مجلة
القانون، المجتمع والسلطة

مدير المجلة

الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير

الدكتور: نصر الدين بوسماحة

أمانة تحرير المجلة

قاسي فوزية

ردمك : ISSN 2253 - 0266

رقم 4 / 2015

المنارة للاستشارات

www.m

باسم الله الرحمن الرحيم

الافتتاحية

مجلة القانون، المجتمع والسلطة هي مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر القانون، المجتمع والسلطة بكلية الحقوق، جامعة السانية وهران، والتي أصبحت تسمى رسميا جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ابتداء من السنة الجامعية 2014-2015. المخبر المعتمد بموجب القرار الوزاري رقم 66 المؤرخ في 30 ماي 2010.

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجالات القانونية والسياسية، وتأمل في هذا الإطار أن تكون منارة جديدة في حقل الدراسات بفضل مساهمات الأساتذة والباحثين من مختلف الجامعات والمؤسسات ومراكز البحث.

بعد تخصيص العدد الأول من المجلة لموضوع الحكم الراشد ثم العدد الثاني لموضوع العدالة الانتقالية، ارتأت هيئة المجلة أن تفتح المجال أكثر في العدد الثالث لنشر دراسات متنوعة ما بين العلوم القانونية والعلوم السياسية. نتيجة لذلك ورد في هذا العدد دراسات يندرج بعضها في القانون الدستوري وكذلك قانون الأعمال وقانون المالية إضافة إلى القانون الجنائي والبعض الآخر في العلوم السياسية.

المنارة للاستشارات
www.

مجلة: القانون، المجتمع والسلطة

مدير المجلة
الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير
الدكتور: نصر الدين بوسماحة

أمانة تحرير المجلة
قاسي فوزية

اللجنة العلمية

د. محمد بوسلطان	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
د. عزور كردون	أستاذ التعليم العالي	جامعة منتوري قسنطينة
د. عمر صادوق	أستاذ التعليم العالي	جامعة مولود معمري
د. لمين شريط	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة
د. تراري ثاني مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
د. شربال عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة
د. نصر الدين بوسماحة	أستاذ محاضر	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
د. فاصلة عبد اللطيف	أستاذ محاضر	جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر
القانون، المجتمع والسلطة
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

المنارة للاستشارات
www.

زراعة الأعضاء البشرية في منظور القانون الجنائي
(دراسة في الفقه والتشريع المقارن)

د. عبد الرحمان خلفي
أستاذ محاضر قسم أ
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة . بجاية

ملخص:

"شهد مجال نقل الأعضاء البشرية رواجا لا مثيل له منذ بدء التطورات العلمية في الطب الحديث، وكان له الدور الفعال في إنقاذ أرواح آلاف الناس من موت محقق، لكنه في المقابل أضحى تجارة رابحة بيد سماسرة قطع الغيار الآدمية الذين يقومون بدور الوساطة بين المريض المعتل جسديا والطبيب المعتل أخلاقيا. لذا كان لزاما الخوض في هذا الموضوع من أجل معرفة الضوابط الطبية والقانونية التي تساهم في تضييق عملية النقل وتحديد المسؤوليات حتى نعرف ما هو نطاق الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في مواجهة الطبيب في إطار نقلها وزرعها بين الأحياء في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة.

وتبعا لذلك تم تقسيم الموضوع إلى عناصر ثلاثة؛ نتناول في الأول الأساس القانوني المعتمد من أجل إمكانية المساس بالأعضاء البشرية، وثانيا دراسة القيود القانونية التي تسمح بعملية نقل الأعضاء بين الشخص المانح والمتلقي، وثالثا وأخيرا تحديد المسؤولية الجزائية للمخالفين الضوابط القانونية".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

إن التطور العلمي الحاصل في العقود المتأخرة وفي الميدان الطبي بالذات ليشكل بحق طفرة لم تسبق لها البشرية من قبل، وتتم في شكل متسارع جعل المشرع تغيب عنه الكثير من التقنيات الحديثة التي لم يستطع الحد من تجاوزاتها. وقد نال مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية رواجا كبيرا شهد على شهرة علماء طب دوليين لكنه وفي المقابل شجع على ظهور سماسرة دوليين يقومون بدور الوساطة بين تجار قطع الغيار الآدمية، وللأسف الأطباء هم الذين يقومون بالعملية الجراحية. ولقد سارع العديد من الباحثين[1] ورجال القانون مؤثرين على التشريعات الوطنية وكذا رجال القضاء، ودفعهم في ذلك حرصهم الشديد على حفظ سلامة وحرمة جسم الإنسان إلى الخوض في المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وقد لا يطرح الإشكال بشأن العضو الميت أو العضو المريض متى وجب استئصاله حفاظا على حياة الإنسان، لأن أسباب الإباحة تمنح للجراح رخصة في ذلك طالما كانت واقعة تحت طائلة الأعمال التي يأذن بها القانون، إلا أنه ومتى ثبت أن الاستئصال سوف يطال عضوا سليما غير مدفوع بالضرورة العلاجية، بل على العكس من ذلك قد يرتب ضررا على السلامة البشرية فإن هناك حاجة ماسة لتدخل المشرع من أجل وضع شروط وضوابط قانونية من شأنها أن تلعب دورا مهما في تضييق عملية النقل وتحديد المسؤوليات حتى نعرف ما هو نطاق الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في مواجهة الطبيب في إطار نقلها وزرعها بين الأحياء في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة. ويقصد بزرع الأعضاء" نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من المتبرع إلى المستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف[2].

(1) عطوف كبه سلام إبراهيم، الهندسة الوراثية وجهابذة الأدلجة الأكاديمية العنصرية العراقية، (دون صفحة ودون سنة)، على الموقع: www.rezgar.com

(2) البار محمد علي، زرع الجلد ومعالجة الحروق، 9 (1982)، الدايات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، 7 (1999).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونحاول أن نضيق مجال بحثنا ليشمل فقط حماية الأعضاء البشرية في مواجهة العمل الطبي فحسب وأن يرد هذا العمل على نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، بمعنى آخر يخرج عن نطاق دراستنا نقل الأعضاء من إنسان ميت نحو إنسان. وللخوض في موضوعنا هذا ارتأينا دراسته في ثلاثة نقاط.

أولا: البحث في الأساس القانوني الذي يسمح بالمساس بأعضاء جسم الإنسان الحي.

ثانيا: تحديد القيود القانونية التي رصدها التشريع من أجل بسط حمايته للشخص المانح والمتلقي.

ثالثا: تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب المترتبة عن مخالفة كل من الأساس القانوني والضوابط القانونية.

المطلب الأول

الأساس القانوني لمشروعية زرع الأعضاء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي

الحقيقة أن الحديث عن الأساس القانوني لا يكون إلا إذا تخلف المشرع عن تنظيم عملية نقل الأعضاء البشرية، أما إذا بسط هذا الأخير سياج حمايته يصبح الحديث عن مسألة الإباحة من عدمه من قبيل التزييد[1]. وإن كان محاولة المساس بجسم الإنسان دون مقتضى هو من قبيل الاعتداء على سلامته ويوجب المسؤولية الجزائية للطبيب صاحب العملي ـة، وحتى لا تتم مسؤولي ـة هذا الأخير لا بد من معرفة ما السبب الذي يحول دون معاقبة الجراح وكذا ما هو التبرير المقنع الذي يجعل من هذا العمل يدخل في إطار الإباحة.

وتن ـازع حول هذا الأمر نظريتان كل واحدة منهما تحاول أن تعطي التبرير الشرعي لعملية نقل الأعضاء وترجعه إلى أهم القواعد في القانون الجنائي وهما نظرية

(1) الدايات سميرة عايد، المرجع السابق، ص 70.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الضرورة التي ترى في حالة الضرورة ورضا المانح سببا كافيا يسمح بترع الأعضاء البشرية ونظرية المنفعة الاجتماعية التي ترى في المنفعة التي سوف تعود على المجتمع ككل والمضاف إليها رضا المانح مبررا كافيا كذلك لاستئصال الأعضاء البشرية. وسنشرح بإيجاز محتوى النظريتين:

الفرع الأول

نظرية الضرورة

سنتعرض من خلال هذا العنصر إلى محتوى نظرية الضرورة التي ترى فيها أساس لمشروعية نقل الأعضاء، ثم نتطرق إلى تقييمها من خلال آراء الفقه.

1- مضمون نظرية الضرورة:

تثير حالة الضرورة إشكالا تنازعه الفقه والقانون حول طبيعتها: هل هي سبب من أسباب الإباحة أم مانع من موانع المسؤولية؟ وإن هذا الاختلاف له آثاره حتى بالنسبة للعمل الطبي، لأنه وإذا درجنا على تصنيفها من أسباب الإباحة مثلا تجعل حالة الضرورة تعدم الوصف الجزائي عن الفعل وتجعله مباحا ومنه التأثير على البناء القانوني للركن الشرعي، وهكذا لا تقوم المسؤولية الجزائية ولا المدنية[1].أما إذا تم تصنيف حالة الضرورة من موانع المسؤولية فإن القاضي طبقا لسلطته التقديرية قد يحكم ببعض تدابير الأمن الشخصية، هذا ناهيك عن قيام المسؤولية المدنية التبعية.

ويعرف الفقه حالة الضرورة بأنها حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور معاقب عليه"[2] وتعني ضرورة العمل الطبي أن الجراح الذي يقوم بعملية استئصال العضو من الشخص المانح أنما

(1) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، 63 (2002)
(2) القاسم يوسف نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، 75 (1993)، الدايات سميرة عايد، المرجع السابق، ص 72.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يدفع خطرا جسيما يهدد الغير وهو الشخص المتلقي، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو وببساطة أن الفائدة تعلو الضرر في العمل الطبي[1] ومن ثمة لا يسأل الطبيب جزائيا ولا مدنا طالما كان هذا الأخير في وضع أو في حالة الضرورة[2]. ولقد ظهرت نظرية الضرورة كأساس لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا في ظل الفراغ التشريعي حتى صدور قانون 1972 ويشترط على الطبيب حتى يعمل بنظرية الضرورة:

. أن يكون هناك فعلا خطرا محدقا بالمتلقي بحيث يترتب على عدم زرع العضو لديه أمر خطير يمكن أن يؤدي إلى وفاته.

. يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي سيصيب المتنازل.

. وأن تكـ ـون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المتلقي[3].

وتجدر الإشارة أن الأخذ بنظرية الضرورة على إطلاقها خاصة وأن الموازنة بين النفع والضرر بيد الطبيب وحده تجعل لهذا الأخير اليد الطولى في استئصال أي عضو يراه مناسبا من الناحية الطبية ودون حاجة إلى موافقة المانح، كلما تراءى له أنه في حالة ضرورة.

ولهذا وتداركا لما قد ينجر عن ذلك من كوارث لا تحمد عقباها رأى أصحاب هذه النظرية وجوب أن تقترن حالة الضرورة بموافقة الشخص المانح ويجب أن يكون هذا الرضا صريحا ومستنيرا و متبصرا بمعنى أوضح لإعمـ ـال نظرية الضرورة يشترط أصحابها شرطين أساسيين هما حالة الضرورة وموافقة المانح وباكتمالهما يصبح لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أساس قانوني يبيح هذا العمل من طرف الطبيب الجراح.

---

(1) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، 83 (2003).

(2) قد شهد أول تطبيق لهذه النظرية سنة 1961 في حادثة مجموعة من الأطباء قاموا بترع كلية بنت تبلغ من العمر 14 سنة بغرض نقلها إلى أختها التوأم التي كان يتهددها خطر الموت، وقد انتهى رأي رجال القضاء إلى تبرير هذا الفعل على أساس حالة الضرورة.

(3) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، المرجع سابق، ص 64.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- تقدير نظرية الضرورة:

إن ما يعاب على نظرية الضرورة أن التبريرات التي قدمتها لمشروعية عملية نقل الأعضاء البشرية كانت غير كافية، خاصة ما تعلق بكون الطبيب الجراح كان في حالة ضرورة عند قيامه بالعملية رغم كونه ليس طرفا فيها بل هو واسطة فحسب، وكان الأجدر أن الذي يكون في حالة ضرورة هو الشخص المتلقي حتى يباح له هذا الفعل. بمعنى أوضح أن حالة الضرورة تقوم بين طرفين الأول من يدفع الخطر وقاية لنفسه والثاني من يقع عليه الضرر وهو المجني عليه، فأين حالة الضرورة التي تستدعي تدخل الطبيب[1]؟

بل وأكثر من ذلك أن الكثير من عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تتوفر فيها أهم شروط حالة الضرورة ألا وهي عدم وجود أي وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص آخر بالإضافة إلى شرط اللزوم والتناسب وهو الأمر المفتقد في كثير من عمليات نقل وزراعة الأعضاء حاجة المريض بالفشل الكلوي الذي بإمكانه أن يبقى لفترة طويلة على جهاز الكلى[2].

الفرع الثاني

نظرية المنفعة الاجتماعية

سنتعرض من خلال هذا العنصر إلى محتوى نظرية المنفعة الاجتماعية التي ترى فيها أساس لمشروعية نقل الأعضاء، ثم نتطرق إلى تقييمها من خلال آراء الفقه.

1- مضمون نظرية المنفعة الاجتماعية:

وإن كانت نظرية الضرورة تنطلق من توافر حالة الضرورة ثم تنتهي بوجوب حصول موافقة أو رضاء الشخص المانح فإن نظرية المنفعة الاجتماعية تنطلق من وجوب توافر الرضاء الذي يعد أساسا يباح بمقتضاه انتزاع عضو من جسمه إلا أن هذا الشرط لوحده غير كافي بل لا بد أن يقترن هذا الرضاء الصادر من المانح بالمنفعة التي تعود على

(1) نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 82.

(2) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، المرجع سابق، ص 72.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المجتمع، وهكذا فإن العنصرين الهامين كأساس لمشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية هما القبول الصادر من المانح والمنفعة الاجتماعية، وإن كان عنصر الرضا تم شرحه آنفا، تبقى المنفعة الاجتماعية التي تعد أساسا لمشروعية العمل الجراحي و ذلك أن الحق في سلامة الجسم و إن كان حقا فرديا إلا أن له بعدا اجتماعيا، فيجب على أعضاء الجسم أن تؤدي واجبها الاجتماعي على الشكل السليم، وحتى يكون لها ذلك وجب على الفرد أن يجتهد لحماية جسمه، وألا يتصرف في أي عضو من أعضائه دونما مقتضى، وبعبارة رجال القانون المدني فإن للمجتمع حق ارتفاق تقرر له من خلال الحفاظ على سلامة الجسد[1].

وتطبيقا لنظرية المنفعة الاجتماعية على نقل الأعضاء البشرية يقتضي النظر دائما إلى النتيجة النهائية التي سوف يجنيها المجتمع بحيث تكون أكبر من المحصلة التي كانت قبل العملية، أي أن يكون مجموع أداء المانح والمتلقي بعد نقل وزراعة العضو أكبر مما كان عليه من قبل حتى ولو تسببت العملية في انتقاص في صحة المانح طالما يقابل ذلك زيادة أكبر في السلامة الجسدية للمتلقي وكما يشرح ذلك الدكتور مروك نصر الدين من خلال مثال بسيط عندما يتنازل شخص عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق فان الفائدة الاجتماعية تزيد في جملتها عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلية[2].

2- تقدير نظرية المنفعة الاجتماعية:

ما يعاب على هذه النظرية أنها تعتمد على أساس غامض غير واضح تجعل الأعضاء البشرية أشياء مشاعة بين أفراد المجتمع، يتم نقلها فيما بينهم للمنفعة التي سوف تعود على المجتمع، أي أن هذه النظرية تهمل الجانب الشخصي، ترى بالفائدة الاجتماعية

(1) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له أمين العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد التاسع والعشرون، 345 (1959). الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 70.

(2) نصر الدين مروك، المرجع السابق ، ص 82.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للشخص الذي تم نزع عضوه، رغم أن هذا الأخير لم يجني شيئا، بل خسر أحد أعضائه، وقد تسبب ذلك في قصور أبدي وتأثير على باقي الأعضاء السليمة[1].

ورغم أننا لا ننكر أهمية نظرية المنفعة الاجتماعية، فإنه- ودون شك- تبقى نظرية الضرورة وما تطرحه من أساس قانوني الأقرب إلى القبول، وتتناسب بشكل واسع مع عملية نقل الأعضاء البشرية، ولكن ليس في جميع الحالات، لأن العمليات الشائعة — مثل نقل الكلى- تتم عادة بين طرفين لا يكون فيها الوقت عامل مهم، طالما أن المريض يمكنه العيش مدة أطول تحت جهاز الكلى.

بالإضافة وأن حالة الضرورة — من وجهة نظر قانونية- قد تسمح بالتدخل لإنقاذ الشخص المتلقي وهو من الغير، ولا نجد مانعا في ذلك، باعتبار أن الضرورة هي حالة الشخص الذي يمكنه أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محدقا به أو بغيره إلا ارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين[2].

المطلب الثاني

الضوابط القانونية التي تسمح بزرع الأعضاء البشرية

يجب أن لا ننكر أن عملية نقل عضو من الشخص المانح وزرعه في الشخص المتلقي هو من قبيل المساهمة في حماية الحق وفي الحياة وفي سلامة الجسم، إلا أنه وبالموازاة يجب أن تتقيد هذه العملية بضوابط وقيود هي في النهاية تعني بحماية الإنسان المانح بالخصوص.

وقبل طرح هذه القيود، يجدر بنا الحديث أن عملية نقل الأعضاء البشرية وطبقا للقواعد العامة المعمول بها يجب ألا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة لأنها سوف تنسف الاتفاق الواقع بين الشخص المانح والشخص المتلقي وهما أطراف العلاقة التعاقدية،

(1) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 79.

(2) سليمان عبد الله، قانون العقوبات، القسم العام، 297 (1990).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري[1] بالإضافة إلى ما تم تداوله عبر قانون الصحة من ضرورة مجانية عملية النقل عبر نص المادة 2/196 حتى لا يفتح المجال للتجارة بالأعضاء الآدمية.

الفرع الأول

الضوابط المرتبطة بالشخص المانح

يقصد بموافقة الشخص المانح في الأعمال الطبية هو اشتراط الرضا الصريح والمتبصر لهذا الأخير، والتي تعد في الحقيقة من قبيل الضمانات الممنوحة له حتى لا يكره عن نقل عضو من أعضائ ـه أو أن يكون في موض ـوع تهديد، بل أكثر من ذلك يجب أن يك ـون هذا الرضا ممن يملك حق التصرف بمعنى أن يكون بالغا وعاقلا لأنه لا يجوز للولي على القاصر أو القي ـم على الشخص المحجور عليه أو الوصي على من في وصايته أن ينوب الشخص المانح ويتصرف في أعضائه كما يتصرف في أمواله[2] ولا يجوز للمحكمة أن تأذن أو ترخص بذلك. وندرس بالخصوص في هذه النقطة الكيفية التي تتم بها التعبير عن الموافقة من قبل المانح[3] ثم الخصائص التي ينبغي أن يكون عليها هذا الأخير ونوردها كما يلي:

1- يجب أن يكون الرضا مكتوبا:

بمعنى أن الموافقة الصادرة عن المانح يجب أن تكون في شكل مكتوب، إلا أن هذه الكتابة هي طريقة تعبير فحسب أي لا يشترط أن تكون في شكل نموذج محدد سلفا من

(1) عفانة حسام الدين، الضوابط التي وضعها القائلون بجواز نقل الأعضاء البشرية من إنسان إلى آخر، دون صفحة ودون سنة، على الموقع www.yasaloonak.net. الزقرد احمد سعيد، تعويض ضحايا مرض الايدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، 59 (2007).

(2) ذلك أن جسم الإنسان من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديسا ولا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق إلا من أجل صيانته أو حفضه، شرف الدين أحمد، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 27 (1983)، الدايات، سميرة عايد، المرجع السابق، ص 6، هامش 1.

(3) لقمان وحي فاروق، مدى مسؤولية الطبيب عند نقل أو زرع أعضاء، (دون صفحة ودون سنة) على الموقع www.alwatan.com .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طرف المستشفى، أي يمكن أن يكون في ورقة عرفية عادية بشرط أن يتم التحقق من إسنادها إلى الشخص المانح[1].

ولقد سار على هذا النهج تقريبا جل التشريعات المنظمة لعملية نقل الأعضاء البشرية وكان من بينها قانون الصحة الجزائري في نص المادة 162 منه[2] التي تشترط أن تكون موافقة المانح كتابية وتحرر بحضور شاهدين وتودع لدى مدير المستشفى والطبيب رئيس المصلحة.

وإن كان المشرع الجزائري مؤاخذ حول عدم تحديده لمن يعود عبء إحضار الشهود هل على الشخص المانح أم المتلقي أم المستشفى[3]؟ لأن الجواب على هذا السؤال ينجر عنه نقل عبء الإثبات في حالة حدوث خطأ جزائي.

2- يجب أن يكون الرضا صريحا ومتبصرا:

نقصد أن يكون الرضا صريحا أي نافيا لأي شك رافعا لأي لبس، واضحا في معناه دالا على ذلك بعبارات جازمة عن نية المتبرع في منح أحد أعضائه قيد حياته وحتى يعتد بالرضا المكتوب والصريح من قبل المانح، يجب أن يكون عن بصيرة ودراية، وبعد أن يتم فحصه من قبيل طبيب مختص غير الطبيب الذي يجب أن يجري عليه عملية الاستئصال ثم القول ما إن كانت حالته الصحية والنفسية تسمح بعملية نقل أحد أعضائه أم لا، ثم يجب على الطبيب الجراح أن يلم المانح بكافة جوانب العملية وآثارها السلبية والإيجابية بالنسبة لجسمه ولجسم المتلقي، ثم فترة علاجه ومدة نقاهته وهل أن هذه العملية قد تؤثر على علاقته مع عائلته أم لا، أي يجب أن يدرك المانح كل الأمور المحيطة بالعملية سواء

(1) قانون رقم 5/85، 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر 8، المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الصادرة بالمرسوم التنفيذي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 276/92، 6 يوليو 1992، ج ر 52.

(2) نصر الدين مروك، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، العدد الثاني، 43 (2000).

(3) الدايات سميرة عايد، المرجع السابق، ص 142.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طرح بشأنها سؤالا للطبيب أم لم يطرح طالما كانت معرفتها لازمة قبل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول.

وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في قانون الصحة في المادة 2/162 هذه الأخيرة التي تأمر الطبيب الجراح بأن يخبر الشخص المانح بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب في عملية الانتزاع، وهو بذلك قد فوت على الطبيب فرصة التعذر بعدم التبصير تحت أي ظرف من الظروف.

ونفس المصير سلكته جل التشريعات، منها القانون اللبناني الذي توعد الطبيب الذي لا يقوم بتبصير المريض تبصيرا شاملا وافيا، في نص المادة السابعة من المرسوم الإستشراعي رقم 83/106 بقوله (كل من أقدم على اخذ الأنسجة والأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في المرسوم يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين).

3- يجب أن تكون الإرادة غير مكرهة عند التعبير بالموافقة:

تحرص التشريعات المنظمة لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى اشتراط أن يكون التعبير بالموافقة خاليا من أي ضغط أو إكراه سواء كان ماديا أو معنويا من شأنه أن يعدم الرضا الصادر من المانح، كما يشترط أن يكون محينا أي متزامنا مع وقت إجراء العملية وليس سابقا عليها، وإن كان كذلك يجب أن تستمر هذه الموافقة وبنفس الكيفية وقت العملية في غير إكراه، بل يشترط المشرع ذلك صراحة بالنص 162 (ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة) وهو بذلك يدعوا إلى ضرورة الحصول على استمرار الموافقة. ويطرح التساؤل حول التحضيرات التي يجريها الفريق الطبي طيلة المدة التي تسبق العملية والتي ستذهب هباء منثورا من تكاليف مالية وفساد الأدوية وغيرها من يتحملها؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بل وأكثر من ذلك يوجد بعض التشريعات من لا تقبل حتى مجرد حمل المانح على التبرع أو حثه على ذلك من خلال التأثير عليه من جانب أخلاقي بل يرى ذلك من قبيل الإكراه المؤثر على الإرادة [1].

كما أن الإرادة الحرة المعبرة عن القبول يجب أن تكون بعيدة عن الغلط أو التحايل وما سواهما وهذا موجود بالقواعد العامة في القانون المدني في طريقة التعبير عن الإرادة.

4- يجب أن تكون للمانح أهلية التصرف:

هناك من التشريعات من فصلت في هذه النقطة أي وجوب أهلية المانح بان وضحت أن يكون هذا الأخير بالغا من العمر 18 سنة كاملة يوم التعبير عن القبول وليس يوم إجراء العملية ولا يعتد بالأهلية الناقصة أو أهلية الشخص المميز لان هذه الأفعال ليست نافعة نفعا محضا وليست حتى دائرة بين النفع والضرر بل يقع باطلا كل تصرف في أعضاء الجسم البشري كان قبل سن الثامنة عشر ولا تلحقه إجازة الولي، ماعدا التصرف بين الإخوة الأشقاء وهذا في التشريع السوري الذي كان واضحا في نص المادة الثانية من القانون رقم 31 لسنة 1972 (يمكن للقاصر أن يتبرع شريطة أن يكون المتبرع له شقيقه التوأم وبموافقة الوالدين في حالة وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي) ونلاحظ أن نص المادة السالف الذكر يشترط أن يكون الإخوة الأشقاء توأم.

أما المشرع الفرنسي لم يشترط أن يكون الإخوة الأشقاء توأم بل اكتفى بإثبات علاقة الأخوة فحسب بشرط موافقة المانح القاصر ثم رضا الممثل القانوني، أو موافقة لجنة مؤلفة من ثلاثة أو اثنين على الأقل من الأطباء مدة خدمة أحدهم لا تقل عن عشرين عاما، وتعتبر هذه اللجنة بمثابة جهة قضائية تصدر قرارها بعد فحص ودراسة جميع النتائج

(1) الدايات سميرة عايد، المرجع السابق، ص 146.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحتملة لعملية الاستئصال وهذا في القانون رقم 94/654 الصادر سنة 1994[1] رغم أننا لا نرى بالطابع القضائي لهذه الهيئة طالما أنه لا يوجد في تشكيلها قضاة.

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 163 من قانون الصحة بعدم جواز نزع أعضاء القاصر أو الراشد المحروم من التمييز. بمفهوم المخالفة يجب أن يكون الشخص المانح بالغ سن الرشد ومتمتع بكامل قواه العقلية، ويا حبذا لو كان المشرع الجزائري أكثر وضوحا مثل باقي التشريعات في تحديد السن لأنه قد يختلط عند الدارس ما هو سن الرشد الذي يقصده المشرع هل هو سن الرشد الجزائي أم المدني خاصة وان المشرع يعتمد سياسة عدم توحيد سن الرشد في جميع القوانين[2].

الفرع الثاني

الضوابط المرتبطة بقبول المتلقي

إن ما قيل في الشكل الذي يتطلبه القانون في التعبير عن الرضا في المانح، هو تقريبا نفسه في الشخص المتلقي، بمعنى أن شرط الكتابة واجب في عملية العلاج، وإنما يكفي في هذه الحالة بمجرد التوقيع على نموذج معد من طرف المستشفى ويجب أن يكون الرضا صادرا عن المتلقي نفسه مادام في وضع يسمح له بالتعبير عن إرادته ولا يشترط أن يكون له أهلية التصرف، وإن كان في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته كما لو كان مريضا مثلا: فهل يكفي القبول الصادر عن أهله طالما أن الضرورة تقتضي ذلك؟

وهل أن موافقة الولي جائزة على من في ولايته باعتبار أن المتلقي مستفيد من العملية؟ ونحاول أن نجيب على هذه الأسئلة بجملة من النقاط التالية:

---

(1) ينتقد الدكتور مروك نصر الدين غياب سن الرشد بشدة في نص المادة 163 ويعتبر أن هذا الأمر يختلط خاصة في ظل عدم اعتماد المشرع الجزائري توحيدا لسن الرشد في جميع القوانين، ويخطأ من يظن أنه بالإمكان إلى القواعد العامة لتحديد السن لأن فقهاء القانون أجمعوا على إخراج جسم الإنسان من دائرة التعاملات، (نصر الدين مروك، المجلة السابقة، ص 44).

(2) يطرح هذا السؤال، صويلح بوجمعة في مقال له بعنوان المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، 62 (2005) رغم أن المادة 2/166 من قانون الصحة أعطت له جوابا واضحا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1- يجب أن يتحصل الطبيب على رضا المتلقي البالغ:

السؤال المطروح في هذا العنصر بالذات هل يعتد برضاء الأهل والأقارب عندما يتعذر الحصول على رضاء المتلقي لكونه في حالة صحية لا تسمه له بذلك؟ فقد تسمح الضرورة في بعض الأحيان إلى عدم الحصول حتى على رضا الأهل، فهل يجوز في هذه الحالة المساس بجسم المتلقي طالما حالة الاستعجال متوفرة؟

إن هذا الطرح قد يكون واضحا وجليا بالنسبة للعمليات الجراحية التقليدية، أما إذا تعلق الأمر بزرع الأعضاء البشرية فإن الحال هنا يحتاج إلى شيء من التوضيح، الذي يدعونا إلى طرح السؤال بشكل آخر: هل تكفي حالة الضرورة لإعطاء التبرير لعمل الطبيب أم أن هذا الأخير سيجد نفسه مسؤولا جزائيا إذا أقدم على هذا الفعل؟

وفي الحقيقة إن المشرع الجزائري إشترط في المادة 166 ق الصحة العمومية موافقة الشخص المتلقي وهذا بحضور الطبيب رئيس المصلحة، وبحضور شاهدين، إلا أن الغريب في الأمر أنه لم يشترط أن تكون الموافقة كتابية ولا ندر هل سقطت سهوا أو رغبة من المشرع طالما كان الشخص المتلقي مستفيد في جميع الحالات.

كما أنه وفي حالة تعذر الحصول على موافقة المريض كما لو كان غير قادر عن التعبير عن إرادته بسبب الإغماء أو الضعف الجسدي الذي لا يسمح بالتعبير عن الإرادة[1] ففي هذه الحالة أمكن الحصول على الرضا من أعضاء أسرته حسب الترتيب الذي أعدته المادة 2/164؛ الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة للأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة. بالنتيجة لا يشترط دائما موافقة الشخص المتلقي من أجل نقل العضو إليه.

(1) منصور محمد حسنين، المسؤولية الطبية، 30 (2008).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- يجب أن يكون رضا المتلقي عن بصيرة:

يقع على الطبيب الجراح تبصير المتلقي لكل الجوانب المتعلقة بالعملية ويترتب عن مخالفته المسؤولية الجزائية في التشريعات المقارنة، ونعني بالتبصير لفت انتباه المريض المتلقي إلى الآثار الصحية السلبية المحتملة ومدى قبول جسمه للعضو المزروع أم لا بالإضافة إلى نسبة النجاح المتوقعة، كما أن الطبيب في ذلك غير مطالب بكتمان بعض الأمور عن المريض إحترازا لحالته النفسية والمرضية أو تحججا بان هذا الأخير لا يفقه الأمور الطبية والأساليب العلمية[1].

وهناك من الفقه من يكتفي بضرورة علم المتلقي بالأمور المهمة فقط التي لها علاقة بالعملية دون الحاجة إلى الخوض في المسائل الفرعية، بل إنه يوجد في الفقه من يتنازل أكثر من ذلك ويكتفي فقط بالإعلام السطحي لأن من شأن كثرة التوضيحات ترهب المريض وتزيد من تعقيد العملية[2].

وإن القضاء الفرنسي حاسم في أمره[3]، فهو يشترط الرضاء الصريح من المتلقي، أو ممن هو في ولايته وأن يخطر بالنتائج الخطيرة للعملية الجراحية، وإذا حدث وأن وقع أثناء إجراء العملية بعض التعقيدات، فإن أمكن تأجيل العملية لشرح ما هو جديد للمريض المتلقي فوجب ذلك وإن تعسر الرجوع إلى نقطة البداية فلا بأس على الطبيب من أن يتم عمله، كما اشترط القضاء ضرورة علم المريض عن كل ما يمكن أن يحدث عند استعمال الوسيلة المخدرة[4] أما المشرع الجزائري فقد اشترط في نص المادة 5/166 أن يكون الرضا لاحقا لعلم المتلقي وموضحا بجميع الأخطار الطبية المتوقعة.

---

(1) الصياد إبراهيم، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق الشارعة، العدد الثاني، 29 (1981).

(2) نصر الدين مروك، 250 (2003).

(3) المرجع نفسه، ص 253.

(4) ياسين محمد نعيم، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة كلية الحقوق الكويتية، العدد الأول، 263 (1987).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد امتد حظر المشرع حتى وصل إلى عدم جواز بيع الأعضاء أو ما يعرف بتحريم الاتجار بالأعضاء وكما يحرم على الطبيب الذي يعلم بوقوع تنازل بمقابل مادي أن يجرئ عملية الاستئصال.

الفرع الثالث

عدم تعارض الزرع مع النظام والآداب العامة

إن الاعت ـداء على سلامة جسم الإنسان كأصل عام هو عمل غير جائز إتيانه، وهو ما يقتضيه الصالح العام،إلا أن هذه القاعد لا تخلو من استثناء، بحيث يمكن المساس بجسم الإنسان طالما كان هذا المساس متوافقا مع مصلحة المجتمع، ولا يكون الحال كذلك إلا إذا تماشى والشروط التي تحددها أخلاقيات الطب وكذا التشريعات المتعلقة بقوانين الصحة.

لقد شهد العالم تطورا هائلا في المجال الطبي إذ أصبح التعامل في أعضاء الإنسان كالتعامل في قطع غيار السيارات، مما ساعد على ظهور تجاوزات في مجال زرع الأعضاء البشرية وغيره سيما الاستنساخ البشري، استئجار الأرحام، بنوك الأجنة وتغيير الجنس من ذكر إلى أنثى والعكس، وكل ما ينتج عن ذلك من أمور والتي تعد بحق مساسا بالنظم العامة والآداب العامة للمجتمعات خاصة منها الإسلامية والمسيحية، وهذا ما جعل أغلب التشريعات تتدخل لتحد من هذا التسارع، وما شهدناه من تجريم الاستنساخ في جميع بلدان العالم، وكذا تحريم استئجار الأرحام في أغلب دول العالم العربي خير دليل على ذلك.

الفرع الرابع

مجانية نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد امتد حظر المشرع حتى وصل إلى عدم جواز بيع الأعضاء البشرية أو ما يعرف بتحريم الاتجار بالأعضاء، ويحرم حتى على الطبيب الذي يعلم بوقوع التنازل بمقابل مادي أن يجري عملية الاستئصال رغم كون وجد جانب من الفقه ينادي بجواز بيع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأعضاء وأجزاء الجسم بشرط أن يتم في شكل منظم، وألا يترتب على استئصال العضو المبيع أية عاهة بدنية دائمة[1].

وهذا ما أدى إلى انتشار ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير بعد ظهور بنوك الأعضاء؛ أين يجتهد السماسرة مع المستشفيات من أجل القيام بهذا العمل، وهذا ما شجع على استفحال ظاهرة خطف الأطفال والمتشردين وأصحاب العاهات العقلية، والذين أصبحنا نرى جثثهم مرمية أو مدفونة بطريقة جماعية بعد اجتثاث ما بها من أعضاء، الظاهرة التي تخطت دول أمريكا اللاتينية إلى بلادنا، وقد أجمع الفقهاء المعاصرين في فتواهم بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية[2].

وما تجدر إليه الإشارة أن المشرع الفرنسي مثلا لم يكتف بتقرير مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية، وإنما فرض عقوبات جزائية لاحترام هذا المبدأ تصل إلى الحبس لمدة 7 سنوات، وتمتد العقوبة حتى بالنسبة لأعمال الوساطة، إلا أن المشرع الجزائري في قانون الصحة، وفي المادة 161 الفقرة الثانية اكتفى بعدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها بمقابل مالي دون أن يترتب على مخالفة هذا الأمر مسؤولية جزائية وهو مؤاخذ على ذلك. إلا أن جانبا من الفقه ينادي بجواز بيع الأعضاء وأجزاء الجسم بشرط أن يتم ذلك بشكل منظم وأن لا يكون العضو المراد استئصاله هو وحيد في جسم المانح [3].

هذا ما أدى إلى انتشار ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير بعد ظهور بنوك الأعضاء، كما يجتهد السماسرة مع المستشفيات من أجل القيام لهذا العمل وهذا ما شجع على استفحال ظاهرة خطف الأطفال والمتشردين وأصحاب العاهات العقلية والذين أصبحنا نرى جثثهم مرمية أو مدفونة بطريقة جماعية بعد اجتثاث ما بها من أعضاء،

(1) واصل نصر فريد، هل يجوز التبرع ببعض الأعضاء البشرية، (دون صفحة ودون سنة) على الموقع www.alwaei.com

(2) سليمان عبد الله، قانون العقوبات، القسم الخاص، 182 (1990)، العزة مهند صلاح أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 191.

(3) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 191.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الظاهرة التي تخطت دول أمريكا اللاتينية إلى بلادنا وقد أجمع الفقهاء المعاصرون في فتواهم بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية[1].

وما تجدر إليه الإشارة أن المشرع الفرنسي مثلا لم يكتفي بتقرير مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية، وإنما فرض عقوبات جزائية لاحترام هذا المبدأ تصل إلى الحبس لمدة 7 سنوات وتمتد العقوبة حتى بالنسبة لأعمال الوساطة، إلا أن المشرع الجزائري للأسف اكتفى بعدم جواز انتزاع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية بمقال مالي دون أن يترتب على مخافة هذا الأمر مسؤولية جزائية، وهو مآخذ على ذلك.

المطلب الثالث

قيام المسؤولية الجنائية في مجال زرع الأعضاء

إن عملية نقل الأعضاء البشرية من أدق وأعقد العمليات التي يقوم بها الأطباء لما فيها من أخطار كبيرة تحدق بالشخص المانح والشخص المتلقي، لهذا قيدها المشرع بجملة القيود السالفة الذكر، وغرضه في ذلك الحد من التلاعب بالأعضاء والأنسجة البشرية. والطبيب الجراح وهو بصدد إجراء هذه العمليات قد لا يستوف هذه الشروط؛ بمعنى آخر قد يخالف الأوامر والنواهي التي أوردها قانون الصحة، فماذا لو يجري الطبيب العملية دون أن يستحضر رضا المانح؟

وقد يتعلل بكون حضور المانح بنفسه إلى المستشفى دليل على الموافقة رغم أن المشرع يشترط الكتابة بحضور شاهدين؟ كما قد لا يقوم الطبيب بواجب تبصير المانح بمخاطر العملية وانعكاساتها السلبية الآنية والمستقبلية، ونفس الأمر بالنسبة للشخص المتلقي فقد لا يستحضر كذلك رضاه، أو قد يجري له العملية رغم علمه بكونه قاصرا،كما قد يعلم الطبيب بوجود صفقة مالية بين المانح والمتلقي ورغم ذلك يعمد إلى مواصلة العملية

(1) بشناق فاضل، التبرع بأعضاء الإنسان حسمه الطب والشرع و لم يحسمه المجتمع، (دون صفحة ودون سنة) على الموقع www.awda-dawa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الجراحية بحجة أن الشخص المتلقي في حالة خطيرة تستدعي عدم التأخير هذا ناهيك إن كان طرفا في الصفقة.

إذن كثيرة هي المخالفات التي يمكن أن تسجل في حق الطبيب الجراح، وسنقوم بإبراز النصوص الجزائية التي يمكن أن تتطابق بشكل مباشر وغير مباشر مع جملة الاعتداءات على الأعضاء البشرية، مقسمينها إلى أفعال تحمل وصف جناية، أو جنحة، أو تلك التي أفردها المشرع في التعديل القانوني لسنة 2009 المسماة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفرع الأول

المخالفات الجنحية

رتب المشرع الجزائري جملة من النصوص الجنائية التي يمكن أن تتطابق مع بعض المخالفات المترتبة خلال عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ذات الوصف الجنحي؛ أهمها الضرب الجرح، إعطاء مواد ضارة، القتل الخطأ، وسوف نتعرض لها تباعا من خلال هذا العنصر.

1- جنحة الضرب أو الجرح:

نص المشرع الجزائري على الضرب والجرح بموجب المادة 264 من قانون العقوبات، ويمكن تعريف الضرب الواقع على جسم المريض سواء كان شخص المتلقي أو المانح بأنه "كل ضغط ينال أنسجة الجسم أو يقع عليها بفعل خارجي دون أن يحدث قطعا أو تمزيقا في هذه الأنسجة، كالصفع أو الرض أو الدفع أو أي احتكاك بجسم المجني عليه، سواء ترك أثرا بالجسم المجني عليه أو لم يترك" [1].

أما الجرح" فهو الفعل الذي يأتيه الطبيب ومن شأنه إحداث قطع أو تمزيق في الجسم أو في أنسجته سواء كان التمزيق كبيرا أو صغيرا"[2].

(1) محمد أمين مصطفي، الحماية الجنائية للدم، 56 (1999).

(2) صالح جميل، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، مجلة موسوعة الفكر القانوني، العدد السادس، 76 (2002).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن جريمة الضرب تتحقق بمجرد التأثير على أنسجة الجسم دون مبرر قانوني وقد يتحقق الضرب باليد كما قد يتحقق باستعمال العصا أو أية وسيلة أخرى، أما الجرح فلا يلزم أن ينتج عنه نزيف دموي داخلي، وهو الآخر لا يشترط وسيلة محددة، فمثلما يكون باليد فقد يكون بشيء آخر[1] وإذا كان الضرب أو الجرح واقعا على قاصر لا يتجاوز 16 سنة فإن العقوبة تكون مشددة تصل إلى 5 سنوات نظرا للحرص الذي يوليه المشرع للقاصر. ويكون الطبيب الجراح مقترفا لجريمة الضرب إذا ما استعمل أي وسيلة من الوسائل الطبية بغرض القيام بالعملية الجراحية، ولكن دون أن يمتد ذلك إلى إحداث جروح.

2- جنحة إعطاء مواد ضارة

إذا قام الجاني بإعطاء مواد ضارة في شكل أقراص أو سائل، سواء تم ذلك عن طريق الحقن أو الفم أو وسيلة أخرى، وترتب عليه خلل في السير الطبيعي للأعضاء البشرية، يكون مرتكبا لجنحة إعطاء مواد ضارة طبقا لنص المادة 275 ق عقوبات، مع إشتراط المشرع ألا يكون قصد الجاني اتجه إلى إحداث الوفاة، لأنها قد تشكل شروعا في القتل[2]، ولا يشترط في المادة أن تكون سامة أو غير سامة، فالمهم أن تسبب مرضا أو عجزا للمجني عليه الذي قد يكون الشخص المانح أو المتلقي. والإشكال يثور بالنسبة للمواد المخدرة فهل تكون تحت طائلة المادة 275 ق ع أم لا؟

الحقيقية أن من الفقه من يدرج إعطاء المخدر ضمن جنحة استهلاك المخدرات التي تخضع لقانون الصحة، وحسب التعديل الصادر سنة 2004 إلى قانون الوقاية من المخدرات[3].

(1) نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 58.
(2) تعديل قانون العقوبات الجزائري رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية رقم 15.
(3) المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- القتل الخطأ:

قد يصل الفعل الذي يأتيه الطبيب الجراح إلى نتيجة إلى إزهاق روح الشخص المانح أو المتلقي أثناء العملية الجراحية، فأما وإن تم ذلك بعد استيفاء جميع الشروط القانونية فإن هذا العمل يدخل ضمن ما يأذن به القانون طبقا لنص المادة 39 من ق ع، أما وإن حصل بعيدا عن القيود القانونية المشترطة في قانون الصحة فإن الطبيب يكون بذلك مرتكبا لخطأ يرتب المسؤولية الجزائية، ويكون وصف هذه المسؤولية تبعا لنية الطبيب وكذا ظروف ووقائع القضية، فإن قام بعملية الإستئصال واضعا نصب عينيه إمكانية النجاح فحسب، يكون بذلك قد ارتكب قتل خطأ طبقا لمادة 288 ق عقوبات، أما غير ذلك فالوصف يختلف.

الفرع الثاني

المخالفات الجنائية

كذلك فعل المشرع في الجرائم ذات الوصف الجنائي والتي يمكن أن تتطابق مع تلك المخالفات الناجمة عن عدم احترام الضوابط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ويتمثل أهمها؛ في الضرب والجرح المؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة، القتل العمد، جناية القتل دون قصد إحداثها.

1- الضرب والجرح المؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة:

بالرجوع إلى نص المادة 264 الفقرة الثانية التي تشدد العقوبة كلما تنتج عن الضرب أو الجرح فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو أية عاهة مستديمة أخرى.

إذن فكلما قام الطبيب الجراح بإجراء عملية جراحية مخالفة لما تقرر سابقا ونتج عنها إحداث عاهة مستديمة بالشخص المانح يعد مرتكبا لجناية إحداث عاهة مستديمة والتي يعد من قبيلها فقد أحد العينين للبصر، أو فقد اليد أو إحدى الكليتين أو غيرها،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقد يحاول الطبيب الجراح نقل إحدى القرينتين من الشخص المانح فيفقد هذا الأخير عينه الأخرى، فيكون بذلك قد تسبب في فقد العينين معا: الأولى كانت برضا المانح، ورغم ذلك تقوم المسؤولية الجزائية؛ لكون رضا المجني عليه ليس سببا من أسباب الإباحة ولا مانعا من موانع المسؤولية في القانون العقابي الجزائري، أما العين الثانية فينتج عنها جناية إحداث عاهة مستديمة.

2- جناية القتل العمد:

وإذ كان الطبيب يعلم أن العملية الجراحية سوف تؤدي إلى الوفاة حتما، أو على الأقل يتوقع الوفاة، فإن الطبيب الجراح يكون مسؤولا عن جريمة عمدية، ويكون الفعل مشكلا وصف جناية القتل العمدي طبقا لنص المادة 254 قانون العقوبات، والتي تنص على القتل العمد على إزهاق روح إنسان عمدا وهو الجريمة المتوافرة بجميع أركانها.

3- جناية القتل دون قصد إحداثها:

أما إذا كان عمل الطبيب الغرض منه فقط إحداث جروح بشخص المجني عليه، أي شق جسمه، إلا أن النتيجة تعدت قصد الطبيب وأدت إلى الوفاة، كان الفعل يشكل جناية القتل دون قصد إحداثه المادة 264/40 قانون العقوبات.

الفرع الثالث

جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية

لكن خلال التعديل الذي وقع في قانون العقوبات لسنة 2009، أدرج المشرع بعض صور جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، وقد عرفها المشرع في قانون العقوبات على أنها "كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها " وتكون العقوبة في ذلك طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 16 "من 3 إلى 10 سنوات والغرامة من 300.000.00 دج إلى 1.000.000.00 دج، ويتم تشديد العقوبة لتشكل جناية عقوبتها من 10 إلى 20 سنة إذا كانت الضحية قاصرا أو

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية وإذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهمته ارتكاب الجريمة، وإذا ارتكبت مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله المادة 303 مكرر 20 عن قانون العقوبات.

ويعفى من العقوبة الشخص الذي بلغ السلطات المختصة قبل تنفيذ الجريمة والشروع فيها إذا كان لهذا الأخير ضلع فيها، ويمكن أن تخفض العقوبة إلى النصف بعد تنفيذ الجريمة وقبل تحريك الدعوى العمومية المادة 303 مكرر24 من قانون العقوبات أضاف قانون العقوبات جرائم أخرى مثل استقطاع عضو من المريض دون موافقته أو الحصول عليها على نحو مخالف لما يتطلبه الشرع، وتكون العقوبة طبقا لنص المادة 303 مكرر 17 من 5 إلى 10 سنوات مع الغرامة وتشدد العقوبة إلى جناية من 10 إلى 20 سنة إذا توافرت إحدى الظروف على الأقل الواردة في نص المادة 303 مكرر20 التي سبق الإشارة إليها.

ويعاقب كذلك المشرع جريمة الاتجار بالأشخاص إذا كان الغرض من ذلك استغلال أعضائهم، وطبقا لنص المادة 303 مكرر5 من قانون العقوبات تكون العقوبة من 10 إلى 20 سنة بالإضافة إلى غرامة مالية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

يستحق الإعجاب والتعظيم بحق الانجاز العلمي الهائل الذي توصل إليه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، بحيث ما ترك عضو إلا وتوصل العلم إلى إمكانية زرعه بفارق بسيط بين الدول. إلا أنه ما يجب ملاحظته أنه كلما زاد تطور الطب في هذا المجال إلا وزادت الإشكاليات التي يطرحها في ملعب القانون الذي عليه أن يواكب ما يحصل من إنجازات حتى لا تفلت من زمامه أمور حماية حرمة الجسم البشري. ولعل قانون الصحة هو أول القوانين المعنية بالتعديل نظرا لقدمه. لأجل ذلك نوصي بما يلي:

- إصدار قانون مستقل بنقل وزرع الأعضاء البشرية، تدرج فيه كافة الضوابط التي تسمع بعملية نقل الأعضاء والأنسجة البشرية، كما تحدد فيه الأعضاء القابلة وغير القابلة للتنازل، في إطار ما توصل إليه العلم الحديث في هذا المجال مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامي في إجماعها لا في اختلافها.

- تحديد سن رشد الشخص المانح بشكل واضح، وليكن 19 سنة كما هو الحال في إطار أحكام القانون المدني، مع إجازة التعامل قبل ذلك بين أفراد الأسرة الواحدة.

- تشديد العقوبات الجزائية ضد المتعاملين بالأعضاء البشرية على خلاف ما تقضي به الأحكام والضوابط القانونية والطبية في ذلك، على أن تكون هذه النصوص مدرجة في القانون المنظم للتعامل بالأعضاء البشرية والذي أشرنا في أول توصية بأن يكون مستقلا.

- القيام بالمزيد من الملتقيات العلمية الوطنية والدولية، القانونية والطبية، من أجل التحام الجهود وتفعيل دور الأسرة الجامعية في أداء دورها في تحسيس المجتمع بضرورة القيام بواجب التبرع بالأعضاء البشرية في إطار ما يسمح به القانون، بالإضافة إلى دور المجتمع المدني الذي عليه تحمل نصيبه من التوعية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com