

إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها

د. معاشو نبالي فطة

أستاذة محاضرة " أ "

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة:

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم التدخلات الطبية التي توصل إليها الطب الحديث، بفضلها يتم إستبدال عضو سليم محل عضو تالف من شخص سليم إلى شخص مريض، قصد إنقاذه من الموت المؤكد، وذلك بإستئصال عضو أو أنسجة قابلة للنقل من جسد المتبرع ليتم زرعه في جسد الملتقي المريض⁽¹⁾.

لقد لقيت هذه المسألة إهتماما كبيرا من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لارتباطها بحماية جسد الإنسان، ومع ذلك كان هناك رأيان حول جواز وإباحة هذه العمليات، إذ هناك من يرفض وينفي الأساس الشرعي لممارسة مثل هذه العمليات مهما تكن الضرورة التي تستدعيها، لأنها تتنافى مع كرامة الإنسان حيا

¹ - زوييدة إقروفة، نقل وزرع الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 358.

كان أو ميتاً، بينما هناك إتجاه يبيح مثل هذه العمليات متى كان ذلك لضرورة ملحة وذلك وفق ضوابط و قيود شرعية وقانونية⁽¹⁾.

تعد السلامة الجسدية من الحقوق المتعلقة بالشخص لذا أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إشكالات قانونية لم تعرف من قبل، خاصة بروز فكرة الموازنة بين مصالح الأفراد وعدم تغليب إحداها عن الأخرى⁽²⁾ لذا اشترط لإجراء هذه العملية أن تكون ضمن ضوابط تحرس على تحقيق هذه المعادلة، ويعد قبول ورغبة المتبرع بأحد أعضائه أهم ضابط تمكن المريض من الحصول على عضو سليم يناجيه من تدهور حالته الصحية ومن الموت المؤكد.

يتم التطرق من خلال هذه المداخلة إلى تنظيم المشرع لإذن وموافقة المتبرع بأحد أعضائه وإبراز الثغرات والنقائص التي تبين ذلك، حيث إشتراط المشرع لصحة التبرع أن يصدر رضا مكتوب من المتبرع سليماً حراً متبصراً (المحور الأول).

¹ - د/ إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 87.
عبد الكريم مأمون، رضا المريض الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 368.

² - إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 113.

ثم إقتصار هذا التصرف عن شخص ذو أهلية كاملة مع الإحتفاظ بحق التراجع عن التبرع في أي وقت يشاء (المحور الثاني).

المحور الأول: مستلزمات تحقيق رضا المتبرع.

أمام عجز الوسائل العادية في توفير العلاج المناسب فإن مزايا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تعد الحل الأمثل في علاج قصور وتلف عضو من الأعضاء لإنقاذ المريض من الموت فهي عملية لا تخلو من المخاطر لأنها تعد خروجاً عن القواعد المستقر عليها في علاج الأمراض، التي تحمي الشخص في سلامة وتكامل جسده إذ لا يجوز أن يكون محل اتفاق إلا لصيانة وحفظ كرامته لذا اشترط المشرع أن تتم هذه العملية بصدور تعبير صريح مكتوب للمتبرع عن التنازل بأحد أعضائه.

أولاً: تجسيد رضا المتبرع

تنص الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً..." تجعل هذه المادة التعبير عن الإرادة يكون بصور مختلفة، إما بطريقة صريحة أو ضمنية، ففي مجال التبرع بأحد أعضاء جسم الإنسان قيد المشرع الجزائري صور التعبير عن الرضا والإرادة بالكتابة كونه يعتبر تصرفاً خطيراً ينبغي التعامل معه

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، السنة 12، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

بحذر عما هو في التصرفات القانونية الأخرى، فلا يكون شفويا ولا ضمنيا ولا بالسكوت لأنه موقف سلبي لا يعبر عن إرادة الشخص المتبرع، بل بإتباع شكلية معينة يتضمن فيه تجسيد رضا المتبرع الحر والزام الطبيب بالتبصر وتحديد محل التبرع.

1 - الرضا الكتابي

استقرت مختلف التشريعات القانونية على ضرورة أن يرد رضا المتبرع مكتوبا يحتوي على عبارات تدل وتجسد رضاه وموقعا ليوفر له مزيدا من الحماية، إشتراط المشرع الجزائري الموافقة المكتوبة في الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها⁽¹⁾، للسماح له بالتفكير وإدراك خطورة التصرف المقبل عليه من جهة، ومن جهة أخرى ليوفر له قدرا من الحماية من الضغط والإكراه تجعل إرادته معيبة، إضافة إلى ذلك فالكتابة لا تكشف عن الرضا فحسب بل تشهد على أنه صادرا عن إرادة حرة ووعي وإدراك.

ما يعاب على هذه الفقرة الثانية من المادة 162 السالفة الذكر أن المشرع الجزائري لم يبين من خلالها شكل الموافقة الكتابية، هل تحرر بخط المتبرع

¹ - نصت المادة 2/162 من قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 08 الصادرة في 17 فبراير سنة 1985، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر عدد 35 الصادرة في 15 غشت لسنة 1990 عما يلي:

"وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة."

وتوقيعها منه، أم هي عبارة عن إستمارة تصدر عن المؤسسة الإستشفائية يتم التوقيع عليها من المتبرع.

2 - حضور شاهدين عند الكتابة

إشترطت كذلك الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالفة الذكر أن يتم تحرير الموافقة الكتابية بحضور شاهدين.

وهذا يعد ضمانا قررها المشرع لتبصير المتبرع بخطورة التصرف المقدم عليه، إلا أن ما يعاب على ذلك هو أنه لم يحدد هذا الإجراء بالتفصيل وبوضوح، فلم يحدد صفة الشاهدين هل هم من الأقارب أم أشخاص يختارهم المتبرع أم خبراء في مجال الطب ونقل وزرع الأعضاء لتبصير المتبرع لما هو مقدم عليه.

3 . إيداع الرضاء المكتوب أمام جهة خاصة

إقتصر المشرع على وجوب إيداع الموافقة الكتابية بالتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، فلم يشترط أن يصدر هذا الرضا أمام جهة رسمية كما فعلت الكثير من التشريعات كالقانون الفرنسي والمغربي⁽¹⁾.

¹ - نصت المادة 10 من القانون المغربي على أنه:

تكون صحة رضا المتبرع بصدوره عن إرادة حرة غير معيبة وعن إدراك كامل للمخاطر التي قد يتعرض لها أثناء التدخل الجراحي، ففي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية زيادة إلى الشروط العامة لصحة التصرفات القانونية أضاف المشرع أن يكون رضا المشرع حرا خاليا من أي ضغط.

ثانيا : الرضا الحر :

يقصد بالرضا الحر أن لا يكون الرضا معيبا صادرا تحت تأثير أو إكراه مادي أو معنوي، لذلك قيدت بعض القوانين الوضعية التبرع ما بين أفراد العائلة والأقارب من أجل محاربة ظاهرة المتاجرة بالأعضاء البشرية، حيث إشتطت الكثير من التشريعات منها قانون الصحة المغربي في المادة التاسعة (09) وقانون الصحة الفرنسي في المادة 1231 السالفة الذكر أن التبرع بالأعضاء يكون بين الأقارب فقط⁽¹⁾، لكن رغم هذا التحديد إلا أن هذا لا يمنع من حدوث الضغط على إرادة المتبرع خاصة نفسيا من العائلة أو الأقارب خاصة إذا ما تبين موافقة الأنسجة وصلاحيه التبرع.

"يجب أن يعبر المتبرع على موافقة على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام قاضي من المحكمة المذكورة تعينه خصيصا لذلك الغرض" والمادة 1231 من قانون الصحة الفرنسي التي تنص على أنه:

" يجب على المتبرع الذي أعلم مسبقا عن طريق لجنة الخبراء...".

أن يبدي موافقته أمام رئيس محكمة عليا أو أمام قاضي معين عن قبله ليتأكد من الموافقة واضحة صريحة...". . نقلا عن إفتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مكتبة شادي، القاهرة، 2006، ص 222، 223.

¹ - إفتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 229.

ثالثاً: الرضا المتبصر

حسب المادة 162 الفقرة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها يقع على عاتق الطبيب الإلتزام بإعلام وتبصير المتبرع عن جميع المخاطر الطبية، وكذا الأخطار المحتملة أثناء العملية وبعدها، وعن كل الآلام التي قد تتسبب فيها العملية كما يعلمه بمختلف التفاصيل ويقدم له كافة التوضيحات عن الطرق والتقنيات المستعملة المستقر عليها في الوسط الطبي الجراحي⁽¹⁾، وأن يوضح له ما يعاني منه المريض، لتبصره عن أهمية تبرعه لإنقاذه من الموت المؤكد.

جعل المشرع هذا الإجراء إلزام على الطبيب تخلفه يحمله خطأ مهنيا طبيا⁽²⁾، كما يتعين على الطبيب لتبصير المتبرع أن يعرض له هذه التفاصيل بلغة بسيطة مفهومة وواضحة بعيدة عن المصطلحات الطبية الفنية والتقنية، كما يلتزم بهذا الإلتزام الطبيب نحو المريض المتلقي العضو وذلك حسب ما جاء في المادتين 43 و 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب⁽³⁾.

¹ - نصت المادة 3/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها عما يلي:

" ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتراع..."

² - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 68 وص 74.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 الصادرة في 08 يوليو 1992.

" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي." وعلى أن يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة متبصرة، بالمقابل إشتطت المادة 3/162 أنه لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب الجراح بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإستئصال.

رابعاً : تحديد محل رضاء المتبرع

ككل تصرف قانوني يشترط أن يحدد محل يرد عليه الرضا، فهو ركن لابد منه لصحة التصرف وعليه يجب أن يكون موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين ومشروعاً، فلم يحدد المشرع ذلك في قانون الصحة إذ لم يذكر الأعضاء التي يجوز التبرع بها أو التعامل بها في نقل زراعة الأعضاء، ومن خلال نص المادة 161 إشتط فقط أن يكون نقل الأعضاء لأغراض علاجية وتشخيصية دون غيرها⁽¹⁾.

نصت المادة 43 منه عما يلي:

يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي."

أضافت المادة 44 من نفس المدونة بنصها :

" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض الموافقة حرة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها ومن القانون....".

¹ - نصت المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها عما يلي:

"لا يجوز إنتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أوالأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون."

فمع غياب النص الصريح في تحديد الأعضاء التي يجوز التبرع بها فإن رأي الشريعة ولجتهاد الفقه وأمام التطورات العلمية في مجال الطب تم التوصل إلى إباحة وجواز التنازل فقط عن الأعضاء المزدوجة، والأعضاء الأحادية المتجددة.

1) الأعضاء المزدوجة الداخلية محل التبرع:

يعني بالأعضاء المزدوجة الأعضاء التي لها نظير في جسم الإنسان، كالعين، الأذن، اليد، الرجل، الكلية، الرئة، القرنية، إلا أنه لا يجوز التبرع باليد، الرجل، والعين، الأذن، لأنها أعضاء خارجية لها وظائف متكاملة لا يمكن إستغناء الواحدة عن الأخرى بل تؤدي إلى إعاقة صاحبها من جهة، ومن جهة أخرى إن التقدم الطبي والتكنولوجي تمكن من إصطناع بعض الأعضاء الخارجية التي يمكن أن تعوض الشخص عن عضو قد فقده أو بتر له، كاليد والرجل فلذا لا يمكن أن تكون مجال للتبرع بها.

إن الأعضاء المزدوجة الداخلية التي يمكن إستئصالها دون تضرر جسم الإنسان نجد الكلية، لأن هناك أعضاء مزدوجة داخلية لا يجوز التبرع بها كالرئة والقرنية والغدد التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية، إذ تؤدي إلى إختلاط الأنساب⁽¹⁾، والمشرع الجزائري لم يحدد ولم يتطرق إلى ذلك بدقة، لكن خضوع ممارسة هذه العمليات لترخيص وزارة الصحة أدى إلى تقييد المستشفيات في

¹ - صدور قرار عن المجلس الإسلامي الأعلى في 20 مارس 1990، على عدم جواز زرع الغدد التناسلية التي تفرز وتحمل الصفات الوراثية، نقلا عن إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص 59.

التخصص بنقل وزرع أعضاء محددة، دليل على التعامل في الأعضاء المزروعة الداخلية أو الأحادية المتجددة مثل:

- * تخصص كل من المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا والمركز الإستشفائي الجامعي بباب الوادي والمركز الإستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر العاصمة)، والمؤسسة الإستشفائية المتخصصة في طب العيون (وهران)، وكذا المركز الإستشفائي الجامعي (عنابة) في زرع القرنية.
- * تخصص مركز " بيار ماري كوري " (الجزائر العاصمة) في زرع الكبد.
- * تخصص المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة)، والمؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقي (قسنطينة) في زرع الكلى.

2- الأعضاء الأحادية المتجددة محل التبرع

توجد أعضاء ليس لها نظير في جسم الإنسان هي خلايا وأنسجة رغم إستئصالها وانتزاعها فهي تتجدد باستمرار كالدّم، النخاع الشوكي (العظمي)، الخلايا الجذعية التي لها القدرة على التكاثر يتحصل عليها من الجنين أو من المشيمة أو الحبل السري أو من الجنين الذي يتم إجهاضه تلقائيا أو من الأطفال البالغين.

بينما لا يجوز التبرع بالأعضاء الأحادية التي يتوقف عليها حياة المتبرع كالقلب والطحال والكبد، العضو التناسلي، وكذا خلايا الدماغ، إذ صدر قرار عن الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء في مدينة لاهاي في 10 سبتمبر 1970 عن منع مثل هذا التبرع وذلك لصعوبة نقل هذه الخلايا التي لا يجب أن يتوقف سريانها أكثر من 05 دقائق، بالإضافة إلى صعوبة إنسجام خلايا الدماغ لأشخاص مختلفة،

لذا فالتبرع بأحد الأعضاء لا يتوقف فقط على صحة رضا الشخص إنما يتوقف كذلك على صحة المحل الذي يرد عليه (1).

المحور الثاني: أهلية المتبرع ضرورة لانتزاع الأعضاء

رغم أن التبرع بأحد أعضاء جسم الإنسان ليس محلا للمعاملات المالية والتجارية، بل هو من القيم الأخلاقية الإنسانية والتكافل بين الأفراد والأسر، فإنه لا يجوز للشخص أن يقوم بهذا التصرف إلا وهو مدرك وعن دراية تامة، ويكون في حالة نفسية وعقلية سليمة، فلا يجوز التبرع ولا يصح من شخص فاقد الإدراك ولو بطريقة إرادية، كتناول مخدر أو مسكر.

أولا: إجراء التبرع بأهلية كاملة

تحدد نصوص القانون المدني خاصة المادتين 40 و 42 والمادتين 85 و 101 من قانون الأسرة مدى صلاحية الشخص القيام بالتصرفات القانونية بكافة أنواعها سواء كانت ضارة ضررا محضا أم نافعة نفعا محضا أم دائرة بين النفع والضرر وتمنح حكم هذه التصرفات.

1- أحكام الأهلية وفقا للقواعد العامة

إتفقت معظم التشريعات المقارنة على ضرورة أن يكون الشخص بالغاً سن الرشد للقيام بالتصرفات القانونية ومتمتعاً بكامل قواه العقلية، وحدد سن الأهلية بـ 19 سنة ، وذلك وفقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

¹ - إسمي قاوة فضيلة، مرجع نفسه، ص 55 وص 56.

وفي مجال نقل وزرع الأعضاء هناك من التشريعات التي تشترط أن تستمر أهلية الشخص المتبرع من صدور الرضا إلى يوم الإستئصال⁽¹⁾.

2- العوامل المؤثرة في أهلية الشخص رغم بلوغه سن الرشد 19 سنة

يقصد بذلك أنه بالرغم من بلوغ الشخص سن الرشد 19 سنة كاملة فقد تعثره أحد الأمور النفسية أو الأمراض العقلية تعيق تصرفاته وصلاحيته مباشرة حقوقه، وهي عوارض تؤدي إما إلى إنعدام أهليته كالجنون والعتة وفقا لنص المادة 42 من القانون المدني السالف الذكر، أو تنقصها مثل السفه والغفلة وفق نص المادة 43 من القانون المدني.

كما منح المشرع الجزائري حكم تصرفات هؤلاء الأشخاص كذلك من خلال المادتين 85 و 101 من قانون الأسرة⁽²⁾.

¹ - بينما نجد القانون المدني اليمني في المادة 50 يخرج عن هذه القاعدة ويحدد سن الرشد ب15 سنة متى كان متمتعاً بكامل قواه العقلية، بينما في قانون الصحة يشترط أن لا يقل عمر المتبرع بعضو عن 20 سنة. إفتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 241.

² - قانون 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، السنة 21، الصادرة في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.

نصت المادة 85 من قانون الأسرة عما يلي:

" تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه."

وأضافت المادة 101 من نفس القانون على أنه:

ثانيا: ضرورة إحترام أهلية المتبرع لإنتزاع عضو من أعضائه

بالرجوع إلى نص المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها، نجد أن المشرع قد إشتط ضرورة توفر الأهلية لإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية إذ لا يجوز المساس بجسم القصر أو الراشدين غير المميزين⁽¹⁾.

1- عدم جواز نقل الأعضاء من عديمي التمييز والقصر

هناك بعض التشريعات لا تجيز نقل عضو من القاصر ولو كان الشخص المستفيد أخا أو أختا، إذ يتعين على ممثله القانوني عدم السماح بنقل عضو من الأعضاء ممن هم تحت ولايته أو وصايته، لأنه من واجبه حماية الخاضع للوصاية والولاية وليس التصرف في جسمه⁽²⁾.

" من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه."

1- نصت المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها عما يلي:

" يمنع القيام بإنتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع إنتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل."

2- إفتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 242.

نجد القانون اليمني والقانون المغربي وكذا مشروع القانون المصري: المادة 3 منه لا يجوز نقل الأعضاء أو أجزاء منها أو أنسجة من عديمي الأهلية أو ناقصها ولا يعتد في هذا الصدد برضاء المنقول منه أو بموافقة ممثله القانونيين نقلا عن إفتكار مهيبوب دبوان المخلافي، المرجع السابق، ص 242.

أخضع المشرع الجزائري من خلال المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالف الذكر هذا الإلتزام على عاتق الطبيب بأن لا ينتزع عضو من أعضاء ممن هو غير مميز وهو معدوم الأهلية ولا من قاصر ناقص الأهلية، هذا يعني أن شرط إحترام أهلية المتبرع والتأكد من توفرها يقع على عاتق الطبيب وجعله إلتزام عليه، وبمفهوم المخالفة عليه رفض إنتزاع الأعضاء حتى وإن رضي القاصر أو وليه القانوني.

وما يثير الإشكال أمام الفراغ القانوني الذي تضمنه قانون الصحة وترقيتها السالف الذكر هو إمكانية تطبيق المادة 62 من القانون المدني في مجال نقل وزرع الأعضاء بشأن المتبرع الذي بعدما يعبر عن رضائه بالتبرع يفقد أهليته أو يموت، فالمادة تجعل التصرف صحيحا إذا ما علم الطرف الآخر (المتبرع له) برضا المتبرع وطالما بقي حيا، حيث يخضع تنفيذ الإتفاق في حالة فقد الأهلية لموافقة الأولياء، بينما في حالة الوفاة يتم التنفيذ من طرف الخلف العام، فتتحول عملية نقل العضو في هذه الحالة ليس من الشخص الحي بل من الجثة، فالسؤال المطروح هل تخضع هذه العملية إلى موافقة الأولياء مرة ثانية أو تكفي الموافقة الأولى للمتبرع المتوفى، وبالتالي يطبق نص المادة 62 من القانون المدني، مع العلم أن شخصية المتبرع محل إعتبار⁽¹⁾.

¹ - نصت المادة 62 من القانون المدني السالف الذكر عما يلي:

2- تقييد جواز نقل الأعضاء من القصر

هناك إتجاه قانوني لم يمنع صراحة نقل الأعضاء من القصر بل جعلها بشروط وضوابط مشددة، مما لا يشكل خطر ومخاوف محتملة من هذه العملية، إذ جعل هذه العملية تتم تحت رقابة الأولياء ويكون هدفها هو تجسيد وتقوية الروابط العائلية، ثم بالتحديد الدقيق للعضو الذي يمكن نقله والذي يشترط فيه حتما أن يكون من الأعضاء المتجددة فقط دون الأعضاء التي يؤدي إستئصالها إلى الإضرار بجسم الصغير إما في الحال أو المستقبل.

إستثنى المشرع الفرنسي أخذ النخاع العظمي من القصر لأنها أقل خطورة من غيرها وذلك بشروط خاصة ومشددة وهي:

- أن ينقل النخاع لمصلحة أخا أو أخت.
- موافقة الوالدين.

ترخيص من لجنة الخبراء والتأكد من علم القاصر، فرفض القاصر يؤدي إلى عدم إجراء العملية⁽¹⁾.

لم يحدد المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالف الذكر، ولا هذه الشروط، وإنما من الناحية العملية

" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك يمنع من ترتب هذا الأثر عند إتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل."

¹ - نقلا عن إفتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 244.

والميدانية فالكثير من العمليات تجرى ويكون الطرفين أفراد عائلة واحدة، ويفهم ضمناً أن المشرع لم يمنع إجراء هذه العمليات في الحالات التي تحقق نفعاً للمريض ولا تسبب ضرراً للمتبرع من جهة، كما أنه من جهة أخرى فحدوث أضرار بالمتبرع لن يشكل نزاعاً ولا متابعة قضائية على أساس أن الضرر حدث لعائلة واحدة وبإذن من الأولياء.

ثالثاً: جواز التراجع عن التبرع

لقد وردت فتوى من مجلس الدولة المصري أن التبرع بأحد الأعضاء ليس تصرفاً من التصرفات التي تخضع للقواعد العامة في القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، بل يكون للمتبرع حق العدول دون تقديم أي مبرر ودون الخضوع لأحكام المسؤولية لأنها هي عودة إلى الأصل⁽¹⁾.

1- عدم تقييد وقت التراجع عن التبرع

لم تقيّد معظم التشريعات حرية التراجع عن التبرع بل جعلت إمكانية ذلك في أي وقت يشاء، والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات الفرنسية، المصري، المغربي، اليمني أجاز ذلك في نص المادة 3/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص عما يلي: " ... ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة." رغم أن هذه المادة جاءت عامة، فهذا لا يعني أن التراجع عن التبرع يمكن أن يكون في أي وقت يشاء، بل يجب أن يكون قبل إجراء عملية الإستهصال ولا يكون ذلك من باب العبث، فمثلاً نجد قانون الصحة

¹ - إفتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 215.

الإماراتي كان أدق حين حدد هذا الحق في المادة الخامسة (05) التي تنص على أنه: " يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الإستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط..."

بالنتيجة لا يجوز للمتبرع الذي تراجع إسترداد العضو الذي تم إستئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون. كما أن إستئصال العضو يؤدي إلى سقوط الحق في العدول عن التبرع، وإطلاق حرية التراجع في أي وقت يشاء قد يؤدي إلى تضرر المريض المتبرع له الذي قد تتدهور حالته الصحية والنفسية، عند علمه بتراجع المتبرع، كما قد يفوت عليه فرصة في أن يتلقى عضو من شخص آخر يتبرع له به.

2- عدم تقييد شكل التراجع عن التبرع

لم يقيد لا المشرع الجزائري ولا التشريعات الأخرى حرية تراجع المتبرع عن تبرعه، إذ لم ينص على طريقة التعبير عن التراجع ولا عن شكلية معينة كما فعله بالنسبة للموافقة عن التبرع، لذا يمكن أن يكون بصورة شفوية أو مكتوبة أو بإتخاذ موقف لا يدع الشك فيه.

حتما هذه الحالة تثير مشكلة في الإثبات إذا تم الرجوع شفويا عن التبرع ولم يكن هناك شهود، فيصعب إثبات التراجع عن التبرع، خاصة في حالة وفاة المتبرع، لذا من أجل إمكانية الإثبات كان لا بد من إشتراط الكتابة حتى في التراجع كما في الموافقة عن التبرع.

3- عدم تقييد أسباب التراجع عن التبرع

لم تحدد مختلف التشريعات ولا المشرع الجزائري الأسباب التي قد تؤدي إلى تراجع الشخص عن نزع أحد أعضائه بعد أن أفصح عن تبرعه بطريقة كتابية، بل جعل حق التراجع حر وغير مقيد بتقديم أي مبرر، مع ذلك فمن البديهي أن تراجع المتبرع لا يكون دون أي مبرر بل حتماً قد تحدث بعض الأمور تجعله يتراجع عن إجراء عملية الإستئصال والتبرع، وقد تكون إما لأسباب صحية أو لأسباب قانونية. فقد يؤدي خوف المتبرع بنتائج العملية إلى تدهور حالته الصحية أو النفسية إلى تردده عن إجراء العملية والتراجع عنها، أو قد يكون بإصابة المتبرع بمرض يعيقه ولا يسمح له بإجراء العملية بعدما عبر عن تبرعه، بينما كما سبق الذكر فإن التبرع يجب أن يصدر من شخص ذي أهلية كاملة وبرضاء صحيح، فإذا ما حدث أن فقد أهليته لأحد الأسباب القانونية فإنه يصبح المتبرع غير أهل لإجراء مثل هذه العملية، خاصة أن هناك بعض التشريعات تشترط أن تستمر أهلية الشخص منذ صدور الرضا إلى حين الإستئصال⁽¹⁾، أو إذا ما تبين للمتبرع أنه وقع في أحد عيوب الرضا المعروفة التي تجعل إرادته معيبة وتمنح له حق إبطال ذلك التصرف ويؤول دون إجراء الإستئصال، فيستعمل حقه في التراجع على أساس إما وقوعه في غلط جوهري أو تدليس أو إكراه واستغلال أدت إلى ضعف إرادته وقبوله التبرع.

¹ - د/ عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، 2000، ص 26.

خاتمة:

إن عرض مختلف الأفكار التي تبين أهمية أخذ إذن الشخص المتبرع وموافقته قبل المساس بسلامة جسده يتبين أن مثل هذه التصرفات تعد تصرفات أخلاقية وإنسانية بعيدة عن التصرفات المالية الهادفة إلى العوض والربح المالي.

يتخذ الشخص قرار التبرع بأحد أعضاء جسده بعد إقتناعه أن تصرفه هذا لن يلحق به أذى لا في الحال أو المستقبل، بل يحقق نفعاً لمتلقي العضو المهدد بالموت.

من إستقراء النصوص القانونية التي تحكم هذه التصرفات في القانون الجزائري، تبين أن المشرع لم ينظمها بصفة دقيقة إذ ترك كثير من الثغرات تؤدي حتماً إلى عدم التحكم في تنفيذها وتطبيقها، فمن بين هذه النقائص نذكر:

- عدم تقييد الموافقة الكتابية برسمية معينة، بل جعلها توقع من المتبرع والشهود، واكتفى بإيداعها لدى المؤسسة الصحية وكذا رئيس المصلحة.

- عدم تحديد صفة الشهود هل يكونون من الأقارب أم من ذوي الإختصاص في مجال الطب كأن تكون هناك لجنة خبراء تشرف على ذلك.

- عدم تحديد الأعضاء التي يجوز التبرع بها وهو أمر سلبي للغاية.

- لم يبين المشرع الجزائري بصفة مباشرة وصريحة من صياغة المادة

3/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها شرط الأهلية الكاملة للمتبرع لصحة

تصرفه بل ألقى إلتزام على الطبيب أن يحرس ويتأكد من توفر أهلية المتبرع عند انتزاع الأعضاء، يعني ذلك أن يرفض أي تبرع من قاصر غير راشد ولو برضا أولياءه.