الجمهوريـة الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد ابن باديس – مستغانم –

كلية الحقوق

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق

المسؤولية الجنائية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية

من إعداد الطالبة:

هني فوزية

تحت إشراف الأستاذ

المحترم

مزيود بصيفي

السنة الجامعية

2016 / 2015

تشكرات

بسم الواحد الصمد الذي لم يلد ولم يولد وهو على كل شيء قدير، سبحانه وتعالى، الشكر والحد لله الذي وفقني وأعنني لإتمام مذكرتي هذه.

أتقدم بأصدق التشكرات الخالصة إلى الأستاذ المحترم "مزيود بصيفي" الذي تفضل بقبوله الإشراف على مذكرتي ومد لي يد العون بنصائحه وتوجيهاته القيمة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذات على دعمهن خصوصا المعنوي : "أ. بن عزوز صارة" " أ. عيساني رفيقة" " أ. بن بعلاش خليدة" .

وإلى جميع أساتذتي دون إستناء الذين

علمونا ما كنا نجهل وأعالونا على ما كنا نعجز

إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات و الدعوات إلى أغلى إنسان في الوجود أمي الحبيبة .

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه أبي الكريم أدامه الله لي.

إلى من خطى معي خطوة خطوة بتفهم بغية إتمام هذا العمل إلى سندي ورفيق دربي زوجي الغالي حفظه الله لي ورعاه.

إلى فلذتي كبدي أولادي محمد عبد الله وآدم .

إلى أخواتي شهرزاد وزوجها وصباح وزوجها وأخي محمد وزوجته .

وإلى ضرار ، مريم ، محمود ، نسرين ، مريم، ملك ، هاجر ، محمد.

إلى عائلتي الثانية خصوصا عمي الحاج عبد القادر حفظه الله وأدامه، وإلى أخي العزيز عبد الحق كل الشكر والعرفان.

إلى صديقتي أسيا وزوجها حميد ، حسان ، حسنية.

دون أن أنسى روح جدتي الطاهرة رحمها الله.

المقدمة

إن الهدف الأسمى لجميع فروع العلم هو توفير حياة كريمة لبني الإنسان، ولعلى من أهم المواضيع التي استأثرت وأخذت نصيبها من هذه العلوم والأبحاث هي صحة الإنسان وسلامته الجسدية حيث شهد النصف الثاني من القرن العشرين تطورا مذهلا وسريعا في العلوم الطبية والعديد من الانجازات العلمية ولعلى أهمها هي ظهور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية و قد أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل والنقاش لذا رجال لفقه والطب والقانون حول مدى مشروعيته حيث أنه بظهور هذه الموضوعات تجاوز الطب الحديث الحدود التقليدية المتعارف عليها بحيث أصبح أكثر فاعلية في علاج الأمراض المستعصية وإنقاض البشرية من خطر الموت لكن في الوقت نفسه يعد خروجا عن القواعد القانونية والتأطيرية وحتى الفقهية التي تحمي حقوق الإنسان في الحياة وسلامة تكامل جسده وبالتالي قيام مسؤولية المسبب فيها .

إن هذا التطور الهائل في فن الطب يبدو في أول وهلة دخيل على النظام القانوني إذ أن التشريع يكفل الحماية للكيان الإنساني المادي وحياته ضد أي اعتداء يمس به إلا أن طبيعة هذا الفن الطبي قد أثارت جدلا لذا العاملين بالقانون و الطب وفقهاء الشريعة وذلك عندما تصطدم هذه القواعد القانونية المجردة بالاعتبارات الإنسانية لاسيما عندما تمس هذه الاعتبارات والعلاقات حياة الإنسان أو عضو من أعضائه هنا يثور النقاش حول ما يعرف بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي مرت بمراحل من التطور بدأت بنقل جزء من جسم الإنسان إلى جزء أخر من جسمه وتطورت إلى أن أصبحت تنقل من إنسان حي إلى أخر ثم من متوفي إلى إنسان حي وبدأت بعضو لتشمل سائر الأعضاء ويقصد بزرع الأعضاء أو كما يسميه البعض (غرس الأعضاء) أي نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف.

إن موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية ليس بالحديث لكنه قديم قدم الإنسانية حيث لم يكن بهذا الشكل المتطور لكنه عرف لدى المصريين القدامى عمليات زرع الأسنان ونقلها عنهم اليونانيين والرومانيين والأطباء المسلمون عرفوها كذلك وصولا إلى السنوات الأخيرة في عصرنا هذا حيث أجريت العديد من العمليات الجراحية الناجحة خاصة بعد اكتشاف عقار –السيكلوسبورين– توصل إليه العلماء حيث يساعد العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض ويثبت الجهاز المناعي لجسمه وبفضل استخدام هذا العقار الجديد ارتفعت نسبة النجاح في عمليات الزرع إلى حوالي 80 فكان ذلك انجازا كبيرا و أملا جديدا لآلاف المرضى في إنقاذ حياتهم.

إن هذا الانجاز الهائل لعمليات نقل وزرع الأعضاء يستحق أيضا من رجال القانون إظهار التعاون مع الباحثين والأطباء وتسهيل هذه العمليات ووضعها في إطار قانوني سليم و منظم مما يحقق الخير والحماية للبشرية جمعاء

وتعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموضوعات المهمة جدا وذلك راجع إلى طبيعة هذه العمليات وحساسيتها سواءا كانت ممثلة في نقل عضو بشري من جسم بشري إلى أخر أو كانت من إنسان متوفي لإلى إنسان حي ويثير هذا الموضوع جدلا كبيرا على الصعيد الشرعي والقانوني من حيث مدى صحة هذه العمليات من الناحية الشرعية ومدى توافقها مع النصوص القانونية.

وبسبب أهمية هذا الموضوع فقد تم إعداد مسودة القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية وانتهت توصياهم بشأن أطفال الأنابيب وموقف الشريعة من أجهزة الإنعاش الصناعي وتحديد زمان الموت من الناحيتين الشرعية و الطبية وقضية انتفاع الإنسان بأعضائه أو غيره حيا كان أو ميتا ومسألة تأجير الأرحام .

أما على الصعيد الدولي تبدو أهمية الموضوع واضحة ففي لاهاي عقدت جمعية زراعة الأعضاء مؤتمرها الثالث عام 1970 ولم تغفل منظمة الصحة العالمية عن ذلك فقد ورد تقريرها المقدم في الدورة التاسعة والسبعين توضيع عن الأعضاء البشرية القابل للنقل طبيا و لبعض الأسس الأخلاقية المتعلقة بنقل الأعضاء لدراسة مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء.

ولدراسة موضوعي طرحت الإشكالية التالية: ما مدى قيام المسؤولية الجنائية عن أخطاء الطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية ؟ ويتفرع منها عدة تساؤلات:

ما المقصود بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ؟ وما حدودها ؟ وما الشروط الواجب توافرها لإباحة هذه العمليات وإخراجها من دائرة التجريم إلى دائرة الشرعية؟

فضلا عن ذلك السؤال الأهم المتمحور حول ماهي أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب عن أخطائه العمدية والغير عمدية القائمة في نقل وزرع الأعضاء البشرية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية حاولنا تقسيم المذكرة إلى ثلاثة فصول: الفصل التمهيدي قسمته إلى مبحثين الأول أظهرت فيه ماهية العمل الطبي بصفة عامة أما المبحث الثاني فتطرقت فيه إلى أساس مشروعية العمل الطبي .

أما الفصل الأول فعنونته بنقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري وقد قسمته إلى مبحثين

الأول تحدثت فيه عن نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أما المبحث الثاني فعنونته بنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء

أما الفصل الثاني فقد عنونته بالمسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية وقسمته إلى مبحثين : الأول أركان المسؤولية الجزائية الطبية والمبحث الثاني حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ولدراسة موضوعي هذا اتخذت المنهج التحليلي والوصفي لمناسبته وتناسبه مع ما قدمته وما جمعته من معلومات فقد حددت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من بداية السماح بالمساس بحرمة الجسد إلى غاية مسؤولية الطبيب في الجانب الجزائي بطريقة تحليلية ووصفية مراعية طريقة المسح لتكون أفضل النتائج .

أما عن الصعوبات فهي تتركز في قلة المراجع نظرا لحداثة الموضوع لكن مع وجود الأساتذة الكرام و مدهم لي يد المساعدة اندثرت كل هذه الصعوبات وأصبحت عبارة عن تسهيلات وإمدادات وعون.

الفصل التمهيدي: إباحة المساس بسلامة الجسم من أجل ممارسة الأعمال الطبية

المبحث الأول: ماهية العمل الطبي

لقد تطورت العلوم الطبية تطورا مذهلا، حيث وصلت اليوم إلى ما يشبه الانفجار العلمي، حيث أن الباحثون من رحال الطب لم يذخروا جهدا لحماية جسم الإنسان، وتكون تلك الحماية عن طريق العمل الطبي. لكن يجب أن تتوفر شروط في الشخص الذي يقوم بهذا العمل، كما أن هذا العمل يمر بمراحل، وبذلك يجب على الطبيب الالتزام ببعض الضوابط تتماشى وما تتطلبه مهنة الطب من ضوابط أخلاقية.

لذلك سنتناول في هذا المبحث مفهوم العمل الطبي وأساس إباحته في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنخصّصه لمراحل العمل الطبي.

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي و أساس إباحته

{ الفرع الأول: تعريف العمل الطبي }

لقد اختلفت آراء الفقهاء حول تعريف العمل الطبي، وجاءت متباينة على النحو التالي:

يذهب جانب من الفقه إلى تعريفه بأنه:«ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، ويجب أن يستند ذلك العمل على الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب، فاللجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب على السحر و الشعوذة».

كما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن:« العمل الطبي أيا كان من يمارسه لا يكون أكثر من ضرورة لفن العلاج، وأنه يتعلق بحرية العمل على جسم المريض».

وعرفه آخرون بأنه:« هو ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض».

من خلال استقراء التعاريف السابقة، يتضح أنها جاءت ناقصة[1].

1. أنها قصرت نطاق العمل الطبي على العلاج، دون ذكر الأعمال الطبية الأخرى.
2. أنها أغفلت إلى الإشارة إلى مراحل العمل الطبي الأخرى والتي تعتبر من الأعمال الطبية.
3. أغفلت أيضا شروط مشروعية العمل الطبي.

وبذلك ذهب الرأي الراجح إلى تعريف العمل الطبي بأنه: « كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به، بقصد الكشف على المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرض أو تحد منه، أو منع المرض أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضاء من يجري عليه هذا العمل»[2].

يتضح من هذا التعريف أنه شمل كل جوانب العمل الطبي والمتمثلة في[3]:

أولا: طبيعة النشاط يكون متفقا و الأصول العلمية.

ثانيا: حدد صفة القائم بهذا العمل الطبي.

ثالثا: تجاوز غاية النشاط الطبي.

رابعا: حدد مراحل العمل الطبي المختلفة.

---

[1]- مكرلوف وهيبة- رسالة ماجستير- المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجرّاحة- جامعة تلمسان-2005-ص07.

[2]- محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات القسم العام- دار النهضة العربية- القاهرة- 1988- ص182،176.

[3]- مكرلوف وهيبة- نفس المرجع السابق- ص09.

خامسا: تطلب رضاء المريض الصريح والحر.

{ الفرع الثاني: أساس إباحة العمل الطبي }

أولا: الجدل الفقهي حول أساس الإباحة

ثار خلاف بين الفقهاء بشأن الأساس السليم لإباحة العمل الطبيب أو الجرّاح وتمخضت عن ذلك ثلاث آراء رئيسية:

الرأي الأول: رضاء المريض

والرضاء عند أصحاب هذا الرأي يعني تنازل المريض على الحماية التي يقررها القانون لجسمه، فتنتفي بذلك عن العمل الطبي صفة الاعتداء على حق يحميه القانون، فيعد بذلك فعلا مباحا[4].

وهذا الرأي معيب لأن الحق في سلامة الجسم ذو أهمية اجتماعية واضحة.

الرأي الثاني: انتفاء القصد الجنائي

اتجه بعض الفقه إلى البحث في إطار الركن المعنوي للجريمة وذهب إلى القول أن أساس الإباحة هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب لأن إرادته لم تتجه إلى الإضرار بصحة المريض أو إيقاع الأذى به وإنما اتجهت إلى شفائه من مرضه وتخفيف آلامه[5].

هذا الرأي يخلط بين القصد الجنائي والباعث. فالباعث ليس ركنا من أركان الجريمة، فباعث الطبيب شريف إذ يهدف إلى شفاء المريض، ومع ذلك يتوافر القصد الجنائي لأنه يعلم أن العمل الطبي من شأنه إحداث الجرح.

الرأي الثالث: ترخيص القانون

---

[4]- ماروك نصر الدين- الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...- الديوان الوطني للأشغال التربوية-الجزائر-ط01-سنة2003-ص 259.

[5] - ماروك نصر الدين- ***نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية-*** ج01-الكتاب الأول-دارهومه-ط2003-ص64.

اتجه أنصار هذا الرأي إلى القول بأن إباحة الأعمال التي يباشر بها الأطباء على أجسام المرضى ترجع إلى استعمال حق مقرر بمقتضى القانون لهؤلاء الأطباء لمباشرة مهنة الطب.

والنتيجة المنطقية لوجود هذا الترخيص القانوني الذي يأذن به المشرع في ممارسة مهنة الطب وفق الشروط والقواعد التي يحددها هي اعتراف المشرع لطائفة الأطباء بحقهم في مباشرة الأعمال الطبية، ومن إباحة جميع الأفعال التي يباشرون من خلالها هذا الحق.

وهذا ما أيده الفضاء المصري والفرنسي في العديد من أحكامها ويذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجرّاح هو إذن المشرع وإذن المريض.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

ولقد تتطرق المشرع الجزائري للعمل الطبي في المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها[6]، بقوله:« تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخص يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناءا على الشروط التالية:أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية دكتور في الطب. أو جراح الأسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها...».

كما نص في المادة 02 من مدونة أخلاقيات الطب[7] على مايلي: « تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عنها في التشريع والتنظيم المعمول بهما».

[6]- قانون رقم 85-05 المؤرخ في26 جمادى1405هـ الموافق 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها- ج، ر08.

[7]- المرسوم التنفيذي رقم92-276 المؤرخ في 06-07-1992، ***المتضمن مدونة أخلاقيات الطب***-ج، ر52.

وكل لا يحترم هذه القاعدة يعد ممارسا لمهنة الطب بصفة غير شرعية حسب أحكام المادة 214 من قانون حماية الصحة التي تنص على أنه: « يعد ممارسا لمهنة الطب وجراحة السنان والصيدلة ممارسة غير شرعية... كل شخص يمارس الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة دون أن تتوافر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون، أو خلال مدة منعه من الممارسة...» وتكون عقوبته حسب ما ورد في المادة 234 من ذات القانون والتي بدورها تحيل على المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري.

نخلص من كل ما تقدم إلى القول بأن المشرع الجزائري في إباحته العمل الطبي الجرّاحي قد ساير الرأي الثالث، وهو الرأي الذي أخذت به معظم التشريعات المقارنة.

المطلب الثاني: مراحل العمل الطبي

وسنقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين: نتعرض في الفرع الأول إلى مرحلة العلاج وما قبلها، أما الفرع الثاني فسنتركه إلى مرحلة ما بعد العلاج.

{ الفرع الأول: مرحلة العلاج وما قبلها }

وتنقسم إلى ثلاث مراحل وهي:

أولا: مرحلة الفحص الطبي

ويعتبر بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب، ويتمثل في فحص الحالة الطبية للمريض بفحصه فحصا ظاهريا، وذلك بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض وجسمه، هذا ما نصت عليه المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب. ويستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة التي تستخدم في عملية الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعة الطبية وجهاز قياس الضغط أو خافض اللسان أو غيرها من الأدوات الطبية البسيطة التي تستخدم

في عملية الفحص[8]. وهذا ما جاء في المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب: « يجب أن تتوفر للطبيب ... في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية أداء هذه المهمة...».

ثانيا: مرحلة التشخيص

في هذه المرحلة يحاول الطبيب أن يترجم هذه الدلائل والظواهر الناجمة عن الفحص الطبي[9]، لكي يستخلص منها النتائج المنطقية والصائغة وفقا للمعطيات العلمية لوضع التشخيص وتحديد نوع المرض ومركزه بين أنواع الأمراض الأخرى، وهو في هذه الحالة يختلف عن الفحص.

وهذا ما نصت عليه المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: « يخول الطبيب... القيام بكل أعمال التشخيص... » والتشخيص يؤدي إلى التحقق من وجود معين. أما الفحص فقد لا يؤدي إلى نتيجة معينة، أما ترجمة هذه الدلائل لاستخلاص نتائج منها فهو التشخيص، وفي سبيل التشخيص قد يلجأ الطبيب إلى الاستعانة بأطباء الأشعة التشخيصية أو التحاليل الطبية، لأن ذلك يساعد الاستقصاء على حقيقة المرض ودقة تشخيصه من أجل وصف العلاج المناسب[10].

ورأى جانب من الفقه أنه يجب توافر شرطان في الطبيب ليتمكن من إجراء التشخيص وهما: **أولا**: المعرفة العلمية.**وثانيا**: تحديد المرض، حيث يقوم الطبيب في مرحلة التشخيص بثلاثة أعمال وهي: الملاحظة الشخصية، استخدام الأجهزة العلمية في التشخيص، وإجراء التشاور الطبي بشأن التحديد الدقيق للتشخيص.

ثالثا: مرحلة العلاج

[8]- مكرلوف وهيبة- نفس المرجع السابق- ص14.

[9]- أحمد عبد الدائم- رسالة دكتوراه في الحقوق- ***منشورات الحلبي الحقوقية***- بيروت لبنان-1999-ص14.

[10] - مكرلوف وهيبة- نفس المرجع السابق- ص15.

العلاج هو المرحلة الموالية لمباشرة التشخيص، وهو المرحلة التي يحدد فيها الطبيب وسائل العلاج الملائمة لنوعية المرض وطبيعته، وان كان من الصعب فصل مرحلة التشخيص عن العلاج، لأن الهدف من وضع التشخيص هو الإعداد للعلاج، التشخيص والعلاج يتصلان بعضهما البعض بسبب تتبع حالة المريض، وما يطرأ عليها من تحسن أو سوء، يقتضي الاستمرار في العلاج أو تغييره أو إيقافه وهذا يرجع إلى التشخيص المتتابع لحالة المريض.

ومن ثم فقد عرف جانب من الفقه العلاج بأنه: « الوسيلة التي تؤدي إلى الشفاء من المرض أو الحد من أخطاره أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه، سواء بتسكينها أو بالقضاء عليها».

ما يتضح من هذا التعريف هو أن غاية العلاج هو تحقيق الشفاء أو الحد من آلام المرض أو تخفيفها، وكان يجب أن يتضمن هذا التعريف صفة القائم بالعلاج وتوافر رضاء المريض وأن يكون العلاج وفقا للأصول الطبية[11].

{ الفرع الثاني: مرحلة ما بعد العلاج }

وتنقسم بدورها إلى ثلاث مراحل وهي:

أولا: مرحلة تحرير الوصفة الطبية

يقصد بها الوصفة التي يثبت فيها الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص، وقد أطلقت عليها مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر هذا المصطلح، إذ جاء في المادة 11 مايلي: « يكون الطبيب...حر في تقديم الوصفة التي يراها أكثر ملائمة للحالة...» وتتميز الوصفة الطبية عن غيرها من الأوراق التي تتبث فيها أنواع مختلفة من الأعمال الطبية كالتحاليل والأشعة، وتعتبر الوصفة الصحية كدليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض[12].

[11] – مكرلوف وهيبة– نفس المرجع السابق– ص17.

[12]– سميرة عايد الديات–نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون –عمان–الأردن– طبعة أولى1999– ص08.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 47 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: «يجب على الطبيب... أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته وصفا جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج». وأوضح البيانات التي يجب أن تذكر في الوصفة الطبية في المادة 77 من نفس القانون. وبذلك يكون قد أيد ما ذهب إليه الجانب الغالب في الفقه والذي اشترط في الوصفة الطبية أن تكون محتوية على بيانات ثابتة ودقيقة.

ثانيا: مرحلة الرقابة الطبية

يعد عنصر الرقابة من العناصر الهامة في العمل الطبي، لما يترتب عليه من أهمية في تحقيق الغاية المرجوة من العلاج، أو إجراء العمليات لجراحية. ويرى الباحث لهذا العنصر أهمية كبرى وخاصة بالنسبة للعمليات الجرّاحية، لما يكون للفترة اللاحقة على إجراء العملية من أهمية في نجاحها أو فشلها.

هذا وقد وسع المشرع الجزائري مجال الرقابة، بحيث اعتبرها عاملا مهما في الوقاية من الأمراض، فنص في المادة 56 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «تستهدف الرقابة الصحية في حدود الوقاية من تفشي الأمراض المعدية برا وجوا وبحرا، تطبيقا للقوانين والتنظيمات الجاري بها في العمل».

كما نص في المادة 139 من ذات القانون على تدابير الرقابة خلال الاستشفاء، كما أورد في المواد من 90 إلى 93 من مدونة أخلاقيات الطب على التزامات الطبيب بعد مرحلة العلاج وأثناء مرحلة الرقابة الطبية.

وبذلك نقول أن عنصر الرقابة لا يمكن أن نفصله عن عنصر العلاج بل هو مكمل له، وهو العنصر الفعال في تحقيق نتيجة العلاج[13].

ثالثا: مرحلة الوقاية

[13] – مكرلوف وهيبة– نفس المرجع السابق– ص19.

ولهذا العنصر أهمية كبيرة، حيث عالجته منظمات عالمية، وبصفة خاصة التنظيم العالمي للصحة في عام 1976 تحت عنوان الصحة الإجبارية، الوسائل الخاصة بحماية الصحة العامة والتي تتمثل في التطعيم ضد الأمراض القابلة للانتقال من شخص إلى آخر، أي الأمراض المعدية، والفحص الطبي الإلزامي والإجراءات الخاصة بإنتاج السيارات والإيداع في المستشفيات العامة بقصد تحقيق العلاج[14].

ولقد خصص المشرع الجزائري حيزا كبيرا في نصوصه لحماية الصحة والوقاية من الأمراض المهنية ومكافحتها واعتبرها عاملا أساسيا في التنمية الاجتماعية والاقتصادية في البلاد حيث نص في المادتين 02، 03 على كون حماية الصحة تساهم في رفاهية الإنسان الجسمية والمعنوية، ورتب مسؤولية جزائية وإدارية على مخالفة هذه القواعد بموجب المادة 54 من قانون حماية الصحة.

المبحث الثاني: مشروعة العمل الطبي

وضعت القوانين الحديثة وكذلك الشريعة الإسلامية شروطا وقيودا محددة لممارسة النشاط الطبي، وذلك رعاية للأطباء في قيامهم بعملهم وعدم مسائلتهم عن مزاولة مهنتهم من جهة، وكذلك حماية ورعاية لحقوق المريض ومصالحه من جهة أخرى.

ولذلك ظهر اتجاه حديث اعتنقه كل من الفقه والقضاء المعاصرين والذي يؤسس لمشروعية العمل الطبي على شرائط يمكن تلخيص أهمها في ضرورة وجود نص قانوني، وترخيص يبيح هذا العمل، ووجود رضاء المريض للعلاج، وتوفر الغاية وقصد العلاج. وسنتعرض خلال هذا المبحث لكل شرط بشيء من التفصيل.

[14]- أحمد عبد الدائم- نفس المرجع السابق-ص16.

المطلب الأول: الترخيص القانوني ولقصد العلاج

{ الفرع الأول: الترخيص القانوني }

وهو الأساس الذي تستند إليه إباحة الأعمال الطبية التي تباشر على جسم المريض، ويعطى هذا الترخيص لطائفة من الأشخاص يطلق عليهم اسم الأطباء[15]. وورد هذا في المادة 397 من قانون حماية الصحة وترقيتها[16]، حيث جاء فيها:«تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها وزير الصحة والسكان وبناء على الشروط التالية:

– أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا على حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه الطب، أو جراح الأسنان، أو الصيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بما يعادلها.

– ألا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافيا لممارسة مهنة الطب...الخ».

يتضح من هذا النص أن المشرع اشترط ضرورة الحصول على الرخصة القانونية من الوزير المختص لكي يتمكن الطبيب من مباشرة العمل الطبي، وذلك بالإضافة إلى حصوله على الشهادة–دكتوراه في الطب– وينبني على هذا المنطق أن الطبيب الذي يملك مؤهلات علمية تمكنه من مباشرة عمله الطبي يعد معتديا ومسؤولا عن جميع أعماله وتصرفاته مدنيا وجزائيا. إذا لم يكن قد حصل على رخصة تأذن له بهذه الممارسة، ولا يشفع له توافر عنصر رضاء المريض، ولا قصده النبيل في ابتغائه شفاء المريض، حتى ولو تحققت هذه النتيجة، أو أنه لم يرتكب خطأ ماديا أو فنيا[17].

كما أن تشريع حماية الصحة قد منع ممارسة الطبيب على من لا يجوز تأهيلا أو أجازة علمية وفقا لنص المادة 198، وذلك منعا للجهّال والعرافين والدجالين من ولوج هذا الميدان.

---

[15]– رايس محمد– نفس المرجع السابق– ص63.

[16]–نفس القانون السابق– قانون 05/85المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

[17]– ماروك نصر الدين– نفس المرجع السابق–نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية–ص66.

والحكمة من اشتراط الترخيص من وزير الصحة لممارسة ومباشرة مهنة الطب في منع أولائك الذين ليس لهم المقومات والفنيات التي تمكنهم من مباشرة تلك المهنة، وقد قررت المادة 214 من قانون حماية وترقية الصحة على أن عدم الحصول على هذا الترخيص القانوني يجعل من ممارسة الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي ممارسة غير شرعية. وقد قرر المشرع الجزائري أحكاما جزائية على الممارسة للطب وفقا لمقتضيات المادة 243 من قانون العقوبات[18].

{ الفرع الثاني: قصد العلاج }

يجمع الفقهاء على أن يكون الغرض من العمل الطبي والغاية المنشودة منه هي الوصول إلى نتيجة –علاج المريض– وبصفة عامة ينبغي أن تكون مقاصد الطبيب تحقيق مصلحة مشروعة، وهذا هو السبب الذي من أجله رخص له الشارع بممارسة عمله. ويسأل الطبيب إذا استهدف بعمله غرضا آخر غير علاج المريض[19].

وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي حين أدان في أحد أحكامه الطبيب الذي يجري إجهاضا لامرأة دون توافر أي قصد للشفاء أو توافر الضرورة العلاجية، كما قضى بأن الطبيب الذي يجري جراحة لامرأة ليستأصل منها مبيض التناسل بناء على طلبها يكون مرتكبا لجريمة عمدية[20]، أو قتل مريض من أجل التخلص من آلام مبرحة غير قابلة للعلاج، وهو ما يعرف بالقتل بدافع الشفقة أو الرحمة، أو حقن المريض بالمواد المخدرة في غير أحوال العلاج.

وكذلك قضت المحاكم الفرنسية في عدة مناسبات بأن إخضاع الطبيب مريضه لفحوص وأبحاث طبية أو جراحية لم يكن الدافع منها مصلحة المريض، وإنما تحقيق مصلحة عامة، يكون مرتكبا لخطأ مهني يستوجب عقابه[21].

---

[18]– أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ– الموافق ل08جوان 1966–المتضمن قانون العقوبات الجزائري–ج،ر49.

[19]– رايس محمد– نفس المرجع السابق– ص81.

[20]– صبحي محمد نجم– رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية–رسالة دكتوراه– د، م، ج– الجزائر–1983–ص140.

[21]– صبحي محمد نجم– نفس المرجع السابق– ص142.

وبناء على مقتضيات المنظومة التشريعية الجزائرية، أن عمل الطبيب والجرّاح لا يكون مشروعا إلا إذا قصد بها الدفاع عن صحة المريض البد نية أو العقلية أو التخفيف من معاناته، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية، دون التمييز بين مريض وآخر على أساس الجنس أو الدين أو العقيدة السياسية أو لأي سبب آخر[22].

هذا وننتهي بأن انتفاء قصد العلاج أو الشفاء في عمل الطبيب أو الجرّاح أو تجاوز حدود الحق أو الغاية التي من أجلها رفض له المشرع في إتيان أفعال تعد من قبيل الجرائم إذا ارتكبها غيره من الناس، ينفي عن أعماله صفة المشروعية ويجعلها خاضعة لقانون العقوبات الخاصة بالجرائم العمدية (المادة 264 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري) حتى ولو أتى فعله تلبية لرغبة المريض أو لتحقيق مصلحة خاصة[23].

المطلب الثاني: إتباع الأصول العلمية و القواعد الموضوعية واحترام رضى المريض

{ الفرع الأول: إتباع الأصول العلمية في الطب }

لكي يكون عمل الطبيب المرخص له بالعلاج شرعا مكتمل الإباحة يجب أن ينسق مع الأصول الفنية المراعية في علم الطب، وهذا الشرط ينبثق على الالتزام العام الذي يقع على عاتق الأطباء حال مباشرتهم لأعمالهم الطبية. وهذا الالتزام يكمن في ضرورة أداء هذه الأعمال على قدر من العناية وبذل الجهد الصادق اليقظ، والذي يتفق مع ظروف وحالة المريض، وذلك وفقا للأصول العلمية الثابتة لأجل تحقيق الشفاء وتحسين حالة المريض الصحية[24].

ولكن متى كانت التصرفات والأفعال التي يؤاخذ عليها الطبيب تخرج عن دائرة المسائل التي لازالت بطبيعتها محلا للشك وميدانا للجدل العلمي، ومتى اقترنت بالإهمال العلمي أو عدم اكثرات وجهل تلك الأصول التي يجب حتما معرفتها والإلمام بها، فالقاعدة العامة في المسؤولية تأخذ مجراها الطبيعي ويفتح اختصاص القضاء بشأنها.

---

[22]- رايس محمد- نفس المرجع السابق- ص82.

[23]- محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- دار النهظة العربية- القاهرة- الطبعة الخامسة- سنة1988-186.

[24]- محمود نجيب حسني-نفس المرجع السابق- ص185.

ومتى تثبت مخالفة هذه القواعد العلمية والأصول الفنية قام خطأ الطبيب، ويكون محل مسائلة مدنية وجنائية عن أفعاله. ويكون هناك مجال للقول بتوافر الإباحة في عمله.

وعرّف جانب من الفقه الأصول العلمية التي يجب أن يراعي الطبيب اتساقها وما يجريه من أعمال الطبية بأنها:«تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظريا وعمليا بين طائفة الأطباء ويجب الإلمام بها حال مباشرة الأعمال الطبية».

كما عرفها القضاء بأنها:«الأصول التابثة التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسب إلى علمهم أو فنهم».

وقد أشار المشرع الجزائري إلى شرط الأصول العلمية في المادة 01 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بالقول:«أخلاقيات الطب هي مجموعة المبادئ والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح ... أن يراعيها وأن يستلهمها في ممارسة مهنته».

إن الالتزام ببذل عناية التي يلتزم بها الطبيب بغرض العناية بالمعطيات العلمية المكتسبة والحالة. وهنا يفترض اللجوء إلى التي جاء بها العلم كالأشعة والفحوص و التحريات التي تمكنه من تأسيس تشخيصه للمريض. ولا تقتصر فكرة إتباع الأصول العلمية على معالجة المريض وشفائه، بل تمتد إلى ملاحقة المرض في منبعه[25]. ويجب أن يقوم بذلك باستخدام الأدوات اللازمة التي يتطلبها الفن الطبي كالسماعة وجهاز الضغط طبقا لأحكام المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول:«يجب أن تتوافر للطبيب أو الجرّاح... في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو الجرّاح، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضرّ بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية».

[25] – رايس محمد– نفس المرجع السابق– ص88.

كما يعد مخالفا للأصول الطبية عدم قيام الطبيب بالاختبارات والتحاليل الأولية للمريض قبل إجراء عملية جراحية خطيرة له كالاختبارات الولية لمعرفة فصيلة دم المريض من حيث نوعها ودرجة المسؤولية فيها لتفادي المخاطر أثناء الجرّاحة، وأيضا عدم متابعة الطبيب الأخصائي أو المختص في التخدير لمريضه بعد إجراء الجرّاحة، وحتى استعادة وعيه كاملا. كما يعد الطبيب مخالفا للأصول العلمية و القواعد الطبية لعدم تمكنه من اكتشاف حالة المريض بإطلاعه على الأشعة وتوصيف العلاج على نحو مخالف[26].

ونقول في الأخير لو أثبت أن الطبيب قد خرج على الأصول الطبية أو تعسف في استعمالها لعلاج المرضى بارتكابه أفعالا تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها على الأشخاص، أو تشكل خطأ جسيما، يدل على جهل تام بمبادئ الطب وبأصول تطبيقه، فان الطبيب يسأل على نتائج فعله، بوصفها جرائم عمدية أو غير عمدية على حسب الأحوال. ومثال ذلك أن يضرب الطبيب مريضا أثناء العملية الجرّاحية ليمنعه من الحركة فيتسبب في موته[27].

{ الفرع الثاني: رضا المريض }

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي به المريض، فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إذا دعوه لذلك، ولكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج على الرغم منهم، وفي هذا الخصوص نص المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن: « يقدم الطبيب العلاج الطبي، بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك.

يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين على التمييز أو اللذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب...».

---

[26]- رايس محمد- نفس المرجع السابق- ص88.

[27]- محمود نجيب حسني-نفس المرجع السابق- ص186.

يتضح من هذا النص أن رضاء المريض هو مجرد شرط من شروط الإباحة وهو غير كاف وحده لإباحة العمل الطبي، وسبب تطلب هذا الشرط هو رعاية ما لجسم المريض من حصانة، فلا يجوز أن يرغم المريض على تحمل المساس بجسمه ولو كان ذلك في مصلحته. ولا يكون لرضاء المريض أية قيمة قانونية إلا إذا بني على أساس من العلم الصحيح بنوع العمل الطبي الذي ينسب إليه الرضاء به، وليس من السائغ القول بأن الرضاء يستفاد ضمنيا من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب، وذلك لأن العلاقة بين الطبيب والمريض جوهرها وشرط نجاحها ثقة الثاني في الأول، وهذه الثقة تفرض قبول المريض للعلاج، وحسب الفقرة الأولى من المادة 154 من قانون الصحة فان الرضاء قد يصدر عن المريض نفسه أو ممن يمثله قانونا، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فان المشرع لا يعتد بالرضاء الصادر عن مريض لا يكون أهلا للتعبير عن رضائه بمباشرة الأعمال الطبية على جسده، أو كان في ظروف يتعذر فيها الحصول على هذا الرضاء[28].

ولكن قد يتعذر على الطبيب الحصول على رضاء المريض كأن يحضر للمستشفى اثر إصابته في حادث، وتستلزم حالته سرعة إسعافه، وتعذر الحصول على رضائه لوجوده في حالة غيبوبة، في هذه الحالة يستطيع الطبيب تجاوز الحصول على موافقة المريض بإجراء العمل الطبي، وهنا يقوم دوره مقام رضائه بمباشرة العمل الطبي، كما يستطيع الطبيب أن يقدم العلاج على مسؤوليته في حالة الاستعجال وكان من شأن تدخل الطبيب إنقاذ حياة المريض[29].

[28]- ماروك نصر الدين- نفس المرجع السابق-نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية-ص75.

[29]- ماروك نصر الدين، المرجع ذاته.

الفصل الأول: نقل و زرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.

لقد أمدت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية المرضى المهددين بالموت بالأمل في حياة كانوا قد فقدوا أسبابها هذا ما دفع دولا أجنبية و عربية إلى وضع تشريعات تنظم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.و قد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون حماية الصحة و ترقيتها [1] في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان " انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها" في المواد من **161** إلى **168** منه.

المبحث الأول: نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

نظم المشرع الجزائري عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في نص المادة **1/162** من ق ح ت حيث تناول من خلالها الأساس القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و كذا بعض الشروط الواجب توافرها للقيام بهذه العمليات. مع الإشارة إلى تدخل الفقه . و ذلك قبل تدخل المشرع في مختلف الدول لتنظيم هذا المجال بنصوص قانونية خاصة . لإيجاد نظرية قانونية تسمح بالاستفادة من التطور العلمي في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية منها نظرية الضرورة، و نظرية الرضا، و نظرية المصلحة الاجتماعية، و نظرية السبب المشروع. [1]

المطلب الأول: الأساس القانوني و الشروط الواجب توافرها لنقل و زرع الأعضاء البشرية.

رغم الدور الفعال الذي لعبه الفقه لتبرير عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية إلا أن مختلف النظريات عيب عنها قصورها في وضع معيار شامل و صالح قابل للتطبيق على كل حالات النقل و الزرع. هذا ما دفع بالمشرع في مختلف الدول إلى النص صراحة على إجازة عمليات نقل الأعضاء و وضع الضوابط الواجب احترامها لحماية جميع الأطراف المعنية بهذا النوع من التدخلات الطبية.

[1] ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الطبعة الأولى ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003 ، ص 145 .

و هو ما نهجه المشرع الجزائري بإصداره قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية و زرعها، بحيث تستند شرعية عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء إلى نص المادة **162** من هذا القانون، و لم تكتفي المادة بإجازة هذه العمليات بل نصت على الشروط الواجب توافرها لإباحة التبرع بالعضو خاصة فيما يتعلق بكيفية التعبير عن موافقة المتبرع. كما نلاحظ أن التشريع الجزائري لم يحدد الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا للتنازل سواء بخصوص نقل الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى.[2]

و ما تجب الإشارة إليه كذلك هو أنه قبل صدور هذا القانون استند الأطباء المختصون في هذا المجال في الجزائر على فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي أجازت نقل و زرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، حيث شكلت هذه الفتوى الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية و بصدور قانون حماية الصحة و ترقيتها اكتمل الأساس القانوني لهذه العمليات. و عليه يظهر أن الأساس القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية يتمثل في إذن القانون، غير أن إجازة مختلف القوانين لاقتطاع الأعضاء سواء من الأحياء أو من جثث الموتى مرتبط بمراعاة الضوابط العديدة التي حددتها هذه القوانين سواء كانت شروطا عامة أو شروطا طبية أو إدارية.[3]

الفرع الأول: الشروط العامة لإجازة نقل و زرع الأعضاء البشرية.

و تتمثل في الشروط العامة لمشروعية الأعمال الطبية و الجراحية و المتمثلة في الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب و رضا المريض و قصد العلاج و كذا احترام الأصول المتبعة في الطب. غير أنه في مجال نقل الأعضاء البشرية و زرعها تضاف بعض الشروط الأخرى و التي سنتناولها تبعا.

أولا: المأذون له بالجراحة في عمليات نقل الأعضاء (صفة الطبيب).

[2] معاشو لخضر، المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير 2005-2006، ص 121.

[3] مؤمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2006، ص 401.

ما دام أن العمل الطبي و خاصة الجراحي منه يمارس على جسم الإنسان و الذي قد يؤثر على صحته و حياته إيجابا أو سلبا فقد اشترط المشرع كفاءات و مؤهلات معينة في من يمارس مهنة الطب، و ذلك حسب ما جاء في المادتين **197** و **198** من ق ح ت .غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا يكفي للطبيب الجراح أن يكون مرخصا له بممارسة العمل الطبي فحسب، بل يجب زيادة على ذلك أن تكون له مهارات خاصة في هذا النوع من الجراحة .[4]

و ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه و من خلال سنه للأحكام المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية لم يحدد طائفة الأطباء المختصة للقيام بمثل هذا النوع من الجراحة، و عليه فإنه يتم الرجوع إلى أحكام المادتين**197** و **198** ق ح ت على خلاف بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي الخاص بنقل الأعضاء بحيث يولي عملية اقتطاع الكلى إلى الأطباء المختصين بالمسالك البولية ، في حين أن المشرع الجزائري اكتفى فقط في المادة **165** ق ح ت على منع الأطباء الذين سيباشرون اقتطاع العضو أو الزرع من الاشتراك في التأكد من موت الشخص المراد أخذ العضو منه.

ثانيا: رضا المستقبل (المريض) و رضا المتبرع.

يعتبر رضا المريض كأصل عام شرطا أساسيا لإباحة تدخل الطبيب على جسمه، غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية تتعدد الأطراف المعنية بعمليتي النقل و الزرع فإلى جانب المريض (مستقبل العضو) يوجد شخص المتبرع الذي لا يحتاج من الناحية الطبية إلى هذا التدخل و ليس في صالحه، و مع ذلك يعرض سلامته الجسدية إلى الأخطار المحتملة المنجرّة عن هذه العمليات و لذلك يجب أن تكون موافقته قد أعطيت عن إرادة حرة و متبصرة.

ثالثا: عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة.

[4] مكرلوف وهيبة، رسالة ماجستير ، نفس المرجع السابق ، ص 22.

إن رضا المستقبل و المتبرع لا يبيح إجراء العمليات الخاصة بنقل و زرع الأعضاء البشرية بصفة مطلقة و إنما يجب أن تتم هذه العمليات في إطار احترام قواعد النظام العام و الآداب العامة، فإذا تعارض رضا المستقبل و موافقة المتبرع مع هذه القواعد فقد رضا الطرفين أثره . و من القواعد الأساسية التي يقوم عليها عدم تعارض عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مع النظام العام و الآداب العامة أن يكون الغرض من هذه العمليات علاج المريض المراد إنقاذ حياته أو صحته، و ألا يترتب عليها تضرر المتبرع من هذا الاستئصال و ألا يترتب على بعض هذه العمليات اختلاط الأنساب.[5]

رابعا: توافر الضرورة المتطلبة لإجازة نقل الأعضاء.

يظهر من المادتين **166** ق ح ت و **162** من نفس القانون أنه لا يجوز القيام بعملية نقل الأعضاء و زرعها إلا لضرورة الحفاظ على حياة المستقبل أو سلامته البدنية و ألا تعرض في نفس الوقت سلامة و صحة المتبرع لأخطار جسيمة.

و حتى تتحقق حالة الضرورة في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فيجب توافر بعض الشروط في الخطر الذي يهدد المريض مستقبل العضو،و ذلك بأن يكون الخطر جسيما (**166** ق ح ت) و حالا، و كذا في الفعل الضروري لمواجهة الحالة أي ما يجب توافره للاقتطاع من المتبرع الحي، و ذلك بأن يكون الاقتطاع الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض و ألا يهدد الاقتطاع حياة المتبرع أو سلامته الجسدية. و في هذا الصدد نجد المادتين **2/167** ق ح ت و **2/162** ق ح ت اللتان يظهر من استقرائهما وجوب تأكد اللجنة الطبية المختصة من ضرورة عملية الزرع و كذا التأكد من أن المخاطر التي يتعرض إليها المتبرع تبقى في حدود المعقول و لا تعرض حياته أو سلامته البدنية لأخطار جسيمة.

خامسا: أن يكون التبرع بدون مقابل.

[5] سميرة عايد الديات، نفس المرجع السابق، ص 51.

و مفاد هذا الشرط ألا يكون انتزاع العضو أو النسيج من جسم الإنسان موضوع معاملة مادية و بدون مقابل مالي ذلك أن أعضاء الجسم الإنساني لا يمكن أن تكون محل بيع أو شراء إذ من غير المقبول أخلاقيا و قانونا التعامل مع جسم الإنسان على أنه سلعة من بين السلع التي تدخل في دائرة المعاملات المالية. و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **161** ق ح ت في فقرتها الثانية ، و هو ما أكده المشرع كذلك من خلال تعديله لقانون العقوبات في نص المادة **303 مكرر 16** ، جرم المشرع عملية نقل الأعضاء البشرية إذا تمت بمقابل مالي و رتب المسؤولية الجزائية على كل من ارتكب هذا الفعل مطبقا عليه العقوبات اللازمة لذلك.

الفرع الثاني: الشروط الطبية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

إلى جانب الشروط العامة فإنه يجب توافر شروط أخرى ذات طبيعة طبية تكمن أساسا في الحالة الصحية للمتبرع و مستقبل العضو و كذا وجوب توافق الأنسجة لديهما لتجنب ظاهرة رفض العضو بالإضافة إلى كيفية التعامل مع العضو المنقول من ناحية حفظه.[6]

أولا: الحالة الصحية للمتبرع و المستقبل.

تتوقف نسبة نجاح عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أو فشلها على سن الأطراف المعنية بالعملية حسب ما أثبتته الإحصائيات في هذا المجال، و على هذا الأساس يشترط الأطباء المتخصصون ألا يتجاوز سنهما الخمسين (50) سنة و ألا يقل عن العشر(10) سنوات ، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية مباشرة هذه العمليات لدى المرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن هذا الحد كل ما في الأمر أن نسبة النجاح تقل أو تزيد بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف المعنية. و قد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط بصفة عامة في المادة **2/163** ق ح ت، حيث سوى المشرع بين طرفي عمليتي النقل و

[6] وهيبة مكرلوف ، نفس المرجع السابق، ص23.

الزرع أي بين المتبرع و المستقبل ، و عليه يلتزم الطبيب قبل مباشرة عملية نقل العضو و زرعه بإجراء جميع الفحوص الطبية للتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله و كذا خلو المتبرع من كافة الأمراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة المستقبل بعد النقل و هي أمور طبية يمكن التأكد منها بالرجوع إلى أهل الاختصاص.

ثانيا: توافق أنسجة المتبرع و المستقبل.

من أهم المظاهر التي ترهن نجاح عملية النقل هي ظاهرة " لفظ الأجسام الغريبة أو رفضها le phénomène de rejet ، إذ يجب لتجنب هذه الظاهرة التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو و المستقبل له و ذلك قبل مباشرة عملية نقل العضو و زرعه.[7]

أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري فقد ترك المشرع الشروط الطبية للسلطة التقديرية للهيئات الطبية المختصة و منها اللجنة الطبية المختصة بالقيام بعملية استقطاع العضو و زرعه المنصوص عليها في المادة**167** ق ح ت. فعلى هذه اللجنة التأكد من ضرورة الزرع و مدى صلاحها للمريض و كذا الالتزام بالأصول العلمية الثابتة.[8]

ثالثا: حفظ العضو المنقول.

و مفاد هذا الشرط أنه لابد من احترام المدة اللازمة للحفاظ على صلاحية العضو المراد نقله حيث تتفاوت هذه المدة حسب التكوين التشريحي للعضو المنقول. فمن الناحية الطبية نفرق بين حالتين:الأولى و هي المتعلقة بنقل بعض الأنسجة البسيطة كالشرايين و الأنسجة العظمية، إذ بإمكانها البقاء لمدة ساعات طويلة دون تزويدها بالدم و ذلك دون أن يصيبها أي تلف. أما الثانية و هي المتعلقة

[7] ماروك نصر الدين، نفس المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في في سلامة الجسم، ص 112.
[8] ابراهيم السيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب، دار الكتب القانونية، 2005، ص 84.

بالأعضاء المركبة كالكبد و الكلى و التي تتعرض للتلف في فترة زمنية قصيرة لا تتعدى بضع ساعات إذا ما تعرضت لنقص الدم.

الفرع الثالث: الشروط الإدارية لنقل و زرع ألأعضاء البشرية.

نظرا لأهمية نقل و زرع الأعضاء البشرية و حساسيتها فقد خصت التشريعات المختلفة هذا النوع من العمليات بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات و ذلك بغية ضمان احترام القوانين المتعلقة بحماية المتبرعين و كذا منع التصرفات غير المشروعة كالاتجار بالأعضاء البشرية و غيرها.و هو ما انتهجه المشرع الجزائري من خلال تحديده للمؤسسات الخاصة بهذا الغرض، ذلك أن المستشفيات هي المكان الطبيعي لإجراء هذه العمليات و التي تتحمل المسؤولية الجزائية و المدنية في حالة مخالفتها القواعد القانونية الخاصة بهذا الغرض.[9]

و تطبيقا للمادة **167** ق ح ت صدر عن وزير الصحة بتاريخ 23 مارس 1991 قرارا وزاريا تضمن أسماء المؤسسات الصحية الجزائرية المرخص لها القيام بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و التي ذكرت على سبيل الحصر و بتاريخ **2002/10/02** أصدر وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرارا جديدا ألغى بموجبه القرار السابق و تضمن في **مادته الثانية** قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء البشرية على النحو التالي:[10]

1- عمليات زرع القرنية:

- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا. (الجزائر العاصمة).- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب العيون. (وهران).- المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر العاصمة).- المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي. (الجزائر العاصمة).- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.

[9] محمد صفوت ، مقالة القصور الكلوي وأعراضه، تقرير إلى الندوة نقل الكلى منشورة في المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1978، ص 2

[10] نصر الدين ماروك، مقال المشاكل القانونية التي تثيرها عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية (مجلة فصيلة ج 37 رقم 03.1999، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر ، 2002 .

2 – عمليات زرع الكلى:

-المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا. (الجزائر العاصمة). – المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).

3– عمليات زرع الكبد:

– مركز بيار ماري كوري.

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري ذكر المستشفيات الخاصة للقيام بثلاث أنواع من عمليات الزرع و المتعلقة بالقرنية و الكلى و الكبد دون غيرها من الأعضاء البشرية أو حتى الأنسجة الأخرى، مما يترك المجال مفتوحا عندما يتعلق الأمر بأعضاء أخرى غير تلك المذكورة في القرار السالف الذكر. و بالتالي على المشرع ملئ هذا الفراغ القانوني الذي يفتح المجال للقيام بعمليات نقل الأعضاء غير المذكورة في القرار خارج الإطار القانوني المحدد لمثل هذا النوع من العمليات.[11]

المطلب الثاني: قيود إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

يظهر من خلال ما تم دراسته في المطلب الأول أن اقتطاع الأعضاء البشرية أمر جائز بشرط مراعاة و احترام الشروط القانونية التي حددها التشريع المنظم لهذا النوع من العمليات، بالإضافة إلى تلك الشروط هناك شروطا أساسية يتوقف عليها تنفيذ عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و هي الحصول على الموافقة الحرة و المستنيرة لكل من المريض المستقبل للعضو و الشخص المتبرع به.

الفرع الأول: الأحكام العامة لرضا المتبرع.

من المبادئ المستقرة في المجال الطبي ضرورة الحصول على موافقة المريض على العلاج الذي يقترحه الطبيب و في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فإن الرضا ضروري بالنسبة للمتبرع أي مانح العضو

[11] ماروك نصر الدين، نفس المقالة السابقة، ص2.

السليم. و قد استقرت معظم التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية على ضرورة الحصول على رضا المتبرع لإباحة هذه العمليات و هو ما انتهجه المشرع الجزائري حيث نص على ضرورة الحصول على الموافقة المتبصرة من المتبرع و كذا موافقته الصريحة تحمل المخاطر أو الأضرار الناتجة عن العملية، مع العلم أن هذا الرضا يجب أن يتخذ شكلا معينا و أن يكون المتبرع أهلا له.[12]

أولا: صور التعبير عن الإرادة.

اشترط المشرع الجزائري طبقا للمادة **2/162** ق ح ت في من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي، فلا يجوز للطبيب مباشرة عملية الاقتطاع إلا بعد حصوله على وثيقة الرضا. و إلى جانب الشكلية في تقديم الرضا اشترط المشرع حضور شاهدين اثنين و لم يحدد هنا الشروط التي يجب توافرها في هذين الشاهدين. غير أنه بالرجوع إلى الأحكام العامة فيشترط في هذين الشاهدين أن يكونا شاهدا عدل مما يقتضي توافر الأهلية الكاملة و القدرات العقلية لديهما، و يمكن أن يكون الشهود من أقرباء المتبرع أو المستقبل لأن التبرع بالأعضاء لا يتم عادة إلا لمصلحة شخص قريب، مع العلم أن اشتراط حضور الشاهدين يعني توقيعهما على وثيقة الرضا إلى جانب توقيع المتبرع.كما اشترط المشرع أن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة و هي ضمانة أخرى للمتبرع إذا ما أراد العدول عن رضائه.

ثانيا: محل الرضا و مميزاته.

حتى يعتد برضا المتبرع في مجال نقل الأعضاء البشرية من الناحية القانونية يجب أن ينصب على أمر جائز شرعا و قانونا، إذ لا يجوز نقل هذه الأعضاء و زرعها في جسم إنسان آخر إلا وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون.

[12] زهدور أشواق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، المسؤولية الجزائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية،

و قد ظهرت في مجال تحديد محل الرضا ثلاث اتجاهات، الأول يحدد عضو الكلية بمحل الرضا أما الثاني فيحدد محل الرضا بالأعضاء المزدوجة بجسم الإنسان ،أما الاتجاه الأخير فإنه يرى أن محل الرضا غير محدد، و قد ساير الاتجاه الثالث المشرع الجزائري في المادة **161** ق ح ت إذ يلاحظ أنها جاءت خالية من ذكر أي عضو بعينه يكون محلا للاقتطاع، و مادامت النصوص الحالية جاءت خالية من تحديد محل بذاته فإنه يتم الرجوع إلى اجتهاد فقهاء القانون الجنائي الذين توصلوا إلى إباحة التنازل عن الأعضاء المزدوجة كالكلى و الرئة و قرنية العين حتى يقوم العضو المتبقي بالوظيفة التشريحية للعضو المستأصل. أما فيما يتعلق بجواز نقل و زرع الأعضاء التناسلية من عدمه فسبق لنا الإشارة إليه.

و حتى يكون الرضا منتجا لآثاره لابد من أن تتوافر فيه بعض الخصائص و المميزات التي تميزه عن غيره في المجالات الأخرى، و منها أن يكون الرضا متبصرا و أن يكون حرا، و أخيرا يجب أن يصدر من ذي أهلية.[13]

أ- الرضا المتبصر:

ربط المشرع في المادة **162** ق ح ت **فقرة أخيرة** رضاء المتبرع بواجب الطبيب بتبصيره حول جميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال أو في المستقبل من جراء عملية الاستئصال و التبصير لا يقتصر فقط على المخاطر الطبية العادية ، بل ذهب القانون إلى أبعد من ذلك حيث ألزم الطبيب أن يبصر المتبرع بالمخاطر المحتملة أيضا، و هو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة **162** ق ح ت. و تشمل المخاطر المحتملة ما يصيب المتبرع حالا و مستقبلا، كما يجدر بالطبيب أن يخبر المتبرع بالحقيقة الكاملة .

ب- أن يكون الرضا حرا.

[13] زهدور أشواق ، نفس المرجع السابق، ص 73.

من الشروط الأساسية للاعتداد برضا المتبرع أن يكون صادرا عن إرادة حرة، و يكون الرضا كذلك إذا توافر شرطان أولهما كمال أهلية الشخص الملتزم بالموافقة و ثانيهما سلامة إرادته من العيوب (11). كما ينتفي الرضا الحر في حالة الخديعة كأن يوهم الطبيب المتبرع بأنه لن يستأصل منه إلا جزءا صغيرا غير مؤثر فينخدع المتبرع و يسلمه نفسه مما يمكن الطبيب من اقتطاع عضو هام. و عليه فالرضا الحر هو الرضا الذي يكون بإرادة صحيحة لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال.

ج- أن يصدر الرضا من متبرع ذي أهلية.

يشترط في إطار عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية الحصول على رضا المتبرع بحيث يكون أهلا لإصداره و يكون كذلك إذا أتم سن الرشد، غير أن المشرع لم يحدد السن التي يستطيع من خلالها المتبرع التعبير عن رضائه و موافقته، و كان الأجدر بالمشرع أن يحدد هاته السن خاصة و أن التنازل عن الأعضاء يعد من أهم التصرفات التي يقدم عليها الفرد.[14]

و أمام هذا الفراغ و بالرجوع إلى نصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع الجزائري أصبغ من خلال المادة **162** وصف المتبرع على من يتنازل عن عضو من أعضائه، و المعلوم أن التبرع يعتبر من التصرفات الواردة في نصوص القانون المدني و التي تعتبر التبرع هبة يتم لشخص معين بذاته. و عليه يستخلص من ذلك أن سن الرشد الذي يأخذ به المشرع الجزائري في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية هو المنصوص عليه في المادة **40** من القانون المدني الجزائري فكل شخص بلغ 19 سنة كاملة وقت الاتفاق على الاقتطاع و كان متمتعا بكامل قواه العقلية يعتبر راشدا و يكون تبرعه عن عضو من أعضائه صحيحا و منتجا لآثاره القانونية.**و السؤال المطروح هنا هل يجوز نقل الأعضاء من أجسام القصر؟ و هل يعتد برضا القاصر بشأن هذه العمليات في مواجهة الغير؟** يظهر من

[14] وهيبة مكرلوف، نفس المرجع السابق، ص 61.

استقراء المادة **163** ق ح ت أن المشرع لم يمنع الاقتطاع من القصر فقط وإنما كذلك من الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة الإدراك و التمييز كالمجنون أو السفيه أو المعتوه طبقا للمادة **42** ق م.[15]

ثالثا: جواز عدول المتبرع عن رضائه.

يعتبر الحق في العدول عن الرضا من الحقوق المتعلقة بالنظام العام لتعلقه بحماية الكرامة الإنسانية ، فللمتبرع أن يمارس حقه في العدول عن موافقته في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية و رجوعه عن رضائه هو أمر تحكمي يجري على حسب إرادته و لا يتوقف على رضاء الطبيب أو المريض المستقبل للعضو. و في هذا الصدد أجاز المشرع الجزائري في المادة **162 فقرة أخيرة** ق ح ت للمتبرع العدول عن رضائه .[16]

الفرع الثاني: الأحكام العامة لرضا المستقبل.

من المستقر عليه فقها و قانونا و قضاءا أنه لا يجوز إجبار المريض على العلاج أو أي عمل من شأنه المساس بتكامله الجسدي، إلا في حالات استثنائية، كالحالات التي تقتضيها ضرورة المحافظة على الصحة العامة كالتطعيم أو العلاج الإجباري.

و من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض لمباشرة العلاج على جسمه، و عليه سنحاول التعرض لأهم الإشكالات التي يثيرها رضاء المستقبل من خلال النقاط الآتية.[17]

أولا: ضرورة الحصول على رضاء المستقبل.

---

[15] الغوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، اتلجزائر، سنة 1995، ص 33.
[16] وهيبة مكرلوف، نفس المرجع السابق، ص 62.
[17] **محمد عبد الوهاب الخولي**، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، دراسة مقارنة، 1997، ص 222.

اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة **1/166** ق ح ت موافقة المستقبل بإرادته الحرة على عملية الاقتطاع ذلك أن الهدف من هذا الرضا تنبيه المستقبل بأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها و ما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا. كما توجب هذه المادة أن تتم موافقة المستقبل بطريقة كتابية و أمام رئيس المصلحة الصحية الموجود بها المريض و بحضور شاهدين اثنين. غير أن الملاحظ على المشرع أنه لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم أن يشهدوا على موافقة المريض، مما يعني أن الشاهدين يمكن أن يكونا من أهل المريض أو من غيرهم من الأشخاص الموجودين في المصلحة الطبية ممن تعاملوا مع المريض.

من جهة أخرى و طبقا **للفقرة الثانية** من المادة **166** ق ح ت إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته يجوز الحصول على الموافقة الكتابية بشأن العملية من أحد أقربائه حسب الترتيب الوارد في المادة **2/164** ق ح ت و الذي جاء كالآتي: الأب أو الأم ،الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. واستثناءا لما سبق و طبقا **الفقرة الأخير** من نفس المادة استغنى المشرع عن رضاء المستقبل و ذلك في حالة الاستعجال إذ يجوز للطبيب التدخل بالعمل الجراحي لزرع العضو دون موافقة المستقبل إذا كان هذا الأخير في حالة خطر حقيقي و حال و كان في حالة نفسية و عضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها، واشترط المشرع أن يؤكد هذه الحالة الاستعجالية رئيس **المصلحة** و كذا شاهدين اثنين.

ثانيا: مبدأ الالتزام بتبصير المستقبل.

حتى يكون رضاء المستقبل صحيحا فإنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتبصير مستقبل العضو حول مخاطر العملية و يجب أن يشرح له النقل المقترح للأعضاء و الأخطار التي يتضمنها و الفوائد

التي يمكن الحصول عليها حتى يستطيع التعبير عن موافقته بشكل واضح طبقا للمادة 5/166 ق ح ت .

ثالثا: : صدور رضا المستقبل عن إرادة حرة.

حتى يكون رضا المستقبل مقبولا قانونا يجب أن يصدر عن إرادة حرة و مدركة و يقصد بذلك أن يصل المريض إلى قرار بشأن الموافقة أو رفض عملية الزرع بإرادته الحرة و إدراك تام لعواقب ذلك.[18]

رابعا: أهلية مستقبل العضو.

الأصل صدور الرضا من المستقبل شخصيا، غير أنه قد يصدر الرضا من أهل المستقبل أو ممثله الشرعي و هذا في حالة ما إذا كان المستقبل عديم الأهلية ، فالمريض الذي لم يبلغ سن الرشد أو بلغه و لكنه يعاني من سفه أو عته أو لا يملك القدرة على فهم و تقدير عملية زرع العضو بسبب حالته الصحية المتدهورة، فإنه يخضع في هذه الحالة لحماية القانون الذي حدد الأشخاص الذين يتولون الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به، و بالتالي فإن عدم الأهلية إما أن يكون عدم أهلية قانونية أو عدم أهلية فعلية.

أ– عدم الأهلية القانونية:

يتضح من المادة **3/166** ق ح ت أنه إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي انتقل حق الموافقة على عملية الزرع إلى صاحب السلطة القانونية عليه و هو الأب و في حالة عدم وجود الأب تنتقل هذه السلطة إلى الأم، أما في حالة فقدان الأب و الأم معا ينتقل هذا الحق للولي الشرعي.[19]

ب– عدم الأهلية الفعلية:

[18] محمد عبد الوهاب نفس المرجع السابق، ص 63.
[19] مأمون عبد الكريم، نفس المرجع السابق، ص470.

قد يكون مستقبل العضو كامل الأهلية القانونية غير أنه لا يكون في حالة يستطيع ممارستها أو يكون في حالة صحية تمنعه من التعبير عن إرادته الفعلية بشأن عملية الزرع كأن تكون صحته متدهورة إلى حد كبير أو يكون فاقدا للوعي، ففي هذه الحالة حددت المادة **2/166** ق ح ت الأشخاص الذين يمكنهم النيابة عنه في إعطاء هذه الموافقة و هم كالآتي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

المبحث الثاني: نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء

لقد استطاعت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى إنقاذ حياة الآلاف من المرضى بعد التقدم الطبي الكبير في هذا المجال لكن لا زالت هناك بعض الصعوبات تواجه المرضى والمتمثلة في عدم توافر الكمية المطلوبة من الأعضاء لتلبية هذه الاحتياجات، وهناك صعوبة أخرى تتمثل في أن بعض الأعضاء يستحيل استئصالها من إنسان حي كالقلب مثلا لهذا ذهب الأطباء إلى نقل الأعضاء والأنسجة من جثث الموتى حديثي الوفاة.

لكن هذا الأمر ليس بسيطا لأنه يصطدم بالكثير من العقبات أهمها تحديد لحظة الوفاة ومدى مشروعية النقل من الجثة وهذا ما سنتطرق له في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط النقل من الجثة.[20]

المطلب الأول: تحديد لحظة الوفاة ومدى مشروعية النقل من الجثة

إن تحديد لحظة الوفاة تعني ميلاد جثة هذا المتوفى ثم الانتقال من نظام قانوني طبيعي وضعي إلى نظام ما وراء الطبيعة ونظام وضعي آخر وحتى وقت قريب نسبيا لم تكن مشكلة تحديد لحظة الوفاة محل مناقشة بين رجال الطب والقانون والدين وذلك لأنّ الذي كان يختص بتحديد ذلك هو الطبيب عن طريق معيار يعتمد عليه في تحديد الوفاة (معيار تقليدي). [21] لكن مع التطور العلمي أصبح يثير تحديد لحظة الوفاة جدلا كبيرا وهذا ما سنحاول التطرق له في الفرع الأول، أما الفرع الثاني المتمثل في مدى مشروعية النقل من الجثة وتطرقنا فيه إلى الشروط المقيدة لشرعية الاستئصال التي أوجب المشرع مراعاتها من جثث الموتى.

[20] ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، ص112
[21] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 64.

{ الفرع الأول: تحديد لحظة الوفاة }

(وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلْ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ العِلْمِ إِلاَّ قَلِيلًا)[22].

إنّ تحديد لحظة الوفاة يوضح لنا الخط الفاصل بين الحياة والموت وبالتالي يحدد هنا الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب، فقبل الموت نكون أمام إنسان حي يجب على الطبيب أن يبذل كل جهده لإنقاذه ومعاونته بكافة الوسائل المختلفة مثل الإنعاش الصناعي[23]، أما من لحظة الوفاة فيكف الطبيب عن ذلك لأنه أمام ميت، وهنا ومن هذه اللحظة يبدأ التفكير في المساس بهذه الجثة لنقل جزء منها إلى شخص آخر[24].

حاول المشرع التعرض إلى مسألة تحديد الوفاة مسايرا بذلك اتجاها خاصا به وهذا ما سنحاول توضيحه.

أ/ الاتجاهات المختلفة لتعريف لحظة الوفاة: كما سبق الذكر إن لحظة الوفاة بعد التطور العلمي أثارت خلافا كبيرا بين فقهاء الطب والقانون والدين حول المعيار الواجب الأخذ به في تعريف أو تحديد اللحظة الحقيقية للوفاة وتمخّض عنه بروز الاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: يعرّف الوفاة بأنها توقف القلب عن النبض (توقف الدورة الدموية) وتوقف الرئتين (الجهاز التنفسي) عن العمل وعدم إبداء جهاز رسم القلب لأي رد فعل ويتبنّى هذا الاتجاه المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة وهو ما يسمى بالموت الظاهري.

---

[22]- سورة الإسراء، الآية 85.

[23]- يعرف الإنعاش الصناعي بأنه مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل له هذه الوسائل، راجع في هذا الصدد احمد جلال الجوهري، مقال بعنوان "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، ع 02، سنة 1981، ص 125.

[24]- نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 311.

الاتجاه الثاني: يعرّف الوفاة بموت المخ وهو توقف الدماغ عن العمل وعدم إبداء جهاز رسم المخ لأي رد فعل، وهذا الاتجاه تبنى المعيار الحديث للموت.

فإذا ماتت خلايا الدماغ بصفة نهائية فانه يستحيل عودتها إلى الحياة، ومن ثم تستحيل عودة الإنسان إلى الحياة الطبيعية ويكون ذلك عندما يدخل الشخص في حالة الغيبوبة الكبرى أو النهائية.

وهذا التعريف للموت آثار بدوره الاتجاهات الآتية:

1. **الاتجاه الصامت**: التزمت فيه بعض التشريعات الصمت فلم تحدد معيار للموت وترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء ليقرّروا بشأنها ما يشاؤون دون معقب عليهم وهو بهذا المسلك منح الأطباء صكا على بياض للاعتداء على حق الإنسان في الحياة.

2. **الاتجاه الإكلينيكي**: يرى جانب من الفقه أن الموت هو زوال الحياة ويثبت بعلاماته الظاهرية أو الإكلينيكية مثل توقف القلب، ضعف البصر، استرخاء القدمين، اعوجاج الأنف وانخساف الصدغ.

وهذا الاتجاه هو الذي قنّنته كتب الطب الشرعي قديمها وحديثها ولكن ثبت بعد التطور الطبي الهائل أن الموت الإكلينيكي هو أول مراحل الموت وليس الموت ذاته ثم استخدام جهاز التنفس الصناعي أو جهاز القلب أمكن بمقتضاه تدفق الدم إلى المخ.[25]

3. **الاتجاه الحديث**: يرى أنصاره بوجوب مسايرة المعيار الطبي الحديث للوفاة الذي اثبت أن موت المخ هو التعريف الصحيح للوفاة.

4. **الاتجاه الشامل**: يأخذ أنصاره بالمعيار المزدوج أي إتباع التعريفين معا التقليدي والحديث فلا تثبت الوفاة إلا بعد موت جذع المخ والموت الإكلينيكي وهذا ما اخذ به الفقه الإسلامي الحديث.

[25] زهدور أشواق نفس المرجع السابق، ص 79.

ب/ موقف التشريع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة: استقر الطب الحديث على أن موت الخلايا في المخ هو معيار موت الإنسان موتا حقيقيا، ويقصد بموت المخ كلية الغيبوبة النهائية. ومن المعروف طبيا أن الهيبوبلاموس وهو جزء من المخ يتحكم في وظائف الجسم المختلفة من خلال إشارة عصبية تصدر عنه وتسيّر الجهاز العصبي اللاإرادي الذي يتحكم في حركة أجهزة الجسم وفي تناسق وظائفها.[26]

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما مدى فعالية القوانين الجزائرية الحالية بشأن تحديد لحظة الوفاة ؟ وهل تعتبر كافية ؟

بالرجوع إلى القوانين التي نظمت مسألة الوفاة في الجزائر يمكن إجمالها فيما يلي:

- **في قانون العقوبات**: تناول قانون العقوبات الجزائري ضمن نصوصه الجرائم المتعلقة بالمدافن في المواد من 150 إلى 154 فجرّم انتهاك حرمة المقابر سواء تمثل الانتهاك في صورة هدم أو تخريب أو تدنيس أو بأي طريقة كانت، كما جرّم المساس بالجثة سواء عن طريق التدنيس أو التشويه أو أي عمل من أعمال الوحشية والفحش أو قام بإخفاء الجثة. وهذا ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغرّاء التي توجب تكريم جثة المتوفى وعدم التعريض بها.[27]
- **في قانون الحالة المدنية**: أما عند صدور قانون الحالة المدنية فقررت المادة 78 أن الترخيص بالدفن لا يمكن أن يسلم من ضابط الحالة المدنية إلا بشهادة صادرة عن الطبيب الذي كلف بالتأكد من حالة الوفاة. ونصت المادة 80 على أن يتضمن الترخيص محرر الوفاة يوم وساعة ومكان الوفاة وهذا الالتزام لا يفرض إلا من وقت العلم به. كما نصت المادة 81 فقرة 02 على انه: "في حالة حدوث الوفاة

[26] زهدور أشواق، نفس المرجع السابق، ص 80.
[27] زهدور أشواق، المرجع سبق ذكره، ص 81.

في المستشفيات أو ... المؤسسات العمومية الأخرى يجب أن يخطر خلال 24 ساعة ضابط الحالة المدنية". وتنص المادة 81 فقرة 03 على أن ضابط الحالة المدنية هو الذي ينتقل بنفسه ليتأكد من الوفاة، ثم يحرر ضابط الحالة المدنية بعد ذلك شهادة الوفاة وذلك بعد تجميعه البيانات الخاصة بالمتوفى.

❖ **في قانون الصحة**: كما أن المشرع الجزائري وإن كان لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة أثناء وضعه لقانون حماية الصحة وترقيتها إلا انه قد تعرض للوفاة في نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها وبالضبط في المادة 164 فقرة 01 التي نصت على: "أن لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المعايير العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ..."

إن ما يتضح من هذه الفقرة هو أن المشرع لم يهتم فيها بتحديد لحظة الوفاة، وإنما اكتفى بالإحالة على وزير الصحة هذا الأخير الذي يقع على عاتقه وضع تعريف للوفاة حسب المقاييس العلمية التي توصل إليها الطب[28].

ولكن هذا لم يحدث فورا فمنذ صدور قانون حماية الصحة وترقيتها عام 1985 لم يصدر ما يفيد تحديد الوفاة وفق المقاييس العلمية إلى غاية 1989 أين أصدر وزير الصحة القرار رقم 89/39 في 1989/03/26 المتعلق بنقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية، وقد نص هذا القرار على أن الموت المعتد به في مجال زراعة الأعضاء هو موت المخ ووضع في المادة الأولى منه العلامات الواجب توافرها للقول بموت مخ الشخص[29] وفي المادة الثانية من القرار حدد عدد الأطباء الذين يجب أن يعاينوا الوفاة.

ولما كان هذا الوضع السابق لا يصلح لحل المشاكل القانونية المترتبة على إمكانية إجراء عمليات زرع الأعضاء وضرورة الحصول عليها من شخص متوفى فقد كان من اللازم تحديد لحظة الوفاة بدقة

[28]- مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 125.
[29]- موت المخ هو ما يعرف بـ *Mort cérébral* ووضع في المادة 01 و 02 من القرار.

وطبقا لقاعدة مسبقة يسترشد بها لتحديد الوفاة فعمليات نقل القلب مثلا تثير مشكلة تحديد لحظة الوفاة.

نصت المادة 01/168 المعدلة من قانون الصحة: "ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها..." وقد ظهر هذا المجلس سنة 1998. لكن على الرغم من هذا فإن مسألة تحديد الوفاة هي من اختصاص وزير الصحة طبقا للمادة 164 من قانون الصحة والمجلس الوطني لأخلاقيات الطب.

وبناء على ما تقدم نستطيع القول أن المشرع يساير الاتجاه القائل بوضع نصوص قانونية لتعريف الوفاة، كما ساير الاتجاه القائل بترك المجال للأطباء في تعريف الوفاة وذلك بإنشائه لمجلس وطني ولعل سبب الخلافات يعود إلى القوى الثلاثة (الرئتان، المخ، خلايا المخ) المسيطرة على الجسم التي لا تموت دفعة واحدة وإنما على ثلاث مراحل زمنية متتابعة أولهما مرحلة الموت الإكلينيكي فتتوقف الرئتان عن العمل، ثانيهما مرحلة موت المخ، ثالثتهما مرحلة موت الخلايا (جذع المخ أو توقف المراكز العصبية عن العمل)[30].

استقر الطب الحديث على أن موت خلايا المخ هو معيار موت الإنسان موتا حقيقيا ويقصد بموت المخ الغيبوبة النهائية، لكن المشكل لا زال قائما لأن الغيبوبة النهائية لا يتعرض لها كل الناس بل عدد محدود من الأشخاص في بعض الحوادث.

{ الفرع الثاني: مدى مشروعية النقل من الجثة }

[30] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص147.

إن إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية تجد أساسها الشرعي في الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في 1972/04/20 ثم تلتها نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تعتبر الأساس القانوني لهذه العمليات، إلا أن الاستئصال مقيد بشروط أوجب الشارع مراعاتها عند إجراء عمليات الاستئصال من جثث الموتى وهي كالتالي:

أ/ الشروط العامة: وهي تلك الشروط التي تناولتها أغلبية التشريعات وهي تتمثل فيما يلي:

① مكان إجراء العملية: لا يجوز القيام بعمليات استئصال الأعضاء ونقلها إلا في المستشفيات ودور الصحة العامة التي يصدر لتحديدها قرار من وزير الصحة وفيه يبين الشروط الواجب توافرها في دور الصحة كما يعددها وهذا ما أشار إليه قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 167. وقد صدر من وزير الصحة تحت رقم 19 بتاريخ 1991/03/23 الذي حدد فيه كيفية تطبيق المادة 167، ولكن صدر قرار جديد ألغى القرار السابق ونص عليه بتاريخ 2002/10/02 وقد تم في الترخيص لبعض المؤسسات الصحية القيام بانتزاع الأنسجة والأعضاء البشرية وهذا في المادة 02 منه.

② عدم جواز ذكر هوية المتبرع للمستفيد: لا يجوز الإعلان عن اسم المتنازل للمتلقي أو لأسرته والعكس صحيح، وهذا الشرط استحدثه المشرع في المادة 165 فقرة 02 المعدلة بقانون 17/90 حيث نصت: "...كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع..."، والهدف من هذا النص هو أن تبقى عمليات نقل الأعضاء في طبعها الإنساني البحت. بحيث أن المريض لا يعرف الشخص الذي منح له العضو حتى لا يبقى أسيرا للمعروف الذي قدمه له المتبرع وكذا المتبرع لا يعرف المريض حتى لا يمنّ عليه بالعضو الذي قدمه له. ونشير هنا إلى أن التطبيق العملي جاء مخالفا لهذا النص، بحيث أننا نجد أن معظم العمليات التي تتم بين الأشخاص تكون بين الأقارب كأن يتنازل

الأب لابنه أو الأم لابنها...الخ. وفي هذه الحالة الأطراف يعرف كل منهما الآخر كما أن الشخص المتنازل إذا افترضنا انه من الغير فانه لا يمكن أن يوافق على أن يتنازل لشخص مجهول لا يعرفه ولم يره كونه قد يريد التأكد من أن حالته الصحية تتطلب فعلا عملية نقل العضو إليه وبغير علمه ورؤيته للشخص المريض فانه سيعتقد أن الأطباء يكذبون عليه وأنهم سيستغلون العضو الذي سيتنازل عليه إما لإجراء التجارب أو البيع... وهذا ما يتطلب من المشرع إعادة النظر في هذا الشرط بصياغته بطريقة واضحة[31].

③ **عدم جواز الاستئصال من الجثة إذا كانت هناك شبهة جنائية**: لا يجوز إجراء عمليات استئصال من جثة المتوفى إذا كانت هناك شبهة جنائية اقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص. ولكن ما يلاحظ أن المشرع قد اغفل النص وما يجب ذكره انه رغم هذا الإغفال من المشرع إلا انه يطبق تلقائيا.

ب/ الشروط الخاصة: إلى جانب الشروط العامة السابقة الذكر هناك شروط خاصة وهي كالتالي:

① **التحقق من موت المتبرع**: لا يجوز مباشرة عمليات استئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتنازل خاصة إذا كان العضو ضروري للبقاء على قيد الحياة كالقلب مثلا.

② **عدم جواز الجمع بين الطبيب الذي يثبت الوفاة والطبيب الذي يستأصل الأعضاء**: وقد نص على هذا الشرط في المادة 165 المعدلة وينص على استبعاد كل تلاعب بجسم الإنسان وخاصة بأعضائه وجعل الأطباء في منأى عن كل شبهة، لذلك جعل الفريق الذي يعلن وفاة الشخص غير الفريق الذي يقوم بعملية نقل العضو.

[31]- نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 36 و 37.

③ **الإذن بالاستئصال**: نص المشرع في المادة 164 فقرة 02 و 03 معدلة على انه: "...يجوز الانتزاع إذا عبّر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك، إذا لم يعبّر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة حسب الترتيب التالي: الأب والأم / الزوج والزوجة / الابن والبنت / الأخ والأخت / أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة". ومن هذا يتبين أن الإذن بالاستئصال من جثة له عدة صور وهي:[32]

1. **إذن المتوفى**: إن الشخص المراد استئصال أعضائه قد يعبّر على إرادته أثناء حياته بالقبول أو الرفض وتترتب على كل حالة آثار متباينة:

الحالة **01**: قبول الاستئصال من الجثة:

كان المشرع قبل التعديل 17/90 كان يشترط أن تكون موافقة المتنازل كتابية أثناء حياته، لكنه تراجع في التعديل الأخير عن هذا الشرط وبسّط إجراءات المتوفى إذا عبّر هذا الأخير عن قبوله التبرع بعضو من أعضائه ومن ثم رضاء المتنازل يكون بكافة الطرق وأيا كان أسلوب هذا التعبير سواء كان بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو التعبير الضمني وأكثر من ذلك يجوز للمتنازل قبل وفاته أن يحدد أعضاء معينة بذاتها تكون محلا للانتزاع وأن يحرم أعضاء أخرى يترتب عليه تشويه مظهر جثته.

كما يجب أن يحدد أغراض هذه العملية كأن تكون علاجية حسب المادة 01/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها أو تكون لأغراض علمية تجريبية حسب المادة 01/168 و 02 من نفس القانون[33].

الحالة **02**: رفض الاستئصال من الجثة:

[32] معاشو لخضر، نفس المرجع، ص 143.
[33] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 150.

نص المشرع في المادة 165 فقرة 01 على أن: "يمنع انتزاع الأنسجة...إذا كان الشخص المعني قد رفض كتابيا وهو على قيد الحياة...". يتضح أن المشرع أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته على أن يتم هذا الاعتراض في الشكل الكتابي.

وفي الأخير لابد من القول أن إرادة المتوفى تعلو إرادة أقاربه ولا يجوز مخالفتها وما دامت صدرت منه وهو متمتع بالقدرة على التفكير والتقدير والاختيار.

2. **إذن أسرة المتوفى**: إنّ المتوفى إذا لم يوصي إثناء حياته بأحد أعضائه فإن هذا الحق ينتقل إلى أفراد أسرته حسب الترتيب التالي: الأب والأم / الزوج والزوجة / الابن والبنت / الأخ والأخت / أو الولي الشرعي. وهناك فريق من الفقه يرى أن استئصال عضو من المتوفى دون إذن أسرته يعد من قبيل سرقة عضو من الجثة يؤدي للإضرار بأصحاب الحقوق المعنوية على الجثة بل إنّ ذلك يعتبر من جهة الطبيب من قبيل خيانة الأمانة التي عهد بها المريض وأقاربه.

3. **الحصول على الأعضاء دون موافقة احد**: قد اشترط المشرع في الاستئصال من الجثة الحصول على إذن من المتوفى أو احد أفراد أسرته، إلا انه استحدث فقرتين جديدتين بتعديل 17/90 للمادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي جاء فيها: "...غير انه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثله الشرعي، أو كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".

من خلال النص نلاحظ انه يمكن للطبيب استئصال الكلية أو قرنية العين لزرعها لمريض يكون في حاجة ماسة إليها دون موافقة احد إلا موافقة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون

حماية الصحة وترقيتها بعد إثبات حالة الاستعجال ويمكن تفسير ذلك أن المشرع قد راعى المنفعة العامة التي تعود على المجتمع بعد عملية الزرع والتي يجب أن تكون اكبر من قبل إجراء العملية.[34]

إنّ تقرير حالة الاستعجال من عدمه يعود إلى اختصاص اللجنة الطبية هذه الأخيرة أوكل لها الكلمة بخصوص المساس بالجثة للاستئصال، فالقانون هو الذي يرخص للطبيب بمباشرة هذه الأعمال حتى لا تكون اعتداء على حرمة الميت ولكنها تستهدف المحافظة على حياة الشخص المريض الحي، وذلك بغض النظر عن النتيجة التي ستسفر عنها عملية الزرع للمتلقي طالما أن الطبيب قد وجه فنّه الطبي إلى علاج المريض.

وبهذا يكون المشرع أباح استئصال الأعضاء دون موافقة احد ولكنه قيده بشروط حسبما وضّحناه سابقا، ورفض مسايرة الاتجاه الذي اخذ بتأميم الجثة واعتبارها ملك للمجتمع يتصرف فيها كيفما يشاء[35].

المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط النقل من الجثة

سبق وأن وضحنا أن المشرع يبيح استئصال الأعضاء والأنسجة من الشخص بعد التأكد من موافقته قبل وفاته أو موافقة ذوي الشأن وأيضا بيّنا في المبحث الثاني عن إمكانية نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء التي تخلص إلى جواز نقل الأعضاء من جسم الأحياء لزرعها في أجسام المرضى إذا اعتبر ذلك علاجا ضروريا ولكن دون انتهاك أو هتك لحرمة الميت وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، أما الفرع

[34] معاشو لخضر ، نفس المرجع السابق ، ص 144.
[35]- مأمون عبد الكريم، نفس المرجع السابق ، ص 473.

الثاني من هذا المطلب فسنتطرق إلى جنحة إفشاء سر المهنة التي نص عليها المشرع في المادة 165 فقرة 02.

{ الفرع الأول: جريمة انتهاك حرمة الميت }

نصّت المادة 153 من قانون العقوبات: "كل من دنّس أو شوّه الجثة أو وقع منه عليها أي عمل من الأعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات..."

هذه المادة تعاقب كل من هتك حرمة الميت فهل ينطبق هذا الأمر على الطبيب ؟ إذا قام الطبيب بالاستئصال في غير حالة الاستعجال المنصوص عليها في المادة 164 الفقرة 3 و 4 من قانون حماية الصحة وترقيتها بدون الحصول على الموافقة من الأشخاص المحددين قانونا فعلى أي أساس يمكن مساءلة هذا الطبيب ؟

بالرجوع إلى القانون الجنائي لا يوجد نص خاص يجرّم هذا الفعل بالرغم من انه مخالف للنظام العام.

هناك جانب من الفقه يرى مساءلته على أساس جريمة السرقة أو خيانة الأمانة إلا أن جثة الإنسان لا تعد مالا مملوكا لأحد وبالتالي لا تصلح محلا للسرقة. ويرى جانب من الفقه القانوني انه يعاقب على جريمة انتهاك حرمة الموتى.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه ونرى وجوب معاقبة الطبيب الذي يباشر عملية الاستئصال على جثة المتوفى في غير حالات الاستعجال ودون موافقة ذوي الشأن وقيام المسؤولية الجنائية اتجاهه،

وبالتالي معاقبته على أساس جريمة انتهاك حرمة الموتى المنصوص والمعاقب عليها في المادة 153 من قانون العقوبات.[36]

{ الفرع الثاني: جنحة إفشاء سر المهنة }

نصّ المشرع الجزائري في المادة 165 فقرة 02 من قانون حماية الصحة وترقيتها على انه: "...يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع..."، ومن ثم فانه من واجب الطبيب أولا أن يحرص على عدم الكشف عن هوية أطراف العلاقة وهذا الواجب يصبح من أسرار مهنته التي يتعين عليه عدم الإفشاء بها. وعليه تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية عن إفشاء أسرار المهنة المعاقب عليها بالمادة 301 من قانون العقوبات، إذا قام بإطلاع المتنازل عن هوية المتلقي أو العكس وقد جاء في المادة 301 النص التالي: "يعاقب بالحبس...الأطباء والجرّاحون...وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وافشوها في غير الحالات التي يتوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرّح لهم بذلك..."[37].

[36] محمد عبد الوهاب ، نفس المرجع السابق، ص 227.
[37] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 151.

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء

المبحث الأول: أركان المسؤولية الجزائية الطبية

الأطباء أثناء ممارستهم للنشاط الطبي، يمكنهم أن يرتكب و جرائم متنوعة من شأنها المساس بسلامة جسم المريض أو حياته، ويسألون عنها جزائيا، ويمكن أن تكون هذه الجرائم عادية، كما يمكن أن تكون متعلقة بممارسة مهنة الطب.

وتثور مسؤولية الطبيب الجزائية عندما يرتكب جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات، والتي تصيب الأشخاص إما بصورة عمدية أو بصورة غير عمدية. وهذه الأخيرة هي سنحاول دراستها من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: الخطأ الطبي

لم يعن كل من المشرع الجنائي الجزائري والفرنسي بتعريف الخطأ، وإنما اكتفى بإيراد صور الخطأ، تاركا ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، وهذا ما يدفعنا لبيان ماهيته، وصوره في قانون العقوبات، وأخيرا عبء إثباته.[1]

{ الفرع الأول: ماهية الخطأ }

[1] سميرة عايد الديات، نفس المرجع السابق، ص57.

إن التعريف الراجح في الفقه للخطأ، هو الذي يذهب إلى أنه:« إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها عليه القانون، وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى حدوث نتيجة إجرامية في حين كان ذلك في استطاعته، وكان واجبا عليه».[2]

ويتبين من خلال هذا التعريف أن جوهر الخطأ هو إخلال بواجبات اليقظة والحذر، وهو التزام ينطوي على جانبين: الأول، التبصر بآثار هذه التصرفات الخطيرة أو إتيانها وفقا لأسلوب معين يجردها من خطورتها. والثاني: التبصر بآثار هذه التصرفات بمعنى الامتناع عن أي تصرف بمس بالمصالح المحمية.

ومن هنا نستنتج أن عناصر الخطأ غير العمدي تتجلى من خلال عنصرين:

1. الإخلال بواجبات الحيطة والحذر: وهذا ما أدى بمحكمة تولوز إلى القضاء بمسؤولية الطبيب لإهمال وعدم التبصر والذي نقل دما غير متوافق عليه مع دم المريض، المنقول إليه مخالفا بذلك أصول الفن الطبي نتيجة اختلاط الزجاجات التي تحتوي على دم بشري مع مجموعة مختلفة وهذا مخالفة لواجبه في الحيطة والتبصر.[3]
2. العلاقة النفسية ما بين إرادة الجاني والنتيجة: ومن صور العلاقة النفسية أن تكون النتيجة متوقعة عن ذاتها، وفي استطاعة الجاني الحيلولة دون حدوثها. المنطق يأبى أن

[2] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 31.
[3] مكرلوف وهيبة، المرجع ذاته.ص 32.

يكلف الشخص بتوقع ما ليس متوقعا، أو أن يتوقع الجاني النتيجة، ولكن لم تتجه إليها إرادته، وهذه الصورة يطلق عليها الخطأ الواعي.

والأخطاء المهنية هي الأخطاء التي يخرج فيها الطبيب على الأصول والقواعد الفنية، ويخالف قواعد الفن الطبي، كالخطأ في التشخيص أو العلاج أو الإشراف أو الرقابة أو الوقاية.

والخطأ الجنائي للطبيب قسمان: خطأ في التقدير وهو الخطأ الطبي الفني، وخطأ في الفعل وهو ترك المريض أو إهمال الرقابة العلاجية.[4]

فهل يسأل الأطباء جزائيا عن كل أخطائهم ؟

هناك رأيان فقهيان:

الرأي الأول: يرفض بعناد مسائلة الطبيب عن أخطائه الطبية لا جزائيا ولا مدنيا، طالما أنه لم يتعمد الأذى، كونه يحمل شهادة في الطب تثبت أنه كفئ وصالح لممارسة المهنة وأدى الامتحان بنجاح. ولكن أصحاب هذا الرأي قلة، لا يوجدون حتى بين الأطباء.

الرأي الثاني: يعتبر الطبيب مسؤولا جزائيا إذ ألحق بالمريض ضررا يقع تحت طائلة القانون الجزائي بخطئه، ولكنها لا تشترط أي درجة من الجسامة، وهذا المبدأ يتماشى مع مبدأ الوحدة بين الخطأ في القضايا الجزائية والخطأ في القضايا المدنية على السواء.

[4] زهدور أشواق، نفس المرجع ، ص 87.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده نص في المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي:« يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب... على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البد نية لأحد الأشخاص أو بصحته...».[5]

وبالتالي من خلال هذا النص نجد أن المشرع قد رتب مسؤولية جزائية في جانب الطبيب عن كل تقصير أو خطئ مهني يلحق ضررا بالمريض وفقا لأحكام قانون العقوبات على أساس جريمتي القتل الخطأ أو الجرح الخطأ.[6]

{ الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي }

تتباين التشريعات في تحديد الصور التي تبلور الخطأ، فينص بعضها على الإهمال والرعونة، وعدم الاحتياط وعدم مراعاة الأنظمة، ويقتصر البعض على صورتين فقط هما الخطأ البسيط والخطأ الفني. أما المشرع الجزائري فقد ساير بعض التشريعات التي عددت صور الخطأ، فعددها في المواد 288 و 289 من قانون العقوبات وهي تتمثل في: الإهمال، الرعونة، عدم الاحتياط وعدم الانتباه، وعدم مراعاة الأنظمة.

① الرعونة:

[5] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 38.
[6] ونشير هنا إلى نظرية حديثة في موضوع المسؤولية الطبية هي نظرية الأستاذ tunc الذي يقترح التخلي عن مسؤولية التعاقدية .

يقصد بها سوء التقدير أو نقص المهارة أو جهل بالأمور التي يتعين العلم بها وأوضح حالاتها الشخص الذي يقدم على عمل وهو لا يقدر خطورته، ولا يدرك النتائج التي تترتب عليه.

وهي تصدر عن شخص صاحب اختصاص معين، تؤدي إلى الإخلال بأصول مهنته أو حرفته أو وظيفته، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية للمريض دون القيام بالتحاليل الطبية مسبقا، فيكون مخلا بقواعد الجرّاحة الطبية.

② عدم الانتباه:

وفي هذه الصورة يقف الجاني موقفا سلبيا، فلا يتخذ الاحتياطيات التي يدعوا إليها الحذر ولو اتخذها لحالت دون الجريمة. ومن تم تضم هذه الصورة حالات الخطأ عن طريق الامتناع، كالأم التي تمتنع عن إرضاع مولودها فيؤدي ذلك إلى موته، أو كالطبيب الذي لم يراعي المرض الذي تعاني منه الضحية، وأمر بتجريعها دواء غير لائق لحالتها مما أدى إلى وفاة الضحية، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا.[7]

③ عدم الاحتياط:

وهو صورة للخطأ الذي ينطوي على نشاط ايجابي يتميز بعدم التبصر بالعواقب ويتحقق في الحالة التي يقدم فيها الجاني على فعل خطير، وهو يدرك خطورته ويتوقع النتائج

[7] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات ،1995/05/30، ملف رقم 118720 و.ق 1996، عدد 02 ، ص 179-181.

التي يمكن أن يؤدي إليها، ولكنه مع ذلك لا يتخذ الاحتياطيات الكافية التي تحول دون تحقق هذه النتائج.

④ الإهمال:

هو سلوك سلبي يتمثل في التحلي بما يفرضه الواجب على الشخص العادي المحترس إزاء أي موقف من مواقف الحياة، بحيث لو اتبعه لما حدثت النتيجة الإجرامية، حيث يقدم الشخص على عمل دون أن يتخذ له عدته من وسائل العناية و الإهمال والوقاية. وقد قضت محكمة تولوز بمسؤولية الطبيب على أساس الإهمال، والتبصر الذي نقل دما غير متوافق مع دم المريض المنقول إليه، مخالفا بذلك أصول الفن الطبي نتيجة اختلاط الزجاجات التي تحتوي دم بشري مع مجموعة مختلفة، وهذا مخالف لواجبه في الحيطة والحذر.[8]

⑤ عدم مراعاة الأنظمة:

تختلف هذه الصورة عن سابقاتها في أن المخالفة ليست لقاعدة متعارف عليها، وانم مخالفة قاعدة قانونية، ولو من درجة أقل كمخالفة لائحة إدارية أو لقانون داخلي لجمعية معينة يفرض على المنخرطين فيها سلوكا محددة اتجه موقف ما.

ويلاحظ أن مجرد مخالفة النصوص ليس كافيا لمسائلة المتهم عن القتل أو الإصابة، وإنما يجب أن تتحقق عناصر الخطأ، وأن تتوافر سائر الأركان الأخرى للجريمة بما في ذلك

[8] قرار محكمة تولوز، غرفة الجنح 1960/01/11، دالوز 1266، 1956/12/14 ، الأسبوع القانوني 1960-1402/02.

العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، وبعبارة أخرى فان مخالفة النصوص هي مجرد صورة من صور الخطأ، وهي لا تغني عن وجوب توافر عناصره. وأن تتوافر إحدى صور الخطأ، فان ذلك يغنينا عن البحث عن باقيها.

ويعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الخطاء التي يقع فيها الأطباء، وتعرضهم للمسؤولية. وعلى هذا اتجه الفقه والقضاء إلى استنباطها من الميدان الطبي، وكانت هناك صعوبة في تحديدها كونه لا يوجد معيار محدد يساعد على تحديدها.

ولهذا المشرع تداركا منه لهذا النقص أحدث هيئة جديدة. مهمتها إبراز الأخطاء الطبية في حالة وجود صعوبة في تحديدها. هذه الهيئة تتمثل في"المجلس الوطني لأخلاقيات الطب" الذي نظمت تشكيلاته وسيره مدونة أخلاقيات الطب وحددت مهامه بموجب المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة.[9]

ولهذا المجلس ثلاث مهام أساسية هي: التوجيه، التأديب والاستشارة التقنية، وهذه الأخيرة تمثل الدور التقني للمجلس الطبي الذي أوكلت له مهمة تحديد وإبراز الأخطاء المهنية الطبية عندما تطرح دعاوى المسؤولية الطبية. ويكون موضوع دعوى المسؤولية متعلقا بصعوبات تخص تحديد الخطأ الطبي المهني الذي لم يكن قد عالجه القانون.

[9] ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، ص 321.

في هذه المسألة تلجأ المحاكم أساسا إلى المجلس الطبي من أجل أن يقدم لها الرؤية العلمية للمسألة المطروحة في النقاش، ويكون للمجلس الطبي دور تقني علمي ينير القاضي بالمسائل التي تحتاج إلى توضيح الخطأ الطبي، اعتمادا على معطيات علمية، ليصل إلى إثبات أو نفي المسؤولية الطبية.

ومن بين صور الأخطاء التي يمكن أن تقع من الأطباء أثناء مراحل العمل الطبي استنادا لبعض الأمثلة التي عرضت على القضاء:

❶ في حالة رفض علاج المريض:

يمكن للطبيب رفض علاج المريض لأسباب شخصية ولا تقوم مسؤوليته. ولكن هذا المبدأ يجب أن لا يخل بما ورد في المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب، التي تنص أنه عليه يجب أن يقدم الإسعاف لمريض في حالة خطر أو يتأكد من تقديم العلاج الضروري له.[10]

وهنا مخالفة هذا الالتزام يرتب قيام مسؤولية جنائية في حق الطبيب بموجب المادة 02/182 من قانون العقوبات، إذا توافرت أركانها.

❷ تخلف رضاء المريض:

بالنسبة لمسؤولية الطبيب في حالة تخلف هذا الشرط، يجعل العمل الطبي غير مشروع وبالتالي يستوجب مسؤولية الطبيب جزائيا، المادة 264 وما يليها من قانون العقوبات. ومع

[10] ماروك نصر الدين، نفس المرجع السابق، ص 322.

ذلك يمكن إعفاء الطبيب من المسؤولية إذا تخلف شرط الرضاء، إذا أثبت وجود حالة الضرورة والمتمثلة في:

- ❖ توافر حالة الاستعجال لانقاد حالة المريض.
- ❖ الوقاية من الأمراض المعدية، وهذا ما جاء في المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

❸ الخطأ في مرحلة التشخيص:

المبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسي، هو الإعفاء المطلق الأطباء من كل مسؤولية عن الخطأ في التشخيص. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فإذا أظهر الخطأ في التشخيص جهلا واضحا، لا يغتفر أو مخالفة صريحة الأصول العلمية الثابتة والسائدة في علم الطب، فانه يشكل خطأ يسأل الطبيب مسؤولية جزائية.[11]

❹ الخطأ في مرحلة العلاج:

على الطبيب أن يراعي عند اختياره للعلاج الحالة الصحية للمريض، وسنه ومدى مقاومته ودرجة احتماله للمواد التي سيتناولها والأساليب العلاجية المطبقة عليه، وهنا نتصور الخطأ في حالتين:

الحالة الأولى: عدم إتباع الأصول العلمية السائدة.

[11] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع، ص 100.

الحالة الثانية: الإخلال بقواعد الحيطة والحذر.

❺الخطأ من خلال العمليات الجرّاحية:

ونتصور هذا الخطأ، إما قبل أو أثناء أو بعد العملية الجرّاحية.[12]

1. قبل العملية الجرّاحية، على الطبيب أن يتخذ كل الاحتياطيات اللازمة لمعرفة الحالة الصحية للمريض بإجراء فحوص مسبقة شاملة، واختيار الطريقة المناسبة للجراحة قبل أن يقرر إجرائها إلا في الحالة الاستعجالية.
2. أثناء العملية الجرّاحية، لا تثور مسؤولية الجرّاح إلا إذا لم يؤدي عمله بالمهارة التي تقتضيها مهنته، وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض، بسبب عدم احتياطه أو إهماله أو رعونته أو عدم انتباهه. وتقوم مسؤولية الجرّاح عند ترك أجسام غريبة في جسم المريض مثل ضمادة وتؤدي إلى الوفاة.

مسؤولية طبيب التخدير تثار أيضا أثناء العملية، كون التقدم العلمي الحديث، جعل استعانة الجرّاح بطبيب تخدير على درجة كبيرة من الحيوية، يتعين عليه متابعة حالة المريض أثناء العملية.

[12] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع، ص102.

وهنا نشير أنه في الميدان الجزائي، لا يسأل الجرّاح عن أخطاء طبيب التخدير، باعتباره تابع للطاقم الذي يساعده-عكس المدني- وإنما تقوم المسؤولية الجزائية لكل منهما إذا ارتكبا خطأ شخصيا.

3. عقب العملية الجرّاحية: لا يقف التزام الطبيب عند مجرد إجراء العملية الجرّاحية، إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض، عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات، ويستطيع الخروج من الغيبوبة، ويستعيد نفسه من جديد، ولا يصل ذلك إلى حد ضمان شفاء المريض ونجاح العملية، بل الاستمرار في الرعاية وبذل العناية.

هذا ووقوع خطأ من الطبيب لا يكفي وحده لمسائلته جنائيا، وإنما لابد أن يتسبب بفعله هذا في إحداث ضرر للغير.[13]

{ الفرع الثالث: عبء إثبات الخطأ وسلطة القاضي في تقديره }

إن القاعدة التي مفادها البينة على من ادعى، لانجد لها مجالا للتطبيق في هذا النوع من النزاعات، حيث أن إثبات المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي للطبيب يقع على المريض، الذي عليه إثبات عناصر المسؤولية الطبية من خطأ وسبب وعلاقة السببية.

[13] سميرة عايد الديات، نفس المرجع السابق، ص 57.

وهنا نشير إلى أنه إذا كانت مسألة الإثبات تثير بعض الصعوبات بالنسبة للمريض في مجال المسؤولية المدنية، ا أنه في المسؤولية الجنائية، المر يختلف إذ أن للنيابة العامة أو لقاضي التحقيق بحسب الأحوال دور هام في مساعدة الشاكي(المريض عادة أو وليه أو ورثته) في تقديم أدلة للإثبات، أنه بمجرد تحريك الدعوى العمومية من قبل وكيل الجمهورية له أن يأمر الشرطة القضائية بسماع المتضرر واستدعاء الطبيب المسؤول عن الخطأ و سماعه في محضر، على أن ترجع هذه المحاضر لوكيل الجمهورية، ولهذا الأخير اتخاذ اجرائين:[14]

1. إما إحالة القضية على المحكمة الجزائية إذا توافرت أركان الجريمة وفقا لقانون العقوبات.
2. وإما أن يحيل القضية للتحقيق فيها من قبل قاضي التحقيق، وهذا الأخير له سلطات واسعة في البحث عن أدلة الإثبات.

ولا يستطيع الطبيب أن يدرأ تلط المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير، كما يمكنه إثبات حالة الضرورة التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال.

إلا أنه ينبغي الإشارة، أن هناك حالات يشدد فيها القضاء مسؤولية الأطباء، كعمليات التجميل، أو العمليات العادية التي لا تحتمل أي صعوبة مثل عمليات الختان، التي لم يعد يسودها الطابع التجريبي.

[14] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 43.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في تحديد الخطأ، فللقاضي سلطة واسعة في تقدير المسؤولية الطبية، والقاضي لا يحكم لوحده في القضايا الطبية بل له أن يستعين بأهل الخبرة عند الحاجة. وقد جرت العادة على انتداب طبيب شرعي لبيان الخطأ الذي وقع من الطبيب. وقد نص المشرع في المادة 206 فقرة 04 المعدلة من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي:« لا يلزم الطبيب... سواء أكان مطلوب من القضاء أو خبيرا لديه من كتمان السر المهني... ولا يمكنه الإدلاء في تقريره... إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة...».

من خلال هذا النص يتبين أن مهمة الطبيب الخبير قاصرة على المسائل الفنية الطبية، ويجب عليه أن يلتزم في تقريره بكشف المسائل التي هي من الطبية الفنية التي دعا لفحصها.[15]

المطلب الثاني: الضرر وعنصر العلاقة السببية

أن إصابة المريض بمرض أثناء عملية العلاج أو من جرائها هو نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الجزائية الطبية، فوقوع الضرر للمريض، هو العنصر المستلزم لقيام المسؤولية الجزائية، مع مراعاة أن التزام الطبيب هو ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وبتالي يمكن ورغم حدوث ضرر ألا تثور المسؤولية الطبية، إذا لم يتبث أي تقصير أو إهمال من جانب الطبيب المعالج.

[15] محمد صفوت، نفس المرجع، ص 129.

ولا شك أن القواعد العامة للمسؤولية الجنائية التي تحكم عنصر الضرر باعتباره النتيجة الحاصلة عن النشاط الإجرامي للجاني هي التي تطبق هنا.[16]

الفرع الأول : عنصر الضرر الطبي

لم يعرف المشرع الجزائري الضرر، لكن بالرجوع إلى الفقه نجد أنه عرفه كمايلي: «الأثر الخارجي للخطأ الذي وقع من الجاني. ويشترط في هذا الأثر أن يكون حقيقيا ومؤكدا وحالا. بمعنى الضرر لا يفترض، بل لابد من أن يكون حقيقة واقعة».

وبالرجوع إلى القواعد العامة في الجنائي نجد أن الضرر الموجب للمسؤولية الجنائية لابد أن تتوفر فيه شروط:

① **أن يكون الضرر مباشرا**: أي أنه هو النتيجة التي ترجع أساسا إلى خطأ الجاني. وللقاضي أن يقدر توافر السببية بين الخطأ والنتيجة الضارة. بمعنى أن يكون نتيجة مباشرة لعمل الطبيب.

② **أن يكون الضرر شخصيا**: وهو يشمل الضرر الجسماني، المادي والأدبي.[17]

١– الضرر الجسماني: هو كل اعتداء على سلامة الجسم.

٢– الضرر المادي:هو كل اعتداء على المصالح المترتبة للذمة المالية للمدعي بالحق المدني.

[16] مأمون عبد الكريم، نفس المرجع السابق ، ص 480.
[17] مأمون عبد الكريم، نفس المرجع، ص 481.

٣– الضرر الأدبي أو المعنوي: قد يمتد إلى المصاب ذاته، أو يمتد إلى غيره في حالة وفاته.

وبهذا قضت محكمة النقض أن تعويض الوالد على فقدان ابنه لا يعتبر تعويض عن ضر محتمل الحصول في المستقبل، وإنما تعويض عن فقدان الولد و ما يسببه من اللوعة للوالد أي أنه حال. [18]

③ **أن يكون حالا وأكيدا**: أي وجوده حالا وثابتا، كما يمكن أن يكون مستقبليا. وقد ذهب القضاء إلى التوسع في مفهوم الضرر إذ أجاز أن تقوم المسؤولية الطبية على أساس الضرر المتمثل في تفويت الفرصة للشفاء أو الحياة.

القضاء الفرنسي يطبق هذه النظرية في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب منذ سنة 1965 حتى الآن، ولا يحكم بالتعويض إلا في تفويت الفرصة فقط وليس عن الضرر الجسدي أو الموت، لأنّ فوات الفرصة في حد ذاته يصلح كأساس للتعويض ولا يشكل جريمة جنائية، ولهذا رفضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض أن تؤسس المتابعات الجزائية على مجرد فوات الفرصة. [19]

وفي الأخير نقول أن وجود الضرر إلى جانب الخطأ لا يكفي لقيام المسؤولية، إذا لم تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر.

[18] الغوتي بن ملحة، نفس المرجع السابق، ص 212.
[19] مأمون عبد الكريم، نفس المرجع ، ص 482.

{ الفرع الثاني: علاقة السببية }

لا يكفي مجرد الضرر للمريض، وثبوت خطأ الطبيب، يلزم وجوب علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر، وهذا مل يعرف بركن السببية.

تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور العسيرة نظرا لتعقد الجسم الإنساني وتغيير حالاته وخصائصه من شخص إلى آخر.

وقد تتعدد السلوكات التي تؤدي إلى نتيجة واحدة، يدفعنا إلى ضرورة إيجاد معيار يمكننا من تحديد أي أفعال أدت إلى نتيجة تسند إلى صاحبها.

ولهذا ظهرت نظريتين في الفقه الحديث:

❶ نظرية تعادل الأسباب:

يعد سببا كل شرط ساهم في إحداث نتيجة، وكانت مساهمة ضرورية بحيث يمكن القول أنه لولا ذلك الشرط، لما تحققت نتيجة. وبتالي يتحمل من وفر ذلك الشرط أو العامل كل المسؤولية.[20]

❷ نظرية السبب الملائم:

[20] معاشو لخضر ، نفس المرجع السابق، ص 199.

إذا تعددت الأفعال وتمخضت عنها نتيجة، فان إسنادها يكون إلى ذلك السلوك الذي يؤدي إليها عادة في مثل هذه الظروف.

وقد تبنى القضاء الفرنسي هذه النظرية، بالرغم من كل الانتقادات الموجهة إليه.

وفي هذا المجال قد أقر القضاء الجزائري بتاريخ 1967/11/15، براءة الطبيب من تهمة القتل الخطأ المنسوبة إليه والمتمثلة وقائعها في:

تسبّب في وفاتها بعد نزيف دموي أن امرأة حامل أجري لها عملية قيصرية في المستشفى، ونزفت نزيفا دمويا حادا. ونسب إلى الطبيب نقل دم مختلف عن الدم الذي تحمله. وبالرجوع إلى تقرير أحد الأطباء وصيدلي تم التأكد على أن الفحص الذي أجري على المرأة تبيّن أنها كانت مصابة بمرض عدم تجمع كريات الدم بعد التخثر، وأنه حتى أن الدم الذي تم نقله لم يكن نفس الدم الذي تحمله إلا أنه لم يكن السبب في وفاتها. وبالتالي لا توجد علاقة سببية بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب ووفاة المرأة، ولهذا أيد حكم البراءة[21].

وبتالي من خلال هذا الحكم، الذي تطلب توافر علاقة السببية، والذي أخذ فيه بالسبب الأكثر ملائمة، كونه اعتبر نقل دم مغاير لدمها ليس من المعتاد أن يؤدي إلى الوفاة، وإنما المرض الذي كانت مصابة به هو الذي أن يؤدي من المعتاد إلى هذه النتيجة، وهي الوفاة.

[21]- مجلس قضاء وهران- غرفة الجنح والمخالفات- 1967/11/15-غير منشور.

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

تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية عند ارتكابه لأفعال تكون جنحة أو مخالفة لقانون العقوبات أو القوانين المتعلقة بتنظيم مهنة الطب، وتكون عقوباتها الحبس أو الغرامة، وهنا نركز على الجرائم الغير العمدية، والتي تتمثل في جنحتي القتل الخطأ والجرح الخطأ.

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية نتيجة الأخطاء غير عمدية

{الفرع الأول: في حالة تخلف شرط الرضا أو إجراء العملية في غير المنشآت المرخص بها}

① في حالة تخلف شرط الرضا: معنى ذلك أن العمل الجرّاحي يكون غير سليم إذا تخلف رضاء المتنازل والمتلقي وسنوضّح الحالتين.

أ/ تخلف رضا المتنازل: قد يحدث في بعض الأحيان أن يحمل الجرّاح على موافقة المتنازل باستخدامه طرق احتيالية أو بإتباع الغش أو الإكراه أو التهديد أو قد يتدخل الجرّاح ويستأصل العضو من جسم المتبرع بدون موافقته فهنا الطبيب يسال جنائيا ومدنيا وتأديبيا

وتكون مسؤوليته عن جريمة عمدية ولو كان الجرّاح قصد بإجراء هذه العملية إنقاذ شخص آخر لأنّ الطبيب توافر لديه القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.[22]

فإذا كان الجزء المستأصل من الجسم عضو نكون أمام افتراضين:

الافتراض الأول: نكون بصدد جريمة ضرب وجرح عمدي مفضي إلى عاهة مستديمة إذا لم تؤدي عملية الاستئصال إلى موت المجني عليه. فالركن المادي للجريمة يتمثل في عمل الطبيب الذي قام بالاستئصال، والركن المعنوي يتمثل من خلال قيام الطبيب باستئصال عضو سليم والمعاقب عليها في المادة 264 فقرة 03 من قانون العقوبات.

ولا ينفي قيام المسؤولية الجنائية هنا إذا كان الغرض الذي من اجله قام الطبيب بعملية الاستئصال هو إنقاذ شخص آخر لكن يمكن للقاضي أن يعتبره ظرفا مخففا. أما فيما يخص عبء الإثبات فانه يقع على المجني عليه ولا يلتزم بإثبات أن واقعة الاعتداء على تكامله الجسماني تمت بدون موافقته بل يكتفي بأنّ الطبيب قد قام حقا بهذا الاعتداء وعلى هذا الأخير إذا ما أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت بأنّ موافقة المجني عليه قد سبقت العملية فإذا دفع المجني عليه انه قد عدل عن موافقته في وقت لاحق يجب عليه إثبات ما يدعيه.

[22] زهدور أشواق، نفس المرجع، ص 96.

الافتراض الثاني: عندما تؤدي عملية الاستئصال إلى وفاة المنقول منه العضو وهنا نكون أمام حالتين:[23]

1. إذا كان استئصال العضو لا يؤدي عادة إلى الوفاة وفقا للقواعد العلمية والأصول الطبية التي تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء، فهنا نكون بصدد جريمة الجرح والضرب العمدي المفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها والمعاقب عليها بموجب المادة 264 فقرة 04 من قانون العقوبات.

2. يكون الطبيب مرتكبا لجناية القتل العمدي المكتملة الأركان إذا كان العضو المستأصل حيوي ولازم لاستمرار الحياة حيث أن انتزاعه يؤدي حتما إلى الوفاة كالقلب مثلا وهذا ما أقرت عقابه المادة 254 وما يليها من قانون العقوبات وأيضا يعاقب الطبيب على وفاة المنقول منه العضو ولو كان العضو الذي تم انتزاعه لا يترتب عن نقله عادة وفاة الشخص مثل الكلية ولكن حالته كانت تنبئ عن وجود خطر جسيم يهدد حياته بالزوال إذا ما تم إجراء الاستئصال وهنا القصد احتمالي كان يمكن للطبيب توقعه ومع ذلك قبل النتيجة المتوقع حدوثها ويسأل على أساس العمد كون القصد الاحتمالي يقوم مقام القصد المباشر وبالتالي سوف يرتب نفس الآثار.

قد يتم التبرع بمقابل بالرغم من أن المشرع منع ذلك إلا انه لم ينص على جزاء مخالفة هذا المبدأ، إذ لا نجد في قانون العقوبات نصا خاصا بمسألة الاتجار في الأعضاء البشرية. هنا

[23] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 111.

يثور التساؤل حول موقف الطبيب الذي يعلم بذلك إذا كان يقوم بإجراء العملية أو لا وحدود مسؤوليته ؟

رجوعا إلى القواعد العامة لا نجد ما يمكن تطبيقه. في هذه الحالة هناك تباين في آراء الفقهاء فمنهم من قال بعدم الاعتداد بالرضا الصادر من المتبرع وبالتالي مساءلة الطبيب عن إجراء العملية رغم علمه بأن الرضا المتنازل كان بمقابل مادي. وهناك من الفقهاء من يرى بأن امتناع الطبيب عن إجراء العملية خاصة إذا كانت حالة المريض في خطر من شأنه أن يوقع الطبيب تحت جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر والمعاقب عليه بموجب المادة 182 من قانون العقوبات[24]. واستنادا إلى هذا الاختلاف وإتباعا لقاعدة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأمام غياب نص صريح حول هذه العملية لا يمكن مساءلة أي احد على بيع أعضائه وهنا يجب تدخل المشرع لسد هذا الفراغ القانوني.

ب/ تخلف رضاء المريض: لاشك في القول بتوافر مسؤولية الطبيب عن فعل عمدي إذا لم يلجأ إلى الحصول على موافقة المريض أو من يمثله قانونا أو كانت الموافقة غير سليمة لعدم توافر التبصير أو لعدم توافر القدرة على الإدراك والاختيار أو لصدورها نتيجة لتهديد أو إكراه أو غش أو سائل احتيالية ولا يكفي لنفي المسؤولية ادعاء الطبيب أن ما اتخذه من إجراءات يتفق تماما ومصلحة المريض، أو أن تلك الإجراءات المتفق عليها بأنها

[24]- نصر الدين ماروك، مقال المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية (مجلة فصلية)، ج 37 رقم 1999.03، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2002، ص 22.

أحدث ما توصل إليه العلم أو ما أسفرت عنه التجارب والأبحاث أو أن ما قام به تم وفقا لأعلى مستوى من الأداء في هذا المجال[25].

ويجب على الطبيب أن يعمل على إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه ويشجعه على اتخاذ القرار دون أي ضغوطات على إرادته وفي هذا الشأن حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب الغير عمدية حينما تلقى الطبيب ببساطة رفض إحدى زبائنه حقنة ضد الإسهال مما تسبب في وفاتها ونسب إلى هذا الطبيب الخطأ الغير عمدي المتمثل في الإهمال. ونقول أن في حالة إصرار المريض على رفضه فهنا يجب على الطبيب أن يثبت هذا الرفض كتابيا للتخلص من المسؤولية رغم الأهمية الحيوية لهذه العملية بالنسبة للمريض.

كما انه إذا كان المريض في حالة الاستعجال وتعذر الاتصال بأهله فإنّ الطبيب هو الممثل الطبيعي للمريض ويمكن له أن يعطي الموافقة للمتلقي لإجراء زرع العضو، فإذا اخل بهذا الالتزام الذي على عاتقه وكان المتلقي في حالة خطر فإنّ فعله هذا يشكل جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقا للمادة 02/182 من قانون العقوبات[26].

② في حالة إجراء عملية النقل والزرع في المنشآت غير المرخص لها قانونا:

كما سبق وذكرنا في المادة 167 فقرة 01 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن وزير الصحة قد حدّد مكان إجراء هذا النوع من العمليات في المستشفيات وقد جاء هذا التعديل

[25] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 113.
[26]- نصر الدين ماروك، نفس المرجع السابق، ص 262.

على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال وبالتالي إذا تمت مخالفة هذه القاعدة يترتب عليها قيام مسؤولية الطبيب الذي قام بنقل وزرع الأعضاء من شخص ما في غير هذه المراكز ويوجب مساءلة مدير المستشفى إذا تم النقل والزرع بموافقته أو بعلمه، لكن أمام عدم وجود نص جزائي يطبق في حالة مخالفة هذه القاعدة فهنا يمكن أن يجعل من النيابة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية في مثل هذه الحالة، وهذا ما يجعل تدخل المشرع أمرا لا غنى عنه لوضع نص جزائي يضبط هذه المسألة.

{الفرع الثاني: حالة تخلف الغرض العلاجي وإهمال الطبيب لإجراء الفحوص الطبية}

❶ **حالة تخلف الغرض العلاجي**: إن الرضا الذي تتوافر فيه كافة الشروط لا يكفي أثره لإباحة عمل الطبيب إذا توافرت احتمالات قوية على أن الإجراء لن يحقق للمريض أي مصلحة علاجية أو قد يتعرض هذا الأخير إلى سوء حالته الصحية على ما كانت عليه قبل إجراء العملية أي ستتدهور صحته على ما كانت عليه وبالتالي قد يعرض لمخاطر تزيد عن تلك التي يواجهها بسبب حالته الصحية، فقضت إحدى المحاكم في قضية تمثلت وقائعها بمباشرة أطباء مستشفى لورك بورت بنيويورك عملية استئصال كلية لأحد الأشخاص اعتقادا منهم بأنه مصاب بورم ولكن بعد استئصالها تبين أنها كلية كانت ملتصقة بالأخرى وبعدما ساءت حالة الولد تبرعت الأم لابنها بكلية أخرى وبعد مضي 03 سنوات من إجراء العملية

رفض جسم الابن الكلية المنقولة ورفع الابن والأم دعوى على أطباء المستشفى طالبوا بالتعويض فحكمت المحكمة بالتعويض للابن ورفضت تعويض الأم لأن التبرع كان بإرادتها.[27]

وقد تكون عملية الزرع من العمليات التي لا زالت في طور التجارب فهل يجوز للطبيب تنفيذها ؟ هنا يمكن القول مبدئيا انه يجوز ذلك ولا تثار مسؤولية الطبيب بشروط:

- أن يثبت أنّ هذه الوسيلة هي أفضل الوسائل بالنسبة للمريض وظروفه لتحقيق علاجه.
- أنّ الأضرار المحتملة تقل بشكل ملحوظ عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المريض في حالة علاجه بالأساليب التقليدية.
- يجب أن تكون الوسيلة البحثية (العلاج التجريبي) قد سبق التحقق منها سواء من خلال تطبيقها على حيوانات أو إخضاعها لبحوث ودراسات مختلفة لضمان تجنب الأضرار بقدر الإمكان.

ولكن إذا كان تدخل الطبيب يخرج عن شفاء المريض محل التجربة الطبية فانه تقوم مسؤولية الطبيب حسب جسامة الضرر الذي يصيب المريض[28].

❷ **إهمال الطبيب لإجراء الفحوص الطبية:** قد استقر القضاء الفرنسي على انه من الضروري قبل إجراء العملية أو تنفيذ العلاج أن يقوم الطبيب بإجراء الفحوص الطبية

[27] جريدة الخبر اليومية، حين تخطأ ملائكة الرحمة، الصادرة بتاريخ 2001/03/19 .
[28]- مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 115

التمهيدية أو التكميلية للمريض وأن إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأ في جانبه تقوم به مسؤوليته، وبالتالي يجب أن يسبق أي عملية نقل الأعضاء مهما كانت طبيعتها يجب أن يسبقها فحوص شاملة على المتبرع للتأكد من سلامته صحيا وعدم إصابته بمرض فقدان المناعة أو التهاب الكبد الوبائي بجميع أنواعه أو الأمراض الوبائية القابلة للانتقال من إنسان لآخر ويجب أن تمتد هذه الفحوصات لتشمل التأكد من توافق الأنسجة وصلاحية العضو أو النسيج المطلوب نقله لأداء الغرض بالنسبة للمريض وأنّ نقل العضو أو النسيج لن يعرض المتبرع لأخطار أو أضرار جسيمة. وأهمية هذه الفحوص تزداد في حالات الأعضاء الغير متحدة مثل الكلية ففي حالة نقل الكلية يجب التأكد أن الأخرى سليمة تماما وتؤدي وظيفتها، فإذا شاب سلوكه إهمال أو عدم احتياط أو رعونة أو عدم انتباه أدّى إلى عدم توقع أخطار معينة فانه يسأل عن الخطأ غير العمدي في حالة تحققها وفقا لشروط اللازمة لذلك ويتابع على أساس جريمة القتل الخطأ إذا أدّى خطأه إلى الوفاة المنصوص عليها في المادة 288 و 289 من نفس القانون إذا أدّى خطأه إلى عجز أو عاهة مستديمة بحسب الأحوال كما انه لا يكون عمل الطبيب مباحا إذا كان احتمال نجاح العملية محدودا سواء كان عالما بهذه النتيجة أو لم يعلم وتتوافر حينئذ المسؤولية عن الخطأ العمدي أو غير العمدي حسب الأحوال إذا توافرت شروط المسؤولية الجنائية.[29]

{ الفرع الثالث: حالة ارتكاب الجرّاح خطأ في تنفيذ عمليتي النقل والزرع }

[29] جريدة الخبر اليومية، حين تخطأ ملائكة الرحمة، الصادرة بتاريخ 2001/03/19 .

يجب على الطبيب في مرحلة تنفيذ العملية وما يتبعها أن يكون أكثر تشددا ودقة ويقتضي المزيد من المهارة والرعاية والحيطة بسبب جسامة الأخطار والأضرار التي يمكن أن تلحق بالمتبرع والمريض نتيجة أخطاء الطبيب ولا تنتهي مسؤولية الطبيب بانتهاء العملية بل تمتد إلى مرحلة النقاهة لمنع تفاقم الأضرار فالمتابعة بعد الجرّاحة ضرورية.

وترتبط بالجرّاحة إجراءات التخدير ويقع على الجرّاح وطبيب التخدير واجبات التأكد من الحالة الصحية للمتبرع أو المريض لتبيان قدرته على تحمل المخدّر بما يتفق وظروف الحالة هذا إضافة إلى ضرورة متابعة الحالة ومراقبة الضغط والتنفس وحالة القلب ...

كما يجب مساءلة الطبيب عن خطئه في تنفيذ عملية النقل أو الزرع كما أن إهمال الجرّاح أو إغفاله الإشراف على المتبرع بعد عملية النقل أو المتلقي عقب إجراء عملية الزرع يكشف عن إخلاله بواجباته ويعدّ خطأ تنعقد به مسؤوليته الجنائية.

كما أن تغيب طبيب التخدير أو إهماله في المتابعة أثناء العملية وبعدها قد يؤدي إلى توافر الخطأ لو تعرض المتنازل أو المتلقي لمضاعفات تتطلب التدخل السريع من جانبه[30].

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية لطبيب عن الاتجار بالأعضاء البشرية.

تجب الإشارة بداءة إلى أنه يقصد بالمسؤولية الجزائية الناجمة عن الاتجار بالأعضاء البشرية المسؤولية المترتبة عن الإخلال بضوابط و شروط نقل و زرع الأعضاء البشرية وفق قانون العقوبات حيث

[30] مكرلوف وهيبة، نفس المرجع السابق، ص 116.

يظهر من خلال المواد المتعلقة بجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أن هذه الجريمة تقوم عند الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية حسب ما تنص عليه المادتين **303 مكرر 16** و **303 مكرر 18** ق ع و كذا عند الإخلال بشرط الموافقة المتطلبة بشأن انتزاع الأعضاء البشرية حسب ما جاء في المادتين **303 مكرر 17** و **303 مكرر 19** ق ع.

و بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لهذه الجريمة إلا أننا سنحاول التطرق إلى مفهومها مقسمين هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الأول مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مبينين خصائصها و أركانها، أما الفرع الثاني نتناول فيه المسؤولية الجزائية المترتبة عن الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بهذه الأعضاء أو في حالة الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة.

الفرع الأول: مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية.

تعد ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة حديثة مقارنة مع الظواهر الإجرامية الأخرى[29]، حيث ترجع نشأة الاتجار بالأعضاء البشرية إلى ما بعد النصف الثاني من القرن العشرين أين تخطت زراعة الأعضاء مرحلة التجارب إلى مرحلة التطبيق. و قد أدى إلى انتشار هذه الظاهرة عدة أسباب كالحاجة إلى المقابل المالي المتحصل عليه من منح الأعضاء البشرية نتيجة للأوضاع الاقتصادية السيئة لبعض المجتمعات مما جعل الناس تقوم ببيع بعض أعضاء جسدها بسبب الحاجة، و كذا كثرة الأطفال غير الشرعيين و أطفال الشوارع و المجانين مما جعلهم عرضة للخطف و السرقة و بالتالي سرقة أعضائهم.[31]

أولا: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

[31] أ زهدور أشواق، نفس المرجع ، ص 103.

لم يتناول المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 و استحداثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تعريف هذه الجريمة ، و إنما اكتفى بمعاقبة الشخص الذي يتحصل على هذه الأعضاء .

مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، و كذا معاقبته إذا تم هذا الانتزاع بدون الموافقة المتطلبة لذلك سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات.

و بالرجوع إلى المواد التي تناولت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية و هي المواد **303 مكرر 16** و**303 مكرر17** و **303 مكرر 18** و **303 مكرر 19** ق ع فإننا سنحاول إعطاء تعريف موجز لهذه الجريمة بحيث يمكن تعريفها بما يلي: " **كل فعل يكون الغرض منه الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية أو أي مادة من جسم إنسان حيا كان أو ميتا يتم مقابل منفعة أيا كانت طبيعتها سواء مالية أو غيرها، و بدون احترام الرضا المتبصر لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع**".

و عليه سنحاول التطرق لأركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وفق ما يلي:[32]

1- الفعل المكون للجريمة.

و يتمثل في قيام الجاني أو الجناة بعدد من الممارسات الإجرامية يكون الغرض الوحيد منها الحصول على العضو أو النسيج البشري، و ذلك دون احترام مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية و شرط موافقة صاحب العضو أو النسيج المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها. و قد تتخذ هذه الممارسات الإجرامية عدة صور منها خطف الأشخاص و خاصة الأطفال و المجانين منهم و الاستيلاء على بعض أعضائهم، و ابتزاز بعض الضحايا في الحصول على بعض الأعضاء من خلال

[32] ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، دار هومة ، ط. 2003، ص 107.

التعذيب، و تهريب الأعضاء البشرية بالتعاون مع بعض موظفي الحدود أو مع بعض العصابات و المافيا. فكل فعل من شأنه الحصول على عضو أو خلية أو نسيج بشري أو أي مادة من جسم الإنسان يتم بمقابل (مادي أو غيره) و بدون موافقة صاحب العضو أو النسيج يعد اتجارا بالأعضاء البشرية.

و ما يميز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أن الجاني فيها يمكن أن يكون فردا واحدا و يمكن أن يكون جماعة، و قد يحمل إحدى الصفات الآتية: **التجار، الأطباء**(قد اعتبر المشرع الجزائري صفة الجاني المسهلة لعملية الاتجار ظرفا مشددا -المادة **303 مكرر 20** ق ع-)،**بعض الجناة المساعدين** (كمساعدي الأطباء و الممرضين و رجال الحدود و الجمارك)، **و المرضى أنفسهم**.

و يجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن صاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع و الذي قام ببيع عضوه أو نسيجه البشري مقابل مبلغ مالي أو تحصل على أي منفعة أخرى فإنه غير مشمول بالمواد المعاقب بها على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية و هو ما يستشف من خلال المادة **303 مكرر 16** ق ع. و عليه فإن الشخص المعاقب هو الذي يتحصل على العضو بمقابل و ليس الشخص صاحب العضو الذي باعه، و إن كان الأجدر بالمشرع أن يشمل بالعقاب كذلك صاحب العضو حتى لا تصبح أعضاء الإنسان محلا للمزايدة.

2- القصد الجزائي.

تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجزائي ، أي لابد أن يتوافر لدى مرتكب الركن المادي نية إجرامية بحيث لا يمكن تصور وقوع هذه الجريمة عن طريق الخطأ.

و يتحقق القصد الجزائي باتجاه إرادة الجاني إلى الاستيلاء على أعضاء الجسم البشري من خلال عمليات غير شرعية و بيعها بمقابل مالي أو أي منفعة أخرى. كما يتحقق القصد الجزائي باتجاه إرادة

الجاني إلى انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو أي مادة من جسم الإنسان بأي طريقة كانت دون الحصول على الموافقة المتبصرة لصاحب العضو أو النسيج أو الخلية ، و هو ما يتعارض مع طبيعة المهن الطبية التي تتصف بأنها من المهن الإنسانية التي تتسم بالصدق و الرحمة و المساعدة و ليس المتاجرة.[33]

ثانيا: خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

تمتاز جريمة التجار بالأعضاء البشرية ببعض الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

1- جريمة مستحدثة: إن الظواهر الإجرامية المستحدثة هي ما ظهر في الفترة الأخيرة من نوعيات حديثة للإجرام أو أساليب حديثة لارتكاب الجرائم، و تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أحد الجرائم المستحدثة نظرا للاستحداث المتواصل في أساليب و أدوات المجرمين في هذه التجارة.

2-جريمة تعمل على إساءة استعمال التقنيات العلمية: من المسلم به أن كثيرا من التقنيات العلمية و التكنولوجية وجدت في الأصل لخدمة الإنسان و المجتمع البشري إلا أن تجار الأعضاء البشرية أساؤوا استخدام هذه التقنيات المتعلقة بنقل الأعضاء البشرية و زرعها و اعتبروها وسيلة لأعمالهم الإجرامية.[34]

3-جريمة تعمل على إفساد القيم الأخلاقية و العلاقات الاجتماعية و الأسرية: فمن شأن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية خلق النزاعات و التوترات بين الأسر و إهدار جميع القيم الأخلاقية القائمة على حرمة الكيان البشري.

4-جريمة ذات طابع دولي: تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة دولية تتأثر بمظاهر العولمة، حيث أصبحت هذه الجريمة في ظل العولمة ذات طابع دولي أكثر منه محلي أو إقليمي حيث ساعد نظام

[33] زهدور أشواق نفس المرجع السابق، ص 107.
[34] معاشو لخضر، نفس المرجع، ص 195.

العولمة في تكوين التقدم العلمي في المعلومات و وسائل النقل، الأمر الذي جعل من الفقراء من شعوب الدول النامية تحت وطأة و زعماء المافيا و عصابات الاتجار بالأعضاء البشرية.

5- جريمة ذات سلوكيات إجرامية متعددة: معنى ذلك أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تقوم من خلال جرائم فرعية أخرى قد تتمثل في الاحتيال أو الخطف أو السرقة أو الابتزاز أو الاستغلال أو النصب و التزوير أو التهريب و غيرها.بالإضافة إلى كومنها جريمة ذات أطراف متعددة سواء من ناحية الجناة أو الضحايا و فيها اعتداء على حرية إرادة المجني عليه ، و كذا جريمة ماسة بالكرامة الإنسانية للفرد و حرمة كيانه البشري.

الفرع الثاني:المسؤولية الجزائية الناتجة عن انتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية.

سنحاول التطرق إلى المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية قبل و بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2009.

أولا: المسؤولية الجزائية قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009.

ما تجب الإشارة إليه بداءة هو أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن هناك نصوص جزائية خاصة تجرم الحصول على الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية بطرق غير مشروعة، و إنما كانت هناك فقط نصوص جزائية منصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، و هي نصوص خاصة بسلك الأطباء فقط تجرم انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام الضوابط الخاصة بذلك، حيث تحيل هذه النصوص الجزائية إلى تطبيق مواد قانون العقوبات المتعلقة بحماية حياة الأفراد و ذلك طبقا للمادتين **288** و **289** ق ع.

و طبقا للأحكام العامة يعتبر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض خطأ مهنيا يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية و المدنية على السواء ، و إذا كان إثبات خطأ الطبيب و الضرر الناتج عنه في

الممارسات الطبية العادية يطرح صعوبات بالنسبة للمريض فإن إثباتها في عمليات نقل الأعضاء أكثر يسرا بحكم أن الحصول على موافقة المريض المستقبل أو المتبرع بالعضو تتم وفقا لشكلية معينة ، و بالتالي من السهل التأكد من مدى احترام الطبيب لهذه الضوابط بشأن الحصول على هذه الموافقة. كما أن الضرر الذي يلحق المتبرع من جراء انتزاع العضو بدون موافقته يعتبر ضرارا محققا يفضي إلى عاهة مستديمة إن لم يؤدي إلى الوفاة.

و صورة الخطأ في هذه الحالة عدم مراعاة الطبيب للأنظمة المعمول بها و المتمثلة في وجوب حصوله على الرضا المتبصر وفقا للضوابط المحددة في قانون حماية الصحة و ترقيتها سواء بالنسبة للمريض مستقبل العضو أو الشخص المتبرع به.

فإذا حدثت الوفاة إثر انتزاع الطبيب لعضو من الأعضاء المزدوجة لدى الشخص بدون موافقته الصريحة و ضمن الشروط التي حددها القانون، يتابع الطبيب على أساس القتل الخطأ طبقا لنص المادة **288** ق ع. و لكن إذا التزم الطبيب في مثل هذه الحالة بجميع الأصول و الضوابط المتطلبة في إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا مجال لمساءلته عن النتيجة و لو كانت وفاة المتبرع.

أما إذا قام الطبيب باقتطاع عضو يترتب عليه وفاة الشخص المنقول منه، مع علمه بذلك، كاقتطاع القلب مثلا لأجل زرعه لآخر، ففي هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة قتل عمدية سواء تم الاقتطاع بموافقته أو بدون موافقة المتبرع، و لا يمكن الاحتجاج بالغرض العلاجي من هذا الاقتطاع بالنسبة للمستقبل.[35]

أما إذا حدث للشخص عجز مستديم من جراء اقتطاع العضو بدون موافقته فمن الصعب تطبيق المادة 289 ق ع لأن اقتطاع العضو يؤدي بطبيعته إلى ضرر جسيم مهما كانت الاحتياطات التي

[35] زهدور أشواق، نفس المرجع، ص 115.

يتخذها الطبيب أثناء تدخله، في حين حددت المادة **289** ق ع صورتين فقط للجرح الخطأ و هما الرعونة و عدم الاحتياط. و بالتالي لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الضرر يتحقق بمجرد استئصال العضو و لا يرجى من ذلك الاقتطاع أي غرض علاجي بالنسبة للمنقول منه، و لا يمكن إثبات الخطأ في هذه الحالة بالاستناد إلى الرعونة أو عدم الاحتياط إذا كان القائم بعملية الاقتطاع جراح مختص و نفذ العملية حسب الطرق المعمول بها، فالخطأ في إطار المسؤولية الجزائية ليس مفترضا و إنما يجب إثباته لقيام مسؤولية الطبيب.

و أغفل المشرع الحالات التي يتم فيها انتزاع الأعضاء البشرية من قبل أشخاص لا علاقة لهم بميدان الطب هذا من جهة ،و من جهة أخرى لم يتم النص على الجزاء المطبق في حالة مخالفة نص المادة **2/161** ق ح ت حينما يكون الانتزاع موضوع معاملة مالية، حيث اكتفى المشرع بالنص على أنه " **لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء و الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية**".

و نتيجة لكل هذه النقائص كان من الضروري على المشرع التدخل لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات و منها جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.[36]

ثانيا:المسؤولية الجزائية عن انتزاع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية وفق قانون العقوبات لسنة 2009.

فرق المشرع الجزائري حين استحداثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات سنة 2009 بين المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء البشرية، و بين تلك المترتبة عن انتزاع الخلايا و الأنسجة البشرية، فشدد العقوبة في الحالة الأولى مقارنة بالثانية سواء تعلق الأمر بخرق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية أو بشرط الموافقة المتطلبة للقيام بعملية الانتزاع.

[36] سميرة عايد الديات، نفس المرجع السابق، ص 54.

1- حالة الإخلال بمبدا مجانية التصرف بالأعضاء البشرية.

من المعلوم أن جل التشريعات العربية و الأجنبية و كذا الفتاوي الشرعية أجازت انتزاع الأعضاء البشرية و الانتفاع بها على وجه التبرع، غير أن المشرع الجزائري اكتفى في المادة **2/161** ق ح ت بالنص على عدم جواز انتزاع الأعضاء البشرية أو الأنسجة بمقابل مالي، و لم يبين الجزاء المترتب على هذا الإخلال إذ نص على مبدأ عام دون تفصيل.

و هو ما تداركه المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 حيث نص على الجزاء المطبق في حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية و كذا الأنسجة و الخلايا و الأنسجة البشرية و ذلك في المادتين **303 مكرر 16** و **303 مكرر18** ق ع، حيث يظهر من استقراء هاتين المادين أن المشرع ميز بين حالتين: الأولى و تتعلق بالأعضاء البشرية حين يتم الحصول عليها بمقابل، أما الثانية فتتعلق بالخلايا و الأنسجة البشرية و مواد الجسم المختلفة حيث جعل العقوبة أشد في الأولى مقارنة بالثانية.

1- بالنسبة للأعضاء البشرية:

اعتبر المشرع الجزائري أن كل شخص أيا كانت صفته يتحصل على عضو بشري من جسم إنسان سواء كان هذا العضو من الأعضاء البشرية المزدوجة أو المنفردة التي تتوقف عليها حياة الإنسان، و بأي طريقة كانت سواء كانت شرعية أو غير ذلك، و منح مقابلا ماليا أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، يعد مرتكبا لجنحة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث اعتبرها المشرع جنحة مشددة.[37]

2- بالنسبة للأنسجة و الخلايا و المواد المختلفة من جسم الإنسان:

[37] مأمون عبد الكريم، نفس المرجع السابق ، ص 399.

يظهر من خلال المادة **303 مكرر 18** ق ع أن المشرع الجزائري فرق بين فعلين اثنين، و هما انتزاع الأنسجة و الخلايا و كذا جمع مواد جسم الإنسان، فكل من قام بانتزاع الأنسجة أو الخلايا البشرية و دفع مقابلا ماديا أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها يعد مرتكبا لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية كما أن كل من قام بجمع أي مادة من جسم الإنسان كنخاع العظام مثلا يعد مرتكبا لنفس الجريمة.

و يلاحظ على هذه المادة كذلك أن الشخص المعاقب هو الذي يقوم بفعل الانتزاع أو فعل جمع المواد مهما كانت صفته سواء كان طبيبا، و ذلك حين قيامه بالعمليات الجراحية المتعلقة بهذا المجال، أو كان شخصا آخر يقوم بهذين الفعلين. و أخرج المشرع بذلك من دائرة التجريم صاحب الأنسجة و الخلايا أو مواد الجسم الذي يمنح هذه الأنسجة و الخلايا و المواد بمقابل.

و تجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن مصطلح " مواد جسم الإنسان" يشمل من الناحية الطبية أي عضو أو نسيج أو خلية بشرية حيث أنه مصطلح عام يضم كل هذه المعاني.

2- حالة الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة.

ميز المشرع الجزائري بين انتزاع الأعضاء البشرية و انتزاع الأنسجة و الخلايا أو جمع مواد الجسم البشري الذي يتم بدون رضا صاحب الشأن ، فشدد العقوبة في الحالة الأولى و اعتبرها جنحة مشددة، و اعتبر انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون احترام شرط الرضا أو الموافقة جنحة بسيطة.[38]

حيث يظهر من استقراء المادين **303 مكرر 17** ق ع و **303 مكرر 19** ق ع أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية المتعلقة بالموافقة المتطلبة لانتزاع الأعضاء و

[38] زهدور أشواق، نفس المرجع، ص 127.

الأنسجة و الخلايا البشرية المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات، و أي خرق لهذه القواعد يشكل جريمة معاقب عليها قانونا، و بالتالي يدخل ضمن ذلك ضرورة الحصول على الموافقة الحرة و المستنيرة لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع.

كما يظهر من استقراء المادتين **303 مكرر 17** و **303 مكرر 19** ق ع أن المشرع الجزائري لم يحدد الغرض من انتزاع العضو أو النسيج أو الخلية بدون موافقة صاحبها و بالتالي تقوم جريمة الاتجار في هذه الحالة سواء كان الانتزاع لغرض الزرع لدى مريض آخر أو لأي غرض آخر غير علاجي كالبيع مثلا. كما تقوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مهما كانت صفة القائم بهذا الانتزاع سواء كان الطبيب المختص بمثل هذا النوع من العمليات الجراحية أو أي شخص آخر.

الخاتمة

كخاتمة لمذكرتي والتي تمحورت حول المسؤولية الجزائية للطبيب عن نقل وزرع الأعضاء البشرية فبداية يجب الإشارة إلى أن هذا الموضوع هو من أكثر المواضيع المحفوف بالمخاطر والجرائم التي يغطي عليها مبدأ الزمالة وعدم قدرة المريض على إثبات الخطأ سواءا كان متلقيا أو متنازلا أو حتى حرمة الميت وحثته خصوصا في حوادث السيارات وانعدام مراقبة عمليات التشريح التي غالبا ما تكون متجرا لبيع قطع غيار ليست آلية بل هي أعضاء بشرية فقد تم مؤخرا الإعلان عن أزيد من ألف عملية زرع قرنية في الجزائر مع أنه لا يوجد لدينا تلك التوعية الكبيرة في هذا المجال هذا ما يفتح قوس لنتساءل فيه عن مصدر هاته القرنيات المزروعة !

ثم نذهب إلى نقطة مهمة في هذا المجال حيث نعيب ظاهرة اختفاء العلاج المجاني وسير الدولة قدما في التخلي عن الكثير من الخدمات الصحية والمساعدات التي كانت تكفل حق المواطن في الصحة والسلامة خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة حيث زادت من عقبات التي تواجه موضوع مسؤولية الطبيب بصفة عامة حيث انتشرت العيادات الخاصة وظهرت شركات التأمين المتخصصة في تغطية الأطباء في ممارساتهم لمهنتهم إذ أصبح الأطباء لا يلقون بالا ولا يحتاطون من وقوع الأخطاء منهم وهذا اعتمادا على شركات التأمين ضف على ذلك كله ظهور وبروز فرع متخصص من المحتمين في بعض الدول وخاصة في و.م.أ حيث أصبح الكثير منهم متخصص في قضايا الطب .

لذلك يجب على المشرع أن يقوم بمراجعة عامة وشاملة آخذا بعين الاعتبار الواقع الاقتصادي والاجتماعي والوعي الثقافي للمريض من جهة وما استجد من تطورات علمية و مكتشفات طبية وغيرها

من جهة أخرى ، وبناءا على هذا كله يقوم بإصدار نصوص وتشريعات قانونية تنظم وتؤطر مجال ممارسة الصحة في بلادنا ووضع نصوص ضمن قانون العقوبات تنص صراحة على تجريم الاتجار بالأعضاء كما تجرم عمليات النقل والزرع التي تتم في غير الأماكن المرخص لها قانونا لإجراء مثل هاته العمليات حسب ما حدده القرار الوزاري الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2002 .

ومما تجدر الإشارة إليه والتنويه له في الأخير قلة وضعف الارتقاء الفكري والثقافي لأطراف المعنية بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية خصوصا لدى المتنازل والغياب الذي يكاد يكون كاملا بالنسبة لوزارة الشؤون الدينية وللإعلام الذي يعد دوره سلبي بشكل كبير.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة.

1. الغوتي بن ملحة–القانون القضائي الجزائري– ديوان المطبوعات الجامعية– الجزائر– سنة 1995.
2. محمود نجيب حسني– شرح قانون العقوبات القسم العام– دار النهضة العربية– القاهرة– سنة 1988.

ثانيا: المراجع المتخصصة.

1. ابراهيم سيد أحمد– الوجيز في مسؤولية الطبيب...–دار الكتب القانونية–سنة 2005.
2. سميرة عايد الديات– نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون –الطبعة الأولى– عمان– الأردن– سنة 1999.
3. طاهري حسين– الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة– (دراسة مقارنة) الجزائر،فرنسا– دار هومة–سنة 2002.
4. ماروك نصر الدين– الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم... –الطبعة الأولى– الديوان الوطني للأشغال التربوية–الجزائر–سنة 2002.
5. ماروك نصر الدين– نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية– الجزء الأول الكتاب الأول– دار هومة –سنة 2003.
6. ماروك نصر الدين– نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية– الجزء الثاني– دار هومة –سنة 2003.
7. محمد حسين منصور– المسؤولية الطبية– دار الجامعة الجديدة للنشر– الإسكندرية– سنة 1999.

ثالثا: الرسائل والمذكرات.

1. أحمد عبد الدائم- رسالة دكتوراه في الحقوق- منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت لبنان- سنة 1999.
2. بن صغير مراد- مذكرة لنيل شهادة ماجستير- مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية- كلية الحقوق- جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان – سنة 2003.
3. زهدور أشواق- مذكرة لنيل شهادة الماجستير- المسؤولية الجزائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، سنة 2006.
4. صبحي محمد نجم- رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية- رسالة دكتوراه- ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر- سنة 1983.
5. مامون عبد الكريم- رسالة دكتوراه- رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ودراسة مقارنة بين القوانين المقارنة والشريعة الإسلامية- كلية الحقوق- جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان- سنة 2005.
6. معاشو لخضر، المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير ، 2005-2006 .
7. مكرلوف وهيبة، رسالة ماجستير، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، جامعة تلمسان ، 2005 .

رابعا: المقالات

1. جريدة الخبر اليومية- الصادرة بتاريخ 2001/03/19- "عندما تخطئ ملائكة الرحمة".
2. محمد صفوت- القصور الكلوي و أعراضه تقرير إلى الندوة نقل الكلى- منشور في المجلة الجنائية القومية- العدد الأول- مارس 1978.
3. نصر الدين ماروك- مقال المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية (مجلة فصلية)- ج 37 رقم 1999.03 – طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية-الجزائر- سنة 2002.

خامسا: القوانين.

1. أمر رقم 75-98 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم- الديوان الوطني للأشغال التربوية- سنة1991.
2. أمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1986 هجرية الموافق ل 09 جوان 1966- المتضمن قانون العقوبات- جريدة رسمية رقم 49 لسنة 1966.
3. أمر 66-456 المؤرخ في 18 صفر 1386 هجرية الموافق ل 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية- الديوان الوطني للأشغال التربوية- طبعة 1999.
4. قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى 1405 هجرية الموافق 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها- الجريدة الرسمية 08 لسنة 1985.
5. القانون رقم 91-1406 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية- الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 1998.
6. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 في 1992/07/06- المتضمن مدونة أخلاقيات الطب- الجريدة الرسمية 85 لسنة 1992.

عنوان الصفحة

المقدمة..... 01

الفصل التمهيدي: إباحة المساس بسلامة الجسم من أجل ممارسة الأعمال الطبية..... 05

المبحث الأول: ماهية العمل الطبي..... 05

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي و أساس إباحته..... 05

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي..... 05

الفرع الثاني: أساس إباحة العمل الطبي..... 07

المطلب الثاني: مراحل العمل الطبي..... 09

الفرع الأول: مرحلة العلاج وما قبلها..... 09

الفرع الثاني: مرحلة ما بعد العلاج..... 11

المبحث الثاني: مشروعة العمل الطبي..... 13

المطلب الأول: الترخيص القانوني ولقصد العلاج..... 14

الفرع الأول: الترخيص القانوني..... 14

الفرع الثاني: قصد العلاج..... 15

المطلب الثاني: إتباع الأصول العلمية و القواعد الموضوعية واحترام رضى المريض..... 16

الفرع الأول: إتباع الأصول العلمية في الطب..... 16

الفرع الثاني: رضا المريض..... 18

عنوان الصفحة

الفصل الأول: نقل و زرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري..... 20

المبحث الأول: نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء..... 20

المطلب الأول: الأساس القانوني و الشروط الواجب توافرها لنقل و زرع الأعضاء البشرية.. 20

الفرع الأول: الشروط العامة لإجازة نقل و زرع الأعضاء البشرية..... 21

الفرع الثاني: الشروط الطبية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية..... 24

الفرع الثالث: الشروط الإدارية لنقل و زرع ألأعضاء البشرية..... 26

المطلب الثاني: قيود إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية..... 27

الفرع الأول: الأحكام العامة لرضا المتبرع..... 28

الفرع الثاني: الأحكام العامة لرضا المستقبل..... 31

المبحث الثاني: نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء..... 35

المطلب الأول: تحديد لحظة الوفاة ومدى مشروعية النقل من الجثة..... 35

الفرع الأول: تحديد لحظة الوفاة..... 36

الفرع الثاني: مدى مشروعية النقل من الجثة..... 41

المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط النقل من الجثة..... 46

الفرع الأول: جريمة انتهاك حرمة الميت..... 47

الفرع الثاني: جنحة إفشاء سر المهنة..... 48

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء..... 49

المبحث الأول: أركان المسؤولية الجزائية الطبية..... 49

عنوان الصفحة

المطلب الأول: الخطأ الطبي..... 49

الفرع الأول: ماهية الخطأ..... 49

الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي..... 52

الفرع الثالث: عبء إثبات الخطأ وسلطة القاضي في تقديره..... 59

المطلب الثاني: الضرر وعنصر العلاقة السببية..... 61

الفرع الأول : عنصر الضرر الطبي..... 62

الفرع الثاني: علاقة السببية..... 64

المبحث الثاني: حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.. 66

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية نتيجة الأخطاء غير عمدية..... 66

الفرع الأول: في حالة تخلف شرط الرضا أو إجراء العملية في غير المنشآت المرخص بها.. 66

الفرع الثاني: حالة تخلف الغرض العلاجي وإهمال الطبيب لإجراء الفحوص الطبية.... 71

الفرع الثالث: حالة ارتكاب الجرّاح خطأ في تنفيذ عمليتي النقل والزرع..... 74

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية لطبيب عن الاتجار بالأعضاء البشرية..... 75

الفرع الأول: مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية..... 75

الفرع الثاني:المسؤولية الجزائية الناتجة عن انتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية.. 80

خاتمة. 86

قائمة المراجع 88