Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

مجلة دراسات وابحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

(دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الصحة الجزائري الجديد)

If necessary in the processes of human organs transplants

A comparative study between Sharia law and the new Algerian Health)

د/ قسوري فهيمة Dr.Guessouri Fahima
قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة 1 الحاج لخضر
The Department of Law, Faculty of Law and Political Science, the batna 1 Haji Lakhdar
fahima.guessouri@gmail.com

تاريخ الاستلام : 2019-02-28 تاريخ القبول : 2019-05-19

ملخص:

أقرت الشريعة الاسلامية أسس شرعية لعمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية وهي حالة الضرورة التي يتوجب أن تتوافر على شروط شرعية وأخرى قانونية ، يجب أن يتقيد بها الطبيب ويوازن فيها بين مصلحة المريض الذي يكون مهددا بخطر وشيك ومصلحة المتبرع السليم جسديا بعد موافقته ورضاه دون أي إكراه وتبصيره بمخاطر عملية نقل وزراعة الاعضاء البشرية.

ورغم الجدل الفقهي والقانوني حول شرعية هذه العمليات لما فيها من مساس بحرمة جسم الانسان، إلا أنه تم الاتفاق أن هناك أسس شرعية يجب التقيد بها للنقل وزراعة الاعضاء البشرية بين الاحياء أو من الأموات إلى الأحياء ، وتم تقرير وضبط شروط حالة الضرورة التي تفرض التدخل الجراحي لعملية نقل وزراعة الاعضاء البشرية وتقرير الموازنة بين حق الانسان المريض في الحياة وحق السلامة الجسدية للمتبرع من خلال فرض تطبيق الشروط الصارمة لتحقق حالة الضرورة بما يراعي مصلحة المريض والمتبرع ودون المساس بحقوقهم المقررة والمحمية شرعا وقانونا.

كلمات مفتاحية: عملية زراعة ونقل الاعضاء ؛ مسؤولية الطبيب ؛ حالة الضرورة

Abstract :

The Islamic Sharia legal bases for human organ transplants, if necessary, which are available on the terms of legitimacy and legality, must abide by the doctor and balancing between the interests of the patient who is threatened with imminent danger and the interest of the Proper donor physically after its approval of the Lavon Affair without any coercion of dangers of the process of human organs transplants.

Although the doctrinal and legal controversy over the legitimacy of such operations for the prejudice to the inviolability of the human body, it has been agreed that there are legal bases that must be adhered to transport human organ transplants between quarters or from the dead to the districts, and the report of the and adjust if necessary conditions that impose surgical intervention for human organ transplants and the balance between the human right to life and the right of the patient's physical safety of transplantation through the imposition of strict conditions to achieve if necessary, taking into account the patient's best interests, the donor and without prejudice to the legally protected rights.

Keywords:

the process of cultivation and transport of the Member States; the responsibility of the physician; if necessary

.مقدمة :

قال الله تعالى ***((لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ)) الآية 04 من سورة التين.***

إذا كان الإنسان خلقه الله تعالى خلقة تامة وكاملة في أعدل قامة وأحسن صورة لماذا أتى يوم على هذا الإنسان لينقص ما خلق الله تعالى كاملا ؟

إلا أن هذا النقصان أتى به التطور العلمي والطبي لحماية الانسان في نفسه وضمان حقه في الحياة، وذالك في ظل المخاطر التي يتعرض لها الانسان في جسمه وصحته، مما جعل التدخل العلاجي والجراحي ضرورة حتمية لإنقاذ هذا الانسان من الخطر الوشيك الذي سيفتك بحياته.

وبالنظر إلى التقدم العلمي الطبي المذهل الذي بلغته التكنولوجيا الطبية فقد أصبح إنقاذ المرضى أمرًا متاحًا من خلال عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية .

ورغم الجدل الفقهي والقانوني حول شرعية هذه العمليات لما فيها من مساس بحرمة جسم الانسان الحي إذا كان النقل للإعضاء للاشخاص الاحياء، وبين حرمة الميت فيما يتعلق بنقل الاعضاء من الأموات للاحياء في ظل الجدل الفقهي لهذه المسألة ، ورغم الاختلاف الفقهي والقانوني حول شرعية نقل وزراعة الاعضاء، إلا أنه تم الاتفاق بينهما أن هناك أسس شرعية يجب التقيد بها لنقل وزراعة الاعضاء البشرية بين الاحياء أو من الأموات إلى الأحياء، وهو ما أقره المشرع الجزائري بموجب المواد من354 إلى 367 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة [1]، وإعتبرت حالة الضرورة هي الاساس القانوني لعمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية التي لم تختلف كثيرا على الاسس الشرعية التي اتى بها مجمع فقهاء الشريعة الاسلامية .

وعليه نقف بالدراسة للموضوع بتسليط الضوء على معنى حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي الجزائري ، وما هي الشروط الشرعية والقانونية الواجب توافرها في حالة الضرورة حتى يعتد بها كأساس قانوني لنقل وزراعة الاعضاء البشرية في ظل المسؤولية الملتقاة على عاتق الطبيب في تقدير الموازنة بين الوضع الحرج للمريض وحقه في الحياة ومخاطر التي يتعرض لها المتبرع وحقه في السلامة الجسدية .

وعليه ندرس الموضوع من خلال طرح الاشكالية التالية : **إلى أي مدى وفقت الإرادة التشريعية في مواجهة أحكام الشريعة الاسلامية في ضبط شروط حالة الضرورة بإعتبارها الأساس القانوني لنقل وزراعة الاعضاء البشرية ؟**

لدراسة الموضوع والاجابة على الاشكالية اقترحنا خطة البحث التالية:

2.مفهوم حالة الضرورة شرعا وقانونا :

يعد الفقه الاسلامي القلب النابض بالحياة لأنه ظل عبر اختلاف الازمنة ناميا متفاعلا مع البيئات المختلفة متجاوبا مع متطلبات الحياة وتطلعاتها وفق احكام الشريعة الاسلامية ومقاصدها الشريفة ما بقي الاجتهاد ، يمارسه فقهاء أكفاء يعتمدون الأحكام من مصادرها ويتفهمون أسرار الشريعة دون مغالاة أو تقصير يستلهمون مواقف السلف الصالح يستعينون بها ويستفيدون منها لتحقيق الجمع بين الاصالة والمعاصرة وبين الواقعية والمثالية بين المرونة والثبات ، والامتحان الحق لتوافر هذه العناصر في الفقه الاسلامي يكمن في الحلول العملية للتغيرات السريعة المتلاحقة والتطورات المدهشة في عالم أصبح قرية واحدة بأحداثه وحديثه تأثيره وتأثيراته [2].

وراعت الشريعة الاسلامية تطبيق أحكام الضرورة ضمن القضايا الطبية المعاصرة ، ووردت حالة الضرورة في عدة شواهد من الفقه الاسلامي.

والعرض هنا يستقل بالقضايا المعاصرة التي استند فيها الحكم الشرعي إلى نظرية الضرورة نقسمها :

النقلي : المنصوص عليه في الكتاب والسنة .

المصلحي : المعقول الذي هو من قبيل المصالح المرسلة التي لم يشهد لها الشرع باعتبار اوإلغاء[3]

1.2. تعريف حالة الضرورة وفق الادلة الشرعية من الكتاب والسنة والاجتهاد :

تواترت الادلة الشرعية والشواهد على مراعاة حالة الضرورة في أحكام الشريعة الاسلامية ووردت بذالك في القرآن والسنة والاجتهاد الفقهي.

2 .1.1. الادلة من القرآن الكريم :

ورد ذكر الإضطرار في القرآن الكريم في عدة آيات من القرآن الكريم أهمها: ***((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ))***[4].

وورد في تفسير الاية الكريمة للطبري : قال أبو جعفر: يعني تعالى ذكره بقوله:" فمن اضطر" ، فمن حَلَّت به ضَرورة مجاعة إلى ما حرَّمت عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله -وهو بالصفة التي وصفنا- فلا إثم عليه في أكله إن أكله.

وقوله: فمن "اضطر"" افتعل" من "الضّرورة.

و" غيرَ بَاغ " نُصِب على الحال مِنْ "مَنْ" فكأنه قيل: فمن اضطرّ لا باغيًا ولا عاديًا فأكله، فهو له حلال. وقد قيل : إن معنى قوله:" فمن اضطر" ، فمن أكره على أكله فأكله، فلا إثم عليه[5].

وقوله تعالى : ***((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ))***[6]

وورد تفسير الاية الكريمة قول تعالى ذكره مكذّبًا المشركين الذين كانوا يحرّمون ما ذكرنا من البحائر وغير ذلك: ما حرّم الله عليكم أيها الناس إلا الميتة والدم ولحم الخنزير ، وما ذبح للأنصاب ، فسمي عليه غير الله ، لأن ذلك من ذبائح من لا يحلّ أكل ذبيحته، فمن اضطرّ إلى ذلك أو إلى شيء منه لمجاعة حلَّت فأكله ((غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)) يقول: ذو ستر عليه أن يؤاخذه بأكله ذلك في حال الضرورة، رحيم به أن يعاقبه عليه.[7]

وعليه فإن مقصد الشريعة الاسلامية في اباحة الضرورة رغم التحريم في الاية الكريمة .

2 .1. 2. الادلة من السنة النبوية الشريفة:

وورد عن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار " ، حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِي الْعَوَّامِ ، قثنا أَبُو عَاصِمٍ ، قَالَ : أنبا الأَوْزَاعِيُّ ، عَنْ حَسَّانِ بْنِ عَطِيَّةَ ، عَنْ أَبِي وَاقِدٍ ، قَالَ : قُلْنَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا بِأَرْضٍ مَخْمَصَةٍ فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ ؟ **قَالَ " : إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا وَلَمْ تَغْتَبِقُوا وَلَمْ تَحْتَفِئُوا بَقْلا فَشَأْنُكُمْ بِهَا**[8] " .

قال إبن الاثير في بيان هذا الحديث :" والاصطباح - ها هنا- أكل الصبوح وهو الغداء والغبوق : العشاء وأصلهما في الشرب ثم استعملا في الاكل ، اي ليس لكم أن تجمعوهما من الميتة ، وقوله :" ولم تحتفئو بها بقلا ، أي لم تقتلعو هذه بعينه فتأكلوه [9].

2 .1. 3. الادلة من إجتهاد الفقهاء:

تندرج الضرورة تحت القواعد الشرعية الآتية :

القاعدة الاولى : أن هذه الشريعة مبنية على المحافظة على الضروريات الخمسة : الدين ، النفس ، العقل، النسل والمال ،

القاعدة الثانية : ان هذه الشريعة مبنية على جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم .

القاعدة الثالثة: إن هذه الشريعة مبنية على التيسير والتخفيف ورفع الحرج والمشاق عن المكلفين .

القاعدة الرابعة : أن الاحكام الشرعية مشروطة بالقدرة والاستطاعة .

2.2. التعريف اللغوي والاصطلاحي لحالة الضرورة:

اختلف التعريف اللغوي عن التعريف الاصطلاحي لحالة الضرورة :

2 .1. 2.2. التعريف اللغوي :

الضرورة لغة بأنها: " الضرورة : اسم لمصدر الاضطرار تقول : حملتني الضرورة على كذا ، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا ، بناؤه افتعل ، فجعلت التاء طاء لأن التاء طاء لأن التاء لم يحسن لفظها مع الضاد ."

والاضطرار :الاحتياج إلى الشيء واضطره إليه : احوجه وألجأه فاضطر بضم الطاء والاسم : الضرة والضرورة : الحاجة ....."

والضرورة : الحاجة والشدة لا مجفع لها والمشقة ...[10]

2 .2. 2. التعريف الاصطلاحي :

للضرورة عدة معاني اصطلاحية حسب أراء الفقهاء :

المعنى الأول : عند اهل الكلام حيث تطلق الضرورة على ما يفتقر إلى نظر واستدلال حيث تعلمه العامة يقال : هذا معلوم بالضرورة أي بالبديهة ، والضرورة بهذا الاطلاق مقابل العلم النظري .

المعنى الثاني : عند العروضيين في الشعر حيث تطلق الضرورة على : الحالة الداعية إلى أن يرتكب فيها ما لا يرتكب في النثر .

المعنى الثالث : عند علماء الشريعة يراد بالضرورة عند الفقهاء والاصوليين : الحاجة الشديدة الملجئة إلى مخالفة الحكم الشرعي، وقد تضمن هذا التعريف قيدين اثنين :

أولهما : أن الضرورة حاجة ملجئة لا مدفع لها وهذا ما دل عليه المعنى اللغوي.

ثانيهما : أن الضرورة عذر معتبر شرعا وسبب صحيح من أسباب الترخيص يقتضي مخالفة الحكم الشرعي .وبهذا يتبين أن الضرورة اجتمع فيها اصلان :

الأصل الأول : كونها من قبيل المصلحة وهذا ما دل عليه قوله في التعريف : الحاجة الشديدة حيث انها اختصت بأعلى درجات المصالح وأقواها وهو كونها مصلحة ضرورية .

الأصل الثاني : كونها سببا من أسباب الرخصة وهذا ما دل عليه قوله في التعريف :" الملجئة إلى مخالفة الحكم الشرعي " حيث أن هذا السبب أختص بكونه أقوى الأعذار الموجبة للرخصة على الاطلاق وهو الاضطرار[11].

مما سبق يظهر أن حالة الضرورة هي ما تجعل الفرد مضطرا لارتكاب ما نهي عنه الشرع بالكتاب والسنة ويعتبر من أسباب الرخصة .

2 .2. 3. الادلة الشرعية للجوء لحالة الضرورة في مجال الطبي للنقل وزراعة الاعضاء البشرية:

نظرا لكون الشريعة السمحاء تعنى بكل ما يخص الانسان في ماله ونفسه، فقد فرض التقدم العلمي والطبي زراعة الاعضاء الذي أصبح أكثر تطورا في التاريخ المعاصر في جميع المستشفيات عبر العالم اجمع ، وقد انقذ به الله عز وجل العديد من الناس الذي اشرفو على الموت أو كانو ميؤوس منهم واتخاذ الوسائل لإحياء النفوس وتخليصها من معاناه الآلام او الامراض وهو مقصد من مقاصد الشريعة الغراء .

مما جعل كل قرارات المجامع الفقهية والهيئات الشرعية متفقة مع أولوية انقاذ حياة الانسان وراعت جانب الضرورة الشرعية وضوابطها وأهم هذه القرارات[12] :

القرار الأول: 28جانفي 1985 الموافق 7 جمادى الأولى 1405 هـ: بشأن موضوع زراعة الاعضاء الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الاسلامي برابطة العالم الاسلامي :

حيث أقر الفقهاء بعد رفع الاشكال لهم حول جواز نقل الاعضاء وزرعها وفق الادلة الشرعية بأن :" إن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته او لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو **عمل جائز** لا يتنافي مع مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه ، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه وهو عمل مشروع وحميد ...." وقيد الفقهاء هذا العمل بشروط اساسية .

و قرار1د88/8/4 بشأن انتفاع الانسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا ، الصادر عن مجمع الفقه الاسلامي المنعقدة بجدة سنة 1408هـ ،

القرار رقم 6/5/65 بشأن زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي الصادر من مجلس مجمع الفقه الاسلامي بجدة عام 1410هـ.

2 .3. حالة الضرورة وفق الاحكام القانونية:

تطبيقا للقواعد العامة فإن حالة الضرورة هي :" حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل لتفاديه إلا بارتكاب فعل محظور معاقب عليه " ، أقر قانون

العقوبات الفرنسي بموجب المادة 122 فقرة 7 بأنها:" لا يسأل جزائيا ، الشخص الذي يكون في مواجهة خطر حال أو وشيك الوقوع و الذي يهدده في شخصه أو يهدد شخص الغير أو ينصب على المال ، و الذي يرتكب فعلاً ضرورياً من أجل إنقاذ الشخص أو المال ، ما لم يكن عدم تناسب بين الوسائل و خطورة التهديد[13]".

حالة الضرورة هي الحالة التي يجد فيها الإنسان نفسهُ في ظرف أو موقف يهدده بخطر ما ، لا يمكن تلافيهِ أو الخلاص منهُ ألا بارتكاب جريمة، وتسمى الجريمة عندئذ بـ (جريمة الضرورة Delit Necessaire).وهي حالة لا تنعدم فيها الإرادة كليا وإنما يضيق فيها مجال الاختيار وقتها إلى أدنى حد بحيث تميز بين شران: أما الهلاك أو الإصابة بضرر جسيم وأما مخالفة القانون وارتكاب جريمة.

وقد تكلم قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل، عن حالة الضرورة في المادة 63 منه قائلا:" لا يسأل جزائيًا من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى، وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسبًا والخطر المراد اتقاؤه، ولا يعتبر في حالة الضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر."[14]

وقد عرضت العديد من القضايا جعلت من حالة الضرورة محل جدل فقهي وقانوني واهم هذه الاحداث والقضايا : القاطرة البحرية الفرنسية الامادوز:

بتاريخ 1816/7/2 كانت القاطرة البحرية العسكرية الفرنسية تنقل على متنها أكثر من 400 جندي وبحار، عندما جنحت وغرقت في عرض البحر، ولم تتمكن قوارب النجاة القليلة من إنقاذ سوى عدد ضئيل من الركاب، فقام الباقون بتصنيع من أخشاب الباخرة لوحة عائمة كبيرة اعتلاها حوالي مائة وخمسون شخصاً في غياهب الأوقيانوس دون طعام أو ماء تحت أشعة الشمس الحارقة، فدبّت المجاعة الجماعية في هذه القافلة البشرية ، فأخذ الناجون يتآكلون لدرجة أنه عندما تم العثور على اللوحة وانتشال من تبقى من الأشخاص على قيد الحياة والذين لم يتجاوز عددهم 15 فردا، واعترفوا هؤلاء أمام لجنة التحقيق العسكرية بإقدامهم على افتراس بعض قطع من أجساد رفاقهم وهم أحياء فلم يقدم أحد منهم إلى المحاكمة، بل حفظت القضية بحقهم دون متابعتها لعلة حالة الضرورة.[15]

وحالة الضرورة هي التي تفرض اتخاذ الشخص سلوك عمدي يمثل اعتداء على مصلحة أخرى جديرة بالرعاية وهنا نفرق بين حالتين :

- إذا تعرضت مصلحتان للخطر مثل الطبيب الذي يقوم بالتضحية بالجنين لأنقاذ حياة الأم فالضرورة تحمل مفهوم التضحية بمصلحة من اجل حماية مصلحة اخرى .
- إذا تعرضت مصلحة واحدة فقط للخطر ولا سبيل لدفعها إلا بالاعتداء تعترضها مثل شخص يلوذ بالفرار اثر نشوب حريق بغرفته فيصيب طفل بعد خروجه باندفاعه .

ففي الحالتين فإن الفعل الضروري وهو التضحية باحدى المصلحتين كان لازما لحل صراع قائم وحال بالتالي تم استبعاد اي اثر قانوني قد يترتب عن جريمة الضرورة [16].

2. 3. 1. الطبيعة القانونية لحالة الضرورة:

وان كان الفقه اختلف حول تعريف حالة الضرورة فإن الاختلاف بدى ظاهرا في تحديد الطبيعة القانونية للضرورة هل تدخل ضمن اسباب الاباحة أو مانعا من موانع المسؤولية الجزائية ، لا يثار هذا الخلاف في القوانين التي اعتبرت حالة الضرورة مانعا للمسؤولية الجزائية مثل القانون الفرنسي ، أما ما نصت المادة 39 من تقنين العقوبات الجزائري:" لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون،
2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه **الضرورة** الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو مال مملوك للشخص أو مملوك للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"[17].

وعليه نفرق بين حالتين :

2 .3. 1.1. حالة الضرورة كسبب مانع للمسؤولية الجزائية :

ويقصد بها الحالة التي يوضع بها الشخص الجاني في ظروف استثنائية فيندفع بطريقة عفوية وتلقائية الي ارتكاب سلوك ايجابي يجرمه القانون وذالك درءا لخطر جسيم يهدده خاضعا لغريزة البقاء ، فعلة الاعفاء من المسؤولية في حالة الضرورة هنا قائمة على شخص الجاني على اعتبار انها اثرت في إرداته إلى الحد الذي افقدته أو كادت تفقده اختياره ، ففي هذه الحالة يضيق قدرة الشخص على الاختيار والتفكير الهادئ بصورة كاملة يعني ان ارادة الشخص لا تتمتع بالحرية الكاملة في الاختيار[18] .

2 .3. 1 .2. حالة الضرورة كسبب من اسباب الاباحة :

وهي الحالة التي تحيط بالفرد تنذر بخطر جسيم تلحق بنفسه او ماله او نفس أو مال غيره من الافراد ولا سبيل إلى الخلاص منها إلا عن طريق التضحية بمصلحة أقل منها اهمية أو متعادلة معها ويبدو أن اساس حالة الضرورة اساس موضوعي وهي هذه الحالة قد يكون في استطاعة الفرد لو اراد ان يحجم عن اتيان السلوك المادي المجرم ، دون ان يصيبه ضررا ، تاركا حدوث النتيجة الجسيمة مما يتعذر القول بأن حالة الضرورة قد اثرت في إرداته بحيث يمتنع مسؤوليته ، ففي هذه الحالة لم يقترف الفرد الفعل نتيجة لتأثير في الارادة بل تصرف مختارا وفقا لمبدأ التوازن بين المصالح لأنقاذ الحق الاجدر بالرعاية مثل التضحية بالجنين من اجل انقاذ الام .

يتضح ان كلا الاتجاهين يسد النقص الذي يصيب الاتجاه الآخر فلا مجال للحديث عن حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية حينما يرجع الاعفاء إلى اساس موضوعي يحمل معنى التوازن بين المصالح ولا ينال من درجة جرية الاختيار لدى الجاني ، ولا مجال للحديث عن حالة الضرورة كسبب من اسباب الاباحة حيث تتوافر الظروف التي تعطل الارداة وتشل الاختيار[19] .

2. 3. 2. طبيعة حالة الضرورة في مجال نقل وزراعة الاعضاء البشرية :

إن حالة الضرورة في مجال نقل الاعضاء اقرب إلى اسباب الاباحة منه إلى موانع المسؤولية إذ انه يصعب تصور أن علة ممارسة الطبيب لمهنته هو تعرضه لظروف تأثر في إرادته ، بحيث يصح القول معها انه لا يتمتع بالحرية الكاملة في الاختبار على النحو الذي يؤثر على اهليته لتحمل التبعة الجزائية وينفي مسؤوليته الجزائية ، وحقيقة ان الطبيب يكون قد تصرف مختارا وفقا لمبدأ التوازن بين المصالح لإنقاذ حياة مريض يشرف على الهلاك [20].

اعتبر التشريع الجزائري أنه ما يؤذن به القانون في مجال الاعمال الطبية يعد من موانع المسؤولية الجزائية وليس سببا من اسباب الاباحة ، ويرى البعض أن أساس الإباحة في هذه الحالة، هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، غير أن أساس الإباحة وفق رأي الغالبية، هو تبرير القانون، وعلته الحقيقية رضاء المريض، لذا فعدم رضاء المريض لا يجعل من الفعل مباحا، **إلا إذا تعلق الأمر بحالة الضرورة** وهنا يكون مانعا من موانع المسؤولية لا سببا من أسباب الإباحة لانتفاء رضا المريض لأنه في حالة خطر حقيقي، وهو ما لا نؤيده بخصوص موقف المشرع الجزائري، وشروط ممارسة الأعمال الطبية التي تعد سببا من أسباب الإباحة، أن تكون من الأعمال التي يرخص بها القانون، وأن تكون بقصد العلاج، وأن يرضى المريض بذلك، وأن يراعى في ممارستها الأصول المهنية والقواعد العلمية المرعية لمزاولة المهنة أو العمل الطبي، ويبقى الغموض في مسألة عدم رضا المريض وهنا على الطبيب اتخاذ قرار انقاذه تحت طائلة منع المساءلة الجنائية .

3. خصوصية حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية :

الضرورة عند الفقهاء تعني أن يبلغ الانسان حدا إن لم يتناول عن الممنوع هلك أو قارب الهلاك، أو هي الخوف من الهلاك علما أو ظنا ، وتطبيقا لذالك يرى أصحاب هذا الرأي أن نقل الاعضاء البشرية يدخل في قواعد الضرورات، فإذا كان الشخص معرضا لخطر محدق في صحته وبنيته، ولا يوجد علاج آخر يقوم مقام

زرع العضو وأن يكون الضرر المترتب على عدم إجراء عملية الزرع أعظم من الضرر الذي يسببه التبرع بعضو شخص سليم يتقدم بالتبرع بطيب خاطر.

وتقوم الضرورة على أساس الموازنة بين المخاطر والاضرار ، المخاطر التي يراد تفاديها والاضرار التي وقعت أو يحتم وقوعها ، بحيث أن الضرورة لا تتحقق ولا تبرر عمل الطبيب إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه بالنسبة للملتقي (المريض) يتناسب مع الضرر الذي وقع للمعطي المتبرع فالطبيب عندما يقوم باستئصال عضر يسبب ضررا بالمتنازل لتفادي ضررا اكبر بالمريض وهوإنقاذه من الموت المحقق ، وإذا انتفى هذا التناسب بأن كان الضرر يفوق في جسامته الخطر حق حينئذ مساءلة الطبيب الذي اجرى عمليه النقل، واعتماد هذه الموازنة له ما يبرره إلا إذا كان الهدف من ورائه هو أن يتفادى به الطبيب ضررا محدقا بالمتلقى لا يقل عن الخطر الجسيم أو الهلاك، وتقع مسؤولية الموازنة بين المخاطر والمزايا على عاتق الطبيب الذي يقارن بينهما ثم يقرر إجراء العملية أو عدم إجرائها ، وتتميز حالة الضرورة في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بأن نطاق المقارنة بين الخطر وفرصة الشفاء لا تتعلق بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص أي أن نطاق حالة الضرورة في مثل هذه العمليات يتسع عن أي عمل طبي آخر ، فعملية تقدير الأضرار والفوائد تكون بالنسبة للمتبرع السليم والملتقي المريض في آن واحد والطبيب حينما يقوم بهذه المقارنة يجب أن يتنزه عن أيه أغراض شخصية عن إختيار الشخص المتبرع فهذا التدخل الطبي يكون مشروعا متى تم اختياره لغرض العلاج المريض فقط ، وليس من أجل إيذاء المتبرع[21].

3. 1. الشروط الشرعية لحالة الضرورة لنقل وزرع الاعضاء البشرية :

يتوجب على الطبيب تحت طائلة مسؤوليته الطبية مراعاة ظروف وشروط أسياسية في عملية الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء لدى المريض والمتبرع لتحقيق الشروط الشرعية لحالة الضرورة لتقريره القيام بعملية نقل وزراعة الاعضاء البشرية وقد أجمع عليها فقهاء الشريعة الاسلامية فيما يلي :

- أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضررا يخل بحياته العادية ، لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ، ولا بأشد منه ، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبلي الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر غير جائز شرعا ،
- أن يكون إعطاء العضو طوعا من المتبرع دون إكراه ،
- أن يكون زرع العضو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المظطر ، ولا تتوفر حالة الضرورة إذا امكن نقل العضو من شخص ميت وليس حي لأنه لا ضرورة للجوء للشخص الحي طالما توافر العضو المتبرع لشخص ميت .
- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققا في العادة أو غالبا [22].

وقيام هذه الشروط مجتمعة وتحققها يتوافر بموجبها الاساس الشرعي لقيام حالة الضرورة لنقل وزراعة الاعضاء البشرية التي تتوجب التدخل المستعجل لأنقاذ المريض الذي يقارب على الهلاك بعد تحقيق الطبيب عملية الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء لدى المريض والمتبرع.

3. 2. الشروط القانونية لحالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية حسب قانون الصحة 18- 11 الجديد:

دون الاخلال بالشروط الشرعية أقر المشرع الجزائري شروط قانونية من أجل ضمان السلامة الجسدية للمتبرع عند المساس بها لأجل انقاذ المريض وذالك حين التدخل العلاجي بعملية نقل وزرعة الاعضاء البشرية والتي اقرها ضمن الفصل الرابع من قانون الصحة الجديد رقم 18-11 تحت مسمى البيو- أخلاقيات وعرفتها المادة 354 بأنها :" البيو- أخلاقيات هي كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الاعضاء وزراعتها والانسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الانجاب والبحث البيو-طبي ".

وهنا يظهر هذه التسمية الجديدة لعمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية بالبيو- اخلاقيات والتي نستغرب جدا معناها ومضمونها والتي أقر المشرع أنها تشتمل كل العمليات المترتبة

بزراعة الاعضاء البشرية ، وكذالم يستخدم المشرع الجزائري مصطلح "نقل" وأنما استعمل مصطلح "نزع " ولم يحدد تعاريف ومفاهيم للمصطلحات في بداية القانون الصحة الجديد 18-11 لضبط معاني المصطلحات مما يفتح مجال التفاسير والتعاريف الفقهية المختلفة .

ومن خلال استقراء قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجديد ، فقد فرض المشرع إلزامية توافر الشروط التالية :

3. 2. 1 . ضرورة أن يكون الغرض من النقل أو الزرع علاجيا او تشخيصيا ولا يكون بمقابل مالي :

تقتضي الكرامة الانسانية أن تهدف عمليات نقل وزرع الاعضاء إلى تحقيق أغراض علاجية بعيدة عن أي اعتبارات أخرى مالية كانت أو غيرها، وأن يكون هذا الاقتطاع بالقدر الضرورة الذي أوجبته الحاجة لعملية النقل والزرع حفاظا على كرامة الانسانية ، ويجب ألا يكون ذالك بمقابل مالي مما يجعل التصرف غير مقبول لا قانونا ولا شرعا ولا أخلاقيا ، وهو ما اشارت اليه المادة 19 من اتفاقية Oviedo الخاصة بحقوق الانسان والطب الحيوي بأنه:" لا يجوز استقطاع أعضاء أو أنسجة المنقول منه إلا لغرض علاج المنقول إليه ..."[23].

وفي نفس الاطار نصت المادة 355 من قانون الصحة وترقيتها 18-11 :" لا يجوز نزع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية او تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" ولا يجوز أن يكون الإنتزاع للأعضاء او الانسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية[24] تطبيقا لنص المادة 358 من قانون 18-11 ، وهو ما أكد عليه قانون الاسترشادي للدول العربية لتنظيم زراعة الاعضاء البشرية ومنع ومكافحةالاتجار فيهما لسنة 2009[25] بموجب المادة 08 و09 منه بأن:" يتم التبرع بالعضو البشري والايصاء به دون مقابل ، وأن يحضر بيع العضو البشري أو النسيج أو شراؤه أو الاتجار به بأي وسيلة كانت".

وقد شدد قانون العقوبات الجزائري[26] بموجب المادة303 مكرر 16 إلى مكرر18 من عقوبة كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ، وهذه الأحكام أتت في تعديل قانون العقوبات بموجب القسم الخامس مكرر 1 بالباب المتعلق بالاتجار بالأعضاء .

3. 2. 2 . أن يكون المريض في حالة خطر جسيم وحال يهدده بخسارة حياته :

عبر المشرع الجزائري عنها بالمصلحة المترتبة عن زراعة العضو أو النسيج البشري لدى المريض جدية وراجحة تطبيقا لنص المادة 166 من قانون 05/85 الملغى، ويقصد بالمصلحة هنا حياة وصحة المريض المتلقى للعضو البشري ، حيث أنه لابد أن يكون هذا المريض في حالة مرضية على درجة كبيرة من الجسامة تقتضي اقتطاع عضو من جسم انسان حي سليم لزرعه في جسده ، ويجب ان تتوافر حالة الاستعجال التي تقتضي التدخل الجراحي وهو ما يعرف بحلول الخطر التي لم تشر اليها اغلب التشريعات التي أجازت نقل الاعضاء البشرية لأنها هي جوهر حالة الضرورة ، وهي تعني ان تتعرض المصلحة محل الحماية للخطر مباشرة وبطريقة حالة [27].

غير أن القانون الصحة الجديد 18-11 تطرق بموجب المادة 359 بصفة جوازية واقرت انه يمكن أن يتم نزع وزرع الاعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي بالامتثال الصارم للقواعد الطبية ، ووضحت المادة 360 من القانون 18-11 أنه لا يجوز ممارسة نزع الاعضاء أو الانسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الرزع إذا عرّض حياة المتبرع إلى الخطر ، وحدد درجات القربى للمريض اللذين يمكنهم التبرع إذا تطابق المناعي .

3. 2. 3 . ان يكون استقطاع العضو هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر عن المريض:

يجب ان يتوقف علاج المريض على زراعة العضو المستأصل في جسده وهو ما يعني ان هذا الاستقطاع لابد ان يكون ضروريا لعلاجه المريض وهذا ما يسمى بشرط اللزوم في حالة الضرورة ويراد بهذا الشرط في مجال نقل الاعضاء البشرية ان يكون الالتجاء إلى استقطاع العضو هو الوسيلة الوحيدة المتاحة لعلاجه ، بحيث لا يمكن درء الخطر عنه إلا بهذا الاستقطاع ، ويتم نقل العضو للمريض لأنقاذ حياته او استعادة وظيفة من وظائف اعضائه الاساسية ، فيتم استقطاع العضو من انسان

حي سليم لزرعه في جسم المريض وهو ما يقتضي استخدامه بما لا يتعارض مع ما تتطلبه حماية الكرامة الانسانية [28].

نصت المادة 18 من القانون الاسترشادي لزراعة ونقل الاعضاء البشرية بأنه :" لا يجوز زرع عضو بشري أونسيج في جسم الملتقي إلا إذا كان ذالك هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذه من خطر حقيقي " ، وعليه فإن الضرورة هي الحالة التي يضطر فيها الطبيب لأنقاذ شخص المريض من خلال اللجوء إلى نقل وزراعة عضو بشري لهذا المريض من طرف المتبرع الذي قد يكون حيا أو ميتا .

و هو ما اكدت عليه المادة 364 من قانون 18-11 بأنه لا يمكن القيام بزرع الاعضاء أو الانسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذالك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد ان يكون هذا الاخير قد عبر عن موافقته بحضو الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين .

3. 2. 4 . ألا يتعرض المتبرع لأي ضرر يهدد حياته أو تعريض صحته للخطر والحصول على موافقته الكتابية :

إذ يجب الا يترتب على الاستقطاع اي ضرر مؤثر بالمتبرع لأن العمل فيه مساس بالسلامة الجسدية للمتبرع ، فلا يجوز للطبيب ان يستقطع عضوا من جسم المتبرع ولو برضائه دون ان تتوافر لديه القدرة على السيطرة على آثار هذا الاستقطاع ، فإذا كان من شأنه أن يهدد حياته أو يعرض صحته لخطر جسيم يجب ان يمتنع عن الاقدام على اجراء العملية الجراحية[29] ، وهو ما نصت عليه المادة 360 من قانون الصحة 18-11 :" لا يجوز ممارسة نزع الاعضاء أو الانسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع ، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر ، يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع امام رئيس المحكمة المختصة إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في القانون ، ويجوز للمتبرع ان يسحب موافقته التي اعطاها في اي وقت بدون اي إجراء ، واشترط القانون ان تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذالك النتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقى ، وتقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرةومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في القانون .

ولا يجوز اللجوء إلى إستقطاع من شخص متبرع حي إلا في حالة عدم وجود بديل مناسب ، وعليه يجوز النقل من انسان ميت وهو ما اقرته المادة362 من القانون 18-11 ، ولكن يشترط ضرورة التحقق من موت الشخص عن طريق الاثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية، ولا ينبغي انتزاع عضو من اعضائه إلا بعد الموافقة الكتابية للشخص المتوفي أثناء حياته أو موافقة أعضاء اسرته الراشدين على الترتيب : الاب أو الام ، الزوج أو الابناء او الاخوات او الممثل الشرعي ، فإن لم يكون للمتوفي أسرة يطلب الاذن من الممثل الشرعي ،ومنعت المادة 363 من القانون 18-11 كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية الملتقى لأسرة المتبرع.

وهذه الشروط هي ما يتفق معها أغلب الدارسين في مجال زراعة ونقل الاعضاء البشرية حيث أكدو أن هذه الشروط هي اساس مشروعية عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية والتي تعتبر مهددا لسلامة جسم المتبرع ولا سبيل لأنقاذه من الموت المحتم إلا نقل العضو من شخص آخر حي يكون مناسبا من الناحية الطبية بعد موافقته الكتابية ورضاه المستبصر.

3. 3. رضا المتبرع في عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية:

نظرا لما يتضمنه نقل الاعضاء البشرية من شخص حي من انتهاك لحق المتبرع في السلامة الجسدية والتكامل الجسدي ، عمد أنصار نقل الاعضاء البشرية إلى ضرورة اشتراط اقترانها برضا الحر للمتبرع واعتبارها أساس عمليات النقل وزراعة الاعضاء ، في حين أن جانب آخر من الفقه لم يعتبر رضا المتبرع أساسا لعمليات نقل وزراعة الاعضاء ولا يجب إعتبارها شرطا من شروطها .

3. 3. 1. أنصار الرضا للمتبرع في عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية :

أعطى جانب من الفقه أهمية كبيرة للرضا في حالة الضرورة لنقل وزراعة الاعضاء البشرية فالضرورة وحدها غير كافيه

لاستباحة إستئصال جزء من جسم المتبرع إلا بعد موافقته الصريحة النابعة عن إرداة حرة ورضا مستنير ، ويكون الرضا حرا كلما كانت الموافقة مجردة عن أي ضغط مادي أو معنوي ، وقد يكون له تأثير في قرار الشخص بالتنازل عن جزء من جسمه أما الرضا المستنير فلا يتأتي إلا بتبصير المتبرع وأحاطته علما بكافة الظروف المحيطة بالعملية وما يخفيها من مخاطر[30] ، ويقع هذا الالتزام على عاتق الطبيب الذي يبصر المتبرع بمخاطر عملية نقل وزراعة الاعضاء المستقبلية .

وهو ما اقرته المادة 360 من قانون الصحة 18-11 حيث لا يجوز ممارسة نزع الاعضاء أو الانسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع ، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر ، يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع امام رئيس المحكمة المختصة إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في القانون، واوجب القانون ألزامية ان يخبر الطبيب المتبرع بالاخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها علمية الانتزاع، وهو ما نصت عليه 1221 من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر في 2004/08/06 -800 الخاص بنقل الاعضاء ، على أن الواهب لابد ان يعلم مسبقا من قبل لجنة الخبراء المذكورة في الفقرة 03 من هذه المادة بالمخاطر والعواقب المحتملة لعمليات الاستئصال لذا كان من الضروري ان يعطي الواهب رضاه أمام المحكمة الابتدائية أو الوكيل المعين عنه في ذالك وأن رئيس المحكمة أو الوكيل المعين عنه في ذالك لابد أن يأخذ من الواهب تعبيرا صريحا ومستنيرا عن الرضاء سابق على اجراء العملية ويجب ان يتحقق رئيس المحكمة أو الوكيل المعين عنه أن التبرع مستوفي الشروط [31].

وجاء في قرار لأحد المحاكم الفرنسية أنه:" ان الطبيب لا يمكنه دون موافقة المريض الحرة النيرة إجراء أي تدخل جراحي دون أن تفرضه حالة الضرورة وخطر وشيك ." [32]

نستنتج انه رغم الضرورة والخطر التي يكون فيه المريض فإن ذالك لا يسقط حق الانسان في الحياة والسلامة الجسدية الخاصة بالمتبرع ، وبالتالي بين الضرورة ورضا المتبرع علاقة صلة وثيقة، فيبقى المتبرع حرا في إبداء موافقته الصريحة للتبرع بعضو من اعضائه لإنقاذ المريض الذي يكون في حالة حرجة وخطر وشيك طبقا ما تفرضه حالة الضرورة ، ليكون بذالك الحق في حياة المريض مرتبط بحق السلامة الجسدية للمتبرع الذي يجب ألا يتم المساس به بحجة الضرورة إلا بعد موافقته الصريحة .

وعليه فإن نطاق حالة الضرورة في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية تحكمها الموازنة بين المخاطر التي تهدد حياة المريض الذي يكون في خطر مميت ، وبين السلامة الجسدية للمتبرع من جهة ، فالموازنة تكون بين فقد الشخص لأحد اعضائه التي قد تهدد بفقد الحياة أو فوات المتعة من العضو بما يهدد حياة المتبرع ونقل العضو المتبرع به إلى مريض يحيط به الموت قصد إنقاذه، ومن ثم يجب على الطبيب الموازنة بين احتمالات الخطر الذي ربما يلحق الشخص المتبرع واحتمالات الضرر المحدق بالشخص المريض المهدد بالموت وللطبيب أن يرجح إما إجراء العملية او عدم إجرائها ، ويكون الطبيب حريص بأقصى قدر ممكن على تحقيق أعظم المصلحتين ودرء أعظم المفسدتين فهو إن ألحق ضررا بالمتبرع فإنها اضرار ضئيلة إذا ما قورنت بالنتائج الاجابية التي يجنيها المريض نتيجة عمل الطبيب .

3. 3. 2. الرافضين لرضا المتبرع على نزع عضو منه للمريض في حالة الضرورة:

هناك من الفقهاء من يرى ألا يجب إعتبار رضا المتبرع أحد شروط عمليات النقل والزرع الاعضاء البشرية لأنهم ينظرون إلى الفوائد التي سوف تعود على المريض من وراء العملية وإنقاذه من الموت المؤكد ، مع ضمان الطبيب لعدم تعرض المتبرع لانتقاص من جسمه أضرار جسيمة تنقص من اداء اعضائه لوظائفها الحيوية ، فرضا المتبرع غير ضروري حسب هذا الرأي طالما ان الاستئصال العضو منه وزراعه لا يخالف النظام العام وأخلاقيات مهنة الطب .

غير اننا لا نؤيد هذا الرأي لما فيه بمساس بحق الانسان في سلامة جسده المضمونة دستوريا وحقه في الحياة ، إذا تسبب عملية الزرع في وفاته مما يتوجب الحصول على موافقته الكتابية والمستنيرة للعملية نزع العضو منه وزرعها في جسد المتلقي .

وتجدر الاشارة أنه إذا كانت عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية لا تتم إلا بعد الموافقة المكتوبة والرضا المستنير والمتبصر من

طرف المتبرع ، أما المريض يتوجب أيضا إعلامه وموافقته على إستئصال العضو من جسمه إذا كان مهددا له بالخطر ويجب أن يوافق على ذالك ، وهو ما اقره المشرع الجزائري بنص المادة 34 من مدونة اخلاقيات مهنة الطب :" لا يجوز اجراء أي عملية بتر او استصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة ، إلا بعد ابلاغ المعني او وصيه الشرعي وموفقته ." والمادة 44 من المدونة أخلاقيات مهنة الطب :" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الاشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب ان يقدم العلاج الضروري أذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الادلاء بموافقته " ،

وهنا تطرق المشرع الجزائري عن حالة كون المريض في خطر يهدد حياته ولا يمكن الادلاء بموافقته او الحصول على موافقة من لهم الحق في ذالك فيكون للطبيب التدخل جراحيا باستصال العضو وزراعة عضو آخر في حالات الاستثنائية وهنا يثار على الطبيعة القانونية للحالة الاستثنائية التي اقرتها المادة 364 فقرة 06 من القانون 18-11 التي نصت:" يمكن ان يمارس زرع الاعضاء او الانسجة أو الخلايا البشرية دون موافقة الملتقي حسب الفقرة السابقة ، عندما **ولظروف إستثنائية** لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالاسرة أو الممثلين الشرعيين للملتقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته ، ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان اثنان" .

يستشف من هذه المادة تحقق حالة الضرورة واعتبرها المشرع "الظروف الاستثنائية" لأن الحالة الاستثنائية هي حالة الضرورة التي تكون فيها حياة المريض مهددة بخطر الموت فهنا يجوز اجراء العملية دون موافقة المريض ولكن يشترط أن يثبت ذالك رئيس المصلحة وشاهدان أثنان على الواقعة وتحقق حالة الضرورة التي استدعت التدخل الجراحي دون الرجوع لموافقة المتلقي ولا لأسرته او ممثله الشرعي.

ومما سبق يتبين أنه وإحتراما للحق في السلامة الجسدية يجب الموافقة الصريحة والكتابية للمتبرع حتى وان كانت هناك حالة الضرورة التي تستدعي التدخل الجراحي بنقل وزراعة الاعضاء البشرية ، ويجدر الذكر ان مؤتمر بيروجيا الذي انعقد بين 03 و07 سبتمبر 1969 الخاص بزراعة القلب والتصرف في الاعضاء قد تبنى معيار حالة الضرورة في توصياته كأساس لمشروعية إجراء عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية إذ اكدت توصيات المؤتمر أنه لابد أن تكون عملية زراعة العضو الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض وأن تفوق إحتمالات النجاح بشكل مؤكد ما قد يصيب المانح من اضرار[33] .

4. الخاتمة

مما سبق نخلص إلى أن حالة الضرورة أقرتها الشريعة الاسلامية بإعتبارها الرخصة التي تبرر الاضطرار بالمساس بسلامة جسد إنسان المتبرع حيا كان أو ميتا، لإنقاذ حياة المريض الذي يكون مهددا بالموت المحتم دون التدخل الجراحي بنقل وزراعة الاعضاء البشرية ، ولكن هذه الضرورة يجب أن تتقيد بضوابط شرعية جعلتها الأساس للإجازة الشرعية لعمليات نقل وزراع الاعضاء البشرية .

والقيود الشرعية لحالة الضرورة أكدت عليها اغلب التشريعات الدولية والداخلية للدول وهي ما اكده المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد 18-11 ومدونة اخلاقيات مهنة الطب ، هذه الشروط هي أساس مشروعية عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية في أغلب التشريعات الداخلية ، ويجب التقيد بهذه الشروط وتطبيقها الصارم تحت طائلة مسؤولية الطبيب ، لأنها تعتبر مهددا لسلامة جسم المتبرع السليم ولا سبيل لإنقاذ المتلقي المريض من الموت المحتم إلا نقل العضو من شخص آخر حي يكون مناسبا من الناحية الطبية بعد موافقته الكتابية ورضاه المستنير، وتقع مسؤولية الموازنة بين المخاطر والمزايا على عاتق الطبيب الذي يقارن بينهما ثم يقرر إجراء العملية أو عدم إجرائها .

ووخلصنا إلى أن حالة الضرورة تتميز في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بأن نطاق المقارنة بين الخطر وفرصة الشفاء لا تتعلق بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص أي أن نطاق حالة الضرورة في مثل هذه العمليات يتسع عن أي عمل طبي آخر ، فعملية تقدير الأضرار والفوائد تكون بالنسبة للمتبرع السليم والملتقي المريض في آن واحد والطبيب حينما يقوم بهذه المقارنة يجب أن يتنزه عن أيه أغراض شخصية عن إختيار الشخص

المتبرع فهذا التدخل الطبي يكون مشروعا متى تم اختياره لغرض العلاج المريض فقط ، وليس من أجل إيذاء المتبرع.

وأوجب المشرع ضرورة الموافقة ورضا المتبرع رضا سليم غير معيب وأن يكون مستنيرا بالمخاطر التي قد تهدده مستقبلا وفوات التمتع بالعضو المتبرع به ، حتى يكون على علم كافي ودراية تامة بمضاعفات هذه العملية مستقبلا ويبقى قرار الموافقة أو الرفض بإرادته التامة دون اكراه ودون مقابل مالي ، وهو ما حرمته الشريعة الاسلامية وحضرته الاتفاقيات الدولية وجرمه المشرع الجزائري لأنه يدخل ضمن المتاجرة بالأعضاء البشرية المحضور شرعا وقانونا .

وعليه فإن الشريعة الاسلامية ووافقتها التشريعات الدولية والداخلية في تقرير وضبط شروط حالة الضرورة التي تفرض التدخل الجراحي لعملية نقل وزراعة الاعضاء البشرية وتقرير الموازنة بين حق الانسان المريض في الحياة وحق السلامة الجسدية للمتبرع من خلال فرض تطبيق الشروط الصارمة لتحقق حالة الضرورة بما يراعي مصلحة المريض والمتبرع ودون المساس بحقوقهم المقررة والمحمية شرعا وقانونا .

5. قائمة المراجع :

[1] - القرآن الكريم

[2] - قانون الاسترشادي للدول العربية لتنظيم زراعة الاعضاء البشرية ومنع ومكافحةالاتجار فيهما لسنة 2009 الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار 791-د25 المؤرخ في 2009/11/19.

[3]- الامر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضن قانون العقوبات المعدل والتمم بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 الجريدة الرسمية رقم 15.

[4] - القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة الجديد ، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2018 ، الذي تضمن 450 مادة الغت المادة 449 منه القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 الجريدة الرسمية رقم 35 لسنة 1990، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-13 المؤرخ في 2008/07/20 الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2008 (ملغى) وبقاء النصوص المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون .

المراجع :

[1] - الحافظ بن كثير ، **تفسير القرآن الكريم** ،مجلد 1، دار البيان العربي ، حلب، 2006 .

[2] - عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، **فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة (آفاق وأبعاد)**، البنك الاسلامي للتنمية المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب ، المملكة العربية السعودية ، 1423 .

[3] -طارق سرور ، **نقل الاعضاء البشرية بين الاحياء (دراسة مقارنة)** ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الاولى 2001 ،

[4] - ميرفت منصور حسن ، **التجارب الطبية على ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل وزراعة الاعضاء البشرية دراسة مقارنة** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2013 ،

[5] - معاشو لخضر ، **النظام القانوني لنقل وزرع الاعضاء البشرية (دراسة مقارنة)** ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،جامعة تلمسان ، 2015/2014 .

[6] - مراد بن الصغير ، **الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة –** اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ،2011/2010 .

[7] - أسمى قاوة فضيلة ، **الاطار القانوني لعمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية** ، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية ، جامعة تيزي وزو ، 2011 .

[8] - تفسير الطبري بالموقع الالكتروني اسلام ويب : http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura2-aya173.html زيارة بتاريخ 2018/09/18.

[9] - موقع الالكتروني اسلام ويب : http://library.islamweb.net/hadith/display_hbook.php?hflag=1&bk_no=1323&pid=881033 زيارة بتاريخ 2018/09/18.

[10] - محمد بن حسين الجيزاني ، **حقيقة الضرورة الشرعية** ، مقال نشر بشبكة الانترنت.

[1] - مقال حالة الضرورة في القانون ، منشور بالموقع الالكتروني : https://ar.zenit.org/articles زيارة بتاريخ 2018/09/18.

6. التهميش

[1] - القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة الجديد ، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2018 ، الذي تضمن 450 مادة الغت المادة 449 منه القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الجريدة الرسمية رقم 08 لسنة 1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 الجريدة الرسمية عدد

35 لسنة 1990، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-13 المؤرخ في 2008/07/20 الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2008 (ملغى) وبقاء النصوص المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون .

[2] - عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، **فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة (آفاق وأبعاد)**، البنك الاسلامي للتنمية المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب ، المملكة العربية السعودية ، 1423 ، ص 20.

[3] - عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مرجع سابق، ص 23 .

[4] - سورة البقرة الاية (173)

[5] - للتفصيل انظر : الحافظ بن كثير ، **تفسير القرآن الكريم** ،مجلد 1، دار البيان العربي ، حلب، 2006 ، ص 263، وايضا أنظر تفسير الطبري بالموقع الالكتروني اسلام ويب : http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura2-aya173.html زيارة بتاريخ 2018/09/18.

[6] -سورة النحل الاية **(115)**.

[7] - تفسير الطبري بالموقع الالكتروني اسلام ويب : http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura2-aya173.html زيارة بتاريخ 2018/09/18.

[8] - موقع اسلام ويب : http://library.islamweb.net/hadith/display_hbook.php?hflag=1&bk_no=1323&pid=881033 زيارة بتاريخ : 2018/09/18.

[9] - محمد بن حسين الجيزاني ، **حقيقة الضرورة الشرعية** ، مقال نشر بشبكة الانترنت ، ص 05.

[10] - عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مرجع سابق، ص 28.

[11] - محمد بن حسين الجيزاني ، مرجع سابق ، ص 9.

[12] - للتفصيل في الموضوع انظر : عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مرجع سابق ، ص175.

[13] - N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

[14] - مقال حالة الضرورة في القانون ، منشور بالموقع الالكتروني : https://ar.zenit.org/articles زيارة بتاريخ 2018/09/18.

[15] - مقال حالة الضرورة في القانون ، منشور بالموقع الالكتروني : https://ar.zenit.org/articles زيارة بتاريخ 2018/09/18.

[16] - معاشو لخضر ، **النظام القانوني لنقل وزرع الاعضاء البشرية (دراسة مقارنة)** ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،جامعة تلمسان ، 2015/2014 ، ص 71 .

[17] - الامر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضن قانون العقوبات المعدل والتمم بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 الجريدة الرسمية رقم 15.

[18] -طارق سرور ، **نقل الاعضاء البشرية بين الاحياء (دراسة مقارنة)** ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الاولى 2001 ، ص 145.

[19] - طارق سرور، المرجع السابق، ص 147.

[20] - طارق سرور، المرجع السابق، ص 148.

[21] - أسمى قاوة فضيلة ، **الاطار القانوني لعمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية**، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية ، جماعة تيزي وزو ، 2011 ، ص 31 .

[22] - عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مرجع سابق، ص 176.

[23] - طارق سرور، مرجع سابق، ص 178.

[24] - مراد بن الصغير ، **الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة –** اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ،2011/2010 ، ص 327.

[25] - قانون الاسترشادي للدول العربية لتنظيم زراعة الاعضاء البشرية ومنع ومكافحةالاتجار فيهما لسنة 2009 الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار 791-د25 المؤرخ في 2009/11/19.

[26] - الامر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المتضن قانون العقوبات المعدل والتمم بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2009.

[27] - طارق سرور، مرجع سابق ، ص 173.

[28] - للتفصيل في الموضوع أنظر: طارق سرور، مرجع سابق ، ص 178.

[29] - طارق سرور، مرجع سابق ، ص 180.

[30] - أسمى قاوة فضيلة ، مرجع سابق ، ص 32.

[31] - ميرفت منصور حسن ، **التجارب الطبية على ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل وزراعة الاعضاء البشرية دراسة مقارنة** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2013 ، ص 303.

[32] - معاشو لخضر، مرجع سابق ، ص72.

[33] - أسمى قاوة فضيلة ، مرجع سابق ، ص 33.