التنظيم القانوني لأحكام الأهلية في مجال نقل وزرع الأعضاء وأثرها في تحديد طبيعة المسؤولية الطبية

" دراسة تحليلية نقدية "

د. بن صغير مراد(*)

(*) عضو هيئة التدريس –كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان –الجزائر

الملخص :

تلعب الأهلية دوراً أساسياً في كافة التصرفات، سواء من الناحية الشرعية أو القانونية، ذلك أن القاصر تعامله مختلف التشريعات معاملة خاصة وتوليه حماية استثنائية. ولعل أهمية الأهلية تتجلى أكثر وبشكل واضح في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية. إذ إن المشرِّع الجزائري حاول أن يضع منظومة قانونية متكاملة تهدف إلى حماية القاصر فيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء سواء كان متبرعاً أم مستفيداً، من خلال مختلف قوانين الصحة، أو قانون الأسرة، أو قانون العقوبات التي عالجت المركز القانوني للقاصر بطابع استثنائي.

ويعالج هذا البحث مسألة نقص الأهلية وأثرها في عمليات نقل وزرع الأعضاء، بتوضيح أهمية ودور الأهلية من خلال الحصول على إذن القاصر وموافقته المستنيرة بشأن عمليات نقل وزرع الأعضاء، وكذا بيان الآليات والضمانات القانونية الكفيلة بتحقيق الحماية اللازمة له. ثم بيان أهم الآثار القانونية والشرعية المترتِّبة على إغفال اكتمال أهلية القاصر، وعدم الاعتداد بها فيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء، سواء بالنسبة له وبالنسبة للطبيب الممارس أو بالنسبة لوليه أو ممثله القانوني.

تبعاً لما تقدم؛ يأتي هذا البحث للإجابة عن بعض الإشكالات القانونية بشأن أهلية القاصر في عمليات نقل وزراعة الأعضاء، لاسيما ما يتعلق بمدى وأهمية هذه الأهلية مادام للقاصر ولي أو ممثل شرعي قانوني. ما مصير عمليات النقل أو الزرع التي تتم دون إذن القاصر أو ممثله؟ وما الأثر (المسؤولية) القانوني المترتب عنها؟ وهل يمكن الاستغناء عن موافقة القاصر بل وحتى ممثله القانوني إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك ؟ هل استطاعت مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري أن تضع نصوصاً قانونيةً منسجمةً ومتكاملةً وافية لضمان حماية أكبر للقاصر لاسيما في عمليات نقل وزراعة الأعضاء أو التجارب الطبية؟

مقدمة:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره وسار على نهجه ... وبعد؛ فقد منحت الشريعة الإسلامية للإنسان منزلةً عظيمةً ومكانةً رفيعة، وذلك بأن جعلته محترماً حياً أو ميتاً، كما اعتبرته أهلاً للتكريم. ولقد كان من تمام تكريم الله تعالى للإنسان أن خلقه في أحسن صورة وأحسن تقويم، وفضّله على كثير من خلقه تفضيلاً عظيماً، كما سخّر له مختلف المخلوقات والأشياء في البر والبحر. يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾[1] ويقول عزوجل: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِيٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾[2]. وبهذا فقد أحاط الشّارع الحكيم جسم الإنسان بسياج من الرعاية والحصانة، على رغم أنّ الله تعالى قد منح هذا الإنسان عقلاً يميّز به بين الخبيث والطيّب، فسيطر به على الطبيعة التي يتفاعل معها وتتفاعل معه.

ولاشك أن حرمة الإنسان وسلامته تعتبر من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء، إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة .وتبعاً لهذه الحقيقة كان جسم الإنسان ومازال يشكل وبحق المحور الأساسي لهذه الحماية، غير أنه ونتيجة للتطورات العلمية الطبية والاجتماعية والثقافية التي طرأت على المجتمعات بصفة عامة، فإن مبدأ حرمة الكيان الجسدي الإنساني أو ما يعرف بـ « معصومية جسم الإنسان»، ومدى جواز التصرف فيه أخذ منحى آخر، أكثر تقنية وتعقيداً، حيث برزت عدة إشكالات بشأن مشروعية التصرف في جسم الإنسان حياً أو ميتاً. ذلك أن الحق في سلامة الجسم الإنساني وإن كان في أصله حقٌّ يحقق مصلحةً للفرد في ذاته، فإن فيه من المصلحة للمجتمع أيضاً، باعتبار الحق في سلامة الجسم له وظيفة

(1) الآية 70، سورة الإسراء.
(2) الآية 4، سورة التين.

اجتماعية دون شك. وهكذا تعتبر حرمة الجسم الإنساني وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء.

وعلى رغم ما للحق في سلامة الجسم من أهمية خاصة في الوقت الحاضر نظراً لما أسفر عنه التقدم العلمي من اكتشافات من شأنها أن تؤثر عليه، لاسيما ما يتعلق بمشروعية المساس أو التصرف فيه من جهة، والنجاح الكبير الذي حققته عمليات نقل وزرع الأعضاء،كما هو الحال في عمليات ترقيع القرنية، أو زرع الشعر، أو القلب، أو النخاع العظمي، أو نقل الكلى أو الكبد ... إلى غير ذلك من العمليات الدقيقة والمعقدة غير المألوفة في المجال الطبي من جهة أخرى. فإن هذه العوامل وغيرها أدّت إلى تطويع هذا الجسم البشري كي يكون مجالاً خصباً لمثل هذه التصرفات الاستثنائية الخطيرة. حتى امتد الأمر إلى فئة في أمس الحاجة والرعاية الاستثنائية، ألا وهي فئة القُصّر الذين تنقص أهليتهم أو حتى تنعدم.

فللأهلية مكانة خاصة في شتى الأحكام والنظم الشرعية والقانونية، إذ إن مناط التكليف الشرعي والقانوني مرتبط بأهلية الأفراد. وانطلاقاً من هذا تتجسد الأهمية البالغة للبحث في أحكام الأهلية في المسائل الطبية، لاسيما عمليات نقل وزرع الأعضاء بصفة أخص وأدق. من خلال بيان أحوالها ودورها ومدى الاعتداد بها في مختلف تلك العمليات، إضافة إلى بيان الآثار المترتبة عن انعدام الأهلية أو نقصها على عمليات النقل أو الزرع. ذلك أن الموضوع يثير إشكالات معقدة عدة تتعلق بطبيعة ومقدار الأهلية المطلوبة في مثل هذه العمليات وغيرها، بماذا تتجلى أهمية الأهلية واكتمالها؟ وهل يمكن لأهلية الممثل الشرعي القانوني أن تحل محلّها ؟ ما مدى تأثير عدم اكتمال الأهلية على مختلف أوجه المسؤولية للأطباء ؟ وما نصيب فئة القصّر من الحماية الاستثنائية والرعاية الكافية لدى مختلف التشريعات الصحية المعنية ؟

لعلنا نحاول تأصيل البحث ودراسته من خلال التطرق للطبيعة الاستثنائية لأحكام الأهلية في التشريعات الصحية (المبحث الأول)، ثم نتناول بعد ذلك تخلف الأهلية وأثرها في رسم معالم المسؤولية الطبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الطبيعة الاستثنائية لأحكام الأهلية في التشريعات الصحية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية الحديثة التي تنطوي على مخاطر معتبرة، والتي تستلزم الحصول على الرضا المسبق لكلٍ من المتبرع بالعضو والمستفيد منه، من قبل الطبيب الجراح الذي يتوجّب عليه قبل ذلك تبصيرهما وتنويرهما بكافة الجوانب المتعلقة بعملية النقل، لاسيما ما يتعلق بالمخاطر والمضاعفات الصحية. ولا يكفي أن يكون رضا الطرفين صحيحاً لا يشوبه أي عيب من العيوب، بل لابد أن يكون صادراً من شخصٍ يتمتع بملكات عقلية سليمة، تؤدي إلى تكوين رأي صحيح لديه بشأن العملية المزمع القيام بها. ولا شك أن الأمر هنا يتعلق بالقاصر المتبرع أكثر منه بالنسبة للقاصر المستفيد.

ولعل مقتضيات البحث العلمي تقتضي منا تحديد مفهوم الأهلية القانونية وتحديد طبيعتها وبيان أهميتها أولاً، ثم التعرّض بعد ذلك لأحكام الأهلية وتنظيم مسائلها بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء.

المطلب الأول
مفهوم الأهلية وأهميتها

يقتضي منا الأمر في هذا المقام أن نضع تعريفاً للأهلية، ثم تحديد طبيعتها القانونية وبيان أهميتها ودورها في التدخلات الطبية، لاسيما عمليات نقل وزرع الأعضاء.

الفرع الأول
تعريف الأهلية

الأهلية La capacité في اللغة هي الصلاحية للشيء[1]. وقيل معناها صلاحية الإنسان لصدور الشيء عنه أو طلبه منه وقبوله إياه[2]. فهي بمعنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور. ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين: ﴿ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ ٱلتَّقْوَىٰ وَكَانُوٓاْ أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿ هُوَ أَهْلُ ٱلتَّقْوَىٰ وَأَهْلُ ٱلْمَغْفِرَةِ ﴾[4].

أما في الاصطلاح؛ فيقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق المشروعة له وعليه[5] – بمعنى تحمُّل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً، أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً [6]. كما يقصد بها قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة، تقاس بدرجة إدراكه وتمييزه للأمور.

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، الجزء الأول، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصر، القاهرة، 1961، ص 31.

(2) يحي الرهاوي المصري: حاشية الرهاوي على هامش المنار، المطبعة العثمانية، مصر، 1315هـ، ص 930.

(3) الآية 26، سورة الفتح.

(4) الآية 56، سورة المدثر.

(5) فخر الدين الرازي: المحصول في علم الأصول، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1401هـ، ص 154.

(6) إدريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 304. وانظر كذلك: عدنان القوتلي: الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1957، ص 509.

من خلال هذين التعريفين يتضح لنا أن الأهلية نوعان: «أهلية وجوب»[1] ويقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، وتجب عليه واجبات من غير أن يكون أهلاً للمعاملات، ومناطها ولادة الإنسان حياً طبقاً لما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري، بل تثبت حتى للجنين شريطة أن يولد حياً[2]. و« أهلية أداء » وهي صلاحية الشخص لأن يكون أهلاً للمعاملات والتصرفات والمطالبة بالأداء، ومناطها التمييز والإدراك[3]. وهذا النوع الثاني من الأهلية هو محل الإشكال ودافع البحث بالنسبة لموضوعنا المتعلق بنقل وزرع الأعضاء.

بعد استعراض هذه التعاريف يتضح لنا وإن اختلفت ألفاظها وتنوعت، إلا أنها متفقة في مدلولها الذي مفاده أن الأهلية هي صلاحية الإنسان لما يجب له من الحقوق وما يلزمه من الواجبات، بعد توافر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه.

(1) يرى بعض الفقه أن أهلية الوجوب سميت بهذه التسمية لأنه ينظر للإنسان من خلالها من جهتين: من جهة كونه صالحاً لأن يجب له، كوجوب ثبوت نسبة الابن من أبيه. ومن جهة كونه صالحاً لأن يجب عليه، كوجوب دفع ثمن المبيع له من أمواله. ومن أسباب التسمية أن الوجوب بها ثابت للإنسان وعليه. أنظر: عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الممتاز للطباعة، 1996، السعودية، ص 20.

(2) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 35511، قضية (ب.ذ ضد شركة التأمين الجزائرية)، الصادر بتاريخ: 1984/10/10.

(3) أنظر: محمد تقية: الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص 94.

الفرع الثاني
طبيعة الأهلية وأهميتها

علمنا مما سبق أن المقصود بالأهلية عموماً إذا أُطلق هي أهلية الأداء، وفقاً للتعريف الذي أوردناه. وتبعاً لذلك فلا شك أن مناط أهلية الأداء هو العقل، لأن التكليف الشرعي أو القانوني يقتضي استجابة المكلف لما كُلّف به، وهذا لا يتحقق إلا بالقصد إلى امتثال مقتضاه. كما أن هذا القصد لا يتأتى إلا ممن يفهم التكليف ويدرك مراد الخطاب[1]، ولا شك أن هذا قائم بالإنسان إن اكتمل له العقل والقول.

بناء على ما تقدم فإن التكييف القانوني للأهلية (طبيعتها القانونية) أنها تعتبر وصفاً أو سلطةً طارئةً يكتسبها الشخص عندما تكتمل لديه القدرات العقلية، وعلى هذا الأساس نقول: إن الأهلية هي بمثابة وصف من خلاله يمكن الحكم على تصرفات الشخص. فمناط الحكم على تصرفات الشخص صحةً وبطلاناً هو مدى توافر أهلية ذلك التصرف الصادر عنه، فمتى اكتملت المدارك العقلية للشخص بأن أصبح يميز بين ما هو نافع له وما هو غير ذلك، اعتُبر أهلاً لمباشرة تصرفاته القانونية.

أما بالنسبة لأهمية الأهلية فهي أكثر من بالغة، لاسيما بالنسبة لتحمل الالتزامات. وتتجلى أهميتها أكثر بالنسبة لبعض التصرفات المهمة والدقيقة، كالتصرفات المالية والتصرفات المتعلقة بصحته والتي تمس بجسده. ولعلنا نكتفي بالإشارة إلى بعض أوجه الأهمية بالنسبة للأهلية بصفة عامة من خلال ما يلي:

- إن اكتمال الأهلية وسلامتها تعطي للشخص القدرة والصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه. فيصبح بذلك أهلاً للخطاب والتكليف.

(1) حسين خلف الجبوري: عوارض الأهلية عند علماء أصول الدين، الطبعة الثانية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1428هـ/ 2007م، ص 114.

- إن الأهلية بهذا الوصف ليست ملكاً أو حقاً بيد الشخص يتصرف بشأنها كيفما شاء، فيكتسبها متى شاء ويتنازل عنها متى شاء، طبقاً لما نصت عليه المادة 45 من القانون المدني الجزائري [1]. فهي بهذا المفهوم تعتبر من مسائل النظام العام.
- إن الأصل في الأهلية أنها مرتبطة باكتمال القدرات العقلية للشخص وسلامة مداركه من أي نقص أو عيب أو آفة، وقد تم ترجمة ذلك من خلال النصوص القانونية، كما سنرى ذلك لاحقاً بتمام بلوغ الشخص 19 سنة كاملة، مع سلامته من الجنون والعته.
- إن انعدام الأهلية يعتبر سياجاً واقياً لعديمي الأهلية يحصّنهم من أي مسؤولية قانونية، إذ لا مسؤولية عليهم ما داموا عديمي الأهلية.
- إن صحة التصرفات وبطلانها أو تأرجحها ما بين الصحة والبطلان (تصرفات قابلة للإبطال)، إنما تتوقف على صحة الأهلية وسلامتها، سواء كانت كاملة أو ناقصة أو منعدمة.

(1) تنص المادة 45 على أنه: «ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها».

المطلب الثاني

تنظيم مسائل الأهلية في القيام بالتصرفات القانونية

ثار نقاش واسع ولا يزال بين الفقهاء والمهتمين بدراسة قضايا الطب وأخلاقيات العلوم الطبية والحيوية، حول مدى مشروعية نقل الأعضاء من القاصر الصغير أو من في حكمه. ذلك أن الموضوع يثير إشكالات معقدة ذات طابع ديني وأخلاقي وقانوني. فعمليات نقل وزراعة الأعضاء تعتبر استثناءً على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، ولا يمكن إباحة ممارستها إلا برضاء الشخص الواعي صاحب الرضا المستنير، وهو ما يصعب في نظرنا القول بتوافره لدى الصغير أو من في حكمه من عديمي الأهلية وناقصيها. ومن هذا المنطلق سنناقش هذه المسألة، محاولين تأصيلها وترجيح التوجّه الصحيح فيها ببيان الضوابط القانونية في ذلك. وهذا من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول

أحكام الأهلية في القيام بالتصرفات المالية

تختلف أحكام الأهلية اختلافاً كبيراً من الشريعة الإسلامية إلى القوانين الوضعية، وتبدو أهمية الإشارة إلى ذلك في هذا المقام أكثر من ملحّة، على اعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء مرتبطة هي الأخرى بإطار شرعي وقانوني.

البند الأول– مسائل الأهلية في الشريعة الإسلامية: تتفق التشريعات الوضعية مع الشريعة الإسلامية في اعتبار العقل هو مناط أهلية الأداء والتكليف، على أساس أن التكليف يقتضي استجابة المكلف لما كُلف به، وهذا لن يتأتى إلا ممن يفهم التكليف ويدرك مراد الخطاب[1]. والقول بأن مناط الأهلية هو العقل الكامل يقتضي ألا تثبت

(1) حسين النوري: عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1953، ص 55 وما بعدها. وانظر كذلك: محمد عبد اللطيف جمال الدين: نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مصر 1393هـ/ 1974م، ص 79، 80.

أهلية الأداء لمجنون ولا لصبي، كما يقتضي عدم ثبوتها لغير الإنسان كالحيوان والنبات والجماد.

وأهلية الشخص في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى ثلاث مراحل وهي:

- **المرحلة الأولى- انعدام الأهلية:** تثبت للشخص بعد ولادته إلى سن التمييز ببلوغه سن السابعة، إذ يعتبر في هذا السن صبياً غير مميز، كما أنه من جهة أخرى يكون فاقداً للعقل الذي تتوقف عليه صحة التصرفات الشرعية. لذا اقتضت حكمة الله تعالى ألا يكلف الإنسان في مثل هذا السن، كما لا يؤاخذ على أقواله وأفعاله مؤاخذة بدنية، بأن لا تلحقه العقوبة البدنية. وهذا تطبيق للقاعدة الفقهية «عمد الصبي أو المجنون خطأ». [1]

ويماثل الصبي غير المميز في انعدام الأهلية كلاً من المجنون لانعدام العقل لديه، وكذا المعتوه في بعض التصرفات كالزواج والطلاق وعتق العبد وهبة أمواله، على أساس أن هذا الأخير قد يكون مميزاً وهو الراجح عند علماء الأصول [2]، وقد يكون غير مميز. ويترتب على الأهلية المنعدمة بطلان التصرفات كيفما كانت.

- **المرحلة الثانية- نقص الأهلية:** هذه الحالة تثبت للإنسان متى بلغ سن التمييز (سبع سنوات)، وقبل بلوغه، ذلك أن الإنسان في هذه المرحلة وإن كان مميزاً إلا أنه غير مكتمل العقل بعد. لذا تثبت له أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله وعدم اكتماله. وسبب اختيار الفقهاء لأن تكون السنة السابعة بداية مرحلة التمييز عند الصغير هو ما ورد في السنة النبوية الصحيحة، ومنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي ﷺ قال: ﴿مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرّقوا بينهم في المضاجع﴾. [3]

---

(1) عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، 1390هـ/ 1970م، ص 137.

(2) العلامة ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، الجزء الثاني، المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، 1317هـ، ص 176. حسين خلف الجبوري: المرجع السابق، ص 202. وانظر: شامل الشيخلي، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، 1392هـ/ 1972م، ص 385.

(3) حديث صحيح رواه أبو داود تحت رقم 495 و496، والدار قطني (85)، والحاكم (197/1)، وأحمد (187/2)، وصححه محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، الأردن، 1405هـ/ 1985م، ص 266. وانظر: محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1421هـ/ 2000م، ص 327.

ويترتب على الأهلية الناقصة [1] صحة التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة مثلاً، وعدم صحة التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالتبرعات وغيرها وإن أجازها الولي. أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إذن الولي أو الوصي وإجازتهما لها.[2]

– **المرحلة الثالثة– بلوغ الأهلية واكتمالها:** ومعنى البلوغ هو الإدراك، فمتى كان الشخص بالغاً كان أهلاً لمباشرة جميع تصرفاته. وتتحقق أهلية الشخص كاملة بتحقق إحدى العلامات، ومنها: الاحتلام، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾[3]، وقوله سبحانه: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ﴾[4]. كما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال: «رُفع القلم عن ثلاثة؛ عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»[5]. وقوله ﷺ :«خذ من كل حالم ديناراً»[6]. ومنها كذلك بلوغ الصغير «خمس عشرة سنة في الغلام والجارية – وبهذا قال الأوزاعي والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد» [7]، وهو رأي جمهور الفقهاء [8]، لاحتجاجهم بما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:«إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كُتب ماله وما عليه، وأُخذت منه الحدود»[9]. وبما روي كذلك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «عُرضت

(1) الشيخ أحمد إبراهيم: الأهلية وعوارضها، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول وما بعده، –1931 1932، مصر، ص 260، 261.

(2) وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) الآية 58، سورة النور.

(4) الآية 59، سورة النور.

(5) حديث صحيح رواه البخاري في صحيحه، الجزء الثاني، كتاب الطلاق، ص 1541، وفي كتاب الحدود، ص 1927. ورواه أبو داود وابن ماجة والترمذي والنسائي والدارمي وأحمد.

(6) حديث صحيح رواه الترمذي تحت رقم 623، ص 158. وابن ماجه تحت رقم 1803 و1804، ص 314. وصححه الألباني.

(7) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المغني شرح مختصر الخرقي، الجزء السادس، دار عالم الكتب، الرياض، 1426هـ/ 2005م، ص 598.

(8) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، ص 599. أبو بكر عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار الكتب المصرية، مصر، بدون تاريخ، ص 53. إسماعيل حقي البروسوي: تفسير روح البيان، الجزء السادس، دار الفكر، لبنان، بدون تاريخ، ص 177.

(9) أخرجه البيهقي في كتاب الحجر، السنن الكبرى، الجزء السادس، ص 57.

على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يُجزني في القتال، وعُرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني» [1]. ومن علامات البلوغ كذلك الإنبات [2]. لما رواه عطية القرظيّ أنه قال:» عُرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكّوا فيّ، فأمر النبي ﷺ أن يُنظر إليّ هل أنبتُّ بعدُ.فنظروا إليّ فلم يجدوني أنبتُّ بعدُ، فألحقوني بالذريّة» [3]. وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى عامله، أن لا تأخذ الجزية إلا مِن مَن جرت عليه المواسي.[4]

ويترتب على بلوغ الشخص واكتمال أهليته صلاحيته وقدرته على إبرام التصرفات كيفما كانت مالية أو غيرها.

البند الثاني– مسائل الأهلية وإشكالاتها في القانون الجزائري: نظمت أحكام الأهلية بصفة أساسية وعامة نصوص القانون المدني، فسارت في تقسيمها على نفس النهج الذي رسمته الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو التالي:

– أولاً– انعدام الأهلية أو فقدانها: طبقاً لما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري، فإن كل شخص فاقد للتمييز بسبب صغر سنه الذي لم يبلغ 13 سنة، أو بسبب الجنون، أو بسبب العته، يكون عديم الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وتعتبر جميع تصرفات الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز باطلة طبقاً للمادة 82 من قانون الأسرة الجزائري.

– ثانياً– نقص الأهلية: يعتبر الشخص ناقصاً للأهلية طبقاً لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري، كل من بلغ سن التمييز (13 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة)، وكذا كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة.

---

(1) متفق عليه. كما أخرجه أبو داود وابن ماجه.

(2) الإنبات يقصد به إنبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة.

(3) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارمي.

(4) المواسي جمع الموسى، وهو الذي يأخذ به شعر العانة. وانظر: حسين خلف الجبوري: المرجع السابق، ص 147.

– **ثالثاً– اكتمال الأهلية:** تكتمل أهلية الشخص بتمام بلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة، مع تمتعه بكامل قواه العقلية من دون أن يحجر عليه، وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة الجزائريين. فيصبح بذلك أهلاً للقيام بجميع تصرفاته المالية والشخصية.

غير أن هناك عدة إشكالات تثور لاسيما في ظل وجود نص المادة 79 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: «تسري على القصَّر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة». ومن هذه الإشكالات أو الملاحظات:

– أن المادة 85 من قانون الأسرة قد أغفلت تماماً حالة القاصر ذي الغفلة، بالرغم من أن السفه والغفلة مقترنان لا يفترقان في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية بما في ذلك القانون المدني الجزائري.

– ألحق المشرِّع في قانون الأسرة السفيه بالمجنون والمعتوه في الحكم طبقاً للمادة 85، فاعتبر السفيه فاقداً للأهلية، وعلى إثر ذلك رتَّب كجزاء عدم نفاد تصرفاته. وهذا ما يتناقض مع أحكام القانون المدني لاسيما المادتين 43 و 44. ولا نجد لذلك تفسيراً إلا أن يكون هذا تقييداً من قانون الأسرة للقانون المدني، على أساس أن الخاص يقيد العام. حتى ولو كان كذلك فإنه يحتاج إلى ضبط وإزالة اللبس.

– أن المادة 85 من قانون الأسرة أوردت عبارة «غير نافذة»، بمعنى عدم نفاد تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه، وهذا مجانب للصواب. ذلك أن التصرف غير النافذ هو تصرف صحيح إلا أنه موقوف، إذ لا يرتّب أثره قبل إجازته من صاحب الحق في الإجازة. الأمر الذي يجعل من غير المعقول أن يكون تصرف المجنون تصرفاً صحيحاً غير نافذ بمعنى موقوفاً [1]. لذلك ينبغي استعمال المصطلح المناسب وهو

(1) أنظر: محمد سعيد جعفور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه للنشر، الجزائر، 2002، ص 70.

البطلان بإدراج عبارة «باطلة» بدل «غير نافذة». مع الإشارة إلى أن النص باللغة الفرنسية جاء بالعبارة المناسبة « Nuls».

– إن القانون المدني وقانون الأسرة على رغم أهميتهما لم يميّزا بصدد الجنون بين ما هو مطبق (مستمر) وبين ما هو متقطع حيث تتخلّله فترات الإفاقة، كما هو الشأن بالنسبة للفقه الإسلامي الذي يميز بينهما. في حين أن القانون رقم –91 10 المتعلق بالأوقاف، قد أخذ بفكرة التمييز بين نوعي الجنون.[1]

الفرع الثاني
أحكام الأهلية في القيام بالتصرفات الماسة بالجسم

أولت التشريعات الصحية لدى مختلف الدول ومنها التشريع الجزائري أهمية بالغة لفئة القصّر، تكريساً لحماية أكبر لهم وتقريراً لمعاملة استثنائية خاصة بهم. غير أنه رغم ذلك لم تتناول قوانين الصحة الجزائرية[2] أهليةً محددةً أو سناً معيناً يعتبر فيه الشخص راشداً بإمكانه القيام بتصرفات تمس صحته وجسمه لاسيما ما يتعلق بالتبرع بالأعضاء أو استقبالها، ولاشك أن هذا يمثل في نظرنا فراغاً تشريعياً في هذا المجال، خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بالتصرفات الواردة على جسم الإنسان ذات الأهمية والخطورة المعتبرة في نفس الوقت. الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة في القانونين المدني والأسرة، وهو ما يوقعنا في كثير من الإشكالات التي نحن بصددها.

---

(1) تنص المادة 31 من القانون رقم –91 10 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم –01 7 لسنة 2001 والقانون رقم –02 10 لسنة 2002 على أنه: «لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير،أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله، شريطة أن تكون إفاقته ثابتة بإحدى الطرق الشرعية».

(2) القانون رقم 85-5 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الصادر بتاريخ: 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 16 فبراير 1985، المعدل والمتمم. ج.ر رقم 08 لسنة 1985. المرسوم التنفيذي رقم 92 276– المؤرخ في 5 محرم 1413هـ الموافق لـ 6 جوان (يونيو) 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب. ج.ر رقم 52 بتاريخ 1992/07/08.

وبناء على هذا وانطلاقا من ذاك الحرص جاء القانون رقم 5–85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، بباب كامل مخصص لذوي الأمراض العقلية[1]. كما نصت المادة 154 منه على أن: «يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخوّلهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك، ويقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصّر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب».

ثم أضافت المادة 163 من نفس القانون ما يتعلق بأهلية القصر في عمليات نقل وزرع الأعضاء ومنعهم من التبرع بها بقولها: « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصّر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرِّع أو المستقبِل». كما أكدّت على هذا المعنى بخصوص استقبال وقبول زرع الأعضاء الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة 166من نفس القانون.

من جهة أخرى شدّدت مدونة أخلاقيات الطب على ضرورة مراعاة أهلية المريض في القيام بكافة التدخلات الطبية مهما كان نوعها أو جسامة خطرها، وهذا ما نصت عليه المادة 52 بقولها: «يتعيّن على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم». فظاهر النص القانوني أن كل قاصر سواء كان مميزاً أو عديم التمييز، ليس للطبيب تقديم العلاج له إلا بإذن وليه أو ممثله الشرعي وصياً كان أو قيماً، ما لم يثبت حالة الضرورة أو الاستعجال، وهو ما تؤكّده المادتان 34 و44 من المدونة [2]

(1) راجع الباب الثالث المتعلق بالصحة العقلية من المواد 103 إلى 149.

(2) تنص المادة 34 على أنه: «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 وموافقته». وتنص المادة 44 على أنه: «يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدّي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصّرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون».

فيما يتعلق بالتدخلات الطبية بالغة الخطورة بما فيها عمليات نقل وزرع الأعضاء.

إن مظاهر الحماية التي أولاها التشريع الجزائري للقاصر لم تتوقف عند هذا الحد، ولم تقتصر على القانون المدني أو قانون الأسرة أو حتى قوانين الصحة المختلفة. وإنما امتدت لتشمل الجانب الجنائي وإحاطة القاصر بسياج من الحماية الجنائية، لاسيما بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء، وهو ما نلمسه صراحة من خلال نص المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات [1]، والتي تشدّد العقوبة متى تم انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى من قاصر أو مصاب بعاهة. كما أن المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب كرّست هي الأخرى هذه الحماية الجنائية للقاصر أو الشخص المعاق.

مما سبق سرده ومناقشته من النصوص القانونية المختلفة التي تناولت أحكام الأهلية وتنظيمها، يظهر لنا أن التشريع الجزائري قد راعى الوضعية الاستثنائية للقاصر بصفة عامة، مميزاً كان أم عديم التمييز وأولاها حماية بالغة إلى حد الإفراط. غير أن ذلك انعكس سلباً على الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء بالنسبة لهذه الفئة، مما أثار عدة إشكالات بشأن هذه المسألة الحساسة، نتيجة عدم وجود انسجام بين نصوص مختلف فروع القانون الجزائري فيما يتعلق بالأهلية، الأمر الذي يدفعنا لبحث مسألة تخلف الأهلية وأثرها في رسم معالم المسؤولية الطبية من خلال المبحث الموالي.

(1) القانون رقم 9 – 1 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المعدّل لقانون العقوبات. ج. ر رقم 15 لسنة 2009.

المبحث الثاني

تخلف الأهلية وأثرها في رسم معالم المسؤولية الطبية

لما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء لها من الخصوصية ما يجعلها تعد من الممارسات غير المألوفة، لما تنطوي عليه من مساس بسلامة وتكامل جسم المانح السليم، كان لابد من توخّي الحيطة والحذر في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية والتأكد بما لا يدع مجالاً للشك، أن هذه الموافقة جاءت بعيداً عن أي مؤثرات أو عوارض عقلية أو نفسية مهما كانت طبيعتها.

لذلك انعقد الإجماع لدى مختلف التشريعات[1] ولدى الفقه الشرعي[2]

(1) أنظر على سبيل المثال: القانونين الفرنسيين الأول رقم –94 653 المتعلق بحماية الجسم البشري، والثاني القانون رقم –94 654 المتعلق باستئصال واستعمال مكونات ومشتقات الجسم البشري الصادرين في 29/12/1994. قانون زراعة الأعضاء البريطاني الصادر بتاريخ 27 يوليو 1989. أيضاً القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء، باعتبار الكويت أول دولة عربية نظمت نقل وزرع الأعضاء بموجب القانون رقم 30 لسنة 1970. ثم القانون السوري رقم 31 لسنة 1972 المتعلق بالصحة المعدل بالقانون رقم 43 لسنة 1986، والقانون رقم 30 لسنة 2003. القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991. القانون الاتحادي الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية. القانون القطري رقم 21 لسنة 1997 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية. المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية في البحرين. القانون المغربي رقم 208 لسنة 1999 المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، ج.ر رقم 4726 الصادرة في 16/9/1999. القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المؤرخ في 27 فبراير 2010. دون أن ننسى القانون رقم 5–85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري المعدَّل والمتمِّم الصادر بتاريخ: 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 16 فبراير 1985، المعدل والمتمم. ج.ر رقم 08 لسنة 1985.

(2) فتوى دار الإفتاء المصرية، السجل رقم 88 مسلسل 512، ص 93، بشأن استقطاع العيون، وفتوى لجنة الفتوى بالأزهر رقم 491، بشأن استقطاع القلب أو أي جزء من الجثة. مجلة الأزهر، المجلد العشرون، سنة 1368هـ، ص 744.
فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، الصادرة بتاريخ 6 ربيع الأول 1392هـ/20 أبريل 1972م، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض، ص 47.
فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الأولى 1397هـ.
فتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف بالكويت رقم 84/497، الصادرة بتاريخ 22 ربيع الثاني 1405هـ.
قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 99، الصادر بتاريخ 6 ذو القعدة 1402هـ. والقرار رقم 62، الصادر بتاريخ 25 شوال 1398هـ.
قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 26، الصادر بتاريخ 18 جمادى الآخرة 1408هـ/ 6 فبراير 1988م.
وانظر كذلك أقوال وفتاوى كل من الفقهاء: سماحة الشيخ: عبد العزيز بن عبد الله بن باز (مفتي السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء): فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار=

والقانوني[1] على ضرورة أن يكون المانح بالغاً وعاقلاً، كما يكون أهلاً لاتخاذ قرار التنازل والتبرع بجزء من جسمه.

ويتمثل أصل المشكلة في أن عمليات نقل الأعضاء البشرية تمس حقاً من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ومادام الأمر كذلك فإن الإشكال الحقيقي يثور بشأن رضا الصغير، ومدى الاعتداد بأهليته الناقصة وصلاحيتها لإباحة تدخل الطبيب (المطلب الأول)، ومدى مسؤولية الطبيب الذي يقدم على انتزاع أو زرع عضو من وإلى قاصر (المطلب الثاني).

=الوطن، الرياض، 1415هـ، ص 47. أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية: الطبعة الثانية، دار الكتب، مصر، 1407هـ/ 1987م، ص 123، 126. أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، دار الكتب، القاهرة، بدون تاريخ، ص 567، 571. الشيخ: محمد صالح العثيمين: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، جمع وإعداد: خالد عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1420هـ/ 1999م، ص 619. الشيخ: عبد الله بن عبد الرحمان الجبرين: فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ، ص 417.

(1) – حسام الدين الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية – دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص 125. أحمد محمود سعد: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1986، ص 86. مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دار هومه للنشر، الجزائر، 2003، ص 256 وما بعدها.

Paul Julien Doll: La discipline des greffes، des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain، collection de médecine légale et de toxicologie médicale، éd. Masson etcie، Paris، 1970، p 71.

Savatier René: Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains، J.C.P، Paris، 1969، n°1، p 28.

Ahmed Charaf El– dine: Droit de la transplantation d'organes – étude comparée –، Thèse، Paris II، 1975، p 34 ets.

المطلب الأول

إشكالات نقص الأهلية في عمليات نقل وزرع الأعضاء

ثار نقاشٌ فقهيٌ حادٌ ومازال بين فقهاء القانون والمهتمين بدراسة أخلاقيات العلوم الطبية والأحياء، حول مدى مشروعية نقل الأعضاء من وإلى الصغير القاصر أو من في حكمه من ذوي الاحتياجات العقلية، على أساس أن هذه المسألة تثير إشكالات ذات طابع أخلاقي وقانوني في آن واحد. على اعتبار أن عمليات التبرع بالأعضاء تُعَدُّ استثناءً على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان كما ذكرنا سابقاً، إذ لا يمكن إباحة ممارستها إلا برضا الشخص المدرك والمستنير، وهو ما يصعب القول بتوافره لدى الصغير، هذا من جهة. ومن جهة أخرى أن الحماية الاستثنائية لناقصي الأهلية تستدعي تدقيق البحث والتحليل في مسألة نقل وزرع الأعضاء. لذلك فقد تباينت الاتجاهات الفقهية والتشريعية الحديثة حول هذه المسألة بين مؤيّد ومعارض، وهو ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين، على أن نعكف على توضيح موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري في الفرع الثالث.

الفرع الأول– الاتجاه الذي يرى عدم جواز نقل الأعضاء من القصّر مطلقاً:

يرى البعض من الفقه أن المبالغة في المناداة بإباحة وتقنين عمليات نقل وزرع الأعضاء، لا يجب أن يؤدي بنا في نهاية المطاف إلى التوسيع من نطاق ممارسة هذه العمليات على نحو يُفضي إلى إهدار كل قيمة لمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان. بحيث يصبح نقص التكامل الجسماني للقاصر ومن في حكمه منوطاً بموافقة الولي أو الوصي، الأمر الذي ينطوي على إهدار لحق الشخص في سلامة جسده وحقه في اتخاذ قرار مسؤول في هذا الصّدد.[1]

(1) حسام الدين الأهواني: المرجع السابق، ص 122. وانظر: سميرة عايد الديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1999، ص 152.

ويضيف جانب آخر من الفقه أنه لا يجب أن يكون هناك استثناء في حظر انتهاك جسم الصغير، ونقل جزء منه ولو كان ذلك لمصلحة أحد إخوته وبقصد العلاج، تبعاً لمبدأ معصومية جسد الصغير. كما أن ذلك لا يبرّر بأي وجه قيام الممثل القانوني بتقديم موافقته على انتزاع جزء من جسم القاصر، ذلك أن هذا التصرف من جانبه ينطوي وبحق على تناقض واضح بين ما تفرضه وتتطلبه الولاية والوصاية من الحرص على حماية القاصر والحفاظ على مصالحه[1]، وبين الإذن والموافقة على استقطاع جزء أو عضو من جسده دون أن تكون له مصلحة علاجية نافعة.[2]

وقد كان لهذا التوجه الفقهي صدىً كبيرٌ وتأثيرٌ، إذ لقي قبولاً لدى بعض التشريعات بما فيها الحديثة جداً. فحظرت بعض تشريعات دول أمريكا اللاتينية كالمكسيك وبوليفيا نقل الأعضاء من القصَّر ومن في حكمهم من أصحاب العاهات العقلية والمساجين، بل وحتى النساء الحوامل، إذ افترض القانون في هؤلاء جميعاً

(1) طبقا لما نصت عليه المادة 1/88 من قانون الأسرة الجزائري: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام».

(2) أنظر: الشيخ محمد متولي الشعراوي: «الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها»، مقال منشور في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، (27 جمادى الثانية 1407هـ)، مصر، ص 8. الشيخ عبد الله بن الصديق الغماري من علماء الأزهر المعاصرين: تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، دار مصر للطباعة، مصر، بدون تاريخ، ص 25. محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار العلوم، بيروت، 1408هـ/ 1988م، ص 67. عبد السلام عبد الرحيم السكري: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، 1988، ص –142 160. وقد خلص في مؤلفه هذا إلى تحريم نقل الأعضاء مطلقا. عبد الرحمن بن حسن النفيسة: مدى حق الإنسان في التصرف في جسده، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني والثمانون، السنة الحادية والعشرون، (محرم، صفر، ربيع الأول 1430هـ/ مارس، أبريل، مايو 2009م)، الرياض، ص 374. حيث أجاز التبرع للوالدين أو الأقارب دون غيرهم من باب البر الذي أمر الله به، في حين أجاز نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان. قارن بحثه: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الأربعون، السنة العاشرة، (رجب، شعبان، رمضان 1419هـ/ نوفمبر، ديسمبر، يناير، –98 1999م)، الرياض، ص 214، 215. الشيخ علي بن حسن السقاف القرشي الحسيني: الامتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، الأردن، 1409هـ/1989م، ص 37–32. إدريس عبد الجواد عبد الله: الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 137.

Voir aussi: J.B.Grenouilleau: Commentaire de la loi n° 76- 1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes, Recueil Dalloz Sirey, 1977, p 215, 216. Jean Penneau: La responsabilité médicale, éd. Sirey, Paris, 1977, p 15. Paul Julien .Doll: Op. Cit, p 77, 104

عدم القدرة على اتخاذ قرارٍ واعٍ ومدركٍ لكافة العواقب المترتبة على عملية التبرع بالعضو.[1]

أما على المستوى الإقليمي فقد نصَّت المادة الثانية من القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية لعام 1986 على أنه: «يجوز للشخص أن يتبرَّع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه، ويشترط في المتبرِّع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً وأن يكون التبرع (أو الوصية) صادراً بموجب إقرارٍ كتابي موقعٍ منه بذلك». كما نصت المادة الثالثة من القانون نفسه على أنه: «لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة، حتى ولو كان ذلك بموافقة المتبرع». وتبعاً لذلك سايرت عدّة تشريعات عربية هذا التوجه، إذ نجد التشريع الإماراتي[2] الذي حظر نقل الأعضاء من القصّر سواء أكان ذلك حال الحياة أو بعد الوفاة، حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى منه: «يجوز للشخص أن يتبرّع أو يوصي بأخذ أعضاء جسمه ويشترط في المتبرِّع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً،...». الأمر الذي يوحي بمدى اعتماد التشريع الإماراتي على شرط اكتمال الأهلية في من يتبرّع أو يوصي بجزء من جسمه، دون أن يقيّد ذلك بأي استثناء على هذا الشرط، يمكن من خلاله القول بجواز نقل الأعضاء من القصّر ولو كان ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت ومهما كان العضو المراد نقله.[3]

من جهته منع التشريع المصري بموجب القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية[4]، أي استقطاعٍ أو نقلٍ لأي عضو من القاصر إلى غيره ولو

(1) Susan Scholle Connor, Herman L.Fuenzalida Puelma: Biothics Issues and Per- - spectives Scientific Publication N° 527, Pan American Health Organization (PAHO), .Washington , D.C, USA, 1990, p 67, 72

(2) القانون الاتحادي رقم (15) لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الثاني، تموز1998، ص 403، 405.

(3) جاسم علي سالم: نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني، 1995، ص 275.

(4) قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المؤرخ في 27 فبراير 2010 . الجريدة الرسمية العدد 9 مكرر، الصادرة في 6 مارس 2010.

كان أحد الوالدين أو الإخوة، إلا فيما يتعلق بالخلايا الأم. وفي هذا نصت المادة 05/2 منه: «ولا يقبل التبرع من طفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً».

وهكذا نجد التشريع المصري قد شدّد على مسألة عدم جواز الانتزاع من الأطفال ناقصي الأهلية، باستثناء خلايا الجسم الأصلية أو ما يسمى بخلايا الأم. طبقاً لنص المادة 05/03 : «ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو ممن له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها».

ومن هذه التشريعات كذلك نجد قانون الصحة الجزائري في مادته رقم 163 السالف الإشارة إليه، على الرغم من تعارضها الواضح مع نص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب. وكذا المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية في البحرين في مادته الثانية.

الفرع الثاني
الاتجاه الذي يجيز نقل الأعضاء من القصر

يشكل الرأي الذي يرى جواز استقطاع الأعضاء من القصّر الاتجاه الراجح لدى كل من التشريع والفقه. إذ يبرّر أصحاب هذا التوجّه موقفهم بحجة أن مثل هذه العمليات منوطة بجملة من الشروط والضوابط القانونية التي من شأنها أن تبدّد كل المخاوف أو المخاطر المحتملة لمثل هذه العمليات[1]. ولعلنا نشير ولو باختصار لهذه الشروط والضوابط على النحو التالي:

– أن يكون الاستقطاع من القاصر بموافقة ممثله القانوني ولياً كان أو وصياً: وفقا لما نصت عليه صراحة المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري السالف الإشارة إليها، وكذا المادتين 44 و52 من نفس المرسوم. وقد تبنَّت هذا الشرط عدة تشريعات أخرى منها القانون الفرنسي رقم 94–654 لسنة 1994 المتعلق باستئصال واستعمال مكونات ومشتقات الجسم البشري في مادته الخامسة، وكذا المادة 671/4 من قانون الصحة الفرنسي[2]. وكذا قانون الآداب الطبية اللبناني من خلال المادتين 30/3 و31[3]. إضافة إلى نص المادة 31 من القانون السوري رقم 31 لسنة 1972 المتعلق بالصحة المعدل بالقانون رقم 43 لسنة 1986، والقانون رقم 30 لسنة 2003.

(1) من هؤلاء على سبيل المثال: أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 86. مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 137. مصطفى عبد الحميد عدوي: حق المريض في قبول أو رفض العلاج – دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 1992، ص 128 وما بعدها. رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 222.

(2) Voir aussi: Paul Julien Doll: Op. Cit, p 75.
- «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 671-4.

(3) القانون اللبناني رقم 288 المؤرخ في 22 شباط (فبراير) 1994، المتعلق بالآداب الطبية، ج.ر رقم 09، الصادرة في 3 آذار (مارس) 1994.

– أن يكون التبرُّع من القاصر لشقيقه أو شقيقته سواء كانوا بالغين أم لا دون غيرهما، وذلك للتقارب الجيني بين الإخوة وتماثل أنسجتهم، وهذا ما نصت عليه المادة 2 من القانون السوري المتعلق بالصحة وكذا المادة 3 –1231 L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

– أن يقتصر الاستقطاع من القاصر على الأنسجة المتجدّدة دون غيرها من الأعضاء أو الأجزاء التي متى انفصلت عن الجسم، فإنه لا يمكن استبدالها أو تجدّدها تلقائيا. وهذا ما أكده المبدأ الرابع من التقرير الصادر عن منظمة الصحة العالمية الخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية O.M.S في 13 مايو 1999[1]، بقصره الاستقطاع من القاصر على الأنسجة المتجددة فقط. أما القانون الفرنسي رقم 94–654 الصادر سنة 1994، فقد قصر الاستقطاع من القاصر على النخاع (الشوكي) العظمي (Moelle Osseuse) دون غيره من أجزاء الجسم، طبقاً لنص المادة 4–671 L .

– أن ترخّص باستقطاع النخاع العظمي بعد توافر الشروط التي ذكرناها، طبقاً لنص المادة 6 et 5 –671 L لجنة تتكوَّن من ثلاثة أعضاء معينين بموجب قرار من وزير الصحة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، عضوان منهم طبيبان لا تقل مدة خدمتهما عن عشرين سنة، أحدهما مختص في طب الأطفال. وتعتبر هذه اللجنة بمثابة جهة قضائية تصدر قرارها بعد فحص ودراسة جميع النتائج المحتملة للاستئصال، سواء من الناحية العضوية أو النفسية.[2]

(1) Guiding Principle n°4 of human organ transplantation report, A report on developments under the auspices of who (1987- 1991), world health organization, Geneva, 1991, p 08.

(2) أنظر: سميرة عايد الديات: المرجع السابق، ص 146.
Christian Byk: Transplantation D>Organes et droit, Un greffe Réussi, J.C.P, N° 23 du 04/06/1997, p 247.

الفرع الثالث

موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

تعرّضنا فيما سبق لبيان الاختلاف التشريعي والفقهي القانوني بشأن جواز استقطاع الأعضاء من الأطفال ناقصي الأهلية من عدمه، ورأينا مواقف كثير من التشريعات العربية والغربية وتبريراتها. أما إذا عدنا لموقف التشريع الجزائري فنجده ينطوي على كثير من الغموض والنقص والتردّد أو التناقض، وقبل التطرق إليه نتناول موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة.

– **أولاً– موقف الشريعة الإسلامية:** يظهر لنا من خلال ما تطرَّقنا إليه في المبحث الأول أن الشريعة الإسلامية تشترط أهلية وبلوغ الشخص المتبرِّع، وبذلك تتفق جُلُّ التشريعات الحديثة، ويكاد ينعقد الفقه الشرعي والقانوني كما أشرنا إلى ذلك سابقاً حول رأي الشريعة الإسلامية في ضرورة توافر أهلية المتبرِّع. أما بالنسبة للقاصر غير البالغ – بغض النظر عن مسألة البلوغ في حدِّ ذاتها، فإن مسألة موافقة الممثل الشرعي للقاصر محل نظر وتمحيص. إذ يرى غالب الفقه الإسلامي أنه لا يعتدّ بإذن ولا بموافقة الممثل الشرعي سواء كان ولياً أو وصياً، فقد ذكر عميد كلية الشريعة بالأزهر في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي أن إذن الولي في استقطاع عضو من أعضاء من تحت ولايته لا قيمة له [1]. كما أكد هذا الرأي الشيخ عصمت الله عناية الله لاعتباره أن رضا الولي في استقطاع جزء من القاصر والمجنون لا قيمة له، لأن الولي أو الوصي إنما يقوم على رعاية مصالح وليه، ونقل العضو منه لا ينطوي على أدنى مصلحة له، فيخرج بذلك عن حدود الولاية [2]. وفي نفس السياق يتساءل الطبيب

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، الدورة الرابعة لسنة 1408 هـ، السعودية، ص 216. وانظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة رقم 1 في مادته الثانية الصادر في الدورة الرابعة المنعقدة بجدة بتاريخ 18–1408/6/23هـ الموافق 6–1988/2/11م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية.

(2) عصمت الله عناية الله: الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1408 هـ، ص 123، 124.

والباحث الشرعي المتخصص محمد علي البار عن مدى أحقية ولي أمر الطفل في التبرع بأحد أعضائه ولو كان ذلك لإنقاذ حياة أخيه، وهكذا تعتبر موافقة الولي لاغية ولا قيمة لها.[1]

من جهة أخرى يرى جانب آخر من الفقه الإسلامي أنه لا يحق للأولياء الموافقة على الاستقطاع من جسم القاصر أو من في حكمه ممن هم تحت ولايتهم، مالم يتعلق الأمر باستقطاع عضو من أحدهم لزرعه في جسم أحد أشقائه أو شقيقاته [2]. وهو نفس التوجه الذي سارت عليه بعض التشريعات كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

ولعلّ لهذا الرأي سند فيما ذهب إليه، ذلك أن الأصل الذي يجري عليه الحنفية وهو أن الأطراف (أعضاء الجسم) يُسلك بها مسلك الأموال، يقتضي أن يكون للوصي حق التصرف في أطراف من هو تحت وصايته [3]، حيث للوصي الحق في استيفاء القصاص فيما دون النفس نيابة عن الموصى عليه، لأن القصاص ينزل منزلة التصرف في الأموال.[4]

هذا ولم أصل بعد الاطلاع والبحث إلى ما يشفي الغليل في هذه المسألة الدقيقة، ذلك أن الأمر عندي يحتاج إلى مزيد من البحث والتمحيص والترجيح بين أدلة المجيزين وأدلة المانعين، وذاك ليس من اختصاصي وإنما من اختصاص أهل العلم والفقه بدين

(1) محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، جدة، 1416هـ/ 1995م، ص 83، 95. وانظر كذلك: محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد الأول، مارس 1978، الكويت،ص 37. أحمد إبراهيم: مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1368هـ، مصر، ص 47، 51. جاسم علي سالم: المرجع السابق، ص 277.

(2) أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 137، 138. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: ضوابط نقل الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية– دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000،ص 27.

(3) انظر: أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: المبسوط ، الجزء الخامس والعشرون، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ، ص 161. محمد أمين بن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (المسمى حاشية ابن عابدين)، الجزء الخامس، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1399هـ، ص 377.

(4) ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1340هـ، ص 263. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/ 1997م، ص 297.

الله ومقاصده وأحوال الناس.

– **ثانياً– موقف التشريع الجزائري:** يظهر لنا من خلال استقراء نصوص القانون الجزائري، أنها جاءت متناقضة منطوية على فراغ تشريعي فيما يتعلّق بأحكام الأهلية بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء، فبداية لم تحدد لنا نصوص قانون حماية الصحة، المواد 154، 163، 166، ولا نصوص مدونة أخلاقيات الطب، لاسيما المواد 34، 44، 52 ما هو سن الأهلية القانونية للقيام بالتصرفات الماسة بالجسم أو ما يسمى بالأهلية الصحية (سن الرشد الصحي)، اللهم إلا ما تعلق بالفحص أو الاستشفاء الإجباري في الأمراض العقلية حيث حدَّد ذلك بـ 16 سنة [1]. على خلاف كثير من التشريعات الصحية التي حدّدت سن الرشد للقيام بالتصرفات في المجال الطبي [2]، ما يشكل فراغاً تشريعياً في هذا المجال، لاسيما وأن الأمر يتعلق هنا بالتصرفات الواردة على جسم الإنسان ذات الأهمية البالغة والخطورة المعتبرة في نفس الوقت. الأمر الذي يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وتطبيق نص المادة 40 التي تحدّد سن الرّشد بـ 19 سنة. غير أن هذا الطرح مردود وغير مستساغ، ذلك أن فقهاء القانون المدني قد أخرجوا جسم الإنسان من دائرة المعاملات[3]، وهم بمسلكهم هذا قد اقتدوا بالفقه الإسلامي قديماً وحديثاً في اعتبار الإنسان مكرّماً يخرج عن نطاق المعاملات لأنه ليس كالأشياء.

من جهة أخرى يظهر لنا من استقراء نص المادة 163 من قانون حماية الصحة أن التشريع الجزائري يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصّر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز. وبهذا يكون قد رسم له موقفاً لا يجيز نقل الأنسجة والأعضاء من ناقصي الأهلية، تماشياً مع بعض التشريعات الأخرى التي كرّست حماية مطلقة

(1)طبقا لما نصت عليه المادة 136 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(2) انظر مثلا قانون الأسرة البريطاني في مادته الثامنة لسنة 1969. والتشريع السويدي.

(3) انظر على سبيل المثال: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 06. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 14.

لناقصي الأهلية [1]. وفي هذا تناقض صارخ مع نص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب، التي تجيز ذلك بموافقة الممثل الشرعي.

وعليه يطرح موضوع نقص الأهلية لصغر السن إشكالاً عند التمييز بين القاصر المميِّز والقاصر غير المميِّز. إذ بالنظر إلى أحكام القانون المدني وقانون الأسرة المشار إليهما سابقاً، تكون تصرّفات القاصر المميز نافذةً متى كانت نافعةً له نفعاً محضاً، وباطلةً متى كانت ضارةً به ضرراً محضاً. فهل تنطبق هذه الأحكام على التصرفات التي يقوم بها القاصر المميّز بشأن التدخلات الطبية. لاشك أن الأمر لا يثير أدنى مشكلة بالنسبة للقاصر المتلقي (المستفيد)، باعتبار نقل عضو أو نسيج غالباً ما يكون نافعاً له، ما لم تفشل العملية. أما بشأن ناقص الأهلية المتبرِّع فلا شك أن التصرف ضار به ضرراً محضاً من وجهين. الوجه الأول قانوني وهو اعتبار التصرف بالنسبة إليه عقد هبة من عقود التبرع التي يشترط فيها اكتمال الأهلية. أما الوجه الثاني فهو طبي تقني، إذ لاشك أن ناقص الأهلية في غنى تام عن انتزاع أي عضوٍ أو نسيجٍ منه وليس في حاجة إلى ذلك، بل إن مثل هذا التدخل قد يؤثر على صحته ويعرّضها للخطر.

هذا الوضع يدفعنا للقول بموافقة الممثل الشرعي لناقص الأهلية مثلما نصت عليه المادتان 154، 3/166 من قانون حماية الصحة، وكذا المواد 34، 44، 52 من مدونة أخلاقيات الطب. باعتبارها تستلزم ضرورة موافقة الممثل الشرعي ولياً كان أو وصياً في حالة الاستقطاع من ناقص الأهلية. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن الأساس القانوني الذي أجاز من خلاله التشريع الجزائري الأخذ بموافقة الممثل الشرعي في استقطاع أعضاء القاصر؟ كما يدفعنا للتساؤل والاستيضاح بشأن التناقض بين نصوص قانون الصحة في حدِّ ذاته من جهة أخرى؟

(1) انظر على سبيل المثال: القانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم (15) لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الثاني، تموز1998، ص 403، 405. القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المؤرخ في 27 فبراير 2010 . الجريدة الرسمية العدد 9 مكرر، الصادرة في 6 مارس 2010.

لاشك أن التشريع الجزائري بَنَى إجازته للممثل الشرعي الموافقة على الاستقطاع على القواعد العامة المقررة في نص المادة 81 من قانون الأسرة [1]، بناء على مبدأ ضرورة حرص الولي أو الوصي أو حتى المقدم على حماية ناقص الأهلية ورعاية مصالحه، وذلك بافتراض تصرفهما تصرف الرجل الحريص. لاسيما أن الفقرة الثانية من المادة 88، وكذا المادتين 95 و100 من قانون الأسرة تلزمهما باستئذان القاضي في بعض التصرفات المهمة المنصوص عليها في هذه الفقرة. وعلى ذلك فهل يعقل أن الولي أو الوصي الذي يوافق على استقطاع عضو أو نسيج من ناقص الأهلية السليم المعافى، والتبرع بها لشخص آخر أجنبي عنه، فيه حرص منه ولو على أدنى مصلحة لهذا القاصر؟ فضلا عن ذلك هل تعتبر الأمور المالية طبقا للمادة 2/88 من قانون الأسرة في نظر التشريع الجزائري أهم من صحة ناقص الأهلية والمحافظة على تكامله الجسدي، حتى ينظم أحكام المسألة الأولى ويحرص على ضرورة استئذان القاضي بشأنها، ويغفل عن مثل هذا الاستئذان بالنسبة لمسائل تبرع ناقص الأهلية بالأعضاء، بل وعن تنظيم وضبط المسألة بكاملها؟

كما أنه ومن وجه آخر،بالرجوع إلى قانون العقوبات من خلال مادته 49، نجدها قد حددت أهلية المسؤولية الجنائية في حدود ثلاث عشرة 13 سنة [2] – على رغم أن هذه السن تبدو منخفضة كثيراً مقارنةً مع غالبية التشريعات الأخرى، التي أعطت حماية أكبر ورعاية أفضل للقصّر من خلال رفع السن القانوني للمسؤولية الجنائية. قلت: هل من المنطق والانسجام أن يكون الشخص البالغ 13 سنة أهلاً للمسؤولية الجنائية ولو كانت مسؤوليةً مخففةً ووفقاً لإجراءات وتدابير معينة، وفي نفس الوقت ليست له القدرة ولا يملك التصرّف في جسده؟ والذي قد يكون في بعض الأحيان يشكل جريمة في حد ذاته.

(1) تنص المادة 81 على أنه: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً.. ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».

(2) تنص المادة 49 من قانون العقوبات المعدل والمتمم: «لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية، ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلاً إلا للتوبيخ. ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه ما بين 13 و18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة».

إنه وعلى الرغم من هذه الإشكالات والتناقضات، فإن المسألة الأبرز والإشكال الجوهري في رأينا يظهر بشكلٍ حادٍ من خلال نص المادتين 154/1 من قانون حماية الصحة، والمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب [1]. إذ يتضح من النصين عدم وجود أي استثناء يمنح للقاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الطبية كيفما كانت، فضلاً عن عمليات استقطاع ونقل الأعضاء، من دون موافقة الممثل الشرعي. وهذا لاشك أنه إفراط في حماية القاصر المميز بدون مبرّر. بل إن التشريع قد بالغ في الحماية المقرّرة لهذه الفئة بأن ألزم الطبيب المعالج بجعل مصلحة القاصر الصحية فوق كل اعتبار إذا لاحظ أثناء علاجه للقاصر أن محيطه الأسري لا يوليها التفهم اللائق ولا العناية المعتبرة [2]. كما أن الطبيب ملزم من جهة أخرى بإخطار السلطات المعنية متى لاحظ أثناء علاجه لأحدهم أنه: «ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان ...». [3]

إن هذا الإفراط المبالغ فيه في حماية ناقص الأهلية، لا يتماشى بتاتاً والواقع العملي بالنسبة للأطباء. فقد جرت العادة في الممارسات الطبية اليومية على معالجة القصّر مميزين كانوا أم عديمي التمييز، بناء على موافقتهم الشخصية فقط من دون أي موافقة أخرى من ممثليهم، سواء بالنسبة لمداواة بعض الجروح، أو علاج الأسنان أو حتى انتزاعها، أو علاج بعض الأمراض كالحمى والزكام وأمراض الجلد أو الكسور ... وغيرها، فضلا عن وصف العلاج والأدوية لها. وهذا لاشك أنه من حيث المبدأ ورجوعا عند النصوص القانونية يشكل مخالفة للتشريعات الجزائرية المتعلقة بالصحة في هذا الشأن، باعتبارها تشترط موافقة الممثل الشرعي قبل مباشرة العلاج ما لم تكن هنالك حالة استعجال. بل إن الأمر قد ينجم عنه قيام مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية وحتى التأديبية لمجرّد مساسه بجسم القاصر وإلحاق الضرر به.

---

(1) تنص المادة 154/1: «يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخوّلهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك». في حين تنص المادة 52: «يتعيّن على الطبيب أو جرّاح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم».

(2) طبقا لما نصت عليه المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب.

إن هذا الواقع أو الوضع الذي آل إليه التنظيم القانوني لأحكام الأهلية قد انتهى إلى طريق مسدود، وبهذا يتضح لنا التأخر والفراغ الكبيرين الذين يعاني منهما التشريع الجزائري في هذا المجال، ونقول بأنه فراغٌ وليس سُكوتا لأن السلطة التشريعية نصت صراحةً على وجوب الحصول على موافقة الممثل القانوني قبل مباشرة أي تدخل طبي ومهما كان على القاصر. ولا يمكن في اعتقادنا أن نفهم من هذا التوجّه ضرورة الرجوع إلى النصوص العامة الواردة في القانون المدني أو قانون الأسرة، على أساس أن المبدأ أو القاعدة تقضي بأن «النص الخاص يقيّد النص العام».

أضف إلى ذلك أن التدخل الطبي النافع (بالنسبة للقاصر المتلقي) لا يطرح أي إشكال كما ذكرنا سابقا، مادام أنه وافق على تصرف نافع له نفعاً محضاً وتحققت مصلحته. لكن ما الفائدة من إبطال تصرف كان برضا القاصر إذا طبقنا افتراضياً حكم المادة 83 من قانون الأسرة، بل وحتى نص المادتين 99 و101 من القانون المدني، بعد أن يتحقق الضرر فعلاً نتيجة التدخل الطبي الذي اعتبره الطبيب في مصلحة القاصر، بمعنى آخر إذا كان بالإمكان إبطال العقد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بشأن التصرفات المالية الضارة ضرراً محضاً أو تلك الدائرة بين النفع والضرر، فإن الأمر ليس ممكناً في المجال الطبي بعد تحقق الضرر على جسم القاصر.

المطلب الثاني
المسؤولية القانونية للطبيب في
عمليات نقل وزرع أعضاء ناقصي الأهلية

بيّنا فيما سبق أهمية الأهلية القانونية ودورها المعتبر في إجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء لاسيما بالنسبة للشخص المتبرع، ولاشك أن ذلك يعتبر أمراً منطقياً ومشروعاً. إذ إن الحصول على موافقة الشخص المتبرع ورضاه باستقطاع جزء من جسده يقتضي بالضرورة إعلامه بهذه العملية وتبصيره بكافة آثارها ومخاطرها، فضلاً عن تبصير المريض المتلقي. وعلى ذلك يعتبر من المبادئ المستقر عليها حالياً في القانون الطبي لدى رجال القانون وأهل الطب ضرورة الحصول على الرضا المستنير أو المتبصر قبل مباشرة التدخل الطبي [1]. ويتأكد هذا المبدأ وتزداد أهمية هذا الشرط في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، ذلك أن المتبرّع بالعضو إنما يعرّض سلامته الجسدية للأخطار من باب الإيثار لفائدة الغير. مما يقتضي صدور رضاه عن إرادة حرة وواعية وعن إدراك وبصيرة، دون إكراه أو تدليس وبعيداً عن كل ضغط نفسي أو عاطفي أو حتى عائلي.

وهكذا يتضح مما سبق أن مسؤولية الطبيب القانونية جنائية كانت أم مدنية أم تأديبية تنهض متى قام بإجراء عملية استقطاع أو زرع لعضو ما دون إعلام للمتبرع والمتلقي معاً، أو دون الحصول على رضاهما المعتبر، أو أنه قام بمثل هذه العمليات دون مراعاة لاكتمال أهليتهما ومن دون الحصول على إذن وموافقة الممثل الشرعي لهما في غير حالات الاستعجال أو الضرورة. تلك هي باختصار الحالات أو المسائل القانونية التي تقيِّم مسؤولية الطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء بالنسبة للقصّر.

(1) انظر في ذلك: عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص 177. سعيد سعد عبد السلام: الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، درا النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 136. وكتابه: مشروعية التصرف في جسم الآدمي– دراسة فقهية مقارنة، مطبعة الجامعة، مصر، 1996، ص91–94 . جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 328 وما بعدها

الفرع الأول

المسؤولية عن الإخلال بإعلام طرفي العلاقة

تتحقق مسؤولية الطبيب طبقاً لنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب وكذا المادة 2/162 متى أغفل أو تجاهل تبصير كلٍ من المتبرّع والمريض بالمعلومات الكافية حول عملية النقل بالنسبة للأول والزرع بالنسبة للثاني [1]. وفي نفس السياق أكدت على أن الالتزام بالتبصير يُعدّ مظهراً جوهرياً في العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض كل من المواد 34، 35 و40 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي الصادر سنة 1995، والمادة 1111 من الفقرة الأولى إلى التاسعة من القانون المتعلق بحقوق المرضى. وكذا نص المادة الثانية من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني.[2]

وتأسيساً على ما سبق يجب أن ينطوي إعلام الطبيب على المعلومات الجوهرية التي تجعل المتبرع مدركاً لأهمية وخطورة العملية ضمن خطوطها الرئيسية بطريقة متدرجة ومتسلسلة، صادقة وصحيحة، عقلانية ومبسّطة، بعيدة عن كل تعقيد أو تفصيل لمعلومات تقنية لا يفهمها المريض [3]. وعلى ذلك يجب أن يشتمل الإعلام

(1) تنص المادة 43: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي».

(2) المرسوم الفرنسي رقم 95–1000 المؤرخ في 6 سبتمبر 1995 المتضمن قانون أخلاقيات الطب. القانون رقم303–2002 الصادر بتاريخ 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى. قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني الصادر في 11 فبراير 2004.

(3) François Chabas: L'obligation médicale d'information en danger, Revue « con- - trats - concurrence - consommation», Editions du juris - classeur, Mai 2000, France, p 09. Angelo Castelletta: Responsabilité médicale – droit des malades, .Dalloz, Paris, 2002, p 77

وانظر كذلك: سامي بديع منصور: المسؤولية المدنية (القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود) تقارب أم تباعد؟، مجلة العدل، العدد الأول، 2005، لبنان، ص 52.

على العناصر التي حددتها التشريعات الصحية في مختلف الدول، لاسيما التشريع الفرنسي المتعلق بحقوق المرضى في مادته 2/1111.[1]

وتتمثل مشتملات أو عناصر الإعلام عموما[2] فيما يلي: أن يتضمن بيان حالة المريض الصحية وتطورها المتوقع والمنتظر وتشخيص المرض – تشخيص ووصف لحالته وسير التحاليل والكشوف الطبية – طبيعة العلاج المقترح – هدف العلاج ومنافعه أو فوائده – نتائج التدخل أو العلاج والأضرار المترتبة عنه – تعقيدات التدخل أو العلاج ومخاطره المحتملة – مراعاة الاحتياطات العامة والخاصة للمريض – البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى – أثار رفض العلاج أو البقاء بدونه.

ونشير في الأخير أنه ليس هناك أي سبب قانوني يسمح للطبيب بالتستر على المعلومات الخطيرة خشية إحجام المتبرع عن الموافقة، لأنه ليس مريضاً ولا يخشى على صحته إذا ما رفض التدخل الطبي[3]. كما أن الإعلام بحسب رأينا لا يقتصر فقط على الأخطار المترتبة على عملية الاقتطاع فحسب، وإنما يشمل الحياة الطبيعية للمتبرع بعد العملية من حيث قدرته على ممارسة أعماله والقيام بواجباته المختلفة من الناحية الاجتماعية والاقتصادية.

وهكذا يتحقق خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته القانونية إذا لم يراعِ توافر رضاء كل من المتبرع والمريض المتلقي. بل وأكثر من ذلك حتى ولو وُجِد هذا الرضا، غير أنه لم

---

(1) - La loi n° 2002- 303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. J.O n° 5 (mars 2002). Voir: ANAES (Agence nationale d>accréditation et d>évaluation en santé): L>information du malade: recommandation de l>ANAES aux médecins, www.anaes.fr , Mis à jour le 15/11/2006.

(2) لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع راجع: بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض – دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والثلاثون (محرم 1432هـ/ ديسمبر 2010م)، الكويت، ص 282 – 285. بن صغير مراد: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر، عمان (الأردن)، 2015، ص 322، –348 349.

(3) حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص 113. إيهاب يسر أنور علي: المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، مصر،1994، ص 131.

يكن حراً ومستنيراً، أي صريحاً ومتبصراً [1]، كان تصرف الطبيب مَعيبا، مما يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته عن الأضرار المترتبة. إذ يتعين على الطبيب تبصير كل من المريض المُتلقِي ولاسيّما المتبرّع بأهمية العضو المراد استقطاعه، ومدى نسبة احتمال نجاح العملية من فشلها، وطبيعة الآثار والنتائج المترتبة عن الاستقطاع والزّرع معا.

كما استقر رأي القضاء ولاسيما الفرنسي منه، على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال والزّرع أو بعد إجرائها يُعتبر أمراً ضرورياً، وأي إهمال من الطبيب لمثل هذه الفحوص يشكل خطأ من جانبه يُقيم مسؤوليته.[2]

وبناء على ما سبق ذكره تتأكّد مسؤولية الطبيب باختصار بحسب الأحوال جنائية كانت أو مدنية متى أخلّ الطبيب كليّة بالتزامه بإعلام المتبرّع والمتلقي بظروف ومخاطر وآثار عملية النقل والزرع، أو كان الإعلام غير كافٍ أو غير مفهومٍ (غير مستنير)، أو كان هذا الإعلام في وقت متأخر أو غير مناسب.

(1) - Marc Sabek: Les responsabilités du chirurgien- dentiste, éd les études hospitalières, Bordeaux (France), 2003, p 42- 45.

Voir aussi: Jean Guigue: Responsabilité civile du médecin- devoir d'information, Gaz. Pal, 124eme année, n° 107à 108, 16 et 17 avril 2004, paris, p 17 et 18.

وانظر: إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 30.

(2) أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 27.

الفرع الثاني

مسؤولية الطبيب عن تخلف رضا المتبرع والمتلقي

يعتبر موضوع الحصول على رضا Le consentement المريض وموافقته من المواضيع الحسّاسة والمهمة في مجال المسؤولية الطبية. ذلك أن التصرفات القانونية لا يعتد بها إلا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية متبصر بما يُقبل عليه. فكيف ونحن في حالة التبرّع بالعضو أو المرض الذي يعاني منه المريض بالدرجة الأولى؟

ولقد استقر الرأي فقهاً وقضاءً [1] على ضرورة رضا المريض الحر أثناء العلاج، وكرّست هذا المبدأ الفتاوى والتشريعات الصادرة في هذا الصدد كما ذكرنا ذلك سابقاً، في غير حالة الضرورة العاجلة في كل عمل طبي أو جراحي على درجة معينة من الخطورة، باعتبار الرضا أساس كل تدخل طبي مهما وكيفما كان، إذ لا يجوز للطبيب مباشرة أي تدخل طبي دون رضا المريض وموافقته. فهو بهذا المعنى يعد مبدأ أساسياً وجوهرياً في علاقة الطبيب بالمريض. تترتب عنه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون الحصول على الرضا اللازم [2]. إذ عدم الحصول على هذا الرضا يشكل خطأً طبياً مهنياً منذ البداية بغض النظر عن النتائج المترتبة عن ذلك.

فالرضا إذن بمفهومه هذا أمر بدهي يشترط توافره كي يسبغ على النشاط الطبي مشروعيته، إذ إن كل عمل طبي يجري على مريض معين لابد من حصول

---

(1) مجدي حسن خليل: مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 38. محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 151.
Voir les arrêts suivant : Cass. 1er civ : 28/12/1954, DALLOZ, 1955- I – 296. Cass. 1er civ : 17/02/1998, Bull.civ.I, N° 67; J.C.P 1998,IV, p 1811. Cass. 1er civ : 09/10/2001, Gaz.pal, N° 329 à 331, 25 au 27 Novembre 2001.Cour d'appel Paris (1re CH.B) : 06/11/2003 , Gaz.pal, N° 107 à 108, 16, 17 Avril 2004.

(2) بن صغير مراد: مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، العدد الخامس عشر، 2010، الجامعة الإفريقية– أدرار، ص 23. وانظر: منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة (يونيو 1981)، الكويت، ص 18–20.

رضاه في غير حالات الضرورة العاجلة، وذلك قبل البدء بهذا العمل الطبي. وقد أكد المشرِّع الجزائري هذا المعنى في نص المادتين 42 و44 من مدونة أخلاقيات الطب.[1]

وغني عن البيان أن الرضا يتأكّد توافره بصفة أخص في عمليات نقل وزرع الأعضاء، بحيث يقبل المتبرع بمحض إرادته الحرة والواعية وبموافقته المستنيرة على استقطاع عضو من جسمه. غير أن الإشكال يثور كما ذكرنا بشأن القاصر ناقص الأهلية. ذلك أنه من الشروط الأساسية للاعتداد بموافقة المتبرِّع أن تكون صادرة عن إرادة حرة، ولا تكون كذلك إلا إذا توافر فيها شرطان: أولهما كمال أهلية الشخص الملتزم بالموافقة. والثاني سلامة إرادة المتبرع من عيوب الإرادة طبقاً لما نص عليه القانون [2]. الأمر الذي جعل التشريع الجزائري يحيل الطبيب إلى الممثل القانوني لناقص الأهلية للحصول على رضاه وإذنه. إذ إن أي إخلال بهذا الالتزام في غير حالات الضرورة أو الاستعجال يوجب المسؤولية القانونية بأنواعها للطبيب.

(1) تنص المادة 42 على :« للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا وأن يفرض احترامه. وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض». وتنص المادة 44 على :« يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون».

(2) طبقا لما نصت عليه المواد من 78 إلى 91 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث

مسؤولية الطبيب عن تخلف

الأهلية الكاملة للمتبرع والمتلقي القاصرين

انطلاقاً من الجمع بين نص المادتين 163 من قانون حماية الصحة، و 52 من مدونة أخلاقيات الطب، يتضح لنا بشكل جليّ أن الطبيب متى أجرى عملية استقطاع عضوٍ من ناقص الأهلية ولو بموافقة الممثل الشرعي، فإن ذلك يعتبر سبباً كافياً لانعقاد مسؤوليته القانونية. ولاشك أن رغبة التشريع الجزائري وقصده من خلال بقية النصوص القانونية الأخرى في قانوني الصحة وأخلاقيات الطب تؤيدان هذا التوجه وتعتنقان هذا المسار.

فالمادة 163 صريحة جداً في عدم إجازتها للطبيب القيام بأي عملية استقطاع لأي عضو من القصّر، ولم تتضمن أي استثناء يجيز للطبيب مثل هذه العمليات في أحوال معينة أو يعفيه من المسؤولية. من جهة أخرى أكّدت المادة 52 من المدونة أن: «الطبيب لا يجوز له القيام بأي تدخل طبي مهما كان ولو تافهاً – بما فيها من باب أولى عمليات نقل وزرع الأعضاء – إلا بموافقة الممثل الشرعي للقاصر». والنص هذا هو الآخر صريح في لفظه ومعناه.

بناء على ما تقدم نخلص بالقول أنه ليس هناك ما يمنع طبقاً للنصّين السابقين أي وليّ أو ممثل قانوني غير راض عن نتائج التدخل الطبي الذي خضع له من تحت ولايته ولم يُستشر بشأن هذا العلاج، أو لمجرّد أن يخضع من تحت ولايته لاستقطاع عضو من أعضائه أن يتابع الطبيب على أساس إخلاله بهذا الشرط. بل الأكثر من ذلك أن الولي أو الممثل القانوني للقاصر يجوز له رفع دعوى المسؤولية ضد الطبيب دون حاجة لإثبات الخطأ الطبي من جانب الطبيب، بل يكفي مجرد إثباته ضرر القاصر أو استقطاع العضو. وهذا لاشك تأباه قواعد العدالة فضلاً عن المنطق السليم، مما يستدعي ضرورة مراجعة هذه النصوص.

الخاتمة:

تعتبر أحكام الأهلية من المسائل ذات الأهمية البالغة ضمن المنظومة القانونية لمختلف تشريعات الدول، إذ تُراعى القيمة الاستثنائية للأهلية في وضع الأحكام والنصوص القانونية المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين. وتزداد هذه الأهمية والقيمة بصفة أدق بالنسبة للتصرفات الماسة بجسم القاصر ناقص الأهلية، لاسيما منها ما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء. وقد توصلنا من خلال هذا البحث إلى جملة من النتائج نذكر أهمها، ثم نتبعها ببعض التوصيات على النحو التالي:

- أهمية مبدأ معصومية الجسد، والتأكيد على حرمة الإنسان وسلامته باعتبارها من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء، بما يضمن التكامل الجسدي للشخص.
- على رغم الأهمية الخاصة للحق في سلامة الجسم وحرمته في ظل التقدم العلمي وما واكبه من اكتشافات من شأنها أن تؤثر عليه، لاسيما فيما يتعلق بمشروعية المساس أو التصرف فيه من جهة، وكذا النجاح المعتبر الذي حققته عمليات نقل وزرع الأعضاء،كزرع الكلى والكبد والقلب وقرنية العين وغيرها من العمليات الدقيقة والمعقدة غير المألوفة في المجال الطبي من جهة أخرى. فإن هذه العوامل وغيرها ساهمت في تطويع هذا الجسم البشري وجعله محلاً لكثير من التصرفات الاستثنائية الخطيرة. حتى امتد الأمر إلى فئة القُصّر الذين تنقص أهليتهم أو حتى تنعدم.
- المكانة الخاصة والاستثنائية للأهلية في شتى الأحكام والنظم الشرعية والقانونية، إذ أن مناط التكليف الشرعي والقانوني مرتبط باكتمال أهلية الأفراد. وانطلاقاً من هذه الأهمية البالغة للأهلية في المسائل الطبية، لاسيما عمليات نقل وزرع الأعضاء بصفة خاصة، اقتضى الأمر بيان أحوالها ودورها ومدى الاعتداد بها في مختلف تلك العمليات، إضافة إلى بيان الآثار المترتبة عن انعدامها أو نقصها في مثل هذه العمليات.

- اتفاق كافة التشريعات الوضعية مع الشريعة الإسلامية على ضرورة مراعاة الأهلية الكاملة للمتبرع في عمليات نقل وزرع الأعضاء ابتداءً، وانقسامهم بشأن جواز الأخذ بموافقة الممثل الشرعي لناقص الأهلية ولياً كان أو وصياً أو مقدما من عدمه. إذ رأى جانب من الفقه الإسلامي وبعض التشريعات أنه يجوز للممثل القانوني الموافقة على استقطاع عضو من جسد ناقص الأهلية، وإن كانوا قد قيّدوا ذلك بالنسبة للأخ أو الأخت وأن يقتصر على الخلايا المتجددة أو النخاع العظمي. في حين يرى جانب آخر من الفقه وبعض التشريعات منع ذلك بصفة مطلقة.

- القصور والفراغ القانوني الذي يعتري التشريع الجزائري في مجال تنظيمه لعمليات نقل وزرع الأعضاء، وانطوائه على كثير من التناقض والتردّد بشأن الأهلية، بل وعدم تخصيصه لقانون مستقل متعلق بنقل وزرع الأعضاء.

ولعلّ من التوصيات التي نراها مناسبة في هذا الإطار ما يلي :

- ضرورة المبادرة إلى سن قانون مستقل متعلق بنقل وزرع الأعضاء، تراعى فيه الضوابط الشرعية ومسايرة التطورات العلمية في هذا المجال، أو على الأقل تخصيص قسم مفصل وشامل خاص بنقل وزرع الأعضاء ضمن قانون حماية الصحة.

- حتمية مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء من وإلى ناقصي الأهلية، بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، وما يتوافق مع الطبيعة الاستثنائية لهذه الفئة وما تحتاجه من الحماية والرعاية.

- ضرورة التنسيق وتحقيق الانسجام والتكامل بين فروع القانون فيما يتعلق بضبط أحكام ومسائل الأهلية، ومحاولة إيجاد سن قانوني موحد لكافة التصرفات المالية والشخصية، لاسيما بين النصوص المتعلقة بالصحة كقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب، وإزالة التناقض الموجود بينها.

- إعادة النظر في تحديد طبيعة الأعضاء أو الأنسجة التي يجوز لناقص الأهلية التبرع بها، وتحديد طبيعة أو فئة الأشخاص الذين يجوز للقاصر التبرع لهم متى أمكن ذلك.
- إزالة التناقض أو الإشكال الذي يشوب بعض النصوص القانونية لاسيما منها نص المادة 1/154 من قانون حماية الصحة والمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب.
- ضبط أحكام المسؤولية الطبية فيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء عموماً وبالنسبة لناقصي الأهلية خصوصاً، بما يتماشى والواقع العملي وتطور درجة الوعي الاجتماعي والثقافي للأفراد من جهة، وبما يفرضه التقدم العلمي وضرورة الاستفادة من التقنية العلمية من جهة أخرى، بما يضمن للطبيب إبداعه ومساهمته في ممارسته لمهنته النبيلة في ظروف مريحة وملائمة.

قائمة المراجع:

– القرآن الكريم.

– مراجع قانونية وفقهية

- إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصر، القاهرة، 1961.
- العلامة ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، 1317هـ .
- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1340هـ.
- أبي بكر أحمد بن الحسين علي البيهقي: السنن الكبرى، الطبعة الأولى، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1355هـ.
- أبي بكر عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، مصر، بدون تاريخ.
- أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: المبسوط ، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ.
- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1421هـ/ 2000م.

- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، جمع وتصحيح: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ/ 2004م.
- أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي: سنن النسائي، جمع وتصحيح: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ/ 2004م.
- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، دار الفاريابي، المملكة العربية السعودية، 1433هـ/ 2012م.
- أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسبوري المعروف بالحاكم: المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ.
- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة: سنن ابن ماجة، جمع وتصحيح: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ/ 2004م.
- أحمد إبراهيم: الأهلية وعوارضها، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول وما بعده، 1931–1932، مصر.
- أحمد إبراهيم: مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1368هـ، مصر.
- أحمد بن محمد بن حنبل: المسند،الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1398هـ/ 1978م.
- أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، دار الكتب، القاهرة، بدون تاريخ.

- أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، دار الكتب، مصر، 1407هـ/ 1987م.
- أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999.
- أحمد محمود سعد: زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- إدريس عبد الجواد عبد الله: الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- إدريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996.
- إسماعيل حقي البروسوي: تفسير روح البيان، دار الفكر، لبنان، بدون تاريخ.
- إيهاب يسر أنور علي: المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، مصر،1994.
- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- بن صغير مراد: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر، عمان (الأردن)، 2015.
- بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض – دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والثلاثون (محرم 1432هـ/ ديسمبر 2010م)، الكويت.

- بن صغير مراد: مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، العدد الخامس عشر، 2010، الجامعة الإفريقية– أدرار، الجزائر.
- جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- جاسم علي سالم: نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني، 1995.
- حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية– دراسة مقارنة–، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.
- حسين خلف الجبوري: عوارض الأهلية عند علماء أصول الدين، الطبعة الثانية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1428هـ/ 2007م.
- حسين النوري: عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1953.
- رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.
- سامي بديع منصور: المسؤولية المدنية (القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود) تقارب أم تباعد؟، مجلة العدل، العدد الأول، 2005، لبنان.
- سعيد سعد عبد السلام: الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، درا النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- سعيد سعد عبد السلام: مشروعية التصرف في جسم الآدمي– دراسة فقهية مقارنة–، مطبعة الجامعة، مصر، 1996.

- سميرة عايد الديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1999.
- شامل الشيخلي، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، 1392هـ/ 1972م.
- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: ضوابط نقل الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية– دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
- عبد الرحمن بن حسن النفيسة: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الأربعون، السنة العاشرة، (رجب، شعبان، رمضان 1419هـ/ نوفمبر، ديسمبر، يناير، 98–1999م)، الرياض.
- عبد الرحمن بن حسن النفيسة: مدى حق الإنسان في التصرف في جسده، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني والثمانون، السنة الحادية والعشرون، (محرم، صفر، ربيع الأول 1430هـ/ مارس، أبريل، ماي 2009م)، الرياض.
- عبد السلام عبد الرحيم السكري: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، 1988.
- عبد العزيز بن عبد الله بن باز (مفتي السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء): فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ.
- عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987.
- عبد الله بن الصديق الغماري: تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، دار مصر للطباعة، مصر، بدون تاريخ.
- عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين: فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ.

- عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي: سنن الدارمي، تحقيق سيد إبراهيم، علي محمد علي، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1420هـ/ 2000م.
- عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الممتاز للطباعة، 1996، السعودية.
- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، 1390هـ/ 1970م.
- عدنان القوتلي: الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1957.
- عصمت الله عناية الله: الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1408 هـ.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع،الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1997م.
- علي بن حسن السقاف القرشي الحسيني: الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، الأردن، 1409هـ/1989م.
- علي بن عمر الدار قطني: سنن الدار قطني، تعليق عبد الله هاشم يماني، دار المحاسن، القاهرة، بدون تاريخ.
- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- فخر الدين الرازي: المحصول في علم الأصول، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1401هـ.
- مجدي حسن خليل: مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- محمد أمين بن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (المسمى حاشية ابن عابدين)، الجزء الخامس، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1399هـ.
- محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار العلوم، بيروت، 1408هـ/ 1988م.
- محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1421هـ/ 2000م.
- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي: سنن الترمذي، جمع وتصحيح: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، بدون تاريخ.
- محمد تقية: الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994.
- محمد سعيد جعفور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه للنشر، الجزائر، 2002.
- محمد صالح العثيمين: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، جمع وإعداد: خالد عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1420هـ/ 1999م.
- محمد عبد اللطيف جمال الدين: نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مصر 1393هـ/ 1974م.
- محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، جدة، 1416هـ/ 1995م.
- محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، الطبعة الأولى، دار القلم- دمشق والدار الشامية- بيروت، 1414هـ/ 1994م.

- محمد متولي الشعراوي: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها»، مقال منشور في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، (27 جمادى الثانية 1407هـ)، مصر.
- محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، الأردن، 1405هـ/ 1985م.
- محمد ناصر الدين الألباني: سلسلة الأحاديث الصحيحة، جمع وتصحيح: مشهور ابن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ/ 2004م.
- محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد الأول، مارس 1978، الكويت.
- مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دار هومه للنشر، الجزائر، 2003.
- مصطفى عبد الحميد عدوي: حق المريض في قبول أو رفض العلاج – دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 1992.
- منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة (يونيو 1981)، الكويت.
- مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2002 .
- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني شرح مختصر الخرقي، دار عالم الكتب، الرياض، 1426هـ/ 2005م.
- يحيى الرهاوي المصري: حاشية الرهاوي على هامش المنار، المطبعة العثمانية، مصر، 1315هـ.

الفتاوى والقرارات الفقهية:

- فتوى دار الإفتاء المصرية، السجل رقم 88 مسلسل 512، ص 93، بشأن استقطاع العيون، وفتوى لجنة الفتوى بالأزهر رقم 491، بشأن استقطاع القلب أو أي جزء من الجثة. مجلة الأزهر، المجلد العشرون، سنة 1368هـ.
- فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، الصادرة بتاريخ 6 ربيع الأول 1392هـ/ 20 أبريل 1972م، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض.
- فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الأولى 1397هـ.
- فتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف بالكويت رقم 84/ 497، الصادرة بتاريخ 22 ربيع الثاني 1405هـ.
- قرار هيئة كبار العلماء رقم 99 الصادر بتاريخ 06/ 11/ 1402هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/ 1987م، السعودية.
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 26، الصادر بتاريخ 18 جمادى الآخرة 1408هـ/ 6 فبراير 1988م.
- قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة رقم 1 الصادر في الدورة الرابعة المنعقدة بجدة بتاريخ 18-23/06/1408هـ الموافق 6-11/02/1988م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية.

النصوص القانونية:

- الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- القانون رقم 1–9 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المعدّل لقانون العقوبات. ج.ر رقم 15 لسنة 2009.
- الأمر رقم 58–75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون رقم 11–84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- القانون رقم 11–91 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم 1–7 لسنة 2001 والقانون رقم –2 10 لسنة 2002.
- القانون رقم 5–85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الصادر بتاريخ: 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق 16 فبراير 1985، المعدل والمتمم. ج.ر رقم 08 لسنة 1985.
- القانون رقم 17–90 المؤرخ في 9 محرم 1411هـ/ 31يوليو 1990، المعدل والمتمم لقانون رقم 05–85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 35 لسنة 1990.
- القانون رقم 9 – 98 المؤرخ في 26 ربيع الثاني 1419هـ/ 19 لسنة 1998، المعدل والمتمم للقانون رقم 05 – 85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 61 لسنة 1998.
- الأمر رقم 6 – 7 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427هـ/ 15 يوليو 2006، المعدل والمتمم للقانون رقم 05 – 85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 47 لسنة 2006.

- القانون رقم 8 – 13 المؤرخ في 17 رجب 1429هـ/ 20 يوليو 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 05 – 85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 44 لسنة 2008.
- المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 6 يونيو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب. ج.ر رقم 52 بتاريخ 1992/07/08.
- القانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم (15) لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الثاني، تموز1998.
- القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المؤرخ في 27 فبراير 2010. الجريدة الرسمية العدد 9 مكرر، الصادرة في 6 مارس 2010.
- القانون السوري رقم 31 لسنة 1972 المتعلق بالصحة المعدل بالقانون رقم 43 لسنة 1986، والقانون رقم 30 لسنة 2003.
- القانون اللبناني رقم 288 المؤرخ في 22 شباط 1994، المتعلق بالآداب الطبية، ج.ر رقم 09، الصادرة في 03 آذار 1994.
- قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني الصادر في 11 فبراير 2004.
- القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء.
- القانون القطري رقم 21 لسنة 1997 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية.
- المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية في البحرين.
- القانون المغربي رقم 208 لسنة 1999 المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، ج.ر رقم 4726 الصادرة في 16/ 9/ 1999.

- القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991.
- القانون الفرنسي رقم76–1181 الصادر بتاريخ 22/12/1976 والمتعلق بنقل الأعضاء في المعدل والمتمم.
- القانون الفرنسي رقم 43–94 الصادر في 18 يناير 1994 والمتعلق بالصحة العامة المعدل والمتمم.
- القانون الفرنسي رقم 94–653 الصادر في 29 يوليو 1994 والمتعلق بحماية الجسم البشري.
- القانون الفرنسي رقم 94–654 الصادر في 29 يوليو 1994 والمتعلق باستئصال واستعمال مكونات ومشتقات الجسم البشري.
- قانون زراعة الأعضاء البريطاني الصادر بتاريخ 27 يوليو 1989.

المراجع الأجنبية:

* Ahmed Charaf El- dine: Droit de la transplantation d>organes -étude comparative-, Thèse, Paris, 1975.
* Angelo Castelletta: Responsabilité médicale – droit des malades, Dalloz, Paris, 2002.
* ANAES (Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé): L'information du malade: recommandation de l'ANAES aux médecins, www.anaes.fr , Mis à jour le 15/11/2006.
* Christian Byk: Transplantation D'Organes et droit, Un greffe Réussi, J.C.P, N° 23 du 04/06/1997.
* Doll. J.P: La discipline des greffes des transplantations et des autres dispositions concernant le corps humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd. Masson etcie, Paris, 1970.

* François Chabas: L'obligation médicale d'information en danger, Revue " contrats -concurrence - consommation», Editions du juris - classeur, Mai 2000, France.
* Guiding Principle n°4 of human organ transplantation report, A report on developments under the auspices of who (1987- 1991), world health organization, Geneva, 1991.
* J.B.Grenouilleau: Commentaire de la loi n° 76- 1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes, Recueil Dalloz Sirey, 1977.
* Jean Guigue: Responsabilité civile du médecin- devoir d'information, Gaz. Pal, 124eme année, n° 107à 108, 16 et 17 avril 2004, paris.
* Jean Penneau: La responsabilité médicale, éd. Sirey, Paris, 1977.
* Marc Sabek: Les responsabilités du chirurgien- dentiste, éd les études hospitalières, Bordeaux (France), 2003.
* Paul Julien Doll: La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd. Masson etcie, Paris, 1970.
* Savatier René: Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, Paris, 1969, n°1.
* Susan Scholle Connor, Herman L.Fuenzalida Puelma: Biothics Issues and Perspectives Scientific Publication N° 527, Pan American Health Organization (PAHO), Washington , D.C, USA, 1990.
* Code français de la santé publique modifiée et complétée.
* La loi n° 2002- 303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. J.O n° 5 (mars 2002).

الفهـرس

الموضـوع	الصفحة
ملخص	187
مقدمة	189
المبحث الأول: الطبيعة الاستثنائية لأحكام الأهلية في التشريعات الصحية	
المطلب الأول: مفهوم الأهلية وأهميتها	192
المطلب الثاني– تنظيم مسائل الأهلية في القيام بالتصرفات القانونية	196
الفرع الأول– أحكام الأهلية في القيام بالتصرفات المالية	196
الفرع الثاني– أحكام الأهلية في القيام بالتصرفات الماسة بالجسم	201
المبحث الثاني– تخلف الأهلية وأثرها في رسم معالم المسؤولية الطبية	
المطلب الأول: إشكالات نقص الأهلية في عمليات نقل وزرع الأعضاء	206
الفرع الأول– الاتجاه الذي يرى عدم جواز نقل الأعضاء من القصّر مطلقاً	206
الفرع الثاني– الاتجاه الذي يجيز نقل الأعضاء من القصر	210
الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري	212
المطلب الثاني: المسؤولية القانونية للطبيب في عمليات نقل وزرع أعضاء ناقصي الأهلية	219
الفرع الأول– المسؤولية عن الإخلال بإعلام طرفي العلاقة	220
الفرع الثاني– مسؤولية الطبيب عن تخلف رضا المتبرع والمتلقي	223
الفرع الثالث– مسؤولية الطبيب عن تخلف الأهلية الكاملة للمتبرع والمتلقي القاصرين	225
الخاتمة	226
قائمة المراجع	

القرآن الكريم	229
الفتاوى والقرارات الفقهية	237
النصوص القانونية	238
المراجع الأجنبية	239