

المسؤولية الجزائية للطبيب

الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها.

بقلم الأستاذة : زهدور أشواق
جامعة مستغانم/ الجزائر.

مقدمة:

أدى التطور العلمي والتقني للطب إلى بروز العديد من الانجازات الحديثة كالتلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري وكذا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وقد نجم عن هذا التطور العديد من الصعوبات وأثار جدلا كبيرا من حيث مشروعيته ونطاق تطبيقه. ورغم هذا التطور السريع في المعرفة العلمية فإن هناك عدة أمراض لم يتوصل العلم الحديث إلى الوقاية منها أو إيجاد شفاء لها، مما يترتب عليها اختلال في وظائف الجسم أو تعرضه بمرض مزمن يصيب عضوا حيويا لا سبيل لنجاته إلا بإجراء جراحة يتم من خلالها نقل عضو آخر إليه أي استبدال العضو المصاب بآخر سليم.

و رغم ما تحققه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من إيجابيات و مصالح اجتماعية وفردية، إلا أنها أثارت عدة مشكلات قانونية تتصل بكرامة الإنسان وحرمة جسمه وذلك حول فاعلية رضا المتبرع وما إذا كان هذا الرضا وحده كافيا ، مما يقتضي وضع ضوابط وقيود تحكم عملية النقل والزرع بما يحفظ كرامة الإنسان و يبعد هذه العمليات عن التجارة، خاصة وأنه قد ظهرت في السنوات الأخيرة ظواهر إجرامية مستحدثة ذات صلة وثيقة بجسم الإنسان كظاهرة الاتجار بالبشر والأعضاء البشرية.

وتثير هذه العمليات عدة تساؤلات حول المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن مخالفة القيود والضوابط التي تحكم عمليات نقل

وزرع الأعضاء البشرية، خاصة أن المشرع الجزائري قد نظم حديثا هذه المسألة من الناحية الجزائية إثر تعديله لقانون العقوبات سنة 2009⁽¹⁾ في المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 منه الذي جرم الاتجار بالأعضاء البشرية.

وعليه يقتضي موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها الإجابة على التساؤلات الآتية: ما المقصود بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؟ وهل حدد المشرع الجزائري نوع الأعضاء البشرية القابلة للنقل و الزرع؟ هل تقتصر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على الأحياء؟ أم تمتد إلى جثث الموتى؟ ماهي الشروط الواجب توافرها لإباحة هذه العمليات وإخراجها من دائرة التجريم؟ ما هي أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية؟ ومتى تقوم هذه المسؤولية؟ وأخيرا هل اقتصر المشرع الجزائري على تحديد المسؤولية الجزائية للطبيب من جراء قيامه بهذه العمليات فقط؟ أم تعدى ذلك لتشمل مسؤوليته الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية

وعليه سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال فصلين، نتناول في الأول مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو التي تتم من جثث الموتى، أما الفصل الثاني نتناول فيه مسؤولية الطبيب الجزائية في حالة مخالفته ضوابط القيام بهذه العمليات وكذا في حالة الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفصل الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.

لقد أمدت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المرضى المهددين بالموت بالأمل في حياة كانوا قد فقدوا أسبابها هذا ما دفع دولا أجنبية و

عربية وإسلامية إلى وضع تشريعات تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽²⁾ في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها" في المواد من 161 إلى 168 منه.

وتناول المشرع الجزائري كذلك طائفتين من هذه العمليات، الأولى تتناول عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها (ق ح ت)، أما الثانية فتخص نقل الأعضاء من جثث الموتى وذلك في المادتين 164 و 165 من ق ح ت.

المبحث الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

رغم الدور الفعال الذي لعبه الفقه لتبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن مختلف النظريات عيب عنها قصورها في وضع معيار شامل وصالح قابل للتطبيق على كل حالات النقل و الزرع. هذا ما دفع بالمشرع في مختلف الدول إلى النص صراحة على إجازة عمليات نقل الأعضاء و وضع الضوابط الواجب احترامها لحماية جميع الأطراف المعنية بهذا النوع من التدخلات الطبية. وهو ما نهجه المشرع الجزائري بإصداره قانون حماية الصحة وترقيتها في بابه الرابع الذي نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها.

وما تجب الإشارة إليه كذلك هو أنه قبل صدور هذا القانون استند الأطباء المختصون في هذا المجال في الجزائر على فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي أجازت نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، حيث شكلت هذه الفتوى الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية⁽³⁾.

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها لنقل وزرع الأعضاء البشرية.

وتتمثل في الشروط العامة و الشروط الطبية وكذا الشروط الإدارية.

الفرع الأول: الشروط العامة لإجازة نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وتتمثل في الشروط العامة لمشروعية الأعمال الطبية والجراحية والمتمثلة في الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب ورضا المريض وقصد العلاج و كذا احترام الأصول المتبعة في الطب. غير أنه في مجال نقل الأعضاء البشرية و زرعها تضاف بعض الشروط الأخرى والتي سنتناولها تبعا.

أولا: المأذون له بالجراحة في عمليات نقل الأعضاء (صفة

الطبيب). ما دام أن العمل الطبي و خاصة الجراحي منه يمارس على جسم الإنسان و الذي قد يؤثر على صحته و حياته إيجابا أو سلبا فقد اشترط المشرع كفاءات و مؤهلات معينة في من يمارس مهنة الطب، وذلك حسب ما جاء في المادتين 197 و 198 من ق ح ت⁽⁴⁾. غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا يكفي للطبيب الجراح أن يكون مرخصا له بممارسة العمل الطبي فحسب، بل يجب زيادة على ذلك أن تكون له مهارات خاصة في هذا النوع من الجراحة⁽⁵⁾.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه و من خلال سنه للأحكام المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية لم يحدد طائفة الأطباء المختصة للقيام بمثل هذا النوع من الجراحة، و عليه فإنه يتم الرجوع إلى أحكام المادتين 197 و 198 ق ح ت ، على خلاف بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي الخاص بنقل الأعضاء بحيث يولي عملية اقتطاع الكلى إلى الأطباء المختصين بالمسالك البولية⁽⁶⁾، في حين أن المشرع الجزائري اكتفى فقط في المادة 165 ق ح ت على منع الأطباء الذين سيشارون اقتطاع العضو أو الزرع من الاشتراك في التأكد من موت الشخص المراد أخذ العضو منه .

ثانياً: رضا المستقبل (المريض) و رضا المتبرع. يعتبر رضا المريض كأصل عام شرطاً أساسياً لإباحة تدخل الطبيب على جسمه، غير أنه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية تتعدد الأطراف المعنية بعملية النقل والزرع فإلى جانب المريض (مستقبل العضو) يوجد شخص المتبرع الذي لا يحتاج من الناحية الطبية إلى هذا التدخل وليس في صالحه، ومع ذلك يعرض سلامته الجسدية إلى الأخطار المحتملة المنجزة عن هذه العمليات و لذلك يجب أن تكون موافقته قد أعطيت عن إرادة حرة ومتبصرة⁽⁷⁾.

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

رابعاً: توافر الضرورة المتطلبية لإجازة نقل الأعضاء. يظهر من المادتين 166 و 162 ق ح ت أنه لا يجوز القيام بعملية نقل الأعضاء وزرعها إلا لضرورة الحفاظ على حياة المستقبل أو سلامته البدنية و ألا تعرض في نفس الوقت سلامة و صحة المتبرع لأخطار جسيمة. وحتى تتحقق حالة الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيجب توافر بعض الشروط في الخطر الذي يهدد المريض مستقبل العضو وكذا في

الفعل الضروري لمواجهة الحالة أي ما يجب توافره للاقتطاع من المتبرع الحي.

أ. شروط الخطر الذي يهدد المستقل: يشترط في الخطر الذي تتحقق به حالة الضرورة أن يكون جسيما و حالا و ألا يتسبب المريض شخصا في إحداثه عند بعض الفقهاء.

ب. شروط الاقتطاع من المتبرع الحي: ويشترط في فعل الاقتطاع أن يكون الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض أو صحته و ألا يترتب على اقتطاع العضو أي خطر جسيم للمتبرع.

خامسا: أن يكون التبرع بدون مقابل. و مفاد هذا الشرط ألا يكون انتزاع العضو أو النسيج من جسم الإنسان موضوع معاملة مادية و بدون مقابل مالي ذلك أن أعضاء الجسم الإنساني لا يمكن أن تكون محل بيع أو شراء ⁽⁸⁾ إذ من غير المقبول أخلاقيا و قانونا التعامل مع جسم الإنسان على أنه سلعة من بين السلع التي تدخل في دائرة المعاملات المالية. و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 161 ق ح ت في فقرتها الثانية ، و هو ما أكدته المشرع كذلك من خلال تعديله لقانون العقوبات في نص المادة 303 مكرر 16 ، إذ جرم عملية نقل الأعضاء البشرية إذا تمت بمقابل مالي ورتب المسؤولية الجزائية على كل من ارتكب هذا الفعل مطبقا عليه العقوبات اللازمة لذلك.

الفرع الثاني: الشروط الطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إلى جانب الشروط العامة و التي سبق لنا تفصيلها في الفرع السابق فإنه يجب توافر شروط أخرى ذات طبيعة طبية .

أولاً: الحالة الصحية للمتبرع والمستقبل. تتوقف نسبة نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو فشلها على سن الأطراف المعنية بالعملية حسب ما أثبتته الإحصائيات في هذا المجال، وعلى هذا الأساس يشترط الأطباء المتخصصون ألا يتجاوز سنهما الخمسين سنة و ألا يقل عن العشر سنوات⁽⁹⁾ ، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية مباشرة هذه العمليات لدى المرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن هذا الحد كل ما في الأمر أن نسبة النجاح تقل أو تزيد بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف المعنية. كما يشترط في المتبرع أن يكون خاليا من الالتهابات البكتيرية أو الفيروسية و الفطرية و يجب في مجال نقل الكلى تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية لدى المتبرع قبل مباشرة عملية الاقتطاع، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 162 ق ح ت .

ثانياً: توافق أنسجة المتبرع والمستقبل. من أهم المظاهر التي ترهن نجاح عملية النقل هي ظاهرة " لفظ الأجسام الغريبة أو رفضها"، إذ يجب لتجنب هذه الظاهرة التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو والمستقبل له و ذلك قبل مباشرة عملية نقل العضو وزرعه. أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري فقد ترك المشرع الشروط الطبية للسلطة التقديرية للهيئات الطبية المختصة و منها اللجنة الطبية المختصة بالقيام بعملية استقطاع العضو وزرعه المنصوص عليها في المادة 167 ق ح ت. فعلى هذه اللجنة التأكد من ضرورة الزرع و مدى صلاحها للمريض وكذا الالتزام بالأصول العلمية الثابتة.

ثالثاً: حفظ العضو المنقول. و مفاد هذا الشرط أنه لا بد من احترام المدة اللازمة للحفاظ على صلاحية العضو المراد نقله حيث تتفاوت هذه المدة حسب التكوين التشريحي للعضو المنقول. فمن الناحية الطبية نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي الحالة المتعلقة بنقل بعض الأنسجة البسيطة كالشرايين و الأنسجة العظمية، إذ بإمكانها البقاء لمدة ساعات طويلة دون تزويدها بالدم وذلك دون أن يصيبها أي تلف.

الحالة الثانية: وهي الحالة المتعلقة بالأعضاء المركبة كالكلب والكلى والتي تتعرض للتلف في فترة زمنية قصيرة لا تتعدى بضع ساعات إذا ما تعرضت لنقص الدم.

الفرع الثالث: الشروط الإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية.

نظرا لأهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية وحساسيتها فقد خصت التشريعات المختلفة هذا النوع من العمليات بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات وذلك بغية ضمان احترام القوانين المتعلقة بحماية المتبرعين وكذا منع التصرفات غير المشروعة كالاتجار بالأعضاء البشرية وغيرها. وهو ما انتهجه المشرع الجزائري من خلال تحديده للمؤسسات الخاصة بهذا الغرض وذلك في نص المادة 1/167 ق ح ت ، بحيث لا يجوز مباشرة عمليات نقل الأعضاء إلا في المستشفيات الصحية التي لها ترخيص بذلك من وزير الصحة، ذلك أن المستشفيات هي المكان الطبيعى لإجراء هذه العمليات والتي تتحمل المسؤولية الجزائية والمدنية في حالة مخالفتها القواعد القانونية الخاصة بهذا الغرض.

و تطبيقا للمادة 167 ق ح ت صدر عن وزير الصحة بتاريخ 23 مارس 1991 قرارا وزاريا تضمن أسماء المؤسسات الصحية الجزائرية المرخص لها القيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي ذكرت على سبيل الحصر و بتاريخ 2002/10/02 أصدر وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرارا جديدا ألغى بموجبه القرار السابق و تضمن

في مادته الثانية قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء البشرية .

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

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

يظهر من خلال ما تم دراسته في المطلب الأول أن اقتطاع الأعضاء البشرية أمر جائز بشرط مراعاة الشروط القانونية التي حددها التشريع المنظم لهذا النوع من العمليات، بالإضافة إلى تلك الشروط هناك شروطا أساسية يتوقف عليها تنفيذ عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية وهي الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لكل من المريض المستقبل للعضو و الشخص المتبرع به، أما إذا كان الاقتطاع من جثة ميت فيجب التأكد من موافقة المتوفى على هذا الاقتطاع أو موافقة أقاربه إن لم يعبر عن موقفه أثناء حياته. إذ يعتبر شرط الرضا مظهرا من مظاهر الحصانة المقررة لجسم الإنسان. وحتى يحقق رضا الشخص على التدخلات الطبية الماسة بجسده الحماية المقررة لهذا الجسد يجب أن يتسم بمجموعة من المواصفات القانونية و يصدر وفقا للشكل الذي حدده القانون سواء تعلق الأمر برضا المتبرع بالعضو أو المستقبل له.

الفرع الأول: الأحكام العامة لرضا المتبرع.

من المبادئ المستقرة في المجال الطبي ضرورة الحصول على موافقة المريض على العلاج الذي يقترحه الطبيب و في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فإن الرضا ضروري بالنسبة للمتبرع أي مانح العضو السليم. وقد استقرت معظم التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية على ضرورة الحصول على رضا المتبرع لإباحة هذه العمليات ، وهو ما انتهجه المشرع الجزائري حيث نص على ضرورة الحصول على الموافقة المتبصرة من المتبرع و كذا موافقته الصريحة تحمل المخاطر أو الأضرار الناتجة عن العملية، مع العلم أن هذا الرضا يجب أن يتخذ شكلا معينا و أن يكون المتبرع أهلا له.

أولا: صور التعبير عن الإرادة. اشترط المشرع الجزائري طبقا للمادة 2/162 ق ح ت في من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي، لأن الكتابة تشكل دليلا مهما على حصول الطبيب على موافقة المتبرع فلا يجوز للطبيب مباشرة عملية الاقتطاع إلا بعد حصوله على وثيقة الرضا. إلى جانب حضور شاهدين اثنين ولم يحدد هنا الشروط التي يجب توافرها في هذين الشاهدين. غير أنه بالرجوع إلى الأحكام العامة فيشترط في هذين الشاهدين أن يكونا شاهدا عدل مما يقتضي توافر الأهلية الكاملة و القدرات العقلية لـديهما، مع العلم أن اشتراط حضور الشاهدين يعني توقيعهما على وثيقة الرضا إلى جانب توقيع المتبرع. كما اشترط المشرع أن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة و هي ضمانات أخرى للمتبرع إذا ما أراد العدول عن رضائه⁽¹⁰⁾.

ثانيا: محل الرضا. حتى يعتد برضا المتبرع في مجال نقل الأعضاء البشرية من الناحية القانونية يجب أن ينصب على أمر جائز شرعا و قانونا، إذ لا يجوز نقل هذه الأعضاء و زرعها في جسم إنسان آخر إلا

وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون. وقد ظهرت في مجال تحديد محل الرضا ثلاث اتجاهات، الأول يحدد عضو الكلية بمحل الرضا، أما الثاني فيحدد محل الرضا بالأعضاء المزدوجة بجسم الإنسان، أما الاتجاه الأخير فإنه يرى أن محل الرضا غير محدد، وقد سائر الاتجاه الثالث المشرع الجزائري في المادة 161 ق ح ت التي جاء فيها: "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية..."

إذ يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت خالية من ذكر أي عضو بعينه يكون محلا للاقتطاع، ومادامت النصوص الحالية جاءت خالية من تحديد محل بذاته فإنه يتم الرجوع إلى اجتهاد فقهاء القانون الجنائي الذين توصلوا إلى إباحة التنازل عن الأعضاء المزدوجة كالكلية والرئة وقرنية العين حتى يقوم العضو المتبقي بالوظيفة التشريحية للعضو المستأصل. وحتى يكون الرضا منتجا لأثاره لا بد من أن تتوافر فيه بعض الخصائص و المميزات التي تميزه عن غيره في المجالات الأخرى، ومنها أن يكون الرضا متبصرا وأن يكون حرا، وأخيرا يجب أن يصدر من ذي أهلية.

ثالثا: جواز عدول المتبرع عن رضائه. يعتبر الحق في العدول عن الرضا من الحقوق المتعلقة بالنظام العام لتعلقه بحماية الكرامة الإنسانية والتي تمنع أن يفرض على الإنسان التصرف في جسده بحيث لا إلزام على اقتطاع جزء من جسم إنسان. فللمتبرع أن يمارس حقه في العدول عن موافقته في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية ورجوعه عن رضائه هو أمر تحكمي يجري على حسب إرادته و لا يتوقف على رضاء الطبيب أو المريض المستقبل للعضو. وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة أخيرة ق ح ت على ما يلي: "... يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة"، إذ يظهر أن

المشرع أجاز للمتبرع العدول عن رضائه حتى لا يجد نفسه ضحية أي نوع من أنواع الضغوط المادية، فمتى رجع المتبرع عن تصرفه فإنه لا يلتزم بدفع مبلغ نقدي بدلا من التنفيذ العيني⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: الأحكام العامة لرضا المستقبل.

من المستقر عليه فقها وقانونا وقضاء أنه لا يجوز إجبار المريض على العلاج أو أي عمل من شأنه المساس بتكامله الجسدي إلا في حالات استثنائية، كالحالات التي تقتضيها ضرورة المحافظة على الصحة العامة كالطعيم أو العلاج الإجباري كما هو الحال في الأمراض المتفشية كالسل والكوليرا⁽¹²⁾.

ومن المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض لمباشرة العلاج على جسمه، كما أن الحصول على هذا الرضا يعد أمرا ضروريا في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها مستقبل العضو المنقول مستقبلا. و عليه سنحاول التعرض لأهم الإشكالات التي يثيرها رضا المستقبل من خلال النقاط الآتية.

أولا: ضرورة الحصول على رضا المستقبل. اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 1/166 ق ح ت موافقة المستقبل بإرادته الحرة على عملية الاقتطاع بحيث يعتبر رضا المستقبل شرطا ضروريا لا غنى عنه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية ذلك أن الهدف من هذا الرضا تنبيه المستقبل بأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها و ما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا⁽¹³⁾. كما توجب هذه المادة أن تتم موافقة المستقبل بطريقة كتابية و أمام رئيس المصلحة الصحية الموجود بها المريض و بحضور شاهدين اثنين، رغبة من المشرع في إشراك

مستقبل العضو في عملية اتخاذ القرار بشأن صحته و كل ذلك للقضاء على المشاكل التي قد تثور مستقبلا في حالة عدم نجاح العملية.

غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم أن يشهدوا على موافقة المريض مما يعني أن الشاهدين يمكن أن يكونا من أهل المريض أو من غيرهم من الأشخاص الموجودين في المصلحة الطبية ممن تعاملوا مع المريض. وإذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته فطبقا للمادة 2/166 ق ح ت يجوز الحصول على الموافقة الكتابية بشأن العملية من أحد أقربائه حسب الترتيب الوارد في المادة 2/164 ق ح ت و الذي جاء كالآتي: الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

واستثناء لما سبق استغنى المشرع عن رضا المستقبل و ذلك في حالة الاستعجال إذ يجوز للطبيب التدخل بالعمل الجراحي لزرع العضو دون موافقة المستقبل إذا كان هذا الأخير في حالة خطر حقيقي وحال و كان في حالة نفسية و عضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها، واشترط المشرع أن يؤكد هذه الحالة الاستعجالية رئيس المصلحة و كذا شاهدين اثنين.

ثانيا: مبدأ الالتزام بتبصير المستقبل. حتى يكون رضا المستقبل صحيحا فإنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية، و يجب أن يكون رضائه كافيا بقدر كاف وإلا كان الطبيب مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لو لم يرتكب خطأ في عمله وعلى المريض أن يثبت أنه لم يتم إعلامه بمخاطر العملية. و بذلك فإنه في مجال زرع الأعضاء البشرية يقع على عاتق الطبيب التزام بتبصير مستقبل العضو حول مخاطر العملية و يجب أن يشرح له النقل المقترح للأعضاء و الأخطار التي يتضمنها و الفوائد التي

يمكن الحصول عليها⁽¹⁴⁾ حتى يستطيع التعبير عن موافقته بشكل واضح طبقا للمادة 5/166 ق ح ت.

ثالثا: : صدور رضا المستقبل عن إرادة حرة. حتى يكون رضا المستقبل مقبولا قانونا يجب أن يصدر عن إرادة حرة و مدركة إذ أن مستقبل العضو هو وحده الذي يملك تحديد ما تستوجبه مصلحته ، ومن ثم فلا يجوز للطبيب أن يحل محله لاتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية أو يفرض عليه علاجا أو تدخلا جراحيا حتى ولو أدى ذلك إلى تحسن حالته الصحية متى رفض مستقبل العضو هذا التدخل الجراحي ، كما تتطلب الموافقة الحرة أن تصدر عن المريض بعيدا عن الضغوط العائلية التي كثيرا ما تشكل مصدرا لإكراه على المريض.

رابعا: أهلية مستقبل العضو. سبقت الإشارة إلى ضرورة صدور الرضا من المستقبل شخصا، غير أنه مبدأ غير مطلق فقد يصدر الرضا من أهل المستقبل أو ممثله الشرعي وهذا في حالة ما إذا كان المستقبل عديم الأهلية فالمريض الذي لم يبلغ سن الرشد بعد أو بلغه ولكنه يعاني من سفه أو عته أو لا يملك القدرة على فهم و تقدير عملية زرع العضو بسبب حالته الصحية المتدهورة، فإنه يخضع في هذه الحالة لحماية القانون الذي حدد الأشخاص الذين يتولون الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به ومنها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، فعدم القدرة على الموافقة في هذه الحالات مرده عدم اكتمال الأهلية القانونية (القاصرو من في حكمه) أو افتقار المريض إلى الأهلية الفعلية (أي الحالة الصحية للمريض التي لا تسمح له بالتعبير عن إرادته). وبالتالي فإن عدم الأهلية إما أن يكون عدم أهلية قانونية أو عدم أهلية فعلية.

أ- عدم الأهلية القانونية: يتضح من المادة 3/166 ق ح ت أنه إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي انتقل حق

الموافقة على عملية الزرع إلى صاحب السلطة القانونية عليه وهو الأب و في حالة عدم وجود الأب تنتقل هذه السلطة إلى الأم، أما في حالة فقدان الأب والأم معا ينتقل هذا الحق للولي الشرعي.

والملاحظ أن المشرع استثنى من دائرة عديبي الأهلية القاصر الذي خصص له فقرة أخرى من نفس المادة 166 ق ح ت فقد جاء في الفقرة الرابعة ما يلي : "... أما القاصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي"، مما يعني أن التدخل الطبي على القاصر مشروط بموافقة الأب أو الولي الشرعي وهو تكرار لحكم عديم الأهلية. فسواء كان المريض ناقص الأهلية أو عديمها تنتقل سلطة الموافقة على الأعمال الطبية الماسة بسلامته الجسدية إلى ممثليه الشرعيين وهم الأب أو الأم أو الولي الشرعي.

ب- عدم الأهلية الفعلية: قد يكون مستقبل العضو كامل الأهلية القانونية غير أنه لا يكون في حالة يستطيع ممارستها أو يكون في حالة صحية تمنعه من التعبير عن إرادته الفعلية بشأن عملية الزرع كأن تكون صحته متدهورة إلى حد كبير أو يكون فاقدا للوعي، ففي هذه الحالة حددت المادة 2/166 ق ح ت الأشخاص الذين يمكنهم النيابة عنه في إعطاء هذه الموافقة حيث جاء فيها : "... وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا".

وبالرجوع إلى المادة 164 ق ح ت نجدها أنها رتبت الأشخاص الذين يجوز لهم الموافقة مكان المريض كالاتي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. و من الطبيعي أن يخص المشرع الجزائري أقرباء المرضى بحق الموافقة على العمليات الخطيرة التي يحتاج إليها قريبهم باعتبارهم المعنيين الأوائل بصحة هذا الأخير.

و استثناء و طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 166 ق ح ت فإنه يمكن الاستغناء عن الرضا إذا كان مستقبل العضو في وضع يقتضي التدخل السريع دون انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقاربه. فقد تتطلب حالة المريض تدخلا طبيا سريعا بسبب تدهور حالته الصحية أو بسبب الحصول على العضو الذي يجب مباشرة زرععه لدى المريض لذلك أجازت الفقرة الأخيرة من المادة 166 ق ح ت مباشرة عملية الزرع و لكن بشرط إثبات هذه الحالة من قبل رئيس المصلحة وبحضور شاهدين اثنين، والملاحظ أن المشرع لم يحدد صفة هؤلاء الشهود غير أن طبيعة الشهادة المطلوبة تتطلب أن يكونا من أهل الطب، كما يظهر من هذه الفقرة أن المشرع جعل الطبيب رئيس المصلحة ممثلا طبيعيا للمستقبل في حالة الاستعجال.

وإذا رأى الطبيب الجراح أن إجراء العملية الجراحية تسبب خطورة على المريض فعليه الامتناع عن إجرائها ولوحصل على الموافقة بإجرائها من طرف المريض أو أسرته باعتباره المسؤول الأول عن تقدير ضرورة إجراء العملية الجراحية وهو ما نصت عليه المادة 163 ق ح ت .

المبحث الثاني: نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

يعد الحق بالتكامل الجسدي من أحد الحقوق الجوهرية للشخص و يستمر هذا الحق حتى بعد وفاته، إذ أن حماية حق الإنسان في تكامل جثته ومعصوميته و حرمتها أكدته الشرائع السماوية والوضعية فجرم القانون الجزائري الاعتداء على جثة المتوفى في المواد من 150 إلى 154 ق ع.

غير أنه و من جهة أخرى و نظرا للقضايا الطبية والجراحية المستحدثة فقد أجازت التشريعات الاستخدام العلمي والعلاجي للجثث الآدمية وفقا لشروط و ضوابط قانونية و منها مسألة نقل الأعضاء

البشرية من جثث الموتى وزرعها في أجسام الأشخاص الأحياء الذين هم في حاجة إليها ، ذلك أنه ثبت علمياً إمكانية الاستفادة ببعض الأعضاء عقب الموت مباشرة واستغلالها لدى شخص مريض هو في أمس الحاجة إليها. وهو ما انتهجه المشرع الجزائري حيث نظم مسألة اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى في المادتين 164 و 165 ق ح ت حيث أجاز الاقتطاع بمراعاة شروط و ضوابط محددة سنتولى تفصيلها.

ولا تثير عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء مشاكل كنتلك التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء، ففي هذه الأخيرة لا يجوز انتزاع عضو تتوقف عليه حياة الشخص كالقلب في حين لا ضرر إن نزع هذا العضو من جثث الموتى لأن الوفاة محققة. غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها حيث تعترض عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى العديد من المشكلات و التي تتمثل في تحديد المقصود بالوفاة لعدم وضوح موقف التشريعات الوضعية في تحديدها وكذا في مدى جواز المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات الاقتطاع، و في مدى حق الإنسان في التصرف في جثته أو بأجزاء منها و حق أقاربه من بعده خاصة ما توصلت إليه التقنيات الحديثة في الإبقاء على امتداد الحياة بواسطة الأجهزة الصناعية.

المطلب الأول: المقصود بالموت.

الموت هو اللحظة الحاسمة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الحياة ويستقبل الآخرة و رغم بديهية المقصود بالوفاة إلا أن تحديد لحظتها أثار جدلاً فقهيًا واسعاً، ليس فقط بين علماء الطب و القانون ولكن بين كل طائفة بحد ذاتها من هؤلاء⁽¹⁵⁾ و ذلك بالنظر إلى التقدم العلمي الكبير الذي عرفته العلوم الطبية بما في ذلك عمليات نقل و زرع

الأعضاء البشرية. و حتى وقت قريب كانت مسألة تحديد الوفاة من اختصاص الطبيب وحده عن طريق معيار يعتمد عليه في تحديد الوفاة وهو ما يسمى الآن بالمعيار التقليدي و الذي يعتمد على التوقف النهائي للقلب و الدورة الدموية، ولكن و بالنظر إلى التقدم العلمي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية ظهرت دراسة جديدة ترى قصور المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة نظرا لظهور وسائل جديدة للإنعاش كتدليك القلب و الصدمة الكهربائية و التي من شأنها أن تعيد الحياة لمن يعتبر في حكم الموتى و هو ما أدى إلى ظهور معيار حديث لتحديد لحظة الوفاة.

الفرع الأول: تعريف الموت.

الموت عامة هو انقطاع الحياة و التي يترتب عنها انتهاء الشخصية الطبيعية للإنسان إما بالموت الحقيقي أو الموت الحكي بحيث تجهل حياته و مماته⁽¹⁶⁾ ، غير أن الموت الحكي يخرج من نطاق عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية لذلك فإن دراسة موضوعنا هذا تقتصر فقط على الموت الطبيعي.

أما من الناحية الطبية فإن موت الإنسان يمر عبر ثلاث مراحل تعتمد على موت ثلاث أعضاء حيوية في الجسم هي المخ و القلب و الرئتان ثم موت خلايا الجسم، و ذلك على النحو التالي:

المرحلة الأولى: الموت الإكلينيكي. و فيها يتوقف القلب و الرئتان عن العمل فيتوقف دوران الدم في الجسم و يتوقف وصوله إلى المخ، وتستمر هذه الفترة أقل من خمس دقائق و هي أقصى مدة يتحمل المخ فيها الحرمان من الأوكسجين و الجلوكوز المحملين له عن طريق الدم و في هذه المرحلة يكون:- القلب و التنفس متوقفان.- خلايا المخ سليمة. - خلايا الجسم سليمة. فإذا أمكن استعادة تشغيل القلب و التنفس

خلال هذه الفترة سواء كان ذلك ذاتيا أو بالأجهزة الصناعية فإن الإنسان يظل مستمرا بعدها على قيد الحياة ولا يعتبر ميتا بالإجماع⁽¹⁷⁾.

المرحلة الثانية: الموت الجسدي. إذا تعدت فترة توقف القلب وحرمان المخ من الأوكسجين أكثر من خمس دقائق فإن خلايا المخ تموت بما فيها الخلايا المسؤولة عن تشغيل القلب و الرئتين، و بالتالي ينعدم الأمل في أية عودة ذاتية للقلب والتنفس و يدخل الإنسان في موت جسدي حقيقي لا رجعة منه و في هذه المرحلة يكون: القلب و التنفس متوقفان. . خلايا المخ ميتة.. خلايا الجسم سليمة. فإذا أمكن وضع هذا الإنسان بسرعة على أجهزة التنفس الصناعي فإن الدورة الدموية والتنفس يعودان إلى الاستمرار و يستمر وصول الأوكسجين إلى خلايا الجسم فتظل حية بالرغم من موت خلايا المخ. و بنهاية هذه المرحلة يكون قد مات ككائن بشري موتا لا رجعة منه و ذلك لموت خلايا المخ ولكن خلايا جسده تظل سليمة ما دام موضوعا على الأجهزة الصناعية وذلك لفترة لا يعلمها إلا الله. وتعرف هذه الفترة بالحياة الخلوية وتشبه وضع خلايا الجنين في بطن أمه قبل نفخ الروح فيه، فهي خلايا حية في كائن ليس فيه روح.

المرحلة الثالثة: الموت الخلوي. إذا انتهت المرحلة الثانية و مات المخ و لم يوضع الإنسان على أجهزة التنفس الصناعي فإن الدورة الدموية تتوقف و بالتالي يتوقف الدم نهائيا عن الوصول إلى جميع أجزاء الجسم و تبدأ خلايا الجسم في الموت و التحلل، و في هذه المرحلة يكون:- القلب و التنفس متوقفان.- خلايا المخ ميتة و خلايا الجسم ميتة. فالخلية تظل حية ما دامت مزودة بمادتين أساسيتين للحياة هما الأوكسجين و الجلوكوز اللذان يصلان إليها عن طريق الدم، وعندما يتوقف وصول الدم إليها فإن كل خلية يكون فيها كمية من هاتين المادتين تظل في أداء عملها إلى أن تستهلكها فتبدأ في الموت و التحلل وهذا هو الموت الخلوي.

والملاحظ أن الحديث عن المرحلة الأولى (الموت الإكلينيكي) والمرحلة الثالثة (الموت الخلوي) لا خلاف فيه لأن الأولى يكون الإنسان فيها حيا بالاتفاق و في الثالثة

يكون فيها ميتا و بالاتفاق. لكن الخلاف والجدل يثور حول المرحلة الثانية (الموت الجسدي) ، و الخلاف هنا هل ذلك الإنسان حي أم ميت؟. فالمخ حينما يتوقف عن العمل لا يشترط أن تكون خلاياه قد ماتت ففي بعض الحالات يكون ذلك التوقف لسبب غير موت الخلايا و قد يكون ذلك السبب قابلا للزوال فيعود المخ إلى العمل كحدوث نزيف أو الإصابة بجلطة أو بورم سرطاني ولو تم التعامل مع ذلك الورم بالعلاج لصغر حجمه و عادت هذه المراكز للعمل مرة أخرى، ففي هذه الحالات يتوقف المخ عن أداء وظائفه لكنه لا يكون ميتا لبقاء خلاياه حية.

الفرع الثاني: المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة.

تعددت مسميات هذا المعيار فهناك من يطلق عليه معيار الموت الظاهري وهناك من يعرفه بالموت الإكلينيكي إلا أنها تتحد كلها في معنى واحد وهو " توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان و المرتكزة في القلب والتنفس" فالوفاة طبقا لهذا المعيار حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد ، و من ثم فلا يجوز للطبيب الجراح اقتطاع أي عضو من جسم شخص قبل التوقف النهائي للقلب عن العمل وموت خلاياه و توقف التنفس لأن توقف القلب والتنفس يترتب عليه حرمان المخ و سائر الأعضاء من سريان الدم إليها. و طبقا لهذا المعيار يمكن تمييز إشارات تشخيص الموت إلى فئتين: العلامات السلبية للموت وكذا العلامات الايجابية للموت.

أولاً: العلامات السلبية للموت. و هي علامات نسبية لإمكانية عودة الحياة أحيانا رغم وجودها و تتمثل فيما يلي: - إلغاء النشاط التنفسي الذي يوضح إما باختبار المرأة أمام الفم فإذا لم يشوش البخار وجه المرأة فيمكن استنتاج توقف التنفس- اختفاء أي نشاط للجهاز العصبي المركزي بحيث يلاحظ فقدان حيوية العضلات كانهخفاض الفك عند الإنسان وتمدد عضلات الحديقة - توقف دوران الدم و يتجلى بتوقف القلب عند كشفه بالسمع.

ثانياً: العلامات الإيجابية للموت. و ترجع هذه العلامات لظاهرة وجود الجثة التي تشكل العلامات المؤكدة للموت بحيث يسمح تطور هذه العلامات بتقدير زمني للموت موازاة مع تطورها و تتمثل هذه العلامات فيما يلي:- برودة الجثة- دكنة الجثة - قسوة الجثة- جفاف الجثة - تعفن الجثة .

ورغم العلامات التي أتى بها هذا المعيار سواء الإيجابية أو السلبية للوفاة إلا أنه تعرض للانتقاد باعتباره معياراً قديماً لم يعد يتماشى والتقدم الطبي الحديث الذي أثبت أن توقف جهازي القلب و التنفس عن العمل لا يعني بالضرورة أن صاحبها قد مات، إذ يستطيع الطبيب ومن خلال اللجوء إلى وسائل الإنعاش الصناعي أو إلى الصدمة الكهربائية و تدليك القلب إلى إعادته للعمل، وفي هذه الحالة تبقى خلايا المخ حية حتى بعد توقف القلب والجهاز التنفسي طالما يستمر إمداد هذه الخلايا صناعياً بالدم المحمل بالأوكسجين. وما دام أن جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة و إنما على مراحل . والتي سبق لنا الإشارة إليها . فإن هذا المعيار لا يصلح لتحديد لحظة الوفاة.

الفرع الثالث: المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة.(mort cérébrale)

استقر الطب الحديث على أن الموت الكامل لخلايا المخ الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية عن العمل هو المعيار الشرعي والقانوني لموت الإنسان موتاً حقيقياً لا رجعة فيه ⁽¹⁸⁾، إذ تتجه أغلب الآراء في الوقت الحاضر إلى الربط بين حدوث الوفاة و موت خلايا المخ بما في ذلك جذع المخ حتى و لو ظلت خلايا القلب أو الرئتان حية. فمتى ماتت خلايا المخ بصفة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة وبالتالي عودة الإنسان إلى الحياة الطبيعية، و تنفس الشخص أو نبض القلب في حالة

استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي ليس إلا مظهرا للحياة الصناعية وليس دليلا على حياة الإنسان.

والمقصود بموت المخ كلية الغيبوبة النهائية التامة حيث تتوقف مراكز الاتصال و التفكير و الذاكرة و السلوك عن العمل، و يخرج من هذا النطاق موت جزء من خلايا المخ فقط⁽¹⁹⁾، فالمقصود هنا ليس المخ بأكمله و إنما هناك جزء محدد فيه تقع فيه مراكز القلب و الدورة الدموية و التنفس و غيرها و هو المسمى بجذع المخ.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع لم يحدد المقصود بالموت على أساس أن الموت مسألة طبية و لم يحدد بصفة دقيقة اللحظة التي يمكن الحكم فيها بأن الشخص أصبح جثة هامدة. ففيما يخص مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية نجد أن المشرع في المادة 164 ق ح ت أحال هذا الموضوع إلى الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة، و هي إشارة إلى إسناد هذه المهمة إلى المختصين من أهل الطب.

وفي هذا الإطار أصدر وزير الصحة قرارا بتاريخ 1989/03/26 حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بزرع الأعضاء و ذلك في مادته الأولى بحيث تثبت الوفاة بالمعايير التالية: المعايير الإكلينيكية، المعايير المتعلقة بانعدام الوعي، المعايير الكهربائية (باستخدام رسم المخ الكهربائي) بالإضافة إلى الفحوص الأخرى الخاصة. غير أن هذا القرار تعرض للنقد من طرف الأطباء الجزائريين على أساس أن وزير الصحة قد اعتمد في وضعه لهذه المعايير على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر نظرا لانعدام أو قلة الأجهزة الطبية المتطورة في مناطق كثيرة من الوطن.

غير أن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إضفاء الصبغة القانونية على المعايير التي يجب اعتمادها للتأكد من الوفاة في مجال نقل و زرع الأعضاء حيث صدر بتاريخ 2002/11/19 عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قرار وزاري جديد نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثث الموتى. و طبقا للمادة الثانية منه تتمثل هذه المعايير فيما يلي: الانعدام التام للوعي، غياب النشاط العفوي الدماغي، التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار hypercapnie، التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين و من إنجاز طبيبين مختلفين.

أما فيما يتعلق بالشخص المؤهل بإثبات الوفاة فطبقا للمادة 3/167 ق ح ت تكون من قبل طبيبين على الأقل عضوان في اللجنة الطبية التي تنشأ في الهيكل الاستشفائي و التي تقرر ضرورة الانتزاع والزرع و تأذن بإجراء العملية طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة، بالإضافة إلى طبيب شرعي تدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص بذلك.

المطلب الثاني: كيفية التصرف في جثة المتوفي.

إن الطبيب المختص بعمليات اقتطاع الأعضاء البشرية من جثث الموتى لا يمكنه القيام بهذه العمليات و لو كان متأكدا من الوفاة إلا بعد الحصول على الإذن للمساس بجثة المتوفي، بحيث يجد الطبيب نفسه في هذا المجال أمام وضعيتين أولهما يكون فيها المتوفي قد منح الإذن بالتصرف في جثته قبل وفاته باقتطاع عضو أو أعضاء محددة أو غير محددة، و ثانيهما يسبق فيها الموت الشخص المريض دون أن يحدد كيفية التصرف في جثته، وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن يقدم الإذن من

طرف أقارب المتوفى و أسرته للشروع في عملية الاقتطاع و إما أن يجد الطبيب نفسه مضطرا للتصرف في جثة هذا المتوفى دون إذن أحد.

الفرع الأول: شروط اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى.

تجد عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى أساسها في المادة 164 ق ح ت حيث أجازت صراحة اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى قصد زرعها لأشخاص أحياء شريطة مراعاة الشروط القانونية، خاصة ما تعلق منها بموافقة المتوفى أثناء حياته أو أسرته بعد مماته ذلك حسب الترتيب الأولي الوارد في نص المادة أعلاه.

وقد استثنى المشرع الجزائري ضرورة الحصول على موافقة الميت أو أهله فيما يتعلق بانتزاع القرنية والكلية وذلك في الحالات التي لا يمكن فيها الاتصال بهؤلاء في الوقت المناسب و يخشى أن يؤدي التأخير في الاقتطاع إلى حين الحصول على هذه الموافقة إلى فساد العضو أو عدم صلاحيته للزرع⁽²⁰⁾. و السؤال المطروح هنا لماذا قصر المشرع الجزائري هذا الاستثناء على القرنية و الكلية فقط؟ مع العلم أن هناك أعضاء أخرى سريعة التلف و يترتب على عدم نقلها بسرعة عدم صلاحيتها للزرع.

يظهر كذلك من استقراء المادة 164 ق ح ت أنها تناولت مسألة ضرورة إثبات الوفاة من الناحية الطبية والشرعية حتى يمكن القيام بعملية انتزاع الأعضاء، ذلك أن الانتزاع من الجثة غالبا ما يتناول الأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها حياة الإنسان كالقلب مثلا، عكس الأحياء الذي يقتصر الانتزاع على الأعضاء المزدوجة كما سبق لي الإشارة إليه.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري و في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية قد أجاز الاقتطاع من جثث الموتى لغرض العلاج فقط و هو ما

يستفاد من المادة 161 ق ح ت حيث وضع المشرع من خلال هذه المادة قاعدة عامة سواء بين الأحياء أو الأموات ، و بالتالي فإن المساس بالجثة لأجل انتزاع عضو منها قصد زرع له لشخص حي يجب أن يكون لغرض علاجي و أن يكون المساس بالجثة الوسيلة الوحيدة للعلاج حسب ما نصت عليه المادة 166 ق ح ت بقولها: " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية"، مما يعني أن الاقتطاع من الجثث في التشريع الجزائري مرهون بعدم وجود بدائل علاجية أخرى، فإن وجدت هذه البدائل حاضرا أو مستقبلا كاختراع أعضاء صناعية مثلا تبقى للجثة حرمتها ولا يجوز المساس بها ⁽²¹⁾.

ولاقتطاع الأعضاء من الجثة شروطا نصت عليها أغلبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و هو ما يعرف بالشروط العامة، كما نجد شروطا أخرى انفردت بها بعض التشريعات دون غيرها و هي الشروط الخاصة و التي سنتناول كلاهما تبعا.

أولا: الشروط العامة.

1- يجب أن تتم عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث و زرعها للأحياء في المستشفيات التي يحددها و يحدد شروطها وزير الصحة بقرار صادر عنه طبقا لما أشارت إليه المادة 167 ق ح ت. و قد تناول هذا الشرط كل من التشريع اللبناني و الكويتي و الاسباني و الألماني والأرجنتيني و التونسي و المغربي.

2- عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في عمليات الانتزاع و نقل الأعضاء، و هو الشرط الذي نصت عليه

المادة 3/165 ق ح ت بقولها: "...ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع". وقد تناول هذا الشرط كل من التشريع الأرجنتيني والبرتغالي والتونسي والمغربي.

3- عدم جواز الإعلان عن اسم المتبرع للمستقبل أو لأسرته وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 165 ق ح ت بقوله: "...كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع". وقد نص عليه أيضا كل من التشريع البرتغالي والألماني.

4- عدم جواز إجراء عمليات الاقتطاع من جثث الموتى إذا كان هناك شبه جنائية اقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن الطبيب الشرعي المختص، وهو الشرط المنصوص عليه في التشريع البرازيلي والاسباني والفرنسي والبرتغالي والألماني. أما المشرع الجزائري فقد أغفل هذا الشرط غير أن الملاحظ هو التطبيق التلقائي لهذا الشرط في الواقع العملي.

ثانيا: الشروط الخاصة. وهي الشروط التي تناولتها بعض التشريعات المقارنة دون البعض الآخر وتتمثل فيما يلي⁽²²⁾:

1- عدم جواز القيام بعمليات اقتطاع الأعضاء من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتبرع خاصة إذا كانت الأعضاء المراد اقتطاعها ضرورية للحياة كالقلب مثلا ويجب انتظار مدة معينة على الإعلان عن الوفاة، هذه المدة تختلف بين مختلف التشريعات و تقدر بحوالي ساعتين في التشريع التشيكي (لسنة 1978) وحوالي 24 ساعة في كل من التشريع الكويتي .

2- الالتزام بالسر المهني في عمليات نقل الأعضاء، إذ لا يجوز صدور أي بيان عن هذه العمليات إلا عن الطريق المختص بذلك قانونا وهو إدارة المستشفى، حسب ما جاء في التشريع البرتغالي.

3- قصر اقتطاع الأعضاء على جثث رعايا الدولة المنظمة لهذه العمليات ما لم يعبر المتوفي الأجنبي على عكس ذلك صراحة. و الملاحظ

أن هذا الشرط يطبق على الرعايا الجزائريين بحكم تنظيم نقل و زرع الأعضاء البشرية بموجب قانون حماية الصحة و ترقيتها باعتبار أن الجزائر تدخل في عداد الدول المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و بالتالي تستفيد من هذا الشرط.

الفرع الثاني: الرضاء على اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى

يعتبر الرضاء في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية ضروريا لشرعية المساس بجسم المتبرع فإن كان كذلك و هو على قيد الحياة فإنه ضروري كذلك للاقتطاع من جثته بعد مماته، ففي كل الأحوال يجب احترام إرادة المتبرع سواء كان حيا أو ميتا. فإذا عبر الشخص أثناء حياته و هو كامل الأهلية و متمتع بكامل قواه العقلية عن رغبته في الاستفادة من أعضائه بعد مماته فلا مانع من التصرف في جثته بما يتفق و إرادته و في حدود ما يسمح به القانون، أما إذا عبر عن رفضه لأي مساس بجثته فلا يجوز كأصل عام المساس بهذه الجثة و لو تم ذلك بموافقة أسرته. غير أنه قد يحدث و أن يتوفى الشخص و لم يعرف له موقف من عملية الاقتطاع أو المساس بجثته، ففي هذه الحالة يثور التساؤل بشأن الأشخاص أو الجهة التي ينتقل إليها الحق في الموافقة على التصرف في هذه الجثة؟.

أولا: إذن المتبرع قبل وفاته. نجد بعض التشريعات لم تعتمد نموذجا محددا للتعبير عن إرادة المتوفى للتصرف في جثته بينما ذهب البعض إلى اشتراط الشكلية لإثبات موافقة المتوفى على التصرف في جثته كأن يتم ذلك عن طريق الوصية و منها من اشترط الشكل الكتابي للتعبير عن رفضه المساس بجثته بعد وفاته. في حين لم تشترط تشريعات أخرى أي شكل كتابي للتعبير عن موافقة المتوفى سواء في حالة قبول اقتطاع الأعضاء منه أو رفضه ذلك، وهناك اتجاه ثالث يرى وجوب اعتماد بطاقات خاصة بالتبرع⁽²³⁾.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع حدد من خلال المادتين 164 و 165 ق ح ت طرق التعبير عن إرادة صاحب الجثة بخصوص اقتطاع الأعضاء منها وذلك وفق ما يلي:

1- عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى: يتضح من استقراء المادة 164 ق ح ت أن المشرع الجزائري ساير الاتجاه الذي لم يشترط الرسمية في الحصول على موافقة الشخص للاقتطاع من جثته، وبالتالي يمكن للمتبرع بأعضائه بعد الوفاة أن يعرب عن موافقته كتابيا أو شفهيًا أو بأي إشارة تدل عرفا على القبول، كما يجوز له أن يعرب عن رغبته بالتبرع بأعضائه لأهله و إيصائهم بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع بعد وفاته، كما يمكنه تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها.

2- اشتراط الشكلية للتعبير عن رفض المتوفى: خلافا لحالة القبول فإنه في حالة الرفض اشترط المشرع الجزائري الرسمية للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من جثته بعد وفاته حسب ما نصت عليه المادة 165 ق ح ت. وعليه فإن الاقتطاع من الجثة مشروط بعدم رفض المتوفى كتابيا لمثل هذا التدخل الطبي، أو عندما يحتمل أن يؤدي الاقتطاع من الجثة إلى إعاقة التشريح الذي يقوم به الطبيب الشرعي خاصة على جثث ضحايا جرائم العنف وغير ذلك من الحالات التي تتطلب بحث الأسباب الحقيقية للوفاة.

خاص بالاقتطاع لغرض الزرع و هو ما يعني إجازة الاقتطاع إذا كان لأي غرض آخر غير الزرع كالاقتطاع لأغراض علمية، بمعنى أنه يجوز للطبيب طبقا لهذه المادة مباشرة الاقتطاع من الجثة حتى ولو رفض صاحبها صراحة أثناء حياته (كتابيا) المساس بجثته بشرط ألا يكون ذلك الاقتطاع بغرض الزرع و إنما بغرض علمي، و هو ما أكدت عليه المادة 168 ق ح ت . مع الإشارة إلى أنه وبالرجوع إلى قانون حماية

الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع الجزائري لم يبين شكل الكتابة ولا الجهة التي يتم إيداع وثيقة الرفض لديها مما يتوجب على المشرع تدارك هذا النقص و تبين نوع الكتابة و الجهة التي يتم عندها إيداع وثيقة الرفض.

ثانيا: عدم تحديد المتوفى لكيفية التصرف في جثته. إذا أوصى الشخص بعدم المساس بجثته بعد وفاته أو بأي أجزاء منها لمرضى آخرين فيجب على الطبيب الجراح وأقاربه احترام إرادته هذه وتنفيذها أما إذا مات ولم يعترض حال حياته على مسألة التصرف في جثته وترك المجال مفتوحا فإن ذلك الحق ينتقل إلى أسرته لإبداء الموافقة من عدمها، غير أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها الاقتطاع من الجثة دون موافقة أحد، وهو ما سنحاول شرحه تبعا.

أ- انتقال الحق في التصرف إلى أقارب المتوفى. أوجب المشرع الجزائري طبقا للفقرة الثالثة من المادة 164 ق ح ت الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى لإمكانية الاقتطاع حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة.

غير أن المشرع لم يحدد الشكل الذي يجب تقديم الموافقة المطلوبة فيه، و عليه فإنه يجوز لعضو الأسرة الذي تكون له الأولوية في تقديم هذه الموافقة أن يعبر عنها كتابيا أو شفويا أو التوقيع على الوثيقة المعدة مسبقا من المؤسسة الصحية لهذا الغرض. كما أغفل المشرع الجزائري الشروط التي يجب توافرها في القريب الذي يمكنه الحلول محل المتوفى في الموافقة، و طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون كامل الأهلية و متمتعا بقواه العقلية.

ب- الحصول على الأعضاء من الموتى دون موافقة أحد. لا يجوز كقاعدة عامة المساس بجثث الموتى إلا بموافقة المتوفى قبل وفاته أو موافقة أقرابه حسب الطرق التي حددتها التشريعات في مختلف الدول. غير أن بعض التشريعات أجازت الاقتطاع من الجثث دون موافقة المتوفى أو أقرابه وذلك استنادا إلى فكرة تأمين الجثث، في حين استندت تشريعات أخرى إلى حالة الاستعجال لتبرير هذا الاقتطاع وعليه سنحاول دراسة هاتين الحالتين مبينين موقف المشرع الجزائري.

1- تأمين الجثث: المقصود بتأمين الجثة اعتبار الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة⁽²⁴⁾ وقد نادى بفكرة تأمين الجثث الفقيه الايطالي جيوفاني (Giovanni) الذي يرى ضرورة مسايرة القانون للتقدم العلمي وترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكد على مصلحة الأسرة، فلا مجال هنا للموازنة بين حرمة الجثة وضرورة إنقاذ حياة المريض لأنه من البديهي تغليب مصلحة المريض باعتبارها الأرجح ولا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا إذا اعترض الشخص كتابيا أثناء حياته على المساس بجثته. ومن التشريعات التي أخذت بنظام تأمين الجثث التشريع البولندي الذي لا يشترط موافقة الأقارب للاقتطاع من الجثث.

2- الاقتطاع في حالات الاستعجال: أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقرابه عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير، كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمستقبل التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته.

ومن التشريعات التي استندت على فكرة الضرورة أو حالة الاستعجال لتبرير الاقتطاع دون موافقة الأقارب التشريع الجزائري وذلك

في الفقرة الأخيرة من المادة 164 ق ح ت، فإذا لم يكن بالإمكان الحصول على موافقة أفراد أسرة المتوفى فيجوز للطبيب القيام بعملية الاقتطاع من الجثة، مع الإشارة إلى أن الاقتطاع وحسب نص المادة 164 ق ح ت يشمل عضوين اثنين فقط هما الكلية وقرنية العين فيكون الاقتطاع دون موافقة أحد. ولكن يجب التنبيه هنا إلى أن إجازة اقتطاع القرنية والكلى بدون موافقة الأقارب مشروطة بحالة الاستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 ق ح ت. والغرض من اشتراط إثبات حالة الاستعجال من قبل اللجنة الطبية هو تجنب التجاوزات كالاقتطاع من الجثث لأسباب غير مشروعة.

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية.

لقد استتنت مختلف التشريعات الأعمال الطبية بصفة عامة وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة خاصة من نطاق التجريم، فأجازت المساس بالسلامة البدنية للإنسان حفاظاً على صحة الأفراد وعلاجها من الأمراض بشرط الالتزام بالضوابط والشروط القانونية التي حددتها مختلف الدول. غير أنه وبالرغم من أن كثيراً من القوانين والفتاوي تبيح التبرع بالأعضاء البشرية إلا أن ذلك لا يسد الحاجة إلى الأعضاء اللازمة لنقلها إلى المرضى وذلك بسبب الإحجام عن التبرع أو الوصية بهذه الأعضاء لأسباب اجتماعية وفكرية في المجتمع، وبالتالي ونظراً لعدم إمكان الحصول على الأعضاء البشرية قد يلجأ بعضهم لعرض مبالغ من المال لشراء هذه الأعضاء.

وقد يلجأ البعض منهم إلى القيام بعدة أفعال مجرمة بغية الحصول عليها، وهو ما يشكل خروجاً عن الضوابط التي رسمتها مختلف التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث تخرج

من نطاق الإباحة لتدخل في نطاق التجريم. و هو ما جرمه المشرع الجزائري سنة 2009 إثر تعديله لقانون العقوبات، حيث اعتبر أي إخلال بشرط الموافقة المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا الإخلال بمبدأ مجانية هذا الانتزاع يشكل جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وقد نظم المشرع أحكامها في المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 ق ع.

والملاحظ أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن هناك نصوص جزائية خاصة تطبق في حالة الإخلال بشروط وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حتى أنه بالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها فإن المشرع لم يتعرض من خلاله إلى تجريم اقتطاع الأعضاء البشرية دون احترام الشروط المتطلبة لذلك، و اكتفى بالنص على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع مينا شكلها (المادة 2/162 ق ح ت) وأن يكون غرض الانتزاع علاجيا (المادة 161 ق ح ت). وعلى إثر ذلك كانت تطبق فقط الأحكام الجزائية العامة الواردة في قانون حماية الصحة وترقيتها المنصوص عليها في المواد 234 إلى 240 ق ح ت.

و بالرجوع إلى هذه المواد نجد المادة 239 ق ح ت و التي جاء فيها : "يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو مساعد طبية على كل تقصير أو خطأ ممي يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته.و إذا لم يتسبب الخطأ الممي في أي ضرر يكتفى بتطبيق العقوبات التأديبية".

يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع يحيل إلى تطبيق المادتين 288 و 289 ق ع بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال

الصحة و التي تخلف ضررا بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم. وبالتالي فقد أحسن المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات ونصه على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث وسع من نطاق الحماية لتتجاوز عاملي الصحة و تتسع لتشمل أي شخص مهما كانت صفته يقوم بعمليات انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام ضوابط القيام بها.

غير أنه و إلى جانب المسؤولية الجزائية للطبيب عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وفق قانون العقوبات المستحدث سنة 2009 ، فإنه تقوم كذلك مسؤوليته الجزائية الطبية في حالة مخالفته للضوابط و الشروط المتطلبة للقيام بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية طبقا للقواعد العامة.

وعليه سنحاول التطرق إلى المسؤولية الجزائية الطبية بصفة عامة ، ثم الحالات التي تقوم من خلالها هذه المسؤولية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية سواء ما تعلق منها بخطأ الطبيب حين قيامه بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، أو خطأ الطبيب العمدي حين ارتكابه جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.

المبحث الأول: أركان المسؤولية الجزائية الطبية.

تقوم المسؤولية الجزائية بصفة عامة عند قيام شخص ما بفعل يجرمه القانون أو يمتنع عن فعل يوجب القانون القيام به، و بالتالي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عند إخلاله بالتزام أو واجب تفرضه عليه الأنظمة المتعلقة بمهنة الطب، هذه الأنظمة التي سنت من جهة لحماية حياة المرضى مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء تنتج عنها آثار سلبية، ومن جهة أخرى لتوفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، بحيث تهدف هذه الأنظمة إلى حماية مصلحتين، مصلحة الطبيب من جهة و مصلحة المريض من جهة أخرى.

وقد تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا فبعد أن كانت مسؤولية الطبيب تقوم على الأخطاء العمدية أصبحت تقوم كذلك في حالة الإهمال و الخطأ الجسيم⁽²⁵⁾ و أصبح التزام الطبيب التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء بعض الحالات التي يكون فيها الالتزام بتحقيق نتيجة كالحالات التي لا تمثل أدنى صعوبة بالنسبة للطبيب العادي نظرا للتقدم العلمي الذي وصل إليه الطب كإجراء التحاليل الطبية.

وعليه فإن المسؤولية الجزائية للطبيب يمكن تحديدها بالالتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء نتيجة قيامه بفعل أو امتناعه عن فعل يشكل مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها القواعد الطبية ، وبالمقابل تمتنع مسؤولية الطبيب إذا كان فعله يستند إلى أساس قانوني توافرت فيه الشروط التي حددتها التشريعات لمشروعية العمل الطبي وبالتالي فمتى خالف الطبيب التزاما من بين الالتزامات الملقاة على عاتقه يقال أنه قد ارتكب خطأ يختلف بحسب الالتزام⁽²⁶⁾. ولتحقق المسؤولية الجزائية للطبيب عن خطأه الطبي لا بد من قيام ثلاث أركان هي : الخطأ الطبي، و النتيجة و علاقة السببية بين الخطأ و النتيجة.

المطلب الأول: الخطأ الطبي.

يعرف الخطأ الطبي بأنه "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي ، أو إخلاله بواجبات الحيلة و اليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض"⁽²⁷⁾.

يظهر من خلال هذا التعريف أنه تناول معيارين أساسيين للمسئالة الطبية وهما معيار الخطأ العادي و معيار الخطأ المهني، فالأول هو ما

يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب⁽²⁸⁾ كأن يجري عملية جراحية وهو سكران ، أما الثاني (الخطأ المهني أو الطبي) فهو الذي يرتبط بالقواعد الطبية و الأصول المهنية التي تحكم مهنة الطب.

وقد اختلفت الآراء حول درجة الخطأ الطبي المطلوب لقيام المسؤولية الجزائية حيث انقسم الفقه إلى رأيين، رأي يقول بعدم كفاية الخطأ البسيط لقيام المسؤولية ويشترطون أن يكون الخطأ جسيماً ، ورأي آخر يقول بقيام المسؤولية مهما كانت درجة الخطأ بسيطاً أو جسيماً. غير أن الرأي الراجح يذهب إلى القول بأن المعيار المختلط هو المعيار الأنسب الذي يقاس به سلوك الطبيب المخطئ، ويقصد به المعيار الذي يقوم على السلوك المألوف من طبيب وسط في نفس فئة الطبيب المخطئ ومستواه، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا انحرف عن سلوك الطبيب العادي عد مخطئاً.

المطلب الثاني: الضرر والعلاقة السببية.

إن مفهوم الضرر في المسؤولية الجزائية للأطباء يختلف في مضمونه عن الضرر في بقية الالتزامات بتحقيق نتيجة، ذلك أن المبدأ في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية الطبيب العادي في نفس الظروف والأحوال، و قد استقر غالبية الفقه على تعريف الضرر بأنه " حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض وقد يستتبع ذلك نقص في حالة المريض أو في معنوياته أو عواطفه"⁽²⁹⁾، ويشترط فيه أن يكون مباشراً ومحققاً وأن يمس مصلحة مشروعة.

أما العلاقة السببية فيقصد بها وجود رابطة مباشرة بين الخطأ المرتكب من قبل الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض، والعلاقة السببية في الأعمال الطبية شديدة التعقيد من حيث وجودها و قيامها نظراً لما يتميز به الجسم الإنساني من النواحي الفيزيولوجية والتشريحية الوظيفية وتغير حالاته المرضية، حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر أحياناً عند المريض و تتداخل تلك الأسباب

أحيانا أخرى أو قد يكون مصدر ذلك الضرر أشخاصا آخرين أو متعددين كما قد يكون سببه المريض ذاته.

غير أن الفقه و القضاء قد استقر في مسألة تعدد الأسباب على نظرية السبب المنتج أو الفعال ومفادها أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية للضرر وتداخلت فإنه يجب إجراء عملية فرز الأسباب و التفرقة بين الأسباب الفرضية والأسباب المنتجة حيث تعتبر هذه الأخيرة وحدها سبب الضرر، ويكون السبب منتجا إذا كان يؤدي عادة . بحسب المجرى العادي للأمور . إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع.

المبحث الثاني: حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال انتزاع الأعضاء البشرية.

قد تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عن خطئه الطبي عند قيامه بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في حالات معينة، كما قد تقوم مسؤوليته الجزائية عن فعله العمدي عند القيام بالإتجار بهذه الأعضاء. وعليه سنحاول دراسة هاتين الحالتين تبعا.

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب عن الخطأ الطبي عند انتزاع الأعضاء البشرية.

من خلال ما تم دراسته في الفصل الأول و ما تطلبه المشرع الجزائري من شروط للقيام بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، فإنه قد تنتج حالات معينة تقوم من خلالها المسؤولية الجزائية للطبيب نتيجة إخلاله بالضوابط التي فرضها المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها، و تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب عن إهماله إجراء الفحوص الطبية.

من المعلوم أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية للمريض يعد أمراً ضرورياً قبل إجراء العملية الجراحية أو تنفيذ العلاج، وأن إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأ تقوم به مسؤوليته. فمن واجب الطبيب حين قيامه بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أن يتأكد من خلو كل من المتبرع بالعضو و المستفيد منه من الأمراض التي يكون لها تأثير مباشر في عدم نجاح العملية كأمراض القلب و السكري⁽³⁰⁾.

كما أنه على الطبيب أن يتأكد من توافق فصيلة الدم ما بين مانح العضو و مستقبله و ذلك بأن يقوم بفحص فصيلة دم كل منهما لمعرفة مدى توافقهما مع بعضهما البعض لأن الخطأ في ذلك قد يؤدي إلى رفض الجسم المستقبل العضو المنقول. و بالإضافة إلى فحص الدم يجب على الطبيب إجراء فحص لأنسجة كل من المتبرع بالعضو و المستفيد منه لمعرفة مدى تطابقهما لأنه حتى ولو كان كل منهما خالياً من الأمراض و تطابقت فصيلة دم كل منهما إلا أن أنسجة كل منهما غير متوافقة فلا تتم عملية النقل بنجاح، و إنما سيقوم جسم المستقبل بلفظ العضو المنقول و بالتالي يكون الطبيب قد وقع في خطأ طبي جسيم تترتب مسؤوليته الجزائية على نتيجة هذا الفعل.

الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن خطئه في تنفيذ عمليتي

نقل و زرع الأعضاء البشرية.

إن من واجب الطبيب بعد إجراء الفحوص اللازمة لكل من المتبرع و مستقبل العضو أن يلتزم بالرعاية و الحيلة عند إجرائه لعمليتي نقل و زرع الأعضاء البشرية و ذلك نظراً لدقة هذا النوع من العمليات، بل

على الطبيب كذلك أن يتابع بدقة حالة المريض أثناء فترة النقاهة وذلك لتجنب المضاعفات و لاتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب لمنع تفاقم الأضرار. فإذا أخطأ الطبيب في تنفيذ عملية النقل أو الزرع وذلك بإغفاله الإشراف على المريض و تتبع حالته الصحية يعد خطأ تنعقد به مسؤوليته الجزائية.

الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب في حالة تخلف الغرض العلاجي.

يشترط لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أن تكون لغرض العلاج و أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة التي لا بديل لها لإنقاذ حياة المريض أو إنقاذ صحته من التدهور، ذلك أن الطبيب حين يمارس نشاطه الطبي بنقل العضو البشري لا يقصد سوى علاج علة مرضية⁽³¹⁾ دون الوصول إلى هدف آخر كالتجربة الطبية أو الانتقام من المريض. فإذا حاد الطبيب عن قصد العلاج قامت مسؤوليته الجزائية ولو توافر رضا المريض.

الفرع الرابع: مسؤولية الطبيب في حالة إجراء عمليات انتزاع الأعضاء في غير الأماكن المرخص لها بذلك.

لقد حدد المشرع الجزائري حين تنظيمه لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية المستشفيات المرخص لها بإجراء هذا النوع من العمليات فيها كما سبق الإشارة إليها في الفصل الأول، و بالتالي إذا قام الطبيب بانتزاع أو زرع عضو من الأعضاء البشرية في غير هاته الأماكن قامت مسؤوليته الجزائية.

كما تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفته شروط نقل الأعضاء من جثث الموتى.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب عن الاتجار بالأعضاء البشرية.

تجب الإشارة بداءة إلى أنه يقصد بالمسؤولية الجزائية الناجمة عن الاتجار بالأعضاء البشرية المسؤولية المترتبة عن الإخلال بضوابط وشروط نقل وزرع الأعضاء البشرية وفق قانون العقوبات ، حيث يظهر من خلال المواد المتعلقة بجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أن هذه الجريمة تقوم عند الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية حسب ما تنص عليه المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 ق ع ، وكذا عند الإخلال بشرط الموافقة المتطلبية بشأن انتزاع الأعضاء البشرية حسب ما جاء في المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 ق ع.

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

الفرع الأول: مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية.

إن التقدم الذي بلغته العلوم الطبية أفضى إلى إمكانية القيام بالكثير من العمليات التي ما كان أمر إجرائها سهل المنال، و بالتالي أصبح في متناول الأطباء الاستفادة من أجزاء جسم الإنسان لعلاج شخص آخر كما هو الحال بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء البشرية. غير أن عدم توافر هذه الأعضاء و عزوف المتبرعين عن التبرع بها أدى إلى انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية وهي تجارة تمس الطبيعة الإنسانية

للإنسان حيث تصبح هذه الأعضاء بمنزلة أدوات احتياطية شأنها شأن الآلات و أدوات الغيار. وتعد ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة حديثة مقارنة مع الظواهر الإجرامية الأخرى⁽³²⁾، حيث ترجع نشأة الاتجار بالأعضاء البشرية إلى ما بعد النصف الثاني من القرن العشرين أين تخطت زراعة الأعضاء مرحلة التجارب إلى مرحلة التطبيق. وقد أدى إلى انتشار هذه الظاهرة عدة أسباب كال حاجة إلى المقابل المالي المتحصل عليه من منح الأعضاء البشرية نتيجة للأوضاع الاقتصادية السيئة لبعض المجتمعات مما جعل الناس تقوم ببيع بعض أعضاء جسدتها بسبب الحاجة، وكذا كثرة الأطفال غير الشرعيين وأطفال الشوارع و المجانين مما جعلهم عرضة للخطف و السرقة و بالتالي سرقة أعضائهم، بالإضافة إلى عدم وجود بدائل صناعية لبعض أعضاء جسم الإنسان الأمر الذي صعب استمرار حياة الأفراد المحتاجة لهذه الأعضاء.

أولاً: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية. لم يتناول المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 و استحدثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية. كما سبق لنا ذكره. تعريف هذه الجريمة، وإنما اكتفى بمعاقبة الشخص الذي يتحصل على هذه الأعضاء مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وكذا معاقبته إذا تم هذا الانتزاع بدون الموافقة المطلوبة لذلك سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات.

وبالرجوع إلى المواد التي تناولت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وهي المواد 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 و 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 ق ع فإننا سنحاول إعطاء تعريف موجز لهذه الجريمة بحيث يمكن تعريفها بما يلي: " كل فعل يكون الغرض منه الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية أو أي مادة من جسم إنسان حيا كان أو ميتا يتم مقابل منفعة أيا كانت طبيعتها سواء مالية أو غيرها، و بدون احترام الرضا المتبصر لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع".

وعليه سنحاول التطرق لأركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية
وفق ما يلي:

1- الفعل المكون للجريمة. و يتمثل في قيام الجاني أو الجناة
بعدد من الممارسات الإجرامية يكون الغرض الوحيد منها الحصول على
العضو أو النسيج البشري، و ذلك دون احترام مبدأ مجانية التصرف
بالأعضاء البشرية و شرط موافقة صاحب العضو أو النسيج المنصوص
عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها.

وقد تتخذ هذه الممارسات الإجرامية عدة صور منها خطف
الأشخاص وخاصة الأطفال و المجانين منهم والاستيلاء على بعض
أعضائهم، وابتزاز بعض الضحايا في الحصول على بعض الأعضاء من
خلال التعذيب و تهريب الأعضاء البشرية بالتعاون مع بعض موظفي
الحدود أو مع بعض العصابات و المافيا، و غيرها من الأفعال الإجرامية
حيث لم يحدد المشرع الجزائري طريقة معينة لكيفية الحصول على هذا
العضو أو النسيج وإنما ترك المجال واسعا. فكل فعل من شأنه الحصول
على عضو أو خلية أو نسيج بشري أو أي مادة من جسم الإنسان يتم
بمقابل (مادي أو غيره) و بدون موافقة صاحب العضو أو النسيج يعد
اتجارا بالأعضاء البشرية.

وما يميز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أن الجاني فيها يمكن أن
يكون فردا واحدا و يمكن أن يكون جماعة، و قد يحمل إحدى الصفات
الآتية: التجار، الأطباء (وهم فئة الأطباء الذين يخالفون ضميرهم
الإنساني ويقومون أثناء قيامهم بالعمليات الجراحية بانتزاع الأعضاء
البشرية من الضحايا دون موافقتهم و نقلها و زرعها في المحتاجين
المرضى، أو الذين يقومون بإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية مع
علمهم بأن هذه الأعضاء تم الحصول عليها مقابل مبلغ مالي أو من خلال

ضحايا مخطوفين أو ناقصي الأهلية. كما قد يقوم بعض الأطباء بدور التاجر بالترويج والتوزيع و بالتالي الحصول على نسبة من عملية المتاجرة و البيع. وقد اعتبر المشرع الجزائري صفة الجاني المسهلة لعملية الاتجار ظرفا مشددا - المادة 303 مكرر 20 ق ع-، بعض الجناة المساعدين كمساعدي الأطباء والممرضين و رجال الحدود و الجمارك، المرضى أنفسهم) وهم المرضى المستفيدون من الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية و الذين يعلمون أن الأعضاء المراد زرعها لهم تم الحصول عليها من خلال إجراءات غير شرعية أو أنهم بأنفسهم من دفعوا مقابلا ماليا أو غيره بغية الحصول عليها).

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

2- القصد الجزائي. تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجزائي، أي لابد أن يتوافر لدى مرتكب الركن المادي نية إجرامية بحيث لا يمكن تصور وقوع هذه الجريمة عن طريق الخطأ. و يتحقق القصد الجزائي باتجاه إرادة الجاني إلى الاستيلاء على أعضاء الجسم البشري من خلال عمليات غير شرعية و بيعها بمقابل مالي أو أي منفعة أخرى، و هو ما يتنافى مع الطبيعة الإنسانية و كرامة الإنسان و حرمة كيان جسمه البشرية. كما يتحقق القصد الجزائي باتجاه إرادة الجاني إلى انتزاع الأعضاء أو

الأنسجة أو الخلايا البشرية أو أي مادة من جسم الإنسان بأي طريقة كانت دون الحصول على الموافقة المتبصرة لصاحب العضو أو النسيج أو الخلية ، و هو ما يتعارض مع طبيعة المهن الطبية التي تتصف بأنها من المهن الإنسانية التي تتسم بالصدق و الرحمة و المساعدة وليس المتاجرة، و هو ما يحولها إلى مهن غير إنسانية.

ثانياً: خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية. تمتاز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ببعض الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

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

2- جريمة تعمل على إساءة استعمال التقنيات العلمية: من المسلم به أن كثيراً من التقنيات العلمية و التكنولوجيا وجدت في الأصل لخدمة الإنسان و المجتمع البشري إلا أن تجار الأعضاء البشرية أساءوا استخدام هذه التقنيات المتعلقة بنقل الأعضاء البشرية و زرعها واعتبروها وسيلة لأعمالهم الإجرامية.

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

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

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

5- جريمة ذات سلوكيات إجرامية متعددة: معنى ذلك أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تقوم من خلال جرائم فرعية أخرى قد تتمثل في الاحتيال أو الخطف أو السرقة أو الابتزاز أو الاستغلال أو النصب و التزوير أو التهريب وغيرها.

6- جريمة فيها اعتداء على حرية إرادة المجني عليه: و ذلك بتأثير طرق الاحتيال و الخطف التي يلجأ إليها الجاني.

7- جريمة ماسة بالكرامة الإنسانية للفرد و حرمة كيانه البشري.

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

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

أولاً: المسؤولية الجزائية قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009. ما تجب الإشارة إليه بدءاً هو أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن هناك نصوص جزائية خاصة تجرم الحصول على الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية بطرق غير مشروعة، وإنما كانت هناك فقط نصوص جزائية منصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، و هي نصوص خاصة بسلك الأطباء فقط تجرم انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام الضوابط

الخاصة بذلك، حيث تحيل هذه النصوص الجزائية إلى تطبيق مواد قانون العقوبات المتعلقة بحماية حياة الأفراد وذلك طبقاً للمادتين 288 و 289 ق.ع.

وطبقاً للأحكام العامة يعتبر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض خطأ مهنياً يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية والمدنية على السواء⁽³³⁾ وإذا كان إثبات خطأ الطبيب و الضرر الناتج عنه في الممارسات الطبية العادية يطرح صعوبات بالنسبة للمريض فإن إثباتها في عمليات نقل الأعضاء أكثرياً بحكم أن الحصول على موافقة المريض المستقبل والمتبرع بالعضو تتم وفقاً لشكليات معينة ، وبالتالي من السهل التأكد من مدى احترام الطبيب لهذه الضوابط بشأن الحصول على هذه الموافقة. كما أن الضرر الذي يلحق المتبرع من جراء انتزاع العضو بدون موافقته يعتبر ضرراً محققاً يفضي إلى عاهة مستديمة إن لم يؤدي إلى الوفاة⁽³⁴⁾.

وصورة الخطأ في هذه الحالة عدم مراعاة الطبيب للأنظمة المعمول بها و المتمثلة في وجوب حصوله على الرضا المتبصر وفقاً للضوابط المحددة في قانون حماية الصحة و ترقيتها سواء بالنسبة للمريض مستقبل العضو أو الشخص المتبرع به. فإذا حدثت الوفاة إثر انتزاع الطبيب لعضو من الأعضاء المزدوجة لدى الشخص بدون موافقته الصريحة وضمن الشروط التي حددها القانون، يتابع الطبيب على أساس القتل الخطأ طبقاً لنص المادة 288 ق.ع. و لكن إذا التزم الطبيب في مثل هذه الحالة بجميع الأصول و الضوابط المتطلبة في إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا مجال لمساءلته عن النتيجة و لو كانت وفاة المتبرع.

أما إذا قام الطبيب باقتطاع عضو يترتب عليه وفاة الشخص المنقول منه، مع علمه بذلك، كإقتطاع القلب مثلاً لأجل زرعه لآخر، ففي هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة قتل عمدية سواء تم الاقتطاع بموافقته أو بدون موافقة المتبرع، ولا يمكن الاحتجاج بالغرض العلاجي من هذا

الاقتطاع بالنسبة للمستقبل. أما إذا حدث للشخص عجز مستديم من جراء اقتطاع العضو بدون موافقته فمن الصعب تطبيق المادة 289 ق ع لأن اقتطاع العضو يؤدي بطبيعته إلى ضرر جسيم مهما كانت الاحتياطات التي يتخذها الطبيب أثناء تدخله، في حين حددت المادة 289 ق ع صورتين فقط للجرح الخطأ وهما الرعونة وعدم الاحتياط. وبالتالي لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الضرر يتحقق بمجرد استئصال العضو ولا يرجى من ذلك الاقتطاع أي غرض علاجي بالنسبة للمنقول منه، ولا يمكن إثبات الخطأ في هذه الحالة بالاستناد إلى الرعونة أو عدم الاحتياط إذا كان القائم بعملية الاقتطاع جراح مختص ونفذ العملية حسب الطرق المعمول بها، فالخطأ في إطار المسؤولية الجزائية ليس مفترضا وإنما يجب إثباته لقيام مسؤولية الطبيب.

وعليه يظهر قصور نص المادة 239 ق ح ت في تحقيق الحماية الجزائية اللازمة للسلامة البدنية للأشخاص في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. كما يلاحظ من خلال ما تم سرده أن المادة 239 ق ح ت لا توفر كذلك الحماية اللازمة لكرامة الإنسان وحرمة كيانه الجسدي ذلك أن هذه المادة اقتصررت فقط على الطبيب الذي يقوم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دون احترام شرط الموافقة فقط. وأغفل المشرع الحالات التي يتم فيها انتزاع الأعضاء البشرية من قبل أشخاص لا علاقة لهم بميدان الطب هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يتم النص على الجزاء المطبق في حالة مخالفة نص المادة 2/161 ق ح ت حينما يكون الانتزاع موضوع معاملة مالية، حيث اكتفى المشرع بالنص على أنه "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

ونتيجة لكل هذه النقائص كان من الضروري على المشرع التدخل لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات ومنها جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

ثانياً: المسؤولية الجزائية للطبيب عن انتزاع الأعضاء

والأنسجة و الخلايا البشرية وفق قانون العقوبات لسنة 2009. فرق المشرع الجزائري حين استحدثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات سنة 2009 بين المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء البشرية وبين تلك المترتبة عن انتزاع الخلايا والأنسجة البشرية، فشدّد العقوبة في الحالة الأولى مقارنة بالثانية سواء تعلق الأمر بخرق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية أو بشرط الموافقة المطلوبة للقيام بعملية الانتزاع. نع الإشارة هنا إلى أن نصوص قانون العقوبات لم تخص بالذكر الطبيب فقط و إنما كل شخص يرتكب هذه الجريمة بما في ذلك الطبيب.

1- حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية.

المعلوم أن جل التشريعات العربية و الأجنبية و كذا الفتاوي الشرعية أجازت انتزاع الأعضاء البشرية و الانتفاع بها على وجه التبرع، غير أن الآراء الفقهية القانونية تعددت بشأن عملية بيع الأعضاء البشرية فهناك من أجاز عقد بيع الأعضاء البشرية، و هناك من حرم بيع الأعضاء شرعاً وقانوناً.

أ- الرأي القائل بجواز بيع الأعضاء البشرية: يبرر هذا الرأي

موقفه من جواز بيع الأعضاء البشرية بالاستناد إلى الحجج الآتية:

- يعتبر عقد بيع العضو البشري صحيحاً و لا أثر للثمن عليه، لأن الثمن يعتبر مقابل العضو و بيع العضو المزدوج لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية و إنما يعتبر حماية إنسان آخر من خطر الموت أو العجز.

- إن بيع جزء من الجسد كالدم و الجلد يعتبر من الأعضاء المتجددة وهو لا يتنافى مع حرمة الكيان الجسدي بشرط ألا يترتب عن

بيع العضو أي عاهة جسدية دائمة كما يجب ألا يكون البيع بدافع الشهرة.

غير أنه وبالرغم من الحجج التي يستند عليها هذا الرأي يبقى بيع الأعضاء البشرية منافيا للكرامة الإنسانية بحيث يجعل من الأعضاء البشرية سلعا تجارية تباع و تشتري وهو ما ينافي التكريم الذي كرم الله به جسم الإنسان.

ب - الرأي القائل بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية: يرى هذا الرأي بأن عقد بيع الأعضاء البشرية هو عقد باطل شرعا و قانونا لأنه ينصب على محل ليس المال و إنما النفس أو الجسم البشري، كما أنه تصرف مخالف لقواعد النظام العام و الآداب العامة. فبيع هذه الأعضاء يعبر عملا غير أخلاقيا يرفضه العقل البشري مهما كانت دوافعه⁽³⁵⁾.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع اكتفى في المادة 161/2 ق ح ت بالنص على عدم جواز انتزاع الأعضاء البشرية أو الأنسجة بمقابل مالي، و لم يبين الجزاء المترتب على هذا الإخلال إذ نص على مبدأ عام دون تفصيل. وهو ما تداركه المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 حيث نص على الجزاء المطبق في حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية و كذا الأنسجة والخلايا و الأنسجة البشرية وذلك في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 ق ع، حيث ميز بين حالتين: الأولى و تتعلق بالأعضاء البشرية حين يتم الحصول عليها بمقابل، أما الثانية فتتعلق بالخلايا و الأنسجة البشرية و مواد الجسم المختلفة حيث جعل العقوبة أشد في الأولى مقارنة بالثانية.

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

ويلاحظ من خلال الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 ق ع أن القانون يعاقب كذلك على كل من يتوسط عملية الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل، سواء كان ذلك عن طريق تشجيع الحصول على هذه الأعضاء أو تسهيل الحصول عليها حيث يعاقب بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي، إذ تطبق على هذا الوسيط أحكام الشريك في الجريمة غير أن الملاحظ من خلال المادة 303 مكرر 16 ق ع أن المشرع اعتبر الشخص الذي يتحصل على العضو البشري مرتكبا لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية دون أن يعاقب الشخص صاحب العضو الذي يقوم بخرق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية.

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

و يلاحظ على هذه المادة كذلك أن الشخص المعاقب هو الذي يقوم بفعل الانتزاع أو فعل جمع المواد مهما كانت صفته سواء كان

طبيبا، و ذلك حين قيامه بالعمليات الجراحية المتعلقة بهذا المجال، أو كان شخصا آخر يقوم بهذين الفعلين. و أخرج المشرع بذلك من دائرة التجريم صاحب الأنسجة و الخلايا أو مواد الجسم الذي يمنح هذه الأنسجة و الخلايا و المواد بمقابل. و يظهر من خلال الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه أن المشرع طبق نفس العقوبة المخصصة لهذه الجنحة البسيطة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان.

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

2- حالة الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة. ميز المشرع الجزائري

بين انتزاع الأعضاء البشرية (المادة 303 مكرر 17 ق ع) و انتزاع الأنسجة و الخلايا أو جمع مواد الجسم البشري الذي يتم بدون رضا صاحب الشأن (المادة 303 مكرر 19 ق ع) فشدد العقوبة في الحالة الأولى واعتبرها جنحة مشددة، و اعتبر انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون احترام شرط الرضا أو الموافقة جنحة بسيطة.

حيث يظهر من استقراء المادتين المذكورتين أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية المتعلقة بالموافقة المتطلبية لانتزاع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات، وأي خرق لهذه القواعد يشكل جريمة معاقب عليها قانونا، وبالتالي يدخل ضمن ذلك ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع.

فبالنسبة للموافقة المتطلبة من صاحب العضو أو الخلية أو النسيج الحي تتم موافقته بشكل كتابي وبحضور شاهدين اثنين حسب ما تنص عليه المادة 162/2 ق ح ت، ويجب أن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة، كما يجب أن تصدر الموافقة من متبرع ذي أهلية وأن يكون كامل الحرية.

أما بالنسبة لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المتوفى فإنه طبقا لنص المادة 164 ق ح ت يجب أن يعبر المتوفى قبل وفاته عن قبوله الانتزاع، أما إذا وافته المنية قبل صدور موافقته الشخصية فلا بد من موافقة أعضاء أسرته.

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

الخاتمة.

يظهر في ختام هذه الدراسة أن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تعد من أهم ما توصل إليه العلم في المجال الطبي كوسيلة لإنقاذ حياة المرضى من الموت أو على الأقل التخفيف من آلامهم. فبالرغم من أن مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان يعد من أهم المبادئ المستقر عليها شرعا وقانونا، إلا أن ظهور الممارسات الطبية والعلمية الحديثة التي تستعمل أعضاء جسم الإنسان كوسيلة للتغلب على الأمراض غيرت مفهوم هذا المبدأ و دفعت بالعديد من الدول إلى تبرير المساس بهذا الجسم البشري.

وهو ما انتهجه المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1985، حيث أجاز انتزاع الأعضاء البشرية إذا تم ذلك وفق الشروط والضوابط المنصوص عليها قانونا، إذ تشكل هذه النصوص الأساس القانوني لإباحة هذه العمليات، وإن كانت الجهات الإدارية و الطبية قبل هذه المرحلة والمعنية بعمليات نقل الأعضاء في الجزائر قد اعتمدت آنذاك على الفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1972 والتي أجازت هذا النوع من العمليات ضمن ضوابط شرعية و طبية.

وقد توصلنا من خلال تحليلنا للمواد المتعلقة بتنظيم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية إلى جمع أهم الشروط و الضوابط الواجب توافرها لمباشرة هذا النوع من العمليات على النحو الآتي:

- وجوب تمتع الطبيب المكلف بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بكفاءة و خبرة معتبرة لضمان نجاح العملية.

- عدم تعارض عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مع النظام العام و الآداب العامة و لو وافق على ذلك المتبرع أو مستقبل العضو.

- وجوب توافر حالة الضرورة للاقتطاع و الزرع من خلال التأكد من توافر عناصرها أي الخطر الذي يهدد المريض مستقبل العضو والفعل الضروري لمواجهة الحالة.

- عدم استفادة المتبرع أو ورثته من مقابل مادي من جراء تنازله عن العضو حتى لا يصبح جسم الإنسان من قبيل المعاملات المالية.

- وجوب مراعاة الحالة الصحية لكل من المتبرع و المستقبل و مدى توافق الأنسجة لديمهما حيث لا يشرع الطبيب في عملية الاقتطاع إلا بعد التأكد من أن صحة المتبرع تسمح بمباشرة العملية و لا تشكل أي خطر على صحته سواء حالياً أو مستقبلاً.

- وجوب إجراء هذا النوع من العمليات في الأماكن المرخص لها بذلك و التي يحددها الوزير المكلف بالصحة.

- وجوب التحقق من الوفاة عندما يتعلق الأمر بالاقتطاع من جثث الموتى، و ذلك من خلال احترام المعايير الحديثة للوفاة التي تأخذ بموت جذع المخ، بشرط ألا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة ضمن الفريق المكلف بزرع العضو لدى المريض.

- الحصول على الموافقة المتبصرة لكل من المريض و المتبرع الحي أو ورثته إذا كان الاقتطاع من جثته على أن تتسم هذه الموافقة بمجموعة من المواصفات القانونية.

كما يظهر من خلال هذه الدراسة أن الغرض من تنظيم المشرع لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تنظيماً تشريعياً هو ضمان وفرض الحماية القانونية لكل من يود التبرع بأعضائه ، إذ تشكل هذه النصوص حصانة تضمن عدم انحراف عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية عن أهدافها النبيلة.

إلا أنه و رغم هذه الحصانة و نظرا لإحجام الأشخاص عن التبرع بأعضائهم ظهرت في الآونة الأخيرة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، و هو ما دفع بالمشرع إلى تجريم هذه الظاهرة من خلال تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 و ذلك للملئ الفراغ القانوني الذي كان سائدا قبل هذه الفترة حيث لم تكن هناك نصوص جزائية تتعلق بمخالفة الشروط و الضوابط المتعلقة بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

ورأينا من خلال دراستنا للأحكام المتعلقة بهذه الجريمة المستحدثة في التشريع الجزائري أن المشرع سعى من خلال هذه الأحكام إلى حماية جسم الإنسان و صون كرامته و إبعاد أعضائه البشرية من إطار المعاملات المالية حتى لا يصبح الإنسان محلا للمزايدات و لم يقتصر المشرع في معاقبته مرتكب هذه الجريمة على الطبيب المخالف لضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية مرتبا بذلك قيام مسؤوليته الجزائية عن فعل الاتجار بهذه الأعضاء، و إنما شمل النص كل شخص مهما كانت صفته يتحصل على هذه الأعضاء دون موافقة صاحبها أو مقابل دفع منفعة مالية أو غيرها.

الهوامش:

- (1) قانون 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 15 لسنة 2009.
- (2) قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990، ج ر عدد 176 لسنة 1985.
- (3) فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بالجائر الصادرة بتاريخ 20-04-1972 الموافق لربيع الأول 1392هـ.
- (4) معاشو لخضر، المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، 2005-2006، ص 112.
- (5) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 470.
- (6) أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص 104.
- (7) سيتم دراسة هذا الرضا بصورة تفصيلية ضمن المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول.
- (8) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 225.
- (9) مروت نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، ج1، دار هومة، 2003، ص 138.
- (10) مروت نصر الدين، المرجع السابق، ص 194.
- (11) أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 328.
- (12) سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1999، ص 152.
- (13) مشكور خليفة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، 2000-2001 ص 49.

- (14) منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد الثاني، السنة 5، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1981، ص 20.
- (15) تدرست كريمة، تحديد لحظة الوفاة و المسؤولية الجنائية للطبيب، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، 23 و 24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 1.
- (16) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995، ص 141.
- (17) رضاء الطيب، نقل الأعضاء الأدمية بين التحليل و التحريم – جذع المخ بين الحياة و الموت-، ص 16. راجع الموقع: www.islamest.com
- (18) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الكويت، 1983، ص 158-159.
- (19) بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري و الفتاوي الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 31.
- (20) مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 393.
- (21) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 469.
- (22) مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 406.
- (23) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 303.
- (24) مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 440.
- (25) محمود قبلاني، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 2-3.
- (26) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 135.
- (27) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص 224.
- (28) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، 2000، ص 205.

- (29) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 55.
- (30) ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 257.
- (31) عبد القادر الشخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية و عقوبتها في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، لبنان، ص 279.
- (32) عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2005، ص 353.
- (33) مروت نصر الدين، المرجع السابق، ص 168.
- (34) طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2001 ص 245.
- (35) عبد القادر الشخلي، تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في القوانين و الاتفاقيات الدولية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005، ص 235-238.

