و السلطات العمومية، إلى لجنة الأمراض العقلية التي يترأسها قاضي بدرجة رئيس غرفة من المجلس القضائي.

و إذا كان الحديث عن إرادة المريض عقليا لا أثر له في حالات الاستشفاء الإجباري، بحكم حدة المرض و أثره على القوى العقلية للمريض، فإن استشارته في الحالات الأخرى يبقى مرتبطا بالقدرات العقلية لهذا الأخير. إذ أنه بإمكان المريض أن يحرر طلب الترتيب الإداري بنفسه إذا رأى في ذلك السبيل الأنجع للعلاج، و قد يفضل المريض العلاج الخارجي إذا وجد من يعتني به فحوله القانون، و لكل من يود ذلك من الأهل و الأقرباء، حق طلب الخروج من هذا الترتيب.

و هناك حالات استثنائية يجيز فيها القانون للطبيب مباشرة العمل الطبي بدون الموافقة المسبقة إذا دعت إلى ذلك ضرورة. فإذا كان هناك خطر جسيم يهدد صحة المريض أو حياته، فإن ذلك من قبيل الأسباب الشرعية التي تجيز له التدخل و مباشرة إجراءات الإسعاف و العلاج لدرء ذلك الخطر و لو تم ذلك بدون موافقة المريض المعني بذلك التدخل.

و يشترط لقيام حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيما، أي أن الخطر يهدد صحة أو حياة المريض بشكل ملحوظ. و أن يكون حالا بتوافر حالة الاستعجال بحيث أن التأخير في العلاج أو التدخل الطبي يهدد حياة المريض أو ينذر بتدهور شديد في حالته الصحية مما يصعب معه شفاؤه أو تجنب مخاطر أخرى أكثر جسامة. و كقاعدة عامة، لا تجيز حالة الضرورة سوى التدخلات اللازمة لإنقاذ حياة أو حماية صحة المريض من خطر جسيم. مما يعني أن التدخلات التي يمكن إرجائها إلى حين استشارة المريض بشأنها تبقى غير شرعية.

و من حالات التدخل الأخرى التي لا تتطلب موافقة المريض للعلاج الحالة التي يكون فيها التدخل الطبي ضروريا لحماية الصحة العامة لباقي الأفراد كما في حالات تفشي الأوبئة. فالأمر يتعلق بمصلحة عامة تقتضي الحفاظ على صحة المواطنين و حقهم في الرعاية الصحية، و هو ما يعد من واجبات الدولة التي تفرضها أغلب الدساتير. غير أنه يشترط في هذه الحالة أن تتم العملية وفقا للأسس و القواعد الإدارية التي حددتها الجهة الإدارية المختصة.

و من المتفق عليه اليوم فقها و قضاء و وجوب احترام الطبيب لإرادة المريض سواء من حيث قبوله أو رفضه العلاج. و يحقق هذا الاتجاه الغرض من اشتراط رضا المريض خاصة منه ما يتصل بمشروعية العمل الطبي و ضمان الحقوق الفردية و الأساسية للأفراد على النحو الذي تم بيانه. من ثم لا يجوز الخروج عن حدود الرضا إلا في الحالات الاستثنائية كحالة الضرورة، عندما لا يمكن تأجيل التدخل إلى حين استشارة المريض أو ممثله القانوني. أما في الحالات التي لا يشكل فيها تأجيل التدخل الطبي أي مخاطر محتملة على صحة المريض أو حياته، فإن حق المريض في السلامة البدنية و حقه في تقرير مصيره يفرض على الطبيب عدم مباشرة أي تدخل على جسمه بدون استشارته و الحصول على موافقته المسبقة.

أما عن الجزاء الذي يترتب على إخلال الطبيب بالحصول على رضا المريض، فقد توصلنا بشأنه إلى أن الاتجاه الحالي يجعله من اختصاص القانون المدني. إذ أن متابعة الطبيب جنائيا تبقى جد محدودة في إطار الممارسة العادية للطب و تبقى مرتبطة بنوع الخطأ المرتكب و بطبيعة الأضرار الناجمة عنه. أما الإخلال بالرضا، فيتابع الطبيب بشأنه إما في إطار المسؤولية التقصيرية، كما هو الأمر في الأنظمة الأنجلوساكسونية (negligence) أو في إطار المسؤولية العقدية في النظام الفرنسي.

و سواء تمت متابعة الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية يتعين على الخصوم إثبات وقائع معينة أمام القضاء؛ كإثبات موافقة أو رفض العلاج من قبل المريض، خطأ الطبيب بعدم إعلام المريض، و كذا إثبات الضرر الناشئ عن ذلك و علاقة السببية بينهما.

ففي مجال الإثبات توصلنا إلى أن القضاء الفرنسي قد نقل عبء إثبات الرضا المتبصر من المريض إلى الطبيب المعالج في قرار شهير صدر بتاريخ 25 فبراير 1997. و قد بينا أثر هذا التحول على ممارسي الطب و رجال القانون على السواء. حيث غير هذا القرار الاجتهاد

القضائي الذي ضل ساري المفعول لمدة نصف قرن (منذ 1951)، و الذي كان يحمل المريض عبء إثبات عدم موافقته على الأعمال الطبية أو عدم تلقيه الإعلام اللازم من الطبيب.

و توصلنا من جهة أخرى، إلى أن السبب الأساسي الذي كان وراء هذا التطور القضائي هو سعي القضاء الفرنسي لإيجاد حل مناسب لتعويض ضحايا الحوادث الطبية. فقد ضلت محكمة النقد الفرنسية مترددة لمدة طويلة من الزمن بين حماية المرضى من جهة و حماية أهل المهنة من جهة أخرى. ثم اهتدت في السنوات الأخيرة إلى تعويض المرضى ضحايا الحوادث الطبية، في غياب الخطأ الفني للأطباء، على أساس؛

- إما الإخلال بواجب الإعلام (Défaut d' information)،

- أو الخطأ المقدر (Faute virtuelle)،

- أو المسؤولية بدون خطأ. (Responsabilité sans faute).

غير أن هذه الحلول لم تكن مناسبة، لأنها و إن كانت قد ساعدت المرضى في الحصول على التعويضات اللازمة إلا أنها لم تكن عادلة في جانب الأطباء. إذ أنه إذا كان ليس من العدل ترك ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض، فإنه كذلك من غير العدل تعويض هؤلاء على حساب الأطباء بدون ارتكابهم لأي خطأ فني.

و تداركا للأمر، تدخل المشرع الفرنسي بالقانون المتعلق بحقوق المرضى بتاريخ 04 مارس 2002 لأجل تنظيم الكثير من المسائل العالقة و منها تعويض ضحايا الحوادث الطبية.

ففي هذا المجال وضع القانون الجديد نظاما للتسوية الودية يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني. ففي حالة وقوع ضرر للمريض من جراء حادث طبي يتحصل هذا الأخير على التعويض المناسب في إطار التضامن الوطني. و بناء على ذلك لم يعد بالإمكان للجهات القضائية متابعة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية بحكم أن هذا المجال أصبح من اختصاص الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية.

و هذا ما يعني من جهة أخرى عودة القضاء الفرنسي إلى نظام المسؤولية على أساس الخطأ. فعلى الراغب في الحصول على تعويض من الطبيب إثبات خطأ هذا الأخير، سواء من حيث الإهمال أو التقصير في العلاج. و يرى الكثير في هذا المجال أن الدعاوى المتعلقة بالإخلال

بالإعلام سوف يتقلص عددها بشكل كبير في فرنسا، بسبب وجود مصدر جديد للتعويض عن الحوادث الطبية.

أما بخصوص إثبات الرضا في القانون الجزائري، فيجب على القضاء الجزائري أن يتبع ما سار عليه نظيره الفرنسي، ليس من باب اتباع الغير، وإنما من باب تطبيق نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري تطبيقاً منطقياً و صحيحاً. إذ أن المدين بالإعلام هو الطبيب، و من المنطقي أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الالتزام في حالة النزاع حول القيمة القانونية لرضا المريض.

من جهة أخرى، يتعين على الطبيب الجزائري تقديم الدليل الكتابي في الحالات التي نص فيها المشرع الجزائري صراحة على وجوب تقديمه كتابياً كما هو الحال في عمليات نقل و زرع الأعضاء. أما في غير ذلك من الحالات، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، مما يُمكن، في اعتقادنا، الطبيب الجزائري، على غرار زميله الفرنسي، من اللجوء إلى كافة طرق الإثبات (الكتابة، الإقرار، القرائن و غيرها).

و طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، لا يمكن مسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض إلا بثبوت الخطأ من جانب الطبيب و ثبوت الضرر بالنسبة للمريض و أمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب. و هو ما يجب توافره أيضاً بالنسبة لقيام مسؤولية الطبيب عند إخلاله بواجب الإعلام.

من ثم لا يسأل الطبيب عن الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا توافرت هذه الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية. و قد تعرضنا للمشاكل العملية التي يثيرها إثبات هذه العناصر خاصة علاقة السببية. إذ من الصعب إثبات العلاقة بين الضرر الحاصل، بمفهومه التقليدي، و إخلال الطبيب بواجب الإعلام. يضاف إلى ذلك مشاكل توظيف نظرية تفويت الفرصة.

فرغم أن الإخلال بواجب الإعلام ميدان خصب لتوظيف هذه النظرية إلا أنه ليس هناك إجماع بين الفقه و القضاء الفرنسيين على تبني نظرية تفويت الفرصة رغم اعتمادها منذ سنين طويلة في مختلف المجالات من قبل القضاء الفرنسي. و قد برر الرافضون للنظرية موقفهم بصعوبة التكهن بسلوك المريض لو تم إعلامه قبل مباشرة التدخل الطبي من جهة، و صعوبة تقدير التعويض المناسب الذي يرتبط باحتمال رفض المريض للعلاج.

و وفقا لما استقر عليه الوضع حاليا في فرنسا، و تطبيقا لنظرية تفويت الفرصة، يتم تعويض المريض الذي لم يحصل على الإعلام اللازم بشأن مخاطر التدخل الطبي إما تعويضا كاملا(التعويض عن الضرر الجسدي) و إما تعويضا جزئيا(التعويض عن الضرر المعنوي) و سبب هذا التباين هي المشاكل التي يثيرها تطبيق هذا النظرية من الناحية العملية.

و تجنبنا للمشاكل العملية التي يثيرها تطبيق هذه النظرية يستحسن تأسيس مسؤولية الطبيب في هذا المجال، في القانون الجزائري، على المساس بالسلامة الجسدية للمريض و عدم احترام إرادته و حقه في تقرير مصيره بنفسه، و هي حقوق مكرسة في الكثير من النصوص الجزائرية.

من بين أهم هذه الطرق الحديثة التي أثارت الكثير من التساؤلات ذات الطابع الديني و القانوني عمليات نقل و زرع الأعضاء و التجارب الطبية، التي شكلت موضوع الباب الثاني من هذه الرسالة.

فمن خلال بحثنا للإطار الشرعي و القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جنث الموتى، توصلنا إلى أنه يجوز ، كأصل عام، الانتفاع بأعضاء الإنسان الحي أو الميت إذا دعت إلى ذلك ضرورة شرعية. و قد استند الفقه الإسلامي الحديث لإباحة ذلك إلى المبادئ العامة في الشريعة التي تقضي "بتحصيل أعظم المصلحتين أو درأ أعظم المفسدتين" و "الضرورات تبيح المحظورات".

غير أنه تشترط موافقة المتبرع فهي من الشروط الأساسية لإباحة التبرع من الناحية الشرعية. فلا يجوز إجبار أي إنسان على التبرع، سواء أثناء حياته أو لما بعد وفاته، حتى و لو كان ذلك واجبا دينيا يلتزم به أفراد الأمة جميعا.

و يرتبط حق الفرد بالموافقة، على الأعمال الطبية بصفة عامة و عمليات اقتطاع الأعضاء بصفة خاصة، بحق الفرد على جسمه الذي يشترك فيه مع الله من جهة، و بواجب صيانة هذا الجسم من جهة أخرى. و على هذا الأساس لا يجوز المساس بجسم الإنسان لأي غرض كان إلا بموافقة صاحبه و في حدود ما يسمح به الشرع و القانون.

يضاف إلى ذلك مجموعة أخرى من الضوابط حددها الفقه الإسلامي تدور أساسا حول الغرض من الاقتطاع، محله و كيفية الحصول على العضو.

أما بالنسبة للغرض من اقتطاع الأعضاء فإن الفقه الإسلامي متفق على أنه لا مساس بالسلامة البدنية للفرد إلا إذا كانت لأغراض علاجية، خاصة بالنسبة للمتبرع السليم. في حين أجاز الفقه أن يكون الاقتطاع من الجثث لأغراض علاجية أو علمية. و عليه، لا يمكن اقتطاع عضو سليم من إنسان حي، مع كل ما يتبع ذلك من أخطار للمتبرع، إلا إذا كان ذلك السبيل الوحيد لإنقاذ حياة أو صحة شخص مريض، بحيث يخشى هلاكه إذا لم يستفيد من عملية الزرع.

و تتوقف إجازة الشرع الإسلامي لعمليات زرع الأعضاء، من جهة أخرى، على عدم مخالفتها للأحكام العامة في الشريعة الإسلامية خاصة منها ما يتعلق بحفظ الضرورات الخمس. من ثم لا يجوز الاقتطاع و الزرع إذا كان في ذلك مساس بحق الفرد في الحياة كما لو تعلق الأمر باقتطاع الأعضاء المنفردة مثل القلب أو الكبد أو غيره من الأعضاء التي لا يمكن للفرد أن يحيا بدونها. كما لا يجوز نقل الأعضاء التي يخشى من نقلها اختلاط الأنساب، كأعضاء الجهاز التناسلي و غيره. و يضاف إلى ذلك وجوب أن يكون التبرع بدون مقابل لاعتبارات مرتبطة بكرامة الإنسان و منعا للاتجار في الأعضاء البشرية.

أما بشأن الأساس القانوني لإباحة عمليات نقل الأعضاء، فقد توصلنا إلى أنه في الوقت الحالي تشكل النصوص التشريعية المنظمة لهذا المجال الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى. أما في المرحلة التي سبقت ظهور التشريعات الخاصة، فإن مصلحة المجتمعات في الاستفادة من عمليات نقل الأعضاء دفعت بالفقه إلى اعتماد الكثير من النظريات و لو أنها أثبتت عدم صلاحيتها، سواء منفردة أو مجتمعة، كأساس لإجازة هذه العمليات بسبب قصورها.

و مع ذلك لقد كان للفقه الدور الفعال في إيجاد السند القانوني لعمليات نقل الأعضاء باعتماد نظرية السبب المشروع، نظرية المصلحة الاجتماعية، نظرية الضرورة أو نظرية الرضا. بل لا تزال الأنظمة التي لم تنظم بعد هذا المجال بتشريع خاص تعتمد على تلك النظريات الفقهية كأساس لإباحة هذا النوع من العمليات.

- و في الحقيقة تصلح المبادئ التي تضمنتها تلك النظريات لأن تشكل الشروط القانونية التي يجب توافرها لمباشرة عمليات نقل الأعضاء و ليس كأساس قانوني لأبحاثها، لأن أساس الإباحة هو النص التشريعي الذي أجازها. و لقد توصلنا من خلال مناقشة هذا الموضوع إلى جمع أهم الشروط و الضوابط التي يجب توافرها لمباشرة عمليات نقل الأعضاء على النحو التالي؛
- وجوب تمتع الجراح المكلف بعمليات نقل الأعضاء بكفاءة و خبرة معتبرة لضمان نجاح العملية.
 - عدم مخالفة محل العملية للنظام العام و الآداب العامة، و لو وافق على ذلك المتبرع أو المستقبل للعضو.
 - وجوب توافر حالة الضرورة للاقتطاع و الزرع، من خلال التأكد من توافر عناصرها المتمثلة في عناصر الخطر (المريض مهدد بالموت إن لم يستفيد من الزرع في الحال) و عناصر فعل الضرورة (التأكد من عدم تعرض السلامة البدنية للمتبرع لمخاطر جسيمة، و كذا التأكد من استفادة المريض من العضو في حالة زرعه له).
 - عدم استفادة المتبرع أو ورثته من مقابل مادي من جراء تنازله على العضو.
 - وجوب مراعاة الحالة الصحية للمتبرع و المتلقي و مدى توافق الأنسجة لديهم. بحيث لا يتم الاقتطاع من جسم المتبرع إلا بعد تأكد الطبيب من أن صحة هذا الأخير تسمح بمباشرة العملية، و لا تشكل أي خطر على صحته سواء حالياً أو مستقبلاً.
 - شروط ذات صبغة إدارية تتعلق بإمكان إجراء هذه العمليات و قيود خاصة بالأطباء المسموح لهم بتنفيذها. بحيث لا تنفذ العمليات إلا في الأماكن المرخص لها بذلك.
 - وجوب التحقق من الوفاة عندما يتعلق الأمر بالاقتطاع من جثة ميت، من خلال احترام المعايير الحديثة للوفاة و التي تأخذ بالموت الدماغي، و بشرط ألا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة ضمن الفريق المكلف بزرع العضو لدى المريض لضمان الحياد.
 - الحصول على الموافقة المستنيرة لكل من المريض و المتبرع الحي أو ورثته إذا كان الاقتطاع من جثته.

أما بشأن موقف التشريع الجزائري من عمليات نقل الأعضاء، فتوصلنا إلى أنه رغم التأخر النسبي لهذا الأخير في تنظيم هذا المجال، و التي تعود إلى سنة 1985، إلا أن ذلك لم يمنع المرضى الجزائريين من الاستفادة من هذه التقنيات قبل هذه المرحلة. فلقد اعتمدت الجهات الإدارية و الطبية المعنية بعمليات نقل الأعضاء في الجزائر على فتوى صدرت سنة 1972 من

المجلس الإسلامي الأعلى آنذاك، أجازت هذا النوع من العمليات ضمن الضوابط الشرعية و الطبية المشار إليها أعلاه.

و لقد اكتمل الأساس الشرعي و القانوني لعمليات نقل الأعضاء في الجزائر بصدور القانون 05-85 سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون 90-17 الصادر سنة 1990. و قد ساير هذا القانون التوجهات السائدة في العالم بصفة عامة و العالم الإسلامي بصفة خاصة بشأن إباحة عمليات نقل الأعضاء و بشأن الضوابط و الشروط القانونية التي يجب توافرها لمباشرة هذا النوع من العمليات.

أما عن كيفية الحصول على موافقة المنقول منه أو المستفيد من عملية الزرع و كيفية التصرف في جثث الموتى، فقد نظمته التشريعات المختلفة بطرق مختلفة، و إن كان الهدف هو ضمان السلامة البدنية للفرد و احترام جثته بعد وفاته من خلال منع التعرض لجسمة بدون موافقته المسبقة.

و لكي تحقق هذه الحماية أو الحصانة يجب أن تتسم موافقة الشخص بمجموعة من المواصفات القانونية، كأن يكون هذا الرضا صادرا عن ذي أهلية، و هو ما يتطلب بلوغ سن قانوني محدد بالإضافة إلى إرادة حرة و بعد حصول المتبرع، بصفة خاصة، على المعلومات اللازمة التي تساعد على اتخاذ قراره بالموافقة على الاقتطاع بعيدا عن أي ضغط أو إكراه. كما تتوقف شرعية الرضا في مجال عمليات نقل الأعضاء على تقديمه و إصداره وفقا للشكل الذي حدده التشريع الساري المفعول.

فبخصوص الأهلية القانونية لقد حددت مختلف الدول السن القانوني الذي يجوز فيه للشخص أن يتخذ القرارات المهمة المتعلقة بحالته الصحية و منها عمليات نقل الأعضاء. و يختلف هذا السن من دولة لأخرى، فقد حددته بعض الدول ب 16 سنة كاملة و 18 سنة في دول أخرى العربية. و هو 19 سنة في القانون الجزائري طبقا للمادة 40 من القانون المدني.

أما الاقتطاع من القصر فقد منعه الكثير من التشريعات، و منها التشريعات العربية. في حين اتجهت تشريعات أخرى إلى إجازة الاقتطاع من الأشخاص القصر بشرط أن يتعلق الأمر بالأنسجة المتجددة في جسم القاصر مثل النخاع العظمي (moelle osseuse) و غيره من المواد المتجددة و هو ما ذهب إليه التشريع الفرنسي الذي منع مبدئيا الاقتطاع من جسم القاصر و لكنه

استثنى اقتطاع النخاع الشوكي لفائدة أخ أو أخت ضمن شروط قانونية مشددة نص عليها قانون الصحة العامة الفرنسي.

و نعيب بهذا الشأن على التشريعات العربية، و منها التشريع الجزائري، عدم إجازتها مثل هذا النوع من العمليات بين الاخوة القصر رغم أنها لا تشكل خطورة على هؤلاء و قد تحقق لهم فائدة طبية كبيرة.

أما بخصوص كيفية الحصول على موافقة الشخص لعمليات نقل الأعضاء، فمن التشريعات من اشترط الموافقة الكتابية كالتشريع الجزائري و أغلبية الدول العربية و منها من اشترط صدوره أمام جهة رسمية كالقانون الفرنسي و المغربي اللذان يشترطان صدوره أمام قاض. و في هذا الشأن يسجل الباحث أن تشدد التشريع الفرنسي و التشريعات التي حذت حذوه بخصوص الحصول على موافقة المنقول منه و المريض المستقبل للعضو يحقق حماية كبيرة لحق الفرد في السلامة البدنية بحكم أن القاضي المختص بذلك له فرصة التأكد من مدى إدراك المعني بالأمر لخطورة العملية المقترحة عليه و أنه قد وافق على ذلك بعد أن تم إعلامه إعلاما كاملا بهذه المخاطر. من ثم يمكن للقاضي أن يراقب احترام الطبيب للقواعد القانونية المتعلقة بكيفية الحصول على الموافقة بحيث يمكنه عدم المصادقة على تلك الموافقة إذا لاحظ أن رضا المعني بالأمر لا يرقى إلى الرضا القانوني المطلوب في هذا النوع من التدخلات الطبية. كما أن هذا النوع من الرقابة يحقق أيضا حماية قانونية للطبيب أو الفريق الطبي الذي باشر عملية لاقتطاع أو الزرع في حالة عدم نجاح العملية أو ضد أي ادعاء بعدم الموافقة على العملية و هو ما يفسر قلة النزاعات أمام القضاء بهذا الخصوص.

أما في التشريعات التي تشترط الرضا الكتابي، يمكن القول أنه رغم ما للكتابة من أهمية في إثبات الموافقة إلا أنها ليست دائما دليلا على حصول المعني بالأمر على الإعلام اللازم الذي يساعده على الموافقة المستنيرة. كما أن حضور الشاهدين لا يغير في الأمر من شيء لأن شهادتهما تقتصر فقط على قبول المريض أو المتبرع، حسب الحالة، للعملية المقترحة، و لا يمكن أن تكون دليلا على حصول المعني على الإعلام اللازم لأن الشاهد لا يعرف طبيعة المعلومات التي يجب إيصالها و لا نطاقها حتى يمكنه القول بأن الطبيب قد نفذ التزامه بالإعلام !

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن التشريع الجزائري لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم أن يشهدوا مع المتبرع أو المستقبل للعضو على الموافقة و يتعين على المشرع الجزائري توضيح هذه المسألة.

و بخصوص التصرف في جثث الموتى فقد انتهجت مختلف التشريعات تنظيمات مختلفة أيضا. فمنها من اشترط الكتابة الرسمية حال حياة المتبرع سواء بقبول التبرع أو برفضه و منها من اعتمد بطاقات التبرع. أما التشريع الفرنسي فقد اعتمد قرينة الموافقة التي توجب على الشخص أن يسجل نفسه في السجل الوطني الفرنسي الآلي إذا كان يرفض المساس بجثته. أما إذا لم يعبر الشخص حال حياته عن هذا الرفض يعتبر موافقا على عملية الاقتطاع بعد وفاته و يمكن للأطباء مباشرة عملية الاقتطاع من جثته بعد التأكد من عدم التسجيل في السجل المشار إليه أعلاه. و قد بينا كيف خفف المشرع الفرنسي من هذه القرينة فألزم الطبيب بوجوب الحصول على شهادة أهل المتوفى قبل مباشرة عملية الاقتطاع من الجثة.

و لقد اعتمدت تشريعات أخرى حرية الإثبات. فيجوز بناء على ذلك مباشرة الاقتطاع من جثة الشخص إذا عبر الشخص أثناء حياته على قبوله الاقتطاع من جثته سواء تم ذلك كتابة أو شفاهة، و هو ما سار عليه التشريع الجزائري. مع العلم أنه لا يجوز في ظل القانون الجزائري مباشرة الاقتطاع إذا عبر الشخص صراحة عن رفضه الاقتطاع من جثته.

و قد رصدت مختلف التشريعات، من جهة أخرى، عقوبات جزائية على مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بنقل الأعضاء و منها الإخلال بالحصول على موافقة المريض و المتبرع بالعضو قبل مباشرة عملية الاقتطاع و الزرع. و بناء على ذلك تضمنت مختلف التشريعات المتعلقة بنقل الأعضاء جرائم متصلة بنقل الأعضاء، كجريمة الاتجار في الأعضاء البشرية و جريمة اقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه.

كما أن المسؤولية الجنائية لا يغني عن المتابعة المدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن فقدان العضو و حدوث العاهة المستديمة، و ذلك من خلال إثبات قيام الأركان الثلاث لمسؤولية الطبيب و هي الخطأ ، الضرر و علاقة السببية.

و بخصوص القانون الجزائري يسجل الباحث الملاحظات التالية؛

1- لقد اكتفى التشريع الجزائري بالنص في المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على وجوب صدور موافقة المتبرع بحضور شاهدين اثنين و لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم إبداء هذه الشهادة، و هو فراغ قانوني يتعين على المشرع تداركه في أفرا الأجل.

2- ضرورة إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 165 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي جاء فيها؛ " يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي... " و يقترح الباحث النص التالي؛ "يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء من جثة المتوفى إذا عبر هذا الأخير قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي...". و السبب في ذلك أن النص الأصلي للمادة 165 يجيز فقط رفض الاقتطاع لغرض الزرع. مما يعني إمكانية الحصول على موافقة الأقارب بشأن الاقتطاع لأغراض علمية أو تشريحية. أما طبقا للنص المقترح فإن الرفض الكتابي يمنع المساس بالجثة سواء كان ذلك لغرض الزرع أو لغرض علمي تشريحي و هو ما يحقق الحماية اللازمة لإرادة المتوفى.

3- كما لم يحدد التشريع الجزائري شكل الكتابة المطلوبة قانونا للتعبير عن الرفض المنصوص عليه في المادة 165 من قانون حماية الصحة و ترقيتها. و يفهم من ذلك أن الأمر يتعلق فقط بالمرضى الموجودين تحت الرعاية الطبية داخل المستشفيات فيجوز لهم التعبير عن إرادتهم بكل الوسائل إذا تعلق الأمر بالموافقة على الاقتطاع من جثتهم، و كتابيا فقط للتعبير عن رفض هذا الاقتطاع. أما باقي أفراد المجتمع من الأصحاء أو غيرهم فلا يمكنهم، طبقا للتنظيم الحالي، التعبير عن إرادتهم بخصوص هذه المسألة حتى و لو كانت لدى الكثير منهم الرغبة في التبرع بأعضائهم بعد الوفاة. و لا شك أن ذلك يعرقل كثيرا عمليات نقل الأعضاء في الكثير من الحالات بسبب عدم وجود جهة رسمية تتولى تنظيم هذه المسألة خارج المستشفيات المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء. و أبرز مثال على ذلك ضياع فرص نقل الأعضاء من ضحايا الحوادث لأنه لا يمكن للطبيب في هذه الحالة معرفة موقف المتوفى من مسألة الاقتطاع، في حين قد يتطلب الاتصال بدويه لاستشارتهم في المسألة مدة زمنية يفقد فيها العضو صلاحيته للنقل.

لذلك يقترح الباحث، بخصوص هذه النقطة، التأشير على إحدى الوثائق الشخصية بما يفيد قبول أو رفض الاقتطاع من جثة حامل الوثيقة، مثلما تم مؤخرا تسجيل فصيلة الدم على رخصة السياقة لكل الجزائريين . و بهذه الطريقة يكون للشخص متسعا من الوقت للتفكير في هذا

الموضوع و الإفصاح عن إرادته عند تجديد الوثيقة، مع النص على إمكانية الرجوع عن قراره في أية مرحلة من المراحل قبل وفاته.

و يقترح الباحث في هذا المجال التأشير على بطاقة التعريف الوطنية لأنها من الوثائق التي يفترض حملها دائما من قبل الشخص مقارنة برخصة السياقة التي يقتصر حملها على السائقين فقط. فاللجوء إلى مثل هذا الحل يجنب الأطباء عند الحاجة مشقة البحث عن إرادة المتوفى بحيث يكفي الاطلاع على الوثيقة المعنية للتعرف على موقفه من عمليات نقل الأعضاء. و في ذلك ربح كبير للوقت و تسهيل لعمليات نقل الأعضاء.

و تحتاج هذه العملية قبل كل شيء إلى توعية كبيرة للجمهور بالمنفعة المنتظرة من التبرع بالأعضاء و دورها في إنقاذ الكثير من الأرواح، و كذا التنبيه إلى أن كل فرد من هذا المجتمع معرض لاحتياج عملية من هذا النوع في أي مرحلة من مراحل حياته. من ثم فمن الأحسن ترتيب الأمور بطريقة مسبقة لإمكانية الاستفادة من الأعضاء البشرية عند الحاجة و بطريقة فعالة. و يمكن في هذا الإطار الاستفادة من المبادئ الكثيرة في الدين الإسلامي التي تشجع على مساعدة الغير و هي من الخصوصيات التي يجب توظيفها لتوعية الأفراد بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استفادة الغير من الأعضاء البشرية في حالة الموت المفاجئ.

و على غرار وزارة الصحة الفرنسية يمكن للسلطات أو الجهات المعنية في الجزائر تنظيم حملات إعلامية دورية بخصوص التبرع بالأعضاء عبر وسائل الإعلام المختلفة و كذا المساجد من اجل استقطاب اهتمام الجمهور بهذا الموضوع.

4- على خلاف الكثير من التشريعات الأجنبية لم يتعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها إلى تجريم اقتطاع الأعضاء بدون موافقة المنقول منه، و اكتفى بالنص على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع.

كما أن الإحالة إلى المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات بشأن الجرائم المرتكبة من قبل الأطباء و غيرهم في مجال الصحة و التي تخلف ضررا للأشخاص أو بصحتهم لا تحقق الحماية القانونية اللازمة للحق في السلامة البدنية للفرد. فقد وضح الباحث عدم نجاعة المادة 289 من قانون العقوبات في متابعة الطبيب عن مخالفته للقواعد القانونية في مجال نقل الأعضاء، و

هو ما يتطلب تدخل المشرع لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات و منها جريمة اقتطاع العضو بدون موافقة صاحبه.

و تثير التجارب الطبية على الإنسان، من جهتها، تساؤلات كثيرة سواء من حيث شرعيتها الدينية أو القانونية، أو من حيث كيفية إجرائها و مدى توافرها على الحماية اللازمة لسلامة البشر المشاركين فيها.

و قد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن هذا النوع من التدخلات الطبية تمليه الضرورة الاجتماعية و قد مارسها البشر من القدم بطرق مختلفة و في جميع الميادين. غير أن التجارب الطبية بمفهومها الحديث لم تزدهر سوى في العصر الحديث ضمن الحركة العلمية الشاملة التي عرفها المجتمع البشري.

إذ تعتبر التجارب الطبية من النشاطات الطبية التي لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية و الجراحية. فبفضل هذه التجارب استطاع الأطباء و العلماء عبر العصور الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن كأعراض الزهري، السل، الجذري و غيرهم من الأمراض التي اندثرت. فبفضل جهود أولئك العلماء و الأطباء و كذا الأشخاص الذين خضعوا لتلك التجارب أصبحت الكثير من هذه الأمراض في طي النسيان. كما يرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية في اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية و تزرع الأمل في نفوس الكثير من مرضى الأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث و تنقيب لأجل الوصول إلى علاج لها.

و تكمن أهمية التجارب الطبية على الإنسان من الناحية العملية بالنظر إلى الاختلافات الجوهرية من الناحية التكوينية بين الإنسان و غيره من الكائنات الحية، و هو ما يعني حاجة الإنسان إلى التجريب على نفسه للحصول على النتائج الحقيقية للمادة أو الطريقة العلاجية المراد تجربتها. بل ثبت أن حاجة الإنسان إلى التجريب لا تقتصر على عنصر الرجال أو النساء فقط، بل يشمل الجنسين معا بحكم الاختلافات البيولوجية الموجودة بينها أيضا، و بسبب وجود أمراض خاصة بالنساء و أخرى بالرجال فقط.

كما ثبت أن أثر الأدوية أو الطرق العلاجية بصفة عامة، يختلف من مرحلة إلى أخرى من عمر الإنسان. بل لقد ثبت أن الكثير من الأمراض القاتلة للأطفال مصدرها التشوهات التي تصيب

الجنين في بطن أمه، من ثم الحاجة إلى التجريب الطبي على هذا الكائن سواء قبل أو بعد خروجه من بطن أمه لمعرفة أسباب المرض و تجريب الدواء عليه. و قد تمكن العلماء في المجتمعات الغربية من إيجاد الحلول للكثير من الأمراض الطفولية من خلال الدراسات التي تمت على الأجنة.

من ثم تبدو حاجة الإنسان إلى التجريب لا متناهية و تمس كل فئات المجتمع و في كل الأعمار، على أساس أنه لا يمكن إطلاقاً معرفة أثر و انعكاسات الأدوية و العقاقير الطبية على الإنسان، و مدى مقاومتها لعوامل و أسباب المرض، إلا إذا تم تجريب تلك العقاقير على الطائفة المستهدفة بذلك العلاج للتأكد من سلامة استعماله.

و في هذا الصدد يتفق الفقه الإسلامي على شرعية التجارب العلاجية باعتبارها وسيلة علاجية شرعية في حال تخلف علاج معروف للداء محل الدراسة. أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية، فيتجه بعض الفقه الإسلامي إلى عدم إجازتها على أساس انتفاء قصد العلاج فيها، باعتباره شرط أساسي للمساس بالسلامة البدنية للأشخاص طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

و إذا كان تدخل المشرع الوطني في تنظيم هذا المجال حديث العهد، فإن السبق، من الناحية التاريخية، يعود للقانون الدولي الذي وضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال المبادئ و القواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم الحربية المرتكبة أثناء الحرب العالمية. و كذا من خلال إعلان هلسنكي و طوكيو 1975 اللذان تضمنتا عدة توصيات بخصوص القواعد القانونية و الأخلاقية التي يجب مراعاتها عند التجريب على الإنسان. و قد أوصت الجمعية الطبية العالمية في إعلان طوكيو آنذاك بإدراج هذه القواعد ضمن القوانين الداخلية لضمان الالتزام بها.

و قد ارتبط انعقاد هذه الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية حول التجارب الطبية بمرحلة عرف فيها العالم اهتماماً بليغاً و متنامياً بحقوق الإنسان و هو ما عجل بصدور الكثير من القوانين الخاصة لتنظيم هذا المجال. حيث استندت الدول في تشريعاتها إلى المبادئ المعلن عنها في الاتفاقيات الدولية فتضمنت تشريعاتها أنواع التجارب الطبية، و الشروط التي يجب مراعاتها بخصوص إجراءاتها. مع العلم أن الأنظمة الأنجلوساكسونية كانت السبّاقة في هذا المجال، على غرار كندا و الولايات المتحدة الأمريكية، مقارنة بالدول اللاتينية.

أما التشريعات الأكثر حداثة مثل التشريع الفرنسي الذي تعود آخر نصوصه إلى سنة 2002، فيمكن اعتباره نموذجاً عن التنظيم المستمر و المتكامل لمجال يثير الكثير من التساؤلات الأخلاقية و القانونية.

و بناء عل ما تضمنته مختلف التنظيمات و التشريعات في هذا المجال يمكن جمع الشروط الأساسية التي يجب توافرها لشرعية التجارب الطبية على الإنسان، ضمن الأصناف الثلاثة التالية؛

- شروط علمية،
- شروط قانونية، خاصة منها ما يتعلق بكيفية الحصول على موافقة الشخص الخاضع لها،
- شروط إدارية لإجراء التجارب الطبية.

و يتمحور الصنف الأول من هذه الشروط حول ضرورة التجربة من جهة، و المنافع المرجو تحقيقها، سواء بالنسب للخاضع لها(تجارب علاجية) أو بالنسبة للتقدم العلمي(التجارب غير العلاجية). و من جهة أخرى، يجب أن يكون هناك توازن بين المصالح المراد بلوغها و المخاطر المقترنة بهذه التجارب، بحيث لا يمكن أن تكون التجربة شرعية من الناحية الأخلاقية و القانونية إلا إذا كانت تحقق منافع تفوق أو تساوي على الأقل المخاطر التي يتعرض لها الإنسان من جراء الخضوع لها.

أما الشروط القانونية للتجارب الطبية، فتشمل الأشخاص القائمين بهذه التجارب و ما يجب أن يتوافر عليه هؤلاء من كفاءات علمية لإمكان إجراء هذه التجارب. كما يدخل ضمن هذا الصنف من الشروط ضرورة توفير الحماية اللازمة في أماكن إجراء التجارب الطبية و التي يجب أن تسبقها دائماً دراسات مخبرية و تجريب على الحيوان قبل مباشرة الدراسة على الإنسان. كما يدخل ضمن هذه الشروط الموافقة.

و يعتبر الحصول على موافقة الشخص من أهم الشروط التي نصت عليها التشريعات المختلفة بسبب توقف شرعية التجربة، إلى حد كبير، عليه. حيث أوجبت هذه التشريعات الحصول على الرضا لكل التجارب الطبية مهما كانت طائفة الأشخاص المشاركين فيها. و يعني ذلك موافقة الشخص أو موافقة وليه أو ممثله الشرعي حسب الأحوال في الحالات التي يجيز فيها القانون التجريب على غير الراشد.

و نسجل هنا العناية الخاصة التي خصت بها بعض القوانين الفئات الضعيفة في المجتمع، كالكصر و المتخلفين عقليا و غير هم ممن يحتاجون إلى حماية القانون، حيث لا يمكن إخضاعهم للتجارب الطبية إلا ضمن شروط معينة.

و يجب أن يكون الرضاء حرا و متبصرا بعيدا عن كل وسائل الإكراه أو الغش أو التدليس. و لقد اهتمت التشريعات على الخصوص بعنصر الإعلام الذي يجب أن يسبق الحصول على الموافقة. إذ لا يمكن الاعتداد برضا الشخص في هذا المجال إلا إذا وافق على بصيرة و إدراك حقيقي بما هو مقبل عليه. و يفترض ذلك علم الخاضع للتجربة بالغاية من إجرائها، طبيعتها، المدة التي تستغرقها، و المخاطر المحتملة التي يمكن أن تصيبه من جراء مشاركته فيها. مع العلم أنه يجوز لهذا الأخير العدول عن الموافقة في أي مرحلة من مراحلها دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية في جانبه.

أما الصنف الأخير من الشروط الخاصة بالتجارب الطبية، فيشمل الترتيبات الإدارية، إذ لا يمكن مباشرة التجارب إلا في الأماكن المرخص لها بإجراء التجارب و بعد الحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة، و الهيئات الرقابية المعتمدة خصيصا لهذا الغرض.

و لقد اعتمدت الأنظمة، و في هذا الإطار، نموذجين للرقابة على التجارب الطبية، رقابه طبية محضة، و رقابة مختلطة؛ أما النوع الأول فتختص به لجان رقابية مكونة أصلا من الأطباء. في حين تتكون اللجان المختلطة في النوع الثاني من الأطباء و غير الأطباء. و غني عن البيان أن النوع الثاني يحقق حماية أوفر للأشخاص الخاضعين للتجارب من خلال اطلاع المجتمع على التجارب التي تجرى في المخابر.

و سعيا منها لتوفير الحماية اللازمة للأشخاص، رصدت بعض التشريعات عقوبات جزائية على مخالفة القواعد الأساسية المنظمة لهذه التجارب خاصة منها شرط الحصول على الموافقة. كما تعرض البعض منها إلى طرق جبر الأضرار التي يمكن أن تصيب الأشخاص المشاركين فيها، و ذلك من خلال اعتماد نظام المسؤولية بدون خطأ كما هو الحال في القانون الفرنسي، و الذي نأمل أي يجد له مكانا في القانون الجزائري.

أما بخصوص تنظيم التجارب الطبية في القانون الجزائري، فيمكن القول أنه لا يزال في
مراحله الأولى. حيث اكتفى التشريع الجزائري، من خلال قانون حماية الصحة و ترقيتها، على
وضع الأساس القانوني للتجارب الطبية، و النص على القواعد الأساسية التي تنظم هذه التجارب
و إسناد مهمة الرقابة عليها إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

و يظهر قصور التشريع الجزائري في تنظيم التجارب الطبية على الخصوص، في عدم
توفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين لهذا النوع من التدخلات الطبية. ففي الوقت الذي
خصصت التشريعات المقارنة، و على رأسها القانون الفرنسي، ترسانة من النصوص الجنائية و
المدنية لحماية حق الشخص في سلامة كيانه البدني و العقلي، اقتصر تدخل التشريع الجزائري في
هذا الميدان على نص واحد يؤكد من خلاله على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة على
الأضرار التي تمس الشخص المشارك في التجربة.

و مهما كانت أسباب هذا القصور نأمل أن يتدخل المشرع الجزائري في أقرب الآجال
لتوضيح الغموض الذي يكتنف بعض نصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها، و ملأ الثغرات
القانونية التي أشرنا إليها في هذه الدراسة المتواضعة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية؛

I- المراجع العامة:

- 1- أحمد فتحي سرور، "الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، 1996.
- 2- إسماعيل غانم، "النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، طبع عبد الله وهبة، القاهرة، 1968.
- 3- بلحاج العربي، "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 4- حسن كيرة، "أصول قانون العمل" الطبعة الثالثة، 1979.
- 5- حمدي عبد الرحمان، "الحقوق و المراكز القانونية"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- 6- حمدي عبد الرحمان، "معصومية الجسد"، دار النشر غير معروفة، القاهرة، 1987.
- 7- خالد جمال أحمد حسن، "الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، 1996.
- 8- سليمان مرقس، " الوافي في شرح القانون المدني الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة"، الطبعة الرابعة، 1987.
- 9- سليمان مرقس، " الوافي في شرح القانون المدني" (في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار و المسؤولية المدنية – القسم الأول: في الأحكام العامة)، الطبعة الخامسة، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 1998.
- 10- سهير منتصر، "الالتزام بالتبصير"، دار لنهضة العربية، 1990.
- 11- شفيق شحاتة، القانون الروماني، بدون تاريخ و مكان الطبع.
- 12- عبد الحي حجازي، " المدخل لدراسة العلوم القانونية"، الجزء الثاني، الحق، 1970.
- 13- عبد الحي حجازي، "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، الجزء الثاني، نظرية الحق، 1970.
- 14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 15- عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء 7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 16- عبد الرزاق السنهوري، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، الجزء الثالث، طبعة معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1956.
- 17- عبد السلام التونجي، "موانع المسؤولية الجنائية"، معهد البحوث و الدراسات العربية، 1971.
- 18- عبد الله سليمان، "شرح قانون العقوبات القسم العام"، الجزء الأول؛ الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة الطبع غير معروفة.
- 19- عبد المنعم البدر اوي، "النظرية العامة للالتزام"، القاهرة، 1975.
- 20- عبد المنعم فرج الصدة، "مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، تاريخ النشر غير معروف، القاهرة.
- 21- علي علي سليمان، "نظرات قانونية مختلفة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 22- فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات، القسم العام"، دار النهضة العربية، 1992.

- 23- مأمون محمد سلامة، "قانون العقوبات القسم العام"، دار الفكر العربي.
- 24- محمود سلام زناتي، "نظم القانون الروماني"، دار النهضة العربية، 1966.
- 25- محمد أبو زهرة، "العقوبة و الجريمة في الفقه الإسلامي"، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ.
- 26- محمد أبو زهرة، "فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي"، الجزء الثاني، القاهرة، 1966.
- 27- محمد المدني، "الحقوق الطبيعية للمواطنين كما قررها الإسلام"، مجلة الأزهر، 1962.
- 28- محمد على عمران، "الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد"، 1985.
- 29- محمد فتحي بهنسي، "المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي"، القاهرة، 1961.
- 30- محمد لبيب شنب، "شرح أحكام المقاوله"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
- 31- محمد لبيب شنب، "شرح قانون العمل" الطبعة الرابعة، 1983.
- 32- محمد لبيب شنب، "عقد المقاوله"، 1962.
- 33- محمود جمال الدين زكي، "مشكلات المسئولية المدنية"، دار الطبع مجهولة، 1978.
- 34- محمود عمر فارح، " الأسرة القوية في مفهوم الإسلام"، المؤتمر القومي عن الإسلام و تباعد فترات الحمل، المركز الدولي الإسلامي للدراسات و البحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1990.
- 35- محمود محمود مصطفى، "قانون العقوبات القسم العام"، عقوبة الإعدام، القاهرة، 1983.
- 36- محمود نجيب حسني، " شرح قانون العقوبات القسم العام"، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1988.
- 37- محمود نجيب حسني، "أسباب الإباحة في التشريعات العربية"، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1962.
- 38- نزيه محمد الصادق، "الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود؛ دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، 1982.
- 39- وهبة الزحيلي، "نظرية الضمان"، دمشق 1970.
- 40- يوسف القرضاوي، " الحلال و الحرام"، مكتبة وهبة، بدون تاريخ.

II - المراجع الفقهية:

- 1- أبو الليث السمرقندي، "خزائن الفقه في عيون المسائل"، بغداد، 1965.
- 2- أبو بكر بن سعود الكاساني، " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السابع، القاهرة، 1910.
- 3- أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المطبعة الحسينية المصرية، القاهرة، 1934.
- 4- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، " المحلى"، الجزء الأول، دار الطباعة المنيرية، القاهرة، 1352 هـ.
- 5- أحمد بن محمد الطهطاوي، "حاشية الطهطاوي على الدر المختار" الجزء الرابع، المطبعة العامرة، 1283 هـ.
- 6- أحمد بن محمد بن أبي حامد العدوي، الشهير بالدردير " الشرح الكبير على مختصر خليل"، دار إحياء الكتب العربية، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، بدون تاريخ.
- 7- ابن قدامة، "المغني و الشرح الكبير"، الجزء السادس، طبعة 1347 هـ.
- 8- ابن إدريس البهوتي، "كشاف القناع" الجزء الثالث، 1947.
- 9- ابن القيم الجوزية، " الطب النبوي"، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة 1377 هـ.
- 10- ابن الهمام، " فتح القدير"، الجزء الخامس، المكتبة التجارية، القاهرة، 1318 هـ.
- 11- ابن حزم، "المحلى" الجزء العاشر و الحادي عشر، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة 1949.

- 12- ابن رشد، "بداية المجتهد" الجزء الثاني، المطبعة الجمالية، القاهرة، 1329هـ
- 13- ابن قدامة، "المغني"، الجزء السابع و العاشر، طبعة 1946.
- 14- ابن قيم الجوزية، "إعلام الموقعين"، الجزء الثاني، القاهرة، بدون تاريخ.
- 15- ابن قيم الجوزية، "زاد المعاد في هدى خير العباد" الجزء 3، المطبعة المصرية، 1379هـ (1958).
- 16- ابن قيم الجوزية، "إغاثة اللهفان من مصادي الشيطان"، تحقيق محمد حامد الفقي، الجزء الأول، دار الفكر العلمية، لبنان، 1998.
- 17- ابن قيم الجوزية، "الطب النبوي"، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 2001.
- 18- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، الجزء الثاني.
- 19- ابن مسعود و التفتازاني، "التنقيح و التوضيح"، الجزء الثالث.
- 20- ابن نجيم، "الأشباه و النظائر" مؤسسة الحلبي، 1968.
- 21- ابن همام و آخرون، "الهداية و العناية"، الجزء السابع، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، بدون تاريخ.
- 22- الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، "سنن أبو داود" الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1403هـ الموافق ل 1983.
- 23- الإمام السيوطي، "جامع الأحاديث"، مطبعة خطاب، القاهرة، 1984.
- 24- الإمام مالك، تنوير الحوالك لمالك، الجزء الثاني.
- 25- الإمام مسلم بن الحجاج، "صحيح مسلم"، المجلد الرابع، كتاب الشعب، القاهرة، بدون سنة، صحيح مسلم، الجزء الأول و الرابع، 1996.
- 26- البخاري، "صحيح البخاري" الجزء الثالث، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1970.
- 27- الحطاب، "مواهب الجليل"، الجزء الرابع، القاهرة، 1316هـ.
- 28- السيوطي، "الجامع الصغير"، الأجزاء؛ الثاني، الرابع و السادس، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1935.
- 29- الشريبي الخطيب، "مغنى المحتاج"، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1347هـ.
- 30- الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، "مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر"، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1316هـ.
- 31- القرافي، "الفروق"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1344هـ (1923).
- 32- الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء السابع، القاهرة 1910.
- 33- بجيرمي على الخطيب، (حاشية للشيخ سليمان البجيرمي)، الجزء الرابع، دار المعارف، بيروت، بدون تاريخ.
- 34- بن بردية البخاري، "صحيح البخاري" الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، 852هـ.
- 35- تفسير ابن كثير، الجزء الرابع.
- 36- حاشية الدسوقي، "على الشرح الكبير"، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، القاهرة، 1309هـ.
- 37- زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، "جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم"، دار نهر النيل، بدون سنة.
- 38- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، "الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان"، مطبعة وادي النيل، القاهرة، 1989.

- 39- شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، " فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء الأول، بدون سنة.
- 40- عبد الرحمان بن رجب، " القواعد"، الجزء الرابع، القاهرة، 1933.
- 41- عبد الرحمان الحريري، " كتاب الفقه على المذاهب الأربعة"، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، 1933.
- 42- عبد الفتاح محمود إدريس، "حكم التداوي بالمحرمات"، الطبعة الأولى، 1993.
- 43- عبد الله القرطبي، " الجامع لأحكام القرآن"، الجزئين؛ الثاني و السابع، مكتبة دار الكتب المصرية، 1935.
- 44- عبد المجيد محمود مطلوب، " أصول الفقه الإسلامي"، مكتبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- 45- فخر الدين عثمان الزيلعي، " تبيين الحقائق و شرح كنز الدقائق"، الجزء الخامس، القاهرة، 1311 هـ.
- 46- قرب بن الهمام، "فتح القدير"، القاهرة، 1318 هـ.
- 47- محمد أمين ابن عابدين، "رد المحتار على الدر المختار"، الجزء الخامس، القاهرة 1323 هـ.
- 48- محمد الشريبي الخطيب، " مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، مؤسسة الحلبي، الجزء الرابع، 1958.
- 49- محمد الشوكاني، "نيل الأوطار" الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، 1923.
- 50- محمد باقر الصدر، "دروس في علم الأصول"، دار الكتاب اللبناني، بيروت، الجزء الأول، 1986.
- 51- محمد بن أحمد عبد الله القرطبي، " الجامع لأحكام القرآن"، الجزء الثالث، دار الكتب المصرية، 1935.
- 52- محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعابي، " سبل السلام، شرح بلوغ المراحم من أدلة الأحكام للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني"، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بدون تاريخ.
- 53- محمد بن اسرائيل، "جامع الفصوليين"، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1301 هـ.
- 54- محمد بن حسين الطوري، " تكملة البحر الرائق"، الجزء السابع، القاهرة، 1334 هـ.
- 55- محمد بن علي محمد الشوكاني، " نيل الأوطار و شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار"، الطبعة الثانية، دار الجيل، بيروت، 1344 هـ.
- 56- محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، " المغني على مختصر الخراقي"، عالم الكتاب، بيروت، 1347 هـ.
- 57- منصور بن إدريس البهوتي، "كشاف القناع"، الجزء السادس، مكتبة النصر، الرياض، 1947.
- 58- محمد حسين مخلوف، " فتاوى شرعية و بحوث إسلامية"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، القاهرة، 1965.
- 59- محمد عيلش، "فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب مالك" الطبعة الأولى، مكتبة الطوبي، القاهرة، 1319 هـ (1898).
- 60- محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، " رياض الصالحين"، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- 61- مخلوف محمد حسنين، "فتاوى شرعية و بحوث إسلامية"، الجزء الأول، القاهرة 1965.
- 62- يحيى بن شرف النووي، " المجموع في شرح المهذب"، الجزء التاسع، الطباعة المنيرية، القاهرة، بدون تاريخ.

63- محمد عباس المهدي، " الفتاوي المهدية" الجزء 5 ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأزهرية، القاهرة 1301هـ.

III- المراجع المتخصصة و الدوريات:

- 1- أحمد إبراهيم، "مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية و في القانون المقارن"، مجلة الأزهر، المجلد 19، 1367هـ (1946).
- 2- أحمد جلال الجوهري، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية"، مجلة الحقوق و الشريعة، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو 1981.
- 3- أحمد شرف الدين، " التعويضات عن الأضرار الجسدية"، بدون مكان و سنة الطبع.
- 4- أحمد شرف الدين، "رعاية الإسلام للطب تعليماً و مزاولة" (أبحاث المؤتمر العالمي الثاني عن طب الإسلامي) نشرة الطب الإسلامي، العدد الثاني، مارس 1982، الكويت.
- 5- أحمد شرف الدين، مقال حول الإنعاش الصناعي، في مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو 1981.
- 6- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، "القانون الجنائي و الطب الحديث"، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 1986.
- 7- أحمد عبد الدائم، " أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
- 8- أحمد عبد الكريم سلامة، "حكم نقل الأعضاء البشرية"، بحث غير منشور.
- 9- أحمد فتحي بهنسي، "المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي"، 1961.
- 10- أحمد محمد بدوي، "نقل و زرع الأعضاء البشرية"، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، 1999.
- 11- أحمد محمود سعد، " زرع الأعضاء بين الحضر و الإباحة"، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 12- أسامة عبد الله قايد، "المسئولية الجنائية للأطباء" دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة، 1990.
- 13- أسامة عبد الله قايد، "المسئولية الجنائية للأطباء" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.
- 14- الأستاذ أيلام ، رئيس الجمعية الجزائرية لطب العيون، الندوة الصحفية التي عقدها على هامش الملتقى الرابع عشر لطب العيون الذي انعقد بقسنطينة يومي 03 و 04 جوان 2004، يومية الخبر بتاريخ 06 جوان 2004.
- 15- أشرف جابر سيد، "التأمين من المسئولية المدنية للأطباء"، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
- 16- أنور دبور، " الندوة العلمية الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي" مركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين" جامعة القاهرة، نوفمبر، 1993.
- 17- بسام محتسب بالله، "المسئولية الطبية و الجزائية بين النظرية و التطبيق"، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق، 1984.
- 18- جاسم على سالم، " نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون تاريخ.
- 19- جريدة الأهرام المصرية، العدد 39807، بتاريخ 02 ديسمبر 1996.
- 20- جريدة "الرأي" عدد 1161 بتاريخ 2002/02/17، محمد خليل، " شيخ الأزهر يحذر؛ عدم الالتزام بضوابط الإخصاب الطبي يؤدي إلى اختلاط الأنساب"، ص. 12.
- 21- جريدة "الخبر"، يومية جزائرية ليوم 20 مارس 2004، ص. 12.
- 22- جريدة "الرأي" يومية جزائرية، العدد 1592 ليوم الاثنين 14 جويلية 2003.

- 23- جريدة "الوطن"، بتاريخ 26 مارس 1998، ص. 12.
- 24- جلال العدوي، "قانون العمل"، 1972.
- 25- جوزيف داود، "المسئولية الطبية المدنية و الجزائية و تأمين الأطباء من المسئولية عن أخطائهم"، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987.
- 26- حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية؛ دراسة مقارنة"، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.
- 27- حسان حتوت، "التأصيل الإسلامي للأخلاقيات الطبية" (الأبحاث المقدمة في المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط و الأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي) المركز الدولي الإسلامي للدراسات و البحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة 1992.
- 28- حسن الشاذلي، "حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق و الشريعة، الكويت، 1978.
- 29- حسن زكي الأبراشي، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية"، بدون تاريخ و مكان النشر.
- 30- حسن علي الشاذلي، "حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي"، كتاب الجمهورية، 1989.
- 31- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، "المسئولية المدنية العقدية و التقصيرية"، دار المعارف، الطبعة 2، 1979.
- 32- حمداني شبيها ماء العينين، بحث حول الغدد التناسلية، بحث منشور بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة نقل الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989.
- 33- خالد رشيد الجميلي، "أحكام نقل الخصيتين و المبيضين و أحكام نقل أعضاء الجنين الناقص خلقة في الشريعة الإسلامية" بحث منشور بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة نقل الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 1989/10/23.
- 34- رمسيس بهنام، "النظرية العامة للقانون الجنائي"، القاهرة.
- 35- رياض الحناني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل و زرع الأعضاء و التصرف بأعضاء الجسم البشري"، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، مارس 1981.
- 36- سعيد سعد عبد السلام، "مشروعية التصرف في جسم الأدمي"، دار النشر غير معروفة، مصر، 1996.
- 37- سعيد عبد السلام، "مشروعية التصرف في جسم الأدمي في القانون الوضعي، و الشريعة الإسلامية"، مجلة المحاماة، العدد التاسع و العاشر، شهري نوفمبر و ديسمبر 1990.
- 38- سهير منتصر، المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء"، دار النهضة العربية، 1990.
- 39- شوقي عبد الساهي، "الفكر الإسلامي و القضايا الطبية المعاصرة"، مكتبة النهضة العربية، 1990.
- 40- الشيخ أحمد هديري، فتوى منشورة بالمجلد رقم 6 ص. 2278 من الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية عام 1979، و أيضا الفتوى رقم 32 لسنة 1979 الصادرة عن اللجنة العامة للموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، دولة الكويت.
- 41- الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، "الفتاوى الإسلامية"، من إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، المجلد 10، 1993.
- 42- الشيخ عبد الرحمان النجار، "مشروعية نقل الكلى و موقف الإسلام منها"، المجلة الجنائية القومية"، العدد الأول، القاهرة، 1978.
- 43- الشيخ محمد متولي الشعراوي، "الشيخ الشعراوي و قضايا حائرة تبحث عن حلول"، دار النشر هاتيه، 1996.
- 44- الشيخ محمد متولي الشعراوي، مقالته في جريدة عقيدتي عن نقل الأعضاء، عدد 194، بتاريخ 1996/08/13.

- 45- صديفة على العوضي و كمال محمد نجيب، "زراعة الأعضاء التناسلية و الغدد التناسلية للمرأة و الرجل"، بحث مقدم بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة نقل الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989.
- 46- صفوت حسن لطفي، "أسباب تحريم نقل و زرع الأعضاء الأدمية"، بحث غير منشور، القاهرة 1992.
- 47- طارق سرور، "نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء؛ دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.
- 48- طاهري حسين، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 49- عارف علي عارف، "مدى الاعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي حول عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب المنظم من قبل المجلس الأعلى بالجزائر، يومي 6-7/10/1998.
- 50- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، "ضوابط نقل الأعضاء البشرية في الشريعة و لتشريعات العربية؛ دراسة مقارنة" دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000.
- 51- عبد الرحمان النجار، "مشروعية نقل الكلى و موقف الإسلام منها"، تقرير مقدم في ندوة نقل الكلى التي نظمتها المركز القومي للبحوث الاجتماعية و الجنائية بالقاهرة، منشورة بالمجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مصر، مارس 1978.
- 52- عبد الرحمان بن حسن النفيس، "حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 40، السنة العاشرة (نوفمبر، ديسمبر، يناير 1998، 1999) الرياض.
- 53- عبد الرشيد مأمون، "عقد العلاج الطبي بين النظرية و التطبيق".
- 54- عبد السلام التونجي، "الخطأ الطبي"، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسؤولية الطبية، جامعة قار يونس، بنغازي الأيام من 23 إلى 28/10/1978.
- 55- عبد السلام عبد الرحيم السكري، "نقل و زرع الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي"، القاهرة، دار المنار، 1988.
- 56- عبد الله محمد الجبوري، "مسئولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي"، مجلة الرسالة الإسلامية، السنة السابعة عشر، العدد 168 و 169، العراق، 1984.
- 57- عقيل بن أحمد العقيلي، "حكم نقل الأعضاء"، مكتبة الصحابة، جدة، 1992.
- 58- علاء زيدان، تدخله في الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة شهر نوفمبر 1993.
- 59- علي الخفيف، "الضمان في الفقه الإسلامي"، الجزء الأول، معهد الدراسات العربية بالقاهرة، 1981، الجزء الثاني 1983.
- 60- على نجيدة "التزامات الطبيب في العمل الطبي"، دار النهضة العربية، 1992.
- 61- عوض محمد عوض، "شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1992.
- 62- القاضي سمر ندا نصار، "دراسة حول نقل و زرع الأعضاء و استئجار الأرحام و الاستنساخ و مدى قانونيتها"، معهد الدروس القضائية، بيروت، 2000.
- 63- مجدي حسن خليل، "مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي" دار النهضة العربية، 2000.
- 64- محسن عبد الحميد إبراهيم البني، "نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.
- 65- محمد الخطيب بسيس، "قواعد و آداب مزاوله مهنة الطب" أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، 1980، (طبعت بمعرفة وزارة الصحة بالكويت).

- 66- محمد السعيد رشدي، "عقد العلاج الطبي؛ دراسة تحليلية و تأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض"، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986.
- 67- محمد حسين منصور، "المسئولية الطبية" دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- 68- محمد خليل، "شيخ الأزهر يحذر؛ عدم الالتزام بضوابط الإخصاب الطبي يؤدي إلى اختلاط الأنساب"، يومية الرأي، عدد 1161 بتاريخ 2002/02/17، ص 12.
- 69- محمد سامي الشوا، "مسئولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات؛ التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استئطاع الأعضاء و زرعها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 70- محمد سعد خليفة، "الحق في الحياة و سلامة الجسد"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر، أسيوط، و طبعة أخرى لدى دار النهضة، 1996.
- 71- محمد سلام مذكور، "الإباحة عند الأصوليين" مجلة القانون و الاقتصاد، مارس 62، العدد الأول.
- 72- محمد سلام مذكور، "الجنين و الأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي" الطبعة الأولى، القاهرة، 1969.
- 73- محمد سليمان الأشقر، "نقل و زراعة الأعضاء التناسلية" بحث منشور بمناسبة ندوة عن رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية المنعقدة بالكويت بتاريخ 23 أكتوبر 1989.
- 74- محمد سليمان، "الطب الشرعي"، القاهرة، 1959.
- 75- محمد سيد طنطاوي، مقال حول نقل الأعضاء، جريدة الأخبار، بتاريخ 30 أبريل 1997 العدد 14038.
- 76- محمد عبد الظاهر، "مشكلات المسئولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، سنة 10، ع 2، يوليو 1995.
- 77- محمد عبد العزيز المراغي، "مسئولية الأطباء"، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1368هـ.
- 78- محمد عبد الغريب، "التجارب الطبية و العلمية"، مطبعة أولاد وهبة حسان، 1989.
- 79- محمد عبد الغفار الشريف، رأيه في مجلة الوعي الإسلامي، العدد 54، يوليو 1995.
- 80- محمد عبد الوهاب الخولي، "المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة: دراسة مقارنة" الطبعة الأولى 1997.
- 81- محمد عطا السيد سيد أحمد، "مسئولية الطبيب"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، جدة، 1994.
- 82- محمد على البار، "الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء"، دار العلم، دمشق، 1994.
- 83- محمد علي النجار، "حول مسئولية الأطباء"، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1944(1368هـ).
- 84- محمد فؤاد توفيق، "المسئولية الطبية في الشريعة الإسلامية"، (أبحاث و أعمال المؤتمر الإسلامي الأول عن الطب الإسلامي)، نشرة الطب الإسلامي، العدد الأول، الطبعة الثانية، الكويت، 1981.
- 85- محمد مصطفى الذهبي، "نقل الأعضاء بين الطب و الدين"، دار الحديث، مصر، 1993.
- 86- محمد نعيم ياسين، "أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة: بحث حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية"، دار النفائس، الأردن 1996.
- 87- محمد نعيم ياسين، "حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 12، مارس 1978.
- 88- محمود علي السرطاوي، "زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية"، دراسات في الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، مجلد 11، العدد الثالث، 1984.
- 89- محمود محمد حسن، "بيع الأعضاء الأدمية في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد الخامس، مصر، يناير 1989.

- 90- محمود محمود مصطفى، "مسئولية الأطباء و الجراحين الجنائية"، مقال منشور في مجلة القانون و الإقتصاد، السنة 18.
- 91- محمود ناظم السبسي، "قواعد آداب مزاولة الطب في التراث الإسلامي" أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، 1980.
- 92- محمود نجيب حسني، "الحق في سلامة الجسم"، القاهرة، 1959.
- 93- محمود نجيب حسني، بحثه في الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة شهر نوفمبر 1993.
- 94- مروك نصر الدين، "نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة"، سلسلة القانون الجنائي و الطب الحديث، الجزء الأول، الكتاب الأول، الثاني و الثالث، دار هومة للنشر، الجزائر 2003.
- 95- مصطفى الطير، "بين الطب و الشريعة"، مجلة الأزهر، 1968.
- 96- مصطفى عبد الحميد عدوي، "حق المريض في قبول أو رفض العلاج؛ دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي"، دار الطبع غير معروفة، مصر 1992.
- 97- مصطفى محمد عبد المحسن، "الخطأ الطبي و الصيدلي"، التركي للكمبيوتر و طباعة الأوفست، طنطا، 2000.
- 98- منذر الفضل، "التجربة الطبية على الجسم البشري"، مجلة العلوم القانونية، مجلد 8، العدد 1، 1989.
- 99- الندوة العلمية الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي، أعدها مركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين، القاهرة، نوفمبر 1993، أشار إليها د. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 177.
- 100- هيثم حامد المصاروة، "نقل الأعضاء البشرية بين الحضر و الإباحة؛ دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- 101- وديع فرج، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية"، مجلة القانون و الإقتصاد، السنة الثانية عشر التاريخ و مكان الطبع غير معروفين.
- 102- ورقة العمل المقدمة من المركز العربي للبحوث القضائية و القانونية حول نقل و زرع الأعضاء البشرية و الاستنساخ و إيجار الرحم، المقدمة إلى الندوة العلمية المنعقدة في بيروت سبتمبر 2000.
- 103- يوسف القرضاوي، "الفتاوى المعاصرة" دار الوفاء، القاهرة، 1993.
- 104- يوسف القرضاوي، "فتاوى معاصرة"، دار الوفاء للطبع و النشر، الجزء الثاني، المنصورة، مصر، 1994.
- 105- يوسف القرضاوي، "زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية" ندوة عقدت بتاريخ 1989/10/23 في الكويت، بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية و مجمع الفقه الإسلامي بجدة.
- 106- يوسف قاسم، رأيه بخصوص نقل الأعضاء، في مجلة الوعي الإسلامي، العدد السادس، السنة 48، يوليو 1994.

IV- الرسائل:

- 1- إبراهيم زكي أخوخ، "حالة الضرورة في القانون الجنائي" رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1969.
- 2- أحمد إبراهيم محمود سعد، "مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983.

- 3- أحمد محمد العمر، " نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم "، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.
- 4- أحمد محمود إبراهيم سعيد، "مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983.
- 5- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.
- 6- إيهاب يسر أنور علي، "المسئولية المدنية و الجنائية للطبيب"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1994.
- 7- حسن زكي الأبراشي، "مسئولية الأطباء و الجراحين المدنية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1950.
- 8- حسني محمد السيد الجدع، "رضا المجني عليه و آثاره القانونية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.
- 9- رضا عبد الحليم عبد المجيد، "النظام القانوني للإنجاب الصناعي"، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 1996.
- 10- شعبان نبويه متولي دعبس، "الحماية الجنائية لحق الإنسان في الحياة" رسالة دكتوراه، بدون تاريخ، جامعة القاهرة.
- 11- شعلان سليمان محمد السيد حمده، " نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002.
- 12- عثمان سعيد عثمان، "استعمال الحق كسبب للإباحة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.
- 13- على داود الجفال، "المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي منها"، رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، 1985.
- 14- محمد أبو العلاء عقيدة، "المسئولية الجنائية للأطباء"، رسالة دكتوراه، جامعة ليون Lyon، 1981.
- 15- محمد جمال الدين عواد، " جنائية القتل العمد في الفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر، القاهرة 1974.
- 16- محمد سامي السيد الشوا، " الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1986.
- 17- محمد عادل عبد الرحمان، "المسئولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985.

V- التشريعات و الفتاوى المشار إليها في الرسالة:

أ: التشريع، المراسيم و القرارات الجزائرية:

- الدستور الجزائري، مرسوم رئاسي رقم 96-438 الصادر بتاريخ 07 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل نص الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996.
- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

- قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الصادر بموجب الأمر 66-154، المؤرخ في 8 جوان 1966، معدل و متمم.
- قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 66 - 156 المؤرخ في 8 جوان 1966، معدل و متمم.
- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، معدل و متمم.
- قانون حماية الصحة و ترقيتها؛ قانون رقم 05/85 المؤرخ ب 85/02/26 المعدل و المتمم بالقانون 17/90 المؤرخ ب 90/07/31 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، و المرسوم التنفيذي 276/92 المؤرخ ب 92/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
- قانون التأمينات الجزائري، قانون رقم 95-07 الصادر بتاريخ 25 يناير 1995.
- قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين، الأمر رقم 72-02 الصادر بتاريخ 72/02/10.
- المرسوم رقم 72-38 الصادر بتاريخ 10/02/1972 المتعلق بتنفيذ عقوبة الإعدام.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/07/1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-122 صادر بتاريخ 06/04/1996 يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، تنظيمه و عمله. و ذلك تطبيقاً للمادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
- القرار الوزاري الصادر بتاريخ 02/10/2002 المتضمن المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأنسجة و الأعضاء البشرية.
- القرار الوزاري رقم 39-89 الصادر بتاريخ 26/03/1989 و القرار رقم 34 الصادر بتاريخ 19/11/2002، المتعلقين بمعايير إثبات الوفاة لغرض اقتطاع الأعضاء من الجثث.

ج - قائمة الفتاوى الشرعية:

- فتوى المجلس الإسلامي الأعلى، بتاريخ 20/04/72، أشار إليها، د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 125. منشورة لنفس الكاتب في نفس المرجع، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص. 169. منشورة أيضاً في مجلة العصر، العدد الأول الصادر بتاريخ 04/09/90 ص. 4.
- فتوى المجلس الإسلامي الأعلى، بشأن زرع الأعضاء، الجزائر، جريدة الوطن بتاريخ 26 مارس 1998، ص. 13.
- فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، بتاريخ 28/01/88 بمكة المكرمة، ذكرها د. محمد على البار، "الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء"، دار العلم، دمشق، 1994.
- فتوى خاصة بتشريح الجثث و التبرع بالأعضاء للشيخ أحمد حماني، استشارة شرعية و مباحث فقهية، الجزء الثاني، وزارة الشؤون الدينية، 1993، منشورة في د. نصر الدين مروك، الكتاب الثالث من الجزء الأول، ص. 175.
- فتوى دار الإفتاء المصرية، سجل رقم 88 مسلسل 212 ص. 313، و فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف، المجلد 2 لسنة 1988، أشار إليهما، د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص. 149 و 150.
- فتوى رقم 79/122 صادرة من وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية في الكويت. و بيان الأزهر الشريف الصادر سنة 1998.

فتوى في نقل الدم لفضيلة الشيخ حسن مأمون، مفتي جمهورية مصر العربية، بتاريخ 9 يوليو 1959، ذكرها د. إيهاب يسر أنور على في رسالته مشار إليها في قائمة الرسائل.

فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف، 1981 و كذا قرار هيئة كبار العلماء في الملكة العربية السعودية بشأن زرع الأعضاء رقم 9 الصادرة سنة 1982 و قرار المجامع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بشأن زراعة الأعضاء في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي، في مكة المكرمة، سنة 1985.

فتوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بتاريخ 88/02/11 بجدة، واردة عند د. محمد على البار، محمد على البار، "الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء"، دار العلم، دمشق، 1994، ص. 140.

فتوى مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان، في الفترة الممتدة بين الثامن و الثالث عشر من شهر أكتوبر سنة 1986. أشار إليها، د. نصر الدين مروك، المرجع السابق، الكتاب الأول من الجزء الأول، ص. 385.

قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 بشأن زراعة خلايا المخ و الجهاز العصبي، المنعقد في جدة سنة 1990، منشورة في د. محمد على البار، "الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء"، دار القلم، بيروت، 1994، ص. 261 و ما بعدها.

قرار مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس المنعقد في جدة بتاريخ 20 مارس 1990، أشار إليه د. طارق سرور، ص. 178.

قرار مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في الفترة ما بين 14 و 20 مارس 1990.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:
I- الكتب:

- Arnoux, Irma, " Les droits de l'être humain sur son corps", Presses Universitaires de Bordeaux, 1994.
- Assistance publique – Hôpitaux de Paris : "Guide Pratique – loi du 20 déc. 1988 modifiée par la loi 90- 86 du 23 Jan. 1991 sur la protection des personnes qui se prêtent aux recherches biomédicales" 1995, p. 23.
- Beaudoire, C., "La responsabilité civile et l'assurance en matière d'expérimentation médicale", 1992.
- Bouzat et Pinatel, Traité de Droit Pénal et de Criminologie, 1970.
- Burin des Rosiers, conseiller d'état, "Les aspects juridiques et médicales du prélèvement d'organes", groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F) 1992.
- Carbonnier, J., "Droit civil, introduction, les personnes", 16^{ième} ed. P.U.F, 1987.
- Cayla ,O. et Thomas Y., "Du droit de ne pas naître ; A propos de l'affaire Perruche", Le Débat, éd. Gallimard, 2002.
- Dierkens, J. " Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme", Masson et Scie, 1966.
- Doll. P-J., "La discipline des greffes , des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain. 1970.
- Ewald, F., " Philosophies de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique." In Alfandar, E., éd. "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", Dalloz. 1995, p. 35.
- Fahmy, A. " Le consentement de la victime", Bibliothèque de sciences criminelles, Paris 1971.
- Fensh, F., "Le corps des mourants, objets de convoitises et d'oppressions", 1980.
- Fraisseix, P., "La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la bio-médecine ; l'exemple de la convention d'Oveido", In "L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998,
- Froge, E, " A propos de la mort ; quelques aspects médico-légaux", sans date, p. 16.
- Guillod, o., "Le consentement éclairé du patient", Suisse, éd., 1986.
- Habchy, M. "Essai sur la notion de justification", Saint Maur, 1991.
- Hannouz, M.M., et Hakem., A.R., "Précis de droit médical", O.P.U., 1993.
- Kornprobst, "Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises", Paris 1957.
- Lamber-t –Faivre, Y., "L'exigence de sécurité et la prospective juridique en matière médicale : RF dommage corporel, 1997, 1., p 7.
- Le Dictionnaire Permanent de Bioéthiques et Biotechnologies.

- Lemaire, J.F et Imbert, Jean-Luc , “La responsabilité Médicale”, Paris Presses universitaires de France, 1985.
- Levasseur, G., Chavanne, A., Montreuil, J., et Bouloc, B., “Droit pénal général et procédure pénale”, Sirey, 1999.
- Malherbe, “ Médecine et droit moderne”, Masson 1970.
- Malicier ,D et Miras, A et Fuelget, P et Faivre, F “ La responsabilité médicale”, Alexandre la cassagne, Lyon, 1992, p 63.
- Mazeaud et Tunc, “Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle”, 6^{ème} édition 1965.
- Mazeaud, et Trunc, “ Traité de responsabilité civile”, T 1, 1965.
- Mazeaud, H, “La responsabilité civile”, 2éd n° 529.
- Méméteau, G, “La responsabilité civile médicale”, Montréal, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990.
- Memeteau, G., “ Le Droit Médical “, Paris, Librairie de la cour de cassation, 1985.
- Merle, R. et Vitu, A., “Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général”, 7^{ième} éd. Cujas 1997.
- Monzein, P. “ La responsabilité pénale du médecin”.
- Nefussy-Leroy, N., “ Organes Humains”, Editions Eska, Paris 1999.
- Ossoukine, Abdelhafid, “Traité de droit médical”, Dar El Gharb, Oran, 2003.
- Penneau, J., “La responsabilité du médecin”, 2^{ième} éd. , Dalloz, Paris, 1996.
- Penneau, J. “ La responsabilité médicale”, Sirey, Paris. 1977.,
- Penneau, J., “Le cas particulier de la recherche médicale” in Alfandar, E., éd. “L’indemnisation de l’aléa thérapeutique”, Dalloz. 1995. p. 46
- Penneau, J.,” La Responsabilité du Médecin”, Paris Dalloz, 1992.
- Ponchon, F., “Les prélèvements d’organes et de tissus humains”, Berger-Levrault,
- Potvin, L, “L’obligation de renseignement du médecin ; étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien”, éd 1984.
- Potvin, L, “L’obligation de renseignement du médecin”, 1984.
- Pourrat, E., “L’expérimentation médicale sur le corps de la personne vivante”. 1995.
- Prieur, S., “La disposition de l’individu de son corps, les études hospitalières” Editions Bordeaux, 1999.
- Rougé, D Arbus, L et Costagliola, M “La Responsabilité Médicale “, Paris Arnette, 1992.
- Saury, R., “L’Ethique Médicale et sa Formulation Juridique” Montpellier, Sauramps, 1991.
- Savatier, R., “Traité de la responsabilité civile”, T. II, 2^{ième} éd., 1951.

Thélin, "Le droit Pénal et la médecine", Lausanne, 1947.
Vitani, C., "La législation de la mort", Masson, 1966.

-II- الدوريات:

- Alt-Maes, F., Rapport de Synthèse présenté à la fin des travaux du Colloque "Le Consentement aux Actes Médicaux" le 28 mai 1998, Gaz. pal, numéro spécial, du 1^{er} au 05 janvier 1999, p. 46.
- André, J. "L'expérimentation Humaine en Pathologie infectieuse, Cahiers Laennec, 1952.
- André, J., "Les conventions relatives à la personne physique", Revue critique de législation et de jurisprudence, 1933. p. 364.
- Assurance Hebdo, no 35, 10 Mars 1997.
- Assurance Hebdo, no 35, 10 Mars 1997, commentaire de la fédération française des sociétés d'assurances.
- Auby, J.M., "Les Essais de médicaments sur l'homme ; problèmes juridiques", Paris. Droit et Pharmacie. 1977, p. 25.
- Auby, J.M., "La formation d'une règle internationale en matière médicale ; les conditions de validité de l'expérimentation médicale sur l'homme," Annales de droit médical international, 1959, n°9
- Auby, J.M., "La responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme", Cahiers laënnec, 1952, n° 2, p. 26.
- Barbiéri, "Défaut d'information et responsabilité médicale : les principes du droit privé", Petites affiches 4 jan. 1995, no 2 p. 16 et s.
- Baudouin, Jean Louis, "L'expérimentation sur les Humains ; un conflit de valeur", Rev. Sc. Crim. Et de Droit Pén. Comp. 1971, p 187.
- Benmerzouk. A., "L'accident thérapeutique et son indemnisation" intervention présentée aux travaux de " la Journée d'étude sur le droit médical" organisée par la Faculté de Droit, Université de Tlemcen en date du 09/04/2002, non publiée.
- Bolot, F., "Faut-il le libre choix du médecin par le patient", Gaz.Pal., 16-17 juin 1999. p. 22.
- Bonneau, J., "Paradoxe sur le droit médical", Gaz.Pal. 16-17 juin 1999, p. 11.
- Bouchaud, R-P., "Réflexion morale", Cahiers Laënnec, mars 1966, p. 14 et 15.
- Burin des Rosiers, E., "La loi du 22 décembre 1976 dite « loi Caillavet », étude critique In "Les prélèvements d'organes ; aspects légaux et médicaux", MEDSI, 1982, p. 13.

- Byk, C., “ Bioéthique ; loi jurisprudence et avis des instances d'éthique”, J.C.P., 1992, Doct. 1, n° 3597, p. 305-308.
- Cabrol, C., “Passé, présent et futur des transplantations d'organes”, *La presse médicale*, Oct. 1993, 22, n° 32 p. 1504.
- Calais-Auloy, J., et Steinmetz, F., “Droit de la consommation”, 5^{ième} éd. Dalloz. 2000, p. 324.
- Callu, M-F., “Autour de la mort : variations sur « madame se meurt, madame est morte », *Revue Trim. de Droit civil*, Avr. Jan. 1999. p 214.
- Carlot, J.F., “Evolution de la responsabilité médicale; actualités du risque médical”, www.jurisques.com, p. 10-11/12.
- Chabas, F. “L'obligation médicale d'information en danger”, *Revue contrats – concurrence - consommation*, éd. Juris – classeur, Mai 2000, p 10.
- Chabas, F., “L'obligation médicale d'information en danger”, *La Semaine Juridique*, édition générale, n°15, du 11-15 mars 2000, p 460.
- Charles, D., “ Expérimentation Humaine et Chirurgie ”, *Cahiers Laennec*, 1952. p. 26.
- Chavanne, A., ” Point de vue juridique dans une réunion de l'association de médecine légale”, *Bull. Méd., Lég . Lyon* 1967
- Commentaires du Code de déontologie médicale, *Ordre national des médecins*, éd. 1996.
- Conseil de l'Europe ; 3^{ième} conférence des ministres européens de la santé. Paris 16 et 17 Nov. 1987, *Recueil International de Législation Sanitaire*, 1988. vol. 39 p. 294 et s.
- Daubech, L ”Les formes légales du consentement”, *Actes du Colloque “Le consentement aux actes médicaux”*. *Gazette du Palais* 01-05/01/1999
- Deguergue, Maryse, “La Responsabilité des Hôpitaux Publics”, éd. Juris-classeur, Hors-serie, Juill-Aout 1999., p. 22.
- Delorme, J., “La réforme de la transplantation d'organes”, *Le concours médical*, n° 114, 1992, p. 3491 –3493.
- Deschamps, C. Lapoyade ; “ Les médecins à l'épreuve ; à propos de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 25 Fév. 1997. p 4.
- Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologie, *Bull.* 10, du 01/09/1994.
- Doll, “Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation du médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé”, *Gaz.Pal*, 1972.2.429.
- Doll, P.J., “Le droit de disposer de son cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques”, *Revue de science criminelle*, n° 1, 1971. p. 76.
- Dubouis, L., “Le nouveau code de déontologie médicale” *In Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1995. p. 725.

- Dupont, O. "D'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale", *jurisfutur dossier*, <http://www.jurisfutur>
- Edelman, B., "La Dignité de la Personne Humaine ; un concept nouveau", *Etudes Juridiques, Economica*, 1999. p. 25.
- El Watan, du jeudi 26/03/1998, p. 13.
- Garay, A "Consentement aux Actes Médicaux et Doits des Patients", *Gazette du Palais* 01-05/01/1999, p 27.
- Glorion, B., "La responsabilité médicale" intervention au colloque du S.I.R.I.F, sur la responsabilité médicale, 23 sept. 1998., *Gaz.Pal.*, *Droit de la santé*, 23-24 oct., 1998 p. 93
- Gouesse, E., "Consentement, Aléa Thérapeutique et Responsabilité Médicale", *Gazette du Palais*, 16-17/06/1999, p 56.
- Granet, F. "Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain ; de la loi caillavet aux lois de bioéthiques, *Rev. Trim. Drt. Sani. Soc.*, Jan-Mar. 1995. p. 4.
- Granet, F., "Les Fiches Sanitaires Automatisées (Loi n° 94-548 du 01/07/1994) *Dalloz*, 1995, chron. p. 10-12.
- Grenouilleau, J.B, "commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976 relative au prélèvement d'organes, *Dalloz*, 1977 chronique, p. 214.
- Gromb, S. "L'expert et le consentement éclairé", présenté au Colloque sur "Le consentement aux actes Médicaux" *op.cit.*, p 16.
- Groutel, H. "La Responsabilité des Cliniques", éd. *Juris-classeur, Hors-serie*, Juill-Aout 1999., p 29.
- Groutel, H., "L'assurance obligatoire du promoteur de recherches biomédicales" *Responsabilité Civile et Assurance*, (éd. *Jur - Classeur*), Juillet 1991. p. 2.
- Guigue, note, *Gaz.Pal.*, 1994, , p. 154.
- Hambrugger, J et Dubost, "Réflexions sur les greffes d'organes", *Le Monde* du 17/01/68.
- Hennau-Hublet, C. " Les projets de réglementation de l'expérimentation sur les humains" *Xième Journées d'études Juridiques Jean Dabin*, organisées par l'unité de droit pénal Bruylant, Bruxelles 1982.
- Hoerni, B, "L'ordre national des médecins et le droit des patients", *Acte du Colloque National, "Le Droit des Patients ; Enjeux et Défit"*, organisé par l'Ordre des Avocats de Paris, *Gaz. Pal.*, 20-21 février 1998, p 7.
- Jacquinet, C., "Révision de la loi sur la bioéthique", *Gaz. Pal.*, Juin 1999, p. 33.
- Jestaz, Ph ."Prélèvements d'organes", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, 1977.

- Jourdain, P. "responsabilité civile", Revue de droit civil, Dalloz 1999, éd Dalloz, Paris p. 111.
- Jourdain, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin" éd. Juris-classeur, hors-série, Juill-Août 1999, p. 4.
- Kalfat, C., "La Mort en Droit Pénal Spécial Algérien", non publié, 1994.
- Lachaud, Y., "La responsabilité médicale pour défaut d'information ; de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative", Gaz.Pal, 16-17 Juin 1999 p. 4.
- Lamarche, M., "Heurs et malheurs de l'obligation d'information en matière médicale", R.R.J. 1998-4 p. 1237.
- Lambert-Faivre, Y., "Vers le principe d'une responsabilité médicale objective pour risque", R.Maroc.Dr.Ec.Dev., n° 32, 12-13 nov. 1994, p.105.
- Larroumet, Ch., "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", Dalloz, Chronique, p. 33.
- Le Gueut-Develay "La responsabilité civile, pénale, administrative et disciplinaire du médecin", <http://www.droitmedical.org> , p.5/9.
- Lebreton, G., "Le droit, la médecine et la mort ; à propos de l'arrêt du conseil d'état du 02 Juillet 1993.", Milhaud, Dalloz, 1994, Chronique, p. 553.
- Lenoir, N., "Limites de la vie", Rapport présenté au président du conseil des ministres, rapporteur, Sturlese, B., La documentation française, 1^{ère} partie, 1991, p. 25 et 26.
- M. Fabre-Magnan, "De l'obligation d'information dans les contrats", LGDJ, 1992, préface, Ghestin, p.628.,
- Mattei, J.F., Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire sur les projets de loi sur la bioéthique, Doc. Sénat, 1993, N° 497. p. 13.
- Me Durrieu – Diebolt, "L'arrêt Perruche et ses suites" <http://www.sos-net.eu.org>, p. 2/4.
- Me Durrieu – Diebolt, "responsabilité Médicale", <http://www.sos-net.eu.org>, p. 6.
- Memeteau, "Rapport national .", Revue International de Droit Pénal, 1988. p. 896.
- Mémeteau, G., note sur le principe de proportionnalité en droit médical, Médecine et Droit , n° 5, Avril 1994 pp. 40-42.
- Memeteau, G., "Les évolutions redoutées de la responsabilité médicale", Gaz. Pal. 1997, 2 doctrine, p. 1353.
- Meulders-Klein, M.T., et Maingain, B., "Le droit de disposer de soi-même ; étendue et limites en droit comparé", in Xième Journées Jean Dabin, précité, note 59 p. 231.
- Michaud, J., "Les Lois Bioéthiques ; présentation", Médecine & Droit, n° 8 Sept./Oct. 1994. éd. technique . p. 108.

- Monzein, P., "La Responsabilité Pénale des Médecins", *Revue de sciences criminelles et droit pénal comparé*, 1971 p 886.
- Nau, J-Y., "80% des français ignorent les conditions légales pour le prélèvement d'organes", *Le Monde* du 11/03/1993 p. 16.
- Neu, G., "Le corps humain et la liberté individuelle en droit Luxembourgeois" *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1975. p. 509.
- Nicolis, C., "La chirurgie et ses risques : ce qu'il faut penser d'un arrêt de la cour de cassation", *Quo. Méd.*, 11 Mars 1997, p 42 ;
- Pansier, F-J., "étude de l'évolution de la responsabilité médicale au travers de l'énoncé jurisprudentiel d'une obligation de sécurité à la charge du médecin" *Gaz.Pal.* 16-17 juin 1999, *Chronique*, p. 66.
- Pansier, Frédéric-Jérôme "Etude de l'évolution de la responsabilité médicale au travers de l'énoncé jurisprudentiel d'une obligation de sécurité à la charge du médecin", *Chronique, Gaz.Pal.* 16-17 Juin 1999., p 66.
- Penneau, J., "Les fautes médicales : responsabilité civile et assurances, *Juris – classeur*, hors - série, (Juillet – Août 1999), p 9.
- Penneau, J., "Les patients face à la responsabilité médicale", *Actes du Colloque National sur " Le Droit des Patients ; Enjeux et Défis"*, *Gaz.Pal.*, 20-21 Février 1998, p. 8.
- Penneau, M., "Le consentement face au droit de la responsabilité médicale", présenté aux travaux du Colloque national sur "Le Consentement Aux Actes Médicaux" *Gaz.Pal.* du 1^{er} au 05 Janvier 1999, P 8.
- Porchy, S., "Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient", *Dalloz*, 1998, *Chronique* p. 379.
- Pothier, "Traité du contrat de mandat", Tome 6 sans date.
- Prélèvement d'organes et acharnement thérapeutique, *Le Monde* du 17 mars 1978. p. 22.
- Prélèvements d'organes, *Bulletin de l'ordre des médecins*, Avril 1988, n° 4, p. 2-4.
- Py, J.- Fourgroux, Ch., "A propos des greffes du cœur ; Garanties juridiques indispensables pour les greffes d'organes", *Gaz. Pal.* 20/09/1968, 2, *Doctrine*, p. 84.
- Raimo Laht, "General Report ; Criminal Law and Modern Bio-Medical Technics" *Revue Internationale de Droit Pénal*, nouvelle série, 3ième et 4ième trimestres, 1988, p. 1341.
- Rapport de l'Organisation Mondiale de Santé, *Recueil Int. Légis. San.* 1991, vol. 42, p.420-445.
- Rapport sur la bioéthique, Rapporteur ; Bioulac, B., *Assemblée Nationale*, n° 2565, enregistré le 18/02/1992 p. 82.

- Rayer et Bittard, "Transplantation d'organes ; rapport médical", Revue du Droit de l'Homme", sans date, p. 413 et s.
- Raymondis, L.M., "Problèmes juridiques d'une définition de la mort" Revue Trim. Droit Civ. 1969. p. 29.
- Recueil International de Législation Sanitaire., 1991, vol. 42, p. 420-445, Rapport p. 428.
- Résolution n° 78-29 du 11 Mai 1978 ; résolution du comité des ministres du conseil d'Europe sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine. p. 1 et s.
- Résolutions du Colloque , " droit pénal et techniques Biomédicales modernes", 21-25 ; Sept 1987, Freiburg, I. Br./ R.F.A/ n° 1-1.
- Revue Internationale de Législation Sanitaire, 1983, p. 814 et s.
- Sargos, P., "Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation ?" Dalloz, 1996 chron. P. 365.
- Savatier, J. " Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre", Dalloz, 1968, Chro. p. 94.
- Savatier, J. " Les greffes d'organes devant la loi", Cahiers Laennec, mars 1966, p. 37.
- Savatier, J. "Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui", les petites affiches, n° 149, 14, Déc. 1994. p . 10.
- Savatier, J., " La greffe, la loi et la déontologie",
- Savatier, R, Auby, J et Pequignot, "Traité de droit médical", Librairies Techniques, Paris 1956.
- Savatier, R. "Impérialisme médical sur le terrain du droit : le permis d'opérer et les pratiques américaines", D 1952, Chr. P 157.
- Savatier, R., " Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines", J.C.P 1969-1-2247.
- Seugy, M.H., "L'assurance responsabilité civile des chirurgiens".
- Tesson, "Expérimentation Humaine ; Réflexions morales", Cahiers Laennec 1952. p. 163.
- Thouvenin, D., "La personne et son corps : un sujet humain pas un individu biologique", Les Petites Affiches, 14 Déc. 1994. p. 26.
- Vignocchi, G., "Le corps humain et les actes juridiques en droit Italien", Travaux de l'association Henri Captain, Dalloz, 1975, p. 250.
- Vigouroux "Les limites du respect de la vie", Le Concours Médical, n° 1 du 04/01/1969, p. 90.
- Viney, G. et Jourdain P. "L'indemnisation des accidents médicaux ; que peut faire la cour de cassation ? " JCP. G. 1997,1 4016.

III- الرسائل باللغة الفرنسية:

- Abduldayem, A., "Les organes du corps humain dans le commerce juridique", Thèse, Strasbourg, 1995.
- Abel, B., "La responsabilité civile des médecins", Thèse, Nancy, 1936.
- Alisse, "L'obligation de renseignement dans les contrats", thèse, Paris, 1975.
- Batigne, M. "Les greffes d'organes en droit pénal", Thèse, Montpellier, 1980.
- Battelier, J., "Les prélèvements multi - organes", Thèse, médecine, Strasbourg, 1986.
- Boniface, C.T., "Datation de la mort, méthodes actuelles", Thèse, médecine, Strasbourg, 1985.
- Boyer, "L'obligation de renseignements dans la formation du contrat", Thèse 1977, Aix en Provence 3.
- Bubo, B., "La transplantation d'organes " étude de droit privé, Thèse, Lille 1978.
- Charaf-Eldine, A., "Droit de la transplantation d'organes; étude comparative", Thèse, Paris II, 1975.
- Décocq, A., "Essai d'une thérapie générale des droits sur la personne", Thèse, Paris 1960.
- Dommages, R., "Le corps humain dans le commerce juridique" thèse. Paris, 1956.
- Dubo, B., "La transplantation d'organes" Thèse, Lille, 1978.
- Fahmy, A. "Le consentement de la victime" Thèse, Paris 1969. "Le consentement de la victime", Bibliothèque de sciences criminelles, Paris 1971.
- Finon, O "Faute et Assurance dans la Responsabilité civile médicale", thèse, Paris 1972.
- Foriers, P. "De l'état de nécessité en droit pénal", thèse, Paris 1951.
- Hansmann, J., "Mort cérébrale et réanimation", Thèse, médecine, strasbourg, 1990.
- Hocquet-Berg, S., "Obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin", Thèse Paris XII, 1995.
- Jacotot, D., "La notion de la sécurité sanitaire", Thèse, Dijon, 1999.
- Joubrel, "La responsabilité civile des médecins", Thèse, Rennes, 1939.
- Knoppers, B. M., "Les devoirs du médecin et la conception artificielle ; une étude comparative des droits de France, du Québec et des pays common law", thèse, Paris 1, 1985.
- Manche, "La responsabilité médicale du point de vue pénale", Thèse, Paris 1913.
- Mansat, B., "La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient", Thèse Paris I, 1999.

- Memeteau, "Essai sur la liberté thérapeutique du médecin" thèse, Poitiers 1973.
- Pelissier, J, "La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne", Thèse, Paris 1977.
- Rajbaut, B., "Le rôle de la volonté en matière médicale", Thèse Paris XII, 1981.
- Savatier, E., "Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX ième siècle, Thèse Lyon III, 1998.
- Souet, S, "L'information du malade et la responsabilité du médecin", Mémoire de D.E.A, Rennes, 1985.
- Villani, D., "La protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", Thèse, Lyon, 1992.

-IV- القوانين الفرنسية المشار إليها في الرسالة:

1- codes :

- Code civil Français éd. Dalloz 95 – 96.
- Code civil Français de 1994, loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et modifié par l'article 70 de la loi 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.
- Code de déontologie médicale français, , décret n° 95-1000, du 6 septembre 1995, (J.O du 8 sept. 95),
- Code pénal français (loi n° 94-653 du 29/07/94).
- Code de la santé publique. (modifié par les lois bioéthiques de 1994 et la loi 2002-303 relative aux droits des malades.

2- Lois :

- Loi du 15/11/1887 sur la liberté funéraire. D.P 1887.4. 101
- Loi n° 49-890 du 07/07/1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donateurs volontaires, J.O 08/07/1949.
- Loi n° 49-890 du 07/07/1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donateurs volontaires, J.O 08/07/1949.
- Loi n° 76-1181 du 22/12/76 relatives aux prélèvements d'organes, J.O du 23/12/1976.
- Loi n° 88 - 1138 du 20 Déc. 1988 modifiée par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, ainsi que par la loi n° 94-548 du 01/07/94 relative aux fichiers sanitaires automatisés, et la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, dite « Loi Kouchner » (JO du 05/03/2002).
- Loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux.,

Loi du 31 juillet 1991 sur la protection de la confidentialité des informations médicales.

Lois Bioéthiques (loi n° 94- 548 du 01/07/94 relative aux fiches sanitaires automatisées., loi n° 94-653 du 29/07/1994 relative au respect du corps humain, J.O. 30/07/1994. Loi n° 94-654 du 29/12/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O, 30/07/1994.

Loi n° 96-375 du 29/04/1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur.

Loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal Officiel du 5 mars 2002).

Loi n° 2002-1577 datée du 30 décembre 2002, relative à l'assurance responsabilité civile médicale publiée au JO· Fr. du 31 décembre 2002.

Ordonnance du 23/09/67 relative à l'expertise médicale et aux essais de médicaments.

3- Décrets :

Décret n° 72-1062 du 20/11/1972 portant les conditions de l'application de l'art. 601 du code de la santé publique.

Décret du 14/01/1974, J.O, 16/01/1974.

Décret n° 78-501 du 31/03/1978 pour l'application de la loi du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes.

Décret n° 90-845 du 24/09/1990 modifiant le Décret exécutif n° 78- 501 du 31/03/1978 précité. J.O, 25/09/1990.

Décret n° 91- 440 du 14/05/1991 relatif à l'assurance obligatoire dans la recherche biomédicale.

Décret n° 94-870 du 10/10/1994 relatif à l'Etablissement Français des Greffes, J.O, 11/10/1994.

Décret n° 95-467 du 27/04/1995 complétant le code de la santé publique et relatif aux organes visés par l'Art. 671/15 du dit code.

Décret n° 96-375 du 29 avril 1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnement des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur. J.O Fr. du 05/05/1996.

Décret n° 96-1041 du 02 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes.

Décret n° 97-704 du 30/05/1997 relatif qu registre national automatisé des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes , de tissus et des cellules. J.O 03/06/97.

Décret n° 92-174 du 25/02/1992 et Décret n° 94-413 du 24/05/1994 relatifs à la prévention de la transmission de certaines maladies infectieuses.

Décret n° 2002-637 du 29 Avril 2002.

4-Circulaires :

Circulaire n° 67 du 24/04/1968 pour l'application du Décret n° 47-2057 du 20/10/1947 relatif aux autopsies et prélèvements, B.O.M.A.S., n° 18, 1968.

Circulaire du 03/04/1978 concernant le Décret exécutif n° 78-501 du 31/03/78 relative aux prélèvements d'organes.

Circulaire n° 03 du 21/01/1991 relative à l'application de du Décret n° 90-844 du 24/09/1990 modifiant le Décret exécutif n° 78- 501 du 31/03/1978 précité.

Circulaire DGS/DH/ n° 31 du 31/07/1992 relative aux prélèvements et aux greffes de cornée.

5- Arrêtés :

Arrêté de 1937 pris en application de la loi du 14/06/1934 qui précisait dans quelles conditions un praticien était autorisé à procéder à l'expérimentation de vaccins et de sérums.

Arrêté du 23/03/1991 portant création de deux commissions médicales de prélèvement et transplantation de tissu et d'organes humains. Annexe comportant liste des établissements autorisés à pratiquer des prélèvements et de transplantation de tissus et d'organes.

Arrêté du 21/09/1992 relatif aux greffes de cornée.

Arrêté du 23/10/1992 relatif au comité de transparence compétent en matière de prélèvement et d'utilisation thérapeutique des organes, des tissus et des cellules d'origines humaines. J.O du 31 octobre 1992.

Arrêté du 18/08/1994 fixant les modalités de prise en charge des transplantations d'organes,(J.O du 27/08/1994), pour la mise en application de l'art. 714-3-21 du code de la santé publique.

Arrêté du 24/11/1994 précisant les règles d'inscription dans une liste d'attente des patients en attente de transplantation. J.O, 25/11/94.

V- القرارات القضائية الفرنسية و التعليق عليها:

1- القرارات القضائية:

Cass. civ. 18 juin 1833, (1835 - 1 - 401).
 Cass. civ. 29 novembre 1920, Dalloz 1924 – 1 – 103.
 Cass. civ. 11 janvier 1932, (1932 - 1 - 110).
 Cass. civ. 8 Février 1932, Gaz. Pal. 1932. 1. 733.
 Cass. civ. 20 mai 1936, D 1936.1.
 Cass. crim. juillet 1937, S. 1938, 11, 94, note Tortat.
 Cass. pén. 31 mai 1949, Dalloz 1949.
 Cass. civ. 29 Mai 1951, Gaz.Pal 1951.2.114, Bull n°162, JCP II, 66421,
 note Perrot.
 Cass. pén. 23 Mars 1953, Dalloz 1953.
 Cass. civ. 27 octobre 1953, JCP G 1953, II, 7891, Dalloz, 1953, p. 658
 Cass. civ. 8 novembre 1955, D. 1955. 249.
 Cass. civ. 21 février 1961, J.C.P. 1961, II- 12129 – Note R.Savatier.
 Cass. civ. 7 novembre 1961, D 1962. 62.
 Cass. civ. 30 octobre 1962, Dalloz 1963 jurispr. 57 note Esmein,
 Gaz.Pal. 1963, 1, p. 95 note Trunc.
 Cass. civ. 7 juillet 1964, D 1964, p 625
 Cass. civ. 14 décembre 1965, JCP., II, 14753 ; Bull civ. 1, 541.
 Cass. civ. 11 Mai 1966, D 1966 p 266 ;
 Cass. civ. 22 janvier 1967, B. C. I. 49.
 Cass. civ. 1 Avril 1968, JCP G 1968, II, 15547, note Rabut.
 Cass. civ. 19 mai 1968, 198 D 1 – 195.
 Cass. civ. 18 mars 1969, Bull.civ. no 117, p. 92.
 Cass. civ. 17 novembre 1969, D. 1970. 85. – 4 Mai 1970 D. 1970. 227.
 Cass. civ. 24 février 1970, JCP., II, 16456
 Cass. civ. 27 mai 1970, Dalloz 1970 Résumé, p 186.,
 Cass. civ. 20 mai 1971, Bull.civ. no 171, p. 144.
 Cass. civ. 22 juillet 1972, J.C.P., 1972 – 6 – 17266 . note Savatier.
 Cass. crim. 3 janvier 1973, Dalloz 1973 p.220.
 Cass. civ. 14 février 1973, Gaz.Pal., 1973., - II - p. 341.
 Cass. civ. 8 octobre 1974, Gaz. Pal., 1974, I, P 273, note Doll.
 Cass. civ. 5 novembre 1974, JCP G. 1974, IV, p.417 ; Bull, civ. I, no 292.
 Cass. civ. 17 mars 1979, Dalloz 1979. p 176.
 Cass. civ. 28 Avril 1981, Gaz.Pal. 1981, 1, p. 367.
 Cass. crim. 26 mai 1982, Bull. Crim. N° 137.
 Cass. civ. 09 mai 1984, Semaine Juridique 1984 – 20262.
 Cass. civ. 09 octobre 1985, 28/06/89, <http://www.caducée.net>
 Cass. civ. 11 février 1986, Gaz.Pal 1986, 1, p. 296.
 Cass. civ. 25 septembre 1987, Dalloz 1987, 132.
 Cass. civ. 19 avril 1988, Dalloz 1988, 127.

Cass. civ. 7 juin 1988, Gaz. Pal. 1988.2.

Cass. civ. 18 janvier 1989, Bull.civ. no 19 , p. 12.

Cass. civ. 7 février 1990, Dalloz, 1991, somm. p. 183, obs. Penneau.

Cass. civ. 3 jan. 1991, Gaz. Pal 1993.1. somm p 116 / n°117 p 27.

Cass. civ. 16 juillet 1991, Bull.civ. no 248 , p. 162.

Cass. civ. 19 mai 1992, Bull, civ. I, no 147; RTD civ. 1993. obs. Jourdain.
p. 134

Cass. civ. 15 décembre 1993, arrêt n° 1653. inédit.

Cass. civ. 20 janvier 1994, Bull. Civ. 1994, n° 18 p. 13.(chambre social).

Cass. civ. 22 novembre 1994, cités par, Me Durrieu –Diebolt,
“responsabilité médicale”, op.cit., p. 5/15.

Cass. civ. 25 février 1997, Gaz.Pal. 1997.1.

Cass. civ. 14 Octobre 1997, Gaz. Pal 1997. 2. panor . p 312/ n° 357, p 312
(23 Déc. 1997).

Cass. civ. 17 février 1998, Dr. Et patrimoine mai 1998, no 1939, obs.
Chabas, F., p. 101

Cass. civ. 27 mai 1998, Gaz.Pal. 1998. 2

Cass. civ. 7 octobre 1998, Gaz. Pal 1998.2.

Cass. civ. 29 juin 1999, JCP, G 1999, II, 10138, rapp. Sargos, P. ; Dalloz
1999, p . 599, note Thouvnin.

Cass. civ. 15 juillet 1999, R.C et ass. Nov. 1999, P.15., Dalloz, 1999, som.
393.

Cass. civ. 18 Janvier 2000, – 97 - 17.716 ; Dalloz 2000, n°5 R.C et Ass.,
Avril 2000, p. 17.

Cass. civ. 10 mai 2000, cité par Jean-François CARLOT, “Actualités du
Risque Médical”, <http://www.jurisques.com>

Cass. civ. 23 mai 2000, 98 – 15. 513 ; Dalloz 2000, I.R 470.

Cass. civ. 20 juin 2000 , Dalloz 2000, I.R, p. 198, note Argus.

Cass. civ. 18 juillet 2000, Dalloz, I.R., p 217.

Cass. civ. 11 août 2000, Dalloz 2000, I.R, p. 22, note Jourdain.

Cass. civ. 8 novembre 2000, 99-11. 735 ; Dalloz 2000, I.R

Cass. civ. 17 novembre 2000, Dalloz 2000.

Cass. civ. 09 mai 2001, N° 99-16- 427 cité par Me Durrieu – Diebolt, “
Le risque médical, ou l’aléa thérapeutique”, <http://www.sos-net.eu.org>, p. 4.

Cass. civ. 22 mai 2002, n° 736 F., cité par Me Durrieu-Diebolt, “Les
droits des Patients”, , <http://www.sos-net.eu.org>,

C. E. du 18 mars 1983. J.C.P. 1983, 1, n°20111, obs, J-M Auby.

C.E. 27 octobre 2000- 208640 ; Dalloz, I.R., p. 288., note. Arrêt
concernant responsabilité sans faute de l’Hôpital.

C.E. 5 janvier 2000 , Dalloz, 2000, I.R, p.28.

C.E. du 18/02/1988 J.C.P., 1990 2^{ième} partie n° 21421, Commentaire. E.
Fort-Cardon.

C.E. section contentieux, 5^e ss, 10 Décembre 1999, n° 198530, Argus
2000 p. 40.
CE, 5 jan. 2000 (2 arrêts), Assistance publique-Hôpitaux de paris et Cts
Telle ; JCP. G. 2000 Actu. No 4 p. 130.
C. E. du 26 juin 2001 req. N° 198546., cité par, Me Durrieu-Diebolt, “Les
droits des patients”, <http://www.sos-net.eu.org>, p.7/19.

3- Commentaires ;

Dorsnet – Dolivet, A., note JCP G. 1987, II, 20755., Vacarie, I., “La
perte d’une chance”, RRJ 1987 p. 917 et s.
Durry, obs. R.T.D. Civ. 1970, p. 580.,
Jourdain, P., obs. RTD. civ. 1993, p. 135.
Morel, commentaire, Cass. civ. 27/07/1939, 1940 – 1 – 73.
Penneau, M, note, ss C.A Angers, (Audience Solennelle)., 11 sept. 1998,
Daloz 1999., P. 46
Penneau, obs. Daloz 1991, somm. Comm. P. 183.,
Rodière, note sur Civ. 17 déc. 1954, Daloz 1955, p 269.
Savatier, R. note sous Rouen 17 déc. 1970 Daloz 1971. p. 152.

ثالثاً: المراجع باللغة الإنجليزية:

I - Bibliography;

- Annas, G.J., Granta, L.H. and Katz, B.F., "Informed Consent to Human Experimentation: The Subject's Dilemma", Cambridge, Ballinger publishing Company, 1977.
- Annas, J.G et al , "Medical malpractice litigation under national health insurance ; essential or expendable", 1975 Duke Law Journal 1335.
- Applbaum, P.S., Lidz, C.W., and Meisel, A., " Informed Consent; Legal Theory and Clinical Practice", Oxford Univ. Press. 1987.
- Ayd, F., "Drug Studies in Prisoner Volunteers ", in Beauchamp, T. & Walters, L., (eds), " Contemporary Issues in Bioethics", California, Dickenson Pub. Comp. Inc. 1978
- Bassiouni, M.C., Baffes, T.J., & Evrard, T.J., "An Appraisal of Human Experimentation in International Law and Practice; The need for international Regulation on Human experimentation", 27 Jour. Criminal Law and Criminology (1981) p. 1597-1666.
- Beauchamp, T and Childress, J, " Principles of Biomedical Ethics", 2nd ed, Oxford, O.U.P, 1983.
- Beauchamp, T, " A History and Theory of Informed Consent", , Oxford Uni. Press, 1986.
- Beecher, H.K., "Some Fallacies and Errors in the Application of the Principle of Consent in Human Experimentation", 3 Clin. Pharmacolo. Ther. (1962) p. 141.
- Bishop, "On Criminal Law", 9th ed Chicago.
- Blaks Law Dictionnery, 1991 edition.
- Blumgart, H.L., "The legal framework for viewing the problem of human experimentation", in Freund, P.A (ed) "Experimentation with Human Subjects", London, George Allen and Unwin, 1972.
- Brazier, M., "Medicine, Patients and the Law", Penguin Books, London , ed. 1987 and 1992.
- Burt A. Leete, " Business Law", Third Edition, 1989.
- Childress, J., "Who should decide ?", New York Oxford, Oxford University Press, 1982.
- Clifford Hawkins, "Mishap of Malpractice", London Blackwell scientific publications, 1985.
- Donnelly, & Goldstern, "Criminal Law", New York. 1962.
- Doudera, E. and Petre, " Legal and Ethical Aspects of Treating Critically and Terminally Ill Patients", Eupha Press, Ann Arbor, Michigan, 1982.
- Downie, R.C and Calman, K.C, "Healthy Respect; ethics in health care", London, Faber and Faber, 1987.
- Dworkin, "Legality of consent to non-therapeutic medical research on infants and young children" (1978) vol. 53. *Archives of Disease in Childhood*, pp.443-6.

- Dyck, A.J., & Richardson, R., "The moral justification for research using human subjects" in Humber, J.M., & Almeder, R.E., (eds) "Biomedical Ethics and the Law", N.Y. and London, Plenum Press, 1976.
- Dyer, Clare "Doctors, Patients and the Law", Blackwell Scientific Publications, London, 1992.
- Faden, R., & Beauchamp, T., "A History and Theory of Informed Consent", Oxford, O.U.P., 1986.
- Faulder, C., "Whose Body is it ? , London, Virago., 1985
- Finch, J, "Health services Law", Sweet and Maxwell, London, 1981.
- Frenkel, D.A., "Human experimentation: Code of Ethics,
- Gert, B., et Culver, G., "Philosophy in medicine", Oxford University Press, 1982.
- Gillon, R, "Philosophical Medical Ethics", London, Wiley and Sons, 1986.
- Gordon, G.H., " The Criminal Law of Scotland", Green, Edinburgh, (2nd ed), 1978.
- Hart, H.L.A, The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- Horvath, T., "Hangarian national report", Revue Internationale de Droit Pénal, 1988, p. 975.
- Ivy, A.C., "The History and Ethics of the Use of Human Subjects in Medical Experiments" (1948), 108 Science, 1.
- Jonas, H., "Philosophical Reflections on Experimenting with human Subjects" in Freund, P.A., (ed) "Experimentation with Human Subjects", London, George Allen & Unwin, 1972.
- Jones, Michael A. "Medical Negligence", Sweet Maxwell, London, 1991.
- Jörg, N., "Netherlands national report", Revue Internationale de Droit Pénal, 1988., p.1064.
- Kant, E. "groundwork of the metaphysic of moral, translated by; Paton H.P, New York, London, Harper and Row, 1964.
- Katz, J., "Experimentation with Human Being", N.Y. Sage Foundation 1972.
- Kennedy, I and Grubb, A, "Medical law; text and materials", Butterworth, London, 1989.
- Kennedy, Ian "The Doctor-Patient Relationship" in Peter Byrne, "Rights and Wrongs in Medicine" King's College Studies, 1985-6; King Edward's Hospital Fund for London.
- Kennedy, I., " The Unmasking of medicine", Allen and Unwin, London, 1981.
- Kennedy, I., "Treat me right", Oxford, London, 1986
- Knight, B., " Legal aspects of medical practice", Churchill Living-stone, London 1992.

- Koenig, Dorean, M. "United States of America national report", Revue Internationale de Droit Pénal, 1988. p. 125.
- Kuchta, J., "Czech-Slovakian national report", Revue International de Droit Pénal, 1988, p. 807.
- Landsverk, W.D., "informed consent as a theory of medical liability", Wisconsin Law Review, 879 (1970).
- Levine, R.J., "Commentaries", in Gallants, D.M, and Force, P. (eds) "Legal and Ethical Issues in Human Research and Treatment", S.P Halsted Press, 1978.
- Lewis, Charles, J "Medical Negligence", , Frank Cass, London 1988.
- Lindsell ,C "On torts ", Sweet maxwell, London 1989.
- Machino, S., "Japan national report", Revue Internationale de Droit Pénal, 1988. p. 1046.
- Mamoun, A "Consent to therapy and Experimentation", Thesis, Glasgow, University, Scotland, G.B. 1990.
- Martson, R.Q., "Medical Science , The Clinical Trial and Society", in Beauchamp, T. & Walters, L., (eds), " Contemporary Issues in Bioethics", California, Dickenson Pub. Comp. Inc. 1978. p.409.
- Mason, J.K "Consent to medical treatment", (1986) Sco.L. A. G. 73.
- Mason, J.K, and McCall Smith, R.A, "Law and medical ethics", London, Butterworths, 2nd 1987 & 3rd ed 1992.
- McCance, R.A., "The practice of Experimental medicine", 44 Proc. Roy. Soc. Med. (1951) pp. 189-194.
- McCoid, A "A reappraisal of Liability for unauthorized Medical Treatment", 41 Minnesota Law Review 381 (1957).
- McLean, S.A.M, "A patient's right to know", Adershot, Dartmouth Pub.Comp., 1989.
- McLean, S.A.M, "Disclosure of information, consent to medical treatment and the law", Ph.D Thesis, Glasgow University, 1987.
- McLean, S.A.M., & McKay, A.J., "Consent in medical treatment", in McLean ed. "Legal Issues in Medicine", Adershot, Gower, 1981.
- McLean, S.A.M., "The Right to Consent to Medical Treatment", in Campbell, et al (eds), "Human Rights: from Rhetoric to Reality", Oxford, Blackwell, 1986, p. 149.
- Meisel, C, & Karnick, L.D., "Informed consent to medical treatment", 41 University of Pittsburgh law review (1980) p 421.
- Meyers, David W. "The Human Body and The Law", Edinburgh University press, 1990.
- Mill, J.S, "Utilitarianism Liberty Representative Government", a selection from Acton P.H.B (ed) , August Conte and positivism, 1972 p 132.

- Moore, F.D, "Therapeutic Innovation: Ethical Boundaries in the Initial Clinical Trials of New Drugs and Surgical Procedures", in Freund, P.A (ed), p. 358.
- Nickolson , R.H., "Medical Research with Children; Ethics, Law and Practice" (1986) p. 146.
- Plante, Marcus L. "An Analysis of informed consent", 36 Fordham Law Review , 1968.
- Polson , C.J., " The Essentials of Forensic Medicine", Pergamon Press, Oxford, (2nd ed rev.), 1965.
- Raimo Laht, "General Report ; Criminal Law and Modern Bio-Medical Technics " Revue Internationale de Droit Pénal, nouvelle série, 3ième et 4iémé trimestre, 1988, p. 1341.
- Simmons, A. John, "Tacit Consent and Political Obligation", 5 Philosophy and Public Affairs, 274 (Spring 1976).
- Simmons, A.J., "Moral Principles and political Obligations", princeton Guilford, P.U.P, 1979.
- Simpson, K., "Forensic Medicine", The English Language Book Society, London 1988
- Skegg., P.D.G., "English Law relating to Experimentation on Children" (1977) Lancet, vol. 2. pp. 754-5.
- Swasey, J.P., "Protecting the Animal of Necessity: Limits to Inquiry in Clinical Investigation", 107 Deadalus 129 (1978) p. 133.
- Teff, H., and Munro, C., "Thalidomide: The legal aftermath", Saxon House, London, 1976.
- The Declaration of Helsinki, adopted by the 18th World Medical Assembly, Helsinki Finland 1964, published in, 271 N.E.J.M (1964) p 473, revised by the 29th World Medical Assembly, Tokyo, Japan 1975.
- The Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Pearson Commission), Report (Cmnd 7054/1978).
- Thompson, I.E.,et al. "Research Ethical Committees in Scotland", 282 British Medical Journal (1981) p. 719.
- Thomson, Colin, J.H., "Australian national report" Revue Internationale de Droit Pénal 1989., p. 642.
- Veatch, R.M., "A theory of medical ethics", New York , Basic books, 1985.
- Walters, L. "General Issues in Experimentation", In Beauchamp,T.L & Walters LeRoy (eds) "Contemporary Issues in Bioethics, California, Dickenson Publishing Company. Inc., 1978, p. 399.
- Walters, L., "Experimentation with Specific Subjects Groups", in Beauchamp, T., & Walters, L., eds. op.cit. p. 451-452.
- Waltz, J.R & Sheuneman, T.W, "Informed consent to therapy", 64 Northwestern University Law Review, (1969) p 642.

Weithorn, L.A., and Campbell, S.B., “The Competency of Children and Adolescents to make Informed Treatments Decisions”, (1982) Child Develop 285.

Woetzel, R.K., “The Nuremberg Trials in International Law”, London, Stevens & Sons Ltd. (2nd ed) 1962.

Clifford Hawkins, “Mishap of Malpractice”, London Blackwell scientific publications, 1985.

II - Table of Cases;

Berkley v. Anderson 1 Cal. App. 3rd 790, 82 Cal/ Rptr. 67 (1966)

Canterbury v. Spence, 464 F. 2nd 772 (D.C Ci 1972).

Chatterton v. Gerson ,[1981] 1 All E.R 257.

Cobbs v. Grant, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P 2 d 1 (1972).

Cooper v. Roberts, 229 Pa. Supp. 260, 286 A. 2d 647 (1977).

Erickson v. Dilgard, 44 Misc. 2d 27, 252, N.Y.S. 2d, 705 (1962).

Fleming v. Michigan, Mut Liab co. 363 F. 2nd 186 “5th cir. 1966.

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, [1984] Q.B 581, [1984] 1 All E.R. 365, , [1986] A.C 122, [1985] 1 All E.R. 533, CA Revsd , [1986]AC 112, , [1985] 3 All E.R. 402, H.L.

Gold v. Horingey Health Authority, Cité par Lindsell ,C “On torts, Sweet maxwell, London 1989, p 632.

Gray v. Grunngle, 423 Pa. 144, 223 A 2d 663 (1966).

Halushka v. University of Saskatchewan, 52 W.W.R. 608. (Saska 1968), 53 D.L.R 2nd 436 (1966).

Hill v. State, 38 Ala. App. 404, 88, So 2d 880, 1956.

Hobbs v. Kizer, 236 F. 681 (8th Cir 1916

Hunter v. Hanley, S.C 200 (1955).

Inderbitzen v. Lane Hospital 124 Cal. App. 262, 12 P. 2 nd 744 (1932).

Jeferson v. Griffin spalding county Hospital , 277 S.E. 2d – 457 – GA (1981).

Marshall v. Curry, [1933] 3 D.L.R 260.

Mohr v. Williams, 95 Minn. 261, 104 N.W 12 (1905).

Natanson v. Kline, 186 Kans 393, 350 P. 2nd 670 (1960).

Prince v. Masachusetts, 321 U.S 158, 645.Ct.438, (1944).

Pugsley v. Priette, 220 Va. 892, 263 S/E 2nd 69 (1980).

Regina v. Case, 1 Eng. L and Eq. Rep 544 (1850)

Reibl v. Hughes (1980) 114 D.L.R (3rd) 1.

Reynolds v. United States , 98 U.S 145, 25 L.ed 2d 244 (1879)

Salgo v. Leland Stanford Jr Board of Trustees, 154 Cal. App 2nd 560, 317 p. 2nd 170 (1957).

Scholoendorff v. Society. of New yok Hospital, 105 N.E 92, 1914.

Sidaway v. Bethlem Hospital Governors and Ors , [1984] 1 All E.R 1018,
(C.A), [1985] 1 All E.R 643 (H.L).
Wilkinson v. Versey, 295 A 2d 676. (D.C Ci 1972).

III -Laws & Regulations;

Family Law Reform Act.1969. (G.B)

Public Health (Infectious Diseases) Regulations 1985, (85/434). (G.B)

The Aids (control) Act. 1987. (G.B)

The Human Organ Transplants Act 1989. (G.B)

The U.S.A's Dept. of Health and Human and Human Services
(D.H.H.S), 45 *Code of Federal Regulation, Protection of Humans
Subjects*, 1984. (U.S.A).

Uniform Anatomical Gift Act. 1989. (U.S.A).

Control Council Law n° 10. (1949).

Sites Internet ;

<http://www.argonet.co.uk/body/uklaw.html>

<http://www.assemblé-nat.fr/2/oecst/bioethique/r1407.01.htm>

<http://www.caducée.net>

<http://www.droitmedical.org>

<http://www.droitmedical.org>

<http://www.jurisfutur>

<http://www.jurisques.com>

<http://www.légifrance.com>

<http://www.sos-net.eu.org>

<http://www.users.imagine.fr/bluercirc/explfinale.html>

<http://www.users.skynet.be/web/drt/droitcomp.htm>

<http://www-santé.ujf-grenoble.fr/SANTE/medilega/pages/serveurb.html>

فهرس الرسالة

01	مقدمة
07	فصل تمهيدى
07	مقدمة:
08	المبحث الأول: القواعد الشرعية للممارسة الطبية
08	المطلب الأول: مبدأ حرمة جسم الإنسان فى الشريعة الإسلامية
11	المطلب الثانى: أساس إباحة العمل الطبى على جسم الإنسان
12	الفرع الأول: أصحاب الحقوق على النفس و الجسد
14	الفرع الثانى: إذن الشرع و إذن المريض فى ممارسة الطب
15	المطلب الثالث: قيود إباحة الممارسة الطبية فى الشريعة
16	الفرع الأول: شروط الإباحة المتعلقة بإذن الله
18	الفرع الثانى: شروط الإباحة المتعلقة بإذن المريض
19	المبحث الثانى: شروط إباحة العمل الطبى فى الأنظمة الوضعية
21	المطلب الأول: الترخيص بمزاولة العلاج
22	المطلب الثانى: قصد العلاج
23	المطلب الثالث: احترام أصول المهنة
23	المطلب الرابع: رضا المريض بالعلاج
24	المبحث الثالث: المبررات الأخلاقية لرضا المريض
26	المطلب الأول: مبدأ الذاتية و حق تقرير المصير
26	الفرع الأول: تعريف الذاتية
27	الفرع الثانى: مبدأ احترام حق الشخص فى الذاتية
28	المطلب الثانى: المبادئ المتفرعة عن مبدأ الذاتية
29	الفرع الأول: مبدأ عدم الإضرار بالغير
29	الفرع الثانى: مبدأ مساعدة الغير
30	الفرع الثالث: مبدأ العدالة
31	الفرع الرابع: مبدأ النفعية
32	المبحث الرابع: المبررات القانونية لرضا المريض
32	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعلاقة بين الطبيب و المريض
32	الفرع الأول: طبيعة التزام الطبيب فى الشريعة
33	الفرع الثانى مفهوم المسؤولية التقصيرية فى القوانين الوضعية
33	الفرع الثالث: المسؤولية العقدية
41	المطلب الثانى: الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبى
42	الفرع الأول: التزام الطبيب التزام ببذل عناية
43	الفرع الثانى: وجوب الثقة فى العلاقة الطبية
45	خلاصة الفصل التمهيدي

الباب الأول

حق المريض فى الموافقة على الأعمال الطبية

العادية و جزاء الإخلال به

الفصل الأول

نظرية الرضا المتبصر و الالتزام بالإعلام

- 49 مقدمة:
- 50 **المبحث الأول: مفهوم نظرية الرضا المتبصر**
- 51 **المطلب الثاني: حق الشخص في الموافقة على الأعمال الطبية**
- 51 **الفرع الأول: مضمون حق المريض في الموافقة على العلاج و تبريراته**
- 56 **الفرع الثاني: دور القضاء في الاعتراف بحق المريض في السلامة الجسدية**
- 58 **الفرع الثالث: الاتجاه الفقهي الرافض لحق المريض في الموافقة**
- 60 **المطلب الثاني: تطور نظرية الرضا المتبصر**
- 61 **الفرع الأول: تطور النظرية في القضاء الأنجلوساكسوني**
- 66 **الفرع الثاني: تطور النظرية في القضاء الفرنسي**
- 69 **المبحث الثاني: مفهوم الالتزام بالإعلام**
- 70 **المطلب الأول: أهمية الالتزام بالإعلام**
- 71 **المطلب الثاني: التزام الطبيب بالإعلام بين الرضا و القبول**
- 72 **المطلب الثالث: الأساس القانوني لالتزام الطبيب بإعلام مريضه**
- 72 **الفرع الأول: النصوص التشريعية.**
- 75 **الفرع الثاني: العقد الطبي كمصدر للالتزام بالإعلام**
- 76 **المبحث الثالث: نطاق التزام الطبيب بإعلام مريضه**
- 77 **المطلب الأول: عناصر الإعلام الواجب للمريض**
- 79 **الفرع الأول: تشخيص المرض**
- 80 **الفرع الثاني: طبيعة العلاج المقترح**
- 80 **الفرع الثالث: مخاطر العلاج**
- 81 **الفرع الرابع: البدائل العلاجية**
- 84 **المطلب الثاني: دور القضاء في وضع معايير التزام الطبيب بالإعلام**
- 84 **الفرع الأول: معيار المريض المحتاط**
- 85 **الفرع الثاني: المعيار المهني أو الطبي**
- 85 **الفرع الثالث: نطاق الإعلام طبقا لقانون الفرنسي الصادر بتاريخ 2004/03/04 بشأن مخاطر العلاج**
- 89 **المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من نطاق الإعلام و معياره**
- 92 **المبحث الرابع: أوصاف الإعلام الواجب للمريض**
- 93 **المطلب الأول: وجوب الإعلام قبل التدخل العلاجي**
- 93 **المطلب الثاني: الإعلام البسيط و المفهوم لدي المريض**
- 95 **المطلب الثالث: الإعلام الكافي و الكامل**
- 97 **المطلب الرابع: الإعلام الدقيق والصادق**

99	المبحث الخامس: المدين و الدائن في الالتزام بإعلام المريض
100	المطلب الأول: المدين بالالتزام بإعلام المريض
100	الفرع الأول: الملتزم بالإعلام عند التدخل الجماعي في العلاج
102	الفرع الثاني: تفويض الطبيب لغيره في إعلام مريضه
103	الفرع الثالث: تفويض الطبيب أمر إعلام المريض إلى مساعده
105	المطلب الثاني: الدائن أو صاحب الحق في الإعلام قبل التدخل العلاجي
105	الفرع الأول: إعلام المريض
107	الفرع الثاني: حالات إعلام الغير الذي يقوم مقام إعلام المريض
110	المطلب الثالث: الإعلام و تعدد مراحل العلاج
110	الفرع الأول: ضرورة الترخيص لكل مرحلة من مراحل الفحص و العلاج
111	الفرع الثاني: الأشخاص المكلفون بالإعلام في حالة تعدد مراحل العلاج
112	خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني

أحكام الرضا المتبصر

117	مقدمة:
118	المبحث الأول: رضا الطبيب المعالج
118	المطلب الأول: التدخل الاختياري للطبيب
119	المطلب الثاني: التدخل الإجباري للطبيب
119	الفرع الأول: حالة الإيجار التعاقدي
119	الفرع الثاني: حالة الإيجار اللائحي
120	الفرع الثالث: حالة الإيجار المهني و القانوني
122	الفرع الرابع: حالة الإيجار بسبب عضوية الطبيب في فريق طبي
125	المبحث الثاني: رضا المريض
125	المطلب الأول: الرضا الصريح
127	المطلب الثاني: الرضا الضمني
129	المطلب الثالث: حكم سكوت المريض و عدم اعتراضه على التدخل الطبي
130	المبحث الثالث: رضا الصغير و القاصر
131	المطلب الأول: رضاء المريض صغير السن
131	الفرع الأول: رضا الصغير في بعض التشريعات الغربية
131	الفرع الثاني: رضا الصغير في القانون الجزائري
136	
141	المطلب الثاني: سلطة الوالدين في رفض التدخل الطبي لصالح الأبناء
141	الفرع الأول: موقف التشريع الجزائري
143	الفرع الثاني: رفض أحد الوالدين علاج الصغير

145	المبحث الرابع: رضا المريض عقليا و نفسيا
145	المطلب الأول: أثر المرض العقلي على القدرة الإدراكية للمريض
147	المطلب الثاني: رضا المريض عقليا في القانون الجزائري
149	الفرع الأول: الوضع رهن الملاحظة
150	الفرع الثاني: الوضع تحت نظام الترتيب الإداري
152	الفرع الثالث: الوضع تحت نظام الاستشفاء الإجباري
153	الفرع الرابع: التماس وضع المريض تحت المتابعة الطبية

156	المبحث الخامس: التدخل الطبي في حالة الضرورة
156	المطلب الأول: مفهوم حالة الضرورة
156	الفرع الأول: حالة الضرورة و المسؤولية الجنائية
158	الفرع الثاني: حالة الضرورة و المسؤولية المدنية
159	المطلب الثاني: الأعمال الطبية و حالة الضرورة
159	الفرع الأول: أسانيد التدخل الطبي بدون رضاء في حالة الضرورة
161	الفرع الثاني: شروط قيام حالة الضرورة
162	الفرع الثالث: طبيعة التدخل الطبي في حالة الضرورة

163	المبحث السادس: التدخلات الطبية الإجبارية و تجاوز حدود الرضا
163	المطلب الأول: التدخلات الطبية الإجبارية في القانون الجزائري
165	المطلب الثاني: تجاوز حدود الرضا
165	الفرع الأول: امتداد عمل الطبيب أثناء تخدير المريض
167	الفرع الثاني: صور تجاوز الطبيب لرضا المريض
169	الفرع الثالث: القيمة القانونية لموافقة المريض الغير محددة
170	الفرع الرابع: تنفيذ التدخل الطبي من غير الطبيب المتفق معه
171	المطلب الثالث: حق المريض في رفض العلاج
172	الفرع الأول: التزامات الطبيب في حالة رفض المريض للعلاج
174	الفرع الثاني: الآثار القانونية لرفض العلاج بالنسبة للمريض
176	خلاصة الفصل الثاني

الفصل الثالث

عبء إثبات الرضا و جزاء الإخلال به

181	مقدمة:
181	المبحث الأول: عبء إثبات الرضا في القانون الفرنسي
182	المطلب الأول: موقف النقض الفرنسي من عبء الإثبات
183	الفرع الأول: نقل عبء الإثبات إلى الطبيب (نقد فرنسي 97/02/25)

- 184 الفرع الثاني: تحديد قيمة الدليل الكتابي كوسيلة لإثبات رضا المريض
 186 المطلب الثاني: الوضع القانوني في فرنسا بعد قرار 25 فبراير 1997
 188 المطلب الثالث: موقف الفقه من الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية
 192 المطلب الرابع: قانون 04 مارس 2002 و حقوق المرضى
 192 الفرع الأول: التعويض عن الحوادث الطبية طبقا لقانون 04/03/2002
 195 الفرع الثاني: عبء إثبات الرضا وفقا لقانون 04/03/2002
- 195 **المبحث الثاني: عبء إثبات الرضا في القانون الجزائري**
 196 المطلب الأول: عبء الإثبات طبقا للمادة 323 مدني جزائري
 196 المطلب الثاني: طرق إثبات رضا المريض في القانون الجزائري
- 197 **المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في القانون المقارن**
 197 المطلب الأول: أحكام مسؤولية الطبيب في الشريعة
 198 الفرع الأول : طبيعة خطأ الطبيب الموجب لضمن السراية
 198 الفرع الثاني: علاقة السببية بين خطأ الطبيب و السراية (الضرر)
 199 الفرع الثالث: المسئول عن ضمان سراية الطبيب أو الجراح
 200 المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في الأنظمة الأنجلوساكسونية
 200 الفرع الأول: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الأمريكي
 203 الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الإنجليزي
 203 المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في النظام القضائي الفرنسي
 204 الفرع الأول: قواعد المسؤولية المدنية
 206 الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا في القانون الفرنسي
- 219 **المبحث الرابع: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في القانون الجزائري**
 219 المطلب الأول: جزاء الإخلال بالرضا المستتير وفقا لنظرية عيوب الرضا
 222 المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر وفقا للقواعد العامة للمسئولية
 226 **خلاصة الفصل الثالث**

الباب الثاني

الرضا المتبصر في مجال نقل الأعضاء و التجارب الطبية

الفصل الأول

الإطار الشرعي و القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء

- 234 **المبحث الأول: حكم الشريعة الإسلامية بشأن نزع الأعضاء**
- 235 **المطلب الأول: حكم الشريعة بشأن نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء**
- 235 **الفرع الأول: الاتجاه القائل بعدم مشروعية التبرع بالأعضاء**
- 244 **الفرع الثاني: الرأي القائل بمشروعية التبرع بالأعضاء البشرية**
- 251 **المطلب الثاني: حكم الشريعة بشأن الاستقطاع من جثث الموتى**
- 251 **الفرع الأول: موقف الشريعة من المساس بجثث الموتى**
- 254 **الفرع الثاني: التحقق من الموت**
- 257 **المبحث الثاني: ضوابط نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي و القوانين العربية**
- 257 **المطلب الأول: ضوابط نقل الأعضاء بين الأحياء**
- 257 **الفرع الأول: لا يجوز للشخص أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر**
- 258 **الفرع الثاني: لا يجوز التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة لصفات الوراثية**
- 262 **الفرع الثالث: أن يكون المتبرع كامل الأهلية**
- 262 **الفرع الرابع: أن يكون التبرع صادرا عن موافقة مستنيرة و مكتوبة**
- 263 **الفرع الخامس: أن يكون للمتبرع حق الرجوع في تبرعه**
- 264 **الفرع السادس: أن يكون التبرع بالعضو بدون مقابل مادي**
- 265 **المطلب الثاني: ضوابط نقل الأعضاء من جثث الموتى**
- 265 **الفرع الأول: التحقق من حصول الوفاة**
- 267 **الفرع الثاني: التحقق من صدور الوصية من المتبرع قبل وفاته**
- 268 **الفرع الثالث: التحقق من موافقة الورثة عند عدم معرفة إرادة المتوفى**
- 268 **الفرع الرابع: التحقق من توافر الشروط الخاصة بالمستقبل للعضو**
- 269 **المبحث الثالث: الأساس القانوني لإباحة عمليات زرع الأعضاء**
- 270 **المطلب الأول: نظرية السبب المشروع**
- 270 **الفرع الأول: مضمون نظرية السبب المشروع**
- 271 **الفرع الثاني: تقدير نظرية السبب المشروع**
- 271 **المطلب الثاني: حالة الضرورة و نقل الأعضاء**
- 272 **الفرع الأول: مضمون نظرية الضرورة**
- 274 **الفرع الثاني تقدير نظرية الضرورة**
- 275 **المطلب الثالث: نظرية المنفعة الاجتماعية**
- 276 **الفرع الأول: مضمون نظرية المنفعة الاجتماعية**
- 277 **الفرع الثاني: تقدير نظرية المنفعة الاجتماعية**
- 279 **المطلب الرابع: نظرية رضا المتبرع**
- 279 **الفرع الأول: الطبيعة القانونية لرضا المجني عليه**
- 281 **الفرع الثاني: التكييف القانوني لرضا المتبرع**
- 283 **المطلب الخامس: نقل الأعضاء استنادا للقانون**
- 284 **الفرع الأول: نزع الأعضاء في التشريعات الأنجلوساكسونية**
- 287 **الفرع الثاني: نزع الأعضاء في التشريع الفرنسي**
- 290 **الفرع الثالث: نزع الأعضاء في التشريعات العربية**
- 291 **الفرع الرابع: نزع الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري**
- 292 **المطلب السادس: أساس إباحة الاستقطاع من جثث الموتى**
- 294 **الفرع الأول: في القانون المقارن**

- 301 الفرع الثاني: في التشريع الجزائري
- 302 **المبحث الرابع: الشروط القانونية لنقل و زرع الأعضاء البشرية**
- 302 **المطلب الأول: الشروط العامة لإجازة العمل الطبي في مجال نقل الأعضاء**
- 303 **الفرع الأول: المأذون له بالجراحة في عمليات نقل الأعضاء**
- 304 **الفرع الثاني: رضا المريض و رضا المتبرع**
- 304 **المطلب الثاني: عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة**
- 305 **الفرع الأول: الغرض العلاجي لعمليات الاستقطاع و الزرع**
- 307 **الفرع الثاني: وجوب عدم تضرر المتبرع من عملية الاستقطاع**
- 309 **الفرع الثالث: زرع الأعضاء و فكرة اختلاط الأنساب**
- 310 **المطلب الثالث: ماهية الضرورة المتطلبية لإجازة نقل الأعضاء**
- 311 **الفرع الأول: مفهوم الضرورة في مجال نقل الأعضاء**
- 312 **الفرع الثاني: شروط حالة الضرورة في مجال نقل الأعضاء**
- 320 **المطلب الرابع: أن يكون التبرع بدون مقابل**
- 320 **الفرع الأول: الاتجاه القائل بجواز الاتجار في الأعضاء**
- 323 **الفرع الثاني: الاتجاه القائل بعدم جواز الاتجار في الأعضاء**
- 327 **المطلب الخامس: الشروط الطبية لعمليات نقل الأعضاء**
- 327 **الفرع الأول: الحالة الصحية للأطراف المعنية بعملية نقل و زرع العضو**
- 329 **الفرع الثاني: توافق أنسجة المتبرع و المستقبل للعضو**
- 330 **المطلب السادس: الشروط الإدارية لنقل الأعضاء**
- 330 **الفرع الأول: المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات النقل**
- 331 **الفرع الثاني: الضوابط الخاصة بالأطباء المأذون لهم بتنفيذ عمليات النقل**
- 332 **المطلب السابع: التحقق من الوفاة قبل الاقتران من جنث الموتى**
- 334 **الفرع الأول: تعريف الموت**
- 336 **الفرع الثاني: معايير إثبات الوفاة**
- 341 **الفرع الثالث: حدود الإنعاش الاصطناعي**
- 348 **خلاصة الفصل الأول**

الفصل الثاني

الرضا المتبصر

في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية

- 352 **مقدمة**
- 353 **المبحث الأول: الأحكام العامة لرضا المتلقي للعضو في عمليات نقل الأعضاء**
- 354 **المطلب الأول: الشروط الشكلية لرضا المتلقي**
- 355 **المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لرضا المتلقي**
- 355 **الفرع الأول: وجوب تبصير المريض المستقبل للعضو**

- 361 الفرع الثاني: صدور رضا المستقبل للعضو عن إرادة حرة
362 الفرع الثالث: أهلية المريض المستقبل للعضو

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية لرضا المتبرع

- 366 المطلب الأول: شرعية محل الرضا
366 المطلب الثاني: الأهلية اللازمة للموافقة على التبرع بالأعضاء
367 الفرع الأول: موقف التشريعات من الاقتطاع من أجسام القصر
367 الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الاقتطاع من جسم القاصر
371 الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من اقتطاع الأعضاء من القصر
373 المطلب الثالث: خصائص رضا المتبرع
375 الفرع الأول: يجب أن يكون رضا المتبرع رضا حرا
375 الفرع الثاني: التزام الطبيب بإعلام المتبرع و نطاقه
379 الفرع الثالث: حق الرجوع في الموافقة على التبرع
385

المبحث الثالث: إثبات الرضا في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء

- 387 المطلب الأول: إثبات الرضا عن طريق الكتابة
387 الفرع الأول: أهمية الكتابة
388 الفرع الثاني: اشتراط شهادة شخص أو أكثر بجانب الكتابة
389 المطلب الثاني: إثبات الموافقة أمام جهة رسمية
389 الفرع الأول: الجهات الرسمية المختصة بالحصول على الرضا
390 الفرع الثاني: التشريعات التي تأخذ بهذه الطريقة
391

المبحث الرابع: إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث المتوفى

- 395 المطلب الأول: صور و شكل التعبير عن إرادة المتوفى
396 الفرع الأول: التصرف في الجثة بمقتضى وصية أو إقرار كتابي
396 الفرع الثاني: الإذن بالتصرف في الجثة بدون شكلية
401 الفرع الثالث: بطاقة التبرع بالأعضاء
402 المطلب الثاني: التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي
405 الفرع الأول: مفهوم قرينة الموافقة في القانون الفرنسي
405 الفرع الثاني: موقف الفقه من قرينة الموافقة
407 الفرع الثالث: حالات اشتراط الموافقة الصريحة في القانون الفرنسي
408 الفرع الرابع: طرق التعبير عن إرادة المتوفى في ظل القانون الفرنسي
411 المطلب الثالث: التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الجزائري
416 الفرع الأول: عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى
417 الفرع الثاني: اشتراط الشكلية للتعبير عن رفض المتوفى
417 المطلب الرابع: انتقال الحق في التصرف في الجثة إلى الغير
422 الفرع الأول: انتقال الحق إلى الأقارب
422 الفرع الثاني: الاقتطاع من الجثة بدون موافقة أحد
429

المبحث الخامس: جزاء الإخلال بالرضا المتبصر في عمليات نقل الأعضاء

- 432 المطلب الأول: الإخلال بالرضا في نقل الأعضاء و المسؤولية الجنائية
433 الفرع الأول: في التشريعات العربية
434

- 436 الفرع الثاني: في التشريع الفرنسي
 437 الفرع الثالث: في التشريع الجزائري
 440 المطلب الثاني: الإخلال بالرضا في نقل الأعضاء و المسؤولية المدنية
 440 الفرع الأول: الدعوى المدنية بالتبعية
 441 الفرع الثاني: الدعوى المدنية الأصلية
 442 خلاصة الفصل الثاني

الفصل الثالث

مشكلة التجارب الطبية

- 449 مقدمة
 451 المبحث الأول: تعريف التجارب الطبية و أنواعها
 451 المطلب الأول: تعريف التجارب الطبية
 453 المطلب الثاني: أنواع التجارب الطبية
 453 الفرع الأول: التجارب العلاجية
 453 الفرع الثاني: التجارب الغير علاجية
 454 المبحث الثاني: مشروعية التجارب الطبية
 454 المطلب الأول: التجارب العلاجية
 455 الفرع الأول: تبريرات التجارب العلاجية في الفقه الغربي
 459 الفرع الثاني: حكم الشريعة بشأن التجارب العلاجية
 461 المطلب الثاني: التجارب الغير علاجية أو العلمية
 461 الفرع الأول: موقف الفقه الغربي من التجارب الغير علاجية
 466 الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من التجارب العلمية
- 470 المبحث الثالث: الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية و التجارب الطبية على الإنسان
 471 المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية و التجارب الدولية
 472 الفرع الأول: تقنين نيورمبرج (Le code de Nuremberg)
 476 الفرع الثاني: إعلان هلسنكي و طوكيو
 480 المطلب الثاني: المؤتمرات الدولية و التجارب الطبية على الإنسان
 481 الفرع الأول: المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان (1968)
 481 الفرع الثاني: المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات
 482 الفرع الثالث: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية و حقوق الإنسان
- 483 المبحث الرابع: الأساس القانوني للتجارب الطبية و شروط إباحتها
 484 المطلب الأول: الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات المختلفة
 484 الفرع الأول: الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الغربية
 494 الفرع الثاني: الأساس القانوني للتجارب الطبية في الدول العربية
 499 المطلب الثاني: شروط تنفيذ التجارب الطبية على الإنسان
 499 الفرع الأول: الشروط العامة لمزاولة الأعمال الطبية
 501 الفرع الثاني: وجوب توافر الضمانات الطبية و القانونية

511	المبحث الخامس: الرضا في التجارب الطبية و جزاء الإخلال به
512	المطلب الأول: شروط الرضا في التجارب الطبية
512	الفرع الأول: عناصر الرضا الحر
519	الفرع الثاني: عناصر الرضا المتبصر
525	الفرع الثالث: أهلية الموافقة على التجارب الطبية
533	الفرع الرابع: الشروط الشكلية للرضا في مجال التجارب الطبية
536	المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالرضا في التجارب الطبية
536	الفرع الأول: جزاء الإخلال بالرضا في الأنظمة الأنجلوساكسونية
536	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالرضا في التشريع الفرنسي
538	الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالرضا في التشريع الجزائري
539	خلاصة الفصل
549	خاتمة الرسالة
573	قائمة المراجع
607	الفهرس