



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
- 19 مارس 1962 -



## التعامل القانوني في منتجات الجسم ( دراسة مقارنة )

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: علوم قانونية - فرع: قانون وصحة

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور معوان مصطفى

من إعداد الطالب:

بن زلاط حافظ

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: شهيد محمد سليم	أستاذ محاضر - أ -	جامعة سيدي بلعباس	رئيساً
السيد: معوان مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفاً مقراً
السيد: سعيد بن يحي	أستاذ محاضر - أ -	جامعة سعيدة	عضواً مناقشاً
السيد: عرباوي نبيل صالح	أستاذ محاضر - أ -	جامعة بشار	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2017/2018م - 1438/1439هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ "

الشعراء: الآية 79

## شكر وتقدير

أشكر الله عز وجل أن أنعم علي بإتمام هذا البحث.

وبكل فخر واعتزاز أقول شكرا للأستاذ الدكتور معوان مصطفى الذي تفضل مشكورا بالاشراف على رسالتي هذه.

وأقدم بشكري الجزيل إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم علي بقبول مناقشة هذه الرسالة، فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها والإبانة عن مواطن القصور فيها، سائلا الله الكريم أن يشيهم عني خيرا.

لكم مني كل شكر وتقدير

## الإهداء

- إلى من أنار لي مشوار حياتي، إليك والدي.
- إلى من سهرت على تربيتي، إليك والدتي.
- إلى من لا أستطيع الاستغناء عنهم، شريكة حياتي، وأم بناتي مرام تنسيم وسيرين رتييل.
- إليكم إخوتي، وأخواتي.
- إلى صديقي مسعودي كريم.
- إلى أساتذتي الكرام الذين تلقيت على أيديهم العلم النافع.
- إلى كل من عرفته من خلال: مشوار دراستي أو مهنتي، إليكم أصدقائي.
- إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة عملي هذا.

## قائمة المختصرات:

### أولاً: باللغة العربية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

ب.ط: بدون طبعة.

ب.د.ن: بدون دار النشر.

ب.م.ن: بدون مكان للنشر.

ب.س.ن: بدون سنة للنشر.

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص: الصفحة.

### ثانياً: باللغة الفرنسية:

ART .....article

CPE .....Code pénal français

Cass.Civ ..... Cour de cassation, chambre

C.E .....Conseil d'état

S .....suite

Op.cit .....Opère citatis

N .....Numéro

P .....Page

I.pid .....le même ouvrage.

# المقدمة

إن لما للإنسان<sup>1</sup> من مكانة رفيعة، أجسد الله له ملائكته و عززه و كرمه و رفع قدره، و أودع فيه سر خلقه فقال تعالى: >> **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا** <<<sup>2</sup>، كان لزاما أن يعامل جسم الإنسان بما يليق بهذه المكانة، و من أجل ذلك عقد الكثير من المؤتمرات و كتب الكثير من الأبحاث و المقالات، تحدثت عن هذا الجسم من نواح مختلفة: دينية، و طبية و سياسية، و غيرها، و اتخذت كل ناحية من هذه النواحي هدفا خاصا بها<sup>3</sup>.

أما ما يتعلق بالناحية القانونية، فيمكن أن نطلق مجازا على الدراسات وصف الظاهرة القانونية، حيث بدا جليا اهتمام القانون مؤخرا بهذا الجسم و أولاه من الرعاية الكثير و هذه الدراسات المستضيفة لتنظيم التعامل القانوني على جسم الإنسان - و إن لم يصل القانون من خلالها بعد إلى تأسيس نظام شامل لحماية جسم الإنسان من تصرفات الشخص نفسه<sup>4</sup> - إلا أن الأمر لا يعد مستحيلا، و لا يمكن إنكار دور القانون في تنظيم بعض صور التعامل في جسم الإنسان، و التي من الممكن من خلالها استخلاص مبادئ كلية، على أساسها يأمل بظهور نظرية عامة تحكم هذا التعامل.

و تكمن أهمية موضوع بحثنا هذا، أن الكيان العظيم الذي وصفه الخالق جل و علا بأنه خلقه في أحسن تقويم، لم يدرج في دائرة القانون الوضعي إلا منذ عام 1992، و ذلك بعد جهود مضيئة بدلها رجال القانون، أي بعد صدور القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29 يوليو 1994، و الذي جاء ليضع نظاما خاصا لجسم الإنسان ضمن القانون المدني.

1- محمد أمين متولي عبد الحميد، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2002، ص.88-92.

2- سورة الإسراء، الآية رقم 70.

3- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، مطبوعات جامعات الإمارات العربية المتحدة ب.م.ن، 2006، ص.01-02.

4- نفس المرجع، ص.02.

و لقد بدأ اهتمام القانون و الفقه الإسلامي عموماً بحماية جسم الإنسان من اعتداء الغير عليه من خلال قانون العقوبات<sup>1</sup>، أما القانون المدني فلم يكن مهتماً إلا بحماية المال، أما فيما يتعلق بحماية السلامة البدنية فقد عالجها من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية و العقديّة، فالجسم لم يكن في حد ذاته يثير مشاكل قانونية تستحق أن تكون موضوعاً من موضوعات القانون المدني، لأن القانون لم تكن لديه سياسة عامة يعالج من خلالها المسائل المتعلقة بالتعامل في الجسم، و لكن كان يكتفي بحل المشاكل الطارئة كل على حدة<sup>2</sup>.

و حماية جسم الإنسان في إطار المسؤولية التقصيرية كان لها انعكاساتها في أحكام المسؤولية العامة، فهناك من يرى بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية إذا كان هناك مساس بجسم الإنسان، فظهر الالتزام بضمان السلامة لحماية الإنسان في عقد نقل الأشخاص<sup>3</sup>.

و إذا كان التفكير في جسم الإنسان يطرح اليوم على الساحة القانونية و الشرعية، فذلك يرجع سببه - بالتأكيد - إلى الطفرة الحاصلة في مجال العلوم الطبية الحيوية، فالعلم يدفع القانون في نصوصه، و مراجعة مواده و ذلك بصفة دائمة بمسايرة تطوره. و لأن عملية زرع الأعضاء، و ظاهرة الاتجار بمنتجات الجسم البشري، و غيرها من التصرفات؛ تدفعنا للتساؤل عما إذا كانت القواعد القانونية العامة تكفي لمعالجة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان، أم لا؟

و لقد ازدهرت فكرة الحقوق اللصيقة بالشخصية في السنوات الأخيرة نتيجة ما يمكن أن يطلق عليه تطور الإنسانية القانونية أو الطابع الإنساني للقانون، و الذي أدى بدوره إلى توفير الحماية اللازمة للإنسان في مواجهة المخاطر التي يتعرض لها نتيجة التطور العلمي و الحضاري المعاصر الذي توصل إلى أن يصبح للجسم أو منتجاته فائدة للغير، فعدم قابلية الجسم للانتفاع

<sup>1</sup> محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون و الاقتصاد ع3، ب.د.ن، ب.م.ن، سبتمبر 1959، نقلاً عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.02.

<sup>2</sup> أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، بيروت، لبنان، 1999 ص.11.

<sup>3</sup> حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام- المصادر الإرادية للالتزام-، ج1، ط3، ب.د.ن، ب.م.ن، 2000 ص.653.

به قبل الغير كان ستارا يحمي الجسم من التصرف فيه<sup>1</sup>؛ هذا و لقد كان لظهور فكرة الحقوق اللصيقة بالشخصية وارتباطها بحقوق الإنسان، بداية مرحلة أخرى لحماية الإنسان في مواجهة الدولة<sup>2</sup>.

لقد أصبح من الواضح جدا أن التطور العلمي، و التقدم في المجال التكنولوجي قد ساهم بشكل كبير في قلب الأوضاع التي كان يزعم القانون و الشرع تنظيمها، و زرع الثقة في القواعد و المبادئ القانونية و الشرعية، التي كان التسليم بإطلاقها أمرا لا يقبل جدالا و لا نقاشا، كمبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، و مبدأ حظر التعامل فيه.

فمبدأ حرمة جسم الإنسان تجسد في الواقع من خلال، منع الغير من الاعتداء عليه، و الثانية حظر التصرف في جسم الإنسان، و لقد كذب الواقع العملي - بما فرضه من احتياجات ضرورية توجب التعامل في جسم الإنسان، و ما صحبه من تطور في مجال الطب و العلوم- المفهوم المطلق لهذا المبدأ حيث فرض الواقع وجود استثناءات كثيرة ترد على هذا المبدأ، و تزداد يوما بعد يوم. فالتعامل في جسم الإنسان أصبح واقعا يفرضه نفسه، و كل يوم يتخذ هذا التعامل أنواعا جديدة و مظاهر مختلفة كبيع لبن الأدمية و التعامل في الدم البشري و منتجاته و استخدام الخلايا الجزعية في موضعها، مما دعا إلى انعقاد كثير من المؤتمرات و الاتفاقات و إصدار التوصيات الدولية لمحاولة تنظيم تلك المسائل بقواعد خاصة لتتناسب مع حرمة الأدمي.

فقد كثرت الدراسات التي تناولت كل نوع من أنواع التعامل في جسم الإنسان و من بينها بيع لبن الأدمية و التصرف في الدم البشري و الانتفاع بالخلايا الجزعية، و درس كل نوع على انفراد، و بعض أن تطورت الدراسات، فقد آن الأوان لمحاولة استخلاص أحكام عامة للتعامل في منتجات جسم الإنسان؛ تكون بمثابة القواعد العامة التي تحكم كل صورة من صور التعامل،

<sup>1</sup> - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.04.

<sup>2</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، ج2، ط3، مقدمة القانون المدني، ب.د.ن، ب.م.ن 2001ص.255-260.

بحيث لا يكون لكل صورة نطاقها المنعزل عن باقي الصور، و ما نسعى إليه في هذا البحث هو البحث عن قواعد عامة تصلح للتعامل في منتجات جسم الإنسان بصفة عامة، تمتد إلى كافة صور التعامل عليه.

يعود اختيارنا لموضوع << التعامل القانوني في منتجات الجسم >> إلى أسباب ذاتية و أخرى موضوعية.

#### - الأسباب الذاتية:

- الرغبة في البحث في هذا الموضوع لمعرفة الآثار التي نتجت عن النظام القانوني للتعامل في منتجات الجسم، بالتزامن مع الانتشار الواسع لهذا النظام و الذي أدى بجل التشريعات القانونية و الفقهية إلى تبنيه في تشريعاتها.
- إن الإشكالات التي أثارها النظام القانوني للتعامل في منتجات الجسم في التشريع المدني المقارن لا تقل عن تلك التي وجدت في مختلف التشريعات خاصة العربية كالتشريع المصري و الجزائري، و لهذا كان لابد من التعرف على الطريقة التي تصدى لها التشريع الفرنسي و المصري و الجزائري و الفقه الإسلامي لهذه الإشكالات و موقفه اتجاهها في ظل القانون و الفقه.
- ضرورة رسم الحدود الخاصة لإباحة المساس بالحق في سلامة الجسم، و أحوال ذلك. و لا تخفى في هذا الصدد، أهمية رضاء المريض و ما يثيره من جدل فقهي، حول إنكار أثره أو الاعتراف به، كسبب للمساس به.

#### - الأسباب الموضوعية:

- قلة البحوث المتعلقة بالنظام القانوني للتعامل في منتجات الجسم.
- الأهمية الواقعية و العملية للنظام القانوني للتعامل في منتجات الجسم و بالتالي التعرف عليها أكثر.

- الفراغ الفقهي و أثره في صعوبة الوصول إلى معرفة مقومات هذا الحق، و عناصره و سبل حمايته. و قد دعانا ذلك إلى الالتزام برسم حدود عامة تحمي الحق في السلامة الجسدية و تحدد عناصره و مقوماته، و السبيل الذي على المشرع انتهاجه لكفالة هذا الحق.

- حسم الخلاف الفقهي حول طبيعته و هل يندرج تحت وصف الفردية أو الاجتماعية. فالحق في السلامة الجسدية من طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية و من هذا النظر يتصف بالطابع الفردي الذي يخول صاحبه جميع السلطات على هذا الجسد، و بذلك يمكن اعتباره حقا فرديا. لكن الإنسان يعيش في مجتمع يتبادل فيه مع باقي أعضائه الالتزامات الاجتماعية، و يؤدي وظائف يهتم المجتمع اقتضائها من شخص معافى يتمتع بعناصر السلامة الجسدية. و يخضع المجتمع هذا الجسد لمجموعة من الأفعال الوقائية؛ كالتحصين ضد الأمراض المعدية مثل فيروس الايدز و التهاب الكبد الوبائي.

- عدم اهتمام رجال القانون بتخصيص دراسات معمقة و التي تتعلق بمسألة نقل الدم و ما يتصل بها و ما ينجم عنها من آثار اجتماعية و قانونية لم تحظى بتنظيم تشريعي من قبل المشرع المصري و الجزائري يتناسب و خطورة هذا النوع من النشاط الطبي و أهميته في الحياة الاجتماعية مما يعد قصورا تشريعيًا خلافا لما فعله المشرع الفرنسي الذي سارع بإرساء نظام قانوني يتناسب مع خطورة هذه المسألة و يكفل حماية قانونية لجبر الضرر عن أضرارها من عمليات نقل الدم .

تتجلى أهداف الدراسة في هذا الموضوع، من خلال النقاط التالية:

- التعريف بالنظام القانوني للتعامل في منتجات الجسم و تبيان مهامه في ظل تطور التشريع القانوني و الفقهي.

- دراسة الأسلوب الذي انتهجه المشرع الفرنسي و المصري و الجزائري و الفقه الإسلامي.

- التطرق إن كان المشرع الفرنسي و المصري و الجزائري و الفقه الإسلامي قد أولى بالدور الذي لعبته الحماية القانونية و الفقهية لحرمة كيان هذا الجسد و بالنظر إلى التجارب التي أجريت في التشريعات المقارنة.
- إعطاء مجموعة من الحلول المقترحة التي تجعل من هذا البحث أكثر فعالية في المستقبل.

و تجدر الإشارة إلى أن هناك قلة ملموسة في الدراسات السابقة التي تناولت مثل هذا الموضوع مثل التشريع الجزائري، و إن لم نقل هناك ندرة، إلا ما ورد منها و الذي عموماً يتمحور حول النظام القانوني للتعامل في جسد الإنسان بصفة عامة، أما في التشريع المصري فنجد دراسات قليلة حول هذا الموضوع، فقد ركزت معظم الدراسات التي تناولته على الجانب النظري.

و من الدراسات التي تناولت موضوعنا هذا نجد في التشريع المصري دراسة حبيبه سيف سالم راشد الشامسي تحت عنوان ( النظام القانوني لحماية جسم الإنسان ) توصلت على أن فكرة إقامة نظرية عامة للتعامل في جسم الإنسان تقف في منزلة متميزة عن الحقوق الشخصية و العينية، و بالتالي يجب أن تكون هذه النظرية بمثابة النظرية العامة التي تشبه النظرية العامة للعقد، بحيث يوجد تنظيم لكل نوع من أنواع التعامل يرد على جسم الإنسان كالتعامل في لبن الأدمية، و الدم و الأطر القانونية للاستخدام الخلايا الجذعية.

دراسة عصام أحمد محمد ( النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ) و التي توصلت من خلالها ضرورة تدخل المشرع بنصوص صريحة و واضحة يقرر من خلالها الحماية الواجبة لعناصر الحق في سلامة الجسم و ذلك بألفاظ تطلق هذه الحماية على عناصره و مقوماته كافة. و من ثم يجب أن تمتد الحماية للحق في سلامة الجسم إلى صيانة الصحة النفسية و العقلية.

دراسة بوشى يوسف تحت عنوان (الحق في سلامة الجسم) و هي دراسة وصفية تحليلية للتشريع الجنائي المصري و التي كان الهدف منها تجريم الحصول على منتجات جسم الإنسان بالطرق التجارية المخالفة للتشريع، و معاقبة الأشخاص القائمين بها و مصادرة الوسائل و تجريم طرق الوساطة و الإشهار لهذا الغرض.

دراسة وائل محمود أبو الفتوح (المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم) و الذي توصل هو الآخر على أنه يجب الاعتراف بأن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية في مجال نقل الدم القائمة على الخطأ لا بد أن تتطور استجابة لما شهدته أنظمة التعويض الجماعية التي تحقق للمضروب الحصول على تعويض دون تكليف بأعباء لا طاقة له بها.

دراسة ماروك نصر الدين (نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية) و التي كان الهدف منها التعرف في السعي إلى تحقيق الاستفادة من أعضاء جسم الإنسان بأدنى حدود الضرورة، دون التوسع عن هذا الحد.

و قد اعتمدنا على المنهج المقارن كون الدراسة تنصب على المقارنة بين التشريع المدني الفرنسي و المصري و الجزائري بالإضافة إلى الفقه الإسلامي، و كذا على المنهج التحليلي و الوصفي، الذي يقوم على جمع الحقائق و المعلومات ، و من ثم العمل على مقارنتها حتى يتم استخلاص المبادئ و الأحكام الخاصة بموضوع الدراسة، ليتم الوقوف على مدى توافقها أو اختلافها مع القواعد العامة بالإضافة إلى تحري الأحكام القضائية و الفتاوى الدينية، و التي ساهمت بشكل كبير في توضيح الرؤى في بعض المسائل و التي على إثرها استطعت تحليل الاتجاهات القانونية و الفقهية و القضائية بالإضافة إلى إتباع الرأي الفقهي الإسلامي في نطاق التعامل القانوني في منتجات جسم الإنسان (لبن الأدمية و الدم، الخلايا الجذعية نموذجاً).

أصبح التعامل القانوني في منتجات جسم الإنسان ضرورة ملحة تملّحها عدة اعتبارات قانونية و فقهية، إلا أن الإشكالات التي أثارها وجوده لا تزال قائمة إلى الآن، فمن هذا المنطلق جاءت الإشكالية الرئيسية التي يعالجها هذا البحث و هي:

هل أصبح الآن حرّي بنا أن نتعامل مع هذا الكيان وفق نظام خاص به؟ و قواعد توضع لتتناسب مع التعامل عليه في مجمله؟ و عدم الاكتفاء ببحث كل مسألة على حدة من خلال القواعد العامة في القانون المدني و الفقه الإسلامي؟

و تندرج تحت هذه الإشكالية المحورية تساؤلات ثانوية من بينها:

- فيما تكمن الحماية القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم؟
- كيف يمكن الموازنة بين تخطي الضرورات الطبية و حماية الجسم البشري؟
- و هل نجت التشريعات في إسباغ حماية فعالة من زحف و مخاطر الاعتداء على حرمة الكيان الجسدي في مجال عمليات نقل الدم؟

بناء على التساؤلات المطروحة و التي تتعلق بموضوع >> التعامل القانوني في منتجات الجسم - دراسة مقارنة- << قسمت البحث إلى بابين، فعالجت في الباب الأول الحماية القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم، بدءاً بالقيمة القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم في الفصل الأول و بعض ما ينتجه جسم الإنسان (لبن الأدمية، الدم، الخلايا الجذعية نموذجاً) في الفصل الثاني.

أما الباب الثاني فخصصته لدراسة المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات نقل الدم كمنتج من منتجات الجسم من خلال التطرق إلى نطاق المسؤولية الطبية و طبيعتها في التشريع و الفقه الإسلامي في الفصل الأول، و أثار المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات نقل الدم ضمن الفصل الثاني.

ثم ختمنا دراستنا هذه بخاتمة نبرز فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها، وأهم الاقتراحات التي طرحناها.

# الباب الأول

## الحماية القانونية والشرعية

### للحق في سلامة الجسم

## الباب الأول: الحماية القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم .

إن حق الإنسان في الحياة هو حق مقرر منذ القدم و من أجل مظهره هو حقه في سلامة جسده. ومن مبدأ حرمة الشخص يستخلص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، و التي تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه، و يرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية، فلكل شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق الشخصية<sup>1</sup>.

و كما يحمي القانون حق الإنسان في الحياة وفق نصوص القتل المقررة في قانون العقوبات يحمي حقه في سلامة جسمه لما لهاذين الحقين من علاقة وثيقة الصلة. فلا يكفي أن يحمي القانون الحق في الحياة، بل ينبغي أن يضمن كذلك حق ممارسة الحياة<sup>2</sup>.

و قد ذهب البعض في تحديد الحق في سلامة الجسم إلى اعتباره من الحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان و يرخص له بها. وفي ذلك حماية للإنسان في ماديات جسده و معنوياته وصولاً لتحقيق إطار من الحماية تستهدف تحقيق الأمان التام للكائن البشري<sup>3</sup>.

و يدعم هذا الرأي إعلام حقوق الإنسان الفرنسي الصادر سنة 1789. في حين ذهب رأي آخر من الفقه<sup>4</sup> إلى القول بأن تحديد مفهوم الحق بصفة عامة يقتضي تحليل عناصره. وبيانها درءاً لكل اختلاط بين هذا المفهوم و غيره من الأوضاع المشابهة له. فالحق في مفهوم أنصار هذا الرأي: «رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد و التسلط على شيء»<sup>5</sup>. في حين ذهب البعض إلى أن الحق في سلامة الجسم مصلحة يعترف بها القانون<sup>6</sup>.

1- جلال علي عدوي و من معه، الحقوق و غيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص.334.

2- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ، ط4، د.د.ن، د.م.ن، 2002- 2003، ص.841.

3- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، م1، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، 2008، ص.85.

4- نفس المرجع، ص.88.

5- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، ب.د.ن، الإسكندرية، 1971، ص.437.

6- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1978، ص.10.

أما من حيث تعريف الحق في سلامة الجسم من المنظور الطبي فإنه يوجب على الطبيب الاهتمام بالمريض ببذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة الطب، والتزام الطبيب في هذا المجال هو التزام ببذل عناية. و إذا كان تعريف الحق في سلامة الجسم عند الأطباء ينفصل عن مفهوم الصحة الجسدية<sup>1</sup>.

إن الحفاظ على الجسم و استمراره في أداء وظائفه على نحو طبيعي هي مصلحة فردية بالدرجة الأولى لصاحب الاختصاص، أي الفرد باعتباره حقا شخصا مترتب عن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم<sup>2</sup>.

ويتضح الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم من طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معين، حيث تلقى على عاتق كل فرد مسؤولية يطع بها بشخصه لتشكل واجبا معيناً<sup>3</sup>. يعتبر الحق في سلامة الجسم من أهم الحقوق التي يشملها القانون بحمايته، وأهميته الواضحة تقتضي أن تمتد حماية القانون إلى كل نطاقه بحيث تشترك حدود هذه الحماية و حدود الحق نفسه، وبغير هذا الاتساع تغدو الحماية قاصرة غير متسقة مع أهمية الحق<sup>4</sup>.

يقصد بالإنسان ابن آدم الذي خلقه الله تعالى و أوجده في هذه الأرض ليعمرها لقوله تعالى في أول ما نزل من القرآن في سورة العلق: « اقرأ باسم ربك الذي خلق الإنسان من علق<sup>5</sup> ».

1- نادر شافي، الطبيب بين الرسالة و المسائلة، مجلة الجيش اللبنانية، 2005/01/235، 016، مقتبس من الموقع الالكتروني [WWW.lebarmy.gov.lb.printarticle.aspxid-6814](http://WWW.lebarmy.gov.lb.printarticle.aspxid-6814).

2- بوشى يوسف، الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائيا - دراسة مقارنة - ، د. ط. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص. 96.

3- نفس المرجع، ص. 109.

4- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون و الاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية و الاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، يناير 1942، مطبعة فتح الله الياس نوري و أولاده، القاهرة، ص. 07.

5- سورة العلق، الآية 1-2.

ولقد احتار العلماء و الفلاسفة في معرفة حقيقة وطبيعة الإنسان لشدة تعقيدها و لكون المناهج التي اتبعوها في دراسة هذه الطبيعة مناهج غير سليمة، لغلبة النزعة الفلسفية عليها و لاقتصار كل منهم على جانب من جوانب الطبيعة الإنسانية بناء على الفلسفة التي يتبعها ذلك المنهج<sup>1</sup>. وجميع هذه النظريات و المناهج أو المذاهب مبني على التخمين و الظن<sup>2</sup> لأن الأساس الذي بنيت عليه غير صالح للمناقشة و البحث كونه فاسدا<sup>3</sup>.

أما الإسلام فقد قدم لنا تصورا كاملا على الحقيقة الطبيعية للإنسان، فامتاز بنظرة شاملة محيطية لماهية الإنسان. و قسم الطبيعة البشرية إلى أبعاد معينة والتي من خلالها يمكن بيان الجوانب المكونة للجسم البشري و العقلي و الروحي. بالإضافة إلى الجوانب المكونة لجسم الإنسان.

أما الطبيعة القانونية على جسمه ففيها نوع من الجدل و التضارب فالبعض يؤكد على أن حق الإنسان على جسمه حق ملكية، وعلى رأسهم القاضي الانجليزي (johnlocke) في مقولته: >> أن لكل إنسان ملكية خاصة على جسمه، ولا يمكن لأحد أن يشاركه أو يغتصب منه هذه الملكية<<<sup>4</sup>. في حين يرى جانب آخر من الفقه على الرأي القائل أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في هذا الجسد، لأن التصرف لا يكون إلا للمالك و الإنسان ليس له إلا حق الانتفاع على جسمه<sup>5</sup>، فالجسم بمثابة الوديعة التي استودعها الله لدى الإنسان<sup>6</sup>، ومن ثم يجب عليه أن يردها إليه بالحالة التي كان عليها. بينما ذهب أنصار الطرح الثالث على أن حق الإنسان على جسمه يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي المؤيد لفكرة

---

1- سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، ط1، دار الشروق، عمان، الأردن، 2003، ص.16.  
2- سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة و الاستنساخ البشري من الناحية الطبية و الشرعية و القانونية، ج1، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.53.  
3- نفس المرجع و الصفحة.  
4- حسام الدين كمال الأهواني، الحقوق العينية الأصلية - أحكام حق الملكية - ، ب.د.ن، ب.م.ن، 1988-1989، ص.04.  
5- حسام الدين كمال الأهواني، المدخل للعلوم القانونية - مقدمة القانون المدني - ، ج2، ب.د.ن، ب.م.ن، 1998، ص.31-32.  
6- يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، بيروت، المكتب الإسلامي، ط1994، ص.297.

الحقوق اللصيقة بالشخصية، التي تهدف أساسا إلى الدفاع عن الإنسان وتقديم الحماية له في علاقاته مع الغير سواء كانوا أفرادا، أو سلطات عامة، أو وسائل إعلام<sup>1</sup>.

لا شك أن المبدأ الذي يضع الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني، يهدف إلى تعظيم قدر الإنسان وإعلاء شأنه، ولكن لا شك أن هذا النهج سيؤدي إلى إضعاف الحماية القانونية التي يجب أن تقر له و لجسمه<sup>2</sup>.

لهذا أصبح من الأهمية الوقوف على حقيقة هذا المبدأ، و ما يتضمنه من مبررات لنخلص إلى حقيقة وضع جسم الإنسان في مجال التعامل القانوني.

إن التعامل في منتجات جسم الإنسان يأخذ أشكالا عدة فهو قد يرد على لبن المرأة، وقد يرد على الدم البشري، كما قد يرد من خلال التعامل في الخلايا الجذعية للإنسان، وذلك في إطار ما يسمى استخدام الخلايا الجذعية.

يظل حليب الأم غذاء الطفل الرئيسي، به ينمو جسمه ويقوى، لما يحتويه هذا الحليب من عناصر غذائية عالية القيمة، لا يمكن أن يعوضه أي نوع آخر من الألبان، وبالتالي فإن نقص هذا العنصر<sup>3</sup> يؤدي إلى حدوث الكثير من الأمراض والالتهابات، التي من الممكن أن تصيب جهاز الطفل الهضمي و التنفسي<sup>4</sup>.

أما بالنسبة لعملية نقل الدم فقد كان الطب العلمي يعتمد على الأفكار التي كانت سائدة لدى الناس والتي تعتبر نقل الدم. من الشباب الأصحاء إلى العجزة هي وسيلة من وسائل شفائهم

1- حبيبه سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، 2006، ص.62.

2- نفس المرجع، ص.12.

3- لقد أفادت البحوث الحديثة، إلى وجود فروقات واضحة بين لبن الأم و الألبان الصناعية ذات الأصل الحيواني، من أهمها وجود اختلاف كبير في نسبة البروتين و الدهون، والتي تعتبر أقل نسبة في لبن الأم مما يجعل امتصاصها و هضمها أكثر سهولة، كما أن نسبة الأملاح في لبن الأم تعتبر أقل منها في لبن الأبقار والذي يؤثر ارتفاعه سلبا على نمو خلايا مخ الطفل، بالإضافة إلى أن لبن الأم معقم بطريقة مباشرة من الثدي إلى الفم، وبالتالي فهو خالي من أي ميكروب أو تلوث قد يضر بصحة الطفل. أنظر حبيبه سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.80.

4- محمد علي البار، بنوك الحليب البشري، مجلة المجمع، ع2، ج1986، 14، 7، 1، ص.391—392، و أيضا عبد الباسط الأعصر، بنوك لبن الرضاع، مجلة طبيبك الخاص، ع235، دار الهلال، د.م.ن، يوليو 1988، د.ص، نقلا عن حبيبه سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.80.

من أمراض الشيخوخة و في سنة 1667 م أجرى (jean Denis) أول عملية نقل دم إلى شخص مريض و ذلك باستخدام دم حمل باعتبارها أو عملية نقل دم من الحيوان إلى الإنسان<sup>1</sup>.

أما بخصوص التعامل عن طريق استخدام الخلايا الجذعية و الذي يدخل تحت نطاق التعامل القانوني في منتجات الجسم أصبح الآن واقعا ملموسا لابد من التصدي له للكشف عن خباياه و أسراره، و وضع الضوابط التي يجب أن تحدد مساره، وتبيح وجوده، كحقيقة علمية تعود بالنفع للإنسانية.

ومصدر هذا الاهتمام يأتي من تلك المسألة حول مدى مشروعية مثل هذا التعامل في جسم الإنسان، خاصة لو اعتبرنا أن الخلايا الجذعية هي منتج من منتجات الجسم البشري و تعتبر بمثابة اللبنة الأولى التي يتكون منها الجنين الإنساني، والتي تقدر بأكثر من 220 نوعا من الخلايا مختلفة الأشكال و الأحجام و الوظائف<sup>2</sup>.

ولذلك ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، الأول نخصه لدراسة القيمة القانونية والشرعية للحق في سلامة الجسم والثاني نتناول فيه التعامل القانوني في بعض ما ينتجه الجسم (البن الأدمية، الدم، الخلايا الجذعية نموذجاً).

---

1 - Marshall Merlin and Bird Thomas Blood Loss and replacement 1979 .p.21.

- نقلا عن ممدوح خليل البحر، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل الدم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع1، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2001، ص.207.

2- أنس محمد عبد الغفار، الأطر القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية – دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي- دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2014، ص.05.

## الفصل الأول: القيمة القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم.

إذا كان الإنسان محور النشاط القانوني، و محل الحماية القانونية، فمن هو الإنسان إذا المراد حمايته، ومتى يكتسب الحق في الحماية القانونية، ومتى ينتهي هذا الحق؟<sup>1</sup>

في الحقيقة، لم نعثر على تعريف للإنسان، لا في القانون و لا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>2</sup>، وإنما نجد حقوقاً يراها واضعو القانون لازمه و ضرورية للإنسان. أما الفقه القانوني فيكتفي بالقول بأن الإنسان هو كل كائن حي تضعه امرأة<sup>3</sup>. و بهذا المعنى يكون صالحاً لتلقي خطاب القانون منذ ميلاده و حتى وفاته، فبميلاده، يكتسب الشخصية القانونية و من ثم يكون صالحاً لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، و لمجرد كونه إنساناً، وهذه الصفة تلازمه حتى وفاته.

إذن الحماية القانونية تبدأ في الوقت الذي نعترف به للإنسان باكتساب الحقوق، و تنتهي في الوقت الذي لا يكون الإنسان فيه صالحاً لاكتساب الحقوق، و لا يكون ذلك إلا بالموت. أي أن الحماية القانونية تدور مع الحقوق وجوداً و عدماً، فحيثما يوجد الحق توجد الحماية القانونية. و لأن الإنسان لا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق، إلا إذا اكتسب الشخصية القانونية، و لا يكتسب الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته، و لا تنتهي إلا بموته<sup>4</sup>.

كان الإنسان دائماً محورياً لاهتمام الدراسات القانونية، برغم اختلاف اتجاهات البحث القانوني. وقد تفاوتت تلك الأهمية في نطاق الحماية، التي قررتها المجتمعات البشرية؛ للحق في سلامة الجسم و اختلفت بحسب الزمان و المكان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — محمد سعد خليفة، الحق في الحياة و سلامة الجسد — دراسة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995-1996، ص.14.

<sup>2</sup> - ابن المنظور، لسان العرب، ج01، دار المعارف، القاهرة، ب.س.ن، ص.147.

<sup>3</sup> - محمد عوض، جرائم الأشخاص و الأموال، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ب.س.ن، ص.08.

<sup>4</sup> - محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص.14.

<sup>5</sup> - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.63.

وقد كان جسم الإنسان، في ظل الأنظمة القانونية القديمة؛ محلاً لحق مالي يتم التعامل فيه من قبل دائنيه<sup>1</sup> وقد كان للدائن أن يستحوذ على المدين؛ ويسخر في الأعمال الخاصة به. وقد انتهى الأمر للمجتمعات الرومانية، إلى ظهور نظام الرق؛ حيث سادت السلطة الأبوية، وبذلك أصبح الحق في السلامة الجسدية في ظل الأنظمة القديمة، شيئاً غير ممان و قابلة للتعامل فيه<sup>2</sup>.

وقد ظل الحق في سلامة الجسم، محكوماً إلى عهد قريب بتلك النظرة، التي ترى في جسم المدين وسيلة للوفاء. وقد استخدمت أداة القانون للمساس بالحق في السلامة الجسدية بغية حماية أموال الأشخاص، حتى هان الحق في سلامة الجسم، في مقابل الاهتمام بالملكية التي أصبحت جوهر اهتمام القواعد القانونية<sup>3</sup>.

وبانتشار حركة التحرر و المطالبة بحقوق الإنسان، تغيرت النظرة إلى الإنسان عموماً، فلم يعد ينظر إليه شيئاً يرد عليه حق مالي، بل إنسان له مقوماته المادية و المعنوية، وتطورت الأفكار القانونية لحماية هذا الكيان<sup>4</sup>.

لذا تبدو للحق في سلامة الجسم أهمية واضحة فهو بالنسبة للفرد أهم حق يتمتع به بعد حقه في الحياة وهو بالنسبة للمجتمع حق أساسي من حقوقه، إذ لا يستطيع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم و الازدهار<sup>5</sup>.

مما لا شك فيه أنه لا يوجد دين كالإسلام اهتم بصحة الإنسان و جسمه، و الأديان الأخرى لم تعر هذا الأمر اهتماماً كبيراً، و هناك ديانات حاربت الجسد الإنساني مثل: الفارسية و البرهمية الهندية و الرهبانية المسيحية، كل هذه حاربت الجسد، ولكن الإسلام هو الدين

1- محمود سلام زنتي، تاريخ النظم الاجتماعية و القانونية، ج2، د.ط، ب.د.ن، ب.م.ن، ص.293 وما بعدها.

2- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.63.

3- حسين إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، مصر، 1981، ص.12 وما بعدها.

4- حسام الدين كمال الأهواني، مقدمة القانون المدني، د.ط، ب.د.ن، القاهرة، 1972، ص.30.

5- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص.01.

الوحيد الذي جاء ليقول للناس << إن لبدنك عليك حقا >>، وهو يعتبر الجسد أمانة عند الإنسان و يجب عليه أن يراعي هذا الجسد و أن يحافظ عليه، ولا يجوز أن يضره أو يؤديه.<sup>1</sup> كما جاء في قوله تعالى: << وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ >><sup>2</sup>. بحيث أن الإسلام شرع الرخص و التخفيفات إذا كان في أداء العبادات على وجهها الأصلي إضرار بالإنسان، أو حرج له.

و حينما أفتى بعض الصحابي لرجل كانت به جراحة و أصابته جنابة فأفتوه بأن يغتسل فتفاقم الجرح فمات. فقال النبي صل الله عليه و سلم: << قتلوه قتلهم الله >> أي: قتلوه بهذه الفتوى الجائرة.<sup>3</sup>

من أجل هذا الدافع هذا أقول: أنه يجب على الإنسان أن يحافظ على جسده و قد شاعت بين المسلمين هذه الجملة ( صحة الأبدان مقدمة على صحة الأديان، و الله رؤوف رحيم ) فعامة الناس يقولون هذا الكلام، و قد أخذوه من الأحكام الشرعية.

و من مظاهر عناية الإسلام بصحة الإنسان و سلامة بدنه: أننا نجد في جميع كتب الحديث أبوابا كاملة عن الصحة و المرض، فنجد فيها كتاب الطب و كتاب التداوي، كل هذا تجسيد للعناية بهذا الأمر. و من ذلك حديث: << ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء >><sup>4</sup>.

يلزم لتحديد الحق في سلامة الجسم أن نحدد في المبحث الأول الحق في سلامة جسم الإنسان في القانون و الفقه الإسلامي. كما يجب أن نتطرق في المبحث الثاني إلى الأطر المكونة لجسم الإنسان ونختم هذا الفصل بتحديد التكييف القانوني و الشرعي للتصرف في جسم الإنسان، و ذلك في المبحث الثالث.

1- ماروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة -، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2003، ص.31.

2- سورة البقرة، الآية رقم 195.

3- ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.31.

4- نفس المرجع و الصفحة.

## المبحث الأول: الحق في سلامة جسم الإنسان في القانون و الفقه الإسلامي.

الحق في سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه و تحدده القوانين الطبيعية، و في أن يحتفظ بتكامله الجسدي، و أن يتحرر من الآلام البدنية.<sup>1</sup>

وحق الإنسان في سلامة جسمه له عناصر ثلاثة: الحق في أن تظل أعضاء الجسم

و أجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي و طبيعي، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء أو الأجهزة يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم. والحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة، فكل فعل يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء، سواء بالبتز أو باستئصال جزء منها، أو إحداث تغيير ينال من تماسك الخلايا أو الأنسجة أو يضعف منها، يعد مساسا بسلامة الجسم و تكامله يجرمه القانون. و يستوي كون هذا المساس قد ترك آثارا بالجسم بفترة وجيزة أو لم يترك هذا الأثر. فإجراء عملية جراحية و لو كانت يسيرة تعد مساسا بسلامة الجسم، ولا تخرج عن دائرة التجريم، إلا بفضل سبب إباحة، وهو ترخيص القانون لمن أجزاها.<sup>2</sup>

بالإضافة إلى الحق في أن يتحرر الإنسان من الآلام البدنية. و يتحقق هذا الإيلام بما يلحق الشخص من أدى بشعوره بالارتياح و السكينة، فأبي فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية لم تكن موجودة من قبل أو الزيادة من مقدارها يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم.

يراد بالحق كل ما يباح لكافة الناس الانتفاع به دون اختصاص لأحد أو استثنائه به عن غيره أو هو كل ما يستحقه الإنسان شرعا طبقا لما قرره الشريعة الإسلامية و ما أرسنه من أحكام

1- إيهاب عبد المطلب، جرائم الأطباء في ضوء الفقه و القضاء، نادي القضاة، مصر، 2015، ص.60.

2- نفس المرجع، ص.61.

و ما جاءت به من نظام، فالحق مصدره الشرع، وموضوعه و محله هو ما قرره الله للإنسان،  
و ما أثبتته له في صورة فردية أو في صورة جماعية.<sup>1</sup>

و قبل تناول الحق في سلامة الجسم ووجب علينا أن نخرج على مفهوم الحق، وهو المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديا بالقدر الأدنى من وظائفها الذي لا غنى عنه كي لا تتعطل جميعه. أما الحق في سلامة الجسم فهو المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي، و أن لا تتعطل إحدى هذه الوظائف، ولو كانت أقلها أهمية حتى و لو كان التعطيل وقتيا، و أن لا تتحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية<sup>2</sup>. و أهمية العلاقة بين حق الحياة و حق سلامة الجسم تتضح في بيان تحديد نطاق الحق في سلامة الجسم، فنطاقه يشمل كل الوظائف التي يباشرها الجسم في الحياة.

وعليه فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي تحدده و ترسمه القوانين الطبيعية، و في أن يحتفظ بتكامله الجسدي، و أن يتحرر من الآلام البدنية.<sup>3</sup> و يعرف الجسم بأن الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، وهو محل الحق في سلامة الجسم و الموضوع الذي تنصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق.<sup>4</sup>

فالحق كلمة ذات أصل أخلاقي برز من خلاله المعنى القانوني، ذلك أن كثيرا ما ينبسط سلطان القانون على ما تستهجنه قواعد الأخلاق، ومن هنا كان التقاء القانون و الأخلاق في كثير من القواعد القانونية<sup>5</sup>.

1- أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الأدمي في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.29.

2- سميرة عايد ديات، عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2004، ص.39.

3- ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.41.

4- جبيرى ياسين، الاتجار بالأعضاء البشرية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري - ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص.83-84.

5- حسن كيرة، المرجع السابق، ص.30.

ولفظ الحق لغة يطلق على معاني كثيرة: فقد يطلق على انه اسم الله سبحانه و تعالى، وصفة من صفاته السامية<sup>1</sup>؛ كما يطلق على الصدق<sup>2</sup>؛ ويراد به الثبوت المطلق<sup>3</sup>؛ كما يرد بمعنى العدل أو الحكمة، وفي كتب اللغة ورد الحق بمعان كثيرة أخرى<sup>4</sup>.

إن النظرة الأولى لمدلول الحق في سلامة الجسم، تختلف إحساسا بالاستثناء، في حين يقرر شخص أن له حقا معيناً، فإن هذا التعبير ينصرف إلى معنى الإنفراد بالقيمة التي يعرض لها؛ فضلا عن حجب الآخرين عن المساس بهذه القيمة. وعلى ذلك فإن مدلول كلمة الحق تحمل بين طياتها اختصاص الشخص بميزة معينة<sup>5</sup>. وتعني في هذا المقام كامل سلطة صاحب الحق في سلامة كيانه الجسدي، وحجب الغير عن المساس بهذا الكيان<sup>6</sup>. ومن ثم يتعين تحديد تعريف الحق في سلامة الجسم في التشريع من خلال المطلب الأول ثم التطرق إلى تعريفه في الفقه الإسلامي ضمن المطلب الثاني، و أخيرا تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم في التشريع و الفقه الإسلامي تحت غطاء المطلب الثالث.

### المطلب الأول: الحق في سلامة الجسم في التشريع.

لم يحدد القانون ما هو المقصود بجسم الإنسان هذا المفهوم الذي دخل ضمن القانون المدني و قد قدم واضعو مشروع القانون الجسم على أنه مجسد شخص. وبهذا المعنى يجب أن يفهم جسم الإنسان من خلال فلك الحياة الجسدية المحددة << بمفهوم الذات أو النفس >>. ولا يميز القانون بين مكونات الجسم سواء كانت طبيعية أو اصطناعية اندمجت بجسم الإنسان الطبيعي، و سواء كانت ثابتة أم لا، وسواء كانت تؤمن وظيفة حيوية أم لا، فكل هذا ينتمي إلى جسم الإنسان<sup>7</sup>.

- 1- قال تعالى: << وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ >>، سورة المؤمنون، الآية رقم 70.
- 2- قال تعالى : << نَزَّلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَأَنزَلَ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ >> سورة آل عمران، الآية رقم 02.
- 3- قال تعالى : << وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ >> سورة الزمر، الآية رقم 71.
- 4- قال تعالى: << لِيُنذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ >> سورة يس، الآية رقم 70.
- 5- حمدي عبد الرحمان، فكرة الحق، د.ط، ب.م.ن، القاهرة، 1979، ص.03 وما بعدها.
- 6- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.70.
- 7- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.25.

فجسم الإنسان أليس هو إذا الشخص؟ يجب أن نلاحظ أولاً أن عالم الحقوق ينقسم إلى قسمين: الأشخاص و الأشياء. و بالعودة إلى سؤالنا فإن الجواب بالإيجاب يسهل موضوعنا بشكل كبير حيث أنه إذا كان كل جسم هو بالضرورة إنسان فإن الشخصية يجب أن تمنح للطفل قبل ولادته و كذلك لجثة الشخص المتوفى.<sup>1</sup>

هناك منطقيين يتنازعان الآن اتجاه التمييز بين الأشخاص و الأشياء و الذي أصبح موضع شك و اهتمام. الأول و هو السائد الآن في الفقه و القضاء الفرنسيين، و الذي يشبه جسم الإنسان في مجمله و يعالج الشخصية القانونية في ما وراء الشخص و يتضمن بعض الأشياء الجامدة ( كالأشياء الضرورية للأشخاص المعوقين). أما المنطق الثاني الذي يأخذ بعين الاعتبار أن جسم الإنسان يتضمن عناصر حية يمكن من الآن فصاعداً نقل ملكيتها و من ناحية أخرى قبول الاستفادة من الأشياء الجامدة التي تدخل ضمن إطار الأجهزة العلاجية البديلة.

لقد اهتمت القوانين بجسم الإنسان، فتضمنت مبادئ و نصوص تجرم المساس بحياة الإنسان أو جسده، فقررت عقوبات رادعة لكل من يرتكب فعلاً يمس بسلامة الجسد الإنساني. و تضمنت وسائل و أدوات تكفل حمايته من اعتداء الآخرين، و تشمل هذه الحماية الكيان المادي و المعنوي للجسم.<sup>2</sup>

و ما زال كيان الإنسان الجسدي محل اهتمام للحماية القانونية، سواء فيما يتعلق بقواعد القانون و هذا الاهتمام من جانب هذا القانون، ليس سوى ترجمة حقيقية لمبدأ معصومية الجسد، ذلك المبدأ الذي اتخذته القانون موقفاً صلباً نحو حماية الكيان الجسدي للإنسان.<sup>3</sup>

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية و القانونية للعمل الطبي- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي- ، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص.85.

3- عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري و أثره في القانون المدني و الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - ، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص.134.

و مما يلاحظ أن بعض المصطلحات تختلط بفكرة الحق بصفة عامة، وقد أدى هذا الخلط إلى تباين المدلولات التي أعطيت لمفهوم الحق في سلامة الجسم. فنجد أن البعض نظر إليه من زاوية كونه من الحريات الأساسية (الفرع الأول) بينما نظرت إليه طائفة من الفقه باعتباره رابطة يعترف بها النظام القانوني (الفرع الثاني) واعتبره البعض الآخر مصلحة لصاحبه. وهذه التعريفات إنما جاءت وليدة الاختلاف حول تحديد مفهوم الحق بصفة عامة، وهذا ما سيتم تناوله تفصيلا.

### الفرع الأول: الحق في سلامة الجسم من الحريات الأساسية

يعبر مدلول الحرية عن "حركة الإرادة الإنسانية و تحررها من العوامل المقيدة أو المعدمة لها في أن تتخذ من المواقف ما تريد". والحريات أنماط مختلفة تتكون من رغبات الإنسان في أن يأتي ما يشاء من أعمال دون أن يمنعه القانون من إتيانها. وقد ذهب البعض<sup>1</sup> في تحديده لماهية الحق في سلامة الجسم إلى اعتباره من الحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان و يرخص له بها وصولا لتحقيق إطار من الحماية للكائن البشري<sup>2</sup>.

ويستند هذا الرأي إلى ما ذهب إليه المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر 1989 في تحديده لمفهوم الحرية بأنها "قدرة الإنسان على إتيان عمل لا يضر بالآخرين" ويرى أنصار هذا الرأي في ذلك الإدماج بين المعنى القانوني للحق و مفهوم الحرية في إعلان الحقوق و الذي أكدته - المادة الثانية - التي جرى نصها على: "أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق و الحريات الواردة في هذا الإعلان " مما يفيد وحدة الأصل بين الحق و الحرية، وذلك أن الحرية هي الأصل العام لكل الحقوق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -Garbonnier ,J,Droit civile-Part 1\_Paris 1936,p.235.

نقلا عن: عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.85.

<sup>2</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

<sup>3</sup> - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.85.

نستنتج أن هذا الرأي أخلط بين مفهوم الحرية و الحق؛ إذ لا يمكن التسليم بهذه النظرة؛ لأن القول بوجود الحرية التامة لصاحب الحق في السلامة الجسدية يؤدي إلى تقرير سلطته المنفردة في التصرف في جسده كما يشاء، وهو الأمر الذي يتعارض و القواعد المستقرة في الأنظمة القانونية و التي لا تعترف بكامل الحرية و إطلاقها، بل هناك قيود اجتماعية ترد على ذلك الجسد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية.

إن حق الإنسان في حرمة كيانه البدني اتجاه الغير يقضي بأن لكل شخص حق يرد على جسمه يخوله حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من أي اعتداء قد يقع عليه من الغير، فلا يجوز لأي شخص كان المساس أو التعدي على جسد أي شخص آخر و بأية وسيلة كانت سواء كان الاعتداء من خلال الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة لجسد الإنسان و هذا أصل يشمل في مضمونه جميع الأفراد، أي حتى لو كانوا أطباء، فلا يجوز لطبيب ما إجراء أية جراحة للمريض إلا بعد الحصول على موافقته، كما انه لا يجوز إجبار أي شخص على الخضوع لأي فحص أو تحليل علمي أو طبي إلا بالاستناد إلى إذن ذلك الشخص<sup>2</sup>.

فحق الإنسان في سلامة جسده و احترام إرادته يتيح له إمكانية رفض الخضوع لأي مساس قد يطل جسده مهما كان يسيرا<sup>3</sup>.

ذهب رأي في الفقه<sup>4</sup>، إلى القول بأن تحديد مفهوم الحق بصفة عامة، يقتضي تحليل عناصره وبيانها درءا لكل اختلاط بين هذا المفهوم و غيره من الأوضاع المماثلة أو المتشابهة . فالحق

1- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.91.

2- هيثم حامد المصاروه، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة في القانون المدني و الفقه الإسلامي- ط1، دار المناهج للنشر و التوزيع،الأردن،2000، ص.59.

3- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1994، ص.321.

4- حسن كيرة، المرجع السابق،ص.437 و ما بعدها.

عند أنصار هذا الرأي "رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الأفراد و الاستثناء التسلط على الشيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"<sup>1</sup>.

مما سبق يلاحظ على أنصار هذا الطرح إهداره لمفهوم فكرة الحق و إنكارها على طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، كما أن افتراض الرابطة القانونية بين الشخص و كيانه الجسدي حيلة قانونية غير مقبولة في هذا الإطار<sup>2</sup>.

فالواجب على الإنسان المحافظة على كرامته الجسدية و النفسية و يحرم عليه تغيير هيكل جسده القويم، ولا يجوز له التصرف فيه إلا بما أذن له، بمصلحة فردية و لمصلحته الاجتماعية التي تتمثل في الالتزامات المنوطة به<sup>3</sup>. وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الثالث.

### الفرع الثالث: الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون.

الحق في سلامة الجسم بصفة خاصة" مصلحة يعترف بها القانون"<sup>4</sup> و المصلحة فكرة غائية وهي السبب المؤدي إلى جلب المنفعة بالنسبة لصاحبها<sup>5</sup> ولذلك - قيل - بأن المصالح هي المصدر المادي للقواعد القانونية التي تنشئ الحقوق و تبدو مصدرا غير مباشر لها<sup>6</sup>.

و إذا كانت المنافع تعد مصالح للأفراد، فليست كل المصالح تعد حقوقا بالتحديد؛ ذلك أن المصلحة قد تتحقق لصاحبها من خلال وجهة نظر شخصية، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة الحق المعترف بها<sup>7</sup>.

ويلاحظ على أنصار هذا الاتجاه ، أنه يطلق لفظ الحق على كثير من المصالح باعتبارها تتمتع بالحماية التشريعية، كما انه يمد مفهوم فكرة الحق إلى تلك المجموعة من المصالح التي

1- نفس المرجع، ص.437.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- بوشى يوسف، المرجع السابق، ص.92.

4- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1978، ص.10.

5- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1971، ص.2204.

6- محمد شوقي السيد، معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1979، ص.38.

7- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.90.

تستند إلى قواعد الأخلاق و القانون الطبيعي، على أن سند النظام القانوني يسبغ عليها حمايته القانونية<sup>1</sup>.

بعد تطرقنا إلى إلى تعريف الحق في سلامة الجسم من المنظور التشريعي وفق اتجاهات مختلفة، سيتم تبيان مدلول الحق في سلامة الجسم من الوجهة الطبية وذلك ضمن نطاق الفرع الرابع.

### الفرع الرابع: الحق في سلامة الجسم من الوجهة الطبية.

إن محاولتنا البحث حول تحديد مدلول للحق في سلامة الجسم من الناحية الطبية، هو أمر صعب المنال. ذلك أن التحديد الطبي يخضع للأفكار و الاتجاهات العلمية و الطبية، كما تكمن هذه الصعوبة أيضا، في ارتباط هذا التحديد بصحة الإنسان و سلامته بالدرجة الأولى.

ونلاحظ من استقراءنا للاتجاهات الطبية التي توضح مدلول الحق في سلامة الجسم أنها انحصرت في اتجاهين عالج أولهما: مدلول هذا الحق من الناحية النظرية، فرد الحق في سلامة الجسم إلى صحة الكائن البشري و تمتعه بها دون الخوض في أمور تجريبية. واختار الثاني سبيل البحث العلمي و الفحص لتقرير بهذا المدلول<sup>2</sup>.

و سيتم معالجة هذا الفرع في اتجاهين، بغية الوصول لمدلول طبي للحق في سلامة الجسم.

### أولا: الإطار النظري للمدلول الطبي للحق في سلامة الجسم.

الحق في سلامة الجسم - من الناحية الطبية - هو حماية الجسد من كل تفريق لاتصال نسيج من أنسجة الجسم، ومن تم تشمل الحماية لمدلول الحق، كل إصابات الجلد و النسيج الدهني و إصابة العضلات، وكذا إصابة الهيكل العظمي، ولكل نوع من تلك الإصابات اسم خاص

<sup>1</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص. 244-245.

بها، تبعا للنسيج الذي تفرق اتصاله، فتسمى في الجلد جرحا، وفي النسيج الذهني تجمعا دمويا، وفي العضلات تمزقا عضليا، وفي الأحشاء تمزقا حشويا و في العظام كسورا<sup>1</sup>.

وهناك تعاريف طبية تطلق كمرادفات لمدلول الطبي للحق في سلامة الجسم، باعتبارها صورا كثيرة الحدوث، وتعال الحق من السلامة الجسدية، كالجروح البسيطة simple wounds، والجروح الخطيرة Dangerous wounds، والجروح المميتة Mortal<sup>2</sup>wounds.

و إذا كان الحق في سلامة الجسم في إطار المدلول الطبي النظري، هو حالة صحية فردية إلا إن تلك الحالة لها من العمومية أهميتها، ذلك أن الحق في السلامة الجسدية، يتعلق بسلامة أفراد المجتمع بشكل عام، وقد - قيل - أن الحالة الصحية للمجتمع بأسره هو عنصر أساسي من عناصر قيام مجتمع ما من المجتمعات<sup>3</sup>.

والحق في سلامة الجسم يكون محلا للحماية من الناحية الطبية، إذا كفل له الحماية عن طريق المحافظة على الحالة الصحية أو تثبيتها<sup>4</sup>وتتصرف هذه الحماية إلى كامل الجسد كما تشمل الصحة النفسية و العقلية، و يكون من حق الشخص اقتضاء العلاج و حرية اختياره للطبيب المعالج.

ويتفرع عن تلك الالتزامات حق للطبيب في وصف العلاج المناسب لمريضه و بذله جميع إمكانياته لتأمين حالته الصحية، لكي يستفيد من كل المصادر المتقدمة في المجال الطبي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- يحيى شريف و من معه، الطب الشرعي و البوليس الفني الجنائي، ب.د.ن، القاهرة،1969، ص.329.

<sup>2</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>3</sup>- نفس المرجع،ص.248.

<sup>4</sup> -Maurice Torrelli, le médecin et les droit de l homme-Paris ,1983,p .66.

<sup>5</sup> - Louis portes-A la recherche d une éthique médicale- Paris,1954,p.64.

نقلا عن:عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.249.

ومن بين الانتقادات التي وجهت إلى أنصار هذا الطرح أن غموض مدلول الحق في السلامة الجسدية من الناحية الطبية و عدم وضوحه، مرد ذلك إلى القلق المتولد لدى الأطباء من جراء تحديد ذلك المدلول المحدد و الموضوعي<sup>1</sup>.

### ثانيا: الإطار الإكلينيكي للمدلول الطبي في الحق في سلامة الجسم.

هناك إطار عملي يختص به الطب الإكلينيكي حيث يتحقق المساس بأجزاء الجسم بإحداث جروح سواء كانت جروح بسيطة أو خطيرة. وتتميز الصحة بخاصية النسبية فهي تختلف من شخص لآخر و في فترات زمنية معينة و تتباين بين فترة الشيخوخة و الشباب<sup>2</sup>.

و يختلف الطبيب في وضع حدود الصحة لمعرفة الحد الذي يمكن تجاوزه وصف الفعل بأنه اعتداء على الصحة فيرى البعض بأن الفعل يعد مساسا بالصحة إذا مس حقه في العناية الطبية. و يجدر التمييز هنا بما يلي:

- حق الشخص في حماية صحته ضد الأخطار الخارجية كالأدوية و تلوث البيئة.
- حق الإنسان في وجود تنظيم يعنى بالمسائل الصحية و ذلك بتهيئة خدمات الصحية كافية تستوعب مجالات الصحة لنهوض بصحة المجتمع و ذلك عن طريق العناية الطبية الكاملة.
- حق الأفراد في التأمين الصحي من الأخطار المهنية<sup>3</sup>. و للقيام بهذا الدور لابد من تبني سياسة متمثلة في توزيع الموارد الطبية و توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية.

<sup>1</sup> - Maurice Torrelli,op.cit,65.

نقلا عن:عصام أحمد محمد،المرجع السابق،ص.249.

<sup>2</sup>- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1996-1997،ص.32.

<sup>3</sup>- ماروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص.32.

ولحماية هذا الحق تنشأ العلاقة ما بين الطبيب و المريض و هي علاقة إنسانية، وقانونية  
توجب على الطبيب الاهتمام بالمريض و بذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة  
الطب، والتزام الطبيب في هذه الحالة هو التزام ببذل عناية و الاهتمام بتقديم العلاج  
المناسب للمريض. وقد أصبح من الممكن مسائلة الأطباء على الأخطاء التي تصدر عنه  
أثناء مزاولتهم لمهنة الطب. وقد أدى زيادة الوعي لدى الأفراد إلى رفع دعاوى على الأطباء  
لمطالبتهم بالتعويض عن الأضرار الماسة بسلامة الجسم اللاحقة بهم نتيجة الأخطاء التي  
صدرت منهم أثناء قيامهم و مزاولتهم المهنة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: الحق في سلامة الجسم في الفقه الإسلامي.

يعتبر جسم الإنسان من أهم العناصر اللازمة لوجوده، و قد قيل بحق >> إن الجسم عماد  
الشخص ذاته <<، ولذلك يعتبر الجسم من أهم عناصر الحياة الإنسانية تقديسا، و لا يجوز  
أن يكون محلا لأي اتفاق، إلا من أجل غرض صيانته أو حفظه، و يعد المساس به انتهاكا  
لحرمة أو معصومية الكيان الجسدي للإنسان<sup>2</sup>.

و تحقيقا لذلك تعتبر حرمة جسم الإنسان و سلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد  
و المجتمع على السواء، إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص  
من التقدم و الازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية كاملة<sup>3</sup>.

و لقد حرص الفقه الإسلامي على حماية النفس البشرية، و ذلك لمنع الاعتداء  
عليها، أو المساس بها بدون وجه حق، سواء كان هذا الإنسان في بطن أمه أو انفصل عنها،  
لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع على النحو التالي:

1- نادر شافي، المرجع السابق، ص.01.

2- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، ج02، مطبعة جامعة الكويت  
الكويت، 1970، ص.170-190 و ما بعدها.

3- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات  
ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.535.

## الفرع الأول: مظاهر الحماية الشرعية لجسم الإنسان.

تتجلى مظاهر الحماية الشرعية للإنسان في آيات القرآن الكريم و أحاديث النبي صل الله عليه و سلم، و تكمن فيما يلي:

### أولاً: تفضيل الإنسان و تكريمه على غيره.

فلقد كرم الله - تعالى - الإنسان و فضله على غيره من المخلوقات التي سخرها، فيقول تعالى: >> **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا** <<<sup>1</sup>، يقول الإمام القرطبي - رحمه الله - كرمنا تضعيف كرم، أي جعلنا لهم كرماً و شرفاً و فضلاً، وهذا هو كرم نفي النقصان لا كرم المال و كلامه هذا يعني علو الشرف و الفضل، و بذلك لا يكون مبتذلاً في أي وقت من الأوقات.<sup>2</sup>

### ثانياً: إبداع خلق الإنسان و تصويره في أحسن صورة.

كذلك من مظاهر تكريم الإنسان الإبداع الخلفي، و تصويره في أحسن صورة، فيقول الله تعالى: >> **يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ شَاءَ رَكَّبَكَ** <<<sup>3</sup>، و يقول تعالى: >> **لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ** <<<sup>4</sup>، و التقويم هو تبصير الشيء على الصورة التي ينبغي أن يكون عليها.<sup>5</sup>

فالآيات تنطق بأن الله - تعالى - قد حسن صورة الإنسان بأن عدل خلقه، و سوى شكله بأن جعله مستوي القامة، جميل المظهر، ثم نفخ فيه روحه، فجعله حياً حساساً بعد أن كان جماداً

1- سورة الإسراء، الآية رقم 70.

2- سيد قطب، في ضلال القرآن، ج4، طبعة دار الشروق، بيروت، 1974، ص.2241.

3- سورة الانفطار، الآية رقم 06-09.

4- سورة التين، الآية رقم 04.

5- عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ج09، ط03، طبعة المكتب الإسلامي

بيروت، 1404هـ، ص.172.

يقول تعالى: >> ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ <<1.

### ثالثا: حرمة اعتداء الغير على الإنسان.

من مظاهر التكريم أيضا أن الله سبحانه و تعالى حرم اعتداء الغير على الإنسان بغير حق سواء كان الاعتداء بالقتل أو الجرح، أو الضرب. وحد الحدود و القصاص بردع من يخالف ذلك، فشرع الإسلام القصاص حفاظا لحق الحياة، فإذا علم القاتل أنه سيقبض منه، فإنه يفكر كثيرا قبل أن يقدم على الجريمة، مقذرا عواقبها، فيرتدع عن الإقدام عليها يقول الله تعالى: >> وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ <<2. ويقول تعالى أيضا: >> وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ <<3.

### رابعا: حرمة اعتداء الإنسان على نفسه.

إن الإسلام اعتبر جسم الإنسان ملكا لله تعالى، فمنع تصرف الإنسان في جسده بما يسوءه أو يرديه، فنهى القرآن عن قتل الإنسان لنفسه، فيقول تعالى: >> وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا <<4.

و تأتي السنة النبوية لتؤكد تلك الحماية للنفس البشرية، و تحذر من مغبة الوقوع في جريمة الاعتداء عن نفس إنسان معصوم الدم، فعن عبد الله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – أن النبي صل الله عليه و سلم قال: >> لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم <<5.

1- سورة السجدة، الآية رقم 08.

2- سورة البقرة، الآية رقم 179.

3- سورة المائدة، الآية رقم 45.

4- سورة النساء، الآية رقم 29.

5- سنن الترميدي، ج4، كتاب الديات، باب تشديد قتل المؤمن، ب.د.ن، ب.س.ن، ص.16.

هذا و مظاهر التكريم للإنسان غير ما ذكر كثيرا منها: تكريم الله للإنسان باستخلافه في الأرض و تفضيله على غيره بالعلم.

## الفرع الثاني: مبدأ حرمة جسم الإنسان في الفقه الإسلامي.

لقد عنت الشريعة الإسلامية بحماية النفس البشرية، فحرمت قتل النفس إلا بالحق مصداقا لقوله عز وجل: << وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ >><sup>1</sup>، ومن هنا قضي بأنه << لا يجوز المساس بدم الآدمي أو عرضه بغير حق >><sup>2</sup>، كما ثبت عنه << أن الله عز وجل جعل أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة هو الدماء >><sup>3</sup>.

و في هذا الصدد، توعد الله عز و جل مرتكب جريمة القتل العمد<sup>4</sup> بقوله: << وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا >><sup>5</sup>. أما عقوبة القتل الدنيوية فهي القصاص، مصداقا لقوله عز و جل: << يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ >><sup>6</sup>. يضاف إلى ذلك حرمان القاتل من الميراث<sup>7</sup> إذا كانت بينهما قرابة<sup>8</sup>.

و بناء على ما تقدم فإن لجسم الآدمي في الشريعة الإسلامية حرمة كاملة سواء كان حيا أو ميتا، و علة هذه الحرمة كون الإنسان من خلق الله عز و جل، فهو الذي خلقه و قدره و فضله و كرمه مصداقا لقوله عز و جل: << فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ >><sup>9</sup>، و بهذه

1- سورة الإسراء، الآية رقم 33.

2- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج10، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.253.

3- صحيح مسلم، ج3، كتاب القسامة و المحاربيين و القصاص و الديات، باب المجازرة بالدماء في الآخرة و أنها أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة، ب.د.ن، ب.م.ن، 1678 م، ص.1304.

4- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج8، طبعة المكتب الإسلامي بيروت، 1400هـ، ص.240.

5- سورة النساء، الآية رقم 93.

6- سورة البقرة، الآية رقم 178.

7- سليمان بن عمر بن محمد البيجرمي، ج3، طبعة المكتبة الإسلامية، تركيا، ب.س.ن، ص.243.

8- محمد جمال الدين عواد، جناية القتل العمدي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة، 1974، ص.34.

9- سورة المؤمنون، الآية رقم 14.

السمات التي تميز الإنسان عن غيره من المخلوقات جعلها الله خليفته في أرضه، و هو أسمى تكريم خص الله به الإنسان، من ثم وجبت حرمة سواء كان حيا أو ميتا.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الحرمة الشرعية لبيع الآدمي.

نتعرف فيه على موقف التشريع الإسلامي من بيع الأحرار:

#### أولاً: موقف الإسلام من بيع الأحرار.

لعل من أهم مظاهر تكريم الإنسان في الإسلام حرمة بيعه إذا كان حرا، لما في ذلك من الإهانة، فكل عقد يكون موضوعه بيع إنسان حر، يكون باطلا، فالآدمي لا يقوم بمقابل نقدي، ولا يمكن أن يدخل في دائرة المعاملات بأي حال. و لهذا أجمع العلماء<sup>2</sup> في الفقه الإسلامي قديما و حديثا على حرمة بيع الآدمي الحر، ولم أجد لأحد خلافا يعتد به، عدا قول ضعيف نسب إلى الإمام الشافعي - رضي الله عنه - من أنه أجاز بيع الحر في الدين الذي لزمه، إلا أن علماء المذهب الشافعي قد أشاروا إلى ضعفه بل أكدوا إلى عدم الالتفات إليه<sup>3</sup>.

و قد تضافرت الأدلة الشرعية على تحريم بيع الآدمي الحر، و انه لا يمكن بحال من الأحوال أن يدخل في دائرة المعاملات المالية و من بين آراء الفقهاء ما يلي:

- **الحنفية:** ينصون على أن (الآدمي مكرم شرعا و إن كان كافرا، فأيراد العقد عليه إذلال له و هو غير جائز).<sup>4</sup>

- **المالكية:** يرون أن لحم الآدمي يحرم أكله و لو كان الشخص في حالة ضرورة، لأن ميئته فلا تزيل الضرورة، و بالتالي يحرم بيعه.<sup>5</sup>

1- أبو الليث السرمقندي، خزائن الفقه في عيون المسائل، طبعة بغداد، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.357.

2- حاشية ابن عابدين، ج5، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.50 و ما بعدها.

3- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج3، طبعة دار المعرفة، بيروت، ب.س.ن، ص.125.

4- حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص.58.

5- الإمام الدردير، على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك، ج2، طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1978، ص.85.

- الشافعية: ينصون على أن البيع للحر حرام كما قال النووي (بيع الحر باطل بالإجماع).<sup>1</sup>

- الحنابلة: ينصون على أنه: لا يصح بيع الحر لقوله ( ثلاثة أنا خصمهم ).<sup>2</sup>

- الظاهرية: يقررون أن بيع الحر حرام، لأن كل ما حرم أكل لحمه فحرام بيعه.<sup>3</sup>

- الزيدية: ينصون على أنه ( لا يجوز مطلقا بيع الحر، باع نفسه أو باعه غيره).<sup>4</sup>

- الإمامية: ينصون على أنه ( لو جمع ما يملك و ما لا يملك في عقد واحد كعبده

و عبد غيره صح في عبده، و وقف الآخر على الإجابة، أما لو باع العبد

و الحر، أو الشاه و الخنزير، صح فيما يملك و بطل في الآخر، أي في الحر و

الخنزير).<sup>5</sup>

و من هذه النصوص الفقهية يتبين أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الحر لا يباع و لا يشتري و أن العقد عليه باطل.

### ثانيا: الأدلة الشرعية من الكتاب و السنة على حرمة بيع الآدمي.

يتجلى من الكتاب الكريم: قوله تعالى: >> وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ

وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا <<<sup>6</sup>.

أن هذه الآية الكريمة فيها دلالة واضحة على تكريم الإنسان و رفع شأنه، و المعلوم أن البيع

و التملك يتنافى مع هذا التكريم.<sup>7</sup>

1- مغني المحتاج، معاني ألفاظ المناهج، ج2، طبعة دار الفكر، بيروت، 1995، ص.40.

2- المغني لابن قدامي، ج4، طبعة دار الفكر، بيروت، 1983، ص.174.

3- المحلى، ج9، طبعة دار التراث، القاهرة، 1352هـ، ص.17.

4- أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المنتزعة من الغيث، ج3، طبعة دار المعرفة، بيروت، ب.س.ن، ص.30.

5- الإمام أبو القاسم حلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، طبعة وزارة الأوقاف، ط2، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.142-143.

6- سورة الإسراء، الآية رقم.70.

7- عبد الرؤوف المنوي، فتح القدير في شرح الجامع الصغير، ج3، ط01، طبعة المكتبة التجارية الكبرى

مصر، 1356هـ، ص.350.

أما في السنة النبوية: أن بيع الآدمي الحر حرام حرمة مطلقة، لأن المسلمين أكفاء في الحرية، فمن باع حراً فقد منعه من التصرف فيما أباح الله له، و أُلزمه الذل الذي أنقذه الله منه.<sup>1</sup>

يستخلص مما سبق فإن في بيع الحر ضياع لاستخلاف الله للإنسان في الأرض، إذ هو قلب لنظام الله في الكون، فحقيقة البيع منعدمة فيه.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: طبيعة الحق في سلامة الجسم في التشريع و الفقه الإسلامي.

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم فهل يتصف بوصف الفردية أم الاجتماعية؟ ذلك أن الحق في سلامة الجسم من طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، ما يجعله يتميز بالطابع الفردي. غير أن الإنسان بالنظر إلى كونه إنساناً يعيش في المجتمع مع غيره و يتبادل معهم الالتزامات الاجتماعية ويقوم بوظائف يهم اقتضاؤها من شخص معافى يتمتع بكامل عناصر السلامة الجسدية ضمن هذه المجموعة.<sup>3</sup>

ولهذا فإن المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي بالإضرار بأحد أعضائه و من هنا يجدر التعرض إلى الطابع الفردي ضمن الفرع الأول ثم الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: الحق في سلامة الجسم في منظور التشريع.

إن الحفاظ على الجسم و استمراره في أداء وظائفه على نحو طبيعي هي مصلحة فردية بالدرجة الأولى لصاحب الاختصاص؛ أي الفرد باعتباره حقاً شخصياً مترتب عن الطابع

1- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ط2، طبعة دار الخير، دمشق، بيروت، 1418هـ - 1998 ص.26.

2- أبي بكر بن احمد بن أبي سهم السرخسي، أصول السرخسي، ج3، طبعة دار المعرفة، بيروت، 1372هـ، ص.13.

3- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.38.

الفردى للحق فى سلامة الجسم ، وعلفه ىنبغى دراسة خصائص الطابع الفردى للحق فى سلامة الجسم ثم مضمون الطابع الفردى للحق فى سلامة الجسم.

## أولاً: خصائص الطابع الفردى للحق فى سلامة الجسم.

يعتبر الحق فى سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية<sup>1</sup>. وهذه الأخيرة تتميز بطابع فرىد بأن لىس لها محل خارج صاحب الحق نفسه. و هذه الحقوق على العموم تنصب على مقومات و عناصر الشخصية ذاتها، وهى تثبت لكل شخص كونه إنساناً. وبالتالي فإن هذه الحقوق ىتمتع بها المواطنىن و الأجانب على حد سواء<sup>2</sup>.

ونظراً لارتباط هذه الحقوق بمقومات و عناصر الشخصية سميت بالحقوق اللصيقة بالشخصية، أو الحقوق الشخصية، وتتقرر للمحافظة على الكىان المادى و المعنوى وبدونها لا ىكون الإنسان آمناً على حرىاته و نشاطه<sup>3</sup>. وىتميز الحق فى سلامة الجسم بما تتميز به الحقوق الشخصية كما ىلى:

### 1- حقوق أساسية:

تعتبر حقوق أساسية لأنها حقوق سابقة فى وجودها على جمىع الحقوق التى ىتمتع بها البشر و كل المجتمعات و على مر الأزمنة وهى لازمة و ضرورية لكل فرد و أساس لوجوده<sup>4</sup>.

---

1- ىرى البعض أن الطىبعة القانونية لحق الإنسان على جسمه هو حق ملكية، وىقرون أنصار هذا الرأى على أهمية مسعاىهم فى كون هذا الحق تنضح آثاره الاىجابية فى حظر العبودية و الاسترقاق، كما ىكسب الشخص حقاً فى منع الغير من المساس بجسده و ذلك بموجب النصوص التى تمنع استعمال القسوة و الإكراه و التعذىب.  
أما موقف الفقه الإسلامى بالنسبة لملكية الإنسان لجسمه فهو لا ىعترف للإنسان بهذه الملكية و ىؤكد على حقيقة لا تقبل الجدل أو النقاش لأن جسم الإنسان هو ملك لخالقه، و لا ىملك الإنسان حق التصرف فىه إلا لضرورة ستكون محل دراسة فىما بعد. و ىرى البعض أن حق الإنسان على جسمه هو حق انتفاع، ذلك أن الجسم ىعتبر بمثابة الودىعة التى استودعها # # الله لى الإنسان، و من ثم علىه أن ىردها إلیه بالحالة التى كان عليها. أنظر حبىبة سىف سالم راشد الشامسى، المرجع السابق، ص. 52-61.

2- نبىل إبراهىم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبى الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 40.

3- نبىل إبراهىم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق، ص. 41.

4- بوشى يوسف، المرجع السابق، ص. 97.

## 2 - حقوق مستمدة من الشخص:

إن هذه الحقوق من حيث المبدأ تتبع من الإنسان ذاته و تنشأ من اللحظة التي يصبح فيها متمتعاً بحقوقه المدنية من بداية حتى انتهائها كما تستمد من مقومات الشخصية الإنسانية ولها مظاهر مادية و فكرية و اجتماعية حيث يتجلى الجانب المادي في الشخصية في الجسم و الروح .

## 3 - حقوق مطلقة:

تعتبر حقوق الشخصية حقوقاً مطلقة؛ لأنه يحتج بها على الجميع و يتمتع الأفراد بهذه الحقوق على قدم المساواة<sup>1</sup> .

## 4 - حقوق ملازمة للشخصية:

تعتبر حقوق الشخصية حقوقاً ملازمة لشخصية كل إنسان لأنها لا تتفصل عنها<sup>2</sup> و في وجودها من بدء الحياة حتى نهايتها و قد تمتد إلى الجثة بعد الوفاة<sup>3</sup> و يؤدي هذا المبدأ إلى النتائج التالية:

- إن الحق في سلامة الجسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية يستتبع الشخص و تنقضي بوفاته و انقضاء الشخصية. و من هذا المبدأ تأكد بأن هذه الحقوق لا تنتقل بعد موت الشخص عن طريق الميراث إلى الورثة.
- ما دام أن هذه الحقوق تكتسب صفات الشخصية فهي تدخل ضمن مفهوم الحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال.

<sup>1</sup>- بوشي يوسف، المرجع السابق ، ص.98.

<sup>2</sup>- تنص المادة 47 من القانون المدني الجزائري: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما قد يكون قد لحقه من ضرر ".أنظر الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 ، ج.ر.ج، ع.78، الصادرة بتاريخ 24 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم، و المتضمن القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup>- حبيبية سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.69-70.

- إن هذه الحقوق غير قابلة لسقوط أو الاكتساب بالتقادم، فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال.

- إن هذه الحقوق بحسب الأصل لا تقوم بالمال إلا أنه أحيانا يولد لأصحابها حقا ماليا في التعويض<sup>1</sup>.

يأتي في طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان الحق في سلامة جسمه و بمقتضى هذا الحق تخول لصاحبها حماية كيانه المادي في مواجهة الغير و ذلك بمنع الآخرين من المساس بجسمه أو بأعضائه أو الاعتداء عليه دون مبرر قانوني.

### ثانيا:مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم.

إن مضمون الحق في سلامة الجسم يتمثل في مصلحة الفرد التي يحميها القانون بحيث يظل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي. و بأن يظل الجسم كاملا غير منقوص ويتحرر من الآلام البدنية<sup>2</sup>.

### 1 - استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء.

لكل شخص الحق في أن يحتفظ بالمستوى الصحي و من أجل ذلك فإن كل فعل يترتب عليه نقصان في هذا المستوى يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم سواء تحقق عن طريق إحداث مرض لم يكن موجودا في السابق أو الزيادة في مقدار مرض ولا أهمية للوسيلة التي تتال من الصحة. فكل وسيلة تؤدي إلى تعطيل بعض أعضاء الجسم أو أجهزته الداخلية عن أداء وظيفتها الطبيعية تعطلا تاما أو مؤقتا يتوافر بها المساس بسلامة الجسم<sup>3</sup>.

ومن هنا فإن معنى الاحتفاظ بسير الطبيعي لوظائف الأعضاء ينجر عنه نقطتين أساسيتين هما الصحة و المرض.

1- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق ، ص.55.

2- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.99.

3- محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص.844.

عرفت منظمة الصحة العالمية عام 1948 الصحة بأنها: "حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقليا و اجتماعيا، لا مجرد انعدام المرض أو العجز"<sup>1</sup>.

أما المرض - على اعتبار أنه إحدى الاثنتين المكونين لمعنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء - فهو نقيض الصحة. و هو "خلل يعتري بعض أعضاء الجسم فيعطلها تماما أو يعوقها عن مباشرة وظيفتها على الوجه الأكمل".

و يعرف المرض أيضا أنه "حالة اختلال توازن نسبي لوظائف الجسم و أنه حالة دون السلامة والكفاية المتوسطة، كما أنه قد يكون ظاهرا أو غير ظاهرا"<sup>2</sup>.

والمرض في المفهوم القانوني<sup>3</sup> يتسع ليشمل كل ضرر يصيب الجسم كله أو في جزء منه. كالالتهابات الخارجية و الكدمات و غير ذلك من الأضرار تعتبر مرضا وفقا لأحكام المادة 264 و ما يليها من قانون العقوبات الجزائري<sup>4</sup>.

أما العجز عن العمل يقصد به "ما يصيب جسم الإنسان أو احد أعضائه من خلل و اضطراب في وظائفه بحيث يحول دون الممارسة الطبيعية"<sup>5</sup>.

ولا يشترط أن يكون العجز مطلقا إذ يمكن أن يوجد عجز حتى و لو كانت الحالة الصحية تستطيع القيام بعمل غير متعب و غير خطير مادامت عاجزة عن القيام بعمل جسدي و يجب أن يكون المرض أو العجز قد تجاوز 15 يوما<sup>6</sup>.

1- ديفيد ألمبيدا، روبرت برلين، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكنه بلوغه، مركز حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، 2002، أنظر: الموقع الإلكتروني، تاريخ الاطلاع 2017/05/29، الساعة 14,55.

[www.umn.edu/humanrts/arabic](http://www.umn.edu/humanrts/arabic).

2- محمد توفيق خضير، مبادئ في الصحة و السلامة العامة، ط1، دار صفاء للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص.21.

3- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.102.

4- قانون رقم 06-23 المؤرخ في المؤرخ في 29 ذو القعدة عام 1427 هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006م، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966م و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ج، ع84، الصادرة بتاريخ 04 ذي الحجة عام 1427 هـ الموافق لـ 08 مارس 2006م.

5- رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.862.

6- بن الشيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2000، ص.70.

## 2 - التكامل الجسدي.

يعني احتفاظ الإنسان بمادة جسده كاملة غير منقوصة و يترتب على ذلك أن كل مساس بمادة الجسد يعد اعتداء على التكامل الجسدي سواء كان بإنقاص جزء منها كبتير عضو من جسم الإنسان أو استنزاف كمية من دمه أو لمجرد العبث بتماسك الخلايا و الأنسجة أو إحداث أي تغيير بمادة الجسم<sup>1</sup>.

والمحافظة على مادة الجسم تقتضي أن يحتفظ الشخص بكل جزئية من هذه المادة و تتساوى في ذلك جميع أجهزة الجسم و أعضائه من حيث أهميتها، و باحتفاظ الإنسان بكل جزئية من مادة الجسم يمكن القول بأن جزئية هذا الجسم متكاملة على النحو الذي خلق عليه الإنسان<sup>2</sup>. يستخلص مما سبق أن أبعاد تكامل الجسدي أن يحتفظ الجسم بمادته كاملة غير منقوصة ويعتبر ما يخالف ذلك اعتداء على استوائه و تكامله، كما أن التكامل الجسدي يقتضي أن لا ينال من مادته دون تفرقة بين أعضائه و منتجاته و مشتقاته، بل أن مكونات الجسم كلها على قدم المساواة<sup>3</sup>.

## 3 - التحرر من الآلام البدنية.

وهذا يعني حق الإنسان في التحرر من آلام البدن و يتحقق الإيلام البدني لما يلحق الشخص من أدى في الشعور بالارتياح. وعلى ذلك فإن كل فعل يسبب للإنسان لم يكن موجودا من قبل أو زيادة من مقدار الألم كان يعانیه يعتبر اعتداء على سلامة الجسم<sup>4</sup>.

1- محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص.845.

2- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.44.

3- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.109.

4- محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص.845.

ويتمثل هذا العنصر أيضا في المحافظة على الهدوء و السكينة التي يتمتع بها الجسم. فالإنسان حينما يشعر بالسكينة في بدنه ، فإنه يحس بالراحة البدنية و الاستمتاع بما فطر عليه من الصحة، فضلا عن عدم إحساسه بالآلام التي قد يكابدها في غياب هذه السكينة وتتحقق حينما يكون الجسم محتفظا بمادته و تكامله الجسدي و بالمستوى الصحي الذي يتمتع به<sup>1</sup>.

و إذا كان بيان الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم يتحدد بالعناصر الثلاث (استمرار الأداء الطبيعي للوظائف، التكامل الجسدي، التحرر من الآلام) فإن تمام الحق في السلامة الجسدية لا يستوي إلا ببيان الطابع الاجتماعي لهذا الحق وذلك ضمن العنصر الثالث.

### ثالثا: الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم.

إن للمجتمع مصلحة في سلامة أجسام أعضاء الإنسان حتى يتمكن كل منهم من النهوض بالوظيفة الاجتماعية المطلوبة منه<sup>2</sup>.

ويتضح الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم من طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معين، حيث تلقى على عاتق كل فرد مسؤولية يضطلع بها بشخصه تشكل واجبا معينا<sup>3</sup>.

تتقرر للدولة مسؤولية اتجاه الحق في سلامة الجسم شأن باقي الحقوق فيثور التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية من حيث هي، فهل تعتبر التزام بتحقيق نتيجة أم أنها التزام ببذل عناية؟ وهل الأمر سيان بالنسبة لجميع الدول؟ و ما هي التزامات الدولة فيما يخص الرعاية الصحية لأغراض الصحة و السلامة العامة. هذا ما سيتم التطرق له. ثم علينا أن نتعرض إلى بعض تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم.

1- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ، ص.46.

2- عبد القادر القهواجي، فتوح عبد الله شادلي، شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1999، ص.131.

3- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.109.

## 1- مسؤولية الدولة تجاه الحق في سلامة الجسم.

لا شك أن الدور الذي يقوم به الفرد داخل مجتمعه يؤثر كما و كيفا فيما يحصل عليه من حقوق بوصفه عضوا في المجتمع و بالتالي تنقرر مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان باعتباره عضو في المجتمع ، وتتحدد هذه المسؤولية على مستويات ثلاث: واجب الاحترام واجب الحماية، واجب تنفيذها بالفعل<sup>1</sup>.

ولقد اعترف المجتمع الدولي بالتعاون الدولي فيما بين الدول حتى يمكن حماية الحقوق ومنها الحق في السلامة الجسدية و لو تدريجيا و قطع بما لا يدع مجالا للشك<sup>2</sup>. كما تنص المادة الثانية في فقرتها الأولى من العهد الدولي لحماية حقوق الإنسان المتعلق بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية على : >> تتعهد كل دولة طرف في العهد الحالي أن تقدم منفردة و من خلال المساعدة و التعاون الدوليين باتخاذ الخطوات خاصة الاقتصادية و الفنية لأقصى ما تسمح به مواردها المتوافرة من أجل التوصل تدريجيا للحماية الكافية للحقوق المعترف بها في العهد الحالي بكافة الطرق المناسبة...<sup>3</sup><<.

### 1-1- توزيع الموارد الطبية المحدودة.

تقع على عاتق الأطباء مسؤولية أخلاقية تتمثل في توظيف ما لديهم من خبرات مهنية في المشاركة في عملية اتخاذ القرارات الخاصة بتوزيع الموارد الطبية المحدودة، بما يكفل مصلحة المريض<sup>4</sup>.

### 1-2- توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية.

1- خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2002، ص.81.

2- نفس المرجع، ص.83.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.111.

على الأطباء العمل على اقتراح سياسات ترمي إلى تحقيق العدالة في توفير مستوى ملائم من الرعاية الصحية لجميع أفراد المجتمع.

ويلتزم الأطباء بمراعاة الاعتبارات الأخلاقية، عند اختيار الإجراءات و الطرق الوقائية العلاجية منها مدى استفادت المريض من البرنامج العلاجي و مدة الاستفادة بالإضافة إلى تكلفة العلاج و عدد المرضى الذين سيستفيدون من العلاج<sup>1</sup>.

### 1 - 3- الرعاية الصحية الاجتماعية.

هي الإجراءات أو الخدمات الصحية و الطبية الضرورية للوقاية من الأمراض و منع حدوثها، و الاكتشاف المبكر و العلاج الفوري لما يحدث منها و تأهيل الفرد أو أفراد المجتمع بعد الشفاء الجسدي ليصبح قادرا على العمل و الإنتاج معتمدا على نفسه<sup>2</sup> و لا يصبح عالة على المجتمع.

### 2- تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم.

تتضح الصفة الاجتماعية لهذا الحق حين يقتضي القانون في سبيل رعاية مصلحة عامة جدير بالاحترام، كإخضاع الفرد لبعض الأفعال التي تمس سلامته البدنية مثل التطعيم الإجباري ضد بعض الأمراض بغرض حماية الصحة العامة.

تقتضي الضرورة الحديث عن التطعيم أو التلقيح ضد الأمراض باعتباره المرحلة التي تعقب فترة الجنين و ما يترصده من حماية قانونية . فيأتي الحديث عن هذه التطعيمات باعتبارها أحد الإجراءات الوقائية و العلاجية في حالة المرض و التي تدخل ضمن تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم<sup>3</sup>.

1- عبد الحطاب، الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب و الصحة، ص.12-13، أنظر الموقع الإلكتروني، تاريخ الاطلاع 2017-05-30، الساعة 16.00

<http://www.isLamset.com/arabic/alwseka/word/Abdul%20Hattab.doc>

2- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.111.

3- نفس المرجع، ص.114.

إن المولود ساعة ينتقل فجأة إلى بيئة جديدة لا تؤمن له نفس الراحة و الحماية التي كان ينعم بها و هو في داخل الرحم، يأتي إلى هذا العالم مسلحا بمناعة شبيهة بمناعة أمه، وهذه المناعة الطبيعية و التي انتقلت إليه من أمه بواسطة المشيمة لا تقيه من الأمراض إلا لفترة من الزمن<sup>1</sup>.

و إننا إذ نتكلم عن التطعيم من جانب الأهمية فإن التشريعات أدركت و سارعت إلى سن قوانين متعلقة به متتبعه أطوار نمو الطفل. وقبل الحديث عن هذه النصوص القانونية سيتم التطرق إلى معنى التطعيم و أنواعه و مواعيده ثم نبين تنظيم القوانين منها القانون الجزائري على وجه الخصوص فيما يخص هذه التطعيمات.

## 1-2 - معنى التطعيم أو التلقيح ضد الأمراض.

يعني التطعيم حث الجسم على تشكيل مناعة ذاتية ضد العناصر الممرضة و الأمراض التي قد تصيب الطفل، و صنفنا كالاتي:

شديدة الخطر، خطرة. و شديدة الخطر كالسم و التيتانوس، شلل الأطفال، و يعتبر اللقاح ضد هذه كلها إجبارية.

أما الأمراض الخطرة كالكوليرا، الحمى الصفراء، فيتم تلقيح الطفل ضدها في حالة الضرورة، أي في حالة الانتشار<sup>2</sup> و يائي في البيئة المحيطة.

واللقاح قد يعطي الجسم جرثيم مضاعفة مخبريه، أو ميتة، أو سموم الجرثيم، وكلها تحت جهاز المناعة على تكوين العناصر وكل تحت جهاز المناعة على تكوين العناصر المناعية الذاتية الجاهزة القادرة على مهاجمة أسباب المرض لدى دخولها الجسم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - <http://www.sehha.com/index.shtml>

تاريخ الاطلاع: 2017/05/30، الساعة 17.30.

<sup>2</sup> - مركز الأخبار العالمي، صحة الطفل، ص. 02، أنظر الموقع الالكتروني: [www.http//al.shia.info](http://www.al.shia.info).

<sup>3</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

## 2-2 - التنظيم القانوني للتطعيم ضد الأمراض.

اهتمت التشريعات بموضوع الوقاية من الأمراض فأصدرت العديد من القوانين تلزم الأفراد الخضوع للتلقيحات و من بين هذه التشريعات نجد التشريع الفرنسي و التشريع المصري. وعليه سيتم التطرق للتطعيم في القانون الفرنسي و المصري مرورا بالتشريع الجزائري.

### أ - التطعيم في القانون الفرنسي:

صدرت في فرنسا مجموعة من القوانين خاصة بوقاية الأشخاص من الأمراض حيث أخضع قانون رقم 15 فبراير 1902 التطعيم بصفة إجبارية ضد مرض الجدري و التطعيم يمر بمراحل ثلاثة، عند بلوغ سنة كاملة، إحدى عشر سنة، إحدى و عشرون سنة، ويسأل الولي أو الوصي عن عدم تنفيذ هذا الالتزام و تطبق عليه المادة 471-1 من قانون العقوبات الفرنسي ثم صدر قانون رقم 07 سبتمبر 1915، وبعده المنشور الصادر عن وزارة الداخلية في 10 يوليو 1916 بخصوص مرض الجدري<sup>1</sup>.

ثم صدر القانون رقم 24 نوفمبر 1940 الذي أصبح فيما بعد المادة السابعة من قانون الصحة العامة و فرض التطعيم الإجباري ضد مرض التيتانوس<sup>2</sup>.

### ب - التطعيم في القانون المصري.

<sup>1</sup> - عبد القادر القهواجي، المرجع السابق، ص.140.

<sup>2</sup> - بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.119.

اعتنى المشرع المصري بمجال الوقاية العامة من الأمراض و أصدر سلسلة من القوانين وفي مقدمتها القانون رقم 12 لسنة 1912 و الذي وضع جدولاً يبين فيه الأمراض المعدية في قسمين:

**القسم الأول:** تضمن مرض التيفوس و الجمرة الخبيثة و الحمى المخية الشوكية ...

**القسم الثاني:** وتضمن مرض الدفتيريا و الحصبة و التهاب الغدة النكفية، وقد أجاز القانون المذكور للإدارة الصحية عزل المرضى عن المشتبه في إصابتهم<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق يتبين لنا أن مراعاة المصلحة الاجتماعية يحتم المساس بحق الأفراد في السلامة البدنية، وهو يشكل مظهراً من مظاهر الحق في سلامة الجسم في جانبه الاجتماعي حيث يراعى الموازنة بين المصالح فتغلب المصلحة التي يرى المشرع أولى بالحماية أو أقوى نسبياً، كما يعد التلقيح الإجباري من تطبيقات الطابع الاجتماعي بهدف الحفاظ على الصحة العامة بمقابل التضحية بالمصلحة الفردية، وهو المبرر الذي جعل جل التشريعات قاطبة منها التشريع الفرنسي و المصري يعتبره التزاماً تطلع به الدولة، ويرتب الإخلال به المسؤولية الجزائية.

## ج - التطعيم في التشريع الجزائري.

لقد نصت المادة 25 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن أهداف الصحة العمومية تعني مجموعة التدابير الوقائية و العلاجية التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد و الجماعة وتحسينها "ومن تم فإن التطعيم له غاية وقائية و أخرى علاجية"<sup>2</sup>.

1- بوشي يوسف، المرجع السابق ، ص.120.

2- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 الموافق لـ جمادى الأولى عام 1405، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج.ر.ج، ع.08، الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1985م الموافق لـ 27 جمادى الأولى عام 1405هـ، المعدل و المتمم.

ففي مجال الوقاية، أجبر القانون التعرض لبعض التطعيمات بسبب خطورة العدوى حيث جاء المرسوم رقم 69-88 الصادر بتاريخ 17 جويلية 1969<sup>1</sup> تعداد هذه التطعيمات في المادة الأولى و الثانية و الثالثة.

فأما المادة الأولى فلقد نصت: << إن الوقاية الصحية للطفل بواسطة التلقيح ضد الشلل و الشهاق و شلل الأطفال و الجدري تكون إجبارية >>.

وأضافت المادة الثالثة أمرا بضرورة التلقيح لبعض الفئات مثل العاملين في السلك الطبي والشبه الطبي للمستشفيات أو في التشكيلات الثابتة أو المتنقلة لمرة واحدة أو أكثر ضد بعض الأمراض المعدية التي من الممكن أن تنتقل بواسطة الأفراد المعالجين<sup>2</sup>.

أما من حيث العلاج نص القانون على اتخاذ العلاج الإجباري بالنسبة للأمراض المعدية و الفحوص الإجبارية حيث تنص المادة 53 من قانون حماية الصحة بأنه: << يتلقى الأشخاص المصابون بأمراض معدية و الذين يشكلون مصدر عدوى علاجا إستشفائيا أو حرا و يخضع الأشخاص المتصلون بالمرض لمراقبة طبية... >><sup>3</sup>.

و تنص المادة 111 من ذات القانون على وجوب اتخاذ تدابير الفحص الإجباري في الأمراض العقلية من طرف السلطات العمومية و لو بغير إرادة الشخص المريض لتقوية مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد و هو الخروج عن القاعدة العامة<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني: الحق في سلامة الجسم في منظور الفقه الإسلامي.

إن الأساس الفكري و الفلسفي يقوم على دعائم تستهدف حماية المصالح الشرعية المعتبرة في الشريعة الإسلامية، والتي تستهدف حماية الدين و مقاصده عن طريق رسم الحماية المقررة

1- المرسوم رقم 69 - 88 المؤرخ في 02 ربيع الثاني 1389 الموافق لـ 18 يونيو 1969، يتعلق بالتلقيح الإجباري، ج.ر.ج، ع53، لسنة 1969.

2- القانون رقم 85 - 05، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، سالف ذكر.

3- نفس القانون.

4- نفس القانون.

للحقوق، التي يراعى فيها المصالح الحقيقية و إن اختفت تلك المصالح عن بعض الأنظار أو اختلف فيها أهل النظر<sup>1</sup>.

و الفكر الإسلامي في تحديده لنطاق الحقوق و المصالح الكاملة وراء مقاصده، إنما ينبع من فكرة أساسية مفادها، أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية في مصادرها و أحكامها، فهي تنظم أمور الدين و الدنيا و المشرع فيها هو الله سبحانه و تعالى ، وسلطان الأحكام فيها رباني يسموا فوق كل تحديد لإرادة البشر - ولا تنقيد هذه الأحكام إلا بالقيود الدينية- وأساسها القرآن و السنة و ما تفرع عنهما من مصادر للأحكام الشرعية<sup>2</sup>.

و المصالح المعتمدة وفقا للفكر الإسلامي، ترعى مصالح الدين و الدنيا و تستهدف حماية حقوق العباد في المعاش. و لقد راعى المشرع الإسلامي كيان المجتمع و تحقيق مصالح العباد فيه بحماية ضرورياتهم و توفير حاجياتهم و تحسيناتهم<sup>3</sup>؛ و كل تكليف شرعي قصد منه تحقيق واحد من تلك الثلاث أو أكثر و التي منها جميعا تتكون مصالح العباد.

و في مجال تحديد نطاق الحق في سلامة الجسم نجد أن الفكر الإسلامي يعتبر هذا الحق من الضرورات، وهي التي تقوم عليها حياة الناس و لابد منها لاستقامة مصالحهم فإذا اختلف ميزان الضروريات مال معه نظام حياة الأفراد و عمت الفوضى و المفساد<sup>4</sup>.

و مراعاة هذه الضروريات تستهدف رعاية أمور خمس في جميع التكاليف الشرعية وهي حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال<sup>5</sup>.

و يلاحظ أن هذه الضروريات الخمس يقوم بها و يستقيم أمر الدين و الدنيا و تحفظ الجماعة و يسان المجتمع. فالدين و هو مجموع العقائد و العبادات و الأحكام التي قررها الله سبحانه

1- محمد أبو زهرة، فلسفة العقاب في الفقه الإسلامي، ب.د.ن، القاهرة، 1970، ص.32.

2- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم - دراسة مقارنة في القانون الجنائي - ب.د.ن القاهرة، 1988، ص.207.

3- زكريا البرديسي، أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، 1969، ص.440 و ما بعدها.

4- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، 1954، ص.234.

5- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، ب.س.ن، ص.06 و ما بعدها.

و تعالی لتنظيم علاقاته بعباده، و قصد منه تركيز الدين بالقلوب و تزكية النفس البشرية كذلك  
فحفظ النفس أمر ضروري قصد منه المحافظة على كيان المجتمع و سلامة أفراده و سن  
الزواج لتوالد و التناسل و بقاء الجنس البشري، و أوجب القصاص و الدية و الكفارة على من  
يعتدي عليها و إيجاب دفع الشر عنها.<sup>1</sup>

و لقد قرر المشرع الإسلامي القصاص كجزء للمساس بالنفس البشرية  
و ضرورة حفظها؛ و لذلك له بالغ التقدير في أهميتها و نطاق حمايتها.<sup>2</sup>

و بقدر ما أعلى الإسلام من مكانة الإنسان و التوسع في نطاق حماية النفس و الجسد  
البشري، بقدر ما تشدد في مجازاة من يعتدي على هذا الحق فجعل المساس بهما بمثابة  
الاعتداء على الناس جميعا و إحياء النفس الواحدة بمثابة إحياء للناس جميعا؛ و شرع  
القصاص للاعتداء على الحق في سلامة الجسم.<sup>3</sup>

و قد أسبغ المشرع الإسلامي الحماية كذلك على العقل و اعتبر ذلك ضرورة من الضرورات  
و كفل وقايته و حمايته من الضعف و الاهتزاز فجرم الخمر و النبيذ و ما يقاس عليه لذهبه  
بالعقل و أوجب التحكم و السيطرة على الإنسان على أعصابه، و بذلك كان المشرع الإسلامي  
سباقا لحماية الحق في سلامة الجسم و توسيع نطاقه ليشمل النواحي النفسية و العصبية.

مما تقدم يتضح لنا أن الدعامة الفكرية للتشريع الإسلامي في إطار تحديد نطاق الحق في  
سلامة الجسم قد ارتبطت و المقاصد الأساسية سالفة الذكر كما شرع القصاص و الدية و  
هذا النمط من الأفعال يمس ضرورة حفظ النفس من الاعتداء و بحق الإنسان في سلامة  
جسده.<sup>4</sup>

1- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.208.

2- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.209.

3- علي منصور، نظام التجريم و العقاب في الإسلام، ج2، طبعة المدينة المنورة، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.181.

4- نفس المرجع، ص.66 و ما بعدها.

بعد الانتهاء من عرض تأصيل الحق في سلامة الجسم و بيان وجهته من حيث التشريع و الفقه الإسلامي، سيتم الحديث الأطر المكونة لجسم الإنسان و ذلك ضمن المبحث الثاني.

## المبحث الثاني: الأطر المكونة لجسم الإنسان.

يقصد بالإنسان ابن آدم الذي خلقه الله تعالى و أوجده في هذه الأرض ليعمرها، قال تعالى في أول ما نزل من القرآن في سورة العلق: >> اقرأ باسم ربك الذي خلق خلق الإنسان من علق<<<sup>1</sup>.

ولقد احتار العلماء و الفلاسفة في معرفة حقيقة و طبيعة الإنسان لشدة تعقدها و لكون المناهج التي اتبعوها في دراسة هذه الطبيعة مناهج غير سليمة، لاحتكار النزعة الفلسفية عليها بإتباع مناهج فلسفية<sup>2</sup>.

وجميع هذه النظريات و المناهج مبنية على التخمين و الظن<sup>3</sup>؛ لأن الأساس الذي بنيت عليه غير صالح للمناقشة و البحث كونه فاسدا<sup>4</sup>.

أما الإسلام فقد قدم لنا تصورا كاملا عن الحقيقة الطبيعية للإنسان، فامتاز بنظرة شاملة محيطية لماهية الإنسان. و قسم الطبيعة البشرية إلى أبعاد معينة وهذا ما سيتم تناوله في

1- سورة العلق، الآية 1-2.

2- هاني سليمان طعيمات، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، ط1، دار الشروق للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص.16.

3- سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة و الاستنساخ البشري من الناحية الطبية و الشرعية و القانونية، ج1، د.ط، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.53.

4- نفس المرجع و الصفحة.

المطلب الأول و التي من خلالها يمكن بيان الجوانب المكونة للجسم البشري تحت غطاء المطلب الثاني.

## المطلب الأول: الأبعاد الطبيعية و البشرية لجسم الإنسان.

يتميز الإنسان عن سائر المخلوقات بوجود الشخصية إلى جانب التكوين المادي و العضوي، و لديه قدرات عقلية و ميول روحية و مشاعر انفعالية عاطفية، الأمر الذي يجعل من هذا الكائن ينفصل عن أبعاد حددتها الشريعة الإسلامية ، وهي البعد الروحي الذي سيتم الحديث عنه في الفرع الأول ثم البعد البشري و العقلي في الفرع الثاني.

## الفرع الأول: البعد الروحي.

لجسم الإنسان معصومية و حرمة من أن يمس بسوء أو يلحق به أذى كالقتل أو الجرح أو الضرب أو إزالة منافع الأعضاء.<sup>1</sup>

تتسم وظيفة الإنسان الوجودية بالبعد الروحي. و الصحة لا تعتبر كاملة إذا فقدت هذا البعد. وبهذا كرمه الله و فضله فنفخ فيه الروح الإلهية<sup>2</sup>. ويرى البعض<sup>3</sup> أن الإنسان يتكون من عنصرين أساسيين:

## أولاً: عنصر مادي.

1- محمد أمين متولي عبد الحميد، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج – دراسة مقارنة- ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1423هـ - 2002 م، ص.94.  
2- أحمد عروة، أفاق إسلامية لفلسفة و سياسة الصحة، أنظر الموقع الإلكتروني، تاريخ الاطلاع 2017/06/03، الساعة 11.05.

[www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html](http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html).

3- يرى الدكتور نبيه عبد الرحمان عثمان، أنه بدلالة قوله تعالى: << إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِنْ طِينٍ فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ >> سورة ص، الآية 71-72. أن خلق الإنسان يتكون من الطين و يمثل مادة الأرض و عملية التسوية و التكوين و نفخة من روح الله. فالطين يمثل إحدى مراحل التكوين المادي للأرضي للإنسان، وقد ورد ذلك في القرآن الكريم مراحل التكوين و التجمع المادي العضوي، فالأرض هي منشأ الإنسان منها ينبت و منها ينتهي بعد الموت، ثم نفخة من روح الله يبعث فيه الروح و الحياة. أنظر نبيه عبد الرحمان عثمان، معجزة خلق الإنسان بين الطب و القرآن، دط، مطابع رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة، السعودية، ب.س.ن، ص.24.

ويتمثل في التراب و الماء<sup>1</sup>، وهو الطين وقد نتج عن ذلك التكوين البيولوجي للإنسان المشتمل على أجهزته و حواسه و أعضائه و حاجاته الأساسية. قال تعالى: << وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ >><sup>2</sup>؛ وقوله تعالى: << وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا >><sup>3</sup>.

ففي الآية الأولى إشارة على خلق الإنسان من تراب و في الثانية من الماء، ثم في آية الثالثة من طين<sup>4</sup>. << وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ >><sup>5</sup> و ما الطين سوى مزيج من التراب و الماء، وفي الآيات السابقة إشارة إلى أن أصل الإنسان و معدنه الأساسي هو من طينة هذه الأرض و من معدنها.

### ثانيا: تكوين سماوي روعي.

يتمثل في التكوين السيكلوجي للإنسان أو الجانب المعنوي و الناتج عن تلك اللطيفة الربانية التي هي سر الحياة، و من صفات معينة خاصة بالطبيعة الإنسانية<sup>6</sup>.

### الفرع الثاني: البعد البشري و العقلي.

#### أولا: البعد البشري.

يعتبر الإنسان مخلوق حي لقوله تعالى: << وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا >><sup>7</sup>؛ خلقه الله من المواد

1- نفس المرجع، ص. 25- 26، و عبد الحميد دياب، أحمد قرقوز، ط2، الطب في القرآن، مؤسسة علوم القرآن دمشق، سوريا، 1982، ص. 72-73.

2- سورة الروم، الآية 20.

3- سورة الفرقان، الآية 54.

4- عبد الحميد دياب، أحمد قرقوز، المرجع السابق، ص. 72.

5- سورة المؤمنون، الآية 12.

6- هاني سليمان طعيمات، المرجع السابق، ص. 18.

7- سورة الإسراء، الآية 70.

الأرضية في البيئة الطبيعية التي سخرها له >> فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ <<<sup>1</sup>؛ >> وَلَقَدْ خَلَقْنَا  
الْإِنْسَانَ مِنْ صَلْصَالٍ مِنْ حَمَإٍ مَسْنُونٍ <<<sup>2</sup>؛ >> وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا <<<sup>3</sup>.

و حددت الشريعة الإسلامية في أكثر من موضع مادة خلق الإنسان من تراب ثم بين بأن هذه  
المادة مرت بمراحل و صور تختلف هيئاتها و صفاتها من مرحلة إلى أخرى، حيث تلي مرحلة  
التراب مرحلة الطين، ذلك أن الله سبحانه و تعالى عجن هذا التراب فصار طينا ثم وصف  
هذا الطين باللازب؛ أي اللاصق، ثم مرحلة الحمأ المسنون وهو الطين اليابس الذي يصوت  
إذا ضربه شيء، ثم مرحلة صلصال الفخار وهو الطين المطبوخ بالنار<sup>4</sup>.

### ثانيا: البعد العقلي.

وهو البعد الذي ارتقى به الإنسان و ساد على الأرض، ويتمثل في القدرة الفكرية لاكتساب  
العلم الذي يجمع بين المعرفة لقوانين الكون و الطبيعة و تسخير طاقات طبيعية<sup>5</sup>  
قال تعالى: >> عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ <<<sup>6</sup>. ومن ثم فالبعد العقلي هو البعد الأسمى في  
مصافي الأبعاد البشرية، وهو ما تبين من تلك المنزلة و الامتحان الراقى الذي جعله الله بين  
الملائكة و آدم، وهو أعظم الامتحانات، وقد جعله الله خليفة في الأرض و فضله بالعلم و  
العقل ليرتقى به على سائر المخلوقات.

### ثالثا: البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية.

---

1- سورة الحج، الآية 05.  
2- سورة الحجر، الآية 26.  
3- سورة الفرقان، الآية 54.  
4- سعيد منصور موقعة، المرجع السابق، ص. 58.  
5- أحمد عروة، المرجع السابق، ص. 01.  
6- سورة العلق، الآية 05.

وتتمثل في الروابط الحيوية المتبادلة بين الإنسان و البيئة الاجتماعية و بين الإنسان و البيئة الطبيعية<sup>1</sup>. قال تعالى: >> وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَّةٌ أُمَّالُكُمْ <<<sup>2</sup>.

ومن ثم فالإنسان ليس كائنًا مجردًا و لا ثبنا مستقلا، بل تربطه بمحيطة علاقة سببية، وهي العلاقة بين السبب و النتيجة<sup>3</sup>.

و لما كان بيان المقصود لأبعاد الطبيعة البشرية على النحو السابق الذكر من الضرورة، فإنه يتعين علينا بيان الجوانب المكونة لهذا الجسم و ذلك تحت غطاء المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: الجوانب المكونة لجسم الإنسان.

من خلال بيان المقصود بالجسم البشري و بيان أبعاده يتبين أن الجوانب المكونة له تنحصر في الجوانب المادية و النفسية و الروحية. سيتم التطرق إلى الجوانب المادية من خلال الفرع الأول و النفسية المكونة له كفرع ثاني، و أخيرا الحديث في الجانب الروحي ضمن الفرع الثالث.

### الفرع الأول: الجانب المادي لجسم الإنسان.

عندما يتعلق الحديث عن الجسم البشري فإن السيادة تكون للطب، أما رجال القانون فلا يملكون إلا الخضوع لنتائج و تفسيرات العلم، وتكييف القانون ضمن الوسائل الممكنة مع الحقائق العلمية الطبية و التكنولوجية الحديثة لدمجها ضمن نظام قانوني مع الأخذ في

1- أحمد عروة، المرجع السابق، ص.01.

2- سورة الأنعام، الآية 38.

3- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.28.

الاعتبار التوازانات الضرورية لمصلحة الفرد و المجتمع<sup>1</sup>. ولهذا سيتم التعرض للتقسيم العلمي للجسم البشري وفقا للحقائق العلمية ثم للتقسيم القانوني.

## أولاً:التقسيم العلمي لجسم الإنسان.

سيتم التطرق في هذا الشأن إلى تعريف جسم الإنسان لغة و اصطلاحاً.

### 1 - الجسم في اللغة:

جماعة البدن و الأعضاء من الناس و الإبل و الدواب و غيرهم من الأنواع العظيمة الخلق والجمع أجسام و جسوم ، والجثمان: جماعة الجسم، والجثمان:جسم الرجل<sup>2</sup>.

### 2 - الجسم اصطلاحاً:

يقصد بالجسم ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة و هو مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة، وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج. والإنسان من الناحية المادية: >> جسد يحتوي خلايا و أعضاء تعمل بوحى ذاتي على مستوى الخلية الواحدة و على مستوى العضو<<<sup>3</sup>.

تعد الخلية الوحدة الأساسية في تكوين جسم الإنسان ، حيث أن تجمعها و ارتباط بعضها ببعض يكون أنسجة مختلفة<sup>4</sup> و بعض هذه الخلايا تتجدد و بعضها لا يتجدد وحتى هذه الأخيرة تتغير مكوناتها باستمرار<sup>5</sup>.

1- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.31.

2- ابن منظور، لسان العرب، لسان العرب، ج12، دار صادر بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.99.

3- نبيه عبد الرحمان عثمان، المرجع السابق، ص.15.

4- نفس المرجع، ص.19-20.

5- نفس المرجع و الصفحة.

يتكون الجسم البشري من الهيكل العظمي، و الجهاز الدوري و الجهاز التنفسي و الجهاز العصبي، و الجهاز الهضمي، والجهاز التناسلي. وهذه هي الأجهزة الأساسية بالإضافة إلى أجهزة أخرى كالعضلي، والبولي، وجهاز الإفراز<sup>1</sup>.

من الملاحظ أن الجسم البشري وفق علماء الطب ينحصر في الجانب الفني العلمي، إذ يحتوي كل جهاز على العديد من الأعضاء، و العضو خلاصة من الأنسجة و الخلايا، فحماية جسم الإنسان تقتضي البحث المستمر لكشف الأمراض المستعصية التي تطاله. و من ثم يتيح لها القانون التداوي بكافة الأساليب، إلا أن هذه التدخلات الطبية تصطدم بمبدأ عظيم وهو مشروعية التعامل. وإذا كانت نظرة الطب و العلم فنية علمية بحثه، فما هو رأي القانون من تقسيم الجسم البشري؟

## ثانيا: التقسيم القانوني لجسم الإنسان.

نستند في هذا المعنى بالتركيز على المعنى اللغوي للجسم و كذا معنى الشخصية تطبيقا لنص المادة 25 من ق.م.ج<sup>2</sup> بقولها: << تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته >>. كما أن زوال الشخصية القانونية و ترتيب الآثار القانونية عليها يبدو مستقلا عن التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي، خصوصا بعد اكتشاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي التي تحافظ على الحياة الجزئية للجسم البشري لمدة زمنية طويلة.

بعد الحديث عن الجانب المادي لجسم الإنسان سيتم التطرق إلى جانبه النفسي.

---

1- عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، ط1، دار ابن حزم، ب.م.ن، 1995، ص.26.  
2- القانون رقم 05 — 10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل و المتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج، ع.ج. 2005/44.

## الفرع الثاني: الجانب النفسي لجسم الإنسان.

إذا كان من الضروري بيان الجانب المادي للإنسان، فإن ذلك لا يغني عن التعرض للجوانب النفسية لحماية الجسم البشري، نظراً للارتباط الوثيق بين الجسم و النفس. وعلى ضوء ما سبق سيتم تبيان وجهة نظر علماء النفس و علماء الطب و موقف القانون من ذلك و موقف القانون إلى العلاقة بين الجسم و النفس ثم التطرق إلى مكونات الجهاز النفسي<sup>1</sup>.

### أولاً: الصلة بين النفس و الجسم.

إن الدارس لعلم النفس يدرك أن النظرة الثنائية أو الانفصالية بين النفس و الجسم تؤدي إلى الكثير من الأحيان إلى صعوبات في فهم الظواهر النفسية و الجسمية معاً. ولذلك يفضل تبني الاتجاه الكلي في النظرة إلى الإنسان و يستخدم مصطلح الاضطرابات (النفس جسمية) للإشارة إلى أمراض جسمية مثل قرح المعدة و التي تلعب فيها العوامل الانفعالية دوراً مهماً في نشأتها و استمرارها<sup>2</sup> يؤدي إلى الوفاة، ولكن يؤدي إلى التعجيل بوفاة. وقد يكون الفعل من الجسامة بحيث يؤدي إلى وفاة المضرور<sup>3</sup>.

و الضرر المعنوي هو الذي لا يصيب الجسم أو المال، و إنما يصيب الشعور أو العاطفة أو الكرامة أو الشرف فهذا الضرر يلحق بما يسمى الجانب الاجتماعي للشخصية الإنسانية<sup>4</sup>. وهذا ما يؤكد ضرورة بحث حماية الجانب النفسي في الإنسان. وللوصول إلى هذا الهدف سيتم دراسة مكونات الجانب النفسي، ومظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان.

### ثانياً: مكونات الجانب النفسي للإنسان.

---

1- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.50.  
2- محمد عبد الرحمان العيساوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد السادس، الاضطرابات النفسجسمية، دار الراتب الجامعية، ب.م.ن، 2001، ص.17.  
3- طه عبد المولى إبراهيم، مشكلة التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، ط1، دار الفكر و القانون، مصر، 2000، ص.64-65.  
4- عامر احمد القيسي، مشكلة المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2001، ص.156.

يميل الطبيب النمساوي (سيجموند فرويد) إلى التقسيم الهرمي في الجهاز النفسي حيث يرى أن هناك ثلاثة أنظمة مكونة للجهاز النفسي، وتعمل هذه الأنظمة في تعاون و بمقدار انسجامها يكون استواء السلوك. وأول هذه الأنظمة الهو (Id) >> وهو المجهول الذي نعلم عنه فقط من خلال تأثيراته و يعني الماضي<<، وهو >> ميراث الأجداد و ما نولد به من مكونات نفسية وراثية<<<sup>1</sup>.

النظام الثاني من الجهاز النفسي هو الأنا (EGO) وهو >> الذي يواجه الناس و المجتمع و يتدبر الأمور و يرسم الخطط و تتحقق به الصورة الذهنية و الأحلام<<؛ و الأنا جزء من الهو يتخارج عنه و يعيش بطاقة الهو. و إذا كان الهو لا منطقي فإن الأنا منطقي، يميز بين الأشياء كفكرة و يدركها كعيان، فهو جهاز إداري منظم؛ يقوم بإطفاء الشرعية بناء على مطالب الهو<sup>2</sup>.

أما النظام الثالث فهو الأنا الأعلى (SUPER EGO) ووظيفته الأخلاق، وبتولد على الأنا الذي هو جزء منه، >> يتمثل في الأوامر و النواهي و القيم الاجتماعية و المثل الدينية<< ولذلك سمي بالضمير، ويسمى أيضا بالأنا المثالي، فهو يحث الأنا على أن تكون له أهداف أخلاقية<sup>3</sup>.

### ثالثا: مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان.

يمكن القول أن للاعتداء على الجانب النفسي للإنسان مظهران، مظهر مباشر و غير مباشر.

1- فيصل عباس، التحليل النفسي و الاتجاهات الفرويدية - المقارنة العيادية - ط1، دار الفكر العربي بيروت، لبنان، 1996، ص.33.

2- فيصل عباس، المرجع السابق، ص.34.

3- نفس المرجع و الصفحة.

من مظاهر الاعتداء على النفس - بصورته المباشرة - التخويف. لقد أثبتت إحدى التفسيرات التي وضعت لشرح أسباب مرض الربو الخوف اللاشعوري عن الانفصال عن الأم و يتأتى ذلك من قمع الطفل عن الرغبة في البكاء، نتيجة لخطأ في العلاقة بين الطفل والأم<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الجانب الروحي لجسم الإنسان.

يحتوي جسد الإنسان على خلايا و أعضاء حية تعمل على وحي ذاتي على مستوى الخلية الواحدة، وعلى مستوى العضو، فإن هناك شرط لازم لابد منه وهو توفر أسباب هذه الحياة ماديا بالإضافة إلى روح قد نسميها نفسا أو ذات إنسانية، و بها يتم تحديد شخصية هذا الإنسان و فرديته<sup>2</sup>.

بعد الانتهاء من الكلام عن الأطر المكونة لجسم الإنسان و التي تناولنا فيها الأبعاد الطبيعية و البشرية منها البعد البشري والعقلي بالإضافة إلى البعد الطبيعي و البعد الروحي الذي تتحقق به وظيفة الإنسان الوجودية وكذا الجوانب المكونة لجسم الإنسان من مختلف أبعادها المادية و النفسية و الروحية، سيتم الحديث عن التكيف القانوني و الشرعي للتصرف في جسم الإنسان وذلك من خلال المبحث الثالث.

### المبحث الثالث: التكيف القانوني و الشرعي للتصرف في جسم الإنسان.

قد تنثور علامات استفهام كثيرة حول مدى واقعية وحقيقة القول بوجود تعامل قانوني في جسم الإنسان من الناحية العملية، فلو عدنا بالزمن إلى الوراء لوجدنا أن جسم الإنسان لم يكن بمنأى عن التعامل القانوني، ففي قانون الألواح الإثنا عشر كان جسم المدين ضامنا لالتزاماته و ديونه، بحيث يحق لدائن قتل مدينه إذا ما عجز المدين عن سداد ما عليه من ديون خلال ستون يوم<sup>3</sup>.

1- محمد عبد الرحمان العسوي، في الصحة النفسية و العقلية، دط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1992، ص.190.

2- مهند صلاح احمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، 2002، ص.02.

3- عبد المنعم بدرأوي، تاريخ القانون الروماني، ط1، مطبعة دار النشر و الثقافة، القاهرة، مصر، 1949، ص.69-70.

وهذا إن كان يدل على شيء، فإنه بالتأكيد يدل على أن جسم الإنسان كان و منذ القدم محلاً للتعامل القانوني، وبالأخص محلاً للملكية الخاصة، فالعبد يدخل في ملك سيده، وهذا يعني أنه يمكنه التصرف فيه كيف ما يشاء<sup>1</sup>.

ومع مرور الزمن تهذبت كثير من القوانين نتيجة لنضوج الحس القانوني و الذي تأثر في الواقع بتعاليم الدين المسيحي، ولقد كان من ضمن التعاليم الذي نادى بها هذا الدين مبدأ عدم جواز المساس بسلامة الجسم لتعارض هذا الفعل مع تعاليم الدين المسيحي<sup>2</sup>.

ولقد فرض هذا المبدأ التزاماً على كل شخص باحترام الوجود و التكامل الجسدي للإنسان بالإضافة إلى احترام أجساد الآخرين، وهذا ما جعل الفقه القانوني يستبعد جسم الإنسان عن دائرة المعاملات القانونية<sup>3</sup>.

ثم جاءت الثورة الفرنسية لتنادي بضرورة احترام كرامة الإنسان و أكدت على ذلك بقوانينها من خلا إلغاء النصوص المتعلقة بالرق و التعذيب الجسدي<sup>4</sup>.

وعليه نجد أن استبعاد جسم الإنسان عن دائرة الأشياء كان رد فعل للرق الذي اقتضى إخراج الإنسان صراحة من دائرة الأشياء<sup>5</sup>.

وإذا كان جسم الإنسان يقع خارج دائرة الأشياء وبالتالي لا يمكن أن يكون محلاً لحق مالي فإن ذلك لا يعني بالضرورة خروجه عن دائرة القانون و التعامل القانوني<sup>6</sup>.

فلا شك أنه لا يمكن نقل ملكية الجسم الإنساني من شخص لآخر، وذلك استناداً للمبدأ الذي يضع جسم الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني، إذ يمكن نقل أحد عناصر الذمة المالية

---

1- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ستراسبورغ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص.44.

2- حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.28.

3- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.43.

4- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.45.

5- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.43.

6- جاسم علي سالم الشامسي، نظرية الحق دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - ، د.ط.ب.د.ن، ب.م.ن، 2000، ص.388.

للجسم، إلا أنه لا يمكن التنازل عن الجسم أو عن حق من الحقوق غير المالية، وهذا يدل على أن النظرة القانونية التي تعتبر أن الجسم ما هو إلا غطاء جسماني للشخص، ومن ثم يتمتع بنفس الحماية المقررة له<sup>1</sup>.

و لكن و مع تطور العلوم التكنولوجية و علوم الطب و ما صاحب ذلك من تطور في الفكر القانوني الذي شهده القرن العشرين<sup>2</sup> خفت سطوت هذا المبدأ، و تحررت بالتالي من قبضته تصرفات كثيرة اتخذت من جسم الإنسان محلا لها.

فمن بين الحقوق المتعلقة بجسم الإنسان و التي أجاز القانون الفرنسي التصرف فيها كالاتفاقات القانونية التي ترد على جسمه مثل الاتفاق على قص الشعر و ممارسة الألعاب الرياضية بالإضافة إلى مجال نقل الدم و التبرع به<sup>3</sup>.

وهكذا أصبح التعامل في جسم الإنسان ممكنا، وأمكن بالتالي القول بأن مبدأ حرمة المطلقة لجسم الإنسان قد سقط عن الأصل ألا و هو حرمة التعامل في جسم الإنسان، ومن ثم أصبح هذا الجسم محلا للاتفاقات القانونية و أن مبدأ عدم جواز التعامل في جسم الإنسان ليس مبداء مطلقا بل نسبيا، فقد تدعو ضرورة حماية كرامة الكيان الإنساني إلى اللجوء إلى هذا المبدأ في بعض الحالات التي تتعرض فيها تلك الحرمة و الكرامة للانتهاك، كالتصرف

1- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.45.

2- التعامل في جسم الإنسان و منتجاته كان منذ مئات بل آلاف السنين، وذلك من خلال ما يعرف بإيجارة الظئر، حيث يقع التعامل في هذه الحالة على منتج بشري متمثل في لبن المرأة، وفي اعتقادنا أن هذه النظرة هي ما دفع اتجاهها في الفقه الحنفي إلى اعتبار أطراف الإنسان أي أعضائه من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، فالإنسان كجسم لا يعتبر مالا، ولكن أعضائه تعتبر أموالا، ومن ثم فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه بالكامل، لأن ذلك يؤدي إلى المساس بالسلامة #الجسدية، ولكنه يستطيع أن يتصرف بأعضاء جسمه المعتبرة أموالا من وجهة نظر الفائلين لإنقاذ حياته، فهي كالمال خلقت وقاية للنفس، في حين لا يجوز له أن يقتل نفسه أو يأذن للغير في قتله. أنظر حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، عمان، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و الطباعة، 2001، ص.61.

3 Baud(j-p):l'affaire de la main volée.une histoire juridique du corp,paris. éd du seuil.1993.p.16.

في الجسم ببيعه أو هبته، ففي مثل هذه الحالات يجب التمسك بهذا المبدأ تأكيداً لحرمة جسم الإنسان<sup>1</sup>.

مما سبق ذكره سيتم تناول في هذا المبحث المسمى بالطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه في المطلب الأول كون أن حق الإنسان على جسمه هو بمثابة حق ملكية وذلك في الفرع الأول هذا حسب رأي من الفقه، بينما ذهب رأي آخر على اعتبار حق الإنسان على جسمه هو حق انتفاع من خلال الفرع الثاني، و أخيراً أن حق الإنسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية وذلك ما سيتم التطرق إليه في الفرع الثالث. بينما سيتم الحديث في الفرع الرابع عن جسم الإنسان و الأشياء التي تدخل في نطاقه القانوني باعتباره خارج عن دائرة التعامل القانوني ، ثم نتطرق إلى كل ما يدخل في دائرة التعامل القانوني في جسم الإنسان.

### المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه.

إن حق الإنسان عامة في سلامة جسمه هو الحق في أن تظل أعضاء الجسم و أجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي و طبيعي<sup>2</sup> فكل إخلال بالسير الحسن لهذه الأعضاء و الأجهزة يعد اعتداء على سلامة الجسم، و يتحقق هذا الإخلال إذا حدث أية واقعة أدت إلى المساس بالصحة البدنية، أو العقلية و النفسية.<sup>3</sup>

1- حبيب سيف سالم راشد الشامي، المرجع السابق، ص.49.

2- محمد ناجي ياقوت، التعويض عن فقد توقع الحياة- دراسة مقارنة في المسؤولية المدنية في القانون الأنجلوأمريكي و القانون المصري و الفرنسي- ب.د.ن، مصر، 1980، ص.07.

3- محمد السيد دسوقي، التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة و سلامة الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2006، ص.56.

فإذا أصيب الإنسان بمرض، فإن أي فعل من شأنه زيادة في مضاعفات المرض يعد مساساً بسلامة الجسم. و حق الإنسان في سلامة جسمه هو أيضا الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم غير منقوصة، فكل فعل يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء يعد مساساً بسلامة الجسم و تكامله يجرمه القانون.<sup>1</sup>

و في الحقيقة، لا يمكننا بحث و دراسة الطبيعة القانونية لحقوق الإنسان على جسمه، إلا من خلال الإجابة عن هذا السؤال الذي هو بمثابة البوابة الرئيسية للدخول إلى عالم النظام القانوني لجسم الإنسان. و هو هل يملك الإنسان حقوقاً على جسده؟

فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فما هو هذا الحق، وهل هو حق ملكية، أم هو حق انتفاع، أم هو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية؟ وللإجابة عن تلك الأسئلة، سيتم التطرق إلى مايلي:

### الفرع الأول: حق الإنسان على جسمه حق ملكية.

حق الملكية هو حق عيني أصلي يثبت للشخص على شيء مادي معين بالذات، بمقتضاه يكون لهذا الشخص وحده - وهو المالك - سلطة استعمال هذا الشيء و استغلاله و التصرف فيه، في حدود ما يقضي به القانون.<sup>2</sup>

و الواقع أن حق الملكية هو أهم الحقوق العينية قاطبة و أوسعها نطاقاً، ذلك أن هذا الحق يخول لصاحبه كافة السلطات المتصورة على الشيء، بما يمكنه من الحصول على جميع

1- أكو فاتح حمه رهش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض - دراسة مقارنة - ، المكتب الجامعي الحديث العراق، 2016، ص.13.

2- رجب كريم عبد الله، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ج2، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016، ص.80.

منافعه و التصرف فيه كيفما يشاء، وهو ما لا يوفره أي حق عيني آخر. بل إن باقي الحقوق العينية الأخرى، أصلية كانت أو تبعية، ليست إلا اجرا ما تدور في فلكه، و لولاه ما وجدت.<sup>1</sup>

كما يمكن تعريف حق الملكية بأنه الحق الذي يمنح لمالك الشيء وحده و في حدود القانون حق استعماله و استغلاله و التصرف فيه و هذا ما نصت عليه المادة 674 من ق.م.ج على أن: >> الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة<<.<sup>2</sup> و التي تقابلها المادة 544 من التقنين المدني الفرنسي.<sup>3</sup>

و يؤكد بعض الفقهاء مثل ( Perreau ) أن كل شخص يملك على جسمه حق خاص وقاصرا عليه اتجاه الآخرين كنوع من حق ملكية على كيانه. ويطالب ( P.Garraud et Laborde Lacoste ) أن يكون الشخص السيد على جسمه.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن لحق الملكية في القانون ثلاث سلطات أو امتيازات يخولها القانون للمالك، هذه السلطات تمثل في نفس الوقت تعريف الدائم لحق الملكية، فحق الملكية هو الحق الذي يخول صاحبه حق الاستئثار باستعمال شيء و استغلاله و التصرف فيه في الحدود التي يقرها القانون<sup>5</sup>، تمكنه من أن يستأثر بالحصول على جميع منافع هذا الشيء، و ذلك في حدود ما يقضي به القانون.

ويرى أنصار هذه النظرية أن القيام بتصنيف الجسم من بين الأشياء يسمح بضمان التكامل الجسدي، بشكل أفضل، ويتم المطالبة به من قبل شخص لمصلحة جسده، وأن حق ملكية الإنسان على جسده هو الطريقة المثلى لحمايته ضد أولئك الذين يريدون الاتجار بمنتجات

1- رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص.80.

2- القانون رقم 05-10 المتعلق بالقانون المدني، المرجع السابق.

3 — >> la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements<<.

مقتدب من: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، ج2، ط1، دار هومة، الجزائر، 2001، ص.101.

4- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.40.

5- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ب.د.ن، ب.م.ن، 1965، ص.50.

جسم الإنسان<sup>1</sup>، وحق استعمال الجسم و استغلاله مقرر بموجب شرعية و قانونية عقود الاستخدام و العمل، و مقيد بالقوانين التي تحظر البغاء و الدعارة و اللواط<sup>2</sup>.

والحق في ملكية الجسم أيضا يكسب الشخص حقا في منع الغير من المساس بسلامة جسده وفي المقابل فإن منع هذا الحق مقيد بموجب القوانين التي تبيح التطعيم و الخضوع للعمليات الجراحية بدون رضا الشخص المعني و ذلك في الحالات الطارئة<sup>3</sup>.

مما سبق يظهر جليا حسب أنصار هذا الطرح أن الشخص يملك حق ملكية على جسمه ومثل هذا القول يضمن الاستقرار القانوني لجسم الإنسان و مكوناته بما يغني عن البحث في مسألة مدى تعلق أعضاء و عناصر الجسم بهذا الجسد.

### الفرع الثاني: حق الإنسان على جسمه حق انتفاع.

حق الانتفاع هو الحق المباشر المقرر للمنتفع في استعمال ملك غيره و يتفرع من حق الملكية. إذ الملكية تتكون من حق الاستعمال و حق الاستغلال و حق التصرف. و المنتفع يكون له حق الاستعمال و حق الاستغلال، و يظل حق التصرف للمالك الذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة<sup>4</sup>.

و يقال أن حق الانتفاع حق شخصي و لا يقصد من هذا القول أنه حق مقرر لصاحبه قبل صاحب الشيء فقد قلنا أن حق الانتفاع هو حق مقرر لصاحبه مباشرة على الشيء محل الحق و بمقتضاه يكون لصاحبه أن يستعمل الشيء و يستغله دون تدخل هذا المالك فحق

1- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.41.

2- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.53.

3 -Wagner Danielle (M):"property rights in the human body-the comercialization of organ transplantation and biotechnologie-comments",Duquense Law Review .33, 1995,P.933.

نقلا عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.53.

4- محمد مذکور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1954، ص.19.

الانتفاع من هذه الوجهة حق عيني. و إنما يقصد من القول بأن حق الانتفاع حق شخصي أنه حق لا ينتقل إلى ورثة صاحبه ما دام قيد الحياة.<sup>1</sup>

و لقد اعترض جانب آخر على الرأي القائل بحق ملكية الإنسان لجسده، وذهبوا على أن للجسم حرمة مطلقة تستوجب عدم جواز التصرف فيه عن طريق التنازل أو التبرع بأعضائه، وبالتالي يجب على الإنسان أن يحافظ على كل عضو من أعضاء جسمه بالصورة التي تلقاها من خالقه، فالجسم مملوك ملكية رقابة لله.<sup>2</sup>

فإنسان لا يستطيع أن يتصرف في هذا الجسد، لأن التصرف لا يكون إلا للمالك والإنسان ليس له إلا حق انتفاع على جسمه.<sup>3</sup> فالجسم بمثابة الوديعة التي استودعها الله لدى الإنسان<sup>4</sup> ومن ثم يجب عليه أن يردّها إليه بالحالة التي كان عليها.

و وفقاً لذلك فلا يجوز المساس بسلامة الجسم ومن ثم لا يحق للإنسان أن يتصرف في جسده، أو يقتل نفسه، أو يتنازل عن عضو من أعضائه من غير مبرر شرعي.

و بناء على ما سبق، يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الإنسان على جسمه يصبح قاصراً على الانتفاع فقط.

### الفرع الثالث: حق الإنسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الحقوق الشخصية<sup>5</sup> و تكييفها القانوني يعتبر من الموضوعات التي تباينت فيها الآراء، واختلفت بصدها وجهات النظر القانونية، ويرجع سبب اختلاف الفقه

1- محمد مذكور، المرجع السابق، ص.19.

2- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.58.

3- حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.31-32.

4- يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، ط5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.297.

5- يتناول أغلب الفقهاء حقوق الشخصية بالدراسة تحت هذه التسمية أو تحت الحقوق اللصيقة بالشخصية أو عبارة الحقوق الملازمة للشخصية.

في هذا الخصوص إلى اختلافهم في الأصل في فكرة الحق نفسها، فهناك من ينكر عليها صفة الحق، وهناك من لا يتردد باعتبارها حقوقاً بالمعنى الفني الدقيق<sup>1</sup>.

وفيما يلي، نعرض أهم الآراء التي قيلت في هذا الصدد و اتجاهاتها، وذلك من خلال التقسيم التالي:

### أولاً: الاتجاه المنكر إضفاء صفة الحق على حقوق الشخصية.

لم يعترف هذا الاتجاه بصفة الحق لحقوق الشخصية، وإنكاره وجود هذه الصفة في تلك الحقوق كان نابعا من رؤيته الخاصة لها، فهذا الجانب الفقهي يعتبر أن حقوق الشخصية ماهية إلا وهم و خيال، وبالتالي لا يمكن إضفاء صفة الحق عليها لأنها ليست في الحقيقة إلا مراكز قانونية محمية<sup>2</sup>.

واستثناء من هذه القاعدة، يمكن إضفاء صفة الحق إلى بعض الحقوق الشخصية فقط، كالحق المعنوي للمؤلف و الحق في الاسم، حيث لا يوجد جمع بين صاحب الحق و محل الحق<sup>3</sup> فالحق يرد على الشخص ذاته لا على محل خارجي عنه<sup>4</sup>.

فالقول بأن الشخص يملك الحق في السلامة الجسدية، يعني أنه يملك سلطة على ذاته، ففكرة الحق تقتضي أن يكون محل الحق مستقل عن صاحبه، وخارجا عنه<sup>5</sup>.

---

1- ويذكر أن فكرة الحقوق الشخصية أول ما نشئت في الفكر الغربي كانت على يد الفقهاء الألمان، ثم انتقلت إلى الفقه السويسري الذي كان له السبق و الريادة في تقنينها في القانون المدني السويسري، وفي فرنسا، فالفقه و القضاء فيها لم يعرف هذه الفكرة إلا في أوائل القرن العشرين. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.255.

2- فالحق الشخصي لدى Roubier يفترض وجود مال ذي طابع قانوني بحيث يكون محلا للتملك، أمام حقوق الشخصية فهي ذات طابع غير مالي ولا تقدر بمال ولا يمكن أن تكون محلا للملكية، فالقانون عندما يعاقب على القتل، فذلك راجع لوجود التزام باحترام حياة الغير، فهي مراكز قانونية يحميها القانون، وليست حقوق بالمعنى الفني، وهذا ما ذهب إليه كل من (Duguit, Kayser, Rigeaux) أنظر: محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية، ط1، دار الجاحظ للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، 1995، ص.83.

3- محمد واصل، المرجع السابق، ص.86.

4- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.440-455.

5- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.63.

## ثانيا: الاتجاه الذي يعترف بصفة الحق لحقوق الشخصية.

وهذا ما أقره كل من التقنين المدني المصري<sup>1</sup> فنص على أن: >> لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر<< . كما نص أيضا على أن: >> كل من نازعه الغير في استخدام اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر<<.

أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجده قد نص في المادة 47 من التقنين المدني على أن: >> لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عن ما يكون قد لحقه من ضرر<<<sup>2</sup>.

و أثر هذا الاتجاه في البداية، من شأنه أن يدحض حجج المنكرين لصفة الحق على حقوق الشخصية، ثم بين ما هو مقصود بالحق و كيف أن صفاته متوافرة في حقوق الشخصية. فبالنسبة للحجة التي تقول أن الاعتداء على مقومات الشخصية و عناصرها هو الذي ينشئ الحق في التعويض، قول لا يستقيم أبدا، فكما لا يمكن وجود المخلوق قبل الخالق، كذلك لا يمكن أن يسبق المعلول العلة، بمعنى أنه لو لم يكن هناك حق موجود يحميه القانون من كل الاعتداءات، لما نشأ حق للمعتدى عليه في المطالبة بحق الحماية لوقف تلك الاعتداءات وإصلاح الآثار المترتبة عليها.

كما أن إنكار صفة الحق على حقوق الشخصية في أي جانب منها يؤدي إلى جعل ذلك الجانب منطقة مباحة للاعتداءات وانتهاك كرامة و حرمة الإنسان.

أما عن الحجة الثانية، فإنه لا يتوجب بالضرورة أن يكون كل حق من حقوق الشخصية مستقلا عن الشخص صاحب الحق، فقد يكون قيمة من القيم التي تتكون فيها الشخصية

1- أنظر المادتين 50-51 من قانون المدني المصري، نقلا عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، لمرجع السابق، ص.64.

2- الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الإنسانية فهي ليست الشخص نفسه بل يوجد فارق بينهما، وهذا الفارق هو الذي يكون محلا لحقوق الشخصية<sup>1</sup>.

كما أن حقوق الشخصية من الممكن أن تدخل ضمن مفهوم الحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال، وفي المقابل يوجد فيها من سمات الحقوق المالية وهذا يظهر واضحا عند استغلال بعض القيم و المنافع، التي تدخل في دائرة التعامل كاستغلال الاسم، و الصوت و الصورة، والحق المعنوي للمؤلف، وبراءة الاختراع.

هذا بالإضافة إلى أنها ذات حجية مطلقة، ويمكن التمسك بها في مواجهة الكافة مما يجعلها تقترب من الحقوق العينية<sup>2</sup>، و أنها تتمتع بالقوة اللازمة بإجبار الغير على احترامها كالحق في احترام الحياة<sup>3</sup>.

وهذا ما جعل البعض يرى أنه من المناسب دراسة حقوق الشخصية في ضوء فكرة الحق الشخصي<sup>4</sup>، والذي يتميز بخاصيتين:  
الأولى: سلطة الإرادة التي يمارسها الشخص.

الثانية: أن هذه الحقوق تهدف لحماية مصلحة نفس الشخص.

فحقوق الشخص على جسمه هي حقوق شخصية، وتهدف هذه الحقوق لدفاع عن الشخص في علاقته مع الغير أو مع السلطة العامة أو مع وسائل الإعلام. وهذا ما جاء على لسان البروفيسور (ph. Malaurie) ليؤكد أن هذه الحقوق قد ظهرت عندما أصبحت محلا للشك فقد كانت الثمرة الإيجابية لنكرانها<sup>5</sup>.

1- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.65.

2- حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.265.

3- محمد واصل، المرجع السابق، ص.91.

4- ويعرف الحق الشخصي بأنه سلطة مقررة لشخص يسمى الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين، بمقتضاها يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يؤدي إليه أداء ذي قيمة مالية، ويتمثل هذا الأداء في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء. أنظر: مصطفى عبد الحميد بدوي، مبادئ القانون - نظرية الحق - د.ط، ب.د.ن، ب.م.ن، 1998، ص.11.

5- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.36.

بعد دراسة هذه النظريات، حق الملكية و حق الانتفاع و الحقوق اللصيقة بالشخصية يبدو لنا أن النظرية الأولى هي الأكثر منطقية في الوقت الحاضر لأنها تمنح الحماية الضرورية لجسم الإنسان ضد كل أشكال الاتجار بأجزائه و منتجاته وأعضائه المنفصلة عنه. و يبدو لنا الآن مفيدا أن ندرس المبدأ الذي ينص على جسم الإنسان و الأشياء التي تدخل في نطاقه القانوني.

### الفرع الرابع: جسم الإنسان و الأشياء التي تدخل في نطاقه القانوني.

يعتبر القانون أي اتفاق يكون محله جسم الإنسان باطل، و المتفق عليه بين غالبية الفقه و القضاء في فرنسا و مصر و الجزائر هو بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة تعلق هذه الشروط بجسم الإنسان، حيث أن جسم الإنسان خارج دائرة التعامل و لا يعفى الطبيب من المسؤولية استنادا إلى توقيع المريض على الترخيص المكتوب لإثبات تبصيره، و لأن سلامة الجسد و حياة الشخص من الأمور المتعلقة بالنظام العام.<sup>1</sup> فلا يجوز الاتفاق بين الطبيب و المريض على إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة إصابة المريض بضرر بسبب فعل الطبيب أو الأشياء التي يستخدمها في العلاج أو الجراحة، طالما توافرت أركان المسؤولية في جانب الطبيب. و إن كانت المادة 217 الفقرة الثانية من ق.م.م قد أجازت الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية على افتراض أن الدائن يملك المحل الذي يرد عليه الإعفاء، ولذلك قد ترك المشرع الخيار بين الإعفاء و قيام المسؤولية. أما بشأن الإعفاء من المسؤولية الطبية، فإن المدين لا يملك جسمه لأنه ملك لله تعالى، وبالتالي لا يجوز أن يتعامل عليه إلا فيما ينفع لا فيما يضر، وعليه يكون العقد الطبي صحيح، أما شرط الإعفاء فهو باطل و لا يجوز تنفيذه حيث أن إذن المشرع هو أساس إباحة العمل الطبي و أن رضاء المريض لا يكون إلا بمثابة شرط وضع مبدأ الإباحة موضع التنفيذ.<sup>2</sup>

1- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج2، ب.ط.ب.د.ن، ب.م.ن، 1990، ص.58.

2- محمد حاتم صلاح الدين عامر، المسؤولية المدنية على الأجهزة الطبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996م، ص.233.

نحن نعلم أن المبدأ الذي يضع الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني هو مبدأ عالمي، و أنه بديهي. ويعتبر هذا المبدأ التي تم قبوله، إلى حد الآن، منسجما مع المفاهيم الجوهرية للقانون بحيث انه لا ينتقده و يشك به أي شخص<sup>1</sup>.

كما قد تثور علامات استفهام كثيرة حول مدى واقعية و حقيقة القول بوجود تعامل قانوني في جسم الإنسان من الناحية العملية. لهذا سيتم التطرق في هذا الفرع إلى جسم الإنسان خارج دائرة الأشياء؛ ثم التعامل القانوني و جسم الإنسان.

### أولاً: جسم الإنسان خارج دائرة الأشياء.

تكون الأشياء خارج التعامل إما بحكم طبيعتها أو بحكم القانون، أو بحكم الشريعة الإسلامية فمن بين الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها و التي لا تقبل بأن يستأثر بها أي شخص، لذلك يستحيل أن تكون محلا للحقوق المالية، فتخرج بذلك من دائرة التعامل، وهناك الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون و ذلك لغرض المصلحة العامة، وهناك أشياء خارجة عن دائرة التعامل بحكم الشريعة الإسلامية إلا للضرورة<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 1128 من التقنين المدني الفرنسي<sup>3</sup> على أن: >> الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن التعامل القانوني، وهي التي يمكن أن تكون محلا للاتفاقيات القانونية << كما تنص المادة 71 الفقرة الأولى و الثانية من القانون المدني المصري<sup>4</sup> على أن >>: كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها و تلك التي تخرج بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق

1- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.44.

2- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري)، د.م.ط الجزائر، 2014، ص.326-327.

3 -code civil. Dalloz.100 e éd, 2001, art.1128, p.834.

4- محمد حاتم صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص.235.

المالية» >> كما نص المشرع الجزائري في نص المادة 682 من التقنين المدني الجزائري<sup>1</sup> على أن: >> الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها، هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. و أما الخارجة بحكم القانون، فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية». فمن خلال تلك النصوص أثير التساؤل عن مدى دخول جسم الإنسان في دائرة التعامل لأنه من الملاحظ أن المواد السابقة اعتبرت أنه خارجا عن نطاق التعامل الأشياء التي تسمح بطبيعتها بأن تكون محلا للحق.

وقد يعتقد أن جسم الإنسان ما هو إلا شيء مادي ملموس، وبالتالي لا مفر من اعتباره شيئا من الأشياء، ولكن لا يمكن التسليم بهذا القول، كون أن جسم الإنسان له كيان مادي، ولكن لا يكون شبيها بشيء محل القانون.

وهذا ما جعل الفقه القانوني يركز على أن ما يدخل في دائرة التعامل هو الأشياء، ولما كان الإنسان و جسمه لا يعتبر شيئا فهما خارج دائرة التعامل، وهذا ما ذهب إليه التقنين الروماني؛ عندما قسم فئة الأشياء إلى: أشياء تدخل في نطاق التعامل القانوني، و أشياء تخرج عن نطاق التعامل القانوني، وهذه هي التي لا يستطيع الأشخاص إبرام الاتفاقات القانونية بصددها لأنها خارجة عن نطاق التعامل، وذلك في حالتين، إما أن تتعارض مع التعامل فيها وإما لأن الغرض الذي خصصت له يتنافى مع هذا التعامل.

فهناك أشياء لا يمكن الاستئثار بها كالشمس، والهواء، والبحر، وكذلك الإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم كونه إنسانا، وهناك أشياء يتنافى الغرض الذي خصصت له مع التعامل فيها، كالمالك العام فلا يجوز بيعه و لا التصرف فيه لأنه مخصص للمنفعة العامة، وكذلك الحال بالنسبة للمال الموقوف لجهة معينة، وهذا التخصيص يتنافى مع جواز التصرف فيه<sup>2</sup>.

1- الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص.88.

أما الأشياء التي تخرج عن التعامل لأسباب تتعلق بالحقوق الإلهية من بينها تلك الأشياء المسماة بالأشياء المقدسة، والمقصود بها في القانون الروماني المقابر، والجنازات، وذلك يرجع إلى الحرمة التي يتمتع بها الكيان الإنساني عموماً<sup>1</sup>.

فجسم الإنسان حال حياته لا يمكن اعتباره شيئاً بأي حال من الأحوال، فهو خارج دائرة الأشياء، وبالرجوع إلى نص المادة 1128 من التقنين المدني الفرنسي السالف الذكر يمكن القول إنها لا تعني - كما قد يفهم من الوهلة الأولى - خروج جسم الإنسان عامة عن دائرة المعاملات القانونية، بل إنه من الواضح جداً أن المقصود أن التعامل على الجسم الإنساني له طبيعة خاصة و مختلفة تماماً عن طبيعة التعامل على الأشياء.

و من منطلق ذلك سعى الفقه القانوني الفرنسي جاهداً للتأكيد على أن الجسم هو الشخص<sup>2</sup> و ذلك في محاولة منه للانتصار في معركة المادة التي طغت على فكر المجتمع الغربي<sup>3</sup>.

قسم القانون عالم الحقوق إلى فئتين: فئة الأشخاص، و فئة الأشياء، اعتبر أن جسم الإنسان هو الكائن البشري، وحرص في ذات الوقت على إبعاده عن دائرة الأشياء و عن معاملته كأنه سلعة أو بضاعة.

فالجسم يعتبر شخصاً و ليس شيئاً، و هو هدف يسعى القانون لتحقيق ما في صالحه وبالتالي لن يكون في يوم ما وسيلة يحقق من ورائها أهداف أخرى<sup>4</sup>.

و طالما أن جسم الإنسان اعتبر شخصاً، فهذا يعني أنه لا يمكنه النزول إلى مرتبة المنافع و الأشياء، فهو غير قابل للتصرف فيه، و باعتباره ليس شيئاً فإنه لا يمكن أن يكون محلاً للتملك، وهذه الفكرة قد قوبلت بالرفض من طرف جانب من الفقه الفرنسي باعتبار أن جسم

1- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ج1، 2، مطابع البصير، الإسكندرية، 1954، ص.221.

2- الشخص يدرس عادة باعتباره صاحب الحق، و هو إما أن يكون شخصاً طبيعياً و هو الإنسان، أو شخصاً معنوياً ودراسة الشخص الطبيعي تعتبر دراسة للنظرية القانونية للإنسان. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني - نظرية الحق - المرجع السابق، ص.30.

3- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.26.

4 -Andorno Roberto ;la distinction juridique entre les personnes et les choses-a l'épreuve des procreation,artificielles,L.G.D.J 1996, p.84.

الإنسان يمكن أن يكون شيئاً، لأن ذلك ينزله منزلة السلع و البضائع. ومع هذا رأى بعض الفقهاء أن الهدف من إدخال جسم الإنسان في طائفة الأشياء هو حماية الإنسان، مبررين في ذلك أن إدخال جسم الإنسان في طائفة الأشياء هو حماية الإنسان نفسه، وفكرة تشييء جسم الإنسان هي فكرة تدعو إلى إدخال جسم الإنسان ضمن طائفة الأشياء، ضف إلى ذلك أن الكائنات القانونية لها تقسيم خاص مثل الكائنات الحية، فهي تنقسم إلى طائفتان: طائفة الأشخاص، وطائفة الأشياء، فالشخص هو صاحب الحق، والشيء هو دائماً محل الحق وإسقاط هذا الوصف على أي كائن قانوني يعطي للجسم البشري و الأعضاء البشرية مجرد وصف، مع الاحتفاظ بالكرامة الإنسانية، فهو فقط مجرد وصف يتخطى بموجبه العقوبات القانونية التي تحول دخول الإنسان دائرة المعاملات<sup>1</sup>.

إذن وضع جسم الإنسان ضمن طائفة الأشياء هدفه تمكينه من التصرف في جسمه مراعاة للمصلحة الإنسانية، و أن هذا القول مردود عليه من طرف فقهاء القانون المدني، لأنهم يضعون في الاعتبار الأول سبب العقد بدلا من محله و ذلك متى تعلق الأمر بالتعاقد على لبن الأم أو أي منتج، أو عضو من جسم الإنسان، وهو ما سيتم دراسته لاحقا في مظاهر التعامل القانوني في جسم الإنسان<sup>2</sup>.

وبعد عرض موقف التشريع الفرنسي و المصري والجزائري، يمكن القول أن جسم الإنسان لا يمكن إدراجه بأي حال من الأحوال في فئة الأشياء أو حتى تشبيهه بها، وبالتالي فكل القواعد القانونية التي تحكم الأشياء و توضح طريقة التصرف فيها، لا يمكن أن تلائم بأي حال طبيعة التعامل في جسم الإنسان.

1- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري — الاستدساخ و تداعياته — د.ط، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص.234 وما بعدها.

2- و يعلق(Thouvenin(D) على ذلك فيقول: "إن جسم الإنسان لا يمكن أن يعتبر شيئاً ضمن دائرة التعامل، واعتقد أن الخطأ بداية قد قام على تحليل التصرفات المختلفة التي تتخذ من جسم الإنسان من خلال مفاهيم نابذة من النظرة التقليدية للعقود" راجع:

Thouvenin (D) : La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ? .rev. Actes. N49-50.paris. Juin.1985, p.37.

مقتبس من: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.32.

ولقد آن الأوان أن نحدد معنى السمو الذي يتمتع به جسم الإنسان، ومن ثم نوضح حقيقة المقصود بحرمة الجسم الإنساني، لنصل في النهاية إلى معرفة ما إذا كان هذا المفهوم يسمح بدخول جسم الإنسان في نطاق التعامل القانوني أم لا؟ وهذا ما سيتم التطرق إليه الآن.

## ثانيا: التعامل القانوني و جسم الإنسان.

إذا كان جسم الإنسان يقع خارج دائرة الأشياء، وبالتالي لا يمكن أن يكون محلا لحق مالي فإن ذلك لا يعني بالضرورة خروج جسم الإنسان عن دائرة القانون و التعامل القانوني<sup>1</sup>.

ثم حاول البعض<sup>2</sup> تحديد هذا المعنى بشكل أكثر وضوحا بقوله: >> الأشياء خارج التعامل هي تلك التي لا يمكن تغيير مالها <<، فحق الملكية يصبح قابلا للنقض، وبالتالي تصبح الأشياء ممنوع التصرف فيها كأملك الدولة مثلا خارج نطاق التعامل القانوني<sup>3</sup>.

و آخرون<sup>4</sup> كانوا أكثر تحديدا حيث وضعوا حدودا لتلك الأشياء خارج التعامل فوصفوها بأنها: >> تلك التي لا يمكن أن تكون محلا للاتفاقات القانونية و بالتالي فإن القانون عندما يحظر إبرام أي اتفاق على هذا الشيء، فإنه يخرجها تماما عن دائرة التعامل القانوني <<.

وفي رأي آخر<sup>5</sup> ذهب على أن السبيل للخروج من هذا المأزق بأن مفهوم الشيء خارج التعامل القانوني يختلف حسب نوع العقد، فنفس الشيء يمكن أن يكون خارج التعامل القانوني بنسبة لعقد ما و داخل في التعامل بالنسبة لعقد آخر.

و مفهوم الشيء خارج التعامل لابد أن يتعلق بالتزام بنقل الملكية، وليس الالتزام بعمل، فمثلا أهرامات الجيزة تعتبر من المعالم الأثرية التي تخرج بطبيعتها خارج نطاق التعامل القانوني ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون تلك الآثار محلا لاتفاق يتعلق بصيانتها و

1- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.44.

2- جاسم علي سالم الشامسي، نظرية الحق - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - د.ط، ب.د.ن، ب.م.ن، 2000، ص.388.

3- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.44.

4- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.48.

5- Weill (A) et terre (F) : Introduction générale au droit, les obligations, Dalloz, 1979, 4ed, p.256.

ترميمها و المحافظة عليها . فإذا تم إسقاط هذه التفرقة على جسم الإنسان، لوجب القول بضرورة التفرقة بين حظر التعامل في الجسم باعتباره شيئاً أو ما لا يدخل في دائرة المعاملات المالية وبين جواز التعامل في جسم الإنسان باعتباره قيمة يحميها القانون و يصون حرمتها، وهذا هو المقصود بالتعامل القانوني في جسم الإنسان.

وهكذا أصبح التعامل في جسم الإنسان ممكناً خاصة مع تطور العلوم التكنولوجية، وعلوم الطب وما صاحب ذلك من تطور في الفكر القانوني الذي شهده القرن العشرين<sup>1</sup>، تقلصت سطوة هذا المبدأ و بالتالي أصبح جسم الإنسان محلاً للتصرفات القانونية العديدة.

وبالتالي يمكن القول بأن مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان قد أصبح هذا الجسم محلاً للاتفاقات القانونية<sup>2</sup>.

كما تم الفصل تدريجياً بين الجسم و الشخص، فظهرت بنوك للبن الأمهات، بنوك للدم بالإضافة إلى بنوك للأعضاء البشرية، كما يمكن استبدال مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف و هذا ما تم التطرق إليه في نص المادة 1128 من التقنين المدني الفرنسي بمبدأ عدم مالية التعامل في جسم الإنسان، وذلك من خلال المادة 16 في فقرتها الأولى<sup>3</sup> الخاصة باحترام جسم الإنسان و التي تنص على: >> أن جسم الإنسان و عناصره و منتجاته لا يمكن أن يكون محلاً لحق مالي<<.

يفهم من النص أن القانون بذلك منع التعامل المالي فقط وهذا ما أكدته المادة 16 الفقرة الخامسة من نفس التقنين و التي نصت على أن:>> الاتفاقات التي يترتب عليها أن يكون لجسم الإنسان أو عناصره أو منتجاته قيمة مالية تقع باطلاً <<.

1- حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.61.

2- حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، المرجع السابق، 151.

3 — Code civil, 100 édition, 2001, dalloz, chapitre 2, du respect du corps humain , article, 16 - 5, p.57.

الواضح أن القانون لا ينكر المشروعية على كل التصرفات الواردة على جسم الإنسان وخاصة تلك المستوفية لشرط المجانية و الرضا و الهدف المشروع، ولكن في المقابل توجد بعض التصرفات و إن توافر فيها شرط المجانية إلا أنها تعتبر باطلة، وذلك كالاتفاقات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل لصالح الغير، وهذا ما أكده القانون المدني الفرنسي السالف الذكر في المادة 16 فقرة 1.07<sup>1</sup> و هذا الموقف يدعم الموقف الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 31ماي1991، في شأن اتفاق تعهدت بموجبه امرأة بدون مقابل و على سبيل التبرع بأن تحمل جنينا لمصلحة امرأة أخرى، على أن تسلمها المولود بعد الولادة كما جاء في حيثيات الحكم أن هذا الاتفاق يتعارض مع النظام العام و ذلك لتعارضه أساسا مع مبدأ عدم قابلية الجسم للتصرف<sup>2</sup>.

نخلص مما سبق أن مبدأ عدم جواز التعامل في جسم الإنسان ليس مطلقا بل نسبيا، قد تدعو ضرورة حماية كرامة الكيان الإنساني إلى اللجوء إلى هذا المبدأ في بعض الحالات التي تتعرض فيها تلك الحرمة و الكرامة للانتهاك، كبيع جسم الإنسان و هبته، وحالات الحمل لحساب الغير.

أما في غير تلك الحالات فإن مبدأ عدم جواز التعامل في جسم الإنسان يصبح وهما و خيالا لم يصدقه الواقع، و من ثم فإن استبدال هذا المبدأ بمبدأ عدم مالية التعامل في جسم الإنسان، يزيل التناقض الذي ثار في الواقع من جواز التصرف في جسم الإنسان و ما يزعم من مبدأ عدم القابلية للتصرف، وحدود سلطة التصرف في الجسم في حدود معينة.

يستخلص مما سبق إلى الإقرار بأن التعامل في جسم الإنسان هو واقع قانوني قائم، لا مفر منه، باعتبار أن جسم الإنسان ضمن القانون المدني هو الهدف و هو المحل في نفس الوقت. فهو هدف ضمن العلاقات التعاقدية و ضمن التعبير عن الحرية و لكنه يصبح محلا عندما تكون ضرورة المصلحة العامة معرضة للخطر. هذه الفكرة هي التي جعلت جانب من

<sup>1</sup> - Ibid. P.59.

<sup>2</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام القانوني لجسم الإنسان، المرجع السابق، ص.149.

بعض رجال الفقه و رجال القانون الذي أطلق نظام التصرف المحدود بجسم الإنسان نظرا لاعتبارات الحماية الخاصة أو لضرورات القانون العام و الأخلاق الحميدة، الهدف العلاجي.

بعد تبيان الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه في المطلب الأول، سيتم التطرق إلى التكيف الشرعي للتصرف في جسم الإنسان من الناحية الشرعية .

### المطلب الثاني: التكيف الشرعي للتصرف في جسم الإنسان.

الآدمي محترم حيا و ميتا في الإسلام، و لقد خلق الله الإنسان و عززه و كرمه و أودع فيه سر خلقه ما يحميه إلى حين<sup>1</sup>. لقوله تعالى: << لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ >><sup>2</sup> الذي جعل الإنسان هو الهدف الأسمى للخلق<sup>3</sup>.

الجسم الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان، لذا قيل بحق أن الجسم عماد الشخص بذاته بحسب الأصل<sup>4</sup>، وقد واكب فقهاء الإسلام ما يحدث على الساحة فظهرت فتواهم تناقش ما يحدث في مجال الطب و الأطباء و حاجة الناس إلى ذلك.<sup>5</sup> و للإنسان حق الحياة و حماية الجسد<sup>6</sup>، و صلة الإنسان بغيره تستند إلى أسس تقوم عليها العلاقات الإنسانية في التصور الإسلامي، تتمثل في وحدة الأصل الإنساني، و شمول الكرامة الإنسانية لكل البشر، و المساواة التامة بين الناس، و احترام الآخرين، و التراحم، و التزام العدل في التعامل، و التعاون على البر و التقوى<sup>7</sup>، و ذلك في ضوء الحديث الشريف الذي رواه أنس - رضي الله عنه - عن النبي صل الله عليه و سلم قال: << لا يؤمن أحدكم حتى

1- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، ب.م.ن، 1983، ص.24.

2- سورة التين، الآية رقم 04.

3- عفيفي عبد الفتاح، مركز الإنسان في الوجود بين الدين و العلم، مجلة الأزهر، نوفمبر 1968، ص.524.

4- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،- نظرية الحق -، ج2، ب.د.ن، الكويت، 1970، ص.170.

5- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.169.

6- عبد العزيز بن أحمد البخاري، أقسام الحق باعتبار صاحبه، ج4، المطبعة العثمانية، ب.م.ن، 1308هـ، ص.134.

7- محمود حمدي زقزوق، الإنسان في التصور الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، وزارة الأوقاف المصرية ع73، ربيع الأول 1422هـ، مايو 2001، ص.69 و ما بعدها.

يحب لأخيه ما يحب لنفسه <<<sup>1</sup>، وحديث النعمان بن بشير - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صل الله عليه و سلم: >> ترى المؤمنين في تراحمهم و توادهم و تعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى عضو تداعى له سائر جسده بالسهر و الحمى >>، و سيتم التطرق في هذا المطلب عن مدى ملكية الإنسان لجسده، و حكم التصرف فيه، و ما يتم نقله من جسمه، من خلال مايلي:

### الفرع الأول: مدى ملكية الإنسان لجسده.

يقوم الفكر الإسلامي في تحديده لنطاق الحقوق على المصالح الكاملة وراء مقاصده بحيث ينبع من فكرة أساسية مفادها، أن الشريعة الإسلامية دينية في مصادرها و أحكامها و هي من لدن عزيز حكيم، و أحكامها تنظم أمور الدين و الدنيا، و المشرع فيها هو الله سبحانه و تعالى، و سلطان الحكام فيها رباني يسمو فوق كل تحديد لإرادة البشر<sup>2</sup>.

و لا تتقيد هذه الأحكام إلا بالقيود الدينية، و أساسها القرآن و السنة و ما تفرع عنها من مصادر الأحكام الشرعية.

و المصالح المعتبرة وفقا للفكر الإسلامي ترعى مصالح الدين و الدنيا و تستهدف حماية حقوق العباد في المعاش، و قد راعى المشرع الإسلامي كيان المجتمع و تحقيق مصالح العباد فيه بحماية ضرورياتهم و توفير حاجياتهم، و تحسيناتهم، و كل تكليف شرعي، قصد منه تحقيق واحد من تلك الثلاث أو أكثر و التي منها جميعا تتكون مصالح العباد.<sup>3</sup>

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.171.  
2- نصر الدين ماروك، نقل و زراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، ج1 دار هومة، الجزائر، 2003، ص.61.  
3- عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.207.

و يعتبر الفكر الإسلامي الحق في سلامة الجسم من الضروريات، و هو الذي تقوم عليه حياة الناس و لا بد منها لاستقامة مصالحتهم، فإذا اختل ميزان الضروريات اختل معه نظام حياة الأفراد و عمت الفوضى و المفاسد<sup>1</sup>.

و مراعاة هذه الضروريات تستهدف رعاية أمور خمسة في جميع التكاليف الشرعية و هي حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال.

و هذه الضروريات الخمس هي عمود الدين و الدنيا و تحفظ للجماعة كيانها و يسان المجتمع<sup>2</sup> و حفظ النفس على الخصوص أمر ضروري القصد منه المحافظة على كيان المجتمع و سلامة أفرادها، لذلك أوجب الشرع القصاص و الدية على من يعتدي عليها و إيجاب دفع الشر عنها.

و تقرير الشرع الإسلامي لحماية النفس البشرية، له بالغ التقدير في أهميتها و نطاق حمايتها من أي اعتداء، ذلك أن التعدي على النفس البشرية، و المساس بها هو أقصى ما يقع على الإنسان من جرم و أذى. فالإنسان مملوك لله فلا يجري عليه البدل و المنع و العطاء و التصرف فيه. فهو غير مملوك لنفسه. فجدد الإنسان ملك لله و ذات الإنسان ملك لله بمعنى أن الله سبحانه و تعالى قد أوجد هذا الإنسان و أثنه على جسده و أمره ألا يسخر جسده إلا في الخير ثم جعل كل شيء من أرض و نجوم و شمس مسخرة لهذا الإنسان و في خدمته فالله مالك كل شيء على سبيل الحقيقة و ملكية الإنسان للأشياء الأخرى مجازية و ليست حقيقية<sup>3</sup>.

1- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، 1954، ص.234.

2- محفظ الدين: هو مجموعة العقائد و العبادات و الحكام التي قررها الله سبحانه و تعالى لتنظيم بعباده، و علاقة عباده ببعضهم أمر ضروري، و القصد منه تمكين الدين في القلوب و تنمية روح الدين و تزكية النفس البشرية، مقتبس من: نصر الدين ماروك، نقل و زراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص.62.

3- أحمد محمد طلب علي الشريف، نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ب.س.ن، ص.58.

بينما ذهب رأي آخر في الفقه الإسلامي للقول بأن للإنسان ملكية على جسده و من هذا قوله تعالى: << وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ >><sup>1</sup>.

و قوله سبحانه و تعالى: << إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ >><sup>2</sup>.

يتضح من هذه النصوص القرآنية أن الله سبحانه هو المالك الحقيقي لكل شيء و الإنسان مالك على سبيل المجاز و يملك التصرف فيها بالجهاد في سبيل الله لمصلحة الدين، قد يعرض نفسه بذلك للهلاك، و الإنسان صاحب إرادة فيما يتعلق بشخصيته و إن كانت إرادة الإنسان مقيدة بعدم الإهلاك.<sup>3</sup>

#### من السنة:

قال: - صل الله عليه و سلم-: << لا ضرر و لا ضرار >><sup>4</sup>.

و قال: - صل الله عليه و سلم - : << من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل >><sup>5</sup>.

من هذا القول النبوي يتبين عدم إضرار الإنسان بنفسه، و له أن ينفع أخاه بما لا يعود عليه بالضرر و ذلك لأن الإنسان الحرية في التصرف في أجزائه المادية بما لا يضره ضررا يؤدي إلى التهلكة.<sup>6</sup>

بعد معرفة أقوال الفقهاء حول ملكية الإنسان لجسده و ذكر أدلة كل رأي لما ذهبوا إليه يتبين أن القول الراجح هو أن الله تعالى هو المالك لكل شيء. و النفس و ما يتعلق بها من جسد

1- سورة البقرة، الآية رقم 195.

2- سورة التوبة، الآية رقم 111.

3- شيخ الأزهر، جاد الحق على جاد الحق - بيان للناس-، ج02، الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد العاشر، القاهرة، 1983، ص.314.

4- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، ج02، دار الفكر، بيروت، ب.س.ن، ص.784.

5- مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ج02، كتاب السلام، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.47.

6- عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، دار ابن حزم، بيروت، 1995، ص.59.

هي ملك لله تعالى و ذلك بظاهر النصوص التي استدل بها أصحاب القول الأول على ملكية الله تعالى للإنسان و أجزائه.<sup>1</sup>

و قد منح الله تعالى الإنسان حقا على جسده و هو حق الانتفاع به بما يعود عليه بالنفع له و للمجتمع الذي يعيش فيه و ملكية الإنسان لجسده ملكية مجازية.

بعد الحديث عن ملكية الإنسان لجسده من المنظور الشرعي سيتم التطرق إلى حكم تصرف الإنسان في جسده من خلال الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: حكم تصرف الإنسان في جسده.

الإنسان متقلب بين الصحة و المرض و بين الأضرار و الاختيار و مما لا شك فيه أن التشريع الإسلامي جاء رحمة للإنسان فضلا من الله و نعمة. فواكب مسيرة الإنسان و دفع المشقة عنه حينما توجد و خفف عن كاهله حينما يعثره الثقل.<sup>2</sup>

و إذا كان الإنسان له سلطة على جسده و هي سلطة تخول له حق الانتفاع بأعضائه كأداء العبادات و السعي لكسب الرزق و بناء الأسرة و نحو ذلك.<sup>3</sup>

فهل يجوز للإنسان أن يتصرف نحو جسده تصرفات مادية نحو نفسه أو غيره؟ و ذلك كقطع جزء من جسده ليأكله. أو أن يتصرف لإنسان آخر مريض لينقذه من مرضه؟ لذا سيتم الحديث عن تصرف الإنسان في أعضائه من خلال المسألتين التاليتين:

### المسألة الأولى: حكم تصرف الإنسان في جزء من جسده لنفسه.

ذهب العلماء في هذه المسألة إلى مذهبين كما يلي:

1- أحمد محمد طلب علي الشريف، المرجع السابق، ص.59.

2- أحمد محمد طلب علي الشريف، المرجع السابق، ص.60.

3- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1966، ص.238.

**المذهب الأول:** يرى جمهور العلماء أنه لا يجوز للشخص أن يقطع جزءا من جسده ليأكله مطلقا<sup>1</sup>.

**المذهب الثاني:** يرى بعض العلماء أنه يجوز للمضطر أن يقطع جزءا من نفسه ليسد بها رمقه حال المخمصة<sup>2</sup> و لكن بالشروط الآتية:

- أن لا يجد المضطر ميتة و ما نحوها مما يسد به رمقه.
- أن يكون الخوف من القطع أقل من الخوف من عدم الأكل.
- أن يكون القصد من القطع حفظ الحياة لنفسه لا حياة غيره.
- أن لا يشوي اللحم المقطوع و لا يطبخه بل يأكله نيا.

و من أدلة الرأي الأول استدلوا على أن حرمة قطع المضطر جزءا من نفسه ليسد به رمقه بالأدلة الآتية:

**. من القرآن الكريم:**

قوله عز و جل: << وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا >><sup>3</sup>.

وجه الدلالة في هذه الآية. أن الله تعالى نهانا عن كل ما يؤدي بنا إلى التهلكة، فحرمت طرف الإنسان كحرمة نفسه حتى و لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له بقطعها<sup>4</sup>.

**. من السنة:**

---

1- النووي، نهاية المحتاج، ج8، مطبعة التضامن الأخوي، الرملي، ب.س.ن، ص.163.  
2- محمد الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب.س.ن، ص.310.  
3- سورة النساء، الآية رقم 29.  
4- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.180.

ما رواه البخاري و مسلم عن جندب بن عبد الله - رضي الله عنه - عن النبي صل الله عليه و سلم قال : >> كان فيمن كان قبلكم رجل به جرح فجزع فأخذ سكيناً فحز بها يده فما رقأ الدم حتى مات قال الله تعالى بادرني عبدي بنفسه فرمت عليه الجنة <<<sup>1</sup>.

يتضح أن قواعد الإسلام تقوم على قاعدة درء المفسد على جلب المصالح<sup>2</sup>.

فإذا لم يجد المضطر في المخصصة شيئاً مباحاً و لا محرماً فلا يجوز له أكل بعض أعضائه لأنه يتلفه لأجل تحصيل ما هو موهوم<sup>3</sup>.

أما أدلة الرأي الثاني الذين استدلوا بجواز قطع المضطر عضواً من جسده ليسد به الرمق بالأدلة التالية:

### . من القرآن الكريم:

قال تعالى: >> إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلٍ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ <<<sup>4</sup>.

إذا لم يجد ما يأكله الإنسان من حلال أو حرام، فله أن يقطع من نفسه مقدار ما يسد به رمقه و هذا من باب إتلاف الجزء لإبقاء الكل<sup>5</sup>.

يتضح أن الرأي الأول بالقبول هو القائل بجواز قطع الإنسان جزءاً من جسده، و ذلك بالضوابط التي وضعت لمنع الإضرار به، و ذلك لما للإنسان على جسده من حق الانتفاع.

### المسألة الثانية: حكم تصرف الإنسان في جزء من جسده لغيره.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- محمد سعيد البدري، إرشاد الفحول، ج1، طبعة دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ص.371.

3- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.181.

4- سورة النحل، الآية رقم 115.

5- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.182.

إذا الإنسان له على جسده سلطة الانتفاع، و أن الجسد والروح ملك لخالفهما، وحق الانتفاع الذي للإنسان على جسده يبيح له في حالة الضرورة قطع جزء من جسده<sup>1</sup>، فهل يجوز للإنسان أن يتصرف في أعضاء من جسده لإنسان مريض ليتداوى به في حالة الضرورة أم أن حق الانتفاع خاص به و ليس له أن يمنحه لأحد ؟

ذهب العلماء في ذلك إلى مذهبين بين الإباحة و الحرمة و ذلك على النحو التالي:

**المذهب الأول:** ذهب أنصاره<sup>2</sup> إلى تحريم تصرف الإنسان بعضو من أعضاء جسمه، سواء كان تبرعا أو ببيعا.

**المذهب الثاني:** ذهب أنصار هذا الرأي إلى إباحة التبرع بعضو من أعضاء الإنسان لحالة الضرورة العلاجية.<sup>3</sup>

و استدلووا بحرمة تصرف الإنسان في جزء من جسده إلى آخر ليتداوى به بالآتي:

### . في القرآن الكريم:

قوله تعالى: << وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا >><sup>4</sup>.

توضح هذه الآية أن الله تعالى نهانا عن إلقاء النفس في مواطن التهلكة، و أن يقتل الإنسان نفسه بأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى قتل النفس، ومن بين هذه الأسباب قطع جزء من جسده لإنسان آخر، و حرمة الجسد كحرمة النفس.

1- أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر و الإباحة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1406 هـ - 1986 م ص.24.

2- محمد نور الدين الملكي، آراء العلماء حول قضية نقل الأعضاء، طبعة دار التحقيق للإعلام الدولي، القاهرة 1995، ص.09.

3- أحمد شرف الدين، بحث مقدم للمؤتمر العالمي للطب الإسلامي المنعقد و المنشور بمجلة المعاصر، ع35 ب.س.ن، ص.54.

4- سورة النساء، الآية رقم 29.

يتضح أن إتباع الشروط و الضوابط التي نص عليها المجيزون للتصرف في الجسد في حالة الضرورة تحفظ المتصرف في أعضائه من الوقوع في التهلكة.

### . في السنة:

ما روي أن النبي صل الله عليه و سلم: >> لما هاجر إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو وهاجر معه رجل من قومه فاجتوا المدينة فمرض فجزع فأخذ مشاقص له فقطع بها براجمه فشحبت يداه حتى مات فرآه الطفيل بن عمرو في منامه فرآه و هيئته حسنة و رآه مغطيا يديه فقال له ما صنع بك ربك فقال غفر لي بهجرتي إلى نبيه فقال مالي أراك مغطيا يديك قال قيل لي لن يصلح منك ما أفسدت << فقصها الطفيل على رسول الله صل الله عليه و سلم فقال: >> اللهم وليديه فاغفر <<<sup>1</sup>.

مما سبق تبدو الرؤية واضحة إن الإنسان ليس ملكا لنفسه من حيث كيانه و بنيانه و بالتالي لا يسوغ له أن يتصرف بشيء منه، بدليل أن ما أفسده الإنسان من أعضائه بنية التبرع أو البيع<sup>2</sup> يعتبر تعديا و ظلما و لن يصلح الله له يوم القيامة، بل يبقى على الصفة التي كان عليها عقوبة له على ما فعل.

يضح مما سبق عرضه أن رعاية النفس البشرية و المحافظة على الصحة يقتضيان إباحة تصرف الإنسان في أعضائه بنقلها للغير، و ذلك بالشروط و الضوابط المعينة.

بعد عرض حكم تصرف الإنسان في جسده من عدمه، سيتم التطرق إلى ما يتم نقله من جسم الإنسان في الفرع الأخير.

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.186.

2- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.186.

## الفرع الثالث: ما يتم نقله من جسم الإنسان.

يتكون الإنسان من خلايا و أنسجة تتحد مكونه عضوا مفيدا من الأعضاء و العضو من الناحية البيولوجية هو مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة المتشابكة و القدرة على أداء وظيفة محددة<sup>1</sup>، و يطلق على عدد معين من الأعضاء اسما خاصا بها و ذلك لاشتراكها في عمل معين متكامل مثل أعضاء الجهاز الهضمي أو الجهاز التنفسي... إلخ.<sup>2</sup>

و لقد قام الأطباء في الآونة الأخيرة بنقل مختلف الأعضاء و الأنسجة و أكثر هذه الأعضاء شيوعا الأعضاء السائلة مثل نقل الدم، حيث تنقل ملايين اللترات من الدم سنويا. و ينقذ بذلك مئات الآلاف من الأشخاص في العام الواحد<sup>3</sup>.

و يلي نقل الدم نقل لبن الأدمية و كذا نقل الخلايا الجذعية بين الأشخاص و أنشأت مراكز لنقل الأعضاء في معظم بلدان العالم. و من بين المنتجات السائلة في الإنسان تتمثل في لبن الأمهات، و الدم، و الغير السائلة كالخلايا الجذعية، و كل نوع له طبيعته الخاصة به و نظرا لأهمية لبن الأم و حكم بيعه و موضوع نقل الدم و التصرف فيه بالإضافة إلى استخراج الخلايا الجذعية و حكم التعامل فيها، سيتم تخصيص له مساحة كبيرة للتحدث فيه في الفصل الثاني، وهذا منعا للتكرار.

يستخلص مما تقدم أن دعائم الفكر الإسلامي للحق في سلامة الجسم قد ارتبطت بالمقاصد الأساسية للشرع، و من ثم اعتبر المشرع الإسلامي الأفعال الماسة بالضروريات الشرعية و التي تخل بسلامتها من الجرائم الخطيرة وواجهها بعقوبات رادعة، سواء كانت في شكل حدود أو قصاص، و لذلك فقد عنيت الشريعة الإسلامية أيما عناية بحماية النفس البشرية و منعت الاعتداء سواء كان هذا الإنسان مسلما أو غير مسلم.

1- شفيق أسعد فريد، الإنسان ذلك المجهول، مؤسسة المعارف، بيروت، ب.س.ن، ص.140 و ما بعدها.

2- أحمد محمد طلب علي الشريف، المرجع السابق، ص.111.

3- نفس المرجع و الصفحة.

و بعد عرضنا لبيان الأساس القانوني و الشرعي لإباحة التصرف في جسم الآدمي الحي  
خلصنا إلى أن كل من القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية لا يوجد به نص صريح  
و قطعي يبيح عملية نقل منتجات جسم الإنسان، ومع ذلك فقد أباح كلا منهما للإنسان أن  
يتصرف بجزء من جسمه لأخيه الإنسان، طالما كانت هناك حالة ضرورة تستدعي ذلك  
و أن ذلك التصرف يعتبر من قبيل التعاون على البر و التقوى، و قضاء حوائج، الإنسان  
و من باب الإيثار على النفس، و التي عبر عنها القانون الوضعي بالمصلحة الاجتماعية  
و طالما كانت حالة الضرورة و المصلحة الاجتماعية غير مخالفة للنظام العام أو الآداب  
العامّة، و ذلك اعتمادا على القواعد الكلية التي استخرجها الفقهاء من مصادر الشريعة  
أو بالقياس على القانون، كما فعل فقهاء القانون الوضعي<sup>1</sup>.

هذا كله بالإضافة إلى كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي قد وضعت شروطا لهذه  
الإباحة، و التي يستطيع الإنسان أن يتصرف من خلالها إذا تحققت هذه الشروط و أن  
شروط الإباحة في القانون الوضعي جاءت متفقة تماما مع الشروط التي ذكرتها الشريعة  
الإسلامية مع تفوق الفقه الإسلامي و انفراده بشروط الكرامة الإنسانية و التي سبق بها القانون  
الوضعي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>- مندر الفضل، المرجع السابق، ص.181.

<sup>2</sup>- مندر الفضل، المرجع السابق، ص.181.

## الفصل الثاني: بعض ما ينتجه جسم الإنسان (لبن الأدمية، الدم، الخلايا الجذعية نموذجاً).

إن التعامل في منتجات جسم الإنسان يأخذ أشكالاً عدة، فهو قد يرد على لبن المرأة، وقد يرد على الدم البشري، كما قد يرد من خلال التعامل في الخلايا الجذعية.

لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث ففي المبحث الأول سيتم التطرق إلى كيفية التعامل في لبن الأم أما في المبحث الثاني ندرس فيه طبيعة التعامل في الدم و أخيراً عرض طريقة استخدام الخلايا الجذعية ضمن المبحث الثالث.

## المبحث الأول: لبن الأدمية.

لبن الأدمية جزء من الجسم و لكنه جزء سائل، وهو لا شك أثر من آثار رحمة الله تعالى فقد جعله الله سبحانه و تعالى غذاء يتغذى به الأطفال و هو ضروري لهم لإقامة حياتهم حتى يستمرؤا الطعام.<sup>1</sup>

يظل حليب الأم غذاء الطفل الرئيسي، به ينمو جسمه، لما يحتويه هذا الحليب من عناصر غذائية عالية القيمة، لا يمكن استبداله بأي نوع آخر من الألبان<sup>2</sup>، فهو غني بالزنك الذي يقوي الجهاز المناعي للطفل الذي لا يكتمل قبل عامين من ولادته، وهي نفس المدة التي قررها الشرع لإرضاع الصغير حتى يكتمل بناءه و مناعته، وبالتالي فإن نقص هذا العنصر يؤدي إلى حدوث الكثير من الأمراض و الالتهابات، التي من الممكن أن تصيب جهاز الطفل الهضمي و التنفسي<sup>3</sup>.

و إرضاع الوالدة لولدها هو الأصل بقوله تعالى: « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ »<sup>4</sup>: « وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ أُمِّ مُوسَىٰ أَنْ أَرْضِعِيهِ » فهذه الآيات خبر في معنى الأمر و القاعدة الأصولية أن الأمر للوجوب و من ثم فيكون الرضاع واجبا على الأم عملا بهذه الآية، وينجر عنها وجهين:

1- مندر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.202.  
2- لقد أفادت البحوث الحديثة، إلى وجود فروقات واضحة في لبن الأم و الألبان الصناعية ذات الأصل الحيواني، من أهمها وجود اختلاف كبير في نسبة البروتين و الدهون، والتي تعتبر أقل نسبة في لبن الأم مما يجعل امتصاصها و هضمها أكثر سهولة، كما أن نسبة الأملاح في لبن الأم تعتبر أقل منها في لبن الأبقار و الذي يؤثر ارتفاعه سلبا على نمو خلايا مخ الطفل، بالإضافة إلى أن لبن الأم معقم بطريقة مباشرة من الثدي إلى الفم، وبالتالي فهو خالي من أي ميكروب أو تلوث قد يضر بصحة الطفل.  
3- محمد علي البار، حول بنوك الحليب البشري، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة الفقه الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة بجدة، 1406هـ، 1985م، منشور في مجلة المجمع ع2، جزء 1986، 14، 17، ص.391.  
4- سورة البقرة، الآية رقم 233.  
5- سورة القصص، الآية رقم 07.

**الوجه الأول:** لا نسلم لكم أن هذه الآية تدل على إيجاب الرضاع على الأم و إنما غاية ما تفيدته هذه الآية هو أمر الرضاع و أنه يقع في حولين كاملين لمن أراد إتمام الرضاع<sup>1</sup>.

**الوجه الثاني:** سلمنا لكم أن الآية تناولت حكم الرضاع و أنها خبر في معنى الأمر لكن هذا الأمر ليس على حقيقته و هي الوجوب و إنما هو للندب وقد صرفه عن الأمر إلى الندب لقوله تعالى « **وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتََرْضِعْ لَهُ أُخْرَى** »<sup>2</sup>، ومن ثم يكون اللجوء للوسائل البديلة أمرا تقتضيه الضرورة<sup>3</sup>.

فالمرضعة هي تلك المرأة التي تقوم بمهمة إرضاع الطفل، وذلك لأنه في بعض الحالات لا يتيسر ذلك للطفل بسبب وفاة أمه عند ولادته، أو لعدم إدرارها للبن لضعف أو مرض<sup>4</sup> وقد لا يستطيع الطفل نفسه الرضاعة من أمه لسبب عضوي أو نفسي. ويطلق عليه في مثل هذا الشأن إجازة الظئر ففي مثل تلك الظروف التي يتعذر على الطفل أن يرضع من أمه، يمكن لوالده أن يستأجر مرضعة لكي ترضعه.

وعليه يكون المقصود بإجازة الظئر أن المرأة تستطيع أن تلزم نفسها بإرضاع طفل لا تلزم شرعا بإرضاعه مقابل أجر<sup>5</sup>.

كما استدل القائل بأن الرضاع يجب على من يرضع مثيلاتها و من لا ترضع مثيلاتها فلا يجب عليها استدل على ذلك بالعرف و العادة.

1- بداية المجتهد و نهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد بن رشد، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998 م ، ص. 2-42.

2- سورة الطلاق، الآية رقم 06.

3- محمود أحمد أبو ليل، لين الأمهات و ما إذا كان من الجائز حفظه و بيعه كأبي سلعة أخرى، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع33، ج1997، 9، ص. 231.

4- لقوله تعالى: « **وَخَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ ...** »، الآية رقم 12، سورة القصص.

5- المغني والشرح الكبير للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامي، دار الفكر بيروت ج1994، 6، ص. 73.

وكما يقول الفقهاء العادة محكمة<sup>1</sup>. والمعروف عرفا كالمشروط شرطا<sup>2</sup>. وقال بعضهم: والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار كما جاء في القرطبي: «و لكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذا صار كالشرط»<sup>3</sup> وقال بن رشد: «و أما من فرق بين الدنيئة و الشريفة فاعتبر في ذلك العرف و العادة»<sup>4</sup>. و يثار في هذا الشأن وجهين:

### الوجه الأول:

إن الاستدلال بالعرف على وجوب ذلك في حق الدنيئة دون الشريفة مخالف لقوله تعالى: « وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَشْرُوعٌ لَهُ أُخْرَى » وهو عام في كل امرأة شريفة كانت أو وضيعة.

### الوجه الثاني:

إن هذه التفرقة لا دليلة عليها فتكون غير مقبولة، قال بن حزم: «و هذا قول في غاية الفساد لأن الشرف هو التقوى فرب هاشمية أو عبشمية بنت خليفة تموت هزلا و رب زنجية أو بنت غية قد صارت حرمة ملك أو أمه»<sup>5</sup>.

### الرأي الراجح:

من خلال ما تقدم من عرض لأراء الفقهاء و أدلتهم في هذه المسألة يبدو لي ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة القائلون بأن الرضاع لا يجب

1- قال السيوطي: القاعدة السادسة العادة محكمة قال القاضي أصلها قوله صل الله عليه و سلم لقوله تعالى

:«من رآه المسلمون حسنات فهو عند الله حسن» « مجمع الزوائد، ج1، ص.188.

2- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدق، ط1407، 01 هـ- 1986 م، ص.125، 01.

3- تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصاري القرطبي دار الشعب، دار الغد العربي، ط1416، 2 هـ - 1996 م، ص.161، 03.

4- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.42، 02.

5- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الجبل، بيروت، لبنان، ص.337، 10 وما بعدها.

على الأم إلا إذا لم يوجد غيرها حفاظا على حياة الرضيع، فإن وجد غيرها فيكون الرضاع غير واجب عليها لأنه في معنى النفقة و هي واجبة على الوالد لولده<sup>1</sup>.

وما استند إليه المخالفون من أدلة فلم تسلم من الطعن و المناقشة الأمر الذي يجعل النفس تميل إلى ترجيح الرأي الأول و العمل بوجوبه<sup>2</sup>.

ومن هنا تم جواز الانتفاع بلبن الأدميات<sup>3</sup>، عن طريق استئجار امرأة أخرى غير الأم لتقوم بمهمة إرضاع الطفل، ولقد روعي فيه أن تنفيذه لا يؤثر في السلامة الجسدية للمرأة لأن لبنها مخصص بطبيعته للخروج من جسدها، كما يتصف هذا اللبن بقابليته لتجدد وعدم تسببه لأي ضرر سواء للطفل أو بمن تقوم بإرضاعه بل فيه مصلحة مؤكدة للطفل الرضيع<sup>4</sup>.

فإجارة الظئر باعتبارها تعامل في جسم الإنسان من خلال التعامل على لبن المرأة و الذي يعد تعاملًا على منتج من منتجات الجسم الإنساني منذ آلاف السنين، يدل على أن هذا الجسم لم يكن بمنأى عن التعامل أبداً، وعليه سيتم التطرق في هذا المبحث باعتباره تطبيقاً أول على التعامل القانوني في جسم الإنسان، وذلك بإتباع الآتي: نشأة لبن الأدمية في المطلب الأول و الانتفاع بلبن الأدمية في المطلب الثاني و أخيراً البنوك المخصصة لحفظ لبن الأمهات و مدى تطابقه مع حرمة و كرامة جسم الإنسان.

### المطلب الأول: نشأة لبن الأدمية.

لبن الأدميات جزء من الجسم لكنه جزء سائل، وهو لا شك أثر من آثار رحمة الله تعالى. فقد جعله الله سبحانه غذاء يتغذى به الأطفال وهو ضروري لهم لإقامة حياتهم حتى يستمروا

1- عبد الحلیم محمد منصور علي، بنوك حليب الأدميات بين الحظر و الإباحة في ميزان الفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، البحرين، 2012، ص.33،34.

2- عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.34.

3- و إن جاز الانتفاع إلا أن اللحم الأدمي يبقى محرماً، و تحريمه للتكریم لا للاستخبات، و يقول بن حزم : « و جائز استئجار المرأة ذات اللبن لإرضاع الصغير مدة مسماة»، أنظر المحلى، المرجع السابق، ص.12.

4- شوقي عبد الساهي، الفكر الإسلامي و القضايا الطبية و المعاصرة، دار النهضة المصرية، ط1، القاهرة، 1999، ص.113.

الطعام. و لبن نساء بني آدم باعتباره جزء سائلا يختلف عن الأعضاء اليابسة كما هو شأن الدم إلا أن بينهما بعض الفروق:

- أن الشريعة الإسلامية نصت على حرمة الدم في الكتاب و السنة بخلاف اللبن فإن تحريم اللبن الآدمي عند من حرمه لكونه تابعا للجسم و الآدمي الحر يحرم بيعه إجماعا. أما الكتاب فقولته تعالى : « إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ »<sup>1</sup>.
- و أما السنة. فلم تقدم من النهي عن ثمن اللبن و ثمن الدم<sup>2</sup>.

إن الحكمة من وجود لبن الآدميات هي غذاء الأطفال لبقاء النوع الإنساني، أما الدم فشر به مضره للإنسان و ذلك لعسر هضمه و خاصة أنه لا يغلى كما يغلى اللبن و حين إذن تبقى جراثيم المرض فيه حية تؤثر في الجسم الذي تدخله<sup>3</sup> ولذلك نهى الرسول (ص) أبى طيبه عن شربه مرة أخرى<sup>4</sup>.

إن اللبن الآدمي تتعلق به حرمة الزواج بين الراضعين من الذكور و الإناث في مدة الرضاع عند جمهور العلماء، وعند غيرهم مطلقا بخلاف الدم فإنه لا تتعلق به هذه الحرمة بين الشاربين له في حالة حدوث ذلك على سبيل الافتراض، كما أن اللبن يفارق الدم في اللون و الطعم و الرائحة و هذا ظاهر لا يحتاج إلى بيان<sup>5</sup>.

بعد عرض نشأة اللبن الآدمية سيتم الحديث عن الانتفاع بها في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني: الانتفاع بلبن الآدمية.

---

1- سورة البقرة ، الآية رقم 173.  
2- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله بن محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة السلفية، دار الفكر بيروت ب.س.ن، ج10، ص.314.  
3- تفسير القرآن الحكيم، المعروف بتفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا من دروس الإمام محمد عبده، الهيئة المصرية للكتاب، ج6، ب.س.ن، ص.112.  
4- فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي، ج6، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، ب.س.ن، ص.426.  
5- عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل و زراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي - دراسة مقارنة - ط01، دار المنار كلية الشريعة و القانون جامعة الأزهر، 1988، ص.192.

اتفق الفقهاء القدامى على أن لبن الآدمية باعتباره جزء منفصل عن جسم الإنسان، يمكن الانتفاع به شرعاً، لورود آيات بينات في هذا المعنى المذكورة سلفاً، و استشهاده لفضل الرسول(ص) حين قام بتأجير مرضعة لولده إبراهيم، كما أن الحاجة تدعو أحياناً إلى ذلك باعتبار أن الطفل الصغير إن تعذر عليه الرضاعة من أمه فلا بد أن يوجد له بديل عنه بإرضاعه و تغذيته<sup>1</sup>، كما أن العرف و العادة يؤكدان على أن اللبن المخصص بطبيعته للخروج من جسم المرأة لينتفع به غيرها<sup>2</sup>.

إذا، فالإتفاق كان على مبدأ الانتفاع بلبن الآدمية بواسطة إجارة الظئر<sup>3</sup> وذلك لتحقيق مصلحة الطفل، ولكن الخلاف وقع بينهم حول مدى جواز بيع هذا اللبن، نتيجة لخلافهم أصلاً في تحديد طبيعة هذا اللبن، فهل هو مال ومن تم يجوز أن يرد عليه عقد البيع أو أنه ليس كذلك؟

هذا و قد وقع خلاف بين الفقهاء في حكم بيع اللبن و الانتفاع به على أربعة آراء:

### الاتجاه الأول:

يرى جمهور الفقهاء من الأحناف و المالكية و الراجح من الحنابلة<sup>4</sup>، وفيه قالوا بعدم جواز بيع لبن الآدمية سواء تم ذلك البيع بطريق مباشر من خلال أخذ اللبن من ثديها مباشرة و بيعه، أم بعد صبه في وعاء، وذلك استناداً لأدلة كثيرة نورد أهمها:

- إجماع الصحابة على عدم بيع لبن المرأة، وذلك من خلال ما عرف بقضية (ولد المغرور) فقد روي عن عمر و علي رضي الله عنهما أنهما حكما في مسألة رجل خدع في شراء أمة من رجل تبين له بعد شرائها أنه لا يملكها، ففضي له بالقيمة

1- ليلي عبد الله سعيد، الشريعة الإسلامية و حقوق الطفل في محيط الأسرة، بغداد، مجلة العدالة، ع1979، 3، ص.933.

2- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.83.

3- إن مسألة الانتفاع بأجزاء الأدمي فيما لم يرد فيه نص شرعي، إنما هي مسألة اجتهادية اختلفت فيها أنظار العلماء بسبب اعتبارات كثيرة. أنظر علي داود الجفال، المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي منها، ط1، دار البشائر، الأردن، 1990، ص.153.

4- فتح القدير، المرجع السابق، ص.423.

و المهر في مقابلة الوطاء، ولم يحكما بوجود قيمة اللبن بالاستهلاك<sup>1</sup>، فلو كان مالا لحكم به، وعليه فلا يجوز بيع اللبن و الحصول على عوض وذلك لعدم ماليته<sup>2</sup>.

- أن لبن المرأة مثله مثل أي مائع يخرج من جسد الآدمي كالدّم و العرق، فهذه الأشياء لا يجوز بيعها لأنها فضلة آدمي فكذلك اللبن<sup>3</sup>.

- أن اللبن يعتبر جزء من المرأة و بعض منها، بدليل ثبوت حرمة النكاح به لثبوت معنى البعضية فيه، ومن المعلوم أن الآدمي بجميع أجزائه محترم و مكرم، وليس من الكرامة استبدال أعضائه بالبيع و الشراء<sup>4</sup>، فيقول الله تعالى :

« وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ »<sup>5</sup>.

- أن لبن المرأة لا يضمن إذا أتلّف لأنه لا يحدث نقصان في أصله<sup>6</sup>.

- أن الرضاعة سبب محرم مانع لزواج، وفي إشاعة بيعه فتح لباب فساد الأنكحة و المعصية التي أمرنا المولى عز وجل لسد ذريعتها<sup>7</sup>، وبالتالي تضييع الأنساب التي حرصت الشريعة الإسلامية على ضرورة اعتباره هدفا يجب السعي لحفظه<sup>8</sup>.

## الاتجاه الثاني:

و إليه ذهب الشافعية و قول للمالكية و قول للحنابلة<sup>9</sup>، وفيه قالوا بجواز بيع لبن الآدميات لأنه طاهر منتفع به فيباع كلبن الشاة، كما أنه يعتبر غذاء للآدمي فجاز بيعه كبيع الخبز بالإضافة إلى كونه مائعا يحل شربه فيجوز بيعه، وأن المالية فيه متحققة، لأنه يمكن ادخاره لوقت الحاجة إليه، ولفوائده و لطهارته.

1- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط1، ج15، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص.125.

2- المغني، المرجع السابق، ص.33.

3- حبيبية سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.84.

4- بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.216.

5- سورة الإسراء، الآية رقم 70.

6- بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.216 وما بعدها.

7- فتح القدير، المرجع السابق، 424.

8- محمد نجيب عوضين المغربي، حكم الانتفاع ببнок اللبن في الرضاع — دراسة في الفقه الإسلامي —، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص.29.

9- الإمام أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، شرح المهذب لشييرازي، ج9، مكتبة الإرشاد، جدة، ب.س.ن، ص.304.

واستدل جمهور الفقهاء القائلون بجواز بيع لبن الآدميات على الكتاب و السنة و القياس فمن الكتاب قوله تعالى: « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ »<sup>1</sup> والدلالة على ذلك لا خلاف في أن للمرأة أن يخلب لبنها في إناء و تعطيه لمن يسقيه صبيا و هذا تمليك منها له و كل ما صح ملكه و انتقال الأملاك فيه لقوله تعالى « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ » إلا ما جاء فيه نص بخلاف هذا<sup>2</sup>.

ومن السنة ما روي عن ابن عباس قال رأيت رسول الله جالسا عند الركن فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: « لعن الله اليهود ثلاثا إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا أثمانها و إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه »<sup>3</sup>. ومن ثم دل هذا الحديث بمنطوقه على أن الله عز و جل إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه، ودل بمفهومه على أن ما لم يحرم أكله لم يحرم ثمنه، وبناء على ذلك فاللبن يباح شربه ومن ثم لا يحرم ثمنه<sup>4</sup>.

أما من جهة القياس فأجمع فقهاء القياس على لبن الشاة بجامع أن كلا منهما لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه<sup>5</sup>.

ومما سبق عرضه من آراء الفقهاء بخصوص مسألة مدى جواز بيع لبن المرأة، يترجح لدينا رأي جمهور الفقهاء و ذلك لقوة حجتهم، ولتوافق هذا الرأي مع الأصل و هو جواز الانتفاع بلبن المرأة عن طريق ما يسمى بإجارة الظئر، وفي هذا يقول الإمام محمد بن الحسن الشيباني: « جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها، لأنه لما جازت الإجارة لأن ثمن اللبن في مقابل أجر المرضعة و ليس ثمننا للبن »، فيقول الله تعالى: « وَأَتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ

1- سورة البقرة، الآية 275 .

2- المحلى، المرجع السابق، ص.31.

3- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار إحياء تراث العربي، بيروت ب.س.ن. ص.03،1208.

4- محمد حلمي السيد عيسى، أحكام الرضاع وحكم بنوك اللبن، دراسة فقهية مقارنة، ج1، مكتبة و مطبعة الغد للنشر و التوزيع، ب.م.ن.1420هـ - 2000 م، ص.311.

5- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لشيخ محمد الشربيني، ط1958، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي و أولاده بمصر، مصر، ب.س.ن، ص.02،12.

بِالْمَعْرُوفِ»<sup>1</sup>، فتسمى إجارة المرضع إجارة و لا تسمى بيعا، ولما جازت إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا.

### المطلب الثالث: البنوك المخصصة لحفظ لبن الأمهات.

ظهرت فكرة بنوك لبن الآدميات في النصف الثاني من القرن العشرين في بعض دول أوروبا<sup>2</sup> وأمريكا، وخاصة بعد انتشار بنوك الدم و غيرها من المنتجات البشرية.

وتعتمد بنوك لبن الآدميات أساسا عند قيامها على العناصر كوجود المتبرعة للبن و التي يتم إخضاعها لفحص دوري للتأكد من سلامتها و ملائمة جسمها و صحتها لعملية التبرع لخلوها من الفيروسات الكبدية و الزهري و الايدز و السل و التهابات الثدي الصديدية.

بالإضافة إلى الاهتمام ببيان الأدوية التي من الممكن أن تفرز مع اللبن، التي تؤدي سرعان ما إلى الإضرار بصحة الطفل فيطلب من المتبرعة الكف عن تناول هذه الأدوية التي يتأثر بها اللبن، و إن لم تستطع يرفض تبرعها<sup>3</sup>.

زيادة على هذا جمع اللبن طبقا للطريقة الطبية المناسبة<sup>4</sup> وتخزينه و حفظه في بنوك اللبن و ذلك بثلاث طرق:

- يترك بحالته، و يستمر صالحا من يوم إلى ثمانية أيام، في درجة حرارة تتراوح من الصفر إلى درجة أربع درجات مئوية.
- يحفظ في درجة حرارة لا تقل عن عشرون درجة تحت الصفر، ويكون اللبن في هذه الحالة متجمدا، وعندها يبقى صالحا لمدة ثلاثة أشهر على الأكثر.

<sup>1</sup>- سورة النساء، الآية رقم 25.

<sup>2</sup>- محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص.47.

<sup>3</sup>- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.88.

<sup>4</sup>- محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص.46.

- بسترة اللبن، وذلك بتعريضه لدرجة حرارة من 57 إلى 63 لمدة نصف ساعة والغرض من ذلك قتل الميكروبات الموجودة في اللبن دون التأثير على قيمته و مكوناته الغذائية<sup>1</sup>.

وقد يكون من الملائم تناول مسألة مدى مشروعية التعامل في لبن الأمهات عن طريق هذه البنوك، والتي انقسم الرأي في شأنها إلى اتجاهين:

### الاتجاه الأول:

ذهب إلى إباحة تعامل البنوك في لبن الأمهات، والتي سعت في سبيل تحقيق هذا المشروع محاولات عديدة لتنفيذه، ففي مصر مثلاً طلبت إدارة الشؤون العامة التابعة لوزارة الصحة المصرية في كتابها رقم 1259 لسنة 1412 هـ ، والموجه إلى دار الإفتاء المصرية و إلى مجمع البحوث الإسلامية للسؤال عن مدى مشروعية إنشاء بنك لبن الأمهات، حيث تستعين به الأمهات العاجزات عن الرضاعة الطبيعية، وفي نفس الوقت يمكن حماية الأطفال من تعرض للكثير من الأمراض نتيجة نقص لبن الأم أو انعدامه، ثم طلبت هذه الإدارة إبداء الرأي الشرعي فيه من حيث إمكانية تنفيذ هذا الموضوع، وهل ينشر الحرمة أم لا؟<sup>2</sup>

ولقد أجابت دار الإفتاء بالآتي: إن اللبن المجفف بطريقة التبخير، والذي صار مسحوقاً جافاً لا يعود سائلاً، بحيث لا يتيسر للأطفال تناوله إلا بعد خلطه بمقدار من الماء يكفي لإذابته، وهو مقدار يزيد عن حجم اللبن، ويغير من أوصافه، ومن ثم لا يثبت التحريم عليه شرعاً.

و كذا في حالة تبريد اللبن و بقاءه من شهرين إلى ثلاثة أشهر صالحة لتناوله أو إعطائه للأطفال بحالته الطبيعية، فعنصر الجهالة يبقى دائماً، ومن ثم لا يكون هنا مانع من الزواج في هذه الحالة أيضاً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup> — أنظر نص فتوى دار الإفتاء المصرية بشأن بنك لبن الأمهات رقم 959 لدى محمد عبد الشافي إسماعيل، بنوك اللبن الأدمي في الإسلام - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.111.

<sup>3</sup> علي داود الجفال، المرجع السابق، ص.106.

## الاتجاه الثاني:

ذهب إلى حظر التعامل في لبن الأمهات عن طريق البنوك، فعندما عرض هذا الأمر على مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 سنة 1406هـ، الموافق لـ 22-28 ديسمبر 1985 م بخصوص دراسة فقهية و طبية حول بنوك الحليب، قرر الآتي:

- أن بنوك الحليب تجربة قامت بها الأمم الغربية، وأثبتت عدم فائدتها، فانكششت و قل الاهتمام بها.
- أن الإسلام يعتبر الرضاع لحمة كلحمة النسب، يحرم به ما يحرم من النسب بإجماع المسلمين، ومن مقاصد الشريعة المحافظة على النسب، وبنوك الحليب مؤدية إلى الاختلاط والربا.
- أن العلاقات الاجتماعية في العالم الإسلامي، توفر للمولود ناقص الوزن، أو المحتاج إلى اللبن البشري، ما يحتاج إليه من الرضاعة الطبيعية، الأمر الذي يغنينا عن الحاجة لإقامة بنوك لبن الأمهات<sup>1</sup>.

لهذا سيتم التطرق في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ففي الفرع الأول نتحدث عن الحصول على لبن الادميات عن طريق البيع أما في الفرع الثاني نتطرق إلى الحصول على لبن الادميات عن طريق الهبة وأخيرا في الفرع الثالث سيتم الحديث عن أنواع بنوك الحليب.

### الفرع الأول: الحصول على لبن الادميات بطريق البيع.

سيتم الكلام فيه عن بيع لبن الادميات لشخص معين ثم التطرق إلى بيع لبن الادميات لبنوك الحليب.

### أولا: بيع لبن الادميات لشخص معين.

1- شوقي عبد الساهي، الفكر الإسلامي و القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار النهضة المصرية، القاهرة، 1999، ص.124.

لا خلاف بين الفقهاء. في جواز استئجار المرأة لتقوم على إرضاع الطفل وهذا ما يسميه الفقهاء بإجارة الظئر، ولكن وقع الخلاف بينهم في حكم شراء لبن الأدمية وظهر رأيين:

### الرأي الأول:

ذهب جمهور فقهاء من المالكية و الشافعية و الراجح عند الحنابلة و الظاهرية إلى جواز بيع لبن الأدميات مطلقاً<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني:

ذهب الحنفية و القول عند الشافعية و الحنابلة إلى انه لا يجوز بيع لبن الأدميات مطلقاً<sup>2</sup>.

### الرأي الثالث:

ذهب الحنابلة في وجه الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى جواز بيع لبن الأدميات من الإماء من غيرهم من الحرائر<sup>3</sup>.

وسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض أقيست الشبه فمن شبهه بلبن الأنعام قال يصح بيعه، ومن شبهه بلبن الخنزير و الأوثان فلا يصح بيعه<sup>4</sup>.

ويبدو أيضاً أنه ثمة سببا آخر حول خلاف الفقهاء في مدى طهارة لبن الأدميات أو نجاسته. فمن ذهب إلى القول بطهارة لبن الأدميات قال بجواز بيعه، ومن ذهب إلى أن لبن الأدميات نجس، قال بعدم جواز بيعه<sup>5</sup>.

1- عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.61.

2- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، ط2، دار إحياء التراث العربي، 1392 هـ، ص.353.

3- فتح القدير، المرجع السابق، ص.06،424 و البدائع، المرجع السابق، ص.05،145.

4- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.2،96.

5- عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.62.

من خلال ما تقدم من عرض لأراء الفقهاء و أدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بجواز بيع لبن الآدميات و ذلك لأن المعنى الذي من أجله أجاز الشارع الحكيم الاستئجار للرضاعة وهو المعروف في كتب الفقه بإجارة الظئر موجود بعينه في بيع لبن الآدميات وهو حاجة الرضيع إلى الغذاء.

لاسيما و أن كثيرا من النساء ربما تأنف من العمل كمستأجرة لإرضاع طفل و ربما برفض ذلك المجتمع فيؤدي ذلك إلى تقويت منفعة مقصودة للرضيع و هي حاجته للغذاء و من ثم فبيع لبن المرأة يحقق الأمرين معا: حق الطفل في الحصول على الغذاء و هذا أمر معتبر شرعا، و رغبة المرأة في أن لا ينظر إليها نظرة تنقص من قدرها في بعض المجتمعات<sup>1</sup>.

### ثانيا: بيع لبن الآدميات لبنوك الحليب.

تقدم بيان حكم بيع ألبان الآدميات لشخص معين لذا سيتم التطرق في هذا العنصر إلى حكم بيع لبن الآدميات لبنوك الحليب و التي يتناولها الأطفال المحتاجون للحليب و ألبان الآدميات ولا يكون ذلك متوافرا لهم نظرا لوفاة أمهاتهم أو لعدم نزول اللبن لهؤلاء الأطفال لاسيما و أن الطفل في أيامه الأولى يكون بحاجة ماسة إلى هذا النوع من اللبن الذي يحميه من الأمراض<sup>2</sup>.

ومن ثم فهذا الفرض يثير مسألة هامة أن الذي يتناول اللبن في هذا الفرض أطفال غير معينين و كذلك الأمهات أصحاب اللبن يصرون غير معينين فهل يجوز بيع الحليب في هذه الحالة لهذه البنوك أم لا؟

يبدو لي أنه يمكن إضطراد الخلاف السابق في هذه المسألة و الأدلة التي استند إليها كل فريق تتناول بعمومها حل بيع حليب الأمهات أو حرمة على النحو السابق.

<sup>1</sup> عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق ، ص.71،70.

<sup>2</sup> نفس المرجع و الصفحة.

ولكن الاتجاه القائل بالحرمة عضدوا قولهم بالحرمة في حالة بيع اللبن لبنوك اللبن بأدلة أخرى تؤكد ما ذهبوا إليه وهذه الأدلة هي:

## 1- سد الذرائع:

الذريعة لغة: ما كان وسيلة و طريقا إلى الشيء.

و في اصطلاح الشرعي: هي ما يكون طريقا لمحرّم أو لمحلل<sup>1</sup>.

كما قال ابن القيم: «لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب و طرق تفضي إليها كانت طرقها و أسبابها تابعة لها معتبرة بها فوسائل المحرمات و المعاصي في كراهتها و المنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها و ارتباطاتها بها ووسائل الطاعات و القربات في محبتها و الإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها فوسيلة المقصود تابعة للمقصود و كلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها و يمنع منها تحقيقا لتحريمه و تثبيتا له ومنها أن يقرب حماه ولو أباح الوسائل و الذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقدا للتحريم و إغراء للنفوس به و حكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء...»<sup>2</sup>.

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة و المصلحة و الكمال و من تأمل مصادرها و مواردها علما أن الله تعالى و رسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها و نهى عنها<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق فإن شريعتنا الغراء حرمت أشياء بأنها تفضي إلى الوقوع في الحرام و هذا من باب سد الذريعة في الشرع، وهذا باب عظيم النفع ومن بين الأمثلة على ذلك:

1- محمد أبي زهرة، أصول الفقه، دار النهضة، ب.م.ن، 1957، ص.228.

2- ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ط3، دار الحديث، القاهرة، 1997، ص.135.

3- نفس المرجع و الصفحة.

1-1- أن الله حرم الخمر لما فيها من المفسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل وهذا ليس مما نحن فيه لكن حرم القطرة الواحدة منها<sup>1</sup> وحرّم إمساكها للتخليل و نجسها لئلا تتخذ القطرة ذريعة إلى الحسوة و يتخذ إمساكها للتخليل ذريعة إلى إمساكها للشرب في سد الذريعة فنهى عن الخليطين و عن شرب العصير بعد ثلاث و عن الإنتباز في الأوعية<sup>2</sup> التي قد يتخمر النبيذ فيها ولا يعلم به حسما.

2-1- إن النبي صل الله عليه و سلم حرم الخلوة بالأجنبية<sup>3</sup> ولو في إقراء القرآن و السفر بها و لو في الحج و زيارة الوالدين سدا لذريعة ما يحاذر من الفتنة و غلبات الطباع .

3-1- إن الله تعالى أمر بغض البصر<sup>4</sup> و إن كان إنما يقع على محاسن الخلقة و التفكير في صنع الله سدا لذريعة الإرادة و الشهوة المفضية إلى المحذور.

4-1- إن النبي صل الله عليه و سلم نهى عن بناء المساجد على القبور<sup>5</sup> ولعن من فعل ذلك و نهى عن تجصيص القبور و تشريفها و اتخاذها مساجد و عن الصلاة إليها و أمر بتسويتها و نهى عن اتخاذها عيدا و عن شد الرحال إليها لإلى يكون ذلك ذريعة إلى اتخاذها أوثانا و الإشراف بها و حرم ذلك على من قصده و من لم يقصده بل قصد خلافه سدا للذريعة.

5-1- أنه نهى صل الله عليه و سلم عن الصلاة عند طلوع الشمس و عند غروبها و كان من حكمة ذلك أنهما وقت سجود المشركين للشمس و كان النهي عن الصلاة لله في ذلك الوقت

---

1- عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صل الله عليه و سلم قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب من حديث جابر، سنن الترمذي، ج4، ص.292.

2- صحيح البخاري، باب الإنتباز في الأوعية، شرح النووي على صحيح مسلم، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.166.

3- عن أبي معبد قال سمعت بن عباس يقول سمعت النبي صل الله عليه و سلم يخطب يقول: « لا يخلون رجل بامرأة إلا معها ذو محرم و لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم فقال رجل: يا رسول الله إن امرأتي خرجت حاجة و أني اكتتبت في غزة كذا و كذا قال : انطلق فحج مع امرأتك »، صحيح مسلم، ج02، ص.978.

4- قال تعالى: « فُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ » و قال: « وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ » الآيةان 30،31، سورة النور.

5- عن أبي هريرة أن رسول الله صل الله عليه و سلم قال: «لعن الله اليهود و النصراني اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد» صحيح مسلم، ج1، ص.377.

سدا لذريعة المشابهة الظاهرة التي هي ذريعة إلى المشابهة في القصد من بعد هذه الذريعة فيكيف بالذرائع القريبة<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق ذكره فإن فكرة بنوك حليب الأمهات و التي تقوم على جمع اللبن من هذه الأمهات و خلطه ببعضه ثم بعد ذلك تقديمه للأطفال أو اليتامى أو للذين لا عائلة لهم فيها الكثير من المفساد و الأضرار في المجتمع.

## 2 - ما أدى إلى الحرام فهو حرام:

و يتضح ذلك بجلاء في أن هؤلاء الأطفال الذين يتناولون اللبن من بنوك الحليب، لا يمكن تحديد الأمهات اللاتي أرضعناهم و لا يمكن تحديد الأطفال اللذين رضعوا من أولئك الأمهات و من ثم فمن المحتمل أن هذا الطفل عندما يبلغ الحلم و يريد الاقتراب من فتاة من فتيات مجتمعه قد يفترن بأخته من الرضاع، وهذه مفسدة عظيمة في المجتمع لأن هذا الأمر يؤدي إلى اختلاط الأنساب، إضافة إلى ما تقدم فإن هذا الزواج الذي تم بين الأخ و أخته زواج باطل شرعا، ومن ثم فبنوك الحليب ذريعة أيضا إلى انتشار الأتكة الباطلة التي حرم الشارع الحكيم إنشائها، كما أن في هذا العمل انتهاكا لحرمت الله عز و جل عندما يتزوج الرجل من المحرمات قال تعالى: « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ »

إلى قوله تعالى: « وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ »<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم فإذا كانت بنوك الحليب تؤدي إلى هذه المفساد و الأضرار في المجتمع فالأولى غلق هذا الباب لأن ما أدى إلى الحرام كان حراما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — ولقد ذكر ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين أمثلة كثيرة لهذه القاعدة نكتفي ما ذكرناه و من أراد المزيد فيراجع، ج03، ص139 وما بعدها.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية رقم 23.

<sup>3</sup> - محمد إبراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص54 وما بعدها ومحمد عبد الشافي إسماعيل، المرجع السابق، ص98 وما بعدها.

بعد عرض فكرة بيع لبن الآدميات لبنوك الحليب و ما تؤدي إليه من مفسدة عظيمة غلبة على الذريعة حسب ترجيح رأي الجمهور في هذه المسألة ، سيتم الكلام عن طريق الحصول عن لبن الآدميات بطريق الهبة في الفرع الثاني.

## الفرع الثاني: الحصول على لبن الآدميات بطريق الهبة.

يمكن تعريف الهبة في اللغة: التبرع و أصلها من هبوب الريح أي مروره يقال وهبت له شيئاً وهبا بإسكان الهاء و فتحها و هبت و الاسم الموهوب و الموهبة بكسر الهاء فيهما و الإتهاب قبول الهبة و الاستيهاب سؤال الهبة و تواهب القوم أي وهب بعضهم بعضاً و وهبته كذا لغة قليلة و العطية هي الشيء المعطى و الجمع العطايا و العطية هنا الهبة في مرض الموت.<sup>1</sup>

أما اصطلاحاً: هي تملك في حياته بغير عوض.<sup>2</sup> وقيل هي التبرع بالمال في حال الحياة.<sup>3</sup> وعرفها الجرجاني بأنها تملك العين بلا عوض.<sup>4</sup>

وهي من عقود التبرع المستحبة شرعاً و هي من باب الإحسان و اكتساب سبب التودد بين الإخوان و نل على مشروعيتها الكتاب و السنة و المعقول و الدليل قوله تعالى :  
« وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ »<sup>5</sup> و قوله تعالى: « فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا »<sup>6</sup>.

1- أنيس الفقهاء، قاسي بن عبد الله بن أمير علي القونوي، ج1، ط1، دار الوفاء، ب.م.ن، 1406هـ، ص.255.  
2- المبدع شرح المقنع، لأبي إسحاق الدين إبراهيم محمد بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص.360.  
3- دليل الطالب، لمرعي بن يوسف الحنبلي، ج1، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1389هـ، ص.167.  
4- التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، ج1، ط01، دار الكتاب العربي، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.319.  
5- سورة المائدة، الآية رقم 02.  
6- سورة النساء، الآية رقم 04.

ومن السنة ما روي عن أبي هريرة أن النبي قال: «لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة»<sup>1</sup> وقوله: «تهادوا تحابوا»<sup>2</sup> وقول ابن مسعود قال: قال رسول الله: «لا تردوا الهدية ولا تضربوا المسلمين»<sup>3</sup>.

فقد دلت الأدلة سالفة ذكر من الكتاب و السنة على مشروعية الهبة بل و استحبابها نظرا لما تحققه من ألفة و محبة بين المسلمين. وبناءا على ذلك هل تجوز هبة اللبن أو لا؟

و في هذا الصدد لابد من التفريق بين فرضين أساسيين هما:

- هبة اللبن القائمة على العلم و التعيين بين الرضيع و المرضعة.
- هبة اللبن القائمة على الجهالة.

سيتم تناول كل واحد من هذين الفرضين على حدا:

### **أولاً: هبة اللبن القائمة على العلم بين الرضيع و المرضعة.**

ويندرج تحت هذا الفرض صورتان:

**الصورة الأولى:** أن تكون الهبة من المرأة المرضعة إلى الرضيع سواء عن طريق إرضاعه من الثدي أو حلب وسقيه للرضيع بعد ذلك فالهبة في هذه الحالة مشروعة و جائزة وذلك لوجود العلم بين المرضعة و الرضيع وهذا العلم سوف يترتب عليه انتشار الحرمة.<sup>4</sup>

**الصورة الثانية:** أن تكون الهبة عن طريق حلب اللبن من ثدي المرأة و إعطائه لبنوك الحليب القائمة على العلم بين المرضعة و الرضيع بحيث القائمون على هذه البنوك سجلات للمتبرعات باللبن تدون فيها أسمائهن و أسماء الأطفال اللذين رضعوا من ألبناه هؤلاء النسوة.

---

1- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، ج2، ط3، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، 1987، ص.907.  
2- عون المعبود، محمد شمس الحق العظيم أبادي أبو الطيب، ج8، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ، ص.215.  
3- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، ج4، دار الريان لتراث دار الكتاب العربي، القاهرة، 1407هـ ص.146.

4 — هذا القول تفريعا عن رأي الجمهور اللذين يرون أن التحريم لا يقتصر على نص الثدي و إنما يشمل ما شربه الطفل بطريق الفم أو الأنف.

والهبة في هذه الحالة أيضا مشروعة و جائزة لعدم وجود الجهالة التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب و لأن هذا التصرف يحقق مصلحة للرضيع و يتوافق مع غرض الشارع في استئبان الحلال و الحرام فالمعرفة بصواحب اللبن و الرضيع تقطع الشك و ترفع الالتباس ويبقى الرضاع خاليا عن شبهة المفسدة لاعتماده على العلم لا على الجهالة.<sup>1</sup>

### ثانيا: هبة اللبن إلى بنوك الحليب القائمة على الشيوع و الجهالة.

اختلف الفقهاء للذين تعرضوا لمسألة بنوك الحليب في حكم هبة اللبن إليها مع الجهالة بين الرضيع و المرضعة على رأيين:

**الرأي الأول:** يرى القائلون به عدم مشروعية هبة اللبن لبنوك الحليب التي تقوم على الجهالة بين الرضيع و المرضعة.<sup>2</sup>

**الرأي الثاني:** يرى القائلون به جواز هبة اللبن لبنوك الحليب القائمة على الشيوع و الجهالة.<sup>3</sup>

و يبدو سبب الخلاف في هذه المسألة مفرع على الخلاف في مسألة بيع اللبن إلى بنوك الحليب مع الجهالة لأن ضابط الهبة عند الفقهاء كل ما جاز بيعه جاز هبته.<sup>4</sup> و بناء على ذلك فمن قال بعدم جواز بيع اللبن إلى بنوك الحليب قال بعدم مشروعية هبته إليها.<sup>5</sup>

1- عبد الهادي محمد زارع، عمل بنوك لبن الأمهات في ظل قواعد الحلال و الحرام، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة و القانون، ع4، ج1، ب.م.ن، 2004-2005، ص.212.

2- محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص.40-41.

3- يوسف القرضاوي، مجلة الأهرام العربي، السنة الرابعة، ع194، ب.م.ن، 2000، ص.46.

4 — جاء في الكافي: «وما جاز بيعه من مقسوم أو مشاع أو غيره جازت هبته»، الكافي في فقه بن حنبل، ج2، ص.466، وجاء في دليل الطالب: «... وشروطها ثمانية كونها من جائز التصرف ... وكون الموهوب يصح بيعه» دليل الطالب، ج1، ص.176.

5- عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.80.

ومن بين أصحاب الرأي القائل بعدم جواز هبة اللبن إلى بنوك الحليب بالإضافة إلى عدم جواز بيع اللبن إليها يكمن بما يلي:

- إن هذا التصرف يؤدي إلى اختلاط الأنساب لأن الجهالة بين صاحبة اللبن و من شرب منه من الأطفال عن طريق البنك تنفي العلم بأمر الرضاع و ابن الرضاع و إخوة الرضاع مما يؤدي إلى وقوع تناكح بينهم في المستقبل أين يكبر هذا الرضيع و يصبح شابا يافعا في هذا المجتمع الذي قام فيه بنك الحليب و قد شرب منه و تغذى عليه و نبت لحمه و نشز عظمه منه فرما تزوج بعد ذلك أخته في الرضاع و هو لا يعلم أو يتزوج بمن وهبت لبنها للبنك وهو لا يعلمها فيكون قد تزوج أمه من الرضاعة و هو لا يدري، ومن ثم فبنوك الحليب ما دامت قائمة على الجهالة فإن هبة اللبن إليها غير جائز.<sup>1</sup>

- القياس على البيع فكما سبق الكلام أن بيع لبن الأمهات غير جائز شرعا فكذلك لا يجوز هبته لأن الهبة فرع البيع فتكون غير جائزة أيضا.

وقد تحدث الفقهاء عن الهبة التي تؤدي إلى المعصية و بينوا حرمتها من ذلك ما قاله الشيخ الشرييني الخطيب في كلامه على صورتين تكون فيهما الهبة لا تكون فيهما محرمة لأنها أولا تؤدي إلى معصية مثل الهبة لأرباب العمال لأنها في معنى الرشوة وثانيا فالهبة للبنك تؤدي إلى معصية الله سبحانه و تعالى و اختلاط الأنساب و انتشار الأنكحة محرمة في المجتمع.

- درء المفسد أولى من جلب المصالح فإذا تعارضت مصلحة و مفسدة قدم دفع المفسدة غالبا لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات و لذلك قال رسول الله صل الله عليه و سلم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم و إذا نهيتكم

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.81.

عن شيء فاجتنبوه»<sup>1</sup> و المتأمل في بنوك اللبن يجد أن بها مصلحة هي عبارة عن تغذية الأطفال باللبن كما يجد أن هناك مفسدة تعارض هذه المصلحة هي عبارة عن الخوف من اختلاط الأنساب.<sup>2</sup>

أما أدلة الرأي الثاني استدلوها بمشروعية هبة اللبن إلى بنوك الحليب بما يلي:

- الأدلة الدالة على جواز بيع اللبن. وحيث إن الهبة فرع البيع فتأخذ حكمه و قد سبق القول بأن بيع اللبن جائز وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء<sup>3</sup> فتكون الهبة كذلك، وما استند إليه الجمهور من أدلة .

- أما الأدلة التي تدل على مشروعية الهبة بوجه عام بحيث أنها تتناول بعمومها هبة اللبن إلى شخص معين أو إلى شخص غير معين و القاعدة الأصولية أن العام يبقى على عمومه حتى يقوم دليل على تخصيصه. و إذا انتفى الدليل فتكون الهبة إلى بنوك اللبن قائمة على الجهالة بين المرضعة و الطفل جائزة و مشروعة.

من خلال ما تقدم من عرض لأراء الفقهاء و أدلتهم في هذه المسألة يبدو لي ترجيح ما ذهب إليه القائلون بجواز هبة المرأة لبنها أو جزءا منه إلى بنوك الحليب لتغذية الأطفال اليتامى و الأطفال اللذين لا يجدون لبنا في أثناء أمهاتهم و ذلك لأن في العمل مصلحة لرضيع و المرضع على وجه سواء.

أما المرضعة فمصلحتها في ابتغاء ثواب من الله عز و جل لقيامها بواجب التعاون بين أبناء المسلمين في المجتمع، وأما مصلحة الرضيع ففي تغذيته من هذا اللبن الذي يحتوي على جميع العناصر الغذائية اللازمة لنموها و الذي لا يوجد في ألبنان الحيوانات و الألبان الصناعية الأخرى.<sup>4</sup>

1- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أو الفضل العسقلاني الشافعي ، ج2، دار المعرفة بيروت، 1329 هـ ، ص.588.

2- محمد الحفناوي، المرجع السابق، ص.55-56.

3- القائلون بذلك هم جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الراجح عند الحنابلة و الظاهرية.

4- عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.84.

بعد عرض حكم بيع اللبن و هبته ومدى جواز مشروعيته من عدمها بما يحقق مصلحة الطفل الرضيع في التغذية من هذا اللبن و مصلحة المرضعة بقيامها بواجب التعاون لذا سيتم التطرق إلى أنواع بنوك الحليب ضمن الفرع الثالث.

### الفرع الثالث: أنواع بنوك الحليب.

تأخذ بنوك الحليب عددا من الصور منها جمع حليب الأمهات و الاحتفاظ به سائلا عن طريق ثلاجات أعدت لهذا الغرض حتى لا يفقد اللبن فوائده. والبنوك التي تنتشأ على هذه الطريقة يمكن أن تقوم على الجهالة المطلقة بين الرضيع و المرضعة، ويمكن أن تقوم بين العلم بينهما كما يمكن أن يضاف إلى ذلك صورة أخرى و هي بنوك الحليب القائمة على الجهالة بأقل من القدر المحرم أي أقل من خمس رضعات معلومات.

و منها أيضا حفظه و تجفيفه ثم بعد ذلك إذابته بالماء و معالجته بغيره من الأدوية حتى يظل صالحا للاستعمال لذا سيتم تناول في هذا الفرع هذه الأنواع كالتالي:

### أولا: بنوك الحليب القائمة على العلم.

كما سبق القول فإن لبنوك الحليب صورا متعددة و من هذه الصور تلك البنوك القائمة على العلم بالرضيع و المرضعة و ذلك من خلال إعداد سجلات لهذه البنوك يدون فيها أسماء النساء اللاتي أخذ منهن اللبن ثم توضع هذه الألبان في عبوات تدون على كل منها اسم صاحبة اللبن، كما يدون في تلك السجلات أسماء الأطفال و ممن رضع هذا الطفل و من ثم يثور في هذا الصدد تساؤل مؤداه ما حكم الرضاع من هذه البنوك؟ وما هو الأثر المترتب عن الرضاع منها؟ هذا ما سيتم بيانه من خلال ما يأتي:

## 1- حكم إقامة هذه البنوك.

إن إقامة مثل هذه البنوك أمر جائز و لا يؤدي أي من المفسد و المحاذير التي يمكن أن تواجه إلى غيرها من البنوك الأخرى التي تقوم على الجهالة، ومن ثم فالرضاع في هذه الحالة أمر مشروع و الدليل على ذلك من الكتاب كقوله تعالى: « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى »<sup>1</sup> فقد دلت هذه الآية على جواز إرضاع الطفل من غير أمه بل جواز أخذها الأجر على ذلك و قوله تعالى: « وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ »<sup>2</sup> فقد بينت هذه الآية حل الاسترضاع وهو طلب مرضعة للطفل مع وجود والدته ومن ثم فيؤكد هذا الحل في حالة حاجة الأطفال إلى هذا اللبن عند فقدان أمهاتهم أو عند عدم نزول لبن لهم من ثدي أمهاتهم ومن ثم فيكون الرضاع من هذه البنوك في هذه الحالة جائز.

ودليله من المعقول: في رضاع الطفل من هذه البنوك تحقيق مصلحة ضرورية له وهي حاجته إلى إنبات اللحم و انشاز العظم لاسيما و أنه أفضل غذاء له في هذه الفترة لا يعادله غيره من الألبان الصناعية و لا الحيوانية و لا أي غذاء آخر ومن ثم يكون جائز كإجارة الظئر.<sup>3</sup>

و بناء على ما تقدم يمكن القول إن بنوك الحليب القائمة على العلم بين الرضيع و المرضعة أمر جائز في المجتمع لكونه محققا لغاية نبيلة و أهداف ضرورية للأمة.

بعد عرض فكرة حكمة إقامة هذه البنوك و مدى مشروعيتها، سيتم الكلام عن الأثر المترتب عن الرضاع.

## 2- الأثر المترتب على الرضاع من هذه البنوك.

1- سورة الطلاق، الآية رقم 06.

2- سورة البقرة، الآية رقم 233.

3- عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.89.

تقدم بيان مشروعية قيام بنوك الحليب القائمة على العلم بين الرضيع و المرضعة و لكن  
يثور تساؤل في هذا الصدد مؤداه هل الرضاع من هذه البنوك ينشر الحرمة بين الرضيع  
و المرضعة أو لا؟ هذا ما سيتم تناوله فيما يلي:

## 1-2- تحرير محل النزاع.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الطفل متى امتص من ثدي امرأة خمس رضعات متفرقات  
متشبعات و كان ذلك في حولين فإنه يحرم على هذه المرأة الاقتران بهذا الطفل لأنها صارت  
أما له من الرضاع و كذا بناتها لأنهن صرن أخوات له من الرضاعة  
لقوله تعالى: « وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ »<sup>1</sup>.

ولكنهم اختلفوا فيما لو لم يكن الرضاع بطريق مص الثدي و إلتقامه من الطفل و ذلك كما  
لو حلب هذا اللبن من المرأة و شربه الطفل عن طريق الفم أو الأنف كما هو الشأن في بنوك  
الحليب وقد ظهر في هذه المسألة اتجاهين:

### الرأي الأول:

<sup>1</sup>- سورة النساء، الآية رقم 23.

ذهب جمهور فقهاء من الحنفية<sup>1</sup> و المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> و الزيدية<sup>4</sup> الاباضية<sup>5</sup> إلى أن وصول لبن المرأة إلى جوف الطفل الرضيع بأية كيفية من الكيفيات منشيء للتحريم سواء ذلك اللبن عن طريق إلتقام الثدي أو كان ذلك بالوجور وهو صب اللبن في حلق الطفل أو بالسعوط وهو صب اللبن في أنفه وهذا هو قول الشعبي و الثوري و أصحاب الرأي<sup>6</sup>.

## الرأي الثاني:

ذهب الظاهرية<sup>7</sup> و الإمامية<sup>8</sup>. وبعض المعاصرين<sup>9</sup> إلى أن الرضاع المحرم لا يثبت بصب اللبن في جوف الطفل عن طريق الفم أو الأنف كما قال بن حزم: « و أما صفة الرضاع المحرم فإنما هو ما امتصه الراضع من ثدي المرضعة بفمه فقط فأما من سقي لبن امرأة فشره من إناء أو حلب في فمه فبلعه أو أطعمه في خبز أو في طعام أو صب في فمه أو أنفه أو في أذنه أو حقن به فكل ذلك لا يحرم شيئاً ولو كان ذلك غذاءه كله»<sup>10</sup>. من خلال ما تقدم من عرض برأي الفريقين السابقين و أدلتهم يبدو لي أن الرأي المختار و ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائلون بأن إعطاء اللبن لرضيع بطريق الفم لا يحرم

1- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيب الحنفي، ج3، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.283.

2- التاج و الإكليل لمختصر الخليل، عبد الله محمد بن يوسف بن عبد القاسم العبدري الشهير بالموافق، ج4، ط3، دار الفكر.ب.م.ن، 1992، ص.1992.

3- قال الشافعي: « و سواء في يحرم الرضاع و الوجور... وكذلك لو استسعته لأن الرأس جوف الأم» ج5، ص.29. نقلا عن عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.91.

4- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى، ج4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ب.س.ن، ص.267.

5- شرح النيل و شفاء العليل، لشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني، ج7، ط3، مكتبة الإرشاد السعودية، 1985، ص.7-9.

6- المغني، المرجع السابق، ص.166-167.

7- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ج10، مكتبة دار التراث، القاهرة، ب.س.ن، ص.07.

8- شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، ج2، ط2، دار الزهراء بيروت، لبنان، 1412هـ، ص.285.

9- كيلاني محمد المهدي، قضايا فقهية معاصرة، ب.د.ن، ب.م.ن، 2001، ص.232.

10- المحلى، المرجع السابق، ص.07.

لأنه ليس رضاعا بالمعنى الدقيق لأن الرضاع إنما هو مص و إلتقام الثدي من الرضيع و هذا ليس موجودا في بنوك الحليب فلا يكون محرما. و بذلك يمكن القول بإمكان إنشاء بنوك للحليب في دول العالم الإسلامي لتقوم على تغذية الأطفال في العالم الإسلامي ذوي الاحتياج إلى هذه التغذية نظرا للظروف التي ألمت بهم و بذلك يتخرج إنشاء بنوك الحليب على أساس شرعي و فقهي سليم. بعد عرض مسألة بنوك الحليب التي تقوم على العلم سيتم الحديث عن بنوك الحليب التي تقوم على الجهالة المطلقة.

## 2 - بنوك الحليب القائمة على الجهالة المطلقة.

سيتم التطرق فيه لحكم إنشاء هذه البنوك و الأثر المترتب على إنشائها.

### 1-2- حكم إنشاء بنوك الحليب القائمة على الجهالة المطلقة.

هذه الصورة هي أشد الصور خلافا بين العلماء و ذلك لوجود كثير من المحاذير المرتبطة بإنشاء هذا النوع من بنوك الحليب عند المانعين لها و هذه البنوك تقوم على تجميع ألبان النساء في ثلاجات معينة بعد خلطها ثم تعطى للأطفال الذين هم في حاجة إليها فيما بعد و قد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إنشاء مثل هذه البنوك على رأيين:

#### الرأي الأول:

ذهب جمهور فقهاء المعاصرين<sup>1</sup> إلى حرمة إنشاء بنوك الحليب القائمة على الجهالة بين المرضعات و الأطفال و هذا ما ذهب إليه جمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الزيدية و الإباضية.

#### الرأي الثاني:

1- عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.98.

ذهب بعض المعاصرين كالـدكتور القرـضاوي<sup>1</sup> و الدكتور محمد سيد طنطاوي<sup>2</sup> إلى القول بجواز إنشاء بنوك الحليب القائمة على الجهالة وهذا ما ذهب إليه قول الظاهرية و الإمامية حيث يرون أن اللبن الخالص إذا أخذ من المرأة و شربه الطفل بفمه لا يثبت به التحريم و من ثم فمن باب أولى إذا خلط بغيره<sup>3</sup>.

بعد عرض آراء الفقهاء السابقة و أدلتهم في هذه المسألة يبدووا لي أن الخلاف قوي لقوة مدركه لدى كل اتجاه لكن الراجح و ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائلون بجواز إنشاء بنوك الحليب القائمة على الجهالة لأن اعتماد الصغار على التغذية لا يعد رضاعا بالمعنى الدقيق كما أن الأصل حل النكاح و هو ثابت بيقين و لم يوجد فيبقى الأمر على مقتدى الأصل وهو عدم انتشار الحرمة لبنوك الحليب كما أن الأصل في الشرع هو تضيق دائرة المحرمات و عدم التوسع فيها و هذا هو منهج الشريعة الغراء التي قصرت التحريم في الرضاع على الأمومة المرضعة طبقا للنص القرآني.

## 2-2- الأثر المترتب على قيام بنوك الحليب القائمة على الجهالة.

إذا قامت بنوك الحليب على النحو سالف ذكر و رضع منها طفل أو عدد من الأطفال هل يعد ذلك رضاعا محرما ينشر الحرمة بين هؤلاء الأطفال و من رضعن منهن بحيث يحرم على من رضع من هذه البنوك الزواج بنسوة اللاتي شرب من لبنهن و يعد ذلك رضاعا معتبر شرعا يحرم به ما يحرم من النساء و اختلف رأي الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء:

### الرأي الأول:

<sup>1</sup> — يوسف القرضاوي، بنوك الحليب، بحث مقدم لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، منشور من سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المعاصرة، الكويت، 1983، ص.50.

<sup>2</sup> — محمد سيد طنطاوي، جريدة عقيدتي، ع1993، 55، مقتبس عن عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.99.

<sup>3</sup> — أبي قاسم نجم الدين جعفر بن حسن الحلبي، المرجع السابق، ص.1991.

ذهب جمهور من فقهاء المالكية و الحنابلة<sup>1</sup> وهو قول محمد بن الحسن و زفر بن الهديل و رواية للإمام أبي حنيفة<sup>2</sup>. إلى أن اللبن إذا حلب من أكثر من امرأة و خلط ببعضه فإنه ينشر الحرمة بين هذه النسوة و بين من رضع منهن من الأطفال و حيث إن عمل بنوك الحليب لا يخرج عن كونه جميعا لألبان النساء ثم حفظها في ثلاجات و إعطائها للأطفال اليتامى فإن هذا يعد رضاعا محرما ينشر الحرمة بين الرضيع و المرضعة.<sup>3</sup>

### الرأي الثاني:

ذهب أبو حنيفة في إحدى الروايتين عنهم و الشافعية إلى أن الحكم للغالب منهما و هو قول أبي يوسف<sup>4</sup>.

### الرأي الثالث:

ذهب الظاهرية والامامية<sup>5</sup> إلى أن لبن المرأة إذا خلط بغيره لا تثبت به الحرمة مطلقا لأن اللبن الخالص إذا حلب من المرأة و شربه الطفل لا تثبت به الحرمة عنده فمن باب أولى أن لا تثبت إذا خلط بغيره.

بعد عرض الآراء السابقة لآراء الفقهاء في هذه المسألة يبدو رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث وهو الظاهرية و الإمامية لأن اللبن إذا حلب من المرأة و شربه الطفل عن طريق الفم و الأنف لا يعد رضاعا محرما. فمن باب أولى إذا خلط بغيره لحصول الشك بين

---

1- جاء في حاشية الدسوقي: « قوله صار ابن لهما تساويا أم لا أي بأن غلب أحدهما الآخر و قيل بإلغاء المغلوب منهما كالطعام و القولان حكاهما بن عرفة و جعل الأول هو المشهور»، ج2، دار إحياء الكتب العربية عيسى الباني الحلبي و شركاؤه، ب.س.ن، ص.503.

2- جاء في شرح فتح القدير: «و إذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله و به قال الشافعي

تثبت الحرمة منهما جميعا» ج3، المرجع السابق، ص.454.

3- محمود عوض سلامة، المرجع السابق، ص.140 وما بعدها.

4- شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص.454.

5- المحلى، المرجع السابق، ص.10.

النساء اللاتي أخذ منهن اللبن ومن الأطفال اللذين شربوا من ألبانها و هل شرب الطفل خمس رضعات أو لا؟ وذلك تحقيقاً لمصلحة الأطفال اليتامى اللذين لا يجدون من يتعهدهم بالرعاية و الإرضاع فكان هذا حلاً لمشاكلهم.

### ثانياً: بنوك الحليب القائمة على خلط لبن الرضاع بغيره.

وحكم إقامة هذه البنوك فيه الخلاف السابق في بنوك الحليب القائمة على الجهالة المطلقة فمن قال بالحرمة هناك يتخرج على قوله سالف ذكر و من قال بالحل فهنا على قوله ذلك الجواز من باب أولى و من ثم سيتم تناول صور هذه البنوك و أثرها في التحريم كالتالي:

#### 1- خلط لبن الرضاع بسائل.

إذا خلط اللبن في بنوك الحليب بسائل كالماء و الدواء و لبن الماشية فهل ينشر هذا اللبن الحرمة بين الأطفال اللذين رضعوا من هذه البنوك و بين الأمهات اللاتي أعطين ألبانهن لهذه البنوك سواء بالبيع أو التبرع أو لا؟  
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

#### الرأي الأول:

قول الحنفية و جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة<sup>1</sup> و الزيدية<sup>2</sup> إلى أنه إذا اختلط اللبن في هذه البنوك بالماء أو الدواء فإن العبرة للغالب منهما فإن كان الغالب هو اللبن ثبت التحريم و إن كان الغالب السائل فلا يثبت التحريم في هذه الحالة وهذا ما ذهب إليه ابن حامد و أبو ثور.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المبدع، المرجع السابق، ص.169.

<sup>2</sup> - شرح الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، لشيخ عبد الله بن مفتاح، مطبعة حجازي، مصر، 1357هـ - ص.141. وأحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب، ج2، مطبعة الحلبي، مصر، ص.302.

<sup>3</sup> - المغني، المرجع السابق، ص.140.

## الرأي الثاني:

قول الظاهرية و الإمامية<sup>1</sup> و قياس قول الإمام أحمد كما قال أبو بكر من الحنابلة إلى أن اللبن المخلوط بسائل كالماء و الدواء و لبن الحيوان لا ينشر الحرمة بين الأطفال و النساء اللاتي أخذ منهن اللبن.<sup>2</sup>

بعد العرض السابق لأراء الفقهاء في هذه المسألة يبدووا لي ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الطرح الثاني القائلون بأن اللبن المخلوط بالماء و الدواء و لبن الماشية و نحو ذلك لا ينشر الحرمة بين من شرب هذا اللبن من الأطفال و النسوة اللاتي أخذ منهن هذا اللبن لأن هذا اللبن إذا كان خالصا لا تتعلق به الحرمة فمن باب أولى إذا اختلط بغيره من هذه الأشياء لا فلا يتعلق به التحريم ولا ينشر الحرمة و بالتالي لا يدخل في نطاق الرضاع المحرم شرعا.

## 2 - اختلاط اللبن بطعام.

وفيه نميز بين حالتين:

### 2-1- اختلاط اللبن بطعام مسته نار.

من الصور التي تتعلق ببнок الحليب مسألة اختلاط اللبن بطعام و هذا الفرض و إن كان نادر الحدوث قديما إلا أن فقهاءنا القدامى و هذا لدلالة على عظمة الفقه الإسلامي الزاخر فقد تلجأ الأم مثلا لترغب الرضيع في تناول لبنها بخلطه ببعض المكونات الغذائية مثلا و قد تقوم بنوك الحليب بخلط ألبان النساء التي حصلت عليها ببعض المكونات الغذائية الأخرى بطبخها بالنار.<sup>3</sup>

1- المحلى، المرجع السابق، ص.10

2— جاء في المسائل المنتخبة: «الارتضاع من الثدي فلا أثر للحليب إذا ألقى في فم الطفل أو حقن به أو نحو ذلك و الممزوج بشيء آخر مائع أو جامد كالسكر و اللبن لا أثر له»، المختصر النافع، المرجع السابق، ص.314.

3- عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.139.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاث آراء:

### الرأي الأول:

يرى القائلون به أن العبرة للغلبة في هذه الحالة فإن كان الطعام غالباً لم يحرم وإن كان اللبن غالباً حرم وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية<sup>1</sup> و الشافعية<sup>2</sup> و الحنابلة<sup>3</sup> و الزيدية<sup>4</sup>.

### الرأي الثاني:

قول الحنفية<sup>5</sup> و مقتضى مذهب الظاهرية<sup>6</sup> و الإمامية<sup>7</sup> إلى أن لبن المرضعة إذا اختلط بطعام و مسته النار حتى نضج فلا ينشر الحرمة بين المرأة التي أخذ منها اللبن و الرضيع الذي شربه قال الكساني: «لأنه قد تغير عند طبعه بالطبخ»<sup>8</sup>.

### الرأي الثالث:

هناك قول ذكره ابن قدامة مؤداه تحريم اللبن المطبوخ مع الطعام بشرط بقاء صفات اللبن اللون و الطعم و الرائحة كما جاء في قوله: «بتحريم المطبوخ بشرط بقاء صفة اللبن»<sup>9</sup>.

بعد عرض آراء الفقهاء في هذا المجال يبدو ترجيح رأي الحنفية و الظاهرية و الإمامية القائلون بأن اللبن المطبوخ بالطعام لا يثبت به التحريم لأنه بالطبخ قد خرج عن الطبع و لأن لبن المرأة بطبخه مع الطعام و تأثير النار عليه ضاعت خواص الرضاع منه بالقضاء على صفاته<sup>10</sup>.

1- حاشية الشيخ العدوي، بهامش الخرشي، ج4، دار الفكر للطباعة و النشر، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.177.

2- جاء في مغني المحتاج: «أو عجن به دقيق أو أطمع الطفل من ذلك حرم لحصول التغذية به» المرجع السابق، ص.25.

3- نفس المرجع، ص.140.

4- السيل الجرار المتدفق على الحدائق الأزهار لشوكانى، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ب.س.ن، ص.465.

5- بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.09.

6- المحلى، المرجع السابق، ص.10.

7- المختصر النافع، المرجع السابق، ص.191 و المسائل المنتخبة، المرجع السابق، ص.314.

8- البدائع، المرجع السابق، ص.09.

9- المغني، المرجع السابق، ص.197.

10- محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص.132.

## 2 - 2- اختلاط اللبن بطعام لم تمسه النار.

إذا خلط لبن الأمهات ببعض المكونات الغذائية كدقيق و غير ذلك و لم يتم طبخ هذه المكونات بالنار فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة وهل ينتشر بها التحريم بين الأطفال و النسوة التي أخذ منهن اللبن أو لا ؟ على ثلاثة آراء:

### الرأي الأول:

قول أبو حنيفة<sup>1</sup> و بعض المالكية<sup>2</sup> و قول للشافعي<sup>3</sup> و قول لأحمد<sup>4</sup> إلى أن اللبن إذا اختلط بطعام و لا تمسه النار لا يتعلق به التحريم و إن كان اللبن غالباً.

### الرأي الثاني:

ذهب السرخسي من الحنفية<sup>5</sup> و ابن حبيب و بعض من المالكية<sup>6</sup> و بعض الحنابلة<sup>7</sup> إلى أن اللبن المخلوط بطعام لم تمسه النار تقع به الحرمة سواء غلب اللبن أو لا<sup>8</sup>.

### الرأي الثالث:

---

1- البدائع، المرجع السابق، ص.09.  
2- حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص.503.  
3- حاشية الشرقاوي، للشيخ العلامة عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشهير بالشرقاوي، ج2، الحلبي، مصر، 1360 هـ ص.339.  
4- المقنع، المرجع السابق، ص.300.  
5- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمان محمد بن سليمان، ج1، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1998، ص.198.  
6- شرح الصغير، للعلامة أبي البركات أحمد بن احمد الدردير، ج2، دار المعارف، القاهرة، 1392 هـ، ص.720.  
7- مختصر الخرقى، أبو قاسم عمر بن الحسين الخرقى، ج9، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403 هـ، ص.205.  
8- اشترط الشافعية و الحنابلة لوقوع التحريم أن يحتوي الخليط على ما يوازي خمس رضعات، أنظر: مغني المحتاج المرجع السابق، ص.415.

قول أبو يوسف و محمد من الحنفية<sup>1</sup> و قول للمالكية<sup>2</sup> و قول للشافعية<sup>3</sup> و قول للحنابلة<sup>4</sup> و الزيدية<sup>5</sup> إلى أن العبرة للغالب منهما فإن كان اللبن غالباً حرم و إن كان مغلوباً فلم يحرم.

مما سبق القول أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أنصار الطرح الأول القائلون بأن اللبن المخلوط بالطعام الذي لم تمسه النار لا ينشر الحرمة بين الرضيع و المرضع و ذلك لأن اللبن المنفرد إذا انفصل عن المرأة لا يثبت به التحريم<sup>6</sup>.

و بناء على ما سبق فإذا قامت بنوك الحليب بتجميع اللبن من النساء و خلطه و إضافة بعض المكونات الغذائية كالدهن و بعض الحبوب كالذرة و نحو ذلك إلى هذه الألبان، فإن هذا اللبن لا ينشر الحرمة بين المرضع و الرضيع وفقاً لما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة و بعض المالكية.

بعد التعرف على طريقة بنوك الحليب القائمة على أساس اختلاط اللبن بالطعام الممسوس بالنار و غير الممسوس و إعطاء كل رأي من الجمهور اتجاهه على هذه المسألة، سيتم التطرق إلى معرفة بنوك الحليب القائمة على أساس تغيير شكل و صفة اللبن.

### ثالثاً: بنوك الحليب القائمة على أساس تغيير شكل و صفة اللبن.

- 
- 1- البدائع، المرجع السابق، ص.09، وشرح فتح القدير، المرجع السابق، ص.316.
  - 2- الكافي، لابن عبد البر أبو يوسف عمر بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1407هـ، ص.242.
  - 3- حاشية الشرقاوي، المرجع السابق، ص.339.
  - 4- الشرح الكبير، المرجع السابق، ص.196.
  - 5- سيل الجرار، المرجع السابق، ص.465 و التاج المذهب، المرجع السابق، ص.300 وما بعدها، و محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص.132 وما بعدها.
  - 6- عدم ثبوت الحرمة يكون وفقاً لما ذهب إليه الظاهرية و الإمامية و من وافقهم.

لا يختلف حكم إقامة هذا النوع من البنوك عن حكم بنوك الحليب القائمة على الجهالة و سيتم تناول عرض موقف الفقهاء من تأثير تناول الصبي للغذاء من هذه البنوك على الحرمة. و مفاد هذا النوع من البنوك يقوم على أساس إخراج اللبن عن صورته الطبيعية و ذلك بتحويله إلى صورة أخرى جامدة كما لو جفف هذا اللبن أو جعل طعاماً<sup>1</sup>.

و قد اختلف الفقهاء في تأثير تناول هذا النوع من الغذاء على الحرمة و عدمها على رأيين:

### الرأي الأول:

قول الحنفية<sup>2</sup> وقول للإمام أحمد<sup>3</sup> والزيدية<sup>4</sup> و الظاهرية<sup>5</sup> و الإمامية<sup>6</sup> إلى أن اللبن المتحول إلى جبن لا ينشر الحرمة بين الصغير و النساء اللاتي أخذنهن اللبن.

### الرأي الثاني:

قول المالكية<sup>7</sup> و الشافعية<sup>8</sup> و الحنابلة<sup>9</sup> و الإباضية<sup>10</sup> إلى أن اللبن إذا تحول إلى صورة أخرى كالجبن و الزبد و نحو ذلك و تناوله الرضيع فإنه ينشر الحرمة و يثبت به التحريم.

بعد عرض آراء الفقهاء السابقة في هذا الشأن يبدو ترجيح ما ذهب إليه الحنفية و الظاهرية و الزيدية و الإمامية ما جاء على لسان قولهم بأن اللبن إذا ما تغيرت صورته أصبح بأن جبناً أو غيره فإنه لا يحرم و لا ينشر الحرمة بين الرضيع و المرضع و هذا ما أفنت به دار

1- محمد عبد الشافي إسماعيل، المرجع السابق، ص.112.

2- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زيد الدين ابن نجيب الحنفي، ج3، دار المعرفة، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.219.

3- المبدع، المرجع السابق، ص.170.

4- شرح الأزهار، المرجع السابق، ص.141.

5- المحلى، المرجع السابق، ص.10.

6- المختصر النافع، المرجع السابق، ص.191.

7- حاشية الدسوقي: «و الظاهر أن اللبن يحرم إذا جبن أو سمن و استعمله الرضيع» المرجع السابق، ص.503. والشرح

الكبير، المرجع السابق، ص.503.

8- مغني المحتاج، المرجع السابق، ص.415.

9- المبدع، المرجع السابق، ص.08.

10- شرح كتاب النيل و شفاء العليل، المرجع السابق، ص.19 و ما بعدها.

الإفتاء المصرية<sup>1</sup> في الفتوى رقم 959 قد جاء فيها: «أن اللبن المجفف بطريق التبخير و الذي صار مسحوقا جافا لا يعود سائلا وهو مقدار يزيد على حجم اللبن و يغير من أوصافه و يعتبر غالبا عليه لا يثبت التحريم شرعا بتناوله في هذه الحالة»<sup>2</sup>.

بعد عرض الآراء السابقة حول بنوك الحليب و ما مدى تحريمه أو عدم ثبوت التحريم و مدى لعرض آراء الفقه اتجاهه، سيتم الحديث عن الضوابط التي تحكم قيام بنوك الحليب.

### ثالثا: ضوابط قيام بنوك الحليب.

إذا رغبت المرأة المسلمة في إعطاء جزء من لبنها بيعا أو تبرعا لبنوك الحليب فلا بد أن يكون هذا الجزء فائضا عن حاجة ولدها الرضيع إن كانت مرضعة و ذلك حتى لا يمس هذا الرضيع أي ضرر من جراء ذلك و ألا يترتب على أخذ اللبن من هذه المرأة إضرارا بها و بصحتها العامة و إلا أصبح محرما و أن تكون طريقة الحصول على اللبن مأمونة لا ينال المرأة منها أي ضرر فإن أصابها أدى لا يجوز، زيادة على ذلك أن تكون المرأة المتبرعة ذات خلق و دين فإن كانت فاجرة أو سيئة الأخلاق فلا يجوز لأن الرضاع من المرأة الفاجرة يغير من طباع الصبي و أن تجرى عليها الفحوصات و التحاليل اللازمة للتأكد من سلامتها و صلاحية اللبن المأخوذ منها و أن يكون الطفل الذي يتناول هذا اللبن يتيما أولم يرزقه الله عز و جل اللبن عن طريق صدر أمه و أن تكون هذه البنوك كاملة النظافة و تخضع لرقابة الإشراف الطبي العلمي على أعلى مستوى حتى تحقق الغاية المنشودة و أن يكون القائمون على أخذ هذه الألبان من النساء مجموعة من النسوة اللاتي تدرين على هذا العمل بحيث لا يقوم به الرجال حتى لا يكشفن عن عورتهم أمام الرجال الأجانب لأن هذا لا يجوز شرعا.<sup>3</sup>

بعد العرض السابق لأراء الفقهاء في موضوع بنوك حليب الأدميات من حيث الحظر و الإباحة في هذا المبحث و التفصيل في مختلف جوانبه، سيتم التطرق إلى المنتج الثاني في

1- المفتي هو فضيلة الشيخ أحمد هريدي نقلا عن عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.151.

2- محمد عبد الشافي إسماعيل، المرجع السابق، ص.114.

3- عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.152-153.

جسم الإنسان ألا وهو التعامل القانوني في عملية نقل الدم بين الأشخاص و ذلك في محتوى المبحث الثاني.

## المبحث الثاني: التعامل في الدم.

السائل الأحمر الذي أثار الأذهان منذ فجر التاريخ؛ فقد ارتبط الدم في الأذهان منذ بدأ الخليقة بالحياة، فالدم هو إكسير الحياة، فهذا السائل الأحمر وما أوتي من صفات و مميزات حباه الله بها جعلت الإنسان يسعى لاستخدامه كعامل من عوامل إنقاذ البشرية و ظلت المحاولات على مدى العصور حتى تمكن في العصر الحديث من جعل الدم البشري يتربع على عرش إنقاذ الحياة البشرية.<sup>1</sup>

إلا أن السيادة المطلقة للدم البشري في إنقاذ الحياة البشرية بدأت تهتز؛ وتلتقي الضربات الموجعة و التي تفقد الدم مكانته السامية في هذا المجال؛ حيث ظهرت أمراض خطيرة تهدد الحياة البشرية إن قدر لها الانتشار الواسع دون مواجهة، و التي تساهم عملية نقل الدم في انتشارها بين الأدميين و آخرها الايدز.

ذلك المرض الذي لا علاج له حتى الآن، وكذلك الأخطاء التي تحدث أثناء عملية النقل و التي جعلت الثقة تهتز بعض الشيء في تلك العمليات.<sup>2</sup>

إن التعامل في الدم البشري - من خلال نقله من الأشخاص المتبرعين به إلى أشخاص آخرين في حاجة إليه، أو حتى عن طريق نقله و التبرع به إلى أحد بنوك الدم - يعتبر أحد التصرفات الواردة على الجسم البشري و ذلك من خلال التعامل في منتج من منتجاته، شأنه شأن التعامل في لبن الأمهات، وخلافه.<sup>3</sup>

1- وائل محمود أبو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم، ط2009، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009، ص.03.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.96.

فهذا التصرف لا شك أنه يدعو لدراسة عدة نقاط مهمة يجب الإحاطة بها، حيث إن التعامل القانوني في جسم الإنسان من خلال عملية نقل الدم، يعد تعاملًا مشروعًا و ذلك لوجود الضوابط القانونية التي يقضي توافرها ضرورة القول بمشروعية تصرف ما، و على العكس فإن عدم تضمن أي تصرف في جسم الإنسان لتلك الضوابط يجعل تقرير المشروعية أمرًا صعب المنال<sup>1</sup>.

لهذا سيتم التطرق في هذا المبحث إلى الجانب التاريخي لتطور عملية نقل الدم البشري من خلال المطلب الأول ثم مدى إباحة التعامل به في المطلب الثاني و أخيرا شروط التعامل به بين الأشخاص لاعتبارات و ضرورات ملحة و ذلك ضمن المطلب الثالث.

### المطلب الأول: التطور التاريخي لعملية نقل الدم.

بدأت الممارسات الطبية لخدمات نقل الدم تدخل في مختلف الفروع الطبية و الجراحية عموما من خلال التقدم العلمي الذي حصل على مر العصور، وأطلق عليها في السنوات الأخيرة مرحلة طب نقل الدم<sup>2</sup> فمهنة الطب قد مرت بمراحل مختلفة عبر التاريخ من حيث مدى معرفة تلك المجتمعات لهذه المهنة، و القائم بها<sup>3</sup>.

يتضح من التتبع التاريخي أن نشأة نقل الدم مرت بمراحل و عبر عصور متزامنة، وسيتم عرض التطور التاريخي لنقل الدم فيما يلي:

### الفرع الأول: عصر ما قبل التاريخ.

لم يحظى الطب باهتمام كبير و يرجع ذلك إلى الحياة البدائية و التي كانت غاية في القسوى، فالإنسان البدائي لم يعرف الاستقرار إلا بعد أن عرف النار ثم الزراعة و تكونت القبائل و

<sup>1</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup>- الندوة العلمية لخدمات نقل الدم، منشورات وزارة الصحة، بغداد، تشرين الثاني، 1996، ص.92 نقلا عن: محمد جلال حسن الأتروشكي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، — دراسة مقارنة —، ط01، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص.26.

<sup>3</sup>- أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، شركة الطوبجي للطباعة و النشر، القاهرة، 1988، ص.05.

العشائر ثم تقدم الإنسان خطوة في طريق التقدم فعرف نحت الصخور و عبد الأوثان مما أدى إلى ظهور طبقة الكهنة التي جمعت بين أيديها جميع السلطات فيما في ذلك ممارسة الطب و لذلك كان الطب البدائي خليطاً من السحر و الدجل، فإن الإنسان البدائي عرف العديد من الأدوية عن طريق التجربة و كون ثروة طبية<sup>1</sup>.

و تحت ضغط المعارك عرف الإنسان الأول الجراحة و عرف أهمية للدم البشري لأنه وجدوا أن الإنسان عندما يفقد كمية كبيرة من الدماء يفقد حياته فارتبط الدم في أذانهم بالحياة بل و ارتبط الدم في اعتقادهم بالحالة الجسدية و العقلية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: الحضارات القديمة.

سيتم التطرق في هذا الفرع عن تطور الدم في الحضارات القديمة بدءاً بالحضارة الفرعونية ثم الحضارة الإغريقية و أخيراً تطور الدم في الحضارة الرومانية.

### 1 - الحضارة الفرعونية.

بلغ الطب درجة من التقدم و الازدهار و مع ذلك ظلت طبقة الكهنة هي الممارسة للطب في بداية الأمر، إلا أن الطب المصري أخذ تجربة أساساً في معرفة الأمراض و أدويتها<sup>3</sup>.

و لم يقتصر الأمر على ذلك بل بلغ المصريون القدماء شأنًا عظيمًا في علم التشريح و تكلموا عن القلب و العروق مما كان سبباً في إثارة انتباههم إلى أهمية الدم البشري، و بدأ التفكير في استخدامه كدواء يشفي العديد من الأمراض<sup>4</sup> إلا أن وسيلتهم في ذلك اختلفت

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.20.

<sup>2</sup>- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مطبعة الجوهري للنشر و التوزيع، ب.م.ن، 1952، ص.05.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص.07.

<sup>4</sup>- Mial-J.B.Laboratory medicine haematology transfusion of blood 1982.chap.12.p.552.

عما كان عليه الأمر في العصر البدائي، وكانت طريقتهم في استخدام الدم كدواء هي الاستحسان بالدماء البشرية<sup>1</sup>.

## 2 - الحضارة الإغريقية.

من مظاهر الازدهار في تلك الحضارة تقدم طب الإغريقي الذي استمد مصادره من الطب الفرعوني و تأثر به و نتيجة هذا التأثير فقد عرفت الحضارة الإغريقية أهمية في الدم البشري و مدى تأثيره على الصحة بل استخدموه كعلاج للشفاء من الأمراض و لكن الطريقة التي استخدم بها الدم كدواء اختلف عما كان عليها الأمر فيس العصر الفرعوني فقد استعانوا بعمليات الفصد<sup>2</sup>.

## 3 - الحضارة الرومانية.

لم يلقى الطب اهتماما شديدا؛ وذلك لأن الرومان نظروا للطب على أنه مهنة حقيرة غير لائقة بطبقة الأحرار، ولذلك كان معظمهم على درجة كبيرة من الجهل لأصول مهنة الطب<sup>3</sup>.

و رغم هذا الجهل فقد عرفت أهمية الدم البشري و مدى إمكانية استخدامه علاجا ناجعا لأمراض عديدة إلا أن الصورة المستخدمة في تلك المرحلة كانت متأثرة بالجهل فقد كان الرومان يشربون دماء المصارعين اعتقادا منهم أنها تشفي الأمراض بصورة عامة<sup>4</sup> في حين أن الكتاب المقدس حرم الدماء.

## الفرع الثالث: العصور الوسطى.

<sup>1</sup>-Amal abed kader :Etudies of major and minor blood group systems in normal and in some pathologlcal.condition.p.04.

<sup>2</sup>- محمد فائق الجوهري، المرجع السابق،ص.14.  
<sup>3</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق،ص.22.

<sup>4</sup>-Amal abed kader,OP.CIT.P.04.

أطلق عليها العصور المظلمة لما ساد فيها من الاضطرابات و الحروب التي ساعدت بدورها على انتشار الجهل و الانحطاط. ذلك أن أطباء هذا العصر كانوا على درجة عظيمة من الجهل ، ورغم هذه الصورة القائمة ظل استخدام الدم كعلاج محتلا مكانة سامية.<sup>1</sup>

### الفرع الرابع: الحضارة الإسلامية.

بلغ الطب في تلك الحضارة شأنًا عظيمًا فالإسلام يهتم بكل صغيرة و كبيرة من أمر المسلم حتى تتحقق الغاية من خلقه ألا و هي عبادة الله.

و زاد الاهتمام بعد اكتشاف ابن النفيس الدورة الدموية الكبرى في القرن الثالث عشر<sup>2</sup> فذهبوا إلى أن البلاد الحارة يكونوا دم أصحابها في غاية النضج فتكون الحجامه لهم أنفع من الفصد.

ومع هذا الاهتمام الشديد بالتداوي بالدم كان هناك اهتمام مواز لحماية المرضى من الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها الأطباء أثناء تلك العملية<sup>3</sup>.

### الفرع الخامس: العصر الحديث.

يعد هذا العصر نقلة حضرية في مجال نقل الدم من حيث المفهوم العلمي، فالثروة العلمية المتقدمة في مجال نقل الدم لم تكن وليدة يوم و ليلة بل سبقته أحكام و تجارب على الدم و اكتشاف عناصره و يمكننا أن نقسم هذه المرحلة من خلال هذا التطور إلى مرحلتين:

### أولاً:بدأ النهضة الأوروبية.

تجدر الإشارة بداية إلى أن دم الإنسان قد يتعرض - فضلا عن إصابته بالأمراض المعدية- إلى إصابات أخرى لا تتعلق بهذه الأمراض، وأهما تلك المشكلات التي تحدث بشكل فوري

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.23.

2- مصطفى العرجاوي، أحكام نقل الدم في القانون المدني و الفقه الإسلامي، ط01، دار المنار، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.108.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.25.

عند عملية نقل الدم، وذلك كانهلال الدم الناشئ عن عدم توافق فصائل الدم، والصدمة الناشئة عن نقل دم ملوث بالجراثيم، كما أن نقل كمية كبيرة من الدم أكثر من الحاجة المطلوبة يزيد العبء على القلب مما قد يؤدي إلى الوفاة ما لم يعالج سريعاً<sup>1</sup>.

من أهمها اكتشاف الدورة الدموية الصغرى على يد ميشيل سرفنيز<sup>2</sup>.

فبدأ التفكير في نقل الدماء الناتجة عن عملية الفصد إلى إنسان آخر لتعويض ما يفقده من دماء أو لشفاء من بعض الأمراض المتعلقة بالدم<sup>3</sup>.

### ثانياً: نهاية القرن الثامن عشر و بداية القرن التاسع عشر.

ظهر تقدم الطب في نهاية القرن الثامن عشر و من أهمها أن الدكتور ليكوك أثبت أن دماء الحيوانات غير صالحة لعلاج الإنسان و هذا ما يفسر حالات الوفاة التي حدثت نتيجة نقل دماء الحيوانات إلى الإنسان كون أن دماء الحيوانات تحتوي على بروتينات تختلف على بروتينات دم الإنسان مما يؤدي إلى تحلل كريات الدم الحمراء و تقلص العضلات في الإنسان و يؤدي في النهاية إلى الوفاة<sup>4</sup> إذا زادت كمية الدماء المنقولة عن حد معين<sup>5</sup>.

هذه الأسباب نبهت الأذهان إلى خطأ النظرية السابقة (نقل دماء الحيوانات إلى الإنسان) لذلك بدأ التفكير يتجه نحو محاولة نقل الدماء البشرية من إنسان لآخر<sup>6</sup> و في بداية عام 1818 انتعشت الآمال و تجددت الثقة في عملية نقل الدم فلقد أجريت تجارب على أربع حالات كانت مشرفة على الموت و لكنها لم تتجح<sup>7</sup>.

1- أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز و الالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1999، ص.15.

2- فائق الجوهري، المرجع السابق، ص.26.

3- نفس المرجع، ص.27.

4- سمير أحمد الليثي، الفصائل الدموية و قضايا تنازع البنية، المجلة الجنائية، ع2، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.95.

5- زينب السبكي، نقل الدم و البدائل، - الباب العاشر من كتاب الدم - ، دار الهلال، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.133.

6- نفس المرجع، ص.134.

7- Amal abed kader,OP.CIT.P.06.

و على الرغم من النتائج الباهرة التي حققتها عمليات نقل الدم في إنقاذ حياة الكثيرين من المرضى و الجرحى إلا أنها كانت سببا مباشرا في وفاة بعض المرضى الآخرين.<sup>1</sup>

هذه أهم مراحل عمليات تطور نقل الدم البشري و سيتم التعرف على مبدأ إباحة التعامل في الدم البشري من خلال المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: مبدأ إباحة التعامل في الدم البشري.

يقصد بنقل الدم تسريب عناصر دموية محددة يحتاجها مريض ما عبر أورته، كما عرف بأنه نقل دم أحد الأشخاص إلى جسم شخص آخر، و يحل الدم المنقول محل الدم أو عناصره التي هي في شخص مريض أو مصاب، وقد أنقذت هذه الطريقة حياة كثير من الناس، و تؤدي دورا مهما في الجراحة و في الحالات الطبية الأخرى.<sup>2</sup>

و يقصد بمصطلح النقل تغطية مجموع الأنشطة المتعلقة بالدم كالتبرع، أو سحب الدم و إعداده و حفظه و توزيع. أما مصطلح الدم أو منتجاته فيشمل جميع المواد العلاجية المشتقة من الدم سواء الدم الكامل، و المشتقات البلازمية.

وفي البداية كان يتم نقل الدم مباشرة من المتبرع إلى الملتقي، و أصبح تخزين الدم ممكنا منذ عام 1914 م بإضافة سترات و سكر مغذ و كيميائيات تمنع تكوين الجلطة.

أما اليوم فيمكن حفظ الدم لمدة خمسة و ثلاثين يوم أو أكثر باستخدام المحاليل الحافظة و يحفظ في بنوك الدم، التي تمد الدم بأكمله أو بأحد مكوناته، و يمكن تجميد و تخزين خلايا الدم الحمراء و مكوناته الأخرى لعدة سنوات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>— وجدي رياض، الدم سر الحياة، ب.دين، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.06 ومحمد أحمد سليمان، فئات الدم الأربع الأصلية و طرق تعيينها، المجلة الجنائية، ع2، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.192.

<sup>2</sup>— أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية بمراكز و بنوك الدم، - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي - دار الكتب القنونية، مصر، 2014، ص.41.

<sup>3</sup>— أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.41.

و يتم التبرع بالدم عادة في صورة دم كامل عن طريق إدخال إبرة تبرع في داخل الوريد ثم جمعه في كيس بلاستيكي مختلط مع عامل مضاد للتخثر عن طريق الجاذبية أو بعبارة أخرى هو عبارة عن نسيج سائل أحمر اللون، يوجد بالجهاز الدوري للجسم، ويملئ الشرايين و الأوردة، ويجري في عروق كل الفقاريات الحية بما في ذلك الإنسان.<sup>1</sup>

و الدم هو عصب حياة الإنسان والقوة الدافعة له و به تستمر حياته، فلا يمكن استبداله بغيره أو تحل مادة أخرى محله، كما لا يمكن الحصول عليه إلا من جسم الإنسان، وذلك في حال ما إذا وجدت ضرورة ملحة تدعوا لتبرع به و نقله إلى أشخاص آخرين هم في أمس الحاجة إليه، فتكون عملية نقل الدم في مثل هذه الحالات لإنقاذ حياة البعض اللذين كانوا ضحية الحروب أو الحوادث أو الأمراض.<sup>2</sup>

و بناء على ما سبق فالأمر يستوجب بيان تحديد المفهوم القانوني للدم و تحديد الضوابط القانونية لمشروعية نقله و أطرافه.

### الفرع الأول: تعريف الدم.

الدم هو من مقومات الحياة الأساسية و اتصاله بالحياة حقيقة علمية وواقعية لا يختلف عليها اثنان. و إن عملية نقل الدم في العلاج الطبي و الجراحي تثير مشاكل طبية و قانونية ناتجة عن انتقال عدوى أمراض حديثة لم تكن معروفة سابقا بالنسبة إلى الأمراض الأخرى التي اكتشفت في الثمانينات كمرض الايدز و فيروس الكبد الوبائي بسبب نقل الدم. وقد ثار الجدل لدى الفقه و القضاء و رجال القانون بصدد مفهوم الدم.

### أولاً: تعريف الدم في اللغة.

<sup>1</sup> — محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري و أثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص.29.

<sup>2</sup> — حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.97.

هو السائل الحيوي الذي يسري في الجهاز الدوري للإنسان و الحيوان.<sup>1</sup>

و يقال: دمي الشيء يدمى دمي<sup>2</sup> و دميا فهو دم<sup>3</sup>.

## ثانيا: تعريف الدم في الاصطلاح.

استعمل الفقهاء القدماء لفظة الدم بمعناه اللغوي فلا يخرج معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي و عبروا به عن القصاص، في قولهم مستحق الدم (يعني ولي القصاص).

و عبروا به كذلك عن الهدي في الحج في قولهم يلزمه دم. و عرفه بعض الفقهاء المعاصرين<sup>4</sup> بأنه سائل أحمر يسري في عروق الإنسان، وهو عماد الحياة.

كما عرفه أهل الطب بأنه نسيج ضام سائل خاص يوجد بالجهاز الدوري بالجسم لونه أحمر لوجود الخضاب الذي يضيف على الدم هذا اللون، في الشرايين أحمر فاقع لوجود الأوكسجين فيه، أما في الأوردة فلونه أحمر غامق، لوجود ثاني أكسيد الكربون فيه.<sup>5</sup>

## ثالثا: تعريف الدم في القانون.

لم نعثر على تعريف قانوني للدم فالمشرع المصري اقتصر على إصدار قانون رقم 178 لسنة 1960 الذي ينظم عملية نقل الدم و ينظم بنوك الدم و لكنه لم يعتمد تعريف محدد للدم وهذا يعني أنه للفقهاء القانوني تحديد التعريف القانوني للدم، و أن التعريف مجاله الفقه و ليس نصوص القانون.<sup>6</sup>

1- إبراهيم أنيس و آخرون ، المعجم الوسيط، ج1، ط2، دار الأمواج، بيروت، 1990، ص.389.

2- الشيخ عبد الله العلابي، الصحاح في اللغة و العلوم، ط1، دار الحضارة العربية، بيروت، 1974، ص.417.

3- الجيلاني بن الحاج يحي و آخرون، القاموس الجديد، ط2، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1980، ص.347.

4- محسن بن علي بن هاشم السقاف القرشي الهاشمي الحسيني الشافعي، الإمتاع و الاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1989، ص. 36 و محمد عبد الجواد النشنة، نقل الدم و أحكامه الشرعية، مجلة الحكمة، ع12، 1997، ص.44.

5- أكرم الهلالي، بنك الدم، دار العلوم للطباعة و النشر، الدوحة، قطر، 2000، ص.05.

6- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.25.

بعد عرض مفهوم الدم و التعرف عليه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية سيتم التطرق إلى التكييف القانوني و الشرعي للدم البشري و ذلك من خلال الفرع الثاني.

## الفرع الثاني: التكييف القانوني و الشرعي للدم.

بما أن التصرف في الدم البشري يمثل خروج عن الأصل العام، وهو الحظر في التعامل بأجزاء الإنسان، إلا أن هذا التصرف من العمليات التي تستهدف شفاء المريض و إنقاذه من آلامه، أو حتى مجرد تخفيفها، ولذا فإن عملية التصرف في الدم البشري تدخل في إطار العلاج و المشروعية. ومن ثم فإن هذه المشروعية لها عدة أسس تبنى عليها. ولا تقام بدونها، وذلك من الوجهتين القانونية و الشرعية<sup>1</sup> و هذا ما سيتم توضيحه من خلال مايلي:

### أولاً: موقف التشريع من التعامل في الدم.

لقد تعرض فقهاء القانون في كافة دول العالم لقضية نقل الأعضاء البشرية و التصرف فيها و ليس الهدف من هذا معرفة أقوال فقهاء القانون المقارن في كافة الدول، حيث أن هذا يحتاج لبحث واسع، و لكن كل ما يهمنا ما مدى تدخل الدولة في حمايتها، أو رفضها لقضية نقل الأعضاء البشرية و التصرف فيما، وذلك عن طريق تقنين نصوص تشريعية لمعالجة هذه القضية لإصباغها صفة الشرعية، وكلما كان هذا القانون نابعا من الفقه الإسلامي كلما زادت صفته الشرعية، حيث إن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع.

فما هي النصوص القانونية التي نظمت عمليات نقل الأعضاء البشرية و التصرف فيها ؟ وهل تنطبق هذه النصوص القانونية على كافة عمليات النقل ؟ وما هو الأساس القانوني لتبرير التصرف في الدم البشري، لذا سيتم توضيح ما يلي:

## 1 - التنظيم القانوني لنقل الدم.

<sup>1</sup> — عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري و آثاره في القانون المدني و الفقه الإسلامي، ط1، الكتب القانونية منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص.237.

لم تعد مشروعية نقل الدم محل خلاف في القانون الوضعي، وذلك بعد أن ثبتت فعاليتها في علاج كثير من الأمراض التي تتخر جسم الإنسان، و من أجل الكشف عن أشياء أخرى لا تتعلق حتما بالمرض و إنما تتعلق بثبوت شخصيات و ذاتيات المطلوب الكشف عنها<sup>1</sup>. وقد استند فقهاء القانون في مشروعية نقل الدم إلى الرضاء الحر من المتبرع. لذا سيتم التطرق إلى مسألة تنظيم نقل الدم في القانون الفرنسي و المصري و الجزائري.

## 1-1- تنظيم نقل الدم في القانون الفرنسي.

أصدر المشرع الفرنسي أول قانون يبيح عملية نقل الدم سنة 1818م، ثم تطور التشريع تبعا لتطور عملية نقل الدم، فأصدر المشرع قانون رقم 23 لسنة 1952م، والذي يعد بحق الدعامة الرئيسية التي تتبثق منها عمليات نقل الدم مشروعيتها، حيث تناول هذا القانون تنظيم عمليات نقل بكافة جوانبها.<sup>2</sup>

ثم بعد تلاه قانون رقم 93/65 المؤرخ في 04 يناير 1994 و الذي يتعلق بسلامة نقل الدم والأدوية.

و قد اختلف فقهاء القانون في أساس مشروعية عملية نقل الدم، فمنهم من ذهب للقول بأن أساس المشروعية و السبب المشروع، بينما ذهب البعض للقول أن الأساس هو المصلحة الاجتماعية.<sup>3</sup>

## 2-1- تنظيم نقل الدم في القانون المصري.

بالتتبع و الاستقراء للتشريعات التي تنظم عملية نقل الدم في مصر، سواء متعلقة بإنشاء البنوك و المراكز التي تجمع و تفصل الدم، أو التي تكون مهمتها حفظ الدم فقط، يتضح أن المشرع المصري وهو بصدد تنظيم عملية نقل الدم لم يصدر تشريع متكامل ينظم الجوانب المختلفة،

<sup>1</sup>- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري - دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.105.

<sup>2</sup>- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.63.

<sup>3</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

بل اكتفى بإصدار مجموعة من القرارات الوزارية الأمر الذي استوجب اعتراف المشرع المصري بمشروعية نقل الدم<sup>1</sup>.

فما كان منه إلا أن أصدر القانون رقم 187 لسنة 1960 و المتضمن تشكيل مجلس مراقبة عملية نقل الدم، حيث نظم هذا القانون عمليات جمع و تخزين و توزيع الدم و مركباته في مصر و قد تلا هذا مجموعة من القرارات الوزارية من شأنها تنفيذ القانون على أرض الواقع و منها على سبيل المثال القرار رقم 115 لسنة 1960.<sup>2</sup>

وقد تضمن هذا القانون عدة مبادئ من أهمها مجانية التبرع بالدم و التي تعتبر أهم أسانيد مشروعية عملية نقل الدم و جعل عملية الرقابة بين جهات متعددة لضمان فعالية المراقبة فأعطى وصف مأمور الضبط القضائي لجميع الأطباء و الصيادلة في إدارة المؤسسات العلاجية وهذا للحفاظ على قدسية الدم لكونه جزء من أجزاء الجسم البشري، ثم تلاه قرار وزير الصحة رقم 150 لسنة 1961 م لتنظيم إجراءات و تخزين و توزيع الدم و مركباته و تحديد الجهة التي تقوم بفصح المتطوعين و التعليمات الواجب إتباعها في نقل الدم و الشروط التي يجب أن تتوافر في المتطوعين و أثمان الدم و مركباته و مشتقاته.

كما صدر قرار وزير الصحة رقم 155 لسنة 1961 م المتضمن إجراءات طلب الترخيص لمراكز نقل الدم الخاصة كما صدر قرار وزير الصحة رقم 291 لسنة 1980 م و الذي يحدد المواصفات و الاشتراطات التي يجب توافرها بمراكز جمع و تخزين و توزيع الدم و مركباته و مشتقاته، و تم تصنيف بنوك الدم إلى بنوك رئيسية و فرعية وتخزينية.<sup>3</sup>

يستخلص أن عمليات نقل الدم بين الأحياء استمدت مشروعيتها في غالبية التشريعات من خلال النصوص التشريعية و هو ما حسم الخلاف و الجدل حول مشروعيتها من عدمه.

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.110.

<sup>2</sup>— النشرة التشريعية في 12 يونيو 1960، ع130، ص.1015، رمضان عبد العلي و أحمد عبد الرحيم، المستحدث في واقعات الغش و التدليس، ص.175. نقلا عن: وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.110.

<sup>3</sup>- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.64-65.

بعد عرض موقف التشريع الفرنسي و التشريع المصري حول مدى مشروعية عملية نقل الدم البشري بين الأحياء سيتم التطرق إلى موقف المشرع الجزائري.

### 3-1- تنظيم نقل الدم في القانون الجزائري.

قد بدأ تنظيم عملية نقل الدم و حفظه بدءا بتشريع 04 يناير سنة 1993<sup>1</sup>، الذي نظم نقل الدم و أثر استخدامه، وخاصة إذا كان ملوثا. و أوضح هذا التشريع أن عملية نقل الدم تتم لصالح المريض بشكل مجاني، ولا تتم هذه العمليات إلا من خلال مؤسسات نقل الدم المعتمدة، ويتم أخذ الدم تحت إشراف و بمعرفة الطبيب و تحت مسؤوليته<sup>2</sup>.

كما أكد هذا التشريع على ضرورة إجراء الفحوص اللازمة و التحاليل الضرورية لمعرفة الأمراض التي قد تكون عالقة به و تنتقل بواسطته، وهذا قبل استعمال هذا الدم أو توزيعه. كما أكد على عدم إمكانية أخذ الدم من القاصر و لا من بالغ إذا كان هذا الأخير خاضع لإجراءات الحماية القانونية.

كما أن المتبرع إذا كان بالغاً معافى، فيجب قبل أخذ الدم منه إحاطته بكل المخاطر و النتائج المحتمل وقوعها بسبب أخذ هذا الدم.

كما لا ينبغي أن يتعرف المتلقي للدم على شخصية المتبرع، ولا أن يعرف هذا الأخير شخصية الأول، و يمنع نشر أي بيان أو معلومات خاصة بأحدهما للآخر إلى لضرورات طبية أو علاجية<sup>3</sup>.

ومنذ فترة غير بعيدة أصبحت عمليات التبرع بالدم و حقنه و حفظه، و توزيعه، و تحليله، و تحضير مشتقاته، تخضع لنصوص تنظيمية، أنشأت الجزائر

<sup>1</sup> — القانون رقم 04 جانفي 1993، المتضمن التأمين على المواد الطبية الناقلة للدم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بتاريخ 05 جانفي 1993.

<sup>2</sup> - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ط2010، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.238.

<sup>3</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1995، ص.29 وما يليها.

بمقتضاها هياكل، ومن هنا تثار الطبيعة القانونية بعلاقة المريض بهذه الهيئات التي تنشط و تعمل في مجال نقل و حقن الدم كما وضعت مقاييس دقيقة للمراقبة و التحليل، واتخاذ الإجراءات المناسبة من طرف المصالح المعنية في حالة حدوث حادث ما.<sup>1</sup>

ومن بين هذه الهيئات التي تنشط في مجال نقل الدم هي، الوكالة الوطنية للدم التي تم إنشاؤها و تنظيم عملها بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 108-95 المؤرخ في 09 أبريل 1996<sup>2</sup> وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي مقرها بالجزائر العاصمة و تنشط في مجال إعداد سياسة عامة للدم، كما أنها تحدد شروط و قواعد ممارسة حقن الدم، و تضبط المقاييس الواجب إتباعها في مجال مراقبته.<sup>3</sup>

كما تقوم بجمع كل المعلومات في مجال الدم و مشتقاته. كما تساهم في نمط التكوين و برامج البحث بما لها من وسائل، و التجهيزات، وكفاءات علمية متميزة. خاصة عن طريق مجلسها العلمي بالإضافة إلى مراكز حقن الدم التي أنشئت بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم.<sup>4</sup>

وتتكفل هذه المراكز بتنظيم برامج جمع التبرعات بالدم، ووضع قوائم و بطاقيات خاصة بالمتبرعين، والمشاركة في النشاطات التي تهدف إلى ترقية التبرع بالدم. وضمان المراقبة الطبية للمتبرعين به، ومراقبة فصائل الدم، وتحضير مشتقاته، وضمان التكوين و التعليم في مجال حقن الدم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- رايس محمد، المرجع السابق، ص.238.

<sup>2</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 108-95 المؤرخ في 09 ذي القعدة عام 1415هـ الموافق لـ 09 أبريل 1995 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها و سيرها.

<sup>3</sup>- المادة الرابعة من المرسوم سالف ذكر.

<sup>4</sup>- المادة الثانية من القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، الصادر عن وزير الصحة و السكان.

<sup>5</sup>— Voir l'article 05 et 06 de l'arrête du 09 novembre 1998 portant régularisation, création et attributions des structures de transfusion sanguine qui a abrogé l'arrête ministériel n 219 du 07\_12\_1991 .

زيادة على وحدات حقن الدم التي تقوم على ضبط نشاطات التبرع بالدم، وضمان المراقبة الطبية للمتبرعين به، و القيام بالتحاليل الدورية اللاحقة لها<sup>1</sup>، وقد أنشئت هذه الوحدات بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 و بنوك الدم التي أنشئت هي الأخرى بمقتضى المرسوم السالف الذكر، وتتكفل هذه البنوك على وجه الخصوص بتوزيع الدم و مشتقاته الغير ثابتة، التي تتسلمها من مراكز أو وحدات حقن الدم.<sup>2</sup>

ويخضع عمل توزيع الدم و مشتقاته الغير الثابتة لمجموعة من الشروط قد حددها القرار الوزاري الصادر بتاريخ 24 ماي 1998<sup>3</sup>، على رأسها تحرير طلب الدم من طرف الطبيب مع توضيح البيانات اللازمة بالمريض الذي سيستعمل هذا الدم، ونتائج الاختبارات المتوصل إليها.

هذا و قد صدر قرار وزاري آخر بتاريخ 24 ماي 1998 بين الاحتياطات الواجب اتخاذها في حالة وقوع حادث له علاقة بحقن الدم، سواء كان جرثومي أو فيروس فقد المناعة. إذ أكد هذا القرار على أن عملية حقن الدم هي عملية طبية تتم تحت إشراف و مسؤولية الطبيب.<sup>4</sup>

## ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من التعامل في الدم.

يرجع أساس مشروعية عملية التصرف في الدم البشري عند من قال بها إلى حالة الضرورة. ذلك أنهم اعتبروا ضرورة الدواء كضرورة الغذاء المنصوص عليها. فالدم و إن كان محرما شرعا بنص القرآن الكريم<sup>5</sup>. إلا أن الضرورة الملحة إلى التداوي تبيح نقله من شخص صحيح إلى آخر مريض. و لكن هذه الضرورة لا تمنح المريض أن يعتدي على الآخرين، لأخذ دمائهم كرها و دون إذن. فلا بد من موافقة الإنسان المعطي لأخذ جزء من دمه. وذلك مراعاة لحق

1- رابيس محمد، المرجع السابق، ص.240.

2- Voir l'article 08 de l'arrête du 09 novembre 1998.

3- المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24 ماي 1998، المنظم لعمليات التبرع بالدم و مكوناته، وخاصة المادة الثانية منه.

4- القرار الوزاري الصادر بتاريخ 24 ماي 1998 المتضمن الاحتياطات الواجب اتخاذها في حالة وقوع حادث له علاقة بحقن الدم.

5- قال تعالى: « إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ » سورة البقرة، الآية 173 و قوله تعالى: « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ » سورة المائدة، الآية رقم 03. وقوله تعالى: « قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا » سورة الأنعام، الآية رقم 145.

العبد على جسده و كيانه. فأسباب إباحة<sup>1</sup> التصرف في الدم البشري تتمثل في السببين التاليين هما حالة الضرورة و إذن المعطي و هذا ما سيتم التطرق إليه.

## 1- حالة الضرورة.

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس و إزالة الضرر عنها، والضرورة<sup>2</sup> لا تسمى بهذا الاسم إلا إذا تعينت في شيء واحد بعينه ولا يوجد سواه، و الدم البشري لا نظير له في الواقع العملي، فمصدره الوحيد هو جسم الإنسان<sup>3</sup>، فلا يحل محله أي دواء آخر، كما أنه لا يمكن صناعته طبيًا، ولا زراعته حتى الآن، كما أنه لا يصح نقله من حيوان إلى إنسان لاختلاف طبيعة دم كل منهما لاختلاف تركيبته كما سبق القول في هذا الشأن.<sup>4</sup>

و يجب أن نشير إلى أن الضرورة التي نص عليها القرآن نصًا صريحًا إنما هي ضرورة الغذاء حالة الجوع، أما ضرورة التداوي حالة المرض فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها من الضرورات، فمنهم من لم يعتبر التداوي ضرورة قاهرة كالغذاء، ومن هم من اعتبر الدواء كالغذاء لأن كليهما لازم للحياة.<sup>5</sup>

لقد ذهب العلماء في ذلك إلى قولين:

## الرأي الأول:

أن المرض ضرورة من الضرورات التي تبيح المحظورات، وهم جمهور العلماء.<sup>6</sup>

1- أسباب الإباحة هي الظروف التي نص عليها المشرع و جعل من أثارها نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل. ومن ثم فمن الطبيعي أن يكون المشرع وحده الذي يقرر الظروف التي يبيح للفرد الإضرار بها، ولذلك فإن أسباب الإباحة يجب أن تكون واردة على سبيل الحصر، أنظر محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، دار النهضة القاهرة، 1962، ص.95.

2- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 1403 هـ، ص.85.

3- مصطفى محمد عرجاوي، أحكام نقل الدم في القانون المدني و الفقه الإسلامي، ط1، دار المنار، ب.م.ن، 1412 هـ - 1992 م، ص.121.

4- محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام الشرعية و القانونية للتصرفات الواردة على الدم، دار النهضة العربية القاهرة، 2002-2003، ص.28 وما بعدها.

5- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.239.

6- ابن قدامي و المغني، المرجع السابق، ص.539.

## الرأي الثاني:

أن المرض ليس ضرورة و لذا لا يباح له المحذور، وذهب إليه ابن تيمية و بعض العلماء.<sup>1</sup> يتبين من خلال الرأيين أن القول باعتبار التداوي ضرورة تبيح التداوي بالمحرم في حالة عدم وجود دواء من المباح هو الأولى بالقبول، نظرا لمسايرة هذا القول لروح الشريعة الإسلامية و مقاصدها<sup>2</sup>، بحيث لا يوجد من المباح ما يقوم مقام الدم في شفاء المريض و إنقاذ حياته، فإذا ما حلت الضرورة فإن الضرر يزال، والضرورة تبيح المحذور والمشقة تجلب التيسير<sup>3</sup>.

## 2- إذن المعطي.

ذهب الجانب الغالب في الفقه<sup>4</sup> إلى ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من المتنازل فيجب أن يقبل صراحة تحمل المخاطر و الأضرار القليلة من أجل تحقيق المصلحة الكبرى للغير، فلا يجوز المساس الجزئي للجسم إلا بعد الحصول على موافقة المتنازل.<sup>5</sup>

فالمعطي ليس أداة يستعملها الطبيب كيف ما يشاء فهما كان لا يجب إهدار حرمة الجسم وهذا لا يتحقق إلا بالحصول على رضاء المتبرع.<sup>6</sup> و الأصل أن يكون الرضاء صادرا من المعطي ضمنيا و قد يكون صريحا بالقول أو الكتابة، وليس للكتابة صورة معينة تفرغ فيها فقد

1- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج21، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.563.

2- أبو بكر عبد الله أبو زيد، التشريح الجثثاني و النقل و التعويض الإنساني، بحث مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة، 1988، نقلا عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.244.

3- ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص.09.

4- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.62.

5- محمد سيد طنطاوي، نقل الأعضاء، جريدة اللواء الإسلامي، ع292، الصادر في 03 محرم 1407 هـ، ص.27، نقلا عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.244-245.

6- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، - القسم العام، ط1967، ب.د.ن، ب.م.ن، 1983، ص.180.

تكون بخط اليد أو تكون مكتوبة على الآلة الكاتبة أو مطبوعة<sup>1</sup>، ولكن يتعين في الكتابة أن تكون بعبارات تدل بذاتها على الرضاء و تتطلب بعض التشريعات للاعتداد بصحة الرضاء من المعطي لاستئصال جزء من جسمه أن يكون مكتوبا موقعا عليه منه وذلك للمزيد من الحماية بالنسبة للمعطي نظرا لخطورة الوضع و ذلك تكريما للإنسان و حفظا له.<sup>2</sup>

بعد التطرق إلى الأسس القانونية و الشرعية التي تجيز التصرف في الدم البشري من عدمه و عرض أهم التشريعات القانونية و الأطر الشرعية النابعة من الفقه الإسلامي، لذا سيتم الحديث عن أطراف عملية نقل الدم.

### الفرع الثالث: أطراف عملية نقل الدم.

يشترك أطراف متعددة في عملية نقل الدم، فهناك المتبرع بالدم، و المتلقي للدم، ومركز نقل الدم، ولذلك يلزم تعريف بكل طرف مع بيان الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف حتى يمكن تحديد المسؤولية في حالة الإخلال بهذه الالتزامات.<sup>3</sup>

لهذا سيتم التطرق في هذا الفرع إلى جانبين، نتناول في الجانب الأول المانحون للدم أو مشتقاته أما في الجانب الثاني نتناول فيه مراكز نقل الدم.

### أولاً: المانحون للدم أو مشتقاته.

---

1- وهذا ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مواجهة العلوم الطبية حتى تطلبت أن يعلم الشخص المعطي المتبرع بكافة تفاصيل ومخاطر العملية لكي يستطيع أن يعطي رضائه عن إدراك تام بجوانب العملية، كما يجب أن يستبعد أي إكراه مادي أو معنوي في هذا الصدد، ولاكتتمال الشكل القانوني فيجب أن يتم كتابته أمام جهة رسمية: أنظر رضا عبد الحليم عبد المجيد، فلسفة القواعد الدولية في حماية جسد الإنسان في ضوء الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مواجهة العلوم الطبية و البيولوجية و الإعلان العالمي للجمعية، مجلة العلوم الاقتصادية و القانونية، ع1، عين شمس يناير 2000، ص.292.

2- عبد الظاهر عبد الله علي، حكم التبرع بالدم، منار الإسلام، ع19، 10 شوال 1414هـ - 1994م - نقلا عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.245.

3- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.95.

تتمثل عملية نقل الدم في الحصول على المادة الولية و هي سحب الدم من المتبرع بواسطة فرق جمع الدم التابعة لمراكز و بنوك نقل الدم، وفي هذه المرحلة يلعب المتبرع الدور الرئيسي، أما مركز نقل الدم فيعتبر شريك في نقل الدم لا غنى عنه.<sup>1</sup>

أما الشق الثاني من عملية نقل الدم فهو الطبيب، حيث يلعب الدور الأساسي في نقل الدم فهو الذي يحدد احتياج المريض لنقل دم إليه، وهو الذي يشرف على نقل الدم للمريض كما أن المريض يعتبر السبب الرئيسي في هذه العملية.

و يشكل المتبرعون بالدم المصدر الوحيد لعملية نقل الدم، كما تعتبر مراكز نقل الدم شريك أساسي و مؤثر في إتمام عملية نقل الدم، حيث تلتزم هذه المراكز بضمان سلامة المتبرع وسلامة الدم و منتجاته، و أيضا المتلقي للدم.

## 1- المتبرعين بالدم.

يوجد ثلاثة أنواع من المتبرعين، فهناك المتبرع المجاني، والمتبرع العرضي، و المتبرع المحترف. لذا يستم التطرق لكل واحد على حذا.

### أ- المتبرع المجاني.

حاول بعض الفقهاء تعريفه بأنه: >> الشخص الذي يقدم دمائه أو خلاياه أو بلازماه بكل حرية، ولا ينتظر مقابلا من وراء ذلك سواء ماديا أم تحت أي مسمى آخر<<<sup>2</sup>. ويعتبر تبرع هؤلاء تبرعا فعليا عن التضامن الذي يجب أن يكون بين أفراد الجنس الآدمي و ينقسم هذا النوع من المتبرعين إلى عدة طوائف تتمثل فيما يلي:

- المتبرعون لأحد الأقارب.
- المتبرعون من أجل الواجب الوطني.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر 2005، ص.148.

- المتبرعون المقلدون.

## ب - المتبرع العرضي.

وهو المتبرع الذي لم يستلم مبلغا من المال في مقابل تبرعه بالدم، ولكن يحصل على بعض الفوائد العينية.

## ج - المتبرع المحترف.

وهو المتبرع الذي يبيع دمه كمن يبيع سلعة أو عملا، وبالتالي يكون المال هو الباعث الأساسي للتبرع.<sup>1</sup>

## 2- التزامات المتبرع بالدم.

يلتزم المتبرعين بكافة أنواعهم بعدة التزامات ملقاة على عاتقهم، من أهمها ما يلي:

- أن يتمتع بصحة جيدة، و أن يكون دمه صالحا للمريض، فلا يكون من مدمنين المخدرات أو الشواذ جنسيا.
- الالتزام بالصدق فيما يدلى به من معلومات عن تاريخه عند الرد على الأسئلة المدونة في الاستبيان.
- الالتزام بالتبرع في الفترات المنصوص عليها في اللوائح الطبية حتى يعطي فرصة لإعادة تكوين خلايا الدم.
- عدم التردد على مراكز مختلفة لنقل الدم بأسماء مختلفة، حيث يعتبر ذلك بمثابة التدليس.<sup>2</sup>

**ثانيا: مراكز و بنوك نقل الدم و الالتزامات الملقاة على عاتقها.**

<sup>1</sup>- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.97.

<sup>2</sup>- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.97.

## 1- مراكز و بنوك نقل الدم.

من المعلوم أن عملية نقل الدم تمر بمراحل عديدة منها عملية جمع الدم من قبل مراكز جمع الدم ( بنوك الدم ) ثم تخزين هذا الدم و توزيعه على الجهات المتلقية له من المستشفيات العامة و الخاصة و عيادات الأطباء و تعد عملية توزيع الدم من قبل مراكز نقل الدم إلى الجهات المتلقية للدم من أهم العمليات التي تمر بها عملية نقل الدم، حيث تقوم مراكز نقل الدم بجمع الدم و حفظه و صيانتته و إبعاده عن مصادر التلوث و إن أي إهمال من مراكز نقل الدم يؤدي إلى مشاكل كثيرة تتعلق بصحة متلقي الدم (المريض) و كذلك بمدى التزام مركز نقل الدم بتعويض المضرورين عن عملية نقل الدم، وغالبا ما يكون المركز هو المتسبب بالأضرار التي تتطلب تعويضات من قبل متلقي الدم(المريض أو المصاب) و كذلك فإنه من مصلحة مراكز نقل الدم التأمين على تغطية آثار المسؤولية التي تقع على عاتقها مع الإشارة إلى أن هذا لا يعني أنه لا يوجد أضرار يمكن أن تسبب بها الجهات المتلقية للدم سواء المستشفيات العامة و الخاصة و العيادات الطبية التي يمكن أن تحدث هذا الضرر نتيجة إهمالها أو عدم حيطتها أو لسوء الاستعمال من قبلها<sup>1</sup> و هذه من بين الالتزامات التي تقع على عاتقها.

و يرجع إنشاء مراكز نقل الدم إلى بداية القرن العشرين، و لم يغفل القانون تنظيمها حيث أنها من الخطورة بمكان لكونها الشريك الفني في عملية نقل الدم، فلولاها ما تجسدت هذه العملية و مشتقاتها بالشكل المتبلور الموجود عليه اليوم.<sup>2</sup>

و تتنوع الأشخاص الاعتبارية التي تمارس النشاط الخدماتي المتعلق بنقل الدم، ولكنها تهدف لتحقيق غرض اجتماعي واحد ألا وهو توفير دم كاف و آمن و فعال للمواطن.

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص.150.

2- وائل محمود أبو الفتوح العزوزي، المرجع السابق، ص.269.

## أ- بنوك الدم في التشريع الفرنسي.

في الحقيقة إن مراكز نقل الدم استمدت مشروعيتها منذ البداية من نصوص القانون الوضعي، فيعد التشريع الفرنسي هو السباق في مسألة مراكز بنوك الدم على غرار باقي التشريعات الأخرى كالتشريع المصري و الجزائري و التي عرفت مراكز بنوك نقل الدم في فترات زمنية موالية استمدت مشروعيتها القانونية من هذا التشريع.

نجد قانون رقم 52- 854 الصادر في 21 يوليو 1952 الذي يعد الدعامة الرئيسية في مشروعية عمليات نقل الدم ثم تلا ذلك العديد من القوانين التي تعد في جوهرها تعديلات لقانون يوليو 1952 ثم صدر القانون رقم 05- 83 الصادر بتاريخ 04 يناير 1993 بشأن سلامة الدم و منتجاته كما صدر القانون رقم 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي<sup>1</sup> و بالتالي مراكز نقل الدم التي تحتكر ذلك النوع من العمليات، هذا فضلا عن المراسيم و المنشورات التي دعمت هذه المشروعية و تأكيدها، فالمرسوم رقم 54-65 المؤرخ في 16 يناير 1954 جاء في مادته الأولى: >> إن المنشآت التي يجب عليها إعداد الدم الآدمي و بلازماء و مشتقاته هي مراكز نقل الدم<<<sup>2</sup>.

## ب - بنوك الدم في التشريع المصري.

---

<sup>1</sup> -LOI2002-2003 du 04mars2002,relative que droit des maladies et a la qualité de système de sante,JO,du 28 février 2002,DALLOZ,2002,N12,legislation,p.1022ets.

نقلا عن: حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.140.

<sup>2</sup> —ART-1<<les établissement dans lesquels sont prépares le sang humain.son plasma et leur dérives sont les centres de transfusion sanguine et postes de transfusion sanguine>>.code de la sante publique,1985.p.999.

نقلا عن: وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.270.

نصت المادة الأولى من القانون رقم 187 لسنة 1960 الخاصة بتنظيم عملية جمع و تخزين و توزيع الدم و مركباته و مشتقاته إلا في مركز خاص يعد لذلك بعد الحصول على ترخيص من وزارة الصحة العمومية.<sup>1</sup>

و لا يصرف هذا الترخيص إلا للهيئات العامة أو الخاصة التي يدخل في اختصاصها القيام بالعمليات المشار إليها أو الطبيب من الأطباء البشريين. و يجب أن تتوفر في المركز الخاص المواصفات و الاشتراطات التي يصدر بها قرار من وزير الصحة العمومية التنفيذي، و يتعين أن يتولى إدارته طبيب من الأطباء.

نجد أن المشرع أناط جمع الدم و تخزينه و توزيعه بالجهات الواردة بالقرار، وهي الهيئات العامة - القطاع العام - و هي بنوك الدم الحكومية و الهيئات الخاصة، وهي القطاع الخاص الطبي المتمثل في مراكز نقل الدم الخاصة و الأطباء البشريين. وهؤلاء جميعا يجب عليهم الحصول على ترخيص من وزير الصحة العمومية و تقوم الوزارة بإصدار القرارات التنفيذية و شروطها. و تتواجد في المستشفيات مراكز نقل دم و قد دخل حديثا إنشاء بنوك الدم المتطورة بالمحافظات و قد بدأ ذلك ببнок بالقاهرة و الإسكندرية و الإسماعيلية و أسوان بالإضافة إلى عدد من بنوك المستشفيات.<sup>2</sup>

بعد عرض مراكز نقل الدم في التشريع الفرنسي و المصري سيتم التطرق إليها في التشريع الجزائري.

### ج - بنوك الدم في التشريع الجزائري.

كما سبق الذكر تم عرض الهيئات التي تنشط في مجال نقل و حقن الدم وهي: الوكالة الوطنية للدم، مراكز حقن الدم، وحدات نقل الدم، بنوك الدم. وتوضيح مختلق التنظيمات التي تبين

<sup>1</sup> — منشور في الجريدة الرسمية رقم 12 لسنة 1960، العدد رقم 130. مقتبس من: حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.138.

<sup>2</sup> - منشور في جريدة الأخبار المصرية بتاريخ 2006/12/06، نقلا عن: حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.138.

هذه المؤسسات و الوكالات وعلاقتها بالمريض و تبيان الإجراءات الواجب اتخاذها للحفاظ على صحة المتبرع، وعدم إلحاق أي ضرر به.

وقد صدرت عدة قرارات عن وزارة الصحة، تنظم و تضبط عملية نقل الدم كالقرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 الذي يحدد قائمة التجهيزات و المستهلكات اللازمة لعمل الهياكل المكلفة لحقن الدم<sup>1</sup>.

بعد عرض مراكز نقل الدم في كل من التشريع الفرنسي و المصري و الجزائري سيتم تبيان الالتزامات المهنية الملقاة على عاتق هذه المراكز.

## 2- الالتزامات المهنية لمراكز نقل الدم.

يعتبر بنك الدم (مركز نقل الدم) جزءا رئيسيا من أجزاء المختبرات الطبية و منها الأجهزة المستقلة بذاتها كالتشريع المصري و فيها ما يتبع للمستشفيات العامة و التعليمية و فيها مراكز نقل الدم تابعة للمستشفيات الخاصة المرخص لها بذلك كالتشريع الفرنسي.

و من بين هذه الالتزامات الملقاة على عاتقها منها التزام مراكز تجميع الدم بحفظ الدم و منتجاته و التزام بتوزيع الدم و منتجاته و الالتزام بالرقابة على الدم و إمساك السجلات بالإضافة إلى السرية التامة في أداء العمل.

### أ - التزامات مراكز تجميع الدم بحفظه و منتجاته.

قبل عملية حفظ الدم يجب معرفة شروط التي يتوجب بها حفظ الدم و كيفية التعامل معه كي يصل إلى المريض في أحسن صورة و على أكمل وجه و أهمها:

- **درجة الحرارة:** بعد سحب الدم من المتبرع يتم نقله فورا إلى الثلاجة و يجب أن نعلم أنه إذا زادت درجة الحرارة عن 06 بالمائة يحصل تكسر لخلايا الدم و تنشط البكتيريا،

<sup>1</sup>- رايس محمد، المرجع السابق، ص.242.

و إذا قلت عن 02 بالمائة يحصل تجمد للدم مما يؤدي لإلى زيادة حجم الدم داخل الخلية؛ لذلك يجب المحافظة على درجة الحرارة باستمرار بين هاتين الدرجتين.<sup>1</sup>

- **النظافة و التعقيم:** يجب التأكد تماما من عملية سحب الدم بجميع خطواتها المتسلسلة و عملية إغلاق وحدة الدم مع استعمال المواد المعقمة و التأكد منها عند عمليات تحضير مشتقات الدم.

- **التأكد من الفحوصات:** يجب قبل وضع الدم في ثلاجة للتأكد بالطرق الدقيقة لفصيلة الدم لأن أي خطأ بمجموعة الدم قد يؤدي بحياة المريض المحتاج للدم.

- التأكد من أن الدم خال من الأمراض المعدية التي تنتقل عن طريق الدم مثل الملاريا، الايدز و غيرها.

- التأكد من المواد المانعة للتجلط المستعملة أن تكون نقيه و معقمة. ولا يوجد بها أي تلوث و أن تكون الكمية كافية و مناسبة لكمية الدم المسحوبة من المتبرع.

- عند سحب الدم من المتبرع يجب استخدام حقائب الدم المناسبة و التي تفي بالغرض.<sup>2</sup>

- يجب تجميد وحدات الدم المسحوبة من المتبرعين و ترقيمها وفق الأساليب المختلفة التي تتبعها بنوك الدم.

- يجب أن يكون فصل الدم في حالة القيام بذلك في جو معقم و نظيف وأن لا يحدث أي تلوث.

- يجب أن تكون هناك ورقة ملصقة على حقيبة الدم التي تحتوي وحدة الدم المنقولة بحيث يسجل عليها اسم المتبرع و فصيلة دمه و يكون مكتوب عليه رقم الوحدة و تاريخ السحب و اسم الفاحص.

- عند التأكد من النقاط السابقة يتم حفظ الدم في ثلاجات خاصة و مناسبة للحفظ في بنوك الدم و مراكز التجميع المصرح لها قانونا بذلك و المرخصة من وزارة الصحة و أن تكون هذه الدماء و الأماكن التي تحفظ بها تحت إشراف و عناية الطبيب المختص.

1- عبد المجيد الشاعر و آخرون، بنوك الدم، ب.م.ن، ب.د.ن، ب.س.ن، ص.241.

2- كريمة محمد عوض و آخرون، التعليمات الأساسية لنقل الدم و مشتقاته، ط1، ب.د.ن، ب.م.ن، 1987، ص.16.

و يجب التخلص فورا من أية منتجات غير صالحة و انتهت مدة صلاحيتها و أن يتم محاضر خاصة بالإتلاف و أسابه بشكل قانوني و تحت إشراف طبي مباشر.<sup>1</sup>

## ب - التزامات مراكز توزيع الدم و منتجاته.

من المعلوم أن مراكز تجميع الدم (بنوك الدم) هي التي تقوم بتوزيع الدم و منتجاته على المؤسسات العلاجية التي تطلبه إلى نقله للمرضى و قد حددت التشريعات في كل من فرنسا و مصر ذلك<sup>2</sup> و من بين الإجراءات الواجب توافرها لتوزيع الدم و منتجاته و التي من أهمها:

- أن الدم و مكوناته تصرف بالمجان لجميع المرضى بأقسام العلاج المجاني و المستشفيات التابعة لوزارة الصحة و الهيئات العامة و المؤسسات العلاجية و الجامعات.

- يصرف الدم و مكوناته للمستشفيات الخاصة و العيادات الخاصة بالقيمة المحددة في القرار.<sup>3</sup>

- تلتزم الوحدة المطالبة للدم و منتجاته بتقديم بيان أو كشف معتمد بخاتمة الشعار الجمهوري أو الخاتم الخاص بمركز نقل الدم و أن يتضمن هذا البيان أسماء المرضى المطلوب لهم الدم و عددهم بالأرقام و الحروف بالإضافة إلى ذكر فصيلة دم المريض.

- يصرف الدم بالمجان لمرضى القسم المجاني و بنصف القيمة للمرضى في غير هذا القسم.

- تلتزم الوحدة بسداد قيمة الدم المتصرف للمرضى اللذين يعالجون بنظام العلاج الاقتصادي أو الخاص إلى الجهة التي قامت بالصرف.

## ب - الالتزام بالرقابة على الدم و منتجاته.

1- كريمة محمد عوض و آخرون، المرجع السابق، ص.16.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.143.

3- أنظر نشرة نقل الدم لمستشفى قصر العيني التعليمي على موقع المستشفى، نقلا عن: حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.144.

وضعت التشريعات إطاراً رقابياً على عمليات نقل الدم بإنشاء هيئة لمراقبة عملياته بمراحلها المختلفة حيث تقوم بالرقابة الفنية من حيث توافر الشروط الفنية و مراعاة الأصول العلمية في تلك العمليات إلى تدريب الأطباء و تحديد الجهة المختصة لصرف التراخيص و فحص المتطوعين و تحديد أسعار الدم و مركباته و مشتقاته و إجراءات التفتيش الذي يتولاه أطباء الإدارة العامة لبنوك الدم مع منح صفة الضبطية القضائية المتمثلة في جميع أطباء و صيادلة إدارة المؤسسات العلاجية و يراعى في ذلك ما يلي:

- موافاة مجموعة العمل الرئيسية لبنوك الدم ببيان عدد عمليات نقل الدم و المخزون منه و فصائله و عناوينه، و يتعين أن تدون هذه البيانات بسجل خاص كما يتعين على جميع البنوك موافاة الإدارة العامة بأية بيانات تطلبها في المواعيد المقررة.
- تعميم بطاقة خاصة لكل متطوع تدون عليها البيانات الخاصة به و تاريخ آخر فصد و كميته.
- تنشئ مجموعة العمل الرئيسية لبنوك الدم قسماً خاصاً يسمى مراقبة حركة الدم.
- تلحق بطاقة خاصة بمعرفة أخصائي نقل الدم على كل وحدة دم يدون عليها البيانات الخاصة بالدم الموجود بها.<sup>1</sup>

## ب - الالتزام بإمساك السجلات.

تلتزم مراكز نقل الدم بالاحتفاظ في سجلات و ملفات التوثيق كافة الأعمال التي تقوم بها بحيث يتم إجراء ترقيم لكافة وحدات الدم الواردة للبنك و يتم وضع ترقيم يومي يدون فيه رقم متسلسل للوحدات التي تدخل إلى بنك الدم لكل يوم و من بين السجلات التي يجب على مركز نقل الدم (بنك الدم) بالإمساك بها فهي:

- سجل المتبرعين.
- سجل ثلاثيات حفظ الدم.

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.148.

- سجل الفحوصات المخبرية الخاصة للمتبرعين.
- سجل بوحدات الدم (الإتلاف).
- سجل إصابات العاملين في بنوك الدم في حالة تعرضهم لأيّة إصابة أثناء العمل.
- سجل الأمومة و الطفولة يتم فيه تثبيت نتائج الفحوصات المخبرية المطلوبة من قبل أقسام المستشفيات قبل التوليد و الخداج و الأطفال.
- سجل مضاعفات نقل الدم و يتم تسجيل أسماء المرضى اللذين تحدث لهم مضاعفات أو أمراض جانبية نتيجة نقل الدم.
- سجل الرقابة النوعية و فيه يتم تدوين كافة أعمال الرقابة على منتجات بنك الدم.
- سجل أعمال بنك الدم الشهري.
- سجل مرضى احمرار الدم.
- سجل طلب نقل الدم الواردة إلى بنوك نقل الدم.<sup>1</sup>

#### د - التزام مراكز نقل الدم(بنوك الدم) بالسرية التامة.

من المعلوم أن عمليات نقل الدم تقوم في الأساس على المبادئ الأخلاقية المتجسدة في المجانية و السرية و إن نقل الدم يتم لصالح المريض؛ لذا لا بد من أن تحاط عملية نقل الدم بالسرية التامة إضافة إلى السرية بالنسبة للمتبرع.

و قد نص على مبدأ السرية صراحة في القانون الفرنسي لسنة 1993 وهذه السرية لا يجوز خرقها إلا في حالات الضرورة العلاجية وفق ما جاء في نصوص قانون الصحة العامة الفرنسي.

أما المشرع المصري لم ينص على هذا المبدأ صراحة في عملية نقل الدم إلا أن القواعد العامة تكفل السرية لهذه العمليات كغيرها من باقي الأعمال الطبية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.149.

<sup>2</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يغفل مسألة الالتزام بالسر الطبي على كل أعضاء السلك الطبي بأن لا يصرحوا أو يفشوا بما يعلمونه، سواء أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنتهم<sup>1</sup>.  
و إن كان العقد الطبي هو المنبع الأساسي للالتزام بالسر الطبي، إلا أن حماية هذا السر يجد أساسه أيضا من حماية النظام العام و المصلحة العامة، لأنه قد تتجر عن مخالفته قيام المسؤولية على عاتق مخالفه<sup>2</sup>.

و لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 206 المعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 17-90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها بما يلي: <> إن احترام شرف المريض و حماية شخصيته مضمون بكتمان السر المهني، الذي يلزم به كافة الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة<><sup>3</sup>.

كما أن المرسوم التنفيذي رقم 276-92 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب نص في المواد 46 إلى 41 على ضرورة احترام كل طبيب أو جراح أسنان للسر الطبي لصالح المريض.  
و المشرع الجزائري من خلال المواد 37، 39، 40 من مدونة أخلاقيات الطب يحاول تحديد ما يجب كتمانها، بحيث شملت المادة 37 على اعتبار السر الطبي بأنه: <> كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان فيسمعه و يفهمه، فهو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته<><sup>4</sup>.

و يدخل أيضا ضمن الالتزام بالسر الطبي وفقا لنص المادة 39 من المرسوم السابق ضرورة الحفاظ على سرية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزة الطبيب.  
و أن عدم احترام الطبيب بكتمان السر الطبي يعتبر إخلال يوقع عقوبات جزائية و تأديبية.

1- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص.146.

2 - Michèle Hari chaux Ramu-juris Classeur-CIV-Facs440-2-ART1382a1386-anne1993-p.12.

3- قانون رقم 17-90 المؤرخ في 09 محرم عام 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو سنة 1990 م يعدل و يتم القانون رقم 05-85 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985م و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج.ر.ج، ع52.

4- المرسوم التنفيذي رقم 276-92 المؤرخ في 05 محرم عام 1413هـ الموافق لـ 06 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج، ع52.

فالعقوبات الجزائية نصت عليها المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري و ذلك تطبيقا لنص المادة 235 من القانون 85 - 05 سابق الذكر<sup>1</sup>.

أما العقوبات التأديبية فقد نصت المادة 211 من المرسوم التنفيذي 276-92 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب على إمكانية إحالة أي طبيب أمام الفرع النظامي الجهوي عند ارتكابه أخطاء أثناء ممارسة مهامه وهذا ما نصت عليه المادة 217 من المرسوم نفسه و تتمثل في التوبيخ، الإنذار، المنع من ممارسة المهنة، غلق العيادة.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: ضوابط التصرف في الدم البشري.

إن عملية التصرف في الدم البشري ليست مباحة على إطلاقها، ولكن وضع لها علماء القانون القائلون بالإباحة شروطا و ضوابط معينة تمثل الأساس القانوني الذي تركز عليه عمليات النقل.<sup>3</sup>

إن من ذهب إلى مشروعية عمليات التصرف في الدم البشري لم يجعل الأمر على عمومه. ولم يحمله على إطلاقه. وإنما قيدوا المشروعية بقيود لا بد منها، وضوابط لا مناص من توافرها.<sup>4</sup> بالإضافة إلى الضوابط الطبية التي اشتراطها الأطباء لتضاف إلى الضوابط القانونية و الشرعية السابق ذكرها.<sup>5</sup>

لذا سيتم التطرق إلى هذه الضوابط التي تسمح للتصرف في الدم البشري وفق ما يلي:

<sup>1</sup> القانون رقم 06-23، المؤرخ في 29 ذو القعدة عام 1427 هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006 م، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 و المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، 84ع، الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة عام 1427 هـ الموافق لـ 08 مارس 2006 م.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276-92 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، سالف الذكر.

<sup>3</sup> محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.160 و ما بعدها.

<sup>4</sup> عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.263.

<sup>5</sup> محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي لنقل الأعضاء، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.155-156. و محمد فؤاد خالد، زراعة الكبد بين الأطباء و رجال الدين و رجال القانون، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.31.

## الفرع الأول: الضوابط القانونية للتصرف في الدم البشري.

إذا كان تقدم العلوم الطبية و البيولوجية قد خطا خطوات كبيرة في الوقت الراهن، فصار لزاما على القانون أن يلحق بهذا التقدم و أن يغير من بعض القواعد التقليدية بما يسمح للإنسان أن يستفيد بقدر الإمكان من هذا التقدم الهائل في مجال الطب و الجراحة.<sup>1</sup>

فعمليات نقل الدم تثير أمام رجال القانون مجالا جديدا في البحث القانوني لذا يتعين عليهم أن يساهموا مع رجال العلم و الطب في بيان أساسها القانوني، لذلك ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى خمس فقرات نتناول في الأولى حالة الضرورة باعتبارها الأساس القانوني التقليدي لإباحة ممارسة الأنشطة الطبية من جراحة و علاج ووقاية، وفي الثانية تبرع عن الدم بدون مقابل وفي الثالثة رضاء المريض بنقل الدم إليه، وفي الرابعة أن يكون الغرض من التصرف إنقاذ حياة المريض و الخامسة ألا يترتب على هذا التصرف ضرر كبير بالمتبرع.

### أولا: حالة الضرورة.

استند جانب كبير من الفقه على حالة الضرورة أساسا لمشروعية عملية نقل الدم، إذ يقصد بحالة الضرورة بأنها: <<الوضع الذي يسبب فيه الشخص لآخر ضررا ما، يكون قياسا مع الضرر المحقق المراد تفاديه>>.<sup>2</sup>

و يعرف الأستاذ (savatier) حالة الضرورة بأنها: <<حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح، أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضررا أكبر محققا به أو بغيره، أن يسبب ضررا أقل للغير>>.<sup>3</sup> وهذا يعني أن هناك خطرا محققا يواجه مرتكب الفعل المحظور يهدده في نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله، ولا يجد الشخص في تلك الظروف سبيلا آخر لتفادي هذا الخطر إلا

1- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.39.

2 — حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، ع1، القاهرة، 1975، ص.11.

3— أحمد شوقي عمر، القانون الجنائي و الطب الحديث — دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية - ب.د.ن، مصر، 1986، ص.35.

أن يسبب ضرراً لشخص آخر يكون أقل جساماً من الضرر الذي يلحق به أو بغيره<sup>1</sup> فلا يعد عمل الشخص من قبيل الخطأ إذا ما أوقع ضرراً بغيره و هو في حالة الضرورة ذلك أن الشخص العادي في مثل تلك الظروف لا يملك إلا هذه الوسيلة الوحيدة.<sup>2</sup>

وعليه ففي نطاق العمل الطبي بصفة عامة، لا بد أن يقوم على الموازنة و فرصة الشفاء فالموازنة في مثل هذه العمليات ليست موازنة عادية بين المخاطر و الآمال، و إنما تدخل الموازنة في نطاق حالة الضرورة، ولتطبيق حالة الضرورة في مجال عملية نقل الدم نجد أنها تقوم على أساس الموازنة و المقارنة التي يجريها طبيب بين ما يتعرض له من مخاطر جراء سحب الدم منه، و بين تفادي ما يصيب المريض من ضرر نتيجة عدم نقل الدم إليه<sup>3</sup> وعلى هذا الأساس يذهب رأي في فقه إلى أن المخاطر التي تصيب المتبرع هي أقل من المخاطر التي تصيب المريض، فموت المريض محقق لعدم وجود وسيلة أخرى لإنقاذ حياته سوى القيام بعملية نقل الدم إليه، فالطبيب يتفادي ضرراً أكبر، وهو تعرض حياة المريض إلى خطر، فالموازنة هنا تقوم بين المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض و السليم من جهة، والمزايا و الآمال التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى.<sup>4</sup>

ونعتقد بأن حالة الضرورة لا تكفي لوحدها أساساً قانونياً لعملية نقل الدم من المتبرع إلا بالحصول على موافقته. بل لا بد من الحصول على رضاء المعطي لنقل الدم.<sup>5</sup> و أن يكون هذا الرضاء كتابياً<sup>6</sup>. و يتطلب الرضاء حتى يكون منتجاً لآثاره، أن يكون حراً مستتيراً يقدم عليه

1- حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص.46.

2- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.40.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص.48.

5- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.160 و ما بعدها.

6- سمير عابد ديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.128.

بعد إحاطة تامة بكافة الظروف المحيطة بعملية النقل<sup>1</sup>، دون إكراه أو ضغط نفسي، على أن يستمر هذا الرضاء حتى وقت إتمام العملية.<sup>2</sup>

أي أنه يخول للمعطي حق العدول عن رضائه قبل إجراء عملية النقل.<sup>3</sup>

### ثانياً: أن يكون تنازل المعطي دون مقابل مادي.

و ذلك لأن الإنسان ليس محلاً للمعاملات المالية و التجارية<sup>4</sup>، و قد أكد المشرع المصري على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل فالقيم الإنسانية تعلوا على المال و لما كان الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان عندما يتنازل عن جزء من دمه إلى الغير فإنما يكون بدافع الحب و الإيثار و التضامن الإنساني<sup>5</sup> و ليس بدافع الربح و المقابل المادي، ولا يتعارض مع المتبرع تعويض ما لحق المتنازل من خسارة مثل مصاريف الجراحة و الأدوية و التعطل عن العمل، و ما يحتاجه من عناية في المستقبل حتى يعيش حياة عادية.<sup>6</sup>

### ثالثاً: أن يكون المريض راضياً بنقل الدم إليه.

من المبادئ المستقرة في القانون الطبي ضرورة الحصول على موافقة المريض على العلاج الذي يقترحه الطبيب<sup>7</sup>، وكذلك في مجال نقل الدم البشري و التصرف فيه، و يجب أن يكون رضائهم متبصراً صادراً ممن يملك القدرة القانونية على ذلك، ويستثنى من رضاء المريض إذا كان في حالة مستعجلة أي حالة الخطر الجسيم الذي يوشك أن يحل بالمريض إذا لم يبادر

1- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.28 و محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى أخطاء الطبيب الموجبة للمسؤولية المدنية، مطبعة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص.185.

2- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، ط2، ب.د.ن، القاهرة، 1988، ص.1072.

3- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.29.

4- حسام الدين الأهواني، مقدمة في القانون المدني - نظرية الحق -، ب.د.ن، القاهرة، 1972، ص.34.

5- محمود علي السرطاوي، زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات الشريعة و القانون، عمان، 1974، ص.141.

6- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.95.

7- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول -، ب.د.ن، القاهرة، 1971، ص.290.

بعلاجه، على أن يكون رضاء المريض بنقل الدم إليه رضاء متبصرا، فيوضح له الطبيب مخاوف الجراحة و نتائجها المحتملة.<sup>1</sup>

## رابعاً: أن يكون الغرض من التصرف هو إنقاذ حياة المريض.<sup>2</sup>

فيشترط أن يكون التبرع بالدم هو السبيل الوحيد لإنقاذ المتلقي مما هو فيه، فإن وجد سبيل آخر لم يكن التبرع مشروعاً. فالسماح لإنقاذ حياة إنسان قياساً إلى ما كان سيفقده المجتمع لأبد و أن يؤدي إلى زيادة النفع الاجتماعي، ولعل ذلك يتضح بجلاء من خلال النظر إلى مجموعة المنفعة التي تعود على المجتمع<sup>3</sup> على مستوى الشخصين المشتركين في العملية.

## خامساً: ألا يترتب على هذا التصرف ضرر كبير بالمتبرع.

لأن هذا يعد خرقاً لمبدأ التكامل الجسدي<sup>4</sup> بجانب أن كل عملية تؤدي إلى ضرر جسيم بالشخص و تعوقه عن أداء وظائفه الاجتماعية<sup>5</sup>، تعتبر مخالفة للنظام العام و الآداب<sup>6</sup>.

و لذلك إذا خرجت عملية نقل الدم عنة هذا الإطار العلاجي و ذلك كأن يكون الهدف منها الإضرار بالآخرين أو إيذائهم وهذا يمكن أن يتحقق عندما يتقدم بالدم في حالات الضرورة و الكوارث و التي غالباً ما تكون مصحوبة بحالة من الاستعجال تجعل الأطباء ينقلون الدماء

1- محمد علي البار، المرجع السابق، ص.151.

2- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.161.

3- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.48.

4- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.137.

5- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.60.

6 — فالنظام العام هو: مجموعة الأفكار و المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في أنظمتها المختلفة قانونية و سياسية و اجتماعية و التي تعبر عن مصالحه الأساسية، أما الآداب العامة فهي: مجموعة من القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة و عصر معين، فهي تعتبر الشق الخلقى من فكرة النظام العام، وهي لا تنظم كل قواعد الأخلاق بل تنظم مجموعة القواعد الخلقية التي تمثل الحد الأدنى الذي يمكن قبول النزول عنه، أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل أصول القانون، دار النهضة العربية، الكويت، ب.س.ن، ص.145.

بدون إجراء التحاليل الكافية لمحاولة إنقاذ مرضاهم بأسرع وقت ممكن و يكون هذا المتبرع مصاب بمرض خطير كالإيدز أو الكبد الوبائي وهو يعلم جيدا بإصابته بهذه الأمراض المتقلبة عبر نقل الدم ومع ذلك يقدم على التبرع لمجرد إشباع رغبة الانتقام من المجتمع بإصابة آخرين بهذا المرض هنا يكون نقل الدم مخالف لنظام العام و جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات.<sup>1</sup>

إن عمليات نقل الدم هي عمليات مشروعة يعترف بها القانون في العديد من تشريعات الدول و تقوم مشروعيتها على أساس حالة الضرورة، فضلا عن وجوب إحاطتها بضوابط قانونية لا يجوز تجاوزها، فإذا كان هذا هو موقف القانون من مشروعية نقل الدم فهل الفقه الإسلامي يسير في هذا الإطار أم هناك اختلافا على النهج القانوني ؟

هذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الثاني على النحو التالي.

### الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للتصرف في الدم البشري.

في الواقع إن معالجة عمليات نقل الدم في الفقه الإسلامي على النقيض من معالجتها في القانون الوضعي الذي أصبحت عمليات نقل الدم فيه من المسلمات القانونية رغم ما أثير حول مشروعيتها بالنسبة للمتبرع حيث لا يتوافر قصد العلاج فيها، ذلك أن مشروعية نقل الدم من المتبرع لا خلاف عليها لما عرف عنها ما تتطوي عليه هذه العمليات من فوائد علاجية لمن يخضع لها - وهو الشق الأول من عملية نقل الدم - و قد أفرد لها الفقهاء باب من أبواب الفقه عرف بباب التداوي بالحجامة و الفصد.<sup>2</sup>

أما مشروعية نقل الدم للمريض - وهو الشق الثاني من تلك العملية - أثار كثيرا من الجدل الواسع في الفقه الإسلامي ما بين مؤيد و معارض.<sup>3</sup>

1- رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دار المعارف، ب.م.ن، 1999، ص.102-105.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.127.

3- نفس المرجع و الصفحة.

و قبل الخوض في استعراض أدلة كل من الفريقين يجب أن نضع نصب أعيننا صور العلاج بالدم في تلك الآونة، وكيف أن نقل الدم بالصورة الحالية لم يكن معروفا لهم آنذاك، وهذا ما يجعلنا نفرق بين شقي عملية نقل الدم إلى: عملية إخراج الدم من المتبرع و عملية إدخال الدم لجسم المريض.

و لذلك سنتناول المشروعية على الوجه التالي:

### أولاً: مشروعية التداوي بإخراج الدم.

التداوي بإخراج الدم<sup>1</sup> داع و انتشر في جزيرة العرب قبل و بعد الإسلام حتى أن الرسول صل الله عليه و سلم جعله من أصول العلاج، فالأمراض في ذلك العصر كانت مقسمة إلى أمراض دموية و بلغمية و سوداوية و شفاء الأمراض الدموية يكون بإخراج الدم.

وكانت أكثر الصور شيوعاً لإخراج الدم في ذلك هي الحجامة و الفصد، و إن كانت الحجامة قد خست بالذكر لكثرة استعمال العرب و الفهم لها بخلاف الفصد. ولكن المقصود بالحجامة و الفصد.

الحجامة هي: >> تفرق اتصالي إرادي يتبعه استفراغ كلي من العروق و خاصة العروق التي لا تفصد كثيراً<<<sup>2</sup>.

و الفصد هو: >> قطع أحد الأوردة و يترك الدم يسيل منه بقدر معلوم لا يتسبب عنه أدى للجسم<<<sup>3</sup> و قد ثبتت مشروعيتها بالسنة النبوية الشريفة القولية منها و الفعلية.

### 1 - السنة القولية.

1- مصطفى العرجاوي، المرجع السابق، ص.126.

2- ابن القيم، الطب النبوي، طبعة النور الإسلامية، دار الكتاب المصرية اللبنانية، ب.م.ن، 1994، ص.42.

3- مصطفى العرجاوي، المرجع السابق، ص.126.

عن ابن عباس قال، قال رسول الله صل الله عليه و سلم: << نعم العبد الحجام يذهب بالدم و يخف الصلب و يجلوا البصر >><sup>1</sup>.

روى البخاري في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال: << سمعت رسول الله صل الله عليه و سلم يقول: إن كان فقي شيء من أدويتكم خير ففي شربه عسل أو شرطة محجم أو لدغة نار، وما أحب أن أكتوي >><sup>2</sup>.

عن أبي هريرة أن رسول الله صل الله عليه و سلم قال: << إن كان في شيء مما تداويتم به خير فالحجامة >><sup>3</sup>.

ما روي عن الرسول صل الله عليه و سلم أنه قال: << خير ما تداويتم به الحجامة و الفصد >><sup>4</sup>.

## 2 - السنة الفعلية.

ما روي عن جابر: << أن أم سلمه رضي الله عنها استأذنت رسول الله في الحجامة فأمر النبي أبا طيبة أن يحجمها >> و قال راوي الحديث: << حسبت أنه قال كان أخاها في الرضاعة أو غلاما لم يحتلم >><sup>5</sup>.

حدثنا سعيد بن تليد قال حدثني بن وهيب قال أخبرني عمر و غيره أن نكيرا حدثه أن عاصم بن عمر بن قتادة حدثه: << أن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عاد المقنع ثم قال: << لا أبرح حتى يحتجم فإني سمعت رسول الله صل الله عليه و سلم يقول: << إن فيه شفاء >><sup>6</sup>.

1- ابن القيم، زاد المعاد، ج4، طبعة النور الإسلامية، دار الكتاب المصرية اللبنانية، ب.م.ن، 1994، ص.35.

2- ابن حجر العسقلاني، شرح صحيح البخاري، كتاب الطب، ج8، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.335.

3- سنن أبي داود، ضبط أحاديثه و علق على حواشيه محمد محي الدين عبد الحميد، ج4، دار إحياء التراث العربي بيروت، ب.س.ن، ص.07.

4- ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص.159.

5- صحيح مسلم لشرح النووي، المرجع السابق، ص.192.

6- ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص.159.

يستخلص من الأحاديث السابقة أن إخراج الدم بصورتيه الحجامه و الفصد هما من الأمور المشروعة لقيام الرسول صل الله عليه و سلم بها و حثه لصحابته على فعلهما، فهما من الأمور المستحبة، إلا أن الحجامه و الفصد قد يكونان مندوبين عند الحاجة أو واجبين في الحالات الأخرى و ذلك إذا ما ترتب على ترك التداوي بهما غلبة الظن بوقوع الهلاك إذا أخبره طبيب مسلم أو خبير مجرب أو متخصص فلا يجوز مخالفته.<sup>1</sup>

بعد عرض مسألة مشروعية التداوي بإخراج الدم في الفقه الإسلامي في السنة بنوعيتها و ما يكون مندوبا عند الضرورة التي يترك فيها، سيتم عرض مشروعية التداوي في الحالة العكسية بإدخال الدم في نظر الفقه الإسلامي.

## ثانيا: مشروعية التداوي بإدخال الدم.

تناول الفقه الإسلامي بيان أحكام التداوي بالدم عن طريق الشرب و هو أحد طرق نقل الدم إلى الجسم الآدمي، وهو ما يقابل عملية نقل الدم الكاملة في عصرنا.<sup>2</sup>

و الفقه الإسلامي لم يجتمع على كلمة سواء في مشروعية التداوي بنقل الدم، وسبب الخلاف يرجع في أساسه إلى اختلافهم في جواز أو عدم جواز التداوي بالمحرمات و النجس و قد انقسم الفقه الإسلامي في هذه المسألة إلى فريقين: الأول يرى عدم جواز التداوي بشرب الدم و الثاني يرى جواز التداوي بشرب الدم و ذلك على النحو التالي:

### 1 - المذهب الأول: عدم جواز التداوي بشرب الدم.

يرى أنصار هذا الاتجاه حرمة شرب الدم حتى و لو من باب التداوي ذلك أنه يرون عدم جواز التداوي بالمحرمات فذهب جمهور الحنفية<sup>3</sup> للقول بعدم جواز التداوي بالنجس.

1- مصطفى العرجاوي، المرجع السابق، ص.130.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.129.

3- مغني المحتاج، المرجع السابق، ص.188.

و ذهب المالكية<sup>1</sup> إلى عدم جواز التداوي بالنجس في ظاهر الجسم و باطنه، أما الشافعية<sup>2</sup> فذهبوا بأنه لا يجوز التداوي بالنجس مطلقا وصف النووي هذا الرأي بالشذوذ. و ذهب الحنابلة<sup>3</sup> إلى عدن جواز التداوي بالمحرم و لا بشيء منه.

و استدلوا في ذلك على ما يلي:

## **\_ القرآن الكريم:**

قوله تعالى: << حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ >><sup>4</sup>.

## **وجه الدلالة:**

أن الله حرم على الإنسان الدم المسفوح النجس من الحيوان المأكول و غيره و لما كان دم الإنسان أشد حرمة من دماء الحيوانات شملها الحظر من باب أولى فلا يجوز نقل الدم من آدمي لآخر عن طريق شرب الدم.<sup>5</sup>

## **الرد عليهم:**

إن دم الإنسان ليس بنجس - كما سبق - و التحريم المذكور يشمل إطعام الدم و شربه بالكرامة الإنسانية، و قد بينا أن نقل الدم من إنسان لآخر يحتاج للدم لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بل هو تجسيد لتلك الكرامة بالإيثار على النفس و التضحية من أجل الآخرين خاصة و أن المتبرع لا يلحقه أذى لوجود صفة التجديد في الدم.<sup>6</sup>

## **\_ السنة النبوية:**

1- المغني، المرجع السابق، ص.605.

2- أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، م طبعة الأمام، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.50.

3- أحمد بن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج24، المرجع السابق، ص.275.

4- سورة المائدة، الآية رقم 03.

5- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.131.

6- عبد الحسيب رضوان، القول الوضاء في حكم نقل الدم و الأعضاء، بحث مكتوب على الآلة الضاربة ب.م.ن، 1993، ص.106.

روي أبو نعيم حديث سالم أبي هند الحجام قال: >> حجت رسول الله صل الله عليه و سلم فلما فرغت منه شربته فقلت يا رسول الله شربته فقال >> ويحك يا سالم أما علمت أن الدم حرام لا تعد <<<sup>1</sup>.

### وجه الدلالة:

إن الرسول صل الله عليه و سلم نهى أبا هند في العودة للشرب من دمه لحرمته و مادام شربه حرام فنقله حرام بالأولى لأن كلا منهما نجس للانتفاع بالدم الآدمي.<sup>2</sup>

### الرد عليهم:

إن الحديث فيه ضعف؛ لأن في إسناده أبي الجحاف و فيه مقال فضلا عن أن ما ورد عن الرسول صحيحا هو شرب الدم بالإضافة إلى نقل الدم ليس شربا له بل هو نقل دم مباشرة حتى يكتمل النقص الذي يؤدي إلى الهلاك و الإنسان منهي عما يضره.

ما أخرجه أحمد في مسنده: عن الرسول صل الله عليه و سلم: >> ما أنزل الله من داء إلا أنزل له دواء علمه من علمه و جهله من جهله<<<sup>3</sup>.

### وجه الدلالة:

إن الله عز و جل أنزل لكل داء دواء من المباحات حتى و لو لم يعلمه البعض و الدم حرام فلا يكون دواء و الجهل بالبديل الحلال ليس عذرا في التداوي.

### الرد عليهم:

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.131.  
2- عقيل أحمد عقيل، حكم نقل الأعضاء مع التعقيبات البيئية على من تعقب، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.35.  
3- ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.08.

إن دم الآدمي ليس بنجس و نقله ليس بحرام حتى لا يضر بالمتبرع فضلا عن نفعه للمستقبل بالإضافة إلى أن الجهل بالدواء المباح يعد عذرا لأن معرفة الأدوية ليس بالأمر الهين.<sup>1</sup>

### قول الصحابي:

روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: << إن الله لم يجعل شفاءكم في محرم عليكم >>. <sup>2</sup>

### وجه الدلالة:

إن ابن مسعود نفي أن يكون فيما حرم الله على الأمة شفاء و هذا لا يكون منه إلا عن توقيف؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه فدل على عدم حل التداوي بالمحرم.<sup>3</sup>

- أعضاء الإنسان لا تباح عند الضرورة على القول الراجح فكذلك دمه لا يجوز نقله من آدمي لآخر.<sup>4</sup>

### الرد عليهم:

إن الراجح هو إباحة بعض الآدمي عند الضرورة، فقد بقدر لا يؤدي إلى هلاكه فيكون نقل الدم منه إلى غيره من الآدميين عند الضرورة مباحا و خاصة أن نقل الدم أسهل و أيسر من باقي الأعضاء الأخرى.

- الدم يحتوي على بعض الفيروسات الضارة مما يجعل له آثارا سيئة و يكون نقله للغير فيه ضرر و بالتالي فلا يباح شرعا لعدم جواز الإضرار بالغير.

### الرد عليهم:

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.132.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.132.

3- أحمد ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج24، المرجع السابق، ص.275.

4- عقيل أحمد عقيل، المرجع السابق، ص.35.

إذا كان نقل الدم له آثار سيئة في بعض الأحيان لوجود الفيروسات لأمراض معدية كالإيدز فإن هذا السبب لا يؤثر في حكم نقل الدم بجعله حراماً؛ لأنه لا ينقل سوى الدم الصالح الخالي من العيوب، و الذي ينفع المنقول إليه دون إحداث ضرر بالمنقول منه و إذا حدثت العدوة نتيجة إهمال فإن هذا لا يكفي سبباً لمنع عمل مباح.<sup>1</sup>

- قد يتساهل القائمون على التحاليل في بعض ما يجده في الدم نظراً لشدة الحاجة في الحالات المستعجلة أو لضعف الأمانة.

### الرد عليهم:

إن تساهل القائمين على التحاليل هو نوع من الغش و خيانة الأمانة إلا أن هذا لا يؤدي إلى جعل الحلال حراماً، فالبيع مثلاً قد يتم بطريق الغش و مع ذلك لم يحرم البيع من أجل الغش بل حرم الغش ذاته.<sup>2</sup>

- إن من يستعملون الدم في العلاج يهدفون على سرعة العلاج و ليس ذلك مسوغاً للتداوي بالحرام.

### الرد عليهم:

إن الرغبة في العلاج العاجل أمر غير منهي عنه بل هو أمر مشروع فالمؤمن القوي خير من المؤمن الضعيف، فضلاً على أن الدم ليس نجساً أو محرماً إلا في الطعام، والشراب و ذلك تكريماً للآدمي.<sup>3</sup>

## 2 - المذهب الثاني: جواز التداوي بشرب الدم.

1- عبد الحسيب رضوان، المرجع السابق، ص.108.

2- عبد الحسيب رضوان، المرجع السابق، ص.108.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.134.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز التداوي بشرب الدم و ذلك يرجع إلى إباحتهم جواز التداوي  
بمحرم و قد قال بذلك الحنفية و الشافعية في أحد الوجوه.

### ففي المذهب الحنفي:

قال الشلبي: >> يجوز الاستشفاء و المعالجة بالدم و البول إن علم أن فيه شفاء و هذا لأن  
الحرمة تسقط عند الاستشفاء ألا ترى أن العطشان يجوز له شرب الخمر و الجائع يجوز له  
أكل الميتة<<<sup>1</sup>.

و قيل أيضا: >> يجوز للعليل شرب البول و أكل الميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه  
شفاء و لم يجد من المباح ما يقوم مقامه و إن قال الطبيب يتعجل شفائه فيه وجهان<<<sup>2</sup>.

### و في المذهب الشافعي:

في مسألة أحكام المضطر: وجه يذهب إلى أن العلماء أجمعوا على أنه يجوز له الأكل من  
الميتة و الدم و لحم الخنزير و نحوها للآية الكريمة: >> فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ <<<sup>3</sup>.  
و قيل أيضا إذا اضطر إلى شرب الدم أو البول أو غيرهما من النجاسات غير المسكرة جاز  
لهم شربها بلا خلاف.<sup>4</sup>

### و في المذهب الظاهري:<sup>5</sup>

ذهبوا إلى جواز التداوي بالمحرم إذا دعت الضرورة و بالتالي يجوز التداوي بالدم.

و قد استدلوا في ذلك بالآتي:

<sup>1</sup> - الزيلعي فخر الدين بن عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق بهامش حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد  
بن يونس الشلبي، ج6، ط2، المطبعة الكبرى الأمريكية، مصر، 1313هـ، ص.33.

<sup>2</sup> - مغني المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص.188.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية رقم 173.

<sup>4</sup> - شرح المهذب، ج9، المرجع السابق، ص.48.

<sup>5</sup> - ابن حزم الظاهري، المحلى، ج1، المرجع السابق، ص.176.

## \_ القرآن الكريم:

قوله تعالى: << وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ >>. <sup>1</sup>

### وجه الدلالة:

تفيد الآية أن المحرمات يسقط اعتبارها لمكان الضرورة، فكل محرم هو عند الضرورة حلال في الجملة، و التداوي بمنزلة الضرورة فيباح تناول المحرمات و منها الدم في حالة توافر شروط الضرورة.

قوله تعالى: << إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ >>. <sup>2</sup>

### وجه الدلالة:

إن الله عز و جل حرم الميتة و الدم و لحم الخنزير حال الاختيار إلا أنه عاد و أباحها للمضطر إذا تعينت لإنقاذه من الأمراض و لم يجد من الحلال ما يحفظ عليه حياته.

## \_ السنة النبوية:

ما روي عن بريدة بن عمر بن سفيينة عن أبيه أن رسول الله صل الله عليه و سلم: << إحتجم ثم قال له: خذ هذا الدم، فدفنه في الدواب و الطير و الناس، قال فتغيبت به فشريته ثم سألتني أو قال فأخبرته فضحك >>. <sup>3</sup>

<sup>1</sup>- سورة الأنعام، الآية رقم 119.

<sup>2</sup>- سورة البقرة، الآية رقم 173.

<sup>3</sup>- عقيل أحمد عقيل، المرجع السابق، ص.36-37.

عن سليمان الفارسي أن دخل على الرسول صل الله عليه و سلم فإذا بعبد الله بن زبير معه عطشت يشرب ما فيه فقال رسول الله: >> ما شأنك يا بن أخي؟ قال إني أحببت أن يكون من دم رسول الله في جوفي فقال: ويل لك من الناس و ويل للناس منك لا تمسك النار إلا قسم اليمين <<.

رواه الطبراني و أبو نعيم في الحلية حديث سعد أبا عاصم.<sup>1</sup>

أخرج سعيد بن منصور مرسلًا عن عمر أنه بلغه أن مالكا والد أبي سعيد الخدري لما جرح النبي صل الله عليه و سلم مص جرحه حتى أنقاه و لاح أبيضًا فقيل له: >> مجه فقال: لا أمجه أبدا ثم أدبر فقاتل، فقال النبي صل الله عليه و سلم من أراد أن ينظر إلى رجل من أهل الجنة فلينظر إلى هذا، فاستشهد <<<sup>2</sup>.

### وجه الدلالة من الأحاديث السابقة:

إن رسول الله صل الله عليه و سلم أقر شرب دمه و أباحه مما يدل على جواز شرب الدم الآدمي إذا أنس فيه الشارب خيرا و بالأحرى نقل الدم.

و قد يعترض البعض بأن قول الرسول لعبد الله بن الزبير: >> من أمرك أن تشرب الدم و ويل لك من الناس و ويل للناس منك << بأنه عين الإنكار.

### و يرد عليهم:

بأن الاستفهام ليس إنكاريا كل ما في الأمر أنه أقدم بجرأة على ذلك، والدليل على هذا الحديثان الآخران ففي أحدهما ضحك الرسول صل الله عليه و سلم و في الآخر قال رسول الله صل الله عليه و سلم لا تمسك النار.

1- نفس المرجع، ص.37.

2- السنن الكبرى، ج07، المرجع السابق، ص.67.

و قد يعترض بأن ما حدث فيه خصوصية لدم الرسول صل الله عليه و سلم و الدليل على ذلك استغراب الصحاب للفعل.<sup>1</sup>

### و يرد على ذلك:

بأن الخصوصية لا بد لها من دليل قاطع وواضح و لا يوجد دليل على الخصوصية بالإضافة إلى أن أحوال النبي صل الله عليه و سلم من هذه الأمور موافقة لأحوال الناس عامة.

### المعقول:

قياس دم الآدمي الفاضل و المخرج منه على ما يباح من المحرمات عند الضرورة كالميتة فالجامع بين دم الإنسان و الميتة أن كليهما يحرم تناوله حال الاختيار، و بما أن الميتة مباحة بنص القرآن في حالة الضرورة فكذلك شرب دم و بالأولى نقل الدم فهو أيسر في تناوله عن طريق شرب الدم.<sup>2</sup>

و يرد على ذلك بأنه قياس مع الفارق لأن الحيوان غير مكرم أما الإنسان فمكرم بدليل وجوب تورية الجسد بعد الموت في التراب.

### نقد لهذا الطرح:

بأن نقل الدم ليس فيه معارضة للكرامة الإنسانية خاصة و أن يحصل فيه انتفاع للمنقول إليه دون حدوث ضرر للمنقول منه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.137.

<sup>2</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.137.

<sup>3</sup>- عبد الحسيب رضوان، المرجع السابق، ص.110.

قياس دم الإنسان على لبن المرأة الذي يجوز التداوي به و كذلك اللعاب و العرق فقد ثبتت مشروعية التداوي باللعاب من جواز الرقية و فيها قراءة و نفث في اللعاب و العرق يستدل عليه من قول النبي: >> العين حق و لو كان شيء سابق القدر سبقته العين و إذا استغسلتم فاغسلوا<<<sup>1</sup>.

**و اعترض عليه:**

بأن هذا القياس مع الفارق لأن المحرم و هو الدم لا يقاس على المباح و هو اللبن فلبن المرأة و كذلك اللعاب و العرق هي من الأمور المباحة.

**يرد عليهم:**

إن الدم ليس نجسا بالإضافة إلى أن الدم لا يشرب و لا يصب على البدن و إنما ينقل من عرق لآخر أو من عرق لوعاء لا يغير حالة الدم خاصة. وأن الدم ليس له بديل أما العناصر الأخرى فلها بديل للتداوي.

قياس إدخال الدم في الجسم على إخراجه بطريق الحجامة و الفصد فجامع كل منهما أن فيه منفعة إما للمنقول إليه أو منه.<sup>2</sup>

**اعترض عليه:**

بأن الحجامة فيها خير أما نقل الدم من إنسان لآخر لا يؤمن ضرره على المنقول إليه أو المنقول منه فيعد قياسا مع الفارق.

<sup>1</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup>- عبد الحسيب رضوان، المرجع السابق، ص.112.

## يرد عليهم:

أصبح من المؤكد أن عمليات نقل الدم لا ضرر منها على المنقول إليه أو منه إذا ما اتبعت الأسس الفنية المتعارف عليها بل أصبحت نتائجها في علاج كثير من الأمراض مؤكدة.<sup>1</sup>

## الرأي الراجح:

من خلال استعراض أدلة المذهبيين نجد أن المذهب الرفض للتداوي بشرب الدم لا تقوي على مواجهة الانتقادات لضعف الكثير منها فقد استندوا إلى أحاديث ضعيفة لا يمكن معها حظر التداوي بشرب الدم.

أما أدلة المذهب المجيز للتداوي بالدم اتسمت بالقوة و سلامتها من الطعن و هو ما نؤيده مع كثير من العلماء<sup>2</sup> المعاصرين ومما يؤكد وجهة نظر هذه ما صدر من أقوال و فتاوى الكثير من العلماء منها على سبيل المثال:

- الفتوى الصادرة من لجنة الفتوى بالأزهر الشريف برئاسة الشيخ عبد المجيد سليم<sup>3</sup>.
- الفتوى الصادرة من الشيخ محمد ابن إبراهيم آل الشيخ مفتي المملكة العربية السعودية لحكم نقل الدم من إنسان لآخر بناء على سؤال يتعلق بهذا الموضوع.<sup>4</sup>

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.138.

2- محمود إدريس ، المرجع السابق، ص.289.

3- جاء في هذه الفتوى أنه يجوز شرعا نقل الدم إلى المريض و أو من غير مسلم ليس إذا توقف إنقاذ حياته على نقل الدم إليه أو توقفت سلامة عضو من أعضائه و قيامه بما خلقه الله له على ذلك و لكن إذا ترتب على هذا العمل مجرد تعجيل الشفاء، الفتوى رقم 429، المنشورة بمجلة الأزهر، ع1368، ص.843، مقتبس من: وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.139.

4- جاءت هذه الفتوى كجواب على سؤال هل يجوز تزويد دم مسلم بدم غيره من بني آدم إذا احتاج لذلك كحالة النزيف أو الإصابة بجرح و نحو ذلك أم لا و الجواب استدعى الكلام عن ثلاثة أمور: من هو الشخص الذي ينقل إليه الدم، من هو الشخص الذي ينقل منه الدم، من هو الشخص الذي يعتمد على قوله في استدعاء نقل الدم. أما الأول فهو الشخص الذي ينقل إليه الدم و هو من توقفت حياته إذا كان مريضا أو جريحا على نقل الدم، أما الثاني فهو الذي ينقل منه الدم و هو الذي لا يترتب على نقله ضرر فاحش لقوله صل الله عليه و سلم لا ضرر و لا ضرار. أما الثالث فهو الشخص الذي يعتمد عليه قوله في استدعاء نقل الدم و هو الطبيب المسلم و إذا تعذر فلا يظهر لنا مانع من الاعتماد على قول غير مسلم يهوديا كان أم نصرانيا إذا كان خبيرا بالطب ثقة عند الإنسان، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، نقل الدم من إنسان لآخر، مجلة البحوث الإسلامية، ع22، ص.54—55، وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.140.

- الفتوى الصادرة من لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر حول نقل الدم و زرع الأعضاء.<sup>1</sup>
- و فتوى الشيخ الشعراوي<sup>2</sup> و التي أجاز فيها نقل الدم حتى و لو بمقابل حيث يوجب فيها الثواب لأن هذا العمل قد يساعد على إنقاذ حياة الإنسان، خصوصا بعد أن أمكن لطب الحديث الاستفادة من الدم الموجود و لو بعد فترة، ما دام القدر الذي يتبرع به المتبرع لا يضعفه و لا يؤدي صحته، وبعد أن ثبت لنا مشروعية نقل الدم في الفقه الإسلامي لأن الشريعة الإسلامية تحوي من القواعد الكلية الكفيلة باستنباط الأحكام الشرعية.

إلا أن السؤال المطروح الآن ما هو الأساس الذي يمكن أن تركز عليه هذه المشروعية ؟

في الحقيقة أن الأمر في الفقه الإسلامي ليس أفضل منه في القانون الوضعي فقد انقسم الفقه الإسلامي لاتجاهين كل منهما يطرح أساس لتلك المشروعية فالأول يرى أن المشروعية تكمن في عملية الإيثار و البعض الآخر يرى أن المشروعية تركز في أساسها على حالة الضرورة. لذا سيتم تناول كل اتجاه بالتحليل و النقض للتوصل أيهما يصلح أساسا للمشروعية.

## أ- نظرية الإيثار:

1- جاء فيها: حيث أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من دمه، يتطوع بذلك عن اختيار و احتساب، دون أن يخالف ضرر أو هلاك كما هو الحال في نقل الدم أو زرع عضو فإنه يعتبر من باب الإحسان و عمل البر، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، نقل الدم أو عضو أو جزء من إنسان لآخر، مجلة البحوث الإسلامية، ع1407، 22هـ، ص.44-45.

2- فتاوى الشيخ الشعراوي بعنوان: <<كل ما يهيم المسلم في حياته و يومه>>، علق عليه السيد الجميلي، ج1 ب.د، ن.ب.م.ن، ب.س.ن، ص.44.

ذهب البعض<sup>1</sup> إلى أن الدم يعد روح الإنسان و قوته و غذائها فهو بمنزلة الأجزاء أو دونها و لم يخرج الإنسان رغبة منه، وإنما إيثارا لغيره و بذل من قوته لقوة غيره و هذا ما يتفق مع أصول الشريعة و مصالحه لقوله صل الله عليه و سلم: >> المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا، و مثل المؤمنين في توادهم و تراحمهم و تعاطفهم كالجسد الواحد<<.<sup>2</sup> إذن فنقل الدم يدخل في إطار الإيثار و حب الغير، لأنه من أعظم خصال المرء الحميدة ما دفعته عن نفس أخيه و ماله و لو حصل عليه الضرر في بدنه أو ماله و بالأحرى عملية نقل الدم، وكذلك من فضائله تحصيل مصالح أخيه و إن طالبت المشقة و عظمت المشقة في هذه المسألة (عملية نقل الدم)<sup>3</sup> و لكن ما هو المقصود بالإيثار؟ و إلى أي مدى يمكن أن يصل إيثار الشخص لغيره على نفسه؟

الإيثار هو >> تقديم الغير على النفس و حظوظها الدنيوية رغبة في الحظوظ الدينية <<<sup>4</sup>.

و يستدل أصحاب هذا الاتجاه بالأدلة التالية:

### . القرآن الكريم:

قوله تعالى: >> وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْتُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ<<<sup>5</sup>.

### وجه الدلالة:

1- الشيخ جاد الحق، نقل الأعضاء من إنسان لآخر، م جلة الأزهر، ج1، ع55، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.1384.

2- هيئة كبار العلماء، حكم تشريح جثة المسلم، مجلة البحوث الإسلامية، ع4، ب.د.ن، ب.م.ن، 1398هـ، ص.76.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- عبد العزيز ابن باز و مجموعه من كبار العلماء، نقل دم أو عضو أو جزء من إنسان لآخر، مجلة البحوث الإسلامية، ع22، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.26.

5- سورة الحشر، الآية رقم 09.

إن الله عز و جل اثني على الأنصار الذين نصرُوا المهاجرين من المؤمنين بحبهم و بطهارة قلوبهم من الأحقاد و سلامتها من الضغائن و كرمهم و سماحتهم حيث أثروهم على أنفسهم في أموالهم و ديارهم و أزواجهم فقال الله في حقهم: >> وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ <<.

### . السنة النبوية الشريفة:

عن زبير قال حدثني عمي عن جدي عبد الله بن مصعب قال: استشهد يوم اليرموك الحارث بن هشام و عكرمة بن أبا جهل و سهيل بن عمرو و أتوا بماء و هم صرعي فتدافعوا كل ما دفع إلى رجل منهم قال: أسق فلانا حتى ماتوا و لم يشربوا قال: طلب عكرمة الماء فنظر إلى سهيل ينظر إليه فقال: أدفعه إليه فنظر سهيل إلى الحارث ينظر إليه فقال: ادفعه إليه فلم يصل إليه حتى ماتوا كلهم رضي الله عنهم.<sup>1</sup>

### وجه الدلالة:

أن هؤلاء الصحابة أثار كل منهم الآخر على نفسه بالماء الذي كان كل منهم في أشد الحاجة إليه و هو نوع من الإيثار بالنفس في ميدان القتال و هو أعلى مراتب الإيثار.

قال البخاري:<sup>2</sup>باب إخاء النبي صل الله عليه و سلم بين المهاجرين و الأنصار حدثنا إسماعيل بن عبد الله قال: حدثني إبراهيم بن سعد عن أبيه عن جده قال: لما قدموا المدينة أخي رسول الله صل الله عليه و سلم بين عبد الرحمان بن عوف و سعد بن ربيع فقال لي عبد الرحمان: إني أكثر الأنصار ما لم فأقسم مالي نصفين، ولي امرأتان فأنظر أعجبهما إليك فسمها لي أطلقها فإذا انقضت عدتها فتزوجها قال: بارك الله لك في أهلك و مالك أين سوقك؟ فدلوه على سوق بني قينقاع فما انقلب إلا و معه فضل من أقط و سمن ثما تابعا العدو ثم جاء يوما

1- عبد العزيز ابن باز و مجموعه من كبار العلماء، المرجع السابق، ص.30-31.

2- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء، نزع القرنية من عين إنسان و زرعها في آخر، مجلة البحوث الإسلامية، ع14 ب.د.ن، ب.م.ن، 1406هـ، ص.44.

و به أثر صفر فقال النبي صل الله عليه و سلم مهيم تزوجت قال: كم سقت إليها قال: نواة من ذهب أو وزن نواة.<sup>1</sup>

### وجه الدلالة:

أن الرسول عندما آخي بين المهاجرين و الأنصار فإن سعد بن الربيع أثر عبد الرحمان بن عوف بنصف ماله و إحدى زوجتيه و هذا الإيثار هو إيثار بالمال و الزوجة و هو و إن ينفع الغير إلا أنه لا يضر بفاعله ضررا فادحا حتى يمكن استدراك ما فاته.<sup>2</sup>

و هكذا يتبين أن الإيثار يتنوع ما بين الإيثار بالنفس و ما دونها من الأعضاء في ميدان الجهاد و هو أعلى مراتب الإيثار و هو واجب لمن أولى بالمؤمنين من أنفسهم و كتب لمن قتل فيه الشهادة و لمن أجيب فيه الأجر الجزيل و الإيثار بالمال و المتاع و الزوجة كما هو في قصة الإخاء بين المهاجرين و الأنصار ثم يأتي الإيثار بالطعام و قد أجمع العلماء على فضيلة الإيثار بالطعام و نحوه من أمور الدنيا و حظوظ النفس.<sup>3</sup>

### ب - حالة الضرورة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس مشروعية نقل الدم يكمن في حالة الضرورة لأن الأصل في جسم الإنسان حرمة على بني جسمه؛ لكرامته في الشرع لذلك فالفقهاء لم يتعرضوا لحرمة بني آدم في باب الأطعمة و لكن في باب الضرورة<sup>4</sup>، ويرون أن أخذ الدم من القوي صحيح الجسم لمريض أو ضعيف عن طريق شربه أو حقنه هو ما يشبه التغذية بالطعام و نحوه للحصول على القوة و كسب المقاومة و إن كان يشبه كذلك الدواء في اتخاذه وسيلة للعلاج إلا أنهم يرون أنه للأول أقرب و يرجع ذلك إلى أن الدواء و الغذاء من جنس واحد.<sup>5</sup>

1- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء، نزع القرنية من عين إنسان و زرعها في آخر، المرجع السابق، ص.44.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- المحلى، ج5، المرجع السابق، ص.117.

5- شمس الدين محمد لابن القيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.06.

و على هذا يمكن أن يقال إذا مرض إنسان و اشتد ضعفه أو احتاج إلى دم لكسب قوة من أجل إجراء عملية جراحية له مثلا جاز له أن يأخذ له دم من غيره و يحقن به تحقيقا لمصلحته و دفعا لحاجته إذا تعين ذلك طريقا لإنقاذه.

و إذا دخل في باب الدواء فلا يمنع من تناوله حالة الاضطراب إذا تعين دواء و لم يوجد من المباح ما يقوم مقامه، وأقر بذلك طبيب مسلم صادق أن شفاؤه فيه<sup>1</sup> و لأن التداوي بالدم<sup>2</sup> قيل فيه أنه إذا اضطررنا إليه فلا يحرم عليها حينئذ بل هو حلال لنا فيه شفاء.

### الوجه الأول:

و تبناه فقه الحنفي و المالكي و الحنبلي و أوردوا في ذلك نصوصا مختلفة منها:

### - الفقه الحنفي:

جاء عنهم في وجوب أكل الميتة و ما في حكمها مثل الدم و لحم الخنزير عند الاضطرار أن: << الأكل للغذاء و لو من حرام أو ميتة فرض يثاب عليه >><sup>3</sup>.

يجوز للعليل شرب البول و الدم أو الميتة لتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء و لم يجد من المباح ما يقوم مقامه و إن قال الطبيب يتعجل فيه الشفاء، فيه وجهان عند الحنفية و جائز عند الشافعية<sup>4</sup>.

### - الفقه المالكي:

1- ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج10، المرجع السابق، ص.92-93.  
2- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج1، المرجع السابق، ص.234.  
3- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج24، المرجع السابق، ص.48.  
4- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج24، المرجع السابق، ص.49.

تضافرت نصوص الفقه المالكي على وجوب تناول من الميتة و الدم و لحم الخنزير فقيل:  
المباح أي المأذون فيه - و إن كان قد يجب للضرورة - و هي الخوف على النفس من  
الهلاك علما أو ظنا (ما يسد الرمق)<sup>1</sup> أي أنه من المباح تناول ما يسد الرمق من الميتة و الدم  
و الخنزير و لكن هذا المباح يصبح واجبا عند الضرورة التي هي الخوف على النفس من  
الهلاك.<sup>2</sup>

### - الفقه الحنبلي:

جاء فيه: >> الأكل عند الضرورة واجب - قال - مسروق من اضطر إلى الميتة فلم يأكل  
فمات دخل النار<sup>3</sup><< و قال ابن قدامة: أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار و  
على إباحة الأكل منها في الاضطرار و كذلك سائر المحرمات و اختلفوا في وجوب أكل  
المضطر من الميتة و الدم و لحم الخنزير على وجهين، يذهب إلى المسروق و أحد الوجهين  
لأصحاب الشافعي بأنه واجب بقوله تعالى: >> وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ <<<sup>4</sup>.

### الوجه الثاني:

روي عن عبد الله بن خزيمة السهمي أن طاغية الروم حبسه في بيت و جعل معه خمرا ممزوجا  
بماء و لحم خنزير فوق ثلاثة أيام فلم يأكل و لم يشرب حتى مال رأسه من الجوع و العطش  
و خشوا موته فأخرجوه فقال: قد كان الله أحله لي، لأنني مضطر و لكن لم أكن لأشمتك بدين  
الإسلام و لأن إباحة الأكل رخصة فلا تجب عليه لسائر الرخص.<sup>5</sup>

و قد تبنى هذا الوجه كل من الفقه الشافعي و الظاهري و الإباضي.

### - الفقه الشافعي:

1- حاشية الدسوقي، الشرح الكبير، ج2، المرجع السابق، ص.115-116.  
2- محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1978، ص.28.  
3- ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج21، المرجع السابق، ص.563.  
4- سورة البقرة، الآية رقم 195.  
5- ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص.605-606.

جاء فيه من خاف من عدم الأكل على نفسه موتا أو مرضا فخوفا أو زيادته أو طول مدته أو انقطاعه عن رفقته أو خوف أو ضعف عن مشي أو ركوب و لم يجدوا حلالا يأكله و يسمى الخائف المضطر<sup>1</sup>.

### - الفقه الظاهري:

يرون أن تناول المضطر من الميتة أو غيرها أمر مفروض عليه حيث يقول: <<إن فرض على الإنسان أخذ ما اضطر إليه في معاشه فإن لم يفعل فهو قاتل نفسه و هو عاصي لله تعالى>><sup>2</sup>.

### - الفقه الإباضي:

يرون وجوب التناول حيث جاء: <<من مات جوعا في رمضان و قد وجد ما يأكل و مات و ترك الدم أو الميتة أو لحم الخنزير ففي النار>><sup>3</sup>.

و يستدلون على ذلك بالنصوص القرآنية:

قوله تعالى: <<إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ>><sup>4</sup>.

و كذلك قوله تعالى: <<قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ>><sup>5</sup>.

و قوله تعالى: <<وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ>><sup>6</sup>.

1- شمس الدين الخطيب، مغنى المحتاج، ج6، المرجع السابق، ص.108-109.

2- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج11، المرجع السابق، ص.234.

3- محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل و شفاء العليل، ج9، ط9، ب.د.ن، ب.م.ن، 1406 هـ — الموافق لـ 1986م ص.206.

4- سورة البقرة، الآية رقم 172.

5- سورة الأنعام، الآية رقم 144.

6- سورة الأنعام، الآية رقم 119.

مما سبق الذكر يبدو أن الأصل في الميتة و الدم و لحم الخنزير التحريم القطعي بنص الكتاب ذلك أن هذه الأشياء تعافها النفس بطبيعتها و تنفر منها الأذواق السليمة، إلا أن الأمر على خلافه في حالة الضرورة التي يضطر فيها المرء إلى تناول أي شيء من تلك المحرمات كي ينقذ نفسه من الهلاك حيث أباح له الشارع الحكيم أن يتناول قدرا من الدم ليدفع الهلاك عن نفسه فقد أجمع الفقهاء المسامون من زمن الرسول صل الله عليه و سلم أن المضطر له أن يشرب من الدم بل الراجح وجوب تناول الميتة و الدم و غيرها من المحرمات متى استوجب ذلك لإنقاذ النفس من الهلاك فإذا امتنع المضطر عن الأكل حتى مات كان قاتلا لنفسه<sup>1</sup>.

لذا نجد أن القائلين بجواز نقل الدم قد اشترطوا عدة شروط من أهمها:<sup>2</sup>

- أن تتوفر شروط حالة الضرورة بحيث يكون نقل الدم هو الوسيلة الوحيدة التي تتعين لإنقاذ حياة المريض أما إذا وجد ما يغني عنها فلا يجوز التداوي بها.
- أن يغلب على ظن الطبيب أن التداوي بنقل الدم ظاهر الصلاح و الشفاء دون سواه.
- عدم وجود بديل للدم البشري من المباح أو من غيره يحل محله أو يقوم مقامه بلا مخاطر عاجلة أو آجلة.
- ألا يلحق بالمعطي ضرر في بدنه؛ لأنه لا يزال الضرر بضرر و المقصود بالضرر هنا ليس الضرر الناتج من واخذ الإبرة و إنما الآثار الجانبية التي يتعرض لها المعطي من إضعاف جسمه مما يجعله عرضة للأمراض كالشخص ضعيف البنية لا يتحمل سحب الدم.
- ألا يتقاضى المتبرع مقابل لهذا التبرع لما ورد في حرمة بيع الدم، فلو تقاضى أجرا لم يجز ذلك و يكون آثما؛ لأن الأدمي مكرم و محرم بيعه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الوضعي، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.326-327.  
<sup>2</sup>- عبد الرحيم السكري، نقل و زرع الأعضاء الأدمية من المنظور الإسلامي، دار المنار للنشر و التوزيع، ب.م.ن، 1988، ص.184.  
<sup>3</sup>- عبد الرحيم السكري، المرجع السابق، ص.184.

- أن يكون الشخص المتبرع بالدم سليماً خالي من الأمراض الوبائية و الوراثة و أن لا يكون من مدمني المخدرات؛ لأنها سبب قوي لكثير من الأمراض.<sup>1</sup>
  - أن يتم حفظ الدم بالطرق العلمية الصحيحة حتى لا يفسد.<sup>2</sup>
  - أن يتم فحص الدم قبل نقله للمريض لتأكد من خلوه من الأمراض الخطيرة مثل الايدز.
- الحصول على الرضاء الحر المتبصر للمتبرع و المريض على السواء.<sup>3</sup>

بعد عرض أهم الضوابط القانونية و الشرعية التي تجيز مدى إباحة التصرف في الدم البشري، سيتم عرض الضوابط الطبية للتصرف في الدم البشري.

### الفرع الثالث: الضوابط الطبية للتصرف في الدم البشري.

لقد اشترط الأطباء شروطاً معينة تضاف إلى الضوابط القانونية والشرعية السابق ذكرها<sup>4</sup> و هذه الضوابط لتجنب ما قد يحدث من مخاطر أثناء و بعد عملية نقل الدم وذلك حفاظاً على سلامة المعطي و حفظ نفسه التي جعلها الله من الضروريات الخمس<sup>5</sup>.

فالقانون رقم 178 لسنة 1960 لم يضع القواعد الكاملة التي تتعلق بعملية نقل الدم بل إنه قام بوضع القواعد الأساسية فقط، إلا أنه في المادة الثامنة نص على أنه: >> يصدر وزير الصحة العمومية القرارات اللازمة لتنظيم إجراءات عملية جمع و تخزين و توزيع الدم البشري و مركباته و مشتقاته، وتحديد الجهة التي تقوم بصرف التراخيص و فحص المتطوعين، والتعليقات الواجب اتخاذها في نقل الدم البشري>>.<sup>6</sup>

1- مصطفى العرجاوي، المرجع السابق، ص.145.

2- عبد الحسيب رضوان، المرجع السابق، ص.113.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.151.

4- محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي لنقل الأعضاء، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.155—156 و محمد فواد خالد، زراعة الكبد بين الأطباء و رجال الدين و رجال القانون، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.31.

5- محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، طبعة جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية ط1، الرياض، 1400هـ، ص.31.

6- عادل عبد المجيد الفجال، المرجع السابق، ص.282.

تمر عملية نقل الدم بثلاثة مراحل، لكل مرحلة ضوابط خاصة بها، مرحلة التبرع مرحلة ما قبل الإعطاء (الجمع و التخزين)، مرحلة إعطاء الدم للمريض.

## أولاً:مرحلة التبرع.

في هذه المرحلة يوجد ضوابط يجب مراعاتها في المتبرع، و أخرى في الجهة المختصة بالفحص الطبي، وثالثة في الأجهزة و الأدوات المستخدمة.

### 1- المتبرع.

و يشترط فيه ما يلي:

- ألا يقل سنه عن 18 سنة و لا يزيد عن 60 سنة، و أن تسمح حالته الجسمانية بأخذ الدم منه.<sup>1</sup>
- فحص المتبرع طبياً، و التأكد من خلوه من الأمراض الجسمانية الخطيرة، وخلوه من كافة أمراض الدم الوراثية، أو الوبائية، حفاظاً على صحة المتلقي،<sup>2</sup> و ذلك بأن لا يكون المتبرع مصاباً بالزهري أو الملاريا،<sup>3</sup> و إذا كان المتبرع أنثى فيجب أن لا تكون حاملاً، كذلك يجب استبعاد الأشخاص المشكوك في سلوكهم الجنسي وتطبيقاً لذلك حكم القضاء الفرنسي بإدانة مركز نقل الدم و الحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحق المريض نتيجة عملية نقل الدم كان المعطي فيها حاملاً لمرض معين.<sup>4</sup>

### 2- الجهة المختصة بالفحص.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- شوقي عبده الساهي، الفكر الإسلامي و القضايا الفقهية المعاصرة، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.103.

3- كامل عبد العزيز محمد علي، الجوانب القانونية و الشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.134.

4- زايد عبد الفتاح صالح، حماية الكبد من الفيروسات ممكنة، كتاب الشعب الطبي، ع7، ب.د.ن، ب.م.ن، 1999، ص.84.

يعود الاختصاص بالفحص الطبي على النحو السابق لمركز نقل الدم، و ذلك لما قد يتوافر لديه من أجهزة و إمكانات تلزم لهذا الفحص.<sup>1</sup>

### 3- الأجهزة و الأدوات المستخدمة.

يجب أن تكون معقمة بالبخار في درجة الحرارة و لمدة ساعة، وأن تحتوي هذه الأجهزة على محلول يمنع تجلط الدم، وجهاز الإعطاء الذي يتم عن طريقه نقل الدم و أن يكون به مرشح مناسب عدد ثقوبه ما بين مائة و مائتي في البوصة المربعة، ثم يصل الدم إلى الوعاء النهائي، وهي زجاجة مزودة بغطاء لمنع تلوثها.<sup>2</sup>

### ثانيا: مرحلة ما قبل الإعطاء (الجمع و التخزين).

في هذه المرحلة يتم التطرق إلى تحديد فصيلة دم المتبرع و المريض و المادة التي يتم فيها حفظ و تخزين الدم و أخيرا مرحلة إعطاء الدم للمريض عن طريق طبيب متخصص و مسموح له بذلك.

### 1- إتحاد الفصيلة.

يجب التأكد على سبيل القطع من اتفاق فصيلة دم المتبرع مع فصيلة دم المريض بمعنى إجراء عملية تجانس بينهما و ذلك بواسطة طبيب<sup>3</sup>، وذلك نظرا لاختلاف التركيب الكيميائي للدم من شخص إلى آخر، وهذا الاختلاف يعزي إلى الصفات الوراثية للإنسان فالشخص الذي يتلقى دم غير مطابق لفصيلة دمه يعرض نفسه للخطر، لأن اختلاف الفصيلة يؤدي إلى تجمع الخلايا الدموية الحمراء و تلتصق ببعضها البعض مما ينجر عنه انسداد الأوعية الدموية في جسم الشخص المتلقي وربما قد يصل إلى الموت.<sup>4</sup>

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.284.

2— مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص.101—102 و كامل عبد العزيز محمد علي، الجوانب القانونية و الشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.139.

3- مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص.103.

4- بريان فارد، موسوعة جسم الإنسان، القلب و الدم، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.34.

## 2- حفظ و تخزين الدم.

يحفظ الدم في أكياس بلاستيكية عادة، تحتوي على مواد للتخثر مثل سترات الفوسفات السكرية، ويكتب على الكيس نوع الفصيلة، وتاريخ أخذ الدم، وخلوه من الأمراض المعدية، واسم متلقي الدم، و ذلك بعد إجراء مقارنة.<sup>1</sup>

## 3- مرحلة إعطاء الدم للمريض.

و تعتبر هذه المرحلة هي الخيرة لعملية نقل الدم، فيجب أن يقوم بعملية إعطاء الدم للمريض طبيب متمرن في مركز متخصص مرخص له<sup>2</sup>، وذلك طبقا للمادة الرابعة من قانون رقم 178 لسنة 1960م، والتي نصت على أنه >> على الطبيب المرخص له لإدارة مركز نقل الدم أخذ الدم من المتطوعين بمعرفته و تحت إشرافه، كما أن عملية نقل الدم على المريض تتم تحت إشرافه و مسؤوليته<<، وهنا التزام الطبيب في عمليات نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة<sup>3</sup>، وهو الالتزام بنقل دم نقي و سليم للمريض المحتاج إليه، وذلك بعد مراعاة إتحاد الفصيلة بين المنقول منه و المنقول له.<sup>4</sup>

من خلال ما تم ذكره من ضوابط قانونية، وأخرى شرعية، وثالثة طبية، يتبين أن الضوابط القانونية تتفق تماما مع الضوابط التي وضعها علماء الفقه الإسلامي، فيما عدا مسألة بيع الدم البشري، في حين أن ذلك لا يجوز في الفقه الإسلامي، حرصا على كرامة الإنسان و عدم امتهانه وعدم استغلاله، أما الضوابط الطبية فتعد تكملة للناحية الفنية لعملية نقل الدم، وبالتالي فهي لا تخالف الضوابط القانونية، ولا الضوابط الشرعية، ولذلك فمن الممكن القول بأن الضوابط الثلاث تكمل بعضها البعض.

1- محمد علي البار، المرجع السابق، ص.127-128 و كامل عبد العزيز محمد علي، المرجع السابق، ص.141.

2- مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص.147 و محمد علي البار، المرجع السابق، ص.125 و محمد عبد المقصود داود، المرجع السابق، ص.182 و عبد السلام السكري، المرجع السابق، ص.184 وما بعدها.

3- أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه (أهمية التمييز بين نوعي المسؤولية في المجال الطبي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1983 مصر، ص.449.

4- عبد الحليم إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.24 و مأمون عبد الكريم، رضا المريض على الأعمال الطبية و الجراحية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.507 وما بعدها.

مما سبق الذكر بعد التطرق إلى أهم الضوابط التي تجيز التصرف في إباحة الدم البشري و نقله للضرورة سيتم التطرق إلى منتج آخر من منتجات الجسم البشري ألا وهو الخلايا الجذعية.

### المبحث الثالث: الخلايا الجذعية.

لقد تطورت العلوم الطبية تطورا مذهلا مع بداية النصف الثاني من القرن الماضي ووصلت في نهايته إلى ما يشبه الانفجار العلمي، ولازال مضطردا كرد فعل لربط التقنية و التلقائية من جانب الطب و البيولوجيا من جانب آخر. ولا غرور في ذلك فالباحثون من رجال الطب لم يدخروا جهدا لإسعاد البشرية، فاستحدثوا العديد من الموضوعات التي لم يكن لهم بها سابق، منها مثلا نقل عضو من أعضاء جسم إنسان لنقله في جسم إنسان آخر، يهدده الموت بسبب فشل كل وسائل العلاج التقليدية معه.<sup>1</sup>

هذا و رغم النجاح المذهل الذي حققته عمليات نقل و زرع الخلايا الجذعية، والتي أصبحت الآن من الأعمال الحديثة، إلا أن القوانين التي نظمت هذه العمليات، أصبح اللازم الوقوف عندها و تقييمها، ثم الحكم لها أو عليها في هذا الموضوع للبحث عن التطور السريع للعلوم الطبية، و إظهارها كل يوم للجديد، مقابل هذا التطور هناك جمود و بطء حركة القانون الذي يبحث أولا و أخيرا عن استقرار القاعدة القانونية ليتعرف عليها المجتمع.<sup>2</sup>

تعتبر الخلايا الجذعية للنبات الأولى التي يتكون منها الجنين الإنساني، وتوجد<sup>3</sup> هذه الخلايا في الجنين الباكر و الإنسان البالغ في أعضاء معينة من جسمه، وهذه الخلايا لها القدرة على تشكيل أنواع خلايا الجسم، حيث أن لها القدرة على التحول إلى خلايا قلب أو

1- ماروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، ع2000، 2، المحكمة العليا، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص.29.

2- ماروك نصر الدين، استنساخ الانسان بين الحظر و الإباحة، بحث مقدم للملتقى الدولي لمدينة وهران، بعنوان الإنسان في الكتب السماوية، أيام 21-22-23 نوفمبر 1997، منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ج36، رقم، 1998.

3- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.05.

خلايا كبد، أو خلايا كلى، أو خلايا دم، أو خلايا عظام، كما أنها تؤدي للتعرف على تكوين الجنين الإنساني، وتستخدم في علاج كثير من الأمراض الشادة مثل البول السكري، والفشل الكلوي أو الكبدى، أو فشل وظيفة القلب.

و يكون العلاج بها باستبدال الخلايا المصابة بالخلايا الجذعية النشطة التي تستطيع إصلاح العضو المصاب، من خلال حقنها في ذلك العضو بطريقة ما، أو زرعها في مكان آخر من الجسم، وبالتالي يمكن للعضو المصاب القيام بوظيفته أو تلك الأنسجة التالفة.<sup>1</sup> و لذلك علق العلماء و الأطباء الآمال على اكتشاف الخلايا الجذعية في علاج العديد من الأمراض و التي تعتبر ثورة حقيقية في ميدان العلوم الحيوية.

و قد أوجب هذا التطور على فقهاء القانون و الشريعة الاجتهاد لوضع الضوابط القانونية و الشرعية للبحوث العلمية و العلاج الطبي المتعلق بالخلايا الجذعية، سواء تعلق بطرق الحصول عليها من مصادرها المختلفة خاصة من الأجنة، أو من الحبل السري، أو من الأنسجة أو الأعضاء من البالغين، وكذلك الحصول على الخلايا الجذعية من الجثث.

وتسمى بعض الخلايا البشرية خلايا جذعية، لأنها تشكل الأصل الذي تتحول منه كل الخلايا الأخرى التي تخصص للقيام بوظيفة معينة، حتى تمتلك القدرة على التكاثر بصورة دائمة بدون أن تتغير خصائصها.<sup>2</sup>

يعتبر هذا الموضوع محاولة لوضع الحدود التي يجوز فيها قانونا و شرعا الاستفادة من التقدم الطبي في مجال أبحاث الخلايا الجذعية، ولكن قبل ذلك لابد أن نحدد مفهومها و مشروعية استخدامها و ضوابطها على النحو الآتي:

## المطلب الأول: مفهوم الخلايا الجذعية.

1- محمد علي البار، الخلايا الجزعية و القضايا الأخلاقية و الفقهية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في الفترة ما بين 13-18 ديسمبر 2003، نقلا عن أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.05.  
2- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل و زراعة الأعضاء البشرية الاستنساخ- الخلايا الجذعية- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، 427.

**المطلب الثاني:** مشروعية استخدام الخلايا الجذعية.

**المطلب الثالث:** الضوابط المقترحة لترشيد استخدام الخلايا الجذعية.

### **المطلب الأول: مفهوم الخلايا الجذعية.**

سيتم تناول المفهوم القانوني للخلايا الجذعية بإيضاح المعنى اللغوي و الاصطلاحي و الطبي لبعض المصطلحات الطبية التي سيتم التطرق إليها أثناء الحديث عن الخلايا الجذعية ثم بيان أنواع خلايا جسم الإنسان من خلال تبيان الخلايا الجذعية الجينية و الخلايا الجذعية البالغة و عرض مصادر أخرى لهذه الخلايا.

### **الفرع الأول: تعريف الخلايا الجذعية.**

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي و الاصطلاحي و الطبي للخلايا الجذعية.

### **أولاً: تعريف الخلايا الجذعية في اللغة.**

الخلايا الجذعية مصطلح علمي يتكون من كلمتين (الخلية - الجذع).

**والخلية في اللغة:** من خلا المنزل من أهله (يخلو) (خلوا) و(خلاء) فهو خال و (أخلى) بالألف فهو (مخل) و(أخليته) جعلته خالياً، ووجدته كذلك<sup>1</sup>، و الخلية في علم الأحياء هي وحدة بنيان الأحياء من نبات أو حيوان.<sup>2</sup>

1- المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرافعي، تأليف أحمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفي عام 770 هـ، المكتبة العلمية، ب.س.ن، نقلاً عن: إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية و أثرها على الأعمال الطبية و الجراحية من منظور إسلامي - دراسة فقهية مقارنة -، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص.17.

2- المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) (1-263) ط1405، 03 هـ، مطابع الأوقست، المعجم الوجيز (مجمع اللغة العربية) طبعة وزارة التربية و التعليم، ص.2010.

و **الجدع**: المراد به جذع النخلة، وقيل ساق النخلة، و الجمع أجداع و جذوع، وقيل: لا يبين لها جذع حتى يبين ساقها<sup>1</sup>، الجذع بالكسر ساق النخلة، و قال بعضهم لا يسمى جذعا إلا بعد يبسه، و قيل بعد قطعه، وقيل لا يختص باليابس و لا بما قطع.<sup>2</sup>

و بإضافة كلمة الخلية إلى كلمة الجذع يتضح أن الخلية الجذعية هي: الخلية الأولية التي يتكون منها جسم الإنسان و الحيوان و النبات.<sup>3</sup>

## ثانيا: تعريف الخلايا الجذعية في الاصطلاح.

بالرجوع إلى القضايا الفقهية المعاصرة، فقد عرفها علماء الفقه الإسلامي المعاصر بعدة تعريفات منها:

### التعريف الأول:

أنها خلايا غير متميزة، لها القدرة على الانقسام و التكاثر و تجديد نفسها، لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة أو إنشاء أعضاء متكاملة.<sup>4</sup>

### التعريف الثاني:

هي مجموعة من الخلايا موجودة في الجنين الباكر ثم يقل عددها تدريجيا بعد ذلك و تستمر في الإنسان البالغ في مواضع معينة.<sup>5</sup>

## ثالثا: تعريف الخلايا الجذعية في الطب.

---

1- لسان العرب لابن منظور (1-576) مادة جذع، مكتبة دار المعارف، ب.س.ن، المعجم الوجيز، ص.97.  
2- شرح القاموس المسمى تاج العروس من جواهر القاموس للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسين الوسطى الذبيدي الحنفي (5-298) فصل الجيم باب العين، ط1، ب.س.ن، نقلا عن: إيمان مختار مصطفى المرجع السابق، ص.18.  
3- إيمان مختار مصطفى، المرجع السابق، ص.18.  
4- محمد رأفت عثمان، القضايا الفقهية المعاصرة - الاستنساخ العلاجي -، ج1، كلية الشريعة و القانون، القاهرة، 2006، ص.82.  
5- نفس المرجع و الصفحة.

تعرف الخلايا الجذعية عند أهل الاختصاص بعدة تعريفات:

### التعريف الأول:

هي الخلايا الرئيسية في جسم الإنسان، والتي تتجدد باستمرار وتتحول إلى خلايا تعتبر الأساس، لجميع أنسجة الجسم و أعضائه و أنظمة المناعة فيه.<sup>1</sup>

### التعريف الثاني:

هي مجموعة من الخلايا لها القدرة الكاملة للتحول إلى أي نوع من أنواع خلايا الجسم وفق معاملات بيئية محددة في المختبر.<sup>2</sup>

### التعريف الثالث:

أن الخلايا الجذعية هي نوع من الخلايا التي لها القدرة على الانقسام و التكاثر، وتجديد نفسها لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة.<sup>3</sup>

### التعريف الرابع:

أنها خلايا جنينية غير متميزة، تتكون في مراحل النمو الأولى للنطفة بحيث لا يزيد عدد الخلايا على أكثر من مائة خلية، ومن هذه الخلايا يتكون جنين أو إنسان كامل.<sup>4</sup>

و قد اكتشفت الخلايا الجذعية في بادئ الأمر من خلال أجنة بشرية في أواسط التسعينات ووجودها يقتصر على الأسبوع الأول من عمر الجنين، عندما يكون متكل من كرة تحتوي على

---

<sup>1</sup> — صالح بن عبد العزيز، بحث مقدم في الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة، مجلة الإعجاز العلمي، ع1422، 11هـ، ص28 و ما بعدها.

<sup>2</sup> — صالح بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص21.

<sup>3</sup> — صديقة العوضي، ما دور الخلايا الجذعية في علاج الأمراض الوراثية؟ وما المشاكل التي تعترض ذلك؟ وما هي وسائل تجنبها؟ ملخص أبحاث ندوة الخلايا الجذعية، ب.م.ن، ب.س.ن، ص49، نقلا عن: إيمان مختار مصطفى، المرجع السابق، ص21.

<sup>4</sup> — إيمان مختار مصطفى، المرجع السابق، ص21.

مائة خلية، وفيما بعد تبدأ الخلايا في التمايز، وتتحول إلى خلايا دماء و أعصاب، وعضلات، وعظام، و المئات من أنواع الخلايا الأخرى.<sup>1</sup>

و يقول أحمد رجائي الجندي فيما يتعلق بهذا الصدد: >> إن نجاح استخدام الخلايا الجذعية يعتبر نقلة نوعية و ثورة جديدة في عالم الطب و العلاج، و ستتغير نظرية العلاج و النظرة إلى المرض و المريض<<.<sup>2</sup>

من خلال ما سبق يمكن القول: بأن الخلايا الجذعية كما تفيد عبارات اللغة، وما اصطلح عليه العلماء المعاصرين، و الأطباء هي مجموعة من الخلايا لها القدرة على النمو و التكاثر و التطور و التمايز، هذه الخلايا تتحول مع تطور الجنين إلى خلايا دماغ و أعصاب و قلب و مئات الأنواع من الخلايا الأخرى التي تشكل الأعضاء في النهاية.<sup>3</sup>

مما سبق الإشارة عن الحديث لمفهوم الخلايا الجذعية، سيتم إلقاء الضوء على أنواع الخلايا الجذعية و ذلك في ثلاثة فروع وهي الخلايا الجذعية الجينية و الخلايا الجذعية البالغة و أخيرا مصادر أخرى للحصول عليها.

## الفرع الثاني:أنواع الخلايا الجذعية.

الخلايا الجذعية لها القدرة على الانقسام لإنتاج أكثر من نوع من الخلايا على خلاف الخلايا الأخرى؛ و التي تنقسم لإنتاج خلايا مشابهة تماما للخلية الأم، و يوجد في الإنسان عدة أنواع من الخلايا الجذعية، منها الخلايا التي لها القدرة على إنتاج عدد من الخلايا المختلفة، ولكنها لا تصل إلى إنتاج أنسجة، مثل تلك التي توجد في نخاع العظام، لإنتاج الخلايا المكونة للدم

1- زكريا أحمد الشربيني، صناعة الأطفال >>الطفل بين الجينوم و البيئة و المورثات و الاستتساخ بين العلم و الدين<<، ط01، دار الفكر العربي، ب.م.ن، 2003، ص.161.

2- عبد الهادي مصباح، المرجع السابق، ص.14.

3- إيمان مختار مصطفى، المرجع السابق، ص.24.

و هذه الخلايا توجد لدى البالغين، وخلايا لها القدرة على الانقسام لإنتاج أنسجة، وبالتالي في أعضائه الموجودة في الأجنة، ولذلك سيتم عرض أنواع الخلايا بشيء من التفصيل.<sup>1</sup>

### أولاً: الخلايا الجذعية الجينية.

الخلايا الجذعية الجينية تأتي من الجنين البشري في أولى مراحل تكوينه، وهي خلايا جذعية لها القدرة على التمايز<sup>2</sup>، والتكاثر في المختبر إلى ما لا نهاية، طالما أنها تركت في حالة غير متميزة، و يمكن لهذه الخلايا أن تتحول إلى أكثر من 200 نوع من الأنسجة المختلفة ولذلك تسمى بالخلايا متعددة القدرات، ولها القدرة على التحول إلى كافة أنواع خلايا الإنسان، ويمكنها أن تتحول إلى أعضاء أو أنسجة للجسم البشري.<sup>3</sup>

كما أنها تسمى أيضا الخلايا الجذعية متعددة الفعالية و تكون في مرحلة الجنين الباكر. ولها القدرة على إعطاء العديد من أنواع الخلايا، وليس كل أنواع الخلايا لازمة لتكوين الجنين لأن فعاليتها، وقدرتها ليست كاملة، لذلك فهي لا تعتبر أجنة و لا تستطيع تكوين جنين كامل لأنها غير قادرة على تكوين المشيمة و الأنسجة الداعمة الأخرى التي يحتاج إليها الجنين خلال عملية التكوين، على الرغم من قدرة هذه الخلايا على تكوين نوع آخر من الخلايا الموجودة داخل الجسم.<sup>4</sup>

و لا يتم الحصول على الخلايا الجذعية من تلقح طبيعي يتم في رحم المرأة مطلقا، ولكن يتم في المختبرات للحصول على البويضات التي يجري في العادة إتلافها ضمن الفائض من عملية

<sup>1</sup>- ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص.438.

<sup>2</sup>- Guidelines for human Embryonic Stem Cell Research, Advance Copy Not for public release Before : «Tuesday, april 26, 2005 » WWW, national\_academies.org. p.24.

نقلا عن: ميرفت منصور حسن.

<sup>3</sup> - لعربي أحمد بلحاج، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، مجلة الدعوة، ع18، ب.د.ن، ب.م.ن، ديسمبر 2002، ب.ص، نقلا عن: ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص.439.

<sup>4</sup> - http :stemcells.nih.gov.info.basics3.asp. 3\_6 .2008.

الإخصاب الصناعي خارج الرحم لعلاج العقم، بعد أخذ الموافقة الخطية من أصحاب الشأن على وهبها لإجراء التجارب، حتى لا تتحول إلى عملية تجارية.

فلا يمكن وضع و لا تصور الأجنة البشرية الحية إلا بالطرق التي تساعد على تقدم الطب و العلاج و التنازل، و عارضت الجماعات المناهضة للإجهاض استخدام الأجنة البشرية للدراسة و التجارب لما في ذلك من امتهان لكرامة الإنسان، كما أن هذه الأبحاث التي تهدف أساسا إلى الحفاظ على حياة الإنسان ليس من المعقول أن تتم على حساب حياة إنسان آخر و لو كان في الأيام الأولى من تكوينه فينظر إليه كجنين بشري، ونتيجة لذلك أي بحث يتطلب تدمير الأجنة البشرية غير مقبول.

و نص على ذلك القانون الجنائي الفرنسي في المادة 1511 فقرة 10 و أيضا تقنين الصحة العامة نص في المادة 2152 على أن الحصول على الأجنة البشرية مقابل مال - أيا كان الشكل الذي يؤخذ به هذا المال - يعاقب بعقوبة سبعة سنوات سجن و مليون يورو غرامة كما نص في المادة 511 فقرة 17 من التقنين الجنائي و المادة 2162 من تقنين الصحة العامة على أن إجراء أي عملية على الأجنة البشرية الحية لأغراض تجارية يعاقب بسبع سنوات سجن و يورو غرامة.<sup>1</sup>

و قد تعرضت هذه الخلايا إلى انتقادات حادة حيث ثبت، أنه أصبح من المسلمات اليقينية في ضوء العلم الحديث، أن بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة ليكونا البويضة الملقحة.<sup>2</sup>

يستنتج مما سبق، أنه يمكن تعريف الخلايا الجذعية الجنينية، بأنها الخلايا التي تستخرج من الأجنة التي يتم الحصول عليها في غير حالات الحمل الطبيعي، مثل حالات أطفال الأنابيب و الحقن المجهري، ثم يتبرع بها لأغراض البحث مع ضرورة الحصول على الموافقة المستتيرة

<sup>1</sup> - Art 2152code de la sante publique, aussi art1511-15code pénal.

[http : www.legifrance.gouv.fr/affich/Code/Article.do : jsessionid ,26/02/2010.](http://www.legifrance.gouv.fr/affich/Code/Article.do?jsessionid=26/02/2010)

<sup>2</sup> - محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية و القانونية للتدخل في عوامل الوراثة و النكاث، ط1 ب.د.ن، 2002، ص.163.

من الجهات المانحة، فهذه الأجنة لا تكون مشتقة من البويضات المخصبة في جسم المرأة، ولكن من خلايا منشأ جنينية بشرية تبلغ من العمر عادة أربعة أو خمسة أيام.<sup>1</sup>

## ثانياً: الخلايا الجذعية البالغة.

هي خلايا لها القدرة على الانقسام و التمايز لخلايا مختلفة، ويمكن الحصول عليها من أنسجة الإنسان البالغ أو الأطفال.<sup>2</sup>

و الخلايا الجذعية البالغة،<sup>3</sup> هي خلايا غير متميزة، وجدت بين خلايا متباينة في نسيج أو عضو يمكن أن تجدد نفسها و يمكن التنازل عن بعضها، وهي من أصل خلايا المنشأ لدى البالغين في بعض الأنسجة الناضجة و من نخاع العظمي، التي استخدمها العلماء في عمليات الزرع.

وتختلف الخلايا الجذعية البالغة عن الخلايا الجذعية الجنينية، من حيث قدرة خلاياها على التمايز لمجموعة معينة من الخلايا، وذلك بحسب النسيج الذي أخذت منه فمثلا الخلايا الجذعية المكونة للدم تستطيع التمايز إلى أحد خلايا الدم، وهي قليلة عند البالغين<sup>4</sup>، وهي بالغة لأنها تختلف عن الجنينية بحكم كونها غير قادرة على إعطاء كل الأنماط الخلوية في الجسم البشري، فهي خلايا غير متميزة، تتواجد في النسيج المختلفة، تعطي خلايا من نفس الأنماط الخلوية لنسج أخرى، ووظيفتها هي تعويض الخلايا الميتة أو المصابة.

تتواجد هذه الخلايا في أنسجة جسم الإنسان، وهي عبارة عن خلايا جنينية تنشأ منها خلايا الجسم المختلفة، وتستطيع التحور في الإنسان البالغ لتأخذ شكل أي خلية في عضو مصاب بالجسم، ليتكون نسيج خلوي جديد يعطي الجسم المصاب و يقوم بنفس وظيفته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص.443.

<sup>2</sup> - [http://www.afm.france.org/e.upload/doc/point\\_cellules\\_souches.do](http://www.afm.france.org/e.upload/doc/point_cellules_souches.do)

<sup>3</sup> - <http://www.americanheart.org/presenter.jhtml?identifier=475>.

<sup>4</sup>- ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص.444.

<sup>5</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

و تسمى بالغة لأنها<sup>1</sup> توجد في الأنسجة التي سبق و أن اختصت، كالعظام و الدم و الخلايا  
الذهنية أو من غيرها، وهذه الخلايا مهمة لإمداد الأنسجة بالخلايا التي تموت كنتيجة طبيعية  
لانتهاؤ عمرها المحدد في النسيج.<sup>2</sup> وحتى الآن لم يتم اكتشاف جميع الخلايا الجذعية البالغة  
في جميع أنواع الأنسجة.

و أهم ما يميزها أن الجسم لا يرفضها حيث إن هذه الخلايا من المريض نفسه، وليست غريبة  
عنه لتقوم أجهزته المناعية برفضها و طردها من الجسم فهي من المريض و إليه،  
وتستخدم هذه التقنية في علاج مرض السكر و سرطان الدم و الشلل، وتحلل الأنسجة في  
أطوار الشيخوخة.<sup>3</sup>

و يلاحظ أن، الخلايا الجذعية الجنينية أفضل من الخلايا الجذعية البالغة للأسباب التالية:

- الخلايا الجذعية البالغة توجد بكميات قليلة مما يجعل من الصعب عزلها، ويقل عددها  
كلما تقدم العمر بالإنسان، وليس لها نفس القدرة على التكاثر الموجودة في الخلايا الجنينية.
- الخلايا الجذعية الجنينية قادرة على التحول إلى جميع أنواع الأنسجة الموجودة في جسم  
الإنسان، بينما الخلايا الجذعية البالغة لا تتمتع بهذه، القدرة من التحول و قدرة هذه الخلايا  
على إنتاج أي نوع من الأنسجة تعتمد على مصدرها، وعلى أعدادها المحدودة في جميع  
خلايا الجسم، ويقوم دورها على تجديد الأنسجة التي تنتمي إليها.<sup>4</sup>

1- العربي أحمد بلحاج، المرجع السابق، ص.25.

2- أيمن مصطفى الجمل، إجراء العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر و الإباحة، دار الفكر الجامعي  
الإسكندرية، 2010، ص.220.

3- ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص.445.

4- اكتشف فريق من الباحثين الإيطاليين نوعا من الخلايا الجذعية الموجودة في الأوعية الدموية يمكن استخدامها في  
تجديد العضلات. وقد قام العلماء بمعهد أبحاث الخلايا الجذعية، بإجراء تجارب على أحد فئران التجارب المصابة بصورة  
من صور مرض ضمور العضلات التي تتسبب في تدمير العضلات. ووجدوا أن خلايا الأوعية الدموية الجذعية المعدلة  
وراثيا، لديها القدرة على تجديد و توليد أنسجة عضلية جديدة في الفأر، و لأن الخلايا الجذعية هي الخلايا الرئيسية، التي  
يمكن تحفيزها لتنمو في أنواع مختلفة من الأنسجة، فقد تصور العلماء عملية لجمع الخلايا الجذعية من الأوعية الدموية  
لمريض بشري، ثم تعديلها وراثيا في مختبر، وبعد ذلك يتم حقنها مرة أخرى في مجرى الدم، وتوصل العلماء إلى أن هذه  
العملية سوف تؤدي تحويل الخلايا لعضلات، ثم تبدأ في إنتاج خلايا عضلية سليمة و صحية، و أضافوا أن الجسم لن  
يرفض هذه الخلايا لأن منشأها من جسم المريض نفسه.

### ثالثاً: مصادر أخرى للخلايا الجذعية.

و يعتبر دم الحبل السري عند الولادة مباشرة من أشهر الخلايا الجذعية، وهذه الخلايا متعددة القدرات ولها العديد من المزايا مقارنة بالخلايا الجذعية البالغة ، ويمكن الحصول عليها من مشيمة حديثي الولادة، وخلايا المشيمة أو الحبل السري الذي يقوم على تغذية الجنين طوال فترة الحمل وهي من أهم المصادر المتاحة للحصول على الخلايا الجذعية ويعتبر الأسلوب الأفضل و الأمثل كمصدر مهم للبحث العلمي و العلاجي.

و كشفت التجارب العلمية أن الحبل السري للجنين يحتوي على كمية كبيرة من الخلايا الجذعية، و التي يمكن أن يستفيد منها الطفل أو أحد أفراد أسرته إذا تم الاحتفاظ به بعد الولادة من خلال سحب الدم الموجود فيه و حفظه في احد بنوك الخلايا الجذعية وقد أثبتت الأبحاث الحديثة التي نشرت مؤخراً في الدوريات العلمية أن دم الحبل السري يمكن أن يعالج بنجاح العديد من الأمراض الخطيرة، مثل سرطان الدم و سرطان الثدي و الرئة، بالإضافة إلى بعض الأمراض الأخرى.

وهذه الخلايا شبيهة بخلايا نخاع العظام، وهي خلايا تعين الإنسان على إنتاج خلايا العظام و العضلات إضافة إلى خلايا الكبد و الخلايا التي تشكل بطانة الأوعية الدموية ومن مميزات دم الحبل السري<sup>1</sup>:

- أن خلايا دم الحبل السري ثبت أنها تختلف عن الخلايا المأخوذة من المشائم أو من الأجنة المجهضة، في كونها تعالج جميع أنواع السرطان، كما تتمتع بقابلية على مقاومة ظروف التجميد لسنين طويلة.
- أن لديها القدرة على التطور إلى أي نوع من الخلايا الجذعية لكونها ذات قدرة تناسلية متعددة.

<sup>1</sup>- ميرفث منصور حسن، المرجع السابق،ص.448.

- الخلايا الجذعية التي تؤخذ من الحبل السري كثيرة العدد، فقد يصل عددها إلى 200 مليون خلية.
- استخلاص الخلايا الجذعية من دم الحبل السري سهل و خال من المخاطر.
- دم الحبل السري جاهز فور الاحتياج إليه.
- لا يحتوي دم الحبل السري على أورام و على حد كبير خال من الفيروسات.
- يقبل الجسم دم الحبل السري في عمليات الزرع على نحو أفضل من الخلايا الجذعية البالغة، سواء كان المتلقي من أقارب المتبرع أو من غير أقاربه.
- يستفيد من هذه الخلايا، الطفل، و إخوته بالولادة، و الأقارب من الدرجتين الأولى و الثانية بما في ذلك الجد و الجدة و الخال و العم و العممة، وتجرى التجارب على إمكانية الاستفادة أي شخص من هذه الخلايا.

و نتيجة لاهتمام الباحثين بدماء الحبل السري أنشئت بنوك لحفظ الدم و المشيمة و التي بدأت تأخذ طريقا جديدا من خلال اكتشاف فوائد دم الحبل السري الذي يعتبر أحد معجزات الولادة، وأصبح يمثل أملا جديدا في إنقاذ حياة الآلاف من المرضى، مما أدى إلى حفظه في ظروف خاصة للاستفادة منه في علاج الكثير من الأمراض و يبشر استعمال الحبل السري بآفاق جديدة في عالم الطب<sup>1</sup>، و يمكن حفظ هذه الخلايا في بنوك عامة و خاصة، و يوجد في معظم الدول العربية شركات خاصة لحفظ الخلايا لمن يرغب بمقابل أجر، ويتم في هذه البنوك إجراءات تضمن عدم العبث بالخلايا، كما أنه يمكن لصاحبها أن يتابع أخبارها و أحوالها، كما يتابع رصيده من المال في البنك<sup>2</sup>.

بعد الحديث عن مفهوم الخلايا الجذعية و تبيان أنواعها على كل حدى، سيتم التطرق إلى موقف التشريعات والفقهاء الإسلاميين من التجارب على الخلايا الجذعية و مشروعيتها استخدامها.

<sup>1</sup> - <http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics3.asp>. 3.6.2008.

<sup>2</sup> - [http://www.chercheurs.afm.france.org/e\\_upload/pdf/point-reprogram.3.5.2009](http://www.chercheurs.afm.france.org/e_upload/pdf/point-reprogram.3.5.2009).

## المطلب الثاني: مشروعية استخدام الخلايا الجذعية.

لقد أدى اكتشاف الخلايا الجذعية و إمكانية استعمال تقنية الاستنساخ لزراعة الخلايا الجذعية إلى جدل كبير بين العلم و الدين و القيم الإنسانية، منذ اكتشافها<sup>1</sup>.

ومما يزيد من شدة هذا الجدل الفراغ التشريعي الذي مازال يحيط بهذا الاكتشاف البيولوجي المهم، والاستخدامات الطبية و العلاجية المحتملة لها، ويلاحظ أن دول العالم الآن تنقسم تقريبا إلى ثلاثة أقسام، جانب يؤيد هذه التجارب و يحث عليها و يقدم بعض الدعم المادي لإجرائها، وجانب متحفظ عليها و يرفضها تماما، وجانب يؤيدها أو على الأقل يتيح لها التمويل اللازم بدعوى أن السند القانوني لهذه الأبحاث يكمن في سعيه خدمة علاج المرضى<sup>2</sup>.

و قد أجاز البرلمان البريطاني في عام 1990 م القيام بالبحوث على الأجنة البشرية، كما أن تقرير هيئة الإخصاب و الأجنة البشرية في 1998/12/08 و تقرير مؤسسة روزلين في 2000/08/01 م ، طالب بالموافقة على الاستنساخ البشري للأغراض العلاجية باستخدام الخلايا الجينية الجذعية، وهو ما تميل إليه الحكومة البريطانية منذ سنة 2000<sup>3</sup> فعلى الرغم من كل هذه المزايا للخلايا الجذعية، إلا أنها تثير العديد من المخاوف الأخلاقية و الإنسانية مما اضطر العديد من الدول المتقدمة لوضع تشريعات تحدد مدى شرعية هذه التجارب العلمية نعرضها على النحو التالي:

### الفرع الأول: موقف التشريعات من استخدام الخلايا الجذعية.

سيتم التطرق في هذه المسألة إلى موقف كل من المشرع الفرنسي و المصري ثم التشريع الجزائري من استخدام الخلايا الجذعية.

### أولا: موقف التشريع الفرنسي من استخدام الخلايا الجذعية.

1- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.57.

2- ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص.451.

3- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.57.

صاغ المشرع الفرنسي، قانون سنة 1975 م وتعديله اللاحق سنة 1994 م الذي انطلق من القاعدة الدستورية، التي تنص على احترام الحياة الإنسانية منذ بدايتها، ومنه جاءت نصوص مواد قانون علم الحياة الأخلاقي، الذي ينص على منع أي تجارب تجري على الجنين البشري مما يعني أن التلاعب بأجنة الأنابيب لأغراض بحثية تعد من المحظورات التي يعاقب عليها القانون مما يعني منع الاتجار بالأجنة أو استخدامها لأغراض صناعية أو صيدلانية أو دوائية تخص إنتاج العقاقير.<sup>1</sup>

و أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرار في 27 يوليو سنة 1994 م نص فيه على عدم جواز اعتبار الأجنة البشرية الحية وسيلة لأغراض بحثية، وذلك احتراماً لمبدأ حماية الكرامة الإنسانية للكيان البشري، و المشرع الفرنسي خصص المواد من 672 مكرر 01 إلى 672 مكرر 14 من تقنين الصحة العامة لمسألة استئصال الأنسجة و الخلايا و منتجات الكيان الجسدي، و أوضح طرق التطبيق في مرسوم مجلس الدولة.<sup>2</sup>

وعملية استئصال الأنسجة و الخلايا لا يمكن أن تتم إلا في مؤسسة صحية حاصلة على ترخيص إداري قابل للتجديد كل خمس سنوات حسب نص المادة 672 مكرر 07 من تقنين الصحة العامة و يتوقف هذا الترخيص على الإمكانيات الفنية الصحية و الطبية لهذه المؤسسة و حسن سير العمل فيها المنصوص عليها في مرسوم مجلس الدولة في المادة 672 مكرر 09 من نفس التقنين، وفي حالة المخالفة يتعرض مرتكبها إلى متابعة جزائية.<sup>3</sup>

### ثانياً: موقف التشريع المصري من استخدام الخلايا الجذعية.

لقد أكد نقيب أطباء مصر بأن الخلايا الجذعية تعتبر خلايا جديدة لا يعرف أحداً إن كانت ستسير بشكل منضبط أم لا، بعكس بعض الأطباء الأكاديميين بأن موضوع الخلايا الجذعية يشكل حلاً فورياً للتغلب على مشكلة الرفض المناعي و أكد النقيب حمدي السيد وجهة النظر

<sup>1</sup> - <http://www.legifrance.gouv.fr/affich> Texte Article.do:jsessionid.

<sup>2</sup> - ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص. 452-453.

<sup>3</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

الطبية بشأن الخلايا الجذعية، بقوله أن القضية تحتاج إلى نقاش على المستوى المحلي و العالمي لا سيما بعد أن أفرج الرئيس الأمريكي أوباما عن أبحاث الخلايا الجذعية، بعد ما كانت عليه في السابق باعتبار أن هناك محاذير كثيرة دينية و أخلاقية.<sup>1</sup>

و يعتبر التعجل في مسألة زرع الخلايا الجذعية مرفوض تماما، فهذه الخلايا سواء كانت تؤخذ من الحبل السري أو بويضات ملقحة أو من جنين مجهض و غير ذلك من الأمور الكثيرة المرتبطة بالخلايا الجذعية التي يتخفى بعضها وراء الأخلاق و هي بعيدة عنها.<sup>2</sup>

و أكد النقيب أن نقابة الأطباء المصرية ستصدى لأي طبيب يتسرع في هذا المجال الجديد و الخطير و يقوم بالتجارة بأحلام و آمال المرضى البسطاء من أجل الربح.<sup>3</sup>

و كخلاصة لا يجوز طبقا للتشريع المصري إجهاض الأجنة من أجل استخدامها في التجارب الطبية أو كقطع غيار بشرية، ذلك لأن للنفس البشرية حرمة تتحقق للجنين منذ لحظة الإخصاب.<sup>4</sup>

### ثالثا: موقف التشريع الجزائري من استخدام الخلايا الجذعية.

لقد تطرقت إلى هذه المسألة المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها: >> يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز<<<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - <http://www.alittihad.ae/details>.

أطلع عليه بتاريخ: 12 أكتوبر 2017، على الساعة 17.20.

<sup>2</sup> - <http://www.ahewar.org>.

أطلع عليه بتاريخ: 17 أكتوبر 2017، على الساعة 17.55.

<sup>3</sup> - <http://www.youm7.com>.

أطلع عليه بتاريخ: 19 أكتوبر 2017، على الساعة 13.14.

<sup>4</sup> - ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص. 462.

<sup>5</sup> - القانون 85-05، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، المرجع السابق.

و من استقراء هذه المادة يتضح أن موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة جاء متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية و مع الاتجاه الذي صارت عليه الكثير من التشريعات و القاضي بمنع الاقتطاع من أجسام القصر.<sup>1</sup>

وطبقا للمادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المشار إليها أعلاه، يمنع الاقتطاع ليس فقط للقصر و إنما كذلك من الأشخاص الراشدين المحرومين من نعمة الإدراك كالمجنون أو السفية أو المعتوه. و من ثم يخضع هؤلاء في تصرفاتهم لنظام الولاية أو الوصاية المنصوص عليها في التشريع. فلا يمكنهم الخضوع للأعمال الطبية أو العلاجية إلا بموافقة الولي أو الوصي المسؤول عن رعايتهم. أما اقتطاع الأعضاء من أجسام هؤلاء فهو محظور أصلا، ولا يجوز توقيعه على هذه الطائفة سواء بموافقة الولي أم لا.

و على هذا الأساس يستبعد في القانون الجزائري القاصر أو من في حكمه في مجال عمليات نقل الأعضاء.<sup>2</sup>

من جهتنا نرى أن هذا الموقف يحقق الحماية القانونية اللازمة للقاصر أو من في حكمه لأن الموافقة على نقل الأعضاء تصرف خطير يحتاج إلى تخمين طويل و إلى استعداد نفسي لدى المتبرع و هو ما يفتقر إليه القاصر. فليس من العدل أن يعرض الولي أو الوصي إنسان قاصر إلى هذه التجربة و لو برضاه لأنه لا يدرك في الحقيقة عواقب ما هو مقبل عليه على المدى البعيد و عليه فإن قرار حظر الاقتطاع من أجسام القصر قرار صائب.<sup>3</sup>

غير أنه يعاب على التشريع الجزائري عدم إجازته الاستثنائية لعمليات نقل النخاع الشوكي من القصر رغم أنها مادة متجددة في الجسم البشري كالدّم و غيره، ولا يشكل اقتطاعها أي مشاكل صحية بالنسبة للمتبرع و لو كان قاصرا، مع العلم أنه يشترط من الناحية الطبية التوافق

<sup>1</sup> - و تطبيقا لهذه المادة لا يجوز للزوجة القاصرة أن توافق على الاقتطاع من جسدها و لو كان ذلك لفائدة أحد أبنائها لأن الزواج في القانون الجزائري، وعلى خلاف القانون الفرنسي لا يرشد القاصر.

<sup>2</sup> - مامون عبد الكريم، حق الطفل في الاستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء و الأنسجة المتجددة و الاستئساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، ع12، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص300.

<sup>3</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

النسجي بين المتبرع و المستقبل في هذا النوع من النقل و هو أمر ممكن بين الإخوة. فبإمكان القاصر أن ينقذ أخاه أو أخته من الهلاك عن طريق نقله لهذه المادة المتجددة لديه. إذ كثيرا ما نسمع أو نشاهد في وسائل الإعلام أطفالا أنقذوا إخوانهم من الموت عن طريق عمليات نقل من هذا القبيل<sup>1</sup>.

و عليه بإمكان المشرع الجزائري، وعلى غرار نظيره الفرنسي، أن يجيز مثل هذه العمليات إلا إذا كانت غير ممكنة من الناحية العملية في الجزائر، ويحدد الضوابط القانونية اللازمة لها كاشتراط أن تقتصر عملية النقل من القاصر على النخاع الشوكي، و اشتراط رابطة الأخوة بين المتبرع و المستقبل لمنع الاتجار بهذه المادة، تحديد سن معين للمتبرع، وكذا الحصول على الموافقة الكتابية أمام جهة مختصة.

بعد عرض موقف التشريعات من مسألة استخدام الخلايا الجذعية، سيتم التطرق إلى موقف الشريعة الإسلامية من هذه العمليات.

## الفرع الثاني: مشروعية استخدام الخلايا الجذعية في الشريعة الإسلامية.

إن الإسلام من مقاصده الأساسية حفظ النفس و النسل، ومما لا شك فيه أن البحوث العلمية قد تطورت تطورا كبيرا في الآونة الأخيرة، و امتد هذا التطور إلى إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية، مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تدميرها، وهو أمر يرفضه الإسلام و ذلك لقوله تعالى: << مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا >><sup>2</sup>.

فالجنين الآدمي له حرمة، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز إجهاض جنين من أجل استخدام خلاياه و استثمارها تجاريا، كأن تباع لإجراء تجارب عليها و استخدامها كبديل لزرع الأعضاء و استخراج بعض العقاقير منها، فإسقاط الحمل، دون عذر شرعي محرم شرعا و يعد جناية

1- مأمون عبد الكريم، حق الطفل في الاستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء و الأنسجة المتجددة و الاستنساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، المرجع السابق، ص.300.

2- سورة المائدة، الآية رقم 32.

تعاقب عليها الشريعة الإسلامية لقوله سبحانه: >> وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ  
وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا <<.1

لذا سيتم التطرق في هذه المسألة إلى موقف المجمع الفقهي الإسلامية استخدام الخلايا  
الجدعية و موقف الأزهر الشريف و أخيرا عرض بعض آراء للفقهاء المتعلقة ببحوث الخلايا  
الجدعية.

### أولا: موقف المجمع الفقهي الإسلامية من استخدام الخلايا الجذعية.

إن الفقه الإسلامي يعارض بقوة تجارب قتل الأجنة البشرية أي إبادتها و إهلاكها لاستخلاص  
الخلايا الجذعية، بدعوى خدمة الإنسان، أو تحت غطاء أو مبرر علمي بدعوى خدمة العلاج  
بالخلايا؛ باعتبارها إهانة و تلاعبا بالجنين الآدمي الذي كرمه الله عز و جل، وهو أمر لا  
يمكن تبريره لاعتبارات الشرعية و الأخلاقية و الإنساني.<sup>2</sup>

فإنه لا يجوز استنساخ الأجنة الآدمية للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية، كما أنه لا  
يجوز التبرع بالنطف المذكرة أو المؤنثة، أو القيام بالإجهاض العمدي أو الإجرامي لإنتاج  
بويضات مخصبة تتحول بعد ذلك إلى جنين، بغرض الحصول على الخلايا الجذعية منه.<sup>3</sup>

و على هذا الأساس، قرر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته 17  
في شهر ديسمبر 2003 م، المنعقدة بمكة المكرمة، بأنه يجوز الحصول على الخلايا الجذعية  
الجنينية بهدف العلاج و إجراء تجارب طبية علمية، إذا كان مصدرها مباحا  
أو مشروعاً، كالحبل السري و كذا من الأطفال البالغين إذا أذنوا بذلك و بدون ضرر عليهم.<sup>4</sup>

1- سورة الإسراء، الآية رقم 31.

2- العربي بلحاج، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة  
مقارنة -، د.م.ط، وهران، 2011، ص.70.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- العربي بلحاج، مشروعية استخدام الخلايا من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، المرجع السابق، ص.34.

إن هذه القنوى التاريخية المشهورة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي أكدت عدم جواز إجراء التجارب و الأبحاث العلمية على الأجنة المستنسخة؛ كما أنها حددت الضوابط الشرعية و الأخلاقية لبحوث الخلايا الجذعية.<sup>1</sup>

لذا سيتم عرض من خلال القرارات الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي في هذا الشأن وذلك على النحو التالي:

### 1- موقف مجمع الفقه الإسلامي لسنة 1990م.

جاء القرار واضح لمجمع الفقه الإسلامي بشأن هذا الموضوع فقرر تحريم الإجهاض المتعمد من أجل الاستفادة من أعضاء الجنين و منها الخلايا الجذعية.<sup>2</sup>

فقد نص القرار على أنه: >> لا يجوز استخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر، إلا في حالات بضوابط لا بد من توافرها و هي:

- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد، و الإجهاض للعدر الشرعي ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.
- إذا كان الجنين قابلا لاستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، و إذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم 01 للدورة الرابعة لهذا المجمع وهو انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا.
- لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.
- لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة.

1- العربي بلحاج ، مشروعية استخدام الخلايا من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، المرجع السابق، ص.34.

2- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.83.

و الخلاصة انه يجوز الانتفاع بالخلايا الموجودة في الحبل السري و قد صدر عن المجمع الفقهي بمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار بهذا الخصوص<sup>1</sup>.

## 2- موقف مجمع الفقه الإسلامي لسنة 2003م.

تناول مجلس مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة بمكة المكرمة سنة 2003 م موضوع نقل و زراعة الخلايا الجذعية بتفصيل مصادر تلك الخلايا و بما يتفق مع توصيات المنظمة في ندوتها السادسة سنة 1989 م.

و قد جاء في القرار الثالث من قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي بتاريخ 2003-12-17 مايلي:

الخلايا الجذعية هي خلايا المنشأ التي يخلق منها الجنين، و لها القدرة في تشكل مختلف أنواع خلايا جسم الإنسان، و قد تمكن العلماء حديثاً من التعرف على هذه الخلايا وعزلها وتنميتها، و ذلك بهدف العلاج و إجراء التجارب العلمية المختلفة، و من ثم يمكن استخدامها في علاج بعض الأمراض، و يتوقع ان يكون لها مستقبل و أثر كبير في علاج كثير من الأمراض و التشوهات الخلقية، كالبول السكري و الفشل الكلوي و الكبدي وغيرها.<sup>2</sup>

و أجاز مجمع الفقه الإسلامي الحصول على الخلايا الجذعية و استخدامها بهدف العلاج بشروط الإسلام و أهمها:

- يمنع انتهاك حرمة الجنين الآدمي و لا يسمح بإجراء تجارب الاستساخ البشري و اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب باعتبارها أهم مصدر للخلايا الجذعية.

<sup>1</sup> - المجمع الفقهي بمنظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد بتاريخ 18 جمادى الأخيرة 1418هـ، الموافق لـ 06 فبراير 1988م، نقلاً عن: أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.84.

<sup>2</sup> - أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.87.

واتخذ مجلس مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي قرارا بجواز الحصول على الخلايا الجذعية و تتميتها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية، ولا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية و استخدامها إذا كان مصدرها محرما.<sup>1</sup>

### ثانيا: موقف الأزهر الشريف من استخدام الخلايا الجذعية.

نظمت الجمعية العلمية لكلية طب بنات جامعة الأزهر ندوة علمية بعنوان (زرع الخلايا الجذعية و نقل الأعضاء من منظور إسلامي) بتاريخ 09-05-2009.

و قد أكد شيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي أن قضية زرع الخلايا الجذعية و نقل الأعضاء من القضايا الطبية المستحدثة التي يجب الوقوف عندها طبيا و شرعيا، و يقول أن نقل الخلايا الجذعية من القضايا التي لا تزال محل خلاف و جدل بين الأطباء محليا و عالميا ، لذا فإنه من الصعب حاليا تقديم رؤية شرعية كاملة إلا بعد وجود اتفاق كامل بين الأطباء الثقات على مشروعيتها من عدمه.<sup>2</sup>

و اتفق رئيس جامعة الأزهر الدكتور أحمد الطيب مع ما ذهب إليه شيخ الأزهر و يقول: زرع الخلايا الجذعية قضية جديدة و حديثة لا يعرفها التراث الطبي و الأخلاق الإسلامي و يجب أن يخضع تقييمها للإطار العام لفلسفة الأخلاق في الإسلام حتى يمكن التوصل فيها لما ينفع البشرية و يفيد المرضى و لا يضر بصحتهم العامة، مع ضرورة الالتزام بالسند الأخلاقي و الإسلامي للقيام بأي أعمال لنقل الأعضاء و كذلك بأخلاق مهنة الطب و آدابها و واجبات الطبيب و المريض.

1- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.87.

2- نفس المرجع، ص.89.

و يمكن في هذا الإطار وضع قواعد أخلاقية ملزمة و موثيق شرف و آداب لمهنة الطب فيما يتعلق بنقل الأعضاء و الخلايا الجذعية وفق علاقة طيبة بين الطبيب و المريض و بعيدا عن الاستغلال حماية للإنسان و الإنسانية.<sup>1</sup>

### ثالثا: بعض الآراء الفقهية المتعلقة ببحوث الخلايا الجذعية و الجنينية.

انعقدت بمقر كلية الدراسات الإسلامية حلقة حوارية على مدى يومين بتاريخ 14-2009/10/15 حول الآراء الفقهية المتعلقة ببحوث الخلايا الجذعية و الجنينية و بعض قضايا نقل الأعضاء و شارك فيها مجموعة من الفقهاء و الأطباء، و اتفقوا على ما يلي:

- يعنى بالخلايا الجذعية الخلية غير المتخصصة، و غير المكتملة التمايز، بيد أنها قادرة على تكوين خلية بالغة بعد أن تفعل لتتقسم لعدة انقسامات في ظروف مناسبة.
- تعد الخلايا الجذعية بسبب قدرتها الانقسامية اللامحدودة و تعدد خياراتها مصدرا كاملا للتفكر في مجال الطب العلاجي، و استبدال الأعضاء بعد تلفها.
- توجد الخلايا الجذعية على شكلين هما:

الخلايا الجذعية الجنينية، و الخلايا الجذعية البالغة و التي سبق التطرق إليها سابقا.

و الخلاصة أنه للبحث في مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الناحية الفقهية، يجب شرعا الرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه هذه الخلايا:

- إذا كان مصدر الخلايا الجذعية هو استخدام الفائض من اللقاح و الأمشاج الأدمية بعد إجراء الإخصاب الطبي المساعد.

<sup>1</sup> - <http://www.al-madina.com/node/147530/risala>.

أطلع عليه بتاريخ: 27 أكتوبر 2017، على الساعة 11.15.

فالحكم الشرعي هو:الإباحة، لأن إتلاف هذه البويضات المخصبة ليس في الحقيقة إلا إتلافا لخلايا بشرية لم تتفخ في الروح الإنسانية، ومن ثم كان استخدامها في العلاج و البحث العلمي أولى من إهدارها و ذلك بضوابط أهمها:<sup>1</sup>

- أن لا يزيد عمر البويضة المخصبة على أربعة عشر يوماً، و لا يسمح بنموها إلا مراحل تطور الجنين التالية، و لا مانع من تجميدها و تخزينها على حالها و الاستفادة منها مستقبلاً.

- أن لا يتم زرعها في رحم امرأة أخرى.

- أن لا تستخدم تجارياً بغرض الكسب، غير أنه لا يجوز شرعاً التبرع بالنطف المذكرة أو المؤنثة لإنتاج بويضات مخصبة بغرض الحصول على الخلايا الجذعية منها وحتى لا تختلط الأنساب.

- لا مانع شرعاً من الحصول على الخلايا الجذعية عن طريق الأجنة المجهضة تلقائياً أو بسبب علاجي مشروع أو من الحبل السري، أو من المشيمة، و يحرم الحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة المجهضة تعمداً.

- يحرم الحصول على الخلايا الجذعية من غير البالغين لنقص أهليتهم و عدم صحة تبرعهم، إلا إذا كان المتبرع إليه شقيقه بشرط موافقة والديه، مع التحقق من مصلحة علاجية معتبرة لشقيقه.

- لا مانع شرعاً من الحصول على الخلايا الجذعية من البالغين رغم قلتها و ندرة العثور عليها و صعوبة التحكم فيها، بعد أخذ الإذن الصريح منه و عدم الإضرار.<sup>2</sup>

و قد اتخذ المجلس القرار التالي:

<sup>1</sup>- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق،ص.91.

<sup>2</sup> - <http://www.saudiinfocus.com>.

أطلع عليه بتاريخ:27 أكتوبر 2017، على الساعة 13,00.

لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية و تتميتها و استخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة إذا كان مصدرها مباحا، ومن ذلك على سبيل المثال المصادر الآتية:<sup>1</sup>

- البالغون إذا أذنوا و لم يكن في ذلك ضرر عليهم.
- الأطفال إذا أذن أولياؤهم لمصلحة شرعية و من دون ضرر عليهم.
- المشيمة أو الحبل السري و بإذن الوالدين.
- الجنين المسقط تلقائيا أو لسبب علاجي يجيزه الشرع و بإذن الوالدين.
- اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إذا وجدت و تبرع بها الوالدان.

لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية و استخدامها إذا كان مصدرها محرما، و من ذلك على سبيل المثال:

- الجنين المسقط تعمدًا بدون سبب طبي يجيزه الشرع.
- التلقيح المتعمد بين بويضة من متبرعة و حيوان منوي من متبرع.
- الاستئساخ العلاجي.
- أطفال الأنابيب.

و قد منع الفقهاء أي وسيلة من وسائل مساعدة الإنجاب، إلا إذا كانت بين الزوجين، أثناء قيام العلاقة الزوجية، و من دون تدخل طرف ثالث، و المقصود بالطرف الثالث نطفة ذكرية من مانح، نطفة أنثى من مانحة، لقيحة جاهزة من مشاريع أطفال الأنابيب المتبرع بها، امرأة متبرعة بالحمل وهو ما يعرف برحم الظئر.<sup>2</sup>

و على هذا الأساس فإنه للبحث في مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، ينبغي شرعا الرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه هذه الخلايا:

<sup>1</sup>- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.92.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص.93.

- فإذا كان مصدر هذه الخلايا الجذعية هو عن طريق إهلاك الأجنة البشرية و تدميرها لاستخدامها في ما يعرف بالعلاج الخلوي، أو تحت مسمى الاستنساخ العلاجي. و الإسلام يمنع انتهاك حرمة الجنين الآدمي و لا يسمح بإجراء تجارب الاستنساخ البشري، ولو كان المبرر وجود الحاجة للتداوي و المعالجة لأمراض مستعصية أو خطيرة، فإنه يمنع شرعا استنساخ الأجنة للحصول على الخلايا الجذعية الجينية كما انه لا يجوز إسقاط الحمل بدون عذر شرعي بغرض الحصول على الخلايا الجذعية منه.

- أما إذا كان الحصول على هذه الخلايا الجذعية عن طريق الأجنة المجهضة تلقائيا أو بسبب علاجي مشروع، أو من الحبل السري، أو من المشيمة للمواليد، فإنه يجوز ذلك في إطار المباح على أساس الموازنة الشرعية بين المفسد و المصالح بأن تكون الأبحاث و التجارب العلمية أو الطبية جادة و هادفة، وأن تصب في إطار الحد الشرعي المعتبر.

- يجوز أيضا استخدام الخلايا الجذعية المأخوذة من الأطفال و البالغين على حد سواء من خلايا أنسجة البالغين، كخناص العظام، و الخلايا الدهنية، إذا عبر الشخص موضوع البحث أو التجريب عن قبوله لذلك، و موافقة ممثله الشرعي، إذا كان طفلا.

أما فيما يتعلق بمسألة استخدام الفائض من اللقاح و الأنشاج الآدمية، في مشاريع أطفال الأنابيب (التلقيح الصناعي) للحصول على الخلايا الجذعية، فإن المجمع الفقهي الإسلامي منع تخزين و تجميد اللقاح الآدمية، منعا لاختلاط الأنساب و سدا لذريعة العبث أو التلاعب بها.<sup>1</sup>

و تعتبر المصلحة العلاجية للمرضى السند الشرعي لمشروعية إجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية في الحالات الجائزة شرعا، و كذلك لعد الحد من التقدم العلمي في المجالات الطبية. فتجارب الطب تتطور بسرعة، فمن الضروري مسايرتها و مواكبتها، فعلى العالم الإسلامي أن يقوم بإجراء تجارب الخلايا الجذعية بإسرار، في إطار كرامة الإنسان و احترام الجنين

1- مريفث منصور حسن، المرجع السابق، ص.466.

الآدمي، و ذلك بإصدار تشريعات بوضع ضوابط شرعية و أخلاقية لهذه البحوث، لسد الفراغ التشريعي في مجال الأعمال الطبية الحديثة.

و بناء على ما سبق يمكن القول:

إن الخلاف حول مصدر الخلايا الجذعية ليس في الجانب الطبي فحسب، بل إن هناك جانبا أخلاقيا و آخر قانونيا و ثالثا اجتماعيا، فالخلايا الجذعية التي تتعلق باستخدام الأجنة في بعض التجارب العلمية الحالية، يتم الحصول عليها و استخدامها بطريقة غاية في البعد عن الإنسانية.<sup>1</sup>

مما أوجب على التشريعات أن تصدر نصوصا تضيء قدر من الحماية على الأجنة في مراحلها الأولى و هي مرحلة النضج و النمو، و أن تكون عقوبة الاعتداء على الأجنة هي نفس عقوبة الاعتداء على الجنين الكامل النمو.<sup>2</sup>

و اجمع علماء الفقه الإسلامي أنه لا يجوز شرعيا و أخلاقيا تكوين جنين في المختبر و من ثم قتله لاستخدام خلاياه حتى إذا كان ذلك الجنين في طور البدائي لتكوينه أو في مرحلة المضغة قبل غرزه في الرحم، أما باقي العلماء فحماسهم الشديد لاستعمال تلك الطريقة نابع عن قناعتهم بأنها ستفتح آفاقا واسعة في تشخيص و معالجة الأمراض المستعصية و زرع أعضاء سليمة و تفهم آلية الأمراض من الناحية الجزيئية و التمكن من القضاء عليها أو حتى الوقاية من حدوثها.<sup>3</sup>

أما الخلايا الجذعية الناتجة من الحبل السري، فليس هناك خلاف على شرعيتها، لأنها لا تمثل أي اعتداء على سلامة الجسد، فيتم الاستفادة منها بعد الولادة بدلا من وضعها في المهملات و ذلك بعد نجاح بعض التجارب التي أجريت على هذه الخلايا و أثبتت فعاليتها ومنها القضاء على الأمراض.

<sup>1</sup>- مريفث منصور حسن، المرجع السابق، ص.471.

<sup>2</sup>- [http :www.upmc.fr/fr/recherche/pole-4/en direct des laboratoires/nouveaux type de cellules souches musculaires.html](http://www.upmc.fr/fr/recherche/pole-4/en_direct_des_laboratoires/nouveaux_type_de_cellules_souches_musculaires.html).

أطلع عليه بتاريخ:27 أكتوبر2017، على الساعة 15.00.

<sup>3</sup>- مريفث منصور حسن، المرجع السابق، ص.471.

لذا نرى ضرورة إنشاء صندوق تحت إشراف وزارة الصحة لتمويل الأبحاث و الدراسات العلمية في مجال الخلايا الجذعية من الحكومة، و أن تسند هذه التجارب إلى لجنة متخصصة، و ضرورة إنشاء سجل للمراكز العاملة في هذا المجال، وذلك لضمان الرقابة العامة عليها. بعد الانتهاء من عرض مشروعية استخدام الخلايا الجذعية و عرض موقف التشريعات الوضعية و الشريعة الإسلامية منها، سيتم الحديث عن الضوابط المقترحة لترشيد استخدامها.

### **المطلب الثالث: الضوابط المقترحة لترشيد استخدام الخلايا الجذعية.**

نظرا لأن استخدام هندسة الجينات، والاستتساخ الجيني البشري أكثرها لا أخلاقي ويتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية و أحكامها و أصولها و مقاصدها الشرعية، فإن الأمر يستوجب ضرورة نقل تكنولوجيا العلوم الحيوية و البيولوجية، وذلك من خلال وضع ضوابط قانونية و شرعية و طبية لبحوث الخلايا الجذعية.

إن فكرة استخدام الخلايا الجينية تركز على ما توصل إليه العلماء سنة 1988 م من كيفية فصل ما يسمى بالخلايا الجذعية البشرية، و التي توجد بوفرة في الجنين الباكر.

و نظرا لأن الحصول على الخلايا الجذعية يتطلب المساس بالجسد الإنساني، الأمر الذي يعرض الطبيب للمسائلة القانونية الجزائية و المدنية، مما يستوجب بيان الحدود التي يمارس فيها الطبيب استخدام الخلايا الجذعية دون أن يسأل قانونا عن أفعاله طالما لم يتعدها.

أما فيما يخص مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الوجهة الشرعية، ينبغي شرعا الرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه هذه الخلايا بما لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي.

كما يجب على العلماء ضرورة البحث في البدائل الممكنة للحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة، وذلك لمراعاة النواحي العلمية، للحصول على هذه الخلايا من الدماغ أو غيره و إعادة برمجة الخلايا البالغة من الأعضاء المهمة.

لذا سيتم التطرق لكل واحدة من الضوابط من خلال ما يلي:

## الفرع الأول: الضوابط القانونية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.

إن موقف التشريعات العربية غير واضح بخصوص التجارب الطبية على الإنسان، بسبب قلة النصوص القانونية البيوأخلاقية المنظمة لأخلاقيات البحث الطبي. فإنه لا يوجد في القوانين العربية قانون مستقل و متكامل خاص بالتجارب الطبية على الإنسان، بل نجد مجرد مراسيم و لوائح متفرقة، تنظم عملية استخدام الخلايا الجذعية و بعض الجوانب القانونية المتعلقة بالمسؤولية الطبية، بعيدا عن الدقة و الشمولية، وعن الخطة الواضحة المرتبة ترتيبا علميا و منهجيا.<sup>1</sup>

يعتبر من أهم الجوانب ذات الفائدة التطبيقية للخلايا الجذعية الإنسانية متعددة الفعالية هو إنتاج خلايا و أنسجة يمكن استعمالها في ما يدعى العلاج الخلوي و تستخدم في الوقت الحاضر أعضاء و أنسجة يتبرع بها أحدهم لتبديل الأنسجة التالفة كما تعتبر عملية زراعة الخلايا الجذعية المستخرجة من دم الحبل السري هي عملية أثبتت نجاحها عالميا في علاج كثير من الأمراض القاتلة التي يعاني منها بعض الأطفال كأمراض فشل نخاع العظم الخلقي و التي تنتهي بهم إلى الموت مبكرا إذا لم تجرى لهم عملية زراعة النخاع العظمي بسبب عدم وجود أقارب يطابقونهم في فصيلة الأنسجة، و سجلت تلك العمليات نجاحا عالميا بنسبة ستون بالمائة.<sup>2</sup>

و لهذا ينبغي على فقهاء القانون في الدول العربية و العالم الإسلامي السيطرة على البحوث المتعلقة بالخلايا الجذعية، من خلال إعداد التشريعات القانونية التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

و في مصر و الجزائر يمكن إعداد هذا التشريع و ذلك من خلال تفعيل المادة الثانية من الدستور المصري و المادة الثانية من الدستور الجزائري و التي تعتبر الشريعة الإسلامية

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.93.

2- أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.97.

المصدر الرئيسي للتشريع، فيمكن استقاء بعض الضوابط التشريعية لاستخدام الخلايا الجذعية من القواعد الكلية في الشريعة.

و بالتالي يتم استخدام و إجراء بحوث الخلايا الجذعية الجنينية من خلال تفعيل هذه الضوابط التشريعية، و الأحكام الفقهية، حيث أن الغرض من بحوث الخلايا الجذعية الجنينية تحقيق المصلحة العامة.<sup>1</sup>

ويعتبر من المعلوم أن تجارب استنساخ الأجنة ليست آمنة، لانعدام احتياطات الأمن و السلامة، فإن العديد من علماء الإخصاب، يستطيعون الوصول بكل سهولة إلى البويضات البشرية المحفوظة، وهو يفكرون جدياً في القيام بعملية الاستنساخ البشري في مختبراتهم دون نقلها إلى أرحام النساء، مما سيؤدي إلى اختلاط الأنساب.<sup>2</sup>

بعد الحديث عن الضوابط القانونية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية، سيتم التطرق إلى الضوابط الشرعية.

### الفرع الثاني: الضوابط الشرعية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.

يعتبر من المعلوم أن محاولة استخدام تكنولوجيا الاستنساخ الجديدة، بما فيها تجارب الأجنة المستنسخة، للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية، تحت مسمى الطب الثوري أو التجديدي وعلاجات الخلية تعتبر وسيلة غير مقبولة في الفقه الإسلامي، لأنها تقوم على إهلاك الأجنة البشرية.<sup>3</sup>

كما أن مغالطات علماء الأحياء و البيولوجيا، بالترفة بين الاستنساخ العلاجي، واستنساخ الأجنة البشرية للحصول على الخلايا الجذعية، و التي منها خلايا متعددة القدرات، هو شيء

<sup>1</sup> -<http://www.malak-rouhi.com>.

أطلع عليه بتاريخ: 2017/10/28 على الساعة 09.00.

<sup>2</sup> -<http://www.marmarita.com>.

أطلع عليه بتاريخ: 2017/10/28 على الساعة 10.00.

<sup>3</sup> - أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 191.

مزيف و مزور، لأن أحدهما يقود لا محالة إلى الآخر لإحلال ما يشاءون من الخلايا و الأنسجة، وهو أمر لا يمكن تبريره أخلاقيا، ولا يستند إلى أسس دينية.

أما إذا كان الحصول على هذه الخلايا من الجنة المجهضة تلقائيا، أو بسبب علاجي مشروع أو من الحبل السري، فإنه يجوز ذلك في إطار مباح على أساس الموازنة الشرعية بين المفسد و المصالح كما سبق ذكره سابقا.

بعد التطرق إلى الضوابط الشرعية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية، سيتم التطرق إلى الضوابط المستقبلية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.

### الفرع الثالث: الضوابط المستقبلية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.

يجب على علماء الطب و البيولوجيا ابتكار بديل لاستنساخ الأجنة، وذلك في إطار احترام كرامة الإنسان و احترام حقوق الجنين البشري، في حياته و جسده و جثته، و قد نجحت في ذلك إحدى الطبيبات السعوديات في ابتكار بديل لاستنساخ الأجنة، وسيتم بيان ذلك فيما يلي:

نجحت الدكتورة إلهام أبو الجدايل الباحثة السعودية في ابتكار بديل للاستنساخ الأجنة للأغراض العلاجية من خلال استنباط ما يعرف بالخلايا الجذعية من خلايا أشخاص بالغين دون الوقوع في الورطة الأخلاقية التي تحيط باستنساخ الأجنة و استخدامها في الأغراض العلمية و العلاجية.<sup>1</sup>

و تشير الباحثة إلى أن التقنية الجديدة تستطيع علاج العديد من الأمراض المستعصية كالزهايمر، وقد توصلت إلى هذا الاكتشاف بمحض الصدفة حيث كانت تجري بحثا لقتل خلايا الدم البيضاء ووجدت أن هذه الخلايا الكاملة النمو و التي تختص بعمليات الدفاع عن الجسم يمكن عند ملامستها لمادة حيوية أن تعود إلى مرحلة بدائية من مراحل التكوين و هي مرحلة

<sup>1</sup> - <http://www.sehha.com> et <http://www.3rdbr.com>.

أطلع عليه بتاريخ: 2017/10/29 على الساعة 12.00.

النشأة أو ما يعرف بالخلايا الجذعية، وهي خلايا بدائية غير متخصصة وظيفية، وهذه الخلايا قادرة على تعميم أنسجة و أعضاء عديدة في الجسم بما فيها الخلايا العصبية.

و تؤكد الباحثة أن عملية تحول خلايا متخصصة إلى خلايا جذعية أو أولية هي عملية تميز ارتجاعي، و ترجعها إلى حدوث محو لبرنامج الخلية المتخصصة حتى يصبح برنامجا مبسطا ما هو الحال في الخلايا الجذعية، ومن ثم يمكن برمجة الخلايا ثانيا للقيام بوظائف متعددة مشيرة إلى أن ذلك كله يمكن أن يحدث خلال ساعات كما أن تكاليف هذه العملية بسيطة للغاية.<sup>1</sup>

مما سبق الذكر في هذا المجال تم التعرض لبعض المعلومات الخاصة بالخلايا الجذعية وذلك لوجود قصور في نشر المعلومات المتعلقة بهذا الاكتشاف العلمي الحديث، سواء بالنسبة لكافة الناس أو المتخصصين في المجال البحثي و خاصة المجال الطبي، حيث أن هذا الاكتشاف يشكل طفرة تقنية في علاج بعض الأمراض المستعصية، سواء تعلقت هذه المعلومات بأنواع هذه الخلايا أو الوظائف التي تقوم بها، كما حاولت التمييز بينها و بين خلايا الجسم بصفة عامة، وكذلك التمييز بين الخلايا الجذعية و الاستنساخ لبيان وجه الاختلاف بينهم، الأمر الذي يترتب القول بشرعية أحدهما دون الآخر و عرض مشروعية استخدام الخلايا الجذعية في التشريعات الوضعية و الفقه الإسلامي، و قد ثبت من خلال عرض المبادئ القانونية و الأدلة الشرعية أن كل من القانون و الشريعة قد أباح استخدامها في العلاج و لكن بضوابط محددة، سواء في تحديد مصادرها أو طرق الحصول عليها أو حفظها و استخدامها في العلاج هذا بالإضافة إلى التطرق لاستخدام الخلايا الجذعية ببيان أنواعها و مصادر الحصول عليها و عرض الضوابط المقترحة لترشيد استخدامها، سواء الضوابط القانونية أو الشرعية أو المستقبلية.

<sup>1</sup> -<http://www.islamonline.net>.

أطلع عليه بتاريخ: 2017/11/30 الساعة 14.15.



## الباب الثاني

المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات  
نقل الدم كمنتج من منتجات الجسم.

## الباب الثاني: المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات نقل الدم كمنتج من منتجات الجسم.

ليس أدل على دقة موضوع المسؤولية الطبية من ذلك الاحتياط و التحفظ الذي يوجبه الفقه و يقره عليه القضاء<sup>1</sup> كلما وجب الخوض في تقدير أعمال الأطباء للحكم عليها، و يزيد الموضوع دقة، بل و يصبح شائكا، متى تعرض قانوني لبحثه بحضرة نخبة من رجال الطب و علماء القانون، إذ يحس الأولون بعدم قدرة الآخرين على الإلمام بأسس علمهم و يعتقدون بعدمهم عن معرفة أصول فنهم، مما دعى بعضهم إلى المطالبة بنزع قضايا المسؤولية الطبية من اختصاص القضاء العادي لنظرها أمام هيئة من الأطباء، بل مما حدى بالبعض إلى القول بأن الطبيب لا يسأل عن خطأه، متعللين في ذلك بأن إخضاع الطبيب، الحاصل على دبلوم الطب، لأية رقابة في ممارسة مهنته يقلل من شأن شهادته الجامعية، كما أنه يضر بسمعة المهنة.<sup>2</sup>

لهذا فإن المسؤولية الطبية تعني الأثر المترتب على خروج الطبيب عما يجب أن يكون عليه من الحذر و التبصر عند ممارسته مهنته.<sup>3</sup>

1- وديع فرج، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مجلة القانون و الاقتصاد، ع1، يناير 1942، مطبعة فتح الله، القاهرة ص.01.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- أحمد محمود ابراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.399، نقلا عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.362.

و مما لا شك فيه أن الأصل في استعمال الحقوق الإباحة على الراجح<sup>1</sup>، و أن المباح قد يعرض له ما يخرج عن إباحته، وواضح أن إخراج استعمال الحق من الإباحة إلى الحظر هو تقييد لذلك الاستعمال<sup>2</sup>.

أما في الشريعة الإسلامية فإن المسؤولية الطبية لم تكن معروفة فحسب، بل كان لها فيها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية في العصر الحالي<sup>3</sup>.

فالإسلام يعد الطب وظيفة شرعية و أحد الواجبات التي لا مجال للتساهل فيها، و من يرجع إلى كلام النبي و الأئمة عليهم السلام، و ما وصل إلينا من كلام لهم في الطب و العلاج يجد ثروة طبية هائلة، فقد تكلموا في مختلف الشؤون الطبية و على نطاق واسع و بشكل لا يتناسب مع سير هذا العلم و غيره من العلوم في القرن الأول الهجري و نصف القرن الثاني، فلا بد من دراسة هذه الثروة الطبية الهائلة التي أتحنونا بها<sup>4</sup>.

و مما يسجل للنظرية الإسلامية في الطب و الصحة العامة أنها اهتمت بالنظام الوقائي، بمعنى تلاقي وقوع الحالات المرضية، و قد تعاملت الشريعة الإسلامية مع هذا النظام بأسلوب التحريم فمنعت العديد من المأكولات التي أثبت العلم التجريبي فيما بعد ضررها القطعي على جسم الإنسان<sup>5</sup>.

و قد سبقت الإشارة إلى عدم وجود حق مطلق في الشريعة الإسلامية، و أن الحقوق جميعها مقيدة في استعمالها بالمقاصد و النتائج، و الطرق، و مما يسوغ نسبة الحقوق و تقييدها الشامل في الشريعة الإسلامية الرجوع إلى مصدر الحقوق و كونها منحة من الله - تعالى - إلى عباده، فهو الذي منح الحق و هو يمنحه كيف يشاء، خلافا لفكرة الحق الطبيعي التي

<sup>1</sup> — السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية، ب.م.ن، 1992 ص.03.

<sup>2</sup> عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.357.

<sup>3</sup> وديع فرج، المرجع السابق، ص.03.

<sup>4</sup> علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص.23.

<sup>5</sup> نفس المرجع و الصفحة.

هي أساس المذهب الفردي في الأنظمة الوضعية و التي يبرر بها الميل إلى إطلاق الحقوق الشخصية<sup>1</sup>.

و مما لا شك فيه أنه يترتب على تقييد الحقوق حماية المجتمع من مخاطر استعمالها استعمالاً قاسياً أو استعمالاً أهوجاً أو خبيثاً<sup>2</sup>، غير أن الشريعة لا تعالي في تقييدها إلى حد يعدمها أو يسلبها، و إنما حفظت للفرد كيانه المستقل، تمتعه بحقوقه بشكل معتدل و أعطت للمجتمع منزلته، و ربطت ما بين الفرد و المجموع بأمتن الروابط. فمن العدل أن يسأل الإنسان عن خطئه الشخصي، فقد أبرز الإسلام المسؤولية الشخصية أو الفردية عن كل عمل يصدر عن الإنسان، و في هذا تكريم للإنسان و إشعار له بأهمية وجوده و خطورة أعماله، قال تعالى: << كُلُّ امْرِيٍّ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ >><sup>3</sup>، و قال: << كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ >><sup>4</sup>، و قال: << لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ >><sup>5</sup>، فهذه الآيات و غيرها تقرر مبدأ التبعية الفردية، فكل فرد يسأل عن عمله لا عن عمل غيره، و كل إنسان يتحمل تبعات أعماله و لا يتحملها عنه غيره<sup>6</sup>.

و على كل حال، لا شك أن دراسة المسؤولية الطبية من الوجهتين القانونية و الشرعية لها ذات فائدة أكيدة بالنسبة لرجال القانون و الطب على حد سواء.

و نتناول ضمن المسؤولية الطبية عن التصرف في منتجات جسم الإنسان من الوجهتين القانونية و الشرعية، فنعرض في الفصل الأول إلى نطاق المسؤولية الطبية و طبيعتها في

1- سعيد أمجد الزهاوي، التعسفي استعمال حق الملكية في الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ص.39.

2- قال تعالى: << وَيَسْخَلِفُكُمْ فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُ كَيْفَ تَعْمَلُونَ >> سورة الأعراف، الآية رقم،129.

3- سورة الطور، الآية رقم. 21.

4- سورة المدثر، الآية رقم.38.

5- سورة البقرة، الآية رقم.286.

6- صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، طبعة الكشاف، بيروت، 1948 ص.219.

التشريع و الفقه الإسلامي. ثم نتحدث بعد ذلك عن الآثار المترتبة عنها و أسباب الإعفاء منها ضمن الفصل الثاني.

## الفصل الأول: نطاق المسؤولية الطبية و طبيعتها في التشريع و الفقه الإسلامي.

إن الحق في سلامة جسم الإنسان هو حق دستوري يعاقب القانون على كل فعل يمس به، و يعتبر هذا الحق من الحقوق الفردية لكونه يحقق مصلحة الفرد، و نظرا لكون هذا الأخير جزءا من المجتمع فلا شك أن حرمة و سلامة جسم الإنسان هي من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد و المجتمع على حد سواء.<sup>1</sup>

و رغم المكانة المرموقة التي يحظى بها الطبيب في المجتمع، نظرا لدوره الفعال في الحفاظ على السلامة الجسدية للأشخاص و الذي يخول له التعامل مع جسم الإنسان بكل حرية، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة و أهم قيد يرد عليها هو هاجس المسؤولية الذي يلازم ذهن الطبيب بسبب تخوفه الدائم من إخفاقه في علاج المريض.<sup>2</sup>

و قد زادت حدة هذا الهاجس و تطورت معه مسؤولية الطبيب خاصة في ظل التطور الكبير الذي شهدته العلوم الطبية في عدة مجالات و أهمها ما حققه الطب من إنجازات في مجال العمليات المجرات على منتجات جسم الإنسان.

و تعد المسؤولية الناشئة عن عمليات التعامل في منتجات الجسم الأدمي من أبرز و أهم صور المسؤولية الطبية، فهذه العمليات و رغم أنها تهدف إلى إنقاذ حياة الإنسان إلا أنها تشكل في نفس الوقت خطرا يهدد حياته و سلامته الجسدية، خاصة إذا تم استغلال هذه العمليات لأغراض أخرى غير المطلوبة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- زرارة عواطف، مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مجلة الفكر، ع11، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2014، ص.180.

<sup>2</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>3</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

و المسؤولية تختلف باختلاف القاعدة التي خالفها الإنسان، فقد تكون قانونية، و قد تكون دينية.

فالمسؤولية على وجه العموم هي تلك الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل أئاه، و هذا العمل يتضمن إخلالا بقاعدة ما، فإذا كانت تلك القاعدة قانونية، فالمسؤولية التي تترتب على هذا التصرف هي مسؤولية قانونية تعني أن ثمة إخلالا بواجب قانوني يترتب عليه ضرر. و الضرر الناتج عن الإخلال بالواجب القانوني قد يمس مصالح المجتمع بكامله، أو يمس مصالح الفرد لوحده، أو يمس مصالحهما معا. و قد يكون جزائها دينيا، فالمسؤولية أدبية نتيجة الإخلال بذلك الواجب الأخلاقي، سواء تمثل ذلك في تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع، و يترتب عليها مخالفة لقاعدة دينية شرعية، و جزائها العقاب.<sup>1</sup>

و من هذا المنطلق كانت و لابد أن تستمد مسؤولية الأطباء ماهيتها و أحكامها من القواعد المهنية التي تحددها التشريعات الطبية، و الأخلاق الجاري بها العمل بين الأطباء. و التي تحدث انعكاسا على مسؤولية الأطباء في دائرة القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

لهذا سيتم التطرق في هذا الفصل إلى المسؤولية كأثر من أثر التصرف في منتج من منتجات جسم الإنسان، من خلال التعرض للمفهوم القانوني و الشرعي للمسؤولية و ذلك ببيان مفهوم المسؤولية و أنواعها و ذلك ضمن المبحث الأول، ثم التطرق إلى مسألة التكليف القانوني و الشرعي لها من خلال المبحث الثاني و أخيرا أركانها. و كل ذلك في مضمون التشريع و الفقه الإسلامي.

<sup>1</sup>- راييس محمد، المرجع السابق، ص.15.

## المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الطبية و أنواعها في التشريع و الفقه الإسلامي .

كل مسؤولية إنما تنشأ عن إخلال بالالتزام سابق فهي تجتمع على تقصير و ضرر و علاقة سببية بين التقصير و الضرر، و قد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف مصدر هذا الالتزام السابق، فإذا كان مصدره الإرادة فهي مسؤولية عقدية و هي التي تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد، و إذا كان مصدره القانون فهي مسؤولية تقصيرية و هي التي تترتب على ما يحدثه الفرد للغير بخطئه. و محل المسؤولية على اختلاف أنواعها هو إصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام بما يقابله في حدود الإمكان.<sup>1</sup>

فالمعنى الدقيق للمسؤولية في فقه القانون هو عبارة عن الحكم على من أخل بالالتزام ما التزم به قبل الغير أن يعرض الضرر الناجم عن الإخلال بهذا الالتزام.<sup>2</sup>

و قد أصبحت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع و ذلك لغرض الحفاظ على حرمة الجسد و الهدف الذي تسعى إليه الشريعة الإسلامية من خلال مقاصدها الخمس.

و على هذا الأساس سيتم التطرق في هذا المبحث إلى تعريف المسؤولية في التشريع و الفقه الإسلامي ضمن غطاء المطلب الأول، ثم تبيان أنواعها في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعريف المسؤولية الطبية في التشريع و الفقه الإسلامي.

يقصد بالمسؤولية الطبية عموماً الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل أتاها، و هذا العمل يفترض إخلالاً بقاعدة، و المسؤولية الطبية تقوم على الإخلال بموجب، و تستوجب لقيامها

1- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص.17.

2- نفس المرجع و الصفحة.

طرفين أحدهما هو المتضرر و الآخر هو الذي يحاسب عن الضرر الذي أحدثه أو سببه، فيسأل عنه و يتحمل عبأه.<sup>1</sup>

لهذا سيتم التطرق في هذا المطلب إلى تحديد معنى المسؤولية في القانون (الفرع الأول) و معناها في الفقه الإسلامي(الفرع الثاني).

### الفرع الأول: معنى المسؤولية الطبية في التشريع.

المسؤولية في القانون بوجه عام تعني: >> حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب عليه المؤاخذة <<<sup>2</sup>، فالمسؤولية تعني المؤاخذة، و تتطلب وقوع فعل ضار يجب مؤاخذة فاعله عليه، فإذا لم يقع الفعل الضار، فإنه يمكن القول بانتفاء المسؤولية، و لذلك عرفها البعض<sup>3</sup> بأنها: >> اقرار أمر يوجب مؤاخذة فاعله <<، فإذا ارتكب الشخص أي أمر من الأمور، و كان الأمر مخالف لقاعدة قانونية. و لم يترتب على هذا الأمر وقوع ضرر لفرد من الأفراد أو للمجتمع ذاته، أو كان هذا الأمر لم ينشأ عنه تهديد بوقوع ضرر، فإن الشخص في هذه الحالة يكون بمنأى عن المسؤولية.<sup>4</sup>

و تتحقق المسؤولية عند المخالفة للقاعدة القانونية، و ذلك بأن يسلك الشخص مسلكا خارجا يترتب عليه وقوع ضرر للمجتمع أو أحد أفراده، أو يكون من شأنه التهديد بوقوع مثل هذا الضرر<sup>5</sup>، فالقانون هو المحور و الأساس الذي يحدد ما إذا كان الشخص يعد مسؤولا أم لا، فإذا خالف الشخص أي نص قانوني في أي فرع من فروع القانون فإنه يعد

1- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ و الضرر)، د.م.ط، ب.م.ن، 1984 ص.18.

2- حسن عكوش، المسؤولية العقدية و التقصيرية في القانون المدني الجديد، ط2، طبعة دار الفكر الحديث، ب.م.ن، 1970 ص.10.

3- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص.03.

4- محمد عادل عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.111 و ما بعدها.

5- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط3، جامعة القاهرة، 1978، ص.442.

بمخالفته هذه مسؤولاً عن هذه المخالفة، و إذا لم تقع المخالفة لنص القانون تنتفي المسؤولية القانونية، و من ثم فلا مجال للعقاب عليها أياً كان نوعه.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: معنى المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي.

يمكن تعريفها لغة و اصطلاحاً.

### أولاً: تعريف المسؤولية لغة.

المسؤولية مأخوذة من الفعل سأل يقال: سأل يسأل سؤالاً و مسألة، و سألته عن الشيء: استخبرته، و تساءلوا: أي سأل بعضهم بعضاً<sup>2</sup>، و في القرآن الكريم: >> وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ <<<sup>3</sup>، كما تعني المسؤولية التقرير و التوبيخ لإيجاب الحجة عليهم<sup>4</sup>، و من ذلك قوله تعالى: >> وَقَفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ <<<sup>5</sup>.

### ثانياً: تعريف المسؤولية اصطلاحاً.

قيل إن المسؤولية هي: >> الاستعداد الفطري الذي جبل الله تعالى عليه الإنسان ليصلح للقيام برعاية ما كلفه بأمر تتعلق بدينه و دنياه، فإن وفى ما عليه من الرعاية حصل له الثواب، و إن كان غير ذلك حصل له العقاب.<sup>6</sup>

و عرفها البعض الآخر بأنها: >> كون الناس جميعاً مأمورين من قبل الله تعالى، بأن يرتضوا مجموعة القيم و المبادئ و التعاليم التي بلغها لهم خاتم النبيين منهاجا لحياتهم فيرضوها

<sup>1</sup> — محمد فوزي لطيف، مسؤولية رئيس الدولة في الفقه الإسلامي، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.22، نقلاً عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.362.

<sup>2</sup> — ابن منظور، المرجع السابق، ص.318.

<sup>3</sup> — سورة النساء، الآية رقم.01.

<sup>4</sup> — عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.360.

<sup>5</sup> — سورة الصافات، الآية رقم.24.

<sup>6</sup> — محمد الشافعي، المسؤولية و الجزاء في القرآن الكريم، ط1، طبعة السنة المحمدية، ب.م.ن، 1982، ص.38.

الصفوة من الخلق مختارين، و يأبأها غيرهم، و يكون على أساسها الحساب و الجزاء عدلا و فضلا <1.

يتضح من بيان المسؤولية في كل من التشريع و الفقه الإسلامي أنهما متفقان تماما في تحديد تعريف المسؤولية في أنها تعني المؤاخذة و المحاسبة على ارتكاب الشخص أي فعل مخالف للقانون و الشرع.

بعد عرض تعريف المسؤولية في كلا من التشريع و الفقه الإسلامي سيتم التطرق إلى أنواعها في المطلب الثاني.

### **المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الطبية في التشريع و الفقه الإسلامي.**

إن المسؤولية الطبية أنواع، فهي جزائية لأن القانون أقر المسؤولية الجنائية للطبيب في حالات محددة، غير أن المسؤولية المدنية للطبيب هي أكثر أنواع المسؤولية الطبية شيوعا لأنها تنشأ عن خطأ صادر من الطبيب و هي الحالة الأكثر وقوعا لكون الطبيب معرضا للخطأ مثله مثل أي إنسان و هي من أهم المواضيع القانونية التي اهتم بها الفقه و القضاء منذ بداية القرن العشرين، و قد زاد الاهتمام بهذا الموضوع الحيوي نظرا لأهميته في الدراسات القانونية<sup>2</sup>، و مسؤولية أخلاقية نظرا لكون العلاقة التي تجمع بين الطبيب و المريض أساسها الأخلاق<sup>3</sup>.

### **الفرع الأول: أنواع المسؤولية الطبية في التشريع.**

في نطاق الدراسات القانونية المسؤولية تتنوع إلى عدة أنواع حسب الأساس الذي تقوم عليه، فإذا كان هذا الأساس هو الدين كانت المسؤولية أخلاقية، و إذا كان الأساس هو القانون

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.360.

2- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط، المغرب 2001، ص.03.

3- زرارة عواطف، المرجع السابق، ص.181.

كانت المسؤولية القانونية، فالمسؤولية تنتوع إلى مسؤولية أخلاقية و مسؤولية قانونية، و سيتم توضيح كل نوع من هذه الأنواع على حده:

### أولاً: المسؤولية الأخلاقية (الأدبية).

تنشأ المسؤولية الأخلاقية عند مخالفة العرف الخلقي سواء اتصل بسلوك الضرر الخاص، أو اتصل بسلوكه مع غيره<sup>1</sup>، فالمسؤولية تتحقق حينما يقترف المرء إثماً يسأل عنه أمام الله، و يحاسب عليه الضمير سواء كان ذلك بعمل أو بالامتناع عن العمل، و المرجع في ذلك هو حسن النية أو سوءها و الأمر في ذلك شخصي محض.<sup>2</sup>

### ثانياً: المسؤولية القانونية.

تنتوع المسؤولية القانونية إلى أنواع حسب القاعدة التي تقع المخالفة لها، فإذا كانت المخالفة على أحكام القانون المدني كانت المسؤولية مدنية، و إذا كانت المخالفة عن أحكام القانون الإداري كانت المسؤولية إدارية، و إذا كانت المخالفة عن أحكام القانون الجنائي كانت المسؤولية جنائية.<sup>3</sup>

#### 1- المسؤولية المدنية.

المسؤولية المدنية هي الناشئة عن التزام المسؤول بتعويض الأضرار الحادثة للغير<sup>4</sup>، و هي التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه<sup>5</sup>، فالمسؤولية المدنية تترتب على ارتكاب الفرد لفعل يعد مخالفة للقانون أو الاتفاق و يسبب به ضرراً للغير، و يرتب عليه القانون تعويض المصاب عما أصابه من ضرر بهدف

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.374.

2- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.379 و ما بعدها، نقلاً عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.374.

3- عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، طبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص.16.

4- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص.98.

5- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، ب.ن.ن، 1986، ص.426.

إزالة أثر الفعل<sup>1</sup>، و التعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية المدنية و هو جزئها.<sup>2</sup>

و تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تعاقدية و أخرى تقصيرية.

فالمسؤولية التعاقدية و هي جزاء الإخلال بالتزام سابق مصدره العقد، أما المسؤولية التقصيرية فهي جزاء الإخلال بواجب قانوني عام واحد لا يتغير، و هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير.<sup>3</sup>

## 2- المسؤولية الإدارية.

المسؤولية الإدارية هي أحد أنماط المسؤولية القانونية بوجه عام و بالتالي فإنها لا تختلف عن المسؤولية المدنية من حيث الإطار العام أو المضمون بل يمكن تمييزها في الطبيعة الإدارية لشخص المسؤول من زاوية و مدى ارتباط النشاط الذي يمارسه هذا الأخير بتسيير و إدارة أحد المرافق العامة من زاوية أخرى.<sup>4</sup>

و يمكن القول بأن المسؤولية الإدارية هي الالتزام النهائي من جانب الدولة بتعويض الضرر الناجم عن خطأ أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو عن نشاطها الإداري المشروع متى كان هناك ارتباط بين هذا الخطأ و ذلك النشاط بهذا الضرر بعلاقة سببية قائمة.<sup>5</sup>

## 3- المسؤولية الجزائية.

<sup>1</sup>- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.431.

<sup>2</sup>- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.376.

<sup>3</sup>- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.341.

<sup>4</sup>- إبراهيم فوزي مراد، المسؤولية الإدارية في المجال الطبي في النظام المصري و الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.15.

<sup>5</sup>- إبراهيم فوزي مراد، المرجع السابق، ص.16.

المسؤولية الجزائية للطبيب هي اقتزاف جريمة تجعله موضوع محاسبة عندما يخالف نصوص قانون العقوبات، بشرط توافر أركان الجريمة، مما يجعله مسؤولاً جزائياً، و بالتالي معرضاً لتوقيع الجزاء عليه.<sup>1</sup>

فأركان الجريمة تأتي في المرحلة الأولى، ومن ثم يأتي إمكانية تحميل تلك الأركان و تجسيدها في شخص الطبيب، مما يستتبع ذلك من ضرورة توافرها للعقل و التمييز بطبيعة الحال.<sup>2</sup>

تجدر الملاحظة أن خطأ الطبيب يؤدي في الغالب إلى أضرار قد تصيب المريض في حياته أو سلامته، فيؤلف من هذه الناحية جرماً جزائياً، و يبقى للمتضرر أن يطالبه بالتعويض الذي أحدثه الجرم الجزائي، و الذي أتى في الوقت ذاته إخلالاً بموجب تضمنه عقد جمع بين الفاعل و المجني عليه، و هذه المطالبة تصح إما أمام القضاء المدني أو القضاء الجزائي.<sup>3</sup>

تجدر الإشارة إلى أن المسؤولية المدنية للطبيب تعتبر أوسع نطاقاً من مسؤوليته الإدارية و الجزائية، ذلك أن أساس مسؤولية الطبيب المدنية هو الخطأ الذي يرتكبه في حق المريض، و إن الأفعال التي تصدر من الطبيب و تشكل خطأ مدنياً تحت حصر، بينما الأمر عكس ذلك فيما يتعلق بالمسؤولية الجزائية التي تجد أساسها في الاعتداء على حق المجتمع أي بارتكاب الطبيب لجريمة معينة معاقب عليها في القانون، و محددة على سبيل الحصر، كما جاء في نص المادة الأولى من ق.ع.ج و التي تنص بقولها: >> لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون<<.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني: أنواع المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي.

1- علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.30.

2- نفس المرجع، ص.31.

3- علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.32.

4- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 49، الصادرة بتاريخ 21 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 11 يونيو 1966م.

المسؤولية في الفقه الإسلامي تتنوع إلى عدة أنواع و ذلك على النحو التالي:

### أولاً: المسؤولية الدينية<sup>1</sup>.

و هي مسؤولية الإنسان أمام الله عز و جل، الله تعالى حينما أسكن البشر الأرض أوجب عليه أن يطيعوا أوامره، و أن ينتهوا بنواهيه، و أن الله تعالى عهد إليهم ألا يعبدوا إلا إياه، و أن يحذروا فتنة الشيطان، و أعلمهم أنه من اتبع هدى الله فقد اهتدى، و من كفر بآيات الله و كذب برسله فقد ظل و غوى، و أنه جعل للمهتدين الأمن، و جعل للكافرين المكذبين النار، لقوله تعالى: << وَالَّذِينَ كَفَرُوا وَكَذَّبُوا بِآيَاتِنَا أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ >><sup>2</sup>.

و لقد قامت دولة الخلافة الإسلامية على نظام أساسه الإيمان بالله و ملائكته، فهي دولة إيمانية قرآنية دستورها الأعلى القرآن، هذا الدستور يحكم تصرفات البشر و يحدد حقوقهم و واجباتهم بصفة عامة، فإذا خالف أحد من البشر هذه التعاليم الدينية، فقد أخضع نفسه لنوع من المسائلة لا يملكه أحد من البشر إلا ما كان متعلقاً منها بحق من حقوق الأفراد أو حق من حقوق الله، و لكن يبقى نوع من الحقوق بين العبد و ربه لا يملك البشر محاسبته عليه و يترك هذا النوع للحساب في الآخرة أمام الله عز و جل، و هذا ما يطلق عليه المسؤولية الدينية، و هذه المسؤولية يخضع لها الجميع سواء أكانوا حكاماً أم محكومين، فما دام هناك مخالفة شرعية تستوجب المسائلة، فإنها تكون في الآخرة، إلا من تاب و عمل عملاً صالحاً، يقول تعالى: << إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَٰئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا >><sup>3</sup>، و لقد لعبت المسؤولية الدينية و لا زالت تلعب دوراً هاماً في حياة الأمة الإسلامية من حسن المعاملات، و الالتزامات مع الغير.

<sup>1</sup> — المسؤولية الدينية تعرف بأنها: << هي التي ليس لها عقوبة شرعية في الدنيا، و تقتصر العقوبة فيها على استهجان المجتمع و تأنيب الضمير، أما عقوبتها الحقيقية فهي في الآخرة أمام الله عز و جل >>، و من الجدير بالذكر أن المسؤولية الدينية لا مجال لها في القانون، و لا تنصرف إليها دلالة اصطلاح المسؤولية في مجال القانون. أنظر: محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، طبعة دار النهضة العربية، ب.م.ن، 1992، ص.226، نقلاً عن: عادل عبد الحميد الفجال المرجع السابق، ص.365.

<sup>2</sup> — سورة البقرة، الآية رقم 38-39.

<sup>3</sup> — سورة الفرقان، الآية رقم 70.

## ثانيا: المسؤولية الجنائية.

و هي التي تنشأ نتيجة فعل يصيب حقا من الحقوق التي يتعلق بها النفع العام للمجتمع، و المسؤولية الجنائية لا تترتب قبل الشخص إلا إذا خالف أمرا يترتب عليه انتهاك لحق من حقوق الله تعالى، أو انتهاك لحق من حقوق العباد قرر له الشارع عقوبة الحد أو القصاص أو التعزير.<sup>1</sup>

و قد عرفها بعض المحدثين هي: >> أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المجرمة التي يأتيها مختارا و هو مدرك لمعانيها و نتائجها <<<sup>2</sup>، فمن أتى فعلا مجرما و هو يريد و لكنه لا يدرك معناه كالطفل و المجنون لا يسأل أيضا عن فعله.<sup>3</sup>

## ثالثا: المسؤولية الإدارية.

تعني المسؤولية الإدارية في الفقه الإسلامي رفع الظلم عن الأفراد من ذوي النفوذ و السلطات في الدولة.<sup>4</sup>

ومن المقرر في الإسلام أن الخليفة هو مصدر السلطة التنفيذية، حيث يمارسها بحكم مسؤوليته عن الرعية أمام الله و أمام الناس، و لا يوجد في الإسلام من هو بمنأى عن المسؤولية، ابتداء من الخليفة حتى أصغر فرد في المجتمع، فالكل مسؤول عن أعماله و تصرفاته، و الإسلام لا يعرف مركزا خاصا للخليفة يحميه من النصح و التوجيه، و يعفيه من بعض ما يكون على الأمة من واجبات، فما هو إلا رجل اختارته الأمة

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.366.

2- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، طبعة دار التراث، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.392.

3- المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية تقوم على ثلاثة أسس: الأول: أن يأتي الإنسان فعلا مجرما، الثاني: أن يكون الفاعل مختارا، الثالث: أن يكون الفاعل مدركا، فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة تحققت المسؤولية الجنائية، و إذا انعدم أحدها انعدمت. راجع: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص.392.

4- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية و الولايات الدينية، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ب.س.ن، ص.98.

و وكلت إليه أمور الدين و الدنيا، فصار أكثرهم تبعات و أكثرهم حملاً<sup>1</sup>، فالخليفة في خضوعه للمسؤولية يتساوى مع سائر البشر، و يتقيد كما يتقيدون بأحكام الشرع الإسلامي<sup>2</sup>.

#### رابعاً: المسؤولية المدنية.

لقد عرف الفقه الإسلامي المسؤولية المدنية كما عرفها القانون الوضعي، بل كان له فضل سبق، و قد عبر الفقهاء عن المسؤولية المدنية بالضمان، و المنتبج لفروع الفقه الإسلامي يجد الكثير من المسائل التي تقيد أحكاماً يمكن من خلالها تكوين نظرية متكاملة في المسؤولية المدنية، و لما كانت المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي تندرج تحت الضمان و مدى مشروعيته الذي عرفوه مذاهب جمهور الفقهاء بعدة تعريفات اختلفت ألفاظها إلا أن مؤداها واحد.

و قد ذكرت مجلة الأحكام العدلية تعريف الضمان: >> بأنه إعطاء مثل الشيء إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً <<<sup>3</sup>.

و يعرفه بعض الفقهاء بأن تضمين الإنسان: >> عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته <<<sup>4</sup>.

فالمسؤولية في الفقه الإسلامي عامة تشمل جميع المخاطبين بأحكام الشريعة الإسلامية سواء المقيمون داخل حدود الدولة الإسلامية أو خارج تلك الحدود، فمادام الشخص مسلماً فهو مسؤول عن تصرفاته بصرف النظر على المكان الذي يقطن فيه، فقواعد الشريعة الإسلامية ثابتة و تصلح للتطبيق في كل زمان و مكان، و هي لا تتبدل و لا تتغير لا من حيث الزمان و لا من حيث المكان، و هذا بخلاف ما عليه الحال في القوانين الوضعية التي يعتريها التغيير و التعديل و التبديل و الحذف، فيستحيل وصفها بالثبات و التطور و ذلك لعدم

<sup>1</sup>- محمد يوسف موسى، نظام الحكم في الإسلام، طبعة دار الفكر العربي، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.106.

<sup>2</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>3</sup>- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.370.

<sup>4</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

مواكبتها لكل الأزمان مما يجعلها تتغير بتغير الظروف و المكان، كما أنها يعترتها النقص و عدم إمامها بكل نواحي الحياة، و ذلك لأنه من وضع البشر الموصوفين بالنقص<sup>1</sup>. بالإضافة إلى أن هناك استثناءات من المسؤولية القانونية كمن يتمتع بالحصانة البرلمانية أو بالحصانة الدبلوماسية و ما إلى ذلك.<sup>2</sup>

---

1- محمد فوزي لطيف، المرجع السابق، ص. 84.  
2- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص. 372.

## المبحث الثاني: التكييف القانوني و الشرعي للمسؤولية الطبية .

مما لا شك فيه أنه يترتب على تقييد الحقوق حماية المجتمع من مخاطر استعمالها استعمالاً قاسياً أو استعمالاً أهوجاً، غير أن الشريعة لا تغالي في تقييدها إلى حد يعدمها أو يسلبها<sup>1</sup>، وإنما حفظت للفرد كيانه المستقل، تمتعه بحقوقه بشكل معتدل، و أعطت للمجتمع منزلته، و ربطت ما بين الفرد و المجموع بأمتن الروابط<sup>2</sup>.

و بناء عليه فإن استعمال الطبيب لحقه لمجرد قصد الإضرار بالغير من المرضى، أو دون منفعة مقصودة لصاحبه مع تضرر الغير به، يعتبر غير مشروع<sup>3</sup> لأن الحق ما شرع إلا لتحقيق مصلحة مشروعة، فإذا ثبت استعماله لا لتحقيق هذه الغاية - بل للإضرار و العبث- كان هذا مناقضاً لقصد الشارع في تشريعه للحق، و يترتب على ذلك مسؤولية الطبيب عن فعله الضار لدفع هذا الضرر و نفي هذه المناقضة.

أعطت الشريعة الإسلامية الإنسان اهتماماً كبيراً و وفرت له سبل حمايته من الأمراض للتداوي و التطب لحمايته و الحفاظ على جسمه و حماية النفس الإنسانية و حرمت إهدارها و الاعتداء عليها بغير حق<sup>4</sup>.

و كان للفقهاء الإسلامي السابق في توضيح المسائل المتعلقة بالمسؤولية الطبية فقد أشار إلى أغلب المسائل الفقهية من خلال مسائل طرحت و أوجد لها الفقهاء المسلمون حلولاً ما توصل إليه الفقهاء في العصر الحاضر<sup>5</sup>، و هذا يستلزم توضيح التكييف القانوني و الشرعي للمسؤولية الطبية، و هذا ما سيتم إلقاء الضوء عليه من خلال المطالب التالية:

1- محمد فرحات حجازي، طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي و القانون المدني، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة و القانون، أسيوط، ع3، 1405هـ، 1985م، ص.368.

2- سعيد امجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة و القانون، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.41. نقلاً عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.380.

3- عبد المقصود شلتوت، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.148-149، مقتبس من: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.380.

4- ثامر الشوابكة، الأخطاء الطبية و مسؤولية الطبيب، ط1، أمانة عمان الكبرى، المملكة الأردنية الهاشمية 2016، ص.35-38.

5- المرفي زياد محمد علي، قبول المخاطر و أثره في المسؤولية المترتبة في المجالات الطبية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عمان العربية، الأردن، 2011، ص.68.

المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية الطبية.

المطلب الثاني: التكييف الشرعي للمسؤولية الطبية.

### المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية الطبية.

تثور المسؤولية الطبية عندما يتخلف أبناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم و التي ينتظرها منهم المرضى، و قد كانت تلك المسؤولية محلا للعديد من التطبيقات القضائية، و بالتالي أحدثت الكثير من التساؤلات حول تحديد طبيعتها، عقدية أم تقصيرية.

و إذا كان القضاء الفرنسي قد استقر على أن المسؤولية الطبية في الأصل مسؤولية عقدية و الاستثناء أن تكون تقصيرية، إلا أن القضاء المصري يقضي بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، إلا أنها يمكن أن تكون عقدية في بعض الأحوال، و رغم الاختلاف بين القضائيين، إلا أن النتيجة العملية واحدة، فكلا القضائيين متفق على أن جوهر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية<sup>1</sup>.

و مع ذلك فإن هناك بعض النتائج التي تقتضيها القواعد العامة و التي تترتب على تكييف المسؤولية الطبية بأنها مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية تعاقدية<sup>2</sup>.

فالمسؤولية المدنية نوعان، تعاقدية: و هي التي تنشأ عن عدم الوفاء بالالتزام مصدره العقد، و تقصيرية: و هي التي تترتب على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت إلى العقد بصلة مباشرة، و بين النوعين فروق كثيرة كما سبق، أهمها ما يتعلق بعبء الإثبات، فهو أخف كثيرا بالنسبة للمدعى تجاه المسؤولية التعاقدية، و المدة المسقطه للدعوى العمومية إذا كانت تقصيرية ناشئة عن فعل معاقب عليه جنائيا<sup>3</sup>، ثم هناك فروق أخرى من حيث تقدير

1- نقض مدني مصري في: 21-12-1969، مجموعة أحكام النقض، رقم 179، ص.1062، و في نفس المعنى نقض مصري في: 21-12-1966، مجموعة أحكام النقض، رقم 166، ص.1075، نقض مصري في: 22-03-1966 مجموعة أحكام النقض، رقم 88، ص.639، أنظر ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقها و قضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، ب.م.ن، 2003، ص.39.

2- محمد فرحات حجازي، المرجع السابق، ص.375.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.112-163.

التعويض، و من حيث تضامن المسؤولين، ثم من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية كلها أو بعضها<sup>1</sup>.

أما الفقه الفرنسي فقد انقسم في هذا الشأن بين نظريتي المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، و قد رجح فيه الرأي القائل بأن مسؤولية الطبيب تكون مسؤولية عقدية في كل الأحوال التي تتوفر فيه شروط المسؤولية العقدية، أي التي يوجد فيها بين الطبيب و المريض عقد صحيح، و يكون الضرر نتيجة الإخلال بالتزام ناشئ عن هذا العقد<sup>2</sup>، فالعلاقة بين الطبيب و المريض هي علاقة تعاقدية، فعنصر الرضاء المتطلب من قبل المريض أو من يمثله قانونا لا يتصور بدون رابطة عقدية بينه و بين الطبيب الذي تناقش معه و فحص حالته و قبل إجراء العلاج<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: حالات كون المسؤولية الطبية تقصيرية.

أخذ التقنين المدني المصري القديم قواعد المسؤولية التقصيرية عن التقنين المدني الفرنسي، في وقت كان فيه القضاء الفرنسي قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض، فوضع القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، و أقامها على خطأ واجب الإثبات، ثم عرض حالات الخطأ المفروض، على غرار التقنين الفرنسي.

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدني القديم. و إذا كان بعض الفقهاء في مصر نادى بوجوب الأخذ بها، فإن القضاء المصري في أحكامه، لم يتطرق إليها. و أعلنت محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة<sup>4</sup>.

و هناك حالات تأخذ فيها المسؤولية الطبية مسؤولية تقصيرية و هذا ما سيتم بيانه كالآتي:

1- أحمد محمود إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.20 و ما بعدها.

2- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.155.

3- أحمد محمود إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.20.

4- منير رضا حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص.105.

## أولاً: المسؤولية الطبية التقصيرية.

إذا كانت القاعدة العامة في الفقه الفرنسي هي اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة تعاقدية، إلا أن هناك بعض الحالات التي تكون فيها المسؤولية تقصيرية و هي:

- عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل عناية طابعا جنائيا، أي يصبح فعله منطوي تحت لواء التجريم، فسبب المسؤولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، و من ثم فالقضاء الجنائي يكون مختصا في الدعوى المدنية<sup>1</sup>.
- ذكرنا أن القضاء الفرنسي يسلم بأن المسؤولية الطبية للطبيب تكون عقدية إذا ما كانت ظروف الحال تشير إلى قيام عقد بين الطبيب و مريضه، و تنشأ المسؤولية عند وقوع ضرر نتيجة مخالفة الالتزام التعاقدية، أما إن كانت الدلائل تنبئ عن انعدام مثل هذه الرابطة العقدية فإن المسؤولية الطبية تكون تقصيرية، و يتحقق لك في الفروض الآتية:
- عندما يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه، و ذلك كإنقاذ جريح على الطريق، فمثل هذا التدخل لا يكون بناء على عقد بل هو أقرب إلى الفضول<sup>2</sup>، و لا يغير من هذا الوصف كون الطبيب قد دعي إلى التدخل من قبل الجمهور، فالجمهور ليس ذي صفة في تمثيل المريض<sup>3</sup>.
- الحالات التي يتم فيها العلاج بناء على اتفاق سابق بين جهة معينة و الطبيب، و ذلك كأن تتفق مصلحة أو شركة مع طبيب<sup>4</sup>، أو عيادة على علاج العاملين لديها، فإذا أمكن القول بأن هناك عقد بين رب العمل و الطبيب، فإنه يصعب القول

1- إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص.39 و ما بعدها.

2- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.389.

3- أحمد محمود إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.233.

4- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية - مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا و فقها و اجتهادا - طبعة مطبعة الحلبي، ب.م.ن، 2003، ص.12 و ما بعدها.

بوجود مثل هذا العقد بين العامل و الطبيب، فالعامل يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المنعقد بين الجهة التي يعمل بها الطبيب أو المستشفى المعالج<sup>1</sup>.

- تكون المسؤولية تقصيرية في الحالات التي ينجم عن تدخل الطبيب فيها ضررا يصيب الغير، و ذلك كإهمال الطبيب في مراعاة و علاج شخص مختل عقليا، فيصيب الغير بضرر، و حالة إصابة الغير من عدوى المريض تحت رعاية الطبيب، أو بسبب استعماله نفس الآلة للعلاج<sup>2</sup>.

- تثور مسؤولية الطبيب التقصيرية في حالة امتناعه عن علاج مريض أو إنقاذه بلا مبرر مشروع، فمسلك الطبيب في هذه الحالة يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ إذا وجد في نفس الظروف، فالطبيب و إن كان حرا في مزاوله مهنته و له الحق في مباشرتها بالكيفية التي يراها إلا أن ذلك الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات و ما يقتضيه من الواجب الأدبي، و إذا كان متعسفا في استعمال حقه<sup>3</sup>.

أما الفقه المصري لا يختلف كثيرا عن الفقه الفرنسي، فقد ساير جانبا<sup>4</sup> منه اتجاه الفقه الفرنسي من اعتبار طبيعة العمل العلاجي مستمد أصوله من القواعد القانونية التي توجب التزام الطبيب بالقيام بالعلاج و مراعاة الحيطة و الحذر في أداءه، و أن الإخلال بذلك يستوجب المسؤولية التقصيرية إذا ما نجم عن أداءه لهذا العمل ضرر للشخص المعالج، و أن الطبيب المسؤول عن تعويض الضرر المترتب على خطأه و مسؤوليته هذه مسؤولية تقصيرية<sup>5</sup>، و نتيجة لهذا المعيار فالطبيب يسأل عن خطأه اليسير متى كان فعله مكونا لركن الخطأ وفقا للمادة المذكورة.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.139.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- نفس المرجع، ص.140.

4- حسن عكوش، المرجع السابق، ص.68.

5- علي أبو المجد، أحكام النقض على مواد القانون المدني في ربع قرن، ط1، ب.د.ن، ب.م.ن، 1955، ص.202.

و لقد ساير القضاء المصري على نهج قرينه الفرنسي من اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، و تمسكت محكمة النقض المصرية بالنظرية التقليدية في مجال المسؤولية الطبية<sup>1</sup>، فهي في أحكامها المختلفة تبحث عن وقوع خطأ من جانب الطبيب، لكي تقول بوجود المسؤولية المدنية، و قد اتجهت في أول الأمر إلى القول بأن مسؤولية الطبيب تعتبر مسؤولية تقصيرية، و قد ظل هذا الوضع قائماً لفترة طويلة<sup>2</sup>.

### ثانياً: نتائج المسؤولية الطبية التقصيرية.

المسؤولية التقصيرية بشكل عام هي الحالة التي تنشأ خارج دائرة العقد و يكون مصدر الالتزام بها هو القانون، فإذا سلك الشخص سلوكاً سبب ضرراً للغير يلتزم بالتعويض بذلك فهي تقوم على الإخلال بالالتزام القانوني لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير<sup>3</sup>.

أي أن إخلال الطبيب بالالتزام مصدره القانون أو تعليمات المستشفى الحكومي الذي يعمل فيه الطبيب و ليس الاتفاق أو العقد فالمسؤولية هنا تقصيرية حيث أن علاقة الطبيب بالمريض في المستشفى الحكومي هي علاقة الموظف بالدولة و هي علاقة تحكمها القوانين و الأنظمة<sup>4</sup>.

المسؤولية التقصيرية وفقاً للقانون المدني الجزائري، فإن الدعوى المترتبة عنها تسقط بمرور خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار، و هذا في كل الحالات، طبقاً للمادة 133 من

1- قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يمكن مسائلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار طبيباً لعلاج حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام و بين أطباؤها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية و ليست تعاقدية، و بذلك لا يكون هناك محل لبحت مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية، هذا الحكم يقرر الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية في فرض معين هو العلاج لدى طبيب المستشفى العام حيث ينعدم اختيار المريض للطبيب، و من ثم تنتفي المسؤولية العقدية، فهو و إن صلح بخصوص كل الحالات التي لا يختار فيها المريض طبيبه، إلا أنه لا يصلح كمبدأ عام في جميع حالات المسؤولية الطبية، كأن يلجأ إليه في عيادته الخاصة، أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.142.

2- رأفت محمد أحمد حماد، مسؤولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية و القانونية، كلية الشريعة و القانون، دمنهور، مصر، ع20، 2005، ص.935.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص.847.

4- ثامر الشوابكة، المرجع السابق، ص. 22.

القانون المدني التي تنص على: >> أن تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار<<<sup>1</sup>.

### ثالثاً: تبريرات القضاء في تكيفه للمسؤولية الطبية التقصيرية.

جاءت تبريرات القضاء المدني في تكيف المسؤولية الطبية على أنها تقصيرية كما يلي:

- التعويض في المسؤولية التقصيرية عن ضرر مباشر موجود سواء كان الضرر متوقع أو غير متوقع، مع أن تضامن المدنيين مقرر بنص القانون.
- يتجه القضاء في مصر نحو تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية التقصيرية و هذا ما استقر عليه القضاء المصري كمبدأ عام على أن مسؤولية الطبيب تعد مسؤولية تقصيرية بدليل أن علاقة المريض بالطبيب في المستشفى العام لا يمكن أن تكون عقدية إذ لا يمكن للمريض اختيار طبيبه الذي يعالجه حتى ينعقد العقد بينهما و أن علاقته مع إدارة المستشفى هي علاقة إدارية تنظيمية و لا يمكن مسائلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية و هذا ما جاءت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1936-06-22: >> أن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب على خطأه في المعالجة و مسؤوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية <<<sup>2</sup>.
- أما المشرع الجزائري قد بنى مسؤولية الأطباء على أساس الضمان، الذي يقوم هو بدوره على أساس تحمل التبعة. فالطبيب يخضع للقواعد العامة التي تطبق على الصناع باعتبارها صاحب صنعة، فيتحمل تبعة أعماله.

و قيام مسؤولية الأطباء بناء على أساس الضمان أو التعدي، مردها إلى الأصل العام، و هو تضمين الصناع من جهة، و الفعل الضار من جهة أخرى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- قانون رقم 10-05، المتعلق بالقانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup>- ثامر الشوابكة، المرجع السابق، ص. 27.

<sup>3</sup>- رايس محمد، المرجع السابق، ص. 72.

بعد عرضنا حالات كون المسؤولية الطبية تقصيرية وموقف القضاء منها، سيتم تبيان الحالات التي تكون فيها المسؤولية عقدية.

## الفرع الثاني: حالات كون المسؤولية الطبية عقدية.

### أولاً: المسؤولية الطبية العقدية.

تتحقق المسؤولية العقدية بشكل عام إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو قام بتنفيذه بشكل معيب و أدى هذا إلى إلحاق الضرر بالدائن و هذا يستوجب بداية وجود عقد صحيح حصل الإخلال به<sup>1</sup>.

و يميل الفقه الغالب في فرنسا و مصر نحو تأسيس المسؤولية الطبية على النظرية العقدية. فيرى الأستاذ السنهوري أن مسؤولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية، لا مسؤولية تقصيرية، لأنهم - أي الأطباء - يرتبطون بعقود مع عملائهم، في تقديم خدماتهم الفنية<sup>2</sup>.

و يرى الأستاذ سليمان مرقس، أن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية لأنها تنشأ عن إخلال طبيب بالتزام العلاج الذي تعهد به بمجرد قبوله مباشرة العلاج، و أنه لا يغير من طبيعة هذه المسؤولية أن يكون المريض مطالباً بإثبات خطأ الطبيب.

### ثانياً: نتائج المسؤولية الطبية العقدية.

تكمن نتائج المسؤولية الطبية العقدية فيما يلي:

- التعويض في المسؤولية المدنية العقدية لا يكون إلا في الضرر المتوقع و لا يفترض التضامن فيها بين المدنين إلا بالاتفاق صراحة.

<sup>1</sup>- سوار محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج1، ط8، مطبعة جامعة دمشق، ب.م.ن، 1996، ص.07.

<sup>2</sup>- رضا منير حنا، المرجع السابق، ص.116.

- في المسؤولية الطبية العقدية يقاس الخطأ بمعيار الرجل العادي فلا تقوم المسؤولية عن الخطأ اليسير الذي لا يمكن تجنبه و أن المدعى - المريض - لا يكلف بإثبات خطأ خصمه - الطبيب - و إنما يكتفي بإثبات الرابطة التعاقدية.
- يكمن التزام الطبيب في المسؤولية العقدية في الالتزام ببذل عناية الواجبة في علاج المريض فعلى المريض أن يثبت تخلف هذا الالتزام<sup>1</sup>.
- يتجلى بوضوح ضرورة الإعدار لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية كمبدأ عام ما لم يكن الالتزام العقدي التزاما بالامتناع عن عمل.
- تتقدم المسؤولية العقدية بمرور خمسة عشر سنة كقاعدة عامة، لكنها قد تتناقص هذه المدة إلى أن تصل إلى سنة واحدة، و لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل مدد التقادم المقررة بنصوص قانونية و هذا على خلاف ما هو عليه الوضع في فرنسا<sup>2</sup>.

### ثالثا: تبريرات القضاء في تكييفه للمسؤولية الطبية العقدية.

استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها يوم 20 مايو 1936 على أنه من المقرر نشوء عقدا بين الطبيب و المريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض و التي تتفق مع أصول المهنة و مقتضيات تطور العلم. و يترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدى و لو عن غير قصد - ميلاد مسؤولية من نفس النوع أي المسؤولية العقدية -<sup>3</sup>.

لقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض، بناء على اختياره له، و طلبه بنفسه، أو عن طريق نائبه.

فقد قضت المحكمة أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج، هي مسؤولية عقدية و الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه و بين مريضه بشفائه،

<sup>1</sup>- العزام سهيل محمد، الأخطاء الطبية، ب.د.ن، عمان، 2010، ص.33.

<sup>2</sup>- راييس محمد، المرجع السابق، ص.383.

<sup>3</sup>- منصور محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، ب.م.ن، 1984، ص.142.

أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب<sup>1</sup>.

بعد عرض التكيف القانوني للمسؤولية الطبية المدنية للتعامل في منتجات جسم الإنسان سيم التطرق إلى التكيف الشرعي من خلال المطلب الثاني.

### **المطلب الثاني: التكيف الشرعي للمسؤولية الطبية المدنية.**

إن المسؤولية الطبية لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية فحسب، بل كان لها فيها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرفع الشرائع المدنية في العصر الحديث، والقاعدة الشرعية >> أن كل ما يزول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذه المزاولة <<<sup>2</sup>.

و بناء عليه تتفق كلمة فقهاء الشريعة على أن أصل المسؤولية الطبية أنها عقدية، و يؤيد ذلك نصوصهم التي وردت في كتبهم لذا سيتم التطرق إلى عرض الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية (الفرع الأول) ثم بيان الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب عقدية (الفرع الثاني) ثم تبيان شروط انتفاء مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية في الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

### **الفرع الأول: الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية.**

<sup>1</sup>- رضا منير حنا، المرجع السابق، ص.118.

<sup>2</sup>- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.381.

و تكمن فيما يلي:

### أولاً: حالة الطبيب الذي يعالج مريضاً بلا إذن، أو بإذن و لكنه غير معتبر.

مثل ذلك: الإذن الصادر من الصبي أو المجنون أو العبد، فإذا عالج فأتلف بالعلاج نفس واحد من هؤلاء فإنه يضمن، و أساس الضمان هنا هو المسؤولية التقصيرية، إذ لا يمكن أن يتصور هنا عقد أو اتفاق لعدم الإذن مطلقاً، أو لوجود إذن غير معتبر، و مسؤولية الطبيب في هذه الحالة مطلقة أي سواء كان قد قصر الطبيب أو لم يقصر في العلاج، طالما نتج عن علاجه ضرراً للمريض<sup>1</sup>.

### ثانياً: حالة الطبيب الذي نصبه نفسه للطب و هو جاهل.

يشترط فيمن يشخصون المرض و يصفون الدواء أو يقومون بالجراحة أن يكونوا من ذوي حذق في صناعتهم و لهم بها بصيرة و معرفة<sup>2</sup>، أما من تطب و لم يعرف الطب فهو ضامن، فقد يترتب على فعل مدعي الطب و هو المتعاطي لتلك الصنعة دون أن يكون ملماً بقواعدها - هلاك المريض - و في هذه الحالة فإنه يضمن مطلقاً قصر أو لم يقصر و المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية و لو كان ثمة اتفاق سابق على العلاج، فإن مثل هذا الاتفاق قائم على غير محل أصلاً، و هذا النوع يستمد تحريمه من قوله صلى الله عليه و سلم: << من تطب و لم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن >><sup>3</sup>، فهذا الحديث الشريف قاطع الدلالة على أن المتعاطي علماً أو عملاً و هو جاهل لا يعرفه فيتولد عن فعله تلف أو هلاك نفس متعمد، فيضمن ضمان العدوان، فإذا تولد عن فعله تلف ضمن الدية، و لقد نص الفقهاء على أنه يحجر على المتطبيب الجاهل، أي يمنع من عمله، لأنه يفسد أبدان الناس، و إذا قام بالعمل الطبي أو الجراحي فهو متعمد، لأنه غير مأذون من جهة الشرع<sup>4</sup>.

1- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.374.

2- ابن قدامي، المغنى و الشرح الكبير، ج6، المرجع السابق، ص.120.

3- سنن ماجه، ج2، المرجع السابق، ص.1148.

4- ابن قدامي، المغنى و الشرح الكبير، ج10، المرجع السابق، ص.350.

### ثالثا: حالة الطبيب الذي يقوم بالقصاص.

في هذه الحالة الذي يباشر القصاص من الجاني بإذن من الإمام، فإنه إذا زاد عمدا في عملية القصاص أقتص منه بقدر الزيادة، وإن كانت خطأ كان عقل الزيادة على عاقلته، و أساس المسؤولية في هذه الحالة أنها مسؤولية تقصيرية، حيث لا عقد بين الطبيب و المقتص منه، أما لو قصر فنقص عن القدر المراد استيفاءه قاصا عمدا، فإنه لا يقتص ثانيا أو ثالثا حتى يستوفي القصاص، و لا قصاص على الطبيب بسبب هذا النقصان، و ذلك كطبيب باشر القصاص من الجاني و زاد على المساحة المطلوبة عمدا فيقتص منه بقدر ما زاد، فلو نقص و لو عمدا فلا يقتص ثانيا، فإن مات المقتص منه فلا شيء على الطبيب إذا لم يزد عمدا و لم يتعد المحل، أو لم يتعمد الزيادة بل أخطأ<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب عقدية.

تتفق كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية على أن أصل المسؤولية الطبية على أنها عقدية، و يؤيد ذلك نصوصهم التي وردت في كتبهم:

#### أولا: موقف الحنفية و المالكية.

قال الإمام السرخسي في المبسوط بالنص على ذلك صراحة: >> و أما فعل الفساد و البزاع فإنه مضمون ضمان عقد<sup>2</sup> << و يعلل الزيلعي من فقهاءهم عدم ضمان الحجام و من في معناه إذا لم يتعدى عمله الموضع المعتاد بقوله: >> لأنه إلتزمه بالعقد فصار واجبا عليه <<<sup>3</sup>.

و يعرض ابن رشد من المالكية لبعض أنواع من الصناعات و خاصة من كان منهم يمارس أعمالا فيها التغيرير و توقع الهلاك، و الأساس في ضمانهم، و ذلك في باب

1- محمد صلاح الدين، المرجع السابق، ص.337.

2- السرخسي، المبسوط، ج26، المرجع السابق، ص.149.

3- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.382.

الإجارة، يستفاد منه أن المسؤولية الناشئة عن أعمالهم هي مسؤولية عقدية، فيقول في هذا الصدد: >> و الطبيب يموت العليل من معالجته و كذلك البيطار<sup>1</sup> إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ<sup>2</sup>.

### ثانيا: موقف الشافعية و الحنابلة.

جاء في كتاب الأم أن للإمام الشافعي قولان في استحقاق الطبيب الأجر إذا طلب منه القيام بأي عمل يتعلق بعلاج أو تطبيب، أحدهما: أنه يستحق الأجر في حال السلامة و العطب، و الآخر: أنه ليس من الأجر شيء إذا فعل ما لا يفعله مثله، وهو أصلح القولين<sup>3</sup>.

أما الحنابلة فقد ذهبوا في نصوصهم على اعتبار أن المسؤولية الطبية أنها عقدية -أي أصلها العقد - قال ابن قدامي: >> و يجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه، لأنها منفعة مباحة مقصودة، فجاز الاستئجار على فعلها فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه من جنابته <<<sup>4</sup>.

و كذلك لا يخرج فقه المذاهب الأخرى عن كون المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية بحسب الأصل ناشئة من إجارة الطبيب و نحوه من عمله الذي نصب نفسه لأجله، أو كلفه به المستأجر أو طلبه منه، و ذلك حسبما يكون الطبيب و نحوه فيها، أجيروا مشتركا أو خاصا<sup>5</sup>.

فأصل المسؤولية الطبية عند فقهاء الشريعة أنها مسؤولية عقدية أساسها عقد بين الطبيب و المريض، و يخضع هذا العقد لأحكام الإجارة في الفقه الإسلامي، إلا في أحوال قليلة تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية كما سبق ذكره سلفا.

1- البيطار هو: من بطر، و البطر شق الجلد و إسالة الدم منه، و البيطار من يقوم بهذا العمل، المصباح المنير، ج1 المرجع السابق، ص.51.

2- ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج1، المرجع السابق، ص.997.

3- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.383.

4- ابن قدامي، المغني و الشرح الكبير، ج5، المرجع السابق، ص.495.

5- محمد بن علي الشوكاني، المرجع السابق، ص.323.

يتبين ما سبق، أن الشريعة الإسلامية جاءت بالنص الواضح أن المسؤولية الطبية إنما تخضع لعقد الإجازة بين الطبيب و المريض، و يكاد يكون هناك اتفاق على ذلك، و قد تقدمت النصوص الدالة على ذلك، إلا في أحوال معينة تكون فيها المسؤولية الطبية تقصيرية<sup>1</sup>.

أما فقهاء القانون فقد اختلفوا كثيرا فيما بينهم، بجانب اختلاف الفقه مع القضاء في كل من فرنسا و مصر على طبيعة المسؤولية الطبية، فكانت في أول الأمر المسؤولية للطبيب عقدية ثم تقصيرية مع الخلافات المذكورة سابقا في ذلك<sup>2</sup>.

بعد التطرق إلى عرض الحالات التي تكون فيها المسؤولية الطبية تقصيرية و عقدية من منظور الفقه الإسلامي و تبيان كل واحد على حدا و وجهة نظره ، سيتم عرض شروط انتفاء مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية في الشريعة الإسلامية.

### **الفرع الثالث: شروط انتفاء مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية في الشريعة الإسلامية.**

يقول ابن قيم الجوزية في زاد المعاد >> أما الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها و لم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع و من جهة من يطببه تلف العضو أو ذهاب الصفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقا <<<sup>3</sup>.

هنا يتضح لنا الشروط التي تمنع مساءلة الطبيب عن أخطائه المهنية كالاتي:

<sup>1</sup>- محمد زين العابدين طاهر، نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي رسالة دكتوراه، أسبوط، مصر، 1986، ص.615.

<sup>2</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.140.

<sup>3</sup>- ثامر الشوابكة، المرجع السابق، ص. 45.

- الإذن العام و يكون بسماح ولي الأمر للطبيب بمزاولة مهنة الطب و إجازته للعمل و هذا ما يعرف في وقتنا الحاضر بالإجازة الطبية. فقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بإذن الحاكم لإباحة الأعمال الطبية الماسة بجسم المريض<sup>1</sup>.
  - الإذن الخاص و هو إذن المريض أو وليه للطبيب لرفع المسؤولية عنه أو كان المريض في حالة لا يمكن فيها إعطاء الإذن للطبيب<sup>2</sup>. ومن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن توافر إذن المريض أو ممثله إذا كان قاصراً يعد سبباً لرفع المسؤولية عن الطبيب الحاذق<sup>3</sup>.
  - إتباع الأصول العلمية و العملية بأن يكون الطبيب على درجة عالية من المعرفة وفق المعتاد في مهنة الطب أي على دراية و تجربة.
  - قصد العلاج وهو ان يكون الدافع لتخل الطبيب هو قصد العلاج و رعاية المصلحة للمريض<sup>4</sup>.
- بعد التطرق إلى التكييف القانوني و الشرعي للمسؤولية الطبية المدنية في نطاق التعامل في منتجات جسم الإنسان، سيتم عرض أركان المسؤولية الطبية المدنية في التشريع و الفقه الإسلامي و ذلك ضمن المبحث الثالث تحت غطاء هذا الفصل .

1- شديفات صفوان محمد، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011، ص.121.

2- ثامر الشوابكة، المرجع السابق، ص.45.

3- أبو تايه أسامة إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار طارق للنشر، عمان، 2006، ص.52.

4- ثامر الشوابكة، المرجع السابق، ص.45-46.

### المبحث الثالث: أركان المسؤولية الطبية في مجال عمليات نقل الدم.

نشأت المسؤولية المدنية لتنظيم العلاقات الاجتماعية و ضبط السلوك الإنساني، لتحقيق السلام و الوئام الاجتماعي، و استتباب الأمن و النظام و الحرية بين الأفراد، لأن إرادة الأفراد إذا لم تلجم بضوابط انتابها الهوى، و حركتها النزاعات الفردية التي قد تتسم - إذا ما هي أطنبت في الذاتية - بالعدوانية<sup>1</sup>.

و هكذا تهدف المسؤولية المدنية فيما تهدف إليه، إلى الوقاية من السلوك غير الاجتماعي، أو الوقاية من الأضرار من جهة، و من جهة ثانية إلى تهدئة المضرور و

---

<sup>1</sup>- رايس محمد، المرجع السابق، ص.141.

صرف نظره عن الانتقام من المسؤول و إطفاء جذوة غضبه، و فوق هذا و ذلك تهدف المسؤولية المدنية، و ككل مسؤولية، إلى تحقيق العدالة<sup>1</sup>.

إن التقدم الكبير الذي أحرزته العلوم الطبية، و اتساع مجالات تطبيقاتها و تشعب فروعها و بروز الاختصاصات فيها زاد من أهميتها و دورها في المجتمعات الإنسانية، لكن ما رافق العلم الطبي من تطور في الأدوات و الآلات و سائر الأشياء الطبية المختلفة، و التي أصبحت جزءا من عمل الطبيب و فنه، زاد من مخاطر ممارسة مهنة الطب و ضاعف من مسؤولية الطبيب. و مما زاد في تعقيد مسؤولية الطبيب هو إضافة الصفة التقنية أو الفنية لعمله، مما أدى إلى ازدياد دعاوى المسؤولية على الأطباء بسائر أنواعها، سواء جزائية منها أو المدنية، بل و حتى تأديبية. و هذا كله صعب من مهام المحاكم الناظرة في دعاوى المسؤولية الطبية إلى درجة كبيرة<sup>2</sup>.

و من المعلوم أن المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية ترتكز على ثلاثة أركان: و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية. و تعتبر المسؤولية المدنية للطبيب لها ذات الأركان. فالمسؤولية العقدية للطبيب لها ثلاثة أركان هي الإخلال بالتزام عقدي و الضرر الناجم عنه و العلاقة السببية بينهما، أما المسؤولية التقصيرية فإن أركانها هي الفعل غير المشروع و الضرر و العلاقة السببية بينهما<sup>3</sup>.

و أركان المسؤولية التعاقدية عموما ثلاثة: الخطأ La Faute و الضرر Le Dommage و العلاقة السببية بينهما Le lien de causalité. فحتى تتحقق المسؤولية الطبية يجب أن يثبت أن هناك خطأ وقع من الطبيب فحدث ضرر للمريض و أن هذا الضرر نشأ مباشرة من ذلك الخطأ<sup>4</sup>.

1- عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.15 و ما بعدها.

2- رابيس محمد، المرجع السابق، ص.142.

3- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.465.

4- وديع فرج، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مجلة القانون و الإقتصاد للبحث في الشؤون القانونية و الإقتصادية، كلية الحقوق، ع1، يناير 1942، مطبعة فتح الله إلياس نوري و أولاده، القاهرة، ص.17.

إن التطور العلمي و التقني و التقدم الفني في عالم الطب رافقه تطور في تحديد التزامات الطبيب، و في تحديد مسؤولياته المدنية، و سنحاول تبسيط بحثنا هذا المتعلق بدراسة أركان المسؤولية و طبيعتها المدنية للأطباء فنقسمه إلى ثلاثة مطالب، نتطرق في الأول منهما إلى دراسة الخطأ الطبي، و مطلب ثان ندرسه ركن الضرر باعتباره نتيجة من نتائج الأخطاء أحيانا، و عنصرا كافيا لتقرير المسؤولية و لزوم التعويض أحيانا أخرى، ثم نعرض ركن العلاقة السببية التي تربط هذا الخطأ بذلك الضرر في نفس المبحث.

### المطلب الأول: الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل الدم.

إذا كان الفكر البشري قد عرف، منذ أمد بعيد، المسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم العمدية و غير العمدية، فإن هذه المسؤولية لم تحظ في يوم من الأيام بمثل هذا الاهتمام البالغ الذي تلقاه في عصرنا الحاضر. و الأسباب التي أدت إلى ازدياد أهمية المسؤولية الطبية، و إلى ازدياد دعاوى التي ستعرض لها الأطباء عديدة متنوعة<sup>1</sup>، لعل من أبرزها تطور العلم و تقدمه في ميدان الطب. فكلما تضاءل الطابع الحدسي أو التجريبي في عمل الطبيب، بازدياد المكتشفات العلمية و رسوخها و انتشار الوسائل الفنية و تطورها، كلما زادت فرص نجاحه سواء في مجال تشخيص المرض أو علاجه أو في مجال العمليات الجراحية. و حين تكون فرص النجاح كبيرة بالنسبة لأمر ما، فإن من الطبيعي أن يبدو الفشل حين إذن حدثا غريبا يثير الشك و التساؤل<sup>2</sup>.

لقد وجد رأي يدعوا إلى عدم مساءلة الطبيب في غير حالات الخطأ العمدي بل أن بعض الأحكام في القانون الفرنسي القديم قد أنحت بالملائمة على المريض المتضرر نفسه لأنه اختار لمعالجته طبيبا جاهلا غير حاذق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Georges Boyer Chammard et Paul Monzein : La responsabilité médicale, 1974,P.07 et suite.

<sup>2</sup> - محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة، ع1، مارس 1979، ص.08.

<sup>3</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

و لكن مثل هذا الرأي لم يكتب له النجاح، فما من أحد يشك الآن في أن الطبيب يسأل عن خطئه غير العمدي. كما يسأل عن خطئه العمدي. و الخطأ العمدي لا يكاد يثير أية صعوبة، و لذلك نستبعده من نطاق دراستنا مقتصرين في هذا البحث على الخطأ غير العمدي وحده<sup>1</sup>.

و نود أن نشير في هذا المطلب، إلى مفهوم الخطأ الطبي و صورته و تطبيقاته في مجال التصرف في بعض منتجات جسم الإنسان.

### الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي و أنواعه.

من بين أركان المسؤولية الطبية هو ركن الخطأ، و الفقه الحديث لا يفرق بين تعريف الخطأ التعاقدية و الخطأ التقصيري، فالخطأ في نوعي المسؤولية، كما عرفه الفقيه مازو، >> هو تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول <<<sup>2</sup>.

### أولاً: تعريف الخطأ الطبي.

و طبقاً لهذا التعريف، يكون الخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>3</sup>.

و أول ما يخطر بالبال بعد هذا التعريف هو ذلك السؤال: هل الخطأ الطبي يتميز عن الخطأ العادي بمميزات خاصة، و هل هو يخضع بسبب ذلك لتقدير خاص، و في النهاية هل تتطلب فيه درجة خاصة من الجسامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup>- وديع فرج، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>3</sup>- وديع فرج، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>4</sup>- نفس المرجع، ص. 18.

لتقدير مسلك أي إنسان طريقان: فإما أن يقارن ما وقع منه بمسلكه العادي فإذا اتضح أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر مقصرا و إلا فهو غير مخطئ، و هذا هو التقدير الواقعي أو الشخصي. و أما أن يقارن ما وقع منه بمسلك شخص مجرد يتصور على أنه مثال الرجل الحريص اليقظ، الذي يفترض أن لا عيب في أعماله و تصرفاته، و هذا هو التقدير المجرد، و يظهر أن الفقه و القضاء أيضا، حائرا بين هاذين الطريقتين لتقدير الخطأ الطبي، فرأى بعض الفقهاء وجوب الأخذ بالتقدير الواقعي و إتباع المعيار الشخصي، و جارتهم في ذلك بعض الأحكام، غير أنه لوحظ بحق أن تطبيق هذه القاعدة في التقدير يؤدي إلى مكافأة من اعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره، و مجازة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة يهفوها، لذلك تفضل أغلبية الفقهاء تقدير الخطأ الطبي طبقا لقاعدة التقدير المجرد، لا على إطلاقها، فإن في ذلك كل الظلم على الطبيب، و إنما مع مراعاة بعض الظروف المحيطة بمسلك الطبيب و التي أثرت حتما فيه، تلك هي التي يعبر عنها الفقهاء بالظروف الخارجية، و هي الظروف المستقلة عن شخصية الطبيب، كوجوب العمل بسرعة معينة أو بعيدا عن المستشفيات و الأدوات العلاجية اللازمة، أو عن معونة الزملاء و الممرضين، هذه الظروف و أمثالها تتيح للطبيب أعمالا، لو وقعت منه في غيرها لعدت خطأ، بل و خطأ جسيما<sup>1</sup>، و أهم ما يحتاج لإيضاح في هذه النظرية هو تعبير الظروف الخارجية، إذ ما الفارق بين الظروف الخارجية التي تجب مراعاتها عند التقدير و الظروف الداخلية، التي يجب إهدارها وفتنذ؟ يجيب عن ذلك الفقيه مازو >> الظروف الداخلية هي اللاصقة بشخصية المسؤول، المتعلقة بخصائصه الطبيعية و الأدبية << و لو سلمنا بهذه النظرية لأدت بنا إلى إيقاع الظلم بطائفة كبيرة من الأطباء و إحداث الفوضى في المهن الطبية، بل و على الأخص لأدت إلى إهدار قصد العاقدين<sup>2</sup>.

1- وديع فرج، المرجع السابق ، ص. 19.

2- نفس المرجع و الصفحة.

و عليه يمكن القول أن الخطأ المهني هو ذلك الفعل الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم، و يخرجون في ذلك عن السلوك المهني المألوف و عن أصول المعمول بها و المستقر عليها لدى أصحاب تلك المهنة<sup>1</sup>.

و إذا كان معيار الرجل الحريص لا يصلح معيارا عاما يمكن تطبيقه على جميع الناس، إذ أن الأفراد يغتفر بعضهم لبعض إغفال اتخاذ بعض الاحتياطات، فإن المسألة ليست كذلك بالنسبة للطبيب، لأن الناس ينتظرون منه أكثر مما ينتظر من الرجل العادي. فالمريض الذي يلجأ إلى الطبيب، يولي هذا الأخير ثقته، و يركن إلى درايته و يعتمد إلى ضميره و خبرته، مما يستوجب عليه أن يكون أهلا لهذه الثقة، و عليه أن يرضى الالتزامات التي تلزمه بها مهنته و التي لولاها لما وضع المريض جسمه و حياته بين يديه<sup>2</sup>.

و من البين أن عدم اتخاذ الطبيب للاحتياطات اللازمة و عدم إظهار يقظة الرجل الحريص على أداء الواجب يعتبر إهمالا منه و خطأ أكيدا موجبا للمسؤولية<sup>3</sup>.

فالخطأ الطبي كما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 هو: << العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة... >><sup>4</sup>. فالطبيب يكون مخطئا إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة من جهة و بوجه عام إذا لم يرضى بواجباته اتجاه المريض، أو إذا كانت العناية التي بذلها مخالفة للحقائق العلمية المكتسبة أو المستقرة من جهة أخرى<sup>5</sup>. و إذا كان واجب الطبيب أن يتابع التطور العلمي و أن يعايش عصره و أن يجدد معارفه، فإن الإخلال بهذا الالتزام يجعل من الخطأ قائما في حقه. و قد

1- رايس محمد، المرجع السابق، ص.150.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنيين، دار النشر للجامعات المصرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، مصر، 1984، ص.119.

4- خلود سامي عزازة، النظرية العامة للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1984، ص.400 و ما بعدها.

5- محمد هشام القاسم، المرجع السابق، ص.87.

عبرت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر لها بقولها: >> ... إذا كانت العناية مخالفة للحقائق العلمية الحالية <<<sup>1</sup>.

هذا و يرى بعض الشراح أن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته<sup>2</sup>. و يرى البعض الآخر أن الخطأ هو عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي لا ينشئها الواجب القانوني العام بعد الإضرار بالغير، و إنما المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها و تبين مداها<sup>3</sup>. و يضيف البعض الآخر أن الخطأ الطبي يتمثل في إخلال الطبيب بالتزاماته الخاصة و العامة<sup>4</sup>.

ومما تقدم نرى أن تعريف الخطأ الطبي الذي بادرنا به و المتمثل في إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي تفرضها علوم الطب و قواعد المهنة و أصول هذا الفن، أو مجاوزتها بأن يأتي الطبيب عملاً يتجاوز العمل المعتاد و المألوف الذي يقوم به طبيب آخر في نفس المستوى و في ذات الظروف، يتماشى و نصوص القانون، و كذلك موقف القضاء<sup>5</sup>.

أما الخطأ في الفقه الإسلامي فإنه لا يخرج عن المعنى القانوني للخطأ الطبي فهو التصرف الصادر من شخص يتمتع بصفة الطبيب لا تراعى فيه قواعد الحيطة و الحذر و أصول المهنة يترتب عليه ضرر بالمريض<sup>6</sup>.

و لعل هذا التعريف يخرج من نطاق مسؤولية الطبيب الذي راعى أصول مهنته أو اتخذ التدابير اللازمة لوقاية مرضاه من الضرر و مع ذلك وقع الضرر<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> - Cass, Civ, 28juin1960- J.C.P.1960. II- 11787- Note Savatier.

مقتبس من: راييس محمد، المرجع السابق، ص.151.

<sup>2</sup> - أحمد محمود إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.317.

<sup>3</sup> - حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص.118.

<sup>4</sup> - عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص.81.

<sup>5</sup> - راييس محمد، المرجع السابق، ص.152.

<sup>6</sup> - حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.469.

<sup>7</sup> - أحمد محمد لطفي أحمد، الايدز و آثاره الشرعية و القانونية، دار الجامعة الجديدة، ب.م.ن، 2005، ص.339.

و قد ذهب عدد من فقهاء المسلمين إلى أن الجراح أو الطبيب بصفة عامة لا يسأل إلا عن الخطأ الفاحش و هو الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر. فإن فعل الطبيب ما لا يفعله مثله ممن أراد العلاج و كان عالماً بهذا فهو ضامن لتجاوزه في عمله الحدود المتعارف عليها عند أهل المهنة أما إذا كان فعل الطبيب هو ما يفعله مثله من أهل العلم بصناعة الطب فلا ضمان عليه و إن ارتكب خطأ يسيراً و هو الذي يمكن أن يقع فيه طبيب مماثل<sup>1</sup>.

## ثانياً: أنواع الخطأ الطبي.

يتميز رجال القانون عادة بين نوعين من الخطأ الذي يمكن أن يرتكبه الطبيب خلال مزاولته لمهنته: خطأ عادي لا صلة له بالأصول الفنية للمهنة، كالإهمال و عدم الاحتراز اللذين يمكن أن يصدر عن أي شخص، و خطأ مهني أو فني يتمثل في الخروج على الأصول الفنية للمهنة و مخالفة قواعد العلم، كالخطأ في التشخيص أو العلاج<sup>2</sup>.

و قد قصد من هذا التمييز، بادئ الأمر، معاملة الطبيب معاملة خاصة بالنسبة لخطئه المهني تختلف عن معاملته بالنسبة لخطئه العادي. فبالنسبة للخطأ العادي، يسأل الطبيب كما يسأل أي شخص، إذا انحرف عن سلوك الرجل العادي. أما بالنسبة للخطأ المهني، فالطبيب لا يسأل بحسب أصحاب هذا الرأي، إلا عن خطئه الجسيم أو الفاحش أو الذي لا يغتفر<sup>3</sup>.

و تتلخص حجة أصحاب هذا الرأي في أن مسائلة الطبيب عن أخطائه غير الجسيمة التي قد يرتكبها خلال مزاولته لمهنته تؤدي إلى تقييد حريته اللازمة في العمل و شل حركته و القضاء على روح المبادرة عنده و ضعف الثقة و الاطمئنان لديه، مما ينعكس أثره على مصلحة المريض نفسه. و يضيفون إلى ذلك أن أخطاء الطبيب المهنية هي، في معظم

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.470.

<sup>2</sup>- محمد هشام عبد القاسم، المرجع السابق، ص.09.

<sup>3</sup>- محمد هشام عبد القاسم، المرجع السابق، ص.10.

الأحيان، أخطاء ناجمة عن المهنة ذاتها، بسبب قصورها و عنصر الاحتمال فيها، لا عن الطبيب الذي يمارس هذه المهنة.

إلا أن هذا الرأي كان عرضة للنقد، ففضلا عن صعوبة التمييز في بعض الحالات بين الخطأ العادي و الخطأ المهني، فإن هذا التمييز لا يستند إلى أساس قانوني، لأن القانون لا يفرق بين النوعين من الخطأ، و لا يتطلب درجة أشد بالنسبة للخطأ المهني لترتيب مسؤولية الطبيب. كما أن مصلحة الطبيب في توفير القدر الكافي من الحرية و الطمأنينة له تقابلها مصلحة المريض نفسه في عدم تعريضه لخطأ الطبيب و تركه تحت رحمته<sup>1</sup>.

و لذا، فإن الاتجاه السائد حاليا في الفقه و القضاء هو اعتبار الطبيب مسؤولا عن كل خطأ يرتكبه أيا كان نوعه، و دون تفريق بين ما إذا كان الخطأ مهنيا أو غير مهني، جسيما أو غير جسيم<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: صور الخطأ في مجال عمليات نقل الدم.

تؤكد بديهيات العمل الطبي على أن يتقيد الطبيب بشكل دائم بالسلوك المستقيم و حسن الرعاية و احترام كرامة مرضاه. فمهنة الطب مهنة إنسانية و أخلاقية و علمية قديمة قدم الإنسان أكسبتها الحقب الطويلة تقاليد و مواصفات تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف و الأحوال و إن يكون قدوة حسنة في سلوكه و معاملاته مستقيما في عمله محافظا على أرواح الناس و أعراضهم. و تقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب و المريض على بذل عناية و عدم الإهمال و ليس الشفاء<sup>3</sup>.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.491.

و تتنوع صور الخطأ الطبي - في التطبيق العملي - تبعا لنوع العمل الطبي الذي يزاوله الطبيب، كما يتنوع كذلك بحسب المرحلة التي يتم فيها هذا العمل، و ما إذا كانت مرحلة تشخيص المرض، أو علاجه، أو حتى مرحلة من المراحل التمهيديّة التي تسبق العلاج ذاته، كمرحلة تخدير المريض مثلا، تمهيدا لإجراء جراحة له<sup>1</sup>.

فهناك أخطاء تقع من الأطباء العموميين، و أخرى تقع من غيرهم من العاملين في التخصصات الطبيّة المختلفة بل أن هناك من الأخطاء ما يمكن أن يقع من أي من الفئتين، بحسبانها من الأخطاء العامّة المتعلقة بالواجبات الأدبية و القانونيّة، أو من الأخطاء العامّة ذات الطابع الفني، التي يلتزم بها عموم الأطباء<sup>2</sup>.

و لقد لعب القضاء دورا فعّالا و كبيرا في ظهور و ترسيخ قواعد المسؤولية الطبيّة، حيث لم يقتصر دوره على تطبيق القانون و تفسيره، بل تعداه إلى الإنشاء و الخلق لمبادئ حقيقية، و لعل السبب الرئيسي في ذلك، هو ضآلة النصوص القانونيّة التي تسد الحاجة و تملئ الفراغ. مما دفع بالقضاء إلى التوسع فيها و سد النقص الذي يتخلل ثناياها<sup>3</sup>.

و لعل ما يميز المسؤولية الطبيّة عن غيرها في طبيعة الخطأ. فخطأ الطبيب ليس كخطأ الشخص العادي، و ذلك لما ينطوي عليه من طبيعة فنية و تعقيد علمي، بحيث لا بد من توافر الخلل أو الإثم في فعل الطبيب أو امتناعه، فيشكل تقصيرا في الالتزام أثناء ممارسته مهنة الطب<sup>4</sup>.

فالتبيب يسأل عن جميع الأخطاء التي يرتكبها، صغيرها و كبيرها، بسيطها و جسيمها، و هذا بعد طول تردد و نقاش كبير دار بين رجال الفقه. و هذا ما دفع بنا إلى التعرض لبعض صور الخطأ الطبي و تطبيقاته في المجال العملي.

1- منير رضا حنا، المرجع السابق، ص.305.

2- نفس المرجع، ص.306.

3- رايس محمد، المرجع السابق، ص.201.

4- رايس محمد، المرجع السابق، ص.201.

و في مجال بحثنا هذا - التعامل القانوني في منتجات الجسم - سنخصص بعض صور الخطأ الطبي في عملية نقل الدم و التي تعتبر من المسائل الحديثة لأن الدم باعتباره عضوا من أعضاء الجسم يتميز بخاصية قد لا تتوافر في باقي أعضاء الجسم، ألا و هي صفة التجدد. فهو يتجدد من تلقاء نفسه، فإن فقد الإنسان بعض دمه فإن هذا الدم يتجدد و يعوض الجزء المفقود على خلاف باقي الأعضاء الأخرى التي منها يتكون جسم الإنسان. و مادام الدم السائل لا يترتب على نقل بعضه إصابة المتبرع بضرر لأنه متجدد، وهو يحقق مصالح مشروعة للمريض، مما يجعل التبرع به جائزا شرعا<sup>1</sup>.

و قد بدأ تنظيم عملية نقل و حفظ الدم وفقا للتشريع الفرنسي الصادر في 21 يوليو سنة 1952، و الذي كان مندمجا في تشريع الصحة العامة بمقتضى المادتين 666 و 667 من نفس القانون، و قد أكد هذا التشريع على أن تقديم الدم لا يمكن اعتباره إنتاجا دوائيا كما أكد كذلك على مجانية إعطاء الدم.

و قد كان هذا التشريع هو التشريع الجاري به العمل في الجزائر. ثم ظهر تشريع 04 يناير لسنة 1993، الذي نظم نقل الدم و آثار استخدامه، و خاصة إذا كان ملوثا. و أوضح هذا التشريع أن عملية نقل الدم تتم لصالح المريض بشكل مجاني، و لا تتم هذه العمليات إلا من خلال مؤسسات نقل الدم المعتمدة، و يتم أخذ الدم تحت إشراف و بمعرفة طبيب و تحت مسؤوليته<sup>2</sup>.

كما أكد هذا التشريع على ضرورة إجراء الفحوص اللازمة و التحاليل الضرورية لمعرفة الأمراض التي قد تكون عاقبة به و تنتقل بواسطته، و هذا قبل استعمال هذا الدم أو توزيعه. كما أكد على عدم إمكانية أخذ الدم من قاصر و لا من بالغ إذا كان هذا الأخير خاضعا لإجراءات الحماية القانونية. كما أن المعطي أو المتبرع إذا كان بالغاً معافى، فيجب قبل أخذ الدم منه إحاطته بكل المخاطر و النتائج المحتمل وقوعها بسبب أخذ

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.237.

<sup>2</sup>- راييس محمد، المرجع السابق، ص.238.

هذا الدم. كما لا ينبغي أن يتعرف المتلقي للدم على شخصية المعطي أو المتبرع، و لا يعرف هذا الأخير شخصية الأول، و يمنع نشر أي بيان أو معلومات خاصة بأحدهما للآخر إلا لضرورات طبية أو علاجية<sup>1</sup>. و هذا ما سبق الإشارة إليه سلفا في الفصل الثاني من المبحث الثاني المسمى - التعامل في الدم - تحت غطاء الباب الأول منه.

و تتعدد صور الخطأ الطبي في مجال نقل الدم و هذه الصور هي الخطأ في عمل التحاليل اللازمة للدم و الخطأ في استعمال الأدوات الطبية.

من الطبيعي أن تسبق عملية نقل الدم تحاليل و فحوص معينة للتأكد من سلامة معطي الدم من جهة و من التوافق بين الطرفين من جهة أخرى. و تعد عملية إجراء التحاليل الخاصة بالدم من بديهيات العمل الطبي و هي أشبه ما تكون بالعلاج، إذ أن المريض لا يمكن نقل الدم إليه إلا بعد معرفة مدى توافق فصيلة دمه مع فصيلة دم المتبرع<sup>2</sup>.

و في عمل التحاليل و الفحوصات اللازمة للدم يجب التفريق بين ما إذا كان الخطأ صادرا من الطبيب نفسه أو يكون صادرا من الفنيين اللذين يخضعون في عملهم لإشرافه و رقابته.

قد يحتاج المريض في بعض الظروف إلى نقل دم إليه يتعين أن يكون متفقا في الفصيلة مع دمه و إلا أصيب بأضرار قد تكون جسيمة، كما يجب أن يكون الدم سليما خاليا من المرض، و إلا انتقلت إليه عدواه. و يتعهد الطبيب المعالج و غيره من المتخصصين بتحليل الدم سواء للمعطي أو المنقول إليه من أجل معرفة فصائل الدم و التوافق بينها و خلوها من الأمراض<sup>3</sup>.

فقد أصبح الطب الآن يتبع طرق منطقية يستعين بها و العلوم الأخرى التي من الممكن أن تساعد في إجراء اختبارات الدم، و يتولى تنفيذ هذه الإجراءات أطباء متخصصون، خاصة

1- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.29 و ما بعدها.

2- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ب.م.ن، 1999، ص. 59.

3- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، ب.م.ن، 1978، ص.377.

بعد أن أصبحت عمليات نقل الدم محاطة بمجموعة من القيود و الضوابط الشديدة التي تكفل سلامة الأشخاص - خاصة بعد ظهور الأمراض الخطيرة كالإيدز . و لا شك أن هذا الأمر يلقي على عاتق الأطباء عبئا مضاعفا لكفالة الحماية الكاملة للمتبرعين بدمائهم و كذلك المرضى المنقول إليهم هذا الدم<sup>1</sup>.

و يتعين التفريق بين الخطأ العلمي و الخطأ المسلكي للطبيب. فإهمال الطبيب أو تقصيره في عدم استكمال جميع أنواع التحاليل و عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية و التي تضمن صحة النتائج يجعل من ذلك خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب ضمن واجب الطبيب في علاجه للمريض أن يبذل العناية المطلوبة و هذا من مقتضيات العناية المطلوبة<sup>2</sup>.

أما إذا كان الخطأ في عمل التحاليل ناتجا عن النقص في مجال العلوم الطبية أو نقص الوسائل ذات التأثير الفعال و التي من شأنها أن تؤدي إلى نتائج مؤكدة فيرى البعض أنه لا يمكن أن نسأل الطبيب لأنه لم يرتكب أية خطأ<sup>3</sup>.

و للخطأ وضع خاص في مجال المسؤولية الناشئة عن عمليات نقل الدم و ذلك بسبب اشتراك أكثر من شخص في وقوع الفعل الضار و تزامم الأسباب المؤدية إلى المسؤولية، ففي مجال عمليات نقل الدم، قد تثار مسؤولية الطبيب الذي يتولى إجراء عملية نقل الدم أو علاج المريض المنقول إليه الدم، كما يمكن أن تثار مسؤولية مساعدي الطبيب كالقائم بالتحاليل المخبرية، و تثار أيضا مسؤولية المستشفى عن نقل الدم الملوث و أخيرا يمكن أن تثار مسؤولية مركز نقل الدم عن التلوث أو الأمراض الموجودة في الدم<sup>4</sup>.

و في ضوء ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفرع إلى ما يلي:

## أولا: خطأ الطبيب و مساعديه.

1- عيد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص.206.

2- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.493.

3- عيد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص.206.

4- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.113.

إن الطبيب المرخص له قانوناً بنقل الدم إلى المريض، إنما يقوم بعمل مشروع لا يسأل عنه متى أجرى هذه العملية دون خطأ، و إذا كان الفقه المدني، قد أجمع على ضرورة توافر شروط ممارسة النشاط الطبي على عمليات نقل الدم إلى المريض، طبقاً للقواعد الطبية المقررة و الثابتة إلا أنه اختلف في تحديد مفهوم الخطأ الطبي، فقد عرف رأي في الفقه الخطأ الطبي بأنه >> عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته <<1.

فقتنين أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي بالمرسوم رقم 1000 الصادر في أيلول 1995 يقيم مبدأ عام للمسؤولية الشخصية للطبيب عن كل عمل من أعماله المهنية فالمادة 64 منه تقرر مبدأ المسؤولية الشخصية في حالة تعاون مجموعة من الأطباء في فحص أو في علاج المريض، حيث يبقى كل منهم مسؤولاً عن أعماله الشخصية، و يأخذ القنين كذلك بفكرة المسؤولية الشخصية في مجال الحلول الطبي<sup>2</sup>.

فالطبيب لا يلزم بضمان سلامة المريض و شفائه، إنما يلزم بأن يعتني به العناية الكافية و أن يبذل جهوداً صادقة متفقة مع الأصول العلمية، و لا يسأل الطبيب إذا ساءت حالة المريض أو أصابه ضرر أثناء العلاج إلا قام الدليل على أن ما أصاب المريض كان بسبب تقصير من الطبيب في العناية أو خطأ في التشخيص أو وصف العلاج و طريقة المعالجة<sup>3</sup>.

و لا شك ابتداءً في أن للمريض أن يقيم المسؤولية عن الدم الملوث على طبيبه المعالج، ذلك أن هذا الطبيب هو الذي يرتبط به بعلاقة تعاقدية تفرض عليه التزاماً بأن ينقل للمريض دماً يتفق مع فصيلته و خالياً من التلوث، فإذا قرر الطبيب المعالج حاجة المريض إلى نقل دم و لم يكن بحاجة إليه أو إذا وافق على نقل دم من فصيلة مختلفة على فصيلة المريض و كانت النتيجة وفاة المريض على إثر ذلك، فهنا يتضح أنه لولا اختلاف فصيلة

1- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، ط1 ب.د.ن، ب.م.ن، 1997، ص.65. مقتبس عن: جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.114.

2- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.114.

3- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.84.

الدم المنقول عن فصيلة دم المريض لما حدثت الوفاة، و لذلك فإن خطأ الطبيب المعالج يعد هو السبب المنتج و القوي في إحداث النتيجة، و لهذا فإنه يسأل وحده عن تعويض الأضرار الناجمة للمريض<sup>1</sup>.

و يمكن أن يحدث خطأ من جانب المساعدين اللذين يستخدمهم الطبيب في عمله، فمما لا شك فيه أن هناك عددا من الممرضين و المحللين يساعده، كأن يقوم بتحليل الدم و ذلك لمعرفة فصيلة هذا الدم و مدى خلوه من الفيروسات، حيث تكون نتيجة العمل الطبي مرتبطة إلى حد بعيد بقيام هؤلاء بأعمالهم بصورة صحيحة و منتظمة، فإذا أخطأ هؤلاء في عملهم فقد ينتج عن ذلك ضرر لمتلقي الدم<sup>2</sup>.

و من هنا يتضح لنا و بصورة عامة أنه يجب أن نعلم إلى تحليل العقد الذي يربط المريض بالطبيب، فإذا اتضح أن الطبيب أخذ على عاتقه كل ما يلزم من عناية، فإنه يعتبر مسؤولا عما يرتكب مساعده من أخطاء، كمسؤوليته عن فعله الشخصي تماما، و الحل يكون بعكس ذلك إذا كان العمل الذي أخطأ المساعد في تنفيذه يدخل ضمن الالتزامات الخاصة التي أخذها المستشفى على عاتقه، حيث تكون هذه الأخيرة مسؤولة وحدها، لأن الطبيب يكون في هذه الحالة أجنبيا عن هذا الالتزام<sup>3</sup>.

### ثانيا: خطأ المستشفيات.

قد يتعامل أحيانا شخص مع مستشفى عام الذي اقتضت ظروفه الخاصة عدم تمكنه من اختيار طبيبه المعالج بحرية. و إذا كان المريض يتعامل مع أحد الأطباء الموظفين في المستشفى العام، فإنه لا يتعامل معه بصفته الشخصية، و لكن بصفته مستخدما أو موظفا

1- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص.378.

2- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.122.

3- نفس المرجع ، ص.127.

لدى هذا المستشفى، و على هذا الأساس فإن علاقة المريض مع الطبيب في المستشفى العام هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام<sup>1</sup>.

الذي يفرض وجود علاقة مباشرة بين المريض و المستشفى العام و لذلك فإن الحقوق و الالتزامات لكل من الطبيب و المريض تتحدد بمقتضى التعليمات المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام، و الذي يديره المستشفى، فعلاقة الطبيب بالمريض في المستشفى هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة طبقا للتعليمات مع شخص ينتفع بخدمات المرفق العام طبقا للقانون، و مؤدى ذلك أن لا يوجد عقد بين الطبيب و المريض في المستشفى العام، و من ثم لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يصيب المريض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يمكن القول في هذا الحالة أن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه، لكي ينعقد عقد بينهما<sup>2</sup>.

إذ ينعدم اختيار المريض للطبيب، و بذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية العقدية، قضت محكمة النقض المصرية بمسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

و يلاحظ أن القضاء المصري<sup>4</sup> يطبق في شأن مسؤولية المستشفى العام اتجاه المريض عما أصابه من ضرر نتيجة نقل الدم الملوث إليه ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، و بصفة خاصة قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه<sup>5</sup>.

1- ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، 1996 ص.86.

2- أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب و مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ب.د.ن، مصر، 1986 ص.18.

3- أكرم محمود حسين، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل العراق، 1999، ص.04 و ما بعدها.

4- عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط7، القاهرة الحديثة للطباعة و النشر، القاهرة 2000، ص.1866.

5- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.130.

و الواقع أن مسؤولية المستشفى العام عما يترتب من ضرر بسبب الاختلال في تنظيم المرفق العام، إنما هو خطأ تقصيري في جانب الحكومة فتسأل عنه وحدها، و على المضرور أن يثبت ما أصابه من ضرر يرجع إلى سوء التنظيم في المرفق ذاته<sup>1</sup>.

و إن التزام المستشفى بتقديم الدم للمريض هو التزام بتحقيق نتيجة إذ يلتزم بسلامة الدم المنقول له و خلوه من الفيروسات التي تسبب له ضرراً، ففي وقائع دعوى رفعها مريض أصيب بعدوى فيروس الإيدز على المستشفى و مركز نقل الدم، و الطبيب الجراح، حيث تم نقل دم ملوث بفيروس هذا المرض إليه فقضت محكمة استئناف باريس في 28 نوفمبر 1991 بمسؤولية المستشفى اتجاه متلقي الدم عن إصابته بعدوى فيروس الإيدز بالرغم من عدم إمكانية إثبات أي خطأ في جانبها<sup>2</sup>.

و يبدو لنا أن الطبيب و إن كان يتمتع بقدر من الاستقلالية أثناء ممارسته عمله الطبي تجعله بمنأى عن الرقابة و الإشراف عليه من قبل إدارة المستشفى، إلا أن ذلك لا يحول دون مساعدة إدارة المستشفى عن خطأ الطبيب الذي يعمل لديها، ولا سيما حين تتكرر الأخطاء الصادرة منه لأن إدارة المستشفى يقع عليها عبء حسن اختيار الأطباء، و من ثم يسأل المستشفى عن خطأ الطبيب الموظف فيه<sup>3</sup>.

### ثالثاً: خطأ مركز نقل الدم.

غالباً ما يلجأ الطبيب المعالج إلى المركز المتخصص يطلق عليه، مركز نقل الدم و بمقتضى عقد مع ذلك المركز الملزم بتقديم دم سليم خال من الجراثيم<sup>4</sup>.

1- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، ط2، دار المعارف، القاهرة، 1979 ص.663.

2- محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز)، ب.د.ن، جامعة الكويت، 1996، ص.43.

3- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.140.

4- وفاء حلمي، الخطأ الطبي – دراسة تحليلية فقهية و قضائية في كل من مصر و فرنسا -، دار النهضة العربية، القاهرة 1987، ص.75.

إن الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بهيئات نقل و حقن الدم على اختلاف أنواعها و أصنافها، و التي يستفيد عن طريقها المريض من عملية نقل الدم بالرغم من أنه لا تربطه أية علاقة بهذه الهيئات التي تنشط في مجال نقل و حقن الدم، و لا تنشأ بينه و بين هذه الأخيرة أية رابطة قانونية مباشرة. وهذا ما يثير التساؤل حول علاقة المريض بمركز نقل الدم، و القواعد القانونية واجبة التطبيق على هذه الحالة<sup>1</sup>.

إن عمليات نقل الدم التي يستفيد منها المريض تنطبق عليها قواعد اشتراط لمصلحة الغير في التشريع الجزائري. و قد نصت على هذا المبدأ المادة 116 من القانون المدني الجزائري بقولها: >> يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية <<<sup>2</sup>.

و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد لتنفيذ الاشتراط، يستطيع أن يطالبه بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد و يقابل هذه المادة نصي المادتين 154 من القانون المدني المصري و 1121 من القانون المدني الفرنسي.

و يلاحظ أن هذه الشروط تنطبق على عمليات نقل الدم على اعتبار أن الشخص المنقول إليه الدم و هو المنتفع منه، يستفيد من عقد أبرم بين المؤسسة العلاجية و مركز نقل الدم. وهكذا تكون العيادة الطبية مثلا قد اشترطت حقا مباشرا للمريض في الحصول على الدم من المركز وهو المتعهد. وهذا الحق ينتقل مباشرة إلى المريض، و يصبح من حقه مطالبة مركز الدم به بناء على المصلحة التي تنشأ من إبرام عقد العلاج بين المريض و المستشفى<sup>3</sup>.

1- رايس محمد، المرجع السابق، ص.245.

2- القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- رايس محمد، المرجع السابق، ص.247.

إذ غالبا ما يلزم المريض العيادة التي يتعاقد معها بتوريد الدم لمصلحته، و بالتالي يحق له - للمريض - مسائلة المتعهد عن الإخلال أو التقصير في أداء الحق المباشر للمنتفع، كأن يقدم دما ملوثا للمستشفى، أو يتأخر في تقديمه عن الموعد المحدد لذلك، و في المقابل لذلك يجوز لمركز الدم أن يتمسك بكل الدفع التي كان بإمكانه أن يتمسك بها في مواجهة العيادة الطبية<sup>1</sup>.

و هكذا إذا لحق المريض و أصابه ضرر من جراء نقل الدم المورد من طرف المركز إلى العيادة الطبية، يحق للمنتفع - المريض - مطالبة مركز الدم بالتعويض عن هذا الضرر. و يعد المركز في هذه الحالة مسؤولا مسؤولية عقدية تأسيسا على مخالفة عقد الاشتراط لمصلحة الغير<sup>2</sup>.

و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم صادر عنها بتاريخ 17 ديسمبر 1954<sup>3</sup>، عندما قالت بأن الاتفاق بين العيادة الطبية و مركز الدم يصحبه اتفاق لمصلحة الغير - المريض - و هو يستفيد من هذا الاتفاق على الرغم من انه أجنبي عنه. ثم أعادت محكمة النقض التأكيد على نفس الفكرة في حكم حديث لها صادر بتاريخ 14 نوفمبر 1995<sup>4</sup>.

أما مسؤولية المستشفى تجاه المريض الذي جمعه و إياه عقد علاج و احتاج إلى نقل دم أثناء عملية جراحية له أو بدونها، و ثبت أن هذا الدم كان ملوثا بفيروس السيدا، مما دفعه إلى إقامة دعوى قضائية ضد المستشفى يطالب من خلالها بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء الإصابة، فأقر القضاء مسؤولية المستشفى عن كل ضرر يصيب المريض أثناء وجوده به، بصرف النظر عن نوع المرض الذي من أجله دخل المستشفى.

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.248.

<sup>2</sup>- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.72.

<sup>3</sup> -Cass .Civ.17 dec. 1954- D.1955- 269- Note- R.Rodiere.

<sup>4</sup> - Cass.Civ- 14 nov.1995- J.C.P. 1996- I- 3985- n07- obs. – Viney.

مقتبس من: رابيس محمد، المرجع السابق، ص.248.

و هكذا يكون الطبيب المداوم الذي يطلب منه الحضور إلى عيادة الولادة عن طريق الهاتف، و لا يستجيب للطلب قد ارتكب خطأ شخصيا غير مغتفر. كما أن الطبيب الجراح يرتكب خطأ شخصيا منفصلا و مستقلا عن المستشفى عندما يتخلف عن الحضور إليه من أجل إجراء عمليات جراحية تتطلبها حالت المريضة التي أصيبت بعيار ناري في البطن مما أدى إلى وفاتها<sup>1</sup>.

إذا كان هذا هو موقف القانون من الخطأ بمختلف أنواعه، و في شتى صوره، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا نوعين من الخطأ، خطأ في القصد و خطأ في الفعل. و يمثلون للنوع الأول بقولهم كأن يرمي شيئا يظنه صيدا فإذا هو إنسان. حتى أن أبا بكر محمد بن مسعود الكساني يقول: << من يتلف مال غيره ظنا منه أنه ماله ضمن و لا يأثم >><sup>2</sup>.

أما النوع الثاني من الخطأ و هو الخطأ في الفعل، كأن يقصد الرمي إلى شيء فيصيب غيره. فالقصد سليم غير أن الخطأ وقع في الفعل في هذه الحالة.

و يعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن الخطأ في الغالب بلفظ التعدي، و هو الفعل الذي يولد الضرر أو الإخلال بالتزام. و قد استعملوا هذا اللفظ للدلالة على معنيين، أولهما يعني الاستيلاء على منفعة مال الغير، و ثانيهما يعني مجاوزة الحد و عدم الإذن. و لم يشترطوا العمد بضمان الأموال و تغريم المتلفات. حيث أجبروا متلف مال غيره بالضمان، سواء كان عاملا أو قاصدا أو لم يكن عامدا. لكون الخطأ العمد أو الخطأ المحض - بدون قصد - في أموال الناس سواء. بلفظ التعدي عند فقهاء الشريعة جامع لكل صور العدوان من عمد و خطأ، بينما لفظ الخطأ في القانون الوضعي لا يشمل العمد دائما<sup>3</sup>.

و هكذا فإن عمل الطبيب وفقا لقواعد الفقه الإسلامي لا يخرج عن هذا المجال، فهو إما قدر و قصد قطع طرف من أطراف المريض غلب على ظنه أنه أصابته الأكلة، ثم تبين له أن

<sup>1</sup>- راييس محمد، المرجع السابق، ص.249.

<sup>2</sup>- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، المطبعة الجمالية، القاهرة، 1910، ص.168.

<sup>3</sup>- راييس محمد، المرجع السابق، ص.261.

هذا القطع لم يكن بحاجة إليه هذا المريض<sup>1</sup>، و إما يخطئ في فعله، كما لو قام بعملية ختن الطفل، فالفقهاء أجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر و الحشفة أو بعضها فعليه ما أخطأ به بعقله عند العاقلة<sup>2</sup>.

فالقاعدة عند فقهاء الإسلام أن الطبيب إن تصرف و بادر بما لا يبادر به مثله من الأطباء إذا أرادوا الصلاح، و كان عالماً به، كان ضامناً لا مسؤولاً لتجاوزه في عمله الحدود المتعارف عليها عند أهل الصنعة الطبية<sup>3</sup>.

و هكذا فإن الفقه الإسلامي لا يقر بضمان الطبيب إلا على الخطأ الفاحش دون الخطأ اليسير الذي يقع فيه أي طبيب مماثل من أهل صناعة الطب. على خلاف القانون الوضعي حيث قرر مسؤولية الطبيب المدنية كلما اثبت وجود خطأ في جانبه، بقطع النظر عن كون الخطأ فنياً أو عادياً، جسيماً أو يسيراً. أضف إلى ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقولوا بضمان الأطباء عن الأضرار التي تتولد عن النشاط الطبي في حالة عدم توافر ركن الخطأ. و هذا على خلاف ما يراه بعض شراح القانون المعاصر، و بعض القضاة الذي ما فتئ يوسع من نطاق المسؤولية الطبية إلى أن تراجعت فيها فكرة الخطأ و ترحلت عن مركزها الريادي لتحل محلها فكرة الضرر، و يكتفى بها لإقرار المسؤولية المدنية، و على وجه أخص المسؤولية الإدارية<sup>4</sup>.

و لعل السبب في ذلك أن المجتهدين في الفقه الإسلامي قد عرفوا عن هذا النشاط المفهرس و العلمي المفيد للمجتمع - و أننا اكتفينا بما قيل في عهود سابقة و قديمة.

---

1- عبد الرازي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص.82.  
2- رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.212.  
3- محمد علي النجار، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، القاهرة، ع20، 1368هـ، ص.51.  
4- الغرفة الإدارية، مجلس قضاء تلمسان، قرار بتاريخ 06-12-2003، قضية رقم 109-02، ص.م و مدير المستشفى الجامعي بتلمسان و من معه، قرار غير منشور، نقلاً عن محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.03.

كما يلاحظ أن هذه الأحكام لم تعد تتماشى و التقدم العلمي و التكنولوجي الحاصل في العلم  
عموما. و في الميدان الطبي خصوصا، مما يلزم على فقهاء الشريعة الإسلامية دراسة  
ضمان الأطباء وفق المعطيات الحديثة و التطورات المعاصرة، و بالتالي فتح باب الاجتهاد  
في هذا الجانب الذي تم غلقه بدون حق.

### المطلب الثاني: الضرر في مجال عمليات نقل الدم.

من المعلوم أن الضرر في المسؤولية عن عمليات نقل الدم لا يختلف كثيرا عنه في  
المسؤولية الطبية بشكل عام. و حتى يستطيع الضرور الذي نقل إليه دم ملوث تسبب  
بضرر له بإصابته بأحد الأمراض التي تنتقل بواسطة الدم، المطالبة بالتعويض فإن عليه أن  
يثبت وقوع الضرر. و تختلف الأضرار التي تلحق المصابين من جراء عمليات نقل الدم  
باختلاف الأخطاء التي سببت هذا الضرر و نظرا لتنوع الأخطاء في عمليات نقل الدم  
الملوث إليه و إصابته بالأمراض<sup>1</sup>.

و إذا كانت المسؤولية الطبية لا تقوم إذا انتفى عنصر الخطأ فهي أيضا لا تقوم إذا انتفى  
عنصر الضرر فالضرر كما سبق هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية بل هو ركن  
أساسي حيث يترتب عليه التعويض.

و إذا كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه  
أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو حرته أو  
شرفه أو ماله أو غير ذلك. فإن هذا الضرر يمثل على العموم تلك الخسائر المادية  
و المعنوية التي تلحق بالضحية نتيجة الفعل الذي يقع عليه. مما يجعل من هذا الضرر  
عنصرا أوليا و رئيسيا لقيام المسؤولية المدنية، التي تفتح باب المطالبة بالتعويض، جبرا لما

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.519.

لحق بالمضرور من أضرار<sup>1</sup>، فهو خاضع في مسؤولية الأطباء و الجراحين للقواعد العامة التي تحكم الضرر في المسؤولية المدنية عموماً، إلا أنه مما تجب ملاحظته أن مجرد عدم نجاح الطبيب أو الجراح في العلاج، أي مجرد عدم شفاء المريض، شفاء تاماً أو جزئياً، لا يكون في ذاته ركن الضرر، لأن الطبيب في عقد العلاج، لم يتعهد بإيصال المريض إلى تلك النتيجة، فإذا أخفق الطبيب في الوصول إليها و كان ذلك بخطأ منه، لا يسأل إلا عما سببه للمريض من خسائر مالية كمصاريف العلاج و ثمن الدواء و أجر المستشفى و ما ضاع على المريض من كسب بسبب تعطيله عن عمله، و قد يحاسب على ما سبب له من آلام جسمية أثناء العلاج، إنما لا مسؤولية عليه بسبب عدم نجاح العلاج المترتب على خطئه ما دام حالة المريض لم تسوء عما كانت عليه قبل العلاج<sup>2</sup>.

فالقاعدة إذن في المسؤولية الطبية هي، كالقاعدة في المسؤولية المدنية عموماً، أن الخطأ مهما كان جسيماً، لا يترتب أي مسؤولية ما لم ينشأ عنه ضرر، حال أو مستقبل، بشرط أن يكون محققاً، و لما كانت المسؤولية الطبية تدور غالباً حول الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو في عواطفه بسبب فقد عزيز له، كان تقدير التعويض في كثير من الحالات من أدق الأعباء على عاتق القضاء، فهل من السهل مثلاً تقدير التعويض في حالة امرأة عجوز مصابة بالسرطان ماتت على إثر خطأ في العلاج، و هل من السهل حتى على الخبراء الإجابة على سؤال وجهته إليهم محكمة السين المدنية في قضية أقارب تلك المرأة تطالبهم فيه بتوضيح >> ما إذا كانت العملية التي أجريت لها قد تسببت في تعجيل وفاتها و إلى أي حد ؟ <<<sup>3</sup>

هل من السهل على القاضي تقدير قيمة الآلام التي عاناها المصاب أثناء العلاج وهي تدخل حتماً في عناصر الضرر الواجب تعويضه؟ و إذا كان من المستطاع تقدير قيمة تشويه حادث لفتاة قد يجعل زوجها متعذراً، فعلى أي أساس قدر مستشارو محكمة استئناف ليون

1- رايس محمد، المرجع السابق، ص.267.

2- وديع فرج، المرجع السابق، ص.27.

3- نفس المرجع و الصفحة.

الضرر الحادث لامرأة عجوز ذهبت إلى جراح تبغى إعادة كروية الشباب إلى ثديها فلم تفز منه إلا بالتحامات و انكماشات أضافها العطار إلى ما أفسد الدهر<sup>1</sup>.

و الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية الطبية، فلا يمكن مساءلة الطبيب أو الجراح، ما لم يترتب على خطأ أي منهما ضرر للمريض. فإذا أصاب الضرر للمريض في حياته، أو سلامة جسمه، كان هذا الضرر ماديا، و إذا أصابه في شعوره، أو عاطفته، أو كرامته. كان هذا الضرر أدبيا. و أي من هذا النوعين من الضرر، يرتب مسؤولية الطبيب أو الجراح، متى ارتبط بالخطأ، و قامت بينهما علاقة سببية<sup>2</sup>.

و يترتب على القول بأن التزام الطبيب، هو التزام ببذل عناية، و ليس بتحقيق نتيجة، أنه قد يحدث الضرر فعلا للمريض، و على الرغم من ذلك لا تنور مسؤولية الطبيب، إذا لم يثبت في جانبه ثمة تقصير أو إهمال. كما يعتبر الضرر الحادث، في الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة - كحالات نقل الدم - مجرد قرينة بسيطة على وجود خطأ من الطبيب<sup>3</sup>.

و على العموم فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية و ذلك طبقا لقاعدة لا دعوى بدون مصلحة. و الحقيقة أن الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية المدنية بل هو مقياس مقدار التعويض الذي تستحقه الضحية. كما أن التطورات التي طرأت على المسؤولية المدنية زادت من أهمية الضرر، حيث أصبحت هذه المسؤولية تقوم على الضرر و الضرر فقط<sup>4</sup>.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- منير رضا حنا، المرجع السابق، ص.384.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- علي فيلالي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص.282.

و لهذا سيتم التطرق في هذا المطلب للضرر كركن من أركان المسؤولية في المجال العلمي<sup>1</sup>، من خلال التعرض للمفهوم التقليدي له (الفرع الأول)، ثم أتبع ذلك ببحث المفهوم الحديث له (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المفهوم التقليدي للضرر.

قد تكون المصلحة المالية للمضرور حقا، و قد تكون مجرد مصلحة مالية. فالضرر يعد إخلالا بحق للمضرور، ذلك أن لكل شخص الحق في سلامة حياته، و سلامة جسمه. فالتعدي على الحياة ضرر، بل هو أبلغ الضرر. و إتلاف عضو، أو إحداث جرح، أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى، من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يكبد نفقة في العلاج، هو أيضا ضرر مادي<sup>2</sup>.

و قد يصيب الضرر شخصا بالتبعية، عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر. فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته، و عن طريق هذا الضرر أصيب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل، و هذا عدا الضرر الأول الذي أصاب المقتول نفسه. و الحق الذي يعتبر الإخلال به ضررا أصاب الأولاد تبعا، هو حقهم في النفقة قبل أبيهم<sup>3</sup>.

و قد يكون الضرر إخلالا لا بحق للمضرور، و لكن بمجرد مصلحة مالية له. مثل ذلك أن يصاب عامل، فيستحق معاشا عند رب العمل، فيكون المسؤول عن إصابة العامل قد أصاب

1- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، ط1، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.409.

2- رضا منير حنا، المرجع السابق، ص.484.

3- نفس المرجع و الصفحة.

رب العمل في مصلحة مالية له، إذ جعله مسؤولاً عن معاش العامل. و الإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً<sup>1</sup>.

## أولاً: مفهوم الضرر في الفقه القانوني.

تقوم المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر<sup>2</sup>.

و الضرر - بوجه عام - >> هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس لحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك <<<sup>3</sup>. أو هو: >> الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه <<<sup>4</sup>، أو هو: >> إخلال بمصلحة مشروعة <<<sup>5</sup>. و على العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه. و نذكر في هذا الشأن أن الحق هو: >> استئثار شخص بقيمة معينة طبقاً للقانون <<<sup>6</sup>. و يتمتع هذا الاستئثار بحماية القانون التي هي أمر لازم لقيام الحق، فهي مكتملة لكل مقوماته. و يتحقق الضرر عند مساس الغير بحق من حقوق الضحية، فحق الملكية يخول لصاحبه - مثلاً - سلطة استعمال الشيء، أي الاستفادة منه قصد الحصول على منفعته، و ذلك باستخدام الشيء مادياً، و استغلاله أي استثمار الشيء و جني ثماره و التصرف فيه ببيعه أو رهنه... إلخ.

و يكون التعدي أو المساس بحق الملكية باستنقاص أو الحد من هذه السلطات، مما يترتب على ذلك نقص و تقليص من منافع و ثمار الشيء، و هذه هي الخسارة التي تسمى

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مجلد2، ط3، ب.م.ن، 1981، ص.1197-1198.

2- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، طبعة دار النهضة العربية، ب.م.ن، 1934، ص.954.

3- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.954.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.283.

5- نفس المرجع و الصفحة.

6- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار المعارف، ب.م.ن، 1998، ص.20.

بالضرر. فلكل شخص في المجتمع كذلك حق في الشرف يمكنه من المحافظة على احترام سمعته وكرامته، و يتمثل المساس بهذا الحق في الحط من مكانة الإنسان و احتقاره عن طريق التشهير به و نسب أفعال معينة إليه، و هذا التعدي يعد كذلك ضررا. و للإنسان كذلك الحق في الحياة و سلامة جسده بحيث يعد القتل، و التعذيب، و الجروح و الضرب... إلخ، تعديا و مساسا بهذا الحق، و تتمثل الخسارة أو الضرر في هذه الحالة في الآلام الناتجة عن الإصابة، و المساس بجمال الإنسان، و معاناة ذويه، و مصاريف العلاج، و فقدان الأجر أو الدخل إن كانت الإصابة قد أدت عن الكسب نهائيا أو مؤقت... إلخ<sup>1</sup>.

و الحقيقة أن الضرر لا يقتضي حتما الإخلال بحق من حقوق الضحية بل يكفي التعدي على مصلحة المضرور شريطة أن تكون مشروعة.

و للضرر صورتان، فقد يكون ماديا، و قد يكون معنويا<sup>2</sup>.

لقد أجمعت التعاريف الفقهية و القضائية على أن الضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة. فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في جسده أو مصلحة مالية له<sup>3</sup>.

و يقسم الضرر المادي إلى ضرر جسدي يتمثل في بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة، و إلى ضرر مالي يصيب مصالح المضرور ذات قيمة مادية أو اقتصادية. بإصابة الجسم بعاهة تعطل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج<sup>4</sup> و يشترط في الضرر المادي الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة و إن يكون محققا.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.437.

3- علي فيلالي، المرجع السابق، ص.286-287.

4- محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام و المسؤولية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.17، نقلا عن: حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.502.

أما الضرر المالي و يطلق عليه أيضا الاقتصادي لأنه يمس حقا ذات قيمة مادية. فالضرر المالي هو ذلك الضرر الذي يصيب الأموال أو الذمة المالية للشخص و يشمل فوات الكسب و الفرصة المالية و نفقات العلاج و النفقات العلاجية التالية للخطأ الطبي و نفقات إصلاح إذا أمكن، و هذه كلها أمور مالية. و من ناحية أخرى يمكن أن يتولد عنه إخلال بمصلحة مالية للمضرور من غير المريض ممن كان يعوله و لمن تضرر أدبيا مما أصابه سواء توفي أو أنه تعطل عن الكسب. بينما بالنسبة للمضرور فإن أي ضرر مالي يصيبه هو حق أساسي يعرض عنه و ليس مصلحة مالية.<sup>1</sup>

أما الضرر الجسدي وهو يمثل إخلالا بحق المضرور و هذا الحق هو حق السلامة ( سلامة الحياة و سلامة الجسد) فالتعدي على الحياة ضرر بالغ و إتلاف عضو أو إحداث نقص أو تغيير تشويهي يعتبر ضررا فيغدوا المضرور غير قادر على الكسب إضافة لما يتكبده من مصاريف علاج أصلية بسبب الضرر و مصاريف إصلاح ما أمكن حيث أن خطأ ما قد يكلف الشخص المضرور بنتيجة ذلك أضعاف ما تقضاه الطبيب الخاطئ ( مرتكب الخطأ) محاولة في تصحيح و تخفيف الضرر الذي أصاب المضرور بالذات.<sup>2</sup>

و عرف أيضا<sup>3</sup> أنه الأذى الذي ينتج عن الاعتداء على سلامة و حرمة الجسد البشري بالموت أو الجرح أو الضرب أو المرض.

و يحظى هذا النوع من الضرر اليوم باهتمام بالغ لم يكن يحظى به في الماضي و سبب ذلك هو زيادة أعداد المصابين في الحوادث الجسدية و زيادة حجم الأضرار نتيجة لزيادة و تعقد أسبابها، مثل الإصابات في المستشفى بحادثة طبية نتيجة نقل الدم أو استخدام الآلات و الأدوات الجراحية الحديثة أو أجهزة المنظار أو الأشعة.<sup>4</sup>

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.503.

2- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية، دار الإيمان، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.237.

3- عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - ب.د.ن، ب.م.ن ب.س.ن، ص.404، مقتبس من: حمد سلمان سليمان الزيود، ص. 504.

4- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص. 504.

و قد كان للإسلام دور كبير في تخفيف الحساسية من المطالبة بتعويض الضرر الجسدي و إزالة التهمة التي تحوم حول من يطالب به بالمتاجرة بجسده و أحاسيسه و ذلك بفرض الدية الإلزامية في حالت القتل الخطأ أو الدية و جزائها أو التعويض القضائي المسمى (حكومة العدل) في حالات الإصابة الجسدية ما دون الموت. كما أظهر الإسلام اهتماما بتعويض الضرر الجسدي في إلقاء عبء الدية على العاقلة حتى يوزع هذا العبء على أكثر من شخص دون أن يتحملة محدث الضرر لوحده و حتى يؤمن للمضرور حصوله على التعويض<sup>1</sup>.

أما الضرر المعنوي (الأدبي) فهو الضرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه و إحساساته و مشاعره أو الضرر الذي يسبب للإنسان آلاما نفسية أو جسمانية<sup>2</sup>.

و هو لا يمس الذمة المالية و إنما يسبب ألما نفسيا و معنويا لأن فيه مساسا لشعور الإنسان و عواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته و مركزه الاجتماعي<sup>3</sup>.

و يجب أن يكون الضرر الأدبي محققا أي غير احتمالي حتى يمكن التعويض عنه<sup>4</sup> و يتوجب التعويض عن الضرر الأدبي في كل من التشريعات فرنسا و مصر و الجزائر. و كذلك فإن الفقه الإسلامي يفيد وجوب التعويض عن الضرر الأدبي كالضرر المتمثل في الألم في تفويت فرصة الجمال مثلا<sup>5</sup>.

أما انتقال التعويض عن الضرر الأدبي فإنه يتم إلى الأزواج و الأقربين حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبي الذي أصاب ذوي المتوفى فيحكم لهم به الأزواج و الأقارب إلى الدرجة الثانية<sup>6</sup>.

1- عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص.404.

2- حسن عباس الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص.132.

3- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص. 506.

4- أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - ط1، منشورات

الجامعية الأردنية، عمان، 1987، ص.332.

5- نفس المرجع و الصفحة.

6- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.507.

و الضرر طبقا لقواعد المسؤولية الطبية ينتج من عناصر ذات طبيعة مختلفة، أو من خلال أوجه عديدة، فهي قد تظهر في صورة أضرار اقتصادية (مادية) تتجم عن تسليم خاطئ لشهادة طبية من خلال الطبيب، أو اعتداء على الجسد الآدمي بسبب العجز، أو عاهة، أو حتى الوفاة، و قد تكون الأضرار معنوية، و التي تظهر من خلال انتهاك السر المهني من جانب الطبيب<sup>1</sup>.

و يبدو في الواقع أن الضرر المستحق للتعويض فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية ليس له خصوصية، فهو يقوم كما في أي موقف للمسؤولية من خلال الأعباء المتعهد بها من خلال الضحية و كذلك فقدان الفرص في كسب الرزق الناجمة عن هذا الضرر و المتسببة في عجز مؤقت أو دائم و الفئات المختلفة من الضرر المعنوي<sup>2</sup>.

و يجب أن يكون الضرر في المجال الطبي محققا و حالا و مباشرا، و بالنسبة للضرر المستقبل فالقاضي يقوم بتعويض المريض عنه معتمدا في ذلك على عناصر التعويض الموجودة أمامه في الدعوى فإذا لم يستطع تقديرها في لحظة وقوعه يمكنه التريث حتى يعرف مداه، و يقدر التعويض<sup>3</sup>.

و في تقدير التعويض بناء على الضرر ذهب القضاء الفرنسي إلى ضرورة مراعاة الفائدة التي عادت إلى المريض من العلاج، محكمة ليون أخذت بأن عمل الطبيب يشكل وحده غير قابلة للانقسام فلا يمكن الفصل بين الآثار الضارة، و المفيدة، بل يجب الأخذ في الاعتبار حالة المريض في مجملها أي قبل و بعد العلاج<sup>4</sup>.

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.645.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.645.

3- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.185.

4- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.645.

بل إن القضاء الفرنسي رأى عدم اشتراط أن يكون الفعل المتسبب في الضرر قد حدث، أو اتضح أثناء قيم الطبيب بإجراء العملية الجراحية إذ العبرة بحدوث إهمال من الطبيب حتى، و لو ثبت أن الضرر قد حدث بعد انتهاء التدخل الجراحي<sup>1</sup>.

المضرور في عملية نقل الدم لكي يستطيع أن يطالب بالتعويض لابد من وقوع الضرر عليه؛ لأنه في ظل غياب الضرر، فإن الضحية لا يمكنه المطالبة بالتعويض، و هذا يفسر وجود عنصرين يمثلان أغلبية قرارات السلطة القضائية، فمن جانب: قبول تعويض الضرر المحدد، و من جانب آخر: التقدير الذي ربما يكون صعبا في بعض الحالات.

و من الملاحظ أنه في إطار عملية نقل الدم نجد أن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الفنية سواء كانت الفحوصات، أو التحاليل التي تقوم بها مراكز الدم، أو الإخلال بسير العمل في المستشفيات، و كذلك أخطاء الأطباء تكون إلى حد كبير أضرار محددة لا تصعب على التقدير القضائي، فلا اختلاف فيها عن القواعد العامة، و لكن الأمور قد ازدادت دقة و صعوبة في إطار عملية التلوث بالأمراض المنقولة عبر نقل الدم، و التي تجسدت بوضوح كبير في نقل مرض الكبد الوبائي و مرض الايدز، فهل ستحتاج هذه الأمراض إلى خصوصية، فيما يخص الضرر الناجم عنها، و كيفية تقديره؟

الإجابة عن هذا التساؤل تحتاج أن نتناول الأضرار الناجمة عن الكبد الوبائي، و مدى تطابقها مع القواعد العامة، و كذلك الأضرار الناجمة عن مرض الايدز حتى نتعرف إلى أي مدى تحتاج مثل هذه الأضرار لخصوصية ربما تتعدى حدود القواعد العامة؟

لكي نقيم بطريقة حقيقية الأضرار الفعلية التي يحدثها مرض الكبد الوبائي، فلا بد أن نتوافر لرجال القضاء المعلومات الباثولوجية التي يحدثها التلوث بهذا الفيروس، فهناك فيروس الكبد

---

1- نفس المرجع و الصفحة.

الوبائي، و هو أحد عوامل الإصابة بالتلوث بعد عملية نقل الدم، و كذلك الكبد الوبائي البيولوجي وهي التي تتميز بزيادة انتشارها<sup>1</sup>.

و أن اخطر نمو الكبد الوبائي المزمن، و المحدد بزيادة انتشاره، فإن هذه الزيادة تظل ثابتة لمدة ستة أشهر بنسبة 50 بالمائة.

و في الحقيقة إن الأضرار الاقتصادية المتعلقة بالذمة المالية نجدها تخص بصفة أساسية النفقات الطبية، و فقدان الدخل الوظيفي.

أما الأضرار الغير اقتصادية فتشمل الإصابات النفسية الشخصية للضحية و نجد أن طبيعتها الخاصة تجعل تقديرها صعب للغاية و في هذا المجال يجب التمييز بين الإصابة بالكبد الوبائي، و الايدز، أما الإصابة بالكبد الوبائي فإنه لا يوجد أضرار خاصة بالإصابة ومع ذلك نجد بعض الأحكام قد أخذت في الاعتبار الضرر المعنوي، و صدرت عدة أحكام لتعويض مرضي الكبد الوبائي على هذا الأساس رغم أن المكونين الرئيسيين لعملية الضرر الخاص بمرض الايدز لا يتواجدان هنا، و هما خطورة الموت و خطورة البعد الاجتماعي<sup>2</sup>.

### ثانيا: مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي.

كما أن الضرر ركن للمسؤولية في الفقه القانوني، فإنه يحتل ذات المرتبة في الفقه الإسلامي، فلا ضمان بغير ضرر<sup>3</sup>.

و قد عرفه بعض الفقهاء بأنه: << إلحاق مفسدة بالغير >><sup>4</sup>، أو هو: << الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته >><sup>5</sup>.

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.647.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.647..

3- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.433.

4- ابن حجر الهيتمي، الفتح المبين للشرح الأربعين، طبعة المطبعة العامرة الشرقية، القاهرة، 1320هـ، ص.211.

5- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط1، طبعة مكتبة عبد الله وهبت، القاهرة، 1954، ص.55.

و قد اشترطه الفقهاء الأوائل كركن ضروري للضمان، و من ذلك ما جاء في شرح فتح القدير من أنه: >> لا بد أن يتوسط بين السبب و بين الحكم علة، فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب <<<sup>1</sup>، و المقصود بالسبب هنا التعدي أو الخطأ ( خطأ الطبيب ) ، و الحكم هو الضمان (مسؤولية الطبيب)، أما العلة فهي الضرر ( الأذى الذي لحق المريض)، و حيث إن الحكم يدور مع علته وجودا و عدما، فإنه إذا انتفى الضرر انتفى تبعا لذلك الحكم بتضمين الطبيب.

و في ضوء هذا المفهوم للضرر، فإنه قد يكون ماديا<sup>2</sup>، أو تلك التي تصيبه نتيجة إفشاء الطبيب أسراره.

و ينبغي الإشارة أن التعويض في الفقه الإسلامي يكون الهدف منه رفع الضرر و جبر التلف و إزالة المفسدة، و يكون التعويض مماثلا للضرر أو التلف الذي وقع. و جبر الضرر في الفقه الإسلامي يقوم على اعتبار المماثلة بين العوض و المعوض عنه. و لذلك يكون الضرر علة في وجود الضمان - التعويض -، إذ تمثل في انتقاص حق الإنسان في سلامة جسمه و أعضائه<sup>3</sup>.

و قد فسر الفقهاء مماثلة التعويض للتلف أو الضرر بقولهم: >> أن الضمان هو ضمان المثل إن كان التلف مثليا، و ضمان القيمة إن كان مما لا مثل له. لأن ضمان الإلتلاف ضمان اعتداء، و الاعتداء لم يشرع إلا بالمثل و عند الإمكان يجب العمل بالمثل المطلق و هو المثل صورة و معنى. و عند التعذر يجب المثل معنى و هو القيمة <<<sup>4</sup>.

1- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، المرجع السابق، ص.302.

2- الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.164.

3- راييس محمد، المرجع السابق، ص.288.

4- علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص.168.

و القاعدة في الشرع الإسلامي أنه لا مماثلة بين المال و النفس أو عضو الجسد إلا إذا تعذر القصاص، تخفيفا عن القاتل أو الجاني إذا لم يكن يقصد ذلك. و في مثل هذه الحالات فقد يصبح التعويض المالي للمتضرر أو المجني عليه ضرورة يتمثل في الدية<sup>1</sup>.

و يرى جانب من الفقه الإسلامي أن التعويض لا يشتمل على كل الخسائر و الأضرار التي لحقت بالمضرور، بل يقتصر على تلك التي يؤدي إليها الفعل غير المشروع على سبيل المباشرة أو التسبب وفقا للمجرى العادي للأموال<sup>2</sup>.

و هكذا نجد أن الفقه الإسلامي يضيق من مجال التعويض، و إن كانت آراء المحدثين لا تمنع في تعويض المريض عن نفقات العلاج و الآلام النفسية التي عاناها<sup>3</sup>.

و على هذا يتضح أن نطاق التعويض عن الأضرار في الفقه الإسلامي، و إن كان مختلفا عن التعويض في القانون الوضعي بعض الشيء، إلا أنه يقترب منه إلى حد ما<sup>4</sup>.

و لا خلاف بين الفقه القانوني و الفقه الإسلامي في ضرورة أن يكون الضرر محققا حتى يمكن التعويض عنه، و هو ما ذكره الإمام التسولي المالكي - شارحا عبارة صاحب تحفة الحكام - بقوله: >> و ما حدث ما فيه للجار ضرر محقق ثم أضاف معلقا فاحترز الناظم بالمحقق من المحتمل ... و المحقق شامل لمحقق الوقوع في الحال أو في المستقبل <<<sup>5</sup>.

و يستوي في الضرر المحقق أن يكون ناشئ عن فعل إيجابي، أو أن يكون ناشئا عن فعل سلبي، و مثال الأول: ما جاء في المختار من أنه إذا >> قطع الحجام لحما من عينه - أي عين المريض - و كان غير حاذق، فعميت، فعليه نصف الدية<<<sup>6</sup>.

1- راييس محمد، المرجع السابق، ص.288.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المرجع السابق، ص.180.

4- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ب.م.ن. ب.س.ن، ص.168.

5- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ط2، طبعة دار الفكر، ب.م.ن، 1951، ص.335.

6- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.435.

و مثال الثاني: << ترك مواساة و جبت بخيط و نحوه لجائفة، بعائل إن خاط به سلم فترك المواساة حتى تلف، و مثل الخيط الإبرة، و مثل الجائفة كل جرح يخشى منه الموت >><sup>1</sup>.

كما أن تحقق الضرر في المستقبل لا يحول دون التعويض عنه، على الرغم من انه ليس حالاً، و هو ما عبر عنه بعض الفقهاء بقوله: << لا يقال جرح إلا بعد برئه >>، و الأصل في ذلك نهى النبي صل الله عليه و سلم: << أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه، لأن الجرحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل، فلا يعلم أنه جرح إلا ببرأ فيستقر >><sup>2</sup>.

بعد التطرق إلى المفهوم التقليدي للضرر و عرض صورته في كل من الفقه القانوني و الفقه الإسلامي سيتم التطرق إلى المفهوم الحديث للضرر.

### **الفرع الثاني: المفهوم الحديث للضرر. (التعويض عن تفويت الفرصة).**

يقنضي بحث التعويض عن تفويت الفرصة أن أحدد المقصود بالفرصة التي يعوض عن فواتها، ثم أساس هذا التعويض، و أخيراً تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في المجال الطبي.

### **أولاً: مفهوم الفرصة التي يعوض عن فواتها.**

يمكن القول إن الفرصة - التي يعتبر تفويتها ضرراً محققاً واجب التعويض - ذات مفهوم مزدوج، فهي احتمالية، من ناحية، و واقعية و حقيقية، من ناحية أخرى<sup>3</sup>.

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، ع1986، 3، ص.149.

و لا ينبغي قصر النظر على احد شقي هذا المفهوم، فلئن كانت الصفة الاحتمالية تضيق من نطاق الفرصة و تحد من قيمتها، و لا تجعلها جديرة بالتعويض، فإن الصفة الواقعية تضيء عليها قدرا من التحقق، يجعل هذا الأخير أمرا راجحا<sup>1</sup>.

و في هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور، و الذي يتمثل في مدى و قدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب، فهذه الفرصة لها - و لا شك - قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب، أي بقدر ما يتحقق لها نصيب في الواقع<sup>2</sup>.

فطالما كان لدى المضرور إمكانية كافية أو معقولة لتحقيق كسب معين، أي وجدت له فرصة لهذا الكسب، و كانت هذه الفرصة حقيقية و جدية، فإن الحرمان منها يمثل ضررا محققا يتمثل في قيمة و أهمية هذه الفرصة، و مدى إمكان تحقيقها للكسب<sup>3</sup>.

وكان أول تطبيق لهذه الفكرة - أي التعويض عن مجرد فوات الفرصة - في ذلك المجال الذي يستطيع القضاء بسهولة تقدير ما إذا كان المضرور يملك بالفعل فرصة حقيقية و جدية للكسب أم لا يملك، و تقدير و تقييم هذه الفرصة. و نقصد بذلك مجال الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء<sup>4</sup>.

و يمكن التمثيل لتلك الفرصة في مجال نقل الدم، بحالة ضياع فرصة على المصاب بالفيروس نتيجة نقل الدم في تحقيق مستوى اجتماعي و وظيفي أفضل، أو تحسين حالة أسرته المعيشية نتيجة عجزه عن العمل أو الإقلال منه، و كذلك تفويت فرصة على الزوج في إقامة حياة زوجية عادية نتيجة إصابة زوجته بالايذز، و إضافة فرصة على الزوجة في الإنجاب من زوجها المريض<sup>5</sup>، و من ذلك أيضا، حالة وفاة الزوج الذي عقد على زوجته و

1- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.142 و ما بعدها.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.149.

3- نفس المرجع، ص.150.

4- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.150.

5- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.125 و ما بعدها.

لم يدخل بها بعد، أو إعطاء طبيب التخدير جرعة زائدة يترتب عليها شلل الابن، الذي يأمل الوالدان أن يرداهما في شيخوختهما<sup>1</sup>.

و لا شك أن الفرصة الممثل لها في الأمثلة السابقة تستوعب شقي الاحتمال و الواقعية، و هو ما لا يجعلها مجرد أمل أو وهم منبث الصلة بالواقع، و تصلح - من ثم - لأن يقوم عن فواتها الحق في التعويض<sup>2</sup>.

### ثانيا: أساس التعويض عن تفويت الفرصة.

الأصل - كما سبق - أن الضرر الذي يقبل التعويض عنه، هو الضرر المحقق سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل، أو أن وقوعه في المستقبل لا محالة فيه<sup>3</sup>، أما الضرر المحتمل فلا يكون محلا للتعويض ما لم يقع بفعل فيصير محققا، و بالتالي يتقرر تعويضه أو يزول احتمال وقوعه فيؤكد عدم تعويضه<sup>4</sup>.

و خروجاً على هذا الأصل، فقد ظهر اتجاه في الفقه و القضاء يرى جواز التعويض عن الفرصة الفائتة، و تتبلور هذه الفكرة في حالة ما إذا كانت هناك فرصة أمام شخص لتحقيق كسب معين، أو تجنب خسارة معينة، فإنه و إن كانت هذه الفرصة مجرد أمل يربوا شخص تحقيقه - و من ثم فإن تحقيق تلك الفرصة أمر احتمالي قد يحدث و قد لا يحدث - إلا أن الحيلولة بين هذا الشخص و بين محاولة تحقيق فرصته، تقضي على هذا الاحتمال، و تحيل الفرصة التي كانت أملا محتملا إلى أمر مستحيل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup>- أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 143 و ما بعدها.

<sup>3</sup>- سليمان مرقس، الوافي في القانون المدني، مجلد 1، ب.د.ن، ب.م.ن، 1989، ص. 544.

<sup>4</sup>- عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص. 155-156، نقلا عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص. 441.

<sup>5</sup>- أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 139.

و بعبارة أخرى، فإنه و إن كان الضرر الذي سيترتب على عدم تحقق الفرصة ضرراً محتملاً لا يقبل التعويض، فإن الضرر الذي ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه الفرصة، ضرراً محققاً يقبل التعويض<sup>1</sup>.

هذه الفكرة تنطبق تماماً على فرصة المريض في الشفاء، فهي مجرد أمل احتمالي، إذ لا يمكن الجزم - بدهاءة - أن علاج الطبيب للمريض يؤدي إلى شفاء الأخير، و لكن على أية حال فرصة الشفاء قائمة، و الضرر الذي يترتب على عدم تحققها ضرر احتمالي، كما أن الكسب المتوقع من العلاج كسب احتمالي، و لكن ذلك الضرر الاحتمالي، الذي يمكن أن يترتب على عدم شفاء المريض، قد يفضي إلى ضرر محقق يقع نتيجة خطأ الطبيب الذي يفوت على مريضه - بهذا الخطأ - كل فرصة للشفاء، و الضرر المحقق هنا هو تفويت الفرصة ذاتها، إذ إن هذا التفويت قطع على المريض كل أمل في تحقق الكسب الاحتمالي (الشفاء)<sup>2</sup>.

و قد كان أول حكم يصدر عن محكمة النقض الفرنسية معتقاً مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة حكمها الصادر عام 1965<sup>3</sup>، حيث قضت بأن >> مجرد وقوع قرائن تكشف عن أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة لخطأ الطبيب، و لو لم تثبت العلاقة السببية بين الخطأ الذي نسب إليه و الضرر الذي لحق المريض، كافياً لتقرير مسؤولية الطبيب، و يكون للقاضي أن يقدر التعويض المناسب، على أساس أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الشفاء، و التي يقدر القاضي احتمالات حدوثها<<<sup>4</sup>.

1- شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في ضوء القضاء و الفقه، ط1، دار الفكر الجامعي، ب.م.ن، 2006، ص.196 و ما بعدها.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.442.

4- نفس المرجع، ص.443.

و تواترت أحكام هذه المحكمة فيما بعد مؤكدة هذا المبدأ، حيث قررت قيام مسؤولية الطبيب دون أن يثبت لديها توافر الخطأ في جانبه<sup>1</sup>.

- و الحقيقة أن هذه الفكرة تقف ورائها اعتبارات علمية تتمثل في منح المريض وهو الطرف الضعيف - قدرا أكبر من الحماية بتخفيف عبء الإثبات عنه، خاصة في حالات التدخل الجراحي الذي يتعذر عليه فيها إثبات السببية، و لذلك فهي تعد إحدى وسائل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب و المريض<sup>2</sup>.

### ثالثا: تقدير التعويض عن تفويت الفرصة.

تكمن الصعوبة الأساسية في التعويض عن فوات الفرصة في تحديد و تقدير مدى و قدر التعويض عنها و ليس في مبدأ التعويض ذاته، فالقاعدة العامة في تقدير التعويض هي معادلته و جبره للضرر، كل الضرر المحقق الذي أصاب المضرور بحيث يتساوى التعويض مع هذا الضرر فلا يزيد عنه و لا يقل، و هذا ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل<sup>3</sup>.

غير أن تطبيق مبدأ التعويض الكامل على فوات الفرصة تعترضه صعوبة كبيرة تتمثل في أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه و تحديده تحديدا واقعيا حقيقيا، بل يعتمد تقديره على الحدس و التخمين، فهو لا يشمل كل الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور، و إنما يمثل نسبة فقط من هذا الضرر<sup>4</sup>.

و من هنا كانت صعوبة تقدير التعويض، فهو يقدر أولا على أساس ضرر احتمالي و ليس محققا في ذاته، و هو يحدد ثانيا بنسبة فقط من هذا الضرر تقدر بقدر و مدى احتمال

<sup>1</sup> - Cass, Civ, Ire 18 mars 1969, Bull.civ. No.118,p.93. Cass, Civ, Ire 20 mai 1981, Bull.civ. No. 18, p.144, Cass, Civ, 18 janv 1989, Bull.civ. No.19, p.16, Cass, Civ, 16 juill 1991, Bull.civ. No.648, p.162.

نقلا عن: عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.443.

<sup>2</sup> - سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، طبعة دار النهضة العربية، ب.م.ن، 1990، ص.108.

<sup>3</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.156.

<sup>4</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

تحقيق الفرصة، الضائعة، للكسب الاحتمالي. فهذا القدر تتحدد قيمة الفرصة ذاتها التي كان يملكها المضرور، و من ثم يتحدد قدر التعويض عنها. و هكذا يتحدد التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة ذاتها<sup>1</sup>.

يتعين علينا إذن لتحديد مدى التعويض عن فوات الفرصة أن نتعرض أولاً للقاعدة العامة في تقديره و التي تقصره على قيمة الفرصة الفائتة، ثم نتعرض ثانياً لبيان كيفية تحديد حساب هذه القيمة، و معيار ذلك التحديد، و الآثار التي تترتب عليه. و في تعرضنا لهذين الموضوعين سنجعل لكل منهما عنواناً خاصاً، و ذلك على الوجه الآتي:

### 1- قصر التعويض على قيمة الفرصة.

إذا كان الأصل في المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فإن هذا الأصل يتعذر تطبيقه في حالة المسؤولية عن فوات الفرصة، فالفرض أن الفرصة قد ضاعت نهائياً و لن تعود ثانية، لذا لن يكون أمام القاضي إلا اللجوء إلى التعويض.

و عند تقدير القاضي للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المضرور فإنه يبدأ بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره و تقويمه مالياً، أي تحديد المبلغ المقابل له. فإذا طبقنا ذلك على فوات الفرصة، فلن يخرج الأمر على أحد التصورين الآتيين: فإما أن ينظر القاضي إلى فوات فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب الأصلي الاحتمالي الذي حرم المضرور من إمكانية تحقيقه، فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة.

و إما أن يغفل القاضي الفرصة في ذاتها و ينظر إليها على أنها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق كسب معين، ليس لها قيمة خاصة بها و إنما تتحدد قيمتها في الكسب الذي تؤدي

<sup>1</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.156.

إليه، و من ثم يكون فواتها و ضياعها ضياعا و فقدا لهذا الكسب فيتحدد الضرر فيه و يقدر التعويض بقدره<sup>1</sup>.

و الواقع أن اللجوء إلى الطريقة الثانية في تعويض فقد الفرصة يتطلب أساسا لها أن تتكون لدى القاضي قناعة كبيرة نحو تحقق فرصة الكسب بحيث لا يكون محتملا فقط بل يكون مرجحا إلى الحد الذي يصل به إلى حد اليقين، و إلا فلن يجسر القاضي على الحكم بالتعويض الكامل. بعد أن يتيقن القاضي و يتأكد من جدية الفرصة و تحققها بقدر كافي بحيث يترتب على فواتها ضرر محقق، فإنه يحكم بالتعويض على كل الضرر الناجم عن فوات الفرصة و عدم تحققها.

و يرى جانب من الفقه أن هذا الحل واجب الإلتباع و أكثر تبريرا، باعتبار أن الفرصة لا يقصد بها أن تظل كذلك، أي مجرد فرصة للكسب، فمن يملك مثل هذه الفرصة لا يرغب في الاحتفاظ بها كمجرد وسيلة لتحقيق كسب معين، بل يرغب في الكسب ذاته، أي يرغب في تحقيقها، لذلك فعند تقدير التعويض عن فواتها يجب وضع المضرور في الحالة التي يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، و ليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها، و إلا عد ذلك وضعاً للمضرور في المركز أو الحالة التي يكون عليها لو باع هذه الفرصة، و ليس لو تحققت<sup>2</sup>.

نخلص مما سبق أنه في حالتنا التعويض الكامل و انعدام التعويض كلية لا نكون في الواقع أمام فرض أو حالة فوات الفرصة، في الحالة الأولى نكون أمام ضرر محقق يستوجب التعويض الكامل و ليس فقط عن فوات الفرصة، و في الحالة الثانية لا نكون أمام ضرر كلية.

<sup>1</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.156.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص.159.

لذلك فإن الرأي السائد فقها و قضاء يذهب إلى وجهة النظر الأولى التي ترى في فقد الفرصة قيمة ذاتية خاصة، و في هذه القيمة، و فيها فقط، يتمثل الضرر المحقق الذي لحق المضرور نتيجة فواتها، و من ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها، فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في ذاتها قدرا من احتمال تحقيق الكسب الذي يمكن أن تؤدي إليه، و بهذا القدر من الاحتمال، أي احتمال تحقيق الفرصة للكسب، تتحدد قيمتها، و يتحدد قدر التعويض عن فقدها أيضا، لذلك فمع هذه الطريقة لا يكون التعويض عن فوات الفرصة إلا جزئيا، إذ لكي يكون التعويض كاملا يجب أن يكون تحقيق الفرصة للكسب يقينا و ليس فقط محتملا أو مرجحا و من ثم يكون الحرمان من هذا الكسب ضررا محققا، و هنا نخرج عن نطاق فقد الفرصة<sup>1</sup>.

أما قدر التعويض الجزئي الذي يتقرر في حالة فوات الفرصة فيتحدد بنسبة معينة من الكسب الاحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي إليه الفرصة لو لم تفوت على المضرور. فلأن الضرر المحقق الذي أصاب المضرور يتمثل في فقد فرصة الكسب، فإن التعويض يقدر بقدر هذه الفرصة و ليس بكل الكسب الذي حرم منه.

هذا التعويض الجزئي الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده إلا بمقارنة الضرر الاحتمالي، المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور، بالضرر المحقق، النسبي، الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب<sup>2</sup>.

لذلك نجد أن قاضي الموضوع يملك سلطة كبيرة في تقدير وجود الفرصة و قيمة هذه الفرصة، التي يجب أن تقدر بنسبة محددة من الكسب الاحتمالي.

و في سبيل القاضي لهذا التقدير للتعويض الجزئي عن فوات الفرصة يتعين عليه أن يلجأ في الواقع إلى تقديرين: يوضح في أولهما ما كان سيؤول إليه مركز المضرور إذا ما تحققت

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.160.

2- نفس المرجع و الصفحة.

الفرصة التي كانت لديه. و يحدد في التقدير الثاني قيمة الفرصة ذاتها، أي درجة احتمال تحقيقها للكسب المأمول.

## 2- تقدير قيمة التعويض عن تفويت الفرصة.

نصل أخيرا إلى تحديد و تقدير قيمة الفرصة الضائعة، باعتبار أنها تمثل الضرر المحقق الذي لحق المضرور من فوات الفرصة عليه، و بالتالي تحدد هذه القيمة التعويض المستحق. فعلى أي أساس، و استنادا لأي معيار يمكن تقدير قيمة الفرصة في ذاتها، باعتبارها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق الكسب الذي يصبوا إليه المضرور؟<sup>1</sup>

إذا كان التعويض عن تفويت الفرصة يرتبط بركن الضرر أساسا، إلا أنه وثيق الصلة كذلك بركن السببية، لأن هذه الفكرة تبحث عن سببية محتملة بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب، و بين الضرر الذي أصاب المريض، و لذلك، فإن من المتعذر تقدير هذه الفكرة بعيدا عن التعرض لفكرة السببية التي تستند عليها، و بالقدر المناسب دون الخوض في هذه الأخيرة في غير موضعها، فالتعويض عن تفويت الفرصة يوسع من مفهوم ركني الضرر و علاقة السببية في آن واحد.<sup>2</sup>

و الحقيقة أنه على الرغم من ظهور أحكام القضاء على تأكيد الحق في التعويض على أساس تفويت الفرصة، يشايعها في ذلك جانب من الفقه، مستخلصتا في ذلك سببية احتمالية من أجل تقرير حماية أكثر فعالية للمريض، إلا أن هناك جانبا آخر من الفقه، يرى عدم سلامة هذا الاتجاه، و ذلك على أساس أن القاضي إذ يقيم حكمه على محض الاحتمال فهو يخرج عن القواعد القانونية السليمة كما تقرها السببية التقليدية التي تتضمن - في نظريتها - قدرا من اليقين حتى تقصر السبب في مجموعة عوامل ضرورية (تعاقد الأسباب) أو عامل واحد ضروري (السببية الملائمة)، و إن كانت تلجأ إلى الفرض بعد ذلك

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.167.

2- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.953.

في افتراضها التساوي و التعادل بين هذه العوامل (تعادل الأسباب)، أو كون مدى الضرر الذي أحدثه أحدها أبعد أثرا بما أحدثه غيره(السببية الملائمة)<sup>1</sup>.

و يضيف هذا الجانب كذلك، أن هذا الاتجاه يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة، و التعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع فعلا، و يقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة، بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ في إحداث الضرر<sup>2</sup>.

و بتقرير من أنصار هذه الفكرة أن الأحكام التي أخذت بتفويت الفرصة في المسائل الطبية اهتمت بإظهار الخطأ الطبي و وضحت إسناده إلى الطبيب<sup>3</sup>.

أما التعويض عن فوات الفرصة في الفقه الإسلامي ليس هناك ما يحول دون التعويض عن تفويت الفرصة، استنادا إلى القواعد الشرعية التي تنهى عن الإضرار بالغير، ومن ثم فإنه يجوز تضمين طبيب عن الفرصة التي يفوتها على مريضه، و ذلك لما يشتمل عليه تفويت الفرصة على المريض من أضرار و مفاصد تنهى عنها الشريعة الغراء<sup>4</sup>.

و إذا كان هذا هو نوع الضرر الموجب للتعويض، فإن القانون يشترط لحصول التعويض عن هذا الضرر أن يكون هذا الأخير نتيجة طبيعية لنشاط معين ما. و الحقيقة أن رابطة السببية ليست بالمسألة السهلة، و إن كانت تبدو في الوهلة الأولى كذلك، إذ رغم كثرة الكتابات و وفرة التحليلات، لا تزال فكرة السببية، كفكرة قانونية، تثير كثيرا من الجدل بين فقهاء القانون<sup>5</sup>.

1- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.144 و ما بعدها.

2- وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي - دراسة تحليلية فقهية و قضائية - طبعة دار النهضة العربية، ب.د.ن، ب.م.ن ب.س.ن، ص.64.

3- سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، طبعة دار النهضة العربية، ب.م.ن، 1990، ص.117 و ما بعدها.

4- عبد الراضي هاشم، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994، ص.448.

5- رايس محمد، المرجع السابق، ص.289.

فما هي حقيقة تلك الرابطة السببية؟ التي قال عنها الفقيه سافاتي أنها من الأمور التي لا ترى و لا تحس<sup>1</sup>، إلا أنها مع ذلك تمثل مسألة من مسائل التحليل الذهني و البحث العقائدي، إذ يكفي القاضي أن يبني عقيدته على عناصر الواقع ليكون حكمه سليماً صحيحاً.

### المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في مجال عمليات نقل الدم.

إذا كانت المناقشات لم تنتهي بعد بين فقهاء القانون الخاص حول مسألة المسؤولية الطبية نظراً لأهميتها و أهمية الآثار المترتبة عنها، فإن مسألة رابطة السببية بين الخطأ و الضرر باعتبارها ركناً من أركان المسؤولية، لا تقل أهمية هي الأخرى. فهي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث، فإذا وقع الضرر و كان سبب وقوعه هو الفعل المنحرف عن السلوك المألوف من طرف المدعى عليه - الطبيب - فإن مسؤولية هذا الأخير تقوم و تتحقق<sup>2</sup>.

وعلى العكس من ذلك إذا ثبت أن فعل المدعى عليه غير المشروع، لم يكن له أي أثر في حدوث الضرر، فإن المدعى عليه - الطبيب - سيعفى من المسؤولية و كذلك تبرز أهمية المسؤولية عن الأشياء و الأجهزة و الأدوات الطبية المختلفة، بحيث يتوجب بأن يكون الشيء أو فعله هو الذي سبب الضرر للمريض.

كما أن أهمية علاقة السببية تظهر كذلك في تحديد نطاق المسؤولية، فالضرر في غالب الأحيان تترتب عليه أضرار أخرى، و هذا ما يعرف بتعاقب الأضرار. ففي هذه الحالة ينبغي معرفة هل سيتحمل الشخص الذي سبب الضرر الأول أو الأصلي، كل الأضرار الأخرى الناتجة عنه؟

<sup>1</sup> عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني للرابطة السببية و انعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.253.

<sup>2</sup> - رايس محمد، المرجع السابق، ص.290.

إن علاقة السببية هي التي تجيبنا عن هذا التساؤل. و هكذا يمكن القول و بدون تردد أن أهمية دراسة ركن رابطة السببية ليس قاصرا على تحديد وجود المسؤولية من عدمه، بل يمتد أيضا لتحديد نطاق هذه المسؤولية و دائرتها<sup>1</sup>.

لذلك سنحاول دراسة و توضيح مفهوم رابطة السببية (الفرع الأول)، ثم نعرض للآراء و النظريات الفقهية المختلفة التي بحثت في علاقة السببية(الفرع الثاني)، لننتهي بتوضيح حالة انعدام ركن علاقة السببية(الفرع الثالث).

### الفرع الأول : مفهوم علاقة السببية.

علاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر، معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بينت الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، و الضرر الذي أصاب المضرور، و السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية، و هي ركن مستقل عن ركن الخطأ. و أية ذلك أنها قد توجد و لا يوجد الخطأ، كما إذا أحدث شخص ضررا بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ، و تتحقق مسؤولية على أساس تحمل التبعة، فالسببية هنا موجودة و الخطأ غير موجود. و أيضا قد يحدث العكس، فيوجد الخطأ و لا توجد علاقة السببية<sup>2</sup>.

على أنه يلاحظ إذا قام السبب الأجنبي، فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها، بل هو أيضا ينهي الالتزام القانوني الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، و الذي يعد الإخلال به هو الخطأ. ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي. فالسبب الأجنبي إذن لا يعدم علاقة السببية وحدها، بل يعدم معها الخطأ<sup>3</sup>.

و إذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ، إلا أن هذا الإستقلال لا يظهر في جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات. ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ، يلجأ في العادة إلى

<sup>1</sup>- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج2، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 1992، ص.94.

<sup>2</sup>- رضا منير حنا، المرجع السابق، ص.501.

<sup>3</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

إثبات خطأ يكون هو السبب في إحداث الضرر، و من ثم فإثبات الخطأ يكون في الغالب إثبات لعلاقة السببية، فتستتر السببية وراء الخطأ و لا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل. و إنما يتضح في استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية عن خطأ مفترض، أو خطأ مفروغ من إثباته.

و غني عن البيان، أن أسباب حدوث الضرر قد تتعدد، و قد تنسب إلى أشخاص متعددين، بل قد يكون بعضها صادرا من نفس المصاب، سواء أكان ذلك بفعله، أو بحالته من حيث الاستهداف الذاتي و التطورات و المضاعفات المرضية، و لها أهمية عظمى كعامل من أشد العوامل تأثيرا في الحوادث العلاجية، و هو ما يفسر لنا بجلاء تشعب و دقة رابطة السببية في مسؤولية الأطباء<sup>1</sup>.

في الواقع، من المبادئ العامة في المسؤولية المدنية أن الشخص لا يسأل عن الضرر الذي أصاب غيره إلا إذا كان خطأه هو السبب الأكيد لهذا الضرر.

فإذا طبقنا هذا المبدأ على المسؤولية الطبية ننتهي إلى أن الطبيب لا يسأل عن موت المريض، إلا إذا كان خطئه هو السبب الأكيد لذلك.

و لكن إذا لم يثبت أن خطأ الطبيب هو السبب الأكيد لوفاة المريض مثلا، و إنما ثبت أنه فوت عليه فرصة الشفاء، بمعنى أنه لولا خطأ الطبيب لكانت هناك فرصة أكبر لشفاء المريض، فهل يسأل الطبيب هنا، لا عن الموت الذي لم يثبت أنه حدث بسبب خطئه، و لكن عن حرمان المريض من فرصة الشفاء التي فوتها عليه، و حين إذن يقدر ضرر المريض لمقدار هذه الفرصة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- رضا منير حنا، المرجع السابق، ص.501.

<sup>2</sup>- محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، ع2، يوليو 1981، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، ص.90-91.

و إننا لا نستطيع القول و الجزم، أنه كلما وقع ضرر على مريض نتيجة نشاط طبي مارسه عليه الطبيب، و لو اتصفت تصرفات هذا الأخير بالرعونة و عدم الحذر و قلة الاحتياط، نهضت مسؤولية الطبيب و ألزمناه بالتعويض<sup>1</sup>.

فا لتفكير القانوني السليم لا يقبل بهذه النتيجة، لأنه يستلزم زيادة عن ذلك، توافر علاقة السببية بين نشاط الطبيب و الأضرار التي أصابت المريض.

إن هذه المعطيات المنطقية المتفقة مع العقل، لا تظهر فقط في المسؤولية التقصيرية للأطباء، بل أيضا في مجال المسؤولية التعاقدية، فلا يكفي أن يوجد خروج على العقد أو الإحجام عن تنفيذ بند من بنوده، و تحقق ضرر في ذمة المريض، بل يشترط أن يكون الضرر ناتجا عن عدم تنفيذ العقد و ذلك لأن محل المسؤولية التعاقدية هو تعويض الضرر الناجم و الناتج عن مخالفة هذا العقد<sup>2</sup>.

و قد عالجت التشريعات و من بينها التشريع الجزائري موضوع علاقة السببية في نصوص القانون المدني، و خاصة في المادة 124 منها، و ذلك عندما قال: << كل عمل أيا كان يرتكبه المرء - بخطئه - و يسبب ضررا >><sup>3</sup>.

و تمارس المحكمة العليا حق الرقابة على الأحكام و القرارات التي تصدرها الجهات القضائية الدنيا من أجل أن تتأكد من مدى التزام قضاة الموضوع بتوضيح وجود رابطة السببية أو عدم وجودها. و إلى هذا أشارت محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بحكم لها بتاريخ 27-10-1975 أن المسؤولية القائمة على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تتطلب La وجود رابطة السببية بين الخطأ و الضرر: << responsabilité prévu par l'article 1382 suppose un rapport de causalité certain entre la faute et le dommage.>>

1- رايس محمد، المرجع السابق، ص.291.

2- عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.03.

3- رايس محمد، المرجع السابق، ص.292.

إن رابطة السببية مسألة تثير كثيرا من الصعوبات العملية، و لم يجب عليها بجواب مرض لأنه لا يتسنى إعطاء جواب بشأنها، لأنها ببساطة من المسائل التي لا يمكن تعريفها تعريفا علميا دقيقا، جامعا و مانعا، مما حدا برجال القانون إلى ترك مسألة السببية إلى فطنة القاضي، و روح العدالة، و الحكمة لديه، لحلها.

و مع ذلك يمكننا القول أن رابطة السببية هي مجموعة العوامل الايجابية و السلبية التي تساهم في إحداث النتيجة أو الضرر.<sup>1</sup>

إن ركن رابطة السببية أساسي في المسؤولية الطبية، إذ لا يمكن مسائلة المخطئ أو مرتكب الفعل الضار الذي أحدث الضرر إلا إذا وجد الارتباط بين هذا الفعل الضار و ذاك الضرر. فجوهر المسؤولية و مناط وجودها هي تلك العلاقة السببية. فالطبيب الذي يقع منه الخطأ أو الفعل الضار و يحدث ضررا للمريض، يجب أن يكون بين هذا الخطأ و ذاك الضرر رابطة سببية حتى تتحقق مسؤوليته.<sup>2</sup>

و رابطة السببية ركن مستقل و قائم بذاته، إذا انتفى انتفت معه مسؤولية الطبيب حتى و لو ارتكب هذا الأخير خطأ ما. فقد يخطئ الطبيب كما لو أهمل تعقيم آلاته الجراحية و مات المريض بنوبة قلبية لا علاقة لها بالخطأ المرتكب من طرف الطبيب<sup>3</sup>، فهنا تنتفي مسؤولية الطبيب لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.<sup>4</sup>

إن اشتراط هذه العلاقة مفهوم بالبداهة، لأنه لا يسوغ عقلا و منطقا مسائلة الشخص عن واقعة سيئة أعقبت سلوكه إلا إذا كان هذا السلوك سببا في حدوثها. حقا إن السببية ليست

---

<sup>1</sup> - Voir : Etienne Montero\_ La responsabilité civile du fait des bases de données\_ Presses Univ. De Namur- Belgique- 1998-p.288.

<sup>2</sup> - رابيس محمد، المرجع السابق، ص.293.

<sup>3</sup> - عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي ب.د.ن، دمشق، سوريا، 1966، ص.301.

<sup>4</sup> - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.271.

بالشيء الذي يرى أو يلمس و إنما هي رابطة يستنتجها القاضي من الظروف التي يستخلص منها القرائن الدالة على توافرها<sup>1</sup>.

إذا كان على القاضي أن يبحث بنفسه العلاقة المنطقية التي تربط بالسببية طبقاً لعناصر كل دعوى، فعلى القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية بذات أن يراعي منتهى الحرص فلا يسارع إلى وضع القرائن قد تباها الحقائق العلمية<sup>2</sup>.

يعد تحديد رابطة السببية في المجال الطبي، من الأمور الشاقة و العسيرة، و ذلك نظراً لتعدد الجسم لدى الإنسان، و تغير حالاته و خصائصه، و عدم وضوح الأسباب التي أدت إلى المضاعفات الظاهرة<sup>3</sup>.

كما أن القول بتوافر هذه العلاقة السببية أمر بالغ التعقيد، و مرد هذا التعقيد أن الضرر ينشئ عادة عن أكثر من سبب، مما يستوجب تحديد أي الأسباب أدى إلى حدوث الضرر<sup>4</sup>.

و قد ينتج الضرر الذي يصيب المريض نتيجة أسباب مختلفة و متعددة، و متفاوتة من حيث الأثر، التي ساهمت في إحداثه، فقد يكون خطأ الطبيب هو المنتج للضرر، لكونه لعب دوراً رئيسياً في تحققه<sup>5</sup>، و قد يكون خطأ الطبيب أحد العوامل التي شاركت في حصول الضرر و حدوثه، أو زادت من حجمه، و قد يكون لخطأ الطبيب دور ضئيل في وقوع الضرر.

أما ضابط علاقة السببية في الفقه الإسلامي فيتجلى بتوافر عنصر الخطأ و الضرر، و في هذا الخصوص يمكن التمييز بين فرضين، الأول: هو وحدة السبب و وحدة الضرر، و الثاني: هو تعدد الأسباب و وحدة الضرر<sup>6</sup>.

1- رابيس محمد، المرجع السابق، ص.293.

2- حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص.129.

3- محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة مصر، 1992، ص.151.

4- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.36.

5- أنور عبد الله، دروس في مدخل القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 1982، ص.209.

6- أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، طبعة القاهرة، ب.د.ن، القاهرة، 1961، ص.105.

فمن وحدة السبب و وحدة الضرر فذهب جانب من الفقهاء إلى انه إذا لم يساهم في إحداث الضرر سوى سبب واحد، فإنه ينبغي التفرقة بين كون الطبيب مباشراً لهذا الضرر (كأن يجري الجراحة بنفسه و يخطأ) أو متسبباً فيها (كأن يصف دواءً خطأً للمريض)، ففي الوضع الأول لا يضمن الضرر إلا إذا تعمدته، و في الوضع الثاني لا يضمن كذلك مادام نشاطه لم يرتفع إلى درجة المباشرة، و وفقاً لهذا الاتجاه لا يسأل الطبيب أو الجراح عن خطئه - أي فعله غير العمد - في حالة المباشرة، و إنما يسأل عما تعمدته من ضرر<sup>1</sup>.

و الملاحظ على الحكم الذي يقره هذا الاتجاه أنه يخالف القاعدة العامة في المباشرة و التسبب، و التي تقضي بأن المباشر ضامن و إن لم يتعمد<sup>2</sup>، و أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، كما يلاحظ - على حد تعبير البعض بحق - أن هذا الاتجاه تخفيفاً كبيراً من المسؤولية عن نتائج العمل الطبي أو الجراحي<sup>3</sup>.

أما تعادل الأسباب و وحدة الضرر فيمكننا التمييز في هذا الفرض بين ثلاثة حالات، الأولى: هي تعدد المباشرين، أو تعدد المتسببين، و صدور أفعال، من طبيعة واحدة - بأن يكونوا جميعاً مباشرين و متسببين - و متعاقبة عنهم<sup>4</sup>.

ففي هذه الحالة ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب ترجيح الفعل الأقوى عند تعدد المباشرين أو بالسبب الأقوى عند تعدد المتسببين - و هو ما يقابل نظرية السبب المنتج في الفقه القانوني -، و في ذلك يقول صاحب مغني المحتاج، لو تعاقب سبباً هلاكاً، فعلى الأول منهما في التلف لا الوجود بالقوة، و تطبيقاً لذلك، فإنه إذا ساهم مع فعل الطبيب سبب آخر في إحداث الضرر، فلا ضمان عليه - وفقاً لهذا الرأي - إلا إذا كان فعله يمثل السبب الأقوى، أو المنتج، لإحداث الضرر، و لو لم يكن هو الأسبق في الوجود<sup>5</sup>.

1- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- طبعة دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982، ص.21.

2- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.455.

3- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.57.

4- ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.144.

5- عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص.454.

و ذهب جانب آخر إلى ضرورة ترجيح السبب الأسبق في الوجود، و ترتيباً على ذلك، فإن الطبيب يكون ضامناً نتيجة فعله - وفقاً لهذا الرأي - و لو ساهم معه في إحداث الضرر سبب أجنبي إذا كان هذا الفعل أسبق في الوجود<sup>1</sup>.

أما الحالة الثانية: فهي تعدد المباشرين أو المتسببين و صدور أفعال من طبيعة واحدة، عنهم في وقت واحد، و في هذه الحالة يضمن الجميع بالتساوي.

و الحالة الثالثة: هي حدوث ضرر نتيجة مساهمة عدة أفعال من طبيعة مختلفة - بأن يكون بعض المساهمين مباشرين و البعض الآخر متسببين - و القاعدة الفقهية هنا هي أنه >> إذا اجتمع المباشر و المتسبب أضيف الحكم إلى المباشر<<<sup>2</sup>.

مما سبق نستنتج أنه لا خلاف بين الفقه القانوني و الفقه الإسلامي في ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ، أو تعدي الطبيب، و بين الضرر الذي يصيب المريض، كما يتفق الفقه القانوني مع ما يقرره جمهور الفقهاء من ترجيح السبب الأقوى عند تعدد أسباب الضرر المتعاقبة ذات الطبيعة الواحدة.

### الفرع الثاني: النظريات الفقهية لركن علاقة السببية.

لا يختلف معنى العلاقة السببية في القانون الوضعي عنه في الفقه الإسلامي فهي الركن الثالث للمسؤولية المدنية.

و ثمة عاملان يلعبان دوراً في تقدير توافر السببية: أولهما حدوث الضرر نتيجة أسباب متعددة يكون من بينها خطأ المدعى عليه و في هذه الحالة يثور التساؤل عن مدى توافر علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه و الضرر. و ثانيهما نشأة أضرار متعاقبة مترتبة على الخطأ و في هذه الحالة يثور التساؤل إلى أي مدى يسأل المدعى عليه عن تلك الأضرار

1- نفس المرجع و الصفحة.

2- نفس المرجع و الصفحة.

المتعاقبة هل يسأل عنها جميعها أم عن بعضها فحسب أم عن أولها فقط؟ و عليه سنتحدث عن النظريات الخاصة بالعلاقة السببية:

### أولاً: نظرية تعادل الأسباب.

يعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه الألماني نون بيري. و يتلخص مضمون هذه النظرية بالقول بأن جميع العوامل التي تنتظر لإحداث النتيجة تعد متعادلة و مسؤولة عن النتيجة مهما كان العامل في إحداث النتيجة بعيدا و سواء كان مألوماً أو نادراً أو يرجع إلى فعل الإنسان أو إلى فعل الطبيعة. و عليه يعد كل عامل من هذه العوامل شرطاً لحدوث النتيجة كما و أن هذه النظرية تحمل المسؤولية للعمل الإنساني وحده. حتى لو كان مصحوباً بقوة قاهرة<sup>1</sup>.

فإذا اشترك في الفعل الضار الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعاً و يعتبر سبباً مباشراً و لو تدخلت عدة عوامل أخرى ساعدت مع فعل الجاني في وقوع النتيجة حتى لو كان الجاني قد توقع مثل هذه الأسباب طبقاً للسير العادي للأمر و قد أخذ بها القضاء الفرنسي<sup>2</sup>.

و يؤخذ على هذه النظرية اكتفاؤها بمقولة اعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر بإثبات فقط أنه لولاه لما وقع الضرر مع أنه يجب اعتبار وجود هذا العامل كافياً وحده لإحداث الضرر<sup>3</sup>.

### ثانياً: نظرية السبب المنتج (الفعال).

تقوم هذه النظرية على عدم الاعتداد بجميع الأسباب و إنما اختيار بعضها دون البعض الآخر و تعتمد السبب المنتج وحده سبباً للضرر و تستبعد السبب العارض و عليه فالسبب

<sup>1</sup> - منير رضا حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيدالة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص.115.

<sup>2</sup> - حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.543.

<sup>3</sup> - نفس المرجع و الصفحة.

المنتج الفعال هو الواقعة التي تؤدي إلى الضرر وفقا للمجرى العادي للأمر و تجارب الحياة، على أن المعيار الذي يقاس بموجبه كون السبب منتجا للضرر إنما يقوم على أساس مدى التوقع و الاحتمالية و الموضوعية لهذا الضرر<sup>1</sup>.

و لقد أخذ القضاء المصري بنظرية السبب المنتج الفعال أما القضاء الفرنسي فإنه كان يأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب و تعادلها ثم تحول إلى نظرية السبب المنتج و خاصة في مسؤولية مرتكب حادث الطرق في مسؤوليته عن نقل دم ملوث للشخص المصاب بالحادث<sup>2</sup>.

### ثالثا: نظرية السبب الملائم (المناسب).

و هذه النظرية لا تعند من بين الأسباب التي أدت إلى الضرر إلا بالسبب الأقرب زمنيا إلى هذا الضرر. و بعبارة أخرى لا تعند إلا بالسبب الذي يعتبر الضرر النتيجة الحاله أو المباشرة له فيسأل المستشفى الذي يهمل تابعيه في إسعاف المصاب و رغم ذلك فإن هذه النظرية تسمح باختيار بعض الأسباب دون الأخذ بها جميعا و هذه هي ميزتها الوحيدة إلا أنها لها مساوئ واضحة. فهي تؤدي إلى استبعاد أسباب قد تكون لعبت دورا أساسيا في وقوع الضرر لمجرد أنها بعيدة زمنيا<sup>3</sup>.

### رابعا: نظرية السببية المفترضة.

يقصد بنظرية السببية المفترضة: مجموعة القرائن المحددة و المتطابقة و التي تساعد قاضي الموضوع في تكوين عقيدته بما له من سلطة في استخلاص ركن الخطأ الذي سبب

1- عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) - دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص.427.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.544.

3- نفس المرجع السابق.

الضرر. و قد طبق القضاء الفرنسي هذه النظرية في حالة ضياع الفرصة في شفاء المريض أو في متابعة العلاج<sup>1</sup>.

و حيث أن السببية علاقة يستنتجها القاضي من خلال القرائن و الدلائل إذ يجب على قاضي الموضوع أن يقدر كفاية القرائن التي في القضية لقيام العلاقة السببية وفق عناصرها مما هو مترابط منطقيا بما يتوجب عليه و خاصة في دعاوى المسؤولية الطبية زيادة في الحرص و توخي الدقة<sup>2</sup>.

و لا يشترط وجوب أن يكون الضرر متولدا مباشرة عن الخطأ لأن العلاقة السببية يجب توافرها حتى و إن توسط بين الخطأ و الضرر عوامل أخرى طالما أنه لا بد من الخطأ لوقوع الضرر.

### الفرع الثالث: علاقة السببية و أسباب نفيها في مجال عملية نقل الدم.

نتيجة لتزايد أعداد المدنيين للتعويض، و كذلك تيسيرا الاستعمال المسؤولية و استخدامها متجنبين الحكم بإثبات الخطأ الذي لم يكن كافيا لإصلاح موقف الضحايا، فبموجب الآلية التقليدية للمسؤولية المدنية، فإن ضحايا الأضرار لا يمكنهم الحصول على تعويض إلا إذا تمكنوا من تحديد العمل المتسبب في الضرر و لاسيما علاقة السببية بين هاذين العنصرين فبعد الاختيار للطريق القانوني المحدد فإن المحكمة المختصة تقيم من خلال الإصابة التي ألمت بالضحية، و التي تشكل الضرر أن القانون يمكنه أن يعرض الضحية، و لكن كما سبق على الأخير أن يثبت علاقة السببية بين الفعل المؤدي للضرر (نقل الدم) و الضرر مع الإقرار بهذه العلاقة من القاضي، و أن الضحية يمكنه أن يعزو الضرر إلى مسؤول و لكي تكون المحاكم أكثر فعالية، و مرونة، فإنها ترددت في إعطاء تعريف عام للسببية من الناحية القانونية، فالصعوبات المختلفة التي يمكن حلها بطريقة تجريبية إلى حد ما، تجعل

1- عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية و فيروس مرض الايدز- المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس الايدز- دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.195.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.545.

هذه الحلول تتبع في الواقع السياسة القانونية التي تبحث عن توازن بين المسؤولين و الضحايا<sup>1</sup>.

و في نطاق الإصابة الناجمة عن نقل دم ملوث، فإن إقامة علاقة سببية بين النقل، و الظهور الايجابي للمرض ليس بالأمر اليسير، فالضرر لم يكن لسبب واحد، فالإصابات التي حدثت عن طريق عمليات نقل الدم كانت نتيجة لحادث طريق لذا يثور التساؤل من المسؤول هل سائق السيارة؟ هل مركز نقل الدم؟ هل الطبيب؟ و هذا لا ينهي جميع القضايا؛ لأننا سوف نجد أنفسنا أمام السببية المفترضة، أو غير المؤكدة، فالضحية لا يمكنه أبدا أن يثبت من أين أتى الفيروس هل من نقل الدم أو من علاقة جنسية، ولكي نلحق هذه الخطة الموجهة، فإن القاضي يأخذ بيد الضحية مقدرا علاقة السببية تقديرا فيه كثيرا من التحررية<sup>2</sup>.

إن مجرد وقوع الضرر للمريض و ثبوت خطأ الطبيب أو المستشفى أو مركز نقل الدم لا يكفي لقيام المسؤولية و إنما يلزم توافر قيام علاقة السببية بين خطأ هؤلاء و ذلك الضرر الذي أصاب المريض، فإذا انتفت علاقة السببية هذه انتفت بذلك المسؤولية.

و قد وضع القضاء الفرنسي متأثرا في ذلك بالمأساة التي أحدثتها انتشار مرض الايدز قرينة على أن العدوى تنسب إلى واقعة نقل الدم سواء تعلق الأمر بالدم الطبيعي أو مشتقاته الصناعية و على المضرورة إثبات أن واقعة الدم قد حدثت من الفترة 1980 إلى 1985 و هي فترة انتشار عدوى الايدز مما يحكم له بالتعويض بناء على توافر علاقة السببية بين واقعة نقل الدم و حدوث العدوى، و يتفق إثبات الوقائع القانونية عن طريق القرينة و أحكام المادة 1353 من ق.م.ف و هذه القرينة ليست قاطعة بل يمكن إثبات عكسها و قد أقام القضاء قرينة في كل حالة على نسبة العدوى إلى واقعة نقل الدم<sup>3</sup>.

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.669.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- أحمد محمد لطفي أحمد، الايدز و آثاره الشرعية و القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص.360.

و تتعدم علاقة السببية متى ثبت أن الضرر قد وقع بسبب أجنبي و هو ما أشارت إليه المادة 165 من ق.م.م و 1147 ق.م.ف و يستطيع مركز نقل الدم أو المستشفى أو الطبيب أن يثبت أن الدم الذي تلقاه المريض ليس هو السبب في إصابة المضرور بالمرض. و يتعين تحديد إحدى النظريات التي يمكن الأخذ بها في مجال المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث يقتضي بحث نوعين من الإسناد أو علاقة السببية هما الإسناد القانوني و الإسناد الطبي<sup>1</sup>.

### أولاً: الإسناد القانوني.

يجب أن يتم إسناد الإصابة بالمرض إلى الدم المنقول الملوث وفق السبل القانونية بمعنى أن يتم إثبات أن الإصابة بالفيروس لم يكن لها طريق سوى الدم الملوث و بذلك يكون الضرر الذي حصل هو نتيجة مباشرة لنقل دم ملوث. إلا أننا نواجه عدة أسباب تشترك في حدوث الضرر. و لذلك نلجأ إلى الإسناد الطبي لتسهيل إثبات علاقة السببية فإذا تم التأكد من أن المتبرع بالدم كان مصاباً بالمرض فإن هذا يوفر رابطة بين النتيجة المترتبة على نقل الدم و الضرر الذي حصل للمريض و بالتالي تقوم العلاقة السببية بين الفعل و النتيجة<sup>2</sup>.

و يستطيع القاضي أن يعتمد إثبات العلاقة بالأخذ بالقرائن القانونية لصالح المضرور. و هذه القرائن تقوم على مجموعة من الدلائل تجعل القاضي يثبت بحرية أكثر وجود العلاقة السببية. و من الأحكام التي أخذ بها القضاء الفرنسي بذلك حكم محكمة (Aix-en-Provence) في 12 يوليو 1993 و الذي قام على وجود عنصر إيجابي من خلال ثبوت وجود المرض من أحد المتبرعين في سبتمبر 1986 و هي الفترة التي أصبح فيها المرض معروفاً و كذلك أظهر حكم آخر لمحكمة تولوز في 16 يوليو 1992 في حالة مثل هذه حيث كانت المتبرعة مصابة نتيجة علاقة جنسية مع أحد مدمني المخدرات و

1- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.133 و ما بعدها.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.547.

تمسك القضاء بمسؤولية مركز نقل الدم على الرغم أن مدة السحب من المتبرعة كانت في فترة سلبية المرض<sup>1</sup>.

و قد أخذ القضاء الفرنسي بنظرية تعادل الأسباب إلا أنه أخذ أحيانا بنظرية السبب المنتج خاصة في حالات مرض الايدز.

و إذا كانت نسبة العدوى إلى الدم الملوث قد أكدها القضاء في مرض الايدز ثم كرسها المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 31 ديسمبر 1991 فإن التطور لم يقف عند هذا الحد، فقد قبل القضاء كذلك بافتراض علاقة سببية بين العدوى بالفيروس الـ VHC المتسبب لالتهاب الكبد الوبائي و واقعة نقل الدم<sup>2</sup>.

و لا يخفى أن لجوء القضاء إلى الأخذ بنظرية تعادل الأسباب و السببية المفترضة يهدف إلى حماية حق المضرور في التعويض إذا كان مصدر الضرر شخصا غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص المحددين و هي ذات الخط التي سار عليها القضاء في تعويض المضرور عن الألعاب الجماعية أو في ظرف الصيد الجماعي حيث يلزم الجميع بتعويض الضحية<sup>3</sup>. و تتعدم رابطة السببية متى ثبت أن الضرر قد وقع بسبب أجنبي لا يد للمسؤول فيه<sup>4</sup>.

و يستطيع مركز نقل الدم أو المستشفى إثبات أن الدم الذي نقل إلى المريض ليس هو السبب في المرض بإحدى وسيلتين:

**الأولى:** إثبات أن متلقي الدم كان مصابا بالايديز أو على الأقل حاملا للفيروس في تاريخ سابق على تلقيه الدم.

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.547.

2- أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، دار الجامعة الجديدة ب.م.ن، 2008، ص.88.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.72-73.

**الثانية:** إثبات أن معطي الدم الذي نقل منه للمريض غير مصاب الايدز أو غير حامل للفيروس<sup>1</sup>.

و بذلك يستطيع بناء على ذلك إثبات أن المرض لم يكن بسبب نقل الدم إليه. و لا يستطيع المدعى عليه إثبات أنه لا يستطيع دفع التلوث ما دام أن لديه الوسائل لمعرفة وجود المرض. و كذلك لا يستطيع إثبات أنه لم يكن يستطيع توقع حدوث المرض لأنه على ضوء انتشار الأمراض الشارية بكثرة فإن المدعى عليه يستطيع أن يتوقع حصول التلوث للدم و نقل العدوى للمرضى<sup>2</sup>.

و لا يمكن نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو بإثبات أن التلوث لم يكن راجعا إلى الدم الذي تلقاه المريض.

إلا أن مزايا الالتزام بضمان السلامة و الذي يتضمن الالتزام بنتيجة محله تقديم دم نظيف لمتلقيه. فالمسؤولية بعيدة عن فكرة الخطأ حيث أن أساس المسؤولية ليس افتراض الخطأ بل افتراض المسؤولية<sup>3</sup> و حتى يمكن دفع هذا الافتراض يجب إثبات السبب الأجنبي الذي أدى لحدوث الإصابة بعدوى المرض فإن كان الالتزام بالسلامة الواقع على عاتق كل من مركز نقل الدم و المستشفى يؤدي إلى مسألتهم عن الإصابة بالمرض التي لحقت بمتلقي الدم حيث أن هذا يقوم على قرينة أساسها أن الإصابة بالمرض تكمن بالدم الذي يسأل عنه المركز و المستشفى أما إذا كانت الإصابة ليست من الدم فإن مسؤوليتها لا تقوم. و تقدير السبب الأجنبي أمر متروك للقاضي يحكم فيه وفقا لظروف الحال مع الاستعانة بأهل الخبرة<sup>4</sup>.

1- أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.361.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.549.

3- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، دار نصر للطباعة الحديثة، ب.م.ن، 2006-2007، ص.288.

4- محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.70.

و قد أخذ القضاء الفرنسي بعدم اعتبار العيب اللصيق في الدم قوة قاهرة و لا يعد سببا أجنبيا<sup>1</sup>.

### ثانيا: الإسناد الطبي.

لا يمكن أن نحدد وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر في عمليات نقل الدم إلا إذا استطعنا أن نثبت وجود المرض لدى المريض. إذ لا بد من إجراء فحص شامل للمريض للتحقق من حصول المرض لديه و يتم ذلك بواسطة جهات طبية مختصة، و يمكن إجرائها من قبل المحكمة بواسطة خبراء من ذوي الاختصاص لتحديد وجود المرض إضافة إلى إثبات تلوث الدم المنقول للمريض بواسطة إجراء التحاليل له بشكل دقيق و إتباعا لأصول علمية في هذا المجال. و يتم تحديد ما إذا كان المريض مصابا بأحد الأمراض الخطيرة فإن هناك وسائل علمية محدودة يتم إجرائها. و بعد أن يتم التأكد من وجود الإصابة يجب إثبات أن الدم الذي يتم نقله إلى المريض مصاب أو ملوث و لا نستطيع أن نقول عن أية أسباب للإصابة إلا إذا كانت هناك عملية نقل دم و كذلك إثبات أن الدم المنقول ملوث بالفيروسات و هذا الأمر ليس سهلا على ضوء تأخر ظهور الأمراض أو فترة سكون الفيروس.

و لذلك لا بد من إثبات حصول المرض و تلوث الدم و إصابة المريض<sup>2</sup>.

أما علاقة السببية في الفقه الإسلامي فاشتراط الفقه للحصول على تعويض أو كما يسميه الفقهاء و القانون المدني الضمان وجود علاقة سببية بين الإضرار و الضرر. بمعنى أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للفعل. حيث يرى الفقهاء أن الإنسان يسأل مسؤولية كاملة عن الأضرار التي نشأت عن فعله الموصوف بالخطأ في القانون الوضعي. أما إذا تدخلت عوامل أخرى ثانوية من شأنها قطعت علاقة السببية فلا تقوم الرابطة و لا يجب التعويض<sup>3</sup>.

1- محمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.549.

2- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.135-136.

3- أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص.358.

و العلاقة السببية هي العلاقة المباشرة التي تقوم بين الفعل الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور. و هذه الصلة أو الرابطة إما أن تكون على سبيل المباشرة أو السببية فلا ضمان في غير المباشرة و التسبب و هذه الرابطة بهذا المعنى هي الركن الثالث للضمان فلو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات فالمباشرة هي أن يتصل فعل الإنسان بغيره و يحدث منه التلف، و التسبب أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله، فيتألف به<sup>1</sup>.

و في حالة المباشرة وحدها يلزم الضمان، أما إذا وجد المتسبب وحده وجب الضمان وفق شروط هي:

- أن يحدث تعدد من فاعل السبب.
  - أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العادة.
  - إلا يتخلل بين السبب و المسبب فعل شخص آخر. و إلا نسب إليه الفعل مباشرة.
- و لذلك يجب أن يرتبط الضرر بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب، و يسأل الشخص عن الأضرار المباشرة التي لحقها بغيره و كذلك عن الأضرار التي كون متسبباً في إحداثها مباشرة. إلا أنه قد يشترك المباشر مع المتسبب بالضمان و يمكن أن ينفرد المباشر أو المتسبب بالضمان و لا ضمان في غير المباشرة و التسبب.

و في حالة تعدد الأسباب و وحدة الضرر فقد اتفق جمهور الفقهاء المسلمين مع ما تقرره نظرية السبب المنتج و التي من مقتضاها الاعتداد في المسؤولية المدنية بالسبب الأقوى أو السبب الذي يؤدي عادة إلى إحداث الضرر كما يتحقق مقتضى الاستحسان عند الحنفية مع ما تقرره نظرية تكافؤ الأسباب التي تعتبر كلها متكافئة في إحداث الضرر بحيث لا يغلب سبب آخر و لا تخفف المسؤولية بسبب تدخل أسباب أخرى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.542.

<sup>2</sup> محمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.542.

## الفرع الرابع: وسائل دفع المسؤولية و طرق تعديلها.

من المعلوم أن كل من ارتكب خطأ طبيا يلزم تعويض ما ترتب عليه من ضرر. و هذا هو ما يجب أن يكون حيث أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر إلا أنه يمكن أن يتم تعديل آثار المسؤولية باتفاقات يتم إجرائها بين أطراف هذه العلاقة.

و نظرا للعبء الكبير الذي يقع على عاتق مرتكب الضرر و كذلك لعدم تمكن المضرور من استيفاء التعويض الذي يستحق عن الضرر الذي لحق به، فقد عمد الأفراد التخلص من المسؤولية التي تهددهم إزاء الضحايا المحتملين لأخطائهم الثابتة أو المفترضة. إما باتفاق مع الضحية المحتمل على تحمل الضرر الذي يلحقه كله أو جزء منه، و يفقد تبعا لهذا كلا أو جزءا من حقه في التعويض عنه، أو بالاتفاق مع شخص آخر على تحمل عبء المسؤولية بدلا منه يدفع تعويض للمضرور. و بذلك ظهر نوعان من الاتفاقات التي تتعلق بالمسؤولية الطبية هما: اتفاقات المسؤولية و هي التي تعدل آثارها، و التأمين من المسؤولية و هو الذي ينفل آثارها<sup>1</sup>.

## أولا: وسائل دفع المسؤولية.

على العكس من قرينة إسناد تبعية التلوث إلى عمليات نقل الدم، فإنه من الممكن أن نقوم سواء عن طريق الإثبات السلبي بأن التلوث لا يمكن أن ينشأ عن عمليات النقل، أم بالإثبات الايجابي، و الذي يتضح بوجود سبب يهدم الافتراض القائل بأن التلوث هو نتيجة نقل الدم و منتجاته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص.03.

<sup>2</sup> - Yvonne Lambert Faivre : lhépatite C post- transfusionnelle et la responsabilité civile.1993 chro.p.293.

و بمعنى آخر، فإن على المسؤول أن يقوم بإثبات السبب الأجنبي لنفي المسؤولية عنه، و هو يتحقق بالعديد من الصور، و منها خطأ المريض نفسه، أو فعل الغير، و هما يمثلان الإثبات السلبي، و أخيرا القهوة القاهرة و هو ما يجسد الإثبات الايجابي، و هذه الصور الثلاث تمثل مضمون السبب الأجنبي الذي يمكن أن يؤثر على مسؤولية المسؤول أيا كان (مركز نقل الدم - مستشفى - طبيب...).

لذا سيتم تبيان كلا منها على الوجه التالي:

### 1- خطأ المريض نفسه.

يشترط لاعتبار خطأ المريض سببا لإعفاء الجهة الطبية أيا كانت من المسؤولية لاعتباره سببا أجنبيا للمسؤول ما يلي:

- يجب ألا يكون خطأ المضرور راجعا إلى خطأ المدعى عليه كأن يقع بتحريضه مثل تناول علاجات بطريقة غير صحيحة، و كانت بناء على توصية غير صحيحة من الطبيب.

- يجب أن يكون فعل المريض هو سبب الضرر و هنا يختلف أثر الفعل بحسب أهمية الدور الذي يقوم به، فإذا كان الفعل هو السبب الوحيد ترتب عليه الإعفاء من المسؤولية بالكلية، أما إذا كان هناك أسباب أخرى بجانب فعل المريض فإن ذلك يترتب عليه إعفاء جزئي من المسؤولية بشرط أن يكون فعل المضرور ينطوي على خطأ<sup>1</sup>.

- يجب أن يكون فعل المضرور غير ممكن توقعه، و غير مستطاع دفعة أي يجب أن تتوافر فيه شروط القهوة القاهرة.

و في إطار عمليات نقل الدم نجد أن المريض يمكن أن يتسبب بخطئه في إحداث التلوث و بذلك يكون فعله سببا في الإعفاء من المسؤولية في مواجهة المسؤولين مثل أن يكون

1- أشرف جابر مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق القاهرة، 1999، ص.160-161.

المريض من فئة الشواذ حيث يمكن بسهولة انتقال فيروسات الايدز، و الكبد الوبائي عن طريق الجنس، تمثل هذه الفئات ما يعرف بالمجموعات الخطرة، و يكونون أكثر عرضة للإصابة بالأمراض من غيرهم، و كذلك أن يكون المريض ممن يتعاطون المخدرات عن طريق الحقن الملوثة بالفيروسات هنا يمكن التأكيد على أن نقل الفيروسات تم عن طريق غير طريق نقل الدم حيث يمثل تعاطي المخدرات سببا رئيسيا لانتقال الفيروس، و كذلك من صور خطأ المريض أن يتردد على الأماكن التي تعد مناطق وبائية سواء بالنسبة لفيروس الايدز، أم الكبد الوبائي حيث إن فرص الاحتكاك بسكان هذه المنطقة يزيد من فرصة الإصابة بالأمراض<sup>1</sup>.

## 2- خطأ الغير.

المقصود بالغير هنا هو كل شخص غير المضرور، و غير الأشخاص الذين يسأل عنهم قانونا<sup>2</sup>.

فالخطأ في نطاق المسؤولية الطبية قد يدفع من طرف طبيب آخر غير الطبيب المدعى عليه و هو ما يبرر للأخير دفع المسؤولية لتوافر سبب أجنبي، كذلك يمكن لمركز نقل الدم دفعه مسؤوليته إذا أثبت أن الإصابة لم تكن معزوه للدم، و المنتجات المشتقة التي يمتلكها هذا المركز، و إنما إلى عوامل أخرى قد تكون لغير نقل الدم أو لدم و لكن غير مورد من جانبها و ذلك على الوجه التالي<sup>3</sup>:

- أن يثبت المركز أن تاريخ تشخيص نقل المرض سواء سابقا لعملية نقل الدم أم كان قريب من سبب الإسناد المقبول من الناحية الطبية، أو سواء من الأدوية المقبولة، فإنه من المفيد أن نعرف أنه يوجد فترة حضانة بالنسبة للكبد الوبائي C لا تقل عن 06

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.680.

2- عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص.114.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.680.

- أسابيع بين الإصابة و ظهور المرض و بناء على ذلك إذا كان ضرر الكبد الوبائي أو الأيدز قد اكتشف قبل هذه المدة فإن إسناد التلوث لنقل الدم يجب استبعادها.
- أن يثبت أن المتبرعين بالدم لم يكونوا يحملون فيروس الكبد الوبائي C أو الأيدز أثناء التبرع.
- أن يثبت أن الإصابة كانت معزوه إلى طريقة أخرى لانتقال الأيدز، أو الكبد الوبائي C.
- أن المركز قد أثبت أن الإصابة يمكن أن تكون ناجمة عن منتجات دم موردة من خلال مركز آخر.

كل الحالات السابقة تهدف إلى إقرار أن الإصابة بالتلوث ناجمة عن خطأ الغير.

### 3- القوة القاهرة.

و يقصد بها حادث خارجي لا يمكن توقعه و لا دفعه و يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر مباشرة<sup>1</sup>.

و من خلال هذا التعريف يمكن التعرف على شروطها، و التي تنحصر في ثلاثة شروط:

- عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين و هو المعبر عنه تارة بأنه سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه طبقاً لنص المادة 1147 من ق.م.ف، و تارة بأنه سبب أجنبي لا بد منه طبقاً للمادة 160 من التقنين سالف ذكر.
- عدم استطاعة التوقع و يعني عدم القدرة على توقع هذا السبب الأجنبي؛ لأن إمكانية التوقع إذا تواجدت تجعل المدين مخطئاً رغم عدم توقعه، و ينصب هذا التوقع على الوقائع الاستثنائية دون المعتادة.
- استحالة الدفع و يشترط هذا العامل الخارجي أن يستحيل دفعة سواء كانت الاستحالة مادية أو معنوية بحيث يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً.

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.876.

إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة كان للسبب الأجنبي أو القوة القاهرة أثر في الإعفاء من المسؤولية.

### ثانياً: اتفاقات الإعفاء من المسؤولية و تخفيفها.

يمكن للمضرور أن يحتاط فيقوم على دفع المسؤولية التي يمكن أن تصيبه في المستقبل أو على تخفيف وطأتها. و لذلك يتخذ عدة طرق لدفع هذه المسؤولية عنها، و من أهم هذه الطرق الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها.

من ذلك نصل إلى أن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية و تحديدها معترف به في كل من فرنسا و مصر و الجزائر. إلا أن هذه الشروط ليست على الإطلاق فهناك حالات لا يجوز فيها الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها و عليه سنبحث أهم هذه الحالات:

### 1- الغش و الخطأ الجسيم.

يعتبر شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يعفي المدين من غشه أو خطئه الجسيم باطل، حيث إن استبعاد الخطأ الجسيم في حالة الخطأ العمدي يؤدي إلى إلغاء الالتزام الذي يقع على عاتق المدين أو يجعل التزامه معلقاً على شرط إرادي محض. كذلك فإن الشرط يبطل في حالة الخطأ الجسيم بالرغم من أنه خطأ غير عمدي<sup>1</sup>.

إضافة إلى أن الغش و الخطأ الجسيم من التصرفات القانونية المخالفة لحسن النية المستوجب في العقود كما أن المشرع اشترط عدم الإعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار و لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه و كذلك بالنسبة للمسؤولية العقدية فقد أجاز المشرع المصري الاتفاق على الإعفاء من الغش و الخطأ الجسيم في المادة 217 من ق.م.م.

1- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مجلد1، المصادر الإرادية، ط3، ب.د.ن، ب.م.ن. 2000، ص.653.

أما في المسؤولية الطبية فإنه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية لأن المسؤولية الطبية تختلف عن الأمور الاقتصادية و التجارية حيث إن مبادئ العدالة و قواعد الأخلاق تقتضي بعدم جواز أن يكون جسد الإنسان محل تصرف قانوني. فالطبيب لا يجوز أن يتفق مع مريضه على إعفائه من مسؤوليته عن الأخطاء التي يقع فيها أثناء العملية الجراحية أو أخطاؤه في التشخيص أو عمليات نقل الدم فكل اتفاق يتعارض مع سلامة الإنسان يكون باطلا. و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حيث حرم المتعاقدين من اشتراط عدم المسؤولية عن الأضرار الجسدية أثناء تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

## 2- عدم جواز إعفاء المنتج و المهني في مواجهة المستهلك.

ذهب القضاء الفرنسي إلى أن اشتراط المنتج أو المهني الإعفاء من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب المستهلك من قبيل الشروط التعسفية التي لا يعتد بها حيث نصت المادة 1386 مكرر 15 من ق.م.ف مطابقة لنص المادة 12 من قانون التوجيه الأوروبي بأن مسؤولية المنتج المقررة بموجب أي شرط تعاقدى و تعد هذه الشروط باطلة بطلانا مطلقا<sup>2</sup>. و يحاول القضاء الفرنسي التوسع في الخطأ الجسيم أحيانا حتى يتمكن من توفير الحماية للمستهلك.

فمجرد علم المنتج أو المهني بالضرر الذي سوف يصيب المستهلك يعتبر من قبل الخطأ الجسيم و بالتالي يسقط شرط الإعفاء و لا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا بقطع العلاقة السببية بين الضرر و الخطأ.

و قد حرص المشرع الأوروبي<sup>3</sup> على عدم وجود إعفاء للمنتج إلا في حالتين السبب الأجنبي و مخاطر التقدم العلمي أو التقني إلا أن المشرع الفرنسي أخرج منتجات جسم الإنسان و من

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.556.

2- حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، ب.د.ن، ب.م.ن، 2000، ص.250-251.

3- محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.144 و ما بعدها.

بينها الدم من الإعفاء من مخاطر التقدم العلمي حيث نص في المادة 12- 1386 من ق.م.ف على أن المنتج لا يستطيع أن يستند إلى البند الرابع من المادة 1386 فقرة 11 الخاصة بمخاطر التقدم العلمي حينما تكون الأضرار الناشئة عن أعضاء الجسم البشري أو المنتجات المشتقة عنه و في هذا الشأن يتفق غالبية الفقه الفرنسي على أن ما انتهجه المشرع الفرنسي في شأن استثناء أعضاء الجسم البشري أو منتجاته المشتقة عنه من فكرة مخاطر التقدم العلمي كسبب للإعفاء يعتبر هو الحل الأمثل نظرا لما لهذه المنتجات من طبيعة خاصة<sup>1</sup>.

### ثالثا: طرق تعديل قواعد المسؤولية المدنية.

هناك عدة طرق لدفع المسؤولية المدنية أهما اتفاقات مع المضرور للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، الطريقة الثانية هي التأمين. و سنتحدث عن الطريقة الأولى و التي تتعلق بالاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية بالإعفاء منها أو الحد منها. أما بالنسبة لعقد التأمين فإن البحث فيه سيكون في المطالب الأول من المبحث الثاني تحت غطاء الفصل الثاني باعتبار جزء من نظم تعويض ضحايا نقل الدم الملوث.

و من المعلوم أن اتفاقات تعديل المسؤولية أو الإعفاء منها في المجال التقصيري غير وارد حيث نصت تشريعات على عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار و هذا يسري على المسؤولية التقصيرية في المجال الطبي لأنها تتعلق بحياة الأشخاص و سلامة أجسادهم<sup>2</sup>.

أما في المجال العقدي فإن الإعفاء أو التعديل غير جائز و إن كانت هناك بعض التشريعات أجازت هذه الاتفاقات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.153.

<sup>2</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.558.

<sup>3</sup>- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، ط1، دار الإيمان، دمشق، سوريا 1404هـ الموافق لـ1984م، ص.153.

أما في المجال العقدي فإن الإعفاء أو التعديل غير جائز و إن كانت هناك بعض التشريعات أجازت هذه الاتفاقات أما الفقه الإسلامي فإن أحكامه لا تختلف عن القانون الوضعي في عدم جواز الإعفاء من المسؤولية أو تعديل أحكامها لأن كل هذه الاتفاقات تخالف أحكام الشريعة إلا أنم الإسلام قد أجاز أن يكون هناك تعويض من الدولة كما سنأتي على ذلك في بحث التعويض لاحقاً.

بعد التطرق إلى نطاق المسؤولية الطبية المدنية في عمليان نقل الدم الملوث إلى جسم الإنسان و تبيان مفهومها و تكييفها من الوجهة القانونية و الشرعية و أخيراً الحديث عن أركانها الثلاث التي تستوجب المسائلة، سيتم الحديث عن آثارها و ذلك ضمن الفصل الثاني.

## الفصل الثاني: آثار المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات نقل الدم.

التعويض هو ذلك الأثر الجوهري، و الأهم المترتب على انعقاد المسؤولية المدنية، و التعويض كان فيما مضى ينحصر في نطاق الآلية التقليدية القائمة في جوهرها على توافر الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهما، و لكن نظراً للتطورات العلمية، و الاقتصادية، و السياسية المتلاحقة، و ما أظهرته من عدم قدرة هذا النموذج التعويضي على سد جميع ثغور الضرر، فقد ظهر نموذج التعويض الجماعي و الذي برز فيها نظام التأمين، و الذي لا يعني الخروج من الإطار التقليدي، بل على العكس فهو مصنف ضمن الأطر التقليدية للتعويض؛ لأن كل ما في الأمر هو عملية إحلال شركات التأمين محل المسؤول، و التي من حقها الرجوع عليه بكل ما يملكه المضرور من دفع و إن كان هذا عملياً نادر الحدوث<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.689.

إلا أن هذه الأنظمة بدورها رغم ما حقته من انجازات في النظام التعويضي إلا أن الأحداث الطبية المعاصرة، و ما أفرزته من أنواع جديدة للضرر جعلت نظام التأمين عاجزا في بعض الحالات عن تحقيق آمال المضرورين، إلا أن هذا العجز ليس من شأنه استبعاد النظام التأميني، بل كل ما في الأمر أن هذه الأنواع الجديدة من الضرر أدت إلى نشأة أنظمة مساعدة، و تكميلية لنظام التعويض الجماعي<sup>1</sup>.

و يعتبر جبر الأضرار هو الهدف الذي ابتغاه الشارع من فرض التعويض و هو الأثر البارز الذي يترتب على قيام و تحقق عناصر مسؤولية أي شخص. فالتعويض هو جزاء المسؤولية المدنية. و يتخذ التعويض صورا متعددة تبعا لما تقتضيه ظروف الواقعة المعروضة كما أن الأضرار تختلف و بالتالي يختلف التعويض في كل نوع من أنواع الضرر. إذ لا جدوى من القول بوجود خطأ أو فعل ضار أنتج ضررا يرتبط معه بعلاقة سببية دون تحديد الحق للمضرور في الحصول على التعويض من المسؤول، فهو وسيلة من وسائل محو آثار الضرر الواقع أو تخفيف وطأته. و للحديث عن التعويض عن المسؤولية الناشئة عن عمليات نقل الدم الملوث لابد من بحث التعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية و مدى انطباقها على عمليات نقل الدم الملوث و نظم تعويض ضحايا نقل الدم الملوث و آليات التعويض المكتملة لنظام التأمين في المسؤولية عن عمليات نقل الدم<sup>2</sup>.

لذا سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية و مدى انطباقها على عمليات نقل الدم.

المبحث الثاني: نظم التعويض ضحايا نقل الدم.

<sup>1</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

<sup>2</sup>- محمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص. 559.

المبحث الثالث: آليات التعويض المكمل لنظام التأمين من المسؤولية في مجال عملية نقل الدم.

### المبحث الأول: التعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية و مدى انطباقها على عمليات نقل الدم.

في هذا الإطار سيتم التعرض للتعويض باعتباره أثرا للمسؤولية المدنية من خلال القواعد العامة في المسؤولية، و إلى أي مدى يمكن لهذه القواعد أن تحقق الجبر الكامل للضرر الناجم عن حوادث نقل الدم و خاصة عمليات التلوث باللايدز، و الكبد الوبائي، و ما أفرزته من صور جديدة للضرر. و من أجل ذلك نبحت التعويض في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي(المطلب الأول) و تعويض ضحايا نقل الدم طبقا لقواعد المسؤولية المدنية(المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعويض في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

للحديث عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي فإننا نقسم مطالبنا إلى التعويض في القانون الوضعي (الفرع الأول) و التعويض في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: التعويض في القانون الوضعي.

لم يتعرض القانون المدني في كل من فرنسا و مصر و الجزائر في مواده إلى تعريف التعويض إلا أن فقهاء القانون الوضعي عرفوا التعويض و استعملوه بمعنى المسؤولية.

المقصود بالتعويض هو >> تصحيح التوازن الذي اختل، و أهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان مفروضاً، أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار و التعويض قد يكون نقدياً أو عينياً<<<sup>1</sup>.

فالتعويض لغة يعني الخلف و البديل<sup>2</sup> فيقال أخذت الكتاب عوضاً عن مالي أي بدلاً منه و أعضه و عوضه تعويضاً و عاوضه أي أعطاه العوض و اعتاض و تعوض أخذ العوض أي البديل<sup>3</sup>.

أما تعريف التعويض قانوناً فإن هناك من عرف التعويض بأنه >> وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً و الغالب أن يكون مبلغاً من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر و لكنه قد يكون شيئاً آخر غير المال كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعى في الحكم<<<sup>4</sup>.

و هناك من عرف التعويض بأنه جبر للضرر الذي لحق المصاب<sup>5</sup>.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.14.

2- ابن منظور، لسان العرب، المجلد7، ب.د.ن، بيروت، لبنان، 1965، ص.192.

3- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، المعجم الوسيط، ج2، المكتبة العلمية، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.643.

4- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط2، ب.د.ن، ب.م.ن، 1944، ص.143.

5- أحمد حشمت، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ط2، ب.د.ن، ب.م.ن، 1954، ص.458.

و قد نصت المادة 163 مكرر 01 من ق.م.م على أن: >> كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض<< و التي تقابلها المادة 124 من ق.م.ج: >> كل فعل أيا كان يرتكبه شخص يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض<<<sup>1</sup> فالمشرع في هذه المادة لم يبين معنى التعويض و إنما ذكر عناصر المسؤولية التي هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية ثم بين الجزاء المترتب على توافر تلك الأركان.

و في فرنسا فإن التعويض قد جاء ذكره في المادة 1372 من ق.م.ف، و قد جاءت كلمة REPARER بالفرنسية و الترجمة لها تعني كلمة إصلاح. و هذه الكلمة تشمل التعويض و إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر و التنفيذ العيني بينما كلمة تعويض تعني إعطاء مقابل للمضروب عما أصابه من خسارة فقط<sup>2</sup> فالخطأ الناتج عن عملية إجراء شق دمل لمريض تسبب له في شلل نصفي و عاهة دائمة يفرض التعويض النقدي بسبب استحالة إصلاح الضرر الجسدي، أما فقد مغني لصوته نتيجة خطأ ناتج عن عملية جراحية يجعل المسؤول أمام أمرين. إما التعويض النقدي و إما إعادة الحال إلى ما كانت عليه و هذا أمر يخضع لتقدير القاضي<sup>3</sup>.

و في عمليات نقل الدم فإن إصابة المريض بأحد الأمراض التي تنتقل بواسطة الدم و خاصة مرضى التهاب الكبد الوبائي و الايدز فإنه لا مجال لإعادة الحال إلى ما كانت عليه و إنما يتم تعويضه نقداً.

و على الرغم من أن التعويض النقدي، و إن لم يكن هو الطريقة الأكثر ملائمة لإعادة المضروب إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر إلا أنه الأكثر شيوعاً بسبب صعوبة اللجوء إلى التعويض العيني في حالات كثيرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- القانون رقم 05-10، المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup>- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص.197.

<sup>3</sup>- عبد السلام التتجي، المسؤولية الطبية، ب.دين، ب.م.ن، 1991، ص.103.

<sup>4</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.14.

و إذا كان هذا هو المقصود بالتعويض، فالسؤال الذي يثار هنا ما أساس التعويض و كيف يتم تقديره؟

## أولاً: أساس التعويض.

يتضح لنا مما سبق أن التعويض جزاء المسؤولية المدنية و أنه جزاء مدني لا يهدف إلى معاقبة المدين بل إصلاح الضرر و محوه قدر الإمكان. فأساس التعويض هو الضرر الذي يدور وجودا و عدما معه فإن وجد الضرر استحق التعويض و إن انتفى الضرر انتفى التعويض، فالتعويض ليس مرتبطا بالخطأ لأن المسؤولية لا تقوم دائما على أساس الخطأ و إنما يمكن أن تكون المسؤولية بدون خطأ فهي تقوم بمجرد الفعل غير المشروع<sup>1</sup>.

فقد نصت المادة 170 من ق.م.م على أنه: >> يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين 221 و 222 مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير<<. و التي تقابلها المادة 131 من ق.م.م.ج بقولها: >> يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة...<<<sup>2</sup>.

و يفهم من هذا النص أن التعويض يرتبط وجودا و عدما بالضرر فلا يتقرر و لا ينشأ الحق في التعويض إلا إذا تحقق الضرر<sup>3</sup>.

فلا يكفي مثلا لاستحقاق التعويض عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي كما لا يكفي الخطأ أو الفعل غير المشروع بصفة عامة بل يتعين أن يصيب المدعى الضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد أو نتيجة الفعل الضار. و إذا كان الضرر يعتبر شرطا لا بد منه من جهة كونه قاعدة عامة

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.562-563.

<sup>2</sup>- القانون رقم 05-10، المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>3</sup>- محمد إبراهيم دسوقي، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية- دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض-، ب.د.ن ب.م.ن، 1995، ص.121.

لقيام التعويض فإن إثباته يقع على عاتق المدعى (البينة على من إدعى)<sup>1</sup> و قد أوجب القضاء إثبات الضرر في أحكامه عندما يكون هذا الضرر غير مفترض ففي مصر فقد قضت محكمة النقض بأن >> على من يدعي خلاف ثابت في الأوراق أن يقيم الدليل على ما يدعيه<< و بأن عبء الإثبات؛ وقوعه على من يدعي خلاف الأصل دون التمسك بالثابت أصلاً إنكاراً مجرداً. معنى من الإثبات<sup>2</sup>.

و لا يشترط دائماً أن يثبت المضرور الضرر. فهناك حالات معينة يعفى فيها المضرور من إثبات الضرر حيث يكون الضرر مفترضا فيعفى المضرور من إثباته.

و هذه الحالات التي يعفى منها المضرور من إثبات الضرر يكون بسبب وجود قرينة لصالحه. كما هو منصوص عليه في المادة 228 من ق.م.م و التي تقرر >> لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير<< فهذه المادة تعفي الدائن من إثبات الضرر و ليس معنى ذلك أن الضرر غير مطلوب للتعويض<sup>3</sup>.

و لا علاقة لنوع الخطأ و درجته بالتعويض. إلا أن المشرع المصري قد اعتد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض باعتبار ذلك مبدأ قانونياً يقره المشرع و يعترف به وفق ما جاء بالأعمال التحضيرية و المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري و في ذلك ما يجنب القضاء الذي تواتر على الاعتداد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض في أحكامه<sup>4</sup> عكس ما جاء به القانون المدني الفرنسي و ما أخذ به القضاء الفرنسي.

إلا أن الواقع أن التعويض ينفصل في مده عن جسامة الخطأ و أن الأخذ بفكرة جسامة الخطأ تؤثر في التعويض كان في الأساس في حالة كون التعويض في هذه الحالة عبارة عن

1- زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.49.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.564.

3- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.564.

4- محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.457.

جزاء و عقوبة و ليس هدفه جبر الضرر. لذلك فإن القاعدة هي انفصال التعويض في مده عن جسامه الخطأ.

و هناك حالات تكون فيها جسامه الخطأ ذات تأثير في مقدار التعويض منها حالة التحديد القانوني للتعويض كما في حالة استبعاد التحديد الاتفاقي للتعويض و في حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما.

أما القضاء الفرنسي فإن الأمر مختلف، وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث قررت أن التعويض يجب أن يشمل كل الضرر الذي لحق المضرور أيا كانت جسامه الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و إن الظروف التي من شأنها تخفيف جسامه الخطأ لا تأثير لها على التعويض و الخطأ الجسيم ليس من شأنه أن يزيد من مبلغ التعويض<sup>1</sup>.

من خلال هذه النصوص القانونية نستخلص أن مقدار التعويض يجب أن يكون مساويا للضرر الحاصل و لا يزيد مقداره على الضرر و بذلك يكون التعويض عن الضرر المباشر مشتملا على عنصرين هما الخسارة التي لحقت المضرور و الكسب الفائت و قال عنهما المشرع الفرنسي و المصري و الجزائري مقدار ما لحق المضرور من ضرر و ما فاتته من كسب. و على ذلك فلا محل لأن يكون مقدار التعويض بحسب جسامه الخطأ و لا بحسب مركز المسؤول من حيث الثراء و الفقر و لا بحسب ما إذا كان المسؤول مؤمنا على مسؤوليته وفق ما أسلفنا.

فإذا كان الخطأ يسيرا إلا أنه أدى إلى ضرر جسيم فإن التعويض يجب أن يكون كاملا عن الضرر الحاصل و لا علاقة له بجسامه الخطأ و إنما يقدر على أساس الضرر و هنا فرق ما بين القانون المدني و القانون الجنائي إذ يقدر التعويض في هذا الأخير وفقا لجسامه الخطأ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.567.

<sup>2</sup>- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص.77 و ما بعدها.

هذا الحديث يقودنا إلى معرفة دور القاضي في تقدير التعويض. فما هي سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض؟

## ثانياً: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض.

يعتبر إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض من المظاهر الايجابية في حسم دعاوى المدنية و إن كانت هذه السلطة تتغير بحسب ما إذا كان القاضي ملزماً بأن يكون الحكم بالتعويض الكامل للضرر أو بالتعويض العادل له أي ليس بالضرورة أن يكون كاملاً إضافة إلى أن السلطة تتأثر أحياناً في الدعاوى التي موضوعها يستلزم الاستعانة بالخبراء.

من ذلك نتحدث عن التعويض الكامل و التعويض العادل و القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض و الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض:

### 1- التعويض الكامل و التعويض العادل.

من المتفق عليه أن التعويض كجزء مدني يهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام سواء كان مصدره العقد أو القانون. و لا تتحقق تلك الغاية إلا إذا كان التعويض كاملاً و أصبحت نتيجة لذلك مبدأ مستقراً و اعتبر من المبادئ الحيوية التي استقر عليها القضاء و الفقه و خاصة في فرنسا استناداً إلى نص المادة 1382 من ق.م.ف و التي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية دون العقدية<sup>1</sup>.

و ما يخفف من حدة المبدأ المتقدم هو مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. فقد وجد لمبدأ التعويض الكامل تطبيقاً واسعاً و خاصة في التشريعات الحديثة إلا أن هناك بعض التشريعات تعتبر أن التعويض في حد ذاته لم يعد معياره الوحيد مدى الضرر الحاصل للدائن و إنما قد يرتبط تقديره باعتبارات اجتماعية أو متعلقة بالعدالة<sup>2</sup>.

1- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1999، ص.156.

2- محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص.325.

و قد أخذت بعض التشريعات بالاتجاه إلى عدالة التعويض و ليس بالضرورة أن يكون كاملاً و البعض هجر مبدأ التعويض الكامل بنصوص صريحة<sup>1</sup>.

و عند البحث في القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض فإن مقتضيات العدالة توجب على القاضي تخفيض مقدار التعويض عن المقدار الذي كان من المفروض أن يحكم به إزاء هذا التحول من مبدأ التعويض الكامل إلى التعويض العادل و جعله إضافة إلى ما اتجه إليه جانب من الفقه المؤيد لمبدأ التعويض العادل بحيث يكون هو الأصل في التعويض و خاصة في المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم و يستبدل التعويض العادل بالتعويض الكامل و بذلك يكون التعويض قد جمع بين الوظيفة الإصلاحية و الوظيفة الرادعة<sup>2</sup>.

فالقاضي عندما يقوم بتقدير التعويض فإنه يبدأ بتحديد الضرر ثم بعد ذلك يقوم بتقويم هذا الضرر بمعنى تحديد ما يقابله من التعويض.

ففي المرحلة الأولى، نجد أن القاضي يقوم بالتحديد النوعي للضرر بمعنى تحديد الأضرار التي أصابت المضرور، و التي تقبل التعويض و استبعاد ما دونها، ثم يلي ذلك التحديد الكمي، و يقصد به تحديد المدى، و القدر الحقيقي للضرر.

أما في المرحلة الثانية و هي التقدير القيني للضرر بمعنى تثمين الضرر و هي تحديد قدر التعويض و القاضي في سبيله لتحديد المراحل السابقة يتقيد بالعديد من المعايير، و القواعد المكونة لميراث قضائي، و التي تختلف باختلاف نوع الضرر فهناك من الأضرار ما يصيب الجسم، و أخرى تصيب المال، و منها ما يصيب المشاعر، و هو ما يعرف بالضرر الأدبي، و ما يهمننا في هذا النطاق الأضرار التي تصيب الجسم، و الأضرار الأدبية، و هما اللذان نركز عليهما في بيان قواعد تقدير ضرريهما<sup>3</sup>.

1- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.550.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.570-571.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.700-701.

فتقدير التعويض عن الأضرار الجسدية يشمل الضرر المالي و الضرر الأدبي. فالضرر المالي يتمثل فيما لحق المريض من خسارة، و ما فاته من كسب بسبب الإصابة مثل النفقات العلاجية، أما الضرر الأدبي المتجسد في الآلام البدنية، و النفسية التي يقاسي منها المصاب، و كذلك الحرمان من متع الحياة فضلا عن الأضرار الجمالية<sup>1</sup>.

فالتعويض عن الضرر الجسماني يستند القاضي في تقدير هذا العنصر إلى مبدأ التعويض الكامل، و الإصابة المترتبة على هذا الاعتداء الجسماني تمثل ضررا مستقلا عن سائر الأضرار الأخرى المترتبة على ذلك الاعتداء، و هو ما يعني أن يعتد بالضرر المتمثل في الإصابة ذاتها في تقدير التعويض الإجمالي بالإضافة للعناصر الأخرى، و يراعي فيها الانتقاص الحادث في سلامة الجسم، و تكامله دون النظر للنتائج المالية و غير المالية.

و في الواقع إن النظام الفرنسي، و المصري في تقديره للتعويض عن الإصابة ذاتها يأخذ بالتقدير الذاتي للضرر، و هو ما يجعل الأمر يختلف من شخص لآخر لاختلاف شخصية المضرور، و ظروفه الخاصة، و عادة ما يلجأ القضاة في تقدير التعويض إلى ما تمثله هذه الإصابة بنسبة معينة من العجز الجسماني مسترشدا بتقارير الخبراء في المجال الطبي، و التي تقوم بتحديد ضرر الإصابة بنسبة ما تسببه من عجز في سلامة الجسم، و في ضوء هذه النسبة من العجز يقو القاضي بتقدير التعويض المستحق وفقا لما ترتبه هذه النسبة من أضرار مالية، و غير مالية، و نلاحظ هنا أن التعويض يكون مقدرا طبقا لنتائج الإصابة، و ليس الإصابة ذاتها<sup>2</sup>.

فالتعويض في المسؤولية العقدية ليس هو في الأصل التعويض الكامل بل هو التعويض العادل الذي يحدد مداه القانون و الأطراف<sup>3</sup> و بناء على ذلك فإن التساؤل المثار: ما هو

1- نفس المرجع ، ص.701.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق ، ص.702.

3- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط6، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1997، ص.989.

مدى سلطة القاضي في تقدير التعويض، بعد مراعاة حقيقة مهمة و هي التعويض ليس بالضرورة أن يكون كاملا فيكفي أن يكون عادلا.

و لقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية >> ولئن كان تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا التقدير قائما على أساس سائغ مردودا إلى عناصره الثابتة بالأوراق و مبرراته التي يتوازن بها أساس التعويض مع العلة من فرضه بحيث يبدو متكافئا مع الضرر ليس دونه و غير زائد عليه>> كما قضت أيضا بأنه >> المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعويض يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ و إن تقدير التعويض من إطلاقات محكمة الموضوع لسبب ما تراه مناسبا لجبر الضرر<sup>1</sup><<.

و يعتبر منح قاضي الموضوع سلطة تقديرية مطلقة في فصل الدعاوى من الأمور المسلم بها و خاصة في الوقت الحاضر مما يمكن القاضي من فصل أكبر عدد من الدعاوى و خاصة التي تتعلق بالتعويض، إلا أن هذه السلطة لا تعني أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي و إنما عليه إن رأي مبررا لذلك الاستعانة بأهل الخبرة و الاختصاص للاستعانة برأيهم في عمله. و هذا ما أخذ به المشرع في كل من فرنسا و مصر و كذلك أخذت بذلك أحكام القضاء<sup>2</sup>.

ففي القضاء المصري نجد أن محكمة النقض المصرية تقول >> تقدير التعويض من مسائل الواقع استقلال قاضي الموضوع به حسب إقامته قضائه عن أسباب سائغة تكفي لحمله<<<sup>3</sup>.

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.571.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.572.

3- نفس المرجع ، ص.573.

من كل ما تقدم يتبين لنا أن مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير التعويض. إذا كان قد استقر و على النحو الذي رأيناه فإن تلك السلطة ليست بالسلطة المطلقة و لا نؤيد الاتجاه الذي يجعل منها مطلقة.

## 2- القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

حيث تبين لنا من خلال البحث أن هناك بعض القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض على سبيل المثال لا الحصر كطلبات الخصوم بحيث يلتزم القاضي بالبحث في كل طلب أو دفع قدم له بصورة صحيحة فإذا لم يفعل فإنه يكون قد ارتكب خطأ جوهرياً في الحكم في ما لو قضى بما لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه و يعد ذلك مبرراً للطعن به تمييزاً. بالإضافة إلى التحديد القانوني للتعويض الذي يكون مصدره نصاً قانونياً بحيث يتولى تحديد مبلغ التعويض سلفاً، و أكثر ما يلاحظ ذلك في قوانين العمل و خاصة الناتج عن إصابات أو حوادث العمل.

و كذلك اتفاق الأطراف على تحديد قيمة التعويض في المسؤولية العقدية مسبقاً و هو ما يسمى بالشرط الجزائي و حالة الخطأ المشترك و هو أن يشترك خطأ الدائن إلى جانب خطأ المدين في إحداث الضرر، و فيه لا يتحمل المدين المسؤولية الكاملة بل بقدر ما صدر عنه من خطأ أي تكون مسؤوليته مخففة و على القاضي أن يراعي تلك الحالة و يأخذها بعين الاعتبار. فأى خطأ يقع من الطبيب و يكون من شأنه إحداث الضرر إذا قابله خطأ مستقل آخر من المضرور فإن الخطأ المشترك يتوافر و توزع المسؤولية بينهما بحسب جسامته الخطأ إن توافرت باقي شروط المسؤولية<sup>1</sup> فالطبيب يسأل في حالة الخطأ المشترك عن خطئه الطبي بكافة صورته أي دون تفرقة بين خطئه العادي و خطئه الفني جسيماً أو يسيراً<sup>2</sup>.

1- محمد شتا أبو سعد، الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، ب.م.ن، ب.س.ن، ص. 147.

2- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص. 577.

من ذلك نخلص أن القاضي هو من يقوم بالتقدير وفق الأسس و الاعتبارات التي حددها القانون و لذلك يتوجب بحث كيفية قيام القاضي بتقدير التعويض.

## الفرع الثاني: التعويض في الفقه الإسلامي.

في الواقع إن الشرائع إنما جئ بها لمصالح العباد، فالأمر و النهي و التخيير إنما جميعها راجع إلى حفظ المكلف و مصلحة، و المصلحة هي: المحافظة على مقصود الشرع.

و مقصود الشرع من الخلق خمسة أمور و هي: أن يحفظ عليهم دينهم، و نفسهم و عقلهم، و نسلهم، و ماله، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة هو مصلحة، و كل ما يفوتها يعد مفسدة و دفعها مصلحة.

لذا اقتضت عصمة هذه الحقوق عن الهدر و جوب لضمان، و الذي تتمثل وظيفته الأساسية في جبر الأضرار و ليس زجر مرتكبها فالضمان هو جبر للفائت<sup>1</sup>.

ففي الضرر من حيث الصورة يستوجب نفيه من حيث المعنى بالضمان؛ ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن...<sup>2</sup>.

و السؤال المطروح: ما هو الأساس الذي يقوم عليه الضمان في الفقه الإسلامي؟ و ما هي قواعد تقديره؟

## أولاً: أساس التعويض.

في الحقيقة إن أساس التعويض في الفقه الإسلامي هو الضرر، لذلك فالتعويض يدور مع الضرر وجوداً و عدماً، زيادة و نقصاناً، و هذا ما يظهر بوضوح في الدية، حيث تتعدد بتعدد الضرر، فإذا ترتب على الفعل الواحد عدة أضرار و جبت عدة ديات بعدد الأضرار<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، المرجع السابق، ص.323.

<sup>2</sup>- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، المرجع السابق، ص.165.

<sup>3</sup>- عبد الحلیم حلمي محمد، التعويض عن الإصابات الجسدية في الشريعة الإسلامية(الدية)، مجلة الدراسات العليا، م.ن. يناير، 1999، ص.51.

و مما يؤكد أن الفقه الإسلامي استند في تقريره للضمان على الضرر هو الحديث النبوي >> لا ضرر و لا ضرار <<، فهو القاعدة الرئيسية، و الكلية، و الضابط العام في تقرير الضمان، و إن ما اشتق في هذا المضمار من قواعد كانت من هذه القاعدة الكلية: مثل >> الضرر يزال << و >> الضرر يدفع بقدر الإمكان <<<sup>1</sup>.

و لكن ما هي شروط الضرر الذي يستوجب الضمان في الفقه الإسلامي؟

## 1- شروط الضرر في الفقه الإسلامي.

- يشترط في الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين أن يكون الضرر ماديا، فجمهور الفقهاء اقتصرُوا في الضمان على الأضرار المادية، أما الأضرار المعنوية التي تصيب الشخص في شعوره و عاطفته فلا تكون موجبة للضمان؛ اكتفاء بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حده مثل حد القذف أو التعزير<sup>2</sup>.
  - يشترط أن يكون الضرر حالا و ليس مستقبلا، فلا يجيز الفقه الإسلامي الضمان بالنسبة للأضرار المستقبلية، و لو كانت محققة الحصول؛ على أساس أنها معلومة وقت وقوع الفعل<sup>3</sup>.
  - يشترط أن يكون الضرر في ما يتعلق بإتلاف الأموال، أن تكون هذه الأموال مقومة فإن كانت غير ذلك كالخمر، فلا ضمان.
  - يشترط أن يكون الضرر ناتجا من فعل المدعى عليه، و مرتبطا به ارتباط النتيجة بالسبب.
- و إذا كانت هذه هي جملة الشروط الواجب توافرها في الضرر فهل يوجد مبادئ تحكم مثل هذا التعويض؟

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.706.

<sup>2</sup>- صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة، ب.د.ن، ب.م.ن، 1948، ص.169.

<sup>3</sup>- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن، ص.04 نقلا عن: وائل محمود أبو الفتوح المرجع السابق، ص.706.

## 2- مبادئ الضمان في الفقه الإسلامي.

بما أن الضمان أو التعويض في الفقه الإسلامي فيه نفع بجبر الضرر و ترميم آثاره، فكان لابد و أن تحكمه مبادئ نابعة من هذا المنطلق، و يمكننا القول بأن هناك ثلاث مبادئ رئيسية في هذا النطاق، هي:

**المبدأ الأول:** يتمثل في أن كل اعتداء ضار يصيب المرء في جسمه، يلزم فاعله بالضمان حسب تقدير القاضي.

**المبدأ الثاني:** كل عمل ضار أصاب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدي، و هذا المبدأ توسع فيه الفقهاء، فأدخلوا العديد من الأمثلة الخارجة عن الضرر المالي، حتى سمي كل ضرر إتلافا، سواء وقع على مال، أو على نفس.

**المبدأ الثالث:** المماثلة بين الضرر و التعويض بما أن الضمان هو جبر للفئات، فالأمر يقتضي وجوب نفي الضرر من حيث الصورة و المعنى، و هو ما يطلق عليه المماثلة المطلقة، و لكن هذه المماثلة في ضمان الأموال هي ذاتها في ضمان النفس و ما دونها؟

في الواقع إن الفقه الإسلامي أقر التعويض في الأضرار التي تصيب الجسد، رغم أنه يميز بين ضرر يصيب النفس - و يتحقق بالقتل الذي يختلف الجزاء الذي يترتب عليه باختلاف الطريقة التي يقع بها سواء عمداً أو شبه عمد أو خطأ - و ضرر يصيب ما دون النفس - و يتحقق بقطع عضو، أو جرح يصيب الرأس أو جرح يصيب باقي البدن، أو في صورة إزالة منفعة عضو أو أكثر - فالاعتداء العمدي في كلى النوعين يقتضي ضمان التلف، الذي يلحق بالحياة، أو بالجسم بسبب الاعتداء، و هو ما يقتضي إيجاب المثل صورة، و معنى، و هو لا يتحقق إلا بالقصاص؛ لأن المال ليس بمثل للنفس، أو العضو الآدمي؛ لأنهما ليس مالا، فالقصاص يحقق المثل صورة، و معنى لقوله تعالى: >> يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ

الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ<sup>1</sup><>.

و ذهب المالكية و الشافعية و في رواية راجحة عن أحمد إلى القول بأنه << يفعل بالقاتل مثل ما فعل بالقتيل...>>، لأن ما بني القصاص على المماثلة في الفعل...>>، و معنى المماثلة أن يفعل بالجاني مثل ما فعل هو بالمجني عليه و يؤيد ذلك بقوله تعالى: << فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ<sup>2</sup>>>.

و رغم ما يمثله القصاص من تجسيد واضح للمماثلة المطلقة، إلا أنه لا يصلح في جميع الأحوال، فحالات الخطأ، و كذلك حالات الضمان من دون النفس لا يطبق فيها القصاص ففي حالة الخطأ لا يقصد الفاعل إيقاع ما وقع من ضرر، و في حالة ضمان ما دون النفس تقتضي أن يكون العضو مما يمكن فيه المماثلة، فالقطع يكون في مفصل أو كوع، أو مرفق؛ فلا قصاص لما ليس فيه حد ينتهي إليه، و هو ما لا يتوافر في كثير من الجراحات<sup>3</sup>.

لذا إذا لم تتحقق المماثلة، أو خيف من عدم تحققها، فلا قصاص في مثل هذه الحالات، و حتى لا يترك الجاني طليقا من أي مسؤولية لتعذر القصاص إما للعفو، أو لعدم توافر شروطه، و لأنه لا يهدر دم في الإسلام يصار إلى الدية. فالسؤال كيف يقدر التعويض في الفقه الإسلامي؟

### ثانيا: قواعد تقدير التعويض في الفقه الإسلامي.

من أهم القواعد التي تحكم التعويض في الفقه الإسلامي قاعدة: أن الدية تقدر بقدر الضرر، فيجب أن لا يزيد عن الضرر، و يساعد على ذلك أن الشارع الإسلامي، قد قدر المقابل

1- سورة البقرة، الآية رقم 178.

2- نفس السورة، الآية رقم 194.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.708.

المالي لكل ضرر يمكن أن يصيب الإنسان في بدنه، فإذا ما أمكن تحديد مقدار الضرر فلا تجب إلا ديته بدون زيادة أو نقصان، لقوله تعالى: >> **فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** <<<sup>1</sup> فالزيادة على المثل ظلم على المعتدي، و النقصان حيف بالمعتدى عليه، فالشرع يأمر بالعدل و ذلك يكون بالمثل<sup>2</sup>.

يتضح لنا مما سبق أن الالتزام بالتعويض جزاء يفرضه القانون على كل من سبب بخطئه ضررا للغير يجبر الضرر الذي لحق المصاب. بمعنى أن القانون يفرضه على المدين به جزاء إخلاله بواجب أولى سواء كان هذا الواجب منصوص عليه في القانون بنص صريح أو كان يفرض بطريقة غير مباشرة<sup>3</sup>.

و هو بهذا المعنى يختلف عن العقوبة إذ العقوبة يقصد بها مجازات الجاني عن فعله و ردع غيره كما أن التعويض يقدر بقدر الضرر أما العقوبة فتقدر بقدر خطأ الجاني و درجة خطورته.

أما الفقه الإسلامي فيعتبر المقصد الأساسي من فرض التعويض هو جبر الضرر حيث أن الشارع قصد زجر المعتدي في أحوال معينة، و في أحوال أخرى قصد الشارع أن يتحمل المسؤول تبعات فعلته إضافة إلى جبر الضرر الذي لحق بالمضرور.

### **المطلب الثاني:تعويض ضحايا نقل الدم طبقا لقواعد المسؤولية المدنية.**

يهدف التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمصاب من جراء نقل دم ملوث إليه إلى جبر هذا الضرر إلا أن الإصابة التي تلحق بالمصاب عادة ما تكون خطيرة و غالبا ما تكون قاتله أي تسبب وفاة المصاب و خاصة في حالتى مرض الايدز و مرض التهاب الكبد الوبائي.

1- سورة البقرة، الآية رقم 194.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.708.

3- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 506.

و يذهب الفقه و القضاء إلى وجود التعويض بقدر الضرر و هذا يعني أن تقدير ما لحق الشخص من ضرر و بالتالي ما يستحقه من تعويض، وفق المعيار الذي تحدثنا عنه. فعلى مستوى الضرر الأدبي فإنه يتعين تقدير التعويض عنه حيث يلاحظ أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في هذا التقدير مما يتوجب الأخذ في الاعتبار مهنة المتضرر و الجانب الذي انصب عليه الضرر من شخصيته<sup>1</sup> و من الأمور التي اعتمدت عليها المحاكم عند تقديرها للتعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن الإصابة بالايذز حالة المصاب من حيث هجر أسرته له و فقده الأمل في الزواج أو في إنجاب طفل سليم و فقد الاستمتاع بالمتع المشروعة بالحياة<sup>2</sup>.

و قد أخذ القضاء الفرنسي في تقديره لتعويض المصاب أن يكون التقدير يتراوح بين مليون و مليوني فرنك فرنسي عن الأضرار المعنوية فقط إضافة إلى الضرر المادي الذي تقدر له مبالغ من التعويض تفوق ذلك بكثير<sup>3</sup> و قد راعى القضاء الفرنسي في أحكامه الاعتبارات المتقدمة خاصة أعمار الضحايا فالتقدير لشاب أصيب بالعدوى يختلف عن شخص متقدم بالعمر؛ لأن الشباب يكونوا أكثر قدره على العمل و الإنتاج<sup>4</sup>.

و في قضية نقل الايذز إلى الأطفال الليبيين حكم في هذه القضية في شقها المدني بتعويضات متفاوتة. فقد حكم بمبالغ تتراوح بين أربعمئة ألف و مائة ألف دينار لبيبي<sup>5</sup>.

و حيث كان القاضي في سائر دعاوى التعويض يتيسر له بسهولة إمكانية تقدير التعويض إلا أن الأمر في تعويض ضحايا الايذز على العكس من ذلك تماما؛ لأن المرض يختلف أضراره من مرحلة إلى أخرى و بالتالي لا يستطيع القاضي تعيين مقدار التعويض بصورة نهائية حيث إن الضرر في مرحلة العدوى يختلف عنه تماما في مرحلة المرض الفعلي و

1- عاطف النقيب، المرجع السابق، ص.268.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.595.

3- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.73.

4- عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص.209.

5- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.596.

بالتالي فللقاضي أن يحتفظ للمصاب بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير. و لما كانت هذه الفترة تستغرق مدة طويلة فإن المدة المعقولة في دعاوى الإصابة بمرض الايدز و التي يحتفظ فيها القاضي للمضروب بالحق في أن يطالب خلالها بإعادة النظر في التقدير لا ينبغي أن تتجاوز الفترة الصامتة للمرض<sup>1</sup>.

و كذلك يعترض المحكمة صعوبات أخرى تتعلق بتحديد الشخص المستحق للتعويض و كذلك كيفية أدائه و عليه سنبحث في هذا المجال الأشخاص المستحقين للتعويض (الفرع الأول) و كيفية تقدير التعويض (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الأشخاص المستحقون للتعويض.

من المعلوم أن المستحق الأول للتعويض هو المضروب مباشرة من نقل الدم الملوث و كذلك مرضى الهيموفيليا المصابون بالتلوث أيا كان الفيروس أو العامل المرضي الموجود، و جميعهم يعتبرون ضحية مباشرة و كذلك ضحايا عملية نقل لاحقة للدم و خصوصا من جراء العلاقات الجنسية و استخدام الملوثة من السلوكيات المرتكبة طواعية لنشر المرض.

و هناك مضروبون بطريقة غير مباشرة و هو أقارب الضحية و الأشخاص اللذين يعولهم و هناك أشخاص آخرون يعتبرون مضروبين بطريقة غير مباشرة و هؤلاء هم سائقوا السيارات و مؤمنوهم و الملزمون بالتضامن مع موزعي الدم الملوث. و كذلك من المستحقين ورثة المضروبين و اللذين يعدون مستفيدين أكثر من ضحاياهم و هناك المتبرعون اللذين يتبرعون بدمائهم و قد ميزهم القضاء الفرنسي بمرحلتين: ما قبل بدء العمل بالقانون الصادر في 04 يناير عام 1993 و ما بعدها. و قد وضع القانون الصادر في 02 أغسطس 1991 نظام المسؤولية دون الخطأ لمصلحة المتبرعين في حالة سحب الدم بعد تغيير الخصائص. و من

1- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.83.

العدل أن يحصل هؤلاء اللذين يكرسون أنفسهم من أجل سعادة الآخرين و اللذين يعتبرون ضحايا لتفانيهم بسبب ظروف طارئة أو غير متوقعة على تعويضات عادلة من قبل المجتمع جراء الضرر الذي وقع عليهم. و قد قام القانون الصادر في 04 يناير 1993 بتوحيد نظام المسؤولية هذا لتختفي التفرقة بين عمليات التبرع التي تتم تغيير أو عدم تغيير خصائص الدم<sup>1</sup>.

و لقد أصبحت مراكز نقل الدم و اعتبارا من سريان ذلك القانون وفقا للمادة 668 مكرر 10 من قانون الصحة العامة الفرنسي مسؤولة عن الأخطار التي يتعرض لها المتبرعون بسبب عمليات النقل حتى في حالة عدم وجود أي خطأ من جانبها. و بجانب نظام المسؤولية هذا فإن باستطاعة المشرع أيضا التدخل لإقامة نظام آخر للتعويض<sup>2</sup>.

و حتى نستطيع أن نعوض هؤلاء المستحقين للتعويض عن عمليات نقل الدم الملوثة فلا بد أن نعرف الأساس الذي يستند عليه الحق بالتعويض بالنسبة لضحايا الدم الملوثة و التي لم يجر تحديدها.

فلقد تدرجت المحاكم الفرنسية في تحديد أساس المسؤولية و الجهة المسؤولة عن عمليات نقل الدم حتى وصلت أخيرا إلى اعتبار المسؤولية بدون خطأ و اعتبار مراكز نقل الدم مسؤولة عن التعويض إضافة إلى الأطباء و المستشفى بشقيها العام و الخاص و أدخلت جهات أخرى بالالتزام بالتعويض و هم مرتكبو حوادث المرور و المتبرعون و خاصة أولئك اللذين يحملون أمراضا تنتقل بواسطة الدم و هم يعلمون أنهم مصابون و مع ذلك يتعمدون نقل الدم الملوثة.

<sup>1</sup> - حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.597.

<sup>2</sup> - SANDELOVER P : le risque médical évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier- préface- P.63-64.

و تعددت الجهات التي تلزم بالتعويض حيث أصبحت الدولة مسؤولة عن تعويض حوادث الدم سواء بصفتها المسؤولة عن مراكز نقل الدم و المستشفيات العامة أو بصفتها المسؤولة عن المحافظة على الصحة العامة للمواطنين.

و قد انقسم التعرض في مجال التعويض عن الأضرار إلى القضاء الإداري و القضاء العادي. فقد انعقد الاختصاص للقضاء الإداري في فرنسا عن مراكز نقل الدم بشقيه العام و الخاص بعد أن كانت تتبع إلى نوعين من القضاء عادي و إداري، أما باقي الأطراف الأخرى المسؤولة عن التعويض فهي تتبع للقضاء الخاص بها حسب تبعيتها. فالمستشفيات الخاصة و مسؤولية مرتكبي حوادث الطرق و المتبرعون تتبع للقضاء العادي، أما المستشفيات العامة فتتبع للقضاء الإداري<sup>1</sup>.

وحتى نتمكن من تحديد الطريق الذي سنسلكه سواء في الإطار المدني أم الإطار الإداري و الذي سيمكننا من الوصول إلى تعويض منظم للضرر الناجم عن الدم الفاسد، أو منتجاته المعيبة فإنه يجب أن نتساءل عن ما هي الأسس التي بناء عليها يمكن للضحية أن يستند في طلبه للتعويض؟

## 1- في القانون الإداري.

عندما نكون أمام الدولة، فيما يتعلق بالتنظيم العام للخدمة العامة لنقل و مراقبة المؤسسات المكلفة بتنفيذ نقل الدم نجد أن مبدأ الخطأ البسيط هو المتمسك به بالنسبة للفترة من 22 نوفمبر 1984 إلى 20 أكتوبر 1985 بسبب قصور الإدارة، و هذا ما أكدته ثلاثة قرارات صادرة من مجلس الدولة بتاريخ 19 أبريل 1993.

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.599.

و فيما يتعلق بمسؤولية المستشفيات فإن الموقف ما يزال غير واضحاً فإن بعض القرارات متمسكة بنظرية المخاطر بمعنى المسؤولية دون خطأ، و حينئذ فإن الخطر يكون معروفاً بدرجة كافية إلا أن القرارات الأكثر حداثة تتمسك بإلغاء الخطأ المثبت<sup>1</sup>.

## 2- في القانون الخاص.

ذهب السيد (G.viney) و هو بصدد حديثه حديثه عن المسؤولية المدنية إلى إظهار التطور الملحوظ في هذا النطاق فالقضاء لن يتردد في تغيير المبادئ التي تطبق الآن على المنتجين، و الموزعين مؤكداً أن الدليل الوحيد لوجود عيب في حالة وجود الفيروس لحظة التسليم، أو نقل الدم من شأنه قيام مسؤوليتهم على أساس الالتزام بالنتيجة.

باكتمال العناصر الثلاثة للمسؤولية (الخطأ و الضرر و علاقة السببية) يثبت للمريض أو الضحية الحق في التعويض، و لكن ما هو السبيل للمطالبة بهذا التعويض؟

في الواقع تبين طبيعة اللجوء إلى السلطات القضائية عندما عقدت الاختصاص لدعاوى المسؤولية التي يرفعها المضرور على مركز الدم إنما يكون الاختصاص للقضاء العادي و إذا كان هذا المركز يلحق بمستشفى تابعة للدولة، أو لأحد هيئاتها العامة كان الاختصاص للقضاء الإداري بنظر دعاوى التعويض.

من ذلك نجد أن هناك عوامل مؤثرة في كيفية تقدير التعويض للمضرور و لذلك نبحت كيفية تقدير التعويض (الفرع الثاني) ثم نبحت العوامل المؤثرة فيه (الفرع الثالث).

### الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض.

لا يختلف الأمر كثيراً في تقدير التعويض بين التقدير وفق القواعد العامة في المسؤولية عنه في عملية نقل الدم الملوث، حيث يتعين أن يكون التعويض متساوياً مع الضرر الذي لحق بالمضرور و هذا الأمر يجعل للمحكمة حرية كبيرة في تحديد مبلغ التعويض بالضرر الذي

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.718.

يجعله متناسبا مع مقدار الضرر الحاصل. و لكي يستطيع القاضي أن يقدر بشكل حقيقي و سليم لتعويض الأضرار الناجمة عن عمليات نقل الدم الملوث فإن عليه أن يلم ببعض الأفكار و المبادئ الطبية و العلمية التي تجعل من مهمته سهلة حتى لو استعان بالخبراء لتقدير التعويض. فالخبير ليس هو الذي يقدر التعويض بشكل نهائي و إنما المحكمة هي التي تأخذ بالتقدير الذي ترى أنه عادل من خلال تقرير الخبرة الذي تعتمد عليه لهذا الغرض.

و يواجه القضاء عند تقدير التعويض اللازم لجبر الأضرار الناتجة عن الإصابة بسبب عمليات نقل الدم الملوث عدة صعوبات مردها أن أصل المرض أو الإصابة به قد يبدأ ثم يستغرق اكتماله أو ظهور أعراضه زمنا مما يضع القاضي في حيرة من أمره هل يقدر التعويض بشكل كامل و جزافي عن كل الأضرار التي ظهرت أو ستظهر مستقبلا أم يقدر تعويضا جزئيا و يحتفظ للمضروور بحقه في الحصول على التعويض الكامل بعد تمام ظهور المرض و أعراض الإصابة<sup>1</sup>.

و إذا كانت العبرة في تقدير التعويض هو يوم صدور الحكم فقد جرى القضاء على أنه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضي النظر فيه لكان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم<sup>2</sup> فإذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض فإن عليه الاحتفاظ للمضروور بالحق بالمطالبة. إلا أنه في مرض الايدز تحديدا و الكبد الوبائي أيضا فإن القضاة يواجهون مشكلة عدم اكتمال ظهور المرض و استقرار حصول الضرر حتى يستطيعوا تقديره. فقد تكون الفترة الصامتة التي يمر بها المرض من سنتين إلى اثنتي عشر سنة و لذلك فإن القاضي يجب أن يحتفظ للمضروور خلال تلك الفترة بباقي التعويض.

1- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص. 162.

2- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 82.

و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي عندما أجاز للقاضي في حالة تغير الضرر إلى الأسوأ و تفاقمه أن يطالب عنه بتعويض تكميلي و هذا القضاء أفضل لضحايا الأمراض التي تنتقل عبر الدم و أهمها الايدز و التهاب الكبد الوبائي<sup>1</sup>.

و لذلك فإن التعويض و لكي يتحقق الهدف منه و هو جبر الضرر و لكي يتحقق مبدأ المساواة بين التعويض و الضرر فإنه يتوجب أن يكون التعويض عن الضرر كاملا و يشمل كل الأضرار المادية و الأدبية التي تتنوع و تختلف بشكل كبير ما بين ضحايا عمليات نقل الدم و الأضرار الأخرى في المجال الطبي خاصة وفق المعيار الموضوعي و أن يتم التقدير على أساس الضرر ذاته بحيث لا يكون التقدير وفق المعيار الموضوعي لكي يستطيع المضرور الحصول على التعويض الذي تراعى فيه كافة الاعتبارات من حيث حالة المصاب المادية و مقدار الكسب الذي فاتته من جراء الإصابة. و هذا ما يؤخذ عادة بعين الاعتبار في مثل هذه الإصابات إضافة إلى أن يكون التعويض قائما على أساس واقعي للضرر بحيث يكون التعويض قادرا على إصلاح الضرر تماما على أن يؤخذ في حسابه ظروف المصاب كافة<sup>2</sup>.

و هناك طريقة أخرى للتقدير و هي التي يقوم بها القاضي بتقدير التعويض بطريقة تفصيلية و محددًا فيها مطالب المضرور التي تم قبولها و تلك التي رفضت و تعتبر هته الطريقة أكثر عدالة و تحقق التساوي بين الضرر و التعويض بشكل دقيق؛ لأن المحكمة تبتعد عن التقدير الجزافي.

و تعتبر هذه الطريقة الأفضل للمضرور في مجال عمليات نقل الدم حيث يستطيع المضرور من خلالها أن يعرف ما إذا تم تعويضه عن كامل الضرر أم لا.

### الفرع الثالث: العوامل المؤثرة في تقدير التعويض.

1- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.162.  
2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.604-605.

تتعدد العوامل التي تؤثر في تقدير التعويض في مجال عمليات نقل الدم من مراحل المرض ودرجة الإصابة التي تؤثر في قرار المحكمة بالتعويض و تحديد مقداره إلى درجة الخطأ و كل ظرف آخر يؤثر في التقدير بحيث يكون مساويا للضرر الحاصل.

إلا أننا نلاحظ أن المحكمة في العادة لا تصرح بأن ارتفاع التعويض هو نتيجة الخطأ الجسيم و لكن يستشف ذلك من حكمها و من المبلغ الذي قضت به فبدون القول يقيس القاضي التعويض مع درجة الجرم المسؤول<sup>1</sup>.

ففي مجال عمليات نقل الدم يلاحظ أنه كلما ازدادت جسامه الخطأ المرتكب من المسؤولين عن الأضرار الناتجة سواء كان السائق أو الطبيب أو مركز نقل الدم أو المستشفى إذا قامت مسؤوليتهم مجتمعين أخذا بنظرية تعادل الأسباب أو من جانب أحدهم إذا طبقنا نظرية السبب المنتج أو الملائم فإن حجم و مقدار الأضرار الناتجة يزيد و بتالي فمقدار التعويض يرتفع<sup>2</sup>.

و عكس ذلك فإنه في الخطأ اليسير يصار إلى عدم المبالغة في تقدير التعويض و إن كان في حالات الإصابة الناتجة عن عمليات نقل الدم و خاصة مرضى الايدز و التهاب الكبد لا يتصور أن يكون الضرر قليلا فالإصابة بهذه الأمراض تسبب أضرارا فادحة.

نخلص من ذلك أن قواعد المسؤولية التقليدية تعتبر نظاما معقدا يصعب فيه رسم الحدود الفاصلة بالنسبة للخطأ الطبي، و طبيعة التزامات الطبيب تختلف فهي بالنسبة لمراكز و بنوك الدم التزاما بتحقيق نتيجة، و بالنسبة للطبيب العادي يكفي الخطأ اليسير على أساس أن مسؤوليته بذل عناية إضافة إلى الازدواج القضائي، حيث يختص القضاء الإداري بنظر دعاوى تعويض التي ترفع على مركز الدم إذا كان شخصا من أشخاص القانون العام بينما يختص القضاء العادي بنظر الدعاوى التي ترفع على مركز الدم إذا كان شخصا من

1- نفس المرجع، ص.605.

2- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.606.

أشخاص القانون الخاص، و كلاهما يمارس تجميع الدم و حفظه و توزيعه. فإذا أضيف لذلك تعدد إجراءات التقاضي أمام المحاكم و الوقت الذي تستغرقه الدعاوى أمام المحاكم و الدور السلبي الذي تلعبه الخبرة الطبية<sup>1</sup> و لذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى إنشاء صندوق تعويض لضحايا الايدز بسبب نقل الدم الملوث بالقانون رقم 31 ديسمبر 1991.

كل ذلك يجعل من النظام الذي شيده القضاء لتعويض ضحايا العدوى بسبب نقل الدم الملوث في ظل القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية نظاما غير فعال لتعويض الضرر الذي يمكن القول: بأنه ضرر جماعي.

إذا فإن مدخل السلطة القضائية المدنية لا يمثل الوسيلة الأكثر سهولة للتعويض السريع، و هنا يثور التساؤل أي الأنظمة التعويضية التي يمكن أن تحقق للضحية الحصول على تعويض للضرر هل هو التأمين من المسؤولية؟

هذا ما سيتم التعرف عليه في المبحث الثاني.

---

1- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.85.

## المبحث الثاني: نظم التعويض ضحايا نقل الدم.

لقد ولدت الأنشطة الإنسانية مخاطر بلغت درجة من الخطورة جعلت نتائجها تخرج عن الإطار التقليدي للأضرار حيث أصبحت تأخذ شكل الكوارث الجماعية، و هو ما جعل وظيفة التعويض في إطار المسؤولية التقليدية أصبحت وظيفة محدودة و صعبة التطبيق و تواجه منافسة من أنظمة قانونية أخرى أهمها التأمين و الضمان و لا شك أن هذه الأنظمة الأخيرة تساهم إلى حد كبير في سد النقص في الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية دون أن تشكل بديلا عنها، كما أن وجود تأمين من المسؤولية أعطى للقاضي الدافع لمنح تعويض كامل حيث يكون مدفوعا بذلك بطريقة لا شعورية عندما يعلم أن المسؤول يغطيه التأمين<sup>1</sup>.

و لذلك فمن الطبيعي أن تظهر أنظمة التعويض الجماعية مدعمة بتلك الوظيفة التعويضية للمسؤولية بحيث لم يعد أمر تعويض المضرور محصورا بينه و بين المسؤول و إنما أصبح التزاما تتحمله الذمة الجماعية المتمثلة في أحد أنظمة التعويض الجماعية.

---

1- محسن عبد الحميد البية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية و دور التأمين، مكتبة الجلاء، ب.م.ن، 1993، ص.119.

و من الصور الهامة التي تحققت في هذا المجال اعتناق نظام التأمين من المسؤولية و قد تأخذ صورة صناديق الضمان و قد تتحمل الدولة ذاتها الالتزام بتعويض الحوادث التي يمكن أن يطلق عليها الكوارث الاجتماعية مثل مرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي و التي شكلت في كثير من الدول كوارث اجتماعية. و من ذلك سنبحث التأمين في المجال الطبي وفق القواعد العامة (المطلب الأول) و موقف الفقه الإسلامي من ذلك (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:التأمين في المجال الطبي وفق القواعد العامة.

يستخدم مصطلح المسؤولية للدلالة على معنى التزام الشخص بتحمل العواقب التي تترتب على سلوكه الذي ارتكبه مخالفاً به أصول معينة<sup>1</sup>، أما المسؤولية الطبية فهي تلك المسؤولية التي تقوم عندما يتخلف أصحاب هذه المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم و التي ينتظرها منهم المرضى، بهدف شفاء المريض أو تحسين حالته، لذلك يجب أن يكون الطبيب مسؤولاً أمام مهنته و يؤديها بإتقان لأن هناك قانون يحكمها و ينظمها و لأن الإخلال بها يولد المسؤولية<sup>2</sup>.

و المسؤولية الطبية هي وليدة الضرورة، فلا يتصور وجود مهنة الطب مع إعطاء الحرية الكاملة للطبيب للتصرف في أجسام الناس و عقولهم دون تقييده بمسؤولية تجعله يتوخى الحذر في العلاج<sup>3</sup>.

1- محمد زكي محمود، أثر الجهل و الغلط في المسؤولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1967 ص.02.

2- الفحلة مديحة، التأمين على الأخطاء الطبية، مجلة القانون و العلوم السياسية، ع3، جانفي 2016، معهد الحقوق المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، الجزائر، ص.191.

3- محمود علي السرطاوي، قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة، ط1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص.63.

يلعب نظام التأمين دورا جوهريا في مجال المسؤولية المدنية الطبية، و قد تزايدت أهميته بالنسبة للأنظمة الحديثة في التعويض عموما، على نحو يمكن معه القول بأنه بات حجر الزاوية فيها، كونه يشكل وسيلة للتوازن بين المصالح المتعارضة في المجال كما يعد عقدا يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له من الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية أي أن المؤمن يأخذ على عاتقه تعويض المضرور<sup>1</sup>، أو هو عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له، من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية<sup>2</sup>.

و قد عرفه الأستاذ السنهوري بأنه >> عقد بموجبه يؤمن المؤمن له، من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه<sup>3</sup><<، يقوم التأمين على إعفاء المؤمن له من العبء المالي الذي يسببه الخطر، و توزيع المخاطر على عدد كبير من الأضرار، فالتأمين ينقل المسؤولية المالية للشخص المخطئ إلى الغير، كما أن شركات التأمين تدفع التعويض للشخص الذي وقع عليه الضرر، و من ثم فهي تبعث في نفسه الطمأنينة لأنه سيحصل على حقه<sup>4</sup>.

تبوأ نظام التأمين من المسؤولية المدنية للمهنيين بشكل عام و في المجال الطبي بشكل خاص مكانة مرموقة في سلم الأنظمة القانونية، و قد ساهم في ذلك اشتماله على مزايا التأمين بصفة عامة من جهة، و علاقته الوطيدة بأنظمة المسؤولية المدنية من جهة أخرى فمن خلال هذه الأخيرة دبت الروح في أوصاله، و إن كان بمولده قد دق أولى المسامير في نعش المسؤولية، معجلا بظهور مناقشات حول أساسها و وظيفتها<sup>5</sup>.

هذا النظام و إن كان السبب الرئيسي في ازدهار المذهل الذي شهدته المسؤولية المدنية - من حيث اتساع نطاقها - فإنه قد أفرغها من جوهرها بتجريدتها من كل معنى جزائي، في مقابل تعزيز وظيفتها التقليدية لتصبح قاعدة ضمان للمضرور، و هو بذلك يكون

<sup>1</sup> - Voir Père-Verge Vinon, Faute et assurance dans la responsabilité civil médicale, Thèse, Paris, 1972,P.204.

<sup>2</sup> - سعد واصف، التأمين من المسؤولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1958، ص.16.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.1641.

<sup>4</sup> - عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.54.

<sup>5</sup> - أمال بكوش، المرجع السابق، ص.333.

قد أفرغ عليها صبغة من الغموض، ذلك أن تحصين الفرد بالتأمين من المسؤولية ينأى به عن المسائلة عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب أفعاله مهما كانت درجة الخطأ الجسيم<sup>1</sup> منه - دون العمد - في الوقت الذي يحمل فيه أوزار أخطائه البسيطة متى كان ضحية لها، و هو ما يكشف عن موقف متناقض لا يجد سندا له في المنطق و لا في القاعدة الأخلاقية.

كما ساهمت الطفرة التي حظي بها نظام التأمين من المسؤولية في اتساع المسؤولية الموضوعية<sup>2</sup>، و هو ما يستدعي التأكيد على أهمية دور التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، فالمزية التي أسفرت عنها نظرية تحمل التبعة، و المتجسدة في سهولة حصول المصاب على التعويض، تجد مبرراتها في نشوء نظام التأمين من المسؤولية و انتشاره بشكل بلغ درجة الإجبار، و هو أمر جعل من حرية الاتفاقات أمرا مقيدا في هذا المجال<sup>3</sup>.

و تكمن أهمية التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي في الدور المزدوج الذي يناط به، فهو يشكل حماية للمسؤول، و ضمانا للمضرور و هو بذلك يكون قد أوجد نوعا من الضمان للطرف الضعيف، ذلك أن موضوع عقده ينظر إليه في المقام الأول على أنه يضمن الالتزام بالتعويض، الذي يقع على عاتق المسؤول المؤمن له، و يضمن في ذات الوقت حق المضرور في التعويض الذي يشكل الدين محل عقد التأمين، فكل من هذا الحق و ذلك الالتزام وجهين لعملة واحد، و لا يعدو أحدهما أن يكون انعكاسا للآخر<sup>4</sup>.

و مهما يكن من أمر فإن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان في إطار الإجبار أو الاختيار يوفر الحماية للطرفين، و يكفل نوعا من التعاضد بين الطبيب لا يضره مساندة هيئة مليئة للمضرور و منحه كامل ثقته، و بين مريض أبعد عنه مظنة اللجوء إلى القضاء،

1- محمد المرسي، أحكام عقد التأمين، دار الحقوق، ب.م.ن، 1985، ص.99.

2- أمال بكوش، المرجع السابق، ص.335.

3- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الأضرار و المسؤولية المدنية، ج2، ط5، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، 1989، ص.228.

4- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية و اعتبارات التضامن الاجتماعي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.183.

و بهذا يكون التأمين هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للتقريب بين ما يسعى إليه الطبيب و ما يأمل فيه المريض<sup>1</sup>.

كما انه يشكل من جهة أخرى دعامة قوية لنظام المسؤولية المهمد بالانهيار بسبب الإفلاس شبه المطلق للمسؤولية، خاصة في مجال الأضرار الجسيمة حيث يكون مقدار التعويض فيها غير متكافئ مع الدخول الخاصة<sup>2</sup>.

و من هنا تبرز أهمية التأمين من المسؤولية الطبية الذي لقي ازدهارا نتيجة لتفاقم الأخطار<sup>3</sup>، إذ كلما اقترب الخطر اتسع نطاق التأمين، بالإضافة إلى أن نظام التأمين يعد وسيلة لجبر الضرر بعد أن تبين قصور بقية الوسائل القانونية المتاحة عن إيجاد حلول كافية<sup>4</sup>.

و يجسد نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية طموح المشرعين نحو التحرر من قيود القواعد و المفاهيم التقليدية للقانون، ذلك أنه يعكس حتمية التطور نحو تفعيل ضمان حق المضرور في التعويض بصرف النظر عن وجود المسؤول، كما يجسد في الوقت ذاته دعامة راسخة تساند النظام الحالي<sup>5</sup>.

و قد تنبعت الأنظمة القانونية الحديثة إلى هذه الأهمية، مما حدا بالعديد منها إلى إعادة النظر في هذا النظام بكيفية تتناغم و الأصوات المتعالية للفقهاء التي تتادي بجعل التأمين من المسؤولية الطبية إجباريا.

و يتميز عقد التأمين من المسؤولية المهنية بخصائص تميزه عن غيره و من هذه الخصائص ما يلي:

### الفرع الأول: إجبارية عقد التأمين في المسؤولية الطبية.

1- أمال بكوش، المرجع السابق، ص.338.

2- أمال بكوش، المرجع السابق، ص.338.

3- محمد علي عمران، الوجيز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.07.

4- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص. 132.

5- أمال بكوش، المرجع السابق، ص.338.

نظرا للمخاطر الجسيمة التي فرضها التطور التكنولوجي في المجال الطبي فإن المشرع قام بفرض تأمين إجباري في حالة توافر الأخطاء الجسيمة على المجتمع، أو لأجل حماية فئة معينة من الفئات فيتحول التأمين بذلك من علاقة عقدية إلى علاقة تنظيمية محددة بنص القانون، و لا تكون لإرادة الأفراد عندئذ دخل في تنظيم عقد التأمين، أو بنوده و ذلك من حيث تحديد قسط التأمين و الخطر المؤمن منه بل أحيانا مبلغ التأمين<sup>1</sup>.

و في مجال التأمين من المسؤولية الطبية بصفة عامة و في إطار نقل الدم بصفة خاصة نجد أن التأمين من المسؤولية يندرج تحت التأمين من الأضرار لذلك فهو يخضع للمبدأ التعويضي الذي يميز هذا النوع من التأمين لذلك، فلا بد من وقوع الضرر حتى ينشأ التزام المؤمن بالتعويض؛ و لأن الهدف الأساسي لعقد التأمين من المسؤولية هو تعويض المهني عن الخسارة التي تلحقه نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق فإنه يترتب على ذلك نتيجتان:

**النتيجة الأولى:** أن مبلغ التعويض لا يمكن أن يتجاوز مقدار الضرر الواقع، و إن كان يمكن أن يقل عنه بالاتفاق المسبق، فلا يجوز أن يحقق المؤمن له إثراء عن طريق عقد التأمين بل إن هذا العقد هو وسيلة لدرء الخسارة فقط<sup>2</sup>.

**النتيجة الثانية:** عدم إمكان تحديد مبلغ التأمين من جانب المؤمن مقدما، فالتعويض المستحق للمؤمن له لا يمكن تحديده مسبقا عند إبرام عقد التأمين حيث لا يمكن تحديد مبلغ التعويض إلا بعد وقوع الضرر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- محي الدين مرسي إبراهيم، المبدأ التعويضي في التأمين من المسؤولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1999، ص.280.

<sup>2</sup>- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.27.

<sup>3</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.27.

و السؤال الآن هل يمكن للتأمين من المسؤولية في مجال نقل الدم أن يكون علاجاً لتلك المشكلات المثارة في رحاب المسؤولية التقليدية؟ و إذا كانت الإجابة بالإيجاب فهل هو علاج جزئي أم كلي لهذه المشكلات؟

في الحقيقة: إن التأمين الإجباري قد شمل الأطباء، و المستشفيات، و مراكز نقل الدم، و أن الأطباء و المستشفيات قد خصص في تنظيمها للقواعد العامة للتأمين بمعنى أنه لا ينفردان بأحكام مختلفة عن القواعد العامة، و لذلك سيتم إلقاء الضوء عليهما.

## 1- تأمين المسؤولية الطبية.

كان البحث عن الأمان و الاستقرار و الطمأنينة من الانشغالات الأولى التي عمل الإنسان منذ الأزل على توفيرها لنفسه و لمن هم معه، فكان صراعه من أجل ذلك يشكل نوعاً من أنواع الكفاح الذي توج بنظام نظام التأمين<sup>1</sup>.

و يعتبر التأمين الصحي جزء من نظام التأمينات في كل من فرنسا و مصر و الجزائر الذي يتعلق بأهم عناصر الحياة و هي الصحة، إذ يتكفل بكافة الأخطار الطبية التي قد يتعرض لها الإنسان<sup>2</sup>.

و يعرف التأمين الصحي على أنه وسيلة لدفع كل أو بعض تكلفة الرعاية الصحية، فهو يحمي المؤمن عليهم من دفع التكلفة العالية للعلاج في حالة المرض<sup>3</sup>، كما يشمل التأمين عن المسؤولية الطبية و الذي يضمن تعويض الأضرار الناتجة عن خطأ الطبيب، فنظام التأمين الطبي يوفر التعويض المناسب للمضرور إذا ما نتج عن المعالجة الطبية أخطاء أودت بقدراتهم أو حدث منها<sup>4</sup>.

1- علي علي سليمان، التأمين و المسؤولية المدنية، ط1، كليك للنشر، المحمدية، الجزائر، 2008، ص.28.

2- الفحلة مديحة، المرجع السابق، ص.196.

3- خديجة حسين نصر، نظم التأمين الصحي في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، سلسلة التقارير رقم 68، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2007، ص.12.

4- الفحلة مديحة، المرجع السابق، ص.196.

و يعد التأمين من المسؤولية الطبية شرط إلزامي لممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب ممارسة مهنته إلا بعد إبرام عقد التأمين مع إحدى الشركات المرخصة، التي تتولى تغطية التعويض عن أخطائه المرتكبة أثناء تدخله الطبي، و هذا ما أكدته المشرع الجزائري في الأمر 07-95<sup>1</sup> المؤرخ في 1995/10/25 المتعلق بالتأمينات في المادة 167 منه على التأمينات الإلزامية التي ينطوي تحتها تأمين محترفي الصحة في المؤسسات الصحية و أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلة، و أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم اتجاه مرضاهم، كما أكدت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على ذلك إذ نصت على: >> يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة و مستخدميها و مرضاها<<<sup>2</sup>.

لقد أصاب المشرع الفرنسي و المصري و الجزائري حينما جعل هذا النوع من التأمين إلزامياً في المجال الطبي و اعتبره من النظام العام، و يعد عدم التأمين مخالفة<sup>3</sup> و هو ما نصت عليه المادة 184 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات: >> يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و 174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 دج إلى 10.000 دج<<.

إن سبب ظهور نظام التأمين في المجال الطبي نتيجة لزيادة استعمال الأجهزة و الأدوات الطبية، و تفاقم الأخطاء الطبية التي تحمل المرضى عنائها لوقت طويل، تم إيجاد نظام إلزامي للتأمين على المسؤولية الطبية هدفه توفير الدعم الكافي للأطباء لإيجاد الكثير من الابتكارات و عدم الحد من قدراتهم في التوجه إلى كل ما هو جديد، و المساهمة في الرفع من مستوى أدائهم المهني، كما يخلق لديهم الشعور بالأمان و الطمأنينة عند أداء واجبهم و ذلك بتغطية الأضرار الناتجة عن ممارسة الأعمال الطبية وفق الأصول المتعارف عليها

1- الأمر رقم 07-95، المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، ع13، المؤرخة في 1995/03/08.

2- المرسوم التنفيذي رقم 07-321، المؤرخ في 2007/10/22، المتعلق بتنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة و سيرها، ج.ر، ع67، المؤرخ في 2007/10/24.

3- محمد بودالي، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، ع3، مكتبة الرشد للطباعة و التوزيع، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص.37.

دون الخوف من شبح المسؤولية. و توفير الأمان للمرضى وطمأنتهم بأن الالتجاء إلى الأطباء و حدوث خطأ طبي ليس مجازفة مجهولة المصير، لأن نظام التأمين عن المسؤولية الطبية يضمن لهم التعويض الجابر للضرر، و منه يكون الهدف من قانون التأمين حماية الطبيب و المريض و المستشفى الخاص على حد سواء<sup>1</sup>.

و في هذا النوع من التأمين الإجباري يغطي الضمان الناتج عن عقد التأمين مسؤولية الطبيب، أو الجراح عن فعله الشخصي، فالتأمين يضمن المسؤولية المدنية التي تقوم بسبب الأضرار الجسدية التي تلحق بالمريض نتيجة الأخطاء المهنية سواء في التشخيص أم في وصف العلاج، و استخدامه، أو في أثناء العملية الجراحية، و لشركات التأمين أن تعلن عن ضمان المخاطر التي تضمنها في وثيقة التأمين و أنها لا تضمن إلا الأضرار الشخصية التي تصيب المرضى، بما فيها الأضرار الناتجة عن استخدام الطبيب الأدوات الطبية و الأجهزة أما غير ذلك فلا يضمن إلا باتفاقات خاصة<sup>2</sup>.

و التأمين من المسؤولية هنا يضمن كل ما يلزم المؤمن له - الطبيب - و هي الخاصة بالأخطاء الناجمة عن مساعدي الطبيب إما بشكل تلقائي و إما باتفاقات خاصة تضمن زيادة في القسط<sup>3</sup>.

أما دون ذلك من مخاطر فلا يضمنها التأمين الإجباري حيث يستبعد المخاطر التالية:

- استبعاد نتائج الخطأ العمدي.
- الاستبعاد المعزوم إلى شخصية المضرور مثل الأضرار التي تصيب والدي الطبيب، أو أحد أقاربه، و العاملين معه و أتباعه.
- الاستبعاد المعزوم إلى جسامه الأخطار مثل الأخطار العالية الناجمة عن عمليات التجميل.

1- الفحلة مديحة، المرجع السابق، ص.197.

2- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص. 95.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.737.

- الاستبعاد المعزو إلى تاريخ وقوع الخطر فالتأمين لا يغطي إلا الأضرار التي تقع بعد إبرام عقد التأمين أما الأضرار الواقعة قبل إبرام العقد فلا ضمان له.
- الغرامات، و المصادرات، و التي تحكم بها نتيجة فعل يدخل في إطار قانون العقوبات<sup>1</sup>.
- أما في مصر و الجزائر فإنه لا يوجد تأمين إجباري على المسؤولية الطبية.

## 2- التأمين من المسؤولية للمستشفيات.

التأمين بالنسبة للمستشفى إجباري في فرنسا، و ذلك بموجب العديد من التشريعات المتعاقبة: ففي لائحة 17 أبريل 1943 نصت المادة 112 على وجوب إبرام المستشفيات لعقد تأمين يغطي مسؤولية المستشفى لما يصيب الأعضاء أنفسهم من أضرار نتيجة أفعالهم أثناء ممارستهم للمهنة، أو ما يصيب الغير من جراء أخطاء هؤلاء الأعضاء أثناء هذه الممارسة، ثم جاء القرار الوزاري رقم 14 أغسطس 1963 الذي نص على التأمين الإجباري في المستشفيات المتخصصة في الأمراض العقلية و النفسية حيث فرض على كل طبيب يمارس نشاطه في مستشفى أن يبرم تأميناً يغطي مسؤوليته، إذا عقد التأمين يغطي المسؤولية التي يمكن أن تنتج أثناء ممارسة المستشفى نشاطه، و بسبب الأضرار الجسدية، أو المادية، أو غير المادية التي تلحق بالغير سواء داخل، أو خارج المستشفى، و لكن يستبعد من هنا ضمان المخاطر التالية:

- الأضرار الناتجة عن عمليات الجراحة الخاصة بالتجميل.
- الأضرار التي لا يمكن إرجاعها إلى خطأ متصل بوظائفها، أو مهام المستشفى، و يقع من شخص موظف بالمستشفى، أو معاون له.
- الأضرار الجسدية التي تصيب معاونين، أو الموظفين داخل مبنى المستشفى إذ غالباً ما يستفيد هؤلاء من نظام التأمين ضد مخاطر العمل، أو المرض المرتبط بالخدمة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.99-100.

<sup>2</sup>- نفس المرجع ، ص.106.

## الفرع الثاني: اشتراط لمصلحة الغير.

يعتبر عقد التأمين خير مثل للاشتراط في مصلحة الغير، و هناك أوجه الشبه بين التأمين و اشتراط لمصلحة الغير. ففي التأمين يستفيد المضرور من عقد لم يكن طرفا فيه فيمكنه توجيه دعواه بالتعويض ضد المؤمن و قد يحصل منه على ما لم يكن في استطاعته الحصول عليه من المسؤول عن الضرر (المؤمن له)، و في الاشتراط لمصلحة الغير يستفيد الأخير من عقد أيضا لم يكن طرفا فيه و يحصل على مزاياه<sup>1</sup>.

إلا أن هناك من يقول أن التأمين من المسؤولية المدنية ليس اشتراطا لمصلحة الغير بحجة أن المؤمن له لا يقصد عند إبرام التأمين تحقيق مصلحة الغير فلم تطرأ على ذهنه، فالمؤمن له يقصد تأمين مسؤوليته عن التعويض الذي يطالب به المضرور كما أن المؤمن عندما تعاقد معه إنما تعاقد لمصلحته بهدف تعويضه عن الأضرار التي تصيبه بسبب رجوع المضرور عليه، فالتأمين من المسؤولية هو تأمين لمصلحة المؤمن له و ليس تأمينا لمصلحة الغير<sup>2</sup>.

إلا أن هذا القول و بالرغم من صحة الكثير مما ورد به يجب أن لا يغفل أن مصلحة الغير ظاهرة في هذا العقد و إن هذا العقد به مصلحة تظهر بوضوح في ذهن المشرع الفرنسي عند فرضه للتأمين الإجباري عن المصالح الطبية<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني: التعويض في الفقه الإسلامي.

1- سعد واصف، التأمين من المسؤولية في عقد النقل، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1958 ص.29.

2- نفس المرجع و الصفحة.

3- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.611.

أطلق فقهاء المسلمين على التعويض كلمة الضمان و لفظ الضمان يطلق لدى الفقهاء و يراد به معان عدة منها الكفالة<sup>1</sup> شغل الذمة بما يوجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجب له<sup>2</sup>.

و عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات أو قيمته أن كان من القيميات<sup>3</sup>.

و عرفه بعض المحدثين بأنه: الالتزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير<sup>4</sup> و عرفه أيضا بأنه: الالتزام بتعويض الغير عن ما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي و الكلي الحادث بالنفس الإنسانية<sup>5</sup>.

في الواقع إن الشرائع إنما جئ بها لمصالح العباد، فالأمر و النهي و التخيير إنما جميعها راجع إلى حفظ المكلف و مصالحه، و المصلحة هي: المحافظة على مقصود الشرع.

و مقصود الشرع من الخلق خمسة أمور و هي:- أن يحفظ عليهم دينهم، و نفسهم و عقولهم، و نسلهم، و ماله، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة هو مصلحة، و كل ما يفوتها يعد مفسدة و دفعها مصلحة.

لذا اقتضت عصمة هذه الحقوق عن الهدر و جوب لضمان، و الذي تتمثل وظيفته الأساسية في جبر الأضرار و ليس زجر مرتكبيها فالضمان هو جبر للفائت<sup>6</sup>.

ففي الضرر من حيث الصور يستوجب نفيه من حيث المعنى بالضمان؛ ليقوم الضمان مقام المتلف فينتقي الضرر بالقدر الممكن...<sup>7</sup>

1- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.611.

2- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ج1، طبعة دار الفكر العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.09.

3- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.586.

4- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار الفكر، ب.م.ن، 1967-1968 ص.1032.

5- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.16.

6- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص.323.

7- نفس المرجع، ص.165.

و للحديث عن التعويض في الفقه الإسلامي لابد من تحديد أساس وجوب التعويض في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ثم نتحدث عن التعويض عن الضرر الجسدي في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني) و أخيرا مبادئ الضمان في الفقه الإسلامي (الفرع الثالث).

و السؤال المطروح: ما هو الأساس الذي يقوم عليه الضمان في الفقه الإسلامي؟ و ما هي شروط تقدير الضرر في الفقه الإسلامي؟ و فيما تكمن مبادئ الضمان في الفقه الإسلامي؟

### الفرع الأول: أساس التعويض في الفقه الإسلامي.

التعويض هو جزاء الاعتداء على حق الغير و هو يختلف بحسب ما إذا كان الاعتداء واقعا على النفس أو واقعا على المال. و قد اتفق الفقهاء على مبدأ التعويض عن الضرر و على أن الضرر هو أساس التعويض فالتعويض فريضة لكل مضرور على من أحدث الضرر بمجرد وقوع الضرر<sup>1</sup>.

و قد استند الفقه الإسلامي في تقريره للضمان عن الضرر إلى الحديث النبوي الشريف (لا ضرر و لا ضرار) فهو القاعدة الرئيسية و الكلية و الضابط في تقرير الضمان.

و شرعية الضمان من الأمور التي أقرتها الشريعة الإسلامية حفظا للحقوق و رعاية للعهود و جبرا للأضرار و جزرا للجناة و حدا للاعتداء لدلالة القرآن و السنة و المعقول على ذلك<sup>2</sup>.

و يشترط في الضرر الذي يتحقق به الضمان في الفقه الإسلامي ما يلي<sup>3</sup>:

- أن يكون الشيء المتلف مالا فلا ضمان بإتلاف الميتة و جلدها و الدم و التراب العادي و نحو ذلك مما ليس بمال عرفا أو شرعا و الدم هنا هو الدم المسفوح الذي يعتبر حراما.

1- زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.43.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.578.

3- عبد الباسط جميعي و آخرين، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج2، ب.د.ن، ب.م.ن، 1979، ص.1324-1325.

- أن يكون متقوما بالنسبة للمتلف عليه و المتقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعا في غير حال الاضطرار فلا ضمان بإتلاف خمر و خنزير لمسلم سواء أكان المتلف مسلما أو ذميا و ذلك لعدم تقوم الخمر و الخنزير في حق المسلم إذ لا يباح له الانتفاع بها شرعا فلا قيمة لهما.
- أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم. فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب.
- أن يكون التلف أهلا لوجوب الضمان فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال لأن فعل العجماء جبار أي هدر و لا يشترط التمييز لإيجاب الضمان.
- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه فإن لم يكن في التضمن فائدة فلا ضمان، و على هذا فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحرب.

و الفقه الإسلامي لا يشترط الخطأ كركن في المسؤولية فكل مباشر للضرر يعتبر مسؤولا و لو يكن مخطئا و هذا الرأي الفقهي يتفق و حاجات الحضارة المعاصرة و خاصة المسؤولية الطبية و عمليات نقل الدم. و قد سبق الفقه الإسلامي القضاء الفرنسي في هذا المجال حيث دفع عبء إثبات الخطأ عن المضرور و هو عبء ينوء بحملة المضرور و إذا لم يترتب على الفعل ضرر فلا مسؤولية و لا ضمان لأن الحكم بالضمان لجبر الضرر و رفعه و لم يوجد، فمثلا لو أهمل قيادة سيارته و اصطدم بحائط لغيره دون أن يؤثر فيه أو يعيبه فلا ضمان. و في هذا يقول البغدادي: >> و إذا نبح رجل شاة لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها سواء أكان أجنبيا أو راعيا لها<sup>1</sup><< و هنا ليس المقصود أن لا يكون هناك فعل

1- أبي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، عيسى البابي الحلبي و شركاؤه، القاهرة، ب.س.ن، ص.308.

و إنما المقصود أن هناك فعلا إلا أن هذا الفعل لا يشكل خطأ وفق مفهومه القانوني باعتبار الخطأ يتطلب التمييز و الإدراك و الحيطة عن السلوك العادي المؤلف<sup>1</sup>.

و قد ذهب أنصار المسؤولية غير الخطيئة بوجوب الاكتفاء بالعنصر المادي للمسؤولية المدنية على غرار ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية حيث ذهب الأستاذ ريبير إلى أنه: >> إذا ما أسسنا المسؤولية المدنية على الخطأ المستخدم فالمجنون و بكل تأكيد سوف يخضع لهذه المسؤولية بوصفه إنسانا غير طبيعي قد تسبب في إحداث الضرر بالغير<sup>2</sup><< و على ذلك انتهى أصحاب نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية المدنية على أن مسؤولية عديم التمييز تصبح أمرا منطقيًا و مسلما به لأن الضرر هو أساس المسؤولية وفقا لهذه النظرية<sup>3</sup>.

و لكن ما هي شروط الضرر الذي يستوجب الضمان في الفقه الإسلامي؟

### الفرع الثاني: شروط الضرر في الفقه الإسلامي.

يقسم الضرر كما أسلفنا إلى ضرر مادي و ضرر أدبي. أما الضرر المادي فهو إما أن يكون ضررا جسمانيا و هو ما يكون محله نفس الإنسان أو ما دون النفس من الجراحات و الأطراف أو أن يكون ضرر مالي و الضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب المضرور في شرفه و كرامته و عاطفته و مركزه الاجتماعي<sup>4</sup>.

و يجب بإتلاف المال ما يجب بالغصب؛ لأن ضمان الإتلاف كضمان الغصب ضمان اعتداء ففي إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به اعتداء و إضرار<sup>5</sup> أي تقويت و إبطال لما تكفلت الشريعة بعصمته من مصالح الخلق. فوجوب الضمان يعبر عن ضرورة جبر الفئات صيانة للحقوق عن الهدر.

1- علي الخفيف، المرجع السابق، ص.09 و ما بعدها.

2 - RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>e</sup>,ed,paris,1949,p.125.

3- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.588.

4- نفس المرجع، ص.589.

5- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص. 165.

و ما يجب بضمان الإلتلاف من عوض جبرا للفئات و إن قام على التقويم القضائي لا التقدير الشرعي. لا يخرج عما اتسم به تعويض الضمان من موضوعية. إذ أن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد و الأزمان<sup>1</sup>.

و لا يخل بذلك دخول صفات المتلفات عنصرا في التقويم. إذ أن قيم الأشياء تتناول عادة بتفاوت صفاتها، فنقصان قيمة الأشياء يكون مضمونا سواء كان راجعا إلى إلتلافها ماديا أم راجعا إلى إلتلافها إلتافا مفوتا لصفاتها؛ لأن ضمان الإلتلاف هو ضمان في المثل إن كان المتلف مثليا و ضمان القيمة إن كان ما لا مثل له فعند الإمكان يجب العمل بالمثل المطلق و هو المثل صورة و معنى، و عند التعذر يجب المثل معنى و هو القيمة لأنها المثل الممكن<sup>2</sup>.

من ذلك نخلص أن ضمان الأموال بسبب الإلتلاف هي وجوب المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثليا. و المقصود بالمماثلة هو التماثل في الأموال فإذا كانت مثلية يكون بجعل قدر الضمان مماثلا للمال المتلف جنسا و نوعا و صفة و كمية و في الموال القيمة يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية و التي تحدد بواسطة أهل الخبرة<sup>3</sup>.

و يتمثل التعويض عن الضرر الجسدي في الفقه الإسلامي بالدية، و الدية هي مقادير من الأموال تجب تعويضا للمجني عليه أو ولي الدم عما نزل به من أذى<sup>4</sup> و بذلك تكون الدية عبارة عن تعويض عن الضرر الذي يلحق المجني عليه في نفسه و كذلك الأرش و الحكومات هي تعويض للمجني عليه. و قد اتفق الفقهاء أن الدية مال خالص للمجني عليه أو ورثته بسبب الجناية على النفس أو ما دون النفس<sup>5</sup>.

1- شهاب الدين أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي المتوفي، الفروق و بهامشه عمدة المحققين و تهذيب الفروق و القواعد السننية في الأسرار الفقهية، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، ب.س.ن ص. 31 إلى 61.

2- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص. 150-168.

3- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص. 590.

4- محمد أبو زهرة، فلسفة العقاب في الفقه الإسلامي، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1970، ص. 292.

5- زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص. 86.

و من بين شروط الضرر في الفقه الإسلامي ما يلي:

- يشترط في الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين أن يكون الضرر مادياً، فجمهور الفقهاء اقتصروا في الضمان على الأضرار المادية، أما الأضرار المعنوية التي تصيب الشخص في شعوره و عاطفته فلا تكون موجبة للضمان؛ اكتفاءً بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حده مثل حد القذف أو التعزير<sup>1</sup>.
- يشترط أن يكون الضرر حالاً و ليس مستقبلاً فلا يجيز الفقه الإسلامي الضمان بالنسبة للأضرار المستقبلية، و لو كانت محققة الحصول؛ على أساس أنها معدومة وقت وقوع الفعل<sup>2</sup>.
- يشترط أن يكون الضرر فيما يتعلق بإتلاف الأموال، أن تكون هذه الأموال مقومة فإن كانت غير ذلك كالخمر، و الخنازير، و الميتة فلا ضمان.
- يشترط أن يكون الضرر ناتجاً من فعل المدعى عليه، و مرتبطاً به ارتباط النتيجة بالسبب.

و إذا كانت هذه هي جملة الشروط الواجب توافرها في الضرر فهل يوجد مبادئ تحكم مثل هذا التعويض؟

### الفرع الثالث: مبادئ الضمان في الفقه الإسلامي.

بما أن الضمان أو التعويض في الفقه الإسلامي فيه نفع بجبر الضرر و ترميم آثاره فكان لابد و أن تحكمه مبادئ نابعة من هذا المنطلق، و يمكننا القول بأن هناك ثلاث مبادئ رئيسية في هذا النطاق؛ هي:

**المبدأ الأول:** يتمثل في أن كل اعتداء ضار يصيب المرء في جسمه، يلزم فاعله بالضمان حسب تقدير القاضي.

<sup>1</sup>- صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص.169.

<sup>2</sup>- علي الخفيف، المرجع السابق، ص.04.

**المبدأ الثاني:** كل عمل ضار أصاب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدي، و هذا المبدأ توسع فيه الفقهاء، فأدخلوا العديد من الأمثلة الخارجة عن الضرر المالي، حتى سمي كل ضرر إتلافاً، سواء وقع على مال، أو على نفس.

**المبدأ الثالث:** المماثلة بين الضرر و التعويض بما أن الضمان هو جبر للفائت، فالأمر يقتضي وجوب نفي الضرر من حيث الصورة و المعنى، و هو ما يطلق عليه المماثلة المطلقة، و لكن هذه المماثلة في ضمان الأموال هي ذاتها في ضمان النفس و ما دونها<sup>1</sup>.

المماثلة في تضمين الأموال تقتضي القاعدة في ضمان الأموال بسبب الإلتلاف، هي وجوب المثل باتفاق العلماء، إذا كان المال مثلياً، لقوله تعالى: << فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ >><sup>2</sup>.

و رغم سيطرة مبدأ المماثلة في الفقه الإسلامي إلا أنه لا يعني مقابلة الإلتلاف بمثله؛ إذ لا ضرر و لا ضرار في الإسلام؛ و لأن ذلك سيؤدي إلى اتساع دائرة الأضرار نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، لذا لا يجوز للمتضرر إتلاف مال من أتلف مال.

أما المماثلة في الأضرار الجسدية ففي الواقع أن الفقه الإسلامي أقر التعويض في الأضرار التي تصيب الجسد، رغم أنه يميز بين ضرر يصيب النفس- و يتحقق بالقتل الذي يختلف الجزء الذي يترتب عليه باختلاف الطريقة التي يقع بها سواء عمداً أو شبه عمد أو خطأ- و ضرر يصيب ما دون النفس - و يتحقق بقطع عضو، أو جرح يصيب الرأس أو يصيب باقي البدن، أو في صورة إزالة منفعة عضو أو أكثر- فالاعتداء العمدي في كلا النوعين يقتضي ضمان التلف، الذي يلحق بالحياة، أو بالجسم بسبب الاعتداء، و هو ما يقتضي إيجاب المثل صورة، و معنى، و هو لا يتحقق إلا بالقصاص؛ لأن المال ليس بمثل للنفس، أو العضو الأدمي؛ لأنهما ليس مالا، فالقصاص يحقق المثل صورة،

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.707.

2- سورة البقرة، الآية رقم 194.

و معنى لقوله تعالى: >> يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ <<1.

و هذا ما جعل بعض الفقهاء المعاصرين يرون أن القصاص بجانب كونه عقوبة خاصة تقوم بدور الجزاء الجنائي، فإنه في الوقت ذاته تعويضا للمضروب و إن كان تعويضا غير مالي<sup>2</sup>.

و رغم ما يمثله القصاص من تجسيد واضح للمماتلة المطلقة، إلا أنه لا يصلح في جميع الأحوال، فحالات الخطأ، و كذلك حالات ضمان ما دون النفس لا يطبق فيها القصاص، ففي حالة الخطأ لا يقصد الفاعل إيقاع ما وقع من ضرر، و في حالات ضمان ما دون النفس تقتضي أن يكون العضو مما يمكن فيه المماتلة، فالقطع يكون في مفصل أو كوع، أو مرفق؛ فلا قصاص لما ليس فسه حد ينتهي إليه، و هو ما لا يتوافر في كثير من الجراحات<sup>3</sup>.

لذا إذا لم تتحقق المماتلة، أو خيف من عدم تحققها، فلا قصاص في مثل هذه الحالات، و حتى لا يترك الجاني طليقا من أي مسؤولية لتعذر القصاص إما للعفو، أو لعدم توافر شروطه، و لأنه لا يهدر دم في الإسلام فإنه يصار إلى الدية.

و تجب الدية في الاعتداء على النفس في حالة الخطأ كأصل، و كبديل للقصاص في العمد إما للعفو، أو لتعذر استيفائه، و على مادون النفس في حالة عدم، إمكانية المماتلة.

و كنتيجة يبدوا لنا أهم القواعد التي تحكم التعويض في الفقه الإسلامي قاعدة: أن الدية تقدر بقدر الضرر، فيجب ألا يزيد عن الضرر، و يساعد على ذلك أن الشارع الإسلامي قد قدر

1- سورة البقرة، الآية رقم 178.

2- صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص.153.

3- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.807.

المقابل المالي لكل ضرر يمكن أن يصيب الإنسان في بدنه، فإذا ما أمكن تحديد مقدار الضرر فلا تجب إلا ديته بدون زيادة أو لا نقصان.

و لكن هل الدية مثل للآدمي؟

في الواقع أن الدية ليست مثل للآدمي لأن المماثلة بين الشيين تعرف صورة أو معنى و لا مماثلة بين المال و الآدمي لا صورة و لا معنى، و مع ذلك أوجب الشارع المال في حالة الخطأ لصيانة النفس المحرمة عن الإهدار مثلما أوجب الفدية عن الشيخ الهرم في حالة عدم القدرة على الصيام رغم أن الإطعام ليس مثل للصوم و كذلك الدية<sup>1</sup>.

و لصعوبة تقدير المثل بين الضرر البدني و المال فقد تولى الشارع أمر تقديره لكل جزء من أجزاء البدن فقد تقرر وجود دية في النفس بنص الكتاب بقوله تعالى: >> و من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله<<.

و ما لم يرد في تحديده نص شرعي يعرف بحكومة العدل حيث يترك للقاضي تحديد مقداره و من أمثلتها جرح طرف الأنف بما لا يرتب الدية كاملة، و كذلك إضعاف الحواس دون إذهاب منفعتها كإضعاف البصر.

و حكومة العدل هو تعويض مدني بحث فهو جابر للضرر و مقداره غير محدد خاضع للاجتهد و الخبرة<sup>2</sup>.

لكن المسألة التي يثيرها التعويض المقدر هي: هل هو متعين في نوع بعينه من المال تعيينا كميا و نوعيا؟ أم متعينا اعتبارا للقيمة؟ بمعنى آخر هل متعين في الإبل فقط أم في غيرها من الأموال؟

1- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.812.

2- محمد صبري الجندي، ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار، مجلة الحقوق، ع1، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 26مارس2002، ص.258.

في الواقع أن تحديد الدية بالإبل مبناه اعتراف العرف السائد لدى عرب الجاهلية، و هو تقدير حكمي من الشارع لتعذر تقويم المتلف بالمال، لذا لا يتصور أن يكون مثل هذا التقويم الحكمي لعين المال الذي قوم به المتلف، إنما هو لقيمته، لذا يجوز إيداله بنوع آخر من المال مع مراعاة التعادل الحسابي في القيمة، و بصفة خاصة بمال متخذ أساسا للمعادلة، و هذا ما دعا الإمام الشافعي إلى القول بأن: >> الدية لا تقوم إلا بالدنانير و الدراهم كما لا يقوم غيرها إلا بهما <<.

و خلاصة تبدو المقارنة بين القانون و الفقه الإسلامي في تقدير التعويض رغم ما يظهر من نقاط اتفاق بينهما إلا أن الاختلاف جوهري في الوقت ذاته و ليظهر ذلك بوضوح يجب معرفة نقاط الاتفاق و الاختلاف على الوجه التالي:

### **نقاط الاتفاق تكمن كالآتي:**

- أساس التعويض هو الضرر حيث يدور معه وجودا و عدما.
- مقدار التعويض يختلف باختلاف جسامة الضرر.
- مقدار التعويض محدد في الفقه الإسلامي و هو ما يسعى إليه القانون الوضعي حيث بلغت التطورات القانونية إلى الحد الذي تحاول فيه وضع جداول تعويضات للأضرار الجسدية تتناسب مع السن عليها.

### **نقاط الاختلاف:**

- القانون الوضعي يحصر التعويض عن الأضرار الجسدية فيما يتمخض عنها من نتائج مادية و معنوية، أما الفقه الإسلامي فينظر إلى الضرر الجسدي في ذاته و ليس فيما يفضي إليه من نتائج مادية أو معنوية فأبذاء الجسد في ذاته ضرر يتعين جبره حتى و إن لم يسفر عن خسارة مادية أو معنوية.
- لذا يترتب في القانون الوضعي نتيجتين:

- المضرور إن لم ينتقص دخله نتيجة الإصابة سيقصر ما يحصل عليه من تعويض عن الجانب المادي للضرر الجسدي على ما أنفق لغايات العلاج أي أن سيحصل على تعويض ما لحقه من خسارة فقط، فضلا عن ذلك أن التعويض يختلف بين شخصين أصيبا بذات العجز بالنظر لإلى ظروف خارجة عن الضرر و عن تقويمه بل أكثر من ذلك فإن من المتوقع أن يحصل شخص على تعويض أكبر من شخص آخر لأن ضرر أحدهم أقل، و في هذا و ذلك خروج على القاعدة الأساسية التي أخذ بها القانون الوضعي في تقدير التعويض، و هي أن التعويض يقدر أساسا بالنظر إلى حجم الضرر، أما الفقه الإسلامي فالتعويض يكون عن الضرر ذاته و لو لم يترتب عليه أضرار مادية، و معنوية، فإيذاء الجسد في ذاته معوض عنه.
- النظر إلى الضرر الجسدي من خلال نتائجه المادية، و المعنوية يحول دون التعويض عن الوفاة في ذاتها، أما الفقه الإسلامي فيعترف بتعويض النفس في حالة الوفاة.

## المبحث الثالث: آليات التعويض المكتملة لنظام التأمين من المسؤولية في مجال عمليات نقل الدم.

في الواقع أنه بعد أن رأينا أن النظام الذي شيده القضاء لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث في ظل القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، و كيف أنها لا تستطيع، و لا تصلح كآلية لتعويض الأضرار الجماعية المتفاقمة بسرعة كبيرة، يسقط بسببها العديد من الضحايا، و تفقد مبالغ باهظة نتيجة تعدد عناصر الضرر عن العدى، و بعد أن عقلت الآمال على نظام التأمين من المسؤولية في سد هذه الثغرات، إلا أنه رغم ما حققته هذه الآلية من مزايا بما تكفله من حصول المضرور على حقه في التعويض بمجرد حدوث الضرر، و دون الحاجة إلى الخوض في إجراءات قضائية تستغرق وقتا طويلا، بالإضافة لتجنيبه مخاطر إفسار المسؤول الذي تقف موارده المحدودة عائقا دون مواجهة الأضرار البالغة التي قد تلحق بالمضرور، إلا أنه لا يمكن القول بأن التأمين من المسؤولية يكفل بذاته الحماية الكاملة للمضرور خاصة، و انه في ظل التأمين من المسؤولية ضد المخاطر العلاجية نجد العديد من شركات التأمين ترفض بعض أنواع التأمين من المخاطر الطبية و منها التأمين على الحياة ضد مرض الايدز هذا من جانب، و من جانب آخر فثمة حالات تخرج عن حدود تلك الحماية التي يقرها نظام التأمين من المسؤولية مثل عدم إبرام المسؤول لعقد التأمين من مسؤوليته، أو أن يكون مبلغ التأمين غير كاف لتغطية الأضرار التي أصابت المضرور، كل هذا أدى إلى البحث عن آلية لسد الثغرات التي قد اعترت نظام التأمين كآلية أساسية للتعويض<sup>1</sup>.

و من المعلوم أن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية تعطي للمضرور الحق في حصوله على التعويض سواء من المسؤول أو شركة التأمين في حالة وجود التأمين إلا أن هذه الآلية لا

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.853.

تكفي في حالة حصول أمراض بشكل كوارث كما حصل في فرنسا و غيرها من الدول في مجال مرض الايدز<sup>1</sup>.

لذا اتجهت الأنظار نحو آليتين مكملتين لآلية التأمين، و تتمثلان في التعويض عن طريق صناديق الضمان(المطلب الأول)، و التعويض عن طريق الدولة(المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعويض عن طريق صناديق الضمان.

أخذ المشرع الفرنسي بإنشاء صندوق لتعويض ضحايا مرض الايدز، و صدر القانون رقم 91-1406 الصادر في 1991-12-31 و الذي شمل الضحايا الذين يتم نقل دم ملوث إليهم و لم يشمل باقي مرضى الايدز الذي ينتقل إليهم المرض بطرق أخرى. و يعد صندوق التعويضات المذكور هيئة اعتبارية تتمتع بشخصية قانونية مستقلة يصعب تكييفها لأنها مرفق عام أو أنها تخضع للقانون الخاص<sup>2</sup>.

و يمون الصندوق من الدولة(أي من ميزانية الدولة) و من شركات التأمين و من التعويضات التي يتم الحصول عليها من المسؤولين عن الإصابة<sup>3</sup>.

و قد كان عدد ضحايا الايدز عند صدور هذا التشريع حوالي خمسة آلاف شخص منهم ألفان و مائتان في طور المرض الفعلي و أربعة آلاف من حاملي الفيروس و اعتبر ذلك بمثابة الكارثة القومية في الأوساط الطبية.

و يرأس الصندوق رئيس دائرة أو مستشار في محكمة النقض سواء كان يزاول المهنة أو أحيل إلى المعاش<sup>4</sup> و يتكون الصندوق من لجنة للتعويضات مسؤولة عن إعلان طلبات التعويض التي تصل إليها إضافة إلى إدارة الصندوق.

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.634.

2- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.635.

3- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.636.

4- عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص.216.

و للحديث عن وسيلة الحصول على تعويض من الصندوق فلا بد من الحديث أولاً عن نطاق التعويض الخاص و مضمونه (الفرع الأول) ثم نتحدث على إجراءات التعويض(الفرع الثاني).

### الفرع الأول: نطاق التعويض.

يستطيع كل مضرور من الإصابة بمرض الايدز نتيجة نقل الدم الملوث أو أحد منتجاته أو مشتقاته أن يلجأ إلى الصندوق للحصول على التعويض القانوني و يحكم الحصول على التعويض من الأسس و الشروط من أهمها:

- يجب أن يكون سبب الإصابة الدم المنقول إلى المصاب سواء بشكل مباشر أو بطريقة غير مباشرة و يتم إثبات العلاقة السببية بين الإصابة و الدم من خلال قرينة نص عليها القانون لصالح المضرور بحيث ينطبق عليه إثبات عملية النقل و الإصابة، إلا أن هذه القرينة البسيطة تقبل إثبات العكس ابتداء من أكتوبر سنة 1985 و تخضع هذه القرينة لسلطة لجنة التعويضات التقديرية التي تتحقق من الإصابة و من تاريخ النقل قبل صرف التعويض. كما تقوم بإجراء الفحوص الطبية على المتبرعين فإذا ثبت لديها خلوهم من مرض الايدز فإنها ترفض طلب التعويض و ذلك لأن الإصابة بالفيروس في هذه الحالة ليست مرجعها الدم و إنما تعود إلى أي سبب آخر بما يعنيه ذلك من عدم قيام القرينة في جانب المضرور.

و في المقابل إذا ثبت وجود شخص من بين المتبرعين مصابا بالفيروس فإن حق المضرور من الدم المنقول في التعويض يثبت و تقوم القرينة لصالح المضرور.

إلا أنه يعترض هذا الأمر صعوبات تتعلق بإصابات أحد المتبرعين بالدم بعد عملية النقل أو أن الدم المنقول ليس هو دم المتبرع المصاب و لذلك فإن المحكمة تفصل في هذه الأمور على ضوء ما يتوافر لديها من أدلة و مستندات و أيضا حسب ما آلت به من ظروف كل

حالة و ملابساتها. و يمكن ملاحظة أن القرينة هي وسيلة سهلة للإثبات و لترتيب آثار قانونية على وقائع أولية<sup>1</sup>.

- أن عدوى المرض التي يتم التعويض عنها بواسطة الصندوق هي عدوى الايدز و هكذا لا يختص الصندوق بنظر دعاوى التعويض عن الأمراض الفيروسية الأخرى مثل التهاب الكبد الوبائي حتى و إن حدثت بسبب نقل دم ملوث.

- يجب أن يتم نقل الدم أو أحد مشتقاته في فرنسا بصرف النظر عن جنسية المضرورين. فإذا تحققت واقعة النقل في فرنسا أصبحت من حق المضرور الحصول على التعويض القانوني من الصندوق حتى لو كان المضرور أجنبياً، أما إذا حدث العكس بأن تم نقل الدم خارج فرنسا خارج فرنسا لا يستحق التعويض حتى و لو كان المضرور مواطناً فرنسياً.

- يشمل التعويض الذي يدفع من الصندوق الأقارب الذين لحقتهم أضرار شخصية بسبب ما أصاب المضرور من أضرار من خلال تطبيق نظام التعويض القانوني. فالزوج أو الأولاد لهم الحق في الحصول على هذا التعويض. بل لقد قضى بحق الطبيب المعالج للمريض في مركز طبي في الحصول على التعويض المقرر من الصندوق على الرغم من انعدام قرابته بالشخص المصاب<sup>2</sup>.

فهؤلاء المضرورون غير المباشرين لهم الحق في الضمان الذي تقدمه الدولة في الصندوق. بشرط أن يثبتوا مقدار الأضرار التي أصابتهم و ارتباطها بضرر المضرور المباشر. بالإضافة إلى ذلك فإن الأقارب غير المضرورين بصفة شخصية لهم الحق في التعويض

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.637.

2- و قد قالت محكمة النقض الفرنسية: <بأن المضرور بأضرار ناتجة عن الإصابة بمرض ضعف المناعة الناتج عن نقل المنتجات الدموية أو الحقن بهذه المنتجات أو الذي تم على الإقليم الفرنسي، هؤلاء يثبت لهم الحق في التعويض من الصندوق المنشأ لهذا الغرض>. و قد نقضت بذلك المحكمة حكم قضاة الموضوع الذين رفضوا دعوى التعويض عن الإصابة بمرض الايدز المرفوعة على الصندوق من جانب جراح يعمل في مركز طبي، بحجة أنه إذا كان افتراض الإصابة يمتد ليشمل الزوج و الطفل المصاب قبل الولادة فإن موقف الطبيب يختلف عن موقف هؤلاء و لا يمكن أن يتمتع بقرينة افتراض الإصابة أو قرينة قيام علاقة سببية بين الضرر الناتج و الإصابة بمرض الايدز نتيجة نقل دم ملوث أو الحقن بمحقنة ملوثة و انتهت محكمة الموضوع إلى أن إصابة الطبيب لا تخرج عن كونها إصابة عمل تثير القواعد المتعلقة بإصابات العمل و تخضع لإجراءاتها. مقتبس من: حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.638.

عما لحقهم من أضرار معنوية و مادية بسبب وفاة المضرور و لكن طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

- يعتبر التعويض القانوني الذي يدفعه الصندوق تعويضا جماعيا تنظمه الدولة بدون الرجوع إلى القواعد المعروفة في المسؤولية المدنية.
- لا يقوم الصندوق بدفع تعويض للمرضى الذي يترتب على نتائج العدوى بالايذز إصابتهم لبعض النتائج القاتلة مثل سرطان الكبد. و بالرغم من ذلك فإن الصناديق لا يحق لها أن تقوم بتعويض مثل هذه الحالات و ليس على المضرورين سوى اللجوء إلى الطرق العادية في أحكام المسؤولية المقررة في القانون المدني.

هذا ما يتعلق بنطاق تطبيق التعويض و لكن ماذا عن المضمون؟

### **الفرع الثاني: مضمون التعويض عن طريق صندوق ضحايا الايذز.**

المبدأ المطروح من خلال قانون 1991-12-31 هو مبدأ التعويض الكامل، و الذي يحدد التعويض وفقا للأضرار التي يتم التعرض لها دون تحقيق إثراء.

في الحقيقة أن مختلف الأسباب المتعلقة بالأضرار المستحقة للتعويض من جراء الضرر الجسدي يجب أن تقتصر هنا على الصعوبات المتعلقة للايذز.

فعن الأضرار الخاصة بالتلوث نجدها تنتوع ما بين أضرار اقتصادية متعلقة بالذمة المالية و التي لا تظهر هنا أي خصوصية، و أضرار شخصية خارجة عن نطاق الذمة المالية، و التي اكتسبت صفة الضرر الخاص، و التي أقرها الصندوق، و اعتمد تعريفا واضحا للضرر الخاص بالإصابة، و الذي تم التعرض له من قبل الضحية من مرحلة إيجابية المرض المعلن، و هو الأضرار الشخصية، و غير الاقتصادية للإصابة بفيروس الايذز يشمل جميع الاضطرابات الناجمة عن حمل المرض، و بقاء استمرار المرض المعلن

>> فالضرر المعنوي يشمل منذ مرحلة إيجابية المرض جميع الاضطرابات النفسية التي تم التعرض لها من جراء الإصابة بفيروس الايدز<<.

و تقييم هذا الضرر يجب أن يؤخذ في الحسبان التقديرات القانونية، و لا سيما العروض غير المقبولة التي تكون موضع الطعون أمام محكمة الاستئناف بباريس<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالضرر الخاص بالتلوث فيظل هو الأكثر إثارة للاهتمام، فإن محكمة الاستئناف قد أعطت تحديدا عاما، و ذلك عن طريق اعتبار أن الضرر ذو طبيعة شخصية، و غير اقتصادي في مرحلة إيجابية للمرض، و يتضمن الاضطرابات الناجمة عن تقلص الأمل في الحياة، و الخوف من الآلام و المعاناة، و كذلك الأضرار الجنسية، و الإنجاب، و في مرحلة الايدز المعلن التي تتضمن المعاناة القاسية، و المؤلمة و الأضرار الجمالية، و مشاكل النفور الاجتماعي.

و يجب أن نأخذ في الاعتبار سن الضحية أثناء، أو عند الإصابة، و كذلك فترة الإصابة و معرفة الاضطرابات و المشاكل الناجمة عنها، و في الواقع فإن بعض النقاط تبدوا خاصة في العديد من المواقف مثل الأضرار المرتبطة بالإنجاب على سبيل المثال يمكن أن تكون غير موجودة، أو مخففة لأم لديها العديد من الأطفال و لكن الأمر يبدو مؤلما في حالة الأزواج حديثي الزواج بل لقد ذهبت المحكمة لأبعد من ذلك في تقدير الضرر فتمسكه بآلام الوالدين الذين لهم ابن وحيد يحمل المرض، و لا يمكنه أن يتزوج في المستقبل، و يحرمهم من الأمل في رؤية ذريته<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: خصائص التعويض عن طريق صندوق التعويضات.

من أهم خصائص الميزة للتعويض عن طريق صندوق التعويضات ما يلي:

<sup>1</sup> - Yvonne Lambert Faiver : L'indemnisation des victimes post-transfusionnelle du sida : hier, aujourd'hui et demain, R.T.D.CIV.1993.p.18.

<sup>2</sup> - وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.775.

- أنه وفقا للقانون الصادر بتاريخ 31-12-1991، فإن صندوق التعويض يؤمن التعويض الكامل للأضرار المتعلقة بالإصابة بالعدوى و التعويض الممنوح يجب أن يكون وحده كافيا في الأساس عن الضرر.
  - إذا كان يمكن للضحية أن يقدر مدى الإصلاح المقدم من قبل الصندوق، فإن عرض التعويض يجب أن يوضح التقييم، أو التقدير لكل ضرر رئيسي، و هذا الإلزام بتقسيم مبلغ التعويض الممنوح يجب أن يكون مسلما به، و هذا على عكس التعويض في القانون العام حيث نجد القضاة يملكون سلطتهم التقديرية لتقدير شامل لكل أسباب الضرر، و هذه الطريقة في التقدير هي إجراء قديم يمثل تعسفا في السلطة فضلا عن أنه يمنع الرقابة الحقيقية من خلال محكمة النقض من أجل ممارسة تطبيق مبدأ التعويض الكامل.
  - مبدأ التقدير المادي للأضرار يكون نظريا مطبقا، و الحساب الثابت للتقدم المحقق في العناية الإدارية على الأشخاص حاملي الفيروسات نتيجة تناول عقاقير، أو التعرض للعلاج الثلاثي.
  - تعويض الضرر الخاص بالتلوث يمثل أصلا في قانون التعويض، و كذلك أكدته محكمة النقض بتاريخ 20 يوليو 1993 و الأموال المصرح بها لتقسيم المبلغ عن هذا الضرر يكون مقسما جزئيا من جانب لتعويض ضحايا حاملي الفيروس، و من جانب آخر للضرر المتعلق بظهور المرض.
  - نظام التعويض عن الضرر الخاص وجد مكانه من خلال قانون 31-12-1991 و هذا النظام لا يحرم على الضحية أن يحدد الأشخاص الذين يتحملون المسؤولية أمام السلطات القضائية<sup>1</sup>.
- هذه هي أهم الخصائص التي تتميز بها آلية التعويض عن طريق صندوق تعويض ضحايا الايدز، و لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هي إجراءات التعويض؟

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص. 783.

## الفرع الرابع: إجراءات منح التعويض.

من استقراء قانون 1991-12-31 يتبين لنا أن المشرع قد جعل إجراء التعويض بسيطة، و سريعة بما على الضحية سوى أن يتوجه إلى صندوق التعويضات لطلب التعويض من خلال تقديم خطاب مسجل بعلم الوصول، و على الصندوق أن يبيث في طلب الضحية خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر، و يقدم عرض التعويض.

و تزداد هذه المدة إلى أربعة أشهر بالنسبة للطلبات المقدمة في أول ديسمبر 1992 و بعد تقديم عرض الصندوق يجب على الضحية أن يؤشر بقبول، أو رفض عرض التعويض على نفس الرسالة، و في حالة قبول العرض المقدم من الصندوق فعلى الصندوق أن يدفع المبلغ المحدد خلال شهر من تاريخ قبول العرض.

و في الواقع إن المشرع سهل على الضحية لأقصى مدى، و يسر له سبل الوصول إلى هذا التعويض حيث أن الضحية يجب عليه فقط أن يثبت أنه تعرض للإصابة باللايدز، أو أحد أنواعه عن طريق نقل الدم<sup>1</sup>.

و إثبات هاذين العنصرين يعد قرينة عند وجود علاقة السببية و لكنة هذه القرينة يمكن دحضها. و لا شك أن عدم تطلب إثبات علاقة السببية أدعى إلى توفير الحماية اللازمة للمضرور. و قد سلك المشرع الفرنسي في قانون 1991-12-31 هذا المسلك حين جعل التعويض عن طريق الصندوق تعويضا آليا يكتفي فيه من المضرور بإثبات واقعة نقل الدم. و بعد ذلك يعتمد الصندوق في هذه المرحلة على ما يقدمه المضرور من بيانات و معلومات و هو ذات الوضع المعتمد في القانون سالف ذكر. و مما يتعين ذكره أن قرار الصندوق بالموافقة على التعويض أو رفضه للتعويض لا يعتبر قرينة على قيام مسؤولية المركز أو الطبيب أو المستشفى في مواجهة المضرور. و قد اقترح في مجلس الشيوخ

<sup>1</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.785.

الفرنسي عند وضع هذا القانون إضافة نص مؤداه ألا تكون لقرارات اللجنة المكلفة بدراسة طلبات التعويض أي أثر على قيام مسؤولية مركز نقل الدم<sup>1</sup>.

و بالنسبة لقيمة التعويض فيتم تقديرها وفقا لقواعد تقدير التعويض على الأضرار الجسدية.

و يقوم الصندوق بعد موافقته على التعويض بعرض تعويض على المضرور أيضا بخطاب موصى عليه بعلم الوصول و يتعين على المضرور إعلان رأيه بالقبول أو الرفض بما عرضه الصندوق. و في حالة قبوله ينبغي على الصندوق صرف التعويض في خلال الشهر التالي لقبوله العرض.

و يكون من حق المضرور في حالة رفض ما عرضه الصندوق عليه من تعويضات التظلم من قرار الصندوق أمام محكمة استئناف باريس كما أن له اللجوء إلى القضاء العادي للمطالبة بالتعويض في حالة عدم اقتناع بما حدده الصندوق أو محكمة الاستئناف و أيضا في حالة رفضه ما تم تحديده و لكنه لا يستطيع أن يحصل من القضاء إلا على المقدار الذي يكمل به مبلغ التعويض الذي حدده له الصندوق ليصل بذلك إلى مبلغ التعويض الكامل لجبر الضرر الذي أصابه<sup>2</sup>.

و يوجد للمضرور في في هذا المجال دعويان:

**الأولى:** و هي للمضرور المصاب أو المستفيدين و ترفع في حالات ثلاث و هي:

- عندما يتم رفض طلبه من قبل الصندوق.
- عند عدم الرد على طلبه من قبل الصندوق خلال المدة المحددة قانونا.
- عندما يرفض المضرور مقدار التعويض الذي عرضه الصندوق و الفترة التي يسمح فيها الطعن هي شهرين و تعتبر محكمة الاستئناف في نظرها الطعن باعتباره التماسا من طبيعة قضائية و تبدأ المهلة المذكورة اعتبارا من تاريخ إخطار الصندوق للمضرور

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.652.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص.653.

بخطاب موسى عليه بعلم وصول بمبلغ التعويض أو من تاريخ رفض الطلب المقدم إلى الأول من جانب الأخير و في حالة عدم رد الصندوق على الطلب فإن مدة شهرين تبدأ من تاريخ انتهاء مدة ثلاثة أشهر التي تبدأ من اليوم الذي يتلقى فيه الصندوق تقريراً كاملاً عن حقيقة و حجم الأضرار الواقعة<sup>1</sup>.

و نتيجة لتركيز الدعاوى أمام محكمة استئناف باريس باعتبارها هي الجهة الوحيدة المختصة فقد أصبح عدد القضايا كبيراً جداً، و نجد أن الأحكام التي صدرت عن القضاء اعترفت بالضرر الذي تحدثه عدوى الايدز. و كذلك فإن الصندوق يستطيع أن يستعين بالخبرة الطبية و آراء المتخصصين في الايدز فيما يتعلق بزمن حدوث العدوى و أسبابها و تطور المرض و غير ذلك من العناصر التي تلعب دوراً في تقدير التعويض أو في الحكم به أصلاً، و يستطيع المضرور و الصندوق الاستعانة بمحام مقبول أمام المحكمة.

و تتم المداولة في دائرة المشورة و بعد ذلك يقوم قلم الكتاب بإعلان الأطراف أو محاميهم بقرارات المحكمة بخطاب موسى عليه بعلم الوصول<sup>2</sup>.

و يلاحظ أن تقدير المحكمة غالباً ما يوافق تقدير الصندوق.

أما الدعوى الثانية فهي دعوى الحلول و هي الدعوى التي يرفعها صندوق التعويضات على الشخص أو الأشخاص المسؤولة عن الضرر الذي قام بتعويضه أو يرفع هذه الدعوى على شركات التأمين بحيث تقام الدعوى على المتسببين للحادثة مثل سائقي السيارات و الأطباء و المؤسسات الطبية وفقاً لمبدأ حلول الصندوق محل الضحية في المطالبة بالتعويض و هو حلول يقع بقوة القانون و الدعوى الوحيدة التي تؤسس على أرض علاقة السببية هي الدعوى ضد المسؤول عن الضرر الواقع من العدوى المنسوب إليه الخطأ مباشرة<sup>3</sup> و لا تقبل هذه الدعوى إلا إذا كان هناك خطأ ثابت في جانب المسؤول عن الإصابة.

1- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.654.

2- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص.135.

3- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.119.

و يكون لجوء الصندوق إلى دعوى الحلول ابتداءا برفعها مباشرة أمام جهات القضاء المختصة فهي دعوى ترفع أمام محكمة أول درجة. و يخضع الحكم الصادر فيها لطرق الطعن المعروفة و لا يلتزم القاضي المدني بتأجيل الدعوى لحين الفصل في الدعوى الجنائية إذا كان هناك مجال للأخيرة.

كما يستطيع الصندوق التدخل بالدعوى الجزائية أمام القضاء الجنائي بصفته مدعيا بحق مدني حتى و لو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف و يكون تدخله بصفة أصلية و ليس بصفة تبعية<sup>1</sup>.

و في النهاية فإنه ينبغي التأكيد دائما على الطابع التكميلي للدور الذي يؤديه الصندوق إلى جانب نظام التأمين من المسؤولية، فهما متوازنان غير متعارضين بل يلزم التنسيق بينهما من أجل تحقيق مبدأ التعويض الكامل لكل من يصيبه ضرر من جراء النشاط الطبي.

بعد الحديث عن كيفية منح التعويض بواسطة صناديق التأمين في النظم القانونية الحديثة التكميلية و تحديد مضمونه و خصائصه و إجراءات الحصول عليه من طرف الشخص المصاب بعدوى الايدز، سيتم التطرق إلى النظام القانوني للتعويض من طرف الدولة.

### **المطلب الثاني: التعويض عن طريق الدولة.**

في واقع الأمر أن الدولة يبرز دورها بشكل كبير في حالة الكوارث الطبيعية، و التي يمكننا القول: إنها أصبحت تتضمن ما يعرف بالكوارث الطبية، خاصة و أن هذا النوع من الكوارث لم تتركس له أية آلية تعويضية تضطلع بإصلاح الأضرار التي تنجم عنه، لذا كان لابد أن يوجد طرف يضطلع بمهمة التعويض و هنا يبرز دور الدولة حيث تتحمل عبء التعويض إزاء هؤلاء الضحايا ليس على أساس المسؤولية القانونية و إنما على أساس التضامن، و التكافل الاجتماعي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.120.

<sup>2</sup>- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.655.

و تبرز أهمية دور الدولة في التعويض عن المخاطر الطبية في تلك الحالات التي نكون فيها بصدد ما يمكن أن يسمى كارثة طبية و عدم وجود آلية تضطلع بالتعويض، حيث تلتزم الدولة في مثل هذه الحالات أن تأخذ على عاتقها عبء القيام بهذا الدور بحيث تتحمل الدولة عبء التعويض إزاء هؤلاء الضحايا ليس على أساس المسؤولية القانونية التي تحدثنا عنها آنفاً و إنما على أساس التضامن الاجتماعي، و قد حاول أحد الفقهاء الفرنسيين إبراز مفهوم المسؤولية الجماعية قائلاً >> لقد تحول فقه المسؤولية الموضوعية لتأكيد أهدافه و غايته حتى و لو كان ذلك يقوم على إنقاذ قانون المسؤولية كله و ذلك باستظهار و تأكيد تلك الموضوعية من خلال الالتزام بالتعويض منه و ليس من خلال أساس المسؤولية حتى أصبح المضرور يجد أمامه ذمة جماعية تلتزم اتجاهه بالتعويض إلى جانب محدث الضرر أو بدلا منه، و هذا الالتزام الجماعي لا يقوم بداهة على الخطأ بل على أساس الالتزام الكيان الجماعي بتعويض كافة الأضرار في المجتمع من خلال الأنظمة الجماعية للتعويض<sup>1</sup><<.

و قد تطور مفهوم مسؤولية الدولة عن التعويض عن الكوارث بالعديد من التطورات التي جعلته يكتسب بعض الخصائص المميزة و التي جعلته يقترب إلى حد كبير من مفهوم التزام الدولة في الفقه الإسلامي. لذا فإننا سنبحث مدى التزام الدولة بالتعويض و خصائصه (الفرع الأول) ثم نتعرف على تعويض الدولة في الفقه الإسلامي - بيت مال المسلمين - (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مدى التزام الدولة بالتعويض و خصائصه.

لقد تطور مفهوم مسؤولية الدولة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر العلاجي. و قد مر هذا التطور بمرحلتين تتمثل المرحلة الأولى بالاتجاه نحو الفصل بين المسؤولية

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.656.

و التعويض، أي التأكد التدريجي للتعويض المستقل عن المسؤولية. أما المرحلة الثانية فهي الاستقرار على التعويض بدون مسؤولية<sup>1</sup>.

عندما يصاب الشخص بفيروس الايدز عند نقل دم ملوث إليه، فإن تساؤلا يثور حول مدى التزام الدولة بتعويضه بصفة خاصة إذا تم النقل بمعرفة أجهزة الصحة الحكومية؟

و تزداد أهمية التساؤل إذا كانت الإجابة ترجع إلى قصور الدولة في أنظمة الرقابة التي تنظم عمليات نقل الدم، و من ناحية أخرى و أمام خطورة الأمراض الملوثة مثل الكبد الوبائي، أو مرض الايدز، و جسامه النتائج المترتبة عليها إضافة إلى شيوع انتشارها ألا يمكن القول: إن مثل هذه الفيروسات المسببة للأمراض تمثل كارثة قومية تلزم الدولة بالتعويض، و مد يد العون إلى الضحايا؟

خاصة إذا لم يعرف المسؤول عن الإصابة لصعوبة تحديده، أو في حالة قدرته على نفي المسؤولية لأي سبب من أسباب الإعفاء.

في الحقيقة: إن مفهوم مسؤولية الدولة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر العلاجي قد تطور بشكل ينذر بالفصل بين المسؤولية، و التعويض بحيث يعترف بحتمية التدرجية في التعويض المستقل عن المسؤولية حتى يصل في النهاية إلى درجة الاستقرار على التعويض بدون مسؤولية<sup>2</sup>.

## أولاً: الفصل بين المسؤولية و التعويض.

1- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.519.

2- وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.757.

في البداية لم تكن الدولة تلتزم بالتعويض عن أي ضرر ناشئ عن نشاطها إلا إذا ثبتت مسؤوليتها بمعنى إثبات الخطأ في حقها، إلا أن اشتراط الخطأ لإمكان قيام المسؤولية، و الالتزام بالتعويض في مواجهة الدولة أصبح يضيق إلى حد كبير مجال هذه المسؤولية حيث بدت مقصورة على عمليات نقل الدم الملوث بفيروس الايدز، و الكبد الوبائي التي تمت في أحد المستشفيات العامة أو مراكز الدم التابعة لها أو حتى الخاصة الخاضعة لإشرافها لتوافر علاقة التبعية<sup>1</sup>.

و التزام الدولة بالتعويض - كمسؤول أخير بتعويض الأضرار - التي لا يوجد ملتزماً بالتعويض عنها كالكوارث الطبيعية<sup>2</sup> و التي يمكن أن تكون الكوارث الطبية إحدى صورها بحيث أصبح التزام الدولة بالتعويض في مثل هذه الحالات لا يقرره القضاء و إنما يفرضه القانون<sup>3</sup>.

غير أن هذا الالتزام بين ثبوت مسؤولية الدولة و بين التزامها بالتعويض قد طرأ عليه تطور كبير. فما هي ملامح هذا التطور؟

ظهرت الملامح الجديدة على أساس التعويض بدون مسؤولية حيث نجده في فكرة المساواة بين المواطنين و التي ظهرت جليا من الحالات التي منح فيها المشرع التعويض و قد ظهرت الأنظمة الجماعية للتعويض استجابة و تلبية للنداء بوجود توفير الحماية للمضررين و لزوم تعويضهم عن الأضرار التي تصيبهم، و ذلك بعد أن تفاقمت هذه الأضرار و انتشرت انتشارا كبيرا و تعاظمت المخاطر التي يتعرض لها الضحايا في هذا العصر<sup>4</sup>.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص.55.

2- محمد إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين الجماعية و الفردية، مجلة المحاماة، 1ع، ب.م.ن، 1954، ص.90.

3- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.472.

4- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.658.

حيث اعتنقت أنظمة جديدة للتعويض مثل الكوارث الناتجة عن انتقال عدوى مرض الايدز، الأمر الذي يغدو معه التضامن الاجتماعي طريقا مكملا لنظام التأمين من المسؤولية<sup>1</sup>.

و من الملامح الجديدة بهذا التعويض ما يتعلق بآلية أدائها، حيث تلتزم الدولة به دون أن يكلف ضحايا الكوارث الطبية بإثبات قيام المسؤولية و هو ما يعني أن هذا التعويض هو تعويض مرتبط بتحقق الضرر و يدور معه وجودا و عدما<sup>2</sup>.

و يترتب على ذلك عدم وجود محل لإعفاء الدولة من هذا الالتزام على أساس أن المخاطر المرتبطة بالمجال الطبي لا يمكن أن تصل إلى درجة الصفر، و هو ما يستتبع امتناع القول بقيام القوة القاهرة كسبب لإعفاء الدولة من المسؤولية لتخلف أحد شروطها بصفة شبه دائمة و هو شرط عدم التوقع. فالخطر الطبي دائما متوقع و ليس هناك خطر في المجال الطبي يمكن أن نطلق عليه خطر منعدم (Risque zéro)<sup>3</sup>.

و لكن يثور التساؤل عن ما هي الخصائص المميزة لهذا النوع من التعويض عن غيره؟

## ثانيا: خصائص التعويض عن طريق الدولة.

يتميز تدخل الدولة بالتعويض في مجال التعويض عن المخاطر الطبية بأنه تدخل مكمل من حيث المبدأ من جهة و من جهة أخرى تدخل متنوع في طرقه. و فيما يلي نبحت كل خاصية منهما:

## 1- الخاصية الأولى: الطابع التكميلي لتدخل الدول.

<sup>1</sup>- J.M.Pontier : L indemnisation des victimes par le virus du sida. Loi du 31 déc.1991, act législative. D, 12 mai 1992, P.35.

<sup>2</sup>- أشرف جابر، المرجع السابق، ص. 473.

<sup>3</sup>- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.659.

و يقصد بالتدخل التكميلي للدولة لتعويض الضحايا أمران: الأول: أنه ذو طابع احتياطي، و الثاني أنه ضروري.

يقصد بالتدخل التكميلي للدولة بتعويض المخاطر المرتبطة بالأضرار التي تلحق المضرور أنه ذو طابع احتياطي إضافة إلى أنه ضروري .

أما الطابع الاحتياطي فإنه يعتبر تدخلا تكميليا بحيث لا يظهر دور الدولة بوضوح إلا في حالة عدم وجود جهة مسؤولة عن تعويض الأضرار و كذلك في حالة عجز آليات التعويض السابقة عن تعويض المخاطر الطبية، و بذلك يكون دور الدولة مكملًا لنظام التأمين من المسؤولية الطبية و ليس موازيا لها، كما أنه لا يعتبر تدخلا فرعيا. و هذا لا يعني أنه ليس ضروريا و إنما يعتبر هذا التدخل حتميا لتلبية مقتضيات العدالة التي ينشدها ضحايا المخاطر الطبية حيث أن آلية التعويض العادية لا تستطيع أن تسد حاجة المضرورين خاصة عندما يكون الضرر على شكل كوارث<sup>1</sup> و مع أن تأمين المسؤولية يمثل وسيلة التعويض الأساسية إلا أنه لا يمكن أن يكون حلا كافيا في جميع الحالات خاصة عند وقوع الكوارث الطبية التي لا يستطيع معها هذا النظام القيام بتعويض كل الأضرار الكارثية. خاصة و أنه من الممكن أن ترفض شركات التأمين ضمان مخاطر بعض المجالات الطبية. إضافة إلى أن مشكلة ظهور أعراض الأمراض نتيجة العلاج أو أي إجراء طبي بعد انتهاء مدة سريان عقد التأمين و عدم وجود طريق آخر للتعويض إذا كانت الجهة الطبية خاصة و غيرها قادرة على تعويض أضرار تتسم بأنها كارثية، من ذلك نجد أن تدخل الدولة و إن كان تدخلا تكميليا إلا أنه ضروري في هذا المجال حيث لا يستطيع نظام التأمين من المسؤولية بمفرده تغطية أضرار مثل أضرار الناجمة عن فيروس الايدز و التهاب الكبد الوبائي<sup>2</sup>.

1- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.473.

2- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.660.

## 2- الخاصة الثانية: تنوع طرق الدولة في التعويض.

من العادة أن تتدخل الدولة وفق اعتبارات القانون العام بإحدى طريقتين إما تقديم المساعدات و إما التعويضات. بحيث تقوم الدولة بتقديم مساعدات إلى فئة من فئات المجتمع ممن أصابتهم كوارث عامة مثل الزلازل و البراكين و السيول و الأوبئة و غيرها من الكوارث التي تحل بالمجتمعات و هي كثيرة جدا. إلا أن تقديم هذه المساعدات لا يثير مسؤولية الدولة حيث أن فكرة المساعدات لا تقوم على مسؤولية و إنما على أساس المنحة التي تجود بها الدولة على مواطنيها دون أن يكون لهم التمسك بالمطالبة بها قانونا. و لا تشكل هذه المساعدات إلا على أساس أنها مجرد مساهمة من الدولة تظهر فيه أمام مواطنيها و المضرورين بشكل خاص بأنها تهتم بهم<sup>1</sup>.

أما التعويضات فإن الدولة تقوم بها من أجل تعويض الضحايا مثل ضحايا المخاطر الطبية على أساس فكرة المسؤولية. و ارتباط هذه التعويضات بفكرة المسؤولية يجعل من التعويض شاملا كافة الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية مما يعني مبدأ التعويض الكامل و الذي يعني أن هذه الصورة من صور تدخل الدولة يكون حقا للمضرورين و ليس منحة من قبل الدولة<sup>2</sup>.

و إشكال هذا التعويض يكون إما بتخصيص جزء من ميزانية الدولة أو استخدام ما يعرف بميزانية التكاليف المشتركة<sup>3</sup> و قد استخدم أسلوب تحقيق بند في ميزانية الدولة في قضية شهيرة عرفت اسم هرمون النمو الملوث و هو مرض خطير يصيب الأطفال بتليف الجهاز العصبي. و تحملت الدولة تعويض هؤلاء الضحايا الذين يبلغ عددهم خمسمائة شخص

1- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.475.

2- حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص.661.

3- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.475.

بتخصيص بند خاص بالميزانية في وزارة الشؤون الاجتماعية و وزارة الصحة، ثم التعويض وفق معدل محدد كما هو الحال بالنسبة لتعويض ضحايا الايدز<sup>1</sup>.

و لا يؤخذ بهذا الحل إلا عندما يكون عدد الضحايا محدودا مما يؤكد على خصوصية الدور الذي تقوم به الدولة لتعويض ضحايا المخاطر الطبية و الذي يتمثل في مواجهة الكوارث الطبية التي تقع بصورة مؤقتة و تصيب فئة أو طائفة من المجتمع. أما في حالة ما إذا كان الخطر دائما و غير محدود و يتعلق بعدد مرتفع من الضحايا فإنه يكون من اللازم اللجوء إلى آلية التعويض على أساس نظام صندوق الضمان<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تعويض الدولة في الفقه الإسلامي. (بيت مال المسلمين).

حرص الإسلام على إرساء مبدأ التكامل الاجتماعي بين أفراد المجتمع الواحد. و قد بين الله تعالى أن المال ما هو إلا وديعة استودعها الله بعض عباده بغرض الإنفاق و التصرف على غير القادرين من المجتمع و ذلك إعمالا لقوله تعالى: >> **أَمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ** <<<sup>3</sup>.

و إذا اقتضت صيانة مقاصد الشرع الضرورية من عصمة للأنفس و الأموال عن الهدر إيجاب الضمان جبرا للفائدة من حقوق الخلف فإن الشريعة الإسلامية استلهمت في بناء أحكام التعويض على أن يكون الالتزام بالتعويض هدفه جبر الضرر و ليس زجر محدثه؛ و لذا أدرجه الفقه في طائفة الجوابر<sup>4</sup>.

و إذا كان جبر الفائت من الحقوق يقتضي إضافة إلى إيجاب الضمان تحديد ما يكفله من الأنظمة الخاصة بالتعويض بحيث تستند إلى وسائل تنظيمية تملئها الاعتبارات الاجتماعية و

<sup>1</sup>- وائل العزيمي، المرجع السابق، ص.860.

<sup>2</sup>- أشرف جابر، المرجع السابق، ص.476.

<sup>3</sup>- سورة الحديد، الآية رقم 07.

<sup>4</sup>- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الإمام، ج1، ط2، دار الجليل، ب.م.ن، 1980، ص.178.

لكي تتفق مع الهدف من التعويض وهو جبر الأضرار في حالة عدم تعيين المسؤول أو العجز عن دفع التعويض للإعسار<sup>1</sup>.

و من أجل إتمام بناء ضمانات التعويض وفق أسس اجتماعية تحقق العدل و بما يقتضيه مفهومه الاجتماعي من تكافل، يجعل من الضمان شكلا أسمى لما ينبغي أن يسود بين الناس من علاقات العدل<sup>2</sup>.

و قد شرع الإسلام الضمان الاجتماعي العام بين المسلمين بما يسمى ببيت مال المسلمين و الذي من خلاله يتم التعويض من قبل الدولة.

للحديث عن ذلك لابد من بيان مفهوم الضمان الاجتماعي العام (نظام بيت المال و مقارنته بنظم التعويض الوضعية).

### أولاً: حقيقة نظام بيت مال المسلمين.

فرض الله عز و جل الزكاة و حدد مستحقيها بثمانية أصناف ذكرهم على سبيل الحصر في قوله تعالى: << إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ >><sup>3</sup>.

و من خلال هذا النص نجد أن الأصناف الثمانية المذكورين حصرا في آيات الصدقات محددین تحديدا دقيقا لا يقبل الجدل عدا الصنف الثاني و هو المذكور في قوله تعالى: << وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ >> من ثلاثة آراء. الرأي الأول بأنها عامة تشمل جميع القرب و الطاعات و الثاني يرى أن المراد بها الغزاة الذين يلحقون بالجيش و اشترطوا أن تعطى للجنود الذين يقوموا بالجهاد فعلا و ليس الذين يبقون في ديون السلطان و الذين لا يأخذون

1- حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض مقتضياته الغائية و مظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص.494.

2- نفس المرجع، ص.495.

3- سورة التوبة، الآية رقم60.

شيئاً<sup>1</sup> و قال آخرون أنها عامة في الكل<sup>2</sup> و أصحاب الفروض و هو الفقراء و هؤلاء من لا مال لهم و لا صنعة و المسكين من له مال أو صنعة لا تقع منه موقعا و لا تغنيه.

و الغارم صنفان: صنف أدانوا في مصلحتهم و في معروف و غير معصية ثم عجزوا عن أداء ذلك في العرض و النقد فيعطون في عزمهم لعجزهم<sup>3</sup>.

من ذلك نخلص إلى أن بيت المال لدى المسلمين يعتبر نطاقا للتعويض عن طريق الدولة لا يرتكز على خطأ إنساني و إنما هو تكامل اجتماعي يهدف إلى جبر الأضرار الجسدية و المالية. و قد وضع النظام الإسلامي نطاقا محكما من الصدقات و هو الزكاة الذي يهدف إلى تحقيق الضمان الاجتماعي باعتبار أن الزكاة من أهم مصادر تمويل بيت مال المسلمين إضافة إلى الغنائم و الهدايا. و قد ذهب غالبية الفقه إلى القول بأن المدين بالدية يدخل في باب الغارمين. فذهب الشافعية إلى << أن من لا عاقلة له يؤدي عنه بيت المال >><sup>4</sup> و ذهب البعض إلى أن من أسلم و لا قوم له فالمسلمون يعقلونه و إن كانت عاقلته قليلة ليس فيها من يحمل الدية لقتلهم حمل عليهم ما يحملونه و ما بقي على بيت المال أما الفقير و الغارم فلا تضرب على واحد منهما و لو كانت الجناية منهما<sup>5</sup>.

و ذهب ابن حزم بأن الدية في سهم الغارمين من الصدقات أو بيت مال المسلمين و في كل مال موقوف لجميع مصالحهم لأن الولادات متصلة من ولد آدم عليه السلام و إلى انقراض الدنيا فكل من على ظهر الأرض من ولد آدم فله عصمة يعلمها الله تعالى فإن كانت العصمة مجهولة أو كانوا فقراء فإن الله تعالى أوجب عليهم الدية و خفي أمرهم، فهم عند الله تعالى من الغارمين. فحقهم في الغارمين من الصدقات واجب فتؤدى عنهم ذلك.

1- حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص.497.

2- الرازي، التفسير الكبير، المرجع السابق، ص.113.

3- الشافعي(أم)، الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار الشعب، ب.م.ن، ب.س.ن، ص. 108-109.

4- الإمام الشافعي(أم)، المرجع السابق، ص.102.

5- حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص.509.

و عليه فإن نظام بيت المال يعتبر وسيلة هامة من وسائل التعويض التي تقوم بها الدولة لجبر الأضرار عند تحقق أسباب دفعها من هذا الباب. و يظهر نظام بيت مال المسلمين وجهه الإنساني و التكامل بين ضمان المخاطر و ضمان الحقوق دون ما خلط أو تدخل بين مظهري فكرة الضمان كما جسدها أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

### ثانيا: نطاق بيت مال المسلمين.

بالإضافة إلى الحالات السابقة نجد أن نظام بيت المال يمكن تطبيقه في حالة تخلف موجب الضمان (التعويض) متى كان الإلتلاف راجعة إلى قوة قاهرة أو خطأ المتلف عليه (المضور) هنا نجد أن الشريعة هيأت في مواجهة تلك المخاطر ضمانا اجتماعيا حقيقيا .

و لكن هل يعني ذلك أن يحل ضمان المخاطر (بيت المال) محل ضمان الحقوق؟

في الواقع إن نظام بيت مال المسلمين يظهر وجه الاتساق و التكامل بين ضمان المخاطر و ضمان الحقوق دون ما خلط أو تدخل بين مظهري فكرة الضمان كما جسدها أحكام الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

فضمان الحقوق مؤسس بطريقة موضوعية على اعتبارات فردية، و ضمان المخاطر يلبي مقتضيات العدل الاجتماعي من تكافل.

فالنظامان متكاملان إلا أن هذا لا ينفي أن هناك تمايز، فالكل فكرته و هيكله التنظيمي المحققة لأهدافه و غايته و لكن لا يصل الأمر إلى استبدال ضمان المخاطر بضمن الحقوق؛ لأن ضمان الحقوق يولد في النفوس ما يحدث على التبصر و سلامة السلوك من بواعث فخير ضمان ليس ضمان جبر الفائت من الحقوق، و إنما الالتزام بما من شأنه توقي

<sup>1</sup>- حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص.512.

<sup>2</sup>- نفس المرجع و الصفحة.

المساس بها من مظاهر السلوك، لذا ينبغي النظر إلى ضمان المخاطر كنظام متمم لضمان الحقوق.

و يعتبر التعويض من بيت المال تعويضا تكميليا تلتزم به الدولة الإسلامية أو التي تطبق الشريعة الإسلامية في نظامها المالي بحيث يحل نظام بيت المال محل التعويض الذي تقوم به الدولة سواء في مجال المساعدات أو التعويضات. فنظام بيت المال يعد أشمل و أوسع مما هو عليه الآن من أنظمة قانونية وضعية بحيث يعالج كافة أوجه القصور في نظم المسؤولية الوضعية و يحقق تكافلا اجتماعيا أوفى و أشمل<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>- حمد سلمان سليمان الزبيد، المرجع السابق، ص.665.

# الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يتبين لنا أن للتعامل في الجسم البشري مبادئ عامة تتضمن قواعد مستقرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحسب الأصل، و لنسبية فكرة النظام العام تختلف تلك القيم باختلاف الأزمنة و الأمكنة. و عليه تقرر وضع نظام قانوني حمائي يحكم التعامل في الجسم البشري، لأنه غاية التنظيم الاجتماعي و في حمايته رعاية و ضمان لاستقرار المجتمع. و تكرر مبدأ عدم تعامل في جسم الإنسان إلا فيما يخدم المبادئ الأساسية بشرط الرضائية و التبرعية و المشروعية.

و إذا كان الكائن البشري هو غاية النظام الاجتماعي و القانوني، فإن حماية سلامته الجسدية في عناصرها البدنية و النفسية؛ تعد ركيزة أساسية من ركائز النظام القانوني. و إذا كانت الحماية التي ترد على هذا الكيان منطها شموله لقيم و عناصر لازمة لتمكين صاحبها من أداء الدور المنوط به اجتماعيا، فإن المشرع يسعى من خلال إسباغ الحماية القانونية على العنصر البشري الذي يتكون منه البناء الاجتماعي إلى صيانة دعائم هذا البناء.

و إذا كنا قد انتهينا إلى أن التعامل القانوني يمتد إلى جسم الإنسان دون أن يعتبره شيئا، و أن الجسم محل تنظيم قانوني، فإن المبدأ الذي يحكم التعامل هو عدم مالية التعامل في جسم الإنسان.

و هي النتيجة الأولى من هذه الدراسة لتتبعها مجموعة من النتائج و التوصيات ضمن ثناياها، نورد أهمها في النقاط التالية:

- إن التعامل في الجسم تحكمه ضوابط تم استخلاصها من مجمل صور التعامل في منتجات جسم الإنسان المختلفة، و هذه الضوابط تتمثل في ضرورة توافر أهلية خاصة عند التعامل في جسم الإنسان، و ضرورة توافر الرضا، و أن يكون الرضا قابلا للرجوع فيه، و أن يكون التعامل دون مقابل، و بناء على مصلحة جديرة بالرعاية.
- إن أساس المشكلة يكمن في اختلاف النظرة القانونية لجسم الإنسان، هذه النظرة التي تدور في فلك الشيء الذي يدخل في التعامل، و التي على أساسها وجد البعض أن الجسم ليس بشيء، و بالتالي فلا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل القانوني، و من ثم فلا يجوز التصرف فيه، و لكنهم سمحوا ببعض التصرفات التي قد ترد عليه على سبيل الاستثناء. أما البعض الآخر فقال أن الجسم إذ يدخل في دائرة التعامل؛ فإنه يصبح شيئاً بالمفهوم القانوني، و بالتالي يمكن أن يكون محلاً للتصرفات التي تخضع لضوابط خاصة، و فريق وقف حائراً بين الشخص و الشيء و لم يتمكن من التوفيق بينهما، و وجد أن الخلاص في القول بأن جسم الإنسان هو شخص بالتخصيص.
- لم نستطيع إلى حد الساعة الخروج من دائرة الفكرة القانونية المتعارف عليها في المعاملات المالية و التي تقوم على أساس أن الحق المالي لا يرد إلا على شيء يدخل في دائرة التعامل المالي، و التي ألفت بضلالها على مسألة جواز التصرف في جسم الإنسان.
- إذا، فالمشكلة لم تعد مشكلة اعتراف بدخول هذا الجسم في دائرة التعامل القانوني أم لا، و لكن في الاقتناع بضرورة السعي لإقامة نظام قانوني متماسك لجسم الإنسان و نظرية تختلف في فحواها و مبادئها و أحكامها عن نظرية العقد المنظمة للمعاملات المالية، و لكن لا يمنع ذلك من بذل محاولات سواء من جهة رجال القانون و فقهاء الشريعة الإسلامية، بعد استقراء الرأي الطبي فيما يتعلق بتأثير تصرف ما في جسم الإنسان على حياته، و سلامة أعضائه.

- إن العمل الطبي و إن كان في الأصل غير جائز لما فيه من انتهاك حرمة جسد الإنسان
- إلا أن الضرورة الشرعية التي تقوم على إباحة التداوي و العلاج- جعلت ممارسة العمل الطبي على جسم الإنسان فعلا مشروعاً، و ذلك لحاجة الإنسان إليه و هذا يبيح للطبيب النظر إلى عورة غيره، و ذلك لحاجة المداواة - فإذا وقف الطبيب على الداء لا يحل له النظر بعد ذلك- لأنه لا حاجة لذلك، لأن ما أحل للضرورة أو حاجة يقدر بقدره و يزول بزوالها و لأن المداواة ضرورة اجتماعية، و لأن الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة و العافية و لدرء مفسد الأسقام و حتى يكون العمل الطبي مشروعاً و مباحاً لا بد من توافر شروط معينة حتى لا يترك الأمر سدى و هذه الشروط تتمثل في إذن الشرع، و إذن المريض.
- يجوز بيع لبن الأدميات لشخص معين و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الراجح عند الحنابلة و الظاهرية إلى جواز بيع لبن الأمهات الأدميات إلى بنوك الحليب.
- أصبح من المتفق عليه أن الدم البشري يعتبر ضرورة ملحة لحياة البشر و لا بد منه للتداوي به لوجود الضرورة التي تجيز للجوء إليه كدواء و خاصة عدم توفر بديل طبيعي أو صناعي حتى الآن يمكن أن يحل محله و كذلك وجدنا أن الدم باعتباره عضو من أعضاء جسم الإنسان يحظى بالحماية القانونية التي توفرها القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية.
- إن العلاقة بين المريض و مراكز نقل الدم تحكمها قواعد الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون المدني و ذلك لعدم وجود علاقة مباشرة في أغلب الأحيان بين المريض و مراكز نقل الدم.
- تستخدم الخلايا الجزعية في علاج الكثير من الأمراض على سبيل المثال، أمراض القلب، علاج التهاب المفاصل، علاج كسور العظام، الحروق و الجروح، أمراض العقم،

و غير ذلك من الأمراض المستعصية التي لا علاج لها، و أصبحت هي الأمل بعد الله سبحانه و تعالى في الشفاء.

- لا مانع شرعا من إنشاء بنك خاص لحفظ الخلايا الجذعية، الموجودة في دم الحبل السري و المشيمة و تجميدها، ما دامت تستخدم في العلاج البشري. كما يباح الاستفادة من أنسجة و خلايا المتوفى حديثا في زراعة الأعضاء إذا استطاع العلم أن يستفيد منها في المستقبل لعلاج المرضى الذين هم في أمس الحاجة إليها.
- إن مضمون التزام المرافق الطبية في مجال عمليات نقل الدم التزام بتحقيق نتيجة هي حصول المريض على دم سليم خال من التلوث من الأمراض و الفيروسات.
- إن أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المرضى الذين يصابون نتيجة عملية نقل الدم تقوم على مبدأ التضامن القومي الذي أتاح التعويض العاجل و الكامل لضحايا هذه الحوادث و غيرها و على رأس هذه الأمراض مرضي الايدز و التهاب الكبد الوبائي.
- لا زالت التشريعات الخاصة بعمليات نقل الدم خاصة و المرافق الطبية العامة غير موجودة و خاصة نظام المسؤولية الطبية و تأميننا إجباريا من هذه المسؤولية.

و من أهم النتائج التي توصلنا إليها في بحثنا هذا ما يلي:

- إن التعامل في جسم الإنسان مر بمرحلتين أساسيتين: الأولى تم فيها تطويع القواعد العامة بما يتناسب و التعامل في جسم الإنسان، و الثانية: مواجهة المشكلة صراحة و الاعتراف بعدم كفاية تلك القواعد لتنظيم التعامل في جسم الإنسان، و محاولة إخراجها شيئا فشيئا عن دائرة الأنظمة القانونية المتعارف عليها.
- إن المتتبع للقانون في متناوله لجسم الإنسان يجده يتبع أسلوبين، فهو إما أن يظهره كقيمة مجردة للشخصية (كالحق في الصورة)، أو يظهره كشيء يقبل أحيانا التعامل عليه بمقابل (كبيع حليب الأم، الدم و مشتقاته مثلا)، فيقع الجسم بسبب ذلك تحت ما يسمى بازواجية النظام القانوني، فهو من جهة يعامل كقيمة في حد ذاته، و ذلك عندما يتمثل

- التعامل عليه كشكل مجرد في الصورة و المظهر الخارجي، و يعامل من جهة أخرى كشيء عادي و ذلك في حال انفصاله عن الشخص كأعضاء و منتجات و بقايا آدمية.
- من خلال ما سبق بيانه يتضح جليا أن التعامل في منتجات جسم الإنسان يجب أن يكون من منطلق قواعد متميزة لجسم الإنسان تراعي حرمة و من ثم حمايته من الشخص نفسه و في مواجهة الغير.
- من منطلق القناعة أنه لم يعد جسم الإنسان بمنأى عن التعامل فيه، خاصة و أن كثيرا من القوانين اعترفت صراحة بإمكانية تصرف الشخص في جسمه كأعضاء و منتجات، و عليه نعتقد أن تكون البداية بتنظيم التعامل في منتجات الجسم أولا و ذلك لعدم وجود تعقيد في الشروط التي يجب توافرها مقارنة بالتعامل في أعضاء الجسم و أجزاءه، لأن الأخيرة حتى الآن لم نصل إلى اتفاق بشأن التعامل عليها، فبالنسبة لحليب الأم مثلا يقبل التعامل فيه بمقابل من غير أن يوجد الهدف العلاجي، أما المنتجات الأخرى و التي تعتبر أكثر ارتباطا بالشخص كالدّم مثلا، فيمكن تنظيم التعامل عليها من خلال مراعاة المبادئ القانونية.
- تجدر الإشارة إلى أن فكرة إقامة نظرية عامة للتعامل في منتجات جسم الإنسان تقف في منزلة متميزة عن الحقوق الشخصية و الحقوق العينية، و بالتالي يجب أن تكون هذه النظرية بمثابة النظرية العامة للعقد، بحيث يوجد تنظيم لكل نوع من أنواع التعامل الذي يرد على جسم الإنسان. بالإضافة إلى السعي لإنشاء نظام قانوني لجسم الإنسان خاص به مستقل عما سواه، و متصف بالواقعية، و مستمد من مبدأ احترام الإنسان في جسمه و كرامته و آدميته و حرته.
- لا بد من تقييد بنوك الحليب ببعض الضوابط، كأن يكون اللبن فائضا عن حاجة الطفل الرضيع و ألا تتضرر المرأة بذلك، و أن تجرى التحاليل و الفحوصات اللازمة لها و لا بد أن تخضع هذه البنوك إلى إشراف علمي و طبي على أعلى مستوى حتى تحقق المنفعة العامة للمسلمين و الهدف الذي أقيمت من أجله.

- إقرار الالتزام بنتيجة في حق مراكز نقل الدم و المؤسسات العلاجية بحيث يكونون ملزمين بنفي مسؤوليتهم بإثبات السبب الأجنبي و التوسع في استخدام قرينة السببية اتجاه مؤسسات نقل الدم لإقرار الخطأ في جانبها و إذا أرادت نفي المسؤولية فعليها إثبات السبب الأجنبي.
- ضرورة التسليم بالدور المؤثر لنظام التأمين من المسؤولية في مجال عمليات نقل الدم على أسباب الإعفاء من المسؤولية بحيث تقرر جواز ضمان مسؤولية هيئات نقل الدم و الأطباء القائمين على تنفيذها و تجنب استبعاد بعض صور النشاط الطبي في نطاق عمليات نقل الدم من الضمان و إيجاد نظام التعويض التكميلي لنظام التأمين من المسؤولية الطبية و يتحقق ذلك بإنشاء صناديق ضمان مثل صندوق تعويض ضحايا الايدز بفرنسا.
- إنشاء هيئة رقابية مستقلة لا يخضع أفرادها للهيئات السابقة بحيث تضمن رقابة فعالة على أن يكون أعضاؤها من الخبراء في مجال الدم بالإضافة إلى المراقبة الفعالة للقرارات المتعلقة بعمليات نقل الدم و ضرورة حصول منتجات الدم و الأدوية المشتقة منه على تراخيص مسبقة لطرحه للتداول في الأسواق.
- ضرورة إعادة تنظيم تشريع خاص بالمسؤولية الطبية و التأمين الإجباري و خاصة في مجال عمليات نقل الدم .
- الأخذ بنظام الدية و الذي يتميز عن الأنظمة القانونية الوضعية بأنه يساوي بين جميع الضحايا في التعويض و هو ما يحقق العدالة حيث ينظر للضحية من منظور إنساني و هو ما تفتقده القوانين الوضعية.
- يجب تطبيق نظام بيت مال المسلمين كأحد وسائل التعويض التكميلي خاصة في التطورات العلمية الحديثة التي يصعب معها التعرف على المخطئ المتسبب في الضرر حتى لا يهدر دم في المجتمع.

# قائمة المراجع

## أولاً: المصادر:

### أ- القرآن الكريم:

- (سورة الإسراء، الآية رقم 70).
- (سورة البقرة، الآية رقم 195).
- (سورة الانفطار، الآية رقم 06-09).
- (سورة التين، الآية رقم 04).
- (سورة السجدة، الآية رقم 08).
- (سورة البقرة، الآية رقم 179).
- (سورة المائدة، الآية رقم 45).
- (سورة النساء، الآية رقم 29).
- (سورة الإسراء، الآية رقم 33).
- (سورة النساء، الآية رقم 93).
- (سورة البقرة، الآية رقم 178).
- (سورة المؤمنون، الآية رقم 14).
- (سورة العلق، الآية رقم 01 و 02).
- (سورة ص، الآية رقم 71 و 72).
- (سورة الروم، الآية رقم 20).
- (سورة الفرقان، الآية رقم 54).
- (سورة المؤمنون، الآية رقم 12).

- ( سورة الحج، الآية رقم 05).
- ( سورة الحجر، الآية رقم 26).
- ( سورة العلق، الآية رقم 05).
- ( سورة الأنعام، الآية رقم 38).
- ( سورة التين، الآية رقم 04).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 195).
- ( سورة التوبة، الآية رقم 111).
- ( سورة النساء، الآية رقم 29).
- ( سورة النحل، الآية رقم 115).
- ( سورة النساء، الآية رقم 29).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 233).
- ( سورة القصص، الآية رقم 07).
- ( سورة الطلاق، الآية رقم 06).
- ( سورة القصص، الآية رقم 12).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 173).
- ( سورة الإسراء، الآية رقم 70).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 275).
- ( سورة النساء، الآية رقم 25).
- ( سورة المائدة، الآية رقم 02).
- ( سورة النساء، الآية رقم 04).
- ( سورة الطلاق، الآية رقم 06).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 233).
- ( سورة النساء، الآية رقم 23).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 173).
- ( سورة المائدة، الآية رقم 03).
- ( سورة الأنعام، الآية رقم 145).
- ( سورة الأنعام، الآية رقم 119).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 173).
- ( سورة البقرة، الآية رقم 173).

- (سورة الحشر، الآية رقم 09).
- (سورة البقرة، الآية رقم 172).
- (سورة الأنعام، الآية رقم 144).
- (سورة الأنعام، الآية رقم 119).
- (سورة المائدة، الآية رقم 32).
- (سورة الإسراء، الآية رقم 31).
- (سورة الطور، الآية رقم 21).
- (سورة المدثر، الآية رقم 38).
- (سورة البقرة، الآية رقم 286).
- (سورة الأعراف، الآية رقم 129).
- (سورة الصافات، الآية رقم 24).
- (سورة النساء، الآية رقم 01).
- (سورة البقرة الآية رقم 38 و 39).
- (سورة الفرقان، الآية رقم 70).
- (سورة البقرة، الآية رقم 178).
- (سورة البقرة، الآية رقم 194).
- (سورة الحديد، الآية رقم 07).
- (سورة التوبة، الآية رقم 60).

#### ب- القواميس:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ج12، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.ن.
- 2- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، المعجم الوسيط، ج02، المكتبة العلمية ب.م.ن، ب.س.ن.
- 3- الجيلاني بن الحاج يحيى و آخرون، القاموس الجديد، ط02، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1980.
- 4- الشيخ عبد الله علايلي، الصحاح في اللغة و العلوم، ط01، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، 1974.
- 5- المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) (1-263)، ط03، 1405هـ، مطابع الأوفست، المعجم الوجيز (مجمع اللغة العربية)، طبعة وزارة التربية و التعليم.

6- إبراهيم أنيس و آخرون، المعجم الوسيط، ج01، ط02، دار الأمواج، بيروت لبنان، 1990.

7- شرح القاموس المسمى تاج العروس من جواهر القاموس للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسين الوسطى الذبيدي الحنفي (5-298) فصل الجيم، باب العين، ط01، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.

### ثانياً: المراجع:

#### أ- الكتب الفقهية:

- 1- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج10، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 2- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج8، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، 1400 هـ .
- 3- أبو الليث السمرقندي، خزائن الفقه في عيون المسائل، طبعة بغداد ب.م.ن، ب.س.ن.
- 4- الإمام الدردير، على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك، ج2، طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1978.
- 5- المغني لابن قدامى، ج4، طبعة دار الفكر، بيروت، 1983.
- 6- المحلى، ج9، طبعة دار التراث، القاهرة، 1352 هـ .
- 7- أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، شرح الأزهار المنتزع من الغيث، ج3، طبعة دار المعرفة، بيروت، ب.س.ن.
- 8- الإمام أبو القاسم حلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، طبعة وزارة الأوقاف، ط2، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 9- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، ج02، دار الفكر، بيروت، ب.س.ن.
- 10- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ط2، طبعة دار الخير، دمشق، بيروت، 1418 هـ - 1998 م .

- 11- أبي بكر بن احمد بن أبي سهم السرخسي، أصول السرخسي، ج3، طبعة دار المعرفة، بيروت، 1372 هـ .
- 12- الشافعي(الأم)، الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار الشعب ب.م.ن ب.س.ن.
- 13- أبي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، عيسى البابي الحلبي و شركاؤه، القاهرة، ب.س.ن.
- 14- المغني والشرح الكبير للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامي، دار الفكر، بيروت، جزء6، 1994.
- 15- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الجيل بيروت، لبنان ب.س.ن.
- 16- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، 1966.
- 17- النووي، نهاية المحتاج، ج8، مطبعة التضامن الأخوي، الرملي، ب.م.ن ب.س.ن.
- 18- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على صحيح مسلم ط2، دار إحياء تراث العربي، 1392 هـ .
- 19- ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ط3، دار الحديث، القاهرة، 1997.
- 20- أنيس الفقهاء، قاسي بن عبد الله بن أمير علي القونوي، ج1، ط1، دار الوفاء، ب.م.ن، 1406 هـ.
- 21- المبدع شرح المقنع، لأبي إسحاق الدين إبراهيم محمد بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
- 22- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيب الحنفي ج3، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 23- التاج و الإكليل لمختصر الخليل، عبد الله محمد بن يوسف بن عبد القاسم العبدري الشهير بالموافق، ج4، ط3، دار الفكر، ب.م.ن، 1992.

- 24- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ج4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ب.س.ن.
- 25- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ج10، مكتبة دار التراث، القاهرة، ب.س.ن.
- 26- أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب، ج2، مطبعة الحلبي مصر، ب.س.ن.
- 27- السيل الجرار المتدفق على الحدائق الأزهار لشوكانى، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ب.س.ن.
- 28- الكافي، لابن عبد البر أبو يوسف عمر بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ج2، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1407هـ.
- 29- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زيد الدين ابن نجيب الحنفي، ج3، دار المعرفة، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 30- الزيلعي فخر الدين بن عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق بهامش حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبي ج6، ط2، المطبعة الكبرى الأمرية، مصر، 1313هـ.
- 31- ابن القيم، الطب النبوي، طبعة النور الإسلامية، دار الكتاب المصرية اللبنانية، ب.م.ن، 1994 .
- 32- ابن القيم، زاد المعاد، ج4، طبعة النور الإسلامية، دار الكتاب المصرية اللبنانية، ب.م.ن، 1994.
- 33- الإمام أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، شرح المذهب لشيرازي ج9، مكتبة الإرشاد، جدة، ب.س.ن.
- 34- بداية المجتهد و نهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد بن رشد، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1419هـ 1998 م .
- 35- تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصاري القرطبي دار الشعب ، دار الغد العربي ب.م.ن، 1996 م.

- 36- تفسير القرآن الحكيم، المعروف بتفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا من  
دروس الإمام محمد عبده، الهيئة المصرية للكتاب، ج6، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 37- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه  
الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ .
- 38- حاشية ابن عابدين، ج5، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 39- حاشية الشيخ العدوي، بهامش الخرشي، ج4، دار الفكر للطباعة  
و النشر، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 40- حاشية الشرقاوي، للشيخ العلامة عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشهير  
بالشراقوي، ج2، الحلبي، مصر، 1360 هـ.
- 41- زكريا البرديسي، أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، 1969 .
- 42- سيد قطب، في ضلال القرآن، ج4، طبعة دار الشروق، بيروت، 1974.
- 43- سنن الترميدي، ج4، كتاب الديات، باب تشديد قتل المؤمن  
ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 44- سليمان بن عمر بن محمد البيجرمي، ج3، طبعة المكتبة الإسلامية  
تركيا، ب.س.ن.
- 45- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج3، طبعة دار المعرفة، بيروت، ب.س.ن.
- 46- شيخ الأزهر، جاد الحق على جاد الحق - بيان للناس-، ج02، الفتاوى  
الإسلامية دار الإفتاء المصرية، المجلد العاشر، القاهرة، 1983.
- 47- شهاب الدين أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي  
المتوفي، الفروق و بهامشه عمدة المحققين و تهذيب الفروق و القواعد السننية في  
الأسرار الفقهية، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، ب.س.ن.
- 48- شوقي عبد الساهي، الفكر الإسلامي و القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار  
النهضة المصرية، القاهرة، 1999.
- 49- شرح النيل و شفاء العليل، لشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني  
ج7، ط3، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، 1985.
- 50- شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن  
الحسن الحلبي، ج2، ط2، دار الزهراء، بيروت، لبنان، 1412هـ .

- 51- شرح الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، لشيخ عبد الله بن مفتاح، مطبعة حجازي، مصر، 1357هـ .
- 52- شرح الصغير، للعلامة أبي البركات أحمد بن أحمد الدردير، ج2، دار المعارف، القاهرة، 1392 هـ .
- 53- شوقي عبد الساهي، الفكر الإسلامي و القضايا الطبية و المعاصرة، دار النهضة المصرية، ط1، القاهرة، 1999.
- 54- صحيح مسلم، ج3، كتاب القسامة و المحاربين و القصاص و الديات، باب المجازرة بالدماء في الآخرة و أنها أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة ب.د.ن، ب.م.ن، 1678م.
- 55- صحيح مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ج2، كتاب السلام، ب.د.ن ب.م.ن، ب.س.ن.
- 56- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله بن محمد بن إسماعيل البخاري، ج10 المكتبة السلفية، دار الفكر، بيروت، ب.س.ن.
- 57- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار إحياء تراث العربي، بيروت، ب.س.ن.
- 58- صحيح البخاري، باب الإنتباز في الأوعية، شرح النووي على صحيح مسلم، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 59- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، ج2، ط3، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، 1987.
- 60- عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير ج9، ط3، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، 1404هـ.
- 61- عبد الرؤوف المنوي، فتح القدير في شرح الجامع الصغير ج3، ط1، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1356هـ.
- 62- عبد الحليم محمد منصور علي، بنوك حليب الآدميات بين الحظر و الإباحة في ميزان الفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث ، البحرين، 2012.
- 63- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات ، ج1، ط1، دار الكتاب العربي، ب.م.ن، ب.س.ن.

- 64- عون المعبود، محمد شمس الحق العظيم أبادي أبو الطيب، ج8، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ .
- 65- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الإمام، ج1، ط2، دار الجليل، ب.م.ن، 1980.
- 66- عبد الحميد دياب، أحمد قرقوز، ط2، الطب في القرآن، مؤسسة علوم القرآن دمشق، سوريا، 1982.
- 67- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، 1954.
- 68- علي منصور، نظام التجريم و العقاب في الإسلام، ج2، طبعة المدينة المنورة، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 69- عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، ط1، دار ابن حزم ب.م.ن، 1995.
- 70- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج3، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
- 71- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، طبعة دار التراث، ب.م.ن ب.س.ن.
- 72- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، المطبعة الجمالية، القاهرة، 1910.
- 73- عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، دار ابن حزم بيروت، 1995.
- 74- علي داود الجفال، المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي منها ط1، دار البشائر، الأردن، 1990.
- 75- عبد الظاهر عبد الله علي، حكم التبرع بالدم، منار الإسلام، ع10، ب.د.ن ب.م.ن، 19 شوال 1414هـ. 1994م
- 76- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أو الفضل العسقلاني الشافعي، ج2، دار المعرفة، بيروت، 1329هـ .
- 77- فتح القدير لكامل الدين محمد بن عبد الواحد السواسي، ج6، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، ب.س.ن.

- 78- كيلاني محمد المهدي، قضايا فقهية معاصرة، ب.د.ن، ب.م.ن، 2001.
- 79- مغني المحتاج، معاني ألفاظ المناهج، ج2، طبعة دار الفكر، بيروت، 1995.
- 80- محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المناهج، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب.س.ن .
- 81- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج1 ط2 دار الفكر، ب.م.ن، 1967-1968.
- 82- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف، ط1 1407 هـ. 1986 م .
- 83- محمد سعيد البديري، إرشاد الفحول، ج1، طبعة دار الفكر، بيروت 1412 هـ.
- 84- محمد حلمي السيد عيسى، أحكام الرضاع وحكم بنوك اللبن، دراسة فقهية مقارنة، ج1، مكتبة و مطبعة الغد للنشر و التوزيع، ب.م.ن، 2000.
- 85- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج لشيخ محمد الشربيني، ط1958 شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي و أولاده بمصر، مصر، ب.س.ن.
- 86- محمد عبد الشافي إسماعيل، بنوك اللبن الآدمي في الإسلام — دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة . دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن.
- 87- محمد أبي زهرة، أصول الفقه، دار النهضة، ب.م.ن، 1957.
- 88- مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب، ج1، ط02، المكتب الإسلامي بيروت، 1389 هـ.
- 89- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، ج4، دار الريان لتراث دار الكتاب العربي، القاهرة، بيروت، 1407 هـ .
- 90- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمان محمد بن سليمان، ج1 ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.
- 91- مختصر الخرقى، أبو قاسم عمر بن الحسين الخرقى، ج9، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403 هـ .
- 92- محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1978.

- 93- محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل و شفاء العليل ج9، ط9، ب.د.ن، ب.م.ن، 1406 هـ.
- 94- محمد أبو زهرة، فلسفة العقاب في الفقه الإسلامي، ب.د.ن، القاهرة، 1970.
- 95- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، ب.س.ن.
- 96- محمود حمدي زقزوق، الإنسان في التصور الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، وزارة الأوقاف المصرية ع73، ربيع الأول 1422هـ — مايو 2001م.
- 97- محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي لنقل الأعضاء ، ب.د.ن ب.م.ن، ب.س.ن.
- 98- محمد فوزي لطيف، مسؤولية رئيس الدولة في الفقه الإسلامي، ب.د.ن ب.م.ن، ب.س.ن.
- 99- محمد الشافعي، المسؤولية و الجزاء في القرآن الكريم، ط1، طبعة السنة المحمدية، ب.م.ن، 1982.
- 100- محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط1، طبعة مكتبة عبد الله وهبت، القاهرة، 1954.
- 101- محمد نور الدين الملكي، آراء العلماء حول قضية نقل الأعضاء طبعة دار التحقيق للإعلام الدولي، القاهرة 1995.
- 102- محسن بن علي بن هاشم السقاف القرشي الهاشمي الحسيني الشافعي الإمتاع و الاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1989.
- 103- يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، المكتب الإسلامي بيروت، 1994.
- 104- يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الوضعي، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- ب- المراجع العامة:**
- 1- أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه شركة الطوبجي للطباعة و النشر، القاهرة، 1988 .

- 2- إيهاب عبد المطلب، جرائم الأطباء في ضوء الفقه و القضاء، نادي القضاة مصر، 2015.
- 3- أكو فاتح حمه رهش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض - دراسة مقارنة - ، المكتب الجامعي الحديث، العراق، 2016.
- 4- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري) ،د.م.ط، الجزائر، 2014.
- 5- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، ب.م.ن، 1983.
- 6- أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر و الإباحة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1406 هـ - 1986 م .
- 7- أحمد شوقي عمر، القانون الجنائي و الطب الحديث — دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية .، ب.د.ن، مصر، 1986.
- 8- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 9- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، دار النهضة العربية، الكويت، ب.س.ن.
- 10- أحمد محمود ابراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 11- السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية، ب.م.ن، 1992.
- 12- إبراهيم فوزي مراد، المسؤولية الإدارية في المجال الطبي في النظام المصري و الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- 13- إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقها و قضاء ط1، المكتب الجامعي الحديث، ب.م.ن، 2003.
- 14- العزام سهيل محمد، الأخطاء الطبية، ب.د.ن، عمان، 2010.
- 15- أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب و مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ب.د.ن، مصر، 1986 .
- 16- أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - ، ط1، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987.

- 17- أنور عبد الله، دروس في مدخل القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر 1982.
- 18- أحمد حشمت، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ط2، ب.د.ن، ب.م.ن 1954.
- 19- بن الشيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، د.ط، دار هومة الجزائر، 2000.
- 20- باديس زيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري - دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، دار الهدى الجزائر، 2010.
- 21- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية، دار الإيمان ب.م.ن، ب.س.ن.
- 22- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، ط1، دار الإيمان، دمشق، سوريا 1404هـ الموافق لـ1984م.
- 23- بد الباسط جميعي و آخرين، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج2 ب.د.ن ب.م.ن، 1979.
- 24- ثامر الشوابكة، الأخطاء الطبية و مسؤولية الطبيب، ط1، أمانة عمان الكبرى المملكة الأردنية الهاشمية، 2016.
- 25- جلال علي عدوي و من معه، الحقوق و غيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996 .
- 26- جبيرى ياسين، الاتجار بالأعضاء البشرية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري - ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- 27- جاسم علي سالم الشامسي، نظرية الحق — دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- د.ط، ب.د.ن، ب.م.ن، 2000.
- 28- جاسم علي سالم الشامسي، نظرية الحق — دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي . د.ط، ب.د.ن، ب.م.ن، 2000.
- 29- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1976.
- 30- حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، ج2، ط3، مقدمة القانون المدني ب.د.ن، ب.م.ن 2001.

- 31- حسام الدين الأهواني، مقدمة في القانون المدني — نظرية الحق-، ب.د.ن. القاهرة، 1972.
- 32- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مجلد1، المصادر الإرادية، ط3، ب.د.ن، ب.م.ن 2000.
- 33- حمدي عبد الرحمان، فكرة الحق ،د.ط، ب.د.ن، القاهرة، 1979.
- 34- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 35- حسن عكوش، المسؤولية العقدية و التصيرية في القانون المدني الجديد ط2، طبعة دار الفكر الحديث، ب.م.ن، 1970.
- 36- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التصيرية و العقدية، ط2، دار المعارف، القاهرة، 1979.
- 37- حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005.
- 38- حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، ب.د.ن، ب.م.ن، 2000.
- 39- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية - دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1999.
- 40- حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض مقتضياته الغائية و مظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن.
- 41- رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1999.
- 42- رجب كريم عبد الله، المدخل للعلوم القانونية(نظرية الحق)، ج2، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.
- 43- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري — الاستتساخ و تداعياته .د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 44- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ط2010، دار هومة، الجزائر، 2007.

- 45- رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دار المعارف، ب.م.ن، 1999.
- 46- رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دار النهضة العربية القاهرة، ب.س.ن.
- 47- زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 48- سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، ط 1، دار الشروق عمان، الأردن، 2003.
- 49- سميرة عايد ديات، عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 50- سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة و الاستنساخ البشري من الناحية الطبية و الشرعية و القانونية، ج1، د.ط، دار الإيمان الإسكندرية، مصر، 2005.
- 51- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية . القسم الأول . ، ب.د.ن، القاهرة، 1971.
- 52- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ج2، ط5، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، 1989.
- 53- سوار محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج1، ط8، مطبعة جامعة دمشق، ب.م.ن، 1996.
- 54- سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، طبعة دار النهضة العربية، ب.م.ن، 1990.
- 55- شفيق أسعد فريد، الإنسان ذلك المجهول، مؤسسة المعارف، بيروت ب.س.ن.
- 56- شديفات صفوان محمد، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011.
- 57- شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في ضوء القضاء و الفقه، ط1، دار الفكر الجامعي، ب.م.ن، 2006.

- 58- صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة ب.د.ن، ب.م.ن، 1948.
- 59- طه عبد المولى إبراهيم، مشكلة التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، ط1، دار الفكر و القانون، مصر، 2000.
- 60- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
- 61- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، طبعة دار النهضة العربية ب.م.ن، 1986.
- 62- عامر احمد القيسي، مشكلة المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2001.
- 63- عبد المنعم بدرأوي، تاريخ القانون الروماني، ط1، مطبعة دار النشر و الثقافة، القاهرة، مصر، 1949.
- 64- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ب.د.ن، ب.م.ن، 1965.
- 65- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ج1، ط2، مطابع البصير الإسكندرية، 1954.
- 66- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية الحق - ج2، ب.د.ن، الكويت، 1970.
- 67- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، ط2، ب.د.ن القاهرة، 1988.
- 68- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ب.د.ن، القاهرة، 1954.
- 69- عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل و زراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي — دراسة مقارنة —، ط01، دار المنار كلية الشريعة و القانون جامعة الأزهر، 1988.
- 70- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- 71- عقيل أحمد عقيل، حكم نقل الأعضاء مع التعقيبات البيئة على من تعقب ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.

- 72- علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- 73- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 74- عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط7 القاهرة الحديثة للطباعة و النشر، القاهرة 2000.
- 75- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ و الضرر)، د.م.ط، ب.م.ن، 1984.
- 76- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط، المغرب 2001.
- 77- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، ب.د.ن، ب.م.ن ب.س.ن.
- 78- عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، طبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
- 79- علي أبو المجد، أحكام النقص على مواد القانون المدني في ربع قرن، ط1 ب.د.ن، ب.م.ن، 1955.
- 80- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد1 ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 81- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مجلد2، ط3، ب.م.ن، 1981.
- 82- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، طبعة دار النهضة العربية، ب.م.ن 1934.
- 83- عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 84- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 85- عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية القاهرة، ب.س.ن.

- 86- عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن.
- 87- علي فيلاي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - ط3، موفم للنشر الجزائر، 2012.
- 88- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، ط1، ب.د.ن ب.م.ن، ب.س.ن.
- 89- عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) -، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2005.
- 90- عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 91- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي ب.د.ن، دمشق، سوريا، 1966.
- 92- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 93- علي علي سليمان، التأمين و المسؤولية المدنية، ط1، كليك للنشر المحمدية، الجزائر، 2008.
- 94- عزالدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط6، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1997.
- 95- فيصل عباس، التحليل النفسي و الاتجاهات الفرويدية - المقارنة العيادية - ط1، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1996.
- 96- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، ط4 ب.د.ن، ب.م.ن، 2002. 2003.
- 97- محمد عوض، جرائم الأشخاص و الأموال، دار المطبوعات الجامعية القاهرة، ب.س.ن.
- 98- محمد مذكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1954.
- 99- محمد توفيق خضير، مبادئ في الصحة و السلامة العامة، ط1، دار صفاء للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2001.

- 100- محمد عبد الرحمان العيساوي، موسوعة علم النفس الحديث،المجلد السادس الاضطرابات النفسجسمية، دار الراتب الجامعية، ب.م.ن،2001.
- 101- محمد عبد الرحمان العيساوي، في الصحة النفسية و العقلية، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان،1992.
- 102- محمد ناجي ياقوت، التعويض عن فقد توقع الحياة- دراسة مقارنة في المسؤولية المدنية في القانون الأنجلوأمريكي و القانون المصري و الفرنسي- ب.د.ن، مصر،1980.
- 103- محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية، ط1، دار الجاحظ للطباعة و النشر، دمشق، سوريا، 1995.
- 104- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية(دروس في نظرية الحق) ج2، ط1، دار هومة، الجزائر،2001.
- 105- محمد نجيب عوضين المغربي، حكم الانتفاع بينوك اللبن في الرضاع - دراسة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 106- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مطبعة الجوهري للنشر و التوزيع، ب.م.ن،1952 .
- 107- محمد فؤاد خالد، زراعة الكبد بين الأطباء و رجال الدين و رجال القانون ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 108- محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، طبعة دار النهضة العربية القاهرة، 1992.
- 109- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار المعارف، ب.م.ن، 1998.
- 110- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر ب.م.ن، 1999.
- 111- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية - مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا و فقها و اجتهادا - طبعة مطبعة الحلبي، ب.م.ن، 2003.
- 112- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، ط1 ب.د.ن، ب.م.ن، 1997.

- 113- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 114- محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام و المسؤولية، ب.د.ن ب.م.ن، ب.س.ن.
- 115- محمد شتا أبو سعد، الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 116- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج2، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 1992.
- 117- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، دار نصر للطباعة الحديثة ب.م.ن، 2006-2007.
- 118- محمد علي عمران، الوجيز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة ب.س.ن.
- 119- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- 120- محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن.
- 121- محمد إبراهيم دسوقي، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية- دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض- ، ب.د.ن ، ب.م.ن، 1995.
- 122- محمد المرسي، أحكام عقد التأمين، دار الحقوق، ب.م.ن، 1985.
- 123- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية و اعتبارات التضامن الاجتماعي، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 2001.
- 124- محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، دار النهضة، القاهرة، 1962.
- 125- محمود سلام زناتي، تاريخ النظم الاجتماعية و القانونية ، ج2، د.ط ب.د.ن، ب.م.ن.
- 126- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج2، ب.ط، ب.د.ن ب.م.ن، 1990.

- 127- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، ب.م.ن، 1978.
- 128- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط3 جامعة القاهرة، 1978 .
- 129- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، - القسم العام-، ط1967 ب.د.ن، ب.م.ن، 1983 .
- 130- محمود علي السرطاوي، قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة، ط1 دار الفكر، عمان، الأردن، 2007.
- 131- ماروك نصر الدين، نقل و زراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، ج1، ب.ط، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2003.
- 132- مصطفى عبد الحميد بدوي، مبادئ القانون - نظرية الحق -، د.ط.ب.د.ن، ب.م.ن، 1998.
- 133- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط2، ب.د.ن ب.م.ن، 1944
- 134- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ب.د.ن، ب.م.ن ب.س.ن.
- 135- محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى أخطاء الطبيب الموجبة للمسؤولية المدنية، مطبعة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993.
- 136- مأمون عبد الكريم، رضا المريض على الأعمال الطبية و الجراحية، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 137- منير رضا حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
- 138- منير رضا حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 139- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

140- منصور محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، ب.م.ن. 1984.

141- ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، العراق، 1996 .

142- محسن عبد الحميد البية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية و دور التأمين مكتبة الجلاء، ب.م.ن، 1993.

143- وفاء حلمي، الخطأ الطبي - دراسة تحليلية فقهية و قضائية في كل من مصر و فرنسا -، دار النهضة العربية، القاهرة 1987.

144- يحي شريف و من معه، الطب الشرعي و البوليس الفني الجنائي، ب.د.ن. القاهرة، 1969.

### ج- المرجع المتخصصة:

1- أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز و الالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999 .

2- أنس محمد عبد الغفار، الأطر القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية - دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي - ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2014.

3- أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية و القانونية للعمل الطبي- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي-، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

4- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية بمراكز و بنوك الدم، — دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي . ، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.

5- أيمن مصطفى الجمل، إجراء العملية على الأجنة البشرية بين الحظر و الإباحة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

6- أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الأدمي في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

7- أكرم الهاللي، بنك الدم، دار العلوم للطباعة و النشر، الدوحة، قطر، 2000.

- 8- إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية و أثرها على الأعمال الطبية و الجراحية من منظور إسلامي - دراسة فقهية مقارنة - ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- 9- العربي بلحاج، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة -، د.م.ط، وهران الجزائر، 2011.
- 10- أحمد محمد لطفي أحمد، الايدز و آثاره الشرعية و القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 11- أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز و التهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، دار الجامعة الجديدة، ب.م.ن، 2008.
- 12- بوشى يوسف، الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائياً . دراسة مقارنة . ، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- 13- حبيبته سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، ط 1 مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، 2006.
- 14- حمد سلمان سليمان الزبود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث . دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي — ، دار النهضة العربية القاهرة، 2009 .
- 15- زينب السبكي، نقل الدم و البدائل ، — الباب العاشر من كتاب الدم — ، دار الهلال، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 16- زكريا أحمد الشريبي، صناعة الأطفال (الطفل بين الجينوم و البيئة و المورثات و الاستتساخ بين العلم و الدين)، ط01، دار الفكر العربي ب.م.ن، 2003.
- 17- زايد عبد الفتاح صالح، حماية الكبد من الفيروسات ممكنة، كتاب الشعب الطبي، ع07، ب.د.ن، ب.م.ن، 1999.
- 18- سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة و الاستتساخ البشري من الناحية الطبية و الشرعية و القانونية، ج1، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 19- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، م1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2008.

- 20- عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري و أثره في القانون المدني و الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - ، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 2009.
- 21- عبد المجيد الشاعر و آخرون، بنوك الدم، ب.م.ن، ب.د.ن، ب.س.ن.
- 22- عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية و فيروس مرض الايدز - المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس الايدز-، دار النهضة العربية القاهرة، 1998.
- 23- كامل عبد العزيز محمد علي، الجوانب القانونية و الشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 24- كريمة محمد عوض و آخرون، التعليمات الأساسية لنقل الدم و مشتقاته، ط 1، ب.د.ن، ب.م.ن، 1987.
- 25- مصطفى محمد عرجاوي، أحكام نقل الدم في القانون المدني و الفقه الإسلامي، ط1، دار المنار، ب.م.ن، 1412هـ . 1992م.
- 26- محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم - دراسة مقارنة-، ط01، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2007.
- 27- محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري و أثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999 .
- 28- محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز)، ب.د.ن، جامعة الكويت، 1996.
- 29- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة و سلامة الجسد - دراسة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية- ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995-1996.
- 30- محمد رأفت عثمان، القضايا الفقهية المعاصرة - الاستتساخ العلاجي - ج1 كلية الشريعة و القانون، القاهرة، 2006.
- 31- محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1995.

- 32- محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام الشرعية و القانونية للتصرفات الواردة على الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2003.
- 33- محمد فؤاد خالد، زراعة الكبد بين الأطباء و رجال الدين و رجال القانون ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 34- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية و القانونية للتدخل في عوامل الوراثة و التكاثر، ط1، ب.د.ن، ب.م.ن، 2002.
- 35- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 36- ماروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2003.
- 37- مهدي صلاح احمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 38- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل و زراعة الأعضاء البشرية الاستتساخ- الخلايا الجذعية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 39- وائل محمود أبو الفتوح، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم، ط2009 كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009.

#### د- الرسائل و المذكرات:

- 1- أكرم محمود حسين، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، 1999.
- 2- أشرف جابر مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، 1999.
- 3- المرفي زياد محمد علي، قبول المخاطر و أثره في المسؤولية المرتبة في المجاملات الطبية - دراسة مقارنة - ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة عمان العربية، الأردن، ب.س.ن.

- 4- أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه (أهمية التمييز بين نوعي المسؤولية في المجال الطبي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1983.
- 5- أحمد محمد طلب علي الشريف، نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي المقارن، مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر ب.س.ن.
- 6- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة روبر شومان، ستراسبورغ فرنسا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
- 7- حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة مصر، 1984.
- 8- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1971.
- 9- حسين إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1981.
- 10- حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، عمان، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و الطباعة، 2001.
- 11- خلود سامي عزازة، النظرية العامة للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 1984.
- 12- خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، مصر، 2002.
- 13- سعد واصف، التأمين من المسؤولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1958.
- 14- سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

- 15- عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 1994.
- 16- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1978.
- 17- محمد زكي محمود، أثر الجهل و الغلط في المسؤولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1967.
- 18- محمد أمين متولي عبد الحميد، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج - دراسة مقارنة- ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1423هـ 2002 م.
- 19- محمد شوقي السيد، معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه القاهرة، مصر، 1979.
- 20- محمد السيد دسوقي، التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة و سلامة الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2006.
- 21- محمد حاتم صلاح الدين عامر، المسؤولية المدنية على الأجهزة الطبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996م.
- 22- محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، مصر، 1992.
- 23- محمد زين العابدين طاهر، نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي رسالة دكتوراه، أسيوط، مصر، 1986.
- 24- محمد جمال الدين عواد، جناية القتل العمدي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة، 1974.
- 25- محي الدين مرسي إبراهيم، المبدأ التعويضي في التأمين من المسؤولية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1999.
- 26- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1996.1997.

27- وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2005.

#### هـ - المقالات و المداخلات:

##### - المقالات:

- 1- الشيخ جاد الحق، نقل الأعضاء من إنسان لآخر، مجلة الأزهر ج1، ع55 ب.د.ن ب.م.ن، ب.س.ن.
- 2- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء، نزع القرنية من عين إنسان و زرعها في آخر، مجلة البحوث الإسلامية، ع14، ب.د.ن، ب.م.ن، 1406هـ.
- 3- أحمد شرف الدين، بحث مقدم للمؤتمر العالمي للطب الإسلامي المنعقد و المنشور بـ مجلة المعاصر، ع35، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 4- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية السنة العاشرة، ع1986، 3.
- 5- الفحلة مديحة، التأمين على الأخطاء الطبية، مجلة القانون و العلوم السياسية ع3، جانفي 2016، معهد الحقوق المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة الجزائر.
- 6- حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، ع1، القاهرة، 1975.
- 7- رضا عبد الحليم عبد المجيد، فلسفة القواعد الدولية في حماية جسد الإنسان في ضوء الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مواجهة العلوم الطبية و البيولوجية و الإعلان العالمي للجمعية، مجلة العلوم الاقتصادية و القانونية، ع1، عين شمس، يناير 2000.
- 8- رأفت محمد أحمد حماد، مسؤولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -، بحث منشور بـ مجلة البحوث الفقهية و القانونية، كلية الشريعة و القانون، دمنهور، مصر، ع20، 2005.
- 9- زرارة عواطف، مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مجلة الفكر، ع11، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، سبتمبر 2014.

- 10- سمير أحمد الليثي، الفصائل الدموية و قضايا تتازع البنية، المجلة الجنائية، ع2، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 11- صالح بن عبد العزيز، بحث مقدم في الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة، مجلة الإعجاز العلمي، ع1422، 11هـ.
- 12- عبد العزيز ابن باز و مجموعه من كبار العلماء، نقل دم أو عضو أو جزء من إنسان لآخر، مجلة البحوث الإسلامية، ع22، ب.د.ن، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 13- عفيفي عبد الفتاح، مركز الإنسان في الوجود بين الدين و العلم، مجلة الأزهر، ب.م.ن، نوفمبر 1968.
- 14- عبد الهادي محمد زارع، عمل بنوك لبن الأمهات في ظل قواعد الحلال و الحرام، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة القانون، ع4، ج1، ب.م.ن، 2004.2005.
- 15- عبد الحليم حلمي محمد، التعويض عن الإصابات الجسدية في الشريعة الإسلامية (الدية)، مجلة الدراسات العليا، ب.م.ن، يناير، 1999.
- 16- لعربي أحمد بلحاج، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، مجلة الدعوة، ع18، ب.د.ن، ب.م.ن، ديسمبر 2002.
- 17- ليلي عبد الله سعيد، الشريعة الإسلامية و حقوق الطفل في محيط الأسرة، بغداد، العراق، مجلة العدالة، ع1979، 03.
- 18- محمد بودالي، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، ع3، مكتبة الرشد للطباعة و التوزيع، جامعة سيدي بلعباس الجزائر، 2007.
- 19- محمد سيد طنطاوي، نقل الأعضاء، جريدة اللواء الإسلامي، ع292 ب.م.ن، الصادر في 03 محرم 1407هـ.
- 20- محمد أحمد سليمان، فئات الدم الأربع الأصلية و طرق تعيينها، المجلة الجنائية، ع2، ب.م.ن، ب.س.ن.
- 21- محمد علي البار، بنوك الحليب البشري، مجلة المجمع، ع2، ج1، ب.م.ن، 1986.
- 22- محمد عبد الجواد النشئة، نقل الدم و أحكامه الشرعية، مجلة الحكمة، ع12، ب.م.ن، 1997.

- 23- محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة، ع1، ب.م.ن، مارس 1979.
- 24- محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، ع2، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، يوليو 1981.
- 25- محمد علي النجار، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، القاهرة، ع20 1368 هـ .
- 26- محمد صبري الجندي، ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار، مجلة الحقوق، ع1، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 26 مارس 2002.
- 27- محمد إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين الجماعية و الفردية، مجلة المحاماة، ع1، ب.م.ن، 1954.
- 28- محمود أحمد أبو ليل، لبن الأمهات و ما إذا كان من الجائز حفظه و بيعه كأى سلعة أخرى، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد33، جزء9، ب.م.ن، 1997.
- 29- محمود علي السرطاوي، زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات الشريعة و القانون، عمان، 1974.
- 30- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون و الاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية و الاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، مطبعة فتح الله الياس نوري و أولاده، القاهرة يناير 1942.
- 31- ممدوح خليل البحر، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل الدم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، ع1، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2001.
- 32- ماروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، ع2، 2000، المحكمة العليا، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 33- مأمون عبد الكريم، حق الطفل في الاستفادة من الطرق العلاجية الحديثة زرع الأعضاء و الأنسجة المتجددة و الاستئساخ العلاجي بالخلايا الجذعية الجنينية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، ع12، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

- المدخلات:

1- الإنعاش الصناعي و المسؤولية الطبية، بحث قدم لليوم الدراسي حول (المسؤولية الطبية)، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر العاصمة، يوم 03-05-1993 منشور بمجلة المحكمة العليا، ع1، 1998.

2- ماروك نصر الدين، استتساخ الأسنان بين الحظر و الإباحة، بحث مقدم للملتقى الدولي لمدينة وهران، بعنوان الإنسان في الكتب السماوية، أيام 21-22-23 نوفمبر 1997، منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ج1998، 36.

### ثالثا: القوانين و المراسيم:

#### أ- القوانين:

1- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 ج.ر.ج، ع.78، الصادرة بتاريخ 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم، و المتضمن القانون المدني الجزائري.

2- القانون رقم 06- 23 المؤرخ في المؤرخ في 29 ذو القعدة عام 1427هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006م، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966م و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ج، ع.84، الصادرة بتاريخ 04 ذي الحجة عام 1427هـ الموافق لـ 08 مارس 2006م.

3- القانون رقم 85- 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 م الموافق لـ جمادى الأولى عام 1405هـ ، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج.ر.ج، ع.08، الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1985م الموافق لـ 27 جمادى الأولى عام 1405هـ، المعدل و المتمم.

4- القانون رقم 90- 17 المؤرخ في 09 محرم عام 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو سنة 1990 يعدل و يتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1998 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

5- القانون رقم 08- 13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429هـ الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008 م، يعدل و يتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

6- القانون رقم 04 جانفي 1993، المتضمن التأمين على المواد الطبية الناقلة للدم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بتاريخ 05 جانفي 1993.

7- الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، ع13 المؤرخة في 08/03/1995.

#### ب- المراسيم:

1- المرسوم التنفيذي رقم 07-321، المؤرخ في 22/10/2007، المتعلق بتنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها، ج.ر، ع67، المؤرخ في 24/10/2007.

2- المرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 02 ربيع الثاني 1389 الموافق لـ 18 يونيو 1969، يتعلق بالتفويض الإجباري، ج.ر.ج، ع53، لسنة 1969.

#### رابعا: المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Baud (j-p) :l'affaire de la main volée .une histoire juridique du Corp., paris. Éd du seuil.1993.
- 2- Wagner Danielle (M):"property rights in the human body -the commercialization of organ transplantation and biotechnologies - comments, Duquense Law Review .33, 1995.
- 3- Andorno Roberto ;la distinction juridique entre les personnes et les choses -a l'épreuve des procréation, artificielles ,L.G.D.J 1996.
- 4- Thou venin (D) : La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?.rev .Actes. N49-50.paris. Juin.1985.
- 5- Weill( A) et terre (F ) :Introduction générale au droit, les obligations, Dalloz,1979,4ed.
- 6- Code civil,100 édition,2001,dalloz,chapitre 2,du respect du corps humain ,article,16 - 5.
- 7- Mial-J.B.Laboratory médecine hématologie transfusion of Blood 1982.chap.12.
- 8- -Amal abed kader :Etudies of major and minor blood group systems in normal and in some pathological.condition.
- 9- l'article 05 et 06 de l'arrête du 09 novembre 1998 portant régularisation, création et attributions des structures de



- [http://www.afm.france.org/e.upload/doc/point\\_cellules\\_souches.do](http://www.afm.france.org/e.upload/doc/point_cellules_souches.do)
- <http://www.americanheart.org/presenter.jhtml?identifiant=475>.
- [http://moheet.com/show\\_news.aspx?nid=21629](http://moheet.com/show_news.aspx?nid=21629) et 2008\_ojust\_16.
- <http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics3.asp>. 3.6.2008.
- [http://www.chercheurs.afm.france.org/e\\_upload/pdf/point-reprogram.3.5.2009](http://www.chercheurs.afm.france.org/e_upload/pdf/point-reprogram.3.5.2009).
- [http://www.legifrance.gouv.fr/affich\\_Texte\\_Article.do;jsessionid](http://www.legifrance.gouv.fr/affich_Texte_Article.do;jsessionid).
- <http://www.alittihad.ae/details>.
- <http://www.ahewar.org>.
- <http://www.youm7.com>.
- <http://www.al-madina.com/node/147530/risala>.
- <http://www.saudiinfocus.com>.
- [http://www.upmc.fr/fr/recherche/pole-4/en\\_direct\\_des\\_laboratoires/nouveaux\\_type\\_de\\_cellules\\_souches\\_musculaires.html](http://www.upmc.fr/fr/recherche/pole-4/en_direct_des_laboratoires/nouveaux_type_de_cellules_souches_musculaires.html).
- <http://www.malak-rouhi.com>.
- <http://www.marmarita.com>.
- <http://www.sehha.com> et <http://www.3rdbr.com>.
- <http://www.islamonline.net>.
- <http://stemcells.nih.gov.info.basics3.asp>. 3\_6 .2008.

# الفهرس

الصفحة	فهرس الموضوعات
01	المقدمة.
10	الباب الأول: الحماية القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم.
15	الفصل الأول: القيمة القانونية و الشرعية للحق في سلامة الجسم.
18	المبحث الأول: الحق في سلامة جسم الإنسان في القانون و الفقه الإسلامي.
20	المطلب الأول: الحق في سلامة الجسم في التشريع.
22	الفرع الأول: تعريف الحق في سلامة الجسم في التشريع.
23	الفرع الثاني: الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية.
24	الفرع الثالث: الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون.
25	الفرع الرابع: الحق في سلامة الجسم من الوجهة الطبية.
28	المطلب الثاني: الحق في سلامة الجسم في الفقه الإسلامي.
29	الفرع الأول: مظاهر الحماية الشرعية لجسم الإنسان.
31	الفرع الثاني: مبدأ حرمة جسم الإنسان في الفقه الإسلامي.
32	الفرع الثالث: الحرمة الشرعية لببج الأدمي.
35	المطلب الثالث: طبيعة الحق في سلامة الجسم في التشريع و الفقه الإسلامي.
35	الفرع الأول: الحق في سلامة الجسم في منظور التشريع.
47	الفرع الثاني: الحق في سلامة الجسم في منظور الفقه الإسلامي.
50	المبحث الثاني: الأطر المكونة لجسم الإنسان.
50	المطلب الأول: الأبعاد الطبيعية و البشرية لجسم الإنسان.
51	الفرع الأول: البعد الروحي.
52	الفرع الثاني: البعد البشري و العقلي.
54	المطلب الثاني: الجوانب المكونة لجسم الإنسان.
54	الفرع الأول: الجانب المادي لجسم الإنسان.
56	الفرع الثاني: الجانب النفسي لجسم الإنسان.
58	الفرع الثالث: الجانب الروحي لجسم الإنسان.
59	المبحث الثالث: التكيف القانوني و الشرعي للتصرف في جسم الإنسان.
62	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه.
63	الفرع الأول: حق الإنسان على جسمه حق ملكية.
65	الفرع الثاني: حق الإنسان على جسمه حق انتفاع.
66	الفرع الثالث: حق الإنسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية.
69	الفرع الرابع: جسم الإنسان و الأشياء التي تدخل في نطاقه القانوني.
77	المطلب الثاني: التكيف الشرعي للتصرف في جسم الإنسان.
78	الفرع الأول: مدى ملكية الإنسان لجسده.
82	الفرع الثاني: حكم تصرف الإنسان في جسده.
86	الفرع الثالث: ما يتم نقله من جسم الإنسان.

	الفصل الثاني: بعض ما ينتجه جسم الإنسان (لبن الأدمية، الدم، الخلايا الجذعية نموذجاً).
89	المبحث الأول: لبن الأدمية.
90	المطلب الأول: نشأة لبن الأدمية.
93	المطلب الثاني: الانتفاع بلبن الأدمية.
94	المطلب الثالث: البنوك المخصصة لحفظ لبن الأمهات.
98	الفرع الأول: الحصول على لبن الأدميات بطريق البيع.
100	الفرع الثاني: الحصول على لبن الأدميات بطريق الهبة.
106	الفرع الثالث: أنواع بنوك الحليب.
111	المبحث الثاني: التعامل في الدم.
125	المطلب الأول: التطور التاريخي لعملية نقل الدم.
126	الفرع الأول: عصر ما قبل التاريخ.
126	الفرع الثاني: الحضارات القديمة.
127	الفرع الثالث: العصور الوسطى.
128	الفرع الرابع: الحضارة الإسلامية.
129	الفرع الخامس: العصر الحديث.
129	المطلب الثاني: مبدأ إباحة التعامل في الدم البشري.
131	الفرع الأول: تعريف الدم.
132	الفرع الثاني: التكييف القانوني و الشرعي للدم.
134	الفرع الثالث: أطراف عملية نقل الدم.
143	المطلب الثالث: ضوابط التصرف في الدم البشري.
155	الفرع الأول: الضوابط القانونية للتصرف في الدم البشري.
156	الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للتصرف في الدم البشري.
160	الفرع الثالث: الضوابط الطبية للتصرف في الدم البشري..
182	المبحث الثالث: الخلايا الجذعية.
187	المطلب الأول: مفهوم الخلايا الجذعية.
189	الفرع الأول: تعريف الخلايا الجذعية.
189	الفرع الثاني: أنواع الخلايا الجذعية.
192	المطلب الثاني: مشروعية استخدام الخلايا الجذعية.
199	الفرع الأول: موقف التشريعات من استخدام الخلايا الجذعية.
199	الفرع الثاني: مشروعية استخدام الخلايا الجذعية في الشريعة الإسلامية.
204	المطلب الثالث: الضوابط المقترحة لترشيد استخدام الخلايا الجذعية.
213	الفرع الأول: الضوابط القانونية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.
214	الفرع الثاني: الضوابط الشرعية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.
216	الفرع الثالث: الضوابط المستقبلية المقترحة لاستخدام الخلايا الجذعية.
217	

	الباب الثاني: المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات نقل الدم كمنتج من منتجات الجسم.
219	الفصل الأول: نطاق المسؤولية الطبية و طبيعتها في التشريع و الفقه الإسلامي
222	المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الطبية و أنواعها في التشريع و الفقه الإسلامي.
	المطلب الأول: تعريف المسؤولية الطبية في التشريع و الفقه الإسلامي.
224	الفرع الأول: معنى المسؤولية الطبية في التشريع.
224	الفرع الثاني: معنى المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي.
225	المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الطبية في التشريع و الفقه الإسلامي.
226	الفرع الأول: أنواع المسؤولية الطبية في التشريع.
227	الفرع الثاني: أنواع المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي.
227	المبحث الثاني: التكيف القانوني و الشرعي للمسؤولية الطبية المدنية.
231	المطلب الأول: التكيف القانوني للمسؤولية الطبية المدنية.
235	الفرع الأول: حالات كون المسؤولية الطبية تقصيرية.
236	الفرع الثاني: حالات كون المسؤولية الطبية عقدية.
237	المطلب الثاني: التكيف الشرعي للمسؤولية الطبية المدنية.
242	الفرع الأول: الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية.
244	الفرع الثاني: الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب عقدية.
245	الفرع الثالث: شروط انتفاء مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية في الشريعة الإسلامية.
246	المبحث الثالث: أركان المسؤولية الطبية في مجال عمليات نقل الدم.
249	المطلب الأول: الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل الدم.
251	الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي و أنواعه.
252	الفرع الثاني: صور الخطأ في مجال عمليات نقل الدم.
253	المطلب الثاني: الضرر في مجال عمليات نقل الدم.
259	الفرع الأول: المفهوم التقليدي للضرر.
272	الفرع الثاني: المفهوم الحديث للضرر. (التعويض عن تفويت الفرصة).
275	المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في مجال عمليات نقل الدم.
284	الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية.
294	الفرع الثاني: النظريات الفقهية لركن علاقة السببية.
295	الفرع الثالث: علاقة السببية و أسباب نفيها في مجال عملية نقل الدم.
301	الفرع الرابع: وسائل دفع المسؤولية و طرق تعديلها.
304	الفصل الثاني: آثار المسؤولية الطبية الناشئة عن عمليات نقل الدم.
311	المبحث الأول: التعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية و مدى انطباقها على عمليات نقل الدم.
319	المطلب الأول: التعويض في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.
321	الفرع الأول: التعويض في القانون الوضعي.
321	الفرع الثاني: التعويض في الفقه الإسلامي.
321	المطلب الثاني: تعويض ضحايا نقل الدم طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية.
	الفرع الأول: الأشخاص المستحقون للتعويض.

331	الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض.
336	الفرع الثالث: العوامل المؤثرة في تقدير التعويض.
338	المبحث الثاني: نظم التعويض ضحايا نقل الدم.
341	المطلب الأول: التأمين في المجال الطبي وفق القواعد العامة.
343	الفرع الأول: إجبارية عقد التأمين في المسؤولية الطبية.
346	الفرع الثاني: اشتراط لمصلحة الغير.
347	المطلب الثاني: التعويض في الفقه الإسلامي.
350	الفرع الأول: أساس التعويض في الفقه الإسلامي.
356	الفرع الثاني: شروط الضرر في الفقه الإسلامي.
356	الفرع الثالث: مبادئ الضمان في الفقه الإسلامي.
358	المبحث الثالث: آليات التعويض المكملة لنظام التأمين من المسؤولية في مجال عملية نقل الدم.
360	المطلب الأول: التعويض عن طريق صناديق الضمان.
362	الفرع الأول: نطاق التعويض.
368	الفرع الثاني: مضمون التعويض عن طريق صندوق ضحايا الايدز.
369	الفرع الثالث: خصائص التعويض عن طريق صندوق التعويضات.
370	الفرع الرابع: إجراءات منح التعويض.
372	المطلب الثاني: التعويض عن طريق الدولة.
373	الفرع الأول: مدى التزام الدولة بالتعويض و خصائصه.
375	الفرع الثاني: تعويض الدولة في الفقه الإسلامي ( بيت مال المسلمين).
378	الخاتمة.
380	قائمة المراجع.
385	الفهرس.
390	
396	
431	