جامعة العربي التبسي – تبسة – الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية

المسؤولية الجزائية للأطباء عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إعداد الطالبة:
شهيناز قوادري

إشراف الأستاذ:
منير بوراس

أعضاء لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
حيدرة سعدي	أستاذ التعليم العالي	رئيســـــا
منير بوراس	أستاذ محاضر – ب –	مشرفـــا ومقـــررا
شريفة خالدي	أستاذ مساعد – أ –	ممتحنـــــا

السنة الجامعية: 2019/2018

''الكلية لا تتحمل أي مسؤولية عما يرد في هذه المذكرة من آراء''

جامعة العربي التبسي – تبسة – الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية

المسؤولية الجزائية للأطباء عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إعداد الطالبة:
شهيناز قوادري

إشراف الأستاذ:
منير بوراس

أعضاء لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
حيدرة سعدي	أستاذ التعليم العالي	رئيســـــا
منير بوراس	أستاذ محاضر – ب –	مشرفـــا ومقـــررا
شريفة خالدي	أستاذ مساعد – أ –	ممتحنـــــا

السنة الجامعية: 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

۞وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ وَرَزَقۡنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ كَثِيرٖ مِّمَّنۡ خَلَقۡنَا تَفۡضِيلٗا ٧٠

{سورة الإسراء الآية 70}

شكر وعرفان

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين وعلى آله وصحبه التابعين أجمعين

- بداية أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ الغالي: منير بوراس والذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه ولتفهمه وتقبله اقتراحاتي بصدر رحب فلقد كان سنداً بجهده وأستاذا بعلمه ومشرفاً بحكمته ... شكرا جزيلا
- ثم جزيل الشكر والتقدير والاحترام إلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ: سعدي حيدر رئيسا والأستاذة خالدي شريفة مناقشة
- إلى كل أساتذة قسم الحقوق والذين ساعدوني ولو بكلمة طيبة ... شكرا جزيلا

الإهداء

- إلى من ربتني وسهرت وصلت لأجلي ودعت لصالحي: أمي حبيبتي وقرة عيني أطال الله في عمرها.
- إلى الذي علمني الكفاح والعطاء والدي الغالي العزيز "الهامل قوادري" الذي كان سندا ومثلا أعلى حفظك الله لي وأطال عمرك
- كذلك إخوتي الأعزاء: نادية – أميرة – هاجر – وسام وأخي الوحيد محمد الأمين قرة عيني
- إلى كل الأساتذة الكرام الذين أشرفوا على تعليمي أرجو وأدعو الله أن يحفظهم
- إلى أعز صديقاتي: سمراء – ليلى – وهيبة – حدة – أمينة وكل زملائي في الدراسة
- إلى كل طالب علم.

شهيناز قوادري

قائمة المختصرات

ط: الطبعة

د.ط: دون طبعة

ص: صفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ج: جزء

د.د.ن: دون دار النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

مقدمة

يسير العصر الحالي خطوات سريعة نحو التقدم العلمي، بهدف تحقيق الرفاهية في كل المجالات وقد تطور الطب كثيرا مما جعله يتجاوز مهمته الأصلية التي هي الوقاية والعلاج من الأمراض إلى مجالات أخرى وأصبح تخفيف آلام المريض من أهم ما يسعى إليه علماء الطب.

وقد شهد العالم منذ منتصف القرن العشرين إلى غاية الآن تطور كبير في العلوم الطبية اهم ما جاء به هذا التطور هي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أشخاص أصحاء أو متوفين إلى أشخاص مرضى، وتعتبر هذه العمليات من أهم إنجازات العصر الأمر الذي جعل هناك العديد من الإشكالات والمناقشات التي ثارت بين علماء الطب والفقهاء في القانون والشريعة حول مشروعية هذه العمليات وذلك على اعتبار أن هذه العمليات لها إيجابياتها وسلبياتها ومخاطرها، خاصة أنها تتعلق بمبدأ مهم وهو حماية الجسد البشري وحرمة المساس به، ومنه أصبحت هذه العمليات تحتاج إلى قانون ينظم هذه المسألة ويحدد شروط مشروعية التصرف في الجسم البشري.

ومما لا شك فيه أن مسؤولية الطبيب بصفة عامة تكتسب إهمية في هذه العمليات وذلك لاعتبارين الأول؛ أنها تتعلق بحماية جسده وسلامته؛ والثاني من خلال العمل الطبي الموكل له، وعليه فإن المسؤولية الجزائية قد تلحق الطبيب نتيجة لذلك باعتبار أن الطبيب يقوم بعمل غير مشروع أو مخالف للقواعد القانونية التي تنظم هذه العمليات ويعرض نفسه لعقوبات جزائية.

ولهذا الموضوع أهميتين **بالنسبة للأهمية العلمية** أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لما لها أهمية وفائدة في علاج عدة أمراض فهي أيضا تمس بمبدأ مهم وهو حرمة المساس بالجسد البشري.

كذلك يعتبر هذا الموضوع حلقة وصل بين الطب والقانون وذلك من خلال الحماية الجزائية التي يفرضها القانون عن طريق تحديد الضوابط التي يتبعها الطبيب، والتي يشكل الخروج عنها سببا لقيام المسؤولية الجزائية في حقه.

أما **بالنسبة للأهمية العملية** فإن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية جاءت لغرض واضح وهو الغرض العلاجي غير أنه بوجود قضايا خاصة للأطباء وجرائم جديدة تبين الغرض الغير مشروع من وراء استغلال هذه العمليات وارتفعت معه مخاطرها.

وتهدف دراسة هذا الموضوع إلى إلقاء الضوء على مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية وتحديد مشروعية هذه العمليات في الشرائع السماوية والفقه القانوني والتشريعات الوضعية.

وكذلك تبيين الشروط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، وإبراز أحكام المسؤولية الجزائية للأطباء بصدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجرائم التي تترتب عنه والجزاءات التي تطبق عليهم.

أما عن **الأسباب** التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع فهي تتمثل في أسباب شخصية وأخرى موضوعية:

تتمثل **الأسباب الشخصية** في ميلنا لدراسة هذا النوع من المواضيع، الرغبة والميول الشخصي لهذه الدراسات الجنائية خاصة منها المتعلقة بالجانب الطبي وكذلك الرغبة في توسيع المعرفة في هذا المجال والتخصص.

أما **الأسباب الموضوعية** فهي الخطورة الاجرامية التي تنجم عن المساس بالجسم البشري من قبل الأطباء.

تزايد وارتكاب هذه الجرائم مما يستوجب وجود حلول كفيلة لمحاربتها.

وكدراسة سابقة لهذا الموضوع تحصلنا على أطروحة الدكتورة يوسفاوي فاطمة، المعنونة بالمسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015/2014. حيث تناولت تأصيل المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن الاختلاف بين البحثين أننا تناولنا التعديل الجديد الذي يمس شروط وضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لقانون الصحة 18-11، والذي أسفر أيضا عن وجود جرائم جديدة وعقوبات أخرى.

أما بالنسبة للصعوبات التي واجهتنا فهي قلة الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع والتي كان من الممكن أن تساعدنا أكثر.

وبناءا على ذلك نطرح **الإشكال** التالي:

إلى أي مدى وفق المشرع في ضبط أحكام المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؟

بالنسبة للمنهج المتبع فقد اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية في قانون الصحة وقانون العقوبات والمنهج الوصفي باعتباره الأمثل لمثل هذه الدراسات.

واقتضت دراسة هذا الموضوع تقسيم هذا البحث إلى فصلين؛ الفصل الأول معنون بماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين: المبحث الأول مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والمبحث الثاني مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أما الفصل الثاني تحت عنوان تأصيل المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والذي قسم أيضا إلى مبحثين: المبحث الأول أساس المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والمبحث الثاني أثر المسؤولية الجزائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الأول

ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد تطور الطب تطورا كبيرا مما جعله يتجاوز مهمته الاصلية وهي العلاج والوقاية من الامراض إلى مجالات أخرى مثل استئصال وزرع الأعضاء البشرية مما يجعله يصطدم مع مبدأ مهم وهو مبدأ حرمة الكيان الجسدي وهذا التطور جعل هذا المبدأ يتغير تدريجيا.

حيث يسعى الباحثون والأطباء إلى استحداث موضوعات جديدة فيها مصلحة ومنفعة وضرورة علاجية منها إمكانية نقل عضو من شخص إلى آخر، وقد تخطت هذه العمليات مرحلة التجارب ليصبح نجاحها مضمونا وهذه العمليات هي في تطور مستمر.

وبالرجوع إلى عمل الأطباء فإن بالتأكيد هذه العمليات لابد أن تكون مباحة ومشروعة وفق أسس فقهية قانونية وضوابط تبيح هذه العمليات وتنظمها.

استنادا على ما سبق يصوغ لنا تسليط الضوء على مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ومدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية وبيان الضوابط القانونية لنقلها وزرعها.

المبحث الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن التطور الذي عرفه المجال الطبي هو الذي أقر بما يعرف اليوم بالتعرف بالأعضاء البشرية أو بصورة أكثر وأدق ما يعرف بنقل وزرع الأعضاء البشرية، ولقد تحددت وتنوعت المفاهيم والآراء حول مفهوم الأعضاء البشرية وكذلك صعوبة تمييزها عن غيرها من العمليات الطبية.

ومن هذا المنطلق سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الأعضاء البشرية وكيفية تمييزها عن باقي العمليات المشابهة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد تعددت التعريفات الفقهية والطبية والقانونية لمعنى نقل وزرع الأعضاء البشرية، وعليه سنتطرق إلى مدلول عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في (الفرع الأول)، ثم الطبعة القانونية للّأعضاء البشرية في (الفرع الثاني)، وتبيين أهم عمليات نقل وزرع الأعضاء حاليا في (الفرع الثالث) حتى يكون على علم بمفهوم وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وإجلاد ببعض جوانبها.

الفرع الأول: مدلول عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتكون جسم الانسان من مجموعة متناغمة من الأنسجة والعناصر الحية والتي تقتحم إلى إخفاء آدمية ومنتجات بشرية، حيث يتكون جسم الانسان من مكونات مادية خارجية ومكونات مادية داخلية، فالمكونات الخارجية مثل مكونات الوجه والعينان والأنف والأذن واللسان وباقي أعضاء الجسم كالذراعين والعضو الذكري أو الأنثوي، أما المكونات الداخلية فهي القلب والكبد والمعدة ...[1]

وقبل أن نتطرق إلى تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء سنتطرق أولا إلى تعريف العضو البشري ثم ننتقل إلى تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء وتبيان أنواعها:

[1] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية – في ضوء القانون 05 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص 25.

أولا: تعريف الأعضاء البشرية

أ. تعريف العضو لغة

تعرف كلمة عضو من مادة عضا، فيعرف العضو لغويا بأنه: كل عظم وافر بلحمه، أو كل لحم وافر من الجسم بعظمه أو جزء من جسد الانسان كاليد والرجل والأنف، ويقال عضيت الشاه تعضية إذا جزأتها أعضاء، وقد يطلق العضو على الأطراف، وقد اختلفت مفاهيم العضو باختلاف وتقدم العلوم الحديثة وفي قاموس (D. Robent) يرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر وهي في الأصل مشتقة من (Organon) وتعني الآلة أو الأداة المستخدمة في العمل، وينصرف لفظ العضو ليس فقط إلى العضو وإنما إلى المواد التي يفرزها، وينصرف لفظ العضو إلى الانزيمات والهرمونات والجينات التي تؤدي مجموعة من الوظائف تماما، كما تنصرف إلى القلب والكلى والرئة والبنكرياس والأعضاء التناسلية وغيرها.[1]

ومن هنا نقول أن العضو البشري من الناحية اللغوية يقصد به "كل كم وافر من الجسم بعظمه، أو جزء من جسم الانسان كاليد والأنف والأذن وهو جزء من مجموعة الجسد".[2]

ب. تعريف العضو اصطلاحا

فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى تعريفه على أنه جزء من الانسان يتكون من أنسجة وخلايا وغيرها سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه، وإن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان، في حين ذهب البعض الآخر إلى تعريفه على أنه "الجزء المحدد من جسم الانسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى".[3]

وفي ظل هذا الاختلاف وبعد الاجتماع الفقهي على إعطاء تعريف محدد وشامل للعضو البشري ثارت إشكالية تتعلق بمدى إمكانية اعتبار الدم من الأعضاء البشرية، فصدر عن مجمع الفقه الإسلامي في جدة سنة 1988، قرار اعتبر بموجبه أن الدم يعد من الأعضاء

---

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 25-26.

[2] جاري بسمة، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون "دراسة مقارنة"، د.ط، كوكب العلوم، الجزائر، 2012، ص 24.

[3] حسن عودة زعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2001، ص ص 9-10.

الإنسانية المتجددة، غير أننا نستطيع القول أن غالبية الفقه اعتبر أن الدم ومشتقاته لا يعتبر من قبيل الأعضاء البشرية.[1]

كذلك يعرفه مركز أخلاقيات العلوم الحيوية بأنه كتلة من الخلايا الخاصة والأنسجة التي تعمل معا لكي تؤدي وظيفة في الجسم فعلى سبيل المثال القلب هو العضو وهو المكون من الأنسجة والخلايا التي تعمل معا لتؤدي وظيفة ضخ الدم لكافة أجزاء الجسم، وعليه فإن أي جزء من الجسم يؤدي وظيفة خاصة فهو عضو فالعيون أعضاء تؤدي دور الرؤية، والجلد عضو لأنه يؤدي وظيفة حماية الجسم والكبد عضو لأنه وظيفته هي أن يخلص الدم من الفضلات الموجودة به.[2]

وبالتالي يمكن أن نستخلص مما سبق أن العضو البشري يعرف من الناحية القانونية عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم سواء كانت ظاهرة في وظيفتها (داخلية أو خارجية) وتتمتع كافة تلك العناصر بالحماية القانونية من كل اعتداء يقع عليها.

ج. في التشريعات الوضعية

لقد جاء المشرع الأمريكي في تعريفه للعضو البشري بوضع أنواعه من تحت م 301 من القانون الأمريكي للصحة العامة (Public Health Sericeact) والمعدل بالقانون القومي لزراعات الأعضاء الصادر في 1984/10/09 على أنه يقصد به: الكلية – الكبد – القلب الرئة – البنكرياس – النخاع العظمي – القرنية – العين – العظم – الجلد، أو كل ما تضفي عليه اللوائح الصادرة من وزارة الصحة هذا الوصف.[3]

أما بالنسبة للمشرع الإنجليزي: فقد وضع تعريفا منضبطا للعضو البشري حيث نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون الخاص بتنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية الصادر عام 1989، ان المقصود بالعضو "هو كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مترابطة من الأنسجة والذي لا يمكن أن يتجدد بشكل تلقائي إذا تم استئصاله.[4]

---

[1] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 25.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 28.

[3] نفس المرجع، ص 31.

[4] دنيا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية لاستئصال وزرع الأعضاء البشرية – دراسة مقارنة –، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص 21.

أما التشريعات العربية فالمشرع المصري لم يرد تعريفا للعضو البشري ولكن عرفت المادة 01 من اللافتة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية للعضو – وفقا لهذا القانون – بأنه هو: العضو القابل للنقل مثل: الكبد، الكلى، القلب، البنكرياس، الأمعاء الدقيقة، الرئة كما يقصد بالأنسجة: الجلد، صمامات القلب، الأوعية الدموية والعظام وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية.[1]

كما عرفه القانون المغربي رقم 16: لسنة 1998 – المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المعدل بمقتضى القانون 26 لسنة 2005 – العضو البشري الذي يجوز التبرع به في المادة 02 أي بأنه: كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلقة أولا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد.

كما عرفته المادة الثانية من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان بانه أي عضو من أعضاء جسم الانسان أو جزء منه.[2]

أما المشرع الجزائري لم يحدد معنى للعضو البشري وذلك بالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05[3] وكذلك قانون العقوبات لم يرد فيه أي تعريف.

ثانيا: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يقصد بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من إنسان حي ثم زرعه في إنسان آخر مضطر إليه رجاء نفعه في إطار ضوابط قانونية وقيود معينة وبالمعنى الدقيق استئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المثال على أن يكون العضو قابلا للنقل من الناحية الفنية والقانونية.[4]

وتعرف أيضا عمليات نقل وزراعة الأعضاء أنها استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم أو إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان الحي للمساهمة فيما تعانيه وظائفه الفيسيولوجية

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 29.

[2] نفس المرجع، ص 30.

[3] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08، المعدل والمتمم.

[4] يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بلقايد أبي بكر، تلمسان، 2015/2014، ص 67.

من أوجه نقص، وتعمل على تخليصه من الآلام والمعاناة بسبب الإصابة بأمراض معينة أو نتيجة توقف بعض الأعضاء عن أداء وظائفها بسبب الحوادث أو نتيجة لإصابة الإنسان ببعض الأمراض.[1]

ويقصد أيضا بزرع الأعضاء: نقل عضو أو مجموعة مكن الانسجة من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير.

وقد عرفت المادة الثانية من البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق وكرامة الانسان والطب الحيوي بشأن نقل الأعضاء والأنسجة البشرية "نقل العضو بأنه نزع الخلايا أو الأنسجة من شخص ونقلها لآخر أو زرعها فيه".[2]

ثالثا: أنواع الأعضاء البشرية

بعد التطرق إلى تعريف الأعضاء البشرية سنحاول التطرق إلى أنواع وتصنيفات الأعضاء البشرية التي اختلفت وتحددت نذكر منها:

أ. الأعضاء الفردية والأعضاء الغير الفردية

1. الأعضاء الفردية: هي الأعضاء التي لا يوجد لها بديل في جسم الانسان يقوم بوظيفتها ويؤدي نقلها إلى وفاة صاحبها كالقلب مثلا، فهذه الأعضاء يحرم على الانسان إعطاؤها لغيره أو أخذها من غيره سواء عن طريق البيع أو عن طريق التبرع وكذلك يحرم على الطبيب فصلها أو الإعانة على نقلها وزرعها، وذلك لما يترتب عليه موت الشخص المنقول منه، ومن مبادئ الشريعة الإسلامية حرمة إيقاع القدر بالآخرين، كما لا يجوز للإنسان إيقاع القدر بنفسه لقوله تعالى: "**وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩**" {سورة النساء، الآية 29} وقوله تعالى: "**وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ وَأَحۡسِنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ١٩٥**" {سورة البقرة، الآية 195} ومن القواعد الشرعية المقررة أن القدر لا يزال بالقدر فلا يجوز إلحاق القدر بإنسان صحيح.[3]

---

[1] ياسر حسين بهنس، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة–دراسة مقارنة–بين الشريعة والقانون، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2012، ص 29.

[2] حيث عرفها بأنها: The term ''transplation'' corvs the complete process of memoral of an an organ or other person tiscue from one person and implantation of chat organ or tissue into ينظر خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 35.

[3] كمال لدرع، الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص 269.

2. الأعضاء الغير الفردية: الأعضاء الغير الفردية هي التي يوجد لها بديل يقوم بوظيفتها ولا يؤدي نقلها إلى قدر محقق أو الوفاة، ويتحقق ذلك في الأعضاء المتعددة كالكلية أو المتجددة كالجلد وفقا للشروط والضوابط القانونية ولا يؤدي نقل العضو إلى قدر محقق.[1]

ب. التقييم من حيث المجالات المختلفة: (من حيث القابلية للغرس والتجدد، من حيث القابلية للظهور).

1. من حيث القابلية للغرس والتجدد: وهي الأعضاء القابلة للنقل والغرس في الجسم الآخر وقد ازداد عددها في الآونة الأخيرة بسبب التجارب العلمية وأهمها القلب والكبد والبنكرياس والجلد، وتنقسم الأعضاء أيضا إلى أعضاء متجددة مثل الدم والكبد وأعضاء غير متجددة مثل القلب والرئة واليد.[2]

2. من حيث القابلية للظهور (أعضاء خارجية وأعضاء داخلية): وهو ما يعرف بتقييم الأعضاء من حيث الظهور إلى العيان كالعين والأذن وهي أعضاء خارجية وهناك أعضاء لا تكون ظاهرة وهي داخلية مثل الرئة، الكبد، القلب ...[3]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية

يترتب على مبدأ تكريم الإنسان وحمايته من عدة آثار أهمها عدم جواز المساس بسلامة الجسم، وجسم الانسان لا يعتبر من الأموال ومنه نستخلص الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية.

أولا: عدم جواز المساس بسلامة الجسم

اعترف المشرع الإسلامي للإنسان بمجموعة من الحقوق تحفظ له مصالحه المادية والمعنوية، وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه الحقوق واختلفوا وتعددوا في تقسيمها إلا أن جانب من الفقه الإسلامي المعاصر قد ضم الحقوق في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية إلى قسمين الحقوق العامة والحقوق الخاصة، ووفقا لهذا الرأي فالحق العام هو ما منحه المشرع

[1] كمال لدرع، المقال السابق، ص 270.

[2] فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 09-01، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011، ص 44.

[3] الرسالة نفسها، ص 46.

الإسلامي للأفراد على حد سواء دون أي تمييز، أما الحقوق الخاصة فهو ذلك الحق الذي يكون وليد التزام خاص نتيجة لإرادة الشخص.[1]

ويتضح أن مكانة الحق في سلامة الجسم وفقا لفقهاء الشريعة الإسلامية هو من طائفة الحقوق المشتركة التي يجتمع فيها مقصد الشرع الإسلامي ومصلحة الفرد، وإذا كان كل من الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم يدخلان في طائفة الحقوق التي يجتمع فيها حق العبد وحق الله تعالى، فإن مؤدي ذلك أنه إذا جاز للعبد أن يسقط جزئيا الحق الذي ينسب إليه فإنه لا يجوز له إسقاط الحق في مجموعة كما ليس للعبد إسقاط حقه المتعلق به هو، إذا كان في هذا الاسقاط أذى لحق الله تعالى.

وتطبيقا لهذه القاعدة لا يجوز للعبد أن يقتل نفسه، أو ان يتلف جزء من أعضاء جسمه ويمكن القول أنه لا يجوز للفرد أن يتصرف في جسمه بدون إذن الشرع لأن الحق في ذلك مشترك وقد حرم الله تعالى المساس بسلامة الجسم.

ثانيا: جسم الإنسان لا يعتبر من الأموال

القاعدة في الفقه الإسلامي أن محل الحقوق والعقود هو الأموال وليس الأشياء ومؤدى ذلك أن الفرد لا يصلح أن يكون محلا للعقد إلا إذا كان من الأموال، كما يشترط أن يكون الحال مقوما. وبمجرد إدخال الإنسان كروح وجسد في دائرة المعاملات وإبرام العقود عليه يتناقض تماما مع أهداف خلق الله تعالى له، لأن الله خلق الإنسان مالكا للمال وجعله مسيطرا على المسخرات الكونية التي تحت يده وكرمه وفضله على كثير من الخلق فكيف أن يكون هو نفسه مالا وفي نفس الوقت مالكا له، وتطبيقا لذلك ذهب غالبية الفقه الإسلامي إلى القول أن الإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات المالية، فالإنسان ليس مالا في الشرع ولا في العقل.[2]

كما أن المال يمكن اكتساب ملكيته بأي سبب من أسباب الملكية فيحق بذلك أن يجري عليه كافة التصرفات سواء كانت قانونية أو مادية، أما الجسم وأعضاؤه فلا يصح أن يكون محلا لحق الملكية وعليه لا يمكن اعتبار جسم الانسان وأعضاؤه من الحقوق المالية كلها أو

---

[1] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة، ط 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 101.

[2] المرجع نفسه، ص ص 102-104.

جزء منها، ولا يخضع للتملك ما هو الشأن بالنسبة للشيء، وكذلك لا يعتبر من الأشياء الخارجة عن التعامل، فهي لا بحكم طبيعتها ولا بحكم القانون.[1]

الفرع الثالث: نماذج عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

لقد أثبت الطب إمكانية نقل وزرع جميع الأعضاء وتأكد فعلا من نجاحه فيها.

فمن الناحية التاريخية ترجع أولى المحاولات لزرع الأعضاء إلى القرن الخامس قبل الميلاد حيث كانت تجرى عمليات زراعة الجلد إلا أنه لم تحدث سوى محاولات فردية خلال الخمس والعشرين قرنا الماضية. ترجع أولى هذه المحاولات خلال القرن السادس عشر حين فكر أحد الجراحين في زرع نسيج من شخص لآخر لإعادة تكوين الأنف ولكن اعترضت عمليته لصعوبات فنية لم تجد سبيلاً لها، وفي القرن السابع عشر قيل إنه قد تم إصلاح عيب في جمجمة أحد النبلاء الروس وفي القرن الثامن عشر قام الجراح (هانز) بزرع أسنان مأخوذة من جثث الموتى ونجح في ذلك.

وفي بداية القرن العشرين ابتكر الدكتور (اليكس كاريل) طريقة لخياطة الأوعية الدموية خياطة مباشرة لأنه أدرك ضرورة ذلك قبل أن يبدأ تجاربه على زرع الأعضاء.[2]

وفيما يلي نعرض أهم العمليات التي تجري في هذه الآونة:

نقل وزراعة الجلد

يغطي الجلد السطح الخارجي للجسم ويختلف سمك الجلد باختلاف موضعه، ففي راحة اليد وكعب القدم حيث يتعرض الجلد إلى أكبر قدر من التلف والتمزق يكون الجلد أكثر سمكا وأحيانا يصبح صلبا، ويعتبر الجلد عضوا هاما من أعضاء الجسم كما يعتبر من أكثر أجزاء الجسم إحساسا كما أن للجلد عدة وظائف منها:[3]

- يعمل كطبقة واقية للجسم من الخارج؛
- يمنع فقدان السوائل من الجسم؛
- يحمي الأنسجة الرفيعة التي تليه من التلف؛

[1] مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 38.

[2] ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص 35.

[3] نفسه، ص ص 36-37.

- يعد الجلد خط الدفاع الأول عن الجسم ضد الميكروبات التي تضر بالجسم ويكون ترقيع الجلد عن طريق نقل جزء من الجلد السليم إلى كان آخر مصاب في جسم نفس الشخص، أو أخذ جزء من جلد شخص أو جثة ميت ونقله إلى جسم آخر، حيث يمكن الاحتفاظ بخلايا الجلد صالحة لمدة ثلاث أسابيع بعد الوفاة بطريقة التشليخ.

وعمليات ترقيع الجلد من أقدم العمليات نقل الأعضاء ومن الحقائق العلمية الثابتة في هذا المجال أن أي تمزق بمنطقة البشرة لا يمكن إصلاحه أو تعويضه إلا بواسطة خلايا البشرة ذاتها حيث تستطيع الأخيرة أن تساعد الأدمة بدورها على تكوين حاجز مستديم من الخلايا يلتقي عنده الأوعية والنهايات العصبية والذي يحاصر بدوره جذور الشعر والغدد العرقية والجلدية.

وبالتالي فإن استئصال طبقة كاملة من الجلد يختلف عنه قطع من اللحم، وبفضل عملية الترقيع والتي تحتوي على العديد من خلايا البشرة تتحول هذه القطع تدريجيا إلى أدمة حيث ينمو الجلد مرة أخرى.[1]

نقل وزراعة الكلية

تزن الكلية حوالي 150غ والكلية اليسرى أعلى قليلا من الكلية اليمنى والكلية عبارة عن عدد ضخم من الوحدات ذات الوظائف المتعددة، فهي تقوم بتنقية الدم الذي يحملها من القلب وكذلك تقوم باستخراج البول من الجسم، وتحمل الكلية أيضا على تنظيم وتركيب بلازما الدم إذ يعمل على بقاء حجم الدم والنسب اللازمة له، وإذا استمر هبوط عدد الوحدات العاملة في الكلى فإن أعراض القصور ثم الفشل الكلوي تظهر على الشخص المصاب.[*]

وقد كان العلاج الوحيد المتاح للفشل الكلوي والذي لازال شائعا هو غسيل الكلية ويتم باستخدام أجهزة معينة "أجهزة الكلية الصناعية".

---

[1] ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص 38.

[*] تتعدد أسباب أمراض الكلى عند الأطباء فقد تكون انسداد الكلى أو التهابات الكلى نتيجة لبعض أنواع البكتيريا، بعض المضادات الحيوية لها تأثير على الكلية، ارتفاع ضغط الدم في الكلى، مرض السكر، كذلك الأورام والسرطانات لها تأثير على الكلى، ينظر خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 39.

ويحتاج المريض إلى تكرار عملية الغسيل مرتين أو أكثر أسبوعيا وتستمر عملية الغسيل لفترة تتراوح من ثمان إلى عشر ساعات وقد تطورت هذه الأجهزة حتى أن بعض الأشخاص أصبح في استطاعته اقتناءه في منزله.(*)

وقد تطورت أساليب العلاج والتجارب الطبية إلى إمكانية نقل الجلد من شخص صحيح إلى شخص آخر مريض وكانت أولها عام 1954 وبفضل اتخاذ الحيطة بشأن التوافق الأفضل بين النتائج ومستقبلها أصبح ما بين 80% إلى 90% من المرضى المنقولة إليهم الكلى يعيشون مدة أطول.

نقل وزراعة الكبد

الكبد هو أكبر عضو بالجسم ويقع في الجزء العلوي الأيمن للتجويف البطني، ويغطي معظمه أسطح ضلوع الصدر السفلي ويتكون من أربعة فصوص ومن أهم وظائفه أنه يعمل على بقاء نسبة سكر الغلوكوز في الدم ثابتة ويعمل على هضم المواد الدهنية كما أنه يعتبر مخزن للدم، وتعد عملية نقل وزرع الكبد من أصعب عمليات نقل وزراعة الأعضاء لما يتسم به هذا العضو من ضعف في أنسجته ولوظائفه المعقدة وقد أجريت أول عملية نقل وزرع كبد في الولايات المتحدة الامريكية عام 1960 وقد وصلت نسبة نجاح هذه العملية حاليا إلى 80% بشرط استمرار العلاج والمتابعة فترة معينة بعد العملية.(1)

نقل وزراعة القلب

قلب الإنسان هو أساس حياته وهو العضو الرئيسي في الجسم فهو ما تعتمد عليه كل أوجه نشاطات الإنسان وتعد عملية زراعة القلب من أكثر عمليات نقل الأعضاء إثارة من الرأي العام.

كانت أولى التجاري التي أجريت لإمكان النقل في بداية القرن العشرين على الحيوانات، لذلك فكر الدكتور كريستيان برنارد وقام بأول عملية نقل قلب في جنوب افريقيا سنة 1967 وقد عاش المريض 18 يوما بعد العملية.

---

* إلا أن العلاج بهذا الأسلوب يتطلب نظاما خاصا في التقنية والتحرك والنقل مما ينعكس على المريض فقد يتعرض لاضطرابات نفسية بالإضافة إلى التكاليف العالية، ينظر خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 40.

[1] ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص 42.

وقد أدى هذا النجاح إلى حماس بين جراحي القلب الذين قاموا بإجراء مائة عملية نقل قلب في عام 1968، وذلك بفضل اكتشاف عقاقير تخفيض المناعة ومنذ الثمانينات ازدادت عمليات زرع القلب ولم يعد هناك من معين لإجرائها.[*]

نقل وزراعة الرئة

بدأت عمليات زراعة الرئة مؤخرا وذلك بعد تقدم وسائل العلاج الخاصة بنقل الجسم للخلايا والأنسجة القريبة وقد كانت أول عملية أجريت في المملكة المتحدة لطفل عمره 14 سنة وتوفين ويعتبر زرع الرئتين من العمليات المعقدة جدا والتي واجهت فشلا ذريعا، وذلك بسبب تعقيدات العملية وأهمية عمل الرئتين من اللحظة الأولى.

ويرجع السبب في عدم نجاحها بصورة مرضية إلى عدة أسباب، أولها سرعة وفاة خلايا الرئة المتقطعة، والتي لا تبقى على قيد الحياة سوى ساعة واحدة فقط حيث لم يتوصل إلى وسيلة فنية لحفظها مثل الكلى، سرعة تعرض الكلى إلى التلوث البكتيري، وكذلك صعوبة واستحالة استقطاع الرئة من شخص حي لما في ذلك من خطورة على حياته وبالتالي فالمصدر الوحيد هو جثة شخص متوفي.[1]

زرع البنكرياس

البنكرياس عبارة عن غدة في الجانب العلوي من التجويف البطني يقوم بإفراز مادة الأنسولين المسؤولة عن تنظيم السكر في الدم وقد بدأت أولى محاولات زرع البنكرياس سنة 1966 ويمكن نقل البنكرياس بالجملة ويمكن نقل جزء منه وتشير الاحصائيات التي أجريت في هذا الشأن أنه عام 1971 تراوح متوسط الفترة التي عاشها المريض بعد العملية من ثلاثة إلى إثني عشر شهرا وفي الثمانينات من الفرن الماضي ارتفعت النسبة لتصل إلى 80% من الحالات التي تمت لها زراعة بنكرياس على قيد الحياة بعد عملية الزرع، بفضل التوصل إلى العقاقير المثبطة لجهاز المناعة.[2]

---

[*] الجدير بالذكر وهي حقيقة علمية أن القلب المزروع لا تكون فيه أي عواطف ولا انفعالات فهذا القلب إذا قرب منه خطر فلا ينفعل بهذا الخطر وكأنه لا شيء يهدده بينما القلب الحقيقي الغير مزروع يتأثر بذلك، وبالتالي القلب المزروع هو قلب بارد غير متفاعل مع سائر الجسد، ينظر ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص 45.

[1] ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص 46.

[2] المرجع نفسه، ص ص 47-48.

وكذلك بالنسبة لزراعة اليد

لقد تمكن الأطباء الفرنسيون من نقل يد بأكملها وتحت هذه العملية ونجح كذلك الأطباء المصريون في زراعة كف يد بأكملها.

ويتضح لنا مما سبق أن جميع أعضاء الإنسان تقليل النقل والزرع – ماعدا مخه – وإن كان ببعض الأعضاء قد لاقت نجاحا هائلا، والبعض الآخر العكس أو نقول أثبت نجاحا محدودا فإن ذلك لا يقلل من إمكانية نقل جميع أعضاء الانسان حتى ولو كان في المستقبل القريب.(*)

المطلب الثاني: تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء عن باقي العمليات الطبية

لتحديد المفهوم الدقيق والواضح لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يستلزم تميزها عن باقي العمليات الطيبة التي كشفتها التطورات الطبية والعلمية الحديثة، وهذه العمليات تتعدد وتتنوع إلا أن أهمها هي عملية التلقيح الاصطناعي والاستنساخ وعملية نقل الدم.

الفرع الأول: تميز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن عملية التلقيح الاصطناعي

إن العقم مرض يصيب الزوج أو الزوجة على حد سواء، وهناك أساليب لمعالجته في الحالتين مثل استخدام الأدوية الطبية أو العمليات الجراحية، وقد تفشل بل ويمكن أن ترتب خطورة تهدد سلامة جسم الزوج أو الزوجة، ولذلك يلجأ إلى أسلوب التلقيح الاصطناعي عن طريق استخراج الحيوانات المنوية من الزوج واختيار الصالح منها والعمل على إدخالها في قناة فالوب للزوجة، أو عن طريق انتزاع بويضة صالحة للإخصاب من مبيض امرأة ثم تلقح بمني الزوج، وتوضع في أنبوبة مهيأة حتى تتم عملية الإخصاب فتتكون النطفة الملقحة وتزرع بعد ذلك في رحم الزوجة.(1)

---

* رغم العمليات المتعددة لزرع الأعضاء إلا أنه لم يجرؤ أحد من المختصين حتى يومنا هذا على الجزم بإمكانية نقل دماغ إنسان إلى إنسان آخر نظرا للصعوبة التي تواجهها أثناء هذه العملية، لأنه من المبادئ علم زراعة الأعضاء أن العضو الذي ينقل للزراعة لابد أن يكون عضوا سليما لنقله مكان عضو آخر وأن استئصال مخ سليم من شخص ما هو قتل له، ينظر ياسر حسين بهنس، مرجع سابق، ص 49.

1 نبيلة قوجيل، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبي "أعمال الطبيب"، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005/2004، ص 65.

وينقسم التلقيح الصناعي إلى قسمين، التلقيح الصناعي الخارجي والتلقيح الصناعي الداخلي ولكل منهم صور،[1] والتلقيح الصناعي قد يكون إما من قبل الزوج إلى زوجته مباشرة، وإما أن يتم من قبل الغير عند عدم قدرة الزوج على الإنجاب.[2]

أما بالنسبة لموقف القانون الجزائري ففيما يخص مسألة الزواج فهو الوسيلة الطبيعية للإنجاب وهو أساس النظام الاجتماعي حسب مفهوم المادة 04 من قانون الأسرة لذلك يشترط في التلقيح الصناعي وقوعه ضمن الرابطة الصحيحة بحيث يمكن تشبيهه بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج والزوجة إلا أنه لا يحول دون البحث في مدى إخلال هدف العملية بإنجاب الزوجين والمحافظة على الأنساب الواردة في المادة 40 ففي شقها الأخير "الزواج من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصاب الزوجين والمحافظة على الإنجاب".[3]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة المادة 45 كمحرر إجازة للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وفق الشروط المنصوص عليها في هذه المادة وهي أن يكون الزواج برضا الزوجين، أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة ورحم الزوجة وكذلك أشار ألا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.[4]

وعليه نستنتج أن عملية التلقيح الاصطناعي داخل رحم المرأة أو خارجه فهي عملية جائزة شرعاً وقانوناً ومنظمة وفق شروط، ولكنها ليست من باب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وذلك لمخالفة الوضع المألوف لعملية التلقيح الاصطناعي عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء من حيث الشروط أو من ناحية التنظيم فهم يختلفان تماما عن بعضهما.[5]

---

[1] عارف علي عارف القرهداغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، نشر من قبل الجامعة الإسلامية العالمية للمجلات، 2011، ص 175.

[2] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 399.

[3] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 03 يوليو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[4] ينظر المادة 45 مكرر من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

[5] محمد يحي مطر، الجهود الدولية في مكافح الإتجار بالبشر، ط 01، المجمع الإسلامي الفقهي، الرياض، السعودية، 2010، ص 485.

الفرع الثاني: تميز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن عملية الاستنساخ البشري

تعريف الاستنساخ: "هو عبارة عن اخذ خلية جسدية بالغة متخصصة في عضو معين وتحويلها إلى خلية جينية غير متخصصة وتقوم بتعطيل نشاط الخلية البالغة لفترة معينة".[1]

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فإن قوله تعالى: **"يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ضُرِبَ مَثَلٌ فَٱسْتَمِعُواْ لَهُۥٓ إِنَّ ٱلَّذِينَ تَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ لَن يَخْلُقُواْ ذُبَابًا وَلَوِ ٱجْتَمَعُواْ لَهُۥ"** {سورة الحج، الآية 73}. ومن اجتمع علماء الشريعة لتحريم هذه العملية باعتبار أن الاستنساخ يمس بخصوصية وكيان الكيان البشري.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص أبدا في جل قوانينه على الاستنساخ البشري ولم يحدد أي شيء بهذا الشأن.

ومنه فإنه لا يمكن اعتبار عملية الاستنساخ ضمن القوانين الخاصة بعمليات نقل الأعضاء وذلك راجع للاختلاف الكبير بين العمليتين وكذلك راجع للأهداف والأغراض المتعددة التي تقوم عليها عملي الاستنساخ البشري، ونتيجة لانتهاكها حرمة الحياة الخاصة للإنسان وأيضا يجدر الإشارة إلى أن عمليات الاستنساخ البشري تتعارض بشكل كبير مع القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة.[*]

الفرع الثالث: تميز عملية نقل الأعضاء البشرية عن عملية نقل الدم

تعتبر أول عملية لنقل دم بشرية موثقة بشكل كامل قام بها جان باتيست دينيس في 15 يونيو 1667 حيث قام بنقل دم خروف إلى فتى في الخامسة عشر من عمره.

تعريف نقل الدم: إن نقل الدم جزء أساسي من رعاية المرضى. وعندما تتم عمليات نقل الدم على النحو الصحيح فإنها تنقذ الأرواح وتحسّن الصحة. بيد أن عملية نقل الدم تنطوي على خطر التسبب في مضاعفات حادة أو لاحقة وفي الإصابة بحالات العدوى عن طريق نقل الدم، وينبغي عدم تقرير اللجوء إلى عمليات نقل الدم إلا لعلاج الحالات المرضية التي ترتبط

[1] مفتاح سليم سعد، الاستنساخ بين الإباحة والحظر، مقال منشور بمركز الإعلام الأمني، أفريل 2010، ص 05.

[*] بالرجوع إلى قانون الأسرة م 40 نجدها تنص على انه يثبت الزواج بالنسب الصحيح وبالإقرار ولهذا قد قام المشرع بحظر الاستنساخ لأنه يتعارض مع مبادئ قانون الأسرة باعتبار أن هذه المبادئ مستمدة من الشريعة الإسلامية.

بمعدلات كبيرة من المرضى أو الوفاة والتي لا يتسنى توقيها أو التدبير العلاجي لها بنجاعة بوسائل أخرى.[1]

ويقصد أيضا بعملية نقل الدم استخراج كمية محددة من السائل الدموي من شخص سليم ونقله إلى وريد شخص مريض بقصد العلاج.[2] وتتعدد الحالات لنقل الدم فقد تكون نقل الدم كاملا أو نقل الكريات الحمراء أو البيضاء أو نقل البلازما أو نقل الأجزاء المخثرة وبالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية فقد أجازت نقل الدم بغرض العلاج لقوله تعالى: **"وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ"** {سورة الأنعام، الآية 119} وذلك يكون تحت حالة الضرورة نتيجة لحالة المرض فأجاز التداوي بنقل الدم باعتباره المصدر الوحيد للدم هو الجسم البشري.

كذلك إن المشرع الجزائري أجاز عملية نقل الدم وقام بتنظيمها وفقا لقوانين ومراسيم خاصة فمن شروط عملية نقل الدم وجود شخصين الأول يسحب مه الدم بقصد إعطائه للمريض وهو المتبرع، والثاني مريض يحتاج إلى عملية نقل الدم يعوض النقص الذي أصابه وهو المتبرع له، وعلى هذا الأساس تم عملية نقل الدم بمرحلتين هما المرحلة الأولى التبرع بالدم، والمرحلة الثانية مرحلة نقله ولكل مرحلة منهم شروطها الخاصة.[3]

وقد استقرت التشريعات التي نمت عمليات نقل الدم على شرطين أساسيين هما ضرورة الحصول على رضا المتبرع، وثانيا أن يكون التبرع بدون مقابل، وحتى يكون المتبرع بدمه رضا صحيح لابد أن يكون المتبرع بحالة عقلية وجسمية تمكنه من أن يعبر عن إرادته بصورة صحيحة ولا يجوز للطبيب سحب الدم دون رضاه.[4]

وبخصوص مراكز نقل الدم فقد أوكل القانون مهمة جمع وحفظ الدم إليها في سبيل حصول المريض على دم سليم خال من الأمراض وبالرجوع للقرار الوزاري المتضمن إنشاء

---

[1] Blood Transfusion Safety, Department of Essential Health Technologies, World Health Organization, Switzerland, page 01.

[2] محمد جلال حسن الأتروش، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 26.

[3] برابح يمينة، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، سنة 2016، ص 148.

[4] المقال نفسه، ص 149.

وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم[1] فإن هاته المراكز تلحق القطاع الصحي بما فيها المؤسسات الاستشفائية العامة والخاصة وهي تحت وصاية الوكالة الوطنية للدم.[2]

وعليه نستخلص من كل القوانين والتنظيمات التي تنظم عملية نقل الدم أنها تختلف اختلاف واسع عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية خصوصا عملية نقل الدم تقوم من سحب الدم أما عملية نزع وزرع الأعضاء تقوم عن طريق استئصال العضو.

[1] القرار الوزاري رقم 198، الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006، المتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 09 أفريل 1995، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، عدد 21.

المبحث الثاني: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

إذا كان استئصال الأعضاء البشرية يتعارض مع مبدأ جسد الإنسان مما يترتب المساس الفعلي بحجمه وجثته، ويحقق النموذج الحقيقي للاعتداء على الحق في السلامة البدنية ضمن اللازم البحث عن الأسس الفقهية والقانونية لمشروعية نق وزرع الأعضاء البشرية ومن هذا العدد خصص (المطلب الأول) للأسس الفقهية والقانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية أما (المطلب الثاني) فخصص للضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: الأسس الفقهية والقانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

لا شك أن مبدأ الحفاظ على الإنسان هو مقصد الشرائع السماوية وكذلك التشريعات الوضعية، ولكي يمارس الإنسان حياته في صورتها المثلى لابد أن يحاط جسده بسياج يحفظه ويمكنه من ممارسة وظائفه دون أي خلل، وقد جاءت أحكام الشرائع السماوية وبالأخص الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة إلا وكانت فيه مصلحة حقيقية للإنسان[1] ومنه تبين موقف الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى من عملية نق وزرع الأعضاء في (الفرع الأول) تحت عنوان مشروعية نق وزرع الأعضاء في الشرائع السماوية، وكذلك في إطار اختلاف النظريات وتعددت الآراء بين جواز نق وزرع الأعضاء وعدم جواز هذه العمليات وهاته النظريات تنحصر في نظرية السبب المشروع ونظرية الضرورة وكذلك نظرية المصلحة الاجتماعية وسنتناول هذه النظريات من خلال (الفرع الثاني) المعنون بالاتجاهات الفقهية المختلفة حول أساس مشروعية نق وزرع الأعضاء البشرية أما (الفرع الثالث) تخصص للأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء.

الفرع الأول: مشروعية نقل وزرع الأعضاء في الشرائع السماوية

إن من أهم أهداف الشرائع السماوية هو الحفاظ على الانسان وحمايته وحماية حقوقه ولذلك جاءت أحكام الشرائع الدينية للحفاظ عليها سواء كان ذلك بالنسبة للشريعة الإسلامية التي اختلف فيها الفقه الإسلامي وانقسموا إلى رأيين الأول يبيح والآخر يحظر ولذلك نتطرق

[1] سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 25.

إلى الرأيان وأدلتهما وكذلك تبيين موقف الشرائع الدينية الأخرى سواء بالنسبة للشريعة المسيحية أو الشريعة اليهودية.

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء البشرية

بداية نشير أنه في الأصل لا توجد نصوص شرعية مباشرة تتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء، لأنه لم يكن العمل الطبي مطروحا في ذلك الوقت، وكما سبقنا القول فإن هدف الشريعة الإسلامية المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والعرض والنسل، وقد انقسم الفقه الشرعي في مدى إباحة نقل وزرع الأعضاء، فقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز هذه العمليات بينما ذهب رأي آخر إلى إباحتها.

1. عدم جواز نقل عضو من إنسان حي أو ميت إلى إنسان حي آخر: هناك شعور لدى الكثيرين باحترام جثث الموتى إلى الحد الذي وضعه البعض بتقديس الموتى،[1] ويعتبر أصحاب هذا الرأي أي مساس بجثث الموتى يؤثر على صاحبها عند الخالق، ومن ثم لا يجوز المساس بها، وعليه فإن استقطاع عضو بشري من ميت غير جائز ويقف ذلك ضد عملية نقل وزرع الأعضاء، ويذهب أصحاب هذا الرأي أن الإسلام عندما شرع التداوي وسمح بالاستعانة بأهل الخبرة فإنه ألزمهم بعدم تخطي حدود الوسائل المشروعة حتى لا ينجرفوا إلى المحظور والاستهتار بما كرمه الله تعالى، كما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الإنسان لا يملك جسده حيا أو ميتا، وإنما هو ملك خالص لله وليس له أن يتصرف في هذا الجسد في حياته أو مماته فإذا كان قتل مسلم يقر حق أمر لا يحتمل الإباحة فإن قطع عضو من أعضائه لا يكون مباحا كذلك.[2]

1.أ. أسانيد هذا الرأي في القرآن الكريم

قال تعالى: **"وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ"** {سورة البقرة، الآية 195}

يرى المانعون أن الإنسان وإن كان متسلطا على نفسه إلا أنه ليس له حق قطع عفو من أعضائه، فهو أمين على جسده ومطلوب الحفاظ عليه، وقد نهانا الله تعالى في هذه الآية أن نلقي أنفسنا إلى التهلكة فالنص عام إلى كل ما يؤدي إلى الهلاك وجب عليه الابتعاد عنه.

قال تعالى: **"وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ عُدْوَٰنًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًاۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا ﴿٣٠﴾"** { سورة النساء، الآية 29-30} حيث

[1] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 80.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 190-191.

يرى المانعون معنى هذه الآية أن الإنسان منهي عن قتل نفسه أو غيره وقد توعد الله من يفعل ذلك بعقاب محتوم وهو الخلود في النار.

قال تعالى: "لَأَمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِۚ" {سورة النساء، الآية 119}. وقال أيضا: "وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ" {سورة المائدة، الآية 45}

حيث نستخلص من الآية الأولى أن المانعون استندوا عليها لأن الشيطان قد رفض السجود لآدم ولما أخرجه الله تعالى من الجنة قال الله تعالى أنه يوسوس لبني آدم ويجعلهم يستأمرون بأمره، ويجعلهم يغيرون من خلق الله تعالى وعمليات نقل وزرع الأعضاء هي نوع من التغيير، أما بالنسبة للآية الثانية فالمانعون يرون أن الله قد أعطى للجوارح حرمة وكل تعدٍّ عليها يقابله التزام بالمثل.[1]

1.ب. أسانيد هذا الرأي في السنة الشريفة

روت أسماء بنت أبي بكر ﷺ قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺفقالت: "يا رسول الله إن لي ابنة عريسا أصابتها الحصبة فتمزق شعرها أفأصله؟" قال رسولنا الكريم: "لعن الله الواصلة والمستوصلة".[2]

قالت السيدة عائشة ﷺ قال رسولنا الكريم: "كسر عظم الميت ككسر عظام الحي في الإثم".[3]

حيث يرى المانعون أن تكريم الحي يماثل تكريم الميت، فلا يجوز التمثيل بجسد الميت، ولا يجوز الاحتجاج بتفضيل مصلحة الحي على الميت.

2. جواز نقل عضو من إنسان حي أو ميت إلى إنسان حي آخر

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الشريعة الإسلامية تنظر إلى عمليات نقل وزرع الأعضاء على أنها عمل مركب يجمع بين مصالح متعددة في إطار واحد يتعلق بحقوق الفرد وحقوق الله تعالى، وقد تطلبت مراعاة لهذه الحقوق توافر عدة ضمانات ترجع في مجملها إلى

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 196.

[2] رواه البخاري في صحيحه.

[3] رواه إبن ماجه في سننه.

الرضا والباحث عليه ومدى تضحية المرض عنها، ويقال أن عمر بن الخطاب ﷺ قال في بعض القضايا لبعض الصحابة: شيء ينفع أخاك ولا يضرك فلماذا تمنعه.[1]

2.أ. أسانيد هذا الرأي في القرآن الكريم

قال تعالى: "فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴿١١٥﴾" {سورة النحل، الآية 115}

فيرى المجيزون أن الآية قد استثنت حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها، فالإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر لأن حياته مهددة بالخطر.

قال تعالى: "وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ" {سورة الأنعام، الآية 119}

بالرغم من المحرمات التي حددها الله تعالى في قرآنه الكريم فإن الشريعة الإسلامية فإنها لا ترفض القيام ببعض الأفعال في حالة الاضطرار.

قال تعالى: "يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ" {سورة البقرة، الآية 185}

وهذه الآية واضحة في مقصدها فهي عنوان لسماحة الله وحبه لعباده فيسر عليهم أمور دينهم ودنياهم، وتضع أمامهم كل سبل الحياة.

2.ب. أسانيد هذا الرأي في السنة الشريفة

يقول رسولنا الكريم ﷺ: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا"، ويقول أيضا: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كالجسد الواحد"، وعن قتيبة بن سعد أن الرسول ﷺ قال: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم من كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربه من كرب يوم القيامة ومن شر مسلما شره الله يوم القيامة".[2]

حيث يرى المجيزون أن التراحم والتواد بين المؤمنين يجيز أن تأخذ من هذا الصلح به ذلك فمن أعظم خصال العبد مساعدة أخيه والتفريج عنه.[3]

عن أبي هريرة قال رسولنا الكريم: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء".[4]

---

[1] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 136.

[2] رواه مسلم في صحيحه.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 238.

[4] رواه البخاري في صحيحه.

والحديث الشريف لم يحدد كيفية الشفاء فهل يكون الشفاء بأخذ العلاج والتداوي به، أو بالدعاء والاستغفار، إلا أن كل ما على الإنسان العمل بأسباب العلاج.

إن عملية نقل وزرع الأعضاء من مسلم إلى مسلم أمر لا منازع فيه أما التساؤل قد ثار حول مشروعية نقل الأعضاء من غير المسلم إلى غير المسلم.

فبالنسبة لهذه الحالة ليس هناك خلاف بين القائلين بجواز المعالجة عن طريق نقل الأعضاء من غير المسلم إلا أن هناك شروطا وضوابط يجب توافرها وذلك لأن الكافر لا يؤثر في العضو، ومنه جاز استئجار الكافر لإرضاع طفل مسلم.[1]

ثانيا: موقف الشرائع السماوية الأخرى عن عمليات نقل وزرع الأعضاء

1. موقف الشريعة المسيحية

تعرض علماء الدين المسيحي لمدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية، وانقسموا فيما بينهم إلى مؤيد ومعارض، وإن غلب عليهم تأييد نقل الأعضاء البشرية.[2] فالبنسبة للمعارضون لمشروعية نقل الأعضاء من علماء الديانة المسيحية فلم تطرح أقوال معارضة من قبيل رجال الدين المسيحي سوى قلال البابا يوس السابع "أن الإنسان ليس السر المطلق لجسمه فهو مجرد منتهج به" ويفهم من قوله عدم إباحة التصرف في أعضاء جسد الإنسان.[3]

أما المجيزية فأعلن البابا جان بول الأول بمناسبة انعقاد مؤتمر لنقل الأعضاء البشرية بمدينة روما الإيطالية بتاريخ 1987/09/06 أي أن مشكلة خاصة بنقل الأعضاء يجب أن تحل في إطار من الاحترام الواجب للشخص وأقاربه، وسواء في ذلك المتبرع أو المستفيد، دون إغفال الاحترام الواجب بجسم الإنسان أو جثته.[4]

فالديانة المسيحية لا ترى في التبرع بالأعضاء البشرية أي عيشا بالجسد أو إتلافا له أو خدشا لكرامته، فإتلاف الجسد يكون بالخطيئة وبالعادات الرديئة وبإهمال القواعد الصحية، أما التبرع بالأعضاء فهو عمل نبيل من التضحية ويرفع من كرامة الإنسان.[5]

---

[1] لمزيد من التفصيل عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، الرياض، السعودية، 2009، ص 252.

[2] أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الانسان في التصرف في أعضائه، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 112.

[3] نفس المرجع، ص 113.

[4] أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 114.

[5] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 239.

2. موقف الشريعة اليهودية

لم يرد في التربية اليهودية أي حديث عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كغيرها من الشرائع لحداثة هذا العمل الطبي، فقد جاء في قول أحد كبار الرهبان اليهود أن هناك مبدأين من مبادئ الديانة اليهودية هما: عدم المساس بجثة المتوفى، عدم جواز الحصول على منفعة من الجثة، باعتبار أن التبرع بالأعضاء البشرية حسب الشريعة اليهودية يمنح المتوفى المتبرع وأبناء عائلته الفضل الكبير في الآخرة والدنيا على حد سواء والتبرع بالأعضاء يطوي في ثناياه فريضة عليا وهي إنقاذ الحياة، وقد سنت الكنيسة في إسرائيل قانون زرع الأعضاء عام 2008 حيث تضمن النص على خطر الاتجار والتوسط في مجال نق وزرع الأعضاء البشرية ويحرم المتاجرة بها، ونص على عقوبات جنائية على من يقوم بهذه الجرائم.[1]

الفرع الثاني: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفقه القانوني

اختلف الفقه في الأساس القانوني لتبرير مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، فيرتكز بعضهم على نظرية السبب المشروع بينما استند البعض إلى نظرية الضرورة، في حين استند رأي آخر إلى نظرية المصلحة الاجتماعية كلها اتجاهات فقهية حول أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء، باعتبار أن الحق في سلامة الجسد مصلحة فردية يحميها القانون في ظل أن يبقى جسم الإنسان مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية، وأن يحتفظ بتكامله الجسدي.[2]

أولا: نظرية السبب المشروع

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التحول من عدم مشروعية المحل إلى مشروعية السبب، حيث يؤسون فكرة إباحة التصرف في جسم الإنسان ما دام السبب مشروعا، ويكون السب مشروعا متى كان الهدف تحقيق المصلحة العلاجية للغير.

ويقصد بالسبب هو الباعث الدافع للتعاقد فيجب البحث عن الهدف من التصرف ودوافع الأطراف للتصرف، فلا يجوز الحكم على التصرف بأنه غير مشروع لمجرد أنه يتعلق بجسم الإنسان ويذهب أيضا أنصار هذه النظرية أن الاتفاقيات الواردة على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير حيث

[1] أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 115.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 134.

يكون سبب الاتفاقيات المشروعة إذا كانت تستهدف تفادي قدر كبير ومن ثم فإن الفقه يرى أن التصرف يكون مشروعا متى كان السبب أو الهدف منه المساس بالجسم من خلال تحقيق مصلحة علاجية للمريض.(*)

ويذهب فريق آخر إلى أن السبب المشروع يرتبط برضاء المعطي فهذا الرضاء قد أعطي المشروعية الكاملة للفصل لأن الطبيب قد استند على رضاء المعطي ليقوم بنقل عضو من أعضائه للمريض فقد اجتمعت المصلحة والسبب المشروع مع رضاء المعطي ليبيح التصرف.

النقد

وقد وجه النقد لهذه النظرية يتمثل في عدم انضباط المعيار بالقدر اللازم حيث أنها تتناول السبب المشروع الذي يبيح التصرف، ومن ثم فهي تقوم على الموازنة بين مصلحة المريض في العلاج ومصلحة المانح في الحفاظ على جسده، وبالرغم من وجود السبب المشروع فإنه وجد أشياء أخرى مثل نظرية الضرورة، ورضاء المعطي الحقيقي وليس من المعقول أن تسمح برضاء شخص في التنازل عن قلبه لشخص آخر.[1]

كما يرى البعض أنه لا يجوز قياس المساس بجسم الإنسان على بعض صور التعامل في حقوق شخصية كالحضانة والتعليم وهو قياس مع الفارق لأنه الحقوق اللصيقة بالشخصية ليست جميعها على مستوى واحد من حيث إمكانية التصرف فيها فجسد الإنسان ليس يقينا كالحضانة أو التعليم ومن المفروض في مسألة تقدير الهدف أو الباحث الموازنة بين ما يلحق المعطي من قدر وما يصيب الآخذ من فائدة.(*)

ثانيا: نظرية الضرورة

تعرف حالة الضرورة بأنها عملية موازنة بين ضرر وخطر يرجح أحدهما على الآخر بحسب جسامته بحيث يرتكب القدر الأخف بفرض دفع القدر الأكبر أو الأخطر.[2]

---

* يضيف أصحاب هذا الرأي أن الأصل هو عدم جواز المساس بالجسم وهذا الأصل يستهدف خطر المساس المقيد دون الضار والعمليات الجراحية يقصد بها العلاج من ثم يجب النظر للعمل في ذاته وهو ما يسعى إليه من هدف، ينظر محمود نجيب حسن، نفس المرجع، ص ص 536-537.

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 140.

* قد حاول أنصار هذه النظرية إقامة الموازنة على أساس استلزام الضرورة، وأن يكون الاستئصال هو الوسيلة الاحتياطية الأخيرة ومن ثم فقد أحدثوا تداخل مع النظريات الأخرى، ينظر خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 546.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 142.

وعرفها البعض الآخر بأنها ظروف تحيط بالشخص وتدفعه إلى التقاء قدر يهدده هو أو غيره.[1]

كما تعرف أيضا موقف الشخص الذي لا يجد أمامه وسيلة للحفاظ على مصلحة أساسية سوى ارتكاب فعل يمنعه القانون الجنائي.[2]

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه أن حالة الضرورة هي الأساس القانوني لشرعية التصرف في الأعضاء البشرية، فتقوم حالة الضرورة على الوازنة بين المخاطر ومنه الموازنة محكومة ليس فقط بمجرد الموازنة العادية في الأعمال الطبية بين المخاطر التي يتعرض لها المريض والآمال في الشفاء بل تلك الموازنة تكون بين أكثر من شخص.

ولهذا فإنه وفقا لهذه النظرية يمكن أن تبرر استئصال عضو شرط أن تكون الشروط التي حددها القانون مجملة، والتي تتمثل في خطورة الفصل هذا من جهة ومن جهة أخرى حالته بالنسبة لدفع القدر الأكبر الذي يلحق بالشخص المتنازل له فحالة الضرورة هي الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر وذلك بإحداث قدر أقل، فإذا توافرت شروطها فلا مسؤولية على القائم بها لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.[3]

ويرى الفقه أن اعتبار حالة الضرورة أساسا قانونيا لعمليات زرع الأعضاء البشرية يجب أن تتوافر معها عدة شروط وهي:[4]

- يجب أن يكون هناك خطر محدق بالمريض، ويكون عدم زرع العضو الجديد من شأنه أن يؤدي إلى الوفاة؛
- أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من القدر الذي وقع؛
- أن استقطاع العضو هو الوسيلة الوحيدة والأخيرة التي يمكن اللجوء إليها لإنقاذ المريض؛
- يجب ألا ينفرد طبيب واحد باتخاذ تلك القرارات.

[1] حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د.ط، مطبعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1975، ص 46.

[2] نفس المرجع، ص 47.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 147-148.

[4] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 77.

النقد

وتعرضت هاته النظرية للنقد بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء وذلك لأن حالة الضرورة ولو توافرت شروطها بالنسبة للمريض فهي لا تتوافر بالنسبة للمعطي الذي يستأصل جزء من جسده، لأن انطباق الاكراه المعنوي يفترض أن الخطر جسيم حال بالنفس لابد للمكره في حلوله، فالطبيب الذي أجرى عملية نقل وزرع العضو لم يكن يقع تحت تأثير إكراه معنوي، ومن ثم كان متمتعا بحرية اختياره أي مدركا بأن ذلك سوف يلاحق أضرارا بالغير.[1]

ومن بين النقد الذي وجه لنظرية الضرورة هو أن الطبيب الذي يقوم بالعملية قد يرى في حالة مريض مصاب في حالة حرجة أن من واجبه إنقاذه، ولو قام بانتزاع كليته من شخص سليم، فلا شك أن الخطر ولو كان حالا بالنسبة لشخص المريض فهو ليس كذلك بالنسبة للمعطي فلا تكون النتيجة هي دفع الخطر بإيقاع ضرر على شخص آخر.[2]

ثالثا: نظرية المصلحة الاجتماعية

تعرف المصلحة الاجتماعية بأنها مجموعة من الالتزامات يضعها المجتمع على عاتق كل فرد من أفراده، وهذه الالتزامات متعددة وهي تمثل بالنسبة لكل فرد مساهمته في الحفاظ على كيان المجتمع، ثم مساهمته في ازدهاره.[3]

تقوم نظرية المصلحة الاجتماعية على فكرة التضامن والإيثار وهي فكرة مرنة تختلف من مكان إلى آخر فليس لها ضابط محدد لأنها تقوم على مجموعة من المبادئ تستمد من الدين أو القانون أو التقاليد ...، وتهدف نظرية المصلحة الاجتماعية إلى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بأعباء وظائفهم الاجتماعية تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع.[4]

حيث ذهب الاتجاه المؤيد لهذه النظرية إلى فكرة أن حق الانسان في سلامة جسمه له جانب اجتماعي وهو: حق المجتمع ذاته على الانسان ومن ثم فإن تلك الحقوق تكمل بعضها ولا يستطيع الفرد أن يقوم كل فرد بوظيفته الاجتماعية وهذه الوظيفة تلقى على عاتقه مجموعة من الواجبات وهذ الواجبات يقابلها بطبيعة الحال حق المجتمع في اقتضائها، ولا يستطيع الفرد

---

[1] حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 62.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 154.

[3] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 458.

[4] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 460.

أن يقوم بها إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة، وكل اعتداء يمس هذا الحق يقلل في الوقت من مقدرة صاحبه على القيام بوظيفته، ويمس تبعا لذلك المزايا التي يحق للمجتمع أن يقتضيها فيه، وعلى هذا النحو حق المجتمع فيها.[1]

ويعني ذلك أنه إذا كان استئصال العضو لن يترتب عليه تهديد للوظيفة الاجتماعية للجسم أو يترتب عليه مساس محدود فإنه لا مانع من الاستئصال، لأن هذا الفعل يترتب عليه زيادة النفع الاجتماعي وذلك عن طريق إنقاذ حياة شخص آخر كان سيفقده المجتمع.

وقد اعتبر الفقه في نظرية الرضا المقترن بالمنفعة الاجتماعية ضالته المنشودة، وقد أصبح أساس المشروعية يقوم على عنصرين:

1. الرضا الصادر من المانح.
2. المنفعة الاجتماعية.

ولكي تتحقق المنفعة الاجتماعية يجب أن تكوون تلك العملية هي الوسيلة العلاجية الوحيدة، ولا توجد وسيلة أخرى، ويجب ألا يؤدي انتزاع العضو من المانح إلى انتقاص دائم وجسيم في صحة المانح ولكن يجب أن يكون ما يلحقه من ضرر أقل مما يصيبه المتلقي من ضرر أو على الأقل تكون الحالة الصحية لكليهما بعد إجراء العملية متعادلة.[2]

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه عمليات نقل وزراعة الأعضاء حدثا يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية، فهو حادث اجتماعي جليل يعد تعبيرا صادقا عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد فإنقاذ حياة شخص ما أو السعي إلى شفائه من مرض، وذلك بمنحه جزء من جسد شخص آخر أمرا مقبولا اجتماعيا بل جدير بالإشادة والتأييد.[3]

النقد

وقد ذهب البعض في نقده لتلك النظرية بأن الوظيفة الاجتماعية لا تصلح أن تكون مناطا يبنى عليه الأحكام، ففكرة المنفعة الاجتماعية يشوبها الكثير من الغموض وغير قابلة للقياس المنضبط، كما ذهب البعض الآخر في نقده إباحة فكرة التضامن الإنساني بوصفها أنها تعتبر فكرة غامضة وخطرة، وتؤدي إلى شيوع في الصحة العامة ولاسيما في النظم

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 160.

[2] المرجع نفسه، ص 165.

[3] حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 62.

الاستبدادية، وأن ما قيل عن النفع الاجتماعي فهو قول مرفوض لأنه يتجاهل التقدير الشخصي الذي يجب أن يحمله كل لذاته، فالإنقاذ وإن كان واجبا على المجتمع فهو غير محدد بشخص بعينه ولن يكون برضاء من يوافق عليه.[1]

وتعد فكرة المنفعة الاجتماعية فكرة واسعة يصعب تحديدها، لأن الأمر يختلف فيها من حالة إلى أخرى فلا يمكن الجزم بتحسن المريض لن صحة الإنسان تتأثر بعوامل وظروف مختلفة.[2]

الفرع الثالث: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يمكن تحديد موقف التشريعات الوضعية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال تحديد موقفها التنظيمي منها، باعتبار أن المسألة تنطلق أساسا بمبدأ حرمة جسم الإنسان وعليه سنتطرق إلى موقف التشريعات القانونية لبعض الدول عن مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية وصولا أخيرا لموقف المشرع الجزائري.

أولا: المشرع الفرنسي

يعتبر التشريع الفرنسي من أهم التشريعات التي نظمت مسألة عمليات نقل وزرع الأعضاء تنظيما محكما ومتكاملا، فقد أصدر القانون رقم 1181 لسنة 1976 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء وقد أجاز هذا النوع صراحة على مستوى المادتين (01-02) منه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، ونقل الأعضاء البشرية من الموتى، غير أنه قيدها بجملة من الشروط القانونية، فوضع أن يكون أساس هذه العمليات هو التبرع، وأن يكون الغرض منها علاجي.[3] ويلاحظ على التشريع الفرنسي أنه تناول الأحكام المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء بصفة عامة دون تحديد لأعضاء معينة تصلح لأن تكون محلا للزرع.

---

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 167.

[2] قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 37.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص ص 36-37.

وفي سنة 1994 صدر قانون رقم 94-654 المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية واستعمالها، ومن خلاله بين المشرع الفرنسي الاحكام العامة في التصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء، ومد هوية المستفيد من هذا التبرع قانوناً.[1]

ثانيا: المشرع الإيطالي

يجيز المشرع الإيطالي من بين التشريعات التي نظمت عملية نقل وزرع الأعضاء بصورة جزئية وذلك من خلال إعطاء الأحكام العامة فيما يتعلق بالتصرف بعضو معين، فقد صدر في 1967 قانون رقم 67-458 المتضمن عمليات استئصال الكلية وزرعها وفيه نص المشرع صراحة على بطلان كل تصرف قانوني يكون محله التصرف بالأعضاء الشرعية، إذا كان مقابل مبلغ مالي، كما حصر هاته العمليات بين الوالدين والإخوة والأخوات للمريض مع توافر الشروط الطبية.[2]

ثالثا: المشرع الأردني

من بين التشريعات التي وضعت في تنظيم مسألة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية قانونا تنظيميا متكاملا، فقد صدر عنه سنة 1977، القانون رقم 77-23، المتضمن قانون الانتفاع بأعضاء جسم الانسان، وقد حدد المشرع الأردني في الأعضاء البشرية التي يمكن نقلها، فميز بين الأعضاء الأساسية للحياة وبين الأعضاء الأخرى، فمنع نقل العضو الأساسي للحياة إذا كان مؤدي إلى الوفاة، كما قد أخضع المشرع الأردني لجملة من الشروط أو الضوابط القانونية التي يعد عدم مراعاتها سبباً لقيام للمسؤولية القانونية للتصرف في الأعضاء البشرية.[3]

رابعا: المشرع المصري

يعتبر المشرع المصري من بين التشريعات التي لم ترصد للمسألة تنظيما شاملا لمسألة نقل الأعضاء البشرية وزرعها حيث لم يورد سوى بعص التطبيقات القانونية المتفرقة والمتعلقة بعناصر خاصة، كالقرار الوزاري رقم 62-103 والخاص بإنشاء بنك العيون القانون رقم 62-102 الذي يسمح بنقل قرنيات العيون، وقد سكت المشرع المصري عن باقي الأعضاء البشرية مما أثار جدلا فقهيا حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية وزرعها في القانون المصري على اعتبار أن الأمر غير قابل للقياس، فالقياس محظور في القانون الجنائي وانقسم الرأي الفقهي

---

[1] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص ص 86-87.

[2] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 116.

[3] حسن عودة زعال، مرجع سابق، ص 41.

في مصر إلى مجموعتين الأولى ذهبت مشروعية نقل الأعضاء البشرية وزرعها، وإن كانوا قد اختلفوا في أساس الإباحة، أما المجموعة الثانية فقد ذهبت إلى القول بأنه لا مجال لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية إلا بموجب نص قانوني واضح وصريح يجيز المسألة وينظم أحكامها، ويحدد الجزاءات القانونية المتعلقة بها في حالة مخالفة النص القانوني المتعلق بها، وإلا أصبح الأمر فوضويا ولا يخضع لأي نوع من التنظيم أو الحماية مما قد يهدر حق الفرد في سلامته البدنية وحرمة الجسد.[1]

خامسا: المشرع الجزائري

يعتبر المشرع الجزائري من بين التشريعات التي تناولت تنظيم الأحكام القانونية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصورة شاملة فبعد أن شملت لجنة الاقتناء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى إلى البيان الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية، صدر عنها بيان في 20 أفريل 1972 يتعلق أساسا بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الأموات ومن بين ما جاء فيها:[2]

- إن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها ومن أغراض الشريعة الإسلامية حفظ الأنفس... ويشهد على ذلك قوله تعالى: "**مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا**" {سورة المائدة، الآية 32}
- حيث أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه عن تطوع واختيار منه دون أن يخاف ضررا أو هلاكا كما هو الحال في نقل الدم أو الكلية فإنه من باب الإحسان ...

وفي الأخير جاء في فحوى البيان الخاتمة وقد جاء فيها في حالة نقل الدم ونقل عضو من حي لابد من التأكد من أن ذلك تم برضا تام من المنقول منه، وأن هذا النقل لا يلحق به أي ضرر أو يتسبب في هلاكه ...

أما بالنسبة للأساس القانوني لإباحة التصرف في الأعضاء البشرية فلقد صدر عن المشرع في 16 فيفري 1985 القانون رقم 85-05 المتعلق بالصحة وترقيتها وقد تناول أحكام لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الأموات الذي عدل بقانون 18-11 المتعلق

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 51.

[2] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 126.

بالصحة في المواد 355 إلى 367 في القسم الأول المعنون بأحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في الفصل الرابع المعنون بالبيوأخلاقيات.[1]

وفي المطلب الآتي يكون تفصيل دقيق للضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء في ظل هذا القانون.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

على الرغم من إجازة عدد كبير من التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري، التصرف في الأعضاء البشرية سواء كان هذا التصرف ببن الأحياء أو من الموتى للأحياء، نجد أن هذه الإجازة لم تكن مطلقة أو غير مقيدة من الناحيتين الشرعية أو القانونية، فقد ضبطت المسألة بضرورة توافر جملة من الشروط الدقيقة وبصورة أخص تلك التي أوردها المشرع الجزائري في أحكام القانون رقم 58-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2] والمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.[3] وهذه الأحكام جميعا نجدها متضمنة ومنظمة بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة خلافا للقانون 85-05.[4] حيث أدرجها المشرع ضمن الباب السابع (الأخلاقيات والأدبيات البيو-أخلاقيات الطبية) في الفصل الرابع المعنون (بالبيو-أخلاقيات) وذلك في قسمه الأول وعنوانه أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، حيث تطرق المشرع إلى أحكام نقل وزرع الأعضاء والانسجة البشرية بين الأحياء بالمواد 355 إلى 361.[5] وما يجدر الإشارة له أيضا هو مرسوم تنفيذي رقم 12-167 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها

[1] قانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46.

[2] القانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتضمن قانون الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون 98-09 المؤرخ في 15 أوت 1998، الجريدة الرسمية، العدد61.

[3] المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1992، العدد 52.

[4] القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46.

[5] نور الهدى بولمش، بقلم نور الدين بوصلصال، قراءة في مشروعية عمليات زراعة الرحم بين الأنساب وأثرها على أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2018/10/25، ص 509.

حيث خول لهذه الوكالة حق الرأي لدى السلطات الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بنقل وزرع الأعضاء البشرية.[1]

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعان، (الفرع الأول) يتحدث عن الشروط اللازمة لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، (الفرع الثاني) الشروط اللازمة لنقل وزرع الأعضاء من الأموات.

الفرع الأول: الشروط القانونية لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

من خلال استقراء أحكام قانون 18-11 المتعلق بالصحة يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط قانونية متعلقة بالمتنازل عن العضو وشروط تتعلق بالمتنازل له وشروط متعلقة بالأعمال الطبية:

أولا: الضوابط المتعلقة بالمتنازل عن العضو البشري

وتنقسم إلى أربعة شروط:

1. ألا يعرض التنازل حياة المتبرع للخطر؛
2. رضا المتبرع بالعضو البشري؛
3. امتناع المقابل المادي؛
4. تحديد الأشخاص الذي يجب أن يكون المتبرع منهم.

1. ألا يعرض التنازل حياة المتبرع للخطر

لقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط من خلال أحكام المادة 360 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، حيث نصت المادة على أنه لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا أعرض حياة المتبرع إلى خطر.[2]

ومن ثم يتضح لنا أن التصرف في الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري مباح، شريطة ألا يكف هذا التصرف في صورة التبرع، أي ضرر من شأنه أن يعرض حياة المتبرع للخطر، أو يهدد سلامته البدنية من جهة، وأن يكون هذا المتبرع شخصا سليما غير مصاب بأمراض، ولا يكون التبرع سببا في تدهور حالته الصحية.

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، عدد 22، ص 07.

[2] ينظر المادة 360 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

فالمتنازل عن العضو البشري لا يكون له التنازل عن حياته بالتنازل عن قلبه مثلا، ولا يعرض حياته للخطر أو الانتقاص من قدراتها الوظيفية، ذلك وأنه باعتباره جزء من الكيان الاجتماعي فهو لا يستطيع القيام بوظائفه الاجتماعية إلا إذا كانت سلامته البدنية مصونة ومحققة وبالتالي فإن أي اعتداء على هذه السلامة يعد فعلا مجرما قانونيا.

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال، ما الحل في حالة تعرض المتبرع لأضرار بدنية تمس بسلامته نتيجة عملية النقل؟

لقد اقترحت طائفة كبيرة من الفقه في هذا المجال، أن يكون الحل طريق التأمين، ويقصد بذلك اكتساب التأمين لصالح المتبرع سواء من طرف الدولة، من طرف المريض نفسه، تحسبا لأي خطر يهدد سلامته البدنية أو حياته جراء عملية النقل مستقبلا، أو في الوقت الحاضر، فما دام تصرف المتبرع بعضوه البشري تصرفا بدون مقابل يغلب عليه الطابع الإنساني والتضامن الاجتماعي، فلا حرج ولا مانع من تشخيصه على التبرع من جهة وطمأنته وتوفير قدر من الحماية من جهة أخرى.[1]

2. رضا المتبرع بالعضو البشري

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النص صراحة من خلال أحكام المادة (360-03 و04 و05) من قانون 18-11 المتعلق بالصحة، حيث جاء فيها: "لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع".

"يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء – للتبرع المتقاطع – أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

"يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء".[2]

ومن هنا نجد أن المشرع يشترط رضا المتبرع، ويقصد بالرضا هو ذلك الإذن الممنوح من قبل شخص من أشخاص القانون الخاص إلى فرد أو أفراد لتنفيذ عمل عليه بواسطة القانون الوضعي ويترتب على هذا العمل الإتلاف أو الإضرار بمال أو مصلحة للشخص الذي يصدر منه الإذن أو تعريضها للخطر.[3]

---

[1] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 327.

[2] ينظر المادة 360 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص ص 82-83.

وقد كان السبب في اشتراط المشرع الجزائري رضا المتبرع بالعضو البشري هو درجة الخطورة التي يكتسبها هذا النوع من العمليات، فقد رفضت محكمة (بنسلفانيا) عام 1978 إجبار شخص على نقل جزء من النخاع العظمي إلى إبن عمه المريض، محللة موقفها بأنه يجوز المساس بالجسم الإنساني دون رضا حرا من جانبه وأن يترتب على ذلك فوات فرصة محققة على المريض.[1]

والرضا الصادر من المتبرع بالعضو البشري يشترط أن يكون حرا بشهادة الشهود، ومنبصرا وصادر عن ذي أهلية:

أ. الرضا الحر

فلا يكفي أن يصدر واهب العضو البشري الرضا المكتوب، بل يشترط فضلا عن ذلك أن يكون هذا الرضا حرا، ويقصد بذلك أن تكون إرادة المتبرع بالعضو سليمة عير معيبة بأي عيب من عيوب الرضا وفقا لأحكام المواد (81-91) من القانون المدني الجزائري (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستقلال).[2]

وإلا فقد هذا الرضا قيمته القانونية ولم يكن صالحا كأساس للتصرف في العضو البشري، وبالتالي فالرضا لابد أن يصدر عن متبرع يتمتع بكامل قواه العقلية، قادر على تكوين رأي صحيح على ان يستمر من الرضا إلى لحظة الاستئصال والزرع لأن تعديل القانون الجديد أجاز للمتبرع أن يسحب موافقته في أي وقت وبدون أي إجراء.

ب. الرضا المستنير

ويقصد بالرضا المستنير أو ما يعرف بالتزام الطبيب بالتبصير، هو التزام الطبيب باطلاع المتبرع بالعضو على طبيعة عملية استئصال العضو وزرعه فضلا عن جميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال أو المستقبل، حتى يتمكن من تقدير حجم المخاطر التي قد يتعرض لها.[3] حيث جاءت في المادة (360-06): "تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي".[4]

---

[1] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 137.

[2] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 194.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 88.

[4] القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46، ص 35.

وقد ثارت إشكالية تتعلق بمسألة إنشاء سر المهنة بمعنى أن الطبيب عند التزامه تبصير المتبرع فإن من عناصر إلزامه إحاطته بالوضعية الصحية للمتبرع له، ولطالما حددته المادة 36 و37 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، إلا أن المشرع الجزائري لم يعتبر من تبصير المتبرع بالوضع الصحي من قبيل جرائم إفشاء السر المهني.[1]

ج. أهلية المتبرع بالعضو البشري

لقد جاء في أحكام المادة (361) من قانون 18-11 المتعلق بالصحة "يمنع نزع أعضاء وأنسجة بشرية وخلايا بشرية من أشخاص قصر عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي"، ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد استبعد صراحة كل من القصر والأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم في حالة التبرع ونذلك فلم يبقى سوى الأفراد المؤهلين أي بمعنى آخر الشخص الحامل الأهلية السليم.

فالشخص القادر والراشد المحروم من قدرة التمييز فهو وفقاً لأحكام المادة 42 من القانون المدني الجزائري: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التميز لصغر سنه أو عته أو جنون. ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر (13) سنة".[2] وبالتالي فإن المتبرع يجب أن يكون كامل له الأهلية سليم وراضٍ عن عملية التبرع.

إلا أن نص المادة 361 من ق 18-11 المتعلق بالصحة في فقرتها الثانية (361-02) تحث على أنه "يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح الأخ أو الأخت، وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خالة أو ابنة عمته أو ابنة خالته ويقتفي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".[3]

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 09 جويلية 1992 المتضمن أخلاقيات الطب.

[2] الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بآخر تعديل، قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، عدد 44، ص 12.

[3] ينظر المادة 361 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

3. امتناع المقابل المادي

لقد جاء في أحكام المادة (358) من قانون 18-11 المتعلق بالصحة "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية".[1]

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

كما أن في الأمر تعارضا مع الكرامة الإنسانية، إذ ينبغي أن تتجه تضحيته إلى تحقيق غايات نبيلة بعيدة عن الاعتبارات المالية، وأن يكون الحب والتضامن والتراحم هو الدافع إليها وليس قصد تحقيق الربح.[3]

4. الأشخاص المحددة قانون الواجب التبرع ضدهم

حيث جاءت المادة (360-02) من قانون 18-11 على الأشخاص الذي يجب أن يتبرعوا حيث نصت المادة على "يجب أن يكون المتبرع أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمة أو ابنة عم أو ابنة خالة أو ابن شقيق أو ابنة شقيقة أو ابنة شقيق أو ابن شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب وزوج أم المتلقي.

إلا أنه إستثناءا يجوز في حالة عدم التطابق الصناعي بين المتبرع والمتلقي الذين لهم قرابة عائلية يمكن اللجوء إلى متبرعين غير محددين في المادة المذكورة أعلاه.[4]

ثانيا: الضوابط المتعلقة بالمنازل له عن العضو البشري

أن الشروط المتطلب قانونا توافرها في المتبرع له بالعضو أو النسيج البشري تتفق مع تلك الواجب توافرها في جانب المتبرع مع وجود اختلافات بسيطة من حالة لأخرى تبينها كما يلي:

بعد استقراء أحكام المادة 364 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة تتمثل هذه الشروط في:

1. أن يكون زرع العضو البشري الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له.

---

[1] ينظر المادة 358 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 143.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 98.

[4] ينظر المادة (360-02) من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

2. رضا المتبرع له.

1. أن يكون زرع العضو البشري الوسيلة الوحيدة للمحافظة على سلامة المتبرع له

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في نص 364 من قانون 18-11 حيث جاء فيها "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية؟، إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية ...".[1]

ومنه نستنتج أن المشرع يعتبر اللجوء إلى زرع الأعضاء البشرية استثنائيا للعلاج فقط، بحيث لا يمكن اللجوء إليها، إلا إذا كانت الوسيلة الوحيدة للمحافظة على السلامة البدنية للمتبرع له، والطبيب هو الذي يقدر درجة الحاجة لمثل هذه العمليات.

ب. رضا المتبرع له (المتلقي)

من خلال استقراء أحكام المادة 364 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة "... وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقة بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين". أما الفقرة الثانية فجاءت "عندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التغيير عن موافقته فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليها في المادة 362 أعلاه".[2]

ونتيجة للخطورة التي تنطوي عليها هذه العمليات فالموافقة مطلوبة (الموافقة الجنائية)، التي تكون بتوقيع على النموذج الطبي الذي يفيد قبوله بالعلاج، وبحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وشاهدين إثنين.[3]

والأصل أن تتم الموافقة من المريض نفسه غير أنه من كان هذا الأخير غير قادر على التعبير عن إرادته أمكن أحد أعضاء أسرته وفقا للترتيب التي حددته المادة 362 من القانون 18-11 إعطاء الموافقة بدلا عنه وهذا ما أكدته المادة المذكورة أعلاه.[4]

أما فيما يتعلق الأمر بالأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية فقد اعتبر المشرع الجزائري أن الموافقة على الزرع لا يمكن أن تقدم سوى من الأم والأب أو الولي الشرعي،

---

[1] ينظر المادة 364 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] ينظر المادة 362 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 103.

[4] ينظر المادة 362 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

حسب الحالة وذلك في نص المادة 364 فقرة 02 "في حالة ما إذا كان الشخص عديم الأهلية، يمكن أن يحظى الأب والأم أو الممثل الشرعي الموافقة بحسب الحالة".[1]

أما فيما يتعلق بالقصر فلا يمكن أن يقدم الموافقة سوى من قبل الأب أو الأم أو الممثل الشرعي وهو ما جاءت به المادة 364 فقرة 03 من قانون 18-11 "وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم أو عند غيابهما الممثل الشرعي".

غير أن المشرع قدر أن هناك حالات يتعين فيها الخروج عن هذا المبدأ بمعنى ضرورة إعطاء العلاج سواء في مستوى الأعمال الطبية العادية أو مجال التصرف بالأعضاء فقد جاءت أحكام المادة 364 فقرة 05 "يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة الواردة في الفقرة 01 و02 أعلاه عندها، ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته ويثبت هذه الحالة الطبية ورئيس المصلحة وهما هذان إثنان".[2] وفي هذه الحالة يمكن القول أن المشرع الجزائري جعل من الطبيب ورئيس المصلحة، ممثلا طبيعيا للمتلقي متى توافرت الشروط القانونية.

ثالثا: الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية

إن هذه الضوابط في الحقيقية هي ضوابط أو شروط قانونية عامة تتمثل أساسا في الشروط الخاصة بممارسة الأعمال الطبية، التي يبرر بناءا عليها التدخل الجراحي أو الطبي في صورته العادية أو حتى في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فضلا عن الشروط الفنية التي تتعلق أساسا بعالم الطب وعلى هذا الأساس سنحاول أن نبين الضوابط القانونية المتعلقة بالأعمال الطبية.[3]

1. الشروط الخاصة بممارسة العمل الطبي

تتمثل هذه الشروط عموما في كل من صفة الطبيب، وغرض تحقيق الشفاء مع اتباع الأصول المهنية في التدخل الطبي، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذه الشروط من خلال أحكام مدونة أخلاقيات الطب وكذلك في القانون المتعلق بالصحة حيث يشمل العلاج الصحي الكامل والوقاية من الأمراض، تشخيص المرض وعلاجه وإعادة تكييف المرض ...

[1] ينظر المادة 364 (02) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] ينظر المادة 364 (03-05) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 258.

أما تحقيق الشفاء فقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب فالطبيب لابد من أن يقصد تحقيق غرض العلاج أيا كان نوع التدخل الطبي الذي يمارسه.[1]

وفيما يخص اتباع المهنة الطبية أو ما يعرف بالالتزام يقود العمل الطبي فقد أجمع الفقهاء أن هذا الشرط أن يكون الطبيب حاذقا بالطبيب، يعطي العمل الطبي حقه ويتخذ ما يلزم من احتياطات في هذا المجال.[2]

2. الشروط الطبية ذات الطبيعة الفنية

وهي تشمل كل من الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي، وحفظ العضو البشري ثم توافق الأنسجة بين لمتبرع والمتبرع له مع شروط مكان إجراء عمليات النقل والزرع.

أ. الحالة الصحية لكل من المتنازل والمتلقي

بحيث يشترط في التبرع ألا يضر بالسلامة البدنية للمتبرع بالخطر ولا أن يهدد حياته وألا يكون الطرفين مصابان بأمراض من طبيعتها أن تؤثر عليهما.[3]

ب. حفظ العضو

إن مدة صلاحية الأعضاء والأنسجة البشرية تختلف من عضو أو تسيج لآخر وذلك بحسب تكوينه التشريعي، من الحقائق العلمية الثابتة في هذا المجال أن بعض الأنسجة العظمية والشرايين يمكن أن تبقى صالحة لمدة زمنية طويلة، أما باقي الأعضاء فقد لا تتجاوز ساعات كاليد أو الكلى وقد حاول الأطباء التغلب على هذه الظاهرة باستخدام تقنيات طبية مختلفة.[4] وقد نص المشرع الجزائري في المادة 357 بإنشاء "كلما اقتضت الضرورة في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا ويحدد سره عن طريق التنظيم".[5]

---

[1] ينظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 08 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

[2] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 65.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 119.

[4] نفس المرجع، ص 120.

[5] ينظر المادة 357 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

ج. توافق الأنسجة بين المتلقي والمتنازل

ويخير هذا الشرط أهم عنصر من عناصر عملية النقل والزرع، لأن أخطر ما يهدد التطور الطبي في هذا المجال هو ظاهرة رفض الأجسام الغريبة من قبل أجساد المتبرع لهم، لاسيما عندما يكون المتبرع بين أشخاص لا تربط بينهم أي صلة قرابة أو رحم.[1]

3. مكان إجراء عمليات النقل والزرع

لقد جاءت أحكام المادة 366 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة بما يلي: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء".

"يجب أن تتوفر المؤسسات الطبية الاستشفائية على تنظيم طبي-تقني وتنسيق استشفائي كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة". تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم:[2]

وبالتالي يكون المشرع قد حدد مكان إجراء عمليات النقل وزرع الأعضاء البشرية حماية للجسم البشري وحقوقه.

كما جاءت المادة 367 من القانون 18-11 تمنع القائمون (الأطباء) بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أي أجر عن العمليات.[3]

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري دائما في مسايرة منه للتطور الطبي المتعلق بزراعة الأعضاء قد أصدر سنة 2012 مرسوما تنفيذيا تحت رقم 12-167 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها وقد أثار إلى وضع سجل لتسجيل المرض في انتظار زرع الأعضاء، كما منح لهاته الوكالة حق إبداء الرأي للسلطات الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص بها بانتزاع وزرع الأعضاء، ومما بدل على تشديد الرقابة على المستشفيات المخول إجراء هذه العمليات وضمان حماية أكبر للمتبرع والمتلقي، ومسايرة تطور التشريعات المنظمة لهذا النوع من العمليات.[4]

---

[1] مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 289.

[2] ينظر المادة 366 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] ينظر المادة 367 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[4] نور الهدى بولمش، المقال السابق، ص 510.

الفرع الثاني: الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من الأموات

من خلال استقراء أحكام المادتين (362 و363) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط تتعلق بالمتوفى وشروط تتعلق بأقارب المتوفى:

أولا: الشروط المتعلقة بالمتوفى

من خلال استقراء أحكام المادة 362 و363 من قانون الصحة نجد أن الشروط المتعلقة بالمتوفى يمكن إجمالها فيما يلي:

أ. أن يتم الإثبات الطبي والشرعي للوفاة.

ب. رضا المتوفى بالتبرع قبل وفاته.

ج. عدم كشف هوية أطراف عملية النقل والزرع.

أ. أن يتم الإثبات الطبي والشرعي للوفاة

حتى تقع عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية للجثث بشكل صحيح ومنتجا لآثاره القانونية ومشروعا، ينبغي أن يتم الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، وقد نص المشرع على هذا الشرط صرامة من خلال المادة 362 "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير عملية يحددها الوزير المكلف بالصحة..."[1]

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أجاز نقل وزرع الأعضاء من الموتى، غير أن الأمر مرتبط بالدرجة الأولى بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، ووفقا للمقاييس العلمية التي يحددها وزير الصحة.

فيقصد بالإثبات الطبي للوفاة بتحديد لحظة الوفاة، والوفاة المعنية هنا هي الوفاة الحقيقية وليست الوفاة الحكمية.[2]

ولقد تنازع في مجال تحديد لحظة الوفاة اتجاهان اساسيان، الاتجاه الأول يقول بأن تحديد لحظة الوفاة لابد من أن يتم وفقا للمعيار التقليدي وهو المعيار الذي يعرف الوفاة على أنه توقف القلب عن النبض، أي بمعنى توقف الدورة الدموية وتوقف الجهاز التنفسي داخل الجسم عن العمل، فهذا الاتجاه والذي يسمى بالاتجاه الاكلينيكي يعرف بأن لحظة الموت الطبيعي للإنسان تكون في لحظة موت القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي وفقا لهذا الاتجاه

[1] ينظر المادة 362 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] منذر الفضل، التصرفات القانونية في الأعضاء البشرية، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 119.

لا يكفي القول بموت الدماغ للقول بوقوع الوفاة، وبالتالي فإن الطبيب لا يجوز له استئصال أي عضو قبل توقف القلب تلقائيا عن العمل وموت خلاياه وتوقف التنفس، مما يترتب عليه حرمان المخ وسائر أعضاء الجسم من الأكسجين.[1]

غير أن هذا المعيار تعرض للنقد، فقيل أن هذا المعيار غير دقيق ذلك أن القلب والجهاز التنفسي عندما يتوقفان عن أداء وظائفهما البيولوجية قد لا يدل سوى على الموت الظاهري لا الموت الحقيقي، فالطبيب بواسطة خبرته الطبية يستطيع اللجوء إلى وسائل الإنعاش أو الصدمة الكهربائية لإعادته إلى الوضع العادي.

كما انتقد أيضا أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه أن يؤدي إلى استحالة إجراء الكثير من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ما دام يعتمد على التوقف النهائي للقلب والجهاز التنفسي، لاسيما وأن الكثير من الأعضاء لا تكون صالحة للزرع إلا خلال فترات زمنية معينة فضلا عن الشرعة التي تحكم هذه العمليات وبالتالي فإن القول بموت القلب يعني عدم إمكانية الاستفادة منه.[2]

ومنه ظهر الاتجاه الثاني أو ما يعرف بمعيار الموت الدماغي والذي حدد لحظة الوفاة بموت المخ، والذي استقر على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا المخ لديه وتظل خلايا قلبه حية.[3]

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنستطيع القول أن المشرع الجزائري قد سكت عن معيار تنظيم لحظة الوفاة بموجب نصوص قانونية واضحة، بل ترك الأمر لوزير الصحة، حيث يتكفل هذا الأخير بتحديد المعايير العالمية التي يعتمد عليها لتحديد لحظة الوفاة.[4]

أما أهمية إثبات الوفاة الطبية والشرعية للوفاة فتتمثل في كونها ضرورية على اعتبار أن الانتزاع من الجثة غالبا ما ينصب على الأعضاء البشرية المنفردة داخل الجسم والتي تتوقف على وجودها الحياة، كالقلب مثلا ومنه راعى المشرع هذه المسألة فأوجب التأكد من تحقق لحظة الوفاة.[5]

---

[1] منذر الفضل، مرجع سابق، ص 120.

[2] سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 264.

[3] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 339.

[4] جاري بسمة، المرجع السابق، ص 126.

[5] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 393.

ب. رضا المتوفى بالتبرع قبل وفاته

لقد جاء في أحكام المادة 362 ما يلي: "... وفي هذه الحالة يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته".

"يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تسلمه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض عن طريق التنظيم"، وهذا في الفقرة الثانية من أحكام هذه المادة.

أما الفقرة الثالثة من المادة 362-03 وقد أشارت: "يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم استشارة أفراد الأسرة ...".[1]

ومنها يتضح لنا أن المشرع اشترط الحصول على رضا المتوفى بالاستئصال من جثته بعد وفاته، أما فيما يتعلق بالرفض فقد المشرع أن يكون الرفض بأي وسيلة خصوصا عند التسجيل في سجل الرفض الذي تمتلكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

وفي حالة غياب تسجيله بالرفض تتم استشارة أفراد الأسرة حسب الأولية، الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الأبناء أم الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء.

ج. عدم الكشف عن هوية أطراف عملية الزرع والنقل

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة من خلال أحكام المادة 363 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة: "يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع".[2]

ومفاد الشرط هو منع أطراف العملية من التعرف على هويتهم والسبب في ذلك حتى لا يظل المتبرع له يشعر بالامتنان الدائم تجاه المتبرع، وحتى لا يبقى المتبرع في حالة شعور بالتفضيل على المتبرع له، وتبقى العملية في إطار إنساني.[3]

فضلا عن هذا الشرط فقد اشترط المشرع في نفس المادة 263 الفقرة 02 أن يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات الوفاة من الفريق الذي يقوم بالزرع، وكذلك يمنع الشروع في

---

[1] ينظر المادة (362-01، 02، 03) القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] ينظر المادة 363 القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] جاري بسمة، المرجع السابق، ص 130.

نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي في المادة 363 الفقرة 03.[1]

ثانيا: الشروط المتعلقة بأقارب المتوفى

إن المشرع ومن خلال أحكام المادة (362 فقرة 03) المتعلق بالصحة رقم 18-11،[2] أجاز لأقارب المتوفى التصرف في الأعضاء البشرية دون الحصول على موافقة إذا لم يرد تسجيل في سجل الرفض الذي تملكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وفي هذه الحالة تتم استشارة أفراد أسرته حسب الترتيب الأولي المنصوص في هذه المادة كالآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء. "ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات التبرع التي تم القيام بها".

وعليه نلاحظ أن المشرع اعتبر استئصال الأعضاء من الجثة في حالة رفض المتوفى أمرا غير مشروع، غير أنه في حالة عدم صدور رفض صريح من المتوفى، ففي هذه الحالة اعتد المشرع الجزائري بإمكانية التصرف في الأعضاء البشرية من طرف أقاربه الذين حددهم المشرع على سبيل الحصر في نص المادة المذكورة أعلاه.[3]

[1] ينظر المادة (363-03) القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] ينظر المادة (362-03) من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] جاري بسمة، المرجع السابق، ص 131.

خلاصة القول إننا في هذا الفصل قد سلطنا الضوء على ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث نجد أن هذه العمليات قد لقت صدى كبير في جميع التشريعات سواء الغربية أو العربية أو على المستوى الوطني.

حيث خلصنا في المبحث الأول أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هي عملية نقل عضو سليم من متبرع إلى مستقبل وغرسه في جسمه، مرورا بتمييز هذه العمليات عن باقي العمليات الطبية الأخرى والتي تم ذكرها على سبيل المثال مبرزين في ذلك الاختلاف بينهم وبين عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

أما المبحث الثاني فقد حاولنا من خلاله تبيان مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها تهدد مبدأ حماية حرمة الكيان الجسدي، وفق أسس شرعية في الشرائع السماوية وكذلك النظريات الفقهية التي تبيح هذه العمليات المتمثلة في نظرية المصلحة والسبب المشروع ونظرية الضرورة العلاجية وإباحة هذه العمليات لا يمكن أن تتم دون وجود ضوابط قانونية تنظمها، وهذه الضوابط تختلف من دولة إلى أخرى وقد تناولها المشرع الجزائري في تشريعه القانوني وقد قسمه بين الاحياء ومن الأموات.

الفصل الثاني

تأصيل المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بلغ التطور العلمي في المجال الطبي شأنا عظيما خلال السنوات الأخيرة، ومع التطور الفني زادت المخاطر وتضاعفت المسؤولية الطبية نتيجة لذلك، وخير دليل على ذلك زيادة عدد القضايا المرفوعة ضد الأطباء، فأي عمل يقوم به الإنسان تلازمه مسؤولية.

وبالتالي فعندما نتحدث عن تأصيل المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الناتجة عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تمس بأهم مبدأ وهو حرمة وقدسية الجسم البشري، إننا نرى أن خروج الطبيب ومخالفته لهاته القواعد يجعل المسؤولية الجزائية قائمة في حقه سواء كان عمداً أو خطأً طبياً.

ونظرا لخطورة هذه الجرائم اتجه التشريع لتنظيمها وتحديدها وحدد حالات قيام المسؤولية الجزائية للأطباء بعدد هذا النوع من العمليات وقد أسفر عن ذلك وضع العقوبات الجزائية للأطباء نتيجة لمخالفتهم هذه القواعد وهذا ما سنتطرق له في هذا الفصل.

المبحث الأول: أساس المسؤولية الجزائية للأطباء بعدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

ما لا شك فيه أن مسؤولية الطبيب تكتسب أهمية بالغة لأنها تتعلق بحياة الشخص وبسلامة جسمه، فالطبيب من خلال عمله الطبي الموكل له لو ارتكب خطأ طبي ترتب عليه ضرر بسلامة الشخص تقوم عليها المسؤولية الجنائية سواء كان عمدا أو خطأ، وقد زادت تلك الأهمية نتيجة للتقدم العلمي الكبير في مجال الطب وأساليب العلاجية المختلفة وخصوصا فيما تتعلق بأساليب إجراء العمليات الجراحية واستبدال الأعضاء البشرية ونقلها وزرعها، الأمر الذي يتطلب إقامة نوع من التوازن بين نشاط الطبيب وصحة المريض.[1] ومنه سنتطرق في هذين المطلبين الرئيسيين المسؤولية الجزائية للأعمال الطبية في (المطلب الأول) وحالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للأعمال الطبية

تعرف المسؤولية الجزائية بصفة عامة هي "التزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة وموضوع هذا الالتزام هو العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي ينزله القانون".[2] وقد تبين الفقه نظرية مسؤولية الأطباء الجنائية عن أخطائهم الجسيمة، والتي ترجع من الناحية الجنائية إلى إهمالهم ورعونتهم وتقصيرهم الذي لا يغتفر ولقد قطعت مساءلة الأطباء شوطا كبيرا وأصبح من الممكن مساءلة الطبيب حتى عن الخطأ البسيط.[3] وسوف نتطرق إلى هذه المسؤولية من خلال الفرعين التاليين الفرع الأول المسؤولية الجزائية العمدية للطبيب والفرع الثاني المسؤولية الجزائية الغير عمدية للطبيب.

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية العمدية للطبيب

إن الشخص الطبيعي هو وحده الذي يمكن أن يكون مرتكبا للجريمة، لأنه هو من يتمتع بالأهلية إذ تتوافر لديه القدرة على التمييز بين الخير والشر، ولا شك أن الانسان لا يسأل عن جريمة إلا إذا ارتكبها عمدا أي قاصداً ذلك بإهماله، وخصوصاً بتوافر عنصرين العلم والإرادة

---

[1] أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 03.

[2] أردلان نور الدين محمود، المسؤولية الجزائية لرئيس الدولة في التشريعات الداخلية، ط 01، د.د.ن، د.ب.ن، 2014، ص 21.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 487.

والإدراك مع اختلاف في توافقهما،[1] فجوهر التجريم في المسؤولية الجنائية العمدية الناشئة عن العمل الطبي هو وجود جريمة نشأت عن عمل طبي ضار أوقعه الطبيب على جسم إنسان وأركان أي جريمة ركنان هما الركن المادي والركن المعنوي وهو صورة القصد الجنائي، ومنه فالجريمة العمدية يجب أن يتوافر فيها ركنين وهما الركن المادي والركن المعنوي.[2]

أولا: الركن المادي للجريمة الطبية

يعرف الركن المادي للجريمة بأنه "سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون"،[3] ويقوم على عنصرين وهما السلوك الإجرامي والنتيجة الاجرامية ودون تبيان العلاقة السببية بينهما.

أ. السلوك الإجرامي

هي الأفعال التي وقعت من الجاني العاقل المدرك لحقيقة ما يقوم به، ولا يلم أن تكون هذه الأفعال قد استخدمت فهي القوة المادية بل ينبغي أن يتم الفصل دون رضاء المجني عليه، فقد يأتي السلوك الاجرامي من امتناع الجاني عن القيام بالفعل مثل السلوك السلبي أو الامتناع عن الفعل الواجب عليه القيام به.[4]

ب. النتيجة الإجرامية

تحيز النتيجة الاجرامية العنصر الثاني لقيام الركن المادي للجريمة فالنتيجة هي التغيير المادي الذي يلحق بالعالم الخارجي والذي يتسبب فيه السلوك الاجرامي.[5]

ويعتد المشرع بالنتيجة ولو لم تعقب الفعل مباشرة قد سوي لديه أن تحدث الوفاة فور وقوع الفعل أو بعد مضي فترة زمنية على وقوعه طالما توافرت صلة السببية بينهما، وقد ذهب جانب من الفقه إلى النظر إلى أن تحقق النتيجة الإجرامية تكون بمجرد ارتكاب السلوك الذي يمثل عدوانا على المصلحة التي تحميها القانون، بصرف النظر

---

[1] إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية – دراسة مقارنة للقوانين (الإماراتية – المصرية – الأمريكية – اليابانية)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 85.

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 491.

[3] أردلان نور الدين، مرجع سابق، ص 187.

[4] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 492.

[5] عمر خوري، شرح قانون العقوبات – القسم العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2011/2010، ص 34.

عما لو رتب ذلك العدوان أثراً أو تغييراً في العالم الخارجي طالما كانت علة التجريم دائما حماية المصالح القانونية المعتبرة لدى الشارع.[1]

ج. العلاقة السببية

لقيام الركن المادي للجريمة لا يكفي وقوع السلوك الإجرامي من الجاني وتحقق النتيجة الضارة بل لابد أن تنسب هذه النتيجة إلى السلوك الإجرامي، أي أن تقوم بينهما علاقة سببية، بمعنى أن ارتكاب السلوك الإجرامي هو الذي أدى وحده إلى حدوث النتيجة.[2] ويستخلص قاضي الموضوع السببية من وقائع الدعوى، فإذا فصل فيها فلا رقابة لمحكمة النقض عليه إلا من حيث فصله في أن أمرا معينا يصلح قانون لأن يكون سببا لنتيجة معينة أو لا يصلح.

ثانيا: الركن المعنوي للجريمة الطبية

يتحقق الركن المعنوي للجريمة العمدية بتوافر عنصريه العلم والإرادة ومفعوم العلم الذي نفى عليه المشرع هو: أن يكون عالما بأنه يقوم بنشاط من شأنه أن يقضي على حياة المجني عليه في جريمة القتل العمدي مثلا، والعلم بالجريمة يعني أن يوجه فعله إلى إنسان حي، وكذلك يجب أن يتوقع الجاني حدوث الوفاة كأثر لفعله وينقسم العلم إلى نوعان علم الوقائع وعلم بالتكييف.[3]

وقد ذهب رأي إلى انتقاء الركن المعنوي للطبيب في الجريمة لأن إرادته لم تتجه إلى الإضرار بمريضه، وإنما اتجهت إلى تخليصه من مرضه أو تخفيف آلامه، ولكن هذا الرأي لم يصمد أمام النقد الذي وجه إليه والنابع أنه أخلط بين عناصر القصد والباعث.[*]

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية الغير عمدية للطبيب

إن لسلامة جسم الإنسان وحياته قيمة لا تعاد لها قيمة، لذا فإن المسؤولية تنهض كلما وقع مساس بها أو اعتداء عليها، وإن للطبيب اتصالا وثيقاً بسلامة الإنسان في جسمه وحياته

---

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 493.

[2] عمر خوري، مرجع سابق، ص 35.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 497.

[*] باعتبار أن الباعث ليس ركنا من أركان الجريمة ولا عنصر من عناصرها فقد يكون الباعث شريفا، ومع ذلك يتوافر القصد الجنائي خاصة وأن القصد الجنائي في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم هو قصد عام يتوافر بمجرد العلم والطبيب يتوافر لديه هذا القصد. ينظر خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 498.

ما دام هو من يقوم بمعالجته، واتصال الطبيب بجسم الإنسان وحياته قد يكن يؤدي احتمال الوقوع في الخطأ فلا عصمة للبشر والطبيب واحد منهم وإذا اقضى هذا الخطأ إلى إلحاق ضرر نهضت مسؤولية الطبيب،[1] فتقوم عليه الجريمة وهي ضرر جريمة غير عمدية اقتضى بها علاجياً فتسبب في خطأ نتيجته ارتكاب جريمة دون قصد، فإذا قامت أركان المسؤولية الجزائية الطبية الغير عمدية جعلت الطبيب محل مساءلة.

أولا: أركان المسؤولية الطبية الغير عمدية

المسؤولية الغير عمدية للأطباء يجب لتوافرها تحقق عناصرها وهي الخطأ والضرر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ولذلك سنحاول قصر نطاق دراستنا على الأحكام الخاصة بأركان المسؤولية الطبية الثلاثة.[2]

أ. **الخطأ الطبي**

لغة: ضد صواب، وضد العمد، وضد الواجب والخطأ هو ما لم يتعمد، وما تعمد، والمخطئ: من أراد الصواب فصار إلى غيره.[3]

مفهوم الخطأ الطبي: لقد عرف الفقه الخطأ الطبي بأنه "تصدي الطبيب واتيانه فعلا غير مألوف ومخالف لقواعد مهنة الطب سواء كان الخطأ فنياً أو عادياً أو جسيماً، وأنه يقيم المسؤولية على الطبيب شريطة أن يكون الخطأ ثابتا ثبوتا واضحا".[4]

الخطأ الطبي المهني: إن الخطأ الطبي يأخذ تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام ويعرف الخطأ المهني بأنه الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف طبقاً للأصول الثابتة، وهذا الخطأ ينجم هن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها، ومن أمثلة ذلك إعطاء الطبيب للمريض حقنة بنسيلين دون إجراء ما يسمى بفحص الحساسية من البنسيلين ووفاة

---

[1] لمزيد من التفصيل ينظر إبراهيم على حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص ص 11-12.

[2] محمود موسى دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية، رسالة ماجستير، جامعة برزيت، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2006، ص 99.

[3] فاروق حسن نانة كه لي، المسؤولية الجزائية القانونية في العمل الطبي – دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، 2013، ص ص 29-30.

[4] جلال خضر عبد الله، النظام القانوني للمسؤولية العمدية للطبيب الجراح اتجاه المريض، ط 01، دار المفسر للنشر والتوزيع، 2017، ص 86.

المريض نتيجة حساسية من البنسيلين، وكذلك أي فحوصات أخرى يجب إجراؤها للمريض قبل إعطاء أي علاج من الممكن أن يكون فيه ضرر على المريض وهذا كله حقائق ثابتة في الطب لا نقاش فيها لدى الجميع.[1]

ويمكن تعريف الخطأ الطبي أيضا بأنه: "خطأ يرتكبه شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمثابة ممارسته للأعمال الطبية وأنه إخلال بالتزاماته في مواجهة مريضه والذي يتمثل في مخالفة المعطيات والأصول الطبية".[2]

ب. صور الخطأ العمدي

وقد أشار إليها قانون العقوبات وهي الرعونة وعدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه وعدم مراعاة الأنظمة القانونية.

- **الرعونة:** نوع من التصرف يحمل في طياته معنى سوء التقدير أو نقص الدرجة أو الطيش والخفة في العمل يتعين بفاعله أن يكون محل علم به.[3]
- **عدم الاحتياط:** وذلك عندما يدرك الفاعل طبيعة عمله ويعلم أنه يمكن أن تترتب عليه نتائج ضارة، ولكنه مع ذلك يستخف بالأمر ويمضي في عمله ظاناً بأنه يستطيع أن يتجنب النتيجة.[4]
- **الإهمال:** وذلك عندما يشمل الحالات يقف فيها الشخص أو الطبيب بصورة أخرى موقفاً سلبياً ويغفل عن اتخاذ الاحتياط الذي يوجبه الحذر والتبصّر بالعواقب، وهو أيضا الاغفال عن احتياط يوجبه الحذر عن طريق الامتناع عن اتخاذ الحيطة اللازمة.[5]

---

[1] جلال خضر عبد الله، مرجع سابق، ص 87.

[2] قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي – دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الخاصة، جامعة وهران، 2010/2009، ص 141.

[3] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء الأول، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 271.

[4] نفس المرجع، ص 272.

[5] مصطفى مجدي هرجه، القتل والضرب والاصابة الخطأ، دون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 149.

- **عدم الاحتراز:** وهو نشاط إيجابي يميز بعدم الحذر وتدبر العواقب ويدل على الطيش أو عدم التبصر كما ينبغي من الشخص العادي لتدبر العواقب الذي كان يدرك من الإمكان وقوعها ولكنه لم يفعل شيئا لتفاديها أو الاحتياط منها.[1]
- **عدم مراعاة الأنظمة والقوانين:** عندما يكون هناك سلوكا معينا يهدد بخطر ينتج عنه ارتكاب جريمة معينة يتدخل المشرع توفيا منه عن طريق إصدار أو تشريع لوائح أو أنظمة قانونية التي تنظم الصحة العامة مثلا، وبعد سلوك الشخص المخالف لهذه الأنظمة سلوكا خاطئا، يعد مرتكبها قد خطأ مما يترتب عليه جزاء جراء مخالفة هذه القوانين.[2]

ج. معيار الخطأ الطبي

لقد تنازع في هذا الأمر عدة آراء واتجاهات ويمكنه رد هذه الآراء والاتجاهات إلى عدة معايير.

- **المعيار النفسي:** يتحدد المعيار وضعا لأنصار هذه النظرية في نطاق شخص الفاعل نفسه أي على أساس النظر في شخص الفاعل وظروفه الخاصة، فإذا تبين بين ما صدر منه من سلوك مشوب بالخطأ، وبين ما اعتاد اتخاذه من سلوك في نفس الظروف أنه هبط بالحيطة والحذر اعتبر مخطئاً، وهذا يعني أنه يجب علينا النظر إلى الفعل من خلال شخصية الفاعل، فعندما يكون هذا الفاعل عادة على درجة كبيرة من الحيطة والحرص، فإن أي تجاوز في سلوكه حتى ولو كان طفيفاً يعد ذلك إخلالاً بواجباته.[3]

أما النقد الذي توجه إلى هذا المعيار بأنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة أذ تتمتع مساءلة من اعتاد في مسلكه عدم الاهتمام بمعالج الآخرين والاضرار بحقوقهم طالما أنه تصرف في تلك الواقعة كما يتصرف عادةً، ويؤخذ عليه أيضا أنه لا يتطلب من الانسان أن يبذل جهداً معقولا حتى يرتفع إلى مستوى الشخص المعتاد.[4]

---

[1] لمزيد من التفصيل ينظر إيمان محمد الجابري، مرجع سابق، ص 111.

[2] عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 273.

[3] صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية – دراسة مقارنة –، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 211.

[4] نفس المرجع، ص 212.

- **المعيار الموضوعي:** ويذهب أنصار هذا المعيار أنه إذا تبين من المقارنة بين ما صدر عن المتهم من سلوك مشوب بالخطأ، وبين ما يمكن ان يصدر في الشخص المعتاد أي متوسط الحيطة والحذر في نفس الظروف، أنه قد هبط بالحيطة والحذر عنه اعتبره مخطئاً، أما إذا ثبت أنه نفس القدر يتعذر إسناد الخطأ إليه[1] لإجراء جراحة، فيحق لهذا المريض بما دفعه من أتعاب كبيرة لهذا الطبيب أن يحصل على عناية كافية وممتازة تتلاءم مع شهرة الطبيب.
- **المعيار المختلط:** وهو ضابط توفيقي أخذ بالمعيار الشخصي والموضوعي معا، إذ تعويلا عليه يتضبط الخطأ في حق المتهم بمطابقة سلوكه للسلوك المألوف للشخص المعتاد، ويتمثل في درجة العناية التي يتخذها شخص عادي متبصر عاقل من نفس الفئة التي ينتمي إليها الفاعل، فلكي تحدد درجة العناية الكافية لشخص يعمل في مهنة معينة كالطبيب فيجب أن تقارن سلوكه بسلوك طبيب متبصر لديه المعرفة الفنية والصفات الخلقية المتطلبة لممارسة هذه المهنة أو هذا النشاط، أما بالنسبة للعنصر التنظيمي فيجب أن تتوافر الإمكانات الشخصية لدى الفاعل التي يستطيع بها أن يتوقع أن تفعله يمكن أن يحقق النتيجة غير المشروعة، وهذا يختلف من شخص إلى آخر.[2]

وعليه الخطأ الطبي كما يكون في فحص المريض وتشخيص الداء، يكون أيضا في وصف العلاج وكيفيته، خصوصا في الحالات الحرجة، ويضم الخطأ بوضوح في إجراء العمليات الجراحية وما يصاحبها من حيطة وعناية، ومع تطور الأبحاث والتكنولوجيا امتد نطاق الخطأ الطبي ليشمل التجارب الطبية التي تجري بهدف العلاج، والتي تجري على غير المريض لتجربة الوسائل الحديثة، شرط التقيد بالواجبات التي تعرضها اللوائح أو التعليمات الطبية وامتد أيضا ليشمل نقل وزرع الأعضاء البشرية والجراحات التجميلية.[3]

د. أنواع الخطأ الطبي

تختلف أنواع الخطأ الطبي وتتنوع وتتعدد وسنتناول تقسيم هذه الأنواع التي تنقسم إلى خطأ عادي وخطأ فني:

---

[1] صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص 213.

[2] المرجع نفسه، ص ص 216-217.

[3] محمد جبر الألفي، ضمان الطبيب، د.ط، مجمع الفئة الإسلامي، السعودية، 2004، ص 20.

- **الخطأ العادي (المادي):** وهو الخطأ الذي ليس له علاقة بالمهنة أي الخطأ الخارج عن إطار المهنة وأصولها الفنية، والناجم عن سلوك إنساني مجرد بسببه الاخلال بالقواعد العامة للالتزام التي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، فهذا الخطأ ناجم عن سلوك يمارسه الطبيب كأي إنسان وليس عن ممارسات مهنية قام بها الطبيب تجاه المريض.[1]
- **الخطأ الفني (الغير عادي):** وهي الأخطاء المتعلقة بالمهنة، أي خروج الطبيب عن القواعد الطبية والعلمية وقت تنفيذ العمل، وقد يكون جهلاً أو إهمالاً للمهنة أو عدم المعرفة ومثال ذلك قيام الطبيب غير مختص بإجراء عملية جراحية للمريض.[2]

ثانيا: القدر الطبي

أ. تعريف الضرر الطبي

يعرف الضرر بوجه عام والأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن.[3]

أما عن التعريف الطبي فيعرف الضرر الطبي بأنه: "ذلك الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة عمل الطبيب الغير معتاد".[4]

ب. شروط الضرر الطبي

إن الضرر الطبي يجب أن يتوفر فيه مجموعة من الشروط لقيام المسؤولية الجزائية بحق الطبيب ومن شروط الضرر الطبي:

- **أن يكون الضرر محققا:** ومعنى ذلك أن يكون الضرر محقق الوقوع عاجلاً وغير آجل ومؤكد الوجود، جراء فعل الطبيب الخاطئ، وإذا كان الضرر محتملا غير موجود في الحال ولا يوجد ما يؤكده فإن القاضي لا يستطيع تقديره.[5]

---

[1] ريمة برش، واقع الأخطاء الطبية في الجزائر، مداخلة مقدمة ضمت متطلبات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، د.ت، ص 06.

[2] المداخلة نفسها، ص 07.

[3] فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/09/30، ص 265.

[4] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية –دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 132.

[5] منصوري مراد، توجيهات المسؤولية المدنية الطبية –دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير في القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016، ص 35.

- **المساس بحق أو بمصلحة مالية للمتضرر:** حيث يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو بمصلحة مالية له، فيجب عند مساءلة المعتدي أن يمس اعتداءه حقاً ثابتاً يحميه القانون، ولا شك أن خطأ الطبيب الذي نتج عنه ضرر بجسم المريض هو تعدي على حق من الحقوق الأساسية كالمريض في الحياة كإصابة عضو أو إتلافه أو المساس به.[1]
- **أن يكون الضرر مباشراً أو شخصياً**

أن يكون الضرر مباشرا: وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه الطبيب، فهو نتيجة مباشرة للخطأ إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فالضرر المباشر وحده هو الذي يحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ أما الأضرار الغير مباشرة وهي التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، فنستطيع فيها فهي العلاقة السببية ولا يكون الطبيب فيها مسؤولا عنها.[2]

أن يكون الضرر شخصيا: حيث يشترط في الضرر أن يكون شخصيا بالنسبة لطالبه، وبالتالي فالادعاء المبني على ضرر حلّ بشخص آخر هو مستبعد، أما إذا حصل ومات الضحية المتضرر فإنه لا ينفك أن يظل دائنا لحقه فتنتقل بعدها إلى ورثته دون أن يؤثر على حقه.[3]

ج. أنواع الضرر الطبي

- **الضرر المادي:** وهو الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي، فيعتبر الضرر المادي الذي يمس بالحق المالي للشخص ضررا ماليا، في حين يعتبر الضرر المادي المترتب عن المساس بحق غير مالي كالمساس بحياة الإنسان وسلامة أعضائه ضررا جسمانيا.[4]

---

[1] منصوري مراد، الرسالة السابقة، ص 34.

[2] قوادري مختار، الأطروحة السابقة، ص 194.

[3] الأطروحة نفسها، ص 192.

[4] عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/11/09، ص 12.

- **الضرر المعنوي:** هو ذلك الضرر الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة الآلام والمعاناة الناتجة عن المساس بسلامة جسده بسبب خطأ الطبيب أو نتيجة لسوء العلاج، ويتمثل في الآلام الجسمانية والنفسية التي يشعر بها المريض.[1]

ثالثا: العلاقة السببية

لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب، بل يلزم وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر وهذه هي العلاقة السببية.

وتشار الصعوبة في تحديد علاقة السببية في المجال الطبي ويعود ذلك للخصائص المعقدة لجسم الإنسان، وتغيير حالاته وعدم وقوع الانسياب المؤدية للمضاعفات الظاهرة، ومن الممكن أن يقع خطأ من الطبيب ولكن لا يكون هو السبب فيما أصاب المريض من أضرار، كذلك قد تتداخل عوامل أخرى مع نشاط الطبيب في إحداث الضرر بالمريض.[2]

وتميز هذه العلاقة هي همزة الوصل بين النتيجة والسلوك وهي التي تجعل من الركن المادي كياناً قانونياً واحدا، وبدونها لا يمكن إسناد النتيجة الإجرامية إلى سلوك الجاني سواءً كان السلبي أو الإيجابي.[3]

فلا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب بل يلزم وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر، وهذا ما يعرف عنه بركن السببية كركن ثالث من أركان المسؤولية، وتحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقد الجسم الإنساني وتغير حالته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة فقد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل بعيدة أو خفية مما يصعب تبنيها.[4]

لذلك برزت في الفقه المدني كما في الفقه الجزائي نظريتان مختلفتان الأولى عرفت بنظرية تعادل الأسباب، والثانية عرفت بنظرية السبب الملائم.[5]

---

[1] عياشي كريمة، الرسالة السابقة، ص 20.

[2] ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي –دراسة مقارنة–، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص ص 125–126.

[3] صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص 171.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الجراح، طبيب الاسنان، الصيدلي، العيادة والمستشفى، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 192.

[5] علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 171.

نظرية تعادل الأسباب: تغيير جميع الأسباب متعادلة من حيث قيام المسؤولية، فكل فعل ساهم في إحداث ضرر يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر، بجميع الأسباب التي تداخلت في إحداث الضرر تعتبر متكافئة، فتكون علاقة السببية قائمة بين كل سبب وبين الضرر الحاصل فتقوم المسؤولية كل الأشخاص الذين ساهم خطأ كل واحد منهم في إلحاق الضرر بالمريض.[1] نظرية السبب الملائم: حسب هذه النظرية لا يسأل الفاعل إلا عن النتائج التي تأثرت عادة عن الفعل الذي أقدم عليه، فإذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر، فإنه يجب التركيز على السبب المنتج الفعال.[*]

المطلب الثاني: تحديد حالات قيام المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يهدف قانون العقوبات والقوانين لمكملة له إلى حماية مصالح المجتمع وخاصة مصالح الأفراد، حيث يعاقب كل من يتعامل مع أعضاء الجسم البشري سواء كان المعطي أو المريض أو الطبيب، ومنه يستند أساس المسؤولية الجزائية الطبية بصفة عامة على الخطأ الطبي.[2]

ولا تثار المسؤولية الجزائية العمدية إلا في حالات خاصة ومن هذه الحالات هي مسؤولية الأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.[3] وعليه سنتطرق إلى أهم حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب بصدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفروع التالية: في الفرع الأول: مسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفة الغرض العلاجي ومجانية التبرع، الفرع الثاني: مسؤولية الجزائية للطبيب في حالة إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء في منشأة غير مرخص لها بذلك، الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل عضو من الجثث.

---

[1] علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 172.

[*] يجب التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة وبالتالي إقامة وزن للأسباب المنتجة فهي وحدها السبب في إحداث الضرر وإهمال الأسباب العارضة فالسبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة أما السبب العارض فهو السبب الغير مألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر ولكنه أحدثه عرضا، ينظر علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 173.

[2] أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 07.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 604-605.

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفة الغرض العلاجي أو مجانية التبرع

يعتبر شرطا أساسيا لنقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون بغرض علاجي ودون مقابل "حيث يحضر نقل الأعضاء أو أجزائها من إنسان حي أو ميت إلا في حالة الضرورة العلاجية، وكذلك يحظر هذا النقل والزرع عندما يكون بمقابل مادي"،[1] وكذلك سنتطرق لمسؤولية الطبيب في الحالتين:

أولا: في حالة مخالفة الغرض العلاجي

إن زراعة الأعضاء البشرية قد أصبحت من الناحية الطبية وسيلة من وسائل العلاج الناجعة، يلجأ إليها عندما تخفق وسائل العلاج الأخرى،[2] ويعتبر من أهم الشروط لنقل وزرع الأعضاء البشرية هي أن تكون بغرض العلاج.

ويشترط أن يكون زرع العضو البشري هو الوسيلة الوحيدة التي لا بديل لها لإنقاذ حياة المريض، وذلك أن الطبيب عندما يمارس نشاطه الطبي يكون هدفه علاج المريض فقط، دون الوصول إلى هدف آخر كالتجربة الطبية أو الانتقام مثلا، فإذا قام الطبيب بغير ذلك وحاد عن الغرض العلاجي قامت المسؤولية الجزائية في حقه.[3]

ثانيا: مخالفة مجانية التبرع

انعكاساً لمبدأ حرمة وقدسية الجسم البشري والارتقاء به عن الدخول في مجال المعاملات المالية حرمت جل الدول حماية الجسم البشري بتكريس مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.[4]

ويعتبر سبب نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هو مجانية التبرع وتخلف هذا الشرط بتدرج تحت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث تحولت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بعدما كانت مرفوقة بمساسها بسلامة الجسد البشري وبداية تقبلها من طرف المجتمعات

---

[1] عبد الوهاب عرفه، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص 132.

[2] عارف علي عارف القرهداغي، مرجع سابق، ص 62.

[3] زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بهما، جامعة مستغانم، الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، العدد 24، جانفي 2016، ص ص 120-121.

[4] ماجد جاوي علوان الربيعي، حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي – دراسة مقارنة–، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، دون بلد النشر، 2015، ص 45.

إلى تجارة غير قانونية من قبل العصابات وأطباء وسماسرة، وساعد في ذلك ما يسمى ببنوك الأعضاء البشرية.[1]

وقد نفى المشرع الجزائري بحظره من التشريعات العربية والغربية على مبدأ مجانية التبرع وذلك حسب نص المادة 355 من قانون الصحة،[2] وأكد على أن يكون الهدف هو علاجي وليس معاملة مالية.

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء في منشأة غير مرخصة بذلك

لقد جاء تحريم السلوك الخاص بنقل وزرع الأعضاء في خارج المنشآت المرخص لها بذلك الفصل، ويأتي ذلك من هدف ضبط العمل داخل المنشآت الطبية بحيث تتم إجراء تلك الجراحات تحت بصيرة الجهات الطبية المختصة، والتي لها حق متابعة العمل بالمنشآت الطبية، وتتوافر بها المنشآت والتجهيزات الطبية اللازمة.[3] حيث تقوم هذه الجريمة على مجموعة من الأركان وهي:

أولا: صفة الفاعل

فإن الفاعل في هذه الجريمة أو القائم بإجرائها هو الطبيب الذي قام بفعل نقل وزرع العضو من جسد إنسان حي وزراعته في جسد آخر داخل منشأة غير مرخص لها بذلك.

ثانيا: الركن المادي لهذه الجريمة

قد وضع المشرع التزام الطبيب بعدم إجراء أي عمليات في غير المنشآت الطبية المرخص لها بأعمال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذه المسؤولية ترتب عقابه إذا أثبت قيامه بذلك.

ومن ثم فإن مسؤولية كل من الطبيب تتطلب تحقق شرطان هما:

أ. **العلم بالجريمة والإخلال بواجبات الوظيفة:** ويقصد بالإخلال أن يتخذ الشخص موقفا سلبيا فلا يتخذ الاحتياطات اللازمة والتي من شأنها تجنب حدوث الواقعة الاجرامية.(*)

---

[1] يوسفاوي فاطمة، الأطروحة السابقة، ص 262.

[2] ينظر المادة 355 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 669.

(*) ويستوفي ذلك أيضا أن يتخذ صورة امتناع كامل عن مباشرة أعمالها دون سبب مشروع أو التراخي في القيام به في الوقت المناسب لتحقيق الغرض منها أو قيامه بهذه الأعمال، ينظر مصطفى خالد فهمي، مرجع سابق، ص 671.

ثالثا: الركن المعنوي للجريمة

هذه الجريمة هي جريمة عمدية أي أن القصد فيها عام، ولم يشترط القانون وجود قصد خافي، ويتم تطبيق القواعد العامة على العلم والإرادة فيجب أن يحاط علم الجاني بالأركان الجريمة وأن تتجه إرادته إلى هذا الفعل.[1]

ولقد حدد المشرع الجزائري حين تنظمه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المستشفيات المرخص لها بإجراء هذا النوع من العمليات فيها، وبالتالي فإن انتزاع الطبيب لأي عضو من الأعضاء البشرية في غير هاته الأماكن تقوم المسؤولية الجزائية في حقه.[2]

الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل عضو من الجثث

تعتبر هذه الجريمة جريمة من أخطر الجرائم لأنها تتعلق بحياة الانسان لقوله تعالى: "وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ" {سورة الإسراء، الآية 33}. فوجود إنسان على قيد الحياة قد يصاب في حادث يفقده الوعي لفترة فيعود بعدها بممارسة نشاطه، ويقوم الأطباء المعالجين بدلا من تقديم يد المساعدة له بمديد القدر واستقطاع أعضائه لتقديمها إلى غيره.

فتقوم المسؤولية الجزائية للأطباء في هذه الحالة بعدة أعمال يقدم عليها الطبيب منها الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطرة وكذلك أو التعجيل بالوفاة عن طريق والاستئصال دون مراقبة، الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطرة.

وهذا هو الأمر المتعارف عليه في المجال الطبي حيث أنه لا يجوز للطبيب الامتناع عن علاج مريض ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه، ولابد من اعتبار المريض المهدد بالوفاة أن من التزاماته تقديم المساعدة قدر الإمكان عن طريق إيصال أجهزة الإنعاش ما دام هناك فرصة للحياة والامتناع عن ذلك يوجب المسؤولية الجزائية.[3]

---

[1] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 671.

[2] زهدور أشواق، المقال السابق، ص 121.

[3] معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص ص 568–569.

في حالة فصل الإنعاش الصناعي

"الإنعاش الصناعي هو عبارة عن مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة والتي لا تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل الوظائف العضوية والاحساسية للمريض أو تساعدها".[1]

وقد اختلف الفقه في تحديد المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة فصله لأجهزة الإنعاش الصناعي وقد ذهب جانب من الفقه للقول بمساءلة الطبيب جزائيا عن امتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي للمريض الذي هو في حالة خطرة وكذلك مساءلة عن إيقافه بجريمة القتل العمد.[2]

أما الاتجاه الآخر فقد ذهب إلى القول بأن مسؤولية الطبيب عن جريمة القتل مخففة، فالجاني يبتغي مصلحة المريض لا مصلحته الخاصة، ويترتب على ذلك أن يكون الباعث نبيلا فتقلل من الخطورة الإجرامية للفاعل فيكون هنا القتل أقل خطورة.[3]

وكذلك يوقف الطبيب أجهزة الإنعاش عن المريض نتيجة لخطأ وذلك لاعتقاده أنه توفي وذلك دون إجراء الفحوصات اللازمة لتحديد الوفاة فإذا قام بذلك تقوم مسؤوليته الجزائية عن جريمة القتل العمدية.[4]

كذلك جريم استقطاع من الجثة دون الموافقة المتطلبة قانونا فالمشرع الجزائري كقرار التشريعات عاقب على هذه الفعل وجعل المسؤولية الجزائية قائمة في حق الطبيب، وعليه فإذا قام الطبيب باستقطاع أحد أعضاء المتوفى دون وجود موافقة منه أو من أحد أسرته، تتم مساءلة الطبيب، وفقا للنصوص القانونية المنصوص عليها ومن خلال ما سبق نستخلص أن المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تختلف بين الاحياء والأموات فسأل الطبيب عن جريمة القتل العمد أو أحداث خاصة مستديمة في حال مستديمة في حال مخالفته للضوابط بصورة عمدية.

---

[1] صفوان محمد شديقات، مرجع سابق، ص 318.

[2] المرجع نفسه، ص 319.

[3] نفسه، ص 320.

[4] معاشو لخضر، الأطروحة السابقة، ص 575.

كما يسأل عن ممارسة هذه العملية في الأماكن الغير مرخص لها بذلك او مخالفة الغرض العلاجي ومبدأ المجانية في العملية، وكذلك مساءلة استقطاع الأعضاء من الجثث دون موافقة أو عن جريمة القتل العمد في فصل أجهزة الإنعاش عمدا.

المبحث الثاني: أثر المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد تحديد حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب بعدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو بالأحرى الجرائم التي نظمها المشرع وجعل المسؤولية تقوم في حق الطبيب نتيجة لذلك أصبح من الجدير التطرق إلى أحكام العقاب أو الجزاءات التي حددها المشرع والتنظيم القانوني الساري، وكذلك يجدر بنا التطرق إلى موانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن هذه العمليات في ظل الاتجاهات الفقهية التي أباحت نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وعليه سنتطرق في المطلب الأول: العقوبات المقررة للطبيب عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية، وفي المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

المطلب الأول: العقوبات المقررة للطبيب عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد أقر المشرع الجزائري جزاء الأطباء الذين ينتهكون قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية وبمخالفتهم التشريع المعمول به في نقل وزرع الأعضاء البشرية وتختلف هذه العقوبات من جريمة إلى أخرى وقد نص عليها المشرع في قانون 18-11 المتضمن قانون الصحة الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات على هذا الجزاء ويمكن تقسيم هذه العقوبات إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

تختلف العقوبات الاصلية من جريمة إلى أخرى ولذلك سنتطرق إلى كل جريمة على حدى.

أولا: بالنسبة إلى جريمة مخالفة الغرض ومجانية العلاج ودون الحصول على الموافقة

فبالرجوع إلى قانون الصحة 18-11 نجده في الباب الثامن المعنون بأحكام جزائية قد نص على مجموعة من العقوبات المتعلقة بالصحة وبالرجوع للمادة 430 من قانون 18-11.[1] قد نصت على أنه يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بتبرع وزرع الأعضاء البشرية طبقا لحكام المولد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات.

[1] ينظر المادة 430 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

وعليه نجد أن المادة 430 قد أحالتنا على نصوص قانونية من قانون العقوبات.

وعليه فالرجوع إلى أحكام العقاب في قانون العقوبات نجده قد نصت المادة 303 مكرر 16.[1] في حال مخالفة الطبيب الغرض العلاجي مجانية العلاج وقد عاقبه المشرع الجزائري بالحبس من 03 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري نص على أهمية مجانية هذا التبرع وهذه العمليات وأكد على أن يكون الغرض علاجي وتشخيصي وليس محل معاملة مالية وقد جاء ونص هذه المادة عام دون تحديد واعتبر كل من يقوم به هذه العملية تتطبق عليه هذه العقوبة في حالة مخالفته التشريع الساري المفعول.[2]

أما عن جريمة انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون موافقته فقد نص عليها المشرع في أحكام المادة 303 مكرر 17.[3] والتي جاءت أحكام العقاب فيها بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج وذلك في حال ما إذا انتزع الطبيب عضو دون الحصول على الموافقة المشروطة في التشريع الساري المفعول والمقصود هنا هو قانون الصحة 18-11 في أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري أن أي شخص مهما كانت صفته يتحصل على عضو بشري من جسم إنسان دون موافقته وبمقابل مالي أو أي منفعة يعد مرتكب لجنحة الاتجار واعتبرها المشرع جنحة مشددة.[4]

وقد أحالتنا أيضا المادة 431 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.[5] على أحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات حيث جاءت هذه المادة باعتبار أن كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من نفس القانون

---

[1] ينظر المادة 303 مكرر 16 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم حيث جاء فيها: "يعاقب بالحبس من 03 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة مالية من 300000 دج إلى 1000000 دج كل من يجعل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها".

[2] يوسفاوي فاطمة، الأطروحة السابقة، ص 268.

[3] ينظر المادة 303 مكرر 17 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم حيث جاءت أحكام هذه المادة: "يعاقب بالحبس من غصن سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500000 دج إلى 1000000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول".

[4] المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، عن الموقع الالكتروني:
http://revenus.univ.ouargla.dz يوم 2018/03/28 الساعة 20:00.

[5] ينظر المادة 431 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

المتعلقة بتبرع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية يعاقب طبقا لمواد قانون العقوبات.

ثانيا: بالنسبة لقيام بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في منشأة غير مرخص لها بذلك

فلقد حدد المشرع الجزائري حيث نظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المؤسسات المرخص لها بنقل وزرع الأعضاء البشرية وإجراء هذه العمليات في غير ذلك يوجب المسؤولية الجزائية للطبيب، ولذلك جاءت المادة 433 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة وتعاقب على هذه الجريمة.[1]

حيث جاءت أحكامها تعاقب كل من يقوم بعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية في مؤسسة غير مرخص لها بذلك بالحبس من سنتين إلى 05 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عاقب سواء كان الطبيب أو أي شخص آخر نزع وزرع الأعضاء البشرية بالحبس وغرامة في مكان غير مرخص له بذلك.[2]

ثالثا: عقوبة جريمة نقل وزرع الأعضاء من شخص متوفي أو دون التأكد من الوفاة

يعتبر الطبيب مسؤولاً جزائياً في حالة قيامه بنقل أو زرع عضو بشري من شخص متوفي دون الحصول على الموافقة، وقد اعتبرها المشرع الجزائري جريمة وذلك بالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات في الفقرة الثانية.[3] حيث تنص بتطبيق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول وبالتالي فإن العقوبة المطبقة هي الحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

حيث يظهر من استقراء المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر 19 من قانون العقوبات أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية المتعلقة بالموافقة

---

[1] ينظر المادة 433 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة حيث نص على أنه: " يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها بذلك بالحبس من سنتين إلى 05 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج".

[2] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 672.

[3] ينظر المادة 303 مكرر 17 ف 02 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

المتطلبة لانتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية المنصوص عليها في قانون الصحة سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات، وأي فرق لهذه القواعد يشكل جريمة يعاقب عليها قانوناً.[1]

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

تعتبر العقوبات التكميلية تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي نص عليها القانون صراحة فهي إما إجرائية أو اختيارية، هذا النوع من العقوبات يكمل العقوبة الاصلية ومن أهم هذه العقوبات ما يلي: [2]

حددت المادة 09 من قانون العقوبات[3] هذه العقوبات التكميلية والتي جاءت كالآتي: العقوبات التكميلية هي:

- الحجز القانوني؛
- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية؛
- المنع من الإقامة؛
- المصادرة الجزئية للأموال؛
- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط؛
- إغلاق المؤسسة؛
- الاقصاء من الصفقات العمومية؛
- الحظر من إصدار الشيكات؛
- تطبيق سحب الرخصة؛
- سحب جواز السفر؛
- نشر أو تعليق حكم أو قرار

[1] زهدور أشواق، المقال السابق، ص ص 126-127.

[2] عبد اللاوي جواد، الحماية الجنائية للبيئة – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2005/2004، ص 89.

[3] ينظر المادة 09 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجزائية للطبيب

إذا كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتطابق مع النموذج القانوني للاعتداء على حق الفرد في سلامة جسده، مما يستوجب قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، فقد تنازع في إباحة عليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لاتجاهات فقهية، وقد اعتبر رضا المريض والمتبرع بصفة عامة أو ما يعرف أيضا بنظرية المخاطر سببا في إمكانية التعرف في الأعضاء البشرية.[1] مما ينفي معها القول بالمسؤولية الجزائية للطبيب وعلى ذلك نحاول الالمام بهذه الموانع في الفرع الأول: انتقاد رابطة السببية، أما الفرع الثاني: حالة الضرورة والقوة القاهرة، والفرع الثالث: نظرية قبول المخاطر.

الفرع الأول: انتفاء رابطة السببية

يشكل ركن الرابطة السببية أساس في المسؤولية الطبية، لأنه لا يمكن نسبة الضرر إلى الخطأ إذا لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ علة الضرر وسبب لوقوعه، فجوهر المسؤولية هي تلك العلاقة السببية، ويشترط أن تكون السببية من الخطأ والضرر محققة ومباشرة، ويشير تحديد الرابطة السببية في المجال الطبي من الضرر الشاقة والعسيرة نظرا لتعقيدات العمل الطبي والجسم الإنساني.

فيقع دور إثبات أو نفي يتوافر للعلاقة السببية على القاضي الجزائي فهو مطالب باستكمال عناصر المسؤولية الجزائية أو النفي توافرها حتى يسأل الطبيب عن الأخطاء المخالفة للأسس العلمية الثابتة، فإن أول ما يقوم به القاضي فهو بيان قيام النتيجة الاجرامية المقيمة للمسؤولية ...[2] كما يلتزم القاضي بتوضيح الخطأ الطبي في الجرائم الغير عمدية في حكمه بعد التحقيق منها.

كما أنه لا يكفي إثبات الخطأ يقول أن الطبيب سبب في إصابة أو وفاة الشخص وإنما يجب إثبات كيفية الإهمال أو قلة الاحتراز أو مخالفة الأنظمة، أما في الجرائم العمدية فعلى القاضي نفي أو إثبات توفر القصد الجنائي عند الطبيب أي إثبات ركني العلم والإرادة لدى الطبيب لتبيان الركن المعنوي إلا إذا كنا بصدد خطأ، كما يجب على القاضي إثبات علاقة

---

[1] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 160.

[2] كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 84.

السببية بين الفعل والنتيجة وهي ركن جوهري مقيدا على القرائن أو لجوئه إلى الخبرة وهذا من أجل قيام المسؤولية الجنائية أو انتقادها.[1]

وقد ظهر في انتقاد السببية نظريتين، النظرية الأولى نظرية تعادل الأسباب، والنظرية الثانية نظرية السبب المنتج.

أولا: نظرية تعادل الأسباب

جاءت هذه النظرية الفقهية (فون بيري) ومآلها أن كل سبب له دخل في إحداث ضرر مهما كان بعيد، ويعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر وأول ما يلاحظ على هذه النظرية، أنها تجعل العمل الإنساني وحده هو الذي يتحمل المسؤولية، إذا اجتمع مع غيره من الأسباب الطبية، أما إذا اجتمع مع أفعال إنسانية عديدة فإن السببية ترتكز في الفعل الإنساني الأول، أي الذي أثار الأفعال الإنسانية الأخرى، فإذا شخص طعن آخر فقتله فأحدث به إصابة فأهمل الطبيب رعاية المصاب، ثم شب حريق بالمستشفى فإن النتيجة تستند إلى محدث الإصابة، ومن جهة أخرى فإن العوامل التي تدخل في التسلسل السببي بعد ارتكاب الجاني فعله لا تحول دون القول بتوافر هذه العلاقة.[2]

النقد

انتقدت هذه النظرية انتقادات عديدة أهمها أن لا تقيم أية تفرقة بين السبب الأكثر أو الأقل فعالية، وإنما تساوي بين مناسبة حول النتيجة والسبب المؤدي إليها، وإنها توسع في علاقة السببية وأن نتائجها غير منسقة مع مقدماتها.[3]

ثانيا: نظرية السبب المنتج

جاء بهذه النظرية القيمة الألماني "فون أريس" من خلال هذه النظرية يستعرضون الفقهاء الأسباب المتعددة التي كان لها دخل في إحداث الضرر ويميزون بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، ويقفون عند الثانية دون الأولى، ويغيرونها وحدها السبب في إحداث الضرر وعلى ذلك فإنه لا يكون الطبيب متداخل بالتزاماته، إذا كان قد قرر عودة مريضه إلى العمل

[1] كشيدة الطاهر، الرسالة السابقة، ص 85.

[2] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص ص 532-533.

[3] المرجع نفسه، ص 537.

وكان في يوم عودته إلى العمل قد اشتد مرضه (المريض) ففي هذه الحالة تنفي العلاقة السببية بين المرض الجديد والعمل.[1]

وقد وجدت هذه النظرية انحيازا كبيراً لدى كل من الفقه والقضاء خاصة في فرنسا في مجال مسؤولية الأطباء.

الفرع الثاني: حالة الضرورة والقوة القاهرة

أولا: حالة الضرورة

تعتبر الضرورة في هذا السياق الخوف من حدوث ضرر أو الأذى بالنفس أو ببعض الأعضاء ويترتب عليها جواز أو تعيين ارتكاب المحظور ومن ضوابطها أن تكون قائمة لا منتظرة.[2]

وتعرف حالة الضرورة مجموعة الظروف التي تحيط بالإنسان وتهدده بخطر جسيم محدق يضطر فيها إلى ارتكاب جريمة لاتخاذ نفسه أو ماله أو نفس الغير أو مال الغير على أن يكون الفعل متناسبا مع جسامة الخطر.[3]

وانتقاء المسؤولية على أساس حالة الضرورة هي من المسلمات منذ أقدم العصور وقال بها الرومان فقد كانوا يربطون بين الضرورة والحقوق الذي كان يفسد عقولهم، وينقص در الإرادة الضرورية كشرط للعقاب، كما أن حالة الضرورة معروفة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وهي عند المالكية أيضا،[4]

وكذلك قد وردت في القرآن الكريم لقوله تعالى: "**فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ١٧٣**" {سورة البقرة، الآية 173}.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري بالرجوع لنص المادة 48 من قانون العقوبات[*] نجده يعتبر حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية الجنائية، وكذلك بالرجوع إلى نص القانون

---

[1] منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 537.

[2] أحمد لعور آخرون، المسؤولية الطبية: موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزائر، د.س. ص 53.

[3] حامد الفهداوي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون، د.ط، دار الجان للنشر والتوزيع، العراق، ص 138.

[4] صفوان محمد شديقات، مرجع سابق، ص 105.

[*] حيث جاء في نص المادة: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قيل له بدفعها" ينظر المادة 48 من القانون 66-156 الموافق لـ 08 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

90-17 المعدل والمتمم بالصحة، في نص المادة 164،[1] بأنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتطلبة قانونا بشرط الأول تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي، والثاني حالة عدم وجود بديل لاتخاذ المريض سوى زرع الكلية أو القرنية.[2]

وكذلك ما جاء في نص المادة 05/364 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة،[3] أن يمارس زرع الأعضاء دون الموافقة الواردة في الفقرة الأولى والثانية أعلاه عندها ولظروف استثنائية لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التمييز وكل تأجيل قد يؤدي إلى الوفاة.

ومنه نستطيع القول بأن المشرع الجزائري قد غير حالة الضرورة مانع من موانع المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على أن تخضع هذا المانع إلى جملة من الشروط القانونية وعليه يمكن القول أن المشرع قد تبين الاتجاه القابل بأن الضرورة العلاجية تعتبر مانع من موانع المسؤولية ويترك أمر تقديرها للطبيب على أن يتم تحت رقابة القضاء التي تتجسد في تحريك دعوى عمومية ضد الطبيب في حالة ثبت تخلف الضرورة العلاجية.[4]

ثانيا: القوة القاهرة

إن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي تفيد غالبا نفس المعنى أو نفس الشيء رغم أن بعض الفقهاء قد عدهما مختلفين فقالوا أن القوة القاهرة هي الفعل الذي يستحيل دفعه، بينما الحادث المفاجئ هو الفعل الذي لا يمكن توقعه، والقوة القاهرة بالنتيجة تعني الأر الذي لا يمكن توقعه، وهو أمر خارج عن الإرادة ومن شأنه إذا حدث أن يجعل الوفاء بالالتزام أو الواجب أو العهد مستحيلا فمثلا إذا نزلت الصاعقة وأحرقت الأجهزة الكهربائية وعطلتها أثناء قيام الطبيب بإجراء عمله هي قوة قاهرة وكذلك الحروب أو الزلازل، وقد يترتب أيضا عدم قدرة

[1] ينظر المادة 164 من قانون 90-17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

[2] نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الاحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري مجلة كلية الحقوق، جامعة المنتوري، قسنطينة، الجزائر، 2015، عدد 44.

[3] ينظر المادة 05/364 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[4] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 162.

الطبيب للوصول إلى المستشفى أو التأخر لإجراء عملية النقل أو الزرع وهنا السبب يرجع إلى سبب أجنبي خارج عن إرادة الطبيب مما يجعل المسؤولية الجزائية في حق الطبيب منتفية.[1]

الفرع الثالث: نظرية قبول المخاطر

يقصد بقبول المخاطر القبول المسبق من جانب المضرور بالخطر، والذي يحتمل أن يهدده والذي يعاني منه وفي نهاية الأمر بخطأ المدعي عليه، فقول الخاطر هو رضا بضرر محتمل.[2]

ويذهب الفقيه "أونورا" إلى أن نظرية قبول المخاطر تتمثل في سلوك الشخص الذي عرض نفسه للخطر مما يعني قصور منه في اتخاذ واجبات الاحتياط التي تعرّض فيها سلامته الشخصية، ومنه يمكننا الاستنتاج ان هذه النظرية تقوم على مجموعة عناصر وهي افتراض وجود خطر وأن المضرور قد قبله، وترتب على ذلك أثر قانونيا معينا.[3]

وتقترب هذه النظرية من التي اتخذها القضاء الفرنسي سببا لمنع المضرور الذي يساهم في استعمال الشيء من التمسك بقرينة الخطأ المفترض من جهة الحارس.[4]

وقد انقسم الفقه إلى قسمين بين معتبرة لنظرية المخاطر مانع من موانع المسؤولية وبين معتبر لها سببا من أسباب الاباحة، حيث تنفي المسؤولية فيها للطبيب متى قامت عناصرها فذهب النص إلى اعتبارها قبول للمضرور للمخاطر معناه الاتفاق على الأعضاء بين المسؤولية، في حين ذهب البعض الآخر للقول بأن نظرية قبول المخاطر يعد اتفاق قيما معناه استبعاد القرينة القانونية كالضمان.[5]

---

[1] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط 01، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004، ص 115.

[2] حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 566.

[3] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 168.

[4] أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة–، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص 276.

[5] جاري بسمة، مرجع سابق، ص 169.

وكملخص لهذا الفصل نجد أن المشرع الجزائري قد تجاوب مع التقدم الطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، خاصة وأنها كانت تحدث دون وجود سند قانوني لها فقد نظم المشرع الجزائري القالب القانوني الذي ينظمها، ويحدد شروطها وكبقيتها وأي مخالفة لقواعدها ترتب المسؤولية الجزائية على من يخالفها.

وعليه تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب في حال مخالفته قواعد وشروط نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتقوم هذه المسؤولية على شطرين المسؤولية الجزائية للطبيب عند قيامه بهذه العملية على شخص حي والشطر الثاني على ميت، وهذا ما حدده قانون الصحة 18-11 وكرسته المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري.

وتمنع المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في حالات معينة حددها الفقه القانوني وهي حالة انتقاد رابطة السببية، حالة الضرورة والقوة القاهرة والنظرية الأخيرة وهي نظرية قبول المخاطر.

ومنه تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب في حال مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء والمحددة قانونا ويطبق عليه الجزاء المناسب.

الخاتمة

وفي الأخير يتضح لنا أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أحدث العمليات الطبية اكتشافا، وقد أحدثت ضجة وجدلا كبير حول مشروعيتها خصوصا بين علماء الشريعة والفقه القانوني وقد تبنت جل التشريعات الوضعية هذه العمليات وفق منظومتها القانونية، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع الجزائري فقد أباح هذه العمليات وحدد قواعدها وشروطها في قانون الصحة.

وقد اعتبر التشريع الجزائري أي خروج أو مخالفة لهذه الضوابط والقواعد هو سببا لقيام المسؤولية الجزائية للأطباء وحدد الجرائم التي يقوم بها الأطباء أثناء قيامهم بهذه العمليات وتنوعت هذه الجرائم بين جرائم ترتكب على الأحياء أو من الأموات، وانقسمت هذه الجرائم بين قانون الصحة وقانون العقوبات الجزائية، وأصبح لهذه العمليات مردود طبي واجتماعي وديني يؤسس على مبادئ إنسانية وحقوقية يكفل لها القانون الحماية اللازمة.

وعليه توصلنا إلى **النتائج** التالية:

ثار جدل وإشكالات واسعة بين علماء الشريعة وفقهاء القانون حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن جل التشريعات قد تبنت وأباحت هذه العمليات وفق منظومتها القانونية السارية.

حدد المشرع الجزائري ضوابط وقواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة 18-11 ويعتبر أي خروج عن هذه القواعد سببا لقيام المسؤولية الجزائية.

المشرع الجزائري حدد الأشخاص الذي يجوز منهم التبرع واليت لهم قرابة عائلية إلا أنه في حالة عدم التطابق المناعي يمكن اللجوء إلى أشخاص آخرين.

أضاف التعديل الجديد إجازة إنشاء هياكل تعتبر بنوكا لحفظ الأعضاء والانسجة البشرية على مستوى المؤسسات المرخص لها بذلك.

يمنع المشرع كشف هوية المتبرع وهوية المتلقي وذلك راجع إلى هدف إنساني جوهره حماية كرامة الانسان.

المشرع الجزائري لم يحدد جرائم وعقوبات نقل وزرع الأعضاء البشرية من قبل الأطباء في قانون واحد بل انقسمت بين قانون الصحة وقانون العقوبات.

ومن هنا نقترح **التوصيات** التالية:

من الأجدر وجود تشريع قانوني مستقل ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وخاص بها لما لهذه العمليات من خطورة وما تكتسبه من أهمية يحدد فيه الشروط والجرائم والعقوبات المطبقة على منتهكيها.

يجب على المشرع أن ينص على حماية أكثر فعالية خصوصا عندما يكون النقل من الأموات وذلك بعد أن ظهرت استخدامات عديدة للجثث في الحياة.

ضرورة إحكام الرقابة على عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لاستبعاد أي جرائم يمكن أن تحدث أثناء ذلك.

ضرورة تجديد في العقوبات لأنه اعتداء على حياة الانسان وسلامة جسمه.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية صحيح مسلم.
- السنة النبوية صحيح البخاري.

I. قائمة المصادر

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 03 يوليو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
2. القانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتضمن قانون الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون 98-09 المؤرخ في 15 أوت 1998، الجريدة الرسمية، العدد 61.
3. القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46.
4. الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد 49، المعدل والمتمم.
5. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بآخر تعديل، قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، عدد 44.
6. المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1992، العدد 52.
7. المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 09 أفريل 1995، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، عدد 21.
8. مرسوم تنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، عدد 22.
9. القرار الوزاري رقم 198، الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006، المتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم.

II. قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
2. أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة–، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014.
3. جاري بسمة، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون "دراسة مقارنة"، د.ط، كوكب العلوم، الجزائر، 2012.
4. حامد الفهداوي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون، د.ط، دار الجان للنشر والتوزيع، العراق.
5. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي يثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، د.ط، مطبعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1975.
6. حسن عودة زعال، التصرف الغير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
7. حسين منصور محمد، المسؤولية الطبية، الجراح، طبيب الاسنان، الصيدلي، العيادة والمستشفى، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
8. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية – في ضوء القانون 05 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012.
9. دنيا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية لاستئصال وزرع الأعضاء البشرية – دراسة مقارنة –، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.
10. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
11. عارف علي عارف القرهداغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، نشر من قبل الجامعة الإسلامية العالمية للمجلات، 2011.

12. عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، ط 01، منشورات الجلي الحقوقية، الرياض، السعودية، 2009.
13. عبد الله جلال خضر، النظام القانوني للمسؤولية العمدية للطبيب الجراح اتجاه المريض، ط 01، دار المفسر للنشر والتوزيع، 2017.
14. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء الأول، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
15. عبد الوهاب عرفه، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، ط 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
16. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
17. عمر خوري، شرح قانون العقوبات – القسم العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2011/2010.
18. فاروق حسن نانة كه لي، المسؤولية الجزائية القانونية في العمل الطبي – دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، 2013.
19. فرج يوسف أمير، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.
20. ماجد جاوي علوان الربيعي، حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي – دراسة مقارنة، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، دون بلد النشر، 2015.
21. محمد الجابري إيمان، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية – دراسة مقارنة للقوانين (الإماراتية – المصرية – الأمريكية – اليابانية)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
22. محمد جلال حسن الأتروش، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
23. محمد جير الألفي، ضمان الطبيب، د.ط، مجمع الفئة الإسلامي، السعودية، 2004.
24. محمد شديفات صفوان، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية – دراسة مقارنة –، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

25. محمد لافي ماجد، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي –دراسة مقارنة–، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
26. محمد يحي مطر، الجهود الدولية في مكافح الإتجار بالبشر، الطبعة الأولى، المجمع الإسلامي الفقهي، الرياض، السعودية، 2010.
27. محمود أردلان نورالدين، المسؤولية الجزائية لرئيس الدولة في التشريعات الداخلية، ط 01، د.د.ن، د.ب.ن، 2014.
28. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة، ط 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
29. مصطفى مجدي هرجه، القتل والضرب والاصابة الخطأ، دون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن.
30. منذر الفضل، التصرفات القانونية في الأعضاء البشرية، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
31. منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004.
32. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
33. نجيب حسني محمود، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.
34. ياسر حسين بهنس، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة –دراسة مقارنة– بين الشريعة والقانون، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2012.

ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية

1. قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي – دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الخاصة، جامعة وهران، 2010/2009.
2. معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

3. مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
4. يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بلقايد أبي بكر، تلمسان، 2015/2014.
5. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية –دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
6. عبد اللاوي جواد، الحماية الجنائية للبيئة – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2005/2004.
7. عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/11/09.
8. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/09/30.
9. فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 09-01، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011.
10. قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
11. كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
12. منصوري مراد، توجيهات المسؤولية المدنية الطبية –دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير في القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.
13. نبيلة قوجيل، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبي "أعمال الطبيب"، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005/2004.

ثالثا: المقالات والبحوث العلمية

1. برابح يمينة، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016.

2. برش ريمة، واقع الأخطاء الطبية في الجزائر، مداخلة مقدمة ضمت متطلبات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، د.ت.
3. بولمش نور الهدى، بقلم نور الدين بوصلصال، قراءة في مشروعية عمليات زراعة الرحم بين الأنساب وأثرها على أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2018/10/25.
4. زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بهما، جامعة مستغانم، الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، العدد 24، جانفي 2016.
5. لدرع كمال، الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة.
6. مفتاح سليم سعد، الاستنساخ بين الإباحة والحظر، مقال منشور بمركز الإعلام الأمني، أفريل 2010.

المقالات باللغة الأجنبية

1. Blood Transfusion Safety, Department of Essential Health Technologies, World Health Organization, Switzerland.

رابعا: المواقع الالكترونية

1. المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، عن الموقع الالكتروني: http://revenus.univ.ouargla.dz يوم 2018/03/28 الساعة 20:00.

خلاصة الموضوع

بلغ التطور العلمي في المجال الطبي شأنا عظيماً خلال السنوات الأخيرة ومع التطور زادت المخاطر، وقد أنتج التقدم الطبي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وقد ثار جدلا فقهي كبير حول مشروعيتها وقد أسفر ذلك عن تبني جل التشريعات الوضعية هذه العمليات وفق تنظيمها ساري المفعول وحددت شروطها وكيفياتها واعتبرت أي مخالفة لقواعدها ترتب المسؤولية الجزائية، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

ومنه نجد أن المسؤولية الجزائية للأطباء تقوم في حالة مخالفته لقواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية وهذا ما حدده قانون الصحة وقانون العقوبات الجزائري وتقسم هذه المسؤولية على شطرين سواء عند قيامه بهذه العملية على شخص حي أو على شخص ميت.

الفهرس

المـــــــحتـــــــوى	رقم الصفحة
شكر وعرفان	/
الإهداء	/
قائمة المختصرات	/
مقدمة	**01-03**
الفصل الأول: ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**04**
المبحث الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**05**
المطلب الأول: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**05**
الفرع الأول: مدلول عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**05**
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية	**10**
الفرع الثالث: نماذج عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية	**12**
المطلب الثاني: تمييز عمليات نقل وزرع الأعضاء عن باقي العمليات الطبية	**16**
الفرع الأول: تميز عمليات نقل وزرع الأعضـــاء البشـــرية عن عملية التلقيح الاصطناعي	**16**
الفرع الثاني: تميز عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عن عملية الاستنساخ البشري	**18**
الفرع الثالث: تميز عملية نقل الأعضاء البشرية عن عملية نقل الدم	**18**
المبحث الثاني: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية	**21**
المطلب الأول: الأسس الفقهية والقانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية	**21**
الفرع الأول: مشروعية نقل وزرع الأعضاء في الشرائع السماوية	**21**
الفرع الثاني: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفقه القانوني	**26**
الفرع الثالث: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**31**
المطلب الثاني: الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفق قانون 18-11	**34**
الفرع الأول: الشروط القانونية لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء	**35**
الفرع الثاني: الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من الأموات	**44**

الفصل الثاني: تأصيل المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**49**
المبحث الأول: أساس المسؤولية الجزائية للأطباء بعدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**50**
المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للأعمال الطبية	**50**
الفرع الأول: المسؤولية الجزائية العمدية للطبيب	**50**
الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية الغير عمدية للطبيب	**52**
المطلب الثاني: تحديد حالات قيام المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**60**
الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفة الغرض العلاجي أو مجانية التبرع	**61**
الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء في منشأة غير مرخصة بذلك	**62**
الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية للطبيب عن عملية نقل عضو من الجثث	**63**
المبحث الثاني: أثر المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	**66**
المطلب الأول: العقوبات المقررة للطبيب عن مخالفة قواعد نقل وزرع الأعضاء البشرية	**66**
الفرع الأول: العقوبات الأصلية	**66**
الفرع الثاني: العقوبات التكميلية	**69**
المطلب الثاني: موانع المسؤولية الجزائية للطبيب	**70**
الفرع الأول: انتفاء رابطة السببية	**70**
الفرع الثاني: حالة الضرورة والقوة القاهرة	**72**
الفرع الثالث: نظرية قبول المخاطر	**74**
الخاتمة	**77-76**
قائمة المصادر والمراجع	**/**
خلاصة الموضوع	**/**