جامعة أحمد دراية – أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (ل.م.د.) في الحقوق
تخصص: القانون الجنائي

من إعداد الطالب :

مزياني عبد الستار

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

يوسفات علي هاشم

لجنة المناقشة

أ.د. باخويا دريس	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيسا
أ.د. يوسفات علي هاشم	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	مشرفا ومقررا
أ.د. بن عومر محمد الصالح	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	عضوا مناقشا
أ.د. حاج سودي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	عضوا مناقشا
د. شريفي الشريف	أستاذ محاضر أ	المركز الجامعي النعامة	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ: 30 نوفمبر 2022

السنة الجامعية :2021 / 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

الحمد لله والشكر لله عز وجل، الذي أعانني

على هذا العمل المتواضع

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير، اعترافا بالفضل والجميل

للأستاذ الفاضل يوسفات علي هاشم

الذي مد لي يد العون والنصح

جزاه الله عني كل خير

والشكر موصول إلى الأساتذة الكرام، أعضاء لجنة المناقشة الذين

شرفوني بقبولهم مناقشة هذا العمل

إهـداء

إلى من تشرق شمس حياتي بوجودهما " **أبي وأمي** " حفظهما الله

وأطال بعمرهما وجعلهما نورا لحياتي

إلى سندي في الدنيا ورفيقة دربي " **زوجتي** "

إلى من حبهم يجري في عروقي " **إخوتي** "

أهدي هذا العمل المتواضع

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية.

ج: الجزء.

ص: صفحة .

ط: الطبعة.

د د ن: دون دار نشر.

د س ن: دون سنة نشر.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.ع.م: قانون العقوبات المصري.

ق.ع.ف: قانون العقوبات الفرنسي.

ق.ص.ج: قانون الصحة الجزائري.

ق.ص.ع.ف: قانون الصحة العامة الفرنسي.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

دج: دينار جزائري.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ibid: Ibidem, à l'endroit indiqué dans la précédente citation
JORF: journal officiel de la république française
n°: numéro.
op.cit: ouvrage précédemment cité.
p.: la page

مقدمـــة

مقدمة

أدى التقدم العلمي الكبير في المجال الطبي مع بداية النصف الثاني من القرن العشرين إلى قفزة نوعية في ميدان الجراحة، وعلى الخصوص في جراحة نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث نجح الطب في استئصال أعضاء سليمة كالقلب أو الكلى أو الكبد من إنسان حي أو ميت وزرعها في جسم إنسان آخر أعضاؤه تالفة ميؤوس من علاجها وشفاء أصحابها، والتي تؤدي حتما إلى الوفاة المحققة عاجلا أو آجلا، وبهذا النوع من الجراحة ساهم العلم في تخفيف الكثير من الآلام والمعاناة التي يتعرض لها بعض المرضى وفتح أمام البشرية مجالا واسعا من الأمل.

كما يعتبر هذا النوع من العمليات الجراحية في الأصل من الأفعال الماسة بسلامة الجسم وتعد أفعال مجرمة، وخاصة أنه لا يوجد ما يبررها بالنسبة للمتبرع فلا تنطبق عليها مقتضيات إباحة الأعمال الطبية والمتمثلة في التدخل الطبي بقصد العلاج لعدم وجود أي منفعة علاجية من نزع عضوه والتبرع به، ولإباحة هذه العمليات كان لابد من تنظيمها وفقا لشروط وضوابط تخرج من خلالها عملية نزع الأعضاء الأفعال من دائرة التجريم إلى الإباحة ولتقييدها والحد من اللجوء إليها إلا في حالات معينة ومحددة، وبالتالي فأي خروج عن هاته الشروط والضوابط يترتب عليه قيام المسؤولية الجنائية.

كما أن تطور عمليات نقل وزرع الأعضاء حمل في طياته نوعا جديدا من الإجرام لم يكن معروفا من قبل، يتمثل في الإتجار بالأعضاء البشرية والتي أصبحت تجارة ذات طابع دولي منظم تجني أرباحا طائلة بعد كل من تجارة المخدرات والأسلحة، مما جعل التشريعات تتدخل في كل مرة للتشديد في تنظيم هذه العمليات، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يطور وسائل مكافحة هذا النوع من الإجرام عن طريق المسؤولية الجنائية وفقا لشروط ومتطلبات تتماشى مع التطور السريع في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، وبالتالي تبقى المسؤولية الجنائية من الموضوعات المتطورة بتطور الجريمة باستمرار، فقد أصدر

المشرع الجزائري قانون الصحة 18 -11[1] والذي حاول من خلاله التشديد في شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأيضاً مواكبة تطور ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية من تجريم بعض الأفعال التي لم يتناولها المشرع الجزائري في قانون العقوبات 09-01[2] كجريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء البشرية[3]، وجريمة نزع أو زرع الأعضاء في مؤسسة غير مرخص لها[4].

أهمية الدراسة:

تكمن الأهمية العلمية لهذا الدراسة في توضيح وشرح أحكام المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتحديد الإطار القانوني الذي ينظم ويضبط عمليات نقل وزرع هذه الأعضاء بما يكفله نظام المسؤولية الجنائية من ضمانات عدم الخروج عن أهدافها النبيلة من خلال تنظيمها القانوني وتحديد شروطها وعناصرها، وموقف كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من هذه العمليات، وما يترتب عنها من اعتداء ومساس بالحق في سلامة الجسد ومدى توافق ذلك مع مبدأ الشرعية.

أما الأهمية العملية للدراسة فتظهر من خلال تحديد عناصر المسؤولية الجناية المترتبة عن الأفعال والوقائع المادية التي تشكل جرائم جديدة لم تكن معروفة من قبل، وإنما برزت في إطار وبمناسبة نقل وزرع الأعضاء البشرية فأصابت الكثير من الأشخاص بأضرار سببت لهم التعاسة والشقاء لما تبقى من حياتهم إن لم تتسبب في زهق أرواحهم، مما جعل المشرع يسارع إلى تجريمها ويحدد قواعد وشروط المسؤولية الجنائية عن ارتكابها وتحديد الجزاء المترتب على ثبوتها، وهذه الأفعال قد يرتكبها المتلقي أو الطبيب الذي يقوم

1 – القانون رقم 18- 11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج ر العدد 46، صادر بتاريخ 29 جويلية سنة 2018. والذي ألغى أحكام القانون رقم 85- 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر العدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، معدل ومتمم بالقانون رقم 90-17 مؤرخ في 9 محرم عام 1411 الموافق 31 يوليو سنة 1990، ج ر العدد 35، صادر بتاريخ 15 أوت 1990.

2 – أمر رقم 66 – 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر العدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم، لاسيما القانون بالقانون رقم 09- 01 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، ج ر العدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس سنة 2008.

3 – جريمة من الجرائم المستحدثة بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة والمنصوص عليها في المادة 432.

4 – جريمة من الجرائم المستحدثة بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة والمنصوص عليها في المادة 433.

بعملية نقل وزرع العضو، كما يرتكبها الغير من الوسطاء والسماسرة أو المنتمون لعصابات الإتجار بالبشر وبالأعضاء البشرية من عتاة الإجرام، وترتكب أيضاً من طرف الكثير من العيادات والمستشفيات تخصصت بهذا النشاط غير المشروع على المستوي الدولي والتي أصبحت ملاذاً للأشخاص من الدول الفقيرة لبيع أعضائهم، أو الأشخاص الذين يريدون زرع عضو بطريقة غير مشروعة.

وهذه النوعية من الجرائم لا تتوقف عند حدود مخالفة الشروط والتنظيم المعمول بها في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المتبرع إلى المتلقي فقط، وإنما تمتد أيضاً إلى تدخل السماسرة الذين يتوسطون بين المتبرع والمتلقي لتتحول هذه العملية إلى بيع وشراء اتخذوا منها تجارة رابحة سيطرت عليها عصابات إجرامية متخصصة في الإتجار بالأعضاء البشرية، ووجدت لها سوقا رائجة في الدول النامية الفقيرة التي يضطر بعض مواطنيها تحت ضغط الفقر والحاجة إلى بيع أعضائهم إلى الأثرياء بأثمان زهيدة، وعند عدم توافر هذه الأعضاء في السوق تلجأ هذه العصابات إلى الحصول عليها من الفئات الهشة والضعيفة وحتى من الأطفال الصغار عن طريق التهديد والعنف أو الاختطاف، وذلك بنزع أعضائهم من طرف أطباء في مؤسسات صحية بطرق غير مشروعة دون شفقة أو رحمة، ودون وازع مهني أو ديني أو أخلاقي.

كما أن نوعية هذه الجرائم المرتكبة من طرف أطباء تخصصوا في هذا النوع من الإجرام يتمتعون بقدر كبير من العلم والمعرفة إلى جانب الخبرة والذكاء، وكلها عوامل تساعدهم على ارتكاب الجريمة وإخفائها دون أن يتركوا أثراً أو دليلاً عليها، فيصعب اكتشافها ويصعب إثباتها ويفلتون من العقاب بسهولة، وما يزيد من خطورة هذه الجرائم أكثر هو ارتكابها بواسطة عصابات إجرامية محلية، ودولية منظمة تعتدي على حقوق المواطنين في الحياة وفي سلامة أجسادهم، متسببة في الكثير من الخسائر في الأرواح والإصابات الجسدية والإعاقات التي تتسبب في الكثير الأضرار للمجتمع.

هدف الدراسة:

تهدف دراسة موضوع المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى تحديد الشروط والعناصر التي تقوم عليها هذه المسؤولية بدقة وما يترتب عنها من جزاء، وإلى البحث في مدى فعالية نظام المسؤولية الجنائية الذي اتبعه المشرع الجزائري لحماية الأفراد والمجتمع من الجرائم المرتكبة في إطار وبمناسبة عمليات نقل وزرع هذه الأعضاء.

كما يهدف هذا البحث أيضاً تعريف الأطباء بمسؤولياتهم الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، حتى يتمكنوا من مواجهتها والتعامل معها بسهولة وببساطة، باعتبارها من مخاطر المهنة العادية مما يزرع فيهم روح المبادرة وحرية العمل، واتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب وفقا للقواعد التي يحددها القانون والقواعد التي يتطلبها فن المهنة وأعرافها، كما يهدف أيضاً إلى تعريف كل من له علاقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بمسؤوليته الجنائية، وتنبيهه إلى ما يترتب عنها من جزاء.

دوافع اختيار الموضوع:

يعود اختيارنا لموضوع البحث إلى مجموعة من الأسباب منها ذاتية وأخرى موضوعية، وتتمثل فيما يلي:

- الدوافع الذاتية

الرغبة في دراسة موضوع جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، والناجمة عن الاستعمال غير المشروع لنقل وزرع الأعضاء البشرية، ودراسة المسؤول عن هذه الأفعال غير المشروعة والتي أصبحت تهدد المجتمعات وخاصة منها مجتمعات العالم الثالث والتي أخذت طابعا دولياُ ومنظماُ .

- الدوافع الموضوعية

كثرت الإهمال واللامبالاة بحياة الأفراد وسلامتهم الجسدية واستخفاف الأطباء والممارسين الطبيين بالتزاماتهم وواجباتهم المهنية وغياب التسيير والمراقبة الطبية، وتهرب الأطباء من المسؤولية الملقاة

على عاتقهم، مما يتسبب في كثرت الأخطاء الطبية[1] ، فأصبحت ظاهرة الأخطاء الطبية من الظواهر المعتادة، وأصبحت تتصدر صفحات الجرائد وتثير نقاشات ساخنة، لا سيما في نطاق المستشفيات العمومية باعتبارها الهيكل الأساسي لتقديم العلاج للمواطن[2].

الدراسات السابقة:

لقد تناول بعض الباحثين موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك من خلال دراسة الشروط والضوابط الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أو من خلال دراسة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، أما الأبحاث التي تناول المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية فهي قليلة جدا، مع أن موضوع المسؤولية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية يثير الكثير من المشاكل من خلال تورط عيادات أو مستشفيات طبية خاصة أو الأطباء وغيرهم من وسطاء وسماسرة في تشكيل عصابات منظمة ودولية تنشط في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بطرق غير مشروعة، وللحد من انتشارها الواسع في مجموعة من الدول التي أصبح تعتبر الملاذ الأمن لها.

ومن الدراسات التي تناول المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية وجدنا الدراسات التالية:

- أطروحة دكتوراه للباحث **عبد المحي اسليم سلمان القراله**، تحت عنوان **المسؤولية الجنائية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانونين الأردني والمصري**، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2014.

قسم الباحث الدراسة إلى فصل تمهيدي وبابين، فتناول في الفصل التمهيدي ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتناول فيه تعريف العضو البشري وتعريف عملية زرع العضو وحماية جسم

1 - عبد النور تادييرت، الأخطاء الطبية داخل المستشفيات الجزائرية بين القطاع العام والخاص، مجلة إسهامات للبحوث والدراسات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية، المجلد 02، العدد 02، 2017/12/31، ص 148 و150.

2 - قمراوي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران- الجزائر، 2012-2013.

الإنسان في القانون الوضعي، وفي الباب الأول فتناول فيه أحكام المسؤولية الجنائية بشأن نقل الأعضاء من جسم إنسان حي، وتناول فيه النطاق القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية وشروط إباحة نقل الأعضاء وجرائم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، أما الباب الثاني فتطرق إلى أحكام المسؤولية الجنائية بشأن نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، من خلال الأساس القانوني لنقل الأعضاء من ميت إلى حي وجرائم نقل الأعضاء البشرية من جثمان الميت.

الباحث تناول الدراسة على ضوء القانونين الأردني والمصري فقط، والتي تختلف عن الدراسة في القانون الجزائري، وتختلف عن دراستنا لوجود اختلاف بحسب تناول المشرعين لموضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية وسياسة تجريم مخالف هذه الشروط في كل من القانون المصري والأردني والجزائري.

- أطروحة دكتوراه للباحثة **يوسفاوي فاطمة**، تحت عنوان **المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2015/2014.

قسمت الباحثة دراستها في فصل تمهيدي وبابين، فتناولت في الفصل التمهيدي العمل الطبي والمسؤولية الجنائية وتناولت فيه ماهية العمل الطبي ومراحله، والمسؤولية الجنائية ومراحل تطور المسؤولية الجنائية للطبيب، أما الباب الأول فتضمن الأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أما الباب الثاني تحت عنوان تطبيقات المسؤولية الجنائية للأطباء، وتضمن الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجرائم الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

هذه الدراسة جاءت خاصة بمسؤولية الطبيب أثناء قيامه بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإن تناول مسؤولية الشخص المعنوي لكنها بصفة مختصرة، كما أنها لم تشمل الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11 الصادر بعد مناقشة الأطروحة.

حدود الدراسة:

ينصب موضوع الدراسة تحديدا في المسؤولية الجنائية العمدية المترتبة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأن مخالفة نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأفعال العمدية، والتطرق للمسؤولية الجنائية غير العمدية بصفة عرضية فقط، لأن مخالفة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن طريق الخطأ يعد استثناءً، كما أن الجرائم غير العمدية الناتجة عنها تعد من الجرائم الخطأ الطبي والتي تخضع للقواعد العامة، مثلها من الجرائم التقليدية كالقتل الخطأ أو الجروح الخطأ، وبالتالي فسيقتصر بحثنا عند تناول الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن الجرائم العمدية المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم 09-11في قسمه الخاص بجرائم التجار بالأعضاء، والجرائم المستحدثة بموجب قانون الصحة 18-11.

إشكالية الدراسة:

يثير هذا البحث إشكالية أساسية وعدة إشكاليات فرعية تتمثل في ماهية المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية؟ وما هو أساسها القانوني وموقف المشرع الجزائري؟ والخلاف الشرعي والقانوني حول جواز أو عدم جواز نقلها وزرعها ؟ وما هي شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأحياء ومن جثث الموتى؟ وما هي الجرائم الناجمة عنها والمسؤولية الجنائية المترتبة عنها؟

المنهج المتبع في الدراسة:

طبيعة الدراسة فرضت اعتماد عدة مناهج أهمها، المنهج الوصفي الذي تم الاعتماد عليه في وصف الظاهرة محل البحث من الناحية القانونية، والمنهج التحليلي المستخدم في تفسير وتحليل النصوص القانونية المعالجة للموضوع في قانون الصحة وقانون العقوبات، وقوانين الدول محل المقارنة، كما تم تحليل بعض النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية، إلى جانب هذه المناهج تم استعمال المقارنة بالقانونين المصري والفرنسي كوسيلة للتوضيح .

صعوبات الدراسة :

صاحب العمل في الدراسة صعوبات عديدة ومتنوعة أهمها:

منها ما يتعلق بطبيعة البحث لاعتبار موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية موضوع مرتبط بالدراسات الطبية وهي من الدراسات الصعبة التي لها جانب تقني مرتبط بمهنة الطب وجانب قانوني يصعب الفصل بينهما، ولكي نحاول دراستها من الناحية القانونية وجب علينا على الأقل أن نأخذ عليها فكرة ومعرفة جيدة تسمح لنا بالاطلاع عليها، هذا ما جعلنا نخصص وقتا وجهدا طويلا لذلك. كما أن طبيعة الموضوع الممزوج بين الطابع الفني والقانوني، جعلتنا ندرس الموضوع بحذر مع مراعاة عدم تغليب الطابع الفني على القانوني، تحت طائلة فقدان البحث لصبغته القانونية.

إن دراسة موضوع المسؤولية وخاصة المسؤولية عن الأعمال الطبية صعب وكثير التشعب وإن كان جزء من دراسة المسؤولية الجنائية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية منصوص عليه في قسم خاص في قانون العقوبات تحت عنوان "الإتجار بالأعضاء "، إلا أنه يبقى جزء منها يخضع لدراسة المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية التقليدية بصفة عامة والخاضعة لقواعد المسؤولية الجنائية العامة، مما يضطرنا إلى الرجوع إلى القواعد العامة والمنصوص عليها في قانون العقوبات. وفي نفس الوقت نتطرق إلى شروط وضوابط نقل الأعضاء البشرية المنصوص عليها في قانون الصحة.

كما أن موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية أثار جدلاً كبيرًا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى جوازها، وكما أثيرت إشكالات قانونية كثيرة، والتي لا تزال تخضع للنقد والدراسة. هذا ما صعب علينا التطرق إليها ومحاولة فهمنا للموضوع.

ومن بين الصعوبات التي واجهتنا أيضاً عدم وجود الأحكام والقرارات القضائية[1]، لقلة هذا النوع من العمليات الجراحية، وهذا راجع لوجود عدد قليل من الأطباء المتخصصين بهذه العمليات وحصر المستشفيات المصرح لها بإجراء العمليات، وكذلك لانعدام ثقافة التبرع بالأعضاء في المجتمع الجزائري.

إضافة إلى قلة المراجع التي تناولت بالشرح قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجديد والتي لها علاقة بموضوع البحث، مما صعب علينا البحث وفقاً للتعديلات الأخيرة، وخاصة من خلال إضافته لشروط جديدة كالتبرع المتقاطع والرضا المفترض وغيرها، والتي لم نجد المراجع التي تطرقت إليها، وخاصة مع انعدام المراجع المتخصصة باللغات الأجنبية التي تناولت موضوع الدراسة.

خطة الدراسة:

للوصول إلى أهداف البحث والإجابة عن الأسئلة والإشكاليات التي يطرحها تم اتباع الخطة الآتية:

ولقد تم تقسيم الموضوع إلى فصل تمهيدي وبابين:

الفصل التمهيدي: وتناول الإطار المفاهيمي، وتم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، فتناولت في المبحث الأول ماهية المسؤولية الجنائية، تعريفها وأساسها، وفي المبحث الثاني ماهية جسم الإنسان وتعريف العضو البشري وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أما المبحث الثالث فتناول العمل الطبي وأساس و شروط إباحته.

الباب الأول: وتم التطرق فيه إلى أحكام المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتم تقسيمه إلى ثلاثة فصول.

1 – وبعد أن واجهت صعوبة في الحصول على الأحكام والقرارات القضائية، تحصلت على قرارين غير منشورين صادرين من مجلس قضاء باتنة– الغرفة الجزائية– تناول القرار الأول الصادر بتاريخ 2005/06/13، مسؤولية الطبيب الجزائية عن الوفاة نتيجة الإخلال بواجب الحيطة واليقظة، وتناول القرار الثاني الصادر بتاريخ 2013/10/22، مسؤولية الطبيب الجزائية نتيجة الإهمال. (وقد تم التعليق على القرارين في الصحفتين 226 239 على التوالي)

الفصل الأول: ويتطرق إلى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، الأساس القانوني لإباحتها، وموقف كل من الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية، وموقف المشرع الجزائري منها.

الفصل الثاني: فيتطرق إلى الشروط والقيود القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

أما الفصل الثالث: فيتطرق إلى شروط وضوابط نزع الأعضاء من الموتى.

الباب الثاني: ويتناول النطاق والجرائم المتعلقة بالمسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتم تقسيمه إلى فصلين.

الفصل الأول: ويتطرق إلى نطاق المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، للطبيب وللشخص المعنوي.

أما الفصل الثاني: فيتطرق إلى الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فتناول الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات من جهة، والجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة من جهة أخرى.

وأخيرا انتهى البحث بخاتمة تضمنت النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها

الفصل التمهيدي

الإطـار المفاهيمـي

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي

أولت القوانين الوضعية أهمية كبيرة للحماية الجسدية للإنسان، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم. ونظرا لعدم كفاية هذه النصوص في نظر المشرع الجزائري فإنه في كل مرة ومن حين لآخر يدعمها بنصوص جديدة منها القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة.

وقد جرم المشرع الجزائري كل أنواع وصور الاعتداء التي تمس جسم الإنسان وعاقب كل من يعتدي عليه، سواء بالضرب أو الجرح أو بإعطاء مواد ضارة به[1]، واستثنى من ذلك المساس بسلامة الجسم في حالة رجحان الحق المقرر للمريض في العلاج، والحق المقرر للطبيب بموجب الحق في ممارسة مهنة الطب بشرط رضا المريض ودون المساس بكرامة الإنسان وحرمة جسده[2]، وهذا ما يمثل في جميع الحالات شيئا بسيطا وجزء قليلا من الحماية والتكريم الذي حبا الله به الإنسان عندما خلقه في أحسن صورة وجعله خليفة له في الأرض.

وقد اهتمت التشريعات الجنائية الوضعية بالحماية الجسدية للإنسان منذ القدم، فقامت بتجريم أي إيذاء أو اعتداء عليه بأي شكل من الأشكال أو بأية صورة من صور الاعتداء، وعاقبت على هذه الأفعال بعقوبات قاسية، وذلك لما لجسم الإنسان من حرمة وقدسية، مما جعل جميع التشريعات في العالم تتفق على المساءلة الجنائية عن هذه الأفعال دون أي اختلاف بين تشريع وآخر، إلا من حيث مقدار العقوبة ونوعها[3].

ويقتضي موضوع البحث التعريف بالمسؤولية الجنائية، والإحاطة بجسم الإنسان باعتباره مناط الحماية القانونية بصفة عامة، ومحل عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، كما يقتضي أيضا تحديد الأعضاء البشرية لكونها موضوع الحماية الجنائية، وأخيرا التمييز بين الأعضاء البشرية التي تخضع للحماية الجنائية الخاصة وما يترتب على المساس بها أو الاعتداء عليها من مسؤولية جنائية خاصة، وبين بقية العناصر الأخرى المكونة لجسم الإنسان والتي لا تعتبر من الأعضاء البشرية بالمفهوم الدقيق.

---

1 – عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة والقانون الوضعي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2015، ص 7.

2 – رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط 3، دار الفكر العربي، 1966، ص 421.

3 – دنيا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية لاستئصال وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 16.

كما يقتضي موضوع البحث التطرق أيضا إلى العمل الطبي وأساس مشروعيته من خلال التعريف به وبشروطه والأساس القانوني لإباحته، لأن عمليات نقل وزرع الأعضاء ما هي في الأصل إلا أعمال طبية حديثة تخضع في دراستها القانونية للمبدأ العام لدراسة الأعمال الطبية، وبهذا نكون قد أحطنا بكل العناصر التي يتضمنها البحث.

ولهذا نحاول تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية المسؤولية الجنائية

المبحث الثاني: ماهية جسم الإنسان وعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الثالث: العمل الطبي والأساس القانوني لإباحته

المبحث الأول

ماهية المسؤولية الجنائية

تقوم الجريمة على عنصر موضوعي، باعتبارها واقعة مادية لها كيان مادي محسوس أو ملموس، وعنصر شخصي يتمثل في الجاني الذي ارتكبها ويتحمل مسؤوليتها.

وإذا كان الفرق بين الجريمة والجاني الذي ارتكبها واضح، فإن الفصل بينهما فصلا مطلقا غير ممكن من الناحية العملية، فالمسؤولية الجنائية التي يتحملها الجاني ترتبط ارتباطا وثيقا بالجريمة باعتبارها شرط أساسي وضروري لقيامها[1]، مما يجعل انعدام الجريمة يقتضي بالضرورة انعدام المسؤولية الجنائية، وبالتالي فإنه لا يمكن الحديث عن المسؤولية الجنائية في غياب الجريمة، إذ لا مسؤولية جنائية دون جريمة، فالجريمة هي مصدر المسؤولية الجنائية.

والمسؤولية الجنائية ما هي إلا أثرا ونتيجة مترتبة عن الجريمة، ولهذا فإن المسؤولية الجنائية ليست هي الجريمة ولا تشكل عنصرا من عناصرها[2] ولكنها شرط أساسي لقيامها فتوجد بوجودها وتنعدم بانعدامها.

ولهذا نحاول دراسة المسؤولية من خلال التعريف بها، ثم التطرق إلى أساسها، وبعد ذلك موقف المشرع الجزائري، ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المسؤولية الجنائية

المطلب الثاني: أساس المسؤولية الجنائية

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري اتجاه المسؤولية الجنائية

1 – مُحَمَّد حماد الهيتي، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2005، ص 17.

2 – هشام مُحَمَّد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 493.

المطلب الأول

تعريف المسؤولية الجنائية

المسؤولية هي التزام الشخص بتحمل نتائج وتبعات أفعاله وتصرفاته الشخصية، وتبعات ونتائج أفعال وتصرفات من يلزمونه قانونا وهم: التابعون الخاضعون لولايته أو وصايته كالقصر، أو من يقعون تحت رقابته كالعمال، أو المفوضون من طرفه أي الذين يعملون باسمه ولحسابه كالوكلاء، وأخيرا يتسع مفهوم المسؤولية ليشمل تحمل نتائج وتبعات كل إخلال بأي التزام أو واجب من الواجبات التي يفرضها القانون على الشخص[1].

وتقابل كلمة المسؤولية في اللغة الفرنسية كلمة La Responsabilité المشتقة من الكلمة اللاتينية Respondere وتعني إجابة الشخص عما يطرح عليه من أسئلة حول التصرفات والأفعال التي قام بها، أما كلمة Le Responsable فتعني المسؤول وهو الملزم بالإجابة عن السؤال المتعلق بفعل أو تصرف قام به ليتحمل نتيجته[2].

وتوصف المسؤولية بالالتزام أو الواجب أو القانون الذي يتم الإخلال به، فتوصف بأنها مسؤولية قانونية عند الإخلال بالواجبات والالتزامات القانونية، وتوصف بأنها مسؤولية عقدية عند الإخلال بالشروط والالتزامات العقدية، كما توصف أيضا بوصف القانون الذي تتم مخالفته، فيقال مسؤولية مدنية عندما يتم الإخلال بقواعد القانون المدني، ويقال مسؤولية جنائية عندما يتم الإخلال بقواعد القانون الجنائي، ويقال مسؤولية دستورية عندما يتم الإخلال بقواعد القانون الدستوري[3]، كما توصف أيضا بأي واجب أو التزام تم الإخلال به فيقال مسؤولية أخلاقية إذا تم الإخلال بالتزام أو واجب أخلاقي، ومسؤولية مهنية إذا تم الإخلال بالتزام أو واجب مهني، ومسؤولية وظيفية إذا تم الإخلال بالتزام أو واجب وظيفي.

ويقال أيضا مسؤولية طبية إذا تم إخلال الطبيب بالالتزامات أو الواجبات التي تفرضها عليه أخلاقيات مهنة الطب، ويقال أيضا المسؤولية الجنائية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وهي المسؤولية الجنائية المترتبة عن مخالفات القانون المنظم لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

---

1 – مصطفى العوقي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، 1982، ص23 .

2 - Larousse , petit dictionnaire français, imprimerie Larousse، hautes de seine، paris، éd 1972.

3 – محمد حماد الهيتي، المرجع السابق، ص 07.

كما يوصف المسؤول بوصف الواجب الذي أخل به، فيوصف المتهم بأنه المسؤول جنائيا إذا كان مطلوبا في جريمة من الجرائم، ويوصف بالمسؤول المدني إذا أخل بالتزام مدني وكان مطلوبا بجبر الضرر أو بالتعويض، كما يوصف أيضا بالمسؤول طبيا ويقصد به المسؤول مهنيا أي وفقا لقواعد مهنة الطب.

والمسؤول أو المسول هو اسم مفعول يدل على حال أو صفة الشخص المطلوب أو الخاضع للمساءلة عن أمر أو فعل أتاه ليتحمل تبعاته ونتائجه[1].

أما المسؤولية الجنائية فقد اختلف الفقهاء حول تعريفها، فعرفها الأستاذان قاستون ستيفاني Gaston Stefani وجورج لوفاسور Georges Levasseur بأنها: "التزام الشخص بتحمل نتائج وتبعات أفعاله المجرمة، وتنفيذ العقوبة الجنائية المقررة لها في حالة الإدانة"[2].

أما مُحَمَّد حماد الهيتي فعرفها بأنها: "الإلتزام بتحمل العقوبة التي يقررها القانون لمن يخالف أحكامه بارتكاب جريمة مما نص عليه"[3].

في حين أن جون برادال Jean Pradel عرفها بأنها:"إلتزام الشخص المتورط في الجريمة بتحمل نتائجها أي تحمل العقوبة المقررة لها"[4].

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن تعريف المسؤولية الجنائية بأنها:

"إلتزام الشخص بتحمل النتائج والتبعات المترتبة عن أفعاله وتصرفاته المجرمة، أي التزامه بتحمل الجزاء المترتب عن أفعاله المجرمة".

فالمسؤولية الجنائية هي النتيجة الحتمية والأثر المترتب عن الجريمة، أما الجزاء أو العقوبة فهي النتيجة والأثر الحتمي المترتب عن المسؤولية الجنائية، فالجريمة دون مسؤولية جنائية لا معنى لها، والمسؤولية الجنائية دون جزاء أو عقوبة لا قيمة لها أيضا، أما العقوبة بدون مسؤولية جزائية فهي ظلم واستبداد.

وينصب موضوع البحث والدراسة على المسؤولية الجنائية الخاصة بالمخالفات المرتكبة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية أو بمناسبتها، سواء كان مرتكبها شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

1 – المنجد في اللغة والأعلام، ط 26، دار المشرق، بيروت لبنان، 1982، ص 316.

2- Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bérnard Bouloc, Droit Pénal Général, 20eme éd, Précis Dalloz, Paris, 2007, P 325.

3 – مُحَمَّد حماد الهيتي، المرجع السابق، ص09.

4- jean Pradel, droit pénal, introduction générale droit pénal général, 9eme éd, Cujas, paris ,1994, p436.

أما موقف المشرع الجزائري من مسؤولية الشخص المعنوي استمر المشرع الجزائري بعد الاستقلال في تطبيق القوانين الفرنسية إلا ما كان يتعارض منها مع السيادة الوطنية، وبالتالي استمر في تطبيق ق.ع.ف إلى غاية صدور الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن ق.ع.ج، أين تبنى نفس الموقف ونفس النظام الذي كان سائدا وقتها في القانون الفرنسي، فاعتبر الشخص المعنوي شخصية افتراضية غير مسؤول جنائيا كقاعدة عامة ولم يأخذ بهذه المسؤولية إلا كاستثناء نادر أين فرض عليه بعض العقوبات والتدابير الأمنية بطرق أخرى.

إلا المشرع الفرنسي أقر بعد ذلك بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية بموجب ق.ع.ف الصادر سنة 1992[1]، والذي أنهى الخلاف الكبير بين فقهاء القانون الجنائي، حول مدى مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية وما إذا كان من المناسب الاعتراف بها أم لا.

إلا أن المشرع الجزائري بقي على نفس منهجه السابق لفترة من الزمن إلى غاية سنة 2004 أين أقر هو الآخر بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية بموجب المادة 51 مكرر من القانون رقم 04-15 المعدل لقانون العقوبات والمؤرخ في 10 نوفمبر 2004 التي تنص على أنه: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك"، لكنه حصرها في الأشخاص المعنوية التي تخضع القانون الخاص فقط، كما قيدها بشرط وجود نص تجريمي خاص بالشخص المعنوي في كل جريمة على حدى، بعبارة: "عندما ينص القانون على ذلك"، وبهذا الشرط يكون المشرع الجزائري قد أقر بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وقد ألحق المشرع الجزائري هذا الاعتراف بالنص على عقوبة الشخص المعنوي، بعقوبات أصلية وعقوبات تكميلية بموجب المادة 18 مكرر 1 من ق.ع.ج.

وتجدر الإشارة إلى أننا سنتناول موضوع مسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بشيء من التفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة.

1- Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, JORF n° 169 du 23 juillet 1992.

المطلب الثاني

أساس المسؤولية الجنائية

ارتبط أساس المسؤولية الجنائية منذ القدم بالتساؤل الأبدي الذي كان وما زال يطرح نفسه على الإنسان وهو: هل الإنسان مسير أم مخير؟ هل هو حر أم مجبر؟ ونتيجة اختلاف فقهاء القانون في الإجابة على هذا السؤال اختلفت المدارس والمذاهب القانونية، فظهرت ثلاثة مذاهب وهي: مذهب الحرية، ومذهب الحتمية، والمذهب التوفيقي.

وبالتالي سنتطرق لكل مذهب على حدى وفقاً للفروع التالية:

الفرع الأول: مذهب الحرية

الفرع الثاني: مذهب الحتمية

الفرع الثالث: المذهب التوفيقي

الفرع الأول

مذهب الحرية

وتتزعمه المدرسة التقليدية أو الكلاسيكية، ويرى أنصاره بأن الإنسان حر وليس مجبرا، فهو ليس مسير في أفعاله وتصرفاته بل هو مخير بين فعل الخير أو الشر ولهذا يسأل عن هذه الأفعال والتصرفات ويتحمل نتائجها وتبعاتها، فإن فعل خيراً يجازى خيراً وإن فعل شراً فيجازى شراً، فنادوا بتحميل الشخص المسؤولية الجزائية عن أفعاله المجرمة لأنه كان بإمكانه أن يمتنع عن ارتكاب الجريمة لو أراد ذلك على أساس "حرية الإرادة في الاختيار" طبقا لمبدأ المسؤولية مقابل الحرية' فما دام الشخص حراً في الاختيار بين ارتكاب الجريمة وعدم ارتكابها فهو مطالب بتحمل نتائجها الجنائية[1]، لكونه استعمل إرادته بكل حرية على نحو يستوجب اللوم والمساءلة[2]، وتقوم مسؤوليته الجنائية التي تستوجب الجزاء المناسب[1]، بسبب اختياره الطريق المخالف للقانون في حين كان بإمكانه اختيار الطريق الموافق له.

1 – فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، الكتاب الثاني، المسؤولية والجزاء، دون دار النشر، 1997، ص 8.

2 – نقلاً عن محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2006، ص 27.

ونظرا للانتقادات التي وجهت لهذه المدرسة ظهرت المدرسة التقليدية الحديثة خلال القرن التاسع عشر، والتي أولت عناية كبيرة لشخصية الجاني والظروف المحيطة به، مستبعدة فكرة المساواة المطلقة في حرية الإرادة بين جميع الأفراد على أساس أن هذه الحرية تختلف من شخص لآخر وسط الظروف المختلفة، وبقدر اختلاف هذه الظروف تختلف حرية الإرادة، وبقدر اختلاف حرية الإرادة تختلف المسؤولية الجنائية، فتكون المسؤولية الجنائية كاملة إذا تمتع الجاني بحرية إرادة كاملة، وتتناقص المسؤولية الجنائية بقدر تناقص حرية الإرادة في القدرة على المفاضلة والإختيار، وتنتفي المسؤولية الجنائية تماما بانتفاء حرية الإرادة وانعدامها[2]، كما أكدوا على أن الغرض الأخلاقي للعقوبة إلى جانب الغرض النفعي، فالغرض من توقيع العقوبة ليس منفعتها في حد ذاتها، وإنما هو تحقيق العدل بين الناس أيضا من أجل إرضاء الشعور بالعدالة سواء بالنسبة للضحية أو المجتمع وهو الشعور العام، فالعقوبة لا تكون أكثر من عادلة ولا أكثر مما هي ضرورية، فالهدف منها هو تحقيق العدالة، وتحديد حكم الناس على الجاني ومدى استحقاقه للجزاء إرضاء للشعور العام بالعدالة[3].

الفرع الثاني

مذهب الحتمية

فتتزعمه المدرسة الوضعية التي ظهرت في إيطاليا مع نهاية القرن التاسع عشر، والتي تأثرت بالتقدم الذي أحرزته العلوم الطبيعية بعد تطبيقها لنظرية السببية الحتمية، كظاهرة طبيعية لها أسباب وعوامل إذا توافرت تؤدي حتماً إلى قيامها، فلا تخلو أي ظاهرة من علة تقف وراءها، وترتبط بها برابطة السببية والعلة بالمعلول والتي تؤدي إليها حتميا، وتشكل القانون الذي يحكمها، وما على الباحث العلمي إلا الاجتهاد في البحث عنها والكشف عنها، وأراد أنصار هذه المدرسة تطبيق هذه النظرية على العلوم الاجتماعية والإنسانية باعتبارها ظواهر طبيعية أيضا[4]، فانتهى بهم الأمر إلى القول بأن الجريمة ليست نتيجة حرية الإختيار، وإنما هي نتيجة أسباب وعوامل داخلية وخارجية تضغط على إرادة الجاني فتتحكم

---

1 – رضا فرج، شرح قانون العقوبات، الأحكام العامة للجريمة، ط 2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 365.

2 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات – القسم العام –، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 24.

3 – سمير عالية، قانون العقوبات القسم العام، المسؤولية والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ص 9، 10.

1– محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 602.

فيه وتسيطر على تصرفاته فلا يستطيع التحرر منها أو مقاومتها ليجد نفسه تحت تأثيرها مجبرا على ارتكاب الجريمة، فهي التي تتحكم فيه وليس هو من يتحكم فيها، لكونها لا تخضع لإرادته وحرية اختياره، ومن هذه العوامل والمؤثرات النفسية الذاتية الداخلية نجد: التكوين الذهني والنفسي للشخص والوراثة، ومن العوامل والمؤثرات الاجتماعية الخارجية نجد: التربية والنشأ الاجتماعية والبيئة والوضع الاجتماعي والاقتصادي[1]، وغيرها من العوامل الخارجية الأخرى.

فكل هذه العوامل الداخلية والخارجية هي التي تجعل الإنسان مجبرا على ارتكاب الجريمة وليس مخيرا بين ارتكابها أو عدم ارتكابها، ولهذا يطلق على هذا المذهب: مذهب الحتمية أو مذهب الجبرية[2].

ويؤدي إنكار حرية الاختيار عند أنصار هذا المذهب إلى إقامة المسؤولية الجنائية على أساس اجتماعي لتتحول إلى مسؤولية اجتماعية[3]، فالجاني يسأل عن الجريمة لأنها كشفت عن الخطورة الإجرامية الكامنة في شخصه والتي تهدد المجتمع، وبالتالي فمن حق الأخير اتخاذ التدابير الاحترازية اللازمة التي تقيه من هذه الخطورة، فالجريمة مفروضة على الجاني، والتدابير الاحترازية مفروضة على المجتمع لوقاية نفسه وحفظ كيانه[4]، وبهذا يأخذون بالتدابير الاحترازية وينكرون العقوبة كجزاء.

الفرع الثالث

المذهب التوفيقي

أمام تطرف وتناقض مذهبي الحرية والحتمية، ظهر مذهب وسطي جديد أطلق عليه مذهب الحرية المقيدة، فحاول أنصاره التوفيق بين المذهبين السابقين، وهو الاتجاه الذي أوصى به الإتحاد الدولي لقانون العقوبات، وأوصت به المؤتمرات الدولية، وأخذت به التشريعات المعاصرة والذي أخذ به أغلب فقهاء القانون الجنائي، ويرى أنصار هذا المذهب بأن الإنسان كائن عاقل ومدرك لتصرفاته وأفعاله، فلا تتحكم فيه قوانين الطبيعة تحكما مطلقا كغيره من المخلوقات، ولا يخضع للعوامل والمؤثرات الداخلية والخارجية خضوعا مطلقا أيضا، ومع ذلك توجد بعض العوامل والمؤثرات الداخلية والخارجية التي لا يستطيع

1 – مُحَمَّد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 30.

2– رضا فرج، المرجع السابق، ص 366.

3 – فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 12.

4 – محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 603.

التحكم فيها أو السيطرة عليها، والتي قد تصل درجة تحكمها وتأثيرها على إرادته وحريته في الاختيار إلى الحد الذي يعدم ويلغي هذه الإرادة والحرية تاما[1].

فالإنسان ليس حرا حرية مطلقة في اختياراته، ولكنه يتمتع في الظروف العادية بقدر من حرية الإرادة النسبية يتصرف في حدودها[2]، فإذا انتقصت هذه الحرية في الاختيار قليلا أو كثيرا، وجب تخفيف الجزاء والعقوبة بقدر هذا النقصان، وإذا انعدمت هذه الحرية في الاختيار انعداما تاما، انعدمت مسؤوليته الجزائية انعداما تاما أيضا[3]، ويطلق على هذا الاتجاه مذهب الحرية المقيدة، وهو الاتجاه الذي أخذت به المدرسة التقليدية الحديثة.

فهذا المذهب يأخذ بالمسؤولية الأخلاقية والقانونية التي تقوم على الحرية النسبية للإرادة في الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، وهي مسؤولية شخصية يترتب عنها العقاب كقاعدة عامة، كما يأخذ أيضا بالمسؤولية الاجتماعية كأساس للمسؤولية الجنائية وهي مسؤولية مادية تترتب عنها التدابير الاحترازية، وهذه التدابير ليس لها صفة العقوبة وإنما هي إجراءات وتدابير وقائية لدرء الخطر الكامن في هؤلاء الأشخاص، فالمجنون الذي يرتكب جريمة لا توقع عليه العقوبة لكونه عديم التمييز وعديم الإرادة، فهو لا يدرك الأشياء ولا يفهمها مما يجعله غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية، غير أن ذلك لا يعني بقاء المجتمع معرضا لخطورته الدائمة والمستمرة، فتستدعي الضرورة اتخاذ تدابير أمنية ووقائية ضده لدرء خطره[4]، وبهذا يتفقون أيضا مع المدرسة الوضعية.

وبهذا يكون أنصار الاتجاه التوفيقي قد أخذوا بالمذهب التقليدي والمذهب الوضعي معا، فأخذوا من المذهب التقليدي، القاعدة العامة للمسؤولية الجنائية القائمة على أساس حرية الاختيار والعقوبة بهدف الردع العام والخاص، وأخذوا من المذهب الوضعي، المسؤولية الجنائية على أساس الحتمية، بسبب الخطورة الإجرامية التي يشكلها الجاني على المجتمع فتتخذ ضده التدابير الاحترازية لمواجهة هذه الخطورة.

والرأي الذي نؤيده هو ما يراه أنصار هذا الاتجاه، بأن السياسة العقابية لمكافحة الجريمة يجب أن تتخذ التدابير الأمنية كأسلوب للوقاية من الجريمة، والعقوبة كأسلوب للردع العام والردع الخاص، وبهذا يكون الاتجاه التوفيقي قد أخذ بالمسؤولية الجنائية على أساس أخلاقي واجتماعي في الوقت ذاته.

1- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 510.

2- فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص: 14-15.

3- رضا فرج، المرجع السابق، ص 367.

4- المرجع السابق، ص 368.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري اتجاه المسؤولية الجنائية

بالرجوع إلى المادة الأولى من ق.ع.ج يتبين بأنها تنص على: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، فمن خلال هذه المادة يتبين بأن المشرع الجزائري جمع بين العقوبة وتدابير الأمن معا، فجعلهما في مرتبة واحدة وعلى قدم المساواة من حيث الشرعية، فمنع توقيع أي عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهبين التقليدي والوضعي معا.

وبالرجوع إلى المادة 04 من القانون ذاته يتبين بأنها تنص على أنه: "يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات، وتكون الوقاية منها باتخاذ التدابير الأمنية"، مما يفيد بأن المشرع الجزائري اعتمد العقوبة صراحة كجزاء ووسيلة للردع الخاص والعام متأثرا بالمدرسة التقليدية والفكر التقليدي، واعتمد التدابير الأمنية كوسيلة للوقاية من الجريمة متأثرا بالمدرسة الوضعية، والوقاية من الجريمة قد تكون قبل وقوع الجريمة أو بعد وقوعها، كما في حالة وضع حد لاستمرار الجريمة أو تكرارها.

كما أقر المشرع بانتفاء المسؤولية الجنائية في حالة انتفاء حرية الإرادة في الاختيار بموجب المادة 48 من ق.ع.ج التي تنص على أنه: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، فطبقا لأحكام هذه المادة عندما يكون الشخص في حالة ضرورة تفقده حرية الاختيار تنتفي مسؤوليته الجزائية انتفاء تاما.

في حين أن المادة 49 من ق.ع.ج تنص على عدم مساءلة القاصر الذي لم يكمل سن العاشرة (10) من العمر، وعدم خضوعه للمسؤولية والمتابعة الجزائية تماما باعتباره عديم التمييز وعديم الإرادة، فتنتفي مسؤوليته الجنائية لانتفاء هذه الإرادة، وقرر عدم متابعته وعدم تحريك الدعوى العمومية ضده أصلا لعدم جدواها في مواجهة انعدام الإرادة، واعتبر القاصر الذي لم يكمل سن (10) سنوات لا يشكل أية خطورة إجرامية في جميع الحالات، ولهذا لا تتخذ ضده لا عقوبة ولا إجراءات احترازية.

كما تنص المادة 47 من ق.ع.ج على عدم مسؤولية الشخص الذي يكون في حالة جنون عند ارتكاب الجريمة، وبذلك عدم خضوعه لأي عقوبة، إلا أنه أخضعه للتدابير الاحترازية باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة 2 من المادة 21 من القانون ذاته، والتي تنص على وضعه في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية، وإخضاعه للعلاج الاستشفائي جبرا لاتقاء خطورته الإجرامية.

حيث حدد المشرع الجزائري التدابير الأمنية بموجب أحكام المادة 19 بنوعين من التدابير هي: الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية بالنسبة للمجانين، والوضع القضائي في مؤسسة علاجية، بالنسبة للمصابين بالإدمان على المخدرات والمواد الكحولية والمؤثرات العقلية الأخرى.

والرأي الأقرب للعقل والمنطق هو ما رآه المشرع الجزائري بأن كرس مذهب حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، وأخذ بالتدابير الأمنية المناسبة ضد الجاني عندما يشكل خطرا على المجتمع والنظام العام، طبقا لنظرية الدفاع الاجتماعي التي نادت بها المدرسة الوضعية.

المبحث الثاني

ماهية جسم الإنسان وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم وأحسن صورة، وكرمه في حياته وفي مماته، بقوله تعالى: "**لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ** "[1]، وقال أيضا في محكم تنزيله: "**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا** "[2]، ومن مقتضيات هذا التكريم الإلهي تحريم الاعتداء على مظاهر التكوين الجسدي للإنسان، والعقاب على المساس به بعقوبات ردعية قاسية، فشرع القصاص ضد الجاني في حالة القتل أو الاعتداء على سلامة الجسم والأعضاء البشرية بأي شكل من الأشكال[3].

ويمكن دراسة تكوين الإنسان في قسمين: الأول مادي ويتعلق بجسم الإنسان ومكوناته وأعضائه، والثاني معنوي ويتعلق بالحالة النفسية للشخص، إلا أن دراستنا تقتصر على الجانب المادي وحده، لكون مجال البحث يختص بدراسة الجانب المادي للجسم البشري وما يقع عليه من عمليات كنقل وزرع الأعضاء[4].

ونحاول تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كالتالي:

المطلب الأول: تعريف جسم الإنسان

المطلب الثاني: تعريف العضو البشري

المطلب الثالث: عمليات نقل ونزع الأعضاء البشرية

1 – سورة التين، الآية رقم 4.

2 – سورة الإسراء، الآية رقم 70.

3 – عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والمقارن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2012، ص 16 وما بعدها.

4 – طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 52.

المطلب الأول

تعريف جسم الإنسان

يشكل تعريف جسم الإنسان وتحديد عناصره المختلفة أهمية كبيرة في نطاق الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، وهي الأهمية التي تنعكس على تحديد المسؤولية الجزائية عند المساس بأحد هذه العناصر والمكونات مادام البحث ينصب على المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية.

فالمقصود بجسم الإنسان والأعضاء البشرية وبقية العناصر الأخرى المكونة له ليس هو المقصود بذاته، وإنما المقصود منه هو الأثر القانوني المترتب على هذا التعريف ودوره الكبير في تحديد المسؤولية الجزائية المترتبة على المساس به وبعناصره المختلفة، مما يؤثر على توجيه مسار البحث ونطاقه لكونه مناط ومحل الحماية القانونية.

ورغم أن معظم التشريعات[1] أجازت نقل وزراعة الأعضاء البشرية، إلا أنها لم تهتم بوضع تعريف محدد لجسم الإنسان، أو تحديد العناصر والأعضاء المكونة له رغم أهميتها تاركة المجال لاجتهاد الفقه والقضاء، ومن بينها التشريع الجزائري حيث لم يقم بتعرف جسم الإنسان وتحديد عناصره والأعضاء المكونة له.

وقد حاول الفقه تعريف الجسم البشري وتحديد مفهومه غير أنه لم توفق في ذلك، لعدم اتسامها بالدقة والوضوح فجاءت تعريفاته غير كافية، فمنه من تناول التكوين المادي للجسم معتبرا أن حمايته هي حماية الحياة ذاتها، فتناول الجسم البشري باعتباره محل الاعتداء واعتبرت أن أي مساس به قد يؤدي إلى إنهاء حياة الإنسان أو إصابته بعاهات مؤقتة أو دائمة، وبالتالي حضر المساس بالوظائف المادية أو العقلية أو النفسية للإنسان، ومنع كل تصرف ضار يمس سلامة الجسم وعناصره والذي يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية. في حين أن هناك من حدد الجسم البشري بالنظر إلى مركزه القانوني المتمثل في

1 – لقد حاول امشرع الفرنسي وضع تعريف لجسم الإنسان عند إعداد مشروع قانون سنة 1988 المتعلق بعلوم الحياة وحقوق الإنسان، والذي عرف جسم الإنسان بأنه "تَجَسُد الإنسان"« L'incarnation de la personne » ، والمقصود بالتجسد في هذا التعريف هو ما يعرف بالروح الإنسانية، وقد جانب هذا التعريف الصواب لأن جثة المتوفى تفقد صفة الجسم بعد خروج الروح منه، فهذا التعريف يترتب عليه التمييز بين الإنسان وجسده مما يؤدي إلى فقدان الإنسان لبعض الحقوق اللصيقة به بعد وفاته، ومنها كرامة الإنسان والاحترام الواجب له قانونا. نقلا عن طارق سرور، المرجع السابق، ص 52.

الاستئثار بتكامل الجسم وبمستواه الصحي، فركز على الركن المادي باعتبار أن فعل الإعتداء على جسم الإنسان يتجسد في السلوكيات المادية للمتعدي[1].

أما الدكتور محمود نجيب حسني فعرف الجسم البشري بأنه: "الكيان الذي يباشر وظائف الحياة على تعددها واختلافها وهو محل الحق في سلامة الجسم، وأن مدلوله يشمل النفس كما يشمل مادة الجسم في أجزائه المختلفة الداخلية الخارجية [2].

وبهذا يكون قد عرف جسم الإنسان بتركيبته المادية والنفسية، فقسم الجسم إلى جانب مادي وجانب نفسي، وما يهمنا في هذا البحث هو الاعتداء على الجانب المادي والذي يتضمن موضوع دراستنا في نقل وزرع الأعضاء البشرية، أما الاعتداء على الجانب النفسي والحالة النفسية للإنسان فلا محل لها في هذه الدراسة، وإن كان أي سلوك أو فعل يصيب الحالة النفسية للإنسان ويؤثر عليها يشكل هو الآخر اعتداء على سلامة جسمه[3].

وهناك من عرف جسم الإنسان بأنه الكيان الذي يباشر وظائف الحياة وهو محل الحق في سلامة الجسم وموضوع الحق الذي تقع عليه أفعال الاعتداء[4].

ونرى بأن هذا التحديد لمدلول جسم الإنسان كافيا لبيان الأحكام الخاصة بجرائم القتل والاعتداء المنصوص عليها في التشريع الجنائي وفي مختلف القوانين المكملة له، ولكنه لا يبدو بأنه كاف ومفيد في مجال الدراسات الطبية بوجه عام وعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بوجه خاص، فالقصور يبدو واضحا إذا ما انتقلنا إلى المجال الطبي والممارسات المتعلقة بجسم الإنسان، فقد أفرز التقدم العلمي والتكنولوجي في مجال الطب والعلوم الطبية عدة ممارسات لها من الفائدة ومن الخطورة ما يجعل دراستها ومحاولة ضبط جوانبها القانونية أمرا غير سهل.

وهذا يستوجب بالضرورة تحديد المحل الذي ترد عليه هذه الممارسات تحديداً دقيقاً وافياً، ينقل المسألة من عموميتها المبينة في قواعد القانون الجنائي التقليدية إلى الخصوصية التي تستوجبها الدراسة

1 – نقلا عن أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2014، ص 34.

2 – محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات " القسم الخاص "، ط 05، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2018، ص 559، 560 .

3 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص16.

4 – حمدي محمد محمود حسين، نقل وزراعة الأعضاء بين الإباحة والحظر، دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الإسلامي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة – مصر، 2016، ص 35.

المنهجية السليمة للممارسات الطبية الحديثة، كنقل الأعضاء البشرية وأثرها على تحديد نطاق المسؤولية الجنائية عن الممارسات غير المشروعة لنقل وزراعة هذه الأعضاء.

ويفضل في هذه الدراسة الأخذ بتعريف جسم الإنسان من خلال التعريف بعناصره وما يتضمنه من مكونات والتي تشمل الأعضاء والخلايا والأنسجة والعظام والسوائل، وأحسن تعريف لجسم الإنسان هو تعريف الدكتور طارق سرور "هو ذلك الكيان الذي يباشر به الإنسان وظائف الحياة بما يتضمنه من سوائل كالماء والدم والنخاع، ومجموعة الأعضاء التي تقوم بأداء وظائف معينة سواء كانت من الأعضاء الظاهرة أو الباطنية والتي تتكون بدورها من الأنسجة التي تتألف بدورها من الخلايا والألياف، بالإضافة إلى المواد التي يفرزها الجسم أيضا أو يستغني عنها في صورة فضلات"[1].

ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن جسم الإنسان هو مجموعة من الأعضاء المترابطة فيما بينها وكل واحد منها يؤدي وظيفة محددة، بالإضافة إلى أن العضو هو مجموعة الأنسجة والخلايا والعناصر الحية المتجانسة فيما بينها، والتي تؤدي مجموعة من الوظائف الحيوية المتناسقة تشكل في مجموعها كيانا متكاملا هو جسم الإنسان.

ومن خلال التعريف يتبين بأن الخلية هي الوحدة الأساسية التي تكون الأنسجة والأعضاء البشرية، فيما يتكون الجسم من مجموعة الأعضاء والأنسجة، فالعضو هو العنصر الأساسي المسؤول عن أداء الوظائف التي يقوم بها جسم الإنسان، ومن هنا نتساءل عن ماهية الأعضاء البشرية؟ وماهي الأعضاء البشرية القابلة للنقل وتخضع لعملية النزع والزراعة؟ وكيف بين الأعضاء البشرية وبين الأنسجة والخلايا ؟.

1 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 53.

المطلب الثاني

تعريف العضو البشري

العضو البشري هو المحل الذي تقع عليه عملية النقل والزرع مما يجعله محور وموضوع الاهتمام الأول لتحديد نطاق المسؤولية الجنائية ونطاق الإباحة، وفي هذا الصدد فإن تعريف العضو البشري يبقى أمر في غاية الأهمية سواء من الناحية الطبية أو من الناحية القانونية، ومن دون تعريفه وتحديد مفهومه أو المقصود منه، يصبح من الصعب التوصل لتكييف المسؤولية الجنائية عن أفعال الاعتداء التي تقع عليه.

كما يجدر التطرق إلى الأعضاء والأنسجة والخلايا التي تدخل ضمن الدراسة والتي أقر المشرع الجزائري بإمكانية نقلها وزرعها، وذلك في إطار العمليات العلاجية أو التشخيصية وهي الأغراض والأسباب التي تم النص عليها في المادة 355 القسم المخصص للأحكام المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في ق.ص.ج، والتي نصت أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأعراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ذكر كل من الأعضاء والأنسجة والخلايا إلا أنه لم يميز بينها ولم يحددها، وبهذا يكون المشرع قد تطرق إلى جميع العناصر المكونة للجسم البشري ومنحها نفس الأهمية ونفس الحماية، ولعل أهم عناصر جسم الإنسان هي الأعضاء البشرية، لذا نحاول التركيز عليها باعتبارها العنصر الغالب في هذا النوع من العمليات.

وبهدف التعرف على مفهوم العضو البشري والوصول لتعريف دقيق له، كان لابد من تعريفه لغة وفقها، ثم بعد ذلك البحث عن التعريف القانوني من خلال التشريع المقارن، وبذلك نقسم هذا المطلب وفقا للتقسيم التالي:

الفرع الأول: تعريف العضو البشري لغة وفقها

الفرع الثاني: التعريف القانوني للعضو البشري

الفرع الأول

تعريف العضو البشري لغة وفقها

العُضْوُ بأنه: "جُزْءٌ من مجموع الجسد، كاليد والرجل والأذن"، وجمعه أَعْضاء[1]، العضو في لسان العرب من عضا : العُضْوُ والعِضْوُ: الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل هو كل عظم وافر بلحمه، وجمعها أَعْضاءٌ، وَعَضَّى الذبيحة : قطَّعَها أَعْضاءٌ [2].

أما الفقه، فقد اختلف في تعريف العضو، فمن الفقهاء من عرفه من الناحية الطبية ومنهم من عرفه من الناحية المادية، ومنهم من عرفه من الناحية البيولوجية.

فمن عرفه من الناحية الطبية، عرف العضو بأنه: "عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة مثل المعدة: تحوي الطعام وتهضمه، ومثل الكبد والكلية والدماغ والقلب..."[3]، فالقلب باعتباره عضوا يتكون من مجموعة من الأنسجة تعمل مجتمعة لتأدية وظيفة ضخ الدم لكامل الجسم، والأعضاء البشرية تتكامل جميعا فيما بينها لتكون البنيان الإنساني[4].

أما التعريف البيولوجي لمصطلح العضو فيرجع في أصله إلى القرن الخامس، وهو في الأصل مشتق من كلمة organon التي تعني الجهاز أو الأداة المستعملة في العمل[5]، ويعرف بأنه: "كل جزء من جسم الإنسان يتكون من مجموعة مركبة ومترابطة ومتناغمة من الأنسجة والخلايا التي لا يمكن للجسم تجديدها بشكل تلقائي إذا تم استئصاله كليا أو جزئيا من الجسم مما يؤدي إلى إنقاص الجسم وحدوث خلل في أداء وظائفه"[6].

1 – المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط 04 ،2004 ص 607.

2– جمال الدين أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، المجلد 04، ج 33، ص 2993.

3 – هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2003، ص11.

4 – أيمن سعيد شمسية، المسؤولية الجنائية الناشئة عن جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص78.

5 – جبيري نجمة، الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة) أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2019، ص 19.

6 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 24.

كما تم تعريفه أيضا بأنه: "ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان الذي يؤدي وظيفة أو مجموعة من الوظائف المحددة كالقلب والكبد والكلى"[1].

كما عرفه مجمع الفقه الإسلامي في قرار صادر عنه سنة 1988 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا على أنه:" أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين، سواء أكان متصلا به أم انفصل عنه "[2].

من خلال التعاريف السابقة نستنتج بأن العضو هو ذلك الجزء من جسم الإنسان الذي يقوم بوظيفة أو عدة وظائف ولا يمكن للجسم البشري تجديده في حالة تعطله، والذي يتكون من مجموعة من الأنسجة والخلايا، وأحسن مثال على ذلك القلب الذي يتكون من مجموعة من الأنسجة والصمامات والذي يعتبر عضوا بشريا يقوم بوظيفة ضخ الدم المزود بالأوكسجين والعناصر الغذائية الأخرى لتوزيعها على كافة الجسم من أجل توفير الطاقة التي يحتاجها الإنسان وإبقاءه حي في نفس الوقت.

وتعتبر الخلية هي الوحدة الأساسية لتكوين العضو والذي يتكون من مجموعة من الخلايا التي تشكل النسيج، ومن مجموعة من الأنسجة يتكون العضو، ولهذا نتطرق إلى تعريف كل من الخلية والنسيج لكي يتجلى لنا فهم معنى العضو وتوضيح صورته.

فالخلية cellule هي: "الوحدة البنيوية والوظيفية الأولية والأساسية في بناء الجسم[3]، وهي أصغر وحدة في المواد الحية[4]، وهي في أغلب الأحيان لا تؤدي دورا وظيفيا لوحدها، بل يجب أن تجتمع مجموعة مجموعة من الخلايا لتشكل نسيجا".

والنسيج tissu هو: "عبارة عن مجموعة من الخلايا المتميزة ذات البنية والوظيفة الواحدة المشكلة لوحدة آلية داخل عضو معين"[5]، وهو: "عبارة عن خليط محدد من مركبات عضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله كالنسيج العضلي والنسيج العصبي"[6].

1 – مُحَمَّد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات (التجارب الطبية، جراحة الجميل، عمليات تحول الجنس، استقطاب الأعضاء ونقلها)، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، دون سنة نشر، ص 204، 205.

2 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2002، ص 14.

3 – سمير أقرورو، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2010/2009، ص 265.

4 – هيثم حامد المصاروه، المرجع السابق، ص 11.

5 – سمير أقرورو، المرجع السابق، ص 265.

6 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 205.

الفرع الثاني

التعريف القانوني للعضو البشري

ليس من عادة المشرع وضع التعاريف ويترك هذه المهمة للفقهاء لوضع التعاريف وإبداء الآراء، خاصة عندما يحدث التداخل بين القانون ومجالات أخرى، كما هو الحال في موضوع بحثنا الذي يتداخل مع الطب، وقد عرفت بعض التشريعات العضو البشري ومنها التشريع الإنجليزي والمغربي والأردني، في حين أن تشريعات أخرى لم تعرف العضو البشري كالتشريع الفرنسي والمصري والجزائري، ولهذا نتناول تعريف العضو البشري ومفهومه في التشريعات المقارنة، ثم نتطرق إلى المشرع الجزائري لنرى كيف تطرق إلى العضو.

أولا – تعريف العضو في التشريعات المقارنة

من بين أهم تعريفات العضو في التشريعات المقارنة هو التعريف الذي جاء به المشرع البريطاني في نص المادة 7 في فقرتها الثانية من القانون الخاص بتنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية الصادر بتاريخ 1989/07/27 والتي جاء فيها أن العضو هو: "كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة التي لا يمكن للجسم استبدالها بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل"[1].

ويتسع هذا التعريف ليشمل كل أعضاء الجسم التي لا يمكن استبدالها تلقائيا كالأطراف والعيون والقلب والكبد والدماغ والكليتين والرئة...، ويخرج من نطاق الأعضاء البشرية وفقا لهذا التعريف بعض المشتقات والمنتجات البشرية التي يمكن للجسم استبدالها بشكل تلقائي مثل الدم ومشتقاته والسائل المنوي والهرمونات والنخاع العظمي، إذ أن هذه المشتقات جميعها لا يؤدي سحب كميات منها إلى نفاذها وعدم تجديدها، والدليل على ذلك استمرار تدفق الدم رغم أخذ كميات منه، حيث يجوز التبرع بكمية منه دون تأثير أو ضرر على الجسم حيث تقوم خلايا الجسم بإفرازه وتجديده[2].

1- Article 7. « (1) This Act may be cited as the Human Organ Transplants Act 1989. (2) In this Act "organ" means any part of a human body consisting of a structured arrangement of tissues which, if wholly removed, cannot be replicated by the body. (3) Section 1 above shall not come into force until the day after that on which this Act is passed and section 2(1) above shall not come into force until such day as the Secretary of State may appoint by an order made by statutory instrument. (4) Except for section 6 this Act does not extend to Northern Irelan ». Human Organ Transplants Act 1989. : على الرابط https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/pdfs/ukpga_19890031_en.pdf. آخر إطلاع على الموقع بتاريخ 2022/12/12 على الساعة 17:30.

2 – حمدي محمد محمود حسين، المرجع السابق، ص 111.

أما المشرع المغربي فقد عرف العضو البشري بموجب أحكام المادة 2 من القانون رقم 16-98 المؤرخ في 25 أغسطس 1999 الخاص بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها[1]، التي نصت على أنه: "لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة العضو بشري، كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أو لا، والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد "

ويلاحظ بأن تعريف المشرع المغربي للعضو هو تعريف غامض لم يميز بين العناصر المختلفة لجسم الإنسان إذ لم يفرق بين الأعضاء والأنسجة والخلايا، واعتبر جسم الإنسان كله عبارة عن أعضاء متصلة ببعضها البعض وكل جزء منها يسمى عضوا، ولعل القصد من هذا التعريف هو الرغبة في إخضاع كل مكونات جسم الإنسان لهذا القانون[2] وبالتالي فإنه لم يأتِ هو أيضا بالجديد.

أما المشرع الفرنسي فإنه لم يضع تعريفا محددا للعضو البشري إلا أنه ميز بين مكونات الجسم ليس من خلال تعريفها بل من خلال وضع مواد مستقلة للأعضاء عن باقي العناصر الأخرى من أنسجة وخلايا والمشتقات والمنتجات البشرية الأخرى، فقد نص المشرع الفرنسي في الكتاب الثاني من ق.ص.ع.ف[3] على التبرع واستعمال عناصر ومنتجات الجسم تحت عنوان "Don et utilisation des éléments et produits du corps humain" أقساما خاصة لكل عنصر من عناصر جسم الإنسان، فتناول في القسم الثاني الأحكام المتعلقة بالدم تحت عنوان "الدم البشري sang humain" من المواد 1220-1 إلى 1223-8 من ق.ص.ع.ف، وتناول في القسم الثالث الأحكام المتعلقة بالأعضاء البشرية تحت عنوان "organes" من المواد 1231-1 إلى 1235-7 بينما تناول في القسم الرابع الأحكام المتعلقة بالأنسجة والخلايا ومنتجات جسم الإنسان تحت عنوان " tissus, cellules et produits" في المواد 1241-1 إلى 1245-8 كما تناول في ق.ع.ف[4] تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية والأنسجة والخلايا وجميع المواد من جسم الإنسان فميز بين الأعضاء وبقية عناصر جسم الإنسان، وأفرد لها عقوبات بنصوص خاصة للأعضاء البشرية بموجب المادة 511-2 من

1 - قانون رقم 98-16 مؤرخ في 25 أغسطس 1999 والمتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها، والصادر في ج ر رقم 4726 بتاريخ 16 سبتمبر 1999 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05-26 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 والصادر في ج ر رقم 5477 بتاريخ 27 نوفمبر 2006.

2 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 104.

3 - le code de la santé publique français, version consolidée au 26 mars 2022.

4 - Le code pénal français, version consolidée au 04 mars 2022.

ق.ع.ف تختلف عما هو مقرر على الأنسجة والخلايا وجميع مواد جسم الإنسان في المواد 511-4 و 511-5 من حيث المسؤولية الجنائية والقيود التي تنظمها.

أما المشرع المصري فهو الآخر لم يعرف العضو في القانون رقم 5 الصادر سنة 2010 المتضمن تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية[1]، ولكنه تطرق إلى الفرق بين العضو والنسيج في اللائحة التنفيذية للقانون السابق ذكره الصادرة تحت رقم 93 لسنة 2011 بقرار من رئيس مجلس الوزراء[2] ليس من خلال تعريفهما، ولكن من خلال تحديد الأعضاء والأنسجة القابلة للزرع تحديدا حصريا في الفقرة الثانية من المادة الأولى[3] وفقا لقائمة مفتوحة على إمكانية إضافة أي عضو أو نسيج جديد يمكن نقله في المستقبل في حالة التقدم العلمي، ويبدو أن المشرع المصري قد ترك مهمة تحديد الأعضاء والأنسجة القابلة للزرع لرجال الطب والعلوم الطبية لأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية هي عملية طبية بحته أساسا، وما الدراسات القانونية التي تجرى بشأنها إلا اهتمام بتحديد ضوابطها القانونية فقط[4].

ثانيا – تعريف العضو في التشريع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري العضو البشري ولم يبين مفهومه أو المقصود سواء في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة أو في ق.ع.ج بالقسم المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، ولم يميز في ق.ص.ج بين عملية نقل وزراعة الأعضاء وبين عملية نقل وزراعة الأنسجة والخلايا، فجعلها جميعا تخضع لنفس الشروط، فكلما تطرق إلى العضو البشري في أحكام نقل وزراعة الأعضاء البشرية يتبعه بعبارة "... أو الأنسجة أو الخلايا..."، والعكس من ذلك في ق.ع.ج فلم يرتب المشرع الجزائري العقوبات نفسها في حالة الاعتداء على الأعضاء والأنسجة والخلايا، بل ميز بين جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية بنصوص خاصة بموجب المادتين 303 مكرر16 و303 مكرر17 وشدد في العقوبة على مخالفتها.

أما بالنسبة إلى الإتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان فنص عليها بالمادتين 303 مكرر18 و303 مكرر19 ونص على عقوبة أقل شدة من عقوبة العضو البشري.

---

1 – الجريدة الرسمية المصرية، الصادرة بتاريخ 2010/03/06، العدد 9 مكرر.

2 – الصادرة في ج ر، العدد 1 مكرر (أ)، الصادرة في 2011/01/12.

3 – نصت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية على أنه: "... ويقصد بالعضو: العضو القابل للنقل مثل (الكبد – الكلى – القلب – البنكرياس – الأمعاء الدقيقة – الرئة)، كما يقصد بالأنسجة: الجلد – صمامات القلب – الأوعية الدموية والعظام أو أي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العملي، وبعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ".

4 – علاء محمد شاكر سليمان، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2014، ص25.

وخلاصة القول فإن المشرع الجزائري حتى وإن أباح نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة والخلايا وأجاز القيام بعمليات زرع الأعضاء أو جزء منها أو الأنسجة أو الخلايا من شخص حي أو ميت لشخص مريض طبقا للضوابط الواردة في ق.ص.ج[1]، فإنه لم يحدد المقصود من العضو أو النسيج أو الخلية ودون أن يحدد الأعضاء القابلة للنقل والزراعة، وترك الأمر على عمومه مشددا على أن هذا النقل والزرع يكون لأغراض علاجية، ويبقى السؤال مطروحا، ما هو المعيار الذي يميز بين عناصر جسم الإنسان المختلفة؟، خاصة بين العضو والنسيج، مع العلم بأن هناك اختلاف في الآثار القانونية المترتبة على الإتجار بكل منها، إضافة للفروق المترتبة على عقوبة كل منهما، وعلى خلاف ذلك فقد قام المشرع المصري بتحديد الأعضاء القابلة للنقل والزرع وميز بينها وبين الأنسجة القابلة للنقل والزرع أيضا، وهذا ما يطرح إشكالا كبيرا بالنسبة للمشرع الجزائري، إذ كيف له أن يميز على سبيل المثال بين جريمة الإتجار بعنصر من عناصر جسم الإنسان وبين الإتجار بالأعضاء أو الإتجار بالأنسجة.

والموقف الذي نؤيده هو الذي يبقى التمييز بين العضو والنسيج، هو شأن طبي يستوجب في بعض الحالات على القاضي الاستنجاد بالطبيب لتحديد طبيعة العنصر البشري محل الإتجار من تسهيل التوصل إلى التكييف السليم للجريمة، كما أنه من الضروري على المشرع التدخل عن طريق المراسيم التنظيمية الخاصة بقانون الصحة الجديد 18-11 والتي لم تصدر بعد، لتحديد ووضع تعريف للعضو البشري أو من خلال فرز عناصر الجسم وتحديد الأعضاء والأنسجة القابلة للنقل والزراعة.

1 – ونصت المادة 355 من القسم الخاص بأحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

المطلب الثالث

عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

مرت عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بمراحل عدة من التطور، فبدأت بنقل جزء من جسم إنسان وزرعه في منطقة أخرى من جسمه، ثم أصبحت تتم بنقل جزء من جسم إنسان وزرعه في جسم إنسان آخر، تم تطورت فأصبحت تتم بنقل عضو من إنسان متوفى إلى إنسان آخر حي، وشيئا فشيئا أصبحت تتم بنقل وزراعة مجموعة كبيرة من الأعضاء سواء من الأحياء أو الأموات وزرعها لأناس من الأحياء، مما يستلزم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع على الشكل التالي:

الفرع الأول: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثاني: التطور التاريخي لأهم أنواع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثالث: تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن بعض التطبيقات الطبية

الفرع الأول

تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تتم دفعة واحدة، فهي ليست كغيرها من العمليات الجراحية التقليدية، فهي تفترض وجود مريض لم تعد وسائل العلاج التقليدية تجدي معه نفعا، وأمله الوحيد في العيش هو استبدال العضو التالف في جسده، عن طريق زراعة عضو جديد له من جسم شخص متبرع حيا أو من جثة شخص آخر متوفى.

والمقصود بالنقل هو نقل العضو البشري ويتضمن كل من نزع العضو السليم من المتبرع ونزع العضو التالف من المريض وأخيرا زرع العضو السليم محل العضو التالف، ويعني ذلك أن النقل يشمل النزع (الاستئصال) والزرع في آن واحد، أما الزرع يقصد به هو إدماج عضو جديد في جسم الإنسان الحي للمساهمة في علاج ما تعانيه وظائفه الفسيولوجية من أوجه نقص، وعملية الزرع خاصة بالمريض لوحده فقط[1].

1 – محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2001، ص135.

ومصطلح الزرع مرادف لمصطلح التطعيم (Transplantation au greffe) رغم أن عبارة الزرع هي الأكثر تداولا وانتشارا، فإن لفظ التطعيم أفضل لغويا بما يفيده من أخذ جزء حي من جسم معين لوصله بجسم آخر، وعلى العكس من كلمة نقل التي يمكن أن تتم من المريض لنفسه، حيث يكون متلقي العضو هو صاحبه، ويطلق على هذه العملية الغرس الذاتي أو الغرائس الذاتية (auto greffe) وقد تتم عملية زرع العضو من متبرع أجنبي عن المريض ويزرع لهذا الأخير، وقد يكون هذا المتبرع حياً أو ميتاً ويطلق على هذه العملية الغرس المتباين أو الغرائس المتباينة (allogreffe)[1]. فالنوع الأول من نقل الأعضاء المسمى بالغرائس الذاتية لا يدخل ضمن موضوع عمليات نقل الأعضاء محل البحث، فهي عمليات جراحية تقليدية تخضع لضوابط العمل والعلاج الطبي المتعارف عليه.

ويرى الأستاذ مُحَمَّد سامي الشوا إلى أنه من الأحسن أن يستعمل مصطلح غرس الأعضاء بدلا من مصطلح زرع الأعضاء، لأن الزرع يعني من الناحية اللغوية النمو، وهذا لا يتوافر في مجال زرع الأعضاء، أما غرس فيعني نقل عضو سليم من متبرع، وإتيانه في جسم المريض[2].

ويقصد بنقل وزرع عضو أو نسيج من الناحية الطبية عملية إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان الحي للمساهمة فيما تعانيه وظائفه الفسيولوجية، وبعبارة أخرى عملية نقص إحلال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم [3].

كما أن عملية نزع ونقل الأعضاء البشرية من الناحية الطبية ليست عملية واحدة، وإنما هي عبارة عن عمليتين مترابطتين وفي أغلب الأحيان متزامنتين، فالعملية الأولى هي عملية تقع على شخص المتبرع أو جثة شخص متوفى لنزع العضو السليم المراد نقله، أما العملية الثانية فتقع على الشخص المريض بانتزاع العضو التالف منه وزرع العضو السليم المنقول من الشخص المتبرع أو المتوفى بدله.

وتعرف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بأنها: عملية استئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المتبرع والذي قد يكون إنسانا حيا أو متوفى، لزرعه في جسد المتلقي وهو إنسان مريض محتاج لهذا العضو، على أن يكون هذا العضو قابل للنقل من الناحية الفنية والقانونية، فمن الناحية الفنية يجب أن

1 – سمير أقرورو، المرجع السابق، ص 263.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 25، نقلا عن مُحَمَّد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق– مصر ، 1986، ص 55.

3 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 204.

يكون العضو سليم ويتطابق مع جسم المريض، ومن الناحية القانونية لا يتعارض مع القيود القانونية المفروضة على هذا النوع من العمليات[1].

كما تعرف هذه العملية أيضا بأنها: "نوع من الجراحات الطبية الدقيقة التي يجريها فريق طبي متخصص على جسم الإنسان وفقا لضوابط وشروط طبية معينة، يتم من خلالها استئصال عضو تالف من جسم إنسان مريض واستبداله بعضو آخر سليم من جسم متبرع حي أو من جثة إنسان ميت وذلك بقصد العلاج[2]".

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه جعل من كل الشروط التي تحكم عمليات نزع وزراعة الأعضاء البشرية شروطا طبية، والخلط فيه واضح بين الشروط الطبية والشروط القانونية التي نص عليها المشرع، ومثال ذلك يشترط الطب التوافق بين أنسجة المريض وأنسجة المتبرع فهذا الشرط يعتبر شرطا طبيا، أما شرط القرابة أي أن تكون صلة القرابة بين المريض والمتبرع فهو شرط قانوني، لإمكانية التبرع طبيا من أي شخص لأي شخص كان، لكن المشرع وضع شرط القرابة بين المتبرع والمريض حتى يمنع البيع والمتاجرة بالأعضاء.

وإن كان رأينا الخاص هو الأخذ بالتعريف الأخير، إلا أنه يستحسن تعديله وفقا للصياغة الآتية:" تعتبر عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية نوع من العمليات الجراحات الطبية الدقيقة التي يجريها فريق طبي متخصص على جسم الإنسان وفقا لضوابط طبية وشروط قانونية معينة، يتم من خلالها انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا بشرية تالف من جسم إنسان مريض واستبداله بعضو آخر سليم تم نزعه من جسم متبرع حي أو من جثة إنسان ميت وذلك بقصد العلاج".

كما يلاحظ بأن المشرع الجزائري قد تخلى عن مصطلح نقل وزراعة الأعضاء في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجديد، واستبدلها بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، كما هو واضح من خلال تعريفه بـ "البيو – أخلاقيات" في المادة 354، والتي نصت على أن: "البيو- أخلاقيات هي كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا..."، وهو واضح أيضا من عنوان القسم المتعلق بالأحكام الخاصة بتنظيم عمليات نزع وزرع الأعضاء والذي جاء على الشكل التالي: القسم الأول " أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية".

1 – يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2014-2015، ص 67.

2 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 27.

الفرع الثاني

التطور التاريخي لأهم أنواع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد تعريف عمليات زرع الأعضاء وتحديد مفهومها، نحاول إلقاء الضوء على التطور التاريخي الذي مرت به أنواع هذه العمليات حتى وصلت إلى حالتها الراهنة بهذا الشكل المتطور في وقتنا الحاضر، وهذه أهمها:

عرفت عمليات زرع الأعضاء البشرية بأي شكل من الأشكال البدائية منذ القدم، فقد عرف الإنسان البدائي منذ العصر البرونزي عملية التربنة (Trephine) وهو إزالة جزء من عظم القحفة نتيجة إصابة الرأس، ويبدو من الحفريات القديمة أن المصريين القدماء عرفوا عمليات زراعة الأسنان، كما تدل الاكتشافات أيضا على أن سكان الأمريكيتين قد مارسوا عملية زرع الأسنان قبل أن يعرفها الأوروبيون[1].

1 – ترقيع الجلد la greffe de la peau: يعد ترقيع الجلد من أول عمليات نقل الأعضاء، والتي أجريت أول مرة سنة 1869 بواسطة روفاردن reverdin وترقيع الجلد قد يكون من جسم الشخص نفسه، وقد يكون عن طريق نقل جزء من جلد الغير إلى شخص آخر، وكذلك يصلح الترقيع من جثة الميت، حيث يمكن الاحتفاظ بخلايا الجلد حية خلال مدة ثلاثة أسابيع بعد الوفاة[2]، فكان لنجاح هذه العمليات أكبر أثر في تخفيف التشوهات التي تنشأ عن الحروق الإصابات الجلدية.

2 – نقل الكلية: تعد عملية نقل الكلية من أهم العمليات التي تم تجريبها مبكرا، وقد ظهرت هذه العملية لأول مرة على الحيوانات عام 1910 ولكنها لم تنجح بسبب ظاهرة رفض الجسم كل عضو غريب عنه[3]، وكان هامبرجر أول من قام بنقل كلية من أم سليمة إلى ابنها الذي أصيبت كليته الوحيدة في حادث، وكان ذلك عام 1953 وبذلك كانت أول عملية زرع الكلية من إنسان إلى آخر، ولكن أول نجاح حقيقي لعملية نقل الكلية، كانت تلك التي أجراها موراي عام 1954 من أخ لأخيه التوأم المتماثل[4].

1 – سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان، د. س. ن، ص 8، مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 211.

2 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 211 و 212.

3 – نفس المرجع ، ص 214.

4 – سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، د.س.ن، ص 12.

وفي أمريكا بدأت زراعة الأعضاء عام 1960 عندما كانت تعاني الندرة في وحدات تنشيط الكلى والمراكز المتخصصة، فتم تشكيل لجان متخصصة لبحث هذه المسائل، وكانت زراعة الكلى في الدول الغربية تعتمد على مصادر كلى المتوفين حيث وصلت الى ما يقارب 90 % من الحالات، ففي فرنسا مثلا لم يتجاوز عدد الحالات المزروعة من متطوعين أحياء أكثر من 4 % من المجموع الإجمالي للعمليات[1].

وتصل نسبة النجاح في عمليات زراعة الكلى في المراكز المتقدمة في العالم نسبة 90 إلى 95 % من متبرع حي قريب للمريض، وتصل إلى ما بين 80 إلى 85 % من متبرع ميت[2].

وكما هو معروف فإن الإنسان يمكن له أن يعيش بكلية واحدة فقط، وبالتالي فالشخص الذي يتبرع بإحدى كليتيه يكون في أمان، لأن نسيج كلوي واحد يكفي الجسم، خاصة إذا اتبع حمية غذاية خاص وصحية.

3 – زراعة الكبد: تعتبر عمليات نقل الكبد من أصعب عمليات نقل الأعضاء نظرا للوظائف المعقدة التي يقوم بها هذا العضو، ولما يتصف به من ضعف من ناحية أخرى، وكان أول من فكر في عمليات زراعة الكبد هو "والسن" الذي أجرى العديد منها على الحيوانات ولكن النتائج التي توصل إليها كانت غير مرضية[3].

ويرجع تاريخ إجراء أول عملية زراعة للكبد في العالم إلى عام 1963 حيث تمت هذه العملية على يد الجراح الأمريكي توماس ستارزل لكنها باءت الفشل[4]، أما أول عملية لزراعة الكبد من متبرع فقد أجريت على يد الطبيب البرازيلي رايا في عام 1988[5].

ومع تطور عمليات زراعة الكبد فإن نسبة نجاح هذه العمليات وبقاء المريض حيا لأكثر من عام وصلت إلى 70 %[6]، كما تم التوصل إلى أفضل وأنجح طريقة لتبرع إنسان حي بجزء من كبده إلى مريض مريض من أقاربه منعا لشبهة الإتجار بالأعضاء، وقد كانت هذه الطريقة مستهجنة في الغرب مع أوائل

1 – علاء الدين مُحَمَّد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 30.
2 – مُحَمَّد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 3.
3 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 217.
4 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 13.
5 – علاء مُحَمَّد شاكر سليمان،المرجع السابق، ص 31.
6 – مُحَمَّد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 3.

التسعينات خوفا من خطورتها على المتبرع، ثم أصبحت من عمليات الزراعة الآمنة للأعضاء البشرية بعد اعتمادها على وسائل متطورة[1].

4 – زراعة القلب: تعد عمليات نقل وزراعة القلب من أخطر عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وهي العمليات التي أرسى قواعدها الفنية الطبية الخاصة بها الطبيب الأمريكي شامواي وزميله جور، بينما تعد أشهر عملية نقل وزراعة قلب العملية التي أجراها الدكتور كريستيان برنارد في جنوب إفريقيا سنة1967،والتي لم تستمر حياة المريض بعد نجاح عملية النقل وزراعة القلب له سوى 17 يوما[2].

وقد هاجم أشهر الأطباء في المملكة المتحدة والمتخصصين في عمليات زراعة القلب، العملية التي أجراها الدكتور برنارد في جنوب إفريقيا على أنها تجربة غير إنسانية، مارسها على جسم الإنسان قبل حل المشكلة الرئيسية المتمثلة في مشكلة الطرد – أي لفظ الجسم للأجسام الغريبة عنه – وتم معارضته أيضا من بعض الجراحين الأمريكيين وعلى رأسهم الدكتور بيتر بيكونزفيلد بقوله: "أن التقدم الجراحي في العالم أصبح حقيقة مؤكده، وأنه يمكن إجراء كل أنواع العمليات الجراحية وتنجح لبعض الوقت لعدم حل مشكلة الطرد التي لا تزال قائمة بدون حل لجد الآن، وبناء على ذلك فإن حلها أولا هو السبيل لبداية عمليات زرع الأعضاء، أما قبلها فتعتبر هذه العمليات تجارب على الإنسان لا يقرها أحد"[3].

وفي عام 1980 جاء الحل، عندما توصل العلماء إلى اكتشاف عقار جديد – سيكلوسبورين أ، cyclosporine A- الذي يثبط الجهاز المناعي للجسم، ويساعد العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض، وبفضل استخدام هذا العقار الجديد ارتفعت نسبة نجاح عمليات زراعة الأعضاء البشرية إلى حوالي 80 %وبذلك تحقق أمل الآلاف من البشر في إنقاذ حياتهم عن طريق زرع أعضاء لهم[4].

وزادت نسبة نجاح عمليات زراعة القلب إلى أن وصلت إلى نسبة 85 % ممن تجرى لهم هذه العملية يبقون على قيد الحياة لأكثر من عام ومنهم من يصل إلى نهاية العام الثالث والخامس بعد العملية، ويبقى منهم على قيد الحياة حوالي 70%[5].

1 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 32.

2 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 12.

3 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 32.

4 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 11.

5 – محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 3.

5 – زراعة الرئة: بالنسبة لعمليات نقل وزراعة الرئة فإن أول عملية لنقل وزراعة الرئة أجريت في المملكة المتحدة عام 1968، لطفل يبلغ من العمر 14 عاما توفي بعد أسبوعين من إجراء العملية، وتلا ذلك إجراء خمس عمليات لنقل وزراعة الرئة في عام 1981 استمر بعضهم على قيد الحياة لمدة سنة تقريبا[1]، وتعتبر عملية نقل الرئتين من العمليات المعقدة التي لم تحقق أي نجاح يذكر كونها على درجة كبيرة من الخطورة، ولقي كل المرضى حتفهم، إلى أن جاء الطبيب العربي مجدي يعقوب بزراعة القلب والرئتين معا بعد اختراع جهاز القلب والرئتين المحمول، هذا الجهاز الذي يمكن نقله بعد وضع القلب والرئتين لمئات الأميال إلى الشخص المستقبل الذي يحتاج لزراعة القلب والرئتين[2].

6 – زراعة البنكرياس: بدأت أولى محاولات زراعة البنكرياس في عام 1966 أجريت على عدد من الشباب المصابين بمرض السكري المزمن، حيث تمكن الدكتور للهي Aldenlillhei على رأس فريق من الجراحين بجامعة بينيسوتا بالولايات المتحدة الأمريكية من إجراء أربع عمليات نجحت منها واحدة، كانت كفيلة بإعطاء الأمل في تحقيق مزيد من النجاحات[3]، وفي عام 1971 أشارت الإحصائيات إلى أن المدة التي عاشها المريض بعد العملية تراوحت بين 3 و12 شهرا، وبفضل الدراسات المتقدمة في هذا المجال زادت نسبة نجاح هذا النوع من العمليات ليصل إلى معدل 70% وفي عام 1973 ارتفعت المدة التي عاشها المرضى بعد العملية لتصل ما بين 8 إلى 15 شهرا[4].

7 – نقل القرنية: من أقدم عمليات نقل وزراعة الأعضاء في التاريخ والأكثر نجاحا، والتي تمارس بشكل يومي تقريبا في جميع أنحاء العالم، عمليات ترقيع ونقل القرنية، فقد تمكن الجراح الروسي فيلاتوف من زرع القرنية من الموتى إلى الأحياء في أوائل الثلاثينات من القرن العشرين، وتبلغ نسبة نجاحها 90% خاصة في أول ترقيع، وعندما تكون قرنية المريض خالية من الأوعية الدموية[5].

1 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 33.

2 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 13.

3 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 33.

4 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 220.

5 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 34.

الفرع الثالث

تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن بعض التطبيقات الطبية

لتحديد مضمون عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تحديدا دقيقا يقتضي الأمر تمييزها عن بعض الأعمال الطبية الحديثة التي ظهرت نتيجة التطور العلمي الحديث، والتي تتشابه إلى حد كبير مع عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وقد تختلط معها في عنصر من العناصر لذا يجب التمييز بينهما، ومثال ذلك: النقل الذاتي للأعضاء أو الأنسجة وزراعة الأعضاء الصناعية، والتلقيح الاصطناعي.

أولا – عمليات النقل الذاتي (الترقيع)

وهي العملية التي يكون فيها النقل والزرع ذاتيا، متى كان مصدر العضو المنقول، هو نفس الشخص المتلقي لهذا العضو، فهو محل عملية نزع العضو البشري ومحل زرعه، ويطلق على هذا النوع من العمليات بالتطعيم الذاتي[1]، كما في حالة إصابة شخص بتشوه نتيجة حروق، فنقل جزء من جلده وزرعه في مكان الجلد التالف نتيجة هذه الحروق[2]، أو نقل أحد أوردة الساق إلى القلب لاستبدالها بالشرايين التي أصيبت بالانسداد.

وهذا النوع من الأعمال الطبية من العمليات والأعمال التقليدية، إذ يكفي لممارستها تقرير الطبيب بضرورة الترقيع ورضا المريض فقط[3]، ولا تخضع لأحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية المنصوص عليها في قوانين خاصة والتي تخضع لمجموعة من الشروط الطبية والقانونية.

ثانيا – عمليات زرع الأعضاء الصناعية

العضو الصناعي هو عبارة عن جهاز من البلاستيك أو المعدن من صنع الإنسان وتتم زراعته أو دمجه في الجسم لكي يحل محل العضو الطبيعي من أجل استعادة وظيفة هذا العضو، ويعود المريض إلى

---

1 – إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 48.

2 – ترقيع الجلد وهي من أقدم العمليات النقل الذاتي للأعضاء ويعود تاريخ أول مرة أجريت فيه هذه العملية لسنة 1869 والتي قام بها الطبيب الجراح (Reverdin)، وتمت هذه العمليات عن طريق نقل قطعة من الجلد السليم إلى مكان آخر في جسم نفس الشخص، وتختلف في حالة أخذ من جلد الغير إلى شخص آخر، وكذلك يصح الترقيع من جثة الميت حيث يمكن الاحتفاظ بخلايا الجلد حية مدة ثلاثة أسابيع بعد الوفاة بطريقة التثليج فهذا النقل الأخير من شخص إلى آخر أو من جثت ميت إلى شخص آخر حي، لا تعد عمليات نقل ذاتي هي تخضع لأحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء محل دراستنا، وقد ساعدت هذه العمليات في تخفيف التشوهات التي تنشأ عن الحروق وعن مخاطر الحروب الحديثة. د. مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 212.

3 – هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص 23.

الحياة الطبيعية قدر الإمكان، إلا أنه لا يمكن اعتباره بديلا كاملا عن العضو الطبيعي لأنه يكون عاجزا من الناحية البيولوجية عن أداء وظيفة العضو الطبيعي نفسه، وإن كان صالحا في بعض الأعضاء من الجسم بشكل جيد ويؤدي الغرض المطلوب كالأطراف الصناعية مثلا، كما أثبت جهاز تصفية الدم نجاحه أيضا في دور الكلية الصناعية[1].

إلا أن هذا النوع من العمليات لا يثير جدلا أو إشكالا يذكر[2]، لأنها لا تخضع للأحكام الطبية والتشريعية الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية موضوع بحثنا.

ثالثا – التلقيح الإصطناعي

التلقيح الاصطناعي هو عملية لعلاج العقم وتتمثل في إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة بالطريقة غير المعهودة أي من دون اتصال جنسي[3]، وهو نوعين من التلقيح: تلقيح داخلي وتلقيح خارجي.

فالتلقيح الاصطناعي الداخلي يتم بأخذ السائل المنوي من الرجل ويحقن في رحم المرأة، أما التلقيح الاصطناعي الخارجي هو التلقيح الذي يتم خارج الرحم أي داخل الأنابيب[4].

وإلى جانب عمليات التلقيح الاصطناعي يوجد ما يسمى بعمليات تأجير الأرحام حيث يقصد بها اتفاق الزوجين مع امرأة أجنبية على غرس البويضة الملقحة من الزوجة بماء زوجها في رحم هذه المرأة مقابل أجر متفق عليه مسبقا، ويطلق على هذه المرأة الأم المستعارة أو مؤجرة البطن[5].

وقد يتشابه التلقيح الاصطناعي وعمليات تأجير الأرحام مع نقل الأعضاء البشرية على أساس أنه يتم من خلال نقل مادة من إنسان إلى إنسان آخر، لكنها في حالة عمليات التلقيح الاصطناعي وتأجير الأرحام لا يفقد المانح عضوا من أعضاء جسده ولا يؤديان إلى نقص دائم في جسم الإنسان، بل كل ما يفقده هو مادة متجددة بطبيعتها شأنها في ذلك شأن دم الإنسان[6]، وبالتالي فهي لا تثير نفس مشاكل

1 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 19.

2 – إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 50.

3 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010، ص 126

4 – سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري. تيزي وزو – الجزائر، 2018، ص 200.

5 – هيثم حامد المصاروه، المرجع السابق، ص 33.

6 – إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 39.

عمليات نقل الأعضاء البشرية، فعمليات التلقيح الاصطناعي منظمة بموجب قسم خاص في ق.ص.ج رقم 18-11 هو القسم الثالث تحت عنوان "أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب" أما عملية تأجير الأرحام فهو ممنوعة قانونا وفقا للمادة 374 من ق.ص.ج، وبذلك تخرج عن نطاق بحثنا.

المبحث الثالث

العمل الطبي والأساس القانوني لإباحته

ترتبط ممارسة الأعمال الطبية بالحق في سلامة جسم الإنسان، فالأعمال الطبية تشمل إجراء العمليات الجراحية التي تستلزم بالضرورة التعرض لسلامة جسم الإنسان عن طريق تمزيق أنسجته وأحيانا استئصال أحد أعضائه أو حقنهم بالمواد المخدرة لأغراض علاجية[1]، ومع ذلك يعد عمل الطبيب في هذه الحالة عملا مباحا استنادا لحقه في ممارسة الأعمال الطبية، مما يجعل هذا العمل يدخل ضمن حقه في ممارسة مهنته وأداء وظيفته الطبية المشروعة، واستعمال الحق لا يشكل جريمة، وإنما يعد سببا من أسباب الإباحة التي تخرج الفعل المجرم من نطاق التجريم إلى نطاق الإباحة، فيضفي عليه صفة المشروعية.

فالأصل وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، أي أن جميع الأفعال مباحة إلا إذا تم تجريمها من طرف المشرع بنص قانوني تجريمي ينهى عن ارتكابها ويقرر لمرتكبها عقوبة توقع عليه بحكم قضائي، وهذا من أجل صيانة أو حماية حق أو مصلحة يراها المشرع جديرة بالرعاية والحماية، وبالتالي فالمشرع إذا كان قد جرم أفعال الاعتداء على جسم الإنسان سواء بالضرب أو الجرح أو القتل، فإنه بذلك يحمي حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه وتكامله الجسدي[2].

ولا يختلف اثنان حول اعتبار بعض الأعمال أو الأفعال التي يقوم بها الطبيب أثناء أداء مهامه جرائم في نظر وبمعيار ق.ع.ج، ومع ذلك لا يسأل عنها الطبيب جنائيا ولا يترتب على ارتكابها من طرفه أي جريمة أو مسؤولية جنائية، فمثلا إذا قام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض ما، فإن فعله هذا ينطوي على إحداث تمزيق عمدي لأنسجة المريض أثناء العملية، وهو يعلم بأن فعله هذا من شأنه أن يؤدي إلى تلك النتيجة، فيتوافر في حقه القصد الجنائي فتقوم بفعله هذا جريمة الجرح العمدي، ومع ذلك لا يتابع ولا يسأل لأن هذا العمل يدخل في عداد الأعمال الطبية، فما هي الأعمال الطبية؟[3].

وقبل التطرق إلى الأساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية ومقتضيات إباحتها، نتطرق أولا إلى تعريف الأعمال الطبية، وهذا على النحو التالي:

1 – غضبان نبيلة، المسؤولية الجنائية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو– الجزائر، 2009، ص 11.

2 – معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2015/2014، ص 34.

3 – عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المؤسسات الإستشفائية العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2015–2016، ص 105.

المطلب الأول: تعريف الأعمال الطبية.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية.

المطلب الثالث: مقتضيات إباحة الأعمال الطبية والجراحية.

المطلب الأول

تعريف الأعمال الطبية

اختلفت الآراء حول تعريف العمل الطبي، فقد عرف الدكتور مُحَمَّد السعيد رشدي العمل الطبي بأنه: "كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويكون متفقاً في أصوله وطبيعته مع القواعد المعتمدة طبياً، من شخص مصرح له بذلك بغية الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، لتحقيق الشفاء كلياً أو جزئياً أو بقصد المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية، استجابة لإرادة من يرد على جسمه الدواء وذلك بناء على رضائه المعتبر"[1].

وعرفه الدكتور عبد القادر خضير بأنه: "هي تلك الأفعال التي تنحصر في الأعمال التي يقوم بها الطبيب، والتي تلقى من أجلها تدريبا متخصصا"[2].

وعرفه الأستاذ عبد العزيز بن مُحَمَّد الصغير أيضا بأنه: "ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض"[3].

ومن خلال هاته التعاريف نتبين بأن هناك اتجاهين في تحديد مفهوم العمل الطبي، أولهما يقتصر في تحديد الأعمال الطبية على العلاج من الأمراض فقط، أما الثاني والذي نرجحه فيوسع من نطاق العمل الطبي إذ يرى بأنه يشمل إلى جانب العلاج إضافة إلى الوقاية من الأمراض[4].

وبناء عليه يمكن تعريف العمل الطبي بأنه: "كل فعل يستهدف جسم الإنسان يقوم به شخص مخول له ممارسة أحد المهن الطبية لمعالجته من الأمراض وقايته منها وتخفيف آلامه طبقاً للمبادئ والقواعد العلمية وأعراف مهنة الطب".

---

1 – جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014، ص 295.

2 - Abdelkader khadir, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit,houma editions, alger, 2014,p 132.

3 – عبد العزيز بن مُحَمَّد الصغير، المرجع السابق، ص 16.

4 – نفس المرجع، ص 16.

وعليه فإن الأعمال الطبية تشمل الفحص والتشخيص، ووصف العلاج الملائم، إذ يجب على الطبيب في جميع الأحوال أن يفحص المريض ويعاين أماكن إصابته، وأن يستعين بجميع الوسائل الطبية الحديثة من أشعة وتحاليل لتشخيص المرض بدقة، وأن يراعي بمنتهى اليقظة وصف العلاج اللازم للمريض حتى لا يعطي له أدوية وعقاقير قد تتسبب له في أعراض جانبية وآلام جسمية أو نفسية، كما يضاف إلى التشخيص والعلاج عنصر الوقاية من الأمراض والأوبئة[1].

ونظرا لصعوبة حصر الأعمال الطبية لكثرتها من جهة، وللتطور السريع في علم الطب والجراحة من جهة أخرى، ونظراً لانعدام الجدوى من حصرها، فإننا نحاول تحديدها وفقاً للأعمال المختلفة التي تقدم للمريض، إذ نجد أن العمل الطبي المقدم للمريض قد يتمثل في تقديم الأدوية والعقاقير أو إجراء عملية من العمليات الجراحية التي تمس جسمه أو زرع عضو من الأعضاء له، وقد يتمثل في نقل الدم أو إجراء عملية تجميل طبقاً للأصول العلمية المقررة لها، فجميع هذه الأفعال أو الأعمال تعتبر من الأعمال المباحة بالنسبة للطبيب، ولا يترتب على القيام بها أي جريمة أو ملاحقة أو مسؤولية جزائية له حتى وإن أدت إلى وفاة المريض أو زيادة آلامه أو سببت له عاهة مستديمة، ما لم تنطوي أعماله على تقصير.

المطلب الثاني

مبررات إباحة الأعمال الطبية

اختلفت الآراء وتعددت الاتجاهات حول بيان أساس مشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان، فمن الفقهاء من يرى أن أساس الإباحة في هذه الحالة هو رضاء المريض، ومنهم من يرى بأن أساسه هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، وهناك من يرى أن أساس إباحة الأعمال الطبية هو ترخيص القانون، ونتناول هذه الاتجاهات والآراء كما يلي:

الفرع الأول: رضاء المريض

الفرع الثاني: انتفاء القصد الجنائي

الفرع الثالث: ترخيص القانون

1 – جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق، ص 295.

الفرع الأول

رضا المريض

ويرى الأستاذ بسام محتسب بالله بأن الاتجاه الأول يذهب إلى القول بأن سبب إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية عن الأضرار التي يسببها لمريضه بمناسبة القيام بمهامه العادية راجع إلى رضاء المريض بالعلاج، فرضاء المريض بالعلاج هو الذي يجعل العمل الطبي مشروعاً، ووفقاً لهذا الرأي فإن الطبيب ينفذ رغبة المريض، إذ لا يجري أي عمل طبي دون توافر هذه الرغبة لدى المريض، وأن المريض هو الذي يتقدم إلى الطبيب ويطلب منه تقديم العلاج له وإنقاذه من المرض، فإن نفذ الطبيب إلتزامه دون خطأ أو تقصير فلا مسؤولية عليه ولو ترتب عن فعله ضرر بالمريض، فأساس الإعفاء من المسؤولية الجزائية في العلاج الطبي يرجع إلى قبول الشخص بالعلاج المقدم له من طرف الطبيب أو رضائه بالتدخل الجراحي[1]، ويكون الرضا صادرا من المريض نفسه أو من ممثله الشرعي في حالة ما لم يكن المريض ذا أهلية، كما يجوز افتراض رضا المريض عندما لا يكون باستطاعته التعبير عن إرادته أو لم يكن له من يمثله قانوناً، بشرط ألا تكون الظروف تحمل على الاعتقاد برفضه العمل الطبي[2].

فيرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس إباحة عمل الطبيب وعدم مسؤوليته الجنائية عن أفعاله أثناء ممارسته لمهنته يكمن في رضا المريض بالعمل الطبي أو الجراحي، وبذلك يعد الرضا هو سبب إباحة العمل الطبي، فرضاء المريض ينفي الصفة التجريمية عن أفعال الطبيب لتتحول إلى أفعال مباحة، بشرط أن تتوافر لديه كل من الغاية المشروعة ورضاء المريض[3]، أما إذا رفض المريض تدخل الطبيب للعلاج، فليس له الحق في ذلك وإلا كان مسئولا عما يصيب المريض من أضرار[4].

لكن هذا الاتجاه تعرض إلى الكثير من النقد، ويرى الاستاذ محمود القبلاوي منتقد على أساس أن المريض ليس حرا في حياته وسلامة جسمه حرية مطلقة وإنما حريته في هذا المجال حرية نسبية فقط، لأنه حق ذو طبيعة اجتماعية وليس حقاً خالصاً له، فإذا رضي المريض بالاعتداء على حقه في سلامة جسمه، فإن هذا الرضا ينصب على الجانب الفردي من هذا الحق فقط ويبقى الجانب الاجتماعي منه

1 – بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط 1، دار الإيمان، بيروت– لبنان، 1984، ص 338.

2 – ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2013، ص 37 و38.

3 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 77.

4 – محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، ط 1، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، 1999، ص 108.

قائماً، ومن حق المجتمع وحده التكفل بالدفاع عنه، وبذلك يبقى الفعل في هذه الحالة خاضعاً للتجريم والاعتداء قائماً، وبهذا لا يكون الرضا في جميع الحالات سبباً عاماً للإباحة، وتبقى قيمته دائماً نسبية ومحدودة فسلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع[1].

كما انتقد هذا الاتجاه على أساس أنه يتعارض مع حالات الطوارئ وفقدان الوعي والإرادة وحالات عدم وجود الممثل الشرعي، إضافة إلى أحوال أخرى كثيرة لا يكون لرضا المريض أو لرغبته أي وزن في إجازة العلاج، فقد يحدث العلاج خلافا لإرادة المريض ودون أن تترتب أي مسؤولية، كمعالجة الطبيب وإنقاذه للشخص الذي حاول الانتحار، فهل يكون المريض في هذه الحالة راضيا أم غير راض بالعلاج؟، وهل من حق الطبيب التدخل لمعالجته أم ليس له الحق في ذلك؟ لأن تدخل الطبيب ومعالجته لهذا الشخص في هذه الحالة تكون خلافا لرغبته الظاهرة التي يكشف عنها إقدامه على الانتحار.

كذلك الأمر بالنسبة للطبيب الذي يغذي المسجون المضرب عن الطعام بالوسائل الصناعية، فهل يمكن القول بأن هذا المريض قد رضي صراحة أو ضمنا بالعلاج؟، ونفس الأمر في حالة الأمراض المعدية كالتيفوئيد والملاريا والكوفيد وغيرها، إذ تصدر الأوامر بحجز المرضى في المستشفيات للعلاج أو وضعهم في الحجر المنزلي إذا كانوا مصابين استجابة لمقتضيات المصلحة العامة، ودون أن يؤخذ بإرادة أو برضاء المرضى[2].

وبالتالي نجد رضا المريض قد يكون عنصرا مهما من عناصر نفي المسؤولية عن الطبيب في بعض الأحوال، وليس في كل الأحوال[3].

الفرع الثاني

انتفاء القصد الجنائي

يرى الاستاذ ثائر جمعة بأن هناك اتجاه يذهب إلى القول بأن أساس إباحة عمل الطبيب وعدم مسؤوليته عن أفعاله أثناء ممارسته لمهنته، يكمن في انتفاء القصد الجنائي لديه، أي أن إرادة الطبيب أثناء قيامه بعمله لا تتجه إلى الإضرار بجسم المريض أو إيذائه، وإنما تتجه إلى صيانة جسم المريض وشفائه أو تخليصه من آلام المرض الذي يعانيه، أي أن الطبيب لا يتوفر لديه قصد جنائي أو إرادة آثمة، وأن الهدف

1 – محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2004، ص 15.

2 – ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 39.

3 – بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 340.

من فعله هو هدف إنساني محض لا يسعى من ورائه سوى لمعالجة المريض وتخفيف آلامه وشفائه وإن إرادته لم تتجه إلى الإضرار بالمريض[1].

وهذا الاتجاه لم يسلم بدوره هو الآخر من النقد، حيث قيل بأنه يخلط بين عناصر القصد الجنائي والباعث، فالقصد الجنائي هو اتجاه إرادة إلى ارتكاب الفعل وهو يعلم بأن هذا الفعل يشكل اعتداء على جسم إنسان، أما الباعث فهو الهدف أو الغاية التي يسعى الجاني إلى تحقيقها من وراء ارتكاب الفعل المجرم[2]، والباعث ليس ركناً من أركان الجريمة، وليس عنصراً من عناصرها، فقد يكون الباعث شريفاً ومع ذلك يتوافر القصد الجنائي، فالقصد الجنائي في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، هو قصد عام يتوافر قانونا بمجرد توافر عنصري القصد وهما الإرادة والعلم، فالإرادة هي اتجاه إرادة الطبيب إلى العمل الطبي على جسم المريض، والعلم هو العلم بأن من شأن هذا الفعل المساس بسلامة الجسم، وفي العمل الطبي يتوافر في الطبيب العنصرين معا، مما يجعل الركن المعنوي للجريمة أو القصد الجنائي بعنصريه متوفر لديه.

أما كونه يهدف من وراء ذلك إلى تخليص المريض من آلامه أو تحقيق الشفاء له، فذلك يتعلق بالباعث، والباعث ليس له أي علاقة بعناصر الجريمة وبطابعها العمدي[3]، والقانون لا يعتد بالباعث على الجريمة[4]، مما يجعله ليس سببا من أسباب إعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية، إلا في حالات استثنائية نادرة مثل جريمة التزوير المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 222 من ق.ع.ج التي لا تقوم فيها المسؤولية الجنائية إلا إذا كان للجاني غاية أو باعث خبيث لارتكاب هذا الفعل، وهو اتجاه نية أو قصد الجاني إلى استعمال الوثيقة المزورة لإثبات حق أو إثبات شخصية أو إثبات صفة، وقد يأخذ المشرع أيضاً بالباعث في حالات نادرة أيضاً كمانع من موانع المسؤولية الجنائية إذا شكل هذا الباعث حالة من حالات الضرورة فلا تقوم المسؤولية الجنائية[5].

وبما أن حسن نية الطبيب ورغبته في شفاء المريض لا يشكل حالة من حالات الضرورة، فإن ما يمارسه من أعمال طبية لا يخضع لأي سبب من أسباب الإباحة، ومع ذلك تبقى حسن نية الطبيب ورغبته في شفاء المريض شرطاً من الشروط التي يتطلبها القانون لمشروعية العمل الطبي[6].

1 – ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 34.

2 - Benoit Chabert et Pierre-Olivier Sur, Droit pénal général, Dalloz Paris, 1996, P 47.

3 - Benoit chabert, op cité, P : 47.

4 – محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص 12 و13.

5 - Benoit chabert, op cit, P: 47.

6 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 78.

الفرع الثالث

ترخيص القانون

هذا الاتجاه هو السائد في الفقه الجنائي الحديث بأن أساس إباحة عمل الطبيب أثناء قيامه بالأعمال الطبية والجراحية التي يجريها على أجساد المرضى يكمن في الرخصة المخولة له قانوناً بمزاولة مهنة الطب، فالقانون هو الذي يحدد شروط ممارسة هذه المهنة، وكيفية مباشرتها وممارستها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذه القوانين المنظمة لها، فالقوانين هي التي تبيح الأعمال اللازمة لمباشرة مهنة الطب والتي تهدف إلى العلاج سواء كان القانون الجنائي أو غيره من فروع القانون الأخرى، مثل القوانين المنظمة للمهن الطبية التي تخول للأطباء والجراحين الحق في التعرض لأجسام المرضى بأفعال تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها أشخاص آخرين ليس لهم رخصة لممارسة هذه المهنة واستعمال هذا الحق[1].

وتختلف التشريعات في النص على إباحة الأعمال الطبية الموصوفة في القانون الجنائي بأنها أعمال إجرامية، فبعضها تبيح أعمال الطب والجراحة بالنص عليها صراحة ضمن الأفعال المبررة في قوانينها العقابية، كقانون الجزائي الكويتي الذي ينص في المادة 30 منه على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل من شخص مرخص له مباشرة الأعمال الطبية أو الجراحية، وكان قصده متجها إلى شفاء المريض، ورضي المريض مقدما صراحة أو ضمنيا بإجراء هذا الفعل، وثبت أن الفاعل التزم الحذر والاحتياط بما تقضي به أصول الصناعة الطبية"[2].

في حين أن تشريعات أخرى تنص على قاعدة قانونية عامة في قوانينها العقابية تبيح الأفعال التي تأمر أو تأذن بها القوانين الأخرى كالقانون المدني أو قانون الأسرة أو غيرها من القوانين، والتي تنص بدورها على الحق في ممارسة هذه الأفعال وإباحتها، ومن بين هذه القوانين ق.ع.ج الذي نص في فقرته الأولى من المادة 39 على أنه: "لا جريمة: 1 . إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون... "

فأمر القانون في هذه الحالة هو التنفيذ المباشر للقانون مثل الجرح والقتل في حالة الفرار وعدم امتثال المجرمين لأوامر التوقيف أو حالات تنفيذ أحكام الإعدام فيهم، أما إذن القانون فهو استعمال الحق الذي يقره القانون ويعترف به أي من القوانين الأخرى، كاستعمال الأطباء لحقهم في العلاج

1 – مُحَمَّد القبلاوي، المرجع السابق، ص 18.

2 – المادة 30 من القانون الجزائي الكويتي والتي تنص على: "لا جريمة إذا وقع الفعل من شخص مرخص له مباشرة الأعمال الطبية أو الجراحية، وكان قصده متجها إلى شفاء المريض، ورضي المريض مقدما صراحة أو ضمنيا بإجراء هذا الفعل، وثبت أن الفاعل التزم الحذر والاحتياط ما تقضي به أصول الصناعة الطبية".

بموجب ق.ص.ج الذي ينظم مهنة الطب الذي يبيح للطبيب الأفعال الضرورية لمزاولة مهنته وفقا لشروط محددة، وبهذا تأتي الإباحة عن طريق القانون المنظم للمهنة الطبية[1].

وتعتبر قوانين ممارسة الأعمال الطبية هي أساس مشروعية العمل الطبي وأساس إباحته في الجزائر، فيرخص للطبيب بعلاج المرضى وإجراء العمليات الجراحية بموجب أحكام المادة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه: "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"[2]، وتناولت المادة 174 شروط ممارسة الأطباء المختصين والمؤهلين لممارسة مهامهم في أعمال التشخيص والعلاج في حدود اختصاصاتهم ودون سواهم، بناء على ما يقدمونه من أعمال جليلة تعود بالفائدة الكبيرة على المرضى وعلى المجتمع، وهي: المحافظة على صحة المواطنين والمحافظة على أعضائهم كاملة لجعلهم يؤدون عملهم بشكل طبيعي ينعكس إيجابيا على حركة المجتمع ونشاطه، فإذا تمكن الأفراد من القيام بواجباتهم على أكمل وجه فإن المجتمع يؤدي دوره في تحقيق النمو والازدهار[3].

ومن ثم فالأعمال الطبية والجراحية لا تعتبر من قبيل الاعتداء على الحق في سلامة الجسم إذا أدى الطبيب عمله بقصد وإرادة شفاء المرضى والمحافظة على صحتهم[4]، وبذل العناية اللازمة مع التزام الحيطة والحذر الذي تقتضيه أصول وفن المهنة الطبية، ورضاء المريض المسبق صراحة أو ضمنيا بإجراء هذا الفعل، بغض النظر عن النتيجة التي يسفر عنها العمل الطبي.

ومما سبق يتبين بأن أساس إباحة الأعمال الطبية هو استعمال الطبيب لحق مقرر له بمقتضى القانون الذي يبيح له استعمال هذا الحق بأي شكل من الأشكال، فالقانون إذا منح حقا لا يسأل صاحبه عن كيفية استعماله، وإنما يشترط فقط عدم التعسف في استعماله، ولذلك فإن ممارسة الطبيب لأعماله الطبية التي أذن له القانون بممارستها تندرج ضمن الأفعال المباحة له وحده دون غيره بمقتضى القانون، فتندرج بالنسبة إليه ضمن أسباب الإباحة التي تعفيه من المسؤولية الجزائية[5].

1 – بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة– مصر، 2013– 2014، ص 193.

2 – المرسوم التنفيذي رقم 92– 276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر رقم 52، 1992/07/08.

3 – ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2013، ص 42.

4 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 79.

5 – بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 348.

وتجد الحالات التي لا تتوافق مع نظرية رضاء المريض التي أشرنا إليها سابقا، مثل حالات الطوارئ وحالات فقدان الإرادة وعدم تواجد الممثل الشرعي، وحالات الأمراض المعدية، حلولا لها في هذا الاتجاه أو في هذه النظرية أي نظرية الترخيص القانوني.

ويقتضي الحق في العلاج الترخيص للطبيب والجراح بممارسة مهنة الطب، وقيام هذا الأخير بكل الأعمال الطبية والجراحية الضرورية أو الملائمة لاستعمال هذا الحق، وعدم مساءلته عند ارتكابها مهما كانت النتائج المترتبة عنها، ومن أجل ذلك كانت إباحة الأعمال الطبية ضرورة لتمكين الطبيب من ممارسة مهنته في علاج المرضى للمحافظة على صحتهم وصحة المجتمع بما يحقق مصلحته[1]، ورغم أن هذه النظرية قد أجازت العمل الطبي استنادا إلى استعمال الحق المقرر قانونا للطبيب بموجب ترخيص سابق، إلا أنه يبقى مقيدا دائما بموافقة المريض[2].

1 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 33.

2 – نفس المرجع ، ص 42.

الباب الأول

أحكام المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية

الباب الأول

أحكام المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية

لا شك أن العلم يسبق القانون دائما، ومن نتائج العلم في المجال الطبي عمليات نقل وزرع الأعضاء والتي تعد من أخطر العمليات الجراحية، تلعب في نفس الوقت دورا مهما في علاج الأمراض المستعصية، مما زاد في التشجيع على اللجوء إليها بصفة متزايدة، فالتطور السريع في المجال الطبي يفرض علينا من حين لآخر واقعًا جديدًا، وهذا الواقع هو الذي يتطلب من المشرعين صياغة قوانين لتكييفها مع الواقع الجديد، كما يجعل البحث عن شرعيتها أكثر أهمية، مما استوجب على القانونيين مسايرة هذه العمليات وتنظيمها بما يتوافق مع التطور العلمي الهائل في المجال الطبي، وبهذا يتطابق الواقع مع القانون[1].

فنص القانون على العديد من الشروط التي يجب على الأطباء أو الفرق الطبية الالتزام بها عند إجراء عمليات نزع الأعضاء وزرعها، بما في ذلك شروط قانونية وأخرى أخلاقية وطبية، وإلا فسيكونون مسؤولين جنائياً، لأن الطب يوفر العلاج ويوفر القانون الحماية من خلال وضع الشروط اللازمة لترسيم الحدود للعمل الطبي والتصرف في جسم الإنسان، ويجب على الشخص الذي يرغب في التبرع بجزء من جسده لإنقاذ شخص آخر أن يعلم بشروط وكيفية التبرع، ولا يسمح للطبيب بالتصرف في أجساد الأشخاص فينزع ويزرع دون ضوابط ومن دون رقابة، وفي حالة مخالفة الضوابط تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب، وينص القانون أيضا على فرض عقوبات جنائية على كل من ينتهك الأحكام القانونية الواردة في هذا القانون. فالقانون هو الذي يقيم توازنا بين مصلحة المريض ومصلحة المتبرع حتى لا يتم التضحية بأحد من أجل مصلحة الآخر[2].

تعجز القواعد العامة لمشروعية عمل الطبيب بمفردها عن تبرير عمل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فبالإضافة إلى القواعد العامة والتي تتمثل في الأصول الضرورية اللازمة لإباحة عمل الطبيب، قد أدخل عليها المشرع بعض التعديلات والإضافات وهو ما يطلق عليه ضوابط مشروعية نقل الأعضاء، إذ يتعين على الطبيب التقيد أثناء ممارسته لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية " بعدة قيود بعضها قانوني وبعضها الآخر طبي. وتكمن العلة في وضع ضوابط قانونية وأخرى طبية لممارسة العمل

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 134.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 133.

الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية سعيا للقضاء على الصورة السيئة والمظلة التي خلقها "الإتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية"[1].

ولهذا نحاول في دراسة هذا الباب التطرق إلى الأحكام التي تضبط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمتمثلة في الشروط والقيود التي نصت عليها المشرع فيما يخص نزع ونقل الأعضاء من الأحياء، ونزع الأعضاء من الأموات، وقبل كل هذا نحاول أولا التطرق إلى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال التطرق إلى الأساس القانوني الذي أعتمد عليه الفقه والقانون لإباحة هذه العمليات وموقف كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من عمليات نقل وزرع الأعضاء، ونتناول هذه العناصر في شكل فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني: الشروط والقيود القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

الفصل الثالث: شروط وضوابط نزع الأعضاء من الموتى

1 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 244.

الفصل الأول

مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن نجاح الطب في نقل الأعضاء البشرية من شخص لآخر، أثارت ولا تزال تثير العديد من المشاكل سواء من الناحية الشرعية أو القانونية، حيث عجزت عن مسايرته القواعد الشرعية والقانونية التقليدية، كما لا يزال الجدل كبير حول مدى مشروعيتها، ومدى مسؤولية الطبيب القائم عليها بها جنائيا، رغم تصدي العديد من علماء الدين والقانون والطب لها بالبحث، إلا أنها أفرزت اتجاهات عديدة ولكل اتجاه فيه المؤيد ولمعارض ولكل منهما حججه وبراهينه[1].

ومشكلة إيجاد أساس قانوني لزراعة الأعضاء البشرية قد لا تسبب أي صعوبات لمتلقي العضو، لأن زراعة العضو تتم من أجله، والعرض منها تحقق الفوائد العلاجية له، مما يجعلها خاضعة لنفس الأساس القانوني وشروط الإباحة للجراحة التقليدية المعتادة[2]، في حين أن انتزاع العضو من جسم المتبرع غير مباح جنائيا لعدم وجود مصلحة علاجية تعود بالفائدة على هذا المتبرع، وهذا ما كان يشكل عقبة رئيسية أمام فقهاء القانون الجنائي الذين حاولوا إيجاد أساس قانوني ترتكز عليه هذه العمليات التي يتطلب إجراؤها استئصال العضو من الشخص السليم[3].

وهذا ما يستلزم التطرق أولا إلى موقف كل من الشريعة الإسلامية منها والتطرق إلى كل من الاتجاه الرافض لهذه العمليات والاتجاه المجيز لها، ثم في الأخير نتناول موقف التشريعات الوضعية، لنتناول موقف كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري والمشرع الجزائري، ثم نتطرق للأساس القانوني لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والنظريات التي قيلت في مشروعية اللجوء إلى عمليات نقل وزرع الأعضاء.

ولهذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الثاني: الأساس القانوني لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية

---

1 – محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي، نقل الأعضاء البشرية، إجراء التجارب الطبية)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، طبعة 2015، ص 135.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 74.

3 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 43.

المبحث الأول

موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

لاشك أن مبدأ المحافظة على الإنسان من مقاصد الشريعة الإسلامية، كما هو من مقاصد التشريعات الوضعية أيضا، فجسم الإنسان هو المظهر المادي للحياة بما يحويه من أعضاء تتولى القيام بالوظائف الحيوية اللازمة لبقائه، ولكي تمارس الحياة في صورتها المثلى كان لابد من أن يحاط الجسد بسياج يحفظه ويمكنه من ممارسة وظائفه على نحو كامل دون خلل[1].

وقد أقرت معظم التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي[2] عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، إلا أن التشريعات العربية والإسلامية[3] تأخرت عن مواكبة هذا التطور وهذا الأسلوب الطبي الجديد في العلاج، وكان على المشرع العربي والإسلامي قبل التصدي بالتشريع وإصدار أي قانون بشأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية انتظار ما يسفر عنه البحث في مشروعيتها الدينية أولا، فبدون حكم يقررها في الشريعة الإسلامية فلن يجرؤ أحد على إقرارها قانونا، لأن إقرارها دون أن تكون مقبولة على المستوى الديني في تلك الفترة يرتب مسؤولية دينية لا يستطيع أي مسلم في هذه الأنظمة أن يتحملها[4].

لذا نحاول التطرق أولا إلى موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء البشرية، ثم التطرق إلى موقف التشريعات المقارنة والمشرع الجزائري من نقل وزراعة الأعضاء وذلك وفقا للتقسيم التالي:

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

---

1 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 81.

2 – أول قانون ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا، رقم 1181-76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 والمسمى بقانون (Caillavet)، لكن كانت أول عملية زرع كلى من متبرعين أحياء عام 1952. وصدر أول قانون بريطاني سنة 1953 يعالج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

3 – أول قانون إماراتي رقم 15 لسنة 1993 الخاص بتنظيم نقل وزراعة الاعضاء البشرية، وصدرت اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الاماراتي رقم 15 لسنة 1993 عام 2010. كما صدر أول قانون مغربي لنقل وزرع الأعضاء البشرية، رقم 16 لسنة 1998. وكان أول قانون مصري ينظم زرع الاعضاء البشرية، القانون رقم 5 لسنة 2010.

4 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 38.

المطلب الأول

موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

من مقاصد الشريعة الكبرى، المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والعرض والنسل، ولا تستقيم الحياة دون وضع تنظيم لتلك المقاصد، ولهذا فقد شرع الإسلام الحدود والقصاص لكل من ينتهك حرمة هذه الضرورات، فيما أباح الله عز وجل سنة التداوي للوقاية والعلاج من الأمراض، فالمرض كما عرفه ابن القيم الجوزية: "هو ما يخرج به المزاج عن الاعتدال، ويضر بالجسم ضررا محسوسا، وقد يكون المرض ناجما عن فساد عضو أو ضعف في التقوى"[1].

إن التبرع بالأعضاء البشرية بمفهومه المعاصر مسألة مستجدة وحديثة لا يمكن التصور بأن فقهاء المسلمين القدامى قد تصدوا لها بالبحث والتعرض لحكمها الشرعي، فهذه المسألة هي نتاج ما توصل إليه التقدم العلمي خاصة في المجال الطبي والبيولوجي وفي مجال زراعة الأعضاء[2]، وبالتالي فلا وجود لنص صريح في القرآن أو السنة النبوية الشريفة يمنع أو يجيز هذه العمليات، فهذا النوع من الأعمال الطبية من النوازل المستجدة حديثا والتي لفتت انتباه علماء المسلمين وفقهائهم، فأثارت جدلاً واسعاً فيما بينهم، وتباينت آراؤهم، فمنهم من أجاز عمليات نقل وزرع الأعضاء ومنهم من حرمها، كما حاولت المجامع الفقهية هي الأخرى إبداء رأيها فيها وإن كانت هي الأخرى أجازتها إلا أن البعض منها حاولت وضع بعض الشروط والضوابط الشرعية لبعض عمليات نقل وزرع الأعضاء[3].

وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد انقسم حول مدى إباحة ومشروعية نقل أعضاء من جسم إنسان إلى آخر، وطرحت بشأنها العديد من التساؤلات، ومنها: هل الجسد ملك للإنسان له حق التصرف فيه؟ أم هو ملك لله تعالى خالق كل شيء، يجب احترامه وإعادته إلى بارئه كما هو؟

وقد اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين: الأول فريق الفقهاء الرافضين للعملية، وقالوا بعدم جواز نقل وزراعة الأعضاء البشرية، والفريق الثاني الذي أجاز العملية وأباح نقل وزراعة الأعضاء البشرية. وفيما يلي سنتناول كلا الرأيين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الرافضون لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثاني: المجيزون لنقل وزرع الأعضاء البشرية

---

1 – نقلاً عن خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 181.

2 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 124.

3 – حمدي محمد محمود حسيم، المرجع السابق، ص 244.

الفرع الأول

الرافضون لنقل وزرع الأعضاء البشرية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبرروا موقفهم بمجموعة من الأدلة الشرعية يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا – عدم ملكية الإنسان لجسده

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الله هو الذي خلق الإنسان فهو مخلوق لله، وما كان مخلوقا لله فهو ملك له، ودليل هذا الاتجاه من الكتاب قوله سبحانه وتعالى:"**لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ**"[1]، وقوله تعالى: " **أَوَلَمْ يَرَ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ**"[2]، وبالتالي فلا يجوز لصاحب الجسد ولا للطبيب ولا لأي شخص سواء كان قريبا من صاحب الجسد أو بعيداً عنه أن يتصرف في جسم الإنسان لأنه يعد تصرفا فيما لا يملك، والوحيد الذي يجوز له التصرف فيه هو مالكه وهو الله، فالجسد محكوم بإرادة خالقه، والإنسان ما هو إلا أمين على جسده فقط[3].

كما أن الله عز وجل وضع مجموعة من القواعد للتصرفات البشرية وجعلها في حدود تشريعه وليس لتشريع العباد، فالإنسان لا يجوز له التصرف في ماله إلا في الحدود التي شرعها الله، فمن باب أولى لا يجوز له التصرف في جسده الذي هو ملك لله تعالى، وإذا كان التبرع من شروطه الأساسية أن يكون المتبرع مالك للشيء المتبرع به، أو مفوضا بذلك من مالكه، والإنسان لا هو مالك لجسده ولا هو مفوض بالتصرف فيه[4].

ومن العلماء الذين قالوا بهذا الرأي فضيلة الشيخ مُحَمَّد متولي الشعراوي الذي قال: "إن مالك الشيء له أن يتبرع بالشيء أو بجزء مما يملك، ولكنه لا يستطيع أن يتبرع بشيء لا يملكه فيكون التبرع حينئذ باطلا، والإنسان أيضا لا يملك ذاته ولا يملك بضعا أو جزء من هذه الذات، وبالتالي فالإنسان لا يستطيع التصرف بالتبرع بجسده ولا بجزء من جسده، لأن هذا الجسد ملك لله تعالى وحده، فهو الذي خلقه ولا يستطيع أحد أن يدعي غير ذلك، ولهذا كانت عقوبة الانتحار هي الخلود في نار جهنم لأن الإنسان في هذه الحالة عمد إلى شيء مملوك لله وتصرف فيه بما حرمه الله"، وبناء على ذلك، فالإنسان

1 – سورة التين، الآية (4).

2 – سورة يس، (77).

3 – عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص 71.

4 – علاء مُحَمَّد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 40.

لا يملك جسده ولا أي جزء منه وبالتالي فلا يجوز له التصرف في جسده كاملا، كما لا يجوز له التصرف في جزء من جسده أي بعضو من أعضائه سواء بالبيع أو بالتبرع[1].

كما يرى الرافضون لعمليات نقل وزرع الأعضاء بأن الإسلام عندما شرع التداوي وسمح بالاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء، فإنه ألزمهم بعدم تخطي حدود الوسائل المشروعة إلى الوسائل غير مشروعة، حتى لا ينحرفوا من المباح إلى المحظور، بالاستهانة بمن كرمه الله تعالى، ولهذا اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن الأطباء بإجرائهم لهذه العمليات يكونوا قد أضلهم الشيطان وانزلقوا في أضواء الشهرة[2]، فحق عليهم قوله تعالى: "**وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا**"[3].

ثانيا – التبرع بالأعضاء يؤدي إلى هلاك النفس البشرية والإضرار بجسم إنسان

أمر الله سبحانه وتعالى بحفظ النفس وصيانتها، كما نهى عن كل فعل يؤدي إلى هلاكها أو الإضرار بها من قبل صاحبها بقوله عز وجل: "**وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ**"[4] ،فهذا النص عام يشمل كل ما يؤدي إلى الهلاك، وإلقاء النفس في مواطن التهلكة المؤدية إلى إتلافها كليا أو إضعافها أو الإنقاص من أداء وظائفها الحيوية، ونزع الأعضاء من الجسد لزرعها في جسد شخص آخر يؤدي إلى إنقاص الجسد وإضعافه أو يمكن أن يؤدي إلى إتلافه[5]، وكان الله قد نهى عن قتل الإنسان لنفسه أو لغيره بطريق مباشر أو غير مباشر، فتبرع الإنسان بعضو أو جزء من جسده يشكل عدوانا على البدن وخطرا على حياة الإنسان فهو تعريض للنفس إلى التهلكة، وطريقا من طرق قتل النفس بشكل غير مباشر[6]، وفي ذلك مخالفة لقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (29) وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا**

1 – حمدي محمد محمود حسين، المرجع السابق، ص 264.

2 – بويزري سعيد، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو – الجزائر، المجلد 03، العدد 02، 2008/21/31 ، ص 404.

3 – سورة النساء، الآية 118.

4 – سورة البقرة، الآية 195.

5 – سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة فقهية طبية قانونية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة،الجزائر، د س ن،ص18.

6 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 42.

وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا"[1]، وبهذه الآية يكون الله قد نهى عن جميع الأسباب المؤدية إلى قتل النفس.

كما يستدل أصحاب هذا الرأي بالسنة بما رواه ابن عباس ﷺ من قول رسول الله (ص): "**لا ضرر ولا ضرار**"، وفسر بعض الفقهاء هذا الحديث بأن معناه: لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، فقطع العضو من شخص للتبرع به لآخر فيه ضرر محقق بالشخص المقطوع منه وشرط إصلاح الضرر ألا يكون بإحداث ضرر آخر لأن الضرر محرم شرعا[2]، كما يشمل التحريم كل صور الضرر وجميع أنوعه، ومن الضرر انتزاع عضو من الميت لينقل إلى آخر حي، فهو محرماً ومنهي عنه[3].

ثالثا – التبرع بالأعضاء يعتبر تغييرا أو تشويها لخلق الله

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وكرمه مصداقا لقوله تعالى: "**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آَدَمَ** "[4]، وهو الذي خلق الإنسان وأحسن خلقه مصداقا لقوله عز وجل: "**لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ**"[5]، وهو القائل أيضا في محكم تنزيله: "**الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ**"[6]، و قال أيضا: "**قَالَ رَبُّنَا الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى**"[7]، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أيضا بأن الشريعة تأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله عز وجل معاملة السلعة والأموال[8]، وفي رأيهم أن استئصال الأعضاء ونزعها يشكل تشويها لخلق الله وتعد على كرامة الإنسان، كما أنه اعتداء على فطرة الله التي أخرج عليها عبده[9].

وأن أي اعتداء على سنة الله في الخلق بالعبث في الصورة التي خلق الله عليها الأحياء، سواء بالقطع أو الإزالة أو التشويه يعتبر تغييرا في خلق الله محرم بجميع أشكاله، والدليل من الكتاب قوله تعالى:

---

1 – سورة النساء، الآية (29) و(30).

2 – حمدي مُحَمَّد محمود حسين، المرجع السابق، ص 266 و 267.

3 – عبد الحليم مُحَمَّد منصور علي، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي (بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية – مصر، 2013، ص 93.

4 – سورة الإسراء، الآية (70).

5 – سورة التين، الآية (4).

6 – سورة السجدة، الآية (7).

7 – سورة طه، الآية (50).

8 – مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو – الجزائر، 2016، ص 59.

9 – علاء مُحَمَّد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 43.

"لَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ"[1]، فالآية حرمت تغيير خلق الله بأي شكل من الأشكال، وقد جاء هذا الأمر عاماً فيدخل ضمنه نقل الأعضاء وبالتالي يكون هذا التصرف محرما، فالله خلق الإنسان في أحسن تقويم، وأن نزع العضو منه يشكل تغييرا لهذا الخلق السوي والتركيب الحكيم الذي أتقن الله صنعه[2].

كما استشهد أصحاب هذا الاتجاه بحرمة وكرامة الميت وبعدم جواز الإضرار به أو إيذائه بدليل من السنة عن عائشة ﵂ أن النبي صل الله عليه وسلم قال:**"كسر عظم الميت ككسره حيا"**، والمراد بهذا الحديث أن تشبيه كسر عظم الميت بكسر عظم الحي في أصل الحرمة وليس بمقدارها، أي أنه جعل حرمة الميت وكرامته مثلها مثل حرمة الحي وكرامته، فهما سواء.

فلا يجوز الاعتداء على جسم الإنسان أيا كان نوع الاعتداء، وتحت أي ظروف كانت[3].

الفرع الثاني

المجيزون لنقل وزرع الأعضاء البشرية

يرى أنصار هذا الرأي[4] بجواز ومشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأن التبرع بالأعضاء لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يجوز للإنسان التبرع بالأعضاء سواء أثناء حياته أو بعد مماته لإنقاذ حياة إنسان آخر، لكن ذلك لا يتم إلا بضوابط محددة ومبررين رأيهم بمجموعة من الأسباب والأدلة من القرآن نستعرضها فيما يلي:

أولا – الإنسان له الولاية على جسده

يرى أنصار الاتجاه القائل بجواز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بأن كل شخص بالغ سن الرشد كامل الأهلية، له الولاية التامة على جسده يتصرف فيه بإرادته الحرة كما يشاء، وإن كانت هذه الإرادة مقيدة بقوله تعالى: **"وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ"**[5]، وبقوله

---

1 – سورة النساء، الآية (119).

2 – سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 21.

3 – عبد الحليم مُحَمَّد منصور علي، المرجع السابق، ص 90 و 91.

4 – ويتمثل أنصار هذا الرأي في الفقهاء الشيوخ التالية أسمائهم: عبد الرحمان بن ناصر آل سعدي التميمي الحنبلي، إبراهيم اليعقوبي، جاد الحق علي جاد الحق، أحمد شرف الدين، رؤوف الشبلي، عبد الجليل شبلي، محمود علي السرطاوي، هاشم جميل عبد الله، يوسف القرضاوي، مُحَمَّد سيد الطنطاوي، مُحَمَّد ناعيم ياسين، مُحَمَّد بن محتمد المختار الشنقيطي، أحمد فهمي أبو سنة، أحمد الشاطري، عمر حامد الجيلالي، مُحَمَّد عبد الجواد مُحَمَّد، عبد الله البسام، مُحَمَّد رشيد قباني، هبة الزحيلي. أنظر أيضا: سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 30.

5 – سورة البقرة، الآية (195).

أيضا: "**وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**"[1]، ويدعمون رأيهم بما ساقه الفقهاء من تفسير للنصوص الواردة في شأن الجهاد وما ينطوي عليه من تضحية وتعريض النفس لمخاطر القتل والإصابات المختلفة، وبما أوجبه الإسلام في شأن إنقاذ الغريق والحريق وما يترتب عليه من هلاك المنقذ المتطوع من أخطار، وبالتالي فإذا أجاز الطبيب نزع عضو من جسم الإنسان ونقله لإنسان آخر لعلاجه حتى وإن تسبب في ضرر للشخص المتبرع، بشرط أن لا يصل الضرر إلى حد الوفاة أو أن يكون هذا النقل على سبيل البيع أو بمقابل[2].

ثانيا – التبرع بالأعضاء البشرية إنقاذا للنفس البشرية

قال تعالى: "**وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا**"[3] يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه الآية تدل على عموم إحياء النفس، فتشمل حتى إنقاذها من الهلاك حينما تشرف على الوفاة نتيجة المرض الميؤوس منه، فيدخل ضمن إحياء النفس التبرع بالأعضاء لزراعتها في جسم شخص آخر في حاجة إليها للمحافظة على الحياة أو إعادة النور إلى من فقد بصره[4]، إذ لا ريب أن من أعظم القربات التي يتقرب بها الإنسان إلى ربه هي إحياء النفس بإنقاذ مريض أو مصاب مشرف على الموت المؤكد، بتأمين حاجته إلى عضو ينقل إليه ليؤدي وظيفته الحيوية على أحسن وجه، لاسيما وأن إزالة الضرر مطلوبة والضرورة اقتضت التبرع لإنقاذ المريض المشرف على الموت[5].

كما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تعتبر من باب المحافظة على النفس وهو من مقاصد الشريعة الإسلامية، فهذه العمليات من الوسائل الحديثة التي توصل اليها علم الطب والجراحة لعلاج الإنسان من الإصابات التي تصيب أعضاءه بتلف ويصبح العضو غير قادر على أداء وظيفته فتصبح حياة المريض في خطر، وبهذا النوع من العمليات يستبدل العضو التالف بعضو شخص آخر سليم لغرض العلاج والمحافظة على حياة المريض وإنقاذه من الهلاك[6].

ثالثا – التبرع بالأعضاء نوعا من الإيثار

1 – سورة النساء، الآية (29).

2 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 45.

3 – سورة المائدة، الآية (32).

4 – سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 33.

5 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 46.

6 – حمدي محمد محمود حسين، المرجع السابق، ص 272.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن عمليات نقل وزرع الأعضاء التي تقوم أساسا على إيجاد الشخص المتبرع بعضو من أعضائه للمريض، وعملية التبرع بالعضو في حد ذاتها تجسد أسمى معاني الإيثار، إضافة إلى معان أخرى كثيرة كالرحمة والمودة والأخوة والتعاون وهي المعاني والمبادئ التي يحث عليها الإسلام ويرغب فيها[1]، كما جاء في قوله تعالى: **"وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ"**[2]، فالإيثار هو: "تقديم الغير على النفس وحظوظها الدنيوية ورغبة في الحظوظ الدينية، وذلك من قوة اليقين وتوكيد المحبة والصبر على المشقة "[3].

فالإنسان بتبرعه بأحد أعضائه لشخص ما وخاصة إذا كان لا يعرفه ولا تربطه به أية علاقة قرابة عائلية، فهذا ما يعد من الدوافع النبيلة والشريفة التي تعبر عن معاني الرحمة والمحبة كما تعبر عن الجوانب الإنسانية من تعاون وإيثار، وكله يدخل في دائرة المباح بشرط أن لا يعرض حياة المتبرع للخطر، وأن يقرر ذلك طبيب متخصص[4].

رابعا – التبرع بالأعضاء كاستثناء تحقيقا لمبدأ الضرورة

قال تعالى: **"إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ "**[5] ،وقوله عز وجل: **" فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"**[6]، وقوله ﷻ: **" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ "**[7]، وأيضا قوله تعالى: **" فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"**[8].

ومن هذه الآيات التي يستدل بها الموجيزون لعمليات نقل وزرع الأعضاء والتي اتفقت على استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه، فالإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر لأن حياته مهددة بخطر الموت، كما في حالة الفشل الكلوي وتلف القلب وغيرها من

1 – مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 61.
2 – سورة الحشر، الآية (9).
3 – مُحَمَّد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 104.
4 – علاء مُحَمَّد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 49.
5 – سورة البقرة، الآية (173).
6 – سورة المائدة، الآية (3).
7 – سورة الأنعام، الآية (119).
8 – سورة الأنعام، الآية (145).

الأعضاء المهمة في جسد الإنسان[1]، فإن كانت هناك حالة علاج اضطرارية فإنها تدخل في عموم الاستثناء المنصوص عليه في الآيات الكريمات السابقة التي يباح فيها نقل عضو سليم للمريض بغرض إنقاذ حياته.

خامسا – التبرع بالأعضاء فيه تيسير لأمور العباد

قال تعالى: **"وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"**[2]، وقال أيضا: **"مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ"**[3]، كما قال جل شأنه: **"يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا"**[4]، كما جاء في قوله عز وجل: **"يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"**[5].

فهذه الآيات الكريمة هي عنوان السماحة ومحبة الله لعباده، فهي تدعوا جميعا إلى التيسير عليهم مسائل دينهم وأمور دنياهم، فوضع أمامهم كل سبل الحياة ويترك لهم حرية الاختيار وحرية العمل[6]، من خلال التيسير على العباد وليس التعسير عليهم، كما تدعو أيضا إلى رفع الحرج ودفع المشقة عنهم بما يتوافق مع مقاصد الشريعة، أما تحريم نقل وزرع الأعضاء البشرية ففيه حرج ومشقة وفيه تضييق على العباد، وهذا ما يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية[7].

وقد أجمع أنصار هذا الاتجاه، وهم الجمهور الأعظم من علماء الأمة على جواز التبرع بالأعضاء البشرية والانتفاع بها، ما دامت تحقق المصلحة والمنفعة العامة وفيها إنقاذ لحياة البشر لكن بشروط وضوابط محددة، فصدرت الكثير من الفتاوى الفقهية الفردية التي تبيح عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، كما أيدتها العديد من المجامع الفقهية فأصدرت بدورها الفتاوى التي تجيزها[8]، ومنها المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد بماليزيا في شهر أفريل سنة 1969، ومجمع الفقه الإسلامي المنعقد في الفترة ما بين 19-28 جانفي1985 بمكة المكرمة، والمنعقد أيضا في دورته الرابعة في الفترة ما بين 6-11 فبراير

1 – نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية (بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، ط 1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية – مصر، 2008 ، ص 66.

2 – سورة الحج، الآية (78).

3 – سورة المائدة، الآية (6).

4 – سورة النساء، الآية (28).

5 – سورة البقرة، الآية (185).

6 – خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق، ص207.

7 – محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 102.

8 – نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق ، ص 10.

1988 في جدة بالمملكة العربية السعودية، والتي صدر بها القرار رقم 4/1126 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر سواء حيا كان أو ميتا، وفتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، والتي أصدرت القرار[1] رقم 99 بتاريخ 6 ذي القعدة 1402هـ يبيح عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، ولجنة الفتوى في المملكة الأردنية الهاشمية، والفتوى الصادرة في الكويت عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية[2] رقم 97 ع/ 84 بتاريخ 22 ربيع الثاني 1405هـ، والفتوى الصادرة في مصر عن لجنة الفتوى بالأزهر سنة 1981، والفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية سنة 1979 والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث[3].

أما في الجزائر فقد صدرت فتوى عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى[4] بتاريخ 6 ربيع الأول 1392هـ الموافق لـ 20 أفريل 1972، بعد أن استمعت لجنة الفتوى لبيان الأطباء وبعد المناقشة بين العلماء، كما يعتبر الشيخ أحمد حماني رحمه الله رئيس المجلس الإسلامي الأعلى من العلماء الأوائل في الجزائر الذين أفتوا في موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث أفتى بجواز التبرع بالأعضاء البشرية بشرط أن يكون المتبرع قابلاً وراضياً ولا يكون في ذلك إكراه ولا شبهة، وأن يقرر الأطباء على أنه لا ضرر على المتبرع ويتحققوا من نجاح العملية[5].

وبهذا يكون الفقهاء والمجامع الفقهية ودور الإفتاء الإسلامية كلهم قد أجمعوا على جواز عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وهو الرأي الذي نرجحه نحن، وأثبتوا بأن الدين الإسلامي دين متطور وليس جامدا، ويتوافق مع كل عصر في جميع الأحوال والأزمان، مادام الطب الحديث قد توصل إلى أن زرع الأعضاء يفيد وينفع المحتاجين لها ولا يضر بالمتبرع بهذه الأعضاء، ومجمل الفقهاء والمجامع الفقهية ودور الإفتاء الإسلامية وافقوا على جواز عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وحتى لا تخرج هذه العملية عن الحدود الشرعية اشترطوا مجموعة من الشروط[6] هي:

1.www.alifta.gov.sa/Ar/IftaContents/Pages/OlamaResearch.aspx?cultStr=ar&View=Page&PageID=673&PageNo=1&BookID=1

2 – نقلاً عن سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 31.

3 – نقلاً عن إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 92.

4 – نقلاً عن مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة "، ج 1، الكتاب الثالث: القوانين والقرارات والفتاوى والبيانات الصادرة في العالم العربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 169.

5 – مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 61.

6 – نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص 41-43، أنظر أيضا: خالد فهمي مصطفى، المرجع السابق، ص215-217. وأنظر أيضا: سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 40.

1- أن تتم هذه العملية تحت إشراف هيئة طبية دينية مستقلة (أطباء ثقات).

2- أن تكون عملية النقل هي الطريقة الوحيدة لإنقاذ المريض وشفائه.

3- عدم التبرع لمريض ميئوس من شفائه أو تصعب استفادته منها.

4- رضا المتبرع وحاجة المريض الماسة لزراعة عضو له، مع عدم وجود بدائل طبية.

5- تكون عملية النقل لإزالة عيوب جسدية أو نفسية حقيقية من باب العلاج، وإزالة الضرر، ورفع الحرج، وليس من باب الكماليات أو الجمال أو تغيير خلق الله.

6- عدم التبرع بعضو تتوقف عليه حياة المتبرع، أو بعضو وحيد في الجسم سواء يؤدي إلى موت المتبرع أو لا يؤدي إلى ذلك.

7- يحرم التبرع بجزء من الجسم يحتوي على عدة أعضاء كالرأس مثلا، كما يحرم التبرع بأحد الحواس الخمس.

8- لا تؤدي هذه العملية لأضرار مادية أو معنوية للمتبرع أو المريض في الحال أو مع المآل بشكل مباشر أو غير مباشر.

9- التأكد من نجاح كل من عملية النزع أو الزرع بغلبة الظن والاعتياد.

10- عدم التبرع بكل ما يمت إلى الأعضاء التناسلية بصلة مباشرة أو غير مباشرة.

11- عدم بيع وشراء الأعضاء وتحريم استغلال حاجة المتبرع أو المريض.

12- يكره التبرع المسلمين إلى الكافرين، ويجوز تبرع الكافرين للمسلين.

13- عدم تبرع الإنسان للحيوان في الحياة أو بعد الموت، ولو من باب التجارب الطبية.

14- يشترط في المتبرع أن يكون مكلفا حرا عاقلا بالغا.

15- يحرم نقل الأعضاء من باب اللهو والعبث والترف العلمي.

16- يحرم إعادة ما قطع في حد أو قصاص وتجوز إعادته بواسطة بدائل طبية صناعية.

17- يحرم التبرع لفاسق يستغل عملية النقل في انتهاك حرمات الله تعإلى.

18- يحرم التبرع بكل ما يؤدي إلى تشويه المتبرع أو المريض.

19- يجب التأكد من موت المريض الذي ينزع منه العضو.

20- جواز وصية الميت بالتبرع بأحد أعضائه بعد الموت، وله أن يرجع عن هذه الوصية إن شاء.

21- يجوز لأولياء الميت أن يتبرعوا بأعضائه ولو لم يوص هو بذلك في حالات اضطرارية.

المطلب الثاني

موقف التشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لعدم انعقاد إجماع علماء الأمة الإسلامية للنظر في مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وإبداء الرأي فيها من الناحية الدينية، مما أدى إلى تأخر إصدار تشريعات تنظم هذه العمليات في العديد من الدول العربية والإسلامية[1]، ومع ذلك فقد أقرت العديد من التشريعات العربية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

رغم وجود مبدأ حرمة جسم الإنسان الذي احتج به المعارضون لتلك العمليات من خلال تحريمهم لأي مساس بجسم الإنسان إذا ما كان في غير مصلحته، ومع ذلك فقد ساير المشرع التطور الطبي الحديث من خلال إباحته عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لكن نجاح تلك العمليات ومساندة جانب كبير من الفقه الوضعي والإسلامي لمشروعيتها تأسيسا على حالة الضرورة، ودفع بالمشرع إلى إصدار القوانين المنظمة لنقل وزرع الأعضاء البشرية[2].

ونحاول في هذا الفرع التطرق إلى موقف التشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال التطرق إلى موقف التشريعات المقارنة المتمثلة في كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري، ثم التطرق إلى موقف المشرع الجزائري، وذلك بتقسيمه إلى ثلاث عناصر كالتالي:

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثاني: موقف المشرع المصري من نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نقل وزرع الأعضاء البشرية

1 – إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 100.

2 – هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص 156.

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي من نقل وزرع الأعضاء البشرية

يعتبر قانون 15 نوفمبر 1887 أول قانون يجيز الانتفاع بجسد الإنسان وأعضائه بعد وفاته ودون موافقته، سواء كان ذلك لأغراض علاجية أو لمجرد المساهمة في مجال البحث العلمي[1]، لكن قانون lafay رقم 39-980 الصادر في 7 جويلية 1949 يعتبر أول قانون أجاز نقل القرنية لغرض الزراعة، والذي كان يشترط القيام بها في المستشفيات المرخص لها بذلك من قبل وزير الصحة فقط، والحصول على الموافقة الصريحة لنزعها من الشخص المتبرع قبل وفاته، غير أن هذا القانون كان عاجزا عن تلبية الطلب على الأعضاء، ولم يسمح بمواكبة تطور عمليات نقل وزرع الأعضاء[2].

وبقى الأمر على حاله إلى غاية 22 ديسمبر 1976 وهو تاريخ صدور قانون (Caillavet)[3] والذي يعتبر التشريع الكامل المتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء فيما بين الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء والذي شكل الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال ضبطه لهذه العمليات بمجموعة من الضوابط القانونية، فنص على جواز نقل الأعضاء من جثة المتوفى لأغراض علاجية في حالة ما إذا لم يعرف عنه الرفض لنزع أعضائه أثناء حياته، ويطلق على هذه العملية الموافقة المفترضة، أي أن القانون يعتبره دائما في مثل هذه الحالات موافقا على نزع أعضائه والتبرع بها إلا إذا صدر عنه الرفض الصريح لعملية نزع أعضائه أثناء حياته، كما توسع هذا القانون ليشمل نزع الأعضاء من الأحياء، فأجاز نزع الأعضاء من إنسان حي ونقلها لشخص آخر لأغراض علاجية.

ويحتوي القانون على 5 مواد، نصت المادة الأولى منه: "من أجل إجراء عملية زرع بهدف علاجي للإنسان، يمكن إجراء انتزاع عضو لإنسان بالغ متمتع بكامل قواه العقلية، وذلك بعد موافقته الحرة والصريحة. وإذا كان المتبرع قاصرا، فإنه لا يجوز أي انتزاع منه إلا إذا كان المتلقي شقيق أو شقيقة المتبرع،

1 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 119.

2 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 193.

3 – loi n 76-1181 u 22 décembre 1976 , « relative aux prélèvements d'ergones ». JORF du 23 décembre 1976.

وفي مثل هذه الحالة لا يتم الانتزاع منه إلا برضا ممثله القانوني، وبعد ترخيص يسلم من طرف لجنة تتكون من ثلاثة خبراء على الأقل..."[1].

ولتطبيق هذا القانون نصت المادة الرابعة على الإحالة إلى المرسوم التنفيذي الذي سيصدر لاحقا، والمتضمن مجموعة الشروط الواجب توافرها في رضاء المتبرع، والمستشفى المرخص له بالقيام بهذه العمليات، والمتضمن أيضا تحديد معيار الوفاة، وتحديد الإجراءات الواجب توافرها للتأكد من الوفاة[2]، وبالتالي لم يدخل هذا القانون حيز التنفيذ إلا بعد صدور المرسوم رقم 501-78 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1978.

وبتاريخ 29 جويلية 1994 صدر القانون رقم 654-94[3] والذي حل محل القانون القديم والسابق ذكره لسنة 1976 والذي حرص من خلاله المشرع الفرنسي على تنظيم تشريع متكامل حول نقل وزرع الأعضاء البشرية من أجل تحقيق الأهداف التالية: ضمان الأمن الصحي عن طريق الضرورة الطبية، وتحقيق المجانية واستبعاد التجارية غير الأخلاقية، وتسهيل التعبير عن الرضا الحر والمتبصر[4]، كما

1 - Art 1 ". En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissante de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.

Si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur. Dans ce cas, le prélèvement ne pourra être pratiqué qu'avec le consentement de son représentant légal et après autorisation donnée par un comité composé de trois experts au moins et comprenant deux médecins dont l'un doit justifier de vingt années d'exercice de la profession médicale. Ce comité se prononce après avoir examiné toutes les conséquences - sibles du prélèvement tant au plan physique qu'au plan psycho- logique. Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté ». Loi n 76-1181 u 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'ergones. JORF du 23 décembre 1976, p 7365.

2 - Art 4 « Un décret en Conseil d'Etat détermine:

1° Les modalités selon lesquelles le donneur visé à l'article 1, ou son représentant légal, est informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprime son consentement;

2° Les modalités selon lesquelles le refus ou l'autorisation visé à l'article 2 ci-dessus doit être exprimé;

3° Les conditions que doivent remplir les établissements hospitaliers pour être autorisés à effectuer les prélèvements visés à l'article 2 et être inscrits sur une liste arrêtée par le ministre de la santé;

4° Les procédures et les modalités selon lesquelles la mort doit être constatée ».

3 - loi n 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal , JORF n 175 du 30 juillet 1994, p: 11060.

4 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 28، أنظر أيضا: مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 71.

أصدر المشرع الفرنسي في نفس الوقت القانون رقم 653-94 والصادر هو الآخر بتاريخ 29 جويلية 1994 والذي أدخل بمقتضاه بعض المواد في القانون المدني الفرنسي والمتعلقة باحترام جسد الإنسان[1].

وآخر قانون أصدره المشرع الفرنسي هو قانون[2] رقم 800-2004 والذي يطلق عليه "الأخلاقيات البيولوجية"، والذي خفف بشكل كبير من شروط الحصول على الأعضاء تلبية لحاجيات الممارسة، كما جاء لمراجعة قانون 1994 ليتوافق أكثر مع التطور في المجال العلاجي والتكنولوجي الحاصل في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[3]، كما حاول المشرع تعديل هذا القانون ببعض الإضافات من خلال تعديلات متعددة أهمها القانون[4] رقم 814-2011 الصادر بتاريخ 07 جويلية 2011 والقانون[5] رقم 41-2016 والصادر بتاريخ 26 جانفي 2016.

ومن وجهة رأينا بأن المشرع الفرنسي قد حاول في كل مرة إضافة تعديلا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، من خلال إضافة شروط وضوابط وتشكيل لجان في قوانين ومراسيم تنفيذية، إلا أنه حاول توحيد كافة الأمور الخاصة بعمليات نقل وزرع الاعضاء، بموجب قانون رقم 800- 2004 والذي أطلق عليه الأخلاقيات البيولوجية والذي يعد قانون يشمل كل ما له علاقة بالصحة، إلا أنه لم يكن قانون خاص بنقل وزرع الأعضاء، بل يشمل إلى جانبه تنظيم كل الوسائل العلمية الطبية الحديثة الخاصة منها التلقيح الاصطناعي والتلقيح المجهري والأبحاث الطبيةوالهندسة الوراثية والعلاجات الجينية والجذعية. كما أن المشرع الفرنسي لا يزال في كل مرة يقوم بتعديلات، وهذا راجع إلى التطور المستمر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

1- loi n 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain , JORF n 175 du 30 juillet 1994, p 11056.

2 – loi n 2004-800 du 06 août 2004, relative à la bioéthique, JORF n 182 du 07 août 2004, texte 1 sur 92

3 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 194.

4 - loi n 2011-814 du 07 juillet 2011, relative à la bioéthique, JORF n 157 du 08 juillet 2011, texte 1 sur 163.

5 - loi n 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n 22 du 27 janvier 2016, texte 1 sur 114.

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري من نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر الجمهورية المصرية من الدول العربية الرائدة دائما في تشريعاتها، إلا أنها وجدت نفسها من الدول المشهورة بالإتجار في الأعضاء البشرية – فقد أصبحت ثالث دولة في مجال الإتجار بالأعضاء البشرية – لعدم وجود قوانين تحظر هذه التجارة الممنوعة، مما جعلها من الدول المتأخرة في هذا المجال، فقد سبقتها الكثير من الدول العربية والغربية التي قننت هذا النوع من العمليات ونظمتها بمجموعة من الضوابط[1]، الأمر الذي دفع بالمشرع المصري إلى التدخل بعد سنوات طويلة من الفراغ القانوني لإصدار القانون رقم 5 لسنة 2010.

أولا – قبل صدور القانون رقم 5 لسنة 2010

لم يهتم المشرع المصري في البداية بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تنظيم، وتنظيمها بموجب قانون خاص بزرع ونقل الأعضاء، ومع ذلك فقد كانت بعض القوانين السائدة والمتفرقة كالقانون رقم 178 لسنة 1960 الخاص بعمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته، والقانون رقم 274 لسنة 1959 الخاص بتنظيم الاحتفاظ بالعيون البشرية والذي سمي بقانون إنشاء بنوك للعيون دون أن يصدر قوانين أخرى تشمل تنظيم نقل وزرع بقية الأعضاء.

ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن هذه البنوك تحصل على العيون من المصادر الآتية:

1 – عيون الأحياء الذين يوصون بالتبرع بها.

2 – عيون الأحياء التي تقرر استئصالها طبيا.

3 – عيون الموتى أو قتلى الحوادث أو من تشرح جثثهم.

4 – عيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام.

5 – عيون مجهولين الهوية.

وقد انتقد هذا القانون لأنه أخلط بين الوصية والتبرع، فالوصية تصرف يفترض بأن لا ينتج أثره إلا بعد الموت، في حين أن التبرع ينتج أثره فورا أثناء الحياة، وبالتالي فإنه لا يمكن تصور أن شخصا يتبرع بعينه للغير أثناء حياته فهذا أمر غير وارد إطلاقا[2]، كما أن المشرع لم ينص على كيفية التصرف فيها، هل

1 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 51.

2 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 130.

هي بمقابل أو دون مقابل[1]، وقد ألغي هذا القانون بالقانون رقم 103 لسنة 1962 الذي نصت المادة الثانية منه على أن بنك العيون يتلقى رصيده من مصدرين هما:

أ – قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بعد وفاتهم بغير مقابل.

ب – قرنيات عيون قتلى الحوادث الذين تأمر النيابة العامة بإجراء الصفة التشريعية لهم.

ج – قرنيات عيون الموتى بالمستشفيات والمعاهد والمراكز.

وبالتالي بقي نفس النقد الموجه إلى القانون قبل تعديله[2].

ولقد كانت هذه المادة محل انتقاد كبير لما سمحت بالتبرع بإحدى العينين أثناء الحياة، وهو في الوقت ذاته الأساس الذي أعتمد الفقه عليه في القياس لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء الأخرى، على أساس أنه: ما دام المشرع قد سمح للإنسان بالتبرع بإحدى عينيه أثناء حياته، وباعتبار أن العين من أهم الأجزاء التي لا يستطيع الإنسان الاستغناء عنها، فإن المشرع يسمح بالتبرع بالأعضاء الأقل أهمية كالكلية مثلا، قياسا على العين، وفي هذا وجد الفقه ضالته لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء والوصول إلى نتيجة مؤداها أن نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء جائز[3]، إضافة إلى ذلك فإن الدستور المصري لسنة 1971 في مادته 43 أجاز التجارب الطبية على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقته، رغم أن المصلحة في التجارب الطبية احتمالية تتحقق عن طريق احتمال تقدم الطب، أما في زرع الأعضاء فإن المصلحة مؤكدة من الناحية العلمية، ولذلك فلا مانع من إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء، بل يكون ذلك من باب أولى لأن المصلحة فيها مؤكدة من الناحية العلمية[4].

وقد انتقد البعض هذا الرأي في أساسه ونتائجه، معتبرين أن الصياغة القانونية لنص المادة الثانية[5] للقانون 103 لسنة 1962 جاءت معيبة وغامضة وأن مقصد المشرع غير واضح، وأن استعمال جملة:

---

1 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 67.

2 – عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص 93.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 67.

4 – أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر (دراسة فقهية مقارنة بالقانون والشريعة الإسلامية)، ط 1، دار ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص 47 و48.

5 – كما تم تعديل القانون رقم 103 لسنة 1962 بالقانون رقم 79 لسنة 2003، وتم تعديل المادة الثانية التي كانت محل للنقد والتي اعتمد عليها الفقه لتبرير إباحة نقل وزرع الأعضاء، فنصت على: " تحصل هذه البنوك على قرنيات العيون من المصادر الآتية: أ – قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بعد وفاتهم بغير مقابل. ب – قرنيات عيون قتلى الحوادث الذين تأمر النيابة العامة بإجراء الصفة التشريحية لهم. ج – قرنيات عيون الموتى بالمستشفيات والمعاهد والمراكز المشار إليها في المادة الأولى الذين يجمع ثلاث من أطباء رؤساء الأقسام المعنية على نقلها وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية ".

"أن يتبرعون بها" يفهم من النص أن المشرع أراد التأكيد على انتفاء المقابل فحسب[1]، كما المشرع خلط بين الوصية والتبرع في دائرة واحدة "العيون التي يوصون أن يتبرعون بها" ولكن هذا النص رغم رداءة صياغته يفيد بأن المشرع لم يسمح للأفراد بالتبرع بعيونهم أثناء حياتهم، لأنه يقول من يوصي بالتبرع وليس من يتبرع، أي من يوصي بالتبرع بعد وفاته وليس من يتبرع حال حياته[2]، كما أن العين إذا كانت سليمة فإن التصرف فيها يعد مخالفا للنظام العام، كما أن هذا القانون ينظم حصول البنوك على العيون للاحتفاظ بها لمدة معينة، إلى حين الحاجة إلى زرعها لشخص مريض، ومعنى ذلك أن القانون يجيز التبرع بعين سليمة للبنك دون أن يكون هناك مريض في حاجة إليها وهي نتيجة غريبة وخطيرة لا يمكن التسليم بها[3]، كما أن القياس على ما ورد في المادة 43 من دستور 1971 والخاصة بالتجارب الطبية أمر لا يعد دقيقا، على أساس أن الدستور يسمح بإجراء التجارب الطبية بناء على رضاء الشخص، لكن ليس بهذه البساطة فلا يغني من وجود شروط يجب توافرها للسماح بالتجارب الطبية على الإنسان ما يضمن عدم خروج هذه الممارسة عن غايتها، كما أن هذه المادة صياغتها عامة تقرر أهمية الرضا الحر في إجراء التجارب الطبية أو العلمية ولا تعني نقل وزرع الأعضاء البشرية لأن هذه الأخيرة تحتاج إلى تشريع خاص بها، لما له من خطورة تمس سلامة الجسم[4].

وبالتالي فإن مشروعية إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية أمر جدير بالتأييد، ليس على أساس القياس على النص التشريعي السابق فحسب، بل يحتاج لقانون شامل لتنظيم هذه العمليات لما تتميز به هذه العمليات من أهمية كبيرة[5].

كما لا يمكن المساس بالجسم البشري لأن الأصل هو معصوميته وبالتالي فإن القوانين المذكورة – نص المادة 43 من دستور أو قانون نقل القرنية وإعادة تنظيم بنوك العيون– حين تجيز المساس بالجسد فإنه يقرر استثناء على أصل الحظر، فلا يجوز أن يقاس عليه، كما لا يجوز التوسع في تفسيره[6].

1 – هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق ذكره، ص 162.

2 – أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر (دراسة فقهية مقارنة بالقانون والشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 45.

3 – حمدي مُحَّد محمود حسين، المرجع السابق، ص 216.

4 – المرجع السابق ذكره، ص 205.

5 – هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص 163.

6 – حمدي مُحَّد محمود حسين، المرجع السابق، ص 217.

ثانيا – بعد صدور قانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية

بعد فترة طويلة من نداءات رجال الفقه والقانون والطب لضرورة التدخل وإصدار قانون ينظم نقل وزرع الأعضاء البشرية، استجاب المشرع المصري سنة 2010 فأصدر قانون بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية تحت رقم 5 لسنة 2010[1] والذي تضمن 28 مادة، وقد منع المشرع في مادته الأولى أن تتم إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء إلا بناء على هذا القانون، والتي نصت على أنه: "لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم لإنسان حي أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعه في جسم إنسان آخر، إلا طبقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له".

وقد قسم المشرع هذا القانون إلى أربعة فصول، تناول في الفصل الأول مجموعة من الضوابط والشروط الواجب توافرها في عمليات النقل وزرع الأعضاء سواء تمت بين الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء منها: أن تضمن عمليات نقل وزرع الأعضاء عدم الإضرار بالمتبرع والمتلقي، فنص على وجوب عدم نقل عضو إلا إذا كان النقل هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المتلقي وألا يؤدي النقل إلى اختلاط الأنساب، وأن يكون النقل على سبيل التبرع بناء على الموافقة الكتابية والموثقة وبعد إقرار اللجنة الطبية المختصة بتوافر كافة الشروط الخاصة بالنقل، كما أن النقل لا يتسبب في وقوع أضرار بالمتبرع، كما حظر المشرع المصري الإتجار بالأعضاء البشرية، وحظر إجراء عمليات النقل لغير المصريين.

وتناول المشرع في الفصل الثاني منشآت زرع الأعضاء البشرية وتضمن إنشاء اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية التي يترأسها وزير الصحة، والمختصة بالإشراف على الجداول الخاصة بتلك العمليات وفقا لأسبقية القيد، كما تصدر هذه اللجنة التراخيص للمستشفيات وتلغي التراخيص أيضا، وتشكل اللجان الطبية في كل منشأة مرخص لها بالزرع.

كما تناول في الفصل الثالث إجراءات زرع الأعضاء وقد نص المشرع على العديد من اللجان حيث نص على لجنة فنية متخصصة بالتحقق من الوفاة في المادة 14[2] ، كما وضع التزامات على

1 – القانون رقم 5 لسنة 2010 والصادر في الجريدة الرسمية عدد 9 مكرر بتاريخ 6 مارس 2010

2 – نصت المادة 14 " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخذير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الاعضاء البشرية، ....".

اللجنة الطبية المتخصصة بضمان ثبوت الوفاة ثبوتا يقينيا، ونص أيضا على اللجنة الثلاثية التي تنشأ داخل كل مؤسسة طبية والتي تقوم بإحاطة كل من المتبرع والمتلقي بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما.

كما تضمن الفصل الرابع والأخير "العقوبات" ويتناول العقوبات الرادعة ضد من يخالف أحكام هذا القانون والتي قد تصل إلى حد الإعدام، ومصادرة الأموال المتحصل عليها، أو غلق المنشأة وغير ذلك من العقوبات.

يمكننا أن نلاحظ من وجهة رأينا بأن المشرع المصري، وإن كان قد تأخر في إصدار تشريع الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية إلى غاية سنة 2010، إلا أنه كان قانوناً خاصاً وشاملاً ومنظماً، فقد أصدر المشرع المصري قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية والذي يعد قانونا مستقلا وخاص بهذا النوع من العمليات، ومنظما من حيث أنه تناوله في الفصل الأول الشروط والضوابط الواجب توافرها، بالنسبة للتبرع من الأحياء ثم التبرع من الأموات، ثم تناول بعد ذلك في الفصل الثاني الشروط الإدارية والتراخيص الخاصة بالمنشآت الطبية، وكيفية إنشاء اللجنة العليا لزراعة الأعضاء وطريقة سيرها وتنظيمها، والمهام المنوطة لها، وفي الفصل الثالث تناول كيفية إنشاء اللجان الطبية والمهام المنوط لها، منها اللجنة الطبية المتخصصة بإثبات الوفاة واللجنة الثلاثية المختصة تلقي الموافقة الحرة من المتبرع وإحاطة أطراف العملية بجميع مخاطرها، وبينما تناول الفصل الأخير الشق الجزائي والمتمثل في الجرائم والعقوبات الناجمة عن مخالفة أحكام هذا القانون .

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من نقل وزرع الأعضاء البشرية

أبدى المشرع الجزائري الموافقة على إجازة نقل وزرع الأعضاء البشرية، والسماح بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض علاجية أي للضرورة العلاجية، ولم يسمح باللجوء إلى هذه العمليات إلا إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض أو سلامته الجسدية، ويلاحظ أن المشرع الجزائري وسع دائرة استعمال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لتشمل العمليات التي تهدف إلى المحافظة على حياة المريض من الهلاك، والعمليات التي تهدف إلى المحافظة على صحته وسلامته الجسدية، ووضع لها مجموعة من الضوابط والشروط حتى لا تخرج عن النطاق القانوني المحدد لها بموجب التنظيم المعمول به في هذا النوع من العمليات الطبية.

واستند المشرع الجزائري إلى الفتوى التي أصدرها المجلس الإسلامي الأعلى في 1972 كأساس ديني لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكانت لجنة الفتوى قد استمعت إلى الأطباء الذين شرحوا لها وجهة نظر الطب في المسألة قبل إصدار هذه الفتوى[1]، والتي أجازت نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأحياء أو من جثث الموتى، أي قبل 13 سنة من صدور أول قانون ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء، وهذا أمر منطقي أن يسبق النص الديني النص القانوني.

إن المشرع الجزائري لم يصدر قانوناً خاصاً بعمليات نقل وزرع الأعضاء كما فعلت أغلبية التشريعات العربية، بل تناول ضوابط وشروط نقل وزرع الأعضاء وتنظيمها في القانون المتعلق بالصحة، وتناول في قسم خاص بقانون العقوبات تحت عنوان "الإتجار بالأعضاء" العقوبات الردعية المسلطة على المخالفين لضوابط وشروط نقل الأعضاء وزراعتها، ونتناول هذه العمليات في القانون المتعلق بالصحة وفي ق.ع.ج فيما يلي:

أولا – القانون المتعلق بالصحة

1 – القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى)

نظم المشرع هذه العمليات في القانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2]، وبالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 9 محرم عام 1411 الموافق لـ 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[3]، حدد فيه فصلا مستقلا لنزع وزراعة الأعضاء، هو الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها"، وتضمن 8 مواد من المادة 161 إلى المادة 168.

أخذ المشرع الجزائري في القانون رقم 85-05 بموجب هذه المواد بغرض العلاج أي الضرورة العلاجية كأساس قانوني لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء، إذ نصت المادة 161 في فقرتها الأولى على أنه: "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون...."، كما نصت المادة 166 على أنه: "لا

1 – جبيري ياسين، الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2015، ص 164.

2- منشور ج ر العدد 8 الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1985.

3 – منشور ج ر العدد 35، الصادرة بتاريخ 15 غشت 1990.

تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية...".

كما قرر المشرع الجزائري مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء في الفقرة الثانية من المادة 161، والتي نصت على أنه: "... ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

أما الشروط والضوابط الواجب توافرها في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإن المشرع تناول شروط نزع الأعضاء من الأحياء في المادتين 162 و 163 وهي:

- عدم الإضرار بصحة المتبرع أو تعريض حياته للخطر.
- إعلام المتبرع بكل المخاطر الطبية المحتملة.
- الموافقة الكتابية للمتبرع بحضور شاهدين.
- منح المتبرع حق التراجع عن الموافقة في أي مرحلة كانت عليها العملية.
- منع نزع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز.

أما شروط نزع الأعضاء من جثث الموتى فقد تناولها المشرع الجزائري في المادتين 164 و165 وحددها فيما يلي:

- عدم جواز نزع الأعضاء من جثث الموتى إلا بعد التأكد الطبي والشرعي للوفاة من قبل لجنة طبية، حسب المقاييس العلمية التي يحددها وزير الصحة.
- موافقة المتوفى أثناء حياته على القبول بنزع أعضائه أو موافقة أحد أفراد أسرته بعد وفاته.
- جواز انتزاع القرنية كاملة دون موافقة أسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين إذا تعذر الاتصال بهم في الوقت المناسب أو كان التأخر في الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو.
- منع الكشف عن هوية المتبرع للمستفيد أو كشف هوية المستفيد لعائلة المتبرع.
- المنع التام لنزع أعضاء المتوفى الذي يعلن رفضه كتابيا، أو كان نزع العضو يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي.

أما موافقة المريض (المتلقي) فقد تناولها المشرع في نص المادة 166 محددا شروطها كما يلي:

- أن يعبر المتلقي عن وموافقته بإرادته الحرة بحضور رئيس المصلحة الصحية وحضور شاهدين.

- ويمكن أخذ الموافقة من الأب أو الأم أو الولي الشرعي في حالة الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية.
- إعلام المتلقي أو أهله بكل المخاطر التي قد يتعرض لها مستقبلا، وغيرها من الشروط التي سنتناولها فيما بعد بشيء من التفصيل.

أما الشروط الواجب توافرها في المؤسسات الاستشفائية واللجان الطبية المرخص لها بنزع وزرع الأعضاء، والتشكيلة المخول لها إثبات الوفاة، فقد تناولها المشرع الجزائري بالمادة 167 من القانون ذاته.

2 – القانون رقم 18–11 المتعلق بالصحة

ألغى المشرع الجزائري القانون رقم 85–05 بإصدار قانون جديد هو القانون رقم 18– 11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة[1]، والذي تناول تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القسم الأول من الفصل الرابع من الباب السابع تحت عنوان: "أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية"، والذي تضمن 13 مادة شملت على مجموعة من الشروط والإجراءات الواجب توافرها في نقل وزرع الأعضاء من المادة 355 إلى غاية المادة 367، منها ما كان المشرع قد نص عليها في القانون الملغى رقم 85–05 ومنها ما لم ينص عليها من قبل، وإنما استحدثها وأخذ بها لأول مرة من أجل تطوير هذا النوع من العمليات، وأهم ما استحدثه المشرع في القانون الجديد هو:

أضاف المشرع الجزائري في ظل القانون الجديد "الخلايا" إلى عناصر جسم الإنسان التي يمكن نقلها وزرعها، والتي تدخل ضمن عمليات النقل والزرع إلى جانب الأعضاء والأنسجة، بعد أن كان في ظل القانون الملغى يكتفي بالسماح بإجراء عمليات النقل والزرع التي تشمل الأعضاء والأنسجة فقط، كما تناول في المادة 361 عمليات نقل الخلايا الجذعية المكونة للدم والتي حاول المشرع تنظيمها من خلال وجوب الضرورة العلاجية المتمثلة في حالة غياب الحلول العلاجية الأخرى، كما حدد الأشخاص الذين يمكن التبرع لهم على سبيل الحصر.

كما أخذ المشرع الجزائري بالتبرع المتقاطع كاستثناء، وحدد شروطه وضوابطه بموجب المادة 360، وهو نوع من التبرع خارج الوسط الأسري للمريض، يلجأ إليه في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية.

1 – منشور ج ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

كما أخذ المشرع الجزائري في ق.ص الجديد بالموافقة المفترضة للمتوفى في المادة 362، والتي تنص على أنه: "... يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته... " كما بين أيضا شروط الموافقة المفترضة.

وقد أنشأ المشرع الجزائري بموجب المادة 356 وكالة وطنية لزرع الأعضاء، ومنح لها عدة صلاحيات منها التنسيق وتطوير نشاطات نزع ونقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قوانينها وأمنها، وتسجيل رفض نزع الأعضاء للأشخاص الذين يرفضون نزع الأعضاء بعد وفاتهم في سجل الرفض الذي تنشئه الوكالة، كما تسهر هذه الوكالة على تسجيل المرضى الذي يحتاجون إلى عمليات زرع الأعضاء في قائمة الانتظار الوطنية.

ثانيا – قانون العقوبات

جرم المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، بإضافة قسم للفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأفراد، وهو القسم الخامس مكرر1 تحت عنوان الإتجار بالأعضاء ويتضمن 14 مادة، وهي: المواد من 303 مكرر 16 إلى المادة 303 مكرر29 من ق.ع.ج تتضمن الأفعال المخالفة لشروط نقل وزرع الأعضاء والعقوبات المقررة لها.

وقد أحال المشرع الجزائري بموجب المادة 430 من ق.ص على ق.ع.ج لتحديد العقوبات المقررة على مخالفات الأحكام المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فنصت على أنه: "يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج".

وبالرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالإتجار بالأعضاء البشرية في ق.ع.ج، يتبين بأن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ المجانية، وجرم أي حصول على الأعضاء أو انتزاع الأنسجة أو الخلايا البشرية مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها فاعتبرها مخالفة معاقب عليها قانونا، كما عاقب على مبدأ الموافقة، فعاقب على مخالفة الحصول على الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا دون موافقة طبقا للشروط المنصوص عليها في ق.ص، وميز المشرع الجزائري أيضا بين الإتجار بالأعضاء البشرية وبين الإتجار بأنسجة الخلايا وجمع مواد من جسم الإنسان.

وقد تشدد المشرع الجزائري في العقوبات المقررة في حالات معينة عند توافر واحد من الظروف الواردة بالمادة 303 مكرر 20 كما تشدد أيضا بموجب المادة 303 مكرر21 بعدم استفادة الجاني الذي يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم من ظروف التخفيف المنصوص عليها بالمادة 53 من ق.ع.ج. كما نص بموجب المادة 303 مكرر 29 على تطبيق أحكام المادة 60 من ق.ع.ج المتعلقة بالفترة الأمنية على مرتكبي جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، والمتمثلة في حرمان المحكوم عليه في هذه الجرائم من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، أو إجازات الخروج، أو الحرية النصفية أو الإفراج المشروط.

كما نص المشرع الجزائري على مساءلة الشخص المعنوي عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بموجب المادة 303 مكرر 26 طبقا لنص المادة 51 مكرر من ق.ع.ج.

كما جرم المشرع الجزائري عدم التبليغ عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بموجب المادة 303 مكرر 25، حتى وإن كان الشخص ملزما بالسر المهني، إذ لا يعذر أي شخص كان يعلم بوقوع جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية ولم يبلغ السلطات المختصة عن هذه الجريمة مهما كانت وظيفته أو مهنته.

هذا بالإضافة إلى مجموعة من الأحكام المشتركة، والتي نترك التطرق إليها في الباب الخاص بدراسة الجرائم المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي سيتم التفصيل فيها لاحقا.

ومن وجهة نظرنا نلاحظ بأن المشرع الجزائري وإن كان قد قام بتعديل قانون الصحة بالقانون رقم 18-11، وأضاف شروط وضوابط جديدة إلا أنه لم يكن ذلك التغيير الذي قد يحدث تطورا وتقدما كبيرا في مجال نقل وزرع الأعضاء، فمثلا نلاحظ بأن نزع الأعضاء من جثث الموتى وإن جاء بها القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، إلا أن المستشفيات لم تلتجأ إليها إلا مرة واحدة فقط.

كما نلاحظ أيضا بأن المشرع الجزائري قد تناول عمليات نقل وزرع الأعضاء في قانونين مختلفين، فقد تناول أحكام تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمتمثلة الشروط والضوابط نقل الأعضاء من الأحياء أو جثث الموتى والإجراءات الواجبة الاتباع من الموافقة الحرة المستنيرة إلى تشكيل لجنة الخبراء، هذا كله في قانون الصحة 18-11، بينما تناول الجانب الجزائي والمتمثل في الجرائم والعقوبات عند مخالفة أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون العقوبات 09-01، وبالتالي يكون المشرع

الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في هذا الجانب، وكان على المشرع الجزائري لو أخذ بالطريقة التي إعتمدها المشرع المصري من خلال تنظيم قانون خاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ويؤخذ على المشرع الجزائري عند تسميته للقسم الخامس مكرر1 تحت عنوان الإتجار بالأعضاء بأنه عنوان مبتور، وكان الأفضل لو أنه تم صياغة الجملة إلى نهايتها وأكمل العنوان ليعكس المحتوى الحقيقي لهذا القسم، بأن جعله كالتالي: "الإتجار بالأعضاء البشرية" لأن كلمة الأعضاء على إطلاقها قد تحدث لبسا أو شبهة يتبادر منها إلى الأذهان بأنها أي أعضاء، فيمكن أن تكون أعضاء حيوانية أو اصطناعية والتي تخرج عن دائرة التجريم ولا تشكل المتاجرة بها أي جريمة[1].

1 – جبيري ياسين، الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، المرجع السابق، ص 168.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن تسارع التقنيات الطبية وتطورها تؤثر فيهما بشكل واضح، وتفرض علينا واقعاً جديداً يجعلنا دائما في بحث مستمر عن كيفية إيجاد مشروعية لنقل الأعضاء خاصة بعد أن أصبحت هذه العمليات على قدر كبير من الأهمية في حياة البشرية وتتطور بسرعة، في حين أن مسألة مشروعيتها ما زالت قائمة تثير الجدل والعديد من الإشكاليات خاصة في الدول العربية والإسلامية، وتبقى معها قدرة القانون على مواكبة هذا التطور متأخرة في اللحاق بالعلوم الطبية[1].

فالقانون يكفل الحماية الكافية لجسم الإنسان، ولا يسمح لتقدم العلوم الطبية أن تكون في جميع الحالات سبباً في المساس بحرمة وقدسية جسم الإنسان، فالطب يهدف إلى ترقية صحة الإنسان وحمايته، لذلك يستوجب التوافق دائما بين الأهداف الطبية ومبدأ حرمة الجسم، وبالتالي فإنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان وفقا لاعتبارات وأسباب صحية[2].

وإذا كان لجسم الإنسان أن يتمتع بهذه الحرمة وهذه القدسية، فإنه لا يجوز معها قانونا المساس به أو التصرف أو التعامل فيه بالمال إلا في نطاق العلاج، وأن الفقه لم يقف في يوم ما حائلا دون الاستفادة من التطور العلمي في مجال نقل وزرع الأعضاء، فقد نشأت وتأكدت مفاهيم قانونية كثيرة تواكب التطور العلمي وتحقق مصالح بالغة الأهمية لأفراد المجتمع[3].

وكان للفقه الفرنسي الدور الكبير والفعال في وضع أولى النظريات التي تسمح بالتصرف في أعضاء الجسم البشري، وتبيح انتزاع أعضاء من جسم شخص لغرض زرعها في جسم شخص آخر، ثم ظهرت بعدها العديد من النظريات التي تبحث في أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، من أجل البحث عن إيجاد أساس قانوني لسد الفراغ التشريعي حتى لا يحول ذلك دون الاستفادة من هذه العمليات بوصفها من الأساليب الحديثة والفعالة للعلاج[4].

---

1 – عبد الملك صالح أحمد باعباد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام بعض الأساليب الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2014، ص 140.

2 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 131.

3 – طارق سرور، المرجع السابق، 122.

4 – نقلاً عن نبيل العبيدي، أمنة السلطاني، مكافحة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة قانونية جنائية فقهية طبية)، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017، ص 139.

ولهذا تعددت الآراء الفقهية واختلفت النظريات حول تحديد الأساس القانوني لنقل الأعضاء البشرية، ولهذا نحاول التطرق لهذه النظريات المختلفة والتي قيلت في تبرير عمليات نقل الأعضاء وما وجه لها من النقد، فيما يلي:

المطلب الأول: نظرية الضرورة

المطلب الثاني: نظرية المصلحة الاجتماعية

المطلب الثالث: نظرية السبب المشروع

المطلب الأول

نظرية الضرورة

يقصد بالضرورة في نظر الدكتور محمود نجيب حسني هي مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر، وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامي معين، فهي بذلك الحالة التي سيظهر فيها بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر هي إحداث ضرر أقل[1].

وقد عرفها الدكتور حسام الدين كامل الأهواني بأنها: الوضع الذي يتراءى فيها للشخص بأن وسيلته الوحيدة لتفادي ضررا أكبر محدقا به أو بغيره هو التسبب في ضرر أقل للغير، فمن يوقع بغيره أذى وهو ليس في حالة ضرورة يعاقب على ما ارتكبه، في حين أنه على عكس ذلك، فإن من يتسبب في ضرر لغيره وهو في حالة الضرورة لا يعتبر قد ارتكب خطأ [2].

فحالة الضرورة لا تفقد من يقع فيها القدرة على الاختيار فقدانا تاما، وإنما في حقيقة الأمر تضعفها إلى حد كبير، وذلك بأن تضعه بين أمرين إما الامتناع عن الفعل المجرم وتحمل الخطر المهدد به، وإما ارتكاب جريمة لتلافي الخطر، فيختار أهون الضررين هو ارتكاب الجريمة للضرورة[3].

أما في المجال الطبي فإن حالة الضرورة تعني: "أن الجراح الذي يقوم بعملية استئصال عضو من أعضاء الشخص المتبرع السليم ليزرعه في جسم شخص آخر مريض، إنما يدفع خطراً جسيماً محدقاً بحياة الغير وهو الشخص المتلقي، وذلك عن طريق إيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو، وبهذا

1 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 673.

2 – نقلا عن خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 145.

3 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 97.

تكون الفائدة من العملية أكثر من الضرر في العمل الطبي، وبالتالي فإن الطبيب لا يسأل جزائياً ولا مدنياً طالما كان في وضع أو في حالة ضرورة"[1].

وقد ظهرت هذه النظرية كأساس لمشروعية نقل وزرع الأعضاء في فرنسا في ظل الفراغ التشريعي إلى غاية صدور أول قانون نظم عمليات نقل وزرع الأعضاء في سنة 1967[2]، ولقيام حالة الضرورة الطبية في نقل وزرع الأعضاء البشرية الشروط يجب أن تتوافر الشروط الآتية[3]: وجود خطر فعلي يهدد حياة المريض المتلقي، أي إصابة أحد أعضائه الحيوية بتلف كلي أو جزئي يمكن أن يؤدي إلى وفاته في حالة عدم زرع عضو سليم له. أن يكون الخطر المحدق بالمريض المتلقي أكبر من الضرر الذي يصيب المتنازل عن العضو. أن تكون عملية زراعة العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المتلقي. أن يكون العضو قابل للنقل من الناحية الفنية أي يجب أن يكون سليماً ويتطابق مع جسم المريض.

ونحاول التطرق إلى الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية والنقد الموجه لها في فرعين على الشكل التالي:

الفرع الأول: أساس نظرية الضرورة ودليلها

الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية الضرورة

1 – عبد الرحمن خلفي، المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مصر، المجلد 51، العدد 1، مارس 2008، ص 89. أنظر أيضا: دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 99.

2 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2010، ص 242.

3 – عبد الرحمن خلفي، المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 89.

الفرع الأول

أساس نظرية الضرورة ودليلها

تقوم هذه النظرية على وجود علاقة بين حالة الضرورة وبين نقل وزرع الأعضاء البشرية، فأصحاب هذا الاتجاه يؤسسون شرعية التصرف في الأعضاء البشرية ونقلها وزرعها على حالة الضرورة باعتبارها هي الأساس القانوني لشرعية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

فإذا كانت حالة الضرورة هي: تعرض الشخص لخطر جسيم محدق وحال به أو بغيره، فلا يجد أي وسيلة لاتقاء هذا الخطر أو لوقاية الغير منه إلا بارتكاب فعل مجرم طبقا لأحكام ق.ع.ج.

وتطبيق حالة الضرورة في مجال الأعمال الطبية تفرض على الطبيب القيام بالموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض وبين الأمل في شفائه، وأن تتسم هذه الموازنة بنظرة مستقبلية تجعلها احتمالية وغير مؤكدة، فهذه الموازنة تتضمن قدرا من عدم التأكد والاحتمال، فالأمر يتعلق بالمستقبل وبعوامل داخلية وخارجية مختلفة يمكن أن تؤثر بطريقة أو بأخرى في تحقيق النتيجة المتوقعة، ويقوم حساب الاحتمالات في هذا المجال على ما يسمى بقانون الكثرة أو الغالبية، أي أن تقدير خطورة العمل الجراحي يقوم على أساس المتوسط العام لنجاح العملية الجراحية أو فشلها، وليس على أساس التدخل الجراحي في حالة معينة بذاتها[1].

أما في مجال زراعة الأعضاء البشرية فإن عملية الموازنة ليست مجرد موازنة عادية بين المخاطر والآمال في التدخل الجراحي العادي التي تتعلق بشخص واحد هو المريض والذي يتحمل خطرا ضئيلا لتفادي الكثير من المخاطر[2]، وإنما هي موازنة مركبة تتعلق بأكثر من شخص واحد، فهذه العمليات يخضع فيها شخصان لتدخل جراحي هما الشخص السليم وهو المتبرع والشخص المتلقي وهو المريض، فتقدير المخاطر والآمال يكون على مستوى الشخصين معا، على مستوى الشخص المريض وعلى مستوى الشخص المتبرع السليم، فيجب الأخذ في الاعتبار عند الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض والشخص السليم المتبرع هذا من جهة، ثم الآمال التي يحتمل أن يستفيد منها المريض ليتفادى ضررا أكبر محدقا بحياته وإنقاذه من الموت المحقق من جهة أخرى، بحيث تكون النتيجة في الأخير المحافظة على حياة الطرفين في أحسن الظروف الممكنة[3].

1 – عبد المالك صالح أحمد باعباد، المرجع السابق، ص 142.

2 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، المرجع السابق، ص 192.

3 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 53.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه قد اعتمدا على هذه النظرية في نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أساس أن الضرورة في هذه الحالة تكمن بوضوح في كون هذه العملية هي الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر لا بد من إحداث ضرر أقل، فإحداث تشويه بجسم شخص نتيجة نزع عضو منه ينطوي على ضرر أقل، مقابل زرع هذا العضو في جسم شخص آخر لإنقاذ حياته، وبالتالي تنعدم المسؤولية الجنائية للطبيب في هذه الحالة ما دام الفعل الذي قام به قد دعت إليه ضرورة استعمال حقه في العلاج دون أن يجد أمامه أي وسيلة للعلاج سوى عملية نزع عضو من شخص سليم دون أن تشكل هذه العملية خطرا على حياته، وزرعه بجسم شخص مريض لتفادي خطر وفاته، وبهذا يكون مضطرا لإحداث ضرر أقل بالشخص السليم لتفادي ضرر أكبر يهدد الشخص المريض، فأنصار هذه النظرية يعتبرون ضرورة العلاج هي أساس إباحة العمل الطبي، فإذا كانت عملية نقل العضو لا يترتب عليها ضرر جسيم بالمتبرع فيرجح إنقاذ المريض[1].

وعلى الطبيب عند قيامه بعملية الموازنة المشار إليها سابقا مراعاة توافر شروط حالة الضرورة الآتية[2]:

1) وجود خطر محدق يهدد المريض بالوفاة في حالة عدم نقل عضو سليم له.
2) أن يكون الضرر الذي يهدد المريض والمراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر اللاحق بالمتبرع.
3) أن تكون عملية نقل العضو السليم للمريض هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذه، ولا توجد أي وسيلة أخرى سواها.
4) أن يهيئ للعملية كافة العناصر اللازمة للنجاح، وعلى الخصوص مراعاة صلاحية العضو المزروع وخلوه من الأمراض.
5) ألا يترتب على عملية نزع العضو من المتبرع وفاته أو إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه.

– ويضيف البعض[3] إلى هذه الشروط شرطا آخر هو:

عدم انفراد طبيب واحد باتخاذ هذه القرارات، وإنما يجب أن تتخذ من طرف فريق طبي متكامل لضمان موازنة حقيقية بين حالة المريض والمتبرع وتقدير أفضل لكافة الاحتمالات.

1 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 178.
2 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 308.
3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 152.

غير أن فريقا من أنصار هذه النظرية يرى عدم كفايتها بهذه الشروط للقول بمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء، لأن مسايرة منطق أنصار هذه النظرية بهذه الشروط وحدها يؤدي في النهاية إلى تحكم الطبيب في إخضاع أي شخص لعملية نزع إحدى كليتيه لمجرد تطابق أنسجته وأنسجة شخص مريض بفشل كلوي، لذلك يضيفون شرطا آخر وهو رضا المتبرع[1].

وقد تبنى المشرع الجزائري في ق.ص.ج حالة الضرورة فيما يخص عمليات نقل وزرع الأعضاء بموجب الفقرة الأولى من المادة 364 التي تنص على أنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية..."

الفرع الثاني

النقد الموجه لنظرية الضرورة

تعرضت نظرية الضرورة للكثير من الانتقادات التي نستعرضها فيما يلي:

1- أن الأخذ بهذه النظرية على إطلاقها يجعل الموازنة بين النفع والضرر على الخصوص بيد الطبيب وحده، مما يجعل لهذا الأخير السلطة التقديرية في استئصال أي عضو يراه مناسبا من الناحية الطبية كلما تبين له وجود حالة ضرورة دون حاجة إلى موافقة المتبرع[2]، لكن هذا النقد تم تداركه من طرف بعض أنصار هذه النظرية كما بيناه سابقا.

2- أن اقتران الضرورة برضا المتبرع لا يبرر المساس بتكامله الجسدي، ورضاؤه بالتنازل عن جزء من جسده لا يستهدف غرضا علاجيا بالنسبة له شخصيا، فيشكل رضا بارتكاب جريمة ضده، مما يجعل سبب الرضا باطلا لمخالفته للنظام العام وبالتالي فإنه لا يصلح كسبب لإباحة نقل العضو[3].

3- الأخذ بنظرية الضرورة كسبب لإباحة نزع الأعضاء ونقلها ينطوي على إهدار لإرادة المريض، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال الالتفاف عليها، إلا في حالة الاستعجال ومحاولة إنقاذ حياة المريض من موت محقق، في حال عدم الحصول على موافقته أو موافقة ممثله الشرعي، فالضرورة تشكل سببا لعدم مسؤولية الطبيب في حالة تعذر الحصول على رضائه وتوافر حالة من حالات الاستعجال والشروط

1 – محمد سامي شوا، المرجع السابق، 308 و 309.

2 – عبد الرحمن خلفي، المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 89.

3 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 87.

اللازمة لتحقيق مصلحة المريض، وبالتالي فإن نظرية الضرورة لا تصلح سبباً عاماً لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء، وإنما تصلح كسبب استثنائي في حالة الاستعجال فقط عند انعدام توافر شرط رضا المريض[1].

4- في حالة التسليم بتوافر شروط حالة الضرورة بالنسبة للمريض المتلقي للعضو في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية: فإنها لا تتوافر بالنسبة للمتبرع الذي ينتزع جزء من جسده، لأنه من شروط الضرورة ألا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر الجسيم به، ولا قبل له بدفعه بوسيلة أخرى[2].

5- يؤخذ على هذه النظرية أيضا، أن نجاح عملية نقل العضو وزراعته ليست مؤكدة دائما، مما يجعل مزاعم إجراء عملية نقل وزراعة الأعضاء لاتقاء خطر حال ومحدق بالمريض غير مقبول، لأن ظاهرة رفض العضو الغريب ما زالت سائدة بكثرة في هذا النوع من العمليات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن منطق هذه النظرية يؤدي حتماً إلى رفض عمليات نزع الأعضاء من جثث الموتى لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية حيث ينتفي الخطر الحال في مثل هذه الحالات[3].

وبذلك تكون نظرية الضرورة قد فشلت في تبرير عمليات نقل وزراعة الأعضاء في عدة تطبيقات، ففي مجال عمليات نقل الكلى، فقد سبق وأن بينا بأنه من بين شروط الضرورة أن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال، وقد انتفى هذا الشرط في الوقت الحاضر باستخدام أجهزة تصفية الدم في مكان عمل الكلى باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العمليات[4]، وهو الرأي الأقرب للعقل والمنطق.

1 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 88.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 182.

3 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 309 و 310.

4 – عبد الرحمن خلفي، المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الثاني

نظرية المصلحة الاجتماعية

أدى فشل نظرية الضرورة في تبرير عمليات نقل وزراعة الأعضاء والنقد الشديد الموجه لها، إلى ظهور هذه النظرية القائمة على فكرة المصلحة الاجتماعية المقترنة برضا المتبرع كأساس لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

تنطلق نظرية الضرورة من توافر حالة الضرورة وتنتهي بوجوب الحصول على موافقة أو رضا المتبرع، أما نظرية المصلحة الاجتماعية فتنطلق من وجوب توافر رضا المتبرع الذي يعد أساس الإباحة التي يتم بمقتضاها انتزاع عضو من جسمه، إلا أن هذا الشرط لا يكفي وحده لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء، وإنما لابد من اقتران رضاء المتبرع بالمنفعة التي تعود على المجتمع[1].

وقبل التطرق إلى مدلول هذه النظرية علينا تحديد مفهوم فكرة المصلحة الاجتماعية وبيان العلاقة بينها وبين الحق في سلامة الجسم أولا، فالمصلحة الاجتماعية تعرف بأنها: "مجموعة متعددة من الالتزامات التي يضعها المجتمع على عاتق كل فرد من أفراده، وهذه الالتزامات تمثل بالنسبة لكل فرد مساهمته في المحافظة على كيان المجتمع ومساهمته في ازدهاره، ويطلق عليها البعض المنفعة الاجتماعية"[2].

والحق في سلامة الجسم ليس حقاً خالصاً للشخص وحده، ففي فقه القانون الوضعي فإنه حق ذو طبيعة مزدوجة، فللشخص فيه جانب يعبر عنه بالحق الفردي، وللمجتمع الجانب الآخر يعبر عنه بالحق الاجتماعي، وهما حقان متلازمان يسيران جنباً إلى جنب ولا يستغني أحدهما عن الآخر، إلا أنهما غير متطابقين، فالفرد تهمه كل المزايا المرتبطة بسلامة جسمه فيحرص على المحافظة عليها.

أما المجتمع فلا يعنيه من هذه المزايا إلا القدر يمثل أهمية اجتماعية فقط[3]، وهو القدر الذي يؤدي به وظيفته الاجتماعية، وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب هذه النظرية يستعينون بمعيار الوظيفة الاجتماعية التي تعني أن كل شخص له وظيفته الاجتماعية التي لا يستطيع القيام بها دون الحرص على سلامة جسمه[4]، ويطلق على مجموع هذه المزايا ذات الأهمية الاجتماعية مصطلح النظام العام.

---

1 – عبد الرحمن خلفي، المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 184.

3 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص60.

4 – نفس المرجع، ص 63.

فالقاعدة العامة هي عدم جواز تصرف الشخص في جسده، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها استثناءات مفادها أنه: كل تصرفات الإنسان في سلامة جسده لا تهدد صلاحيته لأداء وظيفته الاجتماعية، ولا يمس بمصلحة المجتمع يعد تصرفاً مباحاً لعدم مخالفته لمصلحة المجتمع وبالتالي للنظام العام[1].

ولهذا يرى أنصار هذه النظرية بأنه يمكن الاعتماد على فكرة المصلحة الاجتماعية بشأن نقل و زرع الأعضاء البشرية، والتي تقوم بدورها على فكرة التضامن الاجتماعي والتي بمقتضاها يتنازل أحد أفراد المجتمع عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض يفقده وظيفته الاجتماعية، وفي هذا التصرف يتجلى مبدأ التكافل الاجتماعي[2].

ويذهب بعض الفقهاء[3] المؤيدين لهذه النظرية إلى القول بأن: وظيفة الطبيب في أصلها وظيفة اجتماعية غايتها علاج المريض أو التخفيف من آلامه، وبالتالي فعمل الطبيب في حقيقته ينطوي على مصلحة اجتماعية تهدف أساساً إلى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بوظائفهم الاجتماعية التي يفرضها المجتمع عليهم تحقيقاً للمصلحة العامة.

ويرى مؤيدو هذه النظرية أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية عمل يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية إلى العمل الاجتماعي الجليل، مما يؤكد على صدق التعبير عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد[4].

ونحاول التطرق إلى الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية والنقد الموجه لها في فرعين على الشكل التالي:

الفرع الأول: أساس نظرية المصلحة الاجتماعية وأدلتها

الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية المصلحة الاجتماعية

1 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 101.

2 – علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 63.

3 – أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة – مصر، 2003، ص 143.

4 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 187.

الفرع الأول

أساس نظرية المصلحة الاجتماعية وأدلتها

تقوم هذه النظرية على مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع، والذي تقتضي أن يتنازل الفرد عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض عضال يفقده وظيفته الاجتماعية، ولا يكون هذا التنازل مقبولا ومشروعا إلا في حالة رجحان المزايا التي تعود على المريض المتلقي بالمقارنة مع الأضرار التي تلحق بالمتبرع، ويجرى تقدير هذه المزايا مع الأضرار من منطلق المصلحة الاجتماعية، ومثال ذلك من يتنازل عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق، فإن النفع الاجتماعي يزيد في جملته عما كان عليه قبل إجراء عملية نقل الكلية، فقد انتقص من المتبرع قدرا محدودا لا يحد كثيرا من وظيفته الاجتماعية، وزاد في النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته بإعادته إلى وظيفته الاجتماعية التي كانت معطلة، وبذلك تصبح المحصلة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة بقيام شخصين بوظيفتهما الاجتماعية بدل شخص واحد فقط[1].

وتقوم هذه النظرية على أساس فكرة ومبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي وهي في الأصل فكرة ومبدأ أخلاقي إنساني في حد ذاته، يفرضه واجب المروءة والإيثار والتكافل بين أفراد المجتمع وهي مبادئ أخلاقية سامية، تقتضي من الفرد التنازل عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض عضال يفقده وظيفته الاجتماعية أو يحد منها بشكل كبير، فتقتضي المصلحة الاجتماعية من المتبرع التضحية ببعض حقوقه بالسماح باستئصال أحد أعضائه لنقلها إلى جسد شخص آخر هو في حاجة ملحة لها، وينظر إلى معيار المصلحة الاجتماعية على مستوى شخص واحد، بحيث يكون مجموع المنفعة التي تنتج على عملية الاستئصال والزرع تؤدي إلى زيادة المنفعة، مما يعود على المجتمع بمزايا أكثر مما لو احتفظ أحدهما بكامل صحته، وظل الآخر عاجزا عن أداء وظيفته الاجتماعية، فالمصلحة الاجتماعية تتحدد على أساس ما يتحقق للمجتمع من مجموع المنافع النهائية[2].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أيضا، لكي تتحقق الموازنة، يجب ألا يؤدي استئصال العضو من المتبرع إلى عجز أو نقص دائم بصحته، فيجب أن تكون الأضرار التي تلحق بالمتبرع أقل مما سيصيب المريض

1 – محمد سامي شوا، المرجع السابق، ص 305.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 101 و 102.

المتلقي من أضرار في حالة عدم زرع العضو له، أي أن لا يتحول المريض المتلقي أحسن صحة من المتبرع في الظروف العادية، وألا تكون هناك وسيلة علاجية أخرى يمكن اللجوء إليها بدلا من عملية الزرع[1].

وتمتاز هذه النظرية بما يلي[2]:

1- أن المصلحة الاجتماعية تصلح أساساً لمشروعية بعض الأعمال الطبية منها عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتي قد تعد في نظر البعض غير مشروعة لتجردها من قصد العلاج والشفاء.

2- أنها تفرض على الكافة واجب احترام القوانين واللوائح الخاصة بممارسة المهنة وقواعدها، وهو ما يحقق الغاية من ضرورة الحصول على ترخيص القانون لمزاولة المهنة.

3- يترتب على إتباعها تحقيق الشفاء للمريض لكونها تفرض على الطبيب احترام القواعد والأصول الطبية، وتتطلب توافر قصد العلاج والشفاء لدى الطبيب.

4- تفرض على الكافة واجب عام يتلخص في مراعاة احترام حق الإنسان في الحياة، وفي التعبير عن إرادته، وبذلك تكون العلة من ضرورة توافر رضاء المريض بالعمل الطبي متحققة في فكرة المصلحة الاجتماعية التي تلقي على عاتق الطبيب واجب احترام حرية وإرادة المريض.

الفرع الثاني

النقد الموجه لنظرية المصلحة الاجتماعية

انتقدت هذه نظرية لكونها تقوم على فكرة الوظيفة الاجتماعية، وهي فكرة لا تصلح أن تكون نظاما يبنى عليه الأحكام، وحتى فكرة المنفعة الاجتماعية يشوبها الكثير من الغموض وغير قابلة للتحديد والقياس، كما ذهب البعض الآخر[3] في نقده لفكرة التضامن الإنساني بوصفها فكرة غامضة وخطرة، تؤدي إلى الشيوع في الصحة العمومية لاسيما في النظم الاستبدادية، وأن ما قيل عن النفع الاجتماعي فهو قول مرفوض لأنه يتجاهل التقدير الشخصي الذي يجب أن يحمله كل لذاته، فالنفع العام حتى وإن كان يقتضي تنازل الشخص عن عضو من أعضائه برضاه وبإرادته الحرة فإنه لا يمكن إجبار شخص

1 - علاء محمد شاكر سليمان، المرجع السابق، ص 62.

2 - أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 145. أنظر أيضا: سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 81 و 82. أنظر أيضا: خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 164 و 165.

3 - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 167.

على ذلك من أجل إنقاذ حياة شخص آخر، فهذا الإنقاذ حتى وإن كان واجبا على المجتمع فهو غير محدد بشخص معين ولكنه يكون برضاه من يوافق عليه.

إن فكرة الوظيفة الاجتماعية فكرة غامضة: فمتى ينتهي حق المجتمع ومتى يبدأ حق الفرد، وما هو معيار التمييز بينهما فهما حقان غير متطابقان من حيث النطاق على أساس أن الفرد لا يهمه سوى الحفاظ على سلامة جسده بالدرجة الأولى ولو على حساب المصلحة الاجتماعية، في حين أن المجتمع يهمه تحقيق أكبر مصلحة اجتماعية ولا يعنيه من حق الفرد إلا القدر الذي يكفل له البقاء فقط[1].

ويؤخذ على هذه النظرية أيضا اعتمادها على فكرة غامضة يمكن أن تؤدي إلى نتائج وخيمة والتي تتجلى في إمكانية إجراء عمليات نقل أعضاء عنوة تحت شعار المصلحة الاجتماعية، ولاسيما في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي، ومثل ذلك أن يجبر عامل يدوي غير فني في التنازل عن إحدى كليتيه لعالم في الذرة أو عالم في الفضاء يعاني من فشل كلوي، فالمساس الدائم الذي يمس مثل هذا العامل يقدر بنسبة مئوية منخفضة مقابل النفع الذي سيعود على عالم الذرة أو عالم الفضاء الذي يقدر بنسبة مئوية عالية[2].

كما أن النفع الاجتماعي لا يتحقق في جانب المتبرع فإذا كانت هناك منفعة اجتماعية للمريض فما هي الفائدة أو المنفعة الاجتماعية بالنسبة للمتبرع، والتي تعود عليه أو تعود على مجتمعه بالتبرع هذا، بل على العكس سوف يتضرر ويتضرر معه المجتمع، كما أن المتبرع سيبقى تحت رحمة العضو الباقي، فإذا ما أصيب هذا العضو بمرض خطير، فإن حياته قد تتعرض لمخاطر بنسبة أكبر من المخاطر العادية، الأمر الذي يؤدي إلى الإنقاص من قدرته على نفع المجتمع[3]، ومن هنا يرى البعض أن فكرة المنفعة الاجتماعية فكرة غامضة وخطيرة، وتعود بنا إلى الأنظمة الشمولية الاستبدادية[4].

1 – محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة، المرجع السابق، ص 267.

2 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 306.

3 – عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص 70.

4 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 168.

المطلب الثالث

نظرية السبب المشروع

يعتبر "أندري ديكوك" من أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين بادروا إلى الإقرار بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مستندا في ذلك إلى نظرية السبب المشروع la cause licité.

ويرجع الفضل إلى "ديكوك" في إزاحة عقبة قانونية كانت تشكل عائقاً كبيراً أمام الإقرار بمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، فقد ظل مبدأ التحريم المطلقة للمساس بجسم الإنسان إبان فترة زمنية طويلة من المبادئ الأساسية التي تهيمن على القانون المدني الفرنسي وما تفرع عنه، وذلك بعدم جواز إخضاع جسم الإنسان لأي اتفاقية قانونية لكونه يخرج عن دائرة التعامل، ولكن الواقع أثبت هدم صحة هذا المبدأ أي حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة، فتراجع وتقهقر أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان حتى أصبحت بعض حقوقه الشخصية كالاتفاقيات المتعلقة بعقود العمل وممارسة الألعاب الرياضية وغيرها داخلة في نطاق التعامل، فقد قرر "ديكوك" أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير، ومن ثم فلا يسمح بالمساس بجسم الإنسان إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تنتج عن ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه، وإذا اختل هذا التوازن أصبح المساس بجسم الإنسان غير مشروع ومخالف للأخلاق[1].

وللتعرف أكثر على نظرية السبب المشروع سنقوم أولا بدراسة نظرية السبب المشروع كالتالي:

الفرع الأول: أساس نظرية السبب المشروع وأدلتها

الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية السبب المشروع

1 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 301.

الفرع الأول

أساس نظرية السبب المشروع وأدلتها

يتجه أنصار نظرية السبب المشروع إلى التحول من عدم مشروعية المحل إلى مشروعية السبب، فيؤسس رأيهم على أساس فكرة إباحة التصرف في جسم الإنسان إذا كان السبب مشروعا، ويكون السبب مشروعا متى كان الهدف هو تحقيق مصلحة علاجية للغير[1].

ويرى "ديكوك" أن الاتفاقيات الواردة على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير، فيكون سبب الاتفاقيات مشروعا إذا كانت تهدف إلى تفادي ضرر أكبر[2].

ويقصد بالسبب في هذه الحالة الباعث أو الدافع للتعاقد، فيجب البحث عن الغاية أو الهدف من من وراء تصرف الأطراف، ولا يجوز الحكم على التصرف بأنه غير مشروع لمجرد أنه يتعلق بجسم الإنسان، وإلا كان عقد العلاج الذي يتدخل بموجبه الطبيب للمساس بجسم المريض غير مشروع، لأن هذا التدخل يشكل مساساً بجسم الإنسان، ولكنه يعتبر مشروعاً لأن الهدف من هذا التدخل هو تحقيق مصلحة علاجية[3].

ووفقا لهذه النظرية فإن المساس بجسم الإنسان بهدف تحقيق مصلحة الغير من خلال تفادي ضرر أكبر يهدد حياة وجسم إنسان آخر، وفي هذه الحالة يكون السبب مشروعا، فيعتبر كل اتفاق مشروع إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر، لأن الأخلاق لا تعارض هذا الاتفاق الذي بمقتضاه يتحمل الشخص مسؤولية المساس بجسده طالما أن هذا المساس يهدف إلى تحقيق المصلحة العلاجية لشخص آخر في غياب وسيلة علاجية أخرى، مما يجعل العملية الجراحية لنزع عضو من شخص سليم لمصلحة شخص مريض عمل مشروع، والقاضي هو من يرجح المصلحة ويقدر مدى مشروعية التصرف بالنظر للاعتبارات الأخلاقية، ومن ثم يجب النظر للعمل في ذاته وما يسعى إليه من هدف، والتالي تصبح المسألة معيارية تقوم على الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها الشخص، والمصلحة التي تترتب على هذا العمل في العمليات الجراحية التي يقصد بها العلاج[4].

---

1 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 174.

2 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 303.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 136.

4 – نفس المرجع، ص 138 و 139.

الفرع الثاني

النقد الموجه لنظرية السبب المشروع

لم تسلم هذه النظرية بدورها من النقد لعدم انضباط المعيار بالقدر اللازم الذي يسمح للأخذ بها، فهي وإن كانت تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة إلا أنها لا تقتضي حتما أن يتم ذلك في نطاق الضرورة، ولذلك فقد اضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون نقل وزراعة العضو هو الوسيلة الوحيدة[1].

ويرى بعض الفقهاء بعدم جواز قياس المساس بجسم الإنسان بوجه عام، على بعض صور التعامل في الحقوق الشخصية كالحضانة والتعليم وهو قياس مع الفارق لأن الحقوق اللصيقة بالشخصية ليست جميعها على مستوى واحد من حيث إمكانية التصرف فيها فجسد الإنسان ليس يقينا كحضانة الطفل وتعليمه فهذا قياس مع الفارق، ومن المفروض أن مسألة تقدير الهدف أو الباعث في الموازنة بين ما يلحق المتبرع من ضرر وما يصيب المريض من فائدة[2].

وقد حاول أصحاب هذه النظرية إقامة الموازنة على أساس لزوم الضرورة، وان يكون نقل وزرع العضو هو الوسيلة الوحيدة، وبذلك يكونوا قد أحدثوا تداخلا مع النظريات السابقة[3].

1 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 304.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 176.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 131.

خلاصة الفصل الأول

لقد تناولنا في هذا الفصل مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بإعتبارها من الأعمال الطبية التي لم تجد أساس قانوني لها، فعجزت القواعد القانونية التقليدية والقواعد الشرعية أن تجد لها أساسا قانونيا وشرعيا، فالمشكلة لا تكمن في إيجاد أساس قانوني للشخص المتلقي للعضو، لأن المتلقي لديه السند والأساس القانوني والمتمثل في المصلحة العلاجية والتي تجد أساسها في شروط إباحة العمليات الجراحية التقليدية، وإنما تكمن الإشكالية في انتزاع العضو السليم من شخص المتبرع والذي لا يعاني من أي مرض وليست لديه أي فائدة أو مصلحة علاجية، كما أنه من الناحية الجنائية يعتبر إعتداء على سلامة جسم الإنسان وإلحاق ضرر به، ومن هنا حاول فقهاء القانون إيجاد أساس قانوني ترتكز عليه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

فتدخل الفقه من خلال وضع نظريات لكي يستند إليها المشرع لإباحة انتزاع أعضاء جسم الإنسان ولسد الفراغ التشريعي لكي يمكن الاستفادة من هذا الأسلوب الحديث في العلاج والفعال، ومن أهم النظريات التي جاءت لتبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء هي نظرية الضرورة، ونظرية المصلحة الاجتماعية ونظرية السبب المشروع.

وقد تطرقنا أيضا إلى موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية، فتناولنا في موقف الشريعة الإسلامية وباعتبار نقل وزرع الأعضاء من الأمور المستجدة والمعاصرة فلا وجود لنص صريح في القرآن والسنة النبوية الشريفة يمنع أو يبيح هذه العمليات، كما أنه من غير الممكن أن يكون فقهاء المسلمين القدامى قد تطرقوا لها بالبحث والتعرض لحكمها الشرعي، وبالتالي فقد أثارت جدلا واسعا فيما بين علماء المسلمين وفقهائهم، فمنهم من أجازها ومنهم من حرمها، كما حاولت المجمعات الفقهية إبداء رأيها فيها وإن كانت أجازتها إلا أن البعض منها وضع بعض الشروط والضوابط الشرعية.

أما فيما يخص موقف التشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء، نتناولنا موقف كل من المشرع الفرنسي، فيعبر قانون lafay رقم 39-980 الصادر في 1949/07/07 أول قانون أجاز نقل القرنية لغرض زرعها للمرضى، والذي بقى ساري المفعول إلى غاية صدور قانون Caillaver في 1976/12/22والذي يعتبر التشريع الكامل المتعلق بنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن الأموات إلى الأحياء، والذي وضع الضوابط والشروط لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وحدد الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء، ثم بعد ذلك توالت صدور مجموعة من القوانين والتي حاولت تسهيل

الحصول على الأعضاء البشرية لكن ضمن ضوابط محددة لكي لا يتم التلاعب بالأعضاء والإتجار بها. وعلى العكس من ذلك في التشريع المصري والذي كان السباق دائما في تشريعاته، فإنها تأخرت كثيرا في هذا المجال، وبوجود الفراغ القانوني وجدت مصر نفسها ثالث دولة في مجال الإتجار بالأعضاء البشرية، مما دفع المشرع المصري يسرع إلى إصدار القانون رقم 5 لسنة 2010.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أصدر أول قانون يبيح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، والصادر بموجب القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي أخذ بالضرورة العلاجية كأساس قانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأشترط أن تكون عملية زرع العضو هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة الإنسان وسلامته البدنية. كما أضاف لها مجموعة من الشروط والضوابط لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء. وبقى هذا القانون ساري المفعول إلى أن تم إلغائه بصدور القانون رقم 18-11 المتعلقة بالصحة، والذي حاول من خلاله المشرع تعديل الشروط وإضافة شروط جديد لتنظيم عملية نقل وزرع الأعضاء، كما جاء بإجراءات جديدة لتسهيل توفير الأعضاء لزرعها للمرضى الذين هم في حاجة ماسة لها. كما أضاف لأول مرة أيضا المواد التي تعاقب بعض الأفعال المخالفة شروط وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهي المواد 430 و 431 و 433. كما جرم المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المعدل والمتمم لق.ع.ج بإضافة قسم للفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأفراد وهو القسم الخامس مكرر1 تحت عنوان الإتجار بالأعضاء ويتضمن 14 مادة وهي: المواد من 303 مكرر 16 إلى المادة 303 مكرر29 من ق.ع.ج تتضمن الأفعال المخالفة لشروط نقل وزرع الأعضاء والعقوبات المقررة لها.

الفصل الثاني

الشروط والقيود القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

مع تمكن الطب من نقل ونزع الأعضاء من شخص لآخر، فقد وضعت التشريعات مجموعة من الضوابط لإباحة نزع الأعضاء ونقلها في شكل قواعد قانونية، والتي تعد بمثابة ترخيص لبعض الأطباء لإجراء هذه العمليات وتحت إشراف هيئات طبية متخصصة، لأن الأصل في عملية انتزاع الأعضاء ونقلها غير مباحة، ومن أجل منع قيام المسؤولية الطبية عن تلك الأعمال كان من الضروري وضع تلك الضوابط التقييدية والمحددة والتي تبيح نقل الأعضاء وزرعها لتتماشى مع بالنظام العام. كما لا يمكن للطبيب انتزاع ونقل الأعضاء بحجة استعمال الحق في مزاولة مهنة الطب، لأنه هذه العمليات تعد استثناءا للضرورة الطبية ومرتبطة بضوابط محددة، لذلك ينظر إلى غياب هذه القواعد في القوانين على أنه ثغرة، لأنها تتعلق بالمساس بالجسم البشري وقدسيته.

لقد وضعت التشريعات ومنها التشريع الجزائري بعض الضوابط لإباحة نزع الأعضاء البشرية ونقلها، فتضمن القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة تلك الضوابط القانونية والتي تعد بمثابة ترخيص منه لبعض الأطباء للقيام بهذه العمليات، ولقد تنوعت الضوابط فمنها شروط لنقل ونزع الأعضاء البشرية إلى جانبها قيود طبية وأخرى وإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، كما تختلف تلك الضوابط القانونية حسب نوع التبرع بالأعضاء، فهناك نزع للأعضاء من الأحياء، وهنالك أيضا نزع الأعضاء من الموتى، كما يوجد بعض الضوابط المشتركة بينهم ونتناولها في نزع الأعضاء من الأحياء تفاديا لتكرار، نتناول في هذا الفصل شروط وقيود نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وفي الفصل الموالي نتناول شروط نزع الأعضاء من الموتى.

وسوف نقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

المبحث الثاني: القيود الطبية والإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

المبحث الأول

شروط نزع ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء

لقد قيدت التشريعات عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأحياء بنزع عضو من الأعضاء المزدوجة باعتباره شرطا أساسيا، فمن غير ممكن أن يتنازل المتبرع عن عضو من أعضائه الأساسية كالقلب والرئتين لأن التنازل عليها يعتبر تنازلا عن الحياة، فقد أباحت صراحة الكثير من الدول عمليات نقل وزرع الأعضاء ونظمتها، وحددت شروط إباحتها لضمان عدم المساس بالكيان المادي لجسم الإنسان، وبينت المسؤولية المترتبة على الأطباء والقائمين على تلك العمليات عند مخالفتهم تلك الضوابط.

ومن استقراء القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة في جزءه الخاص بالأحكام المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية يتبين بأن المشرع يتطلب توافر شروط محددة لنقل وزرع الأعضاء البشرية، فلا يمكن المساس بجسم الإنسان إلا لضرورة طبية ملحة والمتمثلة في تحقيق مصلحة واضحة يجنيها الشخص نفسه أو الغير وأن يكون المساس بالجسم غايته فائدة علاجية للمرضى الذين لم يعد العلاج التقليدي مجديا معهم في مرحلة تكون فيها حياتهم مهددة بالخطر، ويصبح نقل عضو إليه هو الحل الوحيد للحفاظ على حياتهم، وبناء على رضاء المتبرع الحر والمستنير، ورضاء المريض، وكذلك الحفاظ على الكرامة الآدمية وعدم جواز اعتبار الجسم البشري محلا للحقوق المالية، ووجود رابطة القرابة بين المتبرع والمريض.

ونحاول شرح هذه الشروط بنوع من التفصيل على النحو التالي:

المطلب الأول: توافر حالة الضرورة كشرط لنزع ونقل الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: الرضاء

المطلب الثالث: مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

المطلب الرابع: رابطة القرابة بين المتبرع والمريض

المطلب الأول

توافر حالة الضرورة كشرط لنقل وزرع الأعضاء البشرية

يعرف الأستاذ **SAVATIER** حالة الضرورة بأنها: "حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره أن يسبب ضررا أقل للغير"[1]، ويقصد بحالة الضرورة هي تلك الحالة أو الظرف الذي يحل بالشخص فيدفعه إلى ارتكاب الجريمة ليتفادى خطراً محدقاً وحالاً، وهي في الغالب قوة طبيعية أو إنسانية غير عمدية تدفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة باعتبارها الوسيلة الوحيدة للتخلص من خطر محدق وحال.

وتشكل حالة الضرورة تضاربا أو صراعا بين حقين أو مصلحتين متساويتين في القيمة فتتطلب الفطرة السليمة والمصلحة العامة التضحية بمصالح معينة، فيضحي المشرع بأحدهما ليحافظ على الأخرى، وقد يكون التضارب أو الصراع بين حقين أو مصلحتين غير متساويتين في القيمة فيضحي كمبدأ عام بالحق أو المصلحة الأقل قيمة من أجل المحافظة على الحق أو المصلحة الأسمى والأعلى قيمة.

والجريمة التي يرتكبها المضطر في مثل هذه الظروف تسمى "جريمة الضرورة" التي تنتفي مسؤولية مرتكبها، بسبب الحالة أو الظرف الذي حل به فأثر في إرادته وقيد حريته في الاختيار دافعا إياه إلى ارتكاب الجريمة[2].

ونصت المادة 48 من ق.ع.ج الجزائري على أنه: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها" ومن استقراء المادة يتضح أنه في حالة وجود خطر جسيم محدق للشخص فيحاول تفاديه فيسبب أذى أو ضرر بالغير فلا يعاقب. وبالتالي يشترط القانون في حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة التي ارتكبها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به أو بغيره[3].

وقد تطرق القانون الفرنسي لحالة الضرورة في المادة 122 فقرة 7 بما يطلق عليه بموانع المسؤولية وأسباب تخفيفها، وتعتبر حالة الضرورة في فرنسا –معناها العام– كأحد استثناءات قيام المسؤولية الجنائية. وللأخذ لابد بها من توافر الشروط التي أكدها القضاء، وهما عنصران أحدهما يكمن في أنه يجب أن يكون هناك خطر يهدد الفاعل، وهذا الخطر يجب أن يكون حالا ومؤكدا لا مجرد تهديد احتمالي،

1 – نقلاً عن أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 139.

2 – صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الشرح والتعليق على ق.ع.ج (فقها وقضاء)، مجلد 1، الناشرون المتحدون، دار مصر، المكتب الثقافي، دار السماح، طبعة 2009، ص 887.

3 – مجدي محمود محب حافظ، موسوعة العدالة في الدفوع الجنائية، ج 2، دار العدالة، القاهرة، 2008، ص767.

والعنصر الثاني يتمثل في فعل الضرورة الذي يستلزم عنصرين أولهما لزوم الفعل، بحيث لا يكون وسيلة أخرى لدفع الخطر بغيره، وثانيهما عنصر التناسب، حيث يتعين إجراء الموازنة بين المصلحتين المعرضتين للخطر، تفترض أن المصلحتين في حالة ضرورة، مثل قيام الطبيب بالتضحية بالجنين لإنقاذ حياة الأم، حيث تحمل الضرورة هنا معنى التضحية بمصلحة من أجل حماية مصلحة أخرى تتعارض معها[1].

وعند إسقاط حالة الضرورة على عمليات نقل وزرع الأعضاء نجدها تستوجب على الطبيب أن يحمي مصلحتين في آن واحد،حماية مصلحة المتبرع من جهة إذ يجب على الطبيب أن يعمل على حماية صحته، وذلك بتجنب تعريض صحته للأخطار الطبية والتي قد يترتب عليها تعريض حياته للخطر أو احتمال إصابته بضرر صحي جسيم بسبب انتزاع العضو، ومن جهة أخرى حماية مصلحة المريض (صاحب المصلحة محل الخطر) والتي تستلزم أن يلجأ الطبيب إلى عملية النقل والزرع بعد فقدان العضو المريض لقدرته على أداء وظيفته الطبيعية وهو بحاجة إلى تعويضه بعضو جديد للحفاظ على حياته المهدد بالخطر. ومن ثم يقوم الطبيب بعمل موازنة بين المخاطر المتوقعة من استبدال عضو بآخر والفوائد المرجوة من ذلك[2]. ومن ثم الموازنة بين مصلحتين – المريض والمتبرع – من الناحية الطبية، ويرجح المصلحة الأكبر، على أن لا يفوق الخطر المتوقع في جسامته الضرر الواقع بالفعل، فالضرورة يجب أن تقدر بقدرها وحساب احتمالات النجاح والفشل يجب أن تكون متوازنة وفعلية لأنها لا تتعلق بشخص واحد ولكن تتعلق بشخصين فتقدير النتائج والأضرار المستقبلية بالنسبة للمتبرع والآمال التي يمكن أن تتحقق للمنتفع يجب أن تكون محسومة، فيجب أن تتناسب الأضرار مع المزايا المتوقعة التي تعود على المستقبل فإنقاذ حياة شخص لا يبرر قتل آخر[3].

من استقراء المواد 355 و 364 و 360 ق ص ج نجد بأن المشرع الجزائري اشترط لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية توفر ضرورة ملحة للقيام بعملية نزع ونقل العضو، فنصت المادة 355 على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، ويستخلص من هذه المادة أن المشرع أجاز عملية نزع ونقل الأعضاء للضرورة العلاجية للمحافظة على حياة الأشخاص وسلامتهم، ومن ثم لا يجوز إجراء هذه العمليات من أجل التجارب الطبية أو العلمية، كما نصت المادة 364 في فقرتها الأولى على أنه: "لا

1 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 127 و128.

2 – طارق سرور، المرجع السابق ، ص 171.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 254.

يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين...."، ونصت أيضا المادة 360 الفقرة الأولى على أنه: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر...". ويلاحظ أن المشرع لم يستعمل مصطلح الضرورة إلا أنه بين حالة الضرورة من المواد السابقة الذكر من خلال تناول الشروط الواجب توافرها في حالة الضرورة، فلا يمكن القيام بنزع الأعضاء إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أي أن نقل الأعضاء يجب أن لا يتم إلا لضرورة المحافظة على حياة المريض أو علاجه من مرض جسيم، كما أن المشرع لم يقم بضبط حالة الضرورة وعناصرها (شروطها) في مادة واحدة وتناولها في مواد متفرقة – سابقة الذكر-. هذا على عكس القانون المصري الذي استعمل مصطلح الضرورة، نص على عدم جواز نقل الأعضاء إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، كما قام بضبط حالة الضرورة حيث حدد عناصرها في مادة واحدة وهي المادة 2 في فقرتها الأولى[1] من قانون رقم 5 لسنة 2010.

ويمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها للأخذ بالضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا المشرع الجزائري فيما يلي:

1- أن يكون هناك خطراً محدقاً بالمريض، ووفقاً للقواعد العامة، يجب أن تتوفر في الخطر أيضا شروط للأخذ به وهي: أن يكون الخطر مهددا لحياة المريض بحيث يترتب على عدم نقل العضو الجديد وفاته كما يجب أن يكون هذا الخطر حالاً وحقيقياً، أو يكون الخطر مهددا للسلامة الجسدية فيجب أن يكون جسيماً وليس مرضاً عادياً[2]، فالمشرع الجزائري إضافة إلى المحافظة على حياة المريض، أخذ بمبدأ المحافظة على صحة المريض وسلامته الجسدية.

1 – نصت الفقرة الأولى للمادة 2 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 على أنه " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، بشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على على حياته أو صحته...."

2 – أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الثاني: – جرائم الاعتداء على الأشخاص (وتشمل الجرائم المتعلقة بزراعة الأعضاء وجرائم إفشاء الأسرار) – جرائم الاعتداء على الأموال (السرقة، النصب، وما يلحق به)، ط 7، دار النهضة العربية، 2019، ص 175.

2- أن تكون عملية زرع العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية هي الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر، و للحفاظ على حياة المريض أو علاجه من مرض جسيم أي المحافظة على سلامته الجسدية[1]، كما هو واضح من نص المادة 364 في فقرتها الأولى.

3- أن لا تؤدي عملية نزع ونقل الأعضاء إلى أضرار تزيد على الضرر المراد تجنبه، أي ألا يؤدي نزع العضو إلى تعريض حياة المتبرع للوفاة أو إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه[2]، كما هو واضح من خلال المادة 360 في فقرتها الأولى.

كما أكدت اتفاقية أوفييدوOviedo الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي لسنة 1997 في الفصل السادس المادة 1/19 الخاصة بشأن نقل الأعضاء والأنسجة من جانب المتبرعين الأحياء، على أنه يجب أن يكون النقل ضروري فنصت على أنه: يمكن إجراء إزالة الأعضاء أو الأنسجة من شخص حي لأغراض الزرع فقط من أجل المنفعة العلاجية للمتلقي وحيث لا يتوفر عضو أو نسيج مناسب من شخص متوفى ولا توجد طريقة علاجية بديلة أخرى فعالية ومماثلة[3].

كما تجدر الإشارة إلى مجلس وزراء الصحة العرب سنة 1986 اقترح مشروع قانون عربي موحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية والذي يتكون من 11 مادة، والذي أعتبر كنموذج استرشادي من قبل الدول العربية يمكن مراعاته في وضع قوانينها الخاصة بهذا الموضوع، والذي نص على شروط نقل الأعضاء بين الأحياء عن طريق التبرع، بل أنه أجاز أيضا تبادل الأعضاء بين الدول العربية، وذلك تحقيقا لمبدأ الضرورة العلاجية والمحافظة على حياة المرضى[4].

1 – المُحَّدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الإتجار بالأعضاء في ظل القانون 01/09، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف – الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2016/01/01، ص 135.

2 – رامي متولي القاضي، مكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية في التشريع المصري والمقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 65.

3 – Article 19 - General rule « Removal of organs or tissue from a living person for transplantation purposes may be carried out solely for the therapeutic benefit of the recipient and where there is no suitable organ or tissue available from a deceased person and no other alternative therapeutic method of comparable effectiveness… ».

4 – عصام فريد عدوي، نطاق الشرعية الجنائية للتصرف في أعضاء الجسم البشري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1999، ص 171.

كما أخذت الشريعة الإسلامية أيضا بحالة الضرورة استنادا إلى قاعدة شرعية "الضرورات تبيح المحظورات" وهذه القاعدة تقرها كل من الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، فإذا توافرت حالة الضرورة فلا مسؤولية جنائية على من يرتكب ما يعد جريمة في حالة الضرورة[1].

ويرى جانب من الفقه[2] إن اعتبار حالة الضرورة شرطا قانونيا لعمليات زرع الأعضاء البشرية يجب أن تتوافر معها عدة شروط وهي:

1 – أن يكون هناك خطر محدق بالمريض يؤدي إلى وفاته في حالة عدم نقل عضو جديد له.

2 – أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي يلحق بالمتبرع.

3 – أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض.

4 – ألا يؤدي نزع العضو إلى موت المتبرع أو إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه.

5– ألا يكون الزرع واقعا على الأعضاء التناسلية أو أجزائها أو خلاياها بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

المطلب الثاني

الرضـــا كشرط لنزع ونقل الأعضاء البشرية

يفترض وجود موافقة مسبقة بين أطراف العملية الجراحية قبل إجراء أي عمل طبي، بحكم أن العمل الطبي يقوم أساسا على الرضاء، فهو عقد رضائي لا يحتاج إلى أي شكل خاص، إذ يكفي فيه تطابق إرادة أطرافه لكونه يقوم على الثقة المتبادلة، ولتجنب أي نزاع قد يثيره المريض بخصوص عدم علمه بكامل المعطيات ونتائج الجراحة، فقد اقترح جانب من الفقه الفرنسي طريقة يطلق عليها الترخيص بالعملية (le permis d'opérer)، وقد تعرض هذا الرأي للنقد لرسوخ واعتقاد الكثيرين بمبدأ الثقة المتبادلة التي يجب أن تسود العلاقة بين الأطراف، إضافة إلى أن عبء إثبات مخالفة الطبيب للعمل الطبي المتفق عليه يقع على المريض[3].

1 – أسامة على عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 140.

2 – نبيل العبيدي وأمنة السلطاني، المرجع السابق، ص 153 و 154. أنظر أيضا: خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 256. أنظر أيضا: طارق سرور، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها. أنظر أيضا: أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 174 و175.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 264.

فالمستقر عليه فقها وقضاء هو ضرورة الحصول على رضا المريض كشرط ضروري لإباحة الأعمال الطبية التي تقع على جسده، وهذا يرجع إلى حق المريض في سلامة جسده وتكامله واحترام حريته الشخصية، وما ينطبق على المريض ينطبق أيضا على المتبرع فلن يكون التدخل الطبي مشروعا إلا إذا رضي المتبرع به وعلم بأخطاره[1]، كما أن رضا المريض أو المتبرع لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي تنشأ عن أخطائه المهنية، ذلك لأن مسؤولية الطبيب عن خطئه في الحصول مقدما على الرضا المريض بإجراء عملية الزرع مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية، إذ أن محل هذه المسؤولية الأخيرة سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي، أما عدم حصول الجراح على رضا المريض يجعل إجراء هذه العملية عملا غير مشروع، ومن ثم يكون مسؤولا عنها مسؤولية عمدية[2].

ويعرف الرضا بأنه كل عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير والذي يسبق الإفصاح عن الإرادة، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بارتكاب الفعل، فالعلم والإدراك الكامل بالأحداث والوقائع والتصرفات التي يجب أن تقع أمر ضروري لتكوين الرضاء وصحته، بشرط خلو الإرادة من الإكراه والغش والحيلة[3].

فإذا تدخل الطبيب أو الجراح دون إذن المريض أو المتبرع توجب عليه تحمل مسؤولية عمله وذلك لخروجه من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي[4]، الأمر الذي يتعين علينا أن نوضح هذا الرضا لدى كل من المريض والمتبرع بشيء من التفصيل في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: رضا المريض

الفرع الثاني: رضا المتبرع

1 – عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص 141.

2 – داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2016، ص 53.

3 – محمد صبحي محمد نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 26.

4 – أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر (دراسة فقهية مقارنة بالقانون والشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 70.

الفرع الأول

رضا المريض

من شروط تدخل الطبيب أن يكون بناء على إذن المريض أو وليه إن كان قاصرا، وبالتالي لا يجوز إرغام الشخص على معالجة نفسه إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما هو الحال في حالة مرض خطير أو معد يهدد سلامة الآخرين، أو أن تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، ففي مثل هذه الحالات يمكن تجاوز الموافقة[1].

أولا – رضا المريض وفقا للقواعد العامة

يعد رضا المريض شرطا أساسيا لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة، حيث يعتبر من مظاهر الاعتراف بحق الفرد في الحفاظ على حياته وسلامة بدنه واحترام حريته الشخصية[2].

ووفقا للشروط العامة لإباحة الأعمال الطبية، يحظر ممارسة الأعمال الطبية دون رضا المريض أو رضاء المسؤول عنه قانونا إذا كان قاصرا أو عديم الأهلية، وذلك ما نص عليه قانون الصحة في الفقرة الأولى والثانية والفقرة الخامسة من المادة 343: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته... تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي".

وقد يكون هذا الرضاء صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من ظروف الحال. كما لا يشترط أن يكون الرضاء صادرا في شكل معين كاشتراط الموافقة الكتابية، فقد يكون كتابة أو ضمنيا ما لم يقرر المشرع ذلك[3].

وفي حالات الاستعجال أو المرض الخطير أو الأمراض المعدية، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير يستغنى عن رضا المريض، ويمارس الطبيب عمله استنادا إلى الواجب الذي تفرضه القواعد العامة وفقا للمادة 02/344 من قانون الصحة، والتي تنص صراحة على أنه: "...، في حالات

1 – أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 70.

2 – عادل حامد بشير، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 66.

3 – عبد المالك صالح أحمد باعباد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام بعض الأساليب الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة _ مصر، 2014 ، ص 157.

الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدي، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

ثانيا – رضا المريض في مجال عمليات زرع الأعضاء

إذا كان رضا المريض يعد التزاما تفرضه القواعد العامة لإباحة الأعمال الطبية بصفة عامة، فإن الحصول على رضا المريض في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه، لما لهذا النوع من العمليات من مضار ومخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا، وتسبب له نتائج غير مرضية[1].

وعليه فإن الجراحين الذين يجرون عمليات زرع أعضاء للمرضى دون موافقة المريض أو موافقة ممثليهم القانونيين يخضعون للمسائلة الجنائية، بحيث لا يمكن للطبيب أن يتخطى رغبة المريض[2]، لأن المريض شخص حر وله الحق في سلامة جسده، فلا يجوز المساس بحقه إلا بموافقته، وبذلك فإن انتهاك الجراح لهذا الحق يعتبر اعتداءا على حرية المريض ومشاعره وكرامته الإنسانية، مما يتسبب في ضرر معنوي إلى جانب الضرر المادي في حال فشل العملية[3].

ويرى أغلب الفقهاء، بأن رضا المريض في قبول التدخل الجراحي أو رفضه من الحقوق الشخصية التي لا يجوز المساس بها[4]، وبذلك إذا امتنع المريض أو من ينوبه قانونيًا عن إجراء العملية رغم أنها ضرورية ومهمة لصحة المريض، فلا يجوز للطبيب الضغط على المريض، ولكن يمكنه تشجيع المريض على اتخاذ القرار عبر إقناعه بأهمية العملية والفوائد المتوقعة منها، وإبلاغه بخطورة حالته والأضرار المتوقعة في حال امتناعه. في حالة إصرار المريض على رفض العملية، يجب على الطبيب إثبات ذلك كتابة حتى تنتفي عنه المسؤولية[5].

ومن خلال ما سبق نستنتج أنه لا يمكن زرع عضو للمريض دون موافقته على ذلك، وهنا يتبادر إلى الأذهان التساؤل الآتي هل يجوز الاستغناء عن رضاء المريض في حالة الاستعجال في مجال نقل وزرع الأعضاء؟ كما هو الحال في القواعد العامة للممارسة الطبية.

---

1 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2010، ص 242.

2 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 94.

3 – إدريس عبد الجواد عبدالله، المرجع السابق، ص 118.

4 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 297.

5 – أسامة السيد عبد السميع ، المرجع السابق، ص 92.

ذهب البعض[1] إلى القول بجواز الاستغناء عن رضا المريض مستندين في ذلك إلى حالة الضرورة، كحالة المريض الفاقد الوعي الذي يصعب معه الحصول على رضاءه بالرغم من أن حياته معرضة لخطر حقيقي وحال، وبذلك جواز مباشرة عملية الزرع التي تهدف إلى إنقاذ حياة المريض المهددة بخطر الوفاة.

وذهب البعض الأخر[2] وهو الرأي الراجح، أنه من الصعب تطبيق القاعدة العامة التي تحكم المجال الطبي والمتمثلة في جواز الاستغناء عن الرضا في حالة الضرورة على مجال زرع ونقل الأعضاء، وبالتالي فإن الحصول على رضاء المريض أو ممثله القانوني يعتبر قاعدة لا تحتمل أي استثناء. فلا يمكن الاستناد إلى حالة الضرورة كمبرر لتجاوز رضا المريض خاصة أن نتيجة تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى نتائج شاذة وتتمثل في السماح للأطباء بانتزاع جزء من جسم الشخص السليم عنوة لإنقاذ حياة شخص في خطر، في حين أن ذلك قد لا يؤدي بالضرورة إلى إنقاذ حياته، كما أن المريض نفسه قد لا يرضى بتعريض حياة المتبرع – أحد أفراد عائلته – للخطر خاصة في حالة انخفاض نسبة نجاح العملية[3].

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فقد أكد قانون الصحة على إمكانية الاستغناء عن رضا المريض في حالة الظروف الاستثنائية التي تمنع المريض من التعبير عن موافقته كما يستحيل فيها الحصول على موافقة عائلته أو ممثليه الشرعيين بحيث تكون حياته عرضة لخطر حقيقي وحال لا يمكن ردعه إلا بإجراء العملية دون إمكانية تأجيل ذلك، على أن يثبت ذلك الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان اثنان، وهو ما نصت عليه المادة 364 صراحة في الفقرة الأخيرة كالتالي: "... يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته. ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان (2) اثنان".

1 – أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق ، ص 93.

2 – عبد المالك صالح أحمد باعباد، المرجع السابق، ص 170.

3 – ادريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 120.

ثالثا – شكل رضا المريض

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الصحة، فإنها لا تتطلب شكلا معينا للتعبير عن رضا المريض، فقد يكون صريحاً أو مفترضاً. على عكس عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، فقد أقرت لها التشريعات أشكالا محددة للتعبير عن رضا المتبرع كضرورة أن يصب في قالب مكتوب أو بإجراء زائد على الكتابة، ويرجع ذلك لخطورة وحساسية وضع المتبرع فلابد من وجود آليات لحماية وضمان صدور رضاء صحيح منه، أما بالنسبة إلى المريض فالوضع مختلف حيث لم تعطي بعض التشريعات أهمية لرضائه كاشتراط شكل معين أو إجراءات خاصة، على عكس بعض التشريعات الأخرى التي لم تفرق بين أهمية رضا المريض ورضا المتبرع[1].

إن رضا المريض لا يقل أهمية عن رضا المتبرع، لذا يجب أن يكون هذا الرضا صريحا ومحددا وثابتا بالكتابة على أن يتم أمام هيئة رسمية وقد يتطلب أيضا الشهود، لكون الرضا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المريض لا يمكن إبرازها والتعبير عنها في صورة مادية ملموسة إلا بالكتابة. والعلة في ذلك تكمن في أن نقل وزرع الأعضاء ينطوي على مخاطر عالية لخروجها عن النمط التقليدي للعلاج مما يستلزم معه مشاركة المريض مشاركة فعالة في اتخاذ القرار بإجراء هذا النوع من العمليات ولا تتم هذه المشاركة إلا إذا اتخذ شكلاً كتابياً موقعا عليه منه[2].

وعلى الرغم من أهمية موافقة المريض كتابيا وأمام شهود في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، إلا أن بعض التشريعات لم تعطي أهمية لإفراغ الرضا في شكل الكتابة، كالقانون البحريني والقانون الإماراتي والكويتي والقطري، كما هو الشأن بالنسبة إلى قانون الصحة الجزائري، والذي يتطلب الحصول على موافقة ورضا المريض إلا أنه لم يستوجب شكلية الموافقة كتابيا، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 364 منه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين (2)...."، ونلاحظ أن المشرع أقر ضرورة تعبير المريض على موافقته الصريحة، إلا أنه لم يشترط شكلية الكتابة، وبالتالي فإن المريض يمكن له أن يعبر عليها شفاهة.

1 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 215.

2 – عبد العزيز بن مُحَمَّد الصغير، المرجع السابق، ص 93.

على الرغم من خطورة عمليات زرع ونقل الأعضاء فقد أغفل المشرع الجزائري شرطا أساسيا يتمثل في شكلية الكتابة وذلك للتعبير عن إرادة ورضا المريض، إلا أنه ولتأكيد مشاركة المريض في اتخاذ القرار بشأن صحته جعل إبداء موافقته بالتعبير عنها بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي ستجرى فيها العملية وبحضور شاهدين اثنين وذلك لضمان صدور رضا صحيح منه.

أما إذا كانت الحالة الصحية للمريض تحول دون التعبير عن الرضا، فقد اشترط المشرع الموافقة الكتابية لأحد أفراد أسرته البالغين حسب ترتيب الأولوية وفقا للمادة 364[1] في فقرتها الثانية، والتي أحالت إلى إتباع الترتيب المنصوص عليه في المادة 362، ، وبالرجوع إلى نص المادة 362 فإن ترتيب الأولوية في أفراد أسرة المريض يكون كالتالي:"الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة".

في حين أن بعض التشريعات الأخرى أقرت الكتابة كشرط للتعبير عن رضا المريض، وهو ما نص عليه القانون اللبناني رقم 109 لسنة 1983، بحيث يشترط في عمليات نقل وزرع الأنسجة أو الأعضاء وجود موافقة مسبقة وخطية من المستفيد من العملية، والموافقة الخطية هي صورة تعبيرية صريحة عن إرادة المريض ورغبته الجدية في إجراء عملية الزرع[2]، في حين أن القانون المصري قد تجاوز ذلك بإقرار وصياغة نموذجا موحدا للإقرار الكتابي يوقعه كل من المريض والمتبرع، وكذا تنظيم الحصول على رضا المريض عبر تبصيره شفاهة وكتابة وعبر محضر لجنة ثلاثية من الأطباء المختصين يتم فيه تحرير كل الإجراءات التي يقوم بها الأطباء ويوقع من طرف المريض والمتبرع واللجنة، وهو ما جاء في المادة 07[3] من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم وزرع الأعضاء قد تطلبت شكل الكتابة في رضاء

1 – نصت الفقرة الثانية من المادة 364 على أنه : "... وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 أعلاه...."

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 216.

3 – نصت المادة 7 من اللائحة التنفيذية على أنه: "يحظر البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المنقول منه والمنقول إليه – إذا كان مدركا – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من القانون – في جلستين منفصلتين – بطبيعة عملية النقل ومخاطرها المحتملة – بما فيها الوفاة – على المدى القريب (أثناء تواجدهما بالمنشأة) أو البعيد (العام الأول من تاريخ إجراء العملية). ويتم الإحاطة بالمخاطر شفاهة وكتابة، وتضع اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية نموذجا موحدا للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه، متضمنا المخاطر المحتملة (القريبة والبعيدة) الخاصة بكل عملية نقل على حدة....".

المريض وتبصيره، حيث تتم الإحاطة بالمخاطبة كتابة وشفاهة وتقوم اللجنة العليا بوضع نموذجا موحدا للإقرار الكتابي لكل من المتبرع والمريض[1].

رابعا – خصائص رضا المريض

يشترط لصحة رضا المريض لزرع عضو أو جزء من عضو أو نسيج في جسمه أن يكون متبصرا وحرا، ويستند ذلك إلى مبدأ حرمة جسم الإنسان واحترام حريته الشخصية، فلا يجوز للطبيب المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضا المريض المتبصر والحر.

1– أن يكون رضا المريض متبصرا

لقد أوجب القانون التزاما قانونيا على عاتق الطبيب الجراح يتمثل في الحصول على الرضا المتبصر للمريض قبل القيام بأي تدخل جراحي، فإذا خالف ذلك يعتبر مسئولا حتى لو لم يرتكب أي خطأ أو تقصير خلال التدخل الجراحي[2].

فالمقصود بتبصير المريض هو إحاطته علما بكافة المعلومات المتعلقة بعملية الزرع التي ستجرى له والتي تسمح له باتخاذ القرار سواء كانت المعلومات السلبية أو الايجابية، وتبصيره بما يحيط العملية من فوائد ومخاطر صحية ونفسية واجتماعية قد تنتج عن رضاءه[3]، فإذا كان الطبيب في مجال التدخل الجراحي العادي ملزما بإبلاغ المريض بحالته الصحية، وأن المريض يثق في الطبيب ويمنحه الحرية في اختيار الطرق العلمية والأساليب الفنية اللازمة للتدخل وفقا للمبادئ الطبية المتعارف عليها، إلا أنه في مجال نزع الأعضاء البشرية وزراعتها، يلتزم الطبيب بإخطار المريض بالحقيقة الكاملة، ويجب على الطبيب أن يوضح له بأنه لا سبيل لإنقاذ حياته سوى زراعة عضو أو نسيج جديد، بسبب فشل العلاجات التقليدية وعدم فعاليتها في حالته الصحية[4]، يجب عليه أيضا إبلاغه أنه بعد إجراء العملية إذا لم يتم التحكم في رفض جسده للعضو الجديد، فستكون حياته في خطر، وأنه إذا فشلت عملية الزرع أو لم تنجح، هناك إمكانية لإعادة عملية زرع عضو للمرة ثانية أم لا يمكن ذلك[5]، بالإضافة إلى إخباره نسبة نجاح عملية الزرع.

---

1 – محمود مُحَمَّد السيد الفقي، المسؤولية الجنائية لطبيب التخذير عن الأخطاء المهنية والمادية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2015، ص 197 و 198.

2 – إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص96.

3 – جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 248 .

4 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 219.

5 – أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر (دراسة فقهية مقارنة بالقانون والشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص75.

كما أن الطبيب مطالب في مواجهة المريض بالشفافية التامة وعدم التكتم لأي سبب أو حجة كانت كالاحتراز وعدم التأثير على حالة المريض النفسية والمرضية أو لقلة ومحدودية علمه بالأمور الطبية والأساليب العلمية[1]، كما يسأل الطبيب عن الكذب والتضليل الذي يهدف إلى دفع المريض وحمله على قبول تدخل جراحي لا تتطلبه حالته، لأن أساس مشروعية العمل الطبي لا يكمن في الشفاء، وإنما في إرادة المريض، وبذلك فإن كل كذب أو إخفاء للحقيقة يصدر من الطبيب يعتبر فعلا غير مشروع يسأل عنه في مواجهة المريض[2].

وهناك من الفقه[3] من يكتفي بضرورة علم المريض بالأمور المهمة فقط التي لها علاقة بالعملية دون الحاجة إلى الخوض في المسائل الفرعية، في حين أن البعض الآخر يتنازل أكثر من ذلك ويكتفي فقط بالإعلام السطحي لأن من شأن كثرة التوضيحات ترهب المريض وتزيد من تعقيد العملية، وهناك من يرى بأن إخفاء بعض المخاطر قد يكون من شأنه رفع الروح المعنوية للمريض ومساعدته في مواجهة المرض وتخطيه[4].

فتبصير المريض هو أن يحيطه الطبيب بجميع المعلومات والخفايا المحيطة بعملية الزرع، وأن يفهم تماما طبيعتها وفوائدها وأخطارها، حتى يستطيع أن يختار ويقرر قبول أو رفض عملية الزرع[5]، ويعني أيضاً إحاطة المريض بكافة المعلومات التي يقف عليها الطبيب بخصوص حالة المريض والمخاطر التي يتعرض لها نتيجة مرضه وأيضا المخاطر المستقبلية التي يحتمل حدوثها نتيجة عملية الزرع أو عدم الزرع ودرجة حدوثها[6].

وقد اتخذ المشرع المصري موقفا متشددا بالنسبة للالتزام بالتبصير المريض في مجال استئصال وزرع الأعضاء البشرية وجعه في مرتبة واحدة مع المتبرع، فنص على التبصير الكامل في المادة 7 من قانون تنظيم زرع الأعضاء المصري، وأكد أيضا المشرع المصري على عدد من النقاط تتعلق بعملية تبصير طرفي

1 – عبد الرحمان خلفي، نظرة حديثة للسياسة الجنائية المقارنة (سلسلة أبحاث جنائية معمقة)، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018، ص302.

2 – عبد العزيز بن محمّد الصغير، المرجع السابق، ص 96.

3 – عبد الرحمان خلفي، نظرة حديثة للسياسة الجنائية المقارنة (سلسلة أبحاث جنائية معمقة)، المرجع السابق، ص 303.

4 – جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 16.

5 – أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر (دراسة فقهية مقارنة بالقانون والشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 76.

6 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 331.

العلاقة بخطورة العملية ونتائجها المتوقعة والمحتملة وموافقتهم على إجرائها بعد هذا العلم وبطريقة مفصلة[1]، في المادة 7 من اللائحة التنفيذية الصادرة سنة 2011[2] على عدة عناصر هي :

1 – تكليف اللجنة الثلاثية الموجودة بالمنشأة الطبية المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية بتبصيره المريض والمتبرع بنتائج الجراحة (كتابة وشفاهة) وفي جلستين منفصلتين.

2 – يجب أن يحاط طرفي العلاقة إحاطة تامة بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد.

3 – تحرر اللجنة محضرا بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائب عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني، وهذا يستحسن من المشرع لأن المريض الذي قد تتدهور حالته ولا يستطيع التعبير عن رأيه فيمثله في التعبير ممثله القانوني أو نائبه حتى لا يكون ذلك عائق في إجراء الجراحة.

4 – إذا توفي المتبع إليه بعد استئصال العضو من المتبع وقبل إجراء عملية النقل، يجوز نقل العضو إلى متبرع إليه أخر بشرط موافقة المتبرع على ذلك مع مراعاة المدة المسموح بها طبيا لبقاء العضو المستأصل خارج الجسم صالحا لنقل دون تلف، وإذا كان المنقول إليه من عديمي الأهلية أو ناقصيها، يتعين موافقة نائبه أو ممثله القانوني على إجراء النقل بالنسبة للخلايا الأم[3].

أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري والذي نص على تبصير المريض في المادة 364 من قانون الصحة في فقرتها الرابعة على أنه: "... لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث...". فمن استقراء

---

1 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 343.

2 – نصت المادة 7 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري: " يحظر البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المنقول منه والمنقول إليه – إذا كان مدركا – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من القانون – في جلستين منفصلتين – بطبيعة عملية النقل ومخاطرها المحتملة – بما فيها الوفاة – على المدى القريب (أثناء تواجدهما بالمنشأة) أو البعيد (العام الأول من تاريخ إجراء العملية). وتتم الإطاحة بالمخاطر شفاهة وكتابة، وتضع اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية نموذجا موحدا للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه، متضمنا المخاطر المحتملة (القريبة والبعيدة) الخاصة بكل عملية نقل على حدة. وفي حالة وفاة المتبرع إليه بعد استئصال العضو من المتبرع وقبل إجراء عملية النقل، يجوز نقل العضو إلى متلقي آخر إذا وافق المتبرع على ذلك ضمن الإقرار المشار إليه، على تراعى المدة المسموح بها طبيا لبقاء العضو المستأصل خارج الجسم صالحا للنقل دون تلف، وإذا كان المنقول إليه من عديمي الأهلية أو ناقصيها، يتعين موافقة نائبه أو ممثله القانوني على إجراء النقل بالنسبة إلى الخلايا الأم. وتحرر اللجنة المشار إليها محضرا بما تم من إجراءات، توقع عليه اللجنة وكل من المنقول منه والمنقول إليه (ما لم يكن غائبا عن الوعي أو الإدراك) أو نائبه أو ممثله القانوني بحسب الأحوال، ويحفظ المحضر بالمنشأة التي أجريت بها عملية النقل للرجوع إليه عند الاقتضاء ".

3 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 212.

المادة السالفة الذكر يتبين بأن المشرع لم يول أهمية كبيرة لتبصير المريض، فتبصير المريض عند المشرع الجزائري يتمثل في **أعلام الطبيب المعالج للمريض بالأخطار الطبية المحتملة التي يمكن أن تحدث**، ويبدو للوهلة الأولى بأنها تشمل كل الأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث سواء المحتملة أو الاستثنائية. لكن في واقع الأمر أن المشرع قد ضيق من نطاق الالتزام بالإعلام بالنسبة للمريض، وكان على المشرع تحديد الأخطار الطبية الواجب على الطبيب إعلامها المريض والتأكيد عليه لإعلام المريض إعلاما مفصلا ودقيقا[1]، فالمشرع استعمل جملة "الأخطار الطبية المحتملة التي يمكن أن تحدث" فهي لا تشمل العناصر التي يشملها التبصير الكامل للمريض، بل هي لا تعدو أن تكون إعلام المريض بالأخطار الطبية في التدخل الجراحي العادي أو التقليدي، فقد يرى الطبيب أنه ليس من الضرورة إعلام المريض طريقة العلاج أو التدابير الوقائية ونتائجها وعواقبها أو ببعض المخاطر على المدى القريب منها أو البعيدة المدى، وقد يتهاون في إعلامه ببدائل العلاج في حالة رفض الجسم للعضو الجديد، ولكن عندما يحدد له المشرع العناصر الواجب عليه إعلام المريض بها ويلزمه بضرورة تبصيره بها بالتفصيل قبل إبداء موافقته، لتكون بذلك موافقته حرة ومستنيرة.

أن مسألة تبصير المريض والمتبرع من أهم المسائل التي يجب التأكيد عليها، فمن أجلها أكدت التشريعات على ضرورة الأخذ برضا المريض وأوجبت وضعه في شكل محدد كالكتابة لكي يتأكد أن الطبيب قام بتبصير كامل وواضح للمريض بمخاطر العملية والنتائج التي قد تترتب عليها في المدى القريب والبعيد، المشرع المصري على سبيل المثال حدد كيفية إعلام المريض والمخاطر التي يجب إعلام المريض بها، لكي لا يستطيع الطبيب استعمال سلطته التقديرية في تحديد العناصر التي يعلمها للمريض، فقد نص على أن يكون التبصير بواسطة لجنة ثلاثية شفاهة وكتابة من خلال إحاطة المتبرع والمريض بنموذج كتابي للموافقة وعلى أن يتضمن هذا الإقرار بكل ما يحاط بطبيعة عمليتي النزع والزرع ويتم إخطارهما بالمخاطر المحتملة – بما فيها الوفاة – على المدى القريب (أثناء تواجده بالمنشأة الطبية) والبعيد (خلال العام الأول من بعد إجراء العملية) والخاصة بكل عملية على حدة ويتم التوقيع على المحضر كل من المريض والمتبرع.

ونرى أن ما يعاب على المشرع أنه لم يحدد أو يعدد للطبيب المسائل والنقاط الواجب تبصير المريض بها والتي يتوجب إعلامه بها إعلاما مفصلا ودقيقا، على عكس المتبرع والذي أكد على ضرورة إعلامه بالمخاطر المؤكدة والمحتملة التي قد يتعرض لها أثناء العملية وبعدها، كما أكد على ضرورة أن تكون الموافقة حرة ومستنيرة، في حين أن الخطر الذي قد يتعرض له المتبرع والمريض جراء العملية الجراحية هو

1 – إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص 95.

نفسه، بل أنه قد يتجاوز ذلك بالنسبة للمريض نتيجة تعرضه لمخاطر لاحقة نتيجة مضاعفات خاصة في حالة رفض الجسم للعضو الأجنبي.

وهناك من يرى أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه أوكل مهمة تبصير وإعلام المريض للطبيب المعالج، فلو أوكل هاته المهام إلى لجنة أو هيئة معينة تتولى إعلام المريض[1]. إلا أننا نرى أنه من المستحسن لو أوكل المشرع مهمة إعلام المريض وتبصيره إلى لجنة الخبراء المنصوص عليها في المادة 360 التي من مهامها إعلام المتبرع وتبصيره، وبالتالي تجمع لجنة الخبراء مهم إعلام كل من المريض والمتبرع وتبصيرهما معا.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد الذي أكد ضرورة الإعلام الكامل والواضح للمريض بحالته الصحية والعلاج المقترح لها في الفقرة الأولى من نص المادة L.1111-2[2]، حيث أخذ بعين الاعتبار حالة المريض النفسية، وقدرته على استقبال المعلومات وفهمها، لكون تبصير المريض الكامل والواضح بشأن حالته الصحية من شأنه إعطاء موافقة مستنيرة وحرة[3]، في حين نصت الفقرة الرابعة من المادة R.1211-14 على التزام الطبيب بتبصير متلقي العضو (المريض) بكافة المعلومات في ضوء الممارسة الجيدة، التي تضعها الهيئة العليا الصحية بعد الموافقة عليها من قبل وزير الصحة. فحدد عناصر تبصير المريض بعناصر واضحة وألزم الطبيب بإعلام المريض بكل بالمخاطر المحتملة الحدوث وكذلك تبصيره بالعلاج والتدبير الوقائية المقترحة ومدى الحاجة للجوء إليها وعواقبها، وكذلك البدائل ونتائجها المحتملة في حالة الرفض[4].

---

1 - مواسي لعلجة، المرجع السابق، ص 191.

2 - Art. L. 1111-2 « I. - Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Elle est également informée de la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article ***L. 1110-10***, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver… ». Code de la santé publique.

3 - عيساوي فاطمة، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو - الجزائر، 2019، ص 38.

4 - يوسفاوي فاطمة، المرجع السابق، ص165. أنظر أيضا: دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 222.

2- أن يكون رضا المريض حرا

إذا كان من الواجب أن يكون رضاء المريض متبصرا، فإنه من الأولى أن يكون حرا، وخاصة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، ونظرا لخطورتها تتطلب المشرع رضاء المريض الحر، فيجب أن يتمتع المريض بالحرية الكاملة في إجراء عملية الزرع أو رفضها وبعيدا عن أي ضغط مادي أو نفسي من شأنه أن يعيب إرادة المريض.

ومن أكثر العوامل التي من شأنها إحداث ضغط نفسي هي القرابة العائلية، وكذلك ضغط الطبيب على المريض ومن ثم يجب رفض فكرة الوصية الطبية على المريض التي ينادي بها فقه الاحتكار الطبي، فليس الطبيب بمالك لأية حقوق على الأفراد[1]. ويقصد بالرضا الحر هو الرضا الصادر دون غلط أو تدليس أو إكراه، وبالتالي يجب أن يكون هذا الرضا خاليا من عيوب الإرادة[2]،

ويعد احترام حرية المريض في اختيار عملية زرع عضو له أو رفضها تأكيدا وتكريسا لمبدأ احترام إرادته، وهو من المبادئ العامة المستقرة التي تعترف للمريض بحقه على جسده وصحته في الاحتفاظ بحريته الكاملة في الموافقة على التدخل الجراحي أو رفضه. فالطبيب لا يستطيع القيام بهذه العملية بغير رضا المريض الحر من أي ضغوطات، سواء كانت من طبيبه أو من عائلته، حتى لو كانت حالة المريض الصحية تتطلب بالفعل إجراء عملية الزرع، لأن هذه العملية تنطوي على مخاطر يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة المريض الحر من دون أن يفرض عليه بالضغوط أو التأثير عليه[3].

فيجب أن يتحقق الطبيب رئيس المصلحة والشاهدين الذين يتم إبداء الرضا والموافقة أمامهم، من صدور رضا المريض بإجراء عملية زرع العضو رضا شخصيا نابع عن إرادة حرة، كما نصت على ذلك المادة 364 في فقرتها الأولى.

ولكي يكون الرضا حرا فإن ذلك يتطلب أمرين[4]:

1 - أن يصدر الرضا من شخص يتمتع بملكات ذهنية ونفسية سليمة تجعله قادرا على أن يصدر رأيا صحيحا في موضوع الرضا، وهذا يختلف عما إذا كان الشخص غير متمتع بقواه العقلية أو فاقد للأهلية بسبب عارض أو لصغر سنه.

1 - سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 117.

2 - دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 226.

3 - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 147.

4 - عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص 130.

2 – ألا يخضع في تعبيره عن هذا الرضا لأي أكراه أو ضغط نفسي يعيب هذا الرضا وهذا ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في هذا الشأن.

خامسا – أهلية المريض

عندما يكون المريض بالغا راشدا متمتعا بقواه العقلية، فإن رضائه بعملية الزرع لا يثير أي صعوبة، فيكون الرضا الصادر منه صحيحا، لأنه شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع له تعنى مشاركته في تحمل مخاطرها والمشاركة في تحمل المخاطر تفترض كمال الأهلية، أما إذا كان المريض عديم الأهلية أو ناقصها فإنه لا يستطيع إعطاء الموافقة[1].

كما أن أهلية المتبرع تختلف عن أهلية المتلقي (المريض) حيث أنه يشترط في المتبرع بلوغ سن الرشد لخطورة الفعل المقدم عليه، أما المتلقي يمكن أن يكون بالغا لسن الرشد أو يكون قاصرا أو بالغ سن الرشد ولم تكتمل قواه العقلية، والمشرع الجزائري تناول أصناف الأشخاص الذين يستفيدون من الأعضاء وصنفهم إلى: أشخاص لا يملكون الأهلية القانونية وأشخاص لا يملكون الأهلية الفعلية[2].

1 – عدم الأهلية القانوني

بالرغم من أن الموافقة أو رفض عملية زرع الأعضاء قرار شخصي، لكن يتطلب القانون صدوره عن شخص كامل الأهلية والذي يشترط فيه الوعي والإدراك والفهم الجيد والصحيح لحالته الصحية ومدى ضرورة وملائمة التدخل الجراحي، فانعدام الأهلية القانونية هو أن يعترض أهلية المريض عارض من عوارض الأهلية أو لصغر سنه، فيعدم قدرة الشخص على اتخاذ القرار وتحمل الالتزامات، فلا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية كالقاصر والمجنون والسفيه والمعتوه.

وقد تناول المشرع الجزائري حالة المريض عديم الأهلية القانونية في المادة 364 من قانون الصحة، فتطرقت الفقرة 3[3] إلى المريض عديم الأهلية والذي بلغ سن الرشد لكنه يعاني من جنون أو سفه أو عته والتي تفقده الأهلية القانونية ويصبح بذالك غير أهل للتعبير عن رضائه، فقد أحال المشرع إبداء الموافقة على عملية زرع العضو بدلا عنه للأب أو الأم أو الممثل الشرعي.

---

1 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 124.

2 – يوسفاوي فاطمة، المرجع السابق، ص 167. أنظر أيضا: حمدي مُحَّد محمود حسين، المرجع السابق، ص 188 – 189.

3 – المادة 364 فقرة 3: "... وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة....".

أما حالة المريض القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، فقد تطرقت لها الفقرة 4 من نفس المادة 364[1]، والتي حددت من لهم السلطة الأبوية عليهم فحددت كل من الأب أو الأم وعند غياب الأبوين يحل محلهما الممثل الشرعي، كما أن قانون الصحة لم يحدد سن الرشد الذي يعتد به للأخذ بموافقته، ولهذا يتم الرجوع إلى القانون المدني والذي حدد سن الرشد القانونية بـ 19 سنة كاملة في المادة 40[2].

لكن تطرح الإشكالية في حالة رفض القاصر إجراء عملية الزرع رغم موافقته ممثله القانوني، فهل يجوز الطبيب الامتناع عن إجراء العملية في حالة تبين له بأن القاصر قادر على إدراك وفهم المخاطر التي سيتعرض لها من جراء هذه العملية؟، أو إجبار القاصر على ذلك بحجة قبول ممثله القانوني؟.

فهناك من يرى بأنه إذا تبين للطبيب أن المريض قادر على إدراك وفهم المخاطر التي سيتعرض لها من جراء عملية الزرع واعترض على إجراءها، فلا يجوز للطبيب إجراء العملية رغما عنه ولا تحل موافقة ممثله القانوني محل موافقته، مستندين على أن الرضا في العلاج لا يعتبر تصرفا قانونيا وبالتالي لا مجال لتطبيق كافة القواعد المتعلقة بأهلية الأداء، بل يكفي أن تكون للمريض الأهلية اللازمة لتقدير أهمية زرع العضو له وتوافر الإدراك والتمييز، ويبقى للطبيب الحق في تقدير سن الإدراك تبعا لكل حالة على حدى[3].

وأن قرار إجراء عملية الزرع أو رفضها قرار شخصي يصدر عن إدراك وفهم لطبيعة العملية ومخاطرها، ومهما تبين للطبيب بأن المريض القاصر أو عديم الأهلية قد فهم طبيعة العملية وضرورتها لإنقاض حياته و أدرك مخاطرها، فيبقى هذا القرار الذي يتخذه غير سوي لأنه في حالة نفسية غير مستقرة نتيجة تأثير المرض أو الخوف من العملية وهذا ما يؤثر على إرادته الحرة، لذا تدخل القانون وأوجب أن تأخذ الموافقة من الأشخاص الأقرب للمريض لأن هؤلاء أكثر حرصا على صحته وشفائه. وأيضا مهما كان الطبيب قادر على تمييز المريض في مدى فهمه وإدراكه للعواقب التي سيقدم عليها، إلا أنه تمييزه هذا لا يكون بالشكل الحاسم ويبقى مسألة تقديرية، لذا سيرجع في الأخير إلى الموافقة النهائية للأشخاص المقربين له والذين حددهم القانون لذلك.

1 – المادة 364 فقرة 4: "... وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم، عند غيابهما، الممثل الشرعي.... ".

2 – المادة 40: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

3 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 229. يوسفي فاطمة، المرجع السابق، ص 167. أنظر أيضا: إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص 110.

2- عدم الأهلية الفعلية

من المتطلب قانونا في إبداء الرضا والموافقة على إجراء العملية أن يعبر المريض عن موافقته القيام بالعملية الجراحية، لكن قد يكون المريض كامل الأهلية ومتمتعا بكامل قواه العقلية لكن يكون في حالة يتعذر فيها التعبير عن إرادته، كأن تكون حالته الصحية متدهورة إلى حد كبير لا تسمح بالتعبير عن إرادته وكان غائبا عن الوعي أو تحت تأثير التخدير، ولا يمكن أخذ موافقته لإجراء عملية الزرع، كما لا يمكن الانتظار للحصول على رضائه لوجود خطر يهدد حياته، فهنا تكون الأسرة هي المسؤولة عن التعبير عن إرادته[1]، وفقا لنص المادة 364 فقرة 2 من قانون الصحة الجزائري والتي نصت على أنه: "...وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 أعلاه....".

وبالرجوع إلى نص المادة 362 نجد أن المشرع رتب أفراد أسرة المريض لإبداء الموافقة الكتابية لعملية زرع الأعضاء كما يلي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات.

غير أنه يجوز للطبيب التدخل الجراحي في ظروف استثنائية، عندما تكون حالة المريض مستعجلة ولا يمكنه إبداء الموافقة وأي تأخير قد يؤدي إلى وفاته، ولم يستطع الطبيب الاتصال بأفراد أسرته أو ممثله الشرعي للحصول على موافقتهم لإجراء العملية له، هنا يمكن للطبيب أن يتدخل ويقوم بالعملية وفقا لنفس المادة 364[2] في فقرتها الأخيرة، والتي سمحت للطبيب بالتدخل الجراحي لكن بشرط أن يثبت حالة الاستعجال كل من الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان (2) اثنان.

ويتضح بأن المشرع قد جعل الطبيب رئيس المصلحة التي يعالج فيها المريض ممثلا قانونيا في حالة الاستعجال، وأشترط إثبات هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وبحضور شاهدين[3].

كما أن هذه الحالة تدخل أيضا في الواجب الملقى على عاتق الطبيب وهو تقديم المساعدة للمريض إذا كان في حالة خطر، وعدم الامتثال لهذا الواجب يشكل في حد ذاته جريمة امتناع عن تقديم المساعدة وفقا لنص المادة 182 الفقرة 2 ق.ع.ج.

---

1 - إسمي قاوة فضيلة ، المرجع السابق، ص 111.

2 - المادة 364 الفقرة الأخيرة: "... يمكن ممارسة زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و 2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته. ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين (2) اثنان".

3 - إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص 111.

الفرع الثاني

رضا المتبرع

إذا كان القانون قد اشترط في الأعمال الطبية الحصول على رضا المريض الحر والمستنير والخالي من عيوب الإرادة، رغم كونه هو المستفيد من عملية نقل وزرع العضو له، فإنه من الأولى الالتزام برضا المتبرع بالعضو لانعدام مصلحته في العلاج، فعمليات نقل وزراعة الأعضاء و الأنسجة لا تفيد المتبرع بأي شكل من الأشكال[1].

حيث أنه من المقرر قانونا أن المتبرع حر وله الحق في سلامة جسده ويعتبر هذا الحق من الحقوق اللصيقة بشخصه والتي تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع بغير رضاءه، غير أنه لا يعتد بهذا الرضا إذا كان فيه مساسا بحياة المتبرع، فالطبيب الذي يستأصل عضوا حيويا ومنفردا من جسم إنسان كالقلب أو الرئة مثلا يسأل جنائيا ومدنيا، ولو كان ذلك برضا المتبرع[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 360 الفقرة الأولى على أنه: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر... ".

أما إذا تخلف شرط الرضا تصبح عملية الزرع غير مشروعة، فلا يجوز للطبيب أن يتدخل جراحيا ويستأصل عضوا من جسم شخص دون موافقته، وإذا قام بذلك يكون الطبيب قد ارتكب جريمة ويسأل عنها جنائيا ومدنيا وتأديبيا، وتقوم مسؤولية الطبيب عن إتيان جريمة عمدية.

أولا – شكل الرضا

بالنسبة للقواعد العامة فالرضا لا يشترط شكلا معينا، فالرضا قد يكون ضمنيا وقد يصدر صريحا بالقول أو بالكتابة والتي لا تشترط شكلا أو صيغة معينة يتخذها، لكن يتطلب فيها أن تكون بعبارات واضحة ودالة[3]، غير أنه بالنظر لخطورة التصرف الذي سيقدم عليه المتبرع، فقد أوجبت معظم التشريعات أن يكون رضا المتبرع مكتوبا، للتأكد من صدور رضا صحيحا والتحقق تم تنبيه المتبرع من خطورة التبرع الذي سيقدم عليه، وتوفير حماية للطبيب في حالة حدث ما يستوجب قيام مسؤوليته، وبالنظر لخطورة

1 – إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 123.

2 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، المرجع السابق، ص 203.

3 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 107 – 108.

وخصوصية عمليات نقل وزرع الأعضاء فإنه لا يكفي صدور رضاء المتبرع شفاهة، بل يشترط أن يكون مكتوبا[1].

أما بالنسبة لخصائص رضا المتبرع في مجال نقل وزرع الأعضاء فإنه يشترط أن يكون صريحا فلا يعتد بالرضا الضمني، كما يجب أن يكون صادرا ممن له صفة وعن إرادة حرة وواعية خالية من الغش أو الإكراه، كما يشترط في محله أن يكون مشروعا.

فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 360 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة على أن: "... يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون...."، فمن خلال استقراء هذه الفقرة الخاصة بكيفية التعبير عن الموافقة من قبل المتبرع نجد بأن المشرع لم ينص على وجوب التعبير عن الرضا كتابة والتي تعد أمر ضروريا، إنما ألزم أن يكون هذا التعبير أمام هيئة قضائية والمتمثلة في رئيس المحكمة المختصة إقليميا، للتأكد من أن الموافقة صحيحة والتأكد بأن المتبرع قد تم تبصيره تبصيرا واضحا وشاملا كل المخاطر التي يمكن أن تترتب على عملية الاستئصال سواء كانت هذه المخاطر مؤكدة أو محتملة.

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة على أن تفرغ الموافقة في شكل مكتوب، بل اشتراط أن يكون إبداء الموافقة أمام رئيس المحكمة الذي يتأكد من أن الموافقة حرة ومستنيرة، كما لم ينص القانون على ضرورة أن يقوم رئيس المحكمة بإثبات هذا الرضا في شكل كتابي يوقع عليه المتبرع، إلا أنه من غير الممكن أن يبدي المتبرع موافقته أمام رئيس المحكمة شفاهة دون أن يثبت ذلك كتابيا في محضر موقع من المتبرع ورئيس المحكمة، والذي تقدم نسخة منه للجنة الخبراء والطبيب الذي يقوم بالعملية، ولهذا يمكن القول بأن المشرع الجزائري وإن لم ينص على شرط الكتابة صراحة في عملية النزع والإستئصال إلا أن الكتابة تعد ضرورية من خلال الإجراءات التي قيدها بها.

وبالرجوع إلى القانون الملغى رقم 85 . 05 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة رقم 162 فقرة 1[2]، نجد بأن المشرع الجزائري اشترط الموافقة الكتابية للمتبرع وبحضور شاهدين، ألا أنه لم يحدد أمام أي جهة يصدر المتبرع هذه الموافقة. وبالتالي يكون المشرع قد استغنى شرط الموافقة الكتابية و

1- دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 157.

2 - نصت المادة رقم 162 فقرة 1 على أنه: " وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة... ".

بحضور شاهدين أثناء التصريح بالموافقة في قانون الصحة الجديد وعوضها بالتصريح به أمام جهة رسمية والمتمثلة في رئيس المحكمة.

تعتبر الكتابة شرطا جوهريا في مجال نقل وزرع الأعضاء، حيث نصت عليه اغلب التشريعات في قوانينها المنظمة لمثل هذه العمليات، والهدف منه هو ضمان إدراك المتبرع لحقيقة ما هو مقدم عليه، كما أنه يوفر له المزيد من الحماية بالنظر لخطورة وخصوصية عمليات نزع ونقل الأعضاء، التأكيد على تنازل المتبرع عن العضو المستأصل منه بكامل إرادته ووعيه، كما يمنح شرط الكتابة فرصة للمتبرع ليصدر رضائه بتروي بعد التفكير وذلك لحمايته من أي تهديد أو ضغط أو إكراه. ومن جهة أخرى تمثل الكتابة أيضا حماية للطبيب من المسؤولية الجنائية والمدنية في حالة ما رجع عليه المتبرع، كأن يطلب تعويضا ماليا عما أصابه من أضرار نتيجة عملية استئصال العضو[1].

ثانيا – خصائص الرضا

يتمتع رضا المتبرع ببعض الخصائص والشروط الواجب توفرها لصحته، كالأهلية المتطلبة للتبرع، وصدور رضا المتبرع المتبصر والحر والخالي من عيوب الإرادة، وأن يكون صدوره سابقا للعملية، كما يبقى للمتبرع حق العدول في جميع المراحل السابقة للعملية والتي سنتطرق لها في العناصر التالية:

1- أن يكون التبرع بإرادة حرة خالية من العيوب

لقد أكد المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة على ضرورة ووجوب أن تصدر موافقة المتبرع عن إرادته الحرة، وذلك من خلال التأكيد على ذلك في مرحلتين مختلفتين وبإجراءين مختلفين وهو ما جاء في نص المادة 360 من قانون الصحة والتي نصت على ذلك في فقرتين كالتالي، الفقرة الخامسة والتي نصت على أنه: "يجب أن يعبر المتبرع على الموافقة للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، الذي يتأكد مسبقا، من أن **الموافقة حرة ومستنيرة**،..."، والفقرة الثامنة والتي نصت على أنه: "تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن **موافقة المتبرع حرة ومستنيرة** ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون". وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حدد جهتين مختصتين للتأكد من الإرادة الحرة للمتبرع وهما رئيس المحكمة المختصة إقليميا واللجنة المتكونة من خبراء.

1 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 121.

نظرا لما يترتب عن عملية التبرع بالأعضاء من مساس بالسلامة الجسدية والتكامل الجسدي للمتبرع، فقد استوجب أن يكون رضا المتبرع ناتجا من إرادة حرة خالية من كل غلط أو تدليس أو خضوع لأي عوامل قد تحدث إكراها ماديا أو معنويا، إذ يجب أن يتمتع المتبرع بكامل قدراته الذهنية والنفسية حتى يتمكن من أن يُكون رأيا صحيحا عن طبيعة عملية الاستئصال وعن المخاطر المحتملة التي قد يتعرض لها[1].

غير أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على صدور إرادة حرة ومستنيرة دون أن يوضح كيف تكون الإرادة الحرة، وذلك على عكس المشرع المصري الذي بين ماهية الإرادة الحرة من خلال بيان عيوب الإرادة التي قد تشوبها، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 5 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2010، والتي نصت على أنه: "في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرا من إرادة حرة لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه،...".

في حين أن المشرع الإماراتي قد ذهب إلى أبعد من ذلك، إذ فرض وجوب عرض المتبرع على أخصائيين نفسيين لفحصه للتأكد من غياب أي أسباب قد تؤثر على إرادته كخضوعه للإكراه، وكذا التأكيد على أن حالته الجسدية والنفسية تتناسب مع عملية استئصال العضو المراد التبرع به، وهو أيضا ما نص عليه القانون الفرنسي في المادة 3-1231، وذلك بأن تتضمن لجنة الخبراء التي يعبر أمامها المتبرع عن رضائه طبيبا نفسيا[2].

كما أكد البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقية أوفيدو (Oviedo) لسنة 2002 بشأن نقل وزرع الأعضاء والأنسجة، فقد تناولت موافقة المتبرع في الفقرة 1 من المادة 13[3] على ضرورة أن يعطي الشخص المتبرع موافقته الحرة والمستنيرة.

وبالتالي فلا يعتد بالرضا الصادر عن إرادة معيبة بإكراه مهما كان نوعه كالضغوطات العائلية، كما لا يعتد بالرضا الصادر تحت تأثير الوسائل الاحتيالية أو التدليس، كأن يوهم الطبيب شخصا ما بإصابة عضو في جسده بمرض مما يستلزم استئصاله، بهدف زراعة هذا العضو لشخص آخر، أو يوهمه باستئصال

1 – عبد الملك صالح أحمد باعباد، المرجع السابق، ص 161. أنظر أيضا: دنيا عبد العزيز فهمي، ص 168.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 171.

3 - Article 13 - Consent of the living donor: Subject to Articles 14 and 15 of this Protocol, an organ or tissue may be removed from a living donor only after the person concerned has given free, informed and specific consent to it either in written form or before an official body. The person concerned may freely withdraw consent at any time.

جزء صغير من العضو ثم يقوم باستئصال العضو كاملا، أو أن يوهم المتبرع أنه لا يترتب عن التبرع بالعضو أي مضاعفات، فهذه الأمثلة من الحالات يكون فيها الرضا معيبا[1].

2- أن يكون رضا المتبرع مستنيرا:

لصدور رضاء صحيح من المتبرع بعضو من جسده لابد أن يكون على علم ودراية كاملة بالعملية التي ستجرى له و بمخاطرها على صحته[2]، فلا يعتد بالرضا إذا لم يتم تبصير المتبرع بالمعلومات الكافية للخروج بقرار متوافق مع إرادته الحقيقية في التبرع[3]، والذي يعتبر من واجبات اللجنة والتي تقوم بتبصير المتبرع بطبيعة العملية كاستئصال العضو كاملا أو جزء منه أو نسيج بهدف زرعه لشخص آخر، وكما يشمل تبصير المتبرع كل المخاطر التي قد يتعرض لها جراء العملية[4].

فقد نصت المادة 360 في فقرتها الرابعة على أنه: "لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع"، وبهذا يمنع انتزاع أي عضو من شخص لغرض التبرع والزرع، إلا بعد موافقة المتبرع موافقة مستنيرة.

فمن واجب الطبيب إعلام المتبرع بصورة واضحة وصريحة بكل المعلومات والتفاصيل المتعلقة بعملية استئصال وزرع العضو، كما يفرض أيضا إعلام المتبرع بجل المخاطر والآلام المحتملة خلال إجراء العملية أو التي قد تحدث مستقبلا، حتى يتبين للمتبرع ما قد تؤول إليه حالته الصحية في حالة إجراء عملية استئصال العضو المراد نقله. ومدى تأثير ذلك على كفاءة الأداء الوظيفي للعضو المتبقي بشكل خاص ولأعضاء جسمه بشكل عام، وكذلك أيضا مدى التأثير على حالته النفسية وحياته الشخصية والأسرية والمهنية، وكذا النتائج المتوقعة من عملية النقل بالنسبة للمريض. كما يجب أيضا على الطبيب إعلام المتبرع بنسبة نجاح عملية النقل لدى المريض والنتائج المترتبة على بقائه بدون نقل عضو إليه[5].

كما بين المشرع الجزائري كيفية تبصير المتبرع والجهة المسؤولة عنه في الفقرة السابعة من المادة 360، والتي نصت على: "تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي"، وبهذا أوجب المشرع لجنة

1 - عبد الملك صالح أحمد باعباد، المرجع السابق، ص 161.

2- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالأعضاء، المرجع السابق، ص 75 - 76.

3 - طارق سرور، المرجع السابق، ص 210.

4 - دنيا عبد العزيز فهمي ، المرجع السابق، ص 175.

5 - إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 130.

الخبراء تبصير المتبرع من خلال إعلامه بالأخطار التي قد يتعرض لها، والعواقب التي قد تنجم بعد عملية نزع العضو وكذا أيضا إعلامه أيضا بنتيجة الزرع التي يترقب انتظارها على المتلقي.

كما أعطى المشرع للجنة الخبراء الحق في منح الترخيص لنزع العضو بعد أن تتأكد من أن موافقته حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة، فنصت الفقرة الثامنة من نفس المادة على أنه: "تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

3- أن يكون للمتبرع الحق في العدول عن تبرعه

من الشروط الواجب توفرها في عمليات التبرع بالأعضاء أن يكون رضا المتبرع سابقا لعملية نزع العضو المتبرع به، وأن يستمر هذا الرضا إلى لحظة مباشرة العملية، حيث يعتد بالعدول السابق للعملية والذي يعتبر عملا إراديا ينتج أثرا قانونيا يلغي الأثر القانوني للرضا الصادر قبله، إلا أنه لا يصح العدول الصادر بعد عملية زرع العضو للمريض لأنه يصبح جزءا منه، ولأن محاولة استرجاع العضو من المريض فيها خطر على صحته وسلامته[1].

ولقد أجاز القانون للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال، وهذا ما نصت عليه المادة 360 في فقرتها السادسة على أنه: "يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء"، وبهذا يختلف العدول عن الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن العدول وفقا للقواعد العامة في العقد فلا يمكن إجبار المتبرع على التنازل ولا يتعرض لأي مسؤولية إذا ضيع على المريض عضو بشري أو جزء من عضو أو نسيج، حيث يمثل العدول هنا عودة الأصل المتمثل في عدم جواز المساس بسلامة الجسم البشري.

ثالثا – أهليه المتبرع بالأعضاء البشرية

يستوجب القانون في عمليات التبرع بالأعضاء أن يكون المتبرع كامل الأهلية، وتعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فالأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، أما الأهلية المتطلبة في عمليات التبرع هي أهلية الأداء، والتي تعني انصراف قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية بنفسه والتي تمكنه من اكتساب الحق أو تحمل الالتزامات، وهي قدرة الشخص على

1 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 220.

التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا للآثار القانونية في حق نفسه[1]، والتي يتمتع بها كل شخص بلغ سن الرشد القانوني والمحددة بـ 19 سنة كاملة على أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية، غير مشمول بالحماية القانونية كأن يكون محجورا عليه أو اعترض أهليته عارض من عوارض الأهلية[2].

وتعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استثناءا لمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فلا يجوز إباحة ممارستها دون رضاء المتبرع الحر والصادر عن إرادة واعية ومستنيرة وهو ما يصعب توافره لدى القاصر أو من في حكمه من عديمي الأهلية وناقصها[3]، وذلك لعدم إدراكه الكامل لخطورة الفعل الذي هو مقدم عليه بحكم قلة خبرته بأمور الحياة مما يعدم رضاءه أو ينقص منه فيجعله ناقص القيمة القانونية. لذا يجب أن يصدر الرضاء عن متبرع كامل الأهلية القانونية وهو ما يعكس إدراكه لماهية تصرفه والآثار المترتبة عليه، وبذلك يكون معبرا عن إرادة معتبرة قانونا[4].

وقد نصت المادة 361 في فقرتها الأولى على أنه: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء...". ونستنتج من هذه المادة أنه لا يقبل بالتبرع من شخص قاصر أو عديم الأهلية، يعني ذلك أن قبول تبرع الشخص بأعضائه يتوقف على بلوغه سن الرشد، وبالتالي فإنه لا يعتد بموافقة الأبوين أو الولاية أو الممثل الشرعي لكل من القاصر أو عديمي الأهلية.

أما المشرع المصري الذي بين بشكل واضح عدم قبول التبرع من القصر وعديمي الأهلية، وأكد على عدم خضوعها لموافقة الأبوين أو الولي أو الوصي أو الممثل القانوني بالنص عليها صراحة في الفقرة الثانية من المادة 5 من القانون رقم 5 لسنة 2010، والتي نصت على أنه: "لا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بالموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو من يمثله قانونا"، وكان على المشرع الجزائري النص صراحة على عدم الأخذ بالموافقة الأبوية بالنسبة للقاصر والممثل القانوني عن عديم الأهلية كما فعل المشرع المصري.

1 – أسامة على عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 193.

2 – معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان . الجزائر، 2015/2014، ص 163.

3 – إدريس عبد الجواد، المرجع السابق، ص 136.

4 – مُحَمَّد صلاح الدين مُحَمَّد محروس، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص 235.

بالرجوع إلى قانون الصحة نجده لم يتضمن تحديد السن القانوني للتبرع بالأعضاء وتركها غامضة من خلال منعه نزع الأعضاء من الأشخاص القصر، وكان الأولى إدراج نص يحدد السن الأدنى[1]، ولم يبين هذا هل القاصر هنا هو بالمفهوم الجنائي أو بالمفهوم المدني وخاصة وأن لكلا المفهومين سن محدد للقاصر يختلف عن الأخرى. فبالرجوع إلى ق.إ.ج والذي حدد سن الرشد الجزائي بـ 18 سنة كاملة في المادة 442 والتي نصت على أنه: "يكون سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر". أما في المفهوم المدني فسن الرشد حدد بتمام 19 سنة في نص المادة 40 من القانون المدني، والتي نصت على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

ويرى جانب من الفقه[2] إلى أنه يتعين قبول التبرع بالأعضاء البشرية بمجرد بلوغ المتبرع سن الرشد الجنائي، وهو بلوغ الشخص الثامنة عشرة سنة كاملة نظرا لأن إجراء هذه العملية يترتب عليه المساس بأحد الحقوق المحمية جنائيا وهو الحق في سلامة الجسم[3]، والرأي الراجح من الفقه[4] يرى أن أهلية التبرع بالأعضاء البشرية تخضع لسن الرشد المنصوص عليها في القانون المدني لتوفير ضمانات قانونية تضيق من خلالها من استغلال صغر سن المتبرع أو عدم خبرته في الحياة، وهو في حد ذاته يتوافق مع القواعد العامة للحماية الجنائية للقاصر، نظرا لضعفهم وخاصة في هذا النوع من العمليات وما يتعلق بها من تعقيدات وتفاصيل قد يعجز عن فهمها أصحاب العقول الرشيدة.

وبدورنا نتفق مع أصحاب الرأي الغالب لاعتبار التبرع بعضو من أعضاء الجسم هو عبارة عن تبرع يخضع للتصرفات المنصوص عليها في القانون المدني، فالإنسان يتبرع بجزء من جسده لشخص آخر محتاج إليه، والإنسان عند التبرع بالمال يخضع لأحكامها للقانون المدني فالمتبرع الذي يريد أن يتبرع جزء من ماله يجب أن يبلغ سن الرشد المدني والمحدد بـ 19 سنة كاملة، وإن كان لا مجال لتشبيه التبرع بالأعضاء إلى التبرع بالمال، لكن يمكن القول بأن التبرع بعضو من الجسم لا يقل شأن من التبرع بالمال.

1 – رحال عبد القادر، ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري (التبرع بالأعضاء والأنسجة بين الأحياء والوصية بها نموذجا) مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، المجلد 31، العدد 05، 2017/12/31، ص345.

2 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 201.

3 – عادل حامد بشير، المرجع السابق، ص 64.

4 – أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 177. أنظر أيضا: دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 196. أنظر أيضا: رحال عبد القادر، المرجع السابق، ص 345. أنظر أيضا: معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 166 -167.

فقد منع المشرع نزع الأعضاء للقاصر ولعديم الأهلية، إلا أنه أورد استثناء على نوع من الخلايا وهي الخلايا الجذعية المكونة للدم والتي تسمى أيضا الخلايا الأم، لأن عملية نزع خلايا من النخاع العظمي تعد من العمليات الأقل خطورة عن غيرها، كون خلايا النخاع العظمي من الأعضاء المتجددة تلقائيا وتحقق في نفس الوقت فائدة كبيرة للمريض[1]، ولا تشكل أي خطر على صحة الإنسان إلى درجة يمكن اعتبارها كنقل الدم، وقد جاء بهذا الاستثناء في المادة 361[2] في الفقرة الثانية والثالثة، فسمح بنزع هذه الخلايا الجذعية من القاصر لكن لصالح أشخاص محددين فقط وهم أخ أو أخت القاصر، وكذالك أستثنى هذا النوع من الخلايا وسمح بنزعها من القاصر أيضا لفائدة ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته وبشروط وهي غياب حلول علاجية أخرى وشرط الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

ويمكن أن نستخلص من هذه المادة ما يلي:

- من الفقرة الثانية: أجاز القانون التبرع بالخلايا الجذعية من القاصر فقط ولا يجوز لعديم الأهلية التبرع بهذا النوع من الخلايا، وجواز التبرع من القاصر من دون شروط لصالح الأخ والأخت فقط، وهذا راجع لصلة القرابة الكبيرة بين الأخوة واستثنى الأبوين والذين هم أيضا يتمتعون بقرابة كبيرة للقاصر، وهذا على عكس القانون المصري الذي أجاز للقاصر وأضاف أيضا عديم الأهلية أو ناقصها التبرع بالخلايا الجذعية، كما وسع من دائرة القرابة التي يمكن التبرع لهم لتشمل الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر غير هؤلاء، وفقا للفقرة الثالثة من المادة 5[3] من القانون رقم 5 لسنة 2010.

- ومن الفقرة الثالثة نستخلص بأن المشرع أجاز للقاصر التبرع لفئة أخرى تربطهم بالقاصر صلة القرابة وهم (ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته) لكن بشروط وهي:

---

1 – معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 169.

2 – نصت المادة 361 فقرة الثانية والثالثة على أنه: " يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت. وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

3 – تنص الفقرة الثالثة من المادة 5 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 على: " ... ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها الي الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع أخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة، أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الاهلية أو ناقصها"

1- حالة غياب حل علاجي أخر، أي لا يوجد أي علاج للمريض ماعدا نزع الخلايا الجذعية لهذا القاصر، وهنا يمكن أن القول بأن هذا الشرط ليس بالجديد لأن عملية نزع الأعضاء في حد ذاتها تعتبر استثناء في حالة عدم توفر علاج أخرى وهذا ما نصت عليه المادة 364 في فقرتها الأولى على أنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية...". وكان من الأولى على المشرع أن ينص على استثناء آخر لإضفاء حماية أكثر لهذا القاصر هو عدم وجود متبرع أخر للمريض أي عدم وجود أخ أو أخت لهذا المريض.

2- أن يتم نزع الخلايا الجذعية بعد الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أي موافقة كل من الأب والأم معا في حالة وجودهما أو ممثلهم الشرعي.

- أجاز المشرع الجزائري تبرع القاصر بالخلايا الجذعية فقط لصالح فئة من الأقارب المحددة سابقا كاستثناء من الأصل العام، وهو عدم جواز تبرع القاصر بأعضائه. لأن الخلايا الجذعية عبارة عن خلايا متجدد على عكس الأعضاء الأخرى التي يمكن التبرع بها كالكلى فهي أعضاء غير متجددة، بالإضافة إلى أن عملية نزع الخلايا الجذعية لا تشكل أي نوع من خطورة على القاصر[1].

المطلب الثالث

مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان واصطفاه على جميع خلقه، فلا يجوز أن يكون جسم الإنسان أو أعضاءه حال حياته أو بعد مماته محلا لأي نوع من المعاملات المالية أو التجارية[2]، فالإتجار بالأعضاء البشرية هو امتهان لكرامة الإنسان ويعد صورة مرفوضة من صور الإتجار بالبشر، فلجسم الإنسان حرمته ولا يجب أن تنزل لمرتبة الأشياء وذلك لسمو القيم الإنسانية على المال[3].

وتعتبر فكرة الإتجار بالبشر سابقة لفكرة الإتجار بالأعضاء البشرية والتي تقوم على نزع الأعضاء البشرية من شخص لزرعها في آخر، حيث تعتبر ظاهرة حديثة جاءت لاحقة للتطور الكبير الذي شهده ميدان الطب الحديث والجراحة، والتي أدت إلى ظهور عمليات نزع الأعضاء وزرعها، ومن هنا ظهرت

1 - طارق سرور، المرجع السابق، ص 205.

2 - عادل حامد بشير، المرجع السابق، ص 79.

3 - أسامة على عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 213.

عصابات الإتجار بالأعضاء البشرية، ويعرف الإتجار بالأعضاء البشرية بأنه: "كل عملية بيع وشراء للأنسجة أو عضو أو أكثر من الأعضاء البشرية"[1]، وعرف أيضا بأنه: "أي فعل يقع على أي عضو من أعضاء الإنسان البشرية دون رضاءه – من خلال وسيلة قسرية – بهدف استغلاله ماديا وتحقيق الربح منه"[2]، وكما عرف أيضا بأنه: "جعل أعضاء جسم الإنسان محلا للتداول وإخضاعها لمنطق البيع والشراء"[3]. فتنازل الإنسان عن جزء من جسمه بمقابل مادي بأن يجعل أعضاءه سلعة تباع وتشترى يحط من كرامته وإنسانيته، ولهذا أكدت جل التشريعات على مجانية التبرع بالأعضاء البشرية وعلى منع التصرف فيها بالبيع والشراء بأية شكل من الأشكال عبر تقاضي مقابل مادي للتنازل عن الأعضاء البشرية، فالتنازل عن الأعضاء البشرية سواء أثناء الحياة أو بعد الموت يكون بالتبرع بها على سبيل الهبة[4].

وقد وضع المشرع الجزائري شروطا وقيودا للتبرع بالأعضاء البشرية لحظر الإتجار بالأعضاء البشرية، وذلك في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة ومن بين هذه الشروط،شرط المجانية أو مجانية التبرع بالأعضاء البشرية، وسنحاول تناول شرط المجانية والاستثناءات الواردة عليها في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: مضمون مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

الفرع الأول

مضمون مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

بهدف الحفاظ على حق الإنسان في كرامته وحرمة جسده فإنه من الضروري أن يظل جسده بكافة أعضائه بمنأى عن التعاملات المالية، لأنه لا يمكن أن يكون جسم الإنسان محل بيع وشراء، فمن الناحية الأخلاقية والقانونية فإنه لا يجوز التعامل مع جسم الإنسان كأنه سلعة تدخل في دائرة المعاملات المالية، ولهذا وجب إحاطته بحماية دائمة تمنعه من أن يكون محلا للحقوق والتصرفات المالية، وإلا أصبح جسم الإنسان سلعة يمكن تداولها وتقديرها بالمال[5].

1 – عبد الحفيظ عبد الهادي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الإتجار بالأشخاص، مطبوعات جامعة نايف الأمنية، 2005، ص340.

2 – رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 21.

3 – ابراهيم دراجي، الإتجار بالأعضاء البشرية، المنظمة الدولية للهجرة، سوريا، 2009، ص 61.

4 – عادل حامد بشير، المرجع السابق، ص 79.

5 – زهور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة– الجزائر، المجلد 08، العدد 14، 2016/01/01، ص 105.

فالواجب أن يكون الدافع من التبرع إنسانيا وأخلاقيا واحتسابا لوجه الله تعالى، وتجسيدا لقيم التراحم والتضامن الإنساني وإعلاءا لروح الإيثار والتضحية، فالمقابل المالي يخرج عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية من دائرة المصلحة الإنسانية والعلاجية، إلى دائرة الإتجار فيصبح الهدفُ الغالب عليها هو تحقيقِ الربح المالي والذي يتعارض والكرامة الإنسانية[1]، فحق الإنسان على جسده حق غير مالي، وبالتالي فجسد الإنسان لا يمكن أن يدخل في إطار المعاملات خاصة المالية منها كأن يكون محلا للمتاجرة، لأن المبادئ الأخلاقية والقيم الإنسانية تسمو على المال كونها تصبو إلى عمل الخير ومساعدة الآخرين[2].

كما أن المجتمع لا يمكن أن يسمح بأن يتخذ الإنسان من جسده أداة للحصول على مزايا مالية أو عينية أو أي منافع أخرى، كما أن حق ملكية الشخص لجسده ليس نفسه الحق في التصرف الوارد في القانون المدني، لأن حق الإنسان في جسده يقتصر على حقه في الانتفاع به للحياة وليس للتصرف فيه أو في أعضائه لأن الجسد البشري هو ملك لله تعالى[3]، علاوة على ذلك فإن الإتجار بالأعضاء البشرية يتعارض مع القيم والعادات والتقاليد الاجتماعية، لما في ذلك من إهدار للكرامة الإنسانية[4].

ولقد أكد القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على مجانية التبرع، ومنع أن يكون التبرع بالأعضاء محل صفقة مالية، وهذا بالمادة 358 والتي نصت على أنه: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية".

اشترط المشرع الجزائري أن يكون التعامل بأعضاء الجسد البشري تبرعا، ورفض وجود مقابل مالي لهذه التعاملات، ومن ثم فالتبرع يكون مجانيا ولا يجوز أن يكون محل صفقة مالية، بحيث يمنع أن يتقاضى المتبرع أي أجر وأن لا يكون تنازله عن العضو محل معاملة تجارية[5]. ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد التعاملات الغير مرغوب فيها كالبيع والشراء إلا انه استعمل مصطلح صفقة مالية والتي تشمل كل من البيع والشراء، وكان من المستحسن لو استعمل مصطلح "منفعة مالية "، كما أنه من الأجدر لو أضاف لها "أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"، لتكون شاملة وتضم أي منفعة مهما كانت مالية أو

1 – مجدي فتحي حسين مصطفى نجم، المرجع السابق، ص 104.

2 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 170 – 171.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 318.

4 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 235.

5 – المحمّدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 135.

منفعة أخرى، وأيضا ليوحد بذلك المصطلحات المستعملة في تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية المنصوص عليها في ق.ع.ج بالمواد 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18.

وفرض المشرع الجزائري عقوبات جنائية على مخالفتها من خلال قانون العقوبات في القسم الخامس مكرر1 تحت عنوان "الإتجار بالأعضاء" بالمادة 303 مكرر 16، والتي نصت على أنه: "يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص".

كما أدخل المشرع الجزائري نزع الأعضاء البشرية باعتباره أحد أشكال الإتجار بالبشر(الإتجار بالأشخاص بتعبير المشرع)، في المادة 303 مكرر 4 في القسم الخامس مكرر والخاص بالإتجار بالأشخاص والتي نصت على أنه: "يعد اتجارا بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمال أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو **بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا** لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال. ويشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد **أو نزع الأعضاء**".

ولقد أوجبت كل القوانين التي تناول زرع الأعضاء ونقلها التنازل عن الأعضاء دون مقابل، ونأخذ على سبيل المثال القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 في المادة 6، والتي نصت على أنه: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين".

وكما يلاحظ بأن المشرع المصري استعمل مصطلح التعامل بدل الإتجار، ويقصد بالتعامل الاتفاق على نقل العضو أو جزء منه أو أحد الأنسجة نظير الحصول على منفعة مالية أو مقابل مادي أو عيني، وسواء وقع الاتفاق بين المتبرع والمريض أو أيه أطراف أخرى، كما يدخل ضمن التعامل أن يكتسب

المتبرع أو ذويه أو أي من ورثته من المريض أو ذويه أية فائدة مادية كانت أو عينية بسبب النقل أو بمناسبتها[1].

وكما نصت المادة 21[2] من اتفاقية أوفييدو على حظر تحقيق مكاسب مالية، وقررت أن الجسم البشري وأجزاؤه ليس هناك استفادة مادية من خلالها أو تحقيق مكاسب مالية، وعلى ضرورة توافر الصفة التبرعية في تلك التصرفات القانونية التي يكون جسم الإنسان وأعضائه محلا لها، وقد حظرت الحصول على مكاسب أو أرباح مادية من ورائها[3].

الفرع الثاني

الاستثناء الوارد على مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

لا يتنافى من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية، مع تعويض المتبرع عما تكبده من نفقات بسبب تبرعه بعضو من جسمه، فالغاية من التعويض هو جبر الضرر الذي أصابه نتيجة تبرعه، فالتعويض لا ينفي القيم الإنسانية النبيلة التي تكون غاية التبرع بأحد أعضائه ودون مقابل كما لا يتعارض مع الكرامة الإنسانية، ولا مانع من منح المتبرع بعض المزايا سواء اجتماعية أو مالية تقديرا له عن تنازله وإيثاره والذي يعكس دوره في التضامن الاجتماعي، فعمليات التبرع بالأعضاء تستلزم بعض المصاريف والأعباء المالية كمصاريف التنقل لإجراء الفحوصات الطبية اللازمة لإجراء عملية انتزاع العضو، والأضرار التي تصيب المتبرع خلال المدة التي توقف فيها عن ممارسة نشاطه العادي بسبب نزع العضو منه، وما يلي ذلك من فترة للراحة تكون لازمة لاستعادة عافيته ونشاطه ومنها النظام الغذائي الذي تتطلبه عملية الاستشفاء، فالتعويض المادي مستحب فهو يعكس مكارم الأخلاق فيكون على سبيل الهدية والمساعدة ورد الجميل[4]، كما أن بعضا من الفقه[5] يرى بأن هذا المقابل لا يكون مباشرة من المريض إلى المتبرع، فلا يوجد مانع من تدخل الدولة عبر لجنة خاصة أو الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بالاشتراك مع الجمعيات والمؤسسات المعنية لوضع نظام عام يهدف إلى مساعدة المتبرع ماليا، كإصدار

1 – أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 176.

2 – Article 21 – « Prohibition of financial gain The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain ».

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 322.

4 – أسامة على عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 227.

5 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 133.

وثيقة تأمين تغطي مختلف المخاطر التي يتعرض لها المتبرع خلال عملة النزع أو غيرها، وتقوم هذه المساعدات المالية على اعتبار إنساني بحت فهي لا تعكس قيمة العضو المنتزع منه.

وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 21[1] من البروتوكول الإضافي ستراسبورغ 2002 على أنه لا مانع من تعويض المتبرع عن خسائره المالية والتي قد تتمثل في خسائر الدخل أو نفقات مبررة ناجمة عن عملية النزع أو الفحوص الطبية متعلقة بالعملية وتعويضه عن الأضرار التي قد تحدث نتيجة استئصال أي عضو من أعضائه أو أنسجته.

وكما أكدته أيضا الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية المنعقدة بتاريخ 25 مارس 2015 في الفقرة الثالثة من المادة 4[2] والتي اعتبرت أن تعويض المتبرع عما فاته من كسب ونفقات الاستئصال وإجراء الفحوصات الطبية ليست من قبيل المحظور.

وقد نصت بعض التشريعات على جواز تحمل المريض لمختلف التكاليف المترتبة عن عملية استئصال العضو وكذا المصاريف اللاحقة لعملية الزرع كنفقات الإقامة والتنقل، ويمكن أن تصل إلى حد تعويض المتبرع عن ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة[3]. كالمشرع البريطاني والذي نص في المادة 3 من قانون زرع الأعضاء البشرية لسنة 1989[4] بأنه لا يعد من قبيل المقابل المادي المحظور تكاليف عملية

1 - Article 21 : Prohibition of financial gain 1- The human body and its parts shall not, as such, giverise to financial gain or comparable advantage. The aforementioned provision shall not prevent payments which do not constitute a financial gain or a comparable advantage, in particular:

. compensation of living donors for loss of earnings and any other justifiable expenses caused by the removal or by the related medical examinations, payment of a justıfiable fee for legitimate medical or related technical services rendered in connection with transplantation, compensation in case of undue damage resultıng from the removal of organs or tissues from living persons".Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Strasbourg, 24 1.2002.

2 - Article 4 "The expression "financial gain or comparable advantage" shall, for the purpose of paragraph 1, b and c, not include compensation for loss of earnings and anyother justifiable expensescaused by the removal or by the related medical examinations, or compensation in case of damage whichis not inherent to the removal of organs". Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Santiago de Compostela, 25 03.2015

3 – عصام فريد عدوى، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

4 - In this section "payment" meanspayment in money or money'sworth but does not includeany payment for defrayıng or reimbursing .a- the cost of removing, transporting or preserving the organ to besupplie. dany expenses or loss of earning sincurred by a personso far as reasonably and directly attributable to hissupplying an organfrom has body

استئصال العضو، وكذلك لا يعد مقابل التعويض عما لحق المتبرع من خسارة وما فاته من كسب طالما كان ناتجا عن عملية استئصال العضو منه، وكذلك المشرع الأمريكي في الفقرة الثالثة من المادة 301 من قانون زرع الأعضاء الوطني الصادر سنة 1984[1] بأنه لا يعد من قبيل المقابل دفع تكاليف عمليتي الاستئصال والزرع، وكذلك لا يندرج تحت هذا المصطلح النفقات التي يتكبدها المتبرع كنفقات التنقل والإقامة أو ما يلحقه من خسائر[2].

أما المشرع الفرنسي فقد جعل كل النفقات والمصاريف والتعويضات على نفقة المؤسسات الاستشفائية، وهذا لكي يضمن عدم استغلال هذه المصاريف والتعويضات للمتاجرة بالأعضاء، فالمشرع الفرنسي قد أرسى بدوره قاعدة أساسية مفادها أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية كما جاء في نص المادة L 1211-4[3] من ق.ص.ع.ف، بأنه يمنع تقديم أي مقابل مهما كان شكله لمن يتبرع بأعضاء جسمه أو مشتقاته، ولتجنب الانزلاق في ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، وللقضاء على أي شبهة منع تقديم أي مكافئة للمتبرع أو تعويضه عن المصاريف التي تكبدها في سبيل تبرعه بأحد أعضاءه، إلا أنه في نفس الوقت أجاز حصول المتبرع على بعض المزايا المالية التي تعوضه عن النفقات وتتولى المؤسسة الصحية بتسديد وتعويض كافة المصاريف والتعويضات التي يتحملها جراء عملية انتزاع العضو من جسده[4]، فنص ق.ص.ع.ف في المواد 1211-2، 1211-4، 1211-5، 1211-6، 1211، على أنه عند استئصال العضو لأغراض علاجية تقوم المؤسسة الصحية بتسديد نفقات وتكاليف السفر والإقامة[5]، وإذا كانت إقامة المتبرع خارج المستشفى فإنها تقوم بتسديد تكاليف الإقامة

1 - "The term "valuableconsideration" does not include the reasonable payments associated with the removal, transportation: implantation, processing, preservation, quality control, and storageof a humanorganor the expenses of travel, housing, and lost wagesincurred by the donor of a humanorgan in connectionwith the donation of the organ". National Organ Transplant Act 1984.

2 - دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 255- 256 .

3 - Art. L.1211-4 «Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits.

Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte.

Pour l'application des dispositions du chapitre II du titre IV du livre Ier de la première partie du présent code, le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur une personne vivante qui en fait le don dans l'intérêt thérapeutique d'un receveur est assimilé à un acte de soins »

4 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 195 - 196.

5 - Art. R. 1211-2 "A l'occasion du prélèvement d'éléments ou de la collecte de produits du corps humain, y compris des gamètes, réalisés à des fins thérapeutiques, l'établissement de

الفعلية المتكبدة عند تقديم المستندات اللازمة لإثبات ذلك[1]، كما تتولى المؤسسة الصحية التي تقوم بعملية استئصال العضو التعويض عن خسارة الأجر التي يتكبدها المتبرع، ويتم دفع تعويض عن فقدان الأجر عند تقديم الوثائق اللازم التي تثبت ذلك[2]، وكذلك النفقات المتعلقة بالسفر لإجراء الفحوصات والعلاجات التي تسبق أو تتبع عملية الاستئصال، كذلك تكاليف السفر للتعبير عن موافقة المتبرع وجلسات لجنة الخبراء[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد منع التعامل المالي بالأعضاء البشرية، إلا أنه لم ينص صراحة في قانون الصحة على جواز أو حظر صرف مكافأة للمتبرع، تشجيعا له على عمله الإنساني ولتضحيته بعضو أو نسيج أو خلايا جسده، لكن هذا لا يمنع المريض من تحمل بعض تكاليف العملية من الإقامة خارج المستشفى ومصاريف المتابعة الصحية بعد العملية[4]، فالمشرع الجزائري لم يمنح للمتبرع مزايا كبيرة، على عكس المشرع البريطاني والفرنسي والذين منحا للمتبرع مجموعة من المزايا كتكفل الدولة بنفقات عملية استئصال العضو وتأمينه ضد المخاطر المستقبلية الناتجة عن العملية والحق في تعويض المتبرع عن عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة أثناءه عملية الاستئصال، وكذا المصاريف الأخرى كمصاريف التنقل والإقامة إذا كانت إقامة المريض خارج المستشفى، ومصاريف الرعاية الصحية السابقة واللاحقة لإجراء العملية.

ويتمثل التعويض الذي منحه المشرع الجزائري للمتبرع في تكفل الدولة بنفقات العلاج حيث أكد المشرع على إلتزام الدولة بنفقات العمليات من خلال منع إجراء نزع الأعضاء وإجراء العمليات إلا في

---

santé qui réalise le prélèvement rembourse au donneur, sur production des justificatifs nécessaires, les frais de transport et d'hébergement".

1 - Art. R. 1211-4 "Les frais d'hébergement hors hospitalisation du donneur sont pris en charge sur la base des dépenses réelles engagées, sur présentation des justificatifs nécessaires....".

2 - Art. R. 1211-5 "L'établissement de santé qui réalise le prélèvement prend le cas échéant à sa charge l'indemnisation de la perte de rémunération subie par le donneur L'indemnité pour perte de rémunération est versée sur présentation des justificatifs nécessaires et ne peut être supérieure au (Décr n° 2009-217 du 24 févr 2009, art. 1) «quadruple» de l'indemnité journalière maximale de l'assurance maladie du régime général prévue à l'article L 323- 4 du code de la sécurité sociale" code de la santé publique

3 - Art. R. 1211-6 "Les dispositions des articles R. 1211-2 à R 1211-5 s'appliquent aux déplacements afférents aux examens et soins qui précèdent ou suivent le prélèvement (Décr n° 2009-217 du 24 févr 2009, art 1 ") «ou la collecte» ainsı qu'aux déplacements effectués pour l'expression du consentement du donneur conformément aux artıcles L 1231-1, L 1231-3 et L. 1244-2 et les auditions par le comité d'experts prévu à l'article L. 1231-3" code de la santé publique

4 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 177.

المؤسسات الاستشفائية العمومية والتي هي تابعة للدولة والمرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة فنصت المادة 366 الفقرة الأولى من قانون الصحة على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء...". حيث تضمن المؤسسات الاستشفائية العمومية مجانية العلاج الذي يكون على نفقة الدولة والتي تضم عمليات نزع وزرع الأعضاء، وبالتالي فالدول تتكفل بمصاريف عملية نقل وزرع الأعضاء من خلال مبدأ مجانية العلاج، والذي نصت عليه المادة 13 من قانون الصحة كمايلي: "تضمن الدولة مجانية العلاج، وتضمن الحصول عليه لكل المواطنين عبر التراب الوطني. وتنفذ كل وسائل التشخيص والمعالجة واستشفاء المرضى في كل الهياكل العمومية للصحة، وكذا كل الأعمال الموجهة لحماية صحتهم وترقيتها ".

كما تضمن الدولة التكفل بالفحوصات الطبية للمتبرع والمريض بالإضافة إلى التكفل المتابعة الطبية وهذا ما جاءت به المادة 359 في فقرتها الثانية والتي نصت على أنه: "... يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذلك المتابعة الطبية لهما"، كما منع المشرع على الممارسين في هذا النوع من العمليات أن يتقاضوا أي أجر على عملهم، فنصت المادة 367: "لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن العمليات".

المطلب الرابع

رابطة القرابة بين المتبرع والمريض

لقد حدد المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، في القسم الخاص بالأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، فإن عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء تتم حصرا بين الأقارب الذين يحق لهم التبرع بالأعضاء البشرية طبقا للأصل العام، لكن أورد القانون الجديد استثناء للقاعدة العامة ، وهو التبرع المتقابل والذي يجيز نقل الأعضاء بين غير الأقارب بشروط معينة، وذلك نقلا عن المشرع الفرنسي، وبالتالي تعتبر التجربة العربية الأولى من نوعها.

وفيما يلي سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى لهم الحق في التبرع بالأعضاء من الأقارب، والاستثناء من غير الأقارب (التبرع المتقاطع)، كل منهما في فرع مستقل على النحو الآتي:

الفرع الأول: نقل وزرع الأعضاء بين الأقارب الفرع الثاني: نقل وزرع الأعضاء بين غير الأقارب

الفرع الأول

نقل وزرع الأعضاء بين الأقارب

من الواجب على الطبيب قبل القيام بعملية نزع وزرع العضو أو النسيج البشري أن يتأكد من توافر شرط صلة قرابة بين المتبرع والمريض، كما يجب أن يتأكد من عدم تعرض المتبرع لأي نوع من الضغوط مهما كان نوعها، وذلك بأن يستشعر الدافع من عملية التبرع كما لو كان المتبرع حريصا على إنقاذ حياة قريبه، والذي يعتبر دافعا معقولا يعكس مبادئ التراحم والتضحية والإيثار[1].

فقد أكدت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري على ضوابط تحكم عمليات التبرع بالأعضاء، ومن بين أهم هذه الضوابط ضرورة توافر صلة القرابة بين المتبرع والمريض، والتي يسمح خلالها فقط بنقل الأعضاء، وهذا بهدف محاولة القضاء أو الحد من ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية[2].

ويرى البعض أن اشتراط صلة القرابة يجب أن يكون لأسباب طبية، وذلك لتفادي مشكلة رفض الجسم للعضو الجديد[3]، وهناك من يرى أن التقيد بوجود صلة القرابة يعني عدم وجود علاقة مادية، وهذا من شأنه أن يحل مشكلة الإتجار بالأعضاء و السفر للخارج وتكبد النفقات الباهظة لإجراء العمليات[4].

إن المشرع الجزائري من بين التشريعات التي اشترطت صلة القرابة بين المتبرع والمريض في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 وهذا كقاعدة عامة، فنصت المادة 359 في فقرتها الأولى على أنه: "يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية...."، ثم قام المشرع في الفقرة الثانية من المادة 360 بتحديد قائمة الأقارب الذين يجوز لهم التبرع بأعضائهم للمريض، وعليه فلا يجوز الخروج على هذه القائمة، فنص المادة على أنه: "... يجب أن يكون المتبرع، أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمة أو ابنة عم أو ابنة خال أو ابنة عمة أو ابنة خالة أو ابن عم أو ابن خال أو ابن

1 – أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 131.

2 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 244.

3 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 260.

4 –بن عاطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2019/2018،ص94.أنظر أيضا:جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي،دار النهضة العربية، القاهرة،2001،ص269

عمة أو ابن خالة أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو ابنة شقيق أو ابنة شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب أو زوج أم المتلقي...".

وقد اعتمد المشرع صلة القرابة العائلية بين المتبرع والمريض كشرط للتبرع بالأعضاء البشرية، من خلال تحديد مجموعة من الأشخاص الذين يجوز التبرع لهم على سبيل الحصر والذين تربطهم علاقة قرابة بالمريض، كما أن اشتراط صلة القرابة هو الاطمئنان إلى عدم وجود عمليات بيع وشراء للأعضاء. لأن من يتنازل على جزء من جسده يجب أن يكون بدافع التراحم والمحبة العائلية، فلم يستعمل المشرع مصطلح " القرابة العائلية " بصفة عامة أو يتوسع فيها بل قام بحصرها، لأن القرابة البعيدة يمكن أن تكون من خلفها عمليات بيع وشراء الأعضاء.

على العكس المشرع المصري الذي استعمل لفظ الأقارب، أي أنه اشترط توافر صلة القرابة بين المتبرع والمريض، وأطلق لفظ "الأقارب" بالمعنى العام فلم يحدد درجة القرابة، وهذا يعني جواز التبرع بين الأقارب من الدم أو الرضاعة أو النسب، ويستنتج أن القرابة هنا إلى غاية الدرجة الرابعة، لذا كان على المشرع المصري أن يقيد التبرع بين الأقارب برابطة الدم وأن يجعله مقصورا على الدرجة الرابعة[1].

فنصت المادة 4 من القانون 5 لسنة 2010 في فقرتها الأولى على أنه: "مع مراعاة أحكام المادتين (2،3) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزراعة في جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين... ".

وأضافت المادة 5 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 الصادرة سنة 2011 شروطا خاصة للتبرع بين الأقارب فنصت في الفقرة الثالثة على:

"... ويشترط لقبول التبرع بين الأقارب ما يأتي:

- ألا يزيد المتبرع على 50 عاما
- أن يكون المتبرع كامل الأهلية
- أن يكون هناك توافق في الأنسجة وفصيلة الدم
- أن يتم إجراء كافة الفحوصات اللازمة لإثبات سلامة المتبرع وقدرته على التبرع وملائمة المتبرع به للمنقول إليه واحتياج المنقول إليه إلى الزرع.
- أن تكون عملية الزرع ذات فرص نجاح مقبولة طبقا للقواعد العلمية الطبية المتعارف عليه

1 - عبد الملك صالح أحمد باعباد، المرجع السابق، ص 150.

– أن يتم الزرع في أحد المنشآت الطبية المرخصة لها بذلك طبقا لأحكام القانون وهذه اللائحة، أن يتم التأكد من عدم وجود مقابل مالي أو ضغط نفسي في جميع حالات التبرع....".

فيما أكدت اتفاقية أفييدو في البروتوكول الإضافي لسنة 2002 بسترانسبورغ على ضرورة الأخذ بصلة القرابة في التبرع بالأعضاء بين كل من المتبرع والمريض، في مادتها 10[1] على أن العضو الذي يأخذ من المتبرع الحي لمصلحة المنقول له والذي تربطه به علاقة شخصية وثيقة بالمانح، كما تنص قوانين الدول على تلك العلاقة، وفي غياب تلك العلاقة فإنه يجب أن يكون وفقا للقانون الذي يحدد ذلك وبموافقة هيئة مستقلة مناسبة.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على صلة القرابة

لقد أجاز المشرع الجزائري التبرع بالأعضاء البشرية لغير الأقارب على سبيل الاستثناء من خلال ما يطلق عليه التبرع المتقاطع للأعضاء البشرية، وأخذ بهذه الطريقة الجديد في قانون الصحة 18-11 لمحاولة توفير الأعضاء البشرية في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمريض، وخاصة مع العزوف الكبير للأقارب على التبرع بالأعضاء البشرية، فنصت المادة 360 في فقرتها الثالثة والرابعة على أنه: "... غير أنه، وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلة، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيين" متبرع – متلقي" متطابقين. ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي....".

فالتبرع المتقاطع للأعضاء تم وضعه للحالات التي يكون فيها فرد من العائلة مستعد للتبرع لكن لا يمكنه القيام بالزراعة لعدم التوافق المناعي بينهما، فيتم التبادل مع ثنائي آخر لم يستطيع هو الآخر التبرع لبعضهم البعض لوجود نفس الإشكال والمتمثل في عدم التطابق المناعي، فيتم التبادل بين الثائيين فيما بينهم، على أساس أن يتم التبرع من متبرع الثنائي الأول إلى مريض الثنائي الثاني ومن متبرع الثنائي الثاني إلى مريض الثنائي الأول.

1 - Article 10 -" Potential organ donors "Organ removal from a living donor may be carried out for the benefit of a recipient with whom the donor has a close personal relationship as defined by law, or, in the absence of such relationship, only under the conditions defined by law and with the approval of an appropriate independent body", - Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin -Strasbourg, 24 I 2002.

ويسمح التبرع المتقاطع للأعضاء بالتبرع بين غير الأقارب، عند عدم توفر متبرعين من الأقارب وعدم توفر الأعضاء البشرية من الموتى ولتجنب الانتظار الطويل في قائمة انتظار الأعضاء من المتبرعين المتوفين، كما أن لهذا النوع من التبرع يضمن منع التلاعب بالأعضاء والإتجار بها ويحقق الهدف من التبرع ألا وهو تحقيق التضامن الإنساني، وقد يصل إلى قمة التضامن عندما يكون العطاء للغير، فهذا التضامن هو الذي يلبس الإنسانية ردائها ويضفي على البشرية ما يميزها عن غيرها.

ولقد حاول المشرع ضبط هذا النوع من التبرع من خلال توفير السرية التامة لتفادي أي شبهة حول الإتجار بالأعضاء البشرية[1]، فيجب أن يقترح اللجوء إليه من قبل الطاقم الطبي أو الإداري، ودون أن يتم الكشف عن هوية المتبرعين أو المتلقين لبعضهم البعض.

كما أجاز المشرع المصري أيضا التبرع لغير الأقارب، فنص في الفقرة الثانية من المادة 4 من القانون رقم 5 لسنة 2010 على أنه: "... ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة الخاصة التي تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقا للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وهنا نجد أن المشرع المصري تم نقده على أساس أنه جانب الصواب، باعتبار أن هذا الاستثناء لا يتوفر على ضمانات كافية تمنع التلاعب بالأعضاء، فخاصة في ظل انتشار مافيا عمليات البيع والشراء للأعضاء البشرية، وانتشار الفقر واحتياج الناس، كان ينبغي على المشرع أن يغلق هذا الباب، فيمنع التبرع من غير الأقارب وذلك منعا للتحايل وسدا للذرائع، فكان على المشرع أن يسلك مسلك المشرع الفرنسي والذي اقترب من الفقه الإسلامي في قصره التبرع بين الأقارب على قرابة الدم، وحظر التبرع لغير الأقارب[2]، أو الأخذ بالتبرع المتقاطع والذي يضمن بشكل كبير عدم التلاعب بالأعضاء بالبشرية.

1 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 180.

2 – محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 189.

المبحث الثاني

القيود الطبية والإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إن توافر علاقة القرابة بين كل من المتبرع والمريض، وتوافر الرضا لكل منهما بالشروط السالفة الذكر، وكانت هناك ضرورة للقيام بعملية نقل وزرع العضو باعتبارها الوسيلة الوحيدة لتجنب خطر محدق بالمريض يستوجب نقل عضو جديد له، فهذا ليس معناه أنه قد أصبحت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية مباحة على إطلاقها، بل يجب أيضا توافر ضوابط طبية وإدارية للقيام بعملية نقل وزرع العضو، كما يجب أن تكون متوافقة مع النظام العام والآداب العامة، لكي لا يفقد هذا الرضا أثره ويصبح غير ذي معنى لعدم موافقته للمبادئ الطبية والأخلاقية والنظام العام، فليس للرضا أي قيمة قانونية إذا خرج عن الحدود المتعلقة بحق المجتمع، وبالتالي تصبح عملية نقل وزرع الأعضاء خاضعة للتجريم والعقاب[1].

القاعدة العامة الواجب مراعاتها والتأكيد عليها دائماً في مجال زرع الأعضاء البشرية هو أن ذلك يتم لأغراض علاجية، وأن يهدف لمساعدة المرضى لاستكمال حياتهم دون أضرار، وأن يتم ذلك العمل لأعراض طبية وليس لأغراض تجريبية[2].

وقد نص القانون على العديد من القيود التي يجب أن يلتزم بها الأشخاص منها قيود طبية وأخرى إدارية أو قانونية، ونرى من الضروري تنظيم هاته القيود العامة، فمنها ما يجب أن يلتزم بها الأطباء والقائمين على إجراء تلك الجراحات، ومنها ما هو هي مرتبطة بالمصالح الإدارية والمؤسسات الاستشفائية، وسوف نتناول القيود العامة المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية على النحو التالي:

المطلب الأول: القيود الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: القيود الإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

1 – دنيا عبد العزير فهمي، المرجع السابق، ص 347.

2 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 74.

المطلب الأول

القيود الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد أثبت الطب في معظم بلدان العالم أنه بالإمكان إنقاذ حياة عدد كبير من المرضى، وذلك باستبدال بعض الأعضاء ونقلها للمرضى الذين هم في حاجة إليها، بسبب عدم قيام أعضائهم بأداء وظائفها، وذلك وفقاً لضوابط وقيود طبية تتصل في جوهرها بالمصلحة العلاجية من خلال محاولة شفاء المريض، ومدى صلاحية العضو المنقول، ومدى تقبل الجسم المنقول إليه هذا العضو، والمتابعة الطبية اللاحقة، ومن ثم فإنه نظرا للزيادة المضطردة لتلك العمليات فقد أصبح من الضروري تنظيم هذا النقل وفقا لضوابط معينة يراعى فيها خطورة هذا النقل وضرورة المحافظة على صحة كل من المتبرع والمريض[1].

وسوف نتناول بعض القيود الطبية وذلك على النحو ما يلي:

الفرع الأول: المصلحة العلاجية

الفرع الثاني: المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمريض وعدم نقل عضو حيوي

الفرع الثالث: توافق أنسجة المتبرع والمريض والتأكد من صلاحية العضو قبل الزرع

الفرع الرابع: حظر زرع الأعضاء البشرية الناقلة للصفات الوراثية

الفرع الخامس: المتابعة الطبية اللاحقة

الفرع الأول

المصلحة العلاجية

إن المبدأ الأساسي هو أن سبب إباحة الأعمال الطيبة هو انتفاء القصد الجنائي، وتوافر المصلحة العلاجية لدى المعالج لأنه لا يقصد الإضرار بالمريض بل يهدف إلى شفائه، فلا يجوز للطبيب أن يختبر أسلوبا جديدا للعلاج على أي شخص لمجرد التجربة ذاتها، أو بالأحرى لإشباع شهوة علمية سيطرت عليه، فالإنسان ليس حقلا للتجار العلمية أو الطبية، ومتى خالف الطبيب ذلك وجب مسائلته وتوقيع الجزاء عليه[2].

1 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 88.

2 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 125 – 126.

وبالتالي لا يتصور إباحة نقل الأعضاء إلا إذا توافرت مصلحة علاجية خطيرة للمريض، تستوجب إجراء نقل العضو له، ومن ثم لا يجوز التنازل عن أحد أعضاء الجسم لشخص ليس بحاجة ماسة إلى هذا العضو، وهذا يعني أنه لو كان هناك طرق أخرى للعلاج دون زراعة الأعضاء البشرية، فإنه يجب إتباعها لحين الوقوف على استحالة استمرار الحياة دون هذا الزرع. والقاعدة الشرعية والخاصة بعدم التداوي بالمحرمات قد أجازتها، بشرط ألا يكون هناك بديلاً عنها من الأشياء المباحة أو يقوم مقامها[1].

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص صراحة على قصد العلاج، فأجاز عمليات نقل وزرع الأعضاء لغرض العلاج وبالتالي تحقيق المصلحة العلاجية. ولاشك أن قصد العلاج يتوافر بالنسبة للمريض أو المستفيد من العلاج فنقل عضو إليه قد يؤدي لإنقاذ حياته من موت محقق أو شفائه من المرض[2]، وعليه فإن نقل العضو له يجب أن تعود بالنفع عليه، فالإباحة تدور وجودا وعدماً مع تحقيق مصلحة علاجية للمريض.

وقد نصت المادة 355 من قانون الصحة الجزائري على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، فعمليات انتزاع الأعضاء يجب أن يكون الهدف من ورائها تحقيق غاية علاجية أو تشخيصية فقط، ولو أن هذا المبدأ من المبادئ العامة ومن عموميات العمل الطبي وفي مجال زرع الأعضاء البشرية، خصوصا أن المقصد منها هو تجنب الإتجار وتحقيق الربح المادي[3] من الأعضاء البشرية، أو تحقيق أهداف أخرى غير مشروعة، كأن يكون التبرع لغرض التهرب من الواجبات أو التحايل على القانون كالتهرب من الخدمة الوطنية[4]، ولهذا لا يجوز المساس بجسم الإنسان دون وجود ضرورة علاجية تحفظ فيها كرامة وقدسية الجسم الإنساني.

1 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 78.

2 – معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 227.

3 – مُحَّدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 133.

4 – إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الثاني

المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمريض وعدم نقل عضو حيوي

وإذا كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تسعى إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض، من خلال زرع عضوا أو نسيجا سليم مكان العضو أو النسيج التالف، دون الإضرار بالمتبرع الذي لا يستفيد من تلك العملية ولتحقيق الموازنة بين المصلحتين المتعارضتين[1]، لابد من ضبط هذا النوع العمليات بأقصى الشروط والضمانات لنجاحها وتقليص المخاطر التي تنتج عنها[2].

وقد أكد المشرع الجزائري على عدم تعريض حياة المتبرع للخطر، من خلال قانون الصحة في المادة 360 في فقرتها الأولى والتي نصت على أنه: " لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع للخطر..".

يجب على الطبيب عند تعامله مع المتبرع أن يضع في اعتباره بأنه يتعامل مع شخص لا يحتاج إلى تدخل طبي، ولا توجد ضرورة للمساس بجسده، فهو ملزم بالإهتمام بسلامته وعدم تعريضه للخطر، فالمتبرع ليس ملزما بوضع نفسه في موضع الخطر إلا لنبل مقصده وسمو أخلاقه، ورغبته في إنقاذ الغير من خطر الموت، كما يجب أن تكون عملية الزرع ذات فرص نجاح مقبولة، طبقا للقواعد الطبية المتعارف عليها، وإلا فلا يكافئ المتبرع على موقفه النبيل هذا، إذ يعرض حياته وسلامته الجسدية للخطر بفقدان منفعة العضو والقدرة على ممارسة وظيفته الاجتماعية، كما لا يضعف أمام سلطان المال أو النفوذ، ويضحي بشخص فقير من أجل إنقاذ آخر غني، أو بشخص عادي لإنقاذ حياة شخص ذو وضع اجتماعي أو سياسي[3].

وكذلك يجب التأكد من خلو المتبرع من الأمراض وخاصة الفيروسية والبكتيرية ومدى تقبل العضو، وذلك بإجراء مجموعة من الفحوصات والتحاليل الطبية، لم في ذلك من مخاطر كحالة إصابة صاحبه بمرض معدي، لتجنب نقل العدوى إلى المستفيد، ومن ثم تصبح ضرر عملية الزرع أكبر بكثير من المصلحة المرجوة منها، إذ يتصور أن ينتج عن ذلك هلاك المريض بدلاً من علاجه[4]، وهذا ما أكدته المادة 361 في فقرتها الأولى: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من قصر أو عديمي الأهلية، **كما**

1 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 77.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 399.

3 – المرجع السابق ذكره، ص 400.

4 – زهور أشواق، المرجع السابق، ص 106.

يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي.... ".

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 11[1] من البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي لسنة 2002، على أنه يجب أن يتم إجراء الفحوصات والتدخلات الطبية المناسبة قبل نزع الأعضاء أو الأنسجة لتقييم وتقليل المخاطر الجسدية والنفسية على صحة المتبرع، كما أكدت المادة 6[2] من نفس البروتوكول على إلتزام الأطباء القائمين بعملية الأعضاء والأنسجة، باتخاذ المعايير المناسبة لتقليل المخاطر التي قد تنجم عن النقل أو انتقال أي أمراض إلى المريض، وتجنب كل ما قد يؤثر على العضو وملاءمته للقيام بالعملية أو المستقبلية منها لنقل الأعضاء والأنسجة.

لا يجوز للمتبرع أن يتبرع بعضو من الأعضاء المنفردة، كما لا يجوز أيضا للطبيب نزع عضو حيوي يترتب على نقله حدوث الوفاة مباشرة، حتى لو وافق المتبرع مثل نقل القلب أو الكبد أو المخ أو غيرها من الأعضاء المنفردة، ويرجع سبب ذلك لأن تلك الأعضاء منفردة يتوقف على وجودها حياة الإنسان، وانتزاعها يؤدي به إلى الهلاك المتبرع[3]، حتى ولو كان انتزاع عضو من الأعضاء المزدوجة لا يؤدي إلى هلاك المتبرع، وكما يمنع أيضا نزع عضو مزدوج إذا كان العضو المتبقي لا يؤدي إلى هلاك المتبرع، لكن يحرم المتبرع من أداء وظيفته الحيوية بالشكل المطلوب، والحد الأدنى الذي يؤثر في حياة المتبرع ويعيش المتبرع حياة عادية، كنقل إحدى العينين لأن نقل إحدى العينين يؤثر في الرؤية ويؤثر في حياة المتبرع، أو نقل الكلية السليمة لدى شخص كليته الثانية مريضة، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز الانتزاع في هذه الحالة[4] أيا كانت المبررات حتى ولو أقره المتبرع، فكلها تصرفات محظورة وتقع باطلة بطلاناً مطلقاً وتعرض الطبيب القائم بها للمسؤولية الجنائية والمدنية.

---

1 - "Beforeorgan or tissue removal, appropriatemedical investigations and interventions shallbecarried out to evaluate and reducephysical and psychologicalrisks to the health of the donor. …" Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Strasbourg, 24.1.2002.

2- Article 6 - Health and safety. " All professionals involved in organ or tissue transplantation shall take all reasonable measures to minimise the risks of transmission of any disease to the recipient and to avoid any action which might affect the suitability of an organ or tissue for implantation ". Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Strasbourg, 24.1.2002.

3 – خالد مصطفى فهمي، ص 89.

4 – معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 232.

الفرع الثالث

توافق أنسجة المتبرع والمريض والتأكد من صلاحية العضو قبل الزرع

من أهم المظاهر التي ترهن نجاح عملية نقل وزرع العضو هي ظاهرة "لفظ الأجسام الغريبة"[1] le phénomène de rejet، ولتجنب هذه الظاهرة يجب التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو والمستقبل له، وذلك قبل البدء في عملية نقل العضو وزرعه[2]، فلم يعد العمل الجراحي المتعلق بالعمليات نقل وزرع الأعضاء يمثل أي مشكلة مع تطور الطبي الكبير، لكن يبقى الإشكال في استمرار تحفز الجسم لطرد العضو المنقول هو ما يقلل من فرص نجاحها، حيث يوجد في العالم حوالى3000 مليون شخص لكل منهم نسيج بروتينى يختلف عن الآخر، تماما كما تختلف بصمة الأصبع، وذلك باستثناء التوائم المتماثل أي " التوأم الحقيقي " فأنسجتهم من نفس النوع[3].

وقد حققت عمليات نقل الأعضاء نجاحا باهرا، إثر اكتشاف أساليب وعقاقير تقلل من ظاهرة «اللفظ»[4]، وتساعد جسم الإنسان على عدم التفاعل مع الأنسجة والخلايا الغريبة التي تم زرعها، وتثبط جهاز المناعة مما يساعد الجسم على تقبل العضو الجديد[5].

فمن العبث استئصال عضو سليم من إنسان حي، إذا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة بسبب رفض جسم المريض للعضو المزروع، وذلك ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي تباح من أجلها عمليات

---

1 – وتفسير ظاهرة الرفض من الناحية الإكلينيكية بأنه في حالة نقل عضو من نسيج مغاير لأنسجة جسم المريض تقوم نوع من الخلايا المعروفة باسم الماكروفاج، وهي نوع خاص من كرات الدم البيضاء بالتعرف على العضو المنقول وإعداد تقرير بذلك يتم إرساله إلى الخلايا المعروفة باسم ليمفوست " T " المساعدة التي تقوم بدورها بعمل انقسام شديد في خلايا الجهاز المناعي منتجة نوعين من الخلايا الأولى خلايا ليمفوسيت "T" القاتلة والخلايا الثانية خلايا ليمفوسيت " T " التي تتحول إلى خلايا البلازما المنتجة للأجسام المضادة Anticorps ويتعرض بذلك العضو المنقول لعدوان شامل من الأجسام المضادة وخلايا ليمفوسيت " T " القاتلة وخلايا الماكروفاج وهو ما يترتب عليه في النهاية " لفظ " العضو المنقول. مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 210.

2 – زهور أشواق، المرجع السابق، ص 106.

3 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 209.

4 – وقد حاول الأطباء تقليل من ظاهرة " اللفظ " وذلك باستخدام أسلوبين أولهما بتعريض جسم المريض المراد نقل العضو إليه لأشعة اكس وثانيهما إعطاء بعض العقاقير المثبطة لجهاز المناعة مثل سيكلوسبورين A وهو عبارة عن مادة كيميائية يفرزها أحد الطحالب الموجودة في التربة، ويعتبر هذا العقار من أكثر العقاقير كفاءة في إيقاف ظاهرة لفظ الأجسام المنقولة. وعلى أي حال فإن عملية تثبيط الجهاز المناعي للجسم لها آثارها الجانبية الخطيرة فهي تجعل المريض أكثر عرضة للإصابة بالميكروبات والفيروسات والفطريات المختلفة، وقد يحدث عن ذلك تسمم دموى ينتهي بالوفاة. مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 210.

5 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 90.

استئصال وزرع الأعضاء البشرية، فلذلك يلتزم الطبيب بإتباع واحترام الأصول العلمية الثابتة للتحقق من مدى توافق الأنسجة[1].

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 359 من قانون الصحة، والتي نصت على أنه: "يمكن نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية **ومطابقة** مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية...."، فمن خلال ما جاء به المشرع على ضرورة أن يكون الاستئصال من أقارب المريض، وأن يكون هناك تطابق وتوافق الأنسجة مع المريض، كما حرص المشرع على الامتثال الصارم للقواعد الطبية، أي أن الطبيب يلتزم بالأصول الطبية المتعارف عليها وما تقتضيه أصول مهنة الطب، وإن كان الطبيب غير ملزم بضمان نجاح عملية الزرع، إلا أنه ملزم بأن يتأكد من قبول جسم المريض لذلك العضو، وأن تكون عملية الزرع ذات فرص نجاح مقبولة، ويتأكد من خلال إجراء التحاليل اللازمة، ليتيقن من تطابق أنسجة المتبرع مع المريض، وصلاحية العضو قبل عملية استئصال العضو.

من خلال ذلك يتضح لنا أن عملية استئصال وزرع العضو يجب أن تتم وفق منظومة مترابطة، وقبل أن نقوم بإجراء تلك العملية، يستلزم إجراء كافة الإختبارات والفحوصات والتحاليل الطبية، للتأكد من صلاحية العضو للزرع، ووجود توافق بين العضو المزروع وباقي أعضاء الجسم، حتى لا يحدث تنافر بين الأعضاء يؤدي إلى وفاة المريض[2].

الفرع الرابع

حظر زرع الأعضاء البشرية الناقلة للصفات الوراثية

يقصد بالأعضاء التناسلية تلك الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب، وتشمل الأعضاء والأجهزة التناسلية الخارجية، وهي عند الرجل تتمثل في القضيب كجهاز تناسلي خارجي، والخصيتين والقناة الناقلة للمني كأعضاء تناسلية باطنية، أما بالنسبة للمرأة فيكون الرحم كجهاز تناسلي داخلي، بالإضافة إلى المبايض وقناتي فالوب[3].

1 – إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص 115.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 421.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 351.

ويتكون الجهاز التناسلي لدى الرجل والمرأة من أعضاء وظيفتها إفراز الهرمونات اللازمة للتخصيب، سواء الحيوانات المنوية للذكر أو البويضات للأنثى، وتحمل كل منها الصفات الوراثية لكل واحد منهما، فالخصية في الرجل تقوم بدور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية، بواسطة تأثير الهرمونات على المواد الأولية، وتحمل تلك الحيوانات الصبغة الوراثية الخاصة بالرجل، وكذلك بالنسبة للمرأة، حيث تقوم المبايض بإنتاج بويضات تحمل الصفات الوراثية التي ورثتها الأنثى من والديها، ويعتبر نقل الأعضاء الأنثوية أو الذكورة بمثابة خلط للأنساب، فيشترط فقهاء الشريعة أن يكون نقل الأعضاء غير مؤديا لخلط الأنساب[1].

والعلة في حظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية في الرجل أو المرأة، تتمثل في عدم اختلاط الأنساب، المخالفة لتعاليم الأديان السماوية والقيم الأخلاقية والآداب العامة، ويترتب عليه الكثير من المشاكل الاجتماعية والأمنية، التي تهدد الأمن والسلام الاجتماعي على المدى القريب والبعيد.[2]

وقد أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس، بجدة في المملكة العربية السعودية، خلال الفترة من 13 ـ 20 مارس 1990، وقرر مايلي: "بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه، حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعا".

وقد نصت الفقرة الثانية المادة 2 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010، على أنه: "يحظر زرع الأعضاء أو أجرائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب"، كما نصت الفقرة الثالثة المادة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون رقم 5 لسنة 2010 على أنه: "وفي جميع الأحوال يحظر نقل الأعضاء أو أجرائها أو الأنسجة إذا كان النقل سيؤدي إلى اختلاط الأنساب".

وتقديرا لهذه الحكمة، أكد المجتمعون في الندوة العلمية حول زرع ونقل الأعضاء، واستئجار الأرحام والإستنساخ ومدى شرعيتها، خلال الندوة المنعقدة في بيروت، في الفترة من 12 إلى 14 سبتمبر 2000، وأجمعوا بأن نقل الأعضاء التناسلية ممنوع شرعا لتفادي اختلاط الأنساب[3].

لم يتعرض المشرع الجزائري لمنع نقل وزرع الأعضاء التناسلية كما فعلت جل القوانين العربية، إلا أنه استقر الرأي الفقهي والشرعي على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء التناسلية، لأن ذلك قد يؤدي إلى

1 – نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص 92 – 93.

2 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 196.

3 – المرجع السابق ذكره، ص 200.

اختلاط الأنساب، وكما قد برر بعض الفقهاء هذا المنع بأن هذا النوع من نقل الأعضاء لا يعد من الضروريات ويعد أيضا مخالفا للنظام العام والآداب العامة[1].

وبالرجوع إلى القانون 18–11 المتعلق بالصحة لا نجد ما يمنع نقل الأعضاء التناسلية، إلا أنه يمكن أن نستشف منع نقل الأعضاء التناسلية من مجموعة من العناصر وهي:

1- من قانون العقوبات الجزائري، فبالرجوع إلى نص المادة 274 من ق.ع.ج التي عاقبت على جريمة الإخصاء، ونصت على مايلي: "كل من ارتكب جناية الإخصاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة". فالمشرع الجزائري في نص المادة لم يحدد مرتكب الجريمة ولا كيفية ارتكابها، وبالتالي فيمكن أن تنطبق على الأطباء، فجريمة الإخصاء لم تتضمن أفعال محددة فقد تقع على الضحية بأي فعل كان، فيمكن الاستناد عليها في حالة قطع الخصية لغرض الزرع ولو تمت برضا المجني عليه، طالما لم تكن هناك ضرورة علاجية لبتر الخصية[2]، كما لا يمكن تطبيق نص المادة 274 فيما يتعلق بنزع المبيض أو الرحم، ولا ينطبق أيضا نص المادة على نزع الأعضاء التناسلية بالنسبة للموتى.

2- إن المشرع الجزائري حدد المؤسسات الطبية المتخصصة بنقل وزرع الأعضاء على سبيل الحصر، وحدد لكل مؤسسة طبية اختصاصا ونوعا معين من عمليات الزرع، بموجب القرار الوزاري الذي أصدره وزير الصحة بتاريخ 2002/10/02، فتضمنت المادة الثانية منه قائمة المؤسسات المرخص لها، في عمليات نقل الكلى وحدد المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا الجزائر العاصمة والمؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة الدقسي قسنطينة، وعمليات زرع القرنية المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة) والمركز الاستشفائي الجامعي (بعنابة) والمركز الاستشفائي الجامع ببني مسوس و باب الوادي (بالجزائر العاصمة)، والمؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب العيون (وهران)....، وبهذا فإن بالخروج عن الاختصاص المحدد للمؤسسة الاستشفائية أو نقل وزرع أعضاء أخرى غير تلك المذكورة في القرار يكون مخالفا للقانون ويترتب عليه المسائلة الجزائية.

3- كما أن نقل وزرع الأعضاء التناسلية يخرج عن حالة الضرورة والمتمثلة في المحافظة على حياته المعرضة للخطر والتي هي أساس هذا النوع من العمليات.

1 - بن عاطي مراد، المرجع السابق، ص 45.

2 - إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص 60.

4- إن عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية تتعارض مع كرامة الإنسان وعدم المحافظة على الأصول البيولوجية للإنسان، كما يترتب على نقلها مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر المصدر الثاني من مصادر القانون، وكذا مبادئ الأخلاقية والنظام العام والآداب العامة.

الفرع الخامس

المتابعة الطبية اللاحقة

مما لا شك فيه أن انتهاء عمليتي النزع والزرع لا تعني انتهاء العلاقة بين الطبيب وكل من المريض والمتبرع، بل يجب أن يكون هناك متابعة طبية لاحقة لكل منهما، وتساهم المتابعة الطبية الدقيقة للمريض في تقييم العملية الجراحية، هل كانت ناجحة أم لم تكن ناجحة؟ ومدى استمرار تلك العملية في النجاح، وإعداد دراسة لكل حالة منفصلة لكل منهما، وهذا يتطلب متابعة المتبرع للتعرف على مدى تأثير العملية في استمرار حياته، من دون الجزء من العضو أو النسيج الذي تم انتزاعه منه، ومتابعة وتقييم المريض للتعرف أيضا مدى كفاءة العضو المزروع وتطوره في جسم المريض[1].

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الثانية من المادة 359 من قانون الصحة على أنه: "يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذلك المتابعة الطبية لهما". ونلاحظ أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة المتابعة الطبية لكل من المتبرع والمريض بصفة عامة، وهذا يعني بأنها تشمل المتابعة الطبية اللاحقة، فيجب على المؤسسة الاستشفائية بذل كل ما في وسعها للعناية بالمريض والمتبرع معا، وأن توفر لهما الرعاية الطبية الكافية أثناء وبعد عمليات الزرع، وأن تسعى جاهدة للوقوف على أحدث التطورات التي تمر بها الحالة الصحة لكل طرفي العملية، وأن تيسر على المتبرع و المريض إجراءات الزرع بما في ذلك إجراء الفحص والأشعة والتحاليل.

كما أنه من أخلاقيات العمل الطبي، فالطبيب الجراح ملزم بمتابعة حالة المريض بعد العملية الجراحية، إلى غاية شفائه التام والتأكد بأن العملية الجراحية ناجحة، وأن المريض لا يحتاج إلى أدوية وعلاجات أخرى.

1 - خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ذكره، ص 92.

وقد نصت المادة 17[1] من البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقية أوفيدو والخاص بنقل الأعضاء والأنسجة البشرية ستراسبورج2002 على أنه يجب أن تكون هناك متابعة طبية للمتبرعين والمرضى بعد إجراء عملية الزرع.

إن عمليتي نزع العضو زراعته من العمليات التي تمتاز بجانب كبير من الخطورة، كما تتطلب عند إجرائها مراعاة الدقة والحيطة والحذر وفي كافة المراحل، حتى في مرحلة المتابعة الطبية اللاحقة على العملية، حيث يمكن أن ينجم عن مثل تلك الجراحات من أضرار خطيرة، قد تؤدي في بعض الحالات بحياة أحد أطراف العملية[2]، وقد لا تنجح العملية وتحتاج إلى إجراء عملية ثانية، كما أنها قد تنجح العملية، ولكن عند انعدام الرعاية اللاحقة فقد تتدهور حالة المريض أو المتبرع لعدم توفر الرعاية والمتابعة الصحيحة والفعالة.

ولهذا يلتزم كل من الطبيب والمنشأة الطبية ببذل ما في وسعهما للعناية والمتابعة الطبية، لحالة كل من المريض والمتبرع بعد إجراء عملية النزع والزرع، وتقييم العملية الطبية ومعرفة درجة نجاحها وخاصة متابعة حالة المتبرع بعد الاستئصال لمعرفة تأثير العملية على صحته وحياته، فقد يتسبب إهمال الرعاية الصحية للمتبرع في إضعاف من قدرته على أداء مهامه في المجتمع[3]، وبهذا يكون تدخل المشرع الجزائري بإلزام كل من الطبيب والمنشأة الطبية ببذل العناية اللازمة بالمريض والمتبرع والمتابعة الطبية لهما، بداية من قبل العملية في مرحلة الفحوصات والتحاليل الطبية، ثم انتقالا إلى مرحلة القيام بالعملية، ونهاية بمرحلة المتابعة اللاحقة، وبالتالي يكون كل منها مسؤول جنائيا ومدنيا عن أي إهمال أو تقصير في حق أي المريض أو المتبرع.

1 - Article 7- Medical follow - up: Appropriate medical follow - up shall be offered to living donors and recipients after transplantation, Additional Protocol to the conventionon on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin Strasbourg 24.1.2002

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 423.

3 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 93.

المطلب الثاني

القيود الإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لخطورة التدخل الطبي الجراحي، في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ولخصوصيته، فقد تدخل المشرع بالنص على بعض القيود الإدارية لتنظيم هذا النوع من العمليات الجراحية، فنص على ضرورة توفر المستشفيات على ترخيص خاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء، وكذالك أنشأ المشرع وكالة وطنية لزرع الأعضاء ولجنة من الخبراء، لتتمكن الدولة من الضبط الجيد والمراقبة الفعالة لمحاربة التعامل غير المشروع بالأعضاء والإتجار بها.

فليس بمجرد توافر شرط رضا المتبرع والمريض ووجود قرابة بينهما ووجود ضرورة علاجية، يعني إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء، فقد قيد المشرع الجزائري ممارسة هذا النشاط الطبي بمجموعة من القيود الإدارية، ومن بينها ضرورة حصول المستشفى على ترخيص من قبل وزير الصحة، بعد أن تستفوي الشروط القانونية المتمثلة في طاقم طبي متخصص وإمكانيات تقنية، بالإضافة إلى إنشاء وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق وتطوير هذا النوع من العمليات الجراحية، وكذلك تشكيل لجنة من الخبراء أسند إليها المشرع مجموعة من المهام، من بينها إعطاء الترخيص القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء.

وعليه يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول: الترخيص القانوني للمؤسسات الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الثاني: اللجان المسؤولة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الأول

الترخيص القانوني للمؤسسات الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد قيد المشرع الجزائري إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بضرورة حصول المؤسسات الاستشفائية على ترخيص خاص بهذا النوع من العمليات الجراحية، فنصت المادة من 366 من ق.ص في فقرتها الأولى على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة

الوطنية لزرع الأعضاء...."، وبهذا يكون المشرع قد ساير أغلبية الدول الغربية منها والعربية، من خلال تقييد إجراء هذا النوع من العمليات بضرورة الترخيص القانوني للمنشأة أو المؤسسة الطبية.

فبحكم خطورة هذا النوع من العمليات الجراحية يكون من الضروري تدخل الدولة بصورة فعالة ومباشرة لحماية سلامة الأفراد البدنية وكرامتهم الإنسانية، وذلك تحسبا للانحرافات الطبية والتي قد تتعارض مع الصبغة الأخلاقية لعمليات نقل وزرع الأعضاء كالإتجار بالأعضاء البشرية، لذا سعت الدول المنظمة لهذا النوع من العمليات الجراحية إلى إحاطتها ببعض الضمانات، الكفيلة بإبقائها في إطار الممارسات ذات القيمة الإنسانية[1]، من خلال تحديد أماكن القيام بها لتسهيل مراقبتها والإشراف عليها من قبل السلطات المختصة بالصحة العمومية.

ومن استقراء المادة 366 من ق.ص يتبين بأن المشرع الجزائري قد اشترط أن تكون أماكن إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء مؤسسات تابعة للقطاع العمومي وهي المؤسسات الاستشفائية العمومية، وبالتالي فلا يمكن أن يمنح الترخيص بإجراء هذه عمليات للمؤسسات الخاصة، كما حدد المشرع أيضا الجهة المانحة للترخيص، والمتمثلة في الوزير المكلف بالصحة بعد الأخذ برأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ونرى بأن المشرع الجزائري لم يسمح بالترخيص للمؤسسات الاستشفائية الخاصة بالقيام بهذا النوع من العمليات الجراحية، ربما لأنه يرى بأن المؤسسات الخاصة لا تملك الوسائل الطبية والمادية اللازمة لهذا النوع من العمليات، أو أنها لا تستطيع أن تلتزم بالشروط القانونية اللازمة لهذا النوع من العمليات، أو خوفا من تجاوز هذه الشروط القانونية الصارمة والمتاجرة بالأعضاء البشرية.

كما اشترط المشرع الجزائري على المؤسسات الاستشفائية العمومية التي تتقدم بطلب الترخيص، على ضرورة توفير الوسائل البشرية والمتمثل في طاقم طبي كامل ومتخصص، وتوفير جميع الوسائل التقنية والمتمثلة الأجهزة اللازمة لمباشرة عمليات نقل وزرع الأعضاء، مع ضرورة التنسيق الاستشفائي، وفقا للفقرة الثانية من المادة 366 من ق.ص والتي نصت على أنه: "... يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي ـ تقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة. تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم".

وكما نصت نفس المادة في فقرتها الثالثة والأخيرة على أنه: "... تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم". وبعد صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 لم يصدر إلى حد الآن أي تنظيم

1 – أوسعيد إيمان، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في ق.ص الجديد، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة بن باديس، مستغانم – الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2019/12/30، ص 37.

يحدد الشروط الواجب توفرها في المؤسسات الاستشفائية العمومية، وكيفية منح الترخيص القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء. كما أنه لم يصدر وزير الصحة قرار وزاري جديد يحدد المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 449[1] والأخيرة في قانون الصحة، والتي تلغي القانون القديم رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، فقد أبقى على النصوص التنظيمية والقرارات الوزارية المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص تنظيمية جديدة، وعلى هذا الأساس فإن القرار الوزاري رقم 29[2] الصادر عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، الصادر بتاريخ 2012/06/14 يبقى ساري المفعول، والمتضمن قائمة المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وحدد إختصاص كل مؤسسة حسب العضو البشري المرخص لها القيام بعليات نزعه

1 - نصت المادة 449 على أنه: "تغلى أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، غير أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون ".

2 - القرار غير منشور، ونصت المادة 2 منه المؤسسات المرخص لها هي كالتالي:

- بالنسبة للقرنية:

1- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة. 2- المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزاءر العاصمة. 3- المركز الاستشفائي الجامعي بني مسوس،الجزائر العاصمة. 4- المركز الاستشفائي الجامعي باب الواد،الجزائر العاصمة. 5- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة. 6- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة. 7- المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو. 8- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة لطب العيون، بوهران.

- بالنسبة للكلى:

1- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة. 2- المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزاءر العاصمة. 3- المركز الاستشفائي الجامعي بني مسوس،الجزائر العاصمة. 4- المركز الاستشفائي الجامعي باب الواد،الجزائر العاصمة. 5- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة. 6- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة. 7- المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو. 8- المركز الاستشفائي الجامعي بوهران. 9- المركز الاستشفائي الجامعي سيدي بلعباس. 10 - المركز الاستشفائي الجامعي بتلمسان. 11 – المؤسسة الاستشفائية المتخصصة معوش (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا – الجزائر). 12 – المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي، قسنطينة.

- بالنسبة لكبد:

1- المؤسسة الاستشفائية مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة، 2- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة. 3- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة. 4- المركز الاستشفائي الجامعي بوهران.

- بالنسبة للنخاع العظمي:

1- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة. 2- المؤسسة الاستشفائية الصحية، مركز مكافحة السرطان، باتنة. 3- المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهران.

القرار غير منشور، وتم نقله عن مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 309.

وزرعه، ويتضح من القرار الوزاري بأن المشرع سمح بنقل ثلاث أعضاء بشرية وهي الكلى والقرنية والكبد ونقل خلايا النخاع العظمي.

كما تجدر الإشارة إلى أنه قد صدر قرارين وزاريين قبل القرار الوزاري الأخير رقم 29 المؤرخ في 2012/06/14، وهما القرار الوزاري الصادر بتاريخ 1991/03/23 والذي تضمن مجموعة قليلة من المستشفيات المرخص لها على سبيل الحصر، وألغي هذا القرار بصدور القرار الوزاري المؤرخ 2002/10/20، والتي تضمن إضافة مستشفيات جديدة لقائمة المؤسسات العمومية الصحية المرخص لها القيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هذا القرار والذي بدوره تم إلغاءه بصدور قرار وزاري المؤرخ في 2012/06/14، والذي تضمن مجموعة كبير من المستشفيات والمؤسسات الصحة المرخص لها[1].

ويؤخذ على المشرع الجزائري أنه أقصى المؤسسات الصحية الخاصة من القيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، على الرغم من أنه فتح المجال لهذه المؤسسات بالقيام بأغلب الأعمال الطبية والجراحية ماعدا نقل وزرع الأعضاء البشرية، مع العلم بأن المؤسسات الصحية الخاصة أصبحت بعضها تتوفر على إمكانيات مادية وتجهيزات متطور جدا، وعلى طاقم طبي على قدر كبير من الكفاءة والخبرة الطبية، والتي أصبحت في بعض الحالات أفضل من المؤسسات الاستشفائية العمومية، لذا وجب على المشرع الجزائري تدارك الأمر، وفتح المجال أما القطاع الخاص والترخيص له للقيام بهذا النوع من العمليات[2] لتخفيف الضغط على القطاع العمومي.

ويلاحظ بأن أغلب التشريعات أخذت بالترخيص المؤسسات الصحية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلا أنه يوجد من التشريعات من حدد مدة الترخيص بفترة زمنية محدد فمثلا المشرع المصري في المادة 12[3] من القانون رقم 5 لسنة 2010، قد حدد فترة الترخيص بثلاث (3) سنوات

1 – بولقواس ابتسام، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار ، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص 81.

2 – إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص 121.

3 – نصت المادة 12 من القانون رقم 5 لسنة 2010 على أنه: "يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات...".

قابلة للتجديد، على أن تسبق ذلك فترة تجربة محددة بسنة واحد، حيث تخضع فيه المنشأة الطبية للرقابة والإشراف على مدى الإلتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن، لما يجب أن تتسم به هذه العمليات من شفافية، وفي حالة الإلتزام يتم التجديد لمدة ثلاث سنوات، كما أن الترخيص يصدر بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي والذي لم يسمح للمؤسسات الطبية بنزع وزرع الأعضاء، إلا بعد حصولها على ترخيص من السلطة المختصة وبعد إخطار وكالة الطب الحيوي، وحدد مدة الرخصة بخمس سنوات قابلة للتجديد والمنصوص عليها في المادة 1-1233 من ق.ص.ع.ف[1] والتي نصت على أنه: " لا يمكن إجراء عمليات إزالة الأعضاء للتبرع لأغراض علاجية، إلا في المؤسسات الصحية المرخصة لهذا الغرض من قبل السلطة الإدارية، بعد التشاور مع وكالة الطب الحيوي. يتم إصدار التفويض لمدة خمس سنوات قابل للتجديد"، عكس المشرع الجزائري والذي لم يحدد مدة الرخصة الممنوحة للمؤسسة الاستشفائية.

الفرع الثاني

اللجان المسؤولة عن نقل و زرع الأعضاء البشرية

لقد تدخل المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة رقم 18-11، لتنظيم عملية الإشراف والمراقبة على عمليات ونقل الأعضاء البشرية، من خلال النص على ضرورة إنشاء وكالة وطنية لزرع الأعضاء في المادة 356 من ق.ص، والتي أكدت على أنه: "تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها. تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم". وأسند إليها مجموعة من المهام منها المراقبة والإشراف والتنظيم، وبتاريخ 2012/04/05 صدر المرسوم التنفيذي المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء تحت رقم 12-167[2]، كما حاول المشرع لتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء إنشاء لجنة خاصة تسمى بلجنة

1 - Art. L 1233-1 « Les prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine.L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.Tous les établissements de santé, qu'ils soient autorisés ou non, participent à l'activite de prélèvement d'organes et de tissus en s'intégrant dans les réseaux de prélèvement ».

2- المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1433 والموافق 5 أبريل سنة 2012، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 22 لسنة 2012.

الخبراء، والتي تعنى بإعطاء الموافقة على إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء، وتتابع هذه العمليات وتسهر على تطبيق شروطها.

وفيما يلي سنحاول لتطرق إلى كل منهما على النحو التالي:

أولا – الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء

لقد أنشأ المشرع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء لإدارة وتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية ومراقبتها، وهذا من أجل محاربة الإتجار بالأعضاء والتلاعب بها، وقد منح المشرع للوكالة صلاحيات كبيرة، منها تسجيل المرضى في السجل الخاص بقائمة الانتظار الوطنية بالنسبة للزرع من الأعضاء المتحصل عليها من الموتى، وإبداء الرأي في منح الترخيص القانوني للمؤسسات الصحية للقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء. كما زودت الوكالة بمجلس علمي متكون من أطباء وأهل الاختصاص، لتنظيم الجانب العلمي والتقني والعملي لعمليات نقل وزرع الأعضاء، وتحديد الطرق العملية الحديثة لتطوير العمليات.

1– طبيعة الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء

هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، مقرها مدينة الجزائر العاصمة، تخضع لوصاية الوزير المكلف بالصحة، ويدير الوكالة مجلس إدارة[1] يترأسه الوزير المكلف بالصحة أو ممثله ويسيرها مدير عام، ويتم تعين أعضاء مجلس الإدارة بقرار من الوزير المكلف بالصحة، بناء على اقتراح من السلطات والمنظمات التي يتبعونها، لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة لتجديد مرة واحدة، ويجتمع في دورة عادية مرتين في السنة بناء على استدعاء من رئيسه، ويجتمع في دورة غير عادية بناء على استدعاء من رئيسه أو بطلب من الوزير المكلف بالصحة أو من ثلثي (3/2) أعضائه.

1 – نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 12-167 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء على تشكيل مجلس الإدارة " يضم مجلس الإدارة الذي يرأسه الوزير المكلف بالصحة أو ممثله: ممثل وزير الدفاع، ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية، ممثل وزير العدل حافظ الأختام، ممثل وزير الشؤون الدينية والأوقاف، ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي، ممثل وزير العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي، ممثل وزير التضامن الوطني والأسرة، ممثل المجلس الإسلامي الأعلى، المدير العام للمعهد الوطني للصحة العمومية أو ممثله، المدير العام للوكالة الوطنية للدم أو ممثله، رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة أو ممثله، رئيس المجلس العلمي للوكالة، ممارسا طبيا (1) متخصصا مؤهلا في ميدان زرع الأعضاء يعينه الوزير المكلف بالصحة، ممثلا (1 عن جمعيات المرضى يعينه الوزير المكلف بالصحة، يمكن مجلس الإدارة أن يستعين بكل شخص من شأنه بحكم اختصاصه ومؤهلاته أن يساعده في أشغاله، ويحضر المدير العام للوكالة مداولات مجلس الإدارة بصوت استشاري ويتولى أمانته".

كما تحتوي الوكالة على مجلس علمي كجهاز استشاري، يكلف بإبداء الآراء والاقتراحات والتوصيات في كل المسائل الطبية والعلمية والتقنية ذات الصلة بمهام الوكالة، ويتكون المجلس العلمي للوكالة من أطباء متخصصين ومؤهلين في مجال انتزاع الأعضاء وزرعها، وأطباء مخصصين في مجموعة من التخصصات الطبية.

ولا مناص من القول بأن الخطوة المهمة التي قامت بها الجزائر من خلال إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، تعد متأخرة نوعا ما مقارنة بعدد من الدول كتونس وفرنسا على سبيل المثال، فقد أنشأت تونس المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء سنة 1995 بموجب القانون رقم 49 لسنة 1995، والذي يعد مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ومقره تونس العاصمة، أما بالنسبة لفرنسا فقد أنشأت سنة 2004 وكالة الطب البيولوجي بموجب القانون رقم 2004-800 المتعلق بالطب البيولوجي، والتي تم تعويضها بالمؤسسة الفرنسية للزرع، وتعد هذه الوكالة مؤسسة عمومية تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، تهتم بكل الأعمال الطبية الخاصة بالممارسات الطبية الحديثة، منها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتسيير السجل الوطني للتبرع بالأعضاء[1].

2- اختصاصات الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء

لقد خول القانون رقم 18-11 والمرسوم التنفيذي 12-167 للوكالة الوطنية القيام بمجموعة من المهام والاختصاصات، والتي نصت عليها المادة 5 من المرسوم التنفيذي بأنه: "تكلف الوكالة في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم الإنسان على الخصوص بما يلي: تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، انطلاقا من مجموعة المعطيات الاستشفائية، ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، المعدة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، تسيير وحفظ بطاقات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض التتبع، ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة، إعداد واقتراح قواعد الممارسات الحسنة لانتزاع وحفظ وتحويل ونقل واستعمال الأعضاء والأنسجة والخلايا ومراقبة احترامها بصرامة. وتحدد هذه القواعد بقرار من الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي المجلس الوطني الأخلاقيات علوم الصحة، إعداد واقتراح قواعد توزيع ومنح الأعضاء المنزوعة، طبقا لمبادئ الإنصاف والقواعد الطبية والأخلاقية، حسب الطابع الإستعجالي الذي يمكن أن تكتسيه بعض دلائل

1 - بولقواس ابتسام، المرجع السابق، ص 71.

الزرع، وتحدد هذه القواعد بقرار من الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي المجلس الوطني لعلوم الصحة، وضع الشروط الضرورية لإنشاء بنوك الأنسجة والخلايا وقواعد تسييرها ومراقبة نشاطاتها وعرضها للمصادقة بقرار من الوزير المكلف بالصحة، تنسيق وتطوير نشاطات انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان انتظامها وأمنها، إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها للقيام بانتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، وكذا حول كل الهياكل والهيئات المتدخلة في ميدان زرع الأعضاء، مراقبة مطابقة تسيير المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء، وكذا بنوك الأنسجة والخلايا للمقاييس المعمول بها في هذا المجال، السهر على مطابقة القرارات والآراء وتوصيات الوكالة، مع معطيات العلم والطب وأخلاقيات الصحة، تقييم النتائج المختلفة للزرع ومتابعة تطور الحالة الصحية لمستقبلي الزرع، من خلال متبرعين في حالة موت دماغي ومتبرعين، ومستقبلين للزرع من خلال متبرعين أحياء مع الفرق الطبية الجراحية المعنية، ترقية التبرع و انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا لدى مهنيي الصحة و لدى الجمهور الواسع، ترقية وتشجيع البحث العلمي والتكوين في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، المساهمة في وضع برامج تكوين لتلبية احتياجات التأهيل وتحديد معلومات المستخدمين المعنيين، إقامة وترقية علاقات التبادل مع المؤسسات الوطنية والأجنبية في ميادين نشاطات الوكالة، قصد تدعيم وتطوير التأطير التقني وتكوين المستخدمين ونشاطات الانتزاع والزرع، إعداد التقرير السنوي عن نشاطات الوكالة والحصيلة السنوية لنشاطات انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا، وإرسالها إلى الوزير المكلف بالصحة".

ثانيا – لجنة الخبراء

لقد نص المشرع الجزائري أيضا على تشكيل لجنة مختصة في الهياكل الطبية المرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء[1] يطلق عليها "لجنة الخبراء"، والمنصوص عليها في المادة 360 من ق.ص في الفقرة 7 و8 و9، والتي تنص على أنه: "... تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي. تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون. تحدد تشكيلة لجان الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

ونستنتج من هذه المادة بأن المشرع قد أسند للجنة الخبراء المهام التالية:

1- بولقواس ابتسام، المرجع السابق، ص 76.

- تبصير المتبرع، بإعلامه بالمخاطر التي قد يتعرض لها والعواقب المحتملة نتيجة عملية نزع العضو من جسده، وإعلام المتبرع كذلك بالنتائج المنتظرة بالنسبة للمريض (المتلقي) بعد عملية زرع العضو له.
- التأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة وتتأكد من أنها مطابقة للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة.
- كما أعطى المشرع للجنة الخبراء مهمة منح الترخيص للطاقم الطبي بإجراء عملية نزع ونقل الأعضاء.

كما يلاحظ بأن المشرع في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة لم يحدد تشكيلة هذه اللجنة، هل تتكون من أطباء بما أن من مهامها إخطار المتبرع بالمخاطر الطبية المتوقعة بعد نزع العضو منه، أم تتشكل من قانونيين أو إداريين بما أن من مهامها التأكد من توافر الشروط القانوني المنصوص عليها في قانون الصحة، أم هي لجنة مختلطة، وترك تحديد تشكيلة لجنة الخبراء عن طريق التنظيم كما هو واضح من الفقرة الأخيرة من المادة 360، على العكس من قانون القديم رقم 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي نص في المادة 167 منه على اللجنة المتخصصة وأطلق عليها اسم "اللجنة الطبية"، والتي حلت محلها في القانون الجديد لجنة الخبراء. كما ترك المشرع أيضا كيفية تنظيم لجنة الخبراء وكيفية تسييرها للتنظيم، وبالتالي يبقى عمل لجنة الخبراء متوقفا على إصدار مرسوم تنفيذي، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 449 من القانون رقم 18-11 والتي نصت على أنه، وإلى غاية صدور المرسوم التنفيذي يبقى العمل باللجنة الطبية المنصوص عليها في القانون رقم 05-85 الملغى، وبالتالي تبقى النصوص المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية الجديدة.

خلاصة الفصل الثاني

تتلخص دراسة هذا الفصل التي تناولنا من خلاله شروط نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، وهي كالتالي:

أن يكون هناك ضرورة لنقل وزرع الأعضاء، وتتمثل هذه الضرورة في حالة كون عملية نزع ونقل العضو هي الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المريض وسلامته الجسدية.

تطلب المشرع الجزائري صدور الموافقة بالنسبة للمريض، وأن تكون حرة مستنيرة ومعبر عنها إما صراحة أو ضمنيا، أمام كل من الطبيب رئيس المصلحة وأمام شاهدين اثنين من دون أن يشترط فيها الكتابة، ولكن اشترط الكتابة في حالة إعطاء الموافقة من أحد من أفراد أسرته عندما يكون المريض في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن الموافقة، كما سمح المشرع للطبيب بتجاوز الموافقة كاستثناء في حالة الاستعجال، عند عدم قدرة المريض على التعبير عن موافقته، مع استحالة الاتصال بأفراد أسرته لأخذ موافقتهم، وأن يكون في حالة خطيرة وكل تأخير قد يؤدي إلى وفاته، كما يجب على الطبيب رئيس المصلحة أن يثبت حالة الاستعجال بشاهدين اثنين.

أما بالنسبة لموافقة المتبرع فقد عززها المشرع في التعديل الأخير بإجراءات جديد للتأكد من أن موافقته الحرة الومستنيرة، وذلك بوجوب صدور الموافقة أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، والذي بدوره يتأكد بأن هذه من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة، وأن هذا التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في القانون، كما استبعد المشرع الجزائري التبرع من طرف القصر أو عديمي الأهلية، لحماية هذي الفئة الضعيفة من الاستغلال والإضرار بهم وبتكاملهم الجسدي.

حرص المشرع الجزائري على ضرورة توافر شرط صلة القرابة بين المتبرع والمريض للتبرع بالأعضاء البشرية، كما قام بتحديد الأشخاص الذين تربطهم علاقة القرابة والذين يمكنهم التبرع، فلا يمكن لأي شخص التبرع بعضو من أعضائه، مهما كان صلة القرابة التي تربطه بالمريض من غير الأشخاص الذين حددهم المشرع الجزائري على سبيل الحصر، لكن أضاف المشرع إلى ذلك استثناء في قانون الصحة الجديد، يتمثل في التبرع المتقاطع للأعضاء البشرية وهو تبرع عام يجوز لغير الأقارب واشترط فيه السرية التامة، لتفادي أي شبهة للتلاعب بالأعضاء ولضمان عدم الإتجار بها، ونرى من وجهة نظرنا بأن التبرع المتقاطع إضافة جديدة جيدة من شأنها أن تساعد على توفير الأعضاء للمرضى عند عدم توافر متبرعين من الأقارب.

كما حرص أيضا المشرع على مجانية التبرع بالأعضاء، حفاظا على حرمة جسم الإنسان وتطبيقا للحق في السلامة الجسدية للإنسان، وحمايته لكي لا تصبح الأعضاء البشرية سلعة تباع وتشترى.

فيما تطرق القانون الجزائري في تعديله الجديد لتقنية العلاج عن طريق الخلايا الجذعية، وتناولها ضمن المواد التي تنضم عملية نقل وزرع الأعضاء، باعتبار أن تقنية الخلايا الجذعية عبارة عن عملية نزع الخلايا جذعية من متبرع وزرعها في جسم المريض، وتخضع لنفس الضوابط والشروط التي تخضع لها عمليات نزع وزرع الأعضاء، ويكمن الإختلاف الوحيد في أنه أجاز نقل هذه الخلايا الجذعية من القاصر في حالات استثنائية، للتبرع بها لصالح أشخاص حددهم المشرع على سبيل الحصر، وهم الأشخاص الذين تربطهم بالقاصر علاقة قرابة، كما ألزم المشرع في هذه الحالة ضرورة الموافقة المستنيرة لأحد الأبوين أو ممثله الشخصي، ويرجع هذا الاستثناء بالنسبة لتبرع القاصر بالخلايا الجذعية كونها لا تشكل أي خطر على صحة القاصر ولا تهدد سلامته الجسدية.

الفصل الثالث

ثبوت الموت وشروط نزع الأعضاء من الموتى

مما لا شك فيه أن لجثة الإنسان حرمتها، وهذه الحرمة أقرتها جميع الأديان السماوية والتي تعتبرها شيء مقدسا، فلا يسمح المساس بالجثة مهما كان السبب وإلا انتهكت حرمته، وهو ما تقره أيضا القوانين الوضعية، مما يعني أنه حرمتها لا تقل أهمية عن حرمة الأحياء[1]، وكثيرا ما تثار مسألة كرامة الميت ويرجع السبب في ذلك إلى كون جسم الإنسان جزءا من مكونات الشخص ويشترك معه في كرامته، هذه الكرامة ترتبط بجسد الإنسان في حياته وتمتد حتى إلى جثته بعد موته[2].

فضلا عن ذلك فإن الإنسان بعد وفاته ينتفي عنه وصف الجسم وتنتهي معه نطاق الحماية القانونية بمفهومها الواسع، وندخل في نطاق أحكام قانونية أخرى خاصة بحرمة الجثة[3]، وقد تكفلت مختلف التشريعات بتقرير نصوص جنائية تكفل حماية قانونية لحرمة جثث الموتى، ولاسيما من خلال تجريم الاعتداء على حرمة الموتى والتنكيل بالجثث وامتدت هذه الحماية أيضا إلى القبور والمدافن، وبهذا يكون المشرع قد منح لجسم الإنسان حماية قانونية خلال الحياة وتستمر أيضا إلى ما بعد الوفاة[4]، وذلك باحترام حرمة وقدسية الجثة وعدم التنكيل والتمثيل بها، ولكن هذا لا يمنع من الاستفادة منها من أجل منح الحياة للغير أو إطالتها وإنقاذ حياة إنسان من موت محقق وواقع لا محالة، وهو أمر يفوق بلا أدنى شك الحرص على مبدأ حرمة المساس بجثة الموتى، عن طريق انتزاع عضو من الجثة بهدف تحقيق مصلحة أسمى من مبدأ المحافظة على حرمة الجثة[5].

فبالنظر للتقدم العلمي في مجال العلوم الطبية والذي توج بالعديد من الإنجازات العلمية في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، فقد تكون الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت المؤكد، وخاصة بعد أن ارتفعت احتمالات النجاح وانخفاض حالات

1 – مختاري عبد الجليل، النظام القانوني لاستئصال الأعضاء من جثث الموتى (دراسة مقارنة تحليلية)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة – الجزائر، المجلد 03، العدد 02، 2017/06/01، ص 232.

2 – خواثرة سامية، حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة البدر، جامعة بشار، الجازئر، المجلد11، العدد02، 2018/03/23،ص227.

3 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، المرجع السابق، ص 13.

4 – بن عاطي مراد، المرجع السابق، ص 35.

5 – إبراهيم حسن عبد الرحيم مُحَمَّد الملا، نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص199.

الفشل والتعرض للمخاطر، وبالتالي أصبحت للجثة قيمة لا تقل في عن جسد الإنسان الحي، بل وأصبحت جثث الموتى المصدر الأفضل لتوفير الإحتياجات المتزايدة من الأعضاء البشرية، خاصة أن نزع الأعضاء من الأحياء لا يوفر إلا بعض الأعضاء القابلة للنزع، وبذلك أصبحت جثث الموتى هي المصدر الأساسي للأعضاء البشرية[1]، إلا أن عمليات نزع الأعضاء من جثث الموتى أثارت ولا تزال تثير النقاش والجدل بشأن تحديد لحظة الوفاة، ومدى مشروعية المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات النزع، ومدى المسؤولية المترتبة على ذلك.

وحتى تتم عملية نزع الأعضاء ونقلها من جثث المتوفين، يجب توافر عدد من الشروط اللازمة لصحة إجراءات النزع والزرع، منها تلك المتعلقة بنزع الأعضاء من الجثث، بالإضافة إلى الشروط السابق ذكرها والمتعلقة بالمريض كحالة الضرورة، والتي تستوجب أن تكون حالة المريض حرجة تستدعي التدخل الجراحي بزرع عضو جديد له لإنقاذ حياته من الموت المحقق، كما تستوجب تبصير المريض بكل ما يتعلق بعملية النقل والزرع، بالإضافة إلى مجانية التبرع، وعدم جواز نقل الأعضاء التناسلية.

وبالتالي سنتناول في هذا الفصل الشروط والضوابط الواجب توفرها لصحة عمليات نزع الأعضاء من جثث الموتى ونقلها إلى الأحياء، ولكن قبل ذلك سنحاول أولا التطرق إلى ماهية الموت والمعايير المعتمدة لتحديد لحظة حدوثها والتحقق من حدوثها، وبالتالي سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: ثبوت الموت

المبحث الثاني: شروط نزع الأعضاء من الموتى

1 – ليلى بعتاش، الإشكاليات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة – الجزائر، المجلد 01، العدد 02، 2012/12/10، ص 211 – 212.

المبحث الأول

ثبوت الموت

أثارت عمليات نزع الأعضاء من جثث الموتى جدلاً فقهياً واسعاً لدى الأطباء والشرعيين والقانونيين، خاصة حول تحديد اللحظة الحقيقية للوفاة[1]، فمسألة تحديد لحظة الموت لم تكن في الماضي محل اختلاف فقهي، ولم تكتنفها أية صعوبة طبية أو قانونية[2]، فكانت نظرة القانونين للموت على أنها واقعة فجائية تؤدي إلى زوال الشخصية، وترتب في نفس الوقت آثار قانونية بالنسبة للمتوفى أو للغير[3]، كإنتهاء قدرته على التملك والتعامل كالبيع والشراء وغيرها، كما تنتقل أملاكه إلى ورثته لتوزيعها عليهم، إلا أن نظرت القانونين للموت تغيرت بعد تطرقهم لموضوع نزع الأعضاء من جثث الموتى، وأصبح من الضروري النظر للموت من زاوية أخرى وهو ما يتطلب دراستها من خلال تحديد تعريفها وتحديد لحظة حدوثها، أما من الناحية الطبية فلم تكن مسألة ثبوت الوفاة تثير أي جدل من الناحية الفنية والطبية كما هو الأمر عليه الآن، إذ أصبح ثبوت الوفاة من المسائل المهمة التي لابد من التحقق منها قبل مباشرة عملية نزع الأعضاء من الموتى، فحتى يتمكن الطبيب أو الفريق الطبي من القيام بعملية استئصال عضو ما من جثة ميت لابد من التأكد من حدوث الوفاة، فتحديد لحظة حدوث الوفاة هو ما يبين الحدود الفاصلة بين الحياة والموت[4].

والسبب في كل هذا الجدل راجع إلى ضرورة احتفاظ العضو بحيويته حتى يكون قابلا للزرع، وهو الأمر الذي يستوجب الإسراع بأخذ العضو من الجثة فورا، بعد ثبوت الوفاة لضمان عدم فقدانه لحيويته، كما يرجع أيضا إلى ضرورة استخدام أجهزة الإنعاش الطبية للحفاظ على حياة بعض أعضاء الجسد الميت، والتي تظل خلاياها حية إلى ما بعد الموت الخلوي، وذلك بتزويدها بالدم المحمل بالأوكسجين وغيره من ضروريات الحياة[5].

وبهذا فإن لتحديد لحظة الوفاة أهمية كبيرة، تتمثل في تحديد اللحظة الفاصلة بين منع وإباحة العمليات الجراحية على الجثة، وتمكين الطبيب أو الفريق الطبي من البدء في انتزاع الأعضاء والأنسجة

1 – مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، المجلد 36، العدد 03، 1999/09/15، ص 30.

2 – إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص 130.

3 – بن عاطي مراد، المرجع السابق، ص 39.

4 – عادل حامد بشير ، المرجع السابق، ص 99.

5 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 373.

البشرية، وبالتالي فإن تحديد لحظة الوفاة يترتب عليها إما إباحة العمل الطبي إذا توافرت شروطه، وإما تجريمه إذا ما باشر الطبيب عملية نزع العضو دون ثبوت الوفاة[1]، بحيث تتوقف المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل مثلا، على ما يقرره الأطباء حول كون الشخص المجني عليه ميتا أو في حكم الميت أو كونه حيا، وذلك حسب المعايير التي تحدد حدوث الوفاة من عدمها[2].

وسنحاول في هذا المبحث التطرق إلى ماهية الموت من خلال تعريفها، ثم تحديد لحظة الوفاة وأهم المعايير المعتمدة في ذلك، ثم التطرق إلى موقف كل من المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من الموت ومن معايير تحديد لحظة الوفاة، وهذا في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: ماهية الموت

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية حول طبيعة الموت

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من تعريف الموت

المطلب الأول

ماهية الموت

لقد كان من السهل فيما مضى تحديد إقرار الموت، وذلك بمجرد توقف القلب والدورة الدموية والرئتين، وهو ما كان يعتبر مؤشرا ودليلا كافيا لتحقق الوفاة، إلا أنه مع التقدم العلمي في المجال الطبي وظهور وسائل وأجهزة طبية حديثة مثل أجهزة الإنعاش الإصناعي، والتي من شأنها أن تساعد في الحفاظ على حياة الإنسان حتى بعد موته سريريا، وعلى هذا الأساس نبه العاملين في مجال الطب والقانون إلى ضرورة إعادة تحديد مفهوم لحظة الوفاة، خاصة في ضوء كل تلك المتغيرات وذلك بوضع معيار جديد للموت، فالإنسان قد يصل إلى مرحلة ما يوصف فيها بالميت الحي، وذلك عند توقف القلب والرئتين عن العمل لمدة ما قد لا تستغرق أكثر من بضع دقائق، وهذا التوقف هو ما يؤدي إلى موت خلايا المخ، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة حتى باستخدام الأجهزة، فيعتبر الإنسان بعدها ميتا سريريا، إلا أنه يتعين استخدام وسائل الإنعاش الإصناعي للمحافظة على القيمة

1 – عادل حامد بشير، المرجع السابق، ص 99.

2– أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، المرجع السابق، ص 261.

البيولوجية لأعضاءه، فإذا فصل الشخص عن الأجهزة أدى ذلك إلى موته موتا حقيقيا[1]، ولذلك يجب الاستمرار في تشغيله الأجهزة، ليس من أجل إطالة حياته كونه في حكم الميت، وإنما من أجل المحافظة على القيمة التشريحية للأعضاء والأنسجة المراد استئصالها[2].

وبذلك سنحاول من خلال هذا المبحث إلى التطرق إلى تعريف الموت وتحديد لحظة تحققها، ومعايير تحديد لحظة الوفاة، وذلك من خلال في فرعين كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الموت ولحظة تحققه

الفرع الثاني: معايير تحديد لحظة الوفاة

الفرع الأول

تعريف الموت ولحظة تحققه

يعرف الموت بصفة عامة بأنه: "اللحظة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الدنيا ويستقبل الآخرة"[3]، ولكن لتعريف الموت بدقة لابد من البحث في ماهيتها ومن ثمة تحديد عناصرها، فتعريف الموت يكتنفه الكثير من الدلالات التي تستوجب التأني أثناء وضع تعريف جامع ودقيق، فالموت في نظر رجل القانون عبارة عن حدث فجائي وفوري يرتب أثار قانونية، فهو حسب القانون المدني انتهاء الشخصية وانتقال كافة الحقوق للغير، أما في مجال القانون الجنائي فتتمثل في تحديد أركان جريمة القتل، حيث تتطلب أن يكون محل الجريمة إنسانا حيا، ومن ثمة فإن تحديد لحظة الوفاة هو الفاصل بين توافر هذا الركن من عدمه، بينما ينظر رجال الدين للموت على أنها انفصال الروح عن الجسد، وانتقالها إلى خالقها وبداية الحساب الإلهي للإنسان، ومن الناحية الاجتماعية فإنه علماء الاجتماع يرونها حدث إنساني مهيب، فهم يرون فيه توقف نشاط الشخص وانقطاع علاقاته وارتباطاته الاجتماعية، أما الأطباء فيرون الموت على أنها واقعة بيولوجية تحدث على مراحل متعددة وتستغرق فترة زمنية سواء طالت أم قصرت، أما

1 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 241 – 242.

2 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 256.

3 – بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2015، ص 30.

بالنسبة للمتخصصين في انتزاع واستقطاع الأعضاء والأنسجة البشرية، فإنهم ينظرون للوقت الحقيقي لخروج الروح وانتهاء الحياة، دون تعطل أجهزة الجسم لإمكانية الانتفاع بها[1].

والموت لغة: يقصد به ذهاب القوة من الشيء، وجاء في معجم الوسيط "مات الحي موتا" بمعنى فارقته الحياة، ومات الشيء أي همد وسكن، والموت هو السكون وكل ما سكن فقد مات[2]. والموت هو نقيض الحياة، وكما يمكن أن يأتي الموت للإنسان من الداخل يمكن أن يتسلط عليه من خارجه[3]، قال تعالى عن حياة الإنسان ومماته وخلقه في محكم قوله: "**هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلُ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلًا مُسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ**"[4].

والموت اصطلاحا: هو انقطاع تعلق الروح بالبدن، وهي صفة وجودية خلقت ضداً للحياة[5]. وهو مفارقة الحياة تماما لجسم الإنسان، وتوقف أعضائه عن أداء وظائفها توقفا لا رجعة فيه[6]. وعرف أيضا بأنه سلسلة متوالية من عمليات التوقف المتتابع للأعضاء الجسم المختلفة، وتحللها بسرعات أكثر أو أقل حتى اللحظة التي لا يمكن معها العودة مرة أخرى للحياة[7].

بالرغم من الإنجازات الهائلة في مجال الطب والقانون، إلا أن التشريعات لم تضع تعريف قانوني واضح وشامل للوفاة، وهناك من التشريعات التي تطرقت إلى الموت وتعريفه كالقانون القطري في مادته الأولى من القانون رقم 21 لسنة 1997، والتي عرفت الوفاة كالتالي: "...الوفاة بأنها توقف القلب والتنفس نهائيا، وتعطل وظائف الدماغ تعطلا كاملا لا رجعة فيه".

أما المشرع اللبناني فقد أصدر المرسوم التطبيقي رقم 1442 لسنة 1984، والذي ينظم أصول أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية، والقانون 109 لسنة 1983 الذي نص على أنه: "يعتبر ميتا الإنسان الذي توقفت فيه بشكل أكيد، وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ

1 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، 226 . أنظر أيضا: خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 364 .

2 – مُحَمَّد أحمد حلمي، الموت الشرعي والطبي والأحكام الفقهية المترتبة عليهما، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، جامعة الأزهر (فرع الإسكندرية)، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، المجلد 31، العدد 01، 2015، ص 557.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 363.

4 – سورة غافر، الآية (67).

5 – مُحَمَّد أحمد حلمي ، المرجع السابق، ص 558.

6 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 575.

7 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 365.

بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل، ويثبت الموت الدماغي طبيبان، على أن يكون أحدهما اختصاصي بالأمراض العصبية، بعد أن يتأكدا من توافر شروط الموت كافة".

وبالتالي فإن الأطباء لم يضعوا مفهوماً معيناً للموت، ومن المؤكد لدى الأطباء أنه ليس هناك لحظة محددة ومؤكدة للموت، فجسد الإنسان يتكون من مجموعة كبيرة من الخلايا وهذه الخلايا تكون الأنسجة والأعضاء، والموت لن يحدث مرة واحدة لجميع أجزاء الجسد، فبعد حدوث الموت الجسدي تبقى الحياة في بعض أعضاء وأنسجة الجسد لفترات مختلفة، فبالنسبة للمخ والقلب تموت بعد بضع دقائق قد لا تتعدى 10 دقائق، أما بالنسبة لخلايا الكبد فتموت بعد ساعة أو ساعتين، وتظل العضلات تستجيب للتيار الكهربائي لحوالي نصف ساعة، ثم تتوقف بعد ذلك عن نشاطها وحيويتها بعد انقضاء هذه الفترات، لعدم إمدادها بالدماء المحمل بالأوكسجين، وذلك ما يسمى بالموت الجزئي (الخلوي)[1].

فالموت لدى علماء الطب ينقسم إلى ثلاثة أنواع، يمثل كل منها مرحلة من مراحل الموت وهي:

- **فالمرحلة الأولى هي الموت الإكلينيكي**: وهي تحدث بسبب توقف جهاز التنفس والقلب عن أداء وظائفها في جسد الإنسان.
- **والمرحلة الثانية هي الموت البيولوجي**: وهي تتحقق بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأوكسجين لخلايا المخ، وهذه المرحلة من الموت تسمى أيضا بالموت الحقيقي، وهي مرتبطة بتوقف المخ، وبالرغم من موت خلايا مخ الإنسان إلا أن باقي خلايا جسده تبقى حية لفترات قصيرة جداً كما أشرنا لها سابقا.
- **أما المرحلة الثالثة فهي الموت الخلوي**: وفيها تموت خلايا أعضاء جسد الإنسان جميعها، وفي هذه المرحلة بالذات من الموت يموت الإنسان بكامل أعضائه، وبذلك يقع الموت الحقيقي لهذه الأعضاء[2].

1 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 574 – 575 .

2 – محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 243 –244.

الفرع الثاني

معايير تحديد لحظة الموت

رغم بديهية المقصود بالموت، إلا أن تحديد لحظة الموت أثار جدلا كبيرا ليس فقط بين علماء الطب والشرع والقانون فقط، لكن بين كل طائفة من هؤلاء العلماء، فلم يتمحور الخلاف حول المفهوم السابق للموت، بل تمحور حول تحديد اللحظة التي تغادر الروح فيها الجسد وكيفية إثباتها، وذلك بتحديد علامات مادية محددة يعتبر الإنسان ميتا بثبوت توافرها، فمحل الخلاف المثار هو العلامات المادية التي تحدد لحظة حدوث الموت[1].

وللوصول لتحديد لحظة الموت ظهر معيارين طبيين وهما: المعيار التقليدي والمعيار الحديث وبالتالي سنتناول كل منهما كالآتي:

أولا – المعيار التقليدي

لفترة طويلة اعتبر الحد الفاصل بين الحياة والموت هو اختفاء المظاهر الخارجية للحياة، وبهذا يتحقق موت الإنسان بتوقف القلب أو الدورة الدموية نهائيا عن العمل، وما يترتب عليه حرمان أعضاء الجسم وأنسجته من الغذاء اللازم[2]. ووفقا لهذا المعيار تتوقف الحياة بالتوقف النهائي للأعضاء الحيوية في جسم الإنسان، وهي الرئتين والقلب الذي تتوقف معه الدورة الدموية، وبذلك يتوقف الجهاز التنفسي عن أداء وظائفه توقفا تاما[3]، ويسمى أيضا بالموت الظاهري أو الموت الإكلينيكي.

فالموت الحقيقي لدى الأطباء المؤيدين لمعيار الموت التقليدي يكون بمفارقة الروح للجسد، وتوقف جميع الأعضاء الحيوية عن أداء وظائفها بما في ذلك القلب، على هذا الأساس فإنهم لا يعتدون بحالة موت جذع المخ مع بقاء نبض القلب، ففي مثل هذه الحالة يعتبر نزع القلب أو العضو من شخص ما قتلا، وبالتالي فإنه لا يجوز أخذ أي عضو من الأعضاء مادام القلب ينبض، وإلا ترتب عن ذلك مسؤولية عن جريمة القتل العمدي، وذلك عبر انتزاع أحد الأعضاء الحيوية الذي يؤدي انتزاعه إلى وفاة

1 – محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي، نقل الأعضاء البشرية، إجراء التجارب الطبية)، المرجع السابق، ص 12.

2 – مُحَمَّد عبد اللطيف عبد العال، أباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 180.

3 – عادل عبد الحميد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية – من الناحيتين القانونية والشرعية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، دون سنة نشر، ص 88.

الإنسان، أو جريمة إحداث عاهة مستديمة إذا تم انتزاع أحد الأعضاء غير الحيوية والتي لا يتسبب انتزاعها في وفاة الإنسان[1].

ويتم تشخيص توقف القلب (الدورة الدموية) والجهاز التنفسي، من خلال التأكد من غياب نبض القلب بواسطة تخطيط كهربائية القلب مع ملاحظة انقطاع التنفس، أو من خلال العلامات الاستدلالية التالية:

- ارتخاء العضلات وعدم استجابة الجثة لأية تنبيه حسي وبروز حدقة العين.
- بروز الزرقة وهي زرقة ناجمة عن توقف الدورة الدموية، وقد تكون واضحة في الأجزاء العليا من الجثة.
- التيبس العضلي، وعادة ما تبدأ من عضلات الفك الأسفل والجفنين، ثم ينتشر بعد ذلك عبر الوجه والعنق والذراعين ثم بقية الجسد.
- التعفن، وهو تحلل أنسجة الجسم بواسطة مكروبات التعفن خاصة في الأحشاء[2].

وبالتالي فإن أنصار هذا المعيار يقرون بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية من جسد الإنسان، إلا بعد توقف قلبه وانقطاع تنفسه وعدم عودتهما للعمل مرة ثانية.

ولقد تعرض معيار الاتجاه التقليدي إلى النقد من غالبية المهتمين بتحديد معيار للموت، باعتباره معيارا قديما كان يتماشى والحقبة الزمنية السابقة وقت أن كان الطب غير متطور، فقد كان يتعذر على الطبيب إثبات استمرار الحياة في حالة انخفاض وظائف الجسم إلى الحد الأدنى، لعدم قدرته على سماع ضربات القلب الضعيفة[3]، وبالتالي فإن النقد الموجه له باعتباره معيارا غير دقيق وغير ملائم وفقا للأسباب التالية.

1 – معيار غير دقيق

- لكون توقف الأعضاء الحيوية مثل القلب والتنفس، هو تجسيد للموت الظاهري وهو لا يعني الموت الحقيقي للإنسان، وقد ثبت ذلك في الكثير من الحالات، من بينها الأشخاص الذين يتعرضون لإصابات مفاجئة أو عنيفة كالحوادث أو الهبوط الشديد لدرجة الحرارة أو حالات التسمم، والتي تؤدي إلى توقف هذه الأعضاء الحيوية، ومع هذا لا تنتهي حياتهم نظرا لعدم

1 – مُحَمَّد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 247.

2 – دعاس حميدة، بوقطوشة وردة، مشكلة تحديد لحظة الوفاة وعلاقتها بالموت الدماغي، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، المجلد 31، العدد 05، 2017/12/31، ص 320.

3 – محمود أحمد طه، المسؤولية لجنائية في تحديد لحظة الوفاة، المرجع السابق، ص 30.

توقف خلايا المخ، أما هذه الأعضاء فمن المحتمل أن تعود لحيويتها مرة ثانية، عن طريق استخدام أجهزة الإنعاش الإصطناعي أو جهاز الصدمات الكهربائية أو حتى باستخدام تدليك القلب[1].

- في حين أنه توجد بعض الحالات التي يستمر فيها القلب والجهاز التنفسي في العمل باستخدام أجهزة التنفس الصناعية، فيدخل الشخص في حالة غيبوبة يستحيل معها عودته إلى الحياة نتيجة موت خلايا المخ موتاً كليا، ورغم ذلك لا يمكن الحكم بوفاته علميا وفقا هذا المعيار[2].

2 – معيار غير ملائم

عند الاعتماد على معيار الموت التقليدي لا يمكن إجراء عمليات نقل الأعضاء مثل القلب والكبد والرئتين، والتي تتطلب السرعة في نقلها للحفاظ على قيمتها البيولوجية، لذلك فقد اعتبر معيارا غير ملائم، فالقلب يكون غير صالح إذا ماتت خلاياه[3].

كما أن اعتماد المعيار التقليدي كان لسهولته، ولعدم توفر الوسائل الطبية الحديثة كوسائل الإنعاش والصدمات الكهربائية، إلا أنه أثبت عدم ملائمته بعد توافر هذه الوسائل التي تعمل على إعادة عمل القلب والجهاز التنفسي، فإذا بقية خلايا المخ حية فقد يعقبه عودة مظاهر الحياة الطبيعية، أما إذا ماتت خلايا المخ فإن الشخص يدخل في غيبوبة نهائية، ويستحيل معها عودة الإنسان إلى الحياة[4].

ومن هذا المنطلق، ناد المعارضين للمعيار التقليدي إلى تطبيق المعيار الحديث لكونه أكثر دقة، ولكونه يسمح بالإستفادة من جثث الموتى والانتفاع من أعضائها، بنقلها دون أن يتحمل الطبيب أي المسؤولية.

ثانيا: المعيار الحديث

يعتبر هذا المعيار حديثا بالمقارنة مع المعيار التقليدي، وأطلق عليه معيار "الموت الدماغي" أو "موت جذع المخ" أو "موت المخ"، تم تقريره في المؤتمر الثاني للأخلاق الطبية لجمعية الأطباء بفرنسا

1 – محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 249

2 – أحمد عمراني، زراعة الأعضاء وإشكالية تحديد لحظة الوفاة بين المقتضيات الطبية والقانونية والشرعية، المجلة الجزائرية للمخطوطات، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، المجلد 11، العدد 12، 2015/01/30، ص 279.

3 – محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 250.

4 – مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 236.

والذي إنعقد بباريس في سنة 1966، والذي أكد على أن المعيار المستخدم في تحديد الموت هو موت خلايا المخ (الدماغ) بالكامل، وأن الموت ليس هو النتيجة الحتمية لتوقف حركة القلب في الجسم، فيما كانت لجنة "أدهوك" أول من حدد المواصفات العلمية والطبية المتعلقة بتحديد الموت الدماغي سنة 1968 في جامعة هارفرد الأمريكية[1].

فيما اعتمدت غالبية الأطباء المعيار الحديث في تحديد الموت، وأقروا وفقاً لهذا المعيار على أن موت الإنسان يكون بتوقف كامل وظائف الدماغ توقفاً تاماً لا رجعة فيه، حتى ولو ظلت خلايا القلب حية[2]. باعتبار أن المخ هو العضو الوحيد في جسم الإنسان الذي يرتبط عمله بجميع أعضاء الجسم الأخرى فإذا مات المخ تدهورت وظائف الأعضاء بالتدريج حتى حدوث الوفاة[3].

فلولا المعيار الحديث، لما استطاع البروفسور الفرنسي "كريستيان برنارد" "Christiaan Barnard" أن يقوم بأول عملية زرع قلب كامل، وذلك في مستشفى جوهانسبرغ بجنوب إفريقيا سنة 1967[4].

ونظراً لإختلاف مكونات الدماغ[5]، فقد اختلف الأطباء في تحديد اللحظة التي يحدث فيها الموت الدماغي منقسمين في ذلك إلى فئتين:

الفئة الأولى: ترى فئة من الأطباء بأن الموت الدماغي لا يقع إلا بموت الدماغ بالكامل وذلك بتوقف جميع الخلايا والأنسجة عن أداء وظائفها توقفاً باتاً ونهائياً لا رجعة فيه[6].

الفئة الثانية: وترى الفئة الأغلب بأن الموت الدماغي لا يكون إلا بموت خلايا جذع المخ تحديدا، لكونه الجزء الأهم في دماغ الإنسان وذلك لاحتوائه على معظم المراكز الهامة، والمسؤولة عن العمليات اللاإرادية للجسم مثل عملية التنفس وكذا حركة الدورة الدموية والقلب ، فموت هذه خلايا يعني موت جميع المراكز المهمة التي يحويها، وهو ما يؤدي في النهاية إلى موت الإنسان، فيما لا يعتبر دليلا حقيقيا

1 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67.

2 – محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص251.

3 – محمد عبد اللطيف عبد العال، المرجع السابق، ص 174.

4 – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67.

5 – الدماغ يتكون من 1 . المخ والذي يدوره يتكون من فص المخ وكذلك 2 . المخيخ ووظيفته يعمل على حفظ توازن الجسم، كما أن علميا عند إزالة المخيخ بأكمله لا تسبب الوفاة، وثم 3 . جذع المخ وفيه تقع المراكز العصبية العليا المسؤولة عن تنظيم التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية ومراكز التفكير والذاكرة والإحساس... وغيرها من المراكز الأساسية. د. محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 251.

6 – عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص59.

على حياة الإنسان وجود نبضات في قلبه أو تنفسه، أو استمرار الحياة باستخدام أجهزة الإنعاش الإصطناعي، وغيرها من مظاهر الحياة الصناعية، فمهما تمكنت الوسائل العلاجية المستخدمة في إطالة مدة الحياة الصناعية، إلا أنها لا تؤدي إلى عودة الحياة مرة أخرى للموتى دماغيا، إذا ما توقفت المراكز العصبية لجذع المخ نهائيا[1].

فموت خلايا جذع المخ يؤدي إلى الموت فعلي، حتى لو بقي نبض في قلب الإنسان، لأنه يستحيل أن تعود الحياة لخلايا جذع المخ بعد موتها، وبالتالي يستحيل عودة الإنسان للحياة، وبذلك فهو يكون في حالة "غيبوبة نهائية"[2] (Coma Dépassé) وبذلك فهو يعتبر ميتا، ويصبح من القانوني انتزاع الأعضاء منه لكن وفقا للشروط المقررة في عمليات نزع الأعضاء، لكن هذه الحالة تختلف عن "الغيبوبة العميقة" (Coma Prolongé) التي تكون فيها خلايا جذع المخ سليمة، فيما يصيب التلف القشرة الخارجية للمخ، والتي تفقد الشخص الإدراك والقدرة على الإتصال بالعالم الخارجي، رغم بقاء خلايا جذع المخ حية، وبالتالي فإن الشخص يعتبر حيا، وهو ما يبرر استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته، وبالتالي لا يجوز انتزاع أعضائه، لأن هذا الشخص يعتبر حيا بحكم القانون[3].

بما أنه قد استقر الرأي لدى غالبية الأطباء في الطب الحديث، على أن الحد الفاصل بين الحياة والموت، هو موت خلايا المخ المسؤولة عن عمل المراكز العصبية العليا والمتحكمة في وظائف الجسم، وهو ما يطلق عليه بالموت الدماغي[4]، ويتم تشخيص الموت الدماغي باستخدام جهاز الرسم الكهربائي، للتأكد من موت خلايا جذع الدماغ، وذلك بتوصيل الجهاز بمخ الإنسان لفحصه عبر رصد النشاط الكهربائي الصادر عنه في صورة ذبذبات كهربائية، فإذا انعدمت هذه الذبذبات انعكس ذلك في شكل خطوط أفقية، وهو ما يعني موت خلايا المخ[5].

---

1 – محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي، نقل الأعضاء البشرية، إجراء التجارب الطبية)، المرجع السابق، ص 36.

2 – ويقصد بالغيبوبة النهائية توقف جذع المخ نهائيا بما في ذلك المراكز العصبية الهامة التي تتحكم في الوعي والكلام والحركة والذاكرة والتنفس والسمع والبصر والدورة الدموية والسيطرة على الغدد وعلى درجة الحرارة وتنظيم وظائف الأعضاء الهامة، وقد أثبت الطب الحديث عدم الفائدة من استمرار علاجها بكافة الوسائل الصناعية. أحمد جلال الجوهري، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو 1981، ص 126-127، نقلا عن عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص 91.

3 – عادل عبد الحميد الفجال، المرجع السابق، ص 91 – 92. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 70.

4 – محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وإنعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي، نقل الأعضاء البشرية، إجراء التجارب الطبية)، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها .

5 – محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 253.

إلا أن أنه تم نقد هذا المعيار، لعدم إمكانية الإعتماد على جهاز الرسم الكهربائي لتحديد موت خلايا المخ، ففي بعض الحالات لا يكون حاسما لإثبات توقف خلايا المخ عن العمل، مثل حالات انخفاض حرارة الإنسان إلى ما دون معدلاتها الطبيعية، وحالات الأطفال المصابين بالغيبوبة، فقد تظهر هذه الحالات كأنها موت للمخ، إذ لا يرسل إشارات لكن قد يعود لإرسال الإشارات مرة أخرى[1]، كما لا يجوز تحديد لحظة حدوث الموت باستخدام هذا الجهاز بمفرده، وذلك لأنه يقوم بتحديد نشاط المراكز العصبية القريبة فقط دون العميقة منها، فقد لا يسجل أي إشارات لمدة زمنية على الرغم من كون المراكز العصبية العميقة حية[2].

ونتيجة هذا النقد تم اقتراح عدم إعلان الموت رسميا[3]، إلا بعد انتظار مدة الزمن تتراوح بين ثماني ساعات إلى اثنين وسبعين ساعة وهذا بحسب سبب الغيبوبة، من وقت إعطاء الجهاز لإشارات سلبية[4].

فيما أكد المؤتمر العلمي الذي نظمته اللجنة الدولية لمنظمة الصحة العالمية، والمنعقد في الفترة من الثاني عشر إلى الثالث عشر من شهر يوليو 1960 بمدينة جينيف، على أن هناك خمس علامات تدل على موت المخ وهي:

1- زوال التجاوب مع البيئة المحيطة (الغيبوبة).

2- انعدام الحركة العضلية والانعكاسية بما في ذلك حركة الجنين.

3- انعدام التنفس التلقائي.

4- الهبوط الفجائي الحاد لضغط الدم، ما لم يكن هناك تحريك للدورة الدموية بالوسائل الصناعية.

5- ظهور خط خالٍ من التعرجات يسجله جهاز رسام القلب والمخ[1].

---

1 - محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وإنعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي، نقل الأعضاء البشرية، إجراء التجارب الطبية)، المرجع السابق، ص 46.

2 - مُحَمَّد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق ذكره، ص 254.

3 - إن هناك العديد من المرضى ممن شخصت حالتهم على أنها موت دماغي لكن بعد فترات زمنية لاحقه تتراوح بين ساعات وأيام أفاقت من غيبوبتها وعادت إليهم الحياة، إذ حدث في الولايات المتحدة الأمريكية وفي ولاية كاليفورنيا تحديداً في مركز (غلنديل) الطبي، أن الأطباء شخصوا حالة فتاة على أنها ميتة دماغياً وطلب الأطباء من عائلة المريضة الموافقة على إمكانية إنتزاع أعضائها، إلا أن الأم رفضت ذلك الأمر وطالبت المركز بالاستمرار في إنعاشها صناعياً لفترة زمنية، وقد حدث أن بعد عدة أيام من بقاء المريضة تحت أجهزة الإنعاش الصناعي أنها بدأت تستيقظ تدريجياً وتظهر في وجها علامات الضيق والألم عند قيام الأطباء بأي فحص أو منحها علاجاً ما، كما سمعوها تصدر آهات عند سحب عينة من دمها وسرعان ما استفاقت المريضة من غيبوبتها وعادت إلى الحياة مجدداً. نقلا عن محمود أحمد طه، المرجع السابق ذكره، ص49.

4 - مُحَمَّد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 254.

المطلب الثاني

الاتجاهات الفقهية حول طبيعة الموت

يعد تحديد لحظة الوفاة والتحقق من حدوثها في الأساس عملا طبيا، وبذلك فلا يمكن تقريره وفقا للأصول الفنية لمهنة الطب إلا من طرف الأطباء، ولكن يصعب ترك المسألة بأكملها للأطباء، خشية الإعلان عن وفاة إنسان قبل التأكد من وفاته بشكل نهائي، لأي سبب أو دافع كتحقيق سبق علمي أو لانتزاع أعضاءه، ومن هنا تثار التساؤلات التالية: هل تعد مسألة الموت حقيقة مسألة قانونية، ومن ثم فهي تتطلب على المشرع التدخل لتنظيمها؟، أم هي مسألة طبية وبالتالي فهي من اختصاص الأطباء ؟.

وبذلك برز في الفقه القانوني جانبين، الأول يقول بأن تعريف الموت يعتبر مسألة قانونية وبالتالي فهي من اختصاص القانون، وتتطلب تدخل المشرعين القانونيين لتحديد لحظة وقوع الموت وتحديد علاماته، بينما قال الجانب الثاني نقيض ذلك مبررا بكون الموت مسألة طبية بحتة ويجب أن تترك للأطباء.

وسنتطرق لكل رأي ومبراته في فرعين كالتالي:

الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن تعريف الموت مسألة قانونية

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن تعريف الموت مسألة طبية

الفرع الأول

الاتجاه القائل بأن تعريف الموت مسألة قانونية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تعريف الموت يعد أمرا قانونيا لا دخل للأطباء فيه، مع أن الأطباء هم المكلفون من الناحية العملية بتحديد علامات الوفاة، لكن يجب إصدار قانون ينص على تحديد لحظة الوفاة بغض النظر على المعيار المعتمد في تحديدها، نظرا لأهمية وجود التحديد القانوني للموت[2]، معللين ذلك بالأسانيد الآتية:

1 – رمسيس بنهام، تقرير بخلاصة أعمال المؤتمر العالمي الثالث للقانون الطبي المنعقد ببلجيكا سنة 1973، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 1992، ص 11.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 582.

1 ـ أن الوفاة تعد من الأمور المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان –لاسيما حقه في الحياة–، وإذا انقضت فيستحيل عودتها مرة أخرى أيا كان التقدم الطبي في هذا المجال، ومن ثم يجب ألا يترك لتقدير الأطباء، فقد تختلف فيه آرائهم، وهو ما يؤدي إلى نتيجة خطيرة في حالة اتخاذ قرار خاطئ، أو متسرع وقبل أوانه[1].

2 ـ لكون الموت من الأمور المتعلقة بحالة الإنسان، فإذا كان القانون هو ما منح الشخصية القانونية للإنسان، والتي تعتبر مصدرا لجميع الحقوق الأخرى، فإنه بات ضروريا ألا تتوقف هذه المنحة على معايير شخصية تحكمية، مستمدة من اعتبارات نفعية أو نفسية أو أيدلوجية[2].

3 ـ إن وضع تعريف قانوني للموت يحدد من خلاله علامات تحقق لحظة تحقق الوفاة، يهدف إلى حماية الطبيب من المسائلة القانونية عند اعتماده على هذا التعريف في تشخيص الوفاة، وطمأنة الرأي العام والأشخاص، من أن الموت وقعت حقيقة على الشكل والتحديد الذي جاء به التعريف القانوني، وعدم الخوف من الإنتزاع الذي قد يصبح هاجسا يرعب الرأي العام والمواطن، ويجعله لا يثق في الطبيب[3].

4 ـ إن عدم وضع تعريف قانوني للموت ينجر عنه اختلاف في معايير تحديد لحظة الوفاة، والتي تتنوع بحسب الهدف الذي يسعى من وراءه الطبيب، كأن يسعى من وراءه الاستفادة من الأعضاء لغرض زرعها لشخص آخر أو بيعها[4].

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بأن تعريف الموت مسألة طبية

يرى أنصاره هذا الاتجاه أن الحياة والموت من الأمور البيولوجية والتي يختص بها الطب، وعلى هذا يجب تركها كاملة للطبيب، فلا يجوز تدخل المشرع فيها ولا يجب عليه وضع تعريف للموت أو وضع معايير قانونية لتحديد طرق التأكد من الوفاة. مستندين فيما ذهبوا إليه بالحجج الآتية:

1 – محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، 298.

2 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 247.

3 – محمد صلاح الدين ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص299.

4 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 583.

1 – إن تعريف الموت وتحديدها لحظة حدوثها تعتبر مسألة طبية بحته لا علاقة للقانون بها، فحين تعرض على القضاء مسألة ما لها جانب قانوني وآخر طبي، فإن القاضي يترك الجانب الطبي لأصحاب الخبرة، ويستعين برأيهم قبل الوصول إلى تطبيقات الجانب القانوني[1].

وهذا ما خرجت به الندوة العلمية[2] في موضوع "الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي"، والمنعقدة في جامعة القاهرة في نوفمبر 1993، عبر توصياتها المتعلقة بنقل الأعضاء وبالتحديد في الجزء المتعلق نقل الأعضاء من جثة ميت إلى شخص حي، فقد عرفت جثة الميت بأنها: "جثة شخص ثبت بناء على **الخبرة الطبية** توقف جميع مظاهر الحياة في جسمه، وتختص بالتحقق من ذلك لجنة طبية، لا يكون من أعضائها الطبيب أو الأطباء الذين يعهد إليهم بإجراء عملية النقل"، ويتبين هنا بأن إثبات الوفاة مسألة طبية تثبت بخبرة طبية يقوم بها طبيب، وهو نفي الأمر عند التحقق من الوفاة أيضا، فقد أسندت إلى لجنة طبية مكونة أطباء، وبالتالي تعود الكلمة للطبيب وحده في تحديد حدوث الوفاة من عدمها.

2 – كون الطبيب يعمل تحت القسم الذي أداه للقيام بعمله طبقا للقواعد والمبادئ الطبية المتعارف عليها، ولديهم ضمير طبي وأخلاقي يعملون به، فعلى المجتمع ورجال القانون أن يطمئنوا وأن يتركوا مسألة تحديد لحظة الوفاة وتعريف الموت لهم[3].

3 – لأن الموت أمر بيولوجي وهو من اختصاص الطب، فلا يمكن لأي علم من العلوم تحديد الموت البيولوجي، ومن ثم يجب ترك تحديده للطبيب حصرا، فيجب على القانون أن لا يعرف الموت، لكن يمكن له أن يضع قواعد معينة تسهل على الأطباء القيام بمسؤولياتهم فقط[4].

4 – إن وضع تعريف قانوني للموت ووضع معيار محدد لتحديد لحظة الوفاة، قد يقيد الأطباء في مسايرة التقدم العلمي[5]، وتطور الإكتشافات الفنية التي تحدث في المجال الطبي، إذ أن التعريف القانوني قد يكون محلا لتعديلات تشريعية متلاحقة، حتى يتفق ويتلائم مع التقدم العلمي، وهذا يتعارض مع ما

1 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 261.

2 – ندوة علمية والمنظمة من طرف مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بكلية الحقوق بجامعة القاهرة في نوفمبر 1993 بعنوان "الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي"، توصيات جامعة القاهرة بشأن الأساليب الطبية الحديثة –نقل الأعضاء فيما بين الأحياء ومن جثث ميت والتلقيح الصناعي– مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 4، أكتوبر 1996،ص5.

3 – محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 300.

4 – محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 250.

5 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 261.

تقتضيه القاعدة القانونية من ثبات واستقرار، وبالتالي ما على المشرع سوى أن يضع بعض قواعد السلوك التي يمكن أن يسترشد بها الأطباء في تحديد الموت، والتي تعد كافية بأن تساعد الأطباء في إنجاز مهامهم، وتوفر لهم الحماية للقيام بمسؤولياتهم، وتحقق الطمأنينة لهم ولمرضاهم[1].

ولتقييم هذين الاتجاهين ذهب البعض[2] للقول بأن لكل اتجاه قدر من الصواب، لأن الموت في الحقيقة تتمتع بالصفتين معا، فكما هي واقعة بيولوجية تتطلب تدخل الأطباء لتحديد لحظة الوفاة والإعلان عنها، فهي أيضا واقعة قانونية ترتب آثار قانونية، ومن حق القانون تنظيمها لحماية الأشخاص بقوانين ثابتة، تمنع استئثار الطبيب في تحديد لحظة الموت، وتمنع التصرف في ذلك حسب أهوائه وميولاته أو مصالحه دون أي رقيب وحسيب.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من تعريف الموت

بما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى تقتضي بالضرورة أن يتم نقل العضو من الميت وقلبه مازال ينبض، والتي يطلق عليها الجثة ذات القلب النابض، فإن أغلب التشريعات هجرت المعيار التقليدي للموت وأخذت بالمعيار الحديث، لكي تتمكن من نزع الأعضاء من جثث الموتى، لمواجهة الإحتياجات المتزايدة للأعضاء المستخدمة في عمليات الزرع، وخاصة مع نقص التبرع من الأحياء، كما أن هذه التشريعات أخذت بمعيار الموت الدماغي، واختلفت في تحديد الضوابط التي يتم بموجبها يتم تحديد لحظة الوفاة والتحقق منها.

إن ما يلاحظ في التشريعات التي تبنت المعيار الحديث (الموت الدماغي)، أنها لم تسلك مسلكا واحدا بصدد هذا المعيار، فهناك من وضعت ضوابط للأخذ بالموت الدماغي، وهذه الضوابط اختلفت من تشريع لآخر، ومنها من جمعت بين المعيار الحديث والمعيار التقليدي للموت.

ونحاول من هذا المطلب التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من تعريف الموت ومعايير تحديد لحظة الوفاة، من خلال التطرق إلى موقف قانون الحالة المدنية، ثم موقف قانون الصحة كما يلي:

الفرع الأول: موقف قانون الحالة المدنية

الفرع الثاني: موقف قانون الصحة

1 – حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية "دراسة مقارنة"، ط 1، دار الثقافة، عمان – الأردن، 2001، ص 107.

2 – مُحَمَّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 262 – 263.

الفرع الأول

موقف قانون الحالة المدنية

المشرع الجزائري لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة، فقد اعتبرها واقعة قانونية يلزم قانون الحالة المدنية بالإبلاغ عنها خلال 24 ساعة[1]، فبالرجوع إلى القانون رقم 20-70 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970[2] الخاص بالحالة المدنية، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 أوت 2014، في فصله الخاص بعقود الوفيات نجد أنه لم يتضمن معيارا محددا للموت ولا معايير إثبات الوفاة، فهو ينظر إلى الموت على أنها حالة مادية يجب إعلام الدولة والكافة بها، ويلزم الإبلاغ عن الوفاة خلال 24 ساعة ابتداء من وقت الوفاة، ويمدد هذا الأجل بالنسبة لولايات الجنوب بـ 20 يوما وفقا للمادة 79[3]، كما لا يتم الترخيص بالدفن دون تقديم شهادة خاصة معدة من قبل الطبيب، أو من طرف ضابط الشرطة القضائية الذي كلف بالتحقيق في الوفاة، وهو ما نصت عليه المادة 78[4]. وبهذا يكون قانون الحالة المدنية الجزائري قد ترك للطبيب سلطة التحقق من حدوث الوفاة وسببها، دون أن يحدد لهم الوسائل التي يستطيعون من خلالها التحقق من الوفاة[5]، لكونها مسألة فنية يجب أن تترك بالمطلق لتقدير الطبيب طبقا للأصول الطبية والعلمية[6].

1 – مواسي لعلجة، المرجع السابق، ص 88.

2 – أمر رقم 70-20 مؤرخ في 1970/02/19، المتعلق بالحالة المدنية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 1970/02/27، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 2014/08/09 والصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 2014/08/20.

3 – المادة 79: " يحرر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي وقعت فيها الوفاة بناء على تصريح من أحد الأقارب المتوفى أو تصريح شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها وعلى الوجه الأكمل بقدر الإمكان. يجب أن يتم التصريح بالوفاة في أجل أربع وعشرون (24) ساعة، من وقت الوفاة. ويحدد هذا الأجل بالنسبة إلى ولايات الجنوب بعشرين (20) يوما. وينجر عن عدم مراعاة هذا الأجل المحدد، من قبل الأشخاص الذين حصلت عندهم الوفاة وكذا أقارب المتوفي تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع 2 من ق.ع.ج ".

4 – المادة 78: " لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة، ولا يمكن أن يتم الترخيص دون تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلفه بالتحقيق في الوفاة ".

5 – جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2016/2015، ص 35.

6 – إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص 139.

الفرع الثاني

موقف قانون الصحة

كما لم يتضمن قانون الصحة هو الآخر تعريفا محددا للموت، ولم يتبنى معيارا محددا لتحديد لحظة حدوث الوفاة، بل ترك مسألة تقديرها للأطباء باعتبارها مسألة طبية بالدرجة الأولى، وفضل أن يتم ذلك بأداة تنظيمية أكثر مرونة يمكن تعديلها تبعا للتطور العلمي[1]، وقد أحال قانون الصحة أمر تحديد الضوابط والإجراءات الخاصة بالتحقق من الموت إلى الوزير المكلف بالصحة، وبالتالي كلف وزير الصحة بتحديد معايير إثبات الوفاة وفق المقاييس العلمية، فقد جاء في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى رقم 85-05 الصادر سنة 1985، وتحديدا في الفقرة الأولى من نص المادة 164، والتي تم تعديلها بموجب القانون رقم 90-17 الصادر سنة 1990، والتي تنص على: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية..."، وبالتالي فقد أقرت بأنه لا يمكن أن يتم انتزاع الأعضاء من شخص ميت إلا بعد التحقق من وفاته من قبل لجنة طبية، ووفقا للمعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة.

فقد أكد المشرع في نص المادة 164 بأن تحديد لحظة الوفاة وإثباتها عمل طبي، تقوم به لجنة طبية مختصة منصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 167، والتي أكدت على أنه: "... يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي، وتدون خلاصاتهم الاثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين".

كما جعل تحديد المعايير العلمية وضوابط إثبات الوفاة، التي تعتمد عليها اللجنة المكلفة بإثبات الوفاة من صلاحيات الوزير المكلف بالصحة. وتطبيقا لذلك فقد أصدر وزير الصحة القرار الوزاري رقم 39/89 الصادر بتاريخ 26 مارس 1989، والذي يحدد معايير الوفاة عبر النص صراحة على الأخذ بالمعيار الحديث (الموت الدماغي) لتحديد حدوث الموت من عدمها، وذلك في المادة الأولى منه والتي نصت على أنه: تثبت الموت (الموت الدماغي) طبيا وشرعيا لغرض نزع الأعضاء والأنسجة بعد التأكد من العناصر التالية:

- المعايير الإكلينيكية.

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 72.

- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي.
- المعايير الكهربائية (تأكد من موت المخ باستخدام جهاز الرسم الكهربائي للمخ).
- التحقق بفحوصات خاصة أخرى".

وقد تم إلغاء هذا القرار مع إصدار قرار وزاري جديد جديد في 19 نوفمبر 2002 (غير منشور)[1]، والذي أكد هو الآخر عن الأخذ بمعيار الموت الدماغي، وأضاف معايير جديدة لتأكيد الوفاة منها:

1- الإنعدام التام للوعي.
2- غياب النشاط العفوي الدماغي.
3- التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار Hypercapnie.
4- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن طرف طبيبين مختلفين.

ورغم تعديل القرار الوزاري إلا أن الكثير من الفقه لم يقتنع بمحتواها، على أساس عدم تحديدها للحظة الوفاة بشكل دقيق تنتفي معه كل محاولات التشكيك في هذا المعيار[2].

ويرى بعض من الفقه أنه بالرغم من تعديل قانون الصحة لسنة 1990 إلا أن المشرع الجزائري إلتزم الصمت حول تحديد تعريف الموت ولحظة حدوثها، كما يرى بأن المشرع لم يبين في المادتين 164 و167 من القانون السابق الذكر، ما هو المعيار الشرعي الواجب إتباعه من قبل اللجنة الطبية للتحقق من الوفاة الشرعية، مما يعني بأن مسألة إثبات الوفاة موكلة للأطباء (طبيبان من اللجنة بالإضافة إلى طبيب شرعي)، لتشخيص وتحديد وفاة الشخص حسب ما يرونه[3]، من دون أن يوضح المشرع القواعد الواجب إتباعها من قبل الأطباء لإعلان الوفاة الشرعية، كما أنه لم يبين الأسباب العلمية الدقيقة للتأكد من الوفاة، وحتى المرسوم الوزاري الذي كان الهدف منه التأكد من الوفاة وفق مقاييس علمية، جاء مجرد قوانين متفرقة، فلم يحدد لحظة الوفاة القانونية الحقيقية التي يسمح بعد إعلانها بالتدخل الجراحي لنقل

1 - إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص 140.

2 - سليماني النحوي، تحديد لحظة الوفاة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة المعارف، جامعة آكلي محند أولحاج، المجلد 13، العدد 02، 2018/12/31، ص 46.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة "، ج 1، الكتاب الثاني: التطبيقات العلمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار هومة، الجزائر، ص 161- 162، أنظر أيضا بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 73.

الأعضاء من جثة الميت، كما أنه لم يوضح الضمانات الشرعية لنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، وكذا المسؤولية الطبية في حالة التعجل من بعض الأطباء أو حالات التلاعب بأعضاء الميت[1].

ورغم صدور قانون جديد للصحة رقم 18-11 بتاريخ 02 جويلية 2018، ما زال المشرع الجزائري يلتزم الصمت حول تعريف الموت وتحديد لحظة حدوث الوفاة، فجاءت المادة 362 التي لا تحمل التغيير المنتظر عن نص المادة 164 من القانون الملغى، فنصت الفقرة الأولى منها على أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع، إلا بعد معاينة طبية وشرعية وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة...". بل الأكثر من ذلك أن تخلى المشرع على اللجنة التي تثبت الوفاة واستبدلها بطبيب واحد، ونص في الفقرة الثانية من المادة 363 على أنه: "... يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع...". وبالتالي يكون المشرع الجزائري بعد تخليه عن اللجنة الطبية المكلفة بإثبات الوفاة قد تخلى على أحد الضمانات التي كان يستند عليها لتحديد لحظة الوفاة ونزع الأعضاء من جثث الموتى.

وكما أن قانون الصحة الجديد أحال هو الأخر أمر تحديد معايير إثبات الوفاة إلى الوزير المكلف الصحة، وفي حالة عدم إصدار قرار وزاري جديد يحدد هذه المعايير، يبقى إثبات الوفاة وفقا للمعايير المنصوص عليها بالقرار السابق الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002.

ويتضح مما تقدم أن المشرع الجزائري رغم تعديله وإعادة إصدار قانون الصحة الجديد، إلا أنه يبدو واضحا عليه تمسكه بعدم تعريفه للموت وتحديد معيار الوفاة في ظل قانون الصحة، حيث أدرك أن رجل القانون ليس مؤهلاً لإعطاء تعريف للموت. فلا بد من الرجوع إلى الطبيب ليقوم بتشخيص الموت، ولكن بالرغم من إقراره هذه الحقيقة إلا أنه قد تدخل بمنح الوزير المكلف بالصحة سلطة تحديد معايير إثبات الوفاة، في ضوء ما يستجد من أبحاث ودراسات علمية، وهو ما يستحسن على المشرع الجزائري، لأن معايير إثبات الوفاة تتطور مع التطور العلمي للطب، وتطور الوسائل المستعملة في هذا المجال، وبالتالي فلا حاجة إلى تعديل القانون بل يكفي فقط تعديل القرار الوزاري، إلا أنه بالرجوع إلى القرارين الوزاريين لوزير الصحة (السابق الإشارة إليهما) بشأن تحديد معايير إثبات الوفاة، نجد بأنها أخذت بالمعيار الحديث للموت (الموت الدماغي)، ووضعت بعض القواعد والتعليمات لتأكيد الوفاة، وذلك من خلال الإجراءات المعتمدة والمتبعة لإعلان الموت.

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 74.

المبحث الثاني

شروط نزع ونقل الأعضاء من الأشخاص المتوفين

إن مبدأ حرمة جسم الإنسان لا يقتصر على حماية الجسم أثناء حياة، وإنما يمتد أيضا إلى حماية جثته بعد موته، ولذا يتطلب نزع الأعضاء البشرية والأنسجة من جثث الموتى أن تبقى في أطر قانونية محددة، وذلك بعد التأكد من ثبوت الوفاة، وصدور رضا عن المتوفى قبل لانتزاع أعضائه أو أنسجته، ويتطلب في نزع الأعضاء أن يصون كرامة الميت، وأن يحترم إرادته التي عبر عنها أثناء حياته.

حيث أنه توجد العديد من الضوابط والأحكام الواجب توفرها لإجراء عمليات انتزاع الأعضاء من جثة الميت، والتي تساعد في تعزيز ثقة المجتمع بأن هذه العمليات تتم وفقا لضوابط محددة، منها ما يتعلق بالأحكام الخاصة برضا المتوفى وصدور موافقته على التبرع قبل وفاته، ومنها الضوابط التنظيمية والطبية التي تتم وفقها عمليات نزع الأعضاء من الجثة، كما يجدر الإشارة إلى الشروط المشتركة بين حالتي نقل ونزع الأعضاء من الأحياء وحالة نزع الأعضاء من جثث الموتى، والتي تطرقنا إليها ضمن شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء من الأحياء، وبالتالي سنقوم بالتطرق من خلال هذا المبحث إلى الشروط الخاصة بنزع ونقل الأعضاء من جثث الموتى، على النحو التالي:

المطلب الأول: التعبير عن رفض نزع العضو قبل الوفاة (الرضا المفترض)

المطلب الثاني: الشروط الطبية والتنظيمية لنزع ونقل الأعضاء

المطلب الأول

التعبير عن رفض نزع العضو قبل الوفاة (الرضا المفترض)

لقد أشرنا في الفصل السابق إلى شروط نزع ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، وتوصلنا إلى أنه كمبدأ عام لا يجوز التصرف في جسم الإنسان لكونه يخرج عن دائرة التعاملات، وأوضحنا أن إباحة نقل الأعضاء من الإنسان تعتبر استثناء على هذا مبدأ لما تقتضيه الضرورة الملحة، وهو يستند في ذلك على الجانب الإنساني والإجتماعي والأخلاقي لها، وسمو الفائدة التي يصبوا إليها، أما من الجانب القانوني فهو يستند على رضاء المتبرع بنزع عضو منه ونقله إلى شخص آخر لإنقاذ حياته، فالأمر لا يختلف كثيرا بالنسبة لعملية نقل الأعضاء من جثث الموتى، فلا يستطيع الطبيب أن يتصرف من تلقاء نفسه، بانتزاع عضو من الميت إلا بعد أن إثبات موافقته، حتى نستطيع القول بإباحة هذا التصرف، وهذه الموافقة قد

تتخذ شكل الموافقة الصريحة للمتبرع قبل وفاته، وإما موافقة ضمنية من خلال عدم اعتراضه أثناء حياته على نزع العضو، والتي يطلق عليها الرضا المفترض، وهناك من يأخذ بموافقة أسرته أو أقاربه إذا لم يكن وافق بنفسه قبل وفاته، وهذا ما تقتضيه ضرورة المحافظة على الكرامة الإنسانية حتى بعد الوفاة، فحرمة جسم الإنسان الميت كحرمته حيا، لا يجوز الاعتداء عليه أو المساس به إلا إذا أذن صاحبه بذلك قبل وفاته[1].

إن المشرع الجزائري قبل القانون رقم 18-11 الصادر بتاريخ 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، أجاز للشخص أن يوصي بأعضائه بعد وفاته، بالموافقة أثناء حياته على انتزاع أعضاءه بعد وفاته، وبذلك فقد كان يتطلب الرضا الصريح من المتوفى أثناء حياته، فلا يمكن أن تباشر عملية الانتزاع دون الموافقة السابقة للميت، إلا أن المشرع تخلى عن الموافقة الصريحة بالتبرع في قانون الصحة رقم 18-11 وأخذ بالرضا المفترض، والمتمثل في القيام بنزع الأعضاء من الجثة إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه خلال حياته، بحيث إذا لم يسجل الشخص اسمه في السجل الخاص بالرفض فإنه يعتبر موافقاً على عملية انتزاع أعضاءه بعد وفاته، وهو ما يعرف بالموافقة المفترضة أو قرينة الموافقة، فنصت المادة 362 في فقرتها الأولى على أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع، إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته....".

واستنبط المشرع الجزائري ذلك من المشرع الفرنسي، الذي يعد سباقا في الأخذ بمبدأ الموافقة المفترضة وفقا لقانون "Caillavet"[2] الصادر سنة 1976، والتي يفهم منها بأنه إذا لم يعترض الشخص أثناء حياته على انتزاع الأعضاء من جثته فإنه يعتبر موافقا عليه[3]، فقد كان القانون الفرنسي قبل صدور قانون "Caillavet" يتطلب هو الآخر الموافقة السابقة، قبل انتزاع الأعضاء من جثث الموتى، والتي يقرون بها أثناء حياتهم أو بموافقة عائلتهم بعد وفاتهم، غير أن "Caillavet" عكس هذا المبدأ بنصه على الموافقة المفترضة، وبالتالي لم تعد هناك حاجة إلى الموافقة الصريحة للمتبرع لكي يتم الاقتطاع من

1 – حمدي محمد محمود حسين، المرجع السابق، ص 330 – 331.

2 - Loi n° 76-1181 du 22/12/76, relatives aux prélèvements d'organes, J.O du 23/12/1976.

3 – حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص 148.

جثته[1]، أي أنه يفترض الرضا وفقا للمبدأ العام والمتمثل في: "الصمت لا يعني الرفض"، وبالتالي لم تعد هناك حاجة للرضاء الصريح للمتوفى لانتزاع الأعضاء من جثته [2].

ولتوضيح هذا المبدأ أكثر فالموافقة المفترضة تعني حرية الأطباء في اقتطاع الأعضاء من جثة الشخص، والقيد الوحيد الذي يرد على هذه الحرية ويحول دون التصرف بالجثة هو إعتراض الميت قبل وفاته، ففي الماضي كانت مسألة إثبات موافقة المتوفى على النزع من جثته من أهم المسائل التي تعترض الأطباء الجراحون من الناحية العملية، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى اعتماد حيلة قانونية نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الجراح إلى المتبرع بالعضو، وبمعنى آخر تستخلص موافقة الشخص على النزع بطريقة ضمنية على أساس أن الذي لم يعترض على الانتزاع يعتبر قد وافق عليه[3].

كما أن المشرع الفرنسي من خلال قانون "Caillavet" لم يلتفت إلى رأي أقارب المتوفى، سواء لغرض أخذ الموافقة أو الاعتراض على نزع الأعضاء، ولا بالرجوع إليهم لإثبات موقف المتوفى من عملية الانتزاع[4]، أما بالنسبة للمشرع الجزائري الذي يبدو من خلال الأخذ بهذا المبدأ قد تخلص من الحصول على رضا الأسرة بنزع الأعضاء، وحصر تدخل الأسرة لمعرفة رأي المتوفى قبل وفاته من النزع، وللتأكد من أن المتوفى لم يعبر عن رفضه انتزاع الأعضاء من جثته.

فيما تعرض المشرع الفرنسي إلى نقد شديد من الفقه على مبدأ الموافقة المفترضة، إذ اعتبر المبدأ بمثابة فخ وضعه المشرع من أجل رفع عدد الأعضاء المطلوب زرعها، كما أنها لا تتناسب مع مفهوم التبرع، الذي يقوم على تصرف إنساني تضامني مسؤول واختياري، لذلك اقترحوا إنشاء سجل اختياري بين الرفض والقبول[5].

ولعل لجوء المشرع الجزائري لمبدأ الموافقة المفترضة في التعديل الأخير لقانون الصحة، لأن الموافقة الصريحة بالنزع قبل الوفاة قد تصطدم بعدم لجوء الأشخاص أساسا في حياتهم إلى التعبير عن إرادتهم حول موضوع التبرع بالأعضاء بعد وفاتهم، ومن ثم فقدان إمكانية استغلال أعضاء المتوفين وحرمان

1 – عبد الكريم مامون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، مداخلة في ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، نظم من طرف كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، بتاريخ 23 و 24 /2008/01، المنشورة بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، سنة 2008، ص 279.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 757.

3 – عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص 280.

4 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 181.

5 – مواسي لعلجة، المرجع السابق، ص 230.

المرضى من فرصة الحصول على العلاج، ففي غالب الأحيان لا يهتم الإنسان بتحرير وصية يجيز من خلالها التصرف في أعضائه بعد وفاته، وخاصة بوجود إجراءات وشكليات يتطلبها القانون، وبالتالي فلا يكلف الشخص نفسه عناء إهدار وقته للقيام بهذه الإجراءات[1]، حتى ولو كانت إرادته الضمنية تتجه إلى ذلك. كما نرى أنه قد يرجع لصعوبة التأكد بشكل سريع من أن المتوفى قد وافق على التبرع بأعضائه أثناء حياته، وخاصة وأن هذا النوع من العمليات يستلزم السرعة في انتزاع الأعضاء بعد الموت مباشرة وإلا أصبحت غير صالحة للزرع.

الفرع الأول

شكل التعبير عن الرفض

وكما وضحنا بأن المشرع الجزائري أخذ بالموافقة المفترضة والتي تعني بأن الشخص الذي لا يعارض أثناء حياته عن رفضه يعد من قبيل الموافق عن نزع أعضائه بعد وفاته، إلا أن المشرع لم يحدد وسيلة واحدة للتعبير عن الرفض، بل يمكن التعبير عن الرفض بأي وسيلة كانت ومن أهمها التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء والذي يتم إعداده لهذا الغرض، وهذا ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 362 من ق.ص، التي تنص على أنه: "يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة. لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. وتحدد كيفية التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم ...".

وبالتالي فيمكن أن يكون اعتراض الشخص بأي شكل، فقد يكون كتابة عن طريق وثيقة رسمية أو عن طريق وثيقة عرفية، أو شفاهة عن طريق وصية شفهية لأفراد عائلته[2]، أو عن طريق وسيلة تسجيل رفضه في سجل خاص سمي بـ "سجل الرفض"، والذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وترك المشرع التسجيل في سجل الرفض للقرار التنظيمي لتنظيمها وتحديد طريقه ، فهو الذي يحدد كيفيات تسجيل الرفض، والذي الممكن قد يكون عبر شبكات الإنترنت مثلما هو الحال عليه في النظام الفرنسي، وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في التعبير عن الرفض عبر قيده في سجل محدد وأطلق عليه "السجل الوطني الآلي" le registre national automatisé من خلال المادة 1232-1[3].

1 – بن عاطي مراد، المرجع السابق، ص 134.

2 – سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 179.

3 - Art .L. 1232-1: « Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout

وألزم المشرع الجزائري الفريق الطبي بالاطلاع على سجل الرفض، بغرض التأكد من أن المتوفى لم يعترض أثناء حياته عن نزع أعضائه بتسجيله اعتراض عن ذلك، وفي حالة عدم وجود اعتراض مسجل، يتم التأكد أيضا عن طريق استشارة أفراد عائلته، ما إذا كان المتوفى قد أبدى اعتراضه عن نزع أعضاءه عن طريق آخر، غير التسجيل في سجل الرفض كالوصية (مكتوبة أو شفاهة)، ولا يقصد باستشارة أفراد أسرة المتوفى أن تأخذ الموافقة منهم، بل الغرض من ذلك هو معرفة ما إذا كان المتوفى عبر عن موقفه من التبرع بأعضائه أم لا، فالمشرع الجزائري لم يأخذ بموافقة أفراد الأسرة إطلاقا، كما أنه حدد أفراد الأسرة البالغين الذين تجب استشارتهم على سبيل الحصر، وعددهم وفقا للترتيب الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى دون أسرة. وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 362، والتي نصت على أنه: "... يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء ...".

– العدول عن رفض نزع الأعضاء

إذا عبر الشخص عن إرادته حال حياته برفض التبرع بأعضائه، فإن هذا الرفض ليس ملزما لصاحبه إذ أنه يمكن العدول عليه في أي وقت أراد ذلك ودون شكلا محدد، وبأي وسيلة كانت فيمكن أن يكون شفاهة[1]، فلا يمكن اعتبار رفضه نزع أعضائه قيدا على إرادته في العدول عن الرفض وحرمانه من التبرع بأعضائه، لأن التصرف في الأعضاء البشرية لا يعد من قبيل التصرفات التي تخضع للقواعد العامة في القانون المدني، بل على العكس من ذلك في مجال نزع الأعضاء البشرية، حيث يحق للموصي بأعضائه أو الرافض لنزع أعضاءه العدول عن إرادته في أي وقت قبل وفاته ودون الخضوع للمسؤولية[2].

إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم الأخذ بحق العدول عن الرفض قبل الوفاة، والمعلوم أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الموافقة المفترضة من المشرع الفرنسي، إلا أنه لم يتطرق للعدول كما تطرق إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1232-1، والذي نص على حق الشخص العدول عن الرفض في أي

moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment ".

[1] - Abdelkader khadir, op.cit,p 173.

2 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 736.

وقت كان، وهنا يطرح التساؤل التالي، هل قصد المشرع الجزائري عدم الأخذ بعدم العدول عن الرفض أم أنها سقطت منه سهوا؟، خاصة وأن العدول عن الرفض يؤكد نية الشخص الموافقة على التبرع بأعضائه، وتساهم في الأعضاء القابلة للزرع المستخدمة لمعالجة أكبر عدد ممكن من المرضى، وهذا ما يعاب عليه فمن الضروري إعطاء الشخص الحق في العدول عن رفضه نزع أعضائه بعد وفاته، كما يمكن للمشرع تدارك الأمر والنص عليها في القرار الخاص بتنظيم كيفية التسجيل في سجل الرفض، أو في تعديل قانون الصحة.

الفرع الثاني

عدم الأخذ بموافقة الأسرة في التبرع بالأعضاء

لقد أخذ المشرع الجزائري بموافقة الأسرة في قانون الصحة الملغى، في الفقرة الثالثة من المادة 164 من القانون رقم 90-17 الصادر بتاريخ 31 يوليو 1990، المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1985، والتي تنص على أنه: "... إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة...".

وبهذا يكون المشرع في قانون الصحة القديم قد اشترط الحصول على موافقة الأسرة في حالة عدم تعبير المتوفى عن موقفه من نزع أعضاءه بعد مماته، وبهذا يكون قد اعترف المشرع بالحقوق المعنوية لأسرة المتوفى، كما أن المشرع استعمل مصطلح الأسرة وليس الورثة، لأن الجثة ليست جزء من الميراث، كما أن الجثة لا يمكن أن تكون من ضمن الأشياء التي تدخل في المعاملات، كما أن المشرع تدارك أيضا اتساع لفظ الأسرة، فقام بحصرها في الأب أو الأم أو الزوج أو الزوجة أو الابن أو البنت أو الأخ أو الأخت، وفي حالة لم يكن للمتوفى أسرة أخذ الموافقة من الولي الشرعي.

إلا أن المشرع الجزائري غير من وقفه في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 الصادر في 2 يوليو 2018، فتخلى عن موافقة أسرة المتوفى لنزع أعضاء، وهذا بعدما أخذه بالموافقة المفترضة من خلال تعبير المتوفى عن الرفض. ولجأ المشرع لاستشارة الأسرة لكن ليس لإبداء الموافقة عن النزع، بل لتأكد من عدم صدور رفض المتوفى نزع الأعضاء أثناء حياته، في حالة عدم تسجيل الرفضه في السجل الخاص بذلك.

الفرع الثالث

أهلية المعبر عن رفض نزع الأعضاء قبل الوفاة

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضاء المفترض، والذي أصله ينطبق على الشخص مكتمل الأهلية، فلا يمكن تطبيقه على شخص ناقص أو عديم الأهلية، فعدم اعتراض القاصر أو عديم الأهلية لا يعني افتراض موافقته. لأنهما لم يكونا قادرين في حياتهما على إصدار رضاء يعتد به، بالموافقة أو رفض التبرع بأعضاءه لأنهما ليسا أهلا للتبرع[1]، ومن لا يملك الموافقة المعتد بها للتبرع لا يمكن أن نفترض رضاءه، وهذا من منطلق فاقد الشيء لا يعطيه.

وبالرجوع إلى نص المواد 362 و363 الخاصة بنزع الأعضاء من المتوفين، لا نجد ما يفيد إمكانية الأخذ بالتعبير عن رفض النزع من قاصر أو عديمي الأهلية لنزع أعضائه خلال حياته، فربما أراد المشرع إبعاد انتزاع الأعضاء من جثث القاصر وعديمي الأهلية[2]. وإنما المشرع اشترط أن يكون المتوفى قد عبر عن رفضه نزع أعضائه خلال حياته بصفة عامة، وهذا يعني بأنه لا بد من توافر شروط التعبير عن الإرادة ومنها الأهلية، فلا يعتد بالتعبير عن الإرادة إلا من شخص لديه الأهلية القانونية، ومن ثم لا يتصور التعبير عن رفض النزع من قاصر أو عديمي الأهلية، وبالتالي فلا يمكن الأخذ بالموافقة المفترضة للقاصر وعديم الأهلية.

وبذلك يفسر صمت القاصر أثناء حياته عن نزع أي عضو منه بعد وفاته بأنه رفض، ولا يمكن أن يعد في أي حال من الأحوال إفتراضا لقبوله، ولذا لا بد من أخذ إذن والديه أو أسرته[3]، أو منع نزع أعضاء القاصر منعا باتا، ولهذا كان على المشرع الجزائري أن يبين موقفه بشكل واضح، لا يترك مجالا للشك بالنص على عدم جواز نقل الأعضاء من ناقص الأهلية أو عديمها، وإذا أجاز ذلك يجب أن يعطي الموافقة إلى الأبوين أو الممثل القانوني لفاقد الأهلية، وتكون الموافقة بالكتابة وبشكل صريح.

وهو الأمر الذي أخذت به التشريعات التي نصت على شرط الموافقة المفترضة كالمشرع الفرنسي والمغربي، بأن أجازت صراحة نزع الأعضاء من القاصر أو عديم الأهلية الخاضعين للحماية القانونية

1 – بيبية بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 26، العدد 03، 2015/12/01، ص 284.

2 – بوقرين عبد الحليم، بوناصر إيمان، الموت الدماغي للإنسان والتصرف في أعضائه بين ضرورة طبية و إشكالات قانونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة – الجزائر، المجلد 02،العدد 04، 2017/01/01، ص 520.

3 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 281.

بموافقة سابقة وكتابية من الوالدين أو الممثل الشرعي، فوفقا للمادة 1232-2[1] من قانون الصحة العامة الفرنسي، فقد أكدت على أنه لا يجوز إجراء عملية نزع الأعضاء، لغرض أو أكثر من الأغراض المذكورة في المادة 1232-1، إذا كان المتوفي قاصرا أو خاضعا لإجراء من إجراءات الحماية القانونية، إلا بعد الحصول على موافقة الوالدين أو الممثل الشرعي بذلك كتابة.

فالمشرع الفرنسي تنازل عن الموافقة المفترضة في ما يخص نزع الأعضاء من ناقص الأهلية وعديها، بل والأكثر من ذلك أنه لم يكتفي بالشفوية بل تطلب الموافقة الكتابية من الوالدين أو الممثل الشرعي، لأن القاصر أثناء حياته غير قادر على التعبير عن وافقته، أو إبداء موقف من عملية نزع الأعضاء، ومن ثمة فلا يملك الموافقة المعتد بها قانونا والتي يستند عليها الإفتراض بالموافقة.

وهو نفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي، والذي أجاز نزع الأعضاء من المتوفين وناقصي ومنعدمي الأهلية بشرط موافقة ممثلهم القانوني، فنصت المادة 20 من القانون المغربي رقم 16.98[2]، على أنه: "إذا كان الشخص المتوفي قاصرا أو كان راشدا خاضعا لإجراء من إجراءات الحماية القانونية، فلا يجوز أخذ عضو من أعضائه إلا بموافقة ممثله القانوني، والتي تضمن في السجل الخاص من طرف الطبيب المدير أو ممثله، شريطة ألا يكون المتوفى قد عبر وهو على قيد الحياة عن رفضه التبرع بأعضائه".

وكان على المشرع الجزائري أن يجيز نزع الأعضاء من قاصر أو عديم الأهلية، على أن يترك شرط موافقة من لهم سلطة عليهم كالأبوين أو الممثل الشرعي، وذلك لتوفير الأعضاء من أجل الإنتفاع بها عبر استخدامها لشفاء الأطفال الذين هم بحاجة إليها لحماية حياتهم من الخطر.

1 - Art. L. 1232-2 " Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit. Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit".

2 – القانون المغربي رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الصادر بج.ر عدد 4726 بتاريخ 16 سبتمبر 1999.

المطلب الثاني

الشروط الطبية والتنظيمية لنزع ونقل الأعضاء من المتوفين

أجاز المشرع الجزائري انتزاع الأعضاء من جثث الموتى لزرعها للأشخاص الذين يعانون من أمراض لم يعد العلاج التقليدي يجدي نفعاً، بعد أن توافر مجموعة من الشروط التي نص عليها قانون الصحة رقم 18-11، والتي حاولنا تقسيمها إلى قسمين منها ما هي شروط طبية وأخرى شروط تنظيمية.

والتي سنتناولها في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط الطبية المتعلقة بالطاقم الطبي

الفرع الثاني: الشروط التنظيمية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الأول

الشروط الطبية المتعلقة بالطاقم الطبي

لقد اشترط المشرع على الطبيب مجموعة من الشروط الواجب القيام بها، منها ما يدخل في صميم عمله ومنها ما لا يدخل في ضمن عمله، ولكن المشرع أمر الطبيب القيام بها وصنفها ضمن واجباته لأنها مرتبط بعمله، وتتمثل هذه الشروط في منع الطبيب المعاين للوفاة من أن يكون ضمن الفريق الطبي القائم بالزرع، وعدم جواز نزع أعضاء المتوفى إذا كان النزع يعرقل التشريح الطبي الشرعي، كما منع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع، مع ضرورة إعلام أسرة المتبرع المتوفى بعمليات النزع التي تم القيام بها، وكذا منع الممارسون لعمليات نزع وزرع الأعضاء من تقاضي أجر عن العمليات، والتي سنتناولها بالشرح فيما يلي:

أولا – منع الطبيب المعاين للوفاة من أن يكون ضمن الفريق الطبي القائم بالزرع

أن المشرع اشترط على الطبيب المعاين والذي أثبت حدوث الوفاة عدم تواجده في الفريق الطبي المكلف بعملية زرع العضو، وقد نص صراحة على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 363 على أنه: "... يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع...."، ويبدو أن الهدف من هذا المنع هو الخوف من تواطؤ الطبيب في سرقة الأعضاء والإتجار بها، فقد يقوم الطبيب بالإعلان عن وفاة الشخص وهو لا يزال على حيا، بهدف نزع عضو منه لزرعه لمريض آخر.

ونرى أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة التطرق للفريق الطبي المكلف بنزع العضو، ففي الواقع العملي يمكن أن يكون الفريق الطبي الذي قام بنزع العضو غير الفريق الطبي الذي يقوم بزرعه، لتحقيق القدر الأكبر من ضمانات على عدم التواطؤ للإتجار بأعضاء الموتى، ليحذوا حذو المشرع الفرنسي والذي جعل الفريق الطبي الذي قام بتشخيص الوفاة يختلف على الفريق الطبي الذي يقوم بعملية نزع العضو أو زرعه وفقا للمادة 1232 – 4[1] من قانون الصحة العامة الفرنسي.

ثانيا – عدم جواز نزع أعضاء المتوفى إذا كان النزع يعرقل التشريح الطبي الشرعي

لقد اشترط المشرع الجزائري على الطبيب أو الفريق الطبي المكلف بنزع أعضاء المتوفى في حالة الإشتباه في أن الوفاة غير طبيعية، أن يمتنع عن نزع الأعضاء في حالة ما إذا كان هذا النزع يعرقل التشريح الطبي الذي قد يكشف عن أسباب الوفاة، فقد حرص المشرع الجزائري على أن تعطى الأولوية للتشريح الطبي الشرعي الذي يحدد أسباب الوفاة في حالة وجود شبهة جنائية للتأكد من أن الوفاة ليست ناجمة عن جريمة وقعت على المتوفى، وهذا وفقا للفقرة الثالثة من المادة 363 والتي نصت على أنه: "... ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريع الطبي الشرعي". وهنا المشرع لم يحدد ما إذا كان الطبيب المكلف بالنزع هو الذي يحدد ما إذا كانت عملية نزع العضو تعرقل عملية تشريح الشرعي للجثة، أم يجب عليه أخذ الإذن من طبيب مختص في الطب الشرعي.

ثالثا – منع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع

كما اشترط المشرع الجزائري عدم إعلان هوية المتبرع المتوفى للمتلقي المستفيد من العضو والعكس صحيح عدم إعلان هوية المتلقي المستفيد من العضو لأسرة المتوفى المتبرع بالعضو وفقا لنص المادة 363 في فقرتها الأولى والتي نصت على أنه: "يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع ...".

والهدف من ذلك أن تبقى عمليات نقل وزرع الأعضاء في طابعها الإنساني البحت، بحيث إن المريض لا يعرف الشخص الذي منح له العضو حتى لا يبقى أسير المعروف الذي قدمه له المتبرع، وكذلك أسرة المتبرع المتوفى لا تعرف المريض الذي استفاد من العضو حتى لا يمنون عليه بالعضو الذي قدمه له ميتهم[2]، وحتى لا يخضع المستفيد للمساومة والضغط عليه للحصول على المال مقابل العضو.

1- Art. L. 1232-4 "Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la (L. n° 2004- 800 du 6 août 2004, art. 9-B-III) «greffe», d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts".

2 – مروك نصر الدين، المشكلات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 36.

رابعا – ضرورة إعلام أسرة المتبرع المتوفى بعمليات النزع التي تم القيام بها

كما تطرقنا سابق بأن المشرع الجزائري سمح للفريق الطبي القيام بعمليات نزع الأعضاء من الأموات الذين لم يعترضوا عن عمليات نزع الأعضاء من خلال عدم تسجيل الرفض في سجل الرفض أو من خلال استشارة أفراد أسرة المتوفى عن موقفه من نزع الأعضاء، فإذا تبين للطاقم الطبي بأن المتوفى لم يعترض عن النزع يقومون بعمليات نزع الأعضاء دون الحاجة إلى إذن أسرة المتوفى، إلا أن المشرع ألزم ضرورة إعلام أسرة المتوفى البالغين منهم بعمليات النزع التي قام بها الطاقم الطبي.

لقد أوجب المشرع الجزائري على ضرورة إعلام أسرة المتوفى بعمليات نزع الأعضاء وفقا لنص المادة 363 في فقرتها الرابعة والأخيرة على أنه: "... ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها".

خامسا – منع الممارسون لعمليات نزع أو زرع الأعضاء من تقاضي أجر عن العمليات

من أجل أن لا تتحول عمليات نزع الأعضاء وزراعتها إلى تجارة من قبل الممارسون لهذا النوع من العمليات، يمنع المشرع الجزائري على العاملون في عمليات نزع الأعضاء أو زراعتها وممارستها مهما كانت صفتهم أطباء أو ممرضون أو تقنيين أو إداريين تقاضي أجر نظير عملهم، كما أن هذا المنع يشمل كل عمليات نزع ونقل الأعضاء من الأحياء إلى الأحياء والتي تطرقنا إليها سابقا وأيضا من الأموات إلى الأحياء.

فجاء المنع في نص المادة 367 على أنه: "لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن العمليات".

الفرع الثاني

الشروط التنظيمية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الشروط التنظيمية وهي الشروط غير الطبية وليست من الصلاحيات التي منها القانون للطبيب، فهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات الإدارية التي تضمن التنظيم والسير الحسن لعمليات نقل وزرع الأعضاء، وعدم استغلال الأعضاء المتحصل عليها من جثث الموتى لأغراض غير مشروعة، وهي الترخيص القانوني للمؤسسات الطبية لنزع أعضاء الموتى وزرعها، وكذا منح الأعضاء إلى المرضى

المسجلين في قائمة الانتظار، وإنشاء بنوك الأعضاء البشرية المنزوعة من جثث الموتى والمحافظة عليها إلى غاية زرعها.

ونظرا لأن الترخيص القانوني للمؤسسات الطبية لنزع الأعضاء، فقط تطرقنا إليه في الفصل الثاني من هذا الباب الأول، وبالتالي لا يوجد داعي لتكراره، وعلى هذا نتطرق إلى بقية الشروط على النحو التالي، أولا: منح الأعضاء إلى المرضى المسجلين في قائمة الانتظار، ثانيا: إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية.

أولا – منح الأعضاء إلى المرضى المسجلين في قائمة الانتظار

نظرا للتخوف المشرع الجزائري من الإتجار بأعضاء الموتى، وخروج هذه العمليات عن الانتفاع المجاني بالأعضاء المتحصل عليها من جثث الموتى لتصبح محل مزايدات بما يتعارض مع كرامة وجثة الموتى، فقد أنشأ المشرع هيئة مختصة لمتابعة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء – سبق دراستها في الفصل الثاني – وأسند لها مجموعة من المهام من بين هذه المهام إعداد قائمة المرضى الذين يحتاجون لزرع الأعضاء وأطلق عليها اسم " قائمة الانتظار الوطنية " والذين تمنح لهم الأعضاء التي يتم نزعها من المتبرعين المتوفين.

وبذلك يكون المشرع قد أضاف وسيلة أخرى من وسائل مكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية[1] بموجب الفقرة الأولى[2] من المادة 365 والمتمثلة في منح الأعضاء والأنسجة المنتزعة من الموتى إلا للمرضى المقيدين في قائمة الانتظار الوطنية التي تعدها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، كما جاءت الفقرة الثانية والثالثة[3] من المادة 365 على إعطاء المشرع للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء الحق في تحديد قواعد منح الأعضاء والأنسجة وتقييمها وبصفة منتظمة، على أن تراعي هذه القواعد احترام مبدأ الإنصاف، ويتم تحديد هذه القواعد عن طريق التنظيم باقتراح من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

فمن المنتظر أن تكون هذه القواعد التي ينتظر إعدادها من قبل الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء أن تكون حسب الأسبقية في التسجيل في قائمة الانتظار الوطنية، ولا يجوز تعديلها أو تخطي الترتيب إلا في

1 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 183.

2 – نصت المادة 365 في فقرتها الأولى على أنه: " يجب أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها، فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.... ".

3 – ونصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة 365 على أنه: "... يجب أن تحدد وتقيم، بصفة منتظمة، قواعد منح الأعضاء والأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين ضمن احترام مبدأ الإنصاف. تحدد هذه القواعد عن طريق التنظيم، بناء على اقتراح الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ".

حالات استثنائية تحدد على سبيل الحصر، كالحاجة العاجلة للأعضاء وفقا للقواعد الطبية وشروط محددة منها الحالات الحرجة والمستعجلة جدا، كما ينتظر أن يكون التسجيل في القائمة إلكترونيا.

ثانيا – إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية

بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية هي عبارة عن أماكن يتم صنعها خصيصا لتجميع وتخزين الأعضاء البشرية المتحصل عليها من متبرعين متوفين، وفقا لشروط وطرق علمية كدرجة برودة ورطوبة معينتين وثابتتين لبقاء العضو المراد تخزينه محتفظا بخصائصه البيولوجية، لكي يمكن زرعه لشخص بحاجة إليه.

ولقد عرف بنك الأعضاء بأنه المكان (الثلاج) الذي يحفظ بها الأعضاء والأنسجة البشرية خلال فترة زمنية قصيرة التي تبقي خلالها خلاياه حية، للمحافظة على القيمة البيولوجية للعضو أو النسيج لحين زرعه لمريض في انتظاره[1].

فأجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 357[2] في فقرتها الأولى على أنه إذا اقتضت الضرورة إنشاء هيكل (بنك الأعضاء)، يكلف بالحفاظ على الأعضاء والأنسجة في المؤسسات المرخص لها نزع الأعضاء والأنسجة، بعد أخذ الموافقة من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، إلا أن المشرع لم يحدد شروط وكيفية إنشاء هذه الهياكل وطريق تسييره، وترك ذلك إلى قوانين التنظيم التي يتم إصدارها لاحقا عن طريق مرسوم وزاري.

1 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 862.

2 - نصت المادة 357 في الفقرة الأولى على: "ينشأ –كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك– في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، تحدد شروط وكيفيات إنشائه وسيره عن طريق التنظيم..".

خلاصة الفصل الثالث

تتلخص دراسة هذا الفصل التي تناولنا من خلاله شروط نزع الأعضاء من الموتى، ولكن وقبل ذلك كان واجب علينا التطرق إلى مفهوم الموت وتحديد لحظة الوفاة والإشكاليات التي تثيرها، فبرغم من الإنجازات العلمية الكثيرة والمتنوعة في المجال الطبي، إلا أنه لم يتم التطرق لتعريف الموت في التشريعات المرتبطة بمجال الصحة ولا في القوانين المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري والذي لم يعرف الموت، ولكنه ترك تحديد معايير إثبات الوفاة إلى الوزير الملف بالصحة من خلال وضع القواعد واللوائح المرشدة للأطباء، بتاريخ 2002/11/19 صدر قرار وزير الصحة، والذي أخذ بالمعيار الحديث للوفاة (الموت الدماغي)، كما حدد القواعد والتوجيهات للأطباء للتأكد من حدوث الوفاة والإعلان عنها.

لقد أحاط المشرع عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى بمجموعة من الشروط والضوابط، لإضفاء الحماية على حياة الأشخاص وعلى سلامة أجسادهم لكي لا يستسهل الأطباء الإعلان عن الوفاة وقتل الاشخاص لغرض نزع الأعضاء أو المتاجرة بها، وللمحافظة على قداسة الموت وحماية حرمة جثث الموتى وعدم جعلها سلعة يتاجر بها، وأخضع متابعتها لإجراءات مشددة،، والتي رتب على مخالفتها قيام المسؤولية الجنائية، وتتمثل هذه الضوابط والشروط فيما يلي:

ولعل أهمها هي أن يكون هنالك توصية أو إذن من الميت إثناء حياته للتبرع بالعضو المنقول، وهنا نلاحظ بأن المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18- 11 الجديد قد تخلى على طريقة التعبير بموافقة المتبرع أثناء حياته على انتزاع أعضاءه بعد وفاته، فقد كان يتطلب الرضا الصريح من المتوفى أثناء حياته أو بواسطة عائلة بعد وفاته، وبصدور القانون الجديد أخذ المشرع الجزائري بالتعبير عن رفض النزع قبل الوفاة ويقصد به بأن الشخص الذي لم يعترض أثناء حياته على انتزاع الأعضاء من جثته بعد الوفاة يعتبر أنه وافق عليه، ويتم التعبير عن الرفض من خلال التسجيل في السجل الخاص بالرفض، فإذا لم يسجل بالسجل الخاص بالرفض يتم استشارة أفراد أسرته البالغين قصد معرفة موقفه من التبرع بأعضائه، فإذا لم يبدي موقفا بالرفض لأفراد عائلته يعتبر قد وافق على عملية انتزاع أعضاءه من جثته بعد وفاته وهو ما يطلق عليه بالموافقة المفترضة أو قرينة الموافقة.

كما ألزم المشرع الطبيب أن يعلم أفراد أسرة المتوفى بعمليات بعملية نزع الأعضاء التي قام بها، كما اشترط قبل نزع الأعضاء من الأشخاص المتوفين التأكد من الوفاة ومعاينتها معاينة طبية وشرعية وفقا للمعايير العلمية التي حددها وزير الصحة.

وأوجب المشرع على الطبيب الذي أثبت وعاينه الوفاة أن لا يكون ضمن الفريق الطبي الذي يقوم بعملية نزع العضو. كما منع المشرع القيام بعملية نزع الأعضاء من جثث الموتى إذا كان ذلك يسبب عرقلة التشريح الطبي الشرعي في حالات الوفاة غير الطبيعية، ليسمح للطبيب الشرعي تحديد أسباب لوفاة كحالة وجود شبهة جنائية مثلا.

حرص المشرع على سرية التبرع من خلال عدم كشف هوية التبرع المتوفى للشخص المتلقي، وعدم كشف هوية المتلقي لأفراد أسرة المتبرع المتوفى.

كما حرص المشرع على أن يتم منح الأعضاء للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية، ويتم إعداد هاته القائمة من قبل الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، والتي يجب أن تراعي عند تحديدها وتقيمها للقائمة احترام مبدأ العدل والإنصاف في منح الأعضاء.

لقد أوجب قانون الصحة الجزائري أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء في المؤسسات الاستشفائية العمومية والمرخص لها لممارسة هذا النوع من العمليات الجراحية من قبل وزير الصحة، كما منع الطاقم الطبي من تقاضي أي أجر مقابل قيامه عمليات نقل وزرع الأعضاء.

الباب الثاني

النطاق والجرائم المتعلقة بالمسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية

الباب الثاني

النطاق والجرائم المتعلقة بالمسؤولية الجنائية

عن نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد تعرضنا في الباب الأول إلى الشروط الواجب توافرها في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومتى يكون التدخل الجراحي مشروعا بالنسبة لكل من المتبرع والمريض، وإذا كان الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية قد أباحت التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية لمن هو في أمس الحاجة إليها، فإن تقييد هذه الإباحة الضوابط والشروط التي ذكرناها يعد ضروريا.

كما رتب المشرع على مخالفة تلك الضوابط والشروط، قيام مسؤولية جزائية تهدف في الأساس إلى حماية الإنسان وتكامله الجسدي، من خلال النص على تجريم الأفعال المخالفة لتلك الضوابط القانونية والتي تخرج عمليات نزع الأعضاء البشرية عن دائرة التبرع إلى المتاجرة بالأعضاء البشرية، ولإضفاء الحماية الجنائية نص المشرع تجريم تلك المخالفات بموجب ق.ع.ج والذي تناول جزء من الجرائم والجزء الآخر من الجرائم تناولها قانون الصحة 18-11، والتي نحاول التطرق إليها بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

ولما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء من صميم عمل الطبيب، فبالتالي يعتبر الطبيب هو المسؤول بالدرجة الأولى عن مخالفة تلك الضوابط والشروط، والتي شدد المشرع على ضرورة عدم مخالفتها من خلال النص على تجريمها ومعاقبة كل من يخالفها، فعند مخالفة الطبيب حدود تلك الضوابط والشروط قامت مسؤوليته الجنائية لحماية حق المجتمع والأفراد من عبث الأطباء ومن أفعالهم غير أخلاقية ومعاقبتهم لعدم التزامهم بالقانون والمساس بجسد المريض أو المتبرع وتكامله الجسدي، كما أن متابعة الأشخاص الطبيعيين ومنهم الطبيب لا تكفي لوحدها لمكافحة هذه الجرائم، باعتبارهم هؤلاء الأشخاص قد يكونوا موظفون لدى أشخاص معنوية كالعيادات والمستشفيات وبالتالي تكون هي الأخرى مسؤولة عن تلك الجرائم، فالمشرع الجزائري لم يعفي الشخص المعنوي من تحمل المسؤولية، بل حمله جنبا إلى جنب مع الشخص الطبيعي مسؤولية مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء وجرم أفعاله التي تتناسب مع شخصيته ومعاقبته عليها وفقا لـ ق.ع.ج.

قبل التطرق إلى الجرائم المترتبة عن مخالفة نقل وزرع الأعضاء، نحاول التطرق في الفصل الأول إلى نطاق المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، من خلال دراسة المسؤولية الجنائية للطبيب عن أعماله

الطبية وخروجه عن مهامه الأصلية وهي معالجة المريض، والتطرق إلى دراسة مدى مسؤولية الشخص المعنوي وشروط وأركان مسؤوليته الجنائية.

ولهذا نحاول تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: نطاق المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية

الفصل الثاني: الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الأول

نطاق المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية

يمكن تحديد المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية في الالتزام القانوني الذي يحمل الطبيب الجزاء نتيجة قيامه بفعل أو امتناع عن فعل يشكل مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها القواعد الطبية، وعلى العكس من ذلك تنتفي مسؤولية الطبيب إذا كان فعله يستند إلى أساس قانوني توافرت فيه الشروط التي حددتها التشريعات لمشروعية العمل الطبي[1].

وقد ذهب الاتجاه الغالب – قديما – في الفقه الفرنسي إلى أن الأصل هو عدم مسؤولية الأطباء عن أفعالهم أثناء ممارستهم لمهنتهم، وذلك لانتفاء القصد الجنائي المطلوب لقيام جريمة الجرح أو الضرب لأنه لا ينطوي في عمله الأضرار بالمريض بل يقصد شفائه، وهناك من ذهب إلى القول بعدم توافر عنصر الاعتداء في عمل الطبيب لعدم توافر النية العدوانية لديه، ثم بعد ذلك قطعت مساءلة الأطباء عن أخطائهم شوطا كبيرا وأصبح من الممكن مساءلة الطبيب عن الخطأ البسيط[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الطبيب الذي يقوم باستغلال عمله الطبي في القيام بعمل طبي غير مشروع أو يقوم عملية جراحية أو بتجربة طبية غير مسموح بها أو استقطاب عضو من جسم شخص في غير الأحوال التي ينص عليها القانون، يتعرض لعقوبات جنائية نص عليها المشرع، إما في قانون الصحة أو ق.ع.ج، فإذا لم تتواجد مادة عقابية نعود للأصل في ق.ع.ج سواء تمثلت الجريمة في جرح عمدي أو جرح أفضي إلى الموت أو جرح أفضى لعاهة مستديمة[3].

وبالتالي يحمل الطبيب المسؤولية الجنائية ويوقع عليه جزاء نتيجة إتيانه فعلا أو امتناعا عن فعل يشكل خروجا أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجزائية والطبية[4].

وقد كانت المسؤولية الجنائية في وقت قريب لا تنسب إلا لشخص الطبيعي، ومع تطور القانون الجنائي أصبح الشخص المعنوي أيضا يتحمل المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب لحسابه، من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك، وعلى هذا الأساس فإن الشخص

1 – زهور أشواق، المرجع السابق، ص 118.

2 – أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 117.

3 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 93.

4 – علي مصباح إبراهيم، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج 1: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000، ص 520.

المعنوي أيضا يتحمل المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية عندما ينص القانون ذلك، وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري وقانون الصحة نجد بأن المشرع قد نص على تحميل الشخص المعنوي مسؤولية مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ولهذا نحاول التطرق إلى جانب المسؤولية الجنائية للطبيب عن الأعمال الطبيبة، التطرق أيضا إلى المسؤولية الجزائية الشخص المعنوي بصفة عامة، لكي يتسنى لنا فهمها ومحاولة تطبيقها على جرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية للطبيب عن الأعمال الطبية

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

المبحث الأول

المسؤولية الجنائية للطبيب عن الأعمال الطبية

لا تقوم المسؤولية الجنائية بمجرد ارتكاب الركن المادي للجريمة كما هو محدد في النموذج المقرر لها قانونا، وإنما يجب أن يرتكب الجاني خطأ، فالخطأ الجنائي هو الركن الأول للمسؤولية الجنائية في جميع الجرائم سواء كانت جنايات أو جنح أو مخالفات، وبدون خطأ لا تقوم المسؤولية الجنائية[1]، وقد ظهر مصطلح الخطأ في الفقه الألماني ثم انتقل إلى الفقه الإيطالي ثم الفرنسي، ولم يكن غائبا عن الفقه الإنجليزي أيضا[2].

فالخطأ الجنائي بمفهومه الواسع هو: اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم عمدا أو بغير عمد، ويقصد باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم، أن إرادته هي التي اتجهت إلى ارتكاب الفعل المخالف للقانون وبذلك تكون هذه الإرادة قد أخطأت، فالخطأ وصف يلحق بالإرادة عندما تخالف القانون ولا يلحق بالفعل، فنقول عنها إرادة خاطئة[3].

أما وصف الخطأ بأنه عمدي أو غير عمدي فهو وصف يبين كيف خالفت الإرادة القانون، هل خالفته عمدا أو بغير عمد، ففيما إذا خالفته عمدا نكون أمام جريمة عمدية، أما إذا خالفته بغير عمد نكون أمام جريمة غير عمدية، فالإرادة عندما تتعمد الخطأ نستعمل عبارة: الخطأ العمدي بدلا عن عبارة: الإرادة المتعمدة الخطأ، وعندما لا تتعمد الإرادة الخطأ نستعمل عبارة: الخطأ غير العمدي بدلا عن عبارة: الإرادة غير المتعمدة الخطأ، مما يجعل الخطأ الجنائي يأخذ صورتين: صورة الخطأ العمدي وصورة الخطأ غير العمدي، فالخطأ العمدي هو الخطأ المقصود الذي يطلق عليه القصد الجنائي، أما الخطأ غير العمدي فهو الخطأ غير المقصود[4]، والاختلاف بين الاثنين يتمثل في قدرة وسيطرة الإرادة الإجرامية على ماديات الجريمة[5].

---

1 – عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية " دراسة مقارنة "، مطبعة المدني، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص126.

2 – مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ج 3، سلامة للنشر والتوزيع، 2018 ، ص 295.

3 – محمد حماد الهيتي، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2005، ص 31، 32.

4 - jean Larguier, Droit Pénal Général, 13iem éditions, Dalloz, Paris, 1991 P: 25.

5 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات – القسم العام – دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2005، ص 325.

ولكن السائد في الفقه القانوني هو استعمال اصطلاح الخطأ في معنى الخطأ غير العمدي فقط، فإذا ما ذكر اصطلاح الخطأ مجردا عن وصفه بالعمدي أو غير العمدي كان المقصود به الخطأ غير العمدي[1].

وتنقسم المسؤولية الجنائية للطبيب – بصفة عامة – إلى نوعان مسؤولية عمدية ومسؤولية غير عمدية، فالطبيب مثل أي شخص يكون مسؤولا عن جريمة معينة إذا تسبب ماديا في أحداثها أي ثبت وجود علاقة سببية بين نشاطه المادي والنتيجة الإجرامية، ويكون متمتعا بالأهلية المطلوبة لتحمل التبعية والمتمثلة في عنصري الإدراك والتمييز أي أن يكون ارتكابه للجريمة عن عمد فتكون جريمة عمدية، وتكون عن خطأ فتسمى بالجريمة غير العمدية[2].

ونتعرض لهاذين النوعين من المسؤولية الطبية وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية العمدية للطبيب

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية غير العمدية للطبيب

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية العمدية للطبيب

عند ارتكاب الطبيب فعلا يحظره القانون أو يمتنع عن فعل يوجب القانون القيام به، تقوم المسؤولية الجنائية العمدية للطبيب وفقا للنص الذي حدده المشرع، وأساس التجريم في المسؤولية الجنائية الطبية العمدية هو وقوع جريمة عن عمل طبي ضار أحدثه الطبيب في جسم إنسان، وأركان الجريمة الناشئة عن العمل الطبي هي أركان أي جريمة وهما ركنان: الركن المادي والمتمثل في السلوك الإجرامي الذي يتضمن اعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون أو تعريض هذا الحق أو هذه المصلحة لخطر حدوث ضرر يسفر عنه حدوث نتيجة إجرامية وتربطها بالسلوك الإجرامي رابطة السببية، أما الركن المعنوي هنا يعنى اتجاه الإرادة الأثمة إلى حدوث النتيجة الإجرامية المعاقب عليها مع إحاطتها علما بخطورة السلوك الآثم

1- بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018،ص49.
2 – أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 8- 9.

الذي يسفر عنه حدوث النتيجة الإجرامية أو تعريض الحق للخطر، وهو صورة القصد الجنائي بركنيه العلم و الإرادة[1].

والتالي فإن الطبيب المتهم في جريمة الضرب أو إحداث جرح عمدا المفضي إلى عاهة مستديمة، يكون مسئولا عن إحداث عاهة للمريض نتيجة سلوكه الإجرامي ولو كانت على طريق غير مباشر، كالتراخي أو الإهمال في العلاج، ما لم يثبت أنه لم يكن متعمدا لتجسيم المسؤولية أو كانت قد تداخلت عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة.

ومن ثم فالجريمة العمدية يجب أن يتوفر فيها ركني الجريمة وهما الركن المادي والركن المعنوي، وسوف نتناول هذين الركنين من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة الطبية العمدية

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة الطبية العمدية

الفرع الأول

الركن المادي للجريمة الطبية العمدية

الركن المادي لأي جريمة ـ بصفة عامة ـ هو مادياتها، أي ما يدخل في كيانها وتكون له طبيعة مادية فتلمسه الحواس، ولا وجود لجريمة من دون الركن المادي، وبغير ماديات ملموسة لا يمس المجتمع أي اضطراب ولا يمس الحقوق الجديرة بالحماية أي عدوان[2]. ويتمثل الركن المادي ابتداء في سلوك إجرامي معين يتطلبه التشريع مناطا للعقاب فيها، كما يتمثل ثانيا في نتيجة ضارة لهذا السلوك قد يتطلبها التشريع شرطا موضوعيا قائما بذاته مطلوبا للعقاب، وعندئذ يتطلب بالضرورة رابطة موضوعية ينبغي أن تربط بين النشاط الإجرامي ونتيجته الضارة هي رابطة السببية أي الإسناد المادي[3]. كما تم تعريفه أيضا

1 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 362.

2 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 321.

3 – رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 189.

بأنه النشاط الذي يقوم به الجاني والمتمثل في الخروج من إطار النوايا إلى الحيز الخارجي والإتيان بسلوك إجرامي من شأنه إحداث النتيجة الإجرامية التي أرادها الجاني مع توافر علاقة السببية بينهما[1].

ومما سبق يتبين بأن الركن المادي ينقسم إلى ثلاثة عناصر هي: السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية بين ذلك السلوك والنتيجة، وسوف نتطرق لكل عنصر من هذه العناصر كما يلي:

أولا – السلوك الإجرامي

ويتمثل السلوك الإجرامي في الأفعال التي وقعت من الجاني العاقل المدرك لحقيقة ما يقوم به، والتي من شأنها أن تثبت وقوع الجريمة من هذا الفاعل على أن يكون من شأن تلك الأفعال أن تكون الركن المادي للجريمة، ولا يلزم أن تكون هذه الأفعال قد استخدمت فيها القوة المادية، بل يكفي أن يتم الفعل بدون رضاء المجني عليه أو مباغته أو بوسيلة من وسائل الإكراه[2]، كما قد يتحقق السلوك الإجرامي في شكل سلوك سلبي من خلال امتناع الجاني عن القيام بالفعل الواجب عليه القيام به قانونا.

وعليه فالسلوك المجرم الصادر من الطبيب هو إخلاله بالتزاماته وواجباته التي تفرضها عليه الأنظمة والقوانين المتعلقة بمهنته، فعند مخالفة الطبيب إلتزاما من الإلتزامات المفروضة عليه قانونا، يكون قد ارتكب فعلا مجرما، ومن هذا المنطلق يجب أن يكون العمل الطبي مشروعا، فيجب أن يكون موضوع العمل الطبي أو الجراحي وكذلك الاختبار الطبي مشروعا ومتوافقا مع القواعد القانونية الطبية، كذلك لا يجب أن ينطوي على مخالفة أحكام الشرع أو مخالفة النظام العام أو الآداب العامة[3] ومثال ذلك عدم تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان بإمكانه تقديمها إليه، أو مخالفة الأحكام القانونية التي تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء و عمليات الاستنساخ.

ثانيا – النتيجة الإجرامية

النتيجة الإجرامية هي الأثر الخارجي المترتب على السلوك الإجرامي الذي قام به الفاعل والذي يعتد به المشرع في إنزال العقاب بالجاني، فيصيب الحق أو المصلحة التي يحميها القانون بضرر أو يعرضها

1 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 364.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 97.

3 – بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية، المرجع السابق، ص 281.

للخطر[1]، فإذا لم تتحقق النتيجة بأن أوقف نشاط الجاني أو خاب أثرة لسبب لا دخل لإرادته فيه فإن جريمته تعتبر شروعا إذا توافر لدية القصد الجنائي[2].

كما يعتد المشرع بالنتيجة الإجرامية ولو لم تأتي بعد الفعل مباشرة فقد تلحق بعد مدة زمنية على وقوعها، فيستوي مع أن تحدث الوفاة فور وقوع الفعل طالما توافرت صلة السببية بينهما.

لقد ذهب جانب من الفقه إلى النظر إلى أن تحقق النتيجة الإجرامية يكون بمجرد ارتكاب السلوك الذي يمثل عدوانا على المصلحة التي يحميها القانون بصرف النظر عما لو رتب ذلك العدوان أثرا وتغييرا في العالم الخارجي طالما كانت علة التجريم دائما حماية المصالح القانونية المعتبرة لدى المشرع[3].

وتتبين أهمية النتيجة الإجرامية باعتبارها الأثر المترتب على السلوك الإجرامي، فيما قضت المحكمة الدستورية المصرية في الطعن رقم 59 جلسة 1 فيفري 1997 بأن: "الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، يدور أصلا ـ وبوجه عام ـ حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها، فكلما أرادها الجاني وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية. فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يحتط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسؤولا عن نتائجها إذا نفك اتصالها بالأفعال التي أتاها"[4].

ثالثا – العلاقة السببية

تعتبر علاقة السببية هي العنصر الثالث من العناصر المكونة للركن المادي للجريمة، وهي الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة، وتكمن الأهمية القانونية لعلاقة السببية فهي التي تربط ما بين عنصري الركن المادي فتقيم بذلك وحدته وكيانه، وهي التي تسند النتيجة إلى الفعل، فتقرر بذلك توافر شرط أساسي لمسؤولية مرتكب الفعل عن النتيجة وتساهم في تحديد نطاق المسؤولية الجنائية[5]. وحتى يسأل الطبيب عن جريمة عمدية ينبغي توافر علاقة سببية بين فعل

1 – مُحَمَّد صبحي نجم، قانون العقوبات – القسم العام– (النظرية العامة للجريمة)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 211.

2 – فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 365.

3 – مُحَمَّد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 212.

4 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 494.

5 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص338.

الطبيب غير المشروع والنتيجة الإجرامية، أي هي تلك الرابطة بين الفعل العمدي والنتيجة، وأن يكون سلوك الطبيب والمتمثل في الأعمال الطبية غير المشروع هو المتسبب في إحداث النتيجة أي لولا سلوكه ما حدثت النتيجة بالكيفية التي حدثت بها.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 209917[1] الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات القسم الأول، بتاريخ 2000/07/26، فقد أيدت قرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة الصادر في 1998/04/15، والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد ببراءة المتهم، وذلك عن تهمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، فقد أثار النائب العام في تقرير تدعيم الطعن وجها واحد والمأخوذ من عدم وجود أساس قانوني طبقا للمادة 08/500 ق.إ.ج والمتمثل في أنه جاء في القرار المطعون فيه أن سبب الوفاة الضحية يرجع إلى عدم العناية اللازمة وعدم تقديم الإسعافات الأولية في وقتها وأن المسؤولية غير محدودة في شخص معين بمعنى أن الجريمة قائمة ولا يمكن بأي حال من الأحوال النطق بالبراءة وكان على المجلس أن رأى بأن هناك أطراف أخرى لديها مسؤولية في القضية فكان عليه الأمر بإجراء تحقيق تكميلي في القضية ولما لم يفعل يكون القرار بدون أساس قانوني، وجاء في رد المحكمة العليا على هذا الوجه بأن تسبيب القرار المطعون فيه كان كافيا بما فيه الكفاية للقضاء ببراءة المتهم ولإعطاء أساس قانوني للقرار بقوله: "أن المسؤولية التي ترجع إلى عدم العناية اللازمة وعدم تقديم الإسعافات في وقتها غير محددة في شخص معين بين المدير والمراقب الطبي والقابلة وأن الطبيب المناوب يوم الجمعة غير موجود في قائمة المناوبة وأن هناك إهمال جماعي للعاملين في هذا القسم وبالتبعية يكون المستشفى مسؤولا مدنيا عن أعمال هؤلاء وأن عناصر الجريمة غير ثابتة اتجاه المتهم لانعدام الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة ".

1 – قرار المحكمة العليا رقم 209917 الصادر بتاريخ 2000/07/26 عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2002، ص 537 الى 540.

الفرع الثاني

الركن المعنوي للجريمة الطبية العمدية

الجرائم الطبية العمدية شأنها شأن باقي الجرائم العمدية، فلا تختلف عنها إلا من حيث وسيلة اقتراف الجريمة، فيلزم اتجاه إرادة الجاني إلى النتيجة مع علمه بكل الظروف والملابسات التي باشر فيها سلوكه الإجرامي[1].

فيتحقق الركن المعنوي للجريمة العمدية بتوافر القصد الجنائي، ويعتبر القصد الجنائي الركن الأول للمسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية، وبدونه لا تقوم المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية، ولم تعرف أغلب التشريعات الحديثة القصد الجنائي واكتفت بالإشارة إلى اعتباره شرطا أساسيا لقيام المسؤولية الجنائية في بعض الجرائم العمدية بعبارات وألفاظ صريحة أو ضمنية في بعض النصوص التجريمية والسكوت عنه في أغلب هذه النصوص، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع المصري والتشريع الجزائري الذي عبر عن القصد الجنائي صراحة في بعض الجرائم بالعبارات الآتية: عمدا، بسوء نية، عن طريق الغش، يعلم، فكل هذه العبارات نجدها موزعة ومتفرقة في ق.ع.ج وبعض القوانين الأخر، لكن بعض التشريعات القليلة عرفت القصد الجنائي، ومنها قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 الذي عرف القصد الجنائي بالمادة 33 التي تنص على أن: "1- القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى..." ويلاحظ بأن المشرع العراقي ركز في هذا التعريف على عنصر الإرادة معتبرا القصد الجنائي هو توجيه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل وتحقيق النتيجة معا، وتجاهل عنصر العلم.

وقد تعددت تعريفات القصد الجنائي عند الفقهاء ونذكر منها:

تعريف قارو Garraud الذي عرف القصد الجنائي بأنه:" إرادة الخروج على القانون بعمل أو امتناع، أو هو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون الذي يفترض العلم به عند الفاعل "[2].

وعرف قارسون Garcon القصد الجنائي بأنه:" إرادة ارتكاب الجريمة كما حددها القانون، وهو علم الجاني أيضا بمخالفة نواهي القانون التي يفترض دائما العلم بها"[3].

---

1 – عبد القادر حسيني إبراهيم محفوظ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص343.

2 – رضا فرج، شرح قانون العقوبات، الأحكام العامة للجريمة، ط 2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 404.

3 – المرجع السابق ذكره، ص 405.

وعرفه قاستون استيفاني وجورج لوفاسور، وبرنار بولوك (Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bérnard Bouloc) بأنه: "اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بعناصرها كما حددها القانون"[1].

أما القاموس القانوني فقد عرف القصد الجنائي بأنه: "هو توجيه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة بالشروط التي يتطلبها القانون، وهو أعلى درجات الخطأ في تقدير المسؤولية الجنائية لأن المجرم لم يتسبب في حصول النتيجة بخطئه فقط عندما وجه إرادته توجيها مخالفا للقانون، وإنما قصد إلى تحقيق تلك النتيجة بعينها"[2].

كما عرف الدكتور نظام توفيق المجالي القصد الجنائي بأنه: "علم الجاني بعناصر الجريمة واتجاه إرادته إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها"[3].

ومن هاته التعريفات يتبين بأنه يجب أن يتوافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

أولا – العلم

يقصد بالعلم هو تصور الأشياء على وجه مطابق لحقيقتها، أي أنه حصول صورة الشيء في الذهن، كما هي في عالم الواقع، فهي تلك الصورة الإدراكية لما يجري في العالم من أمور وأحداث[4]، أي إدراك الأمور بشكل صحيح ومطابق للواقع، ولا يقصد به علم الجاني بأن الفعل الذي يقوم بارتكابه مجرم ومعاقب عليه قانونا، لأن العلم بالقانون مفترض دائما طبقا لمبدأ لا عذر بجهل القانون، وإنما يقصد به علم الجاني بتوافر العناصر التي تقوم عليها الجريمة كما يتطلبها القانون.

فيتوافر العلم في القصد الجنائي من خلال أن يكون الجاني عالما بالأفعال المكونة للجريمة بعناصرها، ويقصد بعناصر الجريمة التي يلزم بها كل ما تطلبه المشرع إعطاء الأفعال وصفها القانوني وتمييزها عن غيرها من الأفعال المجرمة الأخرى وأيضا عن الأفعال المشروعة[5]، أي العلم بأن الحق أو المصلحة التي يعتدي عليها الجاني محمية قانونا، وبالتالي فإن الجهل بهذه الوقائع أو الغلط فيها ينفي القصد الجنائي وينفي المسؤولية الجنائية، والدفع به قابل للإثبات بجميع الوسائل وفي جميع المراحل لكونه جزء من

1 - Gaston Stefani, et autres, op.cit, P : 237-238.

2 – إبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا، القاموس القانوني (عربي– فرنسي) مكتبة لبنان، بيروت 1983 ص 163.

3 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2017، ص 378.

4 – عبد القادر حسيني ابراهيم محفوظ، المرجع السابق، ص 344.

5 – مأمون مُحَمَّد سلامة، المرجع السابق، ص 368.

موضوع الدعوى العمومية[1]، وهذا يعني أنه عالما بأنه يقوم بنشاط من شأنه أن يؤدي بحياة المجني عليه في جريمة القتل العمدي مثلا، والعلم بالجريمة يعني أن يوجه فعله إلى إنسان حي، وكذلك يجب أن يتوقع الجاني حدوث الوفاة كأثر لفعله، كنزع قلب مريض دون التثبت من وفاته وهو على جهاز التنفس الصناعي، وينقسم العلم إلى نوعان: هما علم بالوقائع وعلم بالتكييف[2].

ثانيا – الإرادة

كما يجب توافر الإرادة لقيام القصد من خلال اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، فالإرادة تعني قدرة الشخص على الاختيار– في تفكيره وفي سلوكه – بين ارتكاب شيء والامتناع عنه من غير الخضوع لمؤثر خارجي[3]، وتعني أيضا قدرة ذهنية ونفسية تتحكم في سلوك الإنسان وحركاته[4]، فتدفعه للتصرف وفقا لمشيئتها عن وعي وإدراك، بالاتجاه نحو ارتكاب الفعل المجرم[5] وإلى تحقيق النتيجة الإجرامية التي يريدها الجاني سواء بفعل إيجابي أو سلبي، فأي سلوك مادي وراءه إرادة تأمر وعضو يستجيب.

فالإرادة شرط أساسي لقيام القصد الجنائي، فإذا انتفت إرادة الفعل انتفى القصد الجنائي وانتفت المسؤولية الجنائية في جميع الجرائم سواء كانت عمديه أو غير عمديه، كما في حالة القوة القاهرة والإكراه المادي، أما انتفاء إرادة النتيجة وحدها فإنها تنفي القصد الجنائي وحده ويترتب عليه انتفاء المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية فقط، وهذا ما يجعل الإرادة في الجرائم العمدية أوسع منها في الجرائم غير العمدية.

ومثال ذلك: سائق السيارة الذي يفقد وعيه أثناء القيادة فيصدم أحد المارة فيصيبه بجروح أو يتسبب في قتله، أو شخص يصاب بغيبوبة فيسقط على رضيع يقتله، ففي كلتا الحالتين إرادة الجاني منتفية فتنتفي المسؤولية الجنائية.

في حين أن إرادة الجاني في جريمة القتل تتجه إلى ارتكاب الفعل المادي الذي يمس بسلامة جسم الضحية كما تتجه في الوقت ذاته إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في إزهاق روحه، فالجاني يريد الفعل ويريد

1 – رضا فرج، المرجع السابق، ص 414.

2 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 369.

3 – أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 121.

4 – عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام (الجريمة)، ج 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 219.

5 – جمال محمود الحموي وأحمد عبد الرحيم عودة، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2004، ص 58.

النتيجة، فيتحقق القصد الجنائي وتقوم المسؤولية الجنائية عن جريمة قتل عمدية. في حين أن إرادة الجاني لو اتجهت إلى ارتكاب الفعل المادي الذي يمس بسلامة جسم الضحية دون أن تتجه إلى إزهاق روحه وإحداث الوفاة، فالجاني في هذه الحالة يريد الفعل ولا يريد النتيجة، وبالتالي فلا تتحقق جريمة القتل العمدي، وتتحقق جريمة أخرى غيرها قد تكون جريمة القتل غير العمدي، وقد تكون الضرب والجروح العمدية المفضية إلى الوفاة دون قصد إحداثها، مما يجعل الإرادة الآثمة هي أساس القصد الجنائي كقاعدة عامة.

ويرى بعض الفقهاء أن الإرادة هي تعمد ارتكاب الفعل المادي أو تركه، أما القصد فهو تعمد النتيجة المترتبة عليه، فهو أخص وأضيق من الإرادة، فالقصد الجنائي يستلزم حتما توافر الإرادة، أما توافر الإرادة فلا يستلزم بالضرورة توافر القصد الجنائي دائما[1].

والقصد الجنائي في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم هو قصد عام يتوافر قانونا بمجرد العلم بأن فعله من شأنه المساس بسلامة الجسم واتجاه إرادته إلى هذا الفعل، ونتيجة لذلك فإن الجرائم التي يرتكبها الطبيب وخاصة في جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية تتطلب القصد الجنائي العام دون الخاص والمتمثل في العلم والإرادة، وهذا ما وضحته محكمة النقض المصرية فيما قضت به في الطعن رقم 2009 بجلسة 5 أفريل 1979 بأنه: "إذا كانت جريمة إحداث الجروح عمدا لا تتطلب غير القصد الجنائي العام وهو يتوفر كلما ارتكب الجاني الفعل عن إرادة و عن علم بأن هذا الفعل يترتب عليه مساس بسلامة جسم المجني عليه أو صحته، وكانت المحكمة لا تلتزم بأن تتحدث استقلالا عن القصد الجنائي في هذه الجرائم، بل يكفي هذا القصد مستفادا من وقائع الدعوى التي أوردها الحكم، وعليه فإن ما يثار في هذا الصدد على خلاف ذلك لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يقبل أمام محكمة النقض"[2].

كما أنه متى توافر القصد فلا تؤثر فيه البواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته إلى ارتكاب فعله مهما كانت شريفة مملوءة بالشفقة وابتغاء الخير للمصاب، فالباعث ليس ركنا أركان الجريمة، ولا عنصرا من عناصرها، ولا أثر له في وجود القصد سواء كان نبيلا أو ذميما، ظاهرا أو خفيا، فإن شاء القاضي أن يجعل منه عاملا في تقدير العقوبة[3]. فالمريض عندما يخضع للتدخل الطبي يجب أن يكون برضائه على أن يقوم الطبيب بإتباع الأصول العلمية السليمة المتعارف عليها، فإذا خرج عن العقد الطبي

1- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 223.

2 - أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 102.

3 - أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 123، 124.

وعن الأصول الطبية فلا يجب أن تتحدث عن القصد الجنائي على أنه كان يقصد شفاء المريض، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب ويستحق توقيع العقاب عليه.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية غير العمدية للطبيب

تقوم المسؤولية الجزائية غير العمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، فليس من المعقول ترك مقترف الخطأ دون محاسبة[1]، وهنا تختلف عن الجريمة العمدية التي تتطلب سلوكا إجراميا ويعتبر الخطأ متوفرا سواء توقع الفاعل نتيجة فعله أو امتناعه، أو بحسبه أنه كان في الإمكان اجتنابها ولم يتجنب ذلك، أو لم يتوقعها، وكان ذلك في استطاعته أو من واجبه[2].

وتتمثل الجريمة الطبية غير العمدية في قيام الطبيب بعمل مشروع يريد به هدفا علاجيا تسبب في جرح غير عمدي أو وفاة المريض خطأ، نتيجة ارتكاب جريمته دون قصد. ومن ثم تتحقق مسؤولية الطبيب بناء على تحقق النتيجة، التي تسبب بها عن غير قصد بإهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح التي يعاقب عليها القانون[3]، ففعل الطبيب مباح استنادا لاستعمال حقه في علاج المريض، إلا أن القانون أقر في نفس الوقت مسؤولية الطبيب عن أخطائه غير العمدية، فالطبيب لا يتمتع في مجال المسؤولية الطبية بأي امتياز خاص، ووضع لهذه المسؤولية قواعد وشروط تتلاءم مع المهمة التي يقوم بها الطبيب، مع الأصول المهنية والفنية التي تحكم الطب الذي يزاوله[4].

فعندما نظم المشرع العمل الطبي قد رخص للطبيب بمزاولة ذلك العمل، ومن ثم فلا جريمة على الطبيب إذا وقع الفعل منه أثناء مباشرة الأعمال الطبية المرخصة له، وكان قصده متجها لشفاء المريض، وكان هذا التدخل بناء على رضاء المريض وقيام الطبيب بكافة الضمانات الطبية التي تنظمها مهنته.

---

1 – ماجد مُحَمَّد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي (دراسة مقارنة)، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2012، ص77.

2 – أسامة علي عصمت الشناوي، المرجع السابق، ص 372.

3 – نصت المادة 288 ق.ع.ج على أنه: كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

4 – علي مصباح ابراهيم، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج 1: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000، ص 523.

ويشار إلى أن المسؤولية غير العمدية يلزم لتحقيقها توافر كل من الركن المادي والمعنوي، وسوف نتناول أركان الجريمة الطبية العمدية في فرعين كمايلي:

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة الطبية غير العمدية

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة الطبية غير العمدية

الفرع الأول

الركن المادي للجريمة الطبية غير العمدية

يتمثل الركن المادي في الجريمة الطبية غير العمدية في السلوك أو الخطأ الطبي الذي نص عليه المشرع، والنتيجة الإجرامية التي حدثت أو الضرر الناتج عن الجريمة، وعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة الإجرامية. فلا يمكن تصور وقوع جريمة طبية غير عمدية من دون توافر العناصر الثلاثة للركن المادي والمتمثلة في: الخطأ الطبي الذي تسبب به الطبيب، والنتيجة والمتمثلة في الضرر الذي لحق بالمريض، والعلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض، وبالتالي سنتطرق لكل عنصر من عناصر الركن المادي على حدة.

أولا – الخطأ الطبي

وقبل التطرق إلى الخطأ الطبي نتناول أولا الخطأ بوجه عام في القانون الجنائي:

1- تعريف الخطأ في القانون الجنائي

ذكرنا فيما سبق بأن الخطأ الجنائي بمفهومه الواسع يتخذ صورتين: صورة الخطأ الجنائي العمدي الذي يطلق عليه القصد الجنائي، وصورة الخطأ الجنائي غير العمدي، الذي تقوم به الجرائم غير العمدية، وتظهر قدرة وسيطرة الإرادة الإجرامية على ماديات الجريمة في الصورة الأولى أكثر من الثانية[1].

فالخطأ: مصطلح استعمله الفقهاء للتعبير عن العلاقة الذهنية والنفسية بين الجاني وفعله في الجرائم غير العمدية أثناء شرحهم لقانون العقوبات الفرنسي القديم الصادر سنة 1810، وذلك لاقتراب مفهومه من مفهوم الخطأ المدني، أي اقتراب مفهوم المسؤولية الجنائية في الجرائم غير العمدية من المسؤولية

1 - jean Larguier, Droit Pénal Général, 13iem éditions, Dalloz, Paris, 1991 P : 25.
أنظر أيضا: رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص: 501.

المدنية لقيامهما معا على الخطأ والضرر والعلاقة السببية، مما يجعلهما مشتركان في نفس العناصر والخواص مع بعض الفوارق البسيطة[1].

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ غير العمدي مثله مثل المشرع الفرنسي والمشرع المصري وأغلب التشريعات في العالم، مكتفيا بتحديد صور هذا الخطأ دون تعريفه، في حين أن بعض التشريعات نصت على تعريف الخطأ غير العمدي ومن ضمنها قانون العقوبات اللبناني الصادر سنة 1943 والذي عرف الخطأ العمدي بموجب أحكام المادة 191 والتي تنص على أنه: "تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين، وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها، وسواء توقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها ".

أما التعريفات الفقهية للخطأ غير العمدي فقد تعددت وتنوعت، ونكتفي منها بما يلي:

عرف الفقيه Garraud الخطأ غير العمدي بأنه: "التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تتطلبها الحياة الاجتماعية"[2].

وعرفه الأستاذ رؤوف عبيد بأنه: "اتجاه الإرادة لإتيان سلوك خطر دون القيام بواجب الحيطة والحذر"[3].

في حين عرفه الأستاذ محمود نجيب حسني بأنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في استطاعته وكان واجبا عليه"[4].

أما الموسوعة الجنائية فعرفته بأنه: "كل فعل أو ترك إرادي تترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل مباشرة ولا بطريق غير مباشر، ولكنه كان في وسعه تجنبها"[5].

ويمكننا تعريف الخطأ غير العمدي بما يلي: هو اتجاه إرادة الجاني إلى القيام بفعل أو الامتناع عن القيام بفعل ترتبت عنه نتيجة ضارة لا يرغب في تحقيقها، كان بوسعه تجنبها.

---

1 - Benoit Chabert et Pierre-Olivier Sur, op. cit., p : 51.

2 – محمد حماد الهيتي، المرجع السابق، ص 41. – انظر أيضا رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 271.

3 – رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 271.

4 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص762.

5 – الجندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1976، ص 392.

فالجاني في هذه الحالة يريد الفعل ولا يريد النتيجة، ومع ذلك فإذا تحققت هذه النتيجة يسأل عنها جزائيا، لأن المشرع لا يتسامح في المساس ببعض الحقوق والمصالح سواء عن قصد أو عن غير قصد، وألزم الكافة بواجب الحيطة والحذر عند القيام بأي فعل من الأفعال الخطرة التي يمكنها أن تلحق بها ضررا، ورتب على الإخلال بهذا الواجب المسؤولية الجزائية في حالة وقوع هذا الضرر.

ويتبن من التعريف الأخير أن جوهر الخطأ هو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، ولما كانت تلك الواجبات المفروضة على الناس كافة فيعد الخطأ إخلالا بالتزام عام يفرضه القانون مضمونه المحافظة على الحقوق والمصالح المحمية، وهذا الالتزام ينطوي على جانبين: الأول موضوعه اجتناب التصرفات الخطرة، أو إتيانها وفقا لأسلوب معين يجردها من خطرها. والجانب الثاني موضوعه التبصر بآثار هذه التصرفات، بمعنى الامتناع عن أي تصرف يمس المصالح المحمية، حفاظا على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، ويفترض هذا الالتزام في جانبيه استطاعة الوفاء به، فلا يعتبر هذا الالتزام بمستحيل[1].

كما قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1963 بتاريخ جلسة 26 أفريل 1966 بأن: " الخطأ الذي يقع من الأفراد عموما في الجرائم غير العمدية يتوافر متى تصرف الشخص تصرف لا يتفق والحيطة التي تقضي بها ظروف الحياة العادية. وبذلك فهو عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجة مماثلة للظروف التي أحاطت بالمسؤول"[2].

2- تعريف الخطأ الطبي

لقد عرف الفقه الخطأ الطبي بمجوعة من التعريفات منها ما يلي:

عرف بأنه: " هو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول "[3].

وعرف أيضا بأنه: " كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضار بالمريض "[4].

1 - أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 208.

2 - نقلاً عن أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 107.

3 - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 506.

4 - أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 228.

الخطأ الطبي هو روح المسؤولية الطبية غير العمدية وأساسها الذي لا تقوم إلا به وهو الذي يرتب النتيجة التي يجرمها القانون[1]. ويمكن معرفة الخطأ الطبي بالاستناد إلى المبادئ الطبية والأصول العلمية المتبعة في العلوم الطبية، وكذلك القواعد المتعارف عليها في مهنة الطب، فإذا خرج عن هذه الأصول والقواعد سواء بسبب الجهل بها أو سوء التقدير في إتباعها كان مسؤولا مسؤولية غير عمدية، كأن تكون مثلا عنايته مخالفة للحقائق العلمية لأن من واجب الطبيب متابعة التطور العلمي الحديث باستمرار[2]، ويكون الطبيب مخطئا أيضا إذا لم يخضع للقواعد العامة المتعلقة بواجبات الحيطة والحذر والتي تفرض على كافة الناس، ويعد الخطأ إخلالا بالتزام عام يفرضه القانون مضمونه المحافظة على الحقوق والمصالح المحمية، فإذا خرج عنها يعد مرتكبا خطأ عاديا كما لو أجرى عملية جراحية وهو سكران مثلا. أما إذا كان العمل الذي قام به الطبيب غير طبي أصلا كما لو ضرب الطبيب المريض أثناء عملية جراحية لكي يمنعه من الحركة حتى يتمكن من إجراء العملية فهنا تخلف شرط من شروط الإباحة، مما يجعل مسؤولية الطبيب عن هذا العمل مسؤولية عمدية[3].

3- عناصر الخطأ الطبي

ومن التعاريف السابقة يمكن أن نستخلص عناصر الخطأ الطبي والمتمثلة في خروج الطبيب عن الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها وقت تنفيذ العمل الطبي، والإخلال بواجبات الحيطة واليقظة، وتوافر العلاقة النفسية بين إرادة الطبيب والنتيجة الجسيمة[4]، والتي نتناولها في العناصر التالية:

أ – خروج الطبيب أو مخالفته للقواعد والأصول الطبية

دراسة هذا العنصر تقتضي منا بيان ماهية الأصول والقواعد الطبية سواء في القانون أو في نظر الفقه، والشروط التي وضعها الفقه حتى تعد الآراء والنظريات أصولا علمية، وتعد مخالفتها أو الخروج عليها مستوجبا العقاب والمساءلة الجنائية.

لقد أشار المشرع الجزائري بصورة ضمنية إلى الأصول والقواعد الطبية في المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[1]، في مادته 45[2]، فيلزم الطبيب عند تقديم العلاج أن يتسم في عملة بالإخلاص

1 – أسامة علي عضمت الشناوي، المرجع السابق، ص 375.

2 – جادي فايزة، المرجع السابق، ص227.

3 – بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، 2014/2013، ص 195، 196.

4 – جادي فايزة، المرجع السابق، ص 227.

والتفاني، وأشار المشرع إلى الأصول والقواعد العلمية، بقوله: "المطابقة لمعطيات العلم الحديث"، أي الطبيب ملزم بأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الحديثة الأكثر تخصصا ودقة وضوحا، كما أشار أيضا إلى المبادئ والعادات المتعارف عليها في مهنة الطب، بقوله: "الاستعانة عند الضرورة بالزملاء المتخصصين والمؤهلين"، والغرض من هذا النص هو إلزام الطبيب بإتباع المبادئ الطبية المقررة في العلم والعادات المتعارف عليها بين الأطباء.

وبذلك يكون المشرع الجزائري يظهر مرونة علمية في التعامل مع المعطيات العلمية والطبية الحديثة من طرف الأطباء، أثناء تطبيقها على المرضى، مع محاولته في نفس الوقت فرض ضوابط صارمة لحماية حقوق المريض من أين انحراف عن الأهداف الطبية السامية[3].

أن الأصول الطبية في علم الطب المتفق عليه بين الفقه، هي تلك الأصول الثابتة، والقواعد المتعارف عليها بين الأطباء نظريا وعمليا، بحيث لم تعد محلا للمجادلة والنقاش بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها الطبيب وقت قيامه بالعمل الطبي حيث إن الطب في تقدم مستمر بحيث أن ما يعد اليوم تطورا حديثا قد يعتبر بعد مرور فترة قليلة تخلفا بل وربما أكثر من ذلك قد يعتبر خطأ طبي، كما يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط في الأساليب والنظريات الطبية الحديثة لكي يعتد بها، كأن يتم الإعلان عنها واعتمادها من قبل جهات علمية طبية معترف بها[4].

ووضع الفقه شروط معينة في كل رأي أو نظرية أو أسلوب حديث في نطاق الأعمال الطبية للنظريات والأساليب حتى تعد من المعطيات والأصول العلمية الطبية، والتي ترتب على مخالفتها، أو الخروج عنها مسؤولية الطبيب الجنائية وهي[5]:

1- أن يعلن عن أسلوب العلاج أو نوعه من قبل مدرسة طبية معترف بها، على أن يجرى قبل الإعلان عنه استخدامه وإجراء تجارب على الحيوانات.

2- أن يكون قد مضى وقت كاف لإثبات كفاءة هذا الأسلوب.

---

1 – المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

2 – نصت المادة 45 على أنه: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديث، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المتخصصين والمؤهلين "

3 – بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 – بن يوسف بن خدة، 2015/2014، ص 94.

4 – حمزة بن عقون، المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، 2018/2017، ص94.

5 – أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 230.

3- يجب أن يجرى التسجيل العلمي للأسلوب أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.

كما أوضح الفقه ضرورة مراعاة الظروف الشخصية والزمانية والمكانية وقت إجراء العمل الطبي نظرا لتأثير الظروف على استخدام أحدث الوسائل والأساليب الفنية في علم الطب، فمما لا شك فيه أنه لا يمكن أن يقارن طبيب في الريف الذي ينقصه المعدات المساعدة في الفحص والتحاليل والأشعة وانعدام الزملاء الأطباء المختصين بطبيب في مستشفى تخصصي أو طبيب في دولة متخلفة بآخر في دولة متقدمة وما يوجد لديه من وسائل ومعدات مساعدة للاستعانة بها بالإضافة إلى إمكانيات بشرية متخصصة[1].

مدى التزام الطبيب بإتباع الأصول الطبية، المقصود بها هو أن الطبيب ملزم بإتباع الأساليب والوسائل العلاجية التي يقضي بها العلم، متى عرضت له حالة من الحالات التي تدخل في الحدود التي وضع العلم حلا لها حتى لا يعرض حياة المريض للخطر، أما إذا كانت حالة المريض لا تدخل تماما في نطاق هذه الحدود، فهنا لا غبار على الطبيب في أن يختار من الوسائل والأساليب العلاجية ما يتفق ومصلحة المريض في تحقيق الشفاء، مع التزام بعدم مخالفة الأصول الفنية المستقرة والأوضاع العلمية الثابتة إلا في الأحوال الاستثنائية، ويقصد بالأحوال الاستثنائية هي تلك الظروف التي تحيط بالطبيب أثناء قيامه بالتدخل الطبي والتي يضطر فيها الطبيب إلى التحلل من الالتزام بالأصول الطبية الثابتة، ففي الحالات الاستثنائية لا مسؤولية على الطبيب إعمالا للقواعد العامة في القانون الجنائي التي تعفى من المسؤولية إذا توافرت حالة الضرورة[2].

وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسة في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 مارس 1936 بقولها " إن الطبيب يلتزم بأن يبذل للمريض عناية لا من أي نوع كان، بل جهودا صادقة يقظة متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة "[3].

1 – أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية – مصر، 2008، ص 61.

2 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين – في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري –، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2011، ص 127- 128.

3 - se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement donne du malade des soins, non pas quelconque, mais consciencieux attentif et réserverait de circonstances exceptionnelles conforme aux données acquises de la science et la violation même involontaire de dette obligation » 20 Mars 1936

ب الإخلال بواجب الحيطة واليقظة

لدراسة الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة تقتضي بيان أمرين هما مصدر واجبات الحيطة واليقظة، وكيفية الإخلال بهذه الواجبات.

– أن مصدر واجبات الحيطة واليقظة هي التشريعات أو العرف أو الخبرة الإنسانية، والتشريعات تشمل هنا كل ما يقرره القانون بمختلف فروعه، وكذلك ما تفرضه اللوائح من واجبات، مثال ذلك التشريعات الصحية كقانون مزاولة مهنة الطب واللوائح المنظمة لها، وإن كان التشريعات الصحية مصدر هذه الواجبات إلا أن مصدرها العام هو الخبرة الإنسانية، أي ما درج عليه الكافة، أما أهل الخبرة الخاصة بمعنى ما درجت عليه مجموعة من أهل الخبرة أو المهنة في ميدان محدد، كميدان الأعمال الطبية كالأطباء[1].

– كيفية حدوث الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة العامة في نطاق الأعمال الطبية، يعني خروج الطبيب كلية عما هو مفروض عليه من واجب التدبر والحيطة العامة والحذر في المجال الطبي. ولا يتأتى إلا بخروج الطبيب عن الضابط الشخصي أو الموضوعي، فالضابط الشخصي يراد به هو قياس السلوك الذي يصدر من الشخص في ظروف معينة على أساس سلوكه المعتاد، أما الضابط الموضوعي هو عدم تطبيق الضابط الشخصي في صورته المطلق إنما يراعى في تطبيقه الظروف التي صدر فيها التصرف[2].

ونتيجة لذلك فإن الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة العامة يعني مخالفة الطبيب للسلوك الواجب الإتباع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف التي أتى فيها الطبيب تصرفه، وتطبيقا لذلك قضت محكمة السين في 20 يوليو سنة 1907 بأن: "مسؤولية الطبيب لا تنعقد إلا إذا ثبت أنه خرج على القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل ذي مهنة، أيا كانت، أو إذا ثبت إهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تطلبه مصلحة الناس من الحاصلين على دبلوم الطب"[3].

وتطبيقا لذلك أيضا قضى مجلس قضاء باتنة – الغرفة الجزائية– بتاريخ 2005/06/13[4] بأن: " المتهم قد تسبب في وفاة الضحية نتيجة عدم اتخاذه الحيطة للازمة والعناية التي تستوجب عليه كطبيب ولم يتكفل بالضحية ولم يبذل العناية اللازمة المفروضة عليه".

1 – غضبان نبيلة، المسؤولية الجنائية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو – الجزائر، 2009، ص 85.

2 – أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 44.

3 – أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص233.

4 – قرار صادر عن مجلس قضاء باتنة – الغرفة الجزائي– بتاريخ 2005/06/13، غير منشور.

وهذا القرار الأخير الذي تناول مسؤولية الطبيب الجزائية عن الوفاة نتيجة عدم اتخاذ الحيطة اللازمة والذي سنحاول التعليق عليه كيما يلي:

أولا / مختصر الوقائع والإجراءات:

تعود وقائع القضية إلى تاريخ 1999/03/05، حين أصيب الضحية (ق.ع) بآلام حادة على مستوى بطنه أين نقل من طرف أخيه لعيادة الطبيب (ر.ن)، وهنا قام هذا الأخير بفحص الضحية ثم إعطائه حقنة في ذراعه الأيمن وبمجرد إتمام عملية الحقن أغمي عليه وظهرت عليه أعراض غير طبيعية وبعض الأثار على جسم المريض، وهنا طلب الطبيب (ر.ن) من أخ الضحية أن يقوم بنقله للمستشفى الجامعي لتلقي الإسعافات، وقد تم نقله على جناح السرعة غير أن الضحية وبمجرد مغادرته للعيادة توفي في الطريق متأثرا بتلك الحقنة وبوصوله المستشفى كان قد لفظ أنفاسه الأخيرة، وبالمستشفى تم معاينة هاته الوفاة من طرف الطبيب المعالج بقسم الاستعجالات وحرر شهادة معاينة الوفاة المؤرخة في 1999/05/05.

تم تشريح جثة الضحية المتوفى وأصدر الطبيب الشرعي تقرير خبرة انتهى فيه إلى وجود أعراض تسممية هامة بالإضافة إلى تقرير المخبر الجهوي للشرطة العلمية الذي انتهى في البحث عن التسمم الدوائي إلى نتيجة إيجابية تتمثل في وجود مواد باربيتورية مسممة.

توبع الطبيب (ر.ن) من قبل النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية طبقا لأحكام المادة 288 ق.ع.ج بجنحة القتل الخطأ.

بعد التحقيق أحيل المتهم على محكمة الجنح بتهمة القتل الخطأ بموجب قرار غرفة الاتهام المؤرخ في 2000/07/25، المحكمة أصدرت حكما بتاريخ 2003/06/30 قضى بإدانة المتهم (ر.ن) من أجل القتل الخطأ طبقا لنص المادة 288 ق.ع.ج وعقابا له الحكم عليه بعشرة آلاف دج (10.000 دج) غرامة مالية موقوفة التنفيذ.

وفي الدعوى المدنية: القضاء بإلزام المدان (ر.ن) بأن يدفع لذوي حقوق الضحية المتوفاة (ق.ع) مبلغ 200.000 دج (مئتين ألف دج) بالنسبة للزوجة ومبلغ 50.000 دج (خمسون ألف دج) لكل واحد من الأبناء القصر، ومبلغ 70.000 دج (سبعون ألف دج) للوالدين لكل واحد منهما ومبلغ 20.000 دج (عشرين ألف دج) للإخوة ولكل واحد منهم كتعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بهم وتحميل المدان المصاريف القضائية.

تم استئناف الحكم من طرف وكيل الجمهورية والمتهم والطرف المدني، المجلس أصدر قرارا بتاريخ 2005/06/13 يحمل رقم 04/592 قضى بالمصادقة على الحكم المستأنف.

وهو القرار محل المناقشة والتعليق.

ثانيا / مناقشة مضمون القرار

المقدمة

إن موضوع المتابعة ينصب حول عناصر الخطأ الطبي غير العمدي للطبيب، ويطرح الإشكال الآتي: هل أن الإخلال بواجب الحيطة واليقظة يعد عنصر من عناصر الخطأ الطبي؟ وهل يترتب عليه قيام المسؤولية الجزائية غير العمدية للطبيب؟. وهل أن الأفعال المرتكبة من طرف المتهم (ر.ن) تشكل إخلالا بواجب الحيطة والحذر المفضي إلى القتل الخطأ الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 288 ق.ع.ج؟

1- الأساس النظري والقانوني للقرار محل التعليق

حيث من المقرر فقها وقضاء أن الإخلال بواجب الحيطة واليقظة عنصر من عناصر الخطأ وهو خروج الشخص عما هو مفروض عليه من واجب التدبر والحيطة العامة والحذر في حياته العادية، وإتباعه ما يفرضه عليه القانون والواجبات والخبرة الإنسانية، وهو نفسه ما ينطبق عليه في مجال عمله بخروجه عن الحيطة والحذر في مجال عمله وعدم إتباعه ما يفرضه عليه القانون وتشريعات عمله من واجبات وأيضا الخبرة العملية أي ما درج عليه الكافة من أهل الاختصاص.

وأن الإخلال بواجب الحيطة والحذر في المجال الطبي هو خروج الطبيب عما هو مفروض عليه أثناء ممارسة عمله من واجبات الحيطة واليقظة وخروجه عن السلوك المعتاد من طبيب يقظ وحذر، وينتج الإخلال بواجب الحيطة والحذر من عدم انتباهه أو إهماله أو عدم احتياطه أو رعونته أو عدم مراعاته الأنظمة.

وبالرجوع إلى المادة 288 ق ع يتبين بأنها تنص على أنه " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار ".

2- الأسباب التي اعتمدها المجلس في قضائه:

لقد أنهى المجلس في قراره إلى القول في حيثياته سبب قراره بأن: "المتهم قد تسبب في وفاة الضحية نتيجة عدم اتخاذه الحيطة الأزمة والعناية التي تستوجب عليه كطبيب ولم يتكفل بالضحية ولم يبذل العناية اللازمة المفروضة عليه".

وأن المتهم أهمل تسجيل الضحية في سجلات العيادة التي استقبلت الضحية ولم يحرر أية وصفة طبية يمكن الرجوع إليها حتى يتبين معرفة الدواء الذي حقن به الضحية وهو ما يجعل دفعه بأن حقن الضحية بمادة لاتروبيل وليس مواد البارتيورية التي توصل إليها المخبر العلمي للشرطة لا يجد ما يدعيه في قضية الحال، وبالتالي تكون الحقنة التي تلقاها الضحية والتي أدت إلى وفاته نتيجة مواد تسميمية هي حقنة مواد الباريتريك.

وعليه فإن المسؤولية الجزائية قائمة في حق المتهم ويستحق الإدانة والعقاب وعليه قرر المجلس المصادقة على الحكم المستأنف.

3- الأساس المنطقي والرأي الشخصي

إن الثابت وقائع القضية أن الطبيب (ر.ن) بعد فحصه للضحية طلب من الممرضة أن تقدم له حقنة لاتروبيل من دون أن يقدم لها وصفة بذلك، وعندما أحضرت الممرضة الحقنة قام الطبيب بحقنها مباشرة من دون التأكد من نوعها.

حيث أن عدم انتباه الطبيب يتمثل في أخلاله بواجب الحيطة واليقظة والمفروض عليه اتباعه في ممارسة مهامه والتي تفرضها عليه قواعد العمل الطبي من خلال ضرورة التأكد من نوع الدواء الذي يحقنه للمريض وتاريخ صلاحيته.

وحيث أن الطبيب (ر.ن) والذي كان يعتقد بأنه حقنة من نوع لاتروبيل ولكن هو في الحقيقة حقنة لمواد البارتيورية والتي تحتوي على مواد سامة وتستعمل في التخذير وبجرعات قليلة بحسب حالة المريض، وأن الطبيب (ر.ن) عندما حقنها للضحية كان يعتقد بأنها حقنة لاتروبيل وبذلك تجاوز المقدار الذي قد تحقنه به الحقنة وأصبحت بذلك مادة سامة تسبب بموت الضحية.

وخلاصة تعليقنا على هذا القرار القضائي، والذي استنتجنا منه أن مسؤولية الطبيب قائمة عن وفاة الضحية نتيجة لعدم انتباهه وإخلاله بواجب الحيطة واليقظة في نطاق عمله، من خلال عدم تأكده من نوع الحقنة التي قام بحقنها للضحية، فقد قام بحقنه بدواء من نوع الباربيتيوريك والتي تدخل في إطار

الأدوية التسممية معتقدا بأنه من نوع لاتروبين، والتي كانت السبب في حدوث تسمم ووفاة للضحية، وبهذا يكون الطبيب قد خرج سلوك الطبيب الحذر واليقظ، و المفروض عليه في المجال الطبي وهو التأكد من العلاج والدواء الذي يستعمل ومدى خطورته على صحة وسلامة المريض وأخذ الحيطة والحذر في استعمال الدواء لكي لا يتسبب بضرر على صحة الأشخاص. وبالتالي فإن جريمة القتل الخطأ ثابتة في حق المتهم (ر.ن).

ج – توافر العلاقة النفسية بين إرادة الطبيب والنتيجة الجسيمة

تتجلى أهمية هذا العنصر في أنه إذا لم يترتب على خطأ الطبيب نتائج جسيمة كالضعف الصحي العام أو عاهة مستديمة أو الوفاة، فإنه لا تقوم مسؤولية الطبيب عن جريمة غير عمدية. إذ لا يعاقب القانون على السلوك في ذاته إلا إذا أفضى إلى نتيجة إجرامية معينة، فلا يقوم الخطأ بمجرد الإخلال بواجب الحيطة والحذر، ومن ثم كان واجبا أن تتوافر صلة تجمع بين إرادة الطبيب والنتيجة الجسيمة، وبغير هذه الصلة لا يكون هناك محل لعقاب الطبيب عن حدوث النتيجة الإجرامية[1].

ولهذه العلاقة النفسية بين الإرادة والنتيجة صورتان[2]:

– **الصورة الأولى**: تشترط أن تكون النتيجة متوقعة في ذاتها: تنتج عن عدم توقع الجاني حدوث النتيجة ولم تتجه إليها إرادته، ولكن هذا لا يعني انعدام الصلة بين الإرادة والنتيجة، فتقوم الصلة عندما يكون الجاني في استطاعته توقع النتيجة وفي استطاعته أن يحول دون حدوثها، فلا يبذل جهدا للحيلولة دون وقوعها، في حين أنه كان يجب عليه ذلك، ويطلق على الخطأ غير العمدي في هذه الصورة "الخطأ غير الواعي" أو "الخطأ بدون توقع".

وهنا يكن طرح التساؤل التالي كيف يمكن للشخص أن يتوقع ما ليس متوقعا أو تجنب ما لا يمكن تجنبه؟. وللإجابة عليه يتعين علينا أن نجيب على التساؤل الآتي عما إذا كان في وسع الشخص المعتاد في الظروف التي أحاطت بالمتهم حينما أتى تصرفه أن يتوقع النتيجة وأن يحول دونها أم لم يكن ذلك في وسعه، فإن كان في وسعه توافرت العلاقة النفسية المطلوبة، أما إذا لم يكن في وسعه أن يتوقع النتيجة وهنا لا تعد النتيجة متوقعة وتنتفي العلاقة بين الإرادة النتيجة الإجرامية.

1 – أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق ذكره، ص 233.

2 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص 771- 772.

– **الصورة الثانية:** فيتوقع الجاني حدوث النتيجة، ولكن لا تتجه إلى ذلك إرادته، بل يأمل في عدم حدوثها، ويتوقع أنها لن تحدث، معتمدا على الاحتياط أو غير معتمد[1]، ويطلق على الخطأ غير العمدي في هذه الصورة بتعبير " الخطأ الواعي " أو " الخطأ مع التبصر " أو "الخطأ مع التوقع".

4– أنواع الخطأ الطبي

لقد حاول الفقه والقضاء التمييز بين أنواع الخطأ بحسب تقديره لمحاولة تحديد الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب، فظهرت تقسيمات أهمها، تقسيم الخطأ إلى الخطأ المهني والخطأ العادي، وتقسيمه أيضا إلى خطأ جسيم وخطأ يسير ونحاول التطرق إلى كل واحد منهما كما يلي:

أ – الخطأ المادي والخطأ المهني

ذهب فريق من الفقهاء إلى التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ المهني، والتي قد يقع فيها بمناسبة قيام الطبيب بالأعمال الطبية، ويرجع هذا التقسيم إلى الفقيه ديمولوب، عندما فكر في الجمع بين دعاة عدم المسؤولية ومعارضيهم، من خلال التمييز بين نوعين من الأعمال التي تصدر عن الطبيب. أعمال مادية وأخرى مهنية (فنية)، وقد تم التمييز بين هذين النوعية لكي يتم تحديد الأخطاء الموجبة للمسؤولية والتفرقة بين ما يقع من أخطاء في الأعمال المادية وهي التي يحاسب عليها أي رجل عادي والتي سميت بالأخطاء المادية، وبين ما يقع من أخطاء في الأعمال المهنية والتي هي خاصة بمهنة الطب والتي يقع فيها والتي سمية بالأخطاء الفنية، وأقتصر في بادئ الأمر على قيام مسؤولية الطبيب على أخطائه العادية، دون الأخطاء الفنية، ثم عادوا فقرروا مسؤوليته عن الأخطاء الفنية أيضا، بشرط أن يكون الخطأ الفني جسما، وهنا ظهر تقسيم الخطأ إلى خطأ جسيم وخطأ يسير[2].

- **تعريف الخطأ المادي:** بناء على ما سبق، يمكن تعريف الخطأ المادي بأنه: "الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد والتي تتطلب الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص "، ومن ثم فالخطأ المادي الذي يقع فيه الطبيب هو الخطأ الخارج عن مهنة الطب، أي الذي لا يخضع للخلافات الفنية، ولا يتصل بسبب الأصول العلاجية المعترف بها[3].

1 – ماجد مُحَّد لافي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، ط 2، 2012، ص 90.

2 – منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 252.

3 – محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 79.

كما عرف أيضا " هي تلك الأخطاء التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب، ويمكن تقديرها دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها"[1]، وبصفة عامة هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولته مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة[2]، ومثال ذلك أن يجري طبيب عملية جراحية وهو سكران أو أن يغفل تعقيم الأدوات الجراحية، أو ينسى بعضها في جوف المريض. وكذا نجد خطأ الجراح الذي قام بعملية على الثدي السليم بدلا من الثدي المصاب، وكذلك خطأ الطبيب الذي قدم دواء لمريضه وقد فاتت مدة صلاحيته، ففي كل هذه الحالات يطبق معيار الخطأ العادي وهو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهنا تطبق المحكمة القواعد العامة للمسؤولية الجنائية.

- **تعريف الخطأ المهني:** ويطلق عليه أيضا الخطأ الفني، والذي يقصد به: " إخلال رجل الفن الذي ينتمي إلى مهنة معينة كالطبيب أو الصيدلي أو المهندس بالقواعد العلمية والفنية التي تحدد الأصول العامة لمباشرة مهنهم"[3]، فهو إخلال بواجب خاص مفروض على فئة محدودة من الناس ينتمون إلى مهنة معينة كالأطباء والمهندسين والمحامين والقضاة وغيرهم، ولكن أصل نشأة هذه التفرقة خاصة بالنسبة للأعمال الطبية دون سواها، بحيث يتصل هذا الخطأ بالقواعد العلمية والأصول الفنية التي تحكم مهنة الطب ويتقيد بها الأطباء عند ممارستهم لأعمالهم المهنية، ويرجع الخطأ الفني إما إلى الجهل بأصول وقواعد المهنة، أو إلى تطبيقها بشكل غير صحيح أثناء التشخيص أو العلاج و غيرها من مراحل العمل الطبي مما ينجم عن ذلك ضرر يلحق بالمريض[4].

ولقد تم اعتماد هذه التفرقة في الخطأ الطبي، ليتم إعفاء الطبيب من الأخطاء الفنية وتحميله مسؤولية أخطائه العادية فقط، أي أن لا مسؤولية للطبيب عن أخطائه الفنية، مبررين ذلك حتى لا يقع في الخوف من المسؤولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في نفسه. وقد تم نقد التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني، على أن هذه التفرقة ليس لها أي سند قانوني، كما أن إعفاء الطبيب من المسؤولية عن خطئه المهني يهدد مصلحة المجتمع ومصلحة المريض، والذي هو

1 – منير رضا حنا، المرجع السابق، ص 253.

2 – محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، ط 1،1999، ص83.

3 – ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 192.

4 – غضبان نبيلة، المرجع السابق، ص 88.

في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الطبية، كما أن تحميل الطبيب المسؤولية وتهديده بالعقاب يجعله أكثر دراية ويقظة من إعفائه من المسؤولية[1].

ب – الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

وإذا كان الخطأ الطبي العادي لم يثر أي إشكال في مدى مسؤولية الطبيب عنه، فيسأل هذا الأخير عن أي خطأ مهما يكن يسيرا أم جسيما، فإن الخطأ المهني في مجال العمل الطبي استأثر بوجه خاص، باهتمام الكثير من جانب الفقه والقضاء، وتمثل الاهتمام في التساؤل عن درجة الخطأ الفني اللازمة لتقدير المسؤولية الجنائية للطبيب، ومن هنا ظهر من الفقهاء من يرى بأن لا يكفي لقام مسؤولية الطبيب أن يكون الخطأ فنيا، بل يجب أن يكون الخطأ الفني جسيما.

وتعود التفرقة في الخطأ الطبي بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير إلى القضاء الفرنسي، وقد ساد هذا اجتهاد القضاء الفرنسي لفترة طويلة من الزمن على ضرورة اشتراط توافر خطأ طبي جسيم في الأعمال الطبية لمساءلة الطبيب[2]، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية أول من تبنى هذه التفرقة من خلال الأخذ بمسؤولية الطبيب عن أخطائه الجسيمة، في حكمها الصادر في 18 جويلية 1835 في قضية Thouet – Noroy[3].

فالخطأ الجسيم هو: ذلك الخطأ نتيجة مخالفة الوسائل العلاجية السليمة مخالفة واضحة تنم عن جهل بين أو إهمال جلي، لا يصح صدوره من طبيب يشعر بالمسؤولية إزاء مريضه، ومن ذلك السرعة في التشخيص، أو العلاج برعونة أو بإهمال ودون الاستعانة بالطرق الضرورية والمفيدة لتكوين الرأي، والوسائل الفنية التي يتسم بها الطب الحديث، أو مخالفته إياها مخالفة فاضحة[4].

1 – محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 84.

2 – أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2008، ص 42.

3 – وتتلخص وقائع قضية Thouet – Noroy في أن إحدى المحاكم الفرنسية قد أمرت بإجراء تحقيق ضد هذا الطبيب الذي أخطأ في طريقة إجرائه الفحص، ثم حاول أن يخفي خطأه بحيث لم يضع للمريض الضمادة التي كان يمكن أن تجنبه الضرر، ولما زادت حالة مريضه سوءا رفض زيارته، مما أدى إلى بتر ذراعه، وقد قضت المحكمة عليه بالتعويض. تأييد هذا الحكم استئنافا فطعن هذا الأخير بطريق النقض، بحيث قال الدفاع أن الطبيب لا يسأل عن أرائه وأفكاره وغير ذلك مما يجريه بحكم أنه كطبيب. إلا أن النائب دوبان أقر أن أحدا لم يفكر في أن يسأل الطبيب عن أرائه وأفكاره وإنما يسأل فيما عدا المسائل الطبية عن كل إغفال لواجبات المهنة أو خطأ جسيم، كما رأت محكمة النقض أن الوقائع المنسوبة إلى الطبيب هي وقائع مادية تتضمن أخطاء جسيمة، وإغفالا حقيقيا لواجبات المهنة مما يخضع لتقدير القضاء ولذلك قضت المحكمة برفض الطعن. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 254 – 255.

4 – غضبان نبيلة، المرجع السابق، ص 90.

أما الخطأ اليسير فهو: ذلك الخطأ الذي يمكن التجاوز عنه ويمكن أن يقع فيه أي طبيب أو ممارس للعمل الطبي يسلك سلوكا معتادا والذي لا يلحق بالمريض أي ضرر جوهري في شكله أو جسده وبالتالي فلا مسؤولية عنه، وقد يكون نتيجة إقدام الطبيب على تجريب وسائل علاجية حديثة دون خوف[1].

وقد ناد بعض الفقه بوجوب أن تكون مساءلة الطبيب قاصرة على الخطأ المهني الجسيم دون الخطأ اليسير، أما البعض الأخر فقد ناد بوجوب محاسبة الطبيب عن كافة أخطائه مهما كانت.

الإتجاه الأول: وذهبوا أصحاب هذا الاتجاه إلى الأخذ بالمسؤولية عن الخطأ الفني الجسيم دون الخطأ اليسير، وقد أقام هذا الاتجاه رأيه على حجج وأسانيد، منها:

إن التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير والتفاوت في درجة الخطأ، لا يعتد بها في المسؤولية المدنية، فالخطأ مهما كانت جسامته يصلح لقيام المسؤولية المدنية عن الضرر الناشئ عنه، إنما يختلف الأمر في القانون الجنائي حسب رأي أصحاب هذا الاتجاه، فلا يعترف إلا بالخطأ الجسيم، أما اليسير فلا تقوم به سوى المسؤولية المدنية، وعندهم الخطأ الجسيم يتحقق عندما يكون بإمكان كل شخص أن يتوقع النتيجة الضارة، أما اليسير فيتحقق عندما يكون بإمكان الشخص العادي متوسط العناية والحذر أن يتوقع النتيجة، لذا فالخطأ الذي يوجب ترتيب المسؤولية الجنائية يجب أن يكون على درجة من الجسامة تبرر العقوبة، لأن العقاب يراعى فيه المصلحة الاجتماعية، والتي لا تتحقق مع الخطأ اليسير بل يكفي الحكم للمتضرر بالتعويض له[2].

إن ما يتمتع به رجل الفن من علم يجعله محل ثقة في أن يباشر مهنته على النحو الصحيح، كما أن التقدم العلمي لا يكون إلا بالتجربة والإصابة تارة والخطأ تارة أخرى، فالتهديد الدائم للطبيب بثنيه عن الاجتهاد والابتكار، لهذا يجب توسيع حرية العمل حتى تسهل مسايرة النظريات الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق منها. كما أن تقرير مسؤولية الطبيب عن كل خطأ فني يؤدي إلى إقحام القضاء في مجال شائك، إذ يفرض عليه التثبت من الخطأ الفني أن يخوض في مناقشات طبية دقيقة يشق عليه أن يستقر فيها على رأي سليم مما يقتضي اقتصار رقابته على الحالات الواضحة الخطأ الفني، واجتنابه البحث في الأخطاء

1 – منذر الفضل، المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2012، ص 79.

2 – ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2013. ص 97 و 98.

اليسيرة وذلك صونا له من كل خطأ من كثرة الأخذ برأي الأطباء ومشورتهم، لأن القاضي يجب أن يقض بما يؤمن به لا بما يؤمن به غيره[1].

كما لا يمكن أن تقوم مسؤولية الطبيب عن خطئه الفني، إلا إذا لم يتبع الوسائل العلاجية الصحيحة وخالفها مخالفة واضحة، ناتجة إهمال كلي أو جهل واضح، لا يمكن أن يصدر من طبيب يتمتع بروح المسؤولية، لكن عندما يخطئ الطبيب أخطاء يسيرة في العلاج أو التشخيص فيجب تجاوزها، لأنه مع اختلاف النظريات والقواعد الطبية يمكن أن تتباين وجهات نظر الأطباء ويختلفون في توجهاتهم[2].

أما الإتجاه الثاني: فيذهب أصحابه إلى تجنب التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير عند تقرير مسؤولية الطبيب، بحيث يرى وجوب مساءلته جنائيا عن كل الأخطاء، مبررين رأيهم بالحجج التالية:

لكون التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني وبين الخطأ الفني الجسيم والخطأ الفني اليسير تفرقة لا مبرر لها، فهي تفرقة قديمة من صنع فقهاء القانون المدني، وكان من الطبيعي أن يسترشد بها فقهاء القانون الجنائي، فاستعاروا منها فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير وأقاموا مسؤولية الطبيب على الخطأ الجسيم فقط[3].

كما أن هذه التفرقة والتمييز تهدر بعض الحقوق، كما يضعف دور القضاء، وأن مسؤولية أهل الفن يجب أن تخضع للقواعد العامة في المسؤولية سواء كان ماديا أم فنيا، جسيما أو يسيرا، ذلك أن غالبية النصوص جاءت بصيغة عامة ولا يجوز تقييد هذه النصوص، إلا بنص قانوني، كما أن الخطأ الفني ما هو إلا صورة من صور الخطأ الجنائي وله نفس الطبيعة، كما أن معياره لا يختلف عن معيار الخطأ المادي[4].

كما برر بعضهم بأن هذه التفرقة لا مبرر لها، فإذا كان الطبيب أو غيره من الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض أو غيره من العملاء في، حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، ومن الواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولا عن خطئه المهني كمسؤوليته عن خطئه العادي، فيسأل في هذا وذاك، حتى عن الخطأ اليسير، كما أضاف هذا الجانب من الفقه وإن كانت التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني تبدو سهلة وممكنة في حالات كأن الطبيب ارتكب خطأ ماديا، كما لو قام جراح بعملية

1 – غضبان نبيلة، المرجع السابق، ص 90.

2 – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 28 – 29.

3 – غضبان نبيلة، المرجع السابق، ص 92.

4 – ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 96.

جراحية وهو سكران فإنه يظهر صعوبة التفرقة في كثير من الأحيان والقول بما إذا كان الخطأ عاديا أو فنيا، كما لو ترك الطبيب قطعة من الشاش أو أداة جراحية في جسم المريض أثناء العملية، فقد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ ماديا، غير أن السرعة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية تجعل منه خطأ فنيا[1].

وقد خلص الفقه والقضاء في الأخير إلى القول بأن التفرقة بين الخطأ أو التدرج فيها ليس له سند في القانون، وأن النصوص التي قررت مسؤولية المخطئ لم تفرق بين درجات الخطأ، كما لم تفرق بين الفنيين وغير الفنيين من المخطئين[2]، وأن مسؤولية الأطباء الجنائية تقوم على كل خطأ ثابت في حقه على وجه اليقين أثناء ممارسته لمهنته سواء كان خطأ عاديا أو فنيا، جسيما أو يسيرا، فلا مجال للتفرقة بين أنواع الخطأ وذلك لخصوصية مهنة الطب المتعلقة بحماية الإنسان والمحافظة على سلامته، ولصعوبة التفريق في كثير من الحالات بين أنواع الخطأ الطبي أن كان ماديا أو فنيا[3].

وقد حاول الفقه إلى إيجاد حلول مختلفة ومنهم من ناد بضرورة التدخل التشريعي لتحديد ماهية الخطأ الطبي الذي يكون محلا للمسؤولية الجنائية، حيث وضع ضابطا لتقرير المسؤولية الجنائية عن الخطأ الطبي ينحصر في الاعتداد بجسامة النتائج لا بجسامة الخطأ. وهذا الضابط يحقق هدفان، فالأول: يحقق مصلحة الطبيب في العمل بقدر من الحرية دون الخوف من المسؤولية الجنائية عن أي خطا يرتكبه، والثاني: يحقق حماية مصالح الأفراد والصالح العام بتحقيق الردع الخاص والعلم عند توقيع العقوبة على الطبيب المهمل أو الجاهل بأصول وقواعد المهنة الذي يترتب على خطئه هذه النتائج الجسيمة، فيتوخى الحيطة واليقظة والحذر ويعمل وفق الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها، الأمر الذي يمنع الوقوع في الخطأ[4].

5- صور الخطأ:

ويتضح مما سبق بأن الخطأ الطبي هو ذلك الفعل الضار الذي يحدثه الطبيب عند قيامه بالأعمال الطبية نتيجة تقصيره أو عند مخالفته للقوانين واللوائح والقرارات التنظيمية، وأصول وقواعد مهنة الطب ويترتب عليه إصابة الغير بضرر في صحته أو يحدث له إعاقة دائمة أو يتسبب في وفاته.

1 - منير رضا حنا، المرجع السابق، ص 259.

2 - ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 92.

3 - غضبان نبيلة، المرجع السابق، ص 94.

4 - محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص 81.

ويستند الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجنائية إلى قانون الصحة في مادته 413[1]، والتي أحالت معاقبة الطبيب وكل مهني الصحة، عند القيام بأخطاء مهنية تسببت بأضرار للغير، إلى ق.ع.ج في مواده التي تناولت الخطأ الجنائي وهي المواد 288[2] و289[3] و2/442[4].

وتناول المشرع الجزائري صور الخطأ الجنائي، في المادة 288 المتعلقة بالقتل الخطأ والفقرة 02 من المادة 442 المتعلقة بمخالفة جروح الخطأ ذكر جميع صور الخطأ غير العمدي، إلا أنه في المادة 289 المتعلقة بجنحة جروح الخطأ فقد تطرق إلى صورتين من صور الخطأ وهما الرعونة وعدم الاحتياط، ومن هنا يتبين بأن المشرع قد رصد خمس صور للخطأ غير العمدي وهي: الإهمال والرعونة وعدم الاحتياط وعدم الانتباه وعدم مراعاة الأنظمة أو النظم، فقد اعتبر كل صورة من هذه الصور خطأ يترتب عليه مسؤولية فاعله.

هنا يثور التساؤل عما إذا كانت هذه الصور وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال، الرأي الراجح في الفقه[5] يرى بأنها وردت على سبيل المثال لا الحصر، لأنه لو سلمنا بأنها وردت على سبيل الحصر فإن ذلك يقودنا إلى إخراج طائفة من دائرة التجريم بدعوى عدم وجود صورة من صورها أو نص يجرمها، بالإضافة إلى أن المشرع لا يستطيع الإحاطة بكل ما يمكن تصوره من صور الخطأ في الجرائم غير العمدية، ولهذا استعمل المشرع عبارات رحبة للدلالة عليها تتسع لكل ما يتصور من حالات الخطأ، كما أن هذه العبارات المستعملة لصور الخطأ مع اختلافها إلا أنها تعبر في حقيقتها عن فكرة واحدة، وهي ذلك التقصير الذي يشوب عمل الجاني فيؤدي إلى نتيجة ضارة والمعاقب عليها. كما أن النصوص التي

---

1 – نصت المادة 413 من ق.ص.ج على أنه: " باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و289 و442 (الفقرة 2) من ق.ع.ج، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ".

2 – نصت المادة 288 على أنه: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك **برعونته** أو **عدم احتياطه** أو **عدم انتباهه** أو **إهماله** أو **عدم مراعاته الأنظمة**، يعاقب بالحبس من...".

3 – المادة 289: " إذا نتج عن **الرعونة** أو **عن عدم الاحتياط** إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من... ".

4 – نصت الفقرة 2 المادة 442 على أنه: " يعاقب بالحبس من.... 2- كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر وكان ذلك ناشئا عن **رعونة** أو **عدم احتياط** أو **عدم انتباه** أو **إهمال** أو **عدم مراعاة النظم**، ...".

5 – ماجد محمّد لافي، المرجع السابق، ص 84 – 85. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص 776 – 778.

اقتصرت على ذكر صورة أو صورتين للخطأ غير العمدي، فإذا قلنا أنه تم ذكرهما على سبيل الحصر ستؤدي إلى إخراج حالات من الخطأ تنتمي إلى الصور التي لم يرد ذكرها، وفي الجانب العملي هناك ما يثبت بأن المشرع قد ذكر صور الخطأ على سبيل المثال من خلال أن القاضي في حكمه ليس ملزما بأن يثبت انتماء الخطأ الصادر من المتهم إلى إحدى الصور الواردة في النص الخاص بهذه الجريمة، بل يكتفي بإثباته توافر عناصر الخطأ.

لذا نحاول استعراض صور الخطأ غير العمدي في العمل الطبي التي أوردها المشرع الجزائري كل على حدا فيما يلي:

أ – الإهمال وعدم الانتباه Inattention et Négligence

الخطأ بالإهمال وعدم الانتباه يتخذ صورة الفعل السلبي (الترك أو الامتناع أو الغفلة) وعدم القيام ما ينبغي على الشخص المتزن الحريص أن يفعله، وكان من شأنه أن يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية[1]، ثم يتقاعس عن أدائه بسبب تقصيره أو عدم انتباهه متسببا في حدوث نتيجة ضارة.

عرفه البعض بأنه: "هو التقصير في العمل بعدم اتخاذ العناية الواجبة ويترتب عليها نتيجة غير طيبة"[2]،

ويعرف البعض الآخر بأنه: "هو امتناع الجاني عن اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة"[3]،

كما عرف أيضا بأنه: "تقاعس الفاعل حينما يأتي نشاطه عن اتخاذ ما تمليه عليه ضرورات الحيطة والحذر والتي يتخذها من يوجد في ظروفه ويتصرف بمقتضاها"[4].

وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأن: مسؤولية الطبيب لا تنعقد إلا إذا ثبت أنه خرج عن القواعد العام للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل ذي مهنة أيا كانت وثبت إهماله وعدم انتباهه

1 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص 780.

2 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 515.

3 – فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 420.

4 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 112.

بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تطلبه مصلحة الناس من الحاصلين على دبلوم الطب[1]، ومثال للإهمال في المجال الطبي عدم قيام الطبيب بالتعقيم قبل الجراحة فيترتب عليه إصابة المريض بفيروس يؤدي لموته.

ونشير أن المحكمة العليا أقرت أنه متى ثبت خطأ الطبيب نتيجة إهمال أو عدم انتباه وأضفى إلى القتل الخطأ يعرض صاحبه للمسؤولية الجنائية، اعتبرت إهمالا كون الطبيب الذي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي يعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، في قرارها الصادر 1995/05/30[2]، ومتى أفضى الإهمال أو عدم الانتباه إلى وفاة المريض قامت المسؤولية الجنائية للطبيب عن القتل الخطأ.

ويعبر عن الإهمال بالتفريط وعدم الانتباه، وهو بذلك يشمل جميع الحالات التي يقف فيها الجاني موقفا سلبيا لامتناع أو ترك تحقيق نتيجة إجرامية، والخطأ في الإهمال قوامه تصرف إرادي خطأ يؤدي إلى نتيجة ضارة توقعها الفاعل، أو كان عليه توقعها، لكن لم يقصد إحداثها ولم يقبل وقوعها[3].

وعلى سبيل المثال الخطأ في التشخيص الناتج عن إهمال وجهل بالمبادئ الأولية الطبية ويترتب عليه وصف الطبيب علاج خاطئ للمريض، وبالتالي عدم شفاء المريض وانتشار المرض الذي يعاني منه خاصة إذا كان من الأمراض المعدية والخطيرة، وقد يكون الخطأ في التشخيص راجع إلى عدم لجوء الطبيب أو إدارة المستشفى إلى الوسائل العلمية الحديثة كالأشعة والفحص الميكروسكوبي، مما يترتب على ذلك عدم معرفة حقيقة المرض، وبالتالي من كبح جماحه، فإنه ينتشر ويصيب الآخرين.

ولتوضيح أكثر للخطأ بالإهمال في الجانب العملي، حاولنا قدر الإمكان التعليق على هذا القرار[4] الصادر عن مجلس قضاء باتنة –الغرفة الجزائية– بتاريخ 2013/10/22 في قضية (ب.ص) ضد (ش.م) و(ل.ج) غير منشور، فيما يلي:

أولا/ مختصر الوقائع والإجراءات:

تعود وقائع القضية إلى يوم 2012/02/26 عندما تقدمت المسماة (ب.ص) بشكوى إلى السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة باتنة ضد الطبيبتين (ش.م) و(ل.ج) مفادها: أنها توجهت بتاريخ

1 – حكم محكمة السين بتاريخ 20 يوليو 1907، نقلا عن: أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 233.

2 – قرار رقم 118720، الصادر بتاريخ 1995/05/30، عن غرفة الجنح والمخالفات القسم الرابع، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة1996، ص 179 – 180.

3 – ماجد محمّد لافي، المرجع السابق، ص 85.

4 – قرار جزائي صادر عن مجلس قضاء باتنة، بتاريخ 2013/10/22، غير المنشور.

2011/09/25 إلى المستشفى المختص في الولادة عند شعورها بالألم مخبرة الطبيبة (ش.م) التي فحصتها بأنه سبق لها وأن وضعت مولودا عن طريق عملية قيصرية، وأكدت الطبيبة الصينية التي فحصتها لاحقا على الساعة الواحدة زوالا بأن ولادتها تكون عن طريق عملية قيصرية، لكن الطبيبة المذكورة رفضت إجراء عملية قيصرية لها، ورغم شعورها بالألم وسيلان الدم فقد أصرت هذه الطبيبة على أن تكون ولادتها طبيعية، وعند فحصها بالأشعة على الساعة الثانية والنصف صباحا تبين بأن الجنين توفي، فأجريت لها عملية قيصرية من قبل المتهمتين لتغادر المستشفى بعد أربعة (04) أيام ثم تعود من جديد نتيجة ارتفاع درجة حرارتها أين فحصتها الطبيبة (ز.ش) التي أخبرت أفراد عائلتها بأن أمعاءها تعفنت بسبب العملية القيصرية، لتخضع لعملية جراحية ثانية ثم ثالثة، وعندما توجهت إلى عيادة خاصة تم إعلامها بأن رحمها تم استئصاله.

وعند سماع القابلة (غ.ح) صرحت بأنها أعلمت الطبيبة (ل.ج) بأن رأس الجنين لم يهبط الى المستوى المطلوب وأنها دونت ذلك في ملاحظاتها، وأن المريضة تعاني من آلام فأخبرتها بضرورة حقنها بحقنة سباسفون مع وضع السيروم لها. وعند سماع القابلة (ج.ر) صرحت بأنها أعلمت الطبيبة (ش.م) بكون الضحية من غير الممكن أن تلد ولادة طبيعية ولاحظت اختلاط الدم مع السائل الأمينوزي وأنها سجلت ذلك في ملاحظاتها، وعند الساعة الرابعة تم فحص المريضة بالأشعة فتبين أن الجنين توفي، فتم إدخالها غرفة العمليات لإجراء عملية قيصرية لها. وعند سماع (ز.ش) بصفتها مختصة في أمراض النساء وعاملة بعيادة التوليد صرحت بأنها يوم نزع الجنين لم تكن مداومة، وأنها حضرت إلى العيادة بعد 10 أيام أين قامت بفحص الضحية التي كانت تعاني من القيء وارتفاع درجة الحرارة، وكانت مرفوقة بتحاليل تفيد بأنها أصيبت بتعفن في البطن، فقامت بتاريخ 2011/10/04 بإجراء عملية جراحية مستعجلة لها أين تفاجأت بوجود لترين من القيح وتعفن الرحم فأخبرت شقيقتها لإنقاذ حياتها لابد من نزع الرحم. وعند سماع الشاهد (ب) صرح بأن حمل المريضة كان عاديا، وعندها تعقدت حالتها تم الاتصال به، فالتحق بغرفة العمليات أين وجد بطنها مفتوحا ولاحظ تمزق الرحم من الأسفل وأجريت لها عملية أخرى كون الرحم تعفن.

النيابة وجهت للطبيبتين المقيمتين (ش.م) و (ل.ج) تهمة التقصير المؤدي إلى إلحاق الضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص طبقا لنص المادتين 239 من ق.ص والمادة 289 من ق.ع.ج، وتمت إحالة المتهمتين على قسم الجنح بموجب أمر إحالة صادر عن قاضي التحقيق بتاريخ 2012/10/11 طبقا لنص المادتين 164 و165 من ق.إ.ج.

المحكمة أصدرت حكما بتاريخ 2013/01/29 قضى حضوريا غير وجاهي بإدانة المتهمتين (ش.م) و (ل.ج) بالجرم المنسوب لهما ومعاقبتهما بـ 06 أشهر حبسا نافذا و50.000 دج غرامة نافذة، وفي الدعوى المدنية إلزامهما بأن يدفعا بالتضامن للطرف المدني مبلغ 500.000 دج تعويضا عن الضرر اللاحق بها.

تم استئناف الحكم من طرف وكيل الجمهورية والمتهم والطرف المدني، المجلس أصدر قرارا بتاريخ 2013/10/22 يحمل رقم 13/3031 قضى في الدعوى العمومية بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا، وتعديلا له جعل عقوبة الحبس المحكوم بها على كل واحدة منهما موقوفة التنفيذ. وهو القرار محل المناقشة والتعليق.

ثانيا/ مناقشة مضمون القرار

مقدمة

أن موضوع المتابعة ينصب حول الخطأ الجزائي غير العمدي للطبيب أثناء ممارسة مهامه، ويطرح الإشكال الآتي: هل أن التقصير المؤدي إلى إلحاق الضرر بالسلامة البدنية تترتب عليه المسؤولية الجزائية غير العمدية للطبيب؟ وهل أن الأفعال المرتكبة من طرف المتهمتان (ش.م) و (ل.ج) تشكل تقصيرا ألحق الضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 239 قانون الصحة والمادة 289 من ق.ع.ج؟

1- الأساس النظري والقانوني للقرار محل التعليق

حيث أنه من المقرر فقها وقضاء أن الخطأ الجزائي غير العمدي هو: كل فعل أو ترك إرادي تترتب عليه نتائج ضارة لا يريدها الفاعل، ولكنه كان بوسعه تجنبها، وقد حصر المشرع الجزائري هذا الفعل أو الترك في خمسة صور هي: عدم الاحتياط، الرعونة، الإهمال وعدم الانتباه، ومخالفة الأنظمة واللوائح.

وأن الإهمال هو ذلك الموقف السلبي الذي يتخذه الطبيب بالامتناع أو الترك، وعدم قيامه بما ينبغي عليه أن يفعله كطبيب حريص ومتزن، وينتج عن موقفه هذا نتيجة ضارة بالمريض.

وحيث أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 239 من ق.ص.ج فإنه: "يتابع، طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من ق.ع.ج، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

وبالرجوع إلى المادة 289 من ق.ع.ج يتبين بأنها تنص على أنه: "إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى الى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى العقوبتين".

2- الأساس العملي والمنطقي للقرار محل التعليق

حيث أن الثابت بملف القضية أن الطبيبة الصينية عند فحصها للضحية أوصت بولادتها عن طريق العملية القيصرية، ولكن الطبيبة (ش.م) رفضت ذلك، وأن القابلة (غ.ح) أعلمت الطبيبة (ل.ج) بأن المريضة تعاني من الآلام وأن رأس الجنين لم يهبط إلى المستوى المطلوب وأنها دونت ذلك في ملاحظاتها، وإخبار القابلة (ج.ر) للطبيبة (ش.م) بأنها قد لاحظت اختلاط الدم مع السائل الأمينوزي وأنها سجلت ذلك في ملاحظاتها، وأن الضحية من غير الممكن أن تلد ولادة طبيعية، ومع ذلك أحجمت الطبيبتان على إجراء عملية قيصرية للضحية إلا بعد التأكد من وفاة الجنين في بطن الضحية. ومما سبق ذكره يتمثل خطأ الطبيبتين بالإهمال في اتخاذهما موقفا سلبي متمثل في الامتناع وعدم القيام بما كان يجب على طبيب متزن وحريص أن يفعله وهو إجراء عملية قيصرية في وقتها المحدد لاستحالة أن تلد الضحية ولادة طبيعية، وكان من شأن هذه العملية أن يحول دون حدوث وفاة الجنين وتمزق الرحم، ونتيجة لتقاعس المتهمتين (ش.م) و(ل.ج) عن أداء واجبهما بسبب تقصير والإهمال تسببتا في حدوث ضرر للضحية.

وحيث أن عدم إجراء العملية القيصرية للضحية من طرف الطبيبتان (ش.م) و (ل.ج) في وقتها تسبب لها في تعفن الرحم واستئصاله لإنقاذ حياتها وفقا لتصريح (ز.ش) المختصة في أمراض النساء بعيادة التوليد، وتأكيد الطبيب المعالج (ب) الذي صرح بأنه عندها التحق بغرفة العمليات وجد بطن الضحية مفتوحا ولاحظ تمزق الرحم من الأسفل وأجريت لها عملية أخرى كون الرحم تعفن، مما يشكل جرم التقصير المؤدي إلى إلحاق الضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص طبقا لنص المادتين 239 من ق.ص.ج والمادة 289 من ق.ع.ج، وأن قضاة المجلس قد أصابوا عندما قضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بدوره بإدانة المتهمتين بالجرم المنسوب لهما.

وحيث فيما يخص تعديل عقوبة الحبس بجعلها موقوفة التنفيذ من المسائل التي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا، فالقرار سليم شكلا وموضوعا.

وفي مجمل تعليقنا على هذا القرار استنتجنا منه أن مسؤولية الطبيبتين قائمة عن الخطأ غير العمدي والمتمثل في الإهمال أثناء ممارسة مهامهما، من خلال عدم التدخل في الوقت المناسب مما سبب للمريضة تمزق في الرحم، وبهذا التقصير يكون الطبيبتين مسؤولتين عن الضرر الذي لحق بالمريضة والمتمثل في نزع الرحم.

كما يمكن نستنتج من القرار بأن صور الخطأ الواردة في المادة 289 ق.ع.ج والمتمثل في الرعونة وعدم الاحتياط جاءت على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر، من خلال أن الطبيبتين وجهة لهما تهمة التقصير المؤدي إلى إلحاق الضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص والمتمثل في صورة الخطأ عن طريق الإهمال، والتي لم يرد ذكرها في المادة 289 ق.ع.ج التي توبعت بها المتهمتان. وبالتالي يكون المشرع قد أخذ بصورتين الخطأ في المادة 289 ق.ع.ج على سبيل المثال فقط.

2 – الرعونة Maladresse

الرعونة على خلاف الإهمال فهي موقف إيجابي، ويقصد بالرعونة سوء التقدير ونقص المهارة والجهل بما يجب العلم به، وأوضح حالات الرعونة حين يقدم شخص على عمل غير مقدر خطورته وغير مدرك ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار، ومثال ذلك من يلقي حجرا من أعلى البناء غير متوقع أن يصيب أحد فإذا به ينال شخصا من المارة في الطريق، وتتحقق الرعونة أيضا في عدم اكتساب الفاعل العلم الكافي ليتجنب الضرر الواقع مثل السائق الذي لا يكتسب مهارة القيادة الصحيحة فيصيب الآخرين [1].

ويمكن تعريف الرعونة عند ممارسة رجال الفن اختصاصاتهم كالأطباء والمهندسين بأنها: "الحالة التي تنسجم من ناحية أولى عن عدم مراعاة قواعد الخبرة الإنسانية الخاصة أو الفنية التي توجبها ممارسة مهنة أو حرفه معينة ومن ناحية ثانية في مسلك إيجابي أن يقوم الجاني بعمل كان يتعين عليه الامتناع عن القيام به بالكيفية التي تم بها أو الوقت الذي تم فيه"[2]، كما تندرج تحت صور الرعونة جميع مخالفات قواعد المهنة، والأخطاء المهنية التي تكشف عن جهل الجاني بالمبادئ الأولية للمهنة[3].

1 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص 778.

2 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 114.

3 – محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 278.

ويعرفها البعض أيضا: "بأنها الطيش والخفة وعدم الحذق والدراية وعدم توافر الخبرة اللازمة"، ويمكن أن نصف سلوك الفرد بالرعونة حينما يقدم على عمل غير مقدر لخطورته. فالتعجل مثلا في العمل دون الإدراك التام لخطورة العمل قد ينجر عنه أخطاء كان يمكن تفاديها لولا هذا الاستعجال، مثل قيام الطبيب بإجراء أعمال التخدير دون الاستعانة بطبيب التخدير[1].

3 – عدم الاحتياط Imprudence

ويطلق عليه أيضا عدم الاحتراز وهو أيضا ينطوي على نشاط إيجابي، ويتحقق " إذا أقدم الجاني على فعل خطير مدركا خطورته ومتوقعا ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار، ولكن غير متخذ الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون تحقق هذه الآثار "[2].

ويعرف أيضا بأنه: "إقدام الشخص على فعل مدركا خطورته ومتوقعا ما يحتمل أن يترتب عليه آثار، ومع ذلك مضي في العمل دون اتخاذ الوسائل والاحتياطات الكفيلة بدفعها ومنع تحقيقها"[3].

فهذا النوع من الخطأ يتميز بعدم التبصير بالعواقب، ويسأل عنها لأنه كان لديه علم باحتمال حدوث نتائج ضارة، فالطبيب هنا يقدم على فعل خطير متوقعا ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار ولكنه لا يتخذ الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون تحقق هذه الآثار[4]، ينطبق على الطبيب الذي لم يراعي عمر الطفل حساسية جلده وتسليط الأشعة عليه.

ويتساوى عدم الاحتياط مع الإهمال بالإخلال بواجبات الحيطة المستمدة من الخبرة الإنسانية العامة، وفي هذه الصورة يأتي الشخص نشاطه بتبصير فيقدم على فعله مدركا خطورته ومتوقعا ما قد ينتج عنه من آثار إلا أنه يستمر في سعيه إليه غير متخذ الاحتياطات الواجبة لتفادي تحقيق هذه الآثار دون حذر وبغير احتساب عواقبه[5].

1 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 518 – 519.

2 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص 779.

3 – أمير فرج يوسف، خطأ الطبي العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجزائية والتأديبية، المكتب الجامعي الحديث، 2010، ص66.

4 – ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 186.

5 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 521.

4 عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة

يتمثل هذا النوع من الخطأ في مخالفة الفاعل للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، ويقصد بها مخالفة بعض القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، والتنظيمات التي تصدره السلطة التنفيذية، والأنظمة واللوائح وكل التعليمات والمنشورات التي تصدرها الإدارة لحفظ النظام والأمن العمومي من أجل المحافظة على الصحة والسكينة العامة، أو عدم تنفيذها على الوجه المطلوب. كما تنصرف إلى كلمة الأنظمة إلى النظم الداخلية التي تهدف إلى تنظيم العمل وحسن سيره في الشركات والمؤسسات والجمعيات سواء كانت عامة أو خاصة.

فيسأل الطبيب عن النتيجة غير المشروعة التي وقعت نتيجة عدم الالتزام باللوائح والأنظمة، وتمثل مخالفة القوانين واللوائح في الامتناع عن أمر يجب القيام به أو الإقدام على سلوك محظور يجب الامتناع عنه، ويطلق عليه " الخطأ الخاص "حيث لا يشترط فيه قدرة الطبيب على توقع نتائج فعله[1]، ويعتبرها البعض صورة من الخطأ التنظيمي حيث يشكل فيها خروج الطبيب بسلوكه عن أوامر تنظيمية يضعها المشرع أو الإدارة بواسطة اللوائح من أجل ضمان التنظيم العام وحسن سير الإدارة، ولما كانت هذه الصورة لا تحمي سوى أوضاع تنظيمية داخل المجتمع، فإنه لا يشترط لتوافرها درجة معينة من الإثم في سلوك المتهم[2].

وقد تضع اللائحة أو الأنظمة جزاء جنائيا لمن يخالفها، فتقوم بالمخالفة في ذاتها جريمة، فإذا أفضت المخالفة إلى حدوث نتيجة إجرامية تقوم بها جريمة غير عمدية قامت بذلك جريمتان ووقعت على الجاني أشد عقوبتيهما. كما أنه يفترض العلم باللائحة، ويفترض كذلك العلم بالتفسير الصحيح لها.[3]

ثانيا – النتيجة الإجرامية

ويقصد بالنتيجة الإجرامية هي ذلك الأثر المترتب على السلوك الإجرامي أو هو الضرر المتمثل في القتل أو الإصابة الذي يصاب به المريض نتيجة الخطأ، وبعبارة أخرى هي حدث مادي خارجي ملموس، فالخطأ الطبي من جرائم الضرر التي يتطلب فيها الإضرار الفعلي بالمصلحة المحمية جنائيا[4].

1 – المرجع السابق ذكره ، ص 522.

2 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص781.

3 – المرجع السابق، ص 782.

4 – مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 153 – 155.

لا يقوم الخطأ بمجرد الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، فلا يعاقب القانون على الخطأ الطبي في ذاته، وإنما يعاقب على الخطأ إذا أفضى إلى نتيجة إجرامية المتمثلة في الضرر. فالضرر الطبي هو حالة تنتج عن فعل طبي يلحق الأذى بالمريض ويستتبع ذلك نقص في حالة المريض البدنية، كالوفاة والإصابة أو المرض أي مساس بسلامة الجسد، فإذا لم يقع ضرر للمريض فلا محل لمساءلة الطبيب مهما يكن خطأ الطبيب، وبالتالي فلا يمكن تصور الشروع في إطار المسؤولية الجزائية عن الأخطاء المهنية للطبيب[1]. ومن الضروري أيضا أن تتوافر صلة تجمع بين الإرادة والنتيجة على نحو يكون فيه الإرادة محل لوم القانون وتوصف بأنها إرادة إجرامية، وما عدا ذلك لا يمكن مساءلة الطبيب عن حدوث النتيجة.

ثالثا – العلاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية على أساس الخطأ، أن يثبت وقوع الضرر أو الوفاة للمريض ويثبت قيام الخطأ من الطبيب، بل لا بد أن يكون ما لحق بالمريض نتيجة لهذا الخطأ الطبي الذي وقع من الطبيب وأن يرتبطان ببعضهما ارتباط العلة بالمعلول، بحيث لا يمكن أن يتصور حصول النتيجة الضارة لو لم يقع الخطأ، كما يجب أن تكون الإصابة لاحقة للخطأ وناشئة عنه، بحيث إذا انعدمت العلاقة السببية انعدمت مسؤولية الطبيب تبعا لذلك[2].

وبناء عليه فإن القاضي يناط به تقدير توافر رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالمريض، فعليه إثبات أن الخطأ الذي وقع فيه الطبيب هو السبب الذي أدى إلى حدوث ضرر للمريض، وأن يكون الخطأ متصلا بالضرر بحيث لا يتصور وقوع الضرر بغير وجود هذا الخطأ، وبناء عليه فإذا ثبت اقتراف الطبيب لخطأ معين ترتب عليه ضرر لحق بالمريض وتوافرت علاقة السببية فإن عناصر المسؤولية الجنائية تتوافر في حق الطبيب[3].

إن علاقة السببية لا تثير أية صعوبة إذا كان خطأ الطبيب الثابت هو العامل الوحيد الذي أدى إلى النتيجة المعاقب عليها فتتوافر علاقة السببية بإسناد الخطأ للطبيب، وقد يكون تحديد علاقة السببية في الخطأ الطبي شاقا وعسيرا ويثير صعوبة، وترجع هذه الصعوبة إلى الخصائص المعقدة لجسم الإنسان، وتغيير حالاته وعدم وضوح الأسباب الحقيقية للمضاعفات الظاهرة في بعض الأحيان واختلاط الأعمال

1 – غضبان نبيلة، المرجع السابق، ص 102.

2 – بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 381.

3 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 527.

الطبية[1]، لأنه يمكن أن يكون السبب الحقيقي يرجع لأمور خفية أو عوامل بعيدة وهذا للتركيبة المعقدة لجسم الإنسان، فقد يقع الخطأ من الطبيب ولكن لا يكون هو وراء السبب في الأضرار التي لحقت بالمريض[2].

وتطرح العلاقة السببية إشكالا لمعرفة الخطأ المتسبب في الضرر الواقع على المريض، عندما تتعدد مجموعة من الأسباب في حدوث الضرر لدى المريض وقد تتداخل معا أحيانا أخرى، أو يكون مصدر الضرر أشخاصا متعددين وقد يكون من بين هؤلاء الأشخاص المريض نفسه، وهنا تنازع علاقة السببية نظريتان:

- **النظرية الأول: نظرية تعادل الأسباب**

وتنطلق هذه النظرية من التسليم بتعادل الأسباب وتساويها في القيمة، فسبب النتيجة الإجرامية هو مجموع العوامل التي أدت إلى إحداثها بصرف النظر عن قيمة كل منها منفردا، ما دام هذا العامل كان لازما لوقوع النتيجة، ويكون العامل لازما لوقوع النتيجة إذا كانت هذه النتيجة لم تكن لتقع لو لم يكن هذا العامل موجودا، وعلى هذا الأساس يكون فعل الجاني سببا للنتيجة لمجرد كونه أحد عواملها اللازمة[3]، فتعتبر كل الأسباب متكافئة أو متساوية لإقامة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة الإجرامية، أي ما كنت النتيجة لتقع لولا مساهمة هذا الفعل[4].

وبمعنى آخر تقوم هذه النظرية على أساس أن كل سبب اشترك في إحداث النتيجة الإجرامية ويعتبر مسئولا عنها بحيث أنه لولا توافر جميع هذه الأسباب وتداخلها ما وقعت النتيجة الإجرامية على النحو الذي وقعت به.

- **النظرية الثانية: نظرية السبب المألوف أو السبب الملائم**

وتقتضي هذه النظرية أنه عند تعدد العوامل التي أدت إلى إحداث النتيجة، ينبغي أن نأخذ فقط بالعامل الذي ينطوي في ذاته وعند اتخاذه على احتمال ترتب النتيجة عليه تبعا للمألوف في المجرى

1 - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 164.

2 - ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 125 - 126.

3 - محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 121 – 122.

4 - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 166.

العادي للأمور، ولو تضافرت مع هذا العامل في إحداث النتيجة عوامل أخرى سابقة عليه أو معاصرة معه أو لاحقة له، مادامت هذه العوامل مألوفة ومتوقعة[1].

أما إذا ظهر عامل آخر غير متوقع أو شاذ فإنه ينفي علاقة السببية كما لو كان الطبيب قد تسبب بخطئه في إصابة المريض بضرر كبير إلا أن المريض قد يأس من احتمالات الشفاء فقام بقطع شريان من يده فنتج عنه وفاته، فلا يسأل الطبيب إلا عن الإصابة ولا يسأل عن موت المريض. فالطبيب يسأل عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي ما لم تتدخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة [2].

وترى الأستاذة زهور أشواق أن الفقه والقضاء قد استقر في مسألة تعدد الأسباب على نظرية السبب المألوف والتي من خلالها يتم إجراء عملية فرز الأسباب والتفرقة بين الأسباب الفرضية والأسباب المنتجة حيث تعتبر هذه الأخيرة هيا وحدها سبب الضرر، ويكون السبب منتجا إذا كان يؤدي عادة بحسب المجرى العادي للأمور إلى وقوع مثل هذا الضرر الذي وقع[3].

الفرع الثاني

الركن المعنوي للجريمة الطبية غير العمدية

ويعتبر الركن المعنوي هو انعكاس لماديات الجريمة في نفسية الجاني، فالإرادة تتجه وتسيطر على هذه الماديات طبقا لما نراه الجاني من نتائج أو مجرد سلوك محظور، وهنا يكمن أوجه الاختلاف بين القصد الجنائي والخطأ غير العمدي، فإذا اتجهت إرادة الجاني إلى السيطرة على ماديات الجريمة فهنا يتوافر القصد الجنائي، أما إذا لم تتجه إرادة الجاني إلى وهذه العلاقة لها صورتان: الأولي الخطأ غير الواعي، والثانية هي الخطأ الواعي، والضابط المشترك بين الصورتين أن إرادة الجاني لم تتجه لتحقيق النتيجة الإجرامية المترتبة على السلوك الإجرامي[4].

والركن المعنوي في الجريمة غير العمدية يعني أن إرادة الجاني تتجه إلى السلوك الإجرامي دون النتائج غير المشروعة التي وقعت، ولكن يرجع سببه إلى إهمال الطبيب أو المستشفى، فالفاعل لم يسعى لتحقيق

1 – مُحَمَّد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 126.

2 – خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 527.

3 – زهور أشواق، المرجع السابق، ص 119.

4 – حمزة عقون، المرجع السابق، ص 6.

النتيجة والتي حدثت رغما عنه، فيتوقف دور الإرادة عند حد إرادة السلوك[1]، فإرادته اتجهت ناحية مخالفة القوانين واللوائح وأصول وقواعد مهنة الطب، ولكنها لم تتجه إلى النتيجة الإجرامية، فالطبيب وإن كان قد توقع خطورة السلوك إلا أنه لم تتجه إرادته لإحداث النتيجة[2].

وعليه يرجع البعض السبب في اعتبار الطبيب غير مسئول عن الأضرار التي يحدثها في المزاولة العادية لمهنته إلى عدم توافر القصد الجنائي لديه عند قيامه بالأفعال التي ترتبت عليها هذه الأضرار لأنه لا يقصد من الإصابات التي يحدثها بالمريض إلا شفائه، ولكن التسليم بذلك يهدد النظام القانوني لأن انتفاء القصد الجاني لا يمكن اعتباره سندا للإعفاء من المسؤولية[3].

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

لقد كان المبدأ المسلم به في القانون الجنائي أنه لا يسأل عن الجريمة إلا الشخص الطبيعي (الإنسان)، لأن الإنسان هو الكائن الذي يتمتع بالإدراك والتمييز وحرية الاختيار، كما أن الأفعال التي تجرمها نصوص القانون يفترض صدورها إلا من إنسان والعقوبات المقررة لها لا يتصور تطبيقها بغيره[4]، لذا يعد في نظر القانون الجنائي مسئولا جنائيا عن الأفعال التي تصدر منه، فقد كان الاعتقاد السائد هو عدم إمكانية مساءلة هذا الشخص المعنوي أو معاقبته جنائيا لكونه لا جسد ولا روح له، فهو شخص وهمي افتراضي لا وجود له في الواقع، فاستغل في ارتكاب الجرائم ضد الأفراد والمجتمعات والإفلات من العقاب.

---

1 – بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطار الطبية عند إجراء العمليات الجراحية، المرجع السابق، ص 48.

2 – وقد قضت محكمة النقض المصرية في طعن رقم 273 بالجلسة المنعقدة بتاريخ 16 أفريل 1957 بأنه: متى كان الثابت من الوقائع أن الجاني لم يتعمد الجرح وأنه أتى فعلا لا يترتب عليه عادة حصول الجرح، ثم نشأ عن هذا الفعل جرح بسبب سوء العلاج أو بسبب آخر فلا يمكن اعتباره محدثا لهذا الجرح عن عمد وإرادة، وكل ما تصح نسبته إليه في هذه الحالة هو أنه تسبب بخطئه في إحداث هذا الجرح، ومن ثم فإذا كان الفعل المادي الصادر من المتهم و هو تمرير مرود بعين المجني عليها لم يكن مقصودا به إحداث جرح، وأن استعمال المرود على هذا النحو ليس من طبيعته إحداث الجرح، وأن الجرح إنما نشأ عن خطئه، فلا يمكن القول بعد ذلك إن القصد الجنائي في جريمة الجرح المحدث للعاهة متوفر لدى المتهم، فإذا كان الفعل بطبيعته لا يحدث أي جرح، ولا يؤدي بطبيعته إلى الإضرار بالمريض وفقا للمجري العادي للأمور فلا يتوافر في الجريمة القصد الجنائي العمدي، ولا يمكن معاقبته على إحداث جرح عمدي. أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 124.

3 – سميرة عابد الديات، المرجع السابق، ص 61.

4 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6، 2017، المرجع السابق، ص 449.

مما اضطر التشريعات الحديثة إلى تقرير مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي (الاعتباري) ومنحه الشخصية القانونية كالشخص الطبيعي لكي لا بقى بمنأى عن المسؤولية الجنائية عما يقترفه من جرائم التي أصبحت تشكل خطر يهدد مقدرات المجتمع ومصالحه الأساسية، بسبب اتساع دائرة نشاط هؤلاء الأشخاص في العصر الحديث ودخولها في معظم مجالات الحياة[1]، ومنها في المجال الطبي والذي يشهد تطورا هائلا في عدة اختصاصات على غرار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتزايد الكبير لنشاط الشخص المعنوي في هذا المجال، والذي أصبح في الكثير من الأحيان يتضمن مخالفة القوانين والأنظمة وإلحاق الضرر بالأشخاص والمجتمع، أصبح مسائلة الشخص المعنوي جنائيا ضرورة ملحة، لارتكابه جرائم خطيرة تمسح بحياة الأشخاص وصحتهم[2].

وبالرجوع إلى المسؤولية بمفهومها الواسع، نجد بأنها تعني التزام الشخص بتحمل نتائج وتبعات أفعاله وتصرفاته المخلة بالالتزامات والواجبات المفروضة عليه قانونا أو التي تعهد بها، وبالتالي فهي تشمل: تحمل الشخص نتائج وتبعات الأفعال التي يقوم بها شخصيا بنفسه، أو بواسطة غيره إذا كان قد فوض هذا الغير للقيام به لفائدته أو التصرف باسمه[3]، ومن خلال هذا التعريف يمكن القول بأنه لقيام المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية فلا بد من تحقق شرط أساسي هو قيام الجريمة بركنيها الشرعي والمادي، إذ لا مسؤولية جنائية دون جريمة، فالجريمة في هذه الحالة لا تشكل عنصرا من عناصر المسؤولية الجنائية، وإنما شرطا لقيامها، كما لا تشكل العقوبة أيضا عنصرا من عناصر المسؤولية الجنائية، وإنما تشكل أثرا أو نتيجة حتمية تترتب عن قيام المسؤولية الجنائية، وبالتالي فإن ارتكاب الجريمة من طرف الشخص المعنوي لا يكفي وحده لقيام مسؤوليته الجنائية باستثناء الجرائم المادية، وإنما لا بد من توافر أركان المسؤولية الجنائية، وهما الخطأ والأهلية الجنائية، وهذا ما يتطابق مع القواعد العامة وما جاءت به أحكام المادة 51 مكرر[4] من ق.ع.ج في فقرتها الأولى، كما أخذ المشرع الجزائري بمبدأ ازدواجية

1 – المرجع السابق، ص 449.

2 – بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2017- 2018، ص 371.

3 – عبد الحكم محمد عثماني، حول مسؤولية المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وحماية الغير حسن النية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد1 و2، السنة 32، 1990 ص 208

4 – نصت المادة 51 مكرر على أنه: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال".

المسؤولية الجنائية في الفقرة الثانية والذي يعني بأن قيام مسؤولية الشخص المعنوي لا يمنع من متابع الشخص الطبيعي.

ونتناول في هذه المبحث المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط وأركان المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

المطلب الثاني: ازدواجية المسؤولية الجنائية

المطلب الأول

شروط وأركان المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

من خلال تحليل الفقرة الأولى من المادة 51 مكرر والتي نصت على أنه: "... يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك". يتبين لنا بأن المشرع يشترط ثلاثة شروط لقيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وهي: وجود النص القانوني، وهو الركن الشرعي لجريمة جريمة الشخص المعنوي. وكذلك ارتكاب الفعل المجرم من طرف أجهزة الشخص المعنوي أو ممثليه، وهو الركن المادي لجريمة جريمة الشخص المعنوي. وأيضا ارتكاب الفعل المجرم لحسابه الشخص المعنوي، وهو ركن الخطأ في مسؤوليته الجنائية.

ونحاول التطرق إلى كل شرط من الشروط على الشكل التالي:

الفرع الأول: وجود النص القانوني لمتابعة الشخص المعنوي

الفرع الثاني: ارتكاب الجريمة من طرف أجهزة أو ممثلي الشخص المعنوي

الفرع الثالث: ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي

الفرع الأول

وجود النص القانوني لمتابعة الشخص المعنوي

تنص المادة 51 مكرر من ق.ع.ج على أن الشخص المعنوي لا يسأل جزائيا إلا عندما ينص القانون على ذلك، مما يفيد وجود نص قانوني أي تجريمي خاص بالشخص المعنوي، وهذا النص هو الركن الشرعي لجريمة الشخص المعنوي.

فالركن الشرعي لجريمة الشخص المعنوي، هو الصفة غير المشروعة للفعل المرتكب من طرفه، ويطلق عليه أيضا الركن القانوني أي النص القانوني الذي يحدد عناصر الجريمة والعقوبة المقررة لها، طبقا لمبدأ وأحكام المادة الأولى من ق.ع.ج التي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بقانون".

ويعني وجود نص تجريمي خاص بالشخص المعنوي، يجرم ارتكابه لهذا الفعل ويحدد عقوبته، وأن يكون هذا النص سابق على ارتكاب الفعل المجرم، لأن النص التجريمي العادي المنصوص عليه بقانون العقوبات في المادة 51 مكرر، لا يكفي وحده لقيام جريمة ومسؤولية الشخص المعنوي ما لم ينص صراحة على مسؤولية الشخص المعنوي على هذه الجريمة.

والمشرع الجزائري أخذ بدوره بمبدأ التخصيص والتحديد الصريح للأفعال أو الجرائم التي يسأل عنها الشخص المعنوي وذلك بمخاطبته بصفته شخصا معنويا عن كل جريمة على حدة، أو بالتحديد الحصري لمجموعة من الجرائم المتجانسة في نهاية كل قسم أو فصل بمادة مكررة تضمن العبارة الآتية: "يكون الشخص المعنوي مسؤولا جنائيا عن الجرائم المحددة في هذا القسم، وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها بالمادة 51 مكرر من هذا القانون" أو قد تكون بعبارة أخرى على نفس المنوال، كما هو الحال في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، فنص المشرع في نهاية القسم الخامس مكرر 1 في المادة 303 مكرر26[1] تضمنت مسائلة الشخص المعنوي عن جرائم التجار بالأعضاء المحددة والمنصوص عليها في القسم الخامس مكرر1 حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من ق.ع.ج.

ومما سبق يتبين بأن الركن الشرعي لمسؤولية الشخص المعنوي الجنائية يختلف من جريمة إلى أخرى، فلكل جريمة ركنها الشرعي ونصها التجريمي الذي يخاطب الشخص المعنوي ويحدد عناصر الجريمة، أما العقوبة أو العقوبات المترتبة عن هذه الجرائم فتحددها المواد من 18 إلى غاية 18 مكرر3.

1 – فنصت المادة 303 مكرر 26 على أنه: " يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون. وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ".

وقد حدد المشرع الجرائم والنصوص التي بموجبها يسأل الشخص المعنوي، ومن دون هذه النصوص المحدد لمسؤولية الشخص المعنوي صراحة فإن هذا الأخير لا يسأل جنائيا عن أي جريمة أخرى ما لم ينص القانون أو اللوائح عن ذلك.

وما دام الشخص المعنوي يتمتع بالشخصية القانونية مثله مثل الشخص الطبيعي، فإنه كان على المشرع وضع قاعدة عامة تجعله مسؤولا جنائيا على جميع الجرائم دون استثناء، وتبقى الجرائم التي لا تتوافق مع طبيعته المعنوية فإنها تستثنى بالاستحالة على ارتكابها من طرفه.

أما المشرع الفرنسي الذي أخذ عنه المشرع الجزائري، فقد سبق إلى الأخذ بمبدأ التخصيص بموجب القانون رقم 92 – 683 المؤرخ في 22 جويلية 1992[1] المتعلق بإصلاح الأحكام العامة لقانون العقوبات، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 مارس 1994 حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 121-2[2] من هذا القانون على أنه: "الأشخاص المعنوية، باستثناء الدولة، مسؤولة جنائيا وفقا للوضعيات المحددة في المواد 4/121 إلى 7/121 في الحالات التي ينص عليها القانون أو اللائحة، عن الجرائم المرتكبة لحسابها، من طرف أجهزتها أو ممثليها" لكن عبارة: "في الحالات التي ينص عليها القانون أو اللوائح" أثارت انتقادا شديدا من طرف الفقه الفرنسي، مما جعل المشرع يتدارك الأمر ويقوم بحذفها من النص الأصلي بموجب القانون رقم 204-2004 المؤرخ في 09 مارس 2004[3] المتعلق بتكييف العدالة مع تطورات الجريمة، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 31 ديسمبر 2005 وبتعديل المادة 121-2[4] حيث أصبحت بالصيغة الآتية: "الأشخاص المعنوية، باستثناء الدولة، مسؤولة جنائيا وفقا للوضعيات المحددة في المواد 4/121 إلى 7/121 عن الجرائم المرتكبة لحسابها، من طرف أجهزتها أو ممثليها"، وبذلك أصبحت المادة 121-2 قاعدة عامة تنص على مسؤولية الشخص المعنوي على أي جريمة من الجرائم سواء كانت جناية أو جنحة أو مخالفة، ما عدا تلك التي لا تتوافق مع الطبيعة المعنوية

1 - Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, JORF n° 169 du 23 juillet 1992.

2 - Article 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

3 - Loi n ° 204-2004 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n ° 59 du 10 mars 2004.

4 - Article 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

للشخص المعنوي فإنها لا تحتاج إلى استثناء بنص لاستحالة ارتكابها، وبذلك لا يفلت أي شخص من أشخاص القانون من العقاب سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، فالجميع متساوون أمام القانون.

ومما سبق يتبين بأن الركن الشرعي لمسؤولية الشخص المعنوي عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية يتمثل في النص التجريمي الذي يخاطب الشخص المعنوي والمتمثل في المادة 303 مكرر 26 وليس المادة 51 مكرر لأنها هي التي تضفي الصفة غير المشروعة لأفعال المرتكب من طرفه، وتخاطبه بصفته شخصا معنويا عن كل جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، والذي يختلف عن الركن الشرعي لجرائم الإتجار بالأعضاء المرتكبة من طرف الأشخاص الطبيعية والمتمثلة في نص المواد 303 مكرر إلى 303 مكرر 19 والخاصة بمسؤولية الشخص الطبيعي.

الفرع الثاني

ارتكاب الجريمة من طرف أجهزة أو ممثلي الشخص المعنوي

بالرجوع إلى أحكام المادة 51 مكرر من ق.ع.ج يتبين بأنها تنص على أن: "الشخص المعنوي يسأل جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين".

فالمشرع الجزائري اعتبر الشخص المعنوي شخصا حقيقيا وبإمكانه ارتكاب الجريمة أي الفعل المجرم بواسطة أجهزته وممثليه الشرعيين، فالأجهزة والممثلين الشرعيين للشخص المعنوي هي الأجهزة والتي يعبر بها عن أفكاره والأعضاء التي يجسد بها إرادته ويؤدي بها وظائفه ونشاطه، وبواسطتها يرتكب الجريمة والأفعال المجرمة أي الركن المادي للجريمة، فإذا ارتكب أحد أعضاء أجهزة الشخص المعنوي أو ممثله الشرعي الركن المادي للجريمة، اعتبر الشخص المعنوي هو الذي ارتكبه، ولهذا يشترط أن يكون أعضاء أجهزة الشخص المعنوي وممثله في هذه الحالة من الأشخاص الطبيعيين، والسؤال المطروح: ماهو المقصود بأجهزة الشخص المعنوي وممثليه؟، وما هو حكم تجاوز الممثل حدود سلطاته؟.

أولا – المقصود بأجهزة وممثلي الشخص المعنوي

بالتأكيد أن مفهوم الجهاز يختلف عن مفهوم الممثل، وبالتأكيد أيضا أن المشرع لا يقصد بهما نفس المفهوم أو نفس المصطلح، فالجهاز يجسد الشخص المعنوي نفسه، وأفعاله وتصرفاته هي أفعال وتصرفات الشخص المعنوي ذاته، في حين أن الممثل قد يكون أي شخص حتى وإن كان غريبا عن

الشخص المعنوي، ويتصرف لحسابه أي لحسابه الشخص المعنوي في علاقاته مع الغير، كما يعتبر الوكلاء المتعاقدون والمتصرفون المؤقتون في أي شركة ممثلون للشخص المعنوي ولا يشكلون جهازا من أجهزته[1].

في حين أن الأستاذ Desportes يرى بأن مصطلح الجهاز هو مصطلح مؤسساتي يتشكل من هيئة يمكن التعرف عليها من خلال قراراتها وتوصياتها الجماعية، فالجهاز لا يتخذ قراراته بشكل فردي وإنما يتخذها عادة بشكل جماعي، وبالتالي يعتبر جهازا كلا من الجمعية العامة للشركاء، مجلس الإدارة، مجلس المديرين، مجلس المراقبة. أما ممثل الشخص المعنوي عادة ما يكون فردا يتولى تنفيذ القرارات والتوصيات الصادرة عن أجهزة الشخص المعنوي[2]، والممثلون عادة هم الرئيس المدير العام، الرئيس، المدير العام، المسير.

وإذا كانت الشركة باعتبارها شخصا معنويا لا تتصرف إلا عبر أجهزة وممثلين من الأشخاص الطبيعيين، وإذا كان الرئيس المدير العام، أو الرئيس، أو المدير العام، أو المدير، أو المسير، هو الممثل القانوني للشركة والمتصرف باسمها، فإن المسؤولية الجنائية لهذه الشركة لا تقوم إلا إذا ارتكبت الجريمة من طرف أحدهم أو ممن يقوم مقامهم أي بتفويض منهم، وأن يرتكب الجريمة في حدود تفويضه[3]، ومهما كان الاختلاف بين مصطلح الأجهزة ومصطلح الممثلين فإن كل من يستطيع اتخاذ القرار ويمثل الشخص المعنوي ويتصرف باسمه، وهم عادة الجمعية العامة للشركاء، مجلس الإدارة، مجلس المديرين، مجلس المراقبة، المسير، الرئيس، الرئيس المدير العام، المدير العام.

وتمتاز مسؤولية الشخص المعنوي بأنها شخصية وغير مباشرة، كما عبر عنها القضاء بأنها مسؤولية عن الفعل الشخصي بواسطة الممثل، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1979/12/02 تحت رقم 420 بضرورة إبراز دور ممثل الشخص المعنوي في ارتكاب الجريمة عند

1 - Rudolph Hidalgo, Guillaume Solomon, La responsabilités pénal des personnes morales, entreprise et responsabilité pénal, L.G.D.J., paris , 1994, P: 40.

2 - Mohieddine Amzazi, Responsabilité pénal des sociétés en droit Marocain, in revue juridique politique et économique du Maroc, Faculté des sciences juridique économiques et sociales de rabat, université Mohamed v, N° 17 juin 1985, P: 16.

3 – ابن خدة رضا، محاولة في القانون الجنائي للشركات التجارية (تأصيل وتفصيل)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط – المغرب، 2010، ص 183.

نقضها قرارا لمحكمة الاستئناف، كما أبرزت في قرارها المؤرخ في 1998/07/07 رقم 216 ضرورة علم المدير العام للشركة بالتشغيل السري للعمال من خلال تسييره لأعمال الشركة[1].

ولا تعتبر مسؤولية الأشخاص المعنوية عن الفعل الذي يرتكبه ممثلها لمصلحتها مسؤولية عن فعل الغير، كما هو الحال في القانون المدني والقانون الإداري، لأن القانون الجنائي يحكمه مبدأ شخصية المسؤولية، لذلك فإن مسؤولية الأشخاص المعنوية الجنائية تتم بفعل ممثليها أو أجهزتها، ولا تقوم بفعل تابعها عاملا كان أم إطارا عاليا[2]، فالأشخاص المعنوية ليست مسؤولة عن الجرائم التي يرتكبها عمالها الأجراء أو المستخدمون أثناء مزاولة أعمالهم أو بمناسبة ممارسة نشاطهم عندما يتصرفون بمبادرة شخصية منهم، حتى ولو عادت الجريمة بنفع على الشخص المعنوي[3]. كما يجب أن يكون التصرف صادرا عن أشخاص في إمكانهم إلزام الشخص المعنوي جزائيا، وهذه الإمكانية تتمثل في كون المسير مختص قانونا أو بموجب القانون الأساسي للشركة بالقيام بهذا النشاط أو السلوك وإلا اعتبر التصرف صادرا عنهم بصفتهم الشخصية[4].

وفي حالة انتحال صفة الممثل القانوني للشخص المعنوي، فيعتقد الأستاذ مصطفى العوجي أنه ليس بمجرد انتحال أي شخص صفة الممثل القانوني للشخص المعنوي والقيام بأي جريمة لترتيب المسؤولية الجنائية لهذا الأخير، ما عدا في حالة ما إذا كان الشخص المعنوي يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم بارتكاب الفعل المجرم باسمه ولم يحل دون منعه، ففي هذه الحالة قد تقوم مسؤوليته الجنائية العمدية أو غير العمدية في الجرائم التي لا تقبل سوى الوصف غير العمدي، بحسب ما إذا كان قد علم بالفعل وقبل بحصوله أو لم يعلم به وكان بإمكانه أو يجب عليه العلم به وأهمل ذلك[5].

---

1 – نقلاً عن المزدغي إدريس، بعض خصوصيات القانون الجنائي الفرنسي تشريعا واجتهاد، مجلة القضاء والقانون، السنة الثلاثون، العدد 145، الرباط – المغرب، ص 117. أنظر أيضا: ابن خدة رضا، المرجع السابق، ص 184.

2 – المزدغي إدريس، المرجع السابق، ص 118.

3- Frédéric Jérôme Pencir, Droit pénal des affaires, que- Sais-je ? P.U.F, 1992 p :11. Voir aussi: Rudolph Hidalgo, Guillaume Solomon, Op.cit, P: 42 – 43 .

4 – العلمي محمد، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية في الجرائم الاقتصادية في القانون الجنائي المغربي، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 91– 1992، ص 153.

5 – مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط 1، مؤسسة نوفل، بيروت – لبنان، 1982، ص 309 – 311.

ثانيا حكم تجاوز الممثل حدود سلطاته

يفترض في ممثل الشخص المعنوي أن يتصرف في حدود السلطات والصلاحيات المخولة له بموجب القانون أو بموجب النظام الأساسي للشركة والاتفاق المبرم بينهما، لإنجاز الأعمال المتفق عليها أو اللازمة لتحقيق الغرض الذي أنشئ الشخص المعنوي من أجله، فإن ارتكب خطأ يستوجب المسؤولية الجزائية يترتب عليه قيام مسؤولية الشخص المعنوي إن توافرت شروطها، وإن تجاوز هذا الممثل حدود سلطاته وصلاحياته وارتكب خطأ يستوجب المسؤولية الجنائية، فهل يترتب على ذلك مسؤولية الشخص المعنوي أم لا؟

فإذا تجاوز ممثل الشخص المعنوي حدود السلطات والصلاحيات المحددة له بموجب القانون أو النظام الأساسي للشركة أو الاتفاق المبرم بينه وبين الشخص المعنوي، أو قام بأعمال لا تحقق غرض أو هدف الشخص المعنوي، وارتكب فعلا يستوجب المسؤولية الجنائية فإنها لا تسند للشخص المعنوي لانعدام أي مبرر لإسنادها له، وهذا ما أخذ به المشرع الإنجليزي حيث نص بموجب المادة 20 من مشروع قانون العقوبات لسنة 1989 على شرط عدم اعتبار الفعل الصادر عن الشخص الطبيعي الممثل للشخص المعنوي صادرا عن هذا الأخير إلا إذا تصرف في حدود وظيفته، وأن لا يكون قاصدا به الإضرار بالشخص المعنوي[1].

وفي فرنسا ذهب البعض إلى أن مسؤولية الشخص المعنوي لا تثور إلا إذا تصرف أحد أعضائه أو ممثليه في حدود السلطة المخولة له، ولكن أغلب الفقه في فرنسا يرى أن هذا الشرط لم يتطلبه المشرع الفرنسي وبالتالي لا يجوز الركون إليه[2]، وهذا ما يتطابق مع التوصية رقم 18-88 p الصادرة عن المجلس الوزاري للدول الأعضاء في مجلس الوحدة الأوروبية سنة 1988 التي قررت "أن الشخص الاعتباري يسأل جنائيا، حتى ولو تجاوز الشخص الطبيعي لحدود اختصاصاته"[3].

1 – موسى أحمد الشبلاق، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية في التشريع السوري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016، ص 139.

2 – نقلاً عن عمر سالم، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وفقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 49- 50.

3 – موسى أحمد الشبلاق، المرجع السابق، ص 139.

الفرع الثالث

ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي

ويعد هذا الشرط بمثابة الركن المعنوي في الجريمة التي يرتكبها الشخص المعنوي، وهو ركن الخطأ في مسؤوليته الجنائية، إذ يشترط المشرع الجزائري لقيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي أن يرتكب ممثله الفعل المجرم لحسابه، أي أن تتجه إرادة الممثل إلى ارتكاب الفعل المجرم لحساب الشخص المعنوي من أجل تحقيق فائدته، فإرادة ممثل الشخص المعنوي في هذه الحالة هي إرادة الشخص المعنوي ذاته.

وإذا كانت الأجهزة والممثلين الشرعيين للشخص المعنوي هي الأجهزة والأعضاء التي يعبر بها هذا الأخير عن أفكاره ويجسد بها إرادته، وبواسطتها يرتكب الأفعال المجرمة، فإن نية وإرادة ممثله الشرعي هي ذاتها نيته وإرادته، وفي هذه الحالة يطرح السؤال التالي: كيف نفرق بين نية وإرادة ممثل الشخص المعنوي، وبين نية وإرادة الشخص المعنوي؟.

تنص المادة 51 مكرر من ق.ع.ج بأن: الشخص المعنوي يسأل جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه بواسطة أجهزته أو ممثليه الشرعيين، فالمشرع يقصد بارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي، باتجاه إرادة ممثله إلى ارتكاب الفعل المجرم لحساب الشخص المعنوي، أي ارتكاب الفعل المجرم من أجل تحقيق مصلحة وفائدة الشخص المعنوي، كتحقيق ربح له، أو دفع ضرر عنه، أو تجنيبه خسارة، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو محتملة، حالة أو مؤجلة[1]، وهذا ما يعد بمثابة ركن الخطأ في مسؤولية الأشخاص المعنوية، أو الركن المعنوي لجريمة الأشخاص المعنوية.

وتكون الجريمة لفائدة ولحساب الشخص المعنوي إذا كان ركنها المادي المتمثل في السلوك يتلاءم مع النشاط الذي يمارسه الشص المعنوي، ويرتبط به إلى الحد الذي يطرح إمكانية ارتكابه من طرف المسير وهو يقوم بممارسة نشاطه حسب المجرى العادي للأمور، أي عند ممارسة مهامه في حدود سلطاته، فإن تجاوز هذه الحدود والسلطات وارتكب جريمة لا علاقة لها بنشاط الشخص المعنوي ولا بالسلطات المخولة له بصفته ممثلا للشخص المعنوي أو مسيرا له، فإنه لا مجال للحديث عن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في هذه الحالة، وتترتب عليه المسؤولية الشخصية للممثل وحده[2].

1 – ابن خدة رضا، المرجع السابق، ص 186.

2 - Jean-François Goffin, Responsabilités des dirigeants de sociétés, 2eme éd, larcier, Bruxelle, 2004, P : 355.

ويمتد تصرف الممثل لحساب الشخص المعنوي أثناء تأدية مهامه أو بمناسبتها، إلى تصرفات أخرى تشكل جرائم حتى وإن لم يكن الغرض منها تحقيق كسب أو ربح للشخص المعنوي، وقد لا تتحقق من ورائها أية مصلحة، وإنما يكفي أن يكون قد ارتكب تلك الجريمة أثناء قيامه أو بمناسبة تسييره وتنظيمه للشخص المعنوي[1].

المطلب الثاني

ازدواج المسؤولية الجنائية

وقد نصت المادة 02/51 مكرر: "إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال"، مما يجعل المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي لا تستبعد المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي سواء كفاعل أو شريك في الجريمة مما يقتضي القول بازدواج المسؤولية الجزائية عن فعل واحد في هذه الحالة وهذا ما أكده الفقه الفرنسي[2].

يقصد بازدواجية المسؤولية الجنائية طبقا للفقرة 02 من المادة 51 مكرر من ق.ع.ج، أن مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية لا تستبعد مسؤولية الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة، ولا تعني تبرئته من الأفعال المادية للجريمة التي ارتكبها، فإذا ارتكب ممثل الشخص المعنوي الجريمة لحسابه الخاص ولتحقيق مصلحته الشخصية الخاصة، أو ارتكبها إضرارا بالشخص المعنوي الذي يمثله أثناء تأدية مهامه أو بمناسبتها فإنه يسأل عنها بمفرده[3].

أما إذا ارتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي قامت المسؤولية الجزائية لهذا الأخير بغض النظر عن متابعة الشخص الطبيعي الذي ارتكبها أو عدم متابعته من طرف النيابة العامة لأي سبب من الأسباب، لتعذر العثور عليه بعد ارتكاب الجريمة، أو تعذر التعرف عليه في بعض الحالات[4].

أما إذا ارتكب ممثل الشخص المعنوي الجريمة باسم ولحساب الشخص المعنوي، فإن الممثل يسأل عن الجريمة باعتباره مرتكب الفعل المادي كما لو ارتكبه باسمه ولحسابه الخاص، إذ لا يحول ارتكاب

1 – المزدغي إدريس، المرجع السابق، ص 119.

2 - Gaston Stefani, et autres, op.cit, P : 253.

3 - Fréderic-Jérôme Pencier, Droit pénal des affaires, que- Sais-je ? P.U.F 1992 p : 11 - voir aussi Jaques-Henri Robert, Droit pénal général, P.U.F, Paris, p: 371.

4 – المزغدي إدريس، المرجع السابق، ص: 119.

الجريمة لحساب الغير حائلا دون مسؤولية مرتكبها، كما يسأل عنها الشخص المعنوي بنفس الصفة أيضا أي باعتباره فاعلا أصليا[1].

فمسؤولية الشخص المعنوي ليست هي مسؤولية ممثله الشخصي، ولا تختلط معها فهي مسؤولية مستقلة عنها،ولكنها تستند على سلوك ممثله وهو يؤدي وظيفته وعمله اليومي بشكل عادي، أو تم هذا السلوك لحساب الشخص المعنوي بناء على تنفيذ قرار صريح صادر عن الجمعية العامة أو مجلس الإدارة، وثبت وجود هذا القرار فإنه يتعين مساءلة الممثل ومتابعته كفاعل أصلي فعلي للجريمة، ومساءلة الشخص المعنوي كفاعل أصلي اعتباري طبقا لأحكام المادة 41 من ق.ع.ج، باعتباره محرضا على ارتكاب الجريمة[2] بالقرار الذي أصدره، في حين أنه يعتبر شريكا في القانون الفرنسي الذي يعتبر المحرض شريكا في الجريمة خلاف للقانون الجزائري الذي يعتبره فاعلا أصليا.

وحتى في حالة ارتكاب الممثل لخطأ أثناء تأدية مهامه لفائدة ولحساب الشخص المعنوي، ففي هذه الحالة أيضا تقوم مسؤولية الشخص المعنوي على أفعال ممثله حتى وإن أخطأ في تنفيذ قرارات الجمعية العامة، فتقوم مسؤوليته أيضا عبر الممثل الذي يعد الفاعل المادي للسلوك المجرم، ويسأل الشخص المعنوي باعتباره شريكا في الجريمة طبقا لأحكام المادة 42 من ق.ع.ج لكونه قدم المساعدة للممثل في تنفيذ الجريمة بوضعه الوسائل المادية والمعنوية تحت تصرف الممثل لارتكاب الجريمة باعتبارها أفعال تحضيرية أو مسهلة أو منفذة للجريمة، وبهذا تكون مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية غير مباشرة أيضا رغم أنها أصبحت مسؤولية أصلية مستقلة عن مسؤولية الممثل[3].

أما الحالة التي تثير إشكالا فتتمثل في حالة عدم التعرف على مرتكب الجريمة، أو حالة عدم إثبات وجود مسؤولية جنائية فردية لممثل الشخص المعنوي، أو تبين بأن هذه المسؤولية موزعة بين عدد من الممثلين إلى درجة يصعب متابعة أي منهم، ففي هذه الحالة يبقى الحل الأخير هو متابعة الشخص المعنوي وحده، ولهذا جعل المشرع مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية مستقلة عن مسؤولية ممثله[4].

فظاهر النص يفيد إقرار المشرع المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على جميع الجرائم المرتكبة عمدا من طرف أجهزته وممثليه الذين ارتكبوا الوقائع ماديا لكونهم ملزمون بتحمل تبعات ونتائج أفعالهم المجرمة

1 – أقلعي دريوش عبد القادر، المسؤولية الشخصية لممثل الشخص الاعتباري في التشريع المغربي " الإشعاع " هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد 14، السنة 08، المغرب، جوان 1996، ص: 57.

2 - Jean-François Goffin, op.cit, p : 357.

3 - Jean-François Goffin, op.cit, p : 357.

4 - Ibid, p: 354.

سواء بصفتهم فاعلين أصليين أو شركاء، طبقا لمبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة، وهذا ما يؤدي إلى المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي من جهة، والمسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي من جهة أخرى على نفس الوقائع.

وإذا كان قانون العقوبات الجزائري لا ينص على مبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة، فإن هذه المبادئ لا تحتاج إلى نص لتطبيقها، مما يتعين في حالة ارتكاب ممثل الشخص المعنوي جريمة عمدية يسأل مباشرة عن هذه الجريمة وتمتد المسؤولية الجنائية أيضا إلى الشخص المعنوي طبقا للفقرة 02 من المادة 51 مكرر من ق.ع.ج التي تنص على: "أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال".

خلاصة الفصل الأول

لقد تبين لنا من دراستنا للمسؤولية الجنائية للطبيب غياب نصوص قانونية تحدد معالم الخطأ الطبي غير العمدي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتضبط أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب الناجمة عنها، والتي نلاحظ غيابها أيضا في جميع الأخطاء الطبية بصفة عامة، فالرجوع إلى المادة 413 من ق.ص.ج التي تناولت مسائلة الطبيب عن خطئه غير المعدي فقد أحالت متابعته إلى المواد 288 و289 و2/442 من ق.ع.ج التي تناولت القواعد العامة للخطأ غير العمدي والمتعلقة بالجروح الخطأ والقتل الخطأ، ويتبين بأن المشرع ترك مسائلة الطبيب عن مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء غير العمدية والتي قد تتسبب في القتل الخطأ أو إحداث عاهة مستديمة أو بتر عضو للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

أما بالنسبة إلى الأخطاء والاعتداءات العمدية للطبيب على جسم الإنسان هي الأخرى خاضعة للقواعد العامة التي تحكم أي اعتداء على حياة وسلامة جسم الإنسان، من جرائم كالقتل العمدي أو الضرب والجرح العمدي، وغيرها من الجرائم التي يمكن للطبيب أن يقوم بها بمناسبة قيامه بمهامه، إلا أنه في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية والجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد استحدث المشرع الجزائري قواعد جزائية تحمي جسم الإنسان من هذا النوع من الأعمال الطبية والعمليات الجراحية بموجب القانون 09 01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري باستحداثه قسما خاص بعنوان الإتجار بالأعضاء، والذي أدرج فيه جملة من الجرائم تتعلق بمخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء والإتجار بها، وأيضا من بينها الجرائم المستحدثة بموجب قانون الصحة رقم 18-11 في المواد 430 و431 و432 و433 والتي تعتبر من الجرائم العمدية، والتي سنتناولها بالتفصيل في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على حياة الأشخاص وسلامتهم الجسدية، قام المشرع الجزائري بإحاطتها بمجموعة من الشروط والضوابط الصارمة، وشدد عليها من خلال ضرورة إتباع إجراءات خاصة كإضفاء السرية على بعض الجوانب منها والرقابة القضائية على تطبيق الشروط المنصوص عليها في قانون الصحة، وهذه الإجراءات والشروط كلها من أجل تجنب الخروج بعمليات نقل وزرع الأعضاء من الأهداف المشروعة التي وجدت من أجلها، ألا وهي المحافظة على حياة الإنسان وسلامته الجسدية، إلى المتاجرة بالأعضاء البشرية وجعلها سلعة تباع وتشترى.

إن المشرع الجزائري عند ترخيصه للقيام بهذا النوع من العمليات بموجب قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وإن كان قد نص على شروط وضوابط لنقل وزرع الأعضاء البشرية، كان لا يبدوا عليه التخوف من مخالفة تلك الشروط والضوابط و تحول تلك العمليات إلى متاجرة بالأعضاء البشرية، ويتجلى عدم تخوف المشرع في عدم وضعه لنصوص عقابية تجرم مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء وتجرم الإتجار بها، وربما كان يرى في الجرائم التقليدية التي تجرم الاعتداءات على حياة الأشخاص وسلامتهم كافية لتشمل الجرائم المتعلقة بمخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء.

ولكن مع التطور الحاصل في مجال نقل وزرع الأعضاء وصعوبة اكتشاف وتتبع جرائم الإتجار بالأعضاء، ومع توسع عمل شبكات الإجرامية المنظمة والتي أصبحت تتخط الحدود الوطنية وتنامي ظاهرة تهريب الأشخاص لأغراض متعددة منها نزع أعضائهم وبيعها، وظهور ظاهرة سياحة زراعة الأعضاء البشرية والتي تهدف إلى المتاجرة بالأعضاء وتعني انتقال الأشخاص إلى دول من أجل بيع أعضائهم أو زرع أعضاء جديدة، وتزايد نداءات المنظمات الدولية والحقوقية على ضرورة تدخل الدول والمجتمع الدولي لوضع حد لتفشي ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية والتنديد به، وظهور أصوات من رجال القانون والباحثين تطالب المشرع لتجريم خروج عمليات نقل وزرع البشرية عن إطارها المشروع ودعمها بقواعد جزائية ردعية.

ومن هنا كان لا بد للمشرع الجزائري أن يتحرك ليجرم مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، وبعد انتظار طويل خرج المشرع بقانون رقم 09-01 المعدل ومتمم لقانون

العقوبات والمؤرخ في 25 فبراير 2009[1]، والذي تضمن تجريم مجموعة من الأفعال الماسة بحياة الأشخاص وسلامتهم، منها الإتجار بالبشر والإتجار بالأعضاء البشرية وتهريب المهاجرين، كما جاء القانون رقم 18 11 المتعلق بالصحة ليتدارك النقص في تجريم بعض مخالفات شروط نقل الأعضاء، والتي غفل عنها المشرع في قانون العقوبات عند تجريمه للاتجار بالأعضاء البشرية.

ونحاول التطرق في هذا الفصل إلى دراسة وتحليل جميع الجرائم الناتجة عن مخالفة شروط وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، منها ما هو منصوص عليها في قانون العقوبات ومنها ما هو منصوص عليه في قانون الصحة رقم 18- 11 في مبحثين، كما يلي:

المبحث الأول: الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات

المبحث الثاني: الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11

1 - القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، (والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 2009/03/08). المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن ق.ع.ج.

المبحث الأول

الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات

لقد تناول المشرع الجزائري في القانون رقم 09-01 المتضمن تعديل قانون العقوبات جرائم تتعلق بمخالفة شروط وضوابط نقل الأعضاء في القسم الخامس مكرر1، تحت عنوان الإتجار بالأعضاء، والذي شمل المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر29، ويلاحظ أن المشرع الجزائري أطلق مصلح الإتجار بالأعضاء البشرية على كافة مخالفات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومن خلال دراسة هذه المواد يلاحظ بأن المواد الأولى منها من المادة 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 19 تناول الأفعال المجرمة والتي تعد جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، أما بقية المواد من المادة 303 مكرر20 إلى 303 مكرر29، فقد تناولت أحكام مشتركة متمثلة في الظروف المشددة، والظروف المخففة والأعذار القانونية، والفترة الأمنية، وعدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، والعقوبات التكميلية، ومسؤولية الشخص المعنوي.

وبناءا على ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث، كما يلي:

المطلب الأول: جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية

المطلب الثاني: الأحكام المشتركة

المطلب الأول

جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية

تعد تجارة الأعضاء البشرية صورة من صور النشاط الإجرامي لسلوك الإتجار بالبشر[1]، حيث تمثل انتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان[2]، وهي من التصرفات غير المشروعة التي من شأنها تحويل جسم الإنسان إلى سلعة يتم التصرف فيها كالأشياء، كما لم يتم تجريم نزع الأعضاء فقط ضمن جريمة الإتجار بالبشر، فقد قام المشرع بتجريمها بصفة مستقلة ضمن القسم الخامس مكرر1، نظرا لخطورتها وخاصة مع تنامي ظاهرة الإتجار والوساطة في الأعضاء البشرية والأنسجة، والتي يقصد بها قيام البعض بيع أجزاء من أجسادهم وخاصة الكلى إلى آخرين في حاجة إليها تحت وطأة العوز المادي والبطالة، وتدني مستوى الوعي حول المخاطر الصحية لبيع أعضائهم.

وترجع ظهور تجارة الأعضاء البشرية إلى ما بعد النصف الثاني من القرن العشرين، بعد أن تخطت زراعة الأعضاء مرحلة التجارب إلى مرحلة التطبيق الآمن خاصة بعد عام 1970، لذا تعد ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة إجرامية حديثة مقارنة بالظواهر الإجرامية الأخرى[3]، أضحت جريمة عالمية تحقق نشاط ربحيا كبيرا مثل تجارة المخدرات والسلاح وغيرها من الممارسات التي تقوم بها عصابات منظمة تقوم باستغلال الأشخاص لبيع أعضائهم باعتبارهم سلع تباع في الأسواق. غالبا ما يتخذ شكلا سياحيا، حيث أصبحت بعض البلدان تستعمل طرق حديثة كالإنترنت لتجذب المرضى إلى السفر إليها

---

1 – فقد ورد تعريف الاتجار بالبشر في نص المادة 3 من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 2000/11/15، والذي تضمن إدراج الاتجار بالأعضاء البشرية باعتباره مظهرا من مظاهر الاتجار بالبشر، والذي صادقت عليه الجزائر وعدلت بموجبه قانون العقوبات بما يتماشى وأحكام البروتوكول، وأخذ المشرع الجزائري بهذا التعريف حرفيا في نص المادة 303 مكرر 4 من القسم الخامس مكرر الخاص الاتجار بالأشخاص المستحدث بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 فقد تناولت الإتجار بالأعضاء البشرية باعتباره مظهر من مظاهر الإتجار بالأشخاص فنصت المادة على أنه " يعد اتجارا بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال. ويشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو **نزع الأعضاء**. يعاقب على الاتجار بالأشخاص... ".

2 – ياسين جبيري، ثابت دنيا زاد، الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة المعيار، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت – الجزائر، المجلد 10، العدد 04، 2019/12/04، ص 34.

3 – بن خليفة إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 04، العدد 01، 2013/01/01، ص 62.

من أجل الحصول على الأعضاء بمبالغ زهيدة والتي يتحصل عليها من مواطنو البلدان الفقيرة، ليعاد بيعها بمبالغ كبيرة للأشخاص المرضى والذين هم في أمس الحاجة إليها لأنقاض حياتهم، وهذا البعد الدولي الذي تتخذه هذه الجرائم هو الذي يزيد من خطورتها[1].

وقد نصت المادة 23 من اتفاقية أوفييدو على أنه يجب أن تضع الدول حماية قضائية وقانونية ضد من يخالف الحقوق و المبادئ العامة التي وضعتها الاتفاقية، ومواد القانون التي حرمت تلك الأفعال، كما نص المادة 25[2] من نفس الاتفاقية على ضرورة النص على عقوبات ضد من يخالف الاتفاقية، كما نصت المادة 24 من البروتوكول الإضافي ستراسبورج 2002 على إلتزام الدول الأطراف بالحماية القضائية والقانونية لمنع المخالفات غير القانونية، كما نصت المادة 26[3] من نفس البروتوكول على أنه يجب أن ينص على الغرامات والعقوبات المناسبة لم يخالف هذا البروتوكول.

لقد جرم المشرع كل فعل من شأنه جعل جسم الإنسان وعناصره سلعة تباع وتشترى واعتبر أغلبها جنح مشددة وكما اعتبرها جناية في حالات اقترانها بظروف التشديد، إلا أنه لم يعرف الإتجار بالأعضاء، بل قام بحصر الأفعال التي تعد إتجارا بالأعضاء وأضفى عليها الصبغة التجريمية، وهاته الأفعال هي في الأصل مخالفات شروط نقل وزرع الأعضاء المنصوص عليها في قانون الصحة والتي حصرها المشرع في شرطين رئيسيين يجمعان كافة الشروط لنقل وزرع الأعضاء هما: مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية، ومبدأ الموافقة اللازمة لنقل وزرع الأعضاء البشرية.

وقد أحال المشرع الجزائري في المادة 340[4] من ق.ص العقاب على مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، والمنصوص عليها في ق.ص إلى المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر18 من ق.ع.ج، ويعني ذلك أن أي مخالفة للشروط الخاصة بنقل وزرع الأعضاء المنصوص عليها في ق.ص، تأدي إلى معاقبة الجاني على جريمة الإتجار بالأعضاء المنصوص عليها في ق.ع.

1 – أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، المرجع السابق، ص 226.

2 - Article 25 - Sanctions Parties shall provide for appropriate sanctions to be applied in the event of infringement of the provisions contained in this Convention.

3 - Article 26 - Sanctions Parties shall provide for appropriate sanctions to be applied in the event of infringement of the provisions contained in this Protocol

4 – تنص المادة 430 من ق.ص.ج على أنه:" يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج ".

وسوف نحاول التطرق إلى الجرائم المتعلقة بالإتجار بالأعضاء البشرية الواردة في قانون العقوبات الجزائري من خلال تقسيم الأفعال المجرمة التي تناولها المشرع وذلك من خلال الفرعين التالية:

الفرع الأول: جرائم تخلف شرط المجانية في التبرع بالأعضاء البشرية

الفرع الثاني: جرائم تخلف شرط الموافقة المطابقة للشروط المنصوص عليها

الفرع الأول

جرائم تخلف شرط المجانية في التبرع بالأعضاء البشرية

وقد تناول المشرع تخلف شرط المجانية في كل من المادتين 303 مكرر16 و303 مكرر18، فميز بين الأعضاء البشرية وبين الأنسجة والخلايا وجمع مواد من جسم الإنسان، ونحاول التطرق لكلا الجريمتين معنا لاشتراكهما في أغلب العناصر والتطرق للاختلاف فيما بينهما في محل الجريمة وفي السلوك الإجرامي كما يلي:

أولا – النص القانوني

لا يمكن اعتبار أي فعل مجرم ما لم ينص المشرع على تجريمه بموجب قانون العقوبات، ويضفي عليه عدم المشروعية بنص جنائي لمخالفته القيم الاجتماعية ولحماية مواطنيه وأجسادهم وكرامتهم من الأشخاص الذين اتخذوا من جسد الإنسان تجارة غير مشروعة لتحقيق مكاسب مالية[1]، فجرم المشرع على الأفعال المخالفة لشرط المجانية في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 18. وغرض المشرع من تجريم مخالفة شرط المجانية، هو إضفاء حماية جنائية لمبدأ المجانية، على ألا يكون منح العضو أو النسيج أو الخلايا مقابل صفقة مالية، والذي يكرسه قانون الصحة في المادة 358.

وميز المشرع في بين العضو البشري وبين الأنسجة والخلايا وجمع مواد جسم الإنسان وقام بالتجريم في الإتجار بها في مادتين مستقلتين:

1 – طالب خيرة، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2018/2017، ص 349.

– فجرم على الإتجار بالأعضاء البشرية مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى بموجب المادة 303 مكرر 16[1]

– بينما جرم الإتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان بمقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى بموجب المادة 303 مكرر 18[2].

ويعاقب المشرع على أفعال الشروع في جميع جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية المنصوص عليها في القسم الخامس مكرر1 الخاص بالإتجار بالأعضاء، فيعاقب على المحاولة لارتكاب جريمة الحصول على عضو بشري مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى بنفس العقوبة للجريمة التامة المقررة في المادة 303 مكرر 16، وكما يعاقب على كل محاولة لانتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها بنفس العقوبة للجريمة التامة المقررة في المادة 303 مكرر 18، وهذا وفقا للمادة 303 مكرر 27 والتي نصت على أنه: "يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة".

ثانيا – محل الجريمة

يلزم لقيام الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 16 أن يكون محل الجريمة هو: "العضو البشري"، فالمادة واضحة من خلال النص على أنه: "... كل من يحصل من شخص على **عضو من أعضائه** مقابل منفعة مالية..."، فالعضو البشري هو محل الجريمة، أي العنصر المراد الحصول عليه مقابل منفعة مالية، فإذا كان الاتفاق على الحصول على شيء غير العضو البشري، فلا تقوم الجريمة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر 16.

ويلاحظ بأن العضو البشري المقصود هنا بالتحديد هو أحد الأعضاء المزدوجة التي لا يؤدي نزعها إلى الوفاة عادة، لأن عملية الحصول على العضو هنا بموافقة المتبرع كما هو واضح من نص المادة، فمن

1 – نصت المادة 303 مكرر 16: " يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ".

2 – ونصت المادة 303 مكرر 18 من ق.ع.ج على أنه: " يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمسة (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ".

غير الممكن أن يمنح شخص عضو من أعضائه الفردية التي تؤدي إلى الوفاة كالقلب أو الرئة مقابل منفعة مالية، إذ يخرج من نطاق التجريم الأعضاء الفردية وفقا لنص المادة 303 مكرر16.

ونلاحظ بأن المشرع لم يتناول الإتجار بالأعضاء البشرية للموتى بمقابل مالي أو منفعة مالية، وإن كان يمكن تصور الاتفاق على الحصول على العضو من الأعضاء الوحيدة والتي نزعها يؤدي الوفاة على أن يكون الاتفاق مع الجاني على منحه عضو بعد وفاته نظير مقابل مادي أو أية منفعة أخرى يستفيد منها أحد أقربائه أو ورثته[1]. أو الاتفاق مع أحد الأشخاص على الحصول على أعضاء قريبة المتوفى مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، وتبقى هذه حالة محل فراغ قانوني، وجب على المشرع إدراجها في نفس المادة بفقرة مستقلة أو بمادة مستقلة.

يلزم لقيام الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 18 أن يكون محل الجريمة "الأنسجة أو الخلايا البشري أو مواد من جسم إنسان " والتي يتم انتزاعها مقابل منفعة مالية، كما هو واضحة من خلال النص على أنه: "... كل من قام بانتزاع **أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص** مقابل منفعة مالية..."، فإذا كان انتزاع شيء غير النسيج أو الخلايا البشري أو جمع مواد من جسم إنسان، فلا تقوم الجريمة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر 18. وبالتالي فأن المشرع لم يهتم فقط بالعضو البشري من خلال تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية، بل أعطى اهتمام أيضا **للأنسجة والخلايا البشرية وجمع مواد الجسم البشري**، فجرم على الإتجار بها مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح "مواد جسم الإنسان" يشمل من الناحية الطبية أي عضو أو نسيج أو خلية بشرية، حيث أنه مصطلح عام يضم كل هذه المعاني[2]، فحتى من الناحية العلمية فتعبير المادة يمكن أن يكون خلية أو نسيج أو عضو أو سائل من الجسم. إلا أننا نلاحظ بأن المشرع لم يقصد بها العضو البشري، فمن خلال مقارنة العقوبة في هذه المادة مع المادة 303 مكرر 16 والتي تناولت الحصول على العضو بمقابل يتبين بأن المشرع نص على عقوبة أشد وجعلها جنحة مشددة مقارنة بالمادة من المادة 303 مكرر 18، لأن الأنسجة والخلايا ليست ذات قيمة كبيرة مقارنة بالأعضاء، فنزع النسيج والخلايا لا يحدث خللا وظيفيا لجسم الإنسان مقارنة بنزع العضو والذي يحدث خللا كبير في عمل الجسم والذي قد يتسبب له بعجز دائم أو عاهة مستديمة، فالمشرع حاول تجريم الاعتداء على

1 – عبد الحليم مُحَمَّد الشريف بن مشري، حسينة عبد الحميد شرون، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 02، ديسمبر 2016، ص 191.

2 – زهدور أشواق، المرجع السابق، ص 126.

الإتجار بالأعضاء مقابل منفعة المالية وتمييزه بين نوعين من الاعتداء، أولا الاعتداء على العضو وجعلها جنحة مشددة وعاقب عليها من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات، والثانية الاعتداء على الأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم وجعلها جنحة عادية وعاقبة عليها من سنة إلى خمس سنوات، والتالي فمصطلح مواد جسم شخص هنا لا تشمل العضو البشري فقد تشمل جمع الأنسجة أو الخلايا أو أي عناصر أخرى من دون العضو البشري.

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف كل من العضو والنسيج والخلايا، مما تسبب في غموض وخلط بين عناصر جسم الإنسان، وإن هذا الخلط يؤدي بالضرورة إلى خلط في التكييف، وبالتالي إلى اختلاف في الآثار القانونية[1]، وخاصة فيما يخص بعض العناصر التي يتم الخلط فيها أو لم فيها الاتفاق على تصنيفها، ومن بينها الخلط في عناصر في جسم الإنسان ما إذا كانت عضو أو نسيج. وعلى هذا يجب على المشرع التدخل وتعريف كل من العضو والنسيج والخلايا البشرية، أو تحديد العناصر التي تعتبر أعضاء، والعناصر التي تعبر أنسجة لكي يزول الغموض واللبس على القاضي، والناجم عن الخلط في تحديد عناصر جسم الإنسان، كي لا يستلزم على القاضي الاستنجاد بالخبرة الطبية. وهذا ما فعله المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2010[2]، فقد عرفت العضو من خلال تحديد مجموعة من عناصر الجسم التي تعتبر أعضاء على سبيل الحصر، وكذلك الحال بالنسبة للنسيج من خلال تحديدها على سبيل الحصر، كما ترك المشرع المجال مفتوح لتقدم العلمي لإضافة أي عنصر يمكن زرعه ونقله مستقبلا، بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية والتي تقوم بتصنيفه.

ثالثا – صفة الجاني

إن المشرع لم يحدد صفة الجاني في هذه المادة 303 مكرر16، فمن خلال عبارة " **كل من يحصل** من شخص على عضو أعضائه..."، كذلك لم تحدد المادة 303 مكرر 18 صفة الجاني وإن اختلفت

1 – لنكار محمود، علي لعور سامية، الحماية الجنائية لحرمة الاتجار بالجسم البشري، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة – الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2017/06/29، ص 328.

2 – فقد نصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من اللائحة التنفيذية رقم 93 لسنة 2011 للقانون رقم 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه:".... يقصد بالعضو: العضو القابل للنقل مثل (الكبد – الكلى – القلب – البنكرياس – الأمعاء الدقيقة – الرئة) كما يقصد بالأنسجة: (الجلد – صمامات القلب – الأوعية الدموية والعظام) وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي، بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ". ج ر، العدد الأول مكرر (أ)، السنة 54، الصادرة بتاريخ 12 يناير 2011.

مع المادة السابقة الذكر في الفعل، إلا أنها هي الأخرى لم تحدد صفة الفاعل، فنصت على: ".. **كل من قام بانتزاع** أنسجة أو خلايا أو **بجمع مواد** من جسم شخص..."، فكل شخص مهما كانت صفته قام بانتزاع أو جمع مواد من جسم شخص.

ويلاحظ بأن المشرع لم يحدد الشخص المتحصل على العضو وبالتالي فقد يكون: إما الطبيب والذي يباشر بشخصه في انتزاع العضو أو يكون المستفيد من العضو (المريض أو أحد أفراد عائلته) أو شخص آخر (والذي قد يقوم بإعادة بيعه).

نلاحظ أن عبارة " كل من يحصل" و " كل من قام انتزاع"، عبارتين واسعة النطاق فقد تشمل أي شخص كان. فقد يكون شخصا طبيعيا، فتشمل كل من الطبيب الذي يباشر في انتزاع العضو والحصول على العضو مقابل بيعه أو يكون المستفيد (المريض أو أحد أفراد عائلته) والذي يحصل على العضو من أجل زرعه لتحقيق الشفاء له أو قريبه أو تاجر الأعضاء (سمسار) من أجل إعادة بيعه ومقابل تحقيق الربح أو أي شخص آخر مهما كانت صفته المهم أن يدفع مقابل العضو أو النسيج أو الخلايا منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، كل من هؤلاء الأشخاص يعد مسؤولا عن جريمة الحصول على العضو أو نسيج أو خلايا مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى[1].

وقد يكون الجاني شخص معنوي أثناء تحصله على العضو أو نزع النسيج أو الخلايا، للاتجار بها أو تهريبها كالشركات التي تستعمل نشاط آخر لتغطية نشاطها في الإتجار بالأعضاء من أجل تحقيق الربح أو مؤسسات استشفائية تقوم إلى جانب عملها المشروع، بأعمال غير مشروعة كالإتجار بالأعضاء البشرية من خلال توفير الوسائل الطبية لنزع وزرع الأعضاء. فعندما يكون الجاني شخص معنوي كالمؤسسة الاستشفائية الخاصة، باستثناء المؤسسات الاستشفائية العمومية باعتبارها أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام[2]، تقوم مسؤوليته عن جريمة الحصول على عضو أو نسيج أو خلايا بشرية مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، وفقا لنص المادة 303 مكرر 26 فيسأل الشخص المعنوي عن ما يصدر من أجهزته أو ممثليه من جرائم كانت بسبب أو بمناسبة قيامهم بالعمل لحسابه. وتقوم معه بالضرورة مسؤولية المسير أو المدير عن الجرائم التي ارتكبها الشخص المعنوي. إضافة على ذلك أنه قد يكون مجموعة من

1 – فرقاق امعمر، جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 05، العدد 02، 2013/07/01، ص 131.

2 – مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 335.

الجناة كعصابة مختصة في الإتجار بالأعضاء البشرية متكونة من مجموعة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية فتشمل الطبيب والممارسين الشبه طبيين والوسطاء والمؤسسة الاستشفائية.

ومن خلال استقرائنا للمادتين نلاحظ أيضا بأن المشرع لم يعاقب صاحب العضو، أي المتبرع الذي يقول بمنح عضو من أعضائه أو نسيج أو خلايا، وبموافقته مقابل المنفعة المالية أو أي منفعة أخرى بل عاقب كل من تحصل من عند المتبرع على العضو والذي يمكن أن يكون المنقول إليه (المريض) أو أي شخص آخر. وربما يعود غرض المشرع من عدم معاقبة المتبرع إلى استغلاله نتيجة الفقر فيقوم ببيع أعضاءه أو نتيجة الضغط الممارس عليه من قبل عصابات تجارة الأعضاء أو المرضى الأثرياء الذين هم بحاجة إلى الأعضاء أو تحت التهديد، أو نتيجة جهلهم واعتقادهم بأن الجسم سيقوم بتعويض العضو المستأصل، فمن غير الممكن أن يقوم الإنسان بتعريض حياته وصحته للخطر وبيع أعضاءه لو لم تدفعه الحاجة إلى المال، أو يكون المشرع اعتبر خسارة المتبع للعضو ليست الأمر الهين، فهي في حد ذاتها عقوبة لا يمكن تعويضها بالمال.

إضافة على ذلك فإن المشرع لم يحدد صفة الوسيط في الجريمة والذي تناولته كل من المواد السابقة الذكر في فقرتيهما الثانية، فقد يكون الوسيط في الجريمة هو أيضا من أصحاب الصفة كالطبيب، أو أحد العاملين في مجال بنقل وزرع الأعضاء كالممرضين أو الموظفين الإداريين أو أفراد الجمارك أو الشرطة لتسهيل استئصال العضو أو نقله أو تهريبه. وقد يكون هو الآخر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

رابعا – الركن المادي

يتمثل الركن المادي في جريمة الإتجار بالأعضاء بوجه عام، في كل سلوك إيجابي يتضمن المساس بجسم الإنسان[1] من خلال انتزاع عضو من أعضاءه أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد منه مقابل منعة مالية أو أي منفعة أخرى، أو دون الحصول على الموافقة أو الحصول على موافقة مخالفة للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة.

نحاول من خلال الركن المادي تحديد السلوك الإجرامي الذي نصت عليه المادة 303 مكرر 16 والمادة 303 مكرر 18، لأن كل من المادتين وإن تناولت كلتاهما تخلف شرط المجانية، إلا أن كل منها

1 – درياد مليكة، الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، المجلد 49، العدد 03، 2012/09/15، ص 278.

جاءت بأفعال مختلفة وتؤدي إلى منح عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد جسم الإنسان بمقابل مالي أو أي منفعة أخرى.

وقد سبق الذكر بأن الجرائم تقوم ضد من تحصل على العضو أو النسيج أو الخلايا ولو بموافقة صاحبه، فليس لرضا المتبرع قيمة في نفي المسؤولية عن المنتزع أو المتحصل عن العضو، فلا يملك الإنسان حق التصرف في جسده، وإن كان يملك حق الانتفاع[1]، لأن المبدأ حرمة جسم الإنسان وحرمة الإتجار به هي من النظام العام، فالجسم البشري وأعضائه غير قابل للبيع والشراء ولو بإرادة صاحبه، حتى ولو أن المشرع لم يعاقب صاحب العضو عن بيع أعضاءه[2].

1 – السلوك الإجرامي

يستحسن الإشارة في البداية، وقبل دراسة كل فعل من الأفعال المجرمة على حدى نتطرق إلى الفرق بين المصطلحات المستعملة، فالملاحظ بأن المشرع استعمل مصلحين مختلفين في جرائم الإتجار بالأعضاء التي تخالف شرط المجانية، فاستعمل مصطلح **الحصول على عضو** في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 16 واستعمل مصطلح **انتزاع أنسجة أو خلايا** في المادة 303 مكرر 18 ويكمن الفرق بين المصلحين بأن انتزاع يعني اقتلاع العضو وفصله من الجسم، ويقتضي بالضرورة إجراء تدخل طبي جراحي على المتبرع، أما الحصول على العضو، فهو يتضمن اتفاق بين طرفين، بين الشخص المتنازل على العضو ويلتزم بموجبه ببيع عضو من أعضاءه مقابل (منفعة مالية أو أي منفعة أخرى)، وبين شخص ثاني فقد يكون الطبيب أو المريض أو أي شخص كان، وقد يكون الاتفاق قبل انتزاع العضو أو بعده، وبالتالي فإن مصطلح الحصول أكثر اتساعا من انتزاع[3].

نحاول تقسيم دراسة السلوك الإجرامي من خلال التطرق إلى الأفعال التي حددتها المادتين السابق ذكرهما ودراستها كل على حدة، على الشكل التالي:

أ – فعل الحصول على عضو بشري مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى

يتمثل السلوك الإجرامي في المادة 303 مكرر 16 في فعل الحصول على العضو أو الشروع في الحصول عليه وليس بالضرورة أن تتم عملية زرعه، فتقوم الجريمة بمجرد الحصول على العضو البشري وأيا

1 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 115.

2 – لكنار محمود، علي لعور سامية، المرجع السابق، ص 326.

3 – برني نذير، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2012/2011، ص 206.

كان الشخص المتحصل عليهم، بمقابل صفقة مالية أو منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، يعد الفاعل هنا مرتكبا لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.

فقد تتم عملية الحصول على العضو عن طريق مشروع ظاهريا، أي أن عملية الحصول على العضو تمت وفقا للشروط والضوابط ووفقا للإجراءات الإدارية والطبية المنصوص عليها المنصوص عليها في قانون الصحة، فتبدو للعيان بأن عملية تبرع إلا أنها ضمنيا هيا بمقابل منفعة مالية نتيجة اتفاق سري بين المتبرع والمريض، أي أن ظاهرها تبرع وباطنها بمقابل منفعة مالية، فهي مخالفة لمجانية التبرع، فالجاني هنا يعد مرتكب لجريمة الإتجار بالأعضاء.

أن المشرع لم يحدد ما إذا كان الغرض من الحصول على العضو هو زراعته أو لغرض آخر، فقد يكون الحصول على العضو من طرف شخص مريض لزرعه له أو قد يكون لإعادة بيع من طرف الطبيب أو عصابة الإتجار في الأعضاء. ويمكن أن يكون لأي سبب آخر لأن المشرع لم يحدد الغرض من الحصول على العضو. لكن بالرجوع الواقع لا يوجد سبب من الأسباب التي تجعل الإنسان يريد عضو من أعضاء شخص ويدفع مقابل ذلك المال أو أي منفعة مالية من غير الزرع أو إعادة البيع لغرض الزرع أيضا، وإن كان لغرض غير ذلك فيمكن اعتباره اتجارا في الأعضاء البشرية ويدخل ضمن الأفعال المجرمة في هاته المادة.

ب – فعل انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى

من خلال استقراء المادة 303 مكرر 18 يتبين بأن المشرع ميز بين فعلين وهما فعل انتزاع الأنسجة أو الخلايا البشرية وبين فعل جمع مواد جسم الإنسان، وبالتالي فإن كل من قام سواء الطبيب أو الفريق الطبي أو أي شخص آخر بأحد الفعلين المجرمين مقابل مبلغ مالي أي منفعة أخرى مقابل منفعة تدفع لصاحب الأنسجة والخلايا ومواد الجسم يعد مرتكب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، فعند قيام الجاني بانتزاع أنسجة كالجلد مثلا أو خلايا بشرية كالخلايا الجذعية، مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، أو قيامه بجمع أي مادة من مواد جسم الإنسان يعد مركبا لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية السلوك المجرم.

نلاحظ أن المشرع في هذه الجريمة أيضا أخرج من دائرة التجريم صاحب النسيج أو الخلايا أو مواد الجسم والذي منع هذه الأنسجة والخلايا والمواد بمقابل مالي أو أي منعة أخرى[1].

1 – زهور أشواق، المرجع السابق، ص 126.

ج أفعال التوسط للحصول على عضو أو نسيج أو خلايا بشرية أو جمع مواد من جسم شخص

لقد جرم المشرع في الفقرة الثانية في كل من المادتين 303 مكرر 16[1] و303 مكرر 18[2]، على أفعال التوسط التي يقوم بها الوسيط في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية باستعمال عبارة "... كل من يتوسط.... " والذي يرتكب الأفعال التالية " التشجيع أو تسهيل الحصول على عضو أو أنسجة أو خلايا بشرية أو جمع مواد من جسم شخص ".

فالوسيط هو شخص ثالث يتوسط بين صاحب العضو أو النسيج أو الخلايا أو مواد الجسم (المانح) والشخص الذي يريد الحصول على العضو (المريض أو تاجر الأعضاء) لإتمام الصفقة [3]، بأفعال تشجع أو تسهل ارتكاب الجريمة. فالوسيط في هذا النوع من الجرائم هو أخطر شخص في الجريمة، فقد يملك من وسائل الإقناع أو الخداع أو النصب أو الاحتيال ما يعينه على التأثير في نفوس الأشخاص، فيدفعهم بذلك على الموافقة على انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا من أسجادهم مقابل المال[4]، كما قد يقوم بأفعال كاستغلال الأشخاص لمرورهم بضائقة مالية في المناطق الفقيرة والنائية فيقوم بتشجيعهم وتحفيزه على بيع أعضائهم لتسديد ديونهم مثلا أو يقوم بتسهيل التواصل بين الطرفين وترتيب اللقاء بينهم أو التشجيع على إبرام الصفقة وتسهيل إتمامها أو تسهيل لهم كافة الإجراءات الطبية كنقلهم للمعامل لإجراء التحاليل الخاصة بنقل وزرع الأعضاء أو تسهل عملية نقل العضو أو أي أفعال أخرى الهدف منها تسهيل الحصول على العضو.

أن المشرع لم ينظر مطلقا في شأن قيام الوسيط بأفعال التشجيع أو التسهيل الحصول على العضو على كونه قد تلقى مقابلا عن وساطته أو مجانا[5]، أو بباعث نبيل كأن يكون من دعاة المتحمسين لنقل الأعضاء البشرية وزرعها أو شقيق للمريض المحتاج للعضو أو النسيج أو الخلايا[6].

1 – نصت الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16: "... وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع وتسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ".

2 – نصت الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 18:"... وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ".

3 – درياد مليكة، المرجع السابق، ص 279.

4 – طالب خيرة، المرجع السابق، ص 353.

5 – لكنار محمود، علي لعور سامية، المرجع السابق، ص 328.

6 – طالب خيرة، المرجع السابق، ص 353.

ويعتبر الوسيط في جريمة الحصول على العضو مساهم في الجريمة ليس باعتباره شريكا فيها فلا تسري عليه أحكام الشريك المتمثلة تأثير الظروف الشخصية والموضوعية التي تنتج عنها تخفيف أو تشديد للعقوبة بالنسبة للشريك –، بل باعتباره فاعلا أصليا في الجريمة وتطبق عليه نفس عقوبة المتحصل على عضو من جسم إنسان بمقابل[1]. فأفعال الوسيط أفعال مجرمة بذاتها ومساهمته بجريمة مستقلة بأفعال الوساطة وهي تشجيع وتسهيل الحصول على العضو.

وتجدر الإشارة إلى أن أفعال الدعاية والإشهار للتبرع بالأعضاء لا تعتد من أفعال الوساطة فلا تدخل ضمن التشجيع والتسهيل للحصول على العضو، لأن المشرع اعتبرها أفعال مجرمة بذاتها في جريمة مستقلة معاقب عليها بمقتضى المادة 432 من ق.ص.ج والتي سوف نتطرق إليها فيما بعد كجريمة مستقلة.

د – المقابل أو المنفعة

أن حجر الأساس في تجريم أفعال الحصول على العضو أو انتزاع الأنسجة أو الخلايا البشرية أو جمع مواد من جسم الإنسان هو المقابل، حتى ولو كان الفعل برضا الشخص المانح للعضو أو النسيج أو الخلايا البشرية، ويتمثل المقابل في المال، والمال قد يكون في صورة مبلغ نقدي أو منقولا أو قد يكون عقارا، وكما قد يكون المقابل في صورة منفعة، وهاته المنفعة قد تكون منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها فقد تكون قيام بعمل أو خدمة أو منفعة معنوية مثلا.

ويجد المقابل أساسه في مخالفة المادة 358 من ق.ص.ج والتي تقضي بأنه: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية"، لأن قيمة الإنسان تسمو على المال ولا يمكن تقدر بالمال، وهذا تكريسا لمبدأ حرمة الإتجار في الجسم البشري، فحق الإنسان على جسده حق غير مالي ومن ثم يخرج عن دائرة التعامل المالي[2].

– الشروع في الجريمة

جرم المشرع على الشروع في جريمة الحصول على العضو أو انتزاع الخلايا أو الأنسجة أو جمع مواد من جسم شخص، أو الشروع في جريمة الوساطة، فيعاقب الجاني بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة وفقا

1 – فرقاق امعمر، المرجع السابق، ص 131.

2 – أوسعيد إيمان، المرجع السابق، ص 38.

لنص المادة 303 مكرر27 [1]، فعند قيام الجاني أو الوسيط بأفعال البدء في تنفيذ الجريمة أو أفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة، على أن الفاعل لا يعدل عن الجريمة بإرادته (العدول الاختياري)، أو يخب أثرها لأسباب لا دخل لإرادة الجاني أو الوسيط فيها، يعد شروعا في الجريمة ويعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة.

2 – النتيجة الإجرامية

تعتبر جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المادية ذات الأثر المادي الملموس، فتقع بمجرد الحصول على العضو البشري[2]، أو بانتزاع النسيج أو الخلايا البشرية أو جمع مواد من جسم شخص نظير حصوله على المال أو أي منفعة أخرى وأيا كانت طبيعتها، والتأثير على سلامة جسمه، فلا يستلزم زرعه في جسم إنسان آخر لتقوم النتيجة أو التأكد من صلاحية العضو بعد زرعه في جسم المريض.

وباعتبار أن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المادية ذات الأثر المادي، وفي حالة عدم تحقق النتيجة الإجرامية، فإن المشرع تدخل وعاقب على الشروع في ارتكابها، وهذا لإضفاء حماية أكبر بسبب خطورتها الإجرامية، بموجب المادة 303 مكرر 27 والتي عاقبة على الشروع في ارتكاب جرائم الإتجار بالأعضاء. ومن ثم ليس بالضرورة تتحقق النتيجة، بل تقوم الجريمة بمجرد الشروع فيها، فيتحقق الشروع بالبدء في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها.

3 – العلاقة السببية

ولإتمام الركن المادي لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية يجب أن تكون هناك علاقة بين نشاط الإجرامي للمتهم بالحصول على العضو أو انتزاع النسيج أو الخلايا أو جمع مواد من جسم شخص والنتيجة الإجرامية المتمثلة في إتمام عملية استئصال العضو بفقد الجسم منفعة العضو أو نزع النسيج، مع علم الجاني بأن هذه الأفعال مجرمة.

خامسا – العقوبة الأصلية للجريمة

أخضع المشرع الجزائري جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية لسياسة عقابية خاصة ومتكامل لمواجهة هذه الظاهرة الإجرامية الخطيرة ومكافحتها والتصدي لها[3]، حيث رصد لأفعال الإتجار بالأعضاء البشرية

1 – نصت المادة 303 مكرر 27 على أنه: " يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة ".

2 – درياد مليكة، المرجع السابق، ص 280.

3 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 202.

وانتزاعها عقوبات رادعة ذات تدابير كثيرة ومتنوعة لحماية للجسم الإنساني وللضعفاء من الناس، من خلال النص على عقوبات مشددة تختلف حسب درجة خطورته، وحسب العنصر المستهدف من الجسم البشري إن كان عضوا أو نسيجا أو خلية، سواء كانوا الفاعلين أشخاصا طبيعيين أو معنويين. بالإضافة إلى وعقوبات تكميلية، وكذلك جرم أيضا الشروع في الجريمة ومنع تطبيق الظروف المخففة وطبق أحكام الفترة الأمنية عليها، وشدد المشرع في العقوبة عند ارتكاب الجريمة ضد القاصر أو المصاب بإعاقة ذهنية، وكذلك في حالة تعدد المجرمين أو استعمال السلاح أو التهديد به لارتكاب الجريمة، وكل من سهلت له وظيفته أو مهنته ارتكاب الجريمة.

ونحاول من خلال هذا العنصر إلى التطرق إلى العقوبة الأصلية التي رصدها المشرع للجريمتين المنصوص عليهما في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 18، والتي تطبق على الجاني سواء كان فاعلا أو وسيطا، أتم جريمته أو شرع فيها.

أما بقية الأحكام الأخرى المتمثلة العقوبات التكميلية والتشديد في العقوبة والتخفيف وتطبيق الفترة الأمنية وغيرها، سنتناولها فيما بعد في فرع مستقل بالأحكام المشتركة لكونها جاءت في مواد مستقلة وشاملة لكل الجرائم.

– عقوبة جريمة الحصول على العضو مقابل منفعة

نصت المادة 303 مكرر 16 من ق.ع.ج على العقوبات الأصلية، والمتمثلة في الحبس والغرامة، فيعاقب مرتكب جنحة الحصول على عضو بشري مقابل منعة مالية أو أي منفعة أخرى بعقوبة بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ونصت الفقرة الثانية على معاقبة الوسيط الذي يتوسط بقصد تشجيع أو تسهيل الحصول عضو من جسم شخص بنفس عقوبة جريمة الحصول على عضو بشري مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى.

– عقوبة جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان مقابل منفعة

أما فيما يخص جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى فنص المشرع الجزائري في المادة 303 مكرر 18 على بعقوبة مرتكبها بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج،

وفي فقرتها الثانية على معاقبة الوسيط بنفس عقوبة جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى.

وعاقب المشرع الجزائري على الشروع في الجريمتين بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة، طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 27، وبهذا بمجرد الشروع في الجريمة دون تتحقق النتيجة الإجرامية لسبب خارج عن إرادة المتهم، فيعاقب على أفعال الشروع بعقوبة الجريمة التامة المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 والمادة 303 مكرر18.

وتجدر الإشارة إلى أن العقوبة الأصلية للجريمة لا تنطبق على عقوبة الشخص المعنوي، فلقد نص المشرع على عقوبة الشخص المعنوي في المادة 303 مكرر 26 فأقرت مسؤولية الشخص المعنوي في فقرتها الأولى وفي فقرة الثانية تناولت عقوبة الشخص المعنوي فنصت على أنه: " وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون "، ونلاحظ بأن هاته المادة أحالت عقوبة الشخص المعنوي للمادة 18 مكرر من ق.ع.ج، إن عقوبة الشخص المعنوي هي نفسها العقوبة في جميع جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية وتفاديا لتكرار والتطرق إلى نفس عقوبة الشخص المعنوي في كل جريمة، لهذا نترك دراستها ضمن دراسة الأحكام المشتركة في المطلب الثاني والذي يلي هذا المطلب.

الفرع الثاني

جرائم تخلف شرط الموافقة المطابقة للشروط المنصوص عليها

لقد استلزم المشرع لانتزاع العضو البشري أو نسيج أو خلايا من جسد إنسان توفر مجموعة من الشروط والإجراءات المنصوص عليها في قانون الصحة ولعل أهم شرط هو مبدأ الموافقة المسبقة والذي يعد من أهم المبادئ الذي نص عليه قانون الصحة، ونظرا لأهميته وضع له شروط إضافية بالمقارنة بالشروط الأخرى، وشدد على ضرورة احترامه، لأن ما يمس جسم الإنسان يمس أيضا حريته، وتكمن أهمية الموافقة المسبقة في أنها شرطا جوهريا لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[1]، كما تدخل المشرع وأضفى عليها حماية جنائية، وجعل مخالفة مبدأ الموافقة المسبقة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية والمعاقب عليها بموجب قانون العقوبات. فتقوم المسؤولية الجنائية عند تخلف شرط موافقة المتبرع أو عدم مطابقتها للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول وفقا للمواد 303 مكرر17 و303 مكرر19.

1 – برني نذير، المرجع السابق، ص 145.

فيعاقب كل من قام بانتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم إنسان حي من دون الحصول على الموافقة أو أن الموافقة غير مطابقة للشروط والضوابط المنصوص عليها في الأحكام المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من قانون الصحة بالنسبة بالانتزاع من الأحياء، أما بالنسبة للأموات فيعاقب كل من قام بانتزاع عضو أو نسيج أو خلايا من جسم شخص ميت دون مراعاة القواعد وضوابط المنصوص عليها في ق.ص.ج.

كما أن المادتين 303 مكرر17 و303 مكرر19، لا تختلفان عن بعض إلا في محل الجريمة هو إما العضو البشري أو الأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم وفي العقوبة الجنائية، أما فيما يخص أركان الجريمة –الركن المادي والركن المعنوي– فلا يوجد اختلاف، لذا نحاول دراسة المادتين في دراسة واحدة لكي نتفادى التكرار وأثناء الدراسة نتطرق إلى الفرق بين الماديتين إن وجد كل على حدة.

أولا – النص القانوني

لقد تناول المشرع الجزائري جرائم تخلف شرط الموافقة المطابقة للشروط المنصوص عليها في ق.ص، في مادتين وهما المادة 303 مكرر 17[1] و303 مكرر 19[2]، وعند تحليل هاتين المادتين نستخلص بأنها تتضمن أربع جرائم وهي كالتالي:

– جريمة انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، والمنصوص والمعاقب عليها بالفقرة الأولى من نص المادة 303 مكرر 17.

– جريمة انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، والمنصوص والمعاقب عليها بالفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 17.

1 – نصت المادة 303 مكرر 17 من ق.ع.ج على أنه: " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

2 – نصت المادة 303 مكرر 19 من ق.ع.ج على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مواد من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ".

– جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، والمنصوص والمعاقب عليها بالفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 19.

– جريمة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، والمنصوص والمعاقب عليها بالفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 19.

كما أن المشرع نص في المادة 303 مكر 27 على الشروع في الجريمة وشملت كل الجرائم المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 والمادة 303 مكرر 19.

لقد ميز المشرع الجزائري في جريمة الانتزاع دون الحصول على الموافقة أو الحصول على الموافقة على نحو مخالف للشروط المنصوص عليها في ق.ص.ج بين العضو البشري وبين الأنسجة والخلايا البشرية في مادتين مختلفتين، فتناول جريمة انتزاع العضو البشري دون الحصول على الموافقة أو الحصول موافقة مخالفة للتشريع المعمول به في المادة 303 مكرر 17، وتناول جريمة انتزاع الأنسجة والخلايا دون الحصول على الموافقة أو الحصول على موافقة مخالفة للتشريع المعول به في المادة 303 مكرر 19، و يقصد المشرع في نص المادتين من مصطلح "التشريع المعمول به" هو التشريع الذي تناول شروط التي يجب أن تكون عليها الموافقة وهو قانون الصحة.

ثانيا – محل الجريمة

ويتضمن نص المادتين 303 مكرر17 و303 مكرر19 على تجريم انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع المواد من جسم شخص حيا كان أو ميت، فهي جريمة إيجابية تدخل ضمن جرائم الضرر ولها ركنان ركن مادي وركن معنوي، كما يجب أن تقع على كل من الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان.

فتناولت المادة 303 مكرر 17 في فقرتيها الأولى والثانية، جريمتين تقعان على "العضو البشري" وانتزاعه دون موافقة صاحبه، أو مخالفة الشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، سواء كان الشخص المنتزع منه حيا أو ميتا، ورصد لها المشرع عقوبات أشد، لأهمية العضو البشري في حياة الإنسان وتكامله الجسدي. وتنطبق جريمة انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة من دون الحصول على الموافقة، على الأعضاء غير ضرورية للحياة، وفي حالة انتزاع الأعضاء الضرورية للحياة كالقلب والرئة، يكون الطبيب بفعله هذا ارتكب جريمة قتل عمدي

وتناولت المادة 303 مكرر 19 في فقرتيها الأولى والثانية، جريمتين تقعان على "الأنسجة أو الخلايا البشرية أو جمع مواد من جسم إنسان" دون موافقة أصحابها، كان حيا أو ميتا، ورصد لها عقوبة أقل مقارنتا بالجريمتين السابقتين.

ثالثا – صفة الجاني

وبالرجوع إلى نص المادتين يتبين أن المشرع لم يحدد صفة الجاني، فنص على: "كل من ينتزع عضوا من شخص..."، وبالتالي فإن الجاني يمكن أن يكون أي شخص مهما كانت صفته، فكل شخص قام بانتزاع عضو أو نسيج أو خلايا مهما كان، وهناك من الفقه[1] من يرى بأن المشرع لم يشترط صفة الطبيب لسببين هما: 1 – أنه لا يمكن أن يقوم بعملية انتزاع العضو إلا الطبيب، وليس أي طبيب بل يجب أن يكون طبيب مختص، فلم يشترط المشرع صفة الطبيب لأنها صفة بديهية، إلا أنه قد تتحقق أن يقوم بعملية انتزاع العضو من جاني ليست له صفة طبيب لأنه منع من مزاولة مهنة الطب بقرار مجلس أخلاقيات مهنة الطب، 2- كما أنه في حالة ما إذا ارتكب الجريمة شخص لا يتمتع بصفة الطبيب فإن القواعد العامة هي الواجبة التطبيق، فتطبق عليه جريمة الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة في صورتها البسيطة، ولكي لا يتهرب الفاعل بتكييف مغاير وبعقوبة بسيطة، لذلك تدخل المشرع ليشمل نطاق تطبيق جرائم الإتجار بالأعضاء حالة ما إذا كان الفاعل شخص لا يتمتع بصفة الطبيب وبغير قصد العلاج.

ولكن عند التمعن في المادة يتبين أن فعل "الانتزاع" يتم عن طريق التدخل الطبي أو الجراحي على عضو، يقوم به طبيب بحكم أن عملية انتزاع الأعضاء تحتاج إلى معرفة مسبقة لفن الطب والجراحة[2]، فلا يمكن أن يقوم به إلا طبيب فهو صاحب الصفة هنا، لأنه هو الوحيد الذي يستطيع القيام بعمليات نزع العضو أو النسيج أو الخلايا وزرعها كطبيب، وليس أي طبيب فيجب أن يكون طبيب مختص، فالنص لم يشترط توافر صفة الطبيب ربما لأنها صفة بديهية فلن يقوم بالعملية شخص غير مؤهل لهذه العلمية، كما أن المشرع من عادته عدم تحديد الصفة حتى ولو الجريمة خاصة بشخص ذو صفة محددة.

كما قد يكون الجاني شخص معنوي، فقد قررت المادة 303 مكرر 26 مسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، فيسأل الشخص المعنوي عما يصدر من أجهزته أو ممثليه

1 – طارق سرور، المرجع السابق، ص 236 الى 238.

2 – برني نذير، المرجع السابق، ص 146.

من جرائم كانت بسبب أو بمناسبة قيامهم بالعمل لحسابه، كما أنه يمكن متابعة المسير أو المدير عن الجرائم التي ارتكبها الشخص المعنوي.

رابعا – الركن المادي

نحاول دراسة الركن المادي من خلال تحديد السلوك الإجرامي الذي نصت عليه المادة 303 مكرر 17 والمادة 303 مكرر 19، فتتمثل الأفعال المجرمة في القيام بانتزاع العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية من دون أخذ موافقة صاحبه أو الحصول على الموافقة لكن ليس على النحو الذي يتطلبه ق.ص.

وقبل التطرق إلى ذلك، يجب التطرق أولا إلى نطاق تطبيق شرط الموافقة في نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا من جسم الإنسان الحي المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 و19 في فقرتيها الأولى من ق.ع.ج.

1- مجال تطبيق شرط موافقة المتبرع في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية لدى المشرع الجزائري:

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتجريم عن طريق الإحالة في المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر 19 في فقرتيهما الأولى، في الانتزاع دون الحصول على الموافقة، فقد أحال التجريم على مخالفة الشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وإن كان المشرع لم يحدد القانون أو المواد المحال عليها، لكنه يمكن أن نستنتج بأن القانون الساري المفعول هو قانون الصحة، إلا أن المشرع لم يبين ما إذا كان مجال تطبيق المادة في عمليات انتزاع العضو غير المشروعة فقط، أو تشمل أيضا حالة العمليات المشروعة والتي تحقق غرض علاجي لصالح المريض.

وللبحث عن مجال تطبيق المادتين، يتعين الرجوع إلى عرض الأسباب الخاص بمشروع القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المطروح على البرلمان، فيتبين أن المسعى الذي أراد المشرع تحقيقه، كان تجريم الإتجار في الأعضاء البشرية بالصبغة غير المشروعة فقط[1]، كما أن موقع المادة في قانون العقوبات يقع ضمن القسم الخامس مكرر 1 وتحت عنوان "الإتجار بالأعضاء"، هذا ما يثبت بأن المشرع أراد تطبيقها انتزاع الأعضاء التي تهدف إلى تحقيق غايات غير مشروعة[2]، كما نلاحظ بأن المشرع في تعديل

1 – برني نذير، المرجع السابق، ص 156.

2 – وهناك من يرى بأن المادة تضمنت إلى جانب انتزاع الأعضاء من إنسان حي التي تهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع، أيضا عمليات انتزاع الأعضاء التي تهدف إلى تحقيق غرض علاجي المتمثل في الزرع. راجع برني نذير، المرجع السابق، ص 156، جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 119. وهناك من يبرر ذلك من خلال التمعن في المادة يتبين بأن النص جاء ليحمي قيمة قانونية معينة وهي رضا المريض أو المتبرع من التدخلات الجراحية التي تستهدف الأعضاء البشرية أي عمليات بتر الأعضاء دون الحصول على الموافقة المسبقة، وهو الشيء

القانوني 09 01 تضمن كل من الإتجار بالبشر والإتجار بالأعضاء وتهريب المهاجرين، وكلها جرائم ذات طابع دولي وتتعلق بالإتجار غير المشروع والتهريب الدولي، ولذلك كان الغرض هو انتزاع الأعضاء لغرض الإتجار بالأعضاء البشرية، وليس مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء لغرض الزرع العلاجي. وما يؤكد ذلك تدارك المشرع للأمر من خلال القانون 18-11 المتعلق بالصحة ، فوسع من مجالات تطبيقها لتشمل مخالفة الضوابط والشروط المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أي انتزاع الأعضاء البشرية لتحقيق غرض العلاج وزرعها للمريض، بالإضافة إلى ذلك تجاوز مخالفة موافقة المتبرع لغرض الإتجار، وهذا من خلال نص المادة 430 والتي نصت على: "يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا وزرعها، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج"، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد جعل الجريمة تقوم بتوافر انتزاع العضو أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان الحي، دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة مهما كان الغرض من الانتزاع، سواء كان لغرض علاجي كالزرع أو غرض غير علاجي كالبيع، كما يقتضي أيضا توافر الشروط الأخرى المنصوص عليها في ق.ص.ج.

2- السلوك الإجرامي

نحاول تقسيم دراسة السلوك الإجرامي في جرائم انتزاع العضو، وانتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من شخص إلى قسمين منفصلين، وباعتبار أن أحكام المنظمة لعمليات انتزاع الأعضاء البشرية، هي نفسها الأحكام المنظمة لعمليات انتزاع الأنسجة والخلايا البشرية، وعلى هذا الأساس نحاول تقسيم دراسة السلوك الإجرامي في الجرائم الأربعة إلى نوعين: - فعل انتزاع عضو أو النسيج أو خلايا أو جمع مواد جسم الإنسان الحي من دون موافقته، - فعل انتزاع عضو أو النسيج أو الخلايا أو جمع مواد من جسد شخص ميت من دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

أ - انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع المواد من إنسان حي دون موافقة صاحبه

يتمثل الفعل الإجرامي في السلوك الذي اتبعه الجاني بأن قام باستخدام العمل الطبي المؤتمن عليه ـ في حالة الطبيب ـ من دون موافقة صاحب العضو أو النسيج أو الخلايا أو بموافقة مخالفة للشروط

التي تؤكده الفقرة الثانية التي تنص على قيام الجريمة حتى بالنسبة إلى اقتطاع العضو من جثة شخص ميت دون الحصول على موافقته أو موافقة ذويه. وهو ما تعززه كذلك طريقة صياغة المادة التي انتهجها المشرع بحيث جاءت عامة، ولم يتم الإحالة من خلالها على أي نص من نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها. برني نذير، المرجع السابق، ص 156.

المنصوص عليها في قانون الصحة، وقيامه بنزع عضو أو نسيج أو الخلايا أو جمع المواد من إنسان حي، دون إتباع الشروط المنصوص عليها القانون. ومن هنا ينقسم الفعل المجرم إلى حالتين وهما:

1- **الحالة الأولى:** حالة نزع العضو أو النسيج أو الخلايا من دون موافقة الشخص وإن كان المشرع لم يحدد أي موافقة، إلا أنه بالرجوع إلى نص المواد المادة 303 مكرر 17 و303 مكرر19، نجد أن الفعل ينصب الانتزاع دون الزرع، وبالتالي فإن عدم الحصول على الموافقة ينصب على المتبرع دون غيره[1].

2- **الحالة الثانية:** وهي حالة نزع العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية بموافقة المتبرع الحي، لكن هذه الموافقة مخالفة للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة، فبالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 17 و303 مكرر19، يتبين لنا بأن المشرع نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية التي تحدد الشروط المتعلقة بالموافقة المتطلبة لانتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وجمع مواد من جسم إنسان حي والمنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ألا وهو قانون الصحة[2].

وهذه الشروط المتعلقة بموافقة المتبرع الحي وهي: أن يكون لها شكل محدد وأن تصدر من شخص بالغ وكامل الأهلية فيمنع نزع الأعضاء من قاصر أو عديم الأهلية، وأن تكون موافقة حرة غير معيبة بعيوب الإرادة، وأن تكون مستنيرة أي إعلام المتبرع بكل المخاطر والتي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة أثناء وبعد عملية النزع – والتي سبق دراستها في الباب بشيء من التفصيل–.

وبناء على ما سبق، وبناء على نص المادة 430[3] من ق.ص.ج، فإن أي مخالفة للقواعد والشروط المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، يشكل جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ويعاقب طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 17 في فقرتها الأولى إذا كان محل الجريمة هو العضو البشري، وطبقا لأحكام المادة 303 مكرر 19 في فقرتها الأولى إذا كان محل الجريمة نسيج أو خلايا بشرية أو جمع مواد من جسم إنسان حي.

1 – عبد الحليم مُحَمَّد الشريف بن مشري وحسينة عبد الحميد شرون، المرجع السابق، ص 190.

2 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 120.

3 – نصت المادة 430 على أنه: " يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 الى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج ".

ب انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع المواد من إنسان ميت

لقد حرص المشرع الجزائري على إعطاء حماية لجثة المتوفى كما لو كان حيا، فإذا لم يتم مراعاة الشروط والضوابط التي أقرها المشرع الجزائري لنقل ونزع الأعضاء من الموتى تقوم مسؤولية الطبيب أو الطاقم الطبي أو أي شخص مهما كانت صفته، فخروج عن الشروط يعني انتقال الفعل من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم وتقوم معه المسؤولية الجنائية.

وإن كانت المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر19 في فقرتهما الأولى قد تناولت نزع الأعضاء من الأحياء دون الحصول على الموافقة التي يستوجبها القانون، فإن الفقرتين الثانيتين تناولت انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جثة الأموات دون مراعاة التشريع الساري المفعول في نقل الأعضاء من الأموات، فنصت المادة 303 مكرر 17 على أنه: "... وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول". ونصت المادة 303 مكرر 19 على أنه: "... وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول". وهذا يعني أن أي خرق للقواعد والشروط القانونية المتعلقة بانتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات المنصوص عليها في قانون الصحة يشكل جريمة معاقب عليها[1].

وبالتالي يتمثل الفعل الإجرامي في السلوك الذي اتبعه الجاني بأن قام باستخدام العمل الطبي المؤتمن عليه ـ في حالة الطبيب ـ من دون موافقة الميت أثناء حياته على انتزاع العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية، أو بموافقة دون اتباع الإجراءات السارية المفعول والمنصوص عليها في ق.ص، وقيامه بنقل عضو أو نسيج أو الخلايا أو جمع المواد من إنسان ميت، دون إتباع الشروط المنصوص عليها في القانون، ومن هنا ينقسم الفعل المجرم إلى حالتين وهما:

1- **الحالة الأولى:** حالة نزع العضو أو النسيج أو الخلايا من دون موافقة الميت أثناء حياته، كأن ينزع العضو من جسم ميت عبر عن رفضه النزع قبل وفاته، أي أن عملية الانتزاع تمت دون مراعاة شرط التعبير بالرفض المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 362 من ق.ص.

2- **الحالة الثانية:** وهي حالة نزع العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية بموافقة المتبرع الميت، لكن دون إتباع الإجراءات المعمول النصوص عليها في ق.ص، فبالرجوع إلى الفقرة الثانية في كل من المادتين

1 - زهور أشواق، المرجع السابق، ص 127.

303 مكرر 17 و303 مكرر19، يتبين لنا بأن المشرع نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية والإجراءات التي سبق دراستها في الباب الأول – الواجب مراعاتها عند انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم إنسان ميت والمنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ألا وهو قانون الصحة.

وبناء على ما سبق، وبناء على نص المادة 430 من ق.ص.ج، فإن أي مخالفة لقواعد المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا أو جمع مواد من جسم إنسان ميت، يشكل جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ويعاقب طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 17 في فقرتها الثانية، إذا كان محل الجريمة هو العضو البشري، وطبقا لأحكام المادة 303 مكرر 19 في فقرتها الثانية، إذا كان محل الجريمة نسيج أو خلايا بشرية أو جمع مواد من جسم إنسان ميت.

وتخرج عن دائرة تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية وعن جريمة انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا من جسم إنسان ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، حالة نزع عضو من جسم مريض لم يتم التأكد من وفاته بالطرق الطبية المعتمدة قانونا لتحديد لحظة الوفاة —والتي تطرقنا لها في الباب الأول–، أي لم يصدر تقرير بوفاته، فهذه الجريمة من أخطر الجرائم فقد تقع على إنسان مريض في حالة حرجة ولكنه لا يزال حيا ولم يثبت موته بعد، في هذه الحالة إذا تم انتزاع عضو منفرد وضروري للحياة كالقلب أو الرئتين، فسلوك الطبيب يؤدي إلى وفاته ويكون فعل النزع قتلا للمريض، ويسأل الطبيب عن جريمة قتل عمدي، إذا كان الشخص المنتزع منه العضو على قيد الحياة وثبت علم الطبيب بذلك. أما إذا كان العضو من الأعضاء المزدوجة ولا يؤدي إلى الوفاة في غالب الأحيان، فيسأل الطبيب عن جريمة الجرح العمدي المفضي إلى الوفاة، في حالة وفاة الشخص، وإن لم يؤدي إلى الوفاة يسأل عن الجرح العمدي المفضي إلى عاهة مستديمة.

وقد تتحقق الجرائم المنصوص عليهما في المواد 303 مكرر 17 و303 مكرر 19، بمجرد الشروع فيها، كما يتطلب الشروع في الجريمة نفس ما تتطلبه الجريمة التامة، توافر ركن مادي هو نشاط خارجي يتمثل في سلوك مجرم، فالسلوك الإجرامي في الشروع هو البدء في تنفيذ بإتيان أفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة، على أن يتم توقيفها أو يخب أثرها لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها[1].

1 – رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 290.

3- النتيجة الإجرامية

النتيجة الإجرامية وهي الأثر المترتب على السلوك والذي يقر المشرع العقاب عليه، تفترض بعض الجرائم العمدية وقوع نتائج مادية للنشاط الإيجابي فيها، وتفترض أن الوسائل المعتادة لتحقق تلك النتائج تتخذ مظهرا إيجابيا يحدث تغييرا في العالم الخارجي، أي أن الجاني يبادر فيها بإتيان حركة عضوية ساعيا من خلالها تحقيق النتيجة الإجرامية[1]، ويطلق على الجريمة في هذه الحالة الجريمة المادية، وتعتبر جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المادية[2] أو الجريمة ذات نتيجة، التي يتطلب نموذجها القانوني وقوع نتيجة إجرامية معينة، لذا تدخل المشرع الجزائري وعاقب أيضا على الشروع نظرا لخطورتها على الأفراد والمجتمع.

وهذا ينطبق على الإتجار بالأعضاء البشرية وفي جريمة انتزاع عضو من شخص حي دون موافقة أو بموافقة مخالفة للشروط القانونية، أو جريمة انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، فالطبيب يؤتي فعل الانتزاع، والتي يسعى من وراءه الحصول على العضو أو النسيج أو الخلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان، والتي يترتب عليها تغيير يتمثل في انفصال العضو من جسد صاحبه و نقص عضو أو نسيج أو خلايا من جسد الضحية، وينتقل بموجبها هذا العضو إلى شخص آخر أو يتم الإتجار به، وهذا التغيير هو ما يصطلح عليه النتيجة الإجرامية في مدلولها المادي. وعلى هذا الأساس تعرف النتيجة الإجرامية بأنه ذلك التغير الذي يحدث كأثر للسلوك الإجرامي والذي قام به الجاني[3].

وينتج عن هذا الفعل أيضا، عدوان يصيب حقا أو مصلحة يحميها القانون وذلك بهدرها أو تهديدها بالخطر، وبهذا المعنى فالنتيجة الإجرامية في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية هي العدوان على الحق في سلامة الجسم وفي التكامل الجسدي[4]، وهذا العدوان هو ما يصطلح عليه بالنتيجة الإجرامية في مدلولها القانوني.

ويوجد صلة وثيقة بين كل من المدلول القانوني والمدلول المادي، فلا يمكن التسليم بأحدهما وإنكار الآخر، فالمدلول القانوني للنتيجة ما هو إلا تكييف قانوني لمدلولها المادي، أي أن عند القول بوجود

1 - أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، الكتاب الأول: النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 258.

2 - درياد مليكة، المرجع السابق، ص 280.

3 - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 211.

4 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 138.

اعتداء على حق يحميه القانون هو تكييف قانوني للآثار المادية التي أنتجها السلوك الإجرامي، وهذا يعني أن المدلول القانوني يقوم على أساس المدلول المادي وهذا الأخير الموضوع الذي ينصب عليه الأول[1].

4 – العلاقة السببية

وتتحقق النتيجة بالشروع في الفعل المجرم أي الشروع في التنفيذ أو القيام بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها، فعاقب المشرع على الشروع في جرائم الإتجار بالأعضاء بالمادة 303 مكرر27.

ولا يكفي لقيام الركن المادي للجريمة أن يقع سلوك إجرامي من الفاعل وأن تحدث نتيجة، بل يلزم فضلا عن ذلك أن تنسب هذه النتيجة إلى ذلك السلوك، أي أن يربط بينهما رابط السببية.

وتعتبر رابط السببية هو العنصر الثالث في الركن المادي للجريمة، فالسببية علاقة بين سبب ومسبب، فهي صلة مادية تربط بين ظاهرتين ترتبطان على نحو ضروري لازم في تعاقب زمني يفيد أن أحدهما سبب للآخر، فالعلاقة السببية هي التي تسند النتيجة الإجرامية إلى الفعل، فهي شرط أساسي لقيام المسؤولية الجزائية لمرتكب الفعل عن هذه النتيجة[2]. وإذا انتفت العلاقة السببية فإن مسؤولية مرتكب الفعل تقتصر على الشروع إذا كانت جريمته عمدية[3].

وبالتالي يتعين لاكتمال الركن المادي لجريمة انتزاع العضو أو النسيج أو الخلايا دون الموافقة التي يتطلبها القانون أن تربط علاقة السببية بين أحد الفعل الإجرامي المتمثل في الانتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم المجني عليه حيا كان أو ميتا والنتيجة الإجرامية المتمثلة في المساس بسلامة جسم إنسان وتكامله الجسدي وفقدان العضو أو النسيج أو الخلايا للمجني عليه.

خامسا – العقوبة الأصلية

اختلفت العقوبة الخاصة بجرائم انتزاع العضو البشري عن العقوبة الخاصة بجرائم بانتزاع الأنسجة والخلايا وجمع مواد جسم الإنسان، حيث شدد المشرع على انتزاع العضو لأهمية الكبيرة في استمرار حياة الإنسان بشكل طبيعي، على عكس الأنسجة والخلايا فقد لا يتأثر الإنسان بشكل كبير وتستمر حياته بشكل طبيعي على هو عليه في انتزاع العضو. أما بالنسبة للإنسان الميت فقدان العضو لا يختلف عن

1 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص333.

2 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6، 2017، المرجع السابق، ص 260.

3 – محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، نادي القضاة، القاهرة، 1984، ص 6.

فقدان الأنسجة والخلايا، لكن تبقى قيمة العضو كبيرة مقارنة بالأنسجة والخلايا لذا جعل المشرع انتزاع العضو البشري من جثت الميت على قدر المساواة مع العضو الإنسان الحي وعاقب عليها بنفس العقوبة، وكذلك الأمر بالنسبة لأنسجة وخلايا جثة الميت تساوي هي الأخر أنسجة وخلايا الإنسان الحي وعاقب عليها بنفس العقوبة.

فعاقب المشرع الجزائري على جريمة انتزاع عضو بشري من شخص على قيد الحياة بعقوبة أصلية تتمثل في الحبس والغرامة، واعتبرها "جنحة مشددة "، فنصت المادة 303 مكرر 17 في الفقرة الأولى على مايلي: "يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج..."، وبنفس العقوبة عن جريمة انتزاع عضو بشري من شخص ميت وفقا للفقرة الثانية من نفس المادة بعبارة "وتطبق نفس العقوبة...".

أما بالنسبة إلى جريمة انتزاع نسيج أو خلايا أو يجمع مواد من جسم شخص على قيد الحياة بعقوبة أقل من انتزاع الأعضاء، واعتبرها المشرع "جنحة بسطة"، فنصت المادة 303 مكرر 19 في فقرتها الأولى على: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج..."، وبنفس العقوبة عن جريمة انتزاع نسيج أو الخلايا أو يجمع مواد من شخص ميت، وفقا للفقرة الثانية من نفس المادة باستعمال عبارة "وتطبق نفس العقوبة...".

كما عاقب المشرع أيضا على الشروع في جريمة انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم إنسان سواء كان حيا أو ميتا، بنفس العقوبة المقرر لها في الجريمة التامة وفقا لنص المادة 303 مكرر 27.

كما عاقب المشرع الشخص المعنوي وفقا لنص المادة 303 مكرر 26 بعقوبات تتناسب مع طبيعته والمنصوص عليها في المادة 18 مكرر من ق.ع.ج والتي سنتناولها في القسم المخصص للأحكام المشتركة.

هذا فيما يخص العقوبات الأصلية، كما نص أيضا على عقوبات تكميلية في مادة مستقلة والتي سنتطرق إليها فيما بعد في الإحكام المشتركة لأنها جاءت شاملة لجميع الجرائم الخاصة بهذا القسم.

الفرع الثالث

الركن المعنوي لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية

بعد الانتهاء من دراسة الركن المادي لجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وليكتمل البنيان القانوني لهذه الجريمة لابد لنا من دراسة الركن المعنوي، فلا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية أن يصدر الجاني سلوك إجرامي، بل لا بد من توافر الركن المعنوي الذي يمثل روح المسؤولية الجنائية[1]، فلا تقوم الجريمة من دونه حتى ولو اكتملت عناصر ركنها المادي، فكل جريمة لها جانبان جانب مادي خارجي نلمسه في الفضاء الخارجي، وجانب باطني داخلي يعبر عن نفسية مرتكبها[2].

من خلال استقراء نصوص الجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية المنصوص عليها في قانون العقوبات والمتمثلة في المواد 303 مكرر 16 إلى مكرر 19 يتبين لنا أن جرائم الإتجار بالأعضاء كلها جرائم عمدية والتي تشترط لقيامها أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي، كما أن المشرع لم يشر إلى هذا القصد بعبارات وألفاظ واضحة الدلالة، لكن يفهم ذلك ضمنيا من عبارات تلك المواد.

كما يرى الفقه الجنائي والقضاء أن الجرائم الماسة بسلامة الجسد من قبيل طائفة الجرائم العمدية، باعتبار أن هذه الجرائم لا تقع إلا عمدية، بحيث يتوافر الركن المعنوي لدى مرتكب الجريمة بتوافر عنصر العلم والإرادة[3]، وأن هذان العنصران يتوفران من خلال علم الجاني بكافة عناصر الركن المادي، فيجب أن يعلم بخطورة فعله أو سلوكه الإجرامي، وأن هذا الفعل موجه لجسم إنسان، وأن تتجه إرادة الجاني إلى الإتيان بالسلوك المجرم وإحداث النتيجة المتمثلة في الإيذاء.

يتمثل الركن المعنوي في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية في صورة القصد الجنائي، أي لابد أن يتوافر لدى الجاني نية إجرامية بحيث لا يمكن تصور وقوع هذه الجريمة عن طريق الخطأ[4]، لأن أفعالها منظمة ويجب أن تمر بعدة مراحل واختبارات طبية سابقة عن إجراء العملية، يجب أن يرتب للعملية ترتيبا دقيقا ومنظما، فإذا قام بها الجاني فهو يعلم بحقيقتها الواقعية وعناصرها القانونية، والقصد الجنائي فيها قصد عام بعنصريه العلم والإرادة، فبدون العلم لا تقوم الإرادة، لأن الإرادة الإجرامية تقوم على

1- محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 296.

2 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 141.

3 - برني نذير، المرجع السابق، ص 227.

4 - زهور أشواق، المرجع السابق، ص 123.

أساس العلم بالواقعة الإجرامية والعلم بالقانون، ويتحقق العلم بالجريمة من خلال معرفته بحقيقة الواقعة من حيث الواقع ومن حيث القانون[1].

أولا – العلم

ويتضمن العلم عنصران، العنصر الأول: هو العلم بالواقعة والحق المعتدى عليه[2]، و بعناصر الفعل الإجرامي والمتصلة بالجاني، فمن خلاله يجب بتوافر علم الجاني بخطورة السلوك على الحق الذي يحميه القانون[3]، وهي خطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء على حياة الشخص، وأن يكون عالما بعدم توافر الموافقة التي يتطلبها القانون أو عالما بأن عملية نزع العضو محل صفقة أو معاملة مالية، فإذا كان الطبيب أو أي شخص كان قد توافر لديه اعتقاد بأن الشخص الخاضع للعملية موافقا عليها وفقا للإجراءات المتطلبة في التشريع المعمول به ومعتقدا بأن الشخص قد تبرع بعضوه لأحد أقربائه المحددين في ق.ص، فلا يكون القصد متوافرا لديه.

أما العنصر الثاني في العلم: وهو علمه بالقانون فهو مفترض لدى العامة وبالتالي لا يجوز الدفع بالجهل بالقانون، فلا يعذر بجهل القانون[4]، لكي لا يعتد سببا للإفلات من المسؤولية الجنائية.

وتطبيقا لذلك يتوافر القصد الجنائي في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بتوافر العلم، ففي جريمة الحصول على عضو بشري مقابل منفعة مالية أو جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من شخص مقابل منفعة، بتوافر علم الجاني المتحصل على العضو أو الذي يقوم بنزع النسيج أو الخلايا أو جمع مواد جسم إنسان مهما كان (طبيب أو المنقول إليه أو المتاجر بالأعضاء أو أي شخص كان) بأركان جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية بأنه يقوم بالتعامل في العضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم إنسان حي مقابل منفعة مالية، ويعلم بأن هذا الفعل مجرم قانونا ومخالف لمجانية التبرع ومخالف لأحكام ق.ص.

وما قيل عن الفاعل في هذه الجريمة ينطبق عن الوسيط أيضا فأفعاله عمدية، فيجب أن يحاط علم الوسيط بأركان لجريمة التوسط، وعلى هذا يلزم أن يعلم الوسيط بأنه يقرب بين طرفين يرغبان في إبرام معاملة موضوعها عضو بشري أو نسيج أو خلايا وأنه يشجع أو يسهل بأفعال لإتمام الصفقة أو غيرها

1 – عبد الحليم مُحَمَّد الشريف بن مشري، حسينة عبد الحميد شرون، المرجع السابق، ص 198.

2 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص697.

3 – مُحَمَّد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 298.

4 – أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص 56.

من الأفعال وهو يعلم بالجريمة ومرتكبها، ويعلم بأن هذه المعاملة محظورة قانونا ومن ثم تتجه إرادته رغم هذا العلم إلى ارتكاب أحد الأعمال التوسط والمتمثلة في التشجيع وتسهيل الحصول على العضو.

كما يجب أن يعلم الطبيب أو الفريق الطبي في جريمة انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم إنسان حي، بأن فعله ينصب على المساس بجسم الإنسان من دون الحصول على موافقة منه، وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول به أو الحصول عليها على نحو يخالف تلك الشروط، وكما يجب أن يتوافر العلم أيضا إذا انصب فعله على جثة شخص ميت من دون مراعاة التشريع الساري المفعول، ويعلم بأن فعله هذا مخالف للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة وتشكل جريمة وفقا لقانون العقوبات.

ثانيا – الإرادة

لا يقتصر القصد الجنائي في الجريمة على العلم بأركان الجريمة وماديااتها، بل لابد من توافر إرادة ارتكاب الفعل المعاقب عليه وتحقيق النتيجة الإجرامية[1]، والإرادة فهي جوهر القصد الجنائي[2]، وهي ما تميز الجريمة العمدية عن الجريمة غير العمدية.

ولذلك يمكن القول إن تحقيق جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، يستلزم توافر إرادة الطبيب أو الفريق الطبي أو أي شخص كان بارتكاب أحد الأفعال المعاقب عليها والمتمثلة في الحصول على عضو أو انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم إنسان مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وكذلك اتجاه إرادة الوسيط إلى القيام بأفعال التوسط لتسهيل وتشجيع على الحصول عضو أو نسيج أو خلايا من جسم شخص، وكذلك فعل انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد جسم إنسان حيا كان أو ميتا دون الحصول على الموافقة المطلوبة لذلك أو مخالفا للتشريع المعمول به[3]. ويكفي مجرد العلم بعدم توافر الترخيص بالنزع الذي تقدمه لجنة الخبراء ليتوافر لدى الطبيب أو الطاقم الطبي القصد الجنائي[4]، كما يجب على الجناة إلى جانب إرادة القيام بالأفعال السالفة الذكر، إرادة تحقيق النتيجة الإجرامية والمتمثلة في الحصول على العضو أو نسيج أو الخلايا وانتزاعه.

1 – طالب خيرة، المرجع السابق، ص 68.

2 – محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 696.

3 – عياد فوزية، المرجع السابق، ص 159.

4 – أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 190.

إن المشرع الجزائري تطلب توفر القصد الجنائي العام فقط دون القصد الجنائي الخاص، لأنه لم يحدد الغرض من انتزاع الأعضاء وبهذا فإن أي انتزاع للأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا دون موافقة أو بموافقة مخالفة للشروط المنصوص عليها مهما كان سبب الغير المشروع معاقب عليه. على عكس المشرع المصري والذي تطلب في جرائم المتعلقة بنقل ونزع الأعضاء إلى جانب القصد العام قصدا خاص، ويتمثل في قصد زرع العضو البشري، من خلال وضع المشرع المصري عبارة "بقصد الزرع" وبالتالي فإن الجريمة لا تتحقق إلا إذا كان الغرض من عملية نزع العضو هو استخدامه بعد ذلك في عملية الزرع لشخص آخر، ومن ثم ينتفي القصد الخاص إذا كان القصد لسبب آخر غير مشروع[1].

المطلب الثاني

الأحكام المشتركة

بعد أن تطرقنا لدراسة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية كل على حدا، من خلال بيان أركانها والعقوبة المقررة لها، نحاول أن نتطرق في هذا الجزء من البحث إلى الأحكام الخاصة بهذه الجرائم، المتمثلة في عقوبة الجريمة في ظروف التشديد والفترة الأمنية ثم نتطرق إلى ظروف التخفيف والأعذار القانونية، ثم عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، ثم بعد ذلك نتناول العقوبات التكميلية، وفي الأخير العقوبة المطبقة على الشخص المعنوي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: عقوبة الجريمة في الظروف المشددة.

الفرع الثاني: الفترة الأمنية.

الفرع الثالث: الظروف المخففة للعقوبة والأعذار القانونية.

الفرع الرابع: عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء.

الفرع الخامس: العقوبات التكميلية.

الفرع السادس: العقوبة المطبقة على الشخص المعنوي.

1 - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 666 – 667.

الفرع الأول

عقوبة الجريمة في الظروف المشددة

تعتبر الظروف المشددة أسبابا تقتضي لتشديد المسؤولية والتي قد تتغير من جريمة إلى أخرى حسب إرادة المشرع، والتي يأخذ بها القاضي عند النص عليها فيشدد بها عقوبة الجاني، وتعرف ظروف المشددة بأنها: "حالات يجب فيها على القاضي أو يجوز له أن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو يجاوز الحد الأقصى الذي وضعه القانون لعقوبة هذه الجريمة"، فالمشرع قدر أن توافر هذه الظروف يدل على جسامة أكثر في الفعل أو خطورة أكبر لدى الجاني، لذا لجأ المشرع إلى تشديد العقوبة عند توافرها وبالتالي تشديد المسؤولية وهذا بالنص على عقوبة أخرى أكثر جسامة[1].

أولا – الظروف المشددة في جريمة الإتجار بالأعضاء

لقد وضع المشرع الجزائري ظروف مشددة خاصة بجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية وتشدد في العقوبة، وهي محددة على سبيل الحصر في نص المادة 303 مكرر 20 كالتالي:

1– إذا كان الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية

فقد أخذ المشرع بظرف متعلق بحالة المجني عليه والمتمثلة في استغلال القاصر أو شخص مصابا بإعاقة ذهنية والحصول على عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسمهم أو انتزاعها، لعدم قدرتهم على إبداء موافقة الحرة والمستنيرة، فاعتبرها ظرف من ظروف تشديد العقوبة[2].

وكان على المشرع الجزائري أن يسير في نفس السياق الذي أخذ به في تشديد العقوبة في جرائم الإتجار بالأشخاص، بالنسبة لظرف المتعلق بحالة المجني عليه في المادة 303 مكرر 4 في فقرتها الأخيرة، والتي نصت على أنه: "... إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل"، ويلاحظ أن هذه المادة كانت شاملة لجميع حالات ضعف الأشخاص وعجزهم، على العكس من المادة 303 مكرر 20 الخاصة بالإتجار بالأعضاء والتي تضمنت حالتين فقط وهما القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية، ولم تضم أشخاصا آخرين جديرين بالحماية هم أيضا كبار السن وذوي الاحتياجات الخاصة.

---

1 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص1004.

2 – يوسفي فاطمة، المرجع السابق، ص 258.

2- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة

أخذ المشرع بوظيفة الجاني ومهنته كسبب من أسباب تشديد العقوبة، فكل شخص حصل على عضو أو انتزع عضو أو نسيج أو خلايا أو قام بجمع مواد من جسم الإنسان مقابل منفعة مالية، أو انتزع عضو أو أنسجة أو خلايا من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون مراعاة الشروط والتشريع المعمول به، واستغل وظيفته أو مهنته لارتكاب جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء وقيامه بأحد الأفعال المعاقب عليها في المواد 303 مكرر 16، 17، 18، 19.

فالمشرع الجزائري لم يحدد الوظيفة أو المهنة التي يمكن أن تساعد على ارتكاب الجريمة، ولم يحصرها في وظائف ومهن محدد وذات الصلة بالعمل الطبي كالطبيب أو الممرضين، بل تركها على عمومها لتشمل أي مهنة أو وظيفة، قام صاحبها بأفعال تندرج ضمن الأفعال المجرمة والمساعدة والمسهلة، مستغلين في ذلك وظيفته أو مهنته لكي لا تترك أثرا للجريمة، كما أنه يسيء استعمال مهنته أو وظيفته في غير ما ينبغي أن تستعمل فيه من أغراض مشروعة لخدمة المجتمع[1]، وقد يرجع سبب ذلك للتنظيم المحكم لعصابات الإتجار بالأعضاء البشرية والتي في الأغلب تضم مجموعة من الأشخاص أصحاب المهن والوظائف، لتسهيل عمليات الإتجار بالأعضاء. وبالتالي فقد تجد من أفرادها من أصحاب المهن أو الوظائف والتي قد تقوم بنزع الأعضاء كالأطباء والممرضين، أو قد تسهل الحصول على الأعضاء كالمسئولين والموظفين الإداريين أو المسهلين لنقلها وتهريبها أفراد الجمارك أو الشرطة.

ويمكن أيضا أن يكون الوسيط من أصحاب المهن أو الوظائف والذي يقوم بحكم مهنته بالتوسط ولعب دور كبير وفعال في تشجيع الأشخاص والتسهيل لهم للحصول على أعضائهم كالطبيب أو الممرضين، كما قد تكون وظيفته أو مهنته تسهل عليه إقناع الناس وتشجيعهم على بيع أعضائهم فتشدد من العقوبة عليهم وجعل صفتهم المشجعة والمسهلة على ارتكاب الجريمة ظرف من ظروف التشديد.

3- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص

نصت المادة 303 مكرر 20 على تشديد العقوبة في حالة تعدد الجناة في الجريمة، وسبب ذلك أن تعدد الجناة يسهل ارتكاب الجريمة، هنا يجب أن يكون صلة بين الأشخاص المرتكبين لجريمة الإتجار بالأعضاء، وأن يكون بينهم إتفاق مسبق على ارتكاب الجريمة، ويجب أن يعلم الجاني بوجود أطراف أخرى تساهم معه في الجريمة أو تتاجر معهم بالأعضاء، حتى ولو لم يعرف هؤلاء الأشخاص بذاتهم أو

1 - عياد فوزية، المرجع السابق، ص 252.

أسمائهم، كما حدد المشرع عددهم بأكثر من شخص، أي إذا قام شخصين أو أكثر بارتكاب جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء تشدد عليهم العقوبة لتوفر ظرف من ظروف التشديد. كما أن من النادر أن يقوم الجاني بالقيام بجريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، فهذا النوع من الجرائم يحتاج إلى مجموعة من الأشخاص للقيام بها.

4- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله

لقد شدد المشرع الجزائري في عقوبة الجاني إذا ارتكب الجريمة مع حمله السلاح أو بالتهديد في استعماله، والسبب في ذلك أن استعمال الجاني السلاح كوسيلة تهديد أو إكراه، فيعدم من مقاومة المجني عليه أو يقلل منها[1]، وحمله فقط دون استعماله قد يخيف المجني عليه لرضخ لمطالب الجناة.

فالمشرع في العادة لا يهتم بنوع السلاح المستخدم في ارتكاب الجريمة، فلا فرق بين سلاح وآخر[2]، وفي جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية لم يحدد المشرع السلاح الذي يعد حمله ظرفا مشددا للعقاب، وبالتالي فإن أي أداة منفصلة عن جسم الإنسان يمكن الاستعانة بها للاعتداء أو الدفاع تعتبر سلاحا[3].

5- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية

ويتفق هذا الظرف المشدد مع ظرف ارتكاب الجريمة من طرف أكثر من شخص، في عنصر تعدد الجناة[4]، إلا أنهما يختلفان من حيث التنظيم والاستمرارية، فارتكاب الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو جماعة إجرامية عابرة للحدود الوطنية يعني القيام بجريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية بصورة مستمرة لأكثر من مرة وبطريقة منظمة، وهذه الاستمرارية والتنظيم هو الذي يشكل الخطر الكبير فيها، فتقوم بها عصابات إجرامية احترفت الإجرام وجعلت الجريمة محور ومجال نشاطها الذي تمارسه ومصدر دخلها[5]، وبهذه الطريقة المنظمة يصعب اكتشافها، وهذه هي االخاصية المميزة لجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، كما تتميز بطابعها العابر للحدود الوطنية متى تعدى فيها النشاط الإجرامي حدود الدولة

1 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 207.

2 - أحمد مسعود فاطمة، الاتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري طبقا للقانون رقم 09-01، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حيبة بن بوعلي – الشلف، المجلد 04، العدد 01، 2018/09/23، ص 183.

3 - عياد فوزرية، المرجع السابق، ص 253.

4 - عبد الحليم مُحَمَّد الشريف بن مشري، حسينة عبد الحميد شرون، المرجع السابق، ص 204.

5 - عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2009، ص171.

الواحدة وامتد لأكثر من بلد[1]. وقد يكون عبورها للحدود الوطنية فتستغل الدول الفقير لتوفير الأعضاء، أو عن طريق سياحة الأعضاء عن طريق تسهيل انتقال الأشخاص للدول التي تنزع فيها الأعضاء. ولهذا شدد المشرع الجزائري من العقوبة في حال توفر هذا التنظيم الإجرامي سواء كان وطنيا أو عابر للحدود الوطنية، لأنه يضفي على الجريمة خطورة كبيرة تهدد سلامة الأفراد والمجتمع.

ولقد ميز المشرع الجزائري في تشديد العقوبة بين ما إذا توافر أحد هذه الظروف في جرائم التي تمس النسيج أو الخلية أو جمع مواد من جسم الإنسان المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر19، وبين الجرائم التي يحصل فيها على العضو أو ينتزع من شخص حي أو ميت المنصوص عليها في المواد 303 مكرر 16 و303 مكرر 17، فجعلها جنحة مشددة في الجرائم التي تمس النسيج والخلايا وجمع المواد من جسم الإنسان من دون تغيير وصف الجريمة وترفع من عقوبة الجنحة العادية إلى الجنحة المشددة، بينما جعل نفس الظروف تؤثر في الجريمة وتغير من وصفها من جنحة إلى جناية وترفع معها بالضرورة العقوبة من عقوبة الجنحة إلى عقوبة الجناية إذا مست العضو البشري، وهذا راجع إلى الأهمية الكبير للعضو البشري والذي هو غير قابل للاستخلاف، كما قد ينتج عن نزعه إلى وفاة الضحية أو إصابته بعاهة مستديمة أو ضرر كبير يؤثر على ممارسة حياته على النحو الطبيعي.

ثانيا – تشديد العقوبة في الجرائم الماسة بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان

لقد نصت المادة 303 مكرر 20 في فقرتها الأولى على أنه:

"يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف التالية:

- إذا كان الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية...."

1 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 207.

وبهذا إذا ما توافر أحد الظروف المشددة في جريمة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من الجسم مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، أو جريمة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو ميت دون الحصول على الموافقة، يتغير الجريمة من جنحة بسيطة إلى جنحة مشددة دون تغير الوصف القانوني لها، وتشدد العقوبة والتي كانت في كلا الجريمتين من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، فتغلظ فتصبح الحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، كما أن التشديد في العقوبة هنا لا يخضع لسلطة التقديرية للقاضي، فهو ملزم بتشديد العقوبة إذا توافر ظرف من الظروف المشددة.

ثالثا – تشديد العقوبة في الجرائم الماسة بالعضو البشري

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 20 على أنه: "... ويعاقب بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ".

فإذا ما توافر أحد الظروف المشددة –تناولناها فيما سبق– في جريمة الحصول على عضو مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، أو جريمة انتزاع عضو من جسم شخص حي أو ميت دون الحصول على الموافقة، فيتغير الوصف القانوني للجريمة من جنحة (مشددة العقوبة) إلى جناية، وتشدد معها العقوبة.

مع العلم بأن المشرع كان في الأصل قد غلظ من عقوبة الجريمتين وجعلهما جنح (مشددة) في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17، فيعاقب في الأولى بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج ويعاقب في الثانية من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ثم قام بتغيير وصفهما من جنح (مشددة) إلى جناية، إذا توافر أحد ظروف التشديد، فيعاقب عليها بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كما أن التشديد في العقوبة هنا أيضا لا يخضع لسلطة التقديرية للقاضي، فالقاضي ملزم بتشديد العقوبة إذا توافر ظرف من الظروف المشددة.

الفرع الثاني

الفتـرة الأمنيـة

ويقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من الاستفادة من بعض التدابير الواردة في قانون تنظيم السجون كالإفراج المشروط والحرية النصفية وإجازات الخروج وغيرها[1]، كإجراء لردع المحكوم عليهم في الجرائم الخطيرة كنوع من التشديد في العقوبة.

ولقد عرفها المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 60 مكرر على أنها: "يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط للمدة المعينة في هذه المادة أو للفترة التي تحددها الجهة القضائية..".

فقد نص المشرع على تطبيق الفترة الأمنية في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في المادة 303 مكرر 29 على أنه: "تطبق أحكام المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم".

وهذا يعني أن هذا النوع من الجرائم يستحق مرتكبها الردع من خلال حرمانه من تدابير تأهيل وإعادة إدماج المساجين خلال مدة معينة تحددها المادة 60 مكرر، فيحرم بموجبها المحكوم عليها من تدابير الإصلاح وإعادة التأهيل المنصوص عليها والمنظمة في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي وهي كالتالي:

1- تدابير **التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة (La suspension de la peine)**: المنصوص عليها في المادة 130 إلى 133 من قانون تنظيم السجون.

2- تدابير الوضع في **الورشات الخارجية (La Placement en Chantier Extérieur)**: المنصوص عليها في المادة 100 إلى 103 من قانون تنظيم السجون.

3- تدابير الوضع في **البيئة المفتوحة (Milieu Ouvert)**: المنصوص عليها في المادة 109 إلى 111 من قانون تنظيم السجون.

1 - جمال الدين عنان، الفترة الأمنية (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية– الجزائر، المجلد 02، العدد 01، 2011/07/01، ص 221.

4- تدابير **إجازات الخروج (Les permissions De Sortie)**: المنصوص عليها في المادة 129 من قانون تنظيم السجون.

5- تدابير **الحرية النصفية (La Semi-Liberté)**: المنصوص عليها في المادة 104 إلى 108 من قانون تنظيم السجون.

6- تدابير **الإفراج المشروط (La Liberté Conditionnelle)**: المنصوص عليها في المادة 134 إلى 150 من قانون تنظيم السجون.

إن تطبيق الفترة الأمنية على المحكوم عليه يكون تلقائيا وبقوة القانون دون الحاجة إلى النطق بها من طرف القاضي، لأن القانون نص صراحة على تطبيقها ولم يترك الحكم بها لتقدير القاضي[1].

الفرع الثالث

الظروف المخففة للعقوبة والأعذار القانونية

ونقسم هذا الفرع كمايلي:

أولا – الظروف المخففة

الظروف المخففة هي "أسباب للتخفيف تخول القاضي – في نطاق قواعد حددها القانون – الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة، ولم يحدد المشرع الظروف المخففة ولم يضع ضوابط تعين القاضي على استخلاصها، بل ترك ذلك كله لفطنته وحسن تقديره"[2]. فهذه الظروف لا يحددها القانون ويترك القانون للقاضي سلطة استخلاصها من ظروف والملابسات المحيطة بالقضية المطروحة أمامه، فله الحرية المطلقة في الأخر بالظروف يراها مبررا لتخفيف العقوبة، كندم المجرم مثلا.

لقد لجأ المشرع الجزائري لتوفير أكبر حد من الضمانات لحماية الجسم البشري من أي اعتداء على أعضاءه عن طريق نزع أعضائهم والإتجار بها، فنص على عدم جواز استفادة المتهم المدان بجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من ق.ع.ج، وهذا من خلال

1 – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط 4، دار هومه، 2007، ص 211.

2 – محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص 994.

النص عليها في المادة 303 مكرر 21 على أنه: "لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون".

وبهذا يكون المشرع قد حرم المتهم من تخفيف العقوبة المنصوص عليها في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، لذا يكون القاضي ملزم بالقضاء على المتهم بالعقوبة المحدد لجرائم الإتجار بالأعضاء، فحتى ولو بدت للقاضي أسباب مقنعة تستحق التخفيف فإن سلطته تبقى محدودة في الحد الأدنى الذي وضعه المشرع للجريمة، فلا يجوز له أن ينزل إلى ما دون العقوبة المقررة قانونا.

والعلة في حرمان الجاني من ظروف التخفيف، أن المشرع أخذ بعين الاعتبار خطورة جرائم الإتجار بالأعضاء والضرر الجسيم الذي يلحقه بالضحايا فلم يرأف بالجاني[1].

ثانيا – الأعذار القانونية

الأعذار القانونية هي أسباب يحددها القانون ويفرض على القاضي بموجبها أن يخفف من العقوبة على المتهم أو يعفيه من العقوبة تماما، فهي تختلف عن ظروف التخفيف بأنها أسباب يحدد حالاتها القانون على سبيل الحصر وأن تطبيقها وجوبي على القاضي، على العكس من الظروف المخففة والتي هيا جوازي فالقاضي ليس ملزم بتطبيقها فترك له القانون حرية الأعمال بها كما أن القانون لم يحددها وترك للقاضي استخلاصها من ملابسات القضية[2].

وتنقسم الأعذار القانونية نوعان أعذار معفية وأعذار مخففة، ولقد أخذ المشرع الجزائري في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بكلى النوعين في المادة 303 مكرر 24، فنصت الفقرة الأولى على الأعذار المعفية بينما نصت الفقرة الثانية على الأعذار المخففة.

أما الأعذار المعفية هي أسباب للإعفاء من العقاب على الرغم من بقاء أركان الجريمة كافة وشروط المسؤولية عنها متوافرة، وهي محددة حصرا في القانون لأنها تحمل طابع الاستثناء من حيث تقريرها للإعفاء من العقوبة خلاف الأصل[3]، فنصت عليها الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 24 على أنه: "يعفى من العقوبة المقررة، كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها....".

1 – جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 220.

2 – مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 668.

3 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات – القسم العام –، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 1، 2005، المرجع السابق، ص 433.

ويترتب على الأعذار المعفية عدم معاقبة المبلغ عن الجريمة، وبهذا فالقانون ألزم القاضي بإعفاء المبلغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية من العقاب بتوافر العذر المعفي وهو تبليغ السلطات الإدارية أو القضائية عن الجريمة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها.

أما الأعذار المخففة وهي تلك الأسباب التي يترتب عليها وجوبيا تخفيف العقوبة وقد وردت في القانون على سبيل الحصر في جرائم محددة[1]، ففي جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية نصت عليها المادة 303 مكرر 24 في فقرتها الثانية على أنه: "... وتخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة ".

وبهذا فالمشرع الجزائري خفض العقوبة إلى النصف في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في حالة توافر عذر من الأعذار المنصوص عليه في المادة السابقة الذكر والمتمثلة:

1- قبل تحريك الدعوى العمومية والقيام بالتبليغ عن الجريمة بعد تنفيذها أو بعد الشروع فيها.

2- بعد تحريك الدعوى العمومية وتعاون مع السلطات العمومية وتمكينهم من توقيف المساهمين (الفاعلين أو الشركاء) في الجريمة.

في أحد الحالتين فالقاضي ملزم بخفض العقوبة إلى النصف لأن هذه الأعذار لا تخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي كما هو الحال في حالة الظروف المخفف والتي لم ينص عليها القانون وترك السلطة للقاضي لاستخلاصها وحرية الأخذ بها.

ولجأ المشرع إلى الإعفاء أو خفض من العقاب في حالات محددة على سبيل الحصر، لأن هذا النوع من الجرائم تتسم بالخطورة وكذلك الأفعال المادية الخاص بها سهلة الإخفاء فلا تستطيع السلطات كشفها، لذلك لجأ المشرع إلى إعفاء أو تخفيض عقوبة كل من قام بتقديم خدمة للمجتمع من خلال التبليغ عن الجريمة أو القبض على الجرمين المساهمين فيها، وكذلك تشجيع الفاعلين أو شركائهم لتراجع عن القيام بالجريمة دون الخوف من المتابعة الجنائية قبل البدء في تنفيذها وتجنب الضرر الذي قد يصيب الأشخاص والمجتمع، وبعد تنفيذ الجريمة تمكين من القبض على المساهمين فيها والذي يصعب على السلطات تتبع الجريمة والقبض عليهم.

1 - رضا فرج، المرجع السابق، ص 96.

الفرع الرابع

عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية

نظرا لخطورة جريمة الإتجار بالأعضاء، لم يقتصر المشرع على معاقبة الفاعلين والمشاركين والوسطاء فيها، بل تعدى إلى معاقبة كل من علم بارتكاب هذه الجريمة ولم يبلغ السلطات بذلك، فجريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 25، ليست من جرائم الإتجار بالأعضاء بل هي جريمة مرتبطة بها، ولجأ المشرع إلى تجريم فعل عدم التبليغ لحماية المجتمع ووقايته من الجريمة، وإلى توفير حماية أكبر لسلامة الجسم البشري وخاصة في جرائم الإتجار بالأعضاء التي تعتبر من الجرائم سهلة الإخفاء ويصعب على الجهات الأمنية تتبعها، وهذا من خلال إلزامية تبليغ السلطات عن هذه جرائم، فالتبليغ هو واجب قانوني يتمثل في إخبار السلطات المختصة بوقوع جريمة منصوص عليها في القانون.

وتعد جريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم السلبية التي يمتنع فيها الشخص عن القيام بواجب ألزمه به المشرع، متعمدا عدم إخبار السلطات المختصة، سواء كانت قضائية كمصلحة الضبطية القضائية، أو سلطة إدارية كإدارة المستشفى وغيرها[1]، وبالتالي فكل شخص يعلم بجريمة الإتجار ملزم قانونا بالتبليغ عنها، فالسلوك المجرم هنا هو الفعل السلبي المتمثل في الامتناع، والذي تقوم عليه جريمة عدم تبليغ من خلال إحجام الشخص عن التبليغ عن جرائم الإتجار بالأعضاء والتستر عليها.

فنصت المادة 303 مكرر 25 على أنه: " كل من علم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج. فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة".

والملاحظ أن هذه الجريمة ليست من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بل هي جريمة مستقلة في حد ذاتها، غير أنها مرتبطة بجرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية دون سواها من الجرائم الأخرى[2]، الغرض منها

1 – أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 140.

2 – برني نذير، المرجع السابق، ص 231.

الكشف عن جرائم الإتجار بالأعضاء، لأن هذا النوع من الجرائم كما تطرقنا إليه سابقا من الجرائم التي يصعب الكشف عنها، لذلك عمد المشرع إلى تجريم كل من علم بجريمة الإتجار بالأعضاء من خلال إلزامه بالتبليغ لتسهيل الكشف عن هذا النوع من الجرائم الذي يعتبر من الجرائم الخطيرة على المجتمع.

أولا – صفة الجاني

إن المشرع في جريمة عدم التبليغ لم يحدد صفة معينة في الجاني أو يحدد فئة معينة تقع على عاتقها الامتناع عن التبليغ، بل شمل كل الأشخاص بدون استثناء كما فعل مع الجرائم السابقة فنصت المادة على: "كل من علم..." وهو لفظ يفيد العموم[1]، بشرط أن يكون تناهى إلى علمه ارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية بأي طريقة كانت سواء سهلت له وظيفته معرفة ذلك كأن يكون طبيبا أو ممرضا، أو بأي طريقة كانت[2]. ومعنى ذلك أي شخص مهما كانت صفته أوجب عليه القانون عند علمه بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء التبليغ عنها، بل على العكس فإن المشرع ألزم فئة كان القانون قد استثناها بالمحافظة على السر الذي تعلمه بحكم مهنتها، كالأطباء والصيادلة والمحامين والقضاة والموظفين وغيرهم، فأوجب عليهم القانون بالتبليغ مهما كان ملزما بالسر المهني. وهنا يكون الأمين على السر أولوية التبليغ على المحافظة على السر المهني، فالقانون هو الذي أمر به وألزمه بإتيان هذا الفعل وإلا كان مرتكب لجريمة عدم التبليغ عن جريمة، فالأطباء أو المساعدين الطبيين أو الموظفين أو أي شخص ملزم بالسر المهني ورد إلى علمه بارتكاب جريمة اتجار بالأعضاء البشرية هو ملزم بالتبليغ ويعاقب في حالة الامتناع عن ذلك ولا يعاقب عن إفشاء السر المهني.

ثانيا – الركن المادي

ويعرف الإمتناع بأنه إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة، بشرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل، وأن يكون في استطاعة الممتنع إتيانه بإرادته[3]، فإن الأصل في قانون العقوبات ينهي عن إتيان فعل مجرم لكنه في بعض الأحوال يأمر القانون بالقيام بعمل ويعاقب على الامتناع عنه حماية لبعض المصالح[4].

1 – طالب خيرة، المرجع السابق، ص 356.

2 – أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 140.

3 – محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1986، ص 5.

4 – سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ص 212.

إن كانت الجريمة بصفة عامة عبارة عن سلوك متمثل في مظهر مادي، فإن الامتناع هو عبارة عن موقف سلبي بالقياس إلى فعل إيجابي معين، هذا الفعل يحدده القانون صراحة أو ضمنيا، بالنظر إلى ظروف معينة، فإذا لم يأتي الشخص هذا الفعل بالذات فيعتبر ممتنع في نظر القانون[1].

فجريمة عدم تبليغ السلطات جريمة سلبية يتكون ركنها المادي من امتناع الجاني عن إتيان فعل يوجب القانون إتيانه[2]، كما هو الحال في الامتناع عن التبليغ عن وقوع جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية المعاقب عليها بالمادة 303 مكرر 25، فجريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء هي امتناع الشخص عن القيام بالواجب القانوني وهو فعل تبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية. فالمشرع ألزم كل من علم بوقوع جريمة اتجار بالأعضاء البشرية بالتبليغ عنها، في هذه الحالة جعل التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية واجبا على كل شخص علم بالجريمة، كما رتب على مخالفته الوقوع تحت طائلة العقاب.

كما تعتبر جريمة عدم التبليغ من جرائم الامتناع الشكلية وهي الجرائم التي ترتكب بعدم الفعل أو الترك، والتي تعتبر جريمة تامة بمجرد ارتكاب السلوك الإجرامي – الامتناع عن إتيان فعل ايجابي – دون استلزام نتيجة معينة، أي أن ركنها المادي يتكون من عنصر وحيد وهو السلوك الإجرامي والمتمثل في عدم الفعل[3].

كما أن الركن المادي لجريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية يتجسد في شروط حددتها المادة 303 مكرر25، وهي كما يلي:

1 – العلم بوقوع جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية

اشترط المشرع لقيام جريمة عدم التبليغ، أن يعلم الجاني بوقوع جريمة اتجار بالأعضاء، فتنطبق جريمة عدم التبليغ على كل جرائم الإتجار بالأعضاء المنصوص عليها في هذا القسم في المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر19، أي يجب وقوع فعل من الأفعال المجرمة والتي تكيف على أنها جرائم الإتجار

1 – محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، المرجع السابق، ص 6 –7.

2 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات . القسم العام .، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6، 2017، المرجع السابق، ص 95.

3 – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات – القسم العام –، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 1، 2005، المرجع السابق، ص 258.

بالأعضاء، كفعل الحصول أو انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان حي أو ميت- من غير الحصول على الموافقة المطلوبة قانونا أو بمقابل مالي أو أي منفعة أخرى[1].

كما يبقى التساؤل مطروح هل يعاقب المشرع الجزائري عن عدم التبليغ عن الشروع في جريمة الإتجار بالأعضاء؟ أي لو شرع في الحصول على العضو أو انتزاعه من جسم إنسان حي أو ميت، وعلم شخص ما بهذا الشروع، فهل يسأل هنا الشخص عن جريمة عدم تبليغ عن الشروع في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية أم لا؟.

فمن خلال النص يتبين بأن المشرع الجزائري قد نص على التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، أي التبليغ عن الجريمة التامة ولا يتضمن التبليغ عنها في مرحلة الشروع، مع أن التبليغ عن الشروع في الإتجار بالأعضاء أهم من التبليغ بعد قيام الجريمة بجميع أركانها، لأن الشروع في الجريمة بمجرد التبليغ عنه فورا قد تستطيع السلطات توقيف الجريمة قبل إتمامها وتعود بفائدة أكبر على الأشخاص والمجتمع. لذا وجب العلم المشرع الجزائري النص على التبليغ عن الشروع في جرائم الإتجار من خلال إعادة صياغة المادة 303 مكرر 25 كالتالي: " كل من يعلم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء **أو الشروع فيها**، ... ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب...".

2 – الامتناع عن تبليغ السلطات المختصة

وهو فعل سلبي يتمثل في الإحجام عن القيام بفعل إيجابي الذي حدده القانون، والفعل الإيجابي هنا هو التبليغ عن الجريمة فإذا لم يأت به فهو ممتنع عن فعل واجب يلزمه بهذا الفعل، رتب عليه قانون العقوبات مسؤولية جنائية[2]، فيقع على عاتق الشخص الذي يعلم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء التزام بإخبار السلطات المختصة، فإذا امتنع عن ذلك يعد مرتكبا لجريمة يعاقب عليها القانون وهي جريمة التستر أو عدم التبليغ عن جريمة[3].

التبليغ هو إخبار أو إعلام السلطات بوقوع جريمة، وقد يكون التبليغ شفويا أو كتابيا، كما قد يكون عن طريق الهاتف فلم يحدد المشرع طريقة معينة أو شكلا محددا، كما لا يشترط أن يكون عالما بتفاصيل الجريمة والشخص المتسبب فيها أو الضحية في هذه الجريمة.

1 . فرقاق امعمر، المرجع السابق، ص 134.

2 – محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، المرجع السابق، ص 6.

3 – عياد فوزية، المرجع السابق، ص 247.

كما أوجب القانون التبليغ عن الجريمة خلال فترة محددة وإلا كان ممتنعا عن التبليغ، فحددها في المادة 303 مكرر 25 باستخدام مصطلح "فورا" أي حالا، والتي تعني عدم التهاون والتراخي[1]، ودون تأخر أي بمجرد علمه بالجريمة يجب عليه الإبلاغ في لحظتها. تعني الإسراع وعدم التأجيل في الإبلاغ حتى لا يفوت على السلطات فرصة الكشف عن الجريمة والقبض على مرتكبيها[2].

كما يشترط ألا يكون المبلغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء من أحد المتهمين فيها، أن التبليغ من طرف أحد المتهمين في الجريمة لا يعد تبليغ عن الجريمة المنصوص عليه في المادة 303 مكرر 25، بل ينطبق على المتهم في هذه الحالة الإعفاء من العقوبة، إعفاء كليا أو جزئي والمنصوص عليه في المادة 303 مكرر 24.

كما أن المشرع حدد الجهة الموجه لها التبليغ في السلطات المختصة، وهي عادة السلطات القضائية والإدارية[3]، والتي يمكن أن نستخلصها من المادة التي قبلها، وهي المادة 303 مكرر 24 والخاصة بالإعفاء أحد المجرمين من العقوبة في حالة التبليغ عن الجريمة، والتي نصت على أنه: "يعفى من العقوبة المقررة، كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية...".

وكما يقصد بالسلطات المتخصصة هي السلطات المخول لها قانونا تلقي البلاغ أو التحري والتحقيق في الجرائم، فالسلطات القضائية تتمثل في وكيل الجمهورية أو النائب العام ومصالح الضبطية القضائية، والسلطات الإدارية كإدارة المستشفى وغيرها[4].

ثالثا – الركن المعنوي

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية أن يصدر الجاني سلوك إجرامي إيجابي أو سلبي– امتناع عن أداء واجب قانوني– بل لابد من توافر الركن المعنوي الذي يمثل روح المسؤولية الجنائية، لأن هذا الركن لا يقوم إلا إذا توافرت الإرادة الإجرامية[5]، فالامتناع كغيره من الأفعال يستلزم توافر الركن المعنوي لإمكانية قيام مسؤولية الفاعل عن امتناعه.

1 – زواني نادية، حدود التعامل بالأعضاء البشرية والمسؤولية المترتبة في حالة التجاوز، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 32، العدد 01، 2018/03/29، ص 55.

2 – طالب خيرة، المرجع السابق، ص 358.

3 – حسين بن عشي، جريمة الامتناع عن إخبار السلطات في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، المجلد 02، العدد 03، 2015/09/05، ص 302.

4 – المحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 140.

5 – محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 296.

إن الركن المعنوي لجريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية يقوم على توافر القصد الجنائي لدى الممتنع عن التبليغ بعنصريه العلم والإرادة.

كما تطرقنا سابقا إلى جريمة عدم التبليغ لا تظهر نتيجة إجرامية فهي من جرائم الامتناع الشكلية، حيث يقتصر نص المادة المجرمة لها على الإشارة إلى الامتناع، فيقرر العقاب من أجله وتعتبر بذلك جريمة تامة، كما تعتبر جريمة الامتناع الشكلية من الجرائم العمدية التي يطلب لقيامها القصد الجنائي، والذي يقوم على كل من العلم والإرادة، فيجب أن يكون الشخص عالما بجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، كما يشترط في جريمة عدم التبليغ أن يكون الامتناع إراديا، فتنصرف إرادة المتهم الممتنع إلى عدم التبليغ رغم علمه بأن الجريمة المرتكبة جريمة اتجار بالأعضاء البشرية، أي بإرادة حرة في التستر على الجريمة، وعلمه بأن فعله السلبي –عدم التبليغ– مجرم قانونا[1]، كما تنتفي المسؤولية بعدم العلم بارتكاب الجريمة ولو كان ضمن الفريق الطبي العامل بالمستشفى أو عضوا في إدارتها، وتنتفي أيضا إذا كانت إرادته معيبة كالإكراه[2] أو في حالة القوة القاهرة.

كما يجب أن يكون الشخص عالما بالامتناع، فلا يعتبر العلم بالامتناع متوافر، إذا قام الشخص بإبلاغ جهة أو سلطة غير مختصة بذلك، معتقدا منه بأنها الجهة المختصة، ففي هذه الحالة ينتفي القصد الجنائي وتنتفي مع المسؤولية الجنائية لانتفاء علمه بالامتناع عن التبليغ. في حالة لم يقم الشخص الذي تم التبليغ عنده بالخطأ بإبلاغ الجهة الصحيحة والمختصة، تقوم مسؤولية الشخص الثاني عن جريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية لتوافر العلم لدية[3]. لا يعتد بالباعث في عدم التبليغ في هذه الجريمة.

رابعا – العقوبة

تعتبر جريمة عدم التبليغ من جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم الامتناع الشكلية المعاقب عليها بمجرد حصول عدم الفعل، أي عدم التبليغ الذي يقتضيه الواجب القانوني، ويخضع مرتكبها إلى العقوبات الواردة المنصوص عليه في المادة 303 مكرر 25 من ق.ع.ج وهي:

- عقوبة الحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات
- وعقوبة الغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

1 – بن عشي حسين، جرائم الامتناع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 1، 2016/2015، ص 262.

2 – طالب خيرة، المرجع السابق، ص 358.

3 – بن عشي حسين، جريمة الامتناع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 262.

واستثنى من التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة فلا تطبق أحكام هذه الجريمة على هذه الفئة من الأشخاص التي تربطهم علاقة قرابة بالفاعل، والغرض من هذا الاستثناء حماية الروابط الأسرية، وتكافل الأفراد داخل الأسرة الواحدة بالنظر إلى أن المشاعر والعواطف الطبيعية بينهم تحول دون التبليغ عن الجرائم المرتكبة من طرف أحد أفراد هذه الأسرة. كما يلغى هذا الاستثناء إذا كان الضحية لا يتجاوز 13 سنة وهذا حماية للقاصر من هذه الجرائم نظرا لحالة الضعف والعجز التي يكون عليها في هذا السن[1].

الفرع الخامس

العقوبات التكميلية

لقد أضاف المشرع الجزائري إلى جانب العقوبات الأصلية في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية عقوبات تكميلية، فنص على ضرورة الحكم بعقوبة واحد أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من ق.ع.ج وهذا، وفقا لنص المادة 303 مكرر 22، كما ألزم المشرع على القاضي الحكم بعقوبة تكميلية إلزامية في حق المتهم الأجنبي، وفقا لنص المادة 303 مكرر 23، وكما ألزم المشرع على القاضي أيضا في حالة الحكم بالإدانة بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، وفقا لنص المادة 303 مكرر28.

وهذه كلها عقوبات تكميلية يجب على القاضي الحكم، والتي سنتطرق كل واحدة منها كما يلي:

أولا – تطبيق العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالمادة 9 من قانون العقوبات

فألزم المشرع هنا على القاضي عند النطق بإدانة المتهم والحكم عليه بعقوبة أصلية، أن ينطق ويحكم عليه أيضا بواحد أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من ق.ع.ج، على أن تكون الشخص المتهم هنا هو الشخص الطبيعي.

وبالتالي فالعقوبات التكميلية التي أوجب القانون على القاضي النطق بواحد أو أكثر بها منصوص عليها في المادة 9 من ق.ع.ج وهي:

1- الحجر القانوني.

2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.

1 – عبد الحليم مُحَمَّد الشريف بن مشري، حسينة عبد الحميد شرون، المرجع السابق، ص 206.

3- تحديد الإقامة.

4- المنع من الإقامة.

5- المصادرة الجزئية للأموال.

6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.

7- إغلاق المؤسسة.

8- الإقصاء من الصفقات العمومية.

9- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع.

10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

11- سحب جواز السفر.

12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

ثانيا – المنع من الإقامة في التراب الوطني للأجنبي

كما أن المشرع نص في المادة 303 مكرر 23 على وجوب القاضي الحكم بعقوبة تكميلية إلزامية في حق المتهم الأجنبي على أنه: "تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر (10) سنوات على الأكثر".

فهنا المادة ألزمت القاضي في حالة إدانة متهم أجنبي والحكم عليه في جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية أن يقضي بمنعه من الإقامة على التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات على الأكثر، ولم يكتفي بالإحالة عليها في العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من ق.ع.ج.

كما تجدر الإشارة عند القضاء بمنع الإقامة في التراب الوطني على الأجنبي يترتب على ذلك اقتياده إلى الحدود عند اقتضاء عقوبة الحبس. فعندما يكون المنع من الإقامة في التراب الوطني مقترنا بعقوبة سالبة للحرية، فإن تطبيقه يوقف طوال آجال تنفيذ هذه العقوبة، ويستأنف بالنسبة للمدة المحددة بحكم الإدانة من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، طبقا لأحكام المادة 13 فقرة 3 و4 من ق.ع.ج، كما نصت الفقرة 5 من نفس المادة على أنه: "... يعاقب الشخص الأجنبي الذي

يخالف عقوبة المنع من الإقامة بالتراب الوطني المحكوم بها عليه، بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 25.000 دج إلى 300.000 دج ".

ثالثا – مصادرة الوسائل المستعملة في الجريمة والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة

لقد نص المشرع الجزائري على عقوبة إلزامية تكميلية أخرى في حالة الإدانة في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وهي مصادرة الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، وهذا مع مراعاة حقوق الغير حسن النية، كما جاء في نص المادة 303 مكرر28 على أنه: "تأمر الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

فالقانون ألزم القاضي عند إصداره حكم بالإدانة في جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية أن يأمر وجوبا بمصادرة الوسائل التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة ومصادرة الأموال المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة، ويعني بالمصادرة كما عرفتها المادة 15 من ق.ع.ج في فقرتها الأولى كالتالي: "هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء....".

كما أن المشرع أشار في المادة 303 مكرر 28 إلى مراعاة حقوق الغير حسن النية، والغير حسن النية عرفه المشرع الجزائري في المادة 15 مكرر 2 على أنه: "يعتبر من الغير حسن النية، الأشخاص الذين لم يكونوا شخصيا محل متابعة أو إدانة من أجل الوقائع التي أدت إلى المصادرة، ولديهم سند ملكية أو حيازة صحيح ومشروع على الأشياء القابلة للمصادرة".

ومن هذا التعريف يتبين بأن حسن النية هو ذلك الشخص الذي لا يمكن مصادرة أشياءه ويمكن له استردادها بعد المصادرة بشرط توفر شرطين هما: لم يكن الشخص محل متابعة مطلقا، أو لم يتم إدانته في الجريمة ويجب أيضا أن يكون لديه سند ملكية أو حيازة صحيحة ومشروعة للأشياء المصادرة أو القابلة للمصادرة، فالشخص الذي لا يملك سند ملكية أو لم يحز الشيء حيازة صحيحة ومشروعة لا يعتبر حسن النية في نظر القانون ولا يمكن استرداد أمواله المصادرة.

الفرع السادس

العقوبة المطبقة على الشخص المعنوي

وفقا لما تطرقنا إليه سابقا في دراسة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، وتطبيقا لمبدأ الشرعية فإن وجود النص القانوني الخاص الذي يجرم الفعل أو المخالفة المتابع بها الشخص المعنوي ضروري طبقا لمبدأ وقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون" فإن المشرع الجزائري نص بالمادة 51 مكرر على عدم مسؤولية الشخص المعنوي إلا عندما ينص القانون على ذلك، وفعلا تم إصدار التشريعات التي تنص على مسؤولية الأشخاص المعنوية عند ارتكابها والمعاقبة عليها ومن بينها جرائم الإتجار بالأعضاء المنصوص عليها في القس الخامس مكرر 1.

فقد نص المشرع الجزائري على مسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بموجب أحكام المادة 303 مكرر 126[1]، فيعامل الشخص المعنوي نفس معاملة الشخص الطبيعي فيسأل عن الجريمة التامة أو عن الشروع فيها، فنصت المادة على أن الشخص المعنوي يكون مسؤولا جنائيا عن جرائم الإتجار بالأعضاء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر[2]، فبالرجوع إلى المادة 51 مكرر نجد بأن المشرع يشترط لمساءلة الشخص المعنوي أن تكون الجريمة لحسابه أي الأفعال التي يرجى منها تحقيق فائدة ومصلحة للشخص المعنوي، وأن ترتكب من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين كالرئيس أو المدير العام أو مجلس الإدارة أو المسير أو رئيس مجلس الإدارة، كما تناولت الفقرة الثانية للمادة 51 مكرر لتأكد على أن مساءلة الشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي الذي قام بالفعل لحساب الشخص المعنوي، وبالتالي يمكن قيام مسؤولية المسير أو ممثله الشرعي إلى كفاعل أصلي أو شريك مع الشخص المعنوي الذي يعمله لحسابه.

وبناء على ما سبق تختلف العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي عن العقوبات المطبقة عن الشخص الطبيعي رغم اتفاقهما في بعض الأحيان، وذلك لاختلاف طبيعة كل واحد منهما إذ لا

1 – نصت المادة 303 مكرر 26 في فقرتها الأولى على أنه: "يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون... ".

2 – نصت المادة 51 مكرر على أنه: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال ".

يمكن تطبيق عقوبة الحبس أو الإعدام على الشخص المعنوي، لذا قرر المشرع استحداث عقوبة خاصة بالشخص المعنوي والمنصوص عليها في المادة 18 مكرر.

لقد تناولت الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 26[1] العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في جرائم الإتجار بالأعضاء، من خلال الإحالة إلى المادة 18مكرر التي تناولت العقوبات المقررة على الشخص المعنوي في الجنايات والجنح والمستحدثة بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

وبالرجوع إلى نص المادة 18 مكرر التي تناولت عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية عن الجنايات والجنح والتي يعاقب فيها الشخص المعنوي على سبيل الحصر من ضمها جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، ونتناول هذه العقوبات كما يلي:

أولا – العقوبة الأصلية

بالرجوع إلى أحكام المادة 18 مكرر يتبين أن المشرع الجزائري نص على عقوبة أصلية واحد للشخص المعنوي وهي الغرامة المالية فقط، والتي تمس الشخص المعنوي في ذمته المالية.

فالغرامة المالية هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع مبلغا من النقود يقدره الحكم القضائي لصالح خزينة الدولة[2]، وتعتبر الغرامة أهم عقوبة تطبق على الشخص المعنوي باعتبارها عقوبة أصلية، وتطبق عليه في جميع أنواع الجرائم سواء كانت مخالفات أو جنح أو جنايات، ومن مخاطر الغرامة بالنسبة للشخص المعنوي هو ضخامتها مما قد يؤثر على رأسمال الشركة[3].

ويقدر مبلغ الغرامة سواء في المخالفات أو الجنح أو الجنايات من مرة واحدة (01) إلى (05) مرات الحد الأقصى المفروض على الشخص الطبيعي في نفس الجريمة.

فنص المادة 18 في فقرتها الأولى على أنه: "العقوبة التي تطبق على الشخص في مواد الجنايات والجنح هي:

1 – نصت الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 26 على أنه: "... وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ".

2– محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص916.

3 - Rudolph Hidalgo, Guillaume Solomon, op.cit, p: 62.

1 الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة....".

وبالرجوع إلى نص المواد 303 مكرر 16 و303 مكرر 17 ،والتي تناولت جرائم الإتجار بالأعضاء التي يكون محل الجريمة فيها وهو العضو البشري، نلاحظ بأن الغرامة القصوى المقررة للشخص الطبيعي هي 1.000.000 دج، وبالتالي تصبح العقوبة المقررة للشخص المعنوي في هذه الجرائم الغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج. أما المواد 303 مكرر18 و303 مكرر 19 والتي محل الجريمة فيها هو الأنسجة والخلايا وجمع المواد من جسم الإنسان، تصل الغرامة القصوى فيها المقررة للشخص الطبيعي 500.000 دج، وبالتالي تصبح العقوبة المقررة للشخص المعنوي في هذه الجرائم من 500.000 دج إلى 2.500.000 دج.

أما في حالة توفر ظروف التشديد في الجرائم المنصوص عليها في المواد 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 فتشدد الغرامة للشخص الطبيعي إلى الحد الأقصى وهو 1.500.000 دج، وبالتالي تصبح العقوبة المقررة للشخص المعنوي عند توفر ظرف من ظروف التشديد المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20، الغرامة من 1.500.000 دج إلى 7.500.000 دج.

وأما في حالة توفر ظروف التشديد في الجرائم المنصوص عليها في المواد 303 مكرر 16 و303 مكرر 17، فتشدد الغرامة للشخص الطبيعي إلى الحد الأقصى وهو 2.000.000 دج، وبالتالي تصبح العقوبة المقررة للشخص المعنوي عند توفر ظرف من ظروف التشديد المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20، الغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

ثانيا – العقوبات التكميلية

إلى جانب العقوبة الأصلية للشخص المعنوي، أضاف المشرع عقوبات تكميلية، وألزم القاضي الحكم بواحدة على الأقل، ونصت عليها المادة 18 مكرر في الفقرة الثانية على أنه:

" واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته ".

وبالتالي نحاول تفصيلها كل منها على حدة فيما يلي:

1) حل الشخص المعنوي: حل الشخص المعنوي يعني إنهاء وجوده، وتوقيفه عن النشاط بصفة دائمة، ولهذا اعتبرها البعض بأنها عقوبة إعدام حقيقية بالنسبة للشخص المعنوي، وهي أنجع عقوبة للتخلص من إجرام، والتي نص عليها المشرع الفرنسي في حالتين فقط بموجب المادة 131-39، الحالة الأولى إذا كان الهدف من إنشاء الشخص المعنوي هو ارتكاب الجرائم، والحالة الثانية إذا تحول عن هدفه المشروع (واعتبرها في هذه الحالة إلى هدف ارتكاب الجرائم)[1].

2) غلق المؤسسة أو فرع من فروعها: يقصد بغلق المؤسسة منعها من ممارسة النشاط الذي كانت تمارسه قبل الحكم عليها بالإدانة، على ألا يتعدى مدة الغلق 05 سنوات.

3) الإقصاء من الصفقات العمومية: ويقصد به حرمان الشخص المعنوي ومنعه من المشاركة في صفقة من الصفات العمومية، بصفة مباشرة أو غير مباشرة لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

4) المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية: هو تدبير يقيد حرية الشخص المعنوي بمنعه من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، بعد أن تثبت العلاقة بين ممارسة هذا العمل أو النشاط وبين الجريمة المرتكبة، في حالة الخشية من ارتكاب جرائم جديدة في حالة تركه يواصل نشاطه أو عمله[2].

5) مصادرة الشيء المستعمل في الجريمة أو الناتج عنها: عرف المشرع الجزائري المصادرة في الفقرة الأولى من المادة 15 بأنها: "الأيلولة النهائية لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادلها عند الاقتضاء إلى الدولة أي إلى الخزينة العمومية بموجب حكم قضائي...".

1- Rudolph Hidalgo, Guillaume Solomon, op.cit, p: 64.

2 – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم العام- ج 2، الجزاء الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995، ص575.

ويعرفها الفقه بأنها: "استحواذ الدولة على أموال مملوكة للغير، قهرا وبلا مقابل، إذا كانت تلك الأموال ذات صلة بجريمة اقترفت أو أنها من الأشياء المحرمة قانونا"[1].وقد تكون المصادرة للشيء ذاته أو الأشياء التي ارتكبت بها الجريمة أو كانت ستستعمل في الجريمة في حالة الشروع.

والقصد من هذه العقوبة تثبيط عزيمة الجاني في القانون العام واستئصال أسباب الجريمة، وهي لا تمس أموال الشخص المعنوي لما لها من أثر على حقوق الغير، والقاعدة العامة هي المصادرة لا توقع إلا على الأشياء المضبوطة فقط في حين أنه فيما يخص جرائم الشخص المعنوي حيث نصت المادة 18 مكرر على مصادر الشيء الذي استعمل في الجريمة أو ما نتج عنه[2].

6) الوضع تحت الحراسة القضائية: ويقصد به وضع الشخص المعنوي أو الشركة تحت حراسة القضاء بوضع نشاطه تحت المراقبة القضائية كإجراء وقائي لمدة 05 سنوات، ويعتبره البعض أقرب إلى نظام الرقابة القضائية أو أحد صورها[3]، والوضع تحت الحراسة يخلق صعوبة للشركة وينقص من الوثوق فيها، وقد استعمل هذا النظام كبديل عن الغلق[4].

7) نشر وتعليق حكم الإدانة: يقصد به أن المحكمة عندما تصدر حكما بالإدانة ضد الشخص المعنوي (الشركة) تأمر بنشره في جريدة أو عدة جرائد يحددها الحكم، أو تأمر بتعليق الحكم في الأماكن التي يحددها الحكم ذاته.

1 – المرجع السابق، ص 581.

2 – محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط9، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، مصر 1974، ص164.

3 – عمر سالم، المرجع السابق، ص 77.

4 – محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 171.

المبحث الثاني

الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11

لقد تدارك المشرع الجزائري ما فاته من تجريم لبعض مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات والذي تناول جرائم الإتجار بالأعضاء، فجاء القانون قم 18-11 المتعلق الصحة، ليتدارك الأمر من خلال استحداثه لمواد تنص على تجريم أفعال لها من الخطورة الإجرامية ما تهد به سلامة جسم الإنسان وحياته، والتي غفل عنها المشرع في القانون رقم 09-01.

وبمناسبة إلغاء القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها وصدور القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، فقد تناول المشرع الجرائم المتعلقة بمخالفة شروط وضوابط نقل الأعضاء وزرعها والتي لم يتطرق إليها قانون العقوبات، وهذا في الباب الثامن تحت عنوان "أحكم جزائية"، والذي تناول مجموعة من مخالفات أحكام قانون الصحة من بينها مخالفة الأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في المواد 430 و431 و432 و433 و440 و441.

وبالرجوع إلى هاته المواد، نجد بأن المادة 430[1]، والتي سبق وتطرقنا إليها في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، والتي قلنا عنها سابقا بأن المشرع أحال معاقبة كل المخالفات المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء إلى جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وربما كان القصد منه هو تدارك بعض الأحكام المتعلقة بعمليات نقل الأعضاء وزرعها والتي لم يشملها تجريم قانون الإتجار بالأعضاء على مخالفتها، ليتدارك المشرع ذلك قام في المادة 430 بالنص على أن كل مخالفات المتعلقة بأحكام عمليات نزع الأعضاء وزرعها يعاقب عليها بموجب قانون العقوبات طبقا لأحكام مواد الإتجار بالأعضاء، أو ربما لكثرت شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء وتداخلها ولكي لا يترك مجال للفلاة من العقاب وتحمل المسؤولية.

بينما تناولت كل من المواد 431 و432 و433 تجريم مخالفات بعض شروط نقل وزرع الأعضاء والتي لم يتطرق إليها في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات، وهي على التوالي: جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية والمنصوص عليها بموجب المادة

1 - نصت المادة 430 على أنه: "يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج "

431 ق.ص، جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة والمنصوص عليها بالمادة 432 ق.ص، جريمة نزع أو زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها والمنصوص عليها في المادة 433 ق.ص

وتناولت المادة 440 من ق.ص العقوبات التكميلية المطبقة على المخالفات المنصوص والمعاقب عليها في الجرائم لسابقة الذكر، أما المادة 441 فقد تناولت مسؤولية الشخص المعنوي ومعاقبته عن المخالفات المنصوص والمعاقب عليها بموجب المواد السابقة الذكر.

ونحاول دراسة هاته الجرائم والعقوبات والواردة في قانون الصحة رقم 18-11، على النحو التالي:

المطلب الأول: جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر أو عديمي الأهلية

المطلب الثاني: جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة

المطلب الثالث: جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها

المطلب الرابع: عقوبة الشخص المعنوي المنصوص عليها في قانون الصحة

المطلب الأول

جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر أو عديمي الأهلية

تعتبر جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية والمنصوص والمعاقب عليها بالمادة 431، من الجرائم المستحدثة بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، والناتجة عن مخالفة أحكام نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، في مادتها 361[1]، والتي منعت نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية، إلا في حالة الخلايا

1 – نصت المادة 361 على أنه: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي. يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت. وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

الجذعية المكونة للدم فقط ووفقا لشروط محددة[1]. وبالتالي فإن أي خروج عن هذه شروط الاستثنائية يدخل ضمن الأفعال المجرمة ويعاقب عليه نفس المادة 431،

فنصت المادة 431 على أنه: "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج ".

لقد أراد المشرع الجزائري من خلال المادة 431 إضفاء حماية على فئة ضعيفة من المجتمع، فمنع منعا باتا نزع أعضاء وأنسجة وخلايا القصر وعديمي الأهلية، وحتى ولو بموافقة الوالدين، إلا في حالة استثنائية واحدة تخص نزع الخلايا الجذعية القاصر، والتي من الناحية الطبية لا تشكل أي نوع من الخطورة على القاصر –، ويكون هذا النزع لصالح أخ أو أخت القاصر فقط.

ونحاول دراسة هذه الجريمة من خلال التطرق إلى ركنها المادي والمعنوي والعقوبة المقررة لها، على النحو التالي:

الفرع الأول: الركن المادي

الفرع الثاني: الركن المعنوي

الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجريمة

الفرع الأول

الركن المادي

وقبل التطرق إلى عناصر الركن المادي للجريمة، نحاول التطرق أولا إلى كل من محل الجريمة وصفة الجاني، ثم بعد ذلك نتناول عنصر السلوك الإجرامي، والنتيجة والعلاقة السببية، على النحو التالي:

أولا – محل الجريمة

لقد حدد المشرع في نص المادة 431 محل الجريمة كل من أعضاء أو أنسجة أو خلايا القاصر أو عديمي الأهلية، ولم يتطرق إلى جمع مواد من جسم هذه الفئة من الأشخاص كما فعل في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية المنصوص عليها في قانون العقوبات، كما اشترطت المادة 361 التي أن يكون أن يمنع

1 – سبق دراستها بشيء من التفصيل في الباب الأول.

هذا النزع من الأحياء، أي نطاق تطبيق تجريم لا يتعدى إلى القاصر وعديمي الأهلية الأموات. إلا أن المشرع ميز في العقوبة على العضو مقارنة بالأنسجة والخلايا، وهذا ما هو واضح من خلال الإحالة على التجريم إلى المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20، وسنوضح ذلك عند التطرق إلى العقوبة المقررة للجريمة.

ثانيا – صفة الجاني

من خلال المادة 431 يتضح بأن صفة الجاني متمثلة في الطبيب، ففعل النزع هو من اختصاص الطبيب المرخص له بذلك، إلا أن المشرع لم يشترط في نص المادة توافر صفة الطبيب، ربما لأن الصفة هنا بديهية لا تحتاج إلى تحديد مباشر، لأنه لا يستطيع القيام بهذا النوع من العمليات أي شخص كان.

ثالثا – السلوك المجرم

تقع جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأشخاص القصر وعديمي الأهلية عن طريق مخالفة المادة 361 من ق.ص.ج، عند القيام بالأفعال التالية:

– كل من قام بنزع أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية من قاصر أو عديمي الأهلية، ولو بموافقته أو بموافقة الأبوين أو الممثل الشرعي فلا يعتد بموافقة الأبوين أو الممثل الشرعي، مهما كان الغرض من النزع فقد يكون لغرض الزرع أو محل صفقة مالية أو أي صفقة مهما كان طبيعتها. ويستثنى من هذا المنع نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من القاصر فقط وفق الشروط المحددة في المادة 361.

– كل من قام بنزع الخلايا الجذعية من القاصر لغير صالح الأخ أو الأخت أو في غير الحالة الاستثنائية، وهي حالة غياب حلول علاجية أخرى لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، أو في حالة قيام بهذا النوع دون الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

رابعا – النتيجة والعلاقة السببية

وتعتبر النتيجة ذلك الأثر الناتج عن فعل الطبيب والمتمثل في فقدان القاصر أو عديمي الأهلية لعضو أو نسيج من جسمه، أو نزع خلايا من دون اتباع الشروط المنصوص عليا في نص المادة 361 من ق.ص. والتسبب في نقص في تكامله الجسدي، وينتج أيضا مساس بحقه في سلامة وتكامله الجسدي، أما فيما يخص الرابطة السببية فتتمثل في أن السلوك الإجرامي والمتمثل في فعل نزع العضو أو

النسيج أو الخلايا من القاصر أو عديمي الأهلية هو السبب الذي أدى إلى النتيجة الإجرامية والمتمثلة في فقدان العضو أو النسيج أو الخلايا ومتسببا في نقص في تكامله الجسدي.

الفرع الثاني

الركن المعنوي

نعود ونذكر هنا بأن الركن المعنوي لجريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر وعديمي الأهلية، يتشابه مع جرائم الإتجار بالأعضاء المنصوص عليها في قانون العقوبات، في أنها من الجرائم العمدية، ومن ثم يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي العام بعنصري العلم والإرادة، وبالتالي يلزم لقيام الجريمة بأن يعلم الجاني (الطبيب) بأن الضحية شخص قاصر أو عديمي الأهلية، أما علمه بأن أفعاله مخالفة لأحكام المادة 361 هو علم مفترض، لاعتبار أن العلم بالقانون مفترض لدى الكافة تطبيقا لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وأن تتجه إرادته إلى إجراء نزع العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية من قاصر أو عديمي الأهلية.

الفرع الثالث

العقوبة المقررة للجريمة

لقد قرر المشرع الجزائري عقوبات أصلية في المادة 431 من ق.ص والتي إحالة العقوبة في جريمة نزع عضو أو نسيج أو خلايا من قاصر أو عديمي الأهلية أحياء إلى المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر20. إلى جاب ذلك قرر عقوبة تكميلية المنصوص عليها في المادة مستقلة في المادة 440 من نفس القانون، هذا بالنسبة إلى الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فسنتطرق إليها لاحقا، لتشارك جميع الجرائم فيها.

أولا – العقوبة الأصلية

عند استقراء المادة 431 يتبين بأن المشرع أحال عقوبة جريمة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية من قاصر أو عديمي الأهلية إلى المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر20، ومن تحليل تلك المواد نجد أنه يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر19، إذا

كان الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، بالعقوبات المشددة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر20.

وبالتالي يتم تطبيق عقوبة المادة 303 مكرر 20 والتي ميزت بين الجرائم التي تقع على العضو البشري وبين الجرائم التي تقع على الأنسجة والخلايا البشرية، وعلى هذا الأساس فإنه:

- تحال العقوبة على جريمة نزع عضو من قاصر أو عديمي الأهلية أحياء إلى الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 20، ويعاقب الجاني بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.
- فيما تحال العقوبة على جريمة نزع الأنسجة والخلايا من قاصر أو عديمي الأهلية أحياء إلى الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 20، ويعاقب الجاني بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000دج.

ثانيا – العقوبات التكميلية

لقد أضاف المشرع الجزائري إلى جانب العقوبة الأصلية عقوبات تكميلية، فنصت المادة 440 من ق.ص على أنه: "يمكن أن يعاقب، علاوة على ذلك، كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه، بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

فبمقتضى المادة 440 من ق.ص أجاز المشرع للقاضي أن يحكم – فضلا عن العقوبة الأصلية للجريمة – بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية والمنصوص عليها في ق.ع، وبالرجوع لقانون العقوبات نجد بأن المشرع تطرق إلى العقوبات التكميلية في المادة 9، وهذه العقوبات التكميلية هي:

1- الحجر القانوني. 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية. 3- تحديد الإقامة. 4- المنع من الإقامة. 5- المصادرة الجزئية للأموال. 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط. 7- إغلاق المؤسسة. 8- الإقصاء من الصفقات العمومية. 9- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع. 10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة. 11- سحب جواز السفر. 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

المطلب الثاني

جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة

تعتبر جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة من الجرائم المستحدثة بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة والمنصوص عليها في المادة 432، والمكملة لسلسلة الجرائم الناجمة عن مخالفة الأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، والمنصوص عليها في ق.ع.ج تحت عنوان الإتجار بالأعضاء البشرية.

وما دعا المشرع الجزائري إلى تجريم الإعلان للتبرع بالأعضاء البشرية، من أجل الحد من الوسائل التي تستعمل في الإتجار بالأعضاء البشرية، فقد أصبحت الإعلانات الداعية للتبرع بالأعضاء تعتبر طريقة من طرق الإتجار بالأعضاء البشرية وتسهل الوصول إلى مصادر الحصول عن الأعضاء، مثلها مثل أعمال الوساطة وجرائم الإتجار بالأعضاء، وبالتالي فإن الإشهار والإعلانات أصبح تسهل الوصول إلى الأشخاص الذي هم مستعدون لبيع بأعضائهم. فقد أشارت الدراسات والأبحاث أن الإتجار بالأعضاء البشرية يحتل المرتبة الثالثة في الأرباح التي تتولد عنها بعد الإتجار في المخدرات والأسلحة، وقد جاء عن منظمة الصحة العالمية لتبين كيف أصبح الإعلان يلعب دورا كبيرا في الإتجار بالأعضاء البشرية والتي تحقق عائدات مالية ضخمة، من خلال قولها: "ويكفي نظرة واحدة على المواقع الخاصة بزراعة الأعضاء البشرية المنتشرة على شبكة الإنترنت، والتي تعلن عن استعدادها لزراعة أعضاء والمقابل المطلوب للزراعة لا يقل بأي حال من الأحوال عن 65000 دولار، وهذا الأمر ما يعرف بسياحة الأعضاء"[1].

كما منع المشرع القيام بالإعلان والإشهار للتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا كضمانة لعدم الانحراف بالتبرع إلى دائرة الإتجار بالأعضاء البشرية[2].

ونحاول دراسة جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، على النحو التالي:

الفرع الأول: الركن المادي. الفرع الثاني: الركن المعنوي. الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجريمة

1 - نبيل العبيدي وأمنة السلطاني، مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية (دراسة قانونية جنائية فقهية طبية)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة – مصر، 2017، ص 192.

2 - جبيري نجمة، المرجع السابق، ص 180.

الفرع الأول

الركـن المـادي

لقد عالج المشرع الجزائري أحكام المتعلقة بمجانية التنازل بالأعضاء من خلال جعل التنازل عنها عن طريق التبرع دون مقابل ومن خلال حظر أن تكون عملية نزع الأعضاء وزرعها محل صفقة مالية والمنصوص عليها في المادة 358 من ق.ص.ج، كما جعل التبرع فيما بين الأقارب فقط والمنصوص عليها في المادة 360، وكما جرم الإتجار بالأعضاء البشرية من خلال الحصول على الأعضاء مقابل منفعة مالية، وجرم أيضا أفعال الوساطة والتي تعد من الأفعال المسهلة للحصول على العضو البشري والتي قد تلعب دورا كبير في جرائم الإتجار، من خلال حث المواطنين وتشجيعهم على بيع أعضائهم وتسهيل لهم كل الإجراءات والعمليات اللازمة لذلك، ولقطع الطريق عن شبهة الإتجار بالأعضاء، كان لابد للمشرع أن يحظر الإشهار والإعلان الذي يدعو للتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية مهما كانت الوسيلة المستعملة في الإعلان.

وقد استغل المشرع فرصة صدور قانون الصحة رقم 18-11 ليجرم الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، ويقطع بذلك أحد الوسائل التي يمكن استغلالها والحصول عن الأعضاء بطرق غير شرعية، فنصت المادة 432 على أنه: "يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من ستة (6) أشهر سنة (1) وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج".

كما أن المشرع الفرنسي هو الآخر حظر الإعلان للتبرع بالأعضاء البشرية، لكن ما يلاحظ بأنه ميز بين الإعلان المحظور وإجراءات تحسيس المواطنين بضرورة التبرع[1]، وذلك بموجب المادة 1211-3[2] من ق.ص.ع.ف، السلوك الذي جرمه المشرع الفرنسي يتمثل في حظر الإشهار للتبرع بأعضاء أو

1 - جبيري نجمة، المرجع السابق ص 197.

2- Art.1211-3 « La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite.

Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.

Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale.

Les médecins s'assurent que leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sont informés des modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et, à défaut, leur délivrent individuellement cette information dès que possible ».

منتجات الجسم البشري لصالح شخص معين أو مؤسسة أو منظمة معينة محظورة، كما وضح في الفقرة الثانية من نفس المادة الأفعال المشابه لها والتي لا يشملها الحظر وهي إعلانات تحسيس الناس بضرورة التبرع، على أنه لا يمنع هذا الحظر إعلام الجمهور بمزايا و فوائد التبرع بالأعضاء والمنتجات الجسم البشري وتوعيته بضرورة التبرع، على أن يتم إنتاج وتنفيذ إعلان التوعية تحت مسؤولية الوزير المكلف بالصحة.

كما حظر الإشهار للتبرع بالأعضاء البشرية من خلال المبدأ التوجيهي السادس (6) من المبادئ التوجيهية التي اعتمدتها منظمة الصحة العالمية[1] لمحاربة الإتجار بالأعضاء البشرية على أنه: "يجوز تشجيع التبرع بالخلايا أو النسج أو الأعضاء بدافع الإيثار عن طريق الإعلان أو توجيه نداء إلى الجماهير، على أن يتم ذلك وفقا للوائح المحلية. وينبغي حظر الإعلان عن الحاجة إلى الخلايا أو النسج أو الأعضاء عن توافرها بهدف عرض أو طلب دفع أموال إلى الأفراد نظير الحصول على خلاياهم أو أنسجتهم أو أعضائهم، أو إلى أقاربهم إذا كانوا قد توفوا. ويبتغى أيضا حظر أعمال السمسرة التي تنطوي على دفع أموال إلى هؤلاء الأشخاص أو إلى أطراف ثالثة[2]".

أولا – محل الجريمة

يتبين من المادة 342 بأن محل جريمة الإشهار للتبرع هو كل من الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، ونلاحظ بأن المشرع لم يميز بين الأعضاء البشرية وبين الأنسجة والخلايا، كما فعل في قانون

1 – إن منظمة الصحة العالمية OMS في إطار نشاطاتها اتخذت مجموعة من المبادئ التوجيهية بشأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهي مجموعة المبادئ التي تسعى إلى تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء بما يحقق مبادئ العدل والإنصاف واحترام كرامة الإنسان وحماية استغلال الفقراء من جرائم الإتجار بالأعضاء، وتسعى منظمة الصحة العالمية من خلال هذه المبادئ توجيه الدول إلى إتباعها عند وضع تشريعاتها، وتعود فكرة هذه المبادرة لسنة 1987 إلا أنها لم ترى النور إلا بعد أن أيدتها جمعية الصحة العالمية في اجتماعها لسنة 1991 ومنذ ذلك الحين تم مراجعة وتحديث هذه المبادئ عدة مرات بما يتواكب مع تطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وقد جاءت آخر تحديث لهذه المبادئ بناء على توصيات الاجتماع الذي عقد في إسطنبول بتركيا سنة 2008 الذي نظمته جمعية زرع الأعضاء والجمعية الدولية لطب الكلى والذي توصل إلى محاولة الحد من ظاهرتي " سياحة زرع الأعضاء " و " واستغلال الفقراء في جرائم الإتجار بالأعضاء " وطرح اقتراح تعديل المبادئ التوجيهية ، وتم اعتماد هذه المقترحات من قبل جمعية الصحة العالمية في اجتماعها المنعقد في سنة 2010 والذي تم فيه الأخذ بهذه التوصيات وتنقيح هذه المبادئ، وتضم هذه المبادئ أحد عشر (11) مبدأ...، apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB124/B124_15-ar.pdf، 2020/12/10.

2 – وجاء تعليق على هذا المبدأ التوجيهي 6، في نفس الوثيقة التي تناولت المبادئ والذي يعتبر شرح للمبدأ كما يلي: " إن هذا المبدأ لا يمس الإعلانات العامة أو النداءات التي توجه إلى الجماهير للتشجيع على التبرع بالخلايا أو النسج أو الأعضاء البشرية بدافع من الإيثار، وذلك شريطة ألا يخرق ذلك النظم القانونية القائمة لتخصيص الأعضاء. ويستهدف المبدأ، بدلا من ذلك، حظر الإغراءات التجارية والتي تشمل عرض دفع أموال إلى الأفراد أو أقرباء الموتى أو إلى أطراف أخرى (مثل المتعهدين) لديها خلايا أو نسج أو أعضاء من أجل الحصول عليها، كما يستهدف التصدي للسماسرة وسائر الوسطاء وكذلك المشترون المباشرون ".

العقوبات عندما تناول جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، فقد فصل جريمة الإتجار بالأعضاء عن جرائم الإتجار بالأنسجة والخلايا، وهذا راجع لكون أهمية الكبير للعضو البشري لذا خصص لها عقوبات مشددة مقارنة بالإتجار بالأنسجة والخلايا، وعلى العكس في قانون الصحة ففي جريمة الإشهار للتبرع نلاحظ بأن المشرع سوى بين الإشهار للتبرع بالأعضاء مع الإشهار التبرع بالأنسجة والخلايا، ونعتقد بأن هذا راجع إلى خطورة الفعل في حد ذاته، فخطورة فعل الإشهار للتبرع بالعضو تتساوى مع خطورة الإشهار للتبرع بالأنسجة والخلايا، على عكس ذلك فخطورة المتاجرة بالعضو أكثر بكثيرة من المتاجرة بالأنسجة والخلايا، وأيضا تختلف خطورة الأفعال مقارنة فيما، فعل الإشهار أقل خطورة من فعل الإتجار.

ثانيا – صفة الجاني

بالرجوع إلى نص المادة 342 التي نصت على أنه: "يعاقب **كل من يقوم** بالإشهار للتبرع..."، يتضح بأن المشرع لم يحدد شخص بصفته، فكل من قام بالإشهار تحتمل أن يكون أي شخص مهما كانت صفته، فقد يكون من أصحاب المهن ومتخصص في الإشهار أو أي شخص طبيعي، كما قد يكون هو نفسه الشخص المستفيد من الإعلان، من خلال إشهاره مثلا لبيع كليته أو صاحب الإشهار هو نفسه يريد أن يشتري كلية لنفسه أو قريبه مثلا.

وقد يكون أيضا شخص معنوي متمثل في مؤسسة أو شركة مختصة في الإشهار أو يمكنها أن تقوم بأفعال إشهارية كالشركات الإعلامية السمعية البصرية منها أو المكتوبة أو الإلكترونية.

ثالثا – السلوك الإجرامي

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في فعل الإشهار أو الدعاية وهو كل إعلان من خلال وسائط أو عن طريق وسيلة إشهارية من أجل جلب الناس أو حثهم التبرع بأعضائهم أو أنسجتهم أو خلاياهم لفائدة شخص ما أو مؤسسة معينة.

ويمكن أن نعرف الإشهار للتبرع بالأعضاء البشرية هو كل إعلان من خلال وسائط أو عن طريق وسيلة إشهارية من أجل جلب الناس أو حثهم على التبرع بأعضائهم أو أنسجتهم أو خلاياهم لفائدة شخص ما أو مؤسسة معينة.

ومن خلال ذلك يمكن إن نستنتج لقيام هذه الجريمة أن تتوفر العناصر التالية:

1- أن يكون الإشهار من خلال نشر إعلان التبرع بعضو أو نسيج أو خلايا بشرية، وهنا يلاحظ بأن المشرع حدد الغرض من الإشهار وهو التبرع، وبالتالي إذا كان الغرض من الإشهار هو بيع أو شراء الأعضاء نكون هنا أفعال الوسيط في جريمة الإتجار بالأعضاء المعاقب عليها وفقا للمادة 303 مكرر من ق.ع.ج 16 أو المادة 303 مكرر18 بالنسبة للأنسجة الخلايا.

حظر المشرع الجزائري الإعلانات الداعية إلى التبرع بالأعضاء، وذلك رغبة من المشرع للوصول إلى اليقين من أن هذه الممارسة لن يشوبها شائبة الإتجار أيا كانت صورته[1].

2- أن المشرع لم يحدد الوسيلة الإشهارية وبالتالي تقوم الجريمة بأي وسيلة كانت، فقد يكون عن طريق الوسائل المخصصة لذلك، كالجرائد والإذاعة والتلفزيون وغيرها، أو عن طريق العامة وغير المتخصصة من خلال الوسائل المتاحة كوضع إعلان في مواقع التواصل الاجتماعي أو نشره عن طريق الملصقات في الأماكن العامة.

3- كما استلزم المشرع أن يكون التبرع موجه لشخص محدد أو مؤسسة معينة وهو المستفيد من العضو أو النسيج أو الخلايا، وبالتالي فيخرج عن نطاق التجريم الإشهار على تشجيع للقيام بعمليات التبرع بالأعضاء وتحسيس عامة الناس. فالفرق بينهم يكمن في أن الأول غرضه هو إشهار لحث الناس للتبرع لفائدة شخص معين أو مؤسسة معينة بذاتها لغرض توفير العضو أو النسيج أو الخلايا له، أما الثاني فغرضه تشجيع الناس للتبرع بصفة عامة دون تحديد الشخص أي التبرع للأقارب، أي توجيه النداء للتبرع للأقارب وفق الشروط القانونية.

كما يمكن أن يجتمع صفة الجاني الذي يقوم بالإشهار مع المستفيد من الإعلان، في حالة وضع شخص المريض إعلان للتبرع له بعضو أو نسيج أو خلايا.

وفي العموم أن هذه النصوص في مجملها الغرض منها هو التأكيد على حظر الإتجار وجود أي شبهة اتجار بالأعضاء، سواء كان ذلك بمقابل مالي أو أي منفعة أخرى، أو أفعال الوساطة، أو عن طريق الإعلانات قد تشتمل صبغة تجارية[2].

1 - دنيا عبد العزيز فهمي، ص 243.

2 - نبيل العبيدي، أمنة السلطاني، المرجع السابق، ص 250.

رابعا النتيجة والعلاقة السببية

إن جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء البشرية من الجرائم الشكلية، فهي ليست كالجرائم المادية التي يشترط فيها المشرع حصول النتيجة الإجرامية أو حتى إمكانية حصولها لمعاقبة الجاني، فالمشرع في الجريمة الشكلية لم يشترط تحقيق نتيجة مادية، فيعاقب فيها الجاني على مجرد السلوك دون الحاجة إلى تحقيق نتيجة أو أثر على أرض الواقع، فبمجرد أن يقوم الجاني بإشهار للتبرع بالأعضاء تقوم الجريمة حتى ولو لم يستجب أي شخص لهذا الإشهار.

فالمشرع يرى بأن سلوك الجاني هنا مجرم للخطر الذي يحمله أو يعبر عنه بغض النظر عن إمكانية تحقق النتيجة الإجرامية، ولذا يعبر عنها بجرائم الخطر، فبمجرد نشر إشهار يحث على التبرع بالأعضاء البشرية هو في حد ذاته خطر في نظر المشرع، بغض النظر ما إذا كان استجاب شخص إلى هذا الإشهار أم لا، كما أن هذا النوع من الجرائم الذي لا يتطلب النتيجة الإجرامية فإنه بالضرورة لا يتطلب قيام علاقة سببية، فالجريمة هنا تقوم بسلوك مجرد فقط[1].

الفرع الثاني

الركـن المعنـوي

إن الذي يحدد صورة الركن المعنوي لجريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية هو النص التجريمي لها، وبالعودة لنص المادة 432 نجد بأنها لم تحدد صورة الركن المعنوي لهذه الجريمة، وفي حالة سكوت النص على بيان الركن المعنوي وأعتبر هذا خروجا عن الأصل وتطلبا للقصد الجنائي، فالقصد الجنائي فيها يقوم على اتجاه إرادة الفاعل إلى القيام بفعل الإشهار أو الإعلان بهدف التبرع بعضو أو نسيج أو خلايا لفائدة شخص أو مؤسسة، وبالتالي تعتبر جريمة الإشهار للتبرع من الجرائم العمدية ولا يتصور قيام هذه على أساس الخطأ و يستلزم لقيامها توفر القصد الجنائي بنوعيه القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص.

1 – فاطمة صالح الشمالي، المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان – الأردن، 2013، ص 65.

أولا – القصد الجنائي العام

فالقصد الجنائي العام: وهو اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون[1]، وبناء على هذا التعريف فإنه يجب على الجاني أن:

1 – يعلم بكافة عناصر عملية الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، على الوجه الذي يحدده القانون، وأن القانون ينهي عن ذلك ويعاقب عليه أي أنه يعلم أن فعله يشكل جريمة معاقب عليها. كما أن العلم بالقانون مفترض لدى الكافة من تاريخ نشره في ج ر وهي قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون[2].

2 – وأن تتجه إرادة الجاني رغم هذا العلم إلى إتيان الفعل المجرم.

ثانيا – القصد الجنائي الخاص

أما القصد الخاص وهو الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب الجريمة فضلا عن إرادته الواعية لمخالفة القانون الجنائي[3]، فهو قصد إضافي إلى القصد العام بعنصريه العلم والإرادة، ويطلق عليه أيضا بالباعث، ولقد استبعد المشرع دور الباعث في تكوين القصد الجنائي، ويعتد به في جرائم قليلة فيجعل من توافر باعث معين شرطا لازما للتجريم، وعند إذن لا يكفي توافر القصد العام وحده للقول بقيام ركن العمد، كما هو الحال في جريمة الإشهار للتبرع[4]، فاستلزم المشرع الجزائري لقيامها قصدا خاصا يتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من الإشهار للتبرع وهي توفير الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا لفائدة شخص أو مؤسسة معينة، وبالتالي بالإضافة إلى ضرورة توافر عناصر القصد العام واهما العلم والإرادة، اشترط المشرع ضرورة توفر الباعث والمتمثل الإشهار لفائدة شخص محدد أو مؤسسة معينة، وعند غياب القصد الخاص لا تقوم الجريمة، فعندما يكون الإشهار للتبرع ليس لشخص محدد أو مؤسسة، فإن الإشهار للتبرع هنا لا يعتبر جريمة لعدم توافر الباعث.

1 – رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 221.

2 – عبد المحي اسليم سلمان القراله، المرجع السابق، ص 224.

3 – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 110.

4 – رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 242.

الفرع الثالث

العقوبة المقررة للجريمة

لقد قرر المشرع الجزائري في نفس المادة 432 من ق.ص.ج، عقوبة الجاني بالحبس والغرامة. وعقوبة تكميلية المنصوص عليها في مادة مستقلة 440 من نفس القانون، هذا بالنسبة إلى الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فسنتطرق إليها لاحقا، لتشارك جميع الجرائم فيها

أولا – العقوبة الأصلية

فيعاقب الجاني على جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 200.000 إلى 400.000 دج.

ثانيا – العقوبة التكميلية

لقد أضاف المشرع الجزائري إلى جانب العقوبة الأصلية عقوبات تكميلية، فنصت المادة 440 من ق.ص على أنه: "يمكن أن يعاقب، علاوة على ذلك، كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه، بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

فبمقتضى المادة 440 من ق.ص.ج أجاز المشرع للقاضي أن يحكم – فضلا عن العقوبة الأصلية للجريمة – بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية والمنصوص عليها في قانون العقوبات، وبالرجوع لقانون العقوبات نجد بأن المشرع تطرق إلى العقوبات التكميلية في المادة 9، وهذه العقوبات التكميلية هي:

1- الحجر القانوني. 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية. 3- تحديد الإقامة. 4- المنع من الإقامة. 5- المصادرة الجزئية للأموال. 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط. 7- إغلاق المؤسسة. 8- الإقصاء من الصفقات العمومية. 9- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع. 10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة. 11- سحب جواز السفر. 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

المطلب الثالث

جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية

في مؤسسة غير مرخص لها

إن غالبية القوانين المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تؤكد على إجرائها في المستشفيات ومؤسسات القطاع العام، فلا تسمح للقطاع الخاص بالتدخل إلا في حالات محددة[1]، خوفا من الإتجار بالأعضاء البشرية باعتبارها تجارة مربحة وتدر أموال طائلة كما أنها جريمة سهلت الإخفاء عن أعين السلطات، وأيضا من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات وعدم خروجها عن الهدف العلاجي الإنساني المجاني[2]. لذلك قامت معظم القوانين بعدم الترخيص للقطاع الخاص بإجرائها، كما فعل المشرع الجزائري الذي منح الحق في إجراء هذه العمليات للمؤسسات الاستشفائية العمومية فقط.

كما أوضحنا سابقا أن القانون تطلب ضرورة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في مؤسسات مرخص لها قانونا، بذلك والمحددة في نص المادة 366[3] وهي المؤسسات الاستشفائية العمومية التي تتوفر على شروط معنية (من وسائل وأجهزة طبية اللازمة وطاقم طبي متخصص)، بالإضافة إلى ترخيص خاص للقيام بعمليات نقل ونزع الأعضاء يسلم من طرف الوزير المكلف بالصحة، بناء على رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وبعد استفتاء مجموعة من الشروط.

وقد حاول المشرع من خلال تحديد المؤسسات الاستشفائية المكلفة بهذا النوع من العمليات الجراحية وهي مؤسسات عمومية تابعة للدولة فقط واستثنى المؤسسات الخاصة، وحتى هاته المؤسسات العمومية فقد اشترط عليها أن تحصل على ترخيص من وزير الصحة لكي يضمن أن تتم هذه العمليات تحت إشراف الدولة ويتمكن من مراقبتها ويضمن عدم التلاعب بالأعضاء البشرية والإتجار بها ومخالفة الإجراءات الخاصة بهذه العمليات، وبموجب القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 14 نوفمبر 2012 تم منح الترخيص لبعض المستشفيات العمومية للقيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا

1 – أيمن سعيد شمسية، المرجع السابق، ص 222.

2 – مواسي لعلجة، المرجع السابق، ص308

3 – تنص المادة 366 من ق.ص.ج على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي وتقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة. تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم ".

البشرية، كل منها مختصة بإجراء عمليات زرع خاصة بعضو أو عدة أعضاء بشرية[1] والتي تطرقنا إليها في الباب الأول -.

ولكي يضمن المشرع عدم مخالفة هذه الإجراءات المنصوص عليها في المادة 366 من قانون الصحة رقم 18-11، نص أيضا على تجريم نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها في المادة 433 غي نفس القانون، والتي تنص على أنه: "يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج".

وبالتالي يكون المشرع تدارك تجريم الأفعال المخالفة لشرط إجراء العمليات في الأماكن أو المؤسسات المرخص لها بالقيام بهذا النوع من العمليات الجراحية، ومعاقبة كل من يقوم بإجراء العمليات خارج المؤسسات المرخص لها لتوفير أكبر للردع لجرائم الإتجار بالأعضاء والنص عليها في قانون الصحة الجديد بدلا من قانون العقوبات، كما فعل المشرع المصري في المادة 18 من القانون 05 لسنة 2010[2]، والفرنسي في المادة 511-07[3] من ق.ع.ف.

نلاحظ بأن نص المادة 433 جاء ليشمل منع نوعين من الأعمال الطبية الحديثة فالأولى تتمثل في نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، والثانية تتمثل أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب، لكن ما يهمنا في موضوع دراستنا عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، لذا لن نتطرق إلى أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب.

---

1 - معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 346.

2 - تنص المادة 12 على أنه: "يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراءه من عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتم به تنظيم عمليات الزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليه، يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات، ويكون إصدار الترخيص وتجديده مقابل رسم تحدد اللائحة التنفيذية".

3 - article 511-7 du code pénal français dispose: «Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des grèffe d'organes, à des prélèvements de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou àdes administrations de préparation de thérapie cellulaire à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparation de thérapie cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L1233-1L1234-2-L1243-2 ou L1243-6 du code de la santé publique ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

ونحاول التطرق إلى هذه الجريمة بشيء من التحليل من خلال التطرق إلى النص القانوني ومحل الجريمة وصفة الجاني وأيضا التطرق إلى ركنها المادي والمعنوي وفي الأخير العقوبة المقررة لها في فروع فيما يلي:

الفرع الأول: الركـن المـادي

الفرع الثاني: الركـن المعنـوي

الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجريمة

الفرع الأول

الركـن المـادي

يستلزم لقيام الركن المادي لجريمة نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها، أن تتوافر الجريمة والمتمثلة في السلوك الإجرامي والنتيجة والعلاقة السببية بينهما، وقبل التطرق إلى هذه العناصر، نحاول أن نبيين كل من محل الجريمة، وصفة الجاني.

أولا – محل الجريمة

لقد حدد المشرع في نص المادة 433 محل الجريمة في كل من الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا فقط، من دون أن يتطرق إلى جمع مواد من جسم شخص كما فعل في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية المنصوص عليها في قانون العقوبات، وربما هذا راجع إلى هذه الجريمة خاصة بالعمليات التي يقوم به الطبيب والمتمثلة في نزع وزرع العضو أو نسيج أو الخلايا فقط، فعمل الطبيب ليس جمع مواد جسم الإنسان، فجمع مواد جسم الإنسان يكون في جرائم الإتجار بالأعضاء.

كما أن المشرع لم يميز بين الأعضاء البشرية وبين الأنسجة والخلايا كما فعل في قانون العقوبات في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، فهنا جعل كل عناصر جسم الإنسان في مرتبة واحدة، لأن الغرض من هذه الجريمة ليس حماية عناصر جسم الإنسان بل من أجل مخالفة قيد من القيود الإدارية والمتمثل في الترخيص القانوني للمؤسسة الاستشفائية بممارسة هذا النوع من الأعمال الطبية.

كما أن هذه الجريمة مرتبطة بجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، فلا يمكن أن تقوم لوحدها من دون أن تقوم معها جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء. فعند قيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء خارج المؤسسة

المرخص لها، فإنها بالضرورة لغرض مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال حصول على عضو مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى أو دون الحصول على الموافقة القانونية.

ثانيا – صفة الجاني

يتضح من خلال المادة 433 بأن صفة الجاني متمثلة في الطبيب، ففعل النزع أو الزرع من اختصاص الطبيب المرخص له بمزاولة مهنة الطب، إلا أن المشرع لم يشترط في نص المادة توافر صفة الطبيب، ربما لأن الصفة هنا بديهية لا تحتاج إلى تحديد مباشر، لأنه لا يستطيع القيام بهذا النوع من العمليات أي شخص كان، ونعتقد أن المشرع أطلق النص دون اشتراط أو ذكر كلمة طبيب لسد باب التحايل والالتفاف حول النص ومعاقبة كل فاعل سواء كان طبيبا أو لم يكن طبيبا، كما لو كان طبيب متربص أو يكون مساعد أو معاون طبيب أو أي شخص مارس هذا في هذا الميدان[1].

ثالثا – السلوك الإجرامي

من خلال استقرائنا للمادة 433 من ق.ص.ج. يتبين أن السلوك الإجرامي لجريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا في مؤسسة غير مرخص لها، يتكون من أحد الفعلين التاليين:

الفعل الأول هو نزع عضو أو نسيج أو خلايا من جسم إنسان حيا كان أو ميتا، في مؤسسة غير مرخص لها، وهذا النزع قد يكون الغرض منه زرعه لإنسان في نفس المؤسسة، أو نقل هذا العضو ليزرع في مؤسسة أخرى. الفعل الثاني هو زرع عضو أو نسيج أو خلايا البشرية لإنسان في مؤسسة غير مرخص لها، وهذا العضو المزروع قد يكون متحصل عليه من نفس المؤسسة أو من خارج المؤسسة. كما أنه يكفي لتحقق السلوك الإجرامي للجريمة أن يتوافر أحد الفعلين السابقين، وقد يقع أيضا بتوافرهما معا، أي تحقق فعل نزع العضو وزرعه في نفس المؤسسة غير المرخص لها.

وبناءا على ما تقدم فإن الركن المادي لجريمة نزع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا في مؤسسة غير مرخص لها يتكون من عنصرية وهما:

1 – دنيا عبد العزيز فهمي، المرجع السابق، ص 429.

أ- نزع أو(و) زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية:

فالسلوك الإجرامي هنا يتمثل في قيام الطبيب أو الفريق الطبي أو أي شخص كان بانتزاع عضو أو نسيج أو خلايا بشرية من جسم إنسان حي أو ميت، أو القيام بزرع عضو أو نسيج أو خلايا بشرية لمريض[1].

ب- القيام بالنزع والزرع في مؤسسة غير مرخص لها:

اشترط المشرع في نص المادة 366 من ق.ص.ج على أن تجرى عمليات نزع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، وبالتالي فإن المشرع هنا حدد نوع المؤسسة التي تعنى بهذا النوع من العمليات الجراحية وهي المؤسسات الاستشفائية العمومية فقط، بالإضافة إلى ضرورة حصولها على ترخيص خاص من قبل وزير الصحة، وبالتالي يقوم السلوك الإجرامي وتقوم معه الجريمة بانعدام الترخيص بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في مؤسسات الاستشفائية.

ويتصور وقوع الجريمة في غياب الترخيص في المؤسسات التالية:

1- إذا كانت مؤسسة استشفائية عمومية ولا تملك الترخيص القانوني للقيام بهذا النوع من العمليات: وهي المؤسسات العمومية التي لم تحصل على الترخيص مطلقا، أو تقدمت بطلب الحصول عليه لكن لم يبت فيه بعد أو تقدمت بطلب وتم رفضه، أو المؤسسة التي تم إلغاء الترخيص لها، لأي سبب كان.

2- إذا كان مؤسسة استشفائية خاصة[2]: وهي مؤسسة ترخص لها الدولة القيام بالأعمال الطبية أيا كان نوع هذه الأعمال الطبية[3]، إلا أن المشرع لم يسمح لها بالقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فلقد حصرها في المؤسسات العمومية التي يرخص لها وزير الصحة بالقيام بهذه العمليات. وبالتالي فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء في هذا النوع من المؤسسات.

---

1 - عبد المحي اسليم سلمان القراله، المرجع السابق، ص 245.

2 . فقد عرفتها المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07 – 321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007 والصادر في ج ر بتاريخ 24 أكتوبر 2007 عدد 67، والذي يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، والتي نصت على أنه: " المؤسسة الاستشفائية الخاصة هي مؤسسة علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب النساء والتوليد وأنشطة الاستكشاف. ويجب عليها بالنسبة للتخصص أو التخصصات التي تمارسها، القيام على الأقل بالأنشطة الآتية: - الفحص الطبي، - الاستكشاف والتشخيص، - الاستعجالات الطبية و / أو الطبية الجراحية بما فيها إزالة الصدمات والإنعاش والمراقبة، - الاستشفاء.

3 . عبد المحي اسليم سلمان القراله، المرجع السابق، ص 246.

3- في أي مكان آخر غير مرخص له كمؤسسة استشفائية على الإطلاق (أي منشأة غير طبية): وهنا تكون المؤسسة غير استشفائية أي مؤسسة تنشط من دون ترخيص لمزاولة أي نوع الأعمال الطبية، فما بالك بعمليات نزع وزرع الأعضاء التي تستوجب ترخيص خاص.

وفي هذه الجريمة تقوم إلى جانب المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي الذي قام بالفعل المجرم، مسؤولية الشخص المعنوي المتمثل في المؤسسة الاستشفائية الغير مرخص لها بممارسة هذا النوع من العمليات الجراحية، إلا أنه يستثنى منها المؤسسات الفئة الأولى التي تطرقنا إليها سابقا، وهي المؤسسة الاستشفائية العمومية التي لا تملك ترخيص للقيام بهذا النوع من العمليات، لاعتبارها شخص معنوية خاضعة للقطاع العام، والمستثناة من تحمل المسؤولية الجزائية بموجب المادة 51 مكرر التي استثنت كل من الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام من تحمل المسؤولية الجزائية.

رابعا – النتيجة وعلاقة السببية

تتحقق النتيجة الإجرامية عند قيام فعل الطبيب بإجراء عملية نزع أو نقل الأعضاء في مؤسسة غير مرخص لها، وما ينتج من نزع العضو أو النسيج أو الخلايا وهو فقدان المجني عليه للعضو أو النسيج أو الخلايا البشرية، أو بزرع العضو أو النسيج أو الخلايا في جسم المريض، وبهذا تتحقق النتيجة الإجرامية.

تعتبر العلاقة السببية همزة الوصل بين السلوك الإجرامي الصادر من الطبيب، وما يترتب عليه من نتائج، فتقوم العلاقة السببية بين إجراء العملية وتمام ذلك في مؤسسة غير مرخص لها[1].

الفرع الثاني

الركـن المعنـوي

تعتبر جريمة نزع وزرع الأعضاء البشرية في مؤسسة غير مرخص لها من الجرائم العمدية، فلم يشترط المشرع وجود قصد خاص[2]، أي أن القصد الجنائي فيها يكون قصدا عاما بعنصريه العلم والإرادة.

فالعلم: فيجب أن يحاط علم الجاني بأركان الجريمة، ويتمثل في علم الطبيب القائم بعملية النزع أو الزرع للعضو أو النسيج أو الخلايا البشرية بأن المؤسسة غير مرخص لها، وأن السلوك الذي يأتيه مخالفا

1- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 215.

2 - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 671.

للقانون، وتجدر الإشارة إلى أن العلم بالقانون مفترض لدى الكافة من تاريخ نشره في ج ر، طبقا لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون [1].

أما الإرادة: أن تتجه إرادة الجاني إلى الفعل، أي أن تتجه إرادة الطبيب أو الفريق الطبي إلى إجراء عملية نزع أو عملية زرع عضو أو نسيج أو خلايا من إنسان حي كان أو ميت مع علمه بأن المؤسسة غير مرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية.

الفرع الثالث

العقوبة المقررة للجريمة

جاء نص المادة 433 من ق.ص.ج على العقوبة الأصلية والمتمثلة في الحبس والغرامة والذين يحكم بهما معا، وعقوبة تكميلية المنصوص عليها في المادة مستقلة في المادة 440 من نفس القانون .

أولا – العقوبة الأصلية

فيعاقب المشرع الجزائري على جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها، بعقوبة الحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ثانيا – العقوبة التكميلية

لقد أضاف المشرع الجزائري إلى جانب العقوبة الأصلية عقوبات تكميلية، فنصت المادة 440 من ق.ص.ج على أنه: "يمكن أن يعاقب، علاوة على ذلك، كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه، بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

وبالتالي فالمشرع أجاز للقاضي أن يحكم – فضلا عن العقوبة الأصلية للجريمة – بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية والمنصوص عليها في قانون العقوبات، ونجد بأن المشرع تطرق إلى العقوبات التكميلية في المادة 9 ق.ع.ج، وتتمثل هذه العقوبات في:

1- الحجر القانوني، 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، 3 – تحديد الإقامة، 4- المنع من الإقامة، 5 – المصادرة الجزئية للأموال، 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، 7- إغلاق

1 – عبد المحي اسليم سلمان القراله، المرجع السابق، ص 224.

المؤسسة، 8 الإقصاء من الصفقات العمومية، 9- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، 10 - تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، 11- سحب جواز السفر، 12 - نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

المطلب الرابع

عقوبة الشخص المعنوي المنصوص عليها في قانون الصحة

لقد تناولنا سابقا مسؤولية الشخص المعنوي بالتفصيل في موضوع مسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وقلنا بأن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ التخصيص والتحديد الصريح للأفعال والجرائم التي يسأل عنها الشخص المعنوي، وبالتي ضرورة وجود نص قانوني خاص بالشخص المعنوي يجرم ارتكاب الفعل المجرم، وأن النص التجريمي المتمثل في المادة 51 مكرر وحده غير كافي لقيام مسؤولية الشخص المعنوي ما لم ينص المشرع صراحة على مسؤولية الشخص المعنوي على هذه الجريمة،

ومما سبق يتبين بأن الركن الشرعي لمسؤولية الشخص المعنوي عن الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة، يتمثل في النص التجريمي الذي يخاطب الشخص المعنوي والمتمثل في المادة 441 فهي التي تضفي الصفة غير المشروعة لأفعال المرتكب من طرفه، وتخاطبه بصفته شخصا معنويا عن المخالفات والجرائم المنصوص عليها في الباب الثامن من قانون الصحة، وبالتالي يكون الشخص المعنوي مسؤول جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها في المواد 431 و432 و433.

فنصت المادة 441 من ق.ص على أنه: "يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في الباب الثامن أعلاه، بما يأتي: ...".

وبناء عليه يكون الشخص المعنوي والمتمثل في المؤسسة الصحية الخاضعة للقطاع الخاص مسؤولية عن جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في داخلها، باعتبارها مؤسسة غير مرخص لها قانونا بالقيام بهذا النوع من الجرائم، وأيضا يكون الشخص المعنوي والمتمثل في المؤسسة الإشهارية أو أي مؤسسة أخرى، والتي قامت بالإشهار للتبرع مسؤولية عن جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة. تقوم مسؤولية الشخص المعنوي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر والمتمثلة في أن ترتكب الجريمة بواسطة أجهزته أو ممثليه الشرعيين، وأن ترتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي، ولقد تم التطرق إليها سابقا بشيء من التفصيل.

وتوقع على الشخص المعنوي المرتكب للجرائم المنصوص عليها في المادة 441 من ق.ع.ج عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية نتطرق لها كما يلي:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

الفرع الثاني: العقوبات تكميلية

الفرع الأول

العقوبات الأصلية

والمتمثلة في الغرامة والتي تعتبر العقوبة المناسبة للشخص المعنوي نظرا لطبيعته، فنصت المادة 441 على أنه: "... 1 – غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي، ... ".

وبالتالي فعقوبة الشخص المعنوي (المستشفيات الخاصة) في جريمة نزع وزرع الأعضاء البشرية في مؤسسة غير مرخص لها، وهي الغرامة المحددة بخمسة أضعاف الغرامة القصوى للشخص الطبيعي المنصوص عليها في المادة 433، أي 1.000.000 دج × 5 = 5.000.000 دج، أي أن العقوبة الأصلية للشخص المعنوي في جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها غرامة لا تقل عن 5.000.000 دج.

وعقوبة الشخص المعنوي والذي قد يكون (مؤسسة إشهار أو مؤسسة إعلامية أي مؤسس أخرى) في جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، وهي الغرامة المحددة بخمس أضعاف الغرامة القصوى الشخص الطبيعي المنصوص عليها في المادة 432، أي 400.000 دج × 5 = 2.000.000 دج، أي أن العقوبة الأصلية للشخص المعنوي في جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية غرامة لا تقل عن 2.000.000دج.

الفرع الثاني

العقوبات التكميلية

وهي عقوبات غير أصلية يحكم بها القاضي وجوبا أو جوازا بالإضافة إلى العقوبة الأصلية، فلا يمكن بها بمفردها وهذا ما يفرقها عن العقوبة الأصلية[1]، وبالرجوع إلى نص المادة 441 نجد بأن المشرع نص على وجب النص على واحدة على الأقل من العقوبات التكميلية، فنص على أنه:

"... 2 - عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

1- حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة

2- المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات

3- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات

4- حل الشخص المعنوي ".

1 - رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 652.

خلاصة الفصل الثاني

يمكن أن نستخلص أن المشرع الجزائري كرس مبدأ حق الإنسان في سلامة جسمه من خلال محاولة تجريم وعقاب كل من خالف شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء والإتجار بها، بموجب تعديل قانون العقوبات رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، والذي جاء ليتماشى مع تطور الجريمة المنظمة والعابرة للحدود والتي تشمل الجرائم الناتجة عن التطور الطبي الحديث، كجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية والتي يقوم بها الطبيب الذين يفترض فيهم حماية الأشخاص والسهر على رعايتهم، فأحدث قسما خاص بعنوان الإتجار بالأعضاء، والذي أدرج فيه جملة من الجرائم تتعلق بمخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء، فجرم أي إخلال بشروط وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء والإتجار بها وجعلها سلعة تباع وتشترى وعاقب عليها بعقوبات مشددة، ونلاحظ أن نصوص قانون العقوبات التي تناول جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية لم تحدد الأشخاص المسئولين جنائيا، وإن كان الطبيب هو الفاعل الرئيسي باعتباره هو صاحب الاختصاص للقيام بهذه العمليات، فلا يمكن انتزاع الأعضاء أو زرعها أو الإتجار بها لو لم يكن هناك طبيب مختص يقوم بهذا النوع من العمليات الجراحية على الشكل الصحيح والذي يتطلب معه التأكد من سلامة العضو البشري ويقوم بزرعه مع المحافظة على حياة كل من المتبرع والمريض، إلا أن المشرع لم يحدد الطبيب وترك المجال مفتوح لتشمل أي شخص تحصل على عضو بمقابل منفعة أو انتزع عضو دون الحصول على الموافقة، فقد يكون إلى جانبه أطباء آخرين والمساعدين الطبيين والممرضين والمريض (المتلقي) أو أحد أفراد عائلته وتجار الأعضاء وأي شخص كان، لكن يلاحظ بأنها لم تشمل البائع والمتمثل في صاحب العضو، وقد يكون الهدف من وراء ذلك هو أن المشرع يرى فيه أنه ضحية استغلال لفقره أو ضغط يمارس عليه من أصحاب المال أو عصابات الإتجار بالأعضاء، فمن غير الممكن معاقبته بل هو جدير بالحماية، لأن بيعه لعضو من أعضاءه وتعريض صحته وحياته للخطر خسارة لا تعوض بالمال. كما وسع أيضا من دائرة التجريم لتشمل أيضا الأشخاص الذي لم يشاركون بأفعال مسهلة ومساعدة لنقل ونزع الأعضاء، ليشمل الوسطاء والسماسرة وجرم أفعالهم بصفة مستقلة في حالة الإتجار بالأعضاء مقابل منفعة، فأفعالهم لها من الأهمية الكبيرة في هذا المجال، فهي توفر وتجذب الأشخاص المتبرعين بالأعضاء وتسهل الاتفاق وإبرام صفقات بيعها وحصول المرضى على الأعضاء.

إلا أنه يأخذ على المشرع الجزائري عدم التطرق لجميع الحالات التي تمس بحياة وسلامة جسم الإنسان كحالة وفاة الشخص الخاضع لعملية نزع العضو بمقابل مالي أو منفعة مالية أو دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط القانونية سواء كظرف من ظروف التشديد أو كحالة مستقلة لذاتها، ولم يتطرق

أيضا لعمليات نقل زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، وهنا يتوجب على القاضي الرجوع إلى القواعد العامة ومسائلة الطبيب في حالة الوفاة بجريمة القتل العمدي مع سبق الإصرار والترصد عند استئصال عضو ضروري لحياة الإنسان وفقا لنص المادة 254 ق.ع.ج أو الجروح العمدية المفضية إلى الوفاة دون قصد إحداثها عند عدم توفر نية القتل لديه وفقا لنص المادة 264 ق.ع.ج، وجريمة الإخصاء المنصوص عليها في المادة 274 من ق.ع.ج عند نزع الأعضاء الناقلة للصفات الوراثية.

كما جرم المشرع مجموعة من الأفعال في قانون الصحة الجديد رقم 18 11 التي تعتبر تكملة للسلسلة التجريمة الخاصة بمخالفة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبذلك يكون المشرع قد تدارك النقص في التجريم وقام بتكملته بموجب قانون الصحة السابق ذكره في المواد 430 و431 و432 و433، ونرى بأن المشرع الجزائري قد جانب الصواب بإضافته تجريم تلك الأفعال، لكن كان الأجدر به أن يضيفها إلى جانب جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات حتى ولو إقتضى ذلك بتعديل القانون أو إضافتها إلى جانب تعديلات قانون العقوبات التي قام بها في أكثر من مناسبة.

الخاتمة

الخاتمة

وفي نهاية هذا العمل العلمي حاولنا قدر الامكان مناقشة معظم المسائل والإشكالات القانونية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية ومدى المسؤولية الجنائية عنها في ظل التشريع الجزائري، بعد أن أعطت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الأمل للمرضى في أن يحيوا حياة طبيعية بعد أن كان خطر الموت يهددهم، فأصبح العلاج الفعال والوحيد لكثير من الأمراض المستعصية، والتي أثارت الكثير من النقاشات عن المخاطر التي قد يتعرض لها جسم الإنسان من جراء هذه العمليات، وما يصاحب هذا النوع من العمليات من جرائم ناجمة عن مخالفة الضوابط والشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء وما ينتج عنها من قيام المسؤولية الجنائية لمرتكبيها، والتي تعد من الظواهر الإجرامية الخطيرة وخاصة الإتجار بالأعضاء البشرية.

ولقد خلصنا من دراستنا للمسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، إلى النتائج والمقترحات الآتية:

1- النتائج:

- لقد استحدث قانون الصحة رقم 18-11 طرق جديدة لتوفير الأعضاء للمرضى خاصة عند عدم وجود متبرع من الأقارب تتطابق أنسجته مع المريض، فهنا يلجأ إلى التبرع المتقاطع والذي يوفر عضو من متبرع غير قريب في إطار التبرع المتبادل، وكذلك توفير الأعضاء من المتبرعين الموتى من خلال استبدال الموافقة الصريحة من المتوفى أثناء حياته وتعويضها بالموافقة المفترضة، والتي تعني بأن الشخص موافق على تبرعه بأعضائه ما لم يعبر عن رفضه أثناء حياته، هذا ما يساعد الأشخاص الذين يريدون التبرع بأعضائهم بعد وفاتهم ولكنهم غير مهتمين بتحرير وصية بذلك،كما قد يكون عدم لجوئهم للتعبير عن موافقتهم لكثرت مشاغلهم مع وجود إجراءات وشكليات قانونية لتحرير الوصية فلا يكلف الأشخاص أنفسهم بأخذ جزء من وقتهم للقيام بهذه الاجراءات.
- تدخل المشرع الجزائري من خلال توفير الحماية الجنائية للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وذلك بالتجريم والعقاب على مخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء، بموجب تعديل قانون العقوبات رقم 09-01 والذي جاء ليتماشى مع تطور الجريمة المنظمة والتي تشمل الجرائم الناتجة عن استغلال واستعمال غير المشروع للتطور العلمي في المجال الطبي والتقنيات الطبية الحديثة، فجرم أي إخلال بشروط

وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء والإتجار بها وجعلها سلعة تباع وتشترى وعاقب عليها بعقوبات مشددة، باستحداثه قسما خاص بعنوان المتاجرة بالأعضاء، والذي أدرج فيه جملة من الجرائم تتعلق بمخالفة شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء، إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم التطرق لجميع الحالات التي تمس بحياة وسلامة جسم الإنسان كحالة وفاة الشخص الخاضع لعملية نزع العضو بمقابل مالي أو منفعة مالية أو دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط القانونية سواء كظرف من ظروف التشديد أو كحالة مستقلة لذاتها، وعلى العكس من ذلك فالمشرع المصري في القانون رقم 5 لسنة 2010 والذي نص في المادة 19 على عقوبة السجن المؤبد كظرف مشدد عندما يتسبب في وفاة المنقول منه في جريمة نزع الأعضاء من دون الحصول على الموافقة أو بطريق التحايل والإكراه وتسبب بوفاة المنقول منه.

- لقد أباحت بعض الدول وخاصة الغربية منها نقل وزرع الأعضاء التناسلية، ولم تعطي أهمية لاختلاط الأنساب كالمشرع الفرنسي، وهناك من الدول الإسلامية التي نصت صراحة على عدم جواز نقلها مثل المشرع المصري في المادة 02 من القانون رقم 5 لسنة 2010 ، تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وإن أجاز مجمل فقهاء الشريعة الإسلامية ومجامعها الفقهية ودور الإفتاء الإسلامية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلا انهم اجمعوا كافة على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، إلا أن المشرع الجزائري لم يجز نقلها ويتضح ذلك من خلال عدم تحديد المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في نقلها، إلا أنه لم ينص صراحة على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء التناسلية والناقلة للصفات الوراثية.

- لقد كرمت النصوص القرآنية والأحاديث الشريفة الإنسان وحرمت إيذائه، فضلا عن جعل أعضائه سلعة تباع وتشترى، إلا أنها حبذت التعاون والرحمة والمودة بين المسلمين، وبالتالي فالتبرع بالعضو يجسد أسمى معاني الإيثار والرحمة، وهي المبادئ التي يحث عليها الإسلام ويرغب فيها، ومن هنا أجمعت المجمعات الفقهية وكذا دور الافتاء الإسلامية عن جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية وذلك بشروط محددة. واعتبار أن الجزائر دولة إسلامية وبعد أن أصدرت لجنة الفتوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى فتوى بتاريخ 6 ربيع الأول 1392 الموافق لـ 20 أفريل 1972، أجازت فيها التبرع بالأعضاء البشرية، والتي أخذ بها المشرع الجزائري عند إصدار قانون حماية الصحة وترقيها رقم 85-05 ونظم بموجبها أحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وجعلتها تقوم على أساس التبرع وألا تكون محل صفقة مالية

ولأغراض علاجية ، كما شدد على معاقبة كل من تسول له نفسه التلاعب بالأعضاء البشرية والاتجار بالأعضاء البشرية،

- لقد طبق المشرع نفس العقوبة في جريمة انتزاع العضو وجريمة النسيج أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان من الإنسان الحي على جرائم الانتزاع من جثث الموتى، وإن كان نزع الأعضاء من الإنسان الحي أكثر خطورة لوجود ضرر كبير يمس بسلامة جسم الإنسان وصحته من انتزاع الأعضاء من جثث الموتى إلا أنه سوى بينها، وهذا يعني أن المشرع أعطى قدسية كبيرة لحرمة جثث الميت تساوي حرمة جسمه وهو حي، ولكي لا تصبح جثث الأموات مصدر للاتجار بالأعضاء البشرية.
- قد أحسن المشرع الجزائري حين ميز بين الإتجار بالأعضاء البشرية وبين الإتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان، باعتبار أن الأعضاء البشرية أكثر أهمية لحماية حياة الإنسان والمحافظة على صحته فقد شدد في تجريم وعقوبة الإتجار بها، أكثر من الأنسجة والخلايا وجمع مواد جسم الإنسان، وإن كان المشرع لم يعرفها ولم يحدد عناصر تمييزها عن بعضها البعض، وخاصة مع صعوبة التمييز في بعض عناصر الجسم ما هو عضو وما هو نسيج، هذا ما قد يجعل القضاء قد يخلط بينهما ويقع في الغلط أو يجعله ملزما في كل مرة أن ينتدب خبير ليحدد له ذلك.
- ونستخلص أيضا كنتيجة أن نصوص قانون العقوبات التي تناول جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية لم تحدد الأشخاص المسئولين جنائيا، وإن كان الطبيب هو الفاعل الرئيسي باعتباره هو صاحب الاختصاص للقيام بهذه العمليات، فلا يمكن انتزاع الأعضاء أو زرعها أو الإتجار بها لو لم يكن هناك طبيب مختص يقوم بهذا النوع من العمليات الجراحية على الشكل الصحيح والذي يتطلب معه التأكد من سلامة العضو البشري ويقوم بزرعه مع المحافظة على حياة كل من المتبرع والمريض، إلا أن المشرع لم يحدد الطبيب وترك المجال مفتوح ليشمل أي شخص تحصل على عضو بمقابل منفعة أو انتزع عضو دون الحصول على الموافقة، فقد يكون إلى جانبه أطباء آخرين و المساعدين الطبيين و الممرضين و المريض (المتلقي) أو أحد أفراد عائلته و تجار الأعضاء و أي شخص كان، لكن يلاحظ بأنها لم تشمل البائع والمتمثل في صاحب العضو(المتبرع)، وقد يكون الهدف من وراء ذلك هو أن المشرع يرى فيه أنه ضحية استغلال لفقره أو ضغط يمارس عليه من أصحاب المال أو عصابات الإتجار بالأعضاء، فمن غير الممكن معاقبته بل هو جدير بالحماية، لأن بيعه لعضو من أعضاءه وتعريض صحته وحياته للخطر خسارة لا تعوض بالمال.

- كما استنتجنا بأن المشرع وسع من دائرة التجريم لتشمل أيضا الأشخاص الذين لم يشاركوا بأفعال مباشرة لنقل ونزع الأعضاء، ليشمل الوسطاء والسماسرة وجرم أفعالهم بصفة مستقلة في حالة الإتجار بالأعضاء مقابل منفعة، فأفعالهم لها من الأهمية الكبيرة في هذا المجال، فهي توفر وتجذب الأشخاص المتبرعين بالأعضاء وتسهل الاتفاق وإبرام صفقات بيعها وحصول المرضى على الأعضاء.
- كما لاحظنا أن المشرع أخذ بالتجريم عن طريق الإحالة في قانون العقوبات في المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر 19 عند انتزاع الأعضاء دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وإن كان المشرع هنا لم يحدد التشريع الساري المفعول إلا أنه يفهم ضمنيا الإحالة إلى قانون الصحة، وهنا يأخذ على المشرع الجزائري المبالغ في الاعتماد على أسلوب الإحالة في التجريم والعقاب من قانون لآخر والذي يعطي معه تفسيرا واسعا للنص الجنائي، كما يتعارض مع مبدأ الشرعية الذي يستوجب أن يكون النص الجنائي يتميز بالوضوح والدقة في مسألة التجريم والعقاب. كما أن أسلوب الإحالة الذي أخذ به المشرع خلق نوع من التداخل وعدم الوضوح، فالإتجار بالأعضاء البشرية من دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في قانون العقوبات في المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 تشمل جزء كبير من الشروط المعاقب عليها في نفس الوقت بنص المادة 430 من قانون الصحة.
- حرص المشرع الجزائري على الوقاية من جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ومحاربتها من خلال سنه لقوانين تتماشى مع ما تتميز به هاته الجرائم من طابع السرية وسهولة الإخفاء وخطورتها الإجرامية، ما يصعب الكشف عنها، ومن هنا جاء تدخل المشرع الجزائري لتسهيل الكشف عنها، ولمحاولة الإسراع في الوصول إليها في الوقت المناسب من خلال الأخذ بالأعذار القانونية المعفية منها والمخففة بموجب المادة 303 مكرر 24، كما عاقب المشرع كل من علم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء ولم يبلغ عنها السلطات وتستر عن الجريمة حتى ولو كان ملزما بالسر بالمهني وفقا لنص المادة 303 مكرر 25. وتدخل أيضا لمواجهة خطورتها الاجرامية من خلال تشديد العقوبة لردع المجرمين عند توافر ظرف من الظروف المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 والمتمثلة وقوع الجريمة على قاصر أو شخص مصابا بإعاقة ذهنية، أو ارتكاب الجريمة من طرف أكثر من شخص أو ارتكبت بحمل السلاح أو التهديد باستعماله، أو ارتكبت من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية، كما حرص المشرع أيضا على عدم استفادة الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في قانون العقوبات وتطبيق إجراءات الفترة الأمنية من خلال حرمان الجاني من بعض التدابير الواردة في قانون تنظيم

السجون، وأقر المشرع الجزائري أيضا بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية وفقا لنص المادة 303 مكرر 26، فيسأل الشخص المعنوي عن جريمة الإتجار بالأعضاء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر.

- توصلنا إلى أن المشرع لم يكتف بالتجريم المنصوص عليه في قانون العقوبات، ولكي يتدارك النقص الحاصل في التجريم والعقاب على مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء، حرص في تعديله لقانون الصحة رقم 18-11 على تجريم مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية في المادة 430 والتي نصت على تجريم كل من يخالف أحكام القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها وأحال المعاقبة عليها لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20، ولقد جاء التجريم بصيغة الجمع ولتشمل كل الشروط والأحكام الخاصة بنقل وزرع الأعضاء حتى لا يتهرب المجرمون بحجة عدم النص على تجريم مخالفة شرط أو ضابط معين .

- كما تدارك المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 النقص الحاصل فيما يخص تجريم بعض الأفعال التي لم يعاقب عليها قانون العقوبات، والتي تشكل فعلا من الأفعال المخالفة للشروط والضوابط المنصوص عليها، فنصت المادة 431 على جريمة انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر أو عديمي الأهلية، كما تناولت المادة 433 تجريم القيام بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها، كما نص أيضا على تجريم أفعال الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة وفقا لنص المادة 432 للقضاء على إعلانات التبرع بالأعضاء والتي بدأت بالانتشار مع ظهور الانترنت وتطور مواقع التواصل الاجتماعي والتي أصبحت تمثل أرضية خصبة لتوفير الأعضاء البشرية والاتجار بها.

2- المقترحات:

ومن خلال دراستنا لموضوع المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، نتقدم بالمقترحات التالية:

- نقترح على المشرع الجزائري أن يتناول موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون مستقل بذاته، لتجنب الإحالة من قانون لآخر ولتسهيل عملية تنظيم هذا النوع من العمليات الجراحية والتي تمتاز بأنها ذات طابع خاص لكثرة الشروط والضوابط التنظيمية فيها، أسوة بالمشرع المصري فيتناول فيه كافة الأحكام المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ويتناول إلى جانبها أيضا الأحكام الجنائية من

جرائم وعقوبات الناتجة عن مخالفة تلك الشروط والضوابط التنظيمية والإتجار بها، عوضا من التقسيم الحاصل لنصوصه بين قانون الصحة وقانون العقوبات.

- نوصي المشرع الجزائري بالنص صراحة على منع نقل وزرع الأعضاء التناسلية والناقلة للصفات الوراثية كما فعلت جل القوانين العربية، المعاقبة عليه بعقوبات شديدة لما فيه من نتائج قد تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وخاصة مع انتشار ظواهر زواج المثليين وعمليات تغيير الجنس، حتى وإن استقر الرأي الفقهي والشرعي على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء التناسلية، وحتى إن برر بعض الفقهاء أن نقل الأعضاء التناسلية لا يعد ضرورة علاجية ويعد أيضا مخالفا للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه يجب على المشرع التدخل ليبدي موقفه ويضع حدا للجدل الفقهي.

- نقترح على المشرع الجزائري بأن يحذو حذو المشرع الفرنسي ويأخذ بحق العدول عن الرفض قبل الوفاة ويمكن الشخص من العدول عن الرفض في أي وقت كان قبل وفاته، حتى بإعلام أفراد عائلته، خاصة وأن العدول عن الرفض يؤكد نية الشخص الموافقة على التبرع بأعضائه وتزيد في الأعضاء القابلة للزرع لمعالجة أكبر عدد ممكن من المرضى، وهو ما ينتقد عليه فمن الضروري إعطاء الشخص الحق في العدول عن رفضه نزع أعضائه بعد وفاته، كما يمكن للمشرع تدارك الأمر والنص عليها في القرار الخاص بتنظيم كيفية التسجيل في سجل الرفض، أو في تعديل قانون الصحة.

- يجب على المشرع الجزائري تحديد موقفه من نزع أعضاء القاصر أو عديمي الأهلية المتوفين، وإن كان صمت المشرع لم يتبين منه قبوله لهذا النزع أو رفضه، فلا يمكن أن يفسر صمت المشرع الجزائري على أنه رفض بناء على نص المادة 361 في فقرتها الأولى والتي منعت نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من القصر أو عديمي الأهلية والتي جاءت عامة، إلا أنه يستشف منها أنها خاصة بالأحياء فقط، كما لا يمكن أن يفسر صمت القاصر حال حياته وعدم تعبيره عن الرفض بأنه قبول، ولهذا يجب على المشرع الجزائري أن يبين موقفه بشكل واضح وصريح لا يترك مجالا للشك، وإذا أجاز ذلك يجب أن يعطي الموافقة إلى الأبوين أو الممثل القاني لفاقد الأهلية وتكون الموافقة بالكتابة وبشكل صريح، على غرار المشرع الفرنسي والمغربي الذين أجازا صراحة نزع الأعضاء من القاصر أو عديم الأهلية الخاضعين للحماية القانونية بموافقة كتابية من الوالدين أو الممثل الشرعي، ومن رأيي الخاص يجب على المشرع الجزائري أن يجيز نزع الأعضاء من قاصر أو عديم الأهلية المتوفين، وأن يشترط الموافقة الكتابية من لهم سلطة عليهم الأبوين أو الممثل الشرعي، وذلك لتوفير الأعضاء من أجل الانتفاع بها للأطفال الذي بحاجة إليها لشفائهم من أمراض تعرض حياتهم للخطر.

- من الأجدر بالمشرع الجزائري التراجع عن التعديل الذي جاء به في قانون الصحة رقم 18-11 والذي قام من خلاله بإلغاء اللجنة الطبية المنصوص عليها في قانون 85-05 بالمادة 167 في فقرتها الثالثة والتي تتكون من ثلاث أطباء ومن بينهم طبيب شرعي والتي كانت تعطي بعض من الضمانات الواجب توافرها لإثبات الوفاة من أجل حماية الأشخاص من التلاعب بحياتهم من أجل الحصول على الأعضاء البشرية، وترك مسألة أثبات الوفاة لطبيب واحد فقط وحتى أنه لم يشترط فيه أن يكون طبيب مختص في الإنعاش أو طبيب شرعي، لأن مسألة تحديد الوفاة والتأكد منها من بين الأمور ذات أهمية كبيرة والتي أعطتها جل التشريعات مجموعة من الضمانات من بينها لجنة طبية ثلاثية أو ثنائية متكونة من أطباء مختصين التي توكل لها مهمة تحديد الوفاة، لأن الخطأ في تشخيص الوفاة يؤدي إلى إنهاء حياة إنسان، فقد يتعمد الطبيب بإعلان الوفاة من أجل الحصول على الأعضاء أو قد يخطأ في تحديد الوفاة، لأن تعدد الأطباء في حد ذاته ضمانة ضد الشكوك في مدى مصداقية قرار طبيب لمفرده.

- يجب على المشرع تدارك النقص حين تطرق إلى اشتراط أن لا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات الوفاة ضمن الفريق الذي يقوم بالزرع، لكنه أغفل التطرق إلى الفريق الطبي المكلف نزع العضو، وإن كان الطبيب الذي يقوم بالنزع هو الذي يعتبر محل شك والخوف من تواطئه لنزع العضو من شخص مازال على قيد الحياة، ففي الواقع العملي قد يكون الفريق الطبي الذي قام بنزع العضو غير الفريق الطبي الذي يقوم بالزرع، لتحقيق أكبر قدر من ضمانات عدم التواطؤ و الإتجار بالأعضاء البشرية، والسير على خطى المشرع الفرنسي والذي جعل الفريق الطبي الذي قام بتشخيص الوفاة يختلف على الفريق الطبي الذي يقوم بعملية نزع العضو أو زرعه وفقا للمادة 1232 – 4 من قانون الصحة العامة.

- يتعين على المشرع النص على إلزام الطبيب بتبصير " المريض " وإعلامه إعلاما مفصلا ودقيقا بكل المخاطر المؤكدة والمحتملة على المدى القريب والبعيد وتبصيره بالعلاج والتدابير الوقائية المقترحة وعواقبها ونتائجها المحتملة وكذلك البدائل في حالة رفض الجسم للعضو الجديد، كما فعل مع المتبرع لأن الخطر الذي قد يتعرض له المتبرع هو نفسه الذي قد يتعرض له المريض جراء العملية الجراحية وقد يكون أكثر في حالة رفض الجسم للعضو الأجنبي. كما أن المشرع استعمل جملة " الأخطار الطبية المحتملة " فهي لا تشمل العناصر التي يشملها التبصير الكامل للمريض، بل هي لا تعدو أن تكون إعلام المريض بالأخطار الطبية في التدخل الجراحي العادي أو التقليدي، فمعظم التشريعات أكدت على ضرورة الأخذ برضا المريض وأوجبت وضعه في شكل محدد كالكتابة لكي يتأكد أن الطبيب قام بتبصير كامل وواضح للمريض بمخاطر العملية والنتائج التي قد تترتب عليها في المدى القريب والبعيد، فالمشرع المصري ذهب

إلى أبعد من هذا فقد شدد بالنسبة إلى تبصير المريض وجعله في نفس المرتبة مع تبصير المتبرع، فنص على أن يكون التبصير بواسطة لجنة ثلاثية شفاهة وكتابة من خلال إحاطة المتبرع والمريض بنموذج كتابي للموافقة وعلى أن يتضمن هذا الإقرار إحاط تامة بعمليتي النزع والزرع ويتم إخطارهما بالمخاطر المحتملة على المدى القريب والبعيد والخاصة بكل عملية على حدة ويتم التوقيع على المحضر كل من المريض والمتبرع.

- وكان على المشرع الجزائري أيضا أن يسير في نفس السياق الذي أخذ به في تشديد العقوبة في جرائم الإتجار بالأشخاص، بالنسبة لظرف المتعلق بحالة المجني عليه في المادة 303 مكرر 4 في فقرتها الأخير، والتي نصت على أنه "... إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل "، ويلاحظ أن هذه المادة كانت شاملة لجميع حالات ضعف الأشخاص وعجزهم، على العكس من المادة 303 مكرر 20 الخاصة بالإتجار بالأعضاء والتي تضمنت حالتين فقط وهما القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية، ولم تضم أشخاصا آخرين جديرين بالحماية هم أيضا ككبار السن، وذوي الاحتياجات الخاصة.

- كما أن المشرع قام بالتمييز بين الأعضاء البشرية وبين الأنسجة والخلايا ومواد الجسم فقام بتجريم الإتجار بالأعضاء البشرية بمقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى بمادة مستقلة عن تجريم الإتجار بالأنسجة والخلايا ومواد جسم الإنسان مقابل منفعة مالية أيضا، ومن جهة نظرنا نرى بأن المشرع لم يوفق في استعمال المصطلحات والتي لم تكن مصطلحات متشابهة بالرغم من أنها نفس الجريمة تختف فقط في محلها والذي يشمل نفس الاعتداء وهو المتاجرة في عناصر جسم الإنسان، فاستعمل في نص المادة 303 مكرر 16 " كل من **يحصل** من شخص على عضو من أعضائه... "، ونرى أن كان مصطلح " الحصول " مصطلح شامل وينطوي على موافقة المانح للعضو، على عكس مصطلح " انتزاع " المستعمل في المادة 303 مكرر 18 " كل من قام **بانتزاع** أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص... "، ومصطلح الانتزاع هنا ينطوي على عدم موافقة المانح أي بدون رضا الضحية وتتشابه مع المادة 303 مكرر 19، إلا أنه في الواقع المادة تجرم على منح النسيج أو الخلايا بموافقة من المانح، وفي رأينا باعتبار أن الجريمتين متشابهتين تختلف فقط في محل الجريمة، فكان على المشرع استعمال نفس المصطلحات واستعمال مصطلح الحصول، والنص على 303 مكرر 18 "... كل من يحصل من شخص على أنسجة أو خلايا أو يجمع مواد من جسم شخص مقابل منفعة مالية أو لأية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها...."

- كما نلاحظ بأن المشرع لم يتناول الإتجار بالأعضاء البشرية للموتى بمقابل مالي أو منفعة مالية، وإن كان يمكن تصور الاتفاق على الحصول على العضو من الأعضاء الوحيدة والتي نزعها يؤدي الوفاة على أن يكون الاتفاق مع الجاني على منحه عضو بعد وفاته نظير مقابل مادي أو أية منفعة أخرى يستفيد منها أحد أقربائه أو ورثته، فهذه الحالة قد لا يمكن تصور حدوثها إلا أنها ممكنة الحدوث عندما يكون المريض الميئوس شفائه في حالة حرجة كالموت الرحيم أو الاتفاق مع أحد الأشخاص على الحصول على أعضاء قريبة المتوفى مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، وتبقى هذه حالة محل فراغ قانوني تستوجب من المشرع التدخل والنص على المعاقبة عليها.

- إن المشرع الجزائري عندما نص في المادة 303 مكرر 16 على "... كل من يحصل من شخص على عضو أعضائه..." يكون بذلك قد استثنى معاقبة الشخص المانح للعضو (المتبرع)، فإنه بذلك يشجع الأفراد على بيع أعضاءهم خارج الأطر والشروط القانونية مقابل منافع مالية، على هذا نقترح على المشرع الجزائري بالنص على عقوبة المتبرع، لكي لا يشجع على الإتجار بالأعضاء البشرية، فالمريض وإن خاطر بارتكاب جريمة الحصول على عضو مقابل منفعة من أجل تحقيق العلاج من الأمراض المستعصية والتي لا يرجى شفائها إلا بزرع العضو، فالمريض هنا يتشبث بالحياة وهو مستعد أن يبذل كل مجهود ممكن مادي لتحقيق الشفاء والمحافظة على حياته ولو بالخروج عن القانون، على العكس من ذلك فالمتبرع ببيعه لأعضائه لا يرجو من ذلك تحقيق الشفاء، بل الحصول على المال لصرف على ملذات الحياة، لذلك كان من باب أولى معاقبة الشخص الذي يمنح العضو والتشديد على عقوبته وتخفيف العقوبة على المريض.

- إن المشرع الجزائري قد نص على التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، أي التبليغ عن الجريمة التامة ولا يتضمن التبليغ عنها في مرحلة الشروع، مع أن التبليغ عن الشروع في الإتجار بالأعضاء أهم من التبليغ بعد قيام الجريمة بجميع أركانها، لأن الشروع في الجريمة بمجرد التبليغ عنه فورا قد تستطيع السلطات توقيف الجريمة قبل إتمامها وتعود بفائدة أكبر على الأشخاص والمجتمع. لذا وجب العلم المشرع الجزائري النص على التبليغ عن الشروع في جرائم الإتجار بالأعضاء من خلال إعادة صياغة المادة 303 مكرر 25 على النحو التالي " كل من يعلم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء **أو الشروع فيها**،... ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب... ".

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

أولا: المراجع باللغة العربية

أ- المؤلفات العامة:

1- ابن خدة رضا، محاولة في القانون الجنائي للشركات التجارية (تأصيل وتفصيل)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط – المغرب، 2010.

2- أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، الكتاب الأول: النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2007.

4- جمال محمود الحموي و أحمد عبد الرحيم عودة، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن 2004.

5- هشام مُحَمَّد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية، القاهرة.

6- مأمون مُحَمَّد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ج 3، سلامة للنشر والتوزيع، 2018.

7- مُحَمَّد حماد الهيتي، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2005.

8- مُحَمَّد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية – مصر، 2015.

9- مُحَمَّد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2005.

10- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 9، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة- مصر، 1974.

11- محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1986.

12- محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، نادي القضاة، القاهرة، 1984.

13- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.

14- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص"، ط 05، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2018.

15- مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط 1، مؤسسة نوفل، بيروت – لبنان، 1982.

16- نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2017.

17- سمير عالية، قانون العقوبات القسم العام، المسؤولية والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان.

18- عبد الحفيظ عبد الهادي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، مطبوعات جامعة نايف الأمنية، 2005.

19- عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام (الجريمة)، جـ 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

20- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم العام –، ج 2، الجزاء الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

21- عبد الرحمان خلفي، نظرة حديثة للسياسة الجنائية المقارنة (سلسلة أبحاث جنائية معمقة)، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018.

22- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

23- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، الكتاب الثاني، المسؤولية والجزاء، دون دار النشر، 1997.

24- صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الشرح والتعليق على قانون العقوبات (فقها وقضاء)، مجلد 1، الناشرون المتحدون، دار مصر، المكتب الثقافي، دار السماح، طبعة 2009.

25- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط 3، دار الفكر العربي، د د ن، 1966.

26- رضا فرج، شرح قانون العقوبات، الأحكام العامة للجريمة، ط 2، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1976.

ب- المؤلفات المتخصصة:

1- إبراهيم دراجي، الإتجار بالأعضاء البشرية، المنظمة الدولية للهجرة، سوريا، 2009.

2- إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

3- أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2008.

4- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الثاني: - جرائم الاعتداء على الأشخاص (وتشمل الجرائم المتعلقة بزراعة الأعضاء وجرائم إفشاء الأسرار) - جرائم الاعتداء على الأموال (السرقة، النصب، وما يلحق به)، ط 7، دار النهضة العربية- مصر، 2019.

5- أيمن سعيد شمسية، المسؤولية الجنائية الناشئة عن جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

6- أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية - مصر، 2008.

7- أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي وأحكام المسؤولية المدنية والجزائية والتأديبية، المكتب الجامعي الحديث - مصر، 2010.

8- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

9- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر (دراسة فقهية مقارنة بالقانون والشريعة الإسلامية)، ط 1، دار ناس للطباعة، القاهرة- مصر، 2015.

10- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،2003.

11- أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2014.

12- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2015.

13- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية . بين النظرية والتطبيق، ط 1، دار الإيمان، بيروت، 1984.

14- بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية، ط 1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.

15- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

16- جبيري ياسين، الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2015.

17- جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014.

18– دنيا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية لاستئصال وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

19– هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

20– حمدي مُحَمَّد محمود حسين، نقل وزراعة الأعضاء بين الإباحة والحظر، دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الإسلامي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة – مصر، 2016.

21– حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، عمان – الأردن، 2001.

22– طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

23– ماجد مُحَمَّد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن،2012.

24– مُحَمَّد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

25– مُحَمَّد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات (التجارب الطبية، جراحة الجميل، عمليات تحول الجنس، استقطاب الأعضاء ونقلها)، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، دون سنة نشر.

26– مُحَمَّد عبد اللطيف عبد العال، إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

27– مُحَمَّد صلاح الدين إبراهيم خليل، حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتحريم، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

28– محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وإنعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي، نقل الأعضاء البشرية، إجراء التجارب الطبية)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة،مصر،طبعة 2015.

29– محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2001.

30– محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية . مصر، 2004.

31– محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، ط1، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، 1999.

32– منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين – في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري –، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2011.

33– منذر الفضل، المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2012.

34– منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2002

35– مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة "، ج 1، الكتاب الثاني: التطبيقات العلمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار هومة، الجزائر،2003.

36– مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة "، ج 1، الكتاب الثالث: القوانين والقرارات والفتاوى والبيانات الصادرة في العالم العربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية، دار هومة، الجزائر، 2003.

37– نبيل العبيدي، أمنة السلطاني، مكافحة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة قانونية جنائية فقهية طبية)، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017.

38– نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية (بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، ط 1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية – مصر، 2008.

39– سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية،د ط، بيروت – لبنان، د س ن،.

40– سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة فقهية طبية قانونية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، دون سنة النشر.

41– عادل حامد بشير، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.

42– عادل عبد الحميد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية – من الناحيتين القانونية والشرعية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية– مصر، دون سنة نشر.

43– عبد الحليم مُحَمَّد منصور علي، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي (بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية – مصر، 2013.

44– عبد العزيز بن مُحَمَّد الصغير، نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة والقانون الوضعي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.

45– عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2009.

46– عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية " دراسة مقارنة "، مطبعة المدني، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 1976.

47– عبد الرحمان خلفي، نظرة حديثة للسياسة الجنائية المقارنة (سلسلة أبحاث جنائية معمقة)، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018.

48– علي مصباح ابراهيم، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج 1: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000.

49– عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2012.

50– عمر سالم، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وفقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

51– رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع المصري والمقارن، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

52– ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2013.

53– خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

ج– الرسائل العلمية:

- **– أطروحات الدكتوراه:**

1– أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2010.

2– بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 – بن يوسف بن خدة، 2015/2014.

3– بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2017– 2018.

4- بن عشي حسين، جرائم الأمتناع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة1، 2016/2015.

5- جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر01، 2016/2015

6- جبيري نجمة، الإتجار بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019.

7- داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

8- حمزة بن عقون، المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، 2018/2017.

9- طالب خيرة، جرائم الاتجار بالأشخاص والاعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2018/2017.

10- يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر 2014/ 2015.

11- مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو- الجزائر، 2016.

12- حمد صبحي مُحَّد نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

13- مُحَّد صلاح الدين مُحَّد محروس، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.

14– معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2015/2014.

15– سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري. تيزي وزو – الجزائر، 2018.

16– سمير أقرورو، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009-2010.

17– عبد المحي اسليم سلمان القراله، المسؤولية الجنائية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانونين الأردني والمصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2014.

18– عبد الملك صالح أحمد باعباد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام بعض الأساليب الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2014.

19– عبد القادر حسيني إبراهيم محفوظ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2007.

20– عياد فوزية، الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2018/2017.

21– عيساوي فاطمة، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو – الجزائر، 2019.

22– عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المؤسسات الإستشفائية العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2015-2016،

23– علاء مُحَمَّد شاكر سليمان، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2014.

24– عصام فريد عدوي، نطاق الشرعية الجنائية للتصرف في أعضاء الجسم البشري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1999.

25– قمراوي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران– الجزائر، 2012-2013.

- **– رسائل الماجستير:**

26–إبراهيم حسن عبد الرحيم مُحَمَّد الملا، نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003.

27–إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو – الجزائر، 2011

28–بن عاطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018.

29–برني نذير، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2012/2011.

30–بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية عند إجراء العمليات الجراحية في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2013-2014.

31– العلمي محمد، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية في الجرائم الاقتصادية في القانون الجنائي المغربي، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة مُحَمَّد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 91-1992.

32– مجدي فتحي حسين مصطفى نجم، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، معهد الدراسات العربية – قسم القانون–، جامعة الدول العربية، دون السنة.

33– موسى أحمد الشبلاق، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية في التشريع السوري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016.

34– محمود مُحَمَّد السيد الفقي، المسؤولية الجنائية لطبيب التخذير عن الأخطاء المهنية والمادية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2015.

35– فاطمة صالح الشمالي، المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان – الأردن، 2013.

36– غضبان نبيلة، المسؤولية الجنائية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو– الجزائر، 2009.

د– المقالات العلمية:

1– أوسعيد إيمان، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة بن باديس، مستغانم – الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2019/12/30.

2– أحمد مسعود فاطمة، الاتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري طبقا للقانون رقم 09-01، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حيبة بن بوعلي – الشلف، المجلد 04، العدد 01، 2018/09/23.

3– أحمد عمراني، زراعة الأعضاء وإشكالية تحديد لحظة الوفاة بين المقتضيات الطبية والقانونية والشرعية، المجلة الجزائرية للمخطوطات، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، المجلد 11، العدد 12، 2015/01/30.

4– المزدغي إدريس، بعض خصوصيات القانون الجنائي الفرنسي تشريعا واجتهاد، مجلة القضاء والقانون، السنة الثلاثون، العدد 145، الرباط – المغرب.

5– المُحَّدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 01/09، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف، المجلد 08، العدد 01، 2016/01/01.

6– أقلعي دريوش عبد القادر، المسؤولية الشخصية لممثل الشخص الاعتباري في التشريع المغربي، " الإشعاع " هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد 14، السنة 08، المغرب، جوان 1996.

7– بويزري سعيد، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو – الجزائر، المجلد 03، العدد 02، 2008/12/31.

8– بولقواس ابتسام، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار – الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2020.

9– بوقرين عبد الحليم، بوناصر إيمان، الموت الدماغي للإنسان والتصرف في أعضائه بين ضرورة طبية و إشكالات قانونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد بوضياف، المسيلة – الجزائر، المجلد 02، العدد 04، 2017/01/01.

10– بيبية بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 26، العدد 03، 2015/12/01.

11– بن خليفة إلهام، جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 04، العدد 01، 2013/01/01.

12– جمال الدين عنان، الفترة الأمنية (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية – الجزائر، المجلد 02، العدد 01، 2011/07/01.

13– دعاس حميدة، بوقطوشة وردة، مشكلة تحديد لحظة الوفاة وعلاقتها بالموت الدماغي، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، المجلد 31، العدد 05، 2017/12/31.

14– درياد مليكة، الإتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، المجلد 49، العدد 03، 2012/09/15.

15– زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة – الجزائر، المجلد 08، العدد 14، 2016/01/01.

16– زواني نادية، حدود التعامل بالأعضاء البشرية والمسؤولية المترتبة في حالة التجاوز، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 32، العدد 01، 2018/03/29.

17– حسين بن عشي، جريمة الامتناع عن إخبار السلطات في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، المجلد 02، العدد 03، 2015/09/05.

18– ياسين جبيري، ثابت دنيا زاد، الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة المعيار، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت – الجزائر، المجلد 10، العدد 04، 2019/12/04.

19– ليلى بعتاش، الإشكاليات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة– الجزائر، المجلد 01، العدد 02، 2012/12/10.

20– لنكار محمود، علي لعور سامية، الحماية الجنائية لحرمة الإتجار بالجسم البشري، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة – الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2017/06/29.

21– مُحَمَّد أحمد حلمي، الموت الشرعي والطبي والأحكام الفقهية المترتبة عليهما، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، جامعة الأزهر (فرع الإسكندرية)، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، المجلد 31، العدد 01، 2015.

22– مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 36، العدد 03، 1999/09/15.

23– مختاري عبد الجليل، النظام القانوني لاستئصال الأعضاء من جثث الموتى (دراسة مقارنة تحليلية)، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة – الجزائر، المجلد 03، العدد 02، تاريخ النشر 2017/06/01.

24– سليماني النحوي، تحديد لحظة الوفاة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة المعارف، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة – الجزائر، المجلد 13، العدد 02، 2018/12/31.

25– عبد الحكم مُحَمَّد عثماني، حول مسؤولية المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وحماية الغير حسن النية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول و الثاني، السنة 32، 1990.

26– عبد الحليم مُحَمَّد الشريف بن مشري، حسينة عبد الحميد شرون، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 02، ديسمبر 2016.

27– عبد الكريم مامون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو. الجزائر، عدد خاص2، 2008.

28– عبد النور تاديبرت، الأخطاء الطبية داخل المستشفيات الجزائرية بين القطاع العام والخاص، مجلة إسهامات للبحوث والدراسات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية، المجلد 02، العدد 02، 2017/12/31، ص 148 و150.

29– عبد الرحمن خلفي، المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مصر، المجلد 51، العدد 1، مارس 2008.

30– فرقاق امعمر، جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 05، العدد 02، 2013/07/01.

31– رحال عبد القادر، ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري (التبرع بالأعضاء والأنسجة بين الأحياء والوصية بها نموذجا)، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 31، العدد 05، 2017/12/31.

32– رمسيس بنهام، تقرير بخلاصة أعمال المؤتمر العالمي الثالث للقانون الطبي المنعقد ببلجيكا سنة 1973، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 1992.

33– توصيات جامعة القاهرة في شأن الأساليب الطبية الحديثة – نقل الأعضاء فيما بين الأحياء ومن جثث ميت والتلقيح الصناعي –، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع، أكتوبر 1996.

34– خواثرة سامية، حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة البدر، جامعة بشار – الجزائر، المجلد 11، العدد 02، 2018/03/23.

هـ- الموسوعات القانونية:

1- الجندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1976.

2- مجدي محمود محب حافظ، موسوعة العدالة في الدفوع الجنائية، ج 02 دارالعدالة، القاهرة 2008.

3- مُحَمَّد عزمي البكري، المجلد الثاني، موسوعة الفكر والقضاء في القانون المدني، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

4- مروك نصر الدين، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث، دار هومه، الجزائر، 2003.

و- المعاجم والقواميس:

- إبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا، القاموس القانوني (عربي - فرنسي) مكتبة لبنان، بيروت 1983.
- المنجد في اللغة والأعلام، ط 26، دار المشرق، بيروت لبنان، 1982.
- جمال الدين أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، المجلد 04، ج 33 دار المعارف، القاهرة – مصر.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

A – Ouvrages:

1- Abdelkader khadir, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Houma éditions, Alger, 2014.

2- Benoit Chabert et Pierre-Olivier Sur, Droit pénal général , Dalloz Paris , 1996.

3- Frédéric Jérôme Pencir , Droit pénal des affaires , que- Sais-je ? P.U.F,1992

4- Gaston Stefani, Georges Levasseur, BérnardBouloc , Droit Pénal Général , 20eme éd , Précis Dalloz , Paris , 2007.

5- Jaques-Henri Robert, Droit pénal général, P.U.F, Paris.

6- jean Larguier , Droit Pénal Général , 13iem éditions , Dalloz , Paris , 1991.

7- jean Pradel , droit pénal, introduction générale droit pénal général, 9eme éd ,cujas, paris ,1994.

8- Jean-François Goffin , Responsabilités des dirigeants de sociétés , 2eme éd , larcier, Bruxelle , 2004.

9- Rudolph Hidalgo , Guillaume Solomon , La responsabilités pénal des personnes morales , entreprise et responsabilité pénal ,L.G.D.J. , paris , 1994.

B- Articles :

1- Mohieddine Amzazi , Responsabilité pénal des sociétés en droit Marocain, in revue juridique politique et économique du Maroc , Faculté des sciences juridique économiques et sociales de rabat , université Mohamed v, N° 17 juin 1985.

C- Les Dictionnaires:

- Petit dictionnaire français, Larousse, imprimerie Larousse, hautes de seine, paris, ed 1972.

ثالثا: النصوص القانونية:

1- النصوص القانونية الجزائرية

I.الدستور:

-المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتضمن التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر العدد 76، الصادر في 08 ديسمبر

1996، معدل ومتمم، بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442، ج ر العدد 82 الصادر في 30 ديسمبر 2020. (المتضمن آخر تعديل دستوري للجمهورية الديمقراطية الشعبية)

II. الاتفاقيات الدولية:

- مرسوم رئاسي رقم 03 -417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، يتضمن المصادقة بتحفظ على البروتوكول منع وقمع الإتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال، ج ر العدد 56، الصادر 12 نوفمبر 2003.

III. النصوص القانونية والتنظيمية:

أ- النصوص القانونية

- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، معدل ومتمم، لا سيما بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009، ج ر العدد 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009.

- أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، معدل ومتمم، لا سيما بالقانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، ج ر العدد 20، الصادر بتاريخ 29 مارس 2017.

- أمر رقم 75 – 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

- أمر رقم 07 - 20، مؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية الجزائري، ج ر العدد 21، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08، مؤرخ في 09 أوت 2014، ج ر العدد 49، الصادر بتاريخ 20 أوت 2014.

- قانون رقم 85 – 05، مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر العدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، معدل ومتمم، لا سيما بالقانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 يوليو 1990، ج ر العدد 35، صادر بتاريخ 15 أوت 1990 (ملغى).

- قانون رقم 18 - 11، مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر العدد 46، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2018.

ب- المراسيم التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 12- 167 المؤرخ في 05 أفريل 2012، والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج ر العدد 22 سنة 2012.

- المرسوم التنفيذي رقم 92 – 276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر العدد 52، الصادر بتاريخ 1992/07/08.

- المرسوم التنفيذي رقم 07 – 321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007، والمتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر العدد 67، بتاريخ 24 أكتوبر 2007.

2- النصوص القانونية العربية

- القانون المصري رقم 103 لسنة 1962، يتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون، ج ر العدد 135، الصادر يتاريخ 16 يونيو 1962.

- القانون المصري رقم 5 لسنة 2010، مؤرخ في فبراير 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، ج ر العدد 9 مكرر، الصادر بتاريخ 6 مارس 2010.

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 93 لسنة 2011، باللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية

- القانون المغربي رقم 98. 16،مؤرخ في 25 أغسطس 1999، المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المغربي، ج ر رقم 4726، الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 1999. والمعدل والمتمم بالقانون رقم 06. 26، المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، ج ر رقم 5477 بتاريخ 27 نوفمبر 2006.

3- النصوص القانونية الفرنسية :

I. Textes Législatifs

- Loi française n 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. JORF du 23 décembre 1976.(loi abrogée).

- Loi française n 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal , JORF n 175 du 30 juillet 1994.

- Loi française n ° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité , JORF n ° 59 du 10 mars 2004.

- Loi n° 2004-800, du 06 août 2004, relative à la bioéthique, JORF du 07 août 2004.

II. Les Codes:

- Le code de la santé publique français, version consolidée au 26 mars 2022.

- Le code pénal français, version consolidée au 04 mars 2022.

ثالثا: الاحكام والقرارات القضائية:

- قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 118720 الصادر بتاريخ 1995/05/30 عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، المنشور بالمجلة القضائية، العدد 02، سنة 1996.

- قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 399828 الصادر بتاريخ 2008/01/23 عن الغرفة المدنية، القسم الأول، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2008.

- قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 209917 الصادر بتاريخ 2000/07/26 عن غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2002.

رابعا: المواقع الإلكترونية

- مبادئ منظمة الصحة العالمية بشأن زرع الخلايا والأنسجة والأعضاء البشرية،

apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB124/B124_15-ar.pdf

- Le Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997, disponible sur le lien:

https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf99

- Le protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la Biomédecine relative à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Strasbourg, 24-01-2002, disponible sur le lien:

https://rm.coe.int/168008156e

- La convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, Saint-Jacques-de-Compostelle, Espagne , 25 mars 2015, disponible sur le lien:

https://rm.coe.int/16802e7acd

فهرس المحتويات

العنـــوان	الصفحة
المقدمـة	**2-11**
الفصل التمهيدي **ماهية المسؤولية الجنائية والعمل الطبي**	12
المبحث الأول: ماهية المسؤولية الجنائية	15
المطلب الأول: تعريف المسؤولية الجنائية	16
المطلب الثاني: أساس المسؤولية الجنائية	19
الفرع الأول: مذهب الحرية	19
الفرع الثاني: مذهب الحتمية	20
الفرع الثالث: المذهب التوفيقي	21
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري اتجاه المسؤولية الجنائية	23
المبحث الثاني: ماهية جسم الإنسان وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	25
المطلب الأول: تعريف جسم الإنسان	26
المطلب الثاني: تعريف العضو البشري	29
الفرع الأول: تعريف العضو البشري لغتا وفقها	30
الفرع الثاني: التعريف القانوني للعضو البشري	32
أولا:تعريف العضو في التشريعات المقارنة	32
ثانيا: تعريف العضو في التشريع الجزائري	34
المطلب الثالث: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	36
الفرع الأول: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	36
الفرع الثاني: التطور التاريخي لأهم أنواع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	39
الفرع الثالث: تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن بعض التطبيقات الطبية	43
أولا: عمليات النقل الذاتي (الترقيع)	43
ثانيا: عمليات زرع الأعضاء الصناعية	44

ثالثا: التلقيح الاصطناعي	44
المبحث الثالث: العمل الطبي والأساس القانوني لإباحته	46
المطلب الأول: تعريف الأعمال الطبية	47
المطلب الثاني: مبررات إباحة الأعمال الطبية	48
الفرع الأول: رضا المريض	49
الفرع الثاني: انتفاء القصد الجنائي	50
الفرع الثالث: ترخيص القانون	52
الباب الأول **أحكام المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية**	56
الفصل الأول **مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية**	58
المبحث الاول: موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية	59
المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء البشرية	60
الفرع الأول: الرافضون لنقل وزرع الأعضاء البشرية	61
الفرع الثاني: المجيزون لنقل وزرع الأعضاء البشرية	64
المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من نقل وزرع الأعضاء البشرية	70
الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من نقل وزرع الأعضاء البشرية	71
الفرع الثاني: موقف المشرع المصري من نقل وزرع الأعضاء البشرية	74
أولا: قبل صدور القانون رقم 5 لسنة 2010	74
ثانيا: بعد صدور قانون رقم5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية	77
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نقل وزرع الأعضاء البشرية	78
أولا: القانون المتعلق بالصحة	79
1 – القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى)	79

2 – القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة	81
ثانيا: قانون العقوبات	82
المبحث الثاني: الأساس القانوني لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية	85
المطلب الأول: نظرية الضرورة	86
الفرع الأول: أساس نظرية الضرورة ودليلها	88
الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية الضرورة	90
المطلب الثاني: نظرية المصلحة الاجتماعية	92
الفرع الأول: أساس نظرية المصلحة الاجتماعية وأدلتها	94
الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية المصلحة الاجتماعية	95
المطلب الثالث: نظرية السبب المشروع	97
الفرع الأول: أساس نظرية السبب المشروع وأدلتها	98
الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية السبب المشروع	99
الفصل الثاني **الشروط والقيود القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء**	102
المبحث الأول: شروط نزع ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء	103
المطلب الأول: توافر حالة الضرورة كشرط لنزع ونقل الأعضاء البشرية	104
المطلب الثاني: الرضا كشرط لنزع ونقل الأعضاء البشرية	108
الفرع الأول: رضا المريض	110
أولا: رضا المريض وفقا للقواعد العامة	110
ثانيا: رضا المريض في مجال عمليات زرع الأعضاء	111
ثالثا: شكل رضا المريض	113
رابعا: خصائص رضا المريض	115
خامسا: أهلية المريض	121
الفرع الثاني: رضا المتبرع	124
أولا: شكل الرضا	124

ثانيا: خصائص الرضا	126
ثالثا: أهليه المتبرع بالأعضاء البشرية	129
المطلب الثالث: مجانية التبرع بالأعضاء البشرية	133
الفرع الأول: مضمون مجانية التبرع بالأعضاء البشرية	134
الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على مجانية التبرع بالأعضاء البشرية	137
المطلب الرابع: رابطة القرابة بين المتبرع والمريض	141
الفرع الأول: نقل وزرع الأعضاء بين الأقارب	142
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على صلة الأقارب	144
المبحث الثاني:القيود الطبية والإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	146
المطلب الأول: القيود الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية	147
الفرع الأول: المصلحة العلاجية	147
الفرع الثاني: المحافظة على الحالة الصحية للمتبرع والمريض وعدم نقل عضو حيوي	149
الفرع الثالث: توافق أنسجة المتبرع والمريض والتأكد من صلاحية العضو قبل الزرع	151
الفرع الرابع: حظر زرع الأعضاء البشرية الناقلة للصفات الوراثية	152
الفرع الخامس: المتابعة الطبية اللاحقة	155
المطلب الثاني: القيود الإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية	157
الفرع الأولى: الترخيص القانوني للمؤسسات الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية	157
الفرع الثاني: اللجان المسؤولية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية	161
أولا: الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء	162
ثانيا: لجنة الخبراء	164

الفصل الثالث: **ثبوت الموت وشروط نزع الأعضاء من الموتى**	168
المبحث الأول: ثبوت الموت	170
المطلب الأول: ماهية الموت	171
الفرع الأول: تعريف الموت ولحظة تحققه	172
الفرع الثاني: معايير تحديد لحظة الموت	175
أولا: المعيار التقليدي	175
ثانيا: المعيار الحديث	177
المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية حول طبيعة الموت	181
الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن تعريف الموت مسألة قانونية	181
الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن تعريف الموت مسألة طبية	182
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من تعريف الموت	184
الفرع الأول: موقف قانون الحالة المدنية	185
الفرع الثاني: موقف قانون الصحة	186
المبحث الثاني: شروط نزع الأعضاء من الموتى	189
المطلب الأول: التعبير عن رفض نزع العضو قبل الوفاة (الرضاء المفترض)	189
الفرع الأول: شكل التعبير عن الرفض	192
الفرع الثاني: عدم الأخذ بموافقة الأسرة في التبرع بالأعضاء	194
الفرع الثالث: أهلية المعبر عن رفض نزع الأعضاء قبل الوفاة	195
المطلب الثاني: الشروط الطبية والتنظيمية لنزع ونقل الأعضاء من المتوفين	197
الفرع الأول: الشروط الطبية المتعلقة بالطاقم الطبي	197
أولا: منع على الطبيب المعاين للوفاة من أن يكون ضمن الفريق الطبي القائم بالزرع	197
ثانيا: عدم جواز نزع أعضاء المتوفى إذا كان النزع يعرقل التشريح الطبي الشرعي	198

ثالثا: منع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع	198
رابعا: ضرورة إعلام أسرة المتبرع المتوفى بعمليات النزع التي تم القيام بها	199
خامسا:منع الممارسون لعمليات نزع أو زرع الأعضاء من تقاضي أجر عن العمليات	199
الفرع الثاني: الشروط التنظيمية لنقل وزرع الأعضاء البشرية	199
أولا: منح الأعضاء إلى المرضى المسجلين في قائمة الانتظار	200
ثانيا: إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية	201
الباب الثاني **النطاق والجرائم المتعلقة بالمسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية**	204
الفصل الأول **نطاق المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية**	207
المبحث الأول: المسؤولية الجنائية للطبيب عن الأعمال الطبية	209
المطلب الأول: المسؤولية الجنائية العمدية للطبيب	210
الفرع الأول: الركن المادي للجريمة الطبية العمدية	211
أولا: السلوك الإجرامي	212
ثانيا: النتيجة الإجرامية	212
ثالثا: العلاقة السببية	213
الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة الطبية العمدية	215
أولا: العلم	216
ثانيا: الإرادة	217
المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية غير العمدية للطبيب	219
الفرع الأول: الركن المادي للجريمة الطبية غير العمدية	220
أولا:الخطأ الطبي	220
1. تعريف الخطأ في القانون الجنائي	220
2. تعريف الخطأ الطبي	222

3. عناصر الخطأ الطبي	223
4. أنواع الخطأ الطبي	231
5. صور الخطأ	236
ثانيا: النتيجة الإجرامية	245
ثالثا: العلاقة السببية	246
الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة الطبية غير العمدية	248
المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي	249
المطلب الأول: شروط وأركان المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي	251
الفرع الأول: وجود النص القانوني لمتابعة الشخص المعنوي	252
الفرع الثاني: ارتكاب الجريمة من طرف أجهزة أو ممثلي الشخص المعنوي	254
أولا: المقصود بأجهزة وممثلي الشخص المعنوي	254
ثانيا: حكم تجاوز الممثل حدود سلطاته	257
الفرع الثالث: ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي	258
المطلب الثاني: ازدواج المسؤولية الجنائية	259
الفصل الثاني **الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**	263
المبحث الأول: الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات	265
المطلب الأول: جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية	266
الفرع الأول: جرائم تخلف شرط المجانية في التبرع بالأعضاء البشرية	268
أولا: النص القانوني	268
ثانيا: محل الجريمة	269
ثالثا: صفة الجاني	271
رابعا: الركن المادي	273
1 – السلوك الإجرامي	274
أ- فعل الحصول على عضو بشري مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى	274

ب- فعل إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى	275
ج- أفعال التوسط للحصول على عضو أو نسيج أو خلايا بشرية أو جمع مواد من جسم شخص	276
د- المقابل أو المنفعة	277
2 – النتيجة الإجرامية	278
3- العلاقة السببية	278
خامسا: العقوبة الأصلية للجريمة	278
الفرع الثاني: جرائم تخلف شرط الموافقة المطابقة للشروط المنصوص عليها	280
أولا: النص القانوني	281
ثانيا: محل الجريمة	282
ثالثا: صفة الجاني	283
رابعا: الركن المادي	284
1- مجال تطبيق شرط موافقة المتبرع في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية لدى المشرع الجزائري	284
2- السلوك الإجرامي	285
أ- انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع المواد من إنسان حي دون موافقة صاحبه	285
ب-انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع المواد من إنسان ميت	287
3- النتيجة الإجرامية	289
4- العلاقة السببية	290
خامسا: العقوبة الأصلية للجريمة	290
الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية	292
أولا: العلم	293
ثانيا: الإرادة	294

المطلب الثاني: الأحكام المشتركة	295
الفرع الأول: عقوبة الجريمة في الظروف المشددة	296
أولا: الظروف المشددة في جريمة الإتجار بالأعضاء	296
ثانيا: تشديد العقوبة في الجرائم الماسة بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان	299
ثالثا: تشديد العقوبة في الجرائم الماسة بالعضو البشري	300
الفرع الثاني: الفترة الأمنية	301
الفرع الثالث: الظروف المخففة للعقوبة والأعذار القانونية	302
أولا: الظروف المخففة	302
ثانيا: الأعذار القانونية	303
الفرع الرابع: عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية	305
أولا: صفة الجاني	306
ثانيا: الركن المادي	306
1- العلم بوقوع جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية	307
2- الامتناع عن تبليغ السلطات المختصة	308
ثالثا: الركن المعنوي	309
رابعا: العقوبة	310
الفرع الخامس: العقوبات التكميلية	311
أولا: تطبيق العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالمادة 9 من قانون العقوبات	311
ثانيا: المنع من الإقامة في التراب الوطني للأجنبي	312
ثالثا: مصادرة الوسائل المستعملة في الجريمة والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة	313
الفرع السادس: العقوبة المطبقة على الشخص المعنوي	314
أولا: العقوبة الأصلية	315
ثانيا: العقوبات التكميلية	316

المبحث الثاني: الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11	319
المطلب الأول: جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر أو عديمي الأهلية	320
الفرع الأول: الركن المادي	321
أولا: محل الجريمة	321
ثانيا: صفة الجاني	322
ثالثا: السلوك المجرم	322
رابعا: النتيجة والعلاقة السببية	322
الفرع الثاني: الركن المعنوي	323
الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجريمة	323
أولا: العقوبة الأصلية	323
ثانيا: العقوبة التكميلية	324
المطلب الثاني: جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة	325
الفرع الأول: الركن المادي	326
أولا: محل الجريمة	327
ثانيا: صفة الجاني	328
ثالثا: السلوك الإجرامي	328
رابعا: النتيجة والعلاقة السببية	330
الفرع الثاني: الركن المعنوي	330
أولا: القصد الجنائي العام	331
ثانيا: القصد الجنائي الخاص	331
الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجريمة	332
أولا: العقوبة الأصلية	332
ثانيا: العقوبة التكميلية	332

المطلب الثالث: جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها	333
الفرع الأول: الركن المادي	335
أولا: محل الجريمة	335
ثانيا: صفة الجاني	336
ثالثا: السلوك الإجرامي	336
رابعا: النتيجة والعلاقة السببية	338
الفرع الثاني:الركن المعنوي	338
الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجريمة	339
أولا: العقوبة الأصلية	339
ثانيا: العقوبة التكميلية	339
المطلب الرابع:عقوبة الشخص المعنوي المنصوص عليها في قانون الصحة.	340
الفرع الأول: العقوبات الأصلية	341
الفرع الثاني: العقوبات التكميلية	342
الخاتمة	345
قائمة المراجع والمصادر	355
فهرس المحتويات	378

المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)

Criminal Liability and Organ Transplantation in Algerian Law(A Comparative Study).

ملخص:

أدى نجاح وتطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ظهور جرائم الاتجار بها لما تدره من أرباح طائلة تتحكم فيها عصابات دولية منظمة، فقام المشرع الجزائري بمكافحتها بإصدار قانون الصحة 18 -11 الذي شدد ضوابطها وجرم بعض أفعالا لم يجرمها قانون العقوبات 09-01 كجريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء ونزع أو زرع الأعضاء في مؤسسة غير مرخصة، ورتب على مخالفتها المسؤولية الجنائية. ويهدف هذا البحث إلى دراسة مدى فعالية نظام المسؤولية الجنائية في هذا التشريع وتعريف العمل الطبي وكل من له علاقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بمسؤولياتهم الجنائية حتى يتمكنوا من مواجهتها والتعامل معها ببساطة وسهولة باعتبارها من مخاطر المهنة العادية، مما يزرع فيهم روح المبادرة وحرية العمل واتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب وفقا للقواعد التي يقررها القانون وأعراف المهنة.

فالأصل في عمليات نقل وزرع الأعضاء هو التحريم والتجريم، والاستثناء الإباحة إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض، وتطبيق نفس العقوبة على جريمة انتزاع الأعضاء من الإنسان الحي على انتزاعها من الإنسان الميت، وامتداد التجريم إلى الوسطاء والسماسرة، بتجريم مستقل عن جريمة الاتجار بالأعضاء لما له من خطورة في باستدراج المتبرعين وتسهيل اتفاقهم على بيع أعضائهم للراغبين في الحصول على هذه الأعضاء.

Abstract:

The increasing success and evolution of organ transplantation caused trafficking by international crime organization to skyrocket due to the immense profits associated with it. Algerian legislators sought to fight back via Health Law 18-11, which tightened restrictions as compared to Criminal Law 09-01; such as the crime of publicizing organ donations and removing or transplanting organs in unauthorized institutions—labelled felonies. Our work seeks to examine the efficiency of the felon's responsibility system in this legal text, and to raise the awareness of doctors and anyone involved in organ transplantation. All so that they may be able to handle such matters as occupational hazards, thereby instilling in them the spirit of freedom in their work and good decision-making.

Religiously speaking, organ transplantation is forbidden unless it is the only way to save human life; organ extraction is punished—be it on the living or the dead. This criminalization extends to brokers and middlemen on a level that is separate from trafficking itself due to the dangers that luring and facilitating the process can cause.