جامعة سعد دحلب – البـــــــليدة –

كلية الحقوق

قسم القانون العام

مذكرة ماجستير

التخصص: علم العقاب والإجراءات الجزائية

النــظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية في التشــريع الجزائري

من طرف

عتـــــو مريـــــم

أمام اللجنة المشكلة

د/ بن شويخ الرشيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب- البليدة-	رئيـــــــــسا
د/ شربال عبد القادر	أستاذ محاضر(أ)	جامعة سعد دحلب- البليدة -	مشـرفا ومقررا
د/ أحمد بــلقاسم	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب- البليدة-	عضوا مناقشــا
أ/ نــاشف فريــد	أستاذ مساعد (أ)	جامعة سعد دحلب- البليدة-	عضوا مناقشــا

البليدة، 28 ماي 2013

بـــــــسم الله الرحمان الرحيـــــم

((وإذا مـــــــرضت فهو يشفيـــــــن))

صدق الله العظيم

الشعراء: الآية 80

شكر وتقديـــــــر

أشكر الله سبحانه وتعالى على توفيقي لإنجاز هذا العمل، وأسأله سبحانه وتعالى أن يجعله في ميزان كل من ساهم فيه.

من كمال الفضل شكر ذويه خاصة في مجال العلم، لذلك أتقدم بداية بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل عبد القادر شربال الذي شرفني بقبول الإشراف على هذا العمل، حيث ساهم بنصائحه السديدة إلى إخراج هذا العمل إلى ما هو عليه، أسأل الله تعالى أن يجعله في ميزان حسناته وأن يديم عليه الصحة.

كما لا أنسى أن أشكر أساتذتي الذين كان لهم دور كبير فيما وصلت إليه،من الطور الابتدائي إلى الجامعي، وخاصة أساتذتي في قسم الماجستير،وإلى كل الأساتذة الذين دعموني ولو بكلمة .

إلى أساتذتي الذين قبلو ا مناقشة هذه المذكرة لهم مني أفضل التقدير والاحترام.

إهـــــــــداء

إلى قرة عيني ومربيتي ورفيقتي في الحياة بدعائها، والتي ترى فينا نفسها أطال الله في عمرها والدتي.

إلى الذي دعمني في دراستي بدون حدود، والذي أفتخر بأبوته أطال الله في عمره لأعوضه عن تضحياته من أجلنا.والدي

إلى جدتي التي رافقتني بدعائها.

إلى أخواتي وإخوتي الذين دعموني في دراستي،حورية ،محمد، نصيرة،سعاد،وعبد الله، وإلى روح أخي بلال الذي لن أنساه أبدا.

إلى رفيقتي في مشواري الدراسي سعيدة،وزميلاتي وزملائي فرع علم العقاب والإجراءات الجزائية و أخص بالذكر الذين قدموا لي يد المساعدة.

إلى كل العائلة والأصدقاء، وإلى كل من حملهم قلبي ولم تحملهم مذكرتي.

ملخـــــص

يحظى الجسم البشري بحماية لدى مختلف التشريعات وذلك من خلال تجريم الأفعال التي قد تلحق به أضرار جسيمة، إلا أنه يمكن أن يكون جسم الإنسان محلا لبعض التصرفات التي يجيزها القانون ومن ذلك الأعمال الطبية، ولكن العمل الطبي لم يعد ينحصر في الأعمال التقليدية وإنما تعداه إلى إمكانية الإستعانة بجسم الإنسان من أجل علاج أمراض إستعصى شفائها بإستعمال الوسائل التقليدية وهو ما يعرف بنقل وزرع الأعضاء، والذي يهدف إلى نقل أعضاء سليمة من جسد إنسان سواء كان حيا أو ميتا إلى آخر حيث يقوم العضو المزروع بالوظيفة الخلقية ذاتها للعضو المستأصل.

لقيت مسألة نقل وزرع الأعضاء في البداية رفضا قاطعا بالنظر إلى الضرر الذي كانت تلحقه بجسم الإنسان، نتيجة ظاهرة اللفظ التي كانت السبب في التراجع عن إقرار هذه العمليات، وذلك بالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها جسم كل فرد، ،إلا أنه بعد إكتشاف العقاقير المثبطة للجهاز المناعي أدى ذلك إلى تطور هذه العمليات.

ثار جدل حول شرعية هذه العمليات بالنظر إلى إرتباطها ليس فقط بالجانب الطبي وإنما تعدته إلى جوانب أخرى كالجانب الشرعي والأخلاقي وكذلك القانوني، حيث ظهرت آراء من الناحية الشرعية تتمحور بين مؤيد ومنكر لها، كما أن الإباحة مرتبطة أساسا بموجب قانون ما دفع الفقهاء إلى البحث عن أساس تقوم عليه هذه الممارسة، فظهرت آراء فقهية مختلفة محاولة إيجاد أساس تقوم عليه كذلك وجب البحث عن الحدود القانونية التي يقف عندها كل طرف من أطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء.

لكن رغم وجود الآراء المعارضة إلا أنه كان للآراء المؤيدة الأثر البالغ في تبني الكثير من التشريعات العربية لعمليات نقل وزرع الأعضاء،ومن ذلك المشرع الجزائري الذي يعد من التشريعات

الرائدة والسباقة لتقنين هذه العمليات دون ترك ذلك للتأويل من خلال القانون 85-05 المتضمن حماية الصحة وترقيتها وذلك من خلال وضع شروط تتعلق بالمتبرع الحي أو الميت، وشروط أخرى تتعلق بالمتلقي، وتوفر هذه الشروط يجعل هذه العمليات مشروعية .

إن النجاح الذي حققته هذه العمليات على المستوى الطبي أدى إلى إستغلال هذا المجال من طرف أشخاص وعصابات تعمل على السطو على أعضاء أشخاص سواء كان ذلك برضاهم أو دون ذلك، بالنظر إلى وجود أشخاص مستعدة لدفع مبالغ طائلة من أجل الحصول على عضو من شأنه أن يخفف من آلامهم أو يقضي عليها، فظهرت عصابات إجرامية تهدف إلى إستغلال هذا المجال بالنظر إلى ما يتميز به هذا المجال من السرية وقلة المخاطر بالمقارنة مع المجالات الأخرى التي تنشط فيها الجماعات الإجرامية، وذلك من أجل تضخيم ثرواتها.

لم يضفي قانون العقوبات سابقا حماية على هذا النوع من العمليات ما أدى إلى وجود ثغرات قانونية، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تدارك هذا النقص بموجب القانون 09-01 في الفصل الخامس مكرر المتضمن الإتجار بالأعضاء المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ومن شأن هذا التعديل أن يصبغ الحماية على جسم الإنسان من التجاوزات التي قد تحدث في إطار هذه الممارسة حيث جرم إنتزاع الأعضاء والخلايا والأنسجة وجمع مواد الجسم، كما جرم الحصول عليها،كما إعتد ببعض الظروف المشددة من أجل الرفع من العقوبة، وخصوصية هذه الجرائم أفضت إلى إمكانية إقامة مسؤولية الشخص المعنوي عن تلك الجرائم.

يعد المشرع الجزائري من التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء وفق شروط وضوابط، كما أنه جرم الخروج عنها ويعد ذلك كله ضمانة لهذه العمليات .

الفـــــــــهرس

شكر وتقدير
الإهداء
الفهرس
مقدمة..... 12
الفصل 1:الشروط والضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء..... 16
1.1 مشروعية نقل وزرع الأعضاء..... 17
1.1.1مشروعية نقل وزرع الأعضاء وفقا للقواعد العامة 17
1.1.1.1 نظرية الضرورة المقترنة بالرضا..... 17
1.1.1.1.1مضمون نظرية الضرورة المقترنة بالرضا. 18
2.1.1.1.1 تقدير نظرية الضرورة المقترنة بالرضا 20
2.1.1.1. نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا..... 21
1.2.1.1.1 القيمة القانونية للرضا 21
2.2.1.1.1 مضمون نظرية المصلحة الاجتماعية..... 21
3.2.2.1.1.1 تقدير نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا 23
3.1.1.1 نظرية السبب المشروع كأساس لإباحة نقل وزرع الأعضاء..... 23
1.3.1.1.1 مضمون نظرية السبب المشروع 24
2.3.1.1.1 تقدير نظرية السبب المشروع 24
2.1.1 موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء 25
1.2.1.1 الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء والأموات 25
1.1.2.1.1الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء 25

2.1.2.1.1 الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأموات 26
2.2.1.1 الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء مكن الأحياء و الأموات 27
1.2.2.1.1 الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء 27
2.2.2.1.1 الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأموات 28
3.1.1 الأساس الشرعي و القانوني لنقل و زرع الأعضاء في الجزائر..... 30
1.3.1.1 الأساس الشرعي لنقل وزرع الأعضاء في الجزائر 30
2.3.1.1 الأساس القانوني لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء 32
3.3.1.1 الأساس القانوني لنقل الأعضاء من الأموات 33
2.1 الشروط القانونية الواجب توافرها في المتبرع 34
1.2.1 الشروط القانونية المتعلقة بالنقل من الأحياء..... 34
1.1.2.1رضا المتبرع الحي 35
1.1.1.2.1ضرورة تبصير المترع 35
2.1.1.2.1 حرية الرضا..... 36
3.1.1.2.1 مشروعية سبب ومحل التبرع 37
* سبب التبرع من الأحياء..... 37
* محل التبرع من الأحياء 38
4.1.1.2.1 أهلية التبرع بالأعضاء 39
* التبرع من الشخص الراشد..... 39
* حكم التبرع بالأعضاء من القصر 40
2.1.2.1 شكلية التبرع بالأعضاء 41
3.1.2.1 جواز العدول عن الرضاء 42
2.2.1 الشروط المتعلقة بالنقل من الأموات..... 43
1.2.2.1 تحديد لحظة الوفاة 44
1.1.2.2.1 المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة 44
2.1.2.2.1 المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة 45
3.1.2.2.1 موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة 48
2.2.2.1 إذن الموصي بالاستئصال من الجثة 48
1.2.2.2.1 رضاء الموصي قبل وفاته 48

2.2.2.2.1 سبب ومحل التبرع بالأعضاء من الأموات 49
1.2.2.1 شكلية الرضا الصادر عن المتوفي 50
3.2.2.1 عدم تحديد المتوفي كيفية التصرف في الجثة 51
1.3.2.2.1 الحصول على موافقة الأقارب 51
2.3.2.2.1 تجاوز موافقة الأقارب 52
4.2.2.1 الشروط الخاصة بالاستئصال من الجثة..... 54
1.4.2.2.1 الالتزام بعدم كشف هوية المتبرع والمستفيد 54
2.4.2.2.1 عدم جمع الطبيب بين إثبات الوفاة وعملية الزرع 54
3.2.1 الشروط المشتركة بين المتبرع الحي والميت..... 55
1.3.2.1 مجانية التبرع بالأعضاء 55
2.3.2.1 عدم مخالفة التبرع بالأعضاء للنظام العام والآداب العامة..... 56
2.3.2.1 التبرع في المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بذلك..... 58
3.1 الشروط القانونية الواجب توفرها في المتلقي 61
1.3.1 رضا المتلقي..... 61
1.1.3.1 الرضا وفقا للقواعد العامة 61
2.1.3.1 الرضا في مجال زراعة الأعضاء 64
3.1.3.1 شكل رضا المتلقي 66
2.31 مبدأ الالتزام بتبصير المريض 67
1.2.3.1 الالتزام بتبصير المريض 67
2.2.3.1 مدى إلتزام الطبيب بتبصير المريض بنقل وزرع الأعضاء..... 71
3.3.1 أهلية المتلقي 73
1.3.3.1 إنعدام أهلية المتلقي القانونية..... 73
2.3.3.1 إنعدام أهلية المتلقي الفعلية..... 74
الفصل 2: المسؤولية المترتبة عن مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء 77
1.2 المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء و الأنسجة و الخلايا ومواد الجسم..... 78
1.1.2ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية 78
1.1.1.2 أسباب إنتشار الاتجار بالأعضاء البشرية 78
2.1.1.2 حجم الإتجار بالأعضاء البشرية 80

3.1.1.2 آثار الاتجار بالأعضاء البشرية 82
1.3.1.1.2 الآثار الإقتصادية للإتجار بالأعضاء 83
2.3.1.1.2 الآثار الإجتماعية لظاهرة للإتجار بالأعضاء 83
2.1.2 تجريم الإتجار بالأعضاء والأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم..... 84
1.2.1.2 جريمة إنتزاع عضو أو أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم دون رضا 84
1.1.2.1.2 جريمة إنتزاع عضو دون رضا 84
* الركن الشرعي لجريمة إنتزاع عضو دون رضا..... 84
* ركن المادي لجريمة إنتزاع عضو دون رضا..... 85
* الركن المعنوي لجريمة إنتزاع عضو دون رضا..... 87
* العقوبة المقررة لجريمة إنتزاع عضو دون رضا..... 87
2.1.2.1.2 جريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم المقترنة بالرضا..... 89
* الركن الشرعي لجريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم المقترنة بالرضا..... 89
* الركن المادي لجريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم المقترنة بالرضا..... 89
* الركن المعنوي لجريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم المقترنة بالرضا..... 89

* العقوبة المقررة جريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم المقترنة بالرضا..... 90
2.2.1.2 جريمة الحصول الأعضاء البشرية أو الأنسجة أو الخلايا أو مواد الجسم..... 91
1.2.2.1.2 جريمة الحصول الأعضاء..... 91
* الركن الشرعي لجريمة الحصول الأعضاء 91
* الركن المادي لجريمة الحصول الأعضاء 91
* الركن المعنوي لجريمة الحصول الأعضاء..... 91
* العقوبة المقررة لجريمة الحصول الأعضاء..... 91
2.2.2.1.2 جريمة الحصول الأنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم..... 93
* الركن الشرعي لجريمة الحصول الأنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم..... 93
* الركن المادي لجريمة الحصول الأنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم..... 93
* الركن المعنوي لجريمة الحصول الأنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم..... 93
* العقوبة المقررة لجريمة الحصول الأنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم..... 94
3.2.1.2 الأحكام المشتركة بين جرائم الاتجار بالأعضاء..... 94
1.3.2.1.2 تطبيق العقوبات التكميلية 94

2.3.2.1.2 الشروع في الجريمة 97
3.3.2.1.2 تطبيق الفترة الأمنية..... 98
3.1.2 الظروف المؤثرة في عقوبة الإتجار بالأعضاء 99
1.3.1.2 الأعذار القانونية 99
1.1.3.1.2 الأعذار المعفية..... 100
2.1.3.1.2 الأعذار المخففة 100
2.3.1.2 الظروف القضائية المخففة 101
1.2.3.1.2 الظروف القضائية المخففة المتعلقة للجنايات..... 101
2.2.3.1.2 الظروف القضائية المخففة المتعلقة الجنح والمخالفات 101
3.3.1.2 ظروف تشديد العقوبة الإتجار بالأعضاء..... 102
1.3.3.1.2 ظروف مشددة متعلقة بالركن المادي 103
* بالنظر إلى الوسيلة المستعملة وطريقة التنفيذ 103
* بالنظر إلى مكان ارتكاب الجريمة 103
2.3.3.1.2 ظروف مشددة المتعلقة بالشخص 104
* الظروف المتعلق بشخص الجاني 104
* الظروف المتعلقة بشخص المجني عليه 104
2.2 مسؤولية الطبيب الجنائية في مجال نقل وزرع الأعضاء..... 106
1.2.2 شروط إباحة العمل الطبي 106
1.1.2.2 الشرط الشكلي الترخيص القانوني 106
2.1.2.2 الشرط الموضوعي إتباع أصول المهنة 107
3.1.2.2 الشرط العرفي رضاء المريض 108
4.1.2.2 الشرط الشخصي قصد العلاج 109
1.2.2.2 مسؤولية الطبيب غير العمدية في مجال نقل وزرع الأعضاء..... 110
1.2.2.3 أركان المسؤولية غير العمدية..... 110
1.1.2.2.3 الخطأ 110
2.1.2.2.3 الضرر 111
3.1.2.2.3 العلاقة السببية 112
2.2.2.3 صور الخطأ 112

1.2.2.2.3 الإهمال 113
2.2.2.2.3 عدم الإحتراز 113
3.2.2.2.3 الرعونة 113
4.2.2.2.3 عدم مراعاة الأنظمة 113
3.2.2.3 صعوبة إثبات المسؤولية الخطئية للطبيب 114
1.3.2.2.3 عدم متابعة الأشخاص للطبيب 114
2.3.2.2.3 صعوبة إثبات الخطأ الطبي 115
3.3.2.2.3 الزمالة 115
3.2.3 المسؤولية العمدية للأطباء في مجال نقل وزرع الأعضاء 116
1.3.2.3 مسؤولية الطبيب عن جريمة القتل 116
2.3.2.3 مسؤولية الطبيب عن جريمة الاتجار بالأعضاء 117
3.3.2.3 مسؤولية الطبيب عن عدم الإبلاغ عن جرائم الاتجار بالأعضاء..... 118
3.2 المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في مجال نقل وزرع الأعضاء..... 120
1.3.2 شروط مسؤولية الشخص المعنوي 120
1.1.3.2 ارتكاب الجريمة من الجهاز أو الممثل الشرعي..... 120
2.1.3.2 ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي..... 120
2.3.2 القواعد الإجرائية الخاصة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي..... 121
1.2.3.2 الاختصاص المحلي بنظر الجريمة التي يرتكبها الشخص المعنوي..... 122
2.2.3.2 تمثيل الشخص المعنوي 124
3.2.3.2 إخضاع الشخص المعنوي لبعض التدابير القضائية..... 126
3.3.2 العقوبات المطبقة عل الشخص المعنوي 126
1.3.3.2 العقوبة الأصلية 127
2.3.3.2 العقوبات التكميلية 128
الخاتمة 131
قائمة المراجع 134

مقـــــدمة

يعتبر الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، إذ يتعلق بالكيان المادي والنفسي له، فلكل شخص الحق في أن لا يعتل بدنه وذلك بأن تؤدي الأعضاء في جسمه كامل وظائفها الطبيعية، التي تتطلبها مقتضيات سلامة الجسم وممارسة وظائفه الإجتماعية، التي يضطلع بها بإعتباره عضوا في الجماعة الإنسانية، ويعد هذا الحق من أهم الحقوق وأبرزها، فأي فعل أو أي تصرف يؤدي إلى الإنتقاص من مادة الجسم يعتبر إعتداء على سلامته وأبرز مثال على ذلك بتر أو إستئصال جزء من جسد الإنسان بل مجرد المساس بخلايا وأنسجة الجسم.

الحق في سلامة الجسم من أهم الحقوق لذلك نجد أنه محل للحماية بموجب أحكام الشريعة الإسلامية و مختلف الإتفاقيات و التشريعات الوضعية، فأقرت الشريعة الإسلامية القصاص لكل إعتداء من شأنه أن ينال من جسد الإنسان مصداقا لقوله تعالى" وكتبنا عليهم فيها أنّ النّفس بالنّفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسّن بالسّن والجروح قصاص فمن تصدّق به فهو كفّارة لّه ومن لّم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظّالمون" الآية 45 من سورة المائدة.

كان للحماية الجسدية نصيب أيضا على المستوى الدولي في مختلف الإتفاقيات الدولية منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في نص المادة الثالثة والرابعة منه وكذلك إتفاقية الأمم المتحدة لمنع إبادة الجنس البشري، وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

كرس المشرع الجزائري هذه الحماية من خلال الدستور حيث تنص المادة34منه " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة " كما نصت المادة 35منه "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، ولتجسيد هذه الحماية قرر المشرع الجزائري جملة من العقوبات، تختلف

بإختلاف جسامة الإعتداءات التي يكون الجسم محلا لها، ومن ذلك تجريم القتل بموجب المواد 262 و 263 منه وكذلك أفعال الضرب والجرح العمدي وأعمال العنف في المادة 164 من ق ع وما يليها.

إنّ الحماية لا تقتصر على الأحياء فقط وإنما تمتد إلى الأموات فقد دلت العديد من الأحاديث على تلك المظاهر، من ذلك تغسيل الميت ودفنه والنهي عن نبش القبور، كما أن هذه الحماية مقررة بموجب جملة من النصوص القانونية التي جرمت أفعال تخريب وتدنيس القبور بمقتضى المادة 150من ق ع ومايليها.

جسم الإنسان يمكن أن يكون إستثناء محلا لبعض التصرفات ومن ذلك الأعمال الطبية، و لكن لم يعد المجال الطبي منحصرا في التدخلات الطبية التقليدية، بل إمتد إلى إمكانية الإستعانة بأجزاء من جسد الإنسان سواء كان حيا أو ميتا، كحل أمثل للعديد من الأمراض التي إستعصى علاجها سابقا، وهذا التطور في المجال الطبي أفرز إنقلابات على مستوى المفاهيم الإجتماعية والقانونية بالضرورة، حيث أصبحت هناك إمكانية الإستعانة ببعض أجزاء شخص آخر سواء كان حيا أو ميتا، وهو ما يعرف بنقل وزرع الأعضاء من أجل علاج بعض الأمراض، حيث يقوم العضو المزروع بالوظيفة الخلقية ذاتها للعضو المستأصل.

نقل وزرع الأعضاء متعدد الجوانب والزوايا بين الطب والقانون والشريعة والأخلاق الأمر الذي لا يتوقف عند مسألة الرضا فقط، وإنما يمتد إلى الإطار الشرعي والقانوني لهذا النوع من التدخلات الطبية، وأول مسألة يثيرها العلاج عن طريق زرع الأعضاء بحث موقف الشريعة الإسلامية منه، كما أن شرعية الطرق الطبية الحديثة لا تقف على إجازة الدين فحسب بل تثير مسألة الأساس القانوني.

يقتضي ذلك التنسيق بين الشرع والقانون والتطور الطبي وهذا ليس بالأمر الهين لقوة الحجج التي يستند إليها كل من المؤيدين والمعارضين لمشروعية الأساليب الطبية الحديثة.

نظرا للنجاح الذي حققته عمليات نقل وزرع الأعضاء بعث الأمل في نفوس كثير من المرضى وجعلهم يتطلعون برغبة شديدة للحصول على الأعضاء البشرية للشفاء من المرض الذي يعانون منه حيث إزداد الطلب عليها، وبالنظر إلى قلة المتبرعين سواء الأحياء أو الأموات لأسباب إجتـــماعيـــة و دينية وفكرية، أدى إلى لجوء البعض و خاصة الميسورين منهم إلى شراء هذه الأعضاء، فظهر شكل جديد من أشكال الإجرام يتمثل في الإتجار بالأعضاء حيث تعد هذه الجريمة وسيلة من وسائل الحط من كرامة الإنسان حيث أصبح محلا للبيع و المتاجرة بسلامته الجسدية.

نتيجة لتطور هذه الجريمة ظهرت عصابات منظمة تعمل على الإتجار بهذه الأعضاء فأصبح جسم الإنسان كقطع الغيار توفر لمن يدفع أكثر، ويعتبر جسد الفقراء مصدرا لها، ولأن هذه الجريمة في تطور مستمر ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى إنعدام الأمن والإستقرار في المجتمع وجب التصدي لها بقواعد قانونية تتناسب مع خطورتها وبالنظر إلى عجز القواعد القانونية المقررة في قانون العقوبات الجزائري سابقا على تغطية هذه الأفعال، فوجب إضفاء هذه الحماية بما يضمن إبقاء هذه الممارسة في إطارها المشروع و يحفظ السلامة الجسدية للإنسان.

تتجلى أهمية البحث في الموضوع في حد ذاته و المتمثل في نقل وزراعة الأعضاء بإعتباره يقع على جسم الإنسان الذي يعد من المقدسات، التي لا يمكن بأي حال من الأحوال المساس بها .

إن نقل وزرع الأعضاء له أهمية كذلك بالنظر إلى العلاقات الإنسانية و الإجتماعية وما ينجم عنها من تبرع شخص بعضو من أعضاءه لآخر هو في أمس الحاجة إليه ومن ثم وجب معرفة الحدود التي بموجبها يستطيع المتبرع التصرف في إطارها، وكذلك إمكانية السماح للطبيب المساس بتكامله الجسدي دون أن يكون في مواجهة القانون والضمانات التي يكفلها القانون للمتبرع لحماية حريته و سلامته الجسدية.

كما تتجلى أهمية هذا الموضوع في العلاقات التي تفرزها عمليات نقل وزرع الأعضاء ووجوب تحديدها، وضرورة إحاطة هذه العمليات بحماية جنائية تكفل تطوير هذه العمليات.

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو الوقوف على أساس إباحة هذه العمليات بالنظر إلى إرتباطها بجوانب عدة، وتعدد أطراف هذه العملية بين الطبيب والمتلقي والمتبرع، وتزداد أهمية هذه المسألة بحكم إنضمام أطراف أخرى إلى العلاقة الطبية كالمتبرع بالعضو الذي ينعدم في جانبه سبب التدخل الجراحي، ويقتضي ذلك الوقوف عند الشروط و الضوابط المقررة بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها 85-05 المعدل و المتمم، كما أن للجزاء المقرر لإنتهاك هذه الشروط أهمية قصوى لحماية الكيان الجسدي للأفراد خاصة في ظل التعديلات التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب القانون 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري المتضمن الإتجار بالأعضاء، الأمر الذي يؤدي إلى الوقوف على هذه الجرائم ومدى تناسبها مع الخطورة الإجرامية.

نظم المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء وأقر لها جملة من الشروط التي من شأنها أن تبعد هذه الممارسة عن إطارها غير المشروع، ولأن هذه العمليات تدور بين ثلاثة أطراف المتبرع الحي أو الميت والمتلقي والطبيب فإنها لا محالة ترتبط بجملة من الشروط التي تستوجب الوقوف عليها.

نظرا لأن كل جديد لا بد وأن تكون له سلبياته وإيجابياته، ونظرا للتطور الذي عرفته هذه العمليات نتج عنها ظاهرة الإتجار بالأعضاء، وإتخذت أبعاد الجريمة المنظمة مما وجب إحاطتها بقواعد جزائية تتناسب مع طبيعتها، وأمام عجز القواعد السابقة المقررة في قانون العقوبات على إضفاء هذه الحماية بالنظر إلى خصوصية هذه الجرائم، فقد عدل المشرع قانون العقوبات بموجب الأمر 01/09 المتضمن الإتجار بالأعضاء إذا ما هي شروط و ضمانات نقل وزرع الأعضاء، وما هو جزاء الإخلال بها ؟.

إن الدراسات والمراجع فيما يتعلق بالجانب الموضوعي أي ما تعلق بشروط نقل وزرع الأعضاء تعد متوفرة بالنظر إلى أن المشرع الجزائري نظمها منذ عام 1985، أما فيما يتعلق بجانبها الجزائي فإن الدراسات تكاد تكون منعدمة بالنظر إلى حداثة النصوص القانونية التي نظمت هذه المسألة منذ 2009 بموجب القانون 09-01.

إعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي لدراسة هذا الموضوع لتناسبه مع طبيعته، كما عرجت في دراستي على بعض التشريعات وهذا بهدف الوقوف على مدى تطور التشريع الجزائري في هذا المجال.

دراسة هذا الموضوع تقتضي تقسيمه إلى فصلين، حيث يندرج الفصل الأول تحت عنوان الشروط والضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء، والذي أقسمه بدوره إلى ثلاثة مباحث أتناول في الأول مشروعية نقل وزرع الأعضاء، ثم الشروط القانونية الواجب توفرها في المتبرع، وأخيرا الشروط القانونية الواجب توفرها في المتلقي.

أما الفصل الثاني فأخصصه للمسؤولية المترتبة عن مخالفة الشروط القانونية لنقل وزرع الأعضاء والذي أقسمه أيضا إلى ثلاث مباحث، حيث أخصص المبحث الأول للمسؤولية الجزائية للإعتداء على الأعضاء والخلايا والأنسجة، ثم مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال نقل وزرع الأعضاء في المبحث الثاني، وأخيرا مسؤولية الشخص المعنوي في مجال نقل وزرع الأعضاء في المبحث الثالثإ و سوف أنهي هذا البحث بخاتمة تتضمن النتائج المتوصل إليها وكذلك مجموعة من الإقتراحات .

الفصل 1

الشروط والضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء

إنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء يتصور وقوعها وفق ثلاث حالات، فإمّا أنّ تتم من الإنّسان نفسه ما يسمى بالزّرع الذاتي، أو أنّ تتّم من حيوان إلى إنّسان وهذا النوع من العمليات لا يزال في البداية ولمّ يتطور بعد، وأما النوع الثالث فهو الذي يتم من إنّسان حي أو ميّت إلى آخر، وهذا ما سأتطرق إليه في هذه الدراسة.

يقصد بعملية نقل وزرع الأعضاء "العملية التي يتم بها إستئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المعطي، وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو في المآل ". [1] ،ص 16.

لم تعرف عمليات نقل وزرع الأعضاء في بدايتها أي نجاح، بسبب ظاهرة اللفظ التي تنبه إليها الطبيب الإيطالي تاجيليا كوزي Taglia cozziحيث قال عنها " إن ذاتية كل فرد تجعلنا نبتعد عن محاولة زرع جسمه بعضو مأخوذة من جسم آخر، ذلك أنّ قوّة الذّاتية داخل كل شخص تبلغ من القوّة والصرامة الحد الذي تمنع فيه أي عضو من شخص آخر".

لكن بعد إكتشاف العقاقير التي تثبّط الجهاز المناعي لدى الإنّسان، وتساعد الجسم الغريب على البقاء في جسم المريض،إرّتفعت نسبة نجاح هذه العمليات. [2]ص8-11، فظهرت الحاجة إلى إيجاد أساس تقوم عليه هذه العمليات، سواء من الناحية الفقّهية أو الشّرعية أو القانونية وضرورة تنظيمها وفق ضوابط تضّمن مشّروعيتها، وعليه سأتناول هذا الفصل وفق ثلاثة مباحث حيث يتضمن الأوّل مشّروعية نقل وزرع الأعضاء، أما الثاني فيتضّمن الشّروط القانونية الواجب توفرها في المتبّرع وأخيرا الشّروط القانونية الواجب توفرها في المتلقي.

1.1.مشروعية نقل وزرع الأعضاء

إنّ أهميّة أيّ مسألة مستجدة تقتضي البحث عن أساسها ومنّ ذلك نقل وزرع الأعضاء، الذي جاء كحل لكثير من الأمراض التّي إستعصى علاجها بالوسائل التقليدية حيث جاءت للتخفيف من مبدأ العصمة الجسدية، القاضي بعدم المساس بسلامة الإنسان ولو كان برضاه بإعتبار أن الرضا لا يعد دائما سببا من أسباب الإباحة.

ظهرت أهميّة إيجاد أساس تقوم عليه هذه العمليات فكانت محل دراسة فقهاء القانون كما وأنّ هذه المسألة لها إرتباط وثيق بالشريعة الإسلامية، مما أدّى إلى البحث فيها من النّاحية الشرعية، ولأنّ الإباحة لا تكون إلا بموجب قانون فوجب تنظيمها قانونيا.

لذلك سأتناول هذا المبحث وفق ثلاث مطالب، المطلب الأوّل مشروعية نقل وزرع الأعضاء وفقا للقواعد العامة، أما المطلب الثاني موقف الشّريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء والمطلب الثالث الأساس الشّرعي والقانوني لنقل وزرع الأعضاء في الجزائر.

1.1.1.مشروعية نقل وزرع الأعضاء وفقا للقواعد العامة

حاول الفقهاء جاهدين إيجاد أساس تقوم عليه مسألة نقل وزرع الأعضاء فإختلفت الآراء الفقهية حول ذلك، فظهر رأي إستند إلى نظرية الضرورة المقترنة بالرضا وفي مواجهته ظهر رأي آخر محاولا تفادي ما وقع فيه الرأي الأول حيث أوعز مشروعية نقل الأعضاء إلى نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا، كما أنّه هناك ثالث إستند إلى نظرية السبب المشروع للقول بمشروعية هذه الممارسة.

أتناول هذه النظريات بشيء من التفصيل وفق ثلاث فروع، أخصص الفرع الأول لنظرية الضرورة المقترنة بالرضا أما الفرع الثاني فسأخصصه لنظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا وأخيرا أتناول نظرية السبب المشروع في الفرع الثالث.

1.1.1.1.نظرية الضرورة المقترنة بالرضا

قبل التطرق إلى مدى صلاحية نظرية الضرورة المقترنة بالرضا كأساس لإباحة نقل وزرع الأعضاء، يجب الوقوف على المقصود بحالة الضرورة التي عرفها **savitier سافيتيه** بأنها " حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره أن يسبب ضررا أقل". [3]ص33، وعليه سأتطرق إلى مضمون نظرية الضرورة المقترنة بالرضا، ثم إلى تقدير هذه النظرية.

1.1.1.1.1.مضمون نظرية الضرورة المقترنة بالرضا

يمكن لنظرية الضرورة أنّ تكون سندا لتدخل الطبيب في مجال الأعمال الطبية التقليدية، حيث يتمتع الطبيب بإمتيّاز خاص لا يتمتع به غيره من أصحاب المهن الحرة الأخرى، فلم يعد دور الطبيب شفاء المريض فقط، أو وقايته ضد الأمراض وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعائلية ويمارس هذا التوجيه من خلال تدخله ومساسه بجسم الإنسان.[2]ص74.

يحاول الطبيب مع المريض المقارنة بين المخاطر التي قد يتعرض لها إذّا لم يعالج ومخاطر إجراء طبي معين. [4]ص11، فمدى خطورة الجراحة تقدر على أساس المتوسط العام بنجاح أو فشل التدخل الطبي في حالة معيّنة. [2]ص73، لكنّ العمل الطبي لم يبقي كما كان مقتصرا على مجرد إستخدام فنّ العلاج والشّفاء، وذلك بإعطاء أدوية تقضي على الأمراض أو تقي الإنسان منها بل أصبح يتّسع التدخل الجراحي إلى إستئصال عضو منّ الأعضاء، مما حذا بالفقه للبحث عنّ أساس تقوم عليه هذه العمليات فهل تقوم على أساس نظرية الضرورة المقترنة بالرضا؟.

الأصل في العمل الطبي المبيح للتدخل الجراحي على جسم الإنسان أن يقصد منّ ورائه شفاء المريض وعلاجه، وفقا للقواعد المقرّرة في فن المهنة الطبية، وذلك بتخليص المريض منّ آلامه أو تخفيف حدّتها، وإذّا كان الدور العلاجي للطبيب قد إمتّد ليشمل إستئصال عضو من جسم إنسان، فإنّه منّ الممكن أنّ تكون حالة الضرورة هي أساس مشروعية العمليات الجراحية التي يتّم فيها استئصال العضو التالف منّ جسم المريض إنقاذا لحياته منّ موت محقق أو أذى جسيم، أمّا أنّ تكون حالة الضرورة كأساس لإباحة نقل عضو منّ جسم المتبرع، فهذا أمر يستحق الوقوف عنده ويجب إستجلاء موقف الفقه منه. [1] ص 36.

ذهب بعض الفقه الفرنسي والأنجلو أمريكي إلى أنّ حالة الضّرورة هي أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذّا توفرت شروطها عندّ إستئصال جزء من جسد شخص سليم لزرعه في جسد مريض، إنقاذا لحياته منّ موت محقق، فلا مسؤولية للطبيب لا منّ الناحية الجنائية ولا منّ الناحية المدنية. [1]ص 35، لأنّ الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية إنّما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسام على منّ ينتزع منه العضو. [5] ص63، حيث تقوم حالة الضرورة عند أصحاب هذا الإتجاه على المقارنة و الموازنة بين المخاطر المراد تفاديها والأضرار التي وقعت بالفعل. [3] ص35.

ظهر أوّل تطبيق لحالة الضرورة في فرنسا عام 1961 عندما قام أحد الأطباء بإنتزاع كلية فتاة تبلغ من العمر 14 سنة، بغرض نقلها لأختها التوأم، التي كان يتهدّدها خطر جسيم وعندّ عرض الأمر على النائب العام أمر بحفظ الدعوى، على أساس أن الطبيب الّذي أجرى العملية كان تحت إكراه معنوي، نشأ عن حالة الضّرورة التي دفعته إلى إرتّكاب فعل معاقب عليه جنائيا، مما يستوجب إستناد إليها عدم ملاحقته جنائيا. [1]ص37.

إعتبركذلك الفقه الأنجلو أمريكي أنّ هذه الممارسة تجسّد نموذجا مثاليا لتطبيق حالة الضّرورة بكافة أركانها، حسب أصحاب هذا الرّأي أنّ عمل الطّبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء، يعّد من قبيل أعمال الإغاثة وبالتالي تنطّبق عليه النظرية الفقيهة المعروفة بنظرية الإنقّاذ. [5]ص64.

تجدر الإشارة إلى أن حالة الضّرورة كانت محل إختلاف حول طبيعتها بين لفقهاء منهم من يعتبرها مانع من موانع المسؤّولية، فمن إعتبرها كذلك إعتمد على أن التّشريعات العقابية إستعملت عبارة لا يسأّل ولا عقاب عند تعرضها لحالات إمتناع المسؤّولية الأخرى كالجنون أو صغر السّن وكذلك أن الإرادة لا وجود لها في حالة الضّرورة مما يجعل صاحبها في حالة إكراه معنوي يؤدي إلى إنتّفاء المسؤّولية، والإكراه المّعنوي ما هو إلا حالة من حالات الضّرورة. [1]ص.40 -41، ومنّهم من يعتبرها سببا من أسباب الإباحةذعلى أساس أنّ حالة الضّرورة ذات طبيعة موضوعية لأنها تستند إلى التنازع بين المصالح وإباحة التضحية بالمصلحة الأقل أهمية، وهو ذات الأساس الذي تقوم عليه أسباب الإباحة. [1]ص.38.

تطبيق حالة الضّرورة في مجال زراعة الأعضاء بإعتّبارها مانع من موانع المسؤّولية يتطلب أنّ تكون الظّروف المحيطة بالطّبيب قد هددته بخطر جسيم، جعله يفقد إختياره مما إضطّره لإستأصل عضو من أعضاء المتبرّع لزرعه في جسم المتلقي، لدفع الخطر عن هذا الأخير وإنقاذ حياته، فيجب أنّ تتحقق هذه الحالة حتى يتم إعفائه من المسؤّولية الجّنائية وإقرار عدم عقابه.

أمّا تطبيق حالة الضّرورة بإعتبارها سبب من أسباب الإباحة فإنّه يترتب على ذلّك أنّ فعل الشّخص الّذي ارتّكب تحت إلحاح الخطر، وطالما أنّ الإعفاء يتحقق حتى عندما لا يكون الخطر موجها لذاته بل لغيره، فإنّ إرتكاب الشخص فعل الضّرورة لم يكن نتيجة للتأثير في إرادته بل العكس أنّ مرتكب فعل الضرورة يتمتّع بالقدر اللاّزم من حرية الإختيار في الموازنة بين المصالح التي على أساسها ضّحى بالمصلحة الأقل أهميّة فالطّبيب عند ممارسته عملية نقل الأعضاء بالإضافة إلى الخطر الذي يواجهه فإنّه يقوم بعملية موازنة بين الضرر الذي يحدثه بالمتبرع، والّذي يتمثل في المساس بتكامله الجسدي.

الطّبيب في سبيل ترجيح إحدى المصلحتين يتعين عليه أنّ يأخذ بعين الإعتبار جملة من الضّوابط وهي كالآتي:

- يجب أنّ يكون هناك خطر يحدّق بالمريض، ويكون عدم زّرع عضو جديد له من شّأنه أن يؤدي لمحالة إلى الموت.

- يجب أنّ تكون عملية نقل العضو هي العلاج الوحيد لإنقاذ المتلقي وعلاجه من المرض الذي يعاني منه.

- يجب أنّ يكون هناك تناسب بين الخطر المراد تفاديه مع الضرر الواقع، الذي سيصيب المتّبرع إنّ تم نقل العضو من جسمه.

- يجب ألاّ تؤدّي عملية النقل إلى إصابة المتّبرع بنقصّ خطير ومستديم في وظائف جسمه ومن باب أولى ألاّ تؤّدي إلى موته. [1]ص 39.

1.1.1.1. 2.تقدير نظرية الضّرورة المقترنة بالرّضا

لمّ تكن الحجج و التّبريرات التي ساقها أنصار هذا الإتّجاه كافيـة لإقناع جانــب لا يستهان به من الفقه، بمنطق وسلامة إعتّبار نظرية الضّرورة المقتّرنة بالرضّا أساسا يباح بمقتضاه إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء، فيما بين الأحياء وحتى الأموات وإختلفت أسانيد وحجج الرافضين لها على النحو التالي.

- أنّ حالة الضّرورة لا تصلح أنّ تكون سندا لإباحة عملية نقل وزرع الأعضاء ذلك لأنّها وإنّ توفرت شروطها بالنّسبة للمريض، فإنّها لا تتوفر بالنسبة للمتّبرع الذي يستّأصل منه عضو سليم.

- كذلك أنّ حالة الضّرورة لا تتوفر بالنسبة للأعضاء التي يتم إستّئصالها وحفظها في بنوك الأعضاء البشرية لحين الإحتياج لها.

- أنّه لما كان الطّبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر والضّرر بالنسبة المتّبرع والمتّلقي، فإنّ حالة الضّرورة في حقيقة الأمر لا تعد متوفرة في جانبه إذ هي واقعة ومنحصرة فقط بين طرفي عملية نقل وزراعة الأعضاء.

- أنّ في إباحة إنتّزاع وزرع الأعضاء بناء على حالة الضّرورة هو هدر لحماية الحق في سلامة الجّسد، خصوصا أنّ رضّا المانح ليس عنصرا في حالة الضّرورة. [3] ص43-42

2.1.1.1.نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضّا

وجد جانبا من الفقه في نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضّا سببا لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء، وذلك بصدد البحث عن أساس لإباحة هذا النّوع من العمليات محاولين تفادي اللبس الذي أثارته نظرية الضّرورة المقترنة بالرضّا، لذلك وإدراكا من الفقه لحساسية إباحة نقص التّكامل الجّسماني بمقتّضي الرضّا المجرّد الصادر من الشّخص، فقد عمد أنصار ومؤّيدو هذه النّظرية إلى إشتراط إقتران رضّا المانح بمنفعة وفائدة إجتماعية سوف تنتج عن عملية إنتّزاع وزراعة العضو. [5]ص 72، لذلك نقول هل تعد المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضّا أساسا لإباحة نقل وزرع الأعضاء؟.

بداية علينا تحديد القيمة القانونية للرضا ثم أتطرق إلى مضمون نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضّا، ثم إلى تقدير هذه النظرية.

1.2.1.1.1.القيمة القانونية للرضا

يذهب غالبية الفقه وعلى رأسهم الفقه الفرنسي إلى عدم إعطاء الرضّا أي أثر مبيح كقاعدة عامة وبوجه خاص كلما كان الحق المعتدى عليه تأبيّ طبيعته أنّ يكون محلاً للتّصرف من جانب صاحبه والنموذج الذي يمثل هذه الفكرة يتجسد في طائفة الحقوق اللصيقة بالشّخصية و الحق في سلامة الجّسد وتّكامله على وجه الخصوص، وذلك لما تمثله هذه الحقوق من مصلحة إجتماعية تعلو على خصوصية ومصلحة صاحب الحّق ذاته، ذلك أنّ للمجتمع مصلحة في سلامة وتكامل أجساد أفراده تجعل من كل فعل من شّأنه إهدار هذه القيمة مجرما،فالفعل المجرم لا ينفي عنه رضّا صاحبه صفة عدم المّشروعية.

إنّ بحث الرضّا في عمليات نقل الأعضاء لا ينفصل عن جوهر مشكلة رضّا المّجني عليه ومدىّ كفايته لإباحة مايقع من أفعال يجرمها القانون وبوجه خاص كل مّا منّ شّأنه المساس بسلامة الجسم. [6] ص271.

2.2.1.1.1. مضمون نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا

إستّمد الفقه هذه الفكرة من المبادئ العامة للدّين و القانون والعادات وتّقاليد المجتمع لذلك فهي تختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر، ومع ذلك فإنّ غايتها لا تختّلف بإختّلاف الدول، وهي إحترام صحة وحياة أفراد المجتمع، وبالرجوع إلى المقصود بالمصلحة.[2]ص 58.

- لغة: مصدر بمعنى الصلاح والمصلحة مفرد الصالح، والصلاح ضد الفساد والمصلحة عكس أفسده والمصلحة الصلاح نقيض الإستّفسا د.[7] ص516 -517.

- أما اصطلاحا: فهي ما يتحقق بها نفع أو ما يدفع بها ضّرر.[3]ص 86.

ذهب فريق من الفقه إلى أن أساس مشروعية نقل وزرع الأعضاء يقوم على فكرة المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا، فالحق في سلامة الجسم هو في أصله مصلحة يقرها القانون لشخص من الأشخاص في أن يسير جسمه على نحو يتلافى كل خلل يصيب أعضائه وأجهزته، فكل إعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لإحدى وظائف الجسم هو مساس بالحق في سلامة الجسم يجرمه القانون ومن ثم كان لهذا الحق جانبه الفردي ولا يعد الجانب الوحيد فيه.[3]ص 43- 44. بل هناك جانب إجتماعي يجسده حق المجتمع في سلامة أفراده بوجه عام، ليؤدوا ما أنيط بهم من وظائف إجتماعية.

إن هناك إرتفاق مقرر لمصلحة المجتمع يرد على الحق في سلامة الجسم، ويؤدي إلى نتيجة لازمة لحمايته ألا وهي الحد من قدرة الفرد على التصرف بهذا الحق.

يجب النظر دائما إلى المحصلة النهائية لسلامة الأفراد ككل، من غير التعويل على تقسيم كل فرد على حدة، فالمعيار إذن هو الحاصل النهائي للمصلحة الإجتماعية وما تؤديه للمجتمع بوجه عام، وذلك من خلال الترجيح بين المزايا التي تعود على المتلقي بالمقارنة بالأضرار التي تلحق بالمتبرع، حيث يكون النفع الذي يعود على المجتمع من جراء إجراء مثل هذه العملية أكبر من قبلها.

يستلزم ذلك التفرقة بين المساس بالجانب الفردي للحق وبين المساس بالجانب الإجتماعي له، إذ يستطيع بناء على تلك التفرقة أن يتصرف المتبرع بأي جزء من جسمه طالما أن تصرفه هذا لم يعرض صلاحيته لأداء جميع الأعمال ذات القيمة الإجتماعية وبذلك يعد رضا المتبرع أساسا لمشروعية إستئصال ونقل الأعضاء.[1]ص46.

يورد أنصار هذا الإتجاه قيود معينة يجب أن تتوفر لتتحقق هذه المعادلة، من أهم هذه القيود:

- أن لا يؤدي إنتزاع العضو من المتبرع إلى إنتقاص دائم وجسيم في صحته حيث يجب أن يظل ما سيلحق به من أضرار أقل مما سيصيب المتلقي من ضرر، إن لم يزرع له العضو، أو على الأقل أن تكون الحالة الصحية لكليهما بعد إجراء العملية متعادلة.[8]ص237.
- أن يكون الهدف منها العلاج.
- أن لا تكون هناك وسيلة علاجية أخرى يمكن اللجوء إليها عوضا عن هذه العملية.

أخلص إلى أن الفكر المؤيد لهذه النظرية يرى في مجمل عمليات نقل وزراعة الأعضاء حدثا يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية، فهو في مجمله حدثا إجتماعيا جليلا يعد تعبيرا صادقا عن التكافل الإجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد، فإنقاذ حياة شخص ما أو السعي إلى شفائه من مرض يقعده عن أداء وظيفته الإجتماعية، وذلك بمنحه جزء من جسد شخص

آخر سليم حيث لا يكون لعملية الإنتزاع من جسمه أثر على سلامته الجسمانية، بوجه عام يعد أمرا مقبولا إجتماعيا بل جديرا بالإشادة.[5]ص 76- 77.

3.2.1.1.1 تقدير نظرية المصلحة الإجتماعية المقترنة بالرضا

رغم إجتهاد أنصار هذه النظرية في إيجاد الحجج لإثبات سلامة منطقهم إلا أنها لم تنجوا من الإنتقادات وأهمها:

-أن هذه النظرية تجعل من رضا المانح الركيزة الأساسية لنقل العضو من شخص سليم، وهذا يتناقض والقواعد المستقرة في القانون الجنائي والتي لم تجعل من الرضا سببا عاما للإباحة، وخاصة فيما يتعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية، وخاصة الحق في سلامة الجسد والحق في الحياة.

- أن الأخذ بمعيار المصلحة الإجتماعية سيسمح بإجراء نقل وزرع الأعضاء من المتبرع إلى المريض بسبب أهمية الوظيفة الإجتماعية للثاني، فمثلا لو كان عالم ذرة بحاجة إلى عضو فإنه سينقل إليه وذلك بالنظر إلى أهمية الوظيفة التي يشغلها.

تتميز هذه الفكرة بالخطورة لأنها ستسمح للطبيب بإجراء عمليات لا حصر لها بحجة أن المحصلة النهائية الإجتماعية إيجابية.

- أن المصلحة الإجتماعية التي سيجنيها المجتمع من إعادة شخص إلى أداء وظيفته الإجتماعية بسبب العضو الذي تم زراعته سيقابله إضعاف في قدرة الشخص المتبرع في أداء تلك الوظيفة فما أعطيناه باليمين سلبناه باليسار.[1]ص47.

- كما أن معيار المصلحة الإجتماعية ليس معيارا منضبطا، تعوزه الدقة وهو معيار غامض بطبيعته سوف ينزل بالصحة العامة للأفراد منزلة الشيوع بحيث تنزع الأعضاء وفقا لما يقدر من عائد ومنفعة إجتماعية.

3.1.1.1.نظرية السبب المشروع كأساس لإباحة نقل وزرع الأعضاء

ظل مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان فترة زمنية طويلة أحد المبادئ الأساسية حيث يترتب عنه عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي إتفاق قانوني، لخروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل ولكن الواقع أثبت زيف مبدأ حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة فقد تقهقر أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان، وعليه سأتناول مضمون نظرية السبب المشروع، ثم تقدير هذه النظرية.

1.3.1.1.1مضمون نظرية السبب المشروع

ظهر مجموعة من الفقهاء الفرنسيين من بينهم الفقيه الفرنسي **ديكوك Dècoq** حيث بادروا إلى الإقرار بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء إستنادا إلى نظرية السبب المشروع.[9] ص78- 79 ويقصد بها الباعث والدافع على التصرف لمعرفة مدى مشروعيته.[10]ص114.

إذ يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أنه لا يجوز الحكم على التصرف بأنه غير مشروع لمجرد تعلقه بجسم الإنسان، وإلا لذهبنا إلى التسليم بأن عقد العلاج الطبي الذي بمقتضاه يتدخل الطبيب على جسم المريض عقد غير مشروع، لكون هذا التدخل يشكل مساسا بجسمه، بالرغم من أن هذا التدخل يعد مشروعا،لأن الهدف منه هو تحقيق مصلحة علاجية للمريض.

إذا كان من غير المقبول تصرف الإنسان في كامل جسده أو في جزء حيوي لازم لبقائه حيا فإنه من الممكن القبول بتصرف الإنسان في أحد أعضاء جسده بما لا يفضي إلى الموت أو تعريض حياته للخطر، وبما لا يخرج عن إطار تحقيق مصلحة علاجية للشخص، و يجب أن يفهم على أنه تحقيق مصلحة واجبة الإحترام للغير أيضا.[4]ص 42.

يقر **ديكوك Dècoq** أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن إعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير أيضا، ومن ثم فلا يسمح المساس بالجسم إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب على ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه، وإذا إختل الميزان فيصير المساس غير مشروع ومنافيا للأخلاق.

ينتهي **ديكوك Dècoq** إلى القول بمشروعية الإتفاقات التي تنطوي على المساس بالجسم للإصلاح مثل إستئصال جزء من جلد شخص لترقيعه لآخر، متى إقتضت المصلحة العلاجية ذلك، بل ويقر أيضا بصحة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان وتؤدي إلى مساس مستديم به، شرط أن يكون سبب التصرف مشروعا، ويكون كذلك متى إستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير، كأن تكون المزايا التي تعود عليه أكبر من الأضرار التي سيعاني منها المتبرع، ومثال ذلك تبرع الشخص بإحدى كليتيه لشخص آخر مصاب بفشل حاد أو التبرع بإحدى قرنيتي العين لآخر مصاب بالعمى.[9] ص 80-81.

1.3.1.1.1. 2. تقدير نظرية السبب المشروع

لقد وجهت لهذه النظرية مجموعة من الإنتقادات من بينها عدم إنضباط المعيار الذي تقوم عليه بالقدر اللازم لإعتباره محددا ودقيقا، فهي تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة دون إشتراط

أن يكون ذلك في حدود الضرورة.[10]ص 116، لذلك فقد إضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الإستئصال الوسيلة الوحيدة للعلاج.[9]ص81.

2.1.1.موقف الشريعة الإسلامية من نقل وزرع الأعضاء

إن مسألة نقل وزرع الأعضاء، بأبعادها المعاصرة هي مسألة مستجدة ولا يتوقع أن يكون الفقهاء القدامى قد تعرضوا لبحث حكمها الشرعي، ذلك أن هذه المسألة وليدة ما توصل إليه التقدم العلمي في هذا المجال، حيث تمكن الأطباء المعاصرون من تحقيق نتائج باهرة في نقل الأعضاء من الأحياء والأموات وزرعها في أناس فقدوا أعضائهم أو تلفت بسبب المرض، بصورة يقوم فيها العضو المزروع بالوظيفة الخلقية ذاتها التي كان يقوم بها في الشخص الذي نزع منه، وشمل ذلك معظم أعضاء الجسم، سواء منها ما يتوقف عليه إستمرار حياة الإنسان أو ما تتوقف عليه وظيفة أساسية في جسده وغير ذلك. [11]ص11.

هذا ما أدى إلى ظهور آراء مختلفة حول مدى شرعية هذه الممارسات منهم من يؤيدها ومنهم من ينكرها، لذلك سأتناول الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء والأموات في الفرع الأول ثم الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء والأموات في الفرع الثاني.

1.2.1.1.الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء والأموات

إن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان وفضله عن كثير من خلقه حيث أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس، فنهت عن إبتذالها أو تشويهها أو الإعتداء عليها بأي شكل من أشكال الإعتداء سواء كان الإنسان حيا أو ميتا، وتكريسا لمبدأ حرمة جسم الإنسان ظهرت آراء معارضة لنقل وزرع الأعضاء سواء من الأحياء أو الأموات.

1.1.2.1.1. الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء

إستند القائلون بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء إلى مجموعة من النصوص الشرعية لقوله تعالى " ...ولا تلقوا بأيديكم إلى التّهلكة وأحسنوا إنّ الله يحبّ المحسنين ".[12] الآية 195وجه الدلالة في هذه الآية أن الحق تبارك وتعالى نهى عن إلقاء أنفسنا في مواطن التهلكة بتلف أو إضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعا غير مرجوة، ونزع جزء من بدن الحي لزرعه في غيره قد يؤدي إلى إتلاف [2] ص 195 المتبرع أو إضعافه لا محالة ولو في المستقبل البعيد.

كذلك قوله تعالى"...ولا تقتلوا أنفسكم إنّ الله كان بكم رحيما".[13]الآية 29، وجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى قد نهى الإنسان عن قتل نفسه أو قتل غيره سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر فالنهي

هنا عام لتناوله جميع الأسباب، ومن هذه الأسباب المنهي عنها أن يبرم شخص إتفاقا مع آخر ليتبرع بجزء من جسده، فهذا حرام لا يجوز الإتفاق على فعله.[14]ص95.

كما إستدلوا بقوله تعالى((ثمّ لتسألنّ يومئذ عن النّعيم)).[15] الآية 8 وقيل أن النعيم هو الأمن والصحة والعافية وهذه مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة، فصحة الإنسان وعافيته من نـــــعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر، والمحافظة لا التضييع بالتبرع أو بالبيع.

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم ((....ومن قتل نفسه بحديدته فحديدته في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها)).[16]ص 1020، وهذا يعنى أن نفس الإنسان ليست ملكا له وإنما هي أمانة من الله خلقها، وأوجد فيها من دقيق الخلق وجليله ما يتمكن به من عبادته سبحانه، وعمارة الأرض التي إستخلفه فيها، كما أن المساواة في عصمة الدم والأعضاء توجب المحافظة على حرمتهم الثابتة لهم بالقرآن والسنة وإجماع الأمة.

إذن إذا أصيب الشخص بداء فقد بسببه عضوا من أعضاءه أو جزاء من أجزاء بدنه ليس له أن يكمل هذا النقص بعضو أو جزء من شخص آخر، وهذا التداوي غير جائز وهو تغيير لخلق الله وهو محرم بالإتفاق وتصرف الإنسان فيما لا يملك.[2]ص96-97، لأن المالك الحقيقي لجسد الإنسان وروحه هو الله تعالى أما الإنسان فهو أمين على جسده فقط ومطلوب منه أن يحافظ عليه مما يهلكه أو يؤذيه، وبناء عليه فإن الإنسان الذي لا يملك ذاته ولا يملك أجزاء هذه الذات لا يمكنه التبرع بأعضاء جسمه لأنه هبة من الله والإنسان مؤمن عليها ولا يحق له التصرف فيها.[17]ص9.

1.1.2.1.1.الرأي المعارض لنقل وزرع الأعضاء من الأموات

يذهب هذا الإتجاه إلى حرمة المساس بجثة المتوفى تكريما للإنسان لقوله عز وجل" ولقد كرّمنا بني ءادم وحملناهم في البرّ والبحر ورزقناهم مّن الطّيّبات وفضّلناهم على كثير مّمّن خلقنا تفضيلا " .[18]الآية 70، إذن فالإنسان كرمه الله وفضله على جميع مخلوقاته، فلا يجوز للمضطر الإنتفاع بأجزاء الآدمي ولو كان ميتا، حتى ولو كان معصوم الدم قبل موته، ولو لم يوجد غيره لأنه كالحي في الحرمة، وعليه فإن نزع عضو منه بعد موته يتنافى مع هذا التكريم[19]ص168-169.

كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال ((إغزوا باسم الله، في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله، إغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا....)).[20]ص176.

وجه الدلالة في الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهي أمراءه على الجيوش عن أشياء من شأنها أن تؤدي بهم إلى الخذلان إن لم ينتهوا عنها، ومن ذلك المثلة بمعنى إستبقاء الجسد أو تشويهه أو عرضه دون دفنه فور وفاته. [21] ص45.

أيضا ما جاء في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((كسر عظم الميت ككسره حيا)). [22] ص210 ، وعليه فإن للميت حرمة كحرمة الحي فلا يجوز الإعتداء عليه بكسر عظم أو شق بطن أو فصل عضو من أعضائه، لأن الإنسان لا يملك التصرف في جسده لا في حياته ولا بعد وفاته، وكذلك ورثته أو غيرهم لا يملكون ذلك، وإن الذي يملك التصرف في جسد الإنسان وذاته هو خالقه عزّ وجلّ. [19]ص169.

يرى هذا الإتجاه حرمة المساس بجثة المتوفي حتى ولو كان ذلك بهدف الإستفادة من أعضائه لإنقاذ حياة إنسان مهددة بخطر الوفاة.

2.2.1.1 الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء و الأموات

إن أهمية مسألة نقل وزرع الأعضاء بالنسبة للبشرية كانت محل تأييد جانب لا يستهان به من العلماء المعاصرين، وذلك بالنظر إلى أن الدين الإسلامي هو دين يسر وليس دين عسر، فظهرت آراء مؤيدة للنقل من الأحياء أو الأموات وإستند أصحابها إلى جملة من النصوص الشرعية والقواعد الفقهية لإعطاء مصداقية لرأيهم.

لذلك سأتناول الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء أولا ثم الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأموات ثانيا.

1.2.2.1.1 الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء

تطبيقا للقواعد العامة التي تحكم حق الله وحق العبد، فإن الشرع يأذن بنقل جزء من جسم المعطي إلى جسم المريض المتلقي، إذا كانت المصلحة المترتبة على ذلك أعظم من المحافظة على حق الله في جسم المتبرع، وهكذا فإن مصدر إباحة إستقطاع جزء من جسم المتبرع هو إذن الشرع، إضافة إلى إذن المتبرع.[23]ص 210، هذا ما أكده جمهور الباحثين المعاصرين والمجامع الفقهية حيث أيدتهم في ذلك مبادئ وقواعد عامة منها.

- مبدأ الكرامة الإنسانية: لأن التبرع عمل تتحقق به الكرامة الإنسانية كما أن فيه مصلحة عظيمة وإعانة خيرة.

- مبدأ إنقاذ النفوس وإزالة الضرر: فالتبرع عمل يدخل في أنواع التداوي الذي حث عليه الشرع الحكيم وفيه إنقاذ للنفوس من التهلكة.[24] ص17، مصداقا لقوله تعالى " من أجل ذلك كتبنا على بني

إسرائيل أنّـه من قتـل نـفسا بغير نـــــفس أو فساد في الأرض فكأنّـها قتـل النّاس جميـعا ومـن أحيـاها فكأنّما أحـــــيا النّـاس جـميـعا ". [24] الآية 32 ، فتـدل الآيـة على عموم الإحياء مما يـشمل إنـــقاذ النـــفس من التـــــهلكة حيث يطلب الشرع من الإنسان التضحية بـبعض حقوقه لإنـقاذ حياة المضـطر إذا كان ذلك لا يعود عليه بضرر أعظم من الضرر العائد على المضطر، فإنقاذ نفس واحدة يعد بمثـابة إحياء للنـــاس جمـــــيعا وتطبيقا لذلك فإنه إذا كان تبرع إنسان بعضو من أعضائه لإنسان آخر مريض يتـرتب عليه إنقـاذه من الهلاك،دون أن يترتب على ذلك هلاكه فإنه يعد عملا مميزا للتضامن الإنساني.

- مبدأ التراحم والتضامن الإنساني والتعاون على البر والتقوى: ففي التبرع تفريج للكربات و تأكيد على مبدأ التراحم والتكافل والتعاطف بين أفراد المجتمع لقوله صلى الله عليه وسلم ((...من فرج عن مسلم كربة، فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة..)).[25] ص394، وكذلك قول الدكتور يوسف القرضاوي أن الإسلام لم يقصر الصدقة على المال فقط بل جعل كل معروف صدقة فيدخل التبرع ببعض البدن لنفع الغير، بل هو لا ريب من أعلى أنواع الصدقة.[24]ص29 لقوله صلى الله عليه وسلم((كل معروف صدقة)).[27]ص29.

- مبدأ إرتكاب أخف الضررين لدفع الأشد منهما:عند المفاضلة بين المصالح المجتمعة في عمل واحد إن أمكن تحصيل المصالح جميعا فعلنا ذلك، فإن تعذر ذلك حصلنا الأصلح فالأصلح، والأفضل فالأفضل فالواجب تحصيل أعلى المصلحتين، فإن تعذر المفاضلة بينهما فإنه يرخص في الإختيار في التقديم و التأخير بينهما، وبناء عليه إذا تعذر الجمع بين حفظ النفس وبين العضو، قدم دفع الضرر عن النفس على دفع الضرر عن العضو، وهكذا فإن مصلحة المحافظة على النفس أعظم من مصلحة المحافظة على العضو أو من المفسدة المترتبة على قطع العضو.[14]ص22.

بناء على ذلك فإن كان إعطاء الإنسان عضوا من أعضاءه لإنسان آخر مريض يترتب عليه إنقاذه من الهلاك، دون أن يؤدي إلى هلاكه، فإنه يعد عملا مميزا للتضامن الإنساني، ومعبرا عن معاني الرحمة والمودة، ومن ثم متفقا مع الكرامة الإنسانية وبهذا فهو مباح شرعا.

2.2.2.1.1. الرأي المؤيد لنقل و زرع الأعضاء من الأموات

يرى هذا الرأي أنه يجوز نقل عضو من أعضاء الميت إلى جسم إنسان حي إذا كان هذا النقل يؤدي إلى منفعة الإنسان المنقول إليه هذا العضو، منفعة ضرورية لا يوجد بديل لها، وأن يحكم بذلك طبيب متخصص، ولكن ينبغي أن يستأذن في ذلك.[19]ص169.

لأنه من المعلوم أن الشريعة الإسلامية قد أجازت وأباحت أيضا إنتفاع المسلم بأجزاء من جثة غيره والسبب في ذلك أن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت.[14]ص104، وذلك تطبيقا للقاعدة

الفقهية الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، فالضرر الأشد يتمثل في بقاء الإنسان الحي عرضة للمرض الشديد والهلاك المتوقع، والضرر الأخف هنا يتمثل في أخذ جزء من أجزاء الميت لعلاج الإنسان الحي .[19] ص170.

إستندوا في ذلك إلى ما قال به جمهور الفقهاء من جواز شق بطن الأم التي هي في حالة الإحتضار أو الموت لإستخراج جنين حي أو ترجى حياته وكذلك جواز شق بطن الآدمي بعد وفاته لإستخراج مال إبتلعه،كما إستندوا إلى حالة الضرورة الواردة في قوله تعالى قوله تعالى".... فمن إضطرّ غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رّحيم ". [27] الآية173 ، وكذلك قوله تعالي "... فمن إضطرّ غير باغ ولا عاد فإنّ الله غفور رّحيم ". [29] الآية 115.

إن الآيات السابق ذكرها تعتبر هي الأصل لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات فقوله تعالى " فمن إضطر" لفظ عام في حق كل مضطر ومن ثم تباح المحرمات عند الإضطرار إليها فالآيات السابقة تفيد معنى عام وإن كان لبعضها سبب خاص وهذا يعني أن حكم نقل عضو من إنسان إلى آخر بات ممكن إدخاله في النص، فمن الضروري إنقاذ حياة المريض بأخذ عضو أو أكثر من أعضاء الميت لزرعها فيه لأنه الطريق الوحيد لإنقاذه. [30]ص21.

حيث متى كنا في نطاق الضرورات و تتنازع مصالح الأحياء مع مصالح الموتى أو أهاليهم، فإن مصلحة المحافظة على حياة إنسان أو صحته أعظم من الناحية الإجتماعية من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة، فإذا جاز الأكل من جسم الآدمي الميت جاز أخذ بعضه نقلا لإنسان آخر حي صونا لحياته من باب أولى متى رجحت فائدته وحاجته للجزء المنقول إليه.

الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بإرتكاب أخف الضررين، فإذا دار الأمر بين محظورين هما المساس بجثة المتوفى وإنتهاك حرمتها والضرر الذي يصيب الإنسان الحي بفقده الحياة إذا لم يزرع له عضو فأخف المحظورين هو نقل عضو الميت لزرعه في جسد هذا الإنسان الحي. [14] ص106-107، كما ساقوا من السنة النبوية المطهرة عدة أحاديث تؤيد ذلك الإتجاه منها قول الرسول صلي الله عليه وسلم ((يسروا ولا تعسروا وسكنوا ولا تنفروا)). [13]ص101، ويفيد هذا الحديث إتباع كل ما فيه يسر وإجتناب كل ما فيه عسر.

إن إستقطاع الأعضاء من الجثة لأغراض علاجية للأحياء لا يتضمن إهانة للميت أو مساسا بكرامته الإنسانية، لأن هذا العمل لا يتم بقصد تحقير الموتى، ولكن المقصود منه هو منفعة الحي، وهو أفضل من الميت، بل على العكس فإن إستئصال أجزاء من الجثة لتحقيق هذه الأغراض يتضمن معنى

من معاني التضامن الإنساني في أسمى صوره، ولا يخفى أن مصلحة الأحياء أولى من ترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب.[14] ص107-108.

إن نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء أو الأموات كان لها صدى في صدور عدة فتاوى عن المجامع الفقهية تجيز فيها هذه العملية وفق شروط، ومن ذلك ما صدر عن هيئة كبار العلماء بالرياض بجواز نقل جزء من إنسان حي أو ميت مسلم أو ذمي إلى نفسه أو غيره إذا إضطر إلى ذلك، و أمنت الفتنة في نزعه لمن أخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه في من سيزرع فيه، كما يجوز كذلك تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزء منه إلى مسلم مضطر إلى ذلك.

كما أيده في ذلك المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة والمتعلق بنقل الأعضاء البشرية وزراعتها في دورته الثامنة على النحو السابق في قرار هيئة كبار العلماء، وكذلك قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته المنعقدة في جدة.[19]ص167 بتاريخ 11/06 فيفري 1988 وكذلك المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا لعام 1969 و كذلك صدور فتاوى عن مختلف لجان الإفتاء في الدول العربية.

3.1.1 الأساس الشرعي والقانوني لنقل وزرع الأعضاء في الجزائري

أشرنا سابقا إلى مختلف النظريات الفقهية التي تناولت نقل وزرع الأعضاء، كما تعرضنا إلى موقف الشريعة الإسلامية من خلال عرض مختلف الآراء التي أدلت بدلوها في هذه المسألة.

توصلنا إلى أن الرأي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء هو الرأي السائد وقد كان له صدى على مختلف التشريعات التي نظمت هذه المسألة وفق قواعد قانونية، ويعد المشرع الجزائري من بين هذه التشريعات لذلك سأدرس الأساس الشرعي والأساس القانوني، أخصص الفرع الأول للأساس الشرعي لنقل وزرع الأعضاء في الجزائر، أما الفرع الثاني فسأخصصه للأساس القانوني لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء وأخيرا الأساس القانوني لنقل الأعضاء من الأموات في الفرع الثالث.

1.3.1.1 الأساس الشرعي لنقل وزرع الأعضاء في الجزائر.

أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 20 أفريل 1972 فتواها وذلك بعد أن إستمعت لبيان الأطباء وبعد مناقشة بين العلماء وبالإستناد إلى بعض النصوص الشرعية لقوله تعالى " ومن أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنّه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنّها قتل النّاس جميعا ومن أحياها فكأنّما أحيا النّاس جميعا " .[32]الآية32، فتدل الآية على عموم الإحياء مما يشمل إنقاذ النفس من التهلكة ويدخل في أسباب الهلاك كل إشراف على الموت بمرض ميئوس من شفائه إلا بواسطة نقل الدم أو زرع عضو، مما يحفظ الحياة أو يعيد النظر إلى من

فقد الإبصار،وكذلك أن إنفاذ من أشرف على الهلاك يعد من فروض الكفاية وواجب على كل من إستطاع، فإن قام به بعضهم سقط الوجوب على الباقي والثواب لمن قام به فقط .

إعتبرت الفتوى أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه بتطوع عن إختيار وإحتساب دون أن يخلف ضررا أو هلاكا، وهو يعتبر من باب الإحسان وعمل البر والإيثار عن النفس وقد أمر الله به، وقد مدح من يؤثرون على أنفسهم حيث نزلت آية الأنصار لقوله تعالى"...ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شحّ نفسه فأولائك هم المفلحون ".[33] الآية 9 ، هم الذين آثروا على أنفسهم حيث تحملوا ألم الجوع وضرره على أنفسهم وعيالهم وبعثوا إلى من هم أجوع، فإذا كان من أحيا أخاه بلقمة طعام أو جرعة ماء يستحق مثل هذا الثناء، فكيف بمن يؤثر أخاه بجزء من جسمه بدم، أو بعضو ضروري له ينقذ به نفسه أو يشفيها من داء وينهي من آلامه ويمكنه من إستعادة صحته.

إن النقل من حي صحيح سليم برضا منه وتبرع بعيد عن كل إلتزام وإكراه ليس فيه خطر على صحته وحياته محقق ومضمون، جائز ولا ينبغي الشك في جوازه والثواب عليه، بل يأجر عليه وهو من فروض الكفاية على المجموع يعاقبون عليه إن تركوه وهم قادرون عليه.

تستعمل أعضاء إنسان ميت إذا تعلق الأمر بزراعة القلب والقرنية، حيث لا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص إستعمال قلب إنسان حي ولو برضاه، لأن إنتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعا ولا يجوز قتل إنسان لحفظ إنسان آخر،لأن في ذلك جريمة لا تقرها الشرائع وإستعمال أعضاء من مات لا تخلو من أحوال ثلاثة.

- أن يتبرع المنقول منه بعضوه حال حياته، بحيث يوصي بأخذ عضو منه بعد الوفاة ويأذن بتشريح جثته ليزرع عضوه في جسم شخص معين، أو لفائدة المجموع في هذه الحالة لا مانع من إمضاء وصيته و تنفيذ تبرعه ولا يعتبر تشريح جثته مثلة به لأنها حصلت بعد عجزه عن الدفاع عن نفسه لأنه كان يعلم ذلك ورضيه وآثر أخاه المسلم بقلب قد إستغنى عنه بموته ليستمر أخوه في إستعماله مرة أخرى[34] .ص 169-171.

- أن يتبرع بعضو الميت وليه الشرعي كأبيه وأخيه فيأذن بتشريح جثته وأخذ العضو منها، وللولي أن يفعل ذلك في حالة المصلحة الراجحة كإنقاذ مسلم من هلاك يتهدده في قلبه أو بإرجاع بصره ليستعمله في طاعة الله أو في العمل المثمر المفيد، ولا شك أن إرجاع البصر لعالم يتمكن به من مواصلة نشر علمه أو لطبيب يتمكن به من إنقاذ الناس أفضل من ترك عين لا يستطيع إستعمالها وتفنى بفنائه.

يمكن الإستئناس في هذا الموضوع بما عمله أحد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقره عليه من كان معه من الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين، ففي فتوحات الشام كان عمر إبن العاص رضي الله عنــه يقـود المجاهدين فسقط أخوه هشام شهيدا وكان سقوطه في مكان ضيق يمــر به الجيــش،فأبى المسلمون أن يمروا به فيدوسوه فأمرهم أخوه أن يفتحوا المكان ويدوسوا عليه، ففعلوا وتمزقت جثته وإنتصر المسلمون وبإنتهاء المعركة جمع جثة أخيه ودفنه، فهذا عمل صحابي أقر عليه من معه من الصحابة ومنه نستفيد أن المصلحة الراجحة تستدعي الإذن فيها.

- إذا لم يكن إذن من الميت في حال حياته ولا إذن من وليه ورفض ذلك فالأصل المنع، فإن لم يكن للميت ولي فإن السلطان ولي من لا ولي له، ويمكن له أن يأذن بتشريح الجثث وأخذ الأعضاء منها والإنتفاع بها، إذا إقتضت ذلك المصلحة الراجحة.

إن نقل الدم أو عضو من حي لا بد أن يكون برضا تام من المنقول منه، وأن هذا النقل لا يلحق به أي ضرر أو يتسبب في هلاكه، فالخوف من الضرر أو الهلاك لا يجيز الإستئصال ولو برضا المنقول منه، لأن ذلك يعد إنتحار.

أما في حالة النقل من ميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصون من الوفاة ويتيقنون أن الهالك لم يبق فيه أثر الحياة في جسمه، وإن وقع مجرد الشك الضئيل في بقاء شيء من الحياة فلا يجوز الإقدام على تشريح جثته، ما دامت الحياة فيه فليس لأحد أن يبادر بإنهائها بإجتهاد منه، ولو يتيقن حسب القواعد الطبية أنه لم يبق له أمل في إستمرار حياته لأن الإقدام على البدء في تشريح جثة بها نوع من الشك يعتبر قتلا متعمدا.

2.3.1.1 الأساس القانوني لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء

نظـم المشرع الجزائري عمليات نقـل وزرع الأعضـاء من خلال القانون رقم85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.[35] حيث تنص المادة 162 فقرة1 " لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة...."

تعتبر هذه المادة السند القانوني للتبرع بالأعضاء من الأحياء، كما تناولت بعض الشروط الواجب توفرها في المتبرع .

يتضح من هذا النص أن المشرع أباح إستئصال الأعضاء من جسم الشخص المتبرع، وإعتبره في هذه الحالة متبرع بالعضو المراد إستئصاله، وهكذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجة والأعضاء من الأحياء من عدمه.

نظم المشرع عمليات نقل وزرع الأعضاء حسب المبادئ والشروط التي حددها الطب والفقه الجنائي الحديث، كما أن المشرع أورد شروطا في غاية من الأهمية وليس من السهل توفرها، وأول هذه الشروط عدم تعريض حياة المتبرع للخطر وهذه المسؤولية ملقاة على عاتق الأطباء، ولذا ربط المشرع موافقة المتبرع بالترخيص الطبي، نظرا للخطورة التي تتميز بها عمليات نقل وزرع الأعضاء، ومن ثم لا يجوز أن تؤخذ الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص عنوة بغير رضاهم، لأن مثل هذا الفعل يعتبر عملا إجراميا تعاقب عليه القوانين الجزائية بإعتباره إعتداء على الحق في سلامة الجسم بصورة عمدية وهذه الشروط سنتناولها لاحقا .

3.3.1.1 الأساس القانوني لنقل وزرع الأعضاء من الأموات

نصت المادة 164.[36]من قانون حماية الصحة وترقيتها على الأساس القانوني لإباحة إستئصال الأعضاء من الجثة بقولها " لا يجوز إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبول ذلك.

وإذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته على لا يجوز الإنتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولى: الأب أو الأم - الزوج أو الزوجة - الابن أو البنت - الأخ أو الأخت - أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة.

غير أنه يجوز إنتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسره المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير من أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع.

إذا إقتضت الحالة الإستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ".

يتضح من هذه المادة أنها أجازت صراحة إستئصال الأعضاء من الجثة قصد زرعها لأشخاص أحياء، ولكن ما يجب ملاحظته هو أن الإستئصال من الجثة لا يصلح إلا إذا حصلت موافقة الشخص

المتوفى أثناء حياته، أما بعد وفاته فينتقل هذا الحق لأسرته حيث يلزم موافقة أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولي المبين أعلاه، والمستند أساسا إلى طبيعة الروابط بين أفراد الأسرة الواحدة.

أما مسألة إثبات الوفاة من الناحية الشرعية والطبية فهي ضرورية حيث أن الإنتزاع من الجثة في غالب الأحيان يتناول الأعضاء المنفردة التي تتوقف عليــها حياة الإنسان وهذا عكس النقل من الأحياء الذي يقتصر على الأعضاء المزدوجة، ومنه راعى المشرع الجزائري هذه المسألة فأوجب التأكد من تحقق لحظة الوفاة.

كما يلاحظ أن نص المادة جرى تعديله بإضافة فقرة جديدة تتعلق بنقل الكلى والقرنية بدون الموافقة المشار إليها أعلاه، وذلك في حالة ما إذا لم يكن بالإمكان الإتصال بأسرة المتوفي في الوقت المناسب، وكان من شأن هذا التأخير أن يرتب أضرار جسيمة كعدم صلاحيته العضو موضوع الإنتزاع.

بهذه الموافقة يكون المشرع الجزائري قد ساير الإتجاهات الحديثة، التي ذهبت إلى القول بأن كل إنسان هو مبدئيا واهب لأعضائه بعد وفاته. [9]ص392-394.

تعتبر الفتوى السالفة الذكر مساندة لقانون حماية الصحة وترقيتها الذي أباح نقل وزرع الأعضاء من الأحياء والأموات، من أجل العمل على تطوير هذه العمليات.

تناولت في المبحث الأول أساس نقل وزرع الأعضاء سواء من الناحية الفقهية بعرض مختلف النظريات، وهي نظرية الضرورة المقترنة بالرضا ونظرية المنفعة الاجتماعية المقترنة بالرضا و كذلك نظرية السبب المشروع والتي يمكن إعتبارها مجتمعة كأساس لإباحة نقل وزرع الأعضاء، كما وأن هذه العمليات ذات إرتباط وثيق بالشريعة الإسلامية فقد تناولت مختلف الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لها ولأن الجزائر كغيرها من الدول إرتأت تنظيم هذه الممارسة، فوجب تقنينها بما يجسد مشروعيتها وفق شروط سأتناولها لاحقا.

1.2 الشروط القانونية الواجب توفرها في المتبرع

لم ينكر المشرع الجزائري تغير الأحكام بتغير الأزمان، فذهب إلى إباحة نقل و زرع الأعضاء البشرية، وذلك بالنظر إلى نجاح تلك العمليات ومساندة جانب كبير من الفقه الوضعي والإسلامي لمشروعيتها، مما دفع بالمشرع الجزائري إلى تنظيمها في قانون حماية الصحة وترقيتها ولم يترك ذلك للتأويل، والتبرع قد يتخذ صفة الهبة إذا تم من الأحياء أو الوصية إذا كان من الأموات.

إن تطور هذه العمليات يقتضي إحاطتها بقواعد قانونية تضمن مشروعيتها وتحدد الشروط الواجب توفرها وهذا ما قام به المشرع الجزائري من خلال تحديد مختلف الشروط سواء المتعلقة بالمتبرع الحي أو الميت.

تقتضي دراسة هذه الشروط تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، خصصت المطلب الأول للشروط المتعلقة بالنقل من الأحياء، والمطلب الثاني للشروط المتعلقة بالنقل من الأموات ، وأخيرا المطلب الثالث للشروط المشتركة بين المتبرع الحي والميت.

1.2.1 الشروط المتعلقة بالنقل من الأحياء

نظرا للحصانة والعصمة الجسدية التي يتمتع بها جسم كل فرد من أفراد الجماعة ضد الأفعال المضرة بسلامته الجسدية، وذلك لتعلق الحق في السلامة الجسدية بالمجتمع والفرد في آن واحد، سواء كانت تلك الأفعال صادرة عن أفراد المجتمع برضاه أو وقعت عليه دون رضاه، كان لزاما على المشرع أن يتدخل عن طريق قواعد قانونية تنظم صحة التصرف الصادر عن المتبرع. [37] ص113-114. ويقتضي ذلك التوقف عند النقاط التالية، الفرع الأول رضا المتبرع الحي أما الفرع الثاني فأتناول فيه شكلية التبرع بالأعضاء، وأخيرا الفرع الثالث جواز العدول عن الرضا.

1.1.2.1رضا المتبرع الحي

القاعدة العامة أن الرضا الصادر عن المتبرع ليس له صورة محددة ومقيدة فالرضا على وجه العموم قد يكون صريحا بالقول أو بالكتابة، وقد يكون ضمنيا بالإشارة وغيرها ولكن ينبغي أن نشير إبتداء إلى أن رضا المتبرع لا يكفي بمفرده لإصباغ الشرعية على عملية نقل الأعضاء، وإنما يجب أن يتوفر مع شروط أخرى. [2] ص138.

يتصف الرضا بجملة من الخصائص وهي ضرورة تبصير المتبرع و حرية الرضا، وكذلك مشروعية سبب ومحل التبرع ، وأخيرا أهلية التبرع.

1.1.1.2.1ضرورة تبصير المتبرع

الإلتزام بالتبصير بصفة عامة يعني إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد، فيجب على الطبيب أن يطلع المتبرع على طبيعة عملية إستئصال عضو من جسمه وزرعه في جسد شخص آخر، كما يجب عليه أن يبصره بجميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال أو في المستقبل حتى يستطيع أن يقدر مدى هذه المخاطر، والفوائد التي قد تعود على المريض من جراء عملية الزرع. [3]ص73، أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة 2 من

قانون حمايته الصحة وترقيتها التي تنص " ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع...".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد ربط رضا المتبرع بإنتزاع عضو من أعضائه بإلتزام الطبيب بتبصيره، ليس فقط بالمخاطر الطبية الجراحية العادية التي تترتب على عملية الإستئصال، بل أن القانون ذهب إلى أبعد وأوسع من ذلك فتشمل جميع الإعتبارات الإجتماعية والإقتصادية للتبرع، والمترتبة على عملية الإستئصال. [9]ص 212-213.

إذا كان المشرع الجزائري لم يفصل في مضمون التبصير فهناك من يرى ضرورة إفراغ الإلتزام بالتبصير في وثيقة مكتوبة خاصة إذا تعلق الأمر بنقل الأعضاء بمعناها الدقيق والتي تسهل الرقابة من طرف الجهات التي لها علاقة بنقل وزرع الأعضاء بينما يمكن الإستغناء عنها إذا تعلق الأمر بنقل الأنسجة والخلايا وذلك بالنظر إلى إمكانية تجدد هذه الأخيرة. [38]ص111، وهناك تشريعات تضمّنت مضمون التبصير وكذلك أفرغته في شكلية معينة.[39] ويقتضي تبصير المتبرع ضرورة إحاطته بالمعلومات التالية:

- المخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها نتيجة الإقتطاع.

- الفائدة التي تعود عليه.

- طبيعة الجراحة و الإجراءات و الإحتياطات المتخذة.

- أهمية النقل و الزرع بالنسبة للمتلقي.

- مدى تأثير عملية الإقتطاع على القدرة الجنسية للمتبرع وعلى قدرته على العمل.

- المدة اللازمة للشفاء من آثار الجراحة.

- المتابعة الصحية المطلوبة . [19]ص43.

2.1.1.2.1 حرية الرضا

لا يكفي لصحة الرضا أن يكون متبصرا، بل يلزم أيضا أن يكون هذا الرضا حرا بمعنى أنه يتعين أن تكون إرادة المتبرع خالية مما يعيبها، أي صادرة عن شخص يتمتع بملكات عقلية ونفسية سليمة، ويجب أن يستمر هذا الرضا حتى لحظة الإستئصال، كما يفترض هذا أن يرجع المتبرع عن رضاه في أي وقت دون أن يتحمل أية مسؤولية من جانبه. [3]ص75-76.

فلا يكون للرضا الصادر عن المتبرع أية قيمة قانونية إذا وقع ضحية غلط أو تدليس أو تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الإختيار لديه. [40]ص 260-263 إذا

رجعنا إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن المشرع لم يتناول الرضا الحر للمتبرع بصفة مباشرة وإنما يمكن إستنتاجه من نص المادة 162 فقرة 2 السالفة الذكر حيث يتضح منها أن المشرع إشترط أن يكون رضا المتبرع حرا، أي صادر عن متبرع يتمتع بكامل قواه العقلية وقادرا على تكوين رأي صحيح حول موضوع التبرع، وأن لا يتعرض لأي ضغط أو إكراه، من شأنه أن يعيب رضائه .[9]ص219-220.

يلاحظ أن غالبية عمليات نقل وزرع الأعضاء تجرى بين الأقارب لاسيما ما تعلق منها بزرع الكلى، ذلك أن هذا النوع من العمليات يستلزم وجوب التطابق بين المتبرع والمتلقي، فيفضل التوائم ثم الإخوة الأشقاء، ثم الوالدان ثم الأعمام ثم الأخوال، حتى يصل الطبيب إلى التطابق المطلوب علميا وطبيا، لذلك يجب التأكد من أن الرضا الصادر عن المتبرع حر، ودون أي تأثير أو ضغط بأي صورة من الصور. [2]ص143، وحسب بعض الدراسات فإن الكثير من المتبرعين قد يدفعهم الخوف من رفض العائلة لهم إلى التبرع، فيتعين على الطبيب إذا لاحظ أن هناك تردد لدى المتبرع، له أن يرفض هذا التبرع [41]ص56-57، وفي هذه الأحوال إقترح البعض ضرورة إخضاع المتبرع للفحص النفسي، للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية تعيب إرادته فيجب أن يكون المتبرع عند تنازله عن عضو من جسمه في حالة نفسية وعقلية تتيح له التعبير عن إرادته بحرية.

3.1.1.2.1.مشروعية سبب و محل التبرع

إن التبرع بالأعضاء يجب أن يكون لأسباب حددها القانون، كما أن الإنسان ليس له الحرية المطلقة للتبرع بأعضائه وإنما تحكمه ضوابط يجب التقيد بها.

- سبب التبرع من الأحياء

إن مباشرة أي عمل طبي يجب أن يكون من أجل الغاية التي قررها القانون وهي علاج المريض، من خلال تخليصه من مرضه أو تخفيف حدته، وفي مجال نقل وزراعة الأعضاء يجب أن يكون الهدف من إستئصال العضو من المتبرع لزراعته في جسم شخص آخر هو علاج هذا الشخص وإنقاذه من الموت المحقق، وليس هدفا آخر وهذا ما أكدته المادة 161 فقرة 1" لا يجوز إنتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " .

حرص المشرع الجزائري على إيضاح أن إستئصال أجزاء من الجسم لا يمكن أن يكون إلا لتحقيق مصلحة علاجية للغير، وهذا يعتبر شرطا من شروط إستعمال الحق.

حيث أن الهدف العلاجي الذي يسعى إليه الطبيب من خلال عملية الزرع لدى المريض يحول دون الإقدام على تهديد حياة المتبرع أو سلامته الجسدية بخطر جسيم، لأن إلتزام الطبيب المهني يفرض حماية حياة وصحة جميع الأفراد بدون تفضيل لأحد على آخر، بسبب تساوي الجميع في الحقوق والتي منها الحق في الحياة و الحق في السلامة الجسدية .

يتبع ذلك أيضا أنه لا يجوز للطبيب أن يباشر عملية الإستقطاع ولو برضا المتبرع إذا كان غير قادر على السيطرة على آثار هذا الإستقطاع، و من شأن ذلك أن يهدد حياة المتبرع أو صحته، فلا يكفي التأكد من أن عملية الزرع هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، بل يجب التأكد أيضا من أن عملية هذه العملية لا تهدد حياة المتبرع، وهذا يدخل ضمن الغاية العلاجية، التي تهدف المحافظة على صحة المتبرع سواء قبل عملية الإستقطاع أو بعدها.[19]ص186.

لكن ما المقصود بالغرض العلاجي؟ هل يقتصر على العلاج العضوي أم يشمل أيضا العلاج النفسي؟ فالمتبرع بجزء من الجلد لشخص آخر قد يقصد إنقاذ حياة شخص أصيب بحروق شديدة فالغرض العلاجي في هذه الحالة واضح تماما، أما التبرع بجزء من الجلد لسيدة تقوم بعملية تجميل فهل هذا التبرع يعتبر مشروعا، وهل هو بصدد غرض علاجي نفسي؟.

من حيث المبدأ يجب الإعتداد بالعلاج النفسي فهو يدخل في عموم عبارة الغرض العلاجي، كما أن المرض النفسي لا يقل خطورة عن المرض العضوي، وحقيقة المشكلة تكمن في عملية الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المتبرع من جهة والعلاج والنفع الذي يعود على المتلقي من جهة أخرى. [42] ص356-375.

- محل التبرع من الأحياء

إن التبرع من الأحياء قد يشمل الأعضاء أو الأنسجة، وعليه سنقف على المقصود منها:

* التعريف اللغوي للعضو

يعرف العضو لغة بأنه "كل عظم وافر بلحمه" وهو كذلك "جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف وقد يطلق العضو على الأطراف".[10]ص65.

* التعريف الطبي للأعضاء والأنسجة

يعرف الطب العضو بأنه "مجموعة مؤلفة من نسيج أو عدة أنسجة مختلفة تساهم في إتمام عمل محدد مثل القلب والمعدة والعين".[43]ص 7.

كما تعرف الأنسجة بأنها "خليط محدد من مركبات عضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله كالنسيج الضام والعضلي والعصبي".[44]ص4.

* تعريف العضو في الفقه الإسلامي

عرفه قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الإنتفاع بأعضاء جسم الإنسان "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين سواء كان متصلا به، أم إنفصل عنه"وعرفه أيضا بأنه "أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كاليد والعين والكلية ونحو ذلك، أو جزءا من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا أو ما يستخلف كالشعر والظفر وما لا يستخلف، وسواء منها الجامد كما ذكر أو السائل كالدم واللبن وسواء كان ذلك متصلا به أم إنفصل عنه"

أبرز ما يميز هذه التعريفات هو إتساعها وشمولها لجميع أعضاء الإنسان وأجزاءه إلا أنه يؤخذ عليها في الوقت نفسه تضمنها لجميع الأجزاء البشرية، مع أن الكثير منها لا يعد من الأعضاء، فهذه التعريفات تعتبر الدم مثلا عضوا بشريا وهو مالا يعد دقيقا من الوجهة اللغوية والطبية، لذلك إتجه البعض إتجاها آخر في تعريف العضو البشري على أنه "كل جزء إذا نزع لم ينبت".[10]ص17-18.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف المقصود بالعضو ولم يبين الأعضاء محل التبرع إلا أنه ربط إنتزاع العضو بعدم تعريض حياة المتبرع للخطر وذلك من خلال المادة 162 فقرة 1 التي تنص "لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر...".

ينصب النقل من الأحياء على الأعضاء المزدوجة في الجسم كالكلى التي تعد من العمليات المنتشرة في الجزائر نظرا لسهولتها نسبيا، و كذلك يمكن أخذ جزء من الكبد رغم أنها عضو منفرد كما يمكن نقل الأنسجة والخلايا.

4.1.1.2.1 أهلية التبرع بالأعضاء

يعرف سن الرشد في التشريع الجزائري تباينا بين مختلف القوانين، فبينما يعتد مثلا بسن الثامنة عشر في المواد الجزائية، والتاسعة عشر بالنسبة لسن الرشد المدني، الأمر الذي يثير التساؤل حول السن القانونية التي يعتد بها المشرع الجزائري فيما يتعلق بالمتبرع بأعضائه وإذا كان يسمح للقاصر بهذا التصرف، وهذا ما سأدرسه تباعا.

1.4.1.1.2.1 التبرع من الشخص الراشد

تنقسم الأهلية إلى نوعان أهلية وجوب، وأهلية أداء فتعرف هذه الأخيرة بأنها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه القانون آثارا، وبتعبير آخر هي صلاحية الشخص للقيام بنفسه

بالأعمال القانونية على أن يكون له قدر من التمييز، ومناطها بلوغ سن معين إلى جانب سلامة العقل وسلامة الإرادة من كل عارض أو مانع يحول دون ممارستها كاملة.[45]ص228 إذن متى يكون الشخص أهلا للتصرف بأعضائه؟.

إذا رجعنا إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أنه لم يحدد سن معينة يعتبر فيها المتبرع كامل الأهلية، وبالرجوع إلى المادة 162 الفقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على أنه " لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية ...".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري إعتبر المتنازل عن عضو من أعضائه متبرعا والتبرع من التصرفات الواردة في القانون المدني.

نجد القانون المدني حدد سن الرشد حسب المادة 40 منه ببلوغ سن 19 سنة.[46] حيث يتضح أن الشخص المتبرع إذا بلغ هذه السن وكان متمتعا بكامل قواه العقلية يعتبر راشدا والتصرف الذي يبرمه بشأن التبرع بأعضائه للمتلقي يكون صحيحا ومنتجا لآثاره.

يجب الإشارة إلى أن الوقت الذي يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع هو الوقت الذي يتم فيه الإتفاق على الإستئصال، وليس الوقت الذي يباشر فيه عملية الإستئصال، مثلا إذا كان المتبرع قاصرا وقت التعاقد وينتظر بلوغه سن الرشد فمثل هذا التبرع يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يعتد به،لأن أحكام الأهلية من النظام العام.[9]ص232-233.

إن هناك من يرى خلاف هذا الرأي فيرى أنه لا يمكن الرجوع للقواعد العامة المقررة في القانون المدني بالنظر إلى الإجماع الحاصل حول إخراج جسم الإنسان من دائرة المعاملات، وهم بمسلكهم هذا إقتدوا بأحكام الشريعة الإسلامية، التي أجمع فقهائها قديما وحديثا على أن الإنسان مكرم ويخرج من دائرة المعاملات،لأنه ليس كالأشياء.[46]ص228.

يتضح أن هناك فراغا في قانون حماية الصحة وترقيتها فيما يتعلق بأهلية التبرع التي يتعين على المشرع الجزائري أن يبادر إلى تعيينها بالنظر إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه المتبرع.

2.4.1.1.2.1 حكم التبرع بالأعضاء من القصر

إن إنعدام الأهلية تعد وسيلة لحماية بعض الأفراد نظرا لعدم إمكانهم التعبير عن رضائهم بشكل صحيح، وبإعتبار أن التبرع بالأعضاء البشرية يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا لتعلقها بالجسد، فقد إنتهج المشرع الجزائري هذا المسلك وذلك من خلال نص المادة163 "يمنع القيام بإنتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز ..."

حيث منع إنتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من القدرة على التمييز،إلا أنه في بعض الأحيان قد يكون أحد أشقاء القاصر بحاجة إلى نقل أحد الأعضاء خاصة المتجددة منها، وعلى سبيل المثال النخاع الشوكي، وليس هناك تناسب إلا مع شقيقه القاصر خاصة إذا كان توأما، فإن الضرر النفسي الذي سينجم عن فقدانه لأخيه أكثر من الضرر الذي سينجم عن تبرعه، كما أن هذا التبرع لابد وأن يكون بناء على إرادة القاصر وبعد أخذ موافقة وليه الشرعي.

تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي قد أباح نقل الأعضاء من القصر ولكن بناء على مجموعة من الشروط تضمنها القانون رقم1181 الصادر بتاريخ 1976 والمرسوم الصادر في31 مارس 1978 وهي كالآتي:

- تنازل المتبرع القاصر عن جزء من جسمه لا يكون إلا بهدف علاج شقيقه أو شقيقته.

- الحصول على رضا الممثل القانوني للقاصر، على أن يكون هذا الرضاء مكتوبا وصريحا وموقعا عليه منه، ومن شاهد يعنيه لذلك.

- تشكيل لجنة من الخبراء لفحص كل النتائج المحتملة للإستئصال، سواء من الناحية التشريحية أو النفسية وتتألف هذه اللجنة من ثلاثة خبراء على الأقل، و إثنين من الأطباء كان لأحدهما حق ممارسة مهنة الطب لمدة لا تقل عن عشرين عاما.

إذا كان القاصر مميزا و إقترب سنه من سن الرشد فإنه يعتد بالرضا الصادر منه وحده، و يكون رضا الممثل القانوني على سبيل الإحتياط .[42]ص 361-367 وهنا يطرح التساؤل التالي ماذا لو تم اللجوء إلى فرنسا من أجل التبرع بأعضاء قاصر يحمل الجنسية الجزائرية،هل يطبق عليه القانون الفرنسي أو الجزائري؟علما أن كلا القانونين لا يشترط الجنسية.

نخلص إلى أن المشرع الجزائري يعتد بالأهلية الكاملة في مجال نقل وزراعة الأعضاء ولا يعتد برضا القاصر، ولكن لا ضير في إعادة النظر في إمكانية التبرع بالأعضاء المتجددة خاصة إذا تعلق الأمر بشقيق القاصر التوأم وإقترب القاصر من سن الرشد.

2.1.2.1 شكلية التبرع بالأعضاء

يعتبر التبرع بالأعضاء من التصرفات الخطيرة التي يقدم عليها الشخص لذلك أحاطها المشرع بالشروط السالفة الذكر، لكن هل تلك الشروط كافية وحدها للقول بصحة التصرف؟

إن التبرع بالأعضاء البشرية من الأحياء يجب أن يتم وفق شكلية معينة إشترطها المشرع الجزائري بموجب المادة162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على"... وتشترط

الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري يشترط في المتبرع بعضو من أعضائه أن يعبر عن رضاه بشكل كتابي، فالمشرع ينبه المتبرع إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه ولم يكتفي بذلك، وإنما إشترط أن يكون التعبير عن الرضا بحضور شاهدين، وذلك لأن الشاهدين لهم دور في تبصير المتبرع بالتصرف الذي يقدم عليه.

المشرع الجزائري لم يبين من يحضر هذين الشاهدين و أين تتم الشهادة بالإضافة إلى ذلك فإن إيداع الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة يعد ضمان آخر للمتبرع حتى إذا أراد العدول فله ذلك.[9]ص193-194.

واقعيا يتم التبرع بالشكل التالي، يستقبل المتبرع والمتلقي كل على حدة وذلك بهدف التأكد من سلامة الرضا الصادر عن المتبرع، ثم يتم مواجهتهما وإذا ثبت للفريق الطبي أن عملية التبرع سليمة يدون المتبرع ما يطلب منه حول العضو الذي سيتبرع به وبأنه يتحمل كافة الأخطار الناجمة عن عملية الإستئصال، ثم يتوجه الطرفين إلى البلدية من أجل التأشير على التنازل وهذا بحضور شاهدين.

إذا كان المشرع الجزائري قد إكتفى بصدور التبرع في شكل كتابي، فإن تشريعات أخرى رأت أن توكل هذا الأمر إلى جهة قضائية، ومن ذلك المشرع الفرنسي في المادة1231 [48] من المرسوم رقم 501 الصادر في 31 مارس 1978 حيث إشترط في حالة ما إذا كان العضو غير متجدد تصدر الموافقة أمام رئيس المحكمة الإبتدائية الذي يقع في دائرته موطن المتبرع أو أمام قاضي يعنيه رئيس هذه المحكمة، وفي حالة الإستعجال يبلغ وكيل الجمهورية بأي وسيلة كانت على أن يثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي والمتبرع، وتعطى صورة منه إلى المستشفي الذي يتم به الإستئصال وتحفظ النسخة الأصلية لدى قلم المحكمة .[3] ص80.

لأن الجهة القضائية تعتبر الجهة الوحيدة التي تملك القدرة على التحقق من مدى سلامة الرضا الصادر من المتبرع ومطابقته للشروط المطلوبة قانونا، وكذلك من شأن ذلك أن يعطي أكثر راحة للطبيب حيث ستصبح مهمته التدخل الجراحي، الذي هو عمله في الأصل دون ما يكلف عناء البحث عن مدى مطابقة رضا المتبرع للشروط القانونية فهو من جهة ضمانة للمتبرع ومن جهة أخرى يحمي الطبيب ويجنبه المسائلة الجزائية..

ما يمكن الوقوف عليه بالنسبة للتبرع في الجزائر هو رفض التبرع الصادر من غير الأقارب لأنه عادة ما يرجح أنه صادر بناء على منفعة أيا كانت، بينما لو صدر من الأقارب يتصور غالبا أنه

صادرا بناء على تضحية وإيثار دون أن يكتنفها أسباب وعوامل أخرى، ولتجنيب الأطباء ذلك فإنه يتعين على المشرع الجزائري حصر التبرع قدر المستطاع بين الأقارب إلى الدرجة الرابعة و الأزواج و أن يعهد بذلك إلى جهة قضائية.

3.1.2.1 جواز العدول عن الرضا

لا يعني القيام بإجراء تصرف التبرع أن الفرد قد أصبح ملزما بهذا التصرف القانوني الذي قام به بشكل أبدي، فالمشرع ترك له باب الرجوع عن تبرعه في أي وقت ما دام لم يتم نقل عضو من أعضائه وهذا ما أكدته المادة 162 فقرة أخيرة "...ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة " [37] ص121 .

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أجاز للمتبرع أن يعدل عن رضائه رغبة منه في حماية المتبرع من أي ضغوط مادية، قد تكون السبب في قبوله التبرع بعضو من أعضائه، ومتى عدل عن تبرعه فإنه لا يلزم بالتنفيذ العيني.

لكن إبرام التصرف قد يؤدي إلى تحمل المتلقي بعض المصاريف اللازمة لإتمام العملية، ومتى رجع عن تبرعه فمن المنطقي أن يلتزم بتعويض النفقات والمصاريف والمتبرع الراجع عن التصرف لا يلزم بدفع التعويض جزاء عن عدوله، لأن العدول من طبيعة التصرف نفسه.[9] ص208- 209 .

الهدف هنا هو حماية جسم المتبرع وعدم إمكانية المساس به إلا بناء على رضا حر متبصر إلى حين إجراء العملية، ولا يكفي توافر الرضا وقت التعاقد، لأن الطبيعة الخاصة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان هي التي إقتضت الخروج عن القواعد العامة، فمهما كانت المعلومات التي يقدمها الطبيب للمتبرع عن النتائج التي تترتب على عملية إستئصال عضو من أعضائه، فإنه يصعب معه القول أن المتبرع قد أنذر وأصبح على دراية كافية وعلم بجميع النتائج التي تترتب على العملية.

خطورة النتائج التي تترتب على التبرع هي التي تبرر منح الراغب في التبرع الحق في الرجوع عن رضائه فمثلا لو كانت الكلية الباقية سليمة تماما ويمكنها أن تقوم بوظيفة الكلية الكاملة إلا أن أحد لا يضمن أن تظل الكلية الباقية في حالة سليمة دائما.[4] ص146.

إن التبرع بالأعضاء من الأحياء يجب أن يكون من شخص أهلا لذلك وأن يكون تصرفه صادر بناء على إرادة حرة ناتجة عن تبصر بكل الإعتبارات الإجتماعية والإقتصادية الناتجة عن تصرفه على أن يصدر هذا التبرع وفق شكلية تطلبها المشرع الجزائري، كما يمكن للمتبرع أن يعدل عن هذا التصرف، دون أن يتحمل أي جزاء عن عدوله،إلا أنه يلتزم بدفع النفقات التي صرفها الشخص الذي كان سيستفيد من ذلك العضو.

2.1.2 الشروط المتعلقة بالنقل من الأموات

إذا كان التبرع بالأعضاء من الأحياء جائزا قانونا وشرعا رغم إحتماله الضرر اليسير، فإن الوصية به قبل الوفاة جائزة ومشروعة من باب أولى، لأن الإذن بالتبرع من الجثة لا يلحق أدنى ضرر بالموصي، كما أنه يؤدي إلى نفع وحياة لغيره من إخوانه في الإنسانية، كما أن مصير العضو إلى التراب، ولأن الموصي بأعضائه الذي يبتغي وجه الله تعالى مثاب ومأجور حيث يحي نفسا إنسانية ويكسب ثوابا عظيما بعد موته.[24] ص39.

لكن المشكلة الرئيسية التي إعترضت النقل من الأموات هي أن هذه العملية تستوجب أن تحافظ الأعضاء على الحياة أي في مرحلة لا توصف بموت نهائي ولا بحياة إنسانية مؤكدة .[49] ص146 ومن هنا برزت أهمية تحديد لحظة الوفاة التي سأتناولها في الفرع الأول والفرع الثاني أخصصه لإذن الموصي قبل وفاته بالإستئصال، وأتناول في الفرع الثالث عدم تحديد المتوفي كيفية التصرف في الجثة ثم أخيرا الشروط الخاصة للإستئصال من الجثة في الفرع الرابع.

1.2.1.2 تحديد لحظة الوفاة

ثمة معنى بديهي للموت لا ينكره أحد طبيبا كان أو رجل دين أو رجل قانون ألا وهو مغادرة الروح للجسد، ويتماشي هذا المعنى مع التعريف القانوني للقتل وهو إزهاق روح إنسان.

رغم بديهية المقصود بالوفاة، إلا أن تحديد لحظة الوفاة أثار جدلا كبيرا ليس فقط بين علماء الطب والشرع والقانون، ولكن فيما بين كل طائفة من هؤلاء، ومحور الخلاف ليس نابعا من إنكار المفهوم السابق للوفاة، وإنما يعود إلى تحديد هؤلاء للحظة التي تغادر فيهما الروح الجسد.[50]ص11.

ظهرت أهمية تحديد لحظة الوفاة بعد ظهور عمليات نقل وزرع الأعضاء، فهل تحدث الوفاة بتوقف القلب عن النبض وتوقف التنفس وفقا للمعيار التقليدي أم أن الشخص يعتبر ميتا إذا توقف المخ عن أداء وظائفه، ويقتضي دراسة هذه المعايير، ثم التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة.

1.1.2.2.1المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

أتطرق فيه إلى المقصود بالمعيار القديم لتحديد لحظة الوفاة، ثم سأتناول مختلف الإنتقادات التي لحقت بهذا المعيار.

1.1.1.2.2.1 مضمون المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

يعتبر الشخص ميتا وفقا لهذا المعيار بالتوقف النهائي للقلب وتوقف الرئتان عن العمل [3] ص171 ويفسر ذلك بعجز القلب عن القيام بوظيفة ضخ الدم إلى أعضاء الجسم، سواء كان العجز من خارج القلب أو لسبب في عضلة القلب نفسها، ويؤدي ذلك إلى توقف الدورة الدموية فلا يصل الدم محملا بالأكسجين إلى أعضاء الجسم وأنسجته، التي سرعان ما تتلف مع إختلاف المدة التي يتحملها كل عضو بغير أكسجين.

يحدث مثل ذلك إذا توقفت الرئتان عن العمل لخنق أو غرق أو لإنقطاع دخول الهواء إلى الرئتين لشلل في أعضاء التنفس أو كسر في عظام القفص الصدري أو لغيرها من الأسباب، إذا ترتب على ذلك تلف أعضاء الجسم وأنسجته، لعدم حمل الدم للأكسجين اللازم لإستمرار عمل الرئتين .[49]ص165.

يستعان ببعض الوسائل التقليدية للتثبت من حدوث الوفاة مثل طريقة الوخز الوريدي وطريقة إكارد وعلامة الأثير وهذه الوسائل جميعها تقوم على فكرة واحدة وهي التأكد من توقف الدورة الدموية داخل الجسم .[50]ص50. طريقة إكرد أو إختبار الفلور تتمثل في حقن ماء مضاف له فلور نشادري أو صوديوم ضمن الوريد فإذا كان الموت ظاهريا فإن غشاء العين يصبح لونه أصفر ضارب إلى الخضرة بعد حوالي نصف ساعة، و كذلك بشكل متأخر بعد ساعة أو ساعتين من الحقن الوريدي، أما طريقة الأثير فهو سائل شديد التبخر والإشتعال يتم حقنه تحت الجلد فينتشر السائل ضمن أنسجة الجسم إذا كان موت الشخص ظاهريا، أما إذا كان الموت حقيقيا فإن السائل يخرج بمجرد سحب الإبرة من جسمه.

2.1.1.2.2.1 الإنتقادات الموجهة للمعيار التقليدي

تعرض هذا المعيار للإنتقاد من غالبية المهتمين بتحديد معيار الموت، بإعتباره معيارا قديما كان يتماشي مع الحقبات الزمنية السابقة، في وقت كان الطب غير متقدم في هذا المجال ومن بين الإنتقادات التي وجهت له:

- إن الوفاة الحقيقية لا تحدث إلا بتوقف الأجهزة الثلاثة القلب والمخ والرئتين، وهو مالا يحدث في لحظة واحدة إذ يستغرق توقف المخ عن العمل متأثرا بتوقف التنفس والدورة الدموية بضع دقائق من توقف وصول الدم المحمل بالأكسجين إليه.

- أثبت التقدم العلمي في المجال الطبي وبتوفيق من الله عز وجل إمكانية إعادة التنفس إلى العمل عن طريق التنفس الصناعي، وتنبيه القلب عن طريق نقل الدم إليه بإستخدام جهاز منظم القلب الكهربائي

أو حقنه بمنبهات القلب ومقوياته سواء تحت الجلد أو بالقلب نفسه وإيقاظ مراكز الإحساس عن طريق الصدمات الكهربائية وبمهيجات الجلد.

- أصبح من الممكن إستمرار التنفس وتدفق الدم والتغذية بصورة إصطناعية تلقائية لفترة طويلة تمتد لبضعة أشهر.

- أصبح من الممكن إيقاف القلب والتنفس عن العمل لمدة ساعة أو أكثر، وإعادتهما للعمل مرة أخرى وذلك عن طريق خفض درجة حرارة الجسم إلى حوالي 15 درجة ثم رفعها من جديد.

- قد يحدث العكس يظل القلب يعمل، بينما يموت جذع المخ في هذه الحالة يكون الموت حدث وفقا لمعطيات الموت الدماغي، رغم أن وظائف القلب والرئتين يستمر عملهما بطريقة صناعية.

إن الإنتقادات السابقة التي وجهت إلى المعيار التقليدي والتي ثبت صحتها عمليا في ضوء التقدم الطبي الكبير في هذا المجال فقد تحدثت المؤلفات العلمية ووسائل الإعلام عن أشخاص توقفت حركاتهم التنفسية ودقاتهم القلبية ثم عادوا للحياة بعد فترة من الزمن، وذلك بفضل وسائل الإنعاش الحديثة أو من تلقاء أنفسهم.[50]ص.13.

2.1.2.2.1 المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

حيث سأخصصه لمضمون هذا المعيار القائم على توقف الدماغ، ثم أتناول مختلف الإنتقادات التي وجهت له.

1.2.1.2.2.1 مضمون المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

يعرف بمعيار الموت الدماغي ويتحقق إذا أصيبت خلايا الدماغ بتلف أدى إلى توقف وظائف المخ توقفا نهائيا لا رجعة فيه، ولا يقدح في كون الشخص ميتا وفقا لهذا المعيار وجود بعض مظاهر الحياة في جسمه كإستمرار نبض القلب والتنفس عن طريق أجهزة الإنعاش الصناعي، ذلك أن العبرة دائما بموت خلايا المخ على نحو لا يمكن أن تعود معه إلى الحياة ثانية ولا يمكن للشخص المصاب بموت المخ أن يستفيق من غيبوبته التي لا رجعة فيها .[5] ص.53.

وفقا لهذا المعيار يفسر بعض أنصاره الحالات التي يمكن فيها إنقاذ الموتى حكما طبقا لمعيار توقف القلب والتنفس، إما لأن المخ لم يتعرض للتلف وإما لتعرضه لتلف جزئي، ففي الحالة الأولى يمكن إنقاذ من توقف قلبه وتنفسه عن العمل قبل مرور أربع دقائق من هذا التوقف، وهي الحالة التي تكون فيها خلايا المخ حية، وفي الحالة الثانية تكون عودة القلب والتنفس للعمل بعد فترة الدقائق الأربع بعدد من الثوان، بينما تستمر أجزاء المخ الأخرى في العمل ومنها جذع المخ، وفي هذه الحالة يتفاوت

تأثير التلف الذي حصل في المخ، فقد يصاب الشخص بالعته أو بفقدان العقل أو بالفقدان الكامل للوعي وهذا المريض يعيش متأثرا بقية حياته.[49] ص171 ولتحديد الموت الدماغي يجب توفر شرطان:

* ملاحظة الإشارات والعلامات الأساسية، ويمكن تلخيصها في الآتي:

- الإنعدام التام للوعي.
- إنعدام الإنعكاسات الحدقية.
- إنعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس.
- إنعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.

* إستمرار هذه الإشارات أو العلامات خلال فترة كافية.

يعتبر الشخص ميتا منذ لحظة وفاة المخ ، حتى ولو إحتفظ القلب والرئتان بعملهما ونشاطهما فهذا الشخص يعتبر مصدرا ممتازا للحصول على الأعضاء البشرية، لأن العضو المراد إقتطاعه مازال حيا من الناحية البيولوجية، بينما الشخص نفسه يعتبر ميتا من الناحية القانونية وإستئصال هذه الأعضاء بغرض زرعها يبرر إستعمال الأجهزة الصناعية، ليس بهدف حفظ الحياة وإنما بهدف حفظ الأعضاء حية ليصلح زرعها في جسد شخص آخر.

يتم التحقق من موت خلايا الدماغ بإستخدام جهاز الرسم الكهربائي للمخ الذي يؤكد توقف هذه الخلايا عن طريق إرسال أو إستقبال أي ذبذبات كهربائية، فمتى توقف هذا الجهاز عن إعطاء أية إشارات لأكثر من 24 ساعة، فإن ذلك يعني بالدليل القاطع موت خلايا المخ وإستحالة عودته للحياة حتى ولو ظلت خلايا القلب حية بفضل إستخدام وسائل الإنعاش الصناعي.[3] ص175-177.

يجب التأكيد على أنه لا يمكن الإستغناء عن إثبات هذه الحالة من قبل أكثر من طبيب ولا يجوز الإعتماد فقط على الأجهزة، بل لابد من مراعاة توافر سائر الأعراض الإكلينيكية المنوه عنها سابقا ذلك لأن جهاز رسم المخ الكهربائي قد لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية، ويمكن ألا يعطى أي إشارة لمدة محدودة عن نشاط المراكز العصبية، إضافة إلى أن هناك حالات عضوية وبيولوجية تؤثر على تسجيل هذا الجهاز مثل درجة الحرارة.[2] ص277.

2.2.1.2.2.1 الإنتقادات الموجهة للمعيار الحديث

رغم التأييد الذي لقيه هذا المعيار إلا أنه لم يسلم من النقد حيث إستند معارضوه إلى مجموعة من الحجج من بينها.

- أن الوفاة لا تتحقق في حالات الغيبوبة العميقة أو توقف المخ عن العمل وإنما عن طريق مفارقة الروح للجسد وتوقف جميع الأعضاء الحيوية عن أداء وظائفها.
- يستشهد معارضو هذا المعيار على أن هناك حالات كانت في غيبوبة أو توقف المخ عن العمل و إستفاقت بعد مرور مدة معينة تراوحت بين أسابيع ووصلت لعدة أشهر وكذلك وجود سيدات حوامل قضين في الغيبوبة شهور طويلة و إستمر نمو الجنين وهذا يستلزم أن تكون الأم حية حتى تستطيع أن تمد إبنها بالحياة.
- كما أن الأخذ به يؤدي إلى آثار إجتماعية ونفسية وأمنية من بينها الإضرار بمشاعر أهل الشخص وأقاربه، وقد يؤدي ذلك إلى إحجام المرضى عن التوجه إلى المستشفيات، مما يؤدي إلى فقدان الثقة بين المريض والطبيب التي تعد من مقومات الشفاء.
- كما أن الأخذ به يؤدي إلى فتح باب المتاجرة بالأعضاء البشرية.[37] ص58.

رغم الإنتقادات التي وجهت لهذا المعيار إلا أنه لقي صدى لدى بعض التشريعات وذلك لما يقدمه من أعضاء لا يمكن الحصول عليها إذا ما أخذنا بالمعيار التقليدي، كالقلب والكبد وبذلك فهو يسهم في تطور عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

3.1.2.2.1 موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بلحظة الوفاة في قانون حماية الصحة وترقيتها وإنما أوعز ذلك إلى الوزير المكلف بالصحة العمومية وذلك حسب المادة 164 فقرة 1 التي تنص على أنه" لا يجوز إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة ".

حيث أصدر وزير الصحة والسكان القرار رقم 89/39 .[52] يتضمن كيفية التحقق من الوفاة ورغم وجود القرار الذي يقضي بالإعتماد على المعيار الحديث، إلا أن الأطباء يلجئون في الحياة العملية إلى تحديد الوفاة كل حسب إمكانياته، وأمام نقص الوسائل المادية التي يتطلبها العمل الطبي الحديث والتي تفتقر إليها الكثير من مناطق الوطن فإن أمر التحقق من الوفاة في الجزائر أصبح من الأمور الصعبة للغاية.

نجد أن معظم الأطباء الجزائريين يعتمدون حتى اليوم في تحديد لحظة الوفاة على بعض المؤشرات التقليدية المعروفة مثل نبضات القلب، برودة الجثة شحوب العينين...الخ وهذه المؤشرات ليست دليلا قاطعا على الوفاة الحقيقية، حيث دفعت هذه الوضعية المواطنين إلى إرسال العديد من الشكاوى إلى وزارة الصحة هذا من جهة، ومن جهة ثانية ظهرت بعض الإنتقادات بين الأطباء أنفسهم وثبوت عدم صلاحية الخصائص التقليدية في تحديد لحظة الوفاة، ولاسيما بعد أن ثبت إمكانية المحافظة بطريقة صناعية على جسم شخص في حالة موت حتمي وهذا ما يؤكد قصور التشريع الجزائري في هذا الصدد وعدم مسايرته للتقنيات والتطورات الحديثة في المجال الطبي.[44] ص99.

2.2.2.1 إذن الوصي قبل وفاته بالإستئصال

إن الطبيب على الرغم من تحققه الأكيد من وفاة المريض سواء بالإعتماد على المعيار التقليدي أو المعيار الحديث،إلا أنه لا يستطيع ومن تلقاء نفسه التصرف بهذه الجثة وإستئصال الأعضاء منها تمهيدا لزرعها في جسد إنسان آخر،إلا بعد الحصول على الإذن بمباشرة ذلك، لذلك سأتناول رضا الموصي قبل وفاته ثم محل وسبب الرضا وأخيرا شكلية الرضا.

1.2.2.2.1 رضاء الموصي قبل وفاته

يشترط لإستئصال الأعضاء من الجثة، أن يصدر الرضا حرا وصريح من الموصي قبل وفاته فلا يعتد بالرضا الصادر منه إذا تعرض لأي إكراه أو ضغط أيا كان نوعه كالوعد بمبلغ من النقود أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازله عن أحد أعضائه بعد موته.

كما أنه يجب أن يكون الشخص الموصي بأعضائه كامل الأهلية بأن يكون عاقلا راشدا غير محجور عليه بأي عارض من عوارض الأهلية. [10]ص25، لأنه من الثابت أن الشخص متى كان بالغا عاقلا، يمكنه أن يوصي قبل وفاته بجثته أو بأجزاء منها لأغراض علمية أو طبية، فمتى توفرت لدى الشخص أهلية الأداء يمكنه أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله. [3] ص208 لكن هل يجوز لناقص الأهلية أن يوصي بأعضائه؟

إذا كان التبرع بالأعضاء من القصر لقي رفضا قاطعا من المشرع الجزائري، نتيجة طبيعة التصرف الذي يقدم عليه ناقص الأهلية، حيث يعد من التصرفات الضارة ضررا محضا، إلا أن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بالأموات، بإعتبار أن العلة غير متوفرة حيث أن هذا التصرف لا يضر بالمتوفي ولا بذمم ورثته من بعده ولذلك يمكن الأخذ بإجازة الوصية التبرع بالأعضاء الصادرة عن القاصر على أن تخضع لموافقة وليه، بناء على موافقة اللجنة الطبية.

2.2.2.2.1 سبب ومحل التبرع من الأموات

يمكن للشخص أن يوصي بعضو أو مجموعة من الأعضاء لأن العلة من إباحة الإستئصال واحدة، إذ تتمثل بوجود ضرورة تقضي الإستجابة لها ودرء خطرها إنقاذ حياة مريض ما وشفائه، إذ يكون الفرق بين الضرر المترتب على إستئصال عضو واحد أو أكثر ضئيلا،لاسيما إذا ما كان إستئصال مجموعة من الأعضاء لا يفضي إلى تشويه ظاهر في الجثة، لذلك فإن التصريح بالسماح بإستئصال عدة أعضاء دون تشويه الجثة أمر له أهمية وفائدة .[10]ص193.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يحدد في قانون حماية الصحة وترقيتها الأعضاء التي يجوز إستئصالها من الجثة حيث نص في المادة 164 " لا يجوز إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها ".

إستعمل المشرع لفظ الجمع مما يعني أنه أجاز إستئصال أكثر من عضو من جثة المتوفى،فالشخص له أن يوصي بعد وفاته بالأعضاء المزدوجة كالكلية أو القرنية أو الأعضاء المنفردة كالقلب والكبد، ومع ذلك فإنه لا يجوز له الإيصاء بأحد أعضائه التناسلية.

قد يبدو لنا من الوهلة الأولى عند قراءة نص المادة 164 فقرة 2 أن جواز الإستئصال من الجثة بناء على موافقة الشخص لا يكون إلا لغرض علاج شخص آخر وكأن جواز الإستئصال بناء على موافقة صاحب الجثة يقتصر فقط على الأغراض العلاجية، وهذا ما يؤكده نص المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 168 من نفس القانون نجدها تنص على مايلي " يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية بناء على ما يأتي:

- طلب السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي.
- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و 3 من المادة 164 من هذا القانون ".

إستنادا إلى هذه المادة نستنتج أن الإستئصال من الميت يكون لأغراض علمية إلى جانب الغرض العلاجي.[53] ص3-2.

3.2.2.2.1 شكلية الرضاء الصادر عن المتوفي

تتطلب بعض التشريعات شكلا معينا يجب أن يعبر المتوفي فيه عن إرادته وهذه الشكلية قد تتخذ صورة الوصية أو الإقرار الكتابي، والمشرع الجزائري قبل تعديل المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها كان يشترط الكتابة حيث نصت الفقرة 2 من المادة السالفة الذكر" وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني، وهو على قيد الحياة ...".

رغبة من المشرع الجزائري في تخفيف إجراءات الحصول على الأعضاء من الأشخاص المتوفين أصبحت المادة كالآتي " وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته عن قبول ذلك...) [36].

حيث أن المشرع الجزائري بعدما كان يشترط الرضا الكتابي للمتبرع أثناء حياته تراجع وبسط إجراءات التنازل حيث أباح الإستئصال من جثة المتوفي إذا عبر هذا الأخير عن قبوله التبرع بعضو من أعضائه، ومن ثم فإنه لم يشترط وسائل معينة للتعبير عن هذا

الرضا، سواء كانت الكتابة أو الإشارة أو بطريقة ضمنية .[49] ص123، المشرع بهذا النص وكأنه لم يعطي أية إضافة، حيث أن الشخص إذا قبل بالإستئصال من يثبت ذلك هل عائلته أو الطبيب، وماذا لو تمسك أهله بعدم إجازته التبرع في ظل إنعدام وسيلة تثبت ذلك.

غير أن التطبيق العملي أظهر أن تطلب الرضا الصريح من الشخص في حياته بقبول الإستئصال منه بعد الوفاة، بموجب وصية كتابية أو حتى شفهية، لا يتلائم فنيا مع طبيعة الإستئصال من جثث المتوفين، بالنظر إلى السرعة التي تتطلبها العملية، وكذلك إلى عدم وجود وسيلة يمكن من خلالها حفظ أعضاء المتوفين.

طلب الإذن من المصاب لدى وصوله إلى المستشفي بالإستئصال منه في حالة وفاته هذا إذا كانت حالته الصحية تسمح بالتعبير عن إرادته، سيكون هذا الطلب غير إنساني وقاتلا لأمل المصاب في خروجه من المستشفي معافى، علاوة على أن الإجابة المتوقعة هي الرفض[54]ص15 .

لتفادي هذه الصعوبات إقترح البعض عمل بطاقة خاصة للتبرع بالأعضاء يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، مثل بطاقة تحقيق الشخصية أو رخصة القيادة، وفي هذه البطاقة يستطيع كل شخص أن يأذن أولا يأذن بإستئصال الأعضاء من جثته بعد الوفاة. .[3]ص214 و تعميم هذه الوثيقة لا يمكن تحقيقه إلا إذا فرضته السلطة العامة .[49] ص124.

تعد هذه الوثيقة إثباتا سابقا لإرادة الشخص المتوفي تغني عن الوصية كما أنها تحرر الأطباء من الحصول على رضاء أفراد الأسرة خاصة إذا كانوا في أماكن بعيدة يصعب الإتصال بهم، كما أنه

يمكن أن توضع بطاقة منفصلة تسمح للشخص بالرجوع عن رضائه بالتصرف بجثته أو بأجزاء منها، أو أن يطلب من جديد التعبير عن إرادته في السجل الخاص بالمستشفى الذي قبل فيه أو أن يقوم بتمزيق هذه البطاقة وإخطار الجهة التي أصدرتها بذلك .[3] ص215.

3.2.2.1 عدم تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته

قد يمنع الشخص المساس بجثته تحت أي سبب سواء كان ذلك للأغراض العلاجية أو العلمية على أن يكون هذا الرفض مجسدا كتابيا وإلا فلا يعتد بالرفض الشفوي .[2] ص316 هذا ما أكدته المادة 165 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث نصت على ما يلي "يمنع القيام بإنتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك... ".

إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته عن رفض التبرع بأعضائه فمنهم الأشخاص أو الجهة المخول لها إعطاء الموافقة؟

منح المشرع الجزائري حق إنتقال الموافقة إلى أقارب المتوفي فيتعين أن نحدد طبيعة هذا الحق ثم الأقارب الذين يحق لهم إصدار هذه الموافقة، وبعدها نتحدث عن تجاوز الحق الممنوح إلى الأقارب نتيجة حالات حددها القانون.

1.3.2.2.1 الحصول على موافقة الأقارب

غالبا ما يموت الشخص دون أن يقرر كيفية التصرف في جثته، لاسيما وإن كان حال حياته يتمتع بصحة جيدة وليس لديه سيرة مرضية، ولذلك نجده يغفل ذكر هذه المسائل، وقد يصيبه المرض فعلا فيصعب تذكيره بأهمية تحديد موقفه من مسألة الإذن بالإستئصال من جثته أو بأي جزء منها خوفا على حالته النفسية، أو قد يحدث طارئ مفاجئ أثناء حادثة ما فلا يكون هناك متسع من الوقت لإبداء أية رغبة لديه، وهنا يأتي دور الأقارب.[19] ص131..

حيث أعطى المشرع الجزائري الأقارب الحق في الموافقة على إنتزاع الأعضاء والأنسجة بموجب المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم حيث تنص في فقرتها 3 " إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الإنتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم - الزوج أو الزوجة - الإبن أو البنت - الأخ أو الأخت - أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة " .[36]

حق الأسرة على الجثة ليس حق ملكيه، ولا يعتبر من حقوق الورثة لأنهم لا يخلفون الشخص إلا في أمواله، وإنما هو حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الأقارب، وهو حق معنوي يستند إلى صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة .[19] ص131.

التغاضي عن موافقة الأسرة ينطوي على إعتداء صارخ على حقوقهم المعنوية والإحترام الواجب نحو الأموات ومن ثم فإن ذلك يعتبر إعتداء على حرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام [4]ص197 وإستعمال المشرع للفظ الأقارب وليس الورثة فيه دلالة واضحة على ذلك.

إن أخذ موافقة الأسرة ليس بالأمر الهين حيث يرتبط بعاملين الأول هو الوقت الذي يعد العامل الأساسي في نقل وزرع الأعضاء والحالة النفسية التي توجد عليها هذه العائلة ويناط هذا الدور بالطبيب والممرضين حيث يتعين عليهم إختيار المكان والزمان المناسبين وكذلك طريقة الإقناع التي تعد الأساس للحصول على موافقة الأسرة، فإن كانت سلبية فإنها ستؤدي حتما إلى القضاء على الجهود المبذولة للذين جهزوا لهذه العملية وتؤدي كذلك إلى القضاء على آمال المريض.[53]ص197، ولكن من هم الأشخاص المخول لهم إعطاء هذه الموافقة؟

حددت المادة السالفة الذكر مجموعة من الأشخاص يمكن أن تنتزع منهم الموافقة وهم كالتالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي.

الملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل لفظ أحدهما مما يعني موافقة أحد الأقارب كافية للإستئصال، كذلك إستعمل لفظ الترتيب الأولي التالي، مما يعني مراعاة الترتيب الوارد في المادة السالفة الذكر، إلا أن الملاحظ على هذه الفقرة أنها تفتقد إلى التحديد الدقيق فمثلا لو توفي الزوج؟ من هم الأشخاص المخول لهم إعطاء الموافقة هل الزوجة أو الأب أو الأم أو الإبن أو البنت.

2.3.2.2.1 تجاوز موافقة الأقارب

تجاوز رضا الأقارب لا يكون إلا بناء على حالات حددها القانون،إما بالنظر إلى تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي، أو من شأن ذلك التأخير أن يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، أو بالنظر إلى الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضــو هذا ما أكدته المادة 164 فقرة 4 و 5 التي تنص" ...غير أنه يجوز إنتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها أعلاه، إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين، أو كان تأخير أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع.

إذا إقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ".

تجدر الإشارة إلى أن هاتين الفقرتين تم إضافتهما بموجب القانون رقم 90-17 ويمكن أن نستنتج من خلال المادة حالتان.

- الحالة الأولى: حالة تعذر أو تأخير الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي، قد يحول الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثلية الشرعيين بالنظر إلى عدة أسباب قد يكون من بينها بعد المسافة مما يضطر الطبيب إلى الإستغناء عن هذه الموافقة كما أنه قد يؤدي تأخير أجل الإنتزاع إلى عدم صلاحية العضو، الأمر الذي دفع المشرع إلى تحديد عضوين فقط يمكن من خلالهما تجاوز موافقة الأقارب وهما الكلية والقرنية فصلاحية الكلى تتحدد بمدة أقصاها 45 دقيقة دون تروية بينما بعد تبريدها يمكن أن تبقى مدة 72 ساعة، أما القرنية فمدة بقاءها صالحة فتقدر ب12 ساعة دون تروية وفي درجة حرارة عادية بينما يمكن أن يحتفظ بها لمدة 48 ساعة بترويتها .[56] ص155..

- الحالة الثانية: حالة المستفيد المستعجلة، كما أنه يمكن تجاوز رضا أقارب المتوفي إذا إستدعت الحالة الصحية للمتلقي ذلك على أن يحدد طبيعة اللإستعجال من قبل اللجنة الطبية المحددة في المادة 167 من هذا القانون.

أما في عرض أسباب التعديل وإستحداث هذه الفقرات الجديدة حسب رأي اللجنة فإنه يعود إلى أن الماد 164 حسب صياغتها في المشروع تمنع نقل الكلية والقرنية ولم تأخذ بعين الإعتبار مدة صلاحيتها حيث تصبح غير صالحة إذا تم نزعها بعد 6 ساعات من حالة الوفاة.

يهدف هذا التعديل المقترح إلى السماح لكل طبيب إختصاصي في أمراض الكلى وأمراض العيون بإجراء النقل من أشخاص متوفين، كما يسمح التعديل بتخفيض وبصفة معتبرة التحويلات للعلاج بالخارج قصد زرع الكلية والقرنية بنسبة 50% .[44]ص167،بالموافقة المفترضة للمتوفي ما لم يصدر إعتراض منه في حياته أو من جانب أقاربه، ومن المستحب أن تخطر أسرة المتوفي، ولكن دون أن ينتظر الأطباء حتى وصول الموافقة فالإخطار وعدم الرد في وقت مناسب يعتبر بمثابة عدم الإعتراض يخول الأطباء الحق في البدء بالإستئصال.

بالنظر إلى ضرورة موائمة القانون للتقدم العلمي ظهر إتجاه آخر يدعو إلى إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية دون موافقة أحد وذلك على أساس إعتبار الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، والجثة ليست مملوكة للشخص أو لأسرته، وحقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على جثة المتوفي بالمقارنة مع حقوق الأسرة المعنوية، ونادى بهذا الإتجاه الفقيه الإيطالي **جيوفاني**.[19] ص135-138.

1.4.2.2.1 الشروط الخاصة للإستئصال من الجثة

هناك جملة من الشروط ربطها المشرع بالإستئصال من الجثة والتي من شأنها أن تؤدي إلى قيام العملية بشكل قانوني وأن تبعد هذه العملية عن كل شبهة، من ذلك عدم كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذلك عدم كشف هوية المستفيد لعائلته، وشرط آخر يتمثل في عدم جمع الطبيب بين إثبات الوفاة و عملية الزرع، حيث سأتناول هذه النقاط تباعا.

1.4.2.2.1 الإلتزام بعدم كشف هوية المتبرع والمستفيد

إذا كانت عملية نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء معروفة الأطراف عادة فإنه من الأموات غالبا ما يكون المستفيد خارج إطار العائلة، إذا لم يحدد الموصي أشخاص بعينهم لذلك فإن المشرع الجزائري إستحدث هذا الشرط بموجب القانون رقم 90-17 حيث نص في المادة 165 فقرة 2"... كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع "

الهدف من هذا النص هو أن تبقى عمليات نقل وزرع الأعضاء في طابعها الإنساني البحت حيث أن المستفيد لا يعرف هوية المتبرع، حتى لا يبقى أسيرا للمعروف الذي قدمه كما يمنع كشف هوية المستفيد لعائلة الموصي خاصة إذا كانت رافضة لهذا التبرع خوفا من إبتزاز المستفيد.

2.4.2.2.1 عدم جمع الطبيب بين الوفاة وعملية الزرع

هناك من يرى عدم مشاركة أي طبيب كان عضوا في اللجنة الطبية التي قررت صلاحية المتبرع والمريض لإجراء عمليتي إستئصال وزرع العضو، ضمن الفريق الطبي الذي يناط به إستئصال العضو وهذا الشرط نصت عليه [50]ص266 المادة 165 فقرة 2 من قانون حماية الصحة المعدلة"... ولا يمكن للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع " .

إلا أن هناك من يرى عدم جدوى هذا النص حيث يطرح إشكالا كبيرا وهو إذا ما كان بقسم الجراحة طبيب واحد فقط، وليس فريق كما ينص القانون فما هو مصير عملية نقل العضو، خاصة إذا كان الشخص المتوفي من المتبرعين بالأعضاء، فإنه لا محالة سيضيع العضو عن مريض، يمكن أن يكون في حاجة ماسة إليه .

هذا النص يجب تطبيقه في المستشفيات العالمية الكبيرة أين تتوفر هذه المستشفيات على عدد كبير من الأطباء والجراحين، وكذا التجهيزات اللازمة، أما مستشفيات الوطن العربي فمعظمها تفتقر إلى الفرق الطبية وكذا التجهيزات، إذن هذا النص يحتاج إلى تدخل المشرع لإعادة صياغته بما يتلائم والواقع العربي المعاش. [47] ص193-194.

3.2.1 الشروط المشتركة بين المتبرع الحي والميت

سبق الإشارة إلى الخطورة التي تتميز بها عملية نقل وزرع الأعضاء، وأشرنا إلى مختلف الشروط الواجب توفرها في المتبرع الحي و الميت، إلا أن هناك شروطا لا غنى عنها يجب أن تضاف إلى الشروط السالفة الذكر، حيث يشترك فيها الطرفان فأثرنا تخصيص لهما مطلب مستقل تفاديا للتكرار، وهي ما يتعلق بمجانية التبرع بالأعضاء وعدم مخالفة التبرع بالأعضاء للنظام العام والآداب العامة، وأخيرا التبرع بالأعضاء في المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بذلك، وهذا ما سأتناوله تباعا في ثلاثة فروع.

1.3.2.1 مجانية التبرع بالأعضاء

إختلفت التشريعات حول مجانية التبرع بالأعضاء فظهر إتجاه لدى فقهاء القانون الوضعي وبعض التشريعات الوضعية الحديثة يقضي بتأييد بيع الأعضاء البشرية، على أساس أنه لا يوجد تعارض بين إباحة إستقطاع الأعضاء بمقابل مادي معين وبين الحماية القانونية لسلامة الجسم .[57] ص-602 601.

إستندوا في ذلك إلى أن الشخص يحصل على مقابل مادي من الغير نتيجة إصابته في جسمه فلا يوجد مانع قانوني من تنازل الشخص عن عضو من أعضائه، لأن العوض في كلتا الحالتين نتيجة المساس أو إنتزاع عضو من أعضاء الجسم ومنه فلا يمكن أن يختلف الحل وهو مشروعية تقاضي المقابل المالي، كذلك فإن التعويض ليس من شأنه أن يهدر كرامة الإنسان، على أن لا تكون الغاية منه تحقيق الربح أو التجارة أو التداول[59] ص269.

إطلاق حرية الأعضاء والأنسجة البشرية قد يعد من وسائل مواجهة الفقر في بعض المجتمعات و حل المشاكل الإجتماعية و الفردية، إذ يمكن لمن يعاني من إنخفاض الدخل أن يلجأ إلى بيع أعضاء أو أنسجة من جسمه مادام أن ذلك لا يعرضه لمخاطر أو أضرار تؤثر في أدائه لوظائفه الإجتماعية، وهو ما يخفف من إلتزامات الدولة إزاء هذه الفئة فضلا عن حماية محدودي الدخل من التعرض للإنحراف والمشاكل الإجتماعية والصحية والإقتصادية المرتبطة بالفقر وإنخفاض الدخل.[57] ص604.

ظهر إتجاه آخر وهو الغالب يرى في وجود المقابل المادي لقاء التنازل عن أحد الأعضاء أمرا منافيا للمبادئ الأخلاقية والدينية، حيث يقتضي الحفاظ على كرامة الإنسان وحرمة كيانه الجسدي أن يبقى بمنأى عن التصرفات المالية، وإلا أصبح سلعة مقومة بالمال الأمر الذي يؤدى إلى تضييق نطاق الحماية الواجب توفرها لضمان سلامة وتكامل الجسم.

كذلك يؤدي وجود المقابل المالي إلى خروج عمليات نقل وزراعة الأعضاء عن دائرة التراحم والتضحية التي تتسم بها إلى تحقيق الربح المادي، فتصبح أعضاء الإنسان محلا للصفقات التجارية، وتصبح الحاجة المادية بالنسبة للمتبرع هي الدافع والباعث على قبوله نزع أعضائه الأمر الذي يؤدي إلى إنحسار الحماية القانونية سواء كانت الجنائية أو المدنية بالنسبة للفقراء فتصبح أجسادهم تحت رحمة تجار الأعضاء والأثرياء من المرضى .[42] ص356-357.

من ناحية أخرى فإن بيع الأعضاء يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي أضفت على جسم الإنسان قدسية حيث لا يمكن إهدار كرامته، وإنتهاك حرمة كيانه وذلك ببيع أو شراء أعضائه.[59] ص 62.

أخذ المشرع الجزائري بمجانية التبرع بالأعضاء من خلال المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت " ولا يجوز أن يكون إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية "

حيث حظر المشرع الجزائري من خلال هذه المادة كل تبرع بالأعضاء سواء من الأحياء أو الأموات يكون الهدف منه الحصول على مقابل مالي أيا كان شكل هذا المقابل

إلا أنه يمكن أن يستفيد المتبرع من تأمين صحي يلجأ إليه في حالة تدهور صحته سيكون بمثابة دافع للتبرع بالأعضاء.

2.3.2.1 عدم مخالفة التبرع بالأعضاء للنظام العام والآداب العامة

حتى يمكن الإعتداد بالرضا الصادر من المتبرع أو الموصي يجب أن يكون محل هذا الرضا مشروعا أيضا، ولا يكون كذلك إلا إذا لم يكن نقله يتضمن مخالفة للنظام العام والآداب العامة [56] ص15وفكرة النظام العام تمثل المصلحة العامة والعليا لمجتمع ما حسب ما يسوده من ظروف،أما فكرة الآداب العامة فتمثل الجانب الخلقي والأدبي للمجتمع والمأخوذ من مجموع المعتقدات الدينية والأخلاقية، وما إستقر من مبادئ في ضمير الأمة وتتميز فكرة النظام العام والآداب العامة بمرونة وقابلية تلك الأفكار للتطور والتغير، بما يسود المجتمع من ظروف وما يطرأ عليه من متغيرات فربما يصبح من النظام العام والآداب العامة اليوم ما كان مخالف له بالأمس والعكس صحيح .[60] ص500

كان إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء سابقا مخالفا للنظام العام والآداب العامة لما ينطوي عليه من مساس بحرمة الكيان الجسدي للإنسان و إرتفاع نسبة المخاطر فيها ولما أحرز الطب تقدما كبيرا في تقليل نسبة المخاطر في جانب المتبرع، وزيادة نسبة النجاح في جانب المتلقي أصبح هذا النوع من الممارسات وسيلة مألوفة من وسائل العلاج

إن تغير نظرة المجتمع لمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان إلى مبدأ جديد وهو مبدأ سيادة الإنسان على كيانه المادي فلم تعد عمليات نقل وزراعة الأعضاء مخالفة من حيث المبدأ للنظام العام والآداب العامة.[2] ص91 ، ولا أدل على ذلك إباحتها من طرف المشرع الجزائري.

لكن يدور التساؤل حول الدور الذي تلعبه هذه الفكرة بوصفها قيد يرد على هذه الممارسة ويمكن التطرق إليها من ثلاثة جوانب.

- لا يجوز للشخص أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر، أو بالأعضاء التي تتوقف عليها الحياة، حتى يمكن أن تكون عملية نقل وزرع الأعضاء مشروعة، يجب أن يكون العضو المراد نقله ليس من الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة مثال على ذلك التبرع بالقلب، فإذا كان العضو من الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة فلا يجوز نقله حتى ولو كان الأمر برضا المتبرع .[1]ص57.

كما أنه لا يجوز للشخص أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر ويمكن إستخلاص هذا الشرط من نص المادة 162 فقرة 1" لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العمليات حياة المتبرع للخطر".

حيث متى كانت عملية إنتزاع الأنسجة والأعضاء البشرية تعرض حياة المتبرع للخطر فإن التبرع بها يعد غير مشروع، فلا يجوز إنقاذ حياة إنسان ما بمنحه أحد الأعضاء الأساسية للحياة اللازمة له من جسم إنسان آخر، ولو كان هذا الإنسان المراد إستئصال العضو منه مريضا أو يائسا من الحياة.[10] ص155هذا ما أكدته كذلك الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 16/8/59 الصادر في دورته السادسة المنعقدة في جدة عام 1990 التي تضمنت ما يلي " أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضررا يخل بحياته العادية " لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر غير جائز شرعا.

- لا يجوز التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية ويقصد بها الأجزاء التي تسهم في عملية الإنجاب، وهي المبايض والرحم في المرأة، والخصيتان والقضيب لدى الذكر، ويلحق بذلك مني الرجل وبويضات المرأة.[10] ص 139، حيث أن هناك إتفاقا على أن هذه الأعضاء بالإضافة إلى أنها قد تعطل مصلحة واجبة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، كقطع النسل الواجب إستمراره كذلك أن التبرع بها يؤدي إلى خلط الأنساب الأمر المحرم في ظل الشريعة الإسلامية.[24] ص 12، وقد عرف هذا الرأي له صدى في بعض التشريعات ومنه القانون التونسي الفصل 5 " يحجر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها " [39].

حتى لا يأخذ بالمطلق على إطلاقه ولكي لا تكون النصوص المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء فضفاضة وفيها مجالا للتأويل والتفسير على أساس أن القانون أباح جميع العمليات لإتحادها في علة واحدة المتمثلة في العلاج ، فإنه يتعين على المشرع الجزائري إضافة نص يحظر فيه نقل وزراعة الأعضاء التي من شانها نقل الصفات الوراثية سواء من الأحياء أو الأموات.

- أن لا يؤدي إنتزاع الأعضاء من الميت إلى تشويه الجثة، يمكن للشخص الإيصاء بعضو أو مجموعة من الأعضاء، لأن العلة من إباحة الإستئصال واحدة، إذ تتمثل في وجود ضرورة تقضي الإستجابة لها ودرء خطرها إنقاذ حياة مريض ما وشفائه إذ يكون الفارق بين الضرر المترتب عن إستئصال عضو واحد أو أكثر ضئيلا، لاسيما إذا ما كان إستئصال مجموعة من الأعضاء لا يفضي إلى تشويه ظاهر في الجثة، لذلك فإن التصريح بالسماح بإستئصال عدة أعضاء دون تشويه الجثة أمر له أهمية وفائدة [9]ص 139، وإلا أصبح هذا التصرف مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

3.3.2.1 التبرع بالأعضاء في المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بذلك

يجب قصر إجراء عمليات نقل الأعضاء داخل المراكز الطبية المرخص لها بإجراء هذه العمليات الدقيقة، وهذا ما أكده قرار وزير الصحة، حيث نصت المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي " لا ينزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير المكلف بالصحة ".

تطبيقا للمادة أعلاه أصدر وزير الصحة قرارا تحت رقم 19 بتاريخ 19 مارس 1991 تضمن هذا القرار أسماء المستشفيات المرخص لها قانونا بإجراء تلك العمليات وقد ألغي هذا القرار وأصدر وزير الصحة قرار آخر بتاريخ 2002/10/02 (61) ، حيث حددت المادة الثانية منه المؤسسات الصحية المرخص لها للقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء وهي كالتالي:

- بالنسبة لزرع القرنية

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفي (الجزائر).
- المؤسسة الاستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران).
- المركز الإستشفائي ببني مسوس (الجزائر).
- المركز الإستشفائي الجامعي بباب الواد (الجزائر).
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.

- بالنسبة لزرع الكلى

  - المركز الإستشفائي الجامعي مصطفي (الجزائر).
  - المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقمي (قسنطينة).

- بالنسبة لزرع الكبد

  - مركز بيار وماري كوري.

تنشأ في كل مؤسسة صحية لجنة طبية تطبيقا لنص المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها، تتكلف بإثبات الوفاة والترخيص بالإنتزاع أو الزرع هذا حسب المادة 3 من القرار على أن يعين أعضاء هذه اللجنة الطبية من قبل مدير المؤسسة الصحية بإقتراح من المجلس العلمي أو الطبي.[62] ، ويمكن أن يضاف إليها عضو قضائي يعينه وزير العدل تكون مهمته التأكد من توفر الضوابط القانونية، حيث يستهدف هذا الضابط إلى ضمان إجراء هذه العمليات الخطيرة في المراكز الطبية المتخصصة والمؤهلة فنيا وعلميا، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى ضمان نجاح عملية النقل فضلا عن الحد من ظاهرة الإتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية.

المراكز الطبية غالبا ما تكون عامة، ومن ثم لا يكون الربح هو الدافع الرئيسي لها على عكس المراكز الطبية الخاصة التي تبحث عن الربح بالدرجة الأولى، كما أنه يصبح من السهل إخضاعها للرقابة الدقيقة من كافة الأجهزة المعنية.[50] ص163.

إن كان المشرع الجزائري قد حدد المؤسسات الإستشفائية العامة رغبة منه في مكافحة الإتجار بالأعضاء،إلا أنها قليلة بالمقارنة مع شساعة مساحة الجزائر، والملاحظ أيضا.[64] أن أغلبها تتمركز في الجزائر العاصمة، خاصة المؤسسات الإستشفائية المتعلقة بزراعة الكلى، فتخصيص مؤسستين فقط قليل بالنظر إلى المصابين بالفشل الكلوي وإلى إرتفاع حصص الغسيل الكلوي، وبالنظر إلى أن هذه العملية أصبحت تمتاز بالسهولة بالمقارنة مع العمليات الأخرى لذلك يمكن للمشرع زيادة المستشفيات ولما لا إنشاء مستشفى مختصة بمختلف عمليات نقل وزرع الأعضاء بالإعتماد على الكفاءات الجزائرية الموجودة في الخارج.

كما أنه وإن كان الأمر يستقيم فيما يتعلق بنقل وزرع الأعضاء من الأحياء حيث يتوجه الطرفان إلى المستشفي، فإنه بالنسبة للأموات سيقتصر الأمر على من يدخلون إلى المؤسسات الإستشفائية المرخصة لها بذلك، كما يمكن إنشاء المركز الوطني لزراعة الأعضاء إسوة ببعض الدول.[63] تعهد له مهمة إقتراح الأساليب العلمية لأخذ الأعضاء البشرية والمحافظة عليها ونقلها وزرعها.

- الحث على التبرع بالأعضاء والمساهمة في تكوين أعضاء الإطار الطبي وشبه الطبي المعنيين بزرع الأعضاء.

- مسك سجل مركزي يحتوي على الأشخاص الذين تستدعي حالتهم الصحية زرع عضو لهم.

أخلص في نهاية هذا المبحث إلى أن نقل الأعضاء من الأحياء أو الأموات يتطلب مجموعة من الشروط والتي تطرقنا إليها سابقا، وغياب إحداها يخرج هذه العمليات عن إطارها المشروع، كما أن القول بأن القواعد القانونية السابقة كافية لوحدها لتطور هذه العمليات يتنافى مع عدد المرضى، لذلك إن القواعد القانونية السالفة الذكر لا تكفي لوحدها لتطور عمليات نقل وزرع الأعضاء وإنما تحتاج إلى آليات لتفعيلها من ذلك إنشاء مركز وطني لزراعة الأعضاء.

3.1 الشروط القانونية الواجب توفرها في المتلقي

لم يعد الطبيب ينفرد بإتخاذ كافة القرارات التي تستلزمها عملية علاج المريض الذي كانت سلطته على كيانه المادي تنتهي منذ اللحظة التي يوضع فيها ذلك الكيان بين يديه الذي له أن يتخذ من القرارات ما يراه مناسبا للحالة المرضية دون الحاجة إلى موافقة المريض،هذه السلطة المطلقة لم تعد تتوائم والمستحدثات العلمية خاصة مع إكتشاف الأهمية العلاجية للجسم البشري بالنسبة للأمراض التي إستعصى علاجها بالوسائل التقليدية.

حيث أصبح مبدأ سلطة الطبيب ينحصر لمصلحة حق المريض في تقرير مصير كيانه المادي [5] ص5، ورغم أن المتلقي يعتبر الطرف الأكثر إستفادة من هذه العملية فإنه يجب البحث عن الشروط الواجب توفرها في المتلقي ومدى إستجابتها للشروط المقررة في المجال الطبي وفقا للقواعد العامة، وهل يمكن تجاوزها بالنظر إلى أهمية هذه العملية بالنسبة للملتقي.

للوقوف على الشروط الواجب توفرها في المتلقي، إرتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطلب المطلب الأول يتضمن رضا المتلقي، أما المطلب الثاني سأخصصه لمبدأ الإلتزام بتبصير المتلقي وأخيرا في المطلب الثالث أهلية المتلقي.

1.3.1 رضـــــا المتـــــــلقي

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي المريض به، فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك، ولا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم ورضا المريض ليس سبب للإباحة، ولكن مجرد شرط من شروطه وعلة تطلبه رعاية ما لجسم الإنسان من صيانة.

قسمت هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الفرع الأول أستعرض فيه الرضا وفقا للقواعد العامة أما الفرع الثاني أخصصه للرضا في مجال نقل وزراعة الأعضاء وأخيرا الفرع الثالث شكل رضا المتلقي.

1.1.3.1 الرضا وفقا للقواعد العامة

إن تأثير رضا المجني عليه في قيام بعض الجرائم هو من قبيل الإستثناء، ولا يمكن بحال أن يعتبر قاعدة عامة، لأن غاية التجريم والعقاب عامة تستهدف حماية المصلحة العامة بقطع النظر عن هذا الرضا.[65] ص 178، مع ذلك فقد يكون لرضا المجني عليه بعض الأثر في حدود ما تقضي به النصوص أو القواعد العامة، فقد يشكل سببا لتبرير بعض الجرائم أو يعتبر عنصرا لازما لبعض أسباب التبرير أو ينفي وجوده الركن المادي لجرائم معينة أو يعلق تحريك الدعوى العمومية لبعض الجرائم .[66] ص406.

كما لا يؤثر في قيام الجريمة رضا المجني عليه بالعمليات الجراحية والأعمال الطبية إذا كان القصد منها إجراء التجارب الطبية، أما إذا كان الغرض من إجراء هذه العمليات الجراحية هو علاج المريض فينبغي الحصول على رضائه .[3] ص33.

حيث يعد من شروط إباحة العمليات الجراحة والتطبيب أن يرضى المريض بتدخل الطبيب وذلك لأن الطبيب ليس مسلطا على أجسام المرضى وإنما هو مفوض أو مرخص لعلاجهم إذا دعي، وبالتالي لا مناص من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن معها من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يتحدى رغبة المريض .[19]ص33 وهذا ما أكدته نص المادة 44 الفقرة 1 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون" وكذلك نص المادة 145 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم".

يتضح من الفقرتين السالفتين أنهما إشترطتا الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه لأنه من المسلم به أن للمريض على جسمه حقوقا مقدسة لا يجوز المساس بها بدون رضاه، وكل إعتداء على هذه الحقوق يوجب مسؤولية مرتكبها متى كان في مقدوره الحصول على رضا المريض قبل مباشرة التدخل الجراحي لأن العلاج هو صيانة حقه في سلامة جسمه وتكامله الجسدي وإحترام حريته الشخصية .[67] ص135.

يثير رضا المريض مشكلتين أساسيتين لا بد من إيجاد التوازن بينهما أولا حماية المريض ضد أي مبادرة طبية تتضمن قدرا من المخاطرة بحياته حتى ولو كان قد قبل بذلك، وخطورة هذا الأمر تظهر بجلاء في ضوء معطيات التقدم الطبي الهائل وتعقد الوسائل التقنية المستخدمة في عالم الطب، وظهور أساليب جديدة لم تكن معروفة من قبل في المجال الطبي والتوسع الكبير في تطبيقها، أما المشكلة الثانية فتتعلق بالطبيب في مواجهة شدة قواعد المسؤولية وصرامتها، فيما لو تم تجاوز الرضا. [66] ص376.

كما تنص الفقرة الثانية من نص المادة 44"... على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته" [67] وكذلك الفقرة الثانية من نص المادة 154 التي تنص " يقدم الطبيب العلاج تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز" .

حيث يتضح أنه في حالة تعذر الحصول على الرضا، فيمكن للطبيب أن يتدخل إذا إستدعت الضرورة ذلك أو حالة الإستعجال، كما لو كان المريض مهددا بخطر جسيم حال يقتضي السرعة في العمل، أو كان في هذه الظروف غير قادر على التعبير عن إرادته ولا يوجد ممثل عنه أو لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز[1]ص37. ففي هذه الحالات ليس هناك ما يمنع من إفتراض رضائه على أساس أنه لو كان في وعيه لدفعته غريزة حب البقاء والرغبة في التخلص من المرض إلى الرضا بما قام به الطبيب من إجراء أو تدخل جراحي.

لا يلزم الحصول على رضا المريض إذا تبين للجراح أثناء إجراء عملية جراحية رضي بها المريض أو ممثله القانوني، أن هناك مرضا خطيرا لم يكن متوقعا من قبل يستدعي علاجه تدخلا جراحيا سريعا، وأنه لا بقاء لحياة المريض بدون هذه الجراحة .[68].

لكن قد يرفض المريض تدخل الطبيب بالنظر إلى أسباب تعود إليه، فما هو موقف الطبيب من ذلك؟.

يتعين على الطبيب أن يقوم بإخطار المريض عن مختلف المخاطر التي قد تنجم عن رفضه العلاج وعليه أن يراعي في حالة إبلاغه بهذه المعلومات وضعه الإجتماعي والثقافي والنفسي.

جهل المريض للعلوم الطبية يقتضي من الطبيب أن يتجنب المعلومات العلمية الدقيقة التي لا يفهمها المريض، ويكتفي بالمعلومات العامة مستعملا لغة مبسطة تمكن المريض من إدراك حالته الصحية وما تستدعيه من علاج، والمخاطر التي يتعرض لها بسبب إمتناعه عن العلاج .[3] ص-97 95.هذا ما تضمنته المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص " وإذا رفض العلاج

الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض، أو الشخص الذي خوله إعطاء الموافقة، بعواقب رفض العلاج" وكذلك نص المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب حيث تنص على "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن" .

يشمل الإخطار المخاطر التي يمكن توقعها عادة في مثل هذه الحالة والتي تأكد منها العلم، أما المخاطر النادرة التي لم يتأكد منها العلم فلا مجال لذكرها، وعلى الطبيب أن يتجنب أسلوب التخويف، أو الأسلوب الذي يزيد من قلق المريض وإضطرابه وتردده الأمرالذي قد ينال من سلامة رضائه أو يحول دون إقباله على العلاج.

يتمتع الطبيب في هذا السياق بسلطة تقديرية واسعة، حيث يتولى تحت مسؤوليته تقدير المعلومات الواجب إبلاغها للمريض مراعيا في ذلك مصلحة المريض.[96]ص101-102 ويشترط أن يتم رفض العلاج عن طريق تصريح كتابي ويعد ذلك حماية للطبيب من المسؤولية المدنية والجزائية، مثلا كأن يتابع على أساس المادة 182 الفقرة 2 من قانون العقوبات .[70]ص91.

2.1.3.1 الرضا في مجال زراعة الأعضاء

ما مدى تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالرضا الطبي على نقل وزرع الأعضاء البشرية؟.

إذا كان رضا المريض بإجراء العمليات التقليدية أمرا لازما، فإنه من باب أولى شرط لا بد منه في عمليات زرع الأعضاء للمريض، لأنها تعد خروجا على القواعد التقليدية المتبعة في العلاج، ومن أخطر العمليات الجراحية، لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا .[1]ص130

نظرا للكثير من المشاكل الفنية والطبية التي قد تسبب ضررا للمتلقي وتحتاج فترة طويلة نسبيا من العلاج اللاحق على عملية الزرع للتكيف معها.[19]ص12 ،لأنه ليس من السائغ القول بأن الرضا مستفاد ضمنيا من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب لأن الأعمال الطبية متنوعة، وقد يرضى المريض ببعضها دون البعض الآخر ولذلك كان متعينا أن يعلم بما ينسب إليه الرضا به .[10]ص24.

إذا كان المشرع الجزائري قد تطلب رضا المريض بالنسبة للتدخلات الطبية العادية كما سبق الإشارة إليه، فمن باب أولى أن يتطلب رضا المتلقي في مجال زراعة الأعضاء وهذا ما نصت عليه المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على أنه " " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين إثنين..." .

يتضح من هذه المادة أن المشرع قد إشترط موافقة المتلقي، وهذا إذا كانت عملية زرع الأعضاء هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته أو سلامة جسمه، والهدف منه هو تنبيه المتلقي لأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها، وكذلك المخاطر التي قد يتعرض لها لاحقا، مع ذلك يجب إحترام حرية المريض في إختيار عملية زرع عضو له أو رفضها حيث يعد تأكيدا وتجسيدا لمبدأ إحترام إرادته.

فلا يستطيع الجراح القيام بهذه العملية بغير رضا المريض الحر من أي ضغوطات سواء طبية أو عائلية، ذلك أن هذه العملية تنطوي على مخاطر يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة المريض الحرة وليس لإرادة الوالدين أو الزوج أو الأقارب .[2] ص167 لأن المريض إنسان حر، له حق في سلامة جسمه، لا يجوز المساس به إلا برضائه وإعتداء الجراح على هذا الحق هو إعتداء على حرية المريض وشعوره وكرامته الإنسانية، مما يترتب عليه ضرر أدبي يختلف عن الضرر المادي الذي ينشأ عن فشل العملية[2] ص100.

إذا كان بإمكان الطبيب أن يتدخل في الحالات العادية دون الحصول على رضا المريض كما سبق الإشارة، فهل يمكن للطبيب أن يتدخل من أجل زراعة الأعضاء دون الحصول على رضا المريض أو عائلته أو ممثليه الشرعيين؟.

أجاز المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 166 على أنه "يجوز زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة الأولى، أو الثانية أعلاه إذا إقتضت ذلك ظروف إستثنائية أو تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل، الذي لا يستطيع التعبيرعن موافقته، في الوقت الذي يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين إثبين".

سمح المشرع الجزائري تجاوز رضا المتلقي وذلك إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرته أو الممثليه الشرعيين، وكان من شأن ذلك التأخير أن يؤدي لا محالة إلى وفاته وذلك بحضور رئيس المصلحة وشاهدين،لأن عملية الزرع تهدف إلى إنقاذ حياته من خطر حقيقي حال، وهو في حالة نفسية وعضوية لا تسمح بمناقشة ضرورة عملية الزرع من عدمها.

لكن مع ذلك يجب التنبيه إلى أن رضا المريض أو من يمثله قانونا لا يعفي الجراح من المسؤولية التي تنشأ عن أخطائه المهنية، ذلك لأن محل هذه المسؤولية سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي .[3] ص100، لأن مسؤولية الجراح عن خطئه في الحصول مقدما على رضا المريض بإجراء عملية الزرع مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشا بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية، فعدم حصول الجراح على رضا المريض يجعل إجراء هذه العملية عملا غير مشروع ومن ثم يكون مسئولا عنها مسؤولية عمديه.[1] ص116.

إذا كان من الضروري في نطاق عمليات زرع الأعضاء الإعتداد برضا المريض فإنه من الطبيعي الأخذ أيضا برفض المريض لعملية زرع العضو في جسده، ويكون لهذا الرفض آثاره.

ذهب البعض إلى أنه متى كانت هذه العملية ضرورية لإنقاذ حياة المريض أو على الأقل لتحسين حالته فإنه يتعين على الطبيب أن يبذل جهوده لإقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من جراء هذه العملية، وكذلك بيان المخاطر التي سيتعرض لها في حالة عدم إجراءها.

لكنه في ذات الوقت عليه ألا يمارس ضغطا على إرادته،لأن من شأن ذلك أن يكرهه على القبول بها مما يترتب عليه أن الرضا في هذه الحالة سيكون غير سليم لأنه من المقرر أن رضا المريض يجب أن يكون حرا غير مشوب بتدليس أو غش أو إكراه.[3] ص102 وفي حالة إصرار المريض على رفضه لعملية زرع العضو فإنه على الطبيب وفي سبيل التخلص من المسؤولية إثبات رفض المريض هذه العملية رغم أهميتها له كتابة.

لكن يجب التفريق بين أن تكون العملية ضرورية لإنقاذ حياة المريض وبين كون العملية ضرورية لتحسين حالته الصحية، حيث أنه يمكن قبول ما ذهب إليه هذا الإتجاه في الحالة الأولى لتحقق حالة الضرورة، ولا يمكن قبوله في الحالة الثانية لأنه لا يمكن أن تتحقق حالة الضرورة .[1] ص117-133.

3.1.3.1 شكل رضا المتلقي

لا يشترط وفقا للقواعد العامة في القانون الطبي أن يكون رضا المريض بالعلاج أو بالعمليات الجراحية ثابتا بالكتابة، وكذلك الأصل في نطاق عمليات زرع الأعضاء ألا يشترط في الرضا الصادر من المريض شكل خاص، فقد يتم الإفصاح عنه بأي وسيلة تظهره إلا أنه يفضل أن يكون رضا المريض أو من يمثله قانونا ثابتا بالكتابة وأن يتم أمام شهود.[3]ص133..

بما أن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المريض فإنه لا سبيل إلى كشف هذه الإرادة وإظهارها إلى الوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة .[1]ص 133 وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 166 ف 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري إشترط أن يتم رضا المتلقي في شكل كتابي ليس هذا فحسب بل وأمام رئيس المصلحة التي قبل بها المتلقي للعلاج، وأن يتم الرضا أيضا بحضور شاهدين وعلة كل ذلك هي الرغبة في الكشف عن رضا المتلقي وكذلك بالنظر إلى ما تنطوي عليه هذه العمليات من خطورة.

يهدف ذلك إلى السماح للمتلقي للمشاركة بفعالية في إتخاذ القرار بإجراء هذا النوع من العمليات ورأى المشرع أن صورة هذه المشاركة هي صدور رضا المتلقي في شكل كتابي وموقعا عليه منه ..[67]ص139.

كما نصت المادة 166 فقرة 2 على ما يلي " 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...".

حيث يتضح من هذه المادة أنه في حالة عدم قدرة المستقبل على إبداء موافقته على الزرع فإنه يتم اللجوء إلى عائلته حسب الترتيب المبين في المادة 164، وهو كالتالي الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمريض أسرة على أن تتم الموافقة في شكل كتابي.

إن إثبات الرضا في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء يشترط فيه غالبا أن يكون الرضا الصادر من المريض صريحا وكتابيا، ومع ذلك فإن عبئ إثبات رضا المريض بإجراء عملية الزرع يقع على عاتق الجراح، لأنه يبرر به مشروعية المساس بسلامة جسم المريض وبتكامله الجسدي، فعليه تقديم الدليل الكتابي على رضا المريض بتدخله الجراحي .[3]ص 106.

2.3.1 مبدأ الإلتزام بتبصير المريض

حق المريض في الموافقة على العلاج الذي يقترحه الطبيب يعتبر من المبادئ التي أصبحت مستقرة في المجال الطبي، وهناك أعمال طبية تحتاج إلى قبول خاص، نظرا لما تنطوي عليه من مخاطر بالنسبة للمريض، ويقتضي الرضا بالتدخل الجراحي أن يكون المريض على بينة بطبيعته لذلك فإنه يقع على عاتق الطبيب الإلتزام بتبصيره.

الإلتزام بتبصير المريض يتجاذبه إعتباران هامان الأول إحترام مهنة الطبيب ووضع الثقة فيه بحكم عمله وخبرته أما الثاني فيتمثل في الإهتمام بحماية المريض، وضمان سلامته في مواجهة أي نشاط طبي قد يودي بحياته في نهاية المطاف خاصة في ضوء تشعب الوسائل التقنية الحديثة، ووسائل العلاج .[2]ص159.

يقتضي ذلك التطرق إلى الإلتزام بتبصير المريض في الفرع الأول ثم مدى الإلتزام بتبصير المريض في مجال نقل وزرع الأعضاء في الفرع الثاني.

1.2.3.1 الإلتزام بتبصير المريض

عرف الإلتزام بتبصير المريض إختلافا بينا فظهرت ثلاثة إتجاهات الأول يرى ضرورة التقيد بمبدأ الإلتزام بتبصير المريض بطبيعة التدخل الجراحي، أما الإتجاه الثاني فينكر هذا الحق على المريض وإعتبره تحت وصاية الطبيب، أما الإتجاه الأخير فهو الوسط بين الإتجاهين الآخرين فيجيز تبصير المريض في حدود.

1.1.2.3.1 الإتجاه الأول: ضرورة الإلتزام بتبصير المريض

يرى جانب من الفقه ضرورة قيام الطبيب بتبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطر العلاج المقترح .[3] ص107، حيث أنه لا يمكن أن يكون جهل المريض بالأساليب الطبية والعلمية العلاجية والمخاطر الجراحية سببا في حرمانه من حقه في العلم والتبصير.

يقع على الطبيب إلتزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج ومخاطر التدخل الجراحي وإلا كان الطبيب مسئولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب خطأ في عمله.[71]ص129 ويقع على الطبيب الإلتزام بتبصير المريض بالحقيقة حتى يصدر رضائه عن بينة وتبصر وعلم كامل بحقيقة الأمور.[3] ص108.

يستند هذا الإتجاه إلى الإعتبارات التالية تتعلق بحق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه ويقتضي ذلك عدم المساس به إلا بعد الحصول على رضاه حتى ولو كان هذا المساس في سبيل العلاج، كذلك أن جسم الإنسان ليس مجرد كيان مادي يصلح ميدانا لعمل الطبيب لأن الإنسان حر وله الحق في سلامة جسمه، ولا يقبل القول أنه بمجرد تعاقده مع الطبيب أو دخوله المستشفي أصبح تحت وصايته وبالتالي لا ضرورة للإعتداد بإرادته وحريته، ،[2]ص163 فهو وحده الذي يملك المفاضلة بين المزايا التي ستعود عليه من التدخل الجراحي والمساس بجسمه وبين المخاطر التي تترتب على ذلك .[3] ص108.

إن علاقة المريض والطبيب تقوم على الثقة والتعاون حيث لا يمكنها أن تتعارض مع حق المريض في تبصيره بالمخاطر التي لو عرف بها المريض لفقد ثقته بالطبيب ويجب عليه أن لا يبالغ بإطلاق مفهوم التبصير، وبالتالي يبني عليه مقولة أن التبصير يتعذر معه قيامه بعمله بالفاعلية المطلوبة، بالعكس يكون مرتاحا عند أدائه لعمله بعد تبصيره للمريض بكافة النتائج والمخاطر المحيطة بعلاجه.

إن الطبيب من ناحية أخرى ليس ملزما بذكر كافة التفاصيل الفنية، وإنما يكتفي بالإدلاء بحقيقة المرض ومخاطر العلاج، وبالقدر الذي يستطيع فيه المريض إجراء الموازنة بين هذه وتلك ليتمكن في النهاية من إعطاء قراره.

أخذ المشرع الجزائري بضرورة تبصير المريض وهذا من خلال المادتين 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب، حيث تنص المادة 43 على ما يلي " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي " .

تنص المادة 44 على" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة ".

يتضح من الفقرتين السالفتين أنه يجب على الطبيب أن يحيط المريض بمعلومات واضحة وصادقة بشأن كل عمل طبي، حتى يمكن أن تكون الموافقة الصادرة عن المريض، نابعة عن حرية وتبصر، وأي إخفاء للحقيقة أو كذب من قبل الطبيب في هذا الشأن يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية، ويصلح أن يكون أساس لإبطال العقد الطبي المبرم، لأنه يجعل رضا المريض مشوبا بالغلط أو التدليس.[1] ص127.

لكن إذا كان على الطبيب أن يحيط المريض علما بكل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله، إلا أن هذا لا ينطوي بطبيعة الحال على تلك النتائج قليلة الإحتمال والتي يندر وقوعها في العمل،والتي قد تنشأ عن تشوهات طبقا للمعطيات العلمية القائمة .[71] ص128.

2.1.2.3.1 الإتجاه الثاني عدم الإلتزام بتبصير المريض

ذهب أنصار هذا الرأي وأغلبهم من الأطباء إلى أنه وإن كان على الطبيب أن ينبه المريض إلى المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي، إلا أن هذا الإلتزام ليس مطلقا .[1] ص128.

لأن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالمسائل الطبية والأساليب العلمية التي أدت إلى هذا التدخل إذ أنه لا يستطيع تقدير ما يتعلق بصحته وحياته تقديرا سليما.[3] ص129.

ذهب البعض إلى التشديد على هذا الرأي بقولهم إن الأطباء يدركون أنه لا يوجد أي إجراء تشخيصي أو علاجي خال تماما من المخاطر، فمثلا إذا قال طبيب لمريض أن عمل الأشعة يحتمل معه الوفاة بنسبة شخص من كل عشرة آلاف شخص، فقد يعرض المريض عن هذا الإجراء بعد أن تحدثه نفسه، بأن هناك إحتمال أن يكون هو الواحد من العشرة آلاف وبذلك يضيع عليه فرصة العلاج و لذلك يعتقد الأطباء أن تكرار الإستئذان في كل خطوة ما هو إلا عملية إرهاب للمريض،لأنه سيتوهم أنه مقدم

على إجراء خطير قد يؤدي بحياته ويكتفون بإقراره الأول عند دخول المستشفي، وبعد ذلك لا يعيدون التبصير والإستئذان.

لا يعاد الإستئذان إلا إذا تعلق الأمر بفقدانه لعضو من أعضاء الجسم،أما باقي الإحتمالات فلا يرون داعيا لإعادة الإستئذان، بإعتبار أن كل عمل طبي قد تكون له مضاعفات وفيه نسبة من الخطورة، وكل ما على الطبيب القيام به هو التيقن من الفائدة المرجوة أكثر من الضرر المحتمل.[72] ص29..

إستند أصحاب هذا الإتجاه إلى الإعتبارات الآتية أن إلزام الطبيب بتبصير المريض بكل مراحل مرضه من التشخيص وحتى طريقة العلاج وكل ما يتعلق بذلك من مخاطر من شأنه أن يعرقل عمل الطبيب ويجعله أقل فاعلية في أداء عمله، فقد يعترض المريض على أي مرحلة أو جزئية وبالتالي فإن دور الطبيب ليس تبصير المريض، وإنما علاجه فقبول المريض العلاج يعني أنه يثق بطبيبه، وهذه الثقة يجب أن تكون كاملة غير مشروطة.[1] ص129.

حيث تترك له حرية إختيار العلاج الذي يراه مناسبا لحالته الصحية لا سيما، أنه سوف لن يختار إلا الوسيلة التي يهدف من وراءها علاجه، بمعنى أدق يجب أن يوضع المريض تحت وصاية الطبيب.

إن تبصير المريض بحقيقة مرضه وما قد يتعرض له من مخاطر،هو بحد ذاته عمل غير إنساني يؤدي إلى نتائج سيئة قد تضاعف من حالته المرضية، وإخفاء بعض الحقائق عن المريض تؤدي إلى رفع معنوياته وتساعده على محاربة المرض.

إضافة إلى أن الكثير من أسرار الجسم لم تكشف بعد، وما قد يحدث لمريض قد لا يحدث لآخر فردة فعل كل جسم تختلف عن الآخر، لذا فإن ذكر المخاطر سيؤدي إلى زيادة حالة المريض وإستفحالها.

ساير المشرع الجزائري هذا الإتجاه من خلال المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب حيث أعطى للطبيب سلطة تقديرية بناء على أسباب مشروعة لتقرير إخفاء تشخيص خطير عن المريض، إلا أنه يمكنه إخبار أسرته بذلك، إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء أو عين الأطراف التي يمكن إبلاغها بالأمر، على أن يراعي في هذا التشخيص الحذر والإحتراز.

3.1.2.3.1 الإتجاه الثالث الإلتزام بتبصير المريض في حدود

يذهب هذا الإتجاه إلى إمكانية تبصير المريض بالعواقب التي لا تؤثر على حالته الصحية أما التي تأثر عليها فيجب تجنبها، لما لها من آثار على حالته النفسية التي قد تزيدها سوء، ومن شأنها أن تعرقل برنامج علاجه.

تعتبر مصلحة المريض هي المبدأ والهدف الذي لا يمكن أن يكون الطبيب محل للمسائلة إن توصل إليه عن طريق إخفاء معلومات عن المريض، وعلى الطبيب عبئ إثبات أن إخفاء الحقيقة عن المريض كان هو الحل الأمثل لعلاج المريض وشفائه .[9] ص251 وبشرط عدم إستعمال الوسائل التدليسية، وقد ميز الفقهاء بين الكذب الطبي والإخفاء الطبي.

- الكذب الطبي: لا يقبل كقاعدة عامة من الطبيب الكذب قصد تضليل المريض وحمله على قبول تدخل جراحي لا تستدعيه حالته لأن أساس مشروعية العمل الطبي لا يكمن في الشفاء وإنما في إرادة المريض .[1] ص129

يفرق بين الكذب المتشائم والكذب المتفائل، فيقصد بالأول إخفاء العلامات والنتائج الحسنة عن المريض وحمله على الإعتقاد بأن هناك علامات وعواقب أكثر خطورة مما أظهرته التحاليل الطبية والفحوصات، أما الثاني فيقصد به إخفاء حقيقة المرض وعواقبه الوخيمة عن المريض طالما أن ذكر الحقيقة لن ينتج عنه آثار سيئة على المريض، ومن شأن هذا الكذب أن يستهدف مصلحة المريض ويؤدي إلى تحسين حالته الصحية، وعليه فإن الفقهاء أنكروا الكذب المتشائم، بينما أقروا الكذب المتفائل.[9] ص251..

وضع العميد **كاربونيه Charbonnier** معيار مشروعية هذا الكذب بقوله: "للحكم على الكذب يجب النظر إلى الهدف وإلى الوسيلة، فالكذب لا يكون خطأ إذا كان هدفه الوحيد هو مصلحة المريض، ولكن لا يجب الوصول إلى ذلك الهدف عن طريق إتباع الوسائل التدليسية أو الإحتيالية فمصلحة المريض هي المبدأ والهدف الأسمى، وعلى ذلك فلا يعتبر مخطئا الطبيب الذي يشفي المريض عن طريق الكذب"

أما إذا ترتب على الكذب إصابة المريض بأضرار، فإن مسؤولية الطبيب تنعقد حتى ولو كان حسن النية، لإنتفاء قصد العلاج لديه ولأنه أخل بإلتزامه بإعلام وتبصير المريض بحقيقة المخاطر التي تترتب على التدخل الجراحي، ويقع على الطبيب عبئ إثبات أن إخفاء الحقيقة على المريض كان هو الحل الأمثل والملائم لعلاج المريض وشفائه .[3]ص113.

- الإخفاء الطبي: يجب على الطبيب ألا يخفي على المريض المخاطر المتوقعة عادة من العلاج وطرق العلاج المختلفة، لأن المريض هو وحده الذي يملك حق الإختيار وقد قضي بأن الطبيب يلتزم بالحصول على الرضا المتبصر والمستنير للمريض قبل إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي.[9] ص252-253.

لأن السكوت عن تبصير المريض بالمخاطر الممكنة الناتجة عن علاج معين يرقى إلى مرتبة التدليس ويستوجب مسائلة الطبيب جنائيا، متى ترتب على ذلك ضرر للمريض .[3]ص114-115. بينما يمكن إخفاء المخاطر غير المتوقعة والبعيدة الإحتمال للتدخل العلاجي أو الجراحي، طالما أن ذكر هذه المخاطر لن يكون له أثرا سلبيا على حالة المريض النفسية فالإخفاء في هذه الحالة يستهدف مصلحة المريض ويفيد في علاجه.

المشرع الجزائري أخذ بالإتجاه الأول والقاضي بتبصير المريض كلما تعلق الأمر بتدخل طبي ذا خطورة على المريض، إلا أنه أجاز إخفاء تشخيص خطير عن المريض بناء على أسباب مشروعه تخضع للسلطة التقديرية للطبيب، ويمكن في هذه الحالة إخبار أسرة المريض إلا إذا كان المريض منع مسبقا عملية الإفشاء أو عين أطراف يجب إبلاغها بالأمر.

2.2.3.1 مدى الإلتزام بتبصير المريض بالنسبة لنقل وزرع الأعضاء

إذا كان الطبيب ملزما بتبصير المريض في الحالات الطبية العلاجية التقليدية فإن إلتزامه في عمليات نقل وزرع الأعضاء أشد وأقوى إذ يجب على الطبيب أن يبصر المريض بأنه لا سبيل لإنقاذ حياته بإستعمال وسائل الطب والعلاج التقليدية.[2] ص168 إلا عن طريق زرع عضو له.

يشمل الإلتزام بالتبصير إخطار المريض بطبيعة عملية الزرع التي ستجري له ومخاطرها ونتائجها المحتملة، ويتعين عليه أن يخبره بأن حياته ستكون مهددة بعد إجراء عملية الزرع، إذا لم يتم السيطرة على ظاهرة رفض جسمه للعضو الجديد، وأن هناك إمكانية إجراء عملية زرع أخرى، إذا فشلت العملية الأولى .[3] ص115..

نطاق الإلتزام بتبصير المريض يختلف بحسب جسامة وخطورة عملية الزرع ومدى أهميتها بالنسبة للمريض، إذا ما كانت ستنقذ حياته، أو تساهم فقط في تحسين حالته الصحية، فقد تم التمييز بين عمليات زرع الجلد التي يكون الهدف منها معالجة تشويه جسدي بسيط فإلتزام المريض بالتبصير يشمل المخاطر الممكنة والمتوقعة إضافة لمخاطر النادرة للعملية، على خلاف ذلك إذا تعلق الأمر بعمليات الزرع الأخرى التي يكون الهدف منها علاج المريض فإن الطبيب يلتزم فقط بتبصيره بالمخاطر الممكنة والمتوقعة أو المحتملة.

إذ يتعين على الطبيب أن يطلع المريض على مرضه وطبيعة التدخل الجراحي دون الدخول في التفاصيل الفنية الدقيقة، وأن يمده بمعلومات وبيانات بسيطة وواضحة يسهل فهمها بحيث يستطيع على ضوئها أن يتخذ قراره بقبول أو رفض العملية .[1]ص130-131.

كما يمكن أن يشمل الإلتزام بالتبصير التضحيات والمخاطر التي يتحملها المتبرع من جراء إستئصال جزء من جسمه، والفوائد التي ستعود عليه من جراء عملية الزرع حتى يستطيع أن يقرر بعد هذه المقارنة، وحتى لا يشعر بالذنب تجاه المتبرع لأنه السبب في حرمانه من عضو من جسمه، ويمكن الكشف عن شخصية المتبرع حتى يتمكن المريض من تقديم المساعدة له، وتقوية أواصر الصداقة بينهما مما يكون له أكبر الأثر على حالته النفسية .[3] ص116.

إن إحترام إرادة المريض في التصرف في تكامله الجسدي يتطلب إخطاره وإطلاعه على المخاطر المتوقعة لعملية الزرع في حين أن الإلتزام بالمحافظة على صحته يقتضي إخفاء بعض النتائج والمخاطر النادرة التي من شأنها إدخال الخوف والرعب في نفس المريض، ويؤثر ذلك على حالته الصحية والحط من روحه المعنوية .[2] ص189..

أخيرا يمكن القول أنه إذا كان المشرع قد أخذ بضرورة الحصول على موافقة المريض الحرة والمتبصرة إذا تعلق الأمر بأي تدخل طبي فيه خطر جدي على المريض فإن عمليات نقل وزرع الأعضاء لها من الخطورة ما يرتب ضرورة تبصير المريض، إلا أن هذا التبصير لا يتضمن إلا المخاطر المتوقعة فقط بالنسبة لمعظم العمليات، ويمكن أن تمتد إلى المخاطر النادرة إذا تعلق الأمر بزراعة الجلد.

3.3.1 أهلية المتلقي

تعتبر الأهلية القانونية مناطا للحكم على مدى صحة التصرفات الصادرة عن أي شخص وتختلف الأهلية القانونية بإختلاف التصرف الذي يقدم عليه الشخص، لأن الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا فموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها التي تفرض أهلية قانونية كاملة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في نصوصه المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها لم يحدد سن معينة سواء بالنسبة للمتبرع أو المتلقي، إلا أنه درج على الإعتداد بالأهلية المدنية وفقا لنص المادة من 40، ومنه متى بلغ الشخص 19 سنة يعتبر رضاه بالزراعة صحيحا، إلا أنه قد يكون المريض فاقد للأهلية سواء من الناحية القانونية أو الفعلية فمن هم الأشخاص المخول لهم إعطاء هذه الموافقة؟.

هذا ما سأتناوله تباعا وفق فرعين، الفرع الأول إنعدام أهلية المتلقي القانونية أما الفرع الثاني لإنعدام أهلية المتلقي الفعلية.

1.3.3.1 إنعدام أهلية المتلقي القانونية

الأصل أنه لا يمكن أن يحل أي رضا محل رضا المريض إذا كانت حالته الصحية تسمح له بالتعبير عن إرادته، بالنظر إلى تمتعه بالقدر اللازم من الإدراك وفهم المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي، ذلك لأن الرضا بالعلاج الجراحي لا يعتبر تصرفا قانونيا، بل هو مسلك إرادي له فاعليته القانونية فلا يجب أن تطبق عليه القواعد المتعلقة بأهلية الأداء.

يعد الرضا بالعلاج مظهرا من مظاهر حرية المريض ومباشرته لنشاط مشروع يكفي فيه الإدراك والتمييز وعلى ذلك لا يتطلب أن يكون للمريض أهلية أكثر من الأهلية اللازمة لتقدير أهمية عملية زرع عضو له ومدى مناسبتها لحالته الصحية.[3] ص126.

إن كان الإقدام على العلاج يعد المسلك الطبيعي لأي شخص ولا يعتبر من التصرفات القانونية، إلا أنه من الأهمية بمكان أخذ موافقة الأشخاص القائمة على الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 166فقرة 2 و 3 التي تنص"... وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة، أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي " .

يتضح من الفقرات السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد أناط تقديم الرضا إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية إلى الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

أما بالنسبة للقاصر فقد منح الحق في الموافقة إلى الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي للقاصر على أن تتم الموافقة في كل الحالات كتابيا، نظرا لما للكتابة من قوة في الإثبات.

1.3.3.1 إنعدام أهلية المتلقي الفعلية

إنعدام الأهلية الفعلية هو أمر عائد إلى آفة تصيب العقل إما مؤقتا أو دائما ويترتب عليها عدم القدرة على الإدراك والإرادة .[2] ص173، وفي هذه الحالة فإن الشخص يصبح غير قادر على التعبير عن رضاه فخول المشرع أحد أسرته للتعبير عن رضائه وذلك حسب الترتيب الوارد في نص المادة 164 والتي حددت هؤلاء الأشخاص كالتالي الأب، الأم الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتلقي أسرة.

إن رضاهم يقوم مقام رضا المريض كلما كانت حالته الصحة لا تتيح له التعبير عن إرادته والحصول عن رضاه، وتعيين الحماة الطبيعيون للمريض يعد مسألة واقع وليس مسألة قانون، فالزوج يأتي في المقام الأول ثم الأصول ثم الفروع، ويجب تحديد الممثل الفعلي لا على أساس درجة القرابة، وإنما على أساس ما يقدمه من خدمات للمريض فالأشخاص الذين يتولون حماية المريض وتربطهم به

رابطة المحبة والوفاء والإخلاص لهم الأولوية على الوالدين اللذين يعتبران أكثر قربا منه من الناحية القانونية ولكن أكثر بعدا من الناحية العملية .[3] ص129

قد تطرأ ظروف استثنائية،أو قد يتعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي لا يمكنه التعبير عن إرادته ومن شأن أي تأخير أن يتسبب في وفاة المتلقي، ففي هذه الحالة يحل الطبيب رئيس المصلحة محل الأسرة في التعبير عن رضا المتلقي وذلك بحضور شاهدين إثنين على أن يتم كتابيا.

إن كان المشرع الجزائري قد أعطى الحق في الموافقة للممثل القانوني للشخص الذي لا يتمتع بالأهلية، إلا أن القرار بقبول عملية الزرع هو قرار شخصي يجب صدوره عن المريض نفسه عندما يتمتع بقدر كاف من الإدراك والفهم.

لأن عملية الزرع تهم في المقام الأول شخص المريض الذي لا يتمتع بالأهلية فيجب أن يعطي رضاه بها شخصيا، كما أنه بذلك يعبر عن حقه في سلامة جسمه لغاية مشروعة وهي التخلص من المرض، غير أن إشتراط الحصول على رضا القاصر بإجراء عملية زرع له، لا يعني إستبعاد تدخل ممثله القانوني والحصول على موافقته، فهذا التدخل يجب أن يأخذ صورة المساعدة، التي تقتضي تنويره بخطورة عملية الزرع وتقدير أهميتها بالنسبة لحالته الصحية ولهذا يجب إتمام موافقة عديم الأهلية بموافقة ممثله القانوني .[9] ص260..

غير أن القدرة على الإدراك والفهم لا تتوفر عند جميع الأشخاص بسن معينة، إنما هي مسألة موضوعية يقدرها الطبيب الجراح طبقا لظروف الحال، فإذا تبين له أن القاصر قادر على إدراك المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي، فلا يجوز له أن يجري هذا التدخل رغم إرادة المريض، ولو أبد ممثله القانوني موافقته على ذلك، فالممثل القانوني لا يستطيع أن يفرض قراره على مصلحة حيوية وشخصية للقاصر الذي يتمتع بقدر كاف من الملكات الذهنية.

أما إذا تبين للجراح أن المريض القاصر في حالة لا يستطيع فيها التعبير عن إرادته لعدم تمتعه بقدر كاف من الإدراك أو الفهم ولعدم إستطاعته تقدير خطورة حالته وأهمية إجراء عملية الزرع له، فلا يجوز الإعتداد بالرضا الصادر عن عديم الأهلية وإنما يجب الحصول على رضا ممثله القانوني [3] ص128. فإذا رفض ممثله القانوني إعطاء الموافقة على إجراء عملية الزرع فإنه يجب أن يكون الرفض كتابيا كما سبق الإشارة وذلك في كل الأحوال بحضور شاهدين وهذا حسب المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يصبح الطبيب في هذه الحالة ممثلا طبيعيا للمريض، بالإضافة إلى ذلك فإن للجراح الحق في رفض التدخل الجراحي رغم موافقة العائلة إذا قدر أن هذا التدخل سيصيب المريض بأضرار لأنه المسئول الأول في حالة عدم أهلية المريض الفعلية، كما أنه هو وحده الذي يقدر ضرورة إجراء العملية ومدى مناسبتها لحالة المريض.

يعترف للجراح بسلطات في هذا المجال تنطوي على إلتزام يقع على عاتقه وهو تقديم المساعدة للمريض الذي في خطر وأن إخلاله بهذا الإلتزام يشكل جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة .[3] ص130.

خلصت في نهاية هذا الفصل أن المشرع الجزائري قد أباح نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات بموجب الشروط التي سبق ذكرها، إلا أن تطور هذه العمليات لا يتطلب نصوص قانونية فقط تبيح هذه العمليات وإنما يتطلب تفعيل هذه القواعد القانونية بما يخدم تطورها، فقد صرح في إطار اليوم الدراسي الذي إنعقد في ولاية تيزي وزو حول الغسيل الكلوي يوم 8 ديسمبر 2011 أن هناك حوالي 7000 مريض ينتظرون زرع كلى لهم 25% منهم فقط من وجدوا متبرعين وأرجعوا سبب عدم وجود المتبرعين إلى عدم إستغلال النقل من الأموات، الذي يعد الأصل في إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء بينما يطبق العكس في الجزائر فإن الأصل هو النقل من الأحياء أما الأموات فلا ينقل منهم نهائيا، كما تم التصريح بأن هناك 14.500 شخص يخضعون للغسيل الكلوي في الجزائر عبر300 مركز مختص بذلك، وقد تمت 900 عملية فقط وهذا الرقم ضعيف جدا .[73]

إذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للكلى التي تعتبر من العمليات السهلة التي لقيت نجاحا باهرا فكيف هو الوضع بالنسبة للعمليات الأخرى، فيجب تفعيل القواعد القانونية المتعلقة بالنقل من الأموات بما يخدم هذه العمليات، وإستعمال جميع الوسائل من أجل الحث على التبرع مثل وسائل الإعلام ورجال الدين وغيرها من الوسائل التي من شأنها أن تساعد على تنمية الوعي لدى المجتمع بأهمية هذه العمليات وبمشروعيتها من الناحية الشرعية والقانونية ، وإلا ستبقى القواعد المتعلقة بالنقل من الأموات مجرد مواد قانونية.

الفصل 2

المسؤولية المترتبة عن مخالفة شروط نقل وزرع الأعضاء

لقد أضحت الجريمة وعلى خط مواز للتقدم الذي يشهده العالم ذات إيقاعات سريعة هي الأخرى حيث أخذت أبعادا حديثة لم نكن نألفها من قبل، وذلك نتيجة المتغيرات الاجتماعية والتحولات الاقتصادي

تزايد إدراك المجتمع الدولي لخطورة الجريمة بتطوراتها التي أملتها ظروف العصر وتصاعد قلقه إزاء صورها المستحدثة التي إرتدت ثوبا جديدا في وسائل إرتكابها وتنفيذها، حيث لم تعد الحدود الوطنية الآن عائقا أمامها بل تجاوزتها إلى الحدود الإقليمية.

سبق وتناولت في الفصل الأول مختلف الشروط القانونية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء من الأحياء والأموات، ونتيجة للتطور الذي عرفته هذه العمليات نتج عن ذلك ظهور ظاهرة الإتجار بالأعضاء بأشكال وصور قد تتخذ طابع الجريمة المنظمة التي باتت تمثل خطرا داهما يهدد سيادة القانون واستقرار المجتمعات لمساسها بالمبادئ والقيم الإجتماعية والأخلاقية والتعاليم الدينية.

كما أن هذه الجرائم تمس بالحقوق الأساسية كالحق في الحياة والسلامة الجسدية،وأمام عدم وجود قواعد قانونية تتناسب مع تلك الأفعال،الأمر الذي استلزم مواجهتها تشريعيا بتجريم الإتجار بها وفرض عقوبات واجبة التطبيق على من يقترف هذه الجرائم وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 09-01 المؤرخ في فيفري2009 والمتعلق بالإتجار بالأعضاء، لذلك سأتناول هذا الفصل وفق ثلاث مباحث المبحث الأول أخصصه للمسؤولية الجزائية للاعتداء على الأعضاء والخلايا والأنسجة، أما المبحث الثاني سأتناول فيه مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال نقل وزرع الأعضاء، ثم مسؤولية الشخص المعنوي في مجال نقل وزرع الأعضاء المبحث الثالث .

1.2 المسؤولية الجزائية للاعتداء على الأعضاء والأنسجة والخلايا

قد يحدث وأن يتعرض الشخص إلى تلف أحد أعضاءه، ويؤدي ذلك إلى عدم قدرته على أداء وظيفته الإجتماعية فيضطر اللجوء إلى عملية زرع الأعضاء بإعتبارها الوسيلة الوحيدة المتاحة حاليا وفي هذه الحالة لا تثور مسألة الإتجار بالأعضاء، ولكن قد لا يجد هذا الشخص متبرعا فيلجأ إلى شراء هذا العضو خاصة إذا كان من الأغنياء، فيجد في مواجهته أشخاص فقراء دفعتهم الحاجة إلى التنازل عن أعضائهم أو أرغموا على ذلك فتتم عملية التبادل بينهم وهنا تثور مسألة الإتجار بالأعضاء.

ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، ظاهرة جديدة نسبيا بالمقارنة بالإتجار بالبشر وهي مرتبطة إرتباطا وثيقا بالتطور الذي عرفته عمليات نقل وزرع الأعضاء خاصة الكلى منها.

دراسة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، حيث خصصت المطلب الأول لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، أما المطلب الثاني سأتناول فيه تجريم الإتجار بالأعضاء والأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم وأخيرا في المطلب الثالث الظروف المؤثرة عقوبات الإتجار بالأعضاء.

1.1.2 ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية

إن ظاهرة الإتجار بالأعضاء، ظاهرة جديدة وليدة القرن التاسع عشر، فقد ساهمت في رواجها عدة أسباب من ذلك التطور الملحوظ الذي لحق نقل وزرع الأعضاء، كما يعد أهم سبب هو قلة التبرع بالأعضاء وفقا للقانون، يضاف إلى ذلك وجود أشخاص مستعدين لدفع مبالغ طائلة من أجل شراء صحتهم، بالموازاة مع ذلك وجود أشخاص دفعتهم الظروف للتخلي عن جزء من جسدهم لقاء منفعة وهمية في الغالب، ونظرا لتميز هذه التجارة بالسرية ظهرت عصابات إجرامية مختصة بذلك.

لذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع،الأول أخصصه لأسباب إنتشار ظاهرة الإتجار بالأعضاء أما الفرع الثاني فأتناول فيه حجم الإتجار بالأعضاء البشرية وأخيرا أختم بآثار الإتجار بالأعضاء البشرية في الفرع الثالث.

1.1.1.2 أسباب إنتشار الإتجار بالأعضاء البشرية

يعرف الإتجار بالأعضاء البشرية بجراحة السوق السوداء، كما يطلق عليها البعض أيضا الجريمة الحمراء، حيث أصبحت هذه التجارة واحدة من أكثر أنواع التجارة ربحا على المستحوى العالمي.

إتخذت منها العصابات الإجرامية موردا إضافيا إلى جانب الجرائم الأخرى، حيث تقوم هذه العصابات بتوريد الأعضاء السليمة لجرحى السوق السوداء الذين لا يرغب مرضاهم في الإنتظار حتى

تتوفر لهم المصادر الطبيعية لما يحتاجون إليه.[74] ص495-496، ويرجع سبب إنتشار هذه الظاهرة إلى عدة عوامل وأسباب نورد البعض منها:

- إرتفاع الطلب وقلة العرض على الأعضاء البشرية.

- إتساع نشاط الجريمة المنظمة لتطويرهذه التجارة، ونموها حيث استغلت الجريمة المنظمة هذا المجال الجديد لتحقيق أرباح طائلة.

- التطور الكبير الحاصل في مجال الصيدلة والطب الذي ساعد في ازدهار الطلب العالمي على الأعضاء.

- ظهور سوق سوداء لتهريب الأعضاء البشرية بسبب الفرق الموجود بين نسبة العرض والطلب[75] ص92.

- ظهور نمط دخيل على السياحة يسمى بسياحة زراعة الأعضاء البشرية في عام 1970، حيث أصبح المصابون يسافرون إلى الهند وغيرها من مناطق شرق آسيا للحصول على الأعضاء هناك إنتشرت بعدها فروع أخرى في بلدان مثل: البرازيل والفلبين.[76] ص35.

- كذلك فشل الكثير من تجارب زراعة الأعضاء الإصطناعية مما ساهم في رواج هذه الظاهرة وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا الشرقية أكبر سوق للطلب على الأعضاء في العالم، كما يشجع على إنتشار هذه الظاهرة الفقر وجاذبية الحصول على مستوى معيشي أفضل في مكان آخر كذلك البنية الإقتصادية والإجتماعية وقلة فرص العمل.

- انتشار هذه الظاهرة يعود إلى إنعدام الشفافية وإفتقار العديد من الدول إلى قوانين لحماية الأشخاص ولتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كذلك انعدام الأخلاقيات المهنية بالنسبة للطبيب والممرض والصيدلي الذين عادة ما يكونون أحد أطراف الإتجار بالأعضاء،خاصة إذا كانوا ينتمون إلى أحد عصابات الإجرام المنظم وبالنظرإلى ضعف وقصور القوانين الخاصة بالتبرع بالأعضاء الأمر الذي شجع على إنتشار هذه الظاهرة.

- غياب ثقافة التبرع بين أفراد المجتمع الواحد حيث نجد أن الجميع يدركون أن التبرع عمل إنساني نبيل لكن نجد نسبة قليلة جدا من تؤمن بهذه الفكرة،ويعملون على إنجاحها لأنه عادة ما يكون التبرع في هذه الحالات بين أفراد العائلة الواحدة فحسب وذلك نتيجة شعورهم بمرض أو بالخطر الذي يهدد أحد أقاربهم، بالإضافة إلى ذلك غياب الثقة بين الأفراد المتبرعين والأطباء، حيث نجد أن الكثير من المرضى يعتقدون أن المستشفيات لا تقوم بواجبها، وأنها لم تضع الوسائل الضرورية للعلاج في متناولهم وأنها لا تحترم حرمتهم الجسدية وسلامتها، ومنه يذهب في أذهان البعض أن التبرع يحطم

حياتهم ويقلص من حظوظهم في مواصلة حياة عادية، ويجعلهم عرضة للمرض والأخطار، كما يعتقد بعض الأشخاص أن التبرع ببعض أعضائهم بعد الوفاة يسيء إلى كرامة جثتهم ويجعلها محل تلاعب من طرف الأطباء والممرضون الذين لن يعطوها حقها من الإحترام المقرر لها، بالإضافة إلى غياب سياسة إعلامية واضحة ودائمة قائمة على التحسيس بأهمية التبرع وهذه الإستراتيجية غائبة سواء اتجاه الأطباء أو الأفراد أو رجال الدين، بحيث لا تراعي السلطات عند إعداد قانون ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء الواقع الإجتماعي والثقافي والإقتصادي داخل المجتمع.[75] ص93-94.

2.1.1.2 حجم الإتجار بالأعضاء البشرية

إن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية لا زالت بحاجة إلى مزيد من الإهتمام ذلك لما يشوب المعلومات الرسمية المتاحة والمتصلة بالجريمة من غموض، نظرا لخصائص الجريمة والمتمثلة في السرية والتحكم التي قد تحول دون إكتشافها، ولكن مع ذلك فإن هناك بعض التقارير تفيد بأن هذه السوق أصبحت منظمة من طرف مجموعات صغيرة من الأشخاص، وهي تختلف عن غيرها من الجماعات الإجرامية،حيث أن أعضاءها عادة ما يكونون من الأطباء المعروفين في المجتمع والمتمكنين من إختصاصهم.

أصبحت هذه التجارة تدر الملايير على أصحابها،وتستخدم هذه العصابات كافة السبل لتحديد نقاط تسلل لها شبه ثابتة بعد التأكد من ضمان كونها ستظل ساكنة وآمنة من خلال الرشاوى والتزوير.

أصبح الآن من غير الممكن الحصول على الأعضاء من السوق السوداء بالنظر إلى سيطرت هذه العصابات عليها، حيث تقوم بإصطياد ضحاياها عن طريق نشر إعلانات في وسائل الإعلام، وذلك بهدف إثارة المشتري.[77] ص177-178، ولقد أصبحت هذه المافيا تعمل وفق تكتلات والتي نورد البعض منها.

– المافيا الفيتنامية**:** تعد بوابة التسلل إلى أوروبا الوسطى حيث تتخذ من موسكو محطة لها في نقل الأعضاء البشرية عبر الحدود البولندية الفيتنامية، بالتعاون مع المافيا البولندية الروسية لنقل البشر إلى داخل المدن الألمانية، وساعد المافيا الألمانية في تحقيق أهدافها وجود آلاف العمال الآسيويين، إضافة إلى الصعوبات التي تواجه الشرطة الأوروبية في الكشف عن ذلك.

– المافيا الروسية**:** ينتمي معظم قياداتها إلى أجهزة الإستخبارات الشرقية مستفيدين في ذلك من شبكة العلاقات الوثيقة التي كانت قائمة، وتعد موسكو المحطة الرئيسية لها ومعظم اللذين يتم تهريبهم من مواطني جمهوريات الإتحاد السوفياتي سابقا ودول البلقان وتمثل نقاط العبور البولندية والتشيكية أفضل السبل بسبب الرشاوي التي تدفع للعاملين في الأجهزة الرسمية.

– المافيا المغربية: تسيطر على شمال إفريقيا من خلال ممرها الرئيسي مضيق جبل طارق وتقيم مراكز لها على حدود المغرب وتونس والجزائر.

– المافيا اللبنانية: تنشط في مناطق الجنوب والبقاع والشمال اللبناني حيث تغرر بالشباب العاطل والمعرض للنزاعات والحروب، ويتم تهريبهم من خلال مدينة صور الجنوبية إلى دمشق حيث الطريق إلى تركيا أو رومانيا.[78] ص82.

أصبحت هناك عصابات متخصصة في سرقة أعضاء الأطفال على الحدود الأمريكية المكسيكية حيث يخطف الأطفال ويتم نزع أعضائهم في عيادات سرية ويتم بيعها للأغنياء، ويشترك في هذا العمل العديد من القابلات المكسيكيات والممرضات والأطباء والمحامين ورجال الأعمال ومبيضي الأموال وحتى رجال الدين.[76] ص93، بينما تقوم هذه العصابات بشراء هذه الأعضاء بأثمان ضئيلة أو حتى الإستيلاء عليها فإنها بالمقابل تجني أرباح طائلة من بيعها.

لا توجد أرقام عن حجم ظاهرة الإتجار بالأعضاء في الجزائر، إلا ما تطالعنا عليه الصحف هناوهناك،حيث قامت مصالح الدرك الوطني بتلمسان بإحباط محاولة اختطاف طفل في الثانية من عمره من طرف مغربي، ومكنت التحقيقات معه في سابقة تعد الأولى من نوعها من تفكيك شبكة دولية تظم جزائريين ومغاربة وأفارقة مختصة في إختطاف الأطفال بالجزائر وتهريبهم عبر الحدود المغربية إلى عيادات خاصة بمدينة وجدة وضواحيها لإستئصال أعضائهم البشرية خاصة الكلى والقرنية، حيث تنشط هذه الشبكة الدولية على الحدود الجزائرية المغربية و تقوم بإختطاف الأطفال والمتاجرة بهم.[79] وكذلك تطالعنا من حين لآخر الجرائد عن عرض أشخاص أعضائهم للبيع تختلف الأسباب ولكن تتفق على سبب واحد وهو الفقر.[80]

قدرت الأمم المتحدة الأشخاص الذين يتعرضون لهذه الظاهرة بحوالي 6 ملايين نسمة في أنحاء العالم، نظرا لما تدره هذه التجارب من عوائد مالية لعصابات الجريمة المنظمة، لذلك كان أحد البروتوكولات الثلاثة الملحقة بإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، إتفاقية باليرمو لسنة 2000 المكملة التي دعت إلى مكافحة هذه الظاهرة من خلال جمع البيانات وتحليلها وصياغة سياسة عامة، وتنفيذ مشاريع لإتخاذ إجراءات صارمة و رادعة ضد هذا الإتجار.

3.1.1.2 آثار الإتجار بالأعضاء البشرية

إن ظاهرة الإتجار بالأعضاء ظاهرة خطيرة، نظرا لما تتركه من أثر على مختلف المجالات إلا أنني سأقتصر على الآثار الإقتصادية والإجتماعية.

1.3.1.1.2الآثار الإقتصادية للإتجار بالأعضاء البشرية

تتمثل الآثار الإقتصادية لظاهرة الإتجار بالأعضاء فيمايلي:

– إستحداث دور أو مظهر جديد للتكتلات، و الجمـاعات الإجرامية كان له أثره على الإقتصاد والسياسية على المستوى الوطني والإقليمي وحتى الدولي.

– تغلغل المحترفين في عصابات وتكتلات منظمة إلى المواقع الأكثر تأثيرا في قوة الدولة الإقتصادية بما يحقق أهدافهم.

– حرص الدول النامية على الإستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية المتنقلة إليها بصرف النظر على مصادرها، بهدف تنفيذ خطط التنميـة الطموحة فيها، رغم الآثارالسلبية التي تضر بالإقتصاد لاحقا.

– تحول النـظرة إلى الجريمة المنظمة بإعتبارها ظاهـرة دولية، نتيجة لاتساع السوق العالمية لتجارة الأعضاء.

– التغيير السريع حول مفهوم عالمية النظم وآثاره في التعديل الجذري لنطاق عمـل المنظمات الإجرامية في مجال تجارة الأعضاء البشرية، وحرصها في تطوير نظمـها المحلية لتصبح منظمات إجرامية عابرة للحدود.

– حرص منظـمات الإتجار بالأعضاء البشريـة على مد نشاطها عبر الحدود الوطنية خاصة في الدول الفقيرة.

– ظهور عادات إقتصادية غير سليمة أهمها تشجيع المعاملات المشبوهة والإستثمارات سريعة الربح قصيرة الأجل.[78] ص95.

– زعزعة التنمية الإقتصادية والتشكيك في قدرات وشرعية النظام السياسي بما يؤثر على إستقرار الإقتصاد.

– المساس بخطط التنمية والحماية الإجتماعية.

– نشأة إحساس لدى الناس بالخوف وعدم الثقة.

– تشجيع الشباب على الهجرة بعقود وهمية،ما يرتب إزدهار تجارة الأعضاء.

– زيادة الأعباء التي تتحملها الدولة في توفير الرعاية الطبية و الإجتماعية للأشخاص ضحايا الإتجار بالأعضاء البشرية.

2.3.1.1.2 الآثار الإجتماعية للإتجار بالأعضاء البشرية

ينجم عن الإتجار بالأعضاء بالنسبة للمجتمع عدة آثار منها:

- إنتهاك الأصول الشرعية ومخالفة القوانين الوضعية التي تجرم هذا الإتجار.

- إرتفاع معدلات جرائم الخطف وقضايا الإحتيال والنصب، بما يقوض دوام الإستقرار الإجتماعي والأمني، حيث تبين الدراسة الاستقصائية الثالثة للأمم المتحدة بإرتفاع جرائم الخطف .

- إنتشار سوق سوداء لشراء وبيع الأعضاء في المجتمع.

- ظهور تحديات أخلاقية تهدد بإنهيار النظم الصحية في المجتمع خاصة عندما يكتشف المريض سرقة أعضائه خصوصا أثناء الجراحات البسيطة.

- إستحداث بدائل للخلايا الجينية ما يعرف بالإستنساخ، الذي يثير إعتراضات أخلاقية.

- إهدار المبادئ الأساسية حول مفهوم الكرامة الإنسانية،وحق الإنسان في التصرف بالأعضاء.

-إختلاط الأنساب خاصة عندما يتعلق الأمر بنقل الأعضاء التناسلية للمرأة أو الرجل.

- إستغلال النتائج السلبية في عمليات الزراعة لإشاعة فشل هذه العمليات سواء بالنسبة للمتبرع أو المتلقي بما ينعكس على إستمرار التطور العلمي.[75] ص95.

إن ظاهرة الإتجار بالأعضاء هي ظاهرة خطيرة بالنظر إلى مساسها بكرامة الإنسان وكذلك بالصحة البدنية والنفسية للفرد، وهي ذات آثار وخيمة بالنسبة للدول لتأثيرها على مختلف النواحي ورغم هذا فإن حجم هذه الظاهرة يفتقد إلى أرقام بالنظر إلى ما تتميز به هذه الظاهرة من إمكانية إخفاءها بسهولة، وعدم تجرأ الأشخاص على التبليغ سواء كانوا عاديين أو أطباء، خاصة إذا قبضوا الثمن، ولذلك فإن القضاء على هذه الظاهرة يقتضي تجنيد مختلف الجهات والجهود من أجل العمل على توعية الناس بخطورتها عبر وسائل الإعلام وعقد ندوات.

2.1.2 تجريم الإتجار بالأعضاء والأنسجة والخلايا و جمع مواد الجسم

نظم المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها ونظرا للتطور الملحوظ الذي عرفته عمليات نقل وزرع الأعضاء نتيجة لتطور الطب، ظهرت بعض الأفعال التي من شأنها أن تخرج هذه الممارسة عن إطارها المشروع،الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إستحداث مجموعة من المواد التي من شأنها أن تعاقب على أي انتهاك لتلك الشروط والضوابط، وذلك

من خلال تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري عام 2009 في الفصل الخامس مكرر 1 المتعلق بالإتجار بالأعضاء.

لذلك سأتناول في هذا المطلب، جريمة إنتزاع عضو أو خلايا أو أنسجة أو جمع مواد الجسم دون رضا في الفرع الأول أما الفرع الثاني سأخصصه لجريمة الحصول على الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم، وأخيرا الفرع الثالث الأحكام المشتركة بين جرائم الإتجار بالأعضاء.

1.2.1.2جريمة إنتزاع عضو أو خلايا أو أنسجة أو جمع مواد الجسم دون رضا

رغم أن المشرع الجزائري قد أورد الفصل الخامس مكرر1 تحت عنوان الإتجار بالأعضاء، إلا أنه في المضمون ميز بين وقوع الأفعال على العضو بمعناه الدقيق و وقوعها على الأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم، بالنظر إلى أهمية كل منهم في إستمرار جسم الإنسان في أداء وظائفه الطبيعية.

1.1.2.1.2 جريمة إنتزاع عضو دون رضا

تعتبر جريمة إنتزاع عضو دون رضا كبقية الجرائم، لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.

- الركن الشرعي لجريمة إنتزاع عضو دون رضا

الأصل في الأشياء الإباحة، فالإنسان حر في تصرفه شرط أن لا يلحق ضررا بالغير، فالنص القانوني هو إذا مصدر التجريم وهو المعيار الفاصل بين ما هو مباح وما هو منهى عنه تحت طائلة الجزاء، وتبعا لذلك فلا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص شرعي وهذا ما يعرف بمبدأ الشرعية[81] ص84-49.

يعرف الفقهاء الركن الشرعي بأنه "نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل" أو بعبارة أخرى هو" النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها"، إستنادا إلى أن العمل الضار بالمصالح الإجتماعية لا يعتبر جريمة إلا إذا وجد في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له، نصا يتطابق معه ويعطيه صفة عدم المشروعية، وبهذا المعنى فإن نص التجريم يصبح أمرا ضروريا لقيام الجريمة، إذ بإنتفائه تنتفي الجريمة.[82]ص68 .

تجد جريمة إنتزاع عضو دون رضا عدم مشروعيتها في نص المادة 303 مكرر 17 بموجب القانون رقم 09-01 والتي تنص" يعاقب بالحبس من خمسة (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

- الركن المادي لجريمة إنتزاع عضو دون رضا

يتمثل الركن المادي للجريمة إبتداء في سلوك إجرامي معين يتطلبه التشريع مناطا للعقاب فيها كما يتمثل ثانيا في نتيجة ضارة لهذا السلوك قد يتطلبها التشريع شرطا موضوعيا قائما بذاته مطلوبا للعقاب وعندئذ يتطلب بالضرورة رابطة موضوعية ينبغي أن تربط بين النشاط الإجرامي ونتيجته الضارة هي رابطة السببية أي الإسناد المادي.[83] ص228.

- **السلوك الإجرامي:** يعد السلوك الإجرامي من أهم عناصر الركن المادي لأنه يمثل القاسم المشترك بين جميع أنواع الجرائم، سواء تلك التي يكفي لوقوعها إرتكاب السلوك الإجرامي فقط أم تلك التي يلزم لقيامها تحقيق نتيجة إجرامية معينة،إلى جانب السلوك الإجرامي، وسواء كانت تامة أو غير تامة أي وقعت عند حد المحاولة أو الشروع فلا قيام للركن المادي ولا قيام للجريمة إذا تخلف هذا السلوك فالقاعدة "لا جريمة بغير سلوك.[84] ص.309.ويتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في إنتزاع عضو من الأعضاء دون رضا المجني عليه.

الإنتزاع يفترض فيه إستعمال العنف قصد الحصول على الشيء محل الجريمة، ويكون ذلك بمخالفة الشروط المقررة في قانون حماية الصحة وترقيتها،التي تم تحديدها في الفصل الأول،التي إعتبرها المشرع معيارا لمشروعية إنتزاع الأعضاء من الأحياء أو الأموات، ويستوي في ذلك وقوع الفعل على شخص حي أو ميت، ولو كان ذلك قد تم بقصد إنقاذ شخص آخر.

يكفي لقيام المسؤولية الجنائية تخلف أحد القيود أو الشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، ومثال ذلك أن لا يتم تبصير المانح بكافة المخاطر والأضرار التي تكتنف عملية نقل العضو أو أن يستخدم العضو المنقول منه في أغراض غير علاجية على خلاف ما وافق عليه.[1] ص149.

إشترط المشرع الجزائري الكتابة بالنسبة للنقل من الأحياء و إنعدامها دليل على إنعدام الرضا أما بالنسبة للنقل من الأموات فإن المشرع الجزائري لم يشترط شكلية معينة وعلية فإن إنعدام الرضا يمكن إثباته بكافة الطرق.

تعد هذه الجريمة من الجرائم الوقتية حيث يبدأ الفعل وينتهي فورا، كما أنها تعد من الجرائم الإيجابية أو ما يعرف بجرائم الفعل، حيث يتمثل الفعل في إنتزاع عضو من أعضاء إنسان دون رضا.

- النتيجة الإجرامية: إنقسم الفقه إلى إتجاهين في تعريف النتيجة الإجرامية، الأول الإتجاه القانوني الذي يعتبر النتيجة الإجرامية بأنها شرط أو عنصر في كل جريمة ويعرفها على أنها " العدوان الذي

سيصيب حقا أو مصلحة يحميها القانون، وسواء نتج عن هذا العدوان ضررا فعلي يصيب الحق أو المصلحة محل الحماية أو في مجرد تعريض هذا المحل للخطر" أما الإتجاه الثاني وهو الإتجاه المادي الذي يعتبر النتيجة حقيقة مادية لها كيانها في العالم الخارجي، فحسبه "النتيجة هي تغيير يطال العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي"وفقا لهذا المعنى لا تعد النتيجة عنصرا في جميع الجرائم.[84]ص320، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في كثير من نصوصه [82]ص149 وعليه فتتمثل النتيجة الإجرامية في إنتزاع عضو من أعضاء إنسان سواء كان حيا أو ميتا دون مراعاة الشروط القانونية ويقتضي ذلك التوقف على المقصود بالعضو.

تعد الكتابات قليلة جدا التي تصدت للمقصود بالعضو البشري، على نحو دقيق ويعد رجال القانون أنفسهم أكثر إحتياجا من رجال الطب لوضع تعريف محدد ومنضبط للمقصود بالعضو البشري وذلك لما يتيحه مثل هذا التعريف من سهولة ويسر في تكيف المسؤولية الجزائية عن أفعال الإعتداء التي تقع على أحد أعضاء الجسم.[1] ص12.

إذا عرجنا على موقف المشرع الجزائري حول المقصود بالأعضاء، فنجد أنه لم يعرفه لا في قانون حماية الصحة وترقيتها ولا في قانون العقوبات، ولكن ما يمكن أن نلمسه من خلال 264 من قانون العقوبات، أن المشرع عدد أعضاء الإنسان التي درج على إستعمالها كاليد والرجل، وأما من خلال القانون 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات،فأنه ميز بين العضو والأنسجة والخلايا.

صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات تعود وقائع القضية إلى تعرض أحد الأشخاص إلى ضرب أدى إلى إستئصال البنكرياس، رأت غرفة الإتهام أنه يعد من الأجهزة وليس من الأعضاء، فأعادت تكيف الوقائع من جناية الضرب والجرح العمدي إلى جنحة الضرب والجرح العمدي إستنادا إلى نص المادة 264 من قانون العقوبات، لكن المحكمة العليا رأت غير ذلك حيث إعتبرت أن كل جزء من الجسم هو عضو منه وأن البنكرياس هو عضو في الجسم وأن فقدانه يؤدي إلى فقدان التوازن في التركيبة الجسمية فقضت المحكمة العليا بنقض القرار على أساس أن تحديد أهمية البنكرياس هو مسألة تحتاج إلى خبرة طبية.[85].

مايمكن إستخلاصه من هذا القرار أن المحكمة العليا إعتبرت أن كل جزء من جسم الإنسان هو عضو فيه .

نجد أن هناك من التشريعات من عرفت المقصود بالعضو ومن ذلك القانون البريطاني الذي يعد من التشريعات الرائدة التي وضعت تعريفا منضبطا للمقصود بالعضو البشري في القانون الصادر سنة1989 المتعلق بزرع الأعضاء في المادة 7 فقرة 2 التي تنص "يقصد بكلمة عضو في تطبيق

أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي".[1] ص12

- العلاقة السببية: لا يكتمل الركن المادي لجريمة إنتزاع الأعضاء دون رضا بحدوث جرح أو قطع يتخلف عنه عاهة للمجني عليه، بل يجب أن تقوم علاقة سببية بين فعل الإعتداء و النتيجة الإجرامية المتحققة والمتمثلة في إنتزاع عضو دون رضا.[74] ص513.

- الركن المعنوي لجريمة إنتزاع عضو دون رضا

تعد جريمة إنتزاع عضو دون رضا، من الجرائم العمدية ذات القصد المباشر حيث يتمثل القصد الجنائي في هذه الجريمة في توفر العلم والإرادة، فالعلم يقتضى علم الجاني بعناصر الجريمة كما هي محددة في نموذجها، القانوني والمتمثل في نص المادة 303 مكرر 17 السالفة الذكر، وأن تتجه إرادة الجاني إلى تحقيق هذه العناصرأو قبولها، وتتمثل هذه النتيجة في إنتزاع عضو من أعضاء شخص دون موافقته سواء كان حيا أو ميتا.

تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية بالنظر إلى أنها تتكون من عنصرين نفسي ومادي فالعنصر النفسي هو الهدوء والروية اللذان يصاحبان تفكير الجاني في الجريمة قبل الإقدام عليها، أما العنصر المادي أو ما يسمى بالعنصر الزمني فيتمثل في مرور فترة من الزمن بين التفكير في الجريمة وتنفيذها فالعنصر المادي ليس متميزا عن العنصر النفسي إذ أن توفر هذا الأخير يقتضي تحقق الأول.

جريمة إنتزاع عضو دون رضا من الجرائم ذات القصد العام التي يكفي لقيامها توفر العلم و الإرادة القصد الجنائي في هذه الجريمة يجب أن يتوفر وقت السلوك الإجرامي والمتمثل في انتزاع أحد الأعضاء دون موافقة المجني عليه، إلى غاية تحقق النتيجة، وإثباته أمر باطني يضمره الجاني في نفسه ولهذا فإنه يستحيل إثباته بطريق مباشر،وسبيل المحكمة إلى معرفته والتأكد من توفره هو الاستدلال عليه من المظاهر الخارجية التي تكشف عنه وتظهره،ويستعين القاضي في هذا الخصوص بالأفعال التي صدرت عن الجاني والظروف الخارجية التي أحاطت بها.

القصد الجنائي مسألة موضوعية بحتة تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع، وفي مجال هذه الجريمة يتمثل القصد الجنائي في انتزاع عضو من الأعضاء دون موافقة المجني عليه،وقد سبق التطرق إلى الشروط التي من شأنها أن تبيح هذه العملية، فتخلف أي شرط يقيم المسؤولية الجنائية لمرتكبه.[84]ص421.

- العقوبة المقررة لجريمة إنتزاع عضو دون رضا

لقد أحاط المشرع الجزائري الجسم البشري بحماية جنائية خاصة من خلال تجريمه المساس بالكيان الجسدي للشخص حيا كان أو ميتا إذا تم ذلك لأسباب غير شرعية ومخالفة للنصوص القانونية السارية المفعول.

لا يكفي الحصول على رضاء المتبرع للقول بشرعية عملية الاقتطاع، بل يجب أن تكون الموافقة صحيحة ومقبولة قانونا.[86] ص449.

لذلك جرم المشرع الجزائري كل إنتزاع لعضو من الأعضاء دون الحصول على الموافقة المقررة في قانون حماية الصحة وترقيتها، وأخضع كل شخص يقوم بهذا العمل إلى عقوبة جزائية بموجب المادة 303 مكرر17 تتمثل في الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى1.000.000 دج، سواء تم إنتزاع العضو من شخص حي أو ميت.

الملاحظ أن المشرع الجزائري إعتبر إنتزاع عضو من الأعضاء جنحة رغم إقراره لعقوبة تجاوزت الحد الأقصى المقرر للجنح، وقد ساوى في العقوبة بين النزع من الحي أو الميت، إلا أنه من الناحية الواقعية فإن الأمر لا يستقيم فالآثار المترتبة على الإنتزاع من الأحياء أخطر من الإنتزاع من الأموات لأن معانات الحي تستمر خاصة في ظل إنعدام الرعاية الصحية اللاحقة لعملية الإنتزاع.

تنص المادة 265على مايلي"... وتكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة إذا أدت أعمال العنف إلى فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى ".

الملاحظ أن المشرع الجزائري إعتبر من يقوم بأعمال عنف يتسبب من خلالها في فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصرأو فقدان إبصار إحدى العينين جناية،بينما إعتبر من ينتزع عضو من الأعضاء دون الموافقة المقررة قانونا جنحة، رغم أن الجاني عند قيامه بالأفعال الواردة في نص المادة 265 من ق ع يريد الفعل والنتيجة هي أثر حتمي لفعله، بينما الجاني عند قيامه بإنتزاع أعضاء المجني عليه فإنه يريد الفعل و النتيجة معا، مع ذلك إعتبرها المشرع الجزائري جنحة إلا في حالات محددة سنتطرق إليها لاحقا.

يلاحظ أن العقوبة المقررة لا تتناسب مع الخطورة الإجرامية للفعل، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يترك للقاضي السلطة التقديرية، فقد حدد عقوبة واحدة وهي الحبس 7 سنوات وغرامة 100 ألف أورو، سواء وقع الفعل على شخص راشد أوقاصر على أن يقع هذا الفعل على الأحياء حسب المادة 3-511 من قانون العقوبات.[87] فالمشرع الفرنسي ساوى بين جميع الأعضاء وجميع

الأشخاص،فعدم توفر الرضاء طبقا لقانون الصحة العامة يثبت قيام الجريمة، وإن إعتبر المشرع الفرنسي إنتزاع عضو من الأعضاء دون الموافقة المقررة قانونا جنحة فلأن قيام هذه الجريمة تقع أكثر بالنسبة للدول المتخلفة وتكون الدول المتقدمة عادة هي الطرف المستفيد من هذه الأعضاء.

2.2.2.1.2 جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم دون رضا

جسم الإنسان لا يتكون من الأعضاء بمعناها الدقيق، وإنما يتكون كذلك من أنسجة وخلايا، لذلك المشرع الجزائري قد ميز بين وقوع الإنتزاع على عضو بمعناه الدقيق حيث رصد له عقوبة أشد بالمقارنة مع وقوع الجريمة على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم، لذلك سأتناول أركان هذه الجريمة.

- الركن الشرعي لجريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم دون رضا

تجد جريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص دون الموافقة المقررة قانونا عدم مشروعيتها في نص المادة 303 مكرر19 التي نصت على "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من مواد جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم إنتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

- الركن المادي لجريمة إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم دون رضا

يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة في إنتزاع أنسجة أو خلايا، أو جمع مواد من الجسم سواء وقعت الأفعال على شخص حي أو ميت، ويكون ذلك بمخالفة التشريع المنظم لها.

إعتبرتها بعض التشريعات من المشتقات وعرفتها بالمفهوم المخالف لتعريف العضو بأنها تشمل كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على إستئصالها فقدانها للأبد بل يمكن للجسم إستبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه، دونما الحاجة إلى زراعتها ومن ذلك الدم ومشتقاته، اللعاب، السائل المنوي والهرمونات.[1]ص13.

نظم المشرع الجزائري التلقيح الإصطناعي بموجب المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري[89] حيث تضمنت مجموعة من الشروط تتمثل أساسا في أن يكون الزواج شرعيا وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وأن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما،

كما إشترط عدم اللجوء إلى الأم البديلة، حيث أن الهدف من خلال هذه العملية هو معالجة العقم لذلك هل تدخل هذه المادة ضمن نص التجريم هذا؟

المشرع الجزائري نظم عمليات نقل وزرع الأعضاء في قانون حماية الصحة وترقيتها حيث يقصد بالتشريع الساري المفعول القانون السالف الذكر، وعليه لا يمكن إدراج المادة السالفة الذكر ضمن نص المادة 303 مكرر 19.

لذلك يتعين على المشرع الجزائري تنظيم هذه المسألة في قانون حماية الصحة وترقيتها وفق الشروط الواردة في المادة 45 من قانون الأسرة، ويضاف إليها شرط الكتابة مع تخصيص مؤسسات إستشفائية لهذا الغرض، وكل ذلك تحت طائلة عقوبة جزائية تتناسب مع الجريمة.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إطلاقا إلى الخلايا في قانون حماية الصحة وترقيتها، على العكس من ذلك نجد المشرع الفرنسي قد نظمها في قانون الصحة العامة كما حدد الغرض من نقلها الذي لا يكون علاجيا فقط وذلك حسب المادة1-1241منه

(Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte de humain sur une personne vivante en vue de don ne peut être opéré que dans un produits du corps but thérapeutique ou scientifique ou de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ou de contrôle de qualité des analyses de biologie médicale ou dans le cadre des expertises et des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain....)

<u>- الركن المعنوي لجريمة إنتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون رضا</u>

إن الجريمة المنصوص عليها بموجب المادة 303 مكرر19 هي من الجرائم العمدية التي تتطلب توفر العلم والإرادة، حيث تتجه إرادة الجاني إلى إنتزاع خلايا أو أنسجة أو جمع أي مادة من مواد الجسم دون رضا، مع علمه بوقوع فعله مخالفا للقانون المنظم له ويستوي الأمر بين وقوع هذا الفعل على شخص حي أو ميت.

<u>- العقوبة المقررة لجريمة إنتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون رضا</u>

أقر المشرع الجزائري لهذه الجريمة عقوبة الحبس من سنة إلى خمسة سنوات وغرامة مالية من 100.000دج إلى500.000 دج، إذا قام الجاني بإنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو ميت دون رضا حسب المادة 303 مكرر19 من قانون العقوبات.

الملاحظ على هذه الجريمة أن المشرع الجزائري إعتبرها جنحة، سواء وقع فعل الإنتزاع على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مادة من مواد الجسم، دون إحترام التشريع الساري المفعول، والمشرع لم يفرق بين وقوع الفعل على شخص حي أو ميت.

بينما نجد المشرع الفرنسي قد رصد عقوبة الحبس مدة 5 سنوات وغرامة تقدر ب75.000 أورو لإنتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مادة من مواد الجسم بدون رضا إذا وقعت الأفعال على شخص راشد، وذلك طبقا لنص المادة 5-511 من قانون العقوبات الفرنسي، بينما رصد نفس العقوبة الواردة في نص المادة 3-511 إذا تم إنتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم من القصر أو الأشخاص البالغين الخاضعين للحماية القانونية.

2. 2.1.2 جريمة الحصول على الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم

لم تدخر المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية جهدا في إصدار القرارات والتوصيات التي تؤكد على ضرورة المحافظة على كرامة الإنسان، وحرمة كيانه الجسدي في عمليات نقل الأعضاء والتصرف بها، وذلك من خلال إضفاء صبغة العمل الخيري على هذه الممارسة والمناداة بضرورة درأ أي شبهة إتجار بها.

لذلك فقد تواترت إدانة هذه المنظمات والهيئات لفكرة وجود المقابل المادي في عمليات نقل وزرع الأعضاء، والتوصية بحظر أي إعلانات تنطوي على صبغة تجارية تدعوا إلى التبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم.

لذلك رأى المشرع الجزائري خطورة المقابل المادي الذي سيخرج هذه الممارسة على هدفها الإنساني البحت والذي سيجعل الصحة العامة محلا للشيوع، لذلك جرم الحصول على الأعضاء والأنسجة والخلايا و جمع مواد الجسم.

لذلك سأتطرق أولا لجريمة الحصول على الأعضاء ثم ثانيا جريمة الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم.

1.2.2.1.2 جريمة الحصول على الأعضاء

تتطلب هذه الجريمة كغيرها من الجرائم مجموعة من الأركان التي تشكل وجودها في العالم الخارجي، التي سأتطرق إليها تباعا.

- الركن الشرعي لجريمة الحصول على الأعضاء

يعد الركن الشرعي من أهم أركان الجريمة، الذي لولا وجوده فإن الفعل يصبح مباحا، رغم أن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها أورد نص يقضي بمجانية التبرع بالأعضاء، إلا أنه لم يجرم الحصول على الأعضاء لقاء مقابل إلا بعد تعديل قانون العقوبات، وذلك بموجب المادة 303 مكرر 16 التي تنص "يعاقب بالحبس من ثلاثة سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ".

- الركن المادي لجريمة الحصول على الأعضاء

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة، في سلوك إجرامي يتمثل في الحصول على عضو من الأعضاء مقابل منفعة مادية أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها، والمنفعة أو المزية هي تلك العطية أو المنحة التي تكون مقابل السلوك الإجرامي فقد تكون المنفعة مالية في شكل نقود، أو كل ما يقيم بالنقود كمصوغ أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، فقد تكون شيكا أو كمبيالة أو إعتماد مالي لمصلحة الجاني، أو سداد لدين وقد تكون ذات طبيعة معنوية كحصول الجاني على ترقية أو إعارته شيء يستفيد منه وقد تكون المنفعة غير مشروعة.[90]ص85،عادة ما يكون المقابل هو الحصول على مبلغ مالي أو الوعد بالحصول على وظيفة أو الحصول على تأشيرة إلى دولة معينة.

الحصول على الأعضاء قد يتم بإرادة المجني عليه الكاملة أو قد تكون إرادته ناقصة متى إستعمل الجاني الحيلة لإقناع الضحية أو إستعمل العنف والإكراه، كما أنه قد تتخذ الجريمة التوسط قصد تسهيل أو تشجيع الحصول على الأعضاء دون رضا، فالتوسط يقصد به إستدراج أشخاص أو السعي إلى تقريب وجهات النظر أو القيام بالجمع بين أشخاص في حاجة إلى أعضاء بشرية وأشخاص تتاجر فيها أوتعرضها للبيع، وتقتضي الوساطة الإعتياد بل الإحتراف.[90]ص117 سواء تلقى الفاعل مقابل أو كان ذلك بدون مقابل.

- الركن المعنوي لجريمة الحصول على الأعضاء

تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية ذات القصد المباشر حيث تتمثل في علم وإرادة الجاني لعناصر الجريمة الواردة في المادة 303 مكرر 16، فمن خلالها يهدف الجاني إلى الحصول على عضو من أعضاء المجني عليه مقابل منفعة مادية مهما كانت طبيعتها أو أية منفعة أخرى، و حتى التوسط من أجل تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من الأعضاء ولو كان ذلك بدون مقابل.

- العقوبة المقررة لجريمة الحصول على الأعضاء

أقر المشرع الجزائري لجريمة الحصول على عضو من الأعضاء أو التوسط من أجل تسهيل أو تشجيع الحصول عليها عقوبة تتمثل في الحبس من 3 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 300.000 دج إلى 1000.000 دج.

بينما نجد المشرع الفرنسي رصد عقوبة الحبس لمدة 7 سنوات وغرامة 100.000 أورو وهي عقوبة ذات حد وحيد وهو بذلك ساوى بين جميع الأعضاء و الأشخاص، كما أنه جـــرم الحصول على الأعضاء من الخارج 2-511 من قانون العقوبات الفرنسي وهذا النص ليس له نـــص مماثل في القانون الجزائري.

2.2.2.1.2 جريمة الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم

تعد هذه الجريمة من الجرائم التي يتصور وقوعها خروجا عن الإطار المشروع لها فقد جرمها المشرع الجزائري و هي كبقية الجرائم تتطلب أركان لقيامها وهي كآتي:

- الركن الشرعي لجريمة الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم

جريمة الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم، تعد من الجرائم الواردة في قانون العقوبات بموجب المادة 303 مكرر 18، التي تنص على "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من قام بإنتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص" .

- الركن المادي لجريمة الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم

يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة في إنتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص لقاء مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وقد سبق التطرق إلى المقصود بالمنفعة.

كذلك بالنسبة لمن يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم سواء بمقابل أو بدون مقابل.

- الركن المعنوي لجريمة الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم

تعد جريمة الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من الجسم من أجل بيعها، وكذلك التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول عليها، من الجرائم العمدية، ذات القصد العام حيث تتجه إرادة الجاني إلى إنتزاع أنسجة أوخلايا أو مادة من مواد الجسم.

كما عاقب المشرع كذلك على التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على الخلايا و الأنسجة وجمع مواد الجسم مع علم الجاني بمخالفتها للتشريع الساري المفعول، والتوسط قد يكون بمقابل مالي أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها، وقد يكون بدون مقابل.

- العقوبة المقررة لجريمة الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم

أراد المشرع من خلال هذه العقوبة إمتداد حماية جسم الإنسان إلى الخلايا والأنسجة وإلى جمع مواد الجسم التي يستهدف الجاني الحصول عليها لقاء مبلغ مالي أو أي منفعة مهما كانت طبيعتها طبقا لنص المادة 303 مكرر 18 بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

يعاقب كذلك بنفس العقوبة من توسط من أجل تشجيع أو تسهيل الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم.

إن المشرع الجزائري إعتبر من يحصل على عضو أو خلية أونسيج لقاء أي مقابل أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها جنحة لكنه شدد في العقوبة إذا وقع هذا فعل على الأعضاء بمعناها الدقيق كما أنه عاقب من يشجع ويسهل إرتكاب تلك الجرائم بنفس العقوبة.

المشرع ساوى بين الحصول على العضو أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم من شخص حي أو ميت.

3.2.1.2 الأحكام المشتركة بين جرائم الإتجار بالأعضاء

إن الخطورة التي تتميز بها بعض الجرائم وكذلك بالنظر إلى طبيعتها فإن المشرع لايكتفي أحيانا بإقرار العقوبات الأصلية فقط، وإنما قد يعطي للقاضي السلطة التقديرية لتطبيق بعض العقوبات التكميلية بما يتناسب مع طبيعة الجريمة، كما أن المشرع قد يعاقب على مجرد السلوك إذا خاب لكن

بسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه، لأن ذلك السلوك ينم عن خطورة إجرامية لدى الجاني، كما أنه قد تمنع تلك الخطورة الجاني من الإستفادة من بعض الإمتيازات.

لذلك سأخصص هذا الفرع للعقوبات التكميلية أولا، ثم الشروع فيها ثانيا ثم تطبيق الفترة الأمنية ثالثا.

1.3.2.1.2 تطبيق العقوبات التكميلية

تعتبر العقوبات التكميلية كجزاء تفرضه السلطة القضائية وذلك بالموازاة مع الحكم بالعقوبة الأصلية إذ لايمكن الحكم بالأولى دون الحكم بالثانية، تنص المادة 303 مكرر 22 على مايلي" تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لإرتكابه جريمة منصوص عليها في هذا القسم بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 مكررمن هذا القانون".

تناولنا سابقا مختلف الجرائم المتعلقة بالإتجار بالأعضاء ورصد المشرع لها جملة من العقوبات التي رغم إختلافها في المدة إلا أنها إتفقت في الوصف، بالإضافة إلى تلك العقوبات ، فإن المشرع منح للقاضي سلطة تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية التي نصت عليها المادة 9من قانون العقوبات،وتتمثل هذه العقوبات في الآتي:

* الحجر القانوني:عرفته المادة 9 مكرر بأنه حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تطبيق العقوبات الأصلية، ويتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي.

* الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية والعائلية: أوردتها المادة 9 مكرر 1 هذه الحقوق وهي:

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف و المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.
- الحرمان من حق الإنتخاب ومن حمل الأوسمة.
- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا أو خبير أو شاهدا على أي عقد،أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الإستدلال.

* تحديد الإقامة: حسب نص المادة 11 من ق ع يقصد بها إلزام المحكوم عليه بالإقامة في نطاق إقليمي معين لمدة 5 سنوات، يبدأ تنفيذها من يوم إنقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، ويمكن لوزارة الداخلية أن ترخص له بالإنتقال خارج المنطقة المنصوص عليها.

يعاقب الشخص الذي يخالف تدابير الإقامة بالحبس من 3 أشهرإلى3 سنوات وبغرامة من 25.000 إلى 300.000 دج.

* المنع من الإقامة: تطبق على الأجنبي في حالة إرتكابه لجناية أوجنحة، وتكون إما نهائيا و لمدة 10 سنوات على الأكثر،حيث يوقف تنفيذ هذه العقوبة طوال آجال العقوبة السالبة للحرية،وتستأنف من يوم إنقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، يترتب على الحكم بها إقتياد المحكوم عليه مباشرة إلى الحدود،أو بعد إنقضاء عقوبة الحبس أو السجن.

العقوبة التكميلية قد تكون إجبارية أو إختيارية وهذا ما نصت عليه المادة 4من ق ع، وبالنسبة لعقوبة المنع من الإقامة فهي إجبارية بالنسبة لهذه الجرائم وهذا مانصت عليه المادة 303 مكرر 23 من ق ع "تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10سنوات على الأكثر".

يترتب على ثبوت إحدى الجرائم السالفة الذكر،الحكم إجباريا على الأجنبي بالمنع من الإقامة إما إما نهائيا أو لمدة 10سنوات، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي حسب خطورة الجريمة.

* المصادرة الجزئية للأموال: حسب المادة 15 مكرر1 من ق ع هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة من أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الإقتضاء وتستثنى من ذلك بعض الأموال، حيث تأمر المحكمة بمصادرة الأشياء التي إستعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أوالتي تحصلت منها،مع مراعاة الغير حسن النية ، وهم الأشخاص الذين لم يكونوا محل متابعة أو إدانة من أجل الوقائع التي أدت إلى المصادرة ولديهم سند ملكية أو حيازة صحيحة ومشروعة على الأشياء القابلة للمصادرة، حسب المادة 15مكرر2 من قانون العقوبات

تعتبرهذه العقوبة إجبارية بالنسبة للجرائم السالفة الذكر، حيث نصت المادة 303 مكرر 28 "تأمر الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في إرتكابها و الأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية " و عليه فإن المصادرة تعتبر عقوبة تكميلية أصلية بالنسبة لهذه الجرائم .

* المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط: يجوز الحكم على الشخص المدان لإرتكاب جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط إذا كانت له صلة مباشرة بالجريمة المرتكبة، أو أن ثمة خطر في إستمرار ممارستها، و مدة المنع لا تتجاوز 10 سنوات إذا تعلق الأمر بجناية و 5 سنوات في حالة الإدانة بجنحة، وهذه العقوبة لا تتناسب مع طبيعة هذه الجرائم بالنظر إلى خطورة هذه الجرائم.

* إغلاق المؤسسة: إذا تعلق الأمر بجناية فإن الغلق يكون إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن 10 سنوات، أما إذا تعلق الأمر بجنحة فإن العقوبة هي 5 سنوات، ويمكن أن يأمر بالنفاذ المعجل لهذه

العقوبة، بالموازاة مع ذلك فإنه يمنع المحكوم عليه من أن يمارس النشاط الذي إرتكبت الجريمة بمناسبته حسب المادة 16مكرر1 من ق ع.

* الإقصاء من الصفقات العمومية: يترتب عليها منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية، إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات إذا تعلق الأمر بجناية، أو لمدة 5 سنوات إذا تعلق الأمر بجنحة، ويمكن أن يأمر بالنفاذ المعجل حسب المادة 16 مكرر2.

* الحظر من إصدار الشيكات: حيث يحظر على المحكوم عليه إصدار الشيكات أو بطاقات الدفع و إلزام المحكوم عليه بإرجاع الدفاتر والبطاقات التي بحوزته أو التي عند وكلائه إلى المؤسسة المصرفية المصدرة لها، ومدة الحظر لا تتجاوز 10 سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جناية، و5 سنوات لإرتكاب جنحة، ويمكن أن يأمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذه العقوبة، في حالة تجاوز الحظر فأن العقوبة هي من سنة إلى 5 سنوات دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 374 و هذا ما نصت عليه المادة 16 مكرر3 من ق ع.

* تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة وتطبق هذه العقوبة دون الإخلال بالتدابير المنصوص عليها في قانون المرور وهذه العقوبة لا تتجاوز مدة 5 سنوات سواء تعلق الأمر بجنحة أو جناية، كما يجوز أن يأمر بالنفاذ المعجل ويبلغ الحكم إلى المصالح الإدارية المختصة، حسب المادة 16 مكرر 4.

* سحب جواز السفر: تقوم الجهة القضائية بسحب جواز السفر لمدة لا تزيد عن 5 سنوات في حالة الإدانة بجنحة أو جناية، تطبق من تاريخ النطق بالحكم كما يمكن أن يأمر بالنفاذ المعجل لهذا الإجراء على أن يبلغ الحكم إلى وزارة الداخلية وذلك طبقا لنص المادة16 مكرر5.

* نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة: يطبق في الحالات التي يقررها القانون و يتضمن النشر إما الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يتم تعينها، أو في الأماكن التي يتم تحديدها، وكل ذلك على نفقة المحكوم عليه على أن لا تتجاوز مدة النشر شهرا واحدا، وفي حالة إتلاف أو إخفاء أو تمزيق المعلقات فإنه يحكم على الفاعل بعقوبة 3 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 25.000 دج إلى200.000 دج، كما يأمر بتعليق الحكم على نفقة الفاعل.

يترتب على خرق العقوبات المتمثلة في الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية وإغلاق المؤسسة، وكذلك المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط والإقصاء من الصفقات العمومية وتعليق أوسحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة، وسحب جواز السفر بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 25.000 دج إلى 300.000 دج.

تعتبر المصادرة والمنع من الإقامة من العقوبات التكميلية الإجبارية بالنسبة للجرائم الواردة في القسم الخامس مكرر1 ،أما بقية العقوبات فهي إختيارية وللقاضي أن يختار عقوبة أو أكثر منها بما يتناسب مع طبيعة الجريمة.

2.3.2.1.2 الشروع في الجريمة

إذا تحقق الركن المادي على النحو الذي يتطلبه القانون كنا بصدد جريمة تامة،أما إذا وقع الركن المادي ناقصا، بمعنى تخلفت النتيجة نكون أمام شروع في الجريمة، ويكون وقف التنفيذ راجع إلى سبب لا دخل لإرادة المجرم فيه، فالعدول عن الجريمة إذا كان إضطراريا لسبب مستقل عن إرادة الفاعل فإنه يعد شروعا في الجريمة، و بالتالي لا تنعدم المسؤولية عنه، أما إذا كان هذا التنفيذ قد توقف في وقت سابق على إرتكاب الجريمة من جهة و بسبب يرجع إلى إرادة الفاعل من جهة أخرى فلا تقوم مسؤولية الفاعل.

يطبق الشروع في الجناية مهما كانت طبيعتها، أما الجنح فبنص وبالنسبة للمخالفات فلا شروع فيها 31 ق ع، فقد نصت المادة 303 مكرر27 من ق ع" يعاقب على الشروع في إرتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة ".

الشروع الموجب للمسؤولية يتطلب أن تكون الجريمة من الجرائم المادية لا الشكلية حيث ينطبق وصف القانون على الشروع بأنه بدء في تنفيذ فعل بقصد إرتكاب جناية أو جنحة إذا وقعت وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادة الفاعل فيها، فجرائم النتيجة وحدها هي التي يتصور إعمال نظرية الشروع فيها لأنها يمكن أن يحاول الجاني دون أن يحقق نتيجته الإجرامية.

كما أن الشروع يتطلب أن تكون الجريمة من الجرائم القصدية هو أمر يفرضه منطق الشروع ذاته بإعتباره السبب لبلوغ نتيجة جرميه معينة، إذا أوقف تنفيذ المحاولة أو أخفق في إدراك النتيجة، وهذا ما لا يتصور إلا إذا كان القصد الجرمي لدى الفاعل ثابتا فإذا كانت إرادة المجرم لم تتجه إلى إحداث نتيجة جرمية معينة فلا محل للشروع، وبالنسبة للجرائم السالفة الذكر فإنها من الجرائم العمدية و وهي الجرائم التي يتطلب نموذجها القانوني نشاطا إيجابيا،أما بالنسبة للجرائم السلبية فلا يتصور وقوع الشروع فيها لأن السلوك إما أن يقع من الجاني فتقوم الجريمة تامة أولا يقع فلا تنسب الجريمة إليه مطلقا [91] ص 177- 178مثل جريمة عدم الإبلاغ عن الإتجار فإما أن تقع الجريمة أو لا تقع فلا يتصور الشروع فيها.

قد يعدل الجاني عن إرتكاب هذه الجرائم، إلا أنه قد يحدث جروحا بالمجني عليه ففي هذه الحالة تقوم جريمة أخرى في مواجهته وهي مستقلة عن الأفعال السابقة وهي جريمة الجرح العمدي وهي من

الجرائم العمدية، وعليه فإن الشروع في الجرائم السالفة الذكر معاقب عليه بالعقوبة المقررة للجريمة التامة.

3.3.2.1.2 تطبيق الفترة الأمنية

إن تطبيق العقوبة يستهدف منه المشرع ليس الإنتقام من المحكوم عليه بقدر ما يستهدف تحقيق الردع سواء كان عاما أو خاصا لذلك فإن المشرع من خلال قانون السجون وإعادة إدماج المحبوسين [92] منح المسجون الحق للإستفادة من بعض التدابير والتي تتمثل في الوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة والإستفادة من إجازات الخروج أو الحرية النصفية أو الإفراج المشروط، وترتبط هذه التدابير إرتباطا وثيقا بطبيعة الجريمة المرتكبة، وكذلك بشخصية المجرم، كما ترتبط بمدة العقوبة، إلا أن هناك بعض الجرائم إستثنى المشرع تطبيق هذه التدابيرعليها من ذلك جرائم الإتجار بالأعضاء، وهو ما يعرف بالفترة الأمنية طبقا لنص المادة 303 مكرر29 " تطبق أحكام المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم ".

طبقا لنص المادة 60 من قانون العقوبات فإن الشخص الذي يرتكب إحدى هذه الجرائم فإنه لا يستفيد من هذه التدابير لمدة معينة وهي مرتبطة إرتباطا وثيقا بمدة العقوبة، فإذا حكم على الجاني بعقوبة مدتها تساوي أو تزيد عن 10 سنوات فإن مدة الفترة الأمنية تساوي نصف العقوبة المحكوم بها كما يجوز لجهة الحكم أن ترفعها إلى ثلثي العقوبة ، أما إذا قضى الحكم بالسجن المؤبد فإن مدتها تساوي 15 سنة ، والتي يمكن أن ترفع إلى 20 سنة، كما لها أن تقرر تقليص هذه الفترة، هذا في حالة إذا ما نص القانون صراحة على تطبيق الفترة الأمنية، كما هو الحال بالنسبة لهذه الجرائم.

قد لا ينص المشرع صراحة على تطبيق الفترة الأمنية، فالمشرع منح للقاضي في حالة حكمه بعقوبة سالبة للحرية مدتها تساوي أو تزيد عن 5 سنوات أن يحدد الفترة الأمنية حيث يجب أن لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها، و من خلالها لا يمكن للمحكوم عليه أن يستفيد من أي تدبير من التدابير السابقة ، ويجب أن لا تتجاوز 20 سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد.

3.1.2 الظروف المؤثرة في عقوبة الإتجار بالأعضاء

إن العقوبات التي نص عليها المشرع الجزائري بموجب المواد 303 مكرر 18 المادة 303 مكرر19،هي العقوبات المقررة للجريمة في صورتها البسيطة، إلا أن هذه الجرائم قد تقترن بظروف معينة تؤدي إلى الإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها وذلك بالنزول بها إلى حدها الأدنى المبين في النص الواجب التطبيق.

كما أنه قد تقترن الواقعة الجرمية بظروف غير عادية توجب تشديد العقاب عن الجاني وتستدعي رفع العقوبة عن حدها الأقصى الوارد في النص الواجب التطبيق وهذا ما يشكل أسباب تشديد العقوبة وهذا ما سأتناوله تباعا في ثلاثة فروع،الفرع الأول الأعذار القانونية، الفرع الثاني الظروف المخففة أخيرا الظروف المشددة في الفرع الثالث.

1.3.1.2الأعذار القانونية

الأعذار القانونية هي الأعذار الواردة في القانون حصرا، وتوجب الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها في حال توافر شروطها دون أن تلغي الجريمة بحد ذاتها، وهي على نوعين الأعذار المعفية أو المحلة والأعذار المخففة، وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون العقوبات "الأعذار هي حالات محدد في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة.

ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفى عنه"، إذن الأعذار القانونية تنقسم إلى أعذار معفية وأخرى مخففة.

1.1.3.1.2 الأعذار المعفية

الأعذار المعفية تعفي الفاعل من العقاب، وبذلك فهي تلتقي مع موانع العقاب في هذا الإتجاه وتختلف عنها كون الأولى لا تمنع من تطبيق تدابير الأمن، أما الثانية فلا تتضمن هذا الحكم بإستثناء حالة الجنون، إضافة إلى أن موانع العقاب يمكن المطالبة بها في مرحلة التحقيق الإبتدائي أما تقدير العذر المعفي فيرجع إلى محكمة الموضوع.

يقتصر أثر العذر المعفي على من توفر لديه دون باقي الشركاء في الجريمة، وهذا ما يتوافق مع موانع العقاب أيضا، ولكن يختلف عن أسباب التبرير التي يستفيد منها كل المساهمين في الجريمة.[93]ص117.

حددت المادة 303 مكرر 24 فقرة 1 حالات يعفي فيها الشخص من العقاب وهي الحالة التي يقوم فيها الشخص بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، لأن الجريمة عادة ما تمر بثلاثة مراحل تبدأ بمرحلة التفكير والعزم ومرحلة التحضير للجريمة ثم مرحلة الشروع فيها، وهذه المرحلة هي التي تنصرف فيها إرادة الجاني إلى تنفيذ الجريمة فعلا، فإذا أبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عنها فإنه يعفى من العقوبة، ولكن يمكن أن تطبق عليه تدبير من تدابير الأمن.

إن إقرار هذه الأعذار تعود لإعتبارات عديدة قدرها المشرع في نطاق السياسة العقابية الرامية إلى مكافحة الجرائم أو الكشف عنها أو الوقاية منها، فمن منطلق تشجيع الكشف عن بعض الجرائم الخطيرة والتي يصعب في كثير من الأحيان كشف عناصرها والتثبت منها.[93]ص 118-119 كجريمة الإتجار بالأعضاء، بالموازاة مع ذلك فإن المشرع قد عاقب كل من يعلم بإرتكاب هذه الجريمة ولم يبلغ السلطات المختصة بذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة 100.000 دج إلى 500.000 دج ويعفى من ذلك أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة، فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوزن سنهم 13 سنة طبقا لنص المادة 303 مكرر 25.[94] ففي هذه الحالة لا يستثنى أي شخص.

2.1.3.1.2 الأعذار المخففة

يقصد بها الأعذار التي يقتصر تأثيرها على تخفيف العقاب دون الإعفاء منه، وإذا توفر العذر المخفف فعلى القاضي أن ينزل بالعقوبة وجوبا إلى الحدود التي نص عليها القانون وله بعد ذلك أن يستعمل سلطته التقديرية لتحديد العقوبة ضمن الحدين اللذين أوجب القانون الأخذ بهما أما الأعذار المخففة الخاصة فهي التي تتعلق بجريمة محددة.[86]ص 122 كجريمة الإتـجار بالأعضاء يمكن أن تخـفض العقوبة إلى النصـف إذا تم الإبلاغ بعد الإنتـهاء من تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية وتبع ذلك إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة، وهذا ما نصت عليه المادة 303 مكرر24 فقرة 2.

2.3.1.2 الظروف القضائية المخففة

الأسباب المخففة هي ظروف قضائية تجير للقاضي النزول بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر في نص الجريمة فهي على خلاف الأعذار المخففة متروكة لتقدير القاضي، يجنح إليها كلما رأى أن العقوبة شديدة بالنسبة للحادث أو أن المجرم يستحق الرأفة، ومن أجل ذلك تسمى بالظروف المخففة أو الأسباب التقديرية المخففة.

تستخلص هذه الظروف من الدعوى، ولا يلزم القانون القاضي في الأصل بتعليل قراره بمنح الظروف المخففة،[66]ص85 وقد نصت عليها المادة 53 من ق ع و إعمالا للسلطة التقديرية للقاضي يمكن أن ينزل القاضي بالعقوبة إلى الحدود التالية:

1.2.3.1.2 الظروف القضائية المخففة المتعلقة بالجنايات.

لقد تعددت المعايير التي أخذ بها المشرع للتخفيف من عقوبة الجنايات على النحو الآتي:

- أجاز المشرع للقاضي النزول بالعقوبة إلى عشر سنوات سجنا إذا كانت العقوبة الأصلية هي الإعدام ويعني ذلك أن المشرع جعل الحد الأدنى للعقوبة عند توافر الظروف المخففة 10 سنوات، دون أن يحرم القاضي من سلطته التقديرية بحيث تصبح العقوبة المقررة عندئذ تتراوح بين الإعدام و 10 سنوات سجنا فله أن يحكم بالمؤبد أو بالسجن المؤقت لمدة حدها الأدنى 10 سنوات فلا يجوز أن يهبط عن هذا الحد.

- أجاز المشرع للقاضي أن يهبط بعقوبة الجناية المعاقب عليها بالمؤبد إلى خمس سنوات سجنا، وهكذا يكون للقاضي سلطة تقديرية يمتد نطاقها بين عقوبة السجن المؤبد وخمس سنوات سجنا بشرط أن لا يهبط عن هذا الحد.

- أجاز المشرع للقاضي عند توافر الظروف المخففة أن يهبط بعقوبة الجناية التي يعاقب عليها بالسجن المؤقت إلى ثلاث سنوات.

1.2.3.1.2 الظروف القضائية المخففة المتعلقة جنح ومخالفات

يجيز القانون للقاضي أن يستبدل الحبس أو الغرامة المحكوم بها على الشخص الطبيعي الغير مسبوق قضائيا بالظروف المخففة المتمثلة في تخفيض عقوبة الحبس إلى شهرين والغرامة إلى20.000 دج كما يمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين،على أن لا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة.

يجوز إستبدال عقوبة الحبس إذا كانت هي وحدها المقررة بغرامة يحكم بها القاضي تتراوح بين 20.000 دج كحد أدنى و 500.000 دج كحد أقصى، أما بالنسبة للمخالفات فإن العقوبات المقررة لا يجوز تخفيضها عن حدها الأدنى المقرر للجريمة.

تقوم الأسباب المخففة على مبدأ تفريد العقاب، بحيث يتاح للقاضي تقدير العقوبة الملائمة لكل مدعى عليه على حدة تبعا لحالته ولظروف الجريمة، فثمة عقوبات ثابتة ذات حد واحد كالإعدام أو المؤبد ولا سبيل للقاضي لتخفيفها حين تتضح قسوتها مما أدى إلى الإعتراف للقاضي بحقه في منح الأسباب المخففة وهذا لا يعني أنها من حق الفرد، وإنما تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وقد تكون العقوبة ذات حدين أدنى وأقصى، وتستدعي ظروف الجاني النزول بالعقوبة عن حدها الأدنى، فتكون الوسيلة إلى التخفيف هي الأسباب التقديرية.[66]ص488.

لكن نظرا لخطورة الأفعال التي يمكن أن يقوم بها الأشخاص في إطار الإتجار بالأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة أو مواد الجسم، فإن المشرع إستبعد تطبيق الظروف المخففة التي جاءت بها المادة 53 السالفة الذكر وما يليها، و ذلك من خلال نص المادة 303 مكرر 21 " لا يستفيد الشخص المدان

لإرتكاب أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون".

3.3.1.2 ظروف تشديد عقوبة الإتجار بالأعضاء

قد يصطحب النشاط الإجرامي بعض الظروف و الوقائع التي تزيد من جسامته أو تشير إلى خطورة مرتكبه يطلق عليها إسم الظروف المشددة.[83]ص 368.

تنقسم هذه الظروف من حيث طبيعتها إلى ظروف مشددة مادية و أخرى شخصية، فالمادية تنشأ من وقائع ترتبط بالركن المادي للجريمة، ويمكن أن تتعلق بالسلوك أو مكان إرتكاب الجريمة أو مكان تنفيذها كما قد ترتبط بالنتيجة، أما الظروف الشخصية فتتعلق بالركن المعنوي للجريمة أي بالنية الجرمية كالعمد في جريمة القتل.

تعود أهمية التقسيم إلى أن الشركاء و المساهمين في الجرم إذا توافرت فيهم الأسباب المادية يتحملون جميعا العقوبة المشددة، أما الشركاء و المساهمين في جريمة أسباب تشديدها شخصية، فإنهم لا يتأثرون بالتشديد الخاص بصاحبه إلا إذا كانت هذه الظروف الشخصية المشددة هي التي سهلت إرتكاب الجريمة.

تنقسم الأسباب المشددة تبعا لنطاقها إلى عامة تسري على كل الجرائم كالعود و أسباب خاصة ترتبط بجريمة أو جرائم معينة دون سواها. [66] ص492-493 و بعض أسباب التشديد تجعل الجريمة تتخذ وصفا أشد في التقسيم الثلاثي للجرائم، بحيث تعدل في وصف الجريمة كما أن هناك بعض أسباب التشديد يقتصر أثرها على إطالة مدة العقوبة دون أن يؤدي إلى تغيير وصف الجريمة ولو تجاوزت الحد الأقصى المقدر لها.[93] ص128-129 ولكن سأقتصر على أسباب التشديد التي تناولها المشرع بالنسبة للإتجار بالأعضاء.

1.3.3.1.2 ظروف مشددة متعلقة بالركن المادي

تتعدد الظروف المؤثرة في العقوبة بالنظر إلى ركنها المادي، ولكن سنقتصر على الظروف التي إعتبرها المشرع ظرف تشديد في الجرائم السالفة الذكر دون التطرق الى الظروف الأخرى وهي كالآتي:

* بالنظر إلى الوسيلة المستعملة وطريقة التنفيذ

لا يهتم المشرع عادة بالوسيلة التي ترتكب بها الجريمة فلا فرق في نظر القانون بين وسيلة وأخرى على أن المشرع وفي أحوال قليلة يعير إهتماما للوسيلة التي تتم بها الجريمة أحيانا ويجعلها ظرفا مشددا، كما أن طريقة التنفيذ قد تكون سببا في تشديد العقاب، كما هو الحال بالنسبة للأفعال التي

تكون جريمة الإتجار بالأعضاء وذلك من خلال الفقرة 4 من المادة 303 مكرر حيث إعتبرت إرتكاب الجريمة مع حمل السلاح، أو التهديد بإستعماله ظرفا مشددا.[82]ص369

*بالنظر إلى مكان إرتكاب الجريمة

قد يعتد المشرع بمكان محدد فيشدد من عقوبة الجريمة ومن ذلك إذا إرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية حيث شدد المشرع العقوبة في هذه الحالة وذلك من خلال المادة 303 مكرر فقرة6.

الجريمة المنظمة قد تكون في حدود الدولة فيطلق عليها الجريمة المنظمة المحلية، كما قد تمتد أنشطتها إلى أكثر من دولة، فتعتبر جريمة منظمة عبر الدول أو كما يطلق عليها عبر الوطنية، وقد عرفها المؤتمر الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي إنعقد في هافانا 1990بأنـها " مجموعة من الأنشطة الإجرامية المعقدة تقوم بها على نطاق واسع تنظيمات إجرامية أو جماعات منظمة ويكون الدافعان الرئيسيان إليها هما الربح المالي وإكتساب السطوة، بفتح أسواق السلع والخدمات غير القانونية والمحافظة على تلك الأسواق وإستغلالها وهذه الجرائم كثيرا ما تتجاوز الحدود الوطنية، ولا ترتبط فحسب بإفساد الشخصيات العامة والسياسية بواسطة الرشوة والتواطؤ، وإنما ترتبط أيضا بالتهديدات والتخويف و العنف " [83]ص26-27.

إعتبر المشرع جرائم الإتجار بالأعضاء إذا كانت عابرة للحدود ظرفا مشددا، كما خصها إلى جانب جرائم أخرى بالنظر إلى خطورتها ببعض أساليب التحقيق تتمثل أساسا في إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات وإلتقاط الصور والتسرب وذلك بإتباع إجراءات خاصة لكل منهم حددها المشرع الجزائري في المواد من 65 مكرر 1الى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية.

2.3.3.1.2 الظروف المشددة المتعلقة بالشخص

يقصد بالظروف القانونية المشددة التي تلحق بالشخص تلك الظروف التي تتعلق بالشخص لصفة فيه أو لمركز يشغله أو وظيفة يمارسها والتي يأخذها القانون في إعتباره لتشديد الجزاء الجنائي المقرر للجريمة، وهي نوعان أسباب تتعلق بشخص الجاني وأسباب تتعلق بشخص المجني عليه.[82]ص374 وهي كآتي:

* الظروف المتعلقة بشخص الجاني

قد لا يتطلب القانون في النموذج الأصلي أية صفة أو مركز أو وظيفة معينة، ولكن وجود بعض هذه الصفات في الشخص يشدد العقوبة المقررة للجريمة، ويعدها بمثابة ظرف من ظروف التشديد ومن ذلك ما نصت عليه المادة 303 مكرر فقرة 3 حيث إعتبرت أن وظيفة الفاعل أو مهنته تعتبر ظرفا

مشددا إذا سهلت إرتكاب الأفعال السالفة الذكر و التي سنتناولها في مسؤولية الطبيب، كذلك إعتبرت إرتكاب تلك الأفعال عن طريق أكثر من شخص أي وجود التعدد، يعد كذلك ظرفا مشددا.

* الظروف المتعلقة بالمجني عليه

هناك بعض الفئات الإجتماعية التي خصها المشرع بحماية خاصة نظرا لإعتبارات واقعية وإجتماعية، فقد خص فئة الأحداث القاصرين بحماية خاصة أوجبتها الإعتبارات الواقعية التي تستند إلى كون هذه الفئة الضعيفة قليلة الحيلة في مواجهة غدر وإعتداء الآخرين.[82]ص374، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث إعتبر أن الضحية إذا كان قاصر أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية ووقعت عليه الجرائم السالفة الذكر يعتبر ظرفا مشددا وهذا ما نصت عليه المادة 333 مكرر 20 فقرة 2، ولكن ما هي السن التي يعتد بها المشرع لإعتبار الشخص قاصرا؟.

تجدر الإشارة أن المشرع تباين في تحديد السن بين السادس عشر، والثامنة عشر ويرفعها أحيانا إلى التاسعة عشر، فهل نعتد هنا بسن الثامنة عشر لأنه سن المسؤولية الجزائية أو نعتد بسن التاسعة عشر لأنها السن التي يأخذ بها المشرع الجزائري في عمليات نقل وزرع الأعضاء، فإذا أخذنا بهذه الأخيرة فإنه يعتبر قاصرا الشخص الذي لم يبلغ سن 19، لذلك يتعين على المشرع تحديد السن التي يعتبر فيها الشخص قاصرا.

أشرت سابقا إلى أن الظروف المشددة قد ترفع من العقوبة دون أن تمس بصورتها كما هو الحال إذا وقعت الأفعال المنصوص عليها بموجب المواد 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 فإن العقوبة هي الحبس من خمس سنوات إلى 15 سنة وغرامة من500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا تمت مع توفر أحد الظروف السالفة الذكر، إلا أنه إذا تعلق الأمر بالأفعال المجرمة بموجب المواد 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17، فإن المشرع الجزائري لم يكتفي برفع العقوبة وإنما غير كذلك من وصفها فأصبحت جناية حيث يعاقب الفاعل بالسجن من عشرة سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000 دج.

إعتد المشرع الجزائري بجملة من الظروف جعلها إما سبب معفي من العقاب، وإما سببا في تخفيفه، كما أنه منع إستفادة المجرم من الظروف القضائية المخففة التي نصت عليها المادة 53 ق ع كما شدد العقاب نتيجة لبعض الظروف حصرها في المادة 303 مكرر20.

1.2مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال نقل وزرع الأعضاء

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء تقوم بين ثلاثة أطراف هم المتبرع والمريض والطبيب، ويعد هذا الأخير العنصر الأقوى في هذه العملية حيث يتدخل على جسم المتبرع سواء كان حيا أو ميتا، كما أنه يتدخل على جسم المريض مرتين الأولى عند إستئصال العضو التالف والثانية عند زرع عضو له.

الطبيب أثناء قيامه بذلك قد يرتكب أخطاء ترتب مسؤوليته، لأنه ليس من المعقول ترك مقترف الخطأ دون عقاب حتى وإن كان يقدم خدمة جليلة للناس، وفي مجال نقل وزرع الأعضاء فإن الطبيب قد يرتكب أخطاء غير عمدية وهي الأخطاء التي يتصور وقوعها كذلك بالنسبة للتدخلات الطبية الأخرى كما أنه يمكن أن تقام مسؤوليته العمدية في حالات أخرى.

إن دراسة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول أتناول فيه شروط إباحة العمل الطبي، المطلب الثاني مسؤولية الطبيب الخطئية في مجال نقل وزرع الأعضاء، المطلب الثالث مسؤولية الطبيب العمدية في مجال نقل وزرع الأعضاء

1.1.2 شروط إباحة العمل الطبي

إن تدخل الطبيب على جسم الإنسان وخاصة في عمليات نقل وزرع الأعضاء لا يكون إلا بمقتضى شروط إقتضتها صعوبة التدخل العلاجي في حد ذاته، ذلك لأن جسم الإنسان دائما هو بمنأى عن أي إعتداءات ولو كان ذلك برضا الشخص، إلا أنه إستثناء يمكن أن يتدخل على جسم المريض بغرض علاجه، وذلك بنص القانون حسب نص المادة 39 من ق ع، وعليه يجب البحث على شروط إباحة العمل الطبي، وذلك وفق أربعة فروع الفرع الأول الشرط الشكلي الترخيص القانوني،الفرع الثاني الشرط الموضوعي إتباع الأصول العلمية،أما الفرع الثالث الشرط العرفي رضا المريض، و أخيرا الفرع الرابع الشرط الشخصي قصد العلاج والشفاء.

1.1.2 الشرط الشكلي الترخيص القانوني

يقصد به حصول الشخص على ترخيص إداري لممارسة الطب إعمالا بالقوانين المنظمة لهذه المهنة، فقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في القسم الأول من الفصل الثاني المعنون بشروط مهن الصحة ونظامها، من المواد 197 إلى227 من القانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها وكذلك في المرسوم التنفيذي 297/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.[97]ص40، حيث منح لوزير الصحة سلطة منح هذا الترخيص لمنع أدعياء الطب من مباشرة الأعمال الطبية وإقبال غير ذوي الإختصاص والتجربة على مزاولة هذه الأعمال، لما تنطوي عليه من مساس بسلامة جسم

الإنسان، فقد حددت المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها شروط لطالب الترخيص وهي كالآتي:

- أن لا يكون مصابا بعاهة مرضية منافية للمهنة، حيث يشترط فيمن أراد مزاولة الطب أن لا يكون صاحب عاهة كالأعمى والأصم والأبكم، لأن مثل هذه العاهات من طبيعتها أن تجعل صاحبها غير قادر على أداء عمل الطبيب لما يتطلبه هذا الأخير من جهد شاق،كما وأنه لا يجب أن يكون مصابا بعلة مرضية تجعله ينقل الأمراض للآخرين.

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف، حيث تعد مهنة الطب من أشرف وأنبل هذه المهن،وفيها يطلع الطبيب بحكم عمله على خفايا وأسرار المرضى ومن هنا إشترط المشرع هذا الشرط حتى لا يتسلل لهذه المهنة من لا خلق له فتصبح أعراض الناس في غير مأمن.

- أن يكون جزائري الجنسية، وهذا الشرط ورد عليه إستثناء هو أنه يمكن للأجانب ممارسة الأعمال الطبية والجراحية وذلك حسب الإتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الدولة الجزائرية مع غيرها من الدول في إطار تبادل الخبرات.[98]ص267.

يتعين على كل من يتحصل على هذه الرخصة سواء كان يزاول مهنته كطبيب عام أو إختصاصي أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا، وكذا أداء اليمين أمام باقي زملائه حسب المادة 199 من القانون 85- 05.

يحدد الترخيص القانوني الأعمال الطبية التي يختص بها صاحب الترخيص وفقا لتكوينه وتأهيله، وبناء على ذلك إذا باشر أحدهم عملا طبيا بدون ترخيص مسبق، أو قام بعمل لا يدخل في نطاق الأعمال المرخصة له بها، دخل فعله دائرة التجريم ويسأل عما يحدثه عمله من أضرار بإعتباره معتديا.[97]ص42

2.1.1.2 الشرط الموضوعي إتباع الأصول العلمية

يعتبر هذا الشرط إلتزاما عاما يقع على عاتق الأطباء حال مباشرتهم لأعمالهم الطبية، ويكمن في ضرورة أداء هذه الأعمال على قدر من العناية وبذل الجهد الصادق اليقظ، والذي يتفق مع ظروف وحالة المريض مع مراعاة الأصول العلمية الثابتة.[98]ص267، وأي خروج عنها يؤدي إلى تحقيق الضرر ومنه قيام مسؤولية الطبيب لذلك عرف البعض هذه الأصول "بأنها تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظريا بين طائفة الأطباء ويجب الإلمام بها حال مباشرة الأعمال الطبية".

أشار إليها المشرع الجزائري في المادة الأولى من مدونة أخلاقيات الطب ويمكن تصور خروج الطبيب عن هذه الأصول، مثلا كإغفال الطبيب إجراء بعض الفحوص اللازمة لزرع الأعضاء، وكذلك لجوء الطبيب إلى وسائل تقليدية مهجورة أو قيامه بتجريب علاج معين على مريض، ثبت خطورته وعدم نجاعته .

إن كان الاختلاف في تطبيق الوسائل أو أساليب العلاج التي يختلف حولها الأطباء، وكذلك النظريات والطرق الحديثة التي تكون محلا للمناقشة من الوجهة العلمية فإن مسؤولية الطبيب الجنائية تكون منتفية إذا نجم عن العملية نتائج ضارة شريطة أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض، وأن تتناسب المزايا المنتظرة مع الخطر من العلاج.

أما إذا تبين أن الطبيب قد خرج عن الأصول الطبية أو تعسف في إستعمالها لعلاج المرض بإرتكاب أفعال تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها عليه الأشخاص، أو تشكل خطئا جسيما، يدل على جهل تام بمبادئ علم الطب وبأصول تطبيقه، فإن الطبيب يسأل عن نتائج فعله بوصفها جرائم عمدية أو غير عمدية على حسب الأحوال.[97]ص 42.

3.1.1.2 الشرط العرفي رضا المريض

يعد الرضا شرطا ضروريا لتدخل الطبيب على جسم المريض وتزداد أهميته كلما كان العلاج أو التدخل الطبي ينطوي على قدر من الخطر، ومن ذلك عمليات نقل وزرع الأعضاء حيث تطلب المشرع رضا خاص سواء تعلق الأمر بالمريض أو المتبرع وهذا ما تناولته سابقا .

حيث أشرنا إلى أن رضا المريض ضروري بالنسبة لنقل الأعضاء بالنظر إلى الخطورة الناجمة عنه والآثار الجانبية التي يمكن أن يتعرض لها المريض و لكن إذا لم يستطع المريض التعبير عن رضائه فأنه يمكن الإستعانة برضا أشخاص آخرين حددهم المشرع والذين سبق الإشارة إليهم، كما أنه يمكن تجاوز حتى رضا هؤلاء الأشخاص إذا تعلق الأمر بحالة الإستعجال، وتعذر الإتصال بهم في الوقت المناسب، وكان من شأن ذلك أن يؤثر على صحة المريض.

إن الرضا يعد شرطا ضروريا لتدخل الطبيب، وتزداد أهميته إذا تعلق الأمر بعمليات نقل وزرع الأعضاء نظرا للخطورة التي تتميز بها.

4.1.1.2 الشرط الشخصي قصد العلاج

يستمد الطبيب أو الجراح مشروعية تدخله من القانون، والذي عادة ما يحدد سبب ذلك التدخل وهو في الأصل لا يخرج عن العلاج، بحيث يهدف الطبيب من خلاله إلى علاج المريض وتحسين حالته الصحية، أي تخليصه من آلامه وهذا ما نصت عليه المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب.

الأصل أن الطبيب يلتزم ببذل عناية أثناء أدائه للعمل الطبي إلا أنه ثار جدل حول إلتزامه بالنسبة لنقل وزرع الأعضاء هل هو بذل عناية أو تحقيق نتيجة؟

يرى هذا الرأي إختلاف الإلتزام بإختلاف التصرف فإذا تعلق الأمر بنقل الأعضاء من الأموات فإن إلتزام الطبيب هو بذل عناية لأن النقل لا يشكل تهديدا للسلامة الجسدية للميت، لأنه فاقد لهذه الصفة منذ إعلان وفاته، أما إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة فإنه يتحقق إذا نقل عضو من إنسان حي إلى آخر، لأن النقل من الأحياء يشكل خطورة قررت من أجل مصلحة تفوقها في الأهمية، ومن شأن هذا النقل إن تم عدم القدرة على إرجاع العضو مرة أخرى.

يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة إذا تعلق الأمر بزراعة الأعضاء سواء تم الحصول عليها من الشخص الحي أو الميت، لتلاؤمها مع أهمية القيمة التي يهدف القانون إلى توليها بالرعاية وهو الإنسان وسلامة روحه أو حقه في السلامة الجسدية، فهنا يسأل الطبيب عن الزرع كعمل طبي مادي، فتحقيق النتيجة يقتصر على عملية النقل والزراعة فقط دون الأخذ بعين الإعتبار النتائج التي قد تحدث للمريض المستقبل والمتبرع مادام قد تم تبصيرهما وتم العمل الطبي بشكل سليم روعي فيه القواعد التي يفرضها الطب للقيام بمثل هذا النوع من الأعمال الطبية في الظروف نفسها التي تم فيها.[37]ص171-175

تطبيقا لذلك إذا إنتفى قصد العلاج لدى الطبيب، فإن فعله يخرج من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، فيؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب الجراح.

إن إنتقاء قصد العلاج أو الشفاء في عمل الطبيب أو الجراح أو تجاوز حدود الحق والغاية التي من أجلها رخص له المشرع بها، وإتيان أفعال تعد من قبيل الجرائم إذا إرتكبها غيره من الناس، يؤدي إلى نفي صفة المشروعية عن أعماله ويجعلها خاضعة لنصوص قانون العقوبات الخاصة بالجرائم العمدية.[98]ص270.

إن توفر الشروط السالفة الذكر يؤدي إلى مشروعية تدخل الطبيب على جسم المريض، وتخلفها يقيم مسؤولية الطبيب الجزائية،وتختلف هذه المسؤولية بإختلاف الشرط المتخلف.

2.2.2 مسؤولية الطبيب غير العمدية في مجال نقل وزرع الأعضاء

الأصل في الجريمة أن تكون عمدية، ما لم ينص التشريع على خلاف ذلك، فلا يكفي وقوعها بسبب وجود الخطأ، فالخطأ المجرد عن العمد يترتب عليه بحسب الأصل المسؤولية المدنية لا الجزائية.

إلا أنه إستثناء يمكن إقامة المسؤولية الجزائية عن الأخطاء ومن ذلك الأخطاء الطبية، ووجه المصلحة في العقاب على تلك الأخطاء هو رغبة المشرع في حمل الأطباء على الأخذ بالحيطة اللازمة في تصرفاتهم وتدبر عواقبها المحتملة.

لذلك سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع،الفرع الأول أركان المسؤولية غير العمدية، الفرع الثاني صور الخطأ، وأخيرا الفرع الثالث صعوبة إثبات مسؤولية الطبيب الخطيئة

1.2.2.2 أركان المسؤولية غير العمدية

إن الأطباء أثناء ممارستهم للنشاط الطبي، يمكنهم أن يرتكبوا جرائم متنوعة من شأنها المساس بسلامة جسم المريض، ويسألون عنها جزائيا ويمكن أن تكون هذه الجرائم عادية، كما يمكن أن تكون جرائم مهنية تتعلق بممارسة مهنة الطب وهي تلك الجرائم الناشئة عن الأخطاء التي يخرج الطبيب فيها عن الأصول والقواعد الفنية ويخالف بها قواعد الفن الطبي كالخطأ في التشخيص أوالعلاج أو الإشراف أو الرقابة، ولكن قيام أية مسؤولية يستوجب قيام أركانها ومنه نتطرق إلى هذه الأركان.

1.2.2.2الخطأ

عرف الفقه الخطأ على أنه " إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون و عدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في إستطاعته وكان ذلك واجبا عليه".[99]ص80.

الخطأ الطبي هو " ذلك الخطأ الذي يصدر عن شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية".[100]ص89

تحديد مسؤولية الطبيب الخطيئة يقتضي تحديد العنصر النفسي الذي يعكس الماديات غير المشروعة وهو غير متماثل في كل الجرائم، يختلف الأمر بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية فإتجاه الإرادة إلى النتيجة هو الفاصل بين الجرائم المقصودة والجرائم غير المقصودة، ففي الجرائم المقصودة تتجه الإرادة بصورة العزم والتصميم للقبول بالنتيجة بينما في الأخيرة الإرادة لا تتجه إلى

النتيجة الإجرامية ولا ترغب في وقوعها، إضافة إلى ذلك فإن جوهر الخطأ هوالإخلال بواجبات الحيطة والحذر والحرص على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون.

الخطأ في الجرائم غير العمدية لا يقوم قانونا إذا لم تتوافر العناصر التالية الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وتوافر الرابطة النفسية بين الجاني والنتيجة الإجرامية.[99]ص 80.

إختلف الفقهاء حول معيار الخطأ منهم من إعتمد على المعيار الشخصي ومؤداه وجوب النظر إلى الشخص المخطئ وظروفه الخاصة، فإذا إتضح أن السلوك موضوع الإتهام أقل دقة وعناية مما إعتاده في مثل هذه الظروف، وأنه كان يستطيع في أحواله العادية أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه إعتبر مخطئا ومقصرا، بينما البعض الأخر يرى وجوب الأخذ بالمعيارالموضوعي وقوامه الشخصي المعتاد الذي يمارس نشاطه بعناية رب الأسرة الحريص.

المشرع الجزائري لم يحدد معيار الخطأ ولا تعريف الخطأ ولكن هناك من التشريعات من أخذت بهما، ومنها المشرع الفرنسي وبمقتضاه يتعين على القاضي مقارنة سلوك الطبيب المسئول بطبيب آخر من فئة متوسطة الحيطة والحذر مع الأخذ بعين الإعتبار الظروف الشخصية للطبيب كالتخصص المهني والمركز العلمي والخبرة في ممارسة المهنة،مثلا يتم مقارنة الطبيب المتخصص بطبيب متخصص مثله.

2.2.2.2 الضرر

إن توفر الخطأ لا يكفي وحده لإقامة مسؤولية الطبيب، وإنما يستوجب بالضرورة وجود ضرر ويعرف الضرر الطبي على أنه " حالة ناتجة عن فعل طبي يلحق الأذى بجسم الشخص وقد يتبع ذلك نقص في حال الشخص أو في عواطفه ومعنوياته ".[101]ص 52 و يشترط في الضرر.

- أن يكون الضرر مباشرا: أي أنه هو النتيجة التي ترجع أساسا إلى خطأ الطبيب و للقاضي أن يقدر توفر العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة الضارة، بمعنى أن تكون النتيجة مباشرة لعمل الطبيب.

- أن يكون الضرر شخصيا: ويشمل الضرر الجسماني والمادي والأدبي فالضرر الجسماني يتمثل في التعدي على سلامة جسم المريض وإصابته، مما يسبب له مشاكل مادية، أما الضرر المادي فيتمثل في عدم قدرة المريض على العمل وما يتبع ذلك من إنعدام قدرته على الكسب، ويمكن أن يمتد هذا الضرر إلى الورثة، إذا أثبتوا أن مورثهم هذا كان يعيلهم على نحو مستمر ودائم، وأنه لو كان على قيد الحياة سيكون مستمرا في النفقة عليهم، والضرر الأدبي يتحقق بمجرد المساس بسلامة جسم المريض وما

يحدث له من آلام نفسية وجسمانية يتعرض لها، كما يمكنه أن يطلب تعويضا عن تفويت الفرصة.[101]ص55.

- أن يكون الضرر مؤكدا:أي موجودا ثابتا وحالا، كما يمكن أن يكون مستقبليا وقد ذهبوا إلى التوسع في مفهوم الضرر،إذ أجازوا أن تقوم المسؤولية الطبية على أساس الضرر المتمثل في تفويت فرصة الشفاء.

3.2.2.2 العلاقة السببية

لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض ثبوت خطأ الطبيب، بل يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، وتعد مسألة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر من الأمور العسيرة نظرا لتعقد جسم الإنسان، وكل حالة وخصائصها وعدم وضوح أسباب المضاعفات، لأنه في بعض الأحيان قد ترجع إلى عوامل وأسباب تعود إلى طبيعة تركيب الجسم.

يمكن للطبيب أن ينفي هذه المسؤولية بإنقطاع العلاقة السببية بسبب خارج عن إرادته ويتمثل في القوة القاهرة، أوخطأ المريض أو الحادث المفاجئ.

إن قيام مسؤولية الطبيب يقتضي وجود الخطأ الموجب للمسؤولية، منهم من يرى في الخطأ الجسيم دون اليسير سببا لقيام مسؤولية الطبيب، وإثبات هذه المسؤولية يعد من الأمور الصعبة بالنظر إلى عدة أسباب .

2.2.2.2 صور الخطأ

لقد إختلفت التشريعات في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية فمنهم من يرى في الخطأ الجسيم دون اليسير سببا لقيام مسؤولية الطبيب، ومنهم من يرى أن كلا الخطأين موجبين للمسؤولية، والمشرع الجزائري لم يحدد الخطأ الموجب للمسؤولية وإنما عدد صور ذلك الخطأ، وأعطى سلطة تحديد ذلك الخطأ إلى المجلس الوطني والمجالس الجهوية للآداب الطبية حيث تنص المادة 367 مكرر 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، "يمكن للعدالة أن تلتمس المجلس الوطني والمجالس الجهوية للآداب الطبية كلما رفعت دعوة مسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بالخطأ الطبي ." خاصة إذا تعلق الأمر بالخطأ الطبي الفني .

نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على الآتي" يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية

لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته ".
إذا رجعنا إلى المواد 288 و 289 فإن صور الخطأ الطبي تتمثل في الآتي.

1.2.2.2.2 الإهمال

يعبر عن الإهمال بالتفريط وعدم الإنتباه، وهو بذلك يشمل جميع الحالات التي يقف فيها الطبيب موقفا سلبيا لمنع أو ترك تحقيق نتيجة إجرامية، والخطأ في الإهمال قوامه تصرف إرادي لم يقصد إحداثه ولم يقبل وقوعه .

1.2.2.2.2 عدم الإحتراز

يتحقق عدم الإحتراز بنشاط إيجابي يحمل مقومات الإخلال بواجبات الحيطة والحذر وفي هذه الصورة من الخطأ يعلم الجاني طبيعة سلوكه ومكوناته وما يرتبه من أضرار على المصالح المحمية قانونا، ومع ذلك يستمر في سلوكه حتى آخره فهو يحمل معنى مفهوم الخطأ المتبصر أو الخطأ المتوقع

3.2.2.2.2 الرعونة

تعني عدم الحذق ونقص الإنتباه أو نقص المهارة والخطأ يتحقق في الرعونة بفعل أو بترك فالجاني الأرعن يقوم بسلوك إيجابي أو سلبي دون أن يتبصر بالنتيجة غير المشروعة التي قد يؤدي إليها سلوكه، فالفاعل يجهل أو يغلط في ظروف واقعة كان يجب عليه الإلمام بالعلم الضروري للحيلولة دون وقوع الضرر حيث يتمثل خطئه في أنه أهمل إكتساب العلم الضروري.[99]ص85-87

4.2.2.2. عدم مراعاة الأنظمة

يتمثل الخطأ في هذه الصورة بمخالفة السلوك للأنماط السلوكية الواجبة الإتباع بنص القوانين والقرارات والأنظمة واللوائح، ومخالفتها تعد صورة مستقلة من صور الخطأ ويعبر عن هذه الصورة بالخطأ الخاص، مقنن في تلك القوانين والأنظمة فإتباع القوانين والأنظمة لا يفيد في دفع مسؤولية الجاني عن النتيجة غير المشروعة إذا كان وقوعها نتيجة إهمال أو قلة إحتراز أو رعونة.

إعتبر المشرع الجزائري الطبيب مسئولا جزائيا إذا تسبب برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة الأنظمة في قتل أي شخص، وعاقبه بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة قدرها 20 ألف دج إلى 100 ألف دج ، وذلك طبقا لنص المادة288 من ق ع.

يعاقب الطبيب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20 ألف دج إلى 100 ألف دج أو بإحدى هاتين العقوبتين متى نتج عن رعونته وعدم إحتياطه إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى عجزكلي عن العمل لمدة ثلاثة أشهر وذلك طبقا لنص المادة 289 من ق ع.

تضاعف العقوبات السالفة الذكر إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجزائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه و ذلك بالفرار أو تغيير الأماكن أو بأية طريقة أخرى وهذا طبقا لنص المادة 290 من ق ع.

إن مسؤولية الطبيب الخطيئة لا تخرج عن الإهمال أوالرعونة أوعدم الإحتياط والانتباه أو عدم مراعاة الأنظمة .

3.2.2.2 صعوبة إثبات المسؤولية الخطئية للطبيب

نظرا للأثر المباشر للأعمال الطبية على سلامة الصحة البدنية والعقلية والنفسية للمريض فإن الطبيب مطالب بتوخي الحيطة والحذر الكافيين للحفاظ على سلامة المريض بمراعاة القواعد العلمية والأصول الطبية من جهة، ومن جهة أخرى عدم الخروج عن الحدود القانونية التي أباحت له حق مباشرة هذه الأعمال، وأي خروج عن هذين القيدين يخرج فعله من دائرة الإباحة ويقع تحت طائلة التجريم، ويقيم مسؤوليته عن أعماله.

إن إثبات مسؤولية الطبيب الجنائية عن خطئه تعترضها صعوبات، لذلك قيل عن الأطباء " إن الشمس تنشر أشعتها على إنتصاراتهم والأرض تدفن أخطائهم " ومنه نتطرق إلى الأسباب التي تؤدي إلى صعوبة تطبيق مسؤولية الطبيب وهي كالتالي :

1.3.2.2.2 عدم متابعة الأشخاص للطبيب

لقيت مسؤولية الطبيب رفضا قاطعا من الأطباء وإستندوا في ذلك إلى عدة أسباب من بينها أن القضاة الذين لا يتلقون أي تكوين طبي لا يمكنهم أن يحكموا على المراحل المعقدة للعلاج، كما أن الدعوة القضائية تلحق بالأطباء لدى الرأي العام ضرر لا يتناسب البتة مع الخطأ المرتكب، وأن الخوف من الدعوة القضائية قد يؤدي إلى كسر روح المبادرة لدى الأطباء، وتكرار الفحوصات بدون فائدة.[102]ص12-13

أدى إلى عدم مسؤولية الطبيب عزوف الناس عن متابعته، لأنه قد يفشل الطبيب في أداء عمله في العلاج ويتسبب بخطئه في ضرر يصيب المريض وقد يتسبب في وفاته،إلا أنه ساد إعتقاد لدى

الناس أنما يقع من الطبيب من أفعال فهو قضاء وقدر وأن من توفي تحت العلاج قد أتى أجله، وبالتالي فقد غلب على ظن الضحايا أنه لا مجال من متابعة وتقديم شكاوى مادام أن ما يلحقهم من فعل القضاء والقدر، ولا دخل للأطباء فيه.

قد ينعكس هذا التردد في تقديم الشكاوى لمتابعة ومسائلة الأطباء إلى التغاضي عن الأخطاء الطبية مما يؤدي حتما إلى كثرتها، في حين يعتبر الشخص مراقبا لعمل الطبيب وأمام تنازله عن تقديم الشكاوى فإنه يؤدي إلى المزيد من الأخطاء.

2.3.2.2.2 صعوبة إثبات الخطأ الطبي

قد يقوم القاضي بتقدير الخطأ بنفسه إذا تعلق الأمر بالأعمال الطبية الظاهرة مثلا عدم تعقيم الأدوات الطبية المستعملة في الجراحة أو نسيان بعض هذه الأدوات في جسم المريض بعد الجراحة وتسمى هذه الأخطاء بالعادية.

قد تطرح قضية على القضاء وتكون فنية محضة، فمن الصعب على القاضي أن يتثبت من الخطأ لإنعدام التخصص وهو في سبيل ذلك يستعين بالخبرة ، وقد حررت المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الطبيب من المسائلة الجزائية عن جريمة إفشاء الأسرار صراحة طبقا لأحكام القانون، وذلك متى تعلق الأمر بطلب الخبرة، إلا أنه يجب أن تقتصر هذه الخبرة عن المسائل الفنية دون المسائل الخاصة بالمريض، لذلك يجب على الطبيب أن يحدد بدقة مضمون الخبرة.

إن لجوء القاضي إلى أهل الخبرة من الأطباء لا يؤدي دائما إلى إعطاء تقرير مفصل ومبسط يمكن من خلاله تحديد الخطأ الطبي، وذلك يرجع إلى صعوبة وتعقد العمليات الفنية، كما أن خطأ الطبيب الذي يستوجب الخبرة سيكون بالطبع من طرف الطبيب، الأمر الذي يطرح مشكل الزمالة .

3.3.2.2.2 الزمالة

نص المشرع الجزائري بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها على واجب الزمالة الذي يقتضي المحافظة عليه بين الأسلاك الطبية، ويعد هذا الواجب عائقا أمام إعطاء الخبير لخبرة يطمئن إليها القضاء لأنه إذا كلف بخبرة أو شهادة أمام القضاء فإنه غالبا ما تأتي خبرته مبهمة وغامضة ودون تعليلات وبعيدة عن الحقيقة.

يمتنع الأطباء عن الفصل في هذه الخبرة وذلك بسبب الشعور بالزمالة وسيؤدي هذا حتما إلى تحيز وميل لصالح الطبيب محل المسائلة الجزائية وهذا ما يعرقل مجرى التحقيق ويؤثر سلبا على الإثبات.

إن الأسباب السابقة الذكر وغيرها تعد عائقا أمام مسؤولية الأطباء عن أخطائهم وهذا ما يبرر عدم وجود قرارات كثيرة تدين الأطباء عن أخطائهم، مما أدى إلى التوجه إلى إقامة مسؤولية المرفق العمومي .

3.2.2 المسؤولية العمدية للأطباء في مجال نقل وزرع الأعضاء

إن قيام مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء لا يتصور وقوعها عن طريق الخطأ فقط حيث يمكن أن تصدر عن طبيب أفعال غير مباحة كإقدام الطبيب على نزع أحد الأعضاء.

لم يكن مستساغا سابقا إقامة مسؤولية الطبيب عن هذه الأفعال، إلا بعد تعديل المشرع لقانون العقوبات أصبح يمكن متابعة الطبيب عنها، ومنه سأتطرق إلى المسؤولية العمدية للأطباء في مجال نقل وزرع الأعضاء.

لذلك سأتناول هذه المسؤولية وفق ثلاث فروع، الفرع الأول جريمة القتل،الفرع الثاني جريمة الإتجار بالأعضاء، الفرع الثالث مسؤولية الطبيب عن عدم الإبلاغ عن الإتجار بالأعضاء.

1.3.2.2مسؤولية الطبيب عن جريمة القتل

إن مسؤولية الطبيب عن جريمة القتل تقتضي أن يكون فعل الطبيب هو من تسبب في ذلك الفعل وهناك من فرق بين حالتين:

الحالة الأولى:إذا كان العضو الذي تم إستئصاله من الأعضاء التي لا يؤدي إنتزاعها عادة إلى الوفاة، وفق القواعد العلمية والأصول الطبية التي تحكم عملية نقل وزراعة الأعضاء، ففي هذه الحالة نكون أمام جريمة جرح العمدي المفضي إلى الوفاة وهي من جرائم القصد المتعدي، لأن قصد الطبيب إنصرف إلى إحداث نتيجة أقل جسامة تتمثل في إنتزاع العضو من المانح فترتب على الفعل نتيجة أشد لم تنصرف إليها إرادته وهي الوفاة، أما إذا كان الطبيب في مثل هذه الحالة قد إلتزم بالأصول والضوابط المتبعة لإجراء عمليات نقل الأعضاء، فلا مجال لمسائلته عن النتيجة ولو أدى إلى وفاة المانح.

الحالة الثانية: تتمثل في قيام الطبيب بإستئصال عضو أساسي لازم لإستمرار حياته وإنتزاعه يؤدي حتما إلى وفاة الشخص المنقول منه، كما هو الحال في إستئصال القلب والكبد، هنا يكون الطبيب مسئولا عن جريمة القتل العمدي.[99]ص277

2.3.2.2 مسؤولية الطبيب عن جريمة الإتجار بالأعضاء

ليس لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة الطبية أن يعمل مبضع الجراحة في جسم إنسان لم يرضي بذلك، فعدم رضا المريض يجعل علاج الطبيب غير مشروع ومن ثم يكون مسئولا مسؤولية عمدية كأي شخص عادي.

وبناء على ذلك فإن قيام الطبيب بنقل عضو أو سرقته بغير رضا من المجني عليه أو الحصول عليه عن طريق إستخدام وسائل إحتيالية أو نتيجة لتهديد أو إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية الجادة والصارمة، فإن الطبيب يكون مسئولا مدنيا وجزائيا وتأديبيا وتكون مسؤوليته الجنائية عن جريمة عمدية لأن إرادته سيطرت على كل ماديات الجريمة. [57] ص658.

يحدث ذلك أن يقوم الطبيب بالسطو على الأعضاء الجسدية للمرضى الذين يعالجون عنده أثناء إجراء عمليات جراحية ومن أمثلة ذلك أن يقوم الطبيب بإستئصال كلية مريض أثناء عملية إزالة الزائدة الدودية له، وقد يحدث ذلك إما دون إعلام المريض نهائيا،أو إعلامه بعد إجراء العملية بأنه إتضح له أثناء إستئصاله الزائدة الدودية وجوب إستئصال كليته لتلفها بالنظر إلى خطورتها على صحته وذلك على خلاف الحقيقة، أو يقوم بإستبدال أحد الأعضاء السليمة كالقلب والكبد بأعضاء غير سليمة دون إعلامه ثم يقوم بزراعتها لشخص آخر بحاجة إليها نظرا لتليف كبده أو مرض قلبه، كما يمكن للطبيب أن يقوم بالسطو على أعضاء جثة ميت دون إعلام أهله بذلك.[50]ص280.

يشترط في هذه الجرائم أن يتوفر لدى الجاني القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة فيجب على الطبيب أن يكون متوقعا لنتيجتها كذلك يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى إرتكاب هذه الجريمة، أما إذا قام الطبيب بالأعمال التحضيرية للجريمة وإستعد للقيام بها إلا أنه لسبب أو لآخر لم تتحقق النتيجة، فإنه يكون مسئولا عن جريمة الشروع.

إعتبر المشرع الجزائري صفة الطبيب ظرفا مشددا، كما أنه فرق بين وقوع فعل الإنتزاع أو الحصول على الأعضاء أو التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول عليها وهي الجرائم الواردة في نص المادتين 303 مكرر16 و 303 مكرر17، حيث عدل من الوصف الجنائي لهذه الجرائم

وإعتبرها جناية ورصد لها عقوبة السجن من 10 سنوات إلى 20 سن وغرامة مالية من 1.000.000 إلى 2.000.000، أما إذا وقع فعل الإنتزاع على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم، وكذلك الحصول عليها أو التوسط قصد تشجيع أو تسهيل ذلك وهي الجرائم الواردة بموجب المواد 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 حيث رفع المشرع من الحد الأدنى و الأقصى لصورتها البسيطة إلا أنه أبقى على الوصف الجنائي لها وتتمثل العقوبة في الحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج حسب المادة 303 مكرر 20 من ق ع.

إن تشديد المشرع لهذه الجريمة يعود لإعتبارات عديدة لعل أهمها ما ينطوي عليه هذا الفعل من غدر فالمريض قد أودع ثقته في الطبيب المعالج الذي قام بالإعتداء على جسده بإرتكاب أحد الأفعال السالفة الذكر، وتتميز هذه الوسيلة بسهولة تطبيقها حيث يكون المريض تحت تأثير المواد المخدرة التي تفقده الشعور والمقاومة أثناء العملية.

3.3.2.2 مسؤولية الطبيب عن عدم الإبلاغ على جرائم الإتجار بالأعضاء

يلتزم الطبيب بحفظ أسرار مرضاه وفي حالة إفشائها يعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر المهني ويعرف السر المهني بأنه " كل ما يتوصل إليه الطبيب من خلال ممارسته للمهنة ولا يقتصر فقط على المعلومات المتحصلة من المريض ذاته و إنما يشمل كذلك مافهمه أو سمعه " فالسر المهني ليس فقط ما يدلي به المريض إلى الطبيب إنما يشمل كذلك ما يكتشفه هذا الأخير ولا يعلم به المريض[103]ص139.

إستثناء يجب على الطبيب في بعض الحالات المحددة قانونا أن يتحرر من ذلك الإلتزام وهذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها " يجب على الأطباء وجراحي الأسنان أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية".

أوجب المشرع الجزائري على الطبيب الإبلاغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء متى علم بها وقد عرضه في المادة 303 مكرر25 من ق ع لعقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج في حالة عدم الإبلاغ عنها.

تناولت في هذا المطلب الجرائم العمدية التي يمكن أن يقوم بها الطبيب في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء، وهناك جريمة أخرى تتمثل في القيام بهذه العمليات خارج المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بذلك، لم يتطرق إليها المشرع الجزائري بينما نجد المشرع الفرنسي قد خصها بنص خاص من خلال المادة 7-511 من قانون العقوبات الفرنسي حيث تعاقب هذه المادة كل من يقوم بفعل

من شأنه نزع أو إقتطاع بعض أعضاء جسم الإنسان أو إلتقاط الأنسجة أو زرعها أو الإحتفاظ بها أو زرعها في نطاق مؤسسة لم يرخص لها بذلك، بسنتين حبس و ثلاثون ألف أورو.

إن وجود هذا النص ينم عن رغبة المشرع في إضفاء الحماية التي قد تصل إلى أماكن لم تكن معدة للاستشفاء، كما لو كان منزلا معدا لهذا الغرض بعيدا عن رقابة القانون لإجراء هذه العمليات بواسطة أطباء ولكن بمخالفة القانون، بهدف توسيع هذه الحماية، كما أنه قد تتوفر في عملية الإنتزاع أو النقل كل الشروط القانونية ولكن الطبيب يعمد إلى إجراء هذه العملية في مستشفى خاصة أو مؤسسة كان مرخص لها بذلك وذلك بغرض تحقيق الربح .

إن مسؤولية الطبيب عن القيام بتلك العمليات خارج المستشفيات المرخص لها بذلك،لا يعفي الطبيب من المسائلة عن الجرائم السالفة الذكر الأمر الذي يؤدي إلى تعدد الجرائم

أخيرا يمكن القول أن عمل الطبيب يعد من الأعمال الخطيرة خاصة إذا تعلق الأمر بنقل وزرع الأعضاء، وأثناء ممارسة الطبيب لهذا العمل قد يترتب عليه أخطاء توجب مسؤوليته الخطئية كما أنه قد يتجاوز الغرض من الترخيص الممنوح له ويرتكب أفعال تعد من الجرائم العمدية التي من شأنها أن تبعده كل البعد عن مهنة الطبيب.

3.2 المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في مجال نقل و زرع الأعضاء

يقصد بالشخص المعنوي حسب تعريف الدكتور عمار عوابدي" كلّ مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضا مشتركا،أو مجموعة من الأموال ترصد لفترة زمنية محددة لتحقيق غرض معيّن بحيث تكون لهذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال المكونة له أهلية قانونية مستقلة و قائمة،لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات بإسمه ولحسابه،كما أنّ هذه المجموعة لها مصلحة جماعية مشتركة ومستقلة عن المصالح الذاتية والفردية لأفراد المجموعة".[104]ص182

لما كان من المسلم به أن الأشخاص المعنويّة أصبحت في العصر الحديث تشكل حقيقة إجرامية في كثير من المجالات، خاصّة مع تزايد أعدادها و إمكانياتها و قدراتـها وما تمثله من قوة إجتماعية وإقتصادية مما جعلها إذا إنحرفت قد ترتكب جرائم على درجة كبيرة من الخطورة، لذلك وجب إقرار المسؤولية الجنائية لهذه الأشخاص لتصبح السياسة الجنائية التي يتبعها المشرع في مكافحة الإجرام أكثر فعالية.[103]ص 136.

سأتطرق في هذا المبحث لمسؤولية الشخص المعنوي في مجال نقل وزرع الأعضاء وذلك وفق ثلاثة مطالب، المطلب الأول شروط قيام مسؤولية الشخص المعنوي أما المطلب الثاني فأتناول فيه

القواعد الإجرائية الخاصة بمتابعة الشخص المعنوي، و أخيرا في المطلب الثالث العقوبة المقررة للشخص المعنوي.

1.3.2 شروط قيام مسؤولية الشخص المعنوي

مسؤولية الشخص المعنوي تتطلب مجموعة من الشروط إقتضتها المادة 51 مكرر إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ التخصيص وفحوى ذلك أنه ليست كل الأشخاص المعنوي مسئولة جنائيا عن أفعالها، وإنما يجب على المشرع أن ينص في كل جريمة يرى فيها ضرورة إقامة مسؤولية الشخص المعنوي، وهذا ما نصت عليه المادة 51 مكرر ف 1"...يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك " وعليه فقد نصت المادة 303 مكرر 26 ف 1على ما يلي:" يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون".

إذا فمسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم الإتجار قائمة بموجب المادة السالفة الذكر،التي تقتضي توفر شروط موضوعية نصت عليها المادة 51 مكرر وتتمثل أساسا في إرتكاب الجريمة من طرف الجهاز أو ممثليه الشرعيين، وأن ترتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي وهذا ما سأتناوله وفق فرعين.

1.1.3.2 إرتكاب الجريمة من الجهاز أو الممثل الشرعي

إن مسائلة الشخص المعنوي جزائيا تقتضي إرتكابه للأفعال المجرمة، وبما أن الشخص المعنوي هو عبارة عن كيان إعتباري فقط، فإن من يقوم بإرتكاب تلك الجرائم وبتوافر أركانها المادية والمعنوية هم الأشخاص الطبيعيون،[106] ص599-600 ولكن ولقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي يجب أن تكون الجريمة قد إرتكبت من أشخاص طبيعيين محددين وهم الأجهزة والممثلين الشرعيين للشخص المعنوي.

تتحدد أجهزة الشخص المعنوي بموجب القانون الأساسي والقوانين المتعلقة به ويدخل في هذا المفهوم كل من مجلس الإدارة، المسير، الرئيس المدير العام، مجلس المديرية، مجلس المراقبة، الجمعية العامة للشركاء،أو الأعضاء بالنسبة للشركات.[81]ص226 ويقصد بممثلي الأشخاص الطبيعيين الذين لديهم السلطة القانونية أو الإتفاقية للتصرف بإسم الشخص المعنوي.[107]ص42

إنطلاقا من هذا فإن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الجريمة المرتكبة من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين.

إن تطبيق شرط إرتكاب الجرائم المتعلقة بالإتجار بالأعضاء من طرف الجهاز أو الممثل الشرعي يستوجب البحث في مدى قيام مسؤولية الشخص المعنوي في حالة إرتكاب الجريمة من بعض الأشخاص الطبيعيين الذين لهم علاقة بالشخص المعنوي، والذين قد يكون من بينهم المدير الفعلي أو الوكيل و المفوض للتصرف بإسم الشخص المعنوي، وكذلك في إمكانية قيام هذه المسؤولية في حالة تجاوز الممثل الشرعي لصلاحياته المحددة بموجب القانون

1.1.1.3.2 حالة المدير الفعلي: قد يكون مدير الشخص المعنوي أو ممثله الشرعي معينا بطريقة غير قانونية ومخالفة للتشريع أو القانون الأساسي، ففي حالة أن هذا المدير تصرف باسم الشخص المعنوي فإنه يذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى رفض مسؤولية الشخص المعنوي في هذه الحالة،إذ يعد ضحية أكثر منه متهما،وقيام مسؤولية الشخص المعنوي تقوم وفق حالات وشروط يحددها المشرع بموجب نص وطالما أن هذا الأخير لم ينص على قيام المسؤولية الجنائية في هذه الحالة، فمن غير الممكن قياس الإداريين الفعليين على الإداريين القانونيين.[57]ص42

2.1.1.3.2 حالة الوكيل أو المفوض: قد يقوم الشخص الطبيعي بتفويض اختصاصاته إلى شخص طبيعي آخر،وأن هذا الأخير وبمناسبة ممارسة النشاطات المفوضة إليه يرتكب جريمة، فهل يسأل الشخص المعنوي المفوض عن هذه الجريمة ؟

اتجه الفقه الفرنسي إلى اعتبار المفوض بمثابة ممثل الشخص المعنوي، وأن المفوض أو الوكيل يعتبر كممثل قانوني للموكل وبالتالي فإنه في حالة إرتكاب جريمة من طرف المفوض وذلك بمناسبة ممارسته للنشاطات التي فوض من أجلها فإنه تقوم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

3.1.1.3.2 حالة تجاوز الممثل الشرعي لصلاحياته المحددة قانونا: قد يقوم الممثل الشرعي أثناء تصرفه بإسم الشخص المعنوي بتجاوز حدود صلاحياته ويرتكب جريمة، فهل يترتب على ذلك قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي؟.

ذهب البعض إلى أن مسؤولية الشخص المعنوي لا تثور إلا إذا تصرف أحد أعضائه أو ممثليه في حدود السلطة المخولة لهم، لكن غالبية الفقه في فرنسا يرى من ناحية أن هذا الشرط لا يستلزمه المشرع وبالتالي لا يجوز الركون إليه، ومن ناحية ثانية فإن الأخذ بهذا الرأي السابق يؤدي من غير

مبرر إلى وجود مساحة من عدم المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وما يمكن قوله أن قيام مسؤولية الشخص المعنوي تكون بالنظر إلى تجاوز الشخص الطبيعي لصلاحياته المحددة قانونا.

2.1.3.2 إرتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي

إن قيام مسؤولية الشخص المعنوي تقتضي إرتكاب الجريمة من طرف ممثل الشخص المعنوي و تهدف إلى تحقيق منفعة ومصلحة للشخص المعنوي، وبذلك فإنه لا تقوم هذه المسؤولية في مواجهة الشخص المعنوي، إذا كان الهدف من إرتكاب الجريمة هوالحصول على منفعة خاصة لصالح الشخص الطبيعي الذي إرتكب الجريمة.

خصوصية وطبيعة الجرائم الواردة في القسم الخامس مكرر تحت عنوان الإتجار بالأعضاء حصرت الأشخاص المعنوية التي يمكن تصور قيام هذه الجرائم في إطارها وهي المؤسسات الاستشفائية والتي قد تكون عامة كما قد تكون خاصة.

المشرع الجزائري وبموجب المادة 51 مكرر إستثنى الأشخاص المعنوية العامة من المسؤولية الجزائية، وذلك بالنظر إلى أن إنشاء المرافق العامة الهدف منه في الأول والأخير تقريب الخدمة من المواطن بشكل مستمر ومتواصل، وأن توقف هذه المرافق عن تقديم الخدمات سينجم عنه لاشك إلحاق ضرر بالغ بالمصلحة العامة، وبحقوق الأفراد لأن أحد أهم المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام هو سيـره بإنتـظام وإضـطراد و يعتبر مبدأ الإستمرارية أكثر المبادئ وزنا.[107]ص31.

إذن فالمسئولية الجزائية لا تقوم في مواجهة المؤسسات الإستشفائية العمومية بالنسبة لجرائم الإتجار بالأعضاء، ولكن هذا لايعني عدم قيام مسؤولية الأشخاص الطبيعيين عن تلك الجرائم، ويمكن أن تقام المسئولية الإدارية لهذه المؤسسات، أما بالنسبة للمؤسسات الإستشفائية الخاصة فإن المسؤولية الجزائية قائمة في جانبها.

هل قيام مسؤولية الشخص المعنوي تنفي قيام مسؤولية الشخص الطبيعي؟

قيام مسؤولية الشخص المعنوي لا تستثني قيام مسؤولية الشخص الطبيعي،فإذا ثبت أنه إرتكب الجريمة كفاعل أصلي أو إشترك فيها فهو يسأل عن ذلك إما كفاعل أصلي أو كشريك وأن نفس هذه الأفعال تنشأ عنها مسؤوليته كشخص طبيعي، وفي نفس الوقت مسؤولية الشخص المعنوي. [106] ص182وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 51 مكرر" إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لاتمنع مسائلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

تقوم كذلك المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في حالة وفاة الشخص الطبيعي الذي إرتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي، وكذلك فإن حالة بقاء الشخص الطبيعي مجهولا فإن هذا لا يمنع من مسائلة الشخص المعنوي جزائيا لوحده.

2.3.2 القواعد الإجرائية الخاصة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

تقتضي الخصومة الجزائية إتباع إجراءات معينة إبتداء من تحريك الدعوى العمومية إلى غاية صدور الحكم، وبالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها الشخص المعنوي فإن المشرع الجزائري إستحدث بعض الإجراءات التي تتناسب معه، مع الإبقاء على القواعد المتعلقة بالمتابعة والتحقيق والمحاكمة حسب المادة 65 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية وتتعلق هذه القواعد أساسا بالإختصاص المحلي بنظر الجريمة التي يرتكبها الشخص المعنوي، وتمثيل الشخص المعنوي، وأخيرا إخضاع الشخص المعنوي لبعض التدابير القضائية.

1.2.3.2 الإختصاص المحلي بنظر الجريمة التي يرتكبها الشخص المعنوي

قد يثور البحث في الإختصاص المحلي حينما يرتكب الشخص المعنوي الجريمة أو جزء منها في أراضي الجمهورية الجزائرية، ونفرق هنا بين الشخص المعنوي الأجنبي والشخص المعنوي الجزائري.

1.1.2.3.2 الشخص المعنوي الأجنبي : إذا إرتكب الشخص المعنوي الأجنبي الجريمة كاملة أو جزء منها في الجزائر فإن الإختصاص ينعقد للقانون الجزائري طبقا لمبدأ إقليمية قانون العقوبات حيث تنص المادة3 منه على أنه "يطبق قانون العقوبات على جميع الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".

ينعقد الإختصاص للقانون الجزائري كذلك إذا إرتكبت فيها إحدى الوقائع المكونة للجريمة، فلا يهم إذن أن ترتكب الجريمة كاملة في الجزائر وإنما يكفي أن يرتكب فيها أحد العناصر المميزة لها.

1.1.2.3.2 الشخص المعنوي الجزائري: فغني عن البيان أنه إذا إرتكبت الجريمة كاملة أو جزء منها في الجزائر فإنه يخضع لقانون العقوبات الجزائري إستناد إلى مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية طبقا لقانون العقوبات الجزائري، إذ تنص المادة3 الفقرة 2 منه على أنه "كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في إختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية ".

تطبق على الشخص المعنوي قواعد المتابعة والتحقيق والمحاكمة العادية أي التي تطبق على الشخص الطبيعي مع مراعاة الأحكام التي جاء بها القانون 14/04 الذي نص على بعض الحالات الخاصة التي تتناسب مع طبيعة الشخص المعنوي وهنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى**:** إذا كان الشخص المعنوي متهما بمفرده يؤول الإختصاص للجهة القضائية الواقع بدائرتها مكان إرتكاب الجريمة أو المحكمة التي يقع في دائرتها المقر الإجتماعي للشخص المعنوي.

الحالة الثانية: إذا إتهم شخص طبيعي أو أكثر إلى جانب الشخص المعنوي بإرتكاب ذات الجريمة أو جريمة مرتبطة بها، فإن الإختصاص بنظر وتحريك الدعوى الجزائية ضد الشخص المعنوي يؤول إلى الجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية وهذا ما نصت عليه المادة 65 مكرر1، وهذا دون المساس بقواعد الإختصاص التي تطبق على الشخص الطبيعي المسئول عن نفس الجريمة طبقا للقواعد العامة، في هذا الشأن أي مكان إرتكاب الجريمة أو محل إقامة المتهم ، أو محل القبض عليه.[105]ص139-140.

2.2.3.2 تمثيل الشخص المعنوي

فرض القانون على الشخص المعنوي أن يكون له ممثلا قانونيا، وحسب المادة 65 مكرر2 فقرة2 من ق إ ج فإن الممثل القانوني هو الشخص الذي يخوله القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضا لتمثيله.

يمكن أن يكون تمثيلا قضائيا في حالة متابعة الشخص الطبيعي إلى جانب الشخص المعنوي ولم يوجد أي شخص لتمثيله فإنه يعين رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة ممثلا من مستخدمي الشخص المعنوي حسب المادة 65 مكرر3.

1.2.2.3.2 الممثل القانوني: يقوم بتمثيل الشخص المعنوي أمام الجهات القضائية وهو الشخص الذي كانت له هذه الصفة عند المتابعة، ويتضح من ذلك أن صفة الممثل القانوني للشخص المعنوي تتحدد بوقت إتخاذ إجراءات الدعوى الجزائية ضد الشخص المعنوي، وهذا الشخص الطبيعي هو الذي يمثل الشخص المعنوي في كل إجراءات الدعوى، فالعبرة إذن بصفة الممثل وقت الإجراءات وليس بزمن إرتكاب الجريمة أو إكتشافها على أن يعامل هذا الشخص الطبيعي في كل الأحوال كممثل للشخص المعنوي وليس بإعتباره شخص عاديا.

إذا تم تغيره أثناء سير إجراءات الدعوة فيجب على الممثل القانوني الجديد للشخص المعنوي أن يخطر الجهة القضائية المرفوعة إليها الدعوى بهذا التغيير.

2.2.2.3.2 التمثيل القضائي: ينص القانون على وجوب تمثيل الشخص المعنوي بواسطة ممثل قضائي يعينه رئيس المحكمة المختصة بناء على طلب النيابة العامة،من ضمن مستخدمي الشخص المعنوي ومعنى ذلك أنه عندما تتم ملاحقة الشخص المعنوي وممثله القانوني معا عن ذات الجريمة أو عن وقائع مرتبطة بها في نفس الوقت، فهنا تتخذ إجراءات الدعوى ضد هذا الممثل بإعتباره مسئولا شخصيا عن الجريمة المرتكبة، لأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تستبعد مسائلة الشخص الطبيعي عن ذات الجريمة كما يؤكده القانون.

علة إرجاع وجوب تعيين الممثل القضائي للشخص المعنوي في هذه الحالة هو الحرص على تفادي التعارض بين المصلحة الخاصة للممثل القانوني والشخص الطبيعي وبين مصلحة الشخص المعنوي ذاته، ويمكن إدراج كذلك حالة عدم وجود الممثل القانوني المؤهل لتمثيل الشخص المعنوي ففي هذه الحالة فإن القانون يكفل حق الدفاع لهذا الشخص المعنوي، وكذلك حالة وجود الشخص الطبيعي ولكنه يرفض الدفاع عن هذا الشخص المعنوي.[105]ص141.

غني عن البيان أن ممثل الشخص المعنوي سواء كان قانونيا أو قضائيا ليس هو المسئول عن الجريمة التي إرتكبها الشخص المعنوي لذا يجب عدم خضوعه للإجراءات العادية التي تطبق على المتهم بإرتكابه الجريمة، إذ لا يجوز خضوعه بإعتباره ممثلا للشخص المعنوي لإجراءات قهرية، كالقبض عليه وحبسه مؤقتا إلا بالقدر الذي يطبق على الشاهد وذلك بشرط ألا يكون متهما في الجرائم التي يمثل فيها الشخص المعنوي سواء بصفته فاعلا أصليا أو شريكا.

3.2.3.2 إخضاع الشخص المعنوي لبعض التدابير القضائية

نص القانون على أنه يجوز لقاضي التحقيق أن يخضع الشخص المعنوي لتدبير أو أكثر من التدابير المحددة قانونا وذلك بهدف ضمان حقوق المجني عليهم أو وقف الجريمة أو الحيلولة دون تكرارها وهذه السلطة المخولة لقاضي التحقيق دون غيره من القضاة.

- إيداع كفالة

- تقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحية

- منع إصدار شيكات أو إستعمال بطاقات الدفع مع مراعاة حقوق الغير.

- منع ممارسة بعض النشاطات المهنية أو الإجتماعية المرتبطة بالجريمة كأن ترتكب الجريمة إثر ممارسة أو بمناسبة ممارسة هذه النشاطات أو عندما يخشى من إرتكاب جريمة جديدة .

طبقا للقواعد العامة فلقاضي التحقيق أن يعدل أو ينهي الإلتزامات التي فرضها على الشخص المعنوي بناء على هذه الرقابة، بحيث يجوز له في أية مرحلة من مراحل التحقيق أن يقرر إلتزاما جديدا أو أكثر وله أن يعدل أو يلغي أحد أو بعض هذه الإلتزامات، وله أن يرفع الرقابة القضائية تماما عن الشخص المعنوي سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من وكيل الجمهورية أو بطلب من الشخص المعنوي نفسه بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية.

جزاء مخالفة الإلتزامات المفروضة على الشخص المعنوي بطبيعة الحال لا يكون الحبس المؤقت كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي ولهذا إعتبر المشرع الإخلال بهذه الإتزامات جريمة مستقلة بذاتها يعاقب عليها القانون بغرامة مالية من 100,000دج إلى 500,000 دج بأمر من قاضي التحقيق بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية.

3.3.2 العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي

إن إقرار المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية يقتضي بالضرورة إيجاد وإبتكار عقوبات تتلائم مع طبيعة هذا الشخص المعنوي مع العلم أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مسائلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك عن نفس الأفعال كما سبق ذكره، ومن ثم لا يجب أن نخلط عقوبات الشخص المعنوي مع عقوبات هذا الشخص الطبيعي في حالة إرتكاب نفس الجريمة أو جريمة مرتبطة بها، وإقرار هذه العقوبات يرتبط أساسا بطبيعة الشخص المعنوي .

تنص الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 26 على مايلي" وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون".

إذن فالعقوبات حسب نص المادة 18 تتمثل في الغرامة كعقوبة أصلية و مجموعة من العقوبات التكميلية وهذا ما سأتطرق له وفق فرعين.

1.3.3.2 العقوبة الأصلية: الغرامة

إقترح المشرع عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية وحيدة كجزاء في الجرائم التي يرتكبها الشخص المعنوي، وتتمثل هذه الغرامة في إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال لصالح خزينة الدولة وتعتبر الغرامة من أهم العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي، فهي تطبق على الجنايات والجنح وكذلك المخالفات التي تنسب إلى الشخص المعنوي.

القاضي لا يجد حرجا في الحكم بهذه العقوبة وذلك على الرغم من أنها قد تصيب المساهمين أو المشاركين في الشخص المعنوي بطريق غير مباشر وتنصب هذه الغرامة على الذمة المالية للجاني و في نفس الوقت فإنها تفيد الخزينة العامة لدخول أموال إضافية.[105]ص 145.

إن تطبيق هذه الغرامة يقتضي نسب الجريمة إلى الشخص المعنوي وقد حدد المشرع الجزائري مبلغ الغرامة التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي بالنظر إلى الغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي، وذلك في الحالات التي يمكن أن ترتكب فيها الجريمة بواسطة الشخص المعنوي ولكنه لم يساوي بينهما فقد جعل الحد الأقصى لها خمسة أضعاف الحد الأقصى الذي يمكن تطبيقه على الشخص الطبيعي، وعليه فإن إرتكاب إحدى الجرائم السالفة الذكر والمتمثلة في:

1.3.3.2 الغرامة المطبقة على الجرائم الواقعة على الأعضاء.

في حالة ثبوت إرتكاب جريمة إنتزاع الأعضاء طبقا لنص المادة 303 مكرر 17 فإن الغرامة التي يمكن الحكم بها هي من 1.000.000 إلى 5.000.000 دج، أما في حالة ثبوت إرتكاب جريمة الحصول على الأعضاء طبقا لنص المادة 303 مكرر 16 فإن الغرامة هي 1.000.000دج إلى 5.000.000 دج ، وفي حالة تشديد العقوبات طبقا للظروف المحددة في المادة 303 مكرر20 فإن الغرامة هي 2.000.000 دج إلى 10.000.000دج.

2.3.3.2 الغرامة المطبقة على الجرائم الواقعة على الخلايا والأنسجة وجمع مواد الجسم.

في حالة ثبوت إرتكاب جريمة إنتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من مواد الجسم دون رضا طبقا لنص المادة 303 مكرر 18 فإن الغرامة هي 500.000 دج إلى 2.500.000 دج، أما جريمة الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم فأن الغرامة هي أيضا من 5.000.000 دج إلى 2.500.000 دج، أما في حالة التشديد طبقا لنص المادة 303 مكرر 20 فإن الغرامة هي 1.500.000دج إلى 7.500.000 دج طبقا لنص المادة 303 مكرر 20.

يبدو أن المشرع قد وضع في إعتباره عند إقراره لعقوبة الغرامة بخمسة أضعاف على تلك التي تطبق على الشخص الطبيعي مع عقوبة أخرى سالبة للحرية وذلك بالنظر إلى عدم إمكانية تطبيق هذه الأخيرة على الشخص المعنوي فقد وجد أنّ المساواة تقتضي مضاعفة مبالغ الغرامة التي يحكم بها ويهدف المشرع من خلال هذه الغرامة تحقيق الردع العام.

رغم ضخامة مقدار عقوبة الغرامة المقررة للأشخاص المعنوية فإن القاضي يستطيع في ضوء سلطته التقديرية أن يعدل من هذا المقدار بالنظر إلى ظروف الجريمة والقدرات المالية للشخص

المعنوي المسئول عنها هذا من ناحية ومن ناحية ثانية يمكن للقاضي أن يأمر بوقف عقوبة الغرامة المحكوم بها ضد الشخص المعنوي كليا أو جزئيا إذا ثبت أنه لم يسبق الحكم عليه لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام سابقا، وبالنظر إلى خطورة الجرائم السابقة فلا يمكن تصور تطبيق ظروف التخفيف التي أشرت إليها وهي نفس الأحكام المطبقة على الشخص الطبيعي.

كما أنه طبقا للقواعد العامة يجوز تشديد العقوبة في حالة العود فيصبح الحد الأقصى للغرامة عشرة أضعاف حدها الأقصى الذي ينص عليه القانون للشخص الطبيعي عن ذات الجريمة.

غير أنه في هذه الحالة الأخيرة على القاضي مراعاة الإعتبارات الإجتماعية أو المهنية أو العائلية التي تجعل الشخص المعنوي يتوقف عن الدفع.

2.3.3.2 العقوبات التكميلية

أجاز القانون للقاضي في حالة إسناد الجريمة للشخص المعنوي، الحكم بالغرامة كعقوبة أصلية إلى جانبها الحكم عليه بإحدى العقوبات التكميلية الواردة في نص المادة 18 مكرر وتتمثل هذه العقوبات في الآتي.

- حل الشخص المعنوي: يقصد بحل الشخص المعنوي إنهاء وجوده من الحياة الإقتصادية أو الإجتماعية والحل في هذه الحالة يقابل الإعدام بالنسبة للشخص المعنوي ونظرا لخطورته فإنه متروك للسلطة التقديرية للقاضي ويتميز هذا الجزاء بالخطورة مما يجب على القاضي التثبت منه، وحل الشخص الاعتباري يعني منعه من الاستمرار في ممارسة نشاطه حتى ولو كان تحت اسم آخر أو مع مديرين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسرتين آخرين.

- غلق المؤسسة يقصد بإغلاق المؤسسة: منع ممارسة النشاط الذي كان يمارس فيها قبل الحكم بالإغلاق لمدة محددة تقدر بأقل من 5 سنوات، ويكون الغلق بالنسبة إلى واحدة أو أكثر من مؤسسات المشروع التي إستخدمت في إرتكاب الوقائع الإجرامية

يترتب على الإغلاق المؤقت إلغاء الترخيص طوال فترة العقوبة، وقد ينصب حكم الإلغاء على المؤسسة أو فرع من فروعها.

- الإقصاء من الصفقات العمومية: ويقصد بهذا الجزاء حرمان الشخص المعنوي من التعاون مع أية عملية طرفها أحد أشخاص القانون العام وقد يكون هذا الإقصاء بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة

ومهما كانت نوع الصفقة وهذا الجزاء مؤقت بحيث لا يتجاوز مدة خمس سنوات بغض النظر عن الجرائم المرتكبة سواء كانت ضد الأموال أو الأشخاص.[103]ص148-149.

- المنع من مزاولة النشاط المهني أو الاجتماعي: إذا ثبت إرتكاب الشخص المعنوي لجناية أو جنحة فإنه يمكن أن يطبق عليه عقوبة المنع بصفة نهائية أو لمدة خمس سنوات من الممارسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لنشاط أو أكثر من الأنشطة المهنية أو الإجتماعية التي لها علاقة بالجريمة.

- المصادرة: هي نقل ملكية الشيء المصادر إلى الدولة بموجب الحكم القضائي، وقدعرفها القانون بأنها الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أومجموعة أموال معينة، وتعد المصادرة من العقوبات الفعالة إذ يترتب عليها من ناحية خسارة الشخص المعنوي للمال المصادر ومن ناحية أخرى لا يترتب على نزع ملكية هذا المال أي خصم في الأموال المستحقة على الشخص المعنوي من ضرائب وغيرها.

- نشر وتعليق حكم الإدانة: نشر الحكم يعني إعلانه وإذاعته بحيث يصل إلى علم عدد كافي من الناس وتشكل هذه العقوبة تهديدا فعليا للشخص المعنوي وتمس مكانته والثقة فيه أمام الجمهور، وقد ترك المشرع مضمون هذه العقوبة وطريقة تنفيذها إلى قضاة الحكم .

- الوضع تحت الحراسة: يتمثل هذا الجزاء في وضع الشخص المعنوي تحت إشراف القاضي فهو بالتالي يقترب كثيرامن نظام الرقابة القضائية بل يعد إحدى صورها ولكن يبعد الحكم القضائي ويقترب كذلك من نظام وقف التنفيذ، ويطبق هذا الجزاء على العديد من الجرائم التي يرتكبها الشخص المعنوي سواء كانت ضد الأشخاص أو ضد الأموال ومدة هذا الجزاء لا تتجاوز خمس سنوات.[103]ص152-153.

طبقا لنص المادة 18 مكرر3 فإن المشرع الجزائري رتب مسؤولية الشخص الطبيعي في حالة الحكم بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية و خرقها من طرفه وأقر له عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات، كما أنه أجاز إقامة مسؤولية الشخص المعنوي، وذلك حسب الشروط السابقة.

نخلص في نهاية هذا الفصل إلى أن المشرع الجزائري رأى خطورة جريمة الإتجار بالأعضاء على السلامة الجسدية للأشخاص، وعلى عمليات نقل وزرع الأعضاء في حد ذاتها بحيث سوف تنأى الأفراد عن التبرع بالأعضاء، وأمام عدم قدرة قانون العقوبات سابقا على تغطية الأفعال الإجرامية التي تفرزها هذه الممارسة إستحدث المشرع قواعد جنائية بموجب القانون 09-01 في الفصل الخامس مكرر1.

حيث جرم مختلف الأفعال التي قد تخرج هذه الممارسة عن إطارها المشروع، فجرم الأفعال الصادرة عن الشخص الطبيعي، سواء تعلقت بإنتزاع الأعضاء دون رضا أو الحصول عليها وحتى مجرد التوسط، وكذلك إذا وقعت الأفعال السالفة الذكر على الأنسجة والخلايا وجمع مواد الجسم، كما أنه جرم عدم الإبلاغ على هذه الجرائم.

طبيعة هذه الجرائم تقتضي القيام بها من أشخاص مؤهلين وهم عادة الأطباء لذلك حددت المسؤولية الخطئية و العمدية لهم.

نظرا لقيام الجريمة من الأشخاص معنوية فإنه أقام كذلك مسؤولية الشخص المعنوي طبقا للقواعد العامة المقررة في قانون العقوبات .

الخاتـــــمة

بعد نهاية كتابة فصول هذه المذكرة توصلت إلى أن عمليات نقل وزرع الأعضاء كانت محلا لعقد العديد من الملتقيات والندوات للبحث حول مشروعيتها، بالنظر إلى التقدم الذي جاءت به في المجال الطبي، وكذلك بالنظر إلى محل هذه التصرفات التي ترد على جسد الإنسان، وتعدد أطراف هذه العلاقة.

يعد المشرع الجزائري من التشريعات العربية السباقة لتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها 85-05 وهو بذلك قد وضع حدا للجدل الفقهي والقانوني حول مشروعيتها، وأحاطها بشروط تحدد مشروعيتها وكذلك جرم الإتجار بالأعضاء مؤخرا من خلال القانون 09-01.

من خلال دراستي لهذا الموضوع توصلت إلى نتائج قانونية وأخرى عملية، فبالنسبة للنتائج القانونية تتمثل في شروط نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات، وتتمثل أساسا في رضا المتبرع الحي الذي يجب أن يصدر عن تبصير وإرادة حرة كما يجب أن يصدر عن ذي أهلية وفق شكلية معينة إقتضتها خطورة التصرف، ويستهدف الأغراض العلاجية دون الإضرار بالمتبرع أو هلاكه، ويقع في الغالب على الأعضاء المزدوجة والخلايا والأنسجة.

أما بالنسبة للنقل من الأموات فإنه يتطلب بداية الحكم بموت الشخص، الذي كان محل خلاف حول الطريقة التي يعتمد عليها للحكم بوفاته هل بتوقف القلب أو بتوقف الدماغ، فالحكم بالوفاة يعد من الأمور الصعبة نظرا لإختلاف الوسائل من منطقة إلى أخرى ، وبعد التأكد من الوفاة يجب البحث عن

رضا الشخص الذي يمكن أن يحصل منه أثناء حياته وفي حالة إنعدامه، وعدم رفضه التبرع بأعضائه يتم اللجوء إلى موافقة الأسرة.

إلا أنه يمكن تجاوز هذا الرضا إذا تعلق الأمر بزرع الكلى والقرنية وفق حالات حددها القانون وذلك رغبة من المشرع في تسهيل الحصول على الأعضاء فلم يحدد طريقة معينة للتعبير عن الرضا بإعتبار التبرع بالأعضاء من الأموات يعد مصدرا ممتازا للأعضاء خاصة المنفردة منها، ويجب أن يستهدف الإنتزاع مصلحة علاجية راجحة كما يمكن أن يمتد إلى الأغراض العلمية، إضافة للشروط السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري أضاف شروطا أخرى تتمثل أساسا في عدم جمع الطبيب بين الحكم بالوفاة وعملية الزرع، يضاف إلى ذلك عدم كشف هوية الطرفين لبعضهم البعض، وكل ذلك من أجل الابتعاد شبهة الإتجار بالأعضاء.

التبرع من الأحياء أو الأموات يجب أن يتم مجانا نظرا للطابع الإنساني الذي تتميز به هذه العمليات، وأن لايستهدف التبرع الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية، وهذا الشرط لم يتطرق إليه المشرع الجزائري .

عدل المشرع الجزائري قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 المتضمن الإتجار بالأعضاء، حيث جرم إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون رضا أو الحصول عليهم لقاء أية منفعة أو مجرد التوسط من أجل الحصول عليهم حيث إعتبر هذه الجرائم جنح رغم رصده عقوبات تجاوزت الحد الأقصى للجنح، بينما شدد العقوبة وإعتبرها جناية إذا وقعت في ظروف معينة، كما جرم كذلك عدم الإبلاغ عن هذه الجرائم، وبالنظر إلى خطورة هذه الجرائم فإنه أقام كذلك المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

يعتبر المشرع الجزائري من التشريعات التي جرمت الإتجار بالأعضاء ولو مؤخرا ومن شأن ذلك أن يضمن الحماية الجسدية للأشخاص ضد مختلف التدخلات التي تحدث دون رضاهم في إطار نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا.

تتمثل النتائج من الناحية العملية في أن عمليات نقل وزرع الأعضاء لا تقتصر على إباحتها بموجب قانون فقط، وإنما تفعيل هذه القواعد القانونية بما يخدم هذه العمليات خاصة نقل الأعضاء من الأموات، الذي يعد نصا بدون تطبيق رغم أن المشرع قام بتعديله.

لذلك يجب إستعمال مختلف الوسائل التي تدعم شرعية هذه الممارسة سواء من الناحية القانونية والشرعية أو المادية، وذلك بإستعمال وسائل الإعلام المسموعة والمرئية وكذلك رجال الدين الذين لهم

صوت مسموع لدى العامة من أجل الحث على التبــرع من خلال بيان مشروعية نقل وزرع الأعضاء من الناحية القانونية وخاصة الشرعية منها فلم تعد الآن مسألة المشروعية مطروحة وإنما أصبحت تطرح مسألة تفعيل القواعد القانونية بما يخدم هذه الممارسة.

كما أن إعتبار الجرائم الواقعة في إطار نقل وزرع الأعضاء جنح لا يتماشى مع الخطورة الإجرامية لهذه الجرائم ، وسيدفع عصابات الإجرام المنظم إلى التوجه لإرتكاب هذه الجرائم بالنظر إلى العقوبة المقررة لها.

وأخيرا أختم هذه المذكرة بمجموعة من الإقتراحات إرتأيت تضمينها:

- وضع قانون خاص يتضمن نقل وزرع الأعضاء و الأنسجة والخلايا.
- قصر التبرع بالأعضاء من الأحياء على الأقارب إلى الدرجة الرابعة و الأزواج ويعهد ذلك إلى جهة قضائية للتأكد من توفر شروط التبرع بإعتبارها الجهة الوحيدة المخول لها الكشف عن نية الأطراف، حتى لا تكون المستشفى هي الخصم والحكم في نفس الوقت.
- تفعيل الإيصاء بالأعضاء من الأموات الذي يعد الأصل في إباحة هذه العمليات، وذلك بإستعمال بطاقة التبرع التي تعد من الوسائل الناجعة، لأنها تفيد في إكتساب الوقت وتجنب الأطباء البحث عن رضاء المتوفي.
- منع التبرع و الإيصاء بالأعضاء الحاملة للصفات الوراثية لما في ذلك من تأثير على النسب وتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- حدد المشرع الجزائري مجموعة من المؤسسات الإستشفائية التي تتم في إطارها عمليات نقل وزرع الأعضاء، إلا أنه الملاحظ عليها أنها قليلة جدا خاصة المتعلقة بزرع الكلى والقرنية التي أصبحت تلقى نجاحا باهرا.
- وضع المشرع الجزائري على مستوى كل مؤسسة إستشفائية مرخص لها بزرع الأعضاء لجنة طبية تتكون من مجموعة من الأطباء، إلا أنه يمكن أن يضاف إليها عضو قضائي يعينه وزير العدل وذلك بهدف الوقوف على توفر الشروط القانونية وكذلك بهدف مكافحة الإتجار بالأعضاء.
- لم تعد مسألة نقل الأعضاء كما قلت سابقا مسألة قانون بقدر ما أصبحت كيفية تفعيل هذا القانون بما يخدم نقل وزرع الأعضاء، لذلك يجب الاستعانة برجال الدّين و وسائل الإعلام من أجل التشجيع و الحث على التبرع الأعضاء،كما يمكن تخصيص يوم وطني من أجل التبرع بالأعضاء يتم فيه تكريم المتبرعين.

- منع المشرع الجزائري نقل الأعضاء من القصر وذلك بالنظر إلى أن هذا التصرف يعد من التصرفات الضارة ضررا محضا بهم، إلا أنه يمكن الإستفادة من أعضاء القصر المتوفين و ذلك بعد أخذ رأي الولي الشرعي لإنتفاء العلة من الحماية.
- إن أهمية عمليات نقل وزرع الأعضاء تقتضي العمل على ضرورة تكوين أطباء إختصاصيين في هذا المجال ولما لا الإستعانة بالخبرات الجزائرية الموجودة بالخارج.
- إنشاء مركز وطني لنقل و زرع الأعضاء تعهد له مجموعة من المهام، من بينها إقتراح الأساليب العلمية لأخذ الأعضاء البشرية والمحافظة عليها ونقلها وزرعها والحث على التبرع بالأعضاء والمساهمة في تكوين أعوان الإطار الطبي وشبه الطبي المعنيين بزرع الأعضاء، وكذلك مسك سجل مركزي يحتوي على الأشخاص الذين تستدعي حالتهم الصحية زرع عضو لهم .
- تدريس القانون الطبي في كليات الحقوق وذلك بهد التعرف على الأعمال الطبية والمسؤولية الناجمة عنها.
- تحديد سن معينة يعتبر فيها الشخص متبرعا بأعضائه، للخصوصية التي يتميز بها هذا التصرف.
- إذا كان المشرع الجزائري قد إستبعد المقابل المادي لتعارضه مع أهداف نقل وزرع الأعضاء، فإنه يمكن تخصيص تأمين صحي خاص يستفيد من المتبرع في حالة تدهور صحته.
- تشديد العقاب على إنتزاع الأعضاء بمعناها الدقيق وإعتبارها جناية في كل الأحوال ورصد أشد العقاب عليها نظرا لما تمثله من إعتداء صارخ على السلامة الجسدية للإنسان، وحتى يتم غلق هذا المنفذ على العصابات الإجرامية.

قائـــــمة المراجع

1- د- محمد حمادة مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،2004.

2- د- سميرة عايد الديات،عمليات نـقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،1999.

3- د- أحمد شوقي عمر أبوخطوة ،القانون الجنائي والطب الحديث دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،القاهرة،1986 .

4- د- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانـونية التي تثـيرها عمـليات زرع الأعضاء البشرية،مطبعة عين شمس، دراسة مقارنة، 1975.

5- د- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجديد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2002 .

6- د- جلال ثروت،نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات،الإسكندرية، 1999.

7-إبن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، مادة الصلح.

8- د- مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989.

9- د- مروك نصر الدين، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامي، دراسة مقارنة، الجزء الأول ،الكتاب الثاني، دار هومة للنشر والتوزيع 2003.

10- د- هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المناهج للنشر والتوزيع،2000.

11- د- محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، مجلة الحقوق، الكويت1977.

12 – سورة البقرة: الآية195.

13- سورة النساء: الآية 29.

14- د- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2006.

15- سورة التكاثر: الآية 8.

16- صحيح البخاري، دار السلام الرياض و دار الفيحاء دمشق، 1999.

17- د- نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008.

18- سورة الإسراء: الآية 70

19- د- أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار الكتب المصرية، المحلة الكبرى 1999.

20- صحيح مسلم،الجزء السادس، دار الحديث، القاهرة.

21- د- علي محمد بيومي،أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث،2005.

22- سنن أبو داوود،الجزء الثالث، دار الجيل للنشر، بيروت،1992

23- د- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

24- د- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، دار الفكر العربي، القاهرة،2000.

25- سورة المائدة :الآية 32.

26- صحيح مسلم، دار الرياض و دار الفيحاء، دمشق، 1999.

27- صحيح البخاري ، الجزء الأول، المكتبة العصرية ، 1999

28- سورة البقرة: الآية 173.

29- سورة النحل: الآية 115.

30- د- صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب

القانونية، مصر، 2008.

31- صحيح مسلم، المجلد الرابع، دار الحديث، القاهرة.

32- سورة المائدة: الآية 32.

33- سورة الحشر: الآية 9.

34- د- مروك نص رالدين، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث،نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،الجزء الأول، الكتاب الثالث، دارهومة للنشر والتوزيع، 2003.

35- القانون رقم 05/85 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها المؤرخ في 1985/4/16،المعدل والمتمم، ج ر 8.

36- القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، المؤرخ 31 يوليو1990، ج ر 35.

37- د- فايز الظفري، نقل وزراعة الأعضاء من منظور جنائي محاولة لدراسة نقدية للقانون الكويتي مجلة الحقوق والشريعة،2001.

38-Alain Claeys et Claude Hurriet- rapport sur L'Application de la loi n^0 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, àl'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, l'Assemblée nationale française, 18/2/1999.

39- القانون التونسي، العدد 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زراعتها

40- د- حسني محمد نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة للنشر والتوزيع، 1988.

41- Patricia Franklin- ((la situation des receveurs)), Regard éthique:les transplantations, coordonné par Peter Morris, édition du conseil de l'Europe, 2003.

42- د- حسام الدين الأهواني،تعليق على القانون الفرنسي رقم1181، عام 1976 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول،1987

43- د- سمير عازارا،الموسوعة الصحية الشاملة، الأعضاء والأنسجة، الجزء الثاني، دار نوبليس للنشر و التوزيع ،2005.

44- د- مروك نصر الدين، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،الجزء الأول، الكتاب الثاني، دارهومة للنشر والتوزيع، 2003.

45- د- إسحاق إبراهيم منصور، نظرية الحق و القانون، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية 2004

46- الأمر 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20جوان 2005 المتضمن القانون المدني .

47-أ- شعبان هند،المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة جلالي اليابس بلعباس، العدد الثالث، 2007.

48- la loi 76-1181 du 22-12-1976 relative au prélèvement d'organes

49- د- محمد عبد اللطيف عبد العال، إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها رسالة دكتورا، دار النهضة العربية القاهرة،2005..

50- د- محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، جامعة نايف للعلوم الأمنية،الرياض 2001.

51- د- عبد الدائم أحمد،أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه جامعة روبير شومان ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999

52- القرار الوزاري رقم 39- 89 الصادر بتاريخ 1989/3/26 المتعلق بمعايير إثبات الوفاة لغرض إقتطاع الأعضاء من الجثث.

53-أ- توات نور الدين و أ- نوي عبد النور، مدى الاعتداد بإرادة الميت في الانتزاع من الجثة ملتقى حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي خميس مليانة، أيام 20-21-22 أفريل 2009.

54- د- مشكورخليدة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية،مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2001.

55- Didier Houssin: ((les transplantations Perspective historique et éthique)) Regard éthique:les transplantations, coordonné par Peter Morris, édition du conseil de l'Europe, 2003.

56- د- محمد علي البار، موسوعة زرع الأعضاء، الفشل الكلوي و زرع الأعضاء، دار القلم دمشق ودار

الشامية بيروت، 1996

57- د- عبد الفتاح بهيج عبد الدايم علي العواري، جريمة خطف الأطفال والآثار المترتبة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، الكتاب الثاني ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.

58- د- الشيحلي عبد القادر، جرائم الإتجار بالأشخاص وبالأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة والقوانين الوضعية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2009.

59- د- منذرالفضل،التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،1992.

60- د- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

61- القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2002/10/02 المتضمن المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأنسجة و الأعضاء البشرية

62- قرار رقم 19 مؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن إنشاء لجنتين طبيتين لأخذ الدم ونقل الأنسجة والأعضاء البشرية.

63- جريدة الخبر ،العدد 6431، 30 جويلية 2011.

64- قانون عدد 49 لسنة 1995، المتعلق بإحداث المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء في تونس.

65- د- سامي جميل الفياض الكبسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، بيروت 2005.

66- سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2005

67- أ- مروك نص رالدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية،مذكرة ماجستير ، 1993.

68- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1996 المتضمن مدونة أخلاقيات المهنة.

69- Sylvie Welsch: responsabilité du médecin, 2e édition, paris, 2003.

70- أ- جمعة حميدة حنين، مسؤولية الطبيب و الصيدلي داخل المستشفيات العمومية مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2001.

71- المستشارعدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية، المحلة

الكبرى،1996.

72- د- الصياد إبراهيم، حق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد الثاني،1981.

73-le quotidien d'Oran - ((insuffisance rénale 7000 malades attendent une greffe)) 7 décembre 2011.

74- د- عبد الفتاح بهيج عبد الدايم علي العواري، جريمة خطف الأطفال والآثار المترتبة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، الكتاب الثاني ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.

75- أ- بن عبد المطلب فيصل، الإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2011.

76- د- بسام عاطف المهتار،إستغلال الأطفال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2008.

77-Catherine Berthline- ((le trafic d'organes en Europe)) ,Regard éthique:les transplantations, coordonné par Peter Morris, édition du conseil de l'Europe, 2003.

78- د- عبد الحافظ عبد الهادي، مكافحة الإتجار بالأشخاص والأعضاء، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض 2005.

79- جريدة الشروق اليومي، تفكيك شبكة دولية تتاجر بالأعضاء البشرية للجزائريين عصابة من المغاربة والأفارقة تقوم باختطاف الأطفال وتهربهم إلى عيادات خاصة بالمغرب لاستئصال الكلى و القرنية، الجزائر ، العدد 2212 بتاريخ 2008/05/09

81- د- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الرابعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.

82- د- عبد الله سليمان،شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009.

83- د- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام العقابي، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة.1979 .

84- د- علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998.

85- قرار رقم :254258 بتاريخ 2001/12/25 ،المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ،العدد

الثاني ، 2004.

86- د- مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في القانون المقارن وقانون العقوبات، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية،العدد الرابع، 2009.

87-la loi n 94- 656 du Code pénal français

89- قانون رقم84- 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005.

90- د- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر،2008.

91- د- محمد زكي أبو عامر و د- سليمان عبد المنعم، القسم الاعم من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2002 .

92- القانون رقم 05-04 المؤرخ في 6 فيفري 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين.

93- د- علي محمد جعفر، فلسفة العقاب والتصدي للجريمة، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع،بيروت 2000.

94- د- كوريس يوسف داود، الجريمة المنظمة، رسالة دكتورا، الطبعة الأولى، 2001.

95- الأمر رقم 09-01 المتضمن الإتجار بالأعضاء المؤرخ في 25 فبراير2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

96- الأمر 156/66 المؤرخ في 08-06 -1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر 06-22 المؤرخ في ديسمبر 2006.

97- د- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

98- د- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة،الديوان الوطني لأشغال التربية،الجزائر، 2003.

99- د- ماجد محمد لافي، المسؤولية الجنائية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

100-أ- عزري الزين وأ/عادل بن عبد الله، تسهيل شروط انعقاد المسؤولية و تعويض ضحايا النشاط الإستشفائي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة جلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد الثالث،2007.

101- د- بن تيشة عبد القادر، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، مذكرة ماجستير،دارالجامعة الجديدة 2011.

102- د- بودالي محمد، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، جامعة جلالي اليابس سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007.

103-أ- النحوي سليمان، مشروعية التصرف في جسم الإنسان بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2003.

104- د- عمار عوابدي، القانون الإداري،النظام الإداري، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.

105- د- دلول الطاهر، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري،مجلةالعلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي،تبسة،العدد الثالث 2005.

106- Jean Pradel:Droit pénal général , édition cujas , paris , 1996

107-القاضي صمودي سليم،المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي،دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى للمطبوعات، الجزائر، 2006.

108- د- عمر سالم ، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية وفقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد، الطبعة الأولى،القاهرة، 1995.