جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية المرجع: .....

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري دراسة المقارنة

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق التخصص:.القانون الطبي

من إعداد الطالبة :
- حليمة حجبة

تحت إشراف الأستاذ:
- حيدرة محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ.....فرقاق معمر .....رئيسا

الأستاذ.....حيدرة محمد .....مشرفا مقررا

الأستاذ.....بن عوالي علي .....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم:.**2022/07./07**

إهداء

يشرفني أن أهدي ثمرة عملي هذا إلى :

إلى من قال فيهما الله سبحان و تعالى " وأخفض لهما جناح الذل من الرحمن و قل ربـي ارحمهما كما رباني صغيرا"

سورة الإسراء الآية 2

إلى رمز العطف و الحنان إلى ربيع الحياة و قارب النجاة و خلود الذكريات

إلى من كانت السبب في وجودي

" أمي"

الغالية أطال الله في عمرها

إلى من عقد لي دروب الحياة بالحب و إلى من أبصرت في عينيه إشراق المستقبل إلى من احتميت به غدر الزمن

إلى منير دربي أطال الله في عمره .

" أبي"

إلى إخوتي و صحبتي و أحبتي

إلى من حملتهم الذاكرة و لم تسعهم السطور في مذكرتي

شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

تتم بنعمته الصالحات .

اللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا و الصلاة و السلام

على خير خلقك محمد بن عبد الله النبي الأمين

اللهم صل وسلم عليه صلاة وسلاما كثيرا

تزف كامل التقدير و العرفان الخالص للأستاذ المشرف

" **حيدر محمد** "

الذي لم يبخل علينا بتوجهاته ونصائحه التي كانت عونا لنا في إتمام بحثنا هذا فله من الله الأجر و مني كل التقدير

كما نتقدم بجزيل الشكر الكامل لأعضاء اللجنة بما يتلوه من وقتهم وجهدهم في تقييم هذه المذكرة

و الذي سيكون لأرائهم الأثر الكبير في تسديدها وتقويمها

مقدمة

مقدمة:

ومع بزوغ القرن العشرين تطورت ميادين العلم في شتى المجالات، والتي لم يشهد لها مثيل لاسيما في المجال الطبي، حيث ظهرت وسائل فنية حديثة تخطى بها العلماء والجراحون حدود الأعمال الطبية التقليدية خاصة منها قسم الجراحة، ليدخلوا في معالجة الأمراض المستعصية والتي ظلت إلى وقت قريب قاتلة، وبذلك أنقذ آلاف المرضى من الموت الذي يهددهم، ولعل أهم وأعظم ما تحقق بالنسبة لحياة الإنسان وصحته هو عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هذه الأخيرة التي تعتبر نتاج تقدم العلوم الطبية والبيولوجية التي تهدف إلى علاج المرضى، وتخفيف آلامهم ومعاناتهم وإنقاذهم من الهلاك، حيث استطاع الأطباء الجراحون استبدال الأعضاء البشرية التالفة التي لا تؤدي وظيفتها بأعضاء بشرية سليمة، منقولة من الأشخاص الآخرين سواء كانوا أحياء أو أموات.

إذ يعد جسم الإنسان من العناصر اللازمة لوجوده و لا تستقيم الحياة إلا به، وهو لا يكون محل اتفاق إلا لصيانته وحفظ كرامته، وعلى نحو لا يعد المساس به انتهاكا لحرمة ومعصومية الكيان الجسدي، وقد أولت الشريعة الإسلامية الغراء اهتماما وغاية فائقين للإنسان الذي كرمته أيما تكريم وفضلته على سائر المخلوقات، إذ أنه من مقاصدها الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والنسل، كما أنها شرّعت الحدود والقصاص لكل من ينتهك حرمة هذه الضرورات.

أولا : أهمية الموضوع

تتجلى أهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون في عدة مظاهر أهمها :

– أنّ هذه العمليات أسهمت في بروز مفهوم جديد للعلاقات الإنسانية والاجتماعية، وما نجم عنه من إباحة تنازل الشخص عن عضو من أعضاء جسمه إلى شخص آخر هو في حاجة إليه، ومن ثم فإنّ هذا المتنازل هو أيضا في حاجة إلى معرفة الحدود التي يستطيع في إطارها أن يتصرف في سلامة جسمه، و إمكانية السماح للطبيب الجراح بالمساس بتكامله

الجسدي دون أن يقع هذا الأخير تحت طائلة العقاب، وكذا معرفة الضمانات التي يكلفها له القانون في حماية حريته وتكامله الجسدي.

– التقدم العلمي والفني في المجال الطبي والجراحي في الجزائر، والذي ساعد على ظهور نصوص نقل وزرع الأعضاء ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وذلك بالاستعمال المتزايد للتكنولوجيا التي يستلزمها تنظيم مختلف الأوضاع الممكنة، سواء تعلق الأمر بالتجارب العلاجية أو الإنعاش الصناعي، وسعيا وراء إحاطة العمل الطبي بشرط الأمن والفاعلية، لأنه لا يمكن بدونها تطور الطب مع ضرورة توفير ضمانات قصوى للإنسان والمجتمع في حدود احترام التقاليد الاجتماعية والثقافية.

– أنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذات أهمية بالغة، لكونها تثري وتعمق المفاهيم من خلال قيمة تفاعلها هيكليا، كميا ونوعيا مع التطورات المطردة التي يعرفها الميدان الصحي بالجزائر، كما أنها تجيب عن انشغالات إنسانية وطبية واقتصادية، لأنها تقلل من الحاجيات المتزايدة للمواطن في مجال نقل لأعضاء، وهذا ما تترجمه الأعداد الهائلة من المرضى المسافرين للخارج قصد المعالجة، وما يكلف الاقتصاد الوطني من عملة صعبة.

ثانيا : أسباب اختيار الموضوع

عاد اختياري لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون إلى عدة أسباب لعل أهمها ما يلي :

1– الأسباب الذاتية :

– الرغبة الشخصية لدراسة هذا الموضوع والخوض في تفاصيله الدقيقة، ومحاولة إيضاحه وإبراز حقيقته، والتعمق أكثر في معرفة موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكيفية تنظيمه من طرف المشرع الجزائري وحكم الشريعة الإسلامية فيها.

– ميولي للمسائل العلمية المستجدة والتي يكثر فيها الاشتباه والتساؤل حول أحكامها الفقهية.

2- الأسباب الموضوعية :

- الانتهاكات العديدة والمتكررة التي يتعرض لها جسم الإنسان وأعضائه، والماسة بسلامته والتي تنقص من الحماية المفروضة له تحت غطاء العلم وخدمته البشرية، وحق الشخص في التمتع بصحة جيدة.

- تحول عمليات نقل الأعضاء وزراعتها من تبرع وعمل إنساني لمساعدة المرضى إلى تجارة غير قانونية لها بواعثها وأصولها وممارستها.

- أهمية موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كونها متصلة بالأحياء والأموات.

ثالثا : أهداف الدراسة

أهدف من خلال دراستي لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي و ذلك من خلال :

- تسليط الضوء على الممارسات الطبية التي استحدثتها الثورة العلمية، والمتمثلة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والإشارة إلى المشكلات التي أثارتها، وما يترتب عنها من مساس بحرمة وكرامة الإنسان، وإبراز التنازع الثائر بين مصلحة الإنسان في عدم المساس بسلامة جسمه، وبين هذه الأعمال الطبية التي تعود بالنفع على حياة الإنسان وصحته .

- أبين موقف القانون من هذه العمليات هل يبيحها أم يحرمها، وموقف الدين من هذه العمليات المستحدثة وكيف نظر إليها وتعامل معها فقهاء الشريعة الإسلامية.

- أبين مدى فعالية القوانين الجنائية في تكريس الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، وإظهار مدى حاجة المجتمعات إلى نصوص قانونية جديدة أكثر فعالية، حتى لا تزيغ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن هدفها المنشود، وبالتالي تصبح أعضاء جسم الإنسان سلعة تتداول بين أيدي عصابات الإجرام.

رابعا: صعوبات الدراسة

لقد واجهتني أثناء إعدادي لهذه الدراسة العديد من الصعوبات أذكر منها :

– قلة المراجع الإسلامية التي تناولت موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ أنّ العثور على دراسة شافية وكافية يعد صعبا جدا.

– صعوبة ضبط الخطة وتقسيمها تقسيما متوازنا بسبب ترابط عناصر هذا الموضوع وتداخلها .

خامسا : المنهج المتبع في البحث

يعتبر موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون موضوعا هاما، وذو جوانب متعددة، وقد استلزم علّي لدراسته إتباع المنهج الوصفي وكذا المنهج التحليلي . فاعتمدت المنهج الوصفي لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة من أجل المساعدة على فهم الموضوع وتحديده وحصره، كما اعتمدت المنهج التحليلي في تحليل موقف القوانين من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذا تحليل جملة من النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، للوقوف على أوجه قصور وفعالية هذه النصوص في تحقيق الحماية المطلوبة .

سابعا: الإشكالية

أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية العديد من المشاكل، وكانت موضع جدل في كل من المجال الطبي والقانوني والديني، لما فيها من مساس بسلامة جسم الإنسان، و عليه نطرح الإشكالية التالية :

فما مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بوصفها إحدى الممارسات الطبية الحديثة الماسة بجسم الإنسان، و ما هو موقف الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي من قضية نقل و زراعة الأعضاء البشرية ؟

ولمعالجة هذه الإشكالية قسمت بحثي هذا إلى فصلين، حيث خصصت الفصل الأول لقيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية ، إذ تطرقت من خلاله

إلى مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتصنيفاتها في المبحث الأول، ثم انتقلت لدراسة قيام المسؤولية المدنية و الجزائية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية في المبحث الثاني، في حين أنني أفردت الفصل الثاني لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم ، حيث خصصت المبحث الأول إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، إضافة إلى أني حجزت المبحث الثاني تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية.

تمهيد :

باعتبار أن نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات المعقدة، وباعتبارها سبيل يؤدي إلى الموت أكثر منه ما يؤدي إلى الحياة، فإن نسبة وقوع الأطباء في أخطاء مهنية في هذا المجال كبير جدا، مما استدعى من التشريعات المتعلقة بموضوع نزع وزرع الأعضاء البشرية إلى تخصيص جزاءات في حالة مخالفة أحكام القوانين والتنظيمات و البرتوكولات الطبية الخاصة بهذا المجال.[1]

إلا أن المشرع الجزائري لم يورد نصوصا خاصة بقيام مسؤولية الطبيب في مجال نقل أو زرع الأعضاء البشرية، تاركا مجال البحث فيها للإجتهاد القضائي، وباستقرائنا لهذه النصوص نجد أن المشرع قد أخضعها للقواعد العامة للمسؤولية .

[1]– الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 145. وينظر أيضا عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، المرجع السابق، ص:56–57.

المبحث الأول :مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتصنيفاتها.

إن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أو كما يسميه البعض غرس الأعضاء هو نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير، فالقيام بهذا النوع من العمليات يترتب عليها جملة من الأحكام، لهذا توجب علينا الوقوف لتحديد ما المقصود بعملية نقل العضو البشري وتميزه عن باقي العمليات الأخرى.

المطلب الأول: تعريف العضو البشري.

يعد تعريف عملية نقل العضو البشري من الامور التي لا تخلو من صعوبة، ليس التشابك هذا المصطلح وتداخله في علوم اللغة والطب فضلا عن القانون والفقه الإسلامي فحسب؛ بل ولأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر لا يتسم بالأهمية الضرورية التي تتسم بها من الناحية القانونية؛ فتعريفه من الناحية الطبية الفقهية والقانونية له أهمية بالغة في بناء الأحكام وترتيب الآثار الدقيقة على ما يشتمله المصطلح ويدخل في نطاقه[1].

ورغم أن الفقه الجنائي لا يجد صعوبات في تحديده لمصطلح الجسم البشري لكونه من المسائل الأولية واللازمة لبيان عناصر الركن المادي في جرائم القتل، والإيذاء حيث يقتصر مفهوم الجسم في هذه الحالة على أنه ذلك الكيان البشري الذي انفصل عن رحم الأم حيا، ولا تشوبه أي تشوهات تخرجه عن الصورة الطبيعية للإنسان،و جسم الإنسان يتكون من مجموعة مترابطة من الأنسجة، والأعضاء التي وضعها الله سبحانه وتعالى في أحسن صورة وذلك في قوله تعالى: ﴿***لَقَدْ خَلَقْنَا الإنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ***﴾[2].

---

[1] – هيثم حامد المصاروة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والاباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص9

[2] – سورة التين، الآية 4.

الفرع الأول : تعريف نقل وزرع الأعضاء البشرية

والواقع أن هذه الأعضاء ليس لها تعريف محدد وواضح، وهذا ما يصعب الأمر على رجال القانون في فتكيفي هم للمسؤولية الجنائية على الاعتداءات التي من شأنها تعطيل وظيفة أي عضو من أعضاء هذا الجسم، أو فقدانها بصفة كاملة، وبالتالي يؤدي إلى هلاك الإنسان وتعطيل وظيفته الاجتماعية ولذلك أولت مختلف التشريعات الوضعية والدينية عناية خاصة بهذا الجسم حيا كان أو ميتا[1]، لذلك سأوضح ما هو المقصود بالعضو البشري من خلال العناصر التالية:

أولا/ تعريف الأعضاء البشرية في اللغة :

العضو: بالضم والكسر هو كل لحم وافر بعظمه[2]، والعضو الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل هو كل عظم وافر لحمه وجمعها أعضاء، وعضو الذبيحة بمعنى قطعها أعضاء[3]، وعليه فإن العضو البشري هو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف[4]، أما الطرف لغة: بفتحتين هو جزء من الشيء وجانبه ونهايته وطرف كل شيء هو منتهاه وغايته والجمع أطراف، ويطلق على واحد من أطراف البدن ، فعلى هذا المعنى الأخير يكون الطرف أخص من العضو، لأنه بتتبع أراء الفقهاء تبين لنا أنهم يطلقون الطرف على كل عضو له حدا ينتهي إليه،فالأطراف هي نهايات البدن كاليدين والرجلين.

من التعريفات السابقة يمكن أن نخلص إلى أن العضو البشري يجب أن يكون عظما يغطيه اللحم حتى يعتبر عند اللغويين عضوا، ولكن كما نعلم العديد من أعضاء جسم

---

[1] – سويسي محمد الصغير،حماية السلامة الجسدية وعلاقتها بحقوق الإنسان،رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر،كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية،بسكرة،2004–2005،ص25.

[2]– الفيروز أبادي،المرجع السابق،ص1312.

[3]– ابن منظور جمال الدين بن مكرم، السن العرب، بيروت، دار صادر، دون سنة النشر ، دون طبعة، المجلد 15، ص 68.

[4] – عبد الله البستاني، الوافي وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، دون سنة النشر ، دون طبعة ، ص413

الإنسان ليس فيها عظم إلا أنها تعتبر من الأعضاء كالقلب، الكبد،العين، والرئتين وغيرها،كما أن مفهوم العضو أعم من الطرف إذ كل عضو طرف وليس كل طرف عضو.

ثانيا/ تعريف الأعضاء البشرية اصطلاحا:

سنتطرق في التعريف الاصطلاحي إلى تعريف العضو في الفقه الإسلامي ، ثم التعريف الفقه الجنائي ، و نتطرق إلى تعريف الأعضاء البشرية في القانون الوضعي.

1- تعريف الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي: لقد عرف مجمع الفقه الإسلامي العضو البشري بأنه: أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه[1].

وعرف أيضا فقهاء الإسلام العضو بأنه :"أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كاليد والكلية والعين وغير ذلك، أو جزءا من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا[2]، وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر ومالا يستخلف وسواء منها الجامد كما ذكر، والسائل كالدم واللبن، وسواء كان ذلك متصلا به أو انفصل عنه"، كما ورد في الأحاديث الشريفة مصطلح العضو فلقد روي عن رسول الله صلى الله عيه وسلم أنه قال: "المؤمنون كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالحمى والسهر"[3].

وجاء كذلك مصطلح الأعضاء في الأحاديث النبوية حديث لما حدد لنا الرسول صلى الله عليه وسلم الأعضاء التي يسجد عليها فعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه

---

[1]- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم26(4/1)بشان انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حيا أو ميتا، المنعقد بجدة من 06 إلى11 فبراير1988، مجلة ، عدد 4 ج 1، ص59.

[2]- هيثم حامد المصاورة،نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة ،دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية،دون طبعة،2003
،ص12.

[3]- مسند الإمام احمد بن حنبل،الجزء رقم 14،ص54.

وسلم قال: (أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء: الجبهة –وأشار بيده إليها –واليدين والركبتين وأطراف القدمين ولا أكف الثوب ولا الشعر)[1].

يتضح لنا من تعريف فقهاء الإسلام ومجمع الفقه الإسلامي للأعضاء تعريف واسع وشامل لأنه تضمن جميع مكونات الجسم من دماء وأنسجة وخلايا سواء كانت متصلة أو منفصلة، بل اعتبر أي جزء من أجزاء الجسد ظاهرة كانت أو باطنية، سائلة أو جامدة، متجددة أو غير قابلة للتجدد من الأعضاء، كما اعتبروا الدم من الأعضاء كذلك. [2]

2- تعريف الأعضاء البشرية في الفقه الجنائي: يعرف العضو بأنه: " جزء متميز من مجموع الجسد سواء كان إنسانا أو حيوانا كاليد والرجل والأذن والأنف واللسان" . [3]

ويعرف كذلك ألكسيس كاريل في كتابه الإنسان ذلك المجهول، العضو بأنه: عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء[4]، وظيفة محددة ، والعضو هو جزء من جسم الإنسان مخصص للقيام بوظيفة معينة، لكن قبل الوصول إلى العضو هناك مرحلة مهمة وهي النسيج في علم الأحياء، والنسيج هو عبارة عن خليط محدد من المركبات العضوية كالخلايا والألياف، والتي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله[5].

---

[1]– محمد بن فتوح الحميدي،الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم،الجزء الثاني،دار ابن حزم للنشر والتوزيع،بيروت،الطبعة الثانية،2002،ص16.

[2]– محمود إبراهيم محمد مرسي، المرجع السابق،ص693.

[3]– الكسيس كاريل، الإنسان ذلك ا□هول،تعريب شفيق اسعد فريد،مؤسسة المعارف،بيروت ،لبنان ،دون سنة النشر ، دون طبعة ،ص140.

[4] – Donimique Dantricourt, Les Prélèvements D'organes, Revue Mensuelle n°676, juin,. 2003, p24

[5]–محمد عبد الوهاب الخولي،المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة،دراسة مقارنة،دون دار النشر، الطبعة الأولى،1998،ص146.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر أن نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية لا تطبق إلا إذا اعتبرت الطريقة الوحيدة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض المستقبل للنسيج أو العضو،بعد إدلاء هذا الأخير رضاؤه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية وشاهدين، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 166 من قانون الصحة[1].

كما ذهب البعض الأخر إلى تعريف العضو البشري على أنه جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلا أم منفصلا عنه [2]، وهناك من يرى أن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان، وهنا يطرح التساؤل حول مدى اعتبار الدم عضوا يتكون الدم من ملايين الخلايا الحمراء والبيضاء ،والصفائح الدموية التي لها دور معين في جسم الإنسان.[3]

أما إذا لم يترتب على نقل الدم أي ضرر بجسم من نقل منه فيدخل في دائرة المشروعية[4]، وهناك من يرى بأن الدم لا يعتبر عضوا باعتبار أن الدم نسيج يتألف من خلايا عالقة في أثناء عملية التخثر[5]، والدم عبارة عن نسيج أما الأعضاء فهي جملة

---

[1] – قشي علال، نظرات في قرارات المؤتمرات وامعات الفقهية المتعلقة بالقضايا الفقهية، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية،يومي 23،24جانفي 2008،جامعة مولود معمري تزي وزو، كلية الحقوق، ص6،7.

[2] – قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16فيفري 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90المؤرخ في 15 أوت 1990الجريدة الرسمية رقم 35 .

[3]– نظام توفيق إلى،شرح قانون العقوبات،القسم العام ،دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن ،دون طبعة،2005،ص156 .

[4] حسني عودة الزعال،المرجع السابق،ص50،51.

[5]– المشتقات والمنتجات البشرية هي كل العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ويمكن استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه دونما حاجة إلى زراعتها ،ومن أمثلة هذه المشتقات الدم كما سبق وذكرنا وكذلك كافة السوائل التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها داخل الجسم كما هو الحال في اللعاب والسائل المنوي ، والهرمونات لكون السحب من هذه السوائل لا يؤدي إلى نفاذها ،وكذا الحال بالنسبة للنخاع العظمي الذي يتبرع الإنسان بجزء منه لا يؤدي إلى الإضرار به لان خلايا الجسم تقوم بتعويضه وتجديده تلقائيا.انظر حسني عودة الزعال،ص46،47.ومهند صلاح احمد فتحي العزة،ص17،18.

الأنسجة وهذه الأخيرة مجموعة من الخلايا ولكل خلية وظيفة خاصة بها[1] ، بالإضافة إلى ذلك العضو له شكل معين كالعين، الكبد، الرئة، أما الدم فشكله متغير ويدخل ضمن المشتقات والمنتجات البشرية، وهي قابلة للتجديد كالخلايا العصبية وبويضة الأنثى والأخذ منها لا يؤدي إلى نفاذها.

ونحن نميل إلى الرأي الذي لا يعتبر الدم عضوا ونرى بأنه يجب أن يورد فيه المشرع حكم خاص به لاختلافه عن الأعضاء لأنه يختلف عن الأعضاء التي لها أشكال متميزة ومحددة عكس الدم الذي له شكل متغير، كما أن له قابلية التجديد التلقائي والأخذ منه لا يؤدي إلى نفاذه مثله مثل مشتقات الجسم الأخرى كاللعاب والسائل المنوي والبويضات وان كان الأخذ من الأعضاء التناسلية محل خلاف في الشريعة الإسلامية.

3- تعريف الأعضاء البشرية في القانون الوضعي: تناولت بعض التشريعات تعريف العضو البشري ومن بينها:

المشرع الانجليزي الذي عرف العضو البشري في المادة 07 فقرة02 قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء لعام 1989 كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الانجليزي اعتبر كل أجزاء الجسم التي تحتوي على أنسجة هي أعضاء وبهذا يكون المشرع الانجليزي قد اعتبر الدم وباقي مشتقات الجسم من الأعضاء كذلك[2].

---

[1] – للتفصيل أكثر انظر طارق سرور،نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء،دار النهضة العربية للنشر،القاهرة،الطبعة الأولى،2001،ص194 وما يليها ،وكذلك معن خليل العمر،بحث الجريمة المعاصرة المنظور النفسي والاجتماعي،الورقة الثالثة،جريمة استئجار الأرحام وأثرها في تفكيك الأسرة،جامعة نايف للعلوم الأمنية،الرياض،ص 7ومايليها.وكذلك عبد السلام العبادي،بحث حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان،مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر،2009،ص 19

[2] – الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة، دون طبعة، 2004، ص68.

أما مشروع قانون نقل الأعضاء البشرية الفلسطيني لعام 2003 يعرف الأعضاء على أنها: "تشمل كل الأعضاء البشرية الكاملة أو جزء منها،أو الأنسجة والخلايا باستثناء الدم ومشتقاته"[1]، و يتضح أن المشرع الفلسطيني يعتبر كل أجزاء الجسم من أنسجة وخلايا أعضاء ما عدا الدم ومشتقاته استثناها من مصطلح الأعضاء.

وعرف قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنة 1977 العضو البشري في المادة الثانية منه على أنه: "أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه"[2]، ولقد تعرض هذا التعريف للنقد على أساس انه لم يأت بالجديد وعرف الشيء بنفسه، و أضاف بعض مكونات جسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء إلى مضمونه بشموله أجزاء جسم الإنسان والتي تختلف عن الأعضاء ولعل الحكمة ذلك هو محاولة إخضاع كل أعضاء الجسم لهذا القانون، ويبدوا أن التعريف الذي أورده المشرع الأردني تعريف غامض وغير واضح، لأنه اعتبر أن جسم الإنسان كاملا هو عبارة عن أعضاء متصلة يبعضها البعض وكل جزء منه يسمى عضوا.

أما المشرع المغربي فلقد عرف العضو البشري في المادة 2 من القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء[3] بأنه: "كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد"، و نجد أن المشرع المغربي اعتبر أن الأنسجة وكل جزء من أجزاء الجسم أعضاء سواء كانت من الأعضاء المتجددة أو غير المتجددة واستثنى منه الأعضاء المتصلة بالتوالد.

[1] – عاصم خليل،بحث حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية وحقوق الإنسان،مقدم لجامعة بيرزنت،كلية الدراسات العليا،2008،2007،ص2 .

[2] – عبد السلام العبادي،بحث حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، المرجع السابق،ص19.

[3] – القانون رقم 16-98 المتمم بمقتضى القانون رقم05-26 والمتعلق بتبرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

أما المشرع المصري فقد استعمل مصطلح العضو في نص المادة 240 من قانون العقوبات عندما نص على معاقبة كل من احدث بغيره جرحا أو ضربا نشا عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشا عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأت عنه أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها، كما نص على مضاعفة العقوبة إذا ارتكبت الجريمة تنفيذا لغرض إرهابي أو كان ذلك الفعل من طرف طبيب بقصد نقل عضوا أو جزء منه من إنسان حي إلى أخر خلسة[1].

أما المشرع الجزائري فنجده قد نص على مصطلح الأعضاء البشرية في قانون الصحة لسنة 1990 عندما تحدث عن زرع الأعضاء ونقلها والشروط الواجب توافرها من أجل نقلها والمؤسسات الإستشفائية التي يجوز لها القيام بمثل هذه العمليات.

كما أنه فرق بين الأنسجة والأعضاء التي يمكن التبرع بها من غيرها وقصر التبرع على الأعضاء التي لا يؤدي التبرع بها إلى تعريض حياة الشخص للخطر، وذلك في المواد 162،163،166،167،168 من قانون الصحة، لكنه لم يتعرض للعضو المتنازل عنه بالتحديد وإنما جاء بصورة عامة، كما استعمل كذلك مصطلح الأعضاء في قانون العقوبات لما تحدث عن جرائم الضرب والجرح والعاهات المستديمة في المواد267،265،264.

إلا أنه لم يعرف ما لمقصود بهذا العضو الذي تتحقق به هذه الجرائم وتترتب عنه المسؤولية الجنائية[2]، واكتفى بإدراج مترادفات وألفاظ تؤدي نفس المعنى كما لم يوضح الفرق بين قطع أو بتر أو فصل العضو في المعنى وفي العقوبة، ونجد أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي أحدثها في قانون العقوبات وخاصة التعديل الأخير الذي استحدثه

[1] – مهند صلاح فحي العزة، المرجع السابق، ص12

[2] قانون العقوبات الأمر 66–156 في 8يونيو 1966 الذي طرأت عليه عدة تعديلات ابتداء بالأمر 69–74 المؤرخ في 16سبتمبر 1969 إلى غاية أخر تعديل بالقانون 09– 01المؤرخ في 25فبراير2009

بموجب قانون 01/09 المتعلق بمنع الاتجار بالأعضاء لم يحدد تعريف هذه الأعضاء ولم يفرق حتى بين الأعضاء ومشتقاتها[1].

4- تعريف الأعضاء البشرية في الطب الشرعي: يعرف العضو من الناحية الطبية بأنه مجموعة من الأنسجة المتمايزة التي تقوم بوظيفة معينة، وإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة، فالأنسجة يعرفها إنجاز بأنها: " مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، أما الخلية فهي وحدة في المواد الحية"، كما يعرف العضو كذلك بأنه: "مجموعة مؤلفة من نسيج أو عدة أنسجة مختلفة تساهم في إتمام عمل محدد جيدا، مثلا القلب، العين، المعدة، عبارة عن أعضاء".

وكذلك يمكننا أن نميز أجهزة عضوية بدورها تساهم في إتمام نفس العمل مثل الجهاز العظمي والتنفسي والبلعوم، ويتضمن كذلك جهاز الدورة الدموية أيضا والقلب والأوعية الدموية والدم[2] وإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة فإن الأنسجة تعرف بأنها مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها لتؤدي وظيفة معينة، أما الخلية فهي أصغر وحدة في المواد الحية[3].

يلاحظ أن التعريف الطبي جاء واسعا كما أنه يكاد يكون مماثلا لتعريف فقهاء الإسلام، لأن كلاهما اعتبر أن أي جزء من الأنسجة والخلايا والدماء تشكل أعضاء، لذلك نرى أنه يجب وضع تعريف دقيق ومحدد ويتفق قدر الإمكان مع التعريف اللغوي والطبي

---

[1]- قانون رقم 06/85 المؤرخ في 16فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بموجب القانون 11/90 المؤرخ في 31جوان 1990 حيث تناول نقل وزرع الأعضاء والقانون 09/98 المؤرخ في 19اوت 1998.

[2]- سمير عازار،الموسوعة الصحية الطبية الشاملة،الأعضاء والأجهزة، دار النشر والتوزيع،دارنوبيلس، الجلد الأول، ،الطبعة الأولى،2005،ص10.

[3]- هيثم حامد المصاورة،المرجع السابق ،،ص11

والقانوني و يتجنب جميع الانتقادات السابقة وهذا من واجب الفقه والقضاء، حتى لا نجد صعوبة في تكييف المسؤولية الجنائية على الاعتداءات الواقعة على هذه الأعضاء[1].

الفرع الثاني: مراحل عملية نقل الأعضاء البشرية:

– إن إجراء عملية نقل عضو بشري معين إلى جسم مريض ما لم تتم دفعة واحدة بل أنها تتطلب المرور بالعديد من المراحل المتتابعة والمتلاحقة وبما يتضمن إجراء جملة من الفحوص الطبية والعمليات الطبية.[2]

ويمكن تلخيصها فيما يلي:

– **أولا/** تشخيص حالة المريض وإجراء التحاليل والفحوصات الطبية اللازمة له وللشخص المتنازل عن العضو أو الجثة المراد استقطاع العضو منها بهدف التأكد من عدم وجود موانع طبية كالأمراض، والحصول على قدر معين من تطابق الأنسجة بين طرفي العملية.

– **ثانيا/** إستئصال العضو السليم من المتنازل أو الجنة

– **ثالثا/** حفظ العضو الستأصل إلى حين العملية. فقد لا تتم عملية الإستئصال والغرس في الوقت نفسه لظروف معينة بما

– **رابعا/** إستئصال العضو التالف من جسد الشخص المريض.

– **خامسا/** زرع العضو السليم مكان التالف من جسم المريض .

– **سادسا/** متابعة حالة الشخصين المشركين في العملية.

[1] –JACQUES DE LA MARE , Op.Cit, p588

[2]– هيثم حامد المصاورة. التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي.

لاسيما الشخص المنقول له العضو البشري. إذ أنه قد يحتاج إلى تدخلات طبية وقد يكون هذا العنصر من أهم مراحل النقل والعملية حيث أنه أي تهاون قد يؤدي إلى عواقب كبيرة كمشكلة رفض الجسم للأجزاء الغريبة –أي العضو المزروع. [1]

المطلب الثاني : تصنيف أعضاء البشرية

إنّ تصنيف الأعضاء البشرية له أهميته المعلومة في نطاق عمليات نقل الأعضاء دون زراعتها، وبشكل خاص إذا كان المعطي إنسانا حيا، وذلك لأنه على أساسه يتم تحديد إمكانية أو عدم إمكانية نقل العضو، ولكن هذا التصنيف يفقد أهميته إذا كان النقل يتم من جثه إنسان، إذ المبدأ في نطاق ذلك أن جميع أعضاء الجثة قابلة للنقل متى أمكن الاستفادة منها بعد الوفاة، حتى الأعضاء المنفردة التي لا نظير لها في الجسم، والتي لا يجوز نقلها من جسم الإنسان الحي.

الفرع الأول: تعريف تصنيف الأعضاء البشرية

لقد أطلق على هذه الأعضاء مصطلحات عديدة منها زراعة الأعضاء وجني الأعضاء مع أن جني الأعضاء تداول استعماله في الثمار أقرب من جسم الإنسان، ويقصد بغرس الأعضاء مدى إمكانية نقل العضو البشري السليم في جسم إنسان المتبرع أو المعطي(le donneur) إلى جسم إنسان آخر يطلق عليه اسم المستقبل أو المتلقي (le receveur) بحاجة إلى ذلك العضو ويقوم مقام العضو الذي أصابه المرض أو التلف. [2]

[1] – عتيقة بلجبل، المسؤولية الإدارية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.ص ص 11-13.

[2] – مصطلح الزرع بدلا من الغرس، كما أن مصطلح الاستقطاع مناسب أكثر لهذا المعنى من الجني لأنها تستعمل في الثمار فنقول نجني الثمار، كما يطلق على العضو المغروس الغريسة والغريسة أما أن تكون عضوا كاملا كالكلية والكبد والقلب أو جزء من عضو كالقرنية ،أو تكون نسيجا أو خلايا كما هو الحال في نقل العظام. بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، للدكتور محمد رشيد راغب قباني، 2009، ص4

وبعبارة أخرى إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان للمساهمة فيما تعانيه وظائفه الفسيولوجية من أوجه النقص، والأعضاء البشرية منها ما هو قابل للزرع مثل الكلية، الكبد، قرنية العين، القلب، ونخاع العظام، والجلد من أجل عمليات التجميل[1]، ومنها ما هو غير قابل للزرع في وقتنا الحالي وهي الأعضاء التي يستحيل نقلها أو تحويلها كالعمود الفقري، المثانة، والمعدة وغيرها، فنقلها غير ممكن في الوقت الحاضر لأنه لم يثبت نجاحها في الوقت الحالي.

لكن هذا لا يعني أنها لا يمكن أن تكون قابلة للغرس في المستقبل[2]، لأنه نتيجة التقدم العلمي الذي شهده ميدان زراعة الأعضاء البشرية في الوقت الحاضر جعل كثيرا من الأعضاء قابلة للغرس بعد أن كان ذلك غير ممكن في بداية الدخول في ميدان زرع الأعضاء البشرية، ولقد صنفت الأعضاء حسب قابليتها للزرع إلى عدة تصنيفات منها: الغرائس حسب التروية الدموية وتضم: غرائس ذات تروية دموية مباشرة مثل القلب، وغرائس ذات تروية دموية غير مباشرة مثل الجلد، وغرائس لا تحتاج إلى تروية دموية مثل القرنية[3].

وتصنف أيضا حسب علاقتها بالجسم المستقبل إلى:

أ- غرائس ذاتية: حيث تؤخذ الغريسة من منطقة إلى أخرى في نفس الجسم،

ب- غرائس متماثلة: وهي الغرائس بين الإخوة التوائم وتنقسم إلى:

* توائم متماثلين ناتجين عن تلقيح بويضتين بحيوانين منويين وهذه غرائس لا تحتاج إلى أدوية مثبطة للمناعة .

---

[1] – منذر الفضل، المرجع السابق، ص 14.

[2] – حسين عودة الزغال،المرجع السابق،ص 54.

[3] – مجلة اللجنة الدائمة لخدمة الإنسانية والسلام، صفحة امنح الحياة، الجمعية الوطنية لطلاب الطب، 2009، ص3، منشورة على موقع:
http://www.Givealife.net/trasplant/

*– توائم غير متماثلين ناتجين عن تلقيح بويضتين بحيوانين منويين مختلفين.

ج – غرائس متباينة هي التي تؤخذ من أشخاص مختلفين من نفس الجنس، وهذا النوع هو الأكثر انتشارا ويحتاج إلى العقاقير الخافضة للمناعة.

د– غرائس دخيلة أو غريبة: وهي الغرائس المنقولة من بويضتين مختلفتين مثل نقل عضو من حيوان إلى إنسان[1]، كما يتم الغرس كذلك بنقل عضو من جسم إنسان ميت إلى جسم إنسان حي، كما قد يتم النقل من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان حي آخر[2].

الفرع الثالث: شروط الحماية الجنائية

يعتبر الإنسان مناط الحماية الجنائية وفقا لأحكام التشريع لذلك أحاطه المشرع بحمايته من الاعتداءات التي تلحق به أو تمس بسلامته، وهو بذلك يمثل موضوع الحق المعتدى عليه[3]ولكي يتمتع الإنسان بهذه الحقوق يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط .

حيث يجب أن يكون الاعتداء واقع على الإنسان بوصفه إنسانا وبالتالي نخرج ما عداه من الكائنات الأخرى كالحيوان والجماد من نطاق هذه الحماية، فالاعتداء بالضرب أو الجرح على باقي الكائنات الحية لا يعتبر مساسا بسلامة الجسم، وإنما يمكن وصفه بأنه تخريب أو إتلاف ويخضع لنصوص جنائية أخرى.

كما يشترط أن ينصب هذا الاعتداء على جسم إنسان على قيد الحياة، وأن الحماية تشمل أي اعتداء يقع على الإنسان الحي سواء في نفسه كالقتل أو سلامة جسمه كالجرح والقطع فإن فارق الحياة قبل الاعتداء عليه فلا يعتبر إنسانا وإنما جثة ولا يصلح بأن تكون

[1] – مجلة اللجنة الدائمة لخدمة الإنسانية والسلام، المرجع السابق،ص3.

[2] – أمير فرج،أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم،المكتب العربي الحديث،الإسكندرية،دون طبعة، 2008،ص 101.

[3]– محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1988، دون طبعة، ص441.

محلا لجرائم الاعتداء على الحق في الحياة، لأنه يكون قد خرج من عداد الأحياء الذي هو شرط للحماية الجنائية، وتطبق عليه أحكام الخاصة بعد المساس بحرمة الأموات.

أما القضاء على حياة الجنين فيعد إجهاضا وله أحكام خاصة وهذا ما جاءت به المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري، ويشترط إلى جانب ما سبق أن لا يكون الاعتداء استعمالا لحق الأفعال المباحة لأن المشرع لا يكفل الحماية الجنائية لشخص استعمل حقه في الدفاع الشرعي فهذه الحالة تخرج عن نطاق الحماية الجنائية المقررة في القانون، ومن ثم يمكن القول بأن المشرع أورد حالة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة وانعدام المسؤولية الجنائية.

كما يشترط أيضا ألا يكون الاعتداء استعمالا لواجب قانوني وقضائي كتنفيذ حكم الإعدام، لأنه إذا ارتكب الفعل لتنفيذ الأمر الصادر إليه من رئيس وجب عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة، وألا يكون الجرح أو المساس بالجسم استعمالا لحق ممارسة العمل الطبي لكون أساس إباحة العمل الطبي هو استعمال حق مقرر بمقتضى القانون، فالأصل أن المساس بجسم المجني عليه يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب، ولكن القانون يبيح فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة [1]علمية طبقا للقواعد والأوضاع التي نظمتها القوانين واللوائح، أو استعمال لحق التأديب كحق الزوج في تأديب ابنه أو زوجته، وكذلك حق ممارسة الألعاب الرياضية، من خلال ما سبق بيانه يمكن القول بأن شروط الحماية الجنائية تتلخص في العناصر الآتية:

- أن يكون الإنسان المتمتع بالحماية الجنائية حيا.
- ألا يكون الاعتداء استعمالا لفعل من الأفعال المبررة قانونا.
- أن يكون الدفاع الشرعي متناسب مع جسامة الاعتداء.

[1] – محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص116.

- ألا يكون الاعتداء استعمالا لأداء لواجب أقره القانون وحكم به القضاء كتنفيذ حكم الإعدام.
- ألا يكون الجرح أو المساس بالجسم استعمالا لحق ممارسة العمل الطبي أو التأديب أو العمل الرياضي.

المبحث الثاني : قيام المسؤولية المدنية و الجزائية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

إن قيام المسؤولية المدنية و الجزائية للطبيب يحتاج إلى وجود أركان لقيامها ، و عقد توافر هذه الأركان لا بد من وجود حالات معينة تقوم عليها المسؤولية ، والتي تكون بمخالفة الطبيب لقواعد أخلاقيات مهنة الطب ، أو عن طريق إهمال إجراء الفحوصات في إطار عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، كما يسأل عن أخطاء فريقه الطبي ، و ذلك في إطار المسؤولية عن أعمال تابعيه لاسيما الخطأ في تنفيذ عمليات نقل و زرع الأعضاء.

المطلب الأول : قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

إن ظهور الممارسات الطبية الحديثة ونخص بالذكر عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية قد أثر على نطاق المسؤولية المدنية للطبيب من حيث طبيعة الالتزام وشكل المسؤولية، إذ يعتبر التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة كقاعدة عامة وبذل عناية بشكل استثنائي، أما شكل المسؤولية قد تكون مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية بتوفر مجموعة من الشروط، تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في مجال نقل وزراعة الأعضاء على الخطأ، الضرر، العلاقة السببية حيث تترتب على قيام المسؤولية الحق في التعويض للطرف المتضرر.

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب.

لقد أثير جدل فقهي وقضائي حول طبيعة المسؤولية الناجمة عن إخلال الطبيب بالتزاماته، أهي مدنية أم جزائية ؟

في هذا الصدد نصت المادة 124 ق م ج على مايلي: " **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

أولا: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تنتج عن إخلال الأطباء بالتزاماتهم تجاه مرضاهم، فمنهم من يقول بأنها عقدية لأن العلاقة بي الطبيب والمريض تنشأ بناء على الإيجاب الصادر من الطبيب والقبول الصادر من المريض أو من في حكمها[1]، ومنهم من يرى بأنها تقصيرية على أساس أنه إخلال بالتزام قانوني وهو التزام بهدم الإضرار بالغير[2].

ويمكن تقسيم المسؤولية الى:

1-المسؤولية العقدية (La responsabilite contractuelle)

تعرف المسؤولية العقدية بأنها: إخلال أحد المتعاقدين بما جاء في بنود العقد بشرط أن يسبب هذا الإخلال ضررا بالغيرة، فالمسؤولية العقدية تنشأ عندما تربط الطبيب بالمريض علاقة تعاقدية، فينشأ الخطأ عند الإخلال بالتزام ناتج عن العقد الطبي المبرم بينهما، ويؤدي هذا الإخلال إلى الإضرار بالمريض.

أما في المجال التطبيقي، فقد استقر القضاء الفرنسي على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية – بعدما كان يحصره في المجال التقصيري. وهذا منذ صدور قرار محكمة النقض

[1]– أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط: 1، 2008، ص:58

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط: 3، 1998، م:2، ج:1 ، ص:855. – المرجع نفسه، ص: 860.

الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية "مرسييه Mercier" الشهيرة، حيث جاء فيه مايلي:

" **ينشأ بين الطبيب وزبونه عقد حقيقي،.... وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام المسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية**[1].

فأهمية هذه القضية تتمحور حول أهمية تحديد المدة التي تتقادم بها دعوى المسؤولية للطبيب الناشئة عن الإهمال في العلاج، ذلك أن المريضة (مرسييه) قد رفعت دعواها بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ نهاية العلاج واستقرار الضرر، فإذا كيفت المسؤولية على أنها تقصيرية فإنها تتقادم بمرور ثلاث سنوات، وبالتالي يسقط حقها في المطالبة بالتعويض، لذلك اضطرت محكمة " أكس" إلى التدقيق في تكييف طبيعة المسؤولية الطبية، وكانت نتيجتها قبول دعوى "مرسسيه" بعد انقضاء ثلاث سنوات بعد أن دفع بها الطبيب، وبتاريخ 16 جويلية 1932 أصدرت قرارها بالحكم على الطبيب بالتعويض رافضة تطبيق التقادم الثلاثي، باعتبار أنه ليس لهذه الدعوى أساسا لقيام المسؤولية التقصيرية، بل أساسها هو الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين المريضة و طبيبها، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية التي أكدت على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية كأصل، واستثناء تكون ذات طابع تقصيري حتى وإن كان بفعل الغير[2].

2- المسؤولية التقصيرية (La responsabilité delictuelle)

تتحقق المسؤولية التقصيرية عندما يرتكب الطبيب خطأ يصيب المريض بضرر، ويعتبر المضرور في هذه الحالة شخصا أجنبيا على الطبيب لا يرتبط معه بأي عقدة، كأن

[1]- ينظر كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012، ص: 11.

[2]- المرجع نفسه، ص: 11

يقوم الطبيب بعلاج شخص فاقد اللوعي دون إعلامه أو إعلام أسرته، أو في حالة امتناعه عن علاج مريضه، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب متعسفا في استعمال حقه[1].

وقد تنشأ المسؤولية التقصيرية كذلك عند وقوع ضرر إذا كانت الأدلة تثبت عدم وجود رابطة تعاقدية، كأن يتعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عملية نقل نسيج معين منه، وبعد أن يشرع الطبيب في ذلك يجد أنه من الضروري نقل نسيج آخر دون إعلام المريض بها، ففي هذه الحالة فإن العملية الأولى تخضع الأحكام المسؤولية العقدية، بينما العملية الثانية – غير المتعاقد عليها تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، وكذا في حالة إصابة الغير من عدوى المريض المتواجد تحت رعاية الطبيب أو بسبب استعماله نفس آلة العلاج[2].

ثانيا: طبيعة التزام الطبيب.

لقد سبقت الإشارة إلى أن العلاقة التي تربط الطبيب بمريضة هي علاقة عقدية، بمعنى أنه عندما يتطابق الإيجاب والقبول، فإن العلاقة القانونية تنشأ بينهما، وتنشيء هذه العلاقة إلتزامات تقع على عاتق الطبيب المصلحة المريض، التي تعتبر في المقابل حقوقا للمريض.

1- الالتزامات التي تخص الطبيب بمريضه:

أ/ الالتزام بالإعلام (obligation d information): هو التزام يقع على الطبيب أيا كان الإطار التنظيمي الذي يباشر من خلال مهنته، ويكون هذا الالتزام في شكل تقديم معلومات وافية للمريض تتعلق بخالته المرضية، لتساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص:860.

[2]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص:203. د. المرجع نفسه، ص:202.

العمل الطبي، وما يتضمنه من مزايا ومخاطر،[1] . كما يلتزم الطبيب بإعلام مريضه طوال مراحل العمل الطبي، فيتعين عليه إعلام مريضه في التشخيص، العلاج وحتى بعد العلاج.[2].

ويجب أن تكون أوصاف المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه بخصوص العمل الطبي واضحة وصادقة، وهذا حسب المادة 43 من المرسوم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام وأكد على ضرورته في عدة مواد، منها: المادة 34 من المرسوم 92-276، المادة 165 من القانون رقم 85-05 م ح ص ت، والمادة 7 مكرر من القانون 84-11 المتعلق بالأسرة (بالنسبة للأشخاص المقبلين على الزواج) [3].

ب/ الإعفاء من الالتزام بالإعلام:

يعني الطبيب من المساءلة في حالة عدم قيامه بإعلام المريض في حالتين:

*حالة الضرورة القصوى والاستعجال: في هذه الحالة لا يجوز للمريض أن يحتج بعدم إعلامه بالمرض، لأن هذا يدخل في باب أنه يجب على الطبيب أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له، وذلك طبقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي 92-276.

---

[1]- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطي، مجلس النشر العلمي، الكويت 2000، ص:65. نقلا عن كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:74

[2]- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص:145. نقلا عن كمال فريحة، المرجع نفسه، ص: 80.

[3]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جر عدد 24 مؤرخة في 12 جوان 1984

*رفض المريض لمعرفة وضعه الصحي: باستثناء الحالة التي يكون فيها أشخاص آخرون معرضين لخطر إصابتهم بعدوى المرض[1].

ج/ **الالتزام بالسر المهني (obligation de secret professionnel)**: بالرجوع إلى أحكام المادة 1 / 206 من القانون 90-217، والمادتين 36 و 37 من المرسوم رقم 92276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، نجد أن المشرع إعتبر السر الطبي (المهني جزء من شرف المريض وشخصيته، والسر المهني لا يقتصر فقط على المعلومات الخاصة بذات المريض (نوع المرض، الإصابة التي يعاني منها، العلاج...)، بل يشمل كذلك كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص وتشخيص...، أما البيانات الخارجة عن هذا النطاق فإن المشرع لم يضف عليها صفة السر، ولا تعد من قبيل الأسرار الطبية[2].

وبجانب هذه الالتزامات، توجد التزامات أخرى فنية، منها: الالتزام بالتشخيص، الالتزام بالعلاج (المادة 45 و 50 من المرسوم 92-276)، الالتزام بالرقابة (المواد من 90 إلى 94 من المرسوم276/92) .

2- طبيعة الالتزام: بينا فيما سبق أن طبيعة المسؤولية الطبية في مجال زرع الأعضاء البشرية هي مسؤولية عقدية انطلاقا من تطابق التراضي من كلا الجانبين، وهذا حسب قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية " مرسييه"، الذي أجبر الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض، فعلى الأقل بذل العناية اللازمة تجاه مريض، والقيام بجهود يقظة تتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة.

[1]-- كمال فريحة، المرجع السابق، ص: 90.

[2]- قانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 م ح ص ت.

وبالرغم من وجود بعض الاختلاف حول طبيعة المسؤولية الطبية، إلا أن النتيجة واحدة، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء –مؤيدا في ذلك القضاء الفرنسي– أن طبيعة التزام الطبيب قبل المريض هو التزام ببذل عناية كأصل، والتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء[1].

الفرع الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.

على الرغم من تطور القوانين والأنظمة التي تحكم شروط ممارسة مهنة الطب، فقد بقي التشريع الفرنسي يقيم المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية طبقا للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني وطبقا لنص المادة 1382 وما بعدها من التقنين الفرنسي[2] (ونص هذه المادة يقابل نص المادة 124 ق م ج السالف الذكر).و نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية ترتكز على ثلاث أركان أساسية وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فمسؤولية الطبيب لها نفس الأركان السابقة: الخطأ الطبي الصادر من الطبيب، والضرر الذي يسببه هذا الأخير للمريض وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر[3].

أولا: الخطأ الطبي (la faute médicale)

تقوم المسؤولية الطبية على فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية – طبقا للقواعد العامة. ويعتبر هذا الأخير الركيزة الأساسية فيه، ذلك أنه يكتسي أهمية بالغة في إطار المسؤولية

[1]–– ينظر أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 41 وما بعدها. وينظر أيضا محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص:244.

[2]– أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص:17

[3]– ينظر كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:164

الطبية المدنية، فهو أساس نشوئها، ولا مجال للحديث عن مسؤولية الطبيب ما لم يوصف عمله بأنه خطأ[1].

إن أهمية البحث في فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب وتحديد المتسبب في إحداث الضرر يجعلنا نبحث عن معيار قانوني تحدد درجة الخطأ التي توجب قيام مسؤولية الطبيب المدنية، لذا سنتناول في هذا المطلب مفهوم الخطأ و معياره في العنصر الأول وكذا صوره التي يمكن من خلالها تمييز المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية عن المسؤولية المدنية بشكل عام والمسؤولية الطبية بشكل خاص، وذلك في العنصر الموالي.

1- مفهوم الخطأ الطبي ومعياره:

أ/ مفهوم الخطأ الطبي:

- **تعريف الخطأ في الفقه الوضعي:** لم تفرد التشريعات الوضعية تعريفا للخطأ في القواعد العامة في القوانين المدنية،[2] تاركين هذا الأمر للإجتهاد الفقهي والقضائي، وذلك لتفادي حصر المسؤولية في نطاق معين وفي حدود عبارات معينة الضمان حماية مصلحة المضرور جراء أخطاء الغير المختلفة.[3]

على عكس ذلك اختلف الفقهاء في تحديد معنى الخطأ، والتعريف المجمع عليه هو: "الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك[4].

---

[1]- سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، (شهادة المدرسة العليا للقضاء)، غير منشورة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2006/200314.

[2]- أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص:103.

[3]- كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:165.

[4]- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة 1988، ص: 61

باعتبار أن الخطأ الطبي صورة من صور الخطأ بصفة عامة، فإنه يستمد تعريفه منه، حيث يعرف الأستاذ منصور عمر المعايطة الخطأ الطبي بأنه: "هو الفعل الذي يظهر عند إخلال الطبيب بواجباته المهنية وعند خروج الطبيب عن تنفيذ إلتزاماته حيال مريضة، المتمثلة في بذل العناية التي تشترطها أصول مهنته وتخصصه ومقتضيات فنه وعلمه، بحيث لا يقوم بعمله بحذر وانتباه ويقظة، ولا يراعي فيه الأصول العلمية المستقرة [1]

ومن هنا يتبين أن عدم قيام الطبيب لالتزاماته – التي تفرضها عليه مهنته. أثناء قيامه بالعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب نشوء الأخطاء الطبية، لأن الطبيب هو في الأساس ملزم – ضمن اللوائح والتشريعات التي تنظم مهنة الطب باتباع الأساليب والوسائل التشخيصية والعلاجية التي تقوم على الأصول العلمية والقواعد والمعارف الطبية المستقرة المتعارف عليها في الأوساط الطبية[2].

– **الخطأ في مفهوم القانون الجزائري:** لم يعرف المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الخطأ باعتباره أحد أركان المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لكنه أشار إليه في المادة 124 ق م ج التي تنص على مايلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[3].

---

[1]– منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط: 1، 2004، ص: 44.

[2]– يستثنى من قيام مسؤولية الطبيب جراء مخالفته للأصول والقواعد الطبية الظروف الاستثنائية أو القوة القاهرة، وهي تلك الظروف التي تحيط بالطبيب أحيانا وقت تنفيذه العمل الطبي، وترجع هذه الظروف إلى المكان والزمان الذي يجري فيهما الطبيب عمله، مثال ذلك: الطبيب الذي يستدعى فجأة على متن طائرة ركاب في الجو الإنقاذ حياة مريض فيها على وشك الموت دون علم مسبق بحالة المريض، في هذه الحالة قد يضطر الطبيب إلى التحلل من الالتزام بالقواعد الطبية المتبعة، ولا مسؤولية عليه من مخالفة تلك القواعد، لأنه وفقا للقواعد العامة في الفقه المدني تعفي من المسؤولية في حالة الضرورة، ينظر منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص: 44. –

[3]– هذه المادة عدلت بموجب القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص: 23)، وكانت هذه المادة قبل التعديل تنص على مايلي " كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

كما نصت المادة 125 من نفس القانون على أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

نلاحظ من خلال هاتين المادتين أن المشرع جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بصفة عامة لكنه لم يحدد نوعه وجسامته تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، كما يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية حسب المشرع يقوم على عنصرين: الأول عنصر مادي يتمثل في التعدي، والثاني عنصر معنوي يتمثل في الإدراك والتمييز.[1]

أما الخطأ الطبي فقد ورد مرة واحدة في قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 239 التي تنص على: " إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية".

ب- أنواع الخطأ الطبي: يأخذ الخطأ الطبي إما وصف الخطأ العادي البسيط (simple) الذي يكون نتيجة إهمال أو عدم بذل العناية اللازمة كقيامه بعملية جراحية وهو في حالة سكر، أو كأن يهمل في تخذير المريض قبل العملية، أو أن ينزع عضوا أو نسيجا غير المراد نزعه... وغيرها من الحالات الأخرى، ويمكن أن يكون الخطأ أيضا فنيا مهنيا (professionnelle)، ويكون هذا نتيجة لجهل الطبيب لأمور فنية وحقائق ومسلمات علمية التي لا يتصور صدورها من غير الطبيب كأعمال التشخيص ومباشرة العلاج، أو تقنيا (technique) غير متعمد راجع إلى إحدى الأدوات العلمية المستعملة[2].

---

[1]- عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص: 23)، وقد ورد في هذه المادة قبل التعديل استثناء عن الفقرة الأولى، حيث كان المشرع الجزائري يقيم مسؤولية عديم التمييز عن الخطا في حالة عدم تمكن المتضرر في الحصول على التعويض من المتسبب في هذا الضرر، فهذه الحالة تقوم على أساس تحمل التبعية أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة

[2]-سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:10، وينظر أيضا

PANNEAU (Jean) , la responsabilité du médecin, DALLOZ, Paris, 2eme édition, 1996, p:22.

ت- مقدار جسامة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية: يسأل الطبيب عن كل خطا يرتكبه مهما كان نوعه، عاديا كان أو فنيا، كما أنه لا يعتد بمدى جسامة الخطأ مادام واضحا وثابتا، وهذا راجع إلى إهمال الطبيب وجهله بواجباته ونقصه في معرفة العلوم الطبية، وهذا حسب المادة 1383 من التقنين المدني الفرنسي التي تقيم المسؤولية على كل شخص ارتكب خطأ سبب به ضررا للغير، بصرف النظر عن درجة جسامة هذا الخطأ.

ث- معيار الخطأ الطبي: يثار معيار الخطأ الطبي في حالة التزام الطبيب ببذل العناية، لأن سلوكه في حالة التزامه بتحقيق نتيجة ليس بحاجة للقياس مع شخص آخر، ذلك أن مسؤوليته تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة، فمادامت طبيعة التزام الطبيب هي التزام ببذل عناية، فإنه يجب تحديد مقدار هذه العناية بقياسها مع سلوك شخص عادي، وكل تقصير عن ذلك يعتبر خطأ، كما تجدر الإشارة إلى أن تقدير معيار الخطأ يختلف باختلاف مركز ودرجة الطبيب[1].

فقد اتجه جانب من الفقه في تقدير معيار الخطأ إلى" إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد من بذله من يقظة وتبصر"[2]، وهذا المعيار يسمى بالمعيار الشخصي لأنه يعتمد على البحث في حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ نفسه، والبحث في ظروفه الخاصة، وأن ما وقع منه يعد انحرافا في سلوكه أم لا.

يعاب على المعيار الشخصي أنه يتوجب النظر والبحث في ظروف كل طبيب على حدة ومراقبة تصرفاته وأحواله، وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يجعل من الخط فكرة شخصية بحتة، إذ يمكن لطبيبان أن يسلكا نفس السلوك ويقومان بنفس التصرفات ويكونان في نفس الظروف، إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون

[1]- ينظر هامش كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:179

[2]- وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011، ص:22

الآخر، فمن اعتاد على التقصير يسهل عليه الإفلات من المسؤولية، ومن اعتاد اليقظة والتبصر يسأل عن أقل هفوة ارتكبها، وهذا أمر غير عادل وغير مقبول[1].

أما الإتجاه الآخر فقد أخذ في تقدير الخطأ الطبي بالمعيار الموضوعي، حيث يقارن سلوك الطبيب بسلوك شخص عادي الذي يكون سلوكه المألوف مقياسا للخطأ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي تحيط به عند قيامه بعمله (كظروف الزمان وظروف المكان)، والتجرد من صفاته الذاتية والظروف الداخلية الملابسة له[2]، وهذا المعيار الراجح الذي استقر عليه الفقه والقضاء والتشريعات[3]

2- صور الخطأ الطبي: تختلف صور الأخطاء التي يرتكبها الأطباء باختلاف نوع العمل الذي يقومون به أو نوع اختصاصهم، كما أن هذه الصور هي التي تحدد وصف الخطأ (نوع الخطأ ومقدار جسامته) لاعتبار الطبيب مسؤولا مدنيا، وكوننا بصدد دراسة الجانب الذي يخص نقل وزرع الأعضاء البشرية، سنستعرض بعض الصور للأخطاء التي يمكن أن يقع فيها الأطباء المختصين بهذا المجال[4].

بينا سابقا أن وجود الرضاء لدى المتبرع والمريض المتلقي شرط لإباحة عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية، فإذا تخلف هذا الشرط أو إذا توافر الشرط لكن المتبرع أو المريض لم يكن يعلم أو ملما بالمخاطر التي تنجر عن إجراء هذه العملية، في هذه الحالة يكون تصرف الطبيب تصرفا معيبا ومخالفا القواعد القانون، مما يقيم مسؤوليته عن الأضرار التي قد تنتج عن تصرفه.

---

[1]- كمال فريحة، المرجع السابق، ص 180.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص:885.

[3]- كمال فريحة، المرجع السابق، ص. ص: 181-186

[4]- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. ص:227-230، 233-234.

وقد استقر القضاء في فرنسا على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عمليات النقل والزرع وبعد إجرائها يعد أمرا ضروريا (وقد سبق ذكره عند حديثنا عن مراحل القيام بعمليات نقل وزرع العضو البشري)، كما ينبغي أن يتخذ الطبيب جميع الاحتياطات اللازمة أثناء تنفيذ عملية النقل أو أثناء عملية الزرع، وأن إهمال الطبيب القيام بذلك يشكل خطأ من جانبه يوجب مسؤوليته.

كما أن الطبيب لا تنتهي مهمته بمجرد إجرائه لهذه العمليات، بل تمتد إلى ما بعد ذلك، إذ يقع تحت طائلة المسؤولية المدنية إذا لم يقدم الرعاية والعناية اللازمة للمتبرع أو المتلقي أثناء فترة النقاهة، ومن واجبه أيضا اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة حدوث مضاعفات، وإلا كان مقصرا ومخطئا.

وقد يتخذ الخطأ الطبي صورة أخرى على شكل كشف هوية المتبرع للمستفيد، أو كشف هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع، وهذا ما جاءت به المادة 165/2من القانون 85-05 م ح ص ت [1].

بقي أن نشير إلى أنه طبقا للمادة 164 من القانون المذكور أعلاه، فإن الطبيب إذا سعى لأن يكون انتزاع نسيج أو عضو من جسم إنسان وزرعه بمقابل مادي، فإن ذلك يشكل خطأ من جانبه يوجب مسؤوليته[2].

[1]– وقد نصت هذه المادة على أنه: "... كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع..."

[2]– لقد خرج المشرع الجزائري من هذه القاعدة، حيث أباح بيع أعضاء الموتى للمرضى الذين هم في أمس الحاجة إليها، وهذا ما نص عليه المشروع التمهيدي للقانون الجديد للصحة المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، حيث حدد كيفية التصرف في أعضاء الموتى لفائدة المرضى المحتاجين، عن طريق التنازل بالتراضي من طرف ذوي الميت بالمستشفيات، أو عن طريق وصية على أساس "فعل الخير"، أو عن طريق بيع عضو من الأعضاء بطريقة قانونية من طرف أهل الميت للمريض المحتاج إلى عضو ما. ينظر نوارة بابوش، تقنين "بيع" أعضاء الموتى للمرضى، جريدة الشروق، يومية)، عدد 4373، 2014

ثانيا: الضرر وعلاقة السببية للخطأ الطبي.

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية بشكل عام ومسؤولية الطبيب بشكل خاص، فلا يكفي لتحقق المسؤولية وقوع الخطأ فقط، وإنما يجب أن يحدث هذا الأخير ضررا بالمضرور، كما لا تقوم هذه المسؤولية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية بوجود الخطط والضرر معا، بل لابد من قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المريض.

1- الضرر (le prejudice):

أ. **تعريفه:** لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للضرر، بل اكتفى بالإشارة إليه في المواد من 124 إلى 140 ق م ج، والتي اشتملت بأحكامها مختلف حالات الضرر بما فيها الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية[1].

أما من الجانب الفقهي فقد تعددت وجهات النظر في وضع تعريف للضرر بصفة عامة، إلا أن التعريف المستقر لدى غالبية الفقهاء هو: "الضرر هو تلك الحالة التي نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مادية أو معنوية أو كلتيهما للشخص المتضرر[2]"، ومنه يمكننا – قياسا على هذا التعريف العام- تحديد معنى الضرر في المجال الطبي بأنه: " حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى جسم المريض، وقد يستتبع ذلك نقصا في حاله أو عواطفه، أو تفويت الفرصة في شفائه أو حياته[3].

ب.**أنواعه:** من خلال هذا التعريف، فإن الضرر يكون في مجال المسؤولية الطبية إما ماديا وهو ما يصيب المريض المعالج من أذى في جسمه بإحداث جرح فيه أو إلحاق

[1]- سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 23.

[2]- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص:55.

[3]- سعاد هني، المرجع السابق، ص: 23

عاهة أو أي عجز حركي، أو أذى في روحه ويكون ذلك بالتسبب في إزهاقها، أو ما يلحق المريض من إضرار بأي مصلحة ذات صفة مالية أو إقتصادية.

كما قد يكون الضرر معنويا (ويطلق عليه البعض بالضرر الأدبي)، أي أن يلحق المريض ألاما داخلية وهواجس تصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته نتيجة خطأ الطبيب، أو تعرضه لألام نفسية أو ذويه في حالة الاعتداء على اعتبار المريض – كما في حالة إفشاء الطبيب للسر المهني، مما يجعل المريض يصاب بضرر يمس سمعته وشرفه أو كيانه الإجتماعي أو حياته الخاصة[1].

ج. **شروطه:** لا يكفي إصابة الشخص بضرر ليتمكن من مطالبة المسؤول بإصلاحه، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط، ولم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف واحد حول تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحق التعويض، لكنه استقر بعد ذلك على أنه يشترط في ضرر المدعى عليه أن يكون شخصيا، محققا ومباشرا، وأن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة[2].

– **أن يكون الضرر شخصيا:** بمعنى أن الذي يسبب الضرر هو الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار الناتجة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضررا شخصيا النسبة لمن ارتد عليه[3].

[1]– عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه، الجزائر، 2009، ص:165.

[2]– كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011، ص:32.

[3]– كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 283

– **أن يكون الضرر مباشرا، محقق الوقوع (مؤكدا):** يقصد بالضرر المباشر (أو بما يسمى بالضرر الأصلي) هو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الطبيب، فهذا الضرر هو فقط الذي يكون بينه وبين الخطأ المنشيء له علاقة سببية وفقا للقانون. [1]

والضرر المباشر هو الضرر الذي لا يستطيع الطبيب أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ الاستحقاق المضرور للتعويض، وذلك في نص المادة 1/ 182ق م ج التي تنص على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره.....، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

أما عن تحقق الضرر كشرط من شروط التعويض، يعني أن يكون الضرر حتمي الوقوع (أي غير محتمل)، سواء كان حالا أو مستقبلا، وتحقق الضرر هو أن يكون قد وقع فعلا أو سيقع حتما"[2].

– **أن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة:** ويقصد به أن يمس الضرر حقا ثابتا مشروعا بنظر القانون، بمعنى أن يصيب حقا مكتسبا يحميه القانون أو مصلحة مشروعة للمضرور غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، بحيث أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا لحق اعتداؤه حقا يحميه القانون، سواء كان هذا الحق سياسيا أو مدنياه[3]، وأحسن مثال على ذلك أن يقوم الطبيب بالتعدي على حق مريضه في الحياة أو حقه في سلامة بدنه،

كما يشترط أن تكون المصلحة مشروعة للتعويض عنها، وإلا فلا يعتد بها، مثال ذلك مطالبة خليلة بتعويض الضرر الذي أصاب خليلها – الذي كان يتولى الإنفاق عليها– جراء استئصال عضو من أعضائه، في هذه الحالة لن تستفيد الخليلة من التعويض لأن هذه

[1]– منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص: 56

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص:954.

[3]–. غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص. ص:232–245.

المصلحة قائمة على علاقة غير مشروعة (وهذا حسب التشريع الجزائري والتشريعات الإسلامية).

2- علاقة السببية (La lien de causalité).

أ- قيام علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر: المقصود بعلاقة السببية تواجد رابطة مباشرة بين الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، فوجود رابطة السببية ركن أساسي من أركان قيام المسؤولية الطبية، إذ لا يكفي لقيام هذه الأخيرة ثبوت الخطأ ووقوع الضرر، بل يجب ان يكون ما لحق بالمريض من ضرر نتيجة مباشرة للخطأ الذي أحدثه الطبيب، وان يرتبطا ببعضهما ارتباط العلة بالمعلول، بحيث لا يمكن تصور حصول الضرر للمريض لو لم يقع الخطأ من الطبيب[1].

وعلى الرغم من ضرورة تواجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل لقيام المسؤولية الطبية واستحقاقها على الطبيب مرتكب الخطأ الطبي، إلا أن معرفة وجود هذه الرابطة وإثباتها أو عدم إثبات وجودها يعتبر من الأمور الحساسة والدقيقة في مجال العمل الطبي، بحيث أن تحديدها يعد من الأمور الشاقة والعسيرة بالنسبة للقاضي الذي يكون مطالبا بأن ينسب الضرر إلى أسبابه، خاصة وأن الغالب في الأمر أن الضرر قد يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، وقد ترجع هذه الأسباب إلى عوامل بعيدة أو خفية، لذا يستوجب على القاضي أن يحدد أي الأسباب أدى إلى حدوث الضرر[2]

وبما أن ركن علاقة السببية منفصل عن ركن الخطأ، إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب وخطئه، لذا نجد القضاء يلقي التزاما على عاتق الطبيب بالتأكد من حالته الصحية والنفسية خاصة قبل التدخل، وقد أقامت محكمة النقض المصرية مبدأ شهيرا في هذا الشأن مقتضاه أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك

[1]- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص: 61

[2]- سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:27.

الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة وذلك بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه[1]

ب- إنتفاء (قطع) علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر: تتحدد طرق انتفاء المسؤولية الطبية المدنية عن الطبيب والتخلص منها بإثبات وجود سبب أجنبي الذي يعدم رابطة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل للمريض، والسبب الأجنبي بوجه عام هو الحادث الفجائي (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure)، كما قد يكون الخطأ وقع من المضرور نفسه (faute de la victime) أو من الغير ((faute d un tiers [2]

وعلى هذا فقد نصت المادة 127 ق م ج على إمكانية قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر متى توافرت إحدى حالات الانتفاء السابقة الذكر، حيث ورد في هذه المادة مايلي:

" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك."

وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام (الالتزام ببذل عناية) وذلك لاستحالة وجود محل للتنفيذ، و اعتبار ما إذا كانت الواقعة المدعى بها قوة قاهرة ترجع إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع لأنه تقدير موضوعي[3]

[1]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص:174.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص:972..

[3]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص:175.

الفرع الثالث: آثار المسؤولية المدنية الطبية في مجال زراعة الأعضاء البشرية.

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب– في مجال زراعة الأعضاء البشرية خصوصا– تقوم هذه المسؤولية مما تنتج عنها آثارا قانونية هي النتيجة أو الجزاء يوقعه القانون على المسؤول مدنيا (الطبيب)، والجزاء في المسؤولية المدنية هو التعويض عن الضرر الذي أحدثه الشخص بخطئه، فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقيق المسؤولية، والحصول عليه يكون وفقا لإجراءات يحددها القانون تتمثل في الدعوى.

أولا: دعاوى المسؤولية المدنية للطبيب.

تعتبر الدعوى إجراء قانوني لاقتضاء الحق في جبر الضرر اللاحق بالمريض أو ذويه جراء خطأ الطبيب، وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة الدعوى المسؤولية المدنية[1]، إذ تعرف هذه الأخيرة بأنها: "الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه، إذا لم يسلم له به المضرور اتفاقا" .

1- إجراءات مباشرة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب: لقد تناول المشرع الجزائري إجراءات مباشرة الدعوى المدنية أمام مختلف الجهات القضائية إبتداء أو استئنافا أو طعنا بالنقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، وهذا ما سنستند إليه في دراستنا الدعوى المسؤولية المدنية على الطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، والتي نقتصر فيها على تبيان أطراف الدعوى وعلى إجراءات التقاضي فيها.

[1]– أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 151

[2]– قانون رقم 08–09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

أ- **أطراف الدعوى:** الأصل أن لكل دعوى مدنية طرفان هما: المدعي الذي يدعي حقا(المضرور)، والمدعى عليه بذلك الحق (المسؤول عن الضرر).

* **المدعي:** هو كل من أصابه ضررا مباشرا نتيجة خطأ طبي أو خطا علاجي، وبالتالي فالمدعي في المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض أو ذووه، ولا تقبل دعوى المدعي إلا توافرت فيه كافة شروط قبول الدعوى التي نصت عليها المادة 13 ق إم إ، كما يجب على المدعي أن يثبت أنه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساسا به، سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا.

أما في حالة وفاة المدعي، فإن حق المطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه العام والخاص[1].

* **المدعى عليه:** المدعى عليه في المسؤولية الطبية هو المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي، وقد يكون المدعى عليه:

- **في حالة المسؤولية الواحدة:** هو الطبيب المخطىء سواء بفعله الشخصي أو بفعل الممرض أو أحد مساعديه، وإذا كان الطبيب تابعا لمستشفى عام أو خاص، فإن كلا من الطبيب والمستشفى يكونا مسؤولين قبل المريض وفقا لقواعد المسؤلية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي والمستشفى باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه وفقا للمادة 136 ق م ج[2].

- **في حالة تعد المسؤولية:**ويبرز هذا في حالة تعدد المسؤولين عن الأضرار التي لحقت بالمريض، فإذا كانت مسؤوليتهم عقدية جاز للمضرور رفع الدعوى على كل واحد منهم، باعتبار أن كل واحد منهم مسؤولا عن الضرر الذي تسبب فيه، وتبرز هذه الصورة بكثرة أثناء القيام بعمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية، أما إذا كانت المسؤولية تقصيرية فإنه

[1]- أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص:154

[2]- كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:308

وفقا للمادة 126 ق م ج يكونوا المسؤولين عن الفعل الضار متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض[1].

ب- الاختصاص بالنظر في الدعوى:

يتحدد الاختصاص نوعيا ومحليا (إقليميا):

* **الاختصاص النوعي:** يؤول الاختصاص للفصل في دعاوى المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية للمحكمة بحسب نوعها وطبيعتها،[2] فإذا أقيمت الدعوى على الطبيب أو أحد مساعديه، وكان هؤلاء تابعين للقطاع الخاص، فإن الدعوى تؤول إلى جهة القضاء المدني (المادة الأولى ق إ م إ)، أما إذا كانوا تابعين اللقطاع العام فإن الاختصاص ينعقد لجهة القضاء الإداري (المادة 800 ق إم إ)، أما في حال ما إذا كانت الدعوى تابعة لدعوى عمومية جزائية باشرتها النيابة العامة، فإن الاختصاص يؤول لجهة القضاء الجزائي، وذلك طبقا للمادة 3 و5 ق إج .

* **الاختصاص الإقليمي:** القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي أنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإذا لم يكن له موطن معروف آل الاختصاص إلى المحكمة التي يقع فيها أخر موطن له، وفي حالة اختيار[3] موطن، يؤول هذا الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرتها الموطن المختار، هذا طبقا للمادة 37 ق إم إ، أما المواد الموالية لهذه الأخيرة فقد أوردت استثناءات عن هذه القاعدة، حيث نصت المادة5/40 من نفس القانون: " في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أما المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج".

---

[1]- سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 44.

[2]- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص: 56.

[3]- عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 201.

ت- التقادم في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

لقد حدد المشرع الفرنسي مدة تقادم المسؤولية الطبية بعشر سنوات تبدأ من تاريخ جبر الضررا، أما المشرع الجزائري – بخلاف المترع الفرنسي أخضعها إلى القواعد العامة للمسؤولية، بحيث لم يورد نص خاص بهذا المجال، لذا فإنها – وفقا للمادتين 133 و308 ق م ج- تتقادم بمرور خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار وليس من يوم وقوع خطأ الطبيب.

2- عبء الإثبات: الأصل أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المضرور (المريض)، ووفقا للمادة 323 ق م ج فإنه: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

ويختلف عبء الإثبات حسب طبيعة الالتزام، فإذا كان التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، فإن على المريض إثبات خطأ الطبيب، بينما لا يقع عليه سوى إثبات وجود الالتزام وحدوث الضرر[1]، أثناء تنفيذ الالتزام أو عدم تحقيق النتيجة المقصودة إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، فتقوم مسؤولية الطبيب سوء كان الخطأ ثابتا او مفترضا، ولا يمكن للطبيب في هذه الحالة دفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن الخطأ كان بسبب أجنبي، أي نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل[2].

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمدعي إثبات الواقعة القانونية بكل طرق الإثبات – وفقا للقواعد العامة بعدها يمكن للقاضي أن يتحقق من الوقائع التي أثبتها المضرور، وإن كان من السهل عليه أن يتبين بنفسه على خط الطبيب فيما يتعلق بأعماله العاديتن إلا أن ذلك يبدو عسيرا بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى العمل الطبي، لذلك فإن القاضي وجب علبه الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء رأيه في المسائل الفنية، إلا أنه تبقى للقاضي

[1]- ينظر كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:316.

[2]- عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 206

السلطة التقديرية في تكييف سلوك الطبيب (حتى لا يكون الخبير قاضيا)، وبالتالي ما يجب معرفته أن تقرير الخبرة المنجز من قبل الخبير ليس ملزما للقاضي، بل يأخذ به على سبيل الاستثناء.

ثانيا: التعويض الناشئ عن مسؤولية الطبيب المدنية.

التعويض هو النتيجة الحتمية وجزاء المسؤولية المدنية – كما سبق الذكر. وللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحليل مقدار التعويض، لكن ليس له أن يختار من مقدار التعويض ما يريد اختياره، ويغفل عما يريد الإغفال عنه من بين عناصره، لأنه بالرغم من أن له سلطة واسعة إلا أنها ليست مطلقة، بل هي مقيدة لأنه يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا[1].

والتعويض في المسؤولية المدنية يكون إما عينيا أو نقديا، فالتعويض العيني هو إلزام الشخص على تنفيذ ما التزم به، والتعويض بمقابل يكون عندما يستحيل التنفيذ العيني، أما في مجال المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية فإن التنفيذ العيني يكون نادر الحدوث لصعوبة تنفيذه، فالغالب أن يكون التعويض نقدا، مع العلم أن هذا الأخير يمكن أن يكون دفعة واحدة أو مقسطا أو في شكل مرتب المدى الحياة حسب الأحوال والظروف، وحسب ما يقدره قاضي الموضوع الذي له كل السلطة التقديرية في ذلك (حسب المادة 132 ق م ج).

1- تقدير التعويض: من المستقر عليه فقها وقضاء أن تقدير التعويض يكون بقدر الضرر الناشئ، فلا يزيد ولا يقل عنه، كما يكون تقدير التعويض وقت صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف، فالعبرة هنا بوقت وقوع الضرر ونفس الشيء بالنسبة لتغيير قيمة النقد، والعبرة أيضا بتاريخ صدور الحكم بغض النظر عن ارتفاع أو انخفاض قيمة النقد، أما إذا لم يتيسر للقاضي أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ بحق الضرور في

[1]- كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:319

المطالبة خلال مدة معينة يحددها هو (القاضي) للنظر من جديد في التقدير، وهذا طبقا للمادة 131 ق م ج-

أ- كيفية تقدير التعويض[1]:

يكون القاضي عند تحديده لمقدار التعويض أما معيارين:

- **معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت:**

تنص المادة 182 ق م ج على مايلي:

" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما الحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..." .

يتضح من نص هذه المادة أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه ما لحق الدائن من ضرر، وما فاته من كسب.

والمقصود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما الكسب الفائت فيخص كل الثمرات الطبيعية للشيء المتلف أو محل الالتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية، ويضاف عليها الأرباح غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية، فتبعا لذلك يتعين على المتضرر – طبقا للقواعد العامة – أن يثبت الضرر بعنصرية الكسب الفائت والخسارة اللاحقة ليأتي تقدير التعويض.

ب- معيار الظروف الملابسة: تنص المادة 131 على مايلي: " يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق الدائن طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة...".

ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التي تلابس المضرور، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حياب القاضي عند تقديره للتعويض، لأن التعويض يقاس على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، لأن

[1]– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص: 192.

الضرر قد أصاب المضرور بالذات، كما يكون محلا للإعتبار الحالة الصحية والجسمية للمضرور.

ثالثا: التأمين على المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية.

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يبرمه المؤمن مع المؤمن له، يلتزم فيه بالتأمين له عن مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يسببها الغير، وهذا التعريف المجمع عليه لدى الفقه، والمؤمن هنا هو الطبيب – وقد يكون المريض أيضا. أما المؤمن له فهي شركات التأمين، ويكون محله ضمان الآثار المالية للمسؤولية المدنية تجاه الغير مقابل دفع أقساط دورية محددة[1].

فالنظام التأميني يقدم امتيازات للطبيب الذي يستطيع أن يمارس مهنته دون هاجس أو خوف من شبح المسؤولية، فهذا النظام إجباري، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عندما جعل من التأمين على المسؤولية المدنية بالنسبة للمهنيين– من بينهم السلك الطبي– إجباريا، حتى أنه جعله شرطا أساسيا لمزاولة مهنة الطب، وذلك طبقا للمادة 167 من قانون التأمينات الصادر بأمر 07/95[2].

إلا أنه بالمقابل واجه انتقادات من بعض الفقهاء، من أهمها أنه يفتح باب الإهمال ويشجع الأطباء على عدم تقديم العناية والرعاية الكافية لمرضاهم. وقد رد على هذه الانتقادات بأن التأمين يؤمن المريض من أفعال الطبيب ويعوض أضراره، فلا يضيع عليه حق، لأن التأمين الإجباري لا يكون المحض الجبر، بل الجبر الضرر[3].

---

[1]– عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 221.

[2]– ينظر محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 451

[3]– محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص:454.

– PANNEAU(Jean), la responsabilité du médecin, op, p: 7, 12.

المطلب الثاني : حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء :

تقع على الطبيب جملة من الواجبات يتعين عليه احترامها و القيام بها اتجاه المرضى في إطار نقل وزن الأعضاء ، و ذلك من خلال مراعاة الضوابط الفنية و العملية اتجاههم ، و ذلك للحفاظ على حياتهم ، إلا أنه يمكن أن يرتكب أخطاء معينة تجعل الطيب يتحمل النتائج الضارة من جراء خطأه و التقصير في القيام بواجباته.

الفرع الأول : المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي عند انتزاع الأعضاء :

مما لا شك فيه أن المسؤولية الجزئية الطبيب في مجال تقل وزرع الأعضاء تقوم بمجرد مخالفة هذا الأخير لضوابط و الشروط المتعلقة بعمليات النقل و الزرع، لأن مجرد مخالفة الطبيب الشروط المتبعة لتلك فإنه يعد مرتكبا لخطأ طبي ترتب عليه المسؤولية الحرة، مع إمكانية ترتب ضرر للمريض نتيجة خطأ الطبيب باعتبار أن الخطأ أساس قيام المسؤولية عن عمليات نقل و زرع الأعضاء

أولا – الأخطاء الطبية خلال العملية الجراحية :

تقضي عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية الكثير من الدقة و الحذر ، لأنها تقع على جسم الإنسان لما له من حرمة خاصة ، بالرغم من أن عملية النقل تقع على إنسان حي أو ميت ، فيجب مراعاة ذلك ، و الأخطاء الطبية كثيرة لا يمكن حصرها ، التي تقع خلال العملية الجراحية أو يمكن القول قبل العملية الجراحية المتعلقة سواء بنقل العضو أو زرعه ، وتكمن هذه الأخطاء في ما يلي :

1- الخطأ في التشخيص : تعتبر مرحلة التشخيص من أهم المراحل في مختلف العمليات الجراحية و نقل و زرع الأعضاء البشرية على وجه الخصوص ، حيث نشت مرحلة التشخيص من صحة شخص المتبرع و المتلقي ، وذلك من خلال الفحوصات الطبية التي

يجريها الطبيب القائم على عملية النقل و الزرع مع إحاطته بكل الضمانات التي يضعها الطب بين يديه و لا يوجد ثمة ما يمنع من استعانته بأخصائيين في الحالة التي يصعب عليه تشخيص المرض وذلك تفاديا لأي خطأ يمكن أن يكلف حياة المتبرع أو المتلقي ، فالتشخيص يعتبر هو الركيزة الأساسية التي تقوم عليها جميع الأعمال الطبية ، و بذلك يسأل الطبيب عن خطأه في التشخيص إذا أخطأ في معرفة المرض رغم وضوحه من الوهلة الأولى فهذا يدل على جبل الطبيب بأصول مهنة الطب ، لأن تشخيص المرض يعثير من الأساسيات و الركائز التي يجب على الطبيب معرفتها فهي من قبيل اختصاصه الأصيل.[1]

فالخطأ في التشخيص يؤدي إلى فشل المريض في الحصول على العلاج المطلوب ، كما يؤدي في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء إلى الإذن للمتبرع بأن تكون له صلاحية التبرع ، بالرغم من عدم صلاحيته لذلك لوجود مرض ما ، يحول دون التبرع بالعصر إلا أن تلك ناتج عن خطأ الطبيب في التشخيص ، مما يؤدي ذلك إلى إضرار بالمشرع ، و بالتالي يعتبر الخطأ في التشخيص من قبيل مخالفة الأصول العلمية الثابتة في الطب ، وذلك عن طريق جهله بها ، و تم اكتسابه الخبرة اللازمة التي تجعله مؤهلا للقيام بمثل هذه العمليات[2].

كما تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب إذا كان الخطأ ناتجا عن إهمال واضح وجلي أو نتيجة لجهل الطبيب ، فإذا كان نتيجة تضليل من المريض أو المشرع في نتائج الفحوصات

[1]– فاطمة يوسفاوي ، المسؤولية الطلبة للأطباء في عمليات نقل الأعضاء البشرية – دراسة مهنة – رسالة النيل شهادة دكتوراه في القانون العام ، تحت إشراف كحلولة محمد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بقايد تلمسان ، غير منشورة ، سنة 2012 ، ص 223 .

[2]– حمزة بن عقون ، " المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري " ، أطروحة دكتوراه ، تخصص علم الإجرام و علم العقاب ، تحت إشراف رحاب شادية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة 1 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، سنة 2018، ص 102.

المقدمة الطبيب فإنها لا تقوم مسؤوليته الجزائية ، وعدا ذلك فإنها تقوم مسؤوليته الجزائية وكذا المدنية . [1]

وعليه يمكن القول أن تقدير خطأ الطبي في التخصص ينظر فيه إلى مستواه من جهة و تخصصه من جهة أخرى ، إلا أن الطبيب الأخصائي مثلا ينقل و زرع الأعضاء البشرية يعتبر خطأه أنق في التقدير من خطأ الطبيب العام ، على أساس أنه مختص في تلك المجال و أن خطأه هذا ناتج من عدم احترازه أو عدم أخذ الحيطة و الحذر اللازمين ، لأنه يفترض فيه أنه متحصل على خبرة اللازمة لذلك [2].

2- الخطأ في العلاج : بعد إتمام الطبيب مرحلة التشخيص ، فإنه يقوم بوصف العلاج ، وذلك بإثبات صحة نقل العضو ومدى قابليته للنقل ، وتكون مرحلة العلاج عادة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بالشروع في نقل وزرع العضو من المتبرع إلى المتلقي المريض.

و عليه تعد مرحلة العلاج أيضا مرحلة صعبة لأنه يجب مراعاة نفسية المريض و كذا حالته الجسمية ر العمرية ، والتي تتطلبها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بشكل كبير أن تراعى فيها ، لأن الخطأ فيها بودي بحياة المتبرع ، فيجب أن يتثبت من أن نقل العصر من المتبرع لا يسبب أي ضرر له ، وبناءا على ذلك فإن مسؤولية الطبيب تقوم إذا كان هذا الأخير قد اختار وفضل نقل العضو من المتبرع بالرغم من أن حالته لا تسمح بذلك، كأن يكون في اضطراب نفسي أو عقي ، أو يعاني من أي مرض معين ، فإنه تقوم مسؤوليته الجزائية ، أو العكس كأن يكون المتلقي (المريض) بحاجة إلى العضو لكن الطبيب ينحت في عدم نقل العضو وزرعه له ، على أساس أنه في حالة ميئوس منها ولا

[1]- أحمد أسامة كامل حسنية ، المسؤولية الجزائية للطبيب عن الخطأ الطبي – دراسة تحليلية – مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية ، العدد الثاني ، يناير 2017 : فلسطين غزة ، ص 192 . منشورة في موقع : http://ww.researchgate.netpublication327746080

[2]- محمود القبلاوي ، " المسؤولية الجنائية للطبيب "، دار الفكر الجامعي ، د.ط ، 2005 ، ص86.

تتطلب نقل و زرع العضو له ، إذ يجب عليه أن يسلك جميع الطرق التي من شأنها الحفاظ على صحة المريض ، فهذا يعتبر من قبيل الأخطاء الطبية أثناء مرحلة العلاج . [1]

فالعلاج المتمثل في عملية نقل العضو من المشرع إلى المستقبل المريض يجب أن يكون مناسبا للمرض و موافق للأصول العلمية ، وأن تكون عملية نقل العصر إلى المريض تمثل الوسيلة الوحيدة و الضرورية بعد استنفاذ الطرق العلاجية الأخرى ، و بذلك تقوم مؤوية الطبيب الجزائية نتيجة لجوء إلى نقل العضو جراء إهمال واضح من الحليب ، يعدم القيام برسائل العلاج الأخرى [2]. و يمتد تلك إلى مرحلة ما بعد العلاج، إذ لا يكتفي الطبيب بمجرد العلاج يجب أن يستمر بمراقبة المريض المتلقي العلاج حتى بعد معالجتها لمراقبته و ما ينتج عنه من مضاعفات .

و عليه من واجب الطبيب أن لا يعرض المريض لعلاج لا تتناسب خطورته مع قائدته ، فلا يستدعي تلك علاجه كل عضو من المتبرع إلى المريض إلا أنه يقوم على المالية رفض العضو المنقول من جم المريض ، خاصة و أن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تقوم على فكرة الموازنة بين المنافع و الأضرار و الأخطار ، لذلك فإذا كان في العلاج المقصود خطرا على حياة المريض فيحتم على الطيب استبعاده ، لأن سلامة جسم الإنسان و المحافظة على تكامله الجني في وحدها التي تبرر ضرورة التدخل الطبي و المساس به . [3]

---

[1]- ثائر جمعة شهاب العياني ، " المسؤولية الجزائية للأطباء " ، منشورات حلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، لبنان ، 2013، ص 127 .

[2]- شريف الطباخ ،" جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء " ، دار الفكر الجامعي ، د، ط، الإسكندرية ، 2003، ص 49.

[3]- أسامة عبد الله قايد ، " المسؤولية الجزئية للأطباء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ، د، ط، 2003 ، ص 260.

3- الخطأ في عمليات التخدير : عادة ما تتح بل و كثرة ما تحدث هذه الأخطاء المتعلقة بالتخدير ، والتي يقوم بها الطبيب بعدم مراعاة المقاييس الحزمة ، وذلك بعدم احترام الكميات التي تتلاءم مع جسم المريض ، والتي تتماشى و قرة المريض على تحمل الجرعة المقدمة له.

و بذلك يعد الطبيب مسئولا جزائيا في حالة ما إذا قام بالتخدير دون أي مساعدة من طرف الطبيب المختص بذلك أو دون معرفة آثار المخثر على صحة المريض ، كما يسأل الطبيب المراح القائم بعملية النقل أو الزرع عن الخطأ الذي يرتكبه الطبيب المخدر ، إذا كان قد اختاره هو بنفسه ، ولا تنتهي مسؤولية الطبيب المخدر بمجرد الانتهاء من العملية ، بل يجب أن يبقى متابع للمريض حتى يستفيق من غيبوبته ويزول مفعول التخدير . [1]

و كثيرا ما نجد هذه الأخطاء عادة في حالة الأطباء المتربصين الذين يقومون بالتربص في هذا الإطار ، والتي ينتج عنها مخالفة الأصول المتعلقة بالتخدير يتجاوز الجرعات و المقاييس المعينة دون معرفة ما تتطلبه تلك العملية ، وذلك نتيجة نقص الخيرة و الجهل بالأصول العملية الخاصة بالتخدير .

و عليه و نظرا للتطور الحاصل في مجال التخدير ، فإنه تم الفصل بين مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير ، طالما أنه متعاد مع كليهما ، حيث يسأل كل واحد في حدود واجباته ، و بذلك لا يعد الطبيب الجراح مسئولا عن الأخطاء الصادرة عن طبيب التخدير ، وقد تم تكريس مبدأ استقلالية مسؤولية طبيب التخدير من قبل القضاء الفرنسى[2] . ربي انه إذا اتبع طبيب التخدير أصول فن التخدير ، بأن يأخذ جميع الاحتياطات اللازمة ،

[1]- فاطمة يوسفاوي ، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، دارسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، تحت إشراف كحلولة محمد ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،سنة 2012 ، ص 225.

[2]- علي عصام غصن ، " الخطأ الطبي"، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأول ،(د ، ت) ، لبنان ، ص 75 ، 79 .

فإنه بذلك لا يسأل الحوادث التي يمكن أن تقع بسبب التخدير دون أن ترجع إلى خطأ منها[1].

ثانيا : مسؤولية الطبيب أثناء تنفيذ عمليتي تقل و زرع الأعضاء :

يحتمل أثناء القيام بالزرع و زرع الأعضاء البشرية ، ارتكاب الطبيب المختص لخطأ معين برتب عليه المسؤولية الجزائية ، و تتعلق الأخطاء المرتكبة في هذه المرحلة أساسا بمخالفة ضوابط النقل و الزرع من خلال قيام الطبيب بالعملية دون أخذ رضا المريض أو المتبرع ، أو القيام باستئصال العصر و زرعه نون مراعاة مبدأ المجانية فيه ، لأن عمليات نقل و زرع الأعضاء لا يبدو أن تخضع للشروط المتعلقة بها ، و أي مخالفة لها ترتب المسؤولية الجزائية .

1-حالة تخلف رضا المريض : يعد الرضا من أهم الشروط التي تقوم عليها عمليات تقل و زرع الأعضاء البشرية ، و التي تعتبر من أخطرها في حالة تخلفها و التي ترتب المسؤولية الجزائية و كذا المدنية ، وهو ما نصت عليه المادة 346 فقرة 01 من قانون الصحة 11/18، و التي تشترط صدور الموافقة من المتلقي المريض ، بشأن زرع العضو له ، حيث يجعل الطبيب ملزم به ، و هذا قبل أي تدخل في جسم المريض فمسألة الرضا تتعلق باحترام الحرية الفردية و الحقوق الشخصية ، و المتمثلة في الحق في السلامة الجسدية التي تعتبر حق دستوري[2] ، و عليه فضرورة الحصول على رضا المريض أو من يمثله قانونا وتلك لإعلامه بالمخاطر التي يعرض لها نفسه من جراء عملية الزرع ، فإنه يخفي الحليب من المسؤولية عن الأضرار التي قد تخلفها العملية خاصة ما إذا كانت تلك المخاطر عالية و

[1]- أمير فرح يوسف ، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من ناحية الجنائية و المدنية و التأديبية للأطباء و المستشفيات و المهن المعاونة لهم" ، المكتب العربي الحديث (د،ط) ،سنة 2005 ، الإسكندرية ، ص88.

[2]- عبد القادر بن شيته ، " الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام " : دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، (د ، ط) ، سنة 2011 ، ص 77.

متوقعة ، وهذا الرضا الصادر من المريض أو من يمثله لا يعني إعطاء الطبيب من المسؤولية الجزائية و المدنية عن الأخطاء المهنية ، لأن مسؤولية الطبيب القائم بالعملية عن خطأه في الحصول مقدما على رضا المريض بإجراء عملية الزرع مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية ، و هذا أن محل المسؤولية هذا هو سلامة الإنسان و تكامله الجسدي. [1]

و الغرض من الحصول على الرضا عن المريض و التي تريد أهميته في العمليات الجراحية و خاصة المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء عندما يكون العمل الجراحي أي زرع العضو ينطوي على مخاطر تعود بالضرر على المريض أو تحمل الشك في النجاح ، لذلك يشترط أن تصدر الموافقة من المريض نفسه إلا في الحالات التي يتعذر عليه تلك كنقص الأهلية أو إنعدامها . وبذلك يكون الطبيب تحت الغطاء القانوني ويعفي من المسؤولية طالما أنه أ الموافقة من المريض . [2] مع وجوب تبصيره بالمخاطر التي يمكن أن تقع له من جراء التدخل الجراحي و زرع العضو في جسده ، فتبصير المريض يعتبر من الشروط في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية كما شكرناه سابقا ، و هذا التبصير يتعلق بالمريض و المتبرع لأن عمليات نقل و زرع الأعضاء تنطوي على أخطار متفائلة بينهما ، حيث أن تم تبصيرهما من قبل الطبيب برب المسؤولية الجزائية ، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى عقوبة تخلف شرط تبصير المريض و المتبرع . [3]

كما يجب الحصول على رضا المتبرع قبل استئصال الحضر منه ، حيث يجب على الطبيب أن تتم موافقة المتبرع على استئصال عضو منه ، وعليه فإن استئصال العصر من

---

[1]- لخضر معاشو ، النظام القانونى لنقل و وزرع الأعضاء البشرية – دراسة مقارنة . " و منكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، تحت إشراف رايس محمد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تلمسان ، سنة 2015 ، غير منشورة ، ص 319 ، 320

[2]- ثائر شهاب العياني ، المرجع السبق ، ص 17.

[3]- لخضر معاشو ، المرجع السابق ، ص 329.

الشخص المتبرع دون الحصول على رضا صريح و مستنير منه يعرض الطبيب للمسؤولية الجزائية ، وقد نص المشرع على عقوبة انتزاع عضو من جسم إنسان دون موافقة صاحبه في قانون الصحة 11/18 ، وذلك في المادة 430 منه بقولها :" يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات ".[1] و بالرجوع إلى قانون العقوبات وفي مادته 303 مكرر 17 [2]و التي تنص على أنه :" يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ، و تليق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول " ، و تشدد العقوبة على الجاني الصبح السجن من متر (10) سنوات إلى (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ، وذلك في حالة توافر أحد ظروف الشديد المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 . [3]

[1]- القانون 18-11 ، المؤرخ في 18 شوال عام 1439 ، الموافق 2 يوليو 2018 ، المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية العدد 46.

[2]- الأمر 66-156 ، المتضمن قانون العقوبات ، المؤرخ في 8 جوان 1966 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 20-06 ، المؤرخ في 8 رمضان 1441، الموافق لـ 28 أبريل 2020 ، الجريدة الرسمية .

[3]- المادة 303 مكرر 20: " ... اذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية :

- إذا كانت الضحية القاصر 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 باستعمله .
- إذا ارتكتب الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية ."

2- المقابل المالي : إن الأصل في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أن تتم بنون مقابل ، و ذلك لأن جسم الإنسان لا يقوم بمال ، و عليه فإن أي مخالفة لهذا المبدأ ترتب المسؤولية الجزائية على الطبيب القائم و بنك فين التعامل في الجسم البشري يدخل في نطاق التجريد ، و تقوم مسؤولية الطب في حالة ما إذا عبر المريض عن رضاه بمقابل مادي ، و كان يعلم أن هذا الرضا تم مقابل و مع ذلك لم يمتنع عن إجراء العملية ، وذلك لأن القانون لم يجيز التصرف في جسم الإنسان إلا عن طريق التبرع[1] .

وقد أكد المشرع الجزائري في قانون الصحة 18- 11 على وجوب أن تكون عملية تقل و زرع الأعضاء بدون مقابل مالي ، وهو ما نصت عليه المادة 358 يقولها : " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية ."

وعليه فإن كل مخالفة لمبدأ مجانية نقل و زرع الأعضاء تعرض صاحبها للمسؤولية الجزائية ، و هر ما نصت عليه المادة 130 من قانون الصحة ، التي تحيلنا إلى قانون العقوبات ، و بالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أن المادة 303 مكرر 16 تنص على معاقبة كل من يأخذ مقابل مادي من جراء نقل و زرع الأعضاء ، حيث جاء فيها : " عاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج ، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ، وتطبق نفس العقوبة على كل يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص . كما شدد على الأطباء القائمين بالعملية أو كل من سهلت وظيفته القيام بذلك ، وشر ما نصت عليه المادة 303 مكرر 20 فقرة 02 ، في حالة توافر أحد الظروف المذكورة سابقا ، لتصبح السجن من عشر (10) سنوات إلى (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

[1]- لخضر معاشو ، المرجع السابق ، ص 355 .

وعموما فإن أي مخالفة للشروط الخاصة بنقل و زرع الأعضاء البشرية ترتب المسؤولية في حق منتهكها كإجراء العمليات في غير المستشفيات الرخص لها بذلك ، لأن قانون الصحة 18-11 في المادة 366 فقرة 01 [1]منه تشترط أن تجرى مثل هذه العمليات في مستشفيات مرخص لها بذلك ، لأن إجراء هذه العمليات في غير مكانها المخصص يمكن اعتبارها من قبل المتاجرة بالأعضاء البشرية ، كذلك فيما يتعلق بشرط السرية التي تشترط أن تكون عملية نقل العصر من المتبرع إلى المريض بشكل سري دون الكشف عن هوية المتبرع للمتلقي و هوية المتلقي لأسرة المتبرع حسب ما نصت عليه المادة 363 فقرة 01[2] من قانون الصحة 18-11 لما فيه مساس بشخصية كل منهما وما قد ينتج عنه من آثار نتيجة الكشف عن الهوية .

الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية :

تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية في المجال الطبي كتلك من الأشجار بالأعضاء البشرية ، و المتاجرة بها يقتضي أن يكون بمقابل مادي و بغرض تحقيق الربح وذلك بالتصرف فيها على أنها بضاعة تباع و تشترى ، كما اعتبار إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في غير الأماكن المرخص لها أو الأماكن الخارجة عن النطاق الصحي من قبيل الاتجار بالأعضاء البشرية ، كالمستودعات المجهزة التي يعتادها و يستعملها الأشخاص التي تتاجر بالأعضاء .

[1]- المادة 366 فقرة 01 : " لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء و الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة ، بعد أخذ رأي لوكالة الوطنية زرع الأعضاء" .

[2]- المادة 33 فقرة 01 : " يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي لأسرة المتبرع".

أولا : مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية :

سيتم التطرق إلى تعريف الاتجار بالأعضاء البشرية (1) ، ثم خصائصها (2).

1- تعريف الاتجار بالأعضاء البشرية : لقد حرص المشرع على تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية و ذلك في قانون العقوبات ، في القسم الخامس مكرر 01 ، المعنون بالاتجار بالأعضاء ، و قد تند عقوبات لها ، إلا أنه لم يتطرق إلى تعريف الجريمة بل اكتفى بذكر صورها و الفاعلين الأصليين فيها و الشركاء و عقوباتها ، و يذللك فيمكن تعريف التجار بالأعضاء البشرية تعريفا فقهيا على أنه : (هو كل عملية تستهدف الربح من وراء نقلها أو الاحتفاظ بها أو توزيعها أو منحها أو كل ما تعلق بهذه الأعضاء و تشمل كل متدخل في هذه العملية) . [1]

كما يمكن تعريف الاتجار بالأعضاء البشرية على أنها : (هو قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضا منهم ، بالتحايل أو الإكراه ، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا و بيعها كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية)[2].

2- خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية :

تتميز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية كغيرها من الجرائم الأخرى بجملة من الخصائص و التي سنعرضها في الأتي :

[1]- عادل بوضياف ، " الوجيز في شرح القانون الجنائي الخاص ، نوميديا للطباعة و النشر و التوزيع ،(د، ط) ،(د ، س) ، ص 458 .

[2]- العيد معمر ، " الإتجار بالأعضاء البشرية " ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، مجلد 07، العدد 01، ماي 2013 ، ص 41.

أ/ **جريمة مستحدثة** : تتميز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بخاصية أنها جريمة مستحسنة و ذلك من خلال ظهورها في الفترة الأخيرة في نوعية جديدة للإحرام أو أساليب لارتكاب الجرائم ، وذلك بالنظر إلى عدم وجودها فيما خاصة أنها وليدة كرة الأطفال غير الشرعيين و المهاجرين و غيرهم من الفئات التي تتناسب مع هذه الجريمة و تشع الفرص لديها ، و عليه تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة مستحدثة نظرا للاستحداث المتواصل للوسائل المستعملة في هذه الجريمة و أدوات المجرمين في هذه التجارة [1].

ب/ جريمة منظمة : تم تصنيف جريمة الاتجار بالأعضاء من قبل الجرائم المنظمة و ذلك لأنها ترتكب من طرف شخص واحد بل يرتكبها عدد من الأشخاص في شكل منظم ، متقاسمين فيه المهام بينهم و موزعون في أكثر من إقليم واحد و يعملون بتخطيط من و محكم بينهم و هدفهم تحقق أكبر قدر من الأرباح ، حيث تقوم بعرض سلع و خدمات تعرف بأنها غير مشروعة مع علمهم بوجود مجموعة من الأشخاص في حاجة ماسة لهذه السلع [2]، ويتم الاستعانة في ذلك بموظفين فاسدين من أجل حمايتهم و الحصول على مكاسب و أرباح أكبر . [3]

ج/ جريمة ذات طابع دولي : أي أن هذه الجريمة تقوم عبر الحدود ، و بذلك فقد أخذت جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية إحدى صور الجرائم العابرة للحدود الوطنية ، و ذلك نتيجة تأثرها بمظاهر العولمة و ندرة الأعضاء التي أصبحت بمثابة مشكلة ، مما أدى بالأغنياء عن طريق السماسرة أو إغراء الفقراء بالأموال نظير الحصول على أعضائهم بل حتى أصبح

---

[1]- أشرق زهور ، "المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها " ، دفتر السياسة و القانون، العدد 14، الجزائر ، جانفي ، ص 123.

[2]- لهذا تعتبر جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم العمدية التي تتطلب توفر القصد الجنائي العام و المتمثل في عنصري العلم و الإرادة ، إضافة إلى القصد الخاص و المتمثل في النية الإجرامية والتي تتمثل في نية الحصول على الأعضاء و الاتجار بهاء " .

[3]- إلهام بن خليفة ، " جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري " ، مجلة العلوم القانونية و السياسية مجلد 04 ، العدد 06 ، جانفي 2013 ، ص 65.

بعض الأشخاص تسافر من بلد إلى بلد آخر من أجل القيام ببيع أعضائهم وهو ما يعرف سياحة تجارة الأعضاء ، و التي تشتهر بها بعض دول وشر ما أدى إلى إضفاء صفة الطابع الدولي على هذه الجرائم ، فالاتجار بالأعضاء البشرية تشم في الكثير من الحالات بأنها جريمة ذات طابع عابر للحدود ، كذلك ما يفسر أن الاتجار بالأعضاء يمكن أن تباشر من قبل جماعات إجرامية دولية ، إلا أن هذا الطابع الدولي لا ينفي إمكانية وقوع مثل هذه الجرائم على النطاق الوطني – أي استئصال الأعضاء و بيعها يكون على المستوى الوطني. [1]

د/ جريمة ذات سلوكيات إجرامية متعددة : إن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية كونها تم الاعتداء على حياة المجني عليهم و خاصة حرمة جسدهم و كرامتهم و التي لا بد من أن تطل عن أفعال أخرى والتي تعتبر سلوكيات إجرامية تكون مساعدة لها ، كالخلف و الاحتيال و السرقة و الابتزاز والتهريب و التزوير ... وغيرها من الجرائم التي تتماشى و جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ، كما يمكن أن تكون أطراف هذه الجريمة متعددة من الناحيتين و سواء من ناحية الجناة أو من ناحية الضحايا [2]. وهذا ما قضيه طبيعة الجريمة التي تتطلب عادة عدة ضحايا و ذلك من أجل كسب أكبر عدد ممكن من الأعضاء و التي تكون موجهة للاتجار و ما تحمله من قيمة مالية .

ثانيا : أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية :

تعتبر جريمة بالأعضاء البشرية من الجرائم الجنية و التي جعل المشرع لها عقوبات مقررة ، وذلك بتخصيص قسم خاص من قانون العقوبات و التي استحدثها المشرع ضمن

[1]– خيرة طالب ، " جرائم الاتجار بالأشخاص و أعضاء البشرية في التشريع الجرار و الاتفاقيات الدولية "، رسالة شيق شهادة الدكتوراه في القانون ، تحت إشراف رئيس محمد : كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان غير منشورة ، سنة 2018 ، ص 343 ، 344 .

[2]– خيرة طالب ، المرجع نفسه ، ص 346.

تعديل قانون العقوبات 09-01 في القسم الخامس مكرر 01 ، و عليه تقوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية على الأركان الآتية :

1 / الركن الشرعي : من المتعارف عليه و المسلم به لكي يعتبر الفعل جريمة لا بد من أن يكون هناك نص يجرم هذا الفعل و يضفي عليه صبغة عدم المشروعية لمخالفته القيم الاجتماعية و ضمانة أساسية للحفاظ على أجساد الناس و أرواحهم ، وذلك من الأشخاص الذين لا يهمهم سوى المال بأي طريقة ، وهذا المبدأ هو ما يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات . [1] ذلك نجد أن قانون الصحة الجديد 11/18 نص على العقوبات في هذا الإطار و المتعلقة بمخالفة أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها ، و ذلك في المادة 430 منه ، و التي تعاقب طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات .

و بهذه الإحالة و بالرجوع إلى قانون العقوبات وذلك في القسم الخامس مكرر 01 [2] منه تحديدا نجد المواد تنص على تكر و تجريم الفعال والتي تشكل في تكون الركن المادي للجريمة ، حيث جاء في المادة 303 مكرر 16 ، أنه يعاقب كل شخص يتحصل من شخص على عضو من أعضائه وذلك بمقابل مادي سواء كان مالا أو أي منفعة مادية أخرى من شأنها أن تتمكن من الحصول على العضو أو حتى أي شخص يكون وسيطا في ذلك قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على العصر ، كان يتم منح منصب عمل لصاحب العضو كمقابل الحصول على عضو من أعضائه ، ويعاقب لي تلك بالحبس من ثلاث (03) سنوات إلى عشر (10) سنوات و غرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج ، كما تنص المادة 303 مكرر 17 على معاقبة كل شخص ينتزع على عضو من شخص

[1]- أمنة أمحمدي بوزينة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 01/09 "، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، مجلد 08 ، العدد 15 ، جانفي 2015 ، ص 136 ، 137.

[2]- الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات ، المؤرخ في 8 جوان 1966 ، المعدل و المتمم ، المتضمن قانون العقوبات، السابق الفكر .

على قيد الحياة دون أخذ موافقة مسبقة منه ، كإجراء عملية جراحية على الزائدة الدودية منة ، ويتم نزع كلية نون أخذ موافقة الشخص ، كما يعاقب إذا وقع النزع على عشر من شخص ميت . ويعاقب على تلك بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج . و تنص المادة 303 مكرر 18 على معاقبة و تجريم كل من ينتزع أنسجة أو خلايا أو يقوم بجمع مواد من جسم إنسان و تلك مقابل مبلغ مالي أو أي مقابل مادي أو منفعة مادية أخرى مهما كانت طبيعتها بشرط يكون من شأنها أن تمكن من الحصول على العضو أو خلايا أو أي جزء من أجزاء الجسم ، وهو نفس الشيء بالنسبة لكل شخص أو أي طرف من شأنه تسهيل أو تشجيع أو المساعدة في الحصول على أي عضو أو جزء من أجزاء الجسم أو حتى الحصول على مواده و يعاقب على ذلك بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ، و يعاقب بنفس العقوبة بالنسبة لكل من ينتزع من شخص نسيجا أو خلايا أو يجمع مواد الجسم من شخص على قيد الحياة أو شخص ميت إذا تم تلك دون أخذ الموافقة المسبقة من الشخص ، وهو ما نصت عليه المادة 303 مكرر 19.

إلا أنه يمكن أن تشدد العقوبة على مضمون المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 وذلك في حالة ارتكاب الجريمة مع اقترانها بأفعال و ظروف معينة تشدد من العقوبة ، كارتكاب الجريمة على جسم قاصر ، أو استغلال وظيفة الفاعل بشكل يسهل من ارتكابها ، أو ارتكابها من طرف أكثر من شخص مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله . فتصبح الحبس خلي عن خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج ، وهو ما نصت عليه المادة 303 مكرر 20 في فقرتها الأولى ، كما شدد على مضمون المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 في حالة ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في هاتين المادتين مع توافر الظروف السابقة الذكر

، فتصبح السجن من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 إلى 1.500.000 دج.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري في تكره لصور تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية كان حريصا على تكر المقابل المالي في وصف الجريمة وهذا يدل على حرص المشرع الجزائري في استبعاد المقابل المالي خاصة من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، طالما أنها تشكل الوجه الأول و المباشر للاتجار بالأعضاء البشرية .

و عليه تدخل كل هذه النصوص في تكوين الركن الشرعي الجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية و التي يتبين على مدى تماشيها مع مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات .

2- الركن المادي : أن الركن المادي يعتبر هو الفعل أو السلوك الإجرامي المكون الجريمة ، و الذي يكون عن طريق فعل إيجابي ، فجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تتطلب سلوكا إيجابيا ، و ذلك بالاستفادة بعضو من أعضاء الشخص مقابل منفعة مادية سواء كانت مالية أو أي منفعة أخرى ، وبذلك فإن الركن المادي يتكون من عناصر تتمثل في : السلوك الإجرامي و محل الجريمة :

أ/ السلوك الإجرامي : لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ، و إنما التقى بنكر أوصاف هذا السلوك المجرد ، و بذلك تقوم الجريمة بمجرد توافر أي سلوك من هذه الأوصاف حتى يدخل الفعل في دائرة التحريم و هذه الصور في :

- **الحصول على عضو الشخص:** وهو ما نصت عليه المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات ، حيث لا تهم الطريقة التي يتم الحصول بها على العضو ما دامت النتيجة في الحصول على هذا العضو و بذالك لا تتطلب و لا تحتاج إلى طريقة للحصول عليه ، و يتم الحصول على العضو مقابل منفعة معينة مهما كانت طبيعتها ، ولا يهم الشخص

المنزوع منه العشر فقد يكون حيا أو ميتا طالما أن النتيجة و الهدف الأساسي هو الحصول على العضو[1]

- **التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على العضو** : و تنص عليها المادة 303 مكرر 16في فقرتها الثانية [2] يقولها :" ... و تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول علي عضو من جسم شخص." و يتبين من هذه الصورة أن المقصود هنا هو بالأخص الطب و المساعدين الطبيين و الممرضين و أي شخص من شأنه أن يساهم بشكل مباشر أو غير مباشر في تسهيل أو تشجيع الحصول على الأعضاء، كما يمكن أن يكون المرضى نفسهم.

كما يتضح من نص المادة أن الوسيط هو شخص ثالث يحاول التوسط قصد إكمال عملية الصفقة بين الطرفين ، (المتبرع و المتلقي) [3] و نكون مساعدته بشتى الوسائل التي من شأنها التسريع في إتمام عملية الحصول على الحضور .

- **انتزاع العضو دون موافقة أو عدم مراعاة التشريع** : و نصت على هذه الصورة المادة 303 مكرر 17 [4] ، حيث أن انتزاع العضو من صاحبه دون أخذ الموافقة المسبقة أو مخالفة القانون لا يثير إشكالا ، كما لا يتطلب وجود اتفاق بين المنزوع منه الحضور المنتفع به ، لأن الأمر يمكن أن يكون يحتمل تحايلا و نصب على الشخص المنزوع منه العضو ، كإجراء عملية جراحية على الزائدة الدودية أو الأمعاء لم يتم نزع عضو معين من

---

[1]- عادل بوضياف ، المرجع السابق ، ص 458 .

[2]- المرجع نفسه ، ص 459 .

[3]- مليكة درياد ، الاتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، مجلد و ، العدد 03 ، سبتمبر 2012 ، ص 275.

[4]- المادة 03 مكرر 17 : " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج ، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ، وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول .

جسم المريض دون علمه بذلك ، فالحصول على العضو لا يعني وجود موافقة مسبقة على نزعه و إنما قوامه وجود تحايل على الشخص صاحب العضو أو خلو العملية من أي اتفاق[1].

- **انتزاع أنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم :** و تنص عليه المادة 303 مكرر 18 [2] ، و تأخذ هذه الأنسجة نفس الغرض من الأعضاء البشرية حيث تستعمل في الزرع لشخص آخر و ذلك دون موافقة صاحبها مقابل مبلغ ملي أو أي منفعة مادية أخرى من شأنها أن تستخدم في الحصول على النسيج أو الخلايا محل النزع ، وكل هذه التعاملات تعتبر من قبيل الاتجار بالأعضاء البشرية .[3]

كما يعاقب الشخص الذي يساهم و يساعد في الحصول على النسيج و الخلايا بطريقة غير شرعية إلى نفس العقوبات المقررة للفاعل الأصلي و ذالك يحكم وظيفته أو انتماءه كالممرضين و المساعدين الطبيين ، أو من يشجع على جمع أعضاء و مواد من جسم شخص بغرض الاتجار بها ، وهو ما نصت عليه المادة 303 مكرر 18 فقرة 02 .

[1]- عادل بوضياف ، المرجع السابق ، ص 60 .

[2]- المادة 303 مكرر 15: " يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100 ألف إلى 500 ألف كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي في موقعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط حسب تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص .

[3]- عادل بوضياف ، المرجع السابق ، ص 480 .

- **انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد الجسم دون موافقة أو وفق تشريع ساري المفعول من شخص حي أو شخص ميت :**

و هو ما نصت عليه المادة 303 مكرر 19[1]، أخذ هذه الصورة تقي ما تقدم ذكره عن صورة نزع العضو دون موافقة ، سواء وقت الأفعال على شخص حي أو ميت حسب ما نصت عليه المادة السالفة الذكر و ذلك بالحصول على انتزاع نسيج أو خلايا الجسم أو جمع مواد الجسم دون موافقة المجني عليه ، و ذلك باستعمال العنف أو التهديد أو عن طريق مخالفة تشريع ساري المفعول كمخالفة الشروط المنصوص عليها في قانون الصحة 18-11 و المتعلقة بكيفية نزع و زرع الأعضاء ، و بذلك فإن هذه الجريمة تعتبر من الجرائم الإيجابية التي تتطلب لقيامها فعل إيجابي يتمش في انتزاع نسيج أو خلايا الجسم أو جمع مواده[2].

ب/ النتيجة الإجرامية :

تعتبر النتيجة الإجرامية هي العنصر الثاني من عناصر الركن المادي ، فهي تختلف عن السلوك الإجرامي من حيث أنها تدل على ماهية السلوك الإجرامي و الآثار التي تنتج عن السلوك ، و التي يعتد بها القانون لمعاقبة مرتكبيها .

وتتمثل النتيجة الإجرامية في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في المنفعة المالية أو أي منفعة أخرى يكون الهدف منها الحصول على عضو من الجسد ، و يعتبر امتناع المقابل أو المنفعة حجر الزاوية في هذه الجريمة ، لأن جسم الإنسان لا يقوم بمال لما له من

[1]- المادة 303 مكرر 19: " يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100 ألف إلى 500 ألف كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع ساري المفعول .

[2]- فاطمة أحمد مسعود، الإتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري طبقا للقانون رقم 09-01، مجلة الدراسات القانونية المقارنة مجلد 04، العدد 01 ، سبتمبر 2018، ص 180.

القيمة و الكرامة ما يمنع عليه أن يباع أو يشتري إضافة إلى أنه إذا كان جسم الإنسان عرضة للبيع و الشراء فإنه يهدر قيمة الإنسان وتذهب كرامته الإنسانية . [1]

ج/ علاقة السببية : ويقصد بها أن رابطة السببية و التي تربط بين السلوك و النتيجة الإجرامية ، أي أن يكون السلوك الإجرامي هو السبب الرئيسي وراء حدوث النتيجة دون وجود أي سلوك آخر ، أي أن يكون سببا مباشرا لحدوث النتيجة ، و التي تتمثل في وجود المنفعة مقابل الحصول على العضو من الجسد :

د/محل الجريمة : إن محل السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية هو ما ذكرته المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 19، وهي أي عضو أو عن الأعضاء جسم الإنسان و أجزائه و أي نسيج أو خلايا الجسم أو جمع مواده [2].

3- الركن المعنوي : لا يمكن اقتصار مساءلة الشخص عن أي نشاط أو فعل ارتكبه من الناحية القانونية على السلوك المادي بل لا بد من توافر القصد الجنائي لديه ، و الذي يعتبر الإسناد المعنوي لمرتكبي الجريمة ، إذ لا بد من توافر الركن المعنوي و المتمثل في العلم و الإرادة ، أي القوة النفسية التي تقف وراء النشاط المجرم الذي قام به الجاني و استهدف به مصلحة من المصالح المحمية قانونا . [3]

وعليه فإن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تقوم بست نشاط الفاعل ، فهي تعد من الجرائم العمدية ، وذلك بمجرد الصراف إرادة الله على إلى ارتكاب الجريمة بجميع عناصرها

---

[1]- معمر فرقاق ، " جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري " ، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، مجلد 05 – العدد 02 ، جويلية 2013 ، ص 131.

[2]- عامل بوضياف ، المرجع السابق ، ص461.

[3]- أمنة محمدي بوزينة ، المرجع السابق ، ص 140

مع علمه بذلك ، و أن القانون يعاقب على هذا الفعل ، كما يجب توافر القصد الجنائي الخاص و المتمثل في الباعث و الرغبة في القيام يجلب المال المستخلص من الجريمة . [1]

ثالثا : قمع الجريمة :

تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من أخطر الجرائم التي تهدد السلامة الجسدية للإنسان ، و هذا من قبل عصابات المتاجرة بالأعضاء البشرية ، لذلك تم وضع المشرع الجزائري عقوبات جزائية تعاقب و تجرم هذه الجريمة ، بتطبيق عقوبات أصلية و أخرى تكميلية إضافة إلى ظروف مشددة عليها ، وهو ما نص عليه من خلال توقيع عقوبة على الاتجار بالعصر البشري ثم عقوبة الإتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مود الجسم .

و عليه ستتطرق إلى عقوبات الشخص الطبيعي و عقوبات الشخص المعنوي :

1- عقوبة الاتجار بالأعضاء البشرية بالنسبة للشخص الطبيعي : سنبين في ما يلي عقوبات الأصلية ثم العقوبات التكميلية للشخص الطبيعي :

أ- العقوبات الأصلية:

- **العقوبات الأصلية للشخص الطبيعي عن الاتجار بالعضو البشري** : يعاقب على الاتجار بالعضو البشري بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000دج ، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ، كما تطبق نفس العقوبة على كل شخص يتوسط ذلك بقصد تشجيع أو تسهيل الحصول على حضور من جسم شخص ما . [2]

[1]- المرجع نفسه ، ص 140

[2]- المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات .

➢ **العقوبات الأصلية الخاصة بالاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم :** يعاقب على الاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جع مواد الجسم ، بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى ، كما تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ما . [1]

ب- الظروف المشددة : و تنقسم الخروف المشددة إلى نوعين ، ظروف مشددة خاصة بالاتجار بالعضو البشري و ظروف مشددة | خاصة بالاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم ، وهو ما سيتم بيانه في الآتي :

❖ **الظروف المشددة الخاصة بالاتجار بالعضو البشري :** تشدد العقوبة المقررة للشخص الطبيعي عن الاتجار بالعصر البشري إلى جناية ، لتصبح السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ، و ذلك متى توافرت إحدى الظروف التالية :

- 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 .

[1]- المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات .

❖ **الظروف المشددة الخاصة بالاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم** :شدد المشرع العقوبة على المتاجرة بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم ، لتصبح جنحة مشددة ، حيث يعاقب عليها بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج ، إذا ارتكبت الجريمة و توافر معها أحد الظروف المشددة المذكورة سابقا -[1] و يعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة. [2]

ج- **العقوبات التكميلية** : تعتبر العقوبات التكميلية لصيقة بالعقوبات الأصلية ، إذا يجوز للمحكمة أن تنطق بها إضافة إلى العقوبات الأصلية ، ولا يمكن الحكم بها بمفردها ، وقد نصت المادة 303 مكرر 22 على إمكانية تطبيق على الشخص الطبيعي في حالة ارتكابه لجريمة منصوص عليها في هذا القسم بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 متري من قانون العقوبات . [3] و عليه تتمثل العقوبات التكميلية في:

- الحجر القانوني
- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية .
- تحديد الإقامة .
- المنع من الإقامة .
- المصادرة الجزئية للأموال .
- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط
- إغلاق المؤسسة .
- الإقصاء من الصفقات العمومية

[1]- المادة 303 مكرر 20 فقرة 01 من قانون العقوبات .

[2]- المادة 303 مكرر 27 من قانون العقوبات .

[3]- المادة 303 مكرر 22 من قانون العقوبات

– الحظر عن إصدار الشيكات و أو استعمال بطاقات الدفع .

– تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة .

– سب جواز السفر .

– نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة . [1]

2– عقوبة الاتجار بالأعضاء البشرية بالنسبة للشخص المعنوي : يمكن أن يتم ارتكاب جرائم الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسد من طرف شخص معنوي ، و يكون بذلك مسئولا جزائيا على الجرائم التي يرتكبها حسب المادة 303 مكرر 26 بشرط توافر الشروط التي من خلال يمكن إسناد المسؤولية الجزائية له ، وشر ما نصت عليه المادة 51 مكرر من قانون العقوبات ، وبذلك فإن عقوبة الشخص المعنوي نصت عليها المادة 18 مكرر من قانون العقوبات و التي جاء فيها : " العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح هي

أ– الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة .

ب– واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية :

– حل الشخص المعنوي .

– غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات .

– الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات .

– المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر ، نهائيا أو المدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات .

[1]– المادة 51 مكرر ، باستثناء الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام ، يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.

– مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها .

– نشر و تعليق حكم الإدانة .

– الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات ، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبه ."

الفصل الثاني
عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم

تمهيد :

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي عرفت مؤخرا لم تلق القبول والاستحسان المتوقع، لأنها وإن كانت انتصارا أو معجزة علمية لطالما حلم بها الأطباء، إلا أنها وفي الوقت نفسه تصطدم بالكثير من المبادئ الشرعية والقانونية المستقرة لما لجسد الإنسان وكيانه من حرمة و أهمية وقدسية في الشريعة الإسلامية وفي مختلف القوانين الوضعية؛ ولما تثيره عمليات استقطاع وزرع الأعضاء البشرية من المشكلات القانونية فمنذ بداية ظهور تلك العمليات تضاربت الإتجاهات حول مشروعية أو عدم مشروعية تلك العمليات.

وبما أن جسم الإنسان من أهم العناصر اللازمة لوجوده، لذلك يعتبر الجسم من أهم مكونات الحياة الانسانية تقديسا، ولا يجوز أن يكون محلا لأي إتفاق إلا من أجل غرض صيانته أو حفظه، ويعد المساس به إنتهاكا لحرمة و معصومية الكيان الجسدي للإنسان.

وتعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الهادفة إلى تحقيق أغراض مالية من أهم الدوافع التي حفزت إلى ضرورة المناداة بتجريم هذا النوع من العمليات متى كان السعي من وراء القيام بها تحقيق الربح وهو ما فرضته الشريعة الإسلامية و أقرته القوانين الوضعية والمشرع الجزائري لم يكن في منأى عن التشريعات الأخرى، فقد جرم هذه العمليات متى خرجت عن الضوابط المرسومة لها؛ حيث جرم مجموعة من الأفعال التي يكون الغرض من القيام بها تنفيذ هذه العمليات.

وهو ما سيتم تفصيله من خلال تقديم هذا الفصل إلى مبحثين؛ فالمبحث الأول نتعرض فيه إلى الإباحة هذه العمليات من الناحية الشرعية والقانونية، والمبحث الثاني تجريم من الشرعية والناحية القانونية.

المبحث الأول : إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

فقد سبق وأن وضحنا الاتجاهات المعارضة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا أن هناك جانب أخر لم يسلم بما ذهب إليه هؤلاء المعارضون ونادى باجتهاد شرعا وقانونا، وأن التمسك بمبدأ التجريم إزاء هذه العمليات غير جدير بالتأييد لأنه ينكر تبدل الأحكام بتبدل الزمان، فاستئصال الأعضاء الآن وبمقتضى هذه العمليات يتم بهدف إنقاذ أشخاص من الأمراض والهلاك.

وعلى هذا سنتناول في هذا الفصل إباحية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وذلك بتقديمه إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية.

إتجه الرأي الغالب في الفقه المعاصر إلى جواز التبرع بأجزاء جسم الإنسان لإنقاذ حياة أو صحة إنسان أخر، وقد إذا استند أصحاب هذا الرأي تأييدا لرأيهم إلى أدلة عديدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، مرتكزين في ذلك على المبادئ و القواعد العامة في إباحة زراعة الأعضاء البشرية على النحو التالي:

الفرع الأول : مبدأ الكرامة الإنسانية:

التبرع عمل تتحقق به الكرامة الإنسانية، كما أن فيه مصلحة عظيمة وإعانة خيرة، فالإنسان المخلوق كريم عند الله خلقه في أحسن تقويم وكرمه أعظم تكريم وصوره فأحسن صورته و أسجد له ملائكته وسخر له ما في السموات وما في الأرض، لذلك يعتز بنفسه وارتباطه بكل ما في الوجود، فيحيا عزيز النفس عالية الهمة، لقوله تعالى: " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا[1]."

اما عن مدى التعارض بالنسبة لبيع الأعضاء الأنمية، مع ما جعل الله للإنسان من الكرامة والاحترام، فإن بيع الأعضاء هو ما يتنافى مع الكرامة الانسانية والاحترام، اما عن

[1]– سورة الإسراء، الآية رقم 70

التبرع بالأعضاء لغرض إنقاذ المريض من الهلاك واستعمالها في مثل ما استعملت له في أصل خلقتها، أي بوضعها في موضع تقوم من خلاله بالوظيفة نفسها التي أوجدها ربها جل جلاله عندما خلقها، فهو يتفق مع الكرامة والإحترام[1].

لقوله تعالى: { يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر[2]. وقوله صلى الله عليه وسلم "يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا"[3].

وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: أن هذا الدين يسر" [4].

– **مبدأ إنقاذ النفوس و إزالة الضرر**: التبرع عمل يدخل في أنواع التداوي الذي حث عليه الشارع الحكيم في إنقاذ النفوس من التهكلة، لقوله تعالى: **{... ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ...}**.

بل لا يجوز لمسلم يرى ضررا ويقدر على إزالته فلا يزيله بحسب وسعة، وفي القواعد الشرعية المقررة أن الضرر يزال بقدر الإمكان، ومن أجل هذا شرع إغاثة المضطر وإسعاف الجريح و إطعام الجائع وفك الأسير ومداواة المريض وانقاذ كل مشرف على الهلاك في النفس أو درنها.

الفرع الثاني : مبدأ التراحم والتضامن الإنساني والتعاون على البر:

التبرع بالأعضاء البشرية تفريج الكروبات وتأكيد على مبدأ التراحم والتكافل والتعاطف بين أفراد المجتمع لقوله صلى الله عليه وسلم من فرج على مؤمن كربة فرج الله عليه كربة من كرب يوم القيامة"، وقوله أيضا: "من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل" وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجديد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى[5].

---

[1]– سمير عايد الداوت، مرجع سابق، ص 92.

[2]– سورة البقرة [الأية رقم 185]

[3]– ادلبي عبد الله البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، مطبوعات الأزهر، القاهرة، نون سنة ، ص 16

[4]– فبي عبد الله البخاري، كتاب العلم، مرجع سابق، ص 25

[1]– على محمد بيومي، مرجع سابق، ص 18

ويستدل من ذلك على أن تبرع إنسان لأخر بأحد أعضائه يعبر عن درجة رفيعة من التضامن والتعاضد والتكافل بين أفراد المجتمع كله، كما أنه يعد من قبيل الإيثار الذي حضت عليه الشريعة الغراء بقوله تعالى: { ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة.

وكما يقول الرسول الكريم: "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه أو لجاره ما يحبه لنفسه". وبالتالي فإنه يجب اعتبار نقل العضو من شخص لأخر عملا مشروعا ومحمودا لما فيه من معاني التضامن والإيثار، ولما يعود على المجتمع من خير بمعالجة أحد أفراده، ولو بإيقاع أذى بسيط[1].

و على هذا ينبغي إعتبار التبرع من شخص إلى أخر بعضو من غير حدوث ضرر مخوف لإنقاذ حياته وتفريج الكرب عنه عملا مباحا وجائزا شرعا،. لما فيه من التراحم والتضامن والتعاون الإنساني الذي تحث عليه الشريعة الإسلامية، حيث أنها شرعت للمسلم أن يجاهد فيضحي بجده في مواجهة الكفار في الجهاد ،و كذا يضحي الإنسان بحياته لدفع الاعتداء على حياة الغير أو عرضه أو ماله، فيقاس على ذلك تبرع الإنسان بعضو من أعضائه تضحية لإنقاذ حياة أخيه المؤمن وهي تضحية اقل من التضحية بالنفس في الجهاد والدفاع، وإذا جازت التضحية بالأعظم جازت من باب أولى بالأقل[2].

- **حالة الضرورة:** الضرورة عند الفقهاء تعني أن يبلغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع ملك أو قارب الهلاك، أو هي الخوف من الهلاك علما أو ظنا، وتطبيقا لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن نقل الأعضاء يدخل في قواعد الضرورات، فإذا كان الشخص معرضا لخطر محدق في صحته وبدنه ولا يوجد علاج أخر يقوم مقام زرع العضو وأن يكون الضرر المترتب على عدم إجراء عملية الزرع أعظم من الضرر الذي يسببه التبرع بعضو من شخص سليم يتقدم للتبرع بطيب نفض ورغبة في التقرب إلى الله ومحبة واحسان وشفقة على المريض، وإذا كانت الضرورة تبيح ما كان محضورا بنصوص قطعية مع الأجماع؛

[1]– محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، دارالعلم، دمشق، 1994، ص 141

[2]– محمد نجيب عوضين المغربي، مرجع سابق، ص42، ص 43.

فكيف بالتبرع الذي هو محل إجتهاد و غاية من يقول بمنعه ما غلب على ظنه من أدلة المنع، وعلى هذا فإن من منعه عند الحاجة لا يقدر بحال من الأحوال منعه عند الضرورة لأن الضرورة ترفع التحريم، كما ثبت يقينا عما دون ذلك يباح بلا تردد ومن باب أولى.

كما يمكن الإستدلال على فعل الاباحة من السنة النبوية إذ ركزت على إباحة نقل الأعضاء البشرية عند الضرورة واستندوا في هذا إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم وذلك فيما رواه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال "قيل يا رسول الله: أي الأديان أحب إلى الله؟ قال الحنيفية السمحة [1].

وقوله صلى الله عليه وسلم: من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل"[2].

وقال أيضا صلى الله عليه وسلم: "يا أيها الناس تداور فإن الله لم ينزل من داء إلا أنزل له دواء"

و قوله صلى الله عليه و سلم : "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج على مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة [3].

أن قدر الله لا مرد له وعلينا الأخذ بالأسباب فتتداوى[4]. اذا كان هذا من شأنه أن نصح، والتداوي يكون بكل ما أحل الله ورسوله وما فيه صالح الجماعة، وليس في ذلك هروب من قدر الله ولكن كل شيء من قدر الله وعلينا أن نتداوى بكافة وسائل العلاج [5].

كما يمكن رصد بعضا من الضوابط الشرعية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، إذ أن الإنسان أمين على أعضائه ولابد أن يحافظ عليها ويؤدي الأمانة التي أؤتمن

---

[1]– مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب و الحين، دار الحديث، القاهرة، 1993، ص76

[2]– مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم،دار أحياء الكتب العربية، دبن، نون سنة ، ص 1996.

[3]– هامسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرج السابق، ص 44

[4]– خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 211، ص 212

[5]– محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحفة الملوك في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار البشائر الاسلامية، بيروت، نون سنة، ص 22-

عليها إذا كان الإنسان له سلطان على جسده يمنحه سلطة الإنتفاع الذي له على جسده يجوز له في حالة الضرورة كما قد سبق وأن ذكرنا التصرف في جزء من جسده لغيره المريض، فجسده هو عارية له فيجيز أن يعير جزءا منه لغيره لما رجحنا من أقوال الفقهاء، وليس حق التصرف هذا على إطلاقه؛ بل وضع له العلماء ضوابط وشروط تضمن سلامة المعطي وحفظا لحق الله سبحانه وتعالى الذي يتمثل في مصلحة المجتمع.

المطلب الثاني: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الوضعي.

أصبحت عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية أمرا واقعا وساهمت في انقاذ العديد من المرضى، ولما كان جسم الانسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وهو محل الحق في سلامة الجديم، وهذا الأخير من الحقوق الشخصية التي يصونها المجتمع لكل فرد من أفراده قرر المشرع الحماية الجنائية لها، والأصل وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعا مباحة ما لم يخضع المشرع فعل منها لنص التجريم ينهى عنه ويقرر من أجله عقوبة، صيانة لمصلحة معينة يراها المشرع جديرة بالحماية؛ غير أن الصفة الإجرامية التي يكتسبها الفعل بخضوعه للنص تجريم ليست ثابتة في كل الأحوال بمعنى أنه إذا تحققت ظروف معينة يقدر المشرع معها انتفاء علة التجريم أي زوال اهمية المصلحة التي كان يراها المشرع جديرة بالحماية الجنائية عند وضع نص التجريم، فإن الفعل يصبح مباحا بعد أن كان مجرما، ويعفى مرتكبه بالتالي من أي مسؤولية كانت جنائية أو مدنية.

وعلى ذلك فإن الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتجريم من الأصل يكون مباحا إباحة أصلية عملا بقاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة، أما الفعل الذي يخضع ابتداء القاعدة التجريم ولكن المشرع يسمح به استثناء إذا وقع في ظروف معينة ومحددة يكون مباحا إباحة استثنائية ومعيار التفرقة بين الاباحة الأصلية و الاباحية الاستثنائية هو مدى مطابقة الفعل للنموذج القانوني للجريمة؛ فإذا كان هذا الفعل قد جاء مطابقا لذلك النموذج و لكنه لظروف

إستثنائية خضع لسبب الإباحة فإن الفعل هذا يكون مباحا إباحة إستثنائية، فإذا لم ينطبق على الفعل النموذج القانوني للجريمة فهو مباح إباحة اصلية ويرجع أصل المشكلة هنا إلى عمليات نقل الأعضاء البشرية التي تعتبر حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان و هو حقه في الحياة وحقه في تكامله الجسدي[1].

وفي هذا الصدد ساير المشرع الجزائري معظم التشريعات العالمية التي تبيح مثل هذه العمليات مستندا في إباحة هذه التصرفات إلى ترخيص القانون، وهذا بصدور القانون رقم (05- 85) بتاريخ 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، أجاز المشرع الجزائر عمليات زرع الأعضاء في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان: "إنتزاع أعضاء الإنسان وزرعها من المادة (161) إلى المادة (168)، وقد دلت بعض المواد بالقانون رقم (90-17) الصادر بتاريخ: 31 جويلية 1990.

الفرع الأول : الشروط العامة لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

إن إجازة المشرع الجزائري لاقتطاع الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى مرتبط بمراعاة الضوابط العديدة التي حددها قانون الصحة الذي يتولى تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية صريحة، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخضع عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية لجملة من الشروط العامة والتي تعتبر من الناحية العملية شروطا أو ضوابط من جهة وضمانات من جهة اخرى وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا/ القيود القانونية الأخلاقية لمشروعية التبرع بالأعضاء البشرية:

برخص القانون بإباحة الأعمال الطبية في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية فهناك شروط وقيود قانونية لابد من توافرها للسماح بإجراء عمليات اقتطاع الأعضاء وتجمع جل التشريعات على اعتبارها مبادئ و المشرع الجزائري يسابر أغلب هذه التشريعات، وسوف نحاول توضيح ذلك من خلال النقاط التالية:

[1]. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 214، ص 216

أ- **أن يكون محل التبرع مشروعا:** يشترط ضرورة المحافظة على حياة المتنازل وسلامة جسمه أن لا يعود بالضرر على المتبرع، فلا يجوز التبرع بالعضو الوحيد في الجسم كالقلب والكبد، لأن هذا الاستئصال يفضي إلى موت صاحبه، بل التبرع بالعضو المزدوج كالكليتين أو الرئتين شريطة أن يكون العضو المتيقي قادر على القيام بالوظيفة البيولوجية.

حيث نجد أن المشرع الجزائري نص على الحفاظ على حياة المتبرع وذلك باستقراء نص المادة (2 / 162) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة [1].

لقد اكد المشرع الجزائري على أن استئصال عضوا أو نسيجا لا يكون إلا لأغراض علاجية وتشخيصية، وهذا ما نصت عليه المادة (1/161) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه: "لا يجوز زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية [2].، واشترط في المادة (1/166) من نفس القانون أنه "لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية..."، فيتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري اشترط أن يكون الغرض من إجراء هذه العملية هو العلاج وليس أغراضا أخرى غير طبية، كالإتجار مثلا.

ب-أن يكون التبرع بدون مقابل مادي: لقد اشترط المشرع الجزائري مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية وهو المبدأ المكرس بنص المادة (2 / 165) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه لا يجوز أن يكون انتزاع الاعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها

[1]- القانون رقم (85-05) مؤرخ في 16 فيفري 1985، قانون حماية الصحة وترفتها، ج1، عند 8، المعدل والمتمم بالقانون رقم (1588) مؤرخ في 03 ماري 1988 والقانون رقم (90-17) مؤرخ في 31 جويلية 1990، الجريدة الرسمية، عدد 35، 1990.

[2]- أنظر المادة 161 قانون حماية الصحة وترقيتها

موضوع معاملة مالية" أي ان الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا المبدأ هو الوحيد والأوحد لعدم خروج هذه العمليات عن غرضها العلاجى [1].

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري يرفض بنص القانون أن يكون التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع، وهو في الحقيقة مبدأ اجمعت كل التشريعات المقارنة العربية والأجنبية عليه، والسبب في ذلك أن حق الإنسان على جسده ليس بالحق المالي، فهو يخرج من دائرة التعامل فلا مجال لأن يكون محلا للمتاجرة[2].

كما أن في الأمر تعارضا مع الكرامة الإنسانية إذ ينبغي أن تتجه تضحيته إلى تحقيق غايات نبيلة بعيدة عن الاعتبارات المالية وأن يكون الحب والتضامن الإنساني والتراحم والإيثار هو الدافع إليها وليس قصد تحقيق الربح .

ثانيا/ شرط الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية:

نصت عليها المادة (163) من قانون الصحة على أنه "كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل يفهم من هذه المادة أنه يستبعد من عمليات نقل أعضاء الأشخاص الذي يسهل ببعض إصابتهم ببعض الأمراض مثل الالتهابات الرئوية والقرحة المعدية، كما يجب تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية، وقبل اجراء الطبيب لعملية نقل الأعضاء، وحسب ما أوردته الإحصائيات في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن نسبة نجاح هذه العمليات تختلف حسب سن كل من المنازل والمتلقي للعضو، لهذا اشترط الأطباء أن لا يقل سن كل من المتبرع و المتلقي للعضو عن 10 سنوات وان لا يتجاوز 50 سنة، لأن نسبة نجاح هذه

[1]– عبد الله سمية، دراوي رشيد، حرية التصرف في جسم الانسان، مرجع سابق، ص 37.

[2]– سميرة عايد الدارات، مرجع سابق، ص 143

العمليات تكون مرتفعة في هذا الحد، [1].غير أن ذلك لا يمنع من إمكانية إجراء هذه العمليات للمرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن ذلك.

كما يلتزم الطبيب ايضا قبل إجرائه لعملية نقل العضو القيام بكل الفحوص والتحاليل الطبية لكل من المتبرع والمتلقي للتأكد من خلو المتبرع من الامراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة وحياة المتلقي بعد النقل، ومدى إمكانية انتفاع المتلقي بالعضو المنقول، وان هذا النقل لن يعرض حياة المتبرع للخطر، وإن رأى الطبيب غير ذلك فلا ضرورة لإجراء هذه العملية [2]، كما يجب أن يكون كل من المنازل والمتلقي لا يعانيان من امراض الجهاز الهضمي لتفادي تعرضهم بعد العملية لمضاعفات نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة).

ثالثا/ الشروط التنظيمية المتعلقة بالمؤسسات الصحية والاطباء:

لقد خصصت التشريعات المختلفة عمليات نقل و زرع الأعضاء بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤدية الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات وكما فرض ففيما يتعلق بالمشرع الجزائري فقد حصر قانون الصحة المراكز الصحية المرخصة الممارسة نقل وزراعة الأعضاء البشرية وهذا ما جاء في أحكام المادة (2/167) من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: "لا ينزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة"، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد حدد ضوابط معينة ينبغي توفرها عند تقديم العلاج الطبي سواء كان في صورته التقليدية او عن طريق نقل وزرع الأعضاء البشرية، فلم يجز إجراء مثل هذه العمليات إلا في المستشفيات المرخص لها قانونا بذلك من طرف وزير الصحة [3].

---

[1]- مروة نصر الدين، مرجع سابق، ص 138.

[2]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض في الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 508

[3]- جاري بسمة- الدهبي ثورية، مرجع سابق، ص ص 120.

وقد صدر من وزير الصحة في هذا المجال قرارين قرار في: 03/23 / 1993 تضمن أسماء المؤسسات المرخص لها قانونا بممارسة عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، وقرار أخر في اكتوبر سنة 2002، الغي القرار الأول ونص فيه على المؤدادات الاستشفائية المرخص لها قانونا بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية واختصاص كل مؤديادة وتتمثل هذه المستشفيات في: أما بالنسبة لاستئصال وزرع القرنية: يختص بها:

– المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر). – المؤمادة الاستشفائية المختصة في الطب العيون (وهران). – المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر) – المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي (الجزائر).

– المركز الاستشفائي الجامعي (عنابة)| با بالنسبة لاستئصال وزرع الكلى: ويختص بها:

– المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر).

– المؤدية الاستشفائية المختصة عيادة دقري (قسنطينة). ج/ بالنسبة لعمليات استئصال زرع الكبد: ويختص بها مركز بيار وماري كوري (الجزائر) [1].

اما فيما يخص الشروط المتعلقة بممارسة العمل الطبي بالنسبة للاطباء فتتمثل عموما في كل من صفة الطبيب و غرض تحقيق الشفاء مع إتباع الأصول المهنية في التدخل الطبي، سواء كان الجراحي ام العلاجي، فأما صفة الطبيب فتتحقق بحصول الشخص الذي سيتولى عملية النقل أو الزرع إجازة أو شهادة عملية في هذا المجال، وفقا للتشريع القانوني المعمول به؛ وبالتالي فالطبيب ليستمد هذا الامتياز من تدخل السلطة العامة التي اقترحت ضرورة الوجود الطبي داخل المجتمع[2].

[1]– مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 144، ص 145.

[2]– حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص ص 29، 30

و كما أن المشرع نص على هذا الشرط من خلال أحكام مدونة اخلاقيات الطب كما جاء في أحكام المادة (7) من القانون (05/58) من قانون الصحة، يشمل العلاج الصحي الكامل ما ياتي:

- الوقاية من الأمراض في جميع المستويات.
- إعادة تكييف المرضى [1].

اما تحقيق الشفاء فقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة (17) من مدونة أخلاقيات الطب [2]، فالطبيب لابد أن يقصد تحقيق غرض العلاج أيا كان نوع التدخل الطبي الذي يمارسه، واستكمالا للضمانات التي منحها المشرع لطرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء نص على عدم جواز مشاركة الفريق الطبي الذي يثبت عملية الوفاة في عمليات عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع [3].

نخلص إلى أن المشرع الجزائري يستند إلى ترخيص القانون في إباحة تنظيم عمليات اقتطاع الأعضاء؛ حيث يفرض قيود تنظيمية على المؤسسات الصحية وكذا الأطباء القائمين بهذه العمليات لتجنب التكامل التجاري أيا كان نوعه.

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية :

يعتبر نقل الأعضاء البشرية سواء من إنسان حي أو ميت أمرا جائزا بشرط احترام الشروط القانونية التي حددها التشريع المنظم في هذا المجال، فبالإضافة إلى الشروط العامة التي سبق و أن تطرقنا إليها هناك شروطا خاصة لابد من مراعاتها هذه الشروط تتعلق بكل من المنازل والمتلقي وفي حالة خرق لهذه الشروط يفقد التصرف صفة المشروعية لأنه يخرق مبدأ

[1]- سميرة عايد الدايت، مرجع سابق، ص 196

[2]- أنظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 92/ 276 المتعلق بملونة اخلاقيات الطب.

[3]- انص المرجع، ص 175

احترام سلامة جسم الانسان وتتمثل هذه الشروط فيما يلي: أولا الرضاء في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية:

إن المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات الوضعية المقارنة المنظمة لعملية استئصال وزرع الأعضاء البشرية، قد ساوى بين المتنازل والمتلقي في مجال الرضا فيما يتعلق سواء بنقل العضو أو النسيج البشري، او زرعه وفي مجال الأعمال الطبية العادية باعتباره و من حيث الأصل من واجبات الطبيب في مواجهة مرضاه ومن خلال ذلك سوف نبين كيف يكون الرضا بالنسبة لطرفي العملية وذلك على النحو التالي:

1- شروط الرضا:

نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على حياة وسلامة جسم المتبرع اشترط المشرع الجزائري الموافقة الكتابية على التبرع وذلك من خلال نص المادة (1/162) من قانون حماية الصحة وترقيتها، وهذا بالنسبة للمتبرع بأحد أعضائه؛ حيث تنص على أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة او الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع باحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين وتودع لدى المؤسسة الطبيب رئيس المصلحة، ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع[1].

فالمشرع الجزائري اشترط رضا المتبرع بالعضو البشري؛ بل ولم يكتف بمجرد الرضا الشفوي فقد تجاوزه باشتراط أن يكون هذا الرضا مكتوبا، وهو بذلك يكون قد خرج عن القواعد العامة في مجال الطب والتي تكتفي بالموافقة الصريحة او الضمنية من المريض، ذلك أن تطلب الشرط الكتابي في هذا المجال يوفر المزيد من الحماية للمنازل من جهة نظرا لما تنطوي

[1]- المادة 162 من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترفتها .

عليه هذه العملية من خطورة بالنسبة إليه، وللطبيب من جهة أخرى نظرا لما قد ينشأ عن هذا التصرف من تحميل له للمسؤولية القانونية جنائية كانت او مدنية[1].

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري اشترط أيضا في نفس القانون الموافقة الكتابية للمريض كما فعل مع المتبرع من خلال أحكام المادة (162) الا أن ذلك لا يمنع ونظرا للخطورة التي تنطوي عليها هذه العمليات من القول أن الرضا أو الموافقة المطلوبة؛ إنما هي موافقة المكتوبة التي تكون بالتوقيع على النموذج الطبي الذي يقيد قبوله بالعلاج، وبحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وشاهدين اثنين [2].

2- خصائص الرضا:

أ/ أن يكون رضا كل من المتبرع والمريض مستنيرا متبصرا: ويقصد بذلك التزام الطبيب بإطلاع طرفي العملية على طبيعة عملية استئصال العضو و زرعه؛ فضلا عن جميع المخاطر التي يتعرضها لها في الحال أو المستقبل، فقد ربط المشرع الجزائري رضا كلا منهما بإلتزام الطبيب بتبصيرهم بالمخاطر الطبية التي تترتب على عملية الاستئصال وبالمخاطر المحتملة، فنص المشرع في المادة (5/166) من قانون حماية.

ب أن يكون الرضا حرا: لا يحق للطبيب الجراح إجبار المريض على العلاج حتى ولو كانت لمصلحتة والمتبرع على التبرع بأعضائه؛ بل يجب أن يكون رضائهما صادر عن اقتناع كامل وبدون أي تدليس أو إكراه معنوي، إذ يجب رفض فكرة الوصاية الطبية والعائلية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية[2].

وإلا فقد هذا الرضاء قيمته القانونية، ولم يكن صالحا كأساس للتصرف في العضو البشري، ولابد أن يستمر هذا الرضا إلى لحظة الاستئصال والزرع، وهذا طبعا بعد أن يطلعه

[1]- جارى بسمة- الدهبي ثورية، مرجع سابق، ص 84، ص 85.

[2]- مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 11

الطبيب على الأخطار الطبية المحتملة التي قد يتعرض لها بسبب هذا التبرع لأن هذا الإعلام من شأنه أن يؤدي إلى عدول المتنازل عن تبرعه [1].

وبالتالي فإنه لا يكفي أن يصدر واهب العضو البشري أو المتلقي الرضاء المكتوب؛ بل يشترط فضلا عن ذلك أن يكون الرضا حرا لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضاء وهذا لكي تتم عملية النقل والزرع بطريقة مشروعة، ولا يتعرض فيها للمسالة الجنائية. ثانيا/ الأهلية المطلوبة لكلا الطرفين (المتبرع و المتلقي) [2].

لقد انعقد إجماع القانونيين في مختلف الدول على ضرورة أن يكون كل من المتبرع والمستقبل كامل الأهلية، حتى يكون اهلا لاتخاذ قرار التنازل عن أحد أعضائه أو قبول عملية الزرع في جسمه. و هذا ما أكده المشرع الجزائري في قانون الصحة و ترقيتها و سوف نحاول أن نوضح ذلك من خلال النقاط التالية:

1- الأهلية بالنسبة للمتبرع:

لقد اشترط المشرع الجزائري الأهلية واكد على عدم نقل الأعضاء من القاصر من خلال القانون (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها؛ حيث نصت المادة (163) بأنه يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز ، فضلا عن الراشدين المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم في حالة التبرع من دائرة الأشخاص المسموح لهم قانونا التصرف عن طريق التبرع بأعضائهم وانسجتهم البشرية، وبذلك فلم يبق كأفراد مؤهلين للتصرف بأعضائهم البشرية سوى الشخص الكامل الاهلية السليم [3].

[1]- سعيدان اسماء، مرجع سابق، ص 25.

[2]- انظر المادة 163 من القانون (85-05) المتضمن عملية الصحة وترقيتها.

[3]- امواسي العلجة مرجع سابق، ص332

وبالنسبة لسن الرشد فقد حدد المشرع الجزائري في المادة (40) من القانون المدني (3) بـ 19 سنة، وحدد سن الرشد الجزائي ب: 18 سنة، وذلك في المادة (44) من قانون الإجراءات الجزائية [1].

أما قانون حماية الصحة وترقيتها فلم يحدد السن الذي يعتبر فيه المتنازل بالغا سن الرشد وباستقراء نص المادة (163) من قانون حماية الصحة وترقيتها، نجد أن المشرع الجزائري استغني على شرط الحجر، بحيث أنه إذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد لكنه فقد اهليته لأي عارض من العوارض، فلا يجوز استئصال أي عضو من جسمه، لإن إرادته في هذه الحالة تكون معيبة؛ حتى ولو لم يتم الحجر عليه. وبذلك المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها لم يذهب إلى نفس ما ذهب إليه المشرع في القانون المدني، وكذا قانون الأسرة اللذان اشترطا شرط الحجر الاعتبار الشخص الراشد الذي فقد أهليته عديم الاهلية.

فالمشرع منع خضوع القاصر لعملية استئصال أعضائه بالنظر إلى طبيعته البيولوجية الأنه ليس له الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما قد يتخذه من قرارات لأنه يكون معرضا أكثر من غيره بأن يعبر عن إرادته تحت تأثيرات معنوية، وبذلك يكون رضاه مشوبا بعيوب الرضاء

بالإضافة إلى أن المشرع استبعد أيضا الولي و الوصي والقيم من مجال تمثيل القاصر ويرجع ذلك لكون هذه التصرفات تمس بجسم المتبرع ولا تنطوي على قصد العلاج من جانبه، وقد تعرضه للخطر؛ فهي ليست مجرد تصرفات مالية؛ حيث رتب لها المشرع الجنائي عقوبة في حالة تم مخالفة أحكام المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات الجزائري[2].

[1]– القانون رقم (1005) المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ، الموافق ل،20 جوان 2005، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 13 جمادى الأولى 1426 هـ املوافق ل26 جوان 2005، العدد 44 المتعلق بالقانون المدني المعدل (4) القانون رقم (06–22) الموافق ل20 ديسمبر 2006 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 24 ديسمبر 2006، العدد 84، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

[2]– سيدان اسماء، مرجع سابق، ص 25، ص 26

2- الأهلية بالنسبة للمريض (المتلقي):

اما عن شخص المريض فلم يشترط القانون أهلية معينة؛ بل يمكن أن يكون راشد أو قاصر أو حتى عديم التمييز بشرط الحصول على موافقة الولي أو الوصي الشرعي، وفي حالة عدم إمكانية التعبير عن إرادة المريض، فيجوز الحصول على موافقة الأقارب حسب ما حددته المادة (164) بدءا بالأب... الخ، وفي حالة الاستعجال القصوى وتعذر الإتصال بهؤلاء يتدخل طبيب رئيس المصلحة بصفته الممثل القانوني للمريض بشرط توفر حالة الضرورة مع حضور شاهدين وقد أشار إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة (2/52) من مدونة أخلاقيات الطب"، ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض[1].

وفي مجال نقل الأعضاء استعمل المشرع الجزائري عبارة "الظروف الاستثنائية" لدلالة على حالة الاستعجال وذلك في المادة (166) الفقرة الأخيرة من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها؛ حيث تنص على أنه: " يجوز زرع الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة (1) و (2) أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة والممثلين الشرعيين للمستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين،[2].

في نهاية هذا الفصل اخلص إلى القول بأن توافر الشروط اللازمة لإباحة زراعة الأعضاء البشرية لا تكفي وحدها لإنجاح عملية زرع الأعضاء البشرية، إنما لابد من مسايرة التشريعات التطورات الطبية و الدولية في هذا المجال، و علينا أن نستخدم الأساليب الطبية الحديثة لصالحنا ولا ندعها تهدد الإيجابية لنظامنا الإجتماعي و الأخلاقي، لذلك ارى ضرورة العمل على توعية المواطنين حول جواز التبرع شرعا و تشجيعهم على التكافل و التبرع بالأعضاء التي يمكن أن يستفاد منها في إنقاذ حياة إنسان أخر، و ذلك من خلال تكثيف البرامج

[1]- انظر المادة 164 المروم التنفيذي رقم (27692) المتعلق بملونة أخلاقيات الطب

[2]- النظر 166 من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها

الإعلامية و الأيام الدراسية و الملتقيات الوطنية و الدولية للبحث في هذا الموضوع دون أن ننسى الدور الذي يجب أن تؤديه المساجد في توعية الناس بضرورة التبرع بالأعضاء السليمة بعد الموت وفقا ما تسمح به الشريعة الإسلامية ووفق القوانين السارية في الدولة.

المبحث الثاني: تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

إن الأصول الروحية للإسلام هي المرجع الأساسي للاجتهاد في أخلاقيات الطب وسائر العلوم المعاصرة، ذلك لأن تقييم الانسان لهذه الأصول يمكن أن يساهم في مراجعة الكثير من الأخطاء التي ارتكبت بسبب النظرة المادية المسيطرة على الحضارة العربية، فالشريعة الإسلامية تنظر للإنسان نظرة شاملة وكاملة تتناول كل جوانب حياته وأحواله التي يخفى على العلم المادي إدراكها، لذلك عنيت أتما عناية بحماية النفس البشرية[1].

لذلك شرعت الرخص لدفع الفساد الواقع والمتوقع عليها وجرمت كل اعتداء عليها والمتمثلة في الكليات الخمس ألا وهي: حفظ الدين، النفس، العقل، النسل، المال، وقد حرم الله كل سلوك يفسد إحدى هذه الكليات، فشرع ما يحفظها اما بوسائل تحفظها، وإما يدفع عنها الفساد، والمحافظة على النفس إنما هي المحافظة على الحق في الحياة و تدخل في عمومها المحافظة على أعضاء الجسم الانساني وتجريم الاعتداء عليه[2].

في هذا المقام سوف نتناول تجريم عمليات نقل الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون من خلال مطلبين على النحو التالي:

[1]– المروك نصر الدين زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 1993/1992 ، ص 77.

[2]– ماهر حامد الحولي، الأبعاد الشرعية والقانونية لجريمة الاحتلال الاسرائيلي في سرقة الأعضاء البشرية للفلسطينيين، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص 6

المطلب الأول: تجريم عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية:

إن جسم الانسان يتكون من أنسجة واعضاء خارجية وداخلية وله وظائف عضوية ونفسية وعقلية يؤديها الفرد على النحو الذي خلقه الله عليها، وهذا الأداء يختلف من شخص إلى أخر على حسب مقدوريته الصحية، فإن كانت أعضاء الجسم تؤدي دورها كاملا فإن صحة الفرد تسير على النحو العادي، أما اذا طرأ على هذه الوظائف انحراف عن السير العادي الذي كانت عليه فإن ذلك يعني اعتلال وظائف الأعضاء البشرية [1].

وكما قد سبق وأن ذكرنا أن الشريعة السمحاء عنيت بحياة هذا الفرد وجسده وأعضاءه عناية كبيرة؛ فالإنسان الذي استخلفه الله في الأرض مكرم و محترم ولا يجوز للغير المساس به أو بأي جزء منه الا بالحق، لذلك كانت حماية الانسان في جسده وأعضائه بوسائل متعددة وضمن نطاق واسع على قدر من الأهمية و ذلك من خلال ما أوجبته من عقوبات دنيوية وأخرى أخروية تترتب على إزهاق الروح أو إيذاء الجسد، فارتكاب جريمة العمد يترتب عليها تطبيق عقوبة دنيوية على الجاني هي القصاص و عقوبة أخروية حلاتها الآية الكريمة: { ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما } [2].

إذا كان هذا هو الحال في الاعتداء على النفس فإن الاعتداء على ما دون النفس كالإيذاء أو إتلاف الأعضاء والأجزاء البشرية معاقب عليه أيضا.

وبناء على ما سبق فإن الاعتداء على الإنسان بالقتل أو الجرح أو الضرب لا يعد إلا من قبيل الجرائم المعاقب عليها، ولذلك فإن استئصال أي عضو أو جزء من جسد الإنسان لنقله إلى جسد انسان أخر لا يعد مشروعا؛ بل يشكل اعتداء وخرقا لعصمته وحرمة جسده، و بالتالي فإنه لا يجوز الانتفاع والتداوي بأي عضو بشري لتنافيه مع ما للإنسان من كرامة .

---

[1]– فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود، "الحماية الجنائية السلامة الجسم في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية أطروحة دكتوراه في القانون)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، غير منشورة، نون سنة ، ص 48.

[2]– نقلا ع رمزي حوحو "حملة حق الانسان في السلامة الجسدية، وفقا لأحكام القانون الدولي (اطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائيي) بسكرة، 2008 ص 31

نتطرق في هذا الصدد الى مايلي:

الفرع الأول : تحريم عملية التبرع بالأعضاء البشرية :

ذهب اصحاب هذا الرأي إلى تحريم تصرف الانسان لعضو من أعضائه عن طريق التبرع لأن نزع جزء من انسان حي لزراعته في جسد غيره يؤدي لا محالة إلى إتلاف البدن وإضعافه وبتر الإنسان عضوا من جسده لغير مصلحتها قتل للعضو قد يؤدي إلى إهلاكها لا محالة، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز له أن يبرم اتفاقا مع أخر يتنازل بمقتضاه عن جزء من جسده لأنه لا يجوز له أن يتلف نفسه لإحياء غيره ولأن الضرر لا يزال بالضرر[1].

واستدل القائلون بحرمة تصرف الإنسان في جزء من جسده إلى إنسان أخر ليتدارى به بالأدلة الآتية:

1/ تحريم تصرف الإنسان في جزء من جسده من الكتاب:

قال تعالى: { ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين }[2]. ، هذه الأيت الكريمة تدل على تحريم إلقاء النفس في مظان الخطر عليها يتلف أضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعا[3].

فقد يؤدي انتزاع عضو ما إلى ضعف الجسم الذي يجب أن يبقى قويا ليقوم بواجباته[4].

وأيضا استندوا إلى قوله تعالى: (... ولآمرنهم فليغيرن خلق الله...} [5].

وقوله أيضا: { استبدلوا الذي هو أدنى بالذي هو خير }[6].

وقوله أيضا: ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما }[7].

---

[1]– عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأنمية، دار المنار، القاهرة، 1998، ص 95، ص 105

[2]– اصابر محمد سعد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص48 ص 39

[3]– سورة البقرة الآية رقم 195]

[4]– اسماعيل ابن كثير، تفسير القرأن الكريم، دار الفكر العربي، دون سن ، ص 295

[5]– سورة النساء من الآية 119

[6]– سورة البقرة من الأية 61

[7]– سورة النساء الآية 30

وقوله تعالى: { ومن يبدل نغمة الله من بعد ما جاءته فإن الله شديد العقاب }[1].

إن جسم الإنسان خالص له، فهو المالك له، وكيف يجوز له التبرع بما لا يملك ويتصرف في ملك الله دون إذنه .

2/ تحريم التصرف في جسم الانسان من السنة النبوية:

استقلوا إلى بعض الأحاديث الشريفة كالذي رواه مسلم وأحمد بسندهما إلى جابر قال: لما هاجر النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو، وهاجر معه رجل من قومه فأجتووا المدينة فمرض فجذع فأخذ مشاقص فقطع بها براجمه فشخبت يداه حتى مات، فرأه الطفيل بن عمرو في منامه وهيئته حسنة، ورأه مغطيا يديه فقال له ما صنع بك ربك؟ : فقال: غفر لي لهجرتي لنبيه (ص) فقال: مالي أراك مغطيا يديك؟ : قال: قيل لي أن نصلح منك ما أفسدت فقصها الطفيل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: صلى الله عليه وسلم "ولديه فاغفر .

وايضا قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) [2].

وكذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه– أن النبي –صلى الله عليه وسلم نظر إلى الكعبة فقال: ما أعظمك وأعظم حرمتك و المسلم أعظم حرمة منك فقد حرم الله دمه وماله وعرضه و أن تظن به ظن السوء [3].

والاستغناء عنها طيلة حياته لمقاومة طرد الجسم العضو الغريب الذي تم زراعته فيه أو بسبب ضعف المناعة تزول قدرته على مقاومة الأمراض المختلفة التي تحتاج إلى المناعة الطبيعية للجسم لتتغلب عليها و كما تسبب هذه الأدوية الكثير من الأضرار و منها تلف أنسجة الكلى مثلا.

---

[1]– سورة البقرة من الأية 211

[2]– محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، لون سقة ، ص 53

[3]– محمد بن يزيد القزويني بن ماجة ، سنن بن ماجة، ج2، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة ، ص1297.

الفرع الثاني : تحريم بيع الأعضاء البشرية :

اجمع العلماء قديما وحديثا على منع بيع الحر أو عضو من أعضائه وكل ما حرم بيعه تحرم هبته، فإن الإنسان ليس مالا مملوكا لأحد من الناس و إنما الله هو المالك له وحده وليس لغيره حق التصرف فيه، وذلك لأن محل الحقوق الأموال وليس الأشياء، وأن جسد الإنسان وأعضائه ليست مالا يصلح للتعامل فيه واستدل أصحاب هذا الرأي بما جاء في الكتاب والسنة الشريفة.

1/ تحريم بيع الاعضاء البشرية من الكتاب:

لقد كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان فقال في كتابه العزيز:{ ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا }[1].

فالآية الكريمة تدل على أن الله سبحانه وتعالى قد كرم الأدمي وجعل له شرفا وفضلا، إذ خلقه على هذه الخلقة واختصه بالعقل الذي هو مناط التكليف، وسخر له سائر المخلوقات، والقول بجواز بيع الأنمي يتنافى مع هذا التكريم الإلهي.

واستدلوا أيضا بقوله تعال: { وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة " قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون }[2].

وقوله تعالى أيضا: { إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن ي نها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهوا [3]. وقال تعالى ايضا: { ومن يبدل بنعمة الله من بعد ما جاعنة فإن الله شديد العقاب }.

[1]– سورة الإسراء الآية رقم 70

[2]– سورة البقرة [البقرة رقم 29

[3]– سورة الأحزاب الأية 72

2/ تحريم بيع الأعضاء البشرية من السنة النبوية الشريفة:

و أيضا السنة النبوية الشريفة تدل على حرمة بيع الأدمي، فقد روي عن أبي هريرة – رضي الله عنه– عن النبي –صلى الله عليه وسلم – قال: قال الله: ثلاثة أنا خضمهم يوم القيامة: رجل اعطى ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استاجر أجير فاستوفي منه ولم يعطى أجره[1].

المطلب الثاني : تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي.

ليس هناك ادنى شك أن التصرف في جسم الإنسان يثير جدلا كبيرا حول مشروعية وصحته سيما وان محل هذه التصرفات محاط بحماية كبيرة من طرف كل القوانين الوضعية والتصرف في جسم الإنسان قد يكون تصرفا قانونيا إراديا للبيع أو الهبة أو الوصية أو تصرفا ماديا طبيا؛ فالتصرف القانوني هو الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين سواء تم التصرف بإرادتين أو بالإرادة المنفردة، ولعل الحديث عن هذه التصرفات القانونية إذا ما تعلق الأمر بجسم الإنسان يكون مجالها خاصا بالأعضاء البشرية لأن الجسم ما هو إلا الوعاء الحاوي لهذه الأعضاء التي تمثل حياته ونهايته لذلك، فمسألة زراعة الأعضاء البشرية لاقت اهتمام كبيرا لدى القوانين والتشريعات الوضعية فاتجهت الآراء بشأنها إلى معارض ومؤيد، والحقيقة أن أغلب القوانين العالمية تجرم بيع الأعضاء البشرية، فهناك من يجرمها من منظور قانوني بحت، وهناك من يجرمها من منظور شرعي [2]، وبعد أن تطرقنا إلى تجريم الأعضاء البشرية من حيث المنظور الشرعي سوف نتناول في هذا المطلب تجريمها من المنظور القانوني الوضعي، واستنادا بالمشرع الجزائري .

---

[1]– داني عبد الله بن اسماعيل بن براهيم بن بربرية الجحفي البخاري، باب ثم من باع حراء، دار التقوى للترت ، ص 527

[2]– عبد الله قسيمه ونراوي رشيد، "حرية التصرف في جسم الإنسان"، (مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء) المدرسة العليا للقضاء، (2007/ 2004)، ص 16

موقف المشرع الجزائري من تجريم عمليات نقل وزرع :

الأعضاء البشرية لقد شهدت العلوم الطبية مؤخرا قفزة نوعية لم يصل إليها البشر قديما؛ بل يمكن القول أنها تجاوزت إنجازات الإنسان لألاف السنين، وبات يخشى على الانسان من مساوئ هذا التطور وتوجيهه الوجهة التي تحدث خطرا أو تنتج ضررا بجسم الإنسان أو نفسه أو مصالحه من أجل ذلك قام المشرع الجزائري بإدخال تعديل على قانونه العقابي وتجريمه الاتجار بالأعضاء البشرية في قسم مستقل، ما ذلك إلا دليل على إرادته ضبط حدود تطور التقنية والعلوم الطبية تجريم أفعال اقتزاع أعضاء الإنسان أو أنسجة جسمه أو خلاياه، ورصد جزاءات عقابية لمجابهة هذه الأفعال حتى لا تخرج الأعمال الطبية عن الغاية النبيلة التي ينبغي أن تسير وفقها وإليها وأن يخرج جسد الإنسان من دائرة التعامل والمعاملة المالية.

فالمشرع الجزائري أقر مبدأ التعامل بالأعضاء البشرية بالبيع أو ما يسمى الإتجار وهذا في قانون الصحة وترقيتها، لكنه لم ينص على أية عقوبة في هذا القانون؛ إلا أنه تدخل لسد الفراغ القانوني المتعلق بالأحكام الجزائية في حالة مخالفة النصوص المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال القانون رقم (09-01) المتضمن قانون العقوبات وذلك في الكتاب الثالث تحت باب الجنايات والجنح ضد الأفراد في القسم الخامس مكرر 01 بعنوان "الإتجار بالأعضاء" وذلك في 14 مادة[1]. وبناءا على كل ما سبق سنحاول توضيح موقف المشرع الجزائري من ناحية تجريم زراعة الأعضاء البشرية إلى ما يلي :

[1]- القانون رقم (09-01) الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009، المنشور في بالجريدة الرسمية المؤرخة بتاريخ،2009 / 03 / 08 ، العدد 15، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم.

الفرع الأول: تجريم أفعال الإتجار بالأعضاء البشرية :

جرم المشرع الجزائري في القسم الخامس مكرر 1 أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية التي لا تخرج عن احدى 03 جرائم انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا من جسم شخص بمقابل أن يكون هذا الانتزاع بدون موافقة أو التستر على وجود هذه الأفعال، وقد وزعت هذه الجرائم الى التالي:

أ/ تجريم افعال انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا جسم بمقابل أو منفعة:

إن جريمة الحصول على عضو أو نسيج أو خلايا أو منفعة نص عليها المشرع في المواد 303 مكرر 16 من قانون العقوبات و303 مكرر 18 من قانون العقوبات؛ حيث تقوم هذه الجريمة على عناصر السلوك الإجرامي وعن قصد جنائي ومن خلالها سنحاول أن نوضح ذلك في العناصر التالية:

أ.1- الركن المادي: ويقوم الركن المادي في هاته الجريمة على النقاط التالية:

أ.1-1/صفة الجاني: لم تحدد المادتان أعلاه صفة معينة للمجرم الذي يقوم بفعل الحصول على العضو أو الانتزاع، فقد يكون شخصا طبيعيا مثل المريض قصد التعجيل بشفائه أو سمسارا يتوسط بين من هو بحاجة إلى عضو أو نسيج أو خلايا الجسمه، وبين من يملك هذا العضو أو النسيج، سواء أكان هذا مالكا له ينتفع بها جسمه أو مستشفى يتواجد بها أعضاء أو أنسجة بشرية توفرت لديها بأسباب مشروعة كالتبرع مثلا، وقد يكون الجاني وسيطا يمتلك وسائل الإقناع أو الخداع أو النصب أو النشر ما يعينه على التأثير في نفوس الأشخاص المعنيين لا يهم في قيام مسؤولية الوسيط الجزائية أن يقوم بهذه الوساطة مجانا أو بمقابل باقتناع منه أو بباعث نبيل، كأن يكون من الدعاة المتحمسين لنقل الأعضاء البشرية وزرعها، أو شفيقا على المريض المحتاج إلى العضو، المجرم في فعله هو الوساطة التي منعها المشرع الجزائري.

والوسيط في هذه الجريمة ليس شريكا فيها حتى تسري عليه أحكام الشريك في العقاب، فاعل أصلي يعامل معاملة من يحصل على عضو من جسم الإنسان بمقابل.

أ-1-2/السلوك الإجرامي: يتمثل فيمايلي:

. فعل الحصول أو الانتزاع أو الشروع فيها

. المقابل أو المنفعة

أ-2/ الركن المعنوي : و يتكون من القصد الجنائي والذي يعتبر جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، وهي جريمة عملية بمجرد انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق الجريمة بجميع أركانها، مع علمه بأن القانون يجرم ذلك؛ فالعامد هو من يحصل على عضو أو جزء من جسم الانسان بمقابل أو دون رضاه سواء قام بالفعل المنهي عنه من أجل الإتجار بالأعضاء الحاصل عليها بدون موافقة أصحابها، فجريمة نقل وزراعة الأعضاء البشرية تقترن بجرائم أخرى كالتزوير والتهريب والنصب والإحتيال، مما يجعل القصد الجنائي للجريمة محل للبحث أكثر وضوحا، وتأكيدا على عمد الجاني.

ب/ جريمة الحصول على عضو من جسم دون موافقة صاحبه : نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر 19 من قانون العقوبات قوام هذه الجريمة الاعتداء على رضا صاحب الجسد باقتطاع عضو من جسده أو جزء منه أو زرعه في جسد إنسان أخر، والجسد قد يكون لحي أو ميت، من أفادت الأجزاء التي تكونه جسد من هو بحاجة إلى هذه الأجزاء لذلك لابد من التأكد من رضا المتبرع وتبصيره بكافة الأخطار المحتملة لأن عدم رضائه محل هذه الجريمة.

وهذا ما سنكتشفه من خلال الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها وهذا نصها: "لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية التبرع[1]، سواء ما تعلق منها بالنتائج المحتملة للاستئصال التي قد تؤثر على صحته أو نفسه أو أسرته أو مهنته أو أي إخفاء للنتائج الخطيرة أو المتوقعة لعملية الاستقطاع يقع على عاتق الطبيب باعتبار أن هذا الإخفاء خطأ طبي

[1]- مراد بن على زريقات، "جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية"، مقال بمجلة مؤتمر الأمن و الديمقراطية وحقوق الإحسان، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006، ص 114.

المستوجب للمسؤولية، فهذه الجريمة تتحقق إذا كان هذا المتبرع ناقص الأهلية. ومما تحرص عليه التشريعات في مجال نقل الأعضاء البشرية هو إحاطة القصر ومن في حكمهم بحماية أجسادهم ولو كانوا من أولياء أمورهم، ومن بين هاته التشريعات قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري في المادة (163) منه، والتي جاء نصها على النحو الآتي: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل"[1].

فالركن المعنوي لجريمة الحصول أو الانتزاع لعضو أو نسيج أو جزء من جسده دون موافقة صاحبه، إن كان حيا أو من أسرته أن كان ميتا، فيتحقق بانصراف إرادة الفاعل السليمة إلى هذا الاستقطاع مع علمه بالجريمة التي أقدم عليها والنهي الواضح من المشرع، وبهذا يقوم قصده الإجرامي المستوجب للمتابعة والجزاء المرصود لمجابهة هذا النوع من الجرائم ولردع الجناة المرتكبين لها[2].

ج/ جريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية: تتكون هذه الجريمة من الركن المادي والركن المعنوي، وهذا ما سيتم توضيحه في التالي:

ج-1/ الركن المادي : يقوم الركن المادي لهذه الجريمة على النقاط التالية:

ج-1-1/ صفة الجاني: لم يحدد المشرع الجزائري صفة معينة للجاني الذي يمتنع التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية بدليل استعماله للفظ العموم "كل من علم"، لذلك قد يكون الجاني طبيبا أو جراحا أو قائما بمهنة التمريض أو لم يكن للوظيفة دخل في علم الشخص بوقوع الجريمة كزوجة طبيب أو صاحب متجر ما.

---

[1]- أنظر القانون رقم (05 / 85) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

[2]- فرقاق معمر، مرجع سابق، ص 132.

ويكون الشخص مسؤولا جزائيا، ولو كان ملزما بالسر المهني ما دام المشرع قد ألزمه بالتبليغ كالأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات والموظفين العموميين والقضاة والأشخاص المساهمين في التحري والتحقيق والمحامين والموثقين والمترجمين الرسميين، فقد أناط المشرع الجزائري بهؤلاء واجب كتمان السر في القوانين الأساسية بهم والتي تنظم مهنتهم .

ج-1-2/ السلوك الإجرامي: و يتحقق بتوافر العناصر التالية:

***ارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية:** يشترط لقيام جريمة عدم التبليغ بهذه الجريمة سواء أكان حصولا عن عضو أو جزء من جسد إنسان بمقابل أو بدون موافقته ومعنى ارتكاب الجريمة أن تكون تامة؛ أي أن هذا الشروع لا يكفي في ارتكاب الجريمة القيام جريمة عدم التبليغ، فلو شرع في الحصول على عضو من جسد إنسان و علم شخص بهذا الشروع فإنه لا سبيل إلى مقضاته جزائيا عكس ما قام به المشرع الجزائري في جريمة عدم الإبلاغ عن جريمة وصفها جناية في المادة (181) من قانون العقوبات التي جرمت عدم الإبلاغ في الشروع في جناية أو وقوعها فعلا.

وبناء على ما تقدم كان من الأجدر بالمشرع الجزائري لو أضاف عبارة "أو شرع فيها" بعد ارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، ليتسنى للسلطات المختصة حماية ضحايا الجريمة من الضعفاء والقصر ومن في حكمهم مع العلم أنه لو استقطع عضو من جسد شخص فإن ضررا بالغا يلحق بالمستقطع منه ولو أمكن استرجاع العضو وإعادة زرعه فيه مرة أخرى.

* **الإمتناع عن تبليغ السلطات المختصة فورا:** يعد عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم السلبية التي يمتنع الشخص فيها عن عدم القيام بواجب الزمه به المشرع، متعمدا عدم إخبار السلطات المختصة سواء أكانت سلطات قضائية ومصالح الضبطية القضائية أم كانت سلطات إدارية كإدارة المستشفى و غيرها.

وقد ألزم المشرع الجزائري المبلغ بميعاد معين أشارت إليه لفظة "فورا" التي تعني عدم التراخي في التبليغ لئلا يفوت السلطات فرصة الكشف عن الجريمة أو مرتكبيها أو الوقوف على

العصابات التي تقتات على أعضاء أو أنسجة بشرية، ويبقى للقضاء السلطة التقديرية المعيار الفورية في التبليغ و عدم التراخي فيه[1].

الفرع الثاني : عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية :

يمكن القول أن المشرع الجزائري رصد لمجابهة جرائم نقل وزرع الأعضاء البشرية عقوبات صارمة متعددة، سواء كان هذا النقل من أجل المتاجرة او لأغراض اخرى، وسواء كان الشخص المقترف لهذه الجريمة شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ولم يتساهل مع مرتكبي هذه الجرائم لذلك سيتم معرفة العقوبة وأنواعها من خلال ما يلي:

1/العقوبات المقررة للشخص الطبيعي في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية:

سيتم التطرق إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي عن الجرائم التي سبق الحديث عنها، بدءا بالعقوبات الأصلية وحالات التشديد والأعذار القانونية، وانتهاء بالعقوبات التكميلية التي تضمنتها مواد قسم الاتجار بالأعضاء البشرية في النقاط التالية:

أ/ العقوبات الأصلية في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية:

* عقوبة جنحة الحصول على عضو من أعضاء الجسم بمقابل أو منفعة هي الحبس من 03 سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من .000 300 دج إلى 1000.000 دج صرحت بهذه العقوبة المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري[2].

* عقوبة جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص بمقابل أو منفعة هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج على.000 500 دج، نطقت بهذه العقوبة المادة 303 مكرر 18[3] من قانون العقوبات الجزائري.

* عقوبة جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة، هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 100.00

[1]– فرقاق معمر، مرجع سابق، ص 134-

[2]– أنظر المادة 303 مكرر 16، من قانون العقوبات الجزائري

[3]– أنظر المادة 303 مكرر 18، من قانون العقوبات الجزائري

إلى 500.000 دج يتضح هذا من خلال ما هو ظاهر في نص المادة 303 مكرر 19، من قانون العقوبات الجزائري.

* عقوبة جنحة عدم الإبلاغ عن جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من .000 .100 دج إلى.000 500 (المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري) [1]،على أن هذه العقوبة لا تطبق على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدراجة الرابعة بشرط ألا تكون الجريمة ضد قاصر لم يبلغ 13 سنة) [2].

ب/ الظروف المشددة وتطبيق الفترة الامنية وامتناع تطبيق الظروف المخففة:

ب-1/ الظروف المشددة: نصت المادة 303 مكرر 20 على حالات تشديد العقوبة بالنسبة للأشخاص الذين تتوافر فيهم، وهي محصورة بنص القانون لا يجوز القياس عليها، وهذه الحالات هي كالأتي:

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر الحدود الوطنية.

إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف من هاته الظروف فإن العقاب يصير مشددا يتروح بين جنحة مشددة وجناية، فأما الجنحة المشددة فعقوبتها الحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من.000 500 دج إلى .00.00 1 وقد تم رصد هذه العقوبة المشددة لفعل انتزاع الانسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جسم شخص بمقابل أو منفعة، أو من شخص

[1]- نص المادة303 مكرر 25 من قانون العقوبات

[2]- نبيل صقر، الوسيط في شرح جرائم الأموال، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عن سلسلة الجزائر، 2012، ص 276، ص 277

ميت لون الحصول على الموافقة، واما الجناية فعقوبتها السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 000 . 000.1 دج إلى 000 . 000. 2دج وكانت هذه العقوبة المشددة لفعل الحصول على عضو من اعضاء جسم بمقابل أو منفعة وفعل انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة.

تطبق هذه العقوبات المشددة بشرط توافر ظرف من الظروف المشددة على الأقل المذكورة أعلاه.

ب-2 / امتناع تطبيق الظروف المخففة: نصت المادة 303 مكرر 21 من قانون العقوبات على أنه "لا يتقيد الشخص المدان لإرتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون. .

ب-3/الأعذار القانونية: نصت المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات الجزائري أنه يعفي من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيهما.

وتخفف العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد الإنتهاء من تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحركي الدعوى العمومية، أو اذا امكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة[1].

ب-4/ تطبيق الفترة الامنية: نصت المادة 303 مكرر29 المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.

وبالرجوع إلى المادة 60 مكرر من قانون العقوبات نجده يبين مفهوم الفترة الأمنية التي يقصد بها حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط [2]،

[1]- المادة 303 المكرر 24 من قانون العقوبات.

[2]- المادة (60) من قانون العقوبات الجزائري

حسب نص المادة 303 مكرر 29 من قانون العقوبات[1]، الذي فرض تطبيق الفترة الأمنية على جرائم نقل وزراعة الأعضاء البشرية عن طريق المتاجرة ينصب في دائرة تشديد العقوبات على مرتكبي الجرائم، فلو أدين شخص بجريمة من الجرائم السابقة فإنه يجرم قانونا من إفادته من نظام من الانظمة التي حواها قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائريين .

ب-5/ العقوبات التكميلية: إذا كان وصف جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية على انها جنح، فإن تطبيق العقوبات التكميلية على الشخص الطبيعي المدان يكون جوازيا من القضاء، إلا إذا أمر النص بخلاف ذلك وهو أن يلزم القضاء بتطبيق العقوبات التكميلية على المدان.

كما فعل في نص المادة 303 مكرر 22 التي فرضت تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات، وتبقى مسألة اختيار العقوبة أو أكثر منها بيد السلطة القاضي يتخير من مجموع العقوبات التكميلية الآتية ما يراه مناسبا، كالحجز القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية و العائلية، تحديد الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط إغلاق لمؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار شيكات، تعليق سحب رخصة السياقة او الغاؤها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم او قرار الادانة، المنع من الاقامة.

وإذا كان المدان في جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية اجنبيا، فإن القانون في المادة 303 مكرر 23) ألزم الجهة القضائية المختصة بمنعه من الإقامة في التراب الوطني نهائيا أو لمدة 10 سنوات على الاكثر.

[1]- المادة (303) مكرر 29 من قانون العقوبات الجزائري (3) قانون رقم (05-04) مؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 12 بتاريخ 13 فيفري 2005

كما الزم القانون 303 مكرر 28 من قانون العقوبات الجهة القضائية في حالة الادانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والاموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير، حسن النية، ويدخل في معاناة الأشخاص الذين لم يكونوا شخصيا محل متابعة أو إدانة من اجل الوقائع التي ادت إلى المصادرة، ولديهم سد ملكية أو حيازة صحيح ومشروع على الأشياء القابلة للمصادرة[1].

2/ العقوبات المقررة للشخص المعنوي في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية:

يتم التطرق إلى مفهوم الشخص المعنوي بحسب ما هو واضح في المادة 51 من قانون العقوبات الجزائري أولا، ثم نتبين العقوبة التي رصدت للشخص المعنوي المدان في واحدة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية ثانيا.

أ/ مفهوم الشخص المعنوي:

استنادا إلى المادة 303 مكرر 26 التي لم تعفي الشخص المعنوي من المساءلة الجزائية إن ادين في جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، لكن بالشروط التي هي مبنية في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، ومن ثم فإن الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

ويبقى الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص مسؤولا جزائياء المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الرأسمال المختلط والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية[2].

ويشترط بحسب المادة 51 من قانون العقوبات أن ترتكب الجريمة لحسابه من طرف أجهزته كالرئيس، المدير العام، ومجلس إدارة شركات المساهمة مثلا.

ب/ عقوبة الشخص المعنوي: إذا ادين الشخص المعنوي في جريمة من جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية فإن العقوبة المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري تكون كالآتي:

---

[1]– فرقاق معمر، مرجع سابق، ص136.

[2]– أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج2، ط1، دارهومة، الجزائر، 2011، ص50

*غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا الجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، ومن ثم تصير الغرامة ما بين 000 . 1000 دج (وهو الحد الأقصى المقرر لجنحة انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة مثلا و5000.00 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

* إحدى العقوبات التكميلية الآتي إيضاحها أو اكثر:

- ✓ حل الشخص المعنوي.
- ✓ غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجواز خمس سنوات.
- ✓ الأقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- ✓ و المنع من مزاولة نشاط او عدة انشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا، أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- ✓ مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها
- ✓ تعليق ونشر حكم الإدانة
- ✓ الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة خمس سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته[1].

كما يمكن القول بان هذا الاهتمام الكبير من الجانب الشرعي والقانوني بجسم الانسان مما استلزم ضرورة مواجهة قيام بعض الأفراد بالمتاجرة بالأعضاء الأدمية.

[1]– انظر المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري

خاتمة

الخاتمة:

لقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة المستفيضة لمجمل الإشكاليات الشرعية والقانونية الناجمة عن عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية من الأحياء أو تلك التي تقوم على فكرة الاستئصال من جثث الموتى، حجم الصعوبات التي تثيرها هذه الممارسة، و التي تعد بداية انعكاس و ترجمة للتجديد الذي تعرضت له المبادئ القانونية و الأخلاقية والدينية التي كانت سائدة في التنظيم القانوني للحق في السلامة الجسدية، و هو الأمر الذي دفع أغلب التشريعات إلى نفي التوجه الذي ينادي بضرورة التخفيف من المبدأ لرأب الصدع و الهوة التي تفصل حتمية التطور العلمي في المجال الطبي و البيولوجي، و ما قد يتتبع من مساس بمكونات الجسم البشري، و بين حرمة هذا الأخير و ضرورة الحفاظ على كرامته التي تقتضي عدم جواز ابتذاله يجعل مكوناته من أعضاء بشرية بمثابة المادة الخام التي يمكن الاستعانة بها في الأبحاث العلمية و الصناعات البيوتكنولوجي.

فإذا كان علم أخلاقيات العلوم الإحيائية، حاول كبح جماح مختلف الممارسات الطبية و العلمية على غرار عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية، والتي أحدثتها الطفرة الهائلة في المجالات الطبية العلمية و التكنولوجية الحديثة، عن طريق وضع الإطار القانوني و الأخلاقي الذي يضبطها، و تفعيل الأثر المبيح للرضاء كأحد أهم ركائزها، فإن هذا الاتجاه لم يفلح حقيقته في رأب ذلك الصدع و الهوة بين جوهر هذه المبادئ و مضمون عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية من جهة، و بين مقتضيات الحماية الواقعية الواجب توفيرها للجسم البشري بكافة عناصره و مشتملاته من ناحية أخرى.

و في مقابل ذلك، فإنه ليس من الملائم ترك مسألة تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية رهنا للقواعد الأصولية و المبادئ العامة المستقر عليها في القانون المدني و الجنائي، لأنه من شأن ذلك أن يزيد المسألة تعقيدا و يؤدي في الأخير لنتائج عكسية و هو ما لاحظناه من خلال قصور تلك المبادئ و القوانين و عجزها عن استيعاب العديد من

أنماط السلوك الطبي و العلمي التجريبي و الصناعي التجاري الماس بأدق المكونات الجسمانية للهرمونات و الخلايا و الأمشاج و اللقائح الآدمية...

و الواقع أن الحل الأمثل الذي يمكن من تدارك هذا الفراغ الكبير، الذي يفصل عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية عن مقتضيات الحماية القانونية و الشرعية و الأخلاقية للأعضاء البشرية كمكونات للجسم البشري و ما ينجم عن هذه الممارسة من إشكاليات شرعية و قانونية، و هو أمل لن يتأتى في نظرنا إلا باعتماد بعض الأسس، و التوصيات التي نرى أنها أمر لا مناص منه لإعادة التوازن المفتقد بين هذه الممارسة و الحقائق الواقعية العملية:

1- لابد من الإسراع في وضع تشريع بيوأخلاقي مستقل عن قانون حماية الصحة وترقيتها يتضمن معالجة كافة الجوانب الأخلاقية و الشرعية و الفنية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، و كذا كافة الممارسات الطبية المستحدثة الأخرى مع تدعيم هاته النصوص القانونية بمجموعة من العقوبات الجزائية حتى تضمن السهولة في تكييف المسؤولية الجزائية من جهة و ضمان عدم حياد هذه الممارسات عن أطرها المشروعة، وفقا للخصوصية الاجتماعية و الثقافية للمجتمع الجزائري.

2- تكثيف الجهود الوطنية والأبحاث والندوات على المستوى الإقليمي، خاصة فيما يتعلق ببرامج التنفيذ المختلفة، و تكوين لجان متخصصة في مختلف مجالات نقل و زرع الأعضاء البشرية، تتولى تقديم الاستشارات الفنية و القانونية عن طريق إشراك المقتدرين على المساهمة في دعم برامج نقل و زراعة الأعضاء البشرية و الحرص على إشراك جميع الفعاليات، من رجال الطب و القانون و الدين، وكافة الأطياف السياسية و حركات المجتمع المدني.

3- بذل الجهود اللازمة لتوعية الجهود و حثهم على المشاركة في دعم برامج التبرع و الوصية بالأعضاء الآدمية، بتكثيف الحملات الإعلامية عن طريق وسائل الإعلام المختلفة بالاستعانة برجال الدين أشرفي نفوس الأمة.

4- كما أنه لابد من تفعيل دور الرضاء الحر المتبصر المستنير بالنسبة للمتبرعين الأحياء و مثل هذا الحكم لابد من أن ينصرف إلى الأموات، إذ لابد من احترام ضعفهم وعدم تمكنهم من التعبير عن إرادتهم و رغباتهم، و لا يحق لأي كان السماح بانتهاك حرمة هذه الجثث، إلا إذا عبر المتوفى عن قبوله بذلك صراحة و لا يجوز للورثة الإذن بالاستئصال من جثة مورثهم إذا لم يعبر عن ذلك في حياته أو قبل مماته، باعتبار أن الجثة لا تدخل في مشتملات و عناصر التركة إذ هي ليست مالا يقبل التصرف لذلك، ولتلافي أي شبهة قد تثور بمناسبة الاستئصال من جثث الموتى، نرى ضرورة اعتماد نظام بطاقة التبرع بالأعضاء و تعميمه أسوة بما هو متبع في نظام بطاقة التبرع بالدم.

5- كما ننادي بضرورة اعتماد المشرع الجزائري للمعيار الشرعي للوفاة حتى لا تهدف سوى تحقيق أغراض قد تفتح باب الشبهة و الريبة.

6- كما يجب على المشرع التدخل عن طريق توفير جميع الوسائل المادية و البشرية، للمساهمة في الرقي بهذه الممارسة، بالإضافة إلى تفعيل دور الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء البشرية، وكذا وضع إطار تنظيمي واضح بشأن لائحة الانتظار، كما فعل المشرع الفرنسي.

وأخيرا و في ظل قلة عدد المتبرعين بالأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من الجثث، ندعو المشرع الجزائري إلى اعتماد طرق الطب الوقائي كوسيلة بديلة كفيلة، بتقليل الطلب على الأعضاء البشرية، و ذلك بانتهاج أسلوب التوعية الصحية الموجهة نحو المحافظة على الصحة، و الوقاية من الأمراض و الحث على تعديل بعض أنماط السلوك الاجتماعي السلبية الناتجة عن تغير العادات الغذائية و الخمول و عدم ممارسة النشاطات الرياضية.

قائمة المراجع

القران الكريم

أولا : الكتب

1. ابن منظور جمال الدين بن مكرم، السن العرب، بيروت، دار صادر، دون سنة النشر ، دون طبعة

2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج2، ط1، دارهومة، الجزائر، 2011

3. أحمد حسن الحيازي، المسؤوية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط: 1، 2008،

4. ادلبي عبد الله البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، مطبوعات الأزهر، القاهرة، نون سنة

5. اصابر محمد سعد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

6. أمير فرج،أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم،المكتب العربي الحديث،الإسكندرية،دون طبعة، 2008،

7. الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 145. وينظر أيضا عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، المرجع السابق، ص:56-57.

8. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطي، مجلس النشر العلمي، الكويت 2000،

9. حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001

10. داني عبد الله بن اسماعيل بن براهيم بن بربرية الجحفي البخاري، باب ثم من باع حراء، دار التقوى للترت

11. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007

12. سمير عازار،الموسوعة الصحية الطبية الشاملة،الأعضاء والأجهزة، دار النشر والتوزيع،دارنوبيلس، الد الأول، ،الطبعة الأولى،2005

13. طارق سرور،نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء،دار النهضة العربية للنشر،القاهرة،الطبعة الأولى،2001

14. عاصم خليل،بحث حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية وحقوق الإنسان،مقدم لجامعة بيرزنت،كلية الدراسات العليا،2008،2007

15. عبد الله البستاني، الوافي وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، دون سنة النشر ، دون طبعة

16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط: 3، 1998

17. عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأنمية، دار المنار، القاهرة، 1998

18. عبد الله قسيمه ونراوي رشيد، "حرية التصرف في جسم الإنسان"، (مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء) المدرسة العليا للقضاء، (2007/ 2004)

19. عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة 1988

20. عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه، الجزائر، 2009

21. فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود، "الحماية الجنائية السلامة الجسم في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية أطروحة دكتوراه في القانونن)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، غير منشورة، دون سنة

22. الكسيس كاريل، الإنسان **كاريل** ،تعريب شفيق اسعد فريد،مؤسسة المعارف،بيروت ،لبنان ،دون سنة النشر ، دون طبعة

23. مأمون عبد الكريم، رضا المريض في الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 508

24. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحفة الملوك في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار البشائر الاسلامية، بيروت، نون سنة

25. محمد بن فتوح الحميدي،الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم،الجزء الثاني،دار ابن حزم للنشر والتوزيع،بيروت،الطبعة الثانية،2002

26. محمد بن يزيد القزويني بن ماجة ، سنن بن ماجة، ج2، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة ، ص1297.

27. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006،.

28. محمد عبد الوهاب الخولي،المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة،دراسة مقارنة،دون دار النشر، الطبعة الأولى،1998

29. محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، دارالعلم، دمشق، 1994

30. محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة،

31. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1988، دون طبعة

32. مراد بن على زريقات، "جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية"، مقال بمجلة مؤتمر الأمن و الديمقراطية وحقوق الإحسان، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006.

33. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم،دار أحياء الكتب العربية، دبن، نون سنة ، 1996.

34. مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب و الحين، دار الحديث، القاهرة، 1993

35. نبيل صقر، الوسيط في شرح جرائم الأموال، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عن سلسلة الجزائر، 2012

36. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2008

37. نظام توفيق االي،شرح قانون العقوبات،القسم العام ،دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن ،دون طبعة،2005.

38. هيثم حامد المصاروة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والاباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003

39. هيثم حامد المصاورة،نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة ،دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية،دون طبعة،2003

40. الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة، دون طبعة، 2004

41. ينظر كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012،

المذكرات الرسائل الجامعية

1. قشي علال، نظرات في قرارات المؤتمرات وامعات الفقهية المتعلقة بالقضايا الفقهية، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية،يومي 23،24جانفي 2008،جامعة مولود معمري تزي وزو، كلية الحقوق

2. سويسي محمد الصغير،حماية السلامة الجسدية وعلاقتها بحقوق الإنسان،رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر،كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية،بسكرة،2004-2005.

3. سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، (شهادة المدرسة العليا للقضاء)، غير منشورة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2006/200314.

4. كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2013.

5. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم26(4/1)بشان انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حيا أو ميتا، المنعقد بجدة من 06 إلى11 فبراير1988، مجلة ، عدد 4 ج

6. المروك نصر الدين زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 1993/1992

7. – ماهر حامد الحولي، الأبعاد الشرعية والقانونية لجريمة الاحتلال الاسرائيلي في سرقة الأعضاء البشرية للفلسطينيين، الجامعة الإسلامية، غزة،

8. وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011

9. رمزي حوحو "حملة حق الانسان في السلامة الجسدية، وفقا لأحكام القانون الدولي (اطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائيي) بسكرة، 2008

المجالات العلمية

1. عبد السلام العبادي،بحث حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان،مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر،2009،ص 19

2. مجلة اللجنة الدائمة لخدمة الإنسانية والسلام، صفحة امنح الحياة، الجمعية الوطنية لطلاب الطب، 2009.

3. منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط: 1، 2004،

القوانين والمراسيم

1. قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16فيفري 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90المؤرخ في 15 أوت 1990الجريدة الرسمية رقم 35 .

2. القانون رقم 16-98 المتمم بمقتضى القانون رقم05-26 والمتعلق بتبرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

3. قانون العقوبات الأمر 66-156 في 8يونيو 1966 الذي طرأت عليه عدة تعديلات ابتداء بالأمر 69-74 المؤرخ في 16سبتمبر 1969 إلى غاية أخر تعديل بالقانون 09-01المؤرخ في 25فبراير 2009

4. قانون رقم 06/85 المؤرخ في 16فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بموجب القانون 11/90 المؤرخ في 31جوان 1990 حيث تناول نقل وزرع الأعضاء والقانون 09/98 المؤرخ في 19اوت 1998.

5. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جر عدد 24 مؤرخة في 12 جوان 1984

6. [1]– قانون رقم 90–17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 85–05 م ح ص ت.

7. القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص: 23)، وقد ورد في هذه المادة قبل التعديل استثناء عن الفقرة الأولى، حيث كان المشرع الجزائري يقيم مسؤولية عديم التمييز عن الخطا في حالة عدم تمكن المتضرر في الحصول على التعويض من المتسبب في هذا الضرر، فهذه الحالة تقوم على أساس تحمل التبعية أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة

8. قانون رقم 08–09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

9. القانون رقم (09–01) الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009، المنشور في بالجريدة الرسمية المؤرخة بتاريخ،2009 / 03 / 08 ، العدد 15، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم.

10. القانون رقم (09–01) الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009، المنشور في بالجريدة الرسمية المؤرخة بتاريخ،2009 / 03 / 08 ، العدد 15، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم.

11. القانون رقم (1005) المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ، الموافق ل،20 جوان 2005، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 13 جمادى الأولى 1426 هـ املوافق ل26 جوان 2005، العدد 44 المتعلق بالقانون المدني المعدل (4) القانون رقم (06–22) الموافق ل20 ديسمبر 2006 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 24 ديسمبر 2006، العدد 84، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

12. قانون رقم (05-04) مؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 12 بتاريخ 13 فيفري 2005

13. القانون رقم (85-05) مؤرخ في 16 فيفري 1985، قانون حماية الصحة وترقيتها، ج1، عند 8، المعدل والمتمم بالقانون رقم (1588) مؤرخ في 03 ماري 1988 والقانون رقم (90-17) مؤرخ في 31 جويلية 1990، الجريدة الرسمية، عدد 35، 1990.

الموقع الانترنت

http://www.almatareed.org/vb/showthread.php?t=5044

http://www.Givealife.net/trasplant/

المراجع باللغة الفرنسية

JACQUES DE LA MARE , Op.Cit, p588

PANNEAU (Jean) , la responsabilité du médecin, DALLOZ, Paris, 2eme édition, 1996, p:22.

Donimique Dantricourt, Les Prélèvements D'organes, Revue Mensuelle n°676, juin,. 2003, p24

- PANNEAU(Jean), la responsabilité du médecin, op, p: 7, 12.

الفهرس

إهداء

شكر و عرفان

مقدمة.....01

الفصل الأول : قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية. ... 11

المبحث الأول :مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتصنيفاتها. 12

المطلب الأول: تعريف العضو البشري. 12

الفرع الأول : تعريف نقل وزرع الأعضاء البشرية 13

الفرع الثاني: مراحل عملية نقل الأعضاء البشرية..... 21

المطلب الثاني : تصنيف أعضاء البشرية..... 22

الفرع الأول: تعريف تصنيف الأعضاء البشرية 22

الفرع الثاني : شروط الحماية الجنائية 24

المبحث الثاني : قيام المسؤولية المدنية و الجزائية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية 26

المطلب الأول : قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية 26

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب. 27

الفرع الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب..... 32

الفرع الثالث: آثار المسؤولية المدنية الطبية في مجال زراعة الأعضاء البشرية. 44

المطلب الثاني : حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء 51

الفرع الأول : المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي عند انتزاع الأعضاء 51

الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية 60

الفصل الثاني : عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة و التجريم..... 77

المبحث الأول : إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية. 78

المطلب الأول: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية. 78

الفرع الأول: مبدأ الكرامة الإنسانية 78

الفرع الثاني: مبدأ التراحم والتضامن الإنساني والتعاون على البر 79

المطلب الثاني: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الوضعي. ...82

الفرع الأول: الشروط العامة لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية. 83

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية 88

المبحث الثاني: تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي 94

المطلب الأول: تجريم عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية... 95

الفرع الأول : تحريم عملية التبرع بالأعضاء البشرية 96

الفرع الثاني . تحريم بيع الأعضاء البشرية 98

المطلب الثاني : تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي. 99

الفرع الأول : تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية 101

الفرع الثاني : عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية 105

خاتمة.....112

قائمة المراجع 116

مـلخص مذكرة الماستر

يعتبر موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية من أعمال الحديثة ، و التي تثير العديد من التساؤلات و المشكلات مما يجعل دراستها و التطرق إليها ذا أهمية كبيرة، غير أنها لم تسلم من الأخطاء الطبية و التي تؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية في حق الطبيب الجراح عن جرائم قد تكون عملية كالقتل العمدي، وقد تكون غير عمدية كالقتل الخطأ، و ليس هذا فقط فقد تتحول عمليات نقل الأعضاء البشرية من عمل إنساني و المتمثل في التبرع و الذي ينقض حياة إنسان إلى عمليات تجارة و ربح مالي غير مشروع عن طريق الإتجار بالأعضاء البشرية، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى تنظيم قواعد و ضوابط عامة لها و ذلك في قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الكلمات المفتاحية:

1 / نقل الأعضاء 2/.رضا المريض 3/الشريعة الإسلامية

4/ زرع الأعضاء 5/ الخطأ الطبي 6/ الضرر الطبي

Abstract of The master thesis

The subject of human organ transplantation and transplantation is a modern business, which raises many questions and problems, which makes its study and discussion of great importance, but it has not been spared from medical errors that lead to criminal responsibility against the surgeon for crimes that have been committed by the surgeon. It may be a process like intentional killing, and it may be unintentional like manslaughter, and not only that, human organ transplants may turn from a humanitarian act represented by donation, which destroys a person's life, to commercial operations and illegal financial profit through trafficking in human organs, which led to The Algerian legislator calls for the regulation of general rules and controls for them in the law for the protection and promotion of health.

keywords:

1 /Organ transplantation 2/ Patient satisfaction 3/ Islamic law

4/ Organ transplantation 5/ Medical error 6/ Medical damage