جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المسؤولية الجنائية للطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم: القانون الخاص / تخصص: القانون الخاص و العلوم الجنائية

من إعداد الطالبين:

– خيرون كمال

– مشرافي صوفيان

تحت إشراف الأستاذ

– عبد الرحمان خلفي

لجنة المناقشة

- أ. رابح نادية، أستاذة محاضرة بجامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-.....رئيسا.
- أ. عبد الرحمان خلفي، أستاذ محاضر بجامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-....مشرفا و مقررا.
- أ. شنين صالح، أستاذ محاضر بجامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-.....ممتحنا.

السنة الجامعية 2013/2012

بسم الله الرحمان الرحيم

"...و ما توفيقي إلاّ بالله عليه توكّلت و إليه أنيب"

(سورة هود الآية.88.)

يقول العماد الأصفهاني:

"لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا و قال في غده: لو غُيّر هذا لكان أحسن، و لو زيد هذا لكان يُستحسن، و لو قدّم هذا لكان أفضل، و لو ترك هذا لكان أجمل، و هذا من أعظم العبر، و دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

وقد عشنا في كتابة هذه المذكرة معنى هذه العبارة، إذ غيرنا الكثير، وحذفنا... و زدنا، حتى استقر على هذا النحو الذي نرجو أن يكون مقبولا للمناقشة من اللجنة الموّقرة.

كلمة شكر و تقدير

الحمد لله الذي أعاننا على القصد، و رزقنا من العلم ما لم نعلم و أمدنا بالعزيمة و الإرادة لانجاز هذا العمل المتواضع.

كل الشكر للأستاذ الفاضل الدكتور عبد الرحمان خلفي، الذي مدّ لنا يد العون بكل سخاء، دون أن يبخل علينا بما كان في وسعه تقديمه، فكان نعم المرشد و الموجه حفظه الله و سدد خطاه.

و لا يفوتنا أن نشكر كل من مرزوق فريد قاضي محكمة المسيلة و كذا الطبيب حمومراوي نذير على حسن التوجيه كل في اختصاصه.

إهـــــداء

إلى أعزّ الناس الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى الإخوة و الأخوات

إلى كل الأهل و الأقارب

إلى رفقاء الدرب طيلة سنين الدراسة

إلى جميع أساتذتي في كل مراحل التعليم

إلى كل من يحمله القلب و لم يكتبه القلم

. . . .

إليهم جميعا نهدي ثمرة جهدنا المتواضع

- كمال

- صوفيان

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

- ج. جزء.
- ج.ر.ج.ج. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- د/ الدكتور
- د.ب.ن. دون بلد النشر.
- دج دينار جزائري.
- د.س.ن. دون سنة النشر.
- د.ط. دون طبعة
- ص. صفحة.
- ص.ص. من الصفحة ... إلى الصفحة...
- ق.إ.ج.ج. القانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- ق.ح.ص.ت. قانون حماية الصحة و ترقيتها.
- ق.ع.ج. القانون العقوبات الجزائري.
- ق.م.ج. القانون المدني الجزائري.
- ك. كتاب.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- éd: Edition.
- N°: Numéro.
- Op-cit: Opus citatum une locution latine qui signifie « Ouvrage précédemment cité ».
- P: Page.

مقـــدمة

خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان و كرمه و فضله على كثير من مخلوقاته، حيث قال الحق تعالى: "**و لقد كرمنا بني ادم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا**"[1]. إذ اعتبر الخالق عز و جل الإنسان خليفته في الأرض لقوله: "**و إذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها و يسفك الدماء و نحن نسبح بحمدك و نقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون**"[2]، كما أمر سبحانه و تعالى بالمحافظة على النفس البشرية و حرم قتلها إلا بالحق، و نجد أيضا في السنة المطهرة أن الرسول صلوات الله عليه يحثنا على المحافظة على الحياة الإنسانية و الاهتمام بالصحة و حمايتها من مخاطر الأوبئة و الأمراض، و قد شرع التداوي و ذلك في قوله: "**أن الله عز وجل لم ينزل داء إلا و أنزل له دواء، فتداووا ولا تداووا بحرام**"[3].

من هنا يتبين لنا و بوضوح أن سلامة الإنسان جسدا و روحا هي من الأهداف النبيلة و العليا التي تسعى الشريعة الإسلامية الغراء إلى تحقيقها، و هذا قبل أن تنادي بها التشريعات الوضعية.

و تقتضي المحافظة على سلامة الجسد و الحياة الإنسانية تحريم المساس بها بشتى ضروب الاعتداء كالجرح و الضرب أو القتل، وقد جرمت التشريعات الوضعية فعل التعرض للجسم البشري و الاعتداء عليه، غير أن الضرورة في بعض الحالات قد تقتضي التعامل مع الكيان المادي للإنسان عن الأفعال السابقة.

---

[1] سورة الإسراء، الآية (70).

[2] سورة البقرة، الآية (30).

[3] حديث شريف، رواه أبو داود و الترمذي و ابن ماجة و أخرجه النسائي.

فالطبيب يمارس أفعالا تعتبر جرائم إذا مارسها غيره، إذ يتعرض لجسم المريض ويصيبه بجروح و يسبب له ألام نتيجة العمليات الجراحية التي يجريها له، و إن كان هنا أساس لشرعية المساس بجسم الإنسان المريض في هذه الحالة و هو غرض العلاج ، إلا أنه قد يصل تدخل الطبيب إلى أوسع من ذلك أي إلى درجة المساس بجسم شخص سليم تقدم إلى الطبيب ليس لغرض العلاج، و هو ما يعتبر وليد التطور العلمي الذي عرفه الطب الحديث و المتمثل في استئصال أعضاء بشرية من أشخص أحياء، أو من جثث الموتى قصد زرعها في جسم مريض؛ إذ لا يوجد عضو أو نسيج إلا و قد تم إيجاد سبيل لنقله[1].

يشكل حداثة موضوع المسؤولية الجنائية للطبيب لدى قيامه بعمليات نقل و زرع الأعضاء مصدر اهتمام الكثير من رجال الفقه و القانون و حتى عامة الناس، يقابله في ذلك قلة دراسة و تحليل، ناهيك عن المشاكل القانونية التي يثيرها هذا الموضوع، كلها عوامل و ظروف أسهمت في اختيارنا دراسة هذا الموضوع.

إن المسؤولية الطبية و الخطأ الطبي من المواضيع التي لازمت مهنة الطب و لكن المستحدث في الماضي القريب هي المسؤولية الجنائية الطبية، بعدما كانت لا تعدو أن تكون مسؤولية مدنية و انضباطية، وهذا تناسق منطقي لابد منه بين الانجازات العلمية بوجه عام و نقل و زرع الأعضاء البشرية بوجه خاص، بكل الخطورة و الحساسية التي تحملها هذه العمليات و بين توسع نطاق مسؤولية الطبيب من جهة أخرى.

و لقد حاول المشرع الجزائري بسط تحكمه في هذا الموضوع كغيره من التشريعات العربية و الغربية، و لكن استعصي الأمر عليه في التوفيق بين مصلحتين، الأولى منها هي حماية المريض من مختلف أشكال الاعتداء و ضمان سلامته و سلامة أعضاء جسمه في سبيل إضفاء نوع من الثقة و الطمأنينة في نفسه، فالشخص المانح و المتلقي قد سلم جسمه

---

[1] نبيلة غضبان، المسؤولية الجنائية للطبيب؛ مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص.7.

ليس فقط إلى الطبيب المعالج و إنما إلى القانون الذي يحمي الحقوق و يقر الضوابط التي من شأنها المحافظة على سلامة الإنسان الجسدية.

أما ثاني المصالح التي يبتغيها المشرع فهي توفير جو قانوني ملائم يعمل فيه الطبيب، يسود فيه الأمان و عدم الشعور بالخوف لأن دور القانون ليس تعطيل عجلة الطبابة و إنما تنظيم السير الحسن لمهنة الطب من خلال وضع منظومة قانونية شاملة، و عدم ترك أي فراغ قانوني فيها.

و نحن نرى بدورنا أن مصلحة الطبيب من جهة و مصلحة متلقي و مانح العضو من جهة أخرى، مصلحتان متكاملتان غير متعارضتان، وقعت على المشرع مسؤولية حماية المصلحتين معا.

ومن كل ما سبق يتبادر إلينا هذا التساؤل: على أيّ أساس يمكن مساءلة الطبيب الجراح جنائيا في حال قيامه باستئصال عضو من شخص حي أو من جثة ميت قصد زرعه في جسد شخص آخر لغرض العلاج؟

و للإجابة على هذا السؤال، وجب علينا إتباع المنهج الاستقرائي فرضه موضوع الحال في سبيل إحاطة و مقاربة الموضوع من كل جوانبه، مستخدمين في ذلك التحليل كأداة من أدوات المنهج الاستقرائي و ذلك ببيان موقف الفقه و دراسة النصوص القانونية دراسة نقدية، وكما استعنّا بالمنهج المقارن لإثراء الموضوع بما قضت به التشريعات الأخرى في هذا الصدد.

لذا قمنا في الفصل الأول بالبحث عن الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و تبيان مشروعية التعامل فيها بين ما أقرّه الشرع و القانون، لننتقل بعدها لدراسة موجبات صحة نقل و زرع الأعضاء تبعا لمصدر العضو المستأصل؛ نقل العضو من جسم شخص حيّ كمبحث أول، و نقل الأعضاء من الموتى كمبحث ثاني، في حين ارتأينا في الفصل الثاني إلى تحديد مسؤولية الطبيب الجنائية، و القائمة على مخالفة قواعد القانون العام كمبحث أول مع التركيز على أركان المسؤولية الجنائية و جزاء قيامها في حق

الطبيب، أما في المبحث الثاني فقد فصّلنا في ضوابط نقل و زرع الأعضاء وفقا لما يلقى على عاتق الطبيب من التزام، من خلال التركيز على شروط قيام المسؤولية الطبية الجنائية و تعداد أعمال يصدق عليها القول أنها أعمال إجرامية توقع الطبيب في المحظور، بمجرد مخالفته لها.

الفصل الأول

الإطار القانوني لعمليات

نقل و زرع الأعضاء البشرية

لقد عرف النصف الثاني من القرن الماضي تطور العلوم الطبية تطورا ملحوظا، وصل إلى درجة الانفجار العلمي، بحيث أنعم الباحثون على البشرية باستحداث العديد من الموضوعات لم يسبق أن تطرقوا إليها، من بينها نقل عضو من أعضاء جسم الإنسان و زرعه في جسم آخر مريض، قد يئس الأطباء من علاجه بالوسائل التقليدية.

و باعتبار عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية من الممارسات الطبية المستحدثة و التي تمس بأعضاء الشخص–المعطي–سواء كان حيا أو بحرمة جثته ميتا، فقد أثارت اختلافات بين رجال الدين، رجال القانون و القائمون على هذه العملية–الأطباء–حول دوافع إجراء هذه العملية و كذا مسألة مشروعيتها من عدمه، سواء كان مصدر العضو شخص على قيد الحياة أو من جثة الميت.

لهذا ارتأينا الدراسة في فصلنا هذا نقل و زرع الأعضاء، في منظور الشريعة و القانون الوضعي من حيث مصدر العضو محل النقل، أي نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (المبحث الأول)، و نقل الأعضاء من الموتى نحو الأحياء (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إن عملية نقل عضو بشري من شخص حيّ تعتبر من بين أكثر المسائل تعقيدا من الناحية القانونية و الشرعية، كون أنه من حق الفرد الاحتفاظ بكل جزيئات جسمه، و يشكل المساس بها إعتداء على حقه في سلامة جسده أيا كان هذا الاعتداء و درجته [1]، سواء كان مجرد وخز خفيف أو خدش، أو جسيم كبتر أحد أعضاء الجسم سواء كان عضو خارجي

[1] عادل يحيى، الحماية الجنائية للحق في الصحة، بين النظرية و التطبيق، د.ط.؛ دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص.57.

أو داخلي، هذا من جهة [1].

و من جهة أخرى لما لهذه العملية من تعارض المصالح بين الشخص المعطي و المستفيد من العضو، فليس من الجائز تعريض شخص سليم لعاهات هو في غنى عنها –المعطي–، قصد علاج شخص أخر مريض أصلا–المستفيد–.

على هذا الأساس نجد اختلاف في آراء رجال الدين، في ظل غياب حكم شرعي صريح بالإباحة أو الحظر، و هذا ما سنوضحه في (المطلب الأول) أحكام الشرائع السماوية من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ثم التطرق في (المطلب الثاني) إلى أساس مشروعية نقل الأعضاء في القانون الجزائري، و هذا في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي، ثم في ظل قانون حماية الصحة و ترقيتها، و ندرس في (المطلب الثالث) موقف القانون المقارن من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

المطلب الأول

أحكام الشرائع السماوية من نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إنّ مسألة نقل و زرع الأعضاء البشرية من مسائل العصر، لم يأت عليها حكم صريح بالإجازة ولا بالحضر في أيّ ديانة سماوية، هذا ما فتح المجال لتعارض الآراء فيها من ديانة و أخرى، و حتى في الديانة الواحدة نفسها [2].

---

[1] عادل يحيى، المرجع السابق، ص.58.

[2] نصر الدين مروك، نقل و زرع الأعضاء البشرية، ج.1، ك.2، التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية؛ دار هومة، الجزائر، 2003، ص.317.

لتفصيل أكثر قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع نتناول فيهما على الترتيب، حكم الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) و الديانات الأخرى؛ اليهودية و المسيحية، من هذه العملية (الفرع الثاني).

و إذا كان هناك ترجيح لاجتهاد دون أخر و الذي سنتناوله في (الفرع الثالث)، فلأنه يتماشى مع الحق، و فيه مصلحة للمجتمع عامة و للفرد خاصة.

الفرع الأول: أحكام الشريعة الإسلامية من عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إن عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، من القضايا التي أثارت جدال بين العلماء المسلمين في مختلف المحافل العلمية و مجامع الفقه، و تناولها أهل العلم بالدراسة و التحليل. و الذي يعنينا بالدراسة هنا هو محاولة التعرف على الحكم الشرعي و هذا من خلال الرجوع إلي الفتاوى و مقالات علماء المسلمين و تفسيراتهم، و أخذ موقف الحياد في الدراسة.

و للعلماء و المجامع الفقهية أراء تختلف بين مبيح و مانع، و لكل منهم أدلة يستند إليها. و قبل الخوض في هذه الآراء المتعارضة، فقد أجمعوا على:

– عدم جواز نقل الخصية أو أنبوب التبويض لدى الأنثى، لأنهما يحملان عناصر وراثية و هذا ما يؤدي إلى خلط الأنساب الذي حرمه الشرع.

– عدم جواز النقل من الأحياء، الأعضاء التي تؤدي إلى موتهم بمجرد نزعها، و هي الأعضاء المفردة مثل القلب، الكبد[1].

[1] محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، د.ط.؛ دار النهضة العربية، مصر، ص.37.

– عدم جواز أخذ المقابل عن الأعضاء المستأصلة، بحيث يجب أن يكون ذلك على سبيل التبرع المحض [1].

– جواز أخذ الأعضاء البشرية من غير مسلم أو إعطاء لغير مسلم، و ذلك لأن الأعضاء لا تكفر و لا تسلم [2].

أولا: القائلون بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية

لقد استدل مانعوا [3] نقل الأعضاء البشرية من الأحياء لزرعهما في جسم إنسان مريض على:

– قوله تعالى في سورة النساء عن إبليس الذي لعنه "**و لأمرنّهم فليغيّرنّ خلق اللّه**"[4]، و تغيير خلق الله الذي تشمله هذه الآية هي عملية نقل الأعضاء كالقلب، العين والكبد...الخ.

– و قوله تعالى في سورة البقرة "**و لا تلقوا بأيديكم إلى التّهلكة**"[5]، و هذه الآية تدعوا إلى تحريم إلقاء النفس في مظان التهلكة بتلف، و ذلك بنزع من البدن جزء لزرعه في الغير، و الذي يؤدي لا محالة و لو في المستقبل البعيد إلى إضعاف في جسم المتبرع.

– و قد نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عن وصل شعر الآدمي من أجل التداوي، فعن عائشة رضي الله عنها "أن جارية من الأنصار تزوجت فمرضت فتمرط شعرها، و أرادوا أن يصلوه فسئل النبي عن ذلك فلعن الواصلة و المستوصلة". و عليه فمن أصيب بمرض فقد بسببه عضوا من أعضائه، ليس له أن يكمل هذا النقص بعضو أو جزء من شخص أخر، لأنه تغيير لخلق الله، و تصرف الإنسان فيما لا يملك.

---

(1) محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص.37.

(2) إيهاب مصطفى عبد الغاني ،الوجيز في نقل و زراعة الأعضاء، د.ط.؛ دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص.139.

(3) الشيخ محمد متولي الشعراوي، نقل عن: سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية: بين الشرع و القانون، د.ط.؛ مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999، ص.93.

(4) سورة النساء، الآية رقم (119).

(5) سورة البقرة، الآية رقم (195).

– الجسد الآدمي حيا أو ميتا من حقوق الله الخالصة، و لما كان كذلك لا يمكن لأحد التصرف فيه ببيع، شراء، هبة أو تبرع [1].

ثانيا: القائلون بجواز التبرع بالأعضاء البشرية

يقول أصحاب هذا الرأي [2] بجواز نقل الأعضاء البشرية من الأحياء، فموقفهم هذا منبثق من أحكام قرآنية و كذا من السنة المطهرة و هذا ما سنقوم باستعراضه في:

– قوله تعالى "**فمن اضطرّ غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رّحيم**"[3].

– احتج أيضا المبيحون لنقل الأعضاء بالنصوص الدالّة على الإيثار كقوله تعالى: "**و يؤثرون على أنفسهم و لو كان بهم خصاصة**"[4].

– الاستدلال بأن المشقة تجلب التيسير و دين الله يسر و ليس عسر، و بالأدلة الرافضة للحرج لقوله تعالى: "**يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر**"[5]، و قوله "**و ما جعل عليكم في الدّين من حرج**"[6].

– التبرع بالأعضاء من قبيل التعاون على البر و التقوى، و هذا في قوله تعالى: " **وتعاونوا على البرّ و التّقوى**"[7].

---

(1) محمد بن يحي النحيمي، مكافحة الاتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية، د.ط.؛ مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2005، ص.278.

(2) فتوى الشيخ جاد الحق، فتوى الشيخ حسن مأمون، قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، نقل عن: سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.98.

(3) سورة البقرة، الآية رقم (173).

(4) سورة الحشر، الآية رقم (09).

(5) سورة البقرة، الآية رقم (185).

(6) سورة الحج،الآية رقم (78).

(7) سورة المائدة، الآية رقم (02).

– الأعمال بالنيّات و الأمور بمقاصدها، و عليه فيجب النظر إلى عملية التبرع بعضو من زاوية أنه تضحية و إيثار يسموا على المصالح المادية الرخيصة، فلا يقدم غالبا على هذا العمل إلا من غلب عليه باعث الرحمة و الشفقة و غلاء معزة المريض، من ناحية القائم و المشترك بهذه العملية فإنهم يقصدون الإصلاح و الخير، ليس الاعتداء على تكامل الجسد [1].

– الإجازة أيضا كانت في قول الرسول صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة قال: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"[2].

الفرع الثاني: حكم الديانات الأخرى من استقطاع الأعضاء من الأحياء

لا يختلف حال الديانة المسيحية و اليهودية عن الديانة الإسلامية سوى في الحجج، سنخصها بالدراسة في هذا الفرع المسيحية، و تبيان أحكامهم فيما يخص عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

أولا: حكم الديانة المسيحية

انقسم الرأي عند الآباء المسيحيين، فقال بعضهم بتحريم نقل الأعضاء البشرية، لأن الإنسان هي صورة الله في الأرض فحرم المساس بها، و هذا ما جاء في إنجيل سفر التكوين "و قال الله تعالى نعمل الإنسان على صورتنا تشبهنا فيتسلطون على سمك البحر و على طير السماء و على البهائم و على كل الأرض و على جميع الدابات التي تدب على الأرض، فخلق الله الإنسان على صورته ذكر و أنثى خلقهم"[3].

---

[1] محمد بن يحيى النحيمي، المرجع السابق، ص.271.

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري؛ مكتبة دار السلام، السعودية، 1999، كتاب الطب.

[3] إنجيل سفر التكوين، الآيات رقم (01، 26، 27). نقل عن: مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.317.

على أساس ما ذكر في آيات سفر التكوين، فإن الإنسان منتفع بالجسم فقط و ليس له عليه حق و المنتفع لا يجوز له التصرف في الجسم، بل يجب عليه أن يحافظ عليه بالصورة التي تلقاها من الله.

و المذهب الأرثوذوكسي هو الأكثر تحفظا في هذا الشأن، فسواء كان الشخص حيا أو ميتا فإنه يبقى كتلة واحدة لا تتجزأ جسدا و روحا [1].

و لكن تحت تأثير التقدم العلمي الذي عرفه الطب في الآونة الأخيرة خاصة في مجال نقل الأعضاء، أعلن رجال اللاهوت عن مشروعية التنازل عن الأعضاء البشرية من شخص على قيد الحياة لنقلها لشخص آخر قصد علاجه.

ثانيا: أحكام الديانة اليهودية

في الديانة اليهودية أيضا انقسم الرأي عند رهاب اليهود: فمنهم من حرم نقل الأعضاء البشرية و هذا راجع إلى تكريم الله للإنسان بحيث خلقه على صورته، و لهذا تقدس الديانة اليهودية جسد الإنسان حيا أو ميتا اعتقادا منهم أن صورة الرب تجسدت فيه.

وصل بهم الأمر إلى القول بالحفاظ على الأمل و الإيمان بالخالق إلى النهاية، و ذلك لا يجوز اللجوء إلى الإجهاز على المريض، سواء بنية التخفيف من آلامه، أو بنية نزع عضو من أعضائه لإنقاذ حياة أخرى. و لا يمكن كذلك إهانة الجسد الذي يكتسي طابع القدسية[2].

و منهم من يجيز عملية نقل و وزع الأعضاء، استنادا منهم إلى أن التنازل عن عضو لآخر إنما لبعث الحياة فيه، و هي الوسيلة التي خلق الله بها البشرية، و هذا ما ذكر في سفر

---

[1] صادق بلوصيف، "زرع الأعضاء و الشريعة الإسلامية"؛ مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص.154.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

التكوين: " ليس جيدا أن يكون آدم وحده فاصنع له معينا، فأوقع الرب الإله سباتا على آدم فقال آدم هذه الآن عظم من عظامي و لحم من لحمي، و هي تدعى امرأة لأنها من امرأة أخذت"[1].

الفرع الثالث: الترجيح بين الأحكام

بعدما قمنا باستعراض الأحكام الشرعية لعملية النقل و الزرع الأعضاء، و كذا الأخذ و الرد داخل التشريعات السماوية التي تناولناها–الإسلامية، المسيحية و اليهودية– فلكل منهم حكمه الخاص به في هذه المسألة و الأساس الشرعي الذي يستند إليه سواء بالحظر أو الإباحة، نخلص في النهاية إلى القول أن:

بالرغم من عدم وجود حكم صريح بإجازة نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء من عدمه، إلا أن الطابع الإنساني الذي تتميز به هذه العملية، و القياس على بعض الأحكام في الشرع، جعل الكفة تميل إلى إباحة استئصال أعضاء الجسم البشري، بغرض زرعها في جسم آخر مريض إنقاذا لحياته و صيانة لسلامة بدنه، و لكن ليس معني ذلك ترك هذه العملية دون ضابط لأن مثل هذا الأمر يخرج هذه العملية من طابعها الإنساني، ليصبح منفذ لكل من تسول له نفسه العبث بجسم الإنسان، وجعل أعضائه قطع سهلة التداول.

لأن عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية قد كان لها وقع في حياة المرضى و عائلاتهم، و هذا بما فتح الله على الإنسانية من علوم و معارف في المجال الطبي و ذلك بإمكانية بعث الحياة في جسم مريض قد يئس الأطباء من علاجه بالطرق التقليدية.

---

[1] إنجيل سفر التكوين، نقل عن: نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص.317، 318.

ثم إن أكثر علماء عصرنا أخذوا بالجواز المشروط، و على هذا الحال سارت أكبر هيئتين علميتين في العالم الإسلامي و هما هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية و المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة [1].

من كل ما سبق و بالأخذ بمبدأ الحياد في علاج هذه المسألة المعاصرة، نخلص إلى القول أن جواز عملية نقل الأعضاء هو الأمر الأقرب إلى العقل و إلى الترجيح إنشاء الله [2].

المطلب الثاني

مشروعية نقل الأعضاء في القانون الجزائري

صدر في الجزائر قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 أفريل 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها [3]، وتناول هذا القانون في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها" في المواد 161 إلى 168، موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية، و منها نستشف مشروعية هذه العمليات.

ما تجدر الإشارة إليه هو أن هذا القانون قد تعرض لتعديلات، استحدث بموجبها المشرع مادة جديدة، هي المادة 168 حيث أنشأ بها "المجلس الوطني لأخلاقية المهنة". و دور هذا المجلس هو تقديم الآراء في مواضيع مختلفة، و من بين هذه المواضيع ما يتعلق بعملية نقل و زر ع الأعضاء البشرية.

---

[1] قرار رقم 01 مؤرخ في 06-11 فيفري 1988، المتعلق بانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، الصادر من: مجلس مجمع الفقه الإسلامي، نقل من: مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص.147.

[2] عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية و عقوباتها في الشريعة و القوانين العربية و القانون الدولي، د.ط.؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.248.

[3] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، ج.ر.ج.ج. عدد 08، لسنة 1985، المعدل و المتمم.

وتم إنشاء وكالة وطنية لزرع الأعضاء بموجب مرسوم تنفيذي في 2012، الذي حدد تنظيمها و سيرها [1].

كما يجدر بنا الذكر أيضا أنه، و قبل صدور هذا القانون كانت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى قد أصدرت فتوى بتاريخ 20 أفريل 1972، تجيز عملية نقل الدم و نقل الأعضاء البشرية.

بناء على ما صدر بيانه سنقوم أولا وقبل كل شيء بدراسة الأساس الشرعي لعملية نقل و زرع الأعضاء (الفرع الأول) ثم الأساس القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي (الفرع الثاني)، الأساس القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء في ظل قانون حماية الصحة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأساس الشرعي لعملية نقل و زرع الأعضاء

قبل أن تصدر اللجنة هذه الفتوى، استمعت إلى بيان الأطباء الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، ثم تدارست لجنة الإفتاء هذا البيان فتوصلت إلى إصدار فتوى تجيز عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية من أجسام الأحياء لزرعها في أجسام المرضى، و قد حرصت لجنة الفتوى للمجلس الإسلامي الأعلى على أن تشير إلى أن هذا العمل يعد من جانب المتنازل نوعا من إيثار الغير على النفس مستندين في ذلك إلى قوله تعالى: " **و الذين تبوّءو الدّار و الإيمان من قبلهم يحبّون من هاجر إليهم**

[1] مرسوم تنفيذي رقم 12-167، مؤرخ في 05 أفريل سنة 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها، ج.ر.ج.ج.، العدد 22، لسنة 2012.

و لا يجدون في صدورهم حاجة ممّا أوتوا و يؤثرون على أنفسهم و لو كان بهم خصاصة و من يوق شحّ نفسه، فأولائك هم المفلحون"[1].

– الاستناد أيضا إلى أن المشقة تجلب التيسير و دين الله يسر و ليس عسر، و بالأدلة الرافضة للحرج.

في مجمل الأمر نقول أنّ الأساس الشرعي لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، منبثق من كل ما سبق ذكره، نضيف إليه أسانيد الاتجاه المبيح لعمليات نقل الأعضاء.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي

إن الدافع للحديث عن الأساس القانوني بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون الجنائي، مردّه تخلف المشرع عن تنظيم عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، في مرحلة ما قبل صدور القانون 85_05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، أي قبل أن يبسط هذا الأخير سياج حمايته في هذا المجال، أما بعد ذلك فيصبح الحديث عن مسألة الإباحة من عدمه من قبيل التزيد لا غير.

إنّ عملية نقل الأعضاء من جسم إنسان حيّ يعتبر من قبيل التعدي على سلامة الجسد، و بهذا تثار المسؤولية الجنائية للقائم على هذه العملية. لكن هناك اعتبارات قانونية جعلت من هذا العمل غير المشروع يدخل في إطار الإباحة [2].

---

[1] سورة الحشر، الآية (09).

[2] عبد الرحمان خلفي، "المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري"، المجلة الجنائية القومية، المجلد الحادي و الخمسون، العدد الثاني، 2008، ص.87، 88.

إن أساس الإباحة يبنى على كل من حالة الضرورة و المصلحة الاجتماعية، و لكل منهم دوافعه، سنستعرضها و نحاول تقييمها في الأخير.

أولا : نظرية الضرورة

الضرورة لغة: إكراه الظروف، وضع حرج، إذ يبطل اختيار الوسائل واقعيا. وضع شخص لا يستطيع صيانة مصالحه الشرعية أو المصالح الشرعية للغير، إلا أن يرتكب عملا جرميا [1].

سنحاول في هذا الفرع دراسة حالة الضرورة، بتبيان مضمونها لنخلص إلى عرض ما يعاب عليها قصد تجاوزه.

أ: مضمون النظرية

الضرورة في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية تتحقق بمجرد خوف الطبيب من تلف أو هلاك الشخص المريض، و أن يكون السبيل الوحيد لإنقاذه هو استئصال عضو من شخص ليزرع في جسم المريض، و تنتفي حالة الضرورة بمجرد إيجاد بديل عن هذه العملية، مثلا زرع عضو صناعي محل العضو التالف [2] .

لا يشترط في حالة الضرورة بلوغ درجة الخوف من هلاك المريض، بل تقوم بمجرد أن يكون هناك خوف من الضرر و الأذى، كما لا يشترط فيها أيضا اليقين بوقوع هذا الضرر بل يكفي مجرد الظن أو احتمال وقوعه. لكن رغم هذا التوسيع في مفهوم الضرورة فيجب التقيد بالضوابط التي تبيح المحظور، و أن تكون الضرورة متفقة مع مقصد الشارع لا لتسهيل عملية

---

[1] جيرارد كورنو، معجم المصطلحات القانونية، "ص_ي"؛ الترجمة: منصور القاضي، موسوعات و معاجم قيد الطبع، د.ب.ن.، 1997، ص.1022.

[2] عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص.250.

نقل و زرع الأعضاء و بالتالي إشباع مطامع الكثيرين. لهذا تم تقييد إعمال هذه النظرية بشروط و هي:

– أن يكون هناك فعلا خطر محدق بالمريض: و ذلك بأن عدم زرع العضو يؤدي حتما إلى هلاك هذا المريض، بحيث يقوم هذا العضو المستأصل من شخص آخر محل المنقذ للحياة أو على الأقل يعمل على تيسير الحياة عليهم.

– أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي سيصيب المتنازل عن عضوه: فالطبيب أثناء أداء عمله يكون لزاما عليه الموازنة بين المخاطر، فلا يجب أن يفوق الخطر المتوقع في الجسامة الضرر الواقع بالفعل، فعلى الطبيب أن يأخذ بأقل الأضرار.

– أن تكون عملية نقل و زرع الأعضاء هي السبيل الوحيد لإنقاذ المريض: بحيث لا توجد بدائل علاجية تعطي المريض نفس نتائج عملية نقل و زرع الأعضاء، فإذا وجدت وسيلة أخرى انتفت حالة الضرورة.

– ألا يؤدي نقل العضو إلى وفاة المتبرع: بحيث لا يكون محل النقل عضو أساسي، و في هذا الشأن نوّضح أن مصلحة المتبرع أولى بالحماية من الشخص المريض، و هذا بعدم جواز استئصال الأعضاء الأحادية و التي يؤدي انتزاعها حتما إلى وفاة المتبرع مثل القلب، الكبد [1].

لقد جعل أصحاب هذه النظرية حالة الضرورة مرتبطة بالطبيب الجراح، فتخوّل له سلطة استئصال أيّ عضو يراه مناسبا من الناحية الطبية، دون الحاجة لموافقة المتبرع إذا ما توافرت

[1] حبيبه سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، د.ط.؛ مطبوعات جامعة الإمارات، الإمارات العربية، 2006، ص.248-251.

حالة الضرورة، لكن سرعان ما تم تدارك هذا النقص بحيث أضافوا موافقة الشخص المانح إلى جانب حالة الضرورة، لتوخي عواقب لا تحمد عقباها [1].

ب: تقييم نظرية الضرورة

إن ما يعاب على هذه النظرية هي المبررات التي تقدمها لمشروعية عملية نقل و زرع الأعضاء، خاصة ربط حالة الضرورة بالطبيب الجراح؛ إذا كان في حالة ضرورة عند قيامه بالعملية.

حالة الضرورة تلزم المريض المتلقي للعضو حتى يباح له هذا الفعل، بمعنى آخر فحالة الضرورة تقوم بين طرفين: المتلقي و هو من يدفع الخطر و يقي نفسه، و المتبرع الذي هو المجني عليه و يقع عليه الضرر، فأين للطبيب من ضرورة بين هاذين الطرفين؟ [2].

إلا أننا نعتقد بأن ما وجّه من نقد إلى هذه النظرية، لا يعد دقيقا و كافيا لهدمها و العدول عنها، لأن الضرورة العلاجية، تقتصر على إمكانية تخطي إرادة المريض لمصلحته لا غير، فحتى لو كان هناك رضا المعطي دون حالة الضرورة التي تستلزم استئصال العضو فلا يمكن للطبيب التدخل لإجراء العملية [3].

ثانيا: نظرية المنفعة الاجتماعية

تقوم هذه النظرية لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية على أساس سلامة الجسد، وله جانبين الأول يخص الفرد و الثاني اجتماعي، و هذا ما سنستعرضه و نحاول تقييمه.

---

[1] عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص.89.
[2] المرجع نفسه، ص.90.
[3] هيثم حامد المصاروه، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة: دراسة مقارنة، د.ط.؛ دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص.152، 153.

أ: مضمون النظرية

لهذه النظرية أساس هو الحق في سلامة الجسد، ولهذا الأخير جانبين، أولهما يخص الفرد إذ لا يجب تعطيل وظائف الحياة في جسده، كما أن من مصلحته المحافظة على هذا الجسد أيضا، في حين أن الجانب الثاني لهذا الحق هو الجانب الاجتماعي، يقوم على أساس أن لكل فرد وظيفة اجتماعية لا يستطيع تأديتها إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة. فإذا كانت عملية التبرع بأحد الأعضاء ليس لها تأثير على وظيفة المتبرع الاجتماعية، بحيث يكون قادر على القيام بواجباته و التزاماته تجاه مجتمعه رغم هذه العملية فالأمر جائز، أما إذا كان اقتطاع العضو يخل بوظيفته الاجتماعية، فيصبح أمر غير مباح [1].

تقوم هذه النظرية على ما يسمى بموازنة المخاطر، و ذلك بين الشخص المريض الذي يحتاج إلى عضو لإنقاذ حياته، و كذا المخاطر التي قد يتعرض لها المتبرع أثناء فقدان أحد أعضائه، و الموازنة تكون بالنظر إلى المصلحة الاجتماعية و تغليبها على الفردية [2].

ب: تقييم النظرية

ما يعاب على هذه النظرية أن أساسها يشوبه نوع من الغموض، و هذا ما يجعل من أعضاء الإنسان أشياء منقولة بدون أيّ ضابط، بل بمجرد إقرار تحقق المنفعة الاجتماعية، دون مراعاة حالة الشخص المتبرع الذي لم يجني شيئا وراء هذه المنفعة سوى فقدان أحد أعضائه [3].

---

[1] عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، المدنية و الجنائية و التأديبية، د.ط.؛ منشأة المعارف، مصر، 1998، ص.245.

[2] درال باكلي، أحكام نقل و زراعة الأعضاء، الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء، متوفر في:
http://kenanaonline.com, date de consultation : 22/04/2013

[3] عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص.91، 92.

هذه النظرية أتت بشيء سامي و ذلك بتغليب المصلحة الاجتماعية على الفردية، و التي في آن واحد لا يمكن تصورها في الواقع المعاش لأن هذا ليس من طبائع البشر.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل قانون الصحة

تستند شرعية عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري، إلى نص المادة 162/01 من قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث تنص على أنه "لا يجوز انتزاع [1] الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، و تحرير هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة...".

إنّ أول ما يلاحظ على هذه الفقرة أنها تتضمن الأساس القانوني لعمليات نقل و زرع الأنسجة و الأعضاء بين الأحياء، كما تناولت بعض الشروط الواجب توفرها في المتنازل.

و هكذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجو الأعضاء من الأحياء من عدمه، فنظّم عمليات نقل الأنسجة و الأعضاء البشرية و ذلك حسب المبادئ و الشروط التي حددها علم الطب و الفقه الجنائي.

كما أن المشرع أورد شروطا في غاية الأهمية ليس من السهل توفرها و أول هذه الشروط عدم تعريض حياة المتنازل للخطر. و هذه المسؤولية ملقاة على عاتق الأطباء و لذا ربط المشرع موافقة المتنازل بالترخيص الطبي لما فيه من تعريض لحياته و صحته للمخاطر، من ثمة لا يجوز أن تأخذ الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص عنوة بغير رضاهم، لأن مثل هذا

[1] نلاحظ أن مصطلح "انتزاع" و هو مصطلح يفيد أخذ الشيء عنوة و هو أمر غير مقبول، لذلك الأصح هو" نزع".

الفعل يعتبر عملا إجراميا تعاقب عليه القوانين الجزائية باعتباره اعتداء على الحق في السلامة الجسدية بصورة عمدية [1].

يجدر الذكر أن الفقرة الأولى من المادة 164 لم تحدد العضو المطلوب التنازل عنه، بحيث جاءت بصورة عامة دون تحديد لعضو معين، و هذا عكس الفتوى سالفة الذكر و التي أشارت بوضوح لعمليات نقل الكلى و زرعها، و ذلك للنجاح الذي تحقق في الميدان العلمي، لهذه الأعضاء على غيرها من بقية الأعضاء الأخرى.

خلاصة القول أن كلا من الفتوى، و النص القانوني يعتبران أساسا قانونيا لهذه العمليات، وبهذا تكون عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء في الجزائر قد استندت في مشروعيتها إلى نصين: نص شرعي يتمثل في الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء، و نص قانوني يتمثل في قانون حماية الصحة و ترقيتها.

في تقديرنا يعد هذا الاتجاه تقدما تشريعيا للجزائر على بقية التشريعات العربية الأخرى.

المطلب الثالث

موقف القانون المقارن من عملية نقل الأعضاء بين الأحياء

اعتنت معظم الدساتير و القوانين في العالم بالإنسان فأوجبت حماية جسمه و حظرت أيّ عدوان مادي أو معنوي عليه، لكن خروجا عن هذا المبدأ، ولظروف أوجدها التقدم العلمي في مجال الطب خصوصا عمليات نقل و زرع الأعضاء كونها تمس بجسم شخص سليم، جعل القوانين الوضعية تعيد النظر في هذه القاعدة و ذلك بتنظيم هذه العمليات، سنخص

[1] نصر الدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة؛ مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1993، ص.61-65.

بالدراسة القانون الفرنسي، الإنجليزي و الأمريكي كأمثلة عن القوانين الغربية في (الفرع الأول)، و القانون الأردني، العراقي و المصري فيما يخص القوانين العربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف القوانين الغربية

بالرغم من أن التقدم العلمي في مجال الطب بلغ ذروته في البلدان الغربية، و بالخصوص في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، إلا أن تشريعاتها تختلف من دولة لأخرى، فمنهم من أطّر هذه العمليات في نصوص قانونية و وضع لها ضوابط ثابتة، و منهم من لا يزال يبحث عن حكمها [1].

سنأخذ في هذا الفرع كل من التشريع الفرنسي، الإنجليزي و الأمريكي، ندرس كل واحد على حدة.

أولا: القانون الفرنسي

قبل صدور القانون رقم 1181 لسنة 1976، كان من الفقه من يرى عدم مشروعية نقل الأعضاء لعدم وجود نص و كذا لتكريم جسم الإنسان، و هناك من يرى مشروعية هذه العمليات رغم غياب النص التشريعي، لأن عدم وجود نص قانون لا يعني عدم الجواز و كذا أن كل أعضاء الإنسان من قبيل الأموال يمكن نقلها [2].

إلا أنه و بصدور القانون السالف الذكر و كذا النجاحات المحققة من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، صور جعلت المشرع الفرنسي يتدخل لتنظيم هذه العمليات بنصه على إجازة

---

[1] L'agence de la biomédecine، «encadrement juridique international des différents Domain de la bioéthique», 2012 , p.16. Www.agence-biomedecine.fr, date de consultation 19/04/2013.

[2] أحمد محمد بدوي، نقل و زرع الأعضاء البشرية، د.ط.؛ سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، مصر، 1999، ص.22، 23.

نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء قصد العلاج مع توفر شرط الأهلية، و كذا التنازل عن الأعضاء يكون بدون أي مقابل؛ على أساس التبرع [1].

و قد جاء المشرع الفرنسي بالقانون رقم 94-654 الصادر في 29 جويلية 199و الخاص بالهبة و استخدام عناصر و نتاج الجسد البشري، و فيه حرص المشرع على تنظيم تشريع متكامل حول نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، ويمكن إيجازه في ستة أهداف:

- وضع عمليات استقطاع الأعضاء في إطار قانوني متكامل.
- إبعاد عمليات نقل و زرع الأعضاء من الصفقات التجارية.
- تنظيم ممارسات الزرع على أسس موضوعية تضمن المساواة بين المتلقين.
- تسهيل التعبير عن الرضا الحر و المتبصر الصادر من المتبرع.
- ضمان الأمن الصحي لهذه الممارسات في مواجهة انتقال الأمراض [2].

ثانيا: القانون الانجليزي

قبل عام 1989 كانت معظم القوانين تعالج عملية نقل الأعضاء من الموتى، و لكن بصدور قانون 1989 أجاز عملية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء و لكنه قيدها بشروط هي:

- موافقة المعطي.
- الفريق الطبي القائم على هذه العملية، يجب أن يكون مدرَبا و له خبرة في هذا المجال.
- أن تكون العملية للعلاج لا للتجربة، بحيث تسجل عدد العمليات و كذا نتائجها.

---

[1] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.21-23.
[2] منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، د.ط.؛ مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002، ص.61.

لقد راعى القانون الإنجليزي مدة بقاء المتبرع في المستشفى و انقطاعه عن العمل و قدم له حق التعويض عن انقطاع دخله [1].

ثالثا: القانون الأمريكي

إن التطور العلمي و الإنجازات التي توصل إليها الطب في الولايات المتحدة الأمريكية، و بالخصوص في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، جعل المشرع يتدخل لتنظيم هذه العمليات.

و من الشروط الخاصة التي وضعتها القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية تحريم نقل أيّ عضو تتوقف عليه حياة إنسان أو تعريضها للخطر، ألا يترتب نقله تشويها ظاهريا مع وجوب توفر رضا المتبرع.

لقد حددت المنظمة الطبية الأمريكية القواعد الأساسية التي يجب على العاملين في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية التقيد بها باعتبارها خطوط أساسية و هي:

- إحاطة المريض المتلقي العضو بالظروف المتعلقة بالعملية كافة.
- مقارنة مخاطر العملية بالفوائد المرجوة.
- مراعاة السن.
- تقوية الوضع النفسي للمريض [2].

---

[1] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.24، 25.
[2] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.122.

الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية

إن القوانين العربية ليست على وتيرة واحدة بخصوص نقل و زرع الأعضاء البشرية، فهناك تشريعات وضعت نظاما قانونيا متكاملا و أخرى حصرت عملية النقل في بعض الأعضاء دون سواها، و هذا راجع للجدال الواسع الذي تعرفه هذه العمليات.

سنحاول في هذا الفرع أن نلقي نظرة عن بعض التشريعات العربية لنرى توفيقها من عدمه في ضبط عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، فنأخذ القانون الأردني، العراقي و القانون المصري.

أولا: القانون الأردني

إن المملكة الأردنية الهاشمية هي من الدول التي وضعت نظاما متكاملا لعمليات استقطاع و زرع الأعضاء البشرية من خلال القانون رقم 23 لسنة 1977، و المسمى بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان و المعدل بقانون رقم 17 لسنة 1980.

لقد أباح هذا القانون استقطاع عضو من جسم إنسان حي أو ميت، و نقله إلى جسم آخر مريض بحاجة إليه، وفقا لضوابط معينة منصوص عليها في المادة الثالثة و الرابعة من القانون المذكور آنفا، و وضع هذه العمليات تحت شروط منها:

- إجراء فحوصات لأطراف العملية.
- استبعاد نقل و زرع الأعضاء من المعاملات المالية.
- أن يكون المستشفى مخصصا لذلك.
- الحصول على رضا الطرفين [1].

[1] هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص.159، 160.

ثانيا: القانون العراقي

بعد التطورات التي حصلت في ميدان زراعة الأعضاء البشرية أصدر المشرع العراقي القانون رقم 85، المسمى بقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية، و قد أجاز في مادته الأولى هذه العمليات بهدف تحقيق مصلحة راجحة، و التي تقتضي المحافظة على حياة المرضى، ومنع في المادة الثالثة من القانون نفسه وجود البدل المالي، كما اشترط المشرع العراقي أيضا كمال أهلية المعطي و أن يتم النقل و الزرع في مستشفيات معدة خصيصا لذلك، و أخيرا نص على العقوبات الجزائية حال مخالفة تلك الضوابط [1].

ثالثا: القانون المصري

أما في مصر فلم يصدر قانون ينظم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، إلا أنه توجد جهود من رجال القانون لإصدار هذا القانون في وقت قريب جدا.

و في مقابل ذلك صدر في جمهورية مصر العربية القانون رقم 178 لسنة 1960 الخاص بعمليات نقل الدم، والقانون رقم 103 لسنة 1962 الذي أجاز استئصال العين.

أعدّ مجلس الشعب المصري مشروع قانون، و ذلك بالاستناد إلى كتب التفسير، كتب الحديث، الفتاوى الإسلامية و كذا المراجع الطبية و قوانين متفرقة و قرارات وزارية.

تناول في الفصل الثاني منه نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء و ذلك من المادة 14 إلى غاية المادة 17 منه، و عالج فيها ضوابط و شروط نقل الأعضاء من الأحياء [2].

---

[1] حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي: دراسة مقارنة؛ الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001، ص.41-48.

[2] أسامة السيد عبد السميع، نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة: دراسة فقهية مقارنة، د.ط.؛ دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص.166-187.

تبنّى المشرع المصري في 2010 قانون يهدف إلى الحدّ من تزايد جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، من خلال منع نقل و زرع الأعضاء البشرية بمقابل مالي سواء بين المصريين أو الأجانب إلا بين الأزواج، عمليات الزرع المقامة في مراكز صحية عامة و مموّلة من قبل الحكومة، أو إذا كان المانح من الأقارب إلى غاية الدرجة الرّابعة [1].

في قراءة إجمالية في محتوى التشريعات العربية نجد أنها تتضمن أحكاما لنقل الأعضاء البشرية مضمونها كالآتي:

– أن يكون للشخص كامل الأهلية الحق في أن يتبرع أو يوصي بأعضاء جسمه بشروط معينة.

– حظر نقل العضو الذي يؤدي استئصاله إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له، حتى و إن وافق على ذلك.

– أن تجرى جميع العمليات بالمراكز الطبية المعدة خصيصا لذلك و طبقا للقانون، بعد التحقق من اكتمال كافة الإجراءات.

– التشدد في طلب رضا المعطي مع الأخذ بالشكلية للتعبير عنه.

– حظر بيع أو شراء الأعضاء البشرية أو الاتجار فيها.

التفصيل في ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، تركناه إلى الفصل الثاني.

---

[1] L’agence de la biomédecine, Op-cit, p.20.

المبحث الثاني

نقل الأعضاء البشرية من الموتى

إذا كان استقطاع أعضاء بشرية من الأحياء يعتبر تعدي على الحق في الحماية الجسدية فإن جسد الميت له قدسية، فلقد أعطت التشريعات السماوية و الوضعية حرمة لجسد الميت و جرّمت المساس بها، لكن مع التقدم العلمي و الطبي كان لزوما التخلي و لو جزئيا عن مبدأ القدسية، بإباحة التصرف في الجثة بالقدر الذي يحقق التضامن الإنساني و لا يعيق حركة التقدم العلمي في مجال نقل الأعضاء البشرية، من جسد شخص ميت إلى جسد إنسان حي مريض حتى يكتب له الشفاء [1].

يبقى أمر الحصول على الاعضاء البشرية من الجثث يصطدم بكثير من العقبات، رغم أنها الموّرد الوحيد للأعضاء التي لا يمكن استئصالها عند الأحياء كالقلب، الكبد [2]، و لعل أبرزها يثار في مدى جواز المساس بالجثة للحصول على الأعضاء، و كذا تحديد لحظة الوفاة و العائق الآخر الجدير بالدراسة هو كيفية التصرف في الجثة باستحالة الحصول على الموافقة من مالك الجسد.

استنادا إلى كل ما سبق ذكره ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:
حكم الشريعة الإسلامية من استقطاع الأعضاء من جثث الموتى (المطلب الأول) ثم التطرق إلى مشروعية نقل الأعضاء من جثث الموتى (المطلب الثاني)، ثم نعرج إلى موقف القانون الوضعي من استئصال الأعضاء من جثث الموتى (المطلب الثالث).

---

(1) Bougardie Maripierre, Le contentieux de la mort, Mémoire Master 2 en droit, université de sud Toulon Var, 2010-1011, p.52.

(2) العلجة مواسي، "نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص.344.

المطلب الأول

حكم الشريعة الإسلامية من استقطاع أعضاء جثث الموتى

إن الشريعة الإسلامية قد كرمت جسد الإنسان الميت، و نهت عن تشويهه أو الاعتداء عليه بغي حق.

لقد كان من هدي الرسول صلى الله عليه و سلم أنه بعد الانتهاء من الغزو لا يترك جسد إنسان ملقى إلا و أمر بدفنه سواء كان مسلم أو غير مسلم، و هذا إن دلّ على شيء إنما يدل على حرمة جسد الإنسان ميت كحرمته حيّا، لقوله صلى الله عليه و سلم: "كسر عظم الميت ككسره حيا"[1]، و من هذا المنطلق ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز المساس بجثة المتوفى.

لكن كان لغالبية رجال الفقه رأي مخالف، بحيث أجازوا المساس بالجثة لضرورة الانتفاع بها أو ببعض أجزائها لغرض إنقاذ حياة المرضى من الأحياء، إعمالا بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، و الحكم وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية أنه عند التعارض بين محظورين يصار إلى ارتكاب أخف الضررين.

و عليه سنتناول تعريف الموت من الناحية الشرعية في (الفرع الأول)، ثم نستعرض الآراء المؤيدة و المعارضة لنقل و استقطاع الأعضاء من جثث الموتى في (الفرع الثاني).

---

[1] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الجنائز، باب النهي عن كسر عظام الميت، موسوعة الحديث الشريف، نقل عن: زبيدة إقروفة، **"نقل و زراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية و الأحكام الشرعية"**، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص.369.

الفرع الأول: تعريف الوفاة من الوجهة الشرعية

ورد لفظ "الوفاة" وما يتصرف عنه في عدد من آيات القران الكريم، منها:

قوله تعالى: "**هو الذي خلقكم من ترابٍ ثم من نطفة ثم علقة ثم يخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدّكم ثم لتكونوا شيوخا ومنكم من يتوفّى من قبل ولتبلغوا أجلا مسمى ولعلّكم تعقلون**"[1].

و في قوله تعالى: "**حتّى إذا جاء أحدكم الموت توفّته رسلنا وهم لا يفرّطون**"[2].

أهم التفسيرات التي قالت بشأن هذه الآيات و على سبيل المثال نأخذ بتفسير ابن كثير للآية: " **حتى إذا جاء أحدكم الموت**" أي احتضر و حان أجله "**توفته رسلنا**" أي الملائكة الموكلون بذلك [3].

و قال عبد الرحمان بن ناصر السعدي في قوله تعالى "**توفته رسلنا**" أي الملائكة الموكلون بقبض الروح [4].

عند تتبع لفظ "الوفاة" و وروده في السنة، وجدنا أن الغالب هو استعمال لفظ "الموت" حيث ورد في مواضع كثيرة من السنة، و سنكتفي بذكر هذا الحديث الذي رواه مسلم و غيره عن أم سلمة –رضي الله عنها–قالت: دخل رسول الله صلى الله عليه و سلم على أبي سلمة و قد شق بصره فأغمضه ثم قال: "أن الروح إذا قبض تبعه البصر"[5].

---

(1) سورة غافر، الآية (67).
(2) سورة الأنعام، الآية (61).
(3) أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القران العظيم، المجلد الثاني، د.ط.؛ دار طيبة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009، ص.138.
(4) عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، ط.1؛ دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 2003، ص.237.
(5) أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، ط.1؛ دار السلام للنشر و التوزيع، السعودية، 2000.

معنى الموت من الناحية الشرعية هو انقطاع الحياة بتفريق الروح عن البدن، نستخلص من ذلك أن حياة الإنسان تنتهي عندما يصبح الجسد الإنساني عاجز عن خدمة الروح و الانفعال لها، و منه إذا تمكن العلم و العلماء من أن يعرفوا اللحظة التي يصبح فيها الجسد عاجزا يكون قد عرف متى تنتهي حياة الإنسان.

لكن الذي لم يتضح، هو متى نحكم بأن الروح فارقت الجسد، وما هي علاماتها التي يبنى عليها هذا الحكم؟ هذا ما لم نجده من خلال استعراض التفسيرات الواردة على النصوص في القرآن و السنة إذ اقتصر الأمر على بيان المراد بالوفاة [1].

الفرع الثاني: الآراء المؤيدة و المعارضة لنقل الأعضاء من جثث الموتى

إن مسألة إباحة استقطاع الأعضاء من جثث الموتى مازالت محل اختلاف بين علماء المسلمين، هناك تعارض في الآراء بين مؤيد و معارض لهذه العملية، و لكل منهم حجج يستند إليها، سواء بالحظر أو بالإباحة.

أولا: الرأي المعارض

استند هذا الرأي [2] إلى ما جاء به كتاب الله من تكريم للإنسان.

كقوله تعالى: "**و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا**"[3].

---

[1] نصر الدين مروك، نقل و زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.296،297.

[2] الفقه القديم نجد: المذاهب الأربعة، الإمام الشيباني (الحنفية)، الإمام الرملي (الشافعية)، الحجاج المالكي (المالكية)، العلامة البهتوني (الحنابلة).
الفقه المعاصر نجد: الشيخ متولي الشعراوي، عبد الرحمان العدوى، الشيخ عبد السلام السكري، نقل عن: رواب جمال و طحطاح علال، نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء: بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، متوفر في: http://www.startimes.com, date de consultation : 25/04/2013.

[3] سورة الإسراء، الآية رقم (70).

قال بن ناصر السعدي في تفسيره للآية أن الله كرم الإنسان بجميع وجوه الإكرام، أنعم عليهم بالنعم الظاهرة و الباطنة، فالإنسان بعد تكريم الله و تفضيله على جميع مخلوقاته، فإن نزع عضو منه بعد موته يتنافى مع هذا التكريم.

استدلوا أيضًا بقاعدة أن "ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا"؛ فالموجزون لنقل الأعضاء يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها، وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، إذًا فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات [1].

عليه يقول في ذلك الحنفية، المالكية و الحنابلة: لا يجوز للمضطر الانتفاع بأجزاء الآدمي و لو ميتا حتى و لو كان معصوم الدم قبل موته، و لو لم يوجد غيره لأنه كالحي في الحرمة.

و من الحجج التي استندوا إليها لتأييد رأيهم أيضا، ما جاء في السنة المطهرة عن نهي الرسول صلى الله عليه و سلم عن "المثلة"[2]، و استئصال عضو من جثة المتوفى فيه شيء من المثلة و تشويه لخلقه.

كما احتج الرأي القائل بحرمة جثة المتوفى إلى تأكيده سبحانه و تعالى على صيانة جثة المتوفى حتى و هو في قبره، فحرم نبش القبور إلا لضرورة قاهرة يقرّها الشرع الإسلامي، كما حرم أيضا انتهاك حرمات الموتى حتى بالكلام عنهم، فلقد روى أبو داوود بسنده إلى

---

[1] جمال رواب و علال طحطاح، المرجع السابق.

[2] المثلة: فيه "أنه نهى عن المثلة" يقال مثلت بالحيوان أمثل به مثلا، إذا قطعت أطرافه و شوهت به، و مثلت بالقتيل، إذا جدعت أنفه، أو أذنه، أو مذاكيره، أو أشياء من أطرافه؛ و الاسم: المُثْلَة...، لمزيد من التوسع أنظر: مجد الدين بن محمد ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر؛ دار ابن الجوزية، المملكة العربية السعودية،1430هجري، مادة "مثل".

عائشة رضي الله عنها قالت: قال الرسول صلى الله عليه و سلم: "إذا مات صاحبكم فدعوه و لا تقعوا فيه"[1].

ثانيا: الرأي المؤيد

إن هذا الاتجاه [2] يجيز نقل عضو من أعضاء الميت إلى جسم إنسان حي، إذا كانت هذه العملية تؤدي إلى منفعة الإنسان الذي نقل إليه هذا العضو بأن يحكم بذلك طبيب متخصص ولا يكون ذلك إلا بعد استئذان الورثة.

و استدل أصحاب هذا الرأي ببعض آيات القران الكريم لتأييد رأيهم "**و لا تقتلوا أنفسكم إنّ الله كان بكم رحيما** "[3].

و قال تعالى: "**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**"[4].

---

[1] محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ط.03؛ دار الكتب للنشر و التوزيع، مصر، د.س.ن.، ص.701.

[2] لقد ظهرت كتابات وفتاوى متعددة في موضوع نقل الأعضاء وكلها قد أباحته نذكر منها:
- فتوى فضيلة الشيخ محمد خاطر في 3 فبراير 1973، بإباحة سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء بفتوى رقم 1069.
- فتوى فضيلة الشيخ حسن مأمون في إباحة نقل عيون الموتى إلى الأحياء.
- فتوى الشيخ أحمد هريدي في 23 أكتوبر 1966 برقم 993 بجواز سلخ قرنية العين من ميت وتركيبها لحي
- فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق في 5 ديسمبر 1979 برقم 1323 بإباحة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر سواء من حي أو ميت.
- فتاوى مقدمة لقسم الطب الإسلامي مركز الملك فهد للبحوث الطبية ـ جامعة الملك عبد العزيز بجدة ـ والأبحاث مقدمة من الشيخ السيد أحمد الشاطري والسيد عمر حامد الجيلاني والدكتور محمد عبد الجواد محمد. وجميعها أباحت نقل الأعضاء.
- الفتوى الصادرة من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت برقم 132/ 79 بتاريخ 24 ديسمبر 1979 م وقد أجازت اللجنة نقل الأعضاء سواء من الميت أو من الحي.
- فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بقرار رقم 99 في 6 نوفمبر 1982 والقاضي بإباحة نقل الأعضاء من المتبرع الحي أو من الميت، نقل عن: جمال رواب و علال طحطاح، المرجع السابق.

[3] سورة النساء، الآية رقم (29).

[4] سورة البقرة، الآية رقم (185).

و في قوله: "**وأنفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم إلى التّهلكة و أحسنوا إن الله يحبّ المحسنين**"[1].

يستفاد من الآيات السابقة نهي الشارع عن قتل النفس، وعدم الإلقاء بها إلى التهلكة.

يقول المفسرون في هذه الآيات: أنها تفيد معنى عام و إن كان لبعضها سبب خاص للتنزيل و هذا يعني نقل عضو من الأعضاء من الإنسان الميت إلى الحي يمكن دخوله في النص كجزء من هذا المعنى العام.

ساقوا من السنة النبوية الشريفة أحاديث تؤيد اتجاههم منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "يسروا ولا تعسروا و بشروا ولا تنفروا"[2].

هذا الحديث يؤدي المعنى العام الوارد في الآيات القرآنية الكريمة السابقة بإتباع كل ما فيه يسر وتجنب لكل ما فيه عسر.

من القواعد الفقهية: "الضرورة تبيح المحظورات" بمعنى من دفعته الضرورة لإتيان فعل محرم، حتى ولو كان يعد جريمة فإنه يرفع عنه إثمها طالما كان ارتكابه لضرورة؛ وقاية نفسه أو نفس غيره من خطر جسيم على وشك الوقوع و الإضرار به أو بغيره.
وعليه فإن استئصال عضو من جثة ميت لزراعته في جسد شخص أخر حي، إنقاذا لحياته يعد ضرورة هامة للمساس بها وخروجا عن القاعدة [3].

---

[1] سورة البقرة، الآية رقم (195).
[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المرجع السابق، باب العلم.
[3] عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص.264،263.

المطلب الثاني

مشروعية نقل الأعضاء من جثث الموتى

إن موضوع استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى تعترضه العديد من المشكلات، فهي و عكس عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء التي لا تجيز نزع عضو منفرد كالبنكرياس، القلب، و الكبد، تبيح مثل هذه العمليات وهذا استنادا إلى أسس شرعية و قانونية لإجازة عملية الاستئصال من جثث الموتى، فلا ضير في نزع هذا العضو من الجثة ما دامت الوفاة محققة، و هنا تثور مشكلة المقصود بالوفاة، نظرا لتداخل المفاهيم الشرعية وعدم وضوح القوانين الوضعية، و كما تثور مسألة أخرى حول مدى حق الإنسان في التصرف بجثته أو بجزء منها و حق أسرته و أقاربه من بعده.

لذا كان لزاما علينا التطرق لهذه المواضيع، وهذا كمحاولة منا من أجل فك الغموض، والتقرب من فهم خبايا الموضوع، لذا نتناول أساس إباحة استقطاع الأعضاء من جثث الموتى في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، الشروط القانونية لإباحة الاستئصال من جثث الموتى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس إباحة استقطاع الأعضاء من جثث الموتى في التشريع الجزائري

من الناحية الشرعية فإن قواعد الترجيح بين المصالح و المفاسد يبرر استقطاع أجزاء من الجثة، بغرض زرعها في جسم إنسان مريض تقضي حالته الصحية مثل هذا العمل [1].

أما من الناحية القانونية، فإن أساس إباحة الاستقطاع من الجثة هو إذن القانون، الذي يتولى تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية صريحة، في الجزائر قبل صدور قانون حماية الصحة و ترقيتها، اعتمد الأطباء على ما أصدرته لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي

[1] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص. 326.

الأعلى الصادرة–الفتوى–بتاريخ 20 أفريل 1972[1]، لكن بصدور قانون 1985 فإننا نجد أساسها في المادة 164 من ق.ح.ص.ت. التي جاء فيها:

"لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة".

لقد أجازت هذه المادة صراحة، الانتفاع بأعضاء الشخص المتوفى شريطة مراعاة شروط قانونية خاصة، و هي تحقق الوفاة عن طريق إثبات طبي و شرعي لها و كذا بما يتعلق بموافقة المتوفى أثناء حياته، أو غيره بعد موته.

و الملاحظ أيضا أن نصّ المادة لم يكتفي بإجازة هذه العمليات فحسب بل نصّ كذلك على الشروط الواجب توفرها.

و قد استثنى المشرع الجزائري ضرورة الحصول على موافقة الميت أو أهله فيما يتعلق بانتزاع القرنية أو الكلى، و ذلك في الحالات التي لا يمكن الاتصال بهؤلاء في الوقت المناسب، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز الاقتطاع من جثث الموتى و ذلك لغرض العلاج، و هو ما يستفاد من المادة 161/01 من قانون الصحة.

أما الاستئصال قصد التجريب فيتمثل في تشريح الجثة لأغراض علمية، و هذا ما نصت عليه المادة 168 من قانون الصحة، المعدلة بموجب القانون 90–17، غير أن القانون قيّد عمليات التشريح بجملة من الشروط هي:

– أن يتم التشريح في مركز استشفائي.

– أن يكون بطلب من الطبيب أو السلطة العمومية.

---

[1] عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية: دراسة مقارنة؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.553، نقل عن: العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.326.

– أن يكون بقصد هدف علمي.

– أخذ رأي المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الطب [1].

الفرع الثاني: الشروط القانونية لإباحة الاستئصال من جثث الموتى

حتى و لو كان هنالك أسس لإباحة استئصال الأعضاء من الموتى فيجب أن تكون هناك شروط تتوقف عليها عملية الاستئصال، حتى لا يكون منفذ للتعدي على حقوق أخرى محمية قانونا مثل حرمة الميت.

أولا: حدوث الوفاة

إن هذه الظاهرة التي تعودنا عليها، و لم نجد لها تفسير رغم التقدم العلمي المحقق، إلا التعريف بها عما يدرك بالحس، هي من بين الأمور التي يجب تحققها لكي يمكن القول أن هذا الشخص ميت و بالتالي إمكانية استئصال أعضائه، و إلا أصبح الفعل جريمة تعدي على السلامة الجسدية لشخص على قيد الحياة [2]، ومن هذا المنطلق سنحاول أن نعطي تعريف للوفاة من الناحية الطبية و القانونية، بعدما عرّفناها من الناحية الشرعية، ثم التطرق إلى الشيء الأهم في هذه الدراسة هو تحديد لحظة الوفاة و المعايير التي تناولت هذه المسألة.

أ: تعريف الوفاة

سوف نورد أهم التعريفات الطبية التي قالت بخصوص الوفاة، و كيف عالج القانون هذه المسألة و كيف عرّفها المشرع بدوره.

---

[1] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.345، 346.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 251.

1: الوفاة من الناحية الطبية

الطبيب وحده من يعلن عن وفاة الشخص [1]؛ لقد عرّف الطب الحديث الوفاة بأنها موت خلايا المخ، باعتبار أنه ما من عملية إرادية يقوم بها أي عضو من أعضاء جسم الإنسان إلا و كان مصدرها نشاط معين يقوم به الدماغ، و أنّ أيّ تخلف أو تلف جزئي فيه يقابله عجز أو تلف في الأعضاء و أجهزة معينة، و أن العجز الكامل سبب حتمي كعجز بقية الجسد عن القيام بجميع وظائفه الإرادية [2].

يعرّف علماء الأحياء الموت أنه التوقف الكامل و القطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل و التغيير السريري، و تموت هذه الخلايا نتيجة لفقدان الأكسجين و يختلف مدة بقاء الخلايا حية بعد هذا النقص، فمثلا خلايا المخ بعد ثلاثة دقائق، خلايا الكبد بعد عشر دقائق، الكلية خلال عشرين دقيقة، القلب من أربعين إلى ستين دقيقة أما الجلد بعد عدة أيام [3].

2: الوفاة من الناحية القانونية

بالرغم من أن الموت من الظواهر الخفية التي لا يمكن تجنبها، و التي أحدثت عدة مشاكل في كثير من المسائل القانونية، إلا أن هذا لم يحرك رجال القانون لتقديم تعريف قانوني للموت، عدا ما صدر بالإجماع عن مجلس الدولة الفرنسي في 2 جويلية 1994، و ذلك بإعطاء تعريف ضمني و لكنه ضروري، بحيث جاء فيه: الموت قانونا هو حالة الشخص الذي تلف جهازه الدماغي بشكل نهائي، نتيجة تطبيق رسم الشرايين و صورة الدماغ الكهربائية المتنوعة.

---

(1) Gauthe Cynthia, la relation d'aide l'hors d'une demande de prélèvement d'organes, Thèse pour le Doctorat, institut de formation en soins infirmiers du centre hospitalier de Meaux, 2008, p.31.

(2) علي محمد بيومي، أضواء على نقل و زرع الأعضاء، د.ط.؛ دار الكتاب الحديث، مصر، 2005، ص.84.

(3) نصر الدين مروك، نقل و زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.244.

فالموت إذا هو تسجيل نهاية الشخصية القانونية، و بالتالي تغيير في الحالة المدنية و توقف المرء عن كونه شخصا من أشخاص القانون. و هنا كان التعريف من حيث الآثار لا غير [1].

ب: تحديد لحظة الوفاة

لحظة الوفاة هي الخط الفاصل بين الحياة و الموت، ولتحديد هذا الفاصل أهمية كبيرة [2] خاصة في نقل الأعضاء الحساسة مثل القلب، و لقد أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة خلافا بين رجال الطب و الدين و القانون، مما أدى إلى بروز عدة اتجاهات أو معايير لتحديد لحظة الوفاة نستعرضها منطقيا كالآتي:

1: المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

تتمثل الوفاة وفقا لهذا المعيار، في التوقف النهائي للقلب (الدورة الدموية)، و توقف الرئتين (الجهاز التنفسي) عن العمل.

أوضح هذا المعيار في التأكد من تحقق الموت بظهور علامات سلبية و ايجابية للموت هي:

العلامات السلبية للموت:

– إلغاء أيّ نشاط للتنفس.

– اختفاء أيّ نشاط للجهاز العصبي المركزي: ويلاحظ فقدان للوعي فقدان العضلات لحيويتها بانخفاض الفك مثلا، العيون شبه مفتوحة، النظر ثابت و لا يمكن أن يعتبر إلا دليلا مؤكدا على الموت.

---

[1] نصر الدين مروك، نقل و زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.286.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.250، 251.

– توقف دوران الدم: و يتجلى ذلك بتوقف القلب عن الخفقان [1].

العلامات الايجابية للموت:

– برودة الجثة: حيث تأخذ درجة حرارة الجثة بالانخفاض مع مرور الوقت.

– دكنة الجثة: تأخذ الجثة لون بنفسجي يميل إلى الزرقة نظرا لتجمع الدم في الأوردة.

– جفاف الجثة: يؤدي أولا لفقدان الوزن، كيلوغرام لليوم و يصبح الجلد جافا و قاسيا يميل للاسمرار.

– تعفن الجثة: و هي علامات متأخرة و مطلقة لحدوث الموت [2].

لقد وجهت الكثير من الانتقادات لهذا المعيار على اعتبار أن الإنسان الذي توقف قلبه و رئتيه عن نشاطها الحيوي ليس إلا مجرد موت ظاهري، بحيث يمكن إنعاشها لتعود إليها الحياة مرة أخرى و ذلك باستعمال الصعقة الكهربائية أو تدليك القلب. كما قد تموت خلايا المخ مع استمرار القلب في الخفقان و كذا الرئتين، و في هذه الحالة نكون أمام استحالة عودة الحياة لموت خلايا الدماغ [3].

إنّ التقدم العلمي كشف أن الموت يمتد عبر الوقت و يصيب على التتابع أجزاء الجسم. الأخذ بالمعيار القديم لتحديد لحظة الموت يجعلنا ننتظر تعفن الجثة من أجل الحصول على إذن استئصال أعضائها التي لم تبقى صالحة للنقل، و هذا ما يقودنا للبحث عن معيار آخر لتحديد لحظة الوفاة.

---

[1] أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، د.ط.؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص.223، 224.

[2] المرجع نفسه، ص.224-226.

[3] حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.114.

2: المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

يعتبر الشخص ميتا وفقا لهذا المعيار متى ماتت خلايا مخه، حتى و لو ظلت خلايا قلبه حية، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودته مجددا إلى الحياة، و بالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه و حياته الطبيعية [1].

يتحقق الطبيب من موت الإنسان عن طريق التحقق من موت خلايا المخ باستخدام الرسام الكهربائي للمخ، فإذا توقف الجهاز عن إعطاء إشارات، فإن ذلك يعني توقف خلايا المخ حتى إذا كان القلب ينبض أو جهاز التنفسي يعمل [2].

إلا أن بعض الأطباء يقرون بعدم الأخذ بهذا الجهاز –الرسم الكهربائي للمخ–كمعيار حاسم، لعدم دقته لأن هناك حالات كثيرة استرجع فيها أصحابها وعيهم بعد غيبوبة طويلة، رغم أن ذلك الجهاز لم يعطي أيّ إشارة عن نشاط المخ، و لأن هذا الجهاز يعطي فقط إشارات النشاط القريب للمراكز العصبية، و بالتالي لا يقدم معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة، و التي من المحتمل أن تكون حية. لذلك كان اقتراح هؤلاء الأطباء ضرورة انتظار فترة تتراوح بين 08 ساعات كحد أدنى و 72 ساعة كحد أقصى من توقف جهاز رسم الكهربائي للمخ عن إعطاء الإشارات لإعلان الوفاة [3].

---

[1] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.348.
[2] حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.116.
[3] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.348، 349.

ج: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

لم يولي المشرع الجزائري اهتماما بتحديد لحظة الوفاة، و اعتبر ذلك مسألة طبية محضة، فقد نص في المادة 164 من قانون الصحة على أنه:

"لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفون إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة حسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة".

يتضح جليا من هذا النص أنه لم يحدد لحظة الوفاة و لم يعرفها حتى، و إنما أحال هذا الموضوع إلى الوزير المكلف بالصحة، لتحديد المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لإثبات الوفاة، و في هذا الإطار أصدر وزير الصحة قرار 89-39 بتاريخ 26 مارس 1989 الذي حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء من الموتى.

غير أن هذا القرار تعرض للنقد من قبل الأطباء على أساس أن وزير الصحة اعتمد في وضعه لهذه المعايير على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر لقلة و نقص الأجهزة الطبية.

و على هذا الأساس لجأ المشرع الجزائري في تعديله لقانون الصحة سنة 1990 إلى إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب المادة 168مكرر1، و الهدف من تشكيل هذا المجلس الذي تم تأسيسه بموجب المرسوم التنفيذي رقم96-122[1]، هو السهر على حماية الإنسان و سلامة بدنه، و مراقبة الأعمال الطبية الحديثة من بينها عمليات زرع الأعضاء و مسألة تحديد لحظة الوفاة.

[1] مرسوم تنفيذي مؤرخ رقم96-122 مؤرخ في 06 أفريل 1996، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة و تنظيمه و عمله، ج.ر.ج.ج. عدد 22، لسنة 1996.

من أجل إضفاء الصفة القانونية على المعايير التي يجب الاعتماد عليها للتأكد من الوفاة صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 قرار وزاري، نصّ على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة. و طبقا للمادة 02 منه تتمثل هذه المعايير في: الانعدام التام للوعي، غياب النشاط العضوي الدماغي، التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين و من إنجاز طبيبين. لكن يجب أن تتفق هذه المعايير مع الواقع الطبي في الجزائر بالنظر إلى الوسائل و الإمكانيات المحدودة [1].

ثانيا: كيفية التصرف في جثة المتوفى

تتجسد كيفية التصرف في جثة المتوفى في صورتين، الأساسية منها تكون بناء على وصية صادرة من الشخص قبل وفاته، بحيث يكون مطلعا على أهمية الجثة و إمكانية انتفاع آخرين بأجزاء منها لإطالة حياتهم.

لكن في كثير من الأحيان يموت الشخص و هو ليس على علم حتى أن جثته قد تنفع شخصا أخر و تبعث فيه الحياة من جديد، فلم يحدد كيفية التصرف في جثته، و هنا يثور التساؤل عن إمكانية انتقال حق التصرف إلى شخص آخر.

أ: الإيصاء بالجثة أو بأجزاء منها

إن من حق الإنسان قبل وفاته أن يوصي بكل جسده أو بأجزاء منها، و يكون ذلك لأغراض علمية أو علاجية و التي تتجسد في نقل و زرع الأعضاء، و يعتبر الايصاء بالجثة لمثل هذه الأغراض من المصادر المهمة، لاستئصال و زرع الأعضاء [2].

---

[1] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.349-351.
[2] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.297.

و هذا ما أورده المشرع الجزائري في قانون الصحة في المادة 164[1]، بحيث يستشف من هذا النص أن مجرد التصريح من الشخص قبل وفاته بإجازة استئصال أعضائه يصبح الأمر مشروع بعد الوفاة.

و يلاحظ من استقراء نص المادة 164 من القانون نفسه، أن المشرع لم يشترط الرسمية للحصول على موافقة المتوفى، بل بأيّ وسيلة تدل عرفا على القبول. لكن من الناحية العملية هناك بعض الإشكالات خصوصا في الإثبات لذا كان من الأفضل أن يكون الرضا كتابي و موقع عليه من طرف المتبرع [2].

ب: انتقال حق التصرف في الجثة للغير

في حالة إذ ما توفى الشخص دون أن يعلن عن موقفه، فإن ذلك الحق ينتقل إلى أقاربه، كما أجاز القانون الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد و ذلك في حالات استثنائية [3].

1: انتقال الحق إلى الأقارب:

إذا لم يعلن المتوفى عن موقفه من عملية الاقتطاع من جثته قبل وفاته تصبح موافقة الأقارب شرط لابد منه [4]، لأن أسرة المتوفى هم الذين يخلفونه في المحافظة على كرامة الجثة [5].

---

[1] نص المادة 164: " يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ذلك".
[2] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.351.
[3] عبد الكريم مأمون، "إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص.304.
[4] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
[5] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.133، 134.

في بعض الدول المتقدمة مثل فرنسا، عند موت أحد الأشخاص فإن أقاربه هم الذين يبحثون عن كيفية منح أعضائه [1]، و هذا لوعيهم بأهمية الجثة كمصدر لنقل الأعضاء.

المشرع الجزائري في نص المادة 164/02 من قانون الصحة نصّ على أنه: "إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة".

لم يحدد المشرع الجزائري شكل الموافقة الصادرة من الأقارب، و هل يستوجب أن تكون كتابية بالتوقيع على الوثيقة المعدة لذلك في المستشفى أو يكفي أن تكون شفهية، كما أغفل ذكر الشروط التي يجب توفرها في القريب الذي يحل محل المتوفى في الموافقة، و بالتالي وجب الرجوع إلى المبادئ العامة [2].

2: الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد:

الأصل أنه لا يجب المساس بجثة المتوفى إلا بموافقته قبل الوفاة أو موافقة أقاربه كما ذكرنا سابقا، إلا أن هناك حالات بحيث لا يوجد شخص يحل محل المتوفى و بذلك تأمم الجثة، أو حالة تستدعي الاستعجال لتبرير الاقتطاع.

---

[1] Gauthe Cynthia, Op-cit, p.32.

[2] عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.305.

- تأميم الجثث:

يرى هذا الاتجاه أن الجثة ملك للدولة تتصرف فيها كما تشاء لخدمة المصلحة العامة، فليست الجثة ملك للأسرة أو للشخص يجب أخذ موافقتهم بل تغليب لمصلحة المجتمع على مصلحة الأسرة [1].

لا مجال للموازنة بين حرمة الجثة و ضرورة إنقاذ حياة مريض، لأن الترجيح يكون للأخيرة على حساب حرمة الجثة. من التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، التشريع البولندي الذي لا يشترط موافقة الأقارب لاستئصال الأعضاء من الجثة [2].

- الاقتطاع في حالات الاستعجال:

لقد أجازت بعض التشريعات اقتطاع الأعضاء من الجثث بدون انتظار موافقة أحد، و هذا لما تستدعيه الحالة من استعجال و عدم قبولها لأي تأخير.

من بين التشريعات التي أخذت بفكرة الضرورة و الاستعجال لتبرير الاقتطاع دون موافقة الأقارب نجد المشرع الجزائري، حيث نصّ صراحة على ذلك في المادة 164 من ق.ح.ص.ت. "غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع.

إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".

---

[1] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.138، 139.
[2] عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.317.

رغم صراحة هذا النص في إجازة الاقتطاع بدون انتظار الحصول على موافقة، إذا استدعى الأمر ذلك إلاّ أنه من الناحية العملية هناك مشاكل كثيرة يلاقيها أصحاب الاختصاص [1].

المطلب الثالث

موقف القانون الوضعي من استئصال الأعضاء من جثث الموتى

إن التقدم العلمي الذي وصلت إليه العلوم الطبية خاصة في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية، أصبح ينظر إلى الجثة كمصدر للأعضاء التي لا يمكن استئصالها من الأحياء لسبب وحيد وهو هلاك المتبرع به.

و في هذه الحالة تصبح الجثة المورد الوحيد لعمليات زرع الأعضاء، خاصة الأعضاء التي لا يمكن استئصالها من الأحياء مثل القلب و الكبد، و منه أخذت بعض التشريعات تخرج عن مبدأ حرمة الجثة و إجازة المساس بها، وهذا سواء لأغراض علاجية أو علمية لا غير.

لقد تعرضت بعض التشريعات صراحة إلى مسألة نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء، و هذا ما سندرسه في هذا المطلب، نماذج عن القوانين الغربية (الفرع الأول) و كذا العربية (الفرع الثاني).

---

[1] عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص.318، 319.

الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية

إن الدول الغربية على سبيل المثال فرنسا، إنجلترا و كذا الولايات المتحدة الأمريكية، هي كغيرها من الدول فيما يخص نقل الأعضاء من جثث الموتى، قد مرت بمرحلتين، مرحلة الحظر ثم إجازة هذه العمليات بنصوص قانونية.

أولا: القانون الفرنسي

كان حرمة المساس بالجثة هو السائد في القانون الفرنسي، إلاّ أنه و مع التقدم العلمي، صدر سنة 1949 قانون خاص بالتصرف في قرنية العين، و منه أجاز للشخص أن يوصي بقرنيتي عينيه، و يمكن القول أن ذلك القانون أجاز استئصال جزء من الجثة لزرعه في جسم إنسان حي كمبدأ، و ما دعم هذا الأخير و اعترف بمشروعية الحصول على أعضاء من جثث الموتى هو وجود بنوك لأجزاء جسم الإنسان [1].

اشترط المشرع الفرنسي لاستئصال الأعضاء ما يلي:

- أن يكون غرض الاستئصال علمي أو علاجي بعد التأكد من الوفاة.
- ألا يكون الشخص قد اعترض قبل وفاته عن استئصال جزء من جسمه.
- إذا كانت الجثة لقاصر فالموافقة تعطى ممّن له حق الولاية عنه.
- اعتراض الشخص قبل الوفاة يجرم استئصال أعضائه، عدا البحث عن سبب الوفاة.
- اختلاف الفريق الطبي الذي نظم التصريح بالوفاة عن الذي يقوم بالعملية.
- إعادة الجسد إلى الحالة التي كان عليها قبل الاستئصال [2].

---

[1] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.250، 251.

[2] المرجع نفسه، ص.248-250.

ثانيا: القانون الانجليزي

كان المبدأ السائد في القانون الانجليزي « Common Law » بصورة عامة هو أن جثة الإنسان ليست محلا أو موضوعا لحق الملكية، و بالتالي لا يستطيع التصرف بها بالوصية بعد وفاته، كما لا يجوز للورثة أن يتصرفوا بها فهي لا تدخل في تركة المتوفى[1].

نظرا للتقدم الذي عرفه مجال الطب خاصة نقل و زرع الأعضاء البشرية، صدر قانون يسمح بنقل القرنية سنة 1952، و بذلك كان أول قانون يسمح بنقل الأعضاء من جثث الموتى، و في عام1961 صدر قانون المسمى « The Human tissue act » ، حل محل القانون الخاص بنقل القرنية، و قد استهدف إباحة زرع الأعضاء المأخوذة من جثة شخص ميت، بذلك كان لهذا القانون قاعدة غير التي كانت عليه قبل 1961[2].

ثالثا: القانون الأمريكي:

نفس النهج سارت عليه الولايات المتحدة الأمريكية، فقد كانت تطبق القاعدة الواردة في « Common Law » التي سبق ذكرها في موقف القانون الانجليزي و لكن مع التقدم العلمي بدأت الولايات المختلفة تخرج عن هذا المبدأ.

ففي عام 1968 وضع مشروع قانون موحد و الذي كان يستهدف إباحة نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى، و هو ما يسمى« Uniform anatonical gift act » ، أهم ما يميز هذا الاقتراح هو السماح لكل شخص بالغ لسن 18 سنة أو أكثر، ومتمتع بكامل قواه العقلية الإيصاء بأعضاء جثته أو بأجزاء منها و ذلك قصد استئصال أعضاء منها لعلاج من هم بحاجة إليها[3] .

---

(1) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.24.
(2) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.251.
(3) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.25، 26.

الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية

لقد أعطت الشريعة الإسلامية حرمة لجسد الميت كحرمته حيا، و الواقع يبين لنا أن من بين أهم مصادر القانون في الدول العربية عامة هي الشريعة الإسلامية، فكيف وفّقت التشريعات العربية بين التطور العلمي الحاصل في مجال الطب و كذا أحكام الشريعة الإسلامية.

أولا: القانون المصري

لقد صدر قانون في جمهورية مصر العربية سنة 1962، و الذي ينص في المادة الثانية منه على الحصول على العيون من الموتى و قتلى الحوادث و ذلك بتشريح جثثهم، أو عن طريق أشخاص يوصون بأعينهم.

أجاز القانون المصري هذه العملية تطبيقا لقاعدة عامة مؤداها جواز المساس بالجثة من أجل المصلحة الإنسانية. و منه فإذا توفرت الشروط في حالة أخرى فإن الإباحة تمتد إليها، فإباحة استئصال العين لأغراض طبية للغير، يجب أن ينظر إليها على أنها تطبيق لقاعدة تم التوصل إليها بمعرفة القواعد العامة، و بالتالي فإنه لا يجب أن يفهم أن المشروعية تتعلق فقط باستئصال العين، و إنما يجب أن تشمل المساس بالجثة أو بأيّ جزء منها و ذلك من أجل مصلحة إنسانية.

بالتالي يجب تبرير المساس بالجثة على أساس مصلحة مشروعة، و الموازنة بين مبدأ احترام الجثة و بين مصلحة الغير الحي، و متى انعدمت هذه الموازنة أضحى التصرف الذي يرد على الجثة غير مشروع [1].

[1] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.257، 258.

هناك مشروع قانون ينص على إباحة نقل و زرع الأعضاء و الذي أعده مجلس الشعب المصري سنة2001، حيث تناول في الفصل الثالث منه عملية نقل الأعضاء من الموتى في المواد من 19 الى20 و وضع ضوابط لهذه العملية [1].

ثانيا: القانون الأردني

حدد المشرع الأردني الإطار العام لعمليات نقل الأعضاء المستأصلة من جثة المتوفى إلى جسد إنسان حي، و هذا من خلال قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977، معدل بالقانون المؤقت رقم 17 لسنة 1980، و قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية رقم 43 لسنة 1956.

لقد نصت المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء الإنسان على ما يلي:

"للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو في أيّ من الحالات التالية:

– إذا كان المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع و التاريخ بصورة قانونية.

– إذا وافق أحد أبوي المتوفى في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حال عدم وجود الوالدين.

– إذا كان المتوفى مجهول الهوية و لم يطالب أحد بجثته خلال 24 ساعة بعد الوفاة، على أن يتم النقل في هذه الحالة بموافقة المدعي العام".

---

[1] أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص.170، 171.

أما في قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية، فقد أرسى المشرع الأردني من خلاله الأحكام التالية:

– يحق لمن كانت جثة الميت في حيازته بوجه مشروع أن يأذن باستئصال قرنيتي العينين منها، خلال ثلاث ساعات من وقت الوفاة.

كما نصّ في المادة الخامسة من القانون نفسه على معاقبة كل من ارتكب أية مخالفة لأحكام القانون و اعتبر أنه ارتكب جرما يعاقب عليه بالحبس بمدة لا تتجاوز الثلاث أشهر أو بغرامة لا تزيد على خمسين دينار [1].

[1] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.255، 256.

الفصل الثاني

تحديد

المسؤولية الجنائية للطبيب

حتى و إن كان الفكر البشري قد عرف المسؤولية الجنائية للطبيب منذ زمن بعيد، إلا أن هذا الموضوع لم يحظ بالاهتمام البالغ الذي حضي به في الوقت الراهن، و الأسباب التي أدّت إلى ذلك كثيرة و لكن نحن نرى أن من أهمها التطور المذهل الذي حدث في ميدان الطب في الأربعين سنة الأخيرة [1]، و أقل من ذلك بالتحديد في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية، و هذا راجع إلى ازدياد المكتشفات العلمية و انتشار الوسائل الفنية و تطورها، وبالتالي أصبحت فرص نجاح الطبيب كبيرة، و فشل الطبيب في العلاج حدث غريب يثير الشك و التساؤل.

إن المسؤولية الجنائية الطبية موضوع واسع جدا و يشمل عدة مجالات، و في فصلنا هذا سنقوم بدراسة المسؤولية الجنائية القائمة على مخالفة قواعد القانون العام (المبحث الأول)، و كذا المسؤولية الجنائية القائمة على مخالفة ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المسؤولية الجنائية للطبيب القائمة على مخالفة قواعد القانون العام

لما كانت المسؤولية الجنائية تقوم عند مخالفة الشخص لقاعدة قانونية جنائية، فلا يعد أيّ فعل جريمة إلا إذا وجد نص قانوني يجرّمه ويقرر له العقوبة اللازمة، طبقا لما تقضي به المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري [2] و التي نصّها: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

يخضع الطبيب، كغيره من أفراد المجتمع للمساءلة الجنائية، وذلك على إثر تزايد

---

[1] عبد الرحيم نوار، المسؤولية الجنائية للأطباء عن القتل و الإصابة الخطأ؛ رسالة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص.02.

[2] أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج. عدد49، سنة 1966، المعدل والمتمم.

الأخطاء الطبية و إخلال الأطباء بالتزاماتهم تجاه مرضاهم التي لم تعد تثير المسؤولية المدنية فقط بل المسؤولية الجنائية أيضا، غير أنّه لا يمكن اتهام الطبيب بارتكاب جريمة ومحاكمته بسببها إلا بتوفر موجباتها [1].

سندرس في هذا المبحث أركان المسؤولية الجنائية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى جزاء إخلال الطبيب بالتزاماته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أركان المسؤولية الجنائية للطبيب

رغم كون الطب علم ليس له صفة الاستقرار و أنه لا يمكن أن يتقدم إلا إذا أصبح الطبيب مطلق الحرية في علاج مرضاه، إلا أن هذا القول لا ينفي أن علماء الطب اتفقوا على عدد من القواعد الرئيسية إذا خالفها الطبيب يصبح مسئولا عن عمله.

لا تختلف المسؤولية الطبية من حيث أركانها عن المسؤولية بوجه عام، فهي لا تقوم إلا إذا توفرت لها أركان ثلاث هي: الخطأ، الضرر و العلاقة السببية بينهما.

على هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع نتناول فيه كل ركن على حدة.

الفرع الأول: الخطأ الطبي الجنائي

الخطأ بصفة عامة يعني اتجاه إرادة الشخص إلى إتيان سلوك خطير، دون القيام بالواجب المفروض عليه من حيطة و حذر و تقدير [2]. و هناك من عرّف الخطأ بأنه

---

[1] نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.76.

[2] عبد الفتاح بيومى الحجازى، المسئولية الطبية بين الفقه و القضاء، د.ط.؛ دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.156.

"تقصير في مسلك الإنسان، لا يقع من شخص يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسئول"[1].

فيما يتعلق بتعريف الخطأ الطبي فقد عرّفه البعض بأنه " كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه، على القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا و عمليا وقت نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته و واجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصير حتى لا يضر بالمريض"[2].

و عرّفه البعض الأخر أنه "تقصير أو إهمال أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد و الأصول الطبية التي تقضى بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا و عمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي، دون أن تنصرف إرادته إلى حدوث النتيجة مع إمكانية توقع حدوثها"[3].

أما مفهوم الخطأ الطبي في قانون الصحة و ترقيتها فلم يقدّم المشرع الجزائري تعريفا للخطأ، فقط اعتبر مسؤولية الأطباء عن أخطائهم تخضع للقواعد العامة متى ثبت الخطأ من جانبهم، فنصّت المادة 239 من القانون المذكور على متابعة الطبيب عن كل تقصير أو خطا مهني و هذا على أساس المادتين 288 و 289 من ق.ع.ج..

أولا: صور الخطأ

ذكرتها المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، و التي تتمثل في الرعونة، عدم الاحتياط، الإهمال و عدم مراعاة اللوائح و الأنظمة، و سنستعرضها بنوع من التفصيل.

---

(1) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء في إفشاء السر المهني، د.ط.؛ مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998، ص.52.

(2) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة، ط 02؛ دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص.224.

(3) موفق على عبيد، المرجع السابق، ص.52.

1: الرعونة

تعني الرعونة في هذه الحالة إقدام الطبيب على عمل و هو غير مقدّر لخطورته و غير مدرك ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار [1].

و تتحقق الرعونة كذلك حين يقدم شخص على عمل دون أن تتوافر لديه المهارة المتطلبة لأدائه [2]. و من أمثلة ذلك أن يخطئ طبيب عظام في قراءة صورة الأشعة فيظن الإصابة كسرا مع تباعد في الأجزاء و يعالجها على هذا الأساس [3].

2: الإهمال

المقصود بالإهمال هو التفريط أو عدم الانتباه، بحيث يتخذ الجاني موقفا سلبيا، فلا يتخذ واجبات الحيطة و الحذر التي كان لزاما عليه القيام بها للحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية الضارة، و هو يتمثل في الامتناع عن فعل يجب أن يتم، أو ترك أمر واجب، أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المتزن الحريص أن يفعله [4].

يتمثل هذا الإهمال في المجال الطبي، القيام بعملية جراحية دون إجراء الفحوصات الطبية الضرورية أو ترك أداة في بطن المريض دون تكرار السؤال لثلاث مرات متتالية على الممرضة المساعدة المسئولة عن عدد الأدوات في أيّ عملية، و بذلك فلا يجب على الطبيب غلق بطن المريض إلا بعد حصوله على إجابة من الممرضة بأن العدّ صحيح [5].

---

(1) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص-جرائم الأموال، د.ط.؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.108.

(2) أمير فرج يوسف، أحكام المسئولية عن الجرائم الطبية، من الناحية الجنائية المدنية و التأديبية للأطباء و المستشفيات و المهن المعاونة لهم، د.ط.؛ المكتب العربي الحديث للنشر و التوزيع، مصر، 2011، ص.57.

(3) منير رياض حنا، المسئولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، د.ط.؛ دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1989، ص.30.

(4) حسين فريجة، المرجع السابق، ص.109.

(5) رائد كامل خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، ط. 01؛ المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص.34.

3: عدم الاحتياط

هو خطأ ينطوي عليه نشاط ايجابي من الفاعل و يدلّ على عدم التبصر بالعواقب[1]، و فيه يدرك الفاعل طبيعة عمله و ما يمكن أن يترتب عليه من ضرر أو خطر للغير، لكنه لا يبالي و لا يتخذ الاحتياطات التي من شأنها عدم تحقق هذه الآثار[2].

عدم الاحتراز يتساوى مع الإهمال، من حيث أنه إخلال بالتزام من التزامات الحيطة التي تستمد من الخبرة الإنسانية [3].

4: مخالفة اللوائح أو الأنظمة

يقصد بمخالفة القوانين و الأنظمة، عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية و الأنظمة و اللوائح و القرارات المختلفة، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير[4]. وهي صورة مستقلة للخطأ بحيث لا يلزم أن تشكل إهمالا أو تقصيرا، لأنها تتحقق في مخالفة القاعدة الآمرة التي تقررها القوانين و الأنظمة، و يتسع مفهوم الشرائع و الأنظمة لجميع قواعد السلوك الآمرة الواردة في القوانين و المراسيم و القرارات التنظيمية، التي تهدف إلى حفظ النظام و الأمن و حماية الصحة العامة [5].

المقصود بعدم مراعاة القوانين و الأنظمة في بحثنا هذا هو عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية و الأنظمة المختلفة المتعلقة بهذه المهنة، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، و مثال ذلك مخالفة الأصول الفنية و العلمية للطبّ، كمن يمارس هذه المهنة

---

(1) حسين فريجة، المرجع السابق، ص.110.
(2) قاسي عبد الله زيدومة، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة؛ مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1978، ص.56.
(3) منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 30.
(4) يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.91.
(5) اسحق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، في الجرائم ضد الأشخاص و الأخلاق و الأموال و أمن الدولة، د.ط.؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص.102.

و هو غير مجاز فيرتكب خطأ مصدره نظام مهنة الطب، فإذا عالج شخصا و مات فإنه يسأل على أساس القتل الخطأ [1].

تتميز هذه الصورة من صور الخطأ بأن إثباتها لا يحتاج إلى جهد، بل فقط يكفي مجرد الإشارة إلى النص الذي جرت مخالفته من قبل الفاعل، و هذا أمر مادي من السهولة إثباته و لا مجال فيه للتقدير، فالقاضي لا يقيس تحقق الخطأ بسلوك الشخص العادي من فئة المتهم و ظروفه، و إنما يقف عند معيار موحد و ثابت و هو مجرد مخالفة القوانين و الأنظمة المعمول بها بغض النظر عما يسلكه الشخص العادي [2].

ثانيا: معيار الخطأ الطبي الجنائي

يقتضي البحث في مسألة معيار الخطأ الطبي التعرض لمسائل محل جدل فقهي و قضائي كبير أولها التفرقة بين الخطأ المادي و المهني و أيّ خطأ يسأل عنه الطبيب؟

أ: الخطأ المادي و الخطأ المهني

ذهب فريق من الفقهاء إلى التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ المهني، بمناسبة الأعمال الطبية و يرجع هذا التقسيم إلى الفقيه" ديمولوب"[3]، و ذلك عندما فكّر في الجمع بين دعاة عدم المسؤولية و معارضيهم. حيث فرّق بين نوعين من الأعمال التي تصدر عن الطبيب؛ الأعمال العادية التي تصدر عنه كرجل عادي و لا شأن فيها لصفة الطبيب، و الأعمال الفنية التي تصدر عنه أثناء مباشرة المهنة، و قد جعل الطبيب مسئولا عن كل الأخطاء بالنسبة للأعمال العادية، أما بالنسبة للأعمال الفنية فقد قصر مسؤولية الطبيب عن الخطأ الجسيم فقط.

---

[1] رائد كامل خير، المرجع السابق، ص.37.
[2] يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص.92.
[3] منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.42.

1: تعريف الخطأ المادي

بناء على ما سبق يمكن تعريف الخطأ المادي بأنه الخطأ الذي يرجع إلى الإخلال بقواعد الحيطة و الحذر التي يلتزم بها الناس بصفة عامة، و منهم رجال الفن في مهنهم باعتبارهم يلتزمون بهذه الواجبات العامة قبل أن يلتزموا بالقواعد العلمية و الفنية [1]. و الخطأ المادي هو الخارج عن مهنة الطب؛ الذي لا يخضع للخلافات الفنية و لا يتصل بسبب بالأصول العلاجية المعترف بها [2].

من أمثلة الأخطاء المادية إجراء الجرّاح لعملية جراحية و هو في حالة سكر، كما نذكر من التطبيقات العملية على الخطأ المادي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في: أن الطبيب المتهم و هو يجري عملية جراحية للمجني عليه فتحرك هذا الأخير، ممّا دفع الطبيب إلى ضربه على الرأس و صدره بقبضة يده فتوفي بعدها، وقد ثبت من تقرير الطبيب الشرعي أنه كان عند المجني عليه إنيورزم [3]، يجوز أن يتفجر من تلقاء نفسه نتيجة ضغط الدم أيا كان سببه في الجزء المريض أو بسبب عنف خارجي يقع على الجسم. و لمّا كان الطبيب قد ضرب المجني عليه في مقابلة الأنيورزم، فالذي يمكن استنتاجه أن هذا الأخير قد تعرض بالفعل إلى عنف خارجي و حدثت الوفاة [4].

2: تعريف الخطأ المهني:

أما الخطأ المهني فهو انحراف شخص ينتمي إلى مهنة معينة عن الأصول التي تحكم

---

[1] أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.17.

[2] بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة و اتجاهات القضاء، د.ط.؛ دار مكتبة الحامد، الأردن، 2002، ص.91.

[3] هي حالة نفسية يعيشها المريض و تولد عنده اضطرابات و حالة من الخوف.

[4] محمد مصطفى القللي، تعليقات على الأحكام في المواد الجنائية، مجلة القانون و الاقتصاد، مطبعة الرغائب، مصر، العدد الأول، 1932، ص.330. نقل عن: نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.88.

هذه المهنة وتقيد أهلها عند ممارستهم لها [1]، فهو إخلال بواجب خاص مفروض على فئة محدودة من الناس ينتمون إلى مهنة معينة كالأطباء، المهندسين، المحامين و القضاة و غيرهم [2]، بحيث يتصل هذا الخطأ بالقواعد العلمية والأصول الفنية التي تحكم مهنة الطب ويتقيد بها الأطباء عند ممارستهم لأعمالهم المهنية.

يرجع الخطأ الفني إمّا 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 المريض [3]. و المقصود بالقواعد الفنية، تلك التي تتطلبها الحيطة و حسن التقدير.

من أمثلة الأخطاء الفنية قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية غير مختص بها.

ب: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

إذا كان الخطأ الطبي العادي لم يثر أيّ إشكال في مدى مسؤولية الطبيب عنه، بحيث يسأل هذا الأخير عن أيّ خطأ مهما يكن يسيرا أم جسيما، فإن الخطأ المهني الفني الصادر عن الطبيب قد أثار خلافا حول مساءلة الطبيب من عدمه، وذلك نتيجة للتفريق بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.

---

(1) Anne Guyon et Odile Burrus, Législation, Responsabilité éthique et déontologie ; Ellipses Marketing, Paris, 2001, p.48.

(2) منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.44.

(3) Malicier (D), et autres, La responsabilité médicale, données actuel ; E.S.K.A., Paris, 2eme éd, 1999, p.103.

1: الخطأ الجسيم

الخطأ الجسيم يكون نتيجة مخالفة الوسائل العلاجية السليمة مخالفة واضحة تنم عن جهل بيّن أو إهمال جليّ، لا يصح صدوره من طبيب يشعر بالمسؤولية إزاء مريضه، و من ذلك السرعة في التشخيص، أو العلاج برعونة أو بإهمال و بدون الاستعانة بالطرق الضرورية والمفيدة لتكوين الرأي، والوسائل الفنية التي يتسم بها الطب الحديث، أو مخالفته إياها مخالفة فاضحة [1].

2: الخطأ اليسير

الخطأ اليسير هو الخطأ الذي يمكن التجاوز عنه، ويكون نتيجة إقدام الطبيب على تجريب وسائل علاجية حديثة دون خوف [2].

و قد طالب بعض الفقه بوجوب أن تكون مساءلة الطبيب قاصرة على الخطأ المهني الجسيم دون الخطأ اليسير، أما البعض الآخر فدعا لمحاسبة الطبيب عن كافة أخطائه مهما تكن.

خلاصة القول تستخلص من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن، و ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، في 20 أكتوبر 1962، من مسؤولية الطبيب عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة مهنته، وكذلك عن الضرر الناتج عن إهماله وعدم احتياطه في تشخيص الداء و وصف الدواء وإجراء العمليات، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما، إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا [3].

---

[1] منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.46.

[2] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.203.

[3] خالد محمد العويد الزغيبي، خطأ الطبيب و المسؤولية الجنائية؛ مذكرة ماجستير، جامعة القاهرة، 2003، ص.149. نقل عن: نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.93.

الفرع الثاني: الضرر

هو أيضا ما يعرف بالنتيجة و تحقق الضرر الذي يصيب المريض في جسمه أو نفسه نتيجة الخطأ الطبي، فالضرر الناتج عن هذا الخطأ يعد ركنا أساسيا في قيام المسئولية الجنائية للطبيب، فإذا لم يتحقق الضرر انتفت المسئولية و إن كان من المتصور قيام المسئولية المدنية [1]. يمكن للضرر أن يكون مادّي يمس بمصلحة مالية، و قد يكون معنويا يصيب المضرور في قيمة غير مالية كشعوره أو عاطفته أو كرامته [2]. و سنتطرق إلى دراسة صور الضرر و كذا إثباته.

أولا: صور الضرر

هناك تعدد لصور الضرر، فهناك ضرر مادي و معنوي، فالمساس بسلامة جسم الإنسان هو ضرر مادي، أما الضرر المعنوي فلا يتعدى المساس بمشاعر الشخص [3]. سنستعرض الصور الشائعة في الخطأ الطبي، و المتمثلة في الضرر المادي في صورتيه الضرب و الجرح، و كذا القتل كما يلي:

أ: التعرض بالضرب و إحداث الجروح

نظريا يتصور إيذاء المريض في سلامة جسده أو صحته، بإحداث جرح بجسم المريض أو الإيذاء بأيّ صورة أخرى غير الجرح، ذلك أن الجرح هو ما يترك أثرا ظاهرا بالجسم كقطع الأنسجة، حرقها أو إحداث كدمات أو تسلخ الجسم، أو داخليا كإحداث شرخ في العظام

---

(1) محمود القبلاوى، المسئولية الجنائية للطبيب، د.ط.؛ دار الفكر الجامعي ، مصر، 2005، ص.82.

(2) محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، د.ط.؛ دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 1999، ص.162.

(3) الدكتور قريوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، متوفر في
http://www.algeriamax.com , Date de consultation : 22/04/2013.

أو كسر أو نزيف داخلي [1]، و يتسع معنى الإيذاء إلى كل ما يسبب لجسم المريض ألما أو يضر بصحته دون الوصول إلى حد قطع الأنسجة، مثل الضرب أو إعطاء المريض مواد ضارة أيا كان نوعها [2].

أما من الناحية الموضوعية فإنه من الاستثناء أن يقوم الطبيب بأعمال عنف، لكن دون أن يقع طبعا تحت طائلة المسؤولية الجنائية تبعا للرخصة التي منحها له المشرع بحكم مهنته، و نحو ذلك قيام طبيب الأسنان باقتلاع سنّ المريض بعنف من فكه، كما هناك أعمال مرخصة أخرى لا تنطوي عليها مواد قانون العقوبات التي تعاقب على مختلف أوجه الاعتداء على السلامة الجسدية، لكن الحصانة التي يتمتع بها الطبيب لا يسري مفعولها ما لم تحترم الشروط و القواعد التي حددها القانون، و أبرز مثال على ذلك قيام الطبيب بنزع عضو من جسم شخص حي قصد زرعه في جسم شخص أخر، و منه يتبين أنه إذا لم يتم احترام شروط و ضوابط الاقتطاع، عندئذ فقط يمكن إعمال كل القواعد الجنائية سواء العامة منها أو الخاصة قصد متابعة الطبيب جنائيا، بغض النظر عن الوصف الذي لحق فعل الاعتداء[3].

ب: القتل

لا شكّ أن السلوك الإجرامي المشكّل لجريمة القتل هو الوصول إلى نتيجة واحدة وهي إزهاق روح شخص حيّ، لكن الاختلاف يكمن في مدى توافر القصد الجنائي من عدمه لدى الجاني –الطبيب–و منه اختلف تكييف الجرم من قتل خطأ إلى القتل العمدي.

– القتل الخطأ هو كل فعل من قبل الجاني يؤدي إلى إزهاق روح المجني عليه بطريق الخطأ أي عدم وجود نية القتل، بحيث الجاني قد أراد النشاط الإجرامي و انعدمت لديه النيّة،

---

[1] محمد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، د.ط.؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.352.

[2] عبد الفاتح بيومى الحجازى، المرجع السابق، ص.167.

[3] Jean Panneau, La responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 2e éd, 1996, p.89.

عكس ما عليه الحال في القتل العمدي بحيث يكون الجاني قد أراد النشاط كما لديه نيّة القتل [1].

ينجم عن الخطأ الطبي أو الإهمال الصادر من الطبيب ضرر و المتمثل في تفويت فرصة في الحياة، و قد كان لهذا المريض أمل في نيلها، و إن كانت تلك الفرصة مجرد أمل في تحققها فإن الطبيب بخطئه أو إهماله قد جعل التحقق مستحيلا [2].

القتل العمدي هو ذلك السلوك الايجابي الذي يأتيه الطبيب و المتمثل في إزهاق روح إنسان مع اتجاه نيته إلى إحداث النتيجة، و هذا بغض النظر عن الدافع الذي لا يمحي تحت أيّ ظرف وصف الفعل بأنه جناية قتل، رغم صعوبة تخيل أن الطبيب قد قام بهذا الجرم و هو بصدد القيام بمهنته أو حتى أنه قد قام بها بصورة عمدية [3].

ثانيا: إثبات الضرر

على من يدعي وجود الضرر و يطالب التعويض عنه أن يقيم الدليل على ذلك، و لأن وجود الضرر واقعة مادية، لذلك يصح الإثبات بكل الطرق بما في ذلك البيّنة و القرائن.

ما يلاحظ أن إثبات وقوع الضرر مسألة موضوعية تخص بها محكمة الموضوع، و لا تخضع لرقابة المحكمة العليا التي هي محكمة قانون فقط، و لا يكفي إقامة الدليل على وقوع الضرر بل لابد من إثبات مدى الضرر الذي وقع و تبيان عناصره، كما يجب أن تكون الأدلة قوية و مقنعة للقاضي، فإذا ثبت مثلا أن المرض في سيره الطبيعي كان سيودي بحياة المريض سواء أجريت العملية أم لا فلا يسأل الطبيب عن موته، أما إن كانت حالة المريض تبعث على

---

[1] محمد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.332.

[2] إبراهيم علي حماوي الحليوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية: دراسة قانونية مقارنة، ط.01؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص.71، 72.

[3] Jean Panneau, Op-cit, p.87.

الاطمئنان إلى شفائه فإن أيّ خطأ من الطبيب المعالج يفوّت عليه فرصة للشفاء يعتبر هذا الطبيب مسئول[1].

الفرع الثالث: الرابطة السببية

إن توافر ركنيّ الخطأ و الضرر وحدهما لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب، إذ يلزم إلى جانبهما وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ و الضرر و هذا ما يعبر عنه بركن السببية [2]، أي أن يكون هناك ارتباط أكيد و مباشر ما بين الضرر الحاصل و الخطأ، بمعنى أدق يجب إثبات أن الخطأ كان سببا في الضرر الذي أصاب المريض [3].

إن ما يستوقفنا في دراسة الرابطة السببية هو تحديد العلاقة المباشرة أو العلاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية، لأنها تعتبر من أعقد المسائل بالنظر إلى تعقيدات الجسم و كذا خصائصه و عدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات، لأنه قد يصادف ألا تكون واقعة واحدة سببا للضرر الحاصل بل هناك تضافر لعدة عوامل لإحداثه، كما أنه أحيانا قد يتأتى أن واقعة لا تنتج مفاعيلها في آن واحد، بل هي تحدث أولا ضرر واحد، ثم يحدث هذا الضرر بدوره ضررا آخر، الذي يحدث ضرر ثالث و هكذا دواليك، هل الجاني في هذه الحالة مسئول عن جميع الأضرار الناتجة عن الضرر الأول؟ [4]

برزت في الفقه المدني، كما في الفقه الجزائي نظريتان مختلفتان: الأولى عرفت بنظرية تعادل الأسباب، و الثانية هي نظرية السبب الملائم.

---

[1] عبد الفتاح بيومى حجازى، المرجع السابق، ص.167، 168.

[2] محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين، قانونا-فقها-اجتهادا، د.ط.؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.50.

[3] علي عاصم غصن و عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، د.ط.؛ منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص.170.

[4] إبراهيم علي حماوي الحليوسي، المرجع السابق، ص.71.

أولا: نظرية تعادل الأسباب

قال بهذه النظرية الفقيه "فون بيري"، مؤداها أن كل عمل له دخل في إحداث النتيجة يعد سببا لها، طالما أن النتيجة ما كانت لتقع لولا تدخل هذا السبب، فنظرية تعادل الأسباب تعتبر جميع العوامل التي قد تؤدي إلى تحقيق وضع ما مسئولة على قدم المساواة عن هذا الوضع، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، بعيدة كانت أو قريبة، فجميع العوامل التي تتضافر في إحداث نتيجة ما تعد متعادلة و مسئولة بالتالي على حدوثها، فنشاط الجاني هو العامل الذي يمكن أن يقال فيه أنه جعل حلقات الحوادث تتابع على نحو معين بحيث لولاها لما حدثت النتيجة النهائية[1].

فالجاني يسأل عن نشاطه مسؤولية تامة مهما توسط من عوامل بينه وبين النتيجة النهائية، فسواء كانت العوامل راجعة إلى فعل إنسان أو إلى فعل الطبيعة، فإذا شرع الجاني في قتل شخص و أحدث به إصابة نقل على إثرها إلى المستشفى بحيث أخطأ الطبيب في علاجه مما أدى إلى وفاته، فإن الجاني الذي حاول القتل يعاقب على جريمة تامة للقتل و ليس مجرد الشروع فيها، لأنه لولا الاعتداء لما تعرضت الضحية للعلاج الذي أدى إلى وفاته. بذلك فنظرية تعادل الأسباب لا تميز بين الأسباب و بين الشروط و الظروف اللاّزمة لتحقق الوضع المعاقب عليه، و عليه فإن بعض الفقهاء يرون أنه من شأن التطبيق المحض لنظرية تعادل الأسباب أن يقود إلى الربط بين خطأ معين و ضرر معين مع عدم وجود أية رابطة نفسية بينهما في الواقع، و هذا المضمون يحتوي على خطورة و توسيع كبير لنطاق

[1] عبد الرحيم نوار، المرجع السابق، ص.119، 120.

المسؤولية الجنائية، وكذا نتائجها غير متسقة من مقدماتها، و هي تناقض نفسها من حيث أنها تقر بتعادل الأسباب ثم تعود فتختار من بينها سببا تلقي عليه عبء النتيجة [1].

ثانيا: نظرية السبب الملائم أو المناسب

حسب هذه النظرية لا يسأل الفاعل إلا عن النتائج التي تترتب عادة عن الفعل الذي أقدم عليه، فإذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر، فإنه يجب التركيز على السبب المنتج الفعّال، أي يجب التمييز بين الأسباب العارضة و الأسباب المنتجة، و بالتالي إقامة وزن للأسباب المنتجة و اعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر و إهمال الأسباب العارضة، فالسبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة، أما السبب العارض، هو السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر و لكنه أحدثه عرضاً [2].

أما إذا كانت العوامل التي تدخلت في إحداث الضرر، مما لا يحصل عادة ضمن المجرى العادي للأمور أو الوضع الذي أوجده الفعل الأصلي، كأن تكون مفاجئة أو طارئة و حاصلة من مصدر مستقل و من شأنها بحد ذاتها أن تحدث الضرر الذي تحقق، فإن هذه العوامل تقطع الصلة السببية بين الفعل الأصلي و الضرر، فيسأل كل فاعل عن نتائج فعله التي وقعت دون سائر النتائج اللاحقة و المستقلة و القادرة بحد ذاتها على إحداثها [3].

وفقا لهذه النظرية يقوم القاضي بدراسة الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر اللاحق بالمريض، بحيث يتم استبعاد الأسباب التي لم يكن لها إلا دور ثانوي في حدوث الضرر، فإذا

---

[1] عبد الرحيم نوار، المرجع السابق، ص.120، 121.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج.01: مصادر الالتزام، د.ط.؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص606.

[3] علي عصام غصن و عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.173.

ثبت أن المريض وفقا للسير العادي للأمور سيؤدي إلى الوفاة، سواء تم علاجه من قبل الطبيب أم لا، فإنه لا مجال لمساءلة الطبيب عن وفاته.

أما فيما يخص القضاء الجزائري فلم يستعمل معيار واحد، و إنما حكم في بعض الأحيان بوجود علاقة السببية بين الخطأ و النتيجة على أساس نظرية تعادل الأسباب، و في أحيان أخرى جمع بين المعيارين معا [1]، و منه نستنتج أن المشرع الجزائري أعطى الحرية للقاضي الجنائي في اختيار المعيار المناسب، لكي يوازن بين حق الضحية و المتهم.

المطلب الثاني

جزاء إخلال الطبيب بالتزاماته

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى استظهار أركان المسؤولية، و التي بها تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية، و بالتالي ترتب عليه جزاءات جنائية منصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري، سنحاول أولا تحديد التزامات الطبيب (الفرع الأول) و المستمدة من طبيعة الوظيفة الإنسانية التي يقوم بها، ومن الأصول العلمية التي تحكم الطب، سواء وجد عقد أو لم يوجد [2]، ثم نحدد العقوبات المنصوص عليها في القانون و نخص بالدراسة جزاء الإيذاء و القتل الخطأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزامات الطبيب

نقسم الالتزام من حيث مدى اتصال أداء المدين لالتزامه بالغاية التي يهدف الدائن لتحقيقها إلى التزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة، فإذا كان مضمون الأداء هو الغاية والهدف اللذين يسعى الدائن إليهما من إنشاء الالتزام، كنّا بصدد التزام بتحقيق نتيجة، أما إذا

---

(1) نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.112، 113.
(2) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.183.

كان مضمون أداء المدين ليس هو الغاية أو الهدف النهائي الذي يرمي الدائن إلى تحقيقه، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي، كنا بصدد التزام ببذل عناية [1].

يعتبر الطبيب في العلاقة التي تربطه بالمريض مدينا لهذا الأخير في نطاق تدخله لمباشرة العمل الطبي، وبالتالي تقع عليه التزامات، ويتفق الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب نحو مريضه في الأصل هو التزام ببذل عناية، و في حالات استثنائية يكون التزامه فيها بتحقيق نتيجة.

أولا: الالتزام ببذل عناية

العقد الطبي يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر، والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة.

أ: مضمون المبدأ

يتمثل مضمون هذا المبدأ في أن العناية المطلوبة من الطبيب تقتضي منه أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يتفق مع طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت جسامته [2].

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1: النظرية العامة للالتزام، ط.04؛ دار الهدى، الجزائر، 2007، ص.25.

[2] أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، د.ط.؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص.46.

لا يكفي لكي يعد الطبيب مخلا بالتزامه أن تسوء حالة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته ولا يتأتى هذا إلاّ إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية [1].

يجب على الطبيب أن يبذل العناية الواجبة في مرحلة التشخيص لأنها تعتبر مرحلة حساسة ومهمة في التدخل الطبي، و كل خطأ بسبب الإهمال أو الجهل أو الرعونة، يعرّض الطبيب للمسؤولية، فعليه بعد أن يستمع إلى شكوى المريض، ويحصل منه على كافة التوضيحات التي يحتاج إليها، أن يفحص المريض فحصا دقيقا، مستعملا في ذلك كل الوسائل المتاحة التي وضعها وتوصل إليها العلم الطبي، ليكون رأيه سليما واضحا بعيدا عن الغلط [2].

ب: مبررات المبدأ

يبرر الفقه التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة للوصول إلى الشفاء دون ضمان تحققه، بمقدار الخطر الذي يلازم التدخل الطبي عادة، وبأن أيّ تشخيص للمريض أو وصف دواء له أو علاجه يحتوي على قدر مهم من الاحتمال، يجعل من تحميله الالتزام بتحقيق الشفاء ظلما له، فالطبيب لا يستطيع الوعد بالشفاء.

نلاحظ أن المعيارين المعتمد عليهما من طرف الفقه في تقرير مبدأ التزام الطبيب ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة، هما معياري الخطر والاحتمال الذي تتميز بهم الأعمال الطبية.

اعتبر الفقه المصري أن الخدمة الطبية التي يلتزم الطبيب بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة، تقتضيها أصول المهنة التي ينتمي إليها والتزامه

---

[1] بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي؛ مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.156.
[2] رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، د.ط.؛ المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص.78.

بالعقد هو التزام ببذل عناية، لا التزام بتحقيق نتيجة، وإخلال الطبيب بهذا الالتزام سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، يعتبر خطأ طبي فني [1].

نستنتج من مواقف الفقه أن العقد الطبي ينشئ حتما على عاتق الطبيب المداوي الالتزام بعناية المريض، و إذا حصل أن رفض تقديمها أو أوقف علاجه بدون سبب مشروع، فإنه يسأل عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، لكن هذا الالتزام لا يولد بالتأكيد على عاتق الطبيب التزام بشفاء المريض.

ثانيا: الالتزام بتحقيق نتيجة (استثناء)

يعتبر الالتزام بتحقيق نتيجة التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة معينة أو غاية معينة، و إذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون الطبيب (المدين) مسئولا أمام المريض (الدائن)، لكونه لم يقم بتنفيذ التزامه فيفترض خطأ الطبيب في هذا النوع من الالتزام، ومن ثم مسؤوليته، لمجرد أن الغاية المنتظرة من طرف هذا المريض هي محل التزامه و لم تتحقق.

نرى أن تحميل الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة يعتبر تقييدا له وتشددا في نفس الوقت، لكن هذا القيد فرضته ضرورة حماية المريض الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

هناك بعض الأعمال الفنية للطبيب توجب عليه تحقيق نتيجة و ليس مجرد بذل عناية، كالتزام الطبيب بإعلام المريض، والتزامه بالحصول على موافقة المريض، و بعدم إفشاء سر المريض، كما أن هناك حالات تستلزم تحقيق نتيجة و ليس بذل عناية مثل نقل الدم و التحاليل الطبية [2]، وكذا عمليات نقل الأعضاء من شخص حي، كلها التزامات بتحقيق نتيجة.

---

[1] طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة، د.ط.؛ المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص.101.
[2] كريم عشوش، العقد الطبي، د.ط.؛ دار هومة، الجزائر، 2007، ص.96.

أ: نقل الدم و التحاليل الطبية

يحتاج المريض في بعض الحالات إلى نقل الدمّ إليه، إمّا لأنه أصيب أو أن طبيعة المرض تتطلب نقل الدم إلى جسمه لتعويضه عما فقده، فيتعين أن يكون هذا الدم متفقا في الفصيلة مع دمه وإلا أصيب بأضرار، كما يجب أن يكون هذا الدم المنقول سليما و خاليا من أيّ مرض، وإلا انتقلت عدواه إلى المريض، كما يشترط قبل النقل أن يكون الدم محتفظ به بطريقة علمية تضمن سلامته من التعفن.

أما فيما يتعلق بالتحاليل الطبية الأخرى، فيلتزم الطبيب (المحلل) لجميع التحاليل التزاما محله تحقيق نتيجة، ويقع الإخلال به بمجرد ثبوت غلطه فيه، والسبب الرئيسي في ذلك هو أن نشاط الطبيب المحلل ينحصر في أعمال مخبرية، لا تتضمن بحسب الأصول العلمية المسلم بها أيّ احتمال [1].

ب: نقل الأعضاء البشرية

في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية يجب التفريق بين حالتين:

الأولى: هي حالة نقل عضو من جثة إنسان ميت إلى إنسان حيّ.

الثانية: هي حالة نقل عضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر حيّ.

ففي الحالة الأولى التزام الطبيب لا يخرج عن كونه التزاما ببذل عناية، بناءً على أن الإنسان الميت لن يضار بنقل العضو إلى جسم المريض الحيّ من جهة، و أن المريض لا يضار إذا لم تنجح العملية، و ما فعله الطبيب ما هو إلاّ محاولة علاج المريض.

أما في الحالة الثانية فتبلغ الدقة مداها، حيث يجب إجراء التحاليل اللازمة قبل إجراء عملية النقل و التأكد تماما من نجاح عملية الزرع و عدم رفض جسم المريض للعضو المنقول

---

[1] اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية: دراسة مقارنة، د.ط.؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص.231.

و ذلك قدر المستطاع، لأن عملية النقل تفقد الجسم المنقول منه وظيفة العضو، و التي هي بلا شك تؤثر على التكامل الجسدي للجسم المنقول منه، التضحية في هذه الحالة مرتبطة بتحقيق منفعة أكبر، فإذا لم تنجح العملية فمعنى ذلك أننا ضحينا بمنفعة محققة، بدون تحقيق أيّ منفعة مقابلة.

هنا نقول بأن التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة، فيما عدا ذلك نستطيع القول بأن التزام الطبيب يظل كما هو التزام ببذل عناية [1].

الفرع الثاني: عقوبة الجروح و القتل الخطأ

كل من جريمة الإيذاء و القتل هي من الجرائم التي تقع على الأشخاص، و سنّ المشرع لمرتكبيها عقوبات جزائية و تتمثل في:

أولا: عقوبة القتل غير العمدي

حدد المشرع الجزائري في نص المادة 288 من ق.ع.ج. على عقوبة القتل غير العمدي بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 1000 إلى 20000 دج، و معنى ذلك أنه يجوز الحكم بالحبس و بالغرامة أو بالحبس دون الغرامة أو العكس.

كما نصّ المشرع الجزائري في المادة 290 من القانون نفسه على أن تضاعف العقوبات المنصوص عليها في حالتين هما:

الحالة الأولى: أن يكون الجاني في حالة سكر.

الحالة الثانية: أن يكون الجاني قد حاول الفرار أو حاول تغيير حالة مكان الجريمة للتهرب من المسئولية الجنائية أو المدنية، و معنى ذلك أن تزيد العقوبة التي نص عليها.

---

[1] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.185، 186.

لكن مضاعفة العقوبة لا تؤثر على إمكان توقيع الحبس فقط أو الغرامة فقط [1].

أ: عقوبة القتل غير العمدي في صورته البسيطة

نصت على عقوبة القتل غير العمدي في صورته البسيطة المادة 288 من ق.ع.ج. بحيث جاء فيها: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونة أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 1000 إلى 20000 دينار". يظهر من خلال النص أن المشرع وضع حد أدنى لعقوبة الحبس هو ستة أشهر و الحد الأقصى العام هو ثلاث سنوات و هذه العقوبة تتناسب مع القتل غير العمدي الذي أدى إلى إهدار حياة شخص، أما الغرامة فقد حددها المشرع بحد أدنى يتمثل في 1000 دج و لا تزيد عن 20000 دج. و هي عقوبة جنحة ترك فيها المشرع سلطة التقدير للقاضي لإقرار الحد الأدنى أو الأقصى المشار إليها في نص المادة[2]، غير أنه نظرا لازدياد جرائم القتل الخطأ و تطورها و عدم مراعاة الأنظمة و إذا وضعنا في الحسبان جسامة الخطأ الذي يفضي إلى الوفاة و المتمثل في إهدار حياة شخص، يمكننا القول أن الحد الأدنى لهذه العقوبة لا يتناسب مع جسامة الجريمة و كان على المشرع أن يرفع الحبس من ستة أشهر ليصبح سنة على الأقل و يكون الجمع بين العقوبة و الغرامة إلزاميا[3].

ب: عقوبة القتل غير العمدي في صورته المشددة

لقد حددت المادة 290 من ق.ع.ج. عقوبة القتل غير العمدي و بيّنت أثر التشديد فيها، و ذلك حتى يتماشى جزاء الجريمة مع جسامة الخطأ الذي ارتكبه الجاني. و لكي تشدد عقوبة القتل غير العمدي يجب توفر ظرفين:

---

[1] حسين فريجة، المرجع السابق، ص.116.
[2] محمد زكي أبو عامد و سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.343.
[3] حسين فريجة، المرجع السابق، ص.117.

1: إذا وجد الجاني و هو في حالة سكر

يتحقق هذا الشرط المشدد إذا وجد الجاني في حالة سكر أو مخدر عند ارتكاب الخطأ الذي نتج عنه الحادث الذي أدى إلى وفاة المجني عليه [1]، ولكي نطبق هذا الظرف يجب توافر شرطين هما:

– ينبغي أن يكون الجاني قد تعاطى المسكر باختياره، وأن يترتب على تعاطيه التأثير في وعيه و إدراكه، فإذا تناول الخمر مثلا مكرها و ترتب على تناوله التأثير في وعيه و إدراكه فلا يتحقق الظرف المشدد، و قد تنتفي مسئولية الجاني باعتباره تناول المسكر تحت الضغط و الإكراه، أي تحت انعدام الإرادة.

– يجب توافر العلاقة السببية بين نقص الوعي نتيجة السكر و بين الحادث الذي أدى إلى الوفاة، فإذا ثبت أن السكر لم يؤثر مطلقا في وعي الجاني انتفى الظرف المشدد، و عوقب الجاني بعقوبة القتل غير العمدي في صورته البسيطة.

على المشرع توضيح المقصود "بحالة سكر" فهل تقوم المسؤولية بمجرد أن يتناول الجاني المسكر، أو حتى يفقد الجاني وعيه و إدراكه بهذا المسكر [2]، لأن تعاطي المسكر غير محظور جنائيا، و إنما المحظور في التشريع هو أن يمارس الإنسان عملا متصلا بأرواح الناس و هو واقع تحت تأثير المسكر على نحو أو آخر [3].

2: التهرب من المسئولية الجنائية أو المدنية

لقد نصت المادة 290 من ق.ع.ج. أنه إذا حاول الجاني الفرار عند ارتكابه لجريمة، أو حاول تغيير حالة مكان وقوع الجريمة، و هذا من أجل التهرب من المسئولية الجنائية

---

[1] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.211.
[2] حسين فريجة، المرجع السابق، ص.118، 119.
[3] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.211.

أو المدنية. و يكون التهرب إما بتغيير حالة الأماكن أو الفرار من مكان الحادث أو بأيّ طريقة أخرى من شأنها أن تبين أن الجاني حاول الإفلات من العقوبة الجزائية أو التعويضات المدنية.

و عندئذ تضاعف العقوبة فيما يخص الحبس و كذا الغرامة، مع إمكانية توقيع الحبس فقط أو الغرامة و ذلك من سلطات القاضي.

يظهر بأن المشرع الجزائري لم يتناول الخطأ المهني الجسيم الذي يؤدي إلى القتل غير العمدي و ذلك إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالا جسيما، بما تفرضه أصول وظيفته، مثل الطبيب الذي يجري عملية جراحية بأدوات غير معقمة و على أساسها يتوفى المريض، و بالتالي تضاعف العقوبة على أساس الخطأ الجسيم [1].

ثانيا: عقوبة الضرب و الجرح غير العمدي

أما عقوبة الجرح و الإيذاء غير العمدي فقد تناولها المشرع في نص المادة 289 من ق.ع.ج.: " إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاث أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين". المشرع الجزائري هنا جاء أولا بالفعل المجرّم و هو الإيذاء المؤدي إلى عجز لأكثر من ثلاث أشهر الناتج عن عدم الاحتياط أو الرعونة، ليقدم العقوبة التي هي الحبس كأدنى مدة شهرين إلى أقصاها وهي سنتين، و بغرامة من 500 إلى 15000 دج، كما خول نص المادة للقاضي سلطة إصدار الحكم بالحبس و الغرامة أو بإحداهما فقط.

فيما يخص ظروف التشديد المتعلقة بعقوبة الإيذاء الخطأ فهي نفسها المقررة لعقوبة القتل الخطأ و المنصوص عليها في المادة 290 من ق.ع.ج. و التي تنص على: "تضاعف العقوبة

---

[1] حسين فريجة، المرجع السابق، ص.120.

المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه و ذلك بالفرار أو بتغيير حالة الأماكن أو بأية طريقة أخرى".

هذه الظروف المشددة للجريمة كلها مشتركة مع جنحة القتل الخطأ [1]، تطرقنا إليها بالشرح و التفصيل فيما سبق.

[1] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.213.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية للطبيب حال مخالفة ضوابط نقل الأعضاء البشرية

إن عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية من أعقد العمليات التي تصادف الطبيب الجراح؛ لما لها من أخطار على أطراف العملية–المانح و المتلقي–فيما يخص سلامتهم الجسدية، و كذا الطبيب كطرف يقع على عاتقه الامتثال للأوامر و النواهي التي سنّها المشرع في قانون حماية الصحة، دون أن يعطيها الوصف و الجزاء الجنائي [1].

و في هذا الصدد سنقوم بدراسة ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية، و التي قسمناها إلى ضوابط فنية و أخرى عملية على الطبيب القائم بالعملية مراعاتها (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى نطاق المسؤولية الجنائية لذكر الجرائم المتوقعة في حال مخالفة ضوابط نقل و زرع الأعضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية

إن البحث في الضوابط القانونية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من أدق الأبحاث في فقه القانون، على اعتبار القائم به، و من ثم يعد غريبا بحكم تكوينه الثقافي القانوني عن الأعمال التي تزخر به الأبحاث الطبية.

هذا ما أدى بالأطباء إلى نبذ المصطلحات القانونية في مجال الأعمال الطبية، و من هنا قام حاجز بين مهنة القاضي و مهنة الطبيب في حين أنهما متكاملتان [2].

---

[1] عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص.101.
[2] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.29.

عند دراسة التشريعات التي أقرت نقل الأعضاء بصفة عامة تبين لنا أن هناك ضوابط عامة، و ضوابط فنية لا بد من توفرها قبل إجراء أية عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، و هذا ما سنتناوله في الفرعين التاليّن.

الفرع الأول: الضوابط العامة في عملية نقل و زرع الأعضاء

يمكن ردّ الضوابط العامة لعمليات نقل الأعضاء البشرية إلى: ضرورة ألا يقع النقل على عضو أساسي، ضرورة توافر رضا و أهلية أطراف العلاقة قبل استئصال و زرع العضو، كذا أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية دون مقابل.

أولا: عدم وقوع النقل على عضو أساسي

لا يجب أن يكون العضو محل النقل من الأعضاء الأحادية الداخلية في الجسم، كالقلب أو الكبد أو الظاهرية كاليد، الرجل أو العين و التي تأثر في توازن وظيفة الجسم للأحياء، و يعود بالضرر على من له حق لازم عليه، كحق الزوجة أو الأولاد [1].

هذا ما أخذت به التشريعات التي أقرت نقل الأعضاء البشرية [2]، حيث نجد أن القانون اللبناني رقم 288 لسنة 1983 المتعلق بالآداب الطبية أورد في الفصل الثاني منه القواعد العامة لزرع الأعضاء البشرية في المواد 30-33، و من مجمل هذه النصوص نجد أنه أرسى قواعد عامة لإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية منها: " لا يجوز حث متبرع على التبرع بعضو يؤثر على حياته".

---

(1) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية: دراسة مقارنة، ط.01؛ دار الفكر العربي للطبع و النشر، مصر، 2000، ص.23.

(2) ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي: دراسة مقارنة، ط.01؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص.266.

كما نجد المشرع الأردني أورد في المادة 4/أ/1 من القانون رقم 23 لسنة 1977 الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان على: " ألا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع و لو كان ذلك بموافقته".

نجد أن المشرع الجزائري في هذا الصدد لم يشر إلى العضو محل النقل بعبارة أساسي أو لا، فقط اكتفى بالإشارة بصفة عامة في نص المادة 162 من قانون الصحة ألا تعرض عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية حياة المتبرع للخطر، و منه فيعتبر العضو أساسي إذا كان استئصاله يحدث ضرر للمتبرع.

عند استعراض التشريعات السابقة يتبين لنا أن العضو الأساسي الذي يتوقف عليه حياة الإنسان لا يجوز نقله حتى و لو كان ذلك بموافقة المتبرع، لأن في ذلك اعتداء على سلامة جسد المانح[1]، فطبيعة العمل الطبي هو العلاج لا القضاء على حياة الأفراد، من الأسباب الرئيسية لتبرير العمل الطبي، أن يكون العمل بقصد العلاج لا أن يكون علاج طرف على حساب آخر، فما الهدف من علاج المريض على حساب إزهاق روح إنسان سليم؟ فلم تتحقق بذلك غاية العمل الطبي [2].

ثانيا: ضرورة توافر رضا أطراف العملية

سنقوم بدراسة كيف تمت معالجة ركن الرضا بالنسبة للمتبرع الذي هو على قيد الحياة –بالنسبة للميت تم معالجته في الفصل الأول– و كذا أشكالها، ثم التطرق إلى رضا المريض و أهميته في نقل و زرع الأعضاء البشرية بما أنه طرف مستفيد.

---

[1] د/ قريوي، المرجع السابق، ص.38، 39.

[2] ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص.266.

أ: رضا المعطي

في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فإن الرضا ضروري بالنسبة للمعطي، لأنه من جهة هو طرف مهم في هذه العملية، و من جهة أخرى هو شخص سليم و لا تعود عليه هذه العملية الجراحية بأدنى منفعة [1].

و عليه، فإن التشريعات الوضعية، الفقه القانوني و الشرعي قد استقروا على ضرورة الحصول على رضا المعطي لإباحة هذه العمليات.

الأصل أن يكون الرضا له صورة محددة يفرغ فيها، فقد يكون شفهيا و قد يكون كتابيا، وقد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا.

إلا أن بعض التشريعات سارت على أن يكون شكل الرضا كتابيا لكي يعتد به، بعد التوقيع عليه من المعطي. و الأهم من ذلك أن يمنح للمعطي فسحة من الوقت للتفكير قبل التوقيع بالموافقة بعيدا عن أي مؤثرات يتعرض لها[2].

في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 162 من ق.ح.ص.ت. على وجوب تحرير الموافقة في الشكل الكتابي، و أمام لجنة، هذه المادة تقابلها المادة 03 من القانون الفرنسي.

صياغة المادة 162 من القانون نفسه تثير بعض الإشكالات العملية منها مثلا:

– لم تحدد المادة من يقوم بتحرير الوثيقة، هل هو المتنازل نفسه أو الطبيب أو مدير المستشفى؟ هذا الإشكال مطروح عمليا لأن النص جاء غامضا حيث اكتفى بالقول " و تشترط الموافقة

---

[1] نصر الدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.106.
[2] أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.36.

الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة..."

و هناك من يذهب إلى أكثر من صياغة الرضا في قالب شكلي و الوصول إلى حد إصدار قرار من القاضي و موقع من طرفه [1]، كما هو الحال في القانون الفنزولي في المادة 1/9 الصادر 1972/7/19، و نحن نرى أنه الأقرب إلى الصواب لأن القاضي في هذه الحالة يكون له نوع من الرقابة على العملية.

ب: رضاء المتلقي (المريض)

قبل أن يشرع الطبيب في التعامل مع المريض يجب أن يحصل أولا على رضائه في العلاج، بحيث يجب أن تكون مناقشة بين المريض و الطبيب عن نوع المرض الذي يعاينه، سبب تدخل الطبيب بهذه الطريقة، الآثار الجانبية و المضاعفات المحتملة [2]، كما يجب أن يحتفظ المريض بحريته الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه رغم اعتباره –في مواجهة الأطباء و الجراحين–شخص غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما، إلا أنه يظل الوحيد الذي يملك ما تستوجبه مصلحته [3].

تناول المشرع الجزائري رضاء المتلقي في مجال زراعة الأعضاء في المادة 166/01 من ق.ح.ص.ت. و التي نصت على أنه "لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل، أو سلامته البدنية و بعد أن يعرب

---

(1) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.37.

(2) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، ج.07، د.ط.؛ منشأة المعارف، مصر، 2007، ص.79.

(3) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث: دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، د.ط.؛ دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص.119.

هذا المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين..."

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري ساوى بين المتنازل و المتلقي في مجال الرضاء فاشترط أن يوافق المريض بإرادته الحرة، بعد أن يتأكد من أن هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته أو سلامة جسمه، وحرص على النص على رضاء المتلقي و اعتبره أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال نقل و زرع الأعضاء، لأن الهدف منه هو تنبيه المتلقي لأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها، لما ينطوي عليها من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا[1].

الطبيب الذي يجري عملية زرع العضو للمتلقي دون الحصول على رضائه، أو رضاء من ينوب عنه يسأل جنائيا. لأن المتلقي إنسان حر له الحق في سلامة جسده و لا يجوز المساس به إلا بموافقته، و يجدر بنا ذكر أن رضاء المتلقي بزرع العضو، أو رضاء من ينوب عنه لا يعني إعفاء الجراح من المسؤولية الجنائية، و التي تنشأ بسبب أخطائه المهنية ذلك أن مسؤولية الطبيب مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية، إذ أن محل هذه المسؤولية الأخيرة سلامة جسم الإنسان و تكامله الجسدي، أما عدم حصول الجراح على رضا المتلقي يجعل إجراء هذه العملية عملا غير مشروع، و من ثمة يكون مسئولا عنها مسؤولية عمدية.

كما ذكر المشرع الجزائري حالات يمكن الاستغناء فيها عن رضاء المتلقي و ذكرها في المادة 166 الفقرة الأخيرة، حيث أجاز للطبيب أن يتدخل بالعمل الجراحي ليزرع العضو له، ذلك إذا كان هناك استعجال المتمثل في حالة وجود المتلقي في خطر حقيقي و حال، و كون عملية الزرع تهدف إلى إنقاذ حياته و هو في حالة نفسية و عضوية لا تسمح له بمناقشة

[1] نصر الدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.136.

ضرورة هذه العملية، و لم يكن هناك أحد من أقاربه، و هذا استثناء لا يجب التوسع فيه أو القياس عليه[1].

ثالثا: أهلية أطراف العملية

إن ضابط الأهلية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية مسألة شائكة، علما أن مسألة الأهلية بالنسبة للمتلقي تختلف عنها بالنسبة للمتنازل، حيث أن المتلقي يمكن أن يكون بالغا سن الرشد كما يمكن أن يكون قاصرا، أو عديم التمييز لإمكانية القول أنها عملية دائرة بين النفع و الضرر، و هذا عكس المتنازل الذي يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد لأنها ضارة ضرر محض له. لذا سنقوم بدراسة الأهلية لكل من المتبرع و المستفيد.

أ: أهلية المتبرع

أهلية التصرف أو السن القانونية الواجب توفرها للشخص للتصرف، و هناك نوع من الاختلاف في التشريع الجزائري.

فمثلا: سن الرشد الجزائي طبقا للمادة 442 من ق.إ.ج.ج. [2] هو ثمانية عشر (18) سنة، و سن الرشد المدني طبقا للمادة 40 من ق.م.ج.[3] هو تسعة عشر (19) سنة.

أما نصوص زراعة الأعضاء البشرية الواردة في ق.ح.ص.ت. فلم تنص على سن معينة في مجال زراعة الأعضاء، من ثم فالسؤال المطروح هو ما هي السن التي يجب الاعتداد عليها و الأخذ بها و إسقاطها على المتبرع حتى يعتبر تصرفه في جسمه صحيحا؟

---

[1] نصر الدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.138.

[2] أمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج. عدد 49، لسنة 1966، المعدل و المتمم.

[3] أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد78، لسنة 1975، المعدل والمتمم.

قد يتبادر للذهن أنه في حال غياب النص في مثل هذه الموضوعات يرجع للقواعد العامة في القانون المدني لحل الإشكال، لكن هذا الطرح مردود عليه بحيث أجمع فقهاء القانون المدني على إخراج جسم الإنسان من دائرة المعاملات، من كل هذا يتضح أن المشرع الجزائري ترك فراغا تشريعيا بخصوص مسألة ذات أهمية، و عليه حان الأوان لتدخل المشرع لإقرار سن معينة تكون بها الأهلية القانونية للتصرف بالأعضاء كما هو الشأن في بعض التشريعات العربية [1]، فمثلا نصت المادة الأولى الفقرة الأولى من المرسوم الاشتراكي اللبناني على أنه "يسمح بأخذ الأنسجة و الأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جروح شخص أخر وفقا للشروط و ذكر منها:

– أن يكون الواهب قد أتم الثامنة عشر(18) من عمره..." و هذه السن اعتمدها القانون الفرنسي، و كذا الكويتي.

هذا و ما تجدر ملاحظته في هذا المقام هو أن الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للمتنازل هو الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على الاستئصال، و ليس الوقت الذي يباشر فيه عملية الاستئصال [2].

ب: أهلية المتلقي

إن رضاء المتلقي بعملية زرع العضو له لا يعد صحيحا إلا إذا صدر عنه و هو قادر على التعبير عن إرادته [3]، و موافقة الشخص المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها، و المشاركة في تحمل المخاطر تفترض أهلية قانونية كاملة [4].

---

[1] نصر الدين مروك، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية؛ مطبوعات الديوان الوطني للأشغال و التربية، الجزائر، العدد الثاني، 2000، ص.44.

[2] المرجع نفسه، ص.45.

[3] نصر الدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.149.

[4] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.121.

المشرع الجزائري في نصوص قانون الصحة و ترقيتها المتعلقة بزراعة الأعضاء لم يحدد لنا سنا معينة يعتد بها كأهلية للمتلقي، و اكتف في المادة 166/2، 3، 4، 6 بذكر بعض الأشخاص الذين لا يملكون القدرة على فهم و تمييز عملية الزرع و من ثمة لا يملكون الأهلية القانونية في هذه الحالة فإن الرضاء بالعملية تنتقل لمن له سلطة قانونية عليه كالأب ثم الأم ثم الولي الشرعي...الخ، لكن إذا كان القاصر قادر على إدراك المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي لزرع العضو له، و أنه أهل لفهم هذا التدخل بالنسبة له و اعترض على عملية الزرع فلا يجوز في هذه الحالة للطبيب الجراح أن يجري التدخل، و لو أبدى ممثله القانوني موافقته على ذلك؛ فالممثل القانوني لا يستطيع أن يقرر قراره على مصلحة حيوية و شخصية للمتلقي القاصر الذي يتمتع بقدر كاف من الملكات الذهنية[1].

رابعا: أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية دون مقابل

من الناحية الشرعية هناك آيات في القران الكريم [2] تكرم جسد الإنسان، و من هنا كان إجماع الفقه الإسلامي على تحريم بيع الأعضاء، فإذا كانت الضرورة تبرر رعاية المصلحة العلاجية للمتلقي باستئصال العضو وزرعه، فإن ذلك لا يباح إلا بقدر الضرورة التي أوجبته دون زيادة، بحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية. و مما يتعارض مع هذه الكرامة أن يعلن المتنازل بقبول الاستئصال من جسده شريطة قبض الثمن [3].

إذا كان في الأصل أن للإنسان حق على جسده، إلا أن هذا الحق من ناحية له ذاتية و استقلالية عن غيره من الحقوق، فهو حق غير مالي و بالتالي حق الإنسان على جسده و أعضائه، سلامتها لا يعد من قبيل المال، لأنه لا يجوز أن يكون له قيمة مادية في التعامل،

---

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.128.

(2) قوله تعالى في سورة الإسراء الآية 70: "ولقد كرمنا بني ادم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا".

(3) L'agence de la biomédecine, Op-cit, p.20.

كما أن الأعضاء البشرية لا يمكن أن تكون مجالا للاكتناز كالأموال، فطبيعتها العضوية لا تسمح بإبقائها حية دون تلف إذا ما انفصلت عن الجسم، بل و حتى إن أمكن ذلك بواسطة التقدم العلمي إلا أن تقويم هذه الأعضاء يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، و بالتالي عدم مشروعيته من الناحية القانونية [1].

من ناحية أخرى حق ذو طبيعة مزدوجة؛ فهو حق مشترك بينه و بين المجتمع، لذلك على صاحبه أن يلزم حدود حقه و لا يتعدى الغاية و الوسيلة التي يقرها المشرع لمباشرة هذا الحق [2].

في هذا الشأن المشرع الجزائري جاء صريح في نص المادة 161/2 من ق.ح.ص.ت. [3]، بمنع الاتجار بالأعضاء و أكده في تعديل ق.ع.ج. في 2009، و أجمعت عليه مختلف التشريعات العربية و الغربية [4].

و جدير بالذكر أن تعويض المانح عن الأضرار التي تصيبه نتيجة استئصال العضو منه في حال حياته لا يتعارض مع شرط التبرع بالأعضاء، لأن الهدف من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب المانح نتيجة تبرعه، و لكن المحظور هو الاستفادة المادية، بمعنى آخر الإتجار بالأعضاء البشرية[5]، فقد يشمل التعويض الأضرار التي تصيبه نتيجة توقفه عن ممارسة نشاطه بسبب استئصال العضو منه، كذلك المصاريف التي يحتاج إليها لتغطية نفقات عملية الاستئصال، و هذه المساعدة المالية يجب أن تصدر عن اعتبارات إنسانية لا تقابل

---

(1) هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، ط.01؛ دار المناهج، الأردن، 2000، ص.84.

(2) المرجع نفسه، ص.85.

(3) نص المادة 161/02: " و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء او الانسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية".

(4) القانون الأردني في مادته 4/ج من القانون رقم 23 لسنة 1977. و تقابلها المادة 1/4 من المرسوم التشريعي اللبناني رقم 83/109، و كذا المادة 2/ب/6 من القانون السوري رقم 31 لسنة 1972، المادة الثانية من القانون الفرنسي رقم 76/1181، و كذا المادة 673 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(5) GAUTHE Cynthia, Op-cit, p.17.

أبدا العضو المستأصل و القول بغير ذلك معناه إجازة الإتجار بأعضاء جسم الإنسان، الأمر الذي يصيب الكرامة الإنسانية في الصميم[1].

هذا ما أجمعت عليه مختلف التشريعات العربية و الغربية [2] لكن في بعض الدول، مثل كولومبيا و بوليفيا أجازت تشريعاتها وجود المقابل المالي للتنازل عن العضو [3].

الفرع الثاني: الضوابط الفنية في عمليات نقل الأعضاء البشرية

إن القانون وحده لا يعد مصدر واجبات الحيطة و الحذر، لأنه يضع نصوص عامة توضح السلوك الخطر، و ترك أمر تفصيل هذا السلوك إلى الأنظمة الصادرة بمقتضى القوانين، هذه الأخيرة تحدد المعطيات العلمية الواجب على الطبيب اتخاذها قبل و أثناء العملية، و لذلك لا بد من بيان هذه المعطيات.

أولا: إجراء فحوص أولية قبل إجراء عملية النقل

قبل إجراء عملية النقل أو الزرع على الطبيب إجراء الفحوص الأولية سواء للمانح أو المستفيد –و تعد هذه العملية أحد العوامل الأساسية في نجاح عمليات نقل الأعضاء–[4]، بمعنى أخر هل يستطيع المانح بعد إجراء هذه العملية أن يمارس الوظائف الحيوية و لا يوجد خطر يهدد حياته أو دوره الاجتماعي، و عدم التسبب في تشويهه، و كذا قدرة المستفيد الجسمية على تقبل العضو المنقول إليه[5].

---

(1) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص.270.

(2) AL Kandari Fayez, Les prélèvement des éléments du corps humain en droit français et koweitien, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, N 01, 2004, p.447.
Et L'agence de la biomédecine, Op-cit, p.19, 20.

(3) L'agence de la biomédecine, Op-cit, p.19.

(4) محمد سامي الشوّا، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات لتجارب الطبية-جراحة التجميل-عمليات تحول الجنس-استقطاع الأعضاء و نقلها، د.ط.؛ دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص.209.

(5) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص.271.

الفحص مرحلة يقوم فيها الطبيب بمعاينة ظاهرية و ملاحظة بعض العلامات الخارجية التي قد تظهر على الجسم .و هو في ذلك قد يستعمل بعض الأجهزة البسيطة التي تساعده على تشخيص حالة أطراف العملية، كما قد يلجأ الطبيب إلى إجراء بعض الفحوص الأكثر عمقا، كالتحاليل الطبية والأشعة والمناظير الطبية [1]، و يتم عن طريق مرحلتين:

أ: مرحلة الفحص التمهيدي

هي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدما يديه، أذنيه، عينيه أو بعض الأجهزة الطبية البسيطة.

ب: مرحلة الفحوص التكميلية

هي التي يقوم فيها الطبيب باستخدام أدوات طبية أكثر تطورا كالتحاليل الطبية، والأشعة والمناظير الطبية وغيرها [2].

و المشرع الجزائري في نص المادة163 من قانون حماية الصحة أشار و لو بعبارة غير صريحة إلى و جوب قيام الأطباء بالاختبارات و الفحوص و التحاليل [3]، من بينها اختبار الإيدز قبل نقل العضو أو زرعه، لأنه أكد الأطباء أنه مرض ينتقل في عمليات زرع الأعضاء، كما في حالة زراعة الكلى أو الكبد أو القلب، و حتى في حالة نقل قرنية العين.

---

[1] رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص.29.

[2] نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص.19.

[3] نص المادة 163: " كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل".

ثانيا: تبصير أطراف العملية

يقع على الطبيب في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مجموعة من الالتزامات، من بينها التزام بتبصير كل من أطراف العملية – المعطي و المستفيد–على حد سواء، و هذا لدرء المسؤولية عنه في حالة حدوث أعراض جانبية للعملية.

أ: تبصير المريض

إن الدراية التي لدى الطبيب بحكم وظيفته و التي تكوّنت لديه معلومات و إمكانيات تجعله في مركز غير متعادل مع المريض، تنشأ التزام على عاتقه و المتمثل بتبصير المريض و إعلامه بمخاطر العملية.

الالتزام بتبصير المريض يتجاذبه اعتباران مهمان: الأول احترام مهنة الطبيب، و وضع الثقة فيه بحكم علمه و خبرته، و الثاني الاهتمام بحماية المريض، و ضمان سلامته في مواجهة نشاط طبي الذي قد يودي بحياته في نهاية المطاف، خاصة في ضوء تشعب التقنية الطبية الحديثة، و وسائل العلاج و الجراحة المعرضة لإخطار قد تكون جسيمة.

من المبادئ التي أصبحت مستقرة في المجال الطبي، حق المريض في الموافقة من عدمه على العلاج الذي يقترحه الطبيب [1]. هناك أعمال طبية تحتاج إلى قبول خاص، وإذا كان على الطبيب أن يحصل على رضا المريض أو من يقوم مقامه بالعمل الطبي – إذا كان على درجة من الخطورة–فتكون المقدمة المنطقية لرضاء المريض أن يعرف قبل أن يتخذ قراره بحالته المرضية، و مخاطر العمل الطبي أو الجراحي الذي يقترحه الطبيب، و حق المريض في هذه المعرفة هو الذي نسميه الحق في التبصير [2].

---

[1] Bougardie Maripierre, Op-cit, p.34, 35.

[2] علي حسين نجيد، التزامات الطبيب في العمل الطبي، د.ط.؛ دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص.22.

ب: تبصير المتبرع

على الطبيب الذي عاين المتبرع أن ينبهه إلى نتائج العملية و أخطارها و كذا المضاعفات التي قد تحدث له جراء عملية الاستئصال، عليه أيضا أن يتأكد من أن المتبرع فهم كل ذلك [1].

قد يقول البعض أن المتبرع لا ينطبق عليه وصف المريض حتى يقال بالتزام الطبيب بمبدأ التبصير، و لكن الحقيقة أن الطبيب هنا ملزم بتبصير الواهب أكثر من المريض –المستفيد–، بحيث أن الجانب النفسي للمريض لا يسمح للطبيب بإحاطته بكل حيثيات العملية، في حين أن مجال التبصير متاح للطبيب في مواجهة الواهب لأن ذلك لا يؤثر في حالته النفسية[2]، ضف إلى ذلك كون المتبرع شخص سليم أصلا على الطبيب تبصيره بالمخاطر المحتملة، سواء ما تعلق به شخصيا أو ما تعلق بأسرته نتيجة هذه العملية و ما يعود من مصلحة على المريض بسبب ذلك[3].

هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 166 من قانون حماية الصحة [4]، و تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 4/1 من القانون 1976 و أكده مرة أخرى في القانون رقم 94/654 لسنة 1994 و تحت طائلة العقوبة.

ثالثا: إجراء عمليات النقل في المستشفيات المعدة لذلك

لما كان التشريع يهدف دائما للحفاظ على الحياة و السلامة الجسدية و الفيزيولوجية و النفسية للمواطنين، فلقد خصت التشريعات المختلفة عمليات نقل و زرع الأعضاء بتنظيم

---

(1) L'agence de la biomédecine, Op-cit, p.18.

(2) سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية: بين القانون و الشرع، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص.131.

(3) محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى أخطاء الطبيب الموجبة للمسؤولية المدنية، د.ط.؛ مطبعة الجلاء الجديدة، مصر، 1993، ص.185.

(4) نص المادة 166/5 : "...لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك".

خاص من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات [1]. و بخصوص قانون حماية الصحة الجزائري فقد نص في المادة 167/1 منه على ما يلي: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة و الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها قانونا من الوزير المكلف بالصحة..."

و تطبيقا لهذه المادة صدر عن وزير الصحة بتاريخ 23 مارس 1991، قرارا وزاريا يتضمن أسماء المؤسسات الصحية المرخص لها بالنشاط في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء، إلا أنه بتاريخ 02 أكتوبر 2002، صدر عن وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرار جديد ألغى بموجبه القرار الأول، و نصت المادة الثانية منه على قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء[2]، و بهذا يتوفر قدر من الضمان اللازم للشخص المستفيد و المتنازل، و تكون بذلك هذه العمليات خاضعة لرقابة الدولة، لكن هذا النص و القرار المنظم له، أثار مشاكل عملية تتعلق باستبعاد مستشفيات القطاع الخاص التي تتوفر على تجهيزات متطورة جدا، و على أطباء على قدر كبير من الكفاءة، و في وقتنا الحاضر هذه المستشفيات أصبحت أفضل من مستشفيات القطاع العام، و هو الأمر الذي على المشرع مراعاته و إدراج مستشفيات القطاع الخاص و الترخيص لها بالقيام بعمليات نقل و زرع الأعضاء[3].

---

[1] سليمان النحوي، مشروعية التصرف في جسم الإنسان: بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية؛ مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003، ص.86، 87.

[2] عمليات زرع القرنية:يختص بها المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا الجزائر العاصمة، و مستشفى بني مسوس و باب الواد.
عمليات زرع الكلى: يختص بها المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا الجزائر العاصمة، و كذا المؤسسة الإستشفائية متعددة الخدمات بقسنطينة.
عمليات زرع الكبد: مركز بيار ماري كوري بالجزائر
ضف إلى ذلك المركز العسكري بعين النعجة.

[3] نصر الدين مروك، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.56.

في فرنسا في القانون الجديد رقم 94/654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 قد طالب بحصر عمليات نقل الأعضاء بشكل عام على المؤسسات الصحية المرخصة بممارسة هذا النوع من النشاطات الجراحية [1].

المطلب الثاني

نطاق المسؤولية الجنائية للطبيب

بعد ما استعرضنا ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية يتبادر إلينا إشكال أخر، و هو على أيّ أساس يتابع الطبيب جنائيا حال مخالفة تلك الضوابط؟ فماذا لو حدث أن قام الطبيب باستئصال عضو من شخص حيّ أو من جثة دون الحصول على الموافقة، ماذا لو كان هذا الشخص قاصر؟ ماذا لو علم الطبيب بوجود بدل مالي بين المانح و المتلقي، رغم هذا يقوم بإجراء العملية، هذا ناهيك إن كان طرف في الصفقة [2].

لذلك و في ظل الفراغ القانوني الذي يعرفه قانون حماية الصحة، فيما يخص عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية في شقها الجزائي، ما يسعنا في هذا إلا الرجوع إلى نصوص قانون العقوبات، و نحاول أن نورد الجرائم التي استحدثها المشرع الجزائري بتعديل 2009، و التي أدرجها بنصوص خاصة في الباب الثاني، الفصل الأول، القسم الخامس مكرر 01 تحت عنوان: الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفرع الأول: جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية

طبقا للمادة 161/02 من ق.ح.ص.ت. التنازل عن الأعضاء يكون دون بدل و أيّ مخالفة لهذا النص يوقع في المحظور أو بما يسمى المتاجرة بالأعضاء البشرية.

---

[1] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص.86-88.

[2] عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص.101، 102 .

المشرع الجزائري عرّف جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية في ق.ع.ج. على أنها: كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أيّ منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

أولا: عقوبة الاتجار بالأعضاء البشرية

يشمل النظام الجزائي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مجموعة من العقوبات، و هي في هذا الصدد قد تحمل وصف جريمة بسيطة أو مشددة و تشمل عقوبات مالية و سالبة للحرية [1].

أ: جريمة بسيطة

نصّ المشرع الجزائري في ق.ع.ج. على الجزاءات المترتبة حال قيام أركان هذه الجريمة بحيث يكون محل التعامل "عضو بشري" و وجود مقابل على ذلك أيّ كان و بالتالي مخافة ما هو وارد من خلال تعديل 2009، في المادة 303 مكرر 16[2] على العقوبات التالية:

العقوبة السالبة للحرية هي الحبس من ثلاث (3) سنوات كحد أدنى، تصل إلى عشر (10) سنوات كأقصى حدّ.

الغرامات تنحصر بين مبلغ 300.000 دج إلى 1.000.000 دج.

تحمل جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في صورتها البسيطة وصف جنحة مشددة.

المشرع الجزائري هنا لم يترك للقاضي الجنائي حرية الاختيار بين تسليط عقوبة الحبس أو الغرامة بحيث كان صريح في تطبيق كلا العقوبتين، و نستشف ذلك من استعماله لعبارة الحبس... و غرامة....

---

[1] محمد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.465.

[2] المادة 303 مكرر 16 " يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها".

ب: جريمة مشددة

تشديد العقوبة لتصبح جناية يعاقب عليها القانون بالسجن من عشر(10) سنوات إلى عشرين (20) سنة إذا ما توافرت ظروف مقترنة بالجريمة، حسب ما أوضحته المادة 303 مكرر20[1] من ق.ع.ج..

فالمغزى من إدراج ضابط مجانية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، هو إعدام المنفعة من هذه المعاملة و بالتالي إخراجها من دائرة المتاجرة و المضاربة، وتدعيم الموضع الإنساني لهذه العملية، لذا كان لزاما حماية هذه الغاية النبيلة [2]، فالإتجار بالأعضاء يكون عندما تكون عملية نقل و زرع العضو مصاحبة لمقابل مالي أو أية منفعة أخرى مقابل التنازل عن هذا العضو، و هذا هو المعنى التوسعي الذي أصيغ من نص المادة 303 مكرر 16 من خلال مفهوم لا يغطي على كل أركان هذه الجريمة المركبة.

حسنا فعل المشرع في تجريم المتاجرة بالأعضاء رغم إعطائه لها صفة جنحوية بالمقارنة مع فضاعة الجرم و التي نرى أن على المشرع إسقاط أشد العقوبات على مرتكبي هذه الأعمال الشنيعة، وهذا مع توسع و تزايد هذه الجرائم و أخذها لأبعاد دولية، و اتخاذها شكل عصابات مختصة بتجارة قطع غيار الأعضاء البشرية.

---

[1] نص المادة 303 مكرر 20: "...

–إذا كانت 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.

ويعاقب بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من1.000.00 دج إلى2.000.000 دج، على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين303 مكرر 16 و 303 مكرر17، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

[2] Gauthe Cynthia , Op-cit, p.17.

إضافة إلى ذلك يعاقب كل من يتوسط أو يشجع أو يسهل من الحصول على عضو من أعضاء الجسم، سالكا بذلك غير الطريق الذي حدده القانون الساري المفعول –ق.ح.ص.ت.– و هذا حسب ما هو وارد في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16/2 من ق.ع.ج.

و هم من يعرفون باسم سماسرة الأعضاء البشرية، حيث يقومون باستمالة لإغراء الأشخاص معسري الحال بالخصوص من خلال إقناعهم بالتنازل عن عضو من أعضائهم و هذا مقابل مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى.

طبقا لنص المادة 303 مكرر27 من القانون نفسه، يعاقب على الشروع في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة.

ثانيا: الإعفاء من عقوبات الاتجار بالأعضاء البشرية

كما يكون ملزما بإخطار السلطات المختصة، كل من وصل إلى علمه ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية حتى ولو كان عمله هذا تحت طائلة إفشاء السر المهني، و إلا كان بصدد ارتكاب جريمة عدم إخطار السلطات المختصة بحدوث جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، وهذا ما أشارت إليه بصريح العبارة المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات

و قصد جبر الضرر قبل حدوثه شجع المشرع الأشخاص على التبليغ بتلك الجرائم، و جعل لها مكافأة كمقابل لتعاون الشخص مع السلطات المختصة[1]، كقيام طبيب ضالع في جريمة الإتجار بإخطار مدير المستشفى أو وكيل الجمهورية عن قيام أو الشروع في جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، على أن يستفيد الشخص من الإعفاء من العقوبة إذا وقع التبليغ قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، كما تخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي

[1] محمد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.467.

أو الشركاء في نفس الجريمة، و هذا حسب ما أشارت إليه المادة 303 مكرر24 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني: جريمة استقطاع عضو دون رضا المانح

لقد حدد قانون الصحة في نص المادة 164 شرط الموافقة، لنقل العضو من الحيّ إذا عبر عن موافقته وفق ما حددته نص المادة 162 من القانون نفسه و التي اشترطت أن تكون موافقة المانح كتابية، و تحرر بحضور شاهدين و تودع لدى مدير المستشفى و الطبيب رئيس المصلحة، لذا لا يعد قيام الطبيب بإحضار المانح للمستشفى للقيام بالعملية موافقة منه على إجرائها، كما يشترط المشرع أن يستمر المانح في موافقته بغير إكراه، و هذا لما أجاز المشرع للمانح التراجع عن الموافقة، في أيّ وقت كان [1] حسب المادة 162/3.

أولا: جريمة بسيطة

تتشكل هذه الجريمة إذا خالف الطبيب شرط الموافقة من المانح للاقتطاع منه، و وفقا للشروط المحددة في قانون الصحة، في هذه الحالة يواجه الشخص أو الطبيب جنحة استقطاع عضو دون الحصول على موافقة المانح، أو الحصول عليها بغير ما حدده القانون، حيث تشير المادة 303 مكرر17 إلى عقوبة الحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، و هذا نظير من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة.

ثانيا: جريمة مشددة

تشدد العقوبة لتصبح جناية يعاقب عليها القانون بالسجن من عشر(10) سنوات إلى عشرين (20) سنة إذا ما توافرت ظروف مقترنة بالجريمة، حسب ما أوضحته المادة 303

[1] عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق، ص.94.

مكرر 20، إذا كانت 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 مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله، إذا ارتكبت من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

أما فيما يخص الشروع في هذه الجريمة فان المشرع الجزائري قرر نفس عقوبة الجريمة المستوفية لكامل أركانها.

الفرع الثالث: جريمة التعدي على حرمة الموتى

في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية من الموتى، نجد أن قانون حماية الصحة قيد انتزاع تلك الأعضاء بشروط سبق ذكرها في الفصل الأول، و هو ما يتعلق برضاء المتوفى في صورتيه: ترك وصية أو انتقال حق التصرف إلى الغير، المعبر عليه في نص المادة 164 من قانون حماية الصحة، و هذا ما يعني أن الانتزاع إذا تم بدون موافقة المتبرع فإنه يرتب مسؤولية جزائية للأطباء و مجرّمة بنصوص في قانون العقوبات الجزائري[1].

لقد جرّم المشرع أعمال التعدي الواقعة على الميت و حماه من كل الأفعال المنافية للطبيعة و الأخلاق، و مهما كانت نية الجاني أو دافعه للتنكيل بالجثة أو تشويهها، فذلك يعد تعديا صارخا على حرمة الموتى و المحمية شرعا و قانونا، و هذا تزامنا مع استفحال ظاهرة نبش القبور و استقطاع أجزاء من جسم الميت، لتكون موضوع معاملة غير مشروعة لنقل وزرع الأعضاء، أو لا يعد ذلك من قبيل دنس و تشويه الجثث والتي يعاقب عليها القانون حسب المادة 153 من قانون العقوبات.

---

[1] سليمان النحوي، المرجع السابق، ص.89.

هذا و بعد تعديل قانون العقوبات في 2009 أصبح بالإمكان ترتيب المسؤولية الجنائية للشخص عموما و للطبيب خاصة، و هذا بالتأسيس على المادة 303 مكرر 17/02[1]

نستشف فيما سبق ذكره أنه و بالموازاة مع غياب قانون خاص يعاقب على مخالفة ضابط الرضاء في نقل الأعضاء من الموتى في قانون الصحة، كان بما فيه من الإمكان إعمال القواعد الجنائية العامة لإسقاط المسؤولية الجنائية على الطبيب لقيامه بفعل التعدي على حرمة الموتى، وهذا وفقا لنص المادة 153 من قانون العقوبات، وكما صار ممكنا بعد تعديل قانون العقوبات في 2009، متابعة من يستقطع أعضاء من جسم الميت بمخالفة التشريع المعمول به، أي بمخالفة ضوابط الاقتطاع من الميت الواردة في قانون الصحة، وهذا كمحاولة من المشرع لسد الفراغات القانونية و تدارك التأخر الحاصل في هذا المجال، و لكن هذا ما أوقع القاضي في إشكالية إعمال المادة 153 أو المادة 303 مكرر 17، مع أن هذه الأخيرة جاءت بصفة أخص بتأكيدها على غرض الاعتداء على حرمة الميت، و هو استعمال العضو لنقله و زرعه بطرق ملتوية في صفقة متاجرة، في حين المادة 153 أشارت إلى عدة مقاصد من نبش القبور و تشويه الجثث.

الفرع الرابع: الجرائم ذات الصلة بنقل و زرع الأعضاء البشرية

بعد ما تطرقنا إلى جرائم التي أدرجها المشرع تحت عنوان الاتجار بالأعضاء البشرية، سنحاول في التطرق إلى الجرائم التي لها علاقة وطيدة بنقل و زرع الأعضاء البشرية ألا و هي: جريمة الاتجار بالأشخاص التي تحمل هذا الوصف إذا كان الغرض هو استقطاع الأعضاء، و كذا ما يتعلق باستئصال الأنسجة بدون الموافقة.

---

[1] نص المادة 303 مكرر 17/02 : "و تطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول"، بحيث سن العقوبة بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000دج".

أولا: جريمة الإتجار بالأشخاص

لقد اثبت الواقع أن جل جرائم الاتجار بالأعضاء تكون مصاحبة أو مسبوقة بعمليات اختطاف و تهديد من قبل "مافيا" الأعضاء البشرية[1]، و يعد من قبيل الاتجار بالأشخاص، الاختطاف، أو الإكراه، أو التهديد بالقوة أو باستعمالها لغرض استقطاع الأعضاء، وقد بدأت هذه الظاهرة الخطيرة بالرواج في مجتمعنا بظهور عصابات متمرسة في الاختطاف تعمل لصالح شبكات لنقل و زرع الأعضاء، حيث تقوم بالقوة بخطف و نقل أشخاص لاستغلالهم كمحل لمعاملة تجارية غير قانونية بأعضائهم البشرية، وهذا ما أشار إليه نص المادة 303 مكرر 4 من قانون العقوبات ونص على عقوبتها بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات و غرامة مالية من 500.000 إلى 1500.000 دج.

إن المحيط العام الذي تتم فيه عملية الإتجار من شأنه أن يؤثر في ظروف الجريمة التي بدورها تؤثر على العقوبة المقررة للفعل[2]، و حسنا فعل المشرع بتشديده للعقوبة و جعلها جناية يعاقب عليها القانون بالسجن من عشر(10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، و بغرامة من 1000.000 إلى 2000.000 دج، إذا اتخذ الاتجار بالأشخاص لاستغلال أعضائهم الأشكال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر05[3] من ق.ع.ج..

---

[1] نشرة إعلامية صادرة من منظمة الشرطة الدولية (الأنتربول) متوفرة في:www.intrpol.int.com/FS/.04/2012

[2] صوراية زيان، المعالجة الجنائية لجريمة الاتجار بالأشخاص؛ مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص.56.

[3] نص المادة 303 مكرر05 "...

-إذا كان الفاعل زوجا للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت له سلطة عليها أو كان موظفا ممن سهلت له وظيفته ارتكاب الجريمة،

-إذا ارتكبت الجريمة من طرف أآثر 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" .

ثانيا: التعامل غير القانوني بالأنسجة و الخلايا البشرية

تعتبر الخلايا و الأنسجة جزءا من أجزاء الجسم مثلها مثل الأعضاء، إذ لا تقل أهمية عنها و هي وثيقة الصلة بها، لذا رتب لها المشرع نفس الضوابط القانونية التي أوردها لنقل وزرع الأعضاء البشرية و من تلك الضوابط نجد المجانية لاقتطاع أو نقل أنسجة أو خلايا من جسم الشخص الحي أو الميت حسب ما أوردته المادة 161/02 من قانون الصحة "و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية".

و أورد لها المشرع جزاءا جنائيا لكل مخالف لركن الرضاء في المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات إذ تنص على ما يلي:" يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000دج، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها". إذ لا يصح أن يكون نقل و زرع الأنسجة موضوع معاملة مالية و إلا اعتبر من قبيل المتاجرة بالأنسجة.

كما جرّم المشرع الجزائري اقتطاع الأنسجة و الخلايا دون الحصول على الموافقة من طرف المتبرع[1] وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الصحة في مادته 164 فيما يخص الموافقة في حد ذاتها، و بالكيفية التي حددتها المادة 162/02 التي اشترط أن تكون الموافقة كتابية. فماذا لو تخلف هذا الركن؟

[1] العلجة مواسي، المرجع السابق، ص.338،337.

تجيب على هذا السؤال المادة 303 مكرر19[1] و التي تعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، و بغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص حي دون الحصول على موافقته، و الشيء نفسه يقال إذا تم الانتزاع من جثة ميت.

[1] المادة 303 مكرر19 و التي تنص:

" يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة 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 أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

خاتـــمة

إن تقرير المسؤولية الجنائية للطبيب عن الأخطاء التي يرتكبها كان ولا يزال الساعة جديرا بالدراسة، وأن هذه المسؤولية أقرّها الفقه والقضاء الجنائي منذ زمن، غير أن أحكامها لم تتبلور بهذا الشكل إلا بحصول الانجازات العلمية الهائلة و نعني بذلك موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية، في تناسق يتماشى و الطبيعة الخطيرة لهذا المجال.

لذا حاول المشرع التوفيق بين تنظيم موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية، بما يضمن حقوق المريض و الشخص الواهب و معها إقرار مسؤولية الطبيب الجنائية عن تلك العمليات في حال مخالفته لقاعدة قانونية، كنوع من الرقابة على مشروعيتها، و لكن العمل الميداني الذي قمنا به و الواقع الطبي الموجود أثبت قصورا من جهة المشرع في معالجة هذا الموضوع، الطبيب ما يزال يخضع للأحكام العامة في قانون العقوبات، مع وجود بعض الأحكام في قانون الصحة التي كثيرا ما ركزت على ضوابط النقل و الزرع، و أهملت بالمقابل تحديد مجال المسؤولية. و هو ما تثبته الإشكالات التي يواجهها كل من الطبيب و رجال القانون.

و لهذا ارتأينا في الأخير أن نقدم بعض التوصيات علها تجد آذانا صاغية خصوصا لدى رجال القانون فتوحي إلى أعضاء السلطة التشريعية بسنّ قوانين تتماشى و الممارسات الطبية الحديثة في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية، و تسهل عمل الطبيب، توضح واجباته و التزاماته و تبين مجال مسؤولياته بدقة و بدون أيّ لبس، في رأينا أن حماية حرمة الإنسان الجسدية ليست مهمة خاصة بالطبيب باعتبار السماعة في يده، و أنه الداوي إذا نجح و نخرج سيف المسؤولية الجنائية عند فشله، فالأولى بالأمر مراجعة قانون نقل و زرع الأعضاء البشرية، لنعرف ما للطبيب و ما عليه.

– على المشرع وضع منظومة قانونية تجمع النصوص القانونية المتفرقة في مختلف التشريعات في تقنين واحد من شأنه أن يسهل على الطبيب الإلمام بجميع الأفعال التي قد

تشكل جرّما جنائيا. لأنه في أغلب الأحيان لا يعرف هذا الطبيب هذه الأفعال ويتصرف وكأنها مشروعة إلى أن يصطدم بقاعدة:" **لا يمكن التذرع بجهل القاعدة القانونية الجزائية**"، وبالتالي يقع تحت طائلة العقاب.

أن يتميز هذا القانون بنوع من الخصوصية، تفرض معاملة الأطباء غير تلك المعاملة التي يلقاها المجرمون، إذ من الضروري معاملتهم معاملة خاصة وبنظام قانوني متميز يحفظ حقوقهم و يقر واجباتهم، لذا حان الوقت على المشرع الجزائري أن يضع قانون طبي، يبين فيه التزامات الطبيب وحقوق المرضى، و أن يجعل من نصوص ذلك القانون تتكيف مع الواقع الطبي خاصة ميدان نقل و زرع الأعضاء البشرية، و أن يحرص في ذلك على توازن بين طرفي العلاقة الطبية المريض و الطبيب، فهما كفتين جديرتين بالحماية.

– إصدار قانون خاص بنقل و زرع الأعضاء البشرية مستقل عن بقية القوانين الأخرى، بنصوص واضحة مع تجاوز الإطالة فيها لأن ذلك لا يزيدها إلا غموضا و أن يكون مرفوق بمنظومة قانونية جزائية خاصة و مستقلة عن قانون العقوبات، في حال مخالفة الطبيب نصوص.

– نقترح تدريس مادة المسؤولية الطبية–الخطأ الطبي– في كليات الطب و القانون للتحسيس بالحقوق و الوعي بالمسؤولية.

– تدخل القضاء كسلطة رقابة فيما يخصّ الموافقة على استئصال الأعضاء البشرية.

– نقترح إلغاء النص المتعلق بهوية الأشخاص و كذا النص الذي يخرج الطبيب الذي عاين الوفاة من التدخل في إجراء عملية الاستئصال، لأنه من قبيل التزيد الذي لا طائل منه.

رغم الطفرة العلمية الحاصلة في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية إلا أنه تم في شكل متسارع جعل المشرع تغيب عنه الكثير من التقنيات و المعضلات الفنية و التنظيمية التي لم يستطع الحد من تجاوزاتها، و رغم محاولته استدراك بعض الأمور من خلال تعديل قانون العقوبات في 2009، إلا أنه يبقى في نظرنا غير كافي لسد الثغرات القانونية، و نحن نأمل أن يحاول المشرع تدارك الأمر في قادم التشريعات.

و في الأخير نرجو أننا و من خلال هذا الجهد المتواضع ساهمنا في مقاربة هذا الموضوع من زاويتيه الطبية و القانونية كما نأمل أننا تقدمنا و لو بخطوة بسيطة في مسيرة البحث القانوني–الطبي.

تم بحمد الله.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولا: الكتب

أ: المصادر الدينية

01- القرآن الكريم

02- أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم: صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار السلام للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 2000.

03- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير: تفسير القرآن العظيم، المجلد الثاني، دون طبعة، دار طيبة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009.

04- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي: صحيح البخاري، مكتبة دار السلام، المملكة العربية السعودية، 1999.

05- عبد الرحمان بن ناصر السعدي: تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 2003.

06- مجد الدين بن محمد ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث و الأثر؛ دار ابن الجوزية، المملكة العربية السعودية، 1430هجري.

07- محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، دار الكتب للنشر و التوزيع، مصر، د.س.ن..

ب: الكتب القانونية:

1: الكتب العامة

01- اسحق إبراهيم منصور: شرح قانون العقوبات الجزائري، في الجرائم ضد الأشخاص و الأخلاق و الأموال و أمن الدولة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

02- السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

03- فريجة حسين: شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص-جرائم الأموال، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

04- محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم: قانون العقوبات الخاص، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

05- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007.

2: كتب متخصصة

01- إبراهيم علي حمادي الحليوسي: الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

02- أحمد حسن الحياري: المسؤولية المدنية للطبيب، في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

03- أحمد شوقي عمر أبو خطوة: القانون الجنائي و الطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

04- أحمد عبد الدائم: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999.

05- أحمد محمد بدوي: نقل و زرع الأعضاء البشرية، دون طبعة، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، مصر، 1999.

06- أسامة السيد عبد السميع: نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة، دراسة فقهية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

07- أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1990.

08- اسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

09- الشواربي عبد الحميد: مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، المدنية و الجنائية و التأديبية، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1998.

10- الشيخلي عبد القادر: جرائم الإتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية و عقوباتها في الشريعة و القوانين العربية و القانون الدولي، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، السعودية، 2009.

11- أمير فرج يوسف: أحكام المسئولية عن الجرائم الطبية، من الناحية الجنائية المدنية و التأديبية للأطباء و المستشفيات و المهن المعاونة لهم، دون طبعة، المكتب العربي الحديث للنشر و التوزيع، مصر، 2011.

12- إيهاب مصطفى عبد الغاني: الوجيز في نقل و زراعة الأعضاء، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

13- بابكر الشيخ: المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة و اتجاهات القضاء، دون طبعة، دار مكتبة الحامد، الأردن، 2002.

14- حبيبه سيف سالم راشد الشامسي: النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، دون طبعة، مطبوعات جامعة الإمارات ، الإمارات العربية المتحدة، 2006.

15- حسني عودة زعال: التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دون طبعة، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001.

16- رائد كامل خير: شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.

17- رمضان جمال كمال: مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، دون طبعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.

18- سميرة عايد الديات: عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، بين القانون و الشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

19- ـــــــــــــــ: عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، بين الشرع و القانون، دون طبعة، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999.

20- طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.

21- عادل يحيى: الحماية الجنائية للحق في الصحة، بين النظرية و التطبيق، دون طبعة، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2010.

22- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: ضوابط نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي للطبع و النشر، مصر، 2000.

23- عبد الفتاح بيومى الحجازى: المسئولية الطبية بين الفقه و القضاء، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

24- عشوش كريم: العقد الطبي، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007.

25- علي حسين نجيد: التزامات الطبيب في العمل الطبي، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1992.

26- علي عاصم غصن: عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

27- على محمد بيومي: أضواء على نفل و زرع الأعضاء، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005.

28- ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

29- محسن عبد الحميد إبراهيم: نظرة حديثة إلى أخطاء الطبيب الموجبة للمسؤولية المدنية، دون طبعة، مطبعة الجلاء الجديدة، مصر، 1993.

30- محمد بن يحي النحيمي: مكافحة الاتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية، دون طبعة، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2005.

31- محمد حسين منصور: المسئولية الطبية، دون طبعة، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 1999.

32- محمد سامي الشوّا: مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، التجارب الطبية- جراحة التجميل- عمليات تحول الجنس- استقطاع الأعضاء و نقلها، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

33- محمد نجيب عوضين المغربي: حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.

34- محمد يوسف ياسين: المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين، قانونا-فقها-اجتهادا، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

35- محمود القبلاوى: المسئولية الجنائية للطبيب، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

36- مروك نصر الدين: نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003.

37- منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002.

38- منير رياض حنا: المسئولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1989.

39- موفق علي عبيد: المسؤولية الجزائية للأطباء في إفشاء السر المهني، دون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998.

40- هشام عبد الحميد فرج: الأخطاء الطبية، الجزء السابع، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2007.

41- هيثم حامد المصاروه: نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.

42- ـــــــــــــــــــ :التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار المناهج، الأردن، 2000.

43- يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

ثانيا: الرسائل و المذكرات

أ: الرسائل

01- نوار عبد الرحيم: المسؤولية الجنائية للأطباء عن القتل و الإصابة الخطأ، رسالة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

ب: المذكرات

01- النحوي سليمان: مشروعية التصرف في جسم الإنسان بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003.

02- بوخرس بلعيد: خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

03- قاسي عبد الله زيدومة: المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1978.

04- مروك نصر الدين: زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1993.

05- غضبان نبيلة: المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

06- زيان صوراية: المعالجة الجنائية لجريمة الاتجار بالأشخاص، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012.

ثالثا: المقالات العلمية

01- خلفي عبد الرحمان: "المسؤولية الجنائية للطبيب في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع الجنائي الجزائري"، المجلة الجنائية القومية، المجلد الحادي و الخمسون، العدد الثاني، 2008، ص.ص. 85-106.

02- مأمون عبد الكريم: "إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص.ص. 267-323.

03- مروك نصر الدين: "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال و التربية، الجزائر، العدد الثاني، 2000، ص.ص. 29-58.

04- مواسي العلجة: "نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص.ص. 324-356.

05- بلوصيف صادق: "زرع الأعضاء و الشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص.ص. 152-159.

06- إقروفة زبيدة: "نقل و زراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية و الأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص.ص. 357-376.

رابعا: المعاجم

01- جيرارد كورنو: معجم المصطلحات القانونية، ص_ي، الترجمة، منصور القاضي، منشوراتنا موسوعات و معاجم قيد الطبع، دون بلد النشر، 1997.

خامسا: المواقع الالكترونية

01- درال باكلي: أحكام نقل و زراعة الأعضاء، الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء، متوفر في:
http://kenanaonline.com/users/dralbakly/posts#http://kenanaonline.com/users/dralbakly/posts/121904.

02- رواب جمال و طحطاح علال، نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء: بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، متوفر في:
http://www.startimes.com/f.aspx?t=19014110.

03- د/ قريوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، متوفر في
http://www.algeriamax.com/vb/showthread.php?p=124697.

04- نشرة إعلامية صادرة من منظمة الشرطة الدولية (الأنتربول) متوفرة في:
www.intrpol.int.com/FS/.04/2012

سادسا: النصوص القانونية و التنظيمية

أ: النصوص القانونية

01- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتضمن لقانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج. عدد 08، لسنة 1985، المعدل و المتمم.

02- أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد78، لسنة 1975، المعدل والمتمم.

03- أمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج. عدد 49، لسنة 1966، المعدل و المتمم.

04- أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج. عدد49، لسنة 1966، المعدل والمتمم.

ب: النصوص التنظيمية

01- مرسوم تنفيذي رقم 12-167، مؤرخ في 05 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها، ج.ر.ج.ج.، العدد 22، الصادرة في سنة 2012.

02- مرسوم تنفيذي رقم96-122 مؤرخ في 06 أفريل 1996، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة و تنظيمه و عمله، ج.ر.ج.ج.، عدد 22، الصادرة في سنة 1966.

باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages

01- Anne Guyon et Odile Burrus, Législation, Responsabilité éthique et déontologie, édition Ellipses Marketing, Paris, 2001.

02- Jean Panneau, La responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 2eme édition, 1996.

03- Malicier(D), Miras(A), Feuglet(P), Faiver(P), La responsabilité médicale, données actuel, E.R.K.A, Paris, 2eme édition, 1999.

2- Thèses et Mémoires

a- Thèses

01- Gauthe Cynthia, la relation d'aide l'ors d'une demande de prélèvement d'organes, Thèse pour le Doctorat, institut de formation en soins infirmiers du centre hospitalier de Meaux, 2008.

b- Mémoires

01- Bougardie Maripierre, Le contentieux de la mort, Mémoire Master 2 en droit, université de sud Toulon Var, 2010-1011.

3- Revues

01-Al Kandari Fayez, Les prélèvement des éléments du corps humain en droit français et koweitien, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, Nº 01, 2004.

4- Sites internets

1- L'agence de la biomédecine, «encadrement juridique international des différents Domain de la bioéthique », 2012.
Www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2012_ encadrement juridique_version_ intenet.pdf.

الفهرس

الموضوع الصفحة

مقدمة.....أ، ب، ج، د

الفصل الأول

الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول: نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء..... 2

المطلب الأول: أحكام الشرائع السماوية من نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.... 3

الفرع الأول: أحكام الشريعة الإسلامية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.....4

أولا: القائلون بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية.....5

ثانيا: القائلون بجواز التبرع بالأعضاء البشرية.....6

الفرع الثاني: حكم الديانات الأخرى من استقطاع الأعضاء من الأحياء.....7

أولا: حكم الديانة المسيحية.....7

ثانيا: أحكام الديانة اليهودية.....8

الفرع الثالث: الترجيح بين الأحكام.....9

المطلب الثاني: مشروعية نقل الأعضاء في القانون الجزائري.....10

الفرع الأول: الأساس الشرعي لعملية نقل و زرع الأعضاء.....11

الفرع الثاني: الأساس القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي.....12

أولا : نظرية الضرورة.....13

أ: مضمون النظرية.....13

ب: تقييم نظرية الضرورة.....15

ثانيا: نظرية المنفعة الاجتماعية.....15

أ: مضمون النظرية.....16

ب: تقييم النظرية.....16

الفهرس

الموضوع الصفحة

الفرع الثالث: الأساس القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية في ظل قانون حماية الصحة.....17

االمطلب الثالث: موقف القانون المقارن من عملية نقل الأعضاء بين الأحياء.....18

الفرع الأول: موقف القوانين الغربية.....19

أولا: القانون الفرنسي.....19

ثانيا: القانون الانجليزي.....20

ثالثا: القانون الأمريكي.....21

الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية.....22

أولا: القانون الأردني.....22

ثانيا: القانون العراقي.....23

ثالثا: القانون المصري.....23

المبحث الثاني: نقل الأعضاء البشرية من الموتى.....25

المطلب الأول: حكم الشريعة الإسلامية من استقطاع أعضاء جثث الموتى.....26

الفرع الأول: تعريف الوفاة من الوجهة 27

الفرع الثاني: الآراء المؤيدة و المعارضة لنقل الأعضاء من جثث الموتى.....28

أولا: الرأي المعارض.....28

ثانيا: الرأي المؤيد.....30

المطلب الثاني: مشروعية نقل الأعضاء من جثث الموتى 32

الفرع الأول: أساس إباحة استقطاع الأعضاء من جثث الموتى في التشريع الجزائري....32

الفرع الثاني: الشروط القانونية لإباحة الاستئصال من جثث الموتى.....34

أولا: حدوث الوفاة 34

أ: تعريف الوفاة 34

1: الوفاة من الناحية الطبية.....35

الفهرس

الموضوع الصفحة

2: الوفاة من الناحية القانونية 35

ب: تحديد لحظة الوفاة.....36

1: المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة.....36

– العلامات السلبية للموت.....36

– العلامات الايجابية للموت.....37

2: المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة.....38

ج: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة.....39

ثانيا: كيفية التصرف في جثة المتوفى.....40

أ: الإيصاء بالجثة أو بأجزاء منها.....40

ب: انتقال حق التصرف في الجثة للغير.....41

1: انتقال الحق إلى الأقارب.....41

2: الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد.....42

– تأميم الجثث:.....43

– الاقتطاع في حالات الاستعجال:.....43

المطلب الثالث: موقف القانون الوضعي من استئصال الأعضاء من جثث الموتى.....44

الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية.....45

أولا: القانون الفرنسي.....45

ثانيا: موقف القانون الانجليزي.....46

ثالثا: موقف القانون الأمريكي.....46

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية.....47

أولا: القانون المصري.....47

ثانيا: القانون الأردني.....48

الفهرس

الموضوع الصفحة

الفصل الثاني

تحديد المسؤولية الجنائية للطبي

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية للطبيب القائمة على مخالفة قواعد القانون العام.....51

المطلب الأول: أركان المسؤولية الجنائية 52

الفرع الأول: الخطأ الطبي الجنائي 52

أولا: صور الخطأ 53

1: الرعونة.....54

2: الإهمال.....54

3: عدم الاحتياط.....55

4: مخالفة اللوائح أو الأنظمة.....55

ثانيا: معيار الخطأ الطبي الجنائي.....56

أ: الخطأ المادي و الخطأ المهني.....56

1: تعريف الخطأ المادي 57

2: تعريف الخطأ المهني:.....57

ب: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.....58

1: الخطأ الجسيم.....59

2: الخطأ اليسير.....59

الفرع الثاني: الضرر 60

أولا: صور الضرر 60

أ: التعرض بالضرب و إحداث الجروح.....60

ب: القتل 61

ثانيا: إثبات الضرر.....62

الفرع الثالث: الرابطة السببية 63

الفهرس

الموضوع الصفحة

أولا: نظرية تعادل الأسباب.....64

ثانيا: نظرية السبب الملائم أو المناسب.....65

المطلب الثاني: جزاء إخلال الطبيب بالتزاماته 66

الفرع الأول: التزامات الطبيب.....66

أولا: الالتزام ببذل عناية.....67

أ: مضمون المبدأ.....67

ب: مبررات المبدأ.....68

ثانيا: الالتزام بتحقيق نتيجة (استثناء).....69

أ: نقل الدم و التحاليل الطبية 70

ب: نقل الأعضاء البشرية.....70

الفرع الثاني: عقوبة الجروح و القتل الخطأ 71

أولا: عقوبة القتل غير العمدي.....71

أ: عقوبة القتل غير العمدي في صورته البسيطة.....72

ب: عقوبة القتل غير العمدي في صورته المشددة.....72

1: إذا وجد الجاني و هو في حالة سكر.....73

2: التهرب من المسئولية الجنائية أو المدنية.....73

ثانيا: عقوبة الضرب و الجرح غير العمدي.....74

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للطبيب حال مخالفة ضوابط نقل الأعضاء البشرية...76

المطلب الأول: ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية.....76

الفرع الأول: الضوابط العامة في عملية نقل و زرع الأعضاء 77

أولا: عدم وقوع النقل على عضو أساسي 77

ثانيا: ضرورة توافر رضا أطراف العملية.....78

أ: رضا المعطي 79

الفهرس

الموضوع الصفحة

ب: رضا المتلقي (المريض).....80

ثالثا: أهلية أطراف العملية.....82

أ: أهلية المتبرع.....82

ب: أهلية المتلقي.....83

رابعا: أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية دون مقابل.....84

الفرع الثاني: الضوابط الفنية في عمليات نقل الأعضاء البشرية.....86

أولا: إجراء فحوص أولية قبل إجراء عملية النقل.....86

أ: مرحلة الفحص التمهيدي.....87

ب: مرحلة الفحوص التكميلية.....87

ثانيا: تبصير أطراف العملية.....88

أ: تبصير المريض.....88

ب: تبصير المتبرع.....89

ثالثا: إجراء عمليات النقل في المستشفيات المعدة لذلك.....89

المطلب الثاني: نطاق المسؤولية الجنائية للطبيب.....91

الفرع الأول: جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.....91

أولا: عقوبة الاتجار بالأعضاء البشرية.....92

أ: جريمة بسيطة.....92

ب: جريمة مشددة.....93

ثانيا: الإعفاء من عقوبات الاتجار بالأعضاء البشرية.....94

الفرع الثاني: جريمة استقطاع عضو دون رضا المانح 95

أولا: جريمة بسيطة.....95

ثانيا: جريمة مشددة.....95

الفرع الثالث: جريمة التعدي على حرمة الموتى 96

الفهرس

الموضوع الصفحة

الفرع الرابع: الجرائم ذات الصلة بنقل و زرع الأعضاء البشرية 97

أولا: جريمة الإتجار بالأشخاص.....98

ثانيا: التعامل غير القانوني بالأنسجة و الخلايا البشرية.....99

خاتمة.....101

قائمة المراجع.....104

المراجع باللغة العربية.....104

المراجع باللغة الفرنسية.....113

فهرس الموضوعات

ملخص

يعتبر الطبيب مسئولا جنائيا، خلال قيامه بعمليات نقل و زر الأعضاء البشرية، إذا ما خالف التنظيم الخاص بسير هذه العمليات، فقد قيد قانون الصحة هذه الأعمال بشروط عدة، كانعدام المقابل المالي للتنازل عن العضو، و رضاء المانح، و جعل لكل مخالف لهذه الضوابط عقوبة جنائية حسب ما توضحه نصوص تقنين العقوبات.

و نحو ذلك حددّ المشرع الجزائري نطاق مسؤولية الطبيب الجنائية، أو الجرائم التي يمكن أن يرتكبها خلال عملية نقل أو زرع العضو، من بينها جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية وهو ما تنص عليه المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، كذلك نجد جريمة استقطاع عضو دون رضا المانح المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من نفس القانون، هذا كله في إطار متابعة الطبيب بنصوص خاصة، كما يمكن تحقيق المتابعة بالرجوع إلى القواعد الجنائية العامة، لكن يبقى هذا النطاق ضيّق مقارنة بالتجاوزات التي يعرفها موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية.

Résumé

Le prélèvement et la greffe d'organes supposent une atteinte à l'intégrité du corps humain. La loi algérienne autorise donc ces actes au bénéfice des receveurs sous plusieurs conditions comme, le principe de la gratuité et le principe du consentement, sans ces conditions le médecin est soumis sous la responsabilité pénale, et il doit faire face aux sanctions prévus par le code pénale, notamment l'article 303/16 qui sanctionne la commercialisation d'organes, et l'article 303/17 qui sanctionne le prélèvement sans consentement. Donc il sera appréciée en fonctions de textes particuliers aux médecins, comme il peut être reprocher d'une faute qui constitue une infraction selon des textes généraux du code pénale.