

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

نقل وتوزيع الاعضاء البشرية في التشريع الجزائري والمقارن

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون القضائي

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذ :

من إعداد الطالب :

- جلطي منصور

- قعبس جمال

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ..... بن بدرة عفيف.....رئيساً

الأستاذ..... جلطي منصور..... مشرفاً مقراً

الأستاذ زواتين خالد..... مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/09

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما
الله سبحانه وتعالى :
" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرّة
عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

أمي "ملیكة "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيّتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي
ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي" محمد "

أطال الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى أستاذي "جلطي منصور " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء
وغيرهم ممن تجاوزهم قلبي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذي الفاضل

" جلطي منصور "

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل علي بنصائحه الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

مقدمة:

إن الترجمة التشريعية للظواهر المستجدة قد تكون في اتجاه السماح بها أو تقييد الجواز بشروط أو منعها مطلقا و تعزيز ذلك المنع بأحكام تضمنه وهو موقف تراعى فيه أساسا طبيعة الظواهر وأثرها وخاصة مدى توافقها مع المبادئ العامة التي تحكم التركيبة الاجتماعية ككل. والأعمال الطبية المستحدثة باعتبارها من انجازات التطور العلمي الحديث وباعتبار ما نتج عن معظمها من قلب للمفاهيم والمبادئ العامة لا تشذ عن القاعدة فقد أوجدت ميدانا خصبا للجدل القانوني والشرعي انقسم فيه الفقهاء واختلفت حوله التشريعات.

فأمام ما تشهده العلوم الطبية من تقدم وتطور هائل يرقى إلى أسمعنا في فترات متعاقبة وسريعة وجد رجال القانون والشريعة الإسلامية أنفسهم أمام تحد يتسم بالحدائثة التي تعتبر هي الأخرى من أهم صفات النظم القانونية الحديثة¹.

والأعمال الطبية المستحدثة محور الجدل وموضوعه تقاس حدائتها في الحقيقة لا فقط استنادا لمعيار زمني باعتبار ظهورها ليس ببعيد و إنما استنادا لطبيعتها لأنها تخرج عن الأطر التقليدية للعمل الطبي من حيث المبادئ والقواعد الأخلاقية والدينية والقانونية التي تحكمها.

فعمليات التلقيح الاصطناعي و الإنجاب المساعد طبيا وتغيير الجنس والاستئساخ البشري والهندسة الوراثية الناتجة عن أبحاث الجينات أو ما يسميه البعض تصنيع الكائنات والتصرف أمام الغيبوبة المستمرة وما ينتج عن ذلك من قتل رحمة كل هذه الإمكانيات الحديثة خرجت عن ميدان العلاج الطبي العادي ونتج عنها قلب التصور العام للعمل الطبي والبيولوجي، وخاصة قلب مجموعة المبادئ التي استقر عليها هذا العلم والتي تجسدت تنظيميا في شكل قواعد قانونية واجتهادات فقهية شرعية.

وإن كانت هذه الإمكانيات أو على الأقل بعضها رغم نجاحها طبيا لم تدخل بعد في إطار ما هو متداول وعادي فان عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها أيضا من الأعمال الطبية المستحدثة التي تخطت مرحلة التجارب الطبية ودخلت مرحلة العلاج الجراحي الذي

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

يساعد العضو المراد زرعه من العادي، خاصة بعد اكتشاف عقار "سيكلو سبورين A" التجانس الخلوي مع جسم المتلقي ويعمل على تثبيطه مناعيا ما جعل نسبة نجاح هذا النوع من الممارسات الطبية يتجاوز حدود المتوقع لتصل إلى 80% محققة في ذلك أمل البقاء على قيد الحياة لآلاف المرضى.

فلم تعد هذه العمليات مقتصرة على زرع الكلى و القرنيات، بل تعدت ذلك لتشمل أنواع جديدة من عمليات النقل والزرع كزراعة البنكرياس والكبد، والتي أحدثت طفرة نوعية في هذا المجال عام 1964 وكذا عملية زرع قلب في سنة 1967 والتي قام بإجرائها الطبيب " كريستيان بارنارد" في مستشفى جوهنزبورغ في جنوب أفريقيا ثم توالى هذه العمليات لتشمل وتتجسد في صور أخرى كعمليات زرع الشعر، والشرائح الجلدية والعضلية لإصلاح التشوهات الخلقية الناجمة عن الأمراض السرطانية والحوادث المختلفة.

فإذا كان التقدم الحاصل في الميدان الطبي عامة و في مجال نقل الأعضاء البشرية على وجه التحديد، قد أوجد مجالا رحبا و أملا مشرقا للبشرية، والذي يعكس ذكاء الإنسان وعبقريته ورغبته الجامحة في البحث عن الوسائل والبدائل الناجعة الكفيلة بجعل هذه الممارسة أكثر فعالية في معالجة الأمراض المستعصية، ضمن ما تقتضيه الحدود الشرعية والقانونية و الأخلاقية للأبحاث العلمية فإن هذا الطوفان من العمليات فرض واقعا آخر لامناص منه يتعلق بضرورة مواكبة التشريعات لهذا التقدم العلمي.

وهو ما يقتضي ضرورة تعاون رجال الدين و القانون و الأخلاق وعلماء الطب و الجراحة المتخصصة كل في مجاله، و حسب إمكانياته للبحث عن الآليات و السبل الكفيلة لتحقيق ذلك، حتى يتسنى وضع هذه الممارسة ضمن إطارها الشرعي و القانوني السليم، و كذا ضمان عدم حياها عن الغرض النبيل الذي أوجدت لأجله و المتمثل في تحقيق الشفاء و إزالة الآلام و المعاناة عن آلاف المرضى الموجودين ضمن لوائح الانتظار.

لذا فالقول بضرورة مسايرة التشريع لهذا التقدم العلمي قد لا يعني أن الركود أمر مذموم، إذ أن البطء كالسرعة فهو يمثل أيضا إحدى سمات التشريع.

فقد يكون سبب الجمود والتأخر راجع إلى رغبة المشرع في الانتظار، لحين نضوج الفكرة والموضوع و وضوح الرؤية درءا للتسرع والشبهات التي قد تحوم حول هذه الممارسة بالرغم من أن هذا الأمر منتقد بوجه عام.

لذا يبقى الأهم في هذه الحالة حرص التشريعات على بذل الجهود لمواكبة حركة و تطلعات المجتمعات بالقدر الذي يضمن لهذه الممارسة حرمتها و كذا عدم خروجها عن أطرها المشروعة.

أهمية الموضوع:

هذا وإن طرح موضوع الإشكالات الشرعية و القانونية الناجمة عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية، للبحث و الدراسة يقتضي منا كدارسين وقانونيين ضرورة الإحاطة بهذا الموضوع و هو أمر لن يتأتى إلا بفتح المجال للبحث حول حقيقة هذه الممارسة و محاولة الوقوف على مواطن القوة أو العجز و القصور، و الإختلالات والعيوب التي تشوب نصوصها تمهيدا لوضع جملة من التصورات و الاقتراحات للخروج بنتائج و محصلات و حلول نسبية لمختلف المعضلات المتعلقة بها.

فقد يخال للمرء منذ الوهلة الأولى أن الأمر بسيط لا يشق على باحث، لكن الحقيقة عكس ذلك تماما لأننا بصدد تسليط الضوء على أحد أهم المواضيع الطبية المستحدثة والتي ذاع صيتها في الوقت الحاضر فأصبح يشكل منهلا و مجالا خصبا للباحثين و الدارسين على اختلاف مشاربهم و توجهاتهم.

إذ أن البحث في هذا النوع من الممارسات الجراحية الطبية المستحدثة ليس مجرد دراسة نظرية و إنما هو واقع عملي شرعي وقانوني دفع بدول العالم عامة، والجزائر والبلدان العربية على وجه الخصوص إلى البحث فيه عن السبل الكفيلة التي تساعد على تنظيم هذه العملية في نصوص قانونية.

و هو ما تم فعلا رغم العوز و النقص الذي يشوبها، إلا أن الملاحظ على هاته التشريعات العربية أنها تكاد تكون متطابقة فيما بينها.

ولعل ذلك يرجع إلى حرص هذه الدول على المحافظة على الطابع الشرعي الإسلامي لهذه الممارسة، و هو أمر يمكن استنتاجه من خلال ما تثيره هذه العملية من إشكالات ذات طابع شرعي سواء تعلق الأمر بمجال عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، أو تلك التي يسهر الأطباء على تنفيذها، باستئصال الأعضاء من جثث الموتى.

ثم إن طرح هذه الممارسة للكثير من الإشكالات القانونية يجعل من غير المنطقي القول والجزم بعدم وجود صلة بين هذا الموضوع و فروع القانون الأخرى، بل على العكس من ذلك فإن هذا المجال الحيوي يرتبط ارتباطا وثيقا بالكثير من الفروع القانونية كالقانون المدني والقانون الجنائي و قانون الأسرة و قانون الاقتصاد الصحي....

وهو أمر و إن دل فإنما يدل على انعقاد الإجماع لدى رجال الفقه والقانون على ضرورة إحاطة هذه الممارسة بجملة من الضوابط و القيود التي تحكمها وتنظمها، بالقدر الذي يتناسب وفكرة الصالح العام والتي تقتضي استهداف و كفالة وحماية المصالح الخاصة للأفراد على اعتبار أن القانون في حد ذاته ما هو إلا تعبير و انعكاس للإرادة الجماعية لهؤلاء.

لذا تجد أغلب التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية نفسها أمام حتمية السعي وراء التوفيق و الموازنة بين هاته المصالح المتعارضة لتحقيق النفع العام، بما يضمن المحافظة على المصالح الخاصة للمتبرع حيا ولأهله بعد موته وللمريض الذي يرجو الشفاء من علته، وهو أمر لن يتأتى إلا بالمحافظة على معصومية جسد الإنسان وتجريم وتحريم كل أنواع الاعتداء التي قد تطاله حيا أو ميتا، و حماية حقه في الحياة وحقه في السلامة البدنية وتكامل بنائه الجسدي وحسن سير وظائفه العضوية و كرامة جثته.

هذا ولما كانت عمليات نقل وزراعة الأنسجة والأعضاء الآدمية تشكل نقلة نوعية في مجال الطب الحديث لما لها من أهمية بالغة في إنقاذ حياة الكثير من المرضى المهتدة حياتهم بالخطر نتيجة تلف عضو من أعضائهم، لا يمكن الاستعاضة عنه بعضو اصطناعي أو

حيواني لأنه مهما بلغت الدقة في ذلك فإنه لن يستطيع حلول محل العضو الأصلي في القيام بوظائفه المعتادة.

لذا تبقى تقنية نقل و زرع الأعضاء من الأشخاص الأحياء و جثث الموتى، الحل الوحيد الذي قد يحقق للمرضى أمل الشفاء.

لكن هذا الأمر لا يعني عدم وجود بعض الإشكاليات الفنية التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العملية خاصة ما تعلق منها بسرعة تلف الأعضاء، وكذا عدم قابلية العضو المراد زرعه للتجانس الخلوي مع جسم المستفيد بسبب ما يسمى بظاهرة الفض رغم اكتشاف العلماء للمثبطات المناعية، بل إن البعض يبدي تخوفه من الآثار الجانبية التي قد تترتب على الاستعمال المفرط لها، حتى في الحالة التي يتجانس فيها النسيج الخلوي للمعطي والمستفيد، فإن مشكلة تهتك النسيج الجلدي للمريض سيطرَح مشكلة أخرى عند البدء في مباشرة و تنفيذ العملية.

طرح الإشكال:

يشير موضوع الإشكالات الشرعية و القانونية الناجمة عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية جملة من الإشكالات الشرعية و القانونية، و لعل ذلك يرجع بالأساس إلى الطبيعة الخاصة التي تميز هذه الممارسة عن غيرها من الأعمال الطبية الجراحية الأخرى، باعتبارها تشكل خروجاً عن مألوف الأعمال الطبية بمفهومها التقليدي، بسبب انتفاء المصلحة العلاجية في جانب المانح المتبرع و تحققها في جهة المريض المستفيد و هو ما يجعل من الأمر مشوباً بكثير من اللغظ والغموض.

فهل يمكن للمرء أن يتصور و يتقبل فكرة إقدام شخص سليم البنيان لا يعاني من أي مرض أو عاهة على إبادة نفسه لإنقاذ غيره و هو يعي و يدرك تمام الإدراك حجم المخاطر الحالة والمستقبلية التي تتهدده و التي لا يزحم أي نقاش بشأن الإقرار بوجودها مهما اختلفت في ذلك الآراء حول مقدارها و حجمها؟ ثم ألا يعد ذلك انتحاراً تحت الطلب؟

لقد انعقد الإجماع لدى رجال الفقه و القانون و الدين على رفض مثل هذا النوع من الممارسات شرعا و قانونا ما لم يتم حسب ما تقتضيه الضرورة العلاجية و تحقيق منافع خالصة لأفراد المجتمع، وهو ما يعبر عنه في هذا المجال بضرورة الحث على الإيثار و تشجيع الغيرية والتكافل الاجتماعي.

إن الأخذ بهذا القول يتضمن بعضا من الغلو و التناقض، فهل يمكن تصور وجود مجتمع يقبل بالتضحية بأحد أفراده و هو مصلحة محققة لتحقيق أمل الشفاء لشخص مريض وهو مصلحة محتملة؟ و هل يكفي قيام المتبرع بذلك للقول بأن المصلحة الاجتماعية قد تحققت؟ لذا وأمام هذا التناقض الصارخ وجد البعض في تبني فكرة توافر الرضا كسبب يبيح للطبيب القيام باستئصال عضو من جسم المتبرع دون أن يكون عرضة للمسائلة المدنية والجزائية شرط لا مناص منه، فهل يكفي رضا المانح المجرّد لإضفاء وصف المشروعية على فعل الطبيب، و يسمح له بالمساس بحق المانح في السلامة الجسدية و تكامل بنائه الجسماني و حسن سير وظائفه العضوية؟

إن هذه الإشكالات لم تعد تطرح اليوم لأننا بصدد ممارسة قد تجاوزت بموجبها القوانين و التشريعات هاته المسألة، من خلال تضمين تشريعاتها لجملة من النصوص القانونية ذات الطابع الشرعي الإسلامي خاصة في الدول العربية كالجائر.

إلا أن الملاحظ على هاته التشريعات أنها بقيت عاجزة و قاصرة على تنظيم جميع الممارسات المتعلقة بنقل و زراعة الأعضاء البشرية، سواء تعلق الأمر بتلك التي تتم بين الأحياء أو تلك التي يتم فيها استئصال و نقل عضو من جثث الموتى.

ولعل ذلك يظهر من خلال الإشكالات التي أصبحت تثور و تتجم عن هذه الممارسة، فهل يمكن القول مثلا بكفاية النظام القانوني الذي يحكم و ينظم هذه العملية؟ أم أن هذا الأخير بقي عاجزا عن استيعاب بعض الممارسات الجديدة التي تتعلق بنقل و زرع بعض مكونات الجسم البشري غير الأعضاء بمفهومها الدقيق خاصة بعد ظهور بعض الممارسات الطبية المستحدثة كنقل الأمشاج و اللقائح و خلايا جسم الإنسان... الخ.

وهو أمر أفرز أوضاعا جديدة نظرا لطبيعة هذه الممارسات في حد ذاتها، فالبعض منها مألوف و معهود و البعض الآخر مبهم غير معروف، و هو ما أدى إلى ظهور إشكالات أخرى، منها ما يتعلق بصعوبة التكييف الشرعي و القانوني و تحديد المسؤولية الجزائية لبعض الأفعال الماسة بهذه المكونات البشرية، و كذا عدم قدرة النصوص القانونية المتضمنة في القوالب التقليدية كقانون العقوبات مثلا من استيعاب هاته الوضعيات الجديدة.

المبحث التمهيدي

المبحث التمهيدي: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتصنيفاتها.

إن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أو كما يسميه البعض غرس الأعضاء هو نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير.

فالقيام بهذا النوع من العمليات يترتب عليها جملة من الأحكام، لهذا توجب علينا الوقوف لتحديد ما المقصود بعملية نقل العضو البشري وتميزه عن باقي العمليات الأخرى.

المطلب الأول: تعريف العضو البشري.

يعد تعريف عملية نقل العضو البشري من الامور التي لا تخلو من صعوبة، ليس التشابك هذا المصطلح وتداخله في علوم اللغة والطب فضلا عن القانون والفقهاء الإسلامي فحسب؛ بل ولأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر لا يتسم بالأهمية الضرورية التي تتسم بها من الناحية القانونية؛ فتعريفه من الناحية الطبية الفقهية والقانونية له أهمية بالغة في بناء الأحكام وترتيب الآثار الدقيقة على ما يشتمله المصطلح ويدخل في نطاقه¹.

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

والواقع أن هذه الأعضاء ليس لها تعريف محدد وواضح، وهذا ما يصعب الأمر على رجال القانون في فتكبيهم للمسؤولية الجنائية على الاعتداءات التي من شأنها تعطيل وظيفة أي عضو من أعضاء هذا الجسم، أو فقدانها بصفة كاملة، وبالتالي يؤدي إلى هلاك الإنسان

¹ - هيثم حامد المصاروة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والاباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص9
² - سورة التين، الآية 4.

وتعطيل وظيفته الاجتماعية ولذلك أولت مختلف التشريعات الوضعية والدينية عناية خاصة بهذا الجسم حيا كان أو ميتا¹، لذلك سأوضح في هذا المطلب المقصود بالعضو البشري ولقد تناولته من خلال العناصر التالية:

أولا/ تعريف الأعضاء البشرية في اللغة :

العضو: بالضم والكسر هو كل لحم وافر بعظمه، والعضو الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل هو كل عظم وافر لحمه وجمعها أعضاء، وعضى الذبيحة بمعنى قطعها أعضاء².

وعليه فإن العضو البشري هو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف³

أما الطرف لغة: بفتحين هو جزء من الشيء وجانبه ونهايته وطرف كل شيء هو منتهاه وغاياته والجمع أطراف، ويطلق على واحد من أطراف البدن ، فعلى هذا المعنى الأخير يكون الطرف أخص من العضو، لأنه بتتبع آراء الفقهاء تبين لنا أنهم يطلقون الطرف على كل عضو له حدا ينتهي إليه، فالأطراف هي نهايات البدن كاليد والرجلين.

من التعريفات السابقة يمكن أن نخلص إلى أن العضو البشري يجب أن يكون عظما يغطيه اللحم حتى يعتبر عند اللغويين عضوا، ولكن كما نعلم العديد من أعضاء جسم الإنسان ليس فيها عظم إلا أنها تعتبر من الأعضاء كالقلب، الكبد، العين، والرئتين وغيرها، كما أن مفهوم العضو أعم من الطرف إذ كل عضو طرف وليس كل طرف عضو.

ثانيا/ تعريف الأعضاء البشرية اصطلاحا:

سنتطرق في التعريف الاصطلاحي إلى تعريف العضو في الفقه الإسلامي أولا، ثم

التعريف الفقه الجنائي ثانيا، أما ثالثا فننتقل إلى تعريف الأعضاء البشرية في القانون الوضعي.

¹ - سويسبي محمد الصغير، حماية السلامة الجسدية وعلاقتها بحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، بسكرة، 2004-2005، ص25.

² - ابن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، دون سنة النشر، دون طبعة، 15، ص 68.

³ - عبد الله البستاني، الوافي وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، دون سنة النشر، دون طبعة، ص413

1- تعريف الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي:

لقد عرف مجمع الفقه الإسلامي العضو البشري بأنه: أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه¹.
وعرف أيضا فقهاء الإسلام العضو بأنه: "أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كاليد والكلية والعين وغير ذلك، أو جزءا من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا، وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر وما لا يستخلف وسواء منها الجامد كما ذكر، والسائل كالدم واللبن، وسواء كان ذلك متصلا به أو انفصل عنه"²، كما ورد في الأحاديث الشريفة مصطلح العضو فلقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "المؤمنون كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالحمى والسهر"³. وجاء كذلك مصطلح الأعضاء في الأحاديث النبوية حديث لما حدد لنا الرسول صلى الله عليه وسلم الأعضاء التي يسجد عليها فعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء: الجبهة -وأشار بيده إليها- واليدين والركبتين وأطراف القدمين ولا أكف الثوب ولا الشعر)⁴.

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

2- تعريف الأعضاء البشرية في الفقه الجنائي:

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 26(4/1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، المنعقد بجدة من 06 إلى 11 فبراير 1988، مجلة، عدد 4 ج 1، ص 59.
² - هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 2003، ص 12.
³ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء رقم 14، ص 54.
⁴ - محمد بن فتوح الحميدي، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، الجزء الثاني، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، 2002، ص 16.

يعرف العضو بأنه: «جزء متميز من مجموع الجسد سواء كان إنسانا أو حيوانا كاليد والرجل والأذن والأنف واللسان¹.

ويعرف كذلك ألكسيس كاريل في كتابه الإنسان ذلك المجهول، العضو بأنه: عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء²، وظيفة محددة، والعضو هو جزء من جسم الإنسان مخصص للقيام بوظيفة معينة³.

لكن قبل الوصول إلى العضو هناك مرحلة مهمة وهي النسيج في علم الأحياء، والنسيج هو عبارة عن خليط محدد من المركبات العضوية كالألياف، والتي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله⁴.

وهناك من التشريعات من تعتبر نقلا لنسيج وزرعه من التصرفات غير المشروعة لأنها تعتبر تعدي على جسم الإنسان وانتهاكا لحصانته لأن كل تعدي أو انتهاك لجسم الإنسان يشكل جريمة ضرب أو جرح ما لم يكن هناك سبب لإباحته مثال ذلك التشريع المصري الذي يجعل الطبيب مسؤولا عن جريمة الجرح العمدي في حالة استقطاع جزء من أنسجة الجسم أو عضو من الأعضاء لزراعتها في جسم إنسان آخر، وذلك لانقضاء قصد العلاج في حالة القطع وعدم وجود نص قانوني لذلك.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر أن نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية لا تطبق إلا إذا اعتبرت الطريقة الوحيدة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض المستقبل للنسيج أو العضو، بعد إدلاء هذا الأخير رضائه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية وشاهدين، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 166 من قانون الصحة⁵.

¹ - محمود إبراهيم محمد مرسي، المرجع السابق، ص 693.

² - الكسيس كاريل، الإنسان ذلك □ هول، تعريب شفيق اسعد فريد، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، دون طبعة، ص 140.

³ - Donimique Dantricourt, Les Prélèvements D'organes, Revue Mensuelle n°676, juin., 2003, p24

⁴ - محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، دراسة مقارنة، دون دار النشر، الطبعة الأولى، 1998، ص 146.

⁵ - قشي علال، نظرات في قرارات المؤتمرات وامعات الفقهية المتعلقة بالقضايا الفقهية، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، يومي 24، 23 جانفي 2008، جامعة مولود معمري تزي وزو، كلية الحقوق، ص 7، 6.

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريف العضو البشري على أنه جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلاً أم منفصلاً عنه ، وهناك من يرى أن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان، وهنا يطرح التساؤل حول مدى اعتبار الدم عضواً يتكون الدم من ملايين الخلايا الحمراء والبيضاء، والصفائح الدموية التي لها دور معين في جسم الإنسان¹. ويعرف العلماء الدم على أنه نسيج مثله مثل العظم والنسيج العصبي، لكن له خصوصيته كونه نسيجا سائلا مكونا من خلايا، وحسب التعريف السابق يمكننا أن نقول أن الدم عبارة عن عضو سائل "organe fluide"، و لقد اختلفت الآراء حول اعتبار الدم من الأعضاء، فهناك من يراه عضواً كغيره من الأعضاء وبالتالي يمكن التعامل فيه، وأي اعتداء عليه يشكل اعتداء على سلامة الجسم والتكامل الجسدي إذا تم نقل الدم دون رضا الشخص، وكان نقله من شأنه تعطيل الدورة الدموية عن القيام بمهامها على النحو المألوف وتمنع أعضاء الجسم من أن تؤدي وظائفها بشكل طبيعي وعادي.

بينما هناك من يرى بأن نقل الدم مشروع بالنسبة لمن نقل إليه وغير مشروع لمن ينقل منه إذا ترتب عليه ضرر فإن تحقق هذا الأمر فإنه يتعين اعتباره غير مشروع، أما إذا لم يترتب على نقل الدم أي ضرر بجسم من نقل منه فيدخل في دائرة المشروعية²، وهناك من يرى بأن الدم لا يعتبر عضواً باعتبار أن الدم نسيج يتألف من خلايا عالقة في أثناء عملية التخثر³، والدم عبارة عن نسيج أما الأعضاء فهي جملة الأنسجة وهذه الأخيرة مجموعة من الخلايا ولكل خلية وظيفة خاصة بها، بالإضافة إلى ذلك العضو له شكل معين كالعين، الكبد،

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

² - نظام توفيق الي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دون طبعة، 2005، ص 156 .

³ حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص 50، 51.

الرئة، أما الدم فشكله متغير ويدخل ضمن المشتقات والمنتجات البشرية¹، وهي قابلة للتجديد كالخلايا العصبية وبويضة الأنثى والأخذ منها لا يؤدي إلى نفاذها².

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

3- تعريف الأعضاء البشرية في القانون الوضعي:

تناولت بعض التشريعات تعريف العضو البشري ومن بينها:

المشرع الإنجليزي الذي عرف العضو البشري في المادة 07 فقرة 02 قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء لعام 1989 كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الإنجليزي اعتبر كل أجزاء الجسم التي تحتوي على أنسجة هي أعضاء وبهذا يكون المشرع الإنجليزي قد اعتبر الدم وباقي مشتقات الجسم من الأعضاء كذلك³.

¹ - المشتقات والمنتجات البشرية هي كل العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ويمكن استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه دونما حاجة إلى زراعتها، ومن أمثلة هذه المشتقات الدم كما سبق وذكرنا وكذلك كافة السوائل التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها داخل الجسم كما هو الحال في اللعاب والسائل المنوي، والهرمونات لكون السحب من هذه السوائل لا يؤدي إلى نفاذها، وكذا الحال بالنسبة للنخاع العظمي الذي يتبرع الإنسان بجزء منه لا يؤدي إلى الإضرار به لأن خلايا الجسم تقوم بتعويضه وتجديده تلقائياً. انظر حسني عودة الزعال، ص46، 47. ومهند صلاح احمد فتحي العزة، ص17، 18.

² - للتفصيل أكثر انظر طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص194 وما يليها، وكذلك معن خليل العمر، بحث الجريمة المعاصرة المنظور النفسي والاجتماعي، الورقة الثالثة، جريمة استئجار الأرحام وأثرها في تفكيك الأسرة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ص7 وما يليها. وكذلك عبد السلام العبادي، بحث حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 2009، ص19

³ - الوحيد شاكور مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة، دون طبعة، 2004، ص68.

أما مشروع قانون نقل الأعضاء البشرية الفلسطيني لعام 2003 يعرف الأعضاء على أنها: "تشمل كل الأعضاء البشرية الكاملة أو جزء منها، أو الأنسجة والخلايا باستثناء الدم ومشتقاته"¹.

يتضح أن المشرع الفلسطيني يعتبر كل أجزاء الجسم من أنسجة وخلايا أعضاء ما عدا الدم ومشتقاته استثناءً من مصطلح الأعضاء.

وعرف قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنة 1977 العضو البشري في المادة الثانية منه على أنه: "أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه"²، ولقد تعرض هذا التعريف للنقد على أساس أنه لم يأت بالجديد وعرف الشيء بنفسه، و أضاف بعض مكونات جسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء إلى مضمونه بشموله أجزاء جسم الإنسان والتي تختلف عن الأعضاء ولعل الحكمة ذلك هو محاولة إخضاع كل أعضاء الجسم لهذا القانون.

يبدو أن التعريف الذي أورده المشرع الأردني تعريف غامض وغير واضح، لأنه اعتبر أن جسم الإنسان كاملاً هو عبارة عن أعضاء متصلة ببعضها البعض وكل جزء منه يسمى عضواً.

أما المشرع المغربي فلقد عرف العضو البشري في المادة 2 من القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء³ بأنه: "كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد".

نجد أن المشرع المغربي اعتبر أن الأنسجة وكل جزء من أجزاء الجسم أعضاء سواء كانت من الأعضاء المتجددة أو غير المتجددة واستثنى منه الأعضاء المتصلة بالتوالد.

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

² - عيد السلام العبادي، بحث حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، المرجع السابق، ص19.

³ - القانون رقم 16-98 المتمم بمقتضى القانون رقم 05-26 والمتعلق بتبرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

أما المشرع المصري فقد استعمل مصطلح العضو في نص المادة 240 من قانون العقوبات عندما نص على معاقبة كل من احدث بغيره جرحا أو ضربا نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأت عنه أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها، كما نص على مضاعفة العقوبة إذا ارتكبت الجريمة تنفيذا لغرض إرهابي أو كان ذلك الفعل من طرف طبيب بقصد نقل عضوا أو جزء منه من إنسان حي إلى آخر خلسة¹.

ومن قراءة هذه المادة يتضح أن المشرع المصري لم يعط لنا تعريف للعضو الذي تتحقق هذه الجرائم بانفصاله أو فقد منفعته إذ لا يخفى مدى أهمية ذلك لكونه محل جريمة إحداث عاهة مستديمة، ولقد بينت الدراسات الفقهية أن هذه المادة لم تقدم لنا إجابات وافية في عرضها للمقصود بالعضو ووضعت مترادفات وألفاظا لها نفس المعنى ثم أعطتنا أمثلة باليد أو الساق أو الرأس، دون وضع تعريف واضح ومحدد لمصطلح العضو البشري، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى التفرقة والتمييز بين الأعضاء الضرورية وغير الضرورية، ومناطق الضرورة يرجع إلى الدور الذي يقوم به العضو فإن كان استئصاله يؤدي إلى الوفاة فهو ضروري، أما إذا لم يؤدي استئصال هذا العضو للوفاة فهو من قبل الأعضاء غير الضرورية، والتي يجوز المساس بها والتنازل عنها وفقا لشروط، وحسب هذا الاتجاه لا يهم أن يكون العضو متجدد أو غير متجدد لان المعيار هو مدى ارتباط العضو باستمرار الحياة أو انتهائها².

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

¹ - مهند صلاح فحي العزة، المرجع السابق، ص12

² - الفقرة الأخيرة من المادة 240 مضافة ومعدلة بالقانونين رقمي 155، 156 لسنة 1997 الجريدة الرسمية العددين 23 مكرر، 23 مكرر أ في 1997/6/8، قانون العقوبات المصري/منشور على موقع:

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

كما أنه فرق بين الأنسجة والأعضاء التي يمكن التبرع بها من غيرها وقصر التبرع على الأعضاء التي لا يؤدي التبرع بها إلى تعريض حياة الشخص للخطر، وذلك في المواد 162، 163، 166، 167، 168 من قانون الصحة، لكنه لم يتعرض للعضو المتنازل عنه بالتحديد وإنما جاء بصورة عامة، كما استعمل كذلك مصطلح الأعضاء في قانون العقوبات لما تحدث عن جرائم الضرب والجرح والعاهات المستديمة في المواد 264، 265، 267. إلا أنه لم يعرف ما لمقصود بهذا العضو الذي تتحقق به هذه الجرائم وتترتب عنه المسؤولية الجنائية¹، واكتفى بإدراج مترادفات وألفاظ تؤدي نفس المعنى كما لم يوضح الفرق بين قطع أو بتر أو فصل العضو في المعنى وفي العقوبة، ونجد أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي أحدثها في قانون العقوبات وخاصة التعديل الأخير الذي استحدثه بموجب قانون 01/09 المتعلق بمنع الاتجار بالأعضاء لم يحدد تعريف هذه الأعضاء ولم يفرق حتى بين الأعضاء ومشتقاتها².

4- تعريف الأعضاء البشرية في الطب الشرعي:

يعرف العضو من الناحية الطبية بأنه مجموعة من الأنسجة المتميزة التي تقوم بوظيفة معينة، وإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة، فالأنسجة يعرفها إنجلز بأنها: " مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، أما الخلية فهي وحدة في المواد الحية"، كما يعرف العضو كذلك بأنه: "مجموعة مؤلفة من نسيج أو عدة أنسجة مختلفة تساهم في إتمام عمل محدد جيدا، مثلا القلب، العين، المعدة، عبارة عن أعضاء". وكذلك يمكننا أن نميز أجهزة عضوية بدورها تساهم في إتمام نفس العمل مثل الجهاز العظمي والتنفسي والبلعوم، ويتضمن كذلك جهاز الدورة الدموية أيضا والقلب والأوعية الدموية

¹ قانون العقوبات الأمر 66-156 في 8 يونيو 1966 الذي طرأت عليه عدة تعديلات ابتداء بالأمر 69-74 المؤرخ في

16 سبتمبر 1969 إلى غاية آخر تعديل بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009

² - قانون رقم 85/06 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بموجب القانون 11/90 المؤرخ في 31 جوان 1990 حيث تناول نقل وزرع الأعضاء والقانون 09/98 المؤرخ في 19 أوت 1998.

والدم¹ وإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة فإن الأنسجة تعرف بأنها مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها لتؤدي وظيفة معينة، أما الخلية فهي أصغر وحدة في المواد الحية².

يلاحظ أن التعريف الطبي جاء واسعا كما أنه يكاد يكون مماثلا لتعريف فقهاء الإسلام، لأن كلاهما اعتبر أن أي جزء من الأنسجة والخلايا والدماء تشكل أعضاء، لذلك نرى أنه يجب وضع تعريف دقيق ومحدد ويتفق قدر الإمكان مع التعريف اللغوي والطبي والقانوني و يتجنب جميع الانتقادات السابقة وهذا من واجب الفقه والقضاء، حنتلا نجد صعوبة في تكييف المسؤولية الجنائية على الاعتداءات الواقعة على هذه الأعضاء³.

المطلب الثاني: تصنيف الأعضاء البشرية

لقد أطلق على هذه الأعضاء مصطلحات عديدة منها زراعة الأعضاء وجني الأعضاء مع أن جني الأعضاء تداول استعماله في الثمار أقرب من جسم الإنسان، ويقصد بغرس الأعضاء مدى إمكانية نقل العضو البشري السليم في جسم إنسان المتبرع أو المعطي (le donneur) إلى جسم إنسان آخر يطلق عليه اسم المستقبل أو المتلقي (le receveur) بحاجة إلى ذلك العضو ويقوم مقام العضو الذي أصابه المرض أو التلف. وبعبارة أخرى إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان للمساهمة فيما تعانیه وظائفه الفسيولوجية من أوجه النقص⁴، والأعضاء البشرية منها ما هو قابل للزرع مثل الكلية، الكبد، قرنية العين، القلب، ونخاع العظام، والجلد من أجل عمليات التجميل⁵، ومنها ما هو غير قابل

¹ - سمير عازار، الموسوعة الصحية الطبية الشاملة، الأعضاء والأجهزة، دار النشر والتوزيع، دارنوبيليس، 10 ص، الأولى، 2005، ص10.

² - هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص11.

³ JACQUES DE LA MARE , Op.Cit, p588

⁴ - مصطلح الزرع بدلا من الغرس، كما أن مصطلح الاستقطاع مناسب أكثر لهذا المعنى من الجني لأنها تستعمل في الثمار فنقول نجني الثمار، كما يطلق على العضو المغروس الغريسة والغريسة أما أن تكون عضوا كاملا كالكلية والكبد والقلب أو جزء من عضو كالقرنية، أو تكون نسيجا أو خلايا كما هو الحال في نقل العظام. بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، للدكتور محمد رشيد راغب قباني، 2009، ص4

⁵ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص14.

للزرع في وقتنا الحالي وهي الأعضاء التي يستحيل نقلها أو تحويلها كالعمود الفقري، المثانة، والمعدة وغيرها، فنقلها غير ممكن في الوقت الحاضر لأنه لم يثبت نجاحها في الوقت الحالي. لكن هذا لا يعني أنها لا يمكن أن تكون قابلة للزرع في المستقبل¹، لأنه نتيجة التقدم العلمي الذي شهده ميدان زراعة الأعضاء البشرية في الوقت الحاضر جعل كثيرا من الأعضاء قابلة للزرع بعد أن كان ذلك غير ممكن في بداية الدخول في ميدان زرع الأعضاء البشرية، ولقد صنفت الأعضاء حسب قابليتها للزرع إلى عدة تصنيفات منها: الغرأس حسب التروية الدموية وتضم: غرأس ذات تروية دموية مباشرة مثل القلب، وغرأس ذات تروية دموية غير مباشرة مثل الجلد، وغرأس لا تحتاج إلى تروية دموية مثل القرنية². وتصنف أيضا حسب علاقتها بالجسم المستقبل إلى:

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

ب- غرأس متماثلة: وهي الغرأس بين الإخوة التوائم وتنقسم إلى:

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

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

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

د- غرأس دخيلة أو غريبة: وهي الغرأس المنقولة من بويضتين مختلفتين مثل نقل عضو من حيوان إلى إنسان³، كما يتم الزرع كذلك بنقل عضو من جسم إنسان ميت إلى جسم إنسان حي، كما قد يتم النقل من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان حي آخر⁴.

1 - حسين عودة الزغال، المرجع السابق، ص 54.

2 - مجلة اللجنة الدائمة لخدمة الإنسانية والسلام، صفحة امنح الحياة، الجمعية الوطنية لطلاب الطب، 2009، ص 3، منشورة على موقع:

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

3 - مجلة اللجنة الدائمة لخدمة الإنسانية والسلام، المرجع السابق، ص 3.

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

المطلب الثالث: شروط الحماية الجنائية

يعتبر الإنسان مناط الحماية الجنائية وفقا لأحكام التشريع لذلك أحاطه المشرع بحمايته من الاعتداءات التي تلحق به أو تمس بسلامته، وهو بذلك يمثل موضوع الحق المعتمد عليه¹ ولكي يتمتع الإنسان بهذه الحقوق يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط . حيث يجب أن يكون الاعتداء واقع على الإنسان بوصفه إنسانا وبالتالي نخرج ما عداه من الكائنات الأخرى كالحيوان والجماد من نطاق هذه الحماية، فالاعتداء بالضرب أو الجرح على باقي الكائنات الحية لا يعتبر مساسا بسلامة الجسم، وإنما يمكن وصفه بأنه تخريب أو إتلاف ويخضع لنصوص جنائية أخرى.

كما يشترط أن ينصب هذا الاعتداء على جسم إنسان على قيد الحياة، وأن الحماية تشمل أي اعتداء يقع على الإنسان الحي سواء في نفسه كالقتل أو سلامة جسمه كالجرح والقطع فإن فارق الحياة قبل الاعتداء عليه فلا يعتبر إنسانا وإنما جثة ولا يصلح بأن تكون محلا لجرائم الاعتداء على الحق في الحياة، لأنه يكون قد خرج من عداد الأحياء الذي هو شرط للحماية الجنائية، وتطبق عليه أحكام الخاصة بعد المساس بحرمة الأموات. كما يشترط كذلك أن تكون الجرائم الماسة بسلامة الجسم قد وقعت على شخص قد تجاوز المرحلة التي يعتبر فيها جنينا ويجب التفرقة بين الجنين والمولود، لأن القضاء على حياة المولود يعد قتلًا لتمتعه بالحماية الجنائية المقررة للكبار.

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

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1988، دون طبعة، ص441.

كما يشترط أيضا ألا يكون الاعتداء استعمالا لواجب قانوني وقضائي كتتفيذ حكم الإعدام، لأنه إذا ارتكب الفعل لتتفيذ الأمر الصادر إليه من رئيس وجب عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة، وألا يكون الجرح أو المساس بالجسم استعمالا لحق ممارسة العمل الطبي لكون أساس إباحة العمل الطبي هو استعمال حق مقرر بمقتضى القانون، فالأصل أن المساس بجسم المجني عليه يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاوله مهنة الطب، ولكن القانون يبيح فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة¹ علمية طبقا للقواعد والأوضاع التي نظمتها القوانين واللوائح، أو استعمال لحق التأديب كحق الزوج في تأديب ابنه أو زوجته، وكذلك حق ممارسة الألعاب الرياضية، من خلال ما سبق بيانه يمكن القول بأن شروط الحماية الجنائية تتلخص في العناصر الآتية:

- أن يكون الإنسان المتمتع بالحماية الجنائية حيا.
- ألا يكون الاعتداء استعمالا لفعل من الأفعال المبررة قانونا.
- أن يكون الدفاع الشرعي متناسبا مع جسامة الاعتداء.
- ألا يكون الاعتداء استعمالا لأداء لواجب أقره القانون وحكم به القضاء كتتفيذ حكم الإعدام.
- ألا يكون الجرح أو المساس بالجسم استعمالا لحق ممارسة العمل الطبي أو التأديب أو العمل الرياضي.

¹ - محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص116.

الفصل الأول

قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

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

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

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

لذا سنتعرض في هذا الفصل إلى دراسة المسؤولية المدنية للطبيب بصفة عامة، مع محاولة إسقاط مسؤولية الطبيب الناشئة عن نقل أو زرع الأعضاء البشرية عليها، سنقوم أولا بتحديد طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في المبحث الأول، ثم نبين أركانها في المبحث الثاني، ومن ثم الأثر المترتبة عنها في المبحث الثالث.

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

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب.

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

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

وبالرجوع إلى القوانين الخاصة بمهنة الطب، نجد أن المسؤولية التي تقوم عند إخلال الطبيب بالتزامه هي مسؤولية مدنية، وتكون هذه الأخيرة إما عقدية أو تقصيرية وسنتناول في هذا المبحث طبيعة المسؤولية المدنية الطبية في المطلب الأول، والالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب في المطلب الثاني.

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تنتج عن إخلال الأطباء بالتزاماتهم تجاه مرضاهم، فمنهم من يقول بأنها عقدية لأن العلاقة بي الطبيب والمريض تنشأ بناء على الإيجاب الصادر من الطبيب والقبول الصادر من المريض أو من في حكمها¹، ومنهم من يرى بأنها تقصيرية على أساس أنه إخلال بالتزام قانوني وهو التزم بهدم الإضرار بالغير².

ويمكن تقسيم المسؤولية الى:

أولا/المسؤولية العقدية (La responsabilite contractuelle)

تعرف المسؤولية العقدية بأنها: إخلال أحد المتعاقدين بما جاء في بنود العقد بشرط أن يسبب هذا الإخلال ضررا بالغير، فالمسؤولية العقدية تنشأ عندما تربط الطبيب بالمريض علاقة

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

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

تعاقدية، فينشأ الخطأ عند الإخلال بالتزام ناتج عن العقد الطبي المبرم بينهما، ويؤدي هذا الإخلال إلى الإضرار بالمريض.

أما في المجال التطبيقي، فقد استقر القضاء الفرنسي على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية - بعدما كان يحصره في المجال التقصيري. وهذا منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية "مرسييه Mercier" الشهيرة، حيث جاء فيه مايلي: " ينشأ بين الطبيب وزبونه عقد حقيقي،.... وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام المسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية¹.

فأهمية هذه القضية تتمحور حول أهمية تحديد المدة التي تتقدم بها دعوى المسؤولية للطبيب الناشئة عن الإهمال في العلاج، ذلك أن المريضة (مرسييه) قد رفعت دعاها بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ نهاية العلاج واستقرار الضرر، فإذا كيفت المسؤولية على أنها تقصيرية فإنها تتقدم بمرور ثلاث سنوات، وبالتالي يسقط حقها في المطالبة بالتعويض، لذلك اضطرت محكمة "أكس" إلى التدقيق في تكييف طبيعة المسؤولية الطبية، وكانت نتيجتها قبول دعوى "مرسييه" بعد انقضاء ثلاث سنوات بعد أن دفع بها الطبيب، وبتاريخ 16 جويلية 1932 أصدرت قرارها بالحكم على الطبيب بالتعويض رافضة تطبيق التقادم الثلاثي، باعتبار أنه ليس لهذه الدعوى أساسا لقيام المسؤولية التقصيرية، بل أساسها هو الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين المريضة و طبييها، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية التي أكدت على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية كأصل، واستثناء تكون ذات طابع تقصيري حتى وإن كان بفعل الغير².

ثانيا/ المسؤولية التقصيرية (La responsabilité delictuelle)

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

² المرجع نفسه، ص: 11

تتحقق المسؤولية التقصيرية عندما يرتكب الطبيب خطأ يصيب المريض بضرر، ويعتبر المضرور في هذه الحالة شخصا أجنبيا على الطبيب لا يرتبط معه بأي عقدة، كأن يقوم الطبيب بعلاج شخص فاقد الوعي دون إعلامه أو إعلام أسرته، أو في حالة امتناعه عن علاج مريضه، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب متعسفا في استعمال حقه¹.

وقد تنشأ المسؤولية التقصيرية كذلك عند وقوع ضرر إذا كانت الأدلة تثبت عدم وجود رابطة تعاقدية، كأن يتعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عملية نقل نسيج معين منه، وبعد أن يشرع الطبيب في ذلك يجد أنه من الضروري نقل نسيج آخر دون إعلام المريض بها، ففي هذه الحالة فإن العملية الأولى تخضع الأحكام المسؤولية العقدية، بينما العملية الثانية - غير المتعاقد عليها تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، وكذا في حالة إصابة الغير من عدوى المريض المتواجد تحت رعاية الطبيب أو بسبب استعماله نفس آلة العلاج².

المطلب الثاني: طبيعة التزام الطبيب.

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

لذا نستعرض في هذا المطلب أهم الإلتزامات التي تخص علاقة الطبيب بمريضه - أيا كانت طبيعة هذه العلاقة. ثم نحدد طبيعة إلتزام الطبيب.

أولا/ الإلتزامات التي تخص الطبيب بمريضه:

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

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

1/ الالتزام بالإعلام (obligation d information)

هو التزام يقع على الطبيب أيا كان الإطار التنظيمي الذي يباشر من خلال مهنته، ويكون هذا الالتزام في شكل تقديم معلومات وافية للمريض تتعلق بخالته المرضية، لتساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض العمل الطبي، وما يتضمنه من مزايا ومخاطر،¹ . كما يلتزم

الطبيب بإعلام مريضه طوال مراحل العمل الطبي، فيتعين عليه إعلام مريضه في التشخيص، العلاج وحتى بعد العلاج.²

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

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

2/ الإعفاء من الالتزام بالإعلام:

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

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

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

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

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

*رفض المريض لمعرفة وضعه الصحي: باستثناء الحالة التي يكون فيها أشخاص آخرون معرضين لخطر إصابتهم بعدوى المرض¹.

3/ الالتزام بالسر المهني (obligation de secret professionnel)

بالرجوع إلى أحكام المادة 1 / 206 من القانون 90-217، والمادتين 36 و 37 من المرسوم رقم 92276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، نجد أن المشرع إعتبر السر الطبي (المهني جزء من شرف المريض وشخصيته).

والسر المهني لا يقتصر فقط على المعلومات الخاصة بذات المريض (نوع المرض، الإصابة التي يعاني منها، العلاج...)، بل يشمل كذلك كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص وتشخيص...، أما البيانات الخارجة عن هذا النطاق فإن المشرع لم يضيف عليها صفة السر، ولا تعد من قبيل الأسرار الطبية².

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

ثانيا/ طبيعة الالتزام:

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

¹-- كمال فريحة، المرجع السابق، ص: 90.

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

وبالرغم من وجود بعض الاختلاف حول طبيعة المسؤولية الطبية، إلا أن النتيجة واحدة، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء -مؤيدا في ذلك القضاء الفرنسي- أن طبيعة التزام الطبيب قبل المريض هو التزام ببذل عناية كأصل، والتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء¹.

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

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.

على الرغم من تطور القوانين والأنظمة التي تحكم شروط ممارسة مهنة الطب، فقد بقي التشريع الفرنسي يقيم المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني وطبقاً لنص المادة 1382 وما بعدها من التقنين الفرنسي¹ (ونص هذه المادة يقابل نص المادة 124 ق م ج السالف الذكر).

يستشف من خلال نص هذه المادة أن المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية تركز على ثلاث أركان أساسية وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فمسؤولية الطبيب لها نفس الأركان السابقة: الخطأ الطبي الصادر من الطبيب، والضرر الذي يسببه هذا الأخير للمريض وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر²، هذا ما سنتحدث عنه خلال هذا المبحث الذي سنتناول فيه الأركان تباعاً، ابتداء بالركن الأساسي للمسؤولية وهو الخطأ الطبي الذي خصصنا له مطلباً مستقلاً (المطلب الأول) نظراً لأهميته وخصوصيته في إطار المسؤولية الطبية، لاسيما تلك المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية، في حين جمعنا كل من الضرر وعلاقة السببية في مطلب واحد (المطلب الثاني) باعتبار أن كليهما يخضع للمبادئ العامة للمسؤولية المدنية.

المطلب الأول: الخطأ الطبي (la faute médicale)

تقوم المسؤولية الطبية على فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية - طبقاً للقواعد العامة. ويعتبر هذا الأخير الركيزة الأساسية فيه، ذلك أنه يكتسي أهمية بالغة في إطار المسؤولية الطبية المدنية، فهو أساس نشوئها، ولا مجال للحديث عن مسؤولية الطبيب ما لم يوصف عمله بأنه خطأ³.

¹ - أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 17

² - ينظر كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 164

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

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

أولاً/ مفهوم الخطأ الطبي ومعياره:

1/ مفهوم الخطأ الطبي:

أ- تعريف الخطأ في الفقه الوضعي:

لم تفرد التشريعات الوضعية تعريفاً للخطأ في القواعد العامة في القوانين المدنية،¹ تاركين هذا الأمر للإجتهد الفقهي والقضائي، وذلك لتفادي حصر المسؤولية في نطاق معين وفي حدود عبارات معينة الضمان حماية مصلحة المضرور جراء أخطاء الغير المختلفة.² على عكس ذلك اختلف الفقهاء في تحديد معنى الخطأ، والتعريف المجمع عليه هو: "الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك".³

باعتبار أن الخطأ الطبي صورة من صور الخطأ بصفة عامة، فإنه يستمد تعريفه منه، حيث يعرف الأستاذ منصور عمر المعاينة الخطأ الطبي بأنه: "هو الفعل الذي يظهر عند إخلال الطبيب بواجباته المهنية وعند خروج الطبيب عن تنفيذ إلتزاماته حيال مريضة، المتمثلة

¹ - أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص:103.

² - كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:165.

³ - عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة

1988، ص: 61

في بذل العناية التي تشترطها أصول مهنته وتخصصه ومقتضيات فنه وعلمه، بحيث لا يقوم بعمله بحذر وانتباه ويقظة، ولا يراعي فيه الأصول العلمية المستقرة¹

ومن هنا يتبين أن عدم قيام الطبيب لالتزاماته - التي تفرضها عليه مهنته. أثناء قيامه بالعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب نشوء الأخطاء الطبية، لأن الطبيب هو في الأساس ملزم - ضمن اللوائح والتشريعات التي تنظم مهنة .

الطب باتباع الأساليب والوسائل التشخيصية والعلاجية التي تقوم على الأصول العلمية والقواعد والمعارف الطبية المستقرة المتعارف عليها في الأوساط الطبية².

ب- الخطأ في مفهوم القانون الجزائري: لم يعرف المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الخطأ باعتباره أحد أركان المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لكنه أشار إليه

¹ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نابف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط: 1، 2004، ص: 44.

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

في المادة 124 ق م ج التي تنص على مايلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض¹."

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

نلاحظ من خلال هاتين المادتين أن المشرع جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بصفة عامة لكنه لم يحدد نوعه وجسامته تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، كما يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية حسب المشرع يقوم على عنصرين: الأول عنصر مادي يتمثل في التعدي، والثاني عنصر معنوي يتمثل في الإدراك والتمييز.²

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

2- أنواع الخطأ الطبي:

يأخذ الخطأ الطبي إما وصف الخطأ العادي البسيط (simple) الذي يكون نتيجة إهمال أو عدم بذل العناية اللازمة كقيامه بعملية جراحية وهو في حالة سكر، أو كأن يهمل في تخدير المريض قبل العملية، أو أن ينزع عضوا أو نسيجا غير المراد نزعها... وغيرها من الحالات الأخرى، ويمكن أن يكون الخطأ أيضا فنيا مهنيا (professionnelle)، ويكون هذا نتيجة لجهل الطبيب لأمر فنية وحقائق ومسلمات علمية التي لا يتصور صدورها من غير الطبيب

¹- هذه المادة عدلت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص: 23)، وكانت هذه المادة قبل التعديل تنص على مايلي " كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".
²- أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 107.

²- عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص: 23)، وقد ورد في هذه المادة قبل التعديل استثناء عن الفقرة الأولى، حيث كان المشرع الجزائري يقيم مسؤولية عديم التمييز عن الخطأ في حالة عدم تمكن المتضرر في الحصول على التعويض من المتسبب في هذا الضرر، فهذه الحالة تقوم على أساس تحمل التبعية أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة

كأعمال التشخيص ومباشرة العلاج، أو تقنيا (technique) غير متعمد راجع إلى إحدى الأدوات العلمية المستعملة¹.

3- مقدار جسامة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية:

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

4- معيار الخطأ الطبي:

يثار معيار الخطأ الطبي في حالة التزام الطبيب ببذل العناية، لأن سلوكه في حالة التزامه بتحقيق نتيجة ليس بحاجة للقياس مع شخص آخر، ذلك أن مسؤوليته تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة، فمادامت طبيعة التزام الطبيب هي التزام ببذل عناية، فإنه يجب تحديد مقدار هذه العناية بقياسها مع سلوك شخص عادي، وكل تقصير عن ذلك يعتبر خطأ، كما تجدر الإشارة إلى أن تقدير معيار الخطأ يختلف باختلاف مركز ودرجة الطبيب².

فقد اتجه جانب من الفقه في تقدير معيار الخطأ إلى "إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد من بذله من يقظة وتبصر"³، وهذا المعيار يسمى بالمعيار الشخصي لأنه يعتمد على البحث في

¹-سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:10، وينظر أيضا

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

²- ينظر هامش كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:179

³- وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

مولود معمري، 2011، ص:22

حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ نفسه، والبحث في ظروفه الخاصة، وأن ما وقع منه يعد انحرافاً في سلوكه أم لا.

يعاب على المعيار الشخصي أنه يتوجب النظر والبحث في ظروف كل طبيب على حدة ومراقبة تصرفاته وأحواله، وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يجعل من الخط فكرة شخصية بحتة، إذ يمكن لطبيبين أن يسلكا نفس السلوك ويقومان بنفس التصرفات ويكونان في نفس الظروف، إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون الآخر، فمن اعتاد على التقصير يسهل عليه الإفلات من المسؤولية، ومن اعتاد اليقظة والتبصر يسأل عن أقل هفوة ارتكبتها، وهذا أمر غير عادل وغير مقبول¹.

أما الإتجاه الآخر فقد أخذ في تقدير الخطأ الطبي بالمعيار الموضوعي، حيث يقارن سلوك الطبيب بسلوك شخص عادي الذي يكون سلوكه المؤلف مقياساً للخطأ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي تحيط به عند قيامه بعمله (كظروف الزمان وظروف المكان)، والتجرد من صفاته الذاتية والظروف الداخلية الملازمة له²، وهذا المعيار الراجح الذي استقر عليه الفقه والقضاء والتشريعات³.

ثانياً/ صور الخطأ الطبي:

تختلف صور الأخطاء التي يرتكبها الأطباء باختلاف نوع العمل الذي يقومون به أو نوع اختصاصهم، كما أن هذه الصور هي التي تحدد وصف الخطأ (نوع الخطأ ومقدار جسامته) لاعتبار الطبيب مسؤولاً مدنياً، وكوننا بصدد دراسة الجانب الذي يخص نقل وزرع الأعضاء

¹ - كمال فريجة، المرجع السابق، ص 180.

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

³ - كمال فريجة، المرجع السابق، ص. ص: 181-186

البشرية، سنستعرض بعض الصور للأخطاء التي يمكن أن يقع فيها الأطباء المختصين بهذا المجال¹.

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

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

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

وتثور مسؤولية الطبيب أيضا في حالة استئصال عضو أو نسيج من الشخص قبل حصول الوفاة، والتأكد منها، لأن الواجب الإنساني الذي يقع على عاتق الطبيب يفرض عليه أن يبذل كل ما في وسعه لتقديم العلاج للمريض حتى في الحالات الميؤوس منها.

¹ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. ص: 227-230، 233-234.

وفي حالة حصول الإثبات الطبي والشرعي للوفاة وتؤكد الطبيب من ذلك، فإنه لا يجوز له أن ينزع أي عضو من أعضاء الميت، إذا عبر هذا الأخير أثناء حياته أو أحد أفراد أسرته على رفضه، ومخالفة هذه الإرادة تولد خطأ يوجب مسؤولية الطبيب المدنية، ويتجلى هذا الخطأ إذا لم يحترم الطبيب الترتيب الأولي للأسرة عند أخذ الإذن والموافقة لنزع العضو أو النسيج البشري من الميت.

وقد يتخذ الخطأ الطبي صورة أخرى على شكل كشف هوية المتبرع للمستفيد، أو كشف هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع، وهذا ما جاءت به المادة 165/2 من القانون 85-05 م ح ص ت¹.

بقي أن نشير إلى أنه طبقاً للمادة 164 من القانون المذكور أعلاه، فإن الطبيب إذا سعى لأن يكون انتزاع نسيج أو عضو من جسم إنسان وزرعه بمقابل مادي، فإن ذلك يشكل خطأ من جانبه يوجب مسؤوليته².

المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية للخطأ الطبي.

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية بشكل عام ومسؤولية الطبيب بشكل خاص، فلا يكفي لتحقق المسؤولية وقوع الخطأ فقط، وإنما يجب أن يحدث هذا الأخير ضرراً

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

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

بالمضرور، كما لا تقوم هذه المسؤولية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية بوجود الخطأ والضرر معاً، بل لابد من قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المريض.

أولاً/ الضرر (le prejudice):

1- تعريفه:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للضرر، بل اكتفى بالإشارة إليه في المواد من 124 إلى 140 ق م ج، والتي اشتملت بأحكامها مختلف حالات الضرر بما فيها الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية¹.

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

2- أنواعه:

من خلال هذا التعريف، فإن الضرر يكون في مجال المسؤولية الطبية إما ماديا وهو ما يصيب المريض المعالج من أذى في جسمه بإحداث جرح فيه أو إلحاق عاهة أو أي عجز حركي، أو أذى في روحه ويكون ذلك بالتسبب في إزهاقها، أو ما يلحق المريض من إضرار بأي مصلحة ذات صفة مالية أو إقتصادية.

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

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

³ - سعاد هني، المرجع السابق، ص: 23

كما قد يكون الضرر معنويا (ويطلق عليه البعض بالضرر الأدبي)، أي أن يلحق المريض ألما داخلية وهواجس تصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته نتيجة خطأ الطبيب، أو تعرضه لألام نفسية أو ذويه في حالة الاعتداء على اعتبار المريض - كما في حالة إفشاء الطبيب للسر المهني، مما يجعل المريض يصاب بضرر يمس سمعته وشرفه أو كيانه الإجتماعي أو حياته الخاصة¹.

3- شروطه:

لا يكفي إصابة الشخص بضرر ليتمكن من مطالبة المسؤول بإصلاحه، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط، ولم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف واحد حول تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحق التعويض، لكنه استقر بعد ذلك على أنه يشترط في ضرر المدعى عليه أن يكون شخصيا، محققا ومباشرا، وأن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة².

أ- أن يكون الضرر شخصيا:

بمعنى أن الذي يسبب الضرر هو الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار الناتجة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضرا شخصيا النسبة لمن ارتد عليه³.

ب- أن يكون الضرر مباشرا، محقق الوقوع (مؤكدا):

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

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

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

يقصد بالضرر المباشر (أو بما يسمى بالضرر الأصلي) هو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الطبيب، فهذا الضرر هو فقط الذي يكون بينه وبين الخطأ المنشيء له علاقة سببية وفقا للقانون.¹

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

أما عن تحقق الضرر كشرط من شروط التعويض، يعني أن يكون الضرر حتمي الوقوع (أي غير محتمل)، سواء كان حالا أو مستقبلا، وتحقق الضرر هو أن يكون قد وقع فعلا أو سيقع حتما².

ج- أن يمس حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة:

ويقصد به أن يمس الضرر حقا ثابتا مشروعا بنظر القانون، بمعنى أن يصيب حقا مكتسبا يحميه القانون أو مصلحة مشروعة للمضرور غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، بحيث أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا لحق اعتدائه حقا يحميه القانون، سواء كان هذا الحق سياسيا أو مدنيا³، وأحسن مثال على ذلك أن يقوم الطبيب بالتعدي على حق مريضه في الحياة أو حقه في سلامة بدنه،

كما يشترط أن تكون المصلحة مشروعة للتعويض عنها، وإلا فلا يعتد بها، مثال ذلك مطالبة خلية بتعويض الضرر الذي أصاب خليلها - الذي كان يتولى الإنفاق عليها- جراء

¹ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص: 56

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

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

استئصال عضو من أعضائه، في هذه الحالة لن تستفيد الخلية من التعويض لأن هذه المصلحة قائمة على علاقة غير مشروعة (وهذا حسب التشريع الجزائري والتشريعات الإسلامية).

ثانيا/ علاقة السببية (La lien de causalité).

1- قيام علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر:

المقصود بعلاقة السببية تواجد رابطة مباشرة بين الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، فوجود رابطة السببية ركن أساسي من أركان قيام المسؤولية الطبية، إذ لا يكفي لقيام هذه الأخيرة ثبوت الخطأ ووقوع الضرر، بل يجب ان يكون ما لحق بالمريض من ضرر نتيجة مباشرة للخطأ الذي أحدثه الطبيب، وان يرتبطا ببعضهما ارتباط العلة بالمعلول، بحيث لا يمكن تصور حصول الضرر للمريض لو لم يقع الخطأ من الطبيب¹.

وعلى الرغم من ضرورة تواجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل لقيام المسؤولية الطبية واستحقاقها على الطبيب مرتكب الخطأ الطبي، إلا أن معرفة وجود هذه الرابطة وإثباتها أو عدم إثبات وجودها يعتبر من الأمور الحساسة والدقيقة في مجال العمل الطبي، بحيث أن تحديدها يعد من الأمور الشاقة والعسيرة بالنسبة للقاضي الذي يكون مطالباً بأن ينسب الضرر إلى أسبابه، خاصة وأن الغالب في الأمر أن الضرر قد يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، وقد ترجع هذه الأسباب إلى عوامل بعيدة أو خفية، لذا يستوجب على القاضي أن يحدد أي الأسباب أدى إلى حدوث الضرر²

وبما أن ركن علاقة السببية منفصل عن ركن الخطأ، إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب وخطئه، لذا نجد القضاء يلقي التزاماً على عاتق الطبيب بالتأكد من حالته الصحية والنفسية خاصة قبل التدخل، وقد أقامت محكمة النقض المصرية مبدأ شهيراً في هذا

¹ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص: 61

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

الشأن مقتضاه أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة وذلك بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه¹

2- إنتفاء (قطع) علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر:

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

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

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

وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام (الالتزام ببذل عناية) وذلك لاستحالة وجود محل للتنفيذ، و اعتبار ما إذا كانت الواقعة المدعى بها قوة القاهرة ترجع إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع لأنه تقدير موضوعي³

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

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

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

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

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

وسنحاول في هذا المبحث أن نبين الإجراءات الواجب اتباعها (المطلب الأول) الإمكانية حصول المتضرر على التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعاوى المسؤولية المدنية للطبيب.

تعتبر الدعوى إجراء قانوني لاقتضاء الحق في جبر الضرر اللاحق بالمريض أو ذويه جراء خطأ الطبيب، وتخضع دعوى المسؤولية المدنية للطبيب لأحكام العامة الدعوى المسؤولية المدنية¹، إذ تعرف هذه الأخيرة بأنها: "الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه، إذا لم يسلم له به المضرور اتفاقاً".

أولاً/ إجراءات مباشرة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب:

لقد تناول المشرع الجزائري إجراءات مباشرة الدعوى المدنية أمام مختلف الجهات القضائية ابتداءً أو استثناءً أو طعناً بالنقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، وهذا ما

¹ - أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني

الجزائري، المرجع السابق، ص: 151

² - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في

23 أبريل 2008.

سنستد إليه في دراستنا الدعوى المسؤولية المدنية على الطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، والتي تقتصر فيها على تبيان أطراف الدعوى وعلى إجراءات التقاضي فيها.

1- أطراف الدعوى:

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

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

أما في حالة وفاة المدعي، فإن حق المطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه العام والخاص¹.
ب- المدعى عليه: المدعى عليه في المسؤولية الطبية هو المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي، وقد يكون المدعى عليه:

ب-1. في حالة المسؤولية الواحدة: هو الطبيب المخطيء سواء بفعله الشخصي أو بفعل الممرض أو أحد مساعديه، وإذا كان الطبيب تابعا لمستشفى عام أو خاص، فإن كلا من الطبيب والمستشفى يكونا مسؤولين قبل المريض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي والمستشفى باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه وفقا للمادة 136 ق م ج².
ب-2. في حالة تعدد المسؤولية: ويبرز هذا في حالة تعدد المسؤولين عن الأضرار التي لحقت بالمريض، فإذا كانت مسؤوليتهم عقدية جاز للمضرور رفع الدعوى على كل واحد منهم،

¹ - أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني

الجزائري، المرجع السابق، ص: 154

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

باعتبار أن كل واحد منهم مسؤولاً عن الضرر الذي تسبب فيه، وتبرز هذه الصورة بكثرة أثناء القيام بعمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية، أما إذا كانت المسؤولية تقصيرية فإنه وفقاً للمادة 126 ق م ج يكونوا المسؤولين عن الفعل الضار متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم فب الالتزام بالتعويض¹.

2- الاختصاص بالنظر في الدعوى:

يتحدد الاختصاص نوعياً ومحلياً (إقليمياً):

أ- الاختصاص النوعي:

يؤول الاختصاص للفصل في دعاوى المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية للمحكمة بحسب نوعها وطبيعتها²، فإذا أقيمت الدعوى على الطبيب أو أحد مساعديه، وكان هؤلاء تابعين للقطاع الخاص، فإن الدعوى تؤول إلى جهة القضاء المدني (المادة الأولى ق م ج)، أما إذا كانوا تابعين للقطاع العام فإن الاختصاص ينعقد لجهة القضاء الإداري (المادة 800 ق م ج)، أما في حال ما إذا كانت الدعوى تابعة لدعوى عمومية جزائية باشرتها النيابة العامة، فإن الاختصاص يؤول لجهة القضاء الجزائي، وذلك طبقاً للمادة 3 و5 ق إ ج .

ب- الاختصاص الإقليمي:

القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي أنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإذا لم يكن له موطن معروف آل الاختصاص إلى المحكمة التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار³.

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

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

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

موطن، يؤول هذا الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرتها الموطن المختار، هذا طبقا للمادة 37 ق م إ، أما المواد الموالية لهذه الأخيرة فقد أوردت استثناءات عن هذه القاعدة، حيث نصت المادة 5/40 من نفس القانون: " في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أما المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج".

3- التقادم في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

لقد حدد المشرع الفرنسي مدة تقادم المسؤولية الطبية بعشر سنوات تبدأ من تاريخ جبر الضرا، أما المشرع الجزائري - بخلاف المترع الفرنسي أخضعها إلى القواعد العامة للمسؤولية، بحيث لم يورد نص خاص بهذا المجال، لذا فإنها - وفقا للمادتين 133 و 308 ق م ج- تتقادم بمرور خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار وليس من يوم وقوع خطأ الطبيب.

ثانيا/ عبء الإثبات:

الأصل أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المضرور (المريض)، ووفقا للمادة 323 ق م ج فإنه: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". ويختلف عبء الإثبات حسب طبيعة الالتزام، فإذا كان التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، فإن على المريض إثبات خطأ الطبيب، بينما لا يقع عليه سوى إثبات وجود الالتزام وحدوث الضرر¹، أثناء تنفيذ الالتزام أو عدم تحقيق النتيجة المقصودة إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، فتقوم مسؤولية الطبيب سوء كان الخطأ ثابتا او مفترضا، ولا يمكن للطبيب في هذه الحالة دفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن الخطأ كان بسبب أجنبي، أي نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل².

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمدعي إثبات الواقعة القانونية بكل طرق الإثبات - وفقا للقواعد العامة بعدها يمكن للقاضي أن يتحقق من الوقائع التي أثبتها المضرور، وإن كان من السهل عليه أن يتبين بنفسه على خط الطبيب فيما يتعلق بأعماله العادية إلا أن ذلك يبدو

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

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

عسيرا بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى العمل الطبي، لذلك فإن القاضي وجب عليه الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء رأيه في المسائل الفنية، إلا أنه تبقى للقاضي السلطة التقديرية في تكليف سلوك الطبيب (حتى لا يكون الخبير قاضيا)، وبالتالي ما يجب معرفته أن تقرير الخبرة المنجز من قبل الخبير ليس ملزما للقاضي، بل يأخذ به على سبيل الإستئناس.

المطلب الثاني: التعويض الناشيء عن مسؤولية الطبيب المدنية.

التعويض هو النتيجة الحتمية وجزاء المسؤولية المدنية - كما سبق الذكر. وللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحليل مقدار التعويض، لكن ليس له أن يختار من مقدار التعويض ما يريد اختياره، ويغفل عما يريد الأغفال عنه من بين عناصره، لأنه بالرغم من أن له سلطة واسعة إلا أنها ليست مطلقة، بل هي مقيدة لأنه يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا¹.

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

أولا/ تقدير التعويض:

من المستقر عليه فقها وقضاء أن تقدير التعويض يكون بقدر الضرر الناشيء، فلا يزيد ولا يقل عنه، كما يكون تقدير التعويض وقت صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف، فالعبرة هنا بوقت وقوع الضرر ونفس الشيء بالنسبة لتغيير قيمة النقد، والعبرة أيضا بتاريخ صدور الحكم بغض النظر عن ارتفاع أو انخفاض قيمة النقد، أما إذا لم يتيسر للقاضي أن

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

يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ بحق الضرور في المطالبة خلال مدة معينة يحددها هو (القاضي) للنظر من جديد في التقدير، وهذا طبقا للمادة 131 ق م ج-

ثانيا/ كيفية تقدير التعويض¹:

يكون القاضي عند تحديده لمقدار التعويض أما معيارين:

1- معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت:

تنص المادة 182 ق م ج على مايلي:

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

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

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

2- معيار الظروف الملازمة:

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص: 192.

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

ويقصد بالظروف والملابسة هنا الظروف التي تلابس المضرور، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حياض القاضي عند تقديره للتعويض، لأن التعويض يقاس على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، لأن الضرر قد أصاب المضرور بالذات، كما يكون محلا للإعتبار الحالة الصحية والجسمية للمضرور.

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

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يبرمه المؤمن مع المؤمن له، يلتزم فيه بالتأمين له عن مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يسببها الغير، وهذا التعريف المجمع عليه لدى الفقه، والمؤمن هنا هو الطبيب - وقد يكون المريض أيضا. أما المؤمن له فهي شركات التأمين، ويكون محله ضمان الآثار المالية للمسؤولية المدنية تجاه الغير مقابل دفع أقساط دورية محددة¹.

فالنظام التأميني يقدم امتيازات للطبيب الذي يستطيع أن يمارس مهنته دون هاجس أو خوف من شبح المسؤولية، فهذا النظام إجباري، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عندما جعل من التأمين على المسؤولية المدنية بالنسبة للمهنيين - من بينهم السلك الطبي - إجباريا، حتى أنه جعله شرطا أساسيا لمزاولة مهنة الطب، وذلك طبقا للمادة 167 من قانون التأمينات الصادر بأمر 07/95².

إلا أنه بالمقابل واجه انتقادات من بعض الفقهاء، من أهمها أنه يفتح باب الإهمال ويشجع الأطباء على عدم تقديم العناية والرعاية الكافية لمرضاهم. وقد رد على هذه الانتقادات

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

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

بأن التأمين يؤمن المريض من أفعال الطبيب ويعوض أضراره، فلا يضيع عليه حق، لأن التأمين الإجباري لا يكون المحض الجبر، بل الجبر الضرر¹.

¹ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص:454.
- PANNEAU(Jean), la responsabilité du médecin, op, p: 7, 12.

الفصل الثاني

عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة

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

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

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

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

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

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

إن الأصول الروحية للإسلام هي المرجع الأساسي للاجتهاد في أخلاقيات الطب وسائر العلوم المعاصرة، ذلك لأن تقييم الانسان لهذه الأصول يمكن أن يساهم في مراجعة الكثير من الأخطاء التي ارتكبت بسبب النظرة المادية المسيطرة على الحضارة العربية، فالشريعة الإسلامية تنظر للإنسان نظرة شاملة وكاملة تتناول كل جوانب حياته وأحواله التي يخفى على العلم المادي إدراكها، لذلك عنيت أتما عناية بحماية النفس البشرية¹.

لذلك شرعت الرخص لدفع الفساد الواقع والمتوقع عليها وجرمت كل اعتداء عليها والتمثلة في الكليات الخمس ألا وهي: حفظ الدين، النفس، العقل، النسل، المال، وقد حرم الله كل سلوك يفسد إحدى هذه الكليات، فشرع ما يحفظها اما بوسائل تحفظها، وإما يدفع عنها الفساد، والمحافظة على النفس إنما هي المحافظة على الحق في الحياة و تدخل في عمومها المحافظة على أعضاء الجسم الانساني وتجريم الاعتداء عليه².

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

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

إن جسم الانسان يتكون من أنسجة واعضاء خارجية وداخلية وله وظائف عضوية ونفسية وعقلية يؤديها الفرد على النحو الذي خلقه الله عليها، وهذا الأداء يختلف من شخص إلى آخر على حسب مقدوريته الصحية، فإن كانت أعضاء الجسم تؤدي دورها كاملا فإن صحة

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

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

الفرد تسير على النحو العادي، أما اذا طرأ على هذه الوظائف انحراف عن السير العادي الذي كانت عليه فإن ذلك يعني اعتلال وظائف الأعضاء البشرية¹.

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

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

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

نتطرق في هذا الصدد الى مايلي:

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

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

أولا . تحريم عملية التبرع بالأعضاء البشرية :

ذهب اصحاب هذا الرأي إلى تحريم تصرف الانسان لعضو من أعضائه عن طريق التبرع لأن نزع جزء من انسان حي لزراعته في جسد غيره يؤدي لا محالة إلى إتلاف البدن وإضعافه وبتر الإنسان عضوا من جسده لغير مصلحتها قتل للعضو قد يؤدي إلى إهلاكها لا محالة، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز له أن يبرم اتفاقا مع آخر يتنازل بمقتضاه عن جزء من جسده لأنه لا يجوز له أن يتلف نفسه لإحياء غيره ولأن الضرر لا يزال بالضرر¹. واستدل القائلون بحرمة تصرف الإنسان في جزء من جسده إلى إنسان آخر ليتدارى به بالأدلة الآتية:

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

قال تعالى: { ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين }². ، هذه الآية الكريمة تدل على تحريم إلقاء النفس في مظان الخطر عليها يتلف أضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعا³.

فقد يؤدي انتزاع عضو ما إلى ضعف الجسم الذي يجب أن يبقى قويا ليقوم بواجباته⁴. وأيضا استندوا إلى قوله تعالى: (... ولأمرنهم فليغيرن خلق الله...)⁵. وقوله أيضا: { استبدلوا الذي هو أدنى بالذي هو خير }⁶. وقوله أيضا: ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما⁷. وقوله تعالى: { ومن يبذل نعمة الله من بعد ما جاءته فإن الله شديد العقاب }⁸.

1- عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأنمية، دار المنار، القاهرة، 1998، ص 95، ص 105
2- اصابر محمد سعد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 48 ص 39
3- سورة البقرة الآية رقم 195
4- اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار الفكر العربي، دون سن ، ص 295
5- سورة النساء من الآية 119
6- سورة البقرة من الآية 61
7- سورة النساء الآية 30
8- سورة البقرة من الآية 211

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

2/ تحريم التصرف في جسم الانسان من السنة النبوية:

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

وايضا قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)¹.

وكذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم نظر إلى الكعبة فقال: ما أعظمك وأعظم حرمتك و المسلم أعظم حرمة منك فقد حرم الله دمه وماله وعرضه و أن تظن به ظن السوء².

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

¹ - محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، لون سفة ، ص 53

² - محمد بن يزيد القزويني بن ماجة ، سنن بن ماجة، ج2، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة ، ص1297.

ثانيا . تحريم بيع الأعضاء البشرية :

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

1/ تحريم بيع الاعضاء البشرية من الكتاب:

لقد كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان فقال في كتابه العزيز: { ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا }¹. فالآية الكريمة تدل على أن الله سبحانه وتعالى قد كرم الأدمي وجعل له شرفا وفضلا، إذ خلقه على هذه الخلقة واختصه بالعقل الذي هو مناط التكليف، وسخر له سائر المخلوقات، والقول بجواز بيع الأنمي يتنافى مع هذا التكريم الإلهي. واستدلوا أيضا بقوله تعالى: { وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة " قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون }².

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

2/ تحريم بيع الأعضاء البشرية من السنة النبوية الشريفة:

¹ - سورة الإسراء الآية رقم 70

² - سورة البقرة [البقرة رقم 29

³ - سورة الأحزاب الآية 72

و أيضا السنة النبوية الشريفة تدل على حرمة بيع الأدمي، فقد روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم - قال: قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل اعطى ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استاجر أجير فاستوفي منه ولم يعطى أجره¹.

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

ليس هناك ادنى شك أن التصرف في جسم الإنسان يثير جدلا كبيرا حول مشروعية وصحته سيما وان محل هذه التصرفات محاط بحماية كبيرة من طرف كل القوانين الوضعية والتصرف في جسم الإنسان قد يكون تصرفا قانونيا إراديا للبيع أو الهبة أو الوصية أو تصرفا ماديا طبييا؛ فالتصرف القانوني هو الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين سواء تم التصرف بإرادتين أو بالإرادة المنفردة، ولعل الحديث عن هذه التصرفات القانونية إذا ما تعلق الأمر بجسم الإنسان يكون مجالها خاصا بالأعضاء البشرية لأن الجسم ما هو إلا الوعاء الحاوي لهذه الأعضاء التي تمثل حياته ونهايته لذلك، فمسألة زراعة الأعضاء البشرية لاقت اهتمام كبيرا لدى القوانين والتشريعات الوضعية فاتجهت الآراء بشأنها إلى معارض ومؤيد، والحقيقة أن أغلب القوانين العالمية تجرم بيع الأعضاء البشرية، فهناك من يجرمها من منظور قانوني بحت، وهناك من يجرمها من منظور شرعي².

وبعد أن تطرقنا إلى تجريم الأعضاء البشرية من حيث المنظور الشرعي سوف نتناول في هذا المطلب تجريمها من المنظور القانوني الوضعي، واستنادا بالمشروع الجزائري .

موقف المشروع الجزائري من تجريم عمليات نقل وزرع :

الأعضاء البشرية لقد شهدت العلوم الطبية مؤخرا قفزة نوعية لم يصل إليها البشر قديما؛ بل يمكن القول أنها تجاوزت إنجازات الإنسان لألاف السنين، وبات يخشى على الانسان من

¹ - داني عبد الله بن اسماعيل بن براهيم بن بربرية الجحفي البخاري، باب ثم من باع حراء، دار التقوى للترت ، ص 527
² - عبد الله قسيمه ونراوي رشيد، "حرية التصرف في جسم الإنسان"، (مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء) المدرسة العليا للقضاء، (2007 / 2004) ، ص 16

مساوئ هذا التطور وتوجيهه الوجهة التي تحدث خطرا أو تنتج ضررا بجسم الإنسان أو نفسه أو مصالحه من أجل ذلك قام المشرع الجزائري بإدخال تعديل على قانونه العقابي وتجريمه الاتجار بالأعضاء البشرية في قسم مستقل، ما ذلك إلا دليل على إرادته ضبط حدود تطور التقنية والعلوم الطبية تجريم أفعال اقتزاع أعضاء الإنسان أو أنسجة جسمه أو خلاياه، ورصد جزاءات عقابية لمجابهة هذه الأفعال حتى لا تخرج الأعمال الطبية عن الغاية النبيلة التي ينبغي أن تسير وفقها وإليها وأن يخرج جسد الإنسان من دائرة التعامل والمعاملة المالية.

فالمشرع الجزائري أقر مبدأ التعامل بالأعضاء البشرية بالبيع أو ما يسمى بالإتجار وهذا في قانون الصحة وترقيتها، لكنه لم ينص على أية عقوبة في هذا القانون؛ إلا أنه تدخل لسد الفراغ القانوني المتعلق بالأحكام الجزائية في حالة مخالفة النصوص المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال القانون رقم (01-09) المتضمن قانون العقوبات وذلك في الكتاب الثالث تحت باب الجنايات والجنح ضد الأفراد في القسم الخامس مكرر 01 بعنوان "الإتجار بالأعضاء" وذلك في 14 مادة¹.

وبناء على كل ما سبق سنحاول توضيح موقف المشرع الجزائري من ناحية تجريم زراعة الأعضاء البشرية إلى ما يلي :

أولا: تجريم أفعال الإتجار بالأعضاء البشرية :

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

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

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

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

أ1- الركن المادي: ويقوم الركن المادي في هاته الجريمة على النقاط التالية:

أ1-1/صفة الجاني: لم تحدد المادتان أعلاه صفة معينة للمجرم الذي يقوم بفعل الحصول على العضو أو الانتزاع، فقد يكون شخصا طبيعيا مثل المريض قصد التعجيل بشفاؤه أو سمسارا يتوسط بين من هو بحاجة إلى عضو أو نسيج أو خلايا الجسم، وبين من يملك هذا العضو أو النسيج، سواء أكان هذا مالكا له ينتفع بها جسمه أو مستشفى يتواجد بها أعضاء او انسجة بشرية توفرت لديها بأسباب مشروعة كالتبرع مثلا، وقد يكون الجاني وسيطا يمتلك وسائل الإقناع أو الخداع أو النصب أو النشر ما يعينه على التأثير في نفوس الأشخاص المعنيين لا يهم في قيام مسؤولية الوسيط الجزائية أن يقوم بهذه الوساطة مجانا أو بمقابل باقتناع منه أو بباعث نبيل، كأن يكون من الدعاة المتحمسين لنقل الأعضاء البشرية وزرعها، أو شفيقا على المريض المحتاج إلى العضو، المجرم في فعله هو الوساطة التي منعها المشرع الجزائي.

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

أ1-2/السلوك الإجرامي: يتمثل فيمايلي:

. فعل الحصول أو الانتزاع أو الشروع فيها

. المقابل أو المنفعة

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

ب/ جريمة الحصول على عضو من جسم دون موافقة صاحبه :

نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 من قانون العقوبات قوام هذه الجريمة الاعتداء على رضا صاحب الجسد باقتطاع عضو من جسده أو جزء منه أو زرعه في جسد إنسان آخر، والجسد قد يكون لحي أو ميت، من أفادت الأجزاء التي تكونه جسد من هو بحاجة إلى هذه الأجزاء لذلك لا بد من التأكد من رضا المتبرع وتبصيره بكافة الأخطار المحتملة لأن عدم رضائه محل هذه الجريمة.

وهذا ما سنكتشفه من خلال الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها وهذا نصها: "لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية التبرع¹، سواء ما تعلق منها بالنتائج المحتملة للاستئصال التي قد تؤثر على صحته أو نفسه أو أسرته أو مهنته أو أي إخفاء للنتائج الخطيرة أو المتوقعة لعملية الاستقطاع يقع على عاتق الطبيب باعتبار أن هذا الإخفاء خطأ طبي المستوجب للمسؤولية، فهذه الجريمة تتحقق إذا كان هذا المتبرع ناقص الأهلية.

ومما تحرص عليه التشريعات في مجال نقل الأعضاء البشرية هو إحاطة القصر ومن في حكمهم بحماية أجسادهم ولو كانوا من أولياء أمورهم، ومن بين هاته التشريعات قانون

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

حماية الصحة وترقيتها الجزائري في المادة (163) منه، والتي جاء نصها على النحو الآتي: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل"¹.

ومما يفهم من منطوق هذه المادة عدم جواز اخضاع جسم القاصر ومن في حكمه لأي عملية استقطاع أو الشروع فيها، سواء أكان المريض قريبا له أم أجنبيا عنه، و كما أن هذه الجريمة متي خضع المتبرع إلى اكراه أو ضغط نفسي من شأنه أن يعيب رضاه.

فالركن المعنوي لجريمة الحصول أو الإنتزاع لعضو أو نسيج أو جزء من جسده دون موافقة صاحبه، إن كان حيا أو من أسرته أن كان ميتا، فيتحقق بانصراف إرادة الفاعل السليمة إلى هذا الاستقطاع مع علمه بالجريمة التي أقدم عليها والنهي الواضح من المشرع، وبهذا يقوم قصده الإجرامي المستوجب للمتابعة والجزاء المرصود لمجابهة هذا النوع من الجرائم ولردع الجناة المرتكبين لها².

ج/ جريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية:

تتكون هذه الجريمة من الركن المادي والركن المعنوي، وهذا ما سيتم توضيحه في التالي:

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

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

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

²- فرقاق معمر، مرجع سابق، ص 132.

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

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

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

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

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

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

الفصل الثاني : عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة

العصابات التي تقتات على اعضاء أو أنسجة بشرية، ويبقى للقضاء السلطة التقديرية المعيار الفورية في التبليغ و عدم التراخي فيه¹.

ثانيا/ عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية :

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

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

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

أ/ العقوبات الأصلية في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية:

* عقوبة جنحة الحصول على عضو من أعضاء الجسم بمقابل أو منفعة هي الحبس من 03 سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300 000 دج إلى 1000.000 دج صرحت بهذه العقوبة المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري².

* عقوبة جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص بمقابل أو منفعة هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج على 500 000 دج، نطقت بهذه العقوبة المادة 303 مكرر 18³ من قانون العقوبات الجزائري.

¹ - فرفاق معمر، مرجع سابق، ص 134.

² - أنظر المادة 303 مكرر 16، من قانون العقوبات الجزائري
³ - أنظر المادة 303 مكرر 18، من قانون العقوبات الجزائري

* عقوبة جنحة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة، هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 100.00 إلى 500.000 دج يتضح هذا من خلال ما هو ظاهر في نص المادة 303 مكرر 19، من قانون العقوبات الجزائري.

* عقوبة جنحة عدم الإبلاغ عن جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 (المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري)¹، على أن هذه العقوبة لا تطبق على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة بشرط ألا تكون الجريمة ضد قاصر لم يبلغ 13 سنة)².

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

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

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

إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف من هاته الظروف فإن العقاب يصير مشددا يتراوح بين جنحة مشددة وجناية، فأما الجنحة المشددة فعقوبتها الحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج وقد تم رصد هذه العقوبة المشددة

¹- نص المادة من قانون العقوبات

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

الفصل الثاني : عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة

لفعل انتزاع الانسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جسم شخص بمقابل أو منفعة، أو من شخص ميت لون الحصول على الموافقة، واما الجناية فعقوبتها السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000 . 000 دج إلى 2.000 . 000 دج وكانت هذه العقوبة المشددة لفعل الحصول على عضو من اعضاء جسم بمقابل أو منفعة وفعل انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة.

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

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

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

وتخفف العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد الإنتهاء من تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحركي الدعوى العمومية، أو اذا امكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة¹.

ب-4/ تطبيق الفترة الامنية: نصت المادة 303 مكرر 29 المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.

وبالرجوع إلى المادة 60 مكرر من قانون العقوبات نجده يبين مفهوم الفترة الأمنية التي يقصد بها حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط²،

¹- أنظر المادة 303 المكرر 24 من قانون العقوبات.

²- أنظر المادة (60) من قانون العقوبات الجزائري

حسب نص المادة 303 مكرر 29 من قانون العقوبات¹، الذي فرض تطبيق الفترة الأمنية على جرائم نقل وزراعة الأعضاء البشرية عن طريق المتاجرة ينصب في دائرة تشديد العقوبات على مرتكبي الجرائم، فلو أدين شخص بجريمة من الجرائم السابقة فإنه يجرم قانونا من إفادته من نظام من الانظمة التي حوaha قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائريين .

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

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

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

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

كما الزم القانون 303 مكرر 28 من قانون العقوبات الجهة القضائية في حالة الادانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والاموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير، حسن النية، ويدخل في معاناة الأشخاص الذين لم يكونوا شخصا محل متابعة أو إدانة من اجل الوقائع التي ادت إلى المصادرة، ولديهم سد ملكية أو حيازة صحيح ومشروع على الأشياء القابلة للمصادرة¹.

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

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

أ/ مفهوم الشخص المعنوي:

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

ويبقى الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص مسؤولا جزائيا المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الرأسمال المختلط والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية². ويشترط بحسب المادة 51 من قانون العقوبات أن ترتكب الجريمة لحسابه من طرف أجهزته كالرئيس، المدير العام، ومجلس إدارة شركات المساهمة مثلا.

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

¹- فرقاق معمر، مرجع سابق، ص136.

²- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص50

* غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا الجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، ومن ثم تصير الغرامة ما بين 000 . 1000 دج (وهو الحد الأقصى المقرر لجنة انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة مثلا و 5000.00 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

* إحدى العقوبات التكميلية الآتي إيضاحها أو أكثر:

✓ حل الشخص المعنوي.

✓ غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

✓ الأقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

✓ و المنع من مزاوله نشاط او عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير

مباشر نهائيا، أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

✓ مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها

✓ تعليق ونشر حكم الإدانة

✓ الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة خمس سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة

النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة¹.

كما يمكن القول بان هذا الاهتمام الكبير من الجانب الشرعي والقانوني بجسم الانسان

مما استلزم ضرورة مواجهة قيام بعض الأفراد بالمتاجرة بالأعضاء الأدمية.

المبحث الثاني: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

فقد سبق وأن وضحنا الاتجاهات المعارضة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا أن هناك

جانب آخر لم يسلم بما ذهب إليه هؤلاء المعارضون ونادى باجتهاد شرعا وقانونا، وأن التمسك

بمبدأ التجريم إزاء هذه العمليات غير جدير بالتأييد لأنه ينكر تبدل الأحكام بتبدل الزمان،

¹ - انظر المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري

الفصل الثاني : عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة

فاستئصال الأعضاء الآن وبمقتضى هذه العمليات يتم بهدف انقاذ أشخاص من الأمراض والهلاك.

فالعلم اليوم لما توصل إليه من تقدم وتطور في المجال الطبي يمد يد العون للانسان للمساهمة في شفائه من الامراض التي يعاني منها أو الخلل الذي يصيب احد اعضاء جسمه عن طريق نقل الأعضاء البشرية وزرعها من جسم إنسان إلى آخر، لذلك كانت ميزة المرونة من أبرز الخصائص والوسائل التي تجعل المشرع والقانون يساير ركب التطور والتغير الطارئ في العلم والمجتمع بما ينأى به عن الجمود والبعد عن حاجات المجتمع ومتطلباته حتى لا يقف حجرة عثرة في وجه الإنسان، وما يتحقق له من إنجازات طبية تصب في صالحه، ولكي يظل الانسان في المرتبة الأولى للتنظيم القانوني.

الأمر الذي قد يصدق القول به في جانب منه بالنسبة للفقهاء الاسلامي المعتمد من الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان؛ إذ يظهر مدى مرونتها ومواكبتها للتطور من خلال ما يقع بين الحين والآخر من امور طارئة، تقابل بالاباحة او التجريم، بما لا يضر بمصالح المجتمع و الإنسان المكرم شرعا على أن القول بإباحة تلك العمليات لا يعني بأي حال من الأحوال إباحتها بشكل مطلق سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون.

لذلك سنرى لاحقا أن من اجازها لم يجزها بشكل مطلق بل ذهب إلى وضع ضوابط وشروط متعددة وضرورية بما يحقق الغاية المرجوة من تلك العمليات؛ فالإباحة المطلوبة في هذا الصدد هي الإباحة المحصورة ضمن النطاق المناسب وبالقدر الضروري.

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

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

إتجه الرأي الغالب في الفقه المعاصر إلى جواز التبرع باجزاء جسم الانسان لإنقاذ حياة او صحة إنسان آخر، وقد اذا استند أصحاب هذا الراي تأييدا لرأيهم إلى ادلة عديدة من القرآن

الكريم والسنة النبوية الشريفة، مرتكزين في ذلك على المبادئ و القواعد العامة في إباحة زراعة الأعضاء البشرية على النحو التالي:

اولا/ مبدأ الكرامة الإنسانية:

التبرع عمل تتحقق به الكرامة الإنسانية، كما أن فيه مصلحة عظيمة وإعانة خيرة، فالإنسان المخلوق كريم عند الله خلقه في أحسن تقويم وكرمه أعظم تكريم وصوره فأحسن صورته و أسجد له ملائكته وسخر له ما في السموات وما في الأرض، لذلك يعتز بنفسه وارتباطه بكل ما في الوجود، فيحيا عزيز النفس عالية الهمة، لقوله تعالى: " ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً¹."

اما عن مدى التعارض بالنسبة لبيع الأعضاء الأنمية، مع ما جعل الله للإنسان من الكرامة والاحترام، فإن بيع الأعضاء هو ما يتنافى مع الكرامة الإنسانية والاحترام، اما عن التبرع بالأعضاء لغرض إنقاذ المريض من الهلاك واستعمالها في مثل ما استعملت له في أصل خلقتها، أي بوضعها في موضع تقوم من خلاله بالوظيفة نفسها التي أوجدها ربها جل جلاله عندما خلقها، فهو يتفق مع الكرامة والإحترام².

لقوله تعالى: { يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر³. وقوله صلى الله عليه وسلم "يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا"⁴.

وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: أن هذا الدين يسر⁵."

ثانيا/ مبدأ إنقاذ النفوس و إزالة الضرر:

التبرع عمل يدخل في أنواع التداوي الذي حث عليه الشارع الحكيم في إنقاذ النفوس من التهلكة، لقوله تعالى: {... ومن أحيائها فكأنما أحيى الناس جميعا ...}.

¹- سورة الإسراء، الآية رقم 70

²- سمير عايد الداوت، مرجع سابق، ص 92.

³- سورة البقرة [الآية رقم 185]

⁴- ادلي عبد الله البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، مطبوعات الأزهر، القاهرة، نون سنة ، ص 16

⁵- في عبد الله البخاري، كتاب العلم، مرجع سابق، ص 25

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

ثالثا/ مبدأ التراحم والتضامن الإنساني والتعاون على البر:

التبرع بالأعضاء البشرية تفريج الكربات وتأكيد على مبدأ التراحم والتكافل والتعاطف بين أفراد المجتمع لقوله صلى الله عليه وسلم من فرج على مؤمن كربة فرج الله عليه كربة من كرب يوم القيامة"، وقوله أيضا: "من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل" وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجدي إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى".¹

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

وكما يقول الرسول الكريم: "لا يؤمن احدكم حتى يحب لأخيه أو لجاره ما يحبه لنفسه".

وبالتالي فإنه يجب اعتبار نقل العضو من شخص لأخر عملا مشروعاً ومحموداً لما فيه من معاني التضامن والإيثار، ولما يعود على المجتمع من خير بمعالجة أحد أفرادهم، ولو بإيقاع أذى بسيط.²

و على هذا ينبغي إعتبار التبرع من شخص إلى آخر بعضو من غير حدوث ضرر مخوف لإنقاذ حياته وتفريج الكرب عنه عملا مباحا وجائزا شرعا. لما فيه من التراحم والتضامن والتعاون الانساني الذي تحث عليه الشريعة الإسلامية، حيث انها شرعت للمسلم أن يجاهد فيضحي بجده في مواجهة الكفار في الجهاد ، و كذا يضحى الانسان بحياته لدفع

¹ - على محمد بيومي، مرجع سابق، ص 18

² - محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، دار العلم، دمشق، 1994، ص 141

الاعتداء على حياة الغير أو عرضه أو ماله، فيقاس على ذلك تبرع الإنسان بعضو من أعضائه تضحية لانقاذ حياة اخيه المؤمن وهي تضحية اقل من التضحية بالنفس في الجهاد والدفاع، وإذا جازت التضحية بالاعظم جازت من باب أولى بالأقل¹.

رابعاً: حالة الضرورة:

الضرورة عند الفقهاء تعني أن يبلغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع ملك أو قارب الهلاك، أو هي الخوف من الهلاك علماً أو ظناً، وتطبيقاً لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن نقل الأعضاء يدخل في قواعد الضرورات، فإذا كان الشخص معرضاً لخطر محقق في صحته وبدنه ولا يوجد علاج آخر يقوم مقام زرع العضو وأن يكون الضرر المترتب على عدم إجراء عملية الزرع أعظم من الضرر الذي يسببه التبرع بعضو من شخص سليم يتقدم للتبرع بطيب نفس ورغبة في التقرب إلى الله ومحبة واحسان وشفقة على المريض، وإذا كانت الضرورة تبيح ما كان محضوراً بنصوص قطعية مع الأجماع؛ فكيف بالتبرع الذي هو محل إجتهد و غاية من يقول بمنعه ما غلب على ظنه من أدلة المنع، وعلى هذا فإن من منعه عند الحاجة لا يقدر بحال من الأحوال بمنعه عند الضرورة لأن الضرورة ترفع التحريم، كما ثبت يقيناً عما دون ذلك بياح بلا تردد ومن باب أولى.

كما يمكن الاستدلال على فعل الاباحة من السنة النبوية إذ ركزت على إباحة نقل الأعضاء البشرية عند الضرورة واستندوا في هذا إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم وذلك فيما رواه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال "قيل يا رسول الله: أي الأديان أحب إلى الله؟ قال الحنيفية السمحة².

وقوله صلى الله عليه وسلم: من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل"³.

¹ - محمد نجيب عوضين المغربي، مرجع سابق، ص42، ص 43.

² - مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب و الحين، دار الحديث، القاهرة، 1993، ص76

³ - مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم، دار أحياء الكتب العربية، دبن، نون سنة ، ص 1996.

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

و قوله صلى الله عليه و سلم : "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج على مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة"¹.

أن قدر الله لا مرد له وعلينا الأخذ بالأسباب فتتداوى². اذا كان هذا من شأنه أن نصح، والتداوي يكون بكل ما أحل الله ورسوله وما فيه صالح الجماعة، وليس في ذلك هروب من قدر الله ولكن كل شيء من قدر الله وعلينا أن نتداوى بكافة وسائل العلاج³.

كما يمكن رصد بعضا من الضوابط الشرعية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، إذ أن الإنسان أمين على أعضائه ولا بد أن يحافظ عليها ويؤدي الأمانة التي أؤتمن عليها إذا كان الإنسان له سلطان على جسده يمنحه سلطة الإنتفاع الذي له على جسده يجوز له في حالة الضرورة كما قد سبق وأن ذكرنا التصرف في جزء من جسده لغيره المريض، فجسده هو عارية له فيجوز أن يعير جزءا منه لغيره لما رجحنا من أقوال الفقهاء، وليس حق التصرف هذا على إطلاقه؛ بل وضع له العلماء ضوابط وشروط تضمن سلامة المعطي وحفظا لحق الله سبحانه وتعالى الذي يتمثل في مصلحة المجتمع.

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

أصبحت عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية أمرا واقعا وساهمت في انقاذ العديد من المرضى، ولما كان جسم الانسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وهو محل الحق في سلامة الجديم، وهذا الأخير من الحقوق الشخصية التي يصونها المجتمع لكل فرد من أفرادة قرر المشرع الحماية الجنائية لها، والأصل وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعا مباحة

¹ - هامسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرج السابق، ص 44

² - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 211، ص 212

³ - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحفة الملوك في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار البشائر الاسلامية، بيروت، نون سنة، ص 22-

ما لم يخضع المشرع فعل منها لنص التجريم ينهى عنه ويقرر من أجله عقوبة، صيانة لمصلحة معينة يراها المشرع جديرة بالحماية؛ غير أن الصفة الإجرامية التي يكتسبها الفعل بخضوعه للنص تجريم ليست ثابتة في كل الأحوال بمعنى أنه إذا تحققت ظروف معينة يقدر المشرع معها انتفاء علة التجريم أي زوال أهمية المصلحة التي كان يراها المشرع جديرة بالحماية الجنائية عند وضع نص التجريم، فإن الفعل يصبح مباحا بعد أن كان مجرما، ويعفى مرتكبه بالتالي من أي مسؤولية كانت جنائية أو مدنية.

وعلى ذلك فإن الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتجريم من الأصل يكون مباحا إباحة أصلية عملا بقاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة، أما الفعل الذي يخضع ابتداء القاعدة التجريم ولكن المشرع يسمح به استثناء إذا وقع في ظروف معينة ومحددة يكون مباحا إباحة استثنائية ومعيار التفرقة بين الإباحة الأصلية و الإباحية الاستثنائية هو مدى مطابقة الفعل للنموذج القانوني للجريمة؛ فإذا كان هذا الفعل قد جاء مطابقا لذلك النموذج و لكنه لظروف إستثنائية خضع لسبب الإباحة فإن الفعل هذا يكون مباحا إباحة إستثنائية، فإذا لم ينطبق على الفعل النموذج القانوني للجريمة فهو مباح إباحة أصلية ويرجع أصل المشكلة هنا إلى عمليات نقل الأعضاء البشرية التي تعتبر حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان و هو حقه في الحياة وحقه في تكامله الجسدي¹.

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

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

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يكتف بإجازة هذه العمليات فحسب؛ بل نص كذلك على الشروط الواجب توافرها للقيام بهذه العمليات ووضع لها قيود تنظيمية وقانونية مفروضة للقيام بها، لذا ارتأينا تقديم هذا المبحث إلى مطلبين نحاول أن نبين من خلالهما الشروط والضوابط الأساسية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وهذا من خلال ما يلي:

أولاً: الشروط العامة لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

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

1/ القيود القانونية الأخلاقية لمشروعية التبرع بالأعضاء البشرية:

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

أ- أن يكون محل التبرع مشروعاً:

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

حيث نجد أن المشرع الجزائري نص على الحفاظ على حياة المتبرع وذلك باستقراء نص المادة (2 / 162) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنيين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة¹.

لقد اكد المشرع الجزائري على أن استئصال عضوا أو نسيجا لا يكون إلا لأغراض علاجية وتشخيصية، وهذا ما نصت عليه المادة (1/161) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه: "لا يجوز زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية²، واشترط في المادة (1/166) من نفس القانون أنه "لا تنتزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية..."، فيتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري اشترط أن يكون الغرض من إجراء هذه العملية هو العلاج وليس أغراضا أخرى غير طبية، كالاتجار مثلا.

ب- أن يكون التبرع بدون مقابل مادي:

لقد اشترط المشرع الجزائري مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية وهو المبدأ المكرس بنص المادة (2 / 165) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه لا يجوز أن يكون انتزاع الاعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية" أي ان الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا المبدأ هو الوحيد والأوحد لعدم خروج هذه العمليات عن غرضها العلاجي³.

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

² - أنظر المادة 161 قانون حماية الصحة وترقيتها

³ - عبد الله سمية، دراوي رشيد، حرية التصرف في جسم الانسان، مرجع سابق، ص 37.

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري يرفض بنص القانون أن يكون التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق البيع، وهو في الحقيقة مبدأ اجمعت كل التشريعات المقارنة العربية والأجنبية عليه، والسبب في ذلك أن حق الإنسان على جسده ليس بالحق المالي، فهو يخرج من دائرة التعامل فلا مجال لأن يكون محلاً للمتاجرة¹.

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

2- شرط الحالة الصحية للاطراف المعنية بالعملية:

نصت عليها المادة (163) من قانون الصحة على أنه "كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل يفهم من هذه المادة أنه يستبعد من عمليات نقل أعضاء الأشخاص الذي يسهل ببعض إصابتهم ببعض الأمراض مثل الالتهابات الرئوية والقرحة المعدية، كما يجب تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية، وقبل اجراء الطبيب لعملية نقل الأعضاء، وحسب ما أوردته الإحصائيات في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن نسبة نجاح هذه العمليات تختلف حسب سن كل من المنازل والمتلقي للعضو، لهذا اشترط الأطباء أن لا يقل سن كل من المتبرع و المتلقي للعضو عن 10 سنوات وان لا يتجاوز 50 سنة، لأن نسبة نجاح هذه العمليات تكون مرتفعة في هذا الحد،². غير أن ذلك لا يمنع من إمكانية إجراء هذه العمليات للمرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن ذلك.

كما يلتزم الطبيب ايضاً قبل إجرائه لعملية نقل العضو القيام بكل الفحوص والتحليل الطبية لكل من المتبرع والمتلقي للتأكد من خلو المتبرع من الامراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة وحياة المتلقي بعد النقل، ومدى إمكانية انتفاع المتلقي بالعضو المنقول، وان

¹- سميرة عايد الدارات، مرجع سابق، ص 143

²- مروة نصر الدين، مرجع سابق، ص 138.

هذا النقل لن يعرض حياة المتبرع للخطر، وإن رأى الطبيب غير ذلك فلا ضرورة لإجراء هذه العملية¹.

كما يجب أن يكون كل من المنازل والمتلقي لا يعانيان من امراض الجهاز الهضمي لتفادي تعرضهم بعد العملية لمضاعفات نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة).

3- الشروط التنظيمية المتعلقة بالمؤسسات الصحية والاطباء:

لقد خصصت التشريعات المختلفة عمليات نقل و زرع الأعضاء بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤدية الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات وكما فرض فيما يتعلق بالمشرع الجزائري فقد حصر قانون الصحة المراكز الصحية المرخصة الممارسة نقل وزراعة الأعضاء البشرية وهذا ما جاء في أحكام المادة (2/167) من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: "لا ينزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة"، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد حدد ضوابط معينة ينبغي توفرها عند تقديم العلاج الطبي سواء كان في صورته التقليدية او عن طريق نقل وزرع الأعضاء البشرية، فلم يجرز إجراء مثل هذه العمليات إلا في المستشفيات المرخص لها قانونا بذلك من طرف وزير الصحة².

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

¹ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض في الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 508

² - جاري بسمة- الذهبي ثورية، مرجع سابق، ص ص 120.

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

- المركز الاستشفائي الجامعي (عنابة) با بالنسبة لاستئصال وزرع الكلى: ويختص بها:
- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر).

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

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

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

- الوقاية من الأمراض في جميع المستويات.

- إعادة تكييف المرضى ³.

اما تحقيق الشفاء فقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة (17) من مدونة أخلاقيات الطب ¹، فالطبيب لا بد أن يقصد تحقيق غرض العلاج أيا كان نوع التدخل الطبي

¹- مرويك نصر الدين، مرجع سابق، ص 144، ص 145.

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

³- سميرة عايد الدايت، مرجع سابق، ص 196

الذي يمارسه، واستكمالا للضمانات التي منحها المشرع لطرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء نص على عدم جواز مشاركة الفريق الطبي الذي يثبت عملية الوفاة في عمليات عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع².

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

ثانيا/الشروط الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية :

يعتبر نقل الأعضاء البشرية سواء من انسان حي او ميت امرا جائزا بشرط احترام الشروط القانونية التي حددها التشريع المنظم في هذا المجال، فبالإضافة إلى الشروط العامة التي سبق و أن تطرقنا إليها هناك شروطا خاصة لا بد من مراعاتها هذه الشروط تتعلق بكل من المنازل والمتلقي وفي حالة خرق لهذه الشروط يفقد التصرف صفة المشروعية لأنه يخرق مبدأ احترام سلامة جسم الانسان وتتمثل هذه الشروط فيما يلي: أولا الرضاء في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية:

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

1- شروط الرضا:

¹- أنظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 92/ 276 المتعلق بملونة اخلاقيات الطب

²- انص المرجع، ص 175

نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على حياة وسلامة جسم المتبرع اشترط المشرع الجزائري الموافقة الكتابية على التبرع وذلك من خلال نص المادة (1/162) من قانون حماية الصحة وترقيتها، وهذا بالنسبة للمتبرع بأحد أعضائه؛ حيث تنص على أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة او الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، وتشتتر الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين وتودع لدى المؤسسة الطبية رئيس المصلحة، ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع¹.

فالمشرع الجزائري اشترط رضا المتبرع بالعضو البشري؛ بل ولم يكتف بمجرد الرضا الشفوي فقد تجاوزه باشتراط أن يكون هذا الرضا مكتوبا، وهو بذلك يكون قد خرج عن القواعد العامة في مجال الطب والتي تكتفي بالموافقة الصريحة او الضمنية من المريض، ذلك أن تطلب الشرط الكتابي في هذا المجال يوفر المزيد من الحماية للمنازل من جهة نظرا لما تنطوي عليه هذه العملية من خطورة بالنسبة إليه، وللطبيب من جهة أخرى نظرا لما قد ينشأ عن هذا التصرف من تحميل له للمسؤولية القانونية جنائية كانت او مدنية².

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري اشترط أيضا في نفس القانون الموافقة الكتابية للمريض كما فعل مع المتبرع من خلال أحكام المادة (162) الا أن ذلك لا يمنع ونظرا للخطورة التي تنطوي عليها هذه العمليات من القول أن الرضا أو الموافقة المطلوبة؛ إنما هي موافقة المكتوبة التي تكون بالتوقيع على النموذج الطبي الذي يقيد قبوله بالعلاج، وبحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وشاهدين اثنين².

2- خصائص الرضا:

أ/ أن يكون رضا كل من المتبرع والمريض مستنيرا متبصرا: ويقصد بذلك التزام الطبيب بإطلاع طرفي العملية على طبيعة عملية استئصال العضو و زرعه؛ فضلا عن جميع المخاطر

¹ - المادة 162 من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها .

² - جارى بسمّة- الذهبي ثورية، مرجع سابق، ص 84، ص 85.

التي يتعرضها لها في الحال أو المستقبل، فقد ربط المشرع الجزائري رضا كلا منهما بالالتزام الطبيب بتبصيرهم بالمخاطر الطبية التي تترتب على عملية الاستئصال وبالمخاطر المحتملة، فنص المشرع في المادة (5/166) من قانون حماية.

ب أن يكون الرضا حرا: لا يحق للطبيب الجراح إجبار المريض على العلاج حتى ولو كانت لمصلحة والمتبرع على التبرع بأعضائه؛ بل يجب أن يكون رضائهما صادر عن اقتناع كامل وبدون أي تدليس أو إكراه معنوي، إذ يجب رفض فكرة الوصاية الطبية والعائلية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية¹.

وإلا فقد هذا الرضاء قيمته القانونية، ولم يكن صالحا كأساس للتصرف في العضو البشري، ولا بد أن يستمر هذا الرضا إلى لحظة الاستئصال والزرع، وهذا طبعاً بعد أن يطلع الطبيب على الأخطار الطبية المحتملة التي قد يتعرض لها بسبب هذا التبرع لأن هذا الإعلام من شأنه أن يؤدي إلى عدول المتنازل عن تبرعه².

وبالتالي فإنه لا يكفي أن يصدر واهب العضو البشري أو المتلقي الرضاء المكتوب؛ بل يشترط فضلا عن ذلك أن يكون الرضا حرا لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضاء وهذا لكي تتم عملية النقل والزرع بطريقة مشروعة، ولا يتعرض فيها للمسالة الجنائية. ثانيا/ الأهلية المطلوبة لكلا الطرفين (المتبرع و المتلقي)³.

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

1- الأهلية بالنسبة للمتبرع:

¹ - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 11

² - سعيديان اسماء، مرجع سابق، ص 25.

³ - انظر المادة 163 من القانون (05-85) المتضمن عملية الصحة وترقيتها.

لقد اشترط المشرع الجزائري الأهلية واكد على عدم نقل الأعضاء من القاصر من خلال القانون (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها؛ حيث نصت المادة (163) بأنه يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز ، فضلا عن الراشدين المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم في حالة التبرع من دائرة الأشخاص المسموح لهم قانونا التصرف عن طريق التبرع بأعضائهم وانسجتهم البشرية، وبذلك فلم يبق كأفراد مؤهلين للتصرف بأعضائهم البشرية سوى الشخص الكامل الاهلية السليم¹.
وبالنسبة لسن الرشد فقد حدد المشرع الجزائري في المادة (40) من القانون المدني (3) با 19 سنة، وحدد سن الرشد الجزائري ب: 18 سنة، وذلك في المادة (44) من قانون الإجراءات الجزائية².

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

فالمشرع منع خضوع القاصر لعملية استئصال أعضائه بالنظر إلى طبيعته البيولوجية لأنه ليس له الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما قد يتخذه من قرارات لأنه يكون معرضا

¹ - امواسي العلجة مرجع سابق، ص332

² - القانون رقم (1005) المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ، الموافق لـ، 20 جوان 2005، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 13 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ 26 جوان 2005، العدد 44 المتعلق بالقانون المدني المعدل (4) القانون رقم (06-22) الموافق لـ 20 ديسمبر 2006 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 24 ديسمبر 2006، العدد 84، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

أكثر من غيره بأن يعبر عن إرادته تحت تأثيرات معنوية، وبذلك يكون رضاه مشوباً بعيوب الرضاء

بالإضافة إلى أن المشرع استبعد أيضاً الولي و الوصي والقيم من مجال تمثيل القاصر ويرجع ذلك لكون هذه التصرفات تمس بجسم المتبرع ولا تتطوي على قصد العلاج من جانبه، وقد تعرضه للخطر؛ فهي ليست مجرد تصرفات مالية؛ حيث رتب لها المشرع الجنائي عقوبة في حالة تم مخالفة أحكام المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات الجزائري¹.

2- الأهلية بالنسبة للمريض (المتلقي):

اما عن شخص المريض فلم يشترط القانون أهلية معينة؛ بل يمكن أن يكون راشد أو قاصر أو حتى عديم التمييز بشرط الحصول على موافقة الولي أو الوصي الشرعي، وفي حالة عدم إمكانية التعبير عن إرادة المريض، فيجوز الحصول على موافقة الأقارب حسب ما حددته المادة (164) بدءاً بالأب... الخ، وفي حالة الاستعجال القصوى وتعذر الإتصال بهؤلاء يتدخل طبيب رئيس المصلحة بصفته الممثل القانوني للمريض بشرط توفر حالة الضرورة مع حضور شاهدين وقد أشار إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة (2/52) من مدونة أخلاقيات الطب"، ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض².

وفي مجال نقل الأعضاء استعمل المشرع الجزائري عبارة "الظروف الاستثنائية" لدلالة على حالة الاستعجال وذلك في المادة (166) الفقرة الأخيرة من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها؛ حيث تنص على أنه: " يجوز زرع الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة (1) و (2) أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الإتصال في

¹ - سيدان اسماء، مرجع سابق، ص 25، ص 26

² - انظر المادة 164 المروم التنفيذي رقم (27692) المتعلق بملونة أخلاقيات الطب

الوقت المناسب للأسرة والممثلين الشرعيين للمستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين،¹.

وفي الأخير نستخلص من هذا المطلب بأنه يجوز نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الأموات من الناحية القانونية، وذلك إذا ما توافرت مجموعة من الضوابط والشروط المنصوص عليها قانونا والتي تضمن حق الشخص في سلامة جسمه وتكامله.

غير أنه باستقراء نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري نجد أن المشرع ترك فراغات قانونية تصطم بصعوبات عملية؛ مما يستوجب التدخل لاستكمالها، وذلك بإصدار قانون خاص بزراعة الأعضاء البشرية مستقل عن بقية القوانين الأخرى (كقانون الصحة) يتناول فيه هذه العمليات بالتفصيل أكثر.

في نهاية هذا الفصل اخلص إلى القول بأن توافر الشروط اللازمة لإباحة زراعة الأعضاء البشرية لا تكفي وحدها لإنجاح عملية زرع الأعضاء البشرية، إنما لابد من مساهمة التشريعات التطورات الطبية و الدولية في هذا المجال، و علينا أن نستخدم الأساليب الطبية الحديثة لصالحنا ولا ندعها تهدد الإيجابية لنظامنا الإجماعي و الأخلاقي، لذلك ارى ضرورة العمل على توعية المواطنين حول جواز التبرع شرعا و تشجيعهم على التكافل و التبرع بالأعضاء التي يمكن أن يستفاد منها في إنقاذ حياة إنسان آخر، و ذلك من خلال تكثيف البرامج الإعلامية و الأيام الدراسية و الملتقيات الوطنية و الدولية للبحث في هذا الموضوع دون أن ننسى الدور الذي يجب أن تؤديه المساجد في توعية الناس بضرورة التبرع بالأعضاء السليمة بعد الموت وفقا ما تسمح به الشريعة الإسلامية ووفق القوانين السارية في الدولة.

¹ - النظر 166 من القانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها

خاتمة

الخاتمة:

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

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

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

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

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

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

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

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

4- كما أنه لا بد من تفعيل دور الرضاء الحر المتبصر المستتير بالنسبة للمتبرعين الأحياء و مثل هذا الحكم لا بد من أن ينصرف إلى الأموات، إذ لا بد من احترام ضعفهم وعدم تمكنهم من

التعبير عن إرادتهم و رغباتهم، و لا يحق لأي كان السماح بانتهاك حرمة هذه الجثث، إلا إذا عبر المتوفى عن قبوله بذلك صراحة و لا يجوز للورثة الإذن بالاستئصال من جثة مورثهم إذا لم يعبر عن ذلك في حياته أو قبل مماته، باعتبار أن الجثة لا تدخل في مشتملات و عناصر التركة إذ هي ليست مالا يقبل التصرف لذلك، ولتلافي أي شبهة قد تثور بمناسبة الاستئصال من جثث الموتى، نرى ضرورة اعتماد نظام بطاقة التبرع بالأعضاء و تعميمه أسوة بما هو متبع في نظام بطاقة التبرع بالدم.

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

6- كما يجب على المشرع التدخل عن طريق توفير جميع الوسائل المادية و البشرية، للمساهمة في الرقي بهذه الممارسة، بالإضافة إلى تفعيل دور الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء البشرية، وكذا وضع إطار تنظيمي واضح بشأن لائحة الانتظار، كما فعل المشرع الفرنسي. وأخيرا و في ظل قلة عدد المتبرعين بالأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من الجثث، ندعو المشرع الجزائري إلى اعتماد طرق الطب الوقائي كوسيلة بديلة كفيلة، بتقليل الطلب على الأعضاء البشرية، و ذلك بانتهاج أسلوب التوعية الصحية الموجهة نحو المحافظة على الصحة، و الوقاية من الأمراض و الحث على تعديل بعض أنماط السلوك الاجتماعي السلبية الناتجة عن تغير العادات الغذائية و الخمول و عدم ممارسة النشاطات الرياضية.

قائمة المراجع

القران الكريم

أولا : الكتب

1. ابن منظور جمال الدين بن مكرم، السن العرب، بيروت، دار صادر، دون سنة النشر ، دون طبعة
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، ط1، دارهومة، الجزائر، 2011
3. أحمد حسن الحيازي، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط: 1، 2008،
4. ادليبي عبد الله البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، مطبوعات الأزهر، القاهرة، نون سنة
5. اصابر محمد سعد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
6. أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهنة المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، دون طبعة، 2008
7. الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 145. وينظر أيضا عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، المرجع السابق، ص: 56-57.
8. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000
9. حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001

10. داني عبد الله بن اسماعيل بن براهيم بن بربرية الجحفي البخاري، باب ثم من باع حراء، دار التقوى للترت
11. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007
12. سمير عازار، الموسوعة الصحية الطبية الشاملة، الأعضاء والأجهزة، دار النشر والتوزيع، دارنوبيلس، الد الأول، الطبعة الأولى، 2005
13. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001
14. عاصم خليل، بحث حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية وحقوق الإنسان، مقدم لجامعة بيرزنت، كلية الدراسات العليا، 2008، 2007
15. عبد الله البستاني، الوافي وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، دون سنة النشر ، دون طبعة
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط: 3، 1998
17. عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأنمية، دار المنار، القاهرة، 1998
18. عبد الله قسيمه ونراوي رشيد، "حرية التصرف في جسم الإنسان"، (مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء) المدرسة العليا للقضاء، (2004 / 2007)
19. عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة 1988
20. عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومه، الجزائر، 2009

21. فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود، "الحماية الجنائية السلامة الجسم في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية أطروحة دكتوراه في القانونن)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، غير منشورة، دون سنة
22. الكسيس كاريل، الإنسان كاريل ،تعريب شفيق اسعد فريد،مؤسسة المعارف،بيروت ،لبنان ،دون سنة النشر ، دون طبعة
23. مأمون عبد الكريم، رضا المريض في الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006
24. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحفة الملوك في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار البشائر الاسلامية، بيروت، نون سنة
25. محمد بن فتوح الحميدي،الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم،الجزء الثاني،دار ابن حزم للنشر والتوزيع،بيروت،الطبعة الثانية،2002
26. محمد بن يزيد القزويني بن ماجه ، سنن بن ماجه، ج2، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة ، ص1297.
27. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
28. محمد عبد الوهاب الخولي،المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة،دراسة مقارنة،دون دار النشر، الطبعة الأولى،1998
29. محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، دارالعلم، دمشق، 1994
30. محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة،
31. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1988، دون طبعة

32. مراد بن على زريقات، "جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية"، مقال بمجلة مؤتمر الأمن و الديمقراطية وحقوق الإحسان، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006.
33. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم، دار أحياء الكتب العربية، دبن، نون سنة ، 1996.
34. مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب و الحين، دار الحديث، القاهرة، 1993
35. نبيل صقر، الوسيط في شرح جرائم الأموال، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عن سلسلة الجزائر، 2012
36. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2008
37. نظام توفيق الي، شرح قانون العقوبات، القسم العام ،دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن ،دون طبعة،2005.
38. هيثم حامد المصاروة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والاباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003
39. هيثم حامد المصاروة،نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة ،دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية،دون طبعة،2003
40. الوحيددي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة، دون طبعة، 2004
41. ينظر كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012

المذكرات الرسائل الجامعية

1. قشي علال، نظرات في قرارات المؤتمرات وامعات الفقهية المتعلقة بالقضايا الفقهية، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23،24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري تزي وزو، كلية الحقوق
2. سويبي محمد الصغير، حماية السلامة الجسدية وعلاقتها بحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، بسكرة، 2004-2005.
3. سعاد هني، المسؤولية المدنية للطبيب، (شهادة المدرسة العليا للقضاء)، غير منشورة، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2003/2006.
4. كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2013.
5. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 26(4/1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، المنعقد بجدة من 06 إلى 11 فبراير 1988، مجلة ، عدد 4 ج
6. المروك نصر الدين زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 1992/1993
7. - ماهر حامد الحولي، الأبعاد الشرعية والقانونية لجريمة الاحتلال الاسرائيلي في سرقة الأعضاء البشرية للفلسطينيين، الجامعة الإسلامية، غزة،
8. وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، (ماجستير)، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2011
9. رمزي حوحو "حملة حق الانسان في السلامة الجسدية، وفقا لأحكام القانون الدولي (اطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي) بسكرة، 2008

المجالات العلمية

1. عبد السلام العبادي، بحث حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 2009، ص 19
2. مجلة اللجنة الدائمة لخدمة الإنسانية والسلام، صفحة امنح الحياة، الجمعية الوطنية لطلاب الطب، 2009.
3. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط: 1، 2004،
القوانين والمراسيم
1. قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 15 أوت 1990 الجريدة الرسمية رقم 35 .
2. القانون رقم 16-98 المتمم بمقتضى القانون رقم 05-26 والمتعلق بتبرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.
3. قانون العقوبات الأمر 66-156 في 8 يونيو 1966 الذي طرأت عليه عدة تعديلات ابتداء بالأمر 69-74 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 إلى غاية آخر تعديل بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009
4. قانون رقم 06/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بموجب القانون 11/90 المؤرخ في 31 جوان 1990 حيث تناول نقل وزرع الأعضاء والقانون 09/98 المؤرخ في 19 اوت 1998.
5. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جر عدد 24 مؤرخة في 12 جوان 1984

6. ¹ - قانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 م ح ص ت.
7. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج.ر رقم 44 ص: 23)، وقد ورد في هذه المادة قبل التعديل استثناء عن الفقرة الأولى، حيث كان المشرع الجزائري يقيم مسؤولية عديم التمييز عن الخطأ في حالة عدم تمكن المتضرر في الحصول على التعويض من المتسبب في هذا الضرر، فهذه الحالة تقوم على أساس تحمل التبعية أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة
8. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.
9. القانون رقم (09-01) الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009، المنشور في بالجريدة الرسمية المؤرخة بتاريخ، 2009 / 03 / 08 ، العدد 15، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم.
10. القانون رقم (09-01) الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009، المنشور في بالجريدة الرسمية المؤرخة بتاريخ، 2009 / 03 / 08 ، العدد 15، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم.
11. القانون رقم (1005) المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ، الموافق ل، 20 جوان 2005، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 13 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق ل 26 جوان 2005، العدد 44 المتعلق بالقانون المدني المعدل (4) القانون رقم (06-22) الموافق ل 20 ديسمبر 2006 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ، 24 ديسمبر 2006، العدد 84، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية
12. قانون رقم (05-04) مؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 12 بتاريخ 13 فيفري 2005

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

الموقع الانترنت

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

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

المراجع باللغة الفرنسية

JACQUES DE LA MARE , Op.Cit, p588
PANNEAU (Jean) , la responsabilité du médecin, DALLOZ, Paris,
2eme édition, 1996, p:22.

Donimique Dantricourt, Les Prélèvements D'organes, Revue Mensuelle
n°676, juin,. 2003, p24
- PANNEAU(Jean), la responsabilité du médecin, op, p: 7, 12.

الفهرس

إهداء

الشكر

01	مقدمة:
08	المبحث التمهيدي: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وتصنيفاتها.
08	المطلب الأول: تعريف العضو البشري.
17	المطلب الثاني: تصنيف الأعضاء البشرية.
19	المطلب الثالث: شروط الحماية الجنائية.
23	الفصل الأول: قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية.
24	المبحث الأول: طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب.
24	المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب.
26	المطلب الثاني: طبيعة التزام الطبيب.
30	المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.
30	المطلب الأول: الخطأ الطبي (la faute médicale).
38	المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية للخطأ الطبي.
43	المبحث الثالث: آثار المسؤولية المدنية الطبية في مجال زراعة الأعضاء البشرية.
43	المطلب الأول: دعاوى المسؤولية المدنية للطبيب.
47	المطلب الثاني: التعويض الناشئ عن مسؤولية الطبيب المدنية.
49	المطلب الثالث: التأمين على المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية.
52	الفصل الثاني: عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والاباحة .
		المبحث الأول: تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون
53	الوضعي .
53	المطلب الأول: تجريم عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية: .
58	المطلب الثاني : تجريم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي .

70.....	المبحث الثاني: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.
71....	المطلب الأول: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية.
75.....	المطلب الثاني: إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الوضعي.
89.....	الخاتمة.
93.....	القائمة المراجع.

ملخص مذكرة الماستر

إن حق الإنسان في الحياة وفي سلامة وتكامل جسده مكفول قانونا، وحتى لا تخرج الاستفادة من مزايا نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء عن دائرة المشروعية تبرز أهمية التطرق للضوابط القانونية لهذه العملية، وقد نظم المشرع الجزائري مبكرا موضوع نقل وتوزيع الأعضاء البشرية في قانون الجزائري المقارن حماية الصحة وترقيتها والذي تضمن شروطا تفصيلية لنقل الأعضاء وزراعتها من الأموات إلى الأحياء يمكن تقسيمها إلى شروط عامة وأخرى خاصة، حيث يفترض أن يكون الهدف منها تشجيع نقل وزراعة الأعضاء البشرية انطلاقا من الحتمية الطبية، ولكن في إطار المشروعية القانونية التي يضمن من خلالها تلافي محاذير العملية وما قد ترتبه من نتائج سلبية غير مقبولة لا شرعا ولا طبيا ولا قانونا.

الكلمات المفتاحية

1/ الأعضاء البشرية /2/ المتبرع، /2/ الاتجار بالأعضاء البشرية.

Abstract of The master thesis

The human right to life and his body's integrity and safety is legally guaranteed;so as not to take benefits of the advantages of moving organs from the dead to the living on the legitimacy;the importance of addressing the legal control of this process stands out. Therfor the Algerian legislator prearrange the human organ transplantation in the protection and promotion of health act which contained detailed conditions to transfer and transplant organ from the dead to the living. This can be devided into general and special so it is assumed that the aim from it to encourage the transfer and transplant of human organs based on medical determinism but within the frame of legal legitimacy from which avoid process caveats is guaranted and what may have negative consequences that is not accepted religiously nor medically or legally.

Keywords:

/1human organs /2 the donor /3trafficking in human organs.